

## 아동학대범죄의처벌등에관한특례법위반(아동복지시설종사자등의아동학대

)

[대구지법 2019. 1. 24. 2018노1809]



### 【판시사항】

피고인은 구청에서 위탁 운영하는 가정지원센터 소속 아이돌보미로서, 피해 아동 甲(생후 10개월)의 집에서 甲이 잠을 자지 않고 계속 운다는 이유로 甲의 엉덩이 부분을 손으로 수회 때려 신체적 학대행위를 함과 동시에 甲에게 “미쳤네, 미쳤어, 돌았나, 제정신이 아니제, 미친놈 아니가 진짜, 쫓, 또라이 아니가, 또라이, 쫓, 울고 지랄이고.”라는 등 큰 소리로 욕설을 하고 甲이 울고 있는데도 울음을 그치도록 조치하지 않은 채 텔레비전을 시청함으로써 정서적 학대행위를 하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 공소사실 중 정서적 학대행위 부분을 유죄로 인정하고, 신체적 학대행위 부분은 무죄로 판단한 사례

### 【판결요지】

피고인은 구청에서 위탁 운영하는 가정지원센터 소속 아이돌보미로서, 피해 아동 甲(생후 10개월)의 집에서 甲이 잠을 자지 않고 계속 운다는 이유로 甲의 엉덩이 부분을 손으로 수회 때려 신체적 학대행위를 함과 동시에 甲에게 “미쳤네, 미쳤어, 돌았나, 제정신이 아니제, 미친놈 아니가 진짜, 쫓, 또라이 아니가, 또라이, 쫓, 울고 지랄이고.”라는 등 큰 소리로 욕설을 하고 甲이 울고 있는데도 울음을 그치도록 조치하지 않은 채 텔레비전을 시청함으로써 정서적 학대행위를 하였다는 내용으로 기소된 사안이다. 공소사실에 부합하는 주된 증거로 甲의 母인 乙이 몰래 녹음한 녹음파일 및 그 녹취록이 있는데, 여기에 담긴 내용은 ① 甲이 소리를 지르거나 울음을 터뜨리는 등의 음성, ② 甲의 위와 같은 울음소리 등에 반응하여 피고인이 甲을 상대로 하는 말, ③ 피고인이 乙과 나눈 전화통화, ④ 피고인이 자신의 자녀 등 아는 사람과 나눈 전화통화, ⑤ 딱딱한 물체에 부딪히는 듯한 둔탁한 소리와 TV 소리 등의 기타 음향 등으로 구성되어 있는 점, 그중 ①, ⑤ 부분은 통신비밀보호법상 ‘타인 간의 대화’에 해당하지 않아 증거능력이 인정되고, ③ 부분은 대화 당사자인 乙이 녹음한 것이므로 역시 증거능력이 인정되나, ④ 부분은 통신비밀보호법상 타인 간의 대화에 해당하여 같은 법 제14조에 따라 증거능력이 없는 점, 한편 甲은 아직 언어 능력이 온전히 발달하지 않아 피고인이 하는 말의 내용을 이해하지 못하므로 ② 부분 중 증거로 필요한 부분은 피고인 말의 내용이 아닌 피고인의 목소리, 억양 등 비언어적 정보로서 피고인이 甲을 상대로 하는 말은 ‘당사자들이 육성으로 말을 주고받는 의사소통행위’를 의미하는 통신비밀보호법상 타인 간의 대화에 해당한다고 보기 어렵고, 나아가 乙이 피고인의 업무 공간에서 발생하는 피고인의 목소리 등을 몰래 녹음하였다고 하여 이로 인한 피고인의 인격적 이익의 침해 정도가 아동학대범죄에 대한 실체적 진실발견이라는 공익적 요구와 비교할 때 사회통념상 허용 한도를 초과할 정도의 현저한 침해라고 보기 어려워 ② 부분의 증거능력도 인정되는 점 등을 종합하면, 피고인이 甲에게 정서적 학대행위를 하였다고 봄이 타당하고, 반면 위 녹음파일에서 누군가가 뭔가를 두드리는 듯한 둔탁한 소리가 여러 차례 들리고, 특히 둔탁한 소리 이후 甲이 더 크게 우는 경우도 있어 피고인이 甲에게 위협적 행동을 한 것 같다는 의심은 드나, 위와 같은 둔탁한 소리만으로는 피고인이 甲을 위와 같이 때렸다고 단정하기 어렵다는 이유로, 공소사실 중 정서적 학대행위 부분을 유죄로 인정하고, 신체적 학대행위 부분은 무죄로 판단한 사례이다.

【참조조문】

헌법 제10조, 제17조, 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제7조, 제10조 제2항 제23호, 아동복지법 제17조 제3호, 제5호, 구 아동복지법(2017. 10. 24. 법률 제14925호로 개정되기 전의 것) 제71조 제1항 제2호, 아이돌봄 지원법 제2조 제4호, 통신비밀보호법 제1조, 제3조 제1항, 제4조, 제14조, 형사소송법 제307조, 제308조의2

【전문】

【피 고 인】 피고인

【항 소 인】 검사

【검 사】 황윤재 외 1인

【변 호 인】 변호사 윤용진

【원심판결】 대구지법 2018. 5. 11. 선고 2017고단6135 판결

【주문】

】

원심판결 중 정서적 학대행위의 점에 대한 무죄 부분을 파기한다.

피고인을 벌금 3,000,000원에 처한다.

피고인이 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 100,000원을 1일로 환산한 기간 피고인을 노역장에 유치한다.

피고인에게 40시간의 아동학대 치료프로그램 이수를 명한다.

피고인에게 위 벌금에 상당한 금액의 가납을 명한다.

검사의 나머지 항소를 기각한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

원심은 피해 아동의 모가 녹음한 녹음파일 및 그 녹취록(이하 '이 사건 녹음'이라 통칭한다)의 증거능력을 부정했다

.

그러나 생후 10개월의 피해 아동을 상대로 한 피고인의 말은 통신비밀보호법상 '타인 간의 대화'에 해당하지 않고, 나아가 이 사건 녹음 행위는 피고인의 인격적 이익을 중대하게 침해하지 않는 것으로서 사회통념상 허용 한도를 벗어나지 않았으므로, 이 사건 녹음의 증거능력은 인정된다.

이 사건 녹음에 따르면, 피고인이 피해 아동에게 정서적 및 신체적 학대행위를 한 사실이 인정됨에도, 이를 모두 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

2. 판단

가. 이 사건 녹음의 증거능력 인정 여부

1) 관련 법리

통신비밀보호법은 통신의 비밀을 보호하고 통신의 자유를 신장하는 것을 입법 목적으로 하여, 통신 및 대화의 비밀과 자유를 제한함에 있어 그 대상을 한정하고 엄격한 법적 절차를 밟도록 규정하고 있다(제1조). 이에 따라 누구든지

위 법, 형사소송법 또는 군사법원법 규정에 의하지 않고는 공개되지 않은 타인 간의 대화를 녹음하거나 청취할 수 없고(제3조 제1항 본문), 공개되지 않은 타인 간의 대화를 녹음하거나 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취함으로써 취득한 대화의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다(제14조 제2항, 제1항, 제4조).

통신비밀보호법의 위 규정들의 문언, 내용, 체계와 입법 취지 등에 비추어 보면, 통신비밀보호법에서 보호하는 타인 간의 '대화'는 원칙적으로 현장에 있는 당사자들이 육성으로 말을 주고받는 의사소통행위를 가리킨다.

따라서 사람의 육성이 아닌 사물에서 발생하는 음향은 타인 간의 '대화'에 해당하지 않고, 또한 사람의 목소리라고 하더라도 상대방에게 의사를 전달하는 말이 아닌 단순한 비명소리나 탄식 등은 타인과 의사소통을 하기 위한 것이 아니라면 특별한 사정이 없는 한 타인 간의 '대화'에 해당한다고 볼 수 없다.

한편 국민이 인간으로서 갖는 존엄과 가치를 보장하는 것은 국가기관의 기본 의무에 속하는 것이고, 이는 형사절차에서도 구현되어야 한다.

위와 같은 소리가 비록 통신비밀보호법에서 말하는 타인 간의 '대화'에는 해당하지 않더라도, 형사절차에서 그러한 증거를 사용할 수 있는지 여부는 개별적인 사안에서 효과적인 형사소추와 형사절차상 진실발견이라는 공익과 개인의 인격적 이익 등의 보호이익을 비교형량하여 결정하여야 한다.

대화에 속하지 않는 사람의 목소리를 녹음하거나 청취하는 행위가 개인의 사생활의 비밀과 자유 또는 인격권을 중대하게 침해하여 사회통념상 허용되는 한도를 벗어난 것이라면, 단지 형사소추에 필요한 증거라는 사정만을 들어 곧바로 형사소송에서 진실발견이라는 공익이 개인의 인격적 이익 등 보호이익보다 우월한 것으로 선불리 단정해서는 안 된다.

그러나 그러한 한도를 벗어난 것이 아니라면 이를 형사절차에서 증거로 사용할 수 있다(대법원 2017. 3. 15. 선고 2016도19843 판결 등 참조).

## 2) 판단

### 가) 이 사건 녹음에 담긴 내용

이 사건 녹음에는 ① 피해 아동이 소리를 지르거나 울음을 터뜨리는 등의 음성, ② 피해 아동의 위와 같은 울음소리 등에 반응해, 피고인이 피해 아동을 상대로 하는 말, ③ 피고인이 피해 아동의 모친인 공소외 1과 나눈 전화통화, ④ 피고인이 자신의 자녀 등 아는 사람과 나눈 전화통화, ⑤ 딱딱한 물체에 부딪히는 듯한 둔탁한 소리와 TV 소리 등의 기타 음향 등으로 구성되어 있다.

### 나) 이 사건 녹음의 각 내용별 개별적 증거능력에 대한 판단

(1) 먼저 위 '① 피해 아동이 소리를 지르거나 울음을 터뜨리는 등의 음성 부분'은, 언어 능력이 발달하지 않은 10개월에 불과한 피해 아동이 자신의 감정 상태를 울음 등의 음성으로 표출하는 것인바, 사람의 의사소통의 기본적 수단인 말에 해당하지 않으므로, 통신비밀보호법상 타인 간의 대화에 해당하지 않아 증거능력이 인정된다.

위 '③ 피고인과 피해 아동의 모친 사이에 나눈 전화통화 부분'은 그 대화 당사자인 모친이 녹음한 것이므로 증거능력이 인정되고, 위 '⑤ 사람이 아닌 TV 등 물체에서 발생한 음향'은 통신비밀보호법상 타인 간의 대화에 해당하지 않으므로, 이 부분 역시 증거능력이 인정된다.

그러나 위 '④ 피고인과 피고인의 지인 사이에 나눈 전화통화 부분'은 통신비밀보호법상 타인 간의 대화에 해당하므로 증거능력이 없다.

(2) 다음으로 위 '② 피고인이 피해 아동을 상대로 하는 말 부분'이 통신비밀보호법이 금지하는 '타인 간의 대화'에 해당 하는지 살펴본다.

이 사건 공소사실의 요지는, 피고인이 생후 10개월에 불과한 피해 아동에게 큰 소리로 욕을 하여 정서적으로 학대했다는 것이다.

그런데 피해 아동은 아직 언어 능력이 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 피해 아동에게도 충분히 위협적으로 들릴 만한 것인지에 달려 있다.

그렇다면 '② 피고인이 피해 아동을 상대로 하는 말 부분' 중 증거로 필요한 부분은 피고인 말의 내용이 아닌 피고인의 목소리, 억양 등 비언어적 정보라고 봄이 타당하고, 따라서 위 피고인이 피해 아동을 상대로 하는 말은 '당사자들이 욕성으로 말을 주고받는 의사소통행위'를 의미하는 통신비밀보호법상 타인 간의 대화에 해당한다고 보기 어렵다.

나아가 이 사건 녹음이 범죄에 대한 실체적 진실발견이라는 공익적 요구에 비해 피고인의 사생활의 비밀과 자유 내지 인격권을 과도하게 침해하는 것인지 살펴본다.

본건과 같은 아동학대범죄는 피해 아동의 정서 발달에 심각한 지장을 초래하는 중한 범죄임에도, 이러한 범죄는 주로 피해 아동과 단둘이 있는 은밀한 공간에서 이루어질 뿐만 아니라, 특히 언어 능력이 없는 피해 아동은 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 피해 아동의 모친 역시 불가피하게 비밀녹음을 한 것으로 보이는바, 이러한 비밀녹음을 통해서 드러난 아동학대범죄에 대한 실체적 진실발견이라는 공익적 요구를 비밀녹음을 통해 얻었다는 사정만으로 쉽게 배척할 수는 없다.

그뿐만 아니라 앞서 본 바와 같이 이 사건 녹음 중 증거로 사용되는 부분은 피고인이 한 말의 내용이 아닌 비언어적 정보에 그치고, 피고인은 피해 아동 부모의 집에서 계약에 따라 피해 아동을 돌보는 업무를 수행하는 중이었는바, 이러한 공간이 개인의 사생활의 비밀과 자유가 온전히 보장될 것이라 기대되는 사적 영역에 해당하지도 않는다.

위와 같은 사정을 종합하면, 피해 아동의 모친이 피고인의 업무 공간에서 발생하는 피고인의 목소리 등을 몰래 녹음하였다고 하여, 이로 인한 피고인의 인격적 이익의 침해 정도가 아동학대범죄에 대한 실체적 진실발견이라는 공익적 요구와 비교할 때 사회통념상 허용 한도를 초과할 정도의 현저한 침해라고 보기 어렵다.

(3) 따라서 이 사건 녹음 중 '② 피고인이 피해 아동을 상대로 하는 말 부분'의 증거능력은 인정된다.

나. 정서적, 신체적 학대행위 성립 여부

#### 1) 정서적 학대행위에 대한 판단

이 사건 녹음 중 앞서 본 증거능력이 인정되는 부분들에 따르면, 피해 아동이 오랫동안 울고 보채는데도, 피고인은 아무런 조치를 취하지 않고 오히려 피해 아동에게 큰 소리로 거친 억양의 욕설을 여러 차례 한 사실 등이 인정되는바, 피고인이 피해 아동에게 공소사실 기재와 같은 방법으로 정서적 학대행위를 했다고 봄이 상당하다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

검사의 이 부분 주장은 이유 있다.

## 2) 신체적 학대행위에 대한 판단

이 사건 녹음을 들어보면, 누군가가 뭔가를 두드리는 듯한 둔탁한 소리가 여러 차례 들리고, 특히 둔탁한 소리 이후 피해 아동이 더 크게 우는 경우도 있어(이 사건 녹음 02:33:04 참조), 피고인이 피해 아동에게 위협적 행동을 한 것 같다는 의심이 드는 것은 사실이다.

그러나 약 30초 후에도 위 소리와 비슷한 둔탁한 소리가 들림에도 피해 아동이 아무런 반응을 하지 않는 것에 비추어 보면(이 사건 녹음 02:33:40경), 위와 같은 둔탁한 소리만으로는 피고인이 피해 아동을 공소사실 기재와 같이 때렸다고 단정하기는 어렵다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

## 3. 결론

그렇다면 검사의 항소는 일부 이유 있으므로, 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결 중 정서적 학대의 점에 대한 무죄 부분을 파기해, 변론을 거쳐 다음과 같이 다시 판결하고, 원심판결 중 신체적 학대의 점에 대한 검사의 항소를 기각한다.

### 【이유】

#### 1. 항소이유의 요지

원심은 피해 아동의 모가 녹음한 녹음파일 및 그 녹취록(이하 '이 사건 녹음'이라 통칭한다)의 증거능력을 부정했다

그러나 생후 10개월의 피해 아동을 상대로 한 피고인의 말은 통신비밀보호법상 '타인 간의 대화'에 해당하지 않고, 나아가 이 사건 녹음 행위는 피고인의 인격적 이익을 중대하게 침해하지 않는 것으로서 사회통념상 허용 한도를 벗어나지 않았으므로, 이 사건 녹음의 증거능력은 인정된다.

이 사건 녹음에 따르면, 피고인이 피해 아동에게 정서적 및 신체적 학대행위를 한 사실이 인정됨에도, 이를 모두 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

#### 2. 판단

가. 이 사건 녹음의 증거능력 인정 여부

##### 1) 관련 법리

통신비밀보호법은 통신의 비밀을 보호하고 통신의 자유를 신장하는 것을 입법 목적으로 하여, 통신 및 대화의 비밀과 자유를 제한함에 있어 그 대상을 한정하고 엄격한 법적 절차를 밟도록 규정하고 있다(제1조). 이에 따라 누구든지 위 법, 형사소송법 또는 군사법원법 규정에 의하지 않고는 공개되지 않은 타인 간의 대화를 녹음하거나 청취할 수 없고(제3조 제1항 본문), 공개되지 않은 타인 간의 대화를 녹음하거나 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취함으로써 취득한 대화의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다(제14조 제2항, 제1항, 제4조).

통신비밀보호법의 위 규정들의 문언, 내용, 체계와 입법 취지 등에 비추어 보면, 통신비밀보호법에서 보호하는 타인 간의 '대화'는 원칙적으로 현장에 있는 당사자들이 육성으로 말을 주고받는 의사소통행위를 가리킨다.

따라서 사람의 육성이 아닌 사물에서 발생하는 음향은 타인 간의 '대화'에 해당하지 않고, 또한 사람의 목소리라고 하더라도 상대방에게 의사를 전달하는 말이 아닌 단순한 비명소리나 탄식 등은 타인과 의사소통을 하기 위한 것이 아니라면 특별한 사정이 없는 한 타인 간의 '대화'에 해당한다고 볼 수 없다.

한편 국민이 인간으로서 갖는 존엄과 가치를 보장하는 것은 국가기관의 기본 의무에 속하는 것이고, 이는 형사절차에서도 구현되어야 한다.

위와 같은 소리가 비록 통신비밀보호법에서 말하는 타인 간의 '대화'에는 해당하지 않더라도, 형사절차에서 그러한 증거를 사용할 수 있는지 여부는 개별적인 사안에서 효과적인 형사소추와 형사절차상 진실발견이라는 공익과 개인의 인격적 이익 등의 보호이익을 비교형량하여 결정하여야 한다.

대화에 속하지 않는 사람의 목소리를 녹음하거나 청취하는 행위가 개인의 사생활의 비밀과 자유 또는 인격권을 중대하게 침해하여 사회통념상 허용되는 한도를 벗어난 것이라면, 단지 형사소추에 필요한 증거라는 사정만을 들어 곧바로 형사소송에서 진실발견이라는 공익이 개인의 인격적 이익 등 보호이익보다 우월한 것으로 선불리 단정해서는 안 된다.

그러나 그러한 한도를 벗어난 것이 아니라면 이를 형사절차에서 증거로 사용할 수 있다(대법원 2017. 3. 15. 선고 2016도19843 판결 등 참조).

## 2) 판단

### 가) 이 사건 녹음에 담긴 내용

이 사건 녹음에는 ① 피해 아동이 소리를 지르거나 울음을 터뜨리는 등의 음성, ② 피해 아동의 위와 같은 울음소리 등에 반응해, 피고인이 피해 아동을 상대로 하는 말, ③ 피고인이 피해 아동의 모친인 공소외 1과 나눈 전화통화, ④ 피고인이 자신의 자녀 등 아는 사람과 나눈 전화통화, ⑤ 딱딱한 물체에 부딪히는 듯한 둔탁한 소리와 TV 소리 등의 기타 음향 등으로 구성되어 있다.

### 나) 이 사건 녹음의 각 내용별 개별적 증거능력에 대한 판단

(1) 먼저 위 '① 피해 아동이 소리를 지르거나 울음을 터뜨리는 등의 음성 부분'은, 언어 능력이 발달하지 않은 10개월에 불과한 피해 아동이 자신의 감정 상태를 울음 등의 음성으로 표출하는 것인바, 사람의 의사소통의 기본적 수단인 말에 해당하지 않으므로, 통신비밀보호법상 타인 간의 대화에 해당하지 않아 증거능력이 인정된다.

위 '③ 피고인과 피해 아동의 모친 사이에 나눈 전화통화 부분'은 그 대화 당사자인 모친이 녹음한 것이므로 증거능력이 인정되고, 위 '⑤ 사람이 아닌 TV 등 물체에서 발생한 음향'은 통신비밀보호법상 타인 간의 대화에 해당하지 않으므로, 이 부분 역시 증거능력이 인정된다.

그러나 위 '④ 피고인과 피고인의 지인 사이에 나눈 전화통화 부분'은 통신비밀보호법상 타인 간의 대화에 해당하므로 증거능력이 없다.

(2) 다음으로 위 '② 피고인이 피해 아동을 상대로 하는 말 부분'이 통신비밀보호법이 금지하는 '타인 간의 대화'에 해당하는지 살펴본다.

이 사건 공소사실의 요지는, 피고인이 생후 10개월에 불과한 피해 아동에게 큰 소리로 욕을 하여 정서적으로 학대했다는 것이다.

그런데 피해 아동은 아직 언어 능력이 온전히 발달하지 않아 피고인이 하는 말의 내용을 이해하지 못하는바, 결국 본건 범죄 성립 여부는 피고인 말의 내용이 아닌 목소리의 크기, 억양 등이 뜻을 이해하지 못하는 생후 10개월의 피해 아동에게도 충분히 위협적으로 들릴 만한 것인지에 달려 있다.

그렇다면 '② 피고인이 피해 아동을 상대로 하는 말 부분' 중 증거로 필요한 부분은 피고인 말의 내용이 아닌 피고인의 목소리, 억양 등 비언어적 정보라고 봄이 타당하고, 따라서 위 피고인이 피해 아동을 상대로 하는 말은 '당사자

들이 육성으로 말을 주고받는 의사소통행위'를 의미하는 통신비밀보호법상 타인 간의 대화에 해당한다고 보기 어렵다.

나아가 이 사건 녹음이 범죄에 대한 실체적 진실발견이라는 공익적 요구에 비해 피고인의 사생활의 비밀과 자유 내지 인격권을 과도하게 침해하는 것인지 살펴본다.

본건과 같은 아동학대범죄는 피해 아동의 정서 발달에 심각한 지장을 초래하는 중한 범죄임에도, 이러한 범죄는 주로 피해 아동과 단둘이 있는 은밀한 공간에서 이루어질 뿐만 아니라, 특히 언어 능력이 없는 피해 아동은 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 피해 아동의 모친 역시 불가피하게 비밀녹음을 한 것으로 보이는바, 이러한 비밀녹음을 통해서 드러난 아동학대범죄에 대한 실체적 진실발견이라는 공익적 요구를 비밀녹음을 통해 얻었다는 사정만으로 쉽게 배척할 수는 없다.

그뿐만 아니라 앞서 본 바와 같이 이 사건 녹음 중 증거로 사용되는 부분은 피고인이 한 말의 내용이 아닌 비언어적 정보에 그치고, 피고인은 피해 아동 부모의 집에서 계약에 따라 피해 아동을 돌보는 업무를 수행하는 중이었는바, 이러한 공간이 개인의 사생활의 비밀과 자유가 온전히 보장될 것이라 기대되는 사적 영역에 해당하지도 않는다.

위와 같은 사정을 종합하면, 피해 아동의 모친이 피고인의 업무 공간에서 발생하는 피고인의 목소리 등을 몰래 녹음하였다고 하여, 이로 인한 피고인의 인격적 이익의 침해 정도가 아동학대범죄에 대한 실체적 진실발견이라는 공익적 요구와 비교할 때 사회통념상 허용 한도를 초과할 정도의 현저한 침해라고 보기 어렵다.

(3) 따라서 이 사건 녹음 중 '㉔ 피고인이 피해 아동을 상대로 하는 말 부분'의 증거능력은 인정된다.

나. 정서적, 신체적 학대행위 성립 여부

#### 1) 정서적 학대행위에 대한 판단

이 사건 녹음 중 앞서 본 증거능력이 인정되는 부분들에 따르면, 피해 아동이 오랫동안 울고 보채는데도, 피고인은 아무런 조치를 취하지 않고 오히려 피해 아동에게 큰 소리로 거친 역양의 욕설을 여러 차례 한 사실 등이 인정되는바, 피고인이 피해 아동에게 공소사실 기재와 같은 방법으로 정서적 학대행위를 했다고 봄이 상당하다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

검사의 이 부분 주장은 이유 있다.

#### 2) 신체적 학대행위에 대한 판단

이 사건 녹음을 들어보면, 누군가가 뭔가를 두드리는 듯한 둔탁한 소리가 여러 차례 들리고, 특히 둔탁한 소리 이후 피해 아동이 더 크게 우는 경우도 있어(이 사건 녹음 02:33:04 참조), 피고인이 피해 아동에게 위협적 행동을 한 것 같다는 의심이 드는 것은 사실이다.

그러나 약 30초 후에도 위 소리와 비슷한 둔탁한 소리가 들림에도 피해 아동이 아무런 반응을 하지 않는 것에 비추어 보면(이 사건 녹음 02:33:40경), 위와 같은 둔탁한 소리만으로는 피고인이 피해 아동을 공소사실 기재와 같이 때렸다고 단정하기는 어렵다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

### 3. 결론

그렇다면 검사의 항소는 일부 이유 있으므로, 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결 중 정서적 학대의 점에 대한 무죄 부분을 파기해, 변론을 거쳐 다음과 같이 다시 판결하고, 원심판결 중 신체적 학대의 점에 대한 검사의 항소를 기각한다.

#### 【이유】

##### 】 1. 항소이유의 요지

원심은 피해 아동의 모가 녹음한 녹음파일 및 그 녹취록(이하 '이 사건 녹음'이라 통칭한다)의 증거능력을 부정했다

그러나 생후 10개월의 피해 아동을 상대로 한 피고인의 말은 통신비밀보호법상 '타인 간의 대화'에 해당하지 않고, 나아가 이 사건 녹음 행위는 피고인의 인격적 이익을 중대하게 침해하지 않는 것으로서 사회통념상 허용 한도를 벗어나지 않았으므로, 이 사건 녹음의 증거능력은 인정된다.

이 사건 녹음에 따르면, 피고인이 피해 아동에게 정서적 및 신체적 학대행위를 한 사실이 인정됨에도, 이를 모두 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

##### 2. 판단

가. 이 사건 녹음의 증거능력 인정 여부

###### 1) 관련 법리

통신비밀보호법은 통신의 비밀을 보호하고 통신의 자유를 신장하는 것을 입법 목적으로 하여, 통신 및 대화의 비밀과 자유를 제한함에 있어 그 대상을 한정하고 엄격한 법적 절차를 밟도록 규정하고 있다(제1조). 이에 따라 누구든지 위 법, 형사소송법 또는 군사법원법 규정에 의하지 않고는 공개되지 않은 타인 간의 대화를 녹음하거나 청취할 수 없고(제3조 제1항 본문), 공개되지 않은 타인 간의 대화를 녹음하거나 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취함으로써 취득한 대화의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다(제14조 제2항, 제1항, 제4조).

통신비밀보호법의 위 규정들의 문언, 내용, 체계와 입법 취지 등에 비추어 보면, 통신비밀보호법에서 보호하는 타인 간의 '대화'는 원칙적으로 현장에 있는 당사자들이 육성으로 말을 주고받는 의사소통행위를 가리킨다.

따라서 사람의 육성이 아닌 사물에서 발생하는 음향은 타인 간의 '대화'에 해당하지 않고, 또한 사람의 목소리라고 하더라도 상대방에게 의사를 전달하는 말이 아닌 단순한 비명소리나 탄식 등은 타인과 의사소통을 하기 위한 것이 아니라면 특별한 사정이 없는 한 타인 간의 '대화'에 해당한다고 볼 수 없다.

한편 국민이 인간으로서 갖는 존엄과 가치를 보장하는 것은 국가기관의 기본 의무에 속하는 것이고, 이는 형사절차에서도 구현되어야 한다.

위와 같은 소리가 비록 통신비밀보호법에서 말하는 타인 간의 '대화'에는 해당하지 않더라도, 형사절차에서 그러한 증거를 사용할 수 있는지 여부는 개별적인 사안에서 효과적인 형사소추와 형사절차상 진실발견이라는 공익과 개인의 인격적 이익 등의 보호이익을 비교형량하여 결정하여야 한다.

대화에 속하지 않는 사람의 목소리를 녹음하거나 청취하는 행위가 개인의 사생활의 비밀과 자유 또는 인격권을 중대하게 침해하여 사회통념상 허용되는 한도를 벗어난 것이라면, 단지 형사소추에 필요한 증거라는 사정만을 들어 곧바로 형사소송에서 진실발견이라는 공익이 개인의 인격적 이익 등 보호이익보다 우월한 것으로 선불리 단정해서는 안 된다.



그러나 그러한 한도를 벗어난 것이 아니라면 이를 형사절차에서 증거로 사용할 수 있다(대법원 2017. 3. 15. 선고 2016도19843 판결 등 참조).

## 2) 판단

가) 이 사건 녹음에 담긴 내용

이 사건 녹음에는 ① 피해 아동이 소리를 지르거나 울음을 터뜨리는 등의 음성, ② 피해 아동의 위와 같은 울음소리 등에 반응해, 피고인이 피해 아동을 상대로 하는 말, ③ 피고인이 피해 아동의 모친인 공소외 1과 나눈 전화통화, ④ 피고인이 자신의 자녀 등 아는 사람과 나눈 전화통화, ⑤ 딱딱한 물체에 부딪히는 듯한 둔탁한 소리와 TV 소리 등의 기타 음향 등으로 구성되어 있다.

나) 이 사건 녹음의 각 내용별 개별적 증거능력에 대한 판단

(1) 먼저 위 '① 피해 아동이 소리를 지르거나 울음을 터뜨리는 등의 음성 부분'은, 언어 능력이 발달하지 않은 10개월에 불과한 피해 아동이 자신의 감정 상태를 울음 등의 음성으로 표출하는 것인바, 사람의 의사소통의 기본적 수단인 말에 해당하지 않으므로, 통신비밀보호법상 타인 간의 대화에 해당하지 않아 증거능력이 인정된다.

위 '③ 피고인과 피해 아동의 모친 사이에 나눈 전화통화 부분'은 그 대화 당사자인 모친이 녹음한 것이므로 증거능력이 인정되고, 위 '⑤ 사람이 아닌 TV 등 물체에서 발생한 음향'은 통신비밀보호법상 타인 간의 대화에 해당하지 않으므로, 이 부분 역시 증거능력이 인정된다.

그러나 위 '④ 피고인과 피고인의 지인 사이에 나눈 전화통화 부분'은 통신비밀보호법상 타인 간의 대화에 해당하므로 증거능력이 없다.

(2) 다음으로 위 '② 피고인이 피해 아동을 상대로 하는 말 부분'이 통신비밀보호법이 금지하는 '타인 간의 대화'에 해당하는지 살펴본다.

이 사건 공소사실의 요지는, 피고인이 생후 10개월에 불과한 피해 아동에게 큰 소리로 욕을 하여 정서적으로 학대했다는 것이다.

그런데 피해 아동은 아직 언어 능력이 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 피해 아동에게도 충분히 위협적으로 들릴 만한 것인지에 달려 있다.

그렇다면 '② 피고인이 피해 아동을 상대로 하는 말 부분' 중 증거로 필요한 부분은 피고인 말의 내용이 아닌 피고인의 목소리, 억양 등 비언어적 정보라고 봄이 타당하고, 따라서 위 피고인이 피해 아동을 상대로 하는 말은 '당사자들이 욕성으로 말을 주고받는 의사소통행위'를 의미하는 통신비밀보호법상 타인 간의 대화에 해당한다고 보기 어렵다.

나아가 이 사건 녹음이 범죄에 대한 실체적 진실발견이라는 공익적 요구에 비해 피고인의 사생활의 비밀과 자유 내지 인격권을 과도하게 침해하는 것인지 살펴본다.

본건과 같은 아동학대범죄는 피해 아동의 정서 발달에 심각한 지장을 초래하는 중한 범죄임에도, 이러한 범죄는 주로 피해 아동과 단둘이 있는 은밀한 공간에서 이루어질 뿐만 아니라, 특히 언어 능력이 없는 피해 아동은 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 피해 아동의 모친 역시 불가피하게 비밀녹음을 한 것으로 보이는바, 이러한 비밀녹음을 통해서 드러난 아동학대범죄에 대한 실체적 진실발견이라는 공익적 요구를 비밀녹음을 통해 얻었다는 사정만으로 쉽게 배척할 수는 없다.

그뿐만 아니라 앞서 본 바와 같이 이 사건 녹음 중 증거로 사용되는 부분은 피고인이 한 말의 내용이 아닌 비언어적 정보에 그치고, 피고인은 피해 아동 부모의 집에서 계약에 따라 피해 아동을 돌보는 업무를 수행하는 중이었는데, 이러한 공간이 개인의 사생활의 비밀과 자유가 온전히 보장될 것이라 기대되는 사적 영역에 해당하지도 않는다.

위와 같은 사정을 종합하면, 피해 아동의 모친이 피고인의 업무 공간에서 발생하는 피고인의 목소리 등을 몰래 녹음하였다고 하여, 이로 인한 피고인의 인격적 이익의 침해 정도가 아동학대범죄에 대한 실체적 진실발견이라는 공익적 요구와 비교할 때 사회통념상 허용 한도를 초과할 정도의 현저한 침해라고 보기 어렵다.

(3) 따라서 이 사건 녹음 중 '② 피고인이 피해 아동을 상대로 하는 말 부분'의 증거능력은 인정된다.

나. 정서적, 신체적 학대행위 성립 여부

#### 1) 정서적 학대행위에 대한 판단

이 사건 녹음 중 앞서 본 증거능력이 인정되는 부분들에 따르면, 피해 아동이 오랫동안 울고 보채는데도, 피고인은 아무런 조치를 취하지 않고 오히려 피해 아동에게 큰 소리로 거친 억양의 욕설을 여러 차례 한 사실 등이 인정되는바, 피고인이 피해 아동에게 공소사실 기재와 같은 방법으로 정서적 학대행위를 했다고 봄이 상당하다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

검사의 이 부분 주장은 이유 있다.

#### 2) 신체적 학대행위에 대한 판단

이 사건 녹음을 들어보면, 누군가가 뭔가를 두드리는 듯한 둔탁한 소리가 여러 차례 들리고, 특히 둔탁한 소리 이후 피해 아동이 더 크게 우는 경우도 있어(이 사건 녹음 02:33:04 참조), 피고인이 피해 아동에게 위협적 행동을 한 것 같다는 의심이 드는 것은 사실이다.

그러나 약 30초 후에도 위 소리와 비슷한 둔탁한 소리가 들림에도 피해 아동이 아무런 반응을 하지 않는 것에 비추어 보면(이 사건 녹음 02:33:40경), 위와 같은 둔탁한 소리만으로는 피고인이 피해 아동을 공소사실 기재와 같이 때렸다고 단정하기는 어렵다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### 3. 결론

그렇다면 검사의 항소는 일부 이유 있으므로, 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결 중 정서적 학대의 점에 대한 무죄 부분을 파기해, 변론을 거쳐 다음과 같이 다시 판결하고, 원심판결 중 신체적 학대의 점에 대한 검사의 항소를 기각한다.

#### 【이유】

##### 】 1. 항소이유의 요지

원심은 피해 아동의 모가 녹음한 녹음파일 및 그 녹취록(이하 '이 사건 녹음'이라 통칭한다)의 증거능력을 부정했다

그러나 생후 10개월의 피해 아동을 상대로 한 피고인의 말은 통신비밀보호법상 '타인 간의 대화'에 해당하지 않고, 나아가 이 사건 녹음 행위는 피고인의 인격적 이익을 중대하게 침해하지 않는 것으로서 사회통념상 허용 한도를 벗어나지 않았으므로, 이 사건 녹음의 증거능력은 인정된다.

이 사건 녹음에 따르면, 피고인이 피해 아동에게 정서적 및 신체적 학대행위를 한 사실이 인정됨에도, 이를 모두 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

## 2. 판단

가. 이 사건 녹음의 증거능력 인정 여부

### 1) 관련 법리

통신비밀보호법은 통신의 비밀을 보호하고 통신의 자유를 신장하는 것을 입법 목적으로 하여, 통신 및 대화의 비밀과 자유를 제한함에 있어 그 대상을 한정하고 엄격한 법적 절차를 밟도록 규정하고 있다(제1조). 이에 따라 누구든지 위 법, 형사소송법 또는 군사법원법 규정에 의하지 않고는 공개되지 않은 타인 간의 대화를 녹음하거나 청취할 수 없고(제3조 제1항 본문), 공개되지 않은 타인 간의 대화를 녹음하거나 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취함으로써 취득한 대화의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다(제14조 제2항, 제1항, 제4조).

통신비밀보호법의 위 규정들의 문언, 내용, 체계와 입법 취지 등에 비추어 보면, 통신비밀보호법에서 보호하는 타인 간의 '대화'는 원칙적으로 현장에 있는 당사자들이 육성으로 말을 주고받는 의사소통행위를 가리킨다.

따라서 사람의 육성이 아닌 사물에서 발생하는 음향은 타인 간의 '대화'에 해당하지 않고, 또한 사람의 목소리라고 하더라도 상대방에게 의사 전달하는 말이 아닌 단순한 비명소리나 탄식 등은 타인과 의사소통을 하기 위한 것이 아니라면 특별한 사정이 없는 한 타인 간의 '대화'에 해당한다고 볼 수 없다.

한편 국민이 인간으로서 갖는 존엄과 가치를 보장하는 것은 국가기관의 기본 의무에 속하는 것이고, 이는 형사절차에서도 구현되어야 한다.

위와 같은 소리가 비록 통신비밀보호법에서 말하는 타인 간의 '대화'에는 해당하지 않더라도, 형사절차에서 그러한 증거를 사용할 수 있는지 여부는 개별적인 사안에서 효과적인 형사소추와 형사절차상 진실발견이라는 공익과 개인의 인격적 이익 등의 보호이익을 비교형량하여 결정하여야 한다.

대화에 속하지 않는 사람의 목소리를 녹음하거나 청취하는 행위가 개인의 사생활의 비밀과 자유 또는 인격권을 중대하게 침해하여 사회통념상 허용되는 한도를 벗어난 것이라면, 단지 형사소추에 필요한 증거라는 사정만을 들어 곧바로 형사소송에서 진실발견이라는 공익이 개인의 인격적 이익 등 보호이익보다 우월한 것으로 섉불리 단정해서는 안 된다.

그러나 그러한 한도를 벗어난 것이 아니라면 이를 형사절차에서 증거로 사용할 수 있다(대법원 2017. 3. 15. 선고 2016도19843 판결 등 참조).

### 2) 판단

가) 이 사건 녹음에 담긴 내용

이 사건 녹음에는 ① 피해 아동이 소리를 지르거나 울음을 터뜨리는 등의 음성, ② 피해 아동의 위와 같은 울음소리 등에 반응해, 피고인이 피해 아동을 상대로 하는 말, ③ 피고인이 피해 아동의 모친인 공소외 1과 나눈 전화통화, ④ 피고인이 자신의 자녀 등 아는 사람과 나눈 전화통화, ⑤ 딱딱한 물체에 부딪히는 듯한 둔탁한 소리와 TV 소리 등의 기타 음향 등으로 구성되어 있다.

나) 이 사건 녹음의 각 내용별 개별적 증거능력에 대한 판단

(1) 먼저 위 '① 피해 아동이 소리를 지르거나 울음을 터뜨리는 등의 음성 부분'은, 언어 능력이 발달하지 않은 10개월에 불과한 피해 아동이 자신의 감정 상태를 울음 등의 음성으로 표출하는 것인바, 사람의 의사소통의 기본적 수단인 말에 해당하지 않으므로, 통신비밀보호법상 타인 간의 대화에 해당하지 않아 증거능력이 인정된다.

위 '③ 피고인과 피해 아동의 모친 사이에 나눈 전화통화 부분'은 그 대화 당사자인 모친이 녹음한 것이므로 증거능력이 인정되고, 위 '⑤ 사람이 아닌 TV 등 물체에서 발생한 음향'은 통신비밀보호법상 타인 간의 대화에 해당하지 않으므로, 이 부분 역시 증거능력이 인정된다.

그러나 위 '④ 피고인과 피고인의 지인 사이에 나눈 전화통화 부분'은 통신비밀보호법상 타인 간의 대화에 해당하므로 증거능력이 없다.

(2) 다음으로 위 '② 피고인이 피해 아동을 상대로 하는 말 부분'이 통신비밀보호법이 금지하는 '타인 간의 대화'에 해당하는지 살펴본다.

이 사건 공소사실의 요지는, 피고인이 생후 10개월에 불과한 피해 아동에게 큰 소리로 욕을 하여 정서적으로 학대했다는 것이다.

그런데 피해 아동은 아직 언어 능력이 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 피해 아동에게도 충분히 위협적으로 들릴 만한 것인지에 달려 있다.

그렇다면 '② 피고인이 피해 아동을 상대로 하는 말 부분' 중 증거로 필요한 부분은 피고인 말의 내용이 아닌 피고인의 목소리, 억양 등 비언어적 정보라고 봄이 타당하고, 따라서 위 피고인이 피해 아동을 상대로 하는 말은 '당사자들이 욕성으로 말을 주고받는 의사소통행위'를 의미하는 통신비밀보호법상 타인 간의 대화에 해당한다고 보기 어렵다.

나아가 이 사건 녹음이 범죄에 대한 실체적 진실발견이라는 공익적 요구에 비해 피고인의 사생활의 비밀과 자유 내지 인격권을 과도하게 침해하는 것인지 살펴본다.

본건과 같은 아동학대범죄는 피해 아동의 정서 발달에 심각한 지장을 초래하는 중한 범죄임에도, 이러한 범죄는 주로 피해 아동과 단둘이 있는 은밀한 공간에서 이루어질 뿐만 아니라, 특히 언어 능력이 없는 피해 아동은 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 피해 아동의 모친 역시 불가피하게 비밀녹음을 한 것으로 보이는바, 이러한 비밀녹음을 통해서 드러난 아동학대범죄에 대한 실체적 진실발견이라는 공익적 요구를 비밀녹음을 통해 얻었다는 사정만으로 쉽게 배척할 수는 없다.

그뿐만 아니라 앞서 본 바와 같이 이 사건 녹음 중 증거로 사용되는 부분은 피고인이 한 말의 내용이 아닌 비언어적 정보에 그치고, 피고인은 피해 아동 부모의 집에서 계약에 따라 피해 아동을 돌보는 업무를 수행하는 중이었는바, 이러한 공간이 개인의 사생활의 비밀과 자유가 온전히 보장될 것이라 기대되는 사적 영역에 해당하지도 않는다.

위와 같은 사정을 종합하면, 피해 아동의 모친이 피고인의 업무 공간에서 발생하는 피고인의 목소리 등을 몰래 녹음하였다고 하여, 이로 인한 피고인의 인격적 이익의 침해 정도가 아동학대범죄에 대한 실체적 진실발견이라는 공익적 요구와 비교할 때 사회통념상 허용 한도를 초과할 정도의 현저한 침해라고 보기 어렵다.

(3) 따라서 이 사건 녹음 중 '② 피고인이 피해 아동을 상대로 하는 말 부분'의 증거능력은 인정된다.

나. 정서적, 신체적 학대행위 성립 여부

1) 정서적 학대행위에 대한 판단

이 사건 녹음 중 앞서 본 증거능력이 인정되는 부분들에 따르면, 피해 아동이 오랫동안 울고 보채는데도, 피고인은 아무런 조치를 취하지 않고 오히려 피해 아동에게 큰 소리로 거친 억양의 욕설을 여러 차례 한 사실 등이 인정되는 바, 피고인이 피해 아동에게 공소사실 기재와 같은 방법으로 정서적 학대행위를 했다고 봄이 상당하다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

검사의 이 부분 주장은 이유 있다.

2) 신체적 학대행위에 대한 판단

이 사건 녹음을 들어보면, 누군가가 뭔가를 두드리는 듯한 둔탁한 소리가 여러 차례 들리고, 특히 둔탁한 소리 이후 피해 아동이 더 크게 우는 경우도 있어(이 사건 녹음 02:33:04 참조), 피고인이 피해 아동에게 위협적 행동을 한 것 같다는 의심이 드는 것은 사실이다.

그러나 약 30초 후에도 위 소리와 비슷한 둔탁한 소리가 들림에도 피해 아동이 아무런 반응을 하지 않는 것에 비추어 보면(이 사건 녹음 02:33:40경), 위와 같은 둔탁한 소리만으로는 피고인이 피해 아동을 공소사실 기재와 같이 때렸다고 단정하기는 어렵다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

3. 결론

그렇다면 검사의 항소는 일부 이유 있으므로, 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결 중 정서적 학대의 점에 대한 무죄 부분을 파기해, 변론을 거쳐 다음과 같이 다시 판결하고, 원심판결 중 신체적 학대의 점에 대한 검사의 항소를 기각한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

원심은 피해 아동의 모가 녹음한 녹음파일 및 그 녹취록(이하 '이 사건 녹음'이라 통칭한다)의 증거능력을 부정했다

그러나 생후 10개월의 피해 아동을 상대로 한 피고인의 말은 통신비밀보호법상 '타인 간의 대화'에 해당하지 않고, 나아가 이 사건 녹음 행위는 피고인의 인격적 이익을 중대하게 침해하지 않는 것으로서 사회통념상 허용 한도를 벗어나지 않았으므로, 이 사건 녹음의 증거능력은 인정된다.

이 사건 녹음에 따르면, 피고인이 피해 아동에게 정서적 및 신체적 학대행위를 한 사실이 인정됨에도, 이를 모두 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

2. 판단

가. 이 사건 녹음의 증거능력 인정 여부

1) 관련 법리

통신비밀보호법은 통신의 비밀을 보호하고 통신의 자유를 신장하는 것을 입법 목적으로 하여, 통신 및 대화의 비밀과 자유를 제한함에 있어 그 대상을 한정하고 엄격한 법적 절차를 밟도록 규정하고 있다(제1조). 이에 따라 누구든지

위 법, 형사소송법 또는 군사법원법 규정에 의하지 않고는 공개되지 않은 타인 간의 대화를 녹음하거나 청취할 수 없고(제3조 제1항 본문), 공개되지 않은 타인 간의 대화를 녹음하거나 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취함으로써 취득한 대화의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다(제14조 제2항, 제1항, 제4조).

통신비밀보호법의 위 규정들의 문언, 내용, 체계와 입법 취지 등에 비추어 보면, 통신비밀보호법에서 보호하는 타인 간의 '대화'는 원칙적으로 현장에 있는 당사자들이 육성으로 말을 주고받는 의사소통행위를 가리킨다.

따라서 사람의 육성이 아닌 사물에서 발생하는 음향은 타인 간의 '대화'에 해당하지 않고, 또한 사람의 목소리라고 하더라도 상대방에게 의사를 전달하는 말이 아닌 단순한 비명소리나 탄식 등은 타인과 의사소통을 하기 위한 것이 아니라면 특별한 사정이 없는 한 타인 간의 '대화'에 해당한다고 볼 수 없다.

한편 국민이 인간으로서 갖는 존엄과 가치를 보장하는 것은 국가기관의 기본 의무에 속하는 것이고, 이는 형사절차에서도 구현되어야 한다.

위와 같은 소리가 비록 통신비밀보호법에서 말하는 타인 간의 '대화'에는 해당하지 않더라도, 형사절차에서 그러한 증거를 사용할 수 있는지 여부는 개별적인 사안에서 효과적인 형사소추와 형사절차상 진실발견이라는 공익과 개인의 인격적 이익 등의 보호이익을 비교형량하여 결정하여야 한다.

대화에 속하지 않는 사람의 목소리를 녹음하거나 청취하는 행위가 개인의 사생활의 비밀과 자유 또는 인격권을 중대하게 침해하여 사회통념상 허용되는 한도를 벗어난 것이라면, 단지 형사소추에 필요한 증거라는 사정만을 들어 곧바로 형사소송에서 진실발견이라는 공익이 개인의 인격적 이익 등 보호이익보다 우월한 것으로 선불리 단정해서는 안 된다.

그러나 그러한 한도를 벗어난 것이 아니라면 이를 형사절차에서 증거로 사용할 수 있다(대법원 2017. 3. 15. 선고 2016도19843 판결 등 참조).

## 2) 판단

### 가) 이 사건 녹음에 담긴 내용

이 사건 녹음에는 ① 피해 아동이 소리를 지르거나 울음을 터뜨리는 등의 음성, ② 피해 아동의 위와 같은 울음소리 등에 반응해, 피고인이 피해 아동을 상대로 하는 말, ③ 피고인이 피해 아동의 모친인 공소외 1과 나눈 전화통화, ④ 피고인이 자신의 자녀 등 아는 사람과 나눈 전화통화, ⑤ 딱딱한 물체에 부딪히는 듯한 둔탁한 소리와 TV 소리 등의 기타 음향 등으로 구성되어 있다.

### 나) 이 사건 녹음의 각 내용별 개별적 증거능력에 대한 판단

(1) 먼저 위 '① 피해 아동이 소리를 지르거나 울음을 터뜨리는 등의 음성 부분'은, 언어 능력이 발달하지 않은 10개월에 불과한 피해 아동이 자신의 감정 상태를 울음 등의 음성으로 표출하는 것인바, 사람의 의사소통의 기본적 수단인 말에 해당하지 않으므로, 통신비밀보호법상 타인 간의 대화에 해당하지 않아 증거능력이 인정된다.

위 '③ 피고인과 피해 아동의 모친 사이에 나눈 전화통화 부분'은 그 대화 당사자인 모친이 녹음한 것이므로 증거능력이 인정되고, 위 '⑤ 사람이 아닌 TV 등 물체에서 발생한 음향'은 통신비밀보호법상 타인 간의 대화에 해당하지 않으므로, 이 부분 역시 증거능력이 인정된다.

그러나 위 '④ 피고인과 피고인의 지인 사이에 나눈 전화통화 부분'은 통신비밀보호법상 타인 간의 대화에 해당하므로 증거능력이 없다.

(2) 다음으로 위 '② 피고인이 피해 아동을 상대로 하는 말 부분'이 통신비밀보호법이 금지하는 '타인 간의 대화'에 해당 하는지 살펴본다.

이 사건 공소사실의 요지는, 피고인이 생후 10개월에 불과한 피해 아동에게 큰 소리로 욕을 하여 정서적으로 학대했다는 것이다.

그런데 피해 아동은 아직 언어 능력이 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 피해 아동에게도 충분히 위협적으로 들릴 만한 것인지에 달려 있다.

그렇다면 '② 피고인이 피해 아동을 상대로 하는 말 부분' 중 증거로 필요한 부분은 피고인 말의 내용이 아닌 피고인의 목소리, 억양 등 비언어적 정보라고 봄이 타당하고, 따라서 위 피고인이 피해 아동을 상대로 하는 말은 '당사자들이 욕성으로 말을 주고받는 의사소통행위'를 의미하는 통신비밀보호법상 타인 간의 대화에 해당한다고 보기 어렵다.

나아가 이 사건 녹음이 범죄에 대한 실체적 진실발견이라는 공익적 요구에 비해 피고인의 사생활의 비밀과 자유 내지 인격권을 과도하게 침해하는 것인지 살펴본다.

본건과 같은 아동학대범죄는 피해 아동의 정서 발달에 심각한 지장을 초래하는 중한 범죄임에도, 이러한 범죄는 주로 피해 아동과 단둘이 있는 은밀한 공간에서 이루어질 뿐만 아니라, 특히 언어 능력이 없는 피해 아동은 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 피해 아동의 모친 역시 불가피하게 비밀녹음을 한 것으로 보이는바, 이러한 비밀녹음을 통해서 드러난 아동학대범죄에 대한 실체적 진실발견이라는 공익적 요구를 비밀녹음을 통해 얻었다는 사정만으로 쉽게 배척할 수는 없다.

그뿐만 아니라 앞서 본 바와 같이 이 사건 녹음 중 증거로 사용되는 부분은 피고인이 한 말의 내용이 아닌 비언어적 정보에 그치고, 피고인은 피해 아동 부모의 집에서 계약에 따라 피해 아동을 돌보는 업무를 수행하는 중이었는바, 이러한 공간이 개인의 사생활의 비밀과 자유가 온전히 보장될 것이라 기대되는 사적 영역에 해당하지도 않는다.

위와 같은 사정을 종합하면, 피해 아동의 모친이 피고인의 업무 공간에서 발생하는 피고인의 목소리 등을 몰래 녹음하였다고 하여, 이로 인한 피고인의 인격적 이익의 침해 정도가 아동학대범죄에 대한 실체적 진실발견이라는 공익적 요구와 비교할 때 사회통념상 허용 한도를 초과할 정도의 현저한 침해라고 보기 어렵다.

(3) 따라서 이 사건 녹음 중 '② 피고인이 피해 아동을 상대로 하는 말 부분'의 증거능력은 인정된다.

나. 정서적, 신체적 학대행위 성립 여부

#### 1) 정서적 학대행위에 대한 판단

이 사건 녹음 중 앞서 본 증거능력이 인정되는 부분들에 따르면, 피해 아동이 오랫동안 울고 보채는데도, 피고인은 아무런 조치를 취하지 않고 오히려 피해 아동에게 큰 소리로 거친 억양의 욕설을 여러 차례 한 사실 등이 인정되는바, 피고인이 피해 아동에게 공소사실 기재와 같은 방법으로 정서적 학대행위를 했다고 봄이 상당하다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

검사의 이 부분 주장은 이유 있다.

## 2) 신체적 학대행위에 대한 판단

이 사건 녹음을 들어보면, 누군가가 뭔가를 두드리는 듯한 둔탁한 소리가 여러 차례 들리고, 특히 둔탁한 소리 이후 피해 아동이 더 크게 우는 경우도 있어(이 사건 녹음 02:33:04 참조), 피고인이 피해 아동에게 위협적 행동을 한 것 같다는 의심이 드는 것은 사실이다.

그러나 약 30초 후에도 위 소리와 비슷한 둔탁한 소리가 들림에도 피해 아동이 아무런 반응을 하지 않는 것에 비추어 보면(이 사건 녹음 02:33:40경), 위와 같은 둔탁한 소리만으로는 피고인이 피해 아동을 공소사실 기재와 같이 때렸다고 단정하기는 어렵다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

## 3. 결론

그렇다면 검사의 항소는 일부 이유 있으므로, 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결 중 정서적 학대의 점에 대한 무죄 부분을 파기해, 변론을 거쳐 다음과 같이 다시 판결하고, 원심판결 중 신체적 학대의 점에 대한 검사의 항소를 기각한다.

### 【이유】

#### 1. 항소이유의 요지

원심은 피해 아동의 모가 녹음한 녹음파일 및 그 녹취록(이하 '이 사건 녹음'이라 통칭한다)의 증거능력을 부정했다

그러나 생후 10개월의 피해 아동을 상대로 한 피고인의 말은 통신비밀보호법상 '타인 간의 대화'에 해당하지 않고, 나아가 이 사건 녹음 행위는 피고인의 인격적 이익을 중대하게 침해하지 않는 것으로서 사회통념상 허용 한도를 벗어나지 않았으므로, 이 사건 녹음의 증거능력은 인정된다.

이 사건 녹음에 따르면, 피고인이 피해 아동에게 정서적 및 신체적 학대행위를 한 사실이 인정됨에도, 이를 모두 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

#### 2. 판단

가. 이 사건 녹음의 증거능력 인정 여부

##### 1) 관련 법리

통신비밀보호법은 통신의 비밀을 보호하고 통신의 자유를 신장하는 것을 입법 목적으로 하여, 통신 및 대화의 비밀과 자유를 제한함에 있어 그 대상을 한정하고 엄격한 법적 절차를 밟도록 규정하고 있다(제1조). 이에 따라 누구든지 위 법, 형사소송법 또는 군사법원법 규정에 의하지 않고는 공개되지 않은 타인 간의 대화를 녹음하거나 청취할 수 없고(제3조 제1항 본문), 공개되지 않은 타인 간의 대화를 녹음하거나 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취함으로써 취득한 대화의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다(제14조 제2항, 제1항, 제4조).

통신비밀보호법의 위 규정들의 문언, 내용, 체계와 입법 취지 등에 비추어 보면, 통신비밀보호법에서 보호하는 타인 간의 '대화'는 원칙적으로 현장에 있는 당사자들이 육성으로 말을 주고받는 의사소통행위를 가리킨다.

따라서 사람의 육성이 아닌 사물에서 발생하는 음향은 타인 간의 '대화'에 해당하지 않고, 또한 사람의 목소리라고 하더라도 상대방에게 의사를 전달하는 말이 아닌 단순한 비명소리나 탄식 등은 타인과 의사소통을 하기 위한 것이 아니라면 특별한 사정이 없는 한 타인 간의 '대화'에 해당한다고 볼 수 없다.



한편 국민이 인간으로서 갖는 존엄과 가치를 보장하는 것은 국가기관의 기본 의무에 속하는 것이고, 이는 형사절차에서도 구현되어야 한다.

위와 같은 소리가 비록 통신비밀보호법에서 말하는 타인 간의 '대화'에는 해당하지 않더라도, 형사절차에서 그러한 증거를 사용할 수 있는지 여부는 개별적인 사안에서 효과적인 형사소추와 형사절차상 진실발견이라는 공익과 개인의 인격적 이익 등의 보호이익을 비교형량하여 결정하여야 한다.

대화에 속하지 않는 사람의 목소리를 녹음하거나 청취하는 행위가 개인의 사생활의 비밀과 자유 또는 인격권을 중대하게 침해하여 사회통념상 허용되는 한도를 벗어난 것이라면, 단지 형사소추에 필요한 증거라는 사정만을 들어 곧바로 형사소송에서 진실발견이라는 공익이 개인의 인격적 이익 등 보호이익보다 우월한 것으로 선불리 단정해서는 안 된다.

그러나 그러한 한도를 벗어난 것이 아니라면 이를 형사절차에서 증거로 사용할 수 있다(대법원 2017. 3. 15. 선고 2016도19843 판결 등 참조).

## 2) 판단

### 가) 이 사건 녹음에 담긴 내용

이 사건 녹음에는 ① 피해 아동이 소리를 지르거나 울음을 터뜨리는 등의 음성, ② 피해 아동의 위와 같은 울음소리 등에 반응해, 피고인이 피해 아동을 상대로 하는 말, ③ 피고인이 피해 아동의 모친인 공소외 1과 나눈 전화통화, ④ 피고인이 자신의 자녀 등 아는 사람과 나눈 전화통화, ⑤ 딱딱한 물체에 부딪히는 듯한 둔탁한 소리와 TV 소리 등의 기타 음향 등으로 구성되어 있다.

### 나) 이 사건 녹음의 각 내용별 개별적 증거능력에 대한 판단

(1) 먼저 위 '① 피해 아동이 소리를 지르거나 울음을 터뜨리는 등의 음성 부분'은, 언어 능력이 발달하지 않은 10개월에 불과한 피해 아동이 자신의 감정 상태를 울음 등의 음성으로 표출하는 것인바, 사람의 의사소통의 기본적 수단인 말에 해당하지 않으므로, 통신비밀보호법상 타인 간의 대화에 해당하지 않아 증거능력이 인정된다.

위 '③ 피고인과 피해 아동의 모친 사이에 나눈 전화통화 부분'은 그 대화 당사자인 모친이 녹음한 것이므로 증거능력이 인정되고, 위 '⑤ 사람이 아닌 TV 등 물체에서 발생한 음향'은 통신비밀보호법상 타인 간의 대화에 해당하지 않으므로, 이 부분 역시 증거능력이 인정된다.

그러나 위 '④ 피고인과 피고인의 지인 사이에 나눈 전화통화 부분'은 통신비밀보호법상 타인 간의 대화에 해당하므로 증거능력이 없다.

(2) 다음으로 위 '② 피고인이 피해 아동을 상대로 하는 말 부분'이 통신비밀보호법이 금지하는 '타인 간의 대화'에 해당하는지 살펴본다.

이 사건 공소사실의 요지는, 피고인이 생후 10개월에 불과한 피해 아동에게 큰 소리로 욕을 하여 정서적으로 학대했다는 것이다.

그런데 피해 아동은 아직 언어 능력이 온전히 발달하지 않아 피고인이 하는 말의 내용을 이해하지 못하는바, 결국 본건 범죄 성립 여부는 피고인 말의 내용이 아닌 목소리의 크기, 억양 등이 뜻을 이해하지 못하는 생후 10개월의 피해 아동에게도 충분히 위협적으로 들릴 만한 것인지에 달려 있다.

그렇다면 '② 피고인이 피해 아동을 상대로 하는 말 부분' 중 증거로 필요한 부분은 피고인 말의 내용이 아닌 피고인의 목소리, 억양 등 비언어적 정보라고 봄이 타당하고, 따라서 위 피고인이 피해 아동을 상대로 하는 말은 '당사자

들이 육성으로 말을 주고받는 의사소통행위'를 의미하는 통신비밀보호법상 타인 간의 대화에 해당한다고 보기 어렵다.

나아가 이 사건 녹음이 범죄에 대한 실체적 진실발견이라는 공익적 요구에 비해 피고인의 사생활의 비밀과 자유 내지 인격권을 과도하게 침해하는 것인지 살펴본다.

본건과 같은 아동학대범죄는 피해 아동의 정서 발달에 심각한 지장을 초래하는 중한 범죄임에도, 이러한 범죄는 주로 피해 아동과 단둘이 있는 은밀한 공간에서 이루어질 뿐만 아니라, 특히 언어 능력이 없는 피해 아동은 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 피해 아동의 모친 역시 불가피하게 비밀녹음을 한 것으로 보이는바, 이러한 비밀녹음을 통해서 드러난 아동학대범죄에 대한 실체적 진실발견이라는 공익적 요구를 비밀녹음을 통해 얻었다는 사정만으로 쉽게 배척할 수는 없다.

그뿐만 아니라 앞서 본 바와 같이 이 사건 녹음 중 증거로 사용되는 부분은 피고인이 한 말의 내용이 아닌 비언어적 정보에 그치고, 피고인은 피해 아동 부모의 집에서 계약에 따라 피해 아동을 돌보는 업무를 수행하는 중이었는바, 이러한 공간이 개인의 사생활의 비밀과 자유가 온전히 보장될 것이라 기대되는 사적 영역에 해당하지도 않는다.

위와 같은 사정을 종합하면, 피해 아동의 모친이 피고인의 업무 공간에서 발생하는 피고인의 목소리 등을 몰래 녹음하였다고 하여, 이로 인한 피고인의 인격적 이익의 침해 정도가 아동학대범죄에 대한 실체적 진실발견이라는 공익적 요구와 비교할 때 사회통념상 허용 한도를 초과할 정도의 현저한 침해라고 보기 어렵다.

(3) 따라서 이 사건 녹음 중 '② 피고인이 피해 아동을 상대로 하는 말 부분'의 증거능력은 인정된다.

나. 정서적, 신체적 학대행위 성립 여부

#### 1) 정서적 학대행위에 대한 판단

이 사건 녹음 중 앞서 본 증거능력이 인정되는 부분들에 따르면, 피해 아동이 오랫동안 울고 보채는데도, 피고인은 아무런 조치를 취하지 않고 오히려 피해 아동에게 큰 소리로 거친 역양의 욕설을 여러 차례 한 사실 등이 인정되는바, 피고인이 피해 아동에게 공소사실 기재와 같은 방법으로 정서적 학대행위를 했다고 봄이 상당하다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

검사의 이 부분 주장은 이유 있다.

#### 2) 신체적 학대행위에 대한 판단

이 사건 녹음을 들어보면, 누군가가 뭔가를 두드리는 듯한 둔탁한 소리가 여러 차례 들리고, 특히 둔탁한 소리 이후 피해 아동이 더 크게 우는 경우도 있어(이 사건 녹음 02:33:04 참조), 피고인이 피해 아동에게 위협적 행동을 한 것 같다는 의심이 드는 것은 사실이다.

그러나 약 30초 후에도 위 소리와 비슷한 둔탁한 소리가 들림에도 피해 아동이 아무런 반응을 하지 않는 것에 비추어 보면(이 사건 녹음 02:33:40경), 위와 같은 둔탁한 소리만으로는 피고인이 피해 아동을 공소사실 기재와 같이 때렸다고 단정하기는 어렵다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

### 3. 결론

그렇다면 검사의 항소는 일부 이유 있으므로, 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결 중 정서적 학대의 점에 대한 무죄 부분을 파기해, 변론을 거쳐 다음과 같이 다시 판결하고, 원심판결 중 신체적 학대의 점에 대한 검사의 항소를 기각한다.