

국가기밀의 보도와 그 법적 기준

권영설
중앙대 법학과 교수

I. 머리 말

1973년 8월의 김대중 납치사건에 관한 이후락 전 중앙정보부장의 때늦은 회견내용은 그 자체가 상당한 정치적 함축을 지닌 것이기도 하지만 「월간조선」과 「신동아」의 출판제작 및 배포를 정부가 실력으로 막으려 함에 따라 여러 문제가 파생되었고, 정부와 양대 언론사 및 관련 단체들 사이의 대립상은 짐짓 예각화 되었던 것이다. 비단 이 사건에서뿐만 아니라 많은 경우 그러하였듯이 결국 법적 해결은 외면되거나 회피된 채 적당한 편의적 타결로 끝이 났다. 그 결과 문제의 실체는 주관적이고도 독단적인 명분상의 수사 뒤에 가려지게 되었고, 시간의 경과와 더불어 성격구명이나 책임소재도 명확히 이루어지지 아니한 가운데 지나가 버릴 것으로 보인다. 물론 이후락씨의 문제된 회견내용이 국가기밀로서의 보호대상이 되는 실질적 비밀에 해당되느냐 라든가 공무원으로서 직무상 얻은 정보가 아직도 법적 보호의 대상이 될 비밀성을 갖고 있고 따라서 그에 대한 비밀엄수의무는 계속 인정되는가 하는 등의 관련된 여러 문제에 관하여서는 정부나 언론기관이나 일차적인 판단을 당연히 자체적으로 내릴 수 있다. 다만 중립적 국가기관으로서의 법원에 의한 유권적인 사법적 판단없이 각기 자기합리화의 일방적 결정에 따라 각각 행사하고 동원할 수 있는 손쉬운 「힘」에만 의존하게 될 때 분명 문제의 근원적 해결은 뒤로 미루어진 것이 됨에 주목해야 하겠다. 아울러서 그에 따라 언론자유가 추구하는 가치나 그에 대응되는 가치로서의 국가적 이익은 모두 어김없이 저해된다는 점 또한 분명한 것이다. 문제에 대한 접근방식 내지 대응방식이 대체로 과거에도 그러하여 왔었고 또 이번 사례에서도 바로 그랬기 때문에 우리의 경우 사법적 판단의 축적이 극히 미미한 실정에 맴돌고 있다. 따라서 별로 달갑지 않았던 이번 사건을 계기로 외국의 판례와 입법례를 되새겨 보면서 국가기밀의 보도기준에 관한 전향적 위상을 가능해 보아야 하겠다.

II. 언론의 자유의 현대적 전개

굳이 헌법적으로 풀이한다면 표현의 자유, 언론의 자유, 언론·출판의 자유, 신문의 자유 등은 엄격한 법리적 측면에서 볼 때 개념이나 구조에 있어 동일한 것은 아니다. 따라서 쓰이는 연관이나 문맥에 비추어 혼동되어서는 안될 경우 또한 적지 않음에 주목해야 할 것이다. 그러나 실제 많은 경우 동의어로 혼용되고 있으며, 큰 무리 또한 없음도 사실이다.¹⁾

다만 여기서 지적하고자 하는 것은 표현의 자유(freedom of expression)가 기본적으로 영미적 배경을 가진 것이라는 점과 그 입법례로서 칠레 헌법(제 10 조 제 3 항) 및 특히 우리의 이론구성에 지나칠 정도로 많은 영향을 준 일본헌법(제 21 조 제 1 항)을 들 수 있다는 사실이다. 왜냐하면 우리 헌법 체계상 언론의 자유보다 표현의 자유는 최소한 더 광폭적 개념으로 파악되어야 하기 때문이다. 아울러서 주목해야 할 것은 우리의 법리가 크게 의존하고 있는 서독 「본」 기본법은 의사표명의 자유와 보도의 자유를 나누어 규정하고 있으나(제 5 조 제 1 항), 우리 헌법은 그같이 세분하고있지 않다는 점이다. 따라서 보도의 자유는 당연히 언론의 자유에 포함되어 그 내용을 이루고있는 것이다. 무릇 언론의 자유는 자주적 인간의 개성신장의 수단²⁾ 내지는 인격체로서 개인의 자기실현에 있어 그 수단으로 인식되어 왔다. 이렇게 볼 때는 정신적 자유권이며 그 가운데서도 중핵적 위치에 서게 됨은 물론이다.³⁾ 뿐만 아니라 여론형성을 통한 공동체의 통합기능도 이의 보장이 담보될 때에만 가능케 되며 참여적 민주주의 정치과정도 이를 그 전제로 하고 있음을 본다. 따라서 이같은 측면에서는 정치적 자유권인 것이며 보기에 따라서는 넓은 의미의 정치권으로도 풀이되는 것이다. 근대적 입헌주의의 보편화와 더불어 각국의 헌법전은 언론의 자유를 빠짐없이 수용하게 되었으나 그 내용적 구성을 세분하여 규정하는 경우는 극히 드물다. 우리의 경우도 예외가 아니며, 따라서 헌법 체계상 해석논리의 연장으로 구체화하여 파악하게 됨은 물론이다.

대체로 언론의 자유는 그 보장의 내용을 다음과 같이 분류한다. 첫째, 의사표명의 자유, 둘째, 정보의 자유 내지 알 권리, 셋째, 보도의 자유가 그것이다.⁴⁾ 그리고 이에 덧붙여 넷째로 언론매체접근권(the Right of Access to Mass Media) 또한 포함시킨다.⁵⁾ 물론 이때 의사표명의 자유는 전체적 구성요소들 가운데서 그 핵심을 이룬다고 할 것이며, 국가의 간섭배제뿐만 아니라 적극적 여론형성이라는 성격도 아울러 가진다. 특히 이 경우 무엇이 의사인가가 문제될 수 있다. 대체로 단순한 사실의 전달을 의미한다면 그것은 보도의 자유와 사실상 중복되는 성격을 갖기 때문에 결국기본적으로는 이른바 평가적인 의사로 파악되어진다. 알 권리의 소극적 측면은 곧 자유로운 정보의 수취권이다. 그러나 이의 적극적 측면은 필요한 정보의 선택권과 수집권 및 나아가서 대 국가정보청구권으로 나타나는 것이다. 그런데 오늘날의 조건이란 알 권리의 지속적인 적극화로 나타나고 있으며, 그 권리의 실현은 국가에 대한 정치·행정과정의 공개 내지 정보의 청구로 발현된다. 따라서 국가기관은 당연히 이에 대응하여 그 제한의 폭을 넓히려 할 것이고, 그때 가장 대표적 근거는 다름 아닌 국가 기밀인 것이다. 또 보도의 자유는 출판물 또는 전파매체에 의한 의사의 표현 내지 사실의 전달을 뜻하는 바 매스미디어의 자유라고도 할 수 있다. 오늘날 고도로 발달된 인쇄 및 전파매체는 그것이 갖는 정보효과와 여론형성기능에 비추어서도 그러하지만, 특히 그 조직화된 힘을 바탕으로 국가권력에 대항하여 행사하는 감시기능은 실로 무시할 수 없는 것임에 주목해야 하겠다. 바로 여기에서 보도의 자유를 내세우는 언론 기관들과 국가기밀을 앞세우며 그를 제한하려 하는 국가기관들 사이에 나타나는 대립관계 내지 긴장관계라는 조건이 주어지기 마련이다. 아무튼 매스미디어에게 이같은 자유권보장이란 국민에게 필요한 정보의 공급을 지속적으로 가능케 하기 위해서는 필수적 조건임이 분명하다. 특히 매스미디어가 제공하는 정보의 내용이 국가기관 및 국가기능에 관한 것일 때에는 그 권리에 대응되는 이른바 묵시적 책임(implied responsibility)⁶⁾을 국민에 대하여 지게 된다고 보는 것이다. 그런데 이같은 책임 또는 의무가 언론기관에게만 주어 진다고 볼 수는 없으며, 국가기관 또한 관련된 정보가 국가이익에 반하지 않는 한 정보의 유통을 활성화하여야 할 의무 또한 담보하고 있음에 주목해야 함은 물론이다.⁷⁾ 다만 문제는 국가활동의 내용공개를 국가비밀을 근거로 기피하려 하는 관료주의적 성향에 비추어 이에 관한 결정을 누가 어떻게 내리느냐 하는 점에 귀결된다. 특히 국가기관의 극대화와 국가기능의 광폭화로 특징 지워지는 현대국가의 조건에서는 그 같은 문제상황은 더욱 심각해 짐을 보게 되는 것이다. 따라서 바로 여기에 국민의 알 권리와 국가기밀 그리고 보도의 자유 가운데 나타나는 미묘한 긴장관계 및 그들 사이의 조화라는 극히 어려운 과제가 대두하게 됨은 물론이다.

III. 알 권리와 국가기밀의 보도

이미 앞에서 살펴본 바와 같이 알 권리는 헌법적으로 볼 때 언론의 자유에 있어 하나의 형태이며 그 내용을 이룬다. 따라서 그 성격 또한 표현의 자유 내지 언론의 자유의 변천속에서 파악되어야 할 것임은 분명하다. 그런데 여기서 주목해야 할 점은 언론의 자유에 있어 그 중점이 말할 자유, 쓰는 자유에서 오늘날 듣는 자유, 읽는 자유 내지 보는 자유에게로 이행되어 왔다는 사실이다.⁸⁾ 물론 이의 배경을 이루는 요소들로서는 자본주의사회의 심화, 정보화사회의 대두, 언론기관의 거대화과 과점화 등이 대표적인 것이다. 그리하여 사상과 정보를 보내는 측과 받는 측의 분리현상이라는 새로운 국면이 전개되게 되었다. 언론의 장유는 그 결과 의사표명의 자유뿐만 아니라 사상과 정보를 수렴할 자유에로까지 범위를 넓히게 된 것이다. 보기에 따라서는 그 중점이 오히려 후자으로 옮겨졌다고도 볼 수 있게 되었는데 이는 곧 언론자유체계의 재편성을 뜻하기도 함은 물론이다. 정보의 자유 내지 알 권리의 적극화와 그 중요성에 대한 인식은 미국의 경우 제 2 차 세계대전 이전부터 싹이 텄다고 하겠으나, 전체적으로 볼 때에는 역시 제 2 차 세계대전의 종전이후에 두드러지게 되었고 특히 서구헌법학에 반영되고 있다 할 것이다. 모름지기 알고자 하는 정보는 의사형성의 기초자료를 뜻하기 때문에 정보의 자유 내지 알 권리의 실현이란 의사표명을 위한 선행조건이라는 성격이 주어진다. 아울러서 알 권리의 보장은 자주적 인간에게 행복추구의 전제조건을 보장해주는 셈이다.⁹⁾ 뿐만 아니라 민주주의적인 정치의사의 형성과정에서 알 권리아마로 필수적이라 할 것이고, 그렇게 볼 때

그 권리는 정치권으로서의 성격 또한 갖는다고 할 것이다. 이처럼 정보의 자유 내지 알 권리의 보장과 실현이 아무리 중요한 의의를 갖는다고 하여도 국가기관에게 「모든」 정보의 공개를 요구하는 것이 합리화된다고 보기는 어려울 것이다. 비록 윌슨(Woodrow Wilson)이 공개정치를 지나치게 강조한 나머지 모든 정치과정은 절대 공개되어야 한다고 주장한 바는 있었으나, 그 뒤 대통령이 되었을 때 그 또한 현실적 제약을 넘어서지 못했음은 물론이다. 공개주의정치 또는 정보공개의 원칙을 가리킬 때 그것이 곧 공적 생활상 일체의 비밀에 대한 부인을 뜻하는 것으로 풀이해서는 안된다. 이를테면 「투표의 비밀」처럼 민주주의적 정치과정에 반하지 아니하며 일정한 합목적적 기능을 수행하는 비밀도 있기 때문이다. 이처럼 주어진 상황에서 제한적으로 인정되는 비밀을 프리드리히(Carl J. Friedrich)는 「기능적 비밀」(functional secrecy)이라 하였다.¹⁰⁾ 두말할 것도 없이 주어진 비밀의 기능성 내지 비공개적 기능적 필요성은 뒷받침되는 사유와 근거에 의해서 합리적이고도 납득이 가게끔 입증되어야만 허용될 것이고, 그렇지 못한 경우는 비기능적 비밀로서 법적 보호의 대상이 되지 못할 것이다. 물론 이때 「기능성」여부에 대한 판단에 있어서는 획일적이고도 포괄적인 기준이란 존재하기 어렵다. 다시 말해서 주어진 국가의 정치체제, 사회구조, 국민성 등 여러 요소들에 비추어 판단되어야 할 문제임은 분명하다.¹¹⁾ 그런데 프리드리히의 기능적 비밀에 대한 엄격제한주의에도 불구하고 현실적으로 오늘날 많은 국가들에서 국가기관이 주장하는 비밀의 범위는 날로 증대일로에 있을 뿐 아니라 비밀누설에 대한 규제는 더욱 더 엄격해지고 있음을 보게 된다. 그 배경을 이루는 요인들은 여러 갈래로 설명될 수 있겠으나 현대적 상황에 대응하기 위한 국가기능 그 자체의 확대와 행정 국가화 현상으로부터 출발될 수 있을 것이다. 그러나 무엇보다도 집행부기구와 그 인력의 비약 및 정부와 국민 사이 신뢰의 약화현상을 지적하지 않을 수 없다.¹²⁾ 그 한 예로서 미국 백악관비서실의 인력규모가 가장 비대해 있었던 1972년의 경우 그 자체만도 2,200 명을 넘었던 사실만 보아도 설명될 수 있다. 루즈벨트 대통령의 참모로서 뉴딜정책의 입안자중의 하나였던 터그웰(Rexford Tugwell)은 훗날 집행부의 상대적 비대화에 따른 의회의 약화상을 가리켜 「의회는 점차 그저 토론하고 조사하며 묵인이나 하는(to argumentation, to investigation, and to acquiescence) 기관으로 축소화 될 것이다.」¹³⁾라고 하니 만큼 집행부인력이 압도하는 상황이 전개되고 있는 것이다. 민주주의적 정치제도의 가장 중요한 전제조건 중의 하나로 들 수 있는 것은 바로 다른 아닌 공무원의 대국민책임성의 원칙이라 할 것이다. 그런데 국민에 대한 책임(accountability)을 묻기 위한 전제로서 그 업무내용의 공개화는 필연적이 되어야 함은 물론이다. 따라서 정보의 자유 내지 국민의 알 권리는 바로 그 논리의 연장이며 동시에 민주주의의 핵심적 원칙으로 보지 않을 수 없는 것이다.¹⁴⁾ 이것의 또 다른 연장은 현실적으로 매스미디어의 알 권리 내지 보도의 자유로 나타난다. 왜냐하면 매스미디어만이 정부의 행정과정을 효과적으로 감시할 수 있고 또 보도를 통하여 이를 국민에게 알릴 수 있기 때문이다. 이렇게 볼 때 국가비밀의 관념 그 자체가 국가와 언론의 관계에서 비민주주의적이라 하지 않을 수 없다. 그러나 현실은 전혀 다르게 나타나고 있는 바 공무원의 공무원내용에 대한 은폐주의는 정도의 차이일 뿐 어느 국가에서나 공통된 현상이라 하겠다. 대부분의 경우 자기합리화의 병폐에서 출발된 것이지만 때에 따라서는 비밀성의 보호 그 자체가 절박한 경우 또한 없지 아니하다. 다만 언제 누가 그 같은 조건이 충족되었는지의 여부를 결정하느냐가 바로 문제의 핵심에 해당하는 것이다. 요컨대 국가안전보장 및 공공복리 같은 사유는 가장 대표적인 국가비밀로서의 보호기준이 된다. 그러나 국가안전보장은 그 동안의 경험에 비추어 보도의 자유를 제한하기 위하여 가장 남용되었던 기준이라는 비판에 직면하게 됨도 사실이다. 뿐만 아니라 국가안전보장은 이같은 목적으로서의 지나치게 좁은 개념이 될 문제점도 지적된다.¹⁵⁾ 왜냐하면 본래적 의미에서의 국가안전보장 내지 국제관계와는 크게 무관한 분야에서 비밀보호의 필요성이 얼마든지 제기될 수 있기 때문이다. 예컨대 마약사범의 수사요원 또는 그 제보자의 신원을 보호하는 경우처럼 그 공개는 형사절차를 저해하기 때문인 바 이를 국가안전보장으로 설명하기에는 부적합할 것인 까닭이다. 마찬가지로 계획 중인 고속도로의 노선내용을 비공개로 하는 까닭은 그 공개가 토지의 수용 계획에 차질을 초래할 것이기 때문인 바 이 역시 안전보장개념으로서의 적절치 않음이 사실이다. 따라서 이를 모두 포용하기에 적합한 기준은 국가기밀 이어야 한다는 것이 된다. 아무튼 외무 ·

국방에 관련된 사항, 특히 전쟁중의 병력이동사항 내지 전투계획 등이 국가안전보장에 해당되고 따라서 그 비밀성의 보호가 필요하게 될 것임은 물론이다. 예를 들면 제 2 차 세계대전 중 미국의 한 신문이, 미군이 일본해군의 암호를 해독해 내었음을 보도하였었다. 극히 우연히도 일본측이 이 기사를 몰랐었고 따라서 암호변경을 하지 않았었다. 바로 이 같은 사례는 표본적일 것인 바 미국 정부는 보도금지를 했어야 할 경우였음은 물론이다.¹⁶⁾ 그러나 외무 · 국방사항으로서의 국가안전보장문제도 이같이 극히 명료한 사례가 있을 수는 있으나 오히려 더 많은 대부분의 경우는 보도기준으로서 불분명한 편에 속한다고 할 것이다. 이를테면 군대의 사기에 관련된 사항이라든가 냉전적 조건에서의 적국 또는 적군의 규정문제 및 국내의 정치적 반대세력에 대한 문제 등에 적용될 때처럼 국가안전보장을 보도제한의 기준으로 삼는 경우 훨씬 복잡한 쟁점들이 얼마든지 제기될 수 있다. 그러면 무엇이 국가비밀 내지 국가기밀에 해당되고 그것에 대한 보호의 필요성은 왜 생기는가가 문제된다. 이와 관련하여 흔히 영국의 공무비밀법(Official Secrets Act, 1911~1939)¹⁷⁾을 그 전형적 예로서 드는 경우가 많다. 그러나 영국 헌법학자들 자신도 인정하듯이¹⁸⁾ 오늘날의 국가기밀에 대한 보도기준을 설명하기에는 덜 민주적이라 할 것인 바 이는 당시 영국사회의 계급제도 내지 공직자계급의 은폐주의 또는 국가우위의 관념을 반영하는 것이기 때문이다. 따라서 오히려 1972년 일본 「매일신문」의 「오키나와교섭밀약전문누설 사건」에 대한 판결에서 나타난 국가비밀의 정의가 오히려 더 설득력있게 보인다. 즉 여기서는 국가비밀을 기본적으로 실질적 비밀로 보면서 보호할 가치가 있다고 객관적으로 인정되는 사항, 다시 말해서 비공시성과 비밀보호의 필요성을 구비하고 있는 사항으로 파악하였던 것이다. 또 비밀을 보호할 필요성에 관하여서 이 판결은 「당해 사항이 누설되는 경우 공무의 민주적 및 능률적 운영을 보장할 수 없는 위험성이 존재한다는 것을 의미하기 때문이다」라고 보면서 그 구체적 경우들을 예시하였었다. 그러나 이것마저도 그 기본방향 설정의 타당성은 인정되지만 명치 이래 일본의 관료제도상의 비밀유지 전통과 무관하지 않다는 점에서 비판받기도 함에 주목해야 하겠다. 사실 사건의 발단에 있어 배경을 이루는 것 가운데는 일본정부의 국가비밀취급방식 및 국가비밀 일반에 관한 접근방식을 들 수 있는 바 이들이 지나치게 광범위하고 모호하여 전전과 비교할 때 뚜렷한 발전이 없었다는데 기인한다는 것이다. 아무튼 국가기밀의 합목적적 비밀성은 인정되어야 하며 일정기간 그 비밀성 유지의 필요성 또한 인정되어야 함은 분명하다. 다만 이것은 어디까지나 예외를 구성하는 것이며, 그것이 원칙이어서는 안될 것이다. 비밀성 허용의 기초가 되는 가치가 희생되어서는 안되듯이 알 권리 및 보도의 자유가 추구하는 가치 또한 쉽게 양보 되어서는 안될 것이기 때문이다. 기본적으로 국가기관의 정보는 국민에게 공개되어야 하며, 국가기밀의 주장은 예외적인 동시에 최소한에 그쳐야 할 것이다. 무릇 정보의 독점은 어느 경우이든 위험성을 수반하기 마련이고, 민주주의체제에서 국가에 의한 정보의 독점이란 더욱더 인정받기 어려운 것임은 분명하다. 국가기관과 보도의 주체로서의 언론기관 사이에는 신뢰관계가 이루어져야 할 것이며 그 지름길은 국가정보의 비밀주의, 공개주의로 대체되는 것이며, 그를 가능케 하기 위하여서는 국가정보의 실제관리자인 공무원의 제도적 및 정신적 민주화가 다른 무엇보다도 급선무일 것으로 보인다.

IV. 미국의 판례

1. 입법례

일반적으로 국가비밀 내지 국가기밀에 대한 접근은 형식적 비밀과 실질적 비밀로 이루어질 수 있다. 이때 전자의 경우 비밀은 비밀분류체계에 따른 구조를 갖기 마련인 바 그 가운데 가장 대표적인 것이 아이젠하워 대통령 때 대통령령 제 10501 호에 의한 것이다.¹⁹⁾ 그 전문에 언급된 사항들은 대체로 다음과 같다.

- ① 미국인이 정부의 활동상을 알 필요
 - ② 국방상 미국의 자기방위능력의 보전필요성
 - ③ 국방에 관련된 특정한 공적 정보가 무단 공개됨을 보호할 필요성
- 널리 알려진 바와 같이 이 명령은 비밀을 세단계로 분류하고 있는 바, 첫째, 기밀(top secret), 둘째, 극비(secret), 셋째, 대외비(confidential)가 그것이다. 이때 각각의 등급성격을

명시해 놓았기 때문에 어느 정도 실질적 기준에 접근해 있다고 보겠다. 물론 이 대통령령의 합법성이 논란의 대상이 되어 왔었는데, 특히 이에 관한 연방의회도서관의 보고서도 극히 비판적이었다. 그 뒤 케네디대통령은 이 비밀등급제에다 비밀시효제에 따른 자동해제제 및 단계적 하위등급화제의 도입을 위한 명령 개정을 하였으며, 1972년 6월부터 시행된 닉슨 대통령의 새로운 대통령령에 의하여 대체되었다.²⁰⁾ 뒤이어 카터 대통령은 이 비밀분류제에 가장 대대적인 개편을 단행하여 오늘에 이르고 있는 바 여기에 따르면 극히 일부분의 기밀문서를 제외하고는 대부분의 문서가 6년이 경과하면 자동적으로 비밀해제 되게끔 그 해제(declassification)의 폭을 크게 넓혔다. 이 비밀분류제는 집행부특권(executive privilege)과 더불어 의회와 집행부 사이의 끊임없는 긴장관계를 형성하였던 것이다. 11년에 걸친 의회의 집요한 투쟁이 결실을 본 것은 다름아닌 공공정보법(Public Information Act)에서였는데 바 흔히 정보의 자유법(Freedom of Information Act)으로 불려지기도 한다. 1967년 7월에 발효한 이 법은 행정절차법(Administrative Procedure Act) 제 3장을 대체한 셈이다. 그러나 이것은 단순한 변경이 아니라 국가정보에 관한 기본개념을 뒤바꾸었다는데 그 의의가 있는 것이다. 즉 구법 하에서는 국가에 대하여 정보의 공개를 요구할 때, 그 필요성에 관한 입증책임이 정보청구권자인 국민에 있었다. 새로운 정보의 자유법 하에서는 비공개 내지 비밀유지의 필요성에 대한 입증책임이 정부기관 내지 관련 공무원에 있게 하였음은 실로 획기적이라 하겠다. 이 새로운 철학 내지는 법개념이 다름 아닌 「알 권리」인 것이다.²¹⁾ 이 법률은 입법 당시의 클라크(Ramsey Clark) 법무장관이 의회에 보낸 공函에서 밝힌 바도 그러하거나와 그 내용에 있어서도 국가정보의 원칙적 공개주의를 채택하고 있으며 비밀을 그 자체 허용한 규정은 두고 있지 않다.²²⁾ 대통령령이 정한 9개의 국방 및 외교정책상 비밀사항을 명시적으로 열거하여 제외시키고 있기는 하나 이를 근거로 하여 비공개를 주장하는 당해 정부기관은 법원에서 이를 입증해야 하기 때문이다.

2. 판례

알 권리와 국가기밀의 문제 그리고 보도의 자유 등의 상관관계가 집중적으로 다루어진 사건으로는 역시 흔히 「국방성기밀문서 사건」(Pentagon Papers Case)으로 불려지는 뉴욕타임즈 사건을 들 수 있다.²³⁾ 이 사건은 그러나 판결 과정상 판사들 의견의 분열상에 있어서나 법리적 측면에서 그 정치적 유명도에는 못 미치는 것으로 평가된다. 언론의 자유에 있어 사전억제의 원칙적 금지, 그리고 예외적 상황의 경우 사전억제의 허용이라는 측면에서 뉴욕타임즈 사건은 니어 사건(Near v. Minnesota)²⁴⁾의 연장선상에 있음을 보게 된다. 1971년 여름 뉴욕타임즈, 워싱턴 포스트, 보스턴 글로브 등의 일간지들이 기밀문서였던 「대월남 정책결정과정사」를 연재하기 시작하였고, 곧 이어 법무장관이 게재중지를 요청하였으나 신문들이 거부함에 따라 보도금지명령을 청구하였으며, 이에 대한 이유는 인정되었었다. 뉴욕타임즈 사건이 연방대법원에 상고되자 정부측은 문제된 문서의 게재는 국가와 정부의 외교정책수행에 돌이킬 수 없는 위해를 주게 된다고 주장하였다. 이에 대하여 두 일간지측의 입장은 크게 보아 두 가지였다. 즉 하나는 비밀분류방식이 정부의 자의에 달려있으며, 이 경우 기밀문서에 해당되지 아니한다. 다른 하나는 문제된 문서의 연재금지명령은 그 자체 수정헌법 제 1 조상의 표현의 자유보장에 반한다는 것이었다. 그런데 두 신문사들은 승소와 그에 따른 연재에 지나치게 집착한 나머지 소송 전략으로 언론에 대한 사전억제를 스스로 인정하였던 바 이는 다소 이례적이라 할 것이다. 대법원은 6대 3의 합의로 상고인의 승소를 판결하였으나, 보도의 영구금지명령은 내리지 않았다. 주판결 이유는 사전억제가 그 정당성을 입증할 무거운 입증책임의 충족에 의해서 뒷받침되지 아니한 한 위헌으로 추정될 것인 바, 이 경우 정부는 그 점에서 실패한 것으로 본다는 것이다. 결국 이 판례는 언론의 자유가 갖는 이른바 우월적 지위(preferred position)이론에 바탕을 둔 것으로 보인다.²⁵⁾ 다시 말해서 일반적으로 법원에 의한 사법심사에는 모든 입법의 일차적인 합헌성추정의 원칙이 지배하기 마련이나 표현의 자유에 관한 한 유독 합헌성추정이 적용되지 않는다는 것이다. 바로 이 점에서 표현의 자유에 대한 우월적 지위의 부여가 사법심사에서 나타나게 됨은 물론이다. 이로부터 8년 뒤 국가안전보장예외의 위해를 이유로 한 잡지의 문제된 기사의 출판을 금지시키기 위한 사건에서 다시 국가기밀의 보도기준이 문제되었었다. 프로그레시브 잡지사건이 바로 그것이다.²⁶⁾

프로그레시브(Progressive)는 진보주의운동가에 의해 창간된 지령 70년의 정치 다이제스트 잡지인 바 무명의 한 자유기고가가 『수소폭탄의 비밀 : 어떻게 입수했으며 왜 공개하는가』라는 제목의 기사를 실으려 하였다. 그런데 여기서 필자는 국가기밀문서로 분류된 자료가 아닌 공개자료와 인터뷰를 바탕으로 원고를 작성하였으며, 그 초안을 전문가들에게 감수받기도 하였는바, 그 과정에서 완성된 원고의 사본 한 통이 정부기관의 수중에 들어가게 되어 문제가 제기된 것이다. 이의 출판에 대한 가처분을 신청하는 이유로서 정부는 이 문제된 기사내용이 극히 정확할 뿐 아니라 누구나 수소폭탄 제조의 관심있는 사람이면 보고 만들 수 있는 일종의 자습안내서라고 주장하였다. 피고인측의 주장에 따르면 활용된 모든 자료가 공개된 것들일 뿐 아니라 누구나 공공도서관 또는 정부기관으로부터 입수할 수 있다는 것이며, 전문가들도 무해한 기사라고 증언하였다. 그러나 정부측의 주장은 달랐다. 즉 비록 자료자체는 공개적으로 입수가능하기도 하나 아직까지 미발표된 핵심적 내용 또한 담고 있다는 것이며, 특히 개개로서는 공개된 자료이더라도 이들을 합성하고 보충적 설명을 붙이면 안전보장에 위해를 줄 내용이 생성된다는 입장을 전개하였던 것이다. 연방지방법원의 판결문으로서 드물게 보리만큼 분석적인 법리의 전개를 통하여 워렌(Robert Warren) 판사는 양측이 제기한 여러 쟁점들에 대한 결정을 내린 끝에 정부측의 주장에 동조하였다. 즉 문제의 기사는 연방법률의 위반을 구성하였으며, 행정책 및 국방정책에 관한 판단을 일반국민이 하기에 필요한 수준의 기사는 결코 아니라고 판시하였던 것이다. 특히 흥미로운 것은 판사가 이 사건과 8년 전의 국방성기밀문서사건 사이의 법적 쟁점상의 차이점을 대비시켜 판시하였다는 사실이다. 이를테면 국방성문서는 역사적 자료로서 이와는 다른 성격이라는 점, 국가안전보장에 미친 영향의 측면에서 국방성과서의 경우 상관관계를 적절히 입증하지 못했었다는 점, 그리고 이번 사건에는 원자력 에너지법이라는 법률의 직접적용 여부가 문제되었다는 점이 바로 그 차이점을 이룬다는 것이 있다. 아무튼 가처분결정은 내려졌고 그에 따라 프로그레시브사는 항소를 제기하였다. 그런데 항소심의 관할이 이루어지기 전에 같은 주의 작은 지방신문 하나가 문제의 기사내용과 거의 동일한 것을 게재하여 버렸고, 이에 따라 법무성으로서 사실상의 실익이 없어진 셈이 되었다. 결국 프로그레시브 잡지 역시 문제의 내용을 전부 제작·배포하였던 것이다. 다만 그럴지 아니했더라면 대부분의 전문가들이 보기에 출판의 사전억제는 상류법원에서 받아들여졌을 것이고, 그 같은 경우 국가안전보장과 국가기밀을 근거로 한 언론자유와 사전억제에 있어 최초의 사례가 되었을 것이다.

V. 일본의 판례

미국의 경우와는 달리 국가기밀의 보호 내지 국가안전보장과 관련하여 그 보도를 규제하기 위한 개별입법은 없으나 전후 미국과의 안보협력을 위한 이변조약의 부속 법령은 남아 있다. 또 형식적 비밀의 입장에서 다른 판례 27)도 있기는 하나 실질적 비밀의 측면에서 가장 대표적이며 본격적인 판례로서는 역시 「오키나와교섭밀약전문누설사건」을 들 수 있을 것이다. 전후의 영토처리에 있어 큰 숙제로 남아있던 것이 바로 오끼나와의 일본반환 문제였다. 미국과 일본이 이에 관하여 활발한 외교교섭을 진행 중에 있던 1971년 「매일신문」의 니시야마기자는 그의 정부인 외무성의 하스미 사무관을 통하여 3통의 기밀전문을 포함한 외교문서의 사본을 입수하였었다. 고위직 외교 교섭자들의 회담내용이 누설된 것도 그러하거나와 특히 오끼나와의 시설복원비용의 지불과 대미청구권액과의 교환조건에 관련된 교섭내용의 「의혹」으로서 보도됨에 따라 문제가 발단되었었다. 다만 이 과정까지에서는 법적 문제로 비화되지 아니했다. 그러나 그 다음해 초 사회당소속의 중의원 요코지 가 이를 의회에서 사본의 제시를 통하여 문제 삼음으로써 형사절차에 회부되게 되었다. 앞서서도 지적하였듯이 국가비밀보호에 관한 개별법률이 일본에는 없기 때문에 하스미 사무관과 니시야마 기자는 죄명만 다를 뿐 다같이 국가공무원법의 적용을 받아 그 위반으로 기소되었다. 즉 사무관에게는 동법 제 109 조의 비밀누설죄가, 그리고 기사에게는 제 111 조의 비밀누설교사죄가 적용되었던 것이다. 1심인 지방재판소는 하스미에게 유죄를 그리고 니시야마에게는 무죄를 선고하였으며, 하스미의 항소포기로 징역 6월의 유죄가 확정되었다. 그러나 검찰은 니시야마에 대하여 즉각 항소를 제기함으로써 고등재판소로

옮겨져 제 2심에서 원심패소 유죄가 선고되었으며, 그 상고심에서 최고재판소는 상고기소각결정을 내려 유죄가 최종확정 되었던 것이다. 여기서 법적 쟁점으로 크게 다루어진 것은 세 통의 전문이 국가공무원법상의 「비밀」에 해당 되느냐와 니시야마 기자의 행위가 국가공무원법상의 「비밀누설교사」에 해당되느냐의 문제였다. 물론 그 이외에도 보도의 자유 등 관련된 쟁점들도 부수적으로 다루어졌음은 물론이다. 위에서도 지적하였듯이 비밀의 법적 성격에 관하여는 이른바 실질적의 입장을 취하여 실질적으로 비밀로서 보호할 가치가 있는 사항, 즉 비공지성과 비닉의 필요성을 구비하고 있는 사항을 의미한다고 판시하였다. 아울러서 주어진 사항이 비공지성과 비닉의 필요성에 해당하느냐의 여부는 사법심사의 대상이 된다고 본 것이다. 그 다음 니시야마기자의 취재행위가 「교사」를 구성하느냐에는 사실판단이 앞서게 되는 바 이 경우 피고인은 여성공무원과의 지속적인 성관계를 통하여 하스미의 자유로운 의사결정이 사실상 결여된 상태에서 행한 중용행위이기 때문에 그 위험성을 인정해야 되고, 따라서 교사죄가 구성된다고 판시하였다. 다만 이 점에 관하여서는 변호인측의 주장과 같이 니시야마 기자의 취재수단과 방법이 형법상의 범죄에 해당되지 않는 경우이므로 정당한 업무행위이며, 따라서 교사죄는 성립될 수 없다는 비판이 따랐음에 주목해야 할 것이다. 특히 보도의 자유에 관하여 판시한 최고재판소의 결정문은 그 전향적 입장이 특히 돋보이는 부분이다. 즉 국민의 알 권리와 공무상의 비밀엄수라는 두 가치가 경합될 때 이를 어떻게 풀이해야 되는가 하는 문제로 귀결된다. 최고재판소는 보도의 자유가 표현의 자유보장에서 갖는 중요성에 비추어 보도를 위한 취재의 자유 또한 존중되어야 한다고 보면서 특히 취재의 목적이 사적 욕망의 충족이 아닌 공적 과업에 봉사하려는 한 또 취재의 결과 얻어질 이익이 손상될 이익과 같거나 우월할 때에는 정당행위로 보아야 마땅하다고 판시한 것이다.

주

- 1) 권영설, 언론의 자유와 공익의 문제, 언론중재(통권 제 12 호), 1984, 가을호, 언론중재위원회, p.17.
- 2) 허영, 헌법이론과 헌법(중), 박영사, 1984, p.360.
- 3) Ingo von Manch, Grundbegriffe des Staatsrechts (I), 3. Aufl., Kohlhammer, 1984, pp.156 ~ 159.
- 4) 안용교 교수는 언론·출판의 자유의 내용을 정보의 수집·전파·수령의 전과정을 포괄하는 것으로 보아 정보제공권 · 정보수령권 · 정보수집권으로 구성된다고 하며 아울러서 언론기관의 내부적 자유도 관련시켜서 파악하고 있다.
- 5) 허영, 전게서, PP.372~377. 평원순. 매스 커뮤니케이션 법제이론, 법문사, 984, pp.109~133.
- 6) William E. Francois, Mass Media Law and Regulation, 3rd. Ed., Grid Publishing Inc., 1982, p.286.
- 7) Ibid. pp.286~288,
- 8) 芦部信喜, 민주국가에 있어서 알 권리와 국가기밀, (No.507), 1972, 6. 15., pp.18~19.
- 9) 허영, 전게서, pp.365~366.
- 10) Carl J. Friedrich, Secrecy versus Privacy The Democratic Dilemma, in Pennock and Chapman(ed.), Privacy, NomosxIII, 1971, pp.106~109.
- 11) 芦部信喜, 전게논문, p.22
- 12) Hearings before the House Foreign Operations and Government Information Subcommittee, "U.S. Government Information Policies and Practices - The Pentagon Papers, " Part I, June 23. 1971, p.329.
- 13) William E. Francois, op. cit., p.287.
- 14) Peter M. Sandman, David M Robin, and David B. Sachsman, Media-An Introduction of American Mass Communication-, 3rd. Ed., Prentice-Hall Inc., 1982, p.157.
- 15) Marc A. Franklin, Cases and Materials on Mass Media Law, The Foundation Press, 1982, p260.
- 16) Pater M. Sandman, David M, Rubin, and David B. Sachsman, op. cit. pp.157~158.

17) 엄밀히는 1911 年에 입법된 것이라기 보다 1889 年에 입법된 동법에 대한 개정법률의 형식을 취하였다. 따라서 법률명도 정식으로는 다음과 같다.

An Act to reenact the Official Secrets Act, 1889, with Amendments.

18) E. C. S Wade and G. Phillips, Constitutional Law, 8th ed., 1970 p.526.

19) Executive Order 10501, (Dec. 1953).

20) Executive Order 11652, (June. 1972).

21) William E. Francois, op. cit, p.289.

22) Harvey L. Zuckman and Martin J. Gaynes, Mass Communications Law, West Publishing Co.,1977, p.143.

23) New York Times v. United States, 403 U.S.713, 91 S. Ct. 2140(1971).

24) Near v Minnesota, 383 U.S. 697(1931).

25) Don R. Pember, Mass Media Law, End ed., William C. Brown Co., 1981, p.70.

26) U.S. v. Progressive, 467 F. Supp 990(1979) .

27) 동경고재 소화 32 年 9 月 5 日 (1957).

- 서울대학교 외교학과 졸업, 마샬 및 플렛처 법외교대학원 수료
- 튀빙겐대학교 훔볼트 연구교수도저서 : 「역차별의 헌법문제」, 「배심제도의 현대적변용」, 「헌법상의 경제질서와 기업규제」, 「유럽공동체헌법론 서설」 외 다수
- 현재 중앙대학교 법학과교수