

## 피의사실 공표죄 관련 법적 쟁점 고찰

김 재 윤

전남대 법학전문대학원 교수

### I. 머리말

### II. 피의사실 공표의 원인과 그 폐해

1. 왜 피의사실 공표가 근절되지 않는가?
2. 피의사실 공표는 어떤 폐해를 낳는가?

### III. 피의사실 공표를 둘러싼 법적 쟁점 검토

1. 피의사실 공표죄와 국민의 알 권리: 검찰의 수사 공보준칙과 법원의 영장열람 금지조치는 국민의 알 권리를 제한한 것인가?
2. 피의사실 공표죄의 주체: 법관, 법원의 일반직원

및 언론 종사자도 본죄의 주체에 포함될 수 있는가?

3. 피의사실 공표죄의 위법성조각사유: 국민의 알 권리에 의한 위법성조각?

### IV. 피의사실 공표죄의 입법론적 개선방안

1. 형법 일부개정법률안
2. 기소법정주의와 재정신청권자에 고발인 포함
3. '피의사실 보도 가이드라인' 제정과 재판보도로 중점이동

### V. 맺음말

### I. 머리말

노무현 전 대통령의 서거를 계기로 검찰을 개혁해야 한다는 목소리가 높다. 이명박 정부 출범 이후 검찰의 정치적 중립이나 독립이란 가치는 어디론가 사라지고 정치적 판단이 개입된 기획수사, 표적수

사, 편파수사가 되살아나고 있다는 의문이 제기되고 있기 때문이다. 전직 대통령의 자살이란 역사적 비극을 초래한 '박연차 게이트' 수사는 '죽은 권력에 대한 표적수사' 사례로 언급하기에 충분하다. 더욱이 최근 불거진 부산지검 스폰서 검사 스캔들은 다수 검사들의 도덕적 불감증까지 적나라하게 들춰

검찰개혁의 핵심 과제로 검찰의 기소독점권을 제한하는 방안이 중점적으로 논의되고 있으나 최근 들어 ‘피의사실 공표죄’를 개정, 관행적으로 해오던 피의사실 공표행위를 근절하는 것도 검찰개혁방안의 하나로 논의되고 있다.

내었고 검찰개혁이 더 이상 미룰 수 없는 시대적 과제임을 분명히 나타내고 있다.

이러한 검찰개혁의 핵심 과제로 검찰의 기소독점권을 제한하는 방안이 중점적으로 논의되고 있으나,<sup>1)</sup> 최근 들어 형법 제126조에 규정된 ‘피의사실 공표죄’를 개정하여 그간 검찰이 명백한 범죄행위임에도 불구하고 관행적으로 해오던 피의사실 공표행위를 근절하는 것도 검찰개혁방안의 하나로 논의되고 있다. 피의사실 공표죄에 관한 논의는 무엇보다 ‘박연차 게이트’ 수사와 관련하여 검찰이 공소제기 전에 피의사실을 40회 언론 브리핑을 통해 공표했고, 주요 일간신문과 방송은 검찰의 피의사실 공표를 확대 재생산하여 2009년 3월 20일부터 5월 22일까지 약 두 달간 1,871건의 기사를 경쟁적으로 보도하였으며,<sup>2)</sup> 이러한 피의사실 공표가 노무현 전 대통령 서거에 결정적인 영향을 미쳤다는 데서 시작되었다. 이러한 언론 보도 내용 중에는 “어쩌면 노씨와 그의 사람들이 지금 당하고 있는 정도는 노씨 등이 너무 까불었기 때문인지도 모른다”,<sup>3)</sup> “만지지 말아야 할 돈을 만지면 그것이 똥이 되는 것이다. 그 똥을 먹고 자신의 얼굴에 처바르고 온몸 전체에 뒤집어쓴 사람들이 지난 시절 이 나라의 대통령이었고 그 부인이었으며 아들이었고 활개 치며 내로라하는 얼굴들이었다니...”<sup>4)</sup> 등이 있다.<sup>5)</sup> 아무리 신문 칼럼이라지만 인터넷상 악성 댓글과 다를 바 없는 노골적이고 원색적인 인신공격적 표현과 확인되지 않은 혐의를 전제로 한 유죄를 단정하는 표현이다. 이런 칼럼 내용이 과연 검찰과 언론이 피의사실공표의 명분으로 내세우는 국민의 알 권리를 충족시키는 것인지 의문이 아닐 수 없다.

- 1) 이에 대한 상세한 논의로는 인권연대, “검찰, 이대로 좋은가”, 2009년 검찰개혁 연속 기획 토론회 자료집; 김재운, “검사의 소추재량권에 대한 민주적 통제 방안”, 형사법연구 제21권 제4호, 2009, 111면 이하 참조.
- 2) 신문은 총 1,304건(조선일보: 286건, 중앙일보: 225건, 동아일보: 282건, 한겨레신문: 264, 경향신문: 247건), 방송사는 567건(KBS: 214건, MBC: 165건, SBS: 188건)이다(정미정, “우리 언론은 ‘노무현’을 어떻게 다루었는가”, 검찰수사와 언론 보도, 무엇이 문제였나? - 2009 한국언론정보학회 토론회 자료집, 4면).
- 3) 조선일보 2009년 3월 30일자 [김대중 칼럼] 4년 후 ‘MB사람’에게 주는 경고 기사 내용 중 일부.
- 4) 중앙일보 2009년 4월 11일자 [정진홍의 소프트파워] 화류관문, 금전관문 기사 내용 중 일부.
- 5) 이와 같은 언론의 보도 태도에 대한 문제점의 분석으로는 정미정, 앞의 논문, 11면 이하 참조.

이러한 검찰과 언론에 의한 피의사실 공표가 문제되자 검찰은 2010년 4월 23일 ‘인권보호를 위한 수사공보준칙’을 제정해 기소전 수사내용 공개를 원칙적으로 금지하는 대책을 제시하였고, 법원도 2010년 6월 18일 피의사실 공표를 방지하기 위해 그동안 관행적으로 용인돼 오던 기자들의 체포·구속 영장 열람 등을 금지하는 내용의 ‘인신구속사무의 처리에 관한 예규’를 개정하였다. 그러나 이러한 검찰과 법원의 수사공보준칙과 대법원예규에 대해 보수언론은 물론이고 진보언론까지도 언론에 재갈 물리겠다는 것으로 취재의 자유를 제한함은 물론 국민의 알 권리 차원에서조차 부작용이 우려된다는 비판을 제기하고 있다.<sup>6)</sup> 한편 국회 차원에서도 형법 제126조의 피의사실 공표죄의 개정안으로 박상천 의원이 대표발의 한 ‘형법 일부개정법률안’과 이한성 의원이 대표발의 한 ‘형법 일부개정법률안’이 현재 국회 계류 중에 있다.

따라서 이 글에서는 최근 검찰개혁 과제의 하나로 논의되고 있는 피의사실 공표죄와 관련하여 우선 피의사실 공표가 우리 사회에서 근절되지 않는 이유를 수사기관, 언론으로 나누어 살펴보고, 피의사실 공표가 피의자에게 어떠한 피해를 야기하는지를 검토하고자 한다(II). 다음으로, 검찰의 수사공보준칙과 법원의 영장열람 금지조치가 언론사의 주장과 같이 취재의 자유와 국민의 알 권리를 침해하는지 등과 같이 피의사실 공표죄를 둘러싼 주요한

법적 쟁점에 대해 살펴보고자 한다(III). 그리고 피의사실 공표죄의 개정과 관련된 기존의 국회 계류안의 분석을 토대로 향후 피의사실 공표죄가 입법론적 차원에서 어떻게 개정되어야 할지 그 방향성을 제시하고자 한다(IV). 마지막으로, 이러한 논의를 바탕으로 검찰권력과 언론권력에 대한 시민사회의 민주적 통제장치가 미비한 현재의 상황에서는 추상적인 국민의 알 권리보다는 구체적 침해 위험성이 높은 피의자의 인권이 보다 강조되어야 하고, 이를 위해 피의사실 공표죄가 수사기관에 대해 더욱 엄격히 적용되어야 하며, 언론의 보도도 수사단계가 아닌 재판단계의 보도로 중점이 옮겨져야 함을 결론으로 도출하고자 한다(V).

## II. 피의사실 공표의 원인과 그 폐해

### 1. 왜 피의사실 공표가 근절되지 않는가?

검찰과 언론에 의한 피의사실 공표는 어제 오늘의 문제가 아니다. 이미 제3공화국 당시 대표적인 의문사로 언급되는 1970년 3월 정인숙 여인 살인 사건에서 경찰은 사건 발생 1주일 후 정인숙의 오빠인 정중욱 씨를 범인으로 지목하여 “정이 모든 것을 자백했다”는 중간수사결과를 발표한 것<sup>7)</sup>을 비롯하여 최근 검찰의 한명숙 전 국무총리의 ‘5만 달러 수

6) 대표적으로 동아일보 2010년 1월 22일자 기사, 미디어 오늘, 2010년 7월 1일자 기사 참조. 이에 대한 상세한 논의로는 인권연대, “검찰, 이대로 좋은가”, 2009년 검찰개혁 연속 기획 토론회 자료집; 김재윤, “검사의 소추재량권에 대한 민주적 통제방안”, 형사법연구 제21권 제4호, 2009, 111면 이하 참조.

7) 경향신문 1970년 3월 23일자 기사 참조. 그러나 당시 경찰의 발표와 달리 정중욱이 사용했다는 권총이 발견되지 않았고, 증거는 오직 정중욱의 자백뿐이라는 점이 의혹을 증폭시켰으며, 현재까지 진범은 밝혀지지 않고 있다. 최근 SBS TV ‘그것이 알고 싶다’는 2010년 3월 20일 오후 11시10분 ‘나는 여동생을 쏘지 않았다 - 정인

스스로가 수사하고 다른 수사요원을 '지휘' 하며, 독점적으로 기소 여부를 결정할 권한을 가지고 있는 검찰로 하여금 자신의 피의사실 공표라는 불법행위에 대해 수사를 하고 기소하기를 기대하는 것은 불가능한 요청이다.

수 사건'의 수사과 기소에 관련해서도 종전과 달리 검찰의 공식적인 피의사실 공표는 없었지만 유력 신문들은 앞 다투어 수사상황을 보도하고, 뒤이어 기자들이 보도 내용의 확인을 요구하면, 검찰은 '마지못해 알려 준다'는 식의 간접적 방식으로 피의사실을 공표했다.

그러나 이러한 수사기관의 공판청구 전, 즉 공소제기 전의 피의사실 공표는 형법 제126조에 따라 3년 이하의 징역 또는 5년 이하의 자격정지가 부과되는 중대한 불법행위임에도 불구하고 형법이 제정된 1953년 이래부터 현재까지 단 1건도 검찰에 의해 기소되어 형사처벌을 받은 검사나 경찰관을 찾아볼 수 없다.<sup>8)</sup> 이처럼 수사기관의 공소제기 전 피의사실 공표가 중대한 범죄행위임에도 불구하고 근절되지 않는 이유를 살펴볼 필요가 있다. 원인에 대한 근원적 치유가 없으면 어떠한 입법론적 개선방안도 효과를 거둘 수 없기 때문이다.

우선, 불법적 피의사실 공표가 자행되는 일차적 원인으로 기소독점권과 기소유예권으로 대표되는 무소불위의 검찰권과 조서를 중심으로 한 검찰지배적 형사절차를 언급할 수 있다. 검찰은 수사권과 공소제기권 및 불기소처분권으로 사건을 종결할 수 있는 독점적 권한을 가지고 있음에도 이를 통제할 제도적 장치는 전무하다. 사정이 이러하다보니 정치인이나 고위공직자의 부패사건, 국가보안법위반 등의 공안사건, 정부시책에 중대한 영향을 미칠만한 사건 등 언론 보도의 관심이 집중될 수밖에 없는 정치적 사건에 있어 검찰의 언론 브리핑은 피의사실 공표가 틀림없음에도 불구하고 전혀 '수사'나 제재가 이루어질 수 없다. 스스로가 수사하고 경찰 및 특별사법경찰관리 등 다른 수사요원을 '지휘' 하며, 독점적으로 기소 여부를 결정할 권한을 가지고 있는 검찰로 하여금 자신의 피의사실 공표라는 불법행위에 대해 수사를 하고 기소하기를 기대하는 것은 불가능한 요청이기 때문이다. 더욱이 재판 절차도 2007년 형사소송법의 대폭적인 개정으로 개선되고 있지만 여전히

속 피살 사건 미스터리'라는 주제로 정인숙 사건의 실체를 다시 추적해 화제를 일으킨 바 있다.

8) 1994년부터 2000년 사이에 불구속 기소의견으로 송치된 예가 단 1건 있으며, 2005년부터 2009년 4월까지 116건의 사건접수가 이루어졌으나 단 1건의 기소처분도 없다[사법제도개혁특별위원회, 형법 일부개정법률안(박상천 의원 대표발의) 검토보고서, 2010, 10면]. 그리고 검찰은 2010년 1월 6일 2009년 노무현 전 대통령 사건 수사과정에서의 피의사실 공표죄로 고발된 당시 검찰 간부들에 대해 무혐의 처분을 내렸다.

공개법정에서 피고인 측과 검찰 측의 변론이 활발하게 진행되는 공판중심주의가 아니라 이미 수사단계에서 받아들인 검사작성 피의자신문조서를 중심으로 검찰이 주도하는 형사절차가 진행되다보니 자신의 수사결과를 마치 확정판결인 양 언론에 공개하여 형사피고인의 무죄추정을 손쉽게 유죄추정으로 변질되게 함으로써 법원과 법관에 대해 피고인의 유무죄 판단에 일정한 영향을 미치고 재판결과에 유리한 입장을 선점하고 있다.<sup>9)</sup>

다음으로, 국민의 알 권리를 전면에 내세운 언론의 경쟁적 보도 태도를 언급할 수 있다. 언론의 기본적인 과제는 국민들이 원하는 정보를 신속하고 정확하게, 그리고 공정하게 전달하는 것인데, 정치인이나 고위공직자의 부패사건과 같이 국민적 관심이 집중된 사건이 발생한 경우에 이에 대한 신속·정확하고 공정한 보도가 국민의 알 권리를 충족시키기 위해 필요하다는 점은 부인할 수 없다. 이러한 범죄보도에 있어 한국 언론의 문제는 특종경쟁과 이윤추구의 고려로 인해 정확성과 공정성보다는 신속성과 시의성만이 강조되고 있다는 데 있다. 정치적이거나 발생하면 언론은 검찰과 피의자(피고인)라는 형사소송의 양 당사자 중 검찰의 일방적 주장에 지나지 않은, 그리고 법원에 의해 증거능력과 증거 가치가 있는 유죄의 사실로 확정되지 않은 피의사실을 최대한 신속하게, 특히 경쟁사보다 한발 앞서 보도하는 것을 지상과제로 여긴다. 온 국민의 관심이 집중된 정치적 사건일수록 뉴스로서의 가치가

높고 이러한 사건을 공판이 개시된 이후 피고인의 주장과 소추인의 주장을 정확하고 공정하게 보도하려는 것은 어쩌면 특종경쟁에서 경쟁 언론사보다 앞서야 하고 보다 많은 이윤을 추구해야 하는 언론사의 기업적 특수성을 외면한 주문일 것이다. 그 과정에서 발생하는 피의자의 인권 침해, 즉 성명권, 초상권, 사생활의 비밀 등의 피의자의 인격권의 침해와 피의자의 형사절차상의 권리인 무죄추정의 원칙, 공정한 재판을 받을 권리 등의 침해는 언론의 자유와 국민의 알 권리란 명분으로 손쉽게 정당화된다.<sup>10)</sup>

이러한 무소불위의 검찰권을 행사하는 검찰과 범죄보도의 정확성과 공정성보다는 신속성과 시의성으로 승부해야 하는 언론사의 구조적 요구가 정치권의 일정한 정치적 의도와 상호 결합할 경우 피의사실 공표는 그 빛을 발한다. 즉 이명박 정부 출범 후 역대 어느 정부와 마찬가지로 과거 정부 관계자들에 대한 대대적 사정정국에서 발생한 ‘박연차 게이트’ 수사에 있어 검찰은 아직 확정되지 않은 피의사실을 지속적으로 언론에 공표하고 노무현 정부에 비판적이었던 주요 보수언론은 검찰의 피의사실에 덧붙여 과장, 왜곡, 추측보도의 모습을 보였으며,<sup>11)</sup> 전직 대통령을 죽음으로까지 몰고 간 검찰과 언론의 피의사실 공표는 검찰 자신의 손에 의해 불기소 처분이라는 면죄부를 받았다. 검찰과 언론에 의한 피의사실 공표가 왜 이루어지고 어떠한 문제가 있는지를 이만큼이나 적나라하게 보여주는 사례가 있

9) 김기창, “피의사실 보도의 문제점”, 피의사실공표와 인권침해 공청회 자료집, 국가인권위원회, 2005, 19-20, 22면.

10) 김기창, 앞의 논문, 18-19면, 20-21면.

11) 이에 대한 상세한 분석으로는 정미정, 앞의 논문, 3면 이하 참조.

형사입법자가 공소제기 전의 피의사실 공표에 국한하여 금지한 것은 이것이 언론에 무분별하게 공표될 경우 인격권은 물론이고 무죄추정의 원칙, 공정한 재판을 받을 권리가 중대하게 침해될 우려가 있기 때문이다.

을까 싶다.

## 2. 피의사실 공표는 어떤 폐해를 낳는가?

형사입법자가 수사기관의 공소제기 후의 공소사실 내지 공판단계의 유죄 인정 여부에 관한 사실의 공표를 금지하지 않고 공소제기 전의 피의사실 공표에 국한하여 금지한 것은 단지 수사상 비밀의 누설에 의하여 위태롭게 되는 국가의 범죄수사기능을 보호하기 위함만이 아니다. 보다 본질적 이유는 피의자는 피고인과 달리 수사의 객체에 지나지 않아 진술거부권 등 형사절차상 권리가 피고인보다 제한되어 있을 뿐만 아니라 공소제기 전의 피의사실은 공소장에 기재될 공소사실의 확정 과정에 있는 불확실한 사실로서 이것이 언론에 무분별하게 공표될 경우 피의자의 명예, 사생활의 비밀, 성명권, 초상권, 개인정보 등의 인격권은 물론이고 헌법에서 보장하고 있는 피의자의 형사절차상의 기본권인 무죄추정의 원칙, 공정한 재판을 받을 권리가 중대하게 침해될 우려가 있기 때문이다. 실제로 검찰 수사과정에서 인터넷 논객 ‘미네르바’ 사건 당사자의 학력이 공표되고 보수신문들은 그 정도의 학벌을 가진 사람에게 우리 사회가 휘둘렀는가라는 논조의 칼럼과 사설을 올린 점, ‘MBC <PD수첩>’ 사건에서 피디와 작가 등 제작진 5명을 기소하면서 범죄혐의와 별 관련이 없는 작가의 사적인 이메일이 공개된 점, ‘박연차 게이트’ 사건에서 노무현 전 대통령이 박연차 태광실업 회장으로로부터 거액의 손목시계를 생일선물로 받았다는 사실이 언론에 흘러나온 점 등은 공소제기 전에 피의사실 공표가 어느 정도까지 광범위하게 이루어지고 있고, 이를 통해 피의자의 인격권과 형사절차상의 기본권이 얼마만큼 중대하게 침해될 수 있는가를 보여주는 단적인 예이다.

그런데 최근 이러한 검찰의 피의사실 공표로 인한 폐해와 관련하여 무죄추정의 원칙은 체포·구속이나 피의사실 공개 제한의 원리가 될 수 없다는 견해가 제기되고 있고, 2008년 1월 1일부터 시행된 국민참여재판의 배심원에게 일정한 영향을 미쳐 공개재판을 받을 권리가 또 다른 측면에서 침해될 수 있다는 점에서 이들 쟁점에 대한 보다 상세한 검토가 필요하다고 본다.

(1) 피의사실 공표는 무죄추정의 원칙을 침해하지 않는가?

수사기관의 공소제기 전 피의사실 공표의 폐해는 무엇보다 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지 무죄로 추정된다”(헌법 제25조 제4항 및 형사소송법 제275조의2)는 무죄추정의 원칙을 무력화하는 데 있다. 형사절차법정주의와 함께 대표적인 근대 계몽운동의 산물로서 간주되는 무죄추정의 원칙은 단순한 훈시적 규범이 아니라 다른 구체적 원리와 결합하여 형사절차 전반에 걸쳐 제도화되어 있는데,<sup>12)</sup> 무죄추정의 원칙을 보다 확실히 해주는 사전의 제도적 장치의 하나가 바로 수사기관이 피의사실을 공소제기 전에 공표할 경우에 형사처벌을 하는 피의사실 공표죄라고 할 수 있다. 형사절차의 전 과정에서 무죄의 추정을 받는 사람에게 수사기관이 공소제기 전 단계에서 피의사실을 공표하고 언론이 이를 확대 재생산하여 ‘범죄인’, ‘범인’ 혹은 ‘죄인’으로 단정하여 보도한 경우에 후일 그 당사자가 법원에서 최종적으로 무죄판결을 받는다고 하더라도 그 손해는 회복할 길이 없다. 이러한 이유에서 무죄추정의 원칙과 관련하여 피의사실 공표죄가 갖는 법제도적·사회적 의미는 결코 간과될 수 없는 중요성을 띠고 있다.

그런데 이와 같은 통설적 견해와 달리 무죄추정의 원칙은 형사피고인에 대한 유죄판결 확정까지의 입

증책임이 검찰에 있다는 것을 말할 뿐이고, 체포·구속이나 피의사실 공표 제한의 원리가 될 수 없다는 견해가 제시되고 있다.<sup>13)</sup> 그 논거로 헌법 제27조 제4항은 형사피고인에 대한 원리임을 명시하고 있다는 점, 체포·구속되거나 중대한 공익상 이유로 피의사실이 공개된 피의자에게는 헌법이 정한 무죄추정이 깨져 유죄로 추정된다는 말인지 의문이라는 점, 무죄추정을 무분별하게 확장해석하면 피의자뿐만 아니라 피고인에 대해서도 유죄확정 시까지 범죄사실을 공개하면 안 된다는 논리도 가능하게 된다는 점을 제시하고 있다.

그러나 이러한 견해는 무엇보다 무죄추정의 원리에 대한 헌법적 해석과 일치하지 않는 주장으로 동의할 수 없다. 우선, 무죄추정의 원리가 헌법에서 피고인에 대한 원리임을 명시하고 있으므로 피의사실 공표의 대상인 피의자에게 적용될 수 없다는 것은 헌법재판소와 대법원, 그리고 학계의 통설과 정면으로 배치되는 주장이다. 즉 헌법재판소는 “유죄의 확정판결이 있을 때까지 국가의 수사권은 물론 공소권, 재판권, 행형권 등의 행사에 있어서 피의자 또는 피고인은 무죄로 추정되고 그 신체의 자유를 해하지 아니하여야 한다는 무죄추정의 원칙은, 인간의 존엄성을 기본권질서의 중심으로 보장하고 있는 헌법질서 내에서 형벌작용의 필연적인 기속원리가 될 수밖에 없다”<sup>14)</sup>고 판시한 바 있다. 대법원도 피

12) 예를 들어 수사에 있어 체포와 구속과 같은 강제수사는 예외에 한하도록 한 것, 형사피의자와 피고인에게 진술 거부권이 보장되고 변호인의 조력을 받을 권리가 보장되는 것, 유죄의 입증책임은 원칙적으로 소추자인 검사가 부담하게 하는 것, 공소장 기재사실에 관하여 ‘합리적인 의심을 뛰어넘을 정도의 증명’이 없는 한 무죄로 하여야 하는 것, 자백만으로 처벌되지 않는 것, 구속되었다가 무죄를 선고받은 경우에는 국가에 대해 형사보상청구권이 있다는 것, 무죄판결이 확정된 자에게 무죄의 판결요지를 공시해야 한다는 것, 피고인의 상소권을 부당하게 제한하여서는 안 된다는 것 등이 있다[차용석·최용성, 형사소송법(제3판), 21세기사, 2008, 20-23면].

13) 안성수, “피의사실 공표죄의 적용과 한계”, 인권과 정의 Vol. 396, 2009, 131면.

14) 헌재 2001. 11. 29. 2001헌바41 결정.

수사기관의 공소제기 전 피의사실 공표의 폐해는 무엇보다 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지 무죄로 추정된다”는 무죄추정의 원칙을 무력화하는 데 있다.

의자나 피고인이라도 구속의 사유가 있으면 구속하여 신체의 자유를 제한할 수 있고 이것이 무죄추정의 원칙에 반하는 것이 아니라고 판시<sup>15)</sup>하여 무죄추정의 원칙이 피고인뿐만 아니라 피의자에게 적용됨을 분명히 하고 있고, 학계의 통설도 같은 입장이다.<sup>16)</sup> 다음으로, 중대한 공익상 이유로 피의사실이 공개될지라도 피의자의 형사절차상 기본권으로서 무죄추정의 원칙은 깨어지는 것이 아니며, 아무리 중대한 공익상의 이유가 있더라도 피의사실이 공표됨으로써 유죄추정으로 변환되는 것을 방지하기 위함이 피의사실 공표죄의 존재 이유라 본다. 그리고 무죄추정을 무분별하게 확장해석 하여 피고인에 대해서도 유죄확정 시까지 범죄사실을 공개하면 안 된다는 것은 논리비약이 아닐 수 없다. 피의사실 공표죄는 공소제기 전의 피의사실 공표가 이루어질 경우 무죄추정이 손쉽게 유죄추정으로 변질되는 것을 방지하기 위한 규범이지 공판청구 후인 공판절차에서의 공소장 기재사실까지 공표를 금지하는 규범이 결코 아니다. 공판절차에서의 공소사실 내지 재판절차의 내용의 공표를 금지할 경우 이는 더 이상 무죄추정의 원칙의 문제가 아니라 헌법 제109조에 규정한 공개주의를 정면으로 위배하는 것이다. 마지막으로, 무죄추정의 원칙이 피의사실 공표 제한원리가 될 수 없다는 근거로 미국 연방대법원의 U.S. v. Salerno 판례<sup>17)</sup>를 제시하고 있으나, 이 사안은 35번의 갈취행위로 기소된 피고인에게 1984년의 보석개혁법(The Bail Reform Act of 1984)에 따라 심문(hearing)을 거쳐 피고인의 타인과 사회에 대한 장래의 위험성(future dangerousness)이 인정되어 지방법원이 구금을 명했는데, 피고인이 이에 대해 항소한 사건이다. 항소법원은 U.S. Code § 3142(e)<sup>18)</sup>가 장래의 위험성을 근거로 공판전 구금(pretrial detention)을 정당화 한 것은 제5차 수정헌법의 적정절차의 보장을 본질적으로 침해한 것으로 위헌으로 판단했으나, 연방대법원은 이와 달리 § 3142(e)가 적법절차 조항을 침해한 것이 아니라고 하여

15) 대판 2001. 11. 30, 2001도5225.

16) U.S. v. Salerno, 481 U.S. 739 (1987).

17) 이 판결의 전문은 <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgibin/getcase.pl?court=us&vol=481&invol=739> 참고.

18) 18 U.S. Code § 3142. Release or detention of a defendant pending trial (e) Detention.—

(1) If, after a hearing pursuant to the provisions of subsection (f) of this section, the judicial officer finds that no condition or combination of conditions will reasonably assure the appearance of the person as

항소법원의 판결을 배척했다. 즉 이 사안은 미국 보석개혁법에 따른 피고인의 공판전 구금이 제5차 수정헌법의 적정절차 보장에 위반되는지 여부와 관련된 것으로 무죄추정의 원칙이 피의사실 공표 제한의 원리가 될 수 없다는 것과는 전혀 무관하다.

(2) 피의사실 공표는 공정한 재판을 받을 권리를 어떻게 침해하는가?

수사기관의 공소제기 전 피의사실 공표에 대한 형벌 부과 정당성은 피고인의 공정한 재판을 받을 권리(헌법 제26조 제1항)를 중대하게 침해한다는 데서도 찾을 수 있다. 즉 수사기관이 수사를 종결하여 무혐의 불기소처분을 하거나 확정된 공소사실을 바탕으로 공소장을 제출하기도 전에 언론 브리핑 형식으로 피의사실을 공표하고 이를 토대로 한 언론의 경쟁적 보도는 마녀사냥식의 ‘여론재판’(Medienjustiz) 내지 ‘언론에 의한 사전적 유죄판결’(Vorverurteilung durch die Medien)<sup>19)</sup>을 이루어지게 함으로써 피고인으로 하여금 적법절차에 따른 공정한 재판을 받을 권리를 중대하게 침해한다. 이는 언론이 피고인의 유무죄에 대한 법원의 최종 판단이 내려지기 전에 사건의 관련성 여부나 증거능력의 인정 여부를 불문하고 모든 증거를 수집, 평가한 다음 혐의자에 대하여 유리·불리한 의견을

단정적으로 제시함으로써 여론의 형태로 사실상 유죄판결이 내려짐을 의미한다. 이러한 여론재판은 아무리 중요한 증거가치를 포함하는 것이라도 피고인의 자백이 고문 등에 의해 이루어진 경우 증거능력을 부정하는 자백배제법칙(형사소송법 제309조), 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거의 증거능력을 배제하는 위법수집증거배제법칙(형사소송법 제308조의2) 등의 증거법칙을 전혀 작동되지 않게 한다. 나아가 유무죄에 대한 단정적이고 예단적인 언론 보도는 법관으로 하여금 사회적으로 적대시되는 피고인에 대해 이미 광범위하게 조성된 여론에 의한 단죄를 무시하고 유리한 판결을 선고하는 데에 힘겨운 결단과 사회적 비난을 감수하게 하거나, 반대로 이러한 결단과 사회적 비난을 회피하고 손쉽게 여론에 따라가는 판결을 내리려는 유혹에 빠지게 함으로써 피고인에게서 법과 양심에 따라 독립성이 보장되는 법관에 의해 재판 받을 권리를 박탈한다.<sup>20)</sup>

그리고 피의사실 공표에 따른 여론재판은 국민참여재판의 배심원에게 일정한 영향을 미쳐 공개재판을 받을 권리가 또 다른 측면에서 침해될 수 있다는 점에서 문제의 심각성이 있다. 국민참여재판의 대상사건에는 형법 제250조(살인, 존속살해), 제301조의2(강간 등 살인·치사), 제305조 중 제301조·제301조의2 부분(미성년자 간음추행 상해·치상·살인·치사) 등<sup>21)</sup> 국민적 비난 여론이 높게

required and the safety of any other person and the community, such judicial officer shall order the detention of the person before trial. 대표적으로 이재상, 신형사소송법(제2판), 박영사, 2010, 112면.

19) 이에 대한 상세한 분석으로는 Hassemer, “Vorverurteilung durch die Medien?”, NJW 1985, 1921면 이하; Roxin, “Strafrechtliche und strafprozessuale Probleme der Vorverurteilung”, NStZ 1991, 153면 이하 참조.

20) 김환수, “피의사실 공표와 인권침해 공청회 토론회 요지”, 피의사실공표와 인권침해 공청회 자료집, 국가인권위원회, 2005, 55-56면.

21) 국민의 형사재판참여에 관한 법률 제5조.

여론재판은 아무리 중요한 증거가치를 포함하는 것이 라도 형사소송법상 ‘자백 배제법칙’이나 ‘위법수집 증거배제법칙’ 등의 증거 법칙을 전혀 작동되지 않게 한다. 나아가 법관으로 하여금 힘겨운 결단과 사회적 비난을 감수하게 함으로써 피고인에게서 법과 양심에 따라 독립성이 보장되는 법 관에 의한 재판 받을 권리를 박탈한다.

형성되는 중대 범죄가 포함되어 있다. 이러한 사건은 언론의 집중적 관심을 받을 수밖에 없는데, 배심원으로 선정되어 국민참여재판에 참여하기도 전에 피의사실 공표와 그에 따른 부정적 언론 보도를 통해 피고인에 대한 선입견을 갖게 된 배심원이 얼마나 공정한 평결에 도달할 수 있을지 의문이다. 이러한 문제를 예상하여 국민참여재판법률 제28조는 법원이 배심원후보자가 불공정한 판단을 할 우려가 있는지 여부 등을 판단하기 위하여 배심원후보자에게 질문을 할 수 있고, 불공정한 판단을 할 우려가 있다고 인정되는 때에는 법원의 직권 또는 검사·피고인·변호인의 기피신청에 따라 당해 배심원후보에 대하여 불선정결정을 하도록 규정하고 있다. 하지만 언론 보도를 통해 이미 형성된 피고인에 대한 부정적 선입견을 명시적으로 표현하지 않는 한 불공정한 판단의 우려를 인정하기는 어려울 것으로 판단된다.

공소제기 전 피의사실 공표가 법관과 배심원에게 편견을 심어 주어 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지의 여부는 미국 연방대법원에서 1960년 이후 ‘공판전 언론공표’ (Pretrial Publicity)의 문제로 다루어지기 시작했다. 이 문제를 다룬 대표적 사안으로 Irvin v. Dowd 사건(1961년)<sup>22)</sup>을 언급할 수 있다.<sup>23)</sup> Irvin v. Dowd 사건에서 피고인 레슬리 어빈(Leslie Irvin)은 Indiana의 시골 지역에서 6번 살인을 저지른 혐의로 체포되어, 그 중 하나에 관련된 혐의로 기소되었다. 그런데 어빈 체포 후 에반스빌(Evansville) 경찰과 반더버그(Vanderburgh) 지역검사는 ‘미친개 어빈’(Mad Dog Ivrin)이 1954년부터 1955년까지에 발생한 6개의 살인사건을 모두 자백했다고 기자들에게 공표했으며, 어빈의 재판 전에 인쇄되었거나 방송된 많은 기사들은 그를 6개 살인사건의 살인자로 만들어 버렸다. 어빈은 지방법원과 항소법원에 의해 사형이 선고되었으나, 공판전 언론공표에 의해 자신이 편견이 없는 배심원에 의해 공정한 재판을 받지 못하였다고 주장하였다. 1961년 연방대법원은 12명의 배심원 중 8명이 재판이 시작되기 전에 어빈이 유죄임이 결정되었다는 것을 들었다는 점에 주목하면서 어빈의 주장

22) Irvin v. Dowd, 366 U.S. 717, 81 S. Ct. 1639, 6 L. Ed. 2d 751 (1961). 이 판결의 개요에 대해서는 <http://supreme.justia.com/us/366/717/index.html> 참조.

23) 그 밖에도 Sheppard v. Maxwell, 384 U.S. 333, 86 S. Ct. 1507, 16 L. Ed. 2d 600 (1966)을 언급할 수 있다. 이 판결의 개요에 대해서는 <http://supreme.justia.com/us/384/333/> 참조.

에 동의했다. 이러한 용인에도 불구하고 재판관은 배심원단이 공평한 평결을 내릴 수 있었다는 배심원의 최종적 진술을 수용했다. 그러나 연방대법원은 실질적으로 언론공표에 둘러싸인 이 사건이 배심원의 공평성에 대한 법관의 결정을 잘못되게 했음을 지적하면서 어빈이 언론공표에 의해 공정한 재판을 받지 못했음을 인정하고 재판지 변경을 명령하였다. 이 판결을 통해 공판전 언론공표가 실질적일 때 심리 법원은 배심원의 공평성의 주장을 반드시 받아들일 필요가 없음이 기본적 규칙으로 자리 잡았다.

이러한 연방대법원의 판단과 관련하여 심리 법원은 편파적인 공판 전 언론공표를 극복하기 위한 여러 방법을 강구하고 있다. 일반적 전략의 하나는 검사, 피고인측 변호인, 기타 재판 관련자로 하여금 사건에 대한 공개적 논평을 금지하도록 명령하는 것이다. 그리고 법원은 검찰 측과 피고인 측에게 배심원이 공판 전 언론공표에 노출되고 이미 피고인의 유무죄에 대한 심증을 굳힌 사람인지 여부를 가려내기 위한 기회를 부여하기 위해 광범위한 배심원 질문지를 허용하곤 한다. 이에 따라 법원은 재판의 진행 과정에서 배심원을 배제할 수 있다. 또 다른 전략은 당해 사건에 대한 언론 보도가 사라질 때까지 재판을 연기하는 것이다.<sup>24)</sup>

### III. 피의사실 공표를 둘러싼 법적 쟁점 검토

1. 피의사실 공표죄와 국민의 알 권리: 검찰의 수사공보준칙과 법원의 영장열람 금지조치는 국민의 알 권리를 제한한 것인가?

‘박연차 게이트’ 사건으로 검찰의 피의사실 공표가 또 다시 문제되자 검찰은 ‘인권보호를 위한 수사공보준칙’ (이하 ‘수사공보준칙’ 이라 한다)을 2010년 1월 26일 제정<sup>25)</sup>하고 4월 23일 일부 내용을 신설 내지 수정<sup>26)</sup>하였다. 수사공보준칙의 핵심 내용은 공소제기 전 수사사건에 대한 혐의사실 및 수사상황 등 수사관련 내용 일체를 원칙적으로 공개하지 못하도록 선언한 것이다(수사공보준칙 제3조, 제9조). 다만, 사건 관계인의 인권을 침해하거나 수사에 지장을 초래하는 중대한 오보 또는 추측성 보도 방지, 범죄피해 확산 방지, 공공의 안전에 대한 급박한 위협 대응, 범인검거 및 중요한 증거발견을 위해 필요한 경우에는 예외적으로 공개할 수 있도록 하고(수사공보준칙 제10조), 수사내용에 대한 공보가 허용되는 경우에도 엄격한 요건과 절차에 따르도록 하였다(수사공보준칙 제11조 내지 제16조). 그리고 2010년 6월 18일 대법원도 법원에서 체포·구속영장 등이 외부로 유출되어 피의사실이 공표되거나 타인의 명예

24) <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Pretrial+Publicity> 2010.8.20. 검색.

25) 법무부훈령 제761호.

26) 법무부훈령 제774호. 주요 개정 내용은 「특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법」 제8조의2 및 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제23조 제1항에 의하여 얼굴 등 신상정보 공개가 허용되는 흉악범·성폭력범에 대해 기판정 사건승인을 받아 촬영·녹화·중계방송 및 얼굴·실명·나이 공개 허용(제23조 제2항 신설)하고, 공보의 서두에 명시하는 무죄추정 표현으로 “공개되는 범죄사실은 혐의일 뿐 확정된 사실이 아님을 유의하여 주시기 바랍니다”를 “공개되는 범죄사실은 재판에 의하여 확정된 사실이 아님을 유의하여 주시기 바랍니다.”로 변경(제14조 제2항 및 별지 제1호의 1, 2 서식)한 것이다.

피의사실공표를 원칙적으로 금지하고자 하는 검찰의 수사공보준칙과 대법원의 예규는 원칙을 다시금 확인한 것으로 긍정적으로 평가할 수 있다.

이에 대한 언론계의 비판은 수사기관의 공소제기 전 피의사실 공표 금지가 원칙이었음을 애써 외면하는 태도이다.

를 훼손하게 되는 것을 사전에 예방하기 위해 ‘인신구속사무의 처리에 관한 예규’ (대법원예규 제1312호) 제12조의2에서 “체포·구속영장 및 그 청구서는 법령에 의하여 허용되는 경우를 제외하고는 이를 열람하게 하거나 그 사본을 교부하는 등으로 공개하여서는 아니 된다”는 내용을 신설하였다.

이러한 검찰수사공보준칙과 대법원예규에 대해 언론은 언론에 재갈을 물리겠다는 수사공보준칙으로 언론의 손발을 묶고 눈과 귀를 가리는 장치만 겹겹이 만들어 놓은 것이라거나,<sup>27)</sup> 영장을 못 보는 데 따른 국민의 알 권리 침해 등의 폐해와 언론의 국가기관 감시기능이 저하된다<sup>28)</sup>는 비판을 제기하고 있다.

그러나 이러한 언론의 비판은 타당하지 않다고 본다. 첫째, 검찰과 대법원이 그간 관행적으로 이루어졌던 피의사실 공표라는 불법행위를 원칙적으로 금지하고자 하는 수사공보준칙과 대법원예규는 원칙을 다시금 확인한 것으로 긍정적으로 평가할 수 있다. 언론계의 비판은 수사기관의 공소제기 전 피의사실 공표 금지가 원칙이었음을 애써 외면하는 태도이다. 그간 피의사실 공표를 토대로 사회부 기자들은 경찰서나 검찰청, 법원에서 진을 치고 밤샘을 하면서 자신과 자신의 조직이 동원할 수 있는 정보원을 사용하여 피의사실의 내용을 캐내어 보도하여 왔다. 하지만 이러한 언론인의 행위는 수사기관의 불법행위에 기초한 것으로 이 부분은 개선되어야 할 사항이지 검찰과 대법원이라는 국가기관이 피의사실 공표로 인해 침해되는 피의자의 인권을 보호하고자 형법상 금지규범을 준수하겠다는 것을 비판의 대상으로 삼음은 문제가 있다. 둘째, 외국의 입법례<sup>29)</sup>를 보더라도 수사기관의 피의사실 공표를 금지할 뿐더러 국민의 알 권리 충족을 위한 언론의 피의사실 보도에 있어서도 일정한 제한이 따를 수 있음을 알 수 있다. 대표적으로 독일에서는 피의사실 공표죄와는 다르지만 독일 형법 제353zod 제3호에 따라 공판에서의 낭독 또는 소송절차종료 이전에 공소장 또는 형사소송절차·과태료부과절차·징계절차에 관한 기타 공적 문서의 전부 또는 주요 부분을 원문대로 공

27) 동아일보 2010년 1월 22일자 기사

[http://news.khan.co.kr/kh\\_news/art\\_print.html?artid=201001222323025](http://news.khan.co.kr/kh_news/art_print.html?artid=201001222323025)  
2010.08.08. 검색.

28) 미디어 오늘 2010년 7월 1일자 기사

<http://www.mediatoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=89330>  
2010.08.08. 검색.

29) 이에 대해 자세히는 이한성, “피의사실 공표죄 토론자료”, 인권과 정의 Vol. 396, 2009, 121면 이하, 123면 이하 참조.

연히 전달한 자에 대해 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하도록 함으로써 공소제기 전 피의사실에 국한하여 공표를 금지하는 피의사실 공표죄보다 그 적용범위의 폭이 훨씬 넓다.<sup>30)</sup> 더욱이 독일 법원조직법 제169조에 따르면 “판결 및 결정의 선고를 포함하는 판결법원에서의 절차는 공개한다. 라디오·텔레비전 등으로 방송하는 것과 공람을 위하거나 그 내용을 공표할 목적으로 녹음 및 영화 촬영하는 것은 허용되지 않는다”고 규정하여 공개주의를 천명하면서도 피고인의 인권이 현저히 침해될 우려가 있음을 근거로 법정심리에 대한 라디오·TV 방송의 절대적 금지를 유지하고 있다.<sup>31)</sup> 독일에서는 이러한 규정에 의해 수사 중인 사건에 관하여는 원칙적으로 언론발표를 하지 않고, 수사가 종결된 후 테러사건이나 정치적 스캔들처럼 사회적 관심을 집중시킨 사건에 한하여 예외적으로 검찰 공보관이 가치평가적 확인을 배제하고 확실하게 규명된 범위 내에서 사실관계만 예외적으로 언론 브리핑을 하고 있다. 보다 구체적으로 독일의 ‘형사절차와 질서위반금지절차를 위한 지침’(RiStBV) 제23조는 언론공보에 관한 일반적인 선언적 규정으로서 공개적 보도의 경우 신문, 라디오, 그리고 TV와 함께 공개적 의견형성을 위해 이들의 특별한 임무와 중요성을

고려하여 공동으로 협력하여야 하며, 이러한 보도는 수사목적에 위태롭게 하거나 공판의 결과를 예견해서도 안 된다. 피의자의 공정한 재판에 대한 권리를 침해해서도 안 된다. 그리고 언론에 의한 일방적인 보도에 대처하기 위해 공소제기와 공소장의 개별 내용은 피고인에 대한 고지 이후 또는 그 밖의 방법에 의한 공지가 이루어진 이후에만 원칙적으로 공개가 허용된다.<sup>32)</sup> 이러한 연방지침을 바탕으로 개개의 주에서 이루어진 보충적인 조치를 보면, 예컨대 Saarland 주의 경우 검찰이 언론에 대해 서면으로 설명과 정보를 제공할 때에는 동시에 소송관계인에 대해서도 그 내용을 알려야 하며, 검찰의 기자회견에는 피의자와 그 변호인이 기자회견 시에 출석하고 반대의견을 제시할 수 있도록 알려주어야 할 의무가 있으며, 잘못된 사실의 전파에 의해 야기된 선입견에 대해서는 이를 시정하는 설명으로 대체할 의무가 있다고 규정하고 있다.<sup>33)</sup> 셋째, 수사공보준칙과 대법원예규가 언론의 국가기관 감시기능을 저하할 수 있다는 비판은 언론의 국가기관 감시기능의 오해에서 비롯된 측면이 있다. 언론이 국가기관 감시기능을 확대하여 국가권력의 민주적 통제에 기여하고자 한다면 수사가 은폐·조작되고 있는 지, 수사가 편파적이 아닌 공정하게 이루어지고 있는

30) 독일 형법 제353조의d에 대한 상세한 설명으로는 Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, Strafgesetzbuch, 27. Aufl., 2006, § 353d Rn. 1 ff.

31) 이에 대한 상세한 분석으로는 김재윤, “독일과 한국의 공개주의와 그 제한에 관한 비교법적 고찰”, 형사법연구 제21호, 2004, 297, 312면 이하 참조.

32) Nr. 23 der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) vom 1. Januar 1977 geändert mit Wirkung vom 1. Januar 2008. <http://www.bmj.bund.de/files/-/2720/RiStBV%20Stand%202008-01-01.pdf> 2010.8.26. 검색.

33) Allgemeine Verfügung Informationserteilung an Press und Rundfunk (AV des MdJ Nr. 12 1986) vom 18. Juli 1986, Gem. Min. Blatt Saarland S. 390(박용상, “언론의 자유와 공정한 재판”, 헌법논총 제16집, 헌법재판소, 2005, 120면에서 재인용).

언론이 국가권력의 민주적 통제에 기여하고자 한다면 경찰, 검찰, 법원 업무 전반에 비판적 감시가 우선되어야 하지 공소제기 전 피의사실을 확대 재생산하여 보도하거나 법원에 접수된 영장신청서의 내용을 보도한다고 언론의 감시기능이 향상되는 것은 아니다.

지, 검찰이 공소권을 정치적으로 독립하여 적정하게 행사하고 있는지, 법원의 재판이 여론의 영향을 받거나 특정계층의 이익만을 대변하지 않고 공정하게 이루어지고 있는지 등 경찰, 검찰, 법원 업무 전반에 비판적 감시가 우선되어야 하지 피의자의 인권침해가 끊임없이 문제되고 있는 공소제기 전 피의사실을 확대 재생산하여 보도하거나 법원에 접수된 영장신청서의 내용을 보도한다고 감시 기능이 향상되는 것은 아니기 때문이다.

따라서 피의사실 공표를 원칙적으로 금지한 수사공보준칙과 영장열람을 금지한 대법원에규는 언론의 비판과 달리 피의사실 공표의 폐해를 방지하기 위한 적절한 조치라 평가할 수 있다. 하지만 이러한 긍정적인 평가에도 불구하고 수사공보준칙에 대해서는 다음과 같은 문제점을 지적하지 않을 수 없다. 우선, 수사공보준칙은 제3조와 제9조를 통해 수사사건의 공개금지, 기소 전 공개금지를 원칙으로 선언하고 있으면서도 제10조와 제12조를 통해 예외적 공개와 구두브리핑의 허용을 광범위하게 인정하고 있다. 이러한 광범위한 예외조항에 따르면 공개금지가 원칙이 아니라 예외로 전락할 위험성이 크다. 다음으로, 법률 체계상의 문제로 형법이라는 법률에 의해 피의사실 공표를 금지하면서 위법성조각에 대한 특별한 근거규정을 두고 있지 않음에도 불구하고 하위 법령인 수사공보준칙에 의해 공표금지의 예외, 즉 위법성조각사유를 인정할 수는 없다. 이는 예컨대 절도죄를 형법에 의해 금지하면서 법무부 훈령에 의해 절도죄의 허용규범을 만들어 위법성조각을 인정하는 것과 다를 바 없다. 피의사실 공표에 대한 허용규범이 필요하다면 훈령이 아닌 형법에서 규정되어야 한다. 마지막으로, 수사공보준칙 제32조에 따르면 위반행위에 대한 조치로 감찰 실시만을 규정하고 있는데, 직무위반 행위시 당연히 받아야할 자체 내부 감찰만으로 피의사실 공표를 적절히 규제할 수 있을지 의문이다. 위반행위가 문제 되었을 경우 적어도 외부 감찰과 검찰의 직권수사가 이루어지고 이를 토대로 공소제기도 가능해야만 수사공보준칙을 벗어난 피의사실 공표가 근절될 수 있을 것이다.

2. 피의사실 공표죄의 주체: 법관, 법원의 일반직원 및 언론 종사자도 본죄의 주체에 포함될 수 있는가?

피의사실 공표죄의 주체는 검찰·경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하

는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자이다. 주체가 특수공무원에 한하므로 진정신분범이며, 진정직무범죄 및 특수직무범죄에 속한다. 검사는 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자이고, 검찰사무관·검찰주사·사법경찰관리는 범죄수사를 보조하는 자이며, 수사검사가 속한 검찰청의 검사장은 이를 감독하는 자이다.

피의사실 공표죄의 주체와 관련하여 한편으로 검사가 청구한 구속영장, 체포영장, 압수·수색·검증영장 등을 심사하여 이를 발부하거나 기각한 판사나 검사가 청구한 각종 영장 및 그 부속서류를 전달, 보존, 관리하는 직무를 담당하는 법원의 일반직원도 본죄의 주체에 포함될 수 있다는 견해가 있다. 그 논거로 법관에 대해서는 법관의 영장심사 및 허가는 수사직무상의 감독으로 볼 수 있고 형사사법절차에서의 인권보호와 국가의 범죄수사권의 보호라는 측면에서 영장 심사판사에 의한 피의사실 공표 또한 사법적 통제의 대상에서 제외될 수 없으며,<sup>34)</sup> 마찬가지로 법원의 일반직원도 범죄수사에 관한 직무를 보조하는 자로 파악할 수 있다는 점을 제시하고 있다.<sup>35)</sup> 그러나 이러한 견해는 피의사실 공표죄가 현재와 같이 사문화 된 주된 이유는 그간 검찰이 스스로를 수사하고 공소제기할 의지가 없다는 데에 있지 본죄의 주체가 법관과 법원의 일반직원까지

포함하고 있지 않은 데서 비롯된 것이 아니라는 점, 설사 법관과 법원의 일반직원에 의한 피의사실 공표가 있었다고 하더라도 공무상비밀누설죄나 명예훼손죄로 기소 및 처벌이 가능하다는 점,<sup>36)</sup> 영장발부에 대한 법원의 심사권한은 강제처분의 적법성과 필요성을 판단하는 법적 권한일 뿐이고 검찰에 대한 수사직무상 감독권한이라고 보는 것은 일상적 언어관용에 반하는 것으로 정당한 해석이라고 할 수 없다는 점<sup>37)</sup>의 이유로 찬성하기 어렵다.

다른 한편으로 피의사실 공표죄의 주체에 언론종사자까지도 포함시킬 수 있다는 견해가 있다. 경찰이나 검찰은 수사비밀 유지의무(형사소송법 제198조)에 유념하여 피의사실의 공개를 꺼리는 경우에도 언론종사자들이 법원에 접수된 구속영장의 기재내용을 입수하여 보도하는 사례가 많기 때문에 본죄를 신분범으로 규정할 이유가 없음을 논거로 제시한다.<sup>38)</sup> 그러나 이러한 견해는 타당하지 않다고 본다. 왜냐하면 피의사실 공표죄는 범죄수사에 관한 직무를 행하거나 이를 감독·보조하는 자인 수사기관 종사자에게 피의사실을 공소제기 전까지 공표하지 말라는 의무를 부과하여 피의자의 인권을 보호하기 위한 범규범이지 그로부터 전해들은 제3자인 언론의 자유를 규제하기 위한 범규범이 아니기 때문이다. 설사 언론종사자가 공식절차를 거치

34) 김일수/서보학, 형법각론(제6판), 박영사, 2004, 799면; 박상기, 형법각론(제6판), 박영사, 2005, 631면; 진계호/이준걸, 형법각론(제6판), 대왕사, 2008, 815면; 오영근, 형법각론, 박영사, 2005, 872면; 임웅, 형법각론(개정판 보정), 법문사, 2008, 805면; 이원석, “알 권리와 피의사실공표죄의 관계”, 해외파견검사연구논문집 제21집 2권, 법무연수원, 2006, 130-131면.

35) 법률신문 2010년 6월 16일자 기사.

36) 표창원, “피의사실공표의 형법적 한계 -피의사실공표죄를 중심으로-”, 치안정책연구 15호, 치안정책연구소, 2001, 50면.

37) 김기창, 앞의 논문, 36-37면.

38) 이근우, “중간수사발표에 대한 피의사실공표죄 적용의 몇 가지 쟁점”, 비교형사법연구 제10권 제1호, 2008, 266면.

형법이라는 법률에 의해 피의사실 공표를 금지하면서 위법성조각에 대한 특별한 근거규정을 두고 있지 않음에도 불구하고 하위 법령인 수사공보준칙에 의해 공표금지의 예외, 즉 위법성조각사유를 인정할 수는 없다.

지 않고 피의사실을 지득하여 보도했다 하더라도 그 과정상 불법행위가 있다면 그에 대해 관련 법규를 적용하면 될 것이다. 다만 언론 종사자가 통상 수사기관의 언론 브리핑을 통한 피의사실 내용을 보도함을 넘어 사전에 수사기관 종사자와 피의사실 공표를 공모하고 그 사실 유무에 대한 적극적인 확인 노력조차 없이 보도하여 기능적 행위지배가 인정된다면 피의사실 공표죄의 공동정범으로, 피의사실 공표에 교사 또는 방조의 공범형태로 가담했다면 피의사실 공표죄의 교사범 또는 방조범으로 처벌할 수 있겠으나,<sup>39)</sup> 이러한 범죄참가 형태는 극단적인 예에 불과하다. 피의사실 공표죄의 실질적인 적용과 집행이 이루어지지 않아 불법적 관행이 지속되는 현상을 근절하기 위해 영똥하게도 선의의 제3자를 처벌대상으로 확대함으로써 문제를 해결하려는 시도는 문제를 해결하지 못한 채 언론의 자유 침해라는 또 다른 중대한 문제만을 야기할 뿐이다.<sup>40)</sup>

### 3. 피의사실 공표죄의 위법성조각사유 : 국민의 알 권리에 의한 위법성조각?

피의사실 공표 행위의 위법성 판단과 관련하여, 수사기관의 중간수사발표라는 이름으로 행해지는 언론 브리핑을 통한 피의사실 공표가 제126조의 구성요건에 해당함을 부인하는 견해는 찾아볼 수 없다. 수사기관의 공소 제기 전 피의사실에 대한 언론 브리핑은 ‘피의사실 공표’ 행위의 전형적인 형태이기 때문이다. 하지만 이 경우 수사기관이나 언론은 대부분 ‘국민의 알 권리’를 근거로 하여 형법 제20조의 ‘기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위’로서 제126조의 위법성이 조각, 즉 정당화된다고 한다. 그리고 학계의 소수 견해는 피의사실 공표는 피의자에 대해서는 명예훼손죄의 성격을 띠고 있으므로 형법 제310조의 위법성조각사유를 유추적용하고 제310조에 의해 위법성이 조각되지 않을 경우에 제20조에 의해 정당화할 수 있다고 한다.<sup>41)</sup>

형법 제310조와 제20조 내지 제24조의 위법성조각사유의 관계에 있어 제

39) 같은 견해로 표창원, “[피의사실 보도의 문제점] 발제에 대한 토론문”, 피의사실공표와 인권침해 공청회 자료집, 국가인권위원회, 2005, 44면.

40) 이원석, 앞의 논문, 131면.

41) 오영근, 앞의 책, 873면.

310조가 단순명예훼손죄(제307조 제1항)에 대해서만 특별히 적용되는 위법성조각사유이므로 피의사실 공표죄에 대해서도 제310조를 유추적용할 수 있는지 여부를 우선 검토할 필요가 있다. 이와 관련하여, 형법 제310조에 따르면 사실적시에 의한 명예훼손의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니하므로 이를 제126조에 유추적용하여 피의사실 공표에 있어 피의사실의 진실성, 공표의 공익성, 주관적 정당화요소로서 피의사실의 진실 여부에 관한 성실한 검토의무·확인 의무(사실의 진실성에 대한 상당성)를 갖출 경우에 위법성이 조각될 수 있다는 견해가 있다.<sup>42)</sup> 반면에 학계의 다수견해는 제126조는 국가적 법익 이외에 개인적 법익을 보호법익으로 하고 있기 때문에 피의자의 인권보장을 위해 공공의 이익에 관한 경우에도 위법성이 조각되지 않는다고 한다.<sup>43)</sup>

생각건대 피의사실 공표가 공공의 이익에 부합한다고 하더라도 제310조를 유추적용하여 위법성조각을 인정할 수 없다고 본다. 이를 긍정하면 수사기관의 피의사실 공표는 국가기관의 수사 활동에 대한 내용으로 피의사실이 진실이라는 강한 신뢰성을 인정할 수 있고, 공표의 목적도 개인적 이익이 아닌 국민의 알 권리 충족이라는 공공의 이익을 위한 것임이 손쉽게 인정되므로 제126조를 형해화할 위험이 크기 때문이다. 그리고 제126조는 제307조 제1항과 달리 행

위주체가 수사기관 종사자로 한정되어 있고, 보호법익도 단지 인격적 가치에 대한 사회적 평가로서의 외부적 명예를 넘어서 피의자의 사생활의 비밀과 자유, 명예 및 형사사법절차에서의 피의자의 인권과 국가의 범죄수사권으로 파악하고, 그에 따라 반의사불벌죄와 같은 별도의 소추요건을 두고 있지 않다는 중대한 차이점이 있다. 다만 수사기관이 아닌 언론이 피의사실을 보도한 경우에 이는 피의자의 명예훼손이라는 민사상 불법행위이므로 언론사와 그 종사자는 민사판례의 태도와 같이 형법 제310조를 원용하여 민사불벌의 위법성조각을 인정할 수 있다고 본다.<sup>44)</sup>

이처럼 피의사실 공표죄에 대해 제310조의 유추적용이 허용되지 않는다면 다음으로 ‘국민의 알 권리’<sup>45)</sup>를 바탕으로 제20조의 ‘기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위’에 의한 위법성조각 여부를 검토가 요구된다. 우선 제20조 소정의 ‘기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위’라 함은 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말한다. 판례는 일관되게 사회상규위배 여부의 구체적 판단기준으로 ① 그 행위의 동기나 목적의 정당성, ② 행위의 수단이나 방법의 상당성, ③ 보호이익과 침해이익과의 법익권형성, ④ 긴급성, ⑤ 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다고 한다.<sup>46)</sup> 학설도 판례의 이러한 기준

42) 오영근, 앞의 책, 873면; 이원석, 앞의 논문, 164면 이하. 다만 이원석 검사는 형법 제310조의 위법성조각사유의 판단기준보다 엄격하게 적용하는 것이 타당하다는 입장이다.

43) 박상기, 앞의 책, 632; 손동근, 형법각론(제3개정판), 율곡출판사, 2010, 752면; 이재상, 앞의 책, 712면; 정성근/박광민, 형법각론(제3판), 삼지원, 2008, 787면.

44) 대판 1991.1.26, 97다10215, 10222 판결.

45) 이에 대한 상세한 분석으로는 이원석, 앞의 논문, 136면 이하 참조.

46) 대판 1986.10.28, 86도1764; 대판 1994.4.15, 93도2899; 대판 1999.1.26, 98도3029; 대판 2000.3.10, 99도

국민의 알 권리는 국가에 대한 추상적 정보 접근권으로서 그 침해는 간접적이고 불확정적인 다수 국민의 권리에 대한 것임에 반해 피의사실 공표로 침해되는 피의자의 인권은 구체적이고 직접적이라는 점 등을 고려한다면 국민의 알 권리라는 보호이익이 피의자의 인권 침해보다 우월하다고 보기 어렵다.

을 받아들이고 있다. 수사기관의 피의사실 공표를 이러한 사회상규위배 여부의 구체적 판단기준과 관련하여 판단하면, 피의사실 공표 행위의 동기나 목적의 정당성, 그 수단이나 방법의 상당성은 국민의 알 권리를 위한 것이고 공식적인 언론 브리핑에 의한 것이므로 인정될 수 있다. 문제는 법익권 형성, 긴급성 및 보충성의 요건이다. 우선 피의사실 공표는 국민의 알 권리와 언론의 보도의 자유를 통한 공익의 실현이라는 보호이익을 달성하는 반면에 피의자의 인권을 침해한다. 그런데 국민의 알 권리는 검찰권의 공정한 행사를 위한 헌법원칙, 피의자·피고인의 기본권을 최소한도로 침해하는 범위 내에서 충족되어야 하는 바, 공소제기 전 피의사실 공표로 인해 피의자의 인격권, 무죄추정권과 공정한 재판을 받을 권리 등의 형사절차상의 피의자의 인권을 중대히 침해하면서 국민의 알 권리가 충족되고 있다는 점, 피의사실 공표되는 피의사실에 대한 국민의 알 권리 내지 보도의 자유를 형사절차 전반에 걸쳐 금지한 것이 아니라 단지 공소제기 전에 국한하여 제한한 것으로 아직 공소제기 전 피의사실은 불확정한 사실로서 이것이 공소제기 전 일반 국민에게 공표되면 피의자의 인권이 중대히 침해될 우려를 방지하기 위한 합리적인 제한으로 볼 수 있다는 점, 설사 공소제기 전 피의사실 공표 금지로 인해 국민의 알 권리가 침해되었다 하더라도 국민의 알 권리는 국가에 대한 추상적 정보 접근권으로서 그 침해는 간접적이고 불확정적인 다수 국민의 권리에 대한 것임에 반해 피의사실 공표로 침해되는 피의자의 인권은 구체적이고 직접적이라는 점 등을 고려한다면 국민의 알 권리라는 보호이익이 피의자의 인권 침해보다 우월하다고 보기 어렵다. 더욱이 공소제기 후, 즉 공판단계에서는 보도의 자유가 충분히 인정되므로 이 단계에서 국민의 알 권리는 충분히 보호될 수 있다. 따라서 수사기관이 특별한 사정이 없는 한 공소제기 전 단계에서 피의사실을 공표할 긴급성과 보충성도 없다고 본다. 다만, 고위공직자 부패사건과 같이 범죄의 성격상 범죄발생 자체를 널리 알려야 할 긴급한 필요가 있는 경우, 보이스피싱과 같이 범죄예방의 차원에서 긴급한 홍보를 하여야 하는 경우, 연쇄살인사건의 도주 피의자의 체포와 같이 수사상 현실적 필요에 의하여 피의자를 공개수배할 필요가 있는 경우 등에 있어 수사기관의 피의사실 공표는 앞서 언급한 사회상규위배 여부에 관한 요건을 모두 충족하므로 제20조에 의한 위법성조각이 가능하다.

#### IV. 피의사실 공표죄의 입법론적 개선방안

##### 1. 형법 일부개정법률안: 박상천 의원 대표발의안 과 이한성 의원 대표발의안

국회 차원에서도 피의사실 공표죄의 폐해를 인식하고 이를 개선해야 한다는 목소리가 있었고, 그 결과물이 박상천 의원 대표발의안(이하 ‘박상천 의원안’이라 한다)과 이한성 의원 대표발의안(이하 ‘이한성의원안’이라 한다)이다. 먼저 박상천 의원 대표발의안은 ① 검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 그 직무상 알게 된 혐의사실과 수사상황 또는 그 내용이 포함된 수사관계 서류, 증거물 등을 공판청구 전에 발표, 공개한 때에는 5년 이하의 징역 또는 7년 이하의 자격정지에 처하고(안 제126조 제1항), ② 안 제126조 제1항의 행위와 관련하여 공판청구 전에 혐의자나 피해자 기타 사건관계인에 대하여 그 의사에 반하여 성명을 발표, 공개하거나 또는 사진을 촬영하게 하거나 사진 등 초상을 발표, 공개한 때에도 5년 이하의 징역 또는 7년 이하의 자격정지에 처하며(안 제126조 제2항), ③ 안 제126조(수사상황 등의 발표, 공개금지)에 불구하고 수사기관은 고위공직자 등이 관련되거나 기타 국민적 관심의 대상이 되는 사건 또는 불특정다수인의 생명, 재산, 명예 등에 관계되는 중요사건에 있어서 국민들의 의혹 또는 불안을 해소하거나 범죄예방을 위하여 필요한 경우 등 중대한 공익상의 필요가 있는 때에

는 혐의사실과 수사상황 등을 공식적으로 발표, 공개할 수 있도록 하고 있으며(안 제126조의2 제1항 신설), ④ 안 제126조의2 제1항의 수사상황 등의 발표, 공개는 일정 조건을 준수하여야 하며, 이를 위반한 때에는 3년 이하의 징역 또는 5년 이하의 자격정지에 처하도록 하고(안 제126조의2 제2항 신설), ⑤ 수사기관의 장은 언론기관의 수사상황 등에 관한 오보 또는 왜곡된 보도로 인하여 혐의자, 피해자 기타 사건관계인의 명예가 훼손되거나 기타 인권이 침해된 경우에는 해당 언론기관에 대하여 정정보도 청구 또는 반론보도청구를 하도록 규정하고 있다(안 제126조의2 제3항 신설).<sup>47)</sup> 그리고 이한성 의원 대표발의안은 수사 중인 사건의 피의사실이 공표되어 피의자의 인권이 침해되는 일이 없도록 하기 위해 피의사실 공표죄의 법정형을 7년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지로 상향(안 제126조)함을 주요 내용으로 하고 있다.

이러한 피의사실 공표죄의 개정법률안과 관련하여 우선 이한성의원안은 피의사실 공표죄의 여러 법적 쟁점에 대한 입법적 개선책의 제시 없이 단순히 형량만을 상향하여 문제를 해결하겠다는 시도이지만 중형주의가 문제의 해결책이 될 수 없음은 자명하다. 현재까지 피의사실 공표죄로 처벌되는 사례가 1건도 없는 상황에서 형량만 상향하는 것이 과연 어떤 의미가 있을지 의문이다. 반면에 박상천의원안은 제126조의 표제를 ‘수사상황 등의 발표, 공개금지’로 변경하고 ‘피의사실’을 ‘혐의사실’로 용어를 바꾸어 규정함으로써 수사 중에 있으나 아직 입건

4273; 대판 2000.4.25, 98도2389; 대판 2002.12.26, 2002도5077.

47) 사법제도개혁특별위원회, 앞의 검토보고서, 6-7면.

기소편의주의를 규정한 형사소송법 제247조를 개정하여 “기소법정원칙, 기소편의 예외”가 분명히 인식될 수 있도록 기소법정주의가 채택되지 않는 한 피의사실 공표를 막기 위한 입법이 이루어지더라도 종전과 마찬가지로 한 건도 기소되지 않는 관행은 개선되기 어려울 것이다.

되지 아니한 혐의사실까지 공개금지대상에 포함되도록 하였으며, 공판청구 전에 혐의사실과 수사상황의 내용이 포함된 수사관계 서류, 증거물 등을 공개한 경우를 처벌대상에 포함시키고 있으며(안 제126조제1항), 제126조의 위법성조각사유로 제126조의2(수사상황 등의 공식발표 등)를 신설하여 인권유린상황이 조성된 근본원인에 대응하여 고위공직자 등이 관련되거나 기타 국민적 관심의 대상이 되는 사건 등 중대한 공익상의 필요가 있는 경우에는 수사기관의 수사상황 등 공식발표를 허용하고, 언론기관의 오보나 추측 보도로 인한 명예훼손 등을 회복하기 위한 규정을 두고 있다는 점에서 진일보한 입법안이라 평가할 수 있다.

그러나 박상천의원안에 대해서도 수사상황 등의 공식발표를 인정하고 있는 안 제126조의2 제1항의 ‘국민적 관심이 되는 사항’, ‘범죄예방을 위하여 필요한 경우’의 내용이 모호하며, 공개 회수를 2회로 제한하고 있으나 한번 공개된 내용은 언론을 통해 확대 재생산된다는 점에서 그러한 제한은 의미가 없으며, 안 제126조의2의 내용은 절차에 관한 규정으로 특별법 또는 형사소송법에 규정하는 것이 타당하다는 견해가 있다.<sup>48)</sup> 하지만 피의사실 공표죄의 처벌 예를 찾아보기 어렵기 때문에 수사기관의 피의사실 공표를 어떻게 하면 기소하여 처벌할 수 있는가의 문제를 고려하면 이러한 문제는 지엽적인 문제에 불과하다고 본다.

## 2. 기소법정주의와 재정신청권자에 고발인 포함

수사기관의 피의사실 공표 행위가 현재까지 단 한 차례도 처벌되지 않은 결정적 이유는 행위주체가 수사기관에 종사하는 자인데 수사기관, 특히 검찰이 자신을 수사하거나 기소하지 않기 때문이다. 따라서 이러한 검찰의 기소독점권과 기소유예권의 자의적 행사를 막기 위해서는 기소편의주의를 규정한 형사소송법 제247조를 “기소법정 원칙, 기소편의 예외”가 분명히 인식될 수 있도록 개정하여 1년 이하의 징역의 경미범죄를 제외하고 원칙적으로 기소강제가 이루어지도록 할 필요가 있다.<sup>49)</sup> 이러한 기소법정주의가 채택

48) 사법제도개혁특별위원회, 앞의 검토보고서, 17-21면.

49) 이에 대한 상세한 논의로는 김재윤, 앞의 논문, 2009, 120면 이하 참조.

된다면 검찰의 피의사실 공표에 대해 기소가 강제되고 그 유무죄 여부에 대해 법원의 판단이 이루어질 수 있으리라 본다.

나아가 이러한 기소법정주의가 그 동안의 기소편의주의와 정반대되는 전면적 전환이라는 이유에서 근시일 내에 개정되기 어렵다면 차선책으로 검사의 불기소처분에 대하여 고소인 등의 신청에 의하여 법원이 그 당부를 심사하는 재정신청제도에 있어 재정신청권자에 고발인을 포함하도록 개정하는 방안을 생각해 볼 수 있다.<sup>50)</sup> 즉 현행 재정신청제도는 일부범죄(형법 제123조 내지 제125조)를 제외하고<sup>51)</sup> 고발인을 재정신청권자에서 제외하고 있는데(형사소송법 제260조 제1항), 이를 개정하여 고발인도 재정신청권자에 포함시키는 것이다. 이러한 개정이 이루어진다면 2009년 노무현 전 대통령 사건 수사과정에서의 피의사실 공표죄로 민주당에 의해 고발된 당시 검찰 간부들에 대한 무혐의 불기소처분에 대해서도 재정신청이 가능하게 된다.

앞의 두 법률안과 같이 형법 개정안을 통해 피의사실 공표죄의 수사상황 등 발표·공개금지 처벌대상을 ‘혐의사실’로 확대하고, 위법성조각사유로 수사상황 등 공식발표를 인정하며, 이를 위반할 경우 형량을 상향 조정하여 처벌한다고 한들 기소법정주의와 재정신청권자에 고발인의 포함이라는 형사소송법의 개정이 선행되지 않는 한 종전과 마찬가지로 한 건도 기소되지 않는 관행은 결코 사라지지 않을 것이다.

### 3. ‘피의사실 보도 가이드라인’ 제정과 재판보도로 중점이동

신문윤리강령 제4조는 “우리 언론인은 사실의 전모를 정확하게, 객관적으로, 공정하게 보도할 것을 다짐한다”, 제5조는 “우리 언론인은 개인의 명예를 훼손하지 않고 개인의 사생활을 침해하지 않을 것을 다짐한다”, 그리고 신문윤리실천요강 제7조 제1항은 “언론인은 형사사건의 피의자 및 피고인이 무죄로 추정된다는 점을 유의하여 경칭을 사용하는 등 그의 명예와 인격을 존중해야 한다. 다만 피의자가 현행범인 경우와 기소 후 피고인에 대한 경칭의 사용여부는 개별 언론사의 편집정책에 따른다”고 규정하고 있으나,<sup>52)</sup> 신문윤리강령과 신문윤리실천요강이 피의사실 보도에 있어 얼마만큼 준수되고 있는지 의문이다. 언론은 엄연히 현행 형법에 의해 중대한 불법행위인 수사기관의 피의사실 공표를 보도함에 있어 국민의 알 권리를 전면내세우고 있지만 실상은 특종경쟁과 이윤추구에 함몰된 나머지 피의사실의 정확하고, 객관적이며, 공정한 보도로부터 멀어지는 경우가 계속해서 발생하고 있다는 비판이 제기되기 때문이다.<sup>53)</sup>

이러한 문제를 극복하기 위해서는 검찰 독자적으로 ‘수사공보준칙’을 제정하는 것도 일정부분 의미가 있겠으나 수사기관과 언론이 공동으로 협의, 논의, 토론 등의 긴밀한 의견교환을 거친 후에 고위공

50) 이에 대한 상세한 논의로는 김재윤, 앞의 논문, 2009, 115면 이하 참조.

51) 그밖에도 헌정질서파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특별법, 5·18 민주화운동 등에 관한 특별법, 의문사 진상규명에 관한 특별법, 부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률, 공직선거법 등 각종 특별법에 의하여 개별적으로 재정신청권이 허용된 자도 재정신청권자에 포함된다.

52) 신문윤리위원회 홈페이지 (<http://www.ikpec.or.kr/principle/p01.asp>) 참조.

53) 대표적으로 김기창, 앞의 논문, 19면.

장기적으로 언론은 공소사실을 바탕으로 재판진행 상황, 재판결과, 그리고 판결문이 갖는 법적·사회적 의미 등을 기사화하는 식으로 보도의 방향을 전환할 필요가 있다

직자 부패사건과 같이 피의사실 공표가 허용될 수 있는 경우 피의사실 보도에 관한 공동의 ‘협약’ 내지 ‘가이드라인’을 제정하여 이에 따라 보도할 필요가 있고, 이때 영국에서 경찰과 언론 공동으로 유괴사건 보도준칙을 정한 ‘신사협정’ (gentlemen’s agreement)은 참고할 만한 선례라고 본다.<sup>54)</sup>

나아가 이러한 수사기관과 언론의 이러한 공동 가이드라인 제정에 앞서 이제 언론의 범죄보도는 공소제기 전 피의사실 보도가 아니라 재판보도, 즉 공소제기 후 재판의 진행에 관한 보도로 중점이 옮겨져야 한다. 공소제기 후 공소장에 기재된 범죄사실이나, 공판중심주의의 활성화로 인해 전개될 양 당사자 간의 열띤 법정공방을, 그리고 판결선고 이후 판결문을 근거로 해당 판결문의 의의와 해당 범죄의 발생원인이 무엇이고 그 예방책은 어떠한지 등을 심층 보도하는 것이 언론의 범죄보도의 정도라 여겨지기 때문이다. 미국의 유명 언론매체들이 특수한 경우를 제외하고는 수사 단계에 있는 범죄사건의 보도를 극도로 자제하고, 또 보도가 불가피한 경우라고 하더라도 피의자를 익명으로 처리하며, 객관적 사실을 바탕으로 공정하게 보도하려는 진지한 노력 등은 우리 언론에게 시사하는 바가 크다고 본다.<sup>55)</sup>

## V. 맺음말

사회공동체의 최소한의 약속인 범규범은 그것이 준수될 때 의미가 있다. 그 중 형법상의 금지규범은 범규범 준수를 담보하여 평화로운 사회공동체를 유지하기 위해 그 위반 시 시민의 자유를 박탈하는 형벌이라는 강력한 제재장치를 마련하고 있다. 그런데 형법 제126조의 피의사실 공표죄는 형법상 금지규범으로서 의미를 상실한 지 오래다. 1953년 형법 제정 이래 피의사실 공표죄로 형사처벌된 예가 단 한 차례도 없기 때문이다. 하지만 공소제기 전 피의사실 공표는 국가의 범죄수사기능을 저해하고 피의자의 인격권과 무죄추정의 원칙, 공정한 재판을 받을 권리 등 피의자의 형사절차상의 권

54) 같은 취지로 표창원, 앞의 논문, 45면.

55) 한기찬, “공소제기후 보도가 언론의 정도”, 신문과 방송, 1993/7, 12면.

리를 침해하는 중대한 불법행위이다. 2009년 ‘박연차 게이트’ 사건에서 검찰의 피의사실 공표로 노무현 전 대통령을 죽음으로 몰고 간 예를 보더라도 피의사실 공표라는 불법행위가 갖는 폐해가 얼마나 크고 심각한지 알 수 있다. 그럼에도 단 한 차례의 형사처벌이 이루어지지 않은 근본적 이유는 본죄의 행위주체가 수사기관, 특히 공소제기권과 기소유예권을 독점하고 있는 검찰에 의해 행해지기 때문이다. 따라서 피의사실 공표죄라는 금지규범이 제 기능을 다 하기 위해서는 “기소법정 원칙, 기소편의 예외”라는 기소법정주의를 채택하여 제126조의 위반행위에 대해 기소강제가 이루어져 그 유무죄 여부를 검찰 스스로가 아닌 법원의 판단에 맡겨야 한다. 그리고 검찰의 불기소처분에 대해 법원의 당부를 심사하는 재정신청에 있어서도 그 신청권자에 ‘고발인’을 포함시켜 검찰에 의한 제126조의 부당한 불기소처분을 통제할 필요가 있다. 이러한 공소권을 중심으로 한 검찰개혁이 이루어지지 않은 채 제126조의 형량만을 상향 조정한다든지 등의 지엽적인 형법개정안으로는 상실된 제126조의 규범력을 회복할 수 없으리라 본다.

피의사실 공표와 관련하여 언론의 역할과 책임을 강조하지 않을 수 없다. 언론의 적극적 요구와 협조

가 없다면 검찰이 피의사실 공표를 통해 얻을 수 있는 실익이 별반 없기 때문이다. 지금까지 언론은 공소제기 전 피의사실을 보도함에 있어 보도의 자유와 국민의 알 권리 충족 차원에서 필요하다고 주장하였다. 하지만 언론 스스로 피의사실을 보도함에 있어 보도의 시의성과 신속성을 지나치게 강조한 나머지 정확성, 객관성, 공정성을 소홀히 하여 피의자의 인권을 침해한 적은 없는지 자문할 필요가 있다. 보도의 자유와 국민의 알 권리도 공익과 타인의 권리를 침해하지 않는 범위 내에서 보호되어야 하므로 언론의 무분별한 피의사실 보도는 정당화될 수 없기 때문이다. 나아가 고위공직자 부패사건과 같이 국민의 알 권리 차원에서 공소제기 전 피의사실을 신속히 보도할 필요성이 있는 경우에도 언론은 검찰과 긴밀한 의견교환을 통해 피의사실 공표에 관한 공동의 ‘피의사실 보도 가이드라인’을 제정하여 이에 따라 보도하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 장기적으로는 수사단계에서 공소제기 전 피의사실 보도가 아닌 공소제기 후 공소사실을 바탕으로 재판진행 상황, 재판 결과, 그리고 판결문이 갖는 법적·사회적 의미 등을 보도하는 재판보도 중심으로의 방향 전환이 요구된다고 본다.

