

언론보도의 정당행위 성부에 관한 고찰

대상판결: 대법원 2011.3.17. 선고 2006도8839 전원합의체 판결
A Study on the approval Legitimate Act of the Press Report
- The Grand Panel of Korean Supreme Court's 2011. 3. 17. 2006do8839 -

김 현 수*
Kim, Hyeon-Soo

목 차

[사건의 개요]

1. 공소사실의 요지
2. 제1심 및 원심의 판단
3. 상고이유와 대법원의 판단

[연구]

1. 쟁점
2. 사회상규의 의미 분석
3. 사회상규 적합성 판단기준
4. 대상판결의 평가(결론)

국문초록

대법원은 2011. 3. 17. 그간 세인의 관심을 집중시켰던 이른 바 안기부 X파 일 상고심 판결에서 불법 감청·녹음 등에 관여하지 아니한 언론기관이 그 통신 또는 대화의 내용이 불법 감청·녹음 등에 의하여 수집된 것이라는 사정을

논문접수일 : 2012.05.08

심사완료일 : 2012.07.25

게재확정일 : 2012.08.02

* 제주대학교 법학전문대학원 교수, 변호사

알면서도 이를 보도하여 공개하는 행위가 형법 제20조의 정당행위로서 위법성이 조각되지 아니한다고 판시하였다(2006도8839, 전원합의체). 여기에는 반대취지의 대법관 5인의 소수의견이 있다. 다수의견은 국민의 알권리와 공익을 위한 보도라도 그 내용이 도청에 의한 것이어서 비록 공적인물이라 하더라도 개인의 통신비밀이 침해된다면 언론보도의 자유가 제한되어야 한다는 것을 분명히 한 것으로 풀이된다.

물론 불법 감청·녹음 등의 행위는 그것이 어떠한 명분을 갖고 있다고 하더라도 개인의 인격권을 침해하는 목과할 수 없는 범법행위가 분명하다. 따라서 그로 인해 범죄를 밝힌다 하더라도 증거능력이 없으므로 처벌하지 못하게 하는 것은 분명히 의미가 있다. 그러나 본 사안의 경우 그 중대성과 이른바 공적인물론, 공적관심사의 범리에 비추어 대법원 다수의견은 문제가 있고 이미 불법 감청·녹음된 결과물이 외부로 유출된 상태에서 통신의 비밀 보호가 언론기관의 언론의 자유와 충돌하는 문제가 발생하는 경우에는 그 언론기관의 보도에 의한 공개행위의 위법 여부를 불법 감청·녹음 등을 행한 자에 의한 공개행위의 위법성과는 다른 기준으로 평가하여야 한다는 소수의견에 찬성한다.

주제어 : 정당행위, 통신비밀, 공적 인물, 공적 관심사, 이익형량

[사건의 개요]

1. 공소사실의 요지

피고인 1은 문화방송 주식회사의 보도국 기자로서, 누구든지 통신비밀보호법 제3조의 규정에 위반하여 지득한 공개되지 아니한 타인간의 대화 내용을 공개할 수 없음에도 불구하고, 문화방송 보도국장인 공소외 6 및 소위 '안기부 X파일' 관련 특별취재팀 기자들과 공모하여,

2004. 12. 5. 서울 마포구 공덕동 소재 불교방송 부근 상호불상 커피판매점에서 재미교포인 공소외 4로부터 전 국가안전기획부 직원들이 1997. 4. 9.경,

같은 해 9. 9.경, 같은 해 10. 7.경 등 3회에 걸쳐 서울의 호텔 일식집 등지에서 공소의 1 당시 삼성그룹 회장 비서실장과 공소의 2 당시 중앙일보 사장이 '정치권 동향 및 대권후보들에 대한 정치자금 제공' 등에 대하여 논의한 대화를 도청하여 작성한 녹취보고서 3건¹⁾을 전달받아 그 내용을 확인하고,²⁾ 같은 달 30.경 서울 동작구 상도동 소재 공소의 4의 부친 집 앞 도로에서 위 녹취보고서 중 1997. 9. 9.자 대화 내용을 녹음한 테이프 복사본을 전달받아 독자적으로 그 녹취록을 작성하고 보도국장 공소의 6 등에게 보고하여 전문 업체를 통하여 위 녹음테이프에 대한 성문분석을 마침과 동시에 잡음이 제거된 마스터 CD를 제공받는 등 사전준비를 하다가,³⁾ 위 도청자료의 보도를 위한 소위 '안기부 X파일' 관련 특별취재팀이 발족되자 위 마스터 CD와 녹취록을 위 특별취재팀에 제공한 다음, 2005. 7. 22. 서울 영등포구 여의도동에 있는 문화방송 사옥에서 방송된 '9시 뉴스데스크' 프로그램에 취재기자로 출연하여 위 도청자료의 입수경위와 내용을 설명하는 등 2005. 7. 21.경부터 같은 달 27.경까지 17회에 걸쳐 위 녹취보고서와 녹음테이프의 내용을 보도하여 통신비밀보호법에 규정된 절차에 의하지 아니하고 지독한 공개되지 아니한 타인간의 대화 내용을 공개하였다.⁴⁾

- 1) 이 자료는 당시 안기부 내 정보수집기관인 '미림팀'의 팀장인 공소의 3이 임의로 반출하여 자신의 집에 보관하고 있다가 1999. 9.경 당시 집권당 인사와의 친분을 내세우며 삼성그룹 관련 정보의 제공을 요구하였던 공소의 4에게 이를 넘겨준 것이다.
- 2) 그 내용은 1997년 제15대 대통령 선거를 앞두고 여야 후보 진영에 대한 삼성그룹 측의 정치자금 지원 문제 및 정치인과 검찰 고위관계자에 대한 이른바 추석 떡값 지원 문제 등을 논의한 대화가 담겨 있었다.
- 3) 피고인 1은 문화방송의 간부들과 상의한 결과 녹음테이프 없이 녹취보고서만으로는 이 사건 도청자료를 보도할 수 없다고 결론짓고 미국으로 건너가 공소의 4를 만나 취재 사례비조로 우선 1,000달러를 지급하면서 추가로 문화방송에서 취재비 명목으로 1만 달러를 지급할 것이라고 말한 후, 그와 함께 귀국하여 그로부터 위 녹음테이프를 교부받았다. 위 피고인은 위 녹음테이프를 복사한 다음 그 녹음된 음성의 성문분석을 위하여 공소의 4와 함께 다시 미국으로 건너가 확인 작업을 마친 후 그 녹취록을 작성하였다.
- 4) 당시 문화방송은 피고인 1을 포함하여 소위 '안기부 X파일' 관련 특별취재팀을 발족시키고 그 파일 내용의 보도에 따른 법률검토에 착수하여 문화방송 고문변호사들로부터는 보도의 내용이 공익에 관한 것이고 국민의 알권리에 해당하는 것이어서 문제가 없다는 답변을 들었으나, 자문을 구한 다른 변호사들 기타 법조 관계인들로부터는 통신비밀보호법에 저촉될 수도 있다는 취지의 답변을 듣게 되자 그 보도를 보류하기에 이르렀다. 그러던 중 2005. 6.경 인터넷 언론매체에서 'MBC와 피고인 1 기자는 침묵을 깬 때'라는 기사를 게재하여 이 사건

2. 제1심 및 원심의 판단

가. 제1심(서울중앙지방법원 2006. 8. 11. 선고 2006고합177 판결)의 판단

제1심은 이 사건 통신비밀보호법 위반죄의 공소사실에 대하여 피고인 1에 대하여는 그 보도 목적의 정당성, 법익의 균형성, 수단의 상당성 및 비례성의 요건을 모두 충족하여 그 위법성이 조각된다고 판단하여 무죄를 선고하였다. 무죄의 취지는 “자료에 담겨 있던 내용은 주로 대통령 선거정국의 기류 변화에 따른 여야후보 진영에 대한 삼성측의 정치자금지원 문제와 정치인 및 전현직 검찰 고위 관계자에 대한 떡값지원 문제로 이는 중요한 공익적 사항과 직결돼 있어 이를 취득한 언론기관이 그 정보에 대한 공공의 관심사를 충족시켜주는 것이 언론의 사회적 책무를 다하는 것으로 판단해 이를 보도하는 것은 부득이했다”는 것이다.⁵⁾ 한편 피고인 2에 대하여는 그 편집 목적의 정

도청자료와 관련한 문제를 제기하였고, 같은 해 7월경에는 동아일보와 조선일보 등이 각기 이 사건 도청자료의 존재와 그 내용에 관하여 비실명 요약보도의 형식으로 기사를 게재하자, 문화방송도 이 사건 도청자료를 보도하기로 결정하였다. 그런데 이 사건 불법 녹음의 피해자인 공소의 2와 공소의 1이 문화방송을 상대로 이 사건 도청자료와 관련된 일체의 보도를 하지 말 것을 구하는 방송금지가처분을 신청하였고, 이에 서울남부지방법원은 ‘위 녹음테이프 원음을 직접 방송하거나 녹음테이프에 나타난 대화 내용을 그대로 인용하거나 실명을 직접 거론하는 등의 방법으로 방송 등을 하지 말 것’을 내용으로 하는 가처분결정을 하였다. 이에 따라 문화방송은 2005. 7. 21. ‘9시 뉴스데스크’ 프로그램을 통하여 ‘모 중앙일간지 사주와 대기업 고위관계자 간의 대화 내용이 담긴 녹음테이프를 입수하였다는 것, 위 녹음테이프에는 대기업이 1997년 대선 당시 여야 후보 진영에 로비를 하고 정치인과 검찰 고위관계자에게 대규모로 추석 떡값을 보낼 리스트를 검토하는 내용이 담겨 있다는 것, 가처분결정의 취지에 따라 당사자의 실명과 육성을 공개하지 않는다는 것’을 보도하는 수준에 그쳤다가, 그 다음날인 7월 22일부터 후속보도로 이 사건 도청자료를 입수하게 된 경위와 그 수록 내용을 대선자금 제공, 여야 로비, 검찰 고위인사 관리 등으로 세분하여 상세히 보도하면서 대화 당사자와 대화에 등장하는 정치인들의 실명을 공개하였다. 한편 제15대 대통령 선거 당시 기업들이 정치권에 대선자금을 제공한 것과 관련하여 위 보도 이전에 이미 수사가 이루어졌다.

- 5) 즉 제1심은 이 사건 통신비밀보호법 위반 행위가 형법상 ‘업무로 인한 행위 등 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위’인지 여부 또는 ‘인론중재 및 피해구제 등에 관한 법률(이하 언론중재법률이라고 한다.)’에 규정된 ‘공적인 관심사에 대하여 중대한 공익상 필요에 의하여 부득이하게 이루어진 경우’인지 여부를 판단하면서, 그 내용이 ‘대통령 선거정국 기류 변화에 따른 여야 후보 진영에 대한 삼성측의 정치자금 지원 문제, 정치인 및 전현직 검찰 고위 관계자에 대한 추석 떡값 지원 문제’로서 민주적 기본질서의 근간을 이루는 중요한 공익적 사항에 관한 것이고, 녹음테이프 등을 제공한 자에게 100만 원을 건네준 것은 취재 관행을 넘지 않는 수준이며, 성문분석, 보강취재 등으로 진정성을 확인하고 법률 자문 등을 통해 보

당성은 인정될지라도 수단·방법에 있어서 상당성 내지 비례성을 갖지 못하여 위법성 조각이 인정될 여지가 없다고 판단하여 유죄를 인정하면서 정상을 참작하여 피고인 2에 대한 형의 선고를 유예하였다.⁶⁾

나. 원심(서울고등법원 2006. 11. 23. 선고 2006노1725 판결)의 판단

원심은 제1심 판결 중 피고인 1에 대한 부분을 파기하고, 피고인 1에 대하여 유죄를 선고하면서 그 형을 징역 6월 및 자격정지 1년으로 하면서도 그 형의 선고를 유예하고, 피고인 2의 항소와 같은 피고인에 대한 검사의 항소를 모두 기각하였다.

원심은 이 사건의 쟁점에 관하여 “그 전제사실로서 통신비밀보호법은 공개 누설행위를 불법 수집행위와 동일한 것이라는 전제 아래 그 행위자가 어떠한 경로를 통하여 어떤 방법으로 이를 지득하였는지, 또 행위자가 누구인지를 불문하고 예외 없이 처벌함으로써 도청의 폐해를 원천 봉쇄하고 통신의 비밀을 강하게 보호하고자 한다는 취지인데,”라고 판시하고 이어 그 판시 이유로 “통신비밀을 침해하는 독과수에 열린 과실에 언론이 접근하여 그 과실을 취재한 결과 국민에게 이를 알려야만 한다는 언론 본연의 사명에 부당치게 될 특별한 경우에 통신비밀보호법이 공개행위와 관련하여 어떠한 특별한 위법성조각 사유를 규정하고 있지 아니하므로 불법 채취된 자료의 내용을 보도할 수 없는지가 문제인 바, 형법상 정당방위, 긴급피난, 정당행위 등에 해당하는 경우에는 그 위법성이 조각된다고 하면서 그런데 형법상 정당행위는 ‘법령에 의해서 허용되거나, 업무로 인한 행위 등 사회상규에 위배되지 않은 행위’라고 규

도에 신중을 기하였을 뿐 아니라, 다른 언론기관에 이를 고의로 유출하였다고 볼 자료도 없으며, 실명공개로 인한 개인 인격권 침해 요소가 있었지만 이는 타 언론에서 실명이 공개되는 바람에 수동적으로 그 보도행태를 좇은 것뿐이고 보도 내용 중 일부 오류는 단순한 실수로 보일 뿐이라서, 전체적으로 문화방송의 보도가 수단·방법에서 상당성을 결여하지 않았고, 그 보도에 이르는 과정에서 도청의 불법성에 깊이 오염되지 않았다고 하면서 국가기관에 의해 불법으로 도청된 이른바 안기부 X 파일을 취득하여 그 대화 내용을 보도한 행위가 통신비밀보호법 제16조 제1항 제2호에 해당하지만, 형법 제20조의 정당행위 조항과 언론중재법률 제5조 제2항의 위법성조각 조항을 적용하였다.

- 6) 이에 검사는 피고인 1의 보도행위에 위법성의 조각이 인정될 여지가 없고, 피고인 2에 대한 선고유예가 지나치게 가벼워서 부당한 양형이라는 이유로 항소하였고, 반면 피고인 2는 자신의 편집행위 역시 위법성이 조각된다는 이유로 항소하였다.

정하고 있고, 결국 위와 같은 불법 도청된 자료 내용의 보도가 원심에서 인정
한 구체적 사실관계에 비추어 통신비밀보호법에 위반됨에도 사회상규에는 위
배되지 않은 것인지의 평가 문제가 남게 되나, 대법원은 일반적으로 정당행위
가 되려면 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법
의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째 긴급성, 다섯째
그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건에 해당해야 한
다고 판단해 오고 있으므로 그 요건에 맞추어 이 사건 사실관계를 판단해보
면, ① 이 사건 대화의 내용이 국가의 안전 보장, 사회질서의 수호 등을 위해
부득이하게 보도할 수밖에 없는 대상이었다고 평가하기엔 부족하므로 보호
법익(국민들의 관심 내지는 언론 보도의 자유)보다 침해 법익(불법 도청의 응
징, 사생활의 자유와 통신의 비밀 보호)이 더 무게 있게 고려되어야 하므로
법익 균형성에 달리 문제가 없다.⁷⁾ ② 이 사건 보도 행위가 단순히 추상적인
내용으로 안기부에 의해 대선기간 중 재벌 실세와 언론 사주 사이의 사적인
대화까지 불법 도청한 사실이 있었고 그 주요 내용이 무엇이며 이에 따른 증
거로 녹음테이프까지 확보되었음을 보도하는 정도를 넘어서, 주고받았다는 돈
의 액수까지 밝히는 등 구체적인 대화 내용을 보도한 점, 언론 보도는 단순한
개인적 공개, 누설행위와는 전혀 달리 전국적이고 광범위하여 회복하기 어려
운 침해가 예상되는 점, 실명을 공개함으로써 당사자의 인격권을 더욱 크게
침해하였으며, 적어도 언론기관의 경험과 지식에 비추어 실명보도가 수단의
상당성이라는 척도에서 크게 일탈한 것이라는 점에 비추어볼 때 수단과 방법
의 상당성이라는 척도에서 상당성이 있었다고 평가하기에도 부족하며,⁸⁾ ③

- 7) 다만 원심도 본건 공개대상(안기부 X파일)이 국가기관에 의해 전문 인력과 고도의 장비를
동원하여 저질러진 불법의 산물임에 주목한다. 재벌과 언론 사주가 8년 전 대선 후보에게 정
치자금을 지원하고, 정치인이나 검찰 고위직에 떡값을 주는 문제를 상의하였으며 또 이를 일
부 실행하였다고 의심할 만한 자료는 물론 공적 관심의 대상이 될 수 있다고는 밝히고 있다.
- 8) 다만 원심도 피고인 1이 투철한 기자 정신으로 적극적이고 용감하게 정보원을 추적, 취제한
활동 자체를 나무랄 수는 없다고 본다. 또한 국가기관의 불법도청 실태를 적나라하
게 파헤치고, 언론사주와 재벌이 정치인이나 고위 공직자에게 부당한 영향력을 행사하려고
한 실상을 공개하였고, 그 동기나 목적에 있어, 실정법을 위반하더라도 특종을 하겠다는 공
명심이 아닌, 꼭 국민에게 알려야 하겠다는 역사적 사명감으로 이와 같은 행위에 이르렀다
면 그 동기나 목적의 정당성은 인정받아 마땅하다고 하면서도 이러한 동기나 목적의 정당성
은 양형에서 참작할 사유에 불과할 뿐이라고도 한다.

이 사건 보도 당시는 그 내용의 배경이 된 대선이 끝난 지 이미 8년이 지났을 때였고, 보도된 대화의 내용을 보도 당시의 국정 운영이나 국가 정치질서의 전개에 어떠한 직접적인 영향력을 미칠 만한 것이라 함은 지나친 것이고, 그 보도가 시급히 이루어질 이유도 긴급성이 있어 보이지 않으며, ④ 문화방송이나 피고인 1을 비롯한 소속 기자들로서는 불법 도청된 대화 내용의 공개가 통신비밀보호법에 위반된다는 사실을 알고 있었고, 그 공개가 시급히 요청되지 않았는데도, 입수한 자료를 단서로 사실관계를 추적하여 불법에 오염되지 않은 자료를 발굴, 보도하지 않았다. 과연 공공의 관심이나 알 권리를 충족시키기 위해서 도청자료를 공개하는 것 말고는 다른 방법이 없었는지, 그리하여 보충성의 요건을 충족하였는지 의문이 아닐 수 없다.”고 설시하고 있다.

3. 상고이유와 대법원의 판단

이에 피고인들은 통신비밀보호법의 적용 범위 및 정당행위, 형법 제30조의 공동정범에 관한 각 법리오해를 이유로 상고하였다.

대법원의 판단은 다음과 같다.

[다수의견]

(가) 통신비밀보호법이 통신비밀의 공개·누설행위를 불법 감청·녹음 등의 행위와 똑같이 처벌대상으로 하고 법정형도 동일하게 규정하고 있는 것은, 통신비밀의 침해로 수집된 정보의 내용에 관계없이 정보 자체의 사용을 금지함으로써 당초 존재하지 아니하였어야 할 불법의 결과를 용인하지 않겠다는 취지이고, 이는 불법의 결과를 이용하여 이익을 얻는 것을 금지함과 아울러 그러한 행위의 유인마저 없애겠다는 정책적 고려에 기인한 것이다.

(나) 불법 감청·녹음 등에 관여하지 아니한 언론기관이, 그 통신 또는 대화의 내용이 불법 감청·녹음 등에 의하여 수집된 것이라는 사정을 알면서도 이를 보도하여 공개하는 행위가 형법 제20조의 정당행위로서 위법성이 조각된다고 하기 위해서는, 첫째 보도의 목적이 불법 감청·녹음 등의 범죄가 저질러졌다는 사실 자체를 고발하기 위한 것으로 그 과정에서 불가피하게 통신 또

는 대화의 내용을 공개할 수밖에 없는 경우이거나, 불법 감청·녹음 등에 의하여 수집된 통신 또는 대화의 내용이 이를 공개하지 아니하면 공중의 생명·신체·재산 기타 공익에 대한 중대한 침해가 발생할 가능성이 현저한 경우 등과 같이 비상한 공적 관심의 대상이 되는 경우에 해당하여야 하고, 둘째 언론기관이 불법 감청·녹음 등의 결과물을 취득할 때 위법한 방법을 사용하거나 적극적·주도적으로 관여하여서는 아니 되며, 셋째 보도가 불법 감청·녹음 등의 사실을 고발하거나 비상한 공적 관심사항을 알리기 위한 목적을 달성하는 데 필요한 부분에 한정되는 등 통신비밀의 침해를 최소화하는 방법으로 이루어져야 하고, 넷째 언론이 그 내용을 보도함으로써 얻어지는 이익 및 가치가 통신비밀의 보호에 의하여 달성되는 이익 및 가치를 초과하여야 한다. 여기서 이익의 비교·형량은, 불법 감청·녹음된 타인 간의 통신 또는 대화가 이루어진 경위와 목적, 통신 또는 대화의 내용, 통신 또는 대화 당사자의 지위 내지 공적 인물로서의 성격, 불법 감청·녹음 등의 주체와 그러한 행위의 동기 및 경위, 언론기관이 불법 감청·녹음 등의 결과물을 취득하게 된 경위와 보도의 목적, 보도의 내용 및 보도로 인하여 침해되는 이익 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 정하여야 한다.

(다) 방송사 기자인 피고인이, 구 국가안전기획부 내 정보수집팀이 대기업 고위관계자와 모 중앙일간지 사주 간의 사적 대화를 불법 녹음하여 생성한 녹음테이프와 녹취보고서로서, 1997년 제15대 대통령 선거를 앞두고 위 대기업의 여야 후보 진영에 대한 정치자금 지원 문제 및 정치인과 검찰 고위관계자에 대한 이른바 추석 떡값 지원 문제 등을 논의한 대화가 담겨 있는 도청자료를 입수한 후 그 내용을 자사의 방송프로그램을 통하여 공개한 사안에서, 피고인이 국가기관의 불법 녹음을 고발하기 위하여 불가피하게 위 도청자료에 담겨있던 대화 내용을 공개하였다고 보기 어렵고, 위 대화가 보도 시점으로부터 약 8년 전에 이루어져 그 내용이 보도 당시의 정치질서 전개에 직접적인 영향력을 미친다고 보기 어려운 사정 등을 고려할 때 위 대화 내용이 비상한 공적 관심의 대상이 되는 경우에 해당한다고 보기도 어려우며, 피고인이 위 도청자료의 취득에 적극적·주도적으로 관여하였다고 보는 것이 타당하고, 이를 보도하면서 대화 당사자들의 실명과 구체적인 대화 내용을 그대로 공개

함으로써 수단이나 방법의 상당성을 결여하였으며, 위 보도와 관련된 모든 사정을 종합하여 볼 때 위 보도에 의하여 얻어지는 이익 및 가치가 통신비밀이 유지됨으로써 얻어지는 이익 및 가치보다 우월하다고 볼 수 없다는 이유로, 피고인의 위 공개행위가 형법 제20조의 정당행위에 해당하지 않는다.

[대법관 박시환, 대법관 김지형, 대법관 이홍훈, 대법관 전수안, 대법관 이인복의 반대의견]

(가) 언론의 자유는 개인이 언론활동을 통하여 자기의 인격을 형성하는 개인적 가치인 자기실현의 수단임과 동시에 사회구성원으로서 평등한 배려와 존중을 기본원리로 공생·공존관계를 유지하고 정치적 의사결정에 참여하는 사회적 가치인 자기통치를 실현하는 수단이 되는 핵심적 기본권이다. 언론기관의 통신비밀 보도행위의 위법성 여부를 둘러싸고 우열관계를 가리기 어려운 기본권인 통신의 비밀 보호와 언론의 자유가 서로 충돌하는 경우에는 추상적인 이익형량에 의하여 양자택일식으로 어느 하나의 기본권만을 쉽게 선택하고 나머지를 희생시켜서는 안 되며, 충돌하는 기본권이 모두 최대한 실현될 수 있는 조화점을 찾도록 노력하되 개별 사안에서 언론의 자유로 얻어지는 이익 및 가치와 통신의 비밀 보호에 의하여 달성되는 이익 및 가치를 형량하여 규제의 폭과 방법을 정하고 그에 따라 최종적으로 보도행위가 정당행위에 해당하는지 여부를 판단하여야 할 것이다. 그리고 이와 같은 이익형량을 함에 있어서는 통신비밀의 취득과정, 보도의 목적과 경위, 보도에 의하여 공개되는 통신비밀의 내용, 보도 방법 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

(나) 불법 감청·녹음 등에 관여하지 아니한 언론기관이 이를 보도하여 공개하는 경우에, 그 보도를 통하여 공개되는 통신비밀의 내용이 중대한 공공의 이익과 관련되어 공중의 정당한 관심과 여론의 형성을 요구할 만한 중요성을 갖고 있고, 언론기관이 범죄행위나 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 위법한 방법에 의하여 통신비밀을 취득한 경우에 해당하지 아니하며, 보도의 방법에서도 공적 관심사항의 범위에 한정함으로써 그 상당성을 잃지 않는 등 그 내용을 보도하여 얻어지는 이익 및 가치가 통신비밀의 보호에 의하여 달성되는 이익 및 가치를 초과한다고 평가할 수 있는 경우에는 형법 제20조 소정의

정당행위로서 이를 처벌의 대상으로 삼을 수 없다고 할 것이다. 여기서 어떠한 경우에 통신비밀의 내용이 그 공개가 허용되어야 하는 중대한 공공의 이익과 관련된 것으로 보아야 할 것인지는 일률적으로 정할 수 없고, 그 내용이 사회에 미치는 영향력과 파급효과, 통신 또는 대화 당사자의 사회적 지위·활동 내지 공적 인물로서의 성격 여부, 그 공개로 인하여 얻게 되는 공익 등을 종합적으로 고려하여 정하여야 할 것이다.

(다) 도청자료에 담겨 있던 대화 내용은 1997년 대통령 선거 당시 여야 대통령후보 진영에 대한 대기업의 정치자금 지원 문제와 정치인 및 검찰 고위관계자에 대한 이른바 추석 떡값 등의 지원 문제로서 매우 중대한 공공의 이익과 관련되어 있고, 위 대화가 보도 시점으로부터 약 8년 전에 이루어졌으나 재계와 정치권 등의 유착관계를 근절할 법적·제도적 장치가 확립되었다고 보기 어려운 정치 환경 등을 고려할 때 시의성이 없다고 할 수 없으며, 피고인이 위 도청자료를 취득하는 과정에서 위법한 방법을 사용하지 아니하였고, 보도 내용도 중대한 공공의 이익과 직접적으로 관련된 것만을 대상으로 하였으며, 보도 과정에서 대화 당사자 등의 실명이 공개되기는 하였으나 대화 내용의 중대성이나 대화 당사자 등의 공적 인물로서의 성격상 전체적으로 보도 방법이 상당성을 결여하였다고 볼 수 없고, 위 불법 녹음의 주체 및 경위, 피고인이 위 도청자료를 취득하게 된 과정, 보도에 이르게 된 경위와 보도의 목적·방법 등 모든 사정을 종합하여 볼 때 위 보도에 의하여 얻어지는 이익이 통신의 비밀이 유지됨으로써 얻어지는 이익보다 우월하다는 이유로, 피고인의 위 보도행위는 형법 제20조의 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위에 해당하고, 이와 달리 본 원심판단에 정당행위의 의미와 한계에 관한 법리오해의 위법이 있다.

[연구]

1. 쟁점

또 다시 대선정국이다. 정치의 계절만 돌아오면 더욱 더 대선자금 등 정치

자금 문제가 불거지곤 하는데 2005년 문화방송에 의하여 보도된 이른 바 '삼성 X파일' 또는 '안기부 X파일' 사건은 비록 8년 전이라 하더라도 그 당시 대선을 앞두고 특정대선 후보에게 불법 정치자금을 제공하기로 모의하는 내용이 들어있는 녹음파일 등이 공개되어 엄청난 정치적·사회적 파장을 불러일으켰다. 그 파장을 반영하듯 신속한 재판의 법리에 반할 정도로 대법원 확정 판결이 나기까지 5년여가 걸렸다. 이 대법원 판결이 난 후 2011. 5. 13.에도 대법원은 노회찬 전 민주노동당 의원에 대하여 통신비밀보호법위반 부분을 유죄 취지로 파기환송한 바 있다. 언론은 원래 '비상한 공적관심사'를 다시 한번 '비상한 공적 관심사'로 만들었다.⁹⁾ 여기에 국민의 알 권리의 보장 문제가 결들여졌다. 헌법논리적으로 보더라도 국민의 알 권리를 충족시키기 위하여 언론매체는 알릴 권리로서 정보수집권과 정보제공권을 가지며 국민은 정보수령권을 가지는 것이다.¹⁰⁾ 아무튼 이 사건의 쟁점은 기본적으로 우리 헌법이 보장하는 사생활의 비밀 또는 통신비밀의 자유와 언론(보도)의 자유가 충돌하는 경우 무엇을 우선할 것인가에 대한 헌법규범적 판단의 문제이지만, 논의의 단순화를 위하여 여기서는 '불법감청에 관여한 바 없는 언론이 취재원인 제3자로부터 입수한 감청 내용(물론 공적 관심사이다)을 보도한 것이 형법 제20조의 정당행위(사회상규에 위배되지 아니하는 행위)에 해당될 수 있는가'의 문제이다. 물론 후자의 형법적 쟁점은 헌법의 최고가치성에 따라 판단될 문제이지만 추상적 규범의 해석론적 접근은 유보한 채 형법상 정당행위 성립여부에 대한 소견을 피력하고자 한다.¹¹⁾

9) 대법원 2011.5.13. 선고 2009도14442 판결. 대법원은 노회찬 피고인의 인터넷 홈페이지 게재에 의한 통신비밀 공개행위가 형법 제20조의 정당행위에 해당하는지에 관하여 "국가기관의 불법 녹음 자체를 고발하기 위하여 불가피하게 이 사건 도청자료에 담겨 있던 대화 내용을 공개한 것이 아니고, 대화의 시점에 비추어볼 때 이를 공개하지 아니하면 공익에 대한 중대한 침해가 발생할 가능성이 현저한 경우로서 비상한 공적 관심의 대상이 되는 경우에 해당한다고 보기 어려우며, 당사자의 실명을 그대로 공개한 행위는 그 방법의 상당성을 결여한 것으로 보아야 할 것이고, 이 사건 공개행위에 의하여 얻어지는 이익 및 가치가 통신비밀이 유지됨으로써 얻어지는 이익 및 가치를 초월한다고 볼 수 없다"고 한다.

10) 김철수, 「헌법학신론」, 박영사, 2001, 614-615면.

11) 경우에 따라서는 통신비밀보호법 제16조의 위헌성 여부도 문제될 수 있으나 역시 헌법 관련 문제이므로 동 조항이 합헌임을 전제로 한다. 헌법재판소도 2011. 8. 30. 선고 2009헌바42 사건에서 "불법 취득한 타인간의 대화내용을 공개한 자를 처벌함에 있어 형법 제20조

물론 논의의 핵심은 인정되는 사실관계에 비추어볼 때 본 사안에서 불법감청 내용의 보도행위가 대법원이 일관되게 유지하고 있는 일반적 정당행위의 요건에 어느 정도 부합되는가일 것이다. 다시 말해서 판례는 어떠한 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 것인지는 구체적인 사정 아래서 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단하여야 할 것이고, 이와 같은 정당행위를 인정하려면 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 행위의 수단이나 방법의 상당성, 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 긴급성, 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다고 하므로,¹²⁾ 대상 판결의 사실관계가 과연 위와 같은 요건을 충족시키는지 여부를 검토하여 대상판결의 당부를 따져보기로 한다. 그러기 위해서는 사회상규의 의미를 분석하는 것도 필요할 것이다.¹³⁾

2. 사회상규의 의미 분석

우리 형법 제20조의 '사회상규'는 법초월적 또는 법률외적인 개념으로 법적용 개념으로 부적합하기 때문에 극단적으로 형법 해석론의 포기까지를 의미하므로 형법 제20조를 폐지하여야 한다는 주장도 있지만,¹⁴⁾ 법령에 의한 행위, 업무로 인한 행위와 더불어 위법성조각사유가 되는 '기타 사회상규에 반하지 아니하는 행위'는 일반적 위법성조각사유로서 우리 형법상 정당행위의 일 태

(정당행위)의 일반적 위법성조각사유에 관한 규정을 적정하게 해석·적용함으로써 공개자의 표현의 자유도 적절히 보장될 수 있다"며 "형법상의 명예훼손죄와 같은 위법성조각사유에 관한 특별규정이 없어도 기본권 제한의 비례성을 상실했다고 볼 수 없다"고 판시했다. 여기에는 "진실한 사실로서 오로지 공공의 이익을 위한 경우에는 처벌하지 않는다는 특별한 위법성 조각사유를 두고 있지 않아 통신비밀의 보호만을 일방적으로 과도하게 보호하고 표현의 자유보장을 소홀히 하고 있다"는 취지의 이강국 재판관의 한정위헌 반대견해가 있다.

12) 대법원 1994. 4. 15. 선고 93도2899 판결, 2006. 4. 27. 선고 2005도8074 판결, 2006. 6. 27. 선고 2006도1187 판결 등 참조.

13) 본 연구의 선행연구로는 오병두, 판례분석·노회찬 전의원 "X파일"사건 제1심 판결의 문제점, 「민주법학」, 2009; 이승선, 공적인물의 통신비밀보호와 공적관심사에 대한 언론보도의 자유, 「한국언론정보학보」, 2007; 조국, 「불법도청에 관여하지 않은 언론의 도청결과물 보도의 위법성조각」, 법조, 2008 등 다수가 있다. 사안의 중요성이 반영한 것이라고 본다.

14) 김영환, 「법과 도덕의 관계」, 「한국형법학의 이론과 실천」, 박영사, 2010, 15-16면.

양으로 이해하고 있다.¹⁵⁾ 문제는 개념의 불명확성 내지 초범규성이다. 학자들은 이에 대하여 '국가질서의 존엄성을 기초로 한 국민일반의 건전한 도의감 또는 공정하게 사유하는 일반인의 건전한 윤리감정',¹⁶⁾ '공정하게 사유하는 평균인이 건전하게 사회생활을 함에 있어서 옳다고 승인한 정상적인 행위규칙'¹⁷⁾ 등으로 정의하고 있고, 오래된 판례가 초범규적 법익교량의 원칙이니 목적과 수단의 정당성에 관한 원칙이니 사회적 상당성의 원리라고 표현하는 것은 그 개념이 해석에 따라 달라질 수 있는 가변적이라는 것을 전제로 하고 있는 것이다.¹⁸⁾ 판례는 또 "형법 제20조 소정의 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'라 함은 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말한다거나,¹⁹⁾ "소위 사회상규에 반하지 아니하는 행위라 함은 행위가 법규정의 문언상 일응 범죄구성요건에 해당된다고 보이는 경우에도 그것이 극히 정상적인 생활형태의 하나로서 역사적으로 생성된 사회생활질서의 범위 안에 있는 것이라고 생각되는 경우에 한하여 그 위법성이 조각되어 처벌할 수 없게 되는 것으로서, 어떤 법규정이 처벌 대상으로 하는 행위가 사회발전에 따라 전혀 위법하지 않다고 인식되고 그 처벌이 무가치할 뿐 아니라 사회정의에 위반된다고 생각될 정도에 이를 경우나, 국가법질서가 추구하는 사회의 목적 가치에 비추어 이를 실현하기 위하여서 사회적 상당성이 있는 수단으로 행하여 졌다는 평가가 가능한 경우에 한하여 이를 사회상규에 위배되지 아니한다고 할 것이다"라고 하여,²⁰⁾ 추상적이고도 개방적, 형식적 개념으로 보고 있는 듯하다.²¹⁾ 따라서 사회상규 해당성

15) 사회상규에 위배되지 아니하는 경우라면 단지 이를 정당행위로 볼 것이 아니라 정당방위, 긴급피난 등 여타 위법성조각사유를 포괄하는 최상위 개념으로서의 일반적 위법성조각사유로 파악하는 견해(정성근/박광민, 「형법총론」, 삼지원, 2005, 219면)가 있으나 형법의 체계 개념상 정당행위의 한 태양으로 보는 것이 타당할 것이다.

16) 이재상, 「형법총론」, 박영사, 2010, 285면.

17) 진계호/이준걸, 「형법총론」, 대왕사, 2007, 331면.

18) 대법원 1971. 6. 22. 선고 71도827 판결.

19) 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도4415 판결, 2003. 9. 26. 선고 2003도3000 판결, 2006. 2. 10. 선고 2005도3490 판결 등.

20) 대법원 1985.6.11. 선고 84도1958 판결.

21) 같은 견해로 박상기, 「형법총론」, 박영사, 2007, 165면.

또는 적합성은 판례가 제시하는 위 5가지 요건에 구체적 사실관계가 어느 정도 충족하는 지에 달려있게 되는데 문제는 그 요건 해석에 있어 지나치게 엄격하거나 또는 반대로 관대한 것은 아니 된다는 것이다. 그렇지 않다면 법해석에 있어 특수한 논리가 개입하여 정형성을 탈피할 우려가 있게 된다.

3. 사회상규 적합성 판단기준

가. 동기나 목적의 정당성 여부

(1) 견해의 대립

대상판결에서 대법원의 다수의견은 “그 보도의 목적이 불법 감청·녹음 등의 범죄가 저질러졌다는 사실 자체를 고발하기 위한 것으로 그 과정에서 불가피하게 통신 또는 대화의 내용을 공개할 수밖에 없는 경우이거나, 불법 감청·녹음 등에 의하여 수집된 통신 또는 대화의 내용이 이를 공개하지 아니하면 공중의 생명·신체·재산 기타 공익에 대한 중대한 침해가 발생할 가능성이 현저한 경우 등과 같이 비상한 공적 관심의 대상이 되는 경우에 해당하여야 한다.”고 하면서 사안의 경우 “피고인이나 문화방송이 국가기관에 의하여 불법 녹음이 저질러졌다는 사실 자체를 고발하기 위하여 불가피하게 이 사건 도청 자료에 담겨 있던 대화 내용을 공개한 것이 아니라, 그 대화의 당사자나 내용 등이 공중의 관심을 끌 만한 사안이 된다고 보았기 때문에 공개를 한 것으로 판단되고, 대통령 선거를 앞두고 정치자금을 지원하는 문제나 정치인과 검찰 고위관계자에게 이른바 추석 떡값을 지원하는 문제 등을 논의하였다는 것은 그 진위 여부를 떠나 논의 사실 자체만으로도 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 공적인 관심사항에 해당한다고 볼 여지가 있으나 위 대화의 내용은 앞으로 제공할 정치자금 내지 추석 떡값을 상의한 것이지 실제로 정치자금 등을 제공하였다는 것이 아닐 뿐더러, 이 사건 보도가 행하여진 시점에서 보면 위 대화는 이미 약 8년 전의 일로서 그 내용이 보도 당시의 정치질서 전개에 직접적인 영향력을 미친다고 보기 어렵고, 제15대 대통령 선거 당시 기업들의 정치자금 제공에 관하여는 이 사건 보도 이전에 이미 수사가 이루어

졌음을 고려하면 불법 녹음된 대화 내용 자체를 실명과 함께 그대로 공개하여야 할 만큼 위 대화 내용이 '공익에 대한 중대한 침해가 발생할 가능성이 현저한 경우'로서 비상한 공적 관심의 대상이 되는 경우에 해당한다고 보기는 어렵다."고 판시하여 동기나 목적에 정당성이 없고 뒤에서 보는 긴급성도 없다고 판단한다. 이에 대하여 소수의견은 "불법 감청·녹음 등이 자행되었다는 사실을 알리는 행위는 통신비밀보호법이 금지하고 있는 통신비밀의 공개·누설(통신 또는 대화의 내용을 모르는 타인에게 알려주는 일체의 행위)에 해당하지 않음이 분명한데, 다수의견은 결국 어떤 경우에도 통신비밀의 공개는 허용하지 않겠다는 것이나 다름없어 이에 동의할 수 없다."고 하면서 "다수의견에 따르면, 사실상 테러범의 테러계획, 타인을 상대로 한 범죄모의 등 통신 또는 대화의 내용이 직접적이고도 임박한 위협을 내용으로 하는 극히 예외적인 경우에만 공개를 허용하려는 것으로 보인다. 물론 다수의견이 '기타 공익에 대한 중대한 침해가 발생할 가능성이 있는 경우'라는 포괄적인 표현을 보충적으로 사용하고 있기는 하나, 그 문맥상 이는 생명·신체·재산에 대한 중대한 침해의 야기에 준하는 정도의 비상적 상황을 의미하는 것으로 해석할 수밖에 없어 이에 포섭될 수 있는 사안은 극히 제한되어 있다고 볼 수밖에 없으나 이 경우는 형법 제22조의 긴급피난에 해당하는 것으로 볼 수 있고, 이 경우 설령 그 공개자가 불법 감청·녹음 등을 자행한 사람이라고 하더라도 그 공개행위의 위법성이 조각될 수 있는 것인데, 사안의 경우 이를 '비상한 공적 관심의 대상이 되는 경우'에 해당하지 아니한다고 보는 것은 잘못이라고 비판한다.

(2) 검토

다수의견은 이 사건 언론보도의 목적에 대하여 구체적인 판단을 하지 않고 있는 바, 그것이 앞서 서술한 각주 8)과 같은 원심판단과 같이 '실정법을 위반 하더라도 특종을 하겠다는 공명심이 아닌, 꼭 국민에게 알려야 하겠다는 역사적 사명감으로 이와 같은 행위에 이르렀다'는 가정을 긍정하는 것이라면 결국 언론보도에 이르게 된 동기나 목적이 '비상한 공적 관심의 대상이 되는 경우'인지 아닌지가 본 요건의 적합성 판단기준이라고 할 것이다. 즉 피고인이 공개한 내용에 대한 평가가 중요하다고 할 것인데, 주지하는 바와 같이 이 사건

은 시점의 민감성이나 국민정서적 관점은 물론 우리 사회가 문제시하고 개선을 추구하는 여러 이념가치의 문제제기 관점에서 '비상한 공적관심'이 아니라고는 할 수 없다고 본다.²²⁾ 대통령제 국가에서 대통령 후보자들에게 최고의 자본권력이 불법정치자금을 건넨 의혹, 금품수수 의혹 자체를 엄정한 법적 기준에 따라 처리해야 할 전·현직 검사 일부가 되레 금품을 수수했다는 의혹이 일반인의 상식으로 볼 때 '비상한 공적관심'의 범주를 벗어난다고 하기 어렵기 때문이다.

언론이 기본적으로 사회의 공기(公器)로서 국민의 알 권리를 충족케 하는 역할을 수행한다고 하면 피고인이 사적인 이득을 취하려는 의도 등 다른 목적을 가지고 도청 내용을 보도하였다는 특별한 사정이 없다면 비상한 공적관심 사항의 보도는 기자로서 당연히 수행하여야 할 임무임에 틀림이 없으며 이때 비로소 공적 관심사에 대한 일반 국민의 알 권리가 충족되는 것이고, 비교법적으로 볼 때 불법감청된 통신내용을 보도한 행위가 미 연방수정헌법 제1조에 의해 허용되는 것인가에 대한 최초의 판례인 *Bartnick v. Vopper* 사건에서도 연방대법원은 공적관심사항(고등학교 교사들이 학교측과 수당에 관한 장기적인 협상을 함에 있어 노동조합의 위원장과 협상위원인 두 사람이 학교측의 현관을 날려버린다 및 손을 봐주어야 한다는 등 범죄 모의의 불법적 내용)을 공개하는데 있어서의 이익이 프라이버시 보호이익보다 우월하다고 판시하였다는 것인데,²³⁾ 대상판결의 사안이 위 *Vopper* 사건의 내용에 비하여 공적관심 사항이 아닌 것은 분명하므로 역시 같은 결론에 이르게 된다. 그렇다면 이 사건 보도의 동기나 목적의 정당성은 인정된다고 보는 것이 맞다고 본다.

나. 행위의 수단이나 방법의 상당성 여부

(1) 견해의 대립

- 22) 같은 견해로 오영근, "2011년 형법 중요 판례", 「인권과정의」 제424호(2012. 3.) 68면. 여기서 그는 그 내용을 정경유착, 재벌과 검찰의 증, 수뢰나 유착, 선거법위반 등 우리 사회의 기본적 정의를 침해하는 심각한 문제로 보고 있다.
- 23) 허순철, "언론의 자유와 통신비밀 : '안기부 X파일' 사건과 미국연방대법원 판례와의 비교를 중심으로", 「헌법학연구」 13권 3호(2007. 9.), 671-676면.

다수의견은 언론기관이 불법 감청·녹음 등의 결과물을 취득함에 있어 위법한 방법을 사용하거나 적극적·주도적으로 관여하여서는 아니 된다고 하면서 피고인이 이 사건 도청자료가 불법 녹음이라는 범죄행위의 결과물이라는 사실을 알면서도 녹음테이프를 입수하기 위하여 미국으로 건너가 녹음테이프의 소지인을 만나 취재 사례비 명목의 돈으로 1,000달러를 제공하고 앞으로 1만 달러를 추가로 제공하겠다는 의사를 밝힌 것은 단순히 국가기관에 의한 불법 녹음의 범행을 고발하기 위한 것이 아니라 처음부터 불법 녹음된 대화의 당사자나 내용의 공적 관심도에 착안하여 그 내용을 공개하고자 하는 목적으로 그 자료의 취득에 적극적·주도적으로 관여한 것으로 봄이 상당하다고 판단하였다. 또한 피고인 등이 국가기관이 재벌 경영진과 유력 언론사 사장 사이의 사적 대화를 불법 녹음한 일이 있었다는 것과 그 대화의 주요 내용을 비실명 요약 보도하는 것만으로도 국가기관의 조직적인 불법 녹음 사실 및 재계와 언론, 정치권 등의 유착관계를 고발할 수 있었음에도 불구하고, 대화 당사자들의 실명과 대화의 상세한 내용까지 그대로 공개함으로써 그 수단이나 방법의 상당성을 일탈하였다고도 한다. 그러나 소수의견은 언론기관이 불법 감청·녹음 등의 결과물을 위법한 방법으로 취득한 경우에는 그 보도행위의 위법성이 조각되기 어려울 것이라는 점은 수긍할 여지가 있다고 전제하면서도 자료 취득에 위법한 방법이 개재되지 않았다면, '적극적·주도적으로' 취득에 관여하였다는 사정만으로 그 보도행위의 위법성 조각을 바로 부인하는 것은 무리가 있고, 더욱이 적극적·주도적으로 취득에 관여한 행위의 의미를 '우연히·수동적으로' 취득한 경우에 대치되는 개념으로 해석한다면, 당초 우연히 불법 감청·녹음 등의 결과물 중 일부를 입수하게 된 언론기관이 보도 가치가 있다고 판단하거나 그 입수한 자료의 내용의 진실 여부를 확인하기 위하여 취재활동의 일환으로 나머지 자료를 입수하는 것도 적극적·주도적으로 그 결과물을 취득하는 경우에 해당하게 되어 언론기관에 대하여 그 본연의 활동을 하지 말 것을 요구하는 것과 다를 바 없으므로 현실적으로 가능한 것이 아니라고 보고 있다. 또한 만약 언론기관이 불법 감청·녹음 등을 자행하려는 자에게 대가를 지급하거나 지급을 약속하였다면 이는 취득과정의 위법 문제가 아니라 오히려 불법 감청·녹음 등을 교사 내지 방조하는 경우에 해당하므로 그 언론기관

의 보도행위에 대해서는 위법성 조각을 거론할 여지가 없지만 이미 불법 감청·녹음이 행해진 상태에서, 언론기관이 사후에 감청·녹음 등의 결과물이 존재한다는 사실을 알게 되어 그 결과물을 입수하는 과정에서 상당한 대가를 지급하는 행위가 과연 일률적으로 비난의 대상이 되어야 하는지도 의문이라고 한다.

(2) 검토

다수의견은 피고인이 불법도청 자료를 입수하는 과정에서 금원을 지급하고 더군다나 실명을 공개한 부분을 문제 삼아 수단과 방법에 상당성이 없다는 결론을 내리고 있는 것으로 보인다. 그러나 본 사안은 형법상 금지되는 위법성이 개재된 정보수집이 아님이 분명하고 비록 일정한 금전(사례비)의 지급과 약속이 이루어졌다고 하더라도 이는 소수의견이 밝히는 바와 같이 일반적인 취재과정에서도 정보원에게 취재 사례비를 지급하는 경우가 있을 수 있는데, 불법 감청·녹음 등에 관여하지 아니한 사람이 그 결과물을 언론기관에 제공할 경우 감수하여야 할 위험이나 그 결과물의 중대성 등 구체적인 사정의 고려 없이 대가를 지급하였다는 점만을 들어 그 취득과정 나아가 그 보도행위의 정당성을 부인하는 것은 사안의 실체를 제대로 평가하는 것이라고 할 수 없다고 본다. 이른 바 '특종'이라는 것은 언론기관이 대부분 주도적이거나 적극적으로 관여하기에 얻어지는 것임을 생각할 때 더욱 그렇다. 또한 실명 거론 문제는 본 사안의 성격이라든가 이미 타 언론에도 공개가 되었던 점, 대상자들이 공적인물임이 분명한 점에 비추어보면 이를 가리켜 수단과 방법의 상당성을 초과하였다고 평가하기도 어렵다.

다. 보호이익과 침해이익과의 법익균형성 여부

(1) 견해의 대립

다수의견은 피고인의 행위가 사회상규에 위배되지 아니하려면 기본적으로 언론이 그 내용을 보도함으로써 얻어지는 이익 및 가치가 통신비밀의 보호에 의하여 달성되는 이익 및 가치를 초과하여야 한다고 전제하면서 이 사건 보

도가 국가기관의 조직적인 불법 녹음행위를 폭로하고 아울러 재계와 언론, 정치권 등의 유착관계를 고발하여 공공의 정보에 대한 관심을 충족시켜 주고 향후 유사한 사태의 재발을 방지한다는 점에서 공익적인 측면이 있음을 부인할 수 없다면서도 그렇다 하더라도 이 사건 보도에 의하여 얻어지는 이익 및 가치가 통신비밀이 유지됨으로써 얻어지는 이익 및 가치보다 결코 우월하다고 볼 수 없다고 한다. 이에 대하여 소수의견은 도청자료에 담겨 있던 대화내용(대통령후보에 대한 국내 굴지 대기업의 정치자금 지원 문제와 정치인 및 검찰 고위관계자에 대한 이른바 추석 떡값 등의 지원 문제로서, 이를 통하여 위 대기업이 대통령 선거정국에 영향력을 행사하고 그 과정에서 공권력 행사의 일선에 있는 검찰조직에 대한 영향력 강화를 도모하고 있는 것으로 여겨질 수 있는 내용), 그 성격(불법적인 방법을 통해 대통령 선거와 검찰조직에 영향력을 미치려는 행태로서 민주적 헌정질서의 근간을 해치는 것), 시의성(비록 약 8년 전에 이루어진 대화이지만 정경유착의 지속, 대기업이 우리 사회에 미치는 영향력 등), 사안의 중대성(국가기관의 조직적인 불법 감청·녹음과 재계와 언론, 정치권 등의 유착관계 실태), 이 사건 불법 녹음의 주체 및 불법 녹음의 경위, 위 피고인이 이 사건 도청자료를 취득하게 된 과정, 이 사건 보도에 이르게 된 경위와 보도의 목적·방법 등을 종합하여 보면, 이 사건 보도에 의하여 얻어지는 이익과 통신의 비밀이 유지됨으로써 얻어지는 이익을 비교·형량할 때 전자의 이익이 후자의 이익보다 우월하다고 볼 것이라고 하면서 다수의견에 전면적으로 반대하고 있다.

(2) 검토

국민의 알 권리는 신문이나 방송 등 표현매체의 보도에 의존하는 바가 크고 그 정보의 전달은 민주제의 필수불가결한 본질적 요소인데, 헌법 제21조의 표현의 자유로서의 한 내용인 언론(방송을 포함한다)의 자유는 정신적 기본권으로 자유권적 기본권의 중핵을 이루고 주관적 공권인 동시에 제도적 보장으로서의 이중적 성격을 갖는다.²⁴⁾ 통신의 비밀 보호와 언론의 자유가 서로 충

24) 이민영, 방송의 자유와 통신비밀의 보호, 「법학연구」 제5집 제1호(2010), 31, 44-46면.

들하는 경우 무엇을 우선시킬 것인지에 대하여 사적영역인 통신비밀이 더 보호되어야 할 것인지, 공적영역인 언론자유가 더 우선할 것인지는 구체적인 사안에서 이익형량의 관점에서 해결하여야 한다. 이익형량이라는 추상적 판단기준에서 무엇보다 고려되어야 할 것은 통신비밀의 피침해자가 공적인물(public figure)인지, 아닌지 여부일 것이다.²⁵⁾²⁶⁾ 본 사안의 경우 다수의견도 이 사건 보도에 의하여 공개된 대화의 내용이 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 공적 관심사에 해당할 여지가 있다고 평가하여 그 공익적 성격을 인정하고 있다. 그렇다면 불법 감청·녹음 등에 관여하지 아니한 언론기관이 이를 보도

- 25) 헌법재판소도 “신문보도의 명예훼손적 표현의 피해자가 공적 인물인지 아니면 사인인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안인지의 여부에 따라 헌법적 심사기준에는 차이가 있어야 한다. 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 사실은 민주제의 토대인 여론형성이나 공개토론에 기여하므로 형사제재로 인하여 이러한 사안의 게재를 주저하게 만들어서는 안된다. 신속한 보도를 생명으로 하는 신문은 속성상 허위를 진실한 것으로 믿고서 한 명예훼손적 표현에 정당성을 인정할 수 있거나, 중요한 내용이 아닌 사소한 부분에 대한 허위보도는 모두 형사제재의 위협으로부터 자유로워야 한다. 시간과 싸우는 신문보도에 오류를 수반하는 표현은, 사상과 의견에 대한 아무런 제한없는 자유로운 표현을 보장하는 데 따른 불가피한 결과이고 이러한 표현도 자유토론과 진실확인에 필요한 것이므로 함께 보호되어야 하기 때문이다.”라고 판시하고 있다. 1999. 6. 24. 선고 97헌마265 결정.
- 26) 대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도2137 판결은 이른 바 ‘국립대학교수의 여제자 성추행 사건’과 관련하여 “형법 제310조에서 ‘오로지 공공의 이익에 관한 때’라 함은 적시된 사실이 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 주관적으로 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한 것이어야 하는 것인바, 형법이 개인의 명예를 보호하기 위한 처벌조항을 두면서 형법 제310조와 같은 특별한 면책조항을 둔 이유는 국민의 알권리와 다양한 사상, 의견의 교환을 보장하는 언론의 자유가 민주주의의 근간이 되는 핵심적인 기본권임에 비추어 개인의 명예 보호와 언론의 자유 보장이라는 두 가지의 기본적 권리를 비교·형량하여 개인에 대한 공정한 비판의 여지를 열어두기 위한 것임을 고려할 때, 여기에서 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것인지 여부는 당해 명예훼손적 표현으로 인한 피해자가 공무원 내지 공적 인물과 같은 공인인지 아니면 사인에 불과한지 여부, 그 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성, 사회성을 갖춘 공적 관심 사안에 관한 것으로 사회의 여론형성 내지 공개토론에 기여하는 것인지 아니면 순수한 사적인 영역에 속하는 것인지 여부, 피해자가 그와 같은 명예훼손적 표현의 위협을 자초한 것인지 여부, 그리고 그 표현에 의하여 훼손되는 명예의 성격과 그 침해의 정도, 그 표현의 방법과 동기 등 제반 사정을 고려하여 판단하여야 할 것이고, 특히 공인의 공적 활동과 밀접한 관련이 있는 사안에 관하여 진실을 공표한 경우에는 원칙적으로 ‘공공의 이익’에 관한 것이라는 증거가 있는 것으로 보아야 할 것이며, 행위자의 주요한 동기 내지 목적이 공공의 이익을 위한 것인 이상 부수적으로 다른 개인적인 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 형법 제310조의 적용을 배제할 수 없는 것이다.”라고 하여 ‘공인의 비리에 대한 인터넷 비판은 명예훼손이 되지 아니한다’는 취지로 판시하고 있다.

하여 공개하는 경우에 있어서, 그 보도를 통하여 공개되는 통신비밀의 내용이 중대한 공공의 이익과 관련되어 공중의 정당한 관심과 여론의 형성을 요구할 만한 중요성을 갖고 있어 이 사건 보도에 의하여 얻어지는 이익과 통신의 비밀이 유지됨으로써 얻어지는 이익을 비교·형량할 때 전자의 이익이 후자의 이익보다 우월하다고 볼 것이라는 소수의견이 더 타당하다고 판단된다.²⁷⁾

라. 긴급성 및 보충성 여부

(1) 견해의 대립

다수의견은 원심의 판단과 대체로 일치하여 이 사건 보도가 그 내용의 배경이 된 대선이 끝난 지 이미 8년이 지났을 때로서 보도된 대화의 내용을 보도 당시의 국정 운영이나 국가 정치질서의 전개에 어떠한 직접적인 영향력을 미칠 만한 것이라 함은 지나친 것이고, 그 보도가 시급히 이루어질 이유도 긴급성이 있어 보이지 않으며, 공공의 관심이나 알 권리를 충족시키기 위해서도 청자료를 공개하는 것 말고는 다른 방법이 없었는지에 의문을 표시하고 있으나, 소수의견은 언론기관의 보도에 의한 통신비밀 공개행위의 위법성 조각 여부를 판단함에 있어서 종래 판례가 정당행위의 성립요건으로 들고 있는 긴급성과 보충성의 요건은 그 적용이 완화되거나 달리 이해되어야 한다고 하면서 문제된 통신비밀의 내용이 공개 당시에 중대한 공적 관심의 대상으로서 시의성을 잃지 않고 있다면 그 긴급성을 부인할 수 없고, 통신비밀의 직접적이고 진실한 공개만이 중간자의 가공·편집에서 비롯되는 왜곡과 오해를 피할 수 있는 가장 유효적절한 수단이라고 한다면 보충성의 요건도 충족되었다고 봄이 상당하며, 만약 그렇게 하지 아니하고 긴급성과 보충성의 요건을 다른 범죄행위에서와 마찬가지로 엄격히 적용한다면 통신비밀의 공개행위가 주로 과거에 이루어진 통신 또는 대화의 내용을 그 대상으로 하는 이상 긴급성과 보충성

27) 앞서 본 Vopper 사건에서 미연방대법원의 다수 및 동조의견은 “대화당사자간의 프라이버시라는 이익보다 공적 관심사에 관한 진실한 정보를 공개하는 이익이 우월하므로, 따라서 누군가의 불법행위가 공공의 관심사에 관한 언론으로부터 수정헌법 제1조의 보호를 제거하기엔 부족하다”하고 실시하고 있다. 이민영, 앞의 논문, 52면.

을 충족할 여지가 거의 없게 되어 사실상 정당행위를 인정하지 않겠다는 것과 다를 것이 없는데, 다수의견이 들고 있는 '공개하지 아니하면 공중의 생명·신체·재산 기타 공익에 대한 중대한 침해가 발생할 가능성이 현저한 경우'란 다른 말로 구체적이고 압박한 위협을 예방하기 위하여 공개가 불가피한 경우로서, 다수의견은 오히려 긴급성과 보충성의 엄격한 적용을 요구하고 있어 문제라고 주장한다.

(2) 검토

사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 적합성판단기준의 하나로서의 이 요건은 사실 앞서 본 동기와 목적의 정당성, 수단과 방법의 상당성, 법익균형성과 관련하여 맥락적으로 판단하여야 한다. 그러한 요건이 충족된다면 긴급성과 보충성의 요건은 완화하여 해석되어야 하기 때문이다. 본 사안에서도 다수의견은 '8년이 지난 후', '직접적 영향력', '공개 외 다른 방법'의 문구로 전체적인 면에서 긴급성과 보충성에 대한 소극적 입장을 견지하고 있으나, 앞서 언급한 바와 같이 사안의 중대성, 대화 당사자의 신분관계, 대화의 내용, 우리나라 국민 최대의 공적 관심사, 우리 사회가 지향하는 가치체계 등의 관점에서 보더라도 보도 자체가 긴급하지 않다고 볼 수가 없고 더군다나 재벌과 검찰, 신문사의 영향력, 국민의 알 권리(접근권)를 감안하면 이를 공개하지 않고 다른 방법에 의하여 국가권력의 불법성을 드러내지 않을 별다른 방법을 찾기도 어렵다는 점에서 보충성의 요건도 충족된다고 본다.

4. 대상판결의 평가(결론)

언론의 자유가 절대적인 기본권이 아니고 내재적 한계를 지님은 분명하다. 사생활의 비밀 내지 통신의 비밀도 철저히 보호되어야 한다. 우리 통신비밀보호법이 법률에 의하지 아니하고 타인간의 대화를 녹음, 청취하지 못한다고 규정하고 이에 위반한 증거는 위법수집증거로 증거능력을 배제하는 것도 그러한 이유이다.²⁸⁾ 그러므로 일부 언론이 상업적인 목적이든 그밖에 다른 오염된 의도이든 아무런 죄의식 없이 행하는 도청과 감청 등의 행태는 매우 충격적

이다. 비록 그것이 국민의 알권리를 앞세우더라도 비난하지 않을 수 없는 것이다. 물론 더욱 심각한 것은 국가기관이 버젓이 자행하는 민간인 사찰 등 감시와 그 수단으로서의 타인 대화 도청이다. 언론의 자유는 그러한 의미에서 통신비밀의 보호에 의하여 제한되어야 한다. 2011. 6.경 있었던 구 민주당 최고위원회 회의 내용이 KBS 기자에 도청당하고 국회의원이 그 내용을 공개한 사안도 그 후 수사기관의 호지부지 수사로 지금은 국민의 관심사로부터도 멀어졌지만, 이 역시 본 연구 대상 사안과 별반 다르지 않다. 대상판결대로라면 유죄로부터 자유롭지 못한 것이다. 대법원은 어떠한 국민의 알권리와 공익을 위한 보도라도 그 내용이 도청에 의한 것이어서 비록 공적인물이라 하더라도 개인의 통신비밀이 침해된다면 언론보도의 자유가 제한되어야 한다는 것을 분명히 하였기 때문이다. 다수의견의 취지는 만약 이 사건 보도행위가 정당행위로서 허용된다고 한다면 장래도 국가기관 등이 사인 간의 통신이나 대화를 불법 감청·녹음한 후 이를 언론기관을 통해 그 내용을 공개함으로써 발생할 것이 우려되는 통신비밀의 회복할 수 없는 침해를 우려하는 것으로 보인다. 불법 감청·녹음 등의 행위는 그것이 어떠한 명분을 갖고 있다고 하더라도 개인의 인격권을 침해하는 목과할 수 없는 범법행위가 분명하다. 따라서 그로 인해 범죄를 밝힌다 하더라도 증거능력이 없으므로 처벌하지 못하게 하는 것은 분명히 의미가 있다. 또한 불법도감청 결과물의 공개행위 자체를 처벌함으로써 아예 그 행위를 금지하여야 하는 것도 타당하다. 즉 원칙적으로 언론보도라고 하여 그것이 정당행위의 한 태양으로서의 사회상규에 반하는지 여부를 달리 판단할 별다른 이유는 없다.

그러나 본 사안의 경우 그 중대성과 이른바 공적인물론, 공적관심사의 법리에 비추어 대법원 다수의견은 구체적 사실관계에 대한 합리적 법해석, 적용이 아닌 가상과 당위를 미리 전제하고 결론을 꿰맞춘 것이 아닌가라는 점에서

28) 헌법재판소 2001. 3. 21. 선고 2000헌바25 결정. "통신비밀보호법은 통신 및 대화의 비밀과 자유에 대한 제한은 그 대상을 한정하고 엄격한 법적 절차를 거치도록 함으로써 통신비밀을 보호하고 통신의 자유를 신장함을 목적으로 제정된 것으로서, 통신의 비밀을 보장하려는 헌법 제18조의 취지를 구체적으로 실현하기 위한 입법적 수단이라 할 수 있다. 통신비밀보호법의 개정경위에 대하여는 김일환, 통신비밀의 헌법상 보호와 관련 법제도에 관한 고찰, 『형사정책』 제16권 제1호(2004), 38-39면.

문제가 있다고 본다. 피고인들이 상고이유로 삼고 있는 정당행위의 법리를 적용함에 있어 외국의 법리를 고려하고 적어도 그 적합성 판단의 기준이 되는 요소를 심층 판단하였어야 할 것이고, 만약 원심의 판단유탈이 있었다면 파기 환송하여 계속 심리하게 하였어야 한다. 결론적으로 이미 불법 감청·녹음된 결과물이 외부로 유출된 상태에서 통신의 비밀 보호가 언론기관의 언론의 자유와 충돌하는 문제가 발생하는 경우에는 그 언론기관의 보도에 의한 공개행위의 위법 여부를 불법 감청·녹음 등을 행한 자에 의한 공개행위의 위법성과는 다른 기준으로 평가하여야 한다는 소수의견에 찬성한다.²⁹⁾

참고문헌

- 김영환, “법과 도덕의 관계”, 「한국형법학의 이론과 실천」, 박영사, 2010.
김일환, “통신비밀의 헌법상 보호와 관련 법제도에 관한 고찰”, 「형사정책」 제16권 제1호, 2004.
김철수, 「헌법학신론」, 박영사, 2001.
박상기, 「형법총론」, 박영사, 2007.
오병두, 판례분석: 노회찬 전의원 “X파일” 사건 제1심 판결의 문제점, 「민주법학」, 2009.
오영근, “2011년 형법 중요 판례”, 「인권과정의」 제424호, 2012. 3.
이민영, “방송의 자유와 통신비밀의 보호”, 「법학연구」 제5집 제1호, 2010.

29) 그 근거로 다음 판례를 들 수 있을 것이다. 대법원 1996. 6. 28. 선고 96도977 판결. “피고인이 선거관리위원회가 주재한 합동연설회장에서 판시 일간지의 신문 기사를 읽는 방법으로 전과사실을 적시하였다는 점과 그 사실 적시에 있어서 과장 또는 왜곡된 것이 없는 점 및 그 표현방법 등에 비추어 볼 때 피고인이 위 사실을 적시한 것은 상대 후보인 공소의 1의 평가를 저하시켜 스스로가 당선되려는 사적 이익도 동기가 되었지만 유권자들에게 상대 후보자의 자질에 대한 자료를 제공함으로써 적절한 투표권을 행사하도록 하려는 공공의 이익도 한 동기가 되었다고 보는 것이 상당하다. 또한 위와 같은 전과사실이 공표됨으로써 상대 후보인 공소의 1이 입는 명예(인격권)의 침해정도와 만일 이를 금지할 경우 생기는 피고인의 표현의 자유에 대한 제한과 유권자들의 올바른 선택권에 대한 장애의 정도를 교량한다면 후자가 전자보다 중하다고 보는 것이 상당하다.”

- 이승선, “공적인물의 통신비밀보호와 공적관심사에 대한 언론보도의 자유”, 「한국언론정보학보」, 2007.
- 이재상, 「형법총론」, 박영사, 2010.
- 정성근/박광민, 「형법총론」, 삼지원, 2005.
- 조 국, 「불법도청에 관여하지 않은 언론의 도청결과물 보도의 위법성조각」, 법조, 2008.
- 진계호/이준걸, 「형법총론」, 대왕사, 2007.
- 허순철, “언론의 자유와 통신비밀 : ‘안기부 X파일’ 사건과 미국연방대법원 판례와의 비교를 중심으로”, 「헌법학연구」 13권 3호, 2007. 9.

[Abstract]

A Study on the approval Legitimate Act of the Press Report
- The Grand Panel of Korean Supreme Court's 2011. 3. 17. 2006do8839.

Kim, Hyeon-Soo

Professor, Law School, Jeju National Univ.

The Grand Panel of Korean Supreme Court's 2011. 3. 17. 2006do8839 is that the criminal responsibility of the journalist's exposure of the illegally obtained recording by the KNSP, so called the 'NSP X-file'. In this case Supreme Court sentenced the accused is guilty. But minority opinion of the KSP opposed to the majority opinion. The core of a debate is whether this case applicable to the legitimate act of the Korean penal code 20th or not. And it include benifit comparison between with communication secret v. press report.

In this paper, I considered the following facts: (1) whether the disclosed

private conversation with other parties who is public figure was "a matter of public concern", (2) the contents of the conversation is important or not to the general people, (3) the degree of the reasonable expectation of communication privacy.

In conclusion, the accused was not guilty since his report was about the matter of public concern of public figure what is very importance to the general people, and inevitable that it should have turned out that way. Therefore I approval of the minority opinion.

Key words : Legitimate Act, Communication Secret, Public Figure, A matter of Public Concern, Benefit Comparison