

공 개 세 미 나

“노회찬 전의원 사건과 국회 입법 과제”

- 일시 : 2013년 4월 5일(금) 09:30
- 장소 : 국회의원회관 제1세미나실
- 주최 : 민주통합당 유승희 의원,
민주통합당 진선미 의원,
민주사회를위한변호사모임,
민주주의법학연구회,
진보네트워크센터,
투명사회를위한정보공개센터

공 개 세 미 나

“노회찬 전의원 사건과 국회 입법 과제”

- 일시: 2013년 4월 5일(금) 09:30
- 장소: 국회의원회관 제1세미나실

사회 : 이호중 교수 (서강대학교 법학전문대학원)

09:30~09:40	인사말 축사
09:40~10:40	1부 통신의 비밀과 공익 <input type="checkbox"/> 발제 : 오병두 교수 (홍익대학교 법과대학) <input type="checkbox"/> 토론 : 박경신 교수 (고려대학교 법학전문대학원), 박성철 변호사 (민주사회를 위한 변호사 모임), 장여경 활동가 (진보네트워크센터)
10:40~11:40	2부 국민의 알권리와 면책특권 <input type="checkbox"/> 발제 : 한상희 교수 (건국대학교 법학전문대학원) <input type="checkbox"/> 토론 : 박주민 변호사 (민주사회를위한변호사모임), 전진한 소장 (투명사회를 위한 정보공개센터), 조성대 교수 (한신대학교 국제관계학부)
11:40~12:00	전체 토론

통신의 비밀과 공익

- ‘공익적 보도와 고발’에 의한 대화비밀공개행위를 중심으로 -

오병두 교수 (홍익대학교 법과대학)

< 차례 >

- I. 들어가며
- II. 대화비밀공개죄의 의의와 외국의 입법례
- III. 공익적 보도 및 고발의 면책과 관련한 통신비밀보호법 개정법률안
- IV. 공익적 보도 및 고발의 면책을 위한 입법론
- V. 나오며

I. 들어가며

1. 2013년 노회찬 의원에 대한 유죄판결이 확정됨으로써, 옛 안기부의 도청파일(이하 “X파일”) 사건은 - 정치적인, 또는 사회적인 차원으로는 별론 - 일단 사법적으로 마무리되었다. X파일 사건은 일상적으로 이루어진 국가기관 불법도청, 대화 당사자와 등장인물이 보여주는 한국의 정관계의 유착현상 등 한국사회의 어두운 단면을 적나라하게 보여주었다. X파일 사건이 쟁점이 된 형사 사건은 두 개가 있다. 그 하나는 ‘M방송사의 L기자 사건’(이하 “선행사건”)¹⁾²⁾이고 다른 하나는

- 1) 피고인은 L기자 외에 J잡지사 K기자도 있으나 이하에서는 1차적 ‘보도자’인 L기자를 중심으로 검토하기로 한다(논의를 위하여 필요한 경우에 한하여 K기자와 관련된 쟁점도 언급하기로 한다). 제1심 법원은 L기자에게 무죄를 선고하였으나(서울중앙지방법원 2006. 8. 11. 선고 2006고합177 판결, K기자는 징역 6월 및 자격정지 1년에 대한 선고유예 선고), 제2심 법원은 징역 6월에 자격정지 1년과 형 선고유예를 선고하였고(서울고등법원 2006.11.23. 선고 2006노1725 판결, K기자에 대해서는 항소기각) 그에 대하여 피고인들이 상고하였으나 대법원에서 기각되었다(대법원 2011.3.17. 선고 2006도8839 전원합의체 판결, K기자에 대해서도 상고기각).
- 2) 선행사건을 다룬 글은 다수가 있다. 일반론이 아닌 특히 판결 자체에 관한 평석만 보자면, 제2심 판결을 다룬 것으로는, 조국(2008), “불법도청에 관여하지 않은 언론의 도청결과물 보도의 위법성조각: ‘X파일’ 보도사건을 중심으로”, 월간 法曹 통권 627호(법조협회, 2008. 12), 185-217쪽; 이승선(2007), “공적 인물의 통신비밀보호와 공적 관심사에 대한 언론보도의 자유: ‘안기부 X파일’ 사건에 대한 서울고법 2006노1725판결을 중심으로”, 한국언론정보학회 통권 제38호(한국언론정보학회, 2007 여름), 211-246쪽; 허순철(2007), “언론의 자유와 통신비밀: 안기부 X파일 사건과 미국연방대법원 판례와의 비교를 중심으로”, 헌법학연구 제13권 제3호(제2책)(한국헌법학회, 2007. 9), 663-698쪽 등이 있고, 대법원 판결을 다룬 것으로는 조국(2012), “‘삼성 X파일’ 보도 및 공개사건 판결 비판-대법원 2011.3.17. 선고 2006도8839 판

노회찬 전 의원 사건(이하 “후행사건”)이다.³⁾⁴⁾ 양 사건은 ‘언론 보도’와 ‘떡값 검사의 실명공개를 통한 수사추구’라는 표현으로 압축될 수 있다.⁵⁾ 이러한 ‘공익적 보도와 고발’에 대하여 통비법에 직접 규정된 위법성조각사유가 없어, 형법 제20조의 정당행위가 동원될 수밖에 없었다. 특히, 선행사건에서는 「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」 제5조 제2항⁶⁾이나 유사한 규정을 두고 있는 미국의 판례인 바트니키 판결⁷⁾의 법리가 ‘사회상규’를 구체화하는 기준으로 동원되었다.⁸⁾ 통신의 불가침과 언론의 자유가 충돌하는 경우이므로 형법 제20조 사회상규에 의한 이익형량으로 해결하자는 것이었다.⁹⁾ 그러나 실질적 불법성이 큰 ‘떡값 수수 관련자’나 ‘불법녹음자’는 처벌받지 않고 그 내용을 ‘공익적 차원에서’ 보도한 기자들 그리고 떡값 수수 관련자의 처벌을 촉구한 국회의원은 유죄판결을 받는 것으로 사건들은 종결되었다.

2. 대법원은 선행사건에서 “불법 감청·녹음 등에 관여하지 아니한 언론기관이, 그 통신 또는 대화의 내용이 불법 감청·녹음 등에 의하여 수집된 것이라는 사정을 알면서도 이를 보도하여 공개하는 행위가 형법 제20조의 정당행위로서 위법성이 조각된다고 하기 위해서는, 첫째 보도의 목적이 불법 감청·녹음 등의 범죄가 저질러졌다는 사실 자체를 고발하기 위한 것으로 그 과정에서 불가피

결 및 대법원 2011.5.13. 선고 2009도14442 판결-,” 형사법연구 제24권 제1호(한국형사법학회, 2012), 271-295쪽; 류석준(2012), “언론보도에 의한 통신비밀 침해의 허용요건,” 法學論叢 제19권 제2호(조선대학교 법학연구원, 2012), 221-238쪽; 김현수(2012), “언론보도의 정당행위 성부에 관한 고찰 대상판결: 대법원 2011.3.17. 선고 2006도8839 전원합의체 판결,” 法과 政策 제18집 제2호(제주대학교 법과정책연구소, 2012), 87-112쪽 등이 있다.

3) 제1심 법원은 노회찬 의원에게 인터넷 홈페이지 게재에 의한 명예훼손과 통신비밀보호법 위반을 이유로 징역 6월과 그 집행유예 2년 그리고 자격정지 1년형을 선고하였으나(서울중앙지법 2009.2.9. 선고, 2007고단2378 판결), 제2심 법원은 이 두 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다(서울중앙지방법원 2009.12.4. 선고 2009노520 판결). 그러나 대법원은 유죄의 취지로 제2심 판결을 파기환송하였다(대법원 2011.5.13. 선고 2009도14442 판결). 2011년 10월 28일 서울중앙지법은 징역 4개월 집행유예 1년 자격정지 1년을 선고하였고 대법원이 2013년 2월 14일 원심을 확정하여 노회찬 의원은 의원직을 상실하였다.

4) 후행사건은 다룬 글도 역시 다수가 존재한다. 그 중 판결 자체에 대한 평석으로는 제1심 판결을 다룬 오병두(2009), “노회찬 전 의원 ‘X파일’사건 제1심 판결의 문제점 - 서울중앙지법 2009.2.9 선고 2007고단2378 판결과 통신비밀보호법 제16조 제1항 제2호의 해석을 중심으로 -,” 민주법학 제41호(민주주의 법학연구회, 2009), 453-480쪽이 있고, 대법원 판결을 다룬 것으로는 조국(2012)가 있다.

5) “‘삼성 X파일’ 보도 및 공개사건 판결 비판”이라는 조국(2012)의 제목도 이러한 인식을 보여준다.

6) 「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」 제5조(언론등에 의한 피해구제의 원칙)

② 인격권 침해가 사회상규(社會常規)에 반하지 아니하는 한도에서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 법률에 특별한 규정이 없으면 언론등은 그 보도 내용과 관련하여 책임을 지지 아니한다.

1. 피해자의 동의를 받아 이루어진 경우

2. 언론등의 보도가 공공의 이익에 관한 것으로서, 진실한 것이거나 진실하다고 믿는 데에 정당한 사유가 있는 경우

7) Bartnicki v. Vopper, 532 U.S. 51(2001). 이에 관한 소개로는 한위수(2005), 37쪽 이하; 허순철(2007), 671쪽 이하; 조국(2008), 213쪽 이하 등 참조. 또한 이에 관한 상세한 분석으로는 Fishman, Clifford S & McKenna, Anne T., Wiretapping and eavesdropping, 3rd ed.(Database updated April 2012), §3:15(Westlaw 검색).

8) 예컨대, 조국(2008), 191쪽 이하.

9) 이성환(2005), “통신의 비밀과 알 권리에 대한 헌법적 고찰: 도청 테이프 공개와 관련하여”, 저스티스 통권 제88호(한국법학원, 2005. 12), 21쪽; 조국(2008), 216쪽; 한위수(2005), “通信秘密의 公開와 報道에 關한 民·刑事的 諸問題”, 저스티스 통권 제88호(한국법학원, 2005. 12), 47쪽; 문제완(2007), “취재의 자유와 그 한계: 정보 취득의 위법성 심사를 중심으로”, 헌법학연구 제13권 제3호(제1책)(한국헌법학회, 2007. 9), 418-419쪽.

하게 통신 또는 대화의 내용을 공개할 수밖에 없는 경우이거나, 불법 감청·녹음 등에 의하여 수집된 통신 또는 대화의 내용이 이를 공개하지 아니하면 공중의 생명·신체·재산 기타 공익에 대한 중대한 침해가 발생할 가능성이 현저한 경우 등과 같이 비상한 공적 관심의 대상이 되는 경우에 해당하여야 하고, 둘째 언론기관이 불법 감청·녹음 등의 결과물을 취득할 때 위법한 방법을 사용하거나 적극적·주도적으로 관여하여서는 아니 되며, 셋째 보도가 불법 감청·녹음 등의 사실을 고발하거나 비상한 공적 관심사항을 알리기 위한 목적을 달성하는 데 필요한 부분에 한정되는 등 통신비밀의 침해를 최소화하는 방법으로 이루어져야 하고, 넷째 언론이 그 내용을 보도함으로써 얻어지는 이익 및 가치가 통신비밀의 보호에 의하여 달성되는 이익 및 가치를 초과하여야 한다. 여기서 이익의 비교·형량은, 불법 감청·녹음된 타인 간의 통신 또는 대화가 이루어진 경위와 목적, 통신 또는 대화의 내용, 통신 또는 대화 당사자의 지위 내지 공적 인물로서의 성격, 불법 감청·녹음 등의 주체와 그러한 행위의 동기 및 경위, 언론기관이 불법 감청·녹음 등의 결과물을 취득하게 된 경위와 보도의 목적, 보도의 내용 및 보도로 인하여 침해되는 이익 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 정하여야 한다.”고 판시하였다.¹⁰⁾ 또한 후행사건에서 “이러한 법리는 불법 감청·녹음 등에 의하여 수집된 통신 또는 대화 내용의 공개가 관계되는 한, 그 공개행위의 주체가 언론기관이나 그 종사자 아닌 사람인 경우에도 마찬가지로 적용된다고 보아야 할 것이다.”¹¹⁾고 하였다.

3. X파일의 판결은 통비법 제16조 제1항 제2호¹²⁾가 적용된 최초의 사례이다. 사건 이후 ‘공익적 보도와 고발’의 면책과 관련한 통비법 개정안이 수차례 발의되었으며, 최근 노회찬 의원의 의원직 상실 이후에도 다시 제안되어 있다. 개정안들은 모두 통비법 제16조 제1항 제2호를 개정하고자 하며, 구체적인 ‘자구’의 차이는 있으나 대체로 ‘진실성’과 ‘공익성’을 기본 요소로 위법성을 조각할 것을 예정하고 있다. 이는 X파일 사건에서 피고인들이 무죄주장을 위하여 사용한 논변에 기반한 것이다. 개별·구체적 형사사건에서 구체적 타당성을 추구하기 위한 논변 그리고 일반적 법규범을 정립하는 작업이 동일한 차원에서 다루어지고 있다. 국민들에게 법률로 금지되는 행위를 설정함에 있어 그에 대한 예측가능성을 제공해야 하는 국회의 입법이 같은 차원에서 다루어지고 있는 점에 특색이 있다.¹³⁾ 적용국면이 달라짐에 따라 동 조항의 의미와 개정안의 타당성을 검토해야 할 필요성이 여기에 있다.

3. 이하에서는 현행 통비법 제16조 제1항 제2호의 규율내용을 점검하고 그와 유사한 외국의 입법례를 검토한 후(Ⅱ), 현재까지 제출된 통비법 개정안들을 분석하고(Ⅲ), 이를 토대로 향후 법개정 방향에 대하여 간략히 정리해보기로 한다(Ⅳ).

10) 대법원 2011.3.17. 선고 2006도8839 전원합의체 판결 <불법 감청·녹음 사건>.

11) 대법원 2011.5.13. 선고 2009도14442 판결.

12) 통신비밀보호법 제16조 (벌칙)

① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 10년 이하의 징역과 5년 이하의 자격정지에 처한다.

1. 제3조의 규정에 위반하여 우편물의 검열 또는 전기통신의 감청을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취한 자

2. 제1호의 규정에 의하여 지득한 통신 또는 대화의 내용을 공개하거나 누설한 자

제3조 (통신 및 대화비밀의 보호)

① 누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열·전기통신의 감청 또는 통신사실확인자료의 제공을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다. 다만, 다음 각호의 경우에는 당해 법률이 정하는 바에 의한다.<이하 생략>

13) 물론 소송과정에서의 논의에 “통신의 불가침과 언론의 자유가 모두 중요한 기본권이어서 어느 한 쪽만을 절대시하기 어렵고 구체적 타당성에만 집중하다 보면 법적 안정성 차원에서 예상치 못한 나쁜 결과를 초래할 수 있다는 우려”가 있었다(오병두(2009), 456쪽).

II. 대화비밀공개죄의 의의와 외국의 입법례

1. 통신비밀보호법 제16조 제1항 제2호의 ‘대화비밀공개죄’

통신비밀보호법 제3조 제1항 본문은 “누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열·전기통신의 감청 또는 통신사실확인자료의 제공을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다.”고 하여 이 행위들을 원칙적으로 금지하고 있다. 나아가 통신비밀보호법은 “제3조의 규정에 위반하여 우편물의 검열 또는 전기통신의 감청을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취한 자”와 “제1호의 규정에 의하여 지득한 통신 또는 대화의 내용을 공개하거나 누설한 자”를 10년 이하의 징역과 5년 이하의 자격정지로 처벌할 수 있도록 규정하고 있다(제16조 제1항).

통신비밀보호법의 “전기통신의 감청”과 “공개되지 아니한 타인간의 대화의 녹음 또는 청취”를 일반적으로 “도청행위”라고 한다.¹⁴⁾ 범죄구성요건의 관점에서 볼 때, 도청행위에 대한 범죄는 “전기통신의 감청”에 대한 죄와 “공개되지 아니한 타인간의 대화의 녹음 또는 청취”에 대한 죄로 구별할 수 있는데, 후자는 다시 “공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취한” 행위를 처벌하는 ‘대화비밀침해죄’와 그에 의하여 “지득한 통신 또는 대화의 내용을 공개하거나 누설한” 것을 ‘대화비밀공개죄’로 세분된다. X파일 사건에서 적용된 구성요건도 바로 이 ‘대화비밀공개죄’이었음은 물론이다.

2. 대화비밀공개죄에 관한 외국의 입법례 개관

대화비밀공개행위를 처벌하는 규정들을 두고 있는 나라는 많이 있다.¹⁵⁾ 대표적인 것을 들자면, 미국의 18 U.S.C. §2511 (유선통신, 대화 또는 전자통신의 도청 및 공개의 금지), 독일형법 제201조(대화비밀침해), 오스트리아 형법 제120조(녹음장치 또는 도청장치의 악용),¹⁶⁾ 스위스 형법 제179bis조(타인 대화의 도청과 녹음),¹⁷⁾ 제179ter조(대화의 권한없는 녹음),¹⁸⁾ 제179quater조

14) 권영세(1999), “현행 통신비밀보호법상 ‘도청행위’의 의의 및 범위,” 저스티스 제30권 제4호(한국법학원, 1997), 118쪽. 통신비밀보호법에 관한 그 이후의 글들은 대체로 이 문헌의 내용을 따르고 있으므로 다소 오래된 문헌이나 이를 인용하기로 한다. 비교적 최근의 것으로는 김형준(2005), “현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방안-통신제한조치와 대화감청을 중심으로-,” 형사법연구 제24호(한국형사법학회, 2005년 겨울), 213-236쪽.

15) 이하의 외국 입법례(미국은 제외)는 김재봉(2009), “비밀침해죄 및 주거침입죄 규정의 개정방안,” 형사법개정연구(IV): 형법각칙 개정안(한국형사정책연구원, 2009), 250쪽 이하 참조.

16) 오스트리아 형법 제120조 【녹음장치 또는 도청장치의 악용】 ① 비공개적이고, 자신이 알도록 되어 있지 아니한 타인의 말을 자신 또는 권한없는 제3자로 하여금 알게 할 목적으로 녹음장치 또는 도청장치를 사용한 자는, 1년 이하의 자유형 또는 360일이하의 일수벌금형에 처한다.

② 대화자의 양해없이 타인의 비공개적인 말을 녹음하여 그 말을 알게 되어 있지 아니한 제3자로 하여금 알 수 있게 하거나 그 녹음내용을 공표한 자도 전항과 같이 처벌한다.

③ 행위자는 피해자의 요구에 의하여서만 처벌한다.

17) 스위스 형법 제179bis조 【타인 대화의 도청과 녹음】 공개되지 아니하는 타인의 대화를 그 대화에 참여한 모든 자의 승낙없이 도청장치를 사용하여 도청하거나 또는 음성녹음매체에 녹음한 자, 자신이 인지하게 된 사실이 제1문에 정한 가별적인 행위를 통하여 습득된 것이라는 점을 알고 있거나 또는 이를 가정하여야 하는 사실을 평가하거나 또는 제3자에게 알도록 한 자, 제1문에 정한 가별적인 행위를 통하여 제작된 것이라는 점을 알고 있거나 또는 이를 가정하여야 하는 녹음물을 보관하거나 또는 제3자로 하여금

(녹화장치를 사용한 비밀영역 또는 사생활 영역에 대한 침해),¹⁹⁾ 프랑스 형법 제226-1조(사생활 침해),²⁰⁾ 제226-2조(사적 비밀의 이용)²¹⁾ 등이 있다.

이들 입법례를 살펴보면, 대화비밀공개죄는 대체로 대화비밀침해죄와 함께 병렬적으로 규정되어 있으며, 그와 동일한 형으로 처벌되고 있다. 별개의 구성요건으로 규정되어 있다는 것은 그 행위 정형이 서로 같지 않다는 것을 의미하지만, 양자를 동일한 법정형으로 처벌하는 근거는 ‘통신의 비밀’라는 법익의 침해가 실질적으로 동일하다는 점에 기초한 것이다. 물론 통비법도 같은 입법태도를 취하고 있다.

만일 대화의 비밀이 공개 또는 누설된 경우에 ‘통신의 비밀’과 다른 기본권적 이익, 예컨대, 언론의 자유나 알 권리 등과의 관계를 어떻게 조율할 것인가는 각국의 법정책에 따라 달라진다. 오스트리아와 스위스는 친고죄 규정을 두어 사생활과 통신의 비밀에 대한 개인의 자기정보통제권적 요소를 강조하나, 독일의 경우는 ‘경미성 배제문구’에 따른 성립범위의 제한과 ‘극히 중요한 공적 이익’을 이유로 한 위법성조각사유를 두어 공익적 고려에 의한 통신의 비밀과 언론의 자유와의 조 절장치를 두고 있다. 한편 미국의 경우에는 특별한 위법성조각사유나 고소권과 같은 제도를 두고 있지 않아서 철저하게 통신의 비밀을 보장하는 입법태도를 취한다. 그러나 미국의 판례가 구성요건요소인 ‘공개’와 ‘누설’을 제한적으로 해석함과 동시에, 일정한 공익적 고려에 의하여 대화비밀 공개죄의 성립을 제한하고 있어서 실제에 있어서는 독일법과 유사한 결과를 가져온다. 대화비밀 공개행위와 표현의 자유를 조절하는 법리를 천명한 대표적인 것이 X과일 사건과 관련하여 다루어진 바 있었던 바르니키 판결이다.

이하에서는 ‘공익적 보도와 고발’과 관련하여 미국과 독일의 입법례를 검토하기로 한다.

접근가능하도록 한 자는 고소에 의하여 3년 이하의 자유형 또는 벌금에 처한다.

18) 스위스 형법 제179ter조 【대화의 권한없는 녹음】 대화참가자로서, 공개되지 아니하는 대화를 이 대화에 참여한 다른 참가자들의 승낙없이 음성녹음매체에 녹음한 자, 제1문에 정한 가벌적인 행위를 통하여 제작된 것이라는 점을 알고 있거나 또는 이를 가정하여야 하는 녹음물을 보관, 평가하거나 또는 제3자로 하여금 접근가능하도록 하거나 또는 제3자로 하여금 그 녹음내용을 알도록 한 자는 고소에 의하여 1년 이하의 자유형 또는 벌금에 처한다.

19) 스위스 형법 제179quater조 【녹화장치를 사용한 비밀영역 또는 사생활 영역에 대한 침해】 타인의 비밀 영역에 속하는 사실 또는 아무나 마음대로 접근할 수 없는 타인의 사생활의 영역에 속하는 사실을 그 자의 승낙없이 녹화장치를 사용하여 관찰하거나 또는 영상녹화매체에 녹화한 자, 자신이 인지하게 된 사실이 제1문에 정한 가벌적인 행위를 통하여 습득된 것이라는 점을 알고 있거나 또는 이를 가정하여야 하는 사실을 평가하거나 또는 제3자에게 알도록 한 자, 제1문에 정한 가벌적인 행위를 통하여 제작된 것이라는 점을 알고 있거나 또는 이를 가정하여야 하는 녹화물을 보관하거나 또는 제3자로 하여금 접근가능하도록 한 자는 고소에 의하여 3년 이하의 자유형 또는 벌금에 처한다.

20) 프랑스 형법 제226-1조 【사생활 침해】 ① 방법 여하를 불구하고 다음 각 호의 행위로 타인의 사생활의 은밀성을 고의로 침해하는 자는 1년의 구금형 및 45,000유로의 벌금에 처한다.

1. 당사자 승낙을 얻지 않고 사적이거나 비밀로 이뤄진 대화를 기록하거나 녹음하거나 또는 전파하는 행위

2. 당사자의 승낙을 얻지 않고 사적 장소에 있는 당사자의 사진을 찍거나 녹음하거나 또는 전파하는 행위

② 당사자가 인식할 수 있는 상태에서 전항 각호의 행위가 이루어지고 당사자가 그 행위를 방지할 수 있음에도 불구하고 이를 방지하지 아니한 때에는 승낙이 추정된다.

21) 프랑스 형법 제226-2조 【사적 비밀의 이용】 ① 제226-1조 제1항 각호에 규정된 행위로 인하여 얻어진 모든 기록 또는 문서를 보관하거나, 공중 또는 제3자로 하여금 그 내용을 인식 또는 인식할 수 있게 하거나 기타 어떠한 방법에 의한 이를 이용하는 행위는 전조와 동일한 형에 처한다.

② 문자나 시청각매체에 의한 보도를 수단으로 전항의 죄를 범한 경우, 그 책임자의 결정은 이 분야를 규제하는 법률의 특별규정에 의한다.

3. 미국의 18 U.S.C. §2511(1)(c)

우선, 미국의 18 U.S.C. §2511 (유선통신, 대화 또는 전자통신의 도청 및 공개의 금지)를 본다.

18 U.S.C. §2511(1) 본 장에 다른 규정이 없으면 다음과 같은 행위를 한 자는 본 조 (4)에 의하여 형사처벌되거나 본 조 (5)에 의하여 민사소송의 대상이 된다.

(a) 고의적으로 유선통신, 대화 또는 전자통신을 도청하거나, 도청을 시도하거나 다른 사람으로 하여금 도청하거나 도청을 시도하도록 권유하는 행위

(c) 정보가 본 항의 규정을 위반하여 유선통신, 대화 또는 전자통신의 도청을 통하여 얻어진 것임을 알고 있거나, 알만한 이유가 있음에도 불구하고 유선통신, 대화 또는 전자통신의 내용을 고의로 타인에게 공표하거나 공표를 시도하는 행위

(d) 정보가 본 항의 규정을 위반하여 유선통신, 대화 또는 전자통신의 도청을 통하여 얻어진 것임을 알고 있거나, 알만한 이유가 있음에도 불구하고 유선통신, 대화 또는 전자통신의 내용의 내용을 고의로 사용하거나 사용하고자 시도하는 행위

18 U.S.C. §2511(4)(a) 본 항의 (b)나 (5)에 규정된 경우를 제외하고, 본 조 (1)항을 위반한 자는 본 편(title)에 규정된 벌금 또는 5년 이하의 징역에 처하거나 양자 모두에 처한다.

18 U.S.C. §2511(1)(a)은 통비법 제16조 제1항 제1호와 마찬가지로 ‘도청행위’를 불법으로 규정하고 있다. 또한 동항 (c)는 통비법 제16조 제1항 제2호와 유사하게 공표행위(disclose)와 사용행위(use)를 모두 동일한 법정형으로 처벌하도록 하고 있다.

우선, 도청내용의 ‘공표행위’를 규정한 동항 (c)²²⁾는 “도청된 통신내용이 이미 ‘공개된 정보(public information)’이거나 ‘공유된 지식(common knowledge)’이 된 경우”에는 적용이 배제된다.²³⁾ 여기에서 “공개된 정보”란 공개법정에서 혹은 공적 기록(public record)으로 그 내용이 공개된 때 방청객이나 기자, 신문 등이 재차 언급하는 경우와 같이, 도청내용을 공적인, 권한 있는 기관이 공표한 상황을 의미한다. 따라서 신문 등에서 한 번 공개된 사실의 단순한 반복적 제시는 본죄로 규율되지 않는다. “공유된 지식”이란, 다수인이 불법하게 도청된 통신내용을 알게 되었다고 명백히 인정되는 경우를 말하는데, 이 경우 “도청의 피해자에게는 더 이상 보호해야 할 프라이버시가 남아 있지 않기 때문”에 본죄로 처벌할 수 없다.²⁴⁾ 한편, 동항 (d)는 도청내용의 ‘사용행위’를 별도로 규율하고 있다. 이는 “도청행위자가 불법도청으로 획득한 정보를 스스로 사용하는 경우”를 처벌하는 조항이다.²⁵⁾ 공표행위와 비교하여 이미 공표된 내용의 사용을 의미하는 것은 아닌 것으로 이해된다.²⁶⁾ 여기에서의 공표와 사용은 ‘고의적’으로 도청한 경우에 한한다. 따라서 ‘우연히 획득된 도청자료의 공표와 사용은 본죄에 해당되지 않는다.’²⁷⁾

22) 이 조항에 관한 대표적인 판결이 Bartnicki v. Vopper, 532 U.S. 51(2001)이다.

23) Sen. Rpt. No. 1097, 90th Cong., 2d Sess. at 93, reprinted in 1968 US Code, Cong & Admin News 2112, 2181: Fishman, Clifford S & McKenna, Anne T., 앞의 책, §3:13에서 재인용.

24) 이상의 설명은 Fishman, Clifford S & McKenna, Anne T., 앞의 책, §3:13. “공유된 지식”에 관한 판례로는 Fultz v. Gilliam, 942 F. 2d 396 (6th Cir. 1991). 그 간략한 소개는 오병두(2009), 465쪽 각주 41) 참조.

25) Bartnicki v. Vopper, 532 U.S. at 529. 또한 Fishman, Clifford S & McKenna, Anne T., 앞의 책, §3:15.

26) X파일 사건에서 안기부 직원들이 녹취파일을 가지고 ‘거래’를 시도한 행위가 여기에 해당될 수 있을 것이다.

27) Bayges v. Southeastern Pennsylvania Transp. Authority, 144 F.R.D. 269, 271, 8 I.E.R. Cas. (BNA) 39 (E.D. Pa. 1992). Hartman v. State, 266 Ga. 613, 469 S.E.2d 163 (1996): Fishman, Clifford S & McKenna, Anne T., 앞의 책, §3:11에서 재인용.

미 연방대법원은 바트니키 판결을 통해 18 U.S.C. §2511(1)(c)의 적용범위를 다시 한 번 제한하였다. ① 행위자가 불법적인 도청에 관여한 바가 없고, ② 행위자가 도청테이프의 정보에 합법적으로 접근하였으며, ③ 도청된 대화의 주제가 공적 관심이 있는 사안이었다는 사실관계에 대하여,²⁸⁾ “공적인 중요성이 있는 사안을 게재[방송]하는 이익과 균형에 있어 프라이버시에 대한 배려가 양보하여야 한다.”²⁹⁾고 판단하였다. 정보취득 행위가 합법이고, 취득정보가 ‘공적 관심의 대상’일 경우라면 정보획득이 위 법률조항이 금지하고자 하는 ‘도청행위’로서의 실질이 없다는 취지로 이해된다.

4. 독일형법 제201조 제2항 제2호

독일형법 제201조 제1항 제1호와 제2항 제1호는 “타인의 비공개 발언”을 녹음 또는 도청하는 대화비밀침해행위를 처벌하고 동조 제1항 제2호에서는 녹음된 타인의 비공개 발언을 “사용”하거나 “제3자의 접근이 가능하도록 하는” 행위를, 제2항 제2호에서는 도청된 타인의 비공개 발언을 “자구 그대로 혹은 그 본질적인 내용을 따서 공표하는 행위”를 각각 처벌한다.

독일형법 제201조 【대화비밀침해】 ① 권한 없이 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

1. 타인의 비공개 발언을 녹음하는 행위, 또는
2. 제1호에 의해서 제작된 녹음을 사용하거나 제3자의 접근이 가능하도록 하는 행위

② 권한 없이 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 한 자도 동일하게 처벌된다.

1. 타인의 일정한 비공개 발언을 그 타인이 알지 못하는 사이에 도청장치로 도청하는 행위, 또는
2. 제1항 제1호에 따라 녹음되었거나 또는 제2항 제1호에 따라 도청된 타인의 비공개 발언을 자구 그대로 혹은 그 본질적인 내용을 따서 공표하는(öffentlich mitteilt) 행위

제1문 제2호에 따른 행위는 공표가 그 타인의 정당한 이익을 침해하기에 적합한 경우에 한해서만 처벌된다. 극히 중요한 공적 이익의 확보를 위하여(zur Wahrnehmung überragender öffentlicher Interessen) 공표가 이루어진 경우에는 이는 위법하지 아니하다.

③ 공무원으로서 또는 공적 임무를 위하여 특별한 의무를 부담하는 자로서 대화의 신뢰를 침해한 경우는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형으로 처벌한다(제1항과 제2항).

④ 미수범은 처벌한다.

⑤ 정범이나 공범이 사용한 녹음테이프와 도청기는 몰수될 수 있다. 제74조a는 본조의 경우에 준용한다.³⁰⁾

우선, 동조 제1항 제2호에서의 “사용”이란 그 녹음을 재생하거나(abspielen) 다시 복사하는(überspielen) 것을 지칭하고,³¹⁾ “제3자의 접근이 가능하도록 하는” 행위란 그 제3자 앞에서 녹음을 틀거나 제3자가 청취할 수 있는 기회를 제공하여 그 내용을 인식할 수 있도록 하는 것을 말한다.³²⁾ 다음으로, 도청된 타인의 비공개 발언을 “자구 그대로 혹은 그 본질적인 내용을 따서 공표하는 행위”(제2항 제2호)란 “개별적으로 확정될 수 있는 인적 범위를 넘는 사람들에게 일정한 발언을 자구 그 자체로 혹은 그 발언의 본질적인 내용에 접근할 수 있도록 하는 것”을 의미한다.³³⁾

28) Bartnicki v. Vopper, 532 U.S. at 525.

29) Bartnicki v. Vopper, 532 U.S. at 534.

30) 법조문은 법무부(2008), 독일형법, 158쪽을 토대로 하되, 원문의 취지를 반영하여 약간의 수정을 가하였다.

31) Walter Kargl, §201 Rn. 13, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 3. Auf., 2010.

32) Walter Kargl, §201 Rn. 14.

33) 독일 판례의 입장이다. OLG Stuttgart NJW 2004, 622; AG Weinheim NJW 1994, 1544; LG

내용상으로 볼 때, 대화비밀공표행위라는 개념에 더 근접하는 것은 후자인 제2항 제2호의 행위이다. 독일형법은 이에 대하여 범죄성립을 제한하는 2가지의 표지를 규정하고 있다. 첫째, ‘경미성 배제문구’(Bagatellklausel)을 두고 있다. 즉, “제1문 제2호에 따른 행위는 공표가 그 타인의 정당한 이익을 침해하기에 적합한 경우에 한해서만 처벌된다.” 이 문구에 따라, 날씨 이야기 등과 같은 명백히 무의미한 발언들은 제2항 제2호의 범죄행위의 객체가 되지 못한다.³⁴⁾ 통설은 이 ‘경미성 배제문구’를 구성요건해당성배제사유로 보지만, 실제로는 극히 사소한 것들만을 배제하는 기능이 있을 뿐이어서 결정적인 의미를 갖는 것은 그 공표행위가 “타인의 정당한 이익을 침해하기에 적합”하여야 한다는 요건이다.³⁵⁾ 그러나 실제로 피해자의 이익이 실제로 침해될 필요는 없고 공표[재현]가 그에 적합하기만 하면 된다. 이는 공표된 대화의 내용에 달려 있는 것으로, 그것이 공표됨으로써 피해자의 약점이 어떤 방식으로든 폭로되거나, 직업적·공적 효과를 가져오는 실질적인 의미의 비밀을 다루고 있는가가 중요한 요소이다. 따라서 ① 구체적인 공표내용의 침해적합성, ② 공표[재현]의 방식과 상황, ③ 공표내용을 듣는 사람들의 민감성(Empfänglichkeit) 등이 중요하다. 그러나 이미 사전에 공표되어서 추가적으로 부정적인 영향을 줄 위험이 없는 경우에는 이 요건을 충족하지 못하게 된다.³⁶⁾

둘째, 동조 제3문에서는 ‘극히 중요한 공적 이익의 공식’(die Formel der “überragenden öffentlichen Interessen”)을 두고 있다. 이는 독일 기본법 제5조 제1항의 언론의 자유를 구체화하는 방식으로 위법성조각사유를 규정한 것인데,³⁷⁾ 그 배경에는 발라프 사건(Fall Wallraff)으로 알려진 BVerfGE 66, 116이 있다. 이 사건은 신문사의 편집부의 기망에 의하여 위법하게 수집된 대화내용 등의 자료를 바탕으로 저술한 책의 공표와 관계된 것이었다.³⁸⁾ 이에 대하여 독일 연방헌법재판소는 “출판을 한 사람이 기망을 수단으로 하여 위법하게 그리고 피기망자를 이용할 목적으로 정보를 획득한 경우, 그 출판물의 공개는 원칙적으로 중지되어야 한다.”고 하면서, 종합적인 이익형량을 통하여 “일반인들의 교육을 위하여 그 정보가 그로 인해 필연적으로 야기되는 피해자에 대한 권리침해와 법질서의 (사실상의) 효력이라는 불이익보다 명백하게 우월한 경우”에는 예외적으로 그 공개가 허용될 수 있다고 판시하였다.³⁹⁾

‘극히 중요한 공적 이익의 공식’은 독일 형법 제34조의 정당화적 긴급피난⁴⁰⁾에서 요구하는 ① 급박한 위험(gegenwärtige Gefahr)이나 ② 피난행위로서 ‘공표’의 상당성(Erforderlichkeit)을 필

Mannheim NSTZ-RR 1996, 360: Walter Kargl, §201 Rn. 19 참조.

34) BT-Drucks. 11/7714 S. 7: Walter Kargl, §201 Rn. 20에서 재인용.

35) Walter Kargl, §201 Rn. 20.

36) Lenckner/Eisele, §201 Rn. 27, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 28. Auf., 2010.

37) BT-Drucks. 11/6714 S. 4: Lenckner/Eisele, §201 Rn. 33a에서 재인용.

38) 발라프 사건(Fall Wallraff): 탐사보도 저널리스트인 Günter Wallraff가 1977년 3월부터 7월까지 하노버에 있는 독일의 대중일간지 Bild지의 편집실에서 Hans Esser라는 가명으로 근무한 후 저술한 책인 “특종-Bild지에서는 Hans Esser이었던 사람”(Der Aufmacher-Der Mann, der bei 'Bild' Hans Esser war)이라는 책을 같은 해 출판하여 Bild지의 편집행태를 비판적으로 기술한 것을 이유로, Bild지측이 연방통상법원에 독일 기본법 그 책의 여러 내용에 대해 금지청구(Verbotsantrag)를 하였으나 연방통상법원에서 편집회의를 기술한 부분에 대해 기각판결을 하자 헌법소원을 제기한 사건이다. 연방헌법재판소는 해당 판결 중 편집회의 부분에 대한 원고의 청구를 기각한 부분을 파기하여 연방통상법원에 환송하였으나 기타의 헌법소원 청구는 기각하였다.

39) BVerfGE 66, 116, 139. 또한 Lenckner/Eisele, §201 Rn. 33a 참조.

40) 독일 형법 제34조 【정당화 긴급피난】 생명, 신체, 자유, 명예, 재산 기타의 법익에 대한 달리 피할 수 없는 현재의 위험 속에서 자기 또는 타인에 대한 위험을 피하기 위하여 범행을 실행한 자는 충돌하는 이익, 특히 관련된 법익과 긴박한 위험[현재의 위난]의 정도를 교량하여 보호된 이익이 침해된 이익보다 본질적으로 우월한 경우에는 위법하게 행위한 것이 아니다. 다만, 피난행위가 위험을 피하기 위하여 적합한 수단인 경우에 한하여 적용된다. 출처: 법무부(2008), 독일형법, 24-25쪽.

요하지 않는다. 만일 그것이 사적인 이익을 위한 공표행위이어서 이 위법성조각사유가 적용되지 않는 경우, 다시 일반원칙에 따라서 독일 형법 제34조상의 정당화적 긴급피난의 요건을 충족시켜야 한다.⁴¹⁾

독일의 입법자들은 이 ‘극히 중요한 공적 이익의 공식’이 적용될 수 있는 ‘중요한 공적 이익’의 예시로서, 독일 형법 제129a조 제1항(테러단체조직죄) 혹은 제138조 제1항(범죄불고지죄)에 명시된 대상범죄(Katalogtat) 또는 대외경제법(AWG, Außenwirtschaftsgesetz) 제34조의 중대한 위반행위(예컨대, 화학무기 공장으로의 불법한 배달) 등을 적시하고 있다.⁴²⁾ 그러나 이에 대해 학설은 죄형법정주의의 요청(독일 기본법 제103조 제2항)과 같이, 독일 헌법재판소가 요구하는 “현저한 결함상태”(Missstände von erheblichem Gewicht)에 대한 개별적 구체화라는 점에 성공적이지 못하다고 지적한다. 이익충돌의 해결에 적용되는 원칙들에 따르면, 공표행위는 문제되는 이익의 확보를 위하여 언제나 적절하고 동시에 상대적으로 덜 침해적인 수단이 될 것이기 때문이라는 것이다⁴³⁾

요컨대, 독일의 입법은 ‘극히 중요한 공적 이익의 공식’을 통하여 구성요건의 성립범위를 제한함과 동시에, ‘극히 중요한 공적 이익의 공식’을 통하여 긴급피난의 요건을 완화함으로써⁴⁴⁾ 통신의 비밀보호와 언론의 자유 내지 표현의 자유와의 조절을 시도하고 있다고 할 수 있다.

III. 공익적 보도와 고발의 면책과 관련한 통신비밀보호법 개정법률안

1. 개관

제17대 국회 이래, X파일 사건을 염두에 두고서 공익적 보도 및 고발의 면책을 위하여 만들어진 통신비밀보호법 개정법률안들은 총 5개이며, 그 구체적인 내용은 다음과 같다.

제안자	내 용	비고
최용규 의원안 45)	제16조(벌칙) ① (현행과 같음) ② 제16조제1항제2호의 행위를 한 경우 행위자가 제16조 제1항제1호의 행위에 가담하지 아니하고 그 행위가 진실한 사실이거나 진실한 사실이라고 믿을만한 상당한 이유가 있고 공공의 이익을 주된 목적으로 한 때 또는 공공성 또는 사회성이 있는 공적 관심사안에 관한 것으로써 사회의 여론형성 내지 공개토론에 기여하는 경우에는 처벌하지 아니한다.	바트니키 판결 참조 ‘진실성 요건’ 추가
조승수 의원안	제16조의2(벌칙) ① 제16조제1항의 행위에 의하여 지득(知得)한 통신 또는 대화의 내용을 공개하거나 누설한 자	‘진실성’ 요건 없음.

41) Walter Kargl, §201 Rn. 20.

42) BT-Drucks. 11/7414 S. 5: Lenckner/Eisele, §201 Rn. 33a에서 재인용.

43) Walter Kargl, §201 Rn. 33; Lenckner/Eisele, §201 Rn. 33a.

44) X파일 사건의 대법원 판결에서 소수의견은 언론기관의 보도에 의한 통비법 위반행위의 위법성조각사유를 판단함에는 “종래 판례가 정당행위의 성립요건으로 들고 있는 긴급성과 보충성의 요건이 완화되거나 달리 이해되어야 한다”고 한 바 있다. 독일의 입법태도와 일맥상통한다고 보인다. 또한 조국(2012), 280-281쪽에서도 선행사건의 경우 긴급성과 보충성을 완화하여 정당행위로 인정할 수 있다고 한다.

<p>및 이정희 의원안 46)</p>	<p>는 10년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. 이 경우 5년 이하의 자격정지를 병과(併科)할 수 있다.</p> <p>② 제1항의 내용이 공적인 관심사에 관한 것으로서 이를 공개하거나 누설하지 아니하면 국가의 안전보장, 공공의 질서유지 또는 공공복리를 현저히 해할 우려가 있어 그러한 행위가 중대한 공익상 필요에 의하여 부득이하게 이루어진 때에는 처벌하지 아니한다.</p>	
<p>서영교 의원안 47)</p>	<p>제16조의2(벌칙) ① (위의 조승수 의원안과 동일함)</p> <p>② 제1항의 행위가 공공의 이익에 관한 것으로서 진실한 것이거나 진실하다고 믿는 데에 정당한 이유가 있는 경우에는 처벌하지 아니한다.</p>	<p>「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」 제5조 제2항 제2호 참조</p> <p>“사회상규(社會常規)에 반하지 아니하는 한도에서”라는 문언 불채택</p>
<p>유승희 의원안 48)</p>	<p>제16조(벌칙) ① (현행과 같음)</p> <p>1. (현행과 같음)</p> <p>2. 제1호의 규정에 의하여 지득한 통신 또는 대화의 내용을 공개하거나 누설한 자. 다만, 지득한 통신 또는 대화의 내용을 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익을 위해 공개하거나 누설한 자는 포함하지 아니한다.</p>	<p>형법 제310조 참조</p>

2. 통신비밀보호법 개정법률안에 대한 간략한 검토

개정안들은 대체로 대화비밀의 공개행위를 처벌하지 않기 위한 조건으로 -표현과 정도의 차이는 있을지언정- ‘진실성’과 ‘공익성’을 기본적 요소로 한다. 다만 조승수 의원안 (및 이정희 의원안)만은 ‘진실성’의 요건을 두고 있지 않다.

우선, 입법형식과 범죄론의 체계를 본다. 가장 최근에 나온 유승희 의원안의 경우, “지득한 통신 또는 대화의 내용을 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익을 위해 공개하거나 누설한 자”를 행위주체에서 제외하는 입법형식을 취하고 있어서 구성요건배제사유처럼 보이기도 한다. 그러나 형법 제310조의 위법성조각사유의 문언을 그대로 담고 있고 실질적 판단의 단계를 고려하면, 그 입법의도는 별론, 실제 해석상으로는 구성요건배제사유로서보다는 위법성조각사유로 해석되고 운용될 가능성이 크다. 따라서 모든 개정안들은 대화비밀의 공개행위에 대하여 위법성조각사유를 규정하고 있다고 볼 수 있다.

우선, 형법의 그것과 별도로 통비법에서 위법성조각사유를 둘 필요가 있는가에 대해 ① 불필요

45) 의안번호: 17-3132, 제안일자: 2005. 10. 31.

46) 의안번호: 18-5487, 제안일자: 2009. 7. 17. 이와 동일한 입장으로는 조국(2012), 283쪽.

47) 의안번호 19-2392, 제안일자 : 2012. 11. 2. 이 개정안은 제18대 국회에서의 이정희 의원안(의안번호: 18-7787, 제안일자: 2010. 3. 2.)과 동일하다. 한편, 서영교 의원은 그 후의 법안에서 제2항의 위법성조각사유를 삭제하였다(서영교 의원안(의안번호:19-3604, 제안일자: 2013.2.4.) 참조).

48) 의안번호: 19-4104, 제안일자: 2013. 3. 18.

결과 ② 필요설이 있다. ① 불필요설은 “국민들의 통신과 대화의 불법 도청의 위협에 무방비로 노출돼 있다. 통비법에 위법성조각사유를 따로 두지 않은 것도 이러한 입법자의 의지가 반영된 것”이므로, “언론이 직접이든 간접이든 전혀 불법도청에 관여하지 않고, 공적인 관심사로서 매우 중대한 공익상 필요가 있을 때, 또 그러한 언론의 보도가 사회상규에 반하지 아니할 때, 형법 제20조 규정 등을 적용해 위법성을 검토하는 것이 더 바람직하다”고 한다.⁴⁹⁾ 반면, ② 필요설은 “언론사가 사회적으로 중대한 가치가 있는 진실된 정보를 합법적으로 취득하였을 경우 그 내용을 보도하도록 허용하는 것이 언론의 자유에 충실한 해석”이나, “위법성조각사유를 마련하지 않고 예외 없이 처벌하도록 규정한 통신비밀보호법의 해당조항이 언론의 자유를 침해하여 위헌이라고 판단한 후 입법자로 하여금 구체적 기준을 설정하도록 하는 것이 권력분립 원칙에 더 충실한 방안”이라고 한다.⁵⁰⁾ 특히 필요설은 바트니키 판결의 취지와 연결되어 있다.

주지하는 바와 같이, 통비법은 형법 제310조와 같은 별도의 위법성조각사유를 두고 있지 않다. 이 점은 X파일 사건의 재판과정에서 크게 문제가 되었는데, 결국 형법 제20조의 정당행위, 특히 ‘기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위’에 해당하는지 여부가 집중적으로 검토되었다. 이와 관련하여 “통비법 위반죄와 형법상 명예훼손죄[...]의 보호법익은 모두 인격권에 속하며, 이 법익침해의 주체가 언론일 경우 침해되는 법익과 언론의 자유 사이의 형량이 문제가 된다는 점에서 공통점이 있”⁵¹⁾고, “언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제5조 제2항의 위법성조각사유를 형사사건의 위법성조각사유를 해석할 때 적극 참조할 필요가 있다.”⁵²⁾는 주장이 있다. 그러나 이는 입법론과 해석론의 차이를 고려한 부득이한 주장으로 이해된다. 왜냐하면, 이 견해는 조승수 의원이 입법적으로 바람직하다고 보고 있는바, 조승수 의원안은 ‘진실성’의 요건을 두고 있지 않기 때문이다.

재량에 의한 위법성조각사유의 신설은 아무래도 조심스럽다. 그에 앞서 가급적 구성요건단계에서 그 범위를 확정하는 것이 좋다고 본다. 다만 부득한 경우를 대비하여 매우 제한적으로 위법성조각사유를 두어야 할 것이다. 위법성조각사유의 구조에 있어서는 형법 제310조와 같은 방식으로 가되, 그 내용은 그와 동일해서는 안 된다고 본다. 즉, 형법 제310조와 같이 표현의 자유의 성질상 성립하기 어려운 형법총칙상의 위법성조각사유에서 그 요건을 일부 완화하는 방식으로 접근하는 것이다. 그러나 ‘진실성’의 요건이나 ‘완화된 공익성’의 요건을 요구하는 것은 통신의 비밀이라는 중요한 법익의 보호정도로는 적절하지 못하다.

만일 통비법상 대화비밀공개행위에 대한 위법성조각사유를 규정하여야 한다면, 문제를 그 요건을 어떻게 설정할 것인가이다.

우선, 형법 제310조와 같은 방식은 곤란하다. 형법 제310조의 취지는 명예훼손죄의 법리에 적합한 위법성조각사유이다. 이를 통비법에 두는 것은 사생활의 비밀과 자유에 관한 형법법규의 취지와는 조화되기 어렵다. “사람의 인격적 가치에 대한 사회적 평가”로 이해되는 명예라는 보호법익은 공개된 이후에도 계속적으로 침해가 가능한 법익이고 그 ‘진실성’의 경우 법익침해적 성격이 완화될 수 있지만, 사생활의 비밀 또는 통신의 비밀이라는 법익은 일단 공개되면 다시 회복하기가

49) 이승선(2007), 240쪽.

50) 문재완(2007), 418쪽. L기자 사건(선행사건) 제1심에서도 이를 이유로 법원에 위헌법률심판제청을 신청하였으나 기각되었다(이승선(2007), 220쪽). 그 후 헌법소원을 제기하였으나 기각되었다(헌법재판소 2011. 8. 30. 2009헌바42 결정[통신비밀보호법 제16조 제1항 제2호 위헌소원]).

51) 조국(2012), 282쪽.

52) 조국(2012), 283쪽.

어려운 법익이며 ‘진실한 경우에 그 법익침해적 성격이 더 커지는 법익이기 때문이다. 즉, “비밀의 경우 그 내용이 널리 알려지게 되면 더 이상 비밀이 아니라는 점에서 명예와 같이 취급하기 어렵다.”⁵³⁾는 점 때문이다. 요컨대, 명예보호의 법리와 통신의 비밀보호의 법리는 동일하지 않기 때문에 위법성조각사유의 논리도 서로 동일하지 않다.⁵⁴⁾

우선, ‘진실성’의 요소는 통신의 비밀에서는 원칙적으로 큰 의미가 없다. 허위의 공개라면 이미 그것을 허위사실 적시 명예훼손(형법 제307조 제2항)의 문제가 될 뿐이다. 즉, 일정한 사실이 ‘공개상태’에 놓이게 되면 이제는 통비법의 규율영역이 아니라 명예훼손죄의 적용영역으로 넘어간다. 진실한 사실적시에 의한 명예훼손죄의 경우, 형법 제310조의 위법성 조각사유가 적용됨은 당연하다. 만일 위 입법안들 중 형법 제310조의 요건을 반영한 것의 경우, 노회찬 의원 사례를 염두에 둔 것이라면, 당연한 규정이 되고, 이상호 기자 사례를 염두에 둔 것이라면 통신의 비밀보호의 문제를 명예훼손의 각도에서 접근을 한 것으로 통신비밀의 법적 보호를 과도하게 방기한 것이 된다.

그렇다면 남는 문제는 ‘공익성’의 보호범위를 어느 정도로 잡을 것인가이다. 이를 명예훼손의 경우와 동일하게 설정한다면, 통신의 비밀에 대한 과도한 침해 내지 과소 보호가 문제될 수 있다. 결국 남는 문제는 바트니키 준칙으로 갈 것인가 아니면 발라프 준칙으로 갈 것인가로 압축된다. 그러나 ‘공익적 요구’의 문제는 ‘내용’의 문제로 접근해야지 ‘절차’의 문제로 다가갈 것은 아니라고 보인다. 이 점은 ‘우연한 취득’을 구성요건단계에서 배제하도록 하는 방식은 상당부분 해결할 수 있을 것으로 보인다.

고려할 만한 입법적 모델로서, 독일 형법의 예를 참조하면 좋을 듯하다. 다만 독일과 같은 중대한 범죄 개념에 관한 일응의 기준으로 통비법 제5조를 참조하도록 하는 취지를 명시하여 법관의 과도한 재량을 억제할 필요가 있다.⁵⁵⁾ 또한 이와 병렬적·선택적으로 긴급감청의 요건⁵⁶⁾도 상황적

53) 오병두(2009), 463쪽.

54) 민사법적으로는 사생활 비밀의 침해와 명예훼손의 법리가 이론상 구별된다는 설명이 있다. 양자가 “넓은 의미의 인격적 이익을 침해하여 피해자에게 정신적 피해를 준다는 점, 상당히 많은 경우에 같은 행위에 의하여 양자를 모두 범하게 된다는 점, 표현의 자유와의 충돌 내지는 조절의 문제가 있다는 점” 등은 공통되나, ① “명예훼손은 사람의 명예, 즉 사회적 평가에 대한 침해”로서 “제3자의 평가의 문제”이나, 사생활 침해는 “제3자와의 관계와는 상관없이 개인의 내면적 감정에 중점을 두는 것”이라는 점, ② 명예훼손의 경우 “진실성의 증명의 문제”가 발생하나, 사생활 침해는 “진실 여부에 영향을 받지 않으며, 오히려 그 공개한 내용이 진실인 경우에 특히 실효성이 있다”는 점, ③ 명예훼손은 “그 주장이 제3자에게 전달될 것”을 요하나, 사생활 침해는 “사적 영역 내에 침입하는 것 자체이고 거기서 얻어진 정보가 제3자에게 전달될 필요는 없다.”는 점, ④ 범인은 명예의 주체는 되나, 프라이버시의 주체가 될 수는 없다는 점, 그리고 ⑤ 사자(死者)의 명예훼손으로 인한 손해배상은 성립가능하나 사자의 사생활침해는 생각하기 어렵다는 점 등에서 차이가 있다고 한다(양창수(2003), 46-47쪽).

55) 통비법 제5조(범죄수사를 위한 통신제한조치의 허가요건) ① 통신제한조치는 다음 각호의 범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있고 다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려운 경우에 한하여 허가할 수 있다.

1. 형법 제2편중 제1장 내란의 죄, 제2장 외환의 죄중 제92조 내지 제101조의 죄, 제4장 국교에 관한 죄중 제107조, 제108조, 제111조 내지 제113조의 죄, 제5장 공안을 해하는 죄중 제114조, 제115조의 죄, 제6장 폭발물에 관한 죄, 제7장 공무원의 직무에 관한 죄중 제127조, 제129조 내지 제133조의 죄, 제9장 도주와 범인은닉의 죄, 제13장 방화와 실화의 죄중 제164조 내지 제167조·제172조 내지 제173조·제174조 및 제175조의 죄, 제17장 아편에 관한 죄, 제18장 통화에 관한 죄, 제19장 유가증권, 우표와 인지에 관한 죄중 제214조 내지 제217조, 제223조(제214조 내지 제217조의 미수범에 한한다) 및 제224조(제214조 및 제215조의 예비·음모에 한한다), 제24장 살인의 죄, 제29장 체포와 감금의 죄, 제30장 협박의 죄중 제283조제1항, 제284조, 제285조(제283조제1항, 제284조의 상습범에 한한다), 제286조[제283조제1항, 제284조, 제285조(제283조제1항, 제284조의 상습범에 한한다)의 미수범에 한한다]의 죄, 제31장 약취와 유인의 죄, 제32장 강간과 추행의 죄중 제297조 내지 제301조의2, 제305조의 죄, 제34장 신용, 업무와 경매에 관한 죄중 제315조의 죄, 제37장 권리행사를 방해하는 죄중 제324조의2 내지 제324

요건으로 명시할 필요가 있다.

이상에서는 공익적 보도와 고발의 면책을 위해 제안된 입법적 제안들을 개관하여 ‘공익성’ 요건을 중심으로 위법성조각사유를 설정할 필요가 있다고 보았다. 이하에서는 절을 바꾸어 통비법상 대화비밀공개죄와 관련된 기타의 입법론들을 살펴보기로 한다.

IV. 공익적 보도 및 고발의 면책을 위한 입법론⁵⁷⁾

1. 구성요건의 명확화와 개별화

1) 대화비밀공개죄의 형법전 편입

통비법상 “공개되지 아니한 타인간의 대화”를 침해하거나 이를 공개·누설하는 행위를 “대화비밀 침해죄”⁵⁸⁾로 구성하여 형법에 규정하자는 것이 형법학계의 통설이다.⁵⁹⁾ 1992년 법무부 형법개정 법률안 제183조(대화비밀침해)가 대화비밀침해행위를 신설하기로 한 이래로⁶⁰⁾ 대부분의 형법개정안에서 이를 규정하고 있다. 다만 대화비밀침해행위와 별도로 대화비밀공개행위를 규정한 것은 2009년 형법개정연구회 개정시안 제181조(대화·통신비밀침해)⁶¹⁾부터이다. 2010년 한국형사법학

조의4·제324조의5(제324조의2 내지 제324조의4의 미수범에 한한다)의 죄, 제38장 절도와 강도의 죄중 제329조 내지 제331조, 제332조(제329조 내지 제331조의 상습범에 한한다), 제333조 내지 제341조, 제342조[제329조 내지 제331조, 제332조(제329조 내지 제331조의 상습범에 한한다), 제333조 내지 제341조의 미수범에 한한다]의 죄, 제39장 사기와 공갈의 죄중 제350조의 죄

2. 균형법 제2편중 제1장 반란의 죄, 제2장 이적의 죄, 제3장 지휘권 남용의 죄, 제4장 지휘관의 항복과 도피의 죄, 제5장 수소이탈의 죄, 제7장 군무태만의 죄중 제42조의 죄, 제8장 항명의 죄, 제9장 폭행·협박·상해와 살인의 죄, 제11장 군용물에 관한 죄, 제12장 위령의 죄중 제78조·제80조·제81조의 죄

3. 국가보안법에 규정된 범죄

4. 군사기밀보호법에 규정된 범죄

5. 「군사기지 및 군사시설 보호법」에 규정된 범죄

6. 마약류관리에관한법률에 규정된 범죄중 제58조 내지 제62조의 죄

7. 폭력행위등처벌에관한법률에 규정된 범죄중 제4조 및 제5조의 죄

8. 총포·도검·화약류등단속법에 규정된 범죄중 제70조 및 제71조제1호 내지 제3호의 죄

9. 특정범죄가중처벌등에관한법률에 규정된 범죄중 제2조 내지 제8조, 제10조 내지 제12조의 죄

10. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률에 규정된 범죄중 제3조 내지 제9조의 죄

11. 제1호와 제2호의 죄에 대한 가중처벌을 규정하는 법률에 위반하는 범죄

56) 통비법 제8조 (긴급통신제한조치) ①검사, 사법경찰관 또는 정보수사기관의 장은 국가안보를 위협하는 음모행위, 직접적인 사망이나 심각한 상해의 위협을 야기할 수 있는 범죄 또는 조직범죄등 중대한 범죄의 계획이나 실행 등 긴박한 상황에 있고 제5조제1항 또는 제7조제1항제1호의 규정에 의한 요건을 구비한 자에 대하여 제6조 또는 제7조제1항 및 제3항의 규정에 의한 절차를 거칠 수 없는 긴급한 사유가 있는 때에는 법원의 허가없이 통신제한조치를 할 수 있다.

57) 이하에서는 통비법 개정과 관련된 논의들 중에서 대화비밀방해죄에 관련된 쟁점만 다루기로 한다.

58) 형법학계에서는 통상 이 글에서 말하는 ‘대화비밀침해죄’와 ‘대화비밀공개죄’를 포괄하여 ‘대화비밀침해죄’라고 부른다.

59) 예컨대, 이재상(2012), 갯번호 14/5.

60) 1992년 법무부 형법개정법률안 제183조 【대화비밀침해】 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음하거나 기계적 수단을 이용하여 청취한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

1991년 형사법학회 개정시안 제182조(대화비밀침해)도 이와 동일하나 법정형이 2년 이하의 징역이나 금고 또는 200만원 이하의 벌금으로 완화되었을 뿐이다.

61) 2009년 형법개정연구회안 제181조(대화·통신비밀침해) ①공개되지 아니한 타인간의 대화나 전기통신

회 형법개정안 검토위원회 개정시안 제181조(대화·통신비밀침해)⁶²⁾도 같은 입장이다.⁶³⁾

대화비밀침해죄 및 대화비밀공개죄를 형법전에 규정하고 통비법은 수사기관 등의 감청행위를 규율하는 법으로 순화시키는 것이 바람직할 것이다. 그러나 형법의 개정을 기다리기 어려운 사정으로 인해 통비법을 개정하여야 한다고 할 때는 여기에서 논의된 사항들이 독자적인 의미를 가지게 될 것이다(이하의 점들은 형법전에 규정하는 경우에도 동일하게 고려되어야 할 요소들이다).

2) 구성요건의 명확화-이미 공개된 경우의 배제

앞의 유승희 의원안의 “제1호의 규정에 의하여 지득한 통신 또는 대화의 내용을 공개하거나 누설한 자.”란 표현은 다시 풀어서 쓰면, 제1호의 규정이란 ‘제3조[(통비법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열·전기통신의 감청 또는 통신사실확인자료의 제공을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다)의 규정에 위반하여 우편물의 검열 또는 전기통신의 감청을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취한 자]에 의하여 지득한 통신 또는 대화의 내용을 공개하거나 누설한 자’가 된다. 따라서 이 문언은 ① ‘감청, 녹음·청취한 자 바로 그 사람에게 의하여’ 또는 ② ‘감청, 녹음·청취한 자의 행위에 의하여’ 나아가 ③ ‘감청, 녹음·청취한 자의 행위의 결과에 의하여’라는 3가지 해석의 여지가 있다. 이를 표로 정리하면 다음과 같다.⁶⁴⁾

해석가능성	예상 사례	비고
① ‘감청, 녹음·청취한 자 바로 그 사람에게 의하여’	- 그 사람에게 의한 공개·누설의 경우에 한함. 그로부터 알게 된 사람의 공개·누설은 처벌 안 됨. 감청, 녹음·청취한 자가 아니지만 우연히 알게 된 경우 이를 공개·누설한 경우는 처벌 안 됨.	
② ‘감청, 녹음·청취한 자의 행위에 의하여’	- 그 사람이 공개·누설하고 그 공개·누설행위로부터 직접 알게 된 경우에 한함.	조승수 및 서영교 의원안: “제16조 제1항의 행위에 의하여”
③ ‘감청, 녹음·청취한	- 그 사람이 공개·누설한 것을 그 행위 이후의 시	후행사건에서의 대법

의 내용을 전자장치 또는 기계장치 등을 사용하여 알아내거나 또는 채록한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

②제1항의 행위에 의하여 알게 된 대화나 전기통신의 내용을 사용·제공·공개 또는 유포한 자도 제1항의 형과 같다.

62) 2010년 한국형사법학회 형법개정안 검토위원회 개정시안 제181조(대화·통신비밀침해) ①공개되지 아니한 타인간의 대화나 전기통신의 내용을 전자장치 또는 기계장치 등을 사용하여 청취 또는 녹음한 자는 3년 이하의 자유형 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

②제1항의 행위에 의하여 청취 또는 녹음한 대화나 전기통신의 내용을 사용·제공·공개 또는 유포한 자도 제1항의 형과 같다.

자료는 형사법연구 제22권 제4호 부록 참조. 이 조문의 성안과정에 대해서는 명시적 자료가 보이지 않는다. 예컨대, 전지연(2010), “형법각칙개정의 기본방향,” 형사법연구 제22권 제4호(한국형사법학회, 2010), 54쪽에서는 이에 관하여 별도로 언급하고 있지 않다.

63) 2009년 형법개정연구회 개정시안 당시의 주요 개정안 및 외국 입법례의 소개와 분석으로는 김재봉(2009), 앞의 글, 247-280쪽. 특히, 외국의 입법례는 248쪽 이하, 형법개정안은 262-263쪽 참조.

64) 이와 같은 논의가 가상적인 것은 아니다. 선행사건과 관련하여 학설상 논의가 된 바 있었다. 이에 관하여는 오병두(2009), 460쪽 이하.

65) 후행사건의 대법원 판결문 중 다음의 표현은 명예훼손죄적 시각을 보여준다. “나아가 피고인의 이 사건

자의 행위의 결과에 의하여'	점에 우연히 알게 된 경우도 포함함.	원의 태도(?) ⁶⁵⁾
-----------------	----------------------	-------------------------

통비법의 입법취지에 비추어 볼 때, ① 내지 ③보다는 ②의 해석이 합리적이다. 본래 “‘공개되지 아니한’ 타인간의 대화”만이 통비법상의 보호대상이다.⁶⁶⁾ 따라서 이미 공개된 사실은 대화비밀 공개죄의 객체가 아니다. 또한 형법상으로도 공개의 의미와 거의 같은 의미로 사용되는 “누설”이란 “비밀에 속하는 사실을 이를 모르는 사람에게 알게 하는 것”⁶⁷⁾만을 지칭한다.⁶⁸⁾

이를 위하여 현재 대법원과 같은 확장해석을 막기 위해서는 명시적인 범위 제한을 두는 것이 바람직하다. 처벌조건의 한 형태로 “이미 공지의 사실이 된 경우에는 본죄로 처벌할 수 없다”는 식의 문언을 삽입하는 것도 방법이 될 수 있다.⁶⁹⁾

3) 주관적 구성요건-정보취득행위의 위법성 확정문제

우연히 획득한 ‘비공개 대화’까지 그 공개 또는 누설을 이유로 처벌하는 것은 과도한 처벌이 될 수 있다. 앞에서 본 ‘대화비밀침해죄’의 입법안들의 경우 대체로 적극적인 탐지행위에 의하여 고의로 획득한 증거에 한하여 그 누설 및 공개를 처벌하고 있다. “지득”이라는 표현은 ‘알게 된’의 의미로 “그 비밀이 본인으로부터 전달된 것이건 본인이 모르는 사이에 자기의 실험이나 판단에 의하여 알게 된 것이건 묻지 아니한다”⁷⁰⁾고 보고 있다. ‘알아 낸’이라는 표현을 사용하여 의미로 의식적, 의도적 취득이라는 점을 명시하는 것이 좋을 것이다.

V. 나오며

이상에서 ‘공익적 보도와 고발’의 면책을 위한 통비법 개정안을 검토하였다. 향후의 입법과정에서 참고가 될 수 있기를 희망하며, 1차적으로 관련된 입법안과 학설, 판례의 입장을 정리하는 데에 주안을 두었다. 이 글에서 주장된 내용을 정리하면 아래와 같다.

공개행위가 재계와 검찰의 유착관계를 고발하고 이에 대한 수사를 촉구한다는 점에서 공익적인 측면을 갖고 있다고 하더라도, 이러한 공익적 효과는 이미 언론의 보도를 통하여 상당 부분 달성된 바로서, 위 대화의 내용이 이를 공개하지 아니하면 공익에 중대한 침해가 발생할 가능성이 현저한 경우라고 보기 어려운 터에 굳이 인터넷 홈페이지 게재라고 하는 새로운 방식의 공개를 통하여 위 대화의 직접 당사자나 위 대화에 등장하는 관련자들에게 그로 인한 추가적인 불이익의 감수까지 요구할 수는 없다고 할 것이다. 이와 같은 사정에 앞서 본 이 사건 공개행위의 목적과 방법 등 모든 사정을 종합하여 보면, 이 사건 공개행위에 의하여 얻어지는 이익 및 가치가 통신비밀이 유지됨으로써 얻어지는 이익 및 가치를 초월한다고 볼 수 없다.”

66) 권영세(1999), 132쪽.

67) 이재상(2012), 갯번호 14/23(형법 제317조 업무상 비밀누설죄에 대한 설명).

68) 예컨대, 선행사건에서 “‘X파일’의 내용은 사실상 준(準)공개 상태였고 피해자의 인격권이나 통신비밀도 ‘X파일’ 보도 이전에 이미 침해되어 있었다고 보아야 한다.”는 사실(조국(2008), 206쪽)이나 후행사건인 노회찬 의원 사건에서 “X파일에는 없는 ‘X파일에 등장하는 떡값 검사 7인’이라는 표까지 작성하여 X파일에는 나타나지 않은 일부 전·현직 검찰간부의 실명을 거론”한 사실 등은 그 표현 자체에서 이미 ‘누설’ 또는 ‘공개’이라는 개념과 모순된다. 특히 후자의 경우는 기존의 공개된 정보를 조합한 적시한 ‘사실’의 문제, 즉 명예훼손죄의 영역에 속하는 문제이다.

69) 따라서 구성요건의 명확화라는 관점에서 보면, 유승희 의원안보다는 “제16조 제1항의 행위에 의하여”라고 표현하는 조승수 및 서영교 의원안이 더 정확하고 낫다고 본다.

70) 이재상(2012), 갯번호 14/22(형법 제317조 업무상 비밀누설죄에 대한 설명).

1. 통비법 개정안을 검토함에 있어 고려하여야 할 점들이 있다. 첫째, ‘공익적 보도와 고발’에 관한 대법원의 판결을 입법을 통하여 합리적으로 변경 내지 통제할 수 있어야 할 것이다. 둘째, 법률의 개정에 의하여 생겨나는 영역이 남용될 가능성에 대하여 충분히 대비되어야 한다는 점이다.

2. 우선, 구성요건의 명확화과 개별화가 필요하다. 행위유형을 가급적 제한적으로 규정하는 것에서부터 시작하여야 한다.

3. 위법성조각사유를 입법함에 있어서는 ‘진실성’ 요건은 고려할 여지가 없으며, ‘공익성’ 요건을 효과적으로 구성하여야 한다. 법관에게 과도한 권력을 주는 입법방식은 곤란하다는 점에서 대상범죄나 외부적 상황을 명시적으로 언급하는 방향이 바람직하다.

<참고문헌>

이재상, 형법각론, 박영사, 2012.

법무부, 독일형법, 2008.

Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 28. Auflage 2010.

Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 3. Auf., 2010.

권영세, “현행 통신비밀보호법상 ‘도청행위’의 의의 및 범위,” 저스티스 제30권 제4호(한국법학원, 1997), 116-136쪽.

김경호, “도청된 자료의 보도와 언론의 책임에 관한 연구”, 한국언론학회, 한국언론학보 제50권 1호, 2006. 2, 5-30, 436쪽.

김일환, “통신비밀의 헌법상 보호와 관련 법제도에 관한 고찰”, 한국형사정책학회, 형사정책 제16권 제1호, 2004. 6, 25-51쪽.

김현수, “언론보도의 정당행위 성부에 관한 고찰 대상판결: 대법원 2011.3.17. 선고 2006도8839 전원합의체 판결,” 법과 政策 제18집 제2호(제주대학교 법과정책연구소, 2012), 87-112쪽.

김형준, “현행 통신비밀보호법의 문제점과 개선방안-통신제한조치와 대화감청을 중심으로-,” 형사법연구 제24호(한국형사법학회, 2005년 겨울), 213-236쪽.

류석준, “언론보도에 의한 통신비밀 침해의 허용요건,” 法學論叢 제19권 제2호(조선대학교 법학연구원, 2012), 221-238쪽.

문재완, “취재의 자유와 그 한계: 정보 취득의 위법성 심사를 중심으로”, 헌법학연구 제13권 제3호(제1책)(한국헌법학회, 2007. 9), 391-424쪽.

양창수, “私生活 秘密의 保護: 私法的 側面을 중심으로,” 저스티스 통권 제76호(한국법학원, 2003), 39-60쪽.

오병두, “노회찬 전 의원 ‘X파일’사건 제1심 판결의 문제점 - 서울중앙지법 2009.2.9 선고 2007

- 고단2378 판결과 통신비밀보호법 제16조 제1항 제2호의 해석을 중심으로 -,” 민주법학 제41호(민주주의 법학연구회, 2009), 453-480쪽.
- 이성환, “통신의 비밀과 알 권리에 대한 헌법적 고찰: 도청 테이프 공개와 관련하여”, 저스티스 통권 제88호(한국법학원, 2005. 12), 5-27쪽.
- 이승선, “공적 인물의 통신비밀보호와 공적 관심사에 대한 언론보도의 자유: ‘안기부 X파일’ 사건에 대한 서울고법 2006노1725판결을 중심으로”, 한국언론정보학회, 한국언론정보학보 통권 제38호, 2007 여름, 211-246쪽.
- 이정원, “도청정보의 공개에 대한 법적 고찰,” 한국형사법학회, 형사법연구 제24호, 2005. 12, 237-256쪽.
- 조 국, “‘삼성 X파일’ 보도 및 공개사건 판결 비판 - 대법원 2011.3.17. 선고 2006도8839 판결 및 대법원 2011.5.13. 선고 2009도14442 판결 -,” 형사법연구 제24권 제1호(한국형사법학회, 2012), 271-295쪽.
- 조 국, “불법도청에 관여하지 않은 언론의 도청결과물 보도의 위법성조각: ‘X파일’ 보도사건을 중심으로”, 법조협회, 월간 法曹 통권 627호, 2008. 12, 185-217쪽.
- 한위수, “通信秘密의 公開와 報道에 關한 民·刑事的 諸問題”, 저스티스 통권 제88호(한국법학원, 2005. 12), 28-47쪽.
- 허순철, “언론의 자유와 통신비밀: 안기부 X파일 사건과 미국연방대법원 판례와의 비교를 중심으로”, 헌법학연구 제13권 제3호(제2책)(한국헌법학회, 2007. 9), 663-698쪽.
- Fishman, Clifford S. & McKenna, Anne T., Wiretapping and eavesdropping, 2nd ed., Clark Boardman Callaghan, 1995(Database updated April 2009: Westlaw 검색)

국민의 알권리와 면책특권

한상희 교수 (건국대학교 법학전문대학원)

1. 문제의 제기

이 글은 최근 노회찬 (전)의원의 의원직 상실과 관련하여 국회의원의 면책특권과 그 당지점에 있는 국민의 알 권리의 보장이라는 두 개의 헌법명령의 관련을 살펴보고 그 사건에 대한 입법적 대안으로 제시된 국회법 일부개정법률안(진선미의원 대표발의: 이하 「진선미의원안」)의 타당성을 검증함을 목적으로 한다.

노회찬 (전)의원은 주지하듯 1997년의 대통령선거과정에서 삼성의 이학수 부회장과 중앙일보 홍석현 회장 등이 나눈 대화를 녹취한 내용이 2005년 7월 MBC 이상호 (전)기자에 의해서 공개되자 2005년 8월 국회 법사위의 회의에서 그 삼성 X과일중 소위 ‘떡값’을 받은 전현직 검사 7명의 실명을 거론하며 검찰수사를 촉구하는 한편 그 내용을 보도자료로 만들어 기자에게 배포하는 한편 자신의 홈페이지를 통해 공개한 바 있으며, 이로 인하여 대법원에서 명예훼손 및 통신비밀보호법 위반죄가 확정됨에 따라 의원직을 상실하였다. 이 과정에서 하급심판결에서는 무죄가 선고되기도 하였으나 대법원은 국회의원의 면책특권은 홈페이지에 보도자료를 게시하는 행위에까지는 미치지 않는다는 이유로 이를 파기 환송하였고, 2011년 10월 서울중앙지법이 노회찬 (전)의원에서 징역 4월 집행유예 1년, 자격정지 1년을 선고하자 그 판결을 확정된 것이다.

여기서 문제는 국회의원의 면책특권이 기자에 대한 보도자료배포에까지 확장되는 수준을 넘어 국회의원이 대외적인 홍보의 수단으로 사용하는 자신의 홈페이지에 게재한 행위에까지 확장되는가의 여부이다. 즉 헌법 제45조는 “국회의원은 국회에서 직무상 행한 발언과 표결에 관하여 국회외에서 책임을 지지 아니한다.”라고 규정하고 있는데, 이 때 홈페이지 게재행위가 “국회에서 직무상 행한 발언과 표결”에 부수한 행위로 인정되어야 하는지 아닌지의 문제가 논란의 대상이 된다. 우리 대법원은 거듭된 판결(대법원 1992. 9. 22. 선고 91도3317 판결; 대법원 2007. 1. 12. 선고 2005다57752 판결)을 통해 헌법상의 면책특권은 국회에서의 발언과 표결뿐 아니라 그에 통상적으로 부수하여 행하여지는

행위까지 포함한다고 보고 있으며, 그 판단의 기준은 “구체적인 행위의 목적·장소·태양 등을 종합하여 개별적으로” 행할 것을 요구하고 있기 때문이다.(대법원 2011. 5. 13. 선고 2009도14442 판결)

이하에서는 이 문제를 먼저 면책특권의 의미와 내용을 분석하고 그 결과를 이 사건에 포섭하면서 대법원판결의 타당성 여부를 검증하는 한편, 이러한 일련의 사건들을 입법적으로 해결하기 위하여 제시된 진선미의원안을 평가해 보고자 한다.

2. 면책특권의 연혁과 그 의미

국회의원의 면책특권은 멀리 로마법의 체제에까지 그 뿌리를 내리고 있지만 직접적인 근원은 1397년 영국의 Thomas Haxey사건에 두고 있다.¹⁾ 당시 영국하원(House of Commons) 의원이던 Haxey는 영국국왕이었던 Richard 2세의 방탕한 생활을 비판하며 그 재정낭비를 비난하는 청원안을 제출하였고 이에 격분한 국왕은 그를 재판에 회부, 반역죄로 몰아 사형에 처하도록 하였다. 물론 하원의원들을 탄원으로 사형은 집행되지 않았고 이후 Richard 2세를 몰아내고 왕위에 오른 Henry 4세에 의해 1399년 사면되었지만, 이 사건은 영국의회로 하여금 의원들이 국왕의 압력으로부터 자유로운 상태에서 토론하고 논쟁할 수 있는 권리를 요구하게끔 하게 만들었다. 1689년의 Bill of Rights는 이렇게 의원들이 표현의 자유라는 권리개념으로 구성해 나갔던 부분을 보다 명확하고도 적극적으로 외부의 모든 간섭이나 반대로부터 자유롭게 토론하고 논쟁할 수 있는 상태를 만들어내었다. 즉, 권리장전은 Freedom of Speech라는 제호 하에서 “의회에서의 발언과 토론의 자유 또는 의사의 진행은 의회 밖의 어떠한 법원에서나 어떠한 장소에서도 소추되거나 조사받지 아니한다”(That the Freedom of Speech and Debates or Proceedings in Parlyament ought not to be impeached or questioned in any Court or Place out of Parlyament.)라고 규정하고 있다.(여기서 영국은 의회는 의회에 대한 최고법원이다(Parliament is itself "The High Court of Parliament")라는 관점에 적용된다. 미국의 연방대법원이, 비판적인 하원의원들을 겁박하기 위하여 민·형사법을 악용한 군왕들에 대하여 확립한 “입법자의 독립과 통합을 위한 중요한 보호장치”(U.S. v. Gillock, 445 U.S, 360(1980))라고 평가한 면책특권이 제도화되는 순간이다.

하지만 면책특권의 역사는 영국에만 한정되지 않는다. 영국의 면책특권이 의회와 국왕과의 대립속에서 형성된 것이라면, 프랑스의 면책특권은 영국의 선례 외에도 인간의 권리를 선언한 프랑스 인권선언 및 혁명과정에서 형성된 의회우위의 사상으로부터 파생된다. 즉 1789년 프랑스 혁명의 결과로 군주를 몰아내고 공화국의 체제를 확립하게 된 프랑스는 시민들이 선출한 대표자들이 자신의 임무를 수행함에 있어서 행한 발언이나 의견들로

1) 이하 역사부분의 서술은 Dick Toornstra, ECPRD, Rules on Parliamentary Immunity in the European Parliament and the Member States of the European Union, Brusseks, ECPRD, 2001, pp. 2-6에서 정리함.

인하여 어떠한 책임을 지는 것을 거부하고자 하였다. 이에 Mirabeau가 발의한 1789년의 칙령 제23호에서 면책특권이 구성되고 1790년의 칙령 제26호에서는 의회의 동의 없이는 기소되지 아니하는 특권이 명기된다. 여기서 특징적인 것은 이러한 특권들이 의원의 자유를 보장하는 것인 동시에 혁명의 과정에서 의회와 의원들은 주권적 시민의 대표로서 다른 어떤 국가기관보다 우월하다는 의식이다. 즉, 시민의 대표인 의회와 의원을 다른 국가기관이 기소하거나 조사하는 것은 허용되지 않는다는 생각이 여기에 깔려 있는 것이다.

요컨대 영국의 면책특권은 국왕의 권력남용에 대한 억지라는 common law의 틀 속에서 형성된 것이라면, 프랑스의 면책특권은 1789년의 프랑스인권선언에서 천명된 표현의 자유와 인신의 자유(이는 불체포특권의 형태로 구체화된다)가 그 기반을 형성하면서 그 당연한 연장선상에서 인민의 대표는 이러한 인권이 보다 강한 형태로 보장되어야 한다는 의미로 구성된 것이다.

여기서 면책특권의 두 가지 의미가 도출된다. 그 하나는 면책특권은 그 자체 국왕의 권력으로부터 의회(와 의원들)²⁾를 보호하는 특권(privilege)으로서, 외부적 압력으로부터 자유로운 토론과 논쟁의 가능성을 확보함으로써 의회가 그 주어진 임무를 제대로 수행할 수 있도록 한다는 의미이다. 또 다른 하나는 인권의 요청이 강화된 것으로 이를 통하여 의회·의원들과 시민들간의 대표성을 강화하는 수단으로서 받아들여야 한다는 의미이다. 후자의 경우에는 의회나 의원들은 시민의 대표이기 때문에 다른 국가권력의 간섭을 받지 않아야 한다는 것이다. 그리고 바로 이 점에서 의회와 의원들의 직무에 관한 책임은 시민과의 관계속에서 정치적으로 부담하여야 한다는 의회주의의 이념이 다시금 강조될 수 있다.

미국의 면책특권제도는 영국과는 또 다른 의미를 가진다. 연방헌법 제1조제6항제1호의 소위 “speech or debate clause”에 의해 명문화된 미국의 면책특권은 국왕의 자의적 권력행사로부터 의회를 보호하고 의회주권을 확보하고자 하였던 영국의 전통과는 달리 권력분립과 권력균형이라는 측면에서 형성되었다. 미국연방대법원은 U.S. v. Brewster사건의 판결(408. U.S., 501(1972))³⁾에서 미국헌법의 면책특권은 일반론적 시각이 아니라 미국의 역사적 경험(in the light of American experience)과 미국의 정부의 헌법적 틀에서부터 해석되어야 한다고 하면서, 미국의 경우 의회가 영국처럼 국왕의 자의적인 권력 행사에 시달린 적도 없으며 의회주권을 내세운 적도 없었으며, 미국의 의회는 우월한 존재가 아니라 다른 기관과 동급의 존재(coordinate branch)인 점을 감안할 필요가 있다고 한다.⁴⁾ 그래서 이런 차이로부터 미국의 면책특권은 의회주권의 확립이나 대표성의 강화

2) 영국의 초기제도는 의원의 특권이 아니라 의회의 특권으로 인식하였다. 이것이 의원의 특권으로 구체화되는 것은 미국 연방헌법 제1조제6항제1호의 규정(소위 “speech or debate clause”)에 의해서이다.

3) 이 사건은 의원이 의정활동을 빌미로 뇌물을 요구, 수수한 혐의로 기소된 경우로 연방대법원은 뇌물죄의 유무죄 판단은 뇌물수수여부에 달려 있는 만큼 범죄혐의사실에 대한 수사가 의회에서의 입법활동에까지 확장될 이유가 없다고 보면서, 면책특권은 입법활동에 관하여 적용되는 것이지 이렇게 입법활동과 임의적 혹은 우연하게 연결되는 활동까지 보호하는 것은 아니라고 판단하였다. 이는 우리 헌법의 해석과도 크게 다를 바 없다.

라는 관점이 아니라 의회의 독립 특히 입법과정의 독립성을 확보하기 위한 수단으로 해석한다. 미국의 면책특권에 관한 연방대법원의 판단이 입법행위(legislative action)를 보호하는 데 중점을 두고 비입법행위(political action)는 적용대상에서 제외하는 것은 이런 연유에서이다. 즉 미국의 경우 면책특권은 일반적으로 의원들이 의회의 직무와 관련하여 의회의 회기내에 한 행위를 그 대상으로 한다. 그래서 그 면책특권은 입법행위 또는 입법행위를 현실적으로 수행하게 한 동기에 대한 신문(inquiry into legislative acts or the motivation for actual performance of legislative acts)으로부터 의원을 보호하고자 하는 것이다.

3. 우리나라의 면책특권

3.1. 장소적 요건

전술하였듯이 우리 헌법은 제45조에서 “국회의원은 국회에서 직무상 행한 발언과 표결에 관하여 국회외에서 책임을 지지 아니한다.”라고 하여 면책특권의 외적 요건(“국회에서”), 질적 요건(“직무상 행한”), 그리고 그 효과(“국회외에서 책임을 지지 아니한다”)를 동시에 규정하고 있다.

여기서 “국회에서”라는 장소적 요건은 실질적인 기준에 의하여 판단하여야 하는 만큼 국회의사당이라는 물리적 장소가 아니라 국회의 직무상의 활동이 실질적으로 이루어지는 공간을 의미한다고 보아야 한다. 그래서 국회의 본회의나 상임위는 물론이고 교섭단체내에서 행한 발언이나 표결도 그 범주내에 포함된다고 보는 입장도 있다.

문제는 이러한 공간의 개념이 ICT의 시대로 접어들면서 오프라인뿐 아니라 온라인도 포함되는 것으로 보아야 할 것인가이다. 실제 이러한 문제제기는 국회에서의 직무가 아직은 오프라인 중심으로 구성되어 있어 충분한 논의의 기회가 이루어지지 않고 있지만,⁵⁾ 그것이 국회의 직무의 또 다른 형식으로 이루어지는 한 제외할 이유가 없다고 본다. 이 점은 후술한다.

3.2. 직무관련행위 및 부수행위: 미국과의 대비

문제는 질적 요건이다. 면책특권은 “직무상 행한” 발언과 표결에 대해서만 적용되는 만

4) 이 점에서 미국의 면책특권을 궁극적으로 의회주권 혹은 의회우위에 근거한 것이라고 단언한 이상경의 판단은 잘 못된 것이라 할 것이다. 이상경, “미국 연방헌법상 국회의원의 직무상 면책의 내용과 시사점,” 유럽헌법연구 제12호, 2012, 243, 246쪽.

5) 예컨대 이광진, “국회의원의 면책특권,” 의정연구 제13권 제1호, 137-8쪽. 그는 국회의원의 개인 홈페이지는 ‘입법활동’에 대비되는 ‘정치활동’의 범주에 포섭하면서 미국의 예에 따라 면책특권의 장소적 범위에 포함되지 않는다는 해석도 가능하나, 인터넷도 표현의 자유의 보호대상이라는 헌법재판소의 결정을 인용하면서 “인터넷이라는 가상공간의 홈페이지에서 의정활동의 일환으로서 행해지는 의사표현은 보호의 대상이 된다고 해석하는 것이 정보화시대에 맞는 해석이라고 본다”고 제안하고 있다. 138면.

컴 이 “직무상 행한”을 어떻게 해석하는가에 따라 그 범위가 크게 달라진다.

우리 대법원은 이와 관련하여 몇 가지 판단을 내어 놓았다. 먼저 국시사건으로 알려진 유성환의원사건에서 대법원은 유성환 사건에서 대법원(1992. 9. 22. 선고 91도3317 판결)은 국회의원의 면책특권의 대상에는 직무상의 발언과 표결에 통상적으로 부수하여 행하여지는 행위까지 포함하고, 부수행위인지의 여부는 “결국 구체적인 행위의 목적, 장소, 태양 등을 종합하여 개별적으로 판단할 수밖에 없다”고 판단한 바 있다. 여기서 부수행위의 판단기준은 ①회의의 공개성, ②시간적 근접성, ③장소의 한정성(국회의사당 내에 위치한 기자실) 및 대상의 한정성(국회출입기자들만을 대상으로 함), ④목적의 정당성(보도의 편의를 위한 것) 등이 제시되기도 하였다. 물론 이러한 기준은 그 사건을 판단하기 위한 편의적 기준이라고 보아야 할 것이지만, 여하튼 부수행위의 개념을 정리하였다는 데에 그 의미가 있다고 할 것이다.

이러한 입장은 1996년에도 반복되어 국회의 회의나 국정감사장 등에서 국무위원등에게 질의하거나 그 질의를 준비하기 위하여 정부기관등에 자료제출을 요구하고 이와 관련하여 관련기업인들을 겁박하여 금원을 교부받은 행위에 대해서도 면책특권을 인정한 바 있다.(대법원 1996. 11. 8. 선고 96도1742 판결)

또한 “발언 내용 자체에 의하더라도 직무와는 아무런 관련이 없음이 분명하거나, 명백히 허위임을 알면서도 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 경우 등”은 비록 국회내에서 이루어진 발언이라 하더라도 면책특권의 범주에서 제외하고 있다.(대법원 2007. 1. 12 선고 2005다57752 판결)

이와 같은 대법원의 입장은 미국의 경우와는 전혀 다른 양상을 보인다. 미국의 경우에는 입법행위 이외의 행위, 즉 정치적 행위에 해당하는 사항들-선거주민에 대한 봉사(constituent services), 정부계약을 추구하는 사람들을 지원하는 것, 공무원과 면담약속을 조율해 주는 것, 나아가 지역별 뉴스레터, 언론보도자료(press release), 텔레비전출연, 의회 밖에서 연설행위 및 책출판(book publication) 등을 통한 대중과의 직접적인 소통행위 등6)-은 면책조항에 의하여 보호되지 않는다고 한다.

하지만 우리 대법원의 경우에는 약간의 조건하에 개인 의원에 의한 언론보도자료의 배포는 국회에서의 발언에 부수한 행위로 파악하면서 면책특권의 대상으로 취급하고 있다.7) 그 차이는 영국의 제도와는 다른 미국의 독자성을 추구하였던 미국연방대법원의 언급처럼 다른아닌 역사적 경험에서 찾아야 할 것이다. 즉, 유성환 의원사건에서 대법원이 부수행위의 면책특권을 인정하게 된 계기는 1986년 권위주의 군사정부하에서 이루어졌던 소

6) Hurchinson v. Proxmire, 443 U.S. 111(1979); 이는 Brewster사건에서 선언된 원칙을 보다 구체화한 것이기도 하다.

7) 엄밀히 보자면 미국연방대법원의 기준에 의하더라도 유성환의원이나 노회찬의원의 보도자료배포행위가 면책특권의 대상에서 제외되는가는 의문이다. 이때의 보도자료는 국회에서 실제 행한 발언의 내용을 밝힌 것으로 단순히 취재의 편의를 위하여 시간적으로 근접한 상황에서 배포되는 것으로 실질적인 내용에 있어서는 그 발언 현장에서 기자가 듣고 작성하는 것과 크게 다르지 않기 때문이다. 이에 반하여 미국 연방대법원이 말하는 정치적 행위로서의 보도자료는 그런 내용의 것이 아니라 자신의 의정활동에 대하여 자기 나름의 의견을 담아서 재가공한 것을 의미하는 경우가 대부분이다.

위 국시사건과 연관된 이념적 억압에 대한 일련의 반성이라 할 것이다. 실제 이 판결은 사건이 있는 지 6년이 지나서야 비로소 대법원의 판단에 이를 수 있었다는 점에서 이러한 평가는 더욱 강화된다.

요컨대, 대법원이 부수행위를 인정하였던 것은 어떠한 이론적·법리적 판단의 산물이라기 보다는, 국왕의 억압으로부터 자유로울 수 있었던 미국의 경험과는 전혀 다른, 군사정부의 권위주의적 통치로부터 국회와 의원의 자유로운 의정활동을 보장하여야 할 역사적 필요성이 적지 않았던 우리의 헌법현실에서 나타났던 일종의 헌법변천의 결과인 것이다. 그리고 아직도 민주화가 제대로 공고화되지 못한 현재의 수준에서도 이러한 해석론은 여전히 유지되어야 할 필요성이 있다. 미국이 면책특권을 좁게 해석하는 것은 의회주권이 나 의회우위를 확보하기 위함이 아니라 다른 국가기관과의 균형을 유지하고 상호 견제체제를 확보하기 위한 의회측의 전제조건으로서의 그 독립성을 보장하기 위함이다. 하지만, 우리나라의 경우에는 미국식의 균형잡힌 권력분립체제가 아니라 대통령의 우위가 보장되어 있는 신대통령제 내지는 대통령‘중심’제적 체제인 만큼 이 대통령의 권력으로부터 국회와 의원들의 독립성과 자유를 보장하기 위해서라도 그 면책특권의 인정범위를 확대할 필요가 여전히 존재한다.

사족을 달자면, 우리나라에서 의원들이 그 행위에 대하여 ‘책임’을 진다고 하는 것은 미국 등 다른 나라에서 말하는 책임과는 그 정도가 질적으로 다르다. 면책특권에 관련한 책임은 대부분 명예훼손에 따른 책임이다. 면책특권의 대상행위는 발언이며 이 발언에 의해 훼손되는 법익은 명예권이 대부분이기 때문이다. 문제는 외국의 경우 명예훼손은 민사문제로만 처리하는데 비해 우리나라에서는 이를 형사문제로 처리하고 있다는 점이다. 그것도 단순 명예훼손이 아니라 보도자료등과 관련된 경우에는 출판물등에 의한 명예훼손죄로 그 형이 가중되게 된다. 그리고 이런 형사책임을 지게 될 경우 그것은 형사책임에만 그치는 것이 아니라 의원직 자체를 상실하게 되는 결과로까지 나아간다. 대표의 박탈이라는 가장 반의회적인 결과로 이어지는 것이다. 이는 의회주의에 대한 중대한 침해가 될 뿐 아니라 개별의원의 의정활동 자체에 대한 심각한 위협상황을 이루게 된다. 면책특권이 보호하고자 하는 바로 그 상황을 만들어내고 있는 것이다. 그리고 바로 이 때문에 우리나라에서의 면책특권의 인정범위는 다른 나라에 비하여 그만큼 더 확대되어야 한다.

4. 노회찬 (전)의원의 사건의 경우: 1992년 판결의 적용가능성

그러면 이러한 법리는 노회찬 (전)의원의 사건에 어떻게 적용되는가? 대법원은 삼성X과 일에 관한 발언내용을 보도자료로 만들어 사전에 기자들에게 배포한 행위(「기자배포행위」)와 그것을 자신의 인터넷 홈페이지에 게시한 행위(「인터넷게시행위」)를 구분하여 전자는 “국회 법제사법위원회에서 발언할 내용을 정리한 것으로, 피고인은 당일 법제사법위원회가 개의되기 직전에 보도의 편의를 위하여 이 사건 보도자료를 기자들에게 배포하였

고, 그 날 열린 법제사법위원회의 법무부 소관 현안보고 과정에서 이 사건 보도자료의 주요 내용을 발언한 사실”이 있다는 점을 강조하고 있는 반면, 후자에 대하여는 면책특권에의 해당여부에 관한 언급이 없이 곧장 명예훼손죄의 성립여부를 다루고 있다. 요컨대, 전자는 면책특권의 대상이 되는 부수행위임을 인정한 반면, 후자는 그 점을 부정하고 있는 것이다.

하지만, 이 양자의 행위를 비교해 보면 동일한 내용의 보도자료를 외부에 알리는 방법의 차이만 존재할 따름이다. 전자는 보도의 편의를 위해 국회의사당 안의 기자에게 배포하였고 후자는 인터넷 홈페이지에 게시하였다는 차이 외에는 다른 차이를 찾기 어렵다. 1992년의 대법원판결이 제시하였던 네 가지의 기준 즉, ①회의의 공개성, ②시간적 근접성, ③장소의 한정성(국회의사당 내에 위치한 기자실) 및 대상의 한정성(국회출입기자들만을 대상으로 함), ④목적의 정당성(보도의 편의를 위한 것)을 적용한다면 ③의 부분에서 차이가 있으며 ④의 경우는 보도행위를 통해 국민들에게 전달되는가 아니면 인터넷 홈페이지 게시행위를 통해 국민들에게 전달되는가의 차이에 불과한 만큼 본질적 차이라고 보기는 어렵다.

이에 ③의 요건을 분석해 보기로 하자. 먼저 장소의 한정성과 관련하여 우선적으로 제기하여야 할 의문은 만약 이 보도자료를 국회의사당내에 있는 기자실에 있던 기자들에게 배포한 경우와, 국회의사당이 아니라 의원회관에서 국회출입기자들에게 배포한 경우, 그리고 의원사무실에서 팩스로 각 신문사 정치부에 직접 보낸 경우 서로 다른 법적 평가가 내려질 것인가라는 점이다. ④의 요건과 관련하여 보도의 편의를 따진다면 팩스로 송부하는 것이 기자실의 기자에게 건네는 것보다 더 편의적이기 때문이다. 이렇게 볼 때 ③의 요건은 ‘장소성’의 문제보다는 ‘대상성’의 문제에 집중되어 있다고 할 것이다. 즉, 보도자료를 국회출입기자 혹은 그로 대표되는 제도언론에 배포하는 경우를 의미하는 것으로 보아야 한다.

하지만 이 또한 문제적이다. 유성환 의원 사건이 결정되던 1992년의 언론환경과 2005년 당시의 언론환경은 급진적 변화가 있기 때문이다. 우선 출입기자단을 중심으로 구성되던 기자실 자체가 참여정부 이래 붕괴되고 있는 상황이었던 만큼⁸⁾ 국회에서 형성되던 기자단 및 그로 대표되는 제도언론의 경계가 모호한 지경이었다. 나아가 ICT의 발전과 이에 힘입은 인터넷언론 및 개인홍보매체의 발전은 이러한 제도언론의 본질마저 흔들어놓고 있었다. 제도언론의 매개를 거치지 않고서도 직접 대중들에게 정보를 전달하거나 혹은 인터넷언론과 같은 대안적 언론을 통해 대중과 소통할 수 있는 체계가 공고히 구축되고 있었던 것이다.⁹⁾

결국 1992년 판결에서 부수행위를 판단하는 기준으로 제시한 네 가지의 사항들은 생각

8) 실제 정부기관에서 시행하던 기자출입증제도는 2007년 11월부터 폐지되기도 하였다.

9) 특히 오마이뉴스와 같이 시민기자방식을 취하면서 의원도 직접 기사를 작성하여 보도할 수 있는 체제를 취하고 있는 경우 의원이 자신의 보도자료를 기사형식으로 가공하여 오마이뉴스에 ‘보도’하는 경우는 제도언론의 ‘기사 및 정보여과기능’이라는 요소마저도 박탈해 버리고 만다. 실제 이런 경우와 보도자료를 자신의 홈페이지에 게시하는 경우는 양적 차이조차도 거의 없어져버리고 만다.

할 수 있는 가능한 기준들 중의 하나에 불과할 뿐 그것은 절대적인 기준이 될 수 없다. 1986년 당시의 국회 및 언론환경과 2005년의 국회 및 언론환경이 전혀 다르기 때문이다. 더구나 이 사건이 확정판결이 내려진 오늘날의 언론환경은 모바일체제까지 형성됨으로써 거의 본질적인 차이를 보이기도 한다. 즉, 1992년의 판결은 그 당시의 상황에서는 법리적으로 무리하지 않은 판단이었으나 그것을 그대로 오늘날의 상황에 적용하는 것은 심각한 난점을 야기한다. 온라인과 모바일환경에 의하여 ‘장소성’의 개념이 해체되고 있을 뿐 아니라 ‘대상성’의 문제도 매체(media)의 다양화, 다원화 시대가 야기하는 ‘보도행위’의 양태변화는 거의 본질적 수준에서 이루어지고 있다고 해도 과언은 아니기 때문이다.

따라서 이 사건과 관련하여 부수행위의 개념을 인정하는 척도는 오히려 ①과 ②에 집중되어야 할 필요가 있다. ①회의의 공개성(회의에서 실제 이루어진 발언 또는 실제 이루어질 발언으로 그것이 공개대상이 되는 것인지의 여부)와 ②시간적 근접성(회의에서의 발언 직전이거나 그 이후)의 요건이 충족된다면 그 발언을 제도매체를 통해 공개하건, 아니면 인터넷언론을 통해 공개하건 혹은 인터넷이나 모바일 등의 개인매체를 통해서 하건 부수행위로서의 성질을 인정하여야 한다는 것이다.

대법원은 이미 이러한 취지의 판단을 내려놓은 바 있다. 1992년 판결에서 대법원은 다음과 같이 실시하였다.

그리고 피고인이 자신의 발언내용이 국회 회의록에 게재되지 못할 것이라는 점을 알고 있었다거나, 원고의 내용을 본회의에서 그대로 발언하게 될 가능성이 없어 결국 외부에 공포될 수 없음을 예견하였다고 인정되지 아니하는 바에야 이를 전제로 한 주장들은 어느 것이나 받아들일 수 없다.[대법원 1992.9.22, 선고, 91도3317, 판결]

보도자료의 배포가 면책특권의 대상이 되는 부수행위에 해당하는가의 여부를 판단하는 기준에서 가장 중요하게 고려하여야 할 것은 그 발언이 이루어져서 그 내용이 회의록에 게재되고 이를 통해 국회법 제118조에 따라 일반에게 공개되는가의 여부라는 것이다. 대법원이 이 사건과 관련한 2011년의 판결에서 보도자료의 내용과 큰 차이 없이 발언했는가의 여부를 판단하고 있음은 이런 연유에서이다. 환언하자면, 보도자료의 배포가 부수행위인가의 여부는 ‘어떻게(how)’를 따짐으로써가 아니라, 국민의 알권리와 국회의 알릴 의무(공개의무 내지는 정보제공의무)와 관련, ‘무엇을(what)’을 따지는 것이며 보조적으로 ‘언제(when)’를 검토함으로써 판단하여야 한다는 것이다.

그리고 이렇게 해석할 때에야 비로소 의사공개주의¹⁰⁾를 취하고 있는 헌법과 국회법의 제

10) 국회법은 의사공개에 주체로 ‘국회’를 들고 있으나, 면책특권이나 의원의 발언이나 표결에 관한 경우에는 개별의원도 독립된 국가기관성을 확보하게 되는 만큼 그에 상응하는 공개의무 내지는 정보제공의무를 가진다고 보아야 할 것이다. 국회의원들이 운영하는 홈페이지가 단순히 ‘사적인 것’에 머물지 아니함은 이 때문이다. 그것은 정치인으로서의 국회의원 개개인이 운영하는 사적 정치행위일수도 있지만, 엄밀히 보자면 국가기관으로서의 국회의원이 운영하는 공적 행위로 보아야 한다. 사적 결사인 정당의 여론매개행

도취지에 부합하는 것이 될 것이며, 나아가 의회와 의원의 자유로운 발언과 표결을 보장함으로써 의회의 독립성을 유지하는 한편 그 대표성을 강화한다는 면책특권의 본래적 기능에도 부합하는 해석이 된다. 특히 면책특권을 본질요소를 표현의 자유에서 찾는다면 이러한 요청은 더욱 강조된다. 보도자료배포라는 부수행위는 국회의사의 공개와 결합하여 국회정보의 제공 및 국민의 알 권리를 충족하는 것이 되며 이는 표현의 자유의 실현을 위한 최우선적 국가의무가 되기 때문이다.¹¹⁾

5. 진선미의원안의 검토

5.1. 입법의 필요성

실제 노회찬 (전)의원 사건에서의 대법원판단은 부수행위가 면책특권의 대상이 되는가의 문제를 따진 것이 아니라 홈페이지게시행위가 부수행위에 해당되는가를 따진 것이다. 따라서 이는 법리나 해석의 문제가 아니라 이미 내려진 법판단을 바탕으로 그것에 사실을 어떻게 포섭할 것인가의 문제다. 바로 이 점에서 홈페이지 게시행위를 면책특권의 대상인 부수행위가 되어서는 아니된다는 이인호교수의 자문의견은 논점이 빗나가 있다. 이인호 교수는

대법원은 ‘직무부수행위’인지 여부를 ‘구체적인 행위의 목적·장소·태양 등을 종합하여 개별적으로 판단’한다고 하면서, ① 보도자료가 배포된 장소가 국회의원회관에서 이루어진 점, ② 보도 자료의 내용과 발언내용이 일치한다는 점 ③ 보도자료 배포가 시간적으로 근접한다는 점 ④ 국회에서 실제로 발언했다는 점을 직무부수행위임을 인정한 요소로 적시하고 있음

을 중요한 기준으로 제시하고 있으나, 홈페이지게시행위와 이 기준의 차이는 오로지 “국회의원회관”이라는 언술에만 놓여져 있을 뿐이다. 홈페이지에 게시된 내용은 보도자료이며(①) 그 내용과 발언내용은 일치하였으며(②) 시간적 근접성도 존재하며(③), 국회에서 실제 발언했기도 하였다(④). 그렇다면 “국회의원회관”이라는 물리적 장소의 의미가 왜 그렇게 강조되어야 하는 것인지, ICT나 모바일의 방식에 의한 온라인 공간(이 또한 ‘물리

위가 공적 성격을 가진다고 한다면 명실상부한 공무원으로서의 지위를 가지는 국회의원의 정보전달행위 혹은 여론매개행위는 정당의 경우보다 더 강한 공적 성격을 가진다고 보아야 한다는 것이다.

11) 그리고 바로 이 점에서 미국식의 입법적 행위와 정치적 행위의 구분은 우리나라에서는 무의미해진다. 미국의 헌법체제가 기반하고 있는 제한정부(limited government)의 원리는 의회의 권한까지도 최소한의 범주에 한정하고자 하며 이 과정에서 면책특권의 범주도 더불어 제한되는 경향을 보인다. 특히 이 면책특권의 연원이 영국의 common law라고 본다면 법 앞에서의 평등(equality before law)의 원칙에 의하여 의원이라 하더라도 그 특권은 최소화되는 것이 타당하다고 보게 되는 것이다. 하지만 우리나라의 경우에는 이러한 제한정부론이나 common law식의 법 앞에서의 평등의 관념이 적용되기는 어렵다는 점에서 미국 연방대법원의 판단을 아무런 여과장치도 없이 원용하는 것은 상당한 무리를 초래할 가능성이 없지 않다.

적 장소'이기도 하다)은 왜 배제되어야 하는지 의문을 제기하지 않을 수 없다.

그리고 이 차이점에 관한 판단이 왜 헌법문제의 수준으로까지 고양되어야 하는 것인지도 의문시된다. 헌법 제45조의 “국회에서”라는 문언의 의미가 반드시 국회의사당이라는 물리적 공간을 의미하는 것만은 아니라는 점에 대해서는 이론의 여지가 없다. 그런데, 부수행위가 일어나는 공간에 관해서만큼은 국회의사당(의원회관?)이라는 물리적 장소성을 강조하여야 하는 이유는 무엇이며, 그 판단조차도 헌법문제로 치부해야 하는 이유는 무엇인지 되묻지 않을 수 없는 것이다.

이 사건과 관련하여 정작 중요한 법판단은 부수행위의 해당여부에 대한 판단권한이 사법부에 일임되어 있다는 점이다. 다시 1992년의 대법원판결로 돌아가보자.

면책특권의 대상이 되는 행위는 국회의 직무수행에 필수적인 국회의원의 국회 내에서의 직무상 발언과 표결이라는 의사표현행위 자체에만 국한되지 아니하고 이에 통상적으로 부수하여 행하여지는 행위까지 포함하며, 그와 같은 부수행위인지 여부는 구체적인 행위의 목적·장소·태양 등을 종합하여 개별적으로 판단하여야 한다.

이 판결에서 대법원은 부수행위의 포함여부에 대해서는 긍정적으로 판단하면서 구체적인 사실관계가 부수행위로 포섭되는지의 여부에 대한 판단은 개별적으로 할 것을 요구한다. 즉, 그것이 면책특권의 대상이 되는지 아닌지의 여하는 객관적·명시적 기준이 없이 그때 그때 사법부의 조사와 판단에 의해 결정되어야 한다는 것이다.

이는 면책특권제도의 본질과 정면에서 충돌한다. 우리 헌법 제45조는 “책임을 지지 아니한다”로 문언구성되어 있지만, 다른 외국의 경우는 대부분 국회 밖에서 조사받지 아니한다는 형식으로 구성되어 있다. 책임뿐 아니라 그러한 책임을 질 위험조차도 지지 아니한다는 의미이다. 실제 의원들의 표결이나 발언을 압박하는 수단은 민형사책임과 함께 그러한 책임여부를 밝히기 위해서 가해지는 수사나 조사(question, inquiry)행위들도 존재한다. 즉 면책특권이 제대로 보장되기 위해서는 수사나 조사로부터도 자유로울 수 있는 상황을 만들어두어야 한다는 것이다.

그런데 발언이나 표결은 그 자체 다른 행위들과 명백히 구분될 수 있는 것인 만큼 별다른 사법적 사실판단이 필요하지 않다. 반면 부수행위의 경우에는 이 사건의 경우처럼 어디서 어디까지가 부수행위이며 어디부터 부수행위가 아닌지는 아직도 명확하지 않다. 특히 보도자료배포의 경우 최근처럼 매체환경이 급변하고 있는 상황에서는 더욱 그러하다. 문제는 이런 부분에 대하여 법원이 그 해당여부를 판단하기 위하여 의원의 행위들을 하나하나 조사하는 데서 비롯된다. 위의 대법원판결에 의하면 그 해당여부의 판단은 법리해석의 문제가 아니라 법포섭의 문제고 따라서 여기에는 법관의 상당한 재량이 발동할 수도 있는 영역이기 때문이다. 의원들이 ‘부수행위’라고 여기고 한 행위에 대해서도 법관의 재량적 판단에 의해 민·형사상의 책임을 물릴 수 있는 여지가 얼마든지 발생하는 것이다. 그리고 바로 이 때문에 의원들의 활동이 불안정해지고 따라서 그 활동들이 위축되

는 상황이 일어날 수도 있게 된다. 노회찬 (전)의원의 사건은 이러한 걱정을 단적으로 증명하는 예이기도 하다.

이 부분에서 일정한 예측가능성을 마련하기 위해서 필요한 것이 바로 입법이다. 물론 그 입법조차도 최종적으로는 법관의 판단대상이 될 것이지만, 그럼에도 불구하고 부수행위의 인정기준이나 그 인정범위를 법률의 형식을 빌어 명확히 하는 것은 의원들의 의정활동에 대한 예측가능성을 부여하고 이를 통해 사법권에 의한 국회의 독립성 침해 내지는 통제의 가능성을 최소화하는 효과를 거둘 수 있게 된다.¹²⁾

5.2. 진선미의원안의 경우

진선미의원이 대표발의한 국회법중일부개정법률안은 이런 맥락에서 긍정적인 평가를 할 수 있다. 우선 그 안의 내용을 보면 다음과 같다.

국회법 일부를 다음과 같이 개정한다.

제25조의2를 다음과 같이 신설한다.

제25조의2(국회에서 직무상 행한 발언의 범위) 「대한민국헌법」 제45조의 “국회에서 직무상 행한 발언”은 「대한민국헌법」과 법률로 정하는 바에 따라 의원에게 인정된 일체의 권한 행사 또는 의무의 이행과 관련된 모든 의사표시(의원의 인터넷홈페이지 등에 올린 발언, 보도자료 등을 포함한다)를 말한다.

하지만 이 안은 면책특권의 범위를 너무 넓게 인정하고 있어 국회의원의 지위를 하나의 치외법권적 신분으로 고착시킬 여지조차 보인다.

첫째 이 안은 그 판단의 기준을 “의원에게 인정된 일체의 권한 행사 또는 의무의 이행”에 두고 있다. 이때 의원의 권한이라면 헌법상의 권한을 중심으로 심의·표결권, 법률안등 의안발의권, 불체포특권, 면책특권, 임기의 보장, 발언·표결권 등이 있으며, 의무는 청렴의무, 국가이익우선의무, 지위남용금지의무 등이 있다. 진선미의원안은 이 모든 권한과 의무에 대하여 면책특권의 인정가능성을 부여함으로써 헌법에서 규정한 “국회에서”라는 문언이 무의미해지게 되는 상황이 벌어질 수도 있다. 예컨대 의안발의의 경우 그 준비나 입안의 단계에서부터 면책특권이 인정됨으로써 그 과정에 발생하게 되는 타인의 권리나 명예를 보호할 수 있는 여지를 축소시키기도 한다. 또는 청렴의무는 국회 밖에서 국회와 거리가 있는 사항에 대해서도 준수되어야 하는 바 이에 관한 발언을 모두 면책특권의 대상으로 하는 것은 지나친 포섭에 해당한다.

12) 이 점에서 대해 이인호교수는 “개정안 초안은 대법원의 명시적인 헌법해석을 폐기하는 것인데, 법률로써 대법원의 법률해석이 아닌 헌법해석을 폐기할 수 있는지에 관해 논란이 있을 수 있음”이라고 소극적 입장을 보이고 있으나, ①헌법해석의 종국적 권한은 대법원이 아니라 헌법재판소가 가지고 있고 따라서 대법원의 헌법해석은 국회의 헌법해석에 비해 절대적으로 우월한 것은 아니며, ②전술하였듯이 대법원의 이번 사건 판단은 법해석의 문제가 아니라 법포섭의 문제에 치중해 있다는 점에서 그리 신뢰할 수준의 언급은 아니라 할 것이다.

둘째, 기준이 광범위함에도 불구하고 진선미의원안은 “~과 관련된”이라고 하여 더욱 그 범위를 확장하는 듯한 외관을 갖추고 있다. 이 문언에서 나오는 관련성의 문제는 ‘직무관련성’에서 의미하는 관련성보다 더 넓은 개념이 된다. ‘직무관련성’은 그 직무수행행위와 직무를 수행하기 위한 행위(즉 부수행위)의 의미로 이해되는 반면 이 문언에서 나타나는 ‘과 관련된’은 부수성뿐 아니라 근접성까지도 포괄하는 의미로 이해될 여지가 있기 때문이다.

셋째, “모든 의사표시”의 경우도 문제가 있다. 앞서 언급한 바 있지만, 우리 대법원은 “발언 내용 자체에 의하더라도 직무와는 아무런 관련이 없음이 분명하거나, 명백히 허위임을 알면서도 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 경우 등”은 면책특권의 보호대상에서 제외하고 있다. 실제 면책특권이라는 방패 뒤에 숨어서 의정질서를 교란하고 그 관련자에게 심각한 피해를 초래하는 경우가 적지 않았던 경험에서 이를 치유하기 위한 대법원의 어려운 결단이 바로 이 판결이라고 한다면 적어도 진선미의원안에서는 이러한 대법원의 결단을 반영하는 문언을 만드는 것이 바람직하다고 본다. 즉, “모든 의사표시”라는 표현에서 최소한 “모든”이라는 문언은 삭제하는 것이 어떨까 한다. 아니면 단서조항을 달아서 “다만, “직무와는 아무런 관련이 없음이 분명하거나, 명백히 허위임을 알면서도 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 경우 등은 제외한다.” 정도의 표기를 해 두는 것도 방법이다. 또한 “의사표시”라는 단어는 민법에서 말하는 효과의사와 표시행위가 결합된 한정된 의미만을 가지는 만큼 이런 표현보다는 “표현행위”정도가 적절해 보인다.

넷째, “(의원의 인터넷홈페이지 등에 올린 발언, 보도자료 등을 포함한다)”라는 문언부분은 노회찬의원사건을 문제점을 해결하기 위한 것이라 할 수 있으나, “인터넷 홈페이지”와 같은 단어의 개념을 어떻게 규정할 것인지(예컨대 블로그, 페이스북의 타임라인, 트위터계정 등도 포함되는지) 명확하지 않음으로써 그 자체 또 다른 문제를 야기할 가능성이 있다.

요컨대 진선미의원안은 면책특권의 범위를 지나치게 확장함으로써 의원들이 당연히 져야 하는 법적 책임의 많은 부분을 면제하는, 그래서 교각살우의 가능성까지도 열어두는 듯한 느낌을 주고 있다.

생각컨대, 이러한 절대적 확장의 방식보다는 오히려 대법원이 제시한 부수행위의 개념을 법문으로 인정하고 시대변화에 따라 그것을 판단하는 명확한 기준을 제시하는 수준에서 개정법률안을 만들어내는 것이 어떨까 한다. 즉, “「대한민국헌법」 제45조의 “국회에서 직무상 행한 발언”은 그 발언의 내용을 공개하기 위하여 발언직전 혹은 그 이후에 하는 표현행위를 포함한다”는 형태의 개정안 정도면 어느 정도의 문제점은 해결할 수 있을 것으로 보인다.

6. 결론

(하략)