

안기부 X파일

진상규명과 수사를 어떻게 할 것인가

§ 일시 : 2005년 8월 31일(수) 오후 2시30분

§ 장소 : 국회 본관 2층 귀빈식당

삼성 불법뇌물 공여사건 등 정경감언 유착의혹 및 불법도청
진상규명을 위한 시민사회단체 공동대책위원회

안기부 X파일

진상규명과 수사를 어떻게 할 것인가

사회

장주영 변호사 (민변 사무총장)

발제1. 안기부X파일 진상규명의 의미 - 2쪽

홍성태 교수 (민주화를 위한 전국교수협의회)

발제2. 안기부 X파일 진상규명과 수사에 대한 법리적 검토 - 8쪽

김갑배 변호사

토론.

최재천 의원 (열린우리당)

심상정 의원 (민주노동당)

양문석 정책위원 (언론개혁시민연대)

민진영 사무국장 (경기민주언론운동시민연합)

이국운 교수 (참여연대 사법감시센터 실행위원)

장경욱 변호사 (민변 사법위원회)

종합토론

첨부자료.

국가안전기획부 불법도청테이프 등의 처리에 관한 특별법안 - 32쪽

국가안전기획부 및 국가정보원의 불법 도감청 자료의 공개에 관한 특별법안 - 42쪽

국가안전기획부 및 국가정보원의 불법 도청과 불법 정치자금 제공 등의

의혹사건 진상규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률안 - 49쪽

불법도청사건과 ‘삼성X파일’사건

홍성태

(상지대 문화콘텐츠학과, 참여연대 정책위원장)

1. 불법도청사건의 교훈과 과제

‘정보는 권력’이라고 한다. 권력은 정보를 먹고 산다. 권력은 더 많은 정보를 먹기 위해 최선을 다한다. 동서고금을 막론하고 더 많은 정보를 손에 넣기 위해 최선을 다하는 것은 권력의 본질이다. 독재권력은 말할 것도 없고 민주권력도 마찬가지이다. 그러나 둘 사이에는 큰 차이가 있기도 하다. 독재권력이 더 많은 정보를 손에 넣기 위해 법을 완전히 무시한다면, 민주권력은 손에 넣을 정보의 내용과 정보를 손에 넣는 방법을 법으로 규정하고 지키고 자 한다.

독재권력이 더 많은 정보를 손에 넣기 위해 사실상 모든 국민을 대상으로 일상적인 도청을 저질렀다는 것은 상식이다. 정치적 정당성을 원천적으로 가지고 있지 않은 독재권력이 자신을 유지하기 위해 모든 국민을 감시하는 것은 당연한 일이다. 그 실체는 이른바 ‘블랙박스사건’을 통해 일부 드러났다. 1988년 5월에 안기부는 도청장치를 개발해서 서울의 모든 전화국에 설치했다. 1989년에 이 사실이 드러나서 철거되기는 했으나 그 전모는 밝혀지지 않고 말았다. 이 사건은 국가기관의 도청방식이 개인 전화선을 수공업적으로 도청하던 것에서 벗어나 자동화된 대규모 도청으로 옮겨가고 있다는 것을 보여주었다. 6공화국에 들어와서 기술발달에 따라 도청의 원격화·자동화·대규모화가 이루어졌던 것이다.

‘삼성 X파일사건’을 계기로 드러난 국가기관에 의한 불법도청의 실상은 한국 사회에 커다란 충격을 주었다. 박정희의 중앙정보부에서 전두환의 국가

안전기획부로 이어진 국가정보기관은 그 자체로 독재권력의 상징이었다. 그리고 그 핵심에 모든 국민을 대상으로 한 감시활동이 자리잡고 있었다. 민주화는 이런 활동이 더 이상 자행되지 않는 것, 나아가 국가정보기관이 발본적으로 개혁되는 것을 뜻한다. 안기부가 국가정보원으로 이름을 바꾼 것은 이런 민주화의 요구를 표현하는 한 방식이었다. 그러나 '삼성 X파일사건'은 이름이 바뀌었다고 해서 그 행태가 바뀌는 것은 아니라는 사실을 보여주었다. 문제의 근원을 밝히고 바로잡으려 하지 않는 한,

민주화는 쉽게 이루어지지 않는다. 정권이 바뀌었다고 해서 민주화가 이루어지는 것은 아니다. 정권의 민주화는 정치의 민주화를 이루기 위한 출발점일 뿐이다. 독재권력의 주구로 타락한 국가정보기관은 타락한 정보기관원들을 배출할 수밖에 없다. 그 덕에 일종의 '내부고발'이 이루어져서 국가기관에 의한 불법도청의 실상이 적나라하게 드러나고, 이 나라를 지배하는 자들의 연계와 음모가 드러난 것은 역사의 역설적 행운이라고 하지 않을 수 없다. 우리는 이 행운을 결코 역사의 쓰레기통에 버려서는 안 될 것이다.

이번의 불법도청사건에서 드러난 새로운 점은 무엇인가? 음식점에 도청기를 설치했다거나, 전화국 직원에게 뇌물을 줬다거나, 휴대전화를 도청했다거나 하는 것은 결코 새로운 점이 아니다. 그것은 이미 우리가 알고 있는 사실을 확인해 준 것에 불과하다. 정말로 새로운 점은 이 나라의 지배세력이 어떤 식으로 세력을 이루고 이 나라를 좌지우지하고 있는가를 있는 그대로 알 수 있게 되었다는 점이다. 이 점을 명확히 이해하는 것이야말로 중요하다. 바로 이 점에서 불법도청 테이프는 이 나라에 드리운 음험한 지배세력을 그늘을 걷어내고 이 나라를 민주주의의 초석 위에 바로 세울 수 있는 중대한 '공공자산'이다. 이 자산을 올바르게 쓰지 않는다면, 이 나라의 민주화는 결코 심화될 수 없을 것이다.

우리는 두가지 사항에 모두 주의해야 한다. 첫째, 국가기관의 도청에 관한 모든 정보가 소상히 공개되어야 한다. 잘 알다시피 국정원만이 아니라 기무사와 경찰도 오랫동안 불법도청을 저질렀다. 독재권력은 다양한 억압적 국

가기구를 설립하고 그들로 하여금 모든 국민을 감시하도록 했다. 이런 독재 권력의 문제가 민주화와 함께 얼마나 개혁되었는가에 대한 총체적 평가가 절실하다. 둘째, 이번의 불법도청 자료에 대한 면밀한 분석과 공개가 필요하다. ‘삼성 X파일’에서 잘 드러났듯이, 지배세력에게 법은 그저 법일 뿐이다. 이제 그들은 법에 따라 불법도청 자료는 공개해서는 안 된다고 주장한다. 그러나 이번의 불법도청 자료는 단순히 불법도청 자료가 아니라 도둑과 역적의 온갖 모의를 고스란히 담고 있는 증거물이다.

법을 우습게 여기고 나라를 사유화한 자들의 행태에 대해 우리는 당연히 알 권리를 가지고 있다. 분석을 통해 증거물의 가치를 지닌 것으로 판정된 자료는 모두 그대로 공개되어야 한다. 이미 그 내용이 모두 밝혀진 ‘삼성 X파일’의 공개로부터 시작될 수 있을 것이다. 우리는 홍석현과 이학수의 육성을 들을 권리를 가지고 있다. 우리는 이 나라를 사유화한 자들이 법이며 국가기관을 얼마나 우습게 여기고 있는가를 생생하게 확인해야 한다. 그 과정 자체가 민주화의 심화와 확산의 과정이 될 것이다. 독도 잘 쓰면 약이 된다. 독이 있는 나무에서는 독이 있는 열매가 열린다며 귀중한 증거물의 공개를 가로막는 것은 국민의 권리를 침해하고 민주화를 저해하는 것이다.

민주주의를 더욱 넓히고 다질 수 있는 역사적 길이 열렸다. 이제 특검으로 이 길을 넓히고, 특별법으로 이 길을 굳게 다지자.

2. 감시사회와 삼성 X파일 사건

오늘날 우리는 무서운 감시사회에서 살고 있다. 발달된 정보기술을 이용해서 정부는 말 그대로 국민의 일거수일투족을 감시할 수 있다. 이 점에서 가장 앞서 있는 것은 바로 미국 정부이다. 2차대전이 끝나고 미국은 영국, 캐나다, 호주, 뉴질랜드 등 앵글로색슨계가 지배하는 국가의 정부와 함께 전 세계의 모든 전자통신을 대상으로 한 도청망을 설치하고 운영하기 시작했다.

‘에설론’(사다리)이라는 암호명을 가지고 있는 이 도청망의 실체는 영국의 한 언론인의 노력으로 1980년대 말에야 비로소 세상에 알려지게 되었다. 이 도청망의 운영을 지휘하는 것은 미국의 ‘국가안보국’(NSA)인데, 1960년대 중반에 설립된 이 조직의 실체는 1990년대에 들어와서야 비로소 밝혀졌다. 미국에서 <X파일>과 같은 드라마나 <컨스피런시>와 같은 영화가 만들어진 데에는 이런 어두운 사실들이 자리잡고 있다.

도청능력과 실적에서 미국 정부가 가장 앞서 있기는 하지만 한국 정부도 결코 만만치 않다. 물론 미국 정부가 청와대를 도청하고 있는 것처럼 한국 정부가 백악관을 도청하고 있다는 것은 아니다. 그러나 국민을 대상으로 한 도청에서는 한국 정부도 대단한 능력과 실적을 갖고 있다. 한 기자의 노력으로 안기부의 불법도청 테이프가 세상에 그 모습을 드러내게 되면서 이런 사실을 분명히 확인할 수 있게 되었다. 한국 정부가 조직적으로 불법도청을 시작한 것은 박정희 정권 때부터였다. 쿠데타로 권력을 잡은 박정희는 불법권력을 유지하기 위해 이 사회를 엄혹한 감시사회로 만들었다. 최고의 심복부하였던 김종필을 시켜서 중앙정보부를 만들고, 그곳에서는 사실상 모든 국민을 대상으로 불법도청을 시작했다. 이렇게 해서 손에 넣은 엄청난 정보들을 바탕으로 박정희는 ‘총통’으로 군림할 수 있었다.

그러나 아무리 감시와 억압을 강화했어도 박정희는 저항을 완전히 억누를 수 없었다. 결국 그는 나라의 미래를 근심한 양심적인 부하에 의해 최후를 맞았다. 이로써 마침내 민주화의 꿈이 실현되는 것처럼 보였다. 그러나 전두환은 그의 스승 박정희보다 더욱 무자비하고 악랄한 방식으로 권력을 찬탈했다. 민주화의 꿈은 잔인하게 짓밟히고 말았다. 중앙정보부는 국가안전기획부로 이름을 바꿔서 더욱 삼엄한 감시활동을 펼쳤다. 전두환의 쿠데타 동지인 노태우가 권력을 잡고 있을 때까지 이런 상황은 사실 당연한 것이었다. 국민을 학살하고 잡은 권력을 유지하기 위해 정보기관의 불법감시활동은 필수적인 것이었다. 민주화는 단순히 정권의 평화적 교체에 그치지 않고 이런 불법감시활동의 종식으로 이어져야 했다. 그러나 안기부의 불법도청 테

이프는 김영삼 정권 이래의 민주화시대에도 정보기관의 불법도청이 계속되었다는 것을 밝혀주었다. 참으로 놀랍고 무서운 일이다.

그런데 감시사회의 실태가 확인되면서 모든 논의가 이 문제로 쏠리는 것은 그 자체로 큰 문제를 안고 있다. 민주화의 진척이라는 점에서나, 역사 바로세우기라는 점에서나 감시사회의 문제를 해결하는 것은 대단히 중요하다. 그러나 그렇다고 해서 ‘삼성 X파일’을 잊어서는 안 될 것이다. 안기부의 불법도청 테이프는 분명히 불법자료이지만, 이 나라가 어떻게 운영되고 있는가를 적나라하게 보여주는 핵심자료이기도 하다. 현재 그 내용이 가장 잘 드러난 것은 삼성재벌의 권력장악계획이다. 홍석현과 이학수가 편안하게 나눈 대화의 내용을 보노라면 분노하게 될 뿐만 아니라 소름이 돋기도 한다. 홍석현과 이학수는 이견희의 지시를 받아 이회창에게 100억원대의 불법자금을 제공했고, 김대중에게도 보험금조로 수십억원의 불법자금을 제공했다. 그들은 노동자와 호남에게 기대를 가져서는 안 된다는 말을 나누고, 김대중을 ‘늙은이’로 부르기도 했다. 삼성재벌은 막대한 돈을 써서 엄청난 인맥을 만들고, 이 돈과 인맥을 최대한 활용해서 권력을 창출하고 장악하는 계획을 추진하고 있다. ‘삼성 X파일’은 이 사실을 잘 보여준다.

이상호 기자의 의지로 독재정권이 설립한 정보기관의 비도덕성과 정경유착으로 세를 불려온 삼성재벌의 실상이 고스란히 드러나게 되었다. 삼성재벌은 단순한 정경유착의 차원을 넘어서 스스로 권력장악의 주체가 되고자 한다. 삼성재벌이 저지른 불법에 대한 엄정한 수사와 처벌이 이루어지지 않는다면, 삼성재벌은 권력장악의 주체가 되어 온갖 불법을 합법으로 바꾸게 될 것이다. ‘금융산업의 구조개선에 관한 법률’(금산법)을 둘러싼 최근의 논란을 보면, 이런 우려가 이미 상당 정도로 현실이라는 생각을 하지 않을 수 없다. 재정경제부는 부칙을 삽입하는 방식으로 삼성재벌에게 유리한 금산법 개정안을 발의했고, 이에 대해 금융감독위원회는 어떤 조치도 취하지 않았다. 공정거래위원회는 재정경제부가 사전에 아무런 협의도 없이 부칙을 삽입한 개정안을 국무회의에 상정했다고 밝혔다. 이것은 재정경제부와 금융감독위원회

등의 감독기구 관료들이 삼성의 주요 인적 네트워크를 이루고 있다는 사실과 무관하지 않을 것 같다. 그렇다면 삼성재벌이 이미 정부의 중요 부분을 장악하고 불법을 합법으로 바꾸고 있다고 해야 하지 않을까?

정보사회의 문제에 맞서 싸우는 연구자들과 운동가들은 정보기술을 활용한 감시사회의 강화를 해결하기 위해 권력의 감시를 직접적으로 약화하는 동시에 권력에 대한 시민의 역감시를 강화해야 한다고 지적한다. 인터넷을 이용해서 우리는 권력의 일거수일투족을 24시간 역감시할 수 있다. 삼성재벌의 불법행위나 권력장악계획과 같은 재벌의 무서운 횡행을 막고 민주주의의 심화를 이루기 위해서는 이런 역감시를 강화할 필요가 있다. 수천만명의 눈과 귀가 검찰을 지켜보고 있다. 잘 구축된 초고속통신망 덕택에 충분한 정도는 아니더라도 상당한 정도의 역감시가 이 나라에서는 이미 이루어지고 있다. 검찰은 이 사실을 진실로 유념해서 더 이상 '삼성 검찰'이라는 오명을 듣지 않도록 애써야 할 것이다. '삼성 X파일' 사건에 관한 엄정하고 조속한 수사를 다시금 촉구한다.

구안기부 도청테이프 진상규명과 수사에 관한 법리적 검토

변호사 김 갑 배

1. 문제의 제기

문민정부에서의 안기부의 도청행위 및 엑스파일 내용이 보도된 후, 검찰의 수사과정에서 도청테이프 274개가 압수되었다. 그 도청테이프 내용의 공개 및 수사 등 처리문제에 대하여 논란이 분분하다.

다수의 국민들은 그 테이프 내용을 일반에게 공개할 것을 요구하고 있다. 한편 통신비밀보호법은 도청행위 및 도청테이프 내용을 공개하는 것을 금지하고 있다. 헌법은 개인들의 사생활이 보호하면서 동시에 공익에 관한 사항에 관해서 보도 및 알 권리를 보장하고 있다.

문제를 유형별로 분류를 해보면 언론의 엑스파일 보도의 정당성 여부, 미공개 274개 도청테이프 내용의 공개 및 그 범위, 그 내용에 들어 있는 범죄행위에 대한 수사 여부로 나누어진다. 또 도청행위에 대한 수사 및 고발된 범죄행위에 대한 수사가 있다.

도청행위에 대하여 수사를 하여 처벌을 해야 한다는데 대하여는 이견이 없다. 철저한 수사를 통하여 다시는 도청행위가 발생하지 않도록 처벌해야 할 것이다. 도청행위에 대해서는 검찰이 수사팀을 꾸려 수사를 하고 있고, 상당히 진전되어 있다.

도청테이프 내용 수사에 대하여 검찰이 독수독과에 해당한다하여 미온적이

다. 특검도입 논의가 있지만 참여연대가 고발한 불법자금 혐의 등에 대해서 독수독과의 예외에 해당하므로 검찰은 철저한 수사를 해야 할 것이다.

미공개 도청테이프 내용 처리 문제는 그리 단순하지 않다. 논란은 내용 공개 여부, 공개를 한다면 그 주체 및 공개의 범위, 수사 주체 등에 대하여 의견이 엇갈리고 있다.

공개 여부를 다룰 주체 및 공개 범위는 특별법에 의한 위원회에서 공익에 관한 사항에 대하여 공개하는 방안 또는 특검이 수사결과에 의해서 공개하는 방안으로 의견이 갈리고 있다. 범죄행위 수사의 주체는 검찰 또는 특검으로 의견이 갈리고 있다.

특검은 기소를 전제로 수사를 하는 기관이므로 검찰이나 특검이 그 테이프 내용을 전체적으로 검증하여 공개 여부를 결정하는 것은 수사기관의 기능에 맞지 않는다. 수사결과로 공개하는 범위를 정할 경우에 1997년 이전 사건이라 대부분 공소시효가 지났고, 시효가 지난 혐의에 대해서는 강제수사권이 없어 매우 제한적이다. 또한 수사기관인 검찰이나 특검이 위법증거인 도청테이프 내용을 검증하여 진상조사 하는 것 자체가 수사기관의 권한 범위를 수사가 아닌 것까지 불필요하게 확대하는 것이므로 부적절하다.

따라서 특별법에 의한 위원회에서 도청테이프 내용을 검증하여 사생활 부분을 제외한 공익에 관한 사항에 한하여 공개하는 것이 적절할 것이다. 내용 중 범죄행위는 위원회가 검찰에 통지하면 독수독과의 예외에 해당하여 수사하는데 문제가 없다.

도청테이프 내용 중 범죄행위에 대한 수사주체에 관해서는 사안의 성격으로 볼 때 특검이 수사를 맡는 것이 적절한 것으로 여겨진다.

이하에서 언론이 도청테이프 내용을 보도한 것이 정당한지 여부, 특별법에 의한 위원회가 도청테이프 내용을 공개하는 것이 위헌인지 여부, 독수독과의 예외에 해당하여 그 내용에 대한 수사가 가능한지 여부에 대하여 법리적으로 살펴보기로 한다.

2. 엑스파일 내용 보도와 알권리

언론사가 구안기부 미립팀이 1997년 대선과정에서 재벌로부터 정치인의 불법자금 및 검찰간부의 뇌물에 관한 대화를 도청한 내용을 보도하였다.

헌법은 언론의 자유를 선언하고 있다. 언론의 자유는 누구나 사상 또는 의견을 언어 문자 등으로 불특정다수인에게 표명하거나 전달하는 자유를 말한다. 언론의 자유 이면에는 국민의 알권리를 보장하고 있다.

헌법재판소는 “헌법 제21조는 언론·출판의 자유, 즉 표현의 자유를 규정하고 있는데 이 자유는 전통적으로 사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미하는 것으로서 사상 또는 의견의 자유로운 표명은 자유로운 의사의 형성을 전제로 한다. 자유로운 의사의 형성은 정보에의 접근이 충분히 보장됨으로써 비로소 가능한 것이며, 그러한 의미에서 정보에의 접근·수집·처리의 자유, 즉 ‘알 권리’는 표현의 자유와 표리일체의 관계에 있으며 자유권적 성질과 청구권적 성질을 공유하는 것이다.”(1991. 5. 13. 90헌마133)고 판시하고 있다.

통신비밀보호법은 도청행위뿐만 아니라 그 내용을 공개하는 행위를 처벌하는 규정을 두고 있다. 위 법률의 목적은 개인 간의 대화를 도청하려는 행위를 억제하고 불법적으로 도청당한 사람들의 프라이버시를 보호하려는 것이

다.

국가기관이 권력유지를 위해 대화를 도청하고 이를 정권유지의 도구로 삼고자 했다는 사실은 프라이버시권에 대한 침해이다. 도청행위가 금지되고 처벌되어야 함은 당연한 것이다.

도청으로 얻어진 내용이 개인의 사생활일 경우에는 사적인 영역의 것일 뿐 공익이라든가 공적인 관심사에 관한 사항이 아니다. 이것은 국민의 알권리와는 상관이 없다. 전적으로 프라이버시권에 속하는 사항들이다. 이러한 사항들은 공개될 필요도 없고 또 공개되어서도 안 되는 것임은 더 말할 필요도 없다.

그런데 도청으로 얻어진 내용이 공적인 관심사에 관한 사항일 경우에는 사정이 다르다. 일반적으로 합법적으로 진실한 정보의 공개를 처벌하는 것은 언론의 자유를 보장한 헌법의 정신에 부합하지 않는다.

그리하여 형법은 명예훼손행위를 처벌하면서 공익에 관한 사항에 대하여는 사실일 경우 위법성을 조각한다는 예외규정을 두고 있다. 공익에 관한 사항에 대하여는 민사상 손해배상청구에 대해서도 면책되고 있다.

이는 헌법상 언론의 자유 및 국민의 알권리에 근거를 두고 있다. 이는 공익에 관해서는 프라이버시라는 보호법익보다 언론의 자유 및 국민의 알권리를 우선하기 때문이다.

일반적으로 불법도청으로 취득된 내용의 경우 공개하는 것을 처벌하느냐 하는 문제는 그 내용에 따라 그 공개행위가 프라이버시권을 침해 하느냐에 달린 것이다. 그런데 프라이버시가 아닌 공적인 사항임에도 그 내용의 공개를

처벌하는 것이 합당한가? 통신비밀보호법의 보호법익은 프라이버시 보호에 있다. 프라이버시가 아닌 공공의 관심사에 관해서 그 정보를 공개하는 것이 통신비밀보호법이 목적하고 있는 프라이버시 보호라는 보호법익을 달성하기 위해서 용인될 수 있는가?

일반적으로 도청행위를 억제하기 위해서는 그 행위를 한 자를 처벌하면 된다. 제3자의 불법행위를 억제하기 위하여 합법적으로 공익적 정보를 보유한 자의 공개를 처벌하는 것은 형법의 일반이론에 맞지 않는다. 통신비밀보호법은 민, 형사상 면책 되는 공익을 위한 행위를 제3자의 도청행위 억제라는 보호법익을 위해서 희생시키는 결과를 가져온다.

지금까지 드러난 바와 같이 공개에 대한 처벌이 안기부가 자행한 광범위한 도청행위를 억제하지 못했다. 도청된 내용에 범죄행위가 담겨진 것으로서 공익에 관한 것임에도 그 내용의 공개라는 처벌이 따르게 된다면 공익제보를 억제하게 될 것이다. 공익공개마저 처벌하는 것은 도청행위를 감소시키기는 커녕 그 불법행위 자체를 은폐시키는 역할을 할 수도 있을 것이다. 이는 기관내부의 비리를 밝히기 위해 공익제보를 한 경우에 제보자를 처벌하게 되면 기관내부의 비리는 은폐될 수밖에 없었다는 것과도 관련이 있다. 따라서 프라이버시와 관련이 없는 공익에 관한 사항까지 공개를 금지하고 처벌해야 할 근거가 없다.

통신비밀보호법 규정을 프라이버시에 관한 것뿐만 아니라 합법적으로 얻은 공익적 정보의 공개를 처벌하는 것으로 해석하는 것은 프라이버시를 보호하기 위한 필요한 수준 이상으로 심각하게 언론의 자유를 침해하기 때문에 위헌의 소지가 있다.

미연방대법원(Bartnicki v. Vopper 2001. 5. 21. 선고)은 언론사가 도청행

위에 가담하지 않았고, 그 정보를 취득한 것은 합법적이었으며 그 대화내용이 공적인 관심사인 사안에 대하여 언론의 자유를 보장한 수정헌법 제1조의 보호를 받으며, 그 내용의 공개를 금지한 법률의 규정은 위헌이어서 무효라고 판결한바 있다.

마찬가지로 이번에 대선불법자금에 관한 대화를 안기부 미립팀이 도청한 내용을 언론사가 보도한 사안은 미연방대법원 판례와 같은 사안으로서 더욱이 그 대화의 내용이 정·경·언·검 유착이라는 공공의 관심사에 해당하는 중대한 범죄행위에 관한 것이므로 헌법 제14조 언론의 자유 및 국민의 알권리의 범위에 속한다고 보아야 한다.

3. 특별법의 위헌성 여부

1) 과잉금지의 원칙 위반 여부

헌법 제10조 제1문은 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다."고 규정하고 있다. 이 인간의 존엄성으로부터 개인의 일반적 인격권이 보장된다. 또한 헌법 제17조는 "모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다."고 규정하고 있다.

도청테이프 내용 공개는 공익에 관한 사항이지만 개인관련 사항을 국민들에게 공개함으로써 개인의 일반적 인격권과 사생활의 비밀의 자유를 제한하게 된다.

이러한 권리와 자유의 제한은 그 제한의 목적과 방법 등에 있어서 헌법 제37조 제2항에서 규정한 과잉금지 내지 비례의 원칙에 어긋나서는 아니 된다. 이 과잉금지의 원칙은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법을

함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법의 한계를 의미한다는 것이다.

구체적으로 보면 ①입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고, ②그 목적의 달성을 위하여 그 수단이 효과적이고 적절하여야 하며, ③기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며, ④그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다는 것이다(헌재 1990. 9. 3. 89헌가95).

따라서 내용 공개가 과잉금지의 원칙 내지 비례의 원칙(실체적인 측면의 적법절차)에 반하는지 여부에 관하여 살펴보기로 한다.

가) 입법목적의 정당성

도청테이프에는 우리 사회 권력집단의 구조화된 비리가 담겨있을 것이다. 제도개선 등으로 이어질 사항도 있을 것이다. 사생활이 아닌 이러한 공공의 관심사에 관해서는 국민들에게 알권리가 있다.

구조적 비리에 대한 철저한 진상규명을 통해 은폐되어 온 권력집단의 구조적인 유착관계를 근절해야 할 필요가 있다. 이를 위해서는 도청테이프 내용에 대하여 진상을 규명하고, 이를 통해 교훈을 얻어야 한다. 나아가 권력형 부패를 방지하기 위해 제도개선 등 대책을 수립하여 우리사회의 법치주의 수준을 한 단계 높이고 투명한 사회로 나아가야 한다.

그러기 위해서는 도청테이프 내용에 대한 분류, 검증과 평가가 이루어져야 한다. 그리고 그 범죄행위 및 공익적 내용의 공개가 허용되어 국민들에게 알릴 수 있어야 한다. 이렇게 도청테이프 내용의 진상을 밝혀 달성하고자 하는

목적은 우리 사회에 있어서 중요한 공익의 하나이다. 그런데 현행법에 의해서 그 테이프내용의 분석이나 공개, 그 주체, 방법 등을 정할 수가 없다. 따라서 현행법이 예정하지 못한 사항이므로 입법적인 조치가 요구된다.

이러한 입법목적은 헌법 제37조 제2항의 공공복리를 위하여 필요한 것으로서 사생활 부분을 제외하는 한 당사자의 일반적 인격권과 사생활의 비밀의 자유를 제한하는 정당성이 인정되는 것이다.

나) 수단의 적합성

권력형 부정부패의 척결은 모든 나라의 과제이며, 선진국으로 진입하는 필수 요건이다. 우리나라는 세계적으로 투명성 수준이 선진국에 턱없이 미치지 못하는 상태이다. 부정부패는 은밀히 자행되므로 이를 밝혀내어 처벌하기가 쉽지 않다. 1997년 이전에 발생한 대부분의 범죄는 이미 시효가 만료되어 수사권 행사에도 한계가 있어 구조적인 권력형 부정부패를 그대로 방치할 수밖에 없다. 사안의 성격상 수사기관에 의해서는 진상규명을 하는 것이 적절하지 않다.

구조적인 비리를 척결하고, 이를 교훈삼아 앞으로 부정부패를 억제해야 할 필요성이 긴급함에도 적절한 수단이 없는 상황에서, 국민들의 알권리를 충족하고 부정부패 없는 투명한 사회를 지향하려는 목적에서 볼 때, 특별법을 제정하여 위원회로 하여금 진상을 조사하여 공익적 내용을 국민들에게 알리는 것은 그 수단에 있어서 적합성이 인정된다고 본다.

위법을 억제하기 위한 공개제도로는 국세청훈령인 국세징수사무처리규정 제140조에 의한 고액조세체납자의 명단공개, 공직자윤리법제8조의 2 제2항의 일간신문 광고란을 통한 허위등록사실의 공표, 남녀고용평등법 제20조의 고

용평등이행실태 등 조사결과 공표, 남녀차별금지 및 구제에 관한 법률 제33조의 시정조치 처리결과 공표, 자원의 절약과 재활용촉진에 관한 법률 제13조의 지침위반내용의 공개, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률24조의 위반사실의 공표, 표시광고의 공정화에 관한 법률 제7조의 위반사실의 공표, 청소년보호법 제20조의 신상공개 등 국가기관이 일정한 사유로 개인이나 사업자와 관련된 사실을 일방적으로 공개하는 제도를 두고 있어 특별법에 의한 공개가 그 수단에 있어서 이례적인 일이라 할 수 없다.

또한 의문사진상규명에 관한 특별법에 의한 진상조사 및 그 조사결과 공표, 일제강점하반민족행위진상규명에관한특별법에 의한 진상조사 및 조사보고서의 공개, 진실과 화해를 위한 기본법에 의한 조사 및 종합보고서 공개 등 특별법에 의해 특정한 사안에 대하여 조사하여 공개하도록 하고 있다.

다) 피해의 최소화

구조적인 비리에 관련된 내용이 담긴 도청테이프를 폐기하거나 덮어 두는 것은 역사적 중대성이나 국민의 알권리 등 국민의 정서에 맞지 않은 일이다. 범죄행위를 처벌하고 진실을 규명하여 국민적 의혹을 풀어야 할 국가의 책무에도 어긋나는 일이다. 또 언제든 공개될 가능성이 있어 언제까지 비밀이 지켜질 수 있을 것인지 장담할 수 없다.

이러한 불가피한 상황에서 특별법을 제정하여 일괄적으로 처리하는 것이 공익목적을 달성하면서 피해를 최소화하는 방안이다.

구조적인 권력형 비리를 담고 있는 도청테이프 내용을 공개하는데 있어서도 당사자들의 피해를 최소화하는 방향으로 입법을 할 필요가 있다. 사생활에 관련된 사항, 범죄행위라 하더라도 절도 등과 같은 단순 범죄는 공개대상에

서 제외하고, 공개대상은 공인의 직무관련 범죄 및 공익에 관한 사항에 한하여 공개를 허용하도록 하고, 검증과 분류 평가를 거쳐 조사보고서 형식으로 공개를 한다면 당사자들의 인격권이나 사생활의 비밀 등에 대한 피해를 최소화할 수 있을 것이다.

헌법상 언론의 자유에 의해 보도가 공인의 범죄 및 공익적 사항에 관하여 허용되는 것이므로 그 범위에서 공개를 하는 한 일반적으로 당사자의 인격권이나 사생활의 침해를 최소화하는 판단기준이 될 수 있을 것이다.

이와 같이 도청테이프 내용 공개에 있어서도 당사자의 인격권이나 사생활의 비밀이라는 기본권의 본질적인 내용을 침해하지 않게 하면 피해의 최소성 기준에 어긋나지 않는다.

라) 법익의 균형성

특별법의 목적은 은밀히 자행되어 겉으로 드러나지 않는 권력형 비리와 공익에 관한 사항을 국민들에게 공개하여 국민들의 알권리를 충족하고, 부정부패로부터 사회 공동체를 지키려는 인식을 제고함과 동시에 권력형 비리가 저질러지지 않도록 억제하기 위한 것이다. 이를 통하여 달성하고자 하는 목적은 우리 사회에 있어서 가장 중요한 공익의 하나이다.

이에 비하여 당사자의 일반적 인격권과 사생활의 비밀의 자유가 제한이 되는 정도가 최소화하도록 사생활 및 사적인 단순범죄는 공개되지 않도록 보장하면서 공인의 직무관련 권력형 비리 및 중대한 공익에 관한 사항에 한해 공개하도록 한다. 이렇게 하면 공인의 공적인 사항을 위와 같은 공익 목적으로 공개하는 것이므로 이를 일반인이 알게 된다고 하여 그들의 인격권 내지 사생활의 비밀을 본질적으로 침해하는 것은 아니다.

따라서 당사자의 일반적 인격권과 사생활의 비밀의 자유가 제한되는 정도가 구조적 비리 청산이라는 공익적 요청에 비해 크다고 할 수 없으므로 법익의 균형성 원칙에 어긋나지 않는다고 본다.

마) 소결론

결국 특별법에 의한 도청테이프 내용 중에서 공익에 관한 사항에 한하여 제한적으로 공개하는 것은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 위배하여 당사자들의 일반적 인격권, 사생활의 비밀의 자유를 침해한 것이라 할 수 없으므로 헌법에 위반되지 않는다.

2) 적법절차 원칙 위반 여부

국회에서 제정한 특별법에 의해 위원회 구성을 공정하게 하여야 하고 그 활동에 정치적 중립성과 독립성이 보장되어야 한다. 도청테이프 내용에 대해 공정한 절차에 의해서 검증과 확인이 이루어져야 한다. 위원회가 공개를 결정함에는 그 내용이 사생활의 비밀에 속하는 지, 공익에 속하는지 여부 등에 관해서 객관적으로 분류하고 평가하여야 한다. 공개대상 당사자에 대하여는 반론권 등 의견진술 기회를 주도록 하여야 한다.

이와 같이 공개절차가 법원에 의하지 않고 위원회에 의하여 행해지며 위원회가 그 과정에서 재량권을 갖는다 하더라도, 그 내용의 공개가 형벌의 일종이 아니고, 위원회가 최소한의 독립성과 중립성을 갖춘 기관이며, 공개될 내용에 대해서는 반론권을 부여하여 의견을 진술할 기회가 보장되며, 법률이 정한 형식적 절차에 따라 이루어지고, 그 절차가 합리성과 정당성을 갖추는 한 절차적 적법절차원칙에 위반되는 것이라 할 수 없을 것이다.

3) 평등원칙

안기부 도청테이프에 적용되는 특별법에서 공개가 되는 사항을 공익에 관한 사항으로 정한 의미와 목적은 공적 관심사에 대하여 국민의 알권리를 충족하고 이를 교훈 삼아 부정부패를 방지하기 위한 것이므로 그 밖의 일반적인 사항이나 범죄에 대하여 서로 비교집단을 이루는 본질적으로 동일한 것이라거나 그러한 구분기준이 특별히 자의적이라고 할 수 없다.

공개로 인하여 기본권 제한상의 차별을 초래하나, 기본권의 제한의 여지는 일반인에 대해서보다 공인의 권력형 비리에 대해서는 상대적으로 더 큰 것이다.

따라서 특별법에 의한 공익에 관한 사항의 공개가 당사자들에게만 특별히 불이익을 주는 것이 아니다. 여기서의 다른 사항과의 차별은 부정부패를 방지할 교훈적 조치를 입법하는 과정에서 발생한 부수적, 간접적인 차별에 해당되는 것이다.

따라서 특별법에 의해 공개가 가져오는 차별은 그 입법목적과 이를 달성하려는 수단 간에 비례성을 벗어난 차별이라고 보기 어렵고, 헌법 제11조 제1항의 평등원칙을 위배한 것이라고 볼 수 없다.

4) 법관에 의한 재판받을 권리 침해 여부

헌법 제27조 제1항은 "모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다."고 규정하고 있다. 이 조항은 법관에 의하지 아니하고는 재판은 물론 어떠한 처벌도 받지 아니할 권리를 보장한

것이다.

일단 도청테이프내용 공개는 형의 종류를 정하고 있는 형법 제41조에 해당되지 않는다. 다만, 당사자에게 불명예 등의 불이익을 주게 될 수 있다. 이러한 불이익이 실질적으로 명예형에 해당되는지 여부를 살펴볼 필요가 있다.

이를 위해 공개의 입법목적, 공개되는 내용 등이 고려되어야 할 것이다. 특별법은 국민의 알권리를 충족하고 구조적인 권력형 비리를 청산하기 위한 하나의 방법으로 고려된 것이다. 당사자에게는 일종의 불명예를 줄 수 있지만 이는 어디까지나 이 법률의 목적에 부수적인 것이지, 주된 것은 아니다. 공익적 목적을 위하여 이를 공개하는 과정에서 부수적으로 수치심 등이 발생된다고 하여 이것을 명예형에 해당한다고 볼 수는 없다.

입법자에게는 특정 사회적 현상에 대처하기 위해 조치를 택할 수 있는 입법형성의 자유가 허용되고, 위에서 본 바와 같이 내용 공개가 공익에 관한 사하에 한정되어 기본권을 침해하는 위헌적인 것으로 파악되기 어려운 이상, 비록 당사자의 불명예를 수반한다고 하더라도 입법자가 공익을 위해 선택할 수 있는 입법형성의 범위 내에 속하는 것이라고 보아야 할 것이다.

따라서 내용 공개가 처벌에 해당한다고 할 수 없으므로 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해한 것이라 할 수는 없다.

5) 소급입법금지원칙 위반 여부

헌법은 제13조에서 소급입법에 의한 형벌 및 재산권의 박탈을 금지하고 있다. 헌법상으로 소급입법이란 입법당시를 기준으로 하여 과거로 소급하여 재산상의 의무를 부과하거나 과거의 행위에 대하여 처벌하는 것을 말한다.

그런데 종전 법률이 처벌하던 행위를 입법자가 후에 가벌성의 변화를 고려하여 처벌을 해제하는 입법을 하는 것은 허용된다. 형법은 제1조에서 죄의 성립과 처벌은 행위 시의 법률에 의하고, 범죄 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하거나 형이 구법보다 경한 때에는 신법에 의하며, 재판확정 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하는 때에는 형의 집행을 면제하도록 규정하고 있다.

따라서 소급입법에 의해 형벌을 과하거나 재산권을 박탈하는 것은 허용되지 않지만 처벌규정을 감면하는 입법은 형법 제1조에 의해 소급적으로 적용이 된다.

통신비밀보호법이 도청내용의 공개를 금지하고 있으나 입법자가 공익에 관한 사항에 관해서 공개를 허용하는 별도 입법을 하는 것은 향후 금지된 행위 중 일부를 해제하는 것이다. 이는 공개에 대한 처벌을 면제하는 것이므로 형법 제1조가 허용하고 있는 바이고 입법자의 재량의 범위에 속한다.

도청 당시에 법률이 공개를 금지하고 있었다 하더라도 테이프가 존재하는 한 공개될 가능성이 있는 것이므로 당시 공개금지 법률이 처분이거나 확정된 것이 아니다. 일반적으로 진행 중인 사안에 대하여는 입법자가 새로운 입법을 할 재량권이 허용되는 것이다. 통신비밀보호법의 공개금지 규정이 도청 당시를 기준으로 앞으로 그 후 발생할 수 있는 공개행위까지 언제까지든 계속하여 규율하고 적용되어야 하며, 이것을 변경할 수 없다고 볼 근거는 없다.

따라서 특별법이 소급입법금지의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

6) 신뢰보호원칙

신뢰보호의 원칙은 새로운 입법으로 말미암아 구법질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당한데도 불구하고 당사자의 손해가 극심하게 되어 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰의 손상을 정당화할 수 없다면, 그러한 입법은 신뢰보호의 원칙상 허용될 수 없다는 것이다.

국가가 입법행위를 통하여 개인에게 신뢰의 근거를 제공한 경우, 법률의 존속에 대한 개인의 신뢰가 어느 정도로 보호되는지 여부에 대한 주요한 판단 기준으로 법령개정의 예측성 및 유인된 신뢰의 행사인지 여부를 들 수 있다.

먼저, 법적 상태의 존속에 대한 개인의 신뢰는 그가 어느 정도로 법적 상태의 변화를 예측할 수 있는지, 혹은 예측하였어야 하는지 여부에 따라 다르다. 일반적으로 법률은 현실상황의 변화나 입법정책의 변경 등으로 언제라도 개정될 수 있는 것이기 때문에, 원칙적으로 법률의 변경은 예측할 수 있다고 보아야 한다.

일반적으로 법률의 변경이 허용되는 만큼 당시 통신비밀보호법 규정에 따른 공개금지에 대하여 가지고 있던 기대와 신뢰가 절대적인 것이라고는 볼 수 없고, 민주국가에서 국민들은 이 법률이 제반 사정에 따라 언제든지 변경될 수 있다는 것을 충분히 예측할 수 있다고 보아야 한다.

다음으로, 개인의 신뢰이익에 대한 보호가치는 법령에 따른 개인의 행위가 국가에 의하여 일정방향으로 유인된 신뢰의 행사인지, 아니면 단지 법률이 부여한 기회를 활용한 것으로서 원칙적으로 사적 위험부담의 범위에 속하는 것인지 여부에 따라 달라진다.

만일 법률에 따른 개인의 행위가 단지 법률이 반사적으로 부여하는 기회의 활용을 넘어서 국가에 의하여 일정 방향으로 유인된 것이라면 특별히 보호 가치가 있는 신뢰이익이 인정될 수 있다.

그런데, 이 법률의 경우 국가가 입법을 통하여 당사자들의 행위를 일정방향으로 유도하였다고 볼 수는 없고, 미공개에 대한 기대 또는 신뢰는 단지 법률이 부여한 기회를 활용한 것으로서 원칙적으로 사적 위험부담의 범위에 속하는 것이다.

한편, 개인의 신뢰이익에 대비되는 공익은 공익에 관한 사항을 국민들에게 공개하여 국민들의 알권리를 충족하고 교훈 삼아 권력형 비리가 저질러지지 않도록 억제하기 위한 것이다.

특별법에 의해 달성하려는 공익은 이로 인하여 받을 개인의 불이익에 비하여 훨씬 더 크다고 할 것이다. 따라서 특별법은 신뢰보호원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

7) 결론

위와 같이 특별법이 과잉금지의 원칙이나 적법절차의 원칙과 소급입법금지의 원칙 등에 반하지 않으므로 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

4. 독수독과 원칙과 내용수사 여부

도청행위는 검찰이 철저한 수사의지를 보이고 있다. 그런데 정작 도청테이프 내용의 구조적 비리에 대해서는 검찰이 독수독과 이론을 내세워 수사에 미

은적이다. 독수독과 원칙에 의해 내용 수사를 할 수 없다는 의견과 수사의 단서로 삼는 것은 가능하다는 의견이 대립하고 있다. 독수독과 원칙과 내용 수사가 가능한지 여부에 대하여 살펴보자.

1) 위법수집 증거배제법칙

위법수집 증거배제법칙은 수사기관이 위법 수집한 증거를 직접적으로 법정에서 증거로 사용하는 것이 금지하는 것을 말한다. 증거배제법칙은 미 수정 헌법 제4조, 우리 헌법 제12조 적법절차 조항에 의하여 공권력에 적용되는 것이기 때문에 개인이 위법수집한 증거는 해당되지 않는 것으로 보는 것이 다수이다. 통신비밀보호법 제4조는 도청행위자가 수사기관인지 개인인지를 구별하지 않고 재판절차에서 증거로 사용할 수 없다고 규정하고 있다.

증거배제법칙은 적법절차의 보장과 위법수사를 억제함으로써 피의자의 인권을 보호한다는 의미가 있다. 형사절차에서 증거수집은 임의수사, 강제수사, 증거보전절차, 공판절차에서 증거수집이 있다. 증거배제법칙은 주로 위법한 압수·수색 또는 체포에 의하여 수집된 증거를 말한다. 광의로는 임의성 없는 진술도 포함 한다.

미연방대법원은 1914년 부당한 수색압수 등에 의하여 불법으로 입수된 증거는 연방법원에서 증거능력이 없다(Weeks v. United States, 232 U.S. 384)고 판결하였다. 이것이 원칙으로 자리 잡고 1961년에는 연방형사소송규칙에 명문화되었다. 이를 Weeks Rule이라 부르는데 그 내용은 ①부당한 압수를 당한 자는 증거배제를 요구할 수 있고, ②개인이 물증을 부당하게 가져간 경우에는 적용이 없고, ③부당하게 압수된 물건도 증언의 신빙성을 다투기 위한 증거로 사용할 수 있다는 것이다.

미연방대법원은 1961년 영장 없는 수색·압수는 주법원에서도 증거능력이 없다(Mapp v. Ohio, 367 U. S. 643)고 판결하여 증거배제법칙은 연방 및 주의 모든 형사사건재판에서 일반적인 원칙이 되었다. 이 원칙은 1966년의 미란다 원칙과 더불어 형사법의 혁명이라 부르기도 한다.

도청에 대하여는 미연방대법원은 1928년 아무런 물리적인 침입이 없는 전화도청은 부당한 압수수색에 해당하지 않는다고 하여 증거능력을 허용하였다(Olmstead v. United States, 277 U. S. 438). 그 이후 증거능력 여부를 주거침입 등이 있었느냐 여부에 의해 판단하였는데, 1967년 물리적인 침입이 없는 전화도청도 부당한 압수수색에 해당한다(Katz v. United States, 389 U.S. 347)고 판시하여 증거능력을 부인하였다.

미연방대법원은 1975년 피의자가 불법 체포된 몇 시간 뒤 Miranda 권리를 고지 받고서 자백을 한 경우에 그 권리고지만으로 불법과 자백사이의 인과 관계를 파괴할 만한 자유의사의 소산으로 볼 수 없다고 증거능력을 부인하면서도 예외적으로 치안판사 앞에 대동했다든가 변호인과의 상의가 있었다든가 구속에서 해방되었다든가 의미 있는 개재행위가 체포와 진술사이에 있다면 증거능력이 인정된다는 취지의 판결을 하였다(Brown v. Illinois, 422 U. S. 590).

우리 대법원은 “압수물은 압수절차가 위법하다고 하더라도 물건 자체의 성질, 형상에 변경을 가져오는 것은 아니어서 그 형태 등에 관한 증거가치에는 변함이 없어 증거능력이 있다.”(대법원 1987.6.23. 선고 87도705 판결, 1996. 5. 14. 자 96초88 결정)는 입장에서 증거능력을 인정하였다.

2002년에는 “긴급체포 당시의 상황으로 보아서도 그 요건의 충족 여부에 관한 검사나 사법경찰관의 판단이 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경

우에는 그 체포는 위법한 체포라 할 것이고, 이러한 위법은 영장주의에 위배되는 중대한 것이니 그 체포에 의한 유치 중에 작성된 피의자신문조서는 위법하게 수집된 증거로서 특별한 사정이 없는 한 이를 유죄의 증거로 할 수 없다.”(2002. 6. 11. 선고 2000도5701 판결)고 하여 위법상태에서 수집된 진술증거의 증거능력을 배척하였다.

2) 독수독과의 원칙

독수독과 원칙은 위법하게 수집한 증거뿐만 아니라 이 위법한 증거에 기초하여 획득된 제2차 증거도 허용하여서는 안 된다는 원칙이다. 이를 허용하면 수사기관의 위법한 수사를 억제할 수 없게 될 것이며 국민의 기본권이 범죄 수사 목적을 위해 희생당하는 결과를 초래하게 될 것이라는 이유에서이다.

미연방대법원은 1920년 *Silverthorne* 사건에서 수사기관의 불법압수물이 반환되기 전에 찍어 둔 사진을 증거로 제출한 것에 대하여 증거능력을 배척하였다.

그 후 1939년에 전화도청을 이용하여 얻은 증인의 증언에 대하여 증거능력이 없다고 하였다. 직접적인 이용만을 금지하고 간접적인 이용을 인정하는 것은 윤리적인 기준에도 합치하지 않는다는 이유에서 이다. 다만 파생증거가 독립된 원천에서 수집된 것이라면 증거로 사용할 수 있으며, 그 예외 인정 기준은 위법행위와 그 과실 간에 인과관계가 최초 오염을 제거할 만큼 충분히 희박한 경우라고 판시하였다(2차 *Nordone v. United States*, 308 U. S. 338).

독수독과는 예를 들면 위법하게 수색·압수한 증거를 제시하여 얻은 자백, 변호권을 침해하여 얻은 진술을 기초로 하여 얻은 증거, 임의성 없는 자백을

통하여 얻은 증거 등 위법한 증거에 기초한 2차 증거를 말한다.

3) 독수독과 원칙의 예외

수사기관의 위법수집증거 또는 이에 기초한 2차 증거인 독수독과라 하더라도 무조건 증거능력이 부정되는 것은 아니며 예외가 인정된다.

1988년에는 영장 없이 수색을 한 후 마약을 발견하였으나 압수하지 않고, 후에 불법수색의 결과가 아닌 다른 정보에 의해 영장을 받아 이를 압수하였다면 증거능력이 있다(Murry and Carter v. United states 487 U.S. 533)고 하여 위법수색과 영장에 의한 압수가 독립적인 것으로 인정될 경우 증거능력을 인정하였다.

제9항소순회법원은 1970년 Williams사건에서 위법한 체포과정에서 수사기관이 정보를 얻기 위해 질문한 것이 아니라 이웃인 제3자가 자발적으로 한 진술은 증거능력이 있다고 하여 증거에 독립성이 인정되는 경우에 증거능력을 인정하였다.

연방대법원은 1978년 수색·압수영장 없이 발견한 증거에 대해 소유자가 누구인지 그곳에 있던 증인에게 물었고 증인이 자유롭게 진술하였으면 증거능력이 있다(United states v. Ceccolini, 435 U. S. 268)고 판시하여 위법과 증거 사이에 인과관계가 희박한 경우에 증거능력을 인정하였다. 증인의 증언을 고려함에 있어서는 그 증거를 배제함으로써 희생과 이익을 분석하여야 하고 배제법칙의 기능은 증인의 증언결심에 대하여 특별한 배려가 있어야 한다는 것이다.

오하이오주 연방지방법원은 1980년 수사관이 상당한 이유가 있다고 믿고서

체포를 하고 마약을 압수하였는데 체포가 상당한 이유가 없어 불법인 경우에 그 증거를 배제하여도 수사관 같은 행동을 할 것이므로 위법수사를 억제하기 어렵다는 이유로 증거능력을 인정하였다.

미연방대법원은 1984년 영장에 대한 합리적인 신뢰 하에서 수사관이 압수를 하였으나 공판정에서 그 영장이 상당성이 없다고 한 경우 그 증거를 배제하여도 다시 영장에 의해 수사를 할 수 밖에 없어 위법수사 억제라는 목적에는 하등 기여하는 바가 없다는 이유로 증거능력을 인정하였다(United states v. Leon, 104 S. Ct. 3412).

이상과 같이 증거배제법칙은 모든 사안에 획일적으로 적용되는 것은 아니고 예외가 인정되며, 증거배제법칙에 내제되어 있는 억제효과와 형사절차상의 실체적 진실발견의 필요성과 비교형량이 요구된다.

4) 독수독과 예외와 수사

위에서 본바와 같이 독수독과 예외 이론에 의하면 위법한 수색으로 증거가 발견되었으나 다른 정보에 의해서 증거를 압수한 경우, 상당성이 있는 줄 믿고서 또는 영장에 의해서 선의로 수색·압수한 경우, 증인이 스스로 협조하여 자유로운 판단에 따라 증언을 한 경우 등은 위법의 인과관계가 단절된 것으로 볼 것이다.

이와 같이 독수독과 원칙에도 예외적인 경우가 있으므로 도청테이프가 위법 수집된 증거라는 이유로 그 내용 중 범죄행위에 대하여 수사를 할 수 없다고 단정적으로 말할 수는 없는 일이다. 독수독과 예외에 해당하여 수집된 증거에 증거능력이 인정되는 경우에는 수사에 나설 수 있다고 보아야 한다.

(1) 고발된 내용의 경우

위법한 증거의 인과성을 수사기관이 아닌 선의의 제3자의 행위의 개입에까지 확대하는 것은 이론적 근거가 약하다. 위법하게 수집된 증거이지만 그 위법에 가담하지 아니한 선의의 제3자가 개재된 경우에는 위법의 인과성이 단절된다고 볼 수 있다. 위법수사의 인과성은 수사기관이 그 위법을 이용하는 경우를 억제하기 위한 것이다. 수사기관은 도청테이프를 사용할 수는 없지만 선의의 제3자의 고발이 있으면 그 고발내용에 의거 수사를 할 수 있고, 그 고발내용에 기하여 수집한 증거는 증거능력이 인정된다고 보아야 한다.

엑스파일 내용의 경우 도청행위에 개입되지 않은 언론이 도청테이프를 합법적으로 입수하여 보도하였다. 그 후 참여연대가 공익목적으로 그 범죄혐의를 검찰에 고발하였다. 검찰이 도청테이프를 증거로 사용한 것이 아니라 언론의 보도 및 참여연대가 고발한 내용으로부터 범죄정보를 얻은 것이다.

선의의 제3자인 참여연대의 고발에 의해 도청이라는 최초 위법의 인과관계가 단절되어 독수독과 원칙의 예외에 해당한다. 실제적 진실발견과 위법수사의 억제 목적에 비추어 보더라도 참여연대의 고발내용에 따라 수사를 하여 수집한 증거를 배척해야 할 이유가 없다.

따라서 고발내용에 따라 수사를 하여야 하고 그 과정에서 증거를 수집한 경우 등에 증거능력이 있다. 검찰은 그 고발내용에 의거 철저한 수사를 해야 할 것이다.

형사소송법 제195조는 검사는 범죄의 혐의가 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다고 규정하고, 동법 제 234조 및 제237조는 누구든지 범죄가 있다고 사료하는 때에는 검사 또는 사법경찰관에게 고

발할 수 있다고 규정하고 있으며, 동법 제 238조는 사법경찰관은 고발을 받은 때에는 신속히 수사하여 관계서류와 증거물을 검사에게 송부하여야 한다고 규정하고 있다. 따라서 검찰은 참여연대가 고발한 범죄혐의에 대하여 신속히 피의자, 범죄사실과 증거를 수사하여야 할 의무가 있다.

(2) 미공개 내용의 경우

마찬가지로 특별법에 의한 위원회가 범죄내용을 검찰에 통지하거나 시민단체가 고발할 경우에 도청이라는 위법의 인과관계가 단절되어 독수독과의 예외에 해당할 것이다. 그 통지내용에 의거 수사를 하여야 하고 수사과정에서 증거를 수집하면 그 증거는 공판정에서 증거능력이 인정될 것이다.

위원회가 범죄혐의를 통지할 경우 검찰은 형사소송법 규정에 따라 그 범죄혐의에 대해 피의자, 범죄사실과 증거를 신속히 수사하여야 할 의무를 지게 된다.

4) 수사의 주체

도청행위에 대하여는 검찰이 수사의지를 보이고 있고 상당한 진척이 있다. 참여연대가 고발한 재벌의 불법자금에 대하여는 수사에 미온적인 태도를 보이고 있다. 사안의 성격으로 볼 때 고발된 범죄행위를 포함하여 미공개 도청내용 중 불법행위에 대하여는 특검을 도입하여 수사토록 하는 것이 적절한 것으로 보인다. 특검이 수사를 담당할 경우에는 수사대상에 관하여 적절한 입법적인 조치가 있어야 할 것이다.

5. 결론

민주 국가에서 사생활이 아닌 공공의 관심사에 관한 알권리가 허용되고 외교안보상의 비밀 등 특별한 사정이 없는 한 국가나 누구도 이를 통제할 수는 없다. 구조적인 부정부패는 그 진상이 규명되어야 한다. 이를 위해 특별법에 의해 위원회를 구성하여 도청테이프에 담긴 공익사항 및 구조적인 비리에 대한 진상규명을 하고, 범죄행위에 대하여는 특별검사를 도입하여 철저한 수사를 하는 것이 적절하다고 본다.