

# 피의사실공표의 형법적 한계

- 피의사실공표죄를 중심으로 -

## 문 성 도\*

- I. 서 론
  - II. 입법례와 연혁
    - 1. 입법례
    - 2. 연 혁
  - III. 피의사실공표죄의 이론적 근거
    - 1. 보호법익
    - 2. 보호법익간 우선순위
    - 3. 소 결
  - IV. 피의사실공표죄의 구성요건
    - 1. 범죄주체
    - 2. 행위의 객체
    - 3. 행 위
    - 4. 공범과 신분
  - V. 위법성조각사유
    - 1. 서
    - 2. 공공의 이익에 의한 위법성 조각 인정 여부
    - 3. 피해자의 승낙에 의한 위법성 조각
    - 4. 형사소송법상 수색에 의한 공개수사의 위법성 조각
    - 5. 경찰관직무집행법 제6조에 의한 위법성 조각
    - 6. 알 권리에 의한 위법성 조각
  - VI. 피의사실 공표행위에 대한 위법성조각의 한계
    - 1. 알 권리의 구체적 내용과 한계의 모호성
    - 2. 대법원 판례에 나타난 위법성조각의 판단기준
    - 3. 범죄의 익명 보도에 관한 법률과 익명 공개원칙
  - VII. 결 론
- ◎ 참고문헌

\* 국립경찰대학교 법학과 전임강사, 법학박사

# I. 서론

경찰, 검찰 등의 수사기관은 범죄혐의 사실을 때로는 '수사결과발표'라는 형식으로, 때로는 보도경쟁에 나선 언론매체에 수사정보를 흘리는 방식으로 세상에 공개하고 있다. 또한 수사기관은 도주 중인 피의자를 검거할 목적으로 피의자의 성명, 사진, 피의사실 등을 공표하여 피의자를 공개수배하기도 한다. 이에 따라 수사상 피의자의 자유와 권리는 침해당하기 마련이다.

우리 형법은 수사관계자의 피의사실 공표행위를 형사처벌하고 있다. 즉, "검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 지득한 피의사실을 공판 청구전에 공표한 때에는 3년 이하의 징역 또는 5년 이하의 자격정지에 처하도록 하고 있다(형법 제126조). 형사소송법도 수사관계자의 비밀엄수의무를 규정하고 있다(동법 제198조 전단).

그럼에도 불구하고 피의사실공표죄로 의율되어 처벌받는 일이 극히 드문 실정이다.

1994년 이후 2000년까지 경찰이 피의사실 공표죄로 입건하여 처리한 전체건수가 15건이고, 그 중에서 혐의가 인정되어 검찰로 송치한 건수는 겨우 1건에 지나지 않으며, 그것도 불구속으로 기소하는 것이 좋겠다는 의견으로 송치한 것이었다.<sup>1)</sup> 대검찰청의 범죄분석에는 피의사실공표죄가 별도로 통계조차 잡히지 않고 있다.<sup>2)</sup>

피의사실공표죄 조항은 실효성이 없는 법규정으로서 폐지되어야 할 듯함에도 불구하고 1992년 형법개정법률안에도 존속하였다. 이 글에서는 먼저 형법 제정과정과 보호법익에 관한 논의를 통하여 이 죄의 존재의의를 명확히 하고, 나아가 구성요건과 위법성조각사유를 고찰함으로써 형법상 금지된 피의사실공표행위의 범위와 한계를 밝혀 보고자 한다.

이 글을 시작하기 전에 분명히 밝히고자 하는 것은 피의사실공표죄가 성립하지 않는다고 하여 수사기관의 범죄수사과정 및 결과에 대한 누설 및 공개행위가 법적으로 허용되는 것은 아니라는 사실이다. 형법은 사회공동생활의 존립과 기능을 현저히 침해하

1) 경찰청 피의사실공표죄 사건 처리현황(1994~2000).

연도	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
건수	0	불구속기소 1	혐의없음 4	0	혐의없음 3	0	혐의없음 2, 죄안됨 5

경찰청(2001), 경찰통계연보 2000, 통권 제44호, 범신사, pp.242-243 ; 경찰청(1995), 경찰통계연보 1994, 통권 제38호, 범신사, pp.184-185.

2) 대검찰청(2000), 범죄분석 2000, 통권 제133호, 대중인쇄사.

는 인간의 행위를 다른 사회정책적 수단이나 법적 제재에 의해서 규율할 수 없을 때 비로소 기능하는 것이다. 이것을 형법의 보충성원칙이라고 한다. 수사기밀을 누설하거나 공개한 수사관계공무원은 피의사실공표죄가 성립하지 않는다고 하여 행정법상 징계책임, 명예훼손에 의한 민사상 손해배상책임으로부터 자유로운 것은 아니며, 나아가 공무상비밀누설죄, 명예훼손죄와 같은 형사죄책을 질 수도 있다.

## II. 입법례와 연혁

### 1. 입법례

피의사실공표죄를 규정한 우리 형법 제126조는 비교법적으로 그 유래를 찾기 어렵다. 일본의 경우 형법 기타 법률, 그리고 형법가안, 예비초안 등 형법 개정작업과정

에서도 이와 같은 조항을 찾을 수 없다.

영국이나 미국의 경우에는 공정한 재판을 위해 피고인의 권리를 침해하는 피의사실을 보도하게 되면 배심원에게 영향을 줄 수 있으므로 공정한 재판을 위해 피의사실보도를 금지하고 있고 이에 대한 위반 행위는 법정 모독죄로 규율하고 있다.<sup>3)</sup> 언론보도로 인하여 배심원이 영향을 받았다는 것은 적정절차위반으로 재판지를 변경하거나, 새로이 법원을 구성하거나 배심원을 배제하여 재판할 수도 있다.<sup>4)</sup> 이것은 언론보도에 대한 법원의 통제를 인정한 것이지만, 피의사실공표죄를 별도로 규율한 것은 아니다.<sup>5)</sup>

독일 형법은 공소장, 기타 형사소송절차·과료부과절차(Bußgeldverfahren)·징계절차에 관한 관청의 문서의 전부 또는 주요부분을 공판에서의 낭독 또는 소송절차 종료 이전에 공연히 공개하는 행위를 형법상 금지하고 있다(독일형법 제353조의d 제3호).<sup>6)</sup>

3) Michael Supperstone, "Press Law in the United Kingdom", in *Press law in modern democracies : a comparative study*, ed. Phina Lahav, New York : Longman, 1985, pp.23-30 ; 홍기태(1997), "형사재판에 대한 보도와 그 한계", 재판자료 제77집 헌법문제와 재판(하), 법원행정처, 1997.6, p.363.

4) Donald M. Gillmor, *Free Press and Fair Trial*, Washington D.C., Public Affairs Press, 1966, pp. 115-141.

5) 자세한 것은 Paul Thaler, *The Watchful Eye : American Justice in the Age of the Television Trial*, Praeger, 1994, pp.19-33 ; Donald M. Gillmor(1966), pp.95-101 참조.

6) 독일형법 제353조의d 【금지된 법원심리의 공개】 다음 각호의 1에 해당하는 자는 1년이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

1. 법률상 금지에 위반하여 그 공개가 배제된 법원의 심리를 공개하거나 소송사건관련 공문서의 내용을 공연히 공개한 자

이 규정은 1849년 프랑스언론법, 1851년의 프로이센언론법, 1874년의 독일제국언론법 제17조 등에서 비롯되어 독일형법전에 수용된 것이다, 이 죄는 그 보호법의, 범죄주체, 행위태양 등의 점에서 우리 형법상 피의사실공표죄와 다르다 할 것이다.

이 조항의 보호법익은 피고인의 무죄추정권리를 보장하고 공정한 재판을 보장하는 것이다. 독일은 우리와는 달리 일반인이 참심법관으로 공판정에 관여하고 있는데, 공소장 등의 관계서류의 사전 공개가 참심법관(Schöffen)의 심증형성에 영향을 주거나 또는 증인의 증언에 영향을 주어 공정한 재판에 의한 실체적 진실발견이 방해되는 것을 방지하기 위하여 이러한 규정을 두었다. 또한 무죄추정의 권리를 가지고 있는 피고인이 유죄판결을 받기 이전에 그러한 판결을 받은 것과 같이 형사적 비난을 받지 않도록 피고인의 권리를 보장하기 위해서 이러한 규정을 두었다.<sup>7)</sup>

이 조항은 공소제기전 공소장 등을 공개

하는 행위 뿐만 아니라 공판절차에서 심리하거나 소송절차가 종료되기 전에 공개하는 행위를 처벌하고 있고, 범죄주체를 반드시 수사기관에 제한하고 있지도 않다.

## 2. 연 혁

1953년 형법 제정당시 원래 정부초안에는 피의사실공표죄에 대한 규정이 없었다. 이 조항은 국회법제사법위원회 심의과정에서 법제사법위원회수정안(이하 '법사위안'이라 함)으로 제출되었다.

“第三百三十六條 다음에 아래의 조문을 신설한다.

「검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 지득한 피의사실을 공판회부전에 공표한 때에는 3년 이하의 징역 또는 5년 이하의 자격정지에 처한다.」<sup>8)</sup>

법제사법위원회에서 형법정부초안을 심사

2. 법률상 비밀유지의무에 위반하여 법원의 비공개심리 또는 소송사건관련공문서를 통하여 지득한 사실을 권한없이 누설한 자

3. 공소장, 기타 형사소송절차·과료부과절차·징계절차에 관한 관청의 문서의 전부 또는 주요부분을 공판에서의 낭독 또는 소송절차 종료 이전에 공연히 공개한 자

7) Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26.Aufl., Verlag C.H.Beck, 2001, S.2623 f.; *Strafgesetzbuch : Leipziger Kommentar*, hrsg von Jescheck/Ruß/Willms, 10.Aufl., Walter de Gruyter, 1988. § 353 d S.164 f; J. Ph. Wilhelm, "Vorzeitige Weitergabe einer Anklageschrift, § 353d Nr.3 StGB", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1994.6.8, S.1520-1522.

8) 신동운 편(1990), 형사법제정자료집(1) 형법, 한국형사정책연구원, p.111.

할 때 主審을 맡았고 본회의에서 법제사법위원장대리로서 법사위안에 대한 설명을 했던 엄상섭 국회의원<sup>9)</sup>은 본회의 축조심의과정에서 피의사실공표죄의 입법취지에 대해 다음과 같이 설명하였다.

“이것을 법제사법위원회에서 신설해서 수정한 취지는 이렇습니다. 요새 조금만 경찰서 문앞에만 가도 당장에 신문에 나고 여러 가지 말썽 되어서 피의사실을 받은 사람은 신용유지상 명의유지상 대단한 곤란을 받는 것입니다. 그러나 우리형법에서는 혹은 기타 세계 어느 나라에서도 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 범죄혐의자로서 받는 모든 불이익을 제거하는데 신중한 노력을 해야 될 것입니다. 필요불가결이외에는 그 사람한테 범죄혐의자로 인해서 받는 모든 불이익을 제거해야 될 것입니다. 그런 의미에서 본다면 아까 말씀드린 바와 같이 좀 경찰서 문앞이나 검찰청 문앞에만 가도 그것이 신문에 보도가 되어 가지고 시끄럽게 떠드는 것

은 대단한 곤란한 문제라고 생각합니다. 그도 또한 어떤 신문기자가 탐문한 기사정도로 낸다면 그렇게 폐단도 없을지는 모르겠지만 때때로는 수사관이나 혹은 기타의 권위 있는 사람의 담화발표로서도 나오고 혹은 권위 있는 사람의 말한 바에 의해서도 나오고 이렇게 되어서 대단히 곤란하고 때로는 경찰서에 한번 잡혀갔지만, 那終에 신문에만 떠들어 놓고 수사한 결과 아무런 결론도 나지 못하는 형편도 있습니다. 그러나 한번 신문이나 소문이 퍼진 뒤에는 옆질러진 물을 다시 주어담지 못하는 결과가 나서 그 피해자의 처지는 대단히 곤란할 것이다. 이러한 입장에서 이 조문을 신설한 것입니다.”<sup>10)</sup>

엄상섭의원에 의하면 법사위안의 제안이유는 무죄추정원칙에도 불구하고 수사기관이 공소제기 전에 공표하게 되면 단순한 신문보도와는 달리 수사기관이라는 권위에 기한 것이기 때문에 그 공표에 의하여 피의자가 입게 되는 불이익이 중대하고 회복하기도 곤란하므로 이를 형법상 금지하기 위한 것이었다.

국회 본회의 토의과정에서 변진갑 의원은 이 조항이 언론의 자유를 제약할 우려가 있고 오히려 범죄보도로 인하여 범죄수사에

9) 신동운 편(1990), p.174.

10) 신동운 편(1990), pp.343-344.

국민의 협조를 받을 수도 있는 것이며, 수사상 이러한 비밀유지가 필요한 경우에는 행정조치를 취하도록 하는 것이 바람직하기 때문에 이를 형사처벌할 필요는 없다고 반대하였다.<sup>11)</sup> 이에 대해 윤길중 법제사법위원회장은 수사기관 등이 피의사실을 공판회부 전에 공표하는 것을 금지하는 것이 신문기자가 탐지를 해서 사회적 여론으로 일어나는 것을 방지하는 것은 아니기 때문에 언론의 자유를 제약하는 것은 아니라고 반박하였다.<sup>12)</sup>

또한 윤길중 의원은 수사기관이 일단 피의사실을 발표하면 수사기관 스스로 이에 기속되어 이것을 번복하기 어렵고 그 피의자를 억지로라도 잡을 수밖에 없는 폐단이 있다는 점을 지적하였다.<sup>13)</sup> 이에 대해 변진갑 의원은 ‘말을 못하게 할 것 같으면 죄가 있다 할지라도 우물쭈물할 가능성을 내포할 위험성’, 즉 범죄를 은폐·축소할 가능성이 있다고 반박하였다.<sup>14)</sup> 조주영 의원은 범죄 수사상 기밀유지는 당연히 필요한 것이고 상관에 대한 보고와 동료와의 협의를 금지하는 것은 아니므로 범죄은폐라는 비판은 타당하지 않다고 다시 반박하였다. 또는 조

의원은 수사기관에 종사하는 자가 그 지위를 이용하여 특정인에 대하여 피의사실을 공표하고 이것을 보도케 함으로써 그 인권을 유린하는 경우가 있으므로 이러한 것을 방지하기 위해 필요하다고 하였다.<sup>15)</sup>

이 수정안은 표결결과 재적의원 92인, 찬성 66표로 가결되었다. 가결된 이 규정은 자구수정을 거쳐 공포되는 과정에서 공판회부가 공판청구라고 자구수정되고 형법 제 126조로 공포되었다.

생각건대, 형법 제정당시 피의사실공표죄의 입법의도는 무죄추정원칙에 따라 피의자의 명예와 신용 등 인권을 보호하려는 것이었다. 윤길중 법제사법위원장의 발언에 나타난 바와 같이 수사상 기밀을 유지하여 수사권을 보호하려는 취지도 있다 할 것이지만, 그것은 한번 발표를 해 놓으면 피의자를 억지로라도 잡아야 할 폐단을 없게 하기 위한 것으로서 결국 적정한 수사권의 행사에 의하여 피의자의 인권을 보호하기 위한 것이었다고 할 것이다. 또한 이 규정이 수사기관의 직접 공표행위 또는 수사기관의 발언에 의거한 보도를 금지한 것이지, 언론의 직접 취재에 의한 보도까지 규율하여 언

11) 신동운 편(1990), pp.344-346, 변진갑 의원 발언.

12) 신동운 편(1990), p.345.

13) 신동운 편(1990), p.345.

14) 신동운 편(1990), pp.345-346.

15) 신동운 편(1990), pp.346-347.

론의 자유를 제한하려고 한 것은 아니었다는 점은 특기할 만하다.

### Ⅲ. 피의사실공표죄의 이론적 근거

#### 1. 보호법익

피의사실공표죄의 보호법익에 대해서는 피의자 인권보장과 수사권 보호라는 형법 제정당시의 논의 수준에서 크게 벗어나지는 못하고 있다. 하지만, 세부적으로 보면 입법 당시와는 다른 주장들이 추가적으로 제기되고 있다.

우선 이 규정은 피의자의 개인적 명예와 인권을 보호하려는 것이다. 피의사실에 대한 유무죄의 여부는 확정판결이 있을 때까지는 누구나 무죄의 추정을 받는 것이다. 그런데 공판청구이전의 단계에서 피의사실이 공표되는 경우에는 사회생활상 피의자 본인이 받게 되는 불이익은 지대한 것이다.<sup>16)</sup> 특히 범죄수사에 관계하는 당사자가 언론에 미리 그러한 정보를 흘려 아직 증거도 제대로 갖추지 못한 상황에서 자신들에게 유리한 쪽으로 이끌어 가려는 의도에서

그러한 공표를 한다면 더더욱 피의자의 명예와 인권은 심각하게 침해되고 피의자의 방어권 등이 약화되는 결과를 초래할 것이다. 따라서 피의자의 명예와 인권의 보호야말로 이 죄의 입법취지의 가장 중요한 부분이라 할 것이다.

둘째, 이 규정은 공판청구이전단계에서 피의사실이 공표될 경우 발생할 수 있는 수사의 방해로부터 수사권을 보호하기 위한 것이다. 수사권 보호는 증거인멸방지라는 관점과 수사권의 적정행사라는 두 가지 관점에서 논의되고 있다. 먼저 수사단계에서 피의사실이 공표되는 경우에는 피의자 또는 그와 이해관계 있는 자에 의하여 증거인멸 등 범죄수사에 곤란을 초래하는 사태를 발생시킬 염려가 있다는 것이다.<sup>17)</sup> 또한 피의 사실 내용이 외부에 새어나가 공표되는 사태에 이르게 되면, 법관에 비하여 독립성이 약한 검찰 및 기타 수사관계자들이 쉽게 외부압력에 노출될 위험이 있고,<sup>18)</sup> 과학적 수사를 통한 실체적 진실발견보다는 이미 공표된 어느 틀에 꿰맞추기식 수사가 진행될 우려가 있다고 한다.<sup>19)</sup>

또한 이 규정은 무죄추정권을 가진 피의

16) 권문택 외(1986), 신고 형법각론, 사법행정학회, p.690; 양삼승(1993), “공공이익에 한해 공표허용해야”, 신문과방송, 1993/7(통권 제271호), p.14; 곽창욱(1982), p.21; 강석복(1989), p.36.

17) 권문택 외(1986), p.690; 양삼승(1993), p.14; 강석복(1989), p.36; 이정훈(1997), p.39.

18) 김운용(1982), p.10; 이정훈(1997), p.39.

19) 곽창욱(1982), “수사관계공직자에 의한 피의사실공표에 관하여”, 대한변호사협회지, 1982/7·8(통권 제79호), p.22.

자의 명예와 인권을 보호하는 것 이외에도 피의자의 공정한 재판을 받을 권리를 보장하고 형사소송상 실제적 진실을 발견하기 위한 것이라는 견해가 주장되고 있다.<sup>20)</sup> 아직 확인되지도 않은 피의사실을 공표함으로써 여론에 의하여 진범으로 몰리는 경우가 많고 법관이나 증인 등이 편견과 예단을 가지고 재판에 임함으로써 공정한 재판을 받을 피고인의 권리가 침해될 수 있다는 것이다. 탄핵주의·공소장일본주의를 채택하고 있는 우리 형사소송법 체계에서 법관 등의 예단을 방지함으로써 형사소송의 실제적 진실을 확보하려는 이익 또한 무시할 수 없다고 한다.<sup>21)</sup> 법관의 독립에 대한 제도적 장치가 공소제기 이후 과정에서 국민의 공정한 재판을 받을 권리를 보장하기 위한 것이라면 피의사실공표죄는 공소제기 이전 단계에서 국민의 이러한 권리를 보장하기 위한 제도적 장치라는 것이다.<sup>22)</sup>

하지만, 이 규정의 보호법익을 수사기관에 의한 일방적 심증형성으로부터 법관이나 증인을 자유롭게 하여 피고인의 공정한 재

판을 받을 권리를 보장하고 실제적 진실을 발견할 수 있도록 하는 것이라고 하는 이론은 타당하다고 할 수 없다. 독일 형법상 공소장 등 소송서류공개죄(동법 제353조의d 제3호)와는 달리 우리 형법 제126조는 경찰, 검찰 등 일정한 수사관여자가 공소제기 전 피의사실을 공표한 경우에만 성립하고, 공소제기된 이후에 수사기관이 공표하거나, 또는 공소제기 이전에 일정한 수사관여자 이외의 자가 공표한 경우에는 처벌하지 않는다. 만일 이 규정이 법관의 예단배제를 통하여 공정한 재판을 받을 권리를 보장하기 위한 것이라고 한다면 독일 형법규정과 같이 수사관여자에 한정하지 않고 공판정에서 심리 또는 소송절차가 될 때까지 공표되는 것을 금지하였어야 할 것이다.<sup>23)</sup>

## 2. 보호법익간 우선순위

이 죄의 보호법익을 범죄수사권과 피의자의 명예 및 무죄추정권이라고 볼 경우 어느 것이 우선하고 그 구체적 내용이 무엇인가

20) 김일수(1997), 한국형법IV[각론 하], 개정판, 박영사, p.473 ; 김운용(1982), “피의사실공표죄의 법적 문제”, 언론중재, 1982/가을(통권 제4호), p.10 ; 이정훈(1997), 범죄보도와 형사상의 제문제, 서울대법학석사논문, 1997.2, p.39.

21) 김일수(1997), p.473.

22) 김운용(1982), p.10.

23) 피의사실공표죄의 보호법익으로서 이외에도 피의자의 일신상의 정보에 관한 자기결정권을 포함시키는 견해도 있다[김일수(1997), p.473 ; Maurach/Schröder/Maiwald, *Strafrecht*, Besonderer Teil, Bd.2, 7.Aufl., Müller Juristischer Verl., 1991, § 75 II Rdnr.6].

에 대해 논의해 볼 필요가 있다. 왜냐하면, 어느 것이 우선하느냐에 따라 피해자의 승낙에 의한 위법성 조각을 인정할 것인가 또는 공공의 이익에 관련된 경우 위법성 조각을 인정하는 범위 등이 죄의 범죄성립 여부가 다소 달라질 수 있기 때문이다.

우선 오로지 개인의 인권만을 보호법적으로 한다는 견해가 있다.<sup>24)</sup> 공무상 비밀누설죄를 별도로 처벌하고 있으므로 수사 기밀의 유지보다는 피의자의 인권이 이 죄의 보호법익이라고 보는 것이 타당하다고 한다. 이 견해는 실제로 피의사실이 공표되어 증거인멸 등 수사에 방해되는 경우는 극히 적고 피의자와 그의 이해관계인이 사회적으로 심각한 피해를 입는 경우가 대부분이라는 점도 고려하고 있다 할 것이다.

피의자 개인의 인권이 더 우선한다는 견해가 있다.<sup>25)</sup> 국가적 법익도 궁극적으로 개

인적 법익을 목적으로 하고 있고,<sup>26)</sup> 피의사실이 공표됨으로써 수사에 방해가 되는 사례보다는 당사자가 사회적으로 심각한 타격을 입게 되기 때문<sup>27)</sup>이라고 한다.

이에 대해 국가의 수사권이 우선한다고 보는 견해가 있다.<sup>28)</sup> 이것은 피의사실공표죄가 개인적 법익에 관한 죄가 아니라 국가적 법익에 관한 죄 중에 형법 제2편 제18장 공무원의 직무에 관한 죄에 규정되어 있다는 점을 근거로 하고 있다 할 것이다.

어느 일방에 중점을 두는 것은 옳지 않다고 보는 견해가 있다.<sup>29)</sup> 이 견해는 이 죄를 직무위배죄로 파악할 때에는 수사권에 중점을 두어야 하지만 실질적으로 피의자의 인권보호는 수사기능 못지 않게 중요하다는 점,<sup>30)</sup> 명예훼손죄와 같이 공공의 이익을 위한 경우의 위법성 조각에 관한 규정이 없고, 친고죄 내지 반의사불벌죄로 되어 있지

24) 박상기(1999), 형법각론, 전정판, 박영사, p.583.

25) 황산덕(1984), 형법각론, 제5정판, 방문사, p.48; 배중대(2001), 형법각론, 제4판, 홍문사, p.738; 백형구(1999), 형법각론, 청림출판, p.658; 김성돈·김형준(2000), 형법각론, 동현출판사, p.306. 김성돈·김형준은 피의자의 명예가 주된 보호법익이라 하여 피의사실공표죄를 명예에 관한 범죄의 장에서 명예훼손죄와 모욕죄와 함께 서술하고 있다.

26) 배중대(2001), p.738.

27) 김성돈·김형준(2000), p.305.

28) 정성근((1996), 형법각론, 전정판, 법지사, p.881; 임웅(2001), 형법각론, 법문사, p.763.

29) 서일교(1962), 형법강의[각론], 제일문화사, p.301; 김일수(1997), p.473; 이재상(2001), p.668; 진계호(2000), p.711. 피의자의 명예가 훼손되는 동시에 증거를 인멸하는 등 범죄수사에 방해가 되는 것을 방지하기 위한 것이라고 하여 특별히 양자의 관계를 언급하지 않은 것도 여기에 해당할 것이다[유기천(1986), 형법학[각론강의 하], 전정신판(26판), 일조각, p.304; 정영석(1985), 형법각론, 제5전정판, 법문사, p.43; 권문택 외(1986), p.690; 신동운(1993), 형법각론, 한국방송통신대학출판부, p.367].

30) 이재상(2001), p.668.

않은 것은 인권 보호와 동시에 국가의 수사권 행사를 보호하고자 한 것이라는 점<sup>31)</sup>을 근거로 하고 있다.

### 3. 소 결

오로지 피의자의 인권을 위한 것이라고 하는 견해에 의하면, 명예훼손죄와 같이 규정하지 않고 공무원의 직무에 관한 죄에 규정된 점, 그리고 반의사불벌죄나 친고죄로 하지도 않았고 형법 제310조와 같은 특별한 위법성조각사유를 규정하지 않은 점을 설명하기가 곤란하다 할 것이다.

피의자의 인권보다도 수사권을 우선하는 견해는 이 규정의 입법연혁을 완전히 무시하는 것으로 타당하지 않다. 전술한 바와 같이 우리 형법입법자는 기본적으로 무죄추정원칙에 따라 피의자의 명예와 인권을 보장하기 위하여 이 죄를 규정하였다.

이 죄가 공무원의 직무위배범죄로서 수사권을 보호하고자 하는 것이라 하더라도 직무상 수사비밀엄수의무 위반 행위 일체, 즉 모든 피의사실공표행위를 형사처벌하는 것이라고는 하기 어렵다. 원칙적으로 피의사실공표행위는 특별권력관계에 기인한 행정법상의 징계 정도의 의의 밖에 없는 행위로

서 일반형법에 도입한 것은 입법론상 문제가 있다.<sup>32)</sup> 관계공무원에 의한 수사기밀 누설은 일반적으로 공무원의 징계책임에 의하여 해결할 수 있다 할 것이다. 수사관계공무원이 수사기밀을 피의자 또는 그의 연고자에게 누설하여 도주, 증거인멸 등으로 수사권행사에 현저한 지장이 있었다 하더라도 이러한 행위는 공무상비밀누설죄에 의하여 처벌될 뿐이다. 통설에 의하면 후술하는 바와 같이 공표행위는 불특정 다수인에게 고지하는 것을 의미하기 때문에, 피의자 또는 그 가족이나 변호인에게 피의사실을 고지하는 것은 설사 그로 인하여 증거가 인멸되었다 하더라도 피의사실공표죄에 해당하지 않기 때문이다.

이 죄는 증거인멸 또는 범인 도주 등의 원인이 되는 피의사실공표로부터 수사권을 보호하려는 것이 아니라, 피의자 인권을 침해할 수 있는 짜맞추기식 수사 또는 외압 수사의 원인이 될 수 있는 공표행위로부터 수사권을 보호하려는 것이라고 할 수 있다. 범죄수사는 실체적 진실에 따라 피의자에게 책임을 지우도록 적정하게 이루어져야 함에도 불구하고 공표된 내용에 짜맞추기식 수사 또는 공표에 따른 외압 수사에 의하여 적정한 수사권 행사가 불가능해짐으로써 궁

31) 서일교(1962), p.301.

32) 유기천(1986), 형법학[각론강의 하], 전정신판(26판), 일조각, p.274.

극적으로 피의자의 인권이 침해될 수 있다. 객관적 혐의에 바탕을 두지 않고 피의자에게 불리한 수사중간 발표를 하거나 또는 다수 당사자간에 이해관계가 침해하게 대립되는 피의사실을 성급하게 공표하는 경우가 여기에 해당할 수 있을 것이다. 이러한 경우에는 피의사실공표죄에 의하여 수사권을 보호할 수 있을 것이다.

따라서 이 죄는 수사권과 피의자의 인권을 보호하기 위한 것이고, 더욱이 수사권도 궁극적으로 피의자의 인권을 보호하기 위한 것이라고 할 것이다.<sup>33)</sup> 증거인멸을 방지하여 수사목적 달성을 의미하는 수사권을 보호한다는 것이 아니다. 형법 제정과정에서 나타난 바와 같이 일단 피의사실이 공표되었을 때 공표 사실에 짜맞추기식 수사 또는 외부의 압력에 의하여 적정한 수사권의 행사를 할 수 없고 이에 따라 피의자의 인권이 침해되는 것을 막기 위하여 수사권을 보호한다는 의미로 해석하여야 할 것이다. 아울러 피의사실공표죄는 수사기관이 무죄 추정원칙에 따라 피의자의 명예와 인권을 존중하며 수사권을 적정하게 행사한다는 것에 대한 공공의 신뢰를 보호법익으로 한다고 할 것이다.

피의사실공표죄는 직무위배범죄로서 공무

원이 직무상의 의무에 위배하는 행위를 처벌하는 것을 내용으로 하지만, 그렇다고 하여 국가의 기능에 대한 범죄라고 파악하는 것<sup>34)</sup>은 타당하지 않다. 오히려 이 죄도 직권남용죄와 같이 공무원이 직접 국민의 권리를 침해하는 국민에 대한 범죄라고 파악하여야 할 것이다.

## IV. 피의사실공표죄의 구성요건

### 1. 범죄주체

검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독·보조하는 자이다. 이 죄는 특수공무원만이 주체가 될 수 있는 진정신분범이다. 검사가 범죄를 인지하여 수사하는 사건에서 검사는 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자이고, 수사지휘를 받은 사법경찰관이나 검사의 조서작성에 참여한 검찰공무원은 범죄수사를 보조하는 자이며, 수사검사가 속한 검찰청의 검사장 등은 이를 감독하는 자에 해당한다. 경찰에서 인지한 사건에서는 사법경찰관이 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자이고, 사법경찰관의 조서작성에 참여하거나 사법경찰관의 지휘

33) 同旨 : 이정원(1999), 형법각론, 법지사, p.682.

34) 정성근(1999), pp.875-876 ; 이재상(2001), pp.660-661.

를 받은 사법경찰관이 범죄수사를 보조하는 자이며, 수사하는 사법경찰관리를 그 사건과 관련하여 지휘하는 검찰이나 사법경찰관의 직속 지방경찰청장 또는 경찰청장 등은 이를 감독하는 자에 해당한다.<sup>35)</sup>

이 규정의 주체는 범죄수사에 관한 직무를 행하는 공무원이어야 하므로, 범죄수사권이 아닌, 가령 회계 등의 감사권한을 가진 공무원이나 공무원의 직무수행의 적정성을 감사하는 권한만을 가진 공무원 등은 여기에 해당하지 않는다.<sup>36)</sup>

검찰이 청구한 영장을 심사하여 구속영장을 발부한 법관이 피의사실을 공표한 경우 그 법관도 검찰을 감독하는 자로서 이 죄의 주체일 수 있는지가 문제된다.<sup>37)</sup> 무죄추정을 받는 피의자의 인권보호와 범죄수사권의 보호라는 측면에서는 법관에 의한 구속영장 기재의 혐의사실공표도 통제대상이 되어야 할 필요가 있다는 점, 본죄의 주체에서 감독자의 지위는 신분상의 감독이 아니고 직무상의 감독을 의미하고 구체적 사건에 관한 강제처분 여부를 심사하여 구속에 대한 사법적 통제를 가하는 법관의 영장심사 및

허가는 수사직무상의 감독으로 볼 수 있다는 점에서 이를 긍정해야 한다는 견해도 있다.<sup>38)</sup> 하지만, 영장발부에 대한 법원의 심사권한은 강제처분의 적법성과 필요성을 판단하는 법적 권한일 뿐이고 검찰에 대한 수사직무상의 감독권한이라고 보는 것은 일방적 언어관용에 반하는 것으로 정당한 해석이라고 할 수 없을 것이다.

## 2. 행위의 객체

이 죄의 행위 객체는 직무를 행함에 당하여 지득한 피의사실이다. 피의사실이라 함은 수사의 대상으로 된 사실, 즉 수사기관이 혐의를 인정하고 있는 범죄사실을 말한다. 고소장, 고발장, 범죄인지서, 체포영장, 구속영장에 기재된 범죄사실은 피의사실에 해당한다.<sup>39)</sup> 여기에는 피의자의 인적 사항(성명, 성별, 주소, 본적, 생년월일, 주민등록번호, 범죄경력), 범죄일시 및 장소, 범행 방법, 피해자의 인적 사항, 결과 등이 포함된다. 다만, 피의사실은 전술한 이 죄의 보

35) 김일수(1997), p.473.

36) 양삼승(1993), pp.14-15.

37) 실제로 기자들은 법원 형사과에서 영장접수부 및 영장청구서를 사실상 제한 없이 열람하고 있다[이정훈(1997), p.41].

38) 김일수(2001), 새로쓴 형법각론, 제4판, 박영사, p.691; 박상기(1999), p.564; 임웅(2001), p.764; 백형구(1999), p.659; 진계호(2000), p.711.

39) 백형구(1999), p.659.

호법익과 관련하여 제한적으로 해석하여야 할 것이다. 가령 피의자의 인적사항을 기재하지 않거나 가명으로 공표한 경우 공표된 전체 내용에 의하여 피의자를 특정할 수 없을 때에는 피의사실공표죄에 해당하지 않은 것으로 보아야 할 것이다. 또한 설사 피해자의 실명이 공표되었다 하더라도 피해자에 대한 명예훼손죄의 성립 여부는 별론으로 하고 피의사실공표죄는 성립하지 않는다.

‘직무를 당하여’란 ‘직무와 관련하여’와 같은 개념으로 직무행위 자체와 관련하여 알게 된 사실은 물론 객관적으로 직무행위의 외형을 갖추고 있는 행위와 관련하여 알게 된 사실도 포함한다.<sup>40)</sup> 하지만 직무와 전혀 관련없이 알게 된 사실은 여기에 포함되지 않는다.<sup>41)</sup>

직무수행 중 알게 된 사실인 한, 그 지득 방법이나 경위 및 진위 여부는 중요하지 않다.<sup>42)</sup>

### 3. 행 위

공판청구전에 피의사실을 공표하는 것이다. 공표란 불특정 또는 다수인에게 그 내용을 알리는 것을 말한다. 그러므로, 수사 관여자가 피의자의 가족이나 변호인에게 피의사실을 알려 주거나,<sup>43)</sup> 자기 상관에게 보고하고 자기 동료들에게 의논하는 것<sup>44)</sup>은 공표행위에 해당하지 않는다. 이 죄는 불필요하게 신문에 발표하거나 외부에 폭로하는 것만을 처벌하는 것이다.

여기에서 명예훼손죄와 같이 전과가능성이론이 적용될 수 있는가가 문제된다. 이를 인정하지 않는 견해도 있지만,<sup>45)</sup> 이를 긍정하는 것이 일반적이다.<sup>46)</sup> 공표행위는 공연히 알릴 것을 요하지 않으며, 특정 소수인에게 고지하는 경우라도 그것이 불특정 또는 다수인에게 고지될 것이 예견되는 때에는 공표라고 해야 할 것이다. 가령 신문기자 한 사람에게 알린 경우라도 불특정 다수인에게 전파될 가능성이 있을 때에는 공표에 해당

40) 김일수(2001), p.691.

41) 이재상(2001), p.668; 김일수(2001), p.691; 박상기(1999), p.584; 김성돈·김형준(2000), p.306; 양삼승(1993), p.15.

42) 이재상(2001), p.668; 김일수(2001), p.691; 박상기(1999), p.584; 정영석(1985), p.43.

43) 박상기(1999), p.584.

44) 신동운 편(1990), p.346. 조주영 의원의 발언. 이에 대해서 정당행위로 위법성이 조각된다고 보는 견해도 있다 [김일수(2001), p.692; 진계호(2000), p.712; 황산덕(1984), p.48; 정영석(1985), p.43].

45) 김성돈·김형준(2000), p.306.

46) 이재상(2001), p.668; 김일수(2001), p.691; 배종대(2001), p.739; 임웅(2001), p.764; 진계호(2000), p.712; 권문택(1986), p.691; 황산덕(1984), p.48; 정영석(1985), p.43.

하지 않는다고 하면 이 죄의 보호법익은 거의 형법적으로 보호될 수 없기 때문이다. 이 죄는 표현의 자유 등을 보장하기 위해 특별한 위법성조각사유를 인정한 명예훼손죄와는 보호법익과 행위주체가 다르다는 점을 고려해야 할 것이다.

수사기관은 언론이 보도하지 않거나(오프더레코드) 일정 기간 보도하지 않는다는 조건(엠바고)으로 언론에 사건을 공개하는 경우가 있다. 가령 납치사건과 같은 경우 경찰은 언론기관의 협조를 받아 수사를 원만히 진행할 필요가 있고 언론기관은 일단 사건 종결시 신속히 보도하거나 또는 다른 사건과 관련한 자료를 얻기 위해 필요하기 때문에 오프더레코드 또는 엠바고를 조건으로 수사기관이 사건의 내용과 수사진행과정을 언론에 공개한다. 그런데, 만일 한 언론사의 기자가 이러한 협약을 깨고 보도한 경우 수사기관의 죄책이 문제될 수 있다. 이러한 경우에도 수사기관은 신뢰할 만한 특정 소수의 기자에게 비보도를 조건으로 피의사실을 고지하였다면 피의사실공표죄는 해당하지 않겠지만, 다수의 기자나 또는 불특정 기자들에게 고지하였거나 신뢰할 수 없는

기자들이었다고 한다면 피의사실공표죄의 구성요건에 해당한다 할 것이다.

공표의 수단·방법에는 제한이 없고 부작위에 의해서도 가능하다.<sup>47)</sup> 예컨대, 신문기자의 기록 열람을 묵인하는 경우도 비밀보안의 의무에 위반되므로 부작위에 의한 공표에 해당한다고 할 수 있다.

이 죄는 추상적 위험범·거동범의 일종이므로 공표한 사실이 불특정 또는 다수인에게 현실적으로 인식되었는지의 여부는 묻지 아니한다.<sup>48)</sup>

공표는 공판청구 전, 즉 공소제기 전일 것을 요한다. 따라서 공소제기 후에 알리는 것은 이 죄에 해당하지 않는다. 이와 같이 공소제기 이후의 공표행위를 처벌하지 않는 이유에 대해서 이 죄의 보호법익과 관련하여 다음과 같이 설명하는 견해가 있다.<sup>49)</sup>

“공소가 제기된 이후에는 이미 범죄수사기관으로서 유죄의 증거를 확보한 이후이므로, 이 단계에서는 피의사실이 공표되더라도 범죄수사 즉 실체적 진실발견이라는 공공적 이익이 침해될 염려가 없다.

또한 피의자 본인의 입장에서 이미 공소가 제기될 단계에서는 그 이후 이에 대한

47) 이재상(2001), p.668 ; 김일수(2001), p.691 ; 배종대(2001), p.739 ; 진계호(2000), p.712 ; 권문택(1986), p.691 ; 백형구(1999), p.659 ; 박상기(1999), p.584.

48) 김일수(2001), p.691 ; 백형구(1999), p.658 ; 임웅(2001), p.764 ; 진계호(2000), p.712 ; 권문택(1986), p.691. 이에 대해 구체적 위험범으로 보는 견해도 있다[배종대(2001), p.739].

49) 양삼승(1993), p.16.

공판이 열리게 되면 어차피 그 공판은 공개된 법정에서 이루어지게 되어 그 피의사실이 일반인에게 알려지게 될 것이므로 공소 제기후의 피의사실공표에 의해 특별히 피의자의 명예나 인권이 침해된다고는 할 수 없다.”

#### 4. 공범과 신분

피의사실공표죄의 주체는 범죄수사직무와 관련된 특수공무원으로 한정되어 있기 때문에 이러한 신분이 없는 비신분자는 이 범죄의 주체가 될 수 없다. 가령 언론기관의 종사자가 특수공무원들의 협조없이 독자적으로 피해자나 기타 사건관계인들을 취재하여 피의사실을 공소제기 전에 신문·방송 등 언론에 보도하더라도 이 죄의 구성요건에 해당하지 않는다.

하지만, 비신분자인 언론기관종사자가 특수공무원을 교사하거나 또는 특수공무원과 공동정범으로 이 범죄를 저지른 경우에는 형법 제33조 본문에 의하여 피의사실공표죄로 처벌될 수 있다. 가령 특수공무원의 수사기록을 기자의 요구에 따라 기자가 열

람하는 것을 목인한 경우에는 그 특수공무원은 전술한 바와 같이 이 죄의 주체가 될 뿐만 아니라 이를 취재·보도한 기자도 역시 이 공무원과 함께 공동정범 또는 교사범으로서 처벌될 수 있다. 다만, 특수공무원이 독자적으로 판단하여 공표한 피의사실을 취재하여 보도한 기자는 이 죄의 구성요건에 해당하지 않는다 할 것이다.<sup>50)</sup>

오프더레코드 또는 엠바고를 조건으로 언론에 공개된 피의사실을 보도한 기자에 대해서도 원칙적으로 이 죄의 공범이라고 할 수 없다.<sup>51)</sup> 다만, 이러한 조건을 제시하면서 적극적으로 피의사실의 공개를 요구한 경우에는 이 죄의 공동정범 또는 교사범이 될 수 있다.

## V. 위법성조각사유

### 1. 서

피의사실공표죄에 의하여 보장하고자 하는 무죄추정권을 가진 피의자의 인권과 적정한 수사권의 행사는 절대적으로 보장될

50) 신동운 편(1990), pp.344-345. 엄상섭 의원과 윤길중 의원 발언 참조.

51) 보도의 결과 수사상 심각한 위험이 초래하고 피해자의 생명까지 위태로울 수 있음에도 불구하고 조건을 어긴 언론사 또는 기자에 대한 제재가 내부적 문책이나 취재상의 불편 뿐이라는 점, 언론사는 수사기관과 긴밀한 협조를 하고 있고 또 사태 파악에 힘쓰고 있다는 점을 이유로 언론사 또는 기자를 수사에 관한 직무를 행하는 자에 준하여 보는 견해[이정훈(1997), p.41]도 있으나 이것은 정당한 해석이라 할 수 없고 유추적용에 해당한다 하겠다.

수 있는 것은 아니다. 국민의 알 권리의 보장 등 또 다른 헌법적 요청에 따라 또는 수사상 필요에 의하여 수사기관이 피의사실을 공표하게 되는 경우가 있다.

첫째, 공개수사를 할 필요가 있을 때이다. 수사는 원래 밀행주의에 의하는 것이 원칙이나 사건의 해결을 위하여 비밀로 하기보다는 오히려 세상에 공표함으로써 피해자의 신원이나 피해자의 사건에 대한 정보를 제공받아 사건을 해결할 수 있다고 판단될 때, 사건 해결에 필요한 정도의 상황을 공개한다.

둘째, 범죄 피해의 확산 내지 새로운 피해의 발생을 방지하고 범죄로 인한 사회적 불안과 혼란을 신속히 안정시킨다는 치안정책적 필요에서 사건을 발표한다. 국민들에게 알리지 않았다가는 피해가 확대될 우려가 있을 때 새로운 피해자가 나오지 않도록 경고하는 의미에서 사건을 공표하기도 한다.

셋째, 사회적으로 물의를 일으키는 큰 사건이 발생했을 때 국민들이 궁금해하고 의혹을 품게 되는 경우에 수사의 투명성을 확

보하고<sup>52)</sup> 국민의 알 권리를 충족<sup>53)</sup>하기 위하여 공표하는 때가 있다.

여기에서는 위법성조각에 대한 일반적·포괄적 위법성 조각사유로서 피해자의 승낙과 공공의 이익에 대하여 고찰하고, 구체적인 사례에 따라서 적용되는 위법성 조각사유를 논의하고자 한다.

## 2. 공공의 이익에 의한 위법성 조각 인정 여부

우선 수사기관의 피의사실공표행위의 위법성을 포괄적으로 조각시킬 수 있는 사유로 공공의 이익을 제시할 수 있는가 하는 점을 살펴 볼 필요가 있다. 공표된 피의사실이 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 것인 때에는 위법성이 조각되는가에 대해서는 견해가 대립하고 있다. 우선 국민의 알 권리를 보장하고, 마스크를 통한 수사협조광고·범인도주경고를 할 실질적 필요가 있다는 점에서 공공의 이익에 관한 때에는 위법성이 조각된다는 견해가 있다.<sup>54)</sup>

52) 1989년 8월 23일 김대중 평민당 총재를 서경원밀입복사건과 관련하여 소환 조사한 직후, 김대중 총재가 밀입복한 서경원을 통하여 김일성에게 김대중의 친서를 전달하고 그로부터 만 불을 수수하였다는 내용의 수사결과를 발표하였다. 이에 대해 평민당측이 피의사실공표죄에 해당한다며 정식으로 문제삼겠다고 하자, 검찰은 기자회견을 통하여 “조작”이라고 주장하는 등 언론을 오도할 우려가 있어 국민에게 바른 사실을 알려야 한다는 「공익성」의 견지에서 수사결과를 발표하였다'고 설명하였다[강석복(1989), “『교수형』 사전공개 및 피의자사실사전공표와 인권”, 인권과정의, 1989/10, p.36].

53) “김대중평민당총재사건은 중대한 사건이므로 국민의 알 권리 충족을 위해서도 검찰은 발표할 의무가 있다”고 검찰이 주장하였다[강석복(1989), p.37].

둘째, 이 죄는 국가적 법익이외에 개인적 법익을 보호법익으로 하고 있기 때문에 피의자의 인권보장을 위해 공공의 이익에 관한 경우에도 위법성이 조각되지 않는다는 견해가 있다.<sup>55)</sup>

1992년 형법개정법률안(‘이하 1992년안’이라고 함) 기초과정에서 피의사실공표죄가 실효성이 없고 국민의 알 권리 보장을 위해 폐지하여야 한다는 주장이 제기되기도 하였으나 헌법상 보장된 피의자의 인권을 보장하기 위해 그대로 존치하기로 의견일치를 보았다. 1992년안은 그 대신에 명예훼손죄와 같이 공공의 이익을 위한 때에는 위법성이 조각된다는 취지의 단서규정을 신설하였다.<sup>56)</sup>

생각건대, 특별한 위법성조각사유로서 공익 조항을 두는 것은 입법론으로서 고려할 수 있지만, 명문의 근거 규정을 두고 있지 않은 우리 형법의 해석론으로서서는 취하기 곤란하다 할 것이다. 왜냐하면, 이익교량에 의한 사회적 갈등의 정당한 조절이라는 위법성조각의 지도원리를 인정한다 할지라도 피의자의 명예와 무죄추정권이 심각하게 문

제되는 상황에서 단지 공익을 위한다는 이유만으로 위법성 조각을 인정하는 것은 어렵다 할 것이고, 보다 개별적인 사례 유형에 따라 위법성조각을 인정하기 위한 실체법적 규정과 절차적 통제가 필요할 것이기 때문이다.

### 3. 피해자의 승낙에 의한 위법성 조각

피해자의 승낙에 의하여 위법성이 조각될 수 있는지가 문제된다, 개인적 법익이외에 국가적 법익도 문제되기 때문에 위법성이 조각되지 않는다는 견해가 있다.<sup>57)</sup>

생각건대, 피의사실공표죄의 보호법익이 피의자의 무죄추정권과 명예 등 인권을 보호하고, 궁극적으로 그러한 피의자의 인권 보장을 목적으로 한 수사권을 보호하기 위한 것이라고 한다면, 피해자의 승낙에 의하여 위법성이 조각된다고 하는 것이 옳을 것이다. 명예훼손죄와 같이 반의사불벌죄 또는 친고죄로 규정하지 않았다 하더라도 피해자의 승낙에 의하여 위법성은 조각될 수 있다 하겠다. 이 죄가 무죄추정원칙에 따라

54) 엄정철(1959), 형법각론강의, 신아사, p.82; 정창운(1960), 형법학각론, 박영사, p.333; 이건호(1976), 신고형법각론, 일신사, p.43; 권문택 외(1980), p.103; 김일수(1997), p.475.

55) 이재상(2001), p.668; 진계호(2000), p.712; 정성근(1996), p.881; 황산덕(1984), p.48; 서일교(1962), p.301-302; p.43.

56) 양삼승(1993), pp.16-17; 법무부(1992), 형사법개정자료(XIV) 형법개정법률안제안이유서, 문중인쇄, 1992. 10, p.259 참조.

57) 이재상(2001), p.668; 김일수(2001), p.693; 진계호(2000), p.713; 김성돈·김형준(2000), p.307.

피의자의 명예 등 인권을 존중하여 적정하게 수사권이 행사되고 있다는 것에 대한 공공의 신뢰 등을 보호법익으로 한다 하더라도 피해자의 승낙이 있는 경우에 대해서는 그러한 공공의 신뢰가 침해되지 않는다 할 것이다.

#### 4. 형사소송법상 수색에 의한 공개수사의 위법성 조각

공개수사에 대해서는 범인을 체포하거나 피해자의 신원이나 피해자에 대한 관계를 밝히는 것은 원래 수사기관의 임무에 속하는 것이기 때문에 허용될 수 없다고 하는 견해도 있다.<sup>58)</sup> 하지만, 수사활동상 필요한 경우 공개수사를 위해 일반에 고지하는 것은 정당행위로 위법성이 조각된다고 해야 할 것이다.<sup>59)</sup>

수사상 필요에 의하여 이루어지는 공개수사가 모두 허용되는 것은 아니다. 공표의 정도에 따라 각각 달라질 것이다. 먼저 피의자의 인적 사항과 피의자를 특정할 수 있는 내용이 없는 공개수사의 경우에는 피의

사실공표죄의 구성요건에 해당하지 않는다 할 것이다.<sup>60)</sup>

또한, 피의자의 인적 사항, 특히 피의자의 사진 등이 함께 공개되는 경우에는 보다 신중한 접근이 필요하다 할 것이다. 이러한 공개수사는 피의자의 명예, 초상권 등을 그 의사에 반하여 침해한다는 점에서 강제수사라고 할 것이다. 강제수사는 법률에 특별한 규정이 없으면 할 수 없는데(형소법 제199조 단서), 공개수사를 명시적으로 허용하는 규정은 찾을 수 없다.

생각건대, 공개수사는 형사소송법상 수색에 해당한다고 할 수 있다. 공개수사는 형사소송법상 수색 규정에 근거하지 않으면 원칙적으로 위법성이 조각된다고 할 수 없을 것이다. 현행범체포, 긴급체포 또는 체포·구속영장의 집행을 위한 공개수사는 허용될 것이다. 따라서 현행범이나 긴급체포의 경우가 아닌 한, 원칙적으로 공개수사를 하기 위해서는 법관의 영장이 필요하다 할 것이다.

58) 진계호(2000), p.712 ; 이정훈(1997), p.43.

59) 김일수(2001), p.692 ; 박상기(1999), 형법각론, 전정판, 박영사, p.584 ; 권문택 외(1980), 주석형법각칙(하), 사법행정학회, p.103.

60) 피의사실공표죄의 보호법익에 대해 인권을 보호하고 증거인멸 등 수사방해를 방지할 것을 목적으로 보는 견해에 의하면, 구성요건해당성은 인정될 수 있을 것이다. 다만, 공개수사가 원칙적으로 수사기관의 내부적 공개절차에 따라 이루어졌다고 한다면 그 행위의 위법성은 업무로 인한 행위로써 조각될 수 있다.

## 5. 경찰관직무집행법 제6조에 의한 위법성 조각

범죄 피해의 확산 및 반복을 방지하기 위하여 피의사실을 공표하는 것은 정당행위로서 위법성이 조각될 수도 있다. 범죄자에 대한 응보의 효과나 일반 또는 특별예방효과는 적법절차를 형사사법권 내지 형벌권의 행사로써 족한 것이지, 그러한 절차에 들어가기도 전에 도중에서 성급하게 수사관계자의 공표행위로서 그런 효과를 미리 거두려 한다는 것은 결코 바람직스러운 것이 못된다.<sup>61)</sup> 하지만, 범죄예방과 진압이라는 관점에서 피의사실 공표행위의 위법성 조각은 고려해 볼만하다.<sup>62)</sup> 범죄에 대한 정보를 일반 국민들에게 제공하여 私人의 방법의식과 역량을 강화할 필요가 있고, 범죄자가 검거되고 사태가 진압되었다는 사실을 일반 국민들에게 알림으로써 국민들을 안심시키고 사회 공공의 안녕 상태를 회복할 필요가 있다.

이에 대한 실정법적 근거로서는 경찰관직무집행법 제6조 전단을 들 수 있다. 즉, 경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위

하여 관계인에게 필요한 경고를 발할 수 있다. 관계인에 대한 경고 방법으로서 피의사실 공표행위가 포함될 수 있을 것이다. 이러한 경고는 범죄가 진압되었을 때 이러한 사실을 공표하는 것을 내포하고 있다 할 것이다.

구체적인 사건에서 치안정책적 목적에 따라 이루어진 공표행위가 위법성이 조각되거나 하는 것은 결국 경찰비례원칙의 준수 여부에 달려 있다 하겠다. 경찰이 어느 범위 내에서 어떠한 방법으로 공표할 것인가 하는 것은 피의자에 대한 인권침해 결과를 고려하여 필요최소한도에 그쳐야 할 것이다.

## 6. 알 권리에 의한 위법성 조각

알 권리(right to know)라 함은 모든 정보원으로부터 일반적 정보를 수집하고 처리할 수 있는 권리를 말한다.<sup>63)</sup> 일반적이란 신문·잡지·방송 등 불특정 다수인에게 개방될 수 있는 것을 말하고, 정보란 양심·상상·의견·지식 등의 형성에 관련이 있는 일체의 자료를 말한다. 알 권리는 개인에게는 공공기관과 사회집단 등에 대하여 정보 공개를 요구할 수 있는 권리를 의미하고,

61) 박창욱(1982), p.20.

62) 범죄 피해의 방지를 위한 공표행위를 공공의 이익을 위해 위법성이 조각되는 예외적인 경우로 보고 있는 견해도 있다[이정훈(1997), p.43].

63) 권영성(2000), 보정판 헌법학원론, 2000년판, 법문사, p.468.

언론기관에게는 공공기관과 사회집단 등에 대하여 정보공개를 청구할 수 있는 권리만이 아니라 그에 관한 취재의 자유를 의미한다.<sup>64)</sup> 이 권리는 헌법 제21조 제1항(표현의자유), 제1조(국민주권의 원리), 제10조(인간의 존엄성 존중과 행복추구권), 제34조 제1항(인간다운 생활을 할 권리) 등에서 그 헌법적 근거를 찾을 수 있다.<sup>65)</sup>

수사기관의 피의사실공표가 국민의 알 권리를 보장하기 위해서 현저히 필요하다고 인정되는 경우에는 형법 제20조에 의하여 위법성이 조각될 수 있다.<sup>66)</sup> 실제로 수사기관은 헌법상 또다른 요청인 국민의 알 권리와 언론의 보도의 자유를 통한 공익의 실현이라는 차원에서 피의사실을 공표하고 있다.<sup>67)</sup> 대법원도 수사기관의 피의사실공표행위로 인한 민사상 손해배상청구소송에서 ‘일

반 국민들은 사회에서 발생하는 제반 범죄에 관한 알 권리를 가지고 있고 수사기관이 피의사실에 관하여 발표를 하는 것은 국민들의 이러한 권리를 충족하기 위한 방법의 일환이라 할 것’이라고 하여 이를 인정하였다.<sup>68)</sup>

이러한 알 권리 자체가 피의사실공표행위를 무제한으로 정당화할 수 있는 것은 아니다. 피의자의 무죄추정권, 명예이익 등의 보장과 수사권의 보호라는 측면에서 제한될 수 밖에 없다 할 것이다. 결국 국민의 알 권리를 충족시키기 위해 피의사실을 공표한다 하더라도 어느 정도 범위내에서 그쳐야 할 것인가 하는 것은 피의자에 대한 인권침해를 고려하여 필요최소한도에 그쳐야 할 것이다.

64) 권영성(2000), p.468. 이에 대해 알 권리란 일반적으로 접근할 수 있는 情報源으로부터 방해받지 않고 보고 듣고 읽을 자유와 권리 뿐만 아니라 情報의 公開도 청구할 수 있는 權利라고 보는 견해도 있다[안용교(1975), “국민의 알 권리에 관한 연구”, 건국대학교 박사학위논문, p.275].

65) 권영성(2000), 보정판 헌법학원론, 2000년판, 법문사, p.468. 헌법재판소는 알 권리를 언론·출판의 자유의 한 내용으로 파악하고 있다(헌재 1989.9.4, 88헌마22, 헌집 제1권, 189면). 이에 대해 김철수 교수는 독일기본법과는 달리 알 권리를 헌법 제21조에서 별도로 규정하지 않고 있고, 알 권리는 개인의 자기실현을 가능하게 하기 위한 개인적인 권리로서 인간의 존엄권의 전제가 되기 때문에 그 헌법적 근거를 헌법 제10조에서 찾고 있다[김철수(1998), 헌법학개론, 제10전정판, 박영사, p.366, p.599].

66) 백형구(1999), 형법각론, 청림출판, p.658; 손창렬(1987), 범죄보도와 인권침해에 관한 형사법적 고찰, 서울대 법학석사학위논문, 1987.8, p.97; 이정훈(1997), p.43. 이에 대해 피의사실공표죄는 국가적 법익이외에 개인적 법익을 보호하는 것이므로 국민의 알 권리를 보장한다는 명목으로 피의사실을 공표한 때에도 범죄가 성립한다는 견해로는 진계호(2000), p.712.

67) 성낙인(1999), “공적 기록의 보도와 사생활보호”, 언론중재, 1999/여름, p.29.

68) 대판 1999.1.26, 97다10215, 공1999.3.1.[77],330.

## VI. 피의사실 공표행위에 대한 위법성조각의 한계

### 1. 알 권리의 구체적 내용과 한계의 모호성

알 권리의 핵심은 정부가 보유하고 있는 일반적 정보에 대한 공개를 구할 권리라고 할 것이며, 이를 구체적으로 보장하기 위한 법률로써 공공기관의정보공개에관한법률(1996. 12. 31 제정, 이하 ‘정보공개법’이라 함)이 제정·시행되고 있다.

이 법률은 정보공개청구와 그에 따른 처리뿐만 아니라 정부의 자발적인 제공의무를 규정하고 있다. 즉, 이 법은 공공기관에게 공개 청구가 없더라도 국민이 알아야 할 필요가 있다고 인정되는 정보를 국민에게 적극적으로 제공할 의무를 부여하였다(정보공개법 제22조). 이에 따라 공공기관은 컴퓨터통신 기타 새로운 정보통신기술을 이용한 방법, 정부간행물의 발간·판매 등 다양한 방법으로 국민에게 이러한 정보를 제공하여야 한다(정보공개법시행령 제20조 제1항) 다만, 범죄의 예방과 수사에 관한 정보는 그것이 공개될 경우 그 직무수행이 현저히 곤란해지거나 형사피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 공개하지 아니 할

수 있다(정보공개법 제7조 제4호). 또한 다른 법령에 비밀·비공개사항으로 규정된 정보는 공개하지 않을 수 있고(정보공개법 제7조 제1호), 형사소송법상 수사기관의 비밀엄수의무를 규정하고 있으므로(형소법 제198조), 범죄수사와 관련된 내용을 반드시 공개하여야 하는 것은 아니라고 할 것이다.

알 권리의 내용중 하나로 파악되기도 하는 취재의 자유는 기자가 취재를 함에 있어서 국가나 지방자치단체, 공공기관 등 권력기관이나 이해관계인 등이 이를 방해하거나 간섭하지 말아야 하고, 언론사가 그러한 방해나 간섭으로부터 자유로울 권리를 의미할 뿐, 공무원이나 사인이 적극적으로 능동적으로 협조하여야 하는 법적 의무가 있다는 의미는 아니다.<sup>69)</sup> 취재의 자유가 국민의 알 권리를 효과적으로 보장하기 위한 것이기는 하나 취재방법도 위법적이고 탈법적인 것이라면 허용되지 아니할 뿐만 아니라, 알 권리의 보장에도 그 내용이나 다른 기본권과의 충돌 등으로 한계가 있어 취재 대상이 제한되는 등 내재적인 한계도 따르게 된다.

### 2. 대법원 판례에 나타난 위법성조각의 판단기준

국민의 알 권리 충족을 위해 이루어진 피

69) 김재협(1999), “위법적 취재 관행과 법적 환경”, 언론중재, 1999년 여름호(통권 제71호), p.70.

의사실 공표행위의 위법성 조각 여부에 대한 판단기준에 대해서 대법원은 전술한 판례에서 구체적으로 실시하였다. 이 판례를 피의사실 공표행위의 위법성 조각에 대한 내용을 중심으로 분석해 보면 다음과 같다.

① 사실관계 :

1991. 1. 11 A회사 대표이사 문용○는 상품기획부 차장 이영○와 재무관리부 과장 박성○가 A회사 사업계획서 등 기밀서류를 복사하여 B회사 대표이사 등에게 건네주는 등 회사기밀을 누설하였다는 이유로 이영○와 박성○를 서울지방검찰청에 고소하였다.

서울지검 검사 박상○는 고소인 문용○와 이 사실을 제보한 A회사 물류과장 조항○를 소환하여 조사하였다. 문용○는 피고소인 이영○의 회사기밀 유출 현장에 동행한 조항○로부터 범행을 전해들었을 뿐 범행을 직접 목격한 것은 아니라고 진술하였다. 조항○는 피고소인 이영○가 A회사의 조직개요, 마케팅전략 등이 수록된 약 20페이지 분량의 복사된 책자를 넘겨주고, 회사경영방법, 91월별판매촉진계획 등에 관한 기밀서류를 보여주면서 구두로 회사기밀을 알려 주었다고 진술하였다. 하지만, 조항○는 그 서류의 내용이 정확히 무엇인지 나아가 그것이 회사의 기밀사항에 속하는 것인지도 알지 못하고 다만 피고소인 이영○가 위 서류를 건네 주면서 “이것이 A회사의 마케팅

기본전략이다”라고 말하여 그 서류가 회사 기밀서류인 것으로 생각하였다는 취지의 진술을 하였다.

검사 박상○는 1991. 1. 22. 피고소인 이영○와 박성○를 소환하여 신문하였다. 피고소인 박성○는 피고소인 이영○가 2페이지 분량의 서류를 넘겨주었으나 그 내용은 알지 못하고 그 외에 ‘A회사의 조직 내용’에 관한 파일 1권과 시험지 몇 장을 보여 주었다는 취지의 진술을 하였다. 하지만, 피고소인 이영○는 B회사 대표이사 채규○등을 만난 사실만 인정하였을 뿐 그들에게 회사 기밀사항을 누설한 사실을 일체 부인하였다.

하지만 검사 박상○는 구속영장을 발부받아 이영○를 구속하고, 서울지검 형사 4부 검사실에서 ○○일보사 사회부 소속 김남○ 등 기자들이 참석한 가운데 이영○와 박성○에 대한 피의사실을 요약·정리한 수사자료를 배포하면서 위 문용○ 등 이 사건 관계자들을 조사한 결과 원고 등이 경쟁업체에 스카우트되기 위하여 소외 회사의 영업비밀을 유출하였음이 밝혀졌다는 내용의 수사 경위와 앞으로의 수사 방침에 대하여 발표하였다. 이러한 내용은 언론에 보도되었다.

② 경과 :

이영○는 업무상 알게 된 소외 회사의 영업기밀을 유출하여 위 회사에 손해를 가하

고 회사기밀문건을 복사하여 절취하였다는 이유로 업무상배임죄 및 절도죄로 기소되었다. 이영○의 위 공소사실 중 업무상배임 부분에 대하여는 공소가 취소되었고, 절도 부분에 대하여는 공소장 변경절차를 거쳐 무죄판결이 확정되었다.

이영○는 검사 박상○가 직무상 알게 된 원고에 대한 피의사실을 위법하게 공표하여 그 피의사실이 언론에 보도됨으로써 원고의 명예를 훼손하였다고 하여 대한민국을 상대로 하여 손해배상을 청구하였다(○○일보사에 대한 손해배상청구 부분은 이 글에서 제외).

제1심과 원심은 국가에 대한 원고의 손해배상 청구를 인용하였고, 이에 국가는 사실 오인, 피의사실 공표에 관한 법리오해 및 심리미진의 위법이 있다는 점, 그리고 피의사실공표의 위법성조각에 대한 법리오해의 위법이 있다는 점을 이유로 대법원에 상고하였다.

### ③ 대법원판시사항 :

“일반 국민들은 사회에서 발생하는 제반 범죄에 관한 알 권리를 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 검

찰, 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 관계 있는 자는 비밀을 엄수하며 피의자 또는 다른 사람의 인권을 존중하여야 한다고 규정하고 있는 바, 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 일반 국민들의 정당한 관심의 대상이 되는 사항에 관하여 객관적이고도 충분한 증거나 자료를 바탕으로 한 사실 발표에 한정되어야 하고, 이를 발표함에 있어서도 정당한 목적하에 수사결과를 발표할 수 있는 권한을 가진 자에 의하여 공식의 절차에 따라 행하여져야 하며, 무죄추정의 원칙에 반하여 유죄를 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 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 참작하여야 할 것이다.”

대법원은 우선 피의사실 공표행위의 위법성 조각은 국민들의 알 권리에 근거하고 있다는 점을 명시하였다. 나아가 이러한 알 권리 충족은 무죄추정원칙, 수사비밀보호의무, 피의자, 피해자, 그 주변 인물들의 권익과 관련하여 제한될 수 밖에 없다는 점을 밝혔다.

구체적으로 피의사실 공표행위의 위법성 조각 여부를 판단하기 위한 요소로서 다음 7가지를 들었다.

우선, 공표행위가 사사로운 것이 아니라 공공의 이익을 위한 것인가 하는 점이다(사실의 공익성).

둘째, 공표내용이 공공성을 가지고 있는가 여부이다(사실의 공공성). 공표 내용이 국민 일반이 관심을 가질 만한 것이어야 하고, 국민 일반의 관심을 끌지 못하거나 이해관계인 등 특정 소수의 국민만이 관심을 가질 내용이어서는 곤란하다.

셋째, 공표할 필요성이 있는가 하는 점이다. 대법원이 일반국민들의 정당한 관심의 대상이 되는 사항이라고 표현한 것은 공표 목적의 공익성과 공표의 필요성을 고려한 것이라고 할 수 있겠다.

넷째, 공표된 피의사실은 객관적이고 정확한가 여부이다. 공표사실에 대하여 수사기관은 객관적이고 충분한 증거나 자료를 가지고 있어야 할 것이다.

다섯째, 공표의 절차와 형식이 적절한가 여부이다. 공표행위는 정당한 목적으로 수사결과를 발표할 권한을 가진 자에 의하여 공식 절차에 따라 행해져야 하겠다. 경찰실무에서도 수사본부설치사건과 같이 사회적으로 이목이 집중되는 대형사건·사고의 경우 수사진행상황 및 대언론협조사항에 대하여 정례적으로 브리핑을 할 필요가 있음을 인정하고 있다. 사건 브리핑을 하거나 보도 자료를 제공할 경우 경찰청 공보담당관실과 홍보시기, 활동매체, 자료제공범위 등을 사전협의할 것을 원칙으로 하고 있다. 보도자료 발표자는 경찰청의 해당부서의 국장 또는 과장, 경찰서의 경우 서장으로 일원화하고 입회인을 두도록 하였다.<sup>70)</sup>

여섯째, 표현방법이 적정한가 하는 점이다. 공표행위시 무죄추정의 원칙상 유죄를

70) 이운주 외(1999), 경찰실무전서, 2000년판, 경찰대학, pp.523-424 ; 박경식 편저(2000), 경찰수사론, 2000년판, 경찰대학, p.416.

속단하게 할 우려가 있는 표현이나 추측 또는 예단을 불러일으킬 우려가 있는 표현을 피해야 할 것이다. 범인이라는 용어보다는 피의자, 혐의자, 용의자라는 명칭을 적절히 사용하고, ‘어떤 범죄를 저질렀다’가 아니라 ‘어떤 혐의로 체포되었다거나 입건되었다’는 식으로 유죄라고 단정하는 형식의 표현은 지양해야 할 것이다. 또한 범인이라는 문구를 직접적으로 사용하지 않더라도 전체적인 내용을 종합해 볼 때 有罪임을 단정하는 내용의 공표는 해서는 안될 것이다. 또한 주관적이고 감정적인 표현을 사용하는 것은 곤란할 것이다.

끝으로, 피의사실의 공표로 인하여 생기는 피침해이익의 성질, 내용 등을 고려하여야 할 것이다.

### 3. 범죄의 익명 보도에 관한 법률과 익명 공개원칙

형사특별법 중에는 피의자를 특정할 수 있는 그의 인적사항이나 사진을 보도하지 않을 것을 규정하고 있다. 가정폭력범죄의 처벌등에관한특례법(이하 ‘가특별’이라고 함)상 가정보호사건이나 소년법상 보호사건 및 형사사건에서 행위자의 주소·성명·연령·

직업·용모 기타 이들을 특정하여 파악할 수 있는 인적사항이나 사진 등을 신문 등 출판물에 게재하거나 방송매체를 통하여 방송할 수 없다(가특별 제18조 제2항,<sup>71)</sup> 소년법 제64조 제1항). 이러한 보도금지의무를 위반한 경우에는 형사처벌까지 하고 있다(가특별 제64조 제2항, 소년법 제68조 제2항). 이와 같이 피의자에 대한 실명보도를 금지할 뿐만 아니라 성폭력범죄와 가정폭력범죄, 특정한 마약·조직·강력범죄의 피해자, 고소인, 고발인, 신고자 등의 이러한 실명보도를 금지하고 있다(가특별 제18조, 제2항, 제64조 제2항, 성폭력범죄처벌 및피해자보호등에관한법률, 범죄신고자보호법 제8조, 특정강력범죄의처벌에관한특례법 제8조). 범죄신고자보호법은 신고자 등의 실명보도 내지 공개를 금지할 뿐만 아니라 필요한 경우 수사기관의 조서 기타 서류에 인적 사항의 기재를 생략까지 할 수 있도록 하고 있다(동법 제7조).

특별법에서 실명보도 내지 공개를 금지하는 명문의 규정을 두고 있는 것은, 그 외의 사건에 관한 한 수사기관이 필요한 경우 실명으로 공개할 수 있다는 것을 의미하는 것일까? 이에 대해 언론사의 책임하에 실명보도가 가능하다는 점을 암시하는 것으로 불

71) 가정폭력범죄의처벌등에관한특례법은 가정폭력범죄의 수사 또는 가정보호사건의 조사·심리 및 그 집행을 담당하는 공무원 및 상담원 등에게 그 직무상 알게 된 비밀에 대한 엄수의무도 인정하고 있다(동법 제18조),

수 있다고 해석하는 견해도 있다.<sup>72)</sup> 하지만, 우리 대법원은 공적인 인물이 아닌 이상 원칙적으로 범인이나 범죄피의자의 실명을 보도할 수 없다고 하였다.

“일반적으로 대중 매체의 범죄사건 보도는 범죄 행태를 비판적으로 조명하고, 사회적 규범이 어떠한 내용을 가지고 있고, 그것을 위반하는 경우 그에 대한 법적 제재가 어떻게, 어떠한 내용으로 실현되는가를 알리고, 나아가 범죄의 사회문화적 여건을 밝히고 그에 대한 사회적 대책을 강구하는 등 여론형성에 필요한 정보를 제공하는 등의 역할을 하는 것으로 믿어지고, 따라서 대중 매체의 범죄사건 보도는 공공성이 있는 것으로 취급할 수 있을 것이나, 범죄 자체를 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. ……중략 ……원고 유○자와 망 정○삼은 평범한 시민으로서 어떠한 의미에서도 공적인 인물이

아닌 이상 일반 국민들로서는 피고 언론 각사가 적시한 범죄에 대하여는 이를 알아야 할 정당한 이익이 있다 하더라도 그 범인이 바로 원고 유○자와 망 정○삼이라고 하는 것까지 알아야 할 정당한 이익이 있다고 보이지 않는다. ……후략. ……”<sup>73)</sup>

생각건대, 특별한 경우가 아니라면 범죄 수사의 내용이 공개대상이 되는 것이지 그 범죄에 관계된 사람의 이름이 공개대상이 되는 것은 아니다. 범죄에 관한 사실은 일반적으로 특정인의 평가와 관계되는 것으로 수사기관이 일반범죄사실 외에 피의자의 이름을 공개하는 것은 바로 피의사실공표죄 뿐만 아니라 명예훼손죄에 해당된다고 할 것이다.<sup>74)</sup> 이러한 점에서 수사관계공무원은 피의자의 이름을 실명으로 공개하거나 그의 사진을 공개해서는 안 될 것이다. 나아가 성, 연령, 주소 내지는 기사의 전체 내용 등을 통하여 그 사람이 特定人임을 알 수 있어도 안 될 것이다. 경찰실무에서도 보도 자료 제공시 사건용의자는 익명으로 하는 것을 원칙으로 하고 있다.<sup>75)</sup>

72) 성낙인(1999), “공적 기록의 보도와 사생활보호”, 언론중재, 1999/여름, p.30.

73) 대판 1998.7.14, 96다17257, 공98.8.15[64],2108.

74) 또 피의자 뿐만 아니라 피해자나 가족 등의 이름이나 주소도 마찬가지로 쉽게 현출된다면 그 명예가 훼손된다. 특히 성폭행사건과 같이 보다 더 개인의 명예나 사생활과 직접관련이 있는 경우에는 당사자의 명예나 프라이버시가 보다 철저히 보호되어야 할 것이다. 피해자가 사망한 이후라도 사자의 명예나 유족의 명예도 존중되어야 한다.

75) 이운주 외(1999), p.523 ; 박경식 편저(2000), p.415.

## VII. 결 론

우리 형법은 피의사실공표죄라는 유례를 찾기 힘든 독특한 범죄유형을 규정하였다. 이것은 무죄추정권을 가진 피의자의 명예와 인권을 보장하기 위한 것이다. 아울러 짜맞추기식 수사 또는 외부의 압력에 의하여 피의자의 인권을 침해하는 부적정한 수사권의 행사를 방지하기 위한 것이다. 이 점은 형법 제정과정에서 잘 나타나 있다.

이 죄의 주체는 수사의 직무를 행하거나 감독·보조하는 공무원이지만, 영장발부 판사는 강제처분의 적법성과 필요성을 판단할 뿐이고 언어관용상 검찰에 대한 수사직무상의 감독권한이라고 볼 수 없다는 점에서 이 죄의 주체가 될 수 없다. 수사관여자가 자기 상관에게 보고하고 자기 동료들에게 의논하는 것은 정당행위에 의하여 위법성이 조각되는 것이 아니라 특정 소수자에 대한 고지이고 전파가능성도 없기 때문에 공표라는 구성요건에 해당하지 않는다고 할 것이다. 하지만, 비보도를 조건으로 언론에 공개하거나 특정 언론기자에게 수사기록의 열람을 묵인하는 것은 피의사실공표죄에 해당할 수 있다.

피의사실공표죄의 엄격한 적용은 범죄수사에 대한 일반 국민의 알 권리를 제한하여 주권자의 수사기관에 대한 감시와 통제를 약화시키는 결과를 초래하고, 결국 수사기

관에 의한 피의자의 인권 침해를 통제할 수 없게 할 뿐만 아니라 부당한 수사권의 행사 또는 불행사로 인한 피해자의 인권 침해를 초래할 수 있다. 또한 피의사실공표죄로 인하여 수사방법상 필요하거나, 또는 범죄 예방 및 피해 확산 방지나 사회를 안정시키기 위하여 필요한 경우에도 피의사실을 공표할 수 없다면, 범죄 피해자의 인권을 보호할 수 없을 뿐만 아니라 공공의 안녕과 질서에 대한 국민의 이익이 보장될 수 없을 것이다. 따라서 정당한 수사방법으로서 또는 치안정책적 목적을 달성하고 국민의 알 권리를 충족시키기 위해 필요한 경우에 이루어지는 피의사실공표행위에 대해서는 위법성을 조각시키려는 이론적 구성이 필요하다 할 것이다. 이 글에서는 피해자의 승낙, 형사소송법상 수색, 경찰관직무집행법 등에 의한 위법성조각 가능성을 새로이 모색하였다.

피의자의 명예권, 적정한 수사권의 행사, 일반 국민의 알 권리 등은 그 輕重을 따질 수 없을 만큼 모두 중요한 법익들이다. 수사기관이 공소제기 전에 피의사실을 공표하는 경우에는 이들 법익들이 서로 충돌하는 경우가 많다. 이러한 법익을 적절히 조화시키는 내용으로 피의사실 공표의 기준을 입법화할 필요가 있다고 생각된다. 이는 수사기관에 의한 개인의 인권침해방지나 적정한 수사권 행사의 보장이라는 측면에서뿐만 아니라 국민의 정당한 알 권리를 충족시키기

위하여도 필요하다고 생각된다.

위와 같은 내용을 담은 법률이나 규칙에서 사용되는 문구는 보다 명확하고 구체적으로 규정되어야 할 것이다. 그 내용상으로는 수사단계에서 공개되어야 마땅한 수사

정보와 공개되지 말아야 할 피의사실을 구분하여 상세히 규정할 뿐만 아니라, 피의사실 공표의 구체적인 절차를 규정하여 이에 대한 절차적 통제를 강화하여야 할 것이다.

### 참 고 문 헌

- 강석복(1989), “『교수형』 사전공개 및 피의자사실사전공표와 인권”, 인권과정의, 1998/10, pp.33-37.
- 경찰청(2001), 경찰통계연보 2000, 통권 제44호, 범신사.
- 곽창욱(1982), “수사관계공직자에 의한 피의사실공표에 관하여”, 대한변호사협회지, 1982/7·8(통권 제79호), pp.21-22.
- 권문택 외(1980). 주석형법각칙(하), 사법행정학회.
- 권문택 외(1986), 신고 형법각론, 사법행정학회.
- 권영성(2000), 보정판 헌법학원론, 2000년판, 법문사.
- 김성돈·김형준(2000), 형법각론, 동헌출판사.
- 김운용(1982), “피의사실공표죄의 법적 문제”, 언론중재, 1982/가을(통권 제4호), p.10.
- 김일수(2001), 새로쓴 형법각론, 제4판, 박영사.
- 김일수(1997), 한국형법IV[각론 하], 개정판, 박영사.
- 김재협(1999), “위법적 취재 관행과 법적 환경”, 언론중재, 1999년 여름호(통권 제71호), p.70.
- 김철수(1998), 헌법학개론, 제10전정판, 박영사.
- 대검찰청(2000), 범죄분석 2000, 통권 제133호, 대종인쇄사.
- 박경식 편저(2000), 경찰수사론, 2000년판, 경찰대학.
- 박상기(1999), 형법각론, 전정판, 박영사.
- 배종대(2001), 형법각론, 제4판, 홍문사.
- 백형구(1999), 형법각론, 청림출판.
- 법무부(1992), 형사법개정자료(XIV) 형법개정법률안제안이유서, 문중인쇄, 1992.10

- 서일교(1962), 형법강의[각론], 제일문화사.
- 성낙인(1999), “공적 기록의 보도와 사생활보호”, 언론중재, 1999/여름, p.29.
- 손창렬(1987), 범죄보도와 인권침해에 관한 형사법적 고찰, 서울대법학석사학위논문, 1987.8.
- 손창렬(1990), “범죄보도와 인권침해에 관한 형사적 고찰”, 검찰 제100호.
- 신동운 편(1990), 형사법령제정자료집(1) 형법, 한국형사정책연구원.
- 신동운(1993), 형법각론, 한국방송통신대학출판부.
- 양삼승(1993), “공공이익에 한해 공표허용해야”, 신문과방송, 1993/7(통권 제271호), p.14.
- 염정철(1959), 형법각론강의, 신아사.
- 유기천(1986), 형법학[각론강의 하], 전정신판(26판), 일조각.
- 이건호(1976), 신고형법각론, 일신사.
- 이운주 외(1999), 경찰실무전서, 2000년판, 경찰대학.
- 이재상(2001), 형법각론, 제4판, 박영사.
- 이정원(1999), 형법각론, 법지사.
- 이정훈(1997), 범죄보도와 형사상의 제문제, 서울대법학석사논문, 1997.2.
- 임 응(2001), 형법각론, 법문사.
- 정성근((1996), 형법각론, 전정판, 법지사.
- 정영석(1985), 형법각론, 제5전정판, 법문사.
- 정창운(1960), 형법학각론, 박영사.
- 진계호(2000), 형법각론, 제4판, 대왕사.
- 홍기태(1997), “형사재판에 대한 보도와 그 한계”, 재판자료 제77집 헌법문제와 재판(하), 법원행정처, 1997.6, pp.353-404.
- 황산덕(1984), 형법각론, 제5정판, 방문사.
- Bornkamm, Joachim, *Pressefreiheit und Fairneß des Strafverfahrens : die Grenzen der Berichterstattung über schwebende Strafverfahren im englischen, amerikanischen und deutschen Recht*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1980.
- Maurach/Schröder/Maiwald, *Strafrecht*, Besonderer Teil, Bd.2, 8.Aufl., Müller Juristischer Verl., 1995.
- Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26.Aufl., Verlag C.H.Beck, 2001.

- Strafgesetzbuch : Leipziger Kommentar*, hrsg von Jescheck/Ruß/Willms, 10.Aufl., Walter de Gruyter, 1988.
- Wilhelm, J. Ph., “Vorzeitige Weitergabe einer Anklageschrift, § 353d Nr.3 StGB”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1994.6.8, S.1520–1522.
- Freedman, Warren, *Press and Media Access to the Criminal Courtroom*, Quorum Books, 1988.
- Fretz, Donald R., *Courts and the News Media*, National College of the State Judiciary, University of Nevada, 1977.
- Gillmor, Donald M., *Free Press and Fair Trial*, Public Affairs Press, 1966.
- Miller, C. J., *Contempt of Court*, Clarendon Press, 1989.
- Supperstone, Michael, “Press Law in the United Kingdom”, in *Press law in modern democracies : a comparative study*, ed. Pnina Lahav, New York : Longman, 1985.
- Thaler, Paul, *The Watchful Eye : American Justice in the Age of the Television Trial*, Praeger, 1994.