

# 공적 인물의 통신비밀보호와 공적 관심사에 대한 언론보도의 자유

‘안기부 X파일’ 사건에 대한 서울고법 2006노1725판결을 중심으로

이승선\*

(충남대학교 언론정보학과)

---

현재 한국법원의 언론소송에서는 보도내용이 공적인물·공적존재·공직자·공적관심사와 관련이 있을 때 진실하지 않더라도 면책범위를 확대하고 있고, 나이가 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 위법성을 조각하고 있다. 그러나 보도목적과 보도내용의 공공성에도 불구하고 취재행위의 위법성은 엄격하게 법적 책임을 묻는다. 이 연구는 이러한 언론소송법 환경에서 불법도청에 직간접적으로 관여하지 않고 획득한 도청테이프에 담긴 내용이 공적인물의 공적인 관심사와 긴밀히 관련될 때, 그 내용을 보도한 행위의 위법성이 조각될 수 있는지를 검토하였다. 구체적으로 MBC 이상호 기자의 통신비밀보호법 위반행위가 사회상규에 반하지 아니하여 위법성이 조각된다는 원심과 달리, 사회상규에 반하여 위법성이 조각되지 않는다고 유죄 판단한 항소심 판결의 내용을 분석·평가하였다.

연구 결과 통신비밀의 침해를 방지함으로써 보호되는 법익과 공적관심사에 대한 언론보도의 자유를 보장함으로써 달성되는 법익을 조정함에 있어서 사회상규에 반하지 아니하여야 한다는 위법성 조각의 요건을 엄정하고 제한적으로 적용하는 것은 타당하고, 이러한 기준에 의거 이 사건보도의 목적정당성, 수단방법의 상당성, 법익균형성, 긴급성과 보충성 등의 요건을 검토할 때, 이 사건의 보도는 사회상규에 반하지 아니함으로써 그 위법성을 조각시키는 것이 바람직하다고 판단하였다. 대통령제를 채택하고 있는 우리 헌법구조를 고려할 때 불법적인 방법으로 대통령선거, 나이가 국정을 농단하려고 도모하는 것이야말로 시와 때를 넘어서 국민들에게 알려져야 할 우리 사회의 가장 중대한 공익적 필요가 있는 사안이라고 할 것이기 때문이다. 그러나 통비법을 개정하여 위법성조각규정을 신설하지는 주장에 대하여 필자는 현대 사회에서 통신비밀보호의 중요성을 감안, 반대했다.

주제어: 위법성 조각, 사회상규, 형법20조, 통신비밀보호법, X파일, 도청, 공적 인물, 독수독과

---

\* girirang@cnu.ac.kr

## 1. 문제제기 및 연구문제

1969년 『언론학보』에 발표한 논문에서 장용 교수는 다른 범죄사실을 사회에 고발하는 특권은 언론에 부여된 사회적 의무이자 책임이라고 단언하고, 언론에 의한 명예훼손의 위법성 조각은 형법 제310조의 공공성과 진실성 요건을 적용해야 함은 물론 나아가 형법 제20조, 형사소송법 제223조, 동법 제234조를 적용할 것을 주장하였다. 형법 제20조 규정에 비취보전대 공정한 보도 및 논평은 당연히 위법성이 조각되고 일반적으로 범죄행위를 적발하는 것은 정당행위로 보아야 한다는 것이다. 또 형소법상의 ‘범죄로 인한 피해자는 고소할 수 있고’(형소법 제223조), ‘누구든지 범죄가 있다고 사료되는 때에는 고발할 수 있다’(형소법 제234조 제1항)는 규정을 그 근거로 제시하였다(1969, pp. 24~25).<sup>1)</sup>

그로부터 40여 년이 지난 오늘, 한국의 언론관계 소송은 어떤 모습을 보이고 있는가? 최근 한국 법원의 언론관계 소송에서는 두 가지 특성이 발견된다.

첫째, 보도의 대상이 공격인 인물이나 공격인 존재, 공격인 사안, 공직자 등일 경우 언론보도의 자유를 크게 확장하고 있다. 언론의 표현이 악의적으로 피해자를 모함하거나 현저히 상당성을 잃은 공격적인 표현이 아닌 한, 명예훼손 책임으로부터 언론을 면책하는 입장을 유지하고 있다(한위수, 2004, 2006; 양창수, 2005; 조준원, 2005; 이승한, 2006). 언론을 통해 전달되는, 국민이 알아야 할 정보는 개인의 인격형성, 자기실현은 물론 정치적 의사 형성과정에 참여하는 자기통치를 실현하는 공적 성격도 아울러 갖고 있고, 다양한 사상과 의견의 자유로운 교환을 위한 열린 공간의 확보와 언론매체에 의한 정보의 전달은 민주제의 필수불가결한 본질적 요소라고 할 것이기 때문이다.<sup>2)</sup> 또

1) 현행 형사소송법(법률 제7965호, 2006.7.19. 일부개정)에 의하면 이 규정들은 다음과 같다. 제223조 (고소권자) 범죄로 인한 피해자는 고소할 수 있다. 제234조 (고발)

① 누구든지 범죄가 있다고 사료되는 때에는 고발할 수 있다 ② 공무원은 그 직무를 행함에 있어 범죄가 있다고 사료하는 때에는 고발하여야 한다.

2) 헌법재판소 1999. 6. 24. 선고 97헌마265결정.

공직자의 도덕성, 청렴성이나 그 업무처리가 정당하게 이루어지고 있는지 여부는 항상 국민의 감시와 비판의 대상이 되어야 한다는 것도 그 근거다.<sup>3)</sup>

둘째, 취재과정이 위법할 경우, 보도내용의 공익성과는 별도로 법원은 언론의 법적 책임을 엄격하게 묻고 있다. 모 정당 총재비서실장 부인의 보험모집 계약자료를 획득해 보도한 한겨레 기자에 대해 벌금형을 선고하고, 검찰직원 신분을 사칭해 모 학원사무과장의 집에서 서류를 가지고 나온 중앙일보 기자에게 공무원자격사칭·주거침입·주거수색 및 문서절치 혐의로 선고유예 1년을 선고하기도 하였다. 또, 한 국회의원의 사무실에서 언론관계 문건을 갖고 나온 평화방송 기자의 행위에 대해 문서절취혐의로 기소해 징역 8월 집행유예 1년을 선고하였으며, 검사사무실에 들어가 수사서류의 유출을 시도한 국민일보 기자의 행위에 대해 징역 8월 집행유예 2년을 선고하였다.<sup>4)</sup> 검사 신분을 사칭하고 시장과 통화 취재한 KBS 프로듀서에게 벌금 300만 원, 세계 정교 창시자인 하모씨의 침실을 취재한 MBC 프로듀서에게 벌금 200만 원이 선고되기도 하였다.

한편, 언론관계 민사소송에서도 법원은 취재행위의 위법성에 대해 보도내용의 공익성과는 별개로 책임을 인정하고 있다. 앞의 하모씨 사건에서 원고는 주거침입을 주된 이유로 손해배상을 청구하여 승소판결을 받았고<sup>5)</sup> 이화여대 음대 교수가 청구한 명예훼손·사생활침해·초상권침해 소송에서 법원은 현행법 체포 현장이라고 하더라도 관계자의 동의가 없는 출입이 금지되고 그곳에서의 취재도 원칙적으로 불법이라면서 SBS 기자 등에게 위자료 1천만 원 지급을 선고했다.<sup>6)</sup> 그러나 이 소송에서 법원은 명예훼손에 대해서 위법성을 조각하였다. 취재해서 보도한 내용이 공공성을 충족해 아무런 문제가 없더라도 취재과정의 위법성에 대한 민형사상의 책임 추궁은 점차 강화돼왔고,

3) 대법원 2003. 7. 8. 선고 2002다64384판결; 2003. 7. 22. 선고 2002다62494판결; 2003. 9. 2. 선고 2002다63558판결.

4) 서울지법동부지원 1999. 2. 9. 선고 98고단5042판결.

5) 서울지법 98가합111257판결.

6) 서울고등법원 2001. 1. 11. 선고 99나66474판결.

앞으로 위법취재 행위에 대한 피소의 위협은 더욱 커질 것으로 보인다(김재협, 1999; 이승선, 2000, 2005; 김경호, 2005; 조준원, 2005, pp. 100~107; 윤길용, 2006; 류순열, 2006).

그렇다면, 공적 인물의 공적인 사안과 관련한 언론보도의 근간이 되는 자료가 불법으로 작성되었다는 것을 인지하였음에도 불구하고 언론이 이를 보도하였을 경우, 언론은 과연 면책될 수 있는가?

통신비밀을 보호하고 통신의 자유를 신장함을 목적으로 하는 현행 통신비밀보호법은 제3조에서 통비법·형사소송법·군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 전기통신의 감청, 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하는 것을 금지하고 있다.<sup>7)</sup> 또, 제3조의 규정에 위반하여 전기통신을 감청하거나 공개되지 않은 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하는 자, 이렇게 지득한 통신 또는 대화의 내용을 공개하거나 누설하는 자는 10년 이하의 징역과 5년 이하의 자격정지에 처하고 있다.<sup>8)</sup>

통신비밀보호법이 제정된 이후, 전 국가안전기획부 미림팀은 1997년 대통령선거정국에서 중앙일보 홍석현 회장과 삼성그룹 최고위급 인사인 이학수 본부장 간에 나눈 대화를 불법 도청하였는데, 이 테이프를 입수한 MBC 이상호 기사는 보강 취재를 한 후, 2004년 이를 방송하였다.<sup>9)</sup> 이 보도는 국가기관

7) 제3조 (통신 및 대화비밀의 보호) ① 누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법상의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열·전기통신의 감청 또는 통신 사실 확인 자료의 제공을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다(개정 2000.12.29, 2001.12.29, 2004.1.29, 2005.3.31).

8) 제16조 (벌칙) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 10년 이하의 징역과 5년 이하의 자격정지에 처한다. 1. 제3조의 규정에 위반하여 우편물의 검열 또는 전기통신의 감청을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취한 자 2. 제1호의 규정에 의하여 지득한 통신 또는 대화의 내용을 공개하거나 누설한 자

9) 도청이라는 용어는 일반적으로 널리 사용되지만 법령상 정의된 것은 아니며, 통신비밀보호법에서는 '감청'이라는 용어만이 사용되고 있다. 이른바 '안기부 X파일' 사건을 다룬 언론매체들의 보도에서는 물론 관련 논문들에서도 불법도청, 도청, 불법감청 등의 용어가 혼용되고 있다(김형준, 2005, p. 213). 김경호는 도청과 감청의 개념에 대하여 도청이 타인 간의 대화 혹은 통신을 청취하는 일반적인 행위를 의

의 불법도청 실태, 대기업 자본의 대통령선거 불법개입 의혹 등을 광범하게 폭로하는 계기가 되었으나 이상호 기사는 통신비밀보호법 위반의 죄로 기소되었다. 현행 통신비밀보호법은 위법성조각사유를 규정하고 있지 않다. 1심 재판부는 이 사건 보도가 통비법 제16조 제1항 제2호의 구성요건에 해당하지만 소위 X파일에 담긴 내용이 민주적 기본질서의 근간을 이루는 중요한 공익적 사항과 직결돼 있고 전체적으로 보도목적의 정당성, 법익의 균형성, 수단의 상당성 및 비례성 등의 요건을 모두 충족한다면서 무죄 판단하였다. 그러나 항소심 재판부는 이 사건의 대화내용이 국가안전보장, 사회질서의 수호 등을 위해 부득이하게 보도할 수밖에 없는 대상으로 평가할 수 없고 실명을 공개한 점, 대화 내용이 8년 전의 대통령선거 정국인 점, 불법에 오염되지 않은 자료를 발굴, 보도하지 않은 점 등을 이유로 수단·방법의 상당성, 긴급성, 보충성의 요건을 충족치 못했다면서 유죄로 판단하였으나 형의 선고를 유예하였다.

이 판결들은 통신비밀이라는 인격권과 중대한 공공적 사안에 관한 언론의 자유 또는 국민의 알권리가 위법 수집정보라는 접점을 기준으로 충돌한 경우로서(이승한, 2006) 외형상 통신비밀보호법 위반죄의 문제로 보이지만, 실질에 있어서 공적인 존재의 공적인 관심사에 대한 언론보도의 자유와 책임을 논하는 문제라고 할 것이다.

그 이유는 이 사건의 핵심이 '취재행위'가 아니라 '보도내용'과 관련이 있기 때문이다. 피고인 이상호가 불법적인 도청행위에 직·간접적인 개입을 한 바 없다는 점은 1, 2심 재판과정에서 모두 인정되었다. 따라서 이 사건에 있어서 실질적인 쟁점은 피고인의 위법적인 '취재' 행위가 아니라 불법 도청된 테이프에 담긴 내용의 '보도'로 인해 발생한 당사자들의 인격권 침해와 언론자유 간의 법익 조정의 문제이다. 또, 이 사건은 정당한 공적 관심사일

---

미하는 개념인 반면, 감청은 국가권력이 법적 근거를 가지고 타인의 통신 및 대화의 비밀성을 방해하는 행위라고 정의하고 있다(2005, pp. 8~9). 통비법상의 감청이란 전기통신에 대하여 당사자의 동의 없이 전자장치·기계장치 등을 사용하여 통신의 음향·문언·부호·영상을 청취·공독하여 그 내용을 지득 또는 채록하거나 전기통신의 송수신을 방해하는 것을 말한다(통법 제2조).

경우 위법성이 조각될 수 있는 사생활 침해 여부와 관련이 있다. 우리 헌법은 모든 국민의 사생활 영역에서 인간의 존엄성이 침해되는 일이 없도록 주거의 자유(제16조), 사생활의 비밀과 자유(제17조), 통신의 비밀(제18조) 등을 보장함으로써 국민의 사생활이 공간적으로, 내용적으로 최대한 보호될 수 있도록 노력하고 있다.

국민의 사생활을 주로 ‘공간적’으로 보호하기 위한 것이 주거의 자유라고 한다면, 사생활 영역을 ‘내용적’으로 보호해주기 위한 것이 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유, 제18조의 통신의 비밀과 자유라고 할 것이다(허영, 2005, pp. 376~389). 즉, 통신의 비밀을 보장하고 있는 것은 개인의 사생활의 비밀을 보장하며 개인의 인격을 보호하기 위한 것이다(김철수, 2005, p. 623). 통신의 비밀보호 문제는 사생활 보호의 문제로 귀결된다는 이러한 논의 외에도 우리 대법원이 사생활 침해의 위법성조각사유로 제시하고 있는 ‘공중의 정당한 관심사’나 미국에서 거론되는 ‘뉴스 가치성’ 모두 그 구체적인 내용을 들여다보면 명예훼손 분야에서의 위법성조각사유의 하나인 ‘공공성’ 요건에 관한 논의와 유사함을 알 수 있다(김경환, 2006, p. 76).<sup>10)</sup>

이런 맥락에서 이 연구에서는 구체적으로 다음과 같은 연구문제를 설정하였다.

첫째, 직접적이든 간접적이든 불법 도청행위에 관여하지 않고 자료를 획득해 보도하였음이 인정된 이 사건에 현재 대법원이 유지하고 있는 공적 인물의 공적인 관심사에 대한 언론 면책법리가 적용될 수 있는가? 구체적으로 형법 제310조의 ‘진실성과 공공성’에 의한 위법성조각, 언론중재법 제5조의 ‘공적인 관심사에 대한 중대한 공익상 필요’, 나아가 형법 제20조 사회상규에 위배

10) 최근 하급심에서도 통신비밀침해를 사생활침해 문제로 판단하고 있다. 즉, 국회의원이 국회 본회의장에서 한 언행의 보호범위와 관련된 가치분신청사건의 항고심에서 서울고법은 신청인의 사적인 대화를 몰래 촬영하고 녹음한 것은 통법에서 금지하고 있는 행위, 즉 신청인의 사생활의 비밀과 자유를 침해한 것이라고 판단하였다(서울고등법원 2006. 11. 6. 선고 2006라1020결정(재항고); 이승환, 2006, pp. 81~83, 재인용).

되지 않은 정당한 행위로서 위법성이 조각될 수 있는가?

둘째, 불법으로 도청한 자료에 담긴 내용의 위법성을 보도한 이 사건에서 독수독과론이 갖는 함의는 무엇인가? 독수독과론은 위법수집증거배제법칙과 자백배제법칙의 실효성을 확보하기 위한 것으로 위법하게 수집된 증거물 또는 자백에 의거하여 발견된 파생증거를 증거로 사용하는 것을 금지하는, 재판절차에서의 증거능력의 문제와 관련이 있다. 위법수집증거배제법칙이나 독수독과론의 범리는 수사기관의 불법행위 억제를 추구한다. 그럼에도 불구하고 이 사건보도를 전후해 일부 언론매체와 학자들은 독수독과론을 적용해 보도를 억제시켜야 한다는 주장을 한 바 있고, 항소심 판결에서도 독수독과론이 거론되었다. 그렇다면 공적인물의 공적관심사에 대한 의혹의 제기와 사회 환경의 감시·비판을 책무로 하는 언론에게 독수독과론을 적용하는 것은 타당성을 지니는가, 또 독수독과론 논의는 어떤 함의를 지니는가?

## 2. 사건의 개요 및 판결의 주요 내용<sup>11)</sup>

1960년대 중반 중앙정보부 시절부터 운영돼 온 정보수집팀의 별칭인 ‘미림팀’은 6공화국 말기와 문민정부 시절 2차례에 걸쳐 공운영을 팀장으로 조직을 정비하여 도청방식에 의해 첩보수집을 하였다. 6공화국 말기인 1991년 9월, 공운영을 팀장으로 기존의 미림팀을 재편하고 도청방식을 도입하여 운영해 오다가, 1992년 12월 중단하였다. 통신비밀보호법을 제정한 이후 문민정부 시절인 1994년 6월, 공운영을 팀장으로 미림팀의 활동이 재개되었다가 제15대 대선직전인 1997년 11월 활동을 중단한 것으로 알려졌다.

정당대표, 전현직 국회의원 등 여야정치인, 국무총리·장관·청와대비서실

11) 사건 개요는 1심판결(서울중앙지법 2006. 8. 11. 선고 2006고합177판결), 항소심 판결(서울고법 2006. 11. 23. 선고 2006노1725판결), 서울중앙지방검찰청의 「안기부·국정원 도청·불법감청관련 사건 중간수사결과」 보고서, 김형태(2007), 양문석(2005), 정대필(2005), 월간조선(2005) 및 기타 신문자료를 참고로 정리하였다.

장·청와대수석비서관·경찰청장·보안사령관·참모총장 등 고위 공무원, 신문·방송사 등 언론계 주요간부, 법조계 인사 등 사회 지도층 인사들을 상대로 도청행위가 이루어졌다. 미립팀장 공운영은 1996년 8월부터 도청테이프와 녹취보고서를 모아두었다가 1997년 12월 집으로 옮겨 놓았는데 분량은 녹음 테이프 274개, 녹취보고서 13권이였다.

공운영은 1999년 3월 국정원에서 면직된 후 재미교포 박인회에게 이학수 삼성그룹비서실장과 홍석현 중앙일보 회장의 대화를 도청한 테이프 1개, 녹취보고서 3건을 전달하였고, 박인회는 1999년 9월 삼성그룹 이학수 구조조정 본부장의 사무실에 찾아가 도청 녹음테이프를 공개하지 않은 대가로 5억 원의 금품을 요구하였으나 이학수 본부장이 금원을 제공하지 않고 국정원에 신고함에 따라 미수에 그치게 되었다.

박인회는 2004년 12월 5일, MBC 이상호 기자에게 녹취보고서 3건의 복사본을 제공하였고, 2004년 12월 23일 MBC 사장이 주최한 간부회의에서 이상호 기사는 취재내용을 보고하였다. 회의에서 녹음테이프가 없는 이상 보도할 수 없다는 결론이 내려지자 이상호 기사는 박인회로부터 녹음테이프를 받으려 2004년 12월 28일 미국으로 출국하였다. 다음날 박인회에게 취재사례비조로 1,000달러를 주었고 테이프를 건네받기 위해 함께 귀국하여 도청테이프를 건네받은 후 이상호 기사는 자신의 사무실에서 베타테이프로 내용을 복사하고 원본을 돌려주었다. 베타테이프에 녹음된 음성의 성문을 분석하기 위해 박인회와 함께 할리우드로 출국, 성문을 분석한 결과 도청테이프에 녹음된 음성이 홍석현과 이학수의 음성임을 확인하였다.

방송국 내부사정으로 이 사건에 대한 취재가 중단되었으나 2005년 2월경부터 언론계에 이상호 기사가 X파일을 입수했다는 소문이 퍼지기 시작했다. 2005년 3월 4일자로 보도국 라디오 뉴스로 소속이 변경된 이상호 기사는 보도국장에게 정식으로 취재 재개를 요청하였는데, 국장단 회의 후에 취재 재개가 허가되었으나 MBC는 도청자료의 출처가 명확해지고 안기부에서 도청을 하여 작성했다는 사실이 명확하게 인정되지 않는 한 보도가 불가능하다는 입장을 정했다.



2005년 3월 15일, 한국법음향연구소에 성문분석을 의뢰한 결과 이학수·홍석현의 음성이 틀림없다는 결론을 통보받았다. MBC는 2005년 5월 말, 고문변호사들로부터 녹취보고서 및 녹음테이프의 내용 공개에 대한 법률검토를 받고 공익 및 국민의 알권리 차원에서 문제가 없다는 자문을 받았으며 반론권 보장 차원에서 이견희·이학수·홍석현 등 3인에게 인터뷰를 신청했으나 성사되지 못했다.

인터넷 언론인 『데일리서프라이즈』는 2005년 6월 8일 ‘MBC와 이상호 기자의 침묵을 깰 때’라는 기사를 게재함으로써 ‘X파일’의 윤곽이 조금씩 드러나기 시작했다. 『한겨레신문』은 2005년 7월 1일 X파일의 내용이 중앙일간지 사주와 재벌그룹 고위임원이 특정정당 후보를 돕기 위해 정치자금 배분문제를 상의하는 내용이라는 취지의 보도를 하였고 『미디어오늘』을 비롯한 매체에서 MBC의 파일공개를 촉구하는 내용의 기사를 게재했다. 7월 20일에는 『동아일보』가 비교적 상세하게 이를 보도하였다. 7월 21일 『조선일보』 및 KBS가 안기부 도청실태와 X파일의 대강의 내용을 보도하자 MBC도 내부적으로 이를 보도하기로 결정하였다.

대화 당사자인 이학수와 홍석현은 2005년 7월 21일 서울남부지방법원에 문화방송을 상대로 테이프 관련 내용을 일체 보도하지 말 것과 이를 위반할 때, 행위 1건당 각 3억 원씩을 지급하라는 방송금지가처분신청을 하였고, 법원은 테이프의 원음을 그대로 방송해서는 안 되고, 테이프 또는 녹취록의 대화내용을 그대로 보도해서도 안 되며, 테이프 또는 녹취록의 실명을 사용하지는 안 된다는 가처분결정을 내렸다.<sup>12)</sup>

MBC는 당일 9시 뉴스데스크를 통하여 당사자들의 실명을 거론하지 않고, 대화당사자는 모 중앙일간지 사주와 대기업의 고위관계자라는 내용의 뉴스를 보도하였다. 그 후 다른 언론기관이 가처분결정에서 거론되지 않은 녹취보고서 3장을 토대로 대화 속에 등장하는 실명을 직접 거론하는 보도를 하게 되자 MBC는 다음날인 2005년 7월 22일부터 27일까지 X파일의 내용을 보다

12) 서울남부지방법원 2005. 7. 21. 2005카합1743결정.

세분하여 당사자들의 실명을 거론한 보도를 내보냈다.

이 사건 방송과 참여연대의 고발 이후 142일간에 걸쳐 소위 X파일 사건을 수사한 검찰은 2005년 12월 14일, 이진희 회장, 이학수 부회장, 홍석현 중앙일보 회장 등을 횡령혐의로 처벌하기 어렵고 뇌물공여혐의도 공소시효가 완료되었다면서 무혐의 결정을 내렸다. 그러나 X파일 내용을 보도한 MBC 이상호 기자와 월간조선 김연광 편집장을 통신비밀보호법 위반으로 불구속 기소하였다. 이상호 기자는 보도의 공익성을 고려해 면책규정을 두어야 함에도 통신비밀보호법이 위법성조각사유를 두지 않은 것은 위헌이라며 위헌법률심판제청을 신청했으나 법원은 이를 기각하였다.

2006년 8월 11일, 서울중앙지법 제24형사부는 X파일에 담긴 내용이 민주적 기본 질서의 근간을 이루는 중요한 공익적 사항과 직결돼 있다면서 비록 이 사건보도가 통비법 제16조 제1항 제2호의 구성요건에 해당하지만 전체적으로 보도목적의 정당성, 법익의 균형성, 수단의 상당성 및 비례성 등의 요건을 모두 충족하여 위법성이 조각된다고 판단, 이상호 기자에게 무죄를 선고했다. 월간조선 김연광 편집장에게는 목적의 정당성은 인정되지만 수단, 방법에 있어서 상당성 내지 비례성을 갖지 못한다면서 유죄를 인정했으나 그 선고를 유예했다.

그러나 2006년 11월 23일, 서울고등법원 제9형사부는 이 사건의 대화내용이 국가안전보장, 사회질서의 수호 등을 위해 부득이하게 보도할 수밖에 없는 대상으로 평가할 수 없고 실명을 공개한 점, 대화 내용이 8년 전의 대선정국인 점, 불법에 오염되지 않은 자료를 발굴, 보도하지 않은 점 등을 이유로 수단, 방법의 상당성, 긴급성, 보충성의 요건을 충족치 못했다면서 유죄로 판단하고 형의 선고를 유예했다. 김연광 편집장에 대해서도 유죄를 인정하고 형의 선고를 유예한 원심판결을 유지하였다. 1심 판결과 항소심 판결의 주요 내용은 다음과 같다.

<표 1> X파일 사건에 대한 1심과 항소심 판결의 주요 내용

구분	1심	항소심
위법성 조각사유 규정적용	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 일정 요건하 형법상의 일반적 위법성조각사유 적용함이 당연함 / 형법 제20조 ‘사회상규’는 초범규적 위법성조각사유를 실질법화한 것으로서 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념을 의미함 / 언론중재법 제5조 제2항 적용 상당. 이 조항은 언론인권 침해 시 사회상규의 의미를 보다 구체화한 것임.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 통비법 위반죄도 형벌로 처벌되는 형사법인 이상 형법상 정당행위를 위법성조각사유로 적용 가능.</li> <li>• 특별형법인 통비법 위반사건에 민사적인 언론중재법의 위법성조각사유를 적용한 것은 잘못임</li> <li>• 명예훼손 책임을 묻는 것이 아니기 때문에 명예훼손에 관한 특별위법성조각 조항을 적용할 수 없음.</li> </ul>
독수독과론		<ul style="list-style-type: none"> <li>• 재판절차에서 통비법위반으로 지득 또는 채득된 자료의 내용을 그 증거가치를 불문하고 증거로 사용할 수 없게 규정하고 있음. 불법도청 산물은 당초부터 존재해선 아니 되는 만큼 그것이 현재 없는 것과 똑같이 만들겠다는 입법자의 의지 반영함.</li> </ul>
불법성 인지도료 공개에 대한 위법성조각	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 원칙적으로 위법성조각 불가능.</li> <li>• 다만, 취득정보의 내용이 국가안전, 질서유지, 공공복리의 근간을 이루는 매우 중대한 공공의 이익과 직결된 것일 때, 위법성조각.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 도청내용 공개가 언론의 공적사명에 기반한 것이라서 사회상규에 위반되지 않으려면 매우 제한적이고 엄격한 원칙에 기반 평가를 해야 함.</li> <li>• 국가안보가 위협을 받거나 사회질서가 교란되어 국민의 생명, 신체 등에 심각한 위험이 야기되는 등 특수한 상황이 아니라면 위법성조각 인정 못함.</li> </ul>
테이프 정보에 대한 판단	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 대통령선거 장국에서 정치자금지원 문제, 정치인·전현직 경찰 고위관계자 딱값 지원문제를 담고 있음.</li> <li>• 대통령증심제하의 우리 헌법상 공명정대한 대통령선거가 무엇보다 중요하고, 검찰은 누구보다 법을 준수, 직무의 순결성을 보장해야 함.</li> <li>• 민주적 기본질서의 근간을 이루는 중요한 공익적 사항과 직결됨.</li> <li>• 해당 정보에 대한 공공의 관심사를 충족시키지 언론기관에 부여된 사회적 책무를 다하는 것으로 판단, 보도함이 부득이함.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 8년 전 대선후보 정치자금지원, 딱값문제 상의한 내용이며 일부 실행한 의신자료로서 공적 관심의 대상이 될 수 있음.</li> <li>• 대화 내용이 보도 당시의 국정운영이나 국가정치질서의 전개에 어떠한 직접적인 영향력을 미칠 만한 것이라 함은 지나친 것임.</li> <li>• 대화내용이 국간 안전보장, 사회질서 수호 등을 위해 부득이하게 보도할 대상이었다고 평가하기에 부족함.</li> </ul>

<p>사례비 100만원</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 자료에 대한 대가적 성격을 가졌다고 보기 어려움.</li> <li>• 취재의 관행을 넘지 않았고 위법하다고 판단 어려움.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 원심이 인정한 사실관계에 대해서는, 100만 원의 지급, 나아가 1,000만 원 정도 추가 지급 제의가 불법대가성이 있는지, 타 언론 기관에 유출되지 않도록 보안에 신중을 기했는지, 등 몇 가지 사실 ‘평가’에 관한 문제를 제외하고는 대체로 쌍방에 이의가 없음.</li> </ul>
<p>취득및 보도과정의 불법성</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 성문분석, 출처보강취재, 범람자문 등 진정성 여부확인 노력</li> <li>• 불법적인 자료를 취득하기는 하였으나 그 불법성에 깊이 오염되지 않았음</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 이상호가 투철한 기자정신으로 적극적, 용감하게 정보원을 추적, 취재한 활동 자체를 나무랄 수 없음.</li> <li>• 언론보도는 전국적, 광범위하여 회복하기 어려운 침해가 예상되므로 애당초 수단과 방법의 상당성을 인정하기 어려운 측면이 있음.</li> <li>• 실명보도, 돈의 액수 등 구체적인 대화내용 보도 등은 수단방법의 상당성을 평가하기에 부족.</li> <li>• 8년 전 사건이므로 긴급성도 인정 어려움.</li> <li>• 불법에 오염되지 않은 추가자료 발굴, 보도 없음으로써 보충성 요건 충족 못함.</li> <li>• 동기나 목적은 양형 참작 사유에 불과.</li> </ul>
<p>대화당사자, 언급자의 성격</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 국정의 방향, 국가조직의 운영, 기본적인 국가정치질서의 전개, 국민의 정치생활 등에 큰 영향을 미칠 수 있는 공적 인물들임.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 공적 관심의 대상이 될 수 있음.</li> </ul>
<p>결론</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 비독 통비법 제16조 제1항 제2호의 구성요건에 해당하지만, 전체적으로 볼 때 보도의 목적정당성, 법익의 균형성, 수단의 상당성 및 비례성 등의 요건을 모두 충족하여 위법성 조각.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 통비법 제16조 제1항 제2호, 제3조, 형법 제30조에 따라 징역 6월 및 자격정지 1년, 선고유예함.</li> </ul>
<p>기타</p>		<ul style="list-style-type: none"> <li>• 통신비밀보호법이 정한 울타리를 엄하게 지키고자 하는 이와 같은 이유로 이 법원은 피고인 이상호의 행위 나아가 당시 보도에 참여한 대한민국 모든 언론매체의 보도·출판행위가 통신비밀보호법 위반의 유죄임을 선언하는 것이다.</li> </ul>

### 3. 공적인 관심사로서 위법성조각 검토

최근 한국의 언론관계 소송은 두 가지 점에서 주목할 만하다. 하나는 확정 사실 보도가 아닌, 의혹을 제기하는 언론보도에 대해서도 면책 가능성을 크게 열어두고 있다는 점이고, 다른 하나는 언론의 취재과정에서 발생하는 사생활 침해에 대해 법원이 새로운 법익판단 기준을 제시하고 있다는 점이다.

우선, 법원은 공적인물이나 공직자, 공직후보자에 대한 언론의 ‘의혹제기 보도’를 합리적인 범위 내에서 확정적인 사실보도처럼 면책, 보호하는 경향을 보이고 있다. 여론의 자유로운 형성과 전달에 의해 민주적 질서를 생성 유지시키는 것이 언론의 사명이므로 언론의 속성상 당연히 그 표현의 자유를 최대한 보호받아야 한다는 것이다.<sup>13)</sup>

특히 전북도지사사건에서 대법원은 ‘수사기관이 아니고서는 의혹의 진위를 가리기가 현실적으로 어려울 때, 공직자에 대한 의혹의 제기에 대하여 쉽게 위법성을 인정해서는 안 된다’고 판시한 바 있다.<sup>14)</sup> 또 공인에 대한

13) 이를 테면 민노총사건(대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524, 37531판결), KBS프로듀서사건(대법원 2002. 12. 24. 선고 2000다14613판결), 전북도지사사건(대법원 2003. 7. 8. 선고 2002다64384판결) 대전법조비리보도사건(대법원 2003. 9. 2. 선고 2002다63558판결), 조폐공사불법파업보도사건(대법원 2005. 1. 14. 선고 2001다28619판결) 등에서 법원은 공직자 등에 대한 의혹의 제기는 악의적이거나 현저하게 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 허용된다는 입장을 유지하였다.

14) “한편 종래 국민적 관심의 대상이 되면서도 정치적으로 민감한 사건의 수사에 있어서 그 수사기관이 아니고서는 의혹의 진위를 가리는 것이 현실적으로 매우 어려운 데도 수사내용에 대하여는 보안이 철저하게 지켜짐으로써 국민들의 의구심을 해소하기에 아쉬움이 있었던 일이 없지 않았고 바로 이러한 경우에 정당이나 언론의 역할이 필요함은 우리의 경험으로 알 수 있다. 이러한 사정을 앞에서 본 법리에 비추어 살펴보면 이 사건에서 비록 원고가 미화 12만4를 도난당한 사실이 진실로 밝혀지지 않았고 피고가 진실규명을 촉구하는 수준을 넘어 소외 1의 진술에만 의존하여 단정적인 주장을 하였다고 하더라도, 고위공직자의 도덕성에 관한 공적 사안에서 정당 대변인의 정치적 논평에 해당하는 이 사건 제2 성명의 발표에 위법성을 선불리 인정할 수는 없다고 할 것이다”(대법원 2003. 7. 8. 선고 2002다64384판결). 한위수는 이를 두고 ‘피해자가 당해 명예훼손적 표현의 위험을 자초한 것인지

비판 또는 공적 관심사항에 대한 표현의 폭을 확대하는 일관된 입장을 유지해 온 법원은 민사사건뿐만 아니라 상대후보자에 대한 허위사실 공표가 문제가 된 형사사건에서도 공직 후보자에게 위법이나 부도덕함을 의심케 하는 사정이 있는 경우에는 이에 대한 문제제기가 허용되어야 하며, 공적 판단이 내려지기 전이라 하여 그에 대한 의혹의 제기가 쉽게 봉쇄되어서는 안 된다는 취지의 판시를 하였다.<sup>15)</sup>

또 하나 눈여겨볼 점은 취재과정에서 발생하는 사생활침해의 위법성에 대해 공중의 정당한 관심사항이라며 면책하는 하급심 판결이 등장하고 있다. 탈세범 고발 프로그램 취재과정에서 원고를 미행하고 사무실과 공장을 찾아가 그 내부를 촬영한 행위, 원고의 주택 안으로 들어가는 행위 등에 대하여 그러한 취재·촬영을 필요하고도 부득이한 것으로 판단하였다. 즉, 사생활이 일부 노출되거나 침해되는 결과에도 불구하고 방송의 공익성, 취재·촬영의 수단 및 방법의 상당성 등을 참작할 때 원고가 수인하여야 할 범위 내의 것이어서 위법하다 할 수 없다는 것이다.<sup>16)</sup> 한 문화재단 이사장의 부적절한 행위의 취재와 관련된 소송에서 서울중앙지법은 원고를 미행하고 비디오 촬영하는 행위가 공중의 정당한 관심사에 속하고, 자료 수집의 목적, 달리 자료를 취득할 방법이 없었다는 점, 목적의 범위를 벗어나지 않은 용도 등을 고려할 때 손해배상의 법적 책임을 인정할 수 없다고 판시하였다(김경환, 2006).<sup>17)</sup> 공중의 정당한 관심이란 ‘건전한 기준을 가진 공중의 합리적인 구성원이 통상 관심을 가지게 되는 일’로서 그 해당 여부는 그 사회의 일반적인 규범이나 관습에 따라 결정된다 할 것이다(한위수, 1999, p. 55). 그리고 공중의 정당한 관심사는 사생활침해 분야에서 가장 중요한 위법성조각 요건으로 다투어지고 있는데, 위의 최근 판례에서는 위법성조각의 판단 기준으로 ‘취재

---

의 여부도 함께 고려되어야 한다’는 원칙을 적용한 구체적인 사례라고 그 의미를 평가하였다(한위수, 2006).

15) 대법원 2003. 2. 20. 선고 2001도6138판결.

16) 서울고등법원 2005. 8. 16. 선고 2005나10977판결.

17) 서울중앙지법 2004. 6. 30. 선고 2002가단368619판결.

목적의 정당성'과 '취재행위의 필요성'을 제시하고 있다. 취재목적의 공익성이 인정되지 않는 취재행위는 사생활 침해를 정당화시킬 언론의 자유 범위 내에 포함될 수 없고, 따라서 취재목적의 공익성은 추후 보도할 내용이 '공중의 정당한 관심사'인지 여부와 직결되는 것이라 할 것이다. 또 취재행위의 필요성 내지 부득이성은 취재행위가 그 목적에 필요한 범위를 초과하지 않는 한도 내에서 이루어진 것인가, 다른 방법으로 정보를 수집할 여지가 없이 부득이하였는가를 의미한다(김경환, 2006).

통신비밀보호법 제16조 제1항 제2호의 규정을 위반한 것이 문제된 이 사건에서 1심 법원은 형법 제20조, 언론중재법 제5조 제2항을 적용해 위법성조각을 검토하고 있다. 앞서 말한 바와 같이 통비법은 자체에 위법성조각 규정을 두고 있지 않으나 1심 법원은 일정한 요건하에서 위법성조각을 긍정함이 당연하다고 판단하고 있다.

통신비밀보호법의 존재의의가 통신의 비밀에 대하여 법률상 강한 보호를 주고자 함에 있음은 앞서 본 바와 같지만, 통신의 비밀 역시 '국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다'고 규정한 헌법 제37조 제2항의 기본권제한의 법리에 따라 법률에 의하여 제한할 수 있는 상대적인 기본권에 해당되는 것이고, 통신비밀보호법 자체도 국민의 통신의 비밀을 보호하는 한편 헌법 제37조 제2항의 법리에 따라 통신의 비밀을 예외적으로 제한하는 법률인 것이다. 이와 같은 관점에서 통신의 비밀과 헌법상의 또 다른 기본권인 국민의 알 권리 내지 언론의 자유가 상충되는 경우에 있어서는 상충되는 두 가지 기본권이 각각 최대한 보장될 수 있도록 법이 제정, 해석, 운용되어야 한다고 봄이 상당하다. 우리 형법이 명예훼손 행위를 처벌하면서도 같은 법 제310조에서 (……) 별개의 특별한 위법성조각사유를 마련하여 두고 있는 것도 (……) 상충하는 법익간의 조화를 꾀하기 위한 것이다. 또 언론중재법 제5조 제1항에서 (……) 같은 조 제2항에서 (……)고 규정하고 있는 것도 같은 맥락으로 판단된다. 이와 같은 점에 비추어보면 통신비밀의 공개, 누설에 대하여

비록 통신비밀보호법 자체에서는 아무런 위법성조각사유도 규정하고 있지 않다 하더라도 이러한 행위에는 형법상의 정당행위 조항 내지 언론중재법 제5조 제2항에서 정한 위법성조각사유의 적용이 있다고 봄이 상당하다.<sup>18)</sup>

이에 대해 항소심 법원은 특별법인 통비법 위반 행위에 대해 형법 제20조의 적용을 인정하였으나 언론중재법을 적용하는 것을 부정하였다. 항소심 법원 판결은 다음과 같이 판시하고 있다.

언론보도를 둘러싼 기본권 상충 영역에서, 형사적 문제에 관하여는 형법에 명예훼손에 대한 특별한 위법성조각사유를 두어 ‘그 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다’라고 규정하였고, 나아가 민사적 문제에 관하여는 언론중재법률에 ‘인격권 침해가 사회상규에 반하지 아니하는 한도에서 피해자의 동의에 의하여 이루어지거나 또는 공적인 관심사에 대하여 중대한 공익상의 필요에 의하여 부득이하게 이루어진 때’ 그 위법성을 조각하는 것으로 규정하고 있다. 이러한 법률의 규정은, 적어도 공적 관심사가 되는 공적인 인물의 경우 사생활의 자유 등 그 인격적 권리가 언론보도에 의해 침해되더라도 그 개인의 기본권보다는 언론의 자유를 넓게 인정하겠다는 입법자의 의지가 반영된 것이다. 그러나 원심이 특별법인인 통신비밀보호법 위반 사안에 관해서 민사적인 언론중재법률상의 위법성조각 조항이 ‘적용’된다고 판단한 것은 잘못이다. 나아가 이 사건은 인격권 침해에 따른 개인의 명예훼손 등에 관한 형사책임을 묻는 것이 아니기 때문에 명예훼손에 관한 특별위법성조각 조항을 적용할 수도 없다.<sup>19)</sup>

항소심 법원의 판단처럼 이 사건에 언론중재법 조항을 적용해 위법성조각을 검토할 수 없는가? 나아가 형법 제310조를 적용해 위법성 조각을 검토하는 것은 불가능한가? 혹은 형법 제20조의 사회상규에 위배되지 않은 정당행위로

18) 서울중앙지법 2006. 8. 11. 선고 2006고합177판결.

19) 서울고등법원 2006. 11. 23. 선고 2006노1725판결.



서 위법성이 조각될 수 있는가?

첫째, 형법 제310조 소정의 공공성, 진실성 요건을 적용해 위법성 조각을 검토할 수 있는지 보자. 항소심은 언론중재법 규정을 적용해 위법성조각을 논하는 것, 그리고 명예훼손에 관한 특별위법성조각 조항인 형법 제310조의 적용을 부정하였다. 1심 재판부는 형법 제310조가 서로 상충할 수밖에 없는 언론의 자유와 개인의 인격권 충돌을 고려하여 양 법익 간의 조화를 꾀하기 위한 것이라고 간주하고 있으나 이 사건의 위법성조각은 형법 제20조, 언론중재법 제5조 2항에 의거 판단하고 있다.

이정원에 의하면 통신비밀보호법 제16조 제1항 2호의 규정은 X파일 사건에 적용되지 않는다. ‘제1호의 규정에 의하여 지득한 통신 또는 대화의 내용을 공개하거나 누설한 자’라 함은 직접 규정을 위반하고 전기통신을 감청하거나 공개되지 아니한 타인 간의 대화를 녹음 또는 청취한 자, 또는 이에 관여한 자에 국한될 뿐이므로 직접적이든 간접적이든 불법도청에 관여하지 않았을 경우, 이 조항의 적용 대상이 아니라는 것이다. 따라서 이 경우는 형법 제307조 1항의 명예훼손죄의 성립만이 가능하고 도청정보를 왜곡하지 않는 한 307조 2항의 허위사실 적시에 의한 명예훼손죄도 성립할 여지가 없다는 것이다. 그러므로 오로지 공공의 이익을 위하여 도청에 관여하지 않은 자가 도청정보를 공개한 경우는 형법 제310조에 의하여 위법성이 조각된다고 본다(2005, pp. 247~248).

이정원의 이러한 주장은 일면 수긍할 여지가 없는 것은 아니다. 그렇지 않을 경우 불법도청행위에 전혀 관계하지 않았음에도 불구하고 불법도청에 의해 얻어진 정보를 언론을 통해 보도하는 자는 물론 이 사건 테이프에 담긴 내용을 토대로 사회적 논쟁에 참여하고 있는 작금의 모든 행위자들이 통비법 제16조 제1항 2호에 해당돼 처벌의 대상이 될 수도 있기 때문이다.

그러나 동조 제1항 2호 규정의 취지가 ‘공개되지 아니한 타인 간의 대화를 녹음 또는 청취한 자가 이러한 방법으로 지득한 통신 또는 대화의 내용을 공개하거나 누설한 경우에 한해 처벌하는 것’이라고 보긴 어렵다. 즉 타인 간의 통신·대화를 불법으로 수집하는 행위를 처벌하는 것과 별개로 동법 제16

조 제1항 2호는 불법적으로 수집된 통신·대화의 내용을 그 정을 알면서도 공개하거나 누설하는 행위를 처벌하는 독립된 범죄구성 요건 규정으로 봐야 할 것이다.

1심 재판부가 판시하고 있듯이 통신의 비밀을 강력하게 보호하기 위해 입법자는 동 조항의 불법 도청자료의 공개, 누설행위에 대해 별도의 예외조항이나 위법성조각사유를 규정하고 있지 아니하다. 통신의 비밀에 해당하는 내용을 불법적으로 수집하는 행위와 그러한 불법한 방법으로 획득된 정보를 공개, 누설하는 행위를 동일한 것이라는 전제하에 예외 없이 전면적으로 처벌함으로써 통신의 비밀을 강하게 보호하고자 하는 것으로 판단된다는 것이다. 그러므로 이 사건에서 피고인 이상호가 ‘직간접적으로 불법도청행위에 관여해서 지득하게 된 내용을 공개, 누설한 것이 아니기 때문’에 통비법 제16조 제1항 2호의 적용대상이 될 수 없다는 이정원(2005)의 견해는 받아들이기 어렵다. 불법도청행위에 어떤 형태로 관여했는지, 그리고 불법 도청한 통신·대화의 내용을 공개·누설한 자가 누구인지를 불문하고 예외 없이 처벌하고자 하는 입법취지가 동 조항에 반영돼 있고 따라서 법의 형식논리에 의하면 명예훼손죄가 아니라 통비법 제16조 제1항 2호 위반죄로 기소된 이 사건 피고인의 행위에 대해 형법 제310조를 적용하여 위법성을 조각할 수는 없다 할 것이다. 형법 제310조는 ‘공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자를 처벌하고 있는 동법 제307조 1항의 특별위법성 조각 규정이기 때문이다.

그러나 실질적으로 이 사건은 ‘공개되지 아니한 타인 간의 대화를 녹음 또는 청취’하는 불법도청 행위가 아니라 이미 누군가가 몰래 녹음한 ‘타인 간의 대화의 내용을 공개’하는 보도 행위 및 그 보도의 내용이 핵심적인 문제라고 할 것이다. 따라서 이 사건의 쟁점은 피고인이 보도한 행위의 내용이 그동안 법원이 면책범위를 확대·강화해온 공적 인물의 공적 관심사에 해당하는지 여부이다. 현재 한국 법원이 언론소송에 적용하고 있는 바대로, 만약 언론이 직접 불법도청을 감행하거나 간접적으로 불법도청에 관여해 획득한 자료를 바탕으로 보도하였다면, 이는 어떠한 경우에도 법적 책임을 면할 수

없을 것이다. 다만 이 사건은 불법도청에 직간접적으로 관여하지 않은 자가 보충적인 취재를 통해 테이프의 내용을 보도한 행위를 문제 삼고 있다는 점에서 ‘공적 존재, 공적 사안’에 대한 언론보도의 면책법리를 적용해 위법성 조각의 가능성을 논의할 필요는 있다고 본다.

둘째, 이 사건의 보도행위가 사회상규에 반하지 아니하므로 언론중재법 제5조 제2항의 규정을 적용하거나 형법 제20조의 정당행위 조항을 적용해 위법성조각이 가능한지 여부에 대하여 검토해보자.

현재 형법학계에서는 ‘위법성’을 전체 법질서에 반하는 성질이라고 설명한다. 이때 전체 법질서는 법규범의 총체로 이루어지는 규범체계를 말하며 법적 관점에서 보면 이 전체 법질서는 그 자체로서 완결성과 자족성을 갖고 그 규범체계의 규율대상이 되는 공동체의 고유한 역사적 전통을 무시하고서는 기능할 수 없게 된다. 우리 형법 제20조의 ‘사회상규’ 조항이 등장하는 것은 이러한 현실적 필요성을 고려했기 때문이다(신동운, 2006, pp. 216~217).

언론중재법 제5조 제2항은 ‘인격권의 침해가 사회상규에 반하지 아니하는 한도 안에서 피해자의 동의에 의하여 이루어지거나 또는 공적인 관심사에 대하여 중대한 공익상의 필요에 의하여 부득이하게 이루어진 때에는 위법성이 조각된다’고 규정하고 있다. 또 형법 제20조(정당행위)는 ‘법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다’고 규정하고 있다.

1심 재판부는 형법 제20조 소정의 ‘사회상규’는 이른바 초법규적 위법성조각사유를 실정법화한 것으로서, 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념을 의미하는 것이고 피고인의 보도행위가 사회상규에 반하지 않는 행위로 간주될 경우 그 행위의 위법성은 당연히 조각되며, 언론중재법의 동 조항은 언론에 의한 인격권 침해의 경우 사회상규의 의미를 보다 구체화 한 것이라고 판단하고 있다.

대법원은 기존 판례를 통하여 형법 제20조 소정의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위라 함은 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말한다고 판시하고 있다.

이 사건의 1심 법원이나 대법원 기준 판례는 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 것인지는 구체적인 사정 아래서 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단해야 하므로 정당행위의 인정을 위해 동기·목적의 정당성, 행위 수단·방법의 상당성, 보호이익과 침해이익의 법익 균형성, 긴급성, 보충성 등의 요건을 제시하고 있다.<sup>20)</sup>

항소심 법원 역시 통비법 위반행위에 대한 위법성조각사유로 형법 제20조의 ‘사회상규에 위배되지 않은 정당행위’ 여부를 판단하고 있음에도 불구하고 특별형법인 통비법 위반 사안에 관해서 민사적인 언론중재법상의 위법성 조각 조항을 ‘적용’한 것은 잘못된 판단이라고 보았다. 항소심 판결이 통비법 위반죄의 위법성조각사유로 언론중재법 제5조 2항을 적용하는 것은 잘못이라고 판단한 부분에 대해 김형태 변호사는 ‘위법성’의 법적 의미를 이해하지 못했다고 평가한다. 특별법인 통비법에 당연히 적용되는 일반법인 형법 제20조 소정의 초법규적 위법성조각사유를 해석함에 있어서 민사법인 언론중재법 소정의 위법성조각사유가 그대로 적용되는 것은 너무나 당연하다는 것이다. 불법(不法)은 형법상의 불법과 민법 행정법상의 불법이 구별되지만 위법성이란 전체 법률질서에 비추어 내리는 판단이기 때문에 언제나 같은 내용을 가진다는 것이다(2007, pp. 72~73).

그렇다면, 이 사건의 보도는 사회상규에 반하지 아니하는 것으로서 공적인 관심사에 대하여 중대한 공익상 필요에 의해 부득이하게 이뤄진 것, 또는 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위로서 위법성이 조각될 수 있는가?

1심 법원은 이 사건의 보도가 통비법 제16조 제1항 제2호의 구성요건에 해당되는 것이지만 전체적으로 볼 때 그 보도 목적의 정당성, 법익의 균형성, 수단의 상당성 및 비례성 등의 요건을 모두 충족하여 위법성이 조각된다고 판단하였다. 1심 재판부는 통신비밀을 침해하는 경우의 정당한 공적 관심사는 일반적인 의미보다 더 좁은 개념으로 해석해야 한다면서 통신의 내용이

20) 대법원 1994. 4. 15. 선고 93도2899판결; 대법원 2006. 4. 27. 선고 2005도8074판결; 대법원 2006. 4. 27. 선고 2003도4735판결; 대법원 2006. 6. 27. 선고 2006도1187판결.

공적인 관심사에 해당할 뿐만 아니라 통신의 주체가 공적인물이어야 할 것을 제시하였다. 즉, 통신의 주체가 일반 공중에 별 영향력을 미칠 수 없는 일반 시민에 불과하다면 그 내용을 공개한다고 하여 아무런 실익이 없으므로 이때는 통신의 공개가 공중의 정당한 관심의 대상이 아니라고 보았다. 그리고 이 사건의 테이프에 담긴 내용을 '민주적 기본질서의 근간을 이루는 중요한 공익적 사항과 직결'돼 있다고 판단하고 더불어 대화 당사자 중 일방은 당시 대기업의 의사결정과정에서 총수를 최측근에서 보좌하는 자리에 있었고, 다른 당사자는 중앙일간지 최고경영자이며, 대화 속에 등장하는 인물들 역시 모두 여야 대선후보를 비롯한 정치인이거나 전·현직 고위 검찰 관계자로서 국정 방향, 국가조직의 운영, 기본적인 국가정치질서의 전개, 국민의 정치 생활 등에 큰 영향을 미칠 수 있는 공적인물들이라고 판단하였다.

반면, 항소심 재판부는 이 사건 테이프에 담긴 정보의 공공성과 대화에 등장하는 인물 등에 대해 소극적인 판단을 내리고 있다. 즉, 테이프의 내용은 공적 관심의 대상이 될 수 있으나 통비법의 정신에 비춰볼 때 국가의 안전보장, 사회질서의 수호 등을 위해 부득이하게 보도할 수밖에 없는 대상이었다고 평가하지 않았고, 사건 보도와 테이프의 내용 간에는 8년의 시차가 있다는 점, 보도에 등장한 대선 후보가 대통령에 당선되고 퇴임한 후였다는 점, 다른 후보는 연거푸 낙선, 정계를 은퇴하였다는 점, 그러므로 보도된 대화의 내용이 당시 국정운영이나 국가 정치질서의 전개에 어떤 직접적인 영향력을 미칠 만한 것이라고 함은 지나치고, 보도의 시급성도 이유가 없다고 판단하였다.

미국의 연방대법원은 도청관련 사례의 결정판이라고 할 수 있는 2001년 판결에서 합법적인 수단을 통해 수집한 중요한 공적 이슈를 보도하지 못하도록 규제하는 것은 표현의 자유를 규제하는 것과 마찬가지로 판시하면서 주요한 사회적 관심사에 관한 언론보도는 도청 사례에서도 보호되어야 한다는 것을 확인하였다.<sup>21)</sup> 미국의 경우 도청된 자료의 보도에 대하여 언론의 책임을 묻기 위해서는 언론행위의 목적이 범죄·불법적인 행위를 목적으로

21) *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S. 514(2001); *McDermott v. Boehner*, 532 U.S. 1050(2001) (김경호, 2005, pp. 23~24 재인용).

한 것인지, 도청과정에서의 언론역할, 도청자료 습득의 정당성, 공개 내용의 공적 중요성, 통신비밀 보호를 위해 표현자유를 과잉규제하고 있지 않는지 등을 고려하고 있다(김경호, 2005, 24쪽; Middleton, Lee & Chamberlin, 2004, pp. 196~197; Overbeck, 2004, pp. 193~195; Zelezny, 2004, pp. 210~212).

위법성이 전체법질서의 체계를 의미한다고 할 때, 그리고 위법성조각요건으로서 사회상규의 의미를 고려할 때, 법의식과 법적 체계, 언론의 자유와 언론인의 행위규범 등이 동질적이지 않은 미국의 판례를 액면 그대로 수용할 수는 없을 것이다. 그러나 언론의 사회적 책무가 정치권력과 자본권력의 비리, 공적인 인물과 공직자들의 청렴성·도덕성을 부단히 감시하고 비판함으로써 민주주의 질서와 체계의 유지·발전에 주어지고 있다는 점, 테이프를 획득한 이후 보도에 이르기까지 벌인 피고인의 보강취재 노력 등을 고려할 때, 이 사건은 보도목적의 정당성, 수단방법의 상당성, 법익의 균형성, 보충성 등의 요건을 충족한다고 보여진다. 또 특정행위의 긴급성이란 그 행위 당시의 정황에 비추어 그 행위가 긴급을 요하고 부득이한 것을 살펴야 하는데, 여기서 긴급성이란 물리적 시간의 긴급성만을 의미하는 것이 아니라 그 행위의 위험성과 중대성이 포함되는 개념(김경호, 2005)이라는 점을 감안하면, 이 사건 보도는 긴급성의 요건 또한 충족한다고 할 것이다. 1심 재판부가 판단한 대로 대통령중심제를 채택하고 있는 우리 헌법구조를 고려할 때 불법적인 방법을 통해 대통령선거, 나아가 국정을 농단하려고 도모하는 것이야말로 시와 때를 넘어서 국민들에게 알려야 할 우리 사회의 가장 중대한 공익적 필요가 있는 사안이라고 할 것이기 때문이다.

#### 4. 불법도청 테이프의 보도와 독수독과론의 함의

이 사건의 보도 후에 대중 언론매체, 그리고 학자들의 글에서 ‘독수독과’론이 수차례 언급되었다.<sup>22)</sup> 불법으로 도청한 자료에 담긴 내용의 위법성을 보도한 이 사건에서 독수독과론이 갖는 함의는 무엇인가? 공적인물의 공적관심사

에 대한 의혹의 제기와 사회환경의 감시·비판을 책무로 하는 언론에게 독수독과론을 적용하는 것은 타당성을 갖는가? 우선 항소심 법원의 판시 내용을 살펴보자.

통신비밀보호법은 타인 간의 대화의 녹음, 청취 등 통신의 비밀에 속하는 내용을 수집하는 행위와 별도로, 불법적으로 수집된 내용인 줄 알면서 공개 누설하는 행위를 동일한 법정형으로 처벌하도록 규정하고 있다(……) 나아가 반드시 진실이 밝혀져야 할 재판절차에서마저도 이러한 통신비밀보호법에 위배되어 지독 또는 채록된 자료의 내용을 그 증거가치를 불문하고 증거로 사용할 수 없게 규정하고 있다. 다시 말하면 위와 같은 불법 도청의 산물은 당초부터 존재해서는 아니 되는 것인 만큼 그것이 현재 없는 것과 똑같이 만들겠다는 입법자의 강력한 의지를 반영한 것이다. 그런데 이 같은 독과수에 열린 과실에 언론이 접근하여 그 과실을 취재한 결과 이를 알려야만 한다는 언론 본연의 사명에 부닥치게 될 특별한 경우가 있다면 이는 어찌할 것인가. (……) 그러나 통신비밀보호법이 적용되는 영역은 앞서 본 바와 같은 언론자유 신장에 무게를 둔 영역과 다른 무엇이 있다. 그것은 그 언론보도의 정보원이 통신비밀보호법에서 존재 자체를 없이 하겠다고 한 독과실이라는 점이다(……) 통신비밀보호법은 적어도 도청에 의해서는 개인 간 대화

- 22) 이를테면 제성호 교수는 ‘X파일 파문의 본질은 X파일의 내용이 아니라 X파일 그 자체의 존재, 즉, 불법도청에 있고 그렇기에 차체에 국가기관에 의한 불법도청은 (사인에 의한 불법도청과 함께) 발본색원되어야 한다’는 인식하에 ‘그러한 불법 내지 범죄행위의 처리는 어디까지나 법치주의 내지 민주사회 법 원리에 따라 해결해야 하며 형사증거법상의 독수독과원칙이 그 대표적인 것이 될 것’이라고 주장하였다. 이 같은 독수독과원칙이 미국 등 선진국에서 널리 인정되고 있다면서 도청테이프에 불법 대선자금 제공(정경유착)이나 특정범죄가중처벌법상의 뇌물수수(김경연결) 등 범죄혐의사실이 담겨 있다면 이를 단서로 수사하는 것은 가능하지만, 별도의 독립된 증거를 확보해 기소해야 하고, 기소 때 제출되는 공소장을 통해 범죄 혐의 사실이 밝혀질 것이며 이를 통해 국민의 알권리가 충족되어야 하고 이것이 법치주의이고 적법절차라는 것이다(제성호, 2005). 이 사건의 보도 시점에서 ‘독수독과’론은 여러 언론매체에서 ‘위법수집증거배제법칙’과 같은 의미로 사용되기도 하였다.

내용이 별거벗겨지지 않는다는 법의 울타리를 치고 있다. 그 울타리 안에서 때로는 추잡하고 부끄러운 대화들이 오갈지도 모른다. 그러나 정작 국민이 알기를 원하는 것과 국민이 알아야 할 필요성이 있고 또 이를 알려야만 한다는 것은 별개의 문제이기도 하다. 통신비밀보호법이 정한 요건과 절차에 따르지 않은 불법 도청의 내용을 열어보니 결과적으로 꼭 국민이 알아야만 하는 것이었다고 하여 공개의 위법성을 쉽게 조각하여 이 울타리를 열어둔다면 어느 순간 어느 권력이나 재력 있는 세력은 보암직도 하고 먹음직도 한 독과실을 얻고자 타인의 밀실을 엿듣고 싶은 유혹에 빠지게 될 수 있을 것이다. 통신비밀보호법이 정한 울타리를 엄하게 지키고자 하는 이와 같은 이유로 이 법원은 피고인 이상호의 행위 나아가 당시 보도에 참여한 대한민국 모든 언론매체의 보도·출판행위가 통신비밀보호법 위반의 유죄임을 선언하는 것이다.<sup>23)</sup>

원래 독수독과(독수과실) 원칙이란 미국에서 발전된 이론으로서 위법하게 수집된 제1차 증거를 독나무로, 여기서 파생한 제2차 증거를 그 열매로 비유하여 제1차 증거에 대한 증거사용금지의 효과를 제2차 증거에 대해서도 원칙적으로 긍정하는 것을 내용한다. 즉, 위법하게 수집된 증거를 기초로 수집한 제2차 증거의 증거능력을 부정하는 것이다(박수희, 2003, pp. 348~349).

독수독과론은 위법수집증거배제법칙과 자백배제법칙의 실효성을 확보하기 위한 것이다. 소송절차에서 증거는 진술증거와 비진술증거가 있는데 위법수집증거배제원칙이란 미국증거법에서 유래한 것으로서 위법한 절차에 의하여 수집된 증거, 즉 위법수집증거의 증거능력을 부정하는 법칙을 가리킨다. 우리 대법원은 과거 일본 최고재판소의 ‘성질·형상 불변론’에 입각하여 증거물의 경우 위법수집증거배제법칙의 적용을 거부하고 있고, 이에 반해 학설상의 통설은 이 원칙의 채택을 지지하고 있다(조국, 2000, 131쪽; 이재상, 2003, 490~491쪽). 대법원은 ‘영장 없이 수색·압수·검증한 증거에 대해서도 즉, 위법한 대물적 강제처분으로 취득한 증거물이라도 조작된 것이 아닌 한 그

23) 서울고등법원 2006. 11. 23. 선고 2006노1725판결.



증거가치가 여전하다'는 이른바 '성질·형상 불변론'을 아직까지 포기하지 않고 있으며 위법수집증거배제법칙의 적용을 자백관련 부분과 기타 증거물관련 부분으로 구별하고 있다(박형상, 2005, 84~85쪽). 대법원 판례에 의하면 '모든 국민의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하는 것은 국가기관의 기본적인 의무에 속하는 것이고, 이는 형사절차에서도 당연히 구현되어야 하는 것이기는 하나 그렇다고 하여 국민의 사생활 영역에 관계된 모든 증거의 제출이 곧바로 금지되는 것으로 볼 수는 없고, 법원으로서도 효과적인 형사소추 및 형사소송에서의 진실발견이라는 공익과 개인의 사생활의 보호이익을 비교형량하여 그 허용 여부를 결정하고, 적절한 증거조사의 방법을 선택함으로써 국민의 인간으로서의 존엄성에 대한 침해를 피할 수 있다고 보아야 한다'고 판시하고 있다.<sup>24)</sup>

위법수집증거배제원칙을 인정하면서도 과실의 증거능력을 인정할 것인가에 대해서는 허용해서는 안 된다는 견해가 다수설이지만, 임의성 없는 자백에 기하여 수집된 증거의 증거능력만을 부정해야 한다는 견해와 임의성 없는 자백 가운데도 강제에 의한 자백으로 수집된 증거의 증거능력만을 부정해야 한다는 견해도 있다(이재상, 2003, 497쪽; 오경식, 2004, 72~74쪽).

현행 통비법은 제4조에서 불법검열에 의한 우편물의 내용과 불법감청에 의한 전기통신내용의 증거사용을 금지하고 있고, 제14조 제1항에서 '누구든지 공개되지 아니한 타인 간의 대화를 녹음하거나 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취할 수 없다'고 규정하면서 제2항은 이 규정이 제4조의 적용을 받는다고 명시하고 있다. 즉, 제3조의 규정에 위반하여 불법검열에 의하여 취득한 우편물이나 그 내용 및 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용, 몰래 녹음하거나 청취한 자료를 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다고 규정한 것이다.

그런데 박수희에 의하면 현행 통비법 조항들은 불법감청의 주체에 대하여 명시적인 언급을 하고 있지 않으나 법치국가적 요청이 국가기관에 지향되어

24) 대법원 1997. 9. 30. 선고 97도1230판결.

있다는 점은 분명하므로 일반적으로 수사기관의 불법감청으로 인하여 수집한 증거능력과 관련하여 동 조항들이 적용된다는 점에는 이견이 없다. 다만 사인이 개인의 기본권을 침해하거나 형사소송법규정을 위반하여 증거를 수집한 경우, 특히 사인이 전화나 대화를 비밀 녹음한 경우에 그 테이프의 증거능력과 관련하여 다양한 견해가 대립돼 있다(2003, 344~348쪽).<sup>25)</sup> 사인이 녹음·녹화한 경우 대법원의 입장은 통비법이 금지하고 있는 제3자의 비밀녹음과 불법 감청은 위법이고 그 테이프는 증거능력이 없는 데 반해, 당사자 비밀녹음은 통비법의 규제대상에 포함되지 않으므로 형사소송법 제313조 제1항 단서에 따라 증거능력을 인정할 수 있다는 입장이다(안경옥, 2003, 317~318쪽). 수사기관의 불법도청 등 불법행위를 근절하고 구체적으로 통신비밀보호법 동 조항의 취지를 고려할 때, 소송절차에서 위법하게 수집된 증거를 배제하는 원칙은 확대 적용될 필요가 있다.

그러나 독수독과론을 언급한 항소심 판결과 이 원칙의 적용을 주장한 논의의 특성은 첫째, 소송절차에서 증거능력을 문제 삼는 독수독과론과 공적인 관심사로서 중대한 공익상의 필요에 의해 의혹을 제기하는 언론매체의 행위는 구별되어야 함에도 불구하고 이 점이 명확치 않다는 점이다. 불법적으로 통신비밀을 침해하는 취재행위를 했을 때 언론은 법적 책임을 져야 하지만 자료의 획득과정에서 직접적이든 간접적이든 개입한 바가 없고, 획득 자료에 담긴 내용이 공적인 존재의 공적인 관심사란, 특히 정치적·사회적으로 중대한 공적 사안에 관한 것일 때, 이에 대해 의혹을 제기하는 것은 언론의 사회적

25) 대법원은 일련의 판례를 통해 사인이 대화나 전화통화의 당사자인 경우 대화의 내용이나 전화통화를 비밀리에 녹음하였다는 것만으로는 위법수집증거에 해당되어 당연히 그 증거능력이 부정되는 것이 아니며, 개인의 사생활보호 등의 기본권이 진실발견을 위해 제한될 수 있음을 밝히고 있으나 반면, 사인이 제3자로서 타인의 대화나 전화통화를 녹음한 경우에는 통비법 제4조 및 제14조를 근거로 그 증거능력을 배제하고 있음(박수희, 2003, 345~346쪽). 박수희는 전자에 해당하는 판례로 대법원 1997. 3. 28. 선고 96도2417판결; 1997. 3. 28. 선고 97도240판결; 1997. 9. 30. 선고 97도1230판결을 제시함. 후자의 예는 대법원 2001. 10. 9. 선고 2001도310판결.

책무라고 할 수 있다. X파일 사건에 독수독과론을 적용하는 것은 재판과정에서 제시되는 증거자료들의 증거능력 판단의 문제이며 검찰 역시 이 점을 유의, 독수독과론의 원칙을 준수하겠다는 입장을 보고서에서 피력하였다.<sup>26)</sup> 김형대 변호사는 홍석현·이학수의 범죄행위에 대한 형사절차에서 증거로 쓰지 못하는 것은 헌법 제12조의 소정 적정절차에 근거한 것이지만, 도청에 직접 간여한 바 없는 기자가 공적관심사에 관하여 그 내용을 공개하는 것을 허용할 것인지 여부는 적정절차 원리와는 아무 관계가 없고 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙의 해석에 달려 있다고 주장한다(2007).

둘째, 한국의 위법수집증거배제법칙, 또는 독수독과원칙의 수용현실에 대한 이해가 미흡하다는 점이다. 박형상 변호사는 미국식 독수독과실의 원칙, 또는 미국식 자동적·의무적 증거배제법칙만 소개되었을 뿐 한국의 위법수집증거배제원칙이나 영국·캐나다의 재량적 배제법칙, 일본의 상대적 배제법칙을 간과하거나 언급하지 아니한 점을 지적하고 있다(2005). 손재영은 정보수집의 위법성으로부터 그러한 정보의 사용도 마찬가지로 위법해야 한다는 결론을 강행적으로 도출할 수는 없다고 본다. 위험방지의 영역에서 기본권 보호의무의 측면에서는 범죄수사의 영역에서보다 더 큰 의미가 부여되기 때문에, 위험방지의 영역에서도 위법하게 수집된 정보의 사용은 언제나 금지되어야 하는 것은 아니며, 그러한 사용금지는 헌법적 관점에서 중대한 의문에 처해질 수 있다는 것이다. 신체와 생명과 같은 특별히 높은 가치를 갖는 법익에 대해 직접적으로 압박한 위험의 보호가 문제되고, 그러한 위험의 존재 여부가 위법하게 수집된 정보의 사용하에서만 가능하다면, 경찰은 위법하게 수집된 정보

26) “사건을 촉발시킨 ‘X파일’을 비롯한 안기부 불법도청자료를 수사의 단서로 사용할 수 있는지에 대해 여러 견해가 대립하였고, 이에 대해 숙고한 결과 법 집행기관이 검찰로서는 불법 도청자료 자체를 활용하는 수사는 옳지 못하다는 결론에 도달하였으며, 이러한 결론은 모든 사건에 일관되게 적용되어야 한다는 판단하에 그 내용이 언론에 이미 공개된 ‘X파일’ 관련 고소·고발사건 수사에 있어서도 ‘X파일’ 내용을 직접적인 수사의 단서나 증거로 사용하지 않고 관련 증거자료를 최대한 수집하여 법의 테두리 내에서 최선을 다해 실체를 규명한다는 원칙을 견지하였다”고 보고하고 있음(서울중앙지방법검찰청, 2005).

를 사용할 의무가 있다고 보아야 한다(2006, 313~315쪽, 321~322쪽).

위법수집증거배제법칙이나 독수독과론이 추구하는 것이 수사기관의 불법 행위를 방지하고 위법한 방법으로 획득한 증거자료의 증거능력, 여기서 파생한 증거의 증거능력을 부정하는 데 있음을 감안한다면, 공적인물, 공직자 등에 대한 부당한 감시와 비판, 근거 있는 의혹의 제기를 통해 사회 여론을 조성하고 다양한 사상과 의견을 소통을 도모함으로써 민주주의 체제의 유지와 발전의 근간이 되어야 하는 언론이 불법성에 오염되지 않은 방식으로 취득한 자료를 공개하는 행위는 독수독과론 적용의 대상이 될 수 없을 것이다.

## 5. 결론

소위 안기부 X파일 사건은 세 가지 특성을 지니고 있다. 첫째, 국가기관에 의해서 불법적으로 도청이 이뤄졌다는 점, 둘째, 대화 당사자 및 대화에 등장하는 인물들이 한국의 대표적인 공적 존재라고 하는 점, 셋째, 해당 테이프에 담긴 내용이 한국의 정치제도·선거제도에 큰 영향력을 행사할 수도 있는 점이다.

이 사건에 대한 한국 언론의 보도 초점과 어젠다가 어떻게 설정되고 전개되었는가에 대한 비판은 차치하고서라도 권력구조의 핵심을 이루고 있는 대통령선거과정에서 제기되는 불법성, 혹은 대통령선거 후보자를 비롯한 고위직 공직자, 검찰 고위 간부 등의 비리 연루 혐의에 대한 의혹의 제기는 언론매체에 요구되는 사회적 책무이다. 이러한 언론의 사명을 고려하여 한국의 법원은 공적존재나 공직자에 대한 언론의 보도에 대하여 비록 진실성을 충족시키지 못한다고 하더라도 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 면책하고 있다. 특히 공적존재의 정치적 이념에 대한 의혹의 제기나 선거과정에서 발생하는 공직후보자에 대한 의혹의 제기 등에 대해서도 민형사상으로 언론의 자유를 확장하는 법리를 적용하고 있다. MBC 이상호 기자의 안기부 X파일 보도는 이러한 맥락에서 판단할 필요가 있다. 즉, 이 사건의 테이프에 담겨진

내용의 불법성, 대화당사자들의 사회적 지위, 대화에 등장하는 인물들이 유력한 대통령후보였거나 엄정하게 법을 집행해야 할 고위 검찰 간부들이었다는 점에서 더욱 그렇게 판단한다.

그러나 한편으로 통신과 대화를 방해받지 아니하고 도청당하지 않아야 한다는 것은 헌법이 보장하는 기본권의 하나이고 사생활보호의 내용적 보장을 이루는 필수적인 요건이기도 하다. 합법적인 방식으로 부득이하게 수행하는 국가기관의 감청행위라고 하더라도 필요최소한에 그쳐야 한다. 통신비밀보호법 제정의 취지도 그러하다. 더욱이 불법으로 진행되는 국가기관의 도청, 사인들에 의한 불법도청에 대해 엄격한 처벌과 규제 역시 매우 필요하다는 점도 재론할 필요가 없다. 불법도청에 의한 증거의 증거능력을 부정하는 위법수집배제법칙, 불법도청한 내용에 의해 발견되는 파생 증거의 증거능력을 부정하는 독수독과론의 법리를 적용하는 것 역시 국가수사기관의 불법행위를 근절하고, 한편, 사인들에 의해서 행해지는 도청을 억제할 수 있다는 점에서 적극적으로 수용할 필요가 있다.<sup>27)</sup> 몇몇 학자들과 언론매체가 이 사건 보도행위에 대해 독수독과론의 법리 적용을 주장했으나 그것은 법리를 오해한 측면이 크다. 즉, 독수독과론의 적용은 통비법 위반죄의 위법성조각 여부를 다루는 피고인의 보도행위에 해당하는 것이 아니라 불법도청한 테이프에 담긴 대화 내용의 증거능력을 부정하는 데 쓸모가 있는 것이다. 따라서 증거의

27) 조국은 한국에서 독수독과론에 대한 논의가 상세하게 전개되고 있지 못하다면서 제1차 위법수집증거, 즉, '독수'의 성질에 따라 그 적용을 두 가지로 구분할 것을 제시한다. 첫째, '독수'에 대한 증거배제가 헌법 또는 실정법으로 명문화되어 있는 경우는 이를 위반하여 획득한 제2차 증거인 '독과'는 엄격하게 배제해야 한다. 독과의 증거능력을 배제하지 않으면 독수의 증거능력을 배제하는 의미가 사라지게 되며 이는 헌법과 실정법의 입법취지에 정면으로 반하기 때문이다. 둘째, 독수의 증거배제가 명문으로 규정되어 있지 않은 경우, 예를 들어 영장주의를 위반한 대물적 강제처분 등, 독수의 증거능력 배제도 일률적으로 이뤄지는 것이 아니라 중대하고 현저한 불법이 있는 경우에 법관의 재량에 따라 배제 여부를 판단할 필요가 있으므로 파생증거인 '독과'의 배제도 마찬가지로 기준에 따라 이뤄져야 한다는 것이다(2005, 443~444쪽).

증거능력 문제와 관련된 독수독과 법리는 공직자, 공적인물 등의 중대한 범죄 혐의에 대한 감시와 합리적 의혹의 제기를 사명으로 하는 언론에게 적용될 여지가 없다. 언론은 범죄를 수사하고 소추하는 기관이 아니기 때문이다.

안기부 X파일 사건으로 지칭되는 이 사건의 보도에 대하여 한편으로 공적인 사명을 수행하는 언론자유의 측면으로 이해하면서, 동시에, 보호되어야 할 통신비밀의 신성함을 고려해 그 위법성 여부를 일반의 위법성요건 검토와 달리 엄격하고 제한적으로 검토할 필요가 여기에 있다고 할 것이다. 통신비밀의 침해를 방지함으로써 보호되는 법익과 공적관심사에 대한 언론보도의 자유를 보장함으로써 달성되는 법익을 조정함에 있어서 사회상규에 반하지 아니하여야 한다는 위법성조각의 요건을 엄정하게 적용하는 것은 따라서 매우 타당하다고 하겠다. 그리고 이러한 기준에 의거하더라도 이 사건보도의 목적정당성, 수단방법의 상당성, 법익균형성, 긴급성과 보충성 등의 요건을 검토할 때, 이 사건의 보도는 사회상규에 반하지 아니함으로써 그 위법성을 조각시키는 것이 또한 타당하다고 판단된다.

다만, 언론의 공적인 기능을 보장하도록 현행 통신비밀보호법을 개정해 위법성조각 규정을 신설하자는 주장에 대해 필자는 찬성하지 않는다. 헌법이 기본권으로 보장하고 특별법을 제정해서 보호하려고 노력하고 있음에도 불구하고 국민들은 통신과 대화의 불법 도청의 위협에 무방비로 노출돼 있다. 통비법에 위법성조각사유를 따로 두지 않은 것도 이러한 입법자의 의지가 반영된 것으로 볼 수 있을 것이다. 또 불법도청에 개입하지 않은 상태에서 획득한 불법도청 자료를 경쟁적, 선정적으로 보도하는 언론의 폐해도 예상해 볼 수 있다. 따라서 이번 사례를 통해 제시되고 있는 것처럼 어떠한 경우에도 불법도청을 처벌함으로써 통신의 자유와 비밀을 보장하되, 언론이 직접이든 간접이든 전혀 불법도청에 관여하지 않고, 공적인 관심사로서 매우 중대한 공익상 필요가 있을 때, 또 그러한 언론의 보도가 사회상규에 반하지 아니할 때, 형법 제20조 규정 등을 적용해 위법성을 검토하는 것이 더 바람직하다고 판단한다.

Ⅱ 참고문헌

- 고민수 (2006). 컨버전스(Convergence) 시대에 방송의 규범영역. 『헌법학연구』, 제 12권 제1호, 497~522.
- 김경호 (2006). 도청된 자료의 보도와 언론의 책임에 관한 연구. 『한국언론학보』, 제50권 제1호, 5~30.
- 김경환 (2006). 언론의 사생활 침해에 있어서의 위법성 요건. 『언론중재』, 제26권 제1호, 62~78.
- 김대회 (2003). 사진과 비디오테이프의 증거능력. 지송이재상교수화갑기념논문집 간행위원회, 『형사판례의 연구 II』, 박영사, 397~414.
- 김민중 (2003). 공적 존재·공적 관계와 명예훼손책임: 대법원 2002.1.22. 선고 2000 다37524판결. 한국법학원, 『저스티스』, 통권 제75호, 145~155.
- 김승환 (1999). 도청과 프라이버시에 관한 헌법적 문제. 『영남법학』, 제5권 제1·2호, 61~84.
- 김재협 (1999). 위법적 취재관행과 법적 환경. 『언론중재』, 제19권 제2호, 62~79.
- 김철수 (2005). 『헌법학개론』. 박영사.
- 김형준 (2005). 현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방안: 통신제한조치와 대화감청을 중심으로. 『형사법연구』, 제24호, 213~236.
- 김형태 (2007). 공적 관심사 보도에 대한 우러스런 판결: 이승복사건과 X파일 판결을 보고. 『신문과방송』, 1월호, 68~73.
- 노명선 (2006). 임의성 없는 자백과 파생증거. 『고시계』, 7월호, 130~135.
- 문재완 (2005). '신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률'의 헌법적 고찰. 『외법논집』, 제19집.
- 박광민 (2003). 자백의 임의성과 그 입증. 지송이재상교수화갑기념논문집간행위원회, 『형사판례의 연구 II』, 박영사, 294~312.
- 박수희 (2003). 불법감청에 의한 녹음테이프의 증거능력. 지송이재상교수화갑기념논문집간행위원회, 『형사판례의 연구 II』, 박영사, 326~350.
- 박형상 (2005). X파일 사건 보도를 지켜보며. 『언론중재』, 가을호, 82~89.
- 백윤철 (2003). 통신의 자유와 개인정보보호. 『인터넷법률』, 통권 제20호, 130~156.
- 서울중앙지방법검찰청 (2005). 안기부·국정원 도청·불법감청관련 사건 중간수사결과.
- 손재영 (2006). 범죄수사를 위해 수집된 개인관련 정보의 위협방지를 위한 사용:

- 통신비밀보호법 제12조 제1호의 법적 문제에 대하여. 『헌법학연구』, 제12권 제1호, 293~322.
- 손태규 (2005). '현실적 악의 규정'에 대한 인식과 판단: 한국 법원과 외국 법원의 비교 연구. 『한국언론학보』, 제49권 제1호, 192~220.
- 신동운 (1999). 위법수집증거배제법칙과 나체사진의 증거능력. 서울대학교법학연구소, 『법학』, 제40권 제2호, 358~376.
- 신동운 (2006). 형법 제20조 사회상규 규정의 성립경위. 『서울대학교 법학』, 제47권 제2호, 189~219.
- 신평 (2002). 헌법적 관점에서 본 명예훼손 연구: 의견과 사실의 이분론을 중심으로 영남대학교 대학원 공법학과 박사학위논문.
- 심희기 (1999). 수사·정보기관의 감청·도청의 실태와 통신비밀보호법의 개정방향. 『형사정책연구』, 제10권 제3호, 5~42.
- 안경옥 (2003). 사인이 비밀녹음·녹화한 (비디오)테이프의 증거능력. 지송이재상교수회갑기념논문집간행위원회, 『형사판례의 연구 II』, 박영사, 313~325.
- 양문석 (2005). MBC, 테이프 공개하고 역사의 평가 기다려야. 『신문과방송』, 9월호, 16~19.
- 염규호 (1999). 공직자와 명예훼손: 미국의 '현실적 악의'를 중심으로 『언론중재』, 제19권 제4호.
- 염규호 (2004). 설리번판결과 미국의 언론자유. 『언론중재』, 제24권 제2호, 60~73.
- 오경식 (2004). 통신비밀보호법의 형사법적 검토 『형사정책』, 제16권 제1호, 53~79.
- 원영식 (1998a). 위법수집증거배제법칙과 증거금지(상). 한국사법행정학회, 『사법행정』, 제450호, 27~37.
- \_\_\_\_\_ (1998b). 위법수집증거배제법칙과 증거금지(하). 한국사법행정학회, 『사법행정』, 제451호, 8~16.
- 월간조선 (2005). 유령처럼 떠돈 안기부 X파일 전문 공개. 『월간조선』 9월호, 135~166.
- 이기호 (1993). 수사상 프라이버시의 보호서설. 『경대논문집』, 제13집, 171~190.
- 이동명 (1996). 위법수집증거배제법칙의 비교법적 연구. 호남대학교, 『논문집』, 제17권 제1호, 223~248.
- 이승선 (2000). 위법적 취재보도에 대한 법적 규제의 특성 연구. 『한국방송학보』,



- \_\_\_\_ 통권 제14-1호, 295~336.
- \_\_\_\_ (2001). 언론인 저작물에 나타난 취재행위의 형사법적 위법 가능성에 관한 연구. 『한국언론학보』, 제46권 제1호, 344~387.
- \_\_\_\_ (2005). TV탐사보도 프로그램의 법적분쟁에 나타난 특성 연구. 『한국언론정보학보』, 통권 29호, 233~269.
- 이승한 (2006). 인격권에 관한 2006년 판결례. 『언론중재』, 제26권 제4호, 74~83.
- 이재상 (1996). 현행법상 도청의 법리와 그 개선방향. 『형사정책연구』, 제7권 제2호, 177~216.
- \_\_\_\_ (2001). 형사절차에서의 법치국가원리의 기능과 한계. 국민대학교 법학연구소, 『법학논총』, 제13집, 259~282.
- \_\_\_\_ (2003). 『형사소송법』, 박영사.
- 이정원 (2005). 도청정보의 공개에 대한 법적 고찰. 한국형사법학회, 『형사법연구』, 제24권, 237~256.
- 장용 (1969). 커뮤니케이션과 명예훼손: 한 미 판례의 비교 『한국언론학보』, 제2권, 21~41.
- 장용근 (2005). 불법도청에 따른 X파일에 대한 헌법적 쟁점의 검토. 『고시계』, 9월호, 4~18.
- 정대필 (2005). 고발정신의 기본은 인간에 대한 사랑입니다. 인터뷰 이상호 MBC 기자. 『신문과방송』, 9월호, 28~31.
- 제성호 (2005). X파일 무차별 공개는 자유민주적 기본질서 파괴행위. 『자유공론』, 9월호, 88~94.
- 조국 (2000). '독수독과의 원리'에 대한 일고. 『형사정책연구』, 제11권 제3호.
- \_\_\_\_ (2004). 개정 통신비밀보호법의 의의, 한계 및 쟁점: 도청의 합법화인가 도청의 통제인가? 『형사정책연구』, 제15권 제4호, 103~136.
- \_\_\_\_ (2005). 『위법수집증거 배제법칙』, 박영사.
- 조준원 (2005). 『언론소송과 판결 읽기: 법적 쟁점과 판결 경향 분석』, 한울.
- 차용범 (2002). 공인의 명예훼손에 대한 판결기준의 변화 추세: 판례분석을 중심으로 『한국언론학보』, 제46권 제3호, 414~447.
- 차용석 (2000). 형사소송법의 과제. 『법조』, 통권 제520호, 206~223.
- 천진호 (2003). 위법수집증거배제법칙의 사인적 효력. 『법조』, 제52권 제3호, 111~148.

한위수 (1999). 프라이버시 침해 관련 국내 판결의 동향. 『언론중재』, 제19권 제2호, 47~61.

\_\_\_\_\_ (2002). 공인과 명예훼손에 대한 비교법적 일고찰. ‘현실적 악의 원칙(actual malice rule)’을 중심으로 한국언론법학회 학술심포지엄자료집, 『한국언론의 현황과 공인의 명예훼손』, 59~85.

\_\_\_\_\_ (2006). 2005년도 국내언론관계판결의 동향. 『언론중재』, 제26권 제1호, 46~61.

허영 (2005). 『한국헌법론』. 박영사.

Middleton, Kent R., William E. Lee & Bill F. Chamberlin (2004). *The Law of Public Communication*. Pearson Education.

Overbeck, Wayne. (2004). *Major Principles of Media Law*. Wadsworth.

Zelezny, John D. (2004). *Communications Law*. Wadsworth.

Bartnicki v. Vopper, 532 U.S. 514 (2001).

McDermott v. Bohner, 532 U.S. 1050 (2001).

(최초 투고 2007.3.1, 최종 원고 제출 2007.4.26)

## Constitutional Protection for the Secrecy of Wire Communication and Freedom of News Reporting on Public Affairs

Seung-Sun Lee

Associate Professor

(Department of Communication, Chungnam University)

Article 17 and 18 of the Korean Constitution respectively prescribe the violation of individual's right to privacy and the secrecy of wire communication. Meanwhile, Article 20 of the Criminal Code provides that an act which is conducted within the ambit of laws or pursuant to accepted business practices or which does not violate the social norms shall not be punishable. In 1999, the Constitutional Court held that media reports on public matters of public figures must be given strong constitutional protection, and treated differently from reports on private matters of private figures. In accordance with the decision, the Supreme Court has expanded the scope of constitutional guarantee of freedom of expression since 2002. This study analyzes the issue of media liability for publication of illegally intercepted wire communication by a third person. Particularly, it reviews Seoul High Court's ruling on 'X-file scandal' which disclosed intercepted wire communications between notable public figures regarding a slush fund for a presidential candidate. In the light of this analysis, the study concludes that the media reporting of the intercepted communication does not violate social norms of Article 20, and therefore it is entitled to a constitutional privilege.

Key words : secrecy of wire communication, privacy infringement, news-gathering, article 20 of the Criminal Code, libel, public affairs, public figures, x-file scandal