

[세션 2] 주제발표

사법보도를 둘러싼 법익충돌

- 문제점과 개선방안 -

장 철 준

단국대 법과대학 교수

사법보도를 둘러싼 법익충돌

- 문제점과 개선 방안 -

장 철 준 (단국대학교 법과대학 교수)

I. 서론

정보기술의 발달과 더불어 극심한 경쟁 환경에 처한 언론사들은 저마다 사건보도를 쏟아내고는 있지만, 그 과정에서 적잖은 실무상의 어려움을 토로하고 있다. 공인과 사인을 막론하고 언론 보도에 대한 법적 조치에 적극적 태도를 보이면서, 기자는 늘 나중의 송사를 걱정하며 기사를 쓰게 된다. 기사를 편집하는 데스크 또한 기자의 수세적 태도 강화에 일조하는 주역이다. 회사 전체의 역량이 소모되는 소송을 각오했고 써야 할 만큼 중요한 기사가 아니라면, 가급적 안전한 보도의 선택지를 집어 드는 것이다. 언론사가 직면하는 소송의 대부분은 명예훼손에 관련되어 있다. 이런 상황에서 기자가 보도 대상이 입을 명예를 비롯한 각종 손해를 고려하며 기사를 작성하는 것은 일견 바람직한 태도라고도 볼 수 있다. 상대의 인격을 침해할 기사를 ‘함부로’ 쓰지 않는 것. 기자 이전에 시민으로서의 덕성에 관한 문제인지도 모른다. 이 덕목을 결여한 기사에서 우리는 ‘악의적’ 의도를 발견한다.

하지만 언론에게 인격 침해를 조심하라는 도덕적 명제를 지나치게 강조할 때, 진실을 보도할 사명으로 태어난 언론의 존재 이유를 퇴색시킬 수밖에 없다. 형사사건의 외양만을 건조하게 전달하는 수단은 법원과 검찰의 공식 브리핑만으로 충분하다. 우리는 언론에게 사건 이면에 존

재하는 사회적 의미를 파헤쳐달라는 기대를 걸고 있다. ‘탐사’의 기능이 바로 그것이다. 모든 역사 서술에서 엿보듯이, 사건이란 기술하는 주체와 받아들이는 독자의 상호작용에 따라 그 내용이 얼마든지 바뀔 수 있다. 이런 전제 위에서 보면, 이제 사실과 의견에 대한 검증과 판단을 두고 합리적인 논증의 장이 형성되어 있는지 여부가 관건으로 남는다. 보도를 수용하는 이름 없는 독자들이 손쉽게 적극적으로 의견을 표명하고 비판할 플랫폼이 드디어 마련된 현재의 정보기술 환경은 어떤 의미에서 큰 축복이다. 비록 이 와중에 가짜뉴스가 활보하고는 있지만, 보도에 대한 역동적 의사교환은 시민과 언론을 동시에 깨우는 진실 발견과 계몽의 기회임에 틀림없다.

국정농단에서 촉발된 정권의 비상적 몰락 과정을 겪으면서 우리 사회는 “적폐(積弊)”라는 용어로 상징되는 지점을 두고 이념과 관점의 강한 대립 국면으로 급격하게 전환되었다. 이러한 충돌 양상은 그 청산 작업 와중에서도 여전히 이어지고 있는 실정이다. 적폐에 대한 인식과 극복 과정이 언론의 적극적 보도와 시민의 자발적 행동에 의하여 촉발되었지만, 그 실행이 철저히 법에 의거하여 이루어졌다는 사실은 매우 다행스러운 일이다. 시민의 민주적 열망을 법치의 형식으로 승화시킨 수준 높은 민주주의를 실천하였기 때문이다. 이 와중에 자연히 사법부는 민주적 정의를 실현할 가장 중요한 헌법기관으로 등장하였다. 특히 대통령 탄핵을 결정한 헌법재판소는 많은 국민의 기대와 관심을 한 몸에 받으며 그 헌법적 역할을 강력히 각인시켰다.

그러나 정의에 대한 국민적 기대가 고조된 상황에서 국정농단의 잔재에 대한 사법처리의 방식과 수준을 놓고 이견이 노출되기 시작하였다. 시민들의 법적 판단과 사법부의 재판 결과 간에 상당한 간극이 발생하

면서, 일부 법원 구성원들을 극복의 대상으로 바라보게 된 것이다. 여기에는 언론 보도의 역할이 컸다. 언론을 통해 재판에 제출된 증거 못지않은 수준의 사실관계를 접함으로써, 시민들은 줄 이은 재판에서 나름의 심증을 형성할 수 있게 된 것이다. 물론 언론의 사실 보도와 의혹 제기 에 의존하였을 때 도출할 수 있는 법적 판단과 법정 안에서 이루어지는 법관의 사법 판단이 서로 다를 수 있다는 사실은, 시민의 오랜 불만 속에 자리 잡고 있었지만 헌법 질서 속의 사법 체계에 대한 존중 차원에서 받아들일 수 있는 것이었다. 하지만 지금의 사법 판단에 대한 시민사회의 비판은 사회 전반의 적폐청산 작업과 맞물리면서 사법개혁의 화두와 함께 진행하려는 의도를 보이고 있다. 물론 이러한 움직임 또한 여론을 주도하는 언론의 적극적 역할이 없었다면 불가능했을 것이다.

언론 보도의 인격권 침해 위험은 사법 판단에 대한 국민적 불만의 맥락에서 이제 사법 불신과 법관에 대한 명예훼손 논쟁의 모습으로 등장하고 있다. 사법부는 언론이 본래 목적에 맞게 사실 보도에 힘쓰고 공정한 여론 형성에 기여하는 역할에 충실해 주기를 바라고 있지만, 언론은 시민의 법적 기대와 어긋난 판결을 수행한 법관이 누구인지, 왜 그러한 판결을 내렸는지 등을 보도하는 것 또한 국민의 알권리를 충족시키는 언론의 사명으로 이해한다. 그 와중에 판사 개인의 명예를 훼손할 수 있는 내용이 보도되기도 하며, 이를 통해 사법부 전체에 대한 불신의 인상을 심어줄 수도 있다. 과연 언론의 사법보도는 어떠한 모습이어야 하는가?

사법을 대하는 언론의 태도가 어떠하여야 하는지는 결국 사법(司法)의 본질에 대한 실체 규명을 통해 밝혀야 할 문제이다. 헌법상 표현의 자유를 통해 언론의 권리와 의무, 그 역할은 오래 연구되었으나 헌법질서 속 사법의 본질은 사법부를 기록한 헌법규정의 해석 수준 이상을 벗어

나지 못하였다. 특히 ‘민주법치국가’를 지향하는 현대 입헌주의 헌법에서 사법 영역은 ‘법치’를 그 이상으로 강조하는 바람에 그 ‘민주적’ 의미는 제대로 논의되지 못하였다. 언론과 사법의 관계를 제대로 파악하기 위해서는 민주주의 헌법에서 사법의 좌표를 균형 있게 살펴야 한다. 이 작업은 언론을 대하는 사법권력 주체들의 불필요한 오해를 제거하는 데 공헌할 것이며, ‘자유민주적 기본질서’를 핵심으로 하는 헌법의 균형적 해석에도 도움을 줄 수 있을 것이다.

II. 언론의 사법보도 현실과 명예훼손

1. 사법에 대한 언론보도와 여론의 관심

민주화 이후 헌정 역사에서 지금까지 사법에 대한 관심이 집중되었던 적은 없었던 것 같다. 대통령 파면이라는 지극히 정치적 사건을, 민주주의의 제도적 수단이 아닌 사법 과정을 통해 이루었기 때문일 것이다. 이 사태의 정치적 파급력은 매우 커서, 적폐에 대한 청산 담론을 통해 사회 곳곳의 구습에 대한 개선 작업으로 이어지고 있다. 법치의 안정적 작동을 통해 민주주의의 진보를 이루어냈다는 시민적 자신감의 표현으로 읽을 수 있을 것이다. 특별한 점은, 이번 모든 과정이 정치를 지도하는 엘리트 계층의 일회성 업적으로 끝나지 않고 시민의 집단적 참여를 통해 여전히 지속되고 있다는 것이다.¹⁾ 여론을 주도하는 언론의 적극적

1) 비슷한 취지의 기사로 국민일보, [촛불집회 1주년] “수동적 국민에서 적극적 시민으로: 헌법·정치·사회학자들이 본 촛불 1년”, 2017. 10. 28. 참조.<<http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0923839069&code=11131100&cp=nv>>(2017.10.28. 방문). 87년 6월 항쟁의 민주적 동력이 대표자들의 정치회담 등을 통한 개헌 합의의 결과물을 기점으로 적어도 표면적으로는 급속히 사그라든 역사와 사뭇 대비되는 대목이다.

보도와 인터넷과 소셜 미디어 등을 통한 자유로운 정보교환 및 의사표현 수단을 확보한 시민적 힘의 확대를 요인으로 꼽을 수 있다.

탄핵의 시작부터 언론은 사실에 기초한 의혹 제기와 정치적 평가 등, 여론 형성에 필요한 결정적 동기를 충실히 제공하였으며, 시민들은 특정 세력의 조직적 지도가 아닌 자발적 의사에 의하여 움직였다. 시민의 민주적 행동을 이끌었던 여론이 형성되기 위하여 정권의 폐습에 대한 자유로운 비판은 당연히 전제된다. 비판에 의한 의기의 결집이 없었다면 변화는 일어나지 못했을 것이다. 민주주의 발전에 봉사하는 표현의 자유의 고전적 기능이 사실임을 재차 확인할 수 있는 대목이다.²⁾ 이런 의미에서 국가에 대한 언론기관 및 시민의 비판은 특별히 보장되어야 한다. 여기서의 국가는 무형의 권력 집합체로서의 그것이 아니라 권력을 직접 실행하는 모든 제도와 대표여야 한다. 선출된 권력은 물론, 그 권력에 의해 구성된 권력 또한 비판의 예외가 될 수는 없다.

시민들은 헌법이 설계한 사법 시스템을 통하여 민주적 정치발전이 실제로 가능하다는 사실을 확인하였다. 매디슨 민주주의(Madisonian Model)의 기본 형태, 즉 사법권을 포함한 분리된 권력의 역동적 상호작용은 우리 헌법을 관통하는 당연한 전제임에도 불구하고, 우리 헌정의 역사에서 이 경험은 매우 특별한 것이었다. 우리도 선진 입헌민주국 반열에 올랐다는 시민적 감격은 이제 다른 어떤 국가권력·정치주체보다도 사법기관에 대한 기대로 향하였다. 사법행정주체와 법관의 재판 행태에 대한 전 국민적 관심이 집중되었다. 무명의 검찰·법관에 의한 재판 결과에만 집중하였던 과거와 달리 이제 국민들은 국가의 사법권 행사 과정 전반에 걸쳐 그 주체와 판단의 근거, 논변까지도 챙겨보기 시작한

2) Thomas Emerson, The System of Freedom of Expression, Random House, 1970.

것이다. 사법에 대한 국민적 관심에 부응한 언론이 보도의 소비자가 원하는 정보에 집착하는 것은 당연한 일이다. 언론은 검찰권을 행사한 검사, 재판을 담당한 판사가 누구이며 어떠한 결정을 하였는지, 정부와 법원 내부에서 벌어지는 일들을 앞 다투어 상세히 전달해주고 있다.

선출직 공직자들에게 이러한 여론의 관심은 매우 반가운 일이다. 언론의 비판적 관심은 ‘무관심’ 보다 훨씬 좋은 것이라는 인식에서 몇몇 정치인들은 일부러 다수 대중의 의사에 역행하는 행동을 하기도 한다. 민주공화국 헌법기관에 전제되는 민주적 정당성 관점에서 사법 권력에 대한 지금의 대중적 관심은 당연하고 바람직하다. 우리의 검찰, 법원이 선거와는 무관한 제도를 택하고 있다 하여 사법 권력이 국민의 지지와 전혀 무관한 것은 아니다. 국민적 호응을 결여한 사법 판단은 오래 지속될 수 없으며, 신뢰받지 못한 사법은 언제든지 교체의 대상으로 전락할 뿐이다.

하지만 우리 사법은 이러한 국민적 관심과 비판에 무척 곤혹스러워하는 눈치다. 특히 재판 내용과 법관 개인에 대한 비판에 대해서는 극도의 경계를 표명하고 있다.³⁾ 사법에 대한 국민적 관심과 비판에는 응원과 쓴 소리가 공존하고 있지만, 사법부의 불편한 내색은 주로 그 비판 내용에 향해 있다. 판결을 내린 개별 법관에 대한 보도에는 강하게 자제를 요구하고 있다.

사법부의 이러한 반응은 충분히 이해할 수 있다. 무엇보다 이러한 정

3) 법의 날, 대법원장은 공개적으로 다음과 같은 내용의 연설을 하였다. 「양 대법원장은 13일 서울 서초동 대법원청사 1층 대강당에서 열린 법원의 날 기념식에서 “서로 다른 가치관끼리 이념적으로 충돌하거나 이해관계의 대립이 격화되면서 법원의 재판에 대해 건전한 비판의 수준을 넘어선 과도한 비난이 빈발하고 있다”면서 “오직 법과 원칙에 따라 진행되어야 할 재판에 부당한 영향을 미칠 수 있는 현상이며 재판 독립에 대하여도 심각한 위협”이라고 지적했다. 양 대법원장은 이어 “사법부 구성원들은 국민이 부여한 재판 독립의 헌법적 책무를 다하기 위하여 이와 같은 부당한 위협에 의연히 대처해 나가야 한다”고 당부했다.」 서울신문, 양승태, “도넛은 판결비판...재판독립 위협”, 2017. 9. 14.

<<http://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20170914008013>> (2017.10.28. 방문).

도·형태의 관심과 비판을 이전에 받아본 적이 없기 때문에, 당황하고 걱정하는 심정이 당연히 생겨날 것이다. 만일 사법부와 일각의 주장과 같이 언론과 여론의 관심·비판이 재판 자체의 공정성을 훼손할 만큼의 물리적 위협으로 형성된다면 시급한 대책이 필요하다. 불상사에 대비하여 법원의 경비를 강화하고 법관 개인에 대한 신변 보호에 힘써야 할 것이다. 주로 인터넷을 통해 전파되는 개별 사법주체에 대한 명예훼손에 대해서도 무력하게 손을 놓고 있을 수는 없다. 관련 법 적용 대상이 된다면 엄정한 법집행을 통해 보호하여야 한다.

관건은 지금 우리 사회에서 일어나고 있는 사법 권력에 대한 관심과 비판이 이 정도의 수위에 도달하였는지를 파악하는 일이다. 법관 개인에 대한 실질적 위협이 발생하지 않은 상황에서 선불리 규제를 가할 수 없다. 시민의 관심과 비판 자체가 헌법이 보장하는 표현의 자유에 해당하기 때문이다. 혹시나 우리 사법부가 시민적 관심과 비판을 스스로 위협으로 받아들이고 있는 것은 아닌지 점검할 필요가 있다. 그동안 대중적 비판에서 자유로웠던 사법주체들이 사법의 민주적 본질에 대하여 다시 생각해 볼 필요도 있다. 이는 이미 부끄러운 정도로 추락해 있는 국민의 사법신뢰도에 대한 사법부 스스로의 자성의 의미를 겸하는 일이다.⁴⁾

2. 법관 명예훼손 문제에 대한 접근 방식

법관에 대한 비판은 특히 국정농단 사태의 사법처리 과정에서 자주 등장하였다. 적폐청산이라는 민주적 열망이 워낙 강하게 드러나는 대상

4) 2015년 OECD의 사법기관에 대한 각국의 신뢰도 비교 결과에 의하면 우리는 여전히 30% 수준을 넘지 못하고 있다. OECD 국가 평균인 50%대와 비교하더라도 최하위권에 위치하고 있다. 2017년 자료에는 무슨 이유인지 통계에서 아예 빠져있다. OECD, Government at a Glance 2015, p.171. <<http://www.oecd.org/gov/govatag glance.htm>> (2017. 10. 28. 방문)

이다 보니 기대에 미치지 못하는 재판을 수행한 주체에 대해 분개하는 일이 잦다. 농단의 주역이라 의심받는 이들에 대한 구속영장이 기각될 때마다 비난이 빗발치고 있다.⁵⁾ 언론에서 법관 개인의 배경에 대한 기사를 작성하면 인터넷 댓글 등을 통해 일반 독자들의 비판 의견이 표출되는데, 여기에는 비속어를 섞은 무분별한 비난 또한 뒤따르기도 한다. 더 큰 문제는 이런 기사에 더하여 소셜미디어를 중심으로 거짓 정보를 가미한 가짜뉴스가 유통된다는 점이다. 특정 법관의 과거 행적에 대한 거짓 정보가 비난거리를 확장시키는 효과를 불러일으킨다.

비판 대상이 된 법관의 입장에서 생각해보자면 이는 참 억울한 일이다. 자신이 국민적 비난의 대상이 되어야 할 정치인도 아닐뿐더러, 헌법과 법률, 법관의 양심에 기초하여 판결하였음에도 법적 판단이 다르다는 이유로 비난받는 것은 부당하다 여길 것이다. 명예훼손의 감정을 느낄 수 있으며, 법적 조치를 통해 형벌을 내리게 하거나 훼손된 감정을 보상받고자 하는 열망이 생길 수 있다.

그러나 법리적으로 법관은 공적 인물(public figure)에 해당한다. 비록 우리 대법원이 명시적으로 현실적 악의(actual malice) 원칙을 받아들이지 않겠노라 선언하였지만,⁶⁾ 이후 여러 상·하급심 판례를 통해 일반인보다 더 엄격한 명예훼손 인정 기준을 확립해가고 있다.⁷⁾ 그러나 법원의 법리와 별개로 공인이 실제 명예훼손 소송에서 승소하는 경우가 상

5) 예를 들어 MBN, 판사 ‘신상털기’ 부터 가짜뉴스까지... 조윤선 판결 비난 폭주, 2017. 7. 29. <http://mbn.mk.co.kr/pages/news/newsView.php?category=mbn00009&news_seq_no=3297905> (2017. 10. 28. 방문)

헤럴드경제, “74년생, 고대법대 93학번...” ‘朴 담당’ 강부영 판사 신상털기 또 극성, 2017. 3. 27. <<http://news.heraldcorp.com/view.php?ud=20170327000933>> (2017. 10. 28. 방문)

세계일보, [이슈탐색] 어제는 조의연, 오늘은 성창호... ‘신상털기’ 에 빨난 법원, 2017. 1. 20. <<http://www.segye.com/newsView/20170120003358>> (2017. 10. 28. 방문) 등 기사 참조.

6) 대법원 1997. 9. 30. 선고 97다24207.

7) 대표적으로 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008다53805.

당하다는 통계적 사실에 의존한다면,⁸⁾ 법관이 본격적으로 명예훼손 소송에 나섰다는 움직임은 아직까지 나타나고 있지는 않지만, 언젠든 유력한 선택지로 떠오를 가능성이 있다.

이렇게 되면 결국 사법에 대한 국민적 관심의 표현이 법정에서의 명예훼손 법리다툼으로 환원되고 말 것이다. 관심과 비판의 원인은 퇴색하고 사법부와 시민의 대결 양상만 부각될 위험이 있다. 물론 부당하게 침해된 명예에 대한 회복의 절차는 필요하지만, 이것이 사태의 최종 해결책으로 인식되는 현상은 바람직하지 못하다. 명예훼손과 알권리의 경쟁구도는 개별 사건의 해결 방책은 될 수 있겠지만 결코 사법에 대한 시민의 민주적 통제 열망을 잠재울 수는 없을 것이다.

언론 보도를 법적으로 판단하는 법원 또한 그 자신이 진실 발견 과정의 고전적 플랫폼이라는 사실을 늘 상기했으면 한다. 규범 해석과 판단 기관으로서의 기능 때문에 자칫 진실에 대한 ‘최종’ 판단의 의무가 지나치게 강조되어서는 안 된다는 뜻이다. 적어도 언론소송에서만큼은 심사기준의 법리적 도그마틱에 얽매인 판단보다 논증과 논변의 과정에 중점을 두는 소송 절차를 확립하여야 한다. 법원에서 확립한 판단 기준의 유형은 매우 분석적이고 치밀하다. 이러한 판단 구조의 기초 위에서 누가 더욱 설득적인 논변을 수행하였는지를 판단의 주요 근거로 삼아야 한다. 인격과 관련된 명예훼손 소송에서 객관적으로 누구나 수긍할 만한 ‘결정적 증거’를 발견하기가 쉽지 않은 일이기 때문이다.

논증의 구조를 설정하는 절차 또한 신중하게 구상되어야 한다. 오래 되었지만 미국 연방대법원의 뉴욕타임즈 판결은 공적 인물에 관한 언론

8) 2016년 법원에 제기된 전체 명예훼손 소송 중 공적 인물에 의해 제기된 사건은 29.5%에 달하며 이들의 승소율은 50%에 이르고 있다. 언론중재위원회, 2016년도 언론관련판결 분석보고서, 2017.

소송에서 언론사의 법정 논증에 역사적 이정표를 제시한 사건이었다.⁹⁾ 이 사건에서 입증책임의 전환 결정이 단순한 소송 절차의 형식을 정하는 의미에 그치지 않는 것은, 언론사의 논증 부담을 경감하는 것이 수정헌법 제1조의 정신에 부합한다는 사실을 법원이 외려 장려하였기 때문이다. 이는 언론소송에서 논증 과정을 판결의 중대한 절차적 전제로 인정하는 증표로 해석될 수 있기 때문이다.

결국 법관이 지극히 공적 장소인 법원에서 판결을 내리는 순간, 그에게 뒤따르는 비판은 판사라는 지위를 가진 시민에 대한 명예 문제에 불과하며, 사법권 행사자로서의 법관에 대한 명예훼손 구도로 확대되어서는 안 된다. 헌법의 권력분립원리는 권력기관 상호간의 견제와 균형을 통해 이루는 것이지만, 모든 권력의 최종적 담지자이자 행사자는 주권자인 국민이라는 사실을 상기하여야 한다. 국민이 행하는 권력기관에 대한 비판은 당연한 것이며, 그것이 물리적으로 재판에 대한 위협에 달할 정도인지를 엄격히 살펴 규제하는 태도가 필요하다. 가짜뉴스와 프라이버시 침해는 명예훼손과 별개로 다루어 엄격히 규율하면 될 뿐이다.

3. 소위 ‘판사 신상털기’ 문제

인터넷 시대에 대표적 폐해로 지적되는 소위 ‘신상털기’는 매우 부정적 이미지를 내포한 수사(修辭)이다. 개별 법관에 대한 대중적 관심이 범죄의 의도에서 비롯된 것이 아님에도, 이렇듯 좋지 않은 꼬리표가 붙게 된 데는 무언가 의도된 바가 있지는 않은지 의심스럽다. 공개된 재판에서 공적 판결을 내리는 주체가 누구인지 알고 싶어 하는 것은 시민

9) *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254(1964).

으로서 자연스런 감정이다. 그 재판이 개별 시민의 민주주의의 공적 감수성에 영향을 미칠만한 사안인 경우, 그 소망은 커질 수 있다. 내가 직접 참가하는 재판은 아니지만, 민주 사회에서 공적 파급력이 있는 재판에 대해 시민들은 자신의 재판으로 인식한다. 정의에 대한 인간 본연의 열망인 것이다.

오랜 폐쇄적 사법 구조에 길들여진 탓인지, 우리의 인식 속에 법관은 그 신원이 드러나서는 안 되는 인물로 각인되어 있다. ‘이름 없는’ 법관만이 재판 외적 환경에 영향 받지 않고 독립적으로 공정한 판단을 할 수 있을 것이라는 믿음 때문인 듯하다. 그러나 이는 잘못된 생각이다. 법원은 공중에 열린 공적 포럼이며 그 안에서의 판단은 모두가 보고 듣고 평가할 수 있는 대상이다. 헌법이 명시적으로 공개재판주의를 천명한 이유도 여기에 있다(제109조).

입헌민주국가에서 국민의 기본권에 직·간접 영향을 줄 수 있는 국가 권력의 행사는 드문 예외를 제외하고는 모두 실명으로 이루어져야 한다. 입법 및 행정 권력의 행사 과정에서 시민이 모르는 대표는 없다. 우리는 법을 만드는 국회의원이 누구인지, 어떤 사람인지 알고 있고, 국가 행정 및 지역 행정의 책임자에 대해 알고 있다. 하지만 사법만은 예외이다. 개인의 인생을 바꿀 수도 있는 중대한 사법 판단의 주체, 국가 운명을 가를 수 있는 중요 판단을 하는 주체에 대해 우리는 잘 알지 못한다. 베일 속에 있어야 공정하게 판단해 줄 수 있다는 믿음 때문이다. 그가 과거에 어떤 판결을 내렸고 어떠한 인생 경로를 겪었는지 알고자 하면 신상털기의 오명을 감수해야 한다. 검찰이나 법관이 선출되지 않는다는 경로 상의 한계 때문일 수 있다. 그러나 선거로 뽑히지 않았다고 하여 선출된 법관과 하는 일이 다른 것은 아니다. 개인의 기본권에 막

대한 영향을 미칠 수 있는 권력 행사 주체로서 법관을 바라본다면, 우리는 그가 누구인지 반드시 알아야 한다.

III. 대한민국 헌법과 사법

1. 사법권 독립의 법정치학

법관의 신분이 공개되지 않는 것이 재판 외적 위협으로부터 법관을 지킬 수 있으므로 공정한 재판이 가능하다는 믿음은 사법권의 독립과 중립성 확보 테제에 의하여 전통적으로 수호되었던 논리이다. 아직까지 우리 학계와 법조에서도 여전히 주된 지위를 확보하고 있는 사법권 독립의 논리는 입헌주의 법치국가에서라면 함부로 반박할 수 없는 공감대를 형성하고 있다고 할 수 있다. 특히 권위주의 헌정을 겪으면서 행정 권력에 의한 사법권 훼손을 몸소 체험하였던 우리에게는 더 큰 전제로 다가오는 것이 사실이다. 이 논리는 이제 헌법 시스템 속에서 거대규범(grand theory)화 되어 누구도 침범할 수 없는 힘을 보유하게 되었다. 이 규범적 고정관념을 법적 도그마틱 수준으로 받아들이는 한 사법 권력의 본질에 대한 그 어떤 진전된 논의도 이루어질 수 없다.

그러나 민주화 이후에도 여전히 큰 변화 없이 지속되어오는 사법권력 지형을 고려한다면, 이제 논리의 약점을 지적하고 그 거대담론 이면에 숨겨진 체제유지적 반작용을 드러낼 때가 되었다고 생각한다. 실제 미국에서는 20세기 초반부터 사법 권력의 중립성테제(neutrality principle)에 대한 법현실주의(legal realism)의 비판을 시작으로 세기 후반 비판법학운동(critical legal theories)을 통해 상당 부분 극복되었다. 판사가 가지는

중립성은 신화(myth)일 뿐, 누구도 이념과 환경의 맥락에서 자유로울 수 없다는 사실이 밝혀졌다. 오히려 중립성 원리는 사회변동을 가로막는 보수적 사법판결을 정당화하는 가림막 역할을 하였을 뿐이라는 것이다.

이렇듯 거창한 이론을 배경에 두지 않더라도 상식적 견지에서 우리 사법 시스템을 조명해보면 법관의 정체성 공개와 사법권 독립이 무관한 것임을 발견할 수 있다. 우리나라의 재판은 판사 1인(혹은 3인, 혹은 9인, 혹은 12인)에 의해 전적으로 이루어지는 구조이다. 영미의 배심제 구조에서는 주장 인용·거부의 판단 권한을 배심에 위임하고 법관은 증거 채택을 위한 재판의 진행과 양형의 책임을 분담한다. 배심원은 재판에 영향을 미칠 수 있는 외부 정보를 모두 차단한 채 오직 재판의 판결을 위한 숙의에 전념하게 된다. 하지만 우리는 법관이 재판에 대한 최종적·독자적 권한을 확보한 채 자율성을 부여받고 있다. 재판 과정의 가장 중요한 권한을, 거의 절대적 책임의 권한을 지닌 법관이 어떤 사람인지에 대한 정보는 반드시 차단되어야 하는가? 직무와 관련된 법관의 과거 행적과 판결 성향을 알고 현재의 판결 내용을 비판하는 것이 과연 현재의 재판 시스템을 무너뜨릴 정도의 부당한 접근으로 보아야 하는가?

최근 일어나는 법관에 대한 비판에는 이러한 맥락의 전복적 의도가 보이지 않는다. 가짜뉴스를 제외하고 판사 개인과 재판에 대한 정보를 언론기관이 보도한다고 하여 재판에 대한 법관의 권위가 손상되지 않는다. 재판의 체계가 유지되고 그것이 흔들릴 위험이 없다면, 비판은 자유롭게 풀어주어야 한다. 시민은 판결 내용과 논거를 두고 자유롭게 토론할 수 있어야 하며, 이는 민주 시민으로서의 당연한 권리이기도 할 뿐더러 재판 자체에도 그 발전을 위하여 이로운 일이다. 재판에 대해서는 전문가인 법관을 믿고 조용히 입을 닫는 것이 사법권 독립을 위하여,

중립적 판단을 위하여 필요하다는 논거는 설득력을 잃어가고 있다. 시민의 이성에서 납득할 수 없는 재판은 당사자에게는 심각한 기본권 침해가 될 수 있다. 이 침해 가능성은 비단 기본권 주체 개인의 문제가 아니라 국가 구성원 모두의 이해관계와 연관되어 있다. 내가 언제 법정에서 서게 될지 모르기 때문이다.

사법권 독립을 가장 심각하게 위협하는 주체는 시민의 비판이 아니라 정치권력의 행동이다. 현직 미국 대통령은 트위터 게시글을 통해 판사 개인을 비판하고 있다. 200년이 넘는 미국 헌정사를 통해 법관과 사법부에 대한 공격은 끊임없이 이루어져 왔다. 그 본질적 성격은 정치적(political, 정파적 partisan이 아님)인 것으로, 반드시 일어날 수밖에 없는 것이다.¹⁰⁾ 그러나 의회나 행정부로부터의 사법부에 대한 그 모든 정치적 공격은 실패하였는데, 거기에는 사법권 독립에 대한 국민적 믿음, 헌법에 대한 국민적 믿음이 한 번도 흔들린 적이 없기 때문이라고 한다. 지금 우리가 경계하는 사법권 독립에 대한 침해 주체를 명확히 하자. 언론의 법관 및 재판보도가 그것인가, 정치적 의도의 비판이 그것인가? 언론 보도와 법관에 대한 시민적 비판 속에 사법권 독립 훼손의 징후가 보이는가? 그 비판들 속에서 헌법이 정하는 사법권 독립이 위협하겠다는 국민적 의도를 발견할 수 있는가? 그렇지 않다고 생각한다. 오히려 그러한 움직임 속에서 우리 사법을 더욱 건실하게 세우고자 하는 노력을 발견할 수 있다. 그렇다면 이제 신상털기의 멍에를 씌우기보다 오히려 시민을 사법 판단에 대한 건전한 비판의 장으로 초대하는 것이 옳지 않을까?

10) Barry Friedman, Attacks on Judges: Why They Fail, in (Elliot Slotnick ed.) Judicial Politics: Readings from Judicature, AJS, 1999, p.637.

2. 여론과 법원의 재판

법관도 시민인 까닭에 시간적 간격은 존재하지만 결국 사법 판단 또한 여론의 판단과 합일된다는 연구 결과가 있다.¹¹⁾ 법원은 사회변동의 촉매 역할을 할 수 있지만 실질적 사회변동은 입법과 시민의 행동을 통해 이루어진다는 결과도 있다.¹²⁾ 우리 헌법재판소의 판례 역사를 보더라도 드문 예외 경우를 제외하고는 오랜 시간과 과정을 거친 끝에 결국 사회 일반의 의사와 합일되는 흐름을 발견할 수 있다.¹³⁾ 법원의 판결에 대한 여론의 반응은 사법권 독립을 위해 무조건 배척하여야 할 대상이 아니다.¹⁴⁾ 재판 내용을 장기적으로 보고 여론의 반응을 살피는 것은 민주사회의 법원이 마땅히 해야 할 일이다. 법원이 주장하는 법리와 여론의 괴리가 큰 경우 여론을 설득할 수 있어야 한다.

이런 차원에서 표현의 자유를 내세운 언론사의 주장에 대한 개별 논변이 이루어진 이후에는 헌법적 차원에서 법관이 판결의 결과를 예상해보는 것도 합리적 판단의 방법이 될 수 있을 것이다. 과연 개별 사건에서 언론사에 내린 유·불리의 판결 결과가 우리 헌법의 목적에 봉사할 수 있는지 생각해 보는 것이다. 특히 언론의 존재 목적이 시민의 민주적 의사결정을 활성화하는 것이라면, 과연 해당 언론 기사에 대한 법적 조치로 그 민주적 의사결정의 가능성이 높아질 수 있는지를 따지는 것이다. 이는 언론사를 무조건적으로 옹호하는 판결을 해달라는 뜻이 아

11) Friedman, id., p.641.

12) Gerald Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change?*, The University of Chicago Press, 2008.

13) 예컨대 4번의 합헌결정 이후에 등장한 간통죄 폐지 결정. 헌재 2015. 2. 26. 2009헌바17 등, 판례집 27-1상, 20.

14) 이는 소위 여론재판을 하자는 취지가 전혀 아니다.

니다. 악의적 거짓보도에 적절한 조치를 가하는 것은 오히려 시민의 민주적 참여를 더 활성화시키는 밑거름이 된다. 요컨대 언론에 대한 사법 판단은 “그 어떤 판단 요소를 배제한 채 오로지 법에 근거한 판단” 이어야 한다는 구호에 갇혀 있을 필요가 없다고 생각한다. 판결문의 “제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하였다.”는 서술이 그 사법판단을 통해 시민의 민주적 참여가 증진되는지에 대한 결과를 고려하였다는 내용으로 대체되기를 희망한다.

3. 사법 판단의 투명성과 사법민주화

“법관은 판결로만 말한다.”는 법언이 있다. 우리 사법에서 이 구호는 모든 법관들의 다짐처럼 보인다. 하지만 민주주의 헌법의 지배를 받는 시민들에게는 법원의 판결 또한 알고 비판할 권리가 있다. 굳이 이러한 권리담론을 인용하지 않더라도, 사법의 공적 기능에서 판결의 공개와 그에 대한 비판은 논리 필연적으로 이끌어 낼 수 있는 것이다. 민주주의의 장점은 거의 대부분의 공적 결정이 투명하게 공개되고 토론된다는 점에 있다. 민주적 토론과 비판 측면에서 재판도 예외가 될 수 없다. 재판에 물리적 영향력만 행사하지 않는다면 이러한 토론은 장려되어야 한다.

최근 영장판결과 관련한 시민의 불만이 고조된 것은, 그 판결 이유를 공개하지 않기 때문이다. 물론 여러 가지 시간적, 인적 자원 측면의 이유가 있겠지만, 이유도 모른 채 판사의 견해에 모두 입을 막고 따라야 한다는 제도는 민주적이지 못하다. 헌법적이지도 못하다. 재판은 공개하는 것이 원칙이기 때문이다.

영장판결 뿐 아니라 대법원 판결(여기도 예외가 있다)을 제외하고 하

급심 판결의 판결문을 입수하기는 여전히 불편하고 어렵다. 법원에 와서 보라는 반론, 개인정보를 이유로 한 변명을 꽤 오래 들어왔지만, 역시 민주적이지 못하다. 전자정부 시대 국가원수는 자신의 스케줄을 분단위로 공개하고 있다. 국민의 기본권을 다루는 재판 내용이 국민에게 쉽게 입수되지 않는다는 것은 심각한 문제다.

지금 언론과 시민들이 수행하는 법원 비판의 대부분은 판결 내용과 근거에 대한 것이다. 판결 비판을 위해 법관의 신상까지도 알고 싶어 하는 것이다. 법을 잘 모르는 일반인들은 조용히 최고의 법 전문가들이 펼치는 재판의 향연을 구경만 해야 한다는 명령은 더 이상 설득력이 없다. 미국 헌법이 배심재판 받을 권리를 헌법적 권리로 명기하고, 배심의 선정에 법 전문가를 철저히 배제하는 이유를 살펴보아야 한다. 법에 무지한 일반인조차 설득할 수 없는 법적 판단은 잘못된 것일 가능성이 높다.

IV. 결론 : 언론의 사법보도 개선을 위한 제언

물론 가짜뉴스나 선정적 기사를 통해 독자·시청자를 확보하려는 언론 보도는 규제되어야 마땅하다. 이는 현행법 체계로도 얼마든지 대응이 가능하다. 하지만 사법에 대한 언론의 기본적 사명, 시민의 기대와 열망을 이제는 받아들여야 한다. 사법의 공적 역할을 재인식하여야 하고, 사법권 독립과 비판의 수용에 대해 지금과 다른 관점에서 이해하여야 한다. 재판은 공개되어야 하고 시민은 재판 내용을 쉽게 입수하여 비판할 수 있어야 한다. 이는 정치적 압력에 굴복하지 않는 내성을 사법 스스로 기르는 데 좋은 방법이 될 수 있다. 국민은 사법부의 독립을 결코 해할 생각이 없다. 오히려 모든 정치적 시도들을 국민들이 걸러내 줄 것이다.