

형사피고인의 공정재판권은 언론보도에 대한 사전규제 없이도 다른 방식으로 얼마든지 보호할 수 있다

Nebraska Press Ass'n v. Stuart
(427 U.S.539, 96 S. Ct.2791, 1976)

1975년 10월 18일 저녁, 지방경찰은 인구 약 850명이 살고있는 소도시인이 네브라스카 주의 서더랜드에서 헨리 켈리(Henry Kellie) 일가 6명이 집에서 살해된 것을 발견했다. 경찰은 사건현장에 도착한 기자들에게 살해혐의자인 어윈 찰스 사이먼츠(Erwin Charles Simants)의 인상착의를 설명했다. 그 후 사이먼츠는 체포되었고, 다음 날 아침에는 링컨군 법원에 기소되었다. 그 사건은 즉각 지방뿐만 아니라 전국적인 규모의 신문과 방송을 타고 광범위하게 보도되었다. 사건발생 사흘 후, 군검사와 사이먼츠측 변호사는 뉴스매체에 의해 광범위하게 보도되고 있다는 점과 공정한 배심원의 선정과 공정재판의 보장을 어렵게 할지도 모를 재판전 뉴스의 공표가능성을 이유로, 공중에게 공표되어도 좋은 사항과 보도제한 되어야 할 사항에 관한 조치를 해주도록 군법원에 요청하자는 사항에 동의하였다. 군법원은 그들의 주장을 구두상으로 청취하였으나 증거채택은 하지 않았다. 그리고 이 단계에서 언론사측 변호사는 참석하지 않았다. 군법원은 제한조치를 위한 검찰의 명령신청을 인정하고, 다음날인 10월 22일에 그 명령을 발효시켰다. 그 명령은 재판에 참석한 자는 누구든지 「법원에서 제시된 어떤 증거이든 간에 어떤 형태로도 공중에 공표함」을 금지한다는 내용이었다. 또한 그 명령은 언론사들에게 네브라스카 주 변호사 · 언론협회지계(The Nebraska Bar-Press Guidelines)을 준수할 것을 요청하였다.

같은 날 사이먼츠에 대한 예비심리가 명령을 준수한다는 것을 전제로, 공중에 공개된 채로 개최되었다. 그 후 군법원은 주지방법원에서의 심리를 위해 사이먼츠를 이송하였다. 피살자들에 대한 검시결과, 사이먼츠는 강간살해 혐의를 받고 있었다.

몇몇 신문 및 방송협회와 발행인들 그리고 기자들로 구성된 신청인들은 군법원이 내린 보도제한명령을 무효화할 것을 요구하는 소를 10월 23일 지방법원에 제기하였다. 이에 지방법원은 군법원판사의 증언을 듣는 심리를 개최하였는데 이 때 사이먼츠 사건을 보도한 신문기사가 제출되었다. 지방법원은 신청인들의 중재신청을 인정하고, 10월 27일에는 지방법원의 제한명령을 검토하였다. 지방법원 판사는 「범죄의 성격으로 보아 재판전 공표는

형사피의자의 공정한 재판을 받을 권리를 침해할 만한 명백하고도 현존하는 위험이 있음을 발견하였다. 지방법원의 보도제한명령은 배심원이 선출되기까지 적용된다는 것을 전제로, 구체적으로는 아래와 같은 5 가지 사항에 대한 보도제한을 명하였다. ① 기소시 공개법정에서 제출된, 사이먼츠가 경찰에게 한 자백내용 또는 자백사실, ② 사이먼츠가 경찰의 타인에게 한 진술사실, 또는 진술내용, ③ 사이먼츠가 범행당일 썼던 편지의 내용, ④ 예비심리에서 제출된 검시내용, ⑤ 강간피살자의 신원 및 범행내용 등이었다. 또한 그 명령에 따르면 보도제한명령 그 자체에 대한 보도도 금하고 있었다. 군법원의 명령처럼, 이 명령도 네브라스카 주의 변호사 · 언론협회지침에 합치되는 것이었다. 그리고 그 명령은 심리기간동안의 법원에서의 교통통제 및 법원출입에 관한 구체적인 계획까지를 자세히 설명해 놓고 있었다.

이로부터 4 일후인 10 월 31 일에 신청인들은 지방법원에 그 명령을 중지해 줄 것을 요청했다. 동시에 그들은 네브라스카 주 대법원에 지방법원의 명령을 중지해 줄 것을 요청하는 소를 제기하였다. 이 소송에는 네브라스카 주와 피고인 사이먼츠도 참여하였다. 네브라스카 주대법원은 11 월 25 일 구두로 심리를 열었고, 12 월 2 일에는 법원의 의견을 전달하는 판결을 내렸다. [State ex rel. Nebraska Press Assn. v. Stuart. 194 Neb. 753, 236 N. W. 2d794 (1975)].

네브라스카 주 대법원은 형사피고인이 공정한 배심원으로부터 재판을 받을 권리의 중요성과 1971 년의 New York Times v. United States 사건[403 U.S 713, 714(1971)]에서 제기된 보도제한명령이 담고 있는 헌법상의 타당성여부문제를 함께 고려하였다. 법원은 사이먼츠가 공정한 배심을 받을 권리란, 사회적으로나 형사피고인 자신에게도 중요한 이해라고 판결했다. 사건에 관한 보도때문에 이러한 권리가 위험에 처해 있다고 주 대법원은 결정했다. 주대법원은, 네브라스카 주 법에 의하면 지방법원은 사이먼츠를 체포한 후 6 개월 이내에 재판하도록 되어있으며 그리고 재판지 변경도 링컨군과 같이 이미 이 사건에 관한 보도가 많이 공표되어있는 인접한 군에 한해서만 가능하게 되어있다는 사실에 유념하였다. 네브라스카 주대법원은 『향소인들의 절대적 언론 자유주의론의 입장이 헌법상으로 옳지 않은 한 지방법원의 명령은 정당한 조치로 보여진다』 라고 판결하였다.

네브라스카 주 대법원은 절대론자들의 입장을 거부하였지만, 공정재판을 받을 형사피고인의 권리와 재판전 사건보도를 위한 신청인들의 권리를 조정하기 위해 지방법원의 명령을 수정하였다. 수정된 보도제한명령은 3 가지 사항에 국한한 것이었다. ① 형사피고인이 경찰에 자백한 사실과 자백내용, ② 언론관계자를 제외한 제 3 자에게 자백한 내용전부, ③ 형사피고인에 관계된 기타 다른 사실 등이 그것이다. 여기서 네브라스카 주 대법원은 네브라스카 주의 변호사 · 언론협회지침을 근거로 하지는 않았다. 법원은 어떤 상황하에서는 보도제한을 허용하고 있는 네브라스카 주 법을 검토한 후에, 지방법원에다 재판전 심리를

언론과 공중에게 공개하지 말아야 할 것인지를 재검토하라고 사건을 반송했다.
법원판결내용은 다음과 같다.

『본 법정은 당 법정이 수정한 지방법원의 명령에 따른 중요한 논쟁점을 전달하기 위해 사건이송을 인정한다. 그러나 사이먼츠의 재판이 계류중인 때 지방법원의 명령을 유보하거나 혹은 재검토하기 위해 연기하는 등의 청구는 거부한다.

본 법정이 사건이송을 인정한 후, 사이먼츠는 살인혐의가 인정되어 사형선고를 받았다는 사실을, 당사자들을 통해 들어 알고 있다. 그러나 그는 현재 네브라스카 주 대법원에 항소하여 계류중이다』

이 사건에서 연방대법원은 다음과 같은 견해를 밝혔다.

『이번 사건에서 제기된 문제들은 미국의 역사만큼이나 오랫동안 논쟁의 대상이 된 문제들이다. 그렇지만 헌법조문을 통해서, 또는 그 당시의 저작물을 통해서, 이들 두 가지 중요한 권리간에 발생하는 갈등이 예견되고 있었다는 점을 찾아볼 수 없다. 그렇지만 이 나라 헌법의 기초자들이, 공정한 배심을 받을 권리와 언론의 자유 보장간에 발생할 수 있는 잠재적인 갈등을 알지 못했다는 점은 상상할 수도 없는 일이다.

1807년 아론 버(Aaron Burr) 사건에서, 마셜 수석판사(Chief Justice Marshall)는 공정한 배심원을 선출하는 과정에서 미묘한 문제에 직면했다. 배심원이 선정된 버지니아 지역에서는 신문지면을 통해 버(Burr)나 혹은 그 사건에 대해 잘 알고 있는 사람은 적었지만, 사적으로 혹은 공적으로 그 사건에 대해 이야기하는 사람은 많았다. 이에 수석판사는 선출된 배심원들을 대상으로 엄중한 예비심리를 개최하고, 예비심리를 열게 된 본질적인 목적과 적용되어야 할 기준에 대해 주지시켰다. 결국 버(Burr)는 방면되었고, 그래서 재판전 공표문제때문에 재심해야 할 필요는 없었다. 마셜 판사는 재판에서 발생할 수 있는 편견의

문제에 대해 조심스럽게 예비심리를 연 사실을 보면, 이러한 문제가 새로운 문제는 아니라는 점을 명백하게 보여 주는 것이다.

오늘 날의 상황을 보면, 많은 항소사건에서 증명되듯이, 커뮤니케이션의 신속성과 현 뉴스 매체의 다량보급으로 이러한 문제들은 더 악화되었다. 찰스 린드버그(Charles Lindbergh)의 어린 아들을 유괴 · 살해한 혐의로 뉴저지의 조그만 도시에서 기소됐던 브루노 호프트만(Bruno Hauptmann) 사건은 아마도 그 당시까지 가장 광범위하게 보도된 사건이었던 것 같으며, 그러한 보도로 인해 공중의 반응을 크게 불러일으킨 사건이었다. 그 당시 그 도시와 법정에까지 만연되었던 축제분위기에 대한 비판도 있었다. 이런 문제에 대해 책임있는 언론계 인사와 법전문가들은, 판사와 기타 관리들이 조심성있게 이러한 유감스러운 일은 통제했어야 했다고 지적하였다.

호프트만(Hauptmann) 사건에서 나타난 언론의 무절제한 보도와 법정의 무책임성이 기화가 되어, 판사, 변호사, 신문, 방송관계자들은 자발적으로 보도지침을 마련하려는 노력을 하게 되었던 것이다.

물론 가장 이상적인 보도지침이라고 하더라도 실제 사이먼츠와 같은 사건이 발생했을 때에는 전국에서 취재온 기자들이 그러한 보도지침을 악용하기가 쉽다. 타지방에서 온 기자들은 사건발생지역의 보도기준에 대해 구속성을 느끼지 않는 경향이 있다. 그들은 편집인들에게 보도기준의 영향을 받지않은 기사를 송고하게 되고, 그들의 편집인들은 그들 자사의 기준에 따라 보도하게 되는 경향이 있다. 비록 신문 · 방송의 보도가 배심원이 선출되는 바로 그 지역에 까지 미친다 하더라도, 주법원이 그들의 사법권을 행사할 수 없는 지역의 신문 · 방송보도를 어떻게 통제할 수 있는가 하는 문제점을 통해서도 그러한 보도기준을 운영해 나가는 데에는 실제적인 어려움이 있음을 시사해 주고 있다.

이번 사건에서 제기된 문제는 법원의 판례 외에도 책임있는 많은 사람들이 상충하는 이익을 조화시키려는 노력에서부터 근원적인 역사를 찾아볼 수 있다. 우리는 그러한 문제의 모두를 해결할 수는 없다. 왜냐하면 법원의 역할은 법을 제정하는 것이 아니기 때문이다. 대신에 우리는 이러한 특수한 사건이 발생하게 된 법적인 전후관계에 대해 예의 주시한다』

이 사건에서 연방대법원은 혐의사실을 파기한 바 있는 어빈 대 도드(Irvin v. Dowd) 사건과 에스테스 대 텍사스(Estes v. Texas) 사건, 그리고 셰퍼드 대 맥스웰(Sheppard v. Maxwell)사건의 판례를 재검토해 보았으며, 특히 셰퍼드 사건의 판례에서 피고인을 보호하기

위해서 심리판사에게 강력한 조치를 내리라고 한 점에 특히 주목하였다. 그리고 공표문제로 인하여 판결이 파기된 사건은 아니지만, 머피 대 플로리드(Murphy v. Florid) 사건도 참고로 했다.

『이러한 사건의 판례를 고찰해 보면, 재판전 보도로 인해, 혹은 철저하게 오도된 보도이더라도 궁극적으로 부당한 재판을 가져오는 것은 아니라는 사실을 증명해 준다. 실제 사건을 취급하기 위해 임명되는 배심원의 역량은 보도의 논조 및 보도량의 영향을 받게 되는데 실은 이러한 보도도 부분적으로 또는 광범위할 정도로 담당검사, 경찰 그리고 기타 관리들의 뉴스보도를 촉진하기 위한 태도에 따라 영향을 받을 수도 있게 된다. 그리고 판사도 막중한 책임이 있다. 판사가 법정에서 혹은 법정 밖에서 한, 그 사건에 대한 언급이 신문, 방송을 타고 보도될 수도 있기 때문이다. 더욱 중요한 점은 판사가 재판전 보도에 따른 영향력을 완화하기 위하여 내린 조치가, 그것이 성공적이었든 실패한 것이었든 간에 피고인이 공정한 절차에 따라 재판을 받을 수 있을 것인가 혹은 받지 못하게 될 것인가를 결정하게 될 것은 당연하다. 이러한 책임이 적절하게 수행되어 오지 않았다는 점은 방금 살펴본 판례들을 보더라도 명백하다.

공정재판을 받지 못할 때의 대가란 매우 큰 것이다. 이 사건에서 주법원판사는 정당한 것이었는지의 문제와는 별도로 공정재판을 받을 형사피고인의 권리를 보호하고자 하는 노력을 기했다는 점에서 책임있게 조치한 것이다. 본 법정이 결정해야 할 문제는 단순히 네브라스카 주 대법원이 피고인의 권리가 실제 침해될만한 위험이 존재했는지를 판단하는데 있어서, 조치가 잘못된 것이었는지의 여부뿐만 아니라, 이번 사건의 정황으로 볼 때 취해진 조치가 헌법상의 또다른 규정으로 볼 때 금지된 것인지를 결정하는 데 있다.』

여기서 법원은 니어 대 미네소타(Near v. Minnesota) 사건과 뉴욕 타임즈 대 미합중국(New York Times Co. v. United States) 사건을, 특정 기사에 대한 사전규제의 부과문제를 중점적으로 검토해 보았다.

『이러한 사건들을 통해 볼 때 일관된 줄거리는 표현 및 출판에 대한 사전규제가 수정헌법 제 1 조에 대한 가장 심각하면서도 최소한도로 참을 수 있는 침해라는 사실이다. 명예훼손사건에서 형사상의 벌칙이라든지 판결은, 항소인측에 대한 재심의 방법이 모두 이용될 때까지는 재판의 결과가 지연되는 것이기 때문에 보호되는 셈이다. 즉, 재판이 정당한 것이었든 혹은 부당한 것이었든 재판이 종료된 후라야만, 법에 의한 규제가 사실상 효력을 발생하게 되는 것이다.

이와 대조적으로, 사전규제는 즉각적이고, 파기될 수 없는 규제의 성격을 갖는다. 만일 언론의 보도가 있는 후의 민 · 형사상의 규제가 표현의 위축을 가져온다고 말한다면, 사전규제는 당분간 최소한 표현의 말살을 뜻하는 것이라고 하겠다.

시사문제를 뉴스로 보도하고 논평하는데 대해서 사전규제를 할 경우, 특히 그것이 가져오는 침해는 막대한 것일 수 있다. 공개재판을 진실되게 보도하면 추후 처벌되지는 않아왔다[이러한 경우에 해당하는 판례로는 Cox Broadcasting Corp. v. Cohn 420 U.S. 469, 492-493(1975) 그리고 Craig v. Harney 331 U.S. 367, 374(1947)사건의 판례를 참고할 것]. 동일한 이유에서도 사전규제로부터의 보호는, 문제가 된 형사사건이 어떤 성격의 사건이든지 간에, 형사소송을 보도하는 데에도 적용될 수 있는 효력이 있다. 수정헌법 제 1 조에 의해 부여된 특별한 보호규정은 보장 받은 권리를 책임있게 행사해야 할 수탁된 의무 즉 광범위하게 인정된 의무이긴 하지만, 항상 편집인이나 발행인이 지켜주지는 않는 그런 의무를 수반하는 것이다. 신문 또는 방송사에서 수정헌법 제 1 조를 행사하는 자들에게, 형사피고인이 공정한 배심에 의해 공정한 재판을 받을 권리를 보호해 주기 위해 어떤 노력을 경주해야만 한다고 생각하는 것은 지나친 요구는 아니다.

물론 현재 문제가 된 명령은, 보도를 금하는 것이 아니라 보도를 연기 요청한 것에 불과하다. 몇몇 뉴스는 보도연기될 수도 있으며, 대부분의 논평도 심각한 침해가 없을 때에는 더 쉽게 연기될 수도 있다. 그리고 책임 있는 편집인들이 특정한 정보의 진실성이 입증되기까지는 자진해서 보도연기를 할 때도 종종 있게 된다. 그러나 그러한 보도연기는 보통 가벼운 것이며, 또 자율적인 것이다. 정부당국에 의한 보도연기는 또 다른 성질의 문제다. 더구나 실질적으로 만약 언론이 공중에게 뉴스를 즉각적으로 전달하는 전통적인 기능을 완수해야 한다는 점에서 보면 여기서 시간을 다투는 문제가 중요하지 않은 것은 아닐 것이다. 권리장전(The Bill of Rights)의 기초자들은 수정헌법 제 1 조와 제 6 조중, 어느 한 쪽에 중요성을 더 부여하지는 않았다. 이번 사건에서 신청인들은 모든 상황에서든 형사피고인의 권리는 언론의 공표할 권리에 종속되는 것으로 주장해 왔다. 그러나 만일 이러한 법의 기초자들이 이들 상충하는 권리간의 있을 수 있는 충돌을 알고서도, 다른 권리를 특정권리보다 우선시하려고는 하지 않는다거나 혹은 우선시해서 문제를 해결할 수 없다고 보았다면, 우리 법원의 입장에서든, 헌법을 수정해야 할 일은 우리의 업무가 아니다. 거의 2 세기가 지난 지금에 와서 모든 상황에 적용할 수 있는 우선권을 체계화하는 작업은

불필요하다. 그렇지만 이 나라가 세워진 후 거의 4 반세기 동안의 법원의 판결원칙과 그 적용을 법인이 포기하지 않는 한, 사전규제에 대한장벽이 여전히 높다는 점은 명백하다고 하겠다.

이제 본 법원은, 박학한 핸드(Hand) 판사가 지적한 것처럼, 「발생가능성이 거의 없다는 이유로 평가절하되고 있는 피해의 위험이 표현의 자유에 대한 침해를 정당화하는 것인지」의 여부를 결정하기 위해서는 이번 사건의 기록들을 검토할 필요가 있다. [Dennis v. U.S. 183 F.2d 201,212 (1950) 판례 참고, 그리고 L. Hand, The Bill of Rights(1958) pp.58~61 참고]. 그것을 위해 본 법원은, 보도 제한명령이 ① 재판 전 뉴스보도의 범위와 ② 다른 방식의 조치로서도, 규제받지 않는 사전공표의 영향력을 완화할 수 있는지의 여부, ③ 보도제한 명령이 어떻게 효과적으로 위험을 배제하는 목적에 운용될 것 인지과 같은 문제를 결정하기 위해 고려할 때는 심리판사에게 제시되었던 증거를 검토해야만 할 것 같다. 보도제한명령의 정확한 용어 역시 중요하다. 그럴 경우 본 법원은 법정기록을 통해, 우리의 사법에서는 극히 예외적인 것 중의 하나인 사전규제조치가 충분히 뒷받침될 만한 것이었는지를 고려해야만 한다.

공표가능성과 공표의 범위를 평가하면서, 심리판사는 그 형사사건은 이미 강한 뉴스보도의 대상이 되고 있었다는 점을 입증해 주는 신문들과 그리고 그 사건에 대한 지방뿐만 아니라 전국의 관심도를 이유로 군법원판사가 조치한 보도 제한명령과 같은 소명자료를 갖고 있었다. 지방법원판사는 배심원이 선정되기 이전에 이러한 끔찍한 사건에 관해 있을 수 있는 보도를 평가할 필요가 있었다. 그때 지방법원판사는 또한 있을 수 있는 공표의 성격을 검토해야만 했고 그리고 그러한 공표가 앞으로 선정될 배심원에게 미칠 수 있는 영향에 대해 검토해야만 했었다.

재판전의 법원기록을 검토해 본 결과, 심리판사는 이 사건과 관련해서 재판 전 보도행위의 가능성이 굉장히 높다고 결론 내린 점에서는 합리적이었다는 사실을 수증할 수 있다. 또한 그는 통상인의 경험에 준거해서, 그러한 언론의 보도는 공정재판을 받을 형사피고인의 권리를 침해할 가능성이 있는 것으로 판단한 점에 대해서도 합리적이었다. 그런데 그는 단지 재판전 공표가 공정재판을 받을 형사 피고인의 권리를 침해할 명백하고도 현존하는 위험만을 발견했을 뿐, 그 이상에 대한 취지 설명은 덧붙이지 않았다. 앞으로 선정될 배심원에 대한 언론보도의 영향에 대해 내린 그의 결론은 밝혀지지 않은 영향요인을 가지고 내린 결론이어서, 추론적인 것이었다.

우리는 이번 사건의 기록을 통하여, 모든 보도를 제한하는 명령이 아닌 다른 조치들로서도 형사피고인의 공정재판권을 보장할 수 있는 것인지를 고려했다는 사항은 찾아볼 수 없다. 그러한 명령을 인정하게 되기까지에는 다른 방안으로서는 충분하지 않다는 법원의 결론에

다른 것이었다고 하더라도, 심리판사는 그러한 결론에 도달하기까지의 과정에 대해 아무 언급도 하지 않았고, 네브라스카 주대법원은 이 문제에 대해 단지 암시만 하고 있을 뿐이다.

이러한 형사사건이 발생했을 경우, 언론보도에 대한 사전규제와는 다른 대안방법은 이미 쉐퍼드사건에서도 논의된 바 있다[Sheppard v. Maxwell, 384 U.S. pp.357-362]. 즉 이러한 대안에는 링컨군에서처럼 광범위하게 보도될 가능성이 적은 장소로 옮기는 재판지변경의 방안이라든지 혹은 공중의 관심이 덜해 질 때까지 재판을 연기하는 방법 또는 버 사건(Burr Case)에서 마셜 수석판사(Chief Justice Marshall)가 행했던 것처럼, 유죄냐 무죄냐 하는 확고한 의견이 있는 배심원을 가려내기 위해, 예정된 배심원을 상대로 예비조사를 실시하는 방법, 그리고 공개법정에서 제시된 증거만을 기초로 사안을 결정하게끔 배심원들에게 서약을 통해 확고하게 주의를 환기시키는 방법 등이 그것이다.

그리고 물론 배심원들을 격리시키는 방법도 있을 수 있다. 이 방법은, 배심원들이 선서한 후에 한해서만 격리시키는 것이라 하더라도, 그 방법은 재판전 보도의 가능성을 역시 축소시키는 방법이며, 그리고 배심원들의 서약을 강조하는 것이다.

본 법원은 재판전 보도의 영향을 축소시킬 수 있는 사전 규제와는 다른 규제방법에 대해서 고찰해 보았다. 전문적인 연구결과를 보면, 심리법원은, 변호인, 경찰 그리고 증인이 타인에게 할 수 있는 발언을 규제해야 한다고 하면서, 이러한 제안을 상당한 부분 할애하고 있다(American Bar Association, Standards for Criminal Justice, Fair Trial and Free Press pp. 2 ~15, 1968 참고).

본 법원은 이미 재판전 보도가 심하고 또한 집중된 것이었더라도, 그것으로 인해 자동적으로 또 모든 종류의 형사사건에서 부당한 재판의 결과를 낳게 된다고 볼 수 없다고 하여 왔다.

그래서 본 법원은 이번 사건의 기록을 통해 언론 및 기타 표현에 대한 사전규제가 아닌 다른 방법을 썼을 경우의 효과를 고려해 왔다. 여기서 대안조치로서는 사이먼츠의 권리를 보호해 줄 수 없었다는 사실도 찾아볼 수 없고, 네브라스카 주 대법원은 단지 다른 조치방법은 적절하지 못하다는 암시만 했다. 더욱이 조사 기록물에는 그러한 결론을 뒷받침할 만한 입증자료가 부족하다.

본 법원은 사이먼츠의 공정 재판권을 보호하는 방안으로서의 보도에 대한 사전규제의 효과에 대해 역시 평가해야만 하며, 재판전 보도제한명령의 운영과 집행상의 문제를 묵과할 수는 없다. 물론 지방법원의 사법권은 지역적으로도 한정된 것이다. 특정당사자를 대상으로 한 사법권의 행사는 특정 사법권내에서의 보도제한과는 달리 광범위하게 보도에 적용될 수 있는 보도 제한명령을 하기에는 역시 장애가 된다.

네브라스카 주 대법원은 보도제한의 적용범위를 축소했는데, 이러한 조치는 가능한 한, 형사피고인의 권리를 보호해야 할 필요성과 최소한도로 보도제한 해야 하는 문제간의 갈등에 대한 인식을 반증하는 것이다. 이러한 갈등을 통해 제기되는 딜레마는 심리판사가, 어떤 정보가 사실상 배심원의 공정성에 영향을 미치게 될 것인지를 미리 안다는 것이 대단히 어렵고 또 배심원들로 하여금 재판전 보도를 접할 수 없게끔 하기 위한 효과적인 명령채택이 얼마나 어려운가 하는 점에서 찾아볼 수 있다. 일단 보도제한명령을 내리게 될 때, 실제 법원은 차후 형사피고인의 권리를 침해할 수 있는 요소의 일부분만을 예상할 수 있을 뿐이다. 그러나 명백하게 재판전보도에 해당되지 않는 정보가 제시될 가능성도 있으며, 이러한 불투명한 상황에서 정당하게 공표된 것이, 제한명령에 위배되지는 않으나 여전히 재판전 보도가 될 수는 있다.

이제 최종적으로, 대법원은 이번 형사사건은 인구 850 명이 거주하고 있는 마을에서 발생했다는 사실에 주목한다. 이런 경우, 신문이나 방송의 보도가 없더라도 그 사건에 관한 소문이 입에서 입으로 신속하게 전달될 수도 있다는 점을 가정해 보는 것도 합리적이다. 소문이 발생할 가능성을 전제할 때, 혹자는 다만 그러한 소문의 정확성 밖에는 생각할 수 없을 것이다. 그러나 그러한 소문이 오히려 정확한 뉴스보도보다 더 침해요소가 많을 수도 있다. 그러나 일반적으로 한 마을 전체에 대해서 그 사건에 관한 이야기를 하지 못하게 할 수는 없다.

이러한 실질적인 문제를 놓고 볼 때 언론보도를 사전에 규제한다고 해서, 사이먼츠의 공정재판권을 보호해 줄 수 있다고 보기에는 무리가 있다.

최종적으로 결론을 내리자면, 본 법원은 이번 사건의 다른 측면을 볼 때, 보도제한명령에 대해서는 수긍할 수 없다는 점이다. 사건발생 초기에 군법원은 보도제한을 광범위하게 명했다. 그 당시 공중 또는 신문에 공개된 채로 예비심리가 진행되었다. 그리고 사이먼츠가 사적으로 몇 사람에게 한 발언에 대한 증언도 있었다. 그리고 경찰에게 자백한 것에 대해서도 검증하였다. 그 후 주 지방법원의 명령은 이러한 공청회가 개최된 다음에 내려졌다. 그리고 네브라스카 주 대법원은 이러한 명령을 일부수정해서, 첫째 피고인이 그 이익에 반해 경찰에 자백한 사실과 자백내용, 둘째 피고인이 제 3 자, 여기서 언론관계자에게 한 진술을 제외한 사람에게 한 진술내용, 그리고 세 번째로 피고인을 진범으로 추정하게 할 만한 요소가 짙은 보도에 대해서 보도 금지할 것을 명했다.

이러한 명령이 공개예비심리에서 인용된 증거를 보도금지 할 것을 주골자로 하는 측면에서 보면, 이것은 명백히 「법정에서 논의된 사건을 언론에 대해 보도 금지하게 할 수는 없다」(Sheppard v. Maxwell 사건의 판례 pp. 362-363, Cox Broadcasting Corp.v. Cohn 판례, 그리고 Craig v. Harney 사건의 판례)는 확고한 원칙을 위반하는 것이다. 군법원은, 네브라스카 주 대법원이 주법을 그렇게 해석하지 않는 한, 예비심리를 비공개로 진행하는

것도 하나의 대안일 수 있었다는 사실을 알지 못했다. 그러나 일단 공개된 채로 열린 이상, 법정에서 오고 간 내용에 대해서 사전규제를 받을 수는 없었다.

또한 보도제한명령의 세 번째 항목은 모호하다는 측면에서 볼 때, 의문점이 있다. 왜냐하면 이 항목은 「추정할 만한 보도」라고 되어있는데, 그것은 너무나 모호하고 광범위하게 적용될 수 있는 것이어서, 수정헌법 제 1 조에 근거한 제한조치로서의 엄밀성을 결하고 있다. 그러므로 세 번째 항목은 허용될 수 없는 사항에 속한다.

네브라스카 주의 판결처럼, 사건기록을 검토해 보면, 예상되는 배심원의 태도변화를 일으킬 만한 재판전 보도의 위험이 정말 있었다는 점은 입증된다. 그러나 지금 그 사건기록에 의하면, 보도제한 되지 않았을 경우의 언론보도로, 앞으로 선정될, 그리고 정확한 배심을 맹세할 12 명의 배심원들이 편파적인 배심을 하게 될 수 있다는 사실은 명백하게 나타나있지 않다. 이런 사건기록을 통해 본 법원은 언론에 대한 보도제한 명령외의 대안조치로서는 사전규제조치가 불필요할 정도로 언론의 재판전 보도의 영향력을 감소하게 할 수는 없었을 것이라고도 말할 수 없다. 더구나 조치된 보도제한명령이 본래의 목적에 기여할 것이라고 결론 내릴 수도 없다. 그렇지만 재판전 보도로 인한 악영향의 가능성에 대해서는 추후도 의심하지 않는다. 그러나 그것은 사전규제를 근거로 그것이 요구하는 바가 확실성을 어느 정도 가질 만큼 입증되지 않았다.

우리의 판결은 우리에게 제출된 사건기록에 한해서 판단하는 것이다. 그러나 우리의 결론은 단순히 이번 사건에서 제시된 입증할 만한 자료를 평가해서 내려지는 것은 아니다. 이 결론은, 일부는 사전규제가 내려지지 않으면, 공정재판은 성립되지 않을 것이라는 점을 증명해야 한다는 무거운 입증의 부담에서부터 본질적으로 유래되고 있는 것이다.

보도제한조치를 운용하고 집행해 나갈 때의 실제적인 문제점은 항상 명백하게 나타날 수도 있다. 이런 의미에서, 본 법원에 제시된 사건기록은 드문 사례들로 구성되어 있다기보다는 구체적인 예로 구성된 것이다. 우리가 재판전 보도때문에 주대법원이 내린 조치를 파기했을 때, 사전규제와는 다른 대안조치로서는 중요한 견해차이를 가져볼 것이라는 사실을 조심스럽게 지적하는 것이 중요하다. 그것이 어려운 문제라고는 하지만, 본 법원은 보도제한을 정당화할 만한 확실성을 갖는 재판전 보도의 위험성에 대해 판결할 필요는 없다. 본 법원은 판례를 통해 지금까지 종종 수정헌법 제 1 조는 절대적인 것이라는 사실을 부정해 왔고, 또 사전규제는 적용될 수 없다는 명제에 대해서도 부정해 왔다.

헌법상의 중요한 권리를 보호하기 위한 사전규제와 결코 침해될 수 없는 언론의 자유간의 충돌문제에 대한 본 법원의 분석은 끝났다. 본 법원은 표현의 자유를 보장하는 것은 모든 상황에서 제한될 수 있는 것은 아니다. 그러나 사전규제조치를 내리기까지에는 많은 장애가 존속하며, 그것의 이용가능성 또한 손상된 것은 아니라는 사실을 재확인한다. 이번 사건에서 공개된 재판에 관해 언론이 보도 또는 논평하는 것과 관련해서 내린 보도제한조치에 관해,

그것에 대한 방해요인은 극복되지 않았고, 이 명령이 그러한 언론보도를 규제하는 것 인한, 이 명령은 명백히 무효이다. 이 조치가 언론이 다른 정보원을 통해서 입수한 정보에 대해서도 공표를 금하는 한, 사전규제조치를 확보하는데 있어 조건으로 부과된 무거운 부담은 충족되지 아니하였고 따라서 네브라스카 주 대법원의 판결은 파기되어야 한다.』

브레난(J. Brennan)판사는 스튜어트(J. Stewart)판사 그리고 마샬(J. Marshall)판사와 함께 다수의견에 동의하면서 다음과 같이 주장했다.

『배심원에 의해 공정한 재판을 받을 권리는 의심의 여지없이 관리장전을 통해서 이미 보장된 소중한고도 신성한 권리이다. 그러나 본인은, 그렇다고해서 언론의 자유에 대해 사전규제조치를 내리는 것은 헌법상 허용될 수 없는 방법이라고 생각한다. 왜냐하면 판사는 자주민주사회에서의 공공문제에 대한 토론이 사법적인 검열을 받아서는 안된다는 헌법상의 기본적인고도 건전한 명령을 그렇게 침해하지 않고도, 피고인에 대해 공평성을 기할 수 있는 방안을 사법적 재량권으로도 얼마든지 생각해낼 수 있기 때문이다.

공정한 재판을 받을 권리는 우리의 법률에 가장기초가 되는 것이므로 그것은 모든 자유중에서 가장 기본적인 자유로 불러왔다. 그 권리는 정치적인 억압에 대한 개인의 자유를 보장하는 필수적인 도구를 제공함으로써, 모든 다른 권리들을 향유하고 보존해 가는 데 필수적인 권리이다.

그러나 수정헌법 제 1 조는 우리의 법제에서 이와 동등한 기본권을 보장하고 있다. 「의회는 언론 및 표현의 자유를 침해할 만한 어떠한 법도 제정할 수 없다」는 우렝찬 선언은, 어떤 주도 언론의 자유에 대한 규제를 할 수 없도록 한 수정헌법 제 14 조를 통해서도 적용되고 있다. 그리고 그것은 법원의 규제에 대한 금지조항으로도 해석된다. 사실상, 「책임 있는 언론은 특히 형사상의 문제에 있어, 효과적인 법집행의 시녀로 항상 간주되어 왔다. 언론은 단순히 재판에 관한 정보를 보도하는 것뿐 아니라, 경찰, 검찰 및 재판과정이 공중의 눈을 통해 엄밀하게 비판받을 수 있도록 함으로써, 재판과정의 오심 가능성을 견제하기도 한다. [Sheppard v. Maxwell, 384 U.S. 333, 350 (1966), Cox Broadcasting Corp. v. Cohn, 420 U.S. 469, pp.491-496 (1975) 참고]」 형사재판절차에 관한 보도 및 논평은 수정헌법 제 1 조가 부여하고 있는 가치의 핵심이 되는 것이다. 왜냐하면 그러한 체계의 운용과 조정은 정치행정과 관계된 시민에게는 매우 중요하기 때문이다. 사법절차를 공개하지 않는 것은

법원에 대한 무시와 불신만을 낳게 되며, 판사의 능력과 공정성에 의구심을 낳게 될 것이다. 반면에 자유로운 보도와 비판 및 논쟁은 공중이 법집행을 이해하게끔 하는데 기여하며 형사상의 법체계의 운용에 대한 이해를 높일 수도 있게 된다. 뿐만 아니라 그것을 공중이 접촉해서 평가할 수 있게 됨으로써 법체계의 질적 향상을 기하게 된다.

언론에 대한 사전규제의 헌법상의 부당성과 관련된 판례들을 보면, 언론의 보도가, 그 기사를 취재하기까지의 수단이 비열한 것이었다 하더라도, 언론이 재판에 계류중인 사건이나 형사소송에 따른 재판절차에 관한 정보에 대해 어떠한 규제도 받을 수 없다는 결론을 얻게 된다. 그렇다고 해서 이것이 수정헌법 제 6 조의 종속을 시사하는 것은 아니다. 왜냐하면 공정한 재판을 받을 형사피고인의 권리는 수정헌법 제 1 조의 권리를 침해하지 않는 방법으로 적절하게 보장될 수 있기 때문이다. 한 헌법주석가는 사전규제에 대해 미국인들이 적대감을 갖는 이유를 몇가지로 설득력있게 요약한 바 있다.

「여러모로 사전규제방법은 후속처벌 방법보다 더 억압적인 것이다. 그 방법은 보다 광범위하게 표현을, 정부의 검열하에 두게 되는 경향이 있으며, 그것은 커뮤니케이션을 하기도 전에 통제해 버리는 것이어서, 형사사건에 대한 보도보다도 기자의 취재자체에 타격을 가할 소지가 크다. 또한 그러한 절차는 형사사건의 보호만을 주목적으로 조치되지 않을 수도 있으며, 공중의 비판을 감소시키는 결과를 낳게 될 것이며, 그렇게 되면 검열의 역사를 통해 입증되듯이, 그러한 체계의 운영으로 과다한 사전규제의 길로 치닫게 되는 것이다.」 [T. Emerson, The System of Freedom of Expression. p.506(1970)]

피신청인측에서는 「사전규제에 대한 수정헌법 제 1 조상의 보호는 절대적으로 무한한 것은 아니다」라고 옳은 주장을 했다(Near v. Minnesota, p.716). 그러나 원칙에 대한 예외도 예외적인 사례에 한정되어 적용돼 왔다.

본인은 사전규제의 활용을 위한 새로운 범주를 창출하기 위한 권유를 거절하고자 한다. 예외사유를 인정하더라도, 사전규제의 합헌성인정에 대해서는 인정할 수 없다는 가정에 덧붙여서, 그리고 이번 사건에 대한 주의 보도규제명령의 동기가 훌륭한 것이었다 하더라도, 공표에 대한 사전규제의 원칙에 새로운 예외사유를 세우지 않아도 될 이유는 명백하다.

네브라스카 주 대법원이 보도제한 할 것을 명한 대상보도는, 대다수가 이미 공개재판과정 혹은 공적 기록물을 통해 공적으로 공표된 것이었다.

또한 네브라스카 주 대법원은 경찰이나 공개재판정이 아닌 다른 정보원을 통해 입수된, 형사피고인과 관련되어 추정될 만한 기타 정보 그리고 자백사실에 대해서도 보도제한명령을 내렸다. 그러나 이 명령이 법원의 공개된 사건기록과 언론이 입수한 정보에 대해 동등하게

적용된다는 이유에서 보면, 언론의 취재보도가 비공식적인 취재원을 통해 어떤 수단을 이용해서 취재한 것이었다 하더라도, 본인은 사전규제라는 원칙은 형사재판절차와 관련된 어떠한 정보에 대해서도 적용되는 것으로 밖에는 생각할 수 없다.

재판전의 상황에서, 괴롭게 사전규제를 내리는 판사도 재판전 보도의 태도, 또는 그것이 반복보도될 빈도수 그리고 그런 정보를 접하게 될 독자나 시청자의 수, 그리고 그러한 정보를 받은 독자, 시청자의 반응을 미리 예측할 수는 없을 것이다.

이러한 점들을 고려하면 주장된 자백이나 피고인이 범죄행위에 깊이 관련되었다는 사항 등에 대한 보도도 공정한 재판에 주게 될 영향은 추측에 지나지않게 된다. 더욱이 우리는 유죄인부 협상이 널리 행해지는 상황하에서 공판에까지 나아가는 사건은 극히 적고, 또 그리하여 판사로서는 배심이 구성되어야만 하는가의 가능성에 대해 미리 예견하여야만 한다는 사실을 알 수 있다. 실제로 공판에 나아가는 사건에서 조차도 공판에 앞서 감추려 한 사항은 종종 허용될 수 있고 또 어떤 사건에 있어서도 허용될 수 있을 것이다. 그리고 기본적으로는 배심원의 의무라는 점에서도 사실상 재판전 보도를 접한바 있는 사람들은 배심원에서 제외시킬 적절한 장치가 있는 것이다.

우선 일단 배심원이 선출되면, 배심원들을 격리시킨다든지 또는 법정이나 재판을 통제함으로써 공정재판에 영향을 미칠만한 보도를 방지할 수 있다는 점을 지적하는 것이 중요하다. 그리고 이와 유사한 방법으로는, 언론이 재판전 보도를 하기 전에 그 취재원에서부터 그 정보의 유출을 막을 수도 있다. 그러나 그렇게 했는데도 불구하고 언론측에서 재판전의 정보를 입수해서, 공표를 결정했다 하더라도, 그 때까지는 형사피고인의 수정헌법 제 6 조상의 권리는 적절하게 보호될 수 있는 것이다. 특히 심리판사는 보도의 영향력을 조사하기 위해 예비심리를 개최해야만 할 것이다. 판사는 선출될 배심원들이 언론의 보도·논평을 접한 정도라든지 혹은 그들이 피고인의 유죄와 관련된 믿을 만한 소식통에 의한 진술이나 주장된 자백 등 유죄로 할 만한 자료들에 대해서는 바가 있는지에 대해 광범위하게 살펴보아야만 하는 것이다.

더구나 예비심리는 재판의 연기를 인정해야 할 것인지 혹은 재판지변경 등 특정시기나 지역에서의 재판전 보도를 효과적으로 차단할 방법을 강구할 필요가 있는지를 알 수 있게 해준다. 궁극적으로 만약에 심리판사가 이러한 방법을 효과적으로 활용하지 못한다면, 활용을 거부한다 하더라도, 차후 상소심에서 재판의 파기를 참작할 수도 있으며, 재심을 지시할 수 있는 것이다. 이러한 이유만을 보더라도 본인은 형사피고인의 수정헌법 제 6 조에 의한 권리를 침해한다는 것은 니어(Near) 사건이나 뉴욕 타임즈(New York Times) 사건에서 언론보도에 대한 사전규제가 충분히 합리화되었던 것처럼, 이는 국가 또는 국민에 대한 침해와도 맞먹는 것이라는 주장에 대해 납득할 수 없다. 수정헌법 6 조상의 권리에 대한 침해는 그것이 직접적이고 또 회복될 수 없는 것이라는 이유에서 언론에 대한 사전규제가

정당화될 수 있을 정도로 그렇게 직접적인 것이라거나 회복 불가능한 것으로 볼 수는 없을 것이다.

우리나라 헌법체제에 막대한 영향력을 행사하는 기구인 형사상 재판제도의 운영에 관한 언론의 보도에 대해 일시적인 보도규제를 하게 된다면 그때마다, 의심의 여지없이 언론의 자유에 대한 침해는 명백하고도 실질적인 것이다.

그리고 본인은 형사피고인의 자백을 보도한 후의 영향력이란 그렇게 직접적이고, 회복 불가능할 정도는 아니기 때문에 그러한 근거에 따라 보도규제를 해야 한다고 보고 싶지 않다. 그러한 형사판단적인 기사는 별 뉴스가치가 없거나 선정적인 기사이기 때문에 자율규제를 행사하는 책임있는 언론은 그러한 기사가 공표되지 않도록 기사 선택할 것이며, 나아가서는 형사피고인의 소중한 권리를 보호하고자 하는 법적인 업무를 곤란하게 만들지는 않을 것이다. 네브라스카 주 변호사 · 언론협회의 자율적인 보도지침과 같은 임의규정은 헌법상의 특권이 막대한 책임을 수반한다는 것을 언론이 훌륭하게 이를 인정한 것이고 그렇기 때문에 본인은 법조계와 언론계간의 자발적인 공동노력이 지속되기를 고무하여 마지않는다. 어쨌든 언론은 신랄하게 파고 들어서 정보를 캐기도 하지만, 마찬가지로 거만할 수도 있고 전제적이고, 힘을 남용할 수도 있다. 그러나 적어도 언론에 대한 사전규제의 측면에서 보면 언제, 무엇을, 어떻게 보도할 것인가 하는 문제의 결정은 판사가 하는 것이 아니라 편집인들이 하는 것이다. 따라서 이번 사건에서 언론에 대한 모든 사전규제조치는 비합법적인 것이며, 이런 이유때문에 본인은 네브라스카 주 대법원의 판결을 파기하여 차후의 절차가 이 견해와 일치하도록 이 사건을 반송하기로 한다.』

화이트(J. White) 판사 역시 이같은 견해에 동의하면서,

『법원은 기술적으로 이 이상의 문제를 처리할 수 없으므로, 본 법정의 견해에 동의한다. 다만 덧붙이고 싶은 말은, 법원 스스로 상세히 조사한 이유들로 보아 이 사건에서 밝혀진 바와 같이 언론에 대한 명령들이 과연 정당화될 수 있는지, 본인으로서로는 실로 의문을 갖고 있다. 어쨌든 여기서 광범위하게 제기된 문제와 원칙을 고시하지 않는 것이 재량권행사의 측면에서 좋을 것 같다. 아마도 본 법원은, 연방법원들 및 우리들 자신이 이와 유사한 문제와 관련된 다양한 사건을 접하게 될 때까지는, 필요이상의 문제를 취급할 필요는 없을 것 같다. 아무튼 이 사건이후 이와 유사한 사건에서, 앞으로 판결될 원칙들이 오늘 본

법정의 판결과 유사하다면, 본 법정은 좀더 보편적인 원칙을 공표해야만 할 것이며 그렇게 함으로써 앞으로 꼬리를 물고 계속될 이러한 소송을 미연에 방지해야만 할 것이다.』

포웰(J. Powell) 판사도 같은 견해를 밝히면서,

『본인은 사건의 중요성에 비추어, 법정의 견해에 동의한다 할지라도, 해당당사자가 주가 되든 피고가 되든 언론논의 재판전 보도에 대한 사전규제의 필요성을 입증해야 할 의무를 강조하고 싶다.

본인의 판단으로는, 사전규제란 재판전 보도의 전파를 꼭 방지하지 않으면 수정헌법 제 6 조에 의거, 공정한 배심원들을 선출할 수 없다고 보여질 경우에 한해서만 밝혀져야 할 것이다. 이러한 것은 ① 공정한 재판을 명백히 침해할 위험이 있을 때, ② 그러한 위험이 실제 언론보도에 의한 것일 때 ③ 보다 덜 제한적인 다른 대안이 여의치 않을 때에 한해서만 적용되어야 할 것이다. 또 이런 사항은 입증되어야만 하는데, 이러한 입증에도 불구하고, 또한 취재원이 규제되지 않은 상황에서 이미 공표된 사항에 대해서 그러한 규제만으로는 비효과적이라는 점이 입증되지 않는 한, 보도규제조치를 내려서는 안될 것이다. 공정재판에 대한 위협이라는 것도 공정성에 입각해서 수정헌법 제 6 조의 맥락에서 평가되어야만 하며, 언론에 대한 어떠한 규제조치도 수정헌법 제 1 조의 맥락에서 요구되는 구체적인 기준에 합치되어야만 한다.

본인은 이러한 점들이, 사전규제를 인정하지 않은 법원의 견해에서 충분히 표명되었다고 믿는다.』

스티븐스(J. Stevens) 판사 역시 법원의 견해에 동의하면서 다음과 같은 견해를 밝혔다.

『브레난 판사가 밝힌 언론에 대한 사전규제의 불허이유에 대해, 본인은 사법부가 언론으로 하여금 공적인 문제를 보도해야 한다든지, 보도해서는 안된다는 명령을 내리지 않더라도, 사법부는 형사피고인의 공정재판권을 보호할 수 있다는 견해에 동의한다. 언론의 취재보도방식이 비열한 것이었거나 혹은 불법적인 것이었다 하더라도 그리고 그 정보가 명백하게 허위적인 것이었더라도, 또한 그 보도가 결백한 형사피고인의 법익을 침해하는 재판전 보도라 하더라도 그리고 그런 보도를 하게 된 동기가 사악한 것이었을지라도 절대적으로 언론의 보도가 보호되어야 하느냐는 문제에 대해서는, 본인은 두말할 것 없이 지금 답할 수는 없는 문제다. 그렇지만 본인은 브레난 판사가 말한 견해의 대부분에 대해 동의하며, 만약 언제든지 그 문제를 정면에서 대하게 되더라도 브레난 판사의 궁극적인 결론을 받아들일 것이다.』