

# 공정한 재판의 실현을 위한 헌법원칙에 관한 연구

- 피의사실공표죄의 헌법적 분석 및 입법적 개선방안을 중심으로 -

연 구 자 : 사단법인 한국헌법학회

연구책임자 : 이 우 영 (서울대학교 법학전문대학원 교수)

공동연구자 : 김 영 진 (인천대학교 법학과 조교수)

박 종 현 (국민대학교 법과대학 부교수)

고 문 현 (송실대학교 법학과 교수)

윤 형 석 (변호사, 서울대학교 대학원 법학과 박사과정)



# 제 출 문

법원행정처장 귀하

본 보고서를 귀 기관으로부터 의뢰받은 「공정한 재판의 실현을 위한 헌법 원칙에 관한 연구」의 최종보고서로 제출합니다.

2019. 5.

사 단 법 인 한국헌법학회



## 내용 목차

제1장 연구의 목적과 내용 및 연구의 필요성 .....	1
제1절 연구의 목적과 필요성 .....	3
제2절 연구의 주요 내용 및 연구방법론 .....	4
제3절 연구의 기대효과 및 활용방안 .....	5
제2장 공정한 재판을 위한 헌법원칙 .....	7
제1절 공정한 재판을 위한 헌법원칙으로서의 무죄추정의 원칙 .....	9
I. 역사 및 근거 .....	9
II. 개념 .....	11
III. 성격 .....	20
IV. 내용 .....	27
V. 제한 .....	37
VI. 소결 .....	39
제2절 공정한 재판을 위한 헌법원칙으로서의 변호인의 조력을 받을 권리 .....	40
I. 의의 .....	40
II. 개념 .....	41
III. 연원 .....	45
IV. 성격 .....	46
V. 주체 .....	46
VI. 내용 .....	50
VII. 소결 .....	65
제3장 공정한 재판을 위한 헌법원칙 관점에서의 피의사실공표죄 검토 .....	67
제1절 피의사실공표죄의 입법취지, 입법연혁 및 운용현황 .....	69

I. 피의사실공표죄의 입법취지 .....	69
II. 피의사실공표죄의 입법과정 및 연혁 .....	69
III. 피의사실공표죄 운용현황 .....	70
제2절 외국법제상의 피의사실공표 및 우리나라의 법리와 법제에 주는 시사점 .....	71
제3절 피의사실공표죄에 대한 헌법적 정당성에 대한 논의 .....	73
I. 피의사실공표죄의 헌법적 체계정합성 판단 .....	73
II. 공정한 재판의 실현 기제로서의 피의사실공표죄의 보호법의 분석: 피의자의 인격권, 국가의 범죄수사권, 공정한 재판을 받을 권리 .....	77
III. 헌법상 과잉금지원칙에 따른 현행 피의사실공표죄의 분석 .....	83
제4절 소결: 공정한 재판과 피의사실공표죄 .....	90

**제4장 공정한 재판을 위한 헌법원칙 관점에서의 피의사실공표죄의 입법적 개선방안:  
제19대(2012-2016) 및 제20대(2016-2020) 국회에서의 법률개정안  
및 법률개정 논의사항을 중심으로 .....** 97

제1절 개정 연혁 및 내역 .....	99
I. 형법 .....	99
II. 형사소송법 .....	99
III. 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 및 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법 .....	100
제2절 정부제출 법률안 .....	101
I. 1992년 형법개정법률안 .....	101
II. 2011년 형법 일부개정법률안 .....	102
III. 형사소송법상 공소유지 변호사제도 도입 검토 .....	102
제3절 국회의원이 발의했으나 임기만으로 폐기된 법률안 .....	103
I. 개관 .....	103
II. 2009년 이전 국회의원 발의 법률안 .....	104
III. 2009년 이후 국회의원 발의 법률안 .....	108
제4절 공정한 재판의 실현을 위해 형법 제26조의 취지를 구현하기 위한 수사준칙 및 자율적 준수와 확인의 중요성 .....	117

제5장 결론: 공정한 재판의 실현을 위한 피의사실공표죄의 의의와 입법적 개선 방안 .....	137
참고문헌 .....	141
첨부1. 우리나라의 피의사실공표 주요 사례 정리 .....	145
첨부2. 미연방법무부 연방검사 업무지침 (「United States Attorney's Manual」) 1-7.000 CONFIDENTIALITY AND MEDIA CONTACTS POLICY .....	151
첨부3. 미국변호사협회(ABA) 형사절차 기준 (「ABA Standards for Criminal Justice: Prosecution Functions Standards」) 3-1,4, Public Statements .....	163





## 제1장

연구의 목적과 내용 및

연구의 필요성





## 제1절 연구의 목적과 필요성



공정한 재판을 받을 권리는 헌법이 규정한 재판받을 권리의 핵심적 내용이자 요소이며, 헌법이 궁극적 목적으로서 기본권을 보장함에 있어 실체적·절차적으로 실현하여야 할 기본 원칙이자 기본권 보장을 위해 권력분립이 요구되는 근본적 이유이기도 하다. 근래 법원과 검찰에 대한 국민적 개혁 요구 역시 공정한 재판과 이를 통한 사법정의에 대한 요구로 요약될 수 있다. 이를 위해서는 관련 법제의 운용상의 개선과 함께 입법적 개선도 요구된다. 공정한 재판의 실현을 위한 헌법 원칙의 구체적 내용을 찾아 이를 구현하기 위해 어떠한 법제의 어떠한 개선이 이루어져야 하는지를 연구하는 것은 공정한 재판과 이를 통한 사법정의를 실현하고 나아가 법치와 민주체제의 근간을 재확립하기 위해 반드시 필요하다.

대한민국헌법상 공정한 재판의 실현을 위한 원칙으로서 핵심적인 것으로 무죄추정의 원칙, 변호인의 조력을 받을 권리<sup>1)</sup>를 포함한 형사절차상 피의자 및 피고인의 기본권 보장, 재판과 법관의 독립이 있으며, 헌법에 명문의 직접적 규정은 없으나 공정한 재판의 실현을 위한 헌법적 중요성을 갖는 원칙으로서 검찰의 정치적 중립성과 수사의

- 1) 우리 헌법은 제12조 제4항에서 '누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다'고 규정하고 있고, 형사소송법은 제33조에서 일정한 경우에 법원이 직권으로 또는 피고인의 청구에 의해 국선변호인을 선정하도록 규정하고 있다. 이와 같이 우리나라의 국선변호인은 원칙적으로 피의자나 피고인이 스스로 변호인을 선임할 수 없을 때 보충적으로 선정되는 것이고, 그 사유는 대부분 사회적 또는 경제적 약자에 해당하는 경우다. 변호인의 조력을 받을 권리와 이를 구현하기 위한 법제의 하나로서의 국선변호제도의 취지는 형사절차에서 사회적·경제적 약자의 방어권 행사를 보충하여 헌법상의 기본권인 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하여, 궁극적으로 공정한 재판을 실현하기 위한 것이다.
- 2) 현재 우리나라에서는 공정한 재판의 실현을 위한 헌법 원칙으로서의 변호인의 조력을 받을 권리의 실질적 구현과 확대를 위해 국선변호제도와 관련된 하에 형사공공변호인 제도의 도입을 논의하고 있다. 이와 같은 취지에서 형사공공변호인제도는 국선변호 대상의 범위를 수사단계의 모든 피의자로 확대하고 제도의 운영 주체를 법원에서 행정부로 변경하여 정부가 직접 형사변호를 담당하고자 하는 취지의 제도이다. 검찰과 경찰이 수사권과 기소권을 행사하고 피의자 및 피고인은 스스로 또는 변호인을 통해 방어권을 행사하며 법원은 재판권을 행사하는 것이 우리나라 형사사법의 기본 구조이며, 형사재판의 경우 검찰과 피고인의 당사자로서의 지위를 강화하고 있다. 이와 같은 형사공공변호인 제도는 특히 형사공공변호 전담기구를 법무부 내에 신설하여 운용하게 되는 경우 권력분립 구도와 우리나라의 형사사법의 기본 구조에 배치되지 않는 방향으로 취지에 부합하는 제도로 마련되어 운용될 수 있도록 체계적이고 심층적으로 연구되어야 한다. 또한 예산과 인력수급의 방식 및 형사보상금 현실화의 문제 및 법률구조공단의 기능과 운용 등과도 연계하여 논의되어야 한다. 또한 국선변호 제도의 운영 주체를 법원으로부터 대한변호사협회 등 변호사 단체로 이관하는 방안이 논의되고 있으므로 이와 연계 속에 연구되어야 한다.

공정성도 대단히 중요하다. 이 연구에서는 공정한 재판의 실현을 위한 헌법 원칙으로서의 무죄추정의 원칙을 보장하고 구현하기 위한 구체적 법제로서 피의사실공표 법리를 운용실의 맥락에서 비교법적 시사점<sup>3)</sup>에 비추어 분석하고, 입법적 개선안을 포함하여 관련 법리와 법제의 발전 내지 개선 방안을 제시한다.

## 제2절 연구의 주요 내용 및 연구방법론



이하에서는 공정한 재판을 위한 헌법원칙으로서의 무죄추정의 원칙과 변호인의 조력을 받을 권리를 고찰한 후, 공정한 재판 실현을 위한 헌법원칙 관점에서 형법 제126조에 규정된 피의사실공표죄 법리와 법제를 분석한다. 그 입법취지와 입법연혁 및 운용현황을 검토한 후, 관련 외국의 입법례 및 우리나라에의 시사점을 살펴보고, 이어서 피의사실공표죄의 헌법적 정당성에 대한 논의를 검토한다. 공정한 재판을 받을 권리 실현의 관점에서 피의사실공표죄 관련 헌법적 쟁점으로서 보호법익을 피의자의 인격권과 국가의 범죄수사권 각 요소에 중점을 두어 공동체구성원의 알 권리와 의 상관성 하에서 분석하고, 피해자 보호 논점도 검토한다. 그 헌법적 정당성을 분석하기 위해 법률규정 목적의 정당성, 수단의 적합성, 침해의 최소성 및 법익의 균형성을 검토한다.

공정한 재판에 대한 국민적 요구는 근래의 정치적, 사회적 상황에서 더욱 강화되어 온 바, 법원과 검찰에 대한 국민의 개혁 요구는 핵심적으로 공정한 재판의 실현을 위한 개선 요구이다. 이와 같은 요구에 부합하는 노력의 과정에서 원인의 진단과 함께 개선

3) 헌법의 궁극적 목적인 기본권 보장과 법치의 제도적 근간이 되는 공정한 재판을 받을 권리를 각국의 헌법이 어떠한 형식과 내용으로 규정하고 있는지 비교 분석하여, 이 점에서 우리 헌법 및 관련 실체법과 절차법에 주는 시사점을 찾는 것은 우리 헌법상 공정한 재판을 실현하기 위한 원칙을 이해함에 있어 법리와 관련 법제 운용의 양면에서 유의미한 시사점을 준다. 유럽인권협약 제6조와 미연방헌법 수정 제5조와 제6조는 헌법 원칙으로서 공정한 재판을 받을 권리(right to fair trial)를 명시적으로 규정하고 있다. 독일과 일본은 헌법에 공정한 재판을 받을 권리를 명시적으로 규정하고 있지는 않으나 공정한 재판을 실현하기 위한 헌법적 원칙과 관련 권리를 규정하고 있다. 비교법적 연구를 통해 공정한 재판의 실현을 위한 헌법 원칙이 관련 법제와 그 운용에서 구현되는 과정과 현황에서 우리나라의 관련 법제 및 그 운용에 줄 수 있는 시사점을 찾을 수 있다.

방안의 제시 역시 필수적이다. 이에 공정한 재판을 위한 헌법 원칙 관점에서 피의사실 공표죄 관련 입법적 개선 노력을 분석하고 그 개선 방안을 제시한다. 이 과정에서 2018년 국정감사에서 검토된 피의사실공표죄 관련 현황을 제시한 후, 제19대 국회(2012-2016) 및 현행 제20대 국회(2016-2020)에서 제출 및 발의된 법률개정안 및 관련 논의사항을 분석하고, 이를 바탕으로 입법적 개선안을 제시한다.

공정한 재판을 위한 헌법 원칙의 실현을 위한 노력은 법원 뿐 아니라 검찰과 언론 등 각 기관과 각계의 노력 역시 요하므로, 이와 같은 보다 넓은 맥락에서의 개선점도 모색하여야 한다. 특히 형사사건 범죄보도에 대한 제도적 및 자율적 통제 논의가 피의사실 보도 및 재판 보도에 대한 개선안에 핵심적으로 포함되어야 한다. 공정한 재판의 실현을 위한 헌법 원리의 구현을 위해 검찰 역시 검찰의 정치적 중립성과 수사공정성을 목표이자 과정으로 하여 제도적 개선 노력을 기울이고 있는 바, 이와 같은 취지에서 검찰의 기소법정주의 도입논의와 재정신청 확대논의를 피의사실공표 법제와의 관련성 하에서 분석할 수 있다.

### 제3절 연구의 기대효과 및 활용방안



공정한 재판의 실현을 위한 헌법 원칙에 대한 체계적 분석과 이해는 관련 법제의 구현에 체계정합성과 효율성을 제고하여 공정한 재판의 실현에 기여할 수 있을 것이다. 공정한 재판의 실현을 위한 헌법 원칙의 구현 기제의 하나로서의 피의사실공표 법리와 법제는 우리나라의 고유한 상황에 맞고 수요를 반영하면서 공정한 재판 실현을 위한 헌법 원리에 부합하는 방향으로 제도상 그리고 운용상 개선되어야 한다. 관련 쟁점에 대한 논의와 입법적 개선노력을 위한 공론화를 더한층 활성화해가는 과정에서 법원 뿐 아니라 검찰과 언론을 포함한 우리 사회의 각 영역에서의 다양한 관점이 반영된 공정한 재판이 실현될 수 있을 것이며, 포토라인 관련 쟁점 내지 검찰과 경찰의

관련 실무 준칙과 기준의 공정한 재판을 위한 개정 방안 등 구체적인 다양한 관련 논점에 대해서도 보다 일관적이고 체계정합성을 갖춘 논의를 해 갈 수 있을 것이다. 이는 공정한 재판의 실현에 기여하고, 궁극적으로 재판과 사법정의에 대한 신뢰의 제고에 이바지할 것이다.

## 제2장

### 공정한 재판을 위한 헌법원칙







## 제1절 공정한 재판을 위한 헌법원칙으로서의 무죄추정의 원칙



### I. 역사 및 근거

#### 1. 역사적 발전과정

무죄추정은 고대 로마의 배심제 형사절차에서 증거법칙으로 유래되었다고 본다. “무고한 피고인을 처벌함은 범죄혐의자를 방면함만 못하다”고 하였고, “피고인의 혐의를 적합한 증인이나 결정적인 문서에 의해서 또는 의심의 여지가 없고 햇빛보다 더 밝은 정황증거에 의해서 입증할 수 없다면 책임을 부과할 수 없는 것”으로 이해되었다. 따라서 고대 로마시대에는 현재 무죄추정의 기본정신으로 알려져 있는 “열 명의 범죄인을 석방하더라도 한 명의 무고한 사람을 처벌하여서는 아니된다”는 원칙과 “의심스러울 때는 피고인의 이익으로”라는 “in dubio pro reo” 법칙이 증거법상 판단법칙으로 인정되었다는 것이 정설이다.<sup>4)</sup>

하지만 13세기에 이르러 유럽의 법원은 중세 초기의 형사절차를 버리고, 형사사건에서 인간의 판단력을 중요시하는 규문주의 형사재판이라는 새로운 제도를 채택하게 되었다. 규문절차는 개인의 고소여부와 상관없이 재판관이 직권으로 범죄인을 심문하고 형사소추여부 및 죄의 유무를 결정하였다. 법정증거주의를 채택하여 두 명의 증인이나 피고인의 자백이 있으면 유죄가 선고되었다. 하지만 사건현장을 목격하거나 기타 피고인의 유죄를 입증할 증인을 확보하는 것이 현실적으로 어려웠기 때문에 피고인의 자백을 얻기 위한 고문이 널리 이루어졌다. 자백을 얻기 위한 고문은 합법적으로 인정되었다. 심문제도라 불리는 새로운 규문주의 형사재판방식은 13-15세기경에 걸쳐 점진적으로 형태를 갖춘 후 대략 15세기말경에 완성되었으며 16세기경까지 널리 퍼지게 되었다.<sup>5)</sup>

규문주의 형사소송은 기본적으로 소추권자가 동시에 심판자가 되는 소송구조로 형

4) 김철수, 「무죄추정론」(대한변호사협회지 제70호, 1981년 9월) 10면.

5) 신양균, 「카롤리나형사법전 입문(상)」 54-55면; Levack (김동순 역), 「유럽의 마녀사냥」 111면.

사절차는 비공개 서면으로 진행되고, 혐의자는 단순한 소송의 객체로 '구문'의 대상에 불과하며 구속수사와 구속재판이 '원칙'으로 인정되고, '고문을 통한 자백'이 적법한 증거로 인정되며, 두 명 이상의 증언이나 자백이 있을 경우 유죄선고가 가능(법정증거주의)하고, 유죄로 입증되지 않을 경우에도 '혐의형'으로의 처벌이 가능한 사실상 유죄 추정의 형사절차이었다. 구문주의 형사절차의 폐해를 보여준 대표적인 사례는 '마녀재판'이었다. 15세기에서 17세기 사이 유럽에서 횡횡한 마녀재판은 중세의 인류에게 인간성에 대한 잔혹한 고통의 상처를 남겨 주었다. 마녀재판으로 무고하게 희생된 사람은 100만 명에 이르는 것으로 추정된다.<sup>6)</sup>

1789년 프랑스 인민의 대표자들은 대혁명이 성공한 후 과거 군주와 법원의 전단적(專斷的)인 국가형벌권 행사를 제한하고 인민의 생명과 신체의 자유 등 인권을 보장하기 위해 같은 해 8월 26일 세계 헌법사에 지대한 영향을 미친 '인간과 시민의 권리선언'을 발표하였다. 인권선언에 규정된 일련의 자연권과 시민권 등 인간의 '권리'목록은 1791년 9월 3일 프랑스의 최초 성문헌법에 의해 보장되는 '기본권'으로 규정되었고 나머지 대륙국가의 거의 모든 헌법전에서도 유사한 권리 목록이 채택되어 개인의 인권 보장을 핵심으로 하는 법치국가와 이에 근거한 법치국가적 형사소송체계가 탄생되게 되었다.<sup>7)</sup>

'법치국가(Rechtsstaat)라는 개념은 자연법적 사회계약론에서 도출된 개념으로 권력행사자인 통치자와 피치자간의 관계가 법률에 의해 규율되어야 한다는 것을 의미하였다. 즉 양자 상호간의 자유를 확보하기 위한 것이 법치국가의 목표였다. 법치국가는 모든 영역에 대한 국가의 간섭을 전제로 하는 '경찰국가'의 악몽으로부터 벗어나 개인의 책임을 전제로 인정되는 시민적 자유가 기본권으로서 인정되었다. 이와 같이 '자유주의이념'을 바탕으로 근대 형사법의 원칙과 형사피의자와 피고인의 형사절차상 권리가 헌법적으로 보장된 형사소송을 법치국가적 형사소송이라고 한다. 법치국가적 형사소송제도의 특징은 소추자와 심판자가 분리되고(탄핵주의), 재판은 공개·구두(口頭)심리로 진행되며(공개주의와 구두주의), 피고인은 소송주체이자 당사자로 소추자와 공격·방어를 펼치는 지위에 있으며(직권주의와 당사자주의), 불구속수사·재판이 원

6) 정영훈, 「무죄추정에 관한 연구」(고려대학교 대학원 법학과 박사학위 청구논문, 2011) 77면.

7) 정영훈, 82-83면.

착이고, 고문이 금지되었다. 혐의형도 사라지고 법관은 합리적 의심이 없을 정도의 유죄의 확신이 생기지 않는 한 유죄판결을 할 수 없도록 하였다(자유심증주의).<sup>8)</sup>

## 2. 이론적 근거

자유주의의 기본가치는 공동체 전체가 아닌 인간 개개인에게 초점을 두는 개인주의에 있다고 할 수 있고, 자유주의는 모든 권위와 질서를 의심하고 진실에 관한 개개인의 주체성을 인정함으로써 개인주의와 상호밀접한 관련을 갖게 되는 것이다.<sup>9)</sup> 개인의 존엄과 자유를 최고의 가치로 여기는 자유주의에서 개인의 존엄과 자유를 위협하는 어떠한 상황도 정당화 될 수 없기 때문에 자유주의에서 의심스러운 때는 약자의 자유와 존엄을 위해서라는 원칙이 도출될 수 있는 것이다. 현대 자유주의 철학자인 슈클라(Shklar)는 자유주의를 ‘가혹함과 공포로부터의 자유’라고 서술하는 바 이는 정의의 실현을 위한 공권력의 행사는 정당하지만 그 법적 강제력으로 인해 이는 남용될 수 있고, 언제 어떻게 폭력으로 돌변할지 모른다고 한다. 특히 이상국가와 도덕적 체계를 지향하는 국가 또는 공동체일수록 그러한 강제와 희생의 정도가 클 수 있음을 경계한다.<sup>10)</sup> 남용될 수 있는 공권력의 행사로부터 개인의 자유를 방어하는 권리를 체계화할 필요가 있고 특히 국가형벌권으로부터 개인을 보호하기 위해 무죄추정의 원칙은 보장되어야만 한다.

## II. 개념

### 1. 들어가며

헌법 제27조 제4항은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다”며 무죄추정 원칙을 규정하고 있다. 다른 헌법조항들에 비하여 이 원칙이 구체성을 갖는 것처럼 보이지만 무죄추정의 원칙이 누구에게 어떠한 상황에서 적용되는지, 그리

8) 박상기, 「독일형법사」 183-184면, 198-207면.

9) 김비환 외 5인, 「자유주의의 가치들: 드워킨과의 대화」 (아카넷, 2011) 23면.

10) 정태욱, 「자유주의 법철학」 247-281면.

고 무죄추정의 의미, 효과가 무엇인지에 대한 개념 분석이 있어야 원칙의 분명한 의미를 파악할 수 있을 것이다. 무죄추정의 원칙이 의미하는 바가 무엇인지에 관한 개념 분석에 있어서는 헌법재판소 결정례의 판시 내용을 살펴볼 필요가 있다. 헌법재판소는 형사사건으로 공소가 제기된 변호사에 대하여 법무부장관이 일방적으로 업무정지명령을 내릴 수 있도록 한 변호사법 제15조에 대한 위헌심판에서 다음과 같이 무죄추정의 원칙의 개념을 설명하였다.

공소제기 전의 형사피의자는 물론이고 공소제기가 된 피고인이라도 유죄의 확정 판결이 있기까지는 원칙적으로 ‘죄가 없는 자에 준하여 취급’하여야 하고 ‘불이익을 입혀서는 안 된다’고 할 것으로 가사 그 불이익을 입힌다 하여도 필요한 최소 제한에 그치도록 비례의 원칙이 존중되어야 한다는 것이 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙이며, 여기의 불이익에는 형사절차상의 처분에 의한 불이익뿐만 아니라 그 밖의 기본권제한과 같은 처분에 의한 불이익도 입어서는 아니 된다는 의미도 포함된다고 할 것이다... 무죄추정원칙의 제도적 표현으로서 공판절차의 입증단계에서 거증책임(舉證責任)을 검사에게 부담시키는 제도, 보석 및 구속적부심 등 인신구속의 제한을 위한 제도, 그리고 피의자 및 피고인에 대한 부당한 대우 금지 등이 있다.<sup>11)</sup>

## 2. 무죄추정의 주체의 범위

헌법 조항에 따르면 무죄가 추정되는 주체에 형사피고인만이 명시되어 있어 재판절차에서 형사피고인만이 무죄추정의 원칙을 적용받는 것으로 해석될 소지가 있다. 하지만 헌법재판소는 이에 국한되지 않고 수사절차에서의 형사피의자 역시 그 주체에 해당된다고 해석하였다.

헌법 제27조 제4항은 "형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지 무죄로 추정된다."라고 하여 이른바 무죄추정의 원칙을 선언하였는데 공소가 제기된 형사피고인에게 무죄추정의 원칙이 적용되는 이상, 아직 공소제기조차 되지 아니한 형사피의자에게 무죄추정의 원칙이 적용되는 것은 너무도 당연한 일이며 이 무죄추정의 원칙은 언제나 불리한 처지에 놓여 인권이 유린되기 쉬운 피의자, 피고인의 지위를 옹호하여 형사절차에서 그들의 불이익을 필요한 최소한에 그치게 하자는 것으로서 인간의 존엄성 존중을 궁극의 목표로 하고 있는 헌법이념에서 나온 것이다. 이 무죄추정의 원칙으로 인하여 불구속수사, 불구속재판을 원

11) 헌법재판소 2009.6.25. 선고 2007헌바25; 헌법재판소 2001.11.29. 선고 2001헌바41.

칙으로 하고 예외적으로 피의자 또는 피고인이 도망할 우려가 있으나 증거를 인멸할 우려가 있는 때에 한하여 구속수사 또는 구속재판이 인정될 따름이다.<sup>12)</sup>

이러한 판례의 입장에 학설도 거의 일치하여 찬동하고 있다. 그 근거로는 “고도의 범죄혐의가 인정됨을 이유로 공소가 제기되어 유죄판결을 받을 개연성이 더욱 높아진 형사피고인에게조차 무죄의 추정이 인정된다면 아직 공소제기여부를 결정할 수 있을 정도로 범죄혐의가 높지 않은 형사피의자 및 그 전단계의 단순한 혐의자들에 대해서는 더욱 더 강한 무죄추정이 인정되어야 한다는 논리적 필연성”이 제시된다.<sup>13)</sup> 이러한 근거에 기초하여 “형사절차에 관하여 무죄추정원칙은 재판단계에서 법관의 자유심증을 제한할 뿐만 아니라 수사단계에서 강제 처분에 대한 제한요소로 작용하며 미결구금의 처우에 대한 기준이 된다”는 주장도 제시된다.<sup>14)</sup> 이러한 해석론에 따르면 내사단계 후의 개념인 피의자와 구분되는 내사단계에 있는 피내사자에게도 역시 무죄추정의 원칙이 적용된다고 보아야 할 것이다.

### 3. 무죄추정을 받는 판결 대상 및 시간적 한계

헌법조항에 따르면 형사피고인과 형사피의자(피내사자 포함)는 유죄 판결이 확정될 까지 무죄로 추정된다. 무죄추정의 시간적 한계인 ‘유죄판결 확정시’에 대해서는 학계에서 논의가 정리되어 있는데 일단 여기서 유죄판결이라 함은 “형선고판결, 형면제판결 및 형집행유예판결, 형선고유예판결”을 말한다고 본다.<sup>15)</sup> 확정판결의 효력이 부여된 약식명령이나 즉결심판도 이에 포함된다.<sup>16)</sup> 면소판결은 유죄판결에서 제외된다고 볼 수 있는데 면소판결이나 소송기각판결, 관할 위반의 판결과 같은 형식 판결들은

12) 헌법재판소 1992.1.28. 선고 91헌마111. 그 외 같은 취지의 헌법재판소 결정례로는 헌법재판소 1992.4.14. 선고 90헌마82; 1992.4.14. 선고 90헌마 82; 1994.4.28. 선고 93헌바26; 1995.7.21. 선고 92헌마144; 1997.5.29. 선고 96헌가17; 1997.6.26. 선고 96헌가8·9·10(병합); 1998.2.27. 선고 96헌마179; 1998.12.24. 선고 94헌바46; 2003.11.27. 선고 2002헌마193 참조.

13) 신동운, “무죄추정의 원칙과 검사의 기소유예처분” (서울대학교 법학 제83·84호, 1990) 156면.

14) 신동운, 「형사소송법 I」 570면 이하; 이재상, 「형사소송법」 104면; 정동욱, “무죄의 추정”, 고시연구 제188호, 1989, 143면; 차용석 외 3인 공저, 「주석 형사소송법(III)」 80면.

15) 성낙인, 「헌법학」 제18판 (법문사, 2018) 1136면; 이진국, 도중진, 「무죄추정원칙에 관한 연구」 (한국형사정책연구원, 2005) 36-37면.

16) 정영훈, 118면.

확정이 되더라도 유죄판결이 아니기 때문이다. 결국 이러한 유죄판결에서 제외되는 판결에서 당해 피고인은 헌법조항에서 설정한 시간적 한계에도 불구하고 법률상 계속 무죄의 추정을 받는다.<sup>17)</sup> 재심청구의 경우 “유죄판결이 확정된 것이 명백한 이상 재심 청구가 있다고 피고인에게 무죄가 추정될 수는 없다”는 논의<sup>18)</sup>도 있고 “재심청구인은 기본적으로 무죄추정권을 향유하지 못하지만, 일단 재심이 개시되면 재심청구사건에 대한 심판에 있어서도 ‘의심스러울 때는 피고인의 이익으로’의 원칙은 그대로 적용된다”는 논의<sup>19)</sup>도 있다.

유죄판결의 확정시란, “불복신청이 허용되지 않는 경우는 그 판결의 선고 시이며 불복 신청이 허용되는 경우는 상소기간의 도과, 상소의 포기 또는 취하시 그리고 상소 기각의 확정시”라고 보아야 할 것이다.<sup>20)</sup> 유죄판결이 확정된 경우에 비로소 무죄추정의 원칙의 적용이 해제되므로 유죄판결의 선고가 있더라도 그것이 확정되지 않는 경우에는 계속하여 무죄추정의 원칙이 적용된다. 즉 제1심 혹은 제2심에서 유죄판결이 선고되었다 하더라도 확정되지 않는 한 여전히 무죄로 추정 받는다.<sup>21)</sup> 이 부분과 관련하여 헌법재판소는 지방자치단체의 장이 금고 이상의 형의 선고를 받은 경우 부단체장으로 하여금 그 권한을 대행하도록 한 지방자치법 제101조의2 제1항 제3호에 대한 헌법소원 사건에서 다음과 같이 판시하였다.

흔히 무죄추정의 원칙은 형사절차 내에서 원칙으로 인식되고 있으나 형사절차뿐만 아니라 기타 일반 법생활영역에서의 기본권 제한과 같은 경우에도 적용된다고 할 것이다. 이 사건 법률규정에 의한 단체장의 권한정지는 형사절차 내에서의 불이익은 아니지만 유죄 판결을 근거로 피고인의 공무담임권을 제한하는 것으로 무죄추정원칙이 적용된다고 할 것이다. 그러면 이 사건 법률규정에 의한 자치단체장의 권한정지가 유죄 인정의 효과로서의 불이익에 해당하는지에 대하여 본다. 이 사건 법률규정이 금고 이상의 형의 선고라는 ‘유죄’를 기준으로 단체장의 권한을 정지한다는 점에서 일견 유죄의 판결이 확정되기 전에 죄 있는 자에 준하여 취급하는 것을 금지하는 무죄추정의 원칙에 어긋나는 것으로 보일 수 있다. 그러나 앞에서 본 바와 같이 이 사건 법률규정은 지방자치단체의 장이 유죄 판결

17) 이진국, 도중진, 37면.

18) 이재상, 「형사소송법」 106면; 정동욱, 146면.

19) 신동운, 「형사소송법 I」 576면; 신현주, 「형사소송법」 140면; 차용석 외 3인 공저, 「주석 형사 소송법(III)」 83면.

20) 이진국, 도중진, 36면.

21) 제1심 법원이 확일적으로 유죄의 실행선고와 동시에 법정구속을 하는 관행은 무죄추정에 반할 소지가 있다.

을 받았음을 이유로 사회적 비난 내지 부정적 의미의 차별을 가하기 위하여 그를 직무에서 배제하는 것이 아니라, 유죄 판결을 받은 자치단체장에게 그 직무를 계속 수행하도록 방치한다면 자치단체의 운영에 구체적 위험이 생길 염려가 있어 부단체장으로 하여금 권한을 대행하도록 하는 것이다. 따라서 이 사건 법률규정에 의한 단체장의 권한정지는 위와 같은 권한대행제도에 의하여 불가피하게 뒤따르는 반사적이고 부수적인 것이다. 비록 이 사건 권한정지가 유죄 선고에 기인하는 것이기는 하지만, 이는 유죄 선고를 받았음을 이유로 당해 피고인에게 사회·윤리적 비난 내지 응보적 의미의 제재를 가하려는 것이 아니라 신뢰를 상실한 단체장의 직무수행으로 인한 부작용을 방지하기 위한 권한대행제도의 부수적 산물이란 점에서 그와 같은 불이익은 무죄추정의 원칙에서 금지하는 유죄 인정의 효과로서의 불이익에 해당한다고 볼 수 없다. 그렇다면 이 사건 법률규정은 유죄판결에서 비롯되는 사회윤리적 비난을 수반하는 불이익이라거나 유죄를 근거로 하는 부정적 의미의 기본권 제한이라고 볼 수 없어 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙에 저촉된다고 할 수 없다.<sup>22)</sup>

이 판결에서 헌법재판소는 단체장의 권한정지는 위와 같은 권한대행제도에 의하여 불가피하게 뒤따르는 부수적 산물로써 유죄 판결에서 비롯되는 사회윤리적 비난을 수반하는 불이익이 아니기 때문에 무죄추정의 원칙에 저촉되지 않는다고 판단하였다. 특히 형의 선고라는 유죄 판단을 근거로 권한정지를 하는 것이 유죄 판결이 확정되기 전에 이루어질 수 있기 때문에 무죄추정의 원칙에 반할 소지가 있음은 언급하였지만 권한정지가 유죄인정의 효과로서의 불이익에 해당하지 않기 때문에 이 부분에 문제가 없다고 하였다. 하지만 재판관 윤영철, 재판관 김효중, 재판관 전효숙, 재판관 이상경의 위헌의견에서는 권한정지 역시 불이익이므로 당해조항은 유죄의 판결이 확정될 때까지 죄 없는 자에 준하여 취급하여야 한다는 헌법의 명령에 위반한다고 아래와 같이 판단하였다.

이 사건 법률규정의 입법목적이 다수의견과 같이 오로지 지방행정의 원활한 운영을 위한 것이라고 하더라도 금고 이상의 형의 선고라는 유죄 판단을 근거로 피고인의 권한을 정지하는 것은 유죄의 판결이 확정될 때까지 죄 없는 자에 준하여 취급하여야 한다는 헌법의 명령에 위반되는 것이다. 헌법이 추구하는 최고의 가치 중 하나는 인권이고 헌법의 역사는 인권보장의 역사이다. 다른 어떤 목적을 위해서도 인권은 타협이나 양보의 대상이 될 수 없고 수단이 될 수도 없다. 헌법이 무죄추정의 원칙을 천명하고 형사소송법이 헌법의

22) 헌법재판소 2005.5.26.선고 2002헌마699 등.

23) 헌법재판소 2005.5.26.선고 2002헌마699 등.

자구와 동일하게 이를 다시 규정하고 있는 점을 우리는 다시금 새겨보아야 한다. 이 사건 법률규정은 유죄의 판결이 확정되지 아니한 상태에서 피고인을 죄 있는 자에 준하여 취급하는 것이며 이를 전제로 불이익을 입히는 것으로 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙에 어긋난다고 할 것이다. 비록 유죄 선고를 받은 자치단체장의 직무수행으로 인한 부작용 방지가 이 사건 법률규정의 또 다른 입법목적이라고 할지라도 결론이 달라질 수는 없다.<sup>23)</sup>

이 결정례는 아래의 결정례에 의해 변경되었는데 새로운 결정례에서는 선거에 의하여 선출된 자치단체장의 직무를 ‘금고 이상의 형을 선고받은 사실’만으로 정지시키는 것은 ‘유죄인정의 효과로서의 불이익’에 해당된다고 보았다. 그에 따라 형의 선고 후 형이 확정되기 전까지 권한을 정지시키는 것은 유죄판결 확정시까지 무죄추정의 원칙을 적용해야 한다는 헌법의 명령에 반하는 것이라 판단하였다.

이 사건 법률조항은 ‘금고 이상의 형이 선고되었다.’는 사실 자체에 주민의 신뢰와 직무전념성을 해칠 우려가 있다는 이유로 부정적 의미를 부여한 후 그 유죄판결의 존재를 유일한 전제로 하여 형이 확정되지도 않은 상태에서 해당 자치단체장에 대하여 직무정지라는 불이익한 처분을 부과하고 있다. 즉, 유죄의 확정판결이 있기 전이라도 ‘금고 이상의 형을 선고’받았다면 유죄의 확정판결이 내려질 개연성이 높다는 전제에서 당해 피고인을 죄가 있는 자에 준하여 불이익을 입히고 있는 것이다. 특히 이 사건 법률조항은 오직 ‘금고 이상의 형을 선고받은 때로부터 금고 이상의 형이 확정될 때까지’에만 적용되는 규정이므로, 형사피고인이라 하여도 유죄의 확정판결이 있기까지는 원칙적으로 죄가 없는 자에 준하여 취급하여야 한다는 무죄추정의 원칙에 반하는 규정이라고 아니할 수 없다.<sup>24)</sup>

#### 4. 무죄추정의 의미

헌법조항에는 “무죄로 추정된다”는 표현이 있는데 이것이 구체적으로 무엇을 의미하는지에 대해 논의가 있다. 헌법재판소는 이에 관하여 다음과 같이 설명한다.

우리 헌법 제27조 제4항은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”고 하여 무죄추정의 원칙을 천명하고 있다. 무죄추정의 원칙이라 함은, 아직 공소제기가 없는 피의자는 물론 공소가 제기된 피고인이라도 유죄의 확정판결이 있기까지는 원칙

24) 헌법재판소 2010.9.2. 선고 2010헌마418.



적으로 죄가 없는 자에 준하여 취급하여야 하고 불이익을 입혀서는 안되며 가사 그 불이익을 입힌다 하여도 필요한 최소한도에 그쳐야 한다는 원칙을 말한다(헌재 1990. 11. 19. 90헌가48, 판례집 2, 393, 402; 헌재 1997. 5. 9. 96헌가17, 판례집 9-1, 509, 517; 헌재 2009. 6. 25. 2007헌바25, 판례집 21-1하, 784, 798). 여기서 무죄추정의 원칙상 금지되는 ‘불이익’이란 ‘범죄사실의 인정 또는 유죄를 전제로 그에 대하여 법률적·사실적 측면에서 유형·무형의 차별취급을 가하는 유죄인정의 효과로서의 불이익’을 뜻하고, 이는 비단 형사절차 내에서의 불이익뿐만 아니라 기타 일반 법생활 영역에서의 기본권 제한과 같은 경우에도 적용된다(헌재 2005. 5. 26. 2002헌마699등, 판례집 17-1, 734, 744; 헌재 2006. 5. 25. 2004헌바12, 판례집 18-1하, 58, 68 등 참조).<sup>25)</sup>

유죄추정이란 유죄의 판결이 확정되기 전에 죄있는 자에 준하여 취급함으로써 법률적, 사실적 측면에서 유형, 무형의 불이익을 주는 것을 말하고, 여기서 불이익이란 유죄를 근거로 그에 대하여 사회적 비난 내지 기타 응보적 의미의 차별 취급을 가하는 유죄 인정의 효과로서의 불이익을 뜻한다고 할 것이다.<sup>26)</sup>

무죄추정의 의미, 헌법적 효과에 대해 헌법재판소는 형사피고인(피의자)을 유죄 확정판결이 있기까지는 ‘죄가 없는 자에 준하여 취급’하고 ‘불이익을 입혀서는 안된다’고 설명한다. 여기서 불이익이라 함은 유죄인정의 효과로서의 불이익으로 법률적 측면과 사실적 측면에서 모든 형태의 차별취급이라 한다. 학계에서도 무죄추정의 의미를 헌법재판소와 비슷하게 설명하는데 ‘불이익’이 무엇인지에 대해서도 헌법재판소의 해석을 수용하며 “유죄를 근거로 그에 대하여 사회적 비난 내지 기타 응보적 의미의 차별취급을 가하는 유죄인정의 효과로서의 불이익”이라 설명한다.<sup>27)</sup> 헌법재판소 및 학계는 ‘죄 없는 자에 준한 취급’과 ‘불이익처분금지’를 무죄추정의 핵심적 의미로 파악하고 있다.

그런데 ‘죄 없는 자에 준한 취급’은 ‘불이익처분금지’의 한 유형에 속한다는 관점에서 무죄추정원칙의 의의는 ‘불이익처분금지’를 인정하는 기준에 논의를 집중해야 한다는 견해도 있다.<sup>28)</sup> 하지만 아래의 결정례를 살펴보면 오히려 헌법재판소는 무죄추정의 핵심적 의미 중에 죄 없는 자에 준한 취급 부분에 더욱 방점을 두고 있는 듯하다.

25) 헌법재판소 2010.9.2. 선고 2010헌마418.

26) 헌법재판소 2005.5.26. 선고 2002헌마699, 2005헌마192(병합).

27) 성낙인, 1136면.

28) 이진국, 도중진, 108면.

무죄추정이란 유죄가 확정되기 전에는 피고인을 죄가 없는 자에 준하여 취급하여야 한다는 것을 말한다. 여기서 “죄가 없는 자에 준하여 취급하여야 한다.”는 것은 다음과 같은 두 가지 의미를 가지고 있다고 할 것이다. 첫째, 형사절차에 의하여 유죄가 확정될 때까지는 피고인에게 범죄사실의 인정과 그에 따른 유죄의 비난을 할 수 없다는 것이고 둘째, 유죄가 확정될 때까지는 그 범죄사실을 근거로 형벌, 보안처분 기타 유죄판결에 기초한 불이익을 가할 수 없다는 것이다.<sup>29)</sup>

즉 죄 없는 자에 준한 취급은 ‘비난불가능성’과 ‘불이익처분금지’를 의미하는 것이고 오히려 ‘불이익처분금지’가 ‘죄 없는 자에 준한 취급’의 한 유형에 속한다고 보아야 한다. 특히 이러한 해석은 결국 무죄추정 원칙의 의미를 ‘불이익처분금지’에 국한하지 않고 ‘비난불가능성’까지 넓혀 무죄추정의 의미를 보다 상세하게 확인시켜 줄 수 있다. 즉 무죄추정원칙을 “형벌 및 그에 준하는 처분의 법익 침해적 해악으로부터 형사피의자와 피고인을 보호하는 차원을 넘어서 형벌부과의 전단계인 유죄인정자체에 수반되는 사회적 비난이나 차별대우의 불이익까지도 제거할 것을 요구”하는 것으로 해석할 수 있다.<sup>30)</sup> 이러한 맥락에서 무죄추정의 원칙은 형사피의자와 피고인의 기본적 인권으로 파악할 수 있을 것이다.

다만 여기서 주의할 점은 ‘불이익처분금지’가 형사피의자 및 형사피고인에게 발생하는 불이익한 처분 혹은 처우 모두를 부정하는 것은 아니라는 점이다. 형사피의자와 피고인에게 불가피하게 발생하는 불이익처우에 있어서는 ‘필요최소한’이라는 비례의 원칙이 적용되어야 한다. 헌법재판소는 “형이 확정되기도 전에 유죄임을 전제로 필요최소한의 범위를 넘은 불이익”을 가하는 경우 헌법상 무죄추정의 원칙에 반한다고 하여 무죄추정의 의미, 헌법적 효과를 설정함에 있어 비례의 원칙의 적용을 명시하고 있다.<sup>31)</sup> 이는 프랑스 인권선언 제9조에 규정된 무죄추정이 형사절차의 전과정에서 유죄추정을 금지하면서 동시에 강제수사단계에서 불가피하게 발생하는 불이익은 비례의 원칙을 적용하여 필요최소한으로 하도록 한 취지에서 그 의미를 이해할 수 있다.<sup>32)</sup>

하지만 이러한 일반적 해석과 달리 불이익이라는 막연한 용어로 무죄추정의 의미를

29) 헌법재판소 2005.5.26. 선고 2002헌마699 등.

30) 정영훈, 22면.

31) 헌법재판소 2010.9.2. 선고 2010헌마418.

32) 정영훈, 24면

설명하는 것은 적절하지 못하다는 비판도 있다. 이에 따르면 “헌법재판소가 기본권제한의 일반원리인 비례의 원칙과 무죄추정의 원칙을 구별하지 못하고 혼용하여 사용하고 있다. 무죄추정의 원칙이 비례의 원칙 또는 기타의 기본권조항과 뒤섞이는 것을 방지하고 그 독자적인 규율내용을 가지기 위해서는 이 원칙의 독자적인 의미내용과 운용기준을 모색하지 않으면 안 된다”고 한다.<sup>33)</sup>

## 5. 타 법 영역에서의 적용가능성

무죄추정원칙은 비단 형사법에서만 적용되는 것이 아니다. 범죄사실의 인정 또는 유죄를 전제로 그에 대하여 법률적, 사실적 측면에서 유형, 무형의 차별취급을 가하는 유죄인정의 효과로서 불이익이 법상 주어지는 경우에는 적용될 수 있다. 헌법재판소는 변호사법 제15조에서 변호사에 대해 형사사건으로 공소가 제기되었다는 사실만으로 업무정지명령을 발하게 한 것은 아직 유무죄가 가려지지 아니한 범죄의 혐의사실뿐 확증 없는 상태에서 유죄로 추정하는 것이 되며 이를 전제로 한 불이익한 처분이라고 판시하였다.<sup>34)</sup> 그 외에도 다음과 같이 타 법 영역에서 적용한 결정례들이 있다.

사립학교법 제58조의2 제1항 단서 규정이 제3호 소정의 형사사건으로 기소된 교원에 대하여 필요적으로 직위해제처분을 하도록 규정하고 있는 것은 아직 유무죄가 가려지지 아니한 상태에서 유죄로 추정하는 것이 되며 이를 전제로 한 불이익한 처분이다.<sup>35)</sup>

형사사건으로 기소되기만 하면 당해 공무원에게 일률적으로 직위해제처분을 하도록 규정한 구 국가공무원법 제73조의2 제1항 단서의 규정은 헌법 제 37조 제2항의 비례의 원칙에 위반되어 직업의 자유를 과도하게 침해하고 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙에도 위반된다.<sup>36)</sup>

사업자단체의 독점규제및공정거래법 위반행위가 있을 때 공정거래위원회가 당해 사업자단체에 대하여 ‘범위반사실의 공표’를 명할 수 있도록 한 독점규제및공정거래에관한법률 제27조와 관련하여 범위반사실 공표명령은 공소제기조차 되지 아니하고 단지 고발만 이루어진 수사의 초기단계에서 아직 법원의 유무죄에 대한 판단이 가려지지 아니하였는데도 관련 행위자를 유죄로 추정하는 불이익한 처분이다.<sup>37)</sup>

33) 신동운, “무죄추정의 원칙” 「헌법재판자료4집」 (헌법재판소, 1991) 344-349면.

34) 헌법재판소 1990.11.19. 선고 90헌가48

35) 헌법재판소 1994.7.29. 선고 93헌가3,7(병합).

36) 헌법재판소 1998.5.28. 선고 96헌가12.

37) 헌법재판소 2002.1.31. 선고 2001헌바43.

### III. 성격

#### 1. 들어가며

헌법 제27조 제4항은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지 무죄로 추정된다”고 규정하고 있는데 무죄추정이 헌법상 원칙을 넘어 헌법상의 권리로 인정될 수 있는지에 대해 논의가 있다. 하위 법률인 형사소송법 제275조의2도 “피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지 무죄로 추정된다”고만 규정하고 있고 형의집행 및 수용자처우에 관한 법률 제79조도 “미결수용자는 무죄의 추정을 받으며 그에 합당한 처우를 받는다”고 규정하여 무죄추정이 형사피의자와 피고인이 권리로 주장하고 헌법소송을 통해 그 권리를 실현할 수 있는 권리성을 가질 수 있는지에 대한 법상 명확한 근거를 찾기 어렵다. 헌법이나 하위법률에 명확한 표현이 존재하지 않음에도 불구하고 무죄추정의 권리성을 확인하려는 논의가 지속되는 이유는 권리로서 인정되는 경우 무죄추정의 사법적 관철력을 높일 수 있기 때문이다. 이는 헌법소원에서 특히 두드러지는데 무죄추정이 헌법상 기본권으로 인정되는 경우 헌법재판을 통해 사법에서 무죄추정 규범을 효과적으로 실현할 수 있기 때문이다. 하지만, 무죄추정을 기본권이 아닌 헌법상 원칙으로만 파악하는 경우에는 무죄추정에 반하는 공권력의 행사에 대해 헌법소원에서 무죄추정을 관철하고 적용하는데 한계가 있을 것이다.

이러한 논의의 실익으로 인해 무죄추정이 헌법상의 기본권인지 여부에 대해 논의가 존재하고 있는데 이에선 기본권으로 보는 견해, 원칙으로 보아 객관적 가치질서로 파악하는 견해, 기본권이자 헌법원칙으로 이해하는 견해, 그리고 이러한 견해들의 의의에 부정적이거나 소극적인 해석들이 제기되어 왔다. 헌법재판소의 경우에도 무죄추정의 권리성을 인정할지 여부에 있어 입장의 변화를 보여왔다.

#### 2. 헌법재판소의 입장

초기 헌법재판소는 무죄추정을 헌법 문언 그대로 원칙으로서만 인정해왔다. 변호사법 제15조에 대한 위헌심판에서 헌법재판소는 무죄추정을 원칙으로만 표현하여 사건에 적용하였고<sup>38)</sup> 이는 미결수용자에 대한 변호인접견권을 제한하는 형형법 제62조에

대한 헌법소원에서조차 비슷하게 드러났다.<sup>39)</sup> 하지만 헌법재판소는 직접주의와 전문법칙의 예외를 규정한 형사소송법 제314조에 대한 위헌소원사건에서 무죄추정을 헌법 조문상의 원칙으로서 뿐만 아니라 ‘무죄추정을 받을 권리’로 명시하였다. 즉 공정한 공개재판을 받을 권리(재판청구권)에 대해 설명하면서 무죄추정의 원칙이 이 내용 중 하나이며 나아가 이를 무죄추정을 받을 권리라 칭하였다.<sup>40)</sup>

이렇게 무죄추정을 원칙이자 권리로 그 성격을 복합적으로 표현하는 헌법재판소의 입장은 다른 결정례에서도 찾아볼 수 있다. 군사법경찰관의 구속기간의 연장을 허용하는 군사법원법 제242조 제1항등 위헌확인사건에서는 헌법재판소가 무죄추정을 권리로써 파악하기도 하고 원칙으로서 파악하기도 하였다.

헌법이 신체의 자유를 철저히 보장하기 위하여 두고 있는 여러 규정 중의 하나인 헌법 제 27조 제4항은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”라고 하여 무죄추정의 원칙 내지 피고인의 무죄추정권을 규정하고 있는데 이러한 무죄추정권은, 공판절차에 선행하는 수사절차의 단계에 위치한, 피의자에 대하여도 당연히 인정된다. 무죄추정의 원칙은 증거법에 국한된 원칙이 아니라 수사절차에서 공판절차에 이르기까지 형사절차의 전과정을 지배하는 지도원리로서 인신의 구속 자체를 제한하는 원리로 작용한다.<sup>41)</sup>

하지만 몇몇의 결정례<sup>42)</sup>를 제외하고는 기본적으로 헌법재판소는 무죄추정을 헌법상 원칙으로 파악하고 있다.<sup>43)</sup> 여기서 주목할 점은 헌법재판소가 무죄추정을 헌법상의 권리로 표현하지 않더라도 다른 헌법상 권리에 대한 공권력의 침해 여부를 판단하는 헌법소원심판에 있어서 무죄추정의 원칙을 과잉금지의 원칙과 더불어 활용하는 식으로 무죄추정 원칙의 사법적 관철력을 높이고 있다는 점이다.<sup>44)</sup> 이러한 관점에서

38) 헌법재판소 1990.11.19. 선고 90헌가48.

39) 헌법재판소 1992.1.28. 선고 91헌마111.

40) 헌법재판소 1994.4.28. 선고 93헌바26. 이 결정에 대해 헌법재판소가 무죄추정을 원칙이 아닌 권리로 파악하였다는 분석도 있다. 정영훈, 42면 참조. 그러나 이 결정에서는 무죄추정의 원칙이란 용어를 반복하며 오직 한 지점에서만 무죄추정을 받을 권리를 언급하고 있다.

41) 헌법재판소 2003.11.27. 선고 2002헌마193.

42) 그 외에는 헌법재판소 1998.9.30. 선고 97헌바51; 헌법재판소 1998.12.24. 선고 94헌바46; 헌법재판소 2011.2.24. 선고 2009헌마209.

43) 예를 들어 헌법재판소 2018.1.25. 선고 2016헌바201 등.

44) 예를 들어 헌법재판소 2015.12.23. 선고 2014헌마768.

불 때 헌법재판소 실무적으로는 무죄추정의 성격에 대한 논의가 그렇게 실익이 있어 보이지는 않는다.

### 3. 학설

#### ① 헌법상 원칙으로 보는 입장

헌법 조항에 무죄추정을 받을 권리가 명시되어 있지 않기 때문에 학계에서는 무죄추정을 헌법상 원칙으로 보는 해석론이 일반적이다. 이러한 해석론에 따르면 무죄추정의 원칙은 인간의 존엄성 존중을 궁극의 목표로 하는 민주헌법질서 내에서, 불리한 처지로 인해 인권과 명예를 유린당하기 쉬운 형사피고인, 형사피의자의 불이익을 필요 최소한에 그치게 하려는 원칙으로 이는 단순한 이념적 규정을 넘어 국가 형벌권 작용에서 필연적으로 따라야 할 기속원리이자 실천원리이며 수사절차에서 공판절차에 이르는 형사절차의 전과정을 지배하는 지도원리인 것이다.<sup>45)</sup> “인간의 존엄성을 기본권질서의 가치적인 핵으로 보장하고 있는 헌법질서 내에서 무죄 추정원칙은 국가적인 형벌작용의 필연적인 기속원리가 아닐 수 없다”<sup>46)</sup>

#### ② 헌법상 기본권으로 보는 입장

학계에는 헌법명문의 규정에도 불구하고 무죄추정을 헌법상 기본권으로 파악하는 입장도 존재한다.

이들은 일단 무죄추정 규정을 헌법에 신설하던 헌법개정 당시의 논의를 살펴보면 개정권자들이 무죄추정을 헌법상 기본권으로 파악하고 있음을 알 수 있다고 강조한다. 1979년 10·26사태 이후 8차 헌법개정논의가 활발해진 상황에서 각계에는 형사피고인의 ‘무죄추정권’을 규정하여야 한다는 여론이 높았는데, 당시 6인 학자안과 신민당안은 물론 국회안도 무죄추정권으로 제안하였음에도 정부(국가보위비상대책위원회)는 무죄추정원칙으로 제안한 대한변협안을 약간 수정하여 “무죄로 추정된다”고 헌법에 규정하였다는 것이다.<sup>47)</sup>

45) 권영성, 438면; 성낙인, 1136면.

46) 허영, 「한국헌법론」(박영사, 2011) 374면.

47) 정영훈, 38면.

무죄추정이 1980년 제8차 개헌 전에는 형사 절차에서 피고인 보호를 위한 지도적 이념으로 단순히 파악되었는데 이러한 상황에서는 구속수사 및 구속재판이 원칙이었고, 자백과 진술강요를 위한 고문과 가혹행위가 이어지는 등 유죄추정이 계속되었다.<sup>48)</sup> 이러한 상황을 타개하고자 개헌에서 무죄추정이 논의되었고 이를 현실화하기 위해 무죄추정권의 명문화가 시도된 것이라 할 수 있다. 이러한 연혁을 고려해 볼 때 헌법 조항의 문언에 국한될 필요 없이 개정권자의 의사와 당시의 논의를 고려하여 무죄추정권으로 파악하여도 무리가 없다는 것이다.<sup>49)</sup>

게다가 개헌 시점에 이미 국제적으로는 무죄추정권에 대한 논의가 어느 정도 제도적으로 안착되었고 실제로 중요한 국제규범 등에는 이미 이것이 명문화되었다는 점도 무죄추정을 헌법상 기본권으로 보아야 한다는 입장을 지지한다. 1966년 12월 16일에 채택되고 1976년 3월 23일부터 효력을 발생한 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조 제2항이 “모든 형사피의자는 법률에 따라 유죄가 입증될 때까지 무죄로 추정받을 권리를 가진다”고 규정하고 있다. 비단 이 규약 뿐만 아니라 세계인권선언 제11조 제1항, 미주인권협정 제8조 제2항, 아프리카헌장 제7조 제1항(b), ‘인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약’ 제6조 제2항 등에서 모두 무죄추정을 받을 권리를 규정하고 있다. 권리로서 무죄추정을 보는 법적 논의는 프랑스 혁명 이후 인권선언 제9조를 거쳐 프랑스 헌법과 형사소송법으로 이어져 왔는데 이러한 논의가 세계대전 후의 인권선언, 국제규약으로 이어져 온 것이다.<sup>50)</sup> 이러한 보편적 논의를 고려한다면 헌법조문상의 내용을 무죄추정권의 인정으로 보아도 크게 무리가 없을 것이다.

특히 1980년 헌법개정심의 특별위원회에서 기본권 소위원회 위원장이던 윤재명 의원이 “무죄추정권에 관한 조항은 세계인권선언 제11조와 동취지의 내용과 너무도 당연한 내용이면서도 우리 사회에서는 이점이 지켜지지 않고 있다고 판단되어 이를 명문화”한다고 언급한 점은 개헌시의 논의에서도 보편적인 국제인권으로서의 무죄추정권

48) 신동운, 「신형사소송법」 679면.

49) 정영훈, 43면. 이에 대해 개정연혁을 보면 결국 무죄추정권 대신 무죄추정원칙이 채택되었으므로 입법자(헌법개정권력자)는 무죄추정원칙을 기본권으로 받아들였다기보다는 헌법원칙으로 수용했다고 보아야 한다는 주장은 김현철, “무죄추정원칙에 관한 헌법재판소 판례 검토 - 현재 2010.9.2. 2010헌마418 결정에 대한 평석을 중심으로-”, 헌법판례연구 13 (2012) 202면 참조.

50) 정영훈, 43-44면.

에 대한 관념이 이미 형성되어 있었고 그러한 취지에서 지금의 헌법명문을 해석해도 무리가 없음을 알 수 있다.<sup>51)</sup>

무죄추정을 기본권으로 파악할 필요가 있다는 점은 헌법 제28조 형사보상청구권을 근거로도 주장할 수 있다. “신체구속은 형사절차의 진행에 있어서 불가결의 필요악이지만 무죄추정의 권리를 가지고 있는 피의자 피고인의 입장에서 보면 구속은 사회의 일반인에 비하여 특별한 희생에 속한다.”<sup>52)</sup> 헌법 제28조에서 형사보상청구권을 독립된 기본권으로 두고 있는 것은 신체구속을 아주 특별한 불이익으로 보아 이에 대한 보상을 헌법상 인정하려 함에 있고 이는 결국 무죄추정을 권리로 보는 것이라 한다.

실제 헌법실무에 있어서도 무죄추정의 위반을 이유로 한 헌법소원을 적법하게 받아 주고 있는데 이는 무죄추정을 기본권으로 파악하여야 가능하다.<sup>53)</sup> 결국 형사법의 기속원칙으로 무죄추정이 중요한 함의를 지니고 있지만 이를 국제법적 인권으로 파악하여 강하게 보호하려는 국제적 흐름을 고려한다면 무죄추정을 헌법상 기본권으로 이해하는 것이 타당하다는 것이다.

### ③ 헌법상 원칙이자 기본권으로 보는 입장

헌법재판소에서 내려진 두 개의 결정<sup>54)</sup>에서처럼 무죄추정을 헌법상 원칙이자 기본권으로 보는 입장도 있다. 헌법상 무죄추정규정이 주관적 권리의 측면과 아울러 객관적 절차규범으로서의 의미도 복합적으로 지니고 있다는 입장이 그것인데 형사소송법상의 무죄추정규정은 헌법규정에 근거를 두고 있는 개인적 권리로서 의미를 가질 수 있지만 이를 넘어 형사절차를 규율하는 일반적인 절차원칙으로 파악하는 것이 적절하다고 한다.<sup>55)</sup> “무죄의 추정은 법치국가의 일반원칙에 해당하고, 헌법상의 원리 또는 원칙이다. 그리고 이 무죄추정원칙으로부터 무죄추정을 받을 권리가 기본권으로 도출된다.”<sup>56)</sup>

51) 신동운, “무죄추정의 원칙과 검사의 기소유예처분” (서울대학교 법학, 1990) 154면.

52) 신동운, 「신형사소송법」 681-682면.

53) 정영훈, 38면.

54) 헌법재판소 1994.4.28. 선고 93헌바26; 헌법재판소 2003.11.27. 선고 2002헌마193.

55) 변중필, 「형사소송에서 진실개념」 (고려대학교 대학원 박사논문, 1996) 221-222면.

56) 정중섭, 「헌법학원론」 (박영사, 2008) 444면.



특히 기본권을 주관적 공권으로만 이해하지 않고 객관적인 가치질서성도 가진다고 보는 입장<sup>57)</sup>에서는 무죄추정 역시 기본권이자 객관적 법질서, 원칙으로서 복합적인 성격을 가진다고 판단할 수 있다. 기본권의 객관적 가치질서성은 입법, 행정, 사법권에 대해서 관련 기본권 보장의 정책의 방향과 동기를 부여하고 궁극적으로는 기본권의 효력을 강화하는 효과를 창출한다고 한다. 그러한 맥락에서는 “무죄추정이라는 헌법적 기본권 규정에는 주관적 방어권으로서의 무죄추정을 받을 권리뿐만 아니라 객관적 법 규범으로서 무죄추정의 원칙도 도출될 수 있고, 이로 인해 무죄추정은 국가사회의 구성원이라면 모두가 지키고 존중해야 한다는 규범적 당위가 도출된다”고 할 것이다.<sup>58)</sup>

#### ④ 소극적 입장

무죄추정의 성격에 대해 헌법 규정에도 불구하고 실제로는 원칙이나 기본권이 아닌 훈시적 사항으로밖에 역할을 하지 못한다는 소극적 해석론도 존재한다.<sup>59)</sup> 무죄추정 원칙을 증거법상 원칙으로 이해하는 경우, 즉 입증책임의 주체 및 정도에 대한 원칙을 제시한 경우로 이해한다면 그 자체가 원칙으로서 의미를 가질 수 있지만, 이를 수사절차에 관한 원칙으로 이해하기에는 지나치게 막연하고 불명확하다는 것이다. 무죄추정의 내용을 분명히 하여 이를 헌법원칙화 하는 경우에 헌법규정 상 인정되는 구속 등 강제처분을 어떻게 이해해야 하는지 설명이 어렵다. 결국 구체적인 지도원칙이라기 보다는 구속시 신중해야 한다는 법적언 또는 훈시 정도를 하고 있는 규정이라는 것이다.

또한 무죄추정을 독립된 헌법상 기본권으로 볼 것인지 헌법상 원칙으로 볼 것인지에 대한 논의가 큰 실익이 없을 수 있다는 지적도 있다.<sup>60)</sup> 무죄추정이 이루어지지 않은 경우 헌법소원을 제기할 수 있는지 여부와 관련하여 무죄추정의 성격에 대한 논의의 의미가 있을 수도 있겠지만, 실제 사례에서는 무죄추정 원칙이 문제되는 경우에 대개 다른 기본권의 침해가 아울러 문제되고 이를 중심으로 헌법소원이 제기되므로 이 논의

57) 김선택, “기본권체계” (헌법논총 제10집, 1999) 167면.

58) 정영훈, 45면.

59) 이진국의 1인, “무죄추정원칙에 관한 연구” 118면; 안성수, “피의사실 공표죄의 적용과 한계” (인권과 정의 396권, 2009.8.) 131-132면.

60) 윤진수, “변호사법 제15조의 위헌성”, 107면.

가 실익이 없을 수 있다는 것이다. 실제로 헌법재판소의 결정례를 분석해보아도 이러한 지적의 타당성을 발견할 수 있다.

비슷한 맥락에서 “기본권은 개인의 권리이자 국가권력에 대해서는 이를 침해하는 내용의 공권력을 행사해서는 안 된다는 객관적 가치질서의 기능도 가지므로, 무죄추정의 원칙을 ‘기본권’으로 파악한다 하여 그것이 가지는 ‘헌법원칙’으로서의 속성을 무시하는 것도 아니므로, 법적 성격을 논의할 큰 실익은 없다고 볼 수 있다. 하지만 ‘기본권’으로 파악할 경우, ① 헌법재판소법 제68조 제1항의 소위 ‘권리구제형 헌법소원심판’에서 말하는 ‘기본권을 침해받은 자’에 해당되고, ② 헌법 제37조 제2항에서 말하는 과잉금지원칙 내지 비례원칙을 적용할 수 있는 논리적 근거가 자연스러워진다는 장점이 있다는 점에서, 위 법적 성격 논의는 나름의 가치가 있다.”<sup>61)</sup>

#### 4. 소결

헌법상 기본권을 명시하고 있는 조문들과 달리 헌법 제27조 제4항은 ‘권리’라는 용어를 언급하지 않고 있다. 단순히 ‘무죄로 추정된다’라는 문언을 권리창출 표현이라고 해석하는 것은 문언의 의미를 넘어서는 헌법형성적 해석일 수 있다. 상식적인 해석범주를 넘어서는 헌법해석은 헌법자체의 의미와 상충할 뿐만 아니라 헌법주의와 민주주의와의 충돌, 반다수결주의적 난제를 야기하기도 한다. 무죄추정권을 인정하지 않고 무죄추정을 헌법상 원칙으로 해석한다 하더라도 실무적으로 무리가 없는 경우, 즉 관련된 위헌법률심판 뿐만 아니라 헌법소원까지 무리 없이 진행될 수 있는 다른 소송법적 장치가 충분하다면 굳이 해석에 무리를 할 필요가 없는 것이다. 무죄추정이 의미를 갖는 범영역인 형사법, 형사소송법에 있어서 법체계를 관통하고 지도하는 핵심적 가치체계이자 원칙으로서 무죄추정이 이미 자리매김하고 있다면 무죄추정의 성격에 관한 헌법적 논의는 관념적이고 비실용적인 논의에 불과한 것으로 치부될 수도 있을 것이다.

다만 헌법에 대한 객관적 해석방법에 있어 한 축을 이루는 역사적 해석법을 이 경우

61) 고일광, “지방자치법 제111조 제1항 제3호 위헌확인”, 「헌법재판소결정해설집(2010년)」 (헌법재판소, 2011) 387면.

에 도입해 보면 당시 개정권력의 기본적 의사는 국제규범에서와 같이 무죄추정권을 헌법에 명시하여 보편적 인권의 헌정화를 도모하는데 있었음은 분명하다. 이러한 의사가 정부에 의해 왜곡되는 과정이 있었고 무죄추정의 실효성을 축소하는 결과를 낳았다.<sup>62)</sup> 우리가 가입한 국제규약이나 인권선언에서도 이미 무죄추정을 보편적 인권으로 승인하고 있고 개헌 당시에도 이러한 방식으로 무죄추정권을 규범화하는 것이 개헌의 나아갈 방향으로 설정되어 있었다는 것이 분명하다면, 그리고 국민의 자유를 확장하고 기본권을 실질적으로 보장하는데 이러한 방향이 유리하다면, 무죄추정 조항을 권리조항으로 해석하는 것이 헌법적으로 수용불가능하지는 않을 것이다.

결국 헌법상 무죄추정 조항은 형사절차 전 과정을 지배하는 지도원리, 원칙으로서 성격을 기본적으로 지니며 공정한 재판을 받을 권리의 일환으로 헌법상 기본권으로도 그 성격을 인정할 수 있을 것이다.

## IV. 내용

### 1. 증거법상 입증책임의 원칙

#### ① 서설

규문주의를 타파하고 범치국가적 형사소송이 구축되면서 일반적으로 증거의 증명력을 법관의 자유판단에 맡기면서 ‘합리적인 의심이 없을 정도의 증명’이 있을 때에만 유죄판결을 내릴 수 있도록 규정하고 있다. 혐의사실에 대한 결백의 입증책임을 피고인에게 전가시키던 구 체제에서 벗어나 ‘혐의있음’에 대한 거증책임을 검사에게 부담시키고, 단순한 혐의정도에 불과한 경우에는 유죄판결을 선고할 수 없게 한 것이다.<sup>63)</sup>

이와 같이 무죄추정을 증거법상의 입증책임분배의 원칙으로 파악하게 되면 이는 ‘의심스러운 경우에는 피고인의 이익으로(in dubio pro reo)’의 의미와 같게 된다.<sup>64)</sup>

62) 신동윤, “무죄추정의 원칙과 검사의 기소유예처분” 154면.

63) 정영훈, 122면.

64) 무죄추정원칙과 in dubio pro reo 원칙은 효과 면에서 유사하기도 하지만 기능과 적용범위에서 차이가 난다고 하는 견해도 있다. 기능과 관련하여 무죄추정원칙은 일차적으로 판결이 선고될 때까지 혐의자의 ‘인격권’을 보호하는

특히 이는 법관의 증거 판단의 법칙을 넘어 증거평가를 마친 후 유죄의 확신에 이르지 못한 법관이 최종 결정을 어떻게 내려야 하는지도 설명해 주는 원칙이라 할 수 있다. 게다가 재판의 사전단계에서 이루어지는 피의자 체포, 구속, 압수, 수색 등 강제처분에 대한 영장 청구 시에, 구속영장 심사 시에 그리고 검찰의 피의자에 대한 소추여부 판단 시에도 이 원칙은 적용되어야 할 것이다.<sup>65)</sup>

## ② 입증책임의 소재

형사절차 전반에서 무죄추정의 원칙이 적용되는 경우(유죄에 대한 입증책임은 검사에게 주어져야 하고 그 입증이 불충분하여 사실의 진위여부가 불분명하다면 피고인에게 유죄책임을 지울 수 없다.<sup>66)</sup> 국가 형벌권은 피고인의 자유, 재산뿐만 아니라 생명까지도 박탈하는 엄중한 국가권력이므로 실증적 진실에 입각하여 행사하지 않으면 안 되기 때문이다.<sup>67)</sup> “형사소송에서 검사는 피고인이나 변호인에 대하여 강력한 법률상 사실상의 기능이 주어져 있을 뿐만 아니라 피고인 또는 변호인은 상대적으로 불리한 지위에 서 있고 자기 방어에 필요한 증거의 수집은 극히 어렵다.”<sup>68)</sup>

통설은 범죄의 성립요건, 즉 구성요건해당성, 위법성 및 책임은 모두 검사에게 입증책임이 부담되지만, 구성요건해당성만 입증되면 위법성과 책임은 사실상 추정되며, 피고인이 위법성 조각사유나 책임조각사유를 주장하는 때에는 검사가 그 부존재에 대하여 입증책임을 부담한다고 보고 있다.<sup>69)</sup> 형의 가중사유(누범전과, 특가법 해당사실)와 형의 감면사유 중 심신미약, 농아자 등 위법성이나 책임의 감소를 이유로 하는 경우에도 검사에게 입증책임이 있다. 자수나 친족상도례의 경우와 같이 정책적 고려에 의하여 형을 감면하는 경우에는 무죄추정의 원칙이 적용되는지에 관해서는 논란이 있다.

---

기능을 담당하게 되는데, 이는 의심 있는 입증상황에서의 판결을 의미하는 in dubio pro reo 원칙과는 다른 절차적 상황이라는 것이고, 적용범위와 관련하여서는 무죄추정은 형사절차에서 범행과정의 재구성이 종료될 때까지 효과를 가지는 반면, in dubio pro reo 원칙은 범행과정의 재구성에 관한 시도가 종결된 이후에만 효과를 가진다고 한다. 한편, in dubio pro reo 원칙은 판단법칙으로서 실체형법에 속할 뿐 절차법상의 원칙인 무죄추정원칙으로부터 도출되지 않으므로 양자 간에 아무런 관계가 없다는 견해도 있다. 이진국 등, “무죄추정원칙에 관한 연구” 80면.

65) 정영훈, 123면.

66) 신동윤, 「신형사소송법(제3판)」 680면.

67) 이진국 등, 39면.

68) 김철수, “무죄추정권” (대한변협지 제70호, 1981) 18면.

69) 배중대, 이상돈, 「형사소송법」 495면, 497면; 이재상, 「형사소송법」 458면, 460면.

무죄추정의 적용을 긍정하면 검사에게 그 부존재에 관한 입증책임이 돌아가게 되고, 이를 부정하면 피고인에게 그 존재에 관한 입증책임이 돌아가게 될 것이다. 통설은 이 경우에도 검사에게 이러한 사유의 부존재에 관한 입증책임이 있다고 이해하고 있다.<sup>70)</sup>

### ③ 입증책임의 정도

피고인에 대한 유죄 판단에 있어서는 ‘합리적 의심이 없는 증명’(beyond a reasonable doubt), 즉 ‘유죄의 확신(Überzeugung, intime conviction)’이 필요하다. 대법원도 같은 취지의 판시를 내린 적이 있다.

형사재판에 있어서 유죄의 증거는 형사소송법상 엄격한 증거이어야 하고 또 그 증명력도 법관으로 하여금 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 생기게 할 수 있는 우월한 증명력을 가진 것이어야 하며 이와 같은 증거가 없다면 설사 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하여도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없는 것이다.<sup>71)</sup>

형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다(헌법 제27조 제4항, 형사소송법 제275조의2). 무죄추정의 원칙은 수사를 하는 단계뿐만 아니라 판결이 확정될 때까지 형사절차와 형사재판 전반을 이끄는 대원칙으로서, ‘의심스러우면 피고인의 이익으로’라는 오래된 법언에 내포된 이러한 원칙은 우리 형사법의 기초를 이루고 있다. 형사소송법 제307조 제2항은 “범죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 한다.”라고 정하고 있다. 따라서 형사재판에서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 한다. 검사가 제출한 증거만으로 이러한 확신을 가지게 하는 정도에 이르지 못한 경우에는 설령 유죄의 의심이 든다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다.<sup>72)</sup>

피고사건이 범죄로 되지 아니하거나 범죄사실의 증명이 없는 때에는 판결로써 무죄를 선고하여야 한다. 피고사건에 범죄사실의 증명이 없는 때라 함은 “심리의 결과 공소사실의 부존재가 적극적으로 증명된 경우와 법관이 범죄사실의 존부에 관하여 합리적 의심이 없을 정도의 충분한 유죄의 심증을 얻지 못한 경우(이른바 증거불충분의 경우)”를 말한다. 의심스러울 때에는 피고인에게 유리하게 판단해야 한다는 원칙이 적용되는

70) 이진국 등, 40면.

71) 대법원 1992.9.1. 선고 92도1405 판결.

72) 대법원 2017.10.31. 선고 2016도21231 판결.

것이다.<sup>73)</sup>

## 2. 불구속수사·재판의 원칙

무죄추정의 원칙이 제대로 적용되어 형사피의자나 피고인에게 유죄추정의 불이익이 가해지지 않으려면 혐의자의 방어권 역시 제대로 보호받아야 한다. 그러한 측면에서 무죄추정이 형사피의자, 피고인의 방어권을 보호하기 위한 원리로 해석되어 구속된 피의자 및 피고인에 대한 접견교통권의 보장이나 이들의 형사보상청구권 인정을 무죄추정원칙으로부터 도출하기도 한다. 나아가 무죄추정의 원칙은 방어권의 실질화를 위해 형사절차상 신체의 자유를 보장하는 헌법규범으로 이해된다. 구속으로 인해 일상에서 배제되는 경우 정신적으로나 사회적으로 불이익을 입는 것을 넘어서 스스로 형사절차에서 방어준비를 할 수 없게 됨으로 인하여 기본적 방어권이 제한받게 된다. 나아가 구속상태로 인하여 자백강요, 고문 등의 수사상 폐해가 발생할 소지가 높아지고 구속되었다는 상태가 법정에서 편견을 야기하여 공정한 재판을 받지 못하게 하는 장벽이 될 수도 있는 것이다.<sup>74)</sup>

따라서 일반적으로 학계에서는 인신구속의 제한원리로 무죄추정의 원칙이 작동된다고 보고 피의자에 대한 수사와 피고인에 대한 재판은 원칙적으로 불구속으로 행해져야 한다고 한다.<sup>75)</sup> 다만 예외적으로 도주 및 증거인멸의 우려가 있는 경우에만 구속이 허용된다고 본다.<sup>76)</sup>

하지만 이러한 견해에 대하여 불구속수사·재판의 원칙이 무죄추정 원칙의 내용이 될 수 없다는 논의도 존재한다. 즉 무죄추정의 원칙은 유죄확정 이전에 유죄확정의

73) 김철수, “무죄추정권” 19면.

74) 헌법재판소 1993.12.23. 선고 93헌가2 참조.

75) 신동운, 「형사소송법 I」 572면; 이재상, 「형사소송법」 104면; 정동욱, “무죄의 추정”, 147면; 차용석 외 3인 공저, 「주석 형사소송법(III)」 82면.

76) 이러한 일반적 논의에도 불구하고 과거 우리의 형사사법에서 불구속수사·재판은 ‘원칙’이 아닌 ‘예외’로 운용되었다는 비판이 있다. 이에 따르면 수사기관인 경찰, 검찰과 사법기관인 법원은 무죄추정과 불구속수사·재판의 원칙을 단순한 법 격언 내지 훈시규범으로 치부하고 ‘도망과 증거인멸의 우려’라는 구속사유 이외에 법에도 규정되어 있지 않은 이른바 ‘위장된 구속사유’-사전형벌, 재범방지, 수사와 재판의 편의, 여론의 압력, 자백획득, 합의(피해회복), 협력요구, 치료대용 등-에 의해 ‘필요최소한’으로 이루어져야 할 구속을 ‘불필요하지만 최대한’으로 오·남용해 왔다는 것이다. 김경선, “위장된 구속사유”, 「영장실질심사제도Ⅱ:이론적 기초와 논리」(법원행정처, 1997) 429-437면 및 정영훈, 199면 참조.

처우를 금지하는 것이지, 유죄확정 전에 전혀 불이익을 줄 수 없다는 것은 아니고, 그에 따라 “형사절차의 운영을 위하여 당연히 요구되는 합당한 목적을 위하여 존재하는 구속 자체가 유죄확정 전 처벌의 금지라는 원칙에 반하지 않는다”는 논의가 있다.<sup>77)</sup> 그리고 체포 또는 구속의 문제는 “재범의 가능성이나 위험성 등과 같은 실체법적인 이유나 도주의 우려, 증거의 인멸, 주거의 부정 등 수사나 재판의 절차법적인 기능에 따라 결정되는 성질의 것이고 유죄확정의 효력과는 무관”하다는 주장도 있다.<sup>78)</sup>

헌법재판소는 다음과 같이 불구속수사·재판의 원칙을 무죄추정의 원칙의 내용으로 파악하고 있다.

신체의 자유를 최대한으로 보장하려는 헌법정신, 특히 무죄추정의 원칙으로 인하여 불구속수사·불구속재판을 원칙으로 하고 예외적으로 피의자 또는 피고인이 도피할 우려가 있거나 증거를 인멸할 우려가 있는 때에 한하여 구속수사 또는 구속재판이 인정될 따름이며...<sup>79)</sup>

헌법상 보장된 신체의 자유와 무죄추정의 원칙은 수사와 재판 또한 원칙적으로 불구속 상태에서 이루어질 것을 요구한다. 그러므로 구속은 예외적으로 구속 이외의 방법에 의하여서는 범죄에 대한 효과적인 투쟁이 불가능하여 형사소송의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우에 한하여 최후의 수단으로만 사용되어야 하며 구속수사 또는 구속재판이 허용될 경우라도 그 구속기간은 가능한 한 최소한에 그쳐야 한다.<sup>80)</sup>

무죄추정의 원칙과 불구속 수사·재판 원칙에 따라, 피의자의 범죄에 대한 구체적인 소명이 있다는 이유만으로 구속이 허용되지는 아니한다. 그러나 범죄의 상당한 소명이 이루어진 경우에 수반되는 도주 및 증거인멸의 우려라는 절차적 위험이 상당한 정도로 인정되는 때에는 도주 혹은 증거인멸로 위협받을 수 있는 형사절차의 확보를 위하여 구속이 행해지게 된다.<sup>81)</sup>

2007. 6. 1. 법률 제8435호로 개정된 형사소송법 제198조 제1항은 “피의자에 대한 수사는 불구속 상태에서 함을 원칙으로 한다.”라고 규정하여 불구속수사의 원칙을 명문화하였다.<sup>82)</sup> 결국 헌법과 형사소송법의 불구속수사·재판의 원칙에 따라 인신구속

77) 신현주, 「신형사소송법(제2판)」, 137면.

78) 정종섭, 「헌법학원론(제4판)」(박영사, 2009) 511면.

79) 헌법재판소 1992.4.14. 선고 90헌마82.

80) 헌법재판소 2003.11.27. 선고 2002헌마193.

81) 헌법재판소 2010.11.25. 선고 2009헌바8.

은 피의자 또는 피고인이 ‘도망 또는 증거인멸의 염려’가 있는 경우에 한해 필요최소한으로 운용해야 하고 구속을 형사절차 진행을 담보하는 것과 무관한 위장된 구속사유 등으로 남용하여서는 아니 된다. 국가는 구속기준에 대해 보다 분명한 설정을 해야 하고 나아가 인신구속 없이도 혐의자의 수사·재판 출석을 담보할 수 있는 제도를 마련해야 한다. 특히 구속을 형벌이나 보안처분의 대체수단으로 이용해서는 안되고<sup>83)</sup> 진술이나 자백을 강요하는 수단으로 이용해서도 안되고 혐의자의 방어권을 침해하지 하기 위해 사용하여서도 안될 것이다.<sup>84)</sup>

구속사유에 대해서는 형사소송법 제70조<sup>85)</sup>가 구체적으로 규정하고 있는데 제2항에서 구속사유 심사에 있어 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 위해우려 등을 고려하도록 하고 있다. 이것이 위장된 구속사유를 입법화한 것이라는 비판이 있지만<sup>86)</sup> 헌법재판소는 다음과 같이 규정의 합헌성을 인정하였다.

이 사건 법률조항의 수범자는 영장업무를 담당하는 법관이며, 그 내용은 입법취지의 테두리 안에서 구속제도의 체계, 관련조항의 규정, 적용방법 등을 종합하면 해석 과정에서 판사가 구속사유를 판단할 때 고려할 사유로서 충분한 정도의 구체성을 가질 수 있으므로 명확성의 원칙에 위배되지 아니한다. 이 사건 법률조항은 형사피의자를 일단 유죄라고 추정된 위에 사안의 중대성 등의 실체적 사유를 고려하여 구속여부를 결정하도록 하려는 입법이 아니라, 범죄의 상당한 소명을 전제로 형사절차 확보를 위한 구속에 있어서 고려하

82) 대검찰청의 구속수사기준에 관한 지침(대검예규 기획 제400호, 2006.6.15. 시행) 제2조는 “헌법과 형사소송법이 규정한 무죄추정의 원칙과 임의수사의 원칙에 따라 수사는 불구속수사를 원칙으로 한다.”라고 규정하고, 법무부의 인권보호수사준칙(훈령 제474호, 2006.6.27. 개정) 제14조는 “체포·구속은 헌법상 무죄추정의 원칙에 따라 형사소송의 목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 범위에 그쳐야 하고, 남용하여서는 아니 된다.”라고 규정하고 있다.

83) 인신구속은 어떠한 경우에도 사전형벌을 가질 수 없으며 이것에 의한 형벌의 목적을 추구하기 위한 ‘일반예방 혹은 특별예방의 효과’를 기대하는 것도 허용되지 않는다. 이재석, “수사와 인권” (비교형사법적 연구 제5권 제2호 특집호, 한국비교형사법학회, 2003) 812면.

84) 정영훈, 206면 및 224면-227면.

85) 제70조(구속의 사유) ① 법원은 피고인이 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 다음 각 호의 1에 해당하는 사유가 있는 경우에는 피고인을 구속할 수 있다.

1. 피고인이 일정한 주거가 없는 때
2. 피고인이 증거를 인멸할 염려가 있는 때
3. 피고인이 도망하거나 도망할 염려가 있는 때

② 법원은 제1항의 구속사유를 심사함에 있어서 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 위해우려 등을 고려하여야 한다.

③ 다액 50만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 사건에 관하여는 제1항 제1호의 경우를 제한 외에는 구속할 수 없다.

86) 정영훈, 242면-251면.



여야 할 사유를 객관화하여 구체적으로 거시하고 이 기준을 통해 비례의 원칙을 확인한 규범이므로 오히려 헌법상 무죄추정의 원칙에 충실한 조항이며, 인신구속제도의 객관화, 실질화라는 목적에 부합하는 규정으로 보아야 한다. 또한, 이 사건 법률조항은 구속에 있어서의 비례의 원칙을 재확인하여 구속판단의 신중을 기하려는 데에 입법취지가 있으므로 이로 인하여 도주 또는 증거인멸의 가능성 내지 개연성이 없는 피의자까지도 구속될 위험이 높아져 불구속 수사·재판 원칙에 반하게 되는 결과를 초래하는 것도 아니다. 이 사건 법률조항은 인신구속제도의 예측가능성과 투명성을 높이기 위해 구속 사유 심사 시의 필요적 고려사항을 거시함으로써 구속에 있어서의 비례의 원칙을 재확인한 의미를 갖는 조항이므로 과잉금지원칙의 한 요소인 최소침해원칙에 위반될 여지가 없다.<sup>87)</sup>

### 3. 부당한 처우 금지의 원칙

#### ① 미결수용자에 대한 처우

수사대상이 되어 사법당국의 조사를 받고 형사피의자 혹은 형사피고인 신분이 되면 그 자체로 사회적 낙인이 찍혀 여러 불이익을 입는 경우가 빈번하다. 특히 검찰의 구속 영장 청구를 법원이 받아들여 영장이 발부되고 구속이 되면 재판의 확정 이전에 이미 유죄가 사법부에 의해 확인된 것 같은 인식이 널리 퍼져있는 현실이다. 이러한 상황에서 구속된 피의자 피고인은 사회로부터 격리되어 자신에 대한 방어권뿐만 아니라 헌법상 기본권들을 제대로 행사하기 어렵게 된다. 형사피의자 또는 형사피고인으로서 도망 또는 증거인멸의 염려가 있어 체포 또는 구속되어 경찰서 유치장 또는 교도소에 수감된 미결수용자에게도 무죄추정의 원칙이 적용되어 이들이 부당한 처우를 받지 않아야 함은 헌법상 당연한 요청인 것이다.<sup>88)</sup>

미결수용이라 함은 “피의자 또는 피고인으로서 구속영장의 집행은 받은 자에 대하여 수사·공판 심리의 원활한 진행을 도모하고, 도주 및 증거인멸을 방지하며, 종국에는 형집행을 확보하기 위하여 아직 형이 확정되지 않았지만 그들의 신병을 일정한 국가시설에 수용하는 강제처분”을 의미한다.<sup>89)</sup> 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률에 의하면 무죄추정을 받는 미결수용자는 유죄가 확정된 수형자와 다른 처우를 받는다.

87) 헌법재판소 2010.11.25. 선고 2009헌바8.

88) “형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률” 제2조 제3호, 제79조.

89) 박상기의 2인, 「형사정책」 417면-418면.

미결수용자가 수용된 거실은 참관할 수 없으며(제80조), 수사·재판·국정감사 또는 법률로 정하는 조사에 참석할 때에는 사복을 착용할 수 있고(제82조)<sup>90)</sup>, 두발 또는 수염은 특히 필요한 경우가 아니면 본인의 의사에 반하여 짧게 깎지 못한다(제83조). 미결수용자와 변호인과의 접견에는 교도관이 참여하지 못하며 그 내용을 청취 또는 녹취하지 못하고 그 접견의 시간과 횟수를 제한해서는 안되고 변호인과의 서신은 원칙적으로 검열할 수 없다(제84조).<sup>91)</sup> 미결수용자에 대한 교육 또는 교화프로그램의 실시 및 작업부과는 오직 미결수용자의 신청에 의해서만 가능하다(제86조). 또한 판결선고전의 구금일수는 그 전부를 유기징역, 유기금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류에 산입한다(형법 제57조 제1항).<sup>92)</sup>

90) 구 형행법에서는 미결수용자에게 수의를 입도록 강제하였는데 이 조항이 헌법재판소에서 위헌결정된 이후 법 개정이 이루어졌다. “수사 및 재판단계에서 유죄가 확정되지 아니한 미결수용자에게 재소자용 의류를 입게 하는 것은 미결수용자로 하여금 모욕감이나 수치심을 느끼게 하고, 심리적인 위축으로 방어권을 제대로 행사할 수 없게 하여 실체적 진실의 발견을 저해할 우려가 있으므로, 도주 방지 등 어떠한 이유를 내세우더라도 그 제한은 정당화될 수 없어 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한에서의 비례원칙에 위반되는 것으로서, 무죄추정의 원칙에 반하고 인간으로서의 존엄과 가치에서 유래하는 인격권과 행복추구권, 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이다.” 헌법재판소 1999.5.27. 선고 97헌마137 등 참조.

91) 헌법재판소는 미결수용자의 변호인의 충분한 조력을 받을 권리도 무죄추정원칙에서 도출한다. “피의자, 피고인의 구속은 무죄추정을 받고 있는 사람에 대하여 만부득이 인정되고 있는 제도이므로 구속이 도망의 방지나 증거인멸의 방지라는 구속의 목적을 넘어서 수사편의나 재판편의를 위하여 이용되어서는 아니됨에도 불구하고 이것이 수사기관이나 재판기관에 의하여 남용되기 쉬우며 구속된 피의자나 피고인은 그것만으로도 불안, 공포, 절망, 고민, 정신혼란 등 불안정한 상태에 빠지게 되고 수입상실, 수입감소, 사회활동의 억제, 명예의 추락 등 많은 불이익을 입게 되는데 특히 구속된 피의자의 경우는 자칫 자백을 얻어 내기 위한 고문·폭행 등이 자행되기 쉽고, 헌법이 보장하고 있는 진술거부권(헌법 제12조 제2항 후단)도 보장되기 어렵게 되며, 구속이 그 목적을 일탈하여 수사편의나 재판편의로 이용될 때 공소제기가 잘못되거나 재판이 잘못되어 원죄(冤罪)사건이 생기기 쉽다. 이처럼 무죄추정을 받고 있는 피의자, 피고인에 대하여 신체구속의 상황에서 생기는 여러 가지 폐해를 제거하고 구속이 그 목적의 한도를 초과하여 이용되거나 적용하지 않게끔 보장하기 위하여 헌법 제12조 제4항 본문은 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하여 신체구속을 당한 사람에 대하여 변호인의 조력을 받을 권리를 기본권으로 보장하고 있다. 그리고 “변호인의 조력”은 “변호인의 충분한 조력”을 의미한다.” 헌법재판소 1992.1.28. 선고 91헌마111; 1995.7.21. 선고 92헌마144 참조.

92) 법원의 재량에 의하여 판결선고 전 구금일수 중 일부만을 통산할 수 있도록 한 구 형법 제57조의 규정이 무죄추정원칙에 반하는 것으로 위헌결정을 받은 이후 법 개정이 이루어졌다. “미결구금을 허용하는 자체가 헌법상 무죄추정의 원칙에서 파생되는 불구속수사의 원칙에 대한 예외인데 형법 제57조 제1항 중 “또는 일부” 부분은 그 미결구금일수 중 일부만을 본형에 산입할 수 있도록 규정하여 그 예외에 대하여 사실상 다시 특례를 설정함으로써, 기본권 중에서도 가장 본질적인 신체의 자유에 대한 침해가 중하고 있다.”고 하고, “형법 제 57조 제1항 중 “또는 일부” 부분이 상소제기 후 미결구금일수의 일부가 산입되지 않을 수 있도록 하여 피고인의 상소사실을 위촉시킴으로써 남상소를 방지하려는 것은 입법목적의 달성을 위한 적절한 수단이라 할 수 없고, 남상소를 방지한다는 명목으로 오히려 구속 피고인의 재판청구권이나 상소권의 적정한 행사를 저해한다. 더욱이 구속피고인이 고의로 재판을 지연하거나 부당한 소송행위를 하였다고 하더라도 이를 이유로 미결구금기간 중 일부를 형기에 산입하지 않는 것은 처벌되지 않는 소송상의 태도에 대하여 형벌적 요소를 도입하여 제재를 가하는 것으로서 적법절차의 원칙 및 무죄추정의 원칙에 반한다. 이와 같이 헌법상 무죄추정의 원칙에 따라 유죄판결이 확정되기도 전에 피의자 또는 피고인을 죄 있는 자에 준하여 취급함으로써 법률적·사실적 측면에서 유형·무형의 불이익을 주어서는 아니 되고, 특히 미결구금은 신체의 자유를 침해받는 피의자 또는 피고인의 입장에서 보면 실질적으로 자유형의

이러한 헌법적·법률적 요청에 따라 미결수용자에 대해서는 유죄 확정된 수형자와 다른 합당한 처우가 보장되어야 하고 구금으로 인한 환경으로 기본권이 제한되더라도 필요 최소한의 수준에서 이루어져야 한다. 이는 헌법재판소의 기본적인 입장이라 할 수 있다.

형사피의자 또는 형사피고인은 일정한 주거가 없거나 증거를 인멸할 우려 또는 도망할 염려가 있는 경우 법관이 발부한 구속영장에 의하여 교도소, 소년교도소 또는 구치소에 미결수용자로서 구금된다. 이에 따라 이들은 격리된 시설에서 강제적인 공동생활을 하게 되며 헌법이 보장하는 신체의 자유 등 기본권에 대한 제한은 불가피하다. 그러나 이러한 수용자의 경우에도 모든 기본권의 제한이 정당화될 수 없으며 국가가 개인의 불가침의 기본적인 인권을 확인하고 보장할 의무(헌법 제10조)로부터 자유로워질 수는 없다. 따라서 수용자의 지위에서 제한이 예정되어 있는 자유와 권리는 형의 집행과 도망·증거인멸의 방지라는 구금의 목적과 관련된 신체의 자유 및 거주이전의 자유 등 몇몇 기본권에 한정되어야 하며 그 역시 필요한 범위를 벗어날 수 없다. 특히 수용시설 내의 질서 및 안전 유지를 위하여 행해지는 규율과 징계를 통한 기본권의 제한은 단지 공동생활의 유지를 위하여 수용자에게 구금과는 별도로 부가적으로 가해지는 고통으로서 다른 방법으로는 그 목적을 달성할 수 없는 경우에만 예외적으로 허용되어야 할 것이다. 더구나 미결수용자의 경우 헌법 제27조 제4항에 의하여 유죄의 판결이 확정될 때까지 무죄로 추정되므로 형사절차에서 필요한 최소한의 불이익만을 입도록 할 필요성은 형이 확정된 경우에 비하여 더욱 크다고 할 수 있다. 이와 같이 수용자의 기본권 제한에 대한 구체적인 한계는 헌법 제37조 제2항에 따라 구체적인 자유·권리의 내용과 성질, 그 제한의 태양과 정도 등을 교량하여 설정하게 된다.<sup>93)</sup>

## ② 예단 배제 원칙

무죄추정의 원칙은 피의자(혹은 피의사실), 피고인(혹은 피고사실)에 대해 사법당국이 선입견을 가지고 예단하지 않을 것을 요구한다. 형사절차 과정에서 수사기관이나 재판기관이 그 대상에 대해 선입견을 형성하고 재판의 확정 이전에 예단을 가지는 순간 피의자나 피고인이 공정한 재판을 받을 기회는 사라진다. 이러한 맥락에서 피고인의 소송에 관한 서류는 공판의 개정 전에는 공익상 필요 기타 상당한 이유가 없으면 공개하지 못하도록 규정(형사소송법 제47조)하고 있는 것도 무죄추정의 내용이라고

집행과 다를 바 없으므로, 인권보호 및 공평의 원칙상 형기에 전부 산입되어야 한다.” 헌법재판소 2009.6.25. 선고 2007헌바25, 대법원도 비슷한 취지의 판결을 내린 적이 있다. 대판 1993.11.26. 선고 93도2505 참조.  
93) 헌법재판소 2003.12.18. 선고 2001헌마163; 헌법재판소 1999.5.27. 97헌마137등.

이해될 수 있다. 또한 형사소송규칙 제118조 제2항의 공소장일본주의는 법관의 예단을 배제하여 공정한 재판을 받을 기회를 보장한다. “검사가 공소를 제기할 때에는 원칙적으로 공소장 하나만을 제출하여야 하고 그 밖에 사건에 관하여 법원에 예단을 생기게 할 수 있는 서류 기타 물건을 첨부하거나 그 내용을 인용하여서는 아니 된다.” 이와 관련하여 다음의 대법원 판결 반대의견은 주목할 만하다.

공소장일본주의는 재판제도의 생명이라 할 수 있는 재판의 공정성을 보장하기 위한 필수적인 원칙으로서 그 원칙에 위배된 재판은 이미 생명을 잃어버린 것이나 다름없다. 한편, 우리 형사소송법이 당사자주의의 기본구조에 직권주의적 요소를 가미한 것도 실제적 진실발견에 도움이 되고자 하는 것이므로 직권주의적 요소가 가미되어 있다는 점이 공소장일본주의가 추구하고자 하는 재판의 공정과 상충되는 요인이 될 수 없고, 그것이 공소장일본주의에 일정한 한계를 두어야 하는 근거로 될 수 없다. 즉, 공소장일본주의가 추구하는 재판의 공정이라는 가치가 실제적 진실발견보다는 더 우선하는 의미를 가지는 것이므로 재판의 공정과 관련된 공소장일본주의의 기능 발휘를 위해서는 실제적 진실발견의 요청은 일부 양보할 수밖에 없다고 보아야 한다. 또한 재판의 공정은 재판을 시작하는 첫 단계에서부터 마지막까지 시종일관 보장되어야 하는 중요한 원칙이므로, 재판의 공정성과 직결되는 공소장일본주의는 공판절차가 어느 단계에 가 있든 항상 문제가 될 수 있으며, 공소장일본주의가 추구하는 재판의 공정 이념은 우선적 가치를 가진 근본이념으로서, 재판의 신속·경제를 위해 재판의 공정을 희생시킬 수는 없다. 이러한 공소장일본주의의 의미와 기능을 생각해 볼 때에, 법관이 예단을 가진 채로 불공정한 공판절차를 진행하게 된다는 심각하고도 치유될 수 없는 흠을 초래하게 되는 공소장일본주의 위반은 그 자체로 이미 중대한 위법상태에 해당하는 것으로서, 그 위반의 정도나 경중을 가릴 것 없이 모두 위법한 공소제기라고 보는 것이 타당하다.<sup>94)</sup>

같은 맥락에서 공소장에 법령이 요구하는 사항만 기재할 것이고 공소사실의 첫머리에 공소사실과 관계없이 법원의 예단만 생기게 할 사유를 불필요하게 나열하는 것은 부적절하다.

형사소송법 제254조 제3항에 의하면 공소장에는 (1) 피고인의 성명, 기타 피고인을 특정할 수 있는 사항, (2) 죄명, (3) 공소사실, (4) 적용법조를 기재하게 되어 있고, 같은법 시행규칙 제118조 제2항은 공소장에는 사건에 관하여 법원에 예단이 생기게 할 수 있는 서류 기타 물건을 첨부하지 못하도록 규정하고 있으므로, 공소장에는 법령이 요구하는 사

94) 대법원 2009.10.22. 선고 2009도7436 [대법관 김영란, 대법관 박시환, 대법관 김지형, 대법관 전수안의 반대의견].

95) 대법원 1992.9.22. 선고 92도1751 판결.

항만 기재할 것이고 공소사실의 첫머리에 공소사실과 관계없이 법원의 예단만 생기게 할 사유를 불필요하게 나열하는 것은 옳다고 할 수 없고, 공소사실과 관련이 있는 것도 원칙적으로 범죄의 구성요건에 적어야 할 것이고, 이를 첫머리 사실로서 불필요하게 길고 장황하게 나열하는 것을 적절하다고 할 수 없다.<sup>95)</sup>

피고인에 대하여 고문을 가하고 모욕적인 신문을 가하는 것도 무죄추정원칙에 반하는 것으로 이해할 수 있다. 피고인이나 피고인 아닌 자의 진술이 고문·폭행·협박·가혹행위 등에 의해 이루어져 임의성이 없는 것으로 인정되면 유죄의 증거로 할 수 없다(형사소송법 제317조). 피고인을 신문함에 있어서 그 진술을 강요하거나 답변을 유도하거나, 그밖에 위압적·모욕적 신문도 금지된다(형사소송규칙 제128조). 검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 그 직무를 행함에 있어서 지득한 피의사실을 공판청구 전에 공표한 때에는 피의사실공표죄(형법 제126조)로 처벌된다.

## V. 제한

헌법 제27조 제4항에 규정된 무죄추정이 제한 가능한가에 대한 논의가 있다. 이 원칙의 내용대로라면 형사피의자나 피고인을 유죄로 추정하여 부과하는 일체의 불이익한 처우는 모두 무죄추정원칙 위반이 되어 사실상 무죄추정에 대한 제한을 생각할 수 없게 된다. 이러한 경우는 무죄추정을 침해하는 것에 불과한 것이다. 이러한 형식논리를 벗어나 무죄추정에 제한이 가능하다고 상정하면 그 기준이 어떻게 되는지 논의가 필요한 것이다.

헌법재판소는 “가사 그 불이익을 입힌다 하여도 필요한 최소한도에 그치도록 비례의 원칙이 존중되어야 한다.”라고 판시하여 불이익한 처우를 예외적으로 인정할 수 있는 것으로 해석하고 있다. 즉 무죄추정원칙에 대해 일정부분 제한이 가능하다고 보고 있다. 하지만 불이익이 필요최소한도에 그칠 것을 요구하는데 다른 결정례들에서는 이러한 수인가능한 필요최소한의 불이익의 정도 및 기준 등에 대하여 헌법 제37조 제2항의

비례의 원칙을 적용하여 판단하고 있다.<sup>96)</sup>

이들 결정례들에 의하면 결국 “피고인에게 거증책임을 전가하거나 단순한 혐의만으로 처벌하는 경우, 구속수사와 구속재판을 원칙으로 하거나 부당하게 장기간 구속하여 불구속수사·재판을 형해화하는 경우, 위압적·모욕적 신문으로 진술 내지 자백을 강요하거나 고문·폭행 등 가혹행위를 가하는 경우, 구속피의자와 피고인의 변호인과의 접견 자체를 허용하지 않는 등 무죄추정을 받는 구속피의자에게 유죄확정이 된 기결수와 같은 처우를 하는 경우, 피고인의 자백만으로 처벌하거나 하는 처우 등은 공익이나 다른 기본권과 형량이 될 수 없는 무죄추정의 본질적 내용을 침해하는 불이익처우로 헌법이나 법률로 제한하여 부과될 수 있는 성질의 불이익처우가 될 수 없다고 할 것이다.”<sup>97)</sup>

다만 “무죄추정을 본질적으로 제한하지 않는 불이익처우는 헌법유보 또는 법률유보에 의해 그 제한이 될 수 있다고 할 것이다. 예컨대 불구속수사·재판의 원칙의 예외인 구속제도를 헌법에서 직접 그 근거를 두고 있고(헌법 제12조, 제77조 제3항), 피의사실공포금지(형법 제126조)도 검사의 공소제기 전에는 시민의 알권리를 위해 극히 예외적으로 인정될 수 있고, 기소 후에는 헌법상 재판공개 원칙(헌법 제27조 제3항, 제109조 본문)에 의하여 일정 부분 허용될 수 있다는 점등에 비추어보면 무죄추정에 대해서도 예외가 인정되거나 제한이 가해질 수 있다. 다만 피의자와 피고인에 대한 이러한 제한, 즉 불이익처우는 필요최소한이어야 한다.”<sup>98)</sup>

96) 헌법재판소 1990.11.19. 선고 90헌가48; 1994.4.28. 선고 93헌바26; 1994.7.29. 선고 93헌가3등; 1997.6.26. 선고 96헌가8등, 1998.5.28. 선고 96헌가12; 2003.11.27. 선고 2002헌마193; 2006.5.25. 선고 2004헌 바12: 2010.9.2. 선고 2010헌마418 등.

97) 정영훈, 195면.

98) 대법원 2002.9.24. 선고 2001다49692 판결; 정영훈, 196면.

## VI. 소결

헌법 제27조 제4항에 의하면 형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다. 이는 유죄의 판결이 확정되기 전까지 피의자 또는 피고인을 죄 없는 자에 준하여 취급함으로써 법률적, 사실적 측면에서 유형, 무형의 불이익을 주지 않는 것을 말한다. 특히 여기서 불이익이란 유죄를 근거로 그에 대하여 사회적 비난 내지 기타 응보적 의미의 차별취급을 가하는 유죄인정의 효과로서의 불이익을 뜻한다.<sup>99)</sup> 헌법 명문에는 피고인만을 대상으로 한 듯 보이지만 헌법재판소는 피의자 역시 무죄추정의 대상이 된다고 분명히 밝히고 있다. 피의자 또는 피고인에 대한 유죄의 판결이 확정되기 전까지는 이들을 죄인으로 간주하여 이루어질 수 있는 사회적 비난, 낙인 등을 없애 인격을 보호하고, 나아가 이러한 사회적 비난으로 생길 수 있는 편견을 재판에서 배제하여 공정한 재판이 이루어지도록 하려는 의도가 헌법조항에 담겨있다고 볼 수 있다.

재판에 있어서 선입견, 예단배제 의무가 반드시 형사재판의 판사에게만 부여되는 것은 아니다. 과도한 언론재판이 있거나 또는 사회단체가 법관에게 허용될 수 없는 영향을 미칠 위험이 있는 경우에, 국가는 무죄의 추정을 보장해야 할 적극적인 의무가 있다. 이러한 점에서 재판결과에 예단을 삼가야 할 의무의 주체는 형사재판을 담당하는 판사뿐만 아니라 장관이나 그 밖의 정부공무원, 그리고 소추기관도 포함되는 것이라 볼 수 있다.<sup>100)</sup> 우리의 재판의 경우 공개법정에서 검찰과 피고인측의 변론으로 재판이 진행되는 공판중심주의가 아니라 수사단계에서 마련된 검사작성 피의자 신문 조서를 중심으로 검찰이 주도하는 형사절차가 진행되는 시스템이라 할 수 있다. 그러한 상황에서 검찰의 수사결과를 마치 확정판결인 것처럼 언론에 공개하면 형사피고인의 무죄추정을 손쉽게 유죄추정으로 변질되게 할 수 있고 피고인의 유무죄 판단에 일정한 영향을 미치고 재판결과에 있어 유리한 입장을 선점하게 된다.<sup>101)</sup>

중요한 점은 형사재판에 있어 범죄사실의 입증책임을 검사가 부담하는데 검찰을 비롯한 수사기관에서 수사단계에서 지득한 피의사실을 함부로 공표하여 무죄추정을 받

99) 성낙인, 「헌법학」(법문사, 2016) 1108면.

100) 김원희, “제14조 공정한 재판을 받을 권리” (공익과 인권 제3권 제1호, 2006) 152면.

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

는 피의자 또는 피고인에게 사회적 비난이 가해지고 재판상 편견이 발생하도록 하는 경우 이러한 무죄추정의 원칙이 지켜지지 못하게 된다는 것이다.<sup>102)</sup> 헌법상의 무죄추정의 원칙을 구체적으로 실현하기 위해 형법에는 제126조에 피의사실공표죄를 두고 있다. 장래 무죄판결을 받더라도 피의사실이 앞서 공표된 경우에는 사회적 낙인이 이미 형성되고 그로 인한 손해를 회복하는 것이 상당히 어렵다는 측면에서 피의사실공표죄는 사회적으로 법제도적으로 상당한 의미를 갖는다.

## 제2절 공정한 재판을 위한 헌법원칙으로서의 변호인의 조력을 받을 권리



### I. 의의

헌법 제12조 4항에는 변호인의 조력을 받을 권리가 명문화되어 있다. “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.” 즉 변호인의 조력을 받을 권리란 “국가권력의 일방적인 형벌권행사에 대항하여 자신에게 부여된 헌법상, 소송법상의 권리를 효율적이고 독립적으로 행사하기 위하여 변호인의 도움을 얻을 피의자·피고인의 권리”를 의미한다.<sup>103)</sup> 이 권리는 형사절차에서 법치주의의 요청인 공정한 재판과 적법절차원리를 위하여 보장되어야 하는 헌법상 권리이자 형사절차상 방어권이라 할 수 있다.<sup>104)</sup>

우리 헌법의 기본질서 중 하나인 법치국가원리는 법에 따른 국가권력의 행사 및 위법한 국가권력의 행사에 대한 효과적인 권리구제제도의 완비를 요구하고 있다. 형사절차에서 효과적인 권리구제절차는 피의자·피고인을 형사절차의 단순한 객체로 삼는 것을 금지할

102) 김재윤, “피의사실공표죄 관련 법적 쟁점 고찰” (언론중재, 2010) 91면.

103) 헌법재판소 2004.9.23. 선고 2000헌마138.

104) 김현귀, “변호인 조력의 헌법적 보장” (헌법재판연구원, 2018) 22면.



뿐만 아니라, 평등원칙을 그 지도이념으로 하여 절차상 무기 대등의 원칙에 따라 권리구제절차가 구성될 것을 요구한다. 이에 따라 헌법과 현행 형사법은 ‘무기 대등의 원칙’을 실현하기 위하여 피의자·피고인으로 하여금 절차의 주체로서 자신의 권리를 적극적으로 행사하게 함으로써 국가권력의 형벌권행사에 대하여 적절하게 방어할 수 있는 여러 가지 수단과 기회를 보장하고 있으며, 그 중 가장 실질적이고 효과적인 수단이 변호인의 조력을 받을 권리이다.<sup>105)</sup>

형사소추의 대상이 된 자가 국가권력에 맞서 스스로를 방어할 권리는 당연히 보장되어야 한다. 방어권이 보장되려면 재판절차에서 적극적으로 항변하기 위해 필요한 증거 신청 등 각종 신청과정에서 뿐만 아니라 재판절차 진행에서의 흠결이나 결함 등을 계속적으로 검토하며 편파적인 재판진행이 일어나지는 않는지를 감시하는 과정에서도 불이익을 입어서는 안된다. 이러한 절차 과정에 익숙하지 않은 일반 시민들이 불이익을 입는 것을 방지하고 재판정에서 무기 대등의 원칙을 실질적으로 실현하기 위해서는 검사와 대등하게 법적 문제들을 다룰 수 있는 전문가의 도움, 즉 변호인의 조력이 필요한 것이다.

## II. 개념

### 1. 변호인

변호인은 기본적으로 형사소송법상 개념으로 형사사건에서 피의자 또는 피고인을 변호하기 위하여 당사자의 소송행위로 선임 또는 법원의 결정으로 선정된 자를 말한다.<sup>106)</sup> 형사소송법 제31조에 의하면 원칙적으로 변호인은 변호사 중에서 선임하여야 하고 다만 변호사가 아닌 변호인은 법원이 인정하는 특별한 사정이 있는 경우에 한해서 특별변호인으로 선임할 수 있다. 변호사 아닌 자를 변호인으로 선임하는 것이 가능하지만 형사재판의 결과가 피의자, 피고인에게 갖는 함의가 중대하다는 점을 고려할 때 충분하고 전문적인 법률지식이 있는 자를 변호인에 선임하는 것이 적절하다. 형사

105) 헌법재판소 2004.9.23. 선고 2000헌마138.

106) 김현귀, 5면

소송법 제386조에 따르면 상고심의 경우에는 변호사 아닌 자를 변호인으로 선임하지 못한다. 국선변호인의 경우 형사소송규칙 제14조에 따르면 수습 중인 사법연수원생도 선정될 수 있는데 법원의 관할 구역이나 인접한 지역에 변호사나 사법연수원생이 없는 부득이한 경우에는 변호사 아닌 자 중에서 이를 선정할 수 있다.

변호인의 권리 및 의무는 당사자의 소송행위로 선임 또는 법원의 결정으로 선정된 경우에 발생한다.<sup>107)</sup> 의뢰인과 변호사의 위임계약에 따라 법원 또는 수사기관에 선임계를 제출한 변호인을 사선(私選)변호인이라고 한다. 피고인의 선정신청으로 또는 필요적 변호사건에 직권으로 법원이 선정하는 변호인을 국선(國選)변호인이라고 한다.<sup>108)</sup>

변호인의 선임의 경우 형사소송법 제30조에 따르면 변호인을 선임할 수 있는 자는 당사자인 피고인 또는 피의자, 그리고 그 법정대리인, 배우자, 직계친족과 형제자매이다. 변호인을 선임할 권리는 변호인의 조력을 받을 권리의 가장 기초적인 구성 부분으로 법률로써도 제한할 수 없다.<sup>109)</sup> 선임은 변호인과 이들이 연명 날인한 '선임계'를 서면으로 제출하는 방식으로 한다. 형사소송법 제32조 제1항에 따르면 이러한 방식으로 변호인의 권리·의무가 발생하고, 선임의 효력은 각 심급에 한한다. 다만 같은 조 제2항에 따라 공소제기 전에 수사기관에 제출한 선임계는 제1심에도 그 효력이 유지된다.

국선변호인의 선정의 경우 형사소송법 제33조 제1항에 따르면 ① 피고인이 구속된 때, ② 피고인이 미성년자인 때, ③ 피고인이 70세 이상인 때, ④ 피고인이 농아자인 때, ⑤ 피고인이 심신장애의 의심이 있는 때, ⑥ 피고인이 사형, 무기 또는 단기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 사건으로 기소된 때, 직권으로 법원이 선정한다. 또한 같은 조 제3항에 따르면 기타 피고인의 연령·지능 및 교육 정도 등을 참작하여 권리보호를 위하여 필요하다고 인정하는 때에도 법원은 피고인의 명시적 의사에 반하지 아니하는 범위에서 국선변호인을 선정할 수 있다. 피고인의 신청으로 국선변호인의

107) 대법원 1961.6.7. 선고 4294형상923 판결; 대법원 1968.4.30. 선고 68도195 판결; 대법원 1969.10.4. 선고 69도68 결정.

108) 김현귀, 7면.

109) 헌법재판소 2004.9.23. 선고 2000헌마138.

선정이 이루어질 수도 있는데 같은 조 제2항에 의하면 피고인이 빈곤 그 밖의 사유로 변호인을 선임할 수 없는 경우에는 국선변호인 선정을 법원에 청구할 수 있고, 형사소송규칙 제17조의2에 따르면 이 경우에 피고인이 그 사유를 소명하여야 하는데, 기록에 의하여 그 사유가 소명되었다고 인정될 때에는 소명 없어도 선정할 수 있다고 한다. 그리고 형사소송법 제201조의2 제8항에 의하면 구속영장실질심사에 형사피의자에게 변호인이 없는 경우 지방법원 판사는 직권으로 변호인을 선정해야 하고, 동법 제214조의2 제10항에 따르면 체포·구속적부심사에서도 피의자에게 변호인이 없는 경우에는 법원이 직권으로 또는 피의자의 신청에 따라 국선변호인을 선정할 수 있다.

## 2. 조력

조력이라 함은 피의자 등에게 수사기관과 대등한 지위를 확보하여 줄 정도의 충분한 실질적인 변호인의 도움을 의미한다.<sup>110)</sup> 수사 및 공판절차 등 전반적인 형사절차에서 피의자·피고인의 방어권 행사에 변호인이 전문적인 지식으로 돕는 것을 조력이라 말할 수 있다. 한편으로는 검사와 법원이 범죄사실을 올바르게 인정하도록 독자적으로 개입하여 통제하는 것이라 할 수도 있다.<sup>111)</sup>

조력의 내용으로는 우선 변호인의 상담, 조언을 꼽을 수 있다.

구체적인 권리의 행사는 모두 변호인선임 후 변호인과의 접견을 통한 조언과 상담이 보장되어야만 이루어질 수 있다. 피의자·피고인이 변호인의 조언과 상담을 구할 수 없다면 위와 같은 구체적인 권리의 행사는 불가능하거나 간과될 수 있고, 나아가 잘못 행사되어 결과적으로 변호인의 조력은 받을 권리 자체의 존재의의를 훼손할 수 있기 때문이다. 따라서 피의자·피고인의 구속 여부를 불문하고 조언과 상담을 통하여 이루어지는 변호인의 조력자로서의 역할은 변호인선임권과 마찬가지로 변호인의 조력을 받을 권리의 내용 중 가장 핵심적인 것이 되고, 변호인과 상담하고 조언을 구할 권리는 변호인의 조력을 받을 권리의 내용 중 구체적인 입법형성이 필요한 다른 절차적 권리의 필수적인 전제요건으로서 변호인의 조력을 받을 권리 그 자체에서 막바로 도출되는 것이다.<sup>112)</sup>

110) 성낙인, 「헌법학 제18판」(법문사, 2018) 1124면.

111) 배종대 외, 「형사소송법」(홍문사, 2016) 354면-355면.

112) 헌법재판소 2004.9.23. 선고 2000헌마138.

피의자 또는 피고인에게 법적 조언을 하는 것은 변호인의 권리이자 의무이다. 변호인은 기본적으로 피의자 또는 피고인에게 그의 혐의에 관한 죄명, 적용법조, 피해액, 수사계획, 신병, 송치 및 처분결과에 대해 파악해 알려주어야 하고 사건의 실체에 대해 피의자로부터 파악한 바에 따라서 혐의사실 인부(認否) 및 변호전략을 수립해 주어야 한다. 피의자신문 등에서 유의해야 하는 진술방법이나 조사태도, 조서확인방법, 이의제기 등에 대해서 알려주어야 하고 증언내용이나 증거에 관한 사실과 그에 대한 판단 결과에 대해서도 조언해 줄 수 있다.<sup>113)</sup> 그러한 맥락에서 진술거부권과 같이 형사절차상 인정되는 권리를 피의자 또는 피고인에게 알려주는 것도 조언이라 할 수 있다.

다음으로 증거수집을 들 수 있다. 피의자 또는 피고인에게 유리한 증거와 증인을 찾고, 반증 또는 참고자료를 준비할 수 있으며 사실조회 및 증인진술서나 사적인 감정 의견서를 확보하고 수집하는 등의 활동을 할 수 있다.<sup>114)</sup>

그리고 변호인은 각종 소송행위에서 피의자 및 피고인을 조력할 수 있다. 소송관계인인 변호인은 법정에서 자신의 의뢰인을 위하여 변론(辯論)하고, 피고인에게 불리한 증거를 탄핵(彈劾)하며, 불리한 증인에 대하여 반대 신문(訊問)을 할 수 있다.<sup>115)</sup> 또한 피의자 및 피고인을 대리할 수도 있는데 이에는 종속대리와 독립대리가 있다. 종속대리라 함은 당사자 본인의 의사에 변호인이 종속되는 것을 말하고 독립대리는 본인의 의사에 반하여 변호인이 대리할 수 있는 것을 의미한다. 형사소송법상 관할이전신청(법 제15조), 관할위반신청(제320조 제1항), 증거동의(제318조 제1항), 상소취하(제349조) 및 정식재판의 청구(제453조 제1항) 등이 종속대리의 예라 할 수 있고, 형사소송법상 구속취소의 청구(제93조), 보석의 청구(제94조), 증거보전의 청구(184조 제1항), 공판기일변경신청(제270조 제1항), 증거조사에 대한 이의신청(제296조 제1항)이 본인의 명시적 의사에 반하여 행사할 수 있는 독립대리에 해당한다.

113) 천주현, 「수사와 변호」(박영사, 2015) 266면-270면 참조.

114) 배종대 외, 358면; 천주형, 270면.

115) 김현귀, 16면.

### III. 연원

변호인의 조력을 받을 권리가 확인되는 가장 오래된 문서로는 미국 연방헌법을 꼽는다.

미국 연방헌법 수정조항 제6조

모든 형사소추에서 피고인은 자신의 방어를 위하여 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다

이 규정은 국제규약에도 영향을 미쳤는데 실제로 1950년 제정된 유럽인권협약 제6조 제3항에서는 본인의 방어권과 함께 변호인의 조력을 받을 권리를 규정하고 있다.

유럽인권협약 제6조(공정한 재판을 받을 권리) 제3항

범죄로 소추된 사람은 누구나 다음의 최소한의 권리를 가진다.

(c) 본인 스스로 또는 자신이 선택한 사람의 법적 조력을 받아 자신을 방어할 것, [그리고] 만약 법적 조력을 사용하는 데 지불할 비용 등 충분한 수단이 없을 경우, 사법적 이익을 위하여 필요한 경우에 무료로 그러한 조력을 받을 수 있을 것

또한 1966년 국제연합의 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조 제3항 (d)에서는 형사절차에서 본인이 직접 자신을 방어할 권리와 함께 변호인의 조력을 받을 권리도 규정하고 있다.

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조 제3항

모든 사람은 그에 대한 형사상의 죄를 결정함에 있어서 적어도 다음과 같은 보장을 완전 평등하게 받을 권리를 가진다.

(d) 본인의 출석 하에 재판을 받으며, 또한 직접 또는 본인이 선임하는 자의 법적 조력을 통하여 변호할 것. 만약 법적 조력을 받지 못하는 경우 변호인의 조력을 받을 권리에 대하여 통지를 받을 것. 사법상의 이익을 위하여 필요한 경우 및 충분한 지불수단을 가지고 있지 못하는 경우 본인이 그 비용을 부담하지 아니하고 법적 조력이 그에게 주어지도록 할 것

## IV. 성격

변호인의 조력을 받을 권리는 헌법 제27조의 재판청구권, 공정한 재판을 받을 권리와 같은 절차적 기본권으로 분류될 수 있다. 공정한 재판을 받을 권리나 변호인의 조력을 받을 권리와 같은 절차적 기본권은 개인의 각종 자유의 박탈과 제한을 목적으로 하는 국가의 공권력 작용에 앞서서 일정한 사법절차와 일정한 적용방식을 보장한다. 그리고 이런 절차의 보장은 그 과정에서 방어기회 또는 무기평등의 보장을 그 내용으로 한다.<sup>116)</sup>

절차적 기본권의 헌법적 보장으로부터 국가의 객관적인 조직 및 절차의 형성에 대한 일정한 객관적 규범을 이끌어 낼 수 있다.<sup>117)</sup> 81) 이런 객관적인 규범은 조직과 절차를 형성하는 입법자를 구속한다. 이러한 맥락에서 ‘형식적 방어권’인 변호인의 조력을 받을 권리로부터 당사자의 ‘실체적 방어권’ 보장을 위하여 필요한 ‘효과적인 변호인 조력’이 보장되어야 한다는 객관적인 규범이 나온다.<sup>118)</sup> 헌법재판소 역시 실체적 방어권 보장에 대한 객관적 규범을 헌법 해석으로 이끌어내는 모습을 보여주기도 하였는데 변호인의 조력을 받을 권리에서 “변호인의 조력”은 “변호인의 충분한 조력”을 의미하는 것이라고 하였다.<sup>119)</sup>

## V. 주체

### 1. 체포 또는 구속된 피의자와 피고인

헌법 제12조 제4항 본문에서는 체포 또는 구속을 당한 경우에 변호인의 조력을 받을 수 있다고 규정하고 있다. 형사피의자와 피고인 모두 변호인의 조력을 받을 수 있다.

---

116) 김현귀, 25면-26면.

117) 한수용, “절차와 조직에 의한 기본권보장” (중앙법학 제18권 1호, 2016) 100면-101면.

118) 김현귀, 26면.

119) 헌법재판소 1992.1.28. 선고 91헌마111 결정.

헌법 제12조 제4항의 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.”는 규정은, 일반적으로 형사사건에 있어 변호인의 조력을 받을 권리는 피의자나 피고인을 불문하고 보장되나, 그 중 특히 국선변호인의 조력을 받을 권리는 피고인에게만 인정되는 것으로 해석함이 상당하다.<sup>120)</sup>

이 권리에 관하여 명문의 규정이 없는 프랑스나 독일의 경우에도 헌법해석을 통하여 형사피고인이나 피의자에게도 변호인의 조력을 받을 권리를 헌법적으로 보장하고 있다.<sup>121)</sup> 유럽인권재판소에 따르면 피의자가 경찰에 체포되거나 미결구금된 순간부터 변호인의 조력을 받을 권리가 보장된다.<sup>122)</sup> 그리고 미국 연방대법원의 미란다 판결에 따르면, “구금적 신문(custodial interrogation)”이 있는 때에는 변호인의 조력을 받을 권리가 인정된다.<sup>123)</sup> “구금적 신문”이 있는 상황, 특히 체포와 구속과 관련된 상황에서 미란다 고지는 형사상 적법절차의 필수적인 요건이다. 이 미란다 고지도 미국은 물론 영미법계 및 대륙법계 국가에서 보편적으로 보장되는 형사소송법상 원칙이다. 그리고 변호인의 조력을 받을 권리는 이 미란다 고지를 받는 형사피의자에게로 확대된다.<sup>124)</sup>

## 2. 행정절차에서 구속당한 자

변호인의 조력을 받을 권리가 행정절차에서 구속당한 자에게 보장되는지 여부에 대한 논의가 있다. 이에 대해 헌법재판소는 종래 변호인의 조력을 받을 권리는 형사절차에서 피의자 또는 피고인의 방어권을 보장하기 위한 것으로 출입국관리법상 보호 또는 강제퇴거의 절차에 적용된다고 보기는 어렵다고 판단하였다.<sup>125)</sup> 하지만 최근 입장을 변경하여 변호인의 조력을 받을 권리의 적용범위를 형사절차를 넘어 행정절차에까지 확장하였다.

120) 헌법재판소 2008.9.25. 선고 2007헌마1126 결정.

121) 김현귀, 33면.

122) *Dayanan v. Turkey* 7377/03 ECHR (2009) §31 참조.

123) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

124) 김현귀, 36면.

125) 헌법재판소 2012.8.23. 선고 2008헌마430 결정.

헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 “구속을 당한 때”가 그 문언상 형사절차상 구속만을 의미하는 것이 분명한지 살펴본다. 사전적 의미로 ‘구속’이란 행동이나 의사의 자유를 제한함을 의미할 뿐 그 주체에는 특별한 제한이 없다. 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 “구속”은 사전적 의미의 구속 중에서도 특히 사람을 강제로 붙잡아 끌고 가는 구인과 사람을 강제로 일정한 장소에 가두는 구금을 가리키는데, 이는 형사절차뿐 아니라 행정절차에서도 가능하다.

구속된 사람에게 변호인 조력권을 즉시 보장하는 이유는 구속이라는 신체적 자유 제한의 특성상 구속된 사람의 자유와 권리를 보장하려면 변호인의 조력이 필수적이기 때문이다. 즉, 구속을 당한 사람은 자연권적 속성을 가지는 신체의 자유가 심각하게 제한된 상황에 처하고, 구속에 따른 육체적·정신적 제약이 커서 스스로의 힘만으로는 자신의 자유와 권리를 제대로 방어하기 어려울 뿐만 아니라, 구속의 당부를 다투려면 법적 절차를 거쳐야 하므로, 그에게는 법률전문가인 변호인의 조력이 즉시 제공되어야 한다. 이러한 속성들은 형사절차에서 구속된 사람이나 행정절차에서 구속된 사람이나 아무런 차이가 없다. 이와 같이 행정절차에서 구속된 사람에게 부여되어야 하는 변호인의 조력을 받을 권리는 형사절차에서 구속된 사람에게 부여되어야 하는 변호인의 조력을 받을 권리와 그 속성이 동일하다. 따라서 변호인의 조력을 받을 권리는 그 성질상 형사절차에서만 인정될 수 있는 기본권이 아니다.<sup>126)</sup>

### 3. 불구속상태의 피의자와 피고인

헌법 문언 그대로 해석을 하면 구속되지 아니한 피의자와 피고인에게 변호인의 조력을 받을 권리가 보장되는지는 분명하지 않다. 다만 변호인의 조력을 받을 권리는 체포 및 구속 여부를 떠나 형사절차에서 모든 사람에게 인정되어야 할 기본권이라는 점을 고려한다면 합리적인 헌법 해석을 통해 불구속상태의 피의자와 피고인에게도 변호인의 조력을 받을 권리가 인정될 필요가 있다. 오히려 우리 헌법에서는 모든 사람에게 인정되어야 할 기본권으로 변호인의 조력을 받을 권리를 당연히 인정하고 있고 이를 기본 전제로 하며 구속된 자에게는 특별하게 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하기 위해 헌법에 명시한 것으로 해석할 수도 있을 것이다.<sup>127)</sup>

126) 헌법재판소 2018.5.31. 선고 2014헌마346 결정.

127) 성낙인, 1125면.



헌법 제12조 제4항은 본문과 단서로 이루어져 있는데, 일반적으로 단서규정은 본문 규정 중 특별히 제외하는 영역을 설정하거나 본문 이외에 특별히 추가하고자 하는 영역을 포함하고자 할 때 사용된다. 그런데 헌법 제12조 제4항 단서는, 국선변호인의 조력을 받을 권리에 관하여는 (구속 여부를 불문하고) 피고인에게만 이를 보장하고 있으므로, 그 본문인 (사선)변호인의 조력을 받을 권리는 (구속 여부를 불문하고) 피의자·피고인 모두에게 인정됨을 전제로 하는 규정이라고 해석해야만 본문과 단서의 관계가 자연스럽게 논리적이다. 따라서 헌법 제12조 제4항 본문이 ‘체포 또는 구속을 당한’ 경우 변호인의 조력을 받을 권리가 있다고 규정한 것은 불구속 피의자·피고인에 대한 변호인의 조력을 받을 권리를 배제하기 위해서가 아니라 이를 전제로 하여 체포 또는 구속을 당한 피의자·피고인의 변호인의 조력을 받을 권리를 특별히 더 강조하기 위한 것이라고 보아야 한다. 결국 우리 헌법이 변호인의 조력을 받을 권리가 불구속 피의자·피고인 모두에게 포괄적으로 인정되는지 여부에 관하여 명시적으로 규율하고 있지는 않지만, 불구속 피의자의 경우에도 변호인의 조력을 받을 권리는 우리 헌법에 나타난 법치국가원리, 적법절차원칙에서 인정되는 당연한 내용이고, 헌법 제12조 제4항도 이를 전제로 특히 신체구속을 당한 사람에 대하여 변호인의 조력을 받을 권리의 중요성을 강조하기 위하여 별도로 명시하고 있다고 할 것이다.<sup>128)</sup>

헌법재판소 결정에 따르면 구속되지 않은 피의자 및 피고인의 변호인 조력을 받을 권리는 법치국가원리와 헌법 제12조 제1항의 적법절차원리에 의하여 인정되는 권리이다. 이에 따르면 형사절차에서 변호인의 조력을 받을 권리는 체포·구속 여부에 상관없이 법치국가원리와 적법절차원리에서 당연히 인정되는 것이다. 헌법 제12조 제4항은 그 중 특별히 체포 또는 구속된 자에 대하여 즉시 변호인의 조력을 받을 수 있도록 권리를 보장하도록 규정한 것으로 해석할 수 있는 것이다.<sup>129)</sup>

참고로 미국 연방헌법재판소는 연방헌법 수정 제6조가 적용되는 “구금적 신문”이 있는 때를 경찰에 체포된 경우에 한정하지 않는다. 체포된 것은 아니더라도, “중대한 방법으로 자유를 박탈당한 때”라면 모두 구금적 신문이 있는 때로 본다.<sup>130)</sup>

128) 헌법재판소 2004.9.23. 선고 2000헌마138 결정.

129) 김현귀, 32면.

130) *Thomson v. Keohane*, 516 U.S. 99 (1995); *Yarborough v. Alvarado*, 541 U.S. 652 (2004).

#### 4. 불인정의 경우

일반적으로 변호인의 조력을 받을 권리는 수사 개시에서부터 판결 확정까지 인정되고 따라서 유죄판결이 확정되어 교정시설에 수용중인 수형자에게는 인정되지 않는다고 본다.

원래 변호인의 조력을 받을 권리는 형사절차에서 피의자 또는 피고인이 검사 등 수사·공소기관과 대립되는 당사자의 지위에서 변호인 또는 변호인이 되려는 자와 사이에 충분한 접견교통에 의하여 피의사실이나 공소사실에 대하여 충분히 방어할 수 있도록 함으로써 피고인이나 피의자의 인권을 보장하려는 데 그 제도의 취지가 있는 점에 비추어 보면, 형사절차가 종료되어 교정시설에 수용중인 수형자는 원칙적으로 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 될 수 없다.<sup>131)</sup>

다만, 수형자의 경우에도 재심절차 등에는 변호인 선임을 위한 일반적인 교통·통신이 보장될 수도 있다. 또한 수형자가 형사사건이 아닌 다른 사건 즉 민사사건, 형사사건, 헌법소원사건 등에서 변호사와 접견할 경우에도 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 될 수 없다.<sup>132)</sup>

## VI. 내용

### 1. 변호인 선임권

변호인의 조력을 받기 위해서는 우선적으로 변호인의 선임이 필요하다. 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하기 위해 당연히 전제되어야 할 권리인 변호인 선임권에 대해 헌법재판소는 이는 헌법상 바로 도출되는 권리이며 법률로써도 제한할 수 없다고 판시하였다.

변호인의 조력을 받을 권리의 가장 기초적인 구성부분은 변호인선임권이라고 할 것인데,

131) 헌법재판소 1998.8.27. 선고 96헌마398.

132) 성낙인, 1125면.

이는 구속 여부를 떠나 모든 피의자·피고인에게 인정되어야 함은 법치국가원리, 적법절차원칙에 비추어 당연하다...이러한 변호인의 조력을 받을 권리의 출발점은 변호인선임권에 있고, 이는 변호인의 조력을 받을 권리의 가장 기초적인 구성부분으로서 법률로써도 제한할 수 없다.<sup>133)</sup>

## 2. 변호인 접견교통권

변호인을 선임하였다 하여도 변호인과 자유롭게 만나거나 소통을 할 수 없다면 변호인의 조력을 받을 수 없게 된다. 따라서 변호인과의 접견, 교통은 보장되어야 하는데 헌법재판소는 변호인의 조력을 받을 권리의 가장 필수적인 내용으로 변호인 접견교통권을 들고 있다.

신체구속을 당한 사람에 대하여 변호인의 충분한 조력을 받게 하기 위하여서는 무엇보다도 먼저 신체구속을 당한 사람이 변호인과 충분한 상담을 할 수 있도록 해 주어야만 할 것이므로 변호인의 조력을 받을 권리의 필수적 내용은 신체구속을 당한 사람과 변호인과의 접견교통일 것이다. 변호인은 접견을 통하여 구속된 피의자, 피고인의 상태를 파악하여 그에 따른 적절한 대응책을 강구하고, 피의사실이나 공소사실의 의미를 설명해 주고 그에 관한 피의자·피고인의 의견을 듣고 대책을 의논하며, 피의자나 피고인 진술의 방법, 정도, 시기, 내용 등에 대하여 변호인으로서의 의견을 말하고 지도도 하고, 진술거부권이거나 서명날인거부권의 중요성과 유효적절한 행사방법을 가르치고 그것들의 유효적절한 행사에 의하여 억울한 죄를 면할 수 있다는 것을 인식시켜야 하며, 수사기관에 의한 자백강요, 사술(詐術), 유도(誘導), 고문 등이 있을 수 있다는 것을 알려 이에 대한 대응방법을 가르쳐 허위자백을 하지 않도록 권고하고, 피의자로부터 수사관의 부당한 조사(유도, 협박, 이익공여, 폭력 등) 유무를 수시로 확인해야 하며, 피의자나 피고인의 불안, 절망, 고민, 허세 등을 발견하면 그 감정의 동요에 따라 격려하여 용기를 주거나 위문하거나 충고하여야 할 것이다.<sup>134)</sup>

변호인과의 접견은 부당한 간섭 없이 이루어져야 한다. 피의자 또는 피고인이 변호인과 접견을 하는 경우 교도관이나 수사관 등 관계공무원이 참여하여 대화내용을 듣거나 기록하는 것은 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것이다. 피의자 또는 피고인이

133) 헌법재판소 2004.9.23.선고 2000헌마138.

134) 헌법재판소 1992.1.28.선고 91헌마111.

심리적인 압박감이 최소화된 상태에서 변호인과 접견할 수 있어야 한다는 의미에서 변호인 접견교통권은 최대한 보장되어야 한다. 하지만 변호인 접견교통권 역시 국가형벌권의 적정한 행사와 피의자 및 피고인의 인권보장을 목적으로 하는 형사소송절차 체계 내에서 과잉금지원칙에 따라 제한될 수 있다.

청구인은 헌법재판소가 “변호인과의 자유로운 접견은 신체구속을 당한 사람에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리의 가장 중요한 내용으로서 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리 등 어떠한 명분으로도 제한될 수 있는 성질의 것이 아니다.”(헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 60-61)라고 판시한 것을 들어, 미결수용자와 변호인과의 접견에 대해서는 어떠한 제한도 할 수 없다고 주장한다. 그러나, 위 결정에서 어떠한 명분으로도 제한할 수 없다고 한 것은 구속된 자와 변호인 간의 접견이 실제로 이루어지는 경우에 있어서의 ‘자유로운 접견’, 즉 ‘대화내용에 대하여 비밀이 완전히 보장되고 어떠한 제한, 영향, 압력 또는 부당한 간섭 없이 자유롭게 대화할 수 있는 접견’을 제한할 수 없다는 것이지(헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 60), 변호인과의 접견 자체에 대해 아무런 제한도 가할 수 없다는 것을 의미하는 것이 아니다. 변호인의 조력을 받을 권리 역시 다른 모든 헌법상 기본권과 마찬가지로 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 법률로써 제한할 수 있는 것이다(헌법 제37조 제2항). 그렇다면 변호인의 조력을 받을 권리의 내용 중 하나인 미결수용자의 변호인 접견권 역시 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위해 필요한 경우에는 법률로써 제한될 수 있음은 당연하다.<sup>135)</sup>

헌법재판소 결정에 따르면, 변호인의 접견권은 계호의 필요성과 접견의 비밀성 보장을 위하여 엄격한 비례원칙에 따라서 내용이 아닌 시간, 장소, 방법 등의 일반적인 기준에 따라 중립적으로 제한될 수 있다.<sup>136)</sup> 그에 따라 헌법재판소는 공휴일에 변호인 접견을 제한하는 것과 CCTV를 통하여 변호인과의 접견을 감시하는 것은 과잉금지원칙에 위반되지 않는다고 판단했다.<sup>137)</sup>

변호인 접견교통권이 보장되기 위해서는 변호인과 대면하는 접견상황에서 뿐만 아니라 비대면의 상황에서도 자유로운 의사소통이 가능해야 한다. 자유로운 의사소통, 의견교환을 위해서는 그들 사이의 통신의 자유와 그 비밀이 보장되어야 한다. 그러한 취지에서 변호인과 미결수용자 간의 서신 교환 시에도 그 비밀이 보장되어야 한다.<sup>138)</sup>

135) 헌법재판소 2011.5.26. 선고 2009헌마341.

136) 헌법재판소 2009.10.29. 선고 2007헌마992.

137) 각각 헌법재판소 2011.5.26. 선고 2009헌마341; 헌법재판소 2016.4.28. 선고 2015헌마243.

138) 헌법재판소 1995.7.21. 선고 92헌마144.

다만 피의자나 피고인과 변호인 사이의 서신의 비밀을 보장받기 위하여는 몇 가지 조건을 갖추어야 하는데 우선 교도소측에서 상대방이 변호인 또는 변호인이 되려는 자라는 사실을 확인할 수 있어야 한다. 그리고 미결수용자의 변호인과의 사이의 서신임이 확인되었다고 하더라도, 이를 통하여 마약 등 소지금지품의 반입을 도모한다든가, 그 내용에 도주·증거인멸·수용시설의 규율과 질서의 파괴·기타 형벌법령에 저촉되는 내용이 기재되어 있다고 의심할 만한 합리적인 이유가 있는 경우가 아니어야 한다.<sup>139)</sup> 그러나 이를 위한 검사를 이유로 수용자의 예외 없이 모든 서신을 봉합하지 않은 상태로 교정시설에 제출하도록 규정하는 것은 과잉금지원칙을 위반하여 통신비밀의 자유를 제한하는 것이다.<sup>140)</sup>

### 3. 수사기록 등 열람 등사권

변호인의 조력을 충분히 받기 위해서는 피고인이 변호인을 통해 수사기록을 포함한 소송관계서류를 열람·등사하고 이에 대한 검토결과를 토대로 공격과 방어의 준비를 할 수 있어야 한다.<sup>141)</sup> 그에 따라 변호인의 조력을 받을 권리에는 변호인의 소송관계서류 등의 열람·등사권이 포함된다. 이 권리는 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리라는 헌법상 기본권의 중요한 내용이자 구성요소이며 이를 실현하는 구체적인 수단이 된다.<sup>142)</sup> 재판에서 검사와 피고인 사이의 무기평등의 원칙을 실현하고 공정한 재판이 진행되기 위해서는 피고인의 방어권이 충분히 보장되어야 하는데 이를 위해서 소송관계서류에 대한 접근권은 필수적이라 할 수 있다. 게다가 필요한 시간을 넘어 부당히 지연된 재판이 되지 않도록 하기 위해서도 피고인의 충분한 방어준비가 필수적이고 이를 위해서는 소송관계서류에 대한 접근권이 요구된다. 즉 공정하고 신속한 재판을 받기 위해서는 소송관계 서류에 대한 열람 및 등사권이 인정되어야만 한다.

이러한 헌법의 취지에 따라 형사소송법에서는 이 권리를 구체화하고 있다. 형사소송

139) 헌법재판소 1995.7.21. 선고 92헌마144.

140) 헌법재판소 2012.2.23. 선고 2009헌마333.

141) 헌법재판소 1997.11.27. 선고 94헌마60.

142) 헌법재판소 2010.6.24. 선고 2009헌마257.

법 제35조는 피고인과 변호인은 “소송계속중의 관계서류 또는 증거물을 열람하거나 복사할 수 있다.”고 규정하고 있다. 그리고 같은 법 제266조의3 제1항에 따르면 피고인 또는 변호인은 검사에게 공소제기된 사건에 관한 서류 또는 물건의 목록과 공소사실의 인정 또는 양형에 영향을 미칠 수 있는 서류 등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 신청할 수 있다. 그 서류에는 검사가 증거로 신청할 서류, 검사가 증인으로 신청할 사람의 성명·사건과의 관계 등을 기재한 서면 또는 그 사람이 공판기일 전에 행한 진술을 기재한 서류, 이러한 서류의 증명력과 관련된 서류, 피고인 또는 변호인이 행한 법률상·사실상 주장과 관련된 서류 등이 포함된다. 그리고 헌법재판소 결정에 의하면 검사가 법원에 제출하지 아니한 수사기록 등이 포함된다.<sup>143)</sup> 다만 수사기관 내부의 의견서, 보고문서, 메모, 법률검토, 내사자료 등 피고인의 범죄사실 입증에 관련된 증거가 아닌 자료는 원칙적으로 피고인의 방어활동과 직접 관계가 없고 이는 열람·등사의 대상이 되지 않는다.<sup>144)</sup>

형사소송법 제266조의3 제2항에 의하면 검사는 국가안보, 증인보호의 필요성, 증거인멸의 염려, 관련 사건의 수사에 장애를 가져올 것으로 예상되는 구체적인 사유 등 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용하지 아니할 상당한 이유가 있다고 인정하는 때에는 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부하거나 그 범위를 제한할 수 있다. 그럼에도 불구하고 서류 등의 목록에 대하여는 열람 또는 등사를 거부할 수 없다(같은 조 제5항).

형사소송법 제266조의4 제1항에 따르면 피고인 또는 변호인은 검사가 서류 등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 거부하거나 그 범위를 제한한 때에는 법원에 그 서류 등의 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용하도록 할 것을 신청할 수 있다. 그리고 제2항에 의하면 법원은 이러한 신청이 있는 때에는 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용하는 경우에 생길 폐해의 유형·정도, 피고인의 방어 또는 재판의 신속한 진행을 위한 필요성 및 해당 서류 등의 중요성 등을 고려하여 검사에게 열람·등사 또는 서면의 교부를 허용할 것을 명할 수 있다. 제5항에 따르면 검사는 열람·등사 또는 서면의 교부에 관한 법원의 결정을 지체 없이 이행하지 아니하는 때에는 해당 증인 및 서류

143) 헌법재판소 1997.11.27. 선고 94헌마60.

144) 헌법재판소 1997.11.27. 선고 94헌마60.

등에 대한 증거신청을 할 수 없다.

형사소송법 제266조의4 제5항은 검사가 수사서류의 열람·등사에 관한 법원의 허용 결정을 지체 없이 이행하지 아니하는 때에는 해당 증인 및 서류 등에 대한 증거신청을 할 수 없도록 규정하고 있다. 그런데 이는 검사가 그와 같은 불이익을 감수하기만 하면 법원의 열람·등사 결정을 따르지 않을 수도 있다는 의미가 아니라, 피고인의 열람·등사권을 보장하기 위하여 검사로 하여금 법원의 열람·등사에 관한 결정을 신속히 이행하도록 강제하는 한편, 이를 이행하지 아니하는 경우에는 증거신청상의 불이익도 감수하여야 한다는 의미로 해석하여야 할 것이므로, 법원이 검사의 열람·등사 거부처분에 정당한 사유가 없다고 판단하고 그러한 거부처분이 피고인의 헌법상 기본권을 침해한다는 취지에서 수사서류의 열람·등사를 허용하도록 명한 이상, 법치국가와 권력분립의 원칙상 검사로서는 당연히 법원의 그러한 결정에 지체 없이 따라야 할 것이다. 그러므로 법원의 열람·등사 허용 결정에도 불구하고 검사가 이를 신속하게 이행하지 아니하는 경우에는 해당 증인 및 서류 등을 증거로 신청할 수 없는 불이익을 받는 것에 그치는 것이 아니라, 그러한 검사의 거부행위는 피고인의 열람·등사권을 침해하고, 나아가 피고인의 신속·공정한 재판을 받을 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리까지 침해하게 되는 것이다.<sup>145)</sup>

형사피고인이 아닌 형사피의자의 구속적부심사를 위하여 변호인이 경찰이 보관하고 있는 고소장 및 피의자신문조서 등에 대한 열람 및 등사를 청구할 권리도 구속된 피의자에 적용되는 헌법 제12조 제4항의 변호인의 조력을 받을 권리에 의하여 보호된다.<sup>146)</sup> 그리고 2006년 개정된 형사소송규칙 제96조의21 제1항에서는 피의자 심문에 참여할 변호인은 지방법원 판사에게 제출된 구속영장청구서 및 그에 첨부된 고소·고발장, 피의자의 진술을 기재한 서류와 피의자가 제출한 서류를 열람할 수 있다고 규정한다. 따라서 구속적부심사뿐 아니라 구속영장실질심사를 위한 피의자 심문의 경우에도 변호인의 수사기록 등 열람·등사권이 보장되고 있다.

#### 4. 피의자신문절차에서의 변호인 참여요구권

피의자 신문 시 변호인이 참여할 수 있는지 여부에 대한 규정이 구 형사소송법에는 존재하지 않았다. 하지만 대법원은 피의자신문절차에서 피의자가 변호인의 참여를 요

145) 헌법재판소 2010.6.24. 선고 2009헌마257, 같은 취지 헌법재판소 2017.12.28. 선고 2015헌마632.

146) 헌법재판소 2003.3.27. 선고 2000헌마474. 헌법재판소는 이 사건에서 변호인 자신의 권리로서 피구속자를 조력할 권리와 헌법 제21조에 의하여 보장되는 알 권리에 관한 청구를 받아들였다.

구할 수 있다고 판시하였다.

형사소송법이 아직은 구금된 피의자의 피의자신문에 변호인이 참여할 수 있다는 명문규정을 두고 있지는 아니하지만, 위와 같은 내용의 점견교통권이 헌법과 법률에 의하여 보장되고 있을 뿐 아니라 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다고 선언한 헌법규정에 비추어, 구금된 피의자는 형사소송법의 위 규정을 유추·적용하여 피의자신문을 받음에 있어 변호인의 참여를 요구할 수 있고 그러한 경우 수사기관은 이를 거절할 수 없는 것으로 해석하여야 하고, 이렇게 해석하는 것은 인신구속과 처벌에 관하여 "적법절차주의"를 선언한 헌법의 정신에도 부합한다 할 것이다.<sup>147)</sup>

헌법재판소 역시 변호인의 조력을 받을 권리에 근거하여 피의자신문 시 변호인의 참여를 요구할 수 있다고 판단하였다.

불구속 피의자나 피고인의 경우 형사소송법상 특별한 명문의 규정이 없더라도 스스로 선임한 변호인의 조력을 받기 위하여 변호인을 옆에 두고 조연과 상담을 구하는 것은 수사절차의 개시에서부터 재판절차의 종료에 이르기까지 언제나 가능하다. 따라서 불구속 피의자가 피의자신문시 변호인을 대동하여 신문과정에서 조연과 상담을 구하는 것은 신문과정에서 필요할 때마다 되거하여 변호인으로부터 조연과 상담을 구하는 번거로움을 피하기 위한 것으로서 불구속 피의자가 피의자신문장소를 이탈하여(예컨대, 변호인 사무실에 찾아가) 변호인의 조연과 상담을 구하는 것과 본질적으로 아무런 차이가 없다. 그렇다면, 불구속 피의자가 피의자신문시 조연과 상담을 구하기 위하여 자신의 변호인을 대동하기를 원한다면, 수사기관은 특별한 사정이 없는 한 이를 거부할 수 없다고 할 것이다.<sup>148)</sup>

2007년 개정된 형사소송법 제243조의2에 따르면 검사 또는 사법경찰관은 피의자 또는 그 변호인·법정대리인·배우자·직계친족·형제자매의 신청에 따라 변호인을 피의자와 접견하게 하거나 정당한 사유가 없는 한 피의자에 대한 신문에 참여하게 하여야 한다. 신문에 참여한 변호인은 신문 후 의견을 진술할 수 있다. 다만, 신문 중이라도 부당한 신문방법에 대하여 이의를 제기할 수 있고, 검사 또는 사법경찰관의 승인을 얻어 의견을 진술할 수 있다. 변호인의 의견이 기재된 피의자신문조서는 변호인에게 열람하게 한 후 변호인으로 하여금 그 조서에 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다. 그리고 검사 또는 사법경찰관은 변호인의 신문참여 및 그 제한에 관한 사항을 피의자

147) 대법원 2003.11.11. 선고 2003모402.

148) 헌법재판소 2004.9.23. 선고 2000헌마138.



신문조서에 기재하여야 한다.

피의자신문에 참여한 변호인은 피의자를 물리적으로 조력하는 것이 아니라 피의자에 대하여 조언을 하거나 수사기관에 이의를 제기하는 등 구두로 조력하는 것이고, 그 과정에서 변호인이 피의자신문을 방해할 정도로 개입하거나 수사기밀을 유출하는 것은 위법한 조력에 해당하는 것으로서 허용되지 아니한다.<sup>149)</sup> 위법한 조력에 해당하려면 막연하게 변호인의 수사방해나 수사기밀의 유출에 대한 우려가 있다는 추상적인 가능성만으로는 부족하고 그러한 우려가 현실화될 구체적 가능성이 있어야 한다.<sup>150)</sup> 대법원도 같은 취지의 판단을 하고 있다.

구금된 피의자가 피의자신문 시 변호인의 참여를 요구할 수 있는 권리가 형사소송법 제 209조, 제89조 등의 유추적용에 의하여 보호되는 권리라 하더라도 헌법상 보장된 다른 기본권과 사이에 조화를 이루어야 하며, 구금된 피의자에 대한 신문 시 무제한적으로 변호인의 참여를 허용하는 것 또한, 헌법이 선언한 적법절차의 정신에 맞지 아니하므로 신문을 방해하거나 수사기밀을 누설하는 등의 염려가 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 특별한 사정이 있음이 객관적으로 명백하여 변호인의 참여를 제한하여야 할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 변호인의 참여를 제한할 수 있음은 당연하다고 할 것이다.<sup>151)</sup>

## 5. 국선변호인 조력을 받을 권리

헌법 제12조 제4항 단서에서는 “형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 경우에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다”며 국선변호인 제도를 규정하고 있다. 경제적인 능력으로 인하여 변호사 선임이 어려운 경우 이를 국가가 대신하여 개인의 경제적 상황에 따라 형사사건에서 방어권 보장의 정도가 차이 나는 것을 막고 궁극적으로는 공정한 재판을 실현하기 위한 제도라 할 수 있다.

헌법상 보장되는 ‘변호인의 조력을 받을 권리’는 변호인의 ‘충분한 조력’을 받을 권리를 의미하므로( 대법원 2003. 11. 11.자 2003모402 결정 등 참조), 일정한 경우 피고인에게 국선변호인의 조력을 받을 권리를 보장하여야 할 국가의 의무에는 형사소송절차에서 단순

149) 헌법재판소 2004.9.23.선고 2000헌마138.

150) 헌법재판소 2017.11.30.선고 2016헌마503.

151) 대법원 2003.11.11.선고 2003모402.

히 국선변호인을 선정하여 주는 데 그치지 않고 한 걸음 더 나아가 피고인이 국선변호인의 실질적인 조력을 받을 수 있도록 필요한 업무 감독과 절차적 조치를 취할 책무까지 포함된다고 할 것이다.<sup>152)</sup>

형사소송법에서는 이 제도를 구체화하고 있다. 법 제33조에 따르면 법원은 피고인이 빈곤 그 밖의 사유로 변호인을 선임할 수 없는 경우에 피고인의 청구가 있는 때에는 변호인을 선정하여야 한다. 그리고 법원은 피고인의 연령·지능 및 교육 정도 등을 참작하여 권리보호를 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 피고인의 명시적 의사에 반하지 아니하는 범위 안에서 변호인을 선정하여야 한다.

헌법 문언에 따르면 형사피고인만이 국선변호인의 조력을 받을 수 있도록 되어 있다. 그러나 형사피의자 신분일 경우에 변호인의 조력은 더욱 요구되므로 형사절차에서 인신의 자유를 최대한 보장하기 위해 피의자에게도 국선변호인의 조력을 받을 수 있도록 해야 한다. 그에 따라 형사소송법에서는 형사피고인에게 국선변호인을 선임해 줄 수 있도록 규정한 형사소송법 제33조와 이를 준용하는 형사소송법 제214조의2 제10항의 규정에 따라서 형사피의자가 구속적부심사를 받는 경우에도 법원은 국선변호인을 붙이고 있다.

## 6. 공정한 재판을 위한 헌법원칙으로서의 변호인의 조력을 받을 권리의 구현을 위한 형사공공변호인제도의 입법적 도입 추진 분석

수사 단계 피의자에 대해 국선변호를 제공하고자 법무부는 「법률구조법」(2019.3.29. 일부개정안 입법예고)과 「형사소송법」 개정을 통해 형사공공변호인제도의 도입을 추진하고 있다. 이와 같은 형사공공변호인 제도의 주요 내용은, 원칙적으로 단기 3년 이상의 징역에 해당하는 중죄로 체포된 피의자를 국선변호 제공 대상으로 하며, 피의자국선변호관리위원회를 신설하여 대법원장, 법무부장관, 대한변호사협회장이 동수 추천하는 총9명의 위원으로 위원회를 구성하고, 피의자국선변호관리위원회가 국선변호인의 선발, 명부의 작성 및 운영 등 업무를 독립하여 수행하는 것이다. 이와 같이 이번 입법을

152) 대법원 2012.2.16. 선고 2009모1044.

통해 도입이 추진되는 형사공공변호인 제도의 취지는 기존에 형사재판 단계, 체포·구속적부심사, 구속 전 피의자심문 등 단계에서 주로 피고인에게 제공되어 온 국선변호를 수사 단계의 피의자에게 확대하는 것으로서, 피의자의 인권 보호와 방어권 행사를 강화하기 위한 것이다.

「형사소송법」은 피의자 국선변호 제공 대상 사건과 피의자 국선변호인의 선임 절차 및 활동 기한이 규정되도록 법 제200조의5 중심으로 개정이 추진되며, 「법률구조법」은 피의자 국선변호를 위한 형사공공변호인 제도의 운영 기관과 명부 작성을 포함한 제도 운영 방식 및 피의자 국선변호인이 수행할 임무가 규정되도록 하는 취지로 법 제19조의2 및 제19조의3 개정안이 입법예고된 상태이다. 이와 같은 입법안에 따르면, 중죄 피의자 체포 즉시 피의자를 체포한 수사기관이 대한법률구조공단에 체포 사실을 통지하고, 대한법률구조공단은 피의자국선변호관리위원회가 작성한 명부에서 변호사를 선정한 후, 변호사와 수사기관에 선임사실을 통지한다. 또한 법무부 입법예고안에 따르면 피의자 국선변호 관련 이해충돌 방지를 위해 대한법률구조공단에 소속되지 않은 개업변호사 중에서 계약변호사와 국선전담변호사를 적정 비율로 배정하여 운영하게 되며, 법원에서 운영하고 있는 국선전담변호사 제도도 일정 부분 병행된다.

우리 헌법은 제12조 제4항에서 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.”라고 규정하고 있고, 형사소송법은 제33조에서 일정한 경우 법원이 직권으로 또는 피고인의 청구에 의해 국선변호인을 선정하도록 규정하고 있다. 이와 같이 우리나라의 국선변호인은 원칙적으로 피의자나 피고인이 스스로 변호인을 선임할 수 없을 때 보충적으로 선정되는 것이고, 그 사유는 대부분 사회적 또는 경제적 약자에 해당하는 경우이다.<sup>153)</sup> 국선변호제도의 취지는 형사절차에서 공권력에 상대되는 위치에 있는 자 중 사회적·경제적 약자의 방어권 행사를 보충하여 헌법상의 기본권인 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위한 것이다. 변호인의 조력을 받을 권리는 형사절차에서 국가형벌권으로

153) OECD의 2017년 자료를 보면, 법률서비스를 이용하지 않는 이유로서 우리나라의 경우 다른 OECD국가들과 현저히 대비될 만큼 경제적인 이유가 가장 높은 비율을 차지하고 있다(<https://www.oecd.org/gov/government-at-a-glance-22214399.htm>).

부터 자신을 방어하기 위한 것으로, 공정성과 무죄추정의 원칙 등에 비추어 핵심적 중요성을 가진 헌법상의 기본권이다.

헌법 제12조 제4항은 구속된 피의자 또는 피고인의 경우 변호인의 조력을 받을 권리를 헌법상 기본권으로 명시적으로 언급하고 있으며, 그 의미는 헌법재판소와 대법원의 해석을 통해 구체화되어 왔다.<sup>154)</sup> 변호인의 조력을 받을 권리 및 그 보장을 위한 국선 변호인 제도는 형사절차의 단계에 따라 수사단계, 공판단계, 확정판결 이후의 각 단계에서 보장 범위와 제공 주체 및 구체적 요소가 다양하게 제도화될 수 있다. 또한 다른 한편 그 입법적 제도화는 형사절차의 각 단계에 따라 차별성이 있으면서도 변호인의 접견·교통권과 신문시 참여권 등 변호인의 조력의 실질적 내용과 조력의 질 보장에 있어서는 일관성을 유지할 수 있는 방향으로 이루어져야 한다. 더욱이 사법절차가 점증적으로 전문화되고 복잡해지면서 형사사법절차에서의 무죄추정의 원칙하에 공정성과 무기평등의 원칙을 구현하여 방어권을 행사하고 권리를 실현하는 것은 법률전문가의 도움 없이는 대단히 어렵다. 이에 법률구조제도를 통한 변호인의 조력을 받을 권리의 실질적 보장이 요구되며, 수사 단계의 피의자에게 국선변호를 확대하는 입법 방향은 바람직하다.<sup>155)</sup>

우리나라에의 형사공공변호인 제도 도입을 위한 입법은 현행 국선변호제도의 병행적 보완을 통해 헌법이 보장하는 기본권으로서의 변호인의 조력을 받을 권리를 형사절차에서 더욱 충실히 구현하고 인권 보장을 더욱 두텁게 하기 위한 것이므로, 입법과 실현은 내용과 방법론 모두에서 국선변호제도와의 체계적 비교분석 하에 정합성 있게

154) 헌법재판소는 2004년 결정에서 불구속 피의자에게도 법치국가원리와 적법절차원칙상 변호인의 조력을 받을 권리가 당연히 인정되며, 신체구속을 당한 사람에 대해서는 헌법 제12조 제4항이 그 중요성을 강조하기 위해 별도로 명시하고 있다고 하였고(헌법재판소 2004.9.23. 선고, 2000헌마138), 또한 2019년2월 선고 결정에서 형사사건 수입 과정에 있는 변호인이 되고자 하는 변호사의 접견교통권도 헌법상 기본권으로서 보장된다고 함으로써 피의자의 방어권과 변호인의 조력을 받을 권리의 헌법상의 기본권으로서의 의의를 강조하였다(헌법재판소 2019.2.28. 선고, 2015헌마1204). 또한 국제연합도 형사사법절차에서 단계와 무관하게 사회적·경제적 약자에게 법률구조를 제공해야 한다고 규정하고 있다(United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice System).

155) 피의자신문조서는 수사의 방향을 결정하고 피의자에 대한 기소 및 유죄입증에 중요한 증거자료로 사용될 수 있어 형사절차에서 매우 중요한 의미를 가지며(헌법재판소 2017.11.30. 선고 2016헌마503), 이에 피의자 신문시 변호인의 참여는 피의자의 방어권을 포함한 기본권 보장과 실현을 위해 대단히 중요하다(同旨 국가인권위원회 2013.5.27.결정 12진정0456100). 피의자 신문 단계의 변호인의 참여권은 「형사소송법」 2008년 개정 이후 법률로 보장되고 있으나(법 제243조의2), 변호인의 피의자 신문 참여율은 2008년 0.05%보다는 증가하였으나 2015년 현재 0.17%로 여전히 낮다.

이루어져야 한다. 우리나라의 현행 국선변호제도는 국선변호인 선정 권한이 사법부에 있어 국선변호인의 방어권 행사가 제약되는 문제가 노정되었고, 보조인력의 부재와 수사단계에서 국선변호 대상의 협소함 등 효과적인 공적 변호의 수행에 미흡한 점들이 문제점으로 지적되어 왔다. 이는 우리 헌법이 보장하는 기본권인 변호인의 조력을 받을 권리를 형사절차에서 충실하게 구현함에 있어 제도적 미비점으로 지적되어 왔다. 형사공공변호인 제도의 도입은 기존의 문제점을 개선하여<sup>156)</sup> 양적, 질적으로 보다 충실한 공적 변호를 제공하는 방향으로 이루어져야 한다. 형사공공변호인 제도의 도입을 위해서는 일반론으로서 첫째, 형사공공변호인 제도를 도입하는 경우 요구되는 재정적 부담이 정밀하게 검토되고 향후의 충실한 제도 운용을 위해 충분한 예산이 확보되어야 하며, 둘째, 현행 국선변호인 제도와 도입이 추진되는 형사공공변호인 제도 사이의 법제와 운용 면에서의 관계가 체계적으로 검토되어 이를 바탕으로 제도 운영 주체와 기관이 결정되고 그 운용을 위한 구체적 방안이 마련되어야 한다.

비교법적 관점에서 미국의 공적변호 제도가 우리나라에 주는 시사점을 살펴보면, 첫째, 공적변호 제도에 관하여 연방과 개별 주(州)마다 다양한 형태의 제도를 취하고 있고, 대부분은 둘 이상의 제도를 혼합하여 병행하고 있다. 이는 어떤 하나의 형태의 공적변호 제도가 유일하게 정당화될 수 있거나 유일하게 효율적일 수 있는 제도라기보다는 각 제도가 장단점을 갖고 있기 때문에 고유의 필요성과 특성에 맞게 채택하여 일응의 생산적 경쟁 논리 하에서 시행되어야 공적변호 제도의 의의와 필요성에 부합할 수 있음을 시사한다. 나아가 어떤 형태를 취하는지가 공적변호의 성패를 좌우한다기보다는 공적변호 제도를 어떻게 효율적으로 운영하여 공적변호의 취지에 충실하도록 하는지가 더욱 중요한 요소임을 보여준다. 둘째, 공적변호 제도를 운영하기 위하여 정부나 법원으로부터 독립된 위원회를 두고 있는 경우도 있고 그렇지 않은 경우도 있는데, 대체로 공적변호 제도의 관리·감독을 효율적으로 하기 위해 이와 같은 업무를 전체적으로 관장하는 기구를 두고 있다.

셋째, 대부분의 경우 공적변호를 담당하는 변호사들의 업무량 제한을 설정하고 있

156) 기존의 문제점을 개선해 가는 과정에서 유의미한 비교법적 시사점 또한 분석하고 반영하는 것이 제도의 연착륙과 시행착오의 최소화에도 도움이 될 것이다. 2019년5월 현재 OECD국가 총35개국 중에서 피의자 대상 형사공공변호제도 시행여부를 보면, 한국 제외 34개국 중에서 85.29%에 해당하는 29개국이 형사공공변호제도를 시행하고 있다.

다. 공적변호를 담당하는 변호사들의 업무량은 공적변호의 이상과 목적에 충실하고 당사자주의적 관점에서 업무 독립성이 확보되는 변호인의 조력을 제공함에 직결되는 요소이다. 이에 공적변호의 질과 독립성, 나아가 공적변호 제도의 정당성과 존재 의의 자체와 직결된 요소로서 공적변호 담당 변호사의 업무량을 합리적으로 유지할 수 있는 법제의 마련과 운용이 형사공공변호인 제도 도입 과정에서 고려되어야 한다.

넷째, 미국의 연방과 각 주는 공적변호 제도 운영에 필요한 우수한 인적 자원을 확보하고 확보된 자원의 수준을 양질로 유지하기 위해 많은 노력을 기울이고 있다. 인증제도를 도입하여 공적변호를 수행할 자격이 있는 변호사를 선별하는 제도를 시행하기도 하고, 기존 공적변호인에 대하여 각종 교육과 훈련을 실시한다. 우리나라에서도 형사공공변호인 제도 도입을 입법적으로 추진하는 현 시점에서 이를 담당할 변호인의 업무능력을 판단 및 평가할 기준과 절차를 상세히 논의하여 규정하고 업무능력의 유지와 향상을 위한 지속적 교육을 위한 제도 등도 법제를 통해 마련해야 한다.

다섯째, 미국의 연방과 각 주는 공적변호를 담당하는 변호사의 보수에 관해 대부분 상세한 규정을 두고 있다. 그 형태는 경력에 따라 차등을 두는 방식, 처리하는 사건의 난이도에 따라 차등을 두는 방식 등이 있으며, 일률적이지는 않지만 최대한 합리적 방식으로 보수를 지급하려 노력하고 있다. 이 점은 우리나라에서도 형사공공변호인 제도 도입 과정에서 최대한 명확하게 법제화해야 할 요소의 하나이다. 여섯째, 미국의 경우 공적변호를 위해 국민 1인당 비용으로 산정할 경우 우리나라에 비하여 훨씬 많은 예산이 투입되고 있다. 다만, 미국의 개별 주들은 이러한 부담으로 인해 근래 예산을 삭감하려는 경향이 있고, 신청비 제도를 두거나 세금을 부과하려는 움직임을 보이는 주도 있는 등, 다액의 예산이 투입되는 것에 대한 개선책 마련에 노력하고 있다는 점도 우리나라에 시사점을 준다. 즉, 정당하고 바람직한 취지의 제도가 가진 제도로서의 장점에도 불구하고, 특히 다원화된 다양한 제도를 통해 공적변호가 시행되고 있는 경우, 막대한 예산이 요구되며, 예산의 충분하고 엄정한 편성과 운용은 제도의 독립성과 공정성 및 정당성 자체에 직결되므로, 반드시 사전적 검토와 제도화를 통해 예산이 충분히 확보되도록 하여야 한다.

우리나라에서 시행 및 논의되고 있는 국선변호업무 내지 공적변호업무는 운영 주체의

면에서 세 가지 유형 내지 방식으로 실현된다. 첫째, 우리나라의 대한법률구조공단이나 일본의 사법지원센터와 같이 국가가 제3의 독립된 기관을 설립하여 공무원 내지 이에 준하는 신분으로 국가가 고용한 소속 변호사가 담당 지역에서 국선변호를 수행하는 퍼블릭 디펜더 (Public Defender) 방식, 둘째, 법원이 개별 사건별로 개업변호사 중에서 변호인을 지정하여 국선변호를 수행하게 하는 법원선임변호인 (court-appointed counsel 내지 assigned counsel) 방식, 셋째, 정부가 개인변호사 또는 법무법인 등과 계약을 체결하여 국선변호를 담당하게 하는 계약변호사 (contract attorney) 방식으로, 위 세 방식을 혼용하는 방식도 가능한 제도적 선택이다. 이를 다른 관점에서 분류하면, 전담변호사제도와 개업변호사제도 및 이를 혼용한 제도가 존재하며, 선택 가능하다.

현재까지 우리나라의 법률구조제도는 운영 주체와 조직의 면에서 상당한 정도로 다원화된 체계로 시행되어 왔다. 이 점은 한정된 예산을 분산시켜 법률구조제도를 통해 제공되는 변호인의 조력의 양과 질에 대한 제약요인이 되기도 했다. 형사공공변호인 제도의 도입을 위한 첫 단계로서 법률구조 제공의 경험과 전국적 조직을 갖춘 대한법률구조공단을 통한 수사단계 피의자에 대한 국선변호 제공은 현실성 있는 적절한 선택일 수 있으나, 장기적으로는, 형사사법제도의 체계 및 구조와 법률구조제도 운영 주체의 독립성 요구에 비추어, 그리고 국선변호의 양과 질 향상과 예산의 효율적 운용을 위해, 법률구조제도의 운영 주체와 기관을 대한변호사협회가 주관하는 방향으로 일원화하는 것이 바람직할 것이다. 이와 함께 형사공공변호인 제도를 포함한 법률구조제도 전반에서 전담변호사제도와 개업변호사제도를 적절하게 혼합하여 운영하는 방식이 바람직할 것이다. 예를 들어, 대한변호사협회 산하에 공익법인으로서 법률구조 특수법인을 설립하여 행정부나 사법부로부터의 독립성을 확보하도록 하되, 공공성의 요청에 비추어 법무부와 법원이 조직과 운영에 적절히 참여하고 운영과 업무수행을 포함한 모든 단계에서 평가와 감시 기능을 행하도록 하는 것이 바람직할 것이다. 구체적 단계에서는 대한변호사협회와 지방변호사회의 조직과 운영 면에서의 관계를 최대한 명확히 하는 것이 바람직할 것이다. 대한변호사협회 산하 법률구조재단을 위의 취지로 개편하는 것도 가능할 것이다.

비교법적 시사점에 비추어, 위와 같은 법률구조 특수법인 내에 소속 직원으로 상근

전담변호사를 일정 수 이상 확보하되 전담변호사가 담당하는 국선변호사건 전체에서의 최대비율을 정하고 나머지 국선변호사건은 (현재의 법무부 입법안에서의 피의자국선변호관리위원회와 같이 구성과 운영 면에서 독립성을 가진) 국선변호사 선정을 위한 위원회를 통해 개업변호사를 국선변호인으로 사건별 선정하여, 생산적인 경쟁 개념을 도입하여 국선변호의 효율성과 질을 제고하고 일반 개업변호사 시장에서의 부정적 영향을 최소화할 수 있을 것이다. 위와 같은 방향의 운영 주체와 조직의 장기적 일원화와 운영방식은 우리나라의 형사사법체계, 운영 및 관리 주체의 독립성과 효율성, 형사변호 제공에서 사(私)영역 변호사시장과의 조화, 예산 확보 및 사용의 효율성 등의 면에서 바람직할 것이다.

입법 추진과 시행 초기 단계에서 입법적으로 고려해야 할 구체적인 사항들로서, 수사 단계 피의자 중 국선변호 제공 대상 선정 기준, 피의자 국선변호를 제공하는 형사공공변호인의 구체적인 필수적 업무 내용과 보수 산정의 주체와 방식 및 기준과 그 규정화, 지역별 수요에 따른 전담변호사의 충분한 확보 방법, 피해자 국선변호와의 관계, 예산 확보 및 집행 우선순위 관점에서 형사보상액과의 비교, 형사공공변호인 자원으로서의 변호사의 자질과 업무수행 관련 선정 및 평가와 교육, 피의자 국선변호인의 사선변호인으로의 전환 허용 여부에 대한 검토 및 규정화 등을 충분히 논의하고 최대한 명확히 규정하여야 할 것이다. 형사공공변호인 제도 도입의 궁극적 취지는 헌법상의 기본권인 변호인의 조력을 받을 권리의 충실하고 실제적인 구현을 통해 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하는 것이다. 이에 현재 입법적으로 도입을 추진하는 형사공공변호인 제도의 추진 과정에서, 근본적 차원에서 변호인의 조력을 받을 권리를 보다 충실하게 실질적으로 보장하기 위해, 피의자 신문시 변호인 참여권 제한 사유의 법률 규정화, 변호인의 조력의 핵심이 되는 접견·교통권을 넓게 인정하기 위한 예외적 제한사유 규정화, 공소제기 전 수사기록에 대한 열람·등사 관련 일반 규정 입법과 거부처분에 대한 구제절차 입법 등의 관련 논점을 함께 고려함으로써, 전체로서의 법제가 일관성 있게 인권보장 그리고 변호인의 조력을 받을 권리 및 이를 통한 기본권 보장과 실현에 기여할 수 있도록 해야 할 것이다.



## VII. 소결

헌법 제12조 제4항에 의하면 체포 또는 구속을 당한 자는 누구든지 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 그리고 해석상 변호인의 조력을 받을 권리는 체포·구속 여부에 상관없이 법치국가원리와 적법절차원리에서 당연히 인정된다고 본다. 이렇게 변호인의 조력을 받을 권리를 폭 넓게 인정하는 것은 형사사건에서 당사자가 국가 권력에 의한 수사의 단순 객체가 아닌 대등당사자로서 진실여부를 다룰 수 있도록 하려 함이다. 형사사건에서 무기대등의 원칙을 실현하기 위해 법률에 있어 비전문가인 일반 당사자들은 반드시 법률가의 도움이 필요한 것이고 이러한 도움, 조력이 실질적으로 의미있게 하기 위해 변호인의 조력을 받을 권리에는 변호인 선임권, 접견교통권, 수사기록 등 열람 및 등사권, 신문 시 참여 요구권 등이 포함되는 것으로 이해한다.

변호인의 조력을 받을 권리에 대한 헌법적 취지에 따라 형사소송법에 관련 조항이 만들어져 권리 보장을 구체화하고 있고 한편으로는 헌법 문언적으로 부족하다고 생각되는 부분은 적법절차의 원리, 법치국가의 원리나 공정하고 신속한 재판을 받을 권리 등을 통해 도출하고 있다. 이 모든 논의에 공통된 부분은 형사사건에서 당사자의 방어권을 충분히 보장하기 위한 중요한 수단으로 변호인이 필요하고 이의 충분한 조력을 확보하는데 방해가 되는 것은 국가가 제거해야 한다는 것이다. 변호인의 조력을 받을 권리 역시 일반적 법률유보에 따라 제한이 가능하지만 이 권리를 보호하고 있는 헌법의 취지상 이러한 제한은 신중하게 검토해야 한다. 피의사실을 공표하는 것이 변호인의 조력을 받을 권리의 온전한 보장을 방해하는 행위일 수 있는지 역시 신중하게 검토할 필요가 있다. 이러한 행위는 어찌 보면 변호인에게 사건에 대한 선입견을 심어줄 가능성을 만들고, 변호인은 재판정에서 검찰 측과 다투는 것 말고도 여론과 언론을 대상으로 업무를 수행해야 하는 등 변호인의 업무에 과중한 부담을 안길 수도 있다. 게다가 변호인 선임과정에 상당한 지장을 초래할 수도 있는데 헌법재판소에 의하면 변호인 선임권은 법률로써도 제한될 수 없다고 하였다. 결국 피의사실 공표가 실제 이러한 근본적 권리침해를 유발하는지에 대해서는 면밀한 조사가 필요할 수도 있다.



## 제3장

공정한 재판을 위한 헌법원칙

관점에서의 피의사실공표죄

검토





## 제1절 피의사실공표죄의 입법취지, 입법연혁 및 운용현황



### I. 피의사실공표죄의 입법취지

현행 형법 제126조에 규정된 피의사실공표죄는 1953년 형법 제정 당시 처음 입법되었다. 정부가 제출한 형법 초안에는 피의사실공표죄가 포함되어 있지 않았으나, 형법의 제정과정에서 국회 법제사법위원회의 심의 중 법제사법위원회가 위원회 수정안을 발의하면서 피의사실공표죄가 포함되었다. 형법 제정 당시의 입법자료<sup>157)</sup>를 통해 나타나는 입법취지는 무죄추정의 원칙을 구현하기 위한 기제로서 수사보도로 인한 피의자의 인권 특히 인격권의 침해를 막기 위한 것이다.<sup>158)</sup>

### II. 피의사실공표죄의 입법과정 및 연혁

이 점에 대해 1953년 형법 제정 당시 소수의 언론사가 존재하던 언론의 현실에 비추어 피의자의 인격권 침해 방지와 무죄추정의 원칙에 의해 입법 당시의 입법목적이 정당하더라도, 오늘날에 이르기까지의 (ㄱ) 매체의 다양화 및 변천 그리고 이에 따른 정보획득·공유와 의사소통 양태의 변화로 인해, 그리고 (ㄴ) 인격권과 알 권리를 포함하는 표현의 자유 양자의 조화에 관한 법리의 변화에 따라, 적어도 피의사실공표죄의 입법목적이 제정 당시와 같은 정도로 정당화되지는 않는다는 입장도 존재한다.<sup>159)</sup> 이에 반해 피의사실공표죄는 피의자의 인격권을 핵심으로 하는 기본적 인권을 보호하기 위한 것으로서 입법목적의 정당성은 매체의 변화 및 다양화와 이에 근거한 정보공유와 의사소통의 양태 변화에도 불구하고 헌법적 정당성을 갖는다는 입장도 존재한

157) 신동운 편, 「형사법령제정자료집(I) 형법」(형사정책연구원, 1990), 343면-347면.

158) 형법의 제정 과정에서 법제사법위원회의 정부 초안 심의 주심이었던 엄상섭 의원은 피의사실공표죄의 입법취지에 대해 수사에 관한 언론보도로 인한 피의자의 인권 침해 방지이며 무죄추정의 원칙에 비추어 입법목적이 정당화된다고 설명하였다. 신동운 편, 「형사법령제정자료집(I) 형법」(형사정책연구원, 1990), 343면-344면. 아래 각주 36) 및 이에 상응하는 본문 참조.

159) 문제완, “피의사실공표죄의 헌법적 검토” (세계헌법연구 제20권 3호, 2004), 4면-6면.

다. 160)

피의사실공표죄의 헌법적 정당성 여부는 그 분석의 출발점으로서의 입법목적의 정당성 검토에 있어 관련된 다양한 보호법익의 상관성 하에서의 조화와 균형의 위치에 따라 다르게 이해될 수 있다. 공동체구성원의 알 권리를 포함한 표현의 자유, 피의자의 인격권을 핵심적으로 포함하는 인권, 국가의 수사권이 조화를 이룰 수 있는 균형점을 찾아야 하며, 공정한 재판의 실현을 위한 헌법 원칙으로서의 무죄추정의 원칙도 이와 같은 맥락과 관점에서 고려되어야 한다.

### III. 피의사실공표죄 운용현황

제20대 국회에서 2018년10월12일 법무부 대상 국정감사를 앞두고 채이배(바른미래당) 의원, 이완영(자유한국당) 의원과 조용천(민주당) 의원은 “피의사실 공표로 처벌 받은 검사가 없다”는 내용의 보도자료를 배포하였다. 또한 박주민(민주당) 의원은 대검찰청으로부터 제공받은 자료를 분석하여, 2007년부터 2018년8월까지의 기간 동안 피의사실공표죄 사건이 385건 접수되었으나 기소에 이른 사례는 한 건도 없었음을 지적하였다. 지난 10년의 기간 동안 형법 제126조 피의사실공표죄의 운용실태<sup>161)</sup>는 아래와 같다.

〈피의사실공표 관련 접수 및 처리 현황〉

단위: 건 수

년도	접수 (구수+신수)	처 리				
		처분계	구공판기소	구약식기소	불기소	기타
2007	30	26	0	0	26	0
2008	8	8	0	0	6	2
2009	46	42	0	0	39	3

160) 이준일, “피의사실공표죄의 헌법적 정당화” (고려법학 제47권, 2006), 162면-163면.

161) 박주민 의원실, 대검찰청 제공 피의사실공표죄 운용실태 자료 분석.

년도	접수 (구수+신수)	처 리				
		처분계	구공판기소	구약식기소	불기소	기타
2010	40	37	0	0	32	5
2011	38	37	0	0	31	6
2012	23	22	0	0	22	0
2013	20	11	0	0	10	1
2014	43	25	0	0	16	9
2015	32	28	0	0	26	2
2016	38	21	0	0	16	5
2017	41	33	0	0	27	6
2018. 8.	26	12	0	0	12	0

## 제2절 외국법제상의 피의사실공표 및 우리나라의 법리와 법제에 주는 시사점



피의사실공표를 형사처벌하는 피의사실공표죄는 비교법적으로 우리나라에 특유한 범죄이다. 다만, 각국은 피의사실공표에 대한 고유의 법리를 정립해 왔다. 미국은 피의사실공표 자체를 범죄로 형사처벌하지는 않으나, 재판의 공정성에 실질적으로 영향을 미치는 발언을 규제한다. 미연방대법원은 1991년의 *Gentile v. State Bar of Nevada* 판결<sup>162)</sup>에서 재판결과에 공정성을 해하는 영향을 미칠 실질적 가능성이 있는 경우(“substantial likelihood of material prejudice standard”) 이를 제한할 수 있다고 판시하였다. 이는 이익형량을 통해 공정한 재판과 표현의 자유의 균형을 모색한 결과로 이해할 수 있다.<sup>163)</sup>

미연방법무부의 연방검사업무지침은 검사로 하여금 수사가 진행 중인 사건에 대해

162) 501 U.S. 1030 (1991).

163) 미국의 피의사실 보도 관련 법리를 재판의 공정성 관점에서 분석한 것으로, 정한중, “미국에서의 범죄보도의 자유와 공정한 형사절차” (미국헌법연구 제24권 제1호, 2013), 특히 361면-368면 참조.

수사 여부나 진행상황에 대한 질문에 응답하지 않도록 하면서도 한편 공공의 이익과 안전을 위해 정보의 제공이 필요하거나 지역사회를 안정시킬 필요가 있는 경우 등에는 사전 승인을 받아 수사의 진행상황 등에 대해 언급할 수 있도록 허용하고 있다.<sup>164)</sup> 미국변호사협회(ABA) 역시 검사가 법정 밖에서의 발언이 언론보도를 통해 확산되어 형사재판의 결과에 공정성을 해하는 영향을 미칠 실질적 가능성이 있음을 알았거나 알 수 있었을 것이라고 합리적으로 판단할 수 있는 경우 그와 같은 발언을 하거나 승인해서는 안 되고, 수사관 등 수사 관련자가 그와 같은 발언을 하지 못하도록 합리적 주의를 기울일 의무가 있다는 기준을 제시하고 있다.<sup>165)</sup>

영국도 피의사실공표를 범죄로 처벌하고 있지 않다. 영국에서는 공소제기 후의 재판의 공정성을 담보하기 위한 기제로서 진행 중인 재판의 공정성을 해할 실질적이고 심각한 위험(serious risk of substantial prejudice)이 있는 경우에는 이를 법정모독죄(contempt of the court)로 처벌할 수 있다.

일본 역시 피의사실공표를 범죄로 처벌하지 않는다. 관련하여, 일본 형법은 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자를 사실여부에 관계없이 명예훼손죄로 처벌하면서(일본 형법 제230조 제1항), 공공의 이해에 관한 사실에 관계되고 목적이 오로지 공익을 위한 것으로 인정되는 경우 진실이라는 증거가 있으면 이를 벌하지 않는 바(일본 형법 제230조의2 제1항), “아직 공소가 제기되지 아니한 사람의 범죄행위에 관한 사실은 공공의 이해에 관한 사실로 간주한다”고 규정하여(일본 형법 제230조의2 제2항) 기소 전의 피의사실을 공공의 이해에 관한 사실로 간주한다.

독일은 기소 전 수사과정에서의 피의사실 공표를 범죄로 처벌하지는 않는다. 그러나 독일에서는 공무원의 직무에 관한 죄의 하나로 기소 후 법원심리의 공표를 금지하되 공소장 기타 공적 문서의 전부 또는 주요 부분을 원문대로 공연히 전달하는 것을 금지 및 형사처벌하고 있다(독일 형법 제353조d 제3호).

각국의 예를 통해, 공권력으로서의 국가의 범죄수사권의 행사에 대한 언론의 감시기능과 공동체구성원의 알 권리를 중시하면서도, 표현의 자유가 재판의 공정성을 해할

164) 「United States Attorney's Manual」 I-7.000이하 ([별첨2]) 참조.

165) 「ABA Standards for Criminal Justice: Prosecution Functions Standards」 3-1.4.([별첨3]) 참조.



우려가 있는 경우 제한할 수 있다는 법리가 공통적으로 정립되어 있음을 알 수 있다. 이와 같은 점은 배심 내지 참심 제도를 운영하는 경우 공정한 재판을 위한 배심 내지 참심의 중립적 판단자 기능을 보장하기 위해 더욱 중요해진다. 국민의 형사재판 참여에 관한 법률을 통해 형사절차에 국민참여재판을 도입하여 실시하고 있는 우리나라에서도 위 시사점이 중요하게 인식되고 수용되어야 한다.

### 제3절 피의사실공표죄에 대한 헌법적 정당성에 대한 논의



#### I. 피의사실공표죄의 헌법적 체계정합성 판단

현행 형법 제126조의 피의사실공표죄는 우리 형법의 제정 시점인 1953년부터 입법되었던 것으로 당시 입법자의 입법 취지와 입법과정 및 연혁은 앞서 살펴본 바와 같다. 그러나 원래의 입법 의도와는 달리 이 조항이 형사 실무에 있어서 효과적으로 작동하지 못하고 거의 사문화 되다시피 해왔다는 점을 크게 부인할 수 없음도 사실이다. 따라서 피의사실공표죄의 사문화 현상의 배경 및 이유를 검토해 보는 작업은 동법 규정 자체가 우리 규범공동체의 헌법 가치와 제대로 부합하지 않는 점을 보유하고 있는지 판단하는 데 있어 단초가 될 수 있다. 즉, 전체 논의 전개상 피의사실공표죄가 형사 실무상 제대로 운용되어 오지 못한 배경을 점검해 보는 것은 피의사실공표죄의 헌법적 체계정합성 판단을 위한 필수적 선행 작업에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.<sup>166)</sup>

#### 1. 헌법적 판단의 배경이 되는 전제 사실들

피의사실공표죄와 직접적으로 관련될 수 있는 주체들은 일용 피의사실을 공표한 수

166) 피의사실공표죄 관련 논의는 '공표'와 '공개'의 개념적 상호 유사성이 있음에도 불구하고 유죄확정판결이 내려진 피고인이 자신의 형사 책임에 따른 형벌을 종료한 후 공동체에 복귀할 때의 잠재적 재범 위험성에 기한 범죄자의 신상공개제도와는 논의의 내용이 전혀 다름을 간과해서는 안 된다.

사기관 및 본인의 피의사실이 공표된 피의자의 양자 구도로 파악될 수 있다. 그러나 그 이면에는 기사를 게재함으로써 수사기관을 조력하여 공표에 결과적으로 기여한 언론기관이 있고 특정 피의자의 피의사실을 알고 싶어 했거나 실제 공표를 통해 피의사실을 알게 된 임의의 시민(대중)까지 있기에 동 조항과 직·간접적으로 관여되는 주체들을 모두 종합하면 4자 구도로까지 파악이 가능하다. 아래에서는 피의사실공표죄와 관련될 수 있는 각 주체별로 동 조항의 사문화에 기여한 상황들을 정리하여 제시한다.

첫째, 수사기관과 피의사실 공표의 문제이다. 우리 형사법체계상 기소독점주의와 기소편의주의를 채택하고 있고 또한 검찰청법 조항의 개정에도 불구하고 여전히 현실적으로 검사동일체 원칙의 지배하에 있는 검찰이 피의사실 공표를 이유로 한술밥을 먹는 수사기관 구성원을 기소하거나 나아가 유사 직역인 경찰, 국가정보원 등의 수사기관에 대해 기소하는 것은 극히 드문 일이었다. 또한 피의사실 공표의 기준이 제대로 정립되어 오지 않았던 우리 현실 하에서 피의사실을 언론을 통해 공표함으로써 피의자를 압박하고 나아가 여론의 원조를 얻으려는 방식의 수사기법을 심분 활용하는데 능한 수사기관은 계속 존재해왔다. 시민이 이러한 수사기관을 어느 선까지 진정으로 신뢰할 수 있는가 하는 근원적 문제도 있었는데 권위주의적으로 권력화되어 온 수사기관이야말로 피의사실공표죄 사문화 현상의 가장 주요한 요인으로 파악하더라도 결코 과언은 아닐 것이다.

둘째, 피의자와 피의사실 공표의 문제이다. 우리 형사 실무의 이력을 되짚어 보건대 피의사실 공표에 대하여 법적 대응을 시도한 주체들로서 강력범죄 피의자 또는 민생사범 피의자를 찾아보기는 상당히 힘들다. 실상 법적 대응을 얘기하는 자들은 정치인 등 대부분 공인 신분이고 최소한 당해 법조항의 존재 여부를 아는 식자(識者) 계층에 속하거나 변호인의 법적 조력을 충분히 받을 수 있는 지위를 가진 자이다. 이 경우 피의사실공표에 대한 피의자 측 고소의 진정성이 의심되는 경우도 종종 있는데 예를 들어 고소를 통해 수사기관에 압박을 가하거나 언론의 확대보도를 막기 위한 방편으로 법적 조치에 돌입하다가 고소의 목적이 어느 정도 달성되었다고 생각되는 순간 고소를 취하하는 경우들이 있어 왔다. 피의사실공표와 관련하여 수사기관의 소극적 처신과 더불어 피의자 측의 사유로 말미암아서도 실제 피의사실공표죄로 처벌되는 수사기관

관계자가 거의 없었던 것이 우리의 현실이었다.

셋째, 언론기관과 피의사실 공표의 문제이다. 피의사실보도와 관련하여 언론은 외형적으로 공인(또는 공적 인물)에 대한 시민의 알권리를 명분으로 내세우나 결국 기자로서의 특종 보도를 위한 경쟁적 취재 관행에 매몰되거나 대중의 관심이란 미명하에 주로 공인에 대한 피의사실을 무분별하게 소개함으로써 소위 ‘정론직필’이란 언론의 사명을 등한히 하게 되는 상황에 이르게 되는 경우도 있었다. 또한 언론이 수사기관이 제시한 피의사실을 비판적 관점에서 재검증을 시도하거나 진실규명에 대한 노력 없이 액면 그대로만 수용하면서 일방적 보도 내지 전파에만 치중함으로써 수사기관에 대한 충성스런 조력자로서의 위상을 갖는 경우도 사실상 있어 왔다. 일반 대중의 관점에서는 이러한 현상에 대해 극단적으로는 권언(權言)유착으로 판단하거나 소위 ‘기레기’라는 명명을 통해 언론기관에 대한 시민의 신뢰를 아예 거두는 현상도 종종 있어 왔다. 이렇듯 궁극적으로 수사기관의 피의사실공표로 인해 형사 처벌에 이르게 될 가능성이 극히 희박하다는 것을 언론기관 역시 직접 수면위에 드러나지 않은 상태에서 간접적으로나마 조력해 왔음도 부정할 수는 없을 것이다.

넷째, 시민(대중)과 피의사실 공표의 문제이다. 피의사실 공표와 관련하여 시민이 갖는 알권리<sup>167)</sup>의 한계는 무엇이며 규범공동체 구성원이 공통적으로 지향하는 공익이 진정 무엇을 의미하는지 그 실체적 파악에 있어 결코 용이치 못한 문제들이 존재해 왔다. 피의사실 공표와 관련하여서는 주로 피의자의 신상정보가 공개되기에 아직 확정 판결을 받지 않은 피의자의 인격권 등이 필연적으로 침해될 수 있는데 이에 대해 시민은 어느 범위까지 알권리를 갖는지는 물론이거니와 특정 피의자의 피의사실을 규범공동체 구성원이 알아야만 하는 당위성을 포함하여 알 권리의 한계 확정 문제가 필연적으로 대두될 수밖에 없는 것이다. 시민의 알권리라는 논거는 그 실체가 다소 불분명하게 무정형적일 수 있고 이러한 속성을 갖는 알권리를 언론기관 역시 취재와 보도의

167) 피의사실공표죄의 해석론과 관련하여 대법원 민사판례에서 피의사실공표행위가 인정되는 것을 전제로 국민의 알권리와 관련하여 위법성이 조각될 수 있는지 여부를 판단한 경우가 있다. 대법원 1999.1.26.선고, 97다 10215, 10222 참조. 이 판례에서는 피의자가 피의사실을 강력히 부인할 경우 검사가 피의사실을 공표하기에 앞서 보강수사를 실시해야 하는데 이를 하지 않고 범행동기 및 범행내용등을 언급한 것은 피의자의 피의사실이 국민의 알권리를 충족시킨다고 하더라도 검사의 피의사실 공표 행위는 위법성이 조각된다고 볼 수 없다고 판시하였다.

논거로 활용할 수 있으므로 알권리의 한계 판단의 불명확성이 현행 피의사실공표죄를 사문화시키는데 있어 간접적인 기여를 한 것으로도 파악된다.

## 2. 현행 피의사실공표죄의 규범 양상

상기하였듯이 현행 형법상 피의사실공표죄가 거의 사문화되어 온 현상의 배경에는 동 조항에 관계되는 관련 주체별로 사실상의 관여가 있었다고 보인다. 이를 토대로 하여 현행 피의사실공표죄의 규범 양상 역시 관련 주체별로 파악해 볼 수 있다.

첫째, 수사기관과 관계되는 현행 피의사실공표죄의 규범적 흠결 부분이다. 현행 형법 제126조는 법규정 형식 자체가 최초 형법제정기, 즉 우리의 고유한 형사 실무관행이 형성되기 전에 입안된 것으로 현실이 반영되기 이전의 이상적인 법집행 상황을 전제로 한 것으로 추정된다. 수사기관이 피의사실 공표를 통해 피의자의 인격권을 침해하였다면 아무리 국가기관인 수사기관일지언정 법치주의 원리의 예외로 둘 수는 없으므로 법에 따라 형사 기소가 가능하다는 생각은 일응 지극히 당연하게 해석되면서도 한편으로 지극히 나이브한 발상일 수 있었다. 즉 수사기관 스스로 소위 ‘셀프 기소’의 문제가 가능할 것인가에 대하여 규범공동체의 현실적 정황을 반영한 숙려가 다소 결여되었음을 충분히 문제 삼을 수 있다.

둘째, 피의자와 관계되는 현행 피의사실공표죄의 규범적 흠결 부분이다. 피의자의 일방적 고소 취하에 대한 규범 차원의 대응책이 현재 법조항에는 존재하지 않고 있다. 또한 피의자가 추후 재판을 통해 유죄로 판명될 수 있음에도 불구하고 오히려 검찰의 기소 여부 판단 단계에서 피의사실공표로 인한 피의자의 인격권 침해 주장을 통해 전체 수사 절차에 영향을 미침으로써 궁극적으로 불기소 처리될 가능성이 존재하는가에 대해서도 규범적으로는 아직 공백 상태에 있다.

셋째, 언론기관과 관계되는 현행 피의사실공표죄의 규범적 흠결 부분이다. 현행 형법상 피의사실공표죄의 주체는 검찰, 경찰 등의 수사기관만 해당되는 신분범의 형태를 취하고 있으나 이러한 피의사실 공표의 보조자이자 협력자인 언론의 책임범위에 대한 규율은 법문상 규정되어 있지 않다. 수사기관이 일방적으로 수집한 피의사실을 공표함

에 있어서는 언론의 역할이 필수적으로 개입될 수밖에 없는데 이 기관에 대한 법적 규율은 애초 피의사실공표죄에서 간과하고 있었다는 점을 주목해야 한다.

넷째, 시민과 관계되는 현행 피의사실공표죄의 규범적 흠결 부분이다. 규범 운용의 현실에서는 피의사실 공표에 의한 인격권 등의 침해 당사자인 선의의 피해자가 존재할 수 있는가 하면 반대로 상습적인 아동성폭력범죄자나 소위 묻지마 살인의 현행범 등 강력범죄자들에 대해서는 규범공동체 구성원들의 안위를 위해 피의사실이 공개되어야 할 필요성이 큰 경우도 동시에 존재한다. 따라서 무죄추정원칙에 따라 아직 확정판결이 나오지 않은 상태에 있는 자의 인격권을 보호해 줄 필요성이 있는가를 살펴야 하고 아울러 피의사실 보도를 통해 공공의 알권리를 충족시킴으로써 유사한 범죄 발생에 대한 경계를 증대시켜야 할 공익적 목적이 지대한가도 동시에 살펴야 한다. 이 상황에 있어서의 이익형량 방식은 해석론에만 의존할 뿐 입법적 차원에서는 여전히 불비된 상태이다.

추가하여 형사 법규범의 포섭 범위는 우선적으로 피의사실 공표에 의해 침해되는 피의자의 인격권을 당연히 고려해야 하나 이에 더하여 피의사실 공표가 유발할 수 있는 부수적 차원의 결과들, 예를 들어 피의사실 공표에 의한 여론재판 내지 미디어재판의 가능성이나 피의자 가족들의 신상 파악을 통해 그들에 대한 비난과 지탄이 사이버상의 명예 훼손 내지 모욕 등의 결과로 발생할 수 있다는 면도 법규범이 예견을 해야 바람직하다. 그러나 현재 규범 형식으로는 이러한 입법적 필요성을 적실하게 담아내지는 못하고 있는 것으로 보인다.

## II. 공정한 재판의 실현 기제로서의 피의사실공표죄의 보호법익 분석: 피의자의 인격권, 국가의 범죄수사권, 공정한 재판을 받을 권리

형법 제126조는 “검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 지득한 피의사실을 공판청구 전에 공표한 때에는 3년 이하의 징역 또는 5년 이하의 자격정지에 처한다.”라고 규정하고

있다. 피의사실공표죄는 비교법적으로 볼 때 우리나라에 특유한 범죄이자 형벌규정이 다. 경찰과 검찰을 핵심적으로 포함한 수사주체의 일방적 피의사실공표로 인한 무죄추정의 원칙 훼손과 피의자의 인격권 침해를 방지하기 위한 목적에서 입법된 정당한 입법취지의 법조항이나, 형법 제126조에 의하면 수사기관의 공소제기 전의 피의사실공표는 3년 이하의 징역 또는 5년 이하의 자격정지가 부과되는 중대한 범죄행위이지만 형법이 제정된 1953년 피의사실공표죄가 형법에 범죄로 규정된 이후 피의사실공표로 인하여 검찰의 기소에 따라 형사처벌을 받은 사례는 없다.<sup>168)</sup>

형법 규정에도 불구하고 피의사실공표죄의 구성요건을 충족하는 피의사실의 공표가 이루어지는 것은 일차적으로 경찰과 검찰의 피의사실공표에 대한 현실적 제재수단의 결여, 검찰의 기소독점, 검찰의 의지 부족에 기인한다.<sup>169)</sup> 또한 2007년 형사소송법 개정으로 인해 형사소송절차의 공정성이 강화되어 왔으나 수사단계에서 작성된 검사작성 피의자신문조서의 증거능력에 대한 법리로 인해 특히 검찰의 피의사실공표가 무죄추정의 원칙을 훼손하게 되는 점이 있다.<sup>170)</sup>

형법 제126조 피의사실공표죄를 보호법의 관점에서 볼 때, 핵심적 보호법익인 피의자의 인격권이 공동체구성원의 알 권리와 표면에서부터 대립하고, 또한 국가의 범죄수사권과 재판의 공정성도 중요한 보호법익이다. 피의사실공표죄의 헌법적 정당성 여부는 분석의 출발점으로서의 입법목적의 정당성 검토에 있어 관련된 다양한 보호법익의 상관성 하에서의 조화와 균형의 위치에 따라 다르게 이해될 수 있다. 이와 같은 이해에 기초하여 공동체구성원의 알 권리를 포함한 표현의 자유, 피의자의 인격권을 핵심적으로 포함하는 인권, 국가의 수사권과 피해자의 인권이 조화를 이룰 수 있는 균형점을 찾아야 하며, 공정한 재판의 실현을 위한 헌법 원칙으로서의 무죄추정의 원칙도 이와

168) 관련하여, 사법제도개혁특별위원회의 2010년 검토보고서에 따르면, 1994년부터 2009년 사이에 불구속기소의견으로 송치된 예가 1건 있고, 116건의 사건이 접수되었으나 기소처분은 없었다. 사법제도개혁특별위원회, 형법 일부개정법률안(박상천의원 대표발의) 검토보고서 (2010), 10면.

169) 피의사실공표죄의 경우 범죄의 행위주체와 공소제기 주체가 동일하고, 2007년 형사소송법 개정 이후에도 검사작성 피의자 신문조서의 증거능력상 검사의 수사결과가 재판에서 중요한 역할을 하며, 언론의 생태계 속성상 공동체구성원의 알 권리를 명분으로 한 경쟁적 보도가 이루어지는 점 등으로 인해 운용상 사문화되었다고 평가할 만큼 적용되지 않고 있다.

170) 검찰의 수사결과가 언론에 공개되어 형사피고인의 무죄추정이 유죄추정에 가까울 만큼 훼손되고 법원과 법관의 피고인의 유무죄 판단 및 재판결과에 부정적 영향을 미칠 수 있다는 취지에서의 비판으로서, 김기창, “피의사실 보도의 문제점” (피의사실공표와 인권침해 공청회 자료집, 국가인권위원회, 2005), 19면-22면.

같은 맥락과 관점에서 고려되어야 한다.

피의사실공표죄의 보호법익에 대해 형법학계에는 다른 견해가 존재하고 있으나, 일반적으로 피의자의 인권과 국가의 범죄수사권을 피의사실공표죄의 보호법익으로 본다.<sup>171)</sup> 그러나 양자 중 어느 요소에 더욱 비중을 두는지에 따라 관련 논점에 대한 이해와 입장이 달라질 수 있다. 피의사실공표죄의 보호법익이 일차적으로 피의자의 인격권이라는 것은 1953년 형법 제정 과정에서의 입법취지 설명에 나타나 있다.<sup>172)</sup> 그러나 한편 형법의 체계와 구조상 피의사실공표죄는 형법 제2편 제33장의 명예에 관한 죄에 규정되어 있지 않고 형법 제2편 제7장의 공무원의 직무에 관한 죄에 규정되어 있다. 또한 피의사실공표죄의 법정형은 3년 이하의 징역 또는 5년 이하의 자격정지로서, 사실적시에 의한 명예훼손죄(형법 제307조)의 법정형인 2년 이하의 징역이나 금고 또는 5백만원 이하의 벌금보다 중하다. 이에 피의사실공표죄의 보호법익을 피의자의 인격권만으로 이해하는 것은 논리와 입법의 체계정합성상 완전하지 못하다는 비판<sup>173)</sup>이 가능하다.

피의사실공표죄의 보호법익에 공소제기 이전 단계에 피의사실이 공표되는 경우 초래될 수 있는 수사에 대한 방해로부터 국가의 범죄수사권을 보호<sup>174)</sup>하는 것 역시 피의사실공표죄의 보호법익에 포함된다는 입장<sup>175)</sup>이 있다. 이와 같은 입장은 피의사실공

171) 예를 들어, 이재상, 「형법각론」(박영사, 2010), 711면 참조.

172) 범죄수사 관련 국가적 법익은 형법 제127조의 공무상 비밀누설죄에 의해 보호되며, 이에 비해 범죄수사의 과정에서 피의자의 인격권이라는 개인의 인권을 보호하기 위한 것이 형법 제126조의 피의사실공표죄라는 입장이 이와 결을 같이 한다.

173) 이와 같은 비판의 예로서, 조기영, “피의사실공표죄의 구성요건요소 해석: ‘피의사실’과 ‘공표’의 의미를 중심으로” (형사법연구 제24권 제2호, 2012), 특히 205면-206면 참조.

174) 하태훈 교수는 2012년9월4일 개최된 “피의사실공표죄를 살리기 위한 세미나”에서 “피의사실공표죄는 피의사실이 공판청구 전에 공개되면 피의자의 명예가 훼손될 염려가 있을 뿐만 아니라 무엇보다도 피의사실 공표로 증거인멸이나 피의자 도피 등 범죄수사에 지장이 초래될 수 있고 여론에 의해 수사과 재판이 영향을 받을 수 있기 때문에 이를 방지하여 수사권을 보장하기 위한 형벌규정”이라고 발언하면서, 피의사실공표죄가 사문화된 것은 수사기관의 범죄행위에 대해서 수사권과 기소권을 독점한 검찰이 스스로 수사하지 않는데 원인이 있는 것이므로 재정신청의 대상을 고발로 확대하고 고위공직자비리조사처와 같은 별도의 수사기구를 설치하는 것으로 해결해야 한다고 하였다.

175) 이와 같은 입장을 세분하여 보면, 공판청구 이전 단계에서 피의사실이 공표되는 경우, (ㄱ) 피의자 내지 이해관계인에 의한 증거인멸 등 수사가 저해되어 궁극적으로 공정한 재판의 실현이 저해될 수 있다는 점, (ㄴ) 헌법상 독립이 보장된 법원과 법관에 비해 정치적 중립성과 수사공정성 면에서 취약하다는 점에서 비판받아온 경찰과 검찰 등 수사주체가 정치적 영향력 등 외부의 불공정한 시선과 압력 또는 기준에 공표하거나 공표된 방향과 틀에 영향을 받아 재판의 공정성이 저해될 수 있다는 점 등에 근거한 입장이 있을 수 있다. 문재완, “피의사실공표죄의 헌법적 검토” (세계헌법연구 제20권 3호, 2004), 10면-11면; 양삼승, “공공이익에 한해 공표 허용해야” (신문과

표죄가 형법의 체계상 공무원의 직무에 관한 죄(제2편 제7장)에 규정되어 있는 점을 상대적으로 잘 설명할 수 있다. 그러나 피의사실공표죄의 보호법익으로서 국가의 범죄 수사권을 강조하는 경우 알 권리와 정보공개청구권을 내용으로 하는 표현의 자유 법리, 특히 공인의 공적 사안이 관련된 경우의 알 권리가 피의사실공표죄의 보호법익과 상대되는 경우 합리적이고 설득력 있는 균형점에 이를 수 있는 논리를 제공하기 어렵다. 이와 같은 경우 피의사실공표죄의 운용상의 사문화를 초래하여 적어도 부분적으로 공정한 재판의 실현을 위한 헌법 원칙으로서의 무죄추정의 원칙의 실현 기제로서의 피의사실공표죄의 기능도 저하시킬 우려가 있게 된다.

수사과정에서 공소제기 전 단계에 수사주체가 피의사실을 공표하는 것을 형사처벌 하는 피의사실공표죄는 헌법의 무죄추정의 원칙하에 수사를 진행하도록 함으로써 궁극적으로 헌법이 보장하는 공정한 재판을 받을 권리를 실현하기 위한 기제이다. 이에 피의자의 인격권 및 국가의 범죄수사권과 함께 궁극적으로 재판의 공정성 역시 피의사실공표죄의 보호법익이다. 이러한 입장에 대해서는 특히 알 권리를 포섭하는 의미에서의 표현의 자유 법리와 언론의 순기능의 관점에서 알 권리의 중요성을 충분히 반영하지 못하고 언론의 부정적 역할을 부각시킨다는 비판이 있을 수 있다.<sup>176)</sup>

피의사실공표죄의 보호법익을 위와 같이 이해하는 것이 논리와 체계정합성상 합리적인 이해일 것이나, 어느 요소를 강조하는지는 피의사실공표죄의 헌법적 정당성 논의

방송, 통권 제271호, 1993), 14면; 이정훈, 「범죄보도와 형사상의 제문제」(서울대학교 법학대학원 석사학위논문, 1997), 39면; 박창욱, “수사관계공직자에 의한 피의사실공표에 관하여”(대한변호사협회지, 통권 79호, 1982), 22면 등.

176) 피의사실공표죄의 보호법익과 헌법적 정당성 이해를 위해서는 이를 알 권리와 관련된 하에서 검토하여야 한다. 오늘날 매체의 변천과 다양화로 인해 언론보도와 정보공유 및 의사소통의 양태가 크게 그리고 빠른 속도로 변화하고 있다. 이에 피의사실공표죄의 정확한 이해와 개선 방안을 논의하기 위해서는 대중매체의 범죄혐의보도가 형사사법에 주는 영향에 대한 실증적이고 사회학적인 연구가 선행해야 한다. 김성룡 교수는 이러한 관점에서 대중매체를 통한 범죄혐의보도와 형사사법의 관계에 대한 독일의 연구와 논의를 다음과 같이 소개하였다. 2009년 700명 이상의 법관과 검사를 대상으로 한 독일의 경험연구에 따르면, 설문에 응한 법관과 검사의 약 4/5가 부정적 범죄보도가 일반인들에게 아주 강한 혹은 강한 영향을 미친다고 답했으며, 응답한 법관과 검사 거의 모두가 대중매체의 범죄보도 방식과 내용에 오류와 편향 및 과장이 있다고 생각하면서도 60% 이상은 자신이 담당할 사건에 대한 언론보도를 확인하고 점검한다고 했으며, 응답한 법관과 검사의 약60%가 대중매체의 보도와 논쟁의 대상이 된 사건을 자신이 담당하게 된다면 구형과 판결에 대해 언론과 공중이 어떻게 반응할 것인지를 의식할 것이라고 하였다. 원칙적으로 합의부 관할 모든 형사사건에 대해 국민참여재판이 가능한 우리나라의 현행법 하에서 대중매체의 범죄보도의 영향력은 우리 사회에서도 대단히 크다. 이에 이와 같은 현실과 맥락에서 적절한 기준과 법제상의 그리고 자율적인 규제의 방법이 연구되어야 한다. 김성룡, “대중매체를 통한 범죄혐의보도와 형사사법 - 독일의 논의를 중심으로 - ”(형사정책연구 25권 4호, 2014), 350면-354면.



와 입법적 개선방안 논의에서 공히 문제가 된다. 피의자의 인격권에 중점을 두는 경우 명예훼손죄의 존재에도 불구하고 피의사실공표죄를 유지하여야 하는지의 문제가 있고, 국가의 범죄수사권에 중점을 두는 경우 공무상 비밀누설죄의 존재에도 불구하고 피의사실공표죄가 필요한지의 문제가 있다.<sup>177)</sup> 공정한 재판 내지 재판의 공정성에 중점을 두는 경우 피의사실공표죄도 많은 실현 기제와 요소 중 하나로서의 의의가 있다고 하더라도 그 실현기제로서 특히 우리나라에서의 실제 운용 현황을 보면 대단히 미약하다는 문제가 있다. 이상과 같은 문제점에도 불구하고, 형사절차에서 당사자 간의 힘의 불균형을 고려할 때, 형사절차에서 피의자를 포함한 개인의 인격권을 보장하는 것은 헌법의 궁극적 목적으로서의 기본권 보장의 기본이자 핵심을 이룬다. 나아가 이를 통해 실현될 수 있는 재판의 공정성은 재판과 사법작용 뿐 아니라 국가공권력작용 전체에 대한 신뢰와 직결된다. 피의사실공표죄가 보호하고자 하는 법익으로서의 형사절차 공소제기 전 수사 단계에서의 피의자의 인격권은 재판의 공정성의 실현을 위한 헌법 원리의 관점에서 반드시 존중되어야 한다.

피의사실공표죄의 보호법익이 일차적으로 피의자의 인격권임은 형법 제정 당시 피의사실공표죄 도입의 입법취지에서부터 도출될 수 있다. 또한 헌법은 국가기관의 존립 및 권한행사에 대한 수권규범으로서의 성격도 보유하나 궁극적으로는 국민의 기본권 보장규범으로서의 존재 의미가 강하므로 최고규범인 헌법과의 체계 정합성 확보를 위해서라도 피의사실공표죄의 최우선적 보호법익은 피의자의 인격권으로 일단 파악하여야 할 것이다. 피의사실공표죄가 피의자의 인격권에 대하여 일반 명예훼손죄와 달리 가중적 보장을 시도하고 있다고 파악한다면 이 조항을 통한 피의자 보호는 우선적으로 시도될 수 있다. 또한 향후 전개될 재판과정에서 당사자로서 보장받아야 할 재판의 공정성이라는 피의사실공표죄의 보호법익도 자연스레 도출될 수 있다. 따라서 피의사실공표죄의 보호법익 1순위에는 피의자의 인격권을 위치시키고 2순위에는 절차의 흐름상 이어질 단계인 재판의 당사자로서 공정한 재판 내지 재판의 공정성이란 가치를

177) 피의사실공표죄의 보호법익을 무엇에 중점을 두어 이해하느냐에 따라 이에 기초한 법리의 이해와 적용이 달라질 여지가 있다. 예를 들어, 피의사실공표죄를 형법상의 편재에 기초하여 국가적 법익에 관한 죄로 이해하고 국가의 범죄수사권이 보호법익이라고 본다면 피해자의 승낙은 위법성조각사유가 되지 못한다. 그러나 피의자의 인격권이 피의사실공표죄의 핵심적 보호법익이라고 이해한다면 피해자의 승낙에 의해 위법성이 조각된다고 이해하는 것이 법리상 타당하다.

둘 수 있을 것이다. 이상 피의사실공표죄의 1순위 및 2순위의 보호법익은 결국 혐의가 있었음에도 불구하고 공정한 재판을 통해 피고인으로서 실제적 진실을 규명해 가는 과정에서 혐의를 벗게 될 수 있는 애초의 무고한 피의자를 전제로 한다. 피의사실공표죄 보호법익의 순위 부여 논증은 전통적으로 무죄추정의 원칙 및 의심스러울 때는 피고인의 이익으로 보아야 한다는 법리의 헌법적 가치도 충실히 준수할 수 있게 된다.

한편 피의사실공표죄의 3순위 보호법익으로는 국가의 범죄수사권 또는 범죄수사기능을 들 수 있을 것이다. 그런데 이것은 앞서 1순위 및 2순위 보호법익의 관점과 달리 피의사실 혐의가 인정될 가능성이 높은 자가 피의사실 공표에 따른 증거인멸이나 도피를 할 가능성을 방어해 내기 위한 보호법익에 해당한다. 즉, 피의자를 보는 관점이 앞서 1순위 및 2순위 보호법익의 입장과는 정 반대의 관점이다. 그러나 현실적으로 수사에 방해가 되는 사례는 피의사실이 공표됨으로써 당사자가 사회적으로 타격을 입는 사례보다 근본적으로 그 빈도수에 있어서 더 적게 추정해야 할 것이다. 한편 정치인 등 공인의 피의사실의 경우 언론 보도의 자유 및 시민의 알 권리를 이유로 피의사실이 공표가 되었을 때 이에 대한 대응 논거로 피의사실공표죄를 당사자가 언급하는 상황이 전개될 수 있다. 그러나 이러한 식의 대응이 오히려 국가의 범죄 수사를 방해하는 상황을 유발할 수도 있을 것이다.<sup>178)</sup>

또한 피의사실공표죄의 4순위 보호법익으로 범죄피해자의 보호를 주장할 수도 있겠는데 피의사실의 내용에 범죄피해자의 신원이나 범죄행위의 태양이 구체적으로 열거된다면 또 다른 차원에서 관련 당사자의 인격권 침해가 될 수 있음도 간과하지 말아야 하는 지점에 해당한다. 물론 범죄피해자의 보호라는 법익은 규범 구조상 피의사실공표죄가 이 사항만 독립적으로 보호해야 할 법익으로는 판단이 곤란하고 다른 상정 가능한 보호법익들과 공존을 시도해야 할 상당히 부차적인 지위로만 판단될 수 있다. 범죄피해자의 보호라는 법익을 포섭할 것인가의 문제는 피의사실공표시 공표될 피의사실의 내용 확정 및 이에 관한 규범적 가이드라인의 설정 문제와도 자동적으로 연동되기

178) 한편 논자에 따라 범죄수사와 관련된 비밀은 형법 제127조의 공무상비밀누설죄 내지 제151조의 범인은닉죄와 범인도피죄에 의해 보호된다고 해석해야 한다면서 피의사실공표죄의 보호법익으로 국가의 범죄수사기능을 부정하면서 대신 수사기관의 직무수행상의 순수성 내지 공정성 및 정치적 중립성을 보호법익으로 제시하는 견해도 있다. 조기영, “피의사실공표죄의 구성요건적 해석: ‘피의사실’과 ‘공표’의 의미를 중심으로” (형사법연구 제24권 제2호, 2012) 206면 참조.

마련이다.

### III. 헌법상 과잉금지원칙에 따른 현행 피의사실공표죄의 분석

헌법상 과잉금지원칙 심사기준은 네 가지 세부 원칙, 즉, 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성 중 그 어느 하나에라도 저촉되면 위헌으로 판정할 수 있다는 원칙으로 우리 헌법재판소가 설립 초기부터 정립해 온 헌법상 원칙이다. 현행 피의사실공표죄 규정에서 위헌성을 발견할 수 있는지 심사를 위해서는 과잉금지원칙이 내포하는 4대 세부 원칙의 적용과 그에 따른 논증이 응당 필요하다.<sup>179)</sup>

피의사실공표죄로 인해 제한을 받게 되는 주된 기본권을 물색해보면 일단 이 죄책의 주체가 되는 수사기관은 국가기관으로서 국민의 기본권을 보장해주어야 하는 기본권 수범자에 해당하는바 이들을 기본권의 향유주체로 보기에 다소 무리가 있다. 따라서 헌법이론적으로 피의사실공표죄와 관련하여 상정할 수 있는 가장 가까운 기본권은 규범공동체 구성원의 알권리에 해당할 수 있다. 피의사실공표죄가 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 비추어 시민의 알권리를 과도하게 제한하여 위헌인지에 대해 중점적으로 검토해 볼 실익은 충분히 존재한다.

#### 1. 목적의 정당성

목적의 정당성은 입법목적이 헌법적으로 정당화될 수 있는지에 대한 규범적 판단으로 일정한 헌법상의 한계를 준수하였는지를 살펴보는 것이다. 현행 피의사실공표죄의 보호법익을 피의자의 인격권이나 재판의 공정성, 국가의 범죄수사권, 그리고 이에 부수하는 피해자의 보호로 파악할 경우, 그 어느 경우에 있어서도 동 조항을 입법함에 있어서의 목적의 정당성을 전면적으로 부정하기는 어렵다.<sup>180)</sup> 우리 헌법재판소의 결

179) 과잉금지원칙의 논증에 대해서는 다음 문헌들을 참조할 수 있다. 이재홍, “과잉금지원칙의 논증구조-침해의 최소성원칙을 중심으로” (저스티스, 제163호, 2017.12.) 및 강일신, “과잉금지원칙의 논증방식-침해최소성·법익균형성 심사를 중심으로” (충남대학교 법학연구 제30권 제1호, 2019).

180) 다만 동 조항의 보호법익을 국가의 범죄수사권 내지 범죄수사기능에 치중해서 파악하는 입장을 극단적으로 확장시킬 경우, 국가가 범죄수사를 제대로 잘 수행할 수 있도록 인위적으로 법으로 강제하기 위한 입법 목적은

정례에 따를 때 과잉금지원칙의 적용에 있어서 목적의 정당성이 결여되어 위헌이 된 경우는 찾아보기가 쉽지 않고<sup>181)</sup> 따라서 피의사실공표죄와 관련하여서도 동 조항 자체의 입법 목적이 정당하지 못하다는 식의 문제 제기는 현실적으로 시도하기가 상당히 곤란하다고 판단된다.

## 2. 방법의 적정성(수단의 적합성)

방법의 적정성 심사는 입법목적 달성을 위해 입법자가 어떠한 방법(수단)을 취한 것이 적정(적합)한 것인지에 대한 판단으로 입법목적 달성을 위해 취한 수단과 결과 사이의 인과관계를 파악하는 작업에 해당한다. 우리 헌법재판소는 입법자가 선택한 방법이 최적의 것이었는가를 심사하는 것이 아니고 그 방법이 입법목적달성에 유효한 수단인가에 한정한다고 결정하였는데<sup>182)</sup> 입법당시 시점에서의 예측의 완벽함의 달성이 현실적으로 상당히 어려움을 인정하여 일종의 판단재량을 부여한 것으로 해석할 수 있다. 현행 피의사실공표죄의 입법 자체가 입법목적 달성을 할 수 있는지를 판단해 보는 것이 방법의 적정성(수단의 적합성) 심사에 해당할 것인데 논자의 관점에 따라 다음 두 가지 입장으로 나눌 수 있다.

### 가. 방법의 적정성을 긍정하는 입장

피의자의 피의사실에 대해 공판청구전 수사기관의 공표를 막기 위해 피의사실 공표 시 형사처벌을 가하는 것은 입법목적 달성에 적합한 수단이라는 입장이다. 이 입장을 취하는 것은 피의사실에 대한 수사기관의 일체의 공표가 공소제기 전 피의자의 인격권 등에 대한 상당한 위협을 가할 수 있으므로 이에 대해 형사처벌의 부과라는 방식으로 금지하여야 함이 입법자의 합당한 선택임을 지지하는 견해에 해당한다. 피의사실에 대한 공판청구전 수사기관의 공표를 제어하는 방식으로 형사처벌의 부과를 선택하는

---

그것이 곧 제도의 정착 및 진흥을 유도하는 법제가 아닌 이상 과연 가능할 수 있는가라는 입장의 의견 개진은 이론적으로 제기될 수 있을 지도 모른다.

181) 물론 우리 헌법재판소는 드물지만 간혹 입법목적의 정당성이 없는 경우에 대해 판정한 적도 있다. 즉, 헌법재판소는 재외국민의 선거권을 제한하는 공직선거법 규정은 재외국민의 선거권 행사방법을 국내거주자보다 불리하게 제한하는 것으로서 그 합리성을 인정하기 어려우며 선거권의 행사방법을 제한하는 입법목적의 정당성을 인정하기 어렵다고 결정한 적 있다. 헌법재판소 2007.6.28. 선고 2004헌마644등 참조

182) 헌법재판소 2008.4.24. 선고, 2007헌마1456 참조.

것이 최적의 수단이라기보다는 유효한 수단에 해당함을 부정할 수 없고 동시에 이러한 방식의 채택이 입법자로서 부적절한 수단을 선택하였다고 판단하기에는 명백하지 않다는 것이다.

#### 나. 방법의 적정성을 부정하는 입장

피의자의 피의사실에 대해 공판청구전 수사기관의 공표를 원칙적으로 금지하고 이를 위반할 경우 형사 처벌을 가하는 것은 입법 목적을 달성하기 위해 유효하고 효과적 방법은 결코 될 수 없다는 입장이다. 피의사실이 공개됨으로써 침해받을 수 있는 피의자의 인격권에 대한 보호도 중요한 가치이나 한편 피의자가 공인이거나 피의사실을 규범공동체 구성원의 안위를 위해 공표할 필요가 큰 경우가 발생할 수 있고 이 경우들에 있어서 시민의 알권리의 보장 역시 중요한 헌법 가치에 해당한다는 견해와 연계될 수 있다. 결국 피의사실공표에 대해 형사처벌함으로써 일률적으로 금지하는 방안의 채택은 최적의 방안을 선택한 것이 당연히 아니며 유효한 방안을 채택한 것도 결코 아니란 것이다.

#### 다. 소결

피의사실공표죄의 보호법익을 피의자의 인격권이나 재판의 공정성에 치중하여 파악하는 입장에서는 공판청구전 수사기관의 피의사실 공표에 대한 형사처벌은 입법목적 달성을 위해 적절한 수단을 선택한 것으로 파악할 수 있다. 그러나 피의사실공표죄의 보호법익을 국가의 수사권에 치중하여 파악한다면 피의자의 피의사실에 대해 공판청구전 수사기관의 공표를 원칙적으로 금지하고 이를 위반할 경우 형사처벌을 가하는 방안이 입법 목적을 달성하기 위해 결코 유효한 방법이 될 수 없다는 입장에 보다 더 가까울 수 있다. 앞서 살펴보았듯 피의사실공표죄의 보호법익에 순위를 매긴다면 가장 기본적으로 피의자의 인격권을 먼저 거론하여야 함이 합당하고 방법의 적정성 심사가 완전한(또는 완벽한) 적절성을 요구하는 것이 아니란 점을 주목한다면 피의사실공표죄의 채택은 방법의 적정성 심사를 통과하여 긍정될 가능성이 높은 것으로 생각한다.<sup>183)</sup>

### 3. 침해의 최소성

침해의 최소성 심사는 목적달성을 위해 존재하는 여러 수단들 중에서 관련 기본권에 대해 가장 최소한의 제한을 가하는 수단을 취하고 있는 지에 대한 규범적 판단이다.<sup>184)</sup> 우리 헌법재판소에 따르면 침해의 최소성 원칙의 내용은 입법목적 달성에 있어 똑같이 효율적인 여러 가지 수단 중에서 심판대상조항이 청구인의 기본권을 가장 적게 제한하는 수단이어야 한다는 점에 주목한다.<sup>185)</sup> 피의사실공표죄와 관련하여 침해의 최소성 판단은 우리 헌법재판소가 최근 1인 헌법 재판관의 보충 의견으로 제시한 아래 기준을 참조함이 바람직하다.

심판대상조항이 과잉금지원칙에 위반되는지를 논증함에 있어서 침해의 최소성과 법익의 균형성은 그 구성요소의 성질상 구분되어야 한다. 그동안 헌법재판소의 많은 선례에서 과잉금지원칙에 위반되는지에 관한 판단은 법익의 균형성에서 다루어야 할 것을 침해의 최소성에서 혼합하여 논증하는 경향이 있었다... 침해의 최소성 원칙 위반 여부를 판단하기 위해서는 먼저 심판대상조항을 대체할 수 있는 입법대안을 상정하여야 한다. 그런 다음 입법대안이 심판대상조항과 똑같이 효율적으로 입법 목적을 달성하는지를 비교한다. 그에 이어 입법대안이 청구인의 기본권을 심판대상조항보다 더 적게 제한하는지를 비교한다. 침해의 최소성 원칙 판단에는 구체적인 기본권 제한 정도와 기본권 제한을 완화하거나 없앨 경우 발생하는 손실과의 비교는 포함되지 않아야 한다.... 침해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙을 엄격히 구별하면, 심판대상조항과 동등하게 입법 목적을 달성할 수 없는 입법대안을 이유로 들어 심판대상조항을 침해의 최소성 원칙 위반으로 판단하는 위험에서 자유로워진다. 법익의 균형성 원칙에 비해 판단이 용이한 침해의 최소성 원칙부터 심사함으로써 판단의 효율성을 높일 수도 있다. 심판대상조항이 달성하려는 입법 목적의 중요성 및 청구인의 구체적인 기본권 제한 정도의 심각성을 각각 더욱 면밀히 검토하고 비교할 수 있어 결정 이유의 논리성과 결정들 사이의 일관성을 높일 수도 있다.<sup>186)</sup>

183) 한편 피의사실공표죄의 입법목적은 피의자의 인격권 보호로 파악하면서도 이러한 입법목적은 수사기관이 공소제기 전까지 당해 사건에 관하여 아무 말을 하지 않음으로써 달성할 수 있는 것이 아니고 언론이 당해사건에 대해 보도하지 않음으로써 달성할 수 있다는 관점에서 수사기관의 피의사실공표가 없더라도 국민적 관심사에 대해서는 언론의 경쟁적 추측성 보도가 증가할 것이고 이것이 오히려 피의자의 인격권을 더욱 침해할 것이기에 수사기관의 공식발표가 필요하다는 취지에서 피의사실공표죄가 수단의 적합성을 충족시키지 못한다는 견해도 있다. 문재완, “피의사실공표죄의 헌법적 검토” (세계헌법연구 제20권 3호, 2014) 19면 참조.

184) 침해의 최소성 원칙에 대해 마치 ‘최소비용으로 최대의 효과’라는 경제적 원리와 유사하게 파악하는 논자(성정엽, “비례원칙과 기본권” (저스티스 제136호, 2013.6) 14면)도 있으나 최대의 효과가 아니라 동일한 효과를 창출할 수 있는가의 관점에서 접근해야 하므로 최소비용-최대효과란 경제원칙의 거론은 엄밀히 보면 맞지 않는 비유라 할 수 있다.

185) 헌법재판소 2006.1.26. 선고 2005헌바18 참조.

186) 헌법재판소 2017.8.31. 선고 2016헌바447 (재판관 이진성의 보충의견 중).

### 가. 침해의 최소성을 긍정하는 입장

이 입장은 기본적으로 피의사실공표죄 조항이 달성하고자 하는 입법목적은 피의자의 인격권 보호로 규정하면서 이를 중대한 법익으로 판단하여 형벌을 통하여 피의사실 공표를 강하게 금지할 필요성이 충분히 인정된다는 견해를 주로 개진하게 된다. 따라서 형벌로써 피의사실 공표를 규제하고 있음에도 불구하고 여전히 수사기관에 의한 피의사실 공표가 행해지고 있는 현실을 고려한다면, 만일 피의사실 공표를 처벌하지 않거나 형벌보다 가벼운 제재를 할 경우 현재보다 피의사실 공표가 만연하여 피의자의 인격권을 보호하고자 하는 입법 목적을 결코 달성할 수 없게 될 가능성에 집착하게 된다.

이 입장은 피의사실공표를 원칙적으로 금지하고 이를 위반할 경우 형사 처벌하는 것 외에 피의자의 인격권을 동등하게 효과적으로 보호하는 다른 수단을 상정하기 어렵다는 식의 결론을 도출할 수 있다. 이러한 논증은 침해의 최소성 심사에 있어서 첫 단계에 해당하는 피의사실공표죄의 입법대안 상정부터 아예 난색을 표하는 것이 된다.

### 나. 침해의 최소성을 부정하는 입장

이 입장은 피의사실공표죄 조항이 입법 목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 정도를 넘었고 수사기관의 피의사실 공표를 통해 공동체 구성원들은 특정 범죄혐의자의 피의사실에 대한 알권리를 실현할 수 있는데 이를 피의사실공표죄 조항이 형벌로써 심각하게 제한하고 있다는 견해를 주로 개진하게 된다. 또한 현행 형법체계 내에서 존재하는 공무상 비밀누설죄나 명예훼손죄, 행정법상의 징계책임과 같은 보다 덜 침해적인 입법대안이 이미 존재하고 있음을 주목하면서 특히 명예훼손죄의 경우 형법 제 310조와 같은 독자적 위법성 조각사유가 존재하기에 수사기관의 피의사실공표 역시 진실이고 공익성이 있다면 이에 따라 위법성이 조각될 수 있고 만일 그렇지 않다면 기존 명예훼손죄 법체계에 의거하여 동일한 입법 목적을 충분히 달성할 수 있음을 강조하게 된다.<sup>187)</sup> 더하여 명예훼손죄의 경우 법정형이 피의사실공표죄의 법정형보다 더 경하다는 점도 최소 침해를 가져올 수 있는 입법적 대안이 존재한다는 식의 해석을

187) 문재완, “피의사실공표죄의 헌법적 검토” (세계헌법연구 제20권 3호, 2004) 20면 참조.

시도할 수 있게 한다.

#### 다. 소결

피의사실공표죄의 제1순위 보호법익으로 피의자의 인격권 보호를 위치시키더라도 이로 인해 곧바로 어떠한 유형의 범죄 피의사실에 대해서든지 수사기관이 공판청구 전에 공표를 할 경우 형사처벌 될 수 있다는 결론을 논리필연적으로 도출하기는 어렵다. 피의자의 인격권도 제한될 수 있는 경우를 충분히 상정할 수 있는데 특히 공인의 경우나 규범공동체의 안위가 우선되어야 할 경우가 존재한다. 또한 언론기관이 수사기관과의 조력 내지 협업여부는 차치하고서라도 국민의 알권리를 위해 엄연히 기능하고 있는 현실을 결코 부정할 수 없다. 침해의 최소성 기준 판단에 있어서 피의사실공표죄에 의한 형사처벌이 가장 효과적인 수단이고 다른 대안은 그만한 효과를 보장할 수 없다는 견해는 지나치게 편벽된 수준으로 피의자 인격권 도그마에 사로잡혔다는 비판이 충분히 가능하다. 또한 이 견해는 피의사실공표죄가 규범현실에서 실제로는 전혀 운용되고 있지 못하고 사문화되어 있는 점도 반영을 제대로 하지 못하고 있다. 따라서 피의사실공표죄의 채택은 침해의 최소성 심사를 결코 통과하지 못할 가능성이 높다고 생각한다.

### 4. 법익의 균형성

법익의 균형성 심사는 기본권 제한을 통하여 획득할 수 있는 이익과 기본권 제한에 의해 침해되는 이익을 비교형량하여 양자가 적절한 비례관계를 유지해야 한다는 원칙의 적용에 대한 판단이다. 피의사실공표죄에 있어서 비교형량을 요하는 이익을 거론하면 피의자의 인격권 보호라는 사익과 피의사실에 대한 시민의 알권리라는 공익으로 요약할 수 있을 것이다.

#### 가. 법익의 균형성을 긍정하는 입장

피의사실에 대한 시민의 알권리라는 공익보다 피의사실 공표를 금지함으로써 얻는 피의자의 사익이 더 클 수 있다는 입장에서는 피의사실공표죄가 존재함으로써 법익의



균형성을 지켜낼 수 있다고 판단하게 된다. 즉, 피의사실공표죄 조항으로 인하여 공동체 구성원의 알 권리가 결과적으로 제한되는 것은 사실이나 그 제한의 정도가 피의사실공표죄 조항을 통해 달성하려는 피의자의 인격권 보호라는 중대한 사익에 비하여 결코 크다고 볼 수 없으므로 피의사실공표죄 조항에 대해 법익균형성 심사를 할 경우 동 원칙을 위반하지 않는다는 결론으로 귀결될 수 있다.

## 나. 법익의 균형성을 부정하는 입장

이익형량을 할 경우 피의사실 공표를 금지함으로써 피의자의 인격권을 보호하게 되는 사익보다는 피의사실 공표를 통해 규범공동체 구성원의 알권리를 보장하게 되는 공익이 더 클 수 있다는 입장이다. 따라서 이 입장에서는 피의사실공표죄 조항이 피의자의 인격권이라는 사익에 대하여만 일방적이고 절대적인 우위를 부여하고 일반 시민의 알권리 내지 이를 포괄하는 표현의 자유를 과도하게 제한하여 법익균형성의 원칙을 위반하였다는 결론으로 귀결될 수 있다.

## 다. 소결

피의사실공표죄의 보호법익을 피의자의 인격권에 치중하여 파악하는 입장에서는 공판청구전 수사기관의 피의사실 공표에 대한 형사처벌을 통해 피의자의 인격권을 일반 시민의 알권리보다 우선하여 보장해주는 기능을 수행하는 것이 바람직하다고 판단할 수 있다. 이는 피의자의 인권을 침해해가면서까지 시민의 알권리 충족이 우선해야만 하는 것인지에 대해 반대하는 입장과 맥락을 같이 하게 된다. 그러나 피의사실공표죄의 보호법익을 국가의 수사권에 치중하여 파악하는 입장에서는 피의사실공표죄가 지나치게 피의자의 인격권 보호라는 목적 달성에 치중하고 있고 따라서 또 다른 중요한 헌법적 가치인 시민의 알권리 내지 이를 포괄하는 표현의 자유에 대해 과도하게 제한을 가하고 있다는 비판이 가능하다. 피의사실 공표를 둘러싸고 공표의 주체인 수사기관(또는 이를 기사화한 언론기관)과의 대립상황이 빈번히 발생하는 당사자인 공인의 경우에는 본인의 인격권 주장보다 시민의 알권리 및 언론의 자유가 우월할 수 있음을 인정해야 합당한 경우가 있기에 적어도 이 상황을 전제로 한다면 법익의 균형성 심사

는 결국 통과하지 못할 가능성이 높을 것이다.

#### 제4절 소결: 공정한 재판과 피의사실공표죄



피의사실공표죄는 검찰과 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독 내지 보조하는 자가 행위의 주체이며,<sup>188)</sup> 이와 같은 행위주체의 공소제기 전 피의사실공표 행위를 금지 및 처벌한다. 이와 같은 피의사실공표죄를 공정한 재판의 실현을 위한 헌법 원칙의 관점에서 검토함에 있어, 알 권리<sup>189)</sup>와의 관계 이해 및 분석이 핵심이 된다. 첫째, 알 권리에 의해 위법성이 조각되는지, 둘째, 피의사실공표죄의 헌법적 정당성 내지 위헌성 여부의 문제로서 피의사실공표죄가 알 권리에 대한 과도한 내지 헌법적으로 정당화될 수 없는 제한으로서 위헌인지가 중점적으로 분석 및 검토되어야 한다.

첫째, 알 권리가 피의사실공표죄의 위법성 조각사유인지를 볼 때, 피의사실공표죄 규정에는 명예훼손죄 규정과는 달리 위법성조각사유가 명시적으로 규정되어 있지 않다. 이에 국민의 알 권리 보장, 공개수사 필요성 등의 수사상 필요 등 공공의 이익에 의해 정당화되는 경우 형법 제20조의 정당행위 법리에 의해 위법성이 조각된다고 보는 것이 타당하다. 즉, 수사기관의 공소제기 전 피의사실에 대한 중간수사발표의 경우 제126조 피의사실공표의 구성요건에 해당되나, 이 경우 수사기관과 언론은 공동체구

188) 이에 피의사실공표죄를 특수공무원이 주체가 되는 진정신분범으로 이해하는 것이 통설이다. 이재상, 「형법각론」(박영사, 2010), 712면 등 참조. 법원이 영장심사 과정에서 알게 된 피의사실을 공표하는 경우 또는 기자가 피의사실을 입수하여 보도하는 경우에도 피의사실공표죄의 주체가 된다는 견해도 있으나(이근우, “중간수사발표에 대한 피의사실공표죄 적용의 몇 가지 쟁점” (비교형사법연구 제10권 제1호, 2008), 266면 등 참조), 명문의 규정이 있는 경우의 법해석 원칙 및 죄형법정주의 원칙상 행위의 주체를 해석을 통해 확대하는 것은 지양해야 한다. 同旨, 문재완, “피의사실공표죄의 헌법적 검토” (세계헌법연구 제20권 3호, 2004), 14면.

189) 알 권리는 일반적으로 접근 가능한 정보원으로부터 자유롭게 정보를 수집하고 수령하거나 국가기관 등에 대하여 정보의 공개를 청구할 수 있는 권리이다. 헌법재판소 1991.5.13. 선고 90헌마133, 헌법재판소판례집 3권, 234면-262면.

성원의 알 권리를 근거로 하여 이와 같은 행위가 형법 제20조의 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각되어 정당화된다는 입장을 취해 왔다. 1992년 형법 일부개정안에서는 명예훼손죄의 경우와 같이 피의사실공표죄에 공공의 이익을 위한 때에는 위법성이 조각된다는 문구를 포함시켜 개정하고자 했으나,<sup>190)</sup> 1995년 개정된 형법에 반영되지 않았다.

앞서 언급한 바와 같이, 공소제기 전 수사과정에서 국민의 알 권리 보장을 위해 현저히 필요하다고 인정되는 경우 공소제기 전 수사기관의 피의사실공표가 형법 제20조 정당행위 법리에 의해 그 위법성이 조각된다는 것이 다수설이다.<sup>191)</sup> 형법 제310조에 따르면 사실적시에 의한 명예훼손 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니하므로, 이를 제126조 피의사실공표죄에 유추적용할 수 있다면 피의사실공표에 있어 피의사실의 진실성, 공표의 공익성, 주관적 정당화요소로서 사실의 진실성에 대한 상당성(피의사실의 진실 여부에 대한 성실한 검토와 확인 의무 이행)을 갖출 경우 위법성이 조각될 수 있다는 입장을 취할 여지가 있다. 그러나 피의사실공표죄는 국가적 법익 이외에 개인적 법익을 보호법익으로 하므로, 공공의 이익에 관한 경우에도 피의자의 인권 보장을 위해 위법성이 조각되지 않는다고 함이 타당하다. 그렇다면, 국민의 알 권리를 바탕으로 형법 제20조의 “기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위”에 의한 위법성조각 여부를 보면, 형법 제20조의 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 법질서 전체와 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위로서, 판례는 구체적 판단기준으로서 행위 동기나 목적의 정당성, 수단이나 방법의 상당성, 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 긴급성, 보충성 등을 제시해 왔다.<sup>192)</sup>

수사기관의 피의사실공표를 보면, 피의사실공표 행위의 동기나 목적의 정당성은 알 권리에 비추어 인정될 수 있을 것이나, 법익균형성과 긴급성 및 보충성의 요건에 있어서는, 추상적 정보접근권을 내용으로 하는 공동체구성원의 알 권리에 대해 피의사실공표로 침해되는 피의자의 인격권은 구체적이고 직접적이며 피의사실공표죄는 공판단계 이후가 아닌 공소제기 전 수사단계의 피의사실공표를 금지하므로, 일반적으로는 충족

190) 법무부, 「형법개정법률안 제안이유서」(1992.10.), 259면.

191) 김재윤, “피의사실 공표죄 관련 법적 쟁점 고찰” (언론중재 2010년 가을호, 2010), 102면-104면; 문성도, “피의사실공표의 형법적 한계: 피의사실공표죄를 중심으로” (치안정책연구 제15호, 2001), 58면 등 참조.

192) 대법원 2002.12.26.선고, 2002도5077 판결; 대법원 1986.10.28.선고, 86도1764 판결 등.

이 어려울 것이다. 그러나 연쇄살인사건에서 피의자의 도주 내지 체포 등과 같이 잠재적 피해자 방지와 피의자 공개수배의 필요성이 있는 경우, 대규모 금융사기의 경우와 같이 범죄예방의 긴급한 필요가 있는 경우, 고위공직자의 부패사건과 같이 공인의 공적 성격의 사안인 경우 등에는 형법 제20조 위법성조각사유 요건이 충족되어 형법 제20조에 의해 알 권리에 근거한 위법성 조각이 가능할 것이다.

대법원은 피의사실공표의 맥락에서 알 권리에 대해 “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 것”이라고 판시한 바 있다.<sup>193)</sup> 또한 대법원은 피의사실공표행위에 대한 손해배상청구소송에서 “일반 국민들은 사회에서 발생하는 제반 범죄에 관한 알 권리를 가지고 있고 수사기관이 피의사실에 관하여 발표를 하는 것은 국민들의 이러한 권리를 충족하기 위한 방법의 일환”으로서 “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 표현방법, 피의사실의 공표로 인하여 생기는 피침해이익의 성질, 내용 등을 종합적으로 참작하여야 할 것”이라고 판시하여,<sup>194)</sup> 다수설과 같은 입장을 취하였다. 피의사실이 언론을 통하여 보도되는 경우 공표사실의 객관성에 대한 확인 내지 검증 의무를 부과할 것인지에 따라 민사상 손해배상청구소송에서의 배상책임과 배상액에 영향을 미칠 것이며, 이와 같은 논의는 헌법상의 표현의 자유 범위에서 위축효과 논의로 연결될 것이다. 이 경우 공인의 공적 사안 관련 내지 공적 행위에 대한 것인지 여부 논의도 중요한 관련성을 갖는다.

둘째, 형법 제126조의 피의사실공표죄로 인해 제한을 받게 되는 기본권 중 주가 되는 것이 공동체구성원의 알 권리이므로, 피의사실공표죄를 헌법적 관점에서 분석하기 위해서는 피의사실공표죄가 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 비추어 알 권리를 과도하게 제한하여 위헌인지를 검토해야 한다. 형법 제126조의 피의사실공표죄로 인한 알 권리의 제한은 표현의 내용중립적 시간, 장소, 방법의 제한을 넘어선 표현내용에 대한 규제이므로, 엄격한 요건과 기준 하에서 허용된다.<sup>195)</sup> 헌법 제37조

193) 대법원 1991.1.26.선고, 97다10215, 10222 판결.

194) 대법원 2013.11.28.선고 2009다51271 판결.

제2항의 과잉금지원칙 하에서 엄격한 심사기준을 적용하여 피의사실공표죄의 위헌성을 심사하는 경우, 입법목적은 위에서 검토한 바와 같이 정당성을 가지나, 수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익의 균형성 면에서 엄격한 기준 하의 심사를 통과하지 못할 여지가 있다.

피의사실공표죄가 알 권리에 대한 과도한 제한으로서 위헌인지를 검토함에 있어 비교형량에서 표현의 자유의 우월적 지위 법리가 관련된다. 우리나라의 관련 법리에도 많은 영향을 준 미국 표현의 자유 법리에는 표현의 자유의 우월적 지위 이론과 이를 반영하여 표현의 자유를 제한하는 규제에 엄격한 심사기준을 적용하는 이단계 심사기준이 포함되어 있다. 미국 표현의 자유 법리에서 우월적 지위 이론을 보면, 기본권의 보장 범위의 확대와 충실화를 위해 통상의 심사기준보다 상대적으로 엄격한 내지 강화된 심사기준의 도입이 필요하다는 입장이 대략 20세기 중반 이후 점차 설득력을 얻게 되면서 위헌법률심사의 기준이 이단계 내지 이중 심사기준으로 정립된 연혁이 있다.<sup>196)</sup> 특히 다수결적 의사결정에 기초를 둔 통상의 정치과정에서 구조적으로 배제된 정치적·사회적·문화적 소수자의 권익 보장을 위한 경우, 이러한 경우에는 통상의 다수결적 민주주의 정치과정을 통해 스스로의 권익을 지킬 수 없는 공동체 구성원의 권익 보호를 위해 사법부가 위헌법률심사의 기제를 통해 보다 적극적으로 개입해야 하므로, 심사대상인 법률의 합헌성 추정의 범위를 상대적으로 좁게 보아야 한다는 논리가 전개되었다.<sup>197)</sup>

195) 헌법재판소 2002.12.18. 선고 2000헌마764 결정.

196) 이러한 위헌법률심사 기준의 정립 과정의 초기에 미연방대법원의 스톤 대법관은 1938년 *U.S. v. Carolene Products, Co.* 판결(304 U.S. 144, 152 (1938))에서 기본권의 더욱 실질적인 보장을 위해 전통적·원칙적 심사기준인 합리성 심사기준(rationality review)보다 상대적으로 엄격한 즉 강화된 심사기준("more exacting scrutiny")이 적용되어야 할 예외적 경우가 있음을 주장하고 이와 같은 강화된 심사기준을 적용할 대상을 예시적으로 제시하였다.

197) *U.S. v. Carolene Products, Co.* 304 U.S. 144, 152 (1938), n. 4 ("narrower scope for operation of the presumption of constitutionality"). 이에 대한 정밀한 분석으로는 Felix Gilman, "The Famous Footnote Four: A History of the *Carolene Products* Footnote," 46 *Southern Texas Law Review* 163 (2004) 참조. 그러나 미연방대법원의 스톤 대법관이 지적한 이와 같은 경우에도, 국민이 선출한 대표로 구성된 합의제 기관인 의회의 의결과정에는 소수자를 포함하여 특히 이해관계가 있는 자가 적어도 제도적으로 속의 및 의결의 과정에서 필요한 관련 정보를 얻고 이해관계를 포함한 입장을 표명할 접점 내지 계기가 사법부에서의 위헌법률심사 기제에 비해 더 많이 주어져 있다고 할 수도 있다. 미국 연방의회에서의 입법과정에 대한 이러한 관점에서의 제도 분석은 William N. Eskridge, Jr., Philip P. Frickey, Elizabeth Garrett 공저, 「LEGISLATION AND STATUTORY INTERPRETATION (2d edition)」 (Foundation Press, 2006); Abner J. Mikva, Eric Lane 공저, 「AN INTRODUCTION TO STATUTORY INTERPRETATION AND THE LEGISLATIVE PROCESS」 (Aspen Publishers, 1997) 등 참조.

구체적 사안에서 특정 법익이 다른 법익보다 우선적으로 내지 더욱 강하게 보장받아야 한다든지 반대로 그러한 특정의 사안에서 다른 법익이 우선적으로 내지 더욱 강하게 보장받아야 한다는 결론이 도출되는 이상, 법률의 위헌성 심사에는 언제나 비교형량이 포함된다. 미연방대법원이 20세기 이후 위헌법률심사의 방법론으로 비교형량을 명시적으로 적용함으로써 사법작용을 통한 공공정책의 논의와 형성의 범위가 확대되었고, 이러한 공공정책 형성의 정당화 논리도 발전되어 온 것은 분명하다. 즉, 미연방대법원이 위헌법률심사에서 비교형량을 통한 정책형성적 내지 입법적 기능을 인식하고 이러한 기능을 적극적으로 수행함으로써, 이후 위헌법률심사의 입법적 기능을 수용한 헌법 법리가 더욱 발전하고 정립되었다. 표현의 자유 법리를 이러한 관점에서 분석할 때, 명백하고 현존하는 위협의 법칙은 표현으로 인해 야기되는 위협의 심각성과 급박성을 한 쪽에 두고 다른 한 쪽에는 자유로운 의사 표현의 헌법적 중요성을 둔 비교형량을 요한다. 이 때 저울이 표현의 자유를 보장하는 쪽으로 기울어진 상태에서 비교형량이 이루어진다는 것이 우월적 지위 이론이다. 즉, 명백하고 현존하는 위협의 원칙하의 비교형량에서의 저울추의 위치는 곧 미연방대법원을 포함한 사법부가 표현의 자유라는 기본권에 대해 “우월적 지위(preferred position)” 즉 가중치를 부여한 결과이다. 표현의 자유를 규제하는 법률에 대한 위헌성 심사의 기준으로서의 우월적 지위 이론은 우월적 지위를 부여받은 기본권을 제한하는 법률에 대해 입증책임의 전환과 함께 상대적으로 강화된 내지 보다 엄격한 심사기준을 적용하는 위헌법률심사의 이단계 내지 이중 기준(double standard)의 법리로 진화하였다.<sup>198)</sup>

대의민주주의에서 의회의 입법에 대한 민주적 정당성에 근거한 합헌성 추정과 의회

198) 즉, 비교형량에서 우월적 지위에 있는 내지 가중치를 부여받은 기본권을 제한하는 법률에 대해서는 위협의 주장이 있고 그 위헌성에 대한 사법적 심사가 행해질 때 위협을 주장하는 측이 아닌 정부로 하여금 당해 법률이 위협이 아님을 입증할 입증책임을 부담하게 하고 당해 법률이 채택한 입법목적 실현 수단이 입법목적 실현을 위한 대안적 내지 대체적 수단 중에서 기본권을 가장 덜 침해하는 것일 것을 요하는 최소침해성(least restrictive alternative; no less restrictive alternative)을 가져야 하는 강화된 심사기준(strict scrutiny)을 적용하여 위헌성을 심사한다는 것이 이단계 내지 이중 기준의 핵심적 내용이자 의의이다. 이와 같이 미연방대법원이 중심이 되어 정립해 온 미국의 위헌법률심사기준으로서의 이단계 내지 이중 기준의 핵심적 내용과 의의를 입증책임 전환과 심사강도의 면에서 체계적으로 설명한 것으로서, Bruce A. Ackerman, “Beyond *Carolene Products*,” 98 *Harvard Law Review* 713 (1985) 및 Jeffrey M. Shaman, “Cracks in the Structure: The Coming Breakdown of the Levels of Scrutiny,” 45 *Ohio State Law Journal* 161 (1984) 등 참조. 관련 법리를 우리나라의 맥락에서 분석한 연구로서 김문현, “평등에 관한 헌법재판소판례의 다단계위헌심사기준에 대한 평가” (미국헌법연구 제17권2호, 2006) 등 참조.

에 대해 독립적인 헌법기관이 재판작용을 통해 그러한 입법의 합헌성을 심사하여 합헌성 추정이 깨어지는 경우 위헌무효가 되는 위헌법률심사라는 전체적 맥락에서 이러한 분석이 갖는 함의는, 만약 특정 기본권에 대해 위헌법률심사에서 가중치를 주어 비교형량할 수 있다면, 또는 법률의 위헌성에 대한 이단계 내지 이중 심사기준 하에서 더욱 엄격한 기준을 적용하여 심사할 수 있다면,<sup>199)</sup> 이러한 영역에서의 의회의 입법권은 상대적으로 제한되는지의 논의를 촉발한다는 것이다. 이에 심사대상인 법률의 위헌성을 입증할 입증책임은 법률이 위헌이 아님을 입증할 책임으로 공권력에게 전환할 수 있는지, 입증의 정도 곧 법률의 위헌성 심사의 기준의 강도를 강화한다고 할 때 그 엄격성은 어느 정도인지 등 실제의 위헌심사에서의 핵심적 쟁점들을 법률의 합헌성 추정의 맥락에서 논리적으로 분석할 필요가 있다. 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙 하에서 엄격한 심사기준을 적용하여 형법 제126조 피의사실공표죄의 위헌성을 심사하는 경우, 입법목적은 위에서 검토한 바와 같이 정당성을 가지나, 수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익의 균형성 면에서 엄격한 기준 하의 심사를 통과하지 못할 여지가 있다.

우리 법원은 형법 제20조 정당행위 규정을 적절하게 적용하여 피의자의 인격권과 공동체구성원의 알 권리 내지 표현의 자유 간의 조화와 균형을 찾고 있다. 이와 같은 해석은 피의자의 인격권 보호를 위해 공동체구성원의 알 권리 내지 표현의 자유를 과도하게 제한하는 것을 막기 위한 헌법합치적 해석이나, 이와 같은 해석을 통한 조화와 균형의 적용은 예측가능성을 낮추어 표현의 자유 행사에 위축효과를 가져올 우려가 있다. 입법론적으로 피의사실공표죄 규정을 개정하여 명예훼손죄와 같은 위법성 조각 사유를 두거나 해석론으로서 형법 제20조 정당행위의 적용을 통해 헌법합치적 해석을 통한 조화와 균형을 찾는 것 등이 차선책일 것이다.

199) 이와 같은 논의의 흐름이 잘 드러난 미연방대법원의 판례는 실제 우월적 지위("preferred position")라는 표현이 사용된 *Jones v. Opelika*, 316 U.S. 584 (1941) 판결에서의 스톤(Stone) 대법관의 반대의견, *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105 (1943) 판결에서의 더글라스(Douglas) 대법관의 다수의견 등이 있다.





## 제4장

공정한 재판을 위한 헌법원칙  
관점에서의 피의사실공표죄의

입법적 개선방안:

제19대(2012-2016) 및

제20대(2016-2020)

국회에서의 법률개정안 및

법률개정 논의사항을

중심으로





## 제1절 개정 연혁 및 내역



### I. 형법

피의사실공표죄(형법 제126조)가 속한 “공무원의 직무에 관한 죄” 규정(형법 제7장)의 개정은 1995.12.29. 법률 제5057호에 의한 벌금형의 도입, 벌금액의 조정 및 표제 변경이 유일하다. 이 경우에도 피의사실공표죄 자체에 대한 개정은 없었다.<sup>200)</sup> 이와 같이 형법상 피의사실공표죄는 입법연혁 면에서 1953년 형법 제정시 입법된 조문이 현재까지 유지되고 있다.<sup>201)</sup>

### II. 형사소송법

형사소송법 제260조는 재정신청 대상을 규정하고 있다. 2011.7.18. 법률 제10864호로 2012년1월1일부터 재정신청의 대상을 피의사실공표죄에 대한 고발사건까지 확대하였다. 다만 피공표자의 명시한 의사에 반하여는 재정을 신청할 수 없도록 단서를 두었다(제260조 제1항).<sup>202)</sup> 검사의 불기소처분에 대한 사법적 통제장치로서 재정신

200) 형법 제123조(타인의 권리행사방해→직권남용, 1천만원 이하의 벌금), 형법 제133조(증뇌물전달→뇌물공여 등), 형법 제133조 제1항(2만5천환→2천만 원), 도중진, “공무원의 직무에 관한 죄의 효율적 개정방안” (조선대학교 법학연구소 법학논총 제23권 제1호, 2016), 337면-338면 참조.

201) 당시 법제사법위원회장대리였던 엄상섭 의원은 입법취지에 대해 “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 신문에만 떠들어 놓고 수사한 결과 아무런 결론도 나지 못하는 형편도 있습니다. 그러나 한번 신문이나 소문이 퍼진 뒤에는 업찌러진 물을 다시 주어담지 못하는 결과가 나서 그 피해자의 처지는 대단히 곤란할 것이다. 이러한 입장에서 이 조문을 신설한 것입니다”라고 설명했다. 신동운 편, 「형사법령제정자료집(I) 형법」 (형사정책연구원, 1990), 343면. 위 각주 5) 및 이에 상응하는 본문 참조.

202) 2011.4.12. 제18대 국회의 사법제도개혁 특별위원회 소위원회 제13차 회의에서, 장운석 의원이 공무원의 직무행위 또는 가혹행위 등 물리적 행위와 달리 피의사실공표죄는 명예에 관한 것으로 당사자의 의사를 존중해야 할 필요성이 있다는 취지로 제안하여 합의하여 단서가 규정되었다. 이에 대해 피해자의 의사와 상관없이 고발에 의한 재정신청을 허락하고 있는 다른 공무원의 직무에 관한 죄의 경우는 피해자의 의사와 고발자의 의사가 상치되는 경우가 드물 것으로 보이나, 피의사실공표죄의 경우는 자신의 피의사실이 더 이상 문제되지 않고 조속히 종료되기를 원하는 피공표자의 의사를 존중해야 할 필요성이 있기 때문에 단서 규정이 정당화된다는 의견이 있다. 오경식, <피의사실공표의 문제점과 개정방향>에 대한 토론문, 「피의사실공표죄를 살리기 위한

청제도가 제대로 작동한다면 피의사실공표죄로 인한 피의자의 인권침해가 줄어들 수 있을 것이라는 평가와 지적이 있다.<sup>203)</sup>

### III. 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 및 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법

국회는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법을 2010.4.15. 법률 제10258호로 제정하여 동법 제23조에 따라 검사와 사법경찰관이 충분한 증거가 있고 공익상의 필요가 있으며 피의자가 청소년이 아닌 때에는 성범죄 피의자의 신상을 공개할 수 있도록 했다.<sup>204)</sup> 나아가 국회는 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법을 2010.4.15. 법률 제10256호로 개정하여 동법 제8조의2에 따라서 범행수단이 잔인하고 중대한 피해가 발생한 특정강력범죄의 경우에 검사와 사법경찰관은 충분한 증거가 있고 공익상의 필요가 있으며, 피의자가 청소년이 아닌 때에는 특정강력범죄피의자의 신상을 공개할 수 있도록 했다.<sup>205)</sup> 위 각 법률의 규정에 따라서 검사와 사법경찰관은 위 규정의 요건에 해당할 경우에는 성폭력범죄와 특정강력범죄에 대하여 피의자의 얼굴, 성명, 나이 등 신상에 관한 정보를 공개할 수 있다. 형법 제126조의 피의사실공표행위에 성폭력

---

세미나」(박범계 의원, 민주사회를 위한 변호사 모임 언론위원회, 언론인권센터, 참여연대 사법감시센터 공동주최, 2012.9.4.), 4면-5면.

203) 하태훈, “수사공보준칙과 피의사실공표죄” (안암법학 제48권), 85면-86면.

204) 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제25조(피의자의 얼굴 등 공개) ① 검사와 사법경찰관은 성폭력범죄의 피의자가 죄를 범하였다고 믿을 만한 충분한 증거가 있고, 국민의 알권리 보장, 피의자의 재범 방지 및 범죄예방 등 오로지 공공의 이익을 위하여 필요할 때에는 얼굴, 성명 및 나이 등 피의자의 신상에 관한 정보를 공개할 수 있다. 다만, 피의자가 「청소년 보호법」 제2조제1호의 청소년에 해당하는 경우에는 공개하지 아니한다.

② 제1항에 따라 공개를 할 때에는 피의자의 인권을 고려하여 신중하게 결정하고 이를 남용하여서는 아니 된다.

205) 「특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법」 제8조의2(피의자의 얼굴 등 공개) ① 검사와 사법경찰관은 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 특정강력범죄사건의 피의자의 얼굴, 성명 및 나이 등 신상에 관한 정보를 공개할 수 있다. <개정 2011. 9. 15.>

1. 범행수단이 잔인하고 중대한 피해가 발생한 특정강력범죄사건일 것
2. 피의자가 그 죄를 범하였다고 믿을 만한 충분한 증거가 있을 것
3. 국민의 알권리 보장, 피의자의 재범방지 및 범죄예방 등 오로지 공공의 이익을 위하여 필요할 것
4. 피의자가 「청소년 보호법」 제2조제1호의 청소년에 해당하지 아니할 것

② 제1항에 따라 공개를 할 때에는 피의자의 인권을 고려하여 신중하게 결정하고 이를 남용하여서는 아니 된다.

[본조신설 2010. 4. 15.]

범죄의 처벌 등에 관한 특례법 및 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법의 신상정보 공개행위가 당연히 포함되는 것은 아니지만, 반대로 이러한 행위가 형법 제126조의 피의사실공표죄의 구성요건에 해당할 수 있는 소지가 있기 때문에, 위 두 법률로 인하여 무분별하게 피의사실과 피의자의 신상이 공개될 우려가 있다는 점이 지적되었다.<sup>206)</sup>

## 제2절 정부제출 법률안



### I. 1992년 형법개정법률안

피의사실공표죄의 개정에 관한 문제는 1980년대에 국회 형법개정소위원회에서 논의되었으며, 피의사실공표죄에 명예훼손죄(형법 제310조)와 같은 특별한 위법성조각 사유를 명문화할지 여부가 문제되었다. 형법개정시안 기초소위원회는 1992년에 형법 개정안 제368조에 공익을 위한 특별한 위법성조각사유로서 “오로지 공익을 위한 때에는 벌하지 아니한다”는 단서 규정을 삽입하여 알 권리 및 언론의 자유와의 조화를 추구했다.<sup>207)</sup> 즉, 피의자의 인권보장은 물론 국가의 수사권을 보호하기 위해서도 본죄가 필요하다는 전제하에, 국민의 알 권리를 지나치게 침해하지 않고 본조의 실무운영상의 처벌된 적이 없을 정도로 사문화되어 있는 사실을 고려하여 단서 조항에 위법성 조각사유를 신설했으나, 1995년 개정 형법에 반영되지 않았다.<sup>208)</sup>

206) 위와 같은 법규정들이 지나치게 완화되어 피의자나 피해자의 인격권을 침해할 수 있는 성격의 조항이라는 지적도 있다. 정선철, 「피의사실의 공표·보도로 인한 인격권의 침해와 구제」(서울대학교 법학대학원 석사학위논문, 2013), 85면-86면. 두 개의 법률이 헌법적으로 보장된 피의자의 기본권을 과도하게 침해하고 있다는 주장도 있다. 허황, “수사단계에서의 피의자 얼굴등 신상정보의 공개와 관련된 형사법적·헌법적 문제” (형사소송 이론과 실무 제9권 제1호, 2017.6.), 105면-118면.

207) 법무부, 「형법개정법률안 제안이유서 - 형사법개정자료 XIV」(법무부, 1992), 259면.

208) 도중진, “공무원의 직무에 관한 죄의 효율적 개정방안” (조선대학교 법학연구소 법학논총 제23권 제1호, 2016), 349면-350면.

현행 형법	1992년 형법개정법률안
제126조(피의사실공표) 검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 <u>그 직무를 행함에 당하여</u> 지득한 피의사실을 공판 청구전에 공표한 때에는 3년 이하의 징역 또는 5년 이하의 자격정지에 처한다.	제368조(피의사실공표) 검찰, 경찰 기타 범죄 수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 <u>그 직무를 행함에 있어서 알게 된</u> 피의사실을 <u>공소제기 전에</u> 공표한 때에는 3년 이하의 징역 또는 5년 이하의 자격정지에 처한다. <u>다만, 오로지 공공의 이익을 위한 때에는</u> 벌하지 아니한다.

## II. 2011년 형법 일부개정법률안

2011.3.25. 제출된 정부의 형법 일부개정법률안은 “형사정책적 고려에 의한 형벌 제도 및 법정형 조정”에 근거하여 명예형을 폐지하고 징역형과 금고형을 단일화했다. 법무부는 제안이유서에서 “실무상 선고에 의한 자격정지가 활용되지 않고 있으므로 형의 종류에서 삭제하는 것이 타당”하다고 적시했다.<sup>209)</sup> 이에 따라 피의사실공표죄의 법정형을 ‘징역 또는 5년 이하의 자격정지’에서 ‘징역’으로 개정하고자 하였으나, 실제 입법에 반영되지 않았다.

현행 형법	2011년 형법 일부개정법률안
제126조(피의사실공표) 검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 <u>그 직무를 행함에 당하여</u> 지득한 피의사실을 공판 청구전에 공표한 때에는 3년 이하의 징역 또는 5년 이하의 자격정지에 처한다.	제126조(피의사실공표) 검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 <u>그 직무를 행함에 당하여</u> 지득한 피의사실을 공판 청구전에 공표한 때에는 3년 이하의 징역에 처한다.

## III. 형사소송법상 공소유지 변호사제도 도입 검토

형사소송법에 의하면 법원이 재정신청을 받아들여 공소제기 결정한 사건에 대하여 검사가 공소제기와 유지를 담당한다. 이에 대해 불기소처분을 통하여 무죄의 심증을 공표한 검찰이 공소유지활동을 하는 과정에서 무죄구형을 하는 등 소극적 자세로 임한

209) 법무부, 「형법(총칙)일부개정법률안 제안이유서」(2011), 10면·49면.

다는 비판이 있었다. 이러한 비판을 반영하여, 대검찰청 검찰개혁위원회는 2017.12.26. 재정신청을 통해 공소제기 결정된 사건의 공소유지를 담당할 공소유지 변호사 제도 도입을 권고했다. 법원이 재정신청을 받아들여 공소제기 결정된 사건의 공소유지를 검사가 아닌 공소유지변호사가 담당하며, 공소유지변호사는 공소유지 업무를 담당함에 있어 검사와 동일한 지위와 역할을 가진다.<sup>210)</sup> 대검찰청은 검찰개혁위원회가 권고한 내용을 수용하여 공소유지변호사 제도 도입을 골자로 하는 형사소송법 일부개정안을 2018.10. 법무부에 송부하였고, 법무부는 대검찰청이 제시한 개정안을 토대로 체계·자구 검토 절차를 진행 중이다. 개정안이 국회를 통과한다면 2007년 형사소송법을 개정하면서 폐지한 공소유지변호사제도가 사실상 부활될 것이다.<sup>211)</sup>

### 제3절 국회의원이 발의했으나 임기만으로 폐기된 법률안



#### I. 개관

피의사실공표죄는 특히 정치성을 띤 수사가 진행될 때 쟁점화되었다. 수사기관이 공소제기 전 피의사실을 공표한 내용이 언론을 통해 공개되면, 공소제기 전에 피의자들의 명예가 실추되거나 사회적으로 고립되며 극단적으로는 자살을 선택하는 경우까지 이르렀고,<sup>212)</sup> 피의자 등 사건관계인의 인권보호의 관점에서 검찰의 피의사실공표

210) 대검찰청 검찰개혁위원회, 「대검찰청 검찰개혁위원회 제5·6차 권고안」(2017.12.26.) 보도자료, 3면-4면.

211) 「구 형사소송법」(2007.12.21. 법률 제 8730호로 개정되기 전의 것) 제265조(공소의 유지와 지정변호사)

① 법원은 제262조 제1항 제2호의 규정에 의하여 사건이 그 법원의 심판에 부하여 진때에는 그 사건에 대하여 공소의 유지를 담당할 자를 변호사 중에서 지정하여야 한다.

② 전항의 지정을 받은 변호사는 당해사건과 이와 병합된 사건에 대한 공소를 유지하기 위하여 종국재판이 확정될 때까지 검사로서의 모든 직권을 행사한다. 단, 사법경찰관리에 대한 수사의 지휘는 재판장이 인정한 사항에 한한다.

③ 전항의 규정에 의하여 검사의 직무를 행하는 변호사는 법령에 의하여 공무에 종사하는 자로 간주한다.

④ 법원은 지정을 받은 변호사가 그 직무를 행함에 있어서 부적당하다고 인정하거나 기타 특수한 사정이 있을 경우에는 언제든지 그 지정을 취소하고 다른 변호사를 지정할 수 있다.

⑤ 지정된 변호사는 국가로부터 법률로써 정한 액의 보수를 받는다.

관행을 바꾸어야 한다는 목소리가 강하게 제기되었다.<sup>213)</sup> 실제 법무부도 피의사실공표로 인한 인권 침해 문제를 개선하기 위해 수사공보제도 개선위원회를 발족하여 법무부훈령 제761호로 “인권보호를 위한 수사공보준칙”을 제정하였다. 피의사실공표죄 관련 국회의원 발의 법률안은 2009년 이후에 집중적으로 발의되었다.<sup>214)</sup>

## II. 2009년 이전 국회의원 발의 법률안

가. 홍영기·조승형·박상천·오탄 외 66인은 1989.10.26. 피의사실공표죄에 있어 정치적 목적 등이 있는 경우에 형을 가중하는 규정을 신설하는 형법중개정법률안(의안번호 130640)을 발의했다. 대표발의 의원들은 제안이유에서 ‘검찰이 권력의 시녀로 전락하여 정치공작에 검찰권을 악용하고, 영등포 을구 재선거에 집권당이 유리하게 할 목적으로 그 적수인 상대당의 총재와 중진에 대한 피의사실을 공판청구 전에 공표하는 만행을 저질렀다’고 비판하며, 피의사실공표죄의 ‘형법상 법정형이 3년 이하의 징역 또는 5년 이하의 자격정지로서 극히 경하여 범행자 자신도 대수롭지 않게 인식하고 있기 때문에 처단이 사실상 이루어지지 아니하였다’고 진단했다. 피의사실공표죄와 관련하여 ‘정치적 기타 불순한 목적이 있는 경우와 없는 경우를 구분하여, 전자인 경우에는 엄벌할 수 있도록 형벌을 강화’하는 개정안을 제출하게 되었다는 설명을 덧붙였다.

212) 이해미, “형법상 피의사실공표죄의 적용범위와 개선방안” (국회 입법조사처 이슈와 논점 제472호, 2012), 1면.

213) 특히 대검찰청 중앙수사부의 ‘박연차 정·관계 로비사건’ 수사과정에서 노무현 전 대통령에 관한 의혹이 검찰관계자를 통해 언론에 공개되고 그 후 노 전 대통령의 서거로 이어져, 피의자 등 사건관계인의 인권보호의 관점에서 검찰의 피의사실공표 관행을 바꾸어야 한다는 목소리가 강하게 제기되었다. 대한변호사협회는 2009.7.13. 이한성(한나라당) 의원과 박상천(민주당) 의원을 토론자로 초청하여 피의사실공표죄의 적용과 한계를 주제로 한 토론회를 개최했다. 토론회 자료는 “피의사실공표죄의 적용과 한계” (대한변호사협회, 인권과 정의 Vol.396, 2009.8.), 113면-144면 참조.

214) 국회 의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr/bill/main.do>)의 의안검색 프로그램에서 “피의사실공표”를 키워드로 제한국회부터 제20대 국회(2016-2020)까지의 의안을 검색하면 총 42건의 의안이 검색된다. 그 중 특별검사의 임명 등에 관한 법률안(‘국민의 알권리 보장을 위해 피의사실 이외의 수사과정에 대해 언론 브리핑을 실시할 수 있음’을 규정) 등 피의사실공표죄 개정 논의와 직접적으로 관련되지 않은 의안을 제외하면, 총 14건의 법률안이 발의되었다. 이와 같은 14건 중 2009년 전에 발의된 법률안은 4건이며, 10건의 법률안은 2009년 이후에 발의되었다.



당시 현행 형법 규정	형법중개정법률안(의안번호 130640)
제126조(피의사실공표) ①(생략) <신 설>	제126조(피의사실공표) ①(현행 본문과 같음) ②정치적 목적 기타 불순한 목적으로 전항의 행위를 한 때에는 7년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지에 처한다.

나. 이정무 의원 등 17인 외 112인은 1996.10.15. 피의사실공표죄의 법정형을 강화하고 과실로 피의사실을 공표한 경우에도 처벌할 수 있도록 하는 형법중개정법률안(의안번호 150150)을 발의했다. 대표발의 의원들은 제안이유에서 ‘수사관계자가 내사 단계 또는 수사단계에서 피의사실을 공표함으로써 피의자의 명예를 훼손하는 인권유린 사례가 빈번히 발생하고 있음에도 불구하고 피의사실공표죄로 처벌된 사례가 없어 이 조문은 사문화되어 있는 것이 현실’이라고 지적하며 ‘특히 표적수사라는 비난이 제기되는 정치적 사건의 경우 재판에 의해 유·무죄가 가려지기도 전에 여론재판으로 당사자의 인권이 심각하게 침해되고 있음은 우리가 모두가 아는 사실’이라고 강조했다. ‘수사관계자의 자의적이고 일방적인 피의사실 공표로 인하여 피의자의 인권이 침해될 가능성과 정치적으로 악용될 가능성을 방지하기 위하여 피의사실공표죄의 법정형을 강화하고 과실로 피의사실을 공표한 경우에도 처벌’하는 개정안을 제출하게 되었다고 기술했다.

당시 현행 형법 규정	형법중개정법률안(의안번호 150150)
제126조(피의사실공표) 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 처한다. <신 설>	제126조(피의사실공표) ①검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 지득한 피의사실을 공판 청구전에 공표한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다. ②과실로 인하여 제1항의 행위를 한 자는 2년 이하의 금고 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.

다. 이건개 의원은 15대 국회(1996-2000)에서 발의한 2건의 특별법안에서 형법에 우선하여 피의사실공표행위를 처벌하는 규정을 신설하고자 했다. 이건개 의원 외 21인은 1997.8.29. 발의한 정치보복 금지를 위한 법치확립 특별법안(의안번호 150636)에

서, ‘공판청구 전에 피의사실을 공표하면서 정보, 내사, 수사단계에서 범죄조사에 있어서 대통령, 국무총리 그리고 대통령 비서실 또는 국무총리 비서실에서 압력을 행하는 수사는 정치보복으로 본다’고 규정하며, ‘범죄조사에 있어서 정치보복을 목적으로 하는 사건수사에 있어서 형법 제126조의 죄를 범한 자는 5년 이상의 유기징역에 처하고 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다’고 적시했다. 또한 이진개 의원 외 99인은, 1999.9.27. 발의한 반신뢰부정확부실전문가사범 처벌에 관한 특별법안(의안번호 152118)에서, 고의 또는 업무상과실로 공소하기 전에 수사공무원이 피의사실을 공표하여 잘못된 여론을 형성시켜 이로 인한 부정확한 수사로 피해를 받는 자가 일부 또는 전부를 무죄로 선고받은 때에는 해당 무죄부분에 대하여 담당공무원이 정신적 손해 및 물질적 손해를 배상하도록 규정했다. 이와 별도로 피의사실을 공소제기 전에 고의로 공표한 수사공무원은 7년 이상의 징역에 처하고, 피의사실을 과실로 공표한 수사공무원은 3년 이상의 징역에 처하며, 수사업무에 종사하지 아니하는 공무원으로서 피의사실을 지득할 수 있는 공무원이 공소제기 전에 피의사실공표를 한 경우 3년 이상의 징역에 처하도록 제안했다.

#### 정치보복금지를위한법치확립특별법안

제2조(정의) ①(생략)

②(생략)

③특히 공판청구 전에 피의사실을 공표하면서 정보, 내사, 수사단계에서 대통령, 국무총리 그리고 대통령 비서실 또는 국무총리 비서실에서 압력을 행하는 수사는 정치보복으로 본다.

제12조(피의사실공표) ①범죄조사에 있어서 정치보복을 목적으로 하는 사건수사에 있어서 형법 제126조의 죄를 범한 자는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

②제1항의 경우에는 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다.

#### 반신뢰부정확부실전문가사범처벌에관한특별법안

제15조(수사공무원의 부정확한 수사) 고의 또는 업무상 과실로 공소하기 전에 수사공무원이 피의사실을 공표하여 잘못된 여론을 형성시켜 이로 인한 부정확한 수사로 피해를 받는 자가 일부 또는 전부를 무죄로 선고받은 때에는 해당 무죄부분에 대하여 담당공무원은 정신적 손해 및 물질적 손해를 배상하여야 한다.

제16조(부정확수사공무원) ①전조의 피의사실을 공소제기 전에 고의로 공표한 공무원은 7년 이상의 징역에 처한다.

②전항의 피의사실을 과실로 공표한 공무원은 3년 이상의 징역에 처한다.

제17조(수사권한 없는 공무원의 피의사실 공표) 수사업무에 종사하지 아니하는 공무원으로서 피의사실을 지득할 수 있는 공무원이 전조의 피의사실공표를 한 경우 3년 이상의 징역에 처한다.

라. 서청원 의원 등 22인은 2008.8.4. 피의사실공표에 대한 처벌대상과 기준을 강화하는 내용의 형법 일부개정법률안(의안번호 1800523)을 발의했다. 서청원 의원은 제안이유에서 ‘수사기관의 일방적 주장이 마치 사실인 것처럼 보도되어 피의자나 참고인에 대해서 적법한 사법적 판단이 내려지기 이전에 이미 부정적 여론이 형성되고, 피의자나 참고인은 재판결과에 관계없이 여론재판을 통하여 회복하기 어려운 피해를 겪고 있으며 사법부의 판단에도 심리적인 압박요인으로 작용하여 공정한 재판을 저해할 우려가 있음’을 부각하고, ‘비공식적 경로를 통한 피의사실의 공표 혹은 언론 유출의 경우 그 공표자 혹은 유출자를 확인하기 어려워 피의자나 참고인이 이에 대한 적절한 대응을 하기 어렵다’는 점을 지적했다. 이와 같이 피의사실이 언론에 보도되어 피의자의 명예가 훼손되는 등의 피해를 방지하기 위해 개정안은 피의사실공표죄의 법정형을 상향조정하고, 행위자가 명확하지 않은 채 피의사실이 공표될 경우에는 해당 범죄수사팀의 장 또는 해당 검찰청의 장을 공표자로 추정하도록 했다.

다만 개정안 중 ‘직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자 외에는 알 수 없는 피의사실’의 요건과 범위가 모호하여 죄형법정주의 상의 명확성의 원칙에 위반될 소지가 있고, 특정인을 공표자로 추정하는 것은 입증책임의 일반원칙에 위반될 여지가 있다는 점이 지적되었다.<sup>215)</sup>

당시 현행 형법 규정	형법 일부개정법률안(의안번호 1800523)
제126조(피의사실공표) 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 처한다. <후단 신설>	제126조(피의사실공표) ①검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 지득한 피의사실을 공판 청구전에 공표한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다. 범죄수사와 관련하여 해당 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자 외에는 알 수 없는 피의사실이 공표되거나 언론을 통해 보도되었으나 피의사실에 대한 공표자가 명확히 규정되지 아니한 경우에는 해당 범죄 수사팀의 장 또는 해당 검찰청의 장을 공표자로 추정한다.

215) 임인규 법제사법위원회 수석전문위원, 형법 일부개정법률안(서청원 의원 대표발의) 검토보고 (국회 법제사법위원회, 2008.11.), 4면.

### III. 2009년 이후 국회의원 발의 법률안

가. 박상천 의원 외 83인은 2009.9.11. 국민의 ‘알 권리’ 차원과 ‘범죄예방’ 차원에서 공판청구 전 혐의사실 등의 발표, 공개를 도입하면서 혐의자나 피해자의 인격권 침해를 최소화할 수 있는 규정들을 신설하는 내용의 형법 일부개정법률안(의안번호 1805988)을 발의했다. 박상천 의원은 공판청구 전에 혐의사실 등의 공개·보도로 인한 인권유린 상황이 조성된 근본원인으로 두 가지를 제시했다. 첫째, 국민들의 ‘알 권리’ 차원에서 또는 ‘범죄예방’을 위해서 사건 내용을 국민들한테 알려 국민들의 의혹이나 불안을 해소하고 범죄예방을 위한 조치를 기대할 중대한 공익상의 필요가 있는데, 현행 형법상 피의사실공표죄 규정은 이러한 공개가 불가피한 경우까지 사건 내용 공개를 일괄금지하고 있어서 이에 위반되는 행위가 나올 수밖에 없는 것이 피의사실공표죄가 지켜지지 않는 가장 큰 원인이라는 것이다. 둘째로는 수사기관의 공식 발표가 없으므로 인해 언론기관이 비공식적으로 취재하며 초래되는 과잉취재 경향을 지적했다.

혐의사실 등의 공개로 인한 피해를 막기 위해, 개정안은 첫째, 수사상황 등의 공식발표에 관한 규정을 신설하여 (ㄱ) 중요사건에 있어서 중대한 공익상의 필요가 있는 경우 일정한 조건에 따라서 수사상황 등의 공식적인 발표 및 공개를 할 수 있도록 하고 (ㄴ) 수사기관의 장에게 언론기관에 대한 정정보도청구 및 반론보도청구 의무를 부여했다. 둘째, 수사상황 등의 발표 및 공개금지의 처벌대상을 확대하여 (ㄷ) 혐의사실까지 공개금지대상에 포함되도록 하고 (ㄹ) 수사관계 서류 및 증거물 등을 공개한 경우를 처벌대상에 포함시키며 (ㅁ) 성명 공개 및 사진 촬영 등도 초상권 보호 목적에서 처벌하도록 하는 내용을 담고 있다.

다만, 개정안 중에서 (ㄱ) 피의사실공표에 대한 위법성 조각을 예외적으로 인정하는 규정 중 ‘국민적 관심이 되는 사항’, ‘범죄예방을 위하여 필요한 경우’와 같은 문구는 보다 구체화될 필요가 있고, (ㄴ) 수사기관이 의무를 위반한 경우에 대한 제재규정이 마련되어 있지 않아 실효성이 저해될 수 있으므로 추가적인 보완책이 필요하고, (ㄷ) 민사상 불법행위나 형사상 명예훼손죄 혹은 공무상비밀누설죄 등을 통하여 피해자를 보호할 수 있으므로 처벌범위를 넓히는데 비판적인 의견이 있고, (ㄹ) 피의사실공표죄

관련 수사는 검찰, 경찰과는 독립된 별도의 기관에서 담당하거나 고발인 등 제3자도 재정신청을 할 수 있도록 하는 방안 등 검토할 필요성이 있으며, (口) 수사상황 등에 대한 공식발표의 요건과 절차, 위반시 처벌, 정정보도청구 의무 등은 절차에 관한 규정으로 법체계상 별도의 특별법 또는 형사소송법에 규정하는 것이 타당하다는 점이 지적되었다.<sup>216)</sup>

당시 현행 형법 규정	형법 일부개정법률안(의안번호 1805988)
<p>제126조(피의사실공표) 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 처한다.</p>	<p>제126조(수사상황등의 발표, 공개금지) ①검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 그 직무상 알게 된 혐의사실과 수사상황 또는 그 내용이 포함된 수사관계 서류, 증거물 등을 공판청구 전에 발표, 공개한 때에는 5년 이하의 징역 또는 7년 이하의 자격정지에 처한다. ②제1항의 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.</p>
<p>〈신설〉</p>	<p>제126조의2(수사상황등의 공식발표 등) ①제126조에도 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. ②제1항의 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.</p>

216) 이한규 사법제도개혁특별위원회 수석전문위원, 형법 일부개정법률안(박상천 의원 대표발의) 검토보고 (국회 사법제도개혁특별위원회, 2010.4.), 16면-21면.

당시 현행 형법 규정	형법 일부개정법률안(의안번호 1805988)
	<p>4. 피해자 기타 사건관계인의 명예나 사생활의 비밀이 침해되거나 보복당할 우려가 있는 때에는 성명 기타 신상에 관한 사항은 발표, 공개되지 아니하도록 한다.</p> <p>5. 공판청구 전 수사상황등의 발표, 공개는 2회를 초과할 수 없다. 다만, 중대한 사유가 발생한 때에는 추가발표를 할 수 있다.</p> <p>③수사기관의 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.</p>

나. 이한성 의원은 18대 국회 때 2건의 형법 일부개정법률안을 발의했다. 첫째, 이한성 의원 등 19인은 2009.10.21. 일정한 요건을 충족한 경우 피의사실 공표의 위법성을 조각하도록 하는 내용의 형법 일부개정법률안(의안번호 1806339)을 발의했다. 이한성 의원은 피의사실공표죄의 위법성 조각과 관련한 명확한 법률 규정이 없어 피의자의 인권이나 명예가 침해되거나 국민의 알권리가 충족되지 아니하여, ‘공공의 이익을 위하여 필요한 경우에 진실한 사실을 소속기관의 장의 지시에 따라 공표한 때’에는 처벌하지 아니한다는 명문의 규정을 두고자 한다는 제안이유를 밝혔다. 둘째, 이한성 의원 등 15인은 2010.3.24. 피의사실공표죄의 법정형을 7년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지로 상향하는 내용의 형법 일부개정법률안(의안번호 1807961)을 발의했다.

피의사실공표죄는 (ㄱ) 행위주체가 수사기관 종사자로 제한되어 있고 이들은 피의자의 인권보호를 위해 고도의 주의를 기울여야 할 의무가 있다는 점, (ㄴ) 보호법익이 피의자의 인권이나 명예뿐 아니라 수사기관의 수사기능보호도 포함되는 공익적 성격의 범죄로서 피해자인 피의자의 승낙이 있다고 하더라도 위법성이 조각되지 않는 점, (ㄷ) 피의사실이라는 보다 무겁고 치명적인 명예가 침해된다는 점에서 위법성의 기준을 달리 해석하여야 하며, 명예훼손죄의 특수한 위법성조각사유가 원용되지 않는다는 전제 하에 개정안이 피의사실공표죄의 위법성 조각사유를 공공의 이익을 위하여 필요한 경우, 진실한 사실, 소속 기관의 장의 지시에 따라 공표로 구성한 것이 타당하다는

평가가 있다.<sup>217)</sup> 한편, 형량 강화와 관련해서는 형량의 적정성 여부는 입법정책적 판단이 필요하고 형량 강화와 함께 실질적인 처벌이 병행되어야 한다는 평가가 있었다.<sup>218)</sup>

당시 현행 형법 규정	형법 일부개정법률안(의안번호 1806339)
제126조(피의사실공표) 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 처한다. <단서 신설>	제126조(피의사실공표) ①검찰, 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 처한다. 다만, 공공의 이익을 위하여 필요한 경우에 진실한 사실을 소속 기관의 장의 지시에 따라 공표한 때에는 처벌하지 아니한다.

당시 현행 형법 규정	형법중개정법률안(의안번호 1807961)
제126조(피의사실공표) 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 처한다.	제126조(피의사실공표) ①검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 그 직무를 행함에 있어 알게 된 피의사실을 공소제 기전에 공표한 때에는 7년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다.

다. 강기윤 의원 등 10인은 2012.12.5. 피의사실공표죄 주체에 공직선거법 위반 범죄 관련 선거관리위원회의 직무수행자를 추가하는 내용의 형법 일부개정법률안(의안번호 1902938)을 발의했다. 강기윤 의원은 제안이유에서 개정안은 선거범죄에 관한 사전조사 및 고발권을 가진 선거관리위원회의 직무수행자도 피의사실공표죄의 주체로 규정하여 선거와 관련한 무분별한 피의사실 유출행위를 적절히 규제하려는 취지가 있다고 밝혔다. 현행법상 선거관리위원회 선거범죄 조사자가 피의사실공표죄의 주체에 포함되는지 여부에 대하여 해석상 논란이 있으므로 선거관리위원회 직무수행자를 명시적으로 법률에 규정하여 이를 입법적으로 해결할 수 있지만, 이를 형법상의 피의사실공표죄로 규율할지 아니면 공직선거법에 별도의 처벌규정을 두는 것이 바람직할지는 입법정책적으로 판단해야 한다는 평가가 있었다.<sup>219)</sup>

217) 이한규 사법제도개혁특별위원회 수석전문위원, 형법 일부개정법률안(이한성 의원 대표발의- 2009.10.21.) 검토보고 (국회 사법제도개혁특별위원회, 2010.4.), 11면-14면.

218) 이한규 사법제도개혁특별위원회 수석전문위원, 형법 일부개정법률안(이한성 의원 대표발의- 2010.3.24.) 검토보고 (국회 사법제도개혁특별위원회, 2010.4.), 2면.

219) 선거관리위원회 담당자가 특별사법경찰관리로 지정되어 있지 않은 이상 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자로

당시 현행 형법 규정	형법 일부개정법률안(의안번호 1902938)
제126조(피의사실공표) 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 처한다.	제126조(피의사실공표) 검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자(「공직선거법」 위반 범죄와 관련하여 조사 또는 고발 등을 담당하는 선거관리위원회 직무수행자를 포함한다) 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 지득한 피의사실을 공판청구전에 공표한 때에는 3년 이하의 징역 또는 5년 이하의 자격정지에 처한다.

라. 박범계 의원은 19대 국회 때 형법 일부개정법률안과 형사소송법 일부개정법률안을 발의했다. 첫째, 박범계 의원 등 10인은 2012.12.5. 피의사실공표행위의 처벌을 실질화하기 위하여 예외적으로 피의사실공표의 필요성이 있는 경우에는 위법성을 조각하여 공표를 허용하는 내용의 형법 일부개정법률안(의안번호 1902940)을 발의했다. 박범계 의원은 제안이유에서 피의사실공표죄가 현실적으로 기능하게 하기 위하여는 위법성조각사유를 신설할 필요성이 있고, 피의사실을 공표하더라도 (ㄱ) 범죄확산을 방지하기 위하여 필요한 경우, (ㄴ) 범인체포를 위하여 필요한 경우, (ㄷ) 공공의 안전에 관한 사항으로서 국민이 알 필요가 있는 경우 등에는 처벌되지 않도록 하려는 것이라고 설명했다. 둘째, 박범계 의원 등 10인은 2012.12.5. 형사소송법 제260조 제1항 단서 규정을 삭제하여 피의사실공표죄에 대한 고발사건에 대하여 피공표자의 의사와 무관하게 재정신청을 할 수 있도록 하는 내용의 형사소송법 일부개정법률안(의안번호 1902941)을 발의했다. 박범계 의원은 제안이유에서 2011년 형사소송법 개정을 통해 도입된 피공표자의 명시한 의사에 반하여 재정신청을 할 수 없도록 한 형사소송법 제260조 제1항 단서 규정이 사문화되어 가고 있는 피의사실공표죄의 실효적 적용을 담보하기에 미흡하다는 점을 강조했다.

다만, 위법성이 조각되는 경우를 특정하는 경우에는 다른 위법성 조각사유를 포섭하지 못하여 사건관계인의 인권 및 국민의 알권리 등이 침해될 수 있는 소지가 있으므로 신중한 검토가 필요하며 오히려 포괄적 위법성 조각사유를 신설하는 것을 검토해야

---

볼 수 없다는 견해, 그리고 공직선거법 제272조의2(선거범죄의 조사 등) 등에서 선거관리위원회 위원, 직원의 범죄혐의 조사권, 고발 등을 규정하고 있으므로 범죄수사에 관한 직무를 수행 또는 보조하는 것으로 볼 수 있다는 견해 등이 대립한다. 임중호 법제사법위원회 수석전문위원, 형법 일부개정법률안(강기윤 의원 대표발의) 검토보고 (국회 법제사법위원회, 2013.4.), 3면.



한다는 평가가 있다. 그리고 피의사실공표 시 준수할 조건, 절차 등은 위법성조각사유  
의 적용에 관한 사항이므로, 이와 같은 내용은 수사기관의 내부절차로 규정할 수 있도  
록 입법화하는 방안을 검토해야 한다는 의견도 제기되었다.<sup>220)</sup> 나아가, 피의사실공표  
의 실질적 피해자인 피공표자의 의사를 존중하기 위하여 신설된 형사소송법 제260조  
제1항의 단서 규정 삭제는, 피의사실공표죄의 실효성 확보라는 공익과 피공표자의 이  
익 보호라는 사익을 비교형량하여 입법정책적으로 결정해야 한다는 평가가 있었  
다.<sup>221)</sup>

당시 현행 형법 규정	형법 일부개정법률안(의안번호 1902940)
제126조(피의사실공표) 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 처한다.	제126조(피의사실공표) ①(현행 제목 외의 부분과 같음) ②제1항의 행위가 소속기관의 장의 승인을 받은 사람에 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

마. 임내현 의원 등 11인은 2013.2.21. 「검찰청법」 제34조의2에 따른 공보담당 검  
사 또는 「경찰법」 제24조의2에 따른 공보담당관이 (ㄱ) 「특정강력범죄의 처벌에 관한  
특례법」 제2조에 해당하는 범죄로 인한 추가 범죄의 예방 및 피해확산 방지나 (ㄴ)  
범죄를 저질렀음이 명백한 자의 조속한 검거를 위하여 국민들에게 협조 요청을 목적으  
로 피의사실공표를 한 경우에는 처벌을 면제하는 내용의 형법 일부개정법률안(의안번  
호 1903809)을 발의했다. 참고로 위 법률안이 통과되기 위해서는, 임내현 의원이 대  
표발의한 수사와 관련한 사실에 대한 공표를 전담하는 공보업무 담당관을 지정하도록  
하는 내용의 검찰청법 일부개정법률안(의안번호1903808)<sup>222)</sup> 및 경찰법 일부개정법

220) 명예훼손죄의 위법성 조각사유와 같이 “다만, 오로지 공공의 이익을 위한 때에는 벌하지 아니한다.” 형식의 포괄적 위법성 조각사유 신설이 제안되었다. 임중호 법제사법위원회 수석전문위원, 형법 일부개정법률안(박법계 의원 대표발의) 검토보고 (국회 법제사법위원회, 2013.4.), 3면-5면.

221) 임중호 법제사법위원회 수석전문위원, 형사소송법 일부개정법률안(박법계 의원 대표발의) 검토보고 (국회 법제사법위원회, 2013.4.), 3면-4면.

222) 대검찰청, 고등검찰청, 지방검찰청 및 지청별로 공보담당 검사를 지정하고, 그 공보담당 검사로 하여금 해당

률안(의안번호 1903810)<sup>223)</sup>의 의결이 전제가 된다.

당시 현행 형사소송법 규정	형사소송법 일부개정법률안 (의안번호 1902941)
제260조(재정신청) ① 고소권자로서 고소를 한 자(「형법」 제123조부터 제126조까지의 죄에 대하여는 고발을 한 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)는 검사로부터 공소를 제기하지 아니한다는 통지를 받은 때에는 그 검사 소속의 지방검찰청 소재지를 관할하는 고등법원(이하 “관할 고등법원”이라 한다)에 그 당부에 관한 재정을 신청할 수 있다. 다만, 「형법」 제126조의 죄에 대하여는 피공표자의 명시한 의사에 반하여 재정을 신청할 수 없다.	제260조(재정신청) ① 고소권자로서 고소를 한 자(「형법」 제123조부터 제126조까지의 죄에 대하여는 고발을 한 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)는 검사로부터 공소를 제기하지 아니한다는 통지를 받은 때에는 그 검사 소속의 지방검찰청 소재지를 관할하는 고등법원(이하 “관할 고등법원”이라 한다)에 그 당부에 관한 재정을 신청할 수 있다. <단서 삭제>
② ~ ④ (생략)	② ~ ④ (현행과 같음)

다만, 형사에 관한 기본법인 형법에서 다른 법을 언급하는 입법례가 없으며, 특히 형사 특별법인 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법의 개별조항을 인용하는 것은 형사법 체계상 이례적일 수 있다는 점도 검토할 필요가 있으며, 보다 근원적으로 수사권 독점에 대한 유효한 견제장치와 수사기관의 자정을 위한 노력이 뒷받침되어야만 개정안의 입법취지를 달성할 수 있다는 평가가 있었다.<sup>224)</sup>

검찰청 및 지청에서 행하는 범죄수사와 관련된 사실의 공표 업무 등을 수행하게 하는 내용이다. 법무부는, ① 대검찰청 공보를 담당하는 대변인 등 검사의 보직 및 업무에 관하여는 「검찰청 사무규칙에 관한 규정(대통령령) 등에 규정되어 있고, 공보담당 검사에 관한 규정만 법률에 규정할 특별한 이유가 없다는 점, ② 검찰청 조직 등의 일반 사항을 규정한 「검찰청법」에 특정 업무를 담당하는 공보담당 검사에 관한 규정을 신설하는 것은 「검찰청법」 체계에 부합하지 않는 측면이 있다는 점 등을 들어 개정안에 반대했다. 임중호 법제사법위원회 수석전문위원, 검찰청법 일부개정법률안(임내현 의원 대표발의) 검토보고(국회 법제사법위원회, 2013.4.), 5면.

223) 각급 경찰관서별로 공보담당관을 지정하고 그 공보담당관으로 하여금 경찰업무의 대외공표, 보도자료 관리 등의 공보업무를 수행하게 함으로써 수사정보의 무분별한 유출을 방지하려는 내용이다. 다만, 예외적인 목적에 국한하여 인정되는 대외공표의 경우에도 공보담당관보다는 사건의 내용 등을 보다 잘 파악하고 있는 수사담당 국·과장이 발표하는 것이 사실관계를 보다 정확하게 전달할 수 있다는 점, 공보담당관의 지정이 아닌 공보담당관의 직무 내용은 직제 및 시행규칙에 규정하는 것이 법체계에 부합하다는 평가와 지적이 있었다. 안전행정위원회 전문위원, 경찰법 일부개정법률안(임내현 의원 대표발의) 검토보고(국회 안전행정위원회, 2013.4.), 5면-6면.

224) 임중호 법제사법위원회 수석전문위원, 형사소송법 일부개정법률안(임내현 의원 대표발의) 검토보고(국회 법제사법위원회, 2013.4.), 5면-6면.

당시 현행 형법 규정	형법 일부개정법률안(의안번호 1903809)
<p>제126조(피의사실공표) 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 처한다.</p> <p>〈신 설〉</p>	<p>제126조(피의사실공표) ①(현행 제목 외의 부분과 같음) ② 「<u>검찰청법</u>, 제34조의2에 따른 공보담당 검사 또는 「<u>경찰법</u>, 제24조의2에 따른 공보담당관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 목적으로 제1항의 행위를 한 때에는 처벌하지 아니한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 「<u>특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법</u>, 제2조에 해당하는 범죄로 인한 추가 범죄의 예방 및 피해 확산 방지</li> <li>2. 범죄를 저질렀음이 명백한 자의 조속한 검거를 위하여 국민들에 대하여 협조 요청</li> </ol>
당시 현행 검찰청법 규정	검찰청법 일부개정법률안(의안번호 1903808)
<p>〈신 설〉</p> <p>제34조의2(검찰총장후보추천위원회) (생략)</p>	<p>제34조의2(공보담당 검사) ①검찰총장은 대검찰청, 고등검찰청, 지방검찰청 및 지청마다 공보담당 검사를 지정하여야 한다.</p> <p>②공보담당 검사는 해당 검찰청 및 지청에서 행하는 범죄수사와 관련된 사실의 공표업무 등 법무부령으로 정하는 업무를 담당한다.</p> <p>제34조의3(검찰총장후보추천위원회) (현행 제34조의2와 같음)</p>
당시 현행 경찰법 규정	경찰법 일부개정법률안(의안번호 1903810)
<p>제6장 국가경찰공무원</p> <p>〈신 설〉</p>	<p>제6장 국가경찰공무원 등</p> <p>제24조의2(공보담당관 지정) ①경찰청장은 경찰청, 지방경찰청 및 경찰서마다 소속 경찰공무원 중에서 공보담당관을 지정하여야 한다.</p> <p>②제1항에 따라 지정된 공보담당관은 다음 각 호의 업무를 수행한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 해당 경찰관서 업무의 대외 공표에 관한 사항</li> <li>2. 보도자료의 관리·분석, 오보·왜곡보도에 대한 대응 등에 관한 사항</li> <li>3. 언론기관과 관련된 업무의 지원 및 협조</li> <li>4. 그 밖에 경찰의 공보 및 홍보에 관한 사항</li> </ol>

바. 함진규 의원 등 10인은 수사기관의 자의적인 판단 아래 피의사실공표가 남발되는 것을 방지하고, 범죄예방 등 공공의 이익을 위해 피의사실공표가 허용되는 한계를 명확히 하기 위해 피의사실공표의 위법성조각사유를 명시적으로 규정하는 내용의 형

법 일부개정법률안(의안번호 1916886)을 발의했다.

당시 현행 형법 규정	형법 일부개정법률안(의안번호 1916886)
제126조(피의사실공표) 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 처한다. <신 설>	제126조(피의사실공표) ①(현행 제목 외의 부분과 같음) ②피의자가 그 죄를 범하였다고 믿을 만한 충분한 증거가 있고, 공개수배, 모방범죄의 예방, 국민의 알 권리 등과 같은 공공의 이익을 위하여 공표한 때에는 처벌하지 아니한다.

사. 2016년 출범한 제20대 국회에서는 피의사실공표죄를 직접적으로 개정하는 내용의 법률안은 발의되지 않았다. 그러나 수사기관이 위법하게 피의사실을 공표한 경우 해당 수사기관이 수사권 행사의 주체이자 범죄의 주체가 되는 문제점<sup>225)</sup>에 착안하여, 피의사실공표 등 고위공직자의 범죄행위에 대해 고위공직자범죄수사처와 같은 특별수사기구를 신설하는 법률안들은 총 4건(2016.7.21. 노회찬 의원 발의법안, 2016.8.8. 박범계·이용주 의원 발의법안, 2016.12.14. 양승조 의원 발의법안, 2017.10.31. 오신환 의원 발의법안) 발의된 상태이다.<sup>226)</sup>

225) “피의사실을 공표하는 기관과 피의사실공표죄를 수사하는 기관이 동일하다는 게 현실적인 문제. 고위공직자범죄수사처(공수처) 등 제3의 기관이 수사를 맡아야 한다”(임수빈 전 부장검사, 세계일보, [어떻게 생각하십니까] 다시 불붙은 '피의사실공표죄' 논란 (2018.7.29.), <https://www.segye.com/newsView/20180729002708>

226) 모든 의원발의 법률안과 법무·검찰개혁위원회 권고안, 법무부 자체 법률안에 공무원의 직무에 관한 죄(형법 제122조~제133조)는 고위공직자범죄수사처의 대상범죄로 규정되어 있다. 입자봉, “고위공직자비리수사처 법안들에 대한 입법평론”(입법학연구 제15집 제2호, 2018.8.), 56면-65면; 최영승, “고위공직자범죄수사처 설치에 따른 바람직한 입법방향의 모색”(형사법연구 제29권 제4호, 2017), 225면-235면 등 참조.

## 제4절 공정한 재판의 실현을 위해 형법 제126조의 취지를 구현하기 위한 수사준칙 및 자율적 준수와 확인의 중요성



검찰의 「인권보호수사준칙」은 법무부훈령 제474호로 2002.12.17. 제정되어 법무부훈령 제556호로 2006.6.26. 전부개정된 바, 제1조 목적조항에서 규정하고 있듯이 “수사과정에서 모든 사건관계인의 인권을 보호하고 적법절차를 확립하기 위하여 검사를 비롯한 수사업무 종사자가 지켜야 할 기본 준칙을 정함”을 목적으로 한다. 그 구성은 아래와 같다.

제1장 총칙 (제1조~제10조)

제2장 수사절차에서의 인권보호 (제11조~제66조)

제1절 수사의 착수

제2절 체포·구속

제3절 압수·수색·검증 등

제4절 피의자신문

제5절 범죄피해자 및 참고인

제6절 소년·장애인·외국인

제7절 사건의 처분 및 공판

제8절 수사상황의 공개 등

제3장 인권보호를 위한 제도 (제67조~제73조)

이 중에서 형법 제126조 피의사실공표죄의 취지를 직접적으로 반영하고 있는 수사준칙들은 제2장 제8절(수사상황의 공개 등)의 규정들로서, 해당 규정들(제64조~제66조)은 다음과 같다.

제8절 수사상황의 공개 등

제64조【수사상황의 공개 금지】 ① 피의자를 기소하기 전에 수사 중인 사건의 혐의 사실을 외부에 공개하여서는 아니 된다.

② 사건관계인의 소환 여부와 소환 일시, 귀가시간 및 구속영장 집행시간 등 수사

상황이나, 구속영장 등 수사관련 서류 및 증거물도 그 사건의 기소 전에 공개하여서는 아니 된다.

③ 제1항과 제2항의 규정에도 불구하고 국민의 알권리 보장, 언론사의 과도한 취재 경쟁으로 인한 오보의 방지, 범죄로 인한 피해의 방지와 범죄의 예방 등 중대한 공익상의 필요성이 인정되는 경우에는 수사상황을 공개할 수 있다. 다만 이 경우에도 그 공개 범위는 필요한 최소한의 범위 내여야 한다.

제65조【수사상황 등의 공개방법】 검사는 수사상황이나 수사결과(이하 ‘수사상황 등’이라 한다)를 공개하는 경우에 국민의 알권리 보장 등 공익상의 필요성, 사건관계인의 명예나 사생활 보호, 공정한 재판을 받을 권리 보호, 수사의 효율적 수행 등이 조화를 이룰 수 있도록 노력하여야 하며, 다음 각 호의 사항에 유의하여야 한다.

1. 수사상황 등의 공개는 공보담당관이 한다.
2. 수사상황 등의 공개는 미리 검찰청의 장의 승인을 받아 작성한 공보자료에 의하여야 한다. 다만, 긴급을 요하거나 기타 부득이한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
3. 원칙적으로 사건관계인의 직명을 사용하되, 고위공직자, 정치인 등 사회저명인사가 관련되거나 불특정다수의 생명·재산·명예에 관계되는 대형사건으로서 국민의 의혹 또는 불안을 해소하거나 기타 공익을 위하여 불가피한 경우에는 필요 최소한의 범위 내에서 실명을 사용한다.
4. 혐의사실과 직접 관련이 없는 피의자의 인격이나 사생활에 관한 사항, 명예 또는 사생활의 비밀이 침해되거나 보복당할 우려가 있는 피해자 기타 참고인의 신상에 관한 사항은 공개되지 않도록 한다.
5. 수사상황 등에 대한 잘못된 보도로 인해 사건관계인의 명예나 사생활의 비밀 등 인권이 침해된 경우에는 정정보도 청구, 반론보도 청구 등을 통해 사건관계인의 침해된 인권이 회복될 수 있도록 적극 노력한다.
6. 제64조 제3항에 따라 기소 전에 수사상황을 공개하는 경우에는 유죄의 예단을 불러일으킬 염려가 있는 표현을 사용하여서는 아니 되며, 객관적으로 확인된 사실을 넘어 주관적인 가치평가, 범행 동기, 구체적인 방법 등을 포함하여서는 아니 된다.

제66조【수사광경의 촬영 금지 등】 ① 검사는 공익상 특히 필요한 경우를 제외하고

는 언론기관이나 그 밖의 제3자에게 수사광경을 촬영·녹화·중계방송하도록 하여서는 아니 된다.

② 제1항의 경우에 공익상 특히 필요하여 촬영 등을 허용하는 경우에는 사전에 해당 검찰청의 장의 승인을 받아야 한다.

③ 피의자 등 사건관계인이 원하지 않는 경우에는 언론기관이나 그 밖의 제3자와 면담 등 접촉을 하게 하여서는 아니 된다.

이외에도 형법 제126조 피의사실공표죄의 취지를 반영하고 있는 수사준칙들로 다음 규정들이 있다.

제5조【공정한 수사】 ① 검사는 객관적인 입장에서 공정하게 수사하여야 하고, 주어진 권한을 자의적으로 행사하거나 남용하여서는 아니 된다.

제6조【명예·사생활 등의 보호】 검사는 수사의 전 과정에서 피의자 등 사건관계인의 사생활의 비밀을 보호하고 그들의 명예나 신용이 훼손되지 않도록 노력하여야 한다.

제9조【검사 외의 수사업무 종사자의 의무】 검찰수사관이나 그 밖에 검사 외의 수사업무 종사자는 이 훈령에서 검사의 의무로 규정한 사항이라 하더라도 그 내용이 자신의 직무와 관련이 있는 경우에는 이를 지켜야 한다.

제26조【압수·수색시의 준수사항】 압수·수색과 관련하여 다음 각 호의 사항을 지켜야 한다.

4. 압수·수색 과정에서 사생활과 명예, 주거의 평온을 최대한 보장하고, 특히 매장·사무실 등 해당 사건과 관계없는 사람들이 있는 곳을 압수·수색할 때에는 그 사람들이 불편을 느끼지 않도록 노력한다.

제32조【압수한 물건의 부당한 사용 금지 등】 ① 압수한 물건은 정당한 직무 이외의 용도로 사용하여서는 아니 된다.

② 압수·수색·검증 과정에서 알게 된 사실은 직무 이외에 부당하게 이용하거나 타인

에게 누설하여서는 아니 된다.

제33조【출석 요구】 피의자에게 출석을 요구할 때에는 다음 각 호의 사항에 유의하여야 한다.

1. 출석 요구 방법, 출석 일시 등을 정할 때 피의자의 명예 또는 사생활이 침해되거나 생업에 지장을 주지 않도록 노력한다.

또한 「인권보호를 위한 수사공보준칙」(2010.1.18. 법무부훈령 제761호로 제정, 2013.7.11. 법무부훈령 제903호로 개정)은 제1조 목적조항에서 규정하듯이 “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 확립”을 취지로 한다. 현행 「인권보호를 위한 수사공보준칙」(법무부훈령 제903호)은 다음과 같다.

### 인권보호를 위한 수사공보준칙

<제정 2010.1.18. 법무부훈령 제761호>

<개정 2010.4.22. 법무부훈령 제774호>

<개정 2013.7.11. 법무부훈령 제903호>

### 제1장 총 칙

제1조【목적】 이 준칙은 형사사건에 대한 공보와 관련하여 검사 등 검찰공무원 및 법무부 소속 공무원이 준수해야 할 사항과 인권보호조치 등을 명확히 규정함으로써 피의자·참고인 등 사건관계인(이하 “사건관계인”이라 한다)의 인권, 수사의 공정성 및 무죄추정의 원칙과 국민의 알권리가 조화되는 선진적인 수사공보 제도의 확립을 목적으로 한다.



제2조【적용 대상 및 시기】 이 준칙은 수사 또는 내사 중이거나 이를 종결한 범죄사건(이하 “수사사건”이라 한다)에 대하여 수사 또는 내사를 착수한 때부터 재판에 의하여 확정될 때까지 적용된다. 다만, 수사 또는 내사 착수 이전이라도 그 공개 또는 언론보도와 관련하여 사건관계인의 인권을 침해할 우려가 있는 사건에 대하여는 이 준칙이 적용된다.

제3조【수사사건의 공개금지】 수사사건에 관하여는 이 준칙이 정하는 바에 의하여 공보하는 경우를 제외하고는 그 내용을 공표하거나 그 밖의 방법으로 공개할 수 없다.

제4조【인권보호의 책무】 ① 수사 및 공보 업무 종사자는 수사사건의 공보 과정에서 사건관계인의 명예와 사생활 등 인권이 침해되지 않도록 노력하여야 한다.  
② 검사는 사법경찰관리에 의한 수사사건의 공보와 관련하여 사건관계인의 인권이 침해되거나 수사 또는 재판에 영향을 미칠 우려가 있다고 판단되는 경우 그 시정을 위하여 적절한 조치를 취하여야 한다.

제5조【차별의 금지】 이 준칙에서 정하는 수사사건의 공보 및 인권보호조치 등과 관련하여 합리적 이유 없이 성별, 종교, 나이, 장애, 사회적 신분, 출신지역, 인종, 국적, 정치적 의견 등을 이유로 차별하여서는 아니 된다.

제6조【해석과 적용】 ① 이 준칙은 사건관계인의 명예나 사생활 등 인권과 공정한 재판을 받을 권리, 국민의 알권리, 수사의 효율성 및 공정성이 균형을 이루도록 해석되어야 하고, 국민의 알권리 등을 이유로 사건관계인의 인권이 부당하게 침해되지 않도록 유의하여야 한다.  
② 이 준칙은 수사사건의 공보에 관한 법무부 및 대검찰청의 다른 훈령, 예규, 지침, 지시에 우선하여 적용된다.

## 제2장 수사공보의 기준

### 제1절 공보의 주체

제7조【공보담당관】 ① 검찰총장 및 각급 검찰청의 장은 소속 공무원 중에서 다음 각 호에 해당하는 자 중 1인 이상을 공보담당관으로 지정하여야 한다.

1. 대검찰청 : 대변인
2. 고등검찰청 : 차장검사 또는 검사
3. 지방검찰청(차장검사가 있는 지청을 포함한다) : 차장검사
4. 지방검찰청 지청 : 지청장 또는 부장검사

② 수사사건의 공보는 공보담당관이 전담한다.

제8조【공보담당관 이외의 자에 의한 공보】 검찰총장 및 각급 검찰청의 장은 필요하다고 인정할 때에는 예외적으로 직접 수사사건을 공보하거나 소속 공무원 중 다음 각 호에 해당하는 자로 하여금 수사사건을 공보하게 할 수 있다.

1. 대검찰청 : 부장, 수사기획관, 공안기획관, 과학수사기획관, 과장
2. 지방검찰청 또는 지청 : 부장검사(부장검사가 없는 지청은 수석검사), 수사과장

## 제2절 공보의 요건

제9조【기소 전 공개금지】 ① 공소제기 전의 수사사건에 대하여는 혐의사실 및 수사 상황을 비롯하여 그 내용 일체를 공개하여서는 아니 된다.

② 수사 또는 내가 종결되어, 불기소하거나 입건 이외의 내사종결의 종국처분을 한 사건(이하 “불기소사건”이라 한다)은 공소제기 전의 수사사건으로 본다.

제10조【예외적 공개】 ① 제9조의 규정에 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 공소제기 전이라도 본장 제4절이 규정하는 범위 내에서 수사사건의 내용을 공개할 수 있다.

1. 사건관계인의 명예 또는 사생활 등 인권을 침해하거나 수사에 지장을 초래하는 중대한 오보 또는 추측성 보도를 방지할 필요가 있는 경우
2. 범죄로 인한 피해의 급속한 확산 또는 동종 범죄의 발생이 심각하게 우려되는 경우
3. 공공의 안전에 대한 급박한 위협이나 그 대응조치에 관하여 국민들이 즉시 알

필요가 있는 경우

4. 범인의 검거 또는 중요한 증거 발견을 위하여 정보 제공 등 국민들의 협조가 필수적인 경우

② 불기소사건이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항 제1호에 해당하는 것으로 본다.

1. 중국처분 전에 사건 내용이 언론에 공개되어 대중에게 널리 알려진 경우
2. 관련사건을 기소하면서 수사결과를 발표하는 경우

### 제3절 공보의 방식 및 절차

제11조【공보자료에 의한 공보 원칙】 ① 수사사건의 공개는 미리 소속 검찰청의 장의 승인을 받은 별지 제1호의 1, 2 서식의 공보자료를 배포하는 방식으로 한다.

② 제7조 제1항 제4호 및 제8조에 의하여 각급 검찰청의 장이 공보를 담당하는 경우 공보자료의 승인권자는 직근 상급 검찰청의 장으로 한다.

③ 공소제기 전의 수사사건을 공개하는 경우에는 공보자료 서두에 제10조 제1항 각 호 중 어느 요건에 해당하는지를 명시하여야 한다.

제12조【구두브리핑】 ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 공소제기 전이라도 구두로 수사사건을 공보할 수 있다.

1. 관련 쟁점이 다수이거나 사안이 복잡한 관계로 공보자료 배포 외에 문답식 설명이 불가피한 경우

2. 시청각자료를 통하여 국민을 안심시키거나 주의를 환기.촉구하는 등 효율적인 공보를 위하여 필요한 경우

3. 언론에서 확인을 요청하는 사항으로서 즉시 공개하지 않으면 사건관계인의 명예 또는 사생활 등 인권을 침해하거나 수사에 지장을 초래하는 중대한 오보 또는 추측성 보도를 방지하기 어려운 경우

4. 그 밖에 즉시 공개하지 않으면 공보의 목적을 달성할 수 없을 정도로 긴급하여 공보자료를 작성할 시간적 여유가 없는 경우

② 제1항 제1호 및 제2호의 경우에는 미리 공개할 수사내용의 범위를 기재한 별지

제2호 서식의 서면으로 소속 검찰청의 장의 승인을 받아야 한다.

- ③ 제1항 제3호 및 제4호의 경우에는 공보를 마친 때부터 24시간 이내에 공보한 내용을 기재한 별지 제3호 서식의 서면으로 소속 검찰청의 장에게 보고하여야 한다.
- ④ 공소제기 후에는 수사사건(관련사건을 불기소하는 경우를 포함한다)에 대하여 수사결과를 발표할 때 등 필요한 경우 구두로 수사사건을 공보할 수 있다.
- ⑤ 구두로 수사사건을 공보할 때에는 문답 과정에서 수사사건의 공개가 본장 제4절의 범위를 벗어나지 않도록 하여야 한다.

#### 제4절 공보의 범위

제13조【일반원칙】 ① 수사사건을 공보함에 있어서는 목적 달성에 필요한 최소한의 사항만을 정확하게 공개하여야 하고 사건관계인의 명예 등 인권을 침해하거나 수사에 지장을 주지 아니하도록 유의하여야 한다.

② 수사사건의 공보는 객관적으로 확인된 사실에 한정하며, 주관적 가치 평가가 언급되지 않도록 한다.

제14조【표현방법】 ① 유죄를 속단하게 할 우려가 있거나 추측 또는 예단을 일으킬 우려가 있는 표현은 사용하지 아니하여야 한다.

② 혐의사실을 공개할 때에는 무죄추정의 원칙을 반영하여 재판에 의하여 확정된 사실이 아니라는 취지를 공보의 서두에 명시하여야 한다.

제15조【기회균등】 수사사건을 공보함에 있어서는 이를 다루는 언론사에 균등한 보도의 기회를 제공하도록 노력하여야 한다.

제16조【익명 원칙】 ① 사건관계인을 공개하는 때에는 영문 알파벳 대문자를 이용하여 “A○○”, “B○○”와 같이 성명을 표기하되, 실명을 추단할 수 있는 표현을 함께 사용하여서는 아니 된다.

② 사건관계인을 특정하기 위하여 필요한 때에는 나이 및 직업을 공개할 수 있고, 그 방법은 다음 각 호의 경우와 같다(제2호는 직무 관련 범죄인 경우에 한한다).

1. A○○(35세, 회사원)
  2. B○○(40세, C제약회사 경리부장)
- ③ 수사사건과 관련이 있는 기관 또는 기업에 대하여도 익명을 사용한다.
- ④ 제3항의 경우 한글 자음을 이용하고 기업 또는 기관의 주목적을 병기하는 방법으로 “D건설 주식회사”와 같이 표기하되, 기업 또는 기관의 실명을 추단할 수 있는 표현을 사용하여서는 아니 된다.

제17조【예외적 실명 공개】 ① 제16조의 규정에 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 오해의 방지 또는 수사 및 보도의 공정성을 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 실명과 구체적인 지위를 공개할 수 있다.

1. 수사사건과 관련하여 언론에 실명이 이미 공개되어 대중에게 널리 알려진 경우
  2. 사건관계인이 공적(公的) 인물인 경우
- ② 제1항 제2호의 공적 인물은 다음 각 호와 같다.
1. 고위 공직자
    - 가. 차관급 이상의 입법부.사법부.행정부.헌법재판소.선거관리위원회.감사원 소속 공무원
    - 나. 국회의원
    - 다. 지방자치단체의 장, 지방의회 의장
    - 라. 교육감
    - 마. 치안감급 이상의 경찰공무원
    - 바. 지방국세청장 이상 및 이에 준하는 국세청 소속 공무원
    - 사. 대통령실 비서관 이상 및 이에 준하는 대통령실 소속 공무원
    - 아. 공직자윤리법 제3조의2의 규정에 의한 공직유관단체의 장으로서 대통령이 임명하는 자
  2. 정당의 대표, 최고위원 및 이에 준하는 정치인
  3. 공공기관의 운영에 관한 법률 제4조 제1항의 공공기관 중 기획재정부장관이 지정한 대규모 공공기관의 장
  4. 특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률 제2조 제1호의 금융기관의 장

- 5. 자산총액 1조원 이상의 기업 또는 기업집단의 대표이사
- 6. 제1호에서 제5호까지의 직 중 어느 하나에 있었던 자
- ③ 제2항에 열거된 기관 또는 기업에 대하여는 오해의 방지 또는 수사 및 보도의 공정성을 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 실명을 공개할 수 있다.

제18조【공개허용정보】 ① 수사사건 내용 중 수사 단계별로 공개할 수 있는 정보는 다음 각 호와 같다(제1호에서 제7호까지 및 제8호 나목은 제10조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 한하며, 사람, 기관 또는 기업의 실명 공개 여부는 제16조 및 제17조의 기준에 의한다).

1. 수사의뢰 : 정부, 지방자치단체 및 공공기관으로부터 수사의뢰를 받은 사건(이첩.통보받은 사건을 포함한다)으로서 수사의뢰(이첩.통보) 사실이 알려져 언론에서 확인을 요청한 경우에 한하여 다음 각 목의 정보

- 가. 피내사자 및 대상 기관 또는 기업
- 나. 죄명(죄명이 특정되지 않은 경우 죄명에 준하는 범위 내의 혐의 요지, 이하 같다)
- 다. 수사의뢰(이첩.통보) 기관
- 라. 수사의뢰(이첩.통보)를 받았다는 사실

2. 고소.고발 : 정부, 지방자치단체 및 공공기관이 고소.고발을 제기하거나 정당 및 시민.사회단체가 제17조 제2항의 공적 인물에 대하여 고소.고발을 제기한 사건으로서 고소.고발 사실이 알려져 언론에서 확인을 요청한 경우에 한하여 다음 각 목의 정보

- 가. 피고소.고발인
- 나. 죄명
- 다. 고소.고발인
- 라. 고소.고발장이 접수되었다는 사실 및 그 일시

3. 압수수색 : 압수수색영장의 집행 사실이 알려져 언론에서 확인을 요청한 경우에 한하여 다음 각 목의 정보(금융계좌추적, 전기통신에 대한 압수수색, 통신사실확인 자료제공 및 통신제한조치는 제외한다)

- 가. 압수수색 대상 기관.기업
  - 나. 압수수색 일시
  - 다. 압수수색 장소
  - 라. 죄명
4. 출국금지 : 출국금지 대상자가 다수이거나 제17조 제2항의 공적 인물이고 국민적 관심이 집중된 사건으로서 출국금지 사실이 알려져 언론에서 확인을 요청한 경우에 한하여 출국금지한 사건관계인의 숫자 또는 제17조 제2항의 공적 인물에 대한 출국금지 여부
5. 소환조사 : 소환 대상자가 제17조 제2항의 공적 인물로서 소환 사실이 알려져 언론에서 확인을 요청하거나 촬영 경쟁으로 인한 물리적 충돌이 예상되는 경우 소환 전후에 걸쳐 다음 각 목의 정보
- 가. 소환 대상자
  - 나. 소환 일시 및 귀가 시간
  - 다. 죄명
6. 체포.구속 : 영장의 청구.발부 사실(구속영장에 한한다) 또는 집행 사실, 적부심 청구 사실이 공개되어 언론에서 확인을 요청한 경우나 피의자가 제17조 제2항의 공적 인물인 경우 다음 각 목의 정보
- 가. 피의자
  - 나. 죄명
  - 다. 영장에 기재된 범위 내의 혐의사실
  - 라. 구속영장 청구 일시
  - 마. 구속영장 발부 여부
  - 바. 체포.구속영장 집행 일시(영장을 집행한 후에 한한다)
  - 사. 체포.구속적부심 청구 일시 및 인용 여부
  - 아. 석방 일시
7. 현장검증 : 현장검증 계획이 알려져 검증 장소에서 언론의 취재가 이루어지는 경우에 한하여 검증 장면(이때 근접촬영이 이루어지지 않도록 적절한 조치를 취하여야 한다)

## 8. 수사 종결

### 가. 기소사건

- (1) 피고인
- (2) 죄명
- (3) 기소 일시
- (4) 신병관계
- (5) 공소사실

(6) 동종 범죄의 재발 억제를 위하여 공개가 필요한 범위 내에서의 수사경위, 수사방법, 범행의 경과 및 수사의 의의(향후 동종 범죄의 수사에 지장을 초래할 우려가 없는 경우에 한한다)

### 나. 불기소사건

- (1) 피의자 또는 피내사자
- (2) 죄명
- (3) 처분 주문

(4) 종국처분 전에 혐의사실이 언론에 공개되어 대중에게 널리 알려진 경우에 한하여 그 범위 내에서의 혐의사실

(5) 종국처분 전후로 오보가 실재하는 경우에 한하여 이를 시정하기 위하여 필요한 범위 내에서의 처분 이유(이 경우 제19조 제1항 제3호에서 제5호까지는 적용되지 아니한다)

② 제10조 제1항 제2호에서 제4호까지의 경우에는 공소제기 전이라도 다음 각 호의 범위 내에서 수사사건에 관한 정보를 공개할 수 있다.

#### 1. 제10조 제1항 제2호, 제3호에 해당하는 경우

가. 수사사건과 관련이 있는 기관 또는 기업의 실명

나. 이미 발생하였거나 예상되는 범죄피해 또는 위협의 내용

다. 범죄 또는 피해의 확산을 방지하거나 공공의 안전에 대한 위협을 제거하기 위한 대응조치의 내용(압수수색, 체포·구속, 위험물의 폐기 등을 포함한다)

라. 다목의 목적을 달성하기 위하여 공개가 필요한 범위 내의 혐의사실, 범행수단

#### 2. 제10조 제1항 제4호에 해당하는 경우



가. 피의자의 실명, 얼굴 및 신체의 특징

나. 범인의 검거 또는 중요한 증거 발견을 위하여 공개가 필요한 범위 내의 혐의 사실, 범행수단, 증거물, 지명수배 사실

③ 수사기관의 명칭은 수사에 지장을 초래할 염려가 없는 한 부(部).과(課) 단위까지 공개할 수 있으나, 수사를 담당하는 검사 또는 수사관의 실명은 공개하지 아니한다.

④ 제1항 및 제2항에서 정하는 공개허용정보의 범위를 넘는 사항에 대하여 언론에서 확인 요청을 한 경우에는 “확인 불가” 답변과 함께 기사화할 경우 오보 가능성이 있음을 알려야 한다.

⑤ 제1항 및 제2항의 규정에 불구하고 공개로 인하여 수사에 지장을 초래할 우려가 있는 정보는 공개할 수 없다.

제19조【공개금지정보】 ① 수사사건에 관한 다음 각 호의 정보는 이를 공개하여서는 아니 된다. 다만, 공판에서 현출된 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 사건관계인의 인격 및 사생활
2. 사건관계인의 범죄전력
3. 사건관계인의 주장 및 진술·증언 내용, 진술·증언 거부 사실 및 신빙성에 관련된 사항
4. 검증·감정, 거짓말탐지기 검사 등의 시행 및 거부 사실
5. 증거의 내용 및 증거가치 등 증거관계
6. 제18조에서 규정하는 공개허용정보 외의 수사상황, 수사경위 및 수사방법, 수사계획
7. 범행 충동 및 모방 우려가 있는 특수한 범행수단·방법
8. 그 밖에 법령에 의하여 공개가 금지된 사항

② 제10조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하고 미리 공개가 필요한 상당한 이유 및 구체적인 공개의 범위를 기재한 별지 제2호 서식의 서면으로 소속 검찰청의 장의 승인을 받은 경우에는 제1항의 공개금지정보를 공개할 수 있다. 다만, 서면에 의한 승인을 받을 시간적 여유가 없는 등 긴급한 경우에는 구두 승인을 받아 공개

금지정보를 공개한 후 즉시 별지 제3호 서식의 서면으로 소속 검찰청의 장에게 보고하여야 한다.

③ 제1항 단서 및 제2항의 규정에 불구하고 제1항 제1호 및 제8호의 정보는 공개할 수 없다.

제20조【영장 등 공개 제한】 ① 수사사건에 관한 압수수색영장, 통신제한조치허가서, 통신사실확인자료제공요청허가서, 체포·구속영장 및 그 청구서는 법령에 의하여 허용되는 경우를 제외하고는 이를 열람하게 하거나 그 사본을 교부하는 등으로 공개하여서는 아니 된다.

② 수사사건에 관한 공소장 및 불기소결정문도 제1항과 같다.

제21조【법리 설명】 수사사건의 내용에 대한 일반적인 법리의 설명은 허용되며 이 경우 본장 제2절(공보의 요건) 및 제3절(공보의 방식과 절차)의 규정은 적용되지 아니한다. 다만, 수사사건의 내용이 공개되는 등 실질적인 수사사건의 공보로 볼 수 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

### 제3장 초상권 보호

제22조【수사과정의 촬영 등 금지】 ① 사건관계인의 초상권 보호를 위하여 소환, 조사, 압수수색, 체포, 구속 등 일체의 수사과정에 대하여 언론이나 그 밖의 제3자의 촬영·녹화·중계방송을 허용하여서는 아니 된다.

② 사건관계인이 원하지 않는 경우에는 언론이나 그 밖의 제3자와 면담 등 접촉을 하게 하여서는 아니 되며, 언론 등과의 접촉을 권유 또는 유도하여서는 아니 된다.

제23조【예외적 촬영 허용】 ① 제17조 제2항의 공적 인물인 피의자에 대한 소환 또는 조사 사실이 알려져 촬영 경쟁으로 인한 물리적 충돌이 예상되고 피의자가 동의하는 경우에는 검찰청 부지 내의 청사건물 이외 구역에서 소환 또는 귀가 장면에 한하여 제22조 제1항을 적용하지 아니할 수 있다.

② 「특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법」 제8조의2 제1항 또는 「성폭력범죄의 처

별 등에 관한 특례법」 제25조 제1항에 해당하는 경우에는 검찰청 부지 내의 청사 건물 이외 구역에서 소환, 체포, 구속(구속전 피의자심문을 위한 호송을 포함한다) 또는 귀가 과정에 한하여 제22조 제1항을 적용하지 아니할 수 있으며, 피의자의 얼굴, 실명 및 나이 등 신상에 관한 정보를 공개할 수 있다.

③ 제1항, 제2항의 경우 공보를 담당하는 자는 미리 별지 제2호 서식의 서면으로 소속 검찰청의 장의 승인을 받아야 한다.

④ 제1항, 제2항의 경우 공보를 담당하는 자는 취재 과정에서의 물리적 충돌을 방지하기 위하여 질서유지 통제선 설치, 통제인력 배치 등 적절한 조치를 취할 수 있다.

제24조【초상권 보호조치】 검찰총장 및 각급 검찰청의 장은 제22조 제1항이 실질적으로 이행될 수 있도록 다음 각 호의 조치를 취할 수 있다. 다만, 제23조에 의하여 촬영·녹화·중계방송을 허용하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 검찰청(청사건물 및 그 부지) 내에서 수사 과정에 있는 사건관계인을 촬영·녹화·중계방송한 언론기관 종사자에 대하여 브리핑 참석 또는 청사 출입의 제한

2. 검찰청 내 포토라인(집중촬영을 위한 정지선을 말한다)의 설치 금지

제25조【신병 관련 초상권 보호조치】 ① 검찰총장 및 각급 검찰청의 장은 체포·구속 영장의 집행 및 구속 전 피의자심문 과정에서 피의자가 검찰청 내외에서 촬영·녹화·중계방송을 통하여 언론에 노출되지 않도록 법원과의 협조체계 구축 등 적절한 조치를 취하여야 한다.

② 교도소·소년교도소·구치소 또는 그 지소의 장은 체포·구속영장의 집행, 구속적부심 및 검찰·법원의 소환에 따른 계호 과정에서 피의자 및 피고인이 촬영·녹화·중계방송을 통하여 언론에 노출되지 않도록 적절한 조치를 취하여야 한다.

#### 제4장 오보 대응

제26조【수사공보의 실시 등】 사건관계인의 명예 또는 사생활 등 인권을 침해하거나 수사에 지장을 초래하는 중대한 오보 또는 추측성 보도가 실재하여 신속하게 그 진상을 바로잡는 것이 필요하다고 인정되는 때에는 공보담당관은 제2장 제3절이 정

하는 바에 따라 수사사건에 대한 공보를 실시하거나 해당 언론을 상대로 정정보도 또는 반론보도를 청구할 수 있다.

제27조【수사공보의 범위 등】 ① 제26조에 의하여 수사공보를 실시하거나 정정보도 또는 반론보도를 청구하는 때에는 오보 또는 추측성 보도에서 언급한 내용에 대응하여 그 진위 여부를 밝히는 범위 내에서 수사사건의 내용을 공개할 수 있다. 이 경우 수사사건 공개의 범위에 관한 제18조, 제19조 제1항 제2호에서 제7호까지는 적용되지 아니한다.

② 검찰총장 및 각급 검찰청의 장은 오보 또는 추측성 보도를 한 언론기관 종사자에 대하여 제24조 제1호의 조치를 취할 수 있다.

## 제5장 수사 보안

제28조【수사보안 조치】 검찰총장 및 각급 검찰청의 장은 언론보도가 예상되는 사건의 내사 또는 수사와 관련하여 수사사건의 내용이 유출되지 않도록 적절한 조치를 취하여야 한다.

제29조【검사 및 수사관의 언론 접촉 금지】 ① 공보담당관이 아닌 검사 또는 수사관은 담당하고 있는 수사사건과 관련하여 기자 등 언론기관 종사자와 개별적으로 접촉할 수 없으며, 언론기관 종사자로 하여금 검사실이나 조사실을 출입하게 하여서는 아니 된다.

② 검사 또는 수사관이 전화나 그 밖의 방법으로 언론기관 종사자로부터 수사사건의 내용에 대한 질문을 받은 경우 다음과 같은 취지로 답변하여야 하며, 수사사건의 내용에 대하여 언급하여서는 아니 된다.

“저는 그 사건에 대하여 답변할 수 있는 위치가 아니며, 공보담당관에게 문의하시기 바랍니다.”

제30조【예외적 언론 접촉】 ① 제29조의 규정에 불구하고 수사사건에 대한 공보를 실시하는 사건에서 설명의 편의 등을 위하여 필요한 경우에는 검사 또는 수사관은

공보담당관의 승인을 받아 언론기관 종사자와 대면할 수 있다.

② 제1항의 대면을 마친 검사 또는 수사관은 즉시 그 내용을 공보담당관에게 보고하여야 한다.

## 제6장 보 칙

제31조【공보교육의 실시】 ① 검찰총장 및 각급 검찰청의 장은 매년 1회 이상 공보담당관과 소속 검사 및 수사관을 포함한 직원 전원을 대상으로 수사사건의 공보에 관한 교육을 실시하여야 한다.

② 제1항 중 공보담당관 이외의 자에 대한 교육은 공보담당관에게 위임할 수 있다.

③ 각급 검찰청의 장은 공보교육의 실시 내역을 법무부장관 및 검찰총장에게 보고하여야 한다.

제32조【위반행위에 대한 조치】 이 준칙에 위반하여 수사사건의 내용을 공개한 자가 있을 때에는 각급 검찰청의 장(대검찰청 중앙수사부 수사사건은 대검찰청 감찰부장)은 즉시 검찰총장에게 보고한 후 감찰을 실시하여 공개 경위, 내용, 이유 등을 조사하여야 한다.

제33조【승인서 등의 보관】 제12조 제2항, 제3항, 제19조 제2항, 제23조 제3항의 승인 및 보고에 관한 서면은 승인을 받거나 보고한 때부터 10년간 대검찰청 및 각급 검찰청의 공보담당관이 보관한다.

## 부 칙

제1조【시행일】 이 훈령은 발령한 날부터 시행한다.

제2조【재검토기한】 「훈령·예규 등의 발령 및 관리에 관한 규정」(대통령훈령 제248호)에 따라 이 훈령 발령 후의 법령이나 현실여건의 변화 등을 검토하여 이 훈령의 폐지, 개정 등의 조치를 하여야 하는 기한은 2016년 4월 22일까지로 한다.

공정한 재판을 받을 권리는 헌법이 규정한 재판을 받을 권리의 핵심적 내용이자 전제이며, 헌법이 궁극적 목적으로서 기본권을 보장함에 있어 실제적·절차적으로 실현하여야 할 기본 원칙이자 기본권 보장을 위해 권력분립이 요구되는 근본적인 이유이다. 근래 법원과 검찰에 대한 국민적 개혁 요구 역시 공정한 재판을 통한 사법정의의 실현 요구로 요약된다. 이를 위해서는 관련 법제의 운용상의 개선과 함께 그 입법적 개선도 요구된다. 우리 형법의 피의사실공표죄는 무죄추정의 원칙하에 피의자의 인격권을 핵심적 보호법익으로 하여 재판의 공정성을 실현하기 위한 기제의 하나로 입법되었으나, 여러 원인으로 인해 거의 사문화되어 있다. 입법론적 개선방안으로서는 1992년 형법 일부개정안에서 시도하였던 것과 같이 피의사실공표죄 규정을 개정하여 명예훼손죄와 같은 위법성 조각사유를 두거나, 공무원의 직무에 관한 다른 죄에 비해 재정신청의 요건을 까다롭게 한 형사소송법 제260조 제1항 단서 조항을 삭제하는 것, 피의사실공표에 의해 법관에게 부당한 예단을 갖게 하는 경우 공소제기절차의 법령 위배를 들어 공소기각 판결(형사소송법 제327조 제2호)을 하는 것 등을 생각할 수 있다.

관련하여, 공공기관이 보유·관리하는 정보가 공개대상이 됨에도 불구하고 “진행 중인 재판에 관련된 정보와 범죄의 예방, 수사, 공소의 제기 및 유지 ... 등에 관한 사항으로서 공개될 경우 ... 형사피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보”는 공개하지 아니할 수 있도록 한 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제4호의 규정, 그리고 형사재판확정기록의 열람·등사 신청에 대해서 누구든지 공익적 목적으로 소송기록의 열람 또는 등사를 신청할 수 있으나 소송기록의 공개로 인하여 사건관계인의 명예나 사생활의 비밀 또는 생명·신체의 안전이나 생활의 평온을 현저히 해할 우려가 있는 경우 제한할 수 있는 형사소송법 제59조의2 제2항 제3호의 규정 등의 취지도 형사절차에서 공정한 재판을 실현하고 당사자의 인격권을 보장하기 위한 것으로서, 피의사실공표죄의 개선 논의에 보다 넓은 맥락에서 시사점을 준다.

공정한 재판을 위한 헌법원칙으로서의 피의사실공표 금지의 취지를 현실에서 실질적으로 구현하기 위해 형법 제126조의 입법적 개선 방안을 논의함에 있어, 「인권보호 수사준칙」(법무부훈령 제556호) 및 「인권보호를 위한 수사공보준칙」(법무부훈령 제

903호)과 같은 구체적 실현 규정들에 대한 지속적 검토와 준수상황 확인이 핵심적으로 중요하다. 나아가 이와 함께 인권 보호를 위한 언론과 수사기관의 일관성 있는 자율적 확인이 요청된다. 즉, 공정한 재판의 실현 관점에서의 피의사실공표 법리의 검토에 있어서 언론의 범죄수사 및 재판 보도에 대한 제도적 규제 뿐 아니라 자율적 규제와 통제를 위한 기준의 정립도 반드시 함께 논의되어야 할 것이다. 현재 피의사실의 언론 보도 관련 실질적인 기준이 되고 있는 것은 법무부훈령(제903호) “인권보호를 위한 수사공보준칙”(제9조)이나 경찰청의 “인권보호를 위한 경찰관직무규칙”(제83조)으로서, 위 업무지침들에서는 원칙적으로 공소제기 전에는 수사 내용을 일절 공개하지 않도록 하고 있으나, 위에서 보았듯 다양한 예외를 규정하고 있다. 구체적으로 수사기관이 언론에게 공소제기 전 피의사실을 제공하는 경우의 조건과 허용되는 내용, 언론이 수사기관에 피의사실 제공을 요구할 수 있는지 여부, 언론의 피의사실 보도에 적용될 조건과 기준 등은 법령과 업무지침에서부터 언론의 심의규정과 윤리강령에까지 일관성 있게 규정되어야 한다.





## 제5장

결론: 공정한 재판의 실현을  
위한 피의사실공표죄의  
의의와 입법적 개선 방안





공정한 재판을 받을 권리는 헌법이 규정한 재판을 받을 권리의 핵심적 내용이자 전제이며, 헌법이 궁극적 목적으로서 기본권을 보장함에 있어 실제적·절차적으로 실현하여야 할 기본 원칙이자 기본권 보장을 위해 권력분립이 요구되는 근본적인 이유이다. 근래 법원과 검찰에 대한 국민적 개혁 요구 역시 공정한 재판을 통한 사법정치의 실현 요구로 요약된다. 이를 위해서는 관련 법제의 운용상의 개선과 함께 그 입법적 개선도 요구된다. 우리 형법의 피의사실공표죄는 무죄추정의 원칙하에 피의자의 인격권을 핵심적 보호법익으로 하여 재판의 공정성을 실현하기 위한 기제의 하나로 입법되었으나, 여러 원인으로 인해 거의 사문화되어있다.

비교법적 시사점은 수사단계 피의사실 공표와 보도 등에 있어 표현의 자유도 피의자의 인격권 보장을 위해 제한될 수 있으며 적절한 조화를 이룰 수 있는 균형점을 반영하여 기준이 정해져야 한다는 점이다. 우리 법원은 형법 제20조 정당행위 규정을 적절하게 적용하여 피의자의 인격권과 공동체구성원의 알 권리를 포함한 표현의 자유 사이의 조화와 균형을 찾고 있다고 볼 수 있다. 이는 피의자의 인격권 보호를 위해 공동체구성원의 알 권리 내지 표현의 자유를 과도하게 제한하는 것을 막기 위한 헌법합치적 해석의 결과이나, 이와 같은 해석을 통한 조화와 균형의 적용은 예측가능성을 낮추어 표현의 자유 행사에 위축효과를 가져올 우려가 있다.

입법론적 개선방안으로서는 1992년 형법 일부개정안에서 시도하였던 것과 같이 피의사실공표죄 규정을 개정하여 명예훼손죄와 같은 위법성 조각사유를 두거나, 공무원의 직무에 관한 다른 죄에 비해 재정신청의 요건을 까다롭게 한 형사소송법 제260조 제1항 단서 조항을 삭제하는 것, 피의사실공표에 의해 법관에게 부당한 예단을 갖게 하는 경우 공소제기절차의 법령 위배를 들어 공소기각 판결(형사소송법 제327조 제2호)을 하는 것 등을 생각할 수 있다.

관련하여, 공공기관이 보유·관리하는 정보가 공개대상이 됨에도 불구하고 “진행 중인 재판에 관련된 정보와 범죄의 예방, 수사, 공소의 제기 및 유지 ... 등에 관한 사항으로서 공개될 경우 ... 형사피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보”는 공개하지 아니할 수 있도록 한 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제4호의 규정, 그리고 형사재판확정기록의 열람·등사 신청

에 대해서 누구든지 공익적 목적으로 소송기록의 열람 또는 등사를 신청할 수 있으나 소송기록의 공개로 인하여 사건관계인의 명예나 사생활의 비밀 또는 생명·신체의 안전이나 생활의 평온을 현저히 해할 우려가 있는 경우 제한할 수 있는 형사소송법 제59조의2 제2항 제3호의 규정 등의 취지도 형사절차에서 공정한 재판을 실현하고 당사자의 인격권을 보장하기 위한 것으로서, 피의사실공표죄의 개선 논의에 보다 넓은 맥락에서 시사점을 준다.

나아가 공정한 재판의 실현 관점에서의 피의사실공표 법리의 검토에 있어서 언론의 범죄수사 및 재판 보도에 대한 제도적 규제 뿐 아니라 자율적 규제와 통제를 위한 기준의 정립도 반드시 함께 논의되어야 할 것이다. 현재 피의사실의 언론 보도 관련 실질적인 기준이 되고 있는 것은 법무부훈령(제903호) “인권보호를 위한 수사공보준칙”(제9조)이나 경찰청의 “인권보호를 위한 경찰관직무규칙”(제83조)으로서, 위 업무지침들에서는 원칙적으로 공소제기 전에는 수사 내용을 일절 공개하지 않도록 하고 있으나, 다양한 예외를 규정하고 있다. 구체적으로 수사기관이 언론에게 공소제기 전 피의사실을 제공하는 경우의 조건과 허용되는 내용, 언론이 수사기관에 피의사실 제공을 요구할 수 있는지 여부, 언론의 피의사실 보도에 적용될 조건과 기준 등은 법령과 업무지침에서부터 신문과 방송을 포함한 언론의 심의규정 내지 윤리강령에까지 일관성 있게 규정되어야 할 것이다. 이로써 공정한 재판을 위한 헌법원칙을 구현해 가고 사법에 대한 신뢰를 제고해 갈 수 있을 것이다.

## 참 고 문 헌

- 박상기, 손동권, 이순래, 「형사정책」(한국형사정책연구원, 2016).
- 박상기, 「독일형법사」(울곡출판사, 1993).
- 변종필, 「형사소송에서 진실개념」(고려대학교 대학원 박사학위논문, 1996).
- 성낙인, 「헌법학 제18판」(법문사, 2018).
- 신동운, 「신형사소송법 (제4판)」(법문사, 2012).
- 신동운 편, 「형사법령제정자료집(I) 형법」(형사정책연구원, 1990).
- 신현주, 「형사소송법 (신정2판)」(박영사, 2002).
- 이재상, 「형사소송법 (제6판)」(박영사, 2001).
- 이정훈, 「범죄보도와 형사상의 제문제」(서울대학교 법학대학원 석사학위논문, 1997).
- 이진국, 도중진, 「무죄추정원칙에 관한 연구」(한국형사정책연구원, 법제현안 2005-3, 2005).
- 정선철, 「피의사실의 공표·보도로 인한 인격권의 침해와 구제」(서울대학교 법학대학원 석사학위논문, 2013).
- 정영훈, 「무죄추정에 관한 연구」(고려대학교 대학원 법학과 박사학위청구논문, 2011).
- 정종섭, 「헌법학원론」(박영사, 2008).
- 정태욱, 「자유주의 법철학」(한울아카데미, 2007).
- 허영, 「한국헌법론」(박영사, 2011).
- — —
- 강일신, “과잉금지원칙의 논증방식-침해최소성·법익균형성 심사를 중심으로”(충남대학교 법학연구 제30권 제1호, 2019).
- 고일광, “지방자치법 제111조 제1항 제3호 위헌확인”, 「헌법재판소결정해설집 (2010년)」(헌법재판소, 2011).
- 곽창욱, “수사관계공직자에 의한 피의사실공표에 관하여”(대한변호사협회지, 통권 79호, 1982).
- 김경선, “위장된 구속사유”, 「영장실질심사제도Ⅱ:이론적 기초와 논리」(법원행정처, 1997).

- 김기창, “피의사실 보도의 문제점” (피의사실공표와 인권침해 공청회 자료집, 국가인권위원회, 2005).
- 김문현, “평등에 관한 헌법재판소판례의 다단계위헌심사기준에 대한 평가” (미국헌법연구 제17권2호, 2006).
- 김선택, “기본권체계” (헌법논총 제10집, 1999).
- 김성룡, “대중매체를 통한 범죄혐의보도와 형사사법 - 독일의 논의를 중심으로 - ” (형사정책연구 25권 4호, 2014),
- 김원희, “제14조 공정한 재판을 받을 권리” (공익과 인권 제3권 제1호, 2006).
- 김재운, “피의사실공표죄 관련 법적 쟁점 고찰” (언론중재, 2010).
- 김철수, “무죄추정론” (대한변호사협회지 제70호, 1981.9.).
- 김현귀, “변호인 조력의 헌법적 보장” (헌법재판연구원, 2018).
- 김현철, “무죄추정원칙에 관한 헌법재판소 판례 검토 - 현재 2010.9.2. 2010헌마418 결정에 대한 평석을 중심으로 - ” (법학논총 제32집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2012).
- 도중진, “공무원의 직무에 관한 죄의 효율적 개정방안” (조선대학교 법학연구소 법학논총 제23권 제1호, 2016).
- 문성도, “피의사실공표의 형법적 한계: 피의사실공표죄를 중심으로” (치안정책연구 제15호, 2001).
- 문재완, “피의사실공표죄의 헌법적 검토” (세계헌법연구 제20권 3호, 2004).
- 성정엽, “비례원칙과 기본권” (저스티스 제136호, 2013.6.).
- 신동운, “무죄추정의 원칙과 검사의 기소유예처분” (서울대학교 법학 제83호, 1990).
- 안성수, “피의사실 공표죄의 적용과 한계” (인권과 정의 396권, 2009.8.).
- 양삼승, “공공이익에 한해 공표 허용해야” (신문과 방송, 통권 제271호, 1993).
- 이근우, “중간수사발표에 대한 피의사실공표죄 적용의 몇 가지 쟁점” (비교형사법연구 제10권 제1호, 2008).
- 이재석, “수사와 인권” (비교형사법적 연구 제5권 제2호 특집호, 한국비교형사법학회, 2003).
- 이재홍, “과잉금지원칙의 논증구조-침해의 최소성원칙을 중심으로” (저스티스 제163호, 2017.12.).

- 이준일, “피의사실공표죄의 헌법적 정당화” (고려법학 제47권, 2006),
- 이혜미, “형법상 피의사실공표죄의 적용범위와 개선방안” (국회입법조사처 「이슈와 논점」 제472호, 2012),
- 임지봉, “고위공직자비리수사처 법안들에 대한 입법평론” (입법학연구 제15집 제2호, 2018.8.),
- 정동욱, “무죄의 추정” (고시연구 제188호, 1989).
- 정한중, “미국에서의 범죄보도의 자유와 공정한 형사절차” (미국헌법연구 제24권 제1호, 2013).
- 조기영, “피의사실공표죄의 구성요건요소 해석: ‘피의사실’과 ‘공표’의 의미를 중심으로” (형사법연구 제24권 제2호, 2012).
- 최영승, “고위공직자범죄수사처 설치에 따른 바람직한 입법방향의 모색” (형사법연구 제29권 제4호, 2017).
- 하태훈, “수사공보준칙과 피의사실공표죄” (안암법학 제48권, 2015.9.).
- 한수용, “절차와 조직에 의한 기본권보장” (중앙법학 제18권 1호, 2016).
- 허황, “수사단계에서의 피의자 얼굴등 신상정보의 공개와 관련된 형사법적·헌법적 문제” (형사소송 이론과 실무 제9권 제1호, 2017.6.).
- Bruce A. Ackerman, “Beyond Carolene Products,” 98 Harvard Law Review 713 (1985).
- Jeffrey M. Shaman, “Cracks in the Structure: The Coming Breakdown of the Levels of Scrutiny,” 45 Ohio State Law Journal 161 (1984).
- — —
- 「피의사실공표죄의 적용과 한계」 (대한변호사협회 토론회 자료집, 인권과 정의 396호, 2009.8.).
- 「피의사실공표와 경찰관직무집행법위반 사건 처리 통계 (검찰연감 발췌)」 (박주민의원실 2017.10.6. 보도자료).
- 「형법 일부개정법률안 (박상천의원 대표발의) 검토보고서」 (사법제도개혁특별위원회, 2010).
- 「형법개정법률안 제안이유서」 (법무부, 1992.10.).
- 「UNITED STATES ATTORNEY’S MANUAL」 I-7.000이하(CONFIDENTIALITY AND

참고문헌

MEDIA CONTACTS POLICY).  
「ABA STANDARDS FOR CRIMINAL JUSTICE: PROSECUTION FUNCTIONS  
STANDARDS」 3-1.4.(PUBLIC STATEMENTS).



## [첨부1] 우리나라의 피의사실공표 주요 사례 정리

### [서울중앙지방법원]

#### 1. 황기철 전 해군참모총장

서울중앙지방법원 2015.10.5. 선고 2014고합1347 판결 (무죄)

서울고등법원 2016.2.24. 선고 2015노2866 판결 (항소기각)

대법원 2016.9.23. 선고 2016도3957 판결 (상고기각)

#### 2. 이석채 전 KT 회장

서울중앙지방법원 2015.9.24. 선고 2014고합422 판결 (무죄)

서울고등법원 2016.5.27. 선고 2015노2913 판결 (일부 유죄)

대법원 2017.5.30. 선고 2016도9027 판결 (무죄취지 환송)

서울고등법원 2018.4.26. 선고 2017노1669 판결 (무죄)

#### 3. 민영진 전 (주)KT&G 대표이사

서울중앙지방법원 2016.6.23. 선고 2016고합14 판결 (무죄)

서울고등법원 2017.2.17. 선고 2016노2001 판결 (항소기각),

대법원 2017.6.15. 선고 2017도4128 판결 (상고기각)

#### 4. 정연주 전 KBS 사장

서울중앙지방법원 2009.8.18. 선고 2008고합887 판결 (무죄)

서울고등법원 2010.10.28. 선고 2009노2302 판결 (항소기각)

대법원 2012.1.12. 선고 2010도15129 판결 (상고기각)

#### 5. 백복인 KT&G 대표이사

서울중앙지방법원 2017.2.2. 선고 2016고합525 판결 (무죄)

서울고등법원 2017.10.13. 선고 2017노499 판결 (항소기각) (확정)

6. 정옥근 전 해군참모총장
  - 서울중앙지방법원 2016.8.18. 선고 2015고합627 판결 (무죄)
  - 서울고등법원 2017.1.24. 선고 2016노2719 판결 (항소기각)
  - 대법원 2017.10.31. 선고 2017도2412 판결 (상고기각)
  
7. 정준양 전 포스코 회장
  - 서울중앙지방법원 2017.1.13. 선고 2015고합981판결 (무죄)
  - 서울고등법원 2017.11.15. 선고 2017노389 판결 (항소기각 확정)
  
8. 이완구 (전 총리)
  - 서울중앙지방법원 2016.1.29. 선고 2015고합569 판결 (집행유예)
  - 서울고등법원 2016.9.27. 선고 2016노505 판결 (무죄)
  - 대법원 2017.12.22. 선고 2016도15868 판결 (상고기각 확정)
  
9. 홍원식 남양유업 회장
  - 서울중앙지방법원 2015.9.4. 선고 2014고합46 판결 (집행유예)
  - 서울고등법원 2016.1.13. 선고 2015노791 판결  
(자백하는 자본시장법위반죄만 유죄, 벌금)
  - 대법원 2018.4.12. 선고 2016도 1403 판결 (상고기각 확정)
  
10. 변양호 전 재정경제부 금융정책국장
  - 서울중앙지방법원 2008.11.24. 2006고합1352 판결 (무죄)
  - 서울고등법원 2009.12.29. 선고 2008노3201, 2008노3330(병합) 판결 (무죄)
  - 대법원 2010.10.14. 선고 2010도387 판결 (상고기각)
  
11. 증권사 임원 등(이른바 스캘퍼 사건)
  - 가. 김병철 대신증권(주) IT본부장 / 노정남 대신증권(주) 대표이사
    - 서울중앙지방법원 2011.11.28. 선고 2011고합600 판결 (무죄)

서울고등법원 2013.1.17. 선고 2011노3527 판결 (항소기각)  
대법원 2014.2.13. 선고 2013도1206 판결 (상고기각)

나. 이혁원 금융기관임원, 제갈걸 금융기관임원

서울중앙지방법원 2011.12.15. 선고 2011고합601 판결 (무죄)  
서울고등법원 2013.4.11. 선고 2011노3676 판결 (항소기각)  
대법원 2014.1.16. 선고 2013도4538 판결 (상고기각)

다. 나효승 등 10명

- 1) 나 효 승 유진투자증권 고문
- 2) 박 찬 형 유진투자증권 경영기획실 상무보
- 3) 유 흥 수 LIG투자증권 대표이사
- 4) 오 성 희 LIG투자증권 IT팀장
- 5) 주 영 근 삼성증권 PBS 사업부장
- 6) 박 준 현 삼성자산운용 사장
- 7) 이 택 하 한맥투자증권 대표이사
- 8) 전 민 수 한맥투자증권 상무
- 9) 임 기 영 대우증권 대표이사
- 10) 권 순 동 대우증권 마포지점장

서울중앙지방법원 2011.12.30. 선고 2011고합604 판결 (무죄)  
서울고등법원 2013.6.28. 선고 2012노191 판결 (항소기각)  
대법원 2014.1.16. 선고 2013도8700 판결 (상고기각)

라. 박상욱 금융업(에스프레야 사장) / 정재준 에스프레야 부사장

서울중앙지방법원 2011.12.30. 선고 2011고합605 판결 (무죄)  
서울고등법원 2014.4.17. 선고 2012노187 판결 (항소기각 확정)

- 마. 박선무 금융기관직원 / 최경수 금융기관직원  
 서울중앙지방법원 2012.1.31. 선고 2011고합599 판결 (무죄)  
 서울고등법원 2013.3.29. 선고 2012노506 판결 (항소기각)  
 대법원 2014.1.16. 선고 2013도4064 판결 (상고기각)

## 12. 포르말린 통조림

- 가. 이길성 (사업), 식품위생법위반  
 서울중앙지방법원 1999.4.1. 선고 98고단6563 판결 (무죄)  
 서울중앙지방법원 2000.5.18. 선고 99노3853 판결 (항소기각)  
 대법원 2000.9.26. 선고 2000도2552 판결 (상고기각)

- 나. 노권호 (회사대표), 식품위생법위반  
 서울중앙지방법원 1999.2.10. 선고 98고단6564 판결 (무죄)  
 서울중앙지방법원 2000.7.27. 선고 99노2128 판결 (항소기각)  
 대법원 2000.10.27. 선고 2000도3787 판결 (상고기각)

- 다. 이종순 (회사대표), 서기복(회사원),  
 보건범죄단속에관한특별조치법위반(부정식품제조등)  
 서울중앙지방법원 1999.1.22. 선고 98고합653 판결 (무죄)  
 서울고등법원 2000.5.18. 선고 99노424 판결 (항소기각)  
 대법원 2001.3.9. 선고 2000도2341 판결 (상고기각)

## 13. 우지 라면

- 가. 서정호, 전 삼양식품공업주식회사 부회장
- 나. 안인수, 전 삼양식품공업주식회사 상무이사
- 다. 계응환, 전 주식회사 삼립유지 대표이사
- 라. 임승해, 전 주식회사 삼립유지 총무본부장

- 마. 서성훈, 주식회사 서울하인즈 대표이사
- 바. 이종국, 주식회사 서울하인즈 상무이사
- 사. 함태호, 오투기식품주식회사 대표이사
- 아. 김선명, 전 오투기식품주식회사 영업부장
- 자. 석상억, 부산유지화학공업사 사장
- 차. 이상훈, 부산유지화학공업사 상무이사
- 카. 삼양식품 주식회사(전 삼양식품공업주식회사)
- 타. 주식회사 삼립유지
- 파. 주식회사 서울하인즈
- 하. 오투기식품 주식회사

서울중앙지방법원 1994.1.27. 선고 89고합1346 판결 (유죄)

서울고등법원 1995.7.14. 선고 94노611판결 (무죄)

대법원 1997.8.26. 선고 95도1921 판결 (상고기각)

#### [제주지방법원]

- 14. 홍영환, 사회복지시설(예향원) 운영
  - 제주지방법원 2015.4.16. 선고 2014고정386 판결 (벌금형의 선고유예)
  - 제주지방법원 2016.2.18. 선고 2015노196 판결 (제1심판결 파기, 무죄)
  - 대법원 2016.6.9. 선고 2016도3988 판결 (검사 상고 기각, 확정)

#### [경찰, 검찰 단계 보도자료 : 검찰 무혐의처분 사례]

- 15. 유상무(개그맨) 사건
  - 경찰, 강간미수 혐의, 기소의견 검찰 송치
  - 검찰, 강간미수 혐의, 무혐의처분

16. 이진욱(배우) 사건

경찰, 강간 혐의, 출국금지 조치

검찰, 강간 혐의, 무혐의처분

※ 고소인에 대한 무고사건

서울중앙지방법원 2017.6.14. 선고 2016고단9011 판결 (무죄)

서울중앙지방법원 2018.2.7. 선고 2017노2323 판결

(제1심 판결 파기, 징역 8개월, 집행유예 2년, 확정)

[첨부2] 미연방법무부 연방검사 업무지침 ( 「United States Attorney's Manual」 ) 1-7,000 CONFIDENTIALITY AND MEDIA CONTACTS POLICY

1-7.000 – CONFIDENTIALITY AND MEDIA CONTACTS POLICY

[updated April 2018]

1-7.001	Purpose
1-7.100	General Need for Confidentiality
1-7.110	Unauthorized Disclosures of Classified Information
1-7.120	Whistleblower Protections
1-7.200	Designation of Media Representative
1-7.210	Reporting Media Contacts
1-7.300	Department of Justice Components
1-7.310	United States Attorneys
1-7.400	Disclosure of Information Concerning Ongoing Criminal, Civil, or Administrative Investigations
1-7.410	Comments on Requests for Investigations
1-7.500	Release of Information in Criminal, Civil, and Administrative Matters — Disclosable Information
1-7.510	Disclosure of Information Concerning Person's Prior Criminal Record
1-7.600	Release of Information in Criminal, Civil, and Administrative Matters — Non-Disclosure
1-7.610	Concerns of Prejudice
1-7.700	Guidance for Media Contacts
1-7.710	Assisting the News Media
1-7.800	Freedom of Information (FOIA)
1-7.900	Office of the Inspector General

## 1-7.001 Purpose

The Department of Justice (DOJ) Confidentiality and Media Contacts Policy (the Policy) applies to all DOJ personnel, including employees, contractors, detailees, and task force partners.

The Policy governs the protection and release of information that DOJ personnel obtain in the course of their work, and it balances four primary interests: (1) an individual's right to a fair trial or adjudicative proceeding; (2) an individual's interest in privacy; (3) the government's ability to administer justice and promote public safety; and (4) the right of the public to have access to information about the Department of Justice.

The Policy provides internal guidance only and does not create any rights enforceable in law or otherwise. DOJ components may promulgate more specific policies, consistent with and subject to this Policy.

## 1-7.100 General Need for Confidentiality

Much of DOJ's work involves non-public, sensitive matters. Disseminating non-public, sensitive information about DOJ matters could violate federal laws, employee non-disclosure agreements, and individual privacy rights; put a witness or law enforcement officer in danger; jeopardize an investigation or case; prejudice the rights of a defendant; or unfairly damage the reputation of a person.

DOJ personnel should presume that non-public, sensitive information obtained in connection with work is protected from disclosure, except as needed to fulfill official duties of DOJ personnel, and as allowed by court



order, statutory or regulatory prescription, or case law and rules governing criminal and civil discovery. Other than as necessary to fulfill DOJ official duties, disclosure of such information to anyone, including to family members, friends, or even colleagues, is prohibited and could lead to disciplinary action. Unauthorized disclosures of sensitive personal or proprietary information could lead to criminal prosecution or administrative action.

#### **1.7.110 Unauthorized Disclosures of Classified Information**

Only DOJ personnel with the appropriate security clearance and a specific need to know should have access to classified information. Those with access must take every precaution to ensure that such information is safeguarded.

It is against the law to disclose classified information to someone not authorized to receive it. Deliberate unauthorized disclosures of classified information, which can endanger national security and undermine DOJ's law enforcement and intelligence work, will be prosecuted to the fullest extent of the law. DOJ will also pursue all available administrative remedies, including revocation of a security clearance or disciplinary action up to termination of employment.

#### **1-7.120 Whistleblower Protections**

DOJ personnel may report to their management or to the Office of the Inspector General (OIG) any concerns they have with government policies or actions. It is illegal under 5 U.S.C. § 2302 for a Department employee to "take or fail to take, or to threaten to take or fail to take," a personnel action against a Department employee or applicant in reprisal for making a

protected disclosure involving (1) any violation of any law, rule or regulation, (2) gross mismanagement, (3) a gross waste of funds, (4) an abuse of authority, or (5) a substantial danger to public health or safety, or for cooperating with or disclosing information to the OIG or the U.S. Office of Special Counsel.

Nothing in this Policy is intended to conflict with or limit whistleblower protections, such as those provided in 5 U.S.C. §§ 2302–2303 and applicable regulations. Rather, the provisions of this Policy “are consistent with and do not supersede, conflict with, or otherwise alter the employee obligations, rights, or liabilities created by existing statute or Executive order relating to (1) classified information, (2) communications to Congress, (3) the reporting to an Inspector General of a violation of any law, rule, or regulation, or mismanagement, a gross waste of funds, an abuse of authority, or a substantial and specific danger to public health or safety, or (4) any other whistleblower protection. The definitions, requirements, obligations, rights, sanctions, and liabilities created by controlling Executive orders and statutory provisions are incorporated into this [Policy] and are controlling.” 5 U.S.C. § 2302(b)(13).

For more information on whistleblower rights and protections, see the Whistleblower Protection page on OIG’s website at <https://oig.justice.gov/hotline/whistleblower-protection.htm>.

#### **1–7.200 Designation of Media Representative**

Each United States Attorney’s Office and DOJ component field office shall designate at least one person to act as a point of contact on matters pertaining to the media. The DOJ Office of Public Affairs (OPA) shall

designate a media point of contact for Main Justice components.

#### **1-7.210 Reporting Media Contacts**

DOJ personnel must report to their designated media representative any contact with a member of the media about a DOJ matter. DOJ components may, as they deem appropriate, exclude from this requirement the ministerial confirmation of matters of public record, such as the spelling of a charged defendant's name or the date of the next court hearing. If the contact concerns suspected classified or grand jury subject matter, DOJ personnel must immediately notify a supervisor.

#### **1-7.300 Department of Justice Components**

Public affairs officers at the headquarters level of DOJ components are responsible for coordinating news media contacts with the Director of OPA.

#### **1-7.310 United States Attorneys**

Each of the 93 United States Attorneys will exercise discretion and sound judgment, consistent with this Policy, as to matters affecting their own district, but must coordinate their news media contacts with OPA in cases that transcend their district or are of national importance. The United States Attorney has responsibility for all matters involving the local media.

#### **1-7.400 Disclosure of Information Concerning Ongoing Criminal, Civil, or Administrative Investigations**

Any communication by DOJ personnel with a member of the media relating

to a pending investigation or case must be approved in advance by the appropriate United States Attorney or Assistant Attorney General, except in emergency circumstances. For administrative investigations not overseen by a U.S. Attorney or Assistant Attorney General, approval must be obtained from the Assistant Attorney General for Administration. Where the investigation is being handled by the Office of the Inspector General, approval must come from the Inspector General.

DOJ generally will not confirm the existence of or otherwise comment about ongoing investigations. Except as provided in subparagraph C of this section, DOJ personnel shall not respond to questions about the existence of an ongoing investigation or comment on its nature or progress before charges are publicly filed.

When the community needs to be reassured that the appropriate law enforcement agency is investigating a matter, or where release of information is necessary to protect the public safety, comments about or confirmation of an ongoing investigation may be necessary, subject to the approval requirement in subparagraph A.

#### **1-7.410      Comments on Requests for Investigations**

Individuals, groups, and organizations occasionally send letters requesting that a person or entity be investigated for violations of law. Sometimes, the requestor then publicizes the request.

Receipt of a request to open an investigation may be publicly acknowledged, but care should be taken to avoid implying that the referral will lead to an investigation. There is a distinction between reviewing a request and

opening an investigation.

Any acknowledgment, which must be approved by the appropriate United States Attorney or Assistant Attorney General, should state that such requests are referred to the proper investigative agency for review, that all allegations are reviewed in light of the Principles of Federal Prosecution (see JM 9-27,000), and that DOJ ordinarily does not confirm or deny the existence of an investigation.

The same considerations apply if there is an investigation already underway.

#### **1-7,500 Release of Information in Criminal, Civil, and Administrative Matters — Disclosable Information**

Subject to limitations imposed by law or court rule or order, and consistent with the provisions of this Policy, DOJ personnel may make public the following information in any criminal case in which charges have been brought:

The defendant's name, age, residence, employment, marital status, and similar background information;

The substance of the charge, as contained in the complaint, indictment, information, or other public documents;

The identity of the investigating or arresting agency and the length and scope of the investigation; and

The circumstances immediately surrounding an arrest, including the time

and place of arrest, resistance, pursuit, possession and use of weapons, and a description of physical items seized during the arrest.

A news release issued before a finding of guilt should state that the charge is merely an accusation, and the defendant is presumed innocent until proven guilty.

In civil and administrative cases, subject to limitations imposed by law or court rule or order, and consistent with the provisions of this Policy, DOJ personnel may release similar identification material regarding parties and the concerned government agency or program, along with a summary of the claim and an explanation of the government's interest.

The public policy significance of a case may be discussed by the appropriate United States Attorney or Assistant Attorney General when doing so would further law enforcement goals.

#### **1-7.510 Disclosure of Information Concerning Person's Prior Criminal Record**

During an investigation or before trial, DOJ personnel generally may not provide to the media any information concerning a person's prior criminal record. When a prior conviction is an element of the current charge, such as in the case of a felon in possession of a firearm, DOJ personnel may confirm the identity of the defendant and the general nature of the prior charge if such information is part of the public record in the case.

#### **1-7.600 Release of Information in Criminal, Civil, and Administrative Matters—Non-Disclosure**

DOJ personnel shall not make any statement or disclose any information that reasonably could have a substantial likelihood of materially prejudicing an adjudicative proceeding.

#### 1-7.610 Concerns of Prejudice

Because the release of certain types of information could prejudice an adjudicative proceeding, DOJ personnel should refrain from disclosing the following, except as appropriate in the proceeding or in an announcement after a finding of guilt:

Observations about a defendant's or party's character;

Statements, admissions, confessions, or alibis attributable to a defendant or party, or the refusal or failure of the accused to make a statement;

Reference to investigative procedures, such as fingerprints, polygraph examinations, ballistic tests, or forensic services, including DNA testing, or to the refusal by the defendant to submit to such tests or examinations;

Statements concerning the identity, testimony, or credibility of prospective witnesses;

Statements concerning anticipated evidence or argument in the case; and

Any opinion as to the defendant's guilt, or the possibility of a plea of guilty to the offense charged, or the possibility of a plea to a lesser offense.

DOJ personnel should not encourage or assist news media in photographing

or televising a person held in custody. DOJ personnel should not voluntarily disclose a photograph of a defendant unless it serves a law enforcement function or unless the photograph is already part of the public record in the case.

#### **1-7.700      Guidance for Media Contacts**

Press conferences should be held only for significant newsworthy actions, or if an important law enforcement purpose would be served. Before holding a press conference or making comments on a pending investigation regarding another DOJ component, the U.S. Attorney or Assistant Attorney General shall coordinate any comments, including written statements, with the affected component.

There are circumstances when media contact may be appropriate after indictment or other formal charge, but before conviction. In such cases, communications with the media should be limited to the information contained in publicly available material, such as an indictment or other public pleadings.

DOJ personnel must avoid making public statements that violate DOJ guidelines, regulations, or legal requirements, including those imposed by case law, applicable bar policies, and local court rules.

In juvenile proceedings, special rules apply and should be followed to ensure that the identity of a minor is not revealed. See JM 9-8.000, et al.

In cases where the IRS has provided information to DOJ, care should be taken to comply with applicable statutory disclosure provisions, including 26



U.S.C. § 6103. When communicating with the media, DOJ personnel should attribute the immediate sourcing of information to the public record of the judicial proceeding. No information should be provided from IRS materials, even if those materials are located in DOJ files.

In clemency matters, DOJ acts both as prosecutor and as advisor to the President. Any communications concerning clemency should be approved by OPA and the Deputy Attorney General to ensure that there is no infringement upon the President's prerogative in exercising his clemency powers.

#### **1-7.710      Assisting the News Media**

DOJ personnel shall not prevent lawful efforts by the news media to record or report about a matter, unless by reason of a court order. DOJ personnel may enforce access restrictions that apply to all persons, such as a crime scene perimeter.

In order to promote the aims of law enforcement, including the deterrence of criminal conduct and the enhancement of public confidence, DOJ personnel, with the prior approval of the appropriate United States Attorney or Assistant Attorney General, may assist the news media in recording or reporting on a law enforcement activity. The United States Attorney or Assistant Attorney General shall consider, among other things, whether such assistance would: Unreasonably endanger any individual; Prejudice the rights of any person; or Be otherwise proscribed by law.

In cases where a search warrant or arrest warrant is to be executed, no advance information will be provided to the news media without the express

approval of the appropriate United States Attorney or Assistant Attorney General. This requirement also applies to operations in preparation for the execution of a warrant.

#### **1-7.800 Freedom of Information (FOIA)**

Nothing contained in this Policy is intended to control access to DOJ records under the Freedom of Information Act (FOIA).

#### **1-7.900 Office of the Inspector General**

Consistent with the independence of its operations under the Inspector General Act of 1978, OIG is exempt from the requirements of this Chapter regarding media contacts and approvals. OIG should, however, timely inform the Attorney General, or the Deputy Attorney General upon delegation, about any significant media issues in matters handled by OIG.

[첨부3] 미국변호사협회(ABA) 형사절차 기준 ( 「ABA Standards for Criminal Justice: Prosecution Functions Standards」 ) 3-1.4. Public Statements

ABA Criminal Justice Standards: PROSECUTION FUNCTIONS STANDARDS [as of June 16, 2016]

PART I. GENERAL STANDARDS

Standard 3-1.1 The Function of the Standards

Standard 3-1.2 The Function of the Prosecutor

Standard 3-1.3 Conflicts of Interest

Standard 3-1.4 Public Statements

Standard 3-1.5 Duty to Respond to Misconduct

PART II. ORGANIZATION OF THE PROSECUTION FUNCTION

Standard 3-2.1 Prosecution Authority to be Vested in a Public Official

Standard 3-2.2 Interrelationship of Prosecution Offices Within a State

Standard 3-2.3 Assuring High Standards of Professional Skill

Standard 3-2.4 Special Assistants, Investigative Resources, Experts

Standard 3-2.5 Prosecutor's Handbook; Policy Guidelines and Procedures

Standard 3-2.6 Training Programs

Standard 3-2.7 Relations With Police

Standard 3-2.8 Relations With the Courts and Bar

Standard 3-2.9 Prompt Disposition of Criminal Charges

Standard 3-2.10 Supercession and Substitution of Prosecutor

Standard 3-2.11 Literary or Media Agreements

### PART III. INVESTIGATION FOR PROSECUTION DECISION

Standard 3–3.1 Investigative Function of Prosecutor

Standard 3–3.2 Relations With Victims and Prospective Witnesses

Standard 3–3.3 Relations With Expert Witnesses

Standard 3–3.4 Decision to Charge

Standard 3–3.5 Relations With Grand Jury

Standard 3–3.6 Quality and Scope of Evidence Before Grand Jury

Standard 3–3.7 Quality and Scope of Evidence for Information

Standard 3–3.8 Discretion as to Noncriminal Disposition

Standard 3–3.9 Discretion in the Charging Decision

Standard 3–3.10 Role in First Appearance and Preliminary Hearing

Standard 3–3.11 Disclosure of Evidence by Prosecutor

### PART IV. PLEA DISCUSSIONS

Standard 3–4.1 Availability for Plea Discussions

Standard 3–4.2 Fulfillment of Plea Discussions

Standard 3–4.3 Record of Reasons for Nolle Prosequi Disposition

### PART V. THE TRIAL

Standard 3–5.1 Calendar Control

Standard 3–5.2 Courtroom Professionalism

Standard 3–5.3 Selection of Jurors

Standard 3–5.4 Relations With Jury

Standard 3–5.5 Opening Statement

Standard 3-5.6 Presentation of Evidence

Standard 3-5.7 Examination of Witnesses

Standard 3-5.8 Argument to the Jury

Standard 3-5.9 Facts Outside the Record

Standard 3-5.10 Comments by Prosecutor After Verdict

PART VI. SENTENCING

Standard 3-6.10 Role in Sentencing

Standard 3-6.20 Information Relevant to Sentencing

**Standard 3-1.4. Public Statements**

(a) A prosecutor should not make or authorize the making of an extrajudicial statement that a reasonable person would expect to be disseminated by means of public communication if the prosecutor knows or reasonably should know that it will have a substantial likelihood of prejudicing a criminal proceeding.

(b) A prosecutor should exercise reasonable care to prevent investigators, law enforcement personnel, employees, or other persons assisting or associated with the prosecutor from making an extrajudicial statement that the prosecutor would be prohibited from making under this Standard.



공정한 재판의 실현을 위한 헌법원칙에 관한 연구

---

발행일 | 2019년 5월

발행처 | 법원행정처

서울 서초구 서초대로 219

Tel : (02)3480-1247

연구자 | 사단법인 한국헌법학회

인쇄처 | 주식회사 성우애드컴

Tel : (02)890-0900

---

〈비매품〉