

私人이 비밀 녹음·녹화한 (비디오)테이프의 증거능력

안 경 옥*

대사판례 : 대법원 2001.10.23. 선고, 2001도2991

[사실의 개요]

고소인 A는 피고인들 사이에 이 사건 성관계가 있는 당시에 외국에 있다가 1996. 9. 23. 귀국한 후 처인 피고인 甲의 신변에 이상이 있음을 알고 1996. 10. 31. 집 전화의 통화내역을 조사하는 등으로 증거를 수집하고 1996. 11. 11. 및 같은 달 12 일 피고인들을 추궁하여 피고인들 사이에 성관계가 있었다는 취지의 말을 들었으나, 피고인 甲이 위 성관계는 피고인 乙의 강간에 의한 것이라고 주장하며 1996. 12. 30. 피고인 乙을 강간죄 등으로 고소하자 그에 대하여 검찰에서 1997. 4. 1.자로 무혐의 결정이 이루어진 후인 1997. 4. 7. 피고인들을 간통죄로 고소하였다. A는 간통죄의 증거수집을 위해 1996. 11. 8. 피고인 甲과 무속인 간의 대화를 녹음하였고 1996. 11. 11.부터 같은 달 12일까지 피고인들간의 전화를 녹음하거나 자신이 甲과 대화한 내용을 녹음하였다.

[대법원판결요지]

통신비밀보호법은 누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열 또는 전기통신의 감청을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못하고(제3조 본문), 이에 위반하여 불법검역에 의하여 취득한 우편물이나 그 내용 및 불법 감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은

* 영남대학교 법과대학 조교수

재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없고(제4조), 누구든지 공개되지 아니한 타 인간의 대화를 녹음하거나 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취할 수 없고(제14조 제2항), 이에 의한 녹음 또는 청취에 관하여 위 제4조의 규정을 적용한다(제14조 제2항)고 각 규정하고 있는바, 녹음테이프 검증조서의 기재 중 피고인과 공소외인 간의 대화를 녹음한 부분은 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음한 것이므로 위 법 제14조 제2항 및 제4조의 규정에 의하여 그 증거능력이 없고, 피고인들 간의 전화통화를 녹음한 부분은 피고인의 동의 없이 불법감청한 것이므로 위 법 제4조에 의하여 그 증거능력이 없다. 또한, 녹음테이프 검증조서의 기재 중 고소인이 피고인과의 대화를 녹음한 부분은 타인간의 대화를 녹음한 것이 아니므로 위 법 제14조의 적용을 받지 않는지만, 그 녹음테이프에 대하여 실시한 검증의 내용은 녹음테이프에 녹음된 대화의 내용이 검증조서에 첨부된 녹취서에 기재된 내용과 같다는 것에 불과하여 증거자료가 되는 것은 여전히 녹음테이프에 녹음된 대화의 내용이라 할 것인바, 그 중 피고인의 진술내용은 실질적으로 형사소송법 제311조, 제312조 규정 이외에 피고인의 진술을 기재한 서류와 다를 바 없으므로, 피고인이 그 녹음테이프를 증거로 할 수 있음에 동의하지 않은 이상 그 녹음테이프의 검증조서의 기재 중 피고인의 진술내용을 증거로 사용하기 위해서는 형사소송법 제313조 제1항 단서에 따라 공판준비 또는 공판기일에서 그 작성자인 고소인의 진술에 의하여 녹음테이프에 녹음된 피고인의 진술내용이 피고인이 진술한 대로 녹음된 것이라는 점이 증명되고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여진 것으로 인정되어야 한다.

(연구)

I. 문제제기

각종 전자장치나 기계장치를 이용하여 타인의 전화통화나 대화를 감청¹⁾하는 일은

1) 통신비밀보호법은 검찰과 경찰, 국가정보원 등 수사기관과 정보기관이 법원의 영장을 발부받아 행하는 합법적 도청을 '전기통신의 감청'이라고 명하고 있으며, 합법적 절차를 밟아 행하지 않는 불법감청을 일반적으로 '도청'으로 부르고 있다.

대상이 된 타인의 의사와 무관하게 은밀히 사건 관련 증거를 수집하는 방법이다. 여기에는 사진이나 비디오를 몰래 촬영하는 경우도 해당된다. 통신 및 대화도청은 사실관계를 정확하게 녹음할 수 있고 사진과 비디오 촬영은 사건해결을 위한 결정적인 단서가 되는 중요한 증거들을 영상으로 보존, 가감 없이 생생하게 재생할 수 있어 실체진실의 발견을 위해 높은 증거가치를 가지는 증거방법이다.

그러나 실체진실의 발견은 헌법이나 형사소송법이 규정하는 적정절차가 보장되는 한계 내에서 가능하다. 따라서 형사절차상 위법한 절차에 의해 수집된 증거의 증거능력은 부정된다는 위법수집증거배제의 법칙을 통해 국가기관의 도청이나 비밀녹음에 의해 얻어진 증거는 통신비밀보호법상 허용되는 경우를 제외하고는²⁾ 증거능력이 부정된다.³⁾

문제는 사인(私人)이 타인의 기본권을 침해하거나 형사소송법의 규정을 위반하여 증거를 수집한 경우에도 위의 원칙이 적용될 수 있느냐 하는 점이다. 이와 관련하여 최근에 주로 논의되고 있는 내용은 사인이 대화의 상대방이나 전화 상대방 몰래 테이프나 비디오 테이프를 녹음하거나 녹화하는 경우이다.⁴⁾

위의 대상판례는 사인이 불법하게 전화나 대화를 녹음하는 것으로, 타인간의 대화를 녹음하거나 전화를 불법 감청하는 경우와 대화 일방이 상대방 몰래 대화를 녹음하는 경우 모두를 포함하고 있다. 따라서 본고에서는 사인이 행하는 불법녹음과 녹화를 그 유형별로 나누어 살펴보고자 한다. 이를 위해서는 먼저 사인이 행한 불법녹음에 대한 기존의 판례와 본 대상판결의 내용을 정리하고 그와 관련된 학계의 견해를 비판적으로 검토하고자 한다.⁵⁾ 그러나 불법녹음과 관련된 본격적인 논의에 앞서 본 대상판례의 근거규정이 된 통신비밀보호법의 관련 부분에 대해 먼저 간략하게 언급하고자 한다.

2) 통신비밀보호법은 원칙적으로 법률의 규정에 의하지 아니한 전기통신의 감청이나 공개되지 아니한 타인간의 대화의 녹음·청취를 금지하고(제3), 예외적으로 동법 제5조에 규정된 특정한 범죄의 수사를 위하여 검사가 청구하여 법원이 발부한 통신제한조치허가서에 의하여 감청할 수 있도록 하고 있다(제5조, 제6조).

3) 이재상, 형사소송법, 542면; 신동운, 형사소송법, 656면; 백형구, 형사소송법연구, 691면; 배중대/이상돈, 형사소송법, 581면; 김대휘, "사진과 비디오테이프의 증거능력", 형사판례연구(6), 446면.

4) 1999년도 한국형사법학회의 하계학술논문발표회에서도 '형사증거법의 현대적 쟁점'이라는 주제중 하나로 비디오 테이프의 증거능력을 다루고 있다. 이에 대해서는 하태훈, 사인의 증거수집과 그 증거능력; 허일태, 비디오 테이프의 증거능력, 1999년도 한국 형사법학회 하계학술논문발표회 발표문 참조.

5) 비디오나 녹음테이프와 관련된 일반적인 내용이나 수사기관의 비밀 녹음 등은 본고의 범위를 벗어나므로 생략하기로 한다.

II. 通信秘密保護法

전화 감청과 비공개에 대화에 대한 비밀녹음을 예외적으로 허용하고 있는 근거규정이 통신비밀보호법이다. 동법은 국가기관이나 일반 개인이 전기통신을 전자장치나 기계장치 등을 사용하여 도청하는 행위와 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음하거나 청취하는 행위를 금지하고 있다(동법 제3조).⁶⁾ '전기통신'은 유선, 무선, 광선 및 기타의 전자적 방식에 의해 모든 종류의 음성, 문언, 부호 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것으로 정의하고 있으며(제2조 제3호), 여기에는 전화 및 전신 및 팩스 등은 물론 최근에는 휴대폰이나 무선호출기, 이메일 그리고 회의내용에 대한 화상을 상호 전송하는 행위도 해당된다고 한다.⁷⁾ 감청은 '전기 통신에 대해 당사자의 동의 없이 전자장치, 기계장치 등을 사용하여 통신의 음성, 문언, 부호, 영상을 청취, 공독하여 그 내용을 지득, 채록하거나 전기통신의 송수신을 방해하는 것으로 규정하고 있다(동법 제2조 제7호). 따라서 동법상의 감청은 반드시 '전자장치, 기계장치'를 이용한 경우여야 하며, 통신에 관한 외형적 기록, 즉 거래정보가 아닌 통신의 내용을 지득, 채록하는 경우와 통신의 송수신을 직접적으로 방해하는 경우만이 감청에 해당된다고 한다.⁸⁾

아울러 동법은 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음하는 것을 금지함으로써 비공개에 타인의 대화만을 그 보호대상으로 한다. 여기서 '공개되지 아니한' 것이 반드시 비밀과 동일한 것은 아니고 '공개'되었는지의 여부의 판단기준은 일반인이 알거나 알도

6) 통상 비밀리에 행하는 수사방법에는 유선으로 연결된 전화선에 도청설비를 부착시켜 통화 내용을 엿듣는 전화도청(wiretapping), 비밀마이크를 이용한 통화내용의 청취(bugging) 및 대화자의 일방의 협력에 의해 대화를 비밀 녹음하는 경우가 있으며, 최근에는 디지털이나 아날로그에 의한 통신을 가로채어 그 내용을 해독하는 전기도청도 있다고 한다. 이에 대하여는, 원혜옥, 도청·감청 및 비밀녹음(녹화)의 제한과 증거사용, 한국형사정책연구원, 2000년, 31면 이하 참조.

7) 권영세, 저스티스 제30권 제4호, 120면 이하; 심회기, 수사·정보기관의 감청·도청의 실태와 통신비밀보호법의 개정방향, 형사정책연구 제10권 제3호, 18면 이하; 원혜옥, 34면 이하. 그에 반해 수사기관이나 국가정보원에 의해 휴대전화 통화내역을 조회하는 것은 통신비밀보호법상의 '전기통신'이라고 할 수 없는데, 그것은 통신에 관한 외형적 기록이 아닌 통신의 '내용'을 지득, 채록하는 경우와 통신의 송·수신을 직접적으로 방해하는 경우만 감청에 해당한다고 보기 때문이다(권영세, 저스티스, 122, 123면). 따라서 이러한 정보를 필요로 할 때에는 동법상의 통신제한조치허가서를 발부받을 필요가 없으나 이는 입법상의 미비점이라고 한다(심회기, 31면).

8) 권영세, 저스티스, 123면; 심회기, 과학적 수사방법과 그 한계, 한국형사정책연구원 1994, 85면.

록 허용된 경우에는 '공개'된 것이라고 한다.⁹⁾ 또한 동법 제3조는 '누구든지' 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 않고는 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다고 규정하고 있으므로 수사기관 뿐만 아니라 사인의 비밀녹음도 동 조항에 의해 위법하다고 할 수 있다.

III. 私人¹⁰⁾이 녹음·녹화한 (비디오)테이프의 증거능력

1. 대법원 판례

우선 사인이 행한 비밀녹음과 관련된 종래의 판결을 살펴보면, 먼저 국가보안법 위반 사건¹¹⁾에서 다른 교사가 학생들과 대화를 나누면서 교사인 피고인이 수업시간에 발언한 내용을 들었다는 학생들의 진술을 비밀 녹음하였다. 이 비밀 녹음된 테이프 및 그에 대한 검증조서의 증거 인정 여부에 대해 판단하면서 대법원은 '녹음테이프가 원본이거나 원본으로부터 복사한 사본일 경우에는 복사과정에서 편집되는 등의 인위적인 조작 없이 원본의 내용 그대로 복사한 사본이고 공판준비나 공판기일에서 원 진술자인 학생들의 진술에 의하여 녹음테이프에 녹음된 각자의 진술내용이 자신이 진술한 대로 녹음된 것이라는 점이 인정되면' 제313조 1항에 따라 증거로 사용할 수 있다고 하였다. 이러한 비밀녹음은 사인이 피고인 아닌 사람과의 대화내용을 그 대화 상대방의 동의 없이 몰래 녹음테이프나 비디오테이프에 녹음한 소위 '당사자비밀녹음'이라고 할 수 있다.

동일한 기준으로 녹음테이프의 증거능력을 판단한 또 다른 판례로는 공직선거및부

9) 권영세, 저스티스 132면.

10) 여기서의 사인에는 국가기관의 보조자로서 행위하는 사인은 제외한다. 예컨대 수사기관의 부탁을 받고 타인의 대화를 비밀리에 녹음했다면 비록 그 녹음자가 사인이라 하더라도 사인에 의한 증거수집으로 볼 수 없으며 수사기관의 보조자에 불과하기 때문에 수사기관에 적용되는 법률규정이 그대로 적용되어야 한다. 이에 대하여는 Bockemühl, Private Ermittlungen im Strafprozeß. Ein Beitrag zu der Lehre von den Beweisverboten, 1996, S.18ff; Frank, Die Verwertbarkeit rechtswidriger Tonbandaufnahmen Privater. Überlegungen zu einem einheitlichen Schutz des Rechts am gesprochenen Wort im Straf- und Strafverfahrensrecht, 1996, S.32ff.

11) 대법원 1997.3.28. 선고, 96도2417

정선거방지법 위반사건이 있으며,¹²⁾ 그 외의 판결¹³⁾에서도 '피고인이 범행 후 피해자에게 전화를 걸어오자 피해자가 증거를 수집하려고 그 전화내용을 녹음한 경우, 그 녹음테이프가 피고인 모르게 녹음된 것이라 하여 이를 위법하게 수집된 증거라고 할 수 없다'고 하여 비밀 녹음테이프의 증거능력을 인정하였다. 이 판결도 전화통화당사자가 통화를 직접 녹음했기 때문에 '당사자 비밀녹음'의 유형에 해당한다고 하겠다.

이러한 판례들을 통해 대법원은 사인이 대화의 내용이나 전화 통화를 비밀리에 녹음하였다는 것만으로는 녹음테이프를 위법수집증거로 보아 증거능력을 부정하는 것이 아니라 효과적인 형사소추 및 형사소송상의 진실발견을 위해 제한적으로 일정한 요건을 갖춘 경우 비밀녹음된 테이프의 증거능력을 인정하였다는 것을 알 수 있다.

따라서 종래 대법원 판결들은 당사자에 의한 비밀녹음인지 제3자에 의한 비밀녹음인지를 불문하고 일정한 요건을 갖춘 경우는 증거능력을 인정할 수 있다고 하여 비밀 녹음 자체의 위법성 여부에 대해서는 그 입장이 분명하지 않았다. 그에 비해 위의 대법판례에서 대법원은 통신비밀보호법을 위반한 비밀녹음은 위법이고 그에 따른 증거는 증거능력이 없음을 분명하게 보여 주고 있다. 즉 대법원은 누구든지 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음하는 것이 위법이므로 사인이 피고인과 공소외인 간의 대화(제3자의 비밀녹음)를 녹음한 부분은 통신비밀보호법 제14조 제2항에 의해 증거능력이 없고, 피고인간의 전화통화를 녹음한 부분은 피고인의 동의 없이 불법감청한 것으로 제4조에 의해 증거능력이 없고(제3자의 불법감청), 고소인이 피고인과의 대화를 녹음한(당사자의 비밀녹음) 것은 타인간의 대화를 녹음한 것이 아니므로 동법 제14조의 적용을 받지 않는다고 하였다. 따라서 통신비밀보호법이 금지하고 있는 제3자의 비밀녹음과 불법감청은 위법이고 따라서 그 테이프는 증거능력이 없는 데에 반해 당사자비밀 녹음은 통신비밀보호법의 규제대상에 포함되지 않으므로 형사소송법 제313조 제1항 단서에 따라 증거능력을 인정할 수 있다고 하였다. 본 판례의 특징으로 두 가지 점을 들 수 있다. 먼저 사인의 경우에도 통신비밀보호법에 따라 위법성을 평가할 수 있고 위법한 비밀녹음은 위법수집증거배제법칙에 의해 증거능력이 부정된다는 점이다. 다음으로 통신비밀보호법이 금지하는 '타인간의 대화'에는 대화나 전화의 일방 당사자가 하는 비밀녹음은 포함되지 않는다는 점이다.

12) 대법원 1999. 3. 9. 선고, 98도3169 판결.

13) 대법원 1997.3.28. 선고, 97도240.

2. 학설의 검토

사인이 감청한 내용이나 비밀 녹음한 테이프의 증거능력을 인정할 것인가에 대하여는 견해의 다름이 있다. 사인에 의한 비밀녹음의 경우는 그 발생형태에 따라 제3자가 타인간의 전화나 대화의 내용을 도청하거나 비밀녹음하는 경우와 대화의 일방 당사자인 사인이 행하는 비밀녹음으로 나누어 살펴볼 수 있다.

1) 제3자의 비밀녹음

먼저 비밀녹음은 불법이므로 증거능력을 부정해야 한다는 견해가 있다.¹⁴⁾ 그 근거로는 통신비밀보호법 제14조의 '타인의 대화비밀 침해금지' 규정을 들거나,¹⁵⁾ 범죄사실을 입증하기 위한 증거수집의 권한과 의무를 지고 있는 수사기관에 의한 감청이나 녹음에 대해서는 법원에 의한 사전적·사후적 통제를 규정해 두고 있을 뿐 아니라 사진과는 달리 전화통화나 대화와 진술증거에 대해서는 전문법칙이 적용되기 때문에 어떠한 경우에도 사인이 제3자간의 대화를 녹음한 경우에는 증거능력을 부정해야 한다는 견해도 있다.¹⁶⁾

다음으로 비밀녹음한 테이프의 증거능력을 인정하는 견해가 있다. 이 견해에 따르면 제3자가 타인간의 대화를 비밀 녹음하는 경우는 기망의 수단을 사용하거나 개인의 인격권을 침해했다고 볼 수 있는 경우에는 증거능력을 부정해야 하지만 그 정도에 이르지 않는 경우에는 비록 비밀녹음이라고 할 지라도 증거능력을 인정할 수 있다는 견해가 있다.¹⁷⁾

마지막으로 비밀녹음은 원칙적으로는 위법이지만 예외적으로 증거능력을 인정할 수 있다는 견해가 있다. 이는 제3자 녹음이라도 이익형량 내지 법익교량에 비추어 우월적인 공익을 위하여 도청·녹음할 정당한 사유가 있어 그 자의 인격권을 보호할 필요보다 현저히 더 큰 경우에 긴급피난과 유사한 상황이 인정되는 때에는 증거능력이 있다고 하여 제3자 녹음의 경우에도 이익교량에 따라 증거능력을 인정하고자 하는 견해¹⁸⁾이

14) 배종대/이상돈, 형사소송법, 609면; 신동운, 형사소송법, 657면.

15) 배종대/이상돈, 형사소송법, 609면.

16) 천진호, 위법수집증거배제법칙의 私人效, 2002학년도 한국비교형사법학회 하계 학술논문발표회, 80면.

17) 이재상, 사진과 녹음테이프의 증거능력, 고시계 97/12, 175면.

18) 김대희, 형사판례연구(6), 448면.

다. 이와 유사하게는 기본권을 이익형량이 가능한 기본권과 그렇지 않은 기본권의 영역으로 나누는 견해도 있다. 즉 기본권을 세 영역으로 나누어, 기본권의 핵심영역 이외의 영역에서는 이익교량이 가능하며, '사회적 거래영역'에서는 엄격한 이익교량이 없어도 증거능력이 인정된다는 것이다.¹⁹⁾

2) 대화의 일방 당사자에 의한 비밀녹음

먼저 대화의 일방 당사자가 비밀 녹음하여 얻은 증거는 아무런 제한 없이 증거능력을 인정할 수 있다는 견해가 있다. 이러한 견해는 다시 사인의 행위가 실체법적 불법이라 하더라도 그로 인한 증거의 소송법적 문제는 엄격히 구분하여 사인이 위법하게 수집한 증거도 원칙적으로 증거능력이 인정된다고 하는 견해와,²⁰⁾ 대화의 일방 당사자가 전화나 대화의 내용을 녹음하는 경우는 대화의 비밀성이 인정되지 않기 때문에 법원의 허가를 받지 않더라도 임의수사로서 허용된다는 견해가 있다.²¹⁾

다음으로 대화 일방 당사자에 의한 비밀녹음의 경우도 위의 제3자의 비밀녹음과 마찬가지로 충돌되는 이익이나 법익을 교량하여 증거능력을 인정할 수 있다는 견해가 있다. 이는 다시금 당사자 녹음은 제3자의 도청 녹음과는 권리침해의 정도에 차이가 있으므로 항상 법률상의 근거가 있어야 한다고는 할 수 없고 충돌되는 권리나 법익을 교량하여 당사자가 도청 녹음할 만한 정당한 사유가 있거나(따라서 상대방의 사생활보호의 권리보다 우월한 이익이 있는 경우) 그 대화가 사생활보호를 기대할 수 없는 상황에서 행하여진 것이라면 당사자녹음동의도청은 허용된다는 견해와,²²⁾ 대화의 일방 당사자로서 몰래 녹음하는 것은 허용되나 다만 그 녹음 결과를 증거로 사용함으로써 사생활의 기본권을 침해하게 되는 경우에 범죄에 대한 소추와 처벌이라는 공익과의 이익형량에 의하여 그 증거사용이 금지되는 경우가 있다는 견해도 있다.²³⁾

다음으로 당사자 녹음이든 제3자의 녹음이든 비밀녹음은 원칙적으로 위법하여 증거능력이 부정되지만, 다만 대화 당사자가 문제된 범죄의 증명과 직접적으로 관련된 경우-범죄 피해자, 피의자, 피고인-에만 비밀녹음이 위법하지 않다는 견해도 있다.²⁴⁾ 좀

19) 하태훈, 사인에 의한 증거수집과 그 증거능력, 형사법연구 1999, 제12호, 44면.

20) 신양균, 형사소송법, 2000, 645면.

21) 이재상, 고시제, 97/12, 174면.

22) 박종석, "사진·녹음테이프의 증거능력", 재판자료 제23집 형사증거법(하), 1984, 455면.

23) 김대휘, 앞의 논문, 447면.

24) 강동범, 형사판례연구(6), 473면; 천진호, 앞의 논문, 81, 82면.

더 구체적으로 살펴보면 먼저 당사자 일방에 의한 비밀녹음도 통신비밀보호법이 금지하고 있는 '타인간의 대화 녹음금지'에 해당한다고 보아 동법 제14조 제2항에 위배되며 그 결과 위법수집증거로 증거능력이 배제된다고 보는 견해도 있다. 다만 이 견해도 대화의 일방 당사자가 비밀녹음한 경우는 긴급피난 등을 이유로 예외적으로 정당화될 수 있다고 한다.²⁵⁾ 이와 유사한 견해로, 당사자 일방의 비밀녹음은 통신비밀보호법 위반은 아니지만 프라이버시 침해로 위법하며 단지 예외적으로 비밀녹음이 정당하다는 견해도 있다. 즉 전화통화자가 원치 않는 경우에도 통화의 내용이 누구에게라도 공개된다면 이는 통화자가 자신의 발언의 수신자의 범위 등을 결정할 수 있는 권리가 침해되어 불법 감청에 해당하며, 대화의 경우는 통신비밀보호법이 타인간의 대화만을 규율 대상으로 하고 있기 때문에 대화의 일방 당사자가 상대방의 동의 없이 몰래 녹음하는 하는 행위는 동법상의 위법행위는 아니지만 이 경우에도 프라이버시 침해로 위법하다고 본다.²⁶⁾ 단 긴급피난이나 정당행위에 해당하는 경우에는 대화 녹음의 목적 및 수단의 상당성, 녹음에 의한 이익과 침해되는 이익과의 비교형량에 의해 증거능력의 허용여부를 결정해야 한다는 것이다.²⁷⁾ 한 예로 고소 등을 제기할 때 증거확보를 위해 상대방의 협박전화 내용을 녹음하는 행위는 형법 제20조의 '기타 사회상규에 반하지 아니하는 행위', 즉 정당행위로서 위법성이 조각될 수 있다고 한다.²⁸⁾

3. 비판적 검토

1) 비밀녹음의 정당성

기본권에는 국가나 개인이 절대적으로 침해할 수 없는 기본권이나 기본권의 본질적인 영역이 있다. 예컨대 불가침의 '절대적 기본권'에는 인간의 존엄과 가치 그리고 일반적 인격권의 본질적 영역을 들 수 있다. 그러므로 인간의 존엄성을 침해한 증거수집의 방법은 어떠한 경우에도 정당화될 수 없으며 그렇게 수집된 증거의 증거능력은 인정할 수 없다.²⁹⁾ 예컨대 강제에 의한 촬영, 녹음 등이 여기에 해당한다.³⁰⁾ 불리한 증

25) 변종필, 앞의 논문, 77면.

26) 천진호, 앞의 논문, 81면; 하태훈, '사인이 비밀리에 녹음한 녹음테이프의 증거능력', 형사판례연구(8), 516면.

27) 천진호, 앞의 논문, 82면.

28) 권영세, 저스티스, 107면 주26.

29) Wolter, Menschenwürde und Freiheit im Strafprozeß, K. Meyer-GS, 1990, 510ff.

언을 하도록 강요한 주체는 국가기관 외에 사인도 포함된다. 즉 누구에 의해 강요되었는가에 상관없이 증거로 사용될 수 없다.

다음으로 기본권 제한이 가능한 '상대적 기본권'은 헌법 제17조의 사생활의 비밀이나 초상권 등의 일반적 인격권이 여기에 속한다. 중요한 것은 이러한 기본권을 침해하는 경우에는 법적 근거를 가져야 하며(헌법 제37조 2항), 그러한 경우에도 기본권의 본질적 영역에 대해서는 침해할 수 없다는 점이다. 이는 국가기관뿐만 아니라 사인이 증거수집을 위해 타인의 기본권을 침해하는 경우에도 그대로 적용된다. 따라서 국가기관이나 사인이 타인의 기본권을 침해하여 증거를 수집하는 경우에는 원칙적으로 그 법적 근거가 필요하다고 하겠다. 참고로 독일 연방 대법원은 최근 한 판례에서 "비례성의 원칙이 (기본권)침해의 근거가 되지 않으며, 기본권의 침해는 법적 규정을 필요로 한다"고 하였다.³¹⁾ 비례성의 원칙은 기본권의 침해에 대한 법적 근거라고 할 수 없으며, 따라서 기본권을 침해하는 소송법상의 조치(증거사용)를 정당화하는 데에 적합하지 않다는 것이다.³²⁾ Rieß³³⁾도 현대 형사소송의 본질적인 과제로, 형사소추의 목적상 필요한 시민의 사적 영역에 대한 침해는 개별적으로 기술된, 규범적으로 규정된 침해권능에 의해서만 제한되어야 한다고 하였다.

그러므로 비밀녹음과 증거사용으로 인한 기본권에 대한 침해는 침해의 정당성을 위해 법적(규범적) 근거, 즉 증거사용으로 인한 일반적 인격권의 침해를 정당화할 수 있는 형식적 법률이 필요하다.³⁴⁾

2) 타인간의 전화 도청 및 대화 녹음

사인에 의한 비밀녹음은 앞서 본 바와 같이 녹음을 행한 주체에 따라 구분하여 검토할 필요성이 있다.

타인간의 전화내용을 도청하거나 대화를 녹음·녹화하는 행위는 헌법상의 사생활 비밀보호(헌법 제17조)와 일반적 인격권(헌법 제10조)을 침해하고 통신비밀보호법의 불법행위(제3조: 도청행위와 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음하거나 청취하는

30) BGHSt 14, 358, 364f.

31) BGH, NStZ 1992, 44 m. Anm. Rogall, NStZ 1992, 45ff.

32) Wölfl, Die Verwertbarkeit, S. 83.

33) Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts, Schäfer-FS, 155, 172.

34) Wölfl, Die Verwertbarkeit, S.80-83.

행위)에도 해당한다. 그러나 이러한 불법 도청행위와 비밀대화녹음을 정당화하는 법률규정은 없다. 따라서 녹음된 테이프는 위법 수집된 증거이므로 통신비밀보호법 제4조에 따라 증거능력이 부정된다. 이러한 점에서 제3자 녹음이나 불법 도청의 증거능력을 부정한 판례의 태도는 타당하다고 하겠다.

3) 대화 당사자 일방의 전화 및 대화녹음

다음으로 대화의 당사자가 전화통화의 일방이 전화 통화나 대화내용을 비밀리에 녹음하는 경우에는 통신비밀보호법상의 불법행위(제3조)에는 해당되지 않는다고 해야 한다.³⁵⁾ 그것은 동법 제3조의 문언상('타인간의 대화') 제3자가 타인간의 대화를 비밀 녹음하는 경우만을 의미한다고 보아야 하며, 대화당사자 일방에 의한 비밀녹음인 경우에는 통신비밀보호법을 위반한 것은 아니기 때문이다. 그러나 이러한 경우에도 상대방의 프라이버시나 일반적 인격권을 침해한 위법이 있으며, 이를 정당화할 수 있는 법률규정이 없으므로 원칙적으로는 위법한 행위라고 할 수 있다.

다음으로 비밀녹음이 원칙적으로는 위법이지만 예외적으로 비밀녹음한 전화나 대화의 내용이 증거로 사용될 수 있는지에 대해 검토해 보아야 한다. 우선 당사자가 비밀 녹음된 테이프를 증거로 사용하는 데에 동의하는 경우나 사생활의 비밀번호를 기대할 수 없는 공개된 장소에서 녹음하는 경우에는 비밀녹음한 내용이라 하더라도 증거로 사용될 수 있다고 하겠다. 공개된 장소에서 말한 내용은 사생활 비밀보호 등의 기본권 보호의 대상으로 보기 어렵기 때문이다.³⁶⁾ 문제는 비밀 녹음한 개인이 범죄의 직접적인 관련자인 경우에도 예외적으로 비밀 수집한 증거의 증거능력을 인정할 수 있는가 하는 점이다.(예컨대 인질범의 전화내용을 몰래 녹음하는 경우 등이다). 범죄의 직접적인 관련자(피해자)인 경우에는 전화도청이나 대화녹음이 위법이기는 하지만 자신이나 가족의 생명이나 신체를 보호하기 위해 타인의 프라이버시를 침해하는 경우이므로 비밀녹음행위는 긴급피난이나 정당행위에 정당화될 수 있으며 그 위법성이 조각될 수 있다고 하겠다. 아울러 비밀녹음에 의해 얻어진 증거의 사용도 원칙적으로 기본권의 침해가 있을 수 있으나 동일한 근거에서 정당화될 수 있다고 하겠다. 그러므로 당사자 일방의 비밀녹음에 의해 얻어진 내용은 증거로 사용될 수 있다고 하겠다. 본 대상판례에서도 고소인이자 간통죄의 피해자라고 할 수 있는 남편이 전화를 비밀 녹음한 경우

35) 강동범, 형사판례연구(6), 473면; 김대휘, 앞의 논문, 447면.

36) 이재상, 고시계, 97/12, 174,175면; Wölfl, Die Verwertbarkeit, S.231.

이므로 위의 예외적인 경우에 해당한다고 보아 증거로 사용할 수 있다고 하겠다.

IV. 대상 판례의 검토

대상판례는 사인이 비밀 녹음한 유형에 따라 그 결론을 달리하고 있다. 먼저 대화나 전화 통화의 상대방이 아닌 제3자가 타인간의 대화나 전화를 비밀 녹음하거나 불법감청하는 경우는 통신비밀보호법의 관련 규정을 위반한 위법이 인정되므로 위법수집증거로 증거능력을 부정하는 판례의 태도는 타당하다.

다음으로 대화나 전화의 일방 당사자가 비밀 녹음하는 경우 판례는 종례의 판례와 마찬가지로 증거능력을 인정하였다. 그것은 당사자 비밀녹음은 통신비밀보호법의 규제 대상에 포함되지 않으므로 형사소송법 제313조 제1항 단서에 따라 증거능력을 인정할 수 있기 때문이라고 하였다. 그러나 본 판례도 당사자의 비밀녹음이 위법인지의 여부와 대화의 당사자가 범죄 피해자인 경우 예외적으로 비밀녹음된 증거를 사용할 수 있는지의 여부에 대해 정확히 밝히고 있지는 않다. 그러나 범죄의 피해자나 기타 관련자가 아닌 이상 대화나 전화통화의 당사자라고 해서 비밀녹음의 위법여부를 평가하지 않고 증거능력을 인정하는 것은 문제가 있다. 범죄의 직접적인 관련자가 아닌 이상은 당사자가 비밀 녹음하는 것이 통신비밀보호법의 규제대상에 포함되지 않는다 하더라도 대화나 전화 상대방의 기본권을 침해할 수 있으므로 사인이 한 비밀녹음도 국가기관이 행한 경우와 마찬가지로 비밀녹음을 정당화하는 법적 근거가 있어야 하고 이러한 법률이 없는 한 위법하다고 할 수 있다. 따라서 범죄의 직접적인 관련자 이외에는 대화나 전화통화의 당사자가 비밀 녹음한 테이프는 위법수집증거이고 그 증거능력을 부정하는 것이 타당하다고 하겠다. 본 대상판례에서는 범죄(간통죄)의 피해자라고 볼 수 있는 고소인이 전화통화를 녹음한 것이므로 녹음 테이프의 증거능력을 인정한 대법원의 태도는 결론에 있어서는 타당하다고 하겠다.

V. 결론

실체진실 혹은 이를 위한 증거의 수집을 위해 피의자 또는 피고인의 기본권을 지나치게 침해하거나 피의자, 피고인이 단순히 수사나 심리의 객체가 되어서는 안 된다. 그것은 피의자나 피고인의 기본권을 실체적 진실발견이라는 국가적 이익보다 우선적으로 보호함으로써 인간의 존엄과 가치를 보장하는 것은 법치국가적 요청이기 때문이다.

통화나 대화를 비밀리에 감청, 녹음하거나 사진, 비디오를 몰래 촬영하는 일은 타인의 사생활의 비밀보호와 통신의 자유 그리고 일반 인격권이 침해될 수 있으므로 그 침해에 대한 법적 근거가 마련되어야 한다. 따라서 형사소송법과 통신비밀보호법 등의 법률이 규율하고 있는 경우 이외에 비밀 증거수집과 증거사용은 녹음과 증거사용은 위법한 수사방법이라고 하겠다. 단 관련범죄 당사자가 비밀 녹음된 테이프를 증거로 사용하는 데에 동의하거나, 사생활의 비밀 보호를 기대할 수 없는 공개된 장소에서 녹음하는 경우, 혹은 범죄의 직접적인 관련자인 경우에는 예외를 인정할 수 있다. 위의 예외적인 경우를 제외하고는 비밀 녹음된 테이프와 그 증거사용은 위법하며 따라서 증거능력이 없다고 해야 할 것이다.