



피의사실공표죄의 합리적 적용방안 연구



A Study on rational application plan for
'Publication of Facts of Suspected Crime'

김재현·임정호



머리말

대한민국 헌법 제27조 제4항은 유죄의 확정판결이 있기 전까지 형사피고인에게 무죄가 추정됨을 천명하고 있습니다. 헌법은 비록 형사피의자가 아닌 형사피고인의 무죄추정을 명시하고 있지만, 공소가 제기되어 유죄판결을 받을 개연성이 더욱 높아진 형사피고인에게 무죄추정을 인정한다면, 아직 공소제기 전인 피의자에게는 더욱 강한 무죄추정을 인정하는 것이 논리적일 것입니다. 이와 같이 피의자에게 주어져 있는 무죄추정권은 보장되어야 하므로 정당한 근거 없이 혐의사실을 외부에 알림으로써 피의자에게 범죄자라는 인상을 심어주는 것은 지양되어야 합니다. 따라서 형법 제126조는 검사의 공소제기 전에 수사기관 등이 피의사실을 공표하는 행위를 피의사실공표죄라는 범죄유형으로 취급하고 있습니다.

피의사실공표죄는 해외의 법제에서도 찾아보기 어려운 우리 형법만의 독자적 의의가 있는 규정으로서 의미가 있다고 할 수 있지만, 지금까지 피의사실공표죄로 처벌된 사례가 없으므로 본 규정은 사실상 사문화된 것과 다름없다는 평가를 받고 있는 실정입니다. 그러나 피의사실공표죄는 최근 세간의 관심과 주목을 받고 있습니다. 예컨대, 법무부는 검찰에 대하여 피의사실 공표에 유의하라는 지시를 내린 바 있고, 울산지방 검찰청은 '약사법 위반 등 보도자료'를 배포한 울산지방 경찰청 광역수사대 수사책임자를 피의사실공표로 출석을 요구하기도 하였습니다. 나아가 법무부 검찰 과거사 위원회에서도 '피의사실공표 사건 조사 및 심의결과'를 발표하여 피의자의 인권을 보호하기 위한 사항과 개선방안 등을 권고한 바 있습니다.

이와 같이 최근 들어 피의사실공표죄에 대한 논의가 수면 위로 드러나고 있는데, 수사기관의 피의사실 공표가 문제된 것은 비단 최근만의 일은 아닙니다. 과거 1999년 대통령 법무비서관 '옷 로비' 사건과 2003년 전 현대그룹 회장 비자금 사건, '불량만두소' 사건 등 피의사실공표와 관련하여 사회적으로 이슈가 되었던 사례들도 적지 않게 존재하였고, 2009년 故 노무현 전 대통령 서거 이후로는 피의사실공표의 문제점이 더욱 크게 제기되어 검찰개혁과도 관련이 있다는 인식으로 자리를 잡게 됩니다.

물론 피의사실 공표는 국민의 알 권리 내지 더 큰 이익을 위해 허용되는 경우가 있겠지만, 지금까지 본죄로 처벌된 사례가 없다는 것을 근거로 수사기관의 피의사실

공표행위가 전적으로 정당화되어 왔다고 단정할 수는 없을 것입니다. 따라서 피의사실공표죄에 대한 문제의식이 커지게 된 만큼 이에 대한 구체적인 논의를 해야 할 필요성이 있을 것입니다. 또한 피의사실공표죄를 통해 피의자의 인권보호가 이루어질 수 있다는 점에서 본 규정의 존재의의를 엿볼 수 있겠지만, 그 반면에 헌법이 보장하고 있는 국민의 알 권리와 언론의 자유 및 표현의 자유 등의 기본권과 상충될 수 있는 문제가 있으므로 어느 한 쪽에만 치우쳐서 파악할 문제는 아닐 것입니다. 따라서 본 연구는 피의사실공표죄를 둘러싼 문제점들을 해결하기 위해 다양한 관점에서 접근하여 본 규정을 합리적으로 운용하기 위한 방안과 방향을 제시하고자 하였습니다. 비록 부족한 면이 적지 않겠지만 본 연구를 통해 사문화되었다고 평가를 받고 있는 본 규정이 진일보한 모습으로 거듭하기를 바라는 바입니다.

마지막으로, 지금까지 피의사실공표죄에 대한 연구가 활발하게 이루어지지 않았던 만큼 이와 관련된 외국의 입법례를 다룬 문헌을 찾아보기 어려운 상황인데, 그럼에도 불구하고 미국의 연방법과 주요 주(州)의 법률, 연방대법원의 입장 등을 세밀하게 파악·분석하는 등 해외 주요국의 입법례를 상세히 다루어 주신 임정호 박사님께 감사의 마음을 전합니다.

2019년 8월

연구진을 대표하여

부연구위원 김재현

목 차

국문요약	1
 제1장 서 론 · 김재현	7
제1절 연구의 목적과 필요성	9
제2절 연구의 범위와 방법	12
 제2장 피의사실공표죄의 연혁 및 실태 · 김재현	13
제1절 피의사실공표죄의 입법경위와 보호법익	15
1. 피의사실공표죄의 등장배경	15
2. 법제사법위원회의 제정형법안 수정논의	20
제2절 피의사실공표죄의 보호법익	24
1. 국가의 범죄수사기능 및 피의자의 인권으로 이해하는 견해	25
2. 피의자의 인권으로 이해하는 견해	25
3. 피의자의 인권과 수사권의 공정한 행사에 대한 공공의 신뢰	26
4. 형사사법절차에 있어서 보장되어야 할 모든 기본권을 보호법익으로 파악하는 견해	27
5. 소결	27
가. 국가의 범죄수사기능과 관련하여	27
나. 피의자의 인권과 관련하여	29
다. 보호법익에 대한 종합적 검토	30
제3절 피의사실공표죄의 처리현황	31
제4절 국회 법률안 현황	33
1. 개관	33
2. 피의사실공표죄에 대한 개정법률안 발의 현황	34

| 제3장 | 피의사실공표죄에 대한 외국의 입법례 · 임정호 · 39

제1절 서설	41
제2절 미국	41
1. 광범위한 표현의 자유 내지 언론의 자유	41
가. 개관	41
나. 형사법적 규제에 대한 미연방대법원의 입장	43
다. 민사법적 제재에 대한 미연방대법원의 입장	45
라. 상표권 영역에 있어서의 미연방대법원의 입장	46
마. 소결	46
2. 피의사실공표행위 처벌 연방법률의 탐색	47
가. 개관	47
나. 피의사실공표죄 죄명의 존재 여부	48
다. 연방법률규정 탐색	48
3. 피의사실공표행위 처벌 주법률의 탐색	49
가. 개관	49
나. 피의사실공표죄 죄명의 존재 여부	49
다. 개별 주법률 규정 탐색	50
4. 피의사실공표죄 상응규정의 존재여부	53
5. 연방 법무부 차원의 규제	53
가. 개관	53
나. 내용	55
다. 규제방식: 원칙적 공개·예외적 공개금지	56
라. 검토	56
6. 피의사실공표죄 상응규정의 부존재 확인	58
제3절 독일	59
1. 피의사실공표죄 상응규정의 존재여부	59
가. 피의사실공표죄 죄명의 존재 여부	59
나. 독일형법 제353조d	59
2. 피의사실공표죄 상응규정의 부존재 확인	61
제4절 스위스	62

1. 피의사실공표죄 상응규정의 존재여부	62
가. 피의사실공표죄 죄명의 존재 여부	62
나. 스위스 형법 제293조 및 제320조	62
2. 피의사실공표죄 상응규정의 부존재 확인	63
제5절 일본	63
1. 피의사실공표죄 상응규정의 존재여부	63
가. 피의사실공표죄 죄명의 존재 여부	63
나. 일본형법 제230조의2 제2항	64
2. 피의사실공표죄 상응규정의 부존재 확인	65
제6절 중국	65
1. 피의사실공표죄 상응규정의 존재여부	65
가. 피의사실공표죄 죄명의 존재 여부	65
나. 중국 형법 제308조의1	66
2. 피의사실공표죄 상응규정의 부존재 확인	68
제7절 소결: 각국의 규제 상황에 대한 전체적인 비교	69

| 제4장 | 피의사실공표죄의 형법적 검토 · 김재현 71

제1절 제1절 피의사실공표죄의 비범죄화 여부 검토	73
1. 논의의 필요성	73
2. 헌법적 관점에서 본 피의사실공표죄	74
가. ‘알 권리(Right to know)’와 ‘인격권’ 사이의 충돌	74
나. 과잉금지의 원칙과 관련하여	77
3. 형법상 비범죄화의 관점에서 본 피의사실공표죄	82
가. 비범죄화의 이론	82
제2절 피의사실공표죄의 객관적 구성요건의 해석	86
1. 피의사실공표죄의 주체	86
2. 행위의 객체	88
가. 피의사실의 개념	88
나. 피의사실의 구체성 및 특정성 여부	90

- 다. 이미 알려진 피의사실이 본죄의 객체가 될 수 있는지 여부 93
- 3. 행위 94
 - 가. ‘공판청구 전’에 피의사실을 공표하는 행위 94
 - 나. 공표의 의미 94
- 제3절 피의사실공표죄의 위법성조각사유 96
 - 1. 개관 96
 - 2. 개별적 위법성 조각사유 적용 여부 96
 - 가. 피해자의 승낙 96
 - 나. 긴급피난 97
 - 다. 형법 제20조 정당행위에 의한 위법성 조각 여부 98
 - 라. 형법 제310조 유추적용 가능성 여부 102
 - 3. 국민의 ‘알 권리’에 의한 위법성 조각 여부 103
 - 가. 알 권리의 우위성의 근거 103
 - 나. 알 권리의 한계 105
 - 4. 판례의 입장 106

| 제5장 | 피의사실공표죄의 합리적 운용을 위한 정비방안

• 김재현 109

- 제1절 제1절 개관 111
- 제2절 법령정비를 통한 방안 111
 - 1. 피의사실공표죄에 대한 특별한 위법성 조각사유 신설 111
 - 2. 행위의 주체 113
 - 3. 법무부 준칙 및 경찰청 규칙의 재정비 113
 - 가. 상위 법령에로의 승격 113
 - 나. 예외규정의 정비 114
 - 다. 공보준칙 위반행위에 대한 조치의 미비 보완 115
- 제3절 해석에 의한 방안 116
 - 1. 주체의 축소해석을 지양하는 방안 116
 - 2. 피의사실의 정도 117

3. 위법성 조각사유의 엄격한 적용	117
제4절 기타 방안	119
1. 피의사실공표죄의 규범력 강화	119
2. 위원회 제도 신설	120
3. 수사공보 대상자의 반론권 등 권리보장 제도 마련	121
 제6장 결 론 · 김재현	123
참고문헌	129
Abstract	135

표 차례

〈표 2-1〉 1994년~2000년 까지 피의사실공표죄 통계 31

〈표 2-2〉 2008년~2018년 피의사실공표죄 처분현황 32

〈표 2-3〉 피의사실공표죄 개정법률안 발의 현황 34

〈표 3-1〉 법무부 매뉴얼 중 비밀유지 및 언론 접촉 정책
 (1-7.000 - Confidentiality and Media Contacts Policy) 54

〈표 3-2〉 독일형법 제353조d 60

〈표 3-3〉 스위스 형법 제293조 및 제320조 62

〈표 3-4〉 각 국가별 피의사실공표 관련 규정 존부 69

〈표 5-1〉 참고: 경찰 수사사건 공보 체크리스트 118

그림 차례

[그림 2-1] 2013년~2018년 피의사실공표죄 접수 현황	32
--	----

국문요약

1. 연구의 목적과 필요성

우리 형법은 검사의 공판청구 전에 수사기관이 피의사실을 공표한 경우 처벌하는 규정(형법 제126조), 즉 피의사실공표죄를 두고 있다. 피의사실공표죄는 국가적 법익에 관한 죄로서 국가의 공정한 수사권 행사라는 법익을 보호함으로써 궁극적으로는 피의자의 인권보호라는 모습으로 나타난다. 여기서 말하는 보호의 대상으로서 피의자란 다른 범죄혐의로 수사기관의 수사를 받는 자를 의미하며, 피의사실공표죄에서의 피의자는 당연히 '수사기관 등'을 말한다. 따라서 본죄가 보호하고자 하는 피의자의 인권이란 실질적으로 본죄의 피해자의 인권을 의미하는 것이다. 결국 본죄의 피해자는 수사상 피의자의 신분이므로 사법절차상으로 누릴 수 있는 권리는 반드시 보장되어야 한다. 헌법 제27조 제4항도 "형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다."라고 규정하고 있다. 비록 본조가 형사피의자가 아닌 형사피고인의 무죄추정을 명시하고 있지만, 고도의 범죄혐의가 인정됨을 이유로 공소가 제기되어 유죄판결을 받을 개연성이 더욱 높아진 형사피고인에게조차 무죄의 추정이 인정된다면, 아직 공소제기 전인 피의자에게는 더욱 강한 무죄추정을 인정하는 것이 논리적일 것이다. UN국제인권규약이나 유럽인권협약이 무죄추정권의 주체를 형사피고인에 한정하지 않고 형사피의자라고 넓게 규정하고 있는 것도 동일한 맥락이자 하나의 근거를 제공해 준다고 할 수 있겠다.

이와 같이 피의자의 권리는 보장되어야 하는데, 피의사실공표죄로 단 한건도 처벌된 사례가 없다는 것은 형법 제정이후로 지금까지 피의자의 권리가 보장되어 왔기 때문이라고 말할 수 있을까? 우리는 피의자의 무죄추정이나 기타 법익을 해하는 형태로 피의사실공표가 이루어진 바는 없는지 이제는 진지하게 물음을 던져볼 때가 왔다고 생각한다. 피의사실공표죄로 처벌된 사례가 없다는 점에 대해서 우리는 두 가지 관점에서 접근할 수 있을 것이다. 첫째, 국민의 알 권리를 충족시키기 위하여 엄격한 요건과 절차에 의해 피의자의 인권을 침해하지 않는 범위 내에서 피의사실 공표가 지금까지 공정하게 이루어져왔기 때문이라는 관점이다. 둘째, 사실상 본죄에 해당할

2 피의사실공표죄의 합리적 적용방안 연구

수 있으나 검사가 이에 대해 공소제기를 하지 않고 내부적으로 해결해 온 것은 아닌가라는 점을 생각해 볼 수 있다.

우리는 여기서 본죄를 어떤 관점에서 접근해야 할 것인가? 과연 수사기관은 우리 법이 보장해주고 있는 피의자가 누려야 할 권리를 침해하지 않으면서, 또는 일정수준 피의자의 권리가 제한되더라도 더 큰 이익을 위해서 불가피하게 그리고 엄격한 절차를 준수하여 피의사실을 공표해왔다고 할 수 있을 것인지 의문을 가져 보아야 할 것이다.

사실상 사문화된 것과 다름없다는 평을 받아온 피의사실공표죄는 최근 세간의 관심과 주목을 받고 있다. 법무부에서는 검찰에 피의사실 공표에 유의하라는 지시를 내린 바 있고, 울산지방검찰청은 ‘약사법 위반 등 보도자료’를 배포한 울산지방 경찰청 광역수사대 수사책임자를 피의사실공표로 출석을 요구하기도 하였다. 나아가 울산지검은 피의사실공표 피의자 측이 요청한 검찰수사심의위원회 소집에 대한 적절성 여부를 심의한 결과 소집요청이 적절하다고 판단하였고 울산지검 소속 검찰시민위원회에 이 사건 수사의 계속 여부와 기소 및 불기소 여부 등에 대해 대검찰청 산하 수사심의위원회에서 논의할 것을 요청하였다. 또한 법무부 검찰 과거사 위원회에서도 ‘피의사실 공표 사건 조사 및 심의결과’를 발표하여 피의자의 인권을 보호하기 위한 사항과 개선방안 등을 권고하였다.

이와 같이 최근 들어 피의사실공표죄에 대한 논의가 수면 위로 드러나고 있는데, 수사기관의 피의사실 공표가 문제된 것은 비단 최근만의 일이 아니다. 과거 1999년 대통령 법무비서관 ‘옷 로비’ 사건과 2003년 전 현대그룹 회장 비자금 사건, ‘불량만두소’ 사건 등 피의사실공표와 관련하여 사회적으로 이슈가 되었던 사례들도 적지 않게 존재하였고, 2009년 故 노무현 전 대통령 서거 이후로는 피의사실공표의 문제점이 더욱 크게 제기되어 검찰개혁과도 관련이 있다는 인식으로 자리를 잡게 된다.

물론 피의사실 공표는 국민의 알 권리 내지 더 큰 이익을 위해 위법성이 조각되는 경우가 있겠지만, 지금까지 본죄로 처벌된 사례가 없다는 것이 전적으로 위법성 조각 사유에 해당하였기 때문이라고 단정할 수는 없을 것이다. 따라서 피의사실공표죄에 대한 문제의식이 커지게 된 만큼 이에 대한 구체적인 논의를 해야 할 필요성이 있다고 하겠다. 또한 피의사실공표죄 규정을 통해 피의자의 인권보호가 이루어질 수 있다는

점에서 본죄의 존재의의를 엿볼 수 있겠지만, 그 반면에 헌법이 보장하고 있는 국민의 알 권리와 언론의 자유 및 표현의 자유 등의 기본권과 상충될 수 있는 문제가 있으므로 어느 한 쪽에만 치우쳐서 파악할 문제는 아닐 것이다. 따라서 본 연구는 피의사실공표죄를 둘러싼 문제점들을 해결하기 위해 다양한 관점에서 접근하여 본죄를 합리적으로 운용하기 위한 방안과 방향을 제시하는 데 목적이 있다.

2. 연구의 범위와 방법

본 연구는 피의사실공표죄에 대한 처리 현황 및 통계를 입수하는 데 어려움이 있었고 형사판례 또한 존재하지 않는다는 점에서 일정한 한계가 있었지만, 최대한 본죄와 현실 사이의 문제점을 파악하고, 실무상으로 필요한 구체적인 매뉴얼은 논외로 하되 본 규정의 합리적 적용을 위한 방안을 다각적인 시각에서 검토하고자 하였다.

그리고 본 연구가 피의사실공표죄라는 형법상의 범죄유형과 처벌규정에 대한 연구인만큼 문헌연구에 중점을 두었고, 전문가의 자문 및 워크숍을 통해 얻어진 내용들을 연구에 반영하고자 하였다. 나아가 피의사실공표죄와 관련된 통계 및 신문기사 등을 참고함으로써 가능한 한 실증적인 연구가 되도록 노력하였다.

비록 해외법제에서 피의사실 공표행위를 처벌하는 규정은 찾아보기 어렵지만 피의사실공표죄와 유사한 규정의 존재 여부 등을 파악함으로써 우리와 어떠한 차이를 보이고 있는지 비교법적 검토도 함께 수행하고자 하였다.

피의사실공표죄는 지금까지 처벌된 사례가 없으므로 더 이상 범죄화의 실익이 없다고 보일 수 있고 외국의 입법례를 보더라도 우리와 같은 규정은 없으므로 본 범죄유형에 대한 비범죄화 여부를 검토해 볼 필요성이 있다고 판단되어 헌법적 관점과 형법적 관점에서 접근하여 비범죄화 여부에 대한 논의를 다루었다. 그리고 피의사실공표죄의 구성요건을 놓고 어떠한 해석론이 타당한지, 나아가 위법성 조각사유의 법리를 검토하여 적용될 수 있는 경우를 검토하고, 본죄의 합리적 적용을 위한 법령정비 및 나아가야 할 지향점을 제시하고자 하였다.

3. 주요 연구내용

우선 형법 제정시기에 어떠한 경유로 본죄가 도입되었는지 살펴보기 위해 우리 형법 제정에 영향을 미친 일본 개정형법가안과 입법당시의 회의록 등을 검토하여 본죄의 입법취지를 검토한 바, 일본 개정형법가안과는 달리 우리는 인권보호에 중점이 있다. 그리고 해외법제로서 미국과 독일, 스위스, 일본, 중국의 형법규정을 살펴보면 피의사실 공표행위를 적극적으로 처벌하는 국가는 찾아볼 수 없었다. 예컨대, 미국의 경우 당연히 당해 행위에 대한 처벌규정은 존재하지 않으면서 오히려 공개 내지 공표 가능한 행위를 법률이 아닌 다른 형식으로 규정하고 있었고, 일본의 경우에는 다른 범죄의 불처벌 특례로서 피의사실공표행위를 규정하고 있다는 점이 특이하였다. 우리나라의 피의사실공표죄에 해당하거나 유사하거나 혹은 본죄의 행위유형을 부분적으로나마 포섭할 수 있는 규정이 있는 것도 찾을 수 없었다. 오히려 미국의 경우에는 연방법무부 차원의 매뉴얼을 통하여 공표 내지 공개할 정보가 무엇인지를 적극적으로 규정하고 있고, 일본의 경우에는 이러한 공표행위가 명예훼손죄를 통해 처벌될 행위가 아님을 규정하고 있다는 것을 확인하였다. 또한 독일과 중국의 경우 재판상 비공개심리와 관련된 사실을 공표하는 행위를 처벌하는 규정을 두고는 있지만 이러한 처벌규정이 우리나라의 피의사실공표죄에 해당된다고 할 수는 없다.

물론 그러한 처벌 규정을 두고 있지 아니하는 것에는 동일한 배경이 존재한다고 볼 수는 없을 것이다. 예컨대, 미국의 경우 미연방 수정헌법상 표현의 자유 내지 언론의 자유에 대한 두터운 보호가 그 배경이라고 추정된다. 그러나 관련 처벌규정을 두고 있지 않은 국가 중에서 중국은, 미국과 동일한 이유를 공유한다고 보기도 어렵다. 비록 외국의 입법례에서 피의사실공표죄를 찾을 수 없고, 형법 제정이후로 지금까지 본죄로 처벌된 경우가 없다고 하더라도 우리형법상 피의사실공표죄가 무의미하다고 단정할 수는 없을 것이다. 다만, 이러한 점이 본죄의 비범죄화 여부를 검토하기 위한 단초를 제공해 줄 수는 있으므로 이에 대한 검토가 필요하였다. 우선 헌법적 관점에서 파악해본 결과 알 권리와 피의자의 인격권 사이의 충돌을 해결하는 것이 중요한 문제였는데, 본죄가 없을 경우 피의사실공표로 인해 침해될 수 있는 피의자의 권리와 법익들을 보호해 줄 수 있는 방법이 없고, 본죄가 존재한다고 하더라도 알 권리는

제한하지 않는 범위 내에서 본죄를 운용할 수 있으므로 본 규정이 헌법에 위배된다고 보기는 어렵다고 할 수 있다. 그리고 형법적 관점에서 접근하여 당벌성과 필벌성 여부를 논한 결과 또한 처벌의 필요성이 있는 행위로 평가될 수 있다.

피의사실 공표행위로 인해 피의자의 인격권이 침해되고 국가의 공정한 수사권 행사라는 법익이 침해될 우려가 있는 만큼 피의사실의 공표는 엄격한 요건과 절차를 밟은 수사기관의 공보담당관에 의해 이루어지는 것이 타당하다고 할 것이다. 왜냐하면 피의사실 공표의 주체가 확정된다면 피의사실공표‘죄’의 주체도 상대적으로 명확해지기 때문이다. 따라서 공보담당관 외 ‘검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자’가 피의사실을 공표하는 경우에는 본죄가 성립할 수 있을 것이다. 그리고 피의사실의 구체성이나 정도에 있어서 특정 범죄의 구성요건에 해당하는 사실을 공표한 것은 아니라고 할지라도 실질적 위법성론과 객관적 위법성론에 따라 사회 일반인의 입장에서 볼 때 범죄의 인상을 심어주기에 충분하며, 기자의 독자적인 취재에 의해 이미 알려진 사안이라고 할지라도 수사기관의 공표는 일반인에게 유죄의 확신을 심어줌과 동시에 무죄추정의 원칙과 공정한 재판을 받을 권리 등의 기본권과 수사의 공정성 및 명예를 포함한 인격권 등의 보호법익을 침해할 위험성이 충분하므로 본죄에 해당할 수 있을 것으로 본다.

피의자의 인권도 중요하지만 국민의 알 권리 또한 보장되어야 하는 기본권인 만큼 위법성 조각사유에 대한 해석도 중요하다. 정당방위나 긴급피난, 피해자 승낙에 의한 위법성 조각은 어렵다고 보이며, 형법 제20조에 의한 정당행위에 의해서만 위법성이 조각될 수 있다고 파악하는 것이 타당하다. 이는 위법성 조각사유에 대한 확대적용을 지양하여 피의자의 인권을 보호하고 본죄를 합리적으로 운용하기 위한 방안에도 부합한다. 특히 피의사실 공표행위가 ‘인권보호를 위한 수사공보준칙’ 및 ‘경찰수사사건 등의 공보에 관한 규칙’에 해당할 경우 법령에 의한 행위로서 위법성이 조각될 수 있을 것인지 문제되는데, 법무부 준칙과 경찰청 규칙은 훈령에 해당하므로 법령이라고 보기 어려운 문제가 있다. 따라서 양 훈령에 해당할 경우 법령에 의한 행위로서 위법성이 조각되는 것이 아니라 판례가 실시하는 요건을 갖추었다면 기타 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 위법성이 조각된다고 할 수 있다. 법무부 검찰 과거사 위원회가 권고하는 바와 같이 양 훈령을 법령으로 승격시켜 법적 구속력을 강화하고, 반면

수사기관의 피의사실 공표행위가 훈령을 준수하였을 경우 국민의 알 권리의 보장과 더불어 법령에 의한 행위로서 위법성을 조각시킬 수 있도록 훈령을 법령으로 승격하는 방안도 타당하다고 생각한다.

그리고 형법 제126조의 규범력 강화를 위한 노력이 필요한데, 지금까지의 관행에 비추어 보았을 때 무엇보다 검찰과 법원의 노력이 필요할 것이다. 그리고 피의사실공표죄에 대한 재정신청을 인정하고 있음에도 불구하고 아직까지 그 기능을 발휘하고 있지 못하고 있으므로 피의사실공표죄에 대한 고소·고발사건은 예외적으로 기소강제주의를 택하거나 본죄에 대한 불기소처분을 검찰시민위원회의 의결로 재수사 및 기소강제가 가능하도록 하는 방안 등도 생각해 볼 수 있을 것이다.

나아가 법무부 훈령인 수사공보준칙 제11조에 의하면 수사사건의 공개를 소속 검찰청의 장으로부터 승인을 받을 것을 요구하고 있는데, 긴급한 경우를 제외하고는 해당 검찰청의 장이 승인 여부를 결정하기 전에 다양한 각계 전문가로 구성된 수사공보자문위원회로 하여금 공보 여부 및 공보 내용의 범위와 방법에 대한 자문을 받게끔 하는 것도 의미가 있을 것으로 보인다. 또한 공보 대상자 혹은 공보로 인해 법률적인 불이익을 입을 수 있는 위치에 있는 이해관계자에게 수사공보에 대한 반론권을 보장하고 공보 내용에 대해 이의를 제기할 수 있는 방안을 권고한 바 있으므로 공보 대상자의 권리보장을 위한 제도적 장치 마련을 고민해 볼 필요가 있을 것이다. 이상 언급한 점들을 고려한다면 피의자의 인권과 사문화되었다는 평가를 받고 있는 피의사실공표죄를 합리적으로 운용할 수 있지 않을까 생각한다.

반복하다시피 피의사실공표죄는 우리나라만의 독자적인 처벌규정이라고 보아도 과언이 아니다. 외국의 법제에 존재하지 않는다는 이유로 우리 법의 독자성을 무시하는 태도는 지양되어야 할 것이며, 비록 지금까지 처벌된 사례는 없지만 본 규정이 인권보호를 위한 취지로 탄생한 것인 만큼 앞으로는 본조를 적절하게 운용할 수 있도록 노력할 필요가 있다고 본다. 그렇다고 하여 범죄화를 '지향'하자는 것으로 오해해서는 안 된다. 지금까지 국민의 알 권리와 언론의 자유 등을 근거로 피의자의 인권이 침해된 사례가 적지 않으므로 한 쪽에만 무게중심을 두어 치우치지 않도록 해야 한다. 즉, 국민의 알 권리를 보장하되 최소침해의 원칙을 관철하여 인격권의 보호와 조화를 이루면서 본죄를 운용하는 방향으로 나아가야 할 것이다.

제 1 장



서 론

김 재 현

서론

제1절 연구의 목적과 필요성

우리 형법은 검사의 공판청구 전에 수사기관이 피의사실을 공표한 경우 처벌하는 규정(형법 제126조), 즉 피의사실공표죄를 두고 있다. 피의사실공표죄의 보호법익은 해당 부분에서 다루겠지만, 본죄는 국가적 법익에 관한 죄로서 수사권의 공정한 행사라는 법익을 보호함으로써 궁극적으로는 피의자의 인권보호라는 모습으로 나타난다. 여기서 말하는 보호의 대상으로서 피의자란 다른 범죄혐의로 수사기관의 수사를 받는 자를 의미하며, 피의사실공표죄에서의 피의자는 당연히 '수사기관 등'을 말한다. 따라서 본죄가 보호하고자 하는 피의자의 인권이란 실질적으로 본죄의 피해자의 인권을 의미하는 것이다. 결국 본죄의 피해자는 수사상 피의자의 신분이므로 사법절차상으로 누릴 수 있는 권리는 반드시 보장되어야 한다. 헌법 제27조 제4항도 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”라고 규정하고 있다. 비록 본조가 형사피의자가 아닌 형사피고인의 무죄추정을 명시하고 있지만, 고도의 범죄혐의가 인정됨을 이유로 공소가 제기되어 유죄판결을 받을 개연성이 더욱 높아진 형사피고인에게조차 무죄의 추정이 인정된다면, 아직 공소제기 전인 피의자에게는 더욱 강한 무죄추정을 인정하는 것이 논리적일 것이다.¹⁾ UN국제인권규약²⁾이나 유럽인권협약³⁾

1) 신동운, “무죄추정의 원칙과 검사의 기소유예처분”, 서울대학교 법학 제31권 제3·4호, 서울대학교 법학연구소, 1990, 156면.

2) **헌법 제14조 제2항** 모든 형사피의자는 법률에 따라 유죄가 입증될 때까지 무죄로 추정받을 권리를 가진다.

3) **헌법 제6조(공정한 재판을 받을 권리) 제2항** 모든 형사피의자는 법률에 따라 유죄가 입증될 때까지는 무죄로 추정된다.

이 무죄추정권의 주체를 형사피고인에 한정하지 않고 형사피의자(everyone charged with a criminal offence)라고 넓게 규정하고 있는 것도 동일한 맥락이자 하나의 근거를 제공해 준다고 할 수 있겠다.⁴⁾

이와 같이 피의자의 권리는 보장되어야 하는데, 지금까지 피의사실공표죄로 단 한건도 처벌된 사례가 없다는 것은 형법 제정이후로 지금까지 피의자의 권리가 보장되어 왔기 때문인 것일까? 하지만 우리는 피의자의 무죄추정이나 기타 법익을 해하는 형태로 피의사실공표가 이루어진 바는 없는지 이제는 진지하게 물음을 던져볼 때가 왔다고 생각한다. 피의사실공표죄로 처벌된 사례가 없다는 점에 대해서 우리는 두 가지 관점에서 접근할 수 있을 것이다. 첫째, 국민의 알 권리를 충족시키기 위하여 엄격한 요건과 절차에 의해 피의자의 인권을 침해하지 않는 범위 내에서 피의사실공표가 지금까지 공정하게 이루어져왔기 때문이라는 관점이다. 둘째, 사실상 본죄에 해당할 수 있으나 검사가 공소제기를 하지 않고 내부적으로 해결해 온 것은 아닌가라는 점을 생각해 볼 수 있다.

우리는 여기서 본죄를 어떤 관점에서 접근해야 할 것인가? 과연 수사기관은 우리 법이 보장해주고 있는 피의자가 누려야 할 권리를 침해하지 않으면서, 또는 일정수준 피의자의 권리가 제한되더라도 더 큰 이익을 위해서 불가피하게 그리고 엄격한 절차를 준수하여 피의사실을 공표해왔다고 할 수 있을 것인지 의문을 가져 보아야 할 것이다.

사실상 사문화된 것과 다름없다는 평을 받아온 피의사실공표죄는 최근 세간의 관심과 주목을 받고 있다. 법무부에서는 검찰에 피의사실 공표에 유의하라는 지시를 내린 바 있고,⁵⁾ 울산지방법검찰청은 ‘약사법 위반 등 보도자료’를 배포한 울산지방 경찰청 광역수사대 수사책임자를 피의사실공표로 출석을 요구하기도 하였다.⁶⁾ 나아가 울산지검은 피의사실공표 피의자 측이 요청한 검찰수사심의위원회 소집에 대한 적절성

4) 신동운, “무죄추정의 원칙과 검사의 기소유예처분”, 서울대학교 법학 제31권 제3·4호, 서울대학교 법학연구소, 1990, 156면.

5) 연합뉴스, “박상기 법무부 장관 ‘피의사실 공표 유의하라’ 검찰에 특별지시”, 2019년 2월 28일자 (<https://www.yna.co.kr/view/AKR20190228192400004?input=1179m>, 2019.6.2. 최종검색).

6) 뉴시스, “울산지검, 사문화된 ‘피의사실 공표’ 첫 기소 사례 만드나”, 2019년 1월 22일 자 (http://www.newsis.com/view/?id=NISX20190108_0000523747&cID=10899&pID=10800, 2019.06.02. 최종검색)

여부를 심의한 결과 소집요청이 적절하다고 판단하였고 울산지검 소속 검찰시민위원회에 이 사건 수사의 계속 여부와 기소 및 불기소 여부 등에 대해 대검찰청 산하 수사심의위원회에서 논의할 것을 요청하였다.⁷⁾ 또한 법무부 검찰 과거사 위원회에서 도 ‘피의사실공표 사건 조사 및 심의결과’를 발표하여 피의자의 인권을 보호하기 위한 사항과 개선방안 등을 권고하였다.⁸⁾

이와 같이 최근 들어 피의사실공표죄에 대한 논의가 수면 위로 드러나고 있는데, 수사기관의 피의사실 공표가 문제된 것은 비단 최근만의 일이 아니다. 과거 1999년 대통령 법무비서관 ‘옷 로비’ 사건과 2003년 전 현대그룹 회장 비자금 사건, ‘불량만두소’ 사건 등 피의사실공표와 관련하여 사회적으로 이슈가 되었던 사례들도 적지 않게 존재하였고, 2009년故 노무현 전 대통령 서거 이후로는 피의사실공표의 문제점이 더욱 크게 제기되어 검찰개혁과도 관련이 있다는 인식으로 자리를 잡게 된다.

물론 피의사실 공표는 국민의 알 권리 내지 더 큰 이익을 위해 위법성이 조각되는 경우가 있겠지만, 지금까지 본죄로 처벌된 사례가 없다는 것이 전적으로 위법성 조각 사유에 해당하였기 때문이라고 단정할 수는 없을 것이다. 따라서 피의사실공표죄에 대한 문제의식이 커지게 된 만큼 이에 대한 구체적인 논의를 해야 할 필요성이 있다고 하겠다. 또한 피의사실공표죄 규정을 통해 피의자의 인권보호가 이루어질 수 있다는 점에서 본죄의 존재의의를 엿볼 수 있겠지만, 그 반면에 헌법이 보장하고 있는 국민의 알 권리와 언론의 자유 및 표현의 자유 등의 기본권과 상충될 수 있는 문제가 있으므로 어느 한 쪽에만 치우쳐서 파악할 문제는 아닐 것이다. 따라서 본 연구는 피의사실공표죄를 둘러싼 문제점들을 해결하기 위해 다양한 관점에서 접근하여 본죄를 합리적으로 운용하기 위한 방안과 방향을 제시하는 데 목적이 있다.

7) 뉴시스, “울산지검, 피의사실공표 혐의 경찰관 수사 여부 대검 ‘수사심의위’서 논의”, 2019년 7월 2일자(<http://news1.kr/articles/?3660691>, 2019.7.7. 최종검색)/

8) 법무부 보도자료, “피의사실공표 사건 조사 및 심의결과”, 2019.5.28.

제2절 연구의 범위와 방법

본 연구는 피의사실공표죄에 대한 처리 현황 및 통계를 입수하는 데 어려움이 있었고 형사판례 또한 존재하지 않는다는 점에서 일정한 한계가 있었지만, 최대한 본죄와 현실 사이의 문제점을 파악하고, 실무상으로 필요한 구체적인 매뉴얼은 논외로 하되 본 규정의 합리적 적용을 위한 방안을 다각적인 시각에서 검토하고자 하였다.

그리고 본 연구가 피의사실공표죄라는 형법상의 범죄유형과 처벌규정에 대한 연구인만큼 문헌연구에 중점을 두었고, 전문가의 자문 및 워크숍을 통해 얻어진 내용들을 연구에 반영하고자 하였다. 나아가 피의사실공표죄와 관련된 통계 및 신문기사 등을 참고함으로써 가능한 한 실증적인 연구가 되도록 노력하였다.

비록 해외법제에서 피의사실 공표행위를 처벌하는 규정은 찾아보기 어렵지만 피의사실공표죄와 유사한 규정의 존재 여부 등을 파악함으로써 우리와 어떠한 차이를 보이고 있는지 비교법적 검토도 함께 수행하였다.

피의사실공표죄는 지금까지 처벌된 사례가 없으므로 더 이상 범죄화의 실익이 없다고 보일 수 있고 외국의 입법례를 보더라도 우리와 같은 규정은 없으므로 비범죄화 여부를 검토해 볼 필요성이 있다고 판단되어 헌법적 관점과 형법적 관점에서 접근하여 비범죄화 여부에 대한 논의를 다루었다. 그리고 피의사실공표죄의 구성요건을 놓고 어떠한 해석론이 타당한지, 위법성 조각사유의 법리를 검토하여 적용될 수 있는 경우를 검토하고, 본죄의 합리적 적용을 위한 법령정비 및 나아가야 할 지향점을 제시하고자 하였다.

제 2 장



피의사실공표죄의 연혁 및 실태

김 재 현

피의사실공표죄의 연혁 및 실태

제1절 피의사실공표죄의 입법경위와 보호법익

1. 피의사실공표죄의 등장배경

피의사실공표죄는 외국의 입법례에서 찾아보기 어려운 범죄유형이므로 우리나라에서는 어떤 경위로 본죄가 등장하게 되었는지 궁금하지 않을 수 없다. 일정한 구성요건의 신설은 사회적으로 문제되는 현상에 대하여 여론이 형성되어 공론화 단계를 거쳐 입법에 영향을 미치는 것이 보통이지만, 입법자에게 입법형성의 자유가 있는 만큼 일반인이 미처 생각하지 못한 부분을 예리한 입법자가 특정한 사회적 문제를 논제로 삼아 입법논의를 거칠 수 있고, 외국의 입법례를 참고로 받아들일 수도 있다.

특정한 사회적 문제를 범죄화 할 것인지 여부를 놓고 입법자에게는 많은 고민이 따를 것인데, 대한민국 정부가 수립된 지 오래지 않아 6·25 전쟁으로 인해 어수선한 상황 속에서 입법자가 피의사실공표에 대한 범죄화 결단을 내렸다는 것은 어떠한 단초의 제공도 없이 가능한 것인지 의문이 드는 부분이다. 입법당시에 어떠한 논의가 있었는지는 이하 해당 부분에서 다루겠지만, 일단 형법제정 전 정부의 형법 초안에는 피의사실공표죄가 없었으나 법제사법위원회 및 국회의원의 제정형법 논의에서 피의사실공표죄를 신설하고자 의견이 모아졌고, 1953년 형법이 제정되면서 피의사실공표죄가 추가되어 현재의 모습에 이르게 되었다.

우리는 일제강점기 의용형법 시대를 거쳤지만, 독자적인 우리 법제의 마련을 위해 노력하였다. 그럼에도 불구하고 일본의 영향을 받지 않을 수가 없었다는 점에서 안타까움이 크다. 즉, 대한민국은 6·25전쟁을 겪으면서 1953년에 형법이 제정되었기

때문에 당시 입법자료가 상당히 부족했었기 때문에, 건국 초기에 신속하게 형법전을 제정하기 위한 방편으로서 일본 개정형법가안을 입법모델로 채택하게 된다.⁹⁾ 당시 일본은 새로운 헌법 하에서 새로운 형법개정을 연구하고 있었던 시기인 반면, 우리는 일본 개정형법가안을 토대로 형법전을 제정하여 시행한 것이다.¹⁰⁾ 그렇다면 피의사실공표죄도 일본 개정형법가안의 영향을 받은 것인지 살펴볼 필요가 있다고 본다.

우리 형법이 일본 개정형법가안의 적지 않은 영향을 받았다는 것을 염두에 두고, 일단 현행법상의 피의사실공표죄가 ‘공무원의 직무에 관한 죄’의 장에 속해있으므로 일본 개정형법가안 ‘직무에 관한 죄’에 피의사실공표죄가 존재할 가능성이 높을 것이라는 기대감을 가지고 찾아보았으나 본죄를 발견할 수 없었다. 일본 개정형법가안은 각칙 편 제5장에서 ‘직무에 관한 죄’를 규정해 놓고 있는데 행위주체가 우리와 같이 공무원 등으로 한정되어 있고, 전반적으로도 우리의 형법체계와 유사한 측면은 있었지만 정작 피의사실공표죄 내지 이와 유사한 범죄유형은 존재하지 않았다.¹¹⁾

그러나 일본 개정형법가안 제248조에서 유사한 규정을 발견하게 되었다. 즉, “공판 개정 전 조사 또는 예심에 관한 사항을 공개한 자는 1년 이하의 징역·금고 또는 2천 엔 이하의 벌금에 처한다.”라는 내용이다. 구성요건이 우리의 피의사실공표죄와 전적으로 일치하는 것은 아니지만 공판개정 전이라는 점에서는 우리와 유사하며, 조사에 관한 사항은 피의사실이 될 수 있다는 점에서 유사하다.¹²⁾ 다만, 우리가 행위의 주체를 수사기관에 한정하고 있는 것과는 달리 일본은 주체의 제한이 없고, 우리는 피해자가 피의자인 반면 일본은 ‘공판 개정 전’이라는 점에서 피고인도 객체가 될 수 있다는 점, 당시 일본은 예심제도가 있었으므로 예심에 관한 사항도 행위의 객체가 될 수 있다는 점 등의 차이를 보이고 있다. 우선 행위의 주체만 보더라도 개정형법가안

9) 신동운, “형법상 외환의 죄에 관한 연혁적 고찰”, 서울대학교 법학 제56권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2015, 28면.

10) 오영근/최종식, “일본 개정형법가안에 관한 일고찰”, 형사정책연구 제10권 제1호, 한국형사정책연구원, 1999, 107면.

11) 일본 개정형법가안 제2편 각칙 제5장 ‘직무에 관한 죄’에서 각 조문별 표제는 없지만 구성요건의 내용상 우리 형법의 편제와 상당히 유사함을 찾아볼 수 있다. 즉, 제292조는 직권남용, 제293는 불법체포·감금, 제294조는 피고인에 대한 폭행 및 가혹행위, 제295조는 횡령, 제296조는 비밀누설, 제297조는 수뢰, 제298조는 제3자 뇌물공여, 제299조는 수뢰후부정처사 등이 있다(改定調査委員會總會及決議留保條項(刑法總則及各則 未定稿), 改定刑法仮安 제4판, 法曹會, 1940.6, 43면~47면 참조).

12) 본죄가 우리 형법상 피의사실공표죄와 완전히 부합하지는 않지만 이하에서는 편의상 피의사실공표죄라고 칭하고자 한다.

의 내용은 우리의 피의사실공표죄보다 범죄 성립범위가 넓다고 할 수 있다.

흥미로운 것은 제248조가 공무원의 직무에 관한 죄가 아닌 제13장 “안녕질서에 대한 죄”의 장에 위치해 있었다는 점이다. 일본 개정형법가안에서의 안녕질서에 대한 죄는 범죄목적으로 결사를 조직 또는 이에 가입(제239조 전단), 폭동, 병역의무 또는 납세의무 거부 기타 안녕질서를 문란케 할 목적으로 결사를 조직 또는 이에 가입(제239조 후단), 공연히 범죄를 선동 또는 폭동, 공연히 병역 또는 납세 거부(제241조), 안녕질서를 혼란케 할 목적으로 문서를 이용하여 선전하는 행위(제242조), 재판의 위신을 해할 목적으로 허위사실을 유포 또는 공연히 방해하는 행위(제243조), 인신 흑란(惑亂) 목적의 허위사실 유포(제244조 전단), 생활필수품의 시장가격, 은행예금 등 경제상 혼란유발(제244조 후단), 전시·천재기타 사변시 인신 흑란(惑亂) 또는 경제상 혼란유발을 위해 허위사실을 유포하는 행위(제245조), 전시·천재기타 사변시 폭리를 취할 목적으로 생활필수품의 공정한 가격을 급변하게 하는 행위(제246조), 외교상 기밀누설(제247조) 등으로 구성되어 있다.

이와 같이 안녕질서에 관한 죄들을 처벌하고자 하는 이유는 사회질서의 평온유지에 목적이 있는데, 여기서 우리가 가져볼 수 있는 의문은 본죄가 왜 안녕질서에 관한 죄에 위치해 있는가이다. 물론 행위의 주체가 공무원으로 한정되어 있지 않으므로 직무에 관한 죄에 위치시킬 수 없는 이유도 있을 것이다. 하지만 가안을 완성할 당시 주체를 공무원으로 한정할 수도 있었을 것인데 그렇게 하지 않은 또 다른 이유가 있었을 것으로 생각된다.

당시 일본정부는 형법개정강령에 입각하여 사법성형법개정원안기초위원회(司法省 刑法改正原案基礎委員會)를 설치하였는데 이 위원회는 전체적으로 국가주의, 보수주의 성격이 강하였고, 형법학적으로는 고전학과 학자 및 실무가, 사회방위를 기본으로 하는 목적주의·주관주의 학파(신파) 및 이를 수용하고자 하는 실무가들로 구성되어 있었다고 한다.¹³⁾ 위원회의 구성원에 구파가 있었다고 하지만 주관주의 학파 및 이에 동조하는 실무가, 그리고 위원회가 전체적으로 국가주의 성격이 강했다는 점만 보더라도 개정형법가안은 인권보장보다 사회방위 및 사회질서 유지에 초점이 맞춰졌을

13) 오영근, “일본개정형법가안이 제정형법에 미친 영향과 현행 형법해석론의 문제점”, 형사법연구 제20호, 한국형사법학회, 2003, 115면; 吉川經夫, 刑法改正を考える, 東京: 實業之日本社, 1974, 65면.

것이라고 예상될 수 있다. 물론 개정형법가안에 부분적으로 진보적 내용이 담겨져 있었다고는 하지만 패전 전 일본의 제국주의와 군국주의 헌법 하에서의 체제유지 및 강화를 위한 형법개정안이었다는 비판이 크다.¹⁴⁾

이러한 점에 비추어 본다면, 피의사실공표죄와 유사한 개정형법가안 제248조의 범죄유형을 입법하고자 한 이유와 ‘안녕질서에 관한 죄’에 위치시킨 이유는 인권보장을 위함에 무게중심이 있었던 것이 아니라 사회질서 내지 사회방위를 위해 해당 장에 마련하였다고 추정하는 것이 가능하다.

일본 개정형법가안이 완성되기 전에 논의되었던 회의자료를 입수하였는데 본죄에 관한 위원회의 발언이 미약한 측면은 있지만 참고를 위해 회의록을 정리하면 다음과 같다. 우선 일본 개정형법가안에서는 본죄가 제248조이지만, 논의 당시에는 제219조에 해당되었다. 당시 일본에서는 신문지법이라는 법률이 있었는데 피의사실공표와 유사한 범죄유형을 신문지법에 근거하여 “공판개정 전 수사 또는 예심의 내용을 공표하는 자는 1년 이하의 징역·금고, 2천 엔 이하의 벌금에 처한다.”라고 형법범으로서 ‘안녕질서에 관한 죄’의 장에 정하는 것이 타당하다는 주장이 제기되었다.¹⁵⁾

山岡(야마오카) 위원은 특히 ‘안녕질서에 관한 죄’가 매우 중요하고 필요한 규정임을 강조하면서¹⁶⁾ 다음과 같이 발언하고 있다. 즉, “사람의 마음을 현혹 한다던가 혹은 경제상의 곤란을 유발 한다던가 이러한 것은 대 재해 때에도 경험이 있습니다. 그 이후 ‘뱅크런’사건¹⁷⁾ 등도 있었고, 또한 법규로써 형벌을 가하는 것도 적당한 것이라고 생각합니다. . . . 제가 문제점으로 생각하는 것은 재판의 위신을 유지하는 규정입니다만, 법정의 관계에 대해서는 이미 181조에서 인정되고 있는 것으로 해석되고 법정의 질서를 해하는 것을 별하는 것으로 인정되므로 법정 외에서도 이러한 행위를 단속할 필요가 있을지 없을지 . . . 제219조에 대해 여쭙고 싶습니다.”¹⁸⁾라고 하면서

14) 오영근/최종식, “일본 개정형법가안에 관한 일고찰”, 형사정책연구 제10권 제1호, 한국형사정책연구원, 1999, 108면.

15) 刑法並びに監獄法改定調査委員會議事速記録, 法務資料 別冊 第23號, 法務大臣官房調査課, 昭和32年 1月, 314면.

16) 刑法並びに監獄法改定調査委員會議事速記録, 法務資料 別冊 第23號, 法務大臣官房調査課, 昭和32年 1月, 314면.

17) ‘뱅크런’ 사건이란 일본 개정형법가안 제244조 후단의 죄와 결부되는 것으로서, 즉 혼란스러운 시기에 허위사실을 유포하는 등 국민들이 불안한 심리로 인해 은행에 예치된 금액을 모두 출금한 사건이 있었는데 이를 ‘뱅크런’ 사건이라고 한다.

18) 刑法並びに監獄法改定調査委員會議事速記録, 法務資料 別冊 第23號, 法務大臣官房調査課, 昭和

소위 피의사실공표 등의 행위에 대한 형법적 취급이 필요하다는 입장을 취하고 있다. 나아가 山岡(아마오카) 위원은 “제219조에 대해 여쭙고 싶습니다. 저는 다른 공판개정 전에 예심의 관계사실을 기록하지 않는 것은 찬성합니다. 다만, 신문지법에서는 예심 중에 있는 피고사건에 관한 사항으로 폭넓게 기재되어 있습니다만, 본 조에 따르면 예심 내용, 수사의 내용이 아니면 사건에 관한 것 등은 상당하다고 알 수 있는 어느 정도까지 기재해야 좋을까··· 실제 예심에서 다루고 있는 내용을 담고 있지 않으면 안 된다던가 그렇게 좁게 생각하는 것도 가능하고 혹은 신문지법과 같이 넓게 생각할 수 있습니다만···”¹⁹⁾이라고 하면서 공판 전 예심에 관한 사항이 공개되는 것에 대하여 처벌해야 한다는 입장을 취하면서도 어느 정도까지 허용될 수 있는지 그 범위에 대한 의문을 제기하였다.

이에 대하여 泉二(모토지) 위원은 “너무 넓게 보지 말고 내용은 내용 그대로 좁게 해석하는 방향으로 입안하고 있으므로, 너무 넓게 가도 곤란합니다. 앞에서 말씀드렸습니다만 이러한 행위도 영미법에서는 ‘법정모독’의 일부분입니다. 확정재판을 공표하는 것은 괜찮지만 판결확정 이전에 재판소의 행동을 비판하는 내용을 공표한 것뿐이므로 말씀드렸던 법정모독 행위와 조금 다른 부분이 있을지는 모르지만, 영미에서는 비판하는 것을 법정모독으로서 별하고 있습니다. 이런 저런 예심의 내용이 공표되는 것이 현저히 곤란하고 재판의 진행상에 있어서도 상당한 지장을 초래하고, 한편으로는 해당 관계인의 명예훼손을 생각해서라도 매우 중대한 점으로 오늘 검토되고 있고, 형법규정인 점을 감안하여 명확하게 하는 것이 적당할 것이므로 너무 넓게 해석하는 것은 곤란하다는 생각이 있습니다.”라고 주장하였다.²⁰⁾ 즉, 본죄가 형법상의 범죄인만큼 구성요건을 너무 넓게 해석하는 것을 지양하고 피고인의 명예와 재판의 원활한 진행을 위해서라도 공개되는 사항을 가능한 한 명확하게 해야 한다고 발언하였다.

당시 일본의 상황에 근거한 거시적인 관점에서는 본죄를 안녕질서에 관한 죄에 위치시키는 것으로 파악할 수 있겠으나, 가안 제248조 구성요건의 주요 내용은 공판 전 조사에 관한 사항의 공개를 금지하고 있는데, 본 규정의 목적이 사회질서유지와

32年 1月, 314면.

19) 刑法並びに監獄法改定調査委員會議事速記録, 法務資料 別冊 第23號, 法務大臣官房調査課, 昭和32年 1月, 318면.

20) 刑法並びに監獄法改定調査委員會議事速記録, 法務資料 別冊 第23號, 法務大臣官房調査課, 昭和32年 1月, 318면.

큰 관련성이 있다고 볼 수 있는지는 다소 의문이 드는 부분도 있다. 설사 사회질서 유지라는 취지에 방점이 있다고 하더라도 泉二(모토지) 위원은 개인의 인격권 보호라는 기능이 더불어 수반되는 측면을 주장하기도 하였다. 그러나 본죄가 안녕질서에 관한 죄에 위치하는 이상 인격권의 보호가 주된 목적은 아니었다고 생각된다.

그렇다면 알권리와 언론의 자유를 제약하여 상대적으로 국가 공권력을 우위에 두고자 하는 취지로 해석하는 것이 가능하고, 나아가 당시 자본주의 시장경제에 대항하는 새로운 사상의 등장으로 인해 수사기관이 사상범들에 대한 수사와 구속 등 공판 전 사항을 외부에 노출시킬 경우 피의자 내지 피고인을 동조하는 사람들이나 세력이 동요할 우려도 있기 때문에 이를 방지하기 위하여 마련한 규정일 수 있다는 추측도 가능하며, 개정형법가안에 재판의 위신을 해하는 죄를 처벌하고자 하는 규정이 있었다는 점을 보더라도 본죄는 안녕질서에 관한 죄의 한 유형으로 취급하려는 취지였음을 알 수 있다.

일본 개정형법가안에 있었던 피의사실공표죄가 정작 현행 일본형법에는 존재하지 않은데 그 이유는 1931년 임시법제위원회의 총 151회의 심의를 거쳐 1940년에 개정형법가안 각칙편을 완성하였으나, 제2차 세계대전 후반 혼란스러운 정국으로 인해 일본 정부는 모든 임시 위원회를 폐지하게 되었고, 형법의 전면적인 개정사업을 중단하게 되었기 때문이다.²¹⁾

이러한 이유로 일본 현행 형법상으로는 피의사실공표죄를 찾아볼 수 없게 된 것이다. 심지어 다른 외국의 입법례에서도 찾아보기 어려운 범죄유형인데, 그럼에도 불구하고 우리 형법상에 존재하는 이유는 무엇일까? 이하에서 우리나라 형법제정 당시의 논의를 살펴봄으로써 어떠한 취지로 본죄가 신설되었는지 살펴보도록 하겠다.

2. 법제사법위원회의 제정형법안 수정논의

상술한 바와 같이 일본 개정형법가안의 피의사실공표죄의 취지와 내용은 당시 군국주의 일본이 수사공무원이나 언론 등의 수사내용 및 예심사항의 누설 단속을 강화하여 사회질서를 유지함에 목적이 있었음을 알 수 있었다. 그렇다면 우리 형법이 제정될

21) 오영근, “일본개정형법가안이 제정형법에 미친 영향과 현행 형법해석론의 문제점”, 형사법연구 제20호, 한국형사법학회, 2003, 115면.

당시 어떠한 취지로 피의사실공표죄가 신설되었는지 살펴볼 필요가 있다.

우선 아래는 피의사실공표죄의 신설을 주장하는 법제사법위원장 대리 엄상섭 의원의 발언이다.

법제사법위원장대리 엄상섭 의원의 발언

“요새 조금만 경찰관서 앞에만 가도 당장에 신문에 나고 여러 가지 말썽이 되어서 그 혐의사실을 받은 사람은 신용유지상 명예유지상 대단한 곤란을 받는 것입니다. 그러나 우리형법에서나 혹은 기타 세계 어느나라에서도 지금 문명국 형법이나 형사재판제도하에서는 확정판결이 있기 전까지는 무죄의 추정을 받게 되어 있는 것은 여러분도 잘 알고 계십니다. 그러면 무죄의 추정을 받는다는 것은 관념상으로 생각할 뿐만 아니라 우리가 사실에 있어서도 확정판결되기 전에는 여러 가지 방면으로 이 사람이 범죄 혐의자로서 받는 모든 불이익을 제거하는데 신중한 노력을 해야 될 것입니다. 필요불가결의 이외에는 그 사람한테 범죄혐의자로 인해서 받는 모든 불이익을 제거해야 될 것입니다. 그런 의미에서 본다면 아까 말씀드린 바와 같이 좀 경찰서문 앞이나 경찰관문 앞에만 가도 그것이 신문에 보도가 되어가지고 시끄럽게 떠드는 것은 대단한 곤란 문제라고 생각합니다. 그도 또한 어떤 신문기자가 탐문한 기사정도로 낸다면 그렇게 폐단이 없을지는 모르겠지만, 때때로는 수사관이나 혹은 기타의 권위있는 사람의 담화 발표로서도 나오고 혹은 권위있는 사람의 말한 바에 의해서도 나오고 이렇게 되어서 대단히 곤란하고 때로는 경찰서에 한번 잡혀 갔지만 신문에만 떠들어 놓고 수사한 결과 아무런 결론도 나지 못하는 형편도 있습니다. 그러나 한번 신문이나 소문이 퍼진 뒤에는 업지러진 물을 다시 주어담지 못하는 결과가 나서 그 피해자의 처지는 대단히 곤란할 것이다. 이러한 입장에서 이 조문을 신설한 것입니다.”²²⁾

엄상섭 의원은 확정판결이 있기 전까지 피의자는 무죄가 추정되므로 피의자의 명예 보호를 위해서 수사기관의 피의사실 공표행위를 법으로써 제재해야 한다는 점을 강조한 것이다. 이에 대한 변진갑 의원의 반대의견은 다음과 같다.

변진갑 의원의 발언

“법제사법위원회에서 그러한 수정안을 내신다고 그러합니다. 무슨 죄인을 잡아가지고 갔을 적에 공판에 회부되기 전에 그 사실을 발표한 사람은 3년이하의 징역에 처한다고 그러합니다. 대체 검사나 경찰서장이나 경찰국장이나 수사당국에서는 아마 그러한 것이 편리할지도 모르겠습니다마는 만일 이것이 신문에 보도가 된다고해서 수사상 지장이 있다고 하는 경우에는 따로 그때에 임시조치를 취할지언정 이것을 순전히 절도범 하나를 잡아가지고 함구령을 내려가지고 한다고 하면 우리나라의 모든 언론계라든지 저러한데서는 적막해서는 안될 것입니다. 또 한가지는 그러한 것이 보도가 됨으로 곤란해가지고 범죄수사에 오히려 국민의 노력을 받고 도움을 받는 일이 적지 않은 것이 있으리라고 생각합니다. 그런 연구로 해서 만일 이것이 수사상 필요가 있다고 하면 그때에 다른 행정조치를 취할지언정 이 법에다가 이러한 것을 전부 넣어가지고 중형을 처한다는 것은 우리나라의 헌민주정치를 발전시키려는 이 단계에 있어서 부당한 조치가 아닌가 생각해서 반대의 의견을 표시합니다.”²³⁾

22) 형사법령제정자료집(1), 한국형사정책연구원, 1990, 343-344면.

변진갑 의원은 피의사실공표죄를 신설할 경우 언론의 자유를 약화시켜 범죄은폐의 가능성이 초래될 수 있으며, 범죄보도를 통해 오히려 수사에 있어서 국민의 협조를 받을 수 있다는 점을 근거로 본죄의 신설을 반대하고 있다.

이에 대하여 법제사법위원장 윤길중 의원은 반론을 주장한다.

법제사법위원장 윤길중 의원 발언

“지금 변진갑 의원 말씀은 이 조문에 대해서 약간 오해를 하신 것 같습니다. 이 조문에 보실 것 같으면 검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 지극한 피의사실은 공판회부 전에 공표하는 것을 금지한 것입니다. 신문기자가 탐지를 해서 이러한 것이 사회적 여론으로 일어난다거나 이러한 것을 결코 여기에다가 방지한 것이 아니에요. 즉 범죄수사를 하고 있는 그 책임담당자가 이것을 동정심에 의해서나 한번 발표를 해볼 것 같으면 억지로라도 잡아야 할 폐단이 있게되고 동시에 이것은 기소전에 이러한 것을 범죄수사상의 여러 가지면으로 본다 할 찌라도 비밀을 지켜야 될 의무가 있을 것입니다. 그래서 그러한 면에서 이것은 범죄수사를 하는 그 권한이 있는 사람에게 대한 의무를 부과한 결정이고 결코 이러한 것이 여론이나 신문기자들이 탐지해서 발표된 그것을 처벌하는 규정으로 되어있지 않다는 것을 알아주시기 바랍니다.”²⁴⁾

윤길중 의원은 수사기관이 피의사실을 발표할 경우 수사기관이 그 피의자를 입건하지 않을 수 없다는 점을 문제 삼고 있는데, 이는 곧 피의자의 인권을 위한다면 피의사실을 비밀로서 지켜야 한다는 점을 강조하면서 반론을 한 것이다. 변진갑 의원은 이에 대하여 재반론을 한다.

변진갑 의원 발언

“지금 윤위원장의 말씀 잘 들었습니다. 지금 말씀을 듣건대 한번 이것이 그 문을 지나가는 사람이면 발표해 가지고 밖에 말이 나면 억지로라도 잡지 않으면 안될 결과가 생긴다 이런 말씀을 하셨습니다마는 저는 그러면 그 반대로서 죄있는 것을 알찌라도 이것을 관에서 숨겨버릴 가능성은 충분히 내포하고 있는 것입니다. 무슨 죄가 있는 것을 알었지만 절대로 이것을 밖에 입을 못벌리게 해 놓을 것 같으면 아까 윤 위원장 말씀 끝머리에 이것이 한번 발표가 된다고 할 것 같으면 강제로라도 잡아야 할 필요가 생기지 않느냐 이러한 말씀이 나왔는데 그와 반대로 말을 못하게 할 것 같으면 죄가 있다 할지라도 우물쭈물할 가능성을 내포할 위험성이 있는 것이올시다. 두가지 방면으로 해서 이에 거듭 반대의를 표시하는 것이올시다.”²⁵⁾

23) 형사법령제정자료집(1), 한국형사정책연구원, 1990, 344면.

24) 형사법령제정자료집(1), 한국형사정책연구원, 1990, 345면.

25) 형사법령제정자료집(1), 한국형사정책연구원, 1990, 345면 및 346면.

변진갑 의원의 재반론은 죄가 있는 것을 알지라도 수사기관이 이를 숨길 가능성이 있다는 점을 문제 삼고 있다. 즉, 말을 못하게 할 경우 죄가 있다고 하더라도 “우물쭈물 할 가능성”이 있다고 하는데, 이 내용은 곧 말을 안 했으니 수사를 안 해도 되는 것인지 또는 해야 할 것인지 고민에 빠질 위험성이 있다는 의미로 파악된다.

이에 대하여 조주영 의원이 마지막으로 인권옹호를 근거로 피의사실공표죄의 신설을 주장하며 본 회의를 마치게 된다.

조주영 의원 발언

“우리가 이 법률을 제정하는 데 있어 민주주의국가에 있어서 가장 관심을 가져야 될 인권옹호입니다. 어떻게 하든지 인권옹호를 해야 되겠는데 지금 우리나라에 있어서 이 인권옹호가 경찰이 고문한다 이러한 정도의 여기에 대한 인권옹호 뿐만 아니라 이러한 점에 있어서 많이 유린당하는 불행한 현실이 많이 있지만 그 이외에 있어서는 혹은 무슨 형사문제 혐의가 있었는지 범죄사실이 있었는지 모르겠지만 왕왕히 신문에다가 누가 어떠한 범죄사실이 있다 그 사람의 인권을 크게 유린하는 것입니다.”²⁶⁾ “죄가 있어가지고 형의 연도를 받은 뒤에 신문지상에 발표되는 것은 대단히 좋은 것입니다. 하등 상관이 없어요. 그러나 전연 죄도 없는 사람이 죄있는 사람이라는 청천백일하에 이러한 누명을 쓰게 되는 이렇게 인권이 많이 유린당하고 있는 불행이 있는 것이올시다. 이러한 것을 제정하는데 있어서는 이제 말씀드린 바와 같이 이러한 조문이 더군다나 우리나라 현실정에 있어서는 가장 긴요한 것이라고 생각합니다.”²⁷⁾ “그래서 나는 인권을 존중히 하는 견지에서 결코 절대로 이 조문이 필요하다는 것을 여러분에게 참고로 말씀드리고 이제 변진갑 의원 말씀은 이것은 그러한 이야기를 못할 것 같으면 우물쭈물한다. 이것은 말이 안됩니다. 범죄를 수사하는데 있어서는 비밀을 요하는 것이고 이것을 어디든지 말을 못하는 것은 아니에요. 자기 상관에게 보고해야 되고 자기 동료들이 범죄를 수사하는데 서로 논의해야 될 것입니다. 이것을 못하리라는 것이 아니에요. 불필요하게 신문에 발표한다든지 외부에 비밀을 폭로만 사키지 않으면 되는 것이예요.”²⁸⁾ “이러한 기밀을 탄로시킨 사람은 이 명문이 없어도 처벌할 규정이 있어요. 그러나 그 규정보다도 엄격하게 범죄수사에 종사하는 사람이 자기의 지위에 있는 것을 요행으로 삼아가지고 남을 해치려는 사람이 있다고 할 것 같으면 이것은 보통기밀을 누설한 것보다도 더 엄격하게 처벌할 필요가 있는 것입니다. 이것을 나는 여러분에게 참고로 말씀드리고 또 민주주의의 발전은 인권옹호에 있는 것입니다. 민주주의 발전에 있어서 이 조문이 절대로 필요하다는 것을 참고로 여러분에게 말씀 드린 것입니다.”²⁹⁾

조주영 의원은 민주주의 국가에서는 인권옹호가 가장 중요한 관심의 대상이므로 이러한 점에 중점을 두어 피의사실공표죄 규정의 신설이 타당함을 주장하고 있으며, 당시 대한민국의 현실에 비추어 보더라도 인권을 위하여 반드시 절대적으로 필요한

26) 형사법령제정자료집(1), 한국형사정책연구원, 1990, 346면.

27) 형사법령제정자료집(1), 한국형사정책연구원, 1990, 346면.

28) 형사법령제정자료집(1), 한국형사정책연구원, 1990, 346면.

29) 형사법령제정자료집(1), 한국형사정책연구원, 1990, 346면.

조문임을 강조하고 있다. 나아가 비밀누설 등의 행위는 다른 규정으로 취급할 수 있지만 범죄수사에 종사하는 자가 그 지위를 이용하여 타인을 해하려는 경우에는 일반 비밀누설보다 더 중하게 처벌할 필요성이 있다는 점과 민주주의의 발전이 인권 옹호에 있음을 재차 강조하면서 피의사실공표죄의 신설을 재차 강조하고 있다.

본 회의를 거쳐 피의사실공표죄 신설을 놓고 재적원수 92명 중 可 66표, 否 0표로 가결되기에 이르렀다.³⁰⁾

우리 형법상 피의사실공표죄의 입법취지는 일본과는 달리 인권보호에 주안점이 있었음을 알 수 있다. 물론 알권리와 언론의 자유를 도외시 한 것은 아니지만 민주주의의 발전에 있어서 인권옹호는 반드시 필요하며 나아가 수사를 담당하고 있는 권력기관의 권한남용을 방지하여 인권지향적인 수사가 이루어지게끔 하려는 취지가 입법에 반영되었다고 할 수 있을 것이다. 입법취지가 이상과 같다면 피의사실공표죄의 보호법익이 무엇인지에 대한 답은 찾았다고 할 수 있다. 하지만 현행법을 해석함에 있어서 학계의 입장이 나뉘고 있는데 이에 대한 논의는 이하에서 다루어 보고자 한다.

제2절 피의사실공표죄의 보호법익

형법의 주된 기능 중 하나는 법익을 보호함에 있다. 법익은 불법의 실질적인 내용을 제공함으로써 입법원리로서의 기능을 수행하며, 반대로 구성요건을 해석함으로써 도출될 수도 있다. 즉, 보호법익은 입법당시의 취지가 중요하겠지만 시대가 변화함에 따라 해석상 본래의 입법취지와는 다르게 도출될 수도 있다.

현재 피의사실공표죄의 보호법익을 놓고 학설상 몇 가지 입장이 제기되고 있으므로 이하에서는 이에 대한 내용을 파악한 후, 본죄에 대한 입법당시의 취지와 더불어 현재 우리나라의 상황을 반영하여 보호법익을 어떻게 파악하는 것이 타당한 것인지 도출해 보고자 한다.

30) 형사법령제정자료집(1), 한국형사정책연구원, 1990, 347면

1. 국가의 범죄수사기능 및 피의자의 인권으로 이해하는 견해

피의사실공표죄의 보호법익을 국가의 범죄수사기능과 피의자의 인권으로 파악하는 입장은 현재 다수설의 지위를 차지하고 있다.³¹⁾ 다수설 내에서도 국가의 범죄수사기능과 피의자의 인권을 놓고 양자를 동일한 정도의 보호법익으로 파악해야 한다는 입장³²⁾과 국가의 범죄수사기능이 주된 보호법익이고 피의자의 인권이나 명예는 부차적인 보호법익이라고 파악하는 입장,³³⁾ 그리고 범죄수사기능보다 피의자의 인권보호가 우선된다고 하는 입장³⁴⁾으로 구분된다.

2. 피의자의 인권으로 이해하는 견해

이 견해는 다수설과 달리 본죄의 보호법익을 피의자의 인권으로만 파악하여 본죄를 국가적 법익에 관한 죄가 아닌 개인적 법익에 관한 범죄로 파악하는 입장이다.³⁵⁾ 이 견해는 피의사실이 공표됨으로써 수사의 지장을 초래하는 경우가 사실상 많지 않고, 피의자와 그의 이해관계인이 사회적으로 심각한 피해를 입는 경우가 대부분일 것³⁶⁾이라는 점을 고려한 것으로 이해된다.

다수설은 이에 대하여 피의사실공표죄는 수사공무원이 직무상 지득한 피의사실을 공표, 즉 누설하는 행위를 처벌한다는 점에서 실질적으로는 공무상비밀누설죄의 범주에 들어가는 것이므로 이러한 관점에서 볼 때 보호법익을 다수설과 같이 파악하는

31) 권오걸, 형법각론, 형설출판사, 2011, 997면; 김성돈, 형법각론, 성균관대학교출판부, 2008, 693면; 김일수/서보화, 형법각론(제7판), 박영사, 2007, 807면; 배종대, 형법각론(제7전정판), 홍문사, 2011, 815면; 손동권/김재윤, 형법각론, 율곡출판사, 2013, 767면; 오영근, 형법각론(제2판), 박영사, 2009, 889면; 유기천, 형법학 각론강의 하(전정신판), 일조각, 1982, 304면; 이재상, 형법각론(제8판), 박영사, 2012, 708면; 정성근/박광민, 형법각론, 삼지원, 2009, 785면; 임웅, 형법각론(제8정판), 법문사, 2017, 892면; 정영일, 형법각론(제3판), 박영사, 2011, 761면.

32) 배종대, 형법각론(제7전정판), 홍문사, 2011, 815면; 손동권/김재윤, 형법각론, 율곡출판사, 2013, 767면.

33) 김성돈, 형법각론, 성균관대학교출판부, 2008, 693면; 임웅, 형법각론(제8정판), 법문사, 2017, 892면.

34) 문봉규, “피의사실공표죄의 형사법적 한계와 허용범위”, 외법논집 제35권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2011, 170면.

35) 김봉수, “피의사실공표죄(형법 제126조)의 규범적 한계에 관한 고찰”, 경찰법연구 제9권 제1호, 한국경찰법학회, 2011, 65면; 김성천, 형법, 2009, 788면; 박상기, 형법각론(제7판), 2008, 632~633면.

36) 문성도, “피의사실공표의 형법적 한계-피의사실공표죄를 중심으로-”, 치안정책연구 제15호, 경찰대학 치안정책연구소, 2001, 47면.

것이 타당하다고 하며,³⁷⁾ 본죄를 공무원의 직무에 관한 죄의 한 유형으로 규정한 형법의 편제를 고려한다면 피의자의 인권만을 보호법익으로 삼는 것이 타당하지 않다는 주장도 제기된다.³⁸⁾

또 다른 비판으로는, 피의사실공표죄는 명예훼손죄와 달리 별도의 소추조건이 없고, 만일 피의사실공표로 인해 개인의 명예가 침해되는 정도가 사실적시 명예훼손에 의해 침해되는 명예의 정도가 더 중하기 때문에 본죄를 두는 것이었다면 본죄를 명예에 관한 죄 또는 신용에 관한 죄에 위치시키고 또한 친고죄나 반의사불벌죄로 설정하였을 것이라는 근거를 들어 비판하기도 한다.³⁹⁾

3. 피의자의 인권과 수사권의 공정한 행사에 대한 공공의 신뢰

이 견해는 피의사실공표가 직무상의 의무위배 행위를 처벌하는 것을 내용으로 하지만 오히려 직권남용죄와 같이 공무원이 직접 국민의 권리를 침해하는 국민에 대한 범죄로 파악하여 피의자의 명예와 인권을 존중하고 적절한 수사권행사에 대한 공공의 신뢰를 보호법익으로 파악하여야 한다는 입장이다.⁴⁰⁾ 즉, 수사기관은 헌법상 무죄추정의 원칙에 따라 공정한 재판을 받을 권리를 존중해야 하며 공판청구 전에 피의사실을 공표할 경우 피의자의 명예에 치명적인 손상을 가할 수 있으므로 ⁴¹⁾ 피의사실을 공표하지 않고 편파적으로 피의사실을 유출시키는 일이 없어야 한다는 점에 대한 일반 국민의 신뢰⁴²⁾를 본죄의 보호법익으로 파악하고 있다.

37) 임웅, 형법각론(제8정판), 법문사, 2017, 892면.

38) 신정훈, “피의사실공표죄의 형법적 한계”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006, 172면.

39) 조기영, “피의사실공표죄의 구성요건요소 해석-‘피의사실’과 ‘공표’의 의미를 중심으로-”, 형사법연구 제24권 제2호, 한국형사법학회, 2012, 13면.

40) 문성도, “피의사실공표의 형법적 한계-피의사실공표죄를 중심으로-”, 치안정책연구 제15호, 경찰대학 치안정책연구소, 2001, 49면.

41) 조기영, “피의사실공표죄의 구성요건요소 해석-‘피의사실’과 ‘공표’의 의미를 중심으로-”, 형사법연구 제24권 제2호, 한국형사법학회, 2012, 14면.

42) 조기영, “피의사실공표죄의 구성요건요소 해석-‘피의사실’과 ‘공표’의 의미를 중심으로-”, 형사법연구 제24권 제2호, 한국형사법학회, 2012, 15면.

4. 형사사법절차에 있어서 보장되어야 할 모든 기본권을 보호법익으로 파악하는 견해

이 견해는 피의사실의 공표가 피의자의 인격권에 대한 침해뿐만 아니라 피의자의 공소 이후 피고인으로서의 신분을 가졌을 때 헌법상 무죄추정의 원칙을 근거로 형사사법절차에 있어서 보장되어야 할 모든 기본권⁴³⁾ 또는 피의자의 사생활의 자유와 비밀, 명예 및 형사사법절차에서의 피의자의 권리를 망라하여 보호법익으로 이해하는 입장도 있다.⁴⁴⁾

5. 소결

가. 국가의 범죄수사기능과 관련하여

여기서 국가의 범죄수사기능의 내용을 놓고 해석의 차이가 발생할 수 있다. 우선 피의사실을 공판청구 전에 공표하는 것은 증거인멸이나 도주 등 범죄수사에 큰 지장을 초래할 수 있으므로 이를 방지하여 수사의 원활한 진행을 위한다는 의미로 파악하거나,⁴⁵⁾ 수사기관과 피의자, 언론기관이라는 삼면의 복수 관련 당사자 사이에 끊임없는 대립·충돌·보완의 관계 속에서 국가의 범죄수사기능이 침해되고 무력화 되는 현실이 존재할 수 있으므로 피의사실공표죄의 보호법익을 국가의 범죄수사기능으로 파악하기도 한다.⁴⁶⁾

이와 달리 국가의 범죄수사기능을 수사의 공정성의 의미로 파악하는 입장도 있다. 즉, 형사사법은 국가의 권력작용이고, “피의자 신분이 되면 국가형벌권의 발동이라는 공적 영역에 서기 때문에 수사기관은 형사사법절차는 지배하는 헌법상·법률상의 원리와 의무의 지배를 받는다.”는 것이다.⁴⁷⁾ 따라서 피의사실을 공개한다는 것은 무죄

43) 김상겸, “피의사실공표의 허용범위와 한계”, 형사법의 신동향 통권 제27호, 대검찰청, 2010, 10면.

44) 신정훈, “피의사실공표죄의 형법적 한계”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006, 174면.

45) 신정훈, “피의사실공표죄의 형법적 한계”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006, 172면; 임웅, 형법각론(제8정판), 법문사, 2017, 892면.

46) 신정훈, “피의사실공표죄의 형법적 한계”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006, 172면.

47) 박혜진, “형법적 관점에서 바라 본 피의사실공표죄의 제문제”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 한국비교형사법학회, 2011, 171면.

추정의 원칙, 실체진실의 발견, 적정절차의 원칙 등을 침해할 수 있는 위험성이 있으므로 수사기관으로 하여금 일정한 범위 내에서의 비밀 준수 의무를 부여하고 있다는 것이다.⁴⁸⁾

이와 같이 국가의 범죄수사기능을 놓고 두 가지 해석론이 대립하고 있는데, 어떤 해석론이 타당한지 종합적인 관점에서 고찰해 보아야 한다. 우선 형법 제정당시 입법 취지에 비추어 보면 수사기관의 범죄수사권의 보호 보다는 인권옹호의 측면에 무게중심이 놓여 있었는데, 이는 곧 범죄수사권의 남용을 방지하여 인권보장을 실현하고자 함에 입법목적이 있었음을 알 수 있다. 그리고 학계의 해석론을 보면 본죄의 입법취지에 부합하는 방향으로 해석하는 입장이 다수를 차지하고 있고, 현재 우리나라의 상황에 비추어 보더라도 수사기능의 공정성 내지 국가의 범죄수사권에 대한 국민의 신뢰라는 방향으로 해석하는 것이 흐름에 부합되는 것으로 보인다. 이러한 해석은 위법성의 개념에 대한 이해를 함으로써 그 근거가 더욱 견고해 진다. 즉, 위법성이라는 것은 정적인 판단이 아니고 사실판단의 영역에 속해있는 것도 아니므로 시대가 변화함에 따라 그 평가를 달리한다는 점에서 동태적 판단, 즉 움직이는 개념임을 염두에 두어야 할 것이다. 일정한 구성요건이라는 것은 위법성으로부터 도출되는 것인데, 본 규정의 입법당시 피의사실을 공표하는 행위유형에 대한 위법성의 평가, 즉 수사기관에 의해 침해될 수 있는 인권에 대한 보호를 위해 피의사실공표죄라는 구성요건이 마련된 것임을 알 수 있었다. 물론 지금까지 단 한 번도 처벌된 사례가 없고 세간의 무관심의 영역에 있기는 하였지만, 현재 다시금 부각되고 있는 본죄에 대한 사회적 인식과 일반인이 가지고 있는 관념 등에 비추어 볼 때 과연 수사의 원활한 진행을 위해 본죄의 취지가 있다고 해석이 가능할지는 의문이다. 오히려 이러한 해석은 일본 개정형법가안의 취지에 부합하는 해석이지 우리 형법과 우리의 현실에 부합된다고 평가하기는 어렵다고 생각한다.

따라서 범죄의 수사기능이라는 보호법익은 수사권의 보호라는 해석보다 상술한 바와 같이 실질적 위법성론과 객관적 위법성론의 관점에서 피의자의 인권과 결부지어 해석함으로써 피의사실이 외부에 표출될 경우 법관에 비해 독립성이 약한 검찰이나

48) 박혜진, “형법적 관점에서 바라 본 피의사실공표죄의 제문제”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 한국비교형사법학회, 2011, 171면.

기타 수사관계자들이 쉽게 외부압력에 노출될 수 있다는 점,⁴⁹⁾ 과학적 수사를 통한 실체진실의 발견보다 이미 공표된 틀에 맞추기 위한 수사가 진행될 위험성이 있다는 점⁵⁰⁾ 등을 고려한다면, 피의사실공표로 인해 발생할 수 있는 여러 요인으로부터 피의자의 인권침해를 방지하기 위한 적정하고도 공정한 수사권의 행사를 보호한다는 의미로 해석하는 것이 타당하다고 할 것이다.

나. 피의자의 인권과 관련하여

피의자의 ‘인권’이라는 표현은 그 범위가 상당히 넓으므로 좀 더 구체적이고 한정적으로 파악할 필요가 있는지 살펴볼 필요가 있다. 학자들마다 인권이라는 표현을 쓰면서도 세부적으로는 피의자의 명예와 결부시키거나⁵¹⁾ 이와 더불어 무죄 추정권으로 해석⁵²⁾하는 등 다양한 입장이 존재한다. 만일 피의자의 인권을 명예와 동일하게 파악한다면 명예훼손죄를 규정하고 있는 각 죄와 별도로 또 다시 중복되는 구성요건을 두게 되므로 피의자의 인권을 피의자의 명예로 치환하여 소극적으로 해석하는 것은 적정하지 않다고 하면서,⁵³⁾ 피의자의 명예가 침해되는 것이 맞지만 그 진행과정에 있어서 피의자의 사생활의 비밀과 자유도 침해되며, 나아가 피의자의 공소제기 이후 방어권의 주체로서 무죄추정의 원칙이 적용된다는 점을 고려한다면 피의자의 인권이라는 보호법익은 세부적으로 사생활의 비밀, 명예, 형사사법절차에서의 피의자의 권리라는 의미로 파악해야 한다는 입장도 있다.⁵⁴⁾

49) 김운용, “피의사실공표죄의 법적 문제”, 언론중재 가을호, 1982, 10면.

50) 문성도, “피의사실공표의 형법적 한계-피의사실공표죄를 중심으로-”, 치안정책연구 제15호, 경찰대학 치안정책연구소, 2001, 45면.

51) 조기영, “피의사실공표죄의 구성요건요소 해석-‘피의사실’과 ‘공표’의 의미를 중심으로-”, 형사법연구 제24권 제2호, 한국형사법학회, 2012, 13면.

52) 문성도, “피의사실공표의 형법적 한계-피의사실공표죄를 중심으로-”, 치안정책연구 제15호, 경찰대학 치안정책연구소, 2001, 48면.

53) 신정훈, “피의사실공표죄의 형법적 한계”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006, 173면.

54) 신정훈, “피의사실공표죄의 형법적 한계”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006, 174면.

다. 보호법익에 대한 종합적 검토

형법 제정시기에 피의사실공표죄라는 범죄유형의 등장이 일본 개정형법가안의 영향을 받지 않고 독자적으로 마련되었다고 단정하기도 어렵고, 반대로 전적으로 일본의 영향을 받았다고 평가하기도 어렵다. 다만, 당시 우리의 상황에 비추어 보았을 때 우리가 가장 접근하기 용이하고 참고를 할 수 있는 법률이나 자료는 일본이었기에 어느 정도 영향을 받았다는 것을 부정할 수는 없을 것이다. 다만, 일본 개정형법가안에 있었던 피의사실공표죄라는 범죄유형이 우리 형법전을 마련함에 있어서 온전하게 도입되었다고 평가할 수는 없을 것이다. 일본 개정형법가안의 피의사실공표죄의 입법 취지는 공공의 안녕질서 유지에 주안점이 있었지만, 우리는 그러한 취지가 아닌 인권 옹호의 관점에서 입법이 되었으므로 양자가 유사한 범죄유형이라고 할지라도 입법의 근거가 다르다는 점을 염두에 두어야 한다.

그리고 인권 또는 인격권 등의 보호에 중점을 둔다면 본죄를 개인적 법익에 관한 죄의 장에 위치시키는 것이 타당할 수도 있겠으나 행위의 주체가 국가의 수사기관인 만큼 일반인에 의한 행위보다 불법성의 중함을 인정해야 할 것이며,⁵⁵⁾ 종국적으로는 개인의 인격권을 보호하는 결과로 나타나겠지만 국가의 공정한 수사기능이라는 ‘수단’에 의해 인격권의 보호라는 목적이 실현되는 이상, 공무원의 직무에 관한 죄의 장에 위치시키는 것이 타당하다고 생각된다. 즉, 공정한 수사기능이라는 보호법익의 내면에는 무죄추정의 원칙과 공정한 재판을 받을 권리 등 형사사법절차에서 피의자가 누려야 할 권리들이 자리 잡고 있으며 이는 곧 명예와 같은 피의자의 인격권을 보호하는 형태로 나타나기도 하므로 공정한 수사기능 내지 국가의 공정한 수사권행사라는 보호법익으로 대표될 수 있다고 하겠다.⁵⁶⁾

55) 일정한 범죄유형에 대한 위법성의 평가는 객관적 위법성론에 의해진다. 객관적 위법성론에 따를 때 위법성의 평가주체는 ‘사회 일반인’으로 승인되어 있으며, 수사기관에 의해지는 피의사실공표행위에 대한 위법성의 평가는 일반인에 의한 명예훼손 등의 행위보다 불법이 중하다고 평가될 수 있을 것이다.

56) 같은 취지로 문성도, “피의사실공표의 형법적 한계-피의사실공표죄를 중심으로-”, 치안정책연구 제15호, 경찰대학 치안정책연구소, 2001, 169면; 신정훈, “피의사실공표죄의 형법적 한계”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006, 174면.

제3절 피의사실공표죄의 처리현황

피의사실공표죄에 대한 처리를 파악하기 위해서는 통계를 참고하는 것이 도움이 될 것인데, 입법이후로 현재까지의 통계를 찾는 것은 불가능하므로 현존하는 자료를 바탕으로 파악할 수밖에 없음에 안타까움을 느낀다. 특히 통계의 전산화가 시작된 1995년 이후로 2017년까지 23년 동안 피의사실공표 혐의로 검찰이 사건을 접수한 건수는 총 551건이며, 이 중 346명은 ‘혐의 없음’ 또는 ‘죄가 안됨’으로 불기소 처분을 하였고, 94명은 기소중지 등 기타 처분, 나머지 사건들은 접수 후 따로 처리하지 않아 미제 사건으로 분류되었다.⁵⁷⁾ 우선 1994년부터 2000년까지의 통계는 아래와 같다.

〈표 2-1〉 1994년~2000년 까지 피의사실공표죄 통계

년도	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
건수	0	불구속기소 1	혐의없음 4	0	혐의없음 3	0	혐의없음2, 죄안됨 5

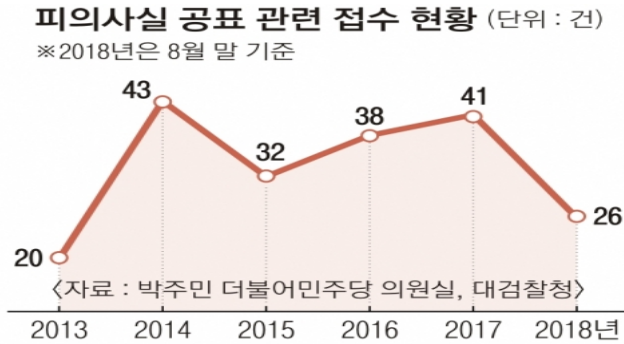
* 출처: 경찰청 피의사실공표죄 사건처리 현황(문성도, “피의사실공표의 형법적 한계-피의사실공표죄를 중심으로-”, 치안정책연구 제15호, 경찰대학 치안정책연구소, 2001, 40면에서 재인용하였음)

위 표에서 유의미한 내용은 단지 1995년 불구속 기소가 단 1건에 그친 정도인데, 이 경우마저도 불구속으로 기소하는 것이 좋겠다는 의견으로 송치한 것이었으며,⁵⁸⁾ 1999년에 소위 ‘웃로비’ 사건에서 수사를 맡았던 검사가 2001년 기소유예처분을 받은 예⁵⁹⁾가 전부이다. 그 이후의 통계를 보더라도 기소된 사례는 전혀 찾아볼 수 없다.

57) 로팩트, “23년간 피의사실공표죄 기소 0건, ‘공수처’ 조속히 도입해야”, 2017년 10월 7일 자 (http://www.lawfact.co.kr/news_view.jsp?ncd=726, 2019.4.16. 최종검색)

58) 문성도, “피의사실공표의 형법적 한계-피의사실공표죄를 중심으로-”, 치안정책연구 제15호, 경찰대학 치안정책연구소, 2001, 40면.

59) 박혜진, “형법적 관점에서 바라 본 피의사실공표죄의 제문제”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 한국비교형사법학회, 2011, 162면.



[그림 2-1] 2013년~2018년 피의사실공표죄 접수 현황

* 출처: 박주민 의원실 보도자료(2017.10.06.)

〈표 2-2〉 2008년~2018년 피의사실공표죄 처분현황

	접수	처리 계	기소				불기소							타관 송치
			소계	구공판		구약 식	소계	혐의 없음	기소 유예	죄가 안됨	공소권 없음	기소 중지	각하	
				구속	불구속									
2018	18	18					18	8			1	0	9	0
2017	41	33					29	11			2	2	14	4
2016	38	21					16	5		2			9	5
2015	32	28					27	6		8		1	12	1
2014	43	25					16	7		1			8	9
2013	27	11					11	1		3	2	1	4	
2012	23	22					22	12		1			9	
2011	38	37					32	14		4			13	5
2010	40	37					35	15		3	1		13	2
2009	46	42					39	8		12	1		18	3
2008	8	8	6	4					2	2				

* 출처: 대검찰청 검찰연감에서 발췌 및 편집

피의사실공표죄에 대한 최근 10년간의 처분현황을 위의 표를 보면 기소가 된 경우도 없고 따라서 당연히 처벌된 사례도 없다. 비록 많지는 않지만 예상과는 다르게 매년 본죄에 대한 접수건수는 존재한다. 특이할 만한 사항은 2008년의 경우 단지 접수건수가 8건에 그쳤는데, 이듬해인 2009년 38건이 증가하였고 그 이후로 꾸준히 접수건수가 유지되어 오고 있다. 다만, 2012년과 2013년 2년간은 다소 줄어들었으며, 2018년도 접수건수가 줄어든 모습을 보이고 있다. 2009년의 경우에는 노무현 전 대통령

령의 서거 이후로 피의사실공표죄에 대한 문제의식이 대두된 바 있고, 그로 인한 영향 때문인지 그 이후로 피의사실공표죄 접수건수가 일정수준 유지되어 오고 있다.

피의사실을 공표하는 경우 검찰은 법무부 훈령인 ‘인권보호를 위한 수사공보준칙’, 경찰은 경찰청 훈령인 ‘경찰수사사건 등의 공보에 관한 규칙’에 규정되어 있는 요건과 절차를 준수하여야 한다. 앞의 통계에서 보는 바와 같이 피의사실공표죄로 기소가 된 사례는 없지만 검찰내부 또는 경찰내부에서 본 준칙들을 위반하여 징계 등 일정한 조치가 취해진 사례는 없는지 살펴볼 필요도 있을 것인데, 검찰에서는 2010년 수사공보준칙이 제정된 이후로 단 한 명 감찰을 받은 정도이며 이마저도 의원면직 처분으로 종결처리 되었다.⁶⁰⁾

법무부가 지금까지 본죄로 기소가 되지 않은 원인을 파악하기 위해 2010년에서 2018년까지 처리된 피의사실공표죄가 포함된 불기소결정문 105건(‘혐의 없음’, ‘죄가 안 됨’, ‘각하처분’)을 분석을 하였는데, 대법원이 수사기관의 피의사실공표 행위에 따른 민사상 손해배상 사건에서 판단한 위법성 조각사유의 판단 기준을 적용해 불기소 처분한 사례가 일반적이었음을 밝히고 있다.⁶¹⁾

제4절 국회 법률안 현황

1. 개관

피의사실공표죄와 관련하여 국회에서 발의되었던 개정법률안을 살펴보면 지금까지 우리의 관심영역 밖이었다고 생각했던 바와는 달리 비교적 꾸준히 형법개정안이 발의되어 온 것을 알 수 있다. 현행법상 피의사실공표죄의 법정형은 3년 이하의 징역 또는 5년 이하의 자격정지인데, 형법 개정법률안 중 과반수 정도는 5년 또는 7년

60) 뉴스 1, “檢 피의사실 공표금지 유명무실...8년간 감찰 1건·징계 無”(http://news1.kr/articles/?3452022, 최종검색 2019.07.09.); 경향신문, “검사가 ‘피의사실 공표죄’를 언급할 자격있나”(http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201902091538001&code=940100, 2019.7.9. 최종검색); 서울신문, “검찰권 남용 수차례 밝혀놓고 ‘검사징계’ 말도 못 꺼냈다”(https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20190528010019&wlog_tag3=daum, 2019.7.9. 최종검색).

61) 법무부, “피의사실공표 사건 조사 및 심의결과”, 검찰 과거사 위원회 보도자료, 2019.5.28., 4면.

이하의 징역에 처하게 함으로써 중한 범죄로 취급하고자 함을 엿볼 수 있고, 형법 제307조 제1항 사실적시 명예훼손죄와 같이 특별한 위법성조각사유, 즉 ‘공공의 이익’을 위한 때 위법성이 조각될 수 있는 단서규정을 마련하고자 한 법률안도 눈에 띈다.

2. 피의사실공표죄에 대한 개정법률안 발의 현황

지금까지 발의되었던 피의사실공표죄 관련 법률안을 살펴보면, 법정형의 상향조정, 현행법과 달리 목적범예로의 개정, 과실범 처벌규정 신설, 법무부 훈령인 수사공보준칙의 내용을 훈령이 아닌 법률로서 명확히 하고자 한 시도도 있었다. 그리고 형사상 처벌규정은 아니지만 경찰법상으로도 경찰청이나 경찰서 등 공보담당관을 지정하여 공보와 관련하여 정당한 업무에 대한 관리를 하도록 개정하려는 노력도 엿보인다.

〈표 2-3〉 피의사실공표죄 개정법률안 발의 현황

법률안 (의안번호)	발의자	제안 일자	개정안 내용
형법중개정법 률안 (130640)	홍영기의원 등 5인 외 66인 (임기만료폐기)	1989. 10.26	“第126條(피의사실공표) ① 현행과 같음. ② 정치적 목적 기타 불순한 목적으로 전항의 행위를 한 때 에는 7년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지에 처한다.”
형법중개정법 률안 (140013)	정부안 (대안반영폐기)	1992. 07.07	“第368條(피의사실공표) 검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직 무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 그 직 무를 행함에 있어서 알게 된 피의사실을 공소제기 전에 공표 한 때에는 3년 이하의 징역 또는 5년 이하의 징역에 처한다. 다만, 오로지 공공의 이익을 위한 때에는 벌하지 아니한다.”
형법중개정법 률안 (150150)	이정무의원 등17인 외 112 (임기만료폐기)	1996. 10.15	“第126條(피의사실공표) ① ----- 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다. ② 과실로 인하여 제1항 의 행위를 한 자는 2년 이하의 금고 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.”
형법일부개정 법률안 (1800523)	서청원의원 등 22인 (임기만료폐기)	2008. 08.04.	“第126條(피의사실공표) -----5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다. 범죄수사와 관련하여 해 당 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거 나 보조하는 자 외에는 알 수 없는 피의사실이 공표되거나 언론을 통해 보도되었으나 피의사실에 대한 공표자가 명 확히 규정되지 아니한 경우에는 해당 범죄 수사팀의 장 또 는 해당 검찰청의 장을 공표자로 추정한다.”
형법일부개정 법률안 (1805988)	박상천의원 외 83인 (임기만료폐기)	2009. 09.11.	“第126條(수사상황등의 발표, 공개금지) ① 검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 그 직무상 알게 된 혐의사실과 수사상황 또 는 그 내용이 포함된 수사관계 서류, 증거물 등을 공판청구

법률안 (의안번호)	발의자	제안 일자	개정안 내용
			전에 발표, 공개한 때에는 5년 이하의 징역 또는 7년 이하의 자격정지에 처한다. ② 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 제1항에 규정된 형에 처한다.” “第126條의2(수사상황등의 공식발표 등) ① 제126조에도 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 때에는 혐의사실과 수사상황 등 제126조제1항 및 제2항에 규정된 사항(이하 “수사상황등”이라 한다)을 공식적으로 발표, 공개할 수 있다. ② 제1항의 수사상황등의 발표, 공개는 다음 각 호의 조건을 준수하여야 하며, 이를 위반한 때에는 3년 이하의 징역 또는 5년 이하의 자격정지에 처한다. 1. 수사상황등의 발표, 공개는 해당 수사기관의 장의 승인을 받은 후 지정된 자가 하여야 한다. 2. 증거에 의하여 확인된 사항에 한하여 발표, 공개할 수 있다. 3. 혐의사실과 직접 관련이 없는 혐의자의 명예나 사생활에 관한 사항은 발표, 공개할 수 없다. 4. 피해자 기타 사건관계인의 명예나 사생활의 비밀이 침해되거나 보복당할 우려가 있는 때에는 성명 기타 신상에 관한 사항은 발표, 공개되지 아니하도록 한다. 5. 공판청구 전 수사상황등의 발표, 공개는 2회를 초과할 수 없다. 다만, 중대한 사유가 발생한 때에는 추가발표를 할 수 있다. ③ 수사기관의 장은 언론기관의 수사상황등에 관한 오보 또는 왜곡된 보도로 인하여 혐의자, 피해자 기타 사건관계인의 명예가 훼손되거나 기타 인권이 침해된 경우에는 해당 언론기관에 대하여 정정보도청구 또는 반론보도청구를 하여야 한다.”
형법일부개정 법률안 (1806339)	이한성의원등 19인 (임기만료폐기)	2009. 10.21	“第126條(피의사실공표) ----- 다만, 공공의 이익을 위하여 필요한 경우에 진실한 사실을 소속 기관의 장의 지시에 따라 공표한 때에는 처벌하지 아니한다.”
형법일부개정 법률안 (1807961)	이한성의원등 15인 (임기만료폐기)	2010. 03.24	“第126條(피의사실공표) ----- 그 직무를 행함에 있어 알게 된 피의사실을 공소제기전에 공표한 때에는 7년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다.”
형법일부개정 법률안 (1902938)	강기윤의원등 10인 (임기만료폐기)	2012. 12.05.	“第126條(피의사실공표) ----- 행하는 자(「공직선거법」 위반 범죄와 관련하여 조사 또는 고발 등을 담당하는 선거관리위원회의 직무수행자를 포함한다)-----.”
형법일부개정 법률안	박범계의원등 10인	2012. 12.05	“第126條(피의사실공표) ① (현행 제목 외의 부분과 같음) ② 제1항의 행위가 소속기관의 장의 승인을 받은 사람에

법률안 (의안번호)	발의자	제안 일자	개정안 내용
(1902940)	(임기만료폐기)		의한 행위로서 다음 각 호의 사유에 해당하는 경우에는 처벌하지 아니한다. 1. 범죄로 인한 피해의 급속한 확산 또는 동종 범죄의 발생이 심각하게 우려되는 경우 2. 공공의 안전에 대한 급박한 위협이나 그 대응조치에 관하여 국민들이 즉시 알 필요가 있는 경우 3. 범인의 검거 또는 중요한 증거 발견을 위하여 정보 제공 등 국민들의 협조가 필수적인 경우
형사소송법일부개정법률안 (1902941)	박범계의원등 10인 (임기만료폐기)	2012. 12.05.	제260조(재정신청) ① -----. <단서 삭제>
형법일부개정법률안 (1903809)	임내현의원등 11인 (임기만료폐기)	2013. 02.21.	“第126條(피의사실공표) ① (현행 제목 외의 부분과 같음) ② 「검찰청법」 제34조의2에 따른 공보담당 검사 또는 「경찰법」 제24조의2에 따른 공보담당관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 목적으로 제1항의 행위를 한 때에는 처벌하지 아니한다. 1. 「특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법」 제2조에 해당하는 범죄로 인한 추가 범죄의 예방 및 피해 확산 방지 2. 범죄를 저질렀음이 명백한 자의 조속한 검거를 위하여 국민들에 대하여 협조 요청”
경찰법일부개정법률안 (1903810)	임내현의원등 11인 (임기만료폐기)	2013. 02.21	“제24조의2(공보담당관 지정) ① 경찰청장은 경찰청, 지방경찰청 및 경찰서마다 소속 경찰공무원 중에서 공보담당관을 지정하여야 한다. ② 제1항에 따라 지정된 공보담당관은 다음 각 호의 업무를 수행한다. 1. 해당 경찰관서 업무의 대외 공표에 관한 사항 2. 보도자료의 관리·분석, 오보·왜곡보도에 대한 대응 등에 관한 사항 3. 언론기관과 관련된 업무의 지원 및 협조 4. 그 밖에 경찰의 공보 및 홍보에 관한 사항”
형법일부개정법률안 (1916886)	함진규의원등 10인 (임기만료폐기)	2015. 09.18.	“第126條(피의사실공표) ① (현행 제목 외의 부분과 같음) ② 피의자가 그 죄를 범하였다고 믿을 만한 충분한 증거가 있고, 공개수배, 모방범죄의 예방, 국민의 알 권리 등과 같은 공공의 이익을 위하여 공표한 때에는 처벌하지 아니한다.”
형법일부개정법률안 (2021157)	정갑윤의원등 11인 (2019년 현재 계류중)	2019. 06.27	“제309조의2(피의사실공표에 의한 명예훼손) 검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 그 직무를 행함에 있어 알게 된 피의사실을 공판청구 전에 공표하여 제307조의 죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.” “第310條(違法性的 阻却) 第307條第1項 및 제309조의 2 (제307조제1항의 죄를 범한 경우로 한정한다)의 行爲가 眞實한 事實로서 오로지 公共의 利益에 關한 때에는 處罰하지 아니한다.”

1992년 형법개정법률안은 기초과정에서 사실상 효율성이 적고 국민의 알 권리를 위해 폐지되어야 한다는 주장이 제기되기도 하였지만 헌법상 보장된 피의자의 인권을 보장하기 위해 그대로 존치하는 대신 명예훼손죄와 같이 ‘공공의 이익’을 위한 때 위법성이 조각된다는 단서를 삽입하였다.⁶²⁾ 이와 마찬가지로 2009년 형법 일부개정 법률안도 피의사실공표가 공공의 이익을 위한 경우 이루어졌다면 위법성을 조각시킬 수 있도록 단서 규정을 마련하고자 하였고, 2015년 형법 일부개정법률안은 공공의 이익을 위한 경우에 대한 예시를 명문으로 규정하고자 하였으나 모두 임기만료 폐기되었다.

2019년 형법 일부개정법률안은 피의사실공표죄의 사문화 현상을 극복하기 위하여 명예훼손죄의 장에 피의사실공표에 의한 명예훼손죄 규정을 신설하여 피의자의 인격권을 보호하고자하는 취지로 의안발의가 되었다. 그러나 피의사실공표죄 규정의 회생을 위한 노력과는 달리 사실적시 명예훼손죄는 폐지론에 대한 흐름이 강하므로 명예훼손죄의 영역에 피의사실공표죄를 추가하는 것이 본 법률안의 취지를 달성하기 위한 방안으로 타당하다고 보이지 않는다. 그리고 피의사실공표죄가 피의자의 명예권 등 인격권을 보호하고자 함에도 목적이 있지만, 어디까지나 주된 보호법익은 국가의 공정한 수사기능이므로 피의사실공표죄를 개인적 법익에 관한 죄에서 다룬다는 것은 편제상으로도 적절하지 않고, 설사 피의사실공표죄로 처벌된 사례가 없다고 하더라도 명문의 규정이 존재하는 이상 또 다시 중복된 내용을 가진 규정을 신설하는 것도 설득력이 약하다고 생각된다.

62) 문성도, “피의사실공표의 형법적 한계-피의사실공표죄를 중심으로-”, 치안정책연구 제15호, 경찰대학 치안정책연구소, 2001, 55면.

제 3 장



피의사실공표죄에 대한 외국의 입법례

임 정 호

피의사실공표죄에 대한 외국의 입법례

제1절 서설

우리 형법상의 피의사실공표죄에 상응하는 규정을 외국의 입법례에서 찾기는 어려워 보인다. 그럼에도 불구하고, 아래에서는 우리나라의 피의사실공표행위 처벌규정에 상응하거나 외관상 규율대상이 유사해 보이는 여지가 있는 주요 각국의 법률규정들 또는 하위 법령 등을 탐색하여 관련성 내지는 유사성이 존재하는지 여부에 대하여 검토해보도록 한다.

따라서 이하에서는 각국의 법령들 중 과연 죄명 내지 표제가 형식적으로나마 우리나라의 피의사실공표죄에 상응하거나, 이와 유사하거나, 혹은 이를 포섭할 수 있는 것이라고 볼 수 있는 규정이 존재하는지를 개별적으로 살펴해보도록 하겠다. 이를 위하여, 해외 여러 나라의 입법례들 중 미국, 독일, 스위스, 일본, 중국 등의 형사처벌 관련 규정들을 검토해보도록 하겠다.

제2절 미국

1. 광범위한 표현의 자유 내지 언론의 자유

가. 개관

일반적으로 미국에서는 수사 중인 사건에 있어서 피의자의 인적 사항 등이 별 다른 여과 없이 언론기관에 의하여 대중에게 노출되고 있다고 여겨지고 있는 것으로 보인다

다. 또한 이와 같은 수사 중인 사건과 관련된 다양한 사실관계에 대한 노출 내지 공표행위가 적어도 미국에서는 형사처벌 대상행위에 해당하지는 않을 것으로 여기고 있는 것으로 보인다. 이는 아마도 우리나라 언론에서도 드물지 않게 보도하고 있는 미국의 범죄 관련 언론매체의 관행과 관련된 것으로 생각된다. 즉 미국에서는 이른바 머그 샷(Mug Shot)이라 하여 수사기관에 체포된 피의자의 얼굴은 물론 피의자에 대한 간략한 인적사항이 방송 뉴스나 신문을 통하여 대중에게 알려지는 일은 매우 흔한 것으로 알려져 있기 때문인 것으로 여겨진다.

물론 미국에서도 피의자의 인적사항이 언론기관에 의하여 노출되었으나 사후적으로 당해 범죄혐의가 사실이 아닌 것으로 밝혀진 경우 등으로 인하여 손해배상청구를 포함하는 민사소송이 제기되는 경우가 적지 않다.⁶³⁾ 그렇기 때문에, 미국에서도 머그 샷 등을 통하여 피의자의 인적사항을 언론기관을 통하여 노출시키는 것에 대하여, 피의자의 사생활의 자유 등 기본권 침해 가능성을 우려하는 전제에서, 언론의 자유 내지 표현의 자유와 피의자의 사생활의 자유 사이의 균형점을 추구하는 등 비판적으로 보는 견해도 존재한다.⁶⁴⁾ 물론 이러한 논란이 있다고 하여, 곧바로 형사적 제재의 도입 필요성에 이르는 것이라고 할 수는 없어 보이며, 어디까지나 민사적 구제수단의 적극적 활용 문제와 관련된 것으로 해석하는 것이 타당하다고 생각된다.

그럼에도 불구하고, 이와 같은 관행이 -아직까지- 별 다른 형사적 제재의 위협과 무관하게 가능한 것은, 미국에 있어서 국민의 알권리 및 언론기관의 언론의 자유 내지 표현의 자유에 대한 보호와 관련될 것이라는 추정을 야기한다고 생각된다. 물론 미국에서 표현의 자유 내지 언론의 자유가 알권리와 정확히 일치하는 기본권이라고 하기에는 무리가 있을 것이다.

그러나 종래 미국에서는 이른바 알권리를 표현의 자유가 직접 규정되어 있는 미연방수정헌법 제1조의 필수불가결한 요소로 여겨오고 있어 왔다.⁶⁵⁾ 그러므로 피의사실

63) Allen Rostron, *THE MUGSHOT INDUSTRY: FREEDOM OF SPEECH, RIGHTS OF PUBLICITY, AND THE CONTROVERSY SPARKED BY AN UNUSUAL NEW TYPE OF BUSINESS*, 90 Wash. U. L. Rev. 1321, 1333 (2013). (https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=6017&context=law_lawreview 2019.6.5. 최종검색)

64) Eumi K Lee, *MONETIZING SHAME: MUGSHOTS, PRIVACY, AND THE RIGHT TO ACCESS*, 70 Rutgers L. Rev. 557, 618 (2018). (<http://www.rutgerslawreview.com/wp-content/uploads/2018/09/Monetizing-Shame-Mugshots-Privacy-and-the-Right-to-Access.pdf> 2019.6.5. 최종검색)

공표행위와 직간접적으로 관련될 문제는, 미연방수정헌법 제1조⁶⁶⁾에 직접 규정되어 있는 표현의 자유 내지 언론의 자유, 더 나아가 알권리의 충족 여부와 종합적으로 관련된다고 해야 할 것이다. 다시 말하자면, 이러한 기본권을 직간접적으로 규정하거나 혹은 이러한 기본권의 토대가 되는 규정은 미연방수정헌법 제1조이며, 동 규정이 포섭하고 있는 기본권 보장의 정도 혹은 그 수준에 따라 피의사실공표행위에 대한 제재의 가능여부가 결정된다고 예상해볼 수 있을 것이다.

따라서 이하에서는 피의사실공표행위가 형사처벌 대상이 되지 않고 있는 것으로 인식되고 있는 미국에서의 연방수정헌법 제1조상의 언론의 자유 내지 표현의 자유라는 것이, 과연 어느 정도의 범위 내에서 폭넓고 두텁게 보호되는 기본권인지에 대하여 개괄적으로 검토해보도록 한다.

나. 형사법적 규제에 대한 미연방대법원의 입장

1) 개관

피의사실의 공표행위를 규제하는 것은, 기본적으로 언론사에 의한 언론의 자유 내지 표현의 자유 또는 국민의 알권리를 침해하는 것이 아니냐는 의문을 야기할 가능성이 수반된다.⁶⁷⁾ 따라서 피의사실공표행위에 대한 규제 중에서도, 가장 기본권 제한의 정도가 강력할 수밖에 없는 형사법적 규제 내지 제재에 대한 검토를 행함에 있어서는 우선적으로 대상 기본권이 당해 국가에서 어느 정도로 폭넓게 보호되는 것인지에 대한 검토가 우선적이라고 여겨진다.

미국은 기본적으로 언론의 자유 내지는 표현의 자유가 매우 폭넓게 보호되는 대표적인 국가라고 생각된다. 이러한 전제에서, 미국의 연방수정헌법 제1조는 이러한 표현의 자유 등을 광범위하게 인정하는 근간이 되는 규정이라고 인식되고 있는 것으로 여겨진다.⁶⁸⁾

65) Thomas I. Emerson, *LEGAL FOUNDATIONS OF THE RIGHT TO KNOW*, 1976 Wash. U. L. Q. 1, 2 (1976). (https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2625&context=law_lawreview 2019.6.14. 최종검색)

66) 이상운 교수는 수정헌법 제1조 대신, '제1차 헌법개정조항'이라는 표현을 사용함. 이상운, 영미법, 박영사, 1999년, 599면.

67) 문재완, "피의사실공표죄의 헌법적 검토", 세계헌법연구 제20권 제3호, 세계헌법학회 한국학회, 2014년, 2-3면.

즉 미국의 연방수정헌법 제1조 제2문은 “언론, 출판의 자유나 국민이 평화롭게 집회할 수 있는 권리”(69)70) 등을 제한 가능한 법률의 제정을 금지(71)하는 규정이다. 즉 전술한 언론의 자유를 포함하는 표현의 자유 등을 제한하는 법률의 제정을 금지하는 방식으로 이들 기본권을 두텁게 보호하고자 하는 것으로 여겨진다.

2) 우선시되는 표현의 자유

이와 같은 수정헌법 제1조 규정을 통하여, 미연방대법원은 심지어 공격적 표현 내지 증오적 표현(Hate Speech)의 경우에 있어서도 당해 표현이 기본적으로 폭력을 선동하는 표현이면서 동시에 첫째, 명백히 폭력을 옹호하는 것이어야 하며, 둘째, 즉각적인 폭력을 옹호하는 것이어야 하고, 셋째, 현실적으로 발생 가능한 폭력과 관련 되는 것이어야만 그때가 되어서야 형사제재를 통한 규제가 가능하다는 입장을 취해오고 있다.⁷²⁾ 즉 위와 같은 매우 까다롭고 엄격한 요건이 충족되는 경우에 한하여 공격적이거나 증오적 표현에 대한 형사처벌규정의 입법이 가능하다고 해석하는 것이 미연방대법원의 입장이라고 보인다.

다시 말하자면, 해당 표현의 의도(Intent)와 즉각성(Imminence) 및 가능성(Likelihood)이 형사처벌을 통한 규제 대상 표현에 해당할 수 있는지 여부에 대한 심사기준⁷³⁾이라고 요약할 수 있다고 여겨진다. 즉 이러한 요건들을 모두 갖추지 못한 경우에는, 결과적으로 당해 표현을 형사처벌을 통하여 규제할 수 없게 되는 것이다. 결과적으로 이러한 요건을 구비하지 아니한 형사처벌규정 그 자체 역시 연방수정헌법 제1조를 위반하는 것이 된다는 것이 현실이다.

이를 종합하여 보면 미국의 경우, -우리 입장에서는- 일반적인 범위 바깥에 있거나 일반적인 수준 내지 정도를 넘어선 매우 공격적이고 증오적인 내용을 담은 표현에 대하여도, 형사적 제재를 대단히 까다로운 요건 하에서만 가할 수 있게 된다는 것을

68) ACLU, Freedom of Expression (<https://www.aclu.org/other/freedom-expression> 2019.5.27. 최종검색)

69) 이상윤, 영미법, 박영사, 1999년, 599면.

70) 이상윤 교수는 수정헌법 제1조 대신, ‘제1차 헌법개정조항’이라는 표현을 사용함. 이상윤, 영미법, 박영사, 1999년, 599면.

71) 이상윤, 영미법, 박영사, 1999년, 599면.

72) *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

73) *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

알 수 있다. 왜냐하면 이러한 표현을 형사적으로 제재하는 법률 자체가 -그것이 주법 이건 연방법이건- 헌법상 표현의 자유 내지 언론의 자유를 침해하는 법률에 해당할 가능성을 수반하기 때문이다. 즉 단순히 공격적이고 증오적 표현이라고 하여도, 그러한 표현 자체에 대하여 바로 형사적 제재를 가할 수는 없는 것이 표현의 자유 내지 언론의 자유를 두텁게 보호하는 미국의 입장이라고 여겨진다.

또한 미국의 경우, 연방 차원뿐만 아니라 각 주 차원에서도 명예훼손행위나 모욕행위를 형사처벌하는 규정을 두고 있지 않은 것이 현실이다.⁷⁴⁾ 이 역시 표현의 자유를 최대한 보장하는데 주안점을 두는 미국 특유의 입장이라고 해석될 수 있는 부분이라 할 수 있다.

결국 표현의 자유 내지 언론의 자유에 있어서 형사제재와 관련한 미국의 제반 환경을 종합적으로 고려해보면, 미국에서는 우리나라의 피의사실공표죄에 상응하는 규정이 존재하리라고 예견하기는 대단히 어려운 것이 현실이다.

다. 민사법적 제재에 대한 미연방대법원의 입장

형사법적인 규제뿐만이 아니라, 민사법적인 제재 역시 이와 크게 다르지 않다고 여겨진다. 예를 들어 상대방의 표현을 불법행위로 구성한 후, 이에 대한 손해배상청구를 하는 때라면, 후술할 바와 같이 대단히 엄격한 기준이 적용되어 손해배상청구의 인용 여부를 판단하는 것으로 미리 요약해볼 수 있다.

즉 미연방대법원은, 전술한 공격적 표현 내지 증오적 표현에 대하여 불법행위에 의한 손해배상청구의 인정 여부가 문제된 사안에서도 유사한 맥락의 입장을 실시한 바 있어 참고할 만하다. 이미 미연방대법원은 공공장소에서의 표현이 공공의 관심사에 관한 것이라면, 비록 당해 표현이 매우 공격적이고 터무니없는 것이어서 표현의 대상이 된 사망자의 유족에게 상당한 불쾌감을 주는 경우라 하여도, 이는 불법행위에 있어서의 정신적 고통 내지 정신적 손해를 구성하는 것은 아니라고 실시 한 바 있다.⁷⁵⁾ 비록 당해 표현이 증오적 표현에 해당하는 것이라고 하여도, 공공의 관심사를 공공의

74) 명예훼손과 관련하여 우리나라에서 자주 인용되고 있는 미연방대법원의 *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964)은 형사상의 판결이 아닌 민사상의 판결임을 알려둠.

75) *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443 (2011).

장소에서 표현하였으므로 표현의 자유 영역에서 두텁게 보호해야 한다는 취지라고 해석된다. 다시 말하자면, 당해 표현이 불쾌감 내지 불편함을 주는 공격적이고 증오적 표현이라고 하여도, 그러한 표현이 공적 관심사에 관한 것이고, 동시에 -사적 장소가 아닌- 공공장소에서 이루어진 것이라고 한다면 이에 대한 손해배상 책임을 민사적 제재로 가할 수는 없다는 의미로 여겨진다.

즉 형사법적 규제뿐만 아니라, 민사법적 영역에 있어서도 미연방대법원은 미연방수정헌법 제1조에 의하여 규정된 표현의 자유를 대단히 두텁게 보장하는 방향으로 해석을 하는 입장을 갖고 있다고 생각된다.

라. 상표권 영역에 있어서의 미연방대법원의 입장

이뿐만 아니라, 최근 미연방대법원은 상표 등록에 있어서의 제한과 관련하여, 당해 상표 그 자체가 비록 사람이나 기관, 신앙, 국가 상징 등에 대하여 폄하하는 표현 내지 혐오적 표현을 포함하는 것이라 하여도, 이러한 성격을 가진 상표의 등록 그 자체를 금지하는 미연방법률규정은 미연방수정헌법 제1조가 직접 규정하고 있는 표현의 자유를 침해하는 것이라고 미연방대법관 전원일치 판결을 선고한 바 있다.⁷⁶⁾ 이러한 판결 역시 전술한 미국에서의 형사적 제재 및 민사적 제재에 관한 입장들과 함께 종합하여 참고할 만하다.

즉 미국에서는 형사적 제재, 민사적 제재 관련 영역뿐만 아니라, 상표권의 영역과 같이 고도의 상업적 영역에 있어서도 표현의 자유는 대단히 두텁게 보호되고 있는 것으로 생각된다.

마. 소결

즉 전술한 형사적 제재의 영역이나 민사적 제재의 영역뿐만 아니라, 전술한 상표권

76) *Matal v. Tam*, 582 U.S. ____ (2017). 본 판결의 경우, 아직까지 미연방대법원 판례집의 볼륨 넘버만 기재되어 있고, 해당 판결문의 시작 페이지수가 미기재 상태로 블랭크 처리되어 있는 2019. 7. 5. 현재의 인용방법 그대로 표기한 것임을 알려둠. SCOTUSblog(Supreme Court of the United State Blog) (<https://www.scotusblog.com/case-files/cases/lee-v-tam/> 2019. 7. 5. 최종검색) 한편으로는 *Matal v. Tam*, 137 S. Ct. 1744 (2017)로 인용하는 방법은 있음. Legal Dictionary, *Matal v. Tam* (<https://legaldictionary.net/matal-v-tam/> 2019.7.5. 최종검색)

의 영역에 있어서도, 미연방대법원은 일관되게 표현의 자유를 대단히 폭넓게 인정하고 있음을 확인할 수 있다.

이러한 전제에서, 미연방 차원에서, 그리고 개별 주 차원에서도 피의사실공표에 대한 처벌규정의 입법을 예상하기는 대단히 어렵다고 보인다. 물론 개별 주가 이러한 연방대법원의 판결에 반하는 주법의 제정행위를 강행하는 것이 절대적으로 불가능한 일이라고는 할 수 없을 것이다.⁷⁷⁾ 그러나 그러한 제정행위를 강행하여도, 당해 규정은 곧바로 언론의 자유 내지는 표현의 자유 전반에 대한 침해라는 비판은 물론, 미연방대법원에서의 쟁송에 직면할 것으로 예상된다.

2. 피의사실공표행위 처벌 연방법률의 탐색

가. 개관

미연방의회는 연방 상거래 조항 등 연방의회의 권한 범위 내에서 형사처벌규정을 입법할 수 있다.⁷⁸⁾ 물론 각 개별 주의 일반적 경찰권 범위 내의 사항에 대해서라면, 개별 주가 해당 행위를 규율하는 형사처벌규정을 제정할 수 있음이 일반적이라 할 수 있겠다.⁷⁹⁾

이하에서는 과연 미연방 차원의 관련 규정이 존재하는지 여부에 대하여 탐색하도록 하겠다.

77) 경우는 조금 다르지만, 예를 들어 낙태 제한을 규정하는 각 개별 주법령의 위헌성 여부를 심사한 미연방대법원의 판결인 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) 및 *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992)에 전면적으로 위배되는 개별 주법령이 최근 앨라바마, 조지아, 루이지애나 등 보수적인 남부 지역 일부 주에서 제정되고는 있음. Tara Law, "Here Are the Details of the Abortion Legislation in Alabama, Georgia, Louisiana and Elsewhere", TIME 2019. 5. 30. (<http://time.com/5591166/state-abortion-laws-explained/> 2019. 6. 3. 최종검색); Nate Chute, "How does Alabama's near-total abortion ban bill compare to Georgia's 'fetal heartbeat' law?", USA TODAY 2019. 5. 15. (<https://www.usatoday.com/story/news/nation/2019/05/15/alabama-abortion-bill-georgia-abortion-ban-heartbeat-law/3676635002/> 2019.6.3. 최종검색)

78) *Gonzales v. Raich* (previously *Ashcroft v. Raich*), 545 U.S. 1 (2005).

79) *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995).

나. 피의사실공표죄 죄명의 존재 여부

그러나 탐색 결과, 기본적으로 피의사실공표죄라는 죄명 그 자체가 명문화한 규정을 찾을 수는 없다.⁸⁰⁾ 즉 적어도 이러한 죄명은 연방법률규정상 존재하지 않는 것으로 확인된다.

다. 연방법률규정 탐색

그럼에도 불구하고, 본 연구진은 -죄명 그 자체에 구애됨이 없이- 피의사실공표행위를 처벌하는 연방법률규정의 존재여부를 하나하나 개별적으로 확인하기 위하여 연방법률규정 전체를 탐색 내지 검색하였다. 미연방법률의 경우 Title 18이 형법전에 해당한다고 할 수 있는데, 이중에서도 특히 범죄행위에 대한 규정들은 18 U.S.C. § 1부터 18 U.S.C. § 2725이다.⁸¹⁾

그 중에서 그나마 죄명만이라도 그 외관상 탐색의 목적에 부분적으로 부합할 가능성이 있다고 의심되는 것은 사법방해(Chapter 73 - Obstruction of Justice)를 규정하고 있는 18 U.S.C. § 1501부터 18 U.S.C. § 1521까지의 규정들이다.⁸²⁾ 그러나 이러한 규정들 중 우리나라의 피의사실공표행위 처벌규정에 해당하거나 유사하다고 볼 수 있는 규정은 전혀 존재하지 않는다.

즉, 이러한 규정들 중 예를 들어, 18 U.S.C. § 1504는 배심원에게 영향을 주기 위하여 문서제공행위를 하는 것을 처벌하기 위한 규정⁸³⁾이기 때문에, 이는 피의사실공표행위와는 상관없는 행위를 제재하기 위한 규정이라고 해야 할 것이다. 또한 다른 예로, 18 U.S.C. § 1510은 형사사건 수사를 방해하거나 지연시키거나 막기 위하여 뇌물제공을 하는 행위를 처벌하기 위한 규정⁸⁴⁾이기 때문에, 이 역시 피의사실공표행

80) Justia, US Law, US Codes and Statutes, Title 18 - Crimes and Criminal Procedure Part I - Crimes (<https://law.justia.com/codes/us/2016/title-18/part-i/> 2019.6.5. 최종검색)

81) Justia, US Law, US Codes and Statutes, Title 18 - Crimes and Criminal Procedure Part I - Crimes (<https://law.justia.com/codes/us/2016/title-18/part-i/> 2019.6.5. 최종검색)

82) Justia, US Law, US Codes and Statutes, Title 18 - Crimes and Criminal Procedure Part I - Crimes Chapter 73 - Obstruction of Justice (<https://law.justia.com/codes/us/2016/title-18/part-i/chapter-73/> 2019.6.5. 최종검색)

83) Justia, US Law, US Codes and Statutes, §1504. Influencing juror by writing (<https://law.justia.com/codes/us/2016/title-18/part-i/chapter-73/sec.-1504/> 2019.6.5. 최종검색)

84) Justia, US Law, US Codes and Statutes, §1510. Obstruction of criminal investigations

위와는 전혀 무관한 행위를 형사처벌하기 위한 규정이라고 해야 할 것이다.

그 외 다른 규정들 역시 전술한 규정들과 마찬가지로, 우리나라의 피의사실공표행위에 내용상으로 상응하는 것으로 여겨질 만한 규정을 찾을 수는 없다.

3. 피의사실공표행위 처벌 주법률의 탐색

가. 개관

연방제인 미국의 경우 50개 주마다 개별적인 주 차원의 헌법은 물론이고, 주 차원의 형사처벌규정들을 제정하고 이를 시행하고 있다. 각 개별 주들의 경우 기본적으로 연방헌법에 위배되지 않는 한도 내에서라면 일반적인 경찰권의 범위 내에 해당하는 사항에 관하여 주 차원의 형사처벌규정을 제정하는데 별다른 제약은 없다.⁸⁵⁾ 그러나 이미 전술한 바와 같이, 미연방헌법에 표현의 자유 내지는 언론의 자유가 직접 규정되어 있다고 보아야 할 것이고, 미연방대법원은 이를 매우 두텁게 보호하는 방향과 맥락 내에서 법해석을 행하고 있다고 보는 것이 타당하다.

이런 전제에서라면, 미국의 개별 주에서 피의사실공표행위 처벌규정을 별도로 제정하는 것을 상상하는 것은 대단히 어렵다. 전술한 바와 같이, 이러한 법률을 주 차원에서 제정한다고 하더라도, 이는 헌법상의 언론의 자유 내지 표현의 자유 침해 가능성이 대단히 높기 때문에 미연방대법원에 의하여 위헌 결정 당할 가능성이 높기 때문이다.

나. 피의사실공표죄 죄명의 존재 여부

탐색의 결과, 적어도 피의사실공표죄라는 죄명 그 자체를 명문화한 규정은 주 법률 규정상 확인할 수 없었다.⁸⁶⁾ 즉 이러한 죄명을 가진 규정은 미국에서 주법률상 존재하지 않는 것으로 확인된다.

(<https://law.justia.com/codes/us/2016/title-18/part-i/chapter-73/sec.-1510/> 2019.6.5. 최종 검색)

85) *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995).

86) Justia, US Law, US Codes and Statutes (<https://law.justia.com/codes/> 2019.6.5. 최종검색)

다. 개별 주법률 규정 탐색

1) 목적과 한계

연구진은 그럼에도 불구하고, 미국의 개별 주 법률들을 하나씩 검색하여, -혹시라도 - 피의사실공표행위를 처벌하는 규정에 상응하는 규정 내지는 부분적으로라도 유사성이 있는 규정이 있는지 여부를 탐색하였다.

그런데 본 연구의 주안점은 우리나라 피의사실공표죄의 개선방안을 찾는 것에 있다. 이러한 연구에 있어서 다른 나라의 입법례를 검토하는 것은 궁극적으로 우리 규정에 대한 개선방안을 찾기 위한 수단에 해당한다. 이를 위하여 본 연구는 전술한 바와 같이, 미국의 연방법률 규정을 탐색 내지 검색하였고, 이와 같은 규정이 존재하지 않음을 확인한 바 있다.

또한 이에 앞서, 미국에서의 표현의 자유 내지 언론의 자유, 그리고 이러한 기본권에 상응하는 알권리에 대하여도 일반적인 검토를 행하였다. 이와 같은 탐색과 검토를 기반으로 할 때, 미국의 경우 주법률에 피의사실공표행위를 처벌하는 규정이 존재할 것이라고 예상하거나 기대하는 것은 당연히 곤란하다.

이와 같이 주법률 규정 중 이와 같은 처벌규정이 존재하지 않을 것이라는 점을 일반적으로 추론할 수 있다는 전제에서라면, 현실적으로 미국의 50개주 법령을 모두 탐색 내지 검색하는 것을 통하여 얻을 이익은 없다고 본다. 따라서 이하에서는 미국의 주요 주의 법률규정들을 탐색하여, 이와 같은 처벌규정이 연방과 마찬가지로 역시 존재하지 않는지 여부를 간략하게 확인하도록 하겠다.

2) 탐색의 결과

(1) 범위

전술한 바와 같이, 미국 50개 주 전체의 주법률을 살펴보는 것은 큰 의의가 있다고 보기 어렵다. 따라서 이하에서는 미국의 50개 주 중, 그래도 연방 전체에서 차지하는 비중이 상당한 주를 중심으로 탐색한 결과를 살펴보도록 하겠다.

일반적으로 미국의 주요 주를 거론할 때 빠지지 않는 주라고 한다면, 뉴욕 주, 캘리포니아 주, 텍사스 주가 이에 우선적으로 해당할 것이다. 이하에서는 이들 주는 물론,

그 외 플로리다 주, 일리노이 주, 매사추세츠 주에 있어서의 관련 규정 존부를 간략히 탐색한 결과를 기술하도록 한다.

(2) 개별 주법상 관련 규정의 부존재

① 뉴욕 주

우선 뉴욕 주의 경우 뉴욕 주 형법 제240조가 공공질서에 반하는 행위를 처벌하는 규정들을 두고 있고, 제250조가 사생활의 자유 침해행위를 처벌하는 규정들을 두고 있지만,⁸⁷⁾ 이들 규정은 모두 피의사실공표행위와는 전혀 무관한 사항들을 제재하기 위한 규정들이다.

즉 뉴욕 주의 경우 관련 규정은 전무한 상황이다.

② 캘리포니아 주

다음으로 캘리포니아 주의 경우, 캘리포니아 주 형법 제25조부터 제680.4.조에서 개별 범죄 및 형사처벌 관련 사항들을 종합적으로 규정하고 있다.⁸⁸⁾ 그나마 이들 규정들 중에서도 제112조부터 제117조에서 재판기록 관련 범죄를 포함하는 사항들을 종합적으로 규정하고는 있으나,⁸⁹⁾ 이러한 규정들 중에서 우리나라의 피의사실공표행위 처벌규정에 상응하는 것은 존재하지 아니하는 것으로 확인된다. 당연하게도, 피의사실공표행위와 관련성이 있는 처벌규정은 존재하지 않는다.

③ 텍사스 주

그리고 텍사스 주의 경우, 텍사스 주 형법 Title 1부터 Title 11까지 형사처벌과 관련된 사항들을 종합적으로 규정하고 있으며,⁹⁰⁾ 이 중 -그나마- Title 8은 공공행정과

87) Justia, US Law, US Codes and Statutes, New York Laws, PEN - Penal Part 3 - Specific Offenses Title N - Offenses Against Public Order, Public Sensibilities and the Right to Privacy (<https://law.justia.com/codes/new-york/2017/pen/part-3/title-n/> 2019.6.5. 최종검색)

88) Justia, US Law, US Codes and Statutes, 2018 California Code Penal Code - PEN PART 1 - OF CRIMES AND PUNISHMENTS (<https://law.justia.com/codes/california/2018/code-pen/part-1/> 2019.6.5. 최종검색)

89) Justia, US Law, US Codes and Statutes, 2018 California Code Penal Code - PEN PART 1 - OF CRIMES AND PUNISHMENTS TITLE 7 - OF CRIMES AGAINST PUBLIC JUSTICE CHAPTER 4 - Forging, Stealing, Mutilating, and Falsifying Judicial and Public Records and Documents (<https://law.justia.com/codes/california/2018/code-pen/part-1/title-7/chapter-4/> 2019.6.5. 최종검색)

관련한 사항들을 규정하고는 있으며,⁹¹⁾ 다시 이 중에서도 Chapter 38이 정부활동 방해행위와 관련된 사항들을 규정하는데 그치고 있을 뿐이다.⁹²⁾

결론적으로 이러한 텍사스 주 형법규정들의 경우도 역시 피의사실공표행위와 관련된 사항과는 전혀 무관한 것이 현실이다.

④ 플로리다 주

또한 플로리다 주의 경우, 플로리다 주 형법은 Chapter 775부터 Chapter 896이 형사실체법에 해당하는 규정들에 해당하는데,⁹³⁾ 이 중 Chapter 839가 공무원 범죄를 규정하고,⁹⁴⁾ Chapter 843이 사법질서 방해를 규정하는데 그치고 있다.⁹⁵⁾

당연하게도, 이러한 규정들을 모두 살펴보아도 피의사실공표행위를 처벌하는 것은 확인되지 않으며, 모두 이와는 무관한 규정들이다.

⑤ 일리노이 주

다음으로 일리노이 주의 경우, 일리노이 주의 형사실체법이라고 할 수 있는 규정들은 총칙규정 및 일반적인 범죄들을 함께 규정하고 있는 720 ILCS 5/ - Criminal Code of 2012. 규정부터 720 ILCS 690/ - Use of Intoxicating Compounds Act.에 이르기까지 다양한 사항들을 규정하고 있는데,⁹⁶⁾ 여기에서도 피의사실공표행위 처벌규정에

90) Justia, US Law, US Codes and Statutes, 2017 Texas Statutes PENAL CODE (<https://law.justia.com/codes/texas/2017/penal-code/> 2019.6.5. 최종검색)

91) Justia, US Law, US Codes and Statutes, 2017 Texas Statutes PENAL CODE TITLE 8 - OFFENSES AGAINST PUBLIC ADMINISTRATION (<https://law.justia.com/codes/texas/2017/penal-code/title-8/> 2019.6.5. 최종검색)

92) Justia, US Law, US Codes and Statutes, 2017 Texas Statutes PENAL CODE TITLE 8 - OFFENSES AGAINST PUBLIC ADMINISTRATION CHAPTER 38 - OBSTRUCTING GOVERNMENTAL OPERATION (<https://law.justia.com/codes/texas/2017/penal-code/title-8/chapter-38/> 2019.6.5. 최종검색)

93) Justia, US Law, US Codes and Statutes, 2018 Florida Statutes Title XLVI - Crimes (<https://law.justia.com/codes/florida/2018/title-xlvi/> 2019.6.5. 최종검색)

94) Justia, US Law, US Codes and Statutes, 2018 Florida Statutes Title XLVI - Crimes Chapter 839 - Offenses by Public Officers and Employees (<https://law.justia.com/codes/florida/2018/title-xlvi/chapter-839/> 2019.6.5. 최종검색)

95) Justia, US Law, US Codes and Statutes, 2018 Florida Statutes Title XLVI - Crimes Chapter 843 - Obstructing Justice (<https://law.justia.com/codes/florida/2018/title-xlvi/chapter-843/> 2019.6.5. 최종검색)

96) Justia, US Law, US Codes and Statutes, 2018 Illinois Compiled Statutes Chapter 720 - CRIMINAL OFFENSES (<https://law.justia.com/codes/illinois/2018/chapter-720/> 2019.6.5. 최

해당하는 것을 찾을 수는 없으며, 이와 유사한 규정도 존재하지 않는다.

⑥ 매사추세츠 주

그리고 매사추세츠 주의 경우에는 형사실체법에 해당하는 규정들이 Chapter 264부터 Chapter 274에서 규정되고는 있지만,⁹⁷⁾ 역시 다른 주들과 마찬가지로 피의사실공표행위 처벌규정을 두고 있지 않으며, 이와 유사한 규정 역시 존재하지 않는다.

이와 같은 탐색의 결과를 보건대, 미국의 개별 주 차원의 피의사실공표행위 처벌규정은 존재하지 않는 것으로 보는 것이 타당하다고 생각된다.

4. 피의사실공표죄 상응규정의 존재여부

본 연구진의 연구 결과, 미국의 경우 우리나라의 피의사실공표죄에 상응하는 규정 내지 수사기관에 의한 피의사실공표행위를 처벌하는 규정을, 연방은 물론 개별 주 차원에서도 찾을 수 없었다. 이는 전술한 바와 같이, 미연방수정헌법상 표현의 자유 내지는 언론의 자유가 헌법상의 기본권으로 매우 두텁게 보호되고 있는 미국의 현실에서는 당연한 것으로 여겨진다.

즉 미국에서는 피의사실공표죄에 상응하거나, 피의사실공표행위를 범죄행위로 포섭할 수 있는 규정을 두고 있지 않다고 보아야 할 것이다.

5. 연방 법무부 차원의 규제

가. 개관

전술한 바와 같이, 미국의 경우 연방이나 주나 피의사실공표행위에 대한 처벌규정 내지 이러한 행위를 포섭할 수 있는 처벌규정은 존재하지 않는 것으로 확인된다.

다만 이와는 별개로, 미연방 법무부 차원의 매뉴얼은 연방검찰이 언론기관을 상대하는 방법이나 절차 등에 대한 사항들을 내부적으로 규제하고 있다.⁹⁸⁾ 그렇다면 과연

종검색)

97) Justia, US Law, US Codes and Statutes, 2017 Massachusetts General Laws PART IV CRIMES, PUNISHMENTS AND PROCEEDINGS IN CRIMINAL CASES TITLE I CRIMES AND PUNISHMENTS (<https://law.justia.com/codes/massachusetts/2017/part-iv/title-i/> 2019.6.5. 최종검색)

이러한 미연방 법무부 매뉴얼이 우리나라의 피의사실공표죄에 대한 시사점을 줄 수 있는 부분이 있는지를 확인하기 위하여, 이하에서는 동 매뉴얼에 대한 개괄적인 검토가 필요하다.

즉 미연방 법무부는 법무부 매뉴얼(Justice Manual) 형식으로 비밀유지 및 언론 접촉 정책(1-7.000 - Confidentiality and Media Contacts Policy)을 규정하고는 있다.⁹⁹⁾

제목과 형식에서 알 수 있듯이, 기본적으로 동 매뉴얼은 어디까지나 기관 내부 통제를 위한 것이라고 해야 할 것이다. 그렇다면 이러한 규정 사항이 대략적으로 어떠한 것들인지를 아래와 같이 먼저 표를 통하여 개관하기로 한다.

〈표 3-1〉 법무부 매뉴얼 중 비밀유지 및 언론 접촉 정책(1-7.000 - Confidentiality and Media Contacts Policy)

비밀유지 및 언론 접촉 정책(1-7.000) ¹⁰⁰⁾	
1-7.001	목적
1-7.100	비밀유지에 대한 일반적 필요성
1-7.110	기밀정보의 허가없는 공개
1-7.120	내부고발자 보호
1-7.200	언론 대표 지정
1-7.210	언론기관 접촉 보고
1-7.300	연방법무부 부서
1-7.310	연방검사
1-7.400	진행 중인 형사사건 수사, 또는 행정사건 조사 관련 정보 공개
1-7.410	수사 요청에 대한 논평
1-7.500	형사, 민사, 행정 사건에 있어서 정보 공표-공개 가능한 정보
1-7.510	전과기록 관련 정보 공개
1-7.600	형사, 민사, 행정 사건에 있어서 정보 공표-공개 불가능한 정보
1-7.610	편견의 우려
1-7.700	언론기관 접촉 관련 지침
1-7.710	뉴스매체에 대한 조력
1-7.800	정보의 자유(정보자유법(the Freedom of Information Act: FOIA))
1-7.900	감사관실

98) The United States Department of Justice, Justice Manual, 1-7.000 - Confidentiality and Media Contacts Policy (<https://www.justice.gov/jm/jm-1-7000-media-relations> 2019.6.3. 최종검색)

99) The United States Department of Justice, Justice Manual, 1-7.000 - Confidentiality and Media Contacts Policy (<https://www.justice.gov/jm/jm-1-7000-media-relations> 2019.6.3. 최종검색)

나. 내용

이 매뉴얼에 따르면, 예를 들어 언론기관을 접촉했을 경우 이와 관련한 보고의무가 규정되어 있고(1-7.210 Reporting Media Contacts), 수사 중인 형사사건 등 관련 정보의 공개와 관련된 사항이 규정되어 있으며(1-7.400 Disclosure of Information Concerning Ongoing Criminal, Civil, or Administrative Investigations), 형사사건 등 관련 정보의 공표(1-7.500 - Release of Information in Criminal, Civil, and Administrative Matters—Disclosable Information)에 대한 사항을 규정하고 있다.¹⁰¹⁾

특히 전술한 1-7.400의 수사 중인 형사사건 관련 정보의 공개에 대한 사항들을 보면, 연방법무부 소속 직원이 수사 중인 사건과 관련하여 언론과 접촉하는 경우 사전에 허가를 받을 것을 원칙으로 규정하고 있으며, 예외적으로 긴급한 상황 하에서는 이러한 허가를 요구하지 않는다고 규정하고 있다(1-7.400 A.).¹⁰²⁾

또한 동 매뉴얼 1-7.500은 형사사건 관련 정보의 공표와 관련하여 일정한 기준을 마련하고 있는데, 이에 따르면 피고인의 성명, 연령, 고용여부, 혼인여부, 이와 유사한 배경정보의 공표를 규정하고 있다(1-7.500 A.).¹⁰³⁾ 그러면서도 한편 동 매뉴얼 1-7.510은 수사 중이거나 혹은 공판 이전 단계에서는 원칙적으로 전과기록을 언론기관에 제공하지 말도록 규정하고 있다(1-7.510).¹⁰⁴⁾

100) The United States Department of Justice, Justice Manual, 1-7.000 - Confidentiality and Media Contacts Policy (<https://www.justice.gov/jm/jm-1-7000-media-relations> 2019.6.3. 최종검색)

101) The United States Department of Justice, Justice Manual, 1-7.000 - Confidentiality and Media Contacts Policy (<https://www.justice.gov/jm/jm-1-7000-media-relations> 2019.6.3. 최종검색)

102) The United States Department of Justice, Justice Manual, 1-7.000 - Confidentiality and Media Contacts Policy (<https://www.justice.gov/jm/jm-1-7000-media-relations> 2019.6.3. 최종검색)

103) The United States Department of Justice, Justice Manual, 1-7.000 - Confidentiality and Media Contacts Policy (<https://www.justice.gov/jm/jm-1-7000-media-relations> 2019.6.3. 최종검색)

104) The United States Department of Justice, Justice Manual, 1-7.000 - Confidentiality and Media Contacts Policy (<https://www.justice.gov/jm/jm-1-7000-media-relations> 2019.6.3. 최종검색)

다. 규제방식: 원칙적 공개·예외적 공개금지

이를 종합하면, 미연방 법무부는 수사 중인 형사사건과 관련하여, 언론기관을 상대하는 방법 내지 정책을 비교적 종합적으로 매뉴얼화하고 있다고 해야 할 것이다. 물론 더 나아가, 이러한 미연방 법무부 차원의 매뉴얼은 수사 중인 형사사건과 관련하여 일체의 정보를 언론기관에 노출하는 것을 금지하는 것이 아니라, 반대로 어떠한 정보를 공표할 수 있는지를 1차적으로 규정하고 있다는 점에 특징이 있어 보인다.

그러면서도 전술한 바와 같이 전과기록을 언론기관에 제공하지 말도록 규정하고 있다는 점에서, 동 매뉴얼은 언론기관을 상대로 하여 첫째, 원칙적인 공개를 규정하되, 둘째, 예외적인 공개금지의 방식을 취하는 것으로 여겨진다.

라. 검토

1) 기본권간 대립구도의 면: 표현의 자유(언론의 자유) VS 배심재판 받을 권리

즉 동 매뉴얼은 오히려 형사사건에 있어서 범죄 피의자 내지 피고인과 관련한 정보 중, 오히려 공개 가능한 정보를 적극적으로, 그리고 명시적으로 규정하고 있는 것이다. 물론 공개 가능한 정보를 규정하면서도, 전술한 바와 같이 전과기록 등 재판에 있어서 편견을 야기할 수 있는 정보의 공개를 금지하는 규정을 두고는 있다(1-7.510; 1-7.600; 1-7.610).¹⁰⁵⁾

그러나 이는 아마도 미국의 경우 연방수정헌법 제6조에 의하여 형사사건에 있어서 피고인이 배심원에 의한 재판을 받을 권리가 헌법적인 기본권으로 두텁게 보장되어 있다는 점¹⁰⁶⁾과 관련된 것으로 보아야 할 것이다. 즉 형사사건 피고인과 관련한 특정

105) The United States Department of Justice, Justice Manual, 1-7.000 - Confidentiality and Media Contacts Policy (<https://www.justice.gov/jm/jm-1-7000-media-relations> 2019.6.3. 최종검색)

106) Stephen A. Siegel, *THE CONSTITUTION ON TRIAL: ARTICLE III'S JURY TRIAL PROVISION, ORIGINALISM, AND THE PROBLEM OF MOTIVATED REASONING*, 52 Santa Clara L. Rev. 373, 382 (2012). (<https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=16&ved=2ahUKEwiUt4SI2s7iAhWwGqYKHe80DdQQFjAPegQICRAC&url=http%3A%2F%2Fdigitalcommons.law.scu.edu%2Fcgi%2Fviewcontent.cgi%3Farticle%3D1232%26context%3Dlawreview&usg=AOvVaw1mbZdYt3HOMliotDNM-1Lc&httpsredir=1&article=1232&context=lawreview> 2019.6.4. 최종검색)

정보의 노출이, 배심원에게 평결 이전 단계에서 부정적 -혹은 긍정적- 편견을 조장할 수 있다는 점을 우려하여, 이와 같이 매뉴얼 차원으로 그러한 편견의 조장 내지 야기를 방지하기 위하여 규정된 것이 아닌가 하는 추정을 하게 한다. 즉 동 매뉴얼을 통하여 추구하고자 하는 것은, 표현의 자유 내지 언론의 자유라는 헌법상의 기본권과, 형사사건에 있어서 배심재판을 받을 권리라는 헌법상의 기본권간 균형이라고 보는 것이 타당할 것이다.

따라서 우리나라의 경우, 첫째, 배심원에 의한 평결이 법관에 대하여 권고적 효력을 갖고 있다는 것(국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제46조 제5항),¹⁰⁷⁾ 둘째, -국민참여 재판 등 배심재판이 아닌- 법관에 의한 재판을 받을 권리가 국민의 헌법상 기본권으로 규정되어 있는 것¹⁰⁸⁾을 전제로 하고 있는 형사소송 시스템을 갖고 있기 때문에, 미국의 경우와는 그 맥락을 매우 달리하는 것이라고 할 수밖에 없다. 즉 전술한 미연방 법무부의 매뉴얼을 참고하는 데에는 근본적인 한계가 있다고 해야 할 것이다.

2) 수사기관 내부통제의 면

또한 이와 같은 언론기관 접촉 관련 미연방 법무부 차원의 매뉴얼은 어디까지나 연방법무부라는 기관 내부 통제 시스템의 하나라고 보는 것이 타당할 것이다. 즉 이를 위반한 자에 대한 제재를 -다른 법률규정을 통하여- 형사적 제재로 규정하고 있지는 아니한 것으로 보인다.

-
- 107) 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제46조(재판장의 설명·평의·평결·토의 등) “① 재판장은 변론이 종결된 후 법정에서 배심원에게 공소사실의 요지와 적용법조, 피고인과 변호인 주장의 요지, 증거능력, 그 밖에 유의할 사항에 관하여 설명하여야 한다. 이 경우 필요한 때에는 증거의 요지에 관하여 설명할 수 있다. ② 심리에 관여한 배심원은 제1항의 설명을 들은 후 유·무죄에 관하여 평의하고, 전원의 의견이 일치하면 그에 따라 평결한다. 다만, 배심원 과반수의 요청이 있으면 심리에 관여한 판사의 의견을 들을 수 있다. ③ 배심원은 유·무죄에 관하여 전원의 의견이 일치하지 아니하는 때에는 평결을 하기 전에 심리에 관여한 판사의 의견을 들어야 한다. 이 경우 유·무죄의 평결은 다수결의 방법으로 한다. 심리에 관여한 판사는 평의에 참석하여 의견을 진술한 경우에도 평결에는 참여할 수 없다. ④ 제2항 및 제3항의 평결이 유죄인 경우 배심원은 심리에 관여한 판사와 함께 양형에 관하여 토의하고 그에 관한 의견을 개진한다. 재판장은 양형에 관한 토의 전에 처벌의 범위와 양형의 조건 등을 설명하여야 한다. ⑤ 제2항부터 제4항까지의 평결과 의견은 법원을 기속하지 아니한다. ⑥ 제2항 및 제3항의 평결결과와 제4항의 의견을 집계한 서면은 소송기록에 편철한다.” 법제처 국가법령정보센터 (<http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=195047&efYd=20170726#0000> 2019.7.2. 최종검색)
- 108) 헌법 제27조 “① 모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.” “②~⑤ 생략” 법제처 국가법령정보센터 (<http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=61603&efYd=19880225#0000> 2019.7.2. 최종검색)

과거 우리나라의 형법교과서에서도, 기본적으로 특정한 직무를 행하는 공무원의 직무 관련 의무 위반행위에 대하여 행정법상의 공무원에 대한 징계를 가하면 족한 행위를 유달리 우리 형법상의 피의사실공표죄가 형사처벌을 통하여 규율하고 있다고 비판하는 견해¹⁰⁹⁾¹¹⁰⁾가 있었던 것으로 보이는데, 그 맥락은 전체적으로 상호 다르지 않다고 여겨진다.

3) 목적의 면

그리고 기본적으로 이와 같은 동 매뉴얼이 추구하는 목적은 개인의 공정한 재판을 받을 권리 및 사생활의 자유 등 기본권을 보호하고, 정부에 의한 사법정의실현 및 공공안전 제고와 연방법무부 관련 정보에 대한 대중의 접근권 보호에 있다는 점에 있다고 규정되어 있다(1-7.001).¹¹¹⁾ 이러한 동 매뉴얼이 직접 규정하고 있는 목적을 보았을 때, -오히려- 사법정의실현 및 공공안전 제고와 정보 접근권도 함께 강조되고 있다는 점을 주목할 필요가 있다.

이는 우리나라의 형법상 피의사실공표죄를 통하여 보호하려는 법익과는 오히려 상충될 가능성이 상존하는 법익이, 미국의 경우에는 동 매뉴얼을 통하여 보호목적의 범위 내에 들어와 있다는 것으로 해석될 수 있기에, 매우 상이하다고 보인다. 즉 우리나라와는 서로 완전히 상반되는 위치에 있는 법익 그 자체도 동 매뉴얼을 통하여 함께 보호되고 있다고 보아야 할 것이다.

6. 피의사실공표죄 상응규정의 부존재 확인

전술한 바와 같이, 미국의 경우 헌법상 언론의 자유 내지 표현의 자유가 워낙에 중대하게, 그리고 두텁게 보호되는 기본권이다. 따라서 연방이나 주차원에서 피의사실공표죄를 규정하고 있지 않다.

아울러 미연방 법무부 차원의 내부통제를 위한 매뉴얼을 살펴보았으나, 이 역시

109) 유기천, 형법학[각론강의 하] 전정신판, 일조각, 1995년, 274면.

110) 더 나아가 이 견해는 우리 형법상의 피의사실공표죄 규정 그 자체에 대하여도 입법론적인 문제가 있다는 견해를 피력함. 유기천, 형법학[각론강의 하] 전정신판, 일조각, 1995년, 274-275면.

111) The United States Department of Justice, Justice Manual, 1-7.000 - Confidentiality and Media Contacts Policy (<https://www.justice.gov/jm/jm-1-7000-media-relations> 2019.6.3. 최종검색)

어디까지나 언론기관을 상대하거나 접촉할 때 법무부 직원이 준수해야 할 -내부 차원의- 원칙이라고 할 수 있는 것이라고 해야 할 뿐이며, 형사적 제재와는 무관하다고 보는 것이 타당하다.

결론적으로 미국에는 우리 형법상의 피의사실공표죄에 상응하는 규정은 존재하지 아니한다. 또한 전술한 미연방 법무부 차원의 매뉴얼 역시 오히려 무엇을 공개하고 무엇을 예외적으로 공개하지 말아야 할 것인지를 내부통제 차원에서 규정하고 있다는 점에서 볼 때, 우리나라의 피의사실공표죄와는 그 맥락을 전혀 달리하는 것은 물론, 매우 상반된 입장의 것으로 보아야 할 것이다.

제3절 독일

1. 피의사실공표죄 상응규정의 존재여부

가. 피의사실공표죄 죄명의 존재 여부

우선, 피의사실공표죄를 법률에 있어서 죄명으로 명문화한 규정은 독일형법상 존재하지 않는다. 다만 아래와 같은 규정이 있어서, 이에 대한 검토를 간략히 행하도록 하겠다.

나. 독일형법 제353조d

1) 규정

독일형법의 경우 제353조d에 다음과 같은 규정이 존재하고 있다.¹¹²⁾ 이하에서는 과연 이 규정이 우리나라 형법상 피의사실공표죄에 상응하는지, 혹은 부분적으로나마 유사성이 있는 규정인지를 간략히 검토해보도록 한다.

112) 법무부, 독일형법, 2008년, 256면.

〈표 3-2〉 독일형법 제353조d

제353조d [금지된 법원심리의 전달] “다음 각호의 1에 해당하는 자는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.” ¹¹³⁾	
제1호	“법률상 금지에 위반하여 그 공개가 배제된 법원의 심리 또는 사건과 관련된 공적 문서의 내용을 공연히 전달한 자” ¹¹⁴⁾
제2호	“법률을 근거로 법원으로부터 명해진 묵비의무에 위반하여 법원의 비공개 심리를 통해서 또는 사건과 관련된 공적 문서를 통하여 알게 된 사실을 권한 없이 공개한 자” ¹¹⁵⁾
제3호	“공판에서의 낭독 또는 소송절차종료 이전에 공소장 또는 형사소송절차·과태료부과절차·징계절차에 관한 기타 공적 문서의 전부 또는 주요 부분을 원문대로 공연히 전달한 자” ¹¹⁶⁾

위와 같이 독일형법 제353조d는 제1호에서는 비공개심리와 관련된 공문서 내용의 전달행위를, 제2호에서는 비공개심리 관련 묵비의무 위반행위를, 마지막으로 제3호에서는 공소장 등 공문서를 원문 그대로 유출하는 행위를 규율하고 있는 것으로 확인된다.

이 중에서도 특히 동법 제3호가 규정의 외관상 -그나마- 우리 형법상의 피의사실공표죄의 내용과 유사한 면이 다소나마 존재하는 규정이라고 오해될 여지가 있을 것으로 예상된다. 그럼에도 불구하고, 동법 제3호 규정은 이하에서 살펴볼 바와 같이, 우리 형법이 규정하고 있는 피의사실공표행위 처벌규정과는 완전히 상이하다고 보는 것이 타당하다.

2) 검토

동법 제3호 규정은 특히 소송절차 종료 이전 단계에서 공소장 등 관련 공문서를 원문 그대로 공연하게 전달하는 것을 처벌하는 것을 규정하고 있다. 따라서 이는 우리 형법상 피의사실공표죄가 규정하고 있는 그것과는 상당히 다르다고 보는 것이 타당하다.

즉 이러한 동법 제3호 규정은 수사기관에 의한 피의사실의 공표행위를 처벌하기 위한 규정이라고 할 여지는 없으며, 사법부에 의한 재판 진행 중인 사건과 관련하여 공소장 등 재판 관련 공문서의 원문 그대로의 공연한 전달행위를 처벌하기 위한 규정이라는 점에서 차이를 인정할 수밖에 없어 보인다. 바꾸어 말하자면, 전달되는 내용이

113) 법무부, 독일형법, 2008년, 256면.

114) 법무부, 독일형법, 2008년, 256면.

115) 법무부, 독일형법, 2008년, 256면.

116) 법무부, 독일형법, 2008년, 256면.

원문 그대로가 아니라고 하면 동법 제3호 규정에 의한 처벌이 불가능하다는 의미로 보아야 할 것이다.

물론 동법 제3호 이외에 동법 제1호는 원문 그대로가 아닌, 내용의 전달행위를 처벌하는 규정이기도 하다. 그러나 동법 제1호가 규율하고 있는 대상이 동법 제3호와 달리, -공개가 배제된- 비공개심리와 관련된 것이라는 점에서 차이가 있다.

즉 동법 제3호가 규율하고 있는 내용과, 동법 제1호가 규율하고 있는 내용을 부분적으로 합쳐놓고 보면 마치 우리 형법상 피의사실공표죄와 유사한 것으로 보일 수도 있겠다. 그러나 애초에 동법 제1호와 제2호가 규율하는 대상이 상이하다는 점이 당연히 중요한 것은 물론이며, 아울러 그렇게 부분적으로 필요한 부분만 합쳐놓고 해석하는 것 역시 당연히 불가능하다.

결론적으로 동법 규정은 우리 형법상 피의사실공표죄와는 전혀 다른 행위를 규율하기 위한 규정으로 보아야 하고, 상응하는 규정이 아닌 것은 물론이며, 부분적으로나마 유사한 규정이라고 할 여지도 없다.

2. 피의사실공표죄 상응규정의 부존재 확인

전술한 바와 같이, 독일형법 제353조d에서는 부분적으로 우리 형법상의 피의사실공표죄와 다소 유사해 보이는 면을 규정한 것처럼 오해될 수도 있겠지만, 결론적으로 양자는 상응하는 규정이라고 볼 수 없다. 그리고 우리형법상 피의사실공표죄가 규정하고 있는 처벌대상 행위를 부분적으로나마 포섭하는 규정이라고 볼 여지도 없다고 해야 한다.

즉 독일형법의 경우 피의사실공표죄에 상응하거나 유사성이 있는 규정은 존재하지 않는다.

제4절 스위스

1. 피의사실공표죄 상응규정의 존재여부

가. 피의사실공표죄 죄명의 존재 여부

우선, 피의사실공표죄를 법률에 있어서 죄명으로 명문화한 규정은 스위스 형법상 존재하지 않는다. 다만 아래와 같은 규정이 있어서, 이에 대한 검토를 간략히 행하도록 하겠다.

나. 스위스 형법 제293조 및 제320조

1) 규정

스위스 형법전의 경우, 일단 죄명으로만 보았을 때 피의사실공표죄 내지는 이와 유사한 죄명을 특별히 명시적으로 규정하고 있지 않은 것이 현실이다. 스위스 형법전에서 죄명이 외관상 그나마 우리형법상 피의사실공표행위 처벌규정과 유사하게 보일 수 있는 면이 조금이라도 있는 규정들을 찾아보면 다음의 규정들을 생각해볼 수는 있는바 아래에서 간략하게 검토해보도록 한다.

〈표 3-3〉 스위스 형법 제293조 및 제320조

제293조 및 제320조	
제293조 [공무상 비밀회의의 공개] ¹¹⁷⁾	제1호 “정당한 권한 없이, 법률에 의하여 또는 자신의 권한내에서 관청의 결정에 의하여 비밀로 정한 관청의 서류, 회의 또는 조사에 관하여 공중에 대하여 이를 공개한 자는 과료에 처한다.” ¹¹⁸⁾
	제2호 및 제3호 “생략”
제320조 [공무상 비밀유지의 의무 위반] ¹¹⁹⁾	제1호 “관청의 구성원 또는 공무원으로서의 특성상 그에게 믿고 맡겨지거나 또는 그가 자신의 공무상 또는 직무상의 지위에서 알게 된 비밀을 누설한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금에 처한다. 공무상 비밀유지의 의무의 위반은 공무원관계 또는 직무관계가 종료된 후에도 처벌된다.” ¹²⁰⁾
	제2호 “생략”

117) 한국형사정책연구원(김유근 역), 스위스 형법전, 한국형사정책연구원, 2009년, 133면.

118) 한국형사정책연구원(김유근 역), 스위스 형법전, 한국형사정책연구원, 2009년, 133면.

119) 한국형사정책연구원(김유근 역), 스위스 형법전, 한국형사정책연구원, 2009년, 142면.

2) 검토

그러나 위 표에서 알 수 있는 바와 같이, 위 두 규정은 모두 우리나라의 형법상 피의사실공표행위 처벌규정과 그 내용이나 규율대상이 전혀 다르다. 두 규정 모두 그저 공무상의 비밀을 누설하는 행위를 처벌하기 위한 -형법상의 일반적인- 규정으로 보는 것이 타당할 것이다. 결국 공무상 비밀 누설행위를 규율하기 위한 규정들일 뿐이며, 피의사실의 공표행위를 처벌하기 위한 규정들로 보기는 어렵다.

다시 말하자면, 이들 규정은 -굳이 비교해보자면- 우리 형법 제127조가 규정하고 있는 공무상 비밀누설죄¹²¹⁾에 상응하는 것으로 보는 것이 타당하다고 여겨진다. 즉 수사기관에 의한 수사 중인 사안과 관련된 공표행위 그 자체를 처벌하기 위한 규정으로 볼 수는 없다고 본다.

2. 피의사실공표죄 상응규정의 부존재 확인

결론적으로 스위스 형법의 경우에도 피의사실공표죄에 상응하는 규정은 존재하지 않는다고 여겨진다. 또한 부분적으로나마 유사성이 있는 규정 역시 존재하지 않는 것으로 보인다.

제5절 일본

1. 피의사실공표죄 상응규정의 존재여부

가. 피의사실공표죄 죄명의 존재 여부

우선, 피의사실공표죄를 법률에 있어서 죄명으로 명문화한 규정은 일본 형법상 존재하지 않는다. 다만 아래와 같은 규정이 있어서, 이에 대한 검토를 간략히 행하도록 하겠다.

120) 한국형사정책연구원(김유근 역), 스위스 형법전, 한국형사정책연구원, 2009년, 142면.

121) 형법 제127조(공무상 비밀의 누설) “공무원 또는 공무원이었던 자가 법령에 의한 직무상 비밀을 누설한 때에는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 5년 이하의 자격정지에 처한다.” 법제처 국가법령정보센터 (<http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=205820&efYd=20181218#0000> 2019. 7.2. 최종검색)

나. 일본형법 제230조의2 제2항

1) 규정

일본형법 제34장 명예에 대한 죄의 장 중 제230조 제1항은 명예훼손죄를 규정하고 있으면서, 다시 제230조의2에서 공공의 이해에 관한 경우의 특례를 규정하고 있다.¹²²⁾ 동법 제230조의2 제1항은 “전조 제1항의 행위가 공공의 이해에 관한 사실에 관한 것이고, 또한 그 목적이 오로지 공익을 도모하는 것이었다고 인정되는 경우에는, 사실의 진부를 판단하여, 진실이라고 증명되었을 때 이를 처벌하지 아니한다”¹²³⁾고 한다. 특히 동법 제230조의2 제2항은 다시 “전항의 규정의 적용에 있어서는, 공소가 제기되기에 이르지 아니한 사람의 범죄행위에 관한 사실은, 공공의 이해에 관한 사실로 본다”¹²⁴⁾고 한다.

2) 의미: 명예훼손죄 불처벌 특례

즉 동법 제230조의2 제2항에 따라 공소제기 전 단계의 피의사실은 공공의 이해에 관한 사실로 간주되는 것이 되고, 이 규정을 통해 동법 제230조의2 제1항이 규정하고 있는 바에 따라 동법 제230조 제1항 명예훼손죄의 불처벌 사유가 될 수 있게 된다고 보인다.

그렇다면 동법 제230조의2 제2항 규정은 -굳이 말하자면- 처벌이 아닌 불처벌 사유를 규정하고 있다는 점 때문에, 우리나라의 피의사실공표죄 규정과 오히려 정반대의 의미를 갖는다고 보아야 할 것이다. 그나마도 이는 어디까지나 전술한 바와 같이, 일본형법상 명예훼손죄에 대한 불처벌 특례 내지 불처벌 사유라는 점을 간과해서는 안 될 것이다.

122) Japanese Law Translation, 刑法 法令番号: 明治四十年法律第四十五号(Penal Code Law number: Act No. 45 of 1907) (<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=1960&re=02&vm=04> 2019.6.14. 최종검색)

123) Japanese Law Translation, 刑法 法令番号: 明治四十年法律第四十五号(Penal Code Law number: Act No. 45 of 1907) (<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=1960&re=02&vm=04> 2019.6.14. 최종검색)

124) Japanese Law Translation, 刑法 法令番号: 明治四十年法律第四十五号(Penal Code Law number: Act No. 45 of 1907) (<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=1960&re=02&vm=04> 2019.6.14. 최종검색)

2. 피의사실공표죄 상응규정의 부존재 확인

전술한 바와 같이, 일본형법의 경우 피의사실공표죄에 상응하는 규정은 존재하지 않는다. 오히려 일본형법 제230조의2 제2항이 공소제기 전 단계의 피의사실이 공공의 이해에 관한 사실이라고 -적극적으로- 간주하는 규정에 해당한다는 점을 주목할 필요가 있어 보인다.

한편 우리형법이 규정하고 있는 피의사실공표죄가 보호하는 법익이 개인적 법익이라고 할 수 있는 피의자의 인권임과 동시에 국가적 법익이라고 할 수 있는 형사사법기능이라고 해석되고 있는 점¹²⁵⁾을 감안해볼 필요가 있다. 그렇다면 일본형법 제230조의2 제2항이, 우리형법상 이러한 두 가지 보호법익에 대한 완전한 항변사유 내지 면책사유로 도입되거나 시사점이 되기에는 분명한 한계가 있어 보인다. 왜냐하면 피의자의 인권 내지 명예라는 개인적 법익에 대하여는 이와 같은 규정이 확연한 시사점이 될 수 있겠지만, 형사사법기능이라는 국가적 법익에 대하여는 그러한 기능을 행하는데 한계가 있을 수밖에 없기 때문이다. 즉 국가형벌권 행사에 있어서 공정성을 추구하고자 하는 것에도 그 입법목적이 있다고 해야 하는 우리형법상의 피의사실공표죄에 대한 예외 내지 단서 규정으로 참고하기에는 무리가 따른다고 본다.

제6절 중국

1. 피의사실공표죄 상응규정의 존재여부

가. 피의사실공표죄 죄명의 존재 여부

우선, 피의사실공표죄를 법률에 있어서 죄명으로 명문화한 규정은 중국 형법상 존재하지 않는다. 다만 아래와 같은 규정이 있어서, 이에 대한 검토를 간략히 행하도록 하겠다.

전술한 바와 같이, 중국 형법의 경우 -각 규정의 제목 내지 표제를 보건대- 우리

125) 오영근, 신형법입문 제5판, 박영사, 2018년, 571면.

형법상의 피의사실공표죄에 상응하는 규정은 없는 것으로 확인되었다. 그나마 외관상 유사성 존부를 추정해볼 수 있는 규정이라고 한다면, 아래에서 소개할 중국 현행 형법(2017년 11월 4일 시행 제10차 수정안¹²⁶⁾ 제308조의1 규정이 여기에 해당할 수 있을 것이다. 이하에서는 동법 제308조의1이 무엇을 규정하고 있는지 간략히 검토해보도록 한다. 이를 통하여 과연 동 규정이 우리 형법상 피의사실공표죄에 상응하거나 혹은 부분적으로나마 유사성이 있는 규정인지 여부를 파악해보도록 하겠다.

나. 중국 형법 제308조의1

1) 규정

중국 형법 제308조의1(공개하지 말아야 할 사건의 정보를 누설한 죄) 제1항은 “사범 공작인원,¹²⁷⁾ 변호인, 소송대리인 혹은 기타 소송참여인이 비공개심리 중의 공개하지 말아야 할 정보를 누설하여 정보가 전파되거나 혹은 엄중한 결과가 발생한 경우, 3년 이하의 유기징역 혹은 구역¹²⁹⁾ 또는 관제¹³⁰⁾에 처하고 벌금을 병과하거나 혹은 단독벌금형에 처할 수 있다”¹³¹⁾고 한다.

또한 중국 형법 제308조의1 제2항은 “전항의 행위가 국가기밀에 해당할 경우 본법 제398조의 규정에 의하여 처벌한다”¹³²⁾고 한다.

그리고 중국 형법 제308조의1 제3항은 “사건 정보를 공개적으로 폭로 혹은 보도하

126) baidu, “刑法” 검색, 中华人民共和国刑法, 华律网 (<https://www.66law.cn/tiaoli/9.aspx> 2019.7.2. 최종검색)

127) 중국 형법 제94조는 이를 수사, 검찰, 재판 및 감독관리의 직책을 담당하는 자라고 규정하고 있음. 第九十四条(司法工作人员的范围) 本法所称司法工作人员, 是指有侦查, 检察, 审判, 监管职责的工作人员. baidu, “刑法” 검색, 中华人民共和国刑法, 华律网 (<https://www.66law.cn/tiaoli/9.aspx> 2019.7.2. 최종검색)

128) 여기에는 크게 수사직무를 담당하는 인원, 검찰직무를 담당하는 인원, 재판직무를 담당하는 인원, 감독관리직무를 담당하는 인원이 포함된다고 함. 国务院法制办公室编, 中华人民共和国刑法定-注释法典-, 中国法制出版社, 2018(新四版), 19-20页.

129) 굳이 말하자면, 단기 징역형이라고 이해할 수 있어 보임. 강효백, 중국법 통론, 경희대학교 출판국, 2007년, 196면; 张明楷, 刑法学, 法律出版社, 2012, 471页.

130) 굳이 말하자면, 우리나라의 보호관찰과 유사한 제재로 이해할 수 있어 보임. 강효백, 중국법 통론, 경희대학교 출판국, 2007년, 195-196면; 张明楷, 刑法学, 法律出版社, 2012, 469页.

131) baidu, “刑法” 검색, 中华人民共和国刑法, 华律网 (<https://www.66law.cn/tiaoli/9.aspx> 2019.7.2. 최종검색)

132) baidu, “刑法” 검색, 中华人民共和国刑法, 华律网 (<https://www.66law.cn/tiaoli/9.aspx> 2019.7.2. 최종검색)

여 그 정황이 엄중한 경우 제1항 규정에 의거하여 처벌한다”¹³³⁾고 한다.

마지막으로 중국 형법 제308조의1 제4항은 “단위법¹³⁴⁾이 전항의 규정을 위반한 경우, 단위에 대하여 벌금을 부과하고 그 단위의 직접책임을 지는 주관인원¹³⁵⁾과 기타 직접책임직원은 제1항의 규정에 의하여 처벌한다”¹³⁶⁾고 한다.

2) 검토

(1) 주체

이러한 동법상의 규정은 그 외관상으로는 일견 우리 형법이 규정하고 있는 피의사실공표죄와 그 주체가 다소 유사해보일 수도 있다. 전술한 바와 같이, 동법상의 규정상 그 주체 중 사법공작인원¹³⁷⁾¹³⁸⁾이 규정되어 있기 때문일 것이다.

그러나 전술한 바와 같이, 중국 형법상의 이러한 동법상의 규정은 일반적인 법집행 기관 종사자에 포함되지 않는 자들도 주체로 규정하고 있다는 점에서 우리나라의 규정과는 매우 다르다고 보는 것이 타당하다. 그런데 한편으로는, 이와 같이 구성요건 요소들 중에서도 특히 주체만을 주목해 본다면, 마치 중국 형법의 경우 우리 형법에 비하여 피의사실공표죄 보다도 더 포괄적인 구성요건을 규정하고 있는 것으로 오해될

133) baidu, “刑法” 검색, 中华人民共和国刑法, 华律网 (<https://www.66law.cn/tiaoli/9.aspx> 2019. 7.2. 최종검색)

134) 굳이 말하자면, 우리나라의 법인에 대한 형사처벌과 관련된 영역으로 이해 가능해 보임. 까오 밍셴 주편(한상돈 역), 중국 형법총론 연구, 한국형사정책연구원, 2009년, 329-331면; 张明楷, 刑法学, 法律出版社, 2012, 138页.

135) 우리나라의 법인에 대한 형사처벌과 비교하자면, 법인의 대표자 내지는 경영상의 관리자 및 기타 직원 등을 광범위하게 포함하는 것으로 이해 가능해 보임. baidu, “全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要” 검색, 全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要 (<https://baike.baidu.com/item/%E5%85%A8%E5%9B%BD%E6%B3%95%E9%99%A2%E5%AE%A1%E7%90%86%E9%87%91%E8%9E%8D%E7%8A%AF%E7%BD%AA%E6%A1%88%E4%BB%B6%E5%B7%A5%E4%BD%9C%E5%BA%A7%E8%B0%88%E4%BC%9A%E7%BA%AA%E8%A6%81/13779087?fr=aladdin> 2019.5.13. 최종검색)

136) baidu, “刑法” 검색, 中华人民共和国刑法, 华律网 (<https://www.66law.cn/tiaoli/9.aspx> 2019. 7.2. 최종검색)

137) 중국 형법 제94조는 이를 수사, 검찰, 재판 및 감독관리의 직책을 담당하는 자라고 규정하고 있음. 第九十四条(司法工作人员的范围) 本法所称司法工作人员, 是指有侦查, 检察, 审判, 监管职责的工作人员. baidu, “刑法” 검색, 中华人民共和国刑法, 华律网 (<https://www.66law.cn/tiaoli/9.aspx> 2019.7.2. 최종검색)

138) 여기에는 크게 수사직무를 담당하는 인원, 검찰직무를 담당하는 인원, 재판직무를 담당하는 인원, 감독관리직무를 담당하는 인원이 포함된다고 함. 司法部制办法编, 中华人民共和国刑法典-注释法典-, 中国法制出版社, 2018(新四版), 19-20页.

여지도 있을 것이다. 그러나 후술할 바와 같이, 동법상의 규정은 피의사실공표행위를 처벌하기 위한 규정이 전혀 아니라고 해야 할 것이다.

(2) 대상 정보

전술한 바와 같이, 중국 형법 제308조의1 규정은 공표 내지 누설의 대상이 되는 사실 역시 법원에서 심리 중인 사실 중 특히 비공개심리 중의 공개하지 말아야 할 정보로 제한하여 규정하고 있다는 점을 고려하지 않을 수 없다. 비공개심리 중의 공개하지 말아야 할 정보라는 점에서, 그 시점은 특정 시점으로 좁게 설정되어 있음은 물론이고, 대상 정보 역시 매우 제한적으로 규정되어 있는 것으로 보인다. 이러한 점에서, 동법 규정은 우리 형법상의 피의사실공표죄와 전혀 다른 규정으로 여겨진다.

즉 주체 면에서도 상이한 부분이 없지 않아 보임은 물론이고, 그 대상 사실 역시 시점과 내용 측면에 있어서 우리 형법이 규율하고 있는 것과는 매우 다르다. 따라서 이와 같은 동법 규정은 우리형법상의 피의사실공표죄 규정과는 아예 상이한 내용을 규율하는 것으로 보는 것이 타당하다고 여겨진다.

2. 피의사실공표죄 상응규정의 부존재 확인

이와 같이 중국 형법상 규정은 주체와 공개 내지 공표 대상 정보에 있어서 우리 형법상 피의사실공표죄와는 매우 다른 규정이라는 것을 확인할 수 있다. 즉, 결론적으로 중국 형법전에는 우리 현행 형법상 피의사실공표죄에 상응하는 규정은 존재하지 않는다고 하는 것이 타당하다. 그리고 부분적으로나마 유사성이 있는 규정 역시 존재하지 않는다.

또한 편의상 전술한 현행 중국 형법 제308조의1을 반대 해석해보면, 수사 내지 재판과 관련하여 중국의 경우 피의자 또는 피고인의 사생활의 자유 등 기본권 일반에 대한 보호라고 하기 보다는, 오히려 재판 등 절차진행의 효율성과 엄격한 법집행을 더욱 중요한 공익적 가치로 보는 것이 아닌가하는 추정을 해볼 수도 있겠다.

제7절 소결: 각국의 규제 상황에 대한 전체적인 비교

이상과 같이, 우리나라 이외의 주요 국가 법령들 중 특히 미국, 독일, 스위스, 일본, 중국의 법령을 검토해 보면, 기본적으로 피의사실공표행위를 형사처벌하는 규정을 찾을 수는 없다. 기본적으로 피의사실공표행위를 처벌하는 규정을 다른 나라에서 찾을 수 없다는 점 때문에, 전술한 각국의 법령을 비교하는 것에 어떠한 의의가 있는지에 대하여는 의문이 제기될 수도 있다. 그러나 전술한 각국의 법령을 간략하게나마 정리해보면, 비록 피의사실공표행위를 처벌하는 나라는 찾을 수 없지만, 이러한 행위에 대하여 우리나라가 향후 어떻게 대응하는 것이 적절한지에 대한 시사점을 찾는 것에 다소나마 도움이 될 수도 있겠다는 생각을 해볼 수는 있다. 예를 들어, 전술한 미국의 경우 당연히 당해 행위에 대한 처벌규정은 존재하지 않으면서 오히려 공개 내지 공표 가능한 행위를 법률이 아닌 다른 형식으로 규정하고 있다는 점이 특이하다. 또한 일본의 경우 다른 범죄의 불처벌 특례로 피의사실공표행위를 규정하고 있다는 점을 간과할 수만은 없다.

이상의 검토 사항을 아래와 같이 편의상 도식적으로나마 유형화해보면 다음과 같다.

〈표 3-4〉 각 국가별 피의사실공표 관련 규정 존부

각국별 관련 법령 현황					
국가	피의사실 공표죄 죄명 존재여부	상응규정 존재여부	유사 규정 존재여부	타죄에 대한 불처벌 특례	비고
미국	부존재	부존재	부존재	부존재	연방법무부 매뉴얼로 수사 정보 공표/공개
독일	부존재	부존재	부존재	부존재	비공개심리 관련 공표행위 처벌규정
스위스	부존재	부존재	부존재	부존재	특이사항 없음
일본	부존재	부존재	부존재	명예훼손죄 불처벌 특례 존재	특이사항 없음
중국	부존재	부존재	부존재	부존재	비공개심리 관련 공표행위 처벌규정

이상과 같이, 각국의 입법례를 보건대, 우리나라의 피의사실공표죄에 해당하거나 유사하거나 혹은 본죄의 행위유형을 부분적으로나마 포섭할 수 있는 규정이 있는 것을 찾을 수는 없다.

오히려 전술한 바와 같이, 미국의 경우에는 연방법무부 차원의 매뉴얼을 통하여 공표 내지 공개할 정보가 무엇인지를 적극적으로 규정하고 있고, 일본의 경우에는 이러한 공표행위가 명예훼손죄를 통해 처벌될 행위가 아님을 규정하고 있음 역시 확인하였다. 또한 독일과 중국의 경우 공히 재판상 비공개심리와 관련된 사실을 공표하는 행위를 처벌하는 규정을 두고는 있다. 물론 이러한 처벌규정이 우리나라의 피의사실공표죄와 무관한 규정임은 당연하다.

물론 그러한 처벌 규정을 두고 있지 아니하는 것에는 동일한 배경이 존재한다고 볼 수는 없다. 예를 들어 미국의 경우에는 전술한 바와 같이, 미연방 수정헌법상 표현의 자유 내지는 언론의 자유에 대한 광범위하고 두터운 보호가 그 배경이라고 추정된다. 그러나 관련 처벌규정을 두고 있지 아니한 국가 중에서 중국은, 미국과 동일한 이유를 공유한다고 하기에는 심히 곤란하다고 해야 할 것이다.

어찌됐든 중요한 것은, 주요 국가들 중에서 우리의 피의사실공표죄와 동일하거나 혹은 유사한 입법례를 찾을 수는 없었다는 점이다. 경우에 따라서는 굳이 말하자면- 오히려 정반대 입장을 일부나마 찾을 수 있었을 뿐이다. 즉 우리 형법상 피의사실공표죄는 대단히 특이한 처벌규정이라고 보아야 할 것이다.

제 4 장



피의사실공표죄의 형법적 검토

김 재 현

피의사실공표죄의 형법적 검토

제1절 피의사실공표죄의 비범죄화 여부 검토

1. 논의의 필요성

피의사실공표죄에 대한 실태 및 현황을 살펴본 바와 같이 처벌된 건수는 단 한 건도 없었고 사문화 된 규정이라는 인상이 큰 만큼 범죄화 또는 비범죄화에 대한 논의를 다루어 보는 것이 필요하다고 생각된다. 본죄에 대한 과거의 연구는 찾아보기 힘들 정도였는데, 2000년대 초반 즈음을 시작으로 한 동안의 공백기를 겪고 다시금 2010년 전후로 다소간 연구가 이루어진 것을 찾아볼 수 있다. 그 이후로는 연구가 거의 이루어지고 있지 않다가 비교적 최근부터 세간에 화제가 되기 시작하였고 학계에서도 적지 않은 관심을 가지게 되어 향후 활발한 연구가 이루어지지 않을까 예상된다. 이와 같이 여러 분야의 관심대상이 된 피의사실공표죄는 외국의 입법례에서도 처벌규정이 없고, 국내에서도 처벌된 사례를 찾아보기 어려운 만큼 본죄의 존치 여부에 대한 논의를 다루어 보는 것도 의미가 있을 것으로 보인다.

피의사실공표죄의 존치 여부는 크게 두 가지 관점에서 접근할 수 있다. 우선 헌법적 관점에서 기본권 간의 충돌여부와 기본권 제한 등의 문제를 검토하여 본죄의 합헌성 여부를 다루고자 하며, 만일 합헌적 법률해석이 가능하다면 이러한 전제 하에 형법적 관점에서 당벌성과 필벌성 여부를 파악해 보고자 한다.

2. 헌법적 관점에서 본 피의사실공표죄

가. ‘알 권리(Right to know)’와 ‘인격권’ 사이의 충돌

1) 알 권리의 의의

우리 헌법상으로 ‘알 권리’에 관한 명문규정은 없지만, 판례와 학설 모두 알 권리를 놓고 헌법해석상 인정하고 있다.¹³⁹⁾ 이러한 ‘알 권리’의 개념을 놓고, 학자들은 “일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 자유롭게 정보를 수령·수집하거나, 국가기관 등에 대하여 정보의 공개를 청구할 수 있는 권리”,¹⁴⁰⁾ “모든 정보원으로부터 일반적 정보를 수집하고 처리할 수 있는 권리”,¹⁴¹⁾ “일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 방해받지 않고 듣고, 보고, 입을 자유와 권리”,¹⁴²⁾ “일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 의사형성에 필요한 정보를 수집하고, 수집된 정보를 취사·선택할 수 있는 자유”¹⁴³⁾ 등으로 정의하고 있다.

알 권리는 일반적으로 헌법 제21조 언론·출판의 자유 또는 일반적 인격권에서 헌법적 근거를 찾고 있다.¹⁴⁴⁾ 우선 헌법 제21조 제1항은 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.”라고 규정하고 있는데, 오늘날의 언론·출판의 자유는 의사표현의 자유 외에도 보도의 자유나 알 권리까지도 그 내용으로 하므로 ‘알 권리’는 헌법 제21조에 의해 기본권으로서 보장을 받는 것이다.¹⁴⁵⁾ 헌법재판소도 “언론·출판의 자유는 전통적으로 사상 또는 의견의 자유로운 표명과 그것을 전파할 자유의 의미하는 것으로서 . . . 사상 또는 의견의 자유로운 표명은 자유로운 의사의 형성을 전제로 하는데, 자유로운 의사의 형성은 충분한 정보에의 접근이 보장됨으로써 가능한 것이며, 다른 한편으로 자유로운 표명은 자유로운 수용 또는 접수와 불가분의 관계에 있다.”라고 하면서 헌법 제21조에서 알 권리의 근거를 구하고 있다.

139) 박선영, “알 권리와 피의사실공표 및 명예훼손의 관계”, 공법연구 제28집 제2호, 한국공법학회, 2000, 160면.

140) 정중섭, 헌법학원론(제2판), 박영사, 2007, 542면.

141) 권영성, 헌법학원론(보정판), 법문사, 2000, 468면.

142) 김철수, “헌법학개론”, 박영사, 1999, 365면.

143) 허영, “한국헌법론”, 박영사, 1999, 516면.

144) 박선영, “알 권리와 피의사실공표 및 명예훼손의 관계”, 공법연구 제28집 제2호, 한국공법학회, 2000, 162면.

145) 허영, “한국헌법론”, 박영사, 1999, 516면.

이와 달리 알 권리를 포괄적인 권리로서 합리적으로 사고하고 바르게 판단할 수 있는 독립된 인격체로서 존재하기 위한 전제조건인 정보의 자유와 언론·출판의 자유, 정치적 자유를 포함하는 권리로 보아 헌법 제10조(인간의 존엄성과 행복추구권)와 제34조 제1항(인간다운 생활을 할 권리) 등 헌법 전반에서 알 권리의 근거를 찾는 입장도 있다.¹⁴⁶⁾

중요한 것은 알 권리의 헌법적 근거를 어디에서 찾아야 하는지 이론적 논의를 떠나 알 권리는 누구나 누릴 수 있는 권리임에 틀림없다는 점이다. 국민은 국가가 가지고 있는 방대한 양의 정보를 국정공개라는 측면에서 알 권리를 근거로 정보공개를 요구할 수 있고, 헌법재판소도 이를 인정하고 있다.¹⁴⁷⁾ 이러한 점에서 볼 때 피의사실공표죄는 국민의 기본권인 알 권리나 언론의 자유를 제한할 수 있으므로 위헌성 여부가 문제될 수 있다. 즉, 국민이 의사형성 또는 여론형성에 필요한 국가기관의 수사활동 정보에 국민이 접근하여 수집하거나 처리를 하지 못하게 함으로써 국민의 알 권리 내지 표현의 자유를 과도하게 제한하므로 위헌이라고 주장하는 입장도 있다.¹⁴⁸⁾

그러나 정보화 사회가 도래함으로써 국가기관은 개인에 대한 막대한 정보를 수집·관리하게 되었고 개인정보의 부당한 유출로 인해 사생활과 명예 등 인격권이 침해되는 경우가 증가하고 있다. 따라서 개인정보가 사생활의 영역인 만큼 보호되어야 하며, 그 공개 또한 가능한 한 엄격한 요건 하에서 이루어져야 함은 물론이거니와 ‘공공기관의 정보공개에 관한 법률’이 시행되고 있음을 고려할 때 정보의 올바른 사용과 공개는 간단하게 치부할 수 있는 문제가 아니다.¹⁴⁹⁾ 나아가 “알 권리가 우리 국민이 누리는 헌법상의 기본권이라고 할지라도 무조건 보장되는 것은 아니며 하나의 기본권이 다른 기본권과 충돌하는 경우 서로 충돌하는 기본권을 조화롭게 실현하기 위해서는 반드시

146) 권영성, 헌법학원론(보정판), 법문사, 2000, 469면; 박선영, “알 권리와 피의사실공표 및 명예훼손의 관계”, 공법연구 제28집 제2호, 한국공법학회, 2000, 163면.

147) 헌법재판소는 “우리 헌법은 입법의 공개(제50조 제1항), 재판의 공개(제109조)는 명문의 규정을 두고 행정의 공개에 관하여는 명문규정을 두고 있지 아니하나, 알권리의 생성기반을 살펴 볼 때 이 권리의 핵심은 정부가 보유하고 있는 정보에 대한 국민의 알권리, 즉 국민의 정부에 대한 일반적 정보공개를 구할 권리라고 할 것이며, 또한 자유민주적 기본질서를 천명하고 있는 헌법전문 제1조 및 제4조의 해석상 당연한 것”이라고 판시하고 있다(헌재 1989.9.4. 선고88헌마22 결정).

148) 문재완, “피의사실공표죄의 헌법적 검토”, 세계헌법연구 제20권 제3호, 세계헌법학회 한국학회, 2014, 18면 및 21면.

149) 박선영, “알 권리와 피의사실공표 및 명예훼손의 관계”, 공법연구 제28집 제2호, 한국공법학회, 2000, 164면.

상호 충돌하는 기본권에 대한 제한이 필요하다.”¹⁵⁰⁾ 따라서 헌법 제21조 제4항에서는 “언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.”고 규정함으로써 표현의 자유 내지 알 권리와 충돌하는 기본권인 인격권을 실시하고 있는 동시에 표현의 자유라는 기본권 행사의 한계를 명시해 놓고 있다.¹⁵¹⁾ 또한 헌법 제37조 제2항에서도 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다.”고 규정하고 있는데, 본 규정도 국민의 기본권을 제한할 수 있거니와 ‘공공기관의 정보공개에 관한 법률’ 제7조에서 법령, 국익, 개인의 권리와 공익, 형사법적 정의, 업무공정성, 개인정보, 영업상 비밀, 특정이익의 배제 등 정보비공개사유를 천명함으로써 알 권리의 한계를 규정해 놓고 있으므로, 이를 종합하여 볼 때 알 권리는 절대적 기본권이 될 수 없으며, 알 권리를 한 방향에서만 바라보고 접근하는 것은 타당하지 않다고 하겠다.¹⁵²⁾

2) 개인의 인격권

피의사실공표죄에 대한 문제의 본질은 초상이나 성명과 같은 피의자의 개인정보가 공개됨으로써 개인의 명예가 실추되어 개인에 대한 사회적 평가가 저해된다는 점에 있다.¹⁵³⁾ 개인의 명예 등을 포함한 인격권의 헌법적 근거는 헌법 제10조 제1문에서 찾을 수 있다. 헌법 제10조 제1문은 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. . . .”라고 규정하고 있는바, 인격권이라는 기본권은 제1문 전단 ‘인간으로서의 존엄과 가치’에서 찾고 있는 것이 일반적이다.¹⁵⁴⁾ 비록 인격권이 헌법상에 열거되어 있지는 않지만 제37조 제1항¹⁵⁵⁾에 의해 개별적 인격권의

150) 김준호, “형법 제307조 제1항의 비범죄화에 관한 소고-대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도2138 판결에 관하여-”, 공익과 인권 제4권 제2호, 서울대학교 BK21 법학연구단 공익인권법연구센터, 2007, 100면; 윤해성·김재현, 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화 논의와 대안에 관한 연구, 연구총서 19-AB-02, 한국형사정책연구원, 2018, 90면

151) 윤해성·김재현, 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화 논의와 대안에 관한 연구, 연구총서 19-AB-02, 한국형사정책연구원, 2018, 90면.

152) 김봉수, “피의사실공표죄(형법 제126조)의 규범적 한계에 관한 고찰”, 경찰법연구 제9권 제1호, 한국경찰법학회, 2011, 63면.

153) 이준일, “피의사실공표죄의 헌법적 정당화”, 고려법학 제47권, 고려대학교 법학연구소, 2006, 171면.

154) 권영성, 헌법학원론(보정판), 법문사, 2000, 356면; 정종섭, 헌법학원론(제2판), 박영사, 2007, 354면.

직접적 근거가 되며, 헌법 제10조 제1문 전단은 인격권의 간접적인 근거가 된다고 주장하는 견해도 있다.¹⁵⁶⁾

인간의 존엄과 가치를 천명하고 있는 헌법 제10조는 기본권 보장의 이념적 기초이자 최고원리로서 모든 국가권력과 사인에 대하여 효력을 가지고 있으며,¹⁵⁷⁾ 모든 법 영역에서 인간의 가치는 어떠한 물질 법익보다도 우선하며 국가와 국민의 최우선적 실천목표를 제시한 것이다.¹⁵⁸⁾ 따라서 본조에서 도출되는 개인의 인격권은 기본권 중에서도 가장 우위에 있다고 보아도 과언이 아니라고 평가할 수 있다. 그러나 앞에서 알 권리에 대한 기본권의 제한이 가능하다고 언급한 바와 같이, 인격권 또한 헌법 제37조 제2항에 의해 제한이 가능한 만큼 절대적 기본권이 될 수 없고 다른 사람의 기본권이나 헌법적 법익 또는 공익에 근거하여 제한될 수 있는 상대적 기본권임에 분명하다.¹⁵⁹⁾ 즉, 피의사실이 일정한 요건 하에 공개될 수 있고 이로 인하여 어느 정도의 명예가 상실될 수 있음이 가능하다는 것을 의미한다.¹⁶⁰⁾

그렇다면 국민의 알 권리와 인격권 사이의 충돌에 있어서 어느 것을 우위에 둘 것인지에 따라 피의사실공표죄의 존치여부가 결정될 수 있을 것이므로 알 권리를 우위에 둔다면 일정한 인격권의 침해를 감수해야 할 것인 반면, 인격권을 우위에 둘 경우에는 알 권리가 제한될 것이다. 이하에서는 이러한 문제를 기초로 피의사실공표죄가 헌법적 정당성을 갖추었는지 검토해 보도록 한다.

나. 과잉금지의 원칙과 관련하여

과잉금지의 원칙이란 국민의 기본권을 제한함에 있어서 국가작용의 한계를 명시한 것으로서 목적의 정당성·방법의 적정성·피해의 최소성·법익의 균형성 등을 의미하며, 그 어느 하나라도 저촉되면 위헌이 된다는 헌법상의 원칙을 의미한다.¹⁶¹⁾ 구체

155) 헌법 제37조 ① 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.

156) 이준일, “피의사실공표죄의 헌법적 정당화”, 고려법학 제47권, 고려대학교 법학연구소, 2006, 167면.

157) 정중섭, 헌법학원론(제2판), 박영사, 2007, 367면.

158) 권영성, 헌법학원론(보정판), 법문사, 2000, 356면.

159) 이준일, “피의사실공표죄의 헌법적 정당화”, 고려법학 제47권, 고려대학교 법학연구소, 2006, 168면.

160) 이준일, “피의사실공표죄의 헌법적 정당화”, 고려법학 제47권, 고려대학교 법학연구소, 2006, 172면.

적으로 국민의 기본권을 제한하는 의회의 입법은 그 입법의 목적이 헌법과 법률의 체계 내에서 정당성을 인정받을 수 있어야 하고(목적의 정당성), 국민의 기본권을 제한하는 입법을 하는 경우에 법률에 규정된 기본권 제한의 방법이 입법 목적을 달성하기 위한 방법으로서 효과적이고 적절한 것이어야 하며(방법의 적정성 내지 수단의 적합성), 입법권자가 선택한 기본권의 제한조치가 입법 목적을 달성하기 위해 적절한 것일지라도 보다 완화된 수단이나 방법을 모색함으로써 그 제한을 필요최소한의 것이 되게 해야 하며(침해의 최소성), 어떠한 행위를 규제함으로써 초래되는 사적 불이익과 그 행위를 방치함으로써 초래되는 공적 불이익을 비교하여 규제로 인해 초래되는 공익이 보다 크거나 적어도 양자 간에 균형이 유지되어야 한다는 원칙(법익의 균형성)을 말한다.¹⁶²⁾ 이하에서는 피의사실공표죄가 과잉금지원칙에 위배되는지 여부를 검토해 보고자 한다.

1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

앞에서 살펴본 바와 같이 형법 제정당시 피의사실공표죄의 입법목적이 피의자의 인권보장에 있었고 본죄의 보호법익 또한 수사의 공정성 및 인권보장에 있는 만큼 목적의 정당성은 인정된다. 헌법 제27조 제1항은 피의자의 공정한 재판을 받을 권리는 규정하고 있는데, 수사기관에 의해 일방적으로 수집된 피의사실이 언론기관에 의해 공표될 경우 여론재판에 의해 유죄로 추정될 수 있고, 이러한 상황은 법관에게 심리적 부담을 주거나 재판의 공정성에 영향을 미칠 우려가 있으므로 형사재판절차의 공정성이라는 공익적 요청도 피의사실공표죄를 정당화하는 요소가 될 수 있다.¹⁶³⁾

그리고 수단의 적합성이란 목적을 실현함에 있어서 적합한 수단을 요청하는 원칙인데, 여기서 말하는 적합한 수단이란 목적실현을 가능한 한 최대로 증가시키는 수단을 의미한다.¹⁶⁴⁾ 그렇다면 최후수단의 성격을 가진 가장 강력한 제재수단인 형법을 사용

161) 권영성, 헌법학원론(보정판), 법문사, 2000, 339면.

162) 권영성, 헌법학원론(보정판), 법문사, 2000, 339~340면; 현재 1996.12.26., 93헌바17; 1998.5.28., 95헌바18 등.

163) 이준일, “피의사실공표죄의 헌법적 정당화”, 고려법학 제47권, 고려대학교 법학연구소, 2006, 174면.

164) 윤해성·김재현, 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화 논의와 대안에 관한 연구, 연구총서 19-AB-02, 한국형사정책연구원, 98면; 이준일, “비례성원칙의 개념과 구조 및 구체화”, 고시연구, 고시연구사, 2005, 25면.

하는 것은 목적실현의 최대효과를 이끌어 낼 수 있다는 점에서 수단의 적합성을 충족하였다고 할 수 있다. 이에 대하여 “본죄의 입법목적은 수사기관이 아무 말을 하지 않음으로써 달성될 수 있는 것이 아니라 언론이 당해 사건에 대하여 보도하지 않음으로써 달성될 수 있다”¹⁶⁵⁾는 견해가 있다. 즉, 피의사실공표죄가 엄격하게 적용될 경우 수사기관이 입을 닫게 되면 해당 범죄가 국민적 관심사인 이상 언론은 어떻게든 보도를 할 것이기에 부정확한 추측보도가 많아질 위험성이 크고, 그 결과 피의자의 명예권 등 인권이 침해될 우려가 크므로 피의사실공표죄는 수단의 적합성을 갖추지 못하였다는 것이다.¹⁶⁶⁾

그러나 피의사실공표죄는 피의사실을 공표하는 행위를 무조건 처벌하는 것이 아니며 국민의 알 권리를 도외시 하는 것이 아니라는 점도 염두에 두어야 한다. 피의사실공표죄를 둘러싸고 국민의 알 권리와 인격권의 상충이 발생하는 만큼 양 기본권의 조화를 이루기 위해 일정한 요건과 범위를 설정하여 기본권 상호간에 대한 적절한 제한이 가해지는 것이 효율적인 것이지 어느 한 극단적인 입장을 취하는 것은 타당하지 않다고 생각한다. 나아가 우리 헌법은 제27조 제4항에서 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”라고 규정하고 있으므로 공소제기 전 단계의 신분인 피의자의 경우에도 논리적으로 당연히 무죄로 추정되어야 할 것인데, 국민 정서상 피의사실이 공표될 경우 피의자는 범죄자라는 인상과 낙인이 찍히게 되는 경우가 많으므로 최대한 인격권이 침해되지 않는 범위 내에서 피의사실을 공표하여 국민의 알 권리를 충족시키는 동시에 인격권의 보호도 함께 달성할 수 있는 방향으로 나아가는 것이 타당할 것이다. 그리고 본죄가 없을 경우 일정한 요건을 넘어서서 피의사실을 공표하는 행위를 제재할 수 있는 현행법상의 규정은 충분하지 못하다고 판단된다. 물론 피의사실공표행위가 공무상비밀누설죄(형법 제127조)나 명예훼손죄(형법 제307조)에 의해 취급될 여지는 있지만, 피의사실 대하여 비밀로서의 실질적 가치를 인정하여 공무상 비밀에 해당될 수 있는지 경우에 따라 논란이 있을 수 있고, 피의사실 공표로 인해 이미 실추된 명예를 명예훼손죄 규정에 의해 회복하는 것도 어려우므로¹⁶⁷⁾ 피의사실공

165) 문재완, “피의사실공표죄의 헌법적 검토”, 세계헌법연구 제20권 제3호, 세계헌법학회 한국학회, 2014, 19면.

166) 문재완, “피의사실공표죄의 헌법적 검토”, 세계헌법연구 제20권 제3호, 세계헌법학회 한국학회, 2014, 19면.

167) 김상겸, “피의사실공표의 허용범위와 한계”, 형사법의 신동향 통권 제27호, 대검찰청, 2010, 18면.

표죄는 입법목적을 실현하기 위한 수단으로서 적합하다고 판단된다.

2) 침해의 최소성 및 법익의 균형성

침해의 최소성이란 목적을 실현하기 위한 수단에 의해 침해될 수 있는 다른 기본권이 최소한으로 침해되어야 한다는 것을 의미한다. 침해의 최소성은 구체적으로 입법자가 선택한 수단 외에 다른 대안이 존재하는지 여부와 대안으로 확인된 수단이 입법자가 선택한 수단과 동등하게 입법목적을 달성하는지 여부, 선택된 수단과 동등하게 효과를 달성하는 것으로 확인된 대안이 선택된 수단보다 기본권을 덜 제한하는지, 그리고 수단과 대안을 종합적으로 비교하여 덜 제한적이면서 동등한 효과를 갖는 대안이 존재하는지 여부를 평가한다.

법익의 균형성이란 기본권의 제한이 의도하는 정치·경제·사회의 유용성과 그 제한에 의해 야기되는 국민적·사회적 손실을 비교형량하여 상호 간에 합리적인 균형관계가 성립해야 함을 말한다.¹⁶⁸⁾ 즉, “다른 목적과 조화롭고 최적의 상태로 실현될 수 있는 수단을 사용하도록 요청하는 원칙”¹⁶⁹⁾으로서 ‘최적화 명령’이라고도 한다.

피의사실공표죄가 보호하고자 하는 국가의 공정한 수사권 행사와 개인의 인격권이라는 법익은 형법상 공무상 비밀누설죄와 같은 공무원의 직무에 관한 죄나 명예훼손죄에 의해 보호될 수 있는 여지는 있다. 하지만 무죄로 추정되는 피의자가 피의사실공표로 인해 범죄자라는 인상을 받아 이미 실추된 명예를 회복하는 것이 쉽지 않고 수사기관의 공정한 수사기능을 저해할 위험성도 큰 만큼 형법상의 다른 제재규정에 의해 본죄의 입법목적을 달성하는 것은 어렵다고 판단된다. 만일 본죄의 법익을 공무상 비밀누설죄나 명예훼손죄로 보호할 수 있다면 이 규정들로 규율하면 될 것인데 굳이 피의사실공표죄를 입법하여 처벌할 필요성이 없었을 것이며, 동일한 범죄혐의사실의 공지라도 그 시점이 공소제기 이전 단계를 처벌의 대상으로 삼고 있다는 점을 염두에 두어야 할 것이다.¹⁷⁰⁾ 또한 피의사실공표죄의 형법적 논의는 해당 부분에서

168) 권영성, 헌법학원론(보정판), 법문사, 2000, 340면.

169) 윤해성·김재현, 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화 논의와 대안에 관한 연구, 연구총서 19-AB-02, 한국형사정책연구원, 2018, 99면; 이준일, “비례성원칙의 개념과 구조 및 구체화”, 고시연구, 고시연구사, 2005, 26면.

170) 주승희, “피의사실공표죄의 법적 쟁점 검토”, 고려법학 제63호, 고려대학교 법학연구원, 2011, 160면.

다루겠지만 피의사실을 공표하였다고 해서 수사기관이 무조건 처벌되는 것이 아니라 일정한 범위 내에서는 피의사실공표가 가능하여 위법성이 조각되므로 알 권리를 과도하게 제한한다고 단정할 수는 없다.

그리고 피의사실공표죄가 가지고 있는 공정한 수사기능과 인격권의 보호라는 목적과 그로 인해 침해되는 ‘알 권리’라는 기본권을 놓고 상호 비교형량을 평가해볼 필요가 있을 것이다. 우선 피의사실공표죄는 피의자의 인격권이 국민의 알 권리나 언론의 자유보다 원칙적으로 우월하다는 데 입법자의 의도가 있고, 적어도 국민의 “알 권리나 언론의 자유가 우월하다는 합리적 논거가 제시되기 전까지는 피의자의 개별적 인격권”이 우위에 있다고 할 수 있다.¹⁷¹⁾ 그리고 수사기관의 피의사실공표는 언론기관의 요구에 따라 이루어지는 경우가 많은 만큼 피의사실공표를 금지하게 되면 수사기관에 대한 언론기관의 피의사실공개 요구는 불법에 대한 요구가 되므로 그러한 요구에 의한 공표강제로부터 인격과 관련된 기본권이 보호될 수 있으므로 피의사실공표죄가 사인인 제3자에 대해서 의미하는 맥락에서 보더라도 인격권의 우위성이 인정될 수 있을 것이다.¹⁷²⁾

복수의 기본권이 상호 충돌하는 경우 그 우열을 가리기 위한 합리적인 기준을 제시하는 것은 쉽지 않지만 생명권이나 인격권은 비생명권적 내지 비인격권적 가치를 보장하기 위한 기본권보다 우선하는 효력을 가지고 있다고 평가한다.¹⁷³⁾ 이는 인격권의 근거규정인 헌법 제10조가 모든 법 영역에서 어떠한 물질 법익보다도 우선한다는 것을 강조하고 있다는 것¹⁷⁴⁾과 동일한 맥락이라고 할 수 있으므로 알 권리를 충족하기 위해 인격권을 도외시하고 피의사실공표죄를 위헌이라고 판단하는 것은 타당하지 않고, 피의사실공표죄를 존치시켜 인격권을 보호함과 동시에 일정한 범위 내에서 본죄의 위법성을 조각시켜 알 권리와 조화시키는 방향으로 본죄를 운용하는 것이 합리적이라고 생각된다.

171) 이준일, “피의사실공표죄의 헌법적 정당화”, 고려법학 제47권, 고려대학교 법학연구소, 2006, 175면.

172) 이준일, “피의사실공표죄의 헌법적 정당화”, 고려법학 제47권, 고려대학교 법학연구소, 2006, 176면.

173) 권영성, 헌법학원론(보정판), 법문사, 2000, 327면.

174) 권영성, 헌법학원론(보정판), 법문사, 2000, 356면.

3. 형법상 비범죄화의 관점에서 본 피의사실공표죄

가. 비범죄화의 이론

비범죄화는 크게 헌법적 관점과 형법적 관점에서 파악될 수 있다. 헌법적 관점에서 위헌소지를 검토하여 위헌이라는 판단이 서게 되면 비범죄화로 결론이 나와 하겠지만, 앞에서 검토한 바에 따르면 피의사실공표죄는 헌법에 위배된다고 보기 어려우므로 본죄는 헌법이라는 관문은 통과하였다고 평가할 수 있다. 그렇다면 합헌적 법률해석으로써 형법적 관점에서 비범죄화 여부를 파악해 보아야 할 것인데 지금까지 피의사실공표죄로 처벌된 사례를 찾아보기 어려운 만큼 피의사실공표죄의 비범죄화 여부를 검토해 볼 필요도 있다고 보인다.

비범죄화(decriminalization, Entkriminalisierung)란 “법정책상의 변화로 말미암아 국가형벌권 행사의 범위를 축소시킬 의도로 일정한 형사제재규정의 폐지 또는 부적용이 일어나거나 형사제재를 보다 가볍게 하려는 모든 시도”를 의미하며, 비범죄화의 태양은 법률상 비범죄화와 사실상의 비범죄화로 구분된다.¹⁷⁵⁾

1) 법률상 비범죄화와 사실상의 비범죄화

“법률상 비범죄화란 범죄구성요건 또는 범죄에 대한 형사제재를 규정하고 있는 실체법상의 조문 자체가 폐지 또는 실효되는 경우인데, 비범죄화가 입법자에 의해 공식적으로 행해지고 기존의 형법규범의 수가 축소되기 때문에 협의의 비범죄화라고도 한다.”¹⁷⁶⁾ “법률상 비범죄화가 이루어지는 이유는 크게 두 가지로 구분되는데, 첫째 사회적으로 범죄관의 변화로 인해 기존에 범죄로 여겨졌던 행위가 사회적으로 용인되어 당벌성을 상실함으로써 국가가 더 이상 형법적으로 대처할 관심을 가지지 않아 완전한 합법화를 선언하는 경우이다.”¹⁷⁷⁾ 그리고 둘째, “사회통념에 의하더라도

175) 윤해성·김재현, 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화 논의와 대안에 관한 연구, 연구총서 19-AB-02, 한국형사정책연구원, 2018, 86면; 임웅, 비범죄화의 이론, 법문사, 1999, 6면.

176) 윤해성·김재현, 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화 논의와 대안에 관한 연구, 연구총서 19-AB-02, 한국형사정책연구원, 2018, 86면; 임웅, 비범죄화의 이론, 법문사, 1999, 7면.

177) Naucke, “Über deklaratorische, scheinbare und wirkliche Entkriminalisierung”, GA, 1985, S. 201ff; 윤해성·김재현, 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화 논의와 대안에 관한 연구, 연구총서 19-AB-02, 한국형사정책연구원, 2018, 86면; 임웅, “비범죄화의 방안에 관한 연구”, 성균관 법학 제19권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2007, 468면.

기존의 범죄시되던 행위의 당벌성(*Strafwürdigkeit*)이 여전히 남아있기는 하지만 형사사법제도의 효율성의 관점으로부터 필벌성(*Strafbedürftigkeit*)이 소멸되는 경우”이다.¹⁷⁸⁾

다음으로 사실상의 비범죄화(*De-gacto-Entkriminalisierung*)를 넓게 정의하면, “형사제재규정은 그대로 존재함에도 불구하고 일정한 행위 또는 상황에 대한 형사사법활동이 감퇴됨으로써 형법의 적용범위가 축소되는 현상”이라고 할 수 있고, 그 동기는 법률상의 비범죄화와 동일하다.¹⁷⁹⁾ “사실상의 비범죄화가 일어나는 이유는 다음과 같다. 첫째, 일정한 범죄의 피해자 또는 범죄 관련자들의 고소·고발행위가 희소해지거나, 둘째 경찰의 선별에 의해 일정한 사건에 대한 수사가 행해지지 않거나, 셋째 기소편의주의를 채택하고 있는 국가에 있어서는 검사의 재량에 의해 소추가 행해지지 않음으로써 사실상의 비범죄화가 일어나고 있으며, 넷째 법원의 재판과정에 있어도 법해석이나 선별을 통하여 일정한 영역의 범죄에 대한 처벌이 발생하지 않게 된다.”¹⁸⁰⁾

이하에서 피의사실공표죄의 비범죄화 여부를 검토해 보도록 한다.

2) 피의사실공표죄의 비범죄화 여부 검토

먼저 당벌성과 필벌성의 관점에서 파악해 보도록 하겠다. 당벌성이란 개념은 형법상 위법성의 개념과 동일한 맥락에서 이해할 수 있다. 위법성이란 법질서 전체에 비추어 보았을 때 허용되지 않는다는 부정적 가치판단을 의미하는데 위법성이 인정되는 행위유형 중 처벌의 필요성이 있는 경우에 구성요건으로 입법되어 형법상의 규정으로 나타나게 된다. 따라서 구성요건은 곧 필벌성의 개념과 동일한 맥락으로 파악될 수 있다.

당벌성은 피의사실공표죄라는 “행위유형에 대해 사회적으로 본죄를 바라보는 범죄관의 변화가 있는지 여부가 논의의 전제가 될 것인데, 대한민국의 모든 국민으로부터

178) 윤해성·김재현, 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화 논의와 대안에 관한 연구, 연구총서 19-AB-02, 한국형사정책연구원, 2018, 87면; Naucke, “Über deklaratorische, scheinbare und wirkliche Entkriminalisierung”, S. 211ff.

179) 윤해성·김재현, 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화 논의와 대안에 관한 연구, 연구총서 19-AB-02, 한국형사정책연구원, 2018, 87면; 임웅, 비범죄화의 이론, 법문사, 1999, 10면.

180) 윤해성·김재현, 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화 논의와 대안에 관한 연구, 연구총서 19-AB-02, 한국형사정책연구원, 2018, 87면; 임웅, 비범죄화의 이론, 법문사, 1999, 10면; 임웅, “비범죄화의 방안에 관한 연구”, 성균관법학 제19권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2007, 467면.

본죄에 대한 통상적인 관념을 파악하는 것은 쉽지 않은 일이다.”¹⁸¹⁾ 하지만 “대의 민주주의 국가인 대한민국에서는 국민의 대표이자 입법활동을 행하고 있는 국회에서의 논의는 위 물음에 대한 답으로서 갈음할 수 있을 것이며, 학계에서의 논의 및 언론이나 인터넷 등을 통해서라도 사회적인 흐름과 본죄에 대한 범죄관은 어느 정도 파악될 수 있을 것”¹⁸²⁾으로 보인다. 특히 앞에서 살펴본 피의사실공표죄에 대한 입법부의 활동을 보면 본죄의 폐지를 주장하는 것이 아니라 오히려 합리적인 운용을 위한 개정시도가 적지 않았으므로 이러한 점을 보더라도 당벌성과 필벌성 모두 인정될 수 있다고 판단된다.

나아가 피의사실공표죄가 비록 처벌된 사례는 찾아보기 힘들지만 민사영역에서 다루어진 사안¹⁸³⁾이 상당수 존재한다는 점에서만 보더라도 당벌성 및 위법성은 충분히 인정될 수 있을 것이다. 또한 피의사실공표에 대한 문제제기와 처벌요청은 꾸준히 제기되어 왔고 앞의 통계에서도 확인한 바와 같이 2009년부터 접수건수가 크게 증가하여 유지되어 온 점만 보더라도 피의사실공표죄의 처벌사례가 없다는 점을 근거로 필벌성이 부정된다고 단정하는 것은 설부른 판단이라고 본다. 특히 최근 피의사실공표에 대한 세간의 관심과 논의가 활발하게 나타나는 만큼 향후 피의사실공표행위에 대한 처벌의 요청은 더욱 강해질 것으로 예측된다.

다음으로 사실상의 비범죄화 여부와 관련하여 우선 피의사실공표죄는 기소조차 된 사례가 없기 때문에 재판과정에서의 법해석을 통해 처벌되지 않는다는 기준을 적용하여 분석하는 것은 논외로 한다. 그렇다면 고소나 고발행위의 회소 여부인데, 앞의 통계를 보면 오히려 접수건수가 줄어든 것이 아니라 2008년부터는 급속하게 증가하였고 그 이후로는 대개 비슷한 수준의 수치를 유지하고 있는 것을 알 수 있으므로 이러한 기준에서는 사실상의 비범죄화를 인정하기 어렵다고 할 수 있다. 그리고 경찰의 수사 불이행 및 검사의 재량에 의해 기소가 이루어지지 않는 경우인데 피의사실공표죄는

181) 윤해성·김재현, 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화 논의와 대안에 관한 연구, 연구총서 19-AB-02, 한국형사정책연구원, 2018, 88면.

182) 윤해성·김재현, 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화 논의와 대안에 관한 연구, 연구총서 19-AB-02, 한국형사정책연구원, 2018, 88면.

183) 대판 1996.8.20., 94다29928; 대판 1998.7.14., 96다17257; 대판 2001.11.30., 2000다68474; 대판 2002.9.24., 2001다49692; 대판 1999.1.26., 97다10215; 서울고법 2009.5.29., 2008나 79281.

이러한 기준에 의할 경우 문제될 소지가 있다. 왜냐하면 실제로 피의사실공표죄로 수사가 이루어지거나 기소된 사례를 찾아보기 힘들기 때문이다. 이러한 이유가 본죄의 사문화 평가의 배경에 가장 크게 작용한다. 형식적인 수치와 통계에서 보면 검사가 피의사실공표행위를 기소하지 않았다는 점에서 사실상의 비범죄화가 일어나고 있다고 볼 여지는 있으나 실질적인 측면에서 보면 당벌성이나 필벌성이 경미하여 검사가 재량으로 기소를 하지 않았다고 평가하는 것은 타당하지 않다고 본다.¹⁸⁴⁾

그렇다면 피의사실공표죄로 처벌된 사례를 찾아보기 어려운 이유는 무엇일까? 첫째, 범죄행위의 주체와 공소제기의 주체가 동일하다는 점을 주요 원인으로 주장한다.¹⁸⁵⁾ 물론 행위주체와 기소주체가 동일한 경우도 있겠지만 경찰단계에서 피의사실이 공표된 경우에는 양 주체는 다르지만 수사기관이라는 측면에서는 공통분모를 가지고 있으므로 결국 ‘제 식구 감싸기’라는 차원에서 사실상 범죄화 여부를 문제 삼는 것은 쉽지 않을 것이다. 그리고 둘째, 모종의 사건이 세간의 화제가 되어 국민적 관심이 집중됨으로써 “수사과정 및 결과보고에 대한 사회적 압력이 지나치게 높아졌을 때 수사기관 및 조직의 정치적 부담을 덜거나 앞으로의 소송진행과 관련하여 피고인 및 법원과의 관계에서 상대적으로 유리한 지위를 선점하기 위해 전략적 의도에서 공표를 하고 수사기관은 국민의 알 권리를 근거로 이를 정당화한다.”¹⁸⁶⁾ 셋째, 언론기관의 정보공개요구와 치열한 취재경쟁, 그리고 정확한 보도 보다는 보도의 시의성에 지나치게 집착하는 상업적 저널리즘에 의해 피의사실을 공표하고 이 또한 국민의 알 권리와 언론의 자유 등을 근거로 피의사실공표의 정당화를 강조한다.¹⁸⁷⁾

과연 위의 요인들이 본죄의 사문화의 근거로 타당한지 질문을 던져볼 필요가 있을 것이다. 물론 세 번째 요인인 위법성조각사유는 일정한 타당성을 지니고 있다고 할 수 있지만 이 또한 자의적인 확장해석에 의해 위법성조각사유의 본연의 기능을 초월

184) 박혜진, “형법적 관점에서 바라 본 피의사실공표죄의 제문제”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 한국비교형사법학회, 2011, 162면에서도 범죄관련 통계에 산정되지 않는다는 이유를 사문화의 근거로 드는 것은 타당하지 않다고 주장한다.

185) 문재완, “피의사실공표죄의 헌법적 검토”, 세계헌법연구 제20권 제3호, 세계헌법학회 한국학회, 2014, 17면.

186) 김봉수, “피의사실공표죄(형법 제126조)의 규범적 한계에 관한 고찰”, 경찰법연구 제9권 제1호, 한국경찰법학회, 2011, 60면.

187) 김봉수, “피의사실공표죄(형법 제126조)의 규범적 한계에 관한 고찰”, 경찰법연구 제9권 제1호, 한국경찰법학회, 2011, 60면.

한 경우가 대부분일 것이라고 예상되므로 위법성조각사유의 명확한 기준을 설정하는 것이 필요하다고 하겠다.

이와 같이 피의사실공표행위를 둘러싼 사문화 배경에는 비범죄화의 실질적인 요건에 해당하지 않는 특수한 요인들이 자리 잡고 있는 것이다. 그리고 피의사실공표죄에 대한 형법상 비범죄화 검토 결과 당벌성과 필벌성이 부정된다고 보기도 어렵다. 따라서 본죄에 대한 적절한 해석론이 제시된다면 효율적인 운용이 이루어질 것으로 기대된다.

제2절 피의사실공표죄의 객관적 구성요건의 해석

1. 피의사실공표죄의 주체

형법 제126조는 “검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자 . . .”라고 규정하고 있다. 따라서 본죄는 수사와 관련된 업무에 종사하는 공무원이 본죄의 주체가 된다는 점에서 진정직무범죄 및 특수직무범죄에 속한다. 그리고 본죄의 주체는 “범죄수사에 관한 직무를 행하는 공무원이어야 하므로 범죄수사권이 아닌 회계나 감사권한을 가진 공무원이나 공무원의 직무수행의 적정성 등을 감사하는 권한을 가진 공무원은 이에 해당하지 않는다.”¹⁸⁸⁾

‘범죄수사에 관한 직무를 행하는 자’는 범죄를 인지하여 수사하는 검사와 사법경찰관을 의미하며, 검사로부터 수사지휘를 받는 “검찰수사관, 사법경찰관리, 검사가 작성하는 각종 조서의 참여자 등”¹⁸⁹⁾은 범죄수사를 보조하는 자의 지위에 있다. 그리고 사법경찰관리를 지휘하는 검사와 수사검사가 속한 검찰청의 부장검사, 차장검사, 검사장은 ‘이를 감독하는 자’에 해당하며, 수사하는 사법경찰관리를 지휘하는 경찰서장,

188) 문성도, “피의사실공표의 형법적 한계-피의사실공표죄를 중심으로-”, 치안정책연구 제15호, 경찰대학 치안정책연구소, 2001, 50면; 박혜진, “형법적 관점에서 바라 본 피의사실공표죄의 제문제”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 한국비교형사법학회, 2011, 172면; 신정훈, “피의사실공표죄의 형법적 한계”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006, 175면.

189) 문성도, “피의사실공표의 형법적 한계-피의사실공표죄를 중심으로-”, 치안정책연구 제15호, 경찰대학 치안정책연구소, 2001, 50면; 신정훈, “피의사실공표죄의 형법적 한계”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006, 176면.

지방경찰청장 또는 경찰청장 또한 이를 감독하는 자의 지위에 있다고 할 수 있다.¹⁹⁰⁾

문제는 법관도 범죄수사 직무를 감독하는 자의 지위에 있게 될 수 있는지 여부이다. 예컨대 법관이 구속영장을 발부하면서 알게 된 피의사실을 공표하는 경우를 상정할 수 있다. 이에 대하여 영장을 심사하여 발부하거나 기각한 판사가 영장에 기재된 피의사실을 공표한 경우 직무상의 감독을 의미한다고 보아 검사의 영장청구를 사법적으로 실시함으로써 수사기관의 강제수사의 적법성 내지 적정성을 견제·감독하는 것으로 파악하고,¹⁹¹⁾ 범죄수사권의 보호와 피의자의 인권보호의 측면에서 법관의 구속영장 기재 피의사실공표도 통제대상이 되어야 한다는 입장이 있다.¹⁹²⁾ 반면에, 피의사실공표죄의 취지를 고려할 때 행위주체의 범위를 좀 더 제한적으로 해석하여 책임 소재를 분명히 할 필요가 있으며,¹⁹³⁾ 영장발부에 대한 법원의 심사권한은 강제처분의 적법성과 필요성에 대한 심사이지 검찰에 대한 수사직무상 감독권한이라고 보는 것은 일상적 언어관용에 반하는 것으로서 타당한 해석이 아니라는 반론도 제기된다.¹⁹⁴⁾

그러나 실제로 법관에 의해 피의사실이 공표되어 사회적으로 문제된 경우는 없지만 최근 영장심사판사에 의해 각종 영장의 발부 및 기각 등 언론기관 종사자가 영장심사판사를 취재원으로 활용하는 사례가 증가하고 있고,¹⁹⁵⁾ 이에 따라 직무의 성격상 언제든지 발생할 가능성이 있으며 이로 인한 법익침해의 결과는 수사기관의 공표행위와 가치적으로 동등하다고 판단된다.¹⁹⁶⁾ 따라서 영장심사판사를 본죄의 주체에서 제외할 필요는 없다고 본다.

190) 문성도, “피의사실공표의 형법적 한계-피의사실공표죄를 중심으로-”, 치안정책연구 제15호, 경찰대학 치안정책연구소, 2001, 50면; 신정훈, “피의사실공표죄의 형법적 한계”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006, 176면.

191) 신정훈, “피의사실공표죄의 형법적 한계”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006, 176면.

192) 김일수/서보학, 형법각론(제7판), 박영사, 2007, 808면; 박상기, 형법각론(제7판), 박영사, 2008, 633면; 임웅, 형법각론(제8정판), 법문사, 2017, 893면; 주승희, “피의사실공표죄의 법적 쟁점 검토”, 고려법학 제63호, 고려대학교 법학연구원, 2011, 159면.

193) 박혜진, “형법적 관점에서 바라 본 피의사실공표죄의 제문제”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 한국비교형사법학회, 2011, 173면.

194) 김재운, “피의사실 공표죄 관련 법적 쟁점 고찰”, 언론과 중재 가을호, 2011, 101면; 문성도, “피의사실공표의 형법적 한계-피의사실공표죄를 중심으로-”, 치안정책연구 제15호, 경찰대학 치안정책연구소, 2001, 50면.

195) 신정훈, “피의사실공표죄의 형법적 한계”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006, 176면.

196) 주승희, “피의사실공표죄의 법적 쟁점 검토”, 고려법학 제63호, 고려대학교 법학연구원, 2011, 160면.

그리고 피의사실공표죄는 상술한 바와 같이 신분범이므로 비신분자는 본죄의 주체가 될 수 없다. 하지만 피의사실의 공표는 수사기관의 공표행위 자체보다 언론기관의 보도에 의한 전파성의 강력함을 무시할 수 없는 만큼 언론기관이 본죄의 주체가 될 수 있는지 여부를 생각해 볼 필요가 있다. 물론 신분범이라는 특징에 비추어 보면 언론기관은 본죄의 주체가 될 수 없으므로 본 규정을 직접적으로 적용할 수는 없으나 형법 제33조¹⁹⁷⁾에 의해 공동정범으로 처벌하는 것은 가능하다. 예컨대, 수사공무원의 수사기록을 기자의 요구에 의해 기자가 열람하는 것을 묵인하는 경우를 들 수 있는데,¹⁹⁸⁾ 이러한 경우 언론기관은 본죄의 독자적인 주체는 될 수 없으나 수사공무원과 함께 공동정범 내지 교사범으로 처벌될 수 있다.¹⁹⁹⁾ 따라서 언론기관이 수사기관의 협조 없이 피해자나 사건관계인을 독자적으로 취재하여 지득하게 된 피의사실을 검사의 공판청구 전에 언론에 보도하더라도 피의사실공표죄에 해당되지 않는다.²⁰⁰⁾

2. 행위의 객체

가. 피의사실의 개념

피의사실공표죄의 객체는 범죄수사에 관한 직무를 행하면서 지득하게 된 피의사실이다. 즉, 고소장, 고발장, 범죄인지서, 체포영장, 구속영장 등에 기재된 범죄사실을 의미하여,²⁰¹⁾ 피의사실은 진실한 것이든 아니든 불문하며,²⁰²⁾ 직무와 전혀 관계없이

197) 형법 제33조 신분관계로 인하여 성립될 범죄에 가공한 행위는 신분관계가 없는 자에게도 전3조의 규정을 적용한다. 단, 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우에는 중한 형으로 벌하지 아니한다. 여기서 말하는 전 3조란 제30조(공동정범), 제31조(교사범), 제32조(중범)을 말한다.

198) 신정훈, “피의사실공표죄의 형법적 한계”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006, 177면.

199) 문성도, “피의사실공표의 형법적 한계-피의사실공표죄를 중심으로-”, 치안정책연구 제15호, 경찰대학 치안정책연구소, 2001, 53면.

200) 문성도, “피의사실공표의 형법적 한계-피의사실공표죄를 중심으로-”, 치안정책연구 제15호, 경찰대학 치안정책연구소, 2001, 53면.

201) 문성도, “피의사실공표의 형법적 한계-피의사실공표죄를 중심으로-”, 치안정책연구 제15호, 경찰대학 치안정책연구소, 2001, 51면; 박혜진, “형법적 관점에서 바라 본 피의사실공표죄의 제문제”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 한국비교형사법학회, 2011, 173면; 조기영, “피의사실공표죄의 구성요건요소 해석-‘피의사실’과 ‘공표’의 의미를 중심으로-”, 형사법연구 제24권 제2호, 한국형사법학회, 2012, 16면.

202) 문성도, “피의사실공표의 형법적 한계-피의사실공표죄를 중심으로-”, 치안정책연구 제15호, 경찰대학 치안정책연구소, 2001, 51면; 박상기, 형법각론(제7판), 박영사, 2008, 633면; 박혜진, “형법적 관점에서 바라 본 피의사실공표죄의 제문제”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 한국

지득한 단순한 사실은 본죄의 객체에 해당하지 않는다. 그리고 피의사실에 피의자의 성명이나 성별, 주소 등 피의자의 인적 사항 등이 포함된다는 입장이 있다.²⁰³⁾ 그러나 엄격한 의미에서는 피의자의 성명이나 성별, 주소 등은 ‘피의사실’이 가지고 있는 문언의 가능한 범위를 벗어난 해석이라고 할 수 있으므로 죄형법정주의 원칙에 위배될 소지가 있다. 그리고 위와 같은 개인정보는 헌법 제17조에서 말하는 사생활의 비밀이라는 기본권을 침해할 소지가 크므로 원칙적으로는 공개가 되어서는 안 된다고 생각한다.²⁰⁴⁾²⁰⁵⁾ 이러한 문제는 사실적시 명예훼손죄와도 관련성이 있으므로 참고해볼 필요가 있다. 즉, 형법 제307조 제1항 사실적시 명예훼손죄는 공언히 사실을 적시한 경우에 처벌되는 범죄유형, 즉 본죄는 진실한 사실을 적시하더라도 처벌된다. 물론 사실적시 명예훼손죄에 대한 폐지론이 학계의 지배적인 입장이지만, 폐지론과 존치론의 공통된 입장은 개인의 프라이버시가 보호되어야 한다는 점에서 만큼은 의견이 일치하고 있다. 즉, 폐지론은 사실적시 명예훼손죄를 폐지하더라도 그 대안책으로서 개인의 프라이버시를 보호하기 위한 새로운 구성요건이 신설되어야 한다고 주장하고 있으며,²⁰⁶⁾ 존치론의 입장에서는 표현의 자유와의 조화를 위해 진실한 사실의 적시가 개인의 극히 사생활의 영역에 해당하는 내용에 대해서만 본죄를 축소해서 적용하자고 주장한다.²⁰⁷⁾ 따라서 개인의 프라이버시에 해당하는 사실을 공개하는 행위는 당벌성과 필벌성이 있다고 할 수 있으므로 어떠한 방법으로든 보호를 해야 할 필요성이 있다. 다만, 상황에 따라 헌법 제37조 제2항 유보조항에 근거하여 알 권리에 무게중심이

비교형사법학회, 2011, 173면; 배종대, 형법각론(제7전정판), 홍문사, 2011, 815면; 신정훈, “피의사실공표죄의 형법적 한계”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006, 178면; 임웅, 형법각론(제8정판), 법문사, 2017, 893면; 조기영, “피의사실공표죄의 구성요건요소 해석-‘피의사실’과 ‘공표’의 의미를 중심으로-”, 형사법연구 제24권 제2호, 한국형사법학회, 2012, 16면.

203) 문성도, “피의사실공표의 형법적 한계-피의사실공표죄를 중심으로-”, 치안정책연구 제15호, 경찰대학 치안정책연구소, 2001, 50면.

204) 이준일, “피의사실공표죄의 헌법적 정당화”, 고려법학 제47권, 고려대학교 법학연구소, 2006, 179면.

205) 대법원도 “범죄자체를 보도하기 위하여 반드시 범인이나 범죄 혐의자의 신원을 명시할 필요가 있는 것은 아니고, 범인이나 범죄혐의자에 관한 보도가 반드시 범죄 자체에 관한 보도와 같은 공공성을 가진다고 볼 수도 없다.”고 판시하고 있다(대법원 1998.7.14. 선고 96다17257판결).

206) 김성돈, “진실적시명예훼손죄 폐지론”, 형사정책연구 제27권 제4호, 한국형사정책연구원, 2016, 105면.

207) 윤해성·김재현, 윤해성·김재현, 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화 논의와 대안에 관한 연구, 연구총서 19-AB-02, 한국형사정책연구원, 2018, 141면.

놓여진 경우에는 예외적으로 공개가 가능할 수도 있다고 하겠다. 이는 곧 위법성조각 사유의 문제와 결부된다.

나. 피의사실의 구체성 및 특정성 여부

문제는 피의사실에 대한 범위가 불명확할 수 있기 때문에 실제로 현직 검사도 구속 영장에 기재된 혐의사실 등에 대한 공개가 가능한 것인지에 대한 명확한 답변을 하지 못한다고 한다.²⁰⁸⁾ 왜냐하면 피의사실이 사실판단으로 명확하게 파악되는 개념으로 보일 수도 있으나 한계선상에 부딪히게 되면 결국 규범적 판단을 요하게 되므로 일정한 해석기준이 요구되기 때문이다. 즉, 구성요건은 죄형법정주의 원칙에 비추어 태초에 명확하고 사실판단이 요구되는 기술적 요소로 구성되어야 하는 것이 원칙이지만 상술한 바와 같이 한계선상에서는 결국 사실판단만으로는 부족하게 된다. 이러한 경우 일정한 기준을 마련하기 위해 많은 논의가 이루어지는데 일정한 기준에 의하더라도 한계선상에 봉착하는 경우가 있으므로 이때에는 최종적으로는 사회통념에 의존하게 된다.

피의사실의 구체성 정도를 놓고 비록 형사판례는 아니지만 손해배상청구소송이 제기된 민사판례가 있으므로 본 판례의 입장이 피의사실의 구체성 정도의 해석에 도움을 줄 수 있을 것으로 보인다. 사실관계를 보면, 2006년 10월 24일과 동년 10월 26일 사이에 세칭 ‘일심회’ 사건 피의자에 대한 체포·구속이 이루어지고, 2006년 11월 10일 사건이 서울중앙지방검찰청에 송치될 때까지 국가정보원의 수사가 이루어지게 되었는데, 당시 국정원장이었던 갑은 2006년 10월 29일 교회에서 예배를 마치고 나오던 중 자신을 찾아온 조선일보 기자가 인터뷰를 요청하자 처음에는 이를 거절하다가 기자의 계속적인 요청에 따라 인터뷰를 하게 되었고, 갑에게 기자가 “이번 사건이 간첩단 사건인지 논란이 있다. 간첩단 사건인가?”라는 질문을 하자 갑은 “간첩단 사건으로 보고 있다. 고정간첩이 연루된 사건이 아닌가. 이미 구속된 5명은 지난 1달간 집중적인 증거확보 등 수사를 통해 확실하다고 판단하고 있다.”고 대답하였고, 갑의 발언이 2006년 10월 30일 자 조선일보 3면에 보도된 사건이다.²⁰⁹⁾

208) 박혜진, “형법적 관점에서 바라 본 피의사실공표죄의 제문제”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 한국비교형사법학회, 2011, 173면.

제1심 법원의 판결내용을 요약하면 “국민의 알권리를 충족시키기 위한 것으로서 목적의 공익성과 내용의 공공성이 인정되고, 사건이 국가안보와 관련된 것으로서 원고들이 입게 될 명예의 침해는 어느 정도 용인 될 수밖에 없으므로 공표의 필요성도 인정된다. 하지만 원고들이 간첩행위를 하였다는 사실을 공표해도 무방할 만큼 객관적 증거가 확보되었다고 보기 어렵고, 국정원장의 발표절차가 공식적인 것도 아니며, 그 내용이 이미 언론에 보도되었다고 하더라도 수사책임을 맡고 있는 국정원장의 공표행위라는 점에서 위법성이 조각된다고 보기 어렵다.”²¹⁰⁾ 그러나 제2심 법원은 “간첩단이라는 추상적인 표현을 사용하고 있을 뿐 원고들이 탐지·수집한 국가기밀의 종류나 내용, 이적단체를 구성 또는 가입한 시가 등 구체적으로 어떠한 범행을 하였다는 것인지에 관한 아무런 언급이 없어 피의사실이 포함되어 있는 것으로 보기 어렵고, 인터뷰 내용 중 극히 일부에 불과한 사실이 인정되는 점 등에 비추어 보면 기자가 당시 원고들의 구속으로 인하여 언론에 연일 보도되고 있는 기사와 사실을 통해 이미 알고 있는 내용을 토대로 기사를 작성하면서 보도내용의 근거자료로 국정원장의 발언을 인용한 것에 불과하므로 피의사실을 공표한 경우에 해당한다고 보기 어렵다.”²¹¹⁾고 판시하여 제1심과 반대 입장을 취하고 있다. 대법원도 제2심과 마찬가지로 “피의사실이란 수사기관이 혐의를 두고 있는 범죄사실로서 그 내용이 공소사실에 이를 정도로 구체적으로 특정될 필요는 없지만, 그것이 단순한 의견의 표명에 이르는 정도로는 피의사실을 공표한 것이라고 할 수 없다. 이때 그 발언이 피의사실인가 또는 의견인가를 구별함에 있어서는 언어의 통상적 의미와 용법, 문제된 발언이 사용된 장소와 문맥, 그 발언이 행하여진 사회적 상황과 배경 등 전체적 정황을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 원심은, 이미 원고들에 대하여 국가보안법상 간첩 혐의 등으로 수사가 진행 중이라는 사실이 여러 언론에 보도된 상태에서 조선일보 기자가 피고 1을 찾아가게 된 동기와 계기, 당시 국가정보원장직에서 사퇴의사를 밝힌 피고 1이 위 기자와의 인터뷰를 수차 거절하다가 이에 응하기로 하면서 밝힌 입장과 태도, 인터뷰의 전체적 내용과 그 진행 과정에서 이 사건에서 문제된

209) 김태명, 판례형법각론(제2판), 피앤씨미디어, 2016, 683면; 조기영, “피의사실공표죄의 구성요건요소 해석-‘피의사실’과 ‘공표’의 의미를 중심으로-”, 형사법연구 제24권 제2호, 한국형사법학회, 2012, 6면.

210) 서울중앙지방법원 2008.7.9. 선고 2001가합42357 판결에서 발췌 및 요약하였음.

211) 서울고등법원 2009.5.29. 선고 2009나79281 판결에서 발췌 및 요약하였음.

발언을 하게 된 경위와 과정 및 그 맥락, 이후 조선일보에 게재된 관련 기사의 전체적인 취지와 내용 및 이 사건 발언 내용의 비중 등 그 판시와 같은 사정들을 종합하여 피고 1의 이 사건 발언이 피의사실의 공표에 해당한다고 볼 수 없다. . . . 원심이 피고 1의 이 사건 발언이 피의사실 공표에 해당하지 않는다고 보아 원고들의 피고들에 대한 이 부분 손해배상청구를 배척한 것은 결과적으로 정당하여 수긍이 가고, 거기에 상고이유 주장과 같이 피의사실 공표에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 잘못 등이 없다.”²¹²⁾고 하면서 제2심과 같은 결론에 이르고 있다. 즉, 2심과 대법원은 간첩단이라는 추상적인 표현을 사용하여 간단히 답하고 기자가 이미 언론을 통해 보도된 기사의 내용에 국정원장의 발언을 인용하여 보도했다는 것을 근거로 피의사실공표에 해당하지 않는다고 하는 것이다.

그러나 구성요건의 해석은 보호법익과 보호의 정도 및 형법 일반이론에 비추어 판단해야 하는데,²¹³⁾ 2심과 대법원은 이러한 형법해석을 반영하지 않은 것으로 보인다. 즉, 피의사실공표죄는 수사의 공정성과 인격권을 보호법익으로 하는 추상적 위험범이므로²¹⁴⁾ 피의사실공표행위가 해당 법익을 침해할 위험성이 있다고 평가하는 주체는 실질적 위법성론 내지 객관적 위법성론에 따라 사회 일반인의 평가에 의해져야 한다. 그리고 규범적 구성요건의 의미내용은 문외한으로서의 소박한 가치평가 정도로 해석하는 것으로도 충분하므로²¹⁵⁾ 피의사실의 구체성이 매우 특정되어야 할 정도까지 요구되지는 않는다고 본다. 만일 피의사실이 특정 구성요건에 대한 것이어야 한다면 고의나 위법성의 인식도 그에 상응하는 정도여야 할 것이며 행위자가 인식해야 하는 일반적 구체성의 정도와 비교하여 볼 때 본죄에 대해서만 유독 피의사실의 구체성을 강화하는 것은 전반적인 형법이론에 비추어 보더라도 일관성이 떨어진다고 할 수 있다.²¹⁶⁾

따라서 사실관계에서 알 수 있듯이 “간첩단 사건으로 보고 있다. 고정간첩이 연루된

212) 대법원 2013.11.28. 선고 2009다51271 판결.

213) 조기영, “피의사실공표죄의 구성요건요소 해석-‘피의사실’과 ‘공표’의 의미를 중심으로-”, 형사법연구 제24권 제2호, 한국형사법학회, 2012, 19면.

214) 본죄의 보호의 정도를 놓고 추상적 위험범으로 파악하는 입장이 지배적이다.

215) 박혜진, “형법적 관점에서 바라 본 피의사실공표죄의 제문제”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 한국비교형사법학회, 2011, 175면.

216) 조기영, “피의사실공표죄의 구성요건요소 해석-‘피의사실’과 ‘공표’의 의미를 중심으로-”, 형사법연구 제24권 제2호, 한국형사법학회, 2012, 20면.

사건이 아닌가. 이미 구속된 5명은 지난 1달간 집중적인 증거확보 등 수사를 통해 확실하다고 판단하고 있다.”라는 발언은 유죄취지의 발언이라고 할 수 있으며, 비록 특정 범죄의 구성요건에 해당하는 사실을 공표한 것은 아니라고 할지라도 실질적 위법성론과 객관적 위법성론에 따라 사회 일반인의 입장에서 볼 때 범죄의 인상을 심어주기에 충분하며,²¹⁷⁾ 무죄추정의 원칙과 공정한 재판을 받을 권리 등의 기본권과 수사의 공정성 및 명예를 포함한 인격권 등의 보호법익을 침해할 위험성이 있다고 판단되므로 대법원의 입장은 타당하다고 보기 어렵다고 본다.

다. 이미 알려진 피의사실이 본죄의 객체가 될 수 있는지 여부

상술한 대법원 판례와 원심은 이미 알려진 피의사실이라는 것을 본죄의 불성립의 근거로 제시하고 있으므로 대법원의 법리가 타당한지 검토해 볼 필요가 있을 것인데, 이러한 논의의 단초로서 사실적시 명예훼손죄의 법리를 참고하는 것이 도움이 된다. 사실적시 명예훼손죄는 진실한 사실을 ‘공연히’ 적시해야 한다는 점에서 공연성이라는 요건을 필요로 하고 있다. 여기서 이미 알려진 피의사실이 진실한 사실이라고 할지라도 사실적시 명예훼손죄에서 말하는 진실한 사실과 비교해 볼 때 이미 공개가 되었다는 점에서 차이가 있다. 하지만 알려진 사실이 기자의 독자적인 취재에 의한 것과 수사기관의 발언을 근거로 보도된 것과는 사회적 평가에 있어서 분명한 차이가 있다고 보이며, 사회 일반인이 그 내용을 수용하는 관점에서 보더라도 수사기관의 공표는 일반인에게 유죄의 확신을 심어줄과 동시에 무죄추정의 원칙과 피의자의 인격권이라는 법익을 위태롭게 하기에도 충분하다. 또한 피의사실공표죄의 보호법익이 명예훼손죄의 보호법익과 중첩되는 부분이 있고 행위의 주체나 보호법익 등의 관점에서 볼 때 피의사실공표죄는 명예훼손죄보다 불법이 중한 행위유형이라고 평가할 수 있다.

대법원도 “명예훼손죄가 성립하기 위하여는 반드시 숨겨진 사실을 적발하는 행위만에 한하지 아니하고, 이미 사회의 일부에 잘 알려진 사실이라고 하더라도 이를 적시하여 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 행위를 한 때에는 명예훼손죄를 구성

217) 조기영, “피의사실공표죄의 구성요건요소 해석-‘피의사실’과 ‘공표’의 의미를 중심으로-”, 형사법연구 제24권 제2호, 한국형사법학회, 2012, 20면.

하는 것으로 봄이 상당하므로 . . . ”²¹⁸⁾라고 판시하고 있는 바와 같이 이미 사회 일부에 알려진 사실이라도 재차 공연히 적시될 경우 명예훼손죄를 인정하고자 하므로, 이러한 판결의 법리를 피의사실공표죄에 적용하지 않을 이유가 없다고 본다.²¹⁹⁾

3. 행위

가. ‘공판청구 전’에 피의사실을 공표하는 행위

본죄의 행위는 ‘공판청구 전’ 즉, 검사의 공소제기 전에 피의사실을 공표하는 것을 의미한다. 따라서 공소제기 후에 피의사실을 공표하더라도 본죄에 해당하지 않는다. 그리고 검사가 약식명령을 청구하는 것도 공판청구와 달리 평가할 이유가 없으므로 공소제기와 동일하게 해석하는 것이 타당하다.²²⁰⁾

또한 본죄는 구성요건상의 일정한 결과발생을 요하지 않으므로 공판청구 전에 피의사실을 공표하면 바로 범죄가 성립하는 거동범이며, 공표행위가 당해 법익을 침해할 것까지 요구하지 않는 추상적 위험범이다. 즉, 국가의 공정한 수사권 행사와 이를 통한 인격권 등이 침해되어야 본죄가 성립하는 것이 아니라 법익이 침해될 위험성이 인정되는 것으로 족하다.

나. 공표의 의미

‘공표’란 사전적으로 ‘여러 사람들에게 널리 드러내어 알림’²²¹⁾이라는 의미이다. 공표의 의미를 놓고, 다수설은 불특정 또는 다수인에게 내용을 알리는 것을 의미하는데 반드시 공연히 알릴 것을 요하지 않으며 특정 1인에게 알린 때에도 이로 인하여 불특정·다수인에게 전파될 가능성이 있으면 공표에 해당한다고 해석하고 있으며,²²²⁾

218) 대법원 1994.4.12. 선고93도3535판결.

219) 조기영, “피의사실공표죄의 구성요건요소 해석-‘피의사실’과 ‘공표’의 의미를 중심으로-”, 형사법연구 제24권 제2호, 한국형사법학회, 2012, 27면.

220) 신정훈, “피의사실공표죄의 형법적 한계”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006, 179면.

221) 네이버 국어사전 참조.

222) 김성돈, 형법각론, 성균관대학교출판부, 2008, 693면; 김일수/서보학, 형법각론(제7판), 박영사, 2007, 808면; 문성도, “피의사실공표의 형법적 한계-피의사실공표죄를 중심으로-”, 치안정책연구 제15호, 경찰대학 치안정책연구소, 2001, 51면; 박상기, 형법각론(제7판), 박영사,

이와 달리 공표의 사전적 의미에 충실하게 불특정 또는 다수인에게 알리는 것인 만큼 공연성이 필요하다는 입장²²³⁾이 대립한다.

물론 죄형법정주의에 의거하여 문언의 가능한 의미를 벗어나지 않는 범위 내에서 구성요건을 해석하는 것이 타당할 것이다. 하지만 소수설과 같이 사전적 의미에 충실하여 ‘여러 사람들에게 널리 드러내어 알리는 것’으로 해석한다면 본죄의 행위상황은 언론기관에 한정하여 파악하게 되는 경우가 대부분일 것이며,²²⁴⁾ TV 생방송이나 SNS의 급속한 발달과 인터넷 시대라는 현실에 비추어 볼 때 피의사실이 언론기관에 의해 공표되면 그 즉시 피의자의 인격권이 침해된다고 볼 수 있는 여지가 크므로 본죄를 추상적 위험범이 아닌 침해범으로 해석하게 될 가능성이 높아진다.²²⁵⁾ 그리고 실제로 언론기관을 통해 피의사실이 공표되는 사안들은 대부분 세간의 화제가 되는 공적 사안인 경우가 일반적일 것이므로 알 권리의 관점에서 위법성이 조각되어 결국 본죄로 처벌되는 경우가 거의 불가능하게 되고, 따라서 본 규정의 존재의의가 무색하게 될 우려가 있다.²²⁶⁾

따라서 전파가능성이 인정될 수 있는 자에게 피의사실을 알린 때 본죄의 성립을 인정하는 것이 인권보장에 부합하므로 다수설과 같이 해석하는 것이 오히려 얻을 수 있는 이익이 더 크다고 생각한다.

2008, 633면; 신정훈, “피의사실공표죄의 형법적 한계”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006, 180면; 이재상, 형법각론(제8판), 박영사, 2012, 708면; 이형국, 형법각론, 법문사, 2007, 759면; 임웅, 형법각론(제8정판), 법문사, 2017, 894면; 정성근/박광민, 형법각론, 삼지원, 2009, 786면; 정영일, 형법각론(제3판), 박영사, 2011, 762면; 조기영, “피의사실공표죄의 구성요건요소 해석-‘피의사실’과 ‘공표’의 의미를 중심으로-”, 형사법연구 제24권 제2호, 한국형사법학회, 2012, 25면; 주승희, “피의사실공표죄의 법적 쟁점 검토”, 고려법학 제63호, 고려대학교 법학연구원, 2011, 161면.

223) 박혜진, “형법적 관점에서 바라 본 피의사실공표죄의 제문제”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 한국비교형사법학회, 2011, 174면; 오영근, 890면.

224) 이근우, “중간수사발표에 대한 피의사실공표죄 적용의 몇 가지 쟁점”, 비교형사법연구 제10권 제1호, 한국비교형사법학회, 2008, 258면.

225) 원칙은 아니지만 침해범의 경우에는 미수범 처벌규정이 있는 경우가 일반적이는데, 본죄는 미수범 처벌규정이 없고 보호의 정도를 두텁게 할 필요가 있으므로 추상적 위험범으로 파악하는 것이 타당하다고 생각한다.

226) 조기영, “피의사실공표죄의 구성요건요소 해석-‘피의사실’과 ‘공표’의 의미를 중심으로-”, 형사법연구 제24권 제2호, 한국형사법학회, 2012, 25면에서도 형법적으로 거의 보호를 받지 못하게 된다고 비판하고 있다.

제3절 피의사실공표죄의 위법성조각사유

1. 개관

피의사실공표죄가 형법상 처벌규정으로서 존재하고 있음에도 지금까지 처벌된 사례가 없다는 것은 앞에서 살펴본 바와 같이 소위 ‘제 식구 감싸기’라던가 위법성조각사유의 확대적용 등의 이유가 있었다고 본다. 특히 본죄에 대한 기소유예는 한 건도 없었고, ‘혐의 없음’이나 ‘각하’에 해당하는 경우가 대부분이었는데,²²⁷⁾ 추정컨대 ‘혐의 없음’이나 ‘각하’도 위법성조각사유를 근거로 하여 내려진 결론이 아닌가 예상된다. 따라서 피의사실공표죄에 대한 위법성조각사유의 법리를 명확하게 파악하는 것이 상당히 중요한 작업이라고 할 수 있겠다. 우선 정당방위가 국가적 법익이나 사회적 법익에 대하여 이루어질 수 없다는 점에서 학계의 의견이 일반적으로 일치하고 있으므로, 이하에서는 정당방위를 제외한 피의사실공표죄에 개별적인 위법성조각사유 등의 적용 가능여부 등을 살펴보고 합리적인 기준을 검토해 보고자 한다.

2. 개별적 위법성 조각사유 적용 여부

가. 피해자의 승낙

피해자 승낙이란 범익의 주체가 상대방에게 자기의 범익에 대한 침해를 허용하는 것을 말하며, 승낙을 받은 범익침해행위는 원칙적으로 위법성이 조각된다.²²⁸⁾ 형법 제24조는 “처분할 수 있는 자의 승낙에 의하여 그 범익을 훼손한 행위는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다.”라고 규정하고 있는데, 피의사실공표죄에서의 피해자인 피의자가 피의사실 공표행위를 승낙하는 경우 처분할 수 있는 범익의 주체라고 할 수 있는지 문제된다. 왜냐하면 피의사실공표죄의 보호범익이 순수한 개인적 범익만 이라고 볼 수 없고, 이러한 개인적 범익은 수사의 공정성이라는 국가적 법익에 의해 실현되는 범익이기 때문이다. 이러한 이유로 피해자 승낙의 경우에 위법성이 조각되지 않는다는 입장²²⁹⁾과 이와 달리 공정한 수사권의 행사라는 법익에 의해 실질적으로

227) 불기소처분에 대한 내용과 요건은 ‘검찰사건 사무규칙’ 제69조에 규정되어 있다.

228) 임웅, 형법총론(제9정판), 법문사, 2017, 276면.

개인의 인격권과 더불어 형사사법절차에서 누려야 할 피의자의 권리가 보호되는 이상 피해자의 승낙으로 인해 위법성이 조각될 수 있다는 입장이 대립하고 있다.²³⁰⁾

이러한 대립은 피의사실공표죄의 보호법익을 형식적 측면과 실질적 측면 중 어느 측면에 중점을 두는지에 따라 결론이 달라지는 문제라고 생각한다. 즉, 본죄가 국가적 법익에 관한 죄라는 점, 그리고 보호법익을 국가의 공정한 수사권의 행사라는 측면에 둔다면 논리적으로 피해자의 승낙에 의한 위법성조각사유를 부정해야 하겠지만, 실질적인 측면에서 보아 궁극적으로 피의자의 명예권을 포함한 인격권과 더불어 무죄추정권 등이 보호된다는 점²³¹⁾을 염두에 둔다면 피해자 승낙에 의한 위법성조각은 가능할 수 있을 것이다.

하지만 후자와 같이 피해자 승낙에 의한 위법성 조각을 인정할 경우 수사기관은 피해자인 피의자의 동의를 얻어내기 위하여 모종의 행위를 하게 될 가능성이 크고, 무죄추정권이나 인격권 등이 개인적 법익에 해당할 수 있으나 형사사법절차상에서 누려야 할 피의자의 권리는 수사권의 공정한 행사라는 국가적 법익의 한 내용으로 파악하는 것이 타당하므로 피해자 승낙에 의한 위법성 조각을 인정할 경우 오히려 피의자의 권리를 해하게 될 우려가 크다고 할 것이다.

나. 긴급피난

긴급피난이란 “자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 위난에 직면한 경우 다른 정당한 법익을 희생시킴으로써 위난을 피하는 행위”를 의미하며, 피난행위에 상당한 이유가 있고 또 보다 낮은 법익을 희생시킨 때에 위법성이 조각된다.²³²⁾

피의사실공표죄는 국가의 공정한 수사권의 행사와 명예를 포함한 피의자의 인격권

229) 권오걸, 형법각론, 형설출판사, 2011, 997면; 김성천/김형준, 형법각론(제5판), 소진출판사, 2015, 272면; 김일수/서보화, 형법각론(제7판), 박영사, 2007, 809면; 이재상, 형법각론(제8판), 박영사, 2012, 709면; 임웅, 형법각론(제8정판), 법문사, 2017, 894면.

230) 문성도, “피의사실공표의 형법적 한계-피의사실공표죄를 중심으로-”, 치안정책연구 제15호, 경찰대학 치안정책연구소, 2001, 55면; 신정훈, “피의사실공표죄의 형법적 한계”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006, 184면.

231) 문성도, “피의사실공표의 형법적 한계-피의사실공표죄를 중심으로-”, 치안정책연구 제15호, 경찰대학 치안정책연구소, 2001, 55면; 신정훈, “피의사실공표죄의 형법적 한계”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006, 184면.

232) 임웅, 형법총론(제9정판), 법문사, 2017, 257면.

이라는 법익을 보호하고자 하는데, 상황에 따라 언론의 자유라던가 국민의 알 권리가 우위에 있고 판단되는 경우에는 위법성이 조각될 수 있다. 따라서 피의사실 공표행위가 공공의 이익을 위한 때 이루어진 경우에 위법성이 조각된다는 견해가 있다.²³³⁾ 하지만 피의사실공표죄는 국가적 법익 이외에도 개인적 법익을 보호하고자 하는 측면이 있기 때문에 피의자의 인권보장을 위해 공공의 이익을 위한 경우라고 할지라도 위법성이 조각되지 않고,²³⁴⁾ 나아가 이익교량의 대상이 공익 대 공익의 관계에 있어 비교형량의 관계에 있지 않으며,²³⁵⁾ 긴급피난이 아닐지라도 형법 제20조에 의해 위법성 조각이 충분히 가능하므로 긴급피난에 의한 위법성 조각을 인정하지 않는 것이 타당하다고 본다.

다. 형법 제20조 정당행위에 의한 위법성 조각 여부

1) 업무로 인한 행위

형법상 업무란 “사람이 사회생활상의 지위에 기하여 계속·반복할 의사로 행하는 사무”를 의미하며, 형법 제20조에 의해 위법성이 조각되는 업무란 사회상규, 사회통념상에 비추어 용인되는 업무를 말한다.²³⁶⁾

피의사실을 공표하는 행위가 업무로 인한 행위에 해당하는지 살펴볼 필요가 있다. 실제로 수사기관인 검찰 및 경찰과 법원은 공보관 제도를 두어 공보업무가 이루어지고 있으며,²³⁷⁾ 일반적으로 ‘브리핑’이라는 형태로 피의사실 공표행위가 행해지고 있기 때문에 이를 업무의 한 유형으로 볼 여지가 있다.²³⁸⁾

233) 김일수/서보학, 형법각론(제7판), 박영사, 2007, 809면; 신정훈, “피의사실공표죄의 형법적 한계”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006, 183면; 황정익, “범죄사건보도와 피의자의 인권”, 형사정책연구 제10권 제3호, 한국형사정책연구원, 1999, 160면.

234) 문성도, “피의사실공표의 형법적 한계-피의사실공표죄를 중심으로-”, 치안정책연구 제15호, 경찰대학 치안정책연구소, 2001, 176면; 이재상, 형법각론(제8판), 박영사, 2012, 709면; 정성근/박광민, 형법각론, 삼지원, 2009, 719면.

235) 박혜진, “형법적 관점에서 바라 본 피의사실공표죄의 제문제”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 한국비교형사법학회, 2011, 178면.

236) 임웅, 형법총론(제9정판), 법문사, 2017, 228면.

237) 박혜진, “형법적 관점에서 바라 본 피의사실공표죄의 제문제”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 한국비교형사법학회, 2011, 176면; 이근우, “중간수사발표에 대한 피의사실공표죄 적용의 몇 가지 쟁점”, 비교형사법연구 제10권 제1호, 한국비교형사법학회, 2008, 260면.

238) 박혜진, “형법적 관점에서 바라 본 피의사실공표죄의 제문제”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 한국비교형사법학회, 2011, 176면.

문제는 이러한 수사기관의 공보 업무가 일정한 내규를 근거로 이루어지는 경우가 많으므로 법령에 의한 행위로 볼 것인지 모호한 측면이 있다. 예컨대, 검찰에는 ‘수사 공보준칙’이라는 법무부 훈령, 경찰의 경우에는 경찰청 훈령인 ‘경찰수사사건 등의 공보에 관한 규칙’이 마련되어 있어 이를 근거로 피의사실이 공표되는 경우가 많기 때문에 이러한 훈령을 법령에 포섭시킬 수 있다면 법령에 의한 행위로서 위법성 조각 사유 여부를 검토해야 할 것이며, 포섭시킬 수 없다면 업무로 인한 행위나 기타 사회상 규에 위배되지 않는 행위 등으로 파악해야 할 것이다.

우선, 형법이 명문으로 금지하고 있는 행위인 피의사실 공표행위가 각 기관의 훈령과 관계없이 이루어진 경우에는 사회통념상 용인될 수 있는 공보관의 업무라고 보기에는 근거가 미약하므로 업무에 의한 행위라는 이유로 피의사실공표 행위를 정당화하는 것은 원칙적으로 타당하지 않을 것이다.²³⁹⁾ 그리고 각 훈령이 법령에 의한 행위에 해당하는지 여부를 파악해야 할 것인데, 이에 대한 내용은 이하에서 검토해 보고자 한다.

2) 법령에 의한 행위

법령에 의한 행위는 법령에 근거를 두고 행해지는 일체의 행위로서 공무원의 직무집행행위를 비롯하여 법령에 의해 권리 또는 의무로서 행해지는 행위를 모두 포함하는 넓은 개념으로 이해되고 있다.²⁴⁰⁾

특히 본죄는 공무원의 직무집행행위와 밀접한 관련이 있으므로 피의사실 공표행위를 법령에 의한 공무원의 직무집행행위로 볼 수 있을 것인지 파악해 볼 필요가 있다. 우선 공무원의 직무집행행위로서 위법성이 조각되려면 ①공무원의 직무범위 내에 속하여야 하고, ②직무집행의 근거인 법령에 규정된 요건을 갖추어야 하며, ③규정된 절차를 따라야 한다. 따라서 이러한 요건을 준수하지 않은 직무집행행위는 위법성이 조각되지 않으며 오히려 직권남용이 될 수 있다.²⁴¹⁾

239) 이근우, “중간수사발표에 대한 피의사실공표죄 적용의 몇 가지 쟁점”, 비교형사법연구 제10권 제1호, 한국비교형사법학회, 2008, 260면.

240) 임웅, 형법총론(제9정판), 법문사, 2017, 222면.

241) 임웅, 형법총론(제9정판), 법문사, 2017, 222면.

(1) 경찰관 직무집행법 제6조

경찰관 직무집행법 제6조는 “경찰관은 범죄행위가 목전(目前)에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 하고 . . .” 라고 규정하고 있는데, 여기서 말하는 ‘범죄행위가 목적에 행하여지려고’ 인정될 때 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 하는 것이 피의사실 공표행위를 내포하는 행위가 될 수 있다는 것이다.²⁴²⁾ 그러나 피의사실이란 ‘이미 행해진 범죄행위에 대한 혐의를 받고 있는 상태에서 행해지는 것’이므로²⁴³⁾ ‘목전에 행하여지려고’ 하는 행위와는 해석상 차이가 있다. 따라서 피의사실공표에 위 규정을 위법성 조각의 근거로 삼는 것은 타당하다고 보이지 않는다.²⁴⁴⁾ 나아가 위 규정에서 말하는 경고행위를 놓고 피의사실공표죄의 구성요건 해당성을 인정하여 또 다시 위법성 조각 여부를 논하는 것은 형사사법 운용에 있어서도 경제적이지 못하다고 하겠다.

(2) ‘인권보호를 위한 수사공보준칙’ 및 ‘경찰수사사건 등의 공보에 관한 규칙’

법무부 훈령인 ‘인권보호를 위한 수사공보준칙(이하 ‘법무부 준칙’이라 칭함)’과 경찰청 훈령인 ‘경찰수사사건 등의 공보에 관한 규칙(이하 ‘경찰청 규칙’)'이 법령에 의한 정당행위로서 위법성을 조각시키는 근거로 작용할 수 있는지 검토해 보아야 한다. 법령에 의한 정당행위가 아니라면 기타 사회상규에 위배되지 않는 행위 또는 공무원의 직무집행행위로 구성을 할 수도 있다. 이러한 논의를 하기 이전에 훈령이 위법성을 조각시킬 수 있는 실질적 가치와 기준을 가지고 있는지부터 파악하는 것이 우선일 것이다. 우선 법무부 준칙의 목적은 제1조에서 “형사사건에 대한 공보와 관련하여 검사 등 검찰공무원 및 법무부 소속 공무원이 준수해야 할 사항과 인권보호조치 등을 명확히 규정함으로써 피의자·참고인 등 사건관계인의 인권, 수사의 공정성 및 무죄추정의 원칙과 국민의 알권리가 조화되는 선진적인 수사공보 제도의 확립을 목적으로 한다.”라고 규정하고 있으며, 경찰청 규칙도 제1조에서 “경찰이 수사 또는 내사

242) 문성도, “피의사실공표의 형법적 한계-피의사실공표죄를 중심으로-”, 치안정책연구 제15호, 경찰대학 치안정책연구소, 2001, 57면; 신정훈, “피의사실공표죄의 형법적 한계”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006, 186면.

243) 박혜진, “형법적 관점에서 바라 본 피의사실공표죄의 제문제”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 한국비교형사법학회, 2011, 176면.

244) 박혜진, “형법적 관점에서 바라 본 피의사실공표죄의 제문제”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 한국비교형사법학회, 2011, 176면.

중인 사건의 공보에 관한 기준과 절차 등을 규정함으로써 사건관계자의 명예 등 인권을 보호하고 국민의 알권리를 보장하는 한편, 경찰관이 사건을 공보함에 있어 준수해야 할 사항을 정하는 것을 목적으로 한다.”고 함으로써 공보로 인한 피의자의 인권침해를 방지하고 알 권리 사이의 조화를 이루고자 하는 목적임을 알 수 있다. 구체적인 규정의 내용과 개선점에 대하여는 해당부분에서 논하기로 하고, 일단 본 훈령들은 “구두브리핑의 요건을 엄격히 제한하고 수사공보의 요건이나 절차 등을 명확히 규정하고 있는 점”,²⁴⁵⁾ 그리고 무죄추정을 강화하고 초상권 보호규정을 명시적으로 마련하고 있으므로 위법성 조각사유로서의 기능을 수행할 수 있는 것으로 평가할 수 있다.

그렇다면 이 훈령들이 형법 제20조의 ‘법령’에 해당한다고 할 수 있을까? 본 훈령들은 법령에서 위임한 사항도 아니고, 법령의 집행에 필요한 사항을 정한 것도 아니므로,²⁴⁶⁾ 즉 피의사실 공표에 관한 허용규범으로서 상위 법률이라는 근거규정이 없으므로²⁴⁷⁾ 형법 제20조에서 말하는 법령에 의한 행위에 해당하여 위법성을 조각시킬 수 있는 것으로 파악하는 것은 어렵다고 본다. 다만, 일정한 요건이 충족된 경우 형법 제20조 정당행위 중 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 해당하여 위법성을 조각시킬 수 있는 가능성²⁴⁸⁾은 있을 것이다.

3) 기타 사회상규에 위배되지 않는 행위

정당행위 중 상술한 내용 외에도 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위는 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 위법성이 조각될 수 있다.²⁴⁹⁾ 어떠한 행위가 사회상규에 위배되지 않는 정당한 행위로서 위법성이 조각될 수 있는지에 관하여는 구체적인 사정 하에 합목적적이고 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단되어야 한다. 사회상규 내지 사회통념이라는 것은 모호한 개념으로서 명확하지 않은 문제가 있는데 판례는 구체적인 기준을 제시해주고 있다. 즉, 판례는 “행위의 동기나 목적의 정당성, 행위의 수단이나 방법의

245) 하태훈, “수사공보준칙과 피의사실공표죄”, 안암법학 제48권, 안암법학회, 2015, 86면.

246) 하태훈, “수사공보준칙과 피의사실공표죄”, 안암법학 제48권, 안암법학회, 2015, 63면.

247) 하태훈, “수사공보준칙과 피의사실공표죄”, 안암법학 제48권, 안암법학회, 2015, 64면.

248) 이근우, “중간수사발표에 대한 피의사실공표죄 적용의 몇 가지 쟁점”, 비교형사법연구 제10권 제1호, 한국비교형사법학회, 2008, 269면; 하태훈, “수사공보준칙과 피의사실공표죄”, 안암법학 제48권, 안암법학회, 2015, 64면.

249) 김태명, 판례형법총론(제2판), 피앤씨미디어, 2016, 292면.

상당성, 보호이익과 침해이익의 법익 균형성, 긴급성, 그 행위 이외의 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성” 등의 요건을 제시하고 있다.²⁵⁰⁾ 따라서 피의사실 공표행위가 위 요건에 부합한다면 위법성이 조각될 수 있을 것이다.

라. 형법 제310조 유추적용 가능성 여부

형법 제310조는 형법 제307조 제1항 사실적시 명예훼손죄에 대한 특별한 위법성 조각사유 규정이다. 즉, 진실한 사실을 공연히 적시하여 명예를 훼손하는 행위가 ‘오로지 공공의 이익’에 해당하면 위법성이 조각된다는 것이 제310조의 내용이다. 여기서 형법 제310조를 피의사실공표죄의 위법성 조각사유의 근거로 삼을 수 있는지 논의되고 있다.

우선 형법 제310조를 피의사실공표죄의 위법성 조각사유로 적용할 수 있다는 입장이 있다.²⁵¹⁾ 하지만 형법 제310조는 제307조 제1항에 대한 특별한 위법성 조각사유 규정이며,²⁵²⁾ 죄형법정주의는 유추적용을 금지함을 원칙으로 하고 있으므로 피의사실공표죄의 위법성 조각사유로서 유추적용 하는 것은 타당하지 않다고 생각한다. 물론, 제310조가 범죄 구성요건이 아니라는 점과 피의자에게 유리하다는 점에서 적용할 수 있다는 주장도 가능하겠지만, 명예훼손죄와 비교해 볼 때 피의사실공표죄의 법정형은 중하고, 보호법익도 피의사실공표죄는 명예뿐만 아니라 이를 포함하여 피의자가 누릴 수 있는 각종 권리와 국가의 공정한 수사권 행사라는 넓은 법익을 보호하고자 하고 있으며,²⁵³⁾ 피의사실공표죄에서의 피의사실은 진실인지 거짓인지는 문제되지 않으므로 계속된 수사결과 무혐의로 검사가 불기소처분을 할 경우 진실이 거짓으로 바뀔 수도 있다는 점,²⁵⁴⁾ 그리고 공익성이라는 개념이 추상적인 개념으로서 진실성

250) 대법원 2013.10.17. 선고 2013도8683 판결.

251) 박선영, “알 권리와 피의사실공표 및 명예훼손의 관계”, 공법연구 제28집 제2호, 한국공법학회, 2000, 165면.

252) 박혜진, “형법적 관점에서 바라 본 피의사실공표죄의 제문제”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 한국비교형사법학회, 2011, 178면.

253) 박혜진, “형법적 관점에서 바라 본 피의사실공표죄의 제문제”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 한국비교형사법학회, 2011, 178면; 신정훈, “피의사실공표죄의 형법적 한계”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006, 188면; 주승희, “피의사실공표죄의 법적 쟁점 검토”, 고려법학 제63호, 고려대학교 법학연구원, 2011, 169면.

254) 주승희, “피의사실공표죄의 법적 쟁점 검토”, 고려법학 제63호, 고려대학교 법학연구원, 2011, 170면.

개념과 맞물려 피의사실공표죄의 정당화 사유로 작용할 경우 오히려 본죄를 유명무실하게 만들 우려가 있다는 점²⁵⁵⁾ 등에서 형법 제310조를 원용하는 것은 타당하지 않다고 할 것이다.²⁵⁶⁾

3. 국민의 ‘알 권리’에 의한 위법성 조각 여부

가. 알 권리의 우위성의 근거

이미 앞에서 살펴본 바와 같이 헌법상 ‘알 권리’에 대한 명문의 규정이 없으므로 이에 대한 정의는 학계에서 다양하게 내려지고 있지만 그 내용은 일반적으로 유사함을 알 수 있었다. 그리고 피의사실공표죄의 비범죄화 논의를 헌법적 관점에서 검토한 결과 알 권리는 상대적 기본권으로서 일정한 제한이 가능하므로 어느 범위까지 제한이 되고 나아가 피의사실 공표행위에 대한 위법성 조각사유로서 어떠한 요건을 충족시켜야 하는지가 중요한 문제이다.

피의사실공표죄는 국민의 알 권리와 언론의 자유가 본죄의 보호법익보다 우위에 있다고 인정되면 피의사실 공표행위는 예외적으로 허용될 수 있다. 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”고 규정하고 있는 바, 피의사실 공표행위가 허용되는 본질적인 근거는 본조에서 말하는 ‘공공복리’에서 도출할 수 있다고 본다. 피의사실 공표행위의 정당화는 곧 공익을 위한 경우에 한하여 이루어져야 한다는 것인데, 이를 공익이론²⁵⁷⁾ 또는 공적 인물의 이론으로 이해하고 있다.²⁵⁸⁾ 공익이론이란 국민의 알

255) 주승희, “피의사실공표죄의 법적 쟁점 검토”, 고려법학 제63호, 고려대학교 법학연구원, 2011, 170면.

256) 김재윤, “피의사실 공표죄 관련 법적 쟁점 고찰”, 언론과 중재 가을호, 2011, 103면; 박혜진, “형법적 관점에서 바라 본 피의사실공표죄의 제문제”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 한국비교형사법학회, 2011, 178면; 신정훈, “피의사실공표죄의 형법적 한계”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006, 188면; 이근우, “중간수사발표에 대한 피의사실공표죄 적용의 몇 가지 쟁점”, 비교형사법연구 제10권 제1호, 한국비교형사법학회, 2008, 269면; 주승희, “피의사실공표죄의 법적 쟁점 검토”, 고려법학 제63호, 고려대학교 법학연구원, 2011, 169면.

257) 김상겸, “피의사실공표의 허용범위와 한계”, 형사법의 신동향 통권 제27호, 대검찰청, 2010, 16면.

258) 이준일, “피의사실공표죄의 헌법적 정당화”, 고려법학 제47권, 고려대학교 법학연구소, 2006,

권리의 대상이 되는 사항은 국민에게 알리는 것이 공익이 된다는 이론, 즉 교육적·계몽적 가치를 갖는 것은 보도의 가치를 갖는 것으로서 이를 국민에게 알리는 것이²⁵⁹⁾ 개인의 인격권에 비해 우위에 있게 된다는 것이다. 그리고 공적 인물 이론이란 “대상자의 사회적 지위에 따라 그 사생활이 공개되더라도 일반인에 비해 수인의 정도가 크기 때문에 이를 허용해야 한다는 이론”²⁶⁰⁾이다. 이와 같이 수사기관은 국민적 관심사인 중요한 공적 사안의 경우 국민의 알 권리를 보장하기 위해서 현저히 필요한 때에 한하여 피의사실을 공표할 수 있고 이러한 공표행위는 형법 제20조 정당행위 중 기타 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 위법성이 조각될 수 있을 것이다.²⁶¹⁾ 반면, “공소 제기 전 단계에서 피의사실을 공표할 긴급성과 보충성도 없고”²⁶²⁾ 공판단계에서 보도의 자유가 인정되는 만큼 알 권리를 근거로 위법성이 조각될 이유가 없다는 입장도 있다.²⁶³⁾

피의사실 공표행위가 위법성이 조각되려면 그 내용을 국민이 알 필요가 있고 알아야 할 가치와 이익을 현실적·실질적으로 갖추어야 하고, 이를 위해서는 일반인들이 관심을 가질 수 있는 공적 관심사이어야 하며,²⁶⁴⁾ 그렇지 않으면 국민의 알 권리와 언론의 자유가 우선시 될 수 없다고 보아야 한다.²⁶⁵⁾

중요한 것은 국민의 알 권리가 상대적으로 중요한 지 여부를 어떻게 판단할 것인지 문제된다. 이는 곧 개별적이고 구체적인 경우에 따라 달라질 수밖에 없으므로 결코

178면.

259) 김상겸, “피의사실공표의 허용범위와 한계”, 형사법의 신동향 통권 제27호, 대검찰청, 2010, 16면.

260) 김상겸, “피의사실공표의 허용범위와 한계”, 형사법의 신동향 통권 제27호, 대검찰청, 2010, 16면.

261) 문성도, “피의사실공표의 형법적 한계-피의사실공표죄를 중심으로-”, 치안정책연구 제15호, 경찰대학 치안정책연구소, 2001, 58면; 신정훈, “피의사실공표죄의 형법적 한계”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006, 187면; 주승희, “피의사실공표죄의 법적 쟁점 검토”, 고려법학 제63호, 고려대학교 법학연구원, 2011, 171면.

262) 김재운, “피의사실 공표죄 관련 법적 쟁점 고찰”, 언론중재 가을호, 2010, 100면.

263) 박혜진, “형법적 관점에서 바라 본 피의사실공표죄의 제문제”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 한국비교형사법학회, 2011, 177면.

264) 김상겸, “피의사실공표의 허용범위와 한계”, 형사법의 신동향 통권 제27호, 대검찰청, 2010, 16면; 박선영, “알 권리와 피의사실공표 및 명예훼손의 관계”, 공법연구 제28집 제2호, 한국공법학회, 2000, 168면; 이준일, “피의사실공표죄의 헌법적 정당화”, 고려법학 제47권, 고려대학교 법학연구소, 2006, 178면.

265) 이준일, “피의사실공표죄의 헌법적 정당화”, 고려법학 제47권, 고려대학교 법학연구소, 2006, 178면.

간단한 문제가 아니다.²⁶⁶⁾ 이러한 구체성의 판단을 위한 기준을 마련하는 것은 사실상 쉽지 않은 일이며 지금까지 상술한 바와 같이 추상적인 설명에만 그치고 있을 뿐 이에 대한 구체적인 논의도 아직까지 이루어지지 않은 것으로 파악된다. 보통 법원의 판결에 의해 이루어져 온 사안들을 가지고 추정을 할 수 있을 뿐이며, 중국적으로는 경우에 따라 모든 제반사정을 고려하여 판단할 수밖에 없을 것으로 본다.

나. 알 권리의 한계

하지만 국민이 알기를 간절히 원하고 궁금해 한다고 하더라도 모든 사실이나 정보가 알 권리의 대상이 되는 것은 아니다.²⁶⁷⁾ 즉, 알 권리의 대상이 된다고 하더라도 알 권리의 내용은 사건과 관련하여 객관적으로 확인된 사실에 한정되어야 하며,²⁶⁸⁾ 피의자의 신분이나 신상정보, 진위여부가 검증되지 않은 진술 등은 알 권리를 근거로 한 공표의 내용이 되어서는 안 된다.²⁶⁹⁾ 대법원도 “범인과 범죄혐의자에 대한 공개적 신원노출은 원칙적으로 허용되지 않으며, 그에 따라 범죄에 관한 언론의 보도에 있어서는 관계인의 신원을 밝힐 수 없음이 원칙”이라고 판시하고 있다.²⁷⁰⁾ 알 권리가 우위에 있다고 하더라도 헌법 제37조 제2항 후단에서 규정하고 있는 바와 같이 “자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”라는 내용은 관철되어야 할 것이다.²⁷¹⁾

하지만 예외적으로 신상정보가 허용될 수는 없는 것인가? 정치인과 같은 공인의 경우에는 현실적으로 통제가 어렵고 또는 흉악범죄의 경우 공익적 차원에서 예외로 실명 등을 공개가능하지 않을까 생각할 수 있다.²⁷²⁾ 이 문제 또한 국민의 알 권리와

266) 박선영, “알 권리와 피의사실공표 및 명예훼손의 관계”, 공법연구 제28집 제2호, 한국공법학회, 2000, 168면; 이준일, “피의사실공표죄의 헌법적 정당화”, 고려법학 제47권, 고려대학교 법학연구소, 2006, 181면.

267) 김봉수, “피의사실공표죄(형법 제126조)의 규범적 한계에 관한 고찰”, 경찰법연구 제9권 제1호, 한국경찰법학회, 2011, 66면.

268) 김봉수, “피의사실공표죄(형법 제126조)의 규범적 한계에 관한 고찰”, 경찰법연구 제9권 제1호, 한국경찰법학회, 2011, 68면.

269) 김봉수, “피의사실공표죄(형법 제126조)의 규범적 한계에 관한 고찰”, 경찰법연구 제9권 제1호, 한국경찰법학회, 2011, 68면; 김상겸, “피의사실공표의 허용범위와 한계”, 형사법의 신동향 통권 제27호, 대검찰청, 2010, 17면; 문성도, “피의사실공표의 형법적 한계-피의사실공표죄를 중심으로-”, 치안정책연구 제15호, 경찰대학 치안정책연구소, 2001, 64면.

270) 대법원 1998.7.14. 선고 96다17257 판결 참조.

271) 주승희, “피의사실공표죄의 법적 쟁점 검토”, 고려법학 제63호, 고려대학교 법학연구원, 2011, 168면.

관련하여 검토되어야 할 것인데, 피의사실공표가 정치적으로 악용되어 권력형 비리를 은폐하는 수단으로 사용될 수도 있고, 유괴사건이나 흉악범죄 등 중대한 범죄결과 수사 당국이 공개수사를 할 필요성이 있거나 사회적 중요성이 있는 경우²⁷³⁾와 같이 예외적으로 특별한 경우 공익을 위하여 실명보도가 가능할 것으로 본다. 대법원도 실명을 공개하는 경우에는 “실명 공표 자체가 매우 신중하게 이루어져야 한다는 요청에서 비롯되는 무거운 주의의무와, 공권력을 행사하는 공표주체에 대한 국민의 강한 기대와 신뢰 등에 비추어 . . . 실명을 사용하는 경우에는 익명을 사용하는 경우보다 훨씬 높은 주의의무가 요구된다.”²⁷⁴⁾라고 판시하여, 실명을 공개하지 않는 것이 원칙이지만 예외적으로 엄격한 요건 하에서 실명공개가 가능하다는 입장을 취하고 있다.

4. 판례의 입장

피의사실공표죄로 처벌된 사례를 찾아볼 수 없는 만큼 이에 대한 형사판례는 없지만, 손해배상청구가 인정된 민사판례가 존재하므로 이를 참고할 필요가 있다. 즉, 손해배상청구소송에서 피의사실공표죄를 인정하여 원고의 승소판결이 있었기 때문에 비록 형사판례는 아니지만 도움이 될 것으로 보인다.

우선 대법원은 위법성 조각사유와 관련하여 “민주주의 국가에서는 여론의 자유로운 형성과 전달에 의하여 다수의견을 집약시켜 민주적 정치질서를 생성·유지시켜 나가는 것이므로 표현의 자유, 특히 공익사항에 대한 표현의 자유는 중요한 헌법상의 권리로서 최대한 보장을 받아야 하지만, 그에 못지않게 개인의 명예나 사생활의 자유와 비밀 등 사적 법익도 보호되어야 할 것이므로, 인격권으로서의 개인의 명예의 보호와 표현의 자유의 보장이라는 두 법익이 충돌하였을 때 그 조정을 어떻게 할 것인지는 구체적인 경우에 사회적인 여러 가지 이익을 비교하여 표현의 자유로 얻어지는 이익, 가치와 인격권의 보호에 의하여 달성되는 가치를 형량하여 그 규제의

272) 김상겸, “피의사실공표의 허용범위와 한계”, 형사법의 신동향 통권 제27호, 대검찰청, 2010, 17면; 박선영, “알 권리와 피의사실공표 및 명예훼손의 관계”, 공법연구 제28집 제2호, 한국공법학회, 2000, 174면; 문성도, “피의사실공표의 형법적 한계-피의사실공표죄를 중심으로-”, 치안정책연구 제15호, 경찰대학 치안정책연구소, 2001, 64면.

273) 박선영, “알 권리와 피의사실공표 및 명예훼손의 관계”, 공법연구 제28집 제2호, 한국공법학회, 2000, 174면.

274) 대법원 1998.5.22. 선고 97다57689 판결.

폭과 방법을 정하여야 한다.”²⁷⁵⁾고 판시하고 있다. 즉, 표현의 자유나 언론의 자유 내지 알 권리와 개인의 인격권이 상호 충돌할 경우 이익형량을 통해 국민의 알 권리에 우위에 있다고 판단될 경우 피의사실공표죄의 위법성이 조각된다고 하면서, 국민의 알 권리가 위법성 조각의 근거임을 강조하고 있는 것이다.

그리고 피의사실공표죄에 대한 위법성 조각사유를 판단하기 위한 구체적인 요건을 제시한 판례도 찾아볼 수 있다. 즉, 대법원은 “일반 국민들은 사회에서 발생하는 제반 범죄에 관한 알권리를 가지고 있고 수사기관이 피의사실에 관하여 발표를 하는 것은 국민들의 이러한 권리를 충족하기 위한 방법의 일환이라 할 것이나, 한편 헌법 제27조 제4항은 형사피고인에 대한 무죄추정의 원칙을 천명하고 있고, 형법 제126조는 검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 지득한 피의사실을 공판청구 전에 공표하는 행위를 범죄로 규정하고 있으며, 형사소송법 제198조는 검사, 사법경찰관리 기타 직무상 수사에 관계있는 자는 비밀을 엄수하며 피의자 또는 다른 사람의 인권을 존중하여야 한다고 규정하고 있는바, 수사기관의 피의사실 공표행위는 공권력에 의한 수사결과를 바탕으로 한 것으로 국민들에게 그 내용이 진실이라는 강한 신뢰를 부여함은 물론 그로 인하여 피의자나 피해자 나아가 그 주변 인물들에 대하여 치명적인 피해를 가할 수도 있다는 점을 고려할 때, 수사기관의 발표는 원칙적으로 ①일반 국민들의 정당한 관심의 대상이 되는 사항에 관하여 ②객관적이고도 충분한 증거나 자료를 바탕으로 한 사실 발표에 한정되어야 하고, 이를 발표함에 있어서도 ③정당한 목적 하에 수사결과를 발표할 수 있는 권한을 가진 자에 의하여 공식의 절차에 따라 행하여져야 하며, 무죄추정의 원칙에 반하여 ④유죄를 속단하게 할 우려가 있는 표현이나 추측 또는 예단을 불러일으킬 우려가 있는 표현을 피하는 등 그 내용이나 표현 방법에 대하여도 유념하지 아니하면 아니 된다 할 것이다. 따라서 수사기관의 피의사실 공표행위가 위법성을 조각하는지의 여부를 판단함에 있어서는 ①공표 목적의 공익성과 공표 내용의 공공성, ②공표의 필요성, ③공표된 피의사실의 객관성 및 정확성, 공표의 절차와 형식, ④그 표현 방법, ⑤피의사실의 공표로 인하여 생기는 피침해이익의 성질, 내용 등을 종합적으로 참작하여야 할 것이다.”²⁷⁶⁾라고 하면서 구체적인 위법성조각사유의

275) 대법원 1998.7.14. 선고 96다17257 판결.

요건을 명시하고 있다.

정리하자면 첫째, 피의사실 자체가 국민의 알 권리의 대상이 되어야 한다는 점에서 공익성이 인정되어야 한다. 둘째, 공표의 필요성이 있어야 하는데 이는 곧 국민의 정당한 관심이 대상이 되기 위한 요건이라고도 볼 수 있다. 셋째, 공표방법은 일정한 절차에 의해 권한을 가진 자에 의해 이루어져야 하며 공표사실은 객관적이고 충분한 증거가 바탕이 되어야 한다. 넷째, 공표의 방법은 유죄를 추측케 하거나 예단을 불러일으킬 수 있는 표현을 사용해서는 안 된다. 다섯째, 공표로 인해 침해될 법익을 고려해야 한다.

276) 대법원 1999.1.26. 선고 97다10215 판결.

제 5 장



피의사실공표죄의 합리적 운용을 위한 정비방안

김 재 현

피의사실공표죄의 합리적 운용을 위한 정비방안

제1절 제1절 개관

피의사실공표죄의 합리적인 운용을 위해서 현행법상의 문제점을 개선해야 할 것인데, 이는 크게 두 가지 관점에서 제시되어질 수 있다. 첫째는 현행법을 개정하거나 피의사실공표에 대한 엄격한 절차를 규정하는 방식 등 법령의 보완을 통한 방법이다. 둘째, 현행법을 유지하되 현행법을 해석함에 있어서 일정한 요건과 기준을 도출하여 확립시키는 것이다. 나아가 이 두 가지 방법을 혼용하는 경우도 생각해 볼 수 있다. 이하에서 피의사실공표죄의 합리적 운용을 위해 제시되고 있는 여러 의견들의 구체적인 내용들을 정리해 보고자 한다.

제2절 법령정비를 통한 방안

1. 피의사실공표죄에 대한 특별한 위법성 조각사유 신설

피의자는 헌법상 무죄추정의 원칙과 형사사법절차상으로 누려야 할 권리를 가지고 있는데, 피의사실의 공표가 국가 권력기관에 이루어지는 만큼 피의자는 실추된 명예를 회복하기란 사실상 불가능하므로 일반 범죄에 비해 위법성 조각사유의 범리를 좀 더 엄격하게 적용할 필요성도 있을 것이다. 앞에서 위법성 조각사유의 범리를 검토하였는데, 피해자 승낙, 긴급피난의 경우를 위법성 조각사유로 보기는 어려웠고, 형법 제310조의 유추적용도 타당하지 않았다. 결국 형법 제20조 정당행위에 의해

위법성이 조각될 수 있을 것인데, 제20조는 모든 위법성 조각사유의 근본 원리라는 점에서 추상성을 띠고 있으므로 더욱 구체적인 기준이 요구된다고 할 것이다. 판례가 구체적으로 위법성 조각사유의 요건을 제시하고 있지만 이에 대하여 일반적인 명예훼손의 위법성 조각의 판단기준에 벗어나지 못하는 문제점이 있다는 점을 들어²⁷⁷⁾ 피의사실공표죄에 대한 특별한 위법성 조각사유를 신설하자는 주장이 있다.²⁷⁸⁾ 즉, 사실적시 명예훼손죄에 대한 특별한 위법성 조각사유(형법 제310조)와 같이 형법 제126조 내에 ‘공공의 이익을 위한 때’ 또는 ‘반인륜적이고 반사회적인 강력범죄사건일 경우’ 본죄의 위법성이 조각될 수 있도록 규정하거나,²⁷⁹⁾ 특별한 위법성 조각사유는 가능한 그 범위와 경우의 수가 적을수록 바람직하므로 예외사유들을 제한적으로 열거하자는 입장이 있다.²⁸⁰⁾ 예컨대, “이미 사건내용이 대중에게 상당히 알려진 경우, 수사 중에 있다는 사실의 공개로 시민들을 안심시킬 필요가 있는 경우, 시민의 안전보호를 위해 필요한 경우” 등이다.²⁸¹⁾

종래 발의되었던 형법 일부개정법률안의 경우에도 구체적인 예외사유들을 제시하여 이에 해당하지 않을 경우 피의사실공표죄로 처벌될 수 있도록 법안이 발의된 바 있으므로 이를 참고하는 것도 도움이 된다.²⁸²⁾ 나아가 피의사실공표가 엄격한 요건 하에 이루어져야 하는 만큼 세부적인 절차와 요건은 명문으로 하위 법령에 위임하는 것이 타당할 것이며, 이러한 절차를 준수한 경우에 한하여 위법성을 조각시키는 방안

277) 박혜진, “형법적 관점에서 바라 본 피의사실공표죄의 제문제”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 한국비교형사법학회, 2011, 181면.

278) 박혜진, “형법적 관점에서 바라 본 피의사실공표죄의 제문제”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 한국비교형사법학회, 2011, 179면.

279) 문봉규, “피의사실공표죄의 형사법적 한계와 허용범위”, 외법논집 제35권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2011, 175면; 신정훈, “피의사실공표죄의 형법적 한계”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006, 196면. 국회에서 발의되었던 법률안의 경우에는 형법중개정법률안(140013), 형법일부개정법률안(1806339), 형법일부개정법률안(1916886)이 있다. 이 견해에 대하여, 공공의 이익이라는 개념은 상당히 추상적이므로 종래 무분별한 피의사실공표죄를 차단하기 어렵고, 반인륜적인 범죄라도 수형생활을 마친 후 사회에 복귀해야 하는 만큼 피의사실이 알려지면 재사회화의 어려움이 있으므로 반대하는 입장도 있다(주승희, “피의사실공표죄의 법적 쟁점 검토”, 고려법학 제63호, 고려대학교 법학연구원, 2011, 178면).

280) 박혜진, “형법적 관점에서 바라 본 피의사실공표죄의 제문제”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 한국비교형사법학회, 2011, 181면.

281) 김봉수, “피의사실공표죄(형법 제126조)의 규범적 한계에 관한 고찰”, 경찰법연구 제9권 제1호, 한국경찰법학회, 2011, 74면.

282) 대표적으로 형법 일부개정법률안(1805988), 형법 일부개정법률안(1902940), 형법 일부개정법률안(1903809), 형법 일부개정법률안(1916886)을 들 수 있다.

도 생각해 볼 수 있다.

2. 행위의 주체

수사기관이 피의사실을 공표하는 경우 피의자의 인권과 알 권리의 조화를 위해 엄격한 요건을 갖추고 일정한 절차에 따라 공보담당관이 공표를 하는 것이 타당할 것이므로 공보담당관 외의 수사기관이 피의사실을 공표하였다면 본죄가 성립할 수 있도록 개정하는 방법을 생각해 볼 수 있다. 예컨대, “수사기관의 공보담당관 외 검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 피의사실을 공표한 때에는 . . .”이라는 방식으로 개정하는 것도 고려해 볼 만하다. 즉, 공보담당관에 의해 공표하도록 한다면 정제된 표현을 통해 객관적인 공보를 가능케 하고, 직접 수사 담당자의 불필요한 공명심을 유발하지 않게 하거니와 언론의 불필요한 과열취재를 줄일 수 있는 효과도 가져 올 수 있을 것이다.²⁸³⁾

문제는 이와 같이 개정할 경우, 공보담당관이 피의사실을 공표하였다고 하더라도 일정한 절차를 준수하지 않은 채 공표하거나, 승인된 범주를 벗어난 피의사실을 공표하는 경우 본 규정으로 취급하지 못하게 되는 문제가 있다. 하지만 수사기관 내부의 엄격한 절차가 마련되어 있다면 실제로 위와 같은 문제가 발생할 가능성은 높다고 보이지 않고, 설사 발생한다고 하더라도 내부적으로 징계하는 등의 방법으로 해결할 수 있을 것이다.

3. 법무부 준칙 및 경찰청 규칙의 재정비

가. 상위 법령에로의 승격

법무부 준칙과 경찰청 규칙의 목적은 앞에서 언급한 바와 같이 피의자의 인권을 보호함에 목적이 있는데, 양 준칙은 상급관청이 하급관청의 권한행사를 지휘하기 위해 발하는 명령으로서 법령과는 구별되는 개념이다. 비록 현재 훈령에 해당하기는 하지만 그 목적만큼은 인권보호를 위한 유의미한 내용으로 구성되어 있어 존재의의가

283) 신정훈, “피의사실공표죄의 형법적 한계”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006, 192면.

상당하다. 국가기관의 내부규율에 불과한 위 준칙들이 피의사실 공표행위를 금지하고 있는 형법상의 범죄구성요건을 조각시키는 기능을 수행할 수 있는 만큼, 준칙들이 훈령에만 그치는 것은 타당하지 않다고 생각한다. 나아가 형법 제20조 정당행위 중 법령에 의한 행위로 파악하는 것이 가능한지도 의문이다. 따라서 훈령을 제정할 때에는 법적근거가 있어야 하므로 준칙에 그치는 것으로는 부족하고 형법 또는 형사소송법에 두어야 한다거나²⁸⁴⁾ 검찰청법 등에 두어야 한다는 주장²⁸⁵⁾을 고려하여 향후 훈령에서 법령으로 승격시키는 것이 타당하다고 본다.²⁸⁶⁾ 2019년 5월 28일 법무부 검찰 과거사 위원회도 가칭 ‘수사공보에 관한 법률’을 제정할 것을 권고한 바 있다.²⁸⁷⁾

나. 예외규정의 정비

피의사실공표죄에 대한 형사판례가 없으므로 위 준칙들은 민사판결에 근거하여 위법성 조각사유에 대한 판단기준을 마련한 것으로 보인다. 즉, 대법원이 판시한 “공표 목적의 공익성과 공표 내용의 공공성, 공표의 필요성, 공표된 피의사실의 객관성 및 정확성, 공표의 절차와 형식, 그 표현 방법, 피의사실의 공표로 인하여 생기는 피침해이익의 성질, 내용 등을 종합적으로 참작”해야 한다는 내용이 토대가 되어 본 준칙의 내용으로서 발현되어 있다. 하지만, 양 준칙에서 허용하고 있는 피의사실의 예외적 공개에 관한 인정사유는 추상적이고 모호한 측면이 있으며,²⁸⁸⁾ 서면공보를 원칙으로 하면서도 예외적으로 구두공보를 허용하고 있는 점이 문제점으로 지적되고 있다.

법무부 준칙 제10조와 경찰청 규칙 제5조는 예외적 공개라는 표제 하에 ① 오보 또는 추측성 보도로 인하여 사건관계인의 법익이 침해되거나 침해될 위험성이 있는 경우,²⁸⁹⁾ ②국민들에게 알려져 유사범죄의 재발을 방지할 필요가 있는 경우,²⁹⁰⁾ ③공

284) 김재윤, “피의사실 공표죄 관련 법적 쟁점 고찰”, 언론중재 가을호, 2010, 100면; 문봉규, “피의사실공표죄의 형사법적 한계와 허용범위”, 외법논집 제35권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2011, 176면; 주승희, “피의사실공표죄의 법적 쟁점 검토”, 고려법학 제63호, 고려대학교 법학연구원, 2011, 178면.

285) 주승희, “피의사실공표죄의 법적 쟁점 검토”, 고려법학 제63호, 고려대학교 법학연구원, 2011, 64면.

286) 하태훈, “수사공보준칙과 피의사실공표죄”, 안암법학 제48권, 안암법학회, 2015, 77면에서는 소위 ‘수사공보에 관한 법률(가칭)’로 승격되어 제정되어야 한다고 주장하고 있다.

287) 법무부, “피의사실공표 사건 조사 및 심의결과”, 검찰 과거사 위원회 보도자료, 2019.5.28, 10면 참조.

288) 법무부, “피의사실공표 사건 조사 및 심의결과”, 검찰 과거사 위원회 보도자료, 2019.5.28, 9면.

공의 안전에 대한 급박한 위협이나 대응조치에 관하여 국민들에게 즉시 알려야 할 필요가 있는 경우,²⁹¹⁾ ④범인의 검거나 증거발견을 위해 국민들에게 협조를 구할 필요가 있는 경우²⁹²⁾가 양 준칙의 공통분모이며 이에 해당할 경우에는 피의사실을 예외적으로 공개할 수 있다.

여기서 ②와 ③은 내용상에 있어서 차이가 없고, ②의 경우에는 범죄명과 수법에 해당하는 자료를 배포하더라도 피해발생을 방지할 수 있으므로 수사사건의 내용을 전부 공개할 필요가 없으며,²⁹³⁾ ③의 경우에는 공공의 안전에 대한 급박한 위협이 있는지 여부를 상정하기 어렵다. 그리고 ④의 경우는 공개수배의 요건과 절차에 따라 이용하면 될 것이므로²⁹⁴⁾ 굳이 본 훈령에 규정할 이유가 없는 것이다. 이에 대하여 ④의 경우 해석의 다툼을 줄이기 위하여 중대범죄로 한정해야 한다는 입장이 있다.²⁹⁵⁾ 하지만 ①만 예외적 공개사유로 나열하는 것이 원칙에 대한 예외가 넓지 않다는 인상을 줄 수 있다는 점에서 타당하다.²⁹⁶⁾

그리고 법무부 준칙 제12조와 경찰청 규칙 제8조는 예외적 구두 브리핑에 관한 규정인데, 구두공보를 예외적으로 넓게 인정하고 사후에 서면보고로 대체하는 것은 서면공보의 원칙을 무너뜨릴 수 있는 예외조항으로서 폭넓게 운용될 위험성이 크므로²⁹⁷⁾ 본 규정을 정비할 필요성이 있다고 하겠다.

다. 공보준칙 위반행위에 대한 조치의 미비 보완

법무부 준칙 제32조²⁹⁸⁾와 경찰청 규칙 제23조²⁹⁹⁾는 준칙 위반행위에 대한 조치를

289) 법무부 준칙 제10조 제1항 제1호, 경찰청 규칙 제5조 제1항 제2호

290) 법무부 준칙 제10조 제1항 제2호, 경찰청 규칙 제5조 제1항 제1호

291) 법무부 준칙 제10조 제1항 제3호, 경찰청 규칙 제5조 제1항 제4호

292) 법무부 준칙 제10조 제1항 제4호, 경찰청 규칙 제5조 제1항 제3호

293) 하태훈, “수사공보준칙과 피의사실공표죄”, 안암법학 제48권, 안암법학회, 2015, 70면.

294) 하태훈, “수사공보준칙과 피의사실공표죄”, 안암법학 제48권, 안암법학회, 2015, 70면.

295) 주승희, “피의사실공표죄의 법적 쟁점 검토”, 고려법학 제63호, 고려대학교 법학연구원, 2011, 173면.

296) 하태훈, “수사공보준칙과 피의사실공표죄”, 안암법학 제48권, 안암법학회, 2015, 70면.

297) 하태훈, “수사공보준칙과 피의사실공표죄”, 안암법학 제48권, 안암법학회, 2015, 71면.

298) 제32조(위반행위에 대한 조치) 이 준칙에 위반하여 수사사건의 내용을 공개한 자가 있을 때에는 각급 검찰청의 장은 즉시 검찰총장에게 보고한 후 검찰을 실시하여 공개 경위, 내용, 이유 등을 조사하여야 한다. 다만, 검찰총장은 필요하다고 인정할 때에는 대검찰청 검찰부장으로 하여금 위반행위에 대한 검찰을 실시하도록 할 수 있다.

규정하고 있다. 법무부 준칙 제32조는 준칙을 위반하여 수사내용을 공개한 자가 있을 때 의무적으로 조사해야 한다고 규정되어 있고, 경찰청 규칙 제23조도 위반자에 대한 조사 후 ‘적절한’ 조치를 취해야만 한다고 규정하고 있을 뿐, 준칙을 위반한 자에 대한 적절한 조치가 무엇인지 구체적으로 규정되어 있지 않으므로 사실상 실효성이 떨어지는 문제가 있다.³⁰⁰⁾ 따라서 위 준칙들을 앞에서 언급한 바와 같이 단순히 훈령이 아닌 상위법령으로 승격시킴과 더불어, 피의사실공표가 형법상 범죄에 해당하는 만큼 조사결과 절차와 요건을 위반했음이 명백하다고 인정될 경우 본죄로 공소제가 이루어질 수 있도록 구체적인 내용을 추가적으로 삽입하는 것이 필요할 것이다.

제3절 해석에 의한 방안

1. 주체의 축소해석을 지양하는 방안

형법 제126조는 직접 수사를 담당한 공무원 외에도 감독·보조하는 자까지 주체가 될 수 있으므로 본죄의 주체가 될 수 있는 범위는 상당히 넓은 편이다. 하지만 판례는 일반적으로 ‘공보관·대변인의 기자회견을 통한 공표’³⁰¹⁾, ‘수사담당검사 또는 담당 경찰관의 수사결과 발표’ 등 외형상 발표권한이 있는 자의 발표를 피의사실공표로 인정하고 있고,³⁰²⁾ 단순히 수사기록 또는 담당검사로부터 입수한 정보만을 근거로 보도를 하는 경우³⁰³⁾나 경찰관계자의 설명만으로 보도하는 경우³⁰⁴⁾에는 피의사실공표를 인정하지 않고 있다. 피의사실의 공개는 언론기관의 직접적인 취재보다 수사기관이 수사실적을 알리고 홍보하기 위한 수단으로 언론에 흘리는 정보에 의해 수사의 초기단계에서부터 이루어지고 있다.³⁰⁵⁾ 따라서 앞의 개정방안에서 제시한 바와 같이

299) 제23조(위반시의 조치) 이 규칙에 반하여 수사사건 등의 내용을 유출한 사람에 대해서는 유출 경위와 내용 등을 조사하여 적절한 조치를 취하여야 한다.

300) 김재윤, “피의사실 공표죄 관련 법적 쟁점 고찰”, 언론과 중재 가을호, 2011, 100면; 300) 하태훈, “수사공보준칙과 피의사실공표죄”, 안암법학 제48권, 안암법학회, 2015, 73면

301) 대법원 1996.5.28. 선고 94다33828 판결.

302) 신정훈, “피의사실공표죄의 형법적 한계”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006, 191면.

303) 대법원 1998.5.8. 선고 96다36395 판결.

304) 대법원 1998.10.27. 선고 98다24624 판결.

피의사실의 공표를 공보담당관만으로 한정하여 해석하는 것을 지양한다면 공보담당관 외의 수사공무원이 피의사실을 공표한 경우 본죄의 성립이 상대적으로 용이해지므로 본조의 적용가능성이 높아질 수 있을 것이다.

2. 피의사실의 정도

피의사실은 문언 상으로 '사실'이라는 점에서 정도의 차이가 있을 수 있는지 의문일 수도 있다. 하지만 피의사실이란 모종의 범죄혐의를 받고 수사를 받고 있다는 내용이므로 증거의 확보 등 수사의 진행상황에 따라 무죄의 추정을 무너뜨릴 '정도'의 개연성이 점점 더 높아진다. 따라서 피의자의 인권보호의 측면에서 볼 때 피의사실 공표행위가 허용되려면 사건의 중대성이나 공표의 목적에 공익성이 인정되어야 한다는 점은 당연하거나 범죄혐의의 정도가 객관적으로 담보될 수 있을 정도를 갖추어야 할 것이다. 따라서 구체적 혐의와 충분한 혐의 사이의 수사중간단계에서는 객관적 증거의 확보여부에 따라 공표 여부가 결정되어야 하며,³⁰⁶⁾ 이러한 정도를 구비하지 못한 경우에는 본죄의 구성요건에 해당될 수 있다. 물론 이 단계에서 공보가 허용된다라고 피의자의 신상정보는 제외되어야 한다.³⁰⁷⁾

3. 위법성 조각사유의 엄격한 적용

피의사실공표죄에 대한 위법성 조각사유 적용 여부를 검토한 결과 피해자 승낙, 긴급피난의 적용은 사실상 어렵고, 제20조 정당행위도 수사공보준칙이 존재함에도 불구하고 준칙이 훈령이기 때문에 법령에 의한 행위로 인한 위법성 조각은 힘들다고 보아야 한다. 나아가 형법 제310조 유추적용은 더욱 어렵다. 그렇다면 결국 제20조 기타 사회상규에 위배되지 않는 행위로 위법성이 조각될 수 있을 것인데, 사회상규라는 개념 자체가 추상적이고 모호하며 사회통념이라는 의미를 가지고 있으므로 판단의 어려움이 크다. 물론 제20조가 실질적 위법성론을 반영한 내용이라는 점에서 의의가

305) 하태훈, “수사공보준칙과 피의사실공표죄”, 안암법학 제48권, 안암법학회, 2015, 68면.

306) 하태훈, “수사공보준칙과 피의사실공표죄”, 안암법학 제48권, 안암법학회, 2015, 79면.

307) 김봉수, “피의사실공표죄(형법 제126조)의 규범적 한계에 관한 고찰”, 경찰법연구 제9권 제1호, 한국경찰법학회, 2011, 68면.

크고 모든 위법성 조각사유의 근본원리로서의 기능을 가지고 있으며, 나아가 구체적 타당성을 기할 수 있고 융통성 있게 사안을 해결할 수 있는 장점은 있다. 하지만 피의사실공표죄는 실질적으로 위법한 피의사실 공표행위로 인해 국가의 공정한 수사권행사라는 법익을 해할 위험성이 크고, 사인이 아닌 '국가권력'에 의해 개인의 인격권이 침해된다는 점에서 일반 명예훼손죄보다 불법성이 중하다고 할 수 있다. 나아가 실추된 명예의 회복은 사실상 불가능하므로 알 권리와 개인의 인격권 사이를 비교형량하여 최소한도로서 허용될 수 있도록 기타 범죄유형에 비해 본죄는 위법성 조각사유를 엄격하게 해석·적용하는 것이 타당하다고 본다. 경찰의 경우에는 '경찰 수사사건 공보 체크리스트'라는 매뉴얼상의 일정한 절차를 지키도록 하고 있는데, 이러한 절차가 더욱 구속력을 갖추려면 피의사실공표가 수사기관에 의해 이루어지는 경우가 많은 만큼 법무부 준칙과 경찰청 규칙의 상위법령으로 승격되는 변화가 전제되는 것이 합리적이라고 할 것이다.

참고로 아래는 현재 운용되고 있는 경찰 수사사건 공보 체크리스트인데 피의사실 공표의 엄격화를 위한 매뉴얼로서 피의자의 인격권을 보호하기 위한 내용으로 구성되어 있다.

〈표 5-1〉 참고: 경찰 수사사건 공보 체크리스트

1. 보도자료 작성시	
위법성 조각은 ①공표 목적의 공익성, ②공표 내용의 공공성, ③공표의 필요성, ④공표된 피의사실의 객관성 및 정확성, ⑤공표의 절차와 형식, ⑥표현방법, ⑦공표로 인해 생기는 피해 이익의 성질과 내용 등을 종합적으로 참작해야 한다.	
1. 일반 국민들의 정당한 관심의 대상이 되는 사항입니까?(공익성이 있습니까?)	
2. 경찰수사사건 공보규칙 제5조에 규정된 예외적인 공개사항에 해당합니까? (입건·영장 신청단계라면 보도자료 배포를 지양하시기 바랍니다.)	
3. 객관적이고도 충분한 증거나 자료를 바탕으로 한 사실에 한정되어 있습니까?	
4. 무죄추정 원칙에 반해 유죄를 속단하게 할 우려가 있는 표현이나 추측 또는 예단을 불러일으킬 우려가 있는 표현은 없습니까?	
5. 주관적 표현이나 자극적인 표현은 없습니까?	
6. 피의자와 피해자의 주장이 상반됨에도 일방의 주장만으로 내용을 작성하지는 않았습니까?	
7. 경찰수사사건 공보규칙 제10조에 규정된 공보제한사항은 없습니까?	
8. 이름·거주지·얼굴·전화번호·인터넷ID·직장·학교 등 신원을 알 수 있는 정보나 유추할 수 있는 정보가 포함되어 있습니까? 개인정보는 공개할 수 없습니다.	
9. 사건관계자의 성(姓), 법인명을 'A', 'A', 'C'와 같이 알파벳 순서대로 표기 했습니까?	

10. 범죄발생의 원인이 피해자에게 있는 것처럼 묘사하지는 않았습니까? 피해자와 가족의 생활을 노출하지는 않았습니까?	
11. 공익신고자 신분노출 가능성을 점검하였습니까?	
12. 동영상이나 사진을 제공한다면 모자이크 처리범위를 보도자료 별지에 구체적으로 적시하였습니까?	
13. 모방범죄를 야기할 정도로 자세한 범행과정이 묘사되거나, 상세한 수사기법 또는 증거관계가 노출될 수 있는 정보는 없습니까?	
14. 보도자료 배포 전 상급부서에 보고하여 감수·검토 받았습니까?	
15. 감독관청·검사기관의 행정적·전문적인 판단이 필요한 사건인 경우 관련기관으로부터 결과확신을 받거나 협의를 마쳤습니까?	
16. 자살사건은 자살촉발요인을 비공개처리 했습니까?	
17. 사건과 연계된 경찰수사 정책·제도에 대한 설명도 포함하였습니까?	
II. 브리핑 등 기타 사안	
18. 공보책임자를 수사부서장으로 지정하였습니까? 언론창구가 단일합니까?	
19. 개별 인터뷰 요청을 받은 경우라면 공보책임자의 승인을 받으십시오.	
20. 브리핑·인터뷰 내용이 위 보도자료 작성기준에 부합하는지 미리 점검했습니까?	
21. 브리핑·인터뷰 사전에 일정·내용 등에 대하여 직근 상급부서에 보고 및 조율하였습니까?	
22. 언론 인터뷰 요령, 질문 유형별 답변요령을 숙지하였습니까?	
23. 공식적인 보도자료 또는 브리핑 외에는 개별적인 정보 유출 또는 공개되지 않은 정보를 확인해 주는 것은 불가합니다.	
24. 브리핑 장소는 기자실·회의실 등 지정된 공식장소로 선정하였습니까?	
25. 사무실 내 피의자 조사 장면은 원칙적으로 촬영이 금지됩니다.	
26. 단언적·단편적, 면피성·회피성 답변을 해서는 안 됩니다.	
27. 수사관 얼굴 노출을 방지해줄 것을 홍보 기능에 요청하였습니까?	
28. 특정강력범 신상공개 여부는 기준과 절차를 준수하여 결정하였습니까?	
29. 수사서류 보안을 철저히 유지하고 있습니까?	
30. 사건관련인의 개인정보가 노출된 경우 언론매체에 보도보류를 요청하고, 이미 보도한 매체에 대해서는 신속히 개인정보 삭제를 요청해야 합니다.	

* 출처: 수사국(수사기획과), 경찰 수사사건 공 체크리스트 및 설명자료, 2019.3. 1~3면.

제4절 기타 방안

1. 피의사실공표죄의 규범력 강화

법무부 검찰 과거사 위원회는 보도 자료에서 규범력 강화를 위해 허용되는 수사공보와 처벌되는 피의사실공표를 분명히 구분할 필요성이 있음을 강조하고 있다.³⁰⁸⁾ 즉, 피의사실공표죄의 사문화 배경에 공보와 피의사실 및 위법성 조각사유 사이에

엄한 법리와 명확하지 못한 기준들도 적지 않은 원인이 되었을 것이라고 생각한다. 따라서 명확한 기준제시를 통해 공표의 내용과 범위를 한계지우는 것이 피의사실공표죄의 규범력을 회생시키는 데 있어서 가장 중요할 것이다.³⁰⁹⁾

그리고 피의사실공표죄의 규범력을 강화시키기 위해서는 피의사실 공표행위에 대하여 수사가 엄정하게 이루어지고 나아가 실제로 기소가 되어야 한다.³¹⁰⁾ 또한 현행 형사소송법 제260조는 피의사실공표죄에 대한 재정신청을 인정하고 있는데 이 재정신청제도는 아직까지 그 기능을 보여주지 못하고 있다. 이러한 기능을 살리기 위하여 피의사실공표죄에 대한 고소·고발사건은 예외적으로 기소강제주의를 택하는 방안,³¹¹⁾ 그리고 피의사실공표죄 고발사건에 대하여 검찰이 수사를 하지 않을 경우 재정신청제도는 무용지물이라는 점에서 “검사의 불법과 비리 등을 포함하여 고위공직자의 범죄행위에 대한 특별수사기구를 신설하는 방안, 본죄에 대한 불기소처분을 검찰시민위원회의 의결로 재수사 및 기소강제가 가능하도록 하는 방안”³¹²⁾ 등을 생각해 볼 수 있다.

2. 위원회 제도 신설

법무부 훈령인 수사공보준칙 제11조에 의하면 수사사건의 공개를 소속 검찰청의 장으로부터 승인을 받을 것을 요구하고 있는데, “긴급한 경우를 제외하고는 해당 검찰청의 장이 승인 여부를 결정하기에 앞서 다양한 각계 전문가로 구성된 수사공보자문 위원회로 하여금 공보 여부 및 공보 내용의 범위와 방법에 대한 자문을 받게끔 하는 것”³¹³⁾도 의미가 있을 것으로 보인다.

308) 법무부, “피의사실공표 사건 조사 및 심의결과”, 검찰 과거사 위원회 보도자료, 2019.5.28, 10면.

309) 김봉수, “피의사실공표죄(형법 제126조)의 규범적 한계에 관한 고찰”, 경찰법연구 제9권 제1호, 한국경찰법학회, 2011, 74면.

310) 하태훈, “수사공보준칙과 피의사실공표죄”, 안암법학 제48권, 안암법학회, 2015, 84면.

311) 박혜진, “형법적 관점에서 바라 본 피의사실공표죄의 제문제”, 비교형사법연구 제13권 제2호, 한국비교형사법학회, 2011, 180면.

312) 하태훈, “수사공보준칙과 피의사실공표죄”, 안암법학 제48권, 안암법학회, 2015, 85면.

313) 주승희, “피의사실공표죄의 법적 쟁점 검토”, 고려법학 제63호, 고려대학교 법학연구원, 2011, 179면.

3. 수사공보 대상자의 반론권 등 권리보장 제도 마련

과거 특정 사건의 경우 수사 상황을 실시간으로 생중계할 정도로 지나치게 상세하고 빈번하게 수사 상황이 언론에 노출되는 경우가 허다하였다. 하지만 공보 대상자가 정정보도청구 등 법적으로 허용된 절차에 따라 대응하는 것이 사실상 용이하지 않고, 위법한 수사공보에 대한 손해배상 청구소송 제기와 같은 사후적인 구제방안만으로는 공보 대상자가 입을 수 있는 불이익을 제거하는 데 한계가 있다고 할 수 있을 것이다. 위와 같은 이유로 법무부 검찰 과거사 위원회는 수사공보가 이루어지는 경우 공보 대상자 혹은 공보로 인해 법률적인 불이익을 입을 수 있는 위치에 있는 이해관계자에게 수사공보에 대한 반론권을 보장하고 공보 내용에 대해 이의를 제기할 수 있는 방안을 권고한 바 있으므로³¹⁴⁾ 공보 대상자의 권리보장을 위한 제도적 장치 마련을 고민해 볼 필요가 있을 것이다.

314) 법무부, “피의사실공표 사건 조사 및 심의결과”, 검찰 과거사 위원회 보도자료, 2019.5.28, 11면

제 6 장



결 론

김 재 현

결론

지금까지 피의사실공표죄에 대하여 최대한 전반적인 논의를 다루어보고자 하였다. 우선 우리 형법 제정시기에 어떠한 경유로 본죄가 도입되었는지 살펴보기 위해 일본 개정형법가안과 입법당시의 회의록 등을 검토하여 본죄의 입법취지를 검토한 바, 일본 개정형법가안과는 달리 우리는 인권보호에 중점이 있었음을 알 수 있었다. 그리고 해외법제로서 미국과 독일, 스위스, 일본, 중국의 형법규정을 살펴보았으나 피의사실 공표행위를 적극적으로 처벌하는 국가는 찾아볼 수 없었다. 예컨대, 미국의 경우 당연히 당해 행위에 대한 처벌규정은 존재하지 않으면서 오히려 공개 내지 공표 가능한 행위를 법률이 아닌 다른 형식으로 규정하고 있었고, 일본의 경우에는 다른 범죄의 불처벌 특례로서 피의사실공표행위를 규정하고 있다는 점이 특이하였다. 우리나라의 피의사실공표죄에 해당하거나 유사하거나 혹은 본죄의 행위유형을 부분적으로나마 포섭할 수 있는 규정이 있는 것도 찾을 수 없었다. 오히려 미국의 경우에는 연방법무부 차원의 매뉴얼을 통하여 공표 내지 공개할 정보가 무엇인지를 적극적으로 규정하고 있고, 일본의 경우에는 이러한 공표행위가 명예훼손죄를 통해 처벌될 행위가 아님을 규정하고 있음 역시 확인하였다. 또한 독일과 중국의 경우 재판상 비공개심리와 관련된 사실을 공표하는 행위를 처벌하는 규정을 두고는 있지만 이러한 처벌규정이 우리나라의 피의사실공표죄에 해당된다고 할 수는 없다. 물론 그러한 처벌 규정을 두고 있지 아니하는 것에는 동일한 배경이 존재한다고 볼 수는 없을 것이다. 예를 들어 미국의 경우에는 미연방 수정헌법상 표현의 자유 내지 언론의 자유에 대한 두터운 보호가 그 배경이라고 추정된다. 그러나 관련 처벌규정을 두고 있지 않은 국가 중에서 중국은, 미국과 동일한 이유를 공유한다고 보기도 어렵다. 비록 외국의 입법례에서 피의사실공표죄를 찾을 수 없고, 형법 제정이후로 지금까지 본죄로 처벌된 경우가

없다고 하더라도 우리형법상 피의사실공표죄가 무의미하다고 단정할 수는 없을 것이다. 다만, 이러한 점이 본죄의 비범죄화 여부를 검토하기 위한 단초를 제공해 줄 수는 있으므로 이에 대한 검토가 필요하였다. 우선 헌법적 관점에서 파악해본 결과 알 권리와 피의자의 인격권 사이의 충돌을 해결하는 것이 중요한 문제였는데, 본죄가 없을 경우 피의사실공표로 인해 침해될 수 있는 피의자의 권리와 법익들을 보호해 줄 수 있는 방법이 없고, 본죄가 존재한다고 하더라도 알 권리는 제한하지 않는 범위 내에서 본죄를 운용할 수 있으므로 본 규정이 헌법에 위배된다고 보기는 어렵다고 할 수 있다. 그리고 형법적 관점에서 접근하여 당벌성과 필벌성 여부를 논한 결과 또한 처벌의 필요성이 있는 행위로 평가될 수 있었다.

피의사실 공표행위로 인해 피의자의 인격권이 침해되고 국가의 공정한 수사권 행사라는 법익이 침해될 우려가 있는 만큼 피의사실의 공표는 엄격한 요건과 절차를 밟은 수사기관의 공보담당관에 의해 이루어지는 것이 타당하다. 왜냐하면 피의사실 공표의 주체가 확정된다면 피의사실공표 '죄'의 주체도 상대적으로 명확해지기 때문이다. 따라서 공보담당관 외 '검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자'가 피의사실을 공표하는 경우에는 본죄가 성립할 수 있을 것이다. 그리고 피의사실의 구체성이나 정도에 있어서 특정 범죄의 구성요건에 해당하는 사실을 공표한 것은 아니라고 할지라도 실질적 위법성론과 객관적 위법성론에 따라 사회 일반인의 입장에서 볼 때 범죄의 인상을 심어주기에 충분하며,³¹⁵⁾ 기자의 독자적인 취재에 의해 이미 알려진 사안이라고 할지라도 수사기관의 공표는 일반인에게 유죄의 확신을 심어줌과 동시에 무죄추정의 원칙과 공정한 재판을 받을 권리 등의 기본권과 수사의 공정성 및 명예를 포함한 인격권 등의 보호법익을 침해할 위험성이 충분하므로 본죄에 해당할 수 있을 것으로 본다.

피의자의 인권도 중요하지만 국민의 알 권리 또한 보장되어야 하는 기본권인 만큼 위법성 조각사유에 대한 해석도 중요하다. 앞에서 살펴본 바와 같이 정당방위나 긴급 피난, 피해자 승낙에 의한 위법성 조각은 어렵다고 보이며, 형법 제20조에 의한 정당 행위에 의해서만 위법성이 조각될 수 있다고 파악하는 것이 타당하다. 이는 위법성

315) 조기영, "피의사실공표죄의 구성요건요소 해석-‘피의사실’과 ‘공표’의 의미를 중심으로-", 형사법연구 제24권 제2호, 한국형사법학회, 2012, 20면.

조각사유에 대한 확대적용을 지양하여 피의자의 인권을 보호하고 본죄를 합리적으로 운용하기 위한 방안에도 부합한다. 특히 피의사실 공표행위가 ‘인권보호를 위한 수사 공보준칙’ 및 ‘경찰수사사건 등의 공보에 관한 규칙’에 해당할 경우 법령에 의한 행위로서 위법성이 조각될 수 있을 것인지 문제되는데, 법무부 준칙과 경찰청 규칙은 훈령에 해당하므로 법령이라고 보기 어려운 문제가 있다. 따라서 양 훈령에 해당할 경우 법령에 의한 행위로서 위법성이 조각되는 것이 아니라 판례가 실시하는 요건을 갖추었다면 기타 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 위법성이 조각된다고 할 수 있다. 법무부 검찰 과거사 위원회가 권고하는 바와 같이 양 훈령을 법령으로 승격시켜 법적 구속력을 강화하고, 반면 수사기관의 피의사실 공표행위가 훈령을 준수하였을 경우 국민의 알 권리의 보장과 더불어 법령에 의한 행위로서 위법성을 조각시킬 수 있도록 훈령을 승격하는 방안도 타당하다고 생각한다.

그리고 형법 제126조의 규범력 강화를 위한 노력이 필요한데, 지금까지의 관행에 비추어 보았을 때 무엇보다 검찰과 법원의 노력이 필요할 것이다. 그리고 피의사실공표죄에 대한 재정신청을 인정하고 있음에도 불구하고 아직까지 그 기능을 발휘하고 있지 못하고 있으므로 피의사실공표죄에 대한 고소·고발사건은 예외적으로 기소강제주의를 택하거나 본죄에 대한 불기소처분을 검찰시민위원회의 의결로 재수사 및 기소강제가 가능하도록 하는 방안 등도 생각해 볼 수 있다.

나아가 법무부 훈령인 수사공보준칙 제11조에 의하면 수사사건의 공개를 소속 검찰청의 장으로부터 승인을 받을 것을 요구하고 있는데, “긴급한 경우를 제외하고는 해당 검찰청의 장이 승인 여부를 결정하기 전에 다양한 각계 전문가로 구성된 수사공보자문위원회로 하여금 공보 여부 및 공보 내용의 범위와 방법에 대한 자문을 받게끔 하는 것”³¹⁶⁾도 의미가 있을 것으로 보인다. 또한 공보 대상자 혹은 공보로 인해 법률적인 불이익을 입을 수 있는 위치에 있는 이해관계자에게 수사공보에 대한 반론권을 보장하고 공보 내용에 대해 이의를 제기할 수 있는 방안을 권고한 바 있으므로 공보 대상자의 권리보장을 위한 제도적 장치 마련을 고민해 볼 필요가 있을 것이다. 이상 언급한 점들을 고려한다면 피의자의 인권과 사문화되었다는 평가를 받고 있는 피의사

316) 주승희, “피의사실공표죄의 법적 쟁점 검토”, 고려법학 제63호, 고려대학교 법학연구원, 2011, 179면.

실공표죄를 합리적으로 운용할 수 있지 않을까 생각한다.

반복하다시피 피의사실공표죄는 우리나라만의 독자적인 처벌규정이라고 보아도 과언이 아니다. 외국의 법제에 존재하지 않는다는 이유로 우리 법의 독자성을 무시하는 태도는 지양되어야 할 것이며, 비록 지금까지 처벌된 사례는 없지만 인권을 위한 취지로 본 규정이 탄생한 규정인 만큼 앞으로는 적절하게 운용할 수 있도록 노력할 필요가 있다고 본다. 그렇다고 하여 범죄화를 ‘지향’하자는 것으로 오해해서는 안 된다. 즉, 국민의 알 권리와 언론의 자유 등을 근거로 피의자의 인권이 침해된 사례가 적지 않은 만큼 이제는 어느 한 쪽에만 무게중심을 두어 치우치지 않도록 해야 하며, 국민의 알 권리를 보장하되 최소침해의 원칙을 관철하면서 인격권의 보호와 조화롭게 본죄를 운용하는 방향으로 나아가야 할 것이다.

참고문헌

I. 국내문헌

1. 단행본

- 강효백, 중국법 통론, 경희대학교 출판국, 2007
- 권영성, 헌법학원론(보정판), 법문사, 2000
- 권오걸, 형법각론, 형설출판사, 2011
- 김성돈, 형법각론, 성균관대학교출판부, 2008
- 김성천/김형준, 형법각론(제5판), 소진출판사, 2015
- 김일수/서보학, 형법각론(제7판), 박영사, 2007
- 김철수, 헌법학개론, 박영사, 1999
- 김태명, 판례형법각론(제2판), 피앤씨미디어, 2016
- 김혜정/박미숙/안경옥/원혜옥/이인영, 형법각론, 피앤씨미디어, 2019
- 까오밍쎈 주편(한상돈 역), 중국 형법총론 연구, 한국형사정책연구원, 2009
- 박상기, 형법각론(제7판), 박영사, 2008
- 배종대, 형법각론(제7전정판), 홍문사, 2011
- 법무부, 독일형법, 2008
- 손동권/김재운, 형법각론, 을곡출판사, 2013
- 오영근, 신형법입문 제5판, 박영사, 2018
- 오영근, 형법각론(제2판), 박영사, 2009
- 유기천, 형법학 각론강의 하(전정신판), 일조각, 1982
- 윤해성·김재현, 사실적시 명예훼손죄의 비범죄화 논의와 대안에 관한 연구, 연구총서 19-AB-02, 한국형사정책연구원, 2018
- 이상돈, 형법강론, 박영사, 2015
- 이상윤, 영미법, 박영사, 1999
- 이재상, 형법각론(제8판), 박영사, 2012
- 이형국, 형법각론, 법문사, 2007
- 임웅, 형법총론(제9정판), 법문사, 2017

- 임웅, 형법각론(제8정판), 법문사, 2017
- 임웅, 비범죄화의 이론, 법문사, 1999
- 정성근/박광민, 형법각론, 삼지원, 2009
- 정영일, 형법각론(제3판), 박영사, 2011
- 정종섭, 헌법학원론(제2판), 박영사, 2007
- 한국형사정책연구원(김유근 역), 스위스 형법전, 한국형사정책연구원, 2009
- 허영, “한국헌법론”, 박영사, 1999
- 형사법령제정자료집(1), 한국형사정책연구원, 1990

2. 학술논문

- 김봉수, “피의사실공표죄(형법 제126조)의 규범적 한계에 관한 고찰”, 경찰법연구 제9권 제1호, 한국경찰법학회, 2011
- 김상겸, “피의사실공표의 허용범위와 한계”, 형사법의 신동향 통권 제27호, 대검찰청, 2010
- 김성돈, “진실적시명예훼손죄 폐지론”, 형사정책연구 제27권 제4호, 한국형사정책연구원, 2016
- 김운용, “피의사실공표죄의 법적 문제”, 언론증재 가을호, 1982
- 김재윤, “피의사실 공표죄 관련 법적 쟁점 고찰”, 언론과 증재 가을호, 2011
- 김준호, “형법 제307조 제1항의 비범죄화에 관한 소고-대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도2138 판결에 관하여-”, 공익과 인권 제4권 제2호, 서울대학교 BK21 법학연구단 공익인권법연구센터, 2007
- 문봉규, “피의사실공표죄의 형사법적 한계와 허용범위”, 외법논집 제35권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2011
- 문성도, “피의사실공표의 형법적 한계-피의사실공표죄를 중심으로-”, 치안정책연구 제15호, 경찰대학 치안정책연구소, 2001
- 문재완, “피의사실공표죄의 헌법적 검토”, 세계헌법연구 제20권 제3호, 세계헌법학회 한국학회, 2014
- 박선영, “알 권리와 피의사실공표 및 명예훼손의 관계”, 공법연구 제28집 제2호, 한국공법학회, 2000
- 박혜진, “형법적 관점에서 바라 본 피의사실공표죄의 제문제”, 비교형사법연구 제13권

- 제2호, 한국비교형사법학회, 2011
- 신동운, “무죄추정의 원칙과 검사의 기소유예처분”, 서울대학교 법학 제31권 제3·4호, 서울대학교 법학연구소, 1990
- 신동운, “형법상 외환의 죄에 관한 연혁적 고찰”, 서울대학교 법학 제56권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2015
- 신정훈, “피의사실공표죄의 형법적 한계”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006
- 오영근/최종식, “일본 개정형법가안에 관한 일고찰”, 형사정책연구 제10권 제1호, 한국형사정책연구원, 1999
- 오영근, “일본개정형법가안이 제정형법에 미친 영향과 현행 형법해석론의 문제점”, 형사법연구 제20호, 한국형사법학회, 2003
- 유기천, 형법학[각론강의 하] 전정신판, 일조각, 1995
- 이근우, “중간수사발표에 대한 피의사실공표죄 적용의 몇 가지 쟁점”, 비교형사법연구 제10권 제1호, 한국비교형사법학회, 2008
- 이준일, “피의사실공표죄의 헌법적 정당화”, 고려법학 제47권, 고려대학교 법학연구소, 2006
- 이준일, “비례성원칙의 개념과 구조 및 구체화”, 고시연구, 고시연구사, 2005
- 임 옹, “비범죄화의 방안에 관한 연구”, 성균관법학 제19권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2007
- 조기영, “피의사실공표죄의 구성요건요소 해석-‘피의사실’과 ‘공표’의 의미를 중심으로-”, 형사법연구 제24권 제2호, 한국형사법학회, 2012
- 주승희, “피의사실공표죄의 법적 쟁점 검토”, 고려법학 제63호, 고려대학교 법학연구원, 2011
- 하태훈, “수사공보준칙과 피의사실공표죄”, 안암법학 제48권, 안암법학회, 2015
- 황정익, “범죄사건보도와 피의자의 인권”, 형사정책연구 제10권 제3호, 한국형사정책연구원, 1999

II. 외국문헌

Allen Rostron, THE MUGSHOT INDUSTRY: FREEDOM OF SPEECH, RIGHTS OF PUBLICITY, AND THE CONTROVERSY SPARKED BY AN UNUSUAL NEW TYPE OF BUSINESS, 90 Wash. U. L. Rev. 1321 (2013). (https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=6017&context=law_lawreview 2019. 6. 5. 최종검색)

Eumi K Lee, MONETIZING SHAME: MUGSHOTS, PRIVACY, AND THE RIGHT TO ACCESS, 70 Rutgers L. Rev. 557 (2018). (<http://www.rutgerslawreview.com/wp-content/uploads/2018/09/Monetizing-Shame-Mugshots-Privacy-and-the-Right-to-Access.pdf> 2019. 6. 5. 최종검색)

Naucke, “Über deklaratorische, scheinbare und wirkliche Entkriminalisierung”, GA, 1985

Stephen A. Siegel, THE CONSTITUTION ON TRIAL: ARTICLE III'S JURY TRIAL PROVISION, ORIGINALISM, AND THE PROBLEM OF MOTIVATED REASONING, 52 Santa Clara L. Rev. 373 (2012). (<https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=16&ved=2ahUKEwiUt4SI2s7iAhWwGqYKHe80DdQQFjAPegQICRAC&url=http%3A%2F%2Fdigitalcommons.law.scu.edu%2Fcgi%2Fviewcontent.cgi%3Farticle%3D1232%26context%3Dlawreview&usg=AOvVaw1mbZdYt3HOmliotDNM-1Lc&httpsredir=1&article=1232&context=lawreview> 2019. 6. 4. 최종검색)

Thomas I. Emerson, LEGAL FOUNDATIONS OF THE RIGHT TO KNOW, 1976 Wash. U. L. Q. 1 (1976). (https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2625&context=law_lawreview 2019. 6. 14. 최종검색)

改定調査委員會總會及決議留保條項(刑法總則及各則 未定稿), 改定刑法仮安 제4판, 法曹會, 1940

吉川經夫, 刑法改正を考える, 東京: 實業之日本社, 1974

刑法並びに監獄法改定調査委員會議事速記録, 法務資料 別冊 第23號, 法務大臣官房調査課, 昭和 32年 1月

国务院法制办公室编, 中华人民共和国刑法典-注释法典-, 中国法制出版社, 2018(新四版)
 张明楷, 刑法学, 法律出版社, 2012

Ⅲ. 인터넷 자료: 웹검색, 정부부처, 신문기사

미국 연방법률 및 주법률 검색: Justia, US Law, US Codes and Statutes (<https://law.justia.com/codes/> 2019.6.5. 최종검색)

우리나라 법률 검색: 법제처 국가법령정보센터 (<http://www.law.go.kr> 2019.7.2. 최종검색)

ACLU, Freedom of Expression (<https://www.aclu.org/other/freedom-expression> 2019.5.27. 최종검색)

Japanese Law Translation, 刑法 法令番号: 明治四十年法律第四十五号(Penal Code Law number: Act No. 45 of 1907) (<http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=1960&re=02&vm=04> 2019.6.14. 최종검색)

Legal Dictionary, Matal v. Tam (<https://legaldictionary.net/matal-v-tam/> 2019.7.5. 최종검색)

Nate Chute, "How does Alabama's near-total abortion ban bill compare to Georgia's 'fetal heartbeat' law?", USA TODAY 2019.5.15. (<https://www.usatoday.com/story/news/nation/2019/05/15/alabama-abortion-bill-georgia-abortion-ban-heartbeat-law/3676635002/> 2019.6.3. 최종검색)

SCOTUSblog(Supreme Court of the United State Blog) (<https://www.scotusblog.com/case-files/cases/lee-v-tam/> 2019.7.5. 최종검색)

Tara Law, "Here Are the Details of the Abortion Legislation in Alabama, Georgia, Louisiana and Elsewhere", TIME 2019. 5. 30. (<http://time.com/5591166/state-abortion-laws-explained/> 2019.6.3. 최종검색)

The United States Department of Justice, Justice Manual, 1-7.000 - Confidentiality and Media Contacts Policy (<https://www.justice.gov/jm/jm-1-7000-media-relations> 2019.6.3. 최종검색)

baidu, “刑法” 검색, 中华人民共和国刑法, 华律网 (<https://www.66law.cn/tiaoli/9.aspx>

2019.7.2. 최종검색)

baidu, “全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要” 검색, 全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要 (<https://baike.baidu.com/item/%E5%85%A8%E5%9B%BD%E6%B3%95%E9%99%A2%E5%AE%A1%E7%90%86%E9%87%91%E8%9E%8D%E7%8A%AF%E7%BD%AA%E6%A1%88%E4%BB%B6%E5%B7%A5%E4%BD%9C%E5%BA%A7%E8%B0%88%E4%BC%9A%E7%BA%AA%E8%A6%81/13779087?fr=aladdin> 2019.5.13. 최종검색)

IV. 미국 판례

Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

Gonzales v. Raich (previously Ashcroft v. Raich), 545 U.S. 1 (2005).

Matal v. Tam, 582 U.S. ____ (2017)(Matal v. Tam, 137 S. Ct. 1744 (2017)).

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

Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

Snyder v. Phelps, 562 U.S. 443 (2011).

United States v. Lopez, 514 U.S. 549 (1995).

Abstract

A Study on rational application plan for 'Publication of Facts of Suspected Crime'

Kim, Jae-hyun · Lim, Jung Ho

Pursuant to Paragraph (4) Article 27 of the Constitution of the Republic of Korea, the defendant shall be presumed innocent until a verdict of guilty has been reached. The constitution stipulates the innocence of the defendant rather than the innocence of suspect. However, if the presumption of innocence can be applied to the defendant, most likely to be pronounced a judgement of guilt after prosecution, it will be more strongly acceptable to the suspect who has not yet been prosecuted. The right to be innocent until proved guilty must be guaranteed, which should avoid letting the public know the fact of suspicion without any sound evidence and make a suspect be thought as a criminal offender. In this light, Article 126 of the Criminal Act classifies the behavior of 'publication of facts of suspected crime' by investigative authorities before prosecutor's indictment as a crime.

It is hard to find the provision on the publication of facts of suspected crime in other foreign legislations, and it is meaningfully stated only in Korean legislation. However, this provision is believed to be nearly nullified so far, because there has been no cases being punished for the crime of the publication of facts of suspected crime. Recently all eyes have been on the provision. For example, Ministry of Justice has strictly guided the Prosecution on the publication of the facts of suspected crime. The Special Committee on Past Wrongdoings by the Prosecution, set up under the Ministry of Justice, has reported 'the results of investigation and review on the publication of facts of suspected crime' and

issued a recommendation to protect the suspect's human rights.

Despite its recent surface, this is not the first time to be raised as a problem. After a death of former President Roh Moo-Hyun, the issue created a huge sensation and it was recognized that the reform of the Prosecution was needed in order to address the publication of facts of suspected crime. The publication of facts of suspected crime is also limitedly allowed for the people's right-to-know or for a large profit. However, investigative authorities have made public on the facts of suspected crime within permissible range, thus, it is doubtful whether it is fair to say that there is no case being punished for the crime. It is high time to have an in-depth discussion with reflecting the growing concerns on the publication of facts of suspected crime.

This provision is remarkably meaningful in terms of protecting defendant's human rights. On the other hand, it also conflicts with basic human rights such as the people's right-to-know and freedom of speech, preserved by Constitution. This is not the issue of being biased on one side. Therefore, this research tries to look at the issue from various perspectives and make a suggestion to reasonably apply the provision on the publication of facts of suspected crime.

연구총서 19-AB-05

피의사실공표죄의 합리적 적용방안 연구

발 행 | 2019년 7월

발 행 처 | 한국형사정책연구원

발 행 인 | 한 인 섭

등 록 | 1990. 3. 20. 제21-143호

주 소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114

전 화 | (02)575-5282

홈페이지 | www.kic.re.kr

정 가 | 7,000원

인 쇄 | (주)현대아트컴 02-2278-4482

I S B N | 979-11-89908-21-8 93360

• 사전 승인없이 보고서 내용의 무단 전재 및 복제를 금함.