

장애의재해석 제5권 제1호

2024 Vol. 5, No. 1, 111 - 130

타인간의 대화에 대한 비밀녹음의 증거능력 : 예외적 인정을 중심으로

화지원*, 김민지**

2022년, 특수교사가 웹툰작가 J씨의 자녀를 학대한 혐의로 아동학대죄 등으로 고소된 사건에서, 재판부는 피해자의 모친이 몰래 녹음한 피해자와 피고인 간의 대화를 증거로 인정하였다. 이 사건으로 비밀녹음과 그 증거능력에 대해 많은 논의가 이루어졌다. 본 연구에서는 타인간의 대화에 대한 비밀녹음의 증거능력에 관한 법리와 예외적 인정 가능성에 대해 살피고자 한다. 위법수집 증거배제법칙의 학설과 판례를 검토함으로써 사인의 위법수집증거에 대해서도 해당 법칙의 적용 여부를 검토한다(II). 또한, 「통신비밀보호법」상 ‘공개되지 않은 타인간의 대화’에 대한 법리적 검토를 하고(III), 비밀녹음의 증거능력을 예외적으로 인정할 수 있는 경우를 살핀 후, 웹툰작가 J씨 사례에 대해 재판부가 「형법」상 위법성조각사유의 법리를 적용한 것에 대한 타당성을 검토한다(IV). 요컨대, 타인간의 대화를 비밀녹음 하는 것은 「통신비밀보호법」에서 금지하는 행위지만, 스스로 자신을 방어할 수 없거나 상황을 묘사할 수 없을 정도로 언어능력이 발달되지 않은 자폐성·발달 장애인, 또는 신체적 최종증장애인 등 방어 및 증거수집 등에 중대한 어려움이 있는 경우, 부모 등이 피해아동을 통해 비밀리에 녹음한 것의 증거능력이 인정될 여지가 있다.

주제어: 비밀녹음, 증거능력, 위법수집증거배제법칙, 통신비밀보호법, 장애인

* 단국대학교 일반대학원 IT·법학협동과정 석사과정

** 단국대학교 경영경제대학 경제학과(부전공: 법학) 학부

I. 들어가며

지난 2023년 7월, 웹툰작가 J씨의 자녀가 특수교사 A씨로부터 아동학대를 당했다는 사실이 언론을 통해 전해졌다. 2022년 9월 13일, 피해자의 모친이 피해자의 외투에 녹음기를 넣어서 피해자를 등교시켰고, 맞춤학습반에서 있었던 피해자와 A씨 사이의 대화를 녹음하였다. 당시 A씨는 초등학교 맞춤학습반 교실 내에서, 피해자에게 “버릇이 매우 고약하다. 너를 얘기하는 거야. (중략) 아휴 싫어. 싫어 죽겠어. 싫어. 너 싫다고. 나도 너 싫어. 정말 싫어.”라고 말하여 장애인인 아동에게 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대를 하였다. 이에 J씨는 특수교사 A씨를 고소하였고, A씨는 결국 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 위반(아동복지시설의 종사자 등에 대한 가중처벌)¹⁾ 혐의와 「장애인복지법」 위반 혐의로 기소되었다. 법원은 피해자의 모친이 피해자의 외투에 녹음기를 넣어서 피해자와 피고인 사이의 대화를 녹음한 행위는 「통신비밀보호법」 제3조 또는 제14조 제1항에 위배된다고 볼 수 없다는 이유로, 그 녹음파일 및 그에 터 잡아 수집된 증거들은 모두 증거능력이 있다고 보았다. 피고인의 발언에 대해서는 일부에서 미필적으로나마 정서적으로 학대하려는 고의가 있었다고 보아 유죄로 인정하였으나 전체 수업은 대체로 피해자를 가르치고자 하였던 교육적 목적 및 의도에 따라 이루어졌던 것으로 보이는 점, 이 사건 범행이 실제로 피해자의 정신건강 및 발달에 어느 정도의 해를 끼쳤는지가 명확하게 밝혀지지 않은 점, 여러 동료와 학부모들이 피고인에 대한 선처를 희망하고 있는 것으로 보아, 피고인이 특수교사로서 그간 비교적 성실하게 근무하였던 것으로 보이는 점, 피고인에게 아무런 범죄전력도 없는 점 등을 유리한 정상으로 참작하고, 그 밖에 피고인의 나이, 성행, 경력, 환경 등 여러 가지 사정들을 종합하여 판단하여 결과적으로 선고를 유예했다(수원지방법원 2024. 2. 1. 선고 2022고단7025 판결). 이 사건으로 교육현장(교실 등)에서 비밀녹음을 한 것을 유죄의 증거로 사용했다는 점이 논란이 되었다. 위 사건 선고를 하기 한 달 전, 대법원에서 “피해아동의 부모가 피해아동의 가방에 녹음기를 넣어 수업시간 중 교실에서 피고인이 한 발언을 녹음한 녹음파일, 녹취록 등은 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음한 것이므로 「통신비밀보호법」 제4조에 따라 증거능력이 부정된다”고 판단하였기 때문이다(대법원 2024. 1. 11. 선고 2020도1538 판결).²⁾

1) 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제7조(아동복지시설의 종사자 등에 대한 가중처벌) 제10조제2항 각 호에 따른 아동학대 신고의무자가 보호하는 아동에 대하여 아동학대범죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.

생각건대, 특히 아동학대 범죄에서 피해아동이 장애 등으로 스스로 자신을 방어할 수 없는 정도 또는 상황을 묘사할 수 없을 정도로 언어능력이 발달되지 않은 경우에도 부모 등이 피해아동을 통해 비밀리에 녹음한 것의 증거능력을 완전히 배제하는 것이 실제적 진실 발견과 적법절차 보장의 조화라고 볼 수 있는지 의문이다. 본 연구에서는 타인의 대화에 대한 비밀 녹음의 증거능력을 예외적으로 인정할 수 있는지 살펴보고자 한다.

II. 위법수집증거배제법칙

1. 의의

위법수집증거배제법칙(違法蒐集證據排除法則)은 위법한 절차에 의해 수집된 증거의 증거능력³⁾을 인정하지 아니한다는 법칙으로, 「형사소송법」 제308조의2에서 “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다”라고 명문으로 규정하여 선언하고 있다. 우리 법 체계는 「헌법」 제12조 제7항⁴⁾과 「형사소송법」 제309조⁵⁾에서 진술증거 중 자백에 관한 부

- 2) 해당 판례를 살펴건대, 피해아동의 담임교사인 피고인이 피해아동에게 “학교 안 다니다 온 애 같아. 저쪽에서 학교 다닌 거 맞아, 1, 2학년 다녔어, 공부시간에 책 넘기는 것도 안 배웠어, 학습 훈련이 전혀 안 되어 있어, 1, 2학년 때 공부 안 하고 왔다갔다만 했나봐.”라는 말을 하는 등 수회에 걸쳐 아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위를 하였다는 이유로 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 위반(아동복지시설 종사자 등의 아동학대 가중처벌)으로 기소된 사안에서, 초등학교 담임교사가 교실에서 수업시간 중에 한 발언은 통상적으로 교실 내 학생들만을 대상으로 하는 것으로서 그들에게만 공개된 것일 뿐, 일반 공중이나 불특정 다수에게 공개된 것이 아니므로, 대화자 내지 청취자가 다수였다는 사정만으로 ‘공개된 대화’로 평가할 수는 없어, 피해아동의 부모가 몰래 녹음한 피고인의 수업시간 중 발언은 ‘공개되지 않은 대화’에 해당하는 점, 피해아동의 부모는 피고인의 수업시간 중 발언의 상대방에 해당하지 않으므로, 위 발언은 ‘타인간의 대화’에 해당하는 점을 종합하면, 피해아동의 부모가 피해아동의 가방에 녹음기를 넣어 수업시간 중 교실에서 피고인이 한 발언을 녹음한 녹음파일, 녹취록 등은 「통신비밀보호법」 제14조 제1항을 위반하여 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음한 것이므로 「통신비밀보호법」 제14조 제2항 및 제4조에 따라 증거능력이 부정된다고 판단한 사례다(대법원 2024. 1. 11. 선고 2020도1538 판결).
- 3) ‘증거능력’이란 증거가 엄격한 증명의 자료로서 사용될 수 있는 법률상의 자격을 의미한다. 증거능력이 없는 증거는 사실인정의 자료로서 채용할 수 없으며, 공판정에서 증거로서 제출하는 것도 허용되지 않는다. 증거의 증거능력의 유무는 법률에 정해져 있으며, 원칙적으로 법관의 자유로운 판단을 허용하지 않는다. 한편, ‘증명력’이란 증거의 실질적인 가치를 의미하고 법관의 자유로운 판단(자유심증주의)에 맡겨진다는 점에서 증거능력과 구별된다.
- 4) 「헌법」 제12조 제7항은 “피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때 또는 정식재판에 있어서 피고인의 자백이 그에게 불

분에 대하여, 「통신비밀보호법」 제4조6)에서 불법검열 또는 불법감청에 의해 수집한 증거에 관한 부분에 대하여 위 법칙을 구체화하고 있다.

위법수집증거배제법칙, 자백배제법칙⁷⁾, 전문법칙⁸⁾의 구체적인 내용은 서로 차이점이 있지만, 공통된 상위목적이자 이론적 근거는 적법절차의 보장, 즉 위법한 수사를 억제함으로써 공평한 재판의 원리를 실현하고, 피의자·피고인의 권리를 보장하는 데 있다. 특히 위법수집 증거배제법칙은 형사사법기관의 위법한 증거수집을 억제하는 핵심적인 역할을 수행한다. 위법하게 수집된 증거는 피고인이 공판정에서 이를 증거로 사용하는 것에 동의하더라도 증거능력이 회복되지 않는다. 그렇다 보니, 이 법칙으로 인해서 수사기관의 위법한 수사로 증거가치가 높은 증거를 잃게 될 수 있으며, 이 경우 다른 증거를 확보하기 위해 엄청난 비용이 불필요하게 들어가게 되고, 결국 죄지는 자를 처벌하지 못하는 결과가 발생하기도 한다. 바로 이 부분에서 실체적 진실발견에 반하게 된다는 비판이 나오는 것이다. 따라서 실체적 진실발견과 적법절차 보장의 신중한 조화가 필요하다.

리한 유일한 증거일 때에는 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다.”라고 규정되어 있다.

- 5) 「형사소송법」 제309조(강제등 자백의 증거능력) 피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다.
- 6) 「통신비밀보호법」 제4조(불법검열에 의한 우편물의 내용과 불법감청에 의한 전기통신내용의 증거사용 금지) 제3조의 규정에 위반하여, 불법검열에 의하여 취득한 우편물이나 그 내용 및 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다.
- 7) 자백배제법칙(自白排除法則)이란 수사기관이나 법원이 임의성을 제한하는 방식으로 진술자의 자백을 얻어낸 경우, 그 증거능력을 부정하는 원칙이다. 「형사소송법」 제309조(강제등 자백의 증거능력)에서 “피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다.”라고 해당 법칙을 명문으로 규정하고 있다.
- 8) 전문증거(傳聞證據, hearsay evidence)란 사실인정의 기초가 되는 사실(요증사실)을 경험자(원진술자) 자신이 직접 법원에 진술(원본증거)하지 않고, 타인의 진술(전문진술)이나 서류(전문서류)의 형태에 의해 간접적으로 보고되는 것을 의미한다. 「형사소송법」 제310조의2(전문증거와 증거능력의 제한)에서 “제311조 내지 제316조에 규정한 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다.”라고 해당 법칙을 명문으로 규정하고 있다.

2. 증거배제의 기준

위법수집증거배제법칙을 적용한다고 하여, 수사기관이 증거를 수집하는 과정에서 미세하게라도 위법행위가 발견된 경우까지 모두 증거능력을 인정하지 않는다면, 실체적 진실발견과 적법절차 보장의 조화를 도모할 수 없게 된다.

판례도 “헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 않고 수집한 증거는 물론 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거 역시 원칙적으로 증거능력이 없으나 수사기관의 절차위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 않고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 형사사법정의를 실현하려고 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우에 한해 그 증거의 증거능력이 인정될 수 있다”고 하며, 더 나아가 “수사기관의 증거수집과정에서 이루어진 절차위반행위와 관련된 모든 사정, 즉 절차 조항의 취지와 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 살펴보아야 한다”라는 입장이다(대법원 2023. 6. 1. 선고 2018도18866 판결; 대법원 2022. 4. 28. 선고 2021도17103 판결; 대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504 판결; 대법원 2017. 9. 21. 선고 2015도12400 판결; 대법원 2011. 5. 13. 선고 2009도10871 판결; 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도2109 판결; 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결). 또한, 판례는 “예외적인 경우를 함부로 인정하게 되면 결과적으로 원칙을 훼손하는 결과를 초래할 위험이 있으므로 구체적인 사안이 예외적인 경우에 해당하는지를 판단하는 과정에서 원칙을 훼손하는 결과가 초래되지 않도록 유념해야 한다”라고 판시한바(대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도10412 판결), 위법수집증거에 대해 원칙적으로 증거능력을 배제하고 예외적으로 허용한다는 점을 분명히 하고 있다.

3. 증거수집의 주체

1) 국가기관

위법수집증거배제법칙은 국가형벌권의 정형적 실현을 위한 적법절차의 원칙인바, 증거수집의 주체는 경찰·검사·고위공직자범죄수사처 등 수사기관이라고 보는 것이 원칙이다. 물론 법원이 증거를 수집·조사하는 경우도 포함된다. 더 나아가, 형식적으로 공무원이 아닐 경우라도

국가기관이 고용한 사람이거나 실질적으로 도움을 받는 사람일 때는 이 원칙에 구속된다.

2) 사인의 위법수집증거

상술한 것처럼, 위법수집증거배제법칙은 본래 국가기관인 수사기관의 위법한 수사를 억제하기 위한 법칙이라는 점에서, 사인(私人)이 위법하게 수집한 증거에 대해서도 해당 법칙이 적용될 수 있는지 논의된다. 이에 관하여 견해가 대립한다.

(1) 학설

㉠ 권리의 중요성을 기준으로 사인의 위법수집증거로 침해되는 권리가 기본권의 핵심적 영역을 침해하는 경우와 그렇지 않은 경우로 구분하여 기본권의 핵심적 영역을 침해하는 경우에는 위 법칙을 적용하여 그 사인이 위법하게 수집한 증거의 증거능력을 부정해야 한다는 ‘권리범위설(權利範圍說)’(김인회, 2018; 신양균, 2014; 하태훈, 1999; 서울지방법원 1997. 4. 9. 선고 96노5541 판결⁹⁾), ㉡ 실체적 진실발견이라는 공익과 개인의 사생활 보호의 이익과 같은 개인적 이익을 비교형량하여 개인적 이익의 침해가 더 큰 경우에 한해 위 법칙을 적용하자는 ‘이익형량설(利益衡量說)’(김상오, 2020; 김재환, 2013; 김종구, 2010; 노명선, 이완규, 2015; 신동운, 2014; 이주원, 2022; 임동규, 2023), ㉢ 위법수집증거배제법칙이 수사기관의 위법수집증거에 대해서만 적용되는 법칙이므로 사인이 수사기관에 고용되었거나 수사기관의 위임에 의해 위법하게 증거를 수집한 경우가 아닌 한 적용되지 않는다는 ‘적용부정설’(이재상 외, 2022; 하태인, 2014¹⁰⁾), ㉣ 수사기관이 위법하게 수집한 증거와 동일하게 증거로 사용할 수 없으나 사인의 증거수집행위에 있어서는 수사기관의 경우와 비교해서 위법성이 조각되는 정당한 사유의 범위를 상대적으로 넓게 인정할 수 있다는 ‘원칙적 동일기준

9) 서울지방법원 1997. 4. 7. 선고 96노5541 판결에서 “여자인 피고인의 나체를 촬영한 사진은 헌법상 보장된 인격권이나 초상권 등의 기본권을 중대하게 침해하는 경우에 해당된다”라는 이유로 증거능력을 부정하였다. 해당 판결에 대하여 검사는 상고하였고, 대법원 1997. 9. 30. 선고 97도1230 판결이 확정되었다. 그러나 해당 대법원 판결은 “압수물은 그 압수절차가 위법이라 하더라도 물건 자체의 성질, 형상에 변경을 가져오는 것은 아니므로 그 형상 등에 관한 증거가치에는 변함이 없다”라고 판시한 대법원 1994. 2. 8. 선고 93도3318 판결을 인용하고 있는데, 해당 인용 부분의 법리는 “헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다”라고 판시한 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결에 의해 변경 및 폐기된 법리다.

10) 하태인 교수는 무죄추정의 원칙에 따라 판결이 확정되지 않은 상태에서는 실체적 진실이라고 할 수 없다고 하며, 증명력에 관한 문제인 실체적 진실과 증거능력에 관한 문제인 적법절차를 비교형량한다는 것 자체가 허용될 수 없다고 주장한다.

설’(이은모, 김정환, 2021)이 존재한다.

(2) 판례

판례는 “효과적인 형사소추 및 형사소송에서의 진실발견이라는 공익과 개인의 인격적 이익 등의 보호이익을 비교형량하여 그 허용 여부를 결정해야 한다”라고 하여 ‘이익형량설’을 취하고 있다(대법원 2017. 3. 15. 선고 2016도19843 판결; 대법원 2013. 11. 28. 선고 2010도12244 판결; 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008도3990 판결; 대법원 2008. 6. 26. 선고 2008도1584 판결; 대법원 1997. 9. 30. 선고 97도1230 판결).

(3) 검토

위법수집증거배제법칙의 핵심적 목적은 ‘공평한 재판 원리의 실현’과 ‘피의자·피고인의 권리 보장’이다. 생각건대, 권리범위설은 사생활의 영역이 공익의 실현을 위한 형사절차에 지나치게 반영될 여지가 상당하다는 점, 그리고 어느 경우가 기본권의 핵심적 영역을 침해하는 것인지 그 권리범위의 판단기준이 모호하다는 점에서 적절치 않다. 적용부정설은 사인이 수사기관에 고용되었거나 수사기관으로부터 위임을 받은 경우에 한하고 있는바, 사인의 위법한 증거수집을 지나치게 허용하게 되어 결과적으로 피고인의 입장에서 과도하게 불리해지는 경향이 있으므로 타당하지 않다. 원칙적 동일기준설의 경우, 위법이 정당화되는 사유의 범위를 확대해석하는 것에 대한 부담이 있고, 사인의 위법한 증거수집 행위를 법적으로 정당하다고 판단하는 것이 법리적으로 타당한지 의문이다. 따라서 이익형량설이 타당하다. 요컨대, 위법한 방법으로 유죄의 증거를 확보하는 사인의 행위를 국가기관이 용인(容認)·방조·권장하는 것처럼 보여서는 안 된다는 점(김종구, 2010; 배종대, 홍영기, 2022), 그리고 사인에 의해 수집된 증거도 형사절차에서 피의자 및 피고인에게 불리하게 작용할 수 있다는 점을 고려해야 한다. 따라서 사인의 위법수집증거에 대해서도 기본권의 대사인적 효력에 따라 위법칙이 원칙적으로 적용되어야 한다(이창현, 2023; 정해성, 2017; 최용성, 곽대훈, 2020). 다만, 특별히 증거능력을 배제하는 규정이 없는 경우, 판례와 같이 이익형량설의 견지에서 실제적 진실발견에 기여함으로써 발생할 수 있는 공익과 침해되는 개인의 기본권을 비교형량하는 것이 타당하다.

III. 통신비밀보호법상 비밀녹음

1. 통신비밀보호법 검토

「통신비밀보호법」 제3조 제1항 본문은 “누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열·전기통신의 감청 또는 통신사실확인자료의 제공을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다.”라고 규정되어 있다. 같은 법 제4조는 “제3조의 규정에 위반하여, 불법검열에 의하여 취득한 우편물이나 그 내용 및 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다.”라고 규정함으로써 불법감청에 의한 전기통신 내용을 증거로 사용하는 것을 금지하고 있다. 같은 법 제16조 제1항¹¹⁾ 제1호는 “제3조의 규정에 위반하여 우편물의 검열 또는 전기통신의 감청을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취한 자”에 대하여 1년 이상 10년 이하의 징역과 5년 이하의 자격정지에 처한다고 규정하고 있다.

요약하건대, 「통신비밀보호법」은 공개되지 않은 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다는 내용을 명문으로 규정하고 있다. 더 나아가, 이를 위반하여 얻게 된 내용은 재판 등의 증거로 사용할 수 없으며, 형사처벌의 대상이 된다. 따라서 누구든지(수사기관이든 사인이든) 공개되지 않은 타인간의 대화를 녹음하였다면, 위 법에 따라 처벌되는 것은 별론으로 하더라도, 우리 법체계가 위법한 행위로 규정하고 있는바, 원칙적으로 상술한 위법수집증거배제법칙에 의해 증거능력이 부정된다고 봄이 타당하다.

한편, 「통신비밀보호법」 제4조와 제16조 제1항 제1호는 공통적으로 ‘제3조의 규정에 위반’할 것을 전제조건으로 제시하고 있다. 달리 말하면, ‘제3조의 규정에 위반’하지 않았다면 재판 등의 증거로 사용할 수 있음은 물론이고 처벌의 대상이 아니게 되는 것이다. 그러므로 같은 법 제3조의 내용 중 특히 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’의 의미가 무엇인지 자세히 살펴보아야 한다.

11) 「통신비밀보호법」 제16조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이상 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. 제1호에 따라 알게 된 통신 또는 대화의 내용을 공개하거나 누설한 자

1) ‘공개되지 아니한’의 의미

‘공개되지 않은 타인간의 대화를 녹음한다’는 것의 뜻을 살펴보면, 대화에 원래부터 참여하지 않은 제3자가 그 대화를 하는 타인간의 발언을 녹음한다는 것을 의미한다(대법원 2014. 5. 16. 선고 2013도16404 판결). 이때 ‘공개되지 않았다’라는 것은 반드시 비밀과 동일한 의미가 아니라 일반 공중에게 공개되지 않았다는 의미이며, 구체적으로 공개된 것인지는 ㉠ 발언자의 의사와 기대, ㉡ 대화의 내용과 목적, ㉢ 상대방의 수, ㉣ 장소의 성격과 규모, ㉤ 출입의 통제 정도, ㉥ 청중의 자격 제한 등 객관적인 상황을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다(대법원 2024. 1. 11. 선고 2020도1538 판결; 대법원 2022. 8. 31. 선고 2020도1007 판결).

2) ‘대화’의 의미

대화는 원칙적으로 현장에 있는 당사자들이 육성으로 말을 주고받는 의사소통행위를 의미하므로, 사람의 목소리라고 하더라도 상대방에게 ‘의사(意思)’를 전달하는 말이 아닌 비명소리나 탄식 등의 소리 및 사물에서 발생하는 음향은 대화가 아니다(대법원 2017. 3. 15. 선고 2016도19843 판결). 또한, 당사자가 마주 대하여 이야기를 주고받는 경우뿐만 아니라 당사자 중 1명이 일방적으로 말하고 상대방은 듣기만 하는 경우도 포함되므로 강연·토론·발표 등도 대상자와 상대방 사이의 대화에 해당한다(대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978 전원합의체 판결).

2. 대법원 2024. 1. 11. 선고 2020도1538 판결 검토

1) 공소사실 요지

피해아동의 담임교사로서 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」에 따른 아동학대범죄의 신고의무자인 피고인이 2018. 3. 14.경부터 2018. 5. 8.경까지 피해아동에게 “학교 안 다니다 온 애 같아. 저쪽에서 학교 다닌 거 맞아, 1, 2학년 다녔어, 공부시간에 책 넘기는 것도 안 배웠어, 학습 훈련이 전혀 안 되어 있어, 1, 2학년 때 공부 안 하고 왔다갔다만 했나봐”라는 말을 하는 등 14회에 걸쳐 아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위를 하였다.

2) 대법원의 판단

초등학교 담임교사가 교실에서 수업시간 중에 한 발언은 통상적으로 교실 내 학생들만을 대상으로 하는 것으로서 그들에게만 공개된 것일 뿐, 일반 공중이나 불특정 다수에게 공개된 것이 아니다. 초등학교 교실은 출입이 통제되는 공간이고, 수업시간 중 불특정 다수가 드나들 수 있는 장소가 아니며, 수업시간 중인 초등학교 교실에 학생이 아닌 제3자가 별다른 절차 없이 참석하여 담임교사의 발언 내용을 청취하는 것은 상정하기 어렵기 때문이다. 피고인이 교실 내 학생들이 아닌 제3자에 대한 공개를 의도하거나 감수하고 발언하였음을 인정할 만한 사정도 없다. 피고인의 발언은 특정된 30명의 학생들에게만 공개되었을 뿐, 일반 공중이나 불특정 다수에게 공개되지 않았으므로, 대화자 내지 청취자가 다수였다는 사정만으로 ‘공개된 대화’로 평가할 수는 없다. 대화 내용이 공적인 성격을 갖는지 여부나 발언자가 공적 인물인지 여부 등은 ‘공개되지 않은 대화’에 해당하는지 여부를 판단하는 데에 영향을 미치지 않는다. 따라서 피해아동의 부모가 몰래 녹음한 피고인의 수업시간 중 발언은 ‘공개되지 않은 대화’에 해당한다.

피해아동의 부모가 몰래 녹음한 피고인의 수업시간 중 발언은 ‘타인간의 대화’에 해당한다. 피해아동의 부모는 피고인의 수업시간 중 발언의 상대방, 즉 대화에 원래부터 참여한 당사자에 해당하지 않기 때문이다. 피해아동의 부모가 피해아동의 친권자·법정대리인이라는 사정을 고려하더라도 부모는 피해아동과 별개의 인격체인 이상 대화에 참여하지 않은 제3자라고 평가할 수밖에 없다.

따라서 피해아동의 부모가 피해아동의 가방에 녹음기를 넣어 수업시간 중 교실에서 피고인이 한 발언을 녹음한 녹음파일, 녹취록 등은 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음한 것이므로 「통신비밀보호법」 제4조 및 제14조¹²⁾ 제2항에 따라 증거능력이 부정된다고 판단하였다.

3. 소결론

수업시간 중인 학교 교실은 해당 교실에서 수업을 듣고 있는 학생들에게만 공개된 것이지, 학생의 부모 등 불특정 다수에게 공개되었다고 볼 수 없다.¹³⁾ 또한, 앞에서 서술한 것처럼

12) 「통신비밀보호법」 제14조(타인의 대화비밀 침해금지) ① 누구든지 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음하거나 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취할 수 없다.

② 제4조 내지 제8조, 제9조제1항 전단 및 제3항, 제9조의2, 제11조제1항·제3항·제4항 및 제12조의 규정은 제1항의 규정에 의한 녹음 또는 청취에 관하여 이를 적용한다.

당사자 중 1명이 일방적으로 말하고 상대방은 듣기만 하는 경우도 ‘대화’라고 볼 것이므로, 교실 안에서 수업을 듣고 있는 학생들에게는 ‘공개된 대화’일 것이고, 그 부모에게는 ‘공개되지 않은 대화’가 될 것이다. 결론적으로 피해아동의 부모가 피해아동의 가방에 녹음기를 넣어 수업시간 중 교실에서 피고인이 한 발언을 녹음한 것은 「통신비밀보호법」을 위반한 것이므로, 해당 녹음은 증거능력이 없다.

IV. 비밀녹음에 대한 증거능력 인정 가능성 검토

자녀가 스스로 자신을 방어할 수 있는 정도 또는 상황을 자세히 묘사할 수 있는 정도로 언어능력이 발달한 경우, 해당 자녀가 교육현장에서 직접 녹음한 것은 「통신비밀보호법」 위반이 아니다. 자녀의 입장에서는 해당 교육현장은 공개되었다고 평가되며, 자녀와 교사가 마주 대하여 이야기를 주고받는 경우뿐만 아니라 당사자 중 1명이 일방적으로 말하고 상대방이 듣기만 하더라도 대화로 평가하기 때문이다. 부모가 자녀에게 녹음을 지시하더라도 마찬가지라고 할 것이다. 그러나 피해자인 자녀가 스스로 자신을 방어할 수 없는 정도 또는 상황을 묘사할 수 없을 정도로 언어능력이 발달되지 않아 증거수집 등을 위해 제3자가 비밀리에 녹음한 경우에도 일률적으로 증거능력을 부정하는 것이 타당한지 의문이다.

1. 언어능력의 완전성 결여

자녀가 매우 어리거나 자폐성 장애 및 발달장애(발달성 언어장애 포함) 등으로 언어능력이 온전히 발달했다고 볼 수 없는 경우, 예컨대 피해아동이 자폐성 장애의 경우, 현재까지 밝혀진 장애의 특성상 발화능력 부재 또는 지연, 초기 언어습득 지연, 비정상적인 발화 형태, 화용적 능력 부족, 총 네 가지로 요약할 수 있는바(이미선, 2008), 상대방이 하는 말의 의미를 이해하지 못하기 때문에 대화로 볼 수 없어 부모가 행한 비밀녹음은 「통신비밀보호법」 위반이 아니라는 결론이 도출된다. 따라서 이 경우의 부모에 의한 비밀녹음은 증거능력이 있다고 볼 여지가 있다.

판례를 살펴건대, 피고인은 구청에서 위탁 운영하는 가정지원센터 소속 아이돌보미로서,

13) 학부모 참관 수업의 경우에는 해당 교실에서 수업을 듣는 학생의 부모에게도 공개된 것이라고 보아야 할 것이다.

피해아동 갑(생후 10개월)의 집에서 갑이 잠을 자지 않고 계속 운다는 이유로 갑의 엉덩이 부분을 손으로 수회 때려 신체적 학대행위를 함과 동시에 갑에게 “미쳤네, 미쳤어, 돌았나, 제정신이 아니제, 미친놈 아니가 진짜, 쫓, 토라이 아니가, 토라이, 쫓, 울고 지랄이고.”라는 등 큰 소리로 욕설을 하고 갑이 울고 있는데도 울음을 그치도록 조치하지 않은 채 텔레비전을 시청함으로써 정서적 학대행위를 하였다는 내용으로 기소된 사안에서(대구지방법원 2018. 5. 11. 선고 2017고단6135 판결), 법원은 “피해아동은 아직 언어능력이 온전히 발달하지 않아 피고인이 하는 말의 내용을 이해하지 못하는바, 결국 본건 범죄 성립 여부는 피고인 말의 내용이 아닌, 목소리의 크기, 억양 등이 말뜻을 이해하지 못하는 생후 10개월의 피해아동에게도 충분히 위협적으로 들릴 만한 것인지에 달려 있다. 그렇다면 ‘피고인이 피해아동을 상대로 하는 말 부분’ 중 증거로 필요한 부분은 피고인 말의 내용이 아닌 피고인의 목소리, 억양 등 비언어적 정보라고 봄이 타당하고, 따라서 위 피고인이 피해아동을 상대로 하는 말은 ‘당사자들이 욕성으로 말을 주고받는 의사소통행위’를 의미하는 「통신비밀보호법」상 타인간의 대화에 해당한다고 보기 어렵다. (중략) 본건과 같은 아동학대 범죄는 피해아동의 정서 발달에 심각한 지장을 초래하는 중한 범죄임에도, 이러한 범죄는 주로 피해아동과 단둘이 있는 은밀한 공간에서 이루어질 뿐만 아니라, 특히 언어능력이 없는 피해아동은 자신의 피해 사실을 부모에게 말조차 할 수 없어, 범죄 의심을 품은 부모 입장에서는 이 사건 녹음과 같이 몰래 녹음하는 것 외에는 증거를 수집하거나 범죄를 적발할 수 있는 마땅한 방법을 찾기 어렵다. 이러한 상황에서 피해아동의 모친 역시 불가피하게 비밀 녹음을 한 것으로 보이는바, 이러한 비밀녹음을 통해서 드러난 아동학대 범죄에 대한 실체적 진실발견이라는 공익적 요구를 비밀녹음을 통해 얻었다는 사정만으로 쉽게 배척할 수는 없다.”라고 판시한 바 있다(대구지방법원 2019. 1. 24. 선고 2018노1809 판결).¹⁴⁾

또 다른 판례는 다음과 같다. 피고인은 2018. 9.경부터 같은 해 11.경 사이 늦은 점심 무렵에 피해아동들이 싸웠다는 이유로 화가 나 심한 욕설을 하면서 피해아동들의 머리채를 잡고 강제로 현관문까지 끌고 가 “(생략) 니네들 절대 들어오지마.”라고 말하고 문 밖으로 내쫓았고, 2019. 봄 또는 가을경 아침에서 점심 무렵 사이 피해아동 B(당시 8세)가 말을 듣지 않고 친구와 놀고 왔다는 이유로 화가 나 피해아동을 불이 꺼진 화장실에 가두고 문을 닫아 밖으로 나오지 못하도록 약 10분간 문을 잡고 있는 방법으로 감금하고, 피해아동 C(당시 5세)가 이를 목격하도록 하였으며, 2019. 가을경 저녁 무렵 피해아동 C(당시 5세)가 양치질을 하기 싫다고 하자 현관문 쪽 창고에 있던 공구 펜치를 가져와 피해아동의 입에 펜치를

14) 대구지방법원에서 2019년 1월에 선고한 해당 판결은 대법원에서 같은 해 6월에 확정되었다.

갖다대며 “이빨 확 다 빼버린다.(생략)”라고 말하고, 피해아동 B(당시 8세)가 이를 목격하도록 하였을 뿐만 아니라, 2019. 겨울경 아침에서 점심 무렵 사이 피해아동들에게 무서운 말투로 “어떻게 될지 몰라. 엄마가 화나면 죽어버릴지 몰라.”라고 말하여 피해아동들의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위를 한 사안에서, 부친이 몰래 녹음한 것을 증거로 인정하였다(울산지방법원 2022. 2. 10. 선고 2021고단2928 판결). 법원은 “비명이나 탄식은 타인과 의사소통을 하기 위한 것이 아니라면 특별한 사정이 없는 한 타인 간의 ‘대화’가 아니다”고 판단했으며, “피해아동은 자신을 방어하거나 상황 표현능력이 부족해 학대의 의심을 품은 부모로선 몰래 녹음 외에는 증거 수집할 마땅한 방법이 없다”는 점도 고려했다(울산지방법원 2022. 9. 2. 선고 2022노264 판결).¹⁵⁾

2. 신체적 장애인

신체적 장애인이 직접 녹음한다면 당연히 증거능력이 있다. 한편, 부모가 몰래 신체적 장애를 가진 자녀의 가방 등에 녹음기를 넣어 비밀녹음을 한다면 증거능력이 부정된다. 그러나 스스로 녹음조차 하기 힘든 최종증장애인의 경우에는 예외적으로 인정될 수 있다. 실제로 침조차 스스로 못 삼키는 최종증장애를 가진 아동이 특수학교 담임교사로부터 폭언을 들으며 교실 안 화장실에 간혀 있던 사례도 있는데, 부모가 아이 옷 속에 넣었던 녹음기 안에는 담임교사가 아이를 화장실에 가두며 “오줌을 싸든 말든 마음대로 해”, “너 힘들게 할 방법은 되게 많아” 등의 말이 담겨 있었다. 피해아동은 언어표현을 전혀 할 수 없었기에 홍채의 움직임 모니터링에 연결하는 기술을 활용해 어렵사리 피해사실에 관한 진술을 했고, 가해교사는 벌금형을 선고받은 사례가 있다(김예원, 2024).

3. 위법성조각사유 해당 여부

법에서 금지하는 행위의 구성요건을 모두 충족하였어도, 위법성조각사유(또는 정당화사유)에 해당한다면 위법성은 배제되고 가벌성은 없어진다. 이와 같은 특별한 사유를 우리 「형법」에서는 정당행위(제20조), 정당방위(제21조), 긴급피난(제22조), 자구행위(제23조), 그리고 피해자의 승낙(제24조), 총 다섯 가지 유형으로 분류하여 규정하고 있다.

최근 화제가 되었던 웹툰작가 J씨의 사례를 살펴보면, 제3자인 모친이 자폐장애를 가지고

15) 울산지방법원 2022. 2. 10. 선고 2021고단2928 판결에 대해서 피고인이 항소하였으나 기각되었다.

있는 피해자의 외투에 녹음기를 넣어서 피해자를 등교시킴으로써 피해자와 피고인 사이에 맞춤학습반에 있었던 대화를 녹음하였다. 이때 피해자와 피고인 사이에 있었던 대화는 ‘공개되지 않은’ 점은 명백하다. 그러나 피해자의 언어능력을 고려한다면, 해당 녹음이 「통신비밀보호법」에서 의미하는 ‘대화’에 해당하는지는 의문이다. 만약 피해자가 피고인이 하는 말의 의미를 이해하지 못하는 경우라면, 같은 법 제4조16)에 해당하지 아니하여 해당 녹음을 증거로 사용할 여지가 있다.

1) 수원지방법원 2024. 2. 1. 선고 2022고단7025 판결

그런데 당해 재판부는 위 사안의 경우 위법성조각사유에 해당하므로, 위법성이 배제되어 증거능력을 인정해야 한다고 판단하였다(수원지방법원 2024. 2. 1. 선고 2022고단7025 판결). 그 요지는 다음과 같다.

「통신비밀보호법」 제4조와 제16조 제1항 제1호 모두 ‘제3조의 규정에 위반하여’라는 문언이 존재한다. 또한, 「통신비밀보호법」 제16조는 처벌 조항이므로, 위 조항에 해당하여 처벌이 가능하지 검토할 때 당연히 위법성조각사유가 인정되는지도 같이 검토되어야 한다. 만약 이 과정에서 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음한 행위’에 대해서 위법성조각사유가 인정되어 위법이 배제되고 가벌성도 없어지게 된다면, 자동으로 제3조에 위반한 것으로 볼 수 없으므로 같은 법 제4조에 따라 증거능력이 배제되지 않아야 할 것이라는 판단이다.

더 나아가, 수원지방법원 2024. 2. 1. 선고 2022고단7025 판결은 “위 사안의 경우 「형법」 제20조(정당행위)의 적용이 가장 타당하다고 판단되는바, 피해자의 모친이 맞춤학습실에서 있었던 피해자와 피고인 간의 대화를 녹음한 행위가 정당행위의 요건 중 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위인지, 즉 ‘사회상규에 반하지 않는 행위’에 해당하는지 검토해야 하는데, 그 기준은 ㉠ 행위의 동기 또는 목적의 정당성, ㉡ 행위의 수단 또는 방법의 상당성, ㉢ 보호이익과 침해이익과의 법익 균형성, ㉣ 긴급성, ㉤ 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다(대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도3000 판결).”라며 위법성조각사유에 해당한다고 판단하였다.

16) 「통신비밀보호법」 제4조(불법검열에 의한 우편물의 내용과 불법감청에 의한 전기통신내용의 증거사용 금지) 제3조의 규정에 위반하여, 불법검열에 의하여 취득한 우편물이나 그 내용 및 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다.

2) 검토

피해아동이 자폐성 장애를 가지고 있다면, 재판부는 피해아동의 인지능력, 언어능력, 표현력 등이 또래에 비해 현저히 떨어진다는 것을 확인하고, 그러한 사정이 확인되었다면 「통신비밀보호법」상 ‘대화’가 성립되지 않는다. 즉, 구성요건을 충족하지 못해 곧바로 증거능력을 인정할 여지가 생긴다. 그렇다면 당해 재판부는 이러한 구성요건에 대한 법리 검토를 선행했어야 함에도 불구하고, ‘피해자는 자폐성 장애를 가지고 있어 인지능력과 표현력이 또래에 비해 현저히 떨어지는바, 피고인의 학대 범행으로부터 스스로 방어하거나 상황을 표현하기 어렵다고 판단되고, 아동학대의 정황이 의심됨에 따라 신속히 이를 확인했어야 한다는 점에서 정당행위를 인정할 필요가 있다’는 취지로 위법성조각사유를 곧바로 판단한 점이 아쉬울 따름이다.

V. 나가며

사인의 위법수집증거에 대해 위법수집증거배제법칙을 적용할 것인지에 관하여 학계에서는 오래전부터 첨예한 대립이 존재했다. 상술한 바와 같이, 사인의 위법수집증거에 대한 증거능력의 인정 여부는 실체적 진실발견이라는 공익과 개인의 사생활 보호의 이익과 같은 개인적 이익을 비교형량하여 개인적 이익의 침해가 더 큰 경우에 한해 위법수집증거배제법칙을 적용해야 한다(이익형량설 타당). 이러한 견해는 위법수집증거에 대해 원칙적으로 증거능력을 배제하고 예외적으로 허용한다는 점을 분명히 해야 한다는 판례 입장과의 일치한다.

더 나아가, 「통신비밀보호법」 제3조 제1항 본문은 “누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 … 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다”라고 명문으로 규정함으로써 제3자가 타인간의 대화를 몰래 녹음하는 것을 금지하고 있다. 같은 법 제4조에서는 제3조를 위반하여 녹음한 것을 재판에서 증거로 사용할 수 없다고 규정하고 있다. 그렇다면 부모 등 제3자가 타인간의 대화를 비밀리에 녹음한다면 「통신비밀보호법」의 규정과 「형사소송법」상 위법수집증거배제법칙에 따라 그 증거능력이 원칙적으로 부정된다.

그러나 제3자가 타인간의 대화를 비밀리에 녹음한 것에 대해 증거능력을 조사할 때는 구성요건(특히 ‘타인간의 대화’)을 모두 충족하는지를 우선적으로 면밀히 검토해야 한다. 대법원에서 확정된 대구지방법원 2019. 1. 24. 선고 2018노1809 판결을 통해 알 수 있듯이,¹⁷⁾

대화 당사자 중 일방이 영·유아, 자폐성·발달장애인 등 언어능력에 결여가 있어 말의 내용을 이해하지 못한다면 ‘대화’가 아니다. 또한, 스스로 방어하기 어려운 경우, 상황을 자세히 묘사하기 어려운 경우 등 신체적 최종증장애인도 예외적으로 제3자에 의한 비밀녹음의 증거능력을 인정한 사례가 있다. 따라서 제3자가 타인간의 대화를 비밀녹음하였다면, 법해석상 위법성조각사유를 검토하기 이전에 구성요건을 모두 충족하는지 검토하는 것이 당연하다. 그런데 웹툰작가 J씨의 사례인 수원지방법원 2024. 2. 1. 선고 2022고단7025 판결은 피해아동이 자폐성 장애임에도 불구하고 피해아동의 언어능력에 비추어 ‘대화’라고 할 수 있는지를 검토하지 않고, 곧바로 위법성조각사유 중 하나인 정당행위를 해석·적용하여 아쉬움이 남는다. 물론, 위법수집증거에 대해 원칙적으로 증거능력을 배제하고 예외적으로 허용한다는 점을 분명히 해야 한다.

이 연구는 특수학교에서 이루어지는 장애아동에 대한 학대 범죄뿐만 아니라, 다양한 유형의 교육 및 복지기관에서 발생하는 학대범죄, 학교폭력 문제에서의 비밀녹음의 증거능력에 관한 논의에 보탬이 될 것으로 기대된다.

17) “피해아동은 아직 언어능력이 온전히 발달하지 않아 피고인이 하는 말의 내용을 이해하지 못하는바, 결국 본건 범죄 성립 여부는 피고인 말의 내용이 아닌, 목소리의 크기, 억양 등이 말뜻을 이해하지 못하는 생후 10개월의 피해아동에게도 충분히 위협적으로 들릴 만한 것인지에 달려 있다. 그렇다면 ‘피고인이 피해아동을 상대로 하는 말 부분’ 중 증거로 필요한 부분은 피고인 말의 내용이 아닌 피고인의 목소리, 억양 등 비언어적 정보라고 볼이 타당하고, 따라서 위 피고인이 피해아동을 상대로 하는 말은 ‘당사자들이 육성으로 말을 주고받는 의사소통행위’를 의미하는 「통신비밀보호법」상 타인간의 대화에 해당한다고 보기 어렵다(대구지방법원 2019. 1. 24. 선고 2018노1809 판결).”

참고문헌

- 김상오 (2020). 사인이 수집한 증거의 증거능력에 대한 판례의 판단구조. 형사법연구, 32(4), 207-241.
- 김예원 (2024. 2. 25). 녹음으로만 증명되는 학대도 있다. 경향신문, <https://www.khan.co.kr/opinion/column/article/202402252008005#c2b>
- 김인희 (2018). 형사소송법(제2판). 고양: 피앤씨미디어.
- 김재환 (2013). 형사소송법. 파주: 법문사.
- 김종구 (2010). 私인이 범죄행위로 수집한 위법증거의 증거능력. 법학논총, 17(3), 381-400.
- 노명선, 이완규 (2015). 형사소송법(제4판). 서울: 성균관대학교 출판부.
- 배종대, 홍영기 (2022). 형사소송법(제3판). 서울: 홍문사.
- 신동운 (2014). 신형사소송법(제5판). 파주: 법문사.
- 신양균 (2014). 우리나라 형사소송법상 위법수집증거배제법칙. 형사법연구, 26(2), 447-477.
- 이미선 (2008). 한국 자폐성 발달장애 아동의 언어특성 연구 : 형태-통사적 특성을 중심으로. 기초학문자료센터.
- 이은모, 김정환 (2021). 형사소송법(제8판). 서울: 박영사.
- 이재상, 조균석, 이창온 (2022). 형사소송법(제14판). 서울: 박영사.
- 이주원 (2022). 형사소송법(제5판). 서울: 박영사.
- 이창현 (2023). 형사소송법(제9판). 고양: 정독.
- 임동규 (2023). 형사소송법(제17판). 파주: 법문사.
- 정해성 (2017). 헌법 제12조의 적법절차조항과 형사법. 법학논총, 24(1), 25-89.
- 최용성, 박대훈 (2020). 사인의 위법수집증거와 그 증거능력에 관한 소고 - 디지털녹취록, 전자우편 등의 판례를 중심으로. 한국치안행정논집, 17(1), 217-240.
- 하태인 (2014). 형사소송법 제308조의2(위법수집증거배제법칙)의 해석. 형사정책연구, 25(4), 283-304.
- 하태훈 (1999). 사인에 의한 증거수집과 그 증거능력. 형사법연구, 12, 25-46.

원고접수 : 24.4.30.	수정원고접수 : 24.6.13.	제재확정 : 24.6.15.
-----------------	-------------------	-----------------

판례색인

대구지방법원 2018. 5. 11. 선고 2017고단6135 판결
대구지방법원 2019. 1. 24. 선고 2018노1809 판결
대법원 1994. 2. 8. 선고 93도3318 판결
대법원 1997. 9. 30. 선고 97도1230 판결
대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도3000 판결
대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결
대법원 2008. 6. 26. 선고 2008도1584 판결
대법원 2010. 9. 9. 선고 2008도3990 판결
대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도2109 판결
대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도10412 판결
대법원 2011. 5. 13. 선고 2009도10871 판결
대법원 2013. 11. 28. 선고 2010도12244 판결
대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978 전원합의체 판결
대법원 2017. 3. 15. 선고 2016도19843 판결
대법원 2017. 9. 21. 선고 2015도12400 판결
대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504 판결
대법원 2022. 4. 28. 선고 2021도17103 판결
대법원 2022. 8. 31. 선고 2020도1007 판결
대법원 2023. 6. 1. 선고 2018도18866 판결
대법원 2024. 1. 11. 선고 2020도1538 판결
서울지방법원 1997.4.9. 선고 96노5541 판결
수원지방법원 2024. 2. 1. 선고 2022고단7025 판결
울산지방법원 2022. 2. 10. 선고 2021고단2928 판결
울산지방법원 2022. 9. 2. 선고 2022노264 판결

Abstract

Admissibility of Evidence of Secret Recordings of Conversations Between Third Parties: Focusing on Exceptional Recognition

JiWon Hwa*, MinJi Kim**

In 2022, the victim, who is a child of webtoon artist J, was abused by a special education teacher, and in the case of suing the special education teacher for child abuse, the court recognized the conversation between the victim and the defendant secretly recorded by the victim's mother as evidence. This case has led to a lot of discussion about the secret recording and its admissibility of evidence. In this study, we would like to examine the legal principles of recognizing the admissibility of evidence of exceptional secret recordings. By reviewing the theories and precedents of the exclusive rule, we examine whether the law applies to evidence of illegal collection of private individuals(II). Next, we will review the legal review of 'private conversations between third parties' under the Protection of Communications Secrets Act(III), examine cases in which the admissibility of evidence of confidential recording can be recognized as an exception, and examine the validity of the court's application of justification under the Criminal Law in the case of webtoon artist J(IV). In short, confidential recording of conversations between others is

* Master Student, Interdisciplinary Graduate Program in IT · Law, Graduate School of Dankook University

** Undergraduate Student, Department of Economics(Minor: Law), Dankook University

prohibited by the Protection of Communications Secret Act, but if parents have serious difficulties in defense and collecting evidence, such as autistic or developmental disabled people who have not developed language ability or physical severe disabilities, there will be room for acknowledging the admissibility of evidence of confidential recording through the victim child.

Keywords: secret recording, admissibility of evidence, exclusionary rule, Protection of Communications Secret Act, disabled person