



저작자표시-변경금지 2.0 대한민국

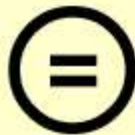
이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.
- 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

法 學 碩 士 學 位 論 文

情報의 自由와 國家安保에 관한 研究

— 國民의 알 權利와 國家機密保護의 衝突을 中心으로 —



2007年 2月

釜 慶 大 學 校 大 學 院

法 學 科

張 進 淑

法 學 碩 士 學 位 論 文

情報의 自由와 國家安保에 관한 研究

—國民의 알 權利와 國家機密保護의 衝突을 中心으로—

指導教授 池圭喆

이 論文을 法學碩士 學位論文으로 提出함

2007年 2月

釜 慶 大 學 校 大 學 院

法 學 科

張 進 淑

張進淑의 法學碩士學位論文을 認准함

2007年 2月 23日



主 審 法學博士 裴英吉 印

委 員 法學博士 金善福 印

委 員 法學博士 池圭喆 印

第1章 序論	1
第1節 研究의 目的	1
第2節 研究의 範圍와 方法	3
第2章 國民의 알 權利와 情報公開制度	5
第1節 情報의 自由와 言論環境	5
I. 情報化 물결의 到來와 言論環境	5
II. 國民의 알 權利와 國家安保의 關係	7
第2節 國民의 알 權利	8
I. 社會的 登場背景과 歷史的 考察	8
1. 社會的 登場背景	8
2. 歷史的 考察	9
II. 意義	12
1. 概念	12
2. 機能	13
3. 必要性	14
III. 憲法上 根據 및 法的性格	15
1. 憲法上 根據	15
2. 法的 性格	16
3. 判例 및 檢討	17
IV. 主體와 客體	18
1. 主體	18
2. 客體	19
V. 內容	20

第3節 情報公開制度	21
I. 情報公開의 意義	22
1. 概念	22
2. 必要性	22
II. 情報公開의 範圍	25
1. 公開範圍	25
2. 國家安全保障에 관한 情報公開의 意味	27
III. 情報公開에 따르는 問題點	28
IV. 情報公開制度에 관한 各國의 立法例	30
1. 美國	30
2. 日本	32
3. 英國	33
4. 獨逸	35
5. 프랑스	36
6. 네덜란드	37
V. 우리나라의 情報公開制度의 制定過程과 公開現況	38
1. 制定過程	38
2. 情報公開制度의 現況	39
第4節 國家安保와 報道的 自由	40
I. 報道的 自由	40
1. 意義	40
2. 內容	41
II. 言論機關設立의 自由	42
III. 言論機關의 自由	43
IV. 取材의 自由	44
V. 報道的 自由와 國家安保間의 葛藤	46
VI. 國家機密報道的 制限과 그 限界	48
1. 報道自由의 制限	48
2. 明白·現存危險의 原則	49
3. 利益衡量的 原則	51
4. 國家非常事態와 報道的 自由	52

VII. 小結	53
第3章 國家機密과 軍事機密의 保護	55
第1節 國家機密	55
I. 意義	55
II. 範圍와 法的根據	57
1. 範圍	57
2. 法的根據	58
III. 國家機密의 取扱과 判斷基準	58
1. 取扱	59
2. 判斷基準	60
IV. 國家機密의 分類에 관한 理論	63
1. 形式說	63
2. 實質說	64
3. 併合說	65
4. 檢討	66
V. 國家機密의 維持義務와 證言問題	67
1. 意義	67
2. 公務員의 秘密嚴守義務	68
3. 國會 등에서의 機密事項 證言問題	70
4. 法院에서의 機密事項 證言問題	72
5. 國政監査 등에서의 機密事項 資料公開問題	74
第2節 軍事機密	76
I. 意義	76
1. 概念	77
2. 必要性	78
3. 內容	79
II. 範圍	80
III. 外國軍의 安全保障과 軍事機密保護	82
IV. 國家機密과 軍事上機密의 關係	83

V. 軍事機密의 維持義務	85
第4章 國家安保와 알 權利的 制限에 관한 各國의 制度和 判例에 관한 考察	87
第1節 다른 나라의 國家機密 保護制度	87
I. 美國	87
1. 國家機密의 指定背景	87
2. 國家機密의 保護法制	88
3. 主要 判例	90
4. 判例의 特徵과 問題點	95
II. 日本	96
1. 國家機密의 指定背景	96
2. 國家機密의 保護法制	98
3. 主要 判例	99
4. 判例의 特徵과 問題點	101
III. 獨逸	101
1. 國家機密의 指定背景과 保護法制	101
2. 獨逸刑法에서의 國家機密 保護法制	103
3. 主要 判例	105
4. 判例의 特徵과 問題點	112
第2節 우리나라	113
I. 우리나라에서의 國家機密保護의 現實	113
1. 國家機密의 指定背景	113
2. 國家機密의 保護法制	114
3. 主要 判例	115
4. 判例의 特徵과 問題點	123
II. 小結	125
第5章 國家安保와 國民의 알 權利的 調和	127

第1節 바람직한 關係의 摸索	127
I. 올바른 國家安保概念의 定立	127
II. 國家機密保護制度의 改善	129
III. 言論의 社會的 責任	131
IV. 알 權利의 確立과 公益	132
 第2節 兩者間의 葛藤解消와 調和	 135
I. 國民, 政府, 言論機關間의 葛藤克服	135
II. 國民의 액세스權의 活性化	136
III. 옴부즈만制度 確立	138
1. 概念	138
2. 옴부즈만制度의 特徵	139
3. 우리나라에서의 民願處理現況	140
4. 問題點 및 改善方向	141
IV. 國家公益을 위한 言論과 政府의 和合	141
 第6章 結論	 144
 參考文獻	

A Study on the Freedom of Information and National
Security

— Focused on the Collision of the People's Right to know and the
Protection of National Secrecy —

Department of Law

Jang Jin-sook

Abstract

The aim of this thesis is to establish possible solutions for the current conflict between the protection of National secrecy and the limitation of people's right to know. (People's right to know is based on the freedom of speech.)

In the past, people's right to know was generally considered as the freedom of simple expression between a nation and its press. Nowadays however, as a direct result of high-tech industries throughout the world, something commonly referred to as "the revolution of information and communication", information is not simply confined to the borders of individual countries. Instead, information easily permeates beyond these so-called borders reaching the general masses throughout the world. As a result, for many, this development has provided them with access to information that would have otherwise remained unknown. In addition, as systems of information and communication and become ever more complex so to

does the relationship between the people, the government and the press. In the "information society" people are demanding free information from the nations' organizations and public institutions. Furthermore, they are also calling for the right to collect and handle the information sources.

However, the people demanding these rights should deviate from the political isolation which is spreading in our society today and they should seek to understand the situation of national administration more precisely. They should also endeavor to overcome the crisis of democratic representation through the creation of correct political ideologies and overcoming the confidentiality of the traditional bureaucratic government. In addition, people need to make sure human life, the free revelation of personality and the democratic participation about the national administration.

The nation and the press have to comply with people's demands for information collection to guarantee the notion of "the right to know." The government should not insist on the theoretical and analogical right to guarantee the independence of the people's right to know. Furthermore, the government should implement an institutional system which guarantees this actual and concrete right legally. As such, a principle should also be created opening national activities and information related to national organizations to the people. Worth noting however is the fact that even in a democratic society, the "right to know" doesn't simply reflect an absolute freedom as is the case with other basic rights. The reason being, the implications it may have on the coexistent harmony between a nation's government and its people. To illustrate, if the press has access to all national secrets and allows such information to become public knowledge, the ramifications could become catastrophic. Yet on the other hand, if a person is to reveal any of a nation's secrets it is considered a crime. Based on

this, it would appear logical to assert that people cannot and should not expect the freedom of information in its entirety. It is for this reason that no democratic nation on earth allows all information to be passed freely to its citizens.

As such, the government emphasizes the importance and the necessity for national secrecy for the accomplishment of national policy concerning the protection of national confidentiality. However, using democratic rights as its foundation the press continues to insist on the people's right to know. Yet, there is conflict between the press and the nation because the nation tries to protect national secrets for national interests and the press tries to guarantee the people's right to know. However, it would appear their ultimate purpose is the growth of national development and national interests whether it is the people's right to know (the freedom of information) or the protection of national secrets.

Therefore, it would seem safe to assert that the "right to know" issue is becoming increasingly more serious among the people, the nation and the press. To ease this situation, we should endeavor to overcome the strained relations between the people, the nation, and the press. To achieve this, an amicable balance between the people's "right to know" and the divulgence of appropriate levels of information needs to be established. That being said, I have found a way to preserve the national security. To elaborate, in this study I suggested the meaning of the "right to know" which is not written in constitutional law concerning the protection of the national secrets and people's "right to know." As such, I came to this conclusion by showing the way to make the institutional system about the infringement of the right to know which is caused by the overlapping of the law which protects the national secrets.

第1章 序 論

第1節 研究의 目的

오늘날 보편적 가치로 받아들여지고 있는 민주주의의 실현을 위해서는 특히 언론의 자유가 그 첩경이 된다. 이는 많은 선진국들의 실례로도 입증되고 있다. 이 같은 언론의 자유가 보장되지 않고는 결코 민주주의를 이룩할 수 없으며, 잘사는 사회로의 진입도 불가능하고 선진국의 대열에도 들어갈 수 없다.

이러한 언론자유 의 보장을 놓고 언론의 자유를 주장하는 側과 언론의 자유를 제한하려는 權力間의 갈등이 세계도처에서 발생하고 있으며, 과거에도 있어왔고, 미래에도 이 문제만큼은 아마도 우리가 살아가면서 늘 부딪치고 해결해나가야 할 과제가 아닐까 생각한다.

지금도 이 언론의 자유를 놓고 국내외적으로 많은 논란이 일고 있다.

우리나라에서도 지난해 발효된 ‘신문등의자유와기능보장에관한법률’(2005. 1. 27. 법률 제7369호로 전문 개정된 것. 이하 ‘신문법’이라 함) 및 ‘언론중재및피해구제등에관한법률’(2005. 1. 27. 법률 제7370호로 제정된 것. 이하 ‘언론중재법’이라 함) 등을 놓고 언론사들이 일부조항에 대하여 위헌을 주장하면서 헌법소원을 냈다. 이에 대하여 헌법재판소는 이들 일부 조항에 대한 헌법소원심판청구사건에 자기관련성이 없다는 결정을 내렸다.¹⁾이에 대하여 언론사들이 이들은 언론자유의 침해라고 주장하면서 많은 논란이 일고 있다. 뿐만 아니라 국가기관에 의해 불법으로 도청된 이른바 ‘안기부 X파일’을 취득하여 그 대화내용을 보도한 사건²⁾에 대하여

1) 헌법재판소 2006. 6. 29. 선고, 2005헌마165, 314, 555, 807, 2006헌가3(병합). 이 사건에 대하여 헌법재판소는 「독자 또는 국민의 한 사람인 청구인들은 신문법상의 “정기간행물사업자”나 “일간신문을 경영하는 법인”이 아니고, 나아가 언론중재법상의 “언론”에도 해당하지 않는다. 따라서 위 청구인들은 신문법과 언론중재법의 심판대상조항에 대하여 간접적·사실적 이해관계를 가지는데 불과할 뿐 직접적·법률적 이해관계를 가진다고 할 수 없으므로, 기본권침해의 자기관련성이 인정되지 않는다」는 결정을 내렸다. 그러나 일부 조항에 대하여서는 반대의견과 헌법불합치 의견 및 위헌의견도 있었다.

2) 서울고등법원 2006. 11. 23. 선고, 2006노1725 판결. 판결문에서 「언론은 진실을 캐어 이를 적시하고 널리 알려 건전한 여론을 형성해 나감으로써 국민의 알 권리를 충족시키기 위한 언론·출판의 속성은, 경우에 따라서 인간의 존엄과 가치에 근거하는 개인의 사생활의 자유나 명예, 초상 등의 인격적 가치에 관한 권리를 침해할 수 있게 되어, 헌법이 보장하는 기본권 사이에 상충하

‘통신비밀법’의 적용을 놓고 쌍방이 원심에 불복하여 항소하였으나 서울고등법원은 안기부 X파일 내용 보도는 잘못이라는 판단아래 선고유예와 함께 쌍방의 항소를 기각했다. 이에 대하여 언론사측은 언론의 자유를 침해한다는 목소리가 높다.

또한 세계적으로도 2006. 5. 28. 영국 스코틀랜드의 에드버러 국회의사당에서 제55회 국제언론인총회(IPI)³⁾가 개막되었는데 여기에서 키보드 IPI회장은 개막연설에서 “최근 세계 각국의 언론인들은 유례없는 언론탄압을 받았다”면서 “테러와의 전쟁, 언론 윤리 및 언론의 책임성 등을 명분으로 내세워 언론의 자유를 압박하고 있다”고 지적했다.

언론의 자유야말로 민주주의의 중핵이라고도 할 수 있고, 정신적 자유와 정치적 자유가 동시에 보장되어야만 개개인의 사상 또는 의견을 자유로이 발표할 수 있고, 인격발현을 이룩할 수 있으며, 아울러 민주주의의 원리를 유지하고 발전시킬 수 있게 된다.

이러한 언론의 자유가 보장되기 위해서는 먼저 정보의 자유가 선행되어야 한다. 국민의 알 권리가 먼저 보장되지 않고는 언론의 자유는 있을 수 없다. 오늘날의 현실은 국경을 초월한 정보의 시대이다. 이 같은 상황에서 국민 개개인이 정부가 보유한 정보에 대한 접근이 차단된다면 헌법 제21조에서 보장하고 있는 언론의 자유는 명목적인 자유에 지나지 않는다.

이처럼 언론의 자유는 인간의 존엄과 가치를 실현하는데 필수불가결한 기본권임과 동시에 자유민주주의의 초석이 되기 때문에 최대한 보장되어야 한다는 데는 再論의 여지가 없다.

여기에서 국익이 먼저인가 국민의 알 권리가 먼저인가는 그 누구도 한마디로 단언하기는 어렵다. 민주주의사회에 있어서 언론의 자유가 가지는 의미는 참으로 중대하다고 할 수 있다. 뿐만 아니라 오늘날과 같은 정보화 사회에서의 국민의 알 권리는 더욱 중요하다 할 것이다.

는 영역이 있게 된다. 원래 자유권적 기본권은 ‘국가권력으로부터의 자유’에서 출발하였는데, “그 기본권의 제한은 오직 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 ‘법률’로써만 할 수 있고, 그 제한하는 경우에도 본질적 내용을 침해할 수 없다”고 헌법은 규정하고 있다. 이러한 헌법 정신에 따라 국민과 국민 사이에 기본권이 상충하는 영역에서도 ‘법률’이 정하는 바가 있다면(그것이 위헌이라고 선언되지 않는 한) 기본권 제한 여부를 그 법률 규정에 따라 판단하여야 한다」고 하면서 피고 A와 B에 대하여 「징역 6월 및 자격정지 1년에 처할 것이나, 보도의 행위에 이르게 된 동기나 목적 등을 참작하여 선고유예를 내린다」라는 판결을 내렸다.

3) IPI : International Press Institute(국제언론인총회)

그러나 아무리 그 권리가 중요하고 불가결의 선행조건이라고 하더라도 무한적이거나 절대적일 수는 없고, 공익 또는 타인의 기본권적 이익을 위하여 일정한 제한이 불가피하다. 더욱이 국가의 존립에 관한 국가기밀에 대하여는 더욱 그러하다. 자국의 국가안보와 공익을 위하여 스스로 자제하고 다함께 보호하여 국가안보를 지켜나가야 할 것이다.

따라서 본 연구에서는 언론의 자유의 한 내용인 국민의 알 권리를 보장받으면서 그 언론의 자유를 제한하는 根據와 한계에 관한 문제점들을 짚어보고, 이론적 근거들을 고찰하여 국민·정부·언론간의 갈등과 충돌에 대한 각국의 해결법리와 학설·판례 및 우리나라에서의 국가기밀보호와 국민의 알 권리의 침해에 관한 학설·판례 등을 살펴봄으로서 세계적인 추세에 따르는 해결방안을 모색하여 국민의 알 권리의 보장과 국가안보를 동시에 보장하는 데 기여하는 것을 목적으로 한다.

第2節 研究의 範圍와 方法

연구의 범위는 국민의 알 권리와 국가안보의 차원에서 국민·국가·언론간의 갈등에 대하여 언론의 자유와 국가기밀의 보호 그리고 정보의 공개라는 세요소로 범위를 한정하여 상호간의 갈등과 충돌을 최소화 할 수 있는 조화점을 모색하기로 한다.

현행 헌법상에는 아직 국민의 알 권리가 명문화되어 있지는 않다. 그러나 국민의 알 권리는 민주적인 국정참여 및 인격의 자유로운 발현과 인간다운 생활을 확보하기 위하여 필요한 정보수집권을 의미하므로, 우리 헌법 제21조 제1항에 「모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다」라는 ‘표현의 자유’와, 제1조 제2항 「대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다」라는 ‘국민주권의 원리’와, 제10조 「모든 국민은 인간의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 不可侵의 기본적 인권을 확인하고 보장할 의무를 진다」라는 ‘인간의 존엄성 존중과 행복추구권’을 그리고 제34조 제1항 「모든 인간은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다」라는 ‘인간다운 생활을 할 권리’ 등에서 그 헌법적 근거를 찾고 있다.

이러한 헌법의 조항들을 근거로 하여 ‘공공기관의정보공개에관한법률’이

제정되어 시행되고 있다.

그러나 아무리 헌법과 법률에 보장된 권리라고 해도 무한정하고 절대적인 것일 수는 없다. 그러므로 민주주의의 기본질서에 위반되어서는 아니 되며, 국가안보를 위태롭게 하거나 도덕률에 위반되어서는 아니 된다.

이 같은 알 권리의 제한과 관련되는 국가기밀보호법의 근거로는 헌법 제37조 제2항에서 「국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 法律로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다」라는 데서 그 원리를 도출해 낼 수 있다. 그 밖에도 알 권리의 제한과 관련되는 法律은 형법·국가정보원법·국가보안법·국가공무원법·군사기밀보호법 등의 개별 法律에 散在해있다.

본고에서는 이러한 헌법 및 법률들을 근거로 하여 먼저 국가기밀보호의 범위와 국민의 알 권리의 한계를 고찰하고, 다음으로 국내외적으로 문제가 된 국가기밀보호의 범위에 관한 판례들을 고찰하여 선진국들의 국가기밀보호와 국민의 알 권리의 보장에 관련하여 연구하기로 한다.

국민의 알 권리와 국가기밀보호에 대하여 문제된 국내외의 문헌 및 판례를 통하여 선진국들에서는 이러한 갈등을 해소하기 위하여 어떤 제도적인 정착방안을 강구하기 위한 노력을 하고 있는지를 살펴보고, 우리의 입법례와 비교·검토하고자 한다.

또한 국내외에서 언론보도로 인하여 쟁점이 된 구체적 사례들을 제시하여 국가안보를 둘러싼 언론과 정부간의 실제적 조화관계를 모색하는 방안으로 결론을 내기로 한다.

第2章 國民의 알 權利와 情報公開制度

第1節 情報의 自由와 言論環境

I. 情報化 물결의 到來와 言論環境

우리는 최근 거대한 국가적 변모과정 속에서 급격한 사회적 변화를 경험하고 있다. 폐쇄사회로부터 개방사회로, 그것도 모든 것이 동시에 「열리는 사회」로 지향하는 광범위한 변동을 겪고 있다. 주지하는 바와 같이 1960년대부터 추진된 급속한 산업화 정책의 결과, 한국사회는 현대적 산업사회로 전환하는데 성공하였다. 현대적 산업사회에로의 전환은 경제영역의 성장에 대응하여 정치적, 사회적, 문화적 영역의 발전이 균형을 이루지 못하는 불균형성장을 심화시키는 결과를 남았다. 이렇게 되자 그 동안 유보되었던 정치적 참여에 대한 요구가 한꺼번에 터져 나오고 사회적 배분 및 복지에 대한 요구 등이 밀물처럼 넘쳐 나오기 시작하였다. 그리하여 1980년대 후미에 와서 한국의 현대정치사는 또 한 번 엄청난 변모를 보여주고 있다.

이러한 개방화와 민주화의 추세 속에서 한국의 언론은 제2공화국시대 이래 공전의 언론자유를 누리기 시작하면서 양적으로 팽창하고 있다. 신문, 방송, 각종 정기간행물 등 우리나라의 언론매체들은 언론환경의 급격한 변화와 더불어 어느 때보다도 활발하고 자유로운 보도활동과 논평활동을 전개하고 있다.¹⁾

또한 문민정부의 출범과 언론의 자유화 조치 이후에 언론의 자유는 크게 신장되었다. 신문과 잡지, 주간지 등 각종 언론사의 숫자가 급격히 늘어난 것은 1988년 제6공화국 시절부터 정기간행물의 등록이 자유로워진 이후였는데 이에 따라 언론계 종사자의 숫자도 몇 년 사이에 폭발적으로 증가하였다. 뿐만 아니라 근년에는 언론인구가 급격히 증가하게 되자 언

1) 이택휘, “급변하는 사회에서의 언론과 언론중재”, 언론중재 1989년 여름호, 언론중재위원회, 1989, 54면.

론의 질적 저하와 이에 따르는 심각한 사회적 부작용을 우려하지 않을 수 없게 하고 있다. 언론의 책임에 대한 국민적인 관심이 높아지는 것은 자연스러운 현상이다.²⁾

그러나 언론매체의 양적 팽창은 또 한편으로는 부정적인 부작용도 낳아 사이비 언론 및 사이비 기자들의 폐해와 황색언론의 영향이 심각한 사회적 문제로 제기되고 있으며, 언론 스스로가 사이비 기자들을 추방하고 엄격한 윤리성을 확립해야 한다는 주장이 강력하게 요청되고 있다. 언론인의 윤리란 「사회의 공기로서의 언론기관에 종사하는 언론인의 전문직업인으로서 활동을 수행하는데 있어서 준수해야 할 규범의 체계」라고 할 수 있으며, 이러한 언론인의 윤리는 언론자유와 신장에 따라 언론의 사회적 영향력이 커질수록 더욱 강조되는 것이다. 자유의 신장은 그에 상응하는 사회적 책임이 수반됨을 뜻한다.

더구나 사회적 공기로서의 언론매체의 자유로운 활동은 그에 상응하는 사회적 책임이 준엄하게 수반됨은 물론이고, 급격히 변화하고 있는 사회에서의 사회적 책임의 수준을 넘어서서 사회적으로 심화된 갈등을 통합으로 변환시키는 윤리적 지도성을 다양하게 나타내주어야 하는 사명을 지니고 있는 것이다. 이제 헌법에 보장된 언론의 자유가 법적, 제도적 개선을 통해 구체적으로 자리 잡기 시작하고 있다. 이 시점에서 한국의 언론은 자유에 부응하는 책임 또한 구체적으로 고려하고 스스로 실천에 옮기도록 해야 할 것이다.

여기서 헌법에 보장된 언론자유와 중요성 못지않게 그 사회적 책임을 강조하는 것은 현대사회에 있어 대중매체로서의 언론이 지닌 막강한 영향력을 고려하고 있기 때문이다. 그러한 사회적 책임은 무엇보다도 언론매체가 자율적으로 수행할 것이 요청된다. 그것은 민주적 공동체의 운영에서 요청되는 고도의 윤리적 책임이기 때문이다.³⁾

이제 우리는 정보사회로 정착해 가면서, 정보의 축적이 용이하고 축적

2) 정진석, “언론환경의 변화와 규제제도”, 언론중재 제11권 제4호, 언론중재위원회, 1994, 80면.

3) 이택휘, 전개논문, 54~55면.

양이 방대해 질수록 이의 공개에 대한 주장이 강력하게 요구되고 있다. 정보원에 자유롭게 접근하고, 자유롭게 정보를 공급 받으며, 전달하고, 표현할 권리는 알 권리로 대변되며 구체적으로는 언론의 자유와 사상의 자유로 실현된다. 뿐만 아니라 정보의 축적량이 늘어나며 정보가 일정한 체계에 따라 관리된다고 볼 때 천부인권인 알 권리는 정보에 대한 공개를 요구할 권리로 치환된다고 할 수 있다.⁴⁾ 아울러 지난해 발효된 ‘신문등의 자유와기능보장에관한법률’ 등으로 인하여 국민의 알 권리의 보장과 신문등의 정기간행물의 발행의 자유가 한층 더 높아지리라 예상된다.

II. 國民의 알 權利와 國家安保와의 關係

자유민주주의의 기본전제는 정부관리가 국민에게 신뢰를 받아야 한다는 점이다. 이러한 신뢰성은 국민으로 하여금 관리가 무엇을 행하고 있는지를 알지 못한다면 무의미한 것이라고 주장하여 이른바 국민의 알 권리(people's right to know)를 민주주의의 중요한 원칙으로 삼고 있다. 미헌법의 기초자 중의 한 사람인 제임스 매디슨은 「대중정보(popular information)나 그것을 얻을 수 있는 수단을 갖지 못한 대중의 정부(popular government)는 희극의 서곡이거나 비극 혹은 그 양자일 것이다. 지식은 영원히 무지를 지배할 것이기 때문에 스스로 지배자가 되고자 하는 국민은 지식이 제공하는 힘으로 무장해야만 한다」⁵⁾고 밝힌 바 있다. 「알 권리」는 최근 들어 많은 이에 의해서 추상적인 정치적 권리가 아닌 시민권(civil right)의 일부로 이해되어져 법적인 보장을 주장하고 있다. 알 권리를 법적인 개념으로 처음 사용한 AP통신의 쿠퍼(K. Cooper)는 수정헌법 제1조를 「의회는...어떤 수단으로든지 알 권리를 제한하는 법을 만들어서는 안 된다」라고 개정할 것을 요구했다. 따라서 중대한 정보를 정부기관이나 관리들이 비밀로 취급한다면 이는 곧 민주적 과정을 저해하는 것으로 보는 것이다. 바로 이러한 이유 때문에 정부관리는 기밀사항에 관해 언제나 정당한 사유를 밝혀야 하는 것이다. 이는 국민이 그들의 책

4) 김광옥, “정보공개와 알권리”, 언론중재 제9권 제2호, 언론중재위원회, 1989, 1면.

5) Letter from Madison W.T., Baray, quoted in Franklyn S. Haiman, Speech and Law in a Free Society, (Chicago The Univ. of Chicago Press, 1981), p. 368.

임을 완수하기 위해 정보를 필요로 하기 때문이기도 하지만 근본적으로는 정부가 갖고 있는 정보와 데이터가 국민에 속하기 때문이다. 따라서 예외적으로 정당한 사유 없이 정보를 감추는 행위는 정부관리가 국민의 심부름꾼보다는 주인인 사회에서나 볼 수 있는 주제 넘는 것으로 간주하는 것이다. 한마디로 국가기밀이란 자유주의적 언론과는 매우 괴리된 개념으로 이해하는 시각이다. 그러나 「국민의 알 권리」를 「언론의 자유」와 동일시하는 것은 위험한 일이며 문제를 야기시키는 것이라고 경고하는 학자도 있다. 대체로 언론자유를 수행하는 사람들은 이 같은 경향을 보여주는 데 그 이유는 국민의 알권리가 언론자유보다는 더욱 민주적으로 들리며 개인적이고 제한된 기관(언론기관 등)으로부터 좀 더 넓은 시민으로 전환 시킴으로써 이론적인 강화를 꾀하려 한다는 것이다. 따라서 「국민의 알 권리」는 자유주의가 만들어낸 하나의 신화(myth)가 되었다고 비평하고 있다. 만일 언론이 국민의 알 권리를 보장해야 한다면 이는 언론이 받는 또 하나의 통제양식이며 자유언론과는 상치된다는 것이다. 즉 국민에게 알 권리가 있다면 - 이것은 부정적으로 보지만 - 그들을 존속시켜야 할 책임은 언론이 아닌 정부에 있는 것이며 언론이 이를 담당하기에는 현실적으로 불가능하며 결국 언론의 자치권(journalistic autonomy)에 굴레를 씌우는 결과를 초래하는 것이다.⁶⁾

第2節 國民의 알 權利

I. 社會的 登場背景과 歷史的 考察

1. 社會的 登場背景

이러한 알 권리의 개념이 등장하게 된 사회적 배경은 다음과 같다. ① 국민의 생활전반에 걸쳐 불가결한 정보가 정부나 특정의 기업 또는 언론기관에게 집중되거나 독점 관리되고 있는 결과, 일반국민은 정보에 접근하여 그것을 자유로이 수집할 수 없게 되었다는 사정이다(客觀的 條件).

6) 김홍규, “국가기밀과 보도”, 언론중재 제7권 제4호, 언론중재위원회, 1987, 11~12면.

② 일반국민이 정보수집의 중요성을 자각하게 되고 그들의 정보수집욕구가 증대되었다는 사정이다(主觀的 條件). ③ 알 권리는 민주주의와 불가분의 관계를 가지고 있다는 점이다. 민주국가는 자유로운 정보수집을 바탕으로 하는 여론의 형성 없이는 정상적인 기능이 발휘될 수 없으며, 풍부한 정보 없이는 책임 있는 의사결정의 형성이 불가능하기 때문이다.⁷⁾

2. 歴史的 考察

알 권리라는用語는 법률가나 政黨人에 의해서가 아니고 Journalist에 의하여 처음 제창된 것이다. 그것은 일할 권리라든가 생존의 권리라고 하는 개념이 역시 법률가적 발상을 넘고 있었던 것과 닮고 있다. 그들의 이념이나 개념이 실제에 무시할 수 없는 사회적 중요성을 지녀서 비로소 법률가가 이념구성에 나선 것이다.

1945년 1월 23일 New York Times는 그의 사설의冒頭에서 다음과 같이 기술했다. 즉, 「AP 통신의 상무 Kent Cooper는 일요일 아침當時의 템플 임마누엘(Temple Immanuel)에서 行한 강연 중에서 古來의 자유라고 하는 文言을 바꾸어서 적절하게도 새로운 표현을 사용하였다. 그는 알 권리에 관해서 言及한 것이다. 시민은 충분히 정확히 제공되는 뉴스를 받을 권리가 있다. 한 나라에 있어서나 세계에 있어서나 알 권리의 존중이 없이는 정치적 자유는 있을 수 없다」⁸⁾라고 하였다. 알 권리라는 문언의創始者가 Kent Cooper인지는 알 수 없으나 그로부터 10년 후의1955년 10월에 미국의新聞週聞은 슬로건에 「당신의 신문은 당신의 알 권리를 위하여 투쟁한다」⁹⁾라는 표어를採用하였다. 이즈음에는 알 권리라는 용어는 적어도 신문인 사이에서 정착해 있었다고 보아도 좋을 것이다. 또 W. O.

7) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2006, 492면.

8) Kent Cooper, The Right to know, on exposition of the evils of news suppression and propaganda. Farrar, Straus and Cudahy, New York, 1936, p.13.

9) 일본에서도 1953년의 제6회 신문주간의 대표표어로서, 「정보의 자유를 지키는 “알 권리”」라는 슬로건이 채용된 바 있다.

Douglas 대법원판사도 55년에 「사람의 知識에의 권리(man's right to knowledge) 및 그것을 자유로이 사용하는 것은 미국인의 정치적인 신조의 핵심이다」¹⁰⁾라고 말하고 있다. Douglas는 이것을 Jefferson, Hamilton, Madison 이래의 信念이라고 하고 있으나 Kent Cooper는 알 권리라고 하는 문언이 특히 현대적 의의를 가지는 까닭을 다음과 같이 力說하고 있다. 즉, 「알 권리라고 하는 용어는 정말로 인민의 권리를 의미하고 있는 것이고(출판의 자유라고 하는 용어처럼), 단순히 인쇄자만의 이기적인 권리를 가리키는 것은 아니다. 이 용어는 공공의 복지나 啓發에 불가결한 모든 정보의 전달을 정부가 방해하는 것을 일절 인정하지 않는 신문·방송에서도 마찬가지이다. 만일 그들이 그와 같은 것을 한다면 그것은 위법행위를 구성하고 처벌되어야 한다. 만일 미국 헌법의 수정 제1조가 이제 쓰여진다고 한다면 다음과 같이 규정되는 것이 당연할 것이다. 즉, 의회는 사상 또는 지식을 구두로나, 인쇄된 용어로나 기타 일체의 전달의 수단에 의하여 알 권리를 減縮하는……법률을 제정해서는 안 된다」라고 하였다.

위에서 설명한 바와 같이 국민의 알 권리의 개념은 미국에서 발생하여 일반화 된 것이다. 그리고 이것과 거의 같은 권리로서 독일 기본법 §51에 「일반으로 가까이 할 수 있는 정보원으로부터 방해받지 아니할 권리」가 명문상 보장되어 정보의 자유(Informationsfreiheit)라고 불리어지고 있는 것은 다 잘 아는 바이다. 이 정보의 자유가 독립의 권리로서 처음으로 시민권을 획득한 것은 독일에서는 전후의 란트(Land)헌법(1946년의 뉘른베르크=뵘뮌 §11, 바이에른 §12, 헤센 §13)에서이다.

더욱이 「정보의 자유」의 나치스의 민족사회주의체제하에서 외국으로부터의 송신의 傍受 및 외국의 출판물의 購入이 법률(형사법·경찰법)에서 금지되어, 법률에 기하는 행정에 의하여 규제되어 있는 것에 대한 반성으로부터 발단된 것이고, 원래는 국민주권의 원리에 기하여 비공개정치에 대항하는 개념으로서 주장된 미국적인 「알 권리」와 약간 그의 의미를 달리하고 있는 것 같이 생각된다.

10) William O. Douglas, "The Manifest Destiny of America", The Progressive, February 1955, p. 25.

미국에서는 이미 1787년의 필라델피아의 헌법제정의회(이것은 비밀의회로서, 議事錄이 공개된 것은 Madison 死後의 1840년 이다)에 있어서 위의 의미의 「알 권리」가 등장한다. 즉 이 會議에서 합중국헌법 제1조 5절에 규정된 各議院의 공개조항에 조약의 체결의 승인에 관한 상원의 회의를 비밀로 하는 예외규정을 설정할 것인가에 관한 깊은 논의가 있었으나 펜실베이니아 주의 James Wilson은 「국민은 그의 대리인들(agents)이 행하고 있는 것 혹은 행했을 것은 알 권리(right to know)를 가지며 그것은 의사수속을 비밀히 하는 입법부의 隨意에 맡겨서는 안 된다」라고 하는 원칙을 강하게 주장하고 있다. 이러한 에피소드를 인용하면서 Irving Brant는 미주리(Missouri)대학의 Freedom of Information Center에서 1967년에 개최된 Harold Cross의 기념강연에 있어서 공화정체를 요구하는 헌법의 목적은 위의Wilson의 주장을 지지한다고 하면서 다음과 같이 말하고 있다.

즉, 공화정체라 함은 君主制, 寡頭制, 혹은 貴族制와의 기술적인 구별이상의 것이다. 공화정치는 국민의 정치(popular government)가 아니면 안 된다. 공화적인 형태라고 불리기 위해서는 federalist에서 Madison이 쓰고 있으나 “국민의 대다수에 의한”정치가 아니면 안 된다. 그들은 통치의 수단을 갖지 않으면 안 된다. 공화정체의 보장은 Madison이 말한 다음과 같은 ‘기준’ 즉 「국민에 대한 정보 또는 그것을 획득하는 수단이 없는 국민의 정치는 희극이나 비극 혹은 여타 그 양자의 序幕 이상의 아무것도 아니라고 하는 기준에 적합하지 않은 이상 없는 것과 같다. 민중의 정보를 획득하는 유일한 수단은 통치기구의 의사(proceedings)에 대하여 접근하는 자유(Freedom of access)에 의한 것이다」라고 하였다.

이와 같이 알 권리의 연원이 멀리 헌법 제정 시에서 찾을 수 있고, 의회의 議事手續의 공개를 통하여 강조되었다고 하는 사실은 소위 American Democracy 에 있어서 “luxuriating publicity”의 전통의 근원을 이루는 것으로서 현대에 있어서 표현의 자유의 성격과 알 권리의 의의를 명백히 하는 견지에서 잊어서는 안 될 하나의 결점이다.

그러나 알 권리가 미국에서 공개정치 운동을 슬로건으로서 크게 주장되어 이윽고 관례상으로도 확인할 수 있게 되는 것은 1950년 이후의 일이다. 특히 신문기자 및 신문출판사의 조직, 그 중에서도 미국 신문편집자협회(American Society of Newspaper Editors)의 정보의 자유의 위원회(Freedom of Information Committee)가 국회뉴스의 은폐문제에 세상의 주의를 환기하고, 여러 가지의 시민단체에 원조하면서, ① 비공개재판을 그칠 것, ② 법정에서의 사진촬영을 허가하는 것, ③ 정부가 가지는 정보에 의하여 제공할 수 있게 하는 것, ④ 대통령의 기자회견을 충실히 하는 것, ⑤ 연방의회의 회의를 TV 및 라디오로 방송시킬 것, ⑥ 연방의회의 위원회의 비공개회의를 적게 할 것, ⑦ 공무원에 의한 정보공개에의 제한을 적게 하는 것 등을 요구하고 적극적인 캠페인을 개시한 것이 결정적 의미를 갖고 있다.¹¹⁾

II. 意義

1. 概念

알 권리(right to know)라 함은 모든 정보원으로부터 일반적 정보를 수집하고 또 처리할 수 있는 권리를 말한다. 「일반적」이란 신문·잡지·방송 등 불특정의 다수인에게 개방될 수 있는 것을 말하고, 「情報」란 양심·사상·의견·지식 등의 형성에 관련이 있는 일체의 자료를 말한다. 그것은 개인에게는 공공기관과 사회집단 등에 대하여 정보공개를 청구할 수 있는 권리만이 아니라 그에 관한 取材의 自由를 의미한다.¹²⁾ 즉 일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 의사형성에 필요한 정보를 적극적으로 수집하는 자유와 소극적으로 정보에 접하는 자유가 모두 포함되는데, ‘意思表現의 自由’는 이 같은 情報의 自由 내지 ‘알 權利’를 통해서 의사형성에

11) 권도혁, “민주국가에 있어서의 알 권리”, 논문집 제14권, 경북공업전문대학, 1977, 18~20면.

12) 권영성, 전거서, 492면.

필요한 정보를 손에 쥌 수 있을 때만 그 실효성을 기대할 수 있다.¹³⁾ 따라서 「알 권리」 즉 정보의 자유는 여론의 자유로운 형성을 위한 전제로서 민주정치에 필수불가결한 요소이기 때문에 우리 헌법상에서도 인정된다고 할 것이고, 헌법재판소도 이를 인정하고 있다.¹⁴⁾

2. 機能

‘情報의 自由’ 내지 ‘알 權利’를 보장하는 것은 자주적 인간에게 행복추구의 전제조건을 보장하는 것이나 다름없다. 또 오늘의 정보는 어제의 자본과 같다는 의미에서 정보의 자유 내지 알 권리는 이른바 현대인의 생활권적인 의미도 가진다. 그리고 정치·사회·환경을 비롯한 여러 가지 생활문제에 대해서 정확히 아는 국민만이 스스로 올바른 판단을 하고 민주적 의사형성과정에서 건설적인 여론형성에 기여할 수 있다는 뜻에서 ‘정보의 자유’ 내지 ‘알 권리’가 가지는 참정권적인 의미도 무시할 수 없다.¹⁵⁾ 이러한 ‘情報의 自由’ 내지 ‘알 權利’가 보장될 때 다음과 같은 기능을 발휘한다.

먼저, “사상 또는 의견의 자유로운 표명은 자유로운 의사의 형성을 전제로 하는데, 자유로운 의사의 형성은 충분한 情報에의 接近이 보장됨으로써 비로소 가능한 것이며, 다른 한편으로 자유로운 표명은 자유로운 수용 또는 접수와 불가분의 관계에 있다고 할 것이다. 특히 정보사회에서 국가와 거대언론기업에 의해 정보가 독점되어 국민은 일방적으로 정보를 수령하기만 하는 수동적 주체로 전락할 위험에 처해 있다. 알 권리는 국민을 ‘실질적인 표현의 주체’로 내세움으로써 이러한 위기를 극복하기 위한 권리이다.

다음으로, 代議制의 限界를 극복하고, ‘국민주권의 실질화’에 기여한다.

13) 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2005, 545면.

14) 김철수, 헌법학신론, 박영사, 2005, 487면.

15) 허 영, 전계서, 545면.

오늘날 대의민주주의가 안고 있는 한계를 보완하여 국민주권을 실질화 하는 방안으로 직접민주주의적인 요소를 가미(半代表)하고 있다.

주권자인 국민이 오늘날 만연되고 있는 정치적 소외현상으로부터 이탈하여 널리 국정상황을 정확히 파악하여 올바른 정치적 의사형성을 기함으로써 현대 대의민주정치의 위기를 극복하기 위해서는 전통적인 ‘관료행정의 비밀주의를 극복’하여 널리 국민의 알 권리를 확보하여야 할 필요성이 대두된다. 그것은 곧 대의민주주의의 원리에 다소간 가미되어 왔던 직접민주주의의 원리가 제대로 기능하지 못하였던 문제점을 알 권리의 구현을 통하여 보다 실천적으로 해결할 수 있다는 것을 의미한다.

마지막으로, 의사의 자유로운 형성과 표명은 ‘인간 존재의 본질’에 속한다는 점에서 알 권리는 인간의 존엄과 행복추구권의 전제조건이 되며, 나아가 정보사회에서 소비자의 권리·인간다운 생활을 할 권리의 실현에도 이바지 한다.¹⁶⁾

3. 必要性

오늘날 알 권리는 정치적·사회적·경제적 측면뿐만 아니라 모든 생활영역에서 정보의 필요성이 요구되고 있다. 민주주의 국가에서는 모든 국민이 자유롭게 정치적·사회적 결정에 참여할 수 있어야 한다. 이러한 결정에 참여하기 위해서는 먼저 올바르게 공정한 판단을 내릴 수 있어야 하고, 그 선행조건이 정보에의 접근이 자유로워야 하며, 알 권리의 보장이 이루어져야 한다.

한편 자본주의의 고도화와 함께 사회적으로는 영향력인 큰 매스미디어가 집중화 되어 문지기인 언론기관과 수용자인 일반국민이 현저하게 분리되어 있다.¹⁷⁾ 이로 인하여 일반국민은 일방적이고 불공정한 정보에 강요당하게 되는데, 알 권리는 그러한 효과를 수반하는 매스컴의 독점을 통제

16) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2003, 387~388면.

17) 김한성, “정보의 자유와 국가기밀”, 연세법학 제6집, 연세법학연구회, 1984, 11면.

한다. 특히 중요한 점은 현대국가에서 주권자인 국민이 국가의 공무상황 등 실정을 충분히 파악하지 않으면 아니 된다는 정치구조적인 현실 하에서 국민은 개개의 주권의식을 강화하여 국가의 정보에 관심을 가지고 지배자들의 독단이나 권력유지에 협조하는 결과를 가져오게 하여서는 아니 된다. 뿐만 아니라 개개인이 정보의 자유에 무관심 또는 알 권리의 장애 요소로 인하여 의사형성에 필요한 정보에 접근할 수 없다면, 민주주의의 실현은 불가능하다.

이와 같이 알 권리는 민주주의의 초석이 되고, 자유로운 민주시민의 길로 진입할 수 있으므로 중요한 역할을 하고 있다고 할 수 있다.

Ⅲ. 憲法上 根據 및 法的性格

1. 憲法上 根據

알 권리는 비교적 최근에 논의되기 시작한 기본권이기 때문에 알 권리를 헌법상 명문으로 보장하고 있는 예는 별로 찾아보기 어렵다. 다만 독일 헌법 제5조 제1항과 세계 인권선언 제19조에서는 알 권리를 규정하고 있다. 한국헌법에서도 명문의 규정은 없지만 알 권리는 헌법적 가치를 갖는 기본권으로 이해하는 데는 이론이 없다.¹⁸⁾

미국에서는 1966년에 情報自由法(The Freedom of Information Act)이 제정되어, 모든 정부기관의 정보는 국민에게 공급되어야 하고 국민이 자유로이 정보를 입수할 수 있도록 할 의무를 정부에 부과하고 있다. 알 권리를 명문으로 규정하고 있지 아니한 우리 헌법의 경우에도 알 권리는 먼저, 민주적인 국정참여를 위하여 다음으로, 인격의 자유로운 발현과 인간다운 생활을 확보하기 위하여 필요한 정보수집권을 의미하므로, 헌법 제21조 제1항(표현의 자유), 제1조(국민주권의 원리), 제10조(인간의 존엄성 존중과 행복추구권), 제34조 제1항(인간다운 생활을 할 권리) 등에서 그

18) 성낙인, 전거서, 388면.

헌법적 근거를 찾을 수 있다. 이러한 헌법조항들을 근거로 하여 우리나라에서도 1996년 12월 31일 ‘공공기관의정보공개에관한법률’이 제정·시행되고 있다. 또한 1995년 8월 4일에는 「정보화를 촉진하고 정보통신산업의 기반을 조성하며 정보통신기반의 고도화를 실현함으로써 국민생활의 질을 향상시키고 국민경제의 발전에 이바지하도록 하기 위하여」 ‘情報化促進基本法’을 제정·공포하였다.¹⁹⁾

2. 法的 性格

헌법재판소는 알 권리의 복합적 성격²⁰⁾을 인정하면서 특히 청구권적 기본권의 측면을 강조하고 있다. 이에 따라 알 권리로부터 직접 정보공개청구권을 도출함으로써 구체적인 권리성을 긍정하고 있다.²¹⁾ 즉 알 권리는 복합적 성격의 권리이다. 먼저, 알 권리가 국민이 일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 정보를 수집하고 언론기관이 取材活動을 할 수 있는 권리를 의미할 경우에는, 헌법과 법률에 의하지 아니하고는 제한받지 아니하는 자유권적 성격을 가진다. 다음으로, 알 권리가 공공기관의 정보에 대한 공개청구권을 의미할 경우에는 청구권적 성격을 가진다.²²⁾

19) 권영성, 전거서, 492~493면.

20) 헌법재판소 1991. 5. 13. 선고, 90헌마133 결정. 기록등사신청에 대한 헌법소원. “자유로운 의사형성은 정보에의 접근이 충분히 보장됨으로써 비로소 가능한 것이며, 그러한 의미에서 정보에의 접근·수집·처리의 자유, 즉 ‘알 권리’의 표현의 자유와 표리일체의 관계에 있으며 자유권적 성질과 청구권적 성질을 공유하는 것이다. 자유권적 성질은 일반적으로 정보에 접근하고 수집·처리함에 있어 국가권력의 방해로 받지 아니한다는 것을 말하며, 청구권적 성질은 의사형성이나 여론형성에 필요한 정보를 적극적으로 수집하고 수집을 방해하는 방해제거를 청구할 수 있다는 것을 의미하는 바, 이는 정보수집권 또는 정보공개청구권으로 나타난다. 나아가 현대사회가 고도의 정보사회로 이행해 감에 따라 ‘알 권리’는 한편으로 생활권적 성질까지도 획득해 나가고 있다. 이러한 ‘알 권리’는 표현의 자유에 당연히 포함되는 것으로 보아야 하며 인권에 관한 세계선언 제 19조도 ‘알 권리’를 명시적으로 보장하고 있다. 알 권리의 실현은 법률의 제정이 뒤따라 이를 구체화시키는 것이 충실하고도 바람직하지만, 이러한 알 권리의 실현을 위한 법률이 제정되어 있지 않더라도 그 실현이 불가능한 것은 아니며 이러한 알 권리에 의하여 사건당사자의 형사확정소송기록에 대한 접근의 자유도 보장되는 것이므로..... 검사가 청구인에게 형사확정소송기록을 열람·복사할 수 있는 권리를 인정할 명문규정이 없다는 것만을 이유로 하여 무조건 청구인의 복사신청을 거부한 것은 청구인의 알 권리를 침해한 것이다.”

21) 성낙인, 전거서, 389면.

한편, 알 권리의 헌법적 근거를 표현의 자유에서만 찾는 것은 일정한 한계가 있다. 오늘날 알 권리의 구현은 국민주권주의의 실천적 과제로 등장하고 있음을 유념할 필요가 있다. 또한 알 권리의 핵심적 요소를 청구권적 기본권으로 보는 것은 알 권리를 이해하고 이를 실천적으로 적용하는 데 오히려 도움이 되지 않는다. 알 권리의 본질을 국민주권주의의 실천을 위하여 불가결한 것으로 이해할 경우, 알 권리는 단순히 청구권적 기본권의 성격보다는 종합적 기본권으로서의 위상을 확보할 수 있다. 특히 헌법재판소가 결정을 통하여 실정법상 명문의 규정이 없더라도 헌법적 가치를 갖는 알 권리로부터 바로 국민의 情報公開請求權을 도출하고 있는 것은, 알 권리의 실효성을 담보하는 중요한 결정이라 하지 않을 수 없다. ‘공공기관의 정보공개에 관한 법률’의 제정은 이러한 공백을 메워주는 역할과 기능을 갖는다.

결국 어디까지나 논의의 편의를 위한 것이지, 결코 알 권리가 단순히 언론의 자유의 한 내용에 불과한 것이 아니라는 점을 분명히 인식하여야 한다.²³⁾

3. 判例 및 檢討

이와 같이 알 권리가 헌법적 가치를 갖는 데는 이론이 없지만 알 권리의 헌법적 근거에 관하여서는 논란이 있다.

헌법재판소²⁴⁾는 전통적인 언론의 자유를 중심으로 알 권리의 헌법적 근거를 구하고 있다. 그 밖에도 헌법전문, 국민주권의 원리에 관한 제1조 제1항, 인간의 존엄과 행복추구권에 관한 제10조, 인간다운 생활을 할 권리에 관한 제34조 제1항, 재판청구권에 관한 제27조 등을 근거로 제시하기도 한다.

22) 권영성, 전게서, 493면.

23) 성낙인, 전게서, 390면.

24) 헌법재판소 1989. 9. 4. 선고, 88헌마22 결정.

원래 알 권리는 정보의 자유라는 측면에서 그것은 헌법상 표현의 자유 특히 언론의 자유의 한 내용으로서 이해되어 왔다. 그러나 알 권리가 정보사회에서의 권리라는 특성을 발휘하기 위해서는 알 권리를 단순히 표현의 자유 또는 언론자유의 한 내용으로서만 이해하는 데는 일정한 한계가 있다.

알 권리는 민주주의의 실질적 구현을 위한 적극적 권리로서의 기능이 특히 강조되고 있다. 특히 ‘공공기관의정보공개에관한법률’이 제정되어 정보공개청구권을 제도화하고 있는 것은 알 권리의 행사가 바로 주권자로서의 국정에 대한 비판과 감시를 현실화하기 때문이다. 또한 알 권리는 단순히 언론자유의 한 내용으로 머무는 권리가 아니라 적극적으로 인간존엄을 실현하기 위한 권리로서 인정되어야 할 것이다. 국민주권주의와 인간의 존엄성실현이라는 측면에 기초하여, 알 권리는 참정권적인 성격과 인간다운 생활을 할 권리의 보장, 그리고 그 청구권적 성격이 도출될 수 있다.

다만 인간다운 생활을 할 권리를 알 권리의 헌법적 기초로 이해하는 것은 자칫 헌법에 열거되지 아니한 기본권의 헌법적 근거를 지나치게 확대 해석할 소지가 있다. 왜냐하면 인간다운 생활을 할 권리는 기본적으로 생존권적 기본권으로서의 본질을 갖고 있기 때문이다. 따라서 알 권리는 헌법 제1조, 제10조, 제21조1항에서 그 주된 근거를 찾을 수 있다.²⁵⁾

IV. 主體와 客體

1. 主體

알 권리의 주체는 원칙적으로 자연인인 대한민국 국민이다. 그러나 오늘날 알 권리가 갖는 인간존엄의 실현원리로서의 성격에 비추어 외국인에게도 인정하자는 견해도 있다. 법인에 대하여서도 알 권리를 인정하여야

25) 성낙인, 전게서, 388~389면.

할 것이다. 그것은 특히 언론기관의 취재를 위하여서도 필요하다.²⁶⁾

그러나 일설에서는 언론기관이 정보의 자유의 주체가 아니라는 설도 있다. 그에 따르면 알 권리의 헌법적 근거를 국민주권주의의 입장에서 볼 때 그 주체가 될 수 없다고 한다. 그러나 법인에 대해서도 가능한 한 기본권의 주체성을 인정해야 할 것이기 때문에 사법인으로서의 언론기관은 물론 공법인일지라도 그것은 동화적 통합이라는 공적기능을 수행하는 한 알 권리의 주체라고 해야 한다.²⁷⁾ 뿐만 아니라 알 권리의 주체는 대한민국 국민 즉 자연인, 사법인, 공법인 등 모두가 포함되어야함이 마땅할 것이다.

일설에서는 언론·출판의 자유는 국민의 권리가 아니고 인간의 권리이기 때문에, 국민만이 아니고 외국인에게도 보장된다고 한다. 또한 법인에 대해서도 그 적용이 가능한 경우에는 언론·출판의 자유가 보장 된다²⁸⁾.

그러나 필자가 생각하기에는 외국인에게는 일정한 한계가 분명히 있어야 한다고 생각한다. 예컨대 외국인이라도 우리나라의 국적을 취득한 자 또는 조약에 근거한 범위내로 한정되어야 할 것이다.

2. 客體

알 권리의 객체로는 일반적으로 국민, 국가기관, 언론기관 또는 기업이라고 할 수 있다. 그러나 국가기관의 정보에 대해서는 일반 국민의 개개인이 접근하여 알 권리를 행사하기는 쉽지 않다. 따라서 대부분의 국민들은 언론기관을 통하여 정보에 접근하게 된다. 기업이나 언론기관에 대한 알 권리의 행사는 대사인간의 효력이론에 의해 조화롭게 해결되어야 할 것이며 일반 각 개인에 대한 알 권리 행사는 각 개인의 프라이버시권을 존중하여 신중을 기해야 할 것이다.

26) 성낙인, 전게서, 391면.

27) 허 영, “외국인과 법인의 기본권 주체성”, 고시계 제27권 제6호, 국가고시학회, 1982, 17~21면.

28) 권영성, 전게서, 489~490면.

V. 內容

언론·출판의 자유 중 意見 또는 思想의 표현과 그 전달의 자유가 내어 보내는 쪽(신문·통신·방송 등)의 자유를 의미한다면, 알 권리는 받아들이는 쪽(일반대중)의 자유를 의미한다. 알 권리는 타인에게 정보를 제공하는 자유가 아니라 자신이 정보를 수집할 수 있는 권리이다. 정보수집의 手段은 듣고, 보고, 읽는 것은 물론이고 그 밖의 모든 방법을 포함하는 최광의의 수단으로 해석해야 한다. 결국 알 권리는 들을 權利·읽을 權利·볼 權利 등을 주된 내용으로 하는 것이다.²⁹⁾ 즉 알 권리는 소극적으로 정보를 받아들이는 권리와, 적극적으로 정보를 수집하는 권리를 포괄하게 된다.

소극적 정보수령권이란 국민이 정보를 수령·수집함에 있어 국가권력의 방해를 받지 아니할 권리이다.

알 권리의 실질적 구현을 위해서는 제공되는 정보 자체가 객관적이고 공정한 정보여야 한다. 객관적이고 공정한 정보가 제공되기 위해서는 국민에 대한 정보제공의 원천으로서 언론보도의 자유가 전제된다. 알 권리와 언론보도의 자유는 상호보완적인 관계에 있다. 사실 언론보도에 대하여 전통적으로 공권력 개입에 의한 정보의 왜곡현상이 특히 심각한 문제로 제기되어 왔다.

다른 한편 언론이 갖는 기관적인 특성 즉 언론기관은 대체로 주식회사의 형태를 취하고 있기 때문에 이들 기업의 합병과 결합을 통하여 정보를 제공하는 언론기관의 독점화·과점화 현상을 초래할 경우에 공정하고 객관적인 보도가 상당부분 왜곡될 수 있다. 특히 방송매체의 경우 비록 CATV 등의 보급이 일반화 되어 가고 있다고 하지만, 아직도 공중파방송이 지배적인 현실에서 이들 공중파방송의 독과점은 정보의 제공 자체를 변질시킬 소지가 있다.

또한 공공기관이 국민의 알 권리 충족을 위하여 적극적으로 자신이 보유하는 정보를 제공하는 것도 알 권리의 실질화를 위하여 바람직한 일이

29) 권영성, 전거서, 493면.

다. 실제로 이러한 정보공개의 원리는 공공기관이 보유하는 정보의 전산화와 전산화된 정보의 인터넷 공개를 통하여 실현될 수 있다.

더 나아가 국민은 이제 공공기관이나 언론보도를 통하여 제공되는 정보를 수령하여 이를 취사·선택하는 데 머무는 것이 아니라, 적극적으로 스스로 정보를 수집할 수 있는 권리를 갖는다.

언론기관의 보도를 통한 알 권리의 실현은, 그 자체로서 국민 개개인의 소극적인 정보의 수령으로 이해할 수 있다. 언론보도도 결국 국민의 알 권리를 구현하기 위한 매체라는 측면에서 이해한다면, 취재의 자유를 포함한 언론보도의 자유는 적극적인 정보의 수집이라는 관점에서 이해할 수도 있다. 그러나 알 권리를 국민 개개인의 주권적 지위의 실현 또는 기본권실현이라는 관점에서 이해한다면, 언론보도의 자유는 국민의 입장에서 소극적인 측면에서 이해하여야 한다.

알 권리의 적극적인 구현은 바로 정보공개제도로 달성될 수 있다. 여기에 정보공개제도가 갖는 헌법적 가치가 논의되며, 이러한 정보공개제도의 법적 제도화가 필요하게 된다. 그런데 정보공개제도는 국민 개개인이 공공기관에 정보공개를 청구함으로써 구현된다. 따라서 언론기관을 포함한 사적 기관에 대한 국민의 액세스권과는 제도 본질에서 구별된다. 한편 알 권리는 공적 권리이기 때문에 언론기관도 아닌 사적기관 예컨대 기업에 대한 국민의 정보공개청구는 불가능하다. 다만 오늘날 기업의 사회적 책임론이 제기되고 있고, 특히 소비자보호·환경보호 등의 시각에서 기업에 대한 규제가 법적으로 강화되고 있으므로, 국가기관에 의한 규제를 통한 알 권리의 간접적인 구현이 가능할 것이며, 특히 시민단체의 활동을 통하여서도 최소한의 목적은 달성할 수 있다.³⁰⁾

第3節 情報公開制度

30) 성낙인, 전게서, 391~393면.

I. 情報公開의 意義

1. 概念

현대는 정보화 사회이다. 우리는 불확실하고도 불충분한 정보환경하에 살고 있다. 오늘날 모든 국민은 국가기관이나 자치단체 등 공공기관의 자유로운 정보유통이 요구되고 있다. 즉 「국민의 알 권리」를 충족시키기 위하여 국민은 국정에 관한 정확한 정보를 알 수 있어야 한다.³¹⁾ 국민의 알 권리를 구현하여 정치나 행정에 대한 감시·비판, 행정참가, 권리·이익의 구제 등을 뒷받침하고 조장³²⁾하기 위하여 국민의 알 권리의 적극적인 실현제도가 되는 것이 이른바 정보공개제도이다.

정보공개제도란 「국민의 알 권리 충족과 행정의 신뢰성을 두텁게 하기 위하여 행정기관이 보유·관리하고 있는 정보를 일반국민에게 공개 한다는 것」이라고 ‘행정정보공개운영지침’에서 밝히고 있으며, 각 자치단체의 ‘행정정보공개조례’도 대체로 「시정에 관한 행정정보공개에 필요한 사항을 정함으로써 주민의 알 권리를 보장하고 시민의 시정참여 확대와 행정의 책임성을 제고함을 목적으로 한다」라고 하고 있다.

이와 같이 정보공개제도는 국민의 알 권리를 보장하고 행정운영에 대한 감시·비판기능과 함께 적극적인 참여를 통하여 행정의 책임성과 신뢰성을 제고하는데 그 의의가 있다.³³⁾

2. 必要性

비민주적 국가에서는 “지배자에게 불리한 것은 국민에게 알리지 말 것이며, 국민을 정부의 시책에 복종시켜야 한다”라는 정책을 취할 수 있었으

31) 강경근, 정보공개법제정의 방향과 과제, 공법연구 제17권, 한국공법학회, 1989, 9면.

32) 김배원, 정보공개제도의 적용제외사항, 언론과 정보 제1호, 부산대학교 언론정보연구소, 1995, 139면.(이하 “정보공개제도의 적용제외사항”이라 한다.)

33) 김배원, 전개서, 정보공개제도의 적용제외사항, 140면.

나, 자유민주주의의 국가에서는 가능한 한 필요한 정보를 국민에게 제공하는 것이 요청된다.³⁴⁾

역사적으로도 정부는 정보의 공개를 통제하려하고, 국민은 정보의 공표를 원하는 대립적 상황이 존재하여왔다. 프레드 시이버트(Fred Siebert)에 의하면, 영국의 경우에 있어서, 권위와 언론자유는 역관계에 있어서, 권위가 성장하면 자유가 쇠하고, 자유가 성하면 권위가 상대적으로 쇠하고 있음을 법칙으로 설명하고 있다.³⁵⁾

특히 오늘날 정보화 사회에서 공동체 구성원에게 현실적으로 요구될 뿐만 아니라 민주적 법치국가를 실질적으로 완성시킬 수 있는 제도가 마련되어야 국민의 알 권리가 구체적으로 실현된다. 이러한 국민의 알 권리를 충족시키기 위하여 국민에게 무엇보다 국정에 관한 정확한 정보를 알 수 있게 하는 길이 열려있지 않으면 안 된다.³⁶⁾

정보공개는 민주주의의 존립을 위해서도 필수적이다. 국민이 정치에 참가하여 정당의 정강정책을 선택하여 대표기관인 국회를 통하여 정부를 통제하고 그 책임을 효과적으로 추궁하기 위하여서는 정부의 내부에 축적되어 있는 정보에 스스로 정통하여 있지 않으면 안 된다. 국민이 국정에 대하여 모르고 있는 경우 국민의 선거권행사는 요식행위에 불과하여 국민은 결정하는 주권자로서가 아니라 국정의 대상이 되는 피치자로 전락할 것이다.

미국에서는 알 권리를 구체적으로 보장하기 위해 1967년 정보자유법이 시행되었지만, 시행에 들어갈 당시의 법무장관은 “만약 정부가 진실로 인민의, 인민에 의한, 인민을 위한 것이라고 한다면, 인민은 정부활동의 세부적인 것까지 알아야만 한다. 민주주의를 감축하는 것으로써 비밀이상의 것은 존재하지 않는다. 자치 즉, 국가문제에 시민이 최대한으로 참가하는 것은 정보를 받을 수 있는 공중으로서 만이 의미가 있을 것이다. 만약 우

34) 清水英夫, 言論法研究, 東京: 學陽書房, 1979, 16面.

35) 신은희, “한국에 있어서의 정보청구권”, 저널리즘연구 제10호, 이화여자대학교 언론·홍보·영상학부, 1982, 207면.

36) 강경근, “정보공개법의 방향과 인권”, 민주사회를 위한 변론 제3호, 1994, 221면.

리들이 정치에 대하여 알지 못한다면, 우리들은 어떻게 스스로를 다스릴 수 있는가”라고 말하고 있다. 이러한 발언은 국민주권에 의거한 민주주의 사회에 있어서 ‘국민의 알 권리의 보장’이 그 근간이 되는 것이라는 것을 정확히 밝히고 있는 것이다.³⁷⁾

이와 같이 정보공개는 민주주의의 존립을 위해서 뿐만 아니라 국민이 정치에 참가하여 정강정책을 선택하고 대표기관인 국회를 통하여 정부를 통제하고 그 책임을 효과적으로 추궁하기 위해서는 정부의 내부에 축적되어 있는 정보에 스스로 정통하여 있어야만 한다. 국민이 정치에 대하여 알지 못하는 경우 국민의 선거권 행사는 요식행위에 불과하고 국민은 결정하는 주권자로서가 아니라 국정이 대상이 되는 피치자로서 전락할 것이다.³⁸⁾ 또한 국민이 주권자로서 올바른 정치적 결단을 내릴 수 있기 위해서는 국정에 대한 정보청구권을 가져야 할 것은 물론이다. 국민이 정보를 얻지 못하고 정보를 취득할 수단을 갖지 않은 정부는 비극의 서장이 아닐 수 없다.³⁹⁾

이상에서 살펴본바와 같이 정보공개의 필요성에 대하여 아래와 같이 요약해보면, 첫째, 정보공개는 직접민주주의를 방해하는 장애물을 제거하여 직접민주주의의 발현을 촉구하며 정보화시대에 대응하여 의회가 적극적으로 국민이 알아야 할 정보를 제공하여 민주적 기능을 재생·개척해야 한다.⁴⁰⁾

둘째, 행정의 정보독단 및 선전정보의 유포로부터 기본적으로 중요한 판단기준을 보호하며, 권력층의 비밀주의의 남용 또는 일탈에 의한 공무원의 자의적 행동을 배제하고, 행정의 합법성을 확보하기 위하여 국민은 행정에 관한 정보를 알 필요가 있다.

37) 김수훈, “국민의 알 권리와 국가안보와의 관계에 관한 연구 -국가기밀보호와 정보공개의 갈등을 중심으로-”, 연세대학교 행정대학원 석사학위 논문, 2000, 39면.

38) Don R. Pember, Mass Media Law (Dubuque, Iowa: Wm. C.Brown Company Publishers), 1977, p.438.

39) 김철수, “정보공개는 왜 필요한가”, 월간조선 제2권 제8호, 월간조선사, 1981, 56면.

40) 홍완식, “정보공개 청구권에 관한 연구”, 건국대학교, 정법논총 22권 1호, 1987, 86면.

셋째, 행정비밀의 공개는 공무원의 부패를 막는 가장 중요한 수단이고, 이러한 공개원칙은 정당재정의 공개라든지 선거운동자금의 공개 등에 의해 일관되어 있다. 정당자금공개는 취지는 정당이 특정계층의 이익만을 대표하고 있지 않은가를 공개함으로써 국민의 비판을 받고자 하는 것이다.⁴¹⁾

넷째, 정보공개는 어떤 권위가 계속 부정부패, 부조리, 무능, 무사안일, 비능률, 관료주의, 보수주의, 비개혁성의 울타리 속에서 타락하는 것을 막는데 결정적인 역할을 한다.

다섯째, 행정공개는 기능은 무엇보다도 행정 감시에 의한 행정의 공정성 확보에 있다고 하겠다. 주권자인 국민에 의하여 국정수행을 위탁받고 있는 공무원의 독선과 횡포를 막는 가장 중요한 수단은 행정공개와 국민의 감시라 하겠다. 행정뿐만 아니라 행정지도가 미치는 정보공개도 바람직하다.⁴²⁾

II. 情報公開의 範圍

1. 公開範圍

2006년 7월 1일부터 개정하여 시행되고 있는 ‘공공기관의 정보공개에 관한 법률’ 제2조에서는 정보공개에의 의의와 범위에 대하여 아래와 같이 정의하고 있다.

「정보의 공개라 함은 공공기관(국가기관, 지방자치단체, 정부투자기관 관리기본법 제2조의 규정에 의한 정부투자기관 그밖에 대통령이 정하는 기관을 말한다) 이 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 문서(전자문서를 포함한다. 이하 같다), 도면, 사진, 필름·테이프·슬라이드 및 그밖에 이에 준하는 매체 등에 기록된 사항을 이 법의 규정에 의하여 정보를

41) 홍완식, 전개논문, 86면.

42) 김철수, 전개논문, 61~62면.

열람하게 하거나 그 사본·복제물을 교부하는 것 또는 ‘전자정부구현을위한행정업무등의전산화촉진에관한법률’ 제2조 제7호의 규정에 의한 정보통신망을 통하여 정보를 제공하는 것이다」라고 그 범위를 한정하고 있다.

이로써 공공기관이 보유·관리하는 정보에 대한 국민의 공개청구 및 공공기관의 공개의무에 관하여 필요한 사항을 정함으로서 국민의 알 권리를 보장하고 국정에 대한 국민의 참여와 국정운영의 투명성을 확보함을 목적으로 한다고 하여 국민에 대한 정보공개의 목적을 밝히고 있다.

아울러 개인이나 국가안보를 위한 제한 사유 또한 다음과 같이 명시하고 있다.

국가안보를 위하여서는 국가안전보장에 관련되는 정보 및 보안업무를 관장하는 기관에서 국가안전보장과 관련된 정보 분석을 목적으로 수집되거나 작성된 정보에 대하여는 이 법을 적용하지 아니한다고 명시하여 이 법에서는 아예 국민의 알 권리 자체를 제외시키고 있다.

또한 동법 제9조에서는 아래와 같이 비공개대상의 범위를 명시하고 있다.

제9조 (비공개대상정보) ①공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개대상이 된다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 정보에 대하여는 이를 공개하지 아니할 수 있다.

1. 다른 법률 또는 법률이 위임한 명령(국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙·대통령령 및 조례에 한한다)에 의하여 비밀 또는 비공개 사항으로 규정된 정보
2. 국가안전보장·국방·통일·외교관계 등에 관한 사항으로서 공개될 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보
3. 공개될 경우 국민의 생명·신체 및 재산의 보호에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정되는 정보
4. 진행 중인 재판에 관련된 정보와 범죄의 예방, 수사, 공소의 제기 및 유지, 형의 집행, 교정, 보안처분에 관한 사항으로서 공개될 경우 그 직무수행을 현저히 곤란하게 하거나 형사피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보
5. 감사·감독·검사·시험·규제·입찰계약·기술개발·인사관리·의사결정과

정 또는 내부검토과정에 있는 사항 등으로서 공개될 경우 업무의 공정한 수행이나 연구·개발에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보

6. 당해 정보에 포함되어 있는 이름·주민등록번호 등 개인에 관한 사항으로서 공개될 경우 개인의 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보. 다만, 다음에 열거한 개인에 관한 정보는 제외한다.

가. 법령이 정하는 바에 따라 열람할 수 있는 정보

나. 공공기관이 공표를 목적으로 작성하거나 취득한 정보로서 개인의 사생활의 비밀과 자유를 부당하게 침해하지 않는 정보

다. 공공기관이 작성하거나 취득한 정보로서 공개하는 것이 공익 또는 개인의 권리구제를 위하여 필요하다고 인정되는 정보

라. 직무를 수행한 공무원의 성명·직위

마. 공개하는 것이 공익을 위하여 필요한 경우로써 법령에 의하여 국가 또는 지방자치단체가 업무의 일부를 위탁 또는 위촉한 개인의 성명·직업

7. 법인·단체 또는 개인(이하 "법인등"이라 한다)의 경영·영업상 비밀에 관한 사항으로서 공개될 경우 법인 등의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보. 다만, 다음에 열거한 정보를 제외한다.

가. 사업 활동에 의하여 발생하는 위해로부터 사람의 생명·신체 또는 건강을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보

나. 위법·부당한 사업 활동으로부터 국민의 재산 또는 생활을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보

8. 공개될 경우 부동산 투기·매점매석 등으로 특정인에게 이익 또는 불이익을 줄 우려가 있다고 인정되는 정보, 제1항 각호의 1에 해당하는 정보가 기간의 경과 등으로 인하여 비공개성의 필요성이 없어진 경우에는 당해 정보를 공개대상으로 하여야 한다.

2. 國家安全報障에 관한 情報公開의 意味

국가안전보장에 관한 정보공개의 의미란 국가안전보장, 국방, 통일, 외교 관계 등에 관한 사항으로써 공개될 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보와 공개될 경우 국민의 생명·신체 및 재산의 보호에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정되는 정보라고 정의할 수 있겠다.

그렇다면 국가가 국가안전보장을 위하여 비닉권을 행사하려는 구체적인 비밀의 범위는 어디까지이며 내용은 또한 무엇인가?

국가가 국민의 알 권리의 구체적인 실현을 위하여 ‘정보법’을 제정하고 또 개정하여 현행법으로 실행하고 있지만, 이에 제한을 가하는 다른 법률 또한 동시에 실행되고 있다. 예컨대 ①형법의 간첩죄(제98조), 일반이적죄(제99조), 외교상의비밀누설죄(제13조), 등. ②국가보안법, ③군형법, ④해군기지법, ⑤군사비밀보호법, ⑥군사시설보호법, ⑦국가정보원법, 및 보안업무규정 등과 같은 국방외교·군사상의 기밀을 보호하려는 법령과 또 국가공무원법(제60조) 등에서 정보가 누설될 경우 국익에 심한 손상 또는 혼란을 방지하기 위한 목적으로 이러한 법령들을 제정하여 운영한다할 수 있겠다.

Ⅲ. 情報公開에 따르는 問題點

정보화 사회에서 정부가 소유하고 있는 정보에 대한 국민의 접근 가능성을 높이고 정보공개를 청구할 수 있게 하는 것은 사회·경제적 의미에서 뿐만 아니라, 정치적으로도 매우 중요한 의미를 가지는 것이다.

오늘날 국가의 여러 기관에서는 막대한 양의 정보를 수집·축적·이용하고 있다. 이들 정보는 효과적인 통치를 위하여 중요한 것이기는 하지만, 잘못된 정보나 국민의 감시를 위한 정보도 있으며, 왜곡된 정보의 전달로 국민을 기만하는 경우도 있을 수 있다. 국민의 정치에 참여하여 정치적 의사를 형성하고 대표기관인 국회를 통하여 정부를 통제하고 그 책임을 효과적으로 추궁하기 위해서는 국민이 정부의 내부에 축적되어 있는 정

보에 스스로 정통하여 있지 않으면 안 된다. 또한 국민이 선거권의 행사를 올바르게 하고, 국민투표에서 국정에 대한 올바른 정치적 결단을 내리기 위해서도 국정에 관하여 정통해 있어야 한다.⁴³⁾는 데는 이론의 여지가 없다.

그러나 정보의 공개와 국가의 안보문제에 관해서는 많은 문제가 발생한다. 예컨대 정보공개를 채택하고 있는 국가에서 공통적으로 공개에서 제외시키고 있는 국가안전보장에 관한문제, 공공의 이익을 침해할 우려가 있는 문제, 편집적인 프라이버시 침해 문제, 범죄수사 과정상의 문제 등이 있다. 이러한 사항들은 예외조항으로 규정하여, 공개로 말미암은 손해를 받고 있다. 특히 개인적인 프라이버시의 침해의 문제는 프라이버시법까지 제정하여 그에 대한 배려를 하고 있다.

그러나 이러한 문제 이외에도 정보공개 제도 자체가 갖고 있는 함정이 있다. 즉 정부에 의해 여론조작이 용이하게 될 수 있다는 위험성이다. 현대 정치에 있어서, 여론조작은 국민의 지지를 동원하는데 있어 유력한 수단 중의 하나이다. 이에 각국의 정부가 여러 가지 형태로 여론조작⁴⁴⁾을 행하고 있는 것 또한 부인할 수 없는 사실이다.

가장 손쉽고 대표적인 방법으로는 언론을 통해서일 것이다. 예컨대 정부와 언론계가 공모 내지는 집권층의 억압으로 뉴스 관리를 악용하기가 쉽다. 정부가 권력으로 기자들을 위협하여 사실의 억압, 은폐, 외곡 또는 개인적이나 정치적 이유로서 권력층에 불리하게 될 사실들을 취재하는 기자들에게 취재원을 막음으로서 정보의 공개를 통제할 수도 있다.

정부가 정보의 공개를 제도화하여 공개한다하여도 정부가 제공하는 정보가 정확한 정보라고 할 보장은 없는 것이다. 많은 경우는 아닐지라도 정부가 미리 정보공개가 있을 것을 예상하고 정보조작을 하는 것은 용이한 일이다.⁴⁵⁾

43) 이현환, “정보공개제도 연구”, 사회과학연구 제3권, 서원대학교 사회과학연구소, 1990, 240면.

44) 阿部齊, “情報公開と 民主政治”, 新聞研究 第328號, 日本新聞協會, 1978, 12面.

45) 阿部齊, 前掲論文, 12面.

더욱 문제가 되는 것은 국가안보와 관련된 정보공개의 문제일 것이다. 우리의 현실은 서로 이념을 달리하는 반국가단체와 대치하고 있는 상황이다. 뿐만 아니라 근자에는 핵실험으로 인하여 세계가 긴장하는 사태까지 벌어진 위기상황하에서 이 문제는 더욱 심각하다.

이러한 위기의 상황 하에서 정보의 공개와 국가안전보장에 관련된 정보는 직접 또는 간접적으로 국가기밀 내지는 국가의 비밀과 연결되어 있다고 할 것이다.

여기에서 국가의 안전보장을 수호하려는 정부측의 구속적 기능과 알 권리를 실현하려는 언론의 정보공개의 요구 관계를 어떻게 조화시키느냐하는 문제가 대두되고 있다.

IV. 情報公開制度에 관한 各國의 立法例

1. 美國

미국인들은 20세기 중엽 미국에 있어서 표현의 자유에 중대한 위협을 느꼈다. 제2차대전 중 정부의 전쟁무기에 대한 비밀의 필요성을 인정한 것이 전쟁 후에도 계속되었기 때문이다.

뿐만 아니라 1945년 이래 미국정부의 비밀주의를 강화시키는 일들이 많이 발생했다. 강력한 힘의 외교, 긴장강화, 전략무기회의, 비밀미사일, 인도차이나에서의 전쟁 등으로 말미암아 정부는 비밀주의를 더해갔다.

또한 정부는 정보를 찾아내려는 언론을 방해하기 위하여 복잡한 PR계획을 세웠다. PR인들은 정보를 찾으려는 사람들과 공공사업을 하는 정부관사들 사이에 끼어 정보를 방해하는 역할을 담당하였다.⁴⁶⁾

이러한 역할통제의 상황 하에서 미국인들은 언론의 자유에 대한 열망은 거세어지고 있었다.

2차대전 이후 미국인들의 생활의 관료화와 그에 따른 행정비밀주의가 만

46) 신은희, 전계논문, 208~209면.

연되어 있었는데, 이에 대한 반성으로 케네디 대통령 재임 시에 정보개시 분야의 입법이 준비되고 차기 존슨대통령 재임당시인 1966년 정보자유법(The Freedom Of Infomation Act)이 제정되기에 이르렀다.⁴⁷⁾

1946년의 연방행정절차법의 개정 법률인 1966년의 FOIA는 APADML 문제점(정보공개청구권자의 제한, 모호하고 광범한 예외조항, 정보의 비공개에 대한 사법적 구제수단의 결여 등)을 해소하려는 것이었다. 즉 FOIA는 ‘모든 사람’(any person)을 정보공개청구권자로 하고, 예외로서 9개 항목의 비공개대상정보를 두고, 공개거부에 대한 사법심사제도를 확립하여 1967년 7월 4일부터 시행되었다. 그러나 운용과정에서 기관(agency)들의 예외조항에 대한 광범한 해석, 고액의 수수료, 공개절차의 지연 등으로 시행초기에는 공개가 거의 이루어지지 못하였다. 이에 대하여 법원은 예외조항을 좁게 해석하고 절차적 구제수단을 확립하는 자세로 나아갔다. 그러나 1972년 Frankel v. SEC사건과 1973년 EPA v. Mink 사건에서 나타난 사법부의 소극적 자세와 ‘Watergate시대’의 권한 남용에 대한 반작용이 1974년 개정의 계기가 되었다.

1974년 개정된 FOIA는 ‘국가안보’와 ‘법집행’ 정보에 대한 예외조항의 전 범위를 상당히 축소하고 수수료, 기한, 분리가능성, 신속한 소송절차, 소송비용 그리고 법원의 비공개심사 등 절차적 규정들을 강화하였다. 그리고 1976년의 FOIA에서는 ‘법률비’에 대한 예외조항의 개정이 이루어졌다.

그 후 10년 만에 개정된 1986년의 FOIA는 마약범죄 등으로 인한 치안 질서의 악화, 국가안보에 대한 보수적 경향 하에서 정보공개를 제한하는 방향으로 나아갔다.

이 개정에서는 ‘법집행’에 관한 기록의 정의를 광범하게 하고 적용제외조항을 신설하였으며, 정보의 비공개를 위하여 기관이 충족시켜야 할 요건을 완화하였다.

이에 대하여 1990년대 Clinton정부에서는 1993년 10월 4일에 공포한

47) 이현환, 전개논문, 245면.

「FOIA의 이행에 관한 성명서」에서 정부의 공개성과 책임성의 원칙은 민주적 이념에 고유한 것임을 강조하였다.

특히, 1996년의 「전자정보자유법」(EFOIA)은 이러한 행정부의 적극적인 자세를 바탕으로 ‘전자정보’와 ‘절차상의 공개지연’에 대한 대응을 주목적으로 하는 것이다.⁴⁸⁾

2. 日本

일본에서의 정보공개법의 시초는 전후 최대의 스캔달이라고 할 수 있는 록히드(ロッキード)⁴⁹⁾사건과 일본의 주부연합회가 식품안전성을 둘러싸고 정부심의회에 공개와 동시 정부가 보유하는 정보의 공개를 요구하는 시민의 목소리가 날로 높아 갔다.

이에 대하여 1976년 말 총선에서는 각 야당들이 일제히, 정보공개법의 제정을 선거공약 중에 넣었다. 그러나 그것을 입법화하지는 못하여, 정보에 대한 공개의 요구가 한층 더 강해지고 있었다.⁵⁰⁾ 이와 때를 같이 하여 사회 각 단체나 시민들은 정보공개에 대하여 적극적인 움직임을 보이고 있었다. 자유인권협회가 1979년에 정보공개법요강을 발표한 뒤, 일본 변호사협회가 1880년 제23회 인권옹호대회에서 정보공개법조례의 제정을 요망하는 결의문을 채택하였고, 시민운동으로 승화되어 활발한 활동을 전개하였으며, 이어서 국가주준에서는 기술한 1980년의 「情報提供の改善措置等について」라는 閣議了解, 그리고 1980년의 전반에 걸쳐 각 정당이 수차 정보공개법안을 제출하였으나 모두 폐기되었다.⁵¹⁾

이후, 정보공개에 관한 법제화에 대하여는 정보공개문제연구회에서

48) 김배원, “미국·일본·한국 「정보공개법」 비교 고찰”, 공법연구 제28권 제2호, 한국공법학회, 2000, 339~340면.

49) 最高裁 1995年 2月 22日 大法廷判決, 刑集 第49卷 第2號 457頁.

50) 阿部齊, 前掲論文, 7面.

51) 김배원, “일본의 정보공개제도 -행정기관이 보유하는 정보의 공개에 관한 법률을 중심으로-”, 공법학연구 제2권, 한국비교공법학회, 2000, 6면.(이하 “일본의 정보공개제도”라 한다.)

1990년 9월에 중간보고를 발표하는 등 총무청에서 조사연구를 행해왔는데, 1994년 12월에는 총리부에 행정개혁위원회를 설치하고 1995년 3월에는 행정정보공개위원회를 두어 정보공개법제정에 관한 검토를 시작하였다. 동부회는 1996년 4월과 11월에 「정보공개법요강안」의 중간보고와 최종보고서를 행정개혁위원회에 제출하였고, 동위원회는 이에 대한 심의를 거쳐 동년 12월 16일 「정보공개법제の 확립に 関する 의견」을 내각총리대신에게 제출하였다. 정부는 이 의견을 받아 총무청내에 정보공개법제정준비실을 설치하여 입안 작업에 착수하였고, 그 결과 1998년 3월 27일, 「행정기관의 보유한 정보의 공개에 관한 법률안」 및 「행정기관이 보유한 정보의 공개에 관한 법률의 시행에 따르는 관계법령의 정비 등에 관한 법률안」이 각의 결정되어 같은 날 국회에 제출되었다.

중의원에서 여야당간의 협의결과, 1999년 2월 12일 수정된 정부안은 2월 16일 본회의에서 가결되고, 같은 날 참의원에 송부되었다. 참의원에서는 3월 5일 부칙수정이 있는 뒤 본회의에서 4월 28일 가결된 후, 중의원에 회부되어 5월 7일의 중의원 본회의에서 가결, 성립하여, 1999년 5월 14일 법률 제42호로 제정·공포되어 공포일로부터 2년 이내에 시행하게 되었다.⁵²⁾ 따라서 아시아에서는 한국에 이어 두 번째로 정보공개법을 가지는 국가가 되었다.

3. 英國

영국에서는 아직 공식적인 정보공개에 관한 법률은 제정되지 않고 있다. 대신에 기본적 인권에 해당하는 말로서 fundamental human right란 용어는 보통 사용하지 않고 liberty or freedom of the subject 또는 citizen's liberty 또는 right of the subject로 표현되며 이 자유는 시민이 형법에 위반하여 범죄를 범하거나 개인의 제 권리를 침해하지 않는 한, 자유라고 이해되고 있다. 이러한 생각은 영국의 헌법에는 권리의 선언이

52) 김배원, 전게서, “일본의 정보공개제도”, 6~7면.

없으며 개인의 자유보호는 헌법에서 찾는 것이 아니고 통상적인 형법·불법행위법 등에서 찾는다는 사실에 연유하고 있다.

이러한 기본권에 대한 이해에 따라 표현의 자유도 법이 침해하지 않는다는 조건으로 시민이 선택하는 바를 말하고 쓸 권리를 의미하고 있으며, 여기에는 어떠한 미디어를 통해서든 정보 및 사상을 수혜할 권리를 포함하고 있다⁵³⁾고 볼 수 있다.

역사적으로는 1989년에 이미 국가의 기밀보호를 목적으로 한 공무비밀법이 제정되었다. 이법이 제정된 계기는 1878년 Marvin이라는 외무부감시서기가 자기 일과 특히 상관의 짧은 집무시간에 불만을 품고 있던 차에 집무과정에서 복사한 동인 영국과 소련과의 비밀조약을 Globe라는 신문에 보내고 이것이 세상에 공표된 데에서 연유한다.⁵⁴⁾

이후 1911년 공무비밀법은 1차대전에 공표된 것인데 1차대전 중의 경험에 따라 대전후 1920년에는 이 법을 보완할 필요성이 요구되어 1920년 공무비밀법(An Act amend the official secrets Act, 1911m 전문 11조 부칙 2조로 됨)이 통과되었다. 이 법안의 통과에는 프레스가 프레스의 수단에 의한 공복(Public Servant)으로서의 지위를 잃게 된다는가 프레스가 시대에 공헌하는 공공봉사는 악용의 예보다 공공이익을 위해 사용된 예가 많다는 예를 망각하고 있다는 등 반론이 적지 않았다. 이법에 의하면 누구에게 요구하더라도 이 법에서 정한 범죄 또는 범죄혐의에 관해 찾고 있는 모든 정보를 경찰관에게 제공할 것을 의무지우고 위반한 자는 경죄로 처벌하도록 규정되었다.⁵⁵⁾

이러한 결론으로 볼 때 결국 정보비익은 처벌된다고 할 수 있으며, 여기에서 간접으로나마 정보공개의 의미를 찾아 볼 수 있다. 그러나 아직 공적기록에 대한 접근은 인정되지 아니한다.

하지만, 개인정보보호에 관련된 법안은 1960년대부터 등장하기 시작했

53) 안용교, “보도의 자유와 국가기밀 -국민의 알 권리를 중심으로-”, 학술지 제18권 제1호, 건국대학교, 1974, 146면.(이하 “보도의 자유와 국가기밀”이라 한다.)

54) 안용교, 전개논문, “보도의 자유와 국가기밀”, 146~147면.

55) 안용교, 전개논문, “보도의 자유와 국가기밀”, 148면.

다. 1969년의 데이터 감시법안(Data Suveillance Bill), 1971년의 정보자유 프라이버시법안(Freedom of Information and Privacy Bill) 등이 그것이다. 하지만 정작 법률로 성립한 것은 1984년에 이르러서야 개인데이터보호법(Data Protection Act)이 제정되었다.

개인데이터보호법은 그 대상이 컴퓨터로 처리된 개인정보에 한하여, 손으로 쓴 정보에는 적용되지 않는다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 제정된 법이 1987년의 액세스법(Access to Personal Files Act)이다.⁵⁶⁾

4. 獨逸

독일에서는 아직 공식적으로 정부기관이 보유하고 있는 공식기록문서에 접근할 수 있는 공공기관의정보공개에관한법률은 제정되어 있지 않다. 이는 관료제주의의 전통으로 인하여 비밀주의의 원칙이 지배하고 있기 때문이다. 다만 개별 법률에서 언론기관 및 이해관계인에 한하여 일정한 범위 내에서 정보공개청구권을 인정하고 있다. 따라서 행정부가 소유하고 있는 일반적인 공문서에 관한 공개청구에 대하여는 연방 법률이 정하고 있지 않다.

그러나 알 권리에 대해서는 독일기본법 제5조 제1항에 「모든 사람은 언어, 문서, 도서로서 자유롭게 그의 의견을 발표할 권리를 가진다. 일반적으로 입수할 수 있는 정보원으로부터 알게 되는 것을 방해받지 않을 권리를 가진다」라고 규정하고 있다.

기본법상의 정보의 자유는 전통적인 의견표명 및 전달의 권리로서가 아니라, 의견표명, 전달이전의 단계 즉 의견형성의 단계에서의 보장을 의미하고 그 수단으로서 일반적으로 쉽게 접근할 수 있는 정보원으로부터 정보수집의 자유를 모든 국민에게 보장하고자하는 것이다.

그러나 기본법 제5조 제1항에서 보장된 알 권리로부터는 정보수집을 요구할 수 있는 권리(공공기관의 정보제공의무)가 보장된 것이 아니라고 일

56) 이현환, 전제논문, 247~248면.

반적으로 해석되고 있으며, 다만 제5조 제2항의 출판의 자유가 갖는 공적 책임을 결합시켜 이 공적 책임을 수행하기 위하여 프레스는 정보수집권이 용인⁵⁷⁾되고 있으며, 따라서 주의 출판법에서는 언론기관에게 정보공개의 청구권을 인정하고 있다.

한편, 1977년 1월에 제정되어 1978년 1월부터 효력을 발생하고 있는 데이터보호법은 개인에 따라 보관되고 있는 정보에 대한 접근권을 시민에게 부여하는 것을 목적으로 하고 있다. 즉 시민에 대하여 연방데이터뱅크가 보유하고 있는 정보를 열람하는 권리를 인정하고 있다.

이 법률의 운용을 감독하기 위해 데이터보호감독관이 임명되어 있다. 이 법률은 일정의 비밀지정문서, 예컨대 범죄기록 등의 열람을 시민에게 인정하도록 요청하는 영향력이 있다. 각 주의 정보공개에 관한 입법 중에는 연방공화국의 것보다 더욱 철저한 것도 있다.⁵⁸⁾

이 법외에도 개별연방법률로서 데이터보호에 관한 법률로는 1980년대 제정된 연방신고기준법(Melderechtsrahmengesetz)이 있다.

연방데이터보호법은 모두 6장으로 구성되어 있는데, 행정청 및 공적기관에서의 데이터처리(동법 제2장)와 자기목적 및 제3者 목적의 비목적기관에서의 데이터처리(동법 제3, 4장)에 관하여 규정하고 있으며, 특히 공공기관의 데이터처리에 관하여 연방의 데이터보호담당관(Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz)을 두어 연방행정이 데이터보호에 적합하게 행해지고 있는지를 감독한다.⁵⁹⁾

5. 프랑스

프랑스에서도 1970년대 후반부터 미국의 정보자유법에 자극을 받아 법조계 인사들과 국회의원들이 중심이 되어 정보자유에 관한 연구를 하기

57) 안용교, “국민의 알 권리에 관한 연구”, 박사학위논문, 건국대학교 대학원, 1974, 266~267면.

58) 日本新聞協會, “公的情報の公開-各國の實情”, 東京: 日本新聞協會, 1980, 36面.

59) 이현환, 전제논문, 248면.

시작했다.

1977년 2월에 중앙 정부 내에 한 위원회가 설치되어, 정부가 보유하고 있는 문서 중에서 공개가 가능한 것의 리스트를 검토하고, 특별한 리스트에 포함되는 것을 제외하고는 국민에게 공개하지 못하는 것은 없다라는 원칙을 세웠다. 이에 1978년과 1979년에 걸쳐 정보공개법과 이유부기법 및 프라이버시에 관한 법률을 제정·공포 하였다.⁶⁰⁾

6. 네덜란드

네덜란드에서는 1960년대 후반부터 정부에 대해 정보자유의 확립을 요구하는 압력이 증대하여 왔다. 정부는 1968년에 의회의원을 의장으로 하고 정당, 정보기관, 법조계, 학계의 대표자를 위원으로 하는 위원회를 설치했다. 동위원회는 1970년에 정보공개에 대한 조사보고를 하고, 공문서에의 접근권 규정을 권고함과 동시에 법안을 제출했다.

네덜란드는 정부활동에 관한 정보를 공중에게 제공하는 고도로 발달한 정보봉사기구(Information service system)가 존재해 왔다. 이 기구를 통하여, 매년 평균 10만 건 정도의 개인적인 정보 청구에 대해 신청을 받고, 이를 충족시켜주고 있다. 이 제도는 1978년에 제정한 정보공개법에 있어 토대가 되었다.⁶¹⁾

1978년에 제정되어 1980년 5월부터 실시된 “공적 정보에의 접근에 관한 법률”은 이 법의 해석상의 융통성으로 인하여 대부분의 관청에서 혼란을 야기 시켰다. 즉 네덜란드법의 특색은 스웨덴이나 미국처럼 공문서의 공개가 아니라, 정보의 공개라는 점이다. 신청자는 특정한 문서를 신청하는 것이 아니라, 이러한 건에 관한 것을 알고 싶다고 요구한다. 물론 일반 국민은 어느 관공서에 어떤 문서가 있는지 알지 못하기 때문에 이편의 이용이 용이하다. 또한 관공서측에서도 관계문서를 요약하든가, 자료를 뽑아서

60) 日本新聞協會, 前掲論文, 17面.

61) 阿部齋, 前掲論文, 12面.

정리하든가, 전화나 구두로 회답하는 것이 가능하기 때문에 사정에 따라서 적절히 대응할 수가 있다. 그러나 이것은 관공서의 자유재량의 폭이 넓어 이를 악용하게 되면, 정보 은폐가 용이하게 된다.

정보공개로부터 제외되는 사항은 다음과 같다. ①왕국의 일체성을 위협하게 하는 사항, ②국가의 안전에 관한 사항, ③정부에 제공된 기업에 관한 자료, ④외교에 관한 사항, ⑤국가 및 법적기관의 경제, 재정상의 이익에 관계된 사항, ⑥범죄의 심화 및 소추에 관한 사항. ⑦개인의 프라이버시에 관한 사항 등이다.

신청자가 문서를 요구하면, 원문의 복사가 입수되기도 하는데, “업무에 있어 원활한 수행의 중요성”을 고려한다고 하여, 공개를 피할 길이 열려 있다. 회답기한도 확실한 기일을 정하지 않고, “타당한 기간내”라고 하여, 해석의 여지를 남기고 있다. 또한 정보공개는 “건전하고 민주적인 행정의 이익을 위한 것”이라고 하는 것을 근거로 하여, 이것이 어떤 의미인지 관공서측의 해석에 맡기고 있어, 공개가 제한되고 있다.⁶²⁾

V. 우리나라의 情報公開制度의 制定過程과 公開現況

1. 制定過程

우리나라에서는 아직 정보공개법이 제정되지 않은 상태에서 1991년 청주시 의회는 최초로 행정정보공개조례를 제정하였다. 이에 대하여 청주시장은 “정보공개사무는 국가전체에 공통된 이해관계를 가지기 때문에 전국적으로 통일되게 처리되어야 한다는 것을 주장하면서 이에 대하여는 법률에 의하여 체계화된 기준이 마련된 후 그 범위 안에서만 조례제정에 가능한데도 이 조례가 법령의 근거 없이 제정된 것”이라는 이유로 법원에 제소하였다. 그러나 대법원은 “이 사건 정보공개조례안은 행정에 대한 주민의 알 권리의 실현을 그 근본내용으로 하면서도 이로 인한 개인의 권익침

62) 日本新聞協會, 前掲論文, 24~25面.

해 가능성을 배제하고 있으므로 지방자치법 제15조에 의거하여 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 조례라고 단정할 수 없으므로 그 제정에 법률의 개별적 위임이 필요하지 않다⁶³⁾라고 판시함에 따라 전국적으로 청주시의 조례를 본받아 정보공개조례가 제정되기에 이르렀다.

한편 정부는 국무총리훈령 제288호로 1994년 3월 2일 ‘행정정보공개운영지침’을 발령하였다. 이후 정보공개법제정을 위하여 이후 1994년 7월 정보공개법 심의위원회를 구성하고, 정보공개법시안에 대한 공청회를 개최하는 등 우여곡절 끝에 1992년 제14대 대통령선거에서의 공약사항이던 정보공개법제정을 4년 만인 1996년 12월 31일부터 정보공개법(법률 제5242호)이 제정·공포되어 세계에서 12번째로 아시아에서는 첫 번째로 정보공개법을 가지는 나라가 되는 결실을 거두게 되었다.

2. 情報公開制度의 現況

기존의 법률들에서도 정보를 공개하도록 의무지우는 규정이 없었던 것은 아니었다. 행정심판법 제28조, 제42조 제2항, 도시계획법 제10조의 2 제3항, 토지구획정리사업법 제33조 제1항 등 개별법에 의거하여 정보공개를 청구하거나 정보공개가 의무화되는 경우가 있다. 그러나 이러한 경우는 청구권자 또는 공개대상정보가 한정된다는 점에서 모든 사람이 일반적인 정보를 청구할 수 있는 정보공개제도와 구별된다. 구언론기본법(제6조)은 정보공개청구권자를 언론기관 또는 그 대표자에게 인정하고 있었는데, 동법의 대체 법으로 제정된 정기간행물의 등록 등에 관한 법률에는 정보공개청구권에 관한 규정이 없다.⁶⁴⁾

한편 이러한 상황 하에서 국가적인 수준에서 1994년 3월 2일 ‘행정정보운영지침’을 국무총리훈령으로 발령하였다. 여기에서는 제정의 목적에서

63) 박종보, “공공정보공개제도와 알 권리의 헌법적 근거”, 공법연구 제28집 제1호 한국공법학회, 1999. 2면 ; 대법원 1992. 6. 23. 선고, 92추17 판결.

64) 김배원, “정보공개법 제정의 의의와 과제”, 언론과 정보 제3권 제1호, 부산대학교 언론정보연구소, 1997, 135면.

국민의 알 권리 충족과 행정의 신뢰성을 두텁게 하기 위하여 행정기관이 보유·관리하고 있는 정보를 일반 국민에게 공개한다. 라고 밝히고 있으며, 또한 제도의 개념으로서는 행정기관이 공무상 작성·취득하여 관리하고 있는 기록물을 일반인에게 열람·복사 등의 형태로 공개하는 제도이며, 제도의 기능으로서는 국정운영의 공개로 행정의 신뢰성 확보 및 행정책임구현·국민생활관련정보의 자유로운 이용에 따른 국민권익 증진에 기여한다는 목적이라고 설명하고 있다.

이후 1996년에 제정된 ‘공공기관의정보공개에관한법률’은 제정 이후 2005년 12월 29일 일부개정을 거쳐 법률 제7769호로 공포 2006년 7월 1일부터 시행에 들어갔다. 이 법률은 총5장 27조로 구성되어 있으며, 제1조의 목적에서 「이 법은 공공기관이 보유·관리하는 정보에 대한 국민의 공개청구 및 공공기관의 공개의무에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 국민의 알 권리를 보장하고 국정에 대한 국민의 참여와 국정운영의 투명성을 확보함을 목적으로 한다」라고 명시하고 있어 이로써 우리나라도 알 권리를 국가가 법률로서 보장하고 있다고 할 수 있다.

第4節 國家安保와 報道의 自由

I. 報道의 自由

1. 意義

정보사회에서 분출하는 정보는 언론기관의 보도를 통해서 국민의 알 권리를 충족하게 된다. 따라서 언론의 보도는 신속·공정하게 사실에 입각하여 아무런 간섭 없이 이루어져야 한다. 보도의 자유에는 신문·잡지·방송 등 매스 미디어의 자유를 포괄하게 되는데 신문보도의 자유가 대표적이다. 보도의 자유에는 뉴스 등을 보도할 자유뿐만 아니라 신문 등의 발행의 자유와 배포의 자유까지 포괄한다. 또한 보도의 자유는 동시에 진실보

도의 의무를 갖는다.⁶⁵⁾

또한 보도의 자유는 의사표현의 자유와 달라서 ‘評價的인 意思表現’뿐 아니라 ‘단순한 사실의 전달’을 함께 내포하고 있고, 의사표현과 사실전달의 수단으로 출판물 또는 전파매체가 이용된다는 점에서 ‘의사표현의 자유’의 특수형태라고 볼 수 있다. 또 출판물 또는 전파매체에 의한 의사표현 또는 사실의 전달이 갖는 높은 정보효과와, 그것이 여론형성에 미치는 커다란 영향 때문에 보도의 자유는 동화적 통합을 촉진시키고, 국가권력을 감시·통제하는 데 매우 중요한 기능을 맡고 있다. 보도의 공정성이 특히 중요시 되고, 보도기관의 자주성과 독립성이 강조되고, 보도기관의 다원성 내지 다원적 구조를 저해하는 언론기관의 독과점현상이 배척되는 등 언론자율제도가 강조되는 이유도 그 때문이다.⁶⁶⁾

2. 內容

보도의 자유에는 출판물에 의한 보도의 자유와 전파매체에 의한 보도의 자유로 나누어 볼 수 있다. 우선, 출판물에 의한 보도의 자유는 신문·잡지·통신 등 출판물에 의한 언론의 자유를 말하는데, ‘新聞의 自由’가 그 대표적인 것이다. 신문의 자유는 보도·논평 및 여론 등을 전파할 목적으로 기사를 취재·편집하고 신문을 발행해서 보급시키는 자유를 그 내용으로 한다. 구체적으로 신문발행의 자유, 신문편집·보도의 자유, 취재의 자유, 신문보급의 자유 등이 그것이다. 다음으로, 전파매체에 의한 보도의 자유는 방송·TV 등 유선·무선의 전파매체에 의한 언론의 자유, 즉 방송과 방영의 자유를 말한다.

방송·TV처럼 인간의 思惟領域을 전파매체에 의해서 일반대중에게 전달하는 것은 신문 등의 출판물에 의한 보도와는 다른 특성을 가지고 있다. 즉 첫째 보도의 신속성은 출판물에 의한 경우보다 훨씬 빠르지만, 심층적

65) 성낙인, 전게서, 374면.

66) 허영, 전게서, 547면.

인 보도의 면에서는 출판물에 의한 경우보다 뒤떨어진다. 따라서 방송·방영의 자유는 주로 보도기능 및 정보기능을 그 주된 사명으로 한다. 둘째 전파매체에 의한 보도의 시설과 기술은 신문 등의 경우보다 몇 갑절 더 많은 비용이 소요될 뿐 아니라, 전파의 주파수가 제한되어 있기 때문에 그 시장 독점적 현상이 신문의 경우보다 더욱 두드러지게 나타나기 때문이다. 방송기관 내부조직의 다원화와 민주화가 신문의 자유에서보다 더욱 강력히 요청되는 이유도 그 때문이다. 오늘날 방송과 TV가 여론형성에 미치는 커다란 영향을 감안한다면, 독일연방헌법재판소가 그 TV판결에서 밝힌 바와 같이 되도록이면 사회의 모든 계층과 이해집단이 TV프로그램 편성에 함께 참여해서 TV 및 방송내용에 영향을 미칠 수 있는 제도적인 장치가 마련되는 것이 바람직하다.⁶⁷⁾

II. 言論機關設立의 自由

언론·출판의 자유는 언론기관을 자유로이 설립할 수 있는 언론기관설립의 자유까지도 그 내용으로 한다. 그러므로 헌법이나 법률이 신문·통신·방송 등의 시설기준을 지나칠 정도로 과중하게 규정할 경우에는 언론·출판의 자유를 부당하게 제한하는 것이 된다. 헌법은 제21조 제3항에서 「통신·방송 등의 시설기준…은 법률로 정한다」라고 하여 언론기관의 시설법정주의를 규정하고 있다. 이 조항은 언론기관의 설립의 자유를 제한하는 의미와 言論機關濫設의 폐해를 방지하려는 의미를 아울러 가지는 것이다. 신문·방송법은 「법인이 아니면 일간신문이나 일반주간신문 또는 통신을 발행하거나 방송을 행할 수 없고」(신문법 제13조 제3항, 방송법 제13조 제1항)라고 하고 있고 또 「외국인이나 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니한 자 등도 발행인이나 편집인이 될 수 없도록 하는 제한규정」을 두고 있다(신문법 제13조 제1항, 방송법 제13조).

또한 언론기관설립의 자유를 제한하는 것으로 언론기업의 독과점문제가

67) 허 영, 전게서, 550~551면.

있다. 자본주의 국가에서는 매스미디어의 시설이 재벌기업이나 국가에 의하여 독점되고 있을 뿐 아니라 상품화 되는 경향이 있기 때문에, 오늘날에는 국민의 표현의 자유가 새로운 위협을 받게 되고, 국민의 의사가 매스컴운영자들에 의하여 왜곡되거나 定型化 될 위험성이 증대되고 있다. 따라서 국가는 일반기업과 마찬가지로 언론기업의 독과점도 규제할 수 있고 또 규제⁶⁸⁾하는 것이 마땅할 것이다. 그러나 이 규제도 어디까지나 언론의 자유를 보장하고 알 권리의 본질을 침해하지 않는 것을 전제로 하여 규제되어야 할 것이다.

Ⅲ. 言論機關의 自由

현대민주주의 국가에서는 민주정치를 구현하는 데 필요한 정보가 주로 언론기관에 의하여 수집·전달되는 것으로 인식되고 있다. 그렇다면 민주국가에 있어서 언론기관이 수행하는 여론형성이라는 공공적 기능도 높이 평가하지 않을 수 없다. 헌법은 제21조 제3항에서 「신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다」라고 하고, 신문법 제3조는 「정기간행물 및 인터넷신문의 편집의 자유와 독립은 보장된다」라고 규정하고 同法 제18조 제1, 제3항에서는 정기간행물발행자로 하여금 편집위원회를 두도록 하고 편집규약까지 제정할 수 있도록 하고 있다.

이와 같은 언론의 공공적 기능을 뒷받침하기 위해 언론기관측이 강조하는 주장에는 다음과 같은 것이 있다. ① 국가기관에 대해 정보공개를 청구할 수 있어야 한다는 것, ② 허위보도의 경우에도 상당한 이유가 있는 때에는 형사상 처벌을 면제받아야 한다는 것, ③ 명예훼손의 보도도 보도내용이 진실이며 공공의 이익을 위한 것일 때에는 형사상 처벌을 면제받아야 한다는 것, ④ 언론기관종사자들에게는 증언을 거부할 수 있도록 해야 한다는 것 등이 그것이다. 이러한 언론기관측의 주장 중 ① 언론기관의 국가기관에 대한 정보청구권은 인정되어야 한다. ② 허위보도의 경우

68) 권영성, 전게서, 496면.

에 형사상 처벌을 면제받아야 한다는 주장은 받아들일 수 없다고 한다. 왜냐하면 허위보도는 언론의 자유를 남용한 경우에 해당되기 때문이다. ③ 명예훼손의 경우는 보도내용이 진실이고 오로지 공익을 위한 것일 때에는 면책되어야 한다. ④ 증언거부에 대해서는 국내외의 통설이 언론기관의 공공적 기능에도 불구하고 이를 인정하지 않고 있다.⁶⁹⁾ 이러한 사실들이 통설로 인정되고 있다. 그러나 명예훼손의 경우에는 보도내용이 진실이고 오로지 공익을 위한 것이라 할지라도 그 대상에 따라서 보도의 제한이 있어야 할 것이다. 그리고 언론기관의 對外的 자유도 보장되어야 하며, 이는 취재·보급·출간시기의 결정·편집활동 등이다. 또한 언론기관의 內部的 자유도 보장되어야 한다. 이는 편집·편성권이라 할 수 있겠다. 그러나 언론기관의 자유라고 해서 무한정이고, 절대적일 수는 없다. 언론기관도 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 되되고, 취재·보도·논평에 있어서는 공정성과 객관성에 유의해야 한다. 특히 언론기관의 진실보도의무는 오래전부터 언론기관의 자유의 한계문제로서 논란의 대상이 되어 왔다. 언론기관의 자유에는 비진실을 보도할 자유까지 포함되는 것은 아니라고 보는 것이 국내외의 학설과 판례의 입장이다.⁷⁰⁾

IV. 取材의 自由

보도의 자유는 취재의 자유 없이는 실질적으로 확립될 수 없기 때문에 보도의 자유에 소극적 정보수집권으로서의 취재의 자유가 당연히 포함된다. 다만 취재의 자유는 질서유지, 프라이버시보호, 국가기밀을 위한 제한을 받는다. 법정에서의 사진촬영·녹화·중계방송 등은 법원의 허가 없이는 행할 수 없다.

國家는 秘密保護에 관한 법령규정에 근거하여 정보를 공개하지 않을 수

69) 권영성, 전거서, 497~498면.

70) 권영성, 전거서, 498~499면.

있으며, 공무원은 재직 중은 물론 퇴직 후에도 직무상 지득한 비밀을 엄수하여야 한다. 그러나 단순히 형식적인 비밀의 취재보도만으로 곧 위법성이 추정된다고 해석할 수 없고 비밀이 객관적인 실질성의 판단기준에 대해서도 자유로운 정보유통이 저해되지 않도록 엄격한 한정해석이 필요하다.

취재원에 대한 진술거부권(秘匿權⁷¹⁾)은 인정하지 않는 것이 일반적 경향이다. 취재원에 대한 진술거부권은 국민에 대한 정보전파의 목적으로 내적 신뢰관계를 통하여 취제한 취재원의 공개를 당하지 않을 권리이다. 이 권리는 언론의 진실보도 및 공정보도를 위한 불가결의 전제조건이며 이 권리 없이 언론은 진실보도의 공공적 기능을 수행하기 어렵다. 따라서 이 권리는 원칙적으로 취재의 자유의 내용으로 인정되어야 한다. 비록 현행법상 개별 법률에 명문의 규정은 없지만 헌법상 언론의 자유의 한 내용으로서 비닉권을 인정하여야 한다. 다만 이 진술거부권도 공공의 이익을 위하여 제한을 받는다. 즉 이 권리는 공정한 재판의 현실 때문에 형사재판과 관련된 제한된 범위 내, 예컨대 범죄를 구성하는 내용이 공표된 때, 범죄의 행위로 공표의 기초가 된 자료 또는 정보를 입수한 때 등의 경우에는 인정되지 않는다. 그러나 진술거부권을 부인할 경우에도 형사재판에서 증거의 중요성과 취재원을 공개함으로써 미치는 보도의 자유의 침해를 비교형량하여 그 인정 여부를 결정하여야 한다.⁷²⁾

이와 같이 取材의 자유는 신문의 자유의 불가결한 한 내용임에 틀림없다. 즉 취재의 자유가 보장되지 않고 ‘주는 뉴스’만을 편집·보도하는 경우,

71) 이강혁, “정보원의 비익과 그 법적보호” 언론중재 제9권 제2호, 언론중재위원회, 1989, 12면. 정보기관에 정보를 제공하는 측은 정보원을 공개하지 않는다는 신뢰가 있음으로써 비로소 정확한 정보를 제공하는 것이며, 이 신뢰관계가 없는 경우에는 취재에 협력을 거부하는 일이 많을 것이다. 정보원의 비익이라는 기자의 윤리가 존중되고, 사회도 그것을 승인하는 것은 확실히 그것이 정확한 보도의 조건이기 때문인 것이다. 보도의 자유를 보장하기 위한 보도기관의 취재원비닉권의 법적 근거를 어디서 찾을 것인가에 대해서는, 입법조치에 의해서 취재원비닉권을 확립하고 있는 국가도 있으며, 특별한 입법조치가 없는 곳에서는 이론에 의하여 그 기준을 제시하고 있다. 반면 그것을 법적으로 인정하는 것은 공정한 재판을 저해한다는 법률가의 반론도 있으며, 또한 언론계에서도 이 특권의 대상으로서 특권을 지닌 기자의 자격을 국가권력이 인정하는 제도가 도입될 가능성이 있다는 점에서 신중론도 거론되고 있다.

72) 성낙인, 전개서, 375~376면.

그것은 이미 신문의 기능을 상실한 output의 창구에 지나지 않기 때문이다. 그러나 취재활동도 다른 공공이익을 침해하지 않는 범위 내에서만 허용하는 것이기 때문에, 예컨대 사생활의 비밀을 침해하는 취재활동, 중대한 국익을 해치는 취재활동, 형법 또는 다른 법률에서 금하고 있는 방법으로 취재하는 행위 등이 허용될 수 없는 것은 당연하다. 취재의 자유에는 취재원의 비닉권이 당연히 포함된다고 보아야 한다. 취재원을 밝히지 아니할 권리는 신문의 진실보도·사실보도 및 공정보도를 위한 불가결한 전제조건이기 때문이다. 취재원묵비권이 인정되지 않는 경우 취재원의 봉쇄효과를 가져오게 되어 신문이 진실보도의 공적기능을 수행하기 어렵게 된다.⁷³⁾

V. 報道의 自由와 國家安保間의 葛藤

만일 모든 중요한 비밀이 언론의 손에 들어간다면 정부는 존립키 어려울 것이며 반대로 정부가 지정해 놓은 모든 비밀사항의 공표를 범죄로 취급한다면 언론의 자유는 기대할 수 없을 것이다. 국가의 기밀보호와 그 보도의 문제는 본질적으로 정부와 언론의 갈등관계에서 비롯된다. 극단적인 경우를 제외하고라도 정부는 국가정책수행을 위해 기밀의 중요성과 필요성을 강조할 것이며 반면 언론은 민주주의의 전제인 국민의 알 권리와 공개성을 주장하기 때문이다. 일반적으로 정부는 국민이 꼭 필요한 사항만을 알아야 한다는 입장이고 언론은 국가이익이 충분한 정보유통과 최대한의 공표를 통해 달성될 수 있다는 입장을 취하고 있다. 사실보도를 생명으로 하는 언론과 국가이익을 이유로 국가기밀을 보호하려는 정부와는 숙명적으로 대립하기 마련이다. 이러한 의미에서 세계의 언론사는 언론의 자유로운 취재 보도와 이에 대한 정부의 통제로 점철된 갈등 내지는 투쟁사라 할 수 있다.

그러나 언론 자유든 그것의 통제든 그들의 궁극적인 목적은 국가발전이

73) 허 영, 전제서, 549면.

나 국가이익의 신장에 있다. 정부는 선거와 같은 공식적인 절차를 통해 합법적인 권한을 위임 받았고 또 언론은 비공식적인 방법이지만 국민적 권한을 대행하는 기관인 것이다. 그렇다고 이것은 국가기관이 언론에 대한 우위성을 의미하는 것은 아니다. 많은 언론 학자들은 정부와 언론은 「적당한 거리」를 유지하면서 「자연스런 적대관계」를 유지하는 것이 가장 바람직한 상황으로 믿고 있다. 뿐만 아니라 언론에 가해지는 모든 통제는 그것이 균형보다는 갈등관계에 있을 때(in conflict) 비로소 건전한 언론이 성립된다고 주장하는 것이다. 예컨대 정부로부터의 통제가 가중될 때 언론의 자율적 통제가 강해져서 이 양자가 서로 긴장과 갈등상태에 들어가야 한다는 것이다. 또한 언론기업의 독점으로 인한 언론자유 위협은 정부로부터의 법적 통제를 통해 규제될 수 있다고 보는 것이다. 어떠한 언론은 사회체계의 한 부분이지만 정부체계에 포함하는 것으로 볼 수 있음은 분명하다. 일반적으로 언론은 자유를 추구한다면 상대적으로 정부는 통제를 취하려 한다. 따라서 언론의 기능을 인식하는데 있어서도 커다란 차이를 보여준다. 정부는 언론의 기능을 정책의 변호자 내지 정책집행 도구로 인식하는 반면 언론은 스스로의 기능을 정보제공자, 정책 비판자, 정책수립과정의 참여자, 그리고 정책의 창설자로 인식하고 있다. 이러한 문제는 기술적이고 실제적인 차원에서 정부와 언론간의 갈등을 야기시킨다. 정부는 언론에 대해 정부관리의 선량한 동기를 의심하고 기사거리만 찾아다니며 조기폭로만 일삼기 때문에 언론을 불신하여 기밀을 보호하게 된다고 주장하는 반면, 언론은 정부에 대해 관료의 본능적인 기밀은폐의 태도가 기자들로 하여금 공식적인 보도원과 관료의 동기를 의심케 하여 기밀공개를 위해 조기에 깊숙이 관여하지 않을 수 없다고 맞서는 악순환이 계속되는 것이다. 이러한 악순환은 국가의 중요정책이나 사건의 발전과정을 충분히, 그리고 책임 있게 노출시키지 못함으로 많은 정책적 정보를 상실하며, 총체적으로 볼 때 정부나 언론의 소수에게 막강한 영향력을 넘겨주는 결과를 초래한다는 것이다. 「건설적인 비판자」로서의 관계란 바람직하지만 쉽게 달성되고 유지될 수 있는 것은 아니다. 역사적으로 볼

때 자유와 통제의 두 개념은 서로 우위를 점하면서 발전해 왔으며 이것은 책임이라는 새로운 개념으로 합치되어 오늘날 언론의 지침으로 자리 잡게 되었던 것이다.⁷⁴⁾ 이와 같이 정부와 언론은 각자 국가안보와 국민의 알 권리의 충족이라는 대명제를 놓고 서로 갈등하며 대립해오고 있다. 결국 외견상으로는 언론의 목적은 국민의 알 권리의 충족을 위한 보도의 자유를 가지려는 반면 정부는 국가안보와 국가의 존립을 위해 필사적으로 비밀을 유지하려고 한다.

VI. 國家機密報道의 制限과 그 限界

1. 報道自由의 制限

모든 국가는 존립을 위태롭게 하거나 그 기본 질서에 대해 공격을 해오는 행위에 대하여 자신을 방어할 권리를 갖는 것은 너무도 당연하다. 따라서 국가는 정부나 헌법질서를 무력이나 그 밖의 비합법적 수단에 의해 전복하려는 시도 또는 헌법질서에 적대하는 행위 등을 하는 것을 금지하는 형사적 각종의 법령을 두고 있다. 이에 반해서 표현의 자유 또는 국민의 알 권리를 주장하는 입장에서 본다면, 표현행위의 내용과 의도가 비록 헌법질서에 대한 공격을 나타낸다 할지라도, 자유민주주의의 존속과 안전을 위해서는 언론·출판의 자유가 매우 커다란 중요성을 지니고 있기 때문에, 단지 예외적인 경우에만 억압될 수 있어야 한다고 주장한다. 이와 같이 언론·출판의 자유와 국가의 권력행사는 때때로 상호간에 충돌하는 입장에 서게 된다. 국가의 안전보장과 공공의 복리를 위하여 때로는 국민의 알 권리가 제한되는 수도 있고, 이런 경우에는 보도의 자유가 제한되게 되는 것이나, 국가의 기밀·외교상의 비밀·조사상의 기밀 등의 비밀을 언론이 보도함을 제한하는 것이라든지 또는 질서유지에 해를 가져올 보도를 제한하는 경우 등은 그 구체적인 예에 해당된다. 국가안보의 문제 중에서

74) 김홍규, 전제논문, 6~7면.

가장 큰 비중을 차지하는 것이 국가의 기밀에 관한 것이다. 언론은 국민의 알 권리를 내세워 사실의 포괄적 보도를 생명으로 삼고 충실한 정보의 공개를 요구한다. 이와 반대로 정부는 국가의 이익을 이유로 국가기밀보장에 만전을 기하려 하기 때문에 언론과 정부는 숙명적으로 갈등을 빚기 마련이다. 정부 측은 외교상의 비밀이나 국가안보 또는 군사상의 국가적 이익을 보호하기 위하여 보도의 억제를 요청한다. 즉 특정한 정보를 공포한다는 것은 곧 이적행위가 된다는 것이다 그러나 어떤 특정보도가 과연 반국가적 이적행위 내지는 국가의 이익을 해치는 행위가 되는지 여부에 대해 정확한 판단을 내리는 것은 쉬운 일이 아니다.⁷⁵⁾

결국 보도의 자유도 한마디로 어디까지라고 명확한 한계를 짓기는 매우 추상적이기는 하지만 헌법에서 말하고 있는 ‘타인의 명예와 권리’, ‘공중도덕’, ‘사회윤리’, 내지는 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 일정한 제한이 있을 수밖에 없다.

그러나 언론의 자유를 제한하는 경우에도 언론자유 본질적 내용을 제한하여서는 안 될 것이며, ‘명백하고 현존하는 위험’에 봉착하는 경우 ‘명확성의 원칙’을 충족시킬 수 있는 형식적 의미의 법률과 과잉금지의 원칙에 따라 ‘명백하고 현존하는 위험’을 피하기 위해서 필요 불가피한 최소한의 제한만이 허용⁷⁶⁾된다고 할 것이며, 허용하는 경우에도 헌법 제37조 제2항 후단에서 밝히고 있는 기본권의 본질적 내용까지는 침해할 수 없으므로 여기에 보도의 자유에 대한 제한의 내재적 한계가 있다고 할 것이다.

2. 明白·現存危險의 原則

언론과 출판이 국가기밀을 누설하거나 타인의 명예 또는 사생활의 비밀을 침해하려고 하는 경우에 법원이나 관계기관이 정지명령 등으로 이를 억제할 수 있는가? 이런 경우에 위험이 명백하고 현존하는 때에는 억제가

75) 김동철, “한국의 언론보도와 국가기밀”, 언론중재 겨울호, 언론중재위원회, 1987, 26~27면.

76) 허 영, 전제서, 558면.

가능하다고 보는 것이 명백·현존위험의 이론이다. 명백·현존위험의 원칙(rule of clear and present danger)은 언론의 자유의 한계를 가름하는 기준으로서 뿐만 아니라 언론규제입법에 대한 합헌성판단기준으로서 미국의 판례를 통해 확립된 이론이다.⁷⁷⁾

(1) 明白·現存危險의 原則의 成立

명백·현존위험의 원칙이 言論規制理論으로 등장한 것은 미연방대법원의 Holmes大法官이 1919년의 Schenck v. U. S. 사건에서 이를 주장하면서 부터이다. 제1차대전 중 徵兵制反對를 주장하는 문서를 반포한 자가 防諜法(Espionage Act)위반으로 기소된 위 사건에서 Holmes대법관은 다음과 같은 견해를 피력하였다. 「본건 文書 중의 표현은 피고들이 평상시에 한 것이라면 헌법상의 권리로서 보장받을 것이다. 그러나 모든 행위는 어떤 狀況에서 행해졌는가에 따라 성격이 규정된다. 언론의 자유가 최대한으로 보장된다고 하여 극장 안에서 거짓으로 “불이야”라고 외쳐 혼란을 야기하는 사람까지 보호하지는 않을 것이다. 항상 문제가 되는 것은 어떤 표현이 법률상 금지된 실질적인 害惡을 초래할 명백하고 현존하는 위험을 야기 시킬 상황에서 행해졌는가 하는 점이다. 그것은 근접성과 정도의 문제라고 할 수 있다. 국가가 전시에 처한 때에는 平常時 같으면 할 수 있는 표현도 전쟁수행에 방해가 되므로 허용되지 아니하며, 법원도 그것을 헌법상의 권리로서 보호할 수 없다」라는 요지였다.⁷⁸⁾

(2) 明白·現存危險의 原則의 內容

명백·현존위험의 원칙은 언론을 규제하기 위해서는 언론이 법률상 금지된 해악을 초래할 명백하고 현존하는 위험을 가지고 있음을 입증해야 한다는 이론이지만, 위험발생 여부에 대한 事實認定의 기준이 되는 일종의 기술적인 증거법칙의 성격을 가지는 것이기도 하다. 여기서 明白이라 함

77) 권영성, 전게서, 508면.

78) 권영성, 전게서, 508~509면.

은 표현과 해악의 발생 사이에 밀접한 인과관계가 존재함을 말하고, 現存이라 함은 해악의 발생이 시간적으로 근접하고 있는 경우를 말하며, 危險이라 함은 공공의 이익에 대한 해악의 발생개연성을 말한다. 이렇게 본다면 명백·현존위험의 원칙은, 자유로운 언론으로 말미암아 중대한 해악이 발생할 개연성이 있고, 언론과 해악의 발생 사이에 밀접한 인과관계가 존재하며, 또 해악의 발생이 목전에 절박한 경우에 다른 수단으로는 이를 방지할 수 없으면 언론을 제한하는 것이 정당화된다는 이론이다.⁷⁹⁾

(3) 明白·現存危險의 原則의 理論的 役割

이 원칙은 언론의 자유를 제한하는 이론적 근거로서 언론의 제한을 합리화하는 역할을 함과 동시에 언론의 자유를 최대한으로 보장하는 역할도 한다. 언론에 대한 통제를 언론에 의하여 야기되는 위험이 명백하고 현존하는 경우에 국한시킨다는 것은 그만큼 언론의 자유를 보장하는 것이 되기 때문이다. 사실 이 기준은 어떠한 표현을 단지 위험한 경향이 있다는 이유만으로 규제하는 경우에 비한다면, 그것은 언론의 자유를 제한하기 위함 보다 엄격한 기준이 된다고 볼 수 있다. 그러나 그것은 위험의 近接性과 程度가 문제되는 주관적 기준이라 할 수도 있다. 그러므로 이 원칙이 사법절차에서 합헌성 판단의 기준으로 작용할 경우에는 상충하는 利益들의 衡량이 요구되는데, 현실적으로는 오히려 언론을 규제하려는 쪽의 이익만이 강조됨으로써 진정한 의미의 이익형량이 이루어질 수 없게 될 위험도 있다는 비판이 없지 아니하다.⁸⁰⁾

3. 利益衡量的 原則

언론의 자유 역시 헌법 제37조 제2항에 의거하여 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리 등 공익을 보호할 필요가 있는 경우라야 하지만, 언론

79) 권영성, 전게서, 509면.

80) 권영성, 전게서, 509~510면.

의 자유를 제한함에는 언론의 자유라는 법익보다 더 큰 공익을 유지하기 위하여 필요한 경우라야 한다.⁸¹⁾

언론의 자유가 여러 가지 사회적 이익과 충돌하는 경우에 필연적으로 그 상호간의 목적·상태·실현방법 등에 관한 비교형량이 행해지는 바, 이 경우 표현의 자유보장과 표현의 자유규제 사이에 나타날 사회적 이익·효용·가치를 비교형량하여 그 규제의 폭을 결정하여야 한다는 비교형량의 원칙 또는 정신적 자유의 우월성을 인정하는 이중기준의 원칙이 있다. 특히 정신적 자유와 경제적 자유를 구별하여 정신적 자유의 우월성을 인정하는 이중기준론은 그 근거로서 정신적 자유는 최고 자연권이라는 입장, 사상표현의 자유는 대표민주제의 필수적 전제로서 특별히 보호되어야 한다는 입장이다.

그러나 이익형량의 원칙은 다음과 같은 비판에 직면하고 있다. ①대립되는 이익은 일반적으로 공적 이익이기 때문에 이들 가치를 우선시키기 쉽다. ②이익형량을 위하여 그 기본권의 성격, 대립하는 이익의 성질, 제한의 정도·목적·방법·필요성, 보다 덜 제한적인 다른 선택수단의 유무 등 많은 요소를 고려하여야 하는데, 법원이 모두 요소를 적정하게 찾아 판단하는 것은 불가능하다. ③사건마다 판단이 달라져 법적 안정성과 판결의 예측가능성을 파괴할 위험이 있으며, 법관에게 법률해석의 자의를 허용하게 된다.⁸²⁾

4. 國家非常事態와 報道의 自由

헌법보호수단으로서의 국가긴급권이 발동된 경우에는 헌법의 통일성이 요구하는 規範調和的 解釋의 필요성 때문에 ‘명백하고 현존하는 위험’과 ‘과잉금지’의 기준이 정상적인 정치상황의 경우와 다를 수 있는 것은 물론이다. 비상계엄이 선포된 때에는 언론의 자유에 관하여 특별한 조치를 할

81) 권영성, 전게서, 508면.

82) 성낙인, 전게서, 367면.

수 있도록 한 것은 그 때문이다. 언론의 자유에 대한 허가 또는 사전검열 제 등을 뜻하는 것으로서 언론의 자유의 본질적 내용을 침해하게 되는 것이지만, 그 자체가 헌정질서의 정상회복을 촉진시키기 위한 불가피한 수단이고, 과잉금지의 원칙을 지키는 한 헌법의 침해라고 볼 수 없다고 할 것이다. 왜냐하면 언론의 자유의 규범적 효력을 되찾을 수 있기 때문이다.⁸³⁾ 또한 우리헌법 제76조에서도 대통령이 긴급명령을 발한 때에는 언론……의 자유도 법률이 아닌 긴급명령에 의하여 제한을 받게 된다. 또한 헌법 제77조 제3항에 따라 비상계엄이 선포되면, 법률이 정하는 바에 의하여 계엄사령관은 布告수으로써 언론……의 자유에 대하여 특별한 조치를 할 수 있다.⁸⁴⁾ 따라서 언론의 자유의 구성요건이 되는 보도의 자유도 국가의 비상사태 하에서는 제한될 수밖에 없다고 하겠다.

VII. 小結

이상에서 살펴본바와 같이 국민의 기본적 인권의 보장은 자유민주주의의 본질적 부분에 속한다. 그중에서도 언론의 자유는 자장 중요하다.

언론자유가 개인의 인간다운 생활의 영위와 건강하고 부패하지 않고 깨끗한 민주사회의 건설을 위하여 지대한 역할을 담당하고 있는 필수불가결의 자유임은 자명한 이치이다. 그러나 모든 자유와 권리가 그러하듯 자신이 속한 공동체인 사회와 국가의 존립과 안전을 해치거나 타인의 자유를 침해하면서까지 언론의 자유를 누릴 수는 없다. 기본권이 서로 충돌하는 경우, 그 기본권의 규범내용을 해석하는 일에서 그 해결의 실마리를 찾아야 할 것이나, 그 해석을 함에 있어서는 그 기본권이 보장하려고 하는 법익을 형량하고, 서로 조화와 형평을 유지하도록 하는 헌법적인 평형감각을 가져야 하며, 객관적·합리적으로 수긍 받을 수 있는 가치관에 입각하여야 한다. 특히 언론자유와 국가적 이익, 사회적 이익이나 개개인의 공동

83) 허 영, 전게서, 559~560면.

84) 권영성, 전게서, 507면.

이익의 개념을 포함하는 넓은 의미의 공익과의 상관관계는 매우 미묘하다. 언론이 공익을 추구함을 그 본질적 사명과 책임으로 하고 있는 이상, 대체로 언론의 자유를 보장함이 공익에도 합당한 것으로 되겠지만, 양자가 첨예하게 대립·충돌하게 되는 경우에는 다른 어느 기본권 상호간의 충돌보다 더 심각하고 중대한 문제를 야기 시키고, 그 해결의 실마리를 찾기가 어려울 때가 많다. 특히 민주주의나 언론자유 역사가 일천한 우리의 경우는 더더욱 그러하다. 그러나 우리도 그간의 값진 경험을 통하여 언론자유를 제한하기 위해서는 법률상 단순히 그 제한요소로 규정되어 있다고 하여 맹목적으로 아무런 검토 없이 그대로 적용할 것이 아니라 보다 신중한 가치 판단을 거쳐 무엇이 어떻게 진정 국가의 안전보장이나 사회질서를 실질적으로 위협하고 있는지, 국가의 기밀사항으로 규정되어 있다 하더라도 그것이 진정 비밀에 해당하는지, 또 과연 국민에게 알리는 것이 오히려 국익이나 민주사회의 발전에 도움이 되는 것은 아닌지 등에 관하여 심각한 고민과 자기성찰이 필요할 것이다.

게다가 지나친 언론기업의 집중화와 독과점화로 야기될 우려가 있는 언론의 저질화·상업화를 견제하여 언론의 공정성과 공공성, 다양성, 형평성의 자리를 굳건히 지키도록 늘 감시할 필요가 있다.⁸⁵⁾

또한 헌법상 명시적인 규정이 없는 알 권리가 이제 헌법상의 권리로서 확립되었을 뿐만 아니라 그것은 국민주권주의의 실현을 위한 원리로서의 성격을 갖는다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다. 특히 알 권리의 현실화는 정보과학기술을 국가생활 속에서 실현하는 측면을 강하게 내포하고 있다. 앞으로 정보공개법의 적극적인 실현을 통하여 알 권리의 내실을 기하여야 할 것이다.⁸⁶⁾ 대법원도 대통령에게 상신한 사면건의서와 사면심의 국무회의 자료를 공개해야 한다는 확정판결을 내렸다.⁸⁷⁾

85) 김재협, “공익에 의한 언론자유 제한”, 재판자료 제77집, 법원도서관, 1997, 349~350면.

86) 성낙인, 전게서, 395면

87) 대법원 2006. 12. 7. 선고, 2005두241 판결.

第3章 國家機密과 軍事機密의 保護

第1節 國家機密

I. 意義

국가가 공유하는 정보에 대한 국민의 알 권리를 논함에 있어서 가장 큰 장애와 딜레마에 빠지게 하는 것이 바로 國家機密¹⁾의 개념이다. 국가비밀 내지 국가기밀은 시대마다 또 정치체제에 따라 그에 대한 개념을 달리할 뿐 아니라, 같은 개념을 채용하는 경우에도 국가마다 통치체제, 사회구조, 국민성 등 여러 가지 요소가 관련되어 국가비밀의 인정의 전제가 되는 기능성·비기능성의 판단이 달라지기 때문이다.

이와 같이 국가비밀과 알 권리는 주권의 소재에 관한 인식의 변천에 따라 종전부터 복잡하고 미묘한 논란을 야기하여 왔다. 군주주권주의가 쇠퇴하고 국민주권주의가 보편화되었음에도 이러한 논란이 그치지 않는 이유는 첫째로 현대에 이르러 이데올로기의 양극화 내지 국가간 이해관계의 첨예한 대립으로 인해 國際關係는 긴장상태를 지속하여 왔고, 그에 따라 정부는 외교와 국방에 관련되는 대부분의 정보에 관하여 광범위한 비밀지정의 裁量權을 위임받게 되었기 때문이었다. 그리고 일단 국가기밀로 지정되면 그것은 일반국민에게는 불가침의 성역을 의미하게 되었던 것이다.

둘째로 광범위한 재량권을 가진 국가비밀을 관리하는 官僚集團의 의식이 변하지 않고 있기 때문이다. 독선적인 관료제는 그들의 실정을 은폐(隱蔽)하기 위하여 국가기밀이라는 미명하에 국민에게 공개하여야 할 많

1) 국가정보원법 제3조 제1항은 국가정보원은 직무를 규정하면서 그 제2호에서 '國家機密에 속하는 문서·자재 및 시설에 대한 보안업무, 다만, 각급기관에 대한 보안감사는 제외한다'를 규정하고 있고, 이에 따른 보안업무수행에 필요한 사항을 규정한 '보안업무규정' 제2조에는 '비밀이라 함은 그 내용이 누설되는 경우 국가안전보장에 유해로운 결과를 초래할 우려가 있는 國家機密로서 이 영에 의하여 비밀로 분류된 것을 말한다. 또한 公的秘密의 領域에 있어서 國家秘密(national secrecy)이라는 용어는 보통 政府秘密(government secrecy), 또는 行政秘密(administrative secrecy)이라는 용어와 구별되지 않은 채 서로 혼용되고 있는 실정이다.

은 사실을 유보하고 마는 사례가 허다하다.

이와 같이 국가기밀의 개념은 매우 불명확하고 확대되는 경향이 문제점으로 인식되게 되었고, 이러한 경향에 대하여 최근 선진국들에서는 이를 가능한 한 법령으로써 明確化 내지 限定化하려는 노력이 이루어지고 있다. 국민주권주의를 실질화하는 자유민주주의 체제하에서 국가가 국가비밀로서 설정할 수 있는 것은 헌법에 적합한 국가행위를 수행함에 있어서 국민의 이익이나 국가의 안전을 위하여 기능적으로 필수·불가결한 범위 내에서 이루어져야 한다. 그러므로 민주주의적 국가비밀의 개념에는 바로 實質秘의 이론을 전제로 하고 있으며, 동시에 위헌·위법한 비밀의 존재를 부인하는 것이라고 할 수 있다.²⁾

이에 대하여 일반적으로 논의되는 ‘國家秘密’의 요건으로서는 ① 통상의 지식과 경험을 가진 다수인이 알고 있지 아니한 사항(非公知性)으로서 ② 국가, 즉 국민전체의 이익을 위해 비닉할 필요성(保護必要性)이 있는 것을 말하며, ③ 그 비밀의 내용은 헌법과 법률에 적합하여야 한다.³⁾ 즉 “秘密”이란 情報를 가지고 있지 아니한 B로 하여금 어떤 일정의 時點에서 어떤 事項(秘密의 것)을 알지 못하도록 하기 위하여, 情報를 가지고 있는 A가 취하는 의도적 行爲로부터 생기는 하나의 結果라고 할 수 있다.

또한 법률 제5454호 국가보안법 제4조 제1항 제2호, 가목, 나목에 다음과 같이 규정하고 있다. 제4조 제1항 제2호는 형법 제98조에 규정된 행위를 하거나 국가기밀을 탐지·수집·누설·전달하거나 공개한 때에는 다음의 구별에 따라 처벌한다.

제4조 제1항 제2호 가목에 군사상 기밀 또는 국가기밀이 국가안전에 대한 중대한 불이익을 회피하기 위하여 한정된 사람에게만 지득이 허용되고 적국 또는 반국가단체에 비밀로 하여야 할 사실, 물건 또는 지식인 경우에는 사형 또는 무기징역에 처한다.

제4조 제1항 제2호 나목은 가목외의 군사상 기밀 또는 국가기밀의 경우

2) 박용상, “국가비밀법의 체계”, 사법논집 제27집, 대법원 행정처, 538~539면.

3) 박용상, 전게논문, 539면.

에는 사형·무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다고 명시하고 있다.

이에 대하여 대법원 판례에서는 국가보안법 제 4조 제1항 제2호, 나목에 정한 기밀을 해석함에 있어서 그 기밀은 정치, 경제, 사회, 문화 등 각 방면에 관하여 반국가단체에 대하여 비밀로 하거나 확인되지 아니함이 대한민국의 이익이 되는 모든 사실, 물건 또는 지식으로서, 그것들이 국내에서의 적법한 절차 등을 거쳐 이미 일반인에게 널리 알려진 공지의 사실, 물건 또는 지식에 속하지 아니한 것이어야 하고, 또 그 내용이 누설되는 경우 국가의 안전에 위험을 초래할 우려가 있어 기밀로 보호할 실질가치를 갖춘 것이어야 할 것이나, 다만 국가보안법 제4조(목적수행)가 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 목적수행행위를 처벌하는 규정이므로 그것들이 공지된 것인지 여부는 신문, 방송 등 대중매체나 통신수단 등의 발달 정도, 독자 및 청취의 범위, 공표의 주체 등 여러 사정에 비추어 보아 반국가단체 또는 그 지령을 받은 자가 더 이상 탐지·수집이나 확인·확증의 필요가 없는 것이라고 판단되는 경우 등이라 할 것이고, 누설할 경우 실질적 위험성이 있는지 여부는 그 기밀을 수집할 당시의 대한민국과 북한 또는 기타 반국가단체와의 대치현황과 안보사항 등이 고려되는 건전한 상식과 사회통념에 따라 판단하여야 할 것이며, 그 기밀이 사소한 것이라 하더라도 누설되는 경우 반국가단체에는 이익이 되고 대한민국에는 불이익을 초래할 위험성이 명백하다면 이에 해당⁴⁾한다고 그 개념을 밝히고 있다.

II. 範圍와 法的根據

1. 範圍

대법원은 국가정보원직원법 제17조 제1항의 소정의 ‘비밀’의 의미 및 범위에 대하여 사건을 판시하면서, ‘비밀’이라함은 그 요건중의 하나로서 실

4) 대법원 1997. 9. 9. 선고, 97도1656 판결.

질적으로 비밀로써 보호할 가치가 있는 것을 필요로 하며, 비밀의 누설에 의하여 위협받는 국가기능을 보호하기 위한 것⁵⁾이라고 판시하고 있으며, 구 국가보안법 제3조 제1호의 판례에서 국가기밀은 군사기밀에만 국한할 수 없고 정치·경제·문화·사회의 각 방면에 관한 국가적 기밀까지도 포함하고, 그 사실이 대한민국에 있어서는 상식에 속한다할지라도 반국가단체에게 유리한 자료가 될 경우에는 국가기밀에 속한다⁶⁾라고 판시하고 있어, 굳이 형식이 없더라도 그 비밀이 누설되어 실질적으로 국가의 안전에 위협이 있을 때는 국가기밀의 범위에 해당된다고 볼 것이다. 결국 국가비밀의 범위는 ‘실질설’과 ‘비공개성’에 대한 대법원의 판결여부에 달려있다고 할 것이다.

2. 法的根據

우리나라에서의 국가기밀에 대한 법적근거로서는 먼저 헌법 제37조 제2항에서 「국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장……위하여 법률로써 제한할 수 있으며……」라고 법률에 유보하고 있다. 이에 따라 법률에서 국가안전보장을 위하여 국가기밀을 여러 법률에서 규정하고 있다.

현행법규로는 ① 국가보안법, ② 군사기밀보호법, ③ 국가정보원법, ④ 해군기지법, 군형법, ⑥ 군사시설보호법, ⑦ 국가정보원직원법, ⑧ 형법 제98조, 99조, 113조 등, ⑨ 국가공무원법 제60조, ⑩ 보안업무규정 등과 같이 국방, 외교, 군사상의 비밀을 유지하여 국가안전을 보장하기 위한 각종법령이 제정되어있다.

Ⅲ. 國家機密의 取扱과 判斷基準

5) 대법원 2003. 1. 28. 선고, 2003도5547 판결.

6) 대법원 1982. 2. 9. 선고, 81도3040 판결.

1. 取扱

국가기밀은 각 해당등급의 기밀취급인가를 받은 자에 한하여 그 기밀을 취급할 수 있다.

보안업무규정 제2장 제4조에서는 비밀의 보호에 대하여 그 등급을 분류하고 있는데, 「비밀은 그 중요성과 가치의 정도에 따라 다음 각호에 의하여 이를 I 급 비밀·II 급 비밀·III 급 비밀로 구분한다」라고 명시하고 있다. 각호를 보면, ① 비밀이 누설되는 경우 대한민국과 외교관계가 단절되고 전쟁을 유발하며, 국가의 방위계획·정보활동 및 국가방위상 필요불가결한 과학과 기술의 개발을 위태롭게 하는 등의 우려가 있는 비밀은 이를 I 급 비밀로 한다. ② 비밀이 누설되는 경우 국가안전보장에 막대한 지장을 초래할 우려가 있는 비밀은 이를 II 급 비밀로 한다. ③ 비밀이 누설되는 경우 국가안전보장에 손해를 끼칠 우려가 있는 비밀은 이를 III 급 비밀로 한다.

이러한 비밀은 그 등급에 따라 해당등급의 비밀취급인가를 받은 자에 한하여 취급할 수 있다.(同規定 제6조) 제1급 비밀취급인가권자는 ① 대통령, ② 국무총리, ③ 감사원장, ④ 국가인권위원회위원장, ⑤ 각 부·처의 장, ⑥ 국정원장, ⑦ 국가안전보장회의 사무처장, ⑧ 국무조정실장·공정거래위원회위원장·금융감독위원회위원장 및 비상기획위원회위원장, ⑨ 대통령 비서실장, ⑩ 대통령 경호실장, ⑪ 검찰총장, ⑫ 합동참모의장, 각 군 참모총장 및 육군의 1, 2, 3군 사령관, ⑬ 국방부장관이 지정하는 각 군부대장이 취급할 수 있으며, II 급 및 III 급 비밀취급 인가권자는 다음과 같다. ① I 급 비밀 인가권자, ② 중앙행정기관인 청의 장, 국무총리비서실장, 국민고충처리위원회위원장, 국가청소년위원회위원장 및 공보실장, ③ 특별시장·광역시장 및 도지사, ④ 특별시·광역시 및 도의 교육감, ⑤ 제1호 내지 제4호(제2호의 경우에는 중앙행정기관인 청의 장에 한한다)의 자가 지정한 기관의 장이 취급할 수 있다고 규정하고 있다. (同規定 제7조)

또한 1, 2, 3급 비밀에 따라 그 취급을 달리 하나 대체로 비밀의 受發時

에는 비밀을 최대한으로 보호할 수 있는 방법을 이용하여야 하고(동규정 제15조), 전신·전화 등의 통신수단에 의하여 평문으로 수발하여서는 안 된다(제16조). 그리고 비밀을 엄격히 보관·관리하도록 하며, 비밀관리기록부는 각급기관의 장이 비밀의 작성·분류·수발 및 취급 등에 관한 일체의 관리사항을 기록하기 위하여 비밀관리기록부를 작성·비치하고, 1급 비밀 기록관리부는 따로 작성·비치하며, 암호 및 음어자재는 암호자재기록부에 의하여 관리하도록 하고 있어서(제18 내지 21조), 원칙적으로 비밀의 복사·복제를 금지하고 있다(제22조).

또한 비밀의 열람이나 공개·반출을 제한(제23조 내지 제25조)하고, 각급기관은 장은 비상시에는 비밀을 파기할 수 있는 계획을 수립하도록 하며(제26조), 국가비밀의 보호와 국가중요시설·장비 및 자재의 보호를 위하여 필요한 장소에 보호구역을 설정할 수 있다(제30조). 또 비밀취급인가예정자에 대하여 충성심·성실성 및 신뢰성을 조사하기 위하여 신원조사를 실시하되(제31 내지 34조), 특히 국정원장은 국가보안에 관련된 시설·자재 또는 지역을 비밀누설 등으로부터 보호하기 위한 보안측정 등의 보안조사를 실시하고, 국정원장은 해당기관에 통보한다(제35 내지 43조)

2. 判斷基準

우리나라에서의 비밀여부에 대한 판단기준을 군사기밀보호법 또는 국가보안법 등에서 국가의 존립이나 국가의 안보를 위하여 국가의 비밀을 지정하고 보호하는 법률을 다양하게 규정하고, 또한 그 개념도 나름대로 정의하고 있지만 그 내용이 심히 애매·모호하여 국가기밀판단의 기준에 대하여 논란이 있다.

헌법재판소는 군사기밀보호법 제6, 7, 10조의 위헌여부의 심판⁷⁾에서 “군사상의 기밀”이라는 개념이 애매하거나 너무 광범위하여 명확성의 원칙에 위배되는지 여부를 판단함에 있어서 다음과 같이 판시하고 있다.

7) 헌법재판소 1992. 2. 25. 선고, 89헌가104 결정.

제청신청인 성종대는 국회의원 비서관으로 재직 중 군사2급 비밀문서인 ‘국방업무보고’ 등을 부당한 방법으로 수집하고 이를 누설하였다고 하여, 같은 원성묵은 국회의원 비서로 재직 중 위 같은 문서 등을 보관중 이를 누설하였다고 하여, 1989년 6월 1일 서울형사지방법원에 각 공소제기 되었다. 이에 제청신청인들은 위 공소사실에 대한 적용법조인 군사기밀보호법 제6조, 제7조, 제10조의 위헌여부에 대하여 위 법원에 위헌법률심판의 제청을 신청하였고, 같은 법원은 그 신청을 이유 있다고 받아들여 같은 해 10월 5일 헌법재판소법 제41조 제1항의 규정에 따라 헌법재판소에 위 법률조항의 위헌여부에 대한 심판을 제청하였다.

이에 대하여 헌법재판소는 위 법률조항의 규정들 가운데 ‘군사상 기밀’과 ‘국가안전보장상 해로운 결과를 초래할 우려’라는 부분은 그 범위의 광범성이나 내용의 애매성이 문제될 소지는 있으나 헌법합치적으로 한정해석이 가능하며, 또한 ‘부당한 방법’이라는 요건규정만을 따로 떼어서 이를 문제 삼아 명확성의 원칙에 위배된다고 속단하기는 어렵고, 특히 위 법률조항 소정의 군사기밀은 그것이 지나치게 광범위하여 무효인 정도는 아니라고 할지라도 국민의 ‘알 권리’를 제한하는 면이 매우 크기 때문에 국민의 ‘알 권리’를 보호하고 아울러 이를 신장하기 위하여서는 그 범위가 한정적으로 해석되는 것이 온당하다고 보아, 主文과 같이 “군사기밀보호법 제6조, 제7조, 제10조는 같은 법 제2조 제1항 소정의 군사상의 기밀이 비공지의 사실로서 적법절차에 따라 군사기밀로서의 표지를 갖추고 그 누설이 국가의 안전보장에 명백한 위협을 초래한다고 볼 만큼의 실질가치를 지닌 경우에 한하여 적용된다고 할 것이므로 그러한 해석 하에 헌법에 위반되지 아니 한다”고 하였다.⁸⁾

반면에 이적표현물의 판단 기준에서 대법원은 ‘민족통일애국청년회’라는 단체가 ‘변증법적 유물론 입문’이라는 철학서적을 제작·취득·소지한데 대하여 국가보안법상의 이적표현물에 해당하지 아니한다고 하였다.

국가보안법 제7조 제3항이 규정한 ‘이적단체’의 의미 및 그 판단 기준에

8) 이영우, “군사기밀보호법 제6조 등에 대한 헌재결정의 평석 ; 헌법판례 운영현황과 활성화”, 헌법재판자료 제6집, 헌법위원회, 1993, 11면.

대한 판시에서 국가보안법상 이적표현물로 인정되기 위한 요건 및 그 판단 기준은 국가보안법상 이적표현물로 인정되기 위해서는 그 표현물의 내용이 국가보안법의 보호법익인 대한민국의 존립·안정과 자유민주주의 체제를 위협하는 적극적이고 공격적인 것이어야 하고, 표현물에 이와 같은 이적성이 있는지 여부는 표현물의 전체적인 내용뿐만 아니라 그 작성의 동기는 물론 표현행위 자체의 태양 및 외부와의 관련사항, 표현행위 당시의 정황 등 모든 사정을 종합하여 결정하여야 한다고 하면서, 국가보안법 제7조 제3항에 규정된 소위 ‘이적단체’라 함은 국가보안법 제2조 소정의 반국가단체 등의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가의 변란을 선전·선동하는 행위를 하는 것을 그 목적으로 하여 특정 다수인에 의하여 결성된 계속적이고 독자적인 결합체를 가리키는 것인데, 이러한 이적단체의 인정은 국가보안법 제1조에서 규정하고 있는 이 법의 목적 등 및 유추해석이나 확대해석을 금지하는 죄형법정주의의 기본정신에 비추어서 그 구성요건을 엄격히 제한 해석하여야 한다고 하면서, 철「학을 자신의 삶의 지주로 삼음으로써 우리는 자본주의 사회의 부패와 타락에 물들지 않고, 제반 현상들과 현상적 이해관계에 의해 흔들림 없이 현실의 본질적 연관관계를 인식할 수 있으며, 사회와 인간, 자기 자신의 근본적인 발전을 위해 노력할 수 있다. 바로 이러한 이유들로 인해 변증법적 유물론이 미래의 주인인 노동자계급의 철학인 것이다」라는 부분은 그 본문의 내용이 아니라, 이를 번역한 사람의 서문의 일부에 불과하여 위 문서의 주요 내용이라고 보기 어렵다고 판시하여 원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송⁹⁾한다는 결정을 내렸다.

생각건대 국가기밀의 판단기준의 애매·모호성 때문에 국가기밀을 판단함에 있어 판단권자의 지나친 재량권이 남용될 소지가 있다고 볼 것이다. 이러한 문제의 해결점을 찾기 위하여 어떤 기밀이 국가의 존립이나 안전보장을 위하여 보호되어야 하는지를 실질설과 형식설 또는 병합설에 대하여 살펴보기로 한다.

9) 대법원 1996. 12. 23. 선고, 95도1035 판결.

IV. 國家機密의 分類에 관한 理論

알 권리의 한계를 이루는 국가기밀은 국가기능의 적절한 수행을 위한 필수적인 비밀에 한정되어야 할 것이므로, 국가비밀여부를 판단함에 있어서는 그 남용이나 오용을 방지하는데 역점을 두어야 한다. 앞에서 살펴본 바와 같이 국가기밀은 입법상 그 개념이 규정되어 있거나, 그것이 극히 추상적이고 막연한 내용이어서 그러한 정의만으로는 구체적인 경우 특정 사항이 국가기밀에 해당하는가의 여부를 판단하기가 어렵다. 따라서 특정 사항의 비밀성여부가 문제된 경우에 비밀의 개념에 대한 판단기준을 가져야 쟁점을 해결할 수 있는데, 그러한 기준으로는 크게 형식주의·실질주의·병합주의로 나누어 볼 수 있다.¹⁰⁾

1. 形式說

이것은 비밀지정절차에 따라 비밀로 지정된 것이면 그 내용에 관계없이 비밀로 보는 견해이다. 미국에 있어서 Epstein v. Resor 사건¹¹⁾의 항소심은 「비밀지정여부는 필연적으로 정치적 판단을 수반하는 것이므로 사법부가 이런 결정을 하는 것은 “적합하거나 용이하지 않으며 그에 대한 책임도 없기 때문에” 이 방면에서는 사법부가 사법부의 결정을 존중해야만 한다」는 견해에 입각하여 「사법부는 단지 그 결정이 자의적이고 변칙적인지의 여부를 판단하는데 그치는 것」이라고 판단했다. 특히 Environmental Protection Agency v. Mink 사건¹²⁾에서 「행정기관이 절차상 적절한 방법으로 문서를 사실상 비밀 지정하였으면, 그것의 실질적 정당성여부에까지 사법심사를 허용하는 것은 아니다」라고 한 연방대법원의

10) 김배원, “알 권리의 한계로서의 국가비밀”, 법학연구 제32권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 1991, 194면. (이하 “알 권리의 한계로서의 국가비밀”이라 한다.)

11) 296 F. Supp. 214(N.D. Cal. 1969).

12) 이 사건은 하원의원 Mink가 1971년 알래스카에서 실시예정이던 지하핵폭발실험과 관련된 정보의 공개를 요구했으나 거부당하여 FOIA에 따라 제소한 것이다.

판결은 극단적인 형식주의를 취한 것으로서, 1974년 FOIA개정의 직접적인 계기가 되었다.¹³⁾ 일본에서는 라스토보로후(ラストボロフ)사건¹⁴⁾에서 「비밀지정이 있는 한 그것을 비밀로 지정할 실질적 가치가 있는지의 여부를 불문하고 그것은 비밀에 해당 한다」고 한 판결이 대표적인 예이다.¹⁵⁾

2. 實質說

비밀여부에 대한 판단기준을 실질적으로 보호한 가치의 여부에 두는 것이 실질주의이다. 「徵稅トラの巻」事件에서 日本의 大阪地裁는 「국가공무원법 제100조 제1항은 직원이 퇴직하여 직무상의 의무가 소멸한 후에도 비밀준수의무를 인정하여 이에 위반할 경우에는 형벌을 과하고 있는데, 동법 제98조 제1항의 명령복종의무위반에 대하여는 징계처분으로 대처하는 것을 고려하면, 비밀로 해야 한다는 상관의 명령에 복종하지 아니한 행위를 처벌하려는 것이 아니라 비밀 그 자체를 보호하려는 것이 同條의 의도임을 알 수 있다. 따라서 비밀의 실질적인 보호가치가 있을 때에 비로소 그에 대한 침해가 가벌적인 것이 된다고 하여야 하므로, 동조 제1항의 비밀은 실질적으로 비밀성을 지닌 것으로서 형벌로 보호할 가치가 있는 것을 지칭한다고 해석하는 것이 상당하다」¹⁶⁾고 하여 실질주의를 취하고 있다. 또한 동사건에 대한 最高裁決定¹⁷⁾도 실질주의의 채택을 명백하게 선언하였고, 「외무성전문비밀누설」사건의 最高裁決定¹⁸⁾ 역시 이러한 취지를 확인하고 있다.

13) Morton H. Halperin & Daniel N. Hoffman, TOP SECRET National Security and the Right to Know, Washington, D.C. : New Republic Books, 1977, p.48.

14) 東京高裁 1957年 9月 5日 判決, 判例時報 124號 2面.

15) 김배원, 전거서, “알 권리의 한계로서의 국가비밀”, 194면.

16) 大阪地裁 1967年 5月 11日 判決, 判例時報 485號 27面.

17) 最高裁 1977年 12월 19日 第2小法廷決定, 刑集 31卷 7號 1053面.

18) 最高裁 1978年 5月 31日 第1小法廷決定, 刑集 32卷 3號 457面.

우리나라에 있어서도 공무상의 비밀누설죄에 관한 대법원의 판결에서 형법 제127조의 「직무상의 비밀」이란 「반드시 명령에 의하여 또는 인위적으로 비밀로 분류, 명시된 사항뿐만 아니라 정치적·경제적·외교적·군사적 또는 사회적 필요에 따라 비밀로 된 사항은 물론 정부나 공무소 또는 국민이 객관적 일반적 입장에서 외부에 알려지지 않은 것에 상당한 이익이 있는 사항을 포함한다」고 하면서 「…사전누설이 될 경우 특정인에 부당한 이익을 주거나 부동산 투기 등을 일으키게 하는 등의 우려가 있어 ‘실질적으로 비밀성’을 지닌 것이고…」라고 하여 실질주의에 입각하고 있다.¹⁹⁾ 그러나 동 판결은 공무상의 비밀누설죄의 객체로 되는 비밀은 「법령에 따라 I·II·III 급 비밀 또는 대외비라고 분류되어 있는 사항에 한 한다」라고 한 하급심판결²⁰⁾에 대한 것으로, 법령에 따라 비밀로 분류된 사항은 실질적 비밀성의 유무에 관계없이 당연히 비밀에 속하는지의 여부에 대하여는 언급이 없다.²¹⁾

3. 併合說

형식주의와 실질주의의 두 요건을 모두 갖추 것을 요구하는 것이 병합주의이다. 1974년 미국의 FILA의 개정, 특히 적용예외조항 (b)(1)의 개정-(A) 대통령의 행정명령으로 설정된 기준에 따라 국방 또는 외교상 비밀로 할 것이 명시적으로 인정되고 또한 (B) 同命令에 따라 실제로 정당하게 비밀 지정된」 것만 정보공개대상에서 제외되도록 한 개정-은 앞서 본 Mink사건의 영향을 받은 것으로 비밀여부의 심사에 있어서 병합주의를 확립한 것이다. 동개정안에 대한 양원보고서도 행정부의 비밀지정에 따른 절차적·실질적 정당성 모두를 사법부가 심사하도록 할 의도를 밝히고 있다.

19) 대법원 1981. 7. 28. 선고, 81도1172판결 ; 법률신문 1981년 8월 31일자 6면.

20) 서울고법 1981. 1. 27. 선고, 80노1613 판결.

21) 김배원, 전게서, “알 권리의 한계로서의 국가비밀”, 194면.

한편, 일본에 있어 병합주의에 속하는 예외로서는 「부정자의 천국」 사건을 들 수 있다. 동사건의 제1심²²⁾ 「감찰업무에 관한 문서의 내용을 공표한다면, 행정감찰제도의 목적달성을 방해할 뿐만 아니라 공익을 침해할 우려도 있기 때문에 그러한 문서의 내용은 실질적으로 보아 비밀사항에 속한다고 하지 않을 수 없을 뿐만 아니라 그러한 문서들에는 비인이 찍혀 있기 때문에 본건에서의 취재문서는 적법한 형식에 의하여 지정된 비밀문서라고 할 수 있다. 따라서 그 내용은 형식적으로도 비밀사항에 속한다는 것이 명백하다」고 하고 있으며, 상고심²³⁾도 이러한 원심의 판결을 인정하고 있다.²⁴⁾

4. 檢討

국가기밀의 판단기준으로서 살펴본 세 가지의 학설 중 병합주의에 대해서는 구체적인 사실에 있어서 당해사항이 형식적·실질적으로 비밀사항에 해당한다고 판단한 것에 지나지 않으므로, 반드시 그論旨가 명확하지 않고 결국 형식주의 또는 실질주의에 흡수된다고 한다. 이에 따라 일본에서는 비밀의 개념에 관한 학설이 形式秘說과 實質秘說로 나누어져 있는데, 後說이 다수설이다. 형식비설의 근거로는, 비밀의 범위가 객관적으로 명확하다는 것과 비밀준수의무의 위반이 문제된 경우에 실질비설에 따르면 公判廷에서 실질사항의 내용이 공개되므로 불합리하다는 것을 든다. 이에 대하여 실질비설은, 행정부의 비밀지정권한이 濫用되는 경향이 있다는 점과 秘密遵守義務違反의 경우에 형식비설에 의하면 범죄의 成否가 행정부의 판단에 따라 결정되므로 형사재재의 意義가 상실된다는 것을 들고 있다.²⁵⁾ 또한 실질비설은 이론적으로 충실하나 실제상 비밀의 구분과 한계

22) 東京地裁 1963年 12月 20日 判決, 判例時報 359號 6面.

23) 最高裁 1970年 8月 20日 第1小法廷判決 ; 野村敬造, “出版と國家公務員の秘密漏泄 -不正者の天國事件-”, マスコミ判例百選, 別冊 ジュリス第31號, 1971, 26~27面.

24) 김배원, 전거서, “알 권리의 한계로서의 국가비밀”, 194면.

25) 김배원, 전거서, “알 권리의 한계로서의 국가비밀”, 196~197면.

가 모호한 반면, 형식비설을 취하는 경우 비밀사항이 객관적으로 명확하게 나타나지만 비밀지정권자의 恣意的 비밀지정경향 때문에 난점이 있다. 이는 어느 학설을 취하는가에 따라 법원에 의한 비밀여부의 심사권의 여부와 범위가 달라지게 된다.²⁶⁾ 이러한 제반사항을 비추어 보건대, 비밀지정의 기준·절차·解除제도 등을 법령으로 정비한다고 하여도 역시 그 시행에 있어서는 행정재량에 일임하지 않을 수 없으므로 비밀지정권한의 일탈·남용에 대하여는 사법심사가 필요하며, 비밀성의 입증과 재판공개와의 모순에 관하여는 비공개심사의 방법을 고려할 수도 있으므로 비밀여부의 판단기준으로서 실질주의가 타당하다²⁷⁾고 여겨지나 실질주의의 판단여부에 대해서는 사법부의 성숙한 판단이 요구된다.

V. 國家機密의 維持義務와 證言問題

1. 意義

국가비밀을 보호하기 위해 국가공무원법과 지방공무원법에서는 공무원으로 재직 중에 있는 자는 물론 퇴직 후라도 직무상 알게 된 비밀을 엄수하도록 규정하고 만일 그 비밀을 누설한 때에는 형법의 공무상 비밀누설죄들에 의하여 처벌하도록 하고 있다. 공무원을 교사하여 비밀을 누설하도록 함으로써 비밀정보를 취득한 자 또한 형법상의 일반교사범의 범리에 따라 처벌되게 된다. 또 보호의 대상이 된 국가비밀에 관하여 국가정보원법에 의거 제정된 보안업무규정등에서 일반적인 국가비밀의 구분, 취급등에 관해 규정하고 있으며, 그 밖에 특별히 군사상의 기밀에 관하여는 군사기밀보호법등에서 그 범위를 정하여 보호하고 있다. 또한 해군·공군 기지법등의 법에서 그 기지 자체를 보호하기 위한 규정을 들고 있는데 이들은 기지 안의 군사기밀을 보호하기 위한 법령이다.²⁸⁾

26) 박용상, 전계논문, 546면.

27) 김배원, 전게서, “알 권리의 한계로서의 국가비밀”, 197면.

한편, 20세기의 반을 통하여 미국의 행정부는 단지 군사자료에 대해서만 국가의 특권을 주장했다. 그러나 오늘날은 국제무역, 가공기술, 천연자원 공급의 특권을 주장하고 있다. 심지어 기상조건 따위의 다양한 사상들이 국가안보에 영향을 미칠 수 있게 되었기 때문에 국가기밀특권에 의해 보호되어 온 정보의 범위는 적극적으로 증대되어 왔다. 또한 일정한 종류의 중요한 방위상의 비밀이 전쟁 중에 적국에 누설되면 중요한 군사작전이 실패로 끝나게 되며 非전시에도 한나라의 방위를 무력하게 할 수 있는 계획이나 무기의 개발을 상대국이 할 수 있도록 돕는 역할을 할 수 있다. 또 외교를 성공적으로 통제하고 효과적인 국방의 유지를 위해서 기밀의 신뢰성이 필요하다. 한 나라가 다른 나라에서 신뢰성이 지켜지지 않는다고 확신하게 되면 그 나라들은 상호 신뢰할 수 있는 분위기에서 교섭할 수 없을 것이다. 또한 행정부 내에 있어서도 외교당사국이 자기들의 공문서가 상호간에 자유롭게 솔직하게 기밀을 유지하며 전달될 수 없다고 항의할 경우 신중하고도 효과적인 외교정책의 수행이 불가능해질 것이다.²⁸⁾ 뿐만 아니라 국가의 안전보장과 국가의 존립이 달려있는 국가기밀이나 군사기밀은 유지되어야 함은 물론이려니와 안전하게 보호되어야 할 것이다.

2. 公務員의 秘密嚴守義務

국가공무원법은 모든 국가공무원을 그 적용대상으로 삼고 있는 법률인데, 동법 제60조에서 「공무원은 재직 중은 물론 퇴직 후에도 직무상 지득한 비밀을 엄수하여야 한다」라고 규정하여 전·현직 국가공무원의 비밀엄수 의무를 정하였고, 지방자치단체의 공무원에게 적용되는 지방공무원법에서도 그 제52조에서 「공무원은 직무상 지득한 비밀을 엄수하여야 한다」라고 현직지방공무원의 비밀엄수의무를 규정하고 있다. 또 법원 일반직 및 기능직 공무원에 대하여 적용되는 법원공무원규칙도 그 제69조에

28) 김동철, 전계논문, 1987, 31면.

29) 김수훈, 전계논문, 67면.

서, 국가정보원법은 제17조 제1항에서 각각 전·현직 직원의 비밀엄수의무를 규정한 외에 정당법 제45조에서도 전·현직 각급 선거관리위원회의 위원과 직원의 직무상 비밀엄수의무를 규정하고 있다. 한편 국가정보원직원은 증인, 참고인, 감정인 또는 사건 당사자로서 직무상의 비밀에 속하는 사항을 증언 또는 진술하고자 할 때 및 국가정보원의 직무와 관련된 사항을 발간 기타의 방법으로 공표하고자 할 때에는 미리 국가정보원장의 허가를 받도록 규정(국가정보원직원법 제17조 제2, 3항)하고 있으며, 필요한 경우에는 국회에서의 증인으로서의 출석요구나 서류제출 또는 감정의 요구에 응하지 않을 수도 있다(국회에서의증언·감정등에관한법률 제7조). 위의 법규에서 정한 비밀엄수의무규정을 위반했을 때, 그가 현직 공무원인 경우에는 위의 각 공무원법 소정의 징계절차에 따라 징계 될 수 있을 뿐만 아니라, 형법 제127조에서도 「공무원 또는 공무원이었던 자가 법령에 의한 직무상 비밀을 누설한 때에는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 5년 이상의 자격정지에 처한다」고 규정해서 공무원상 비밀누설을 형사처벌의 대상으로 하고 있고, 국가정보원의 전·현직 직원이 직무상 지득한 비밀을 누설하거나, 국가정보원장의 허가를 받지 않고 직무상의 비밀을 증언, 진술 및 공표한 때에는 일반 공무원의 비밀누설의 경우보다 가중해서 10년 이하의 징역이나 100만 원이하의 벌금에 처하도록 되어 있다(국가정보원직원법 제32조). 공무원 등에 대한 비밀엄수의무규정과 같은 내용은 군사기밀을 취급하는 자에게 적용하는 법령 속에서도 찾아 볼 수 있다. 즉, 군사기밀보호법은 제8조 제1항에서 「군사상기밀의 취급을 업무로 하는 자 또는 업무로 하였던 자가 그 업무로 인하여 지득하거나 점유한 군사상의 기밀을 타인에게 누설한 때에는 3년 이상의 유기징역이나 유기금고에 처한다」고 하여 형량을 일반의 공무원에 관한 형량보다 더 무겁게 해 놓고 있을 뿐만 아니라, 제9조 제1항에서는 과실로 인해 군사상 기밀을 누설한 경우까지 3년 이하의 금고 또는 15만 원 이하의 벌금에 처하도록 되어 있다. 또 군사상의 비밀의 취급을 업무로 하거나 업무로 했던 자가 아닌 자가 업무로 인하여 지득하거나 점유한 군사상 기밀을 누설했을 때에는 7년

이하의 징역이나 금고에 처하고(제8조 제2항), 과실로 누설했을 때에는 2년 이하의 금고 또는 10만 원 이하의 벌금(제9조 제2항)에 처하도록 되어 있다. 또 우연히 군사상의 기밀을 지득하거나 점유한 자가 이를 누설한 때에는 5년 이하의 징역이나 금고에 처하고(제10조), 군사상의 기밀을 부당한 방법으로 탐지하거나 수집한 때에는 10년 이하의 징역이나 금고에 처하며(제6조), 그것을 누설한 때에는 1년 이상의 유기 징역이나 유기금고에 처하도록(제7조) 되어 있다. 그런데 이 경우에는 그 자가 공무원임을 요하지 않는다. 한편 신문·잡지 또는 라디오 TV기타 출판물에 의해 동법 제7조(단순누설), 제8조(업무상누설) 및 제10조(우연 지득자 누설)의 죄를 범했을 때에는 각 조의 형의 2분의 1까지 가중하게 되어 있고(제11조), 제6조 내지, 제8조의 죄의 예비·음모, 제6조 내지 제8조, 제11조의 미수범도 각각 처벌하도록 되어 있다. 이 밖에 군용·통신·업무에 종사하는 자 또는 종사했던 자에게는 군용전기통신법에서 비밀엄수의무를 규정하고 있다.³⁰⁾

3. 國會 에서의 機密事項 證言問題

‘국회에서의증언·감정등에관한법률’ 제4조(공무상 비밀에 관한 증언·서류의 제출)제1항에서 국회로부터 공무원 또는 공무원이었던 자가 증언의 요구를 받거나, 국가기관이 서류제출을 요구받은 경우에 증언할 사실이나 제출할 서류의 내용이 직무상 비밀에 속한다는 이유로 증언이나 서류제출을 거부할 수 없다. 다만, 군사·외교·대북관계의 국가기밀에 관한 사항으로서 그 발표로 말미암아 국가안위에 중대한 영향을 미친다는 주무부장관(대통령 및 국무총리의 소속기관에서는 당해 관서의 장)의 소명이 증언 등의 요구를 받은 날로부터 5일 이내에 있는 경우에는 그러하지 아니하다고 명시하고 있어 공무원의 비밀엄수의무와 관련하여 헌법 제50조 제1항 「국회의 의회는 공개한다」는 공개원칙문제와 국회에서의 증언문제로 인하여 자주 논란이 일고 있다.

30) 김동철, 전계논문, 1987, 31~32면.

국회의 의사공개원칙은 방청의 자유, 의사에 대한 報道의 자유, 의사록의 공표나 배부의 자유 등을 포함하기 때문에 비밀과 관련하여 자주 논란의 대상이 된다. 우리 헌법은 제50조에서 국회의 회의는 공개하되, 출석의원 과반수의 찬성이 있거나 의장이 국가안전보장을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 공개하지 않을 수 있도록 하고 있다. 비공개회의 내용은 공표되어서는 아니 되며(국회법 제111조 제2항) 이에 위반하면 징계사유가 된다(同法 제153조).

또 ‘국회에서증언·감정등에관한법률’ 제4조는 국회로부터 공무원 또는 공무원이었던 자가 증언의 요구를 받거나 국가기관이 서류제출을 요구받은 경우에 증언할 사실이나 제출할 서류의 내용이 직무상 비밀에 속한다는 이유로 증언이나 서류제출을 거부할 수 없도록 하고 있으면서 다만, 군사·외교·대북관계 국가기밀에 관한 사항으로서 그 발표로 말미암아 국가안위에 중대한 영향을 미친다는 주무부장관의 소명이 있는 경우에는 증언 등을 하지 않을 수 있도록 하고 있다.

이 같은 내용들은 국민의 대표인 국회의 활동을 보장하고 이를 통해 국민의 알 권리를 충족시킨다는 취지를 살리면서도 중대한 국가의 비밀은 보호되어야 한다는 정신을 표현한 것이라 하겠다. 그러나 이에 관해서는 회의의 공개여부나 지켜야 할 비밀의 내용에 관하여 입장의 차이에 따라 자주 논란이 되고 있다.

지금까지는 적당한 선의 타협에 의하여 논란이 매듭지어지고 있으나 이 문제에 관해서도 분명한 원칙과 관행이 확립되어야 할 것이다. 행정부로서는 단순히 여론의 비판이 뒤따를 것을 두려워하여 비공개를 요구하거나 자료제출, 증언 등을 거부해서는 안 될 것이며, 국회로서도 가장 기본적인 의무인 국가이익을 우선시킨다는(헌법 제46조) 측면에서 중대한 국가이익과 관련된 비밀의 공개를 강요하여서는 아니 될 것이다.³¹⁾

헌법재판소에서도 ‘국가정보원직원법’ 제17조 제2항 위헌제청의 심판³²⁾에

31) 박철언, “언론자유와 국가안보의 상충과 조화에 관한 연구 —국가기밀에 대한 접근이용의 제한을 중심으로—”, 박사학위논문, 한양대학교 대학원, 1989, 107면.

32) 헌법재판소 2002. 11. 28. 선고, 2001헌가28 결정. 이 사건은 원고인 김호종등 21인은 국가정보원

서 이 사건 법률조항에서 국가정보원장이 그 직원 등의 소송상 진술의 허가여부를 결정함에 있어서 공익상 필요성 여부 등에 관한 아무런 제한요건을 정하고 있지 아니함으로 인하여 국가정보원장의 재량으로 동 허가여부에 대한 판단을 할 수 있도록 한 것은 국가비밀 보호라는 공익유지에 편중하여 동 허가의 대상자인 위 직원 등의 재판청구권을 지나치게 광범위하게 제한하는 것이라고 판시하면서, 헌법불합치결정을 내린 바 있다. 이와 같은 비밀에 관한 증언문제는 법원의 경우에도 또한 같이 발생한다.

4. 法院에서의 機密事項 證言問題

헌법 제109조는 「재판의 심리와 판결은 공개한다. 다만, 심리는 국가의 안전보장 또는 안녕질서를 방해하거나 선량한 풍속을 해할 염려가 있을 때에는 법원의 결정으로 공개하지 아니할 수 있다」고 밝히고 있어 일정한 경우 심리는 비공개로도 가능하지만 판결은 공개해야 함을 원칙으로 내세우고 있다. 또한 법원조직법 제57조(재판의 공개)에서 제1항은 「재판의 심리와 판결은 공개한다」고하여 재판의 심리뿐만 아니라 판결까지 공개의 원칙을 규정해놓고도 동조 후단에서 다만, 심리는 국가의 안전보장·안녕질서 또는 선량한 풍속을 해할 우려가 있는 때에는 결정으로 이를 공개하지 아니할 수 있다」고 하고, 제59조에서는 「누구든지 법정 안에서는 재판장의 허가 없이 녹화·촬영·중계방송 등의 행위를 하지 못 한다」고 규정하고 있다.

한편 미연방증거규칙 제702조에서도 전문가의 증언이 사실판단에 도움

직원으로 근무하던 자들로서, 1999. 3. 31. 국가정보원직원법 제21조 제1항 제3호에 의하여 직권 면직처분을 받았다. 이에 위 김호중등은 위 처분이 위법하고 부당하다고 주장하면서 1999. 10. 7. 국가정보원장을 상대로 그 취소를 구하는 소송을 제기하여 서울행정법원 99구29578호로 계속 중이다. 이 사건의 소제기 이후 원고들은 국가정보원직원법 제17조 제2항에 의하여 피고인 국가정보원장에게 진술의 허가를 구하였는데 국가정보원장은 2000. 5. 10. 원고들이 신청한 내용에는 직무상 비밀이 광범위하게 포함되어있다는 이유로 일정한 기준을 제시하면서 보완을 요구하였다. 이에 원고들은 지적된 부분을 보완하여 진술의 허가를 구하였으나, 2000. 10. 23. 국가정보원장은 원고 문명호, 조규익의 신청내용 중 일부에 대하여는 그 진술내용이 불특정하다는 이유로 불허가하였고, 나머지 신청내용에 대하여는 직무상 비밀에 대한 비공개원칙을 주장하였다.

을 줄 경우 그 증언을 허용하여야 한다는 취지로 해석될 여지가 있으나 미연방법원에서는 專門家の 證言이 증거능력을 인정받으려면 첫째, 그 증언이 信賴性이 있고, 둘째, 사건과의 관련성이 있으며, 셋째, 전문가가 그 증언을 도출함에 있어 의존한 자료가 그 분야의 전문가들이 통상적으로 의존하는 자료이어야 하고, 넷째, 그 증거를 法廷에 許容하였을 경우 초래될 부작용과 그 증거가 가지는 증거가치를 비교하여 전자의 부작용이 그 증거가치 보다 현저하게 크지 말아야 할 것 등을 요구하여 왔다. 하지만 모든 사건에 공통적으로 적용되는 신뢰성 판정기준을 세우기란 쉬운 작업이 아니고 뿐만 아니라 통일적인 기준이 있다 하더라도 전문적인 과학지식을 갖지 아니한 法官이 이 기준을 적용하여 특정의 과학이론, 기법과 관련된 專門家の 증언이 신뢰성³³⁾이 있다고 인정할 것인지, 따라서 그 증거의 증거능력을 인정할 것인지를 실지로 判定하는 작업 또한 쉽지 아니하다.

미국법원에서는 프라이사건³⁴⁾과 도버트사건³⁵⁾에서 전자에서는 당사자가 증거로 신청한, 收縮氣壓(수축기압)에 의한 거짓말탐지시험(systolic blood pressure deception test, 이는 현재의 거짓말탐지기로 발전되기 전의 형태로서 당시로서는 생소한 시험이었다.)에 대한 허용판정을 하면서 새로운 과학이론이나 기법이 신뢰성을 인정받기 위해서는 그 이론, 기법이 당해 과학자 사회 내에서 일반적으로 승인 받고 있어야 한다고 說示하였다. 이 判決에서 처음으로 제시된 ‘일반적승인’은 그 후 뒤에 나오는 도

33) 專門家の 科學的 證言에 대한 信賴性 判定에 있어 일반적으로 고려하여야 할 사항으로는 첫째 證言의 근거가 되는 과학이론이 妥當(valid)한지, 둘째 과학이론을 실제로 적용하는 과학기법(technic)이 妥當한지, 셋째 구체적인 사건에서 과학기법이 올바르게 적용되었는지 등을 들 수 있다. 이에 대하여 미국 법원에서는 妥當性 혹은 有效性(validity)이라는 용어와 信賴性(reliability)이라는 용어를 엄밀한 구별없이 사용하지만 과학용어로서는 위 양자 사이에 차이가 있다. 妥當性은 과학에 있어서의 어떤 테스트의 시험능력, 즉 그 테스트가 시험대상을 얼마나 정확하게 측정하느냐를 따지는 용어인데 반하여 信賴性은 동일한 테스트를 적용할 경우 같은 결과가 나오는지 즉 일관성이 있는지를 따지는 용어이다. 前者는 後者를 포함하는 개념이나 後者가 前者를 포함하는 것은 아니다.

34) Frye v. United States 293 F. 1013(D.C. Cir. 1923).

35) Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 113 S. Ct. 2786, 1993.

버트사건의 判決에 이르기까지 약 70여 년 간 사실심법원에 신청된 생소한(novel) 과학적 증거에 대한 허용판정에 있어 지배적인 기준이 되어 왔다. 프라이기준에 의존하여 과학적 증거의 신뢰성을 판정할 때 제약적인 태도를 취하여 왔으나 1975년도에 시행된 미연방증거규칙이 증거법에 관하여 관대한 입장을 보인 것을 계기로 프라이기준의 존속 여부 및 이에 대체할 기준에 관하여 각 법원간 및 學界에서 심한 견해차이를 보여 오다가 1993년도에 이르러 미연방대법원이 이른바 도버트사건에 있어서의 전원합의체판결에서 프라이기준을 배척함으로써 위와 같은 견해대립은 일용 해소되는 것처럼 보였다.

그러나 미연방증거규칙의 시행 이후 적지 않은 法院들이 후자의 견해를 택하여 프라이기준을 배척하기 시작하였으나 프라이기준을 계속 적용하는 法院들도 상당수 있어 왔던 바, 미연방대법원은 법원간의 견해차이가 심각함을 인식하고 도버트사건의 判決에 의하여 견해의 대립을 해소하고 나아가 연방법원의 재판에 적용될 새로운 기준을 제시하기에 이르렀다.³⁶⁾

5. 國政監査 等에서의 機密事項 資料公開問題

「국정감사및조사에관한법률」에서는 그 행사방법과 관련하여 제10조 1항에서, 위원회는 감사 또는 조사를 위하여 그 의결로 감사 또는 조사와 관련된 보고 또는 서류의 제출을 관계인 또는 기관 기타에 요구하고, 證人·鑑定人·參考人의 출석을 요구하고 검증을 행할 수 있다고 한다. 그리고 이를 위하여 제3항에서는 그 요구를 받은 자 또는 기관은 국회에서의 증언·감정 등에 관한 법률에서 특별히 규정한 경우를 제외하고는 누구든지 이에 응하여야 하며, 위원회의 검증 기타의 활동에 협조하여야 한다고 정하고 있다. 그러나 이 ‘국정감사및조사에관한법률’에서는 그에 응하지 아니할 때 강제할 수 있는 처벌규정이 없는 등 그 실효성이 의심스러우며 제18조에서는 이 법 시행에 필요한 사항은 ‘국회규칙’으로 정한다고 했지

36) 이준호, “미연방법원에 있어서의 전문가증언의 허용요건 -신뢰성 판단기준을 중심으로-” 재판자료 80집 외국사법연수논집(15), 법원도서관, 1998, 318~322면.

만 그에 관련한 국회규칙은 아직 제정되어 있지 아니하다.

따라서 「국회에서의증언·감정등에관한법률」에서는 제1조에서 그 목적을 국회에서의 안전심의 또는 국정감사나 국정조사와 관련하여 행하는 보고와 書類提出의 요구, 증언·감정 등에 관한 절차를 규정한다고 하면서, 그 제2에서는 국회에서의 안전심의 또는 국정감사나 국정조사와 관련하여 보고와 서류제출의 요구를 받거나 증인, 참고인으로서의 출석이나 감정의 요구를 받은 때에는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 다른 법률의 규정에도 불구하고 누구든지 이에 응하여야 한다고 하였다.

이에 따라서 제3조 1항에서는 증인이 형사소송법 제148조 또는 제149조의 규정에 해당하는 경우에 선서, 증언 또는 서류제출을 거부할 수 있다고 하는 바, 이는 각각 近親者の 형사책임과 증언거부, 업무상 비밀과 증언거부에 대한 것이다.

문제는 바로 제4조 제1항의 경우이다. 국회로부터 공무원 또는 공무원이었던 자가 證言의 요구를 받거나 국가기관이 서류제출을 요구받는 경우에 증언할 사실이나 提出할 書類의 내용이 직무상 비밀에 속한다는 이유로 증언이나 서류제출을 거부할 수 없다고 한다. 다만 軍事·外交·對北關係의 국가기밀에 관한 사항으로서 그 발표로 말미암아 국가안위에 중대한 영향을 미친다는 主務部長官(대통령 및 국무총리의 소속기관에서는 당해 官署의 長)의 疏明이 증언 등의 요구를 받은 날로부터 5일 이내에 있는 경우에는 그러하지 아니한다고 하여 국가기밀을 이유로 해서 서류제출을 거부할 수 있도록 하고 있다.

그리고 동조 제2항에서는 국회가 이 소명을 수락하지 아니할 경우에는 본회의의 의결로, 閉會 중에는 해당 위원회의 의결로 국회가 요구한 증언 또는 서류의 제출이 국가의 중대한 이익을 해친다는 취지의 국무총리의 성명을 요구할 수 있다고 하여, 성명서 하나만으로 자료제출이 거부될 수 있도록 하고 있다. 때문에 제3항에서는 국무총리가 그 성명의 요구를 받은 날로부터 7일 이내에 그 성명을 발표하지 아니하는 경우에는 證言이나 서류제출을 거부할 수 없다고 한 것이다.

이에 더하여 제12조 1항에서는 정당한 이유 없이 출석하지 아니한 증인, 보고서 또는 서류제출요구를 거절한 자, 선서 또는 증언이나 감정을 거부한 증인이나 감정인에 대하여 1년 이하의 징역 또는 500만 원이하의 벌금에 처한다고 하여 그 실효성을 더하게 하고 있다.

문제는 국가비밀에 관해서 이미 대법원은 법령에 의하거나 인위적으로 비밀로 분류된 것뿐만 아니라 정치적·군사적 필요에 따라 비밀로 된 사항과 정부와 공공기관 또는 국민의 객관적이고도 일반적인 입장에서 외부에 알려지는 것이 「相當한 利益」이 되는 사항은 비밀로 간주되어야 한다고 할 정도로, 국가기밀의 범위를 넓게 잡기 때문에 실제로 직무상 비밀에 해당되어서 자료제출요구를 거부할 수 없는 경우란 거의 없는 것이다.

더욱이 국가의 重大한 利益을 해친다고 하는 행정기관의 성명발표, 즉 불가 선언만으로 서류제출이 배제(제4조 3항의 반대해석)된다면 전혀 그 다룰 수 있는 방법은 없는 것이다. 성명서 발표여부는 불확정개념으로서 행정기관의 재량행위에 속하고 이를 규제할 수 있는 法的판단기준은 사실상 없는 것과 같은 것이다.³⁷⁾

결국 이와 같은 내용들은 이제까지는 적당한 타협에 의하여 매듭지어져 왔지만 국정조사와 감사에 대한 입법이 체계적으로 정리되어 분명한 원칙과 관행이 정립되어야 할 것이다.

第2節 軍事機密

I. 意義

국가안보를 보호하기 위해서 가장먼저 보호되어야 할 것이 국가기밀일 것이다. 그 중에서도 특히 군사비밀은 더욱 중요하다고 볼 것이다. 이러한 군사상의 특수하고 한정된 범위를 보호하기 위해 현행 법률로서 ‘군사기밀보호법’(법률 제7613호 2005. 7. 22. 일부개정)이 있다. 또한 군사상 기밀

37) 강경근, “국정조사권과 문서제출강제”, 고시연구 제19권 제9호, 고시연구사, 1992, 65~66면.

의 관리·취급 등 그 보호에 필요한 사항을 비롯한 군사기밀보호법의 시행령에 관한 사항을 정한 ‘군사기밀보호법시행령’(대통령령 제19321호 일부개정 2006. 2. 8.)이 있다. 또한 해군기지법(법률 제6870호 일부개정 2003.5.15)제정되어 있는데, 동법 제5조에는 해군기지구역 안에서는 해군기지의 형상에 대한 측량·촬영·모사 또는 녹취를 원칙적으로 금지하고 있다. 한편 군용항공기지법(법률 제7083호 일부개정 2004. 1. 20) 제17조 제1항에서 누구든지 관할부대장의 허가 없이 지상·수상 또는 공중에서 기지의 형상에 대한 측량·촬영·모사 또는 녹취 및 이에 관한 도서의 발간·복제를 할 수 없으며, 제2항에서 국가 또는 공공단체의 사업으로서 제1항의 측량·촬영·모사 또는 녹취를 하고자 할 때에는 그 장은 국방부장관 또는 관할부대장과 협의하거나 그 승인을 받아야 한다고 하여 사실상 금지하고 있으며, 제23조에서는 위 조항에 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천 500만 원 이하의 벌금에 처한다라고 규정하고 있어 기지내의 군사비밀을 철저히 보고하고 있다고 할 수 있다.

1. 概念

‘군사기밀보호법’ 제1조에서는 「군사상의 기밀을 보호하여 국가안전보장에 이바지함을 목적으로 한다」라고 하며 이어 제2조에서 「“군사기밀”이라 함은 일반인에게 알려지지 아니한 것으로서 그 내용이 누설되는 경우 국가안전보장에 명백한 위험을 초래할 우려가 있는 군관련 문서·도화·전자기록 등 특수매체기록 또는 물건으로서 군사기밀이라는 뜻이 표시 또는 고지되거나 보호에 필요한 조치가 행하여진 것과 그 내용을 말한다」라고 하여 군사상의 기밀보호에 대한 정의를 내리고 있다.

한편 형법 제98조 제1항 및 군형법 제13조 제1항은 군사상기밀에 대하여 간첩행위를 처벌한다는 규정을 두고 있을 뿐 그 대상을 명백히 하고 있지 아니하나 형법 제98조 제2항 및 군형법 제 13조 제2항이 군사상의 기밀을 누설한 경우를 규정하고 있으므로 간첩죄의 대상 역시 군사상의

기밀이라고 해석될 것이다. 그런데 여기서 군사상의 기밀은 순수한 군사적 의의가 있는 군사기밀 즉, 협의의 군사기밀 뿐 아니라 국가기밀 즉 광의의 군사기밀을 의미하는 것이라 보여 진다.³⁸⁾ 대법원 판례³⁹⁾는 「형법 제98조 소정의 간첩죄에 있어서 군사기밀이라 함은 순전한 군사상의 기밀에만 그치는 것이 아니고 현대전의 양상하에서는 사회, 경제, 정치등에 관한 기밀은 동시에 군사상의 기밀이 될 수 있고, 국방정책상 북한괴뢰집단에 알리지 아니하거나 확인되지 아니함이 대한민국의 이익이 되는 사항이라면 실제로 북한괴뢰집단이 이를 알고 있던 모르고 있던 간에 이를 기밀 사항으로 보아야 한다」라고 하여 원칙적으로 간첩죄의 대상인 기밀은 군사기밀이나, 이 군사기밀은 협의의 군사상 기밀 뿐 아니라 정치, 경제, 사회, 문화의 모든 분야를 포괄하는 광의의 군사기밀을 의미하는 것으로 해석된다.

실제에 있어서 어느 개념을 사용하든지간에 협의의 군사기밀 뿐 아니라 광의의 군사기밀을 수집하는 것도 간첩죄로 처벌되므로 적용상의 차이는 생기지 아니할 것⁴⁰⁾으로 생각되고, 그 비밀의 누설이 국가안전보장에 명백한 지장을 초래할 수 있는 사실이 입증된다면 군사기밀로 보는 것이 타당하다고 생각된다.

2. 必要性

군사상의 기밀로 보호되기 위해서는 누설되는 경우 국가의 안보와 존립에 실질적 위협을 가져오게 되어 국민에게 안전을 보장할 수 없게 될 위험이 존재하게 되는 경우에는 비밀로 보호할 필요성이 인정되어야 할 것이다.

세계 어느 나라 없이 自國의 국익을 위하여 중요한 비밀 내지는 기밀은

38) 김용덕, “국가기밀에 관한 죄의 체계적 고찰” 군사법연구 제2집, 육군본부, 1984, 55~56면.

39) 대법원 1983. 3. 22. 선고, 82도3036 판결.

40) 김용덕, 전게논문, 57면.

알려지지 않는 것이 그 나라의 국가안보와 국익을 수호함에 필요한 것은 틀림없는 사실이다. 특히 군사상의 비밀은 국가존립을 지키기 위하여 철저히 보호되어야 한다. 예컨대 고사에도 「적을 알고 나를 알면 백전백승」이라했듯이 전시에 자국의 군사상의 비밀이 적에게 노출된다면 그 전쟁의 패전은 이미 정해진 것이나 다름없는 것이다. 반대로 적국의 군사비밀을 아군이 안다면 이미 승리한 것이라고 보아도 무방할 것이다. 뿐만 아니라平時에라도 자국의 군사비밀이 보호되지 않아 적국에 알려지게 되면, 적국의 전의를 불려일으키는 경우가 발생할 수도 있다.

이러한 사실은 멀리 볼 필요도 없다. 우리나라의 경우도 과거에 우리의 국방력이 빈약하다는 사실이 적국에 노출되어 침략을 당한 경우가 여러 번 있었다는 사실을 부인할 수 없다.

가장 민주적이라고 자처하는 미국에서도 군사상 비밀만큼은 철저히 지키고 있다. 그들은 제1, 2차 세계대전은 물론 1950년의 한국전쟁을 전후한 국제적 냉전시 국제정치에 전반적으로 개입 하면서 군사상 비밀을 특권으로 보유하려는 경향이 두드러졌다.

한 나라가 효과적인 국방의 유지를 위해서는 군사상의 기밀은 보호되어야 하며 지켜져야 할 필요가 있다.

3. 內容

군사상 기밀의 범위와 내용을 살펴보면, 현행 「군사기밀보호법」(일부개정 2005. 7. 22. 법률 제7613호) 제2조에 ‘軍事機密’이라 함은 일반인에게 알려지지 아니한 것으로서 그 내용이 누설되는 경우 국가안전보장에 명백한 위험을 초래할 우려가 있는 군 관련 문서, 도화, 전자기록 등 특수매체기록 또는 물건으로서 군사기밀이라는 뜻의 표시 또는 고지되거나 보호에 필요한 조치가 행하여진 것과 그 내용을 말한다고 규정하고 있다. 이것이 군사기밀로 다루어지기 위한 요건으로서 형식적 요건과 아울러 실질적 요건을 함께 규정한 것이라 볼 수 있을 있다. 또한 군사비밀보호법

시행령(일부개정 2006. 2. 8 대통령령 제19321호) 제3조 제1항의 각 호에
서는 다음과 같이 군사기밀의 등급구분에 관한 기준을 규정하고 있다.

군사기밀은 그 내용이 누설되는 경우 국가안전보장에 미치는 영향의 정
도에 따라 ① I급 비밀이 누설될 경우 국가안전보장에 致命的인 위험을
초래할 것으로 명백히 인정되는 가치를 지닌 것, ② II급 비밀이 누설될
경우 顯著한 위험을 초래하는 경우, ③ III급 비밀이 누설될 경우 相當한
위험을 초래하는 경우로 그 비밀에 대한 등급을 구분하여 규정하고 있다.

또한 同法 제6조에서는 군사기밀을 지정한 자는 군사기밀로 지정된 사
항이 군사기밀로서 계속 보호할 필요가 없게 된 때에는 지체 없이 그 지
정을 解除하여야 한다고 하며, 동법 제7조에서는 국방부장관 또는 방위사
업청장은 국민에게 알릴 필요가 있는 때 또는 공개함으로써 국가안전보장
에 현저한 이익이 있다고 판단되는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라
군사기밀을 公開할 수 있다고 하며, 이어 동법 제8조와 그 각호에서 국방
부장관 또는 방위사업청장은 대통령령이 정하는 바에 따라 군사기밀을 제
공하거나 설명할 수 있으며, 군사기밀의 제출 또는 설명의 요구가 있는
때, 군사외교상 필요한 때 또는 군사에 관한 조약 기타 국제협정에 의하
여 외국 또는 국제기구의 요청이 있는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따
라 군사기밀을 提供하거나 說明할 수 있다. 동법 제9조에는 모든 국민은
군사기밀의 公開를 국방부장관에게 문서로써 요청할 수 있고, 국방부장관
또는 방위사업청장에게 문서로써 요청할 수 있다고 명시하고 있다. 국민
에게 알릴 필요가 있는 때 또는 공개함으로써 국가안전보장에 현저한 이
익이 있다고 판단되는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 군사기밀을
공개할 수 있다.

II. 範圍

동법 시행령 군사기밀의 등급구분에 관한 세부기준(제3조 제2항 관련)
별표에서는 아래와 같이 명시하고 있다.

I 급 비밀

1. 비밀 군사동맹추진계획 또는 비밀 군사동맹조약
2. 전쟁계획 또는 정책
3. 전략무기 개발계획 또는 운용계획
4. 극히 보안을 요하는 특수공작계획
5. 주변국에 대한 아측의 판단과 의도가 포함된 장기적이고 종합적인 계획

II 급 비밀

1. 집단안보결성추진계획
2. 비밀 군사외교활동
3. 전략무기 또는 유도무기의 사용지침서 및 완전한 제원
4. 특수공작계획 또는 보안을 요하는 특수작전계획
5. 주변국과 외교상 마찰이 우려되는 대외정책 및 정보보고
6. 군사령부급 이상까지 망라된 편제 또는 장비현황
7. 국가적 차원의 동원내용이 포함된 동원계획
8. 종합적이고 중·장기적인 전력정비 및 운영유지계획
9. 간첩용의자를 내사 또는 수사 중인 수사기관 또는 군부대 활동 내용
10. 암호와 프로그램
11. 군용암호자재

III 급 비밀

1. 전략무기 또는 유도무기 저장시설 또는 수송계획
2. 종합적인 연간 심리전 작전계획
3. 상황 발생에 따른 일시적인 작전활동
4. 사단(해군의 함대, 공군의 비행단을 포함한다. 이하 "이 표에서 같다")
급 이상 부대의 전체 편제 또는 장비현황
5. 연대급 이상 증편 계획

6. 정보부대 또는 기무부대의 세부조직 및 세부임무
7. 장관급장교를 장으로 하는 전투부대, 정보부대 및 기무부대의 현직 지휘관의 인물정보
8. 종합적인 방위산업체의 생산 또는 수리능력
9. 사단급 이상 통신망 운용지시 및 통신규정
10. 전산보호 소프트웨어
11. 군용음어자재

Ⅲ . 外國軍의 安全保障과 軍事機密保護

1950. 1. 26. 조약 제4호로 체결되어 발효된 대한민국과 미합중국간의 상호방위원조협정 제3조 제2항에서는 각 정부는 본 협정에 의하여 상대방 정부가 제공한 군용품 기술 또는 정보의 기밀이 發露되거나 漏洩됨을 방지하기 위하여 兩 정부협의하에 안전보장방도를 取한다고 명시하여 군사기밀의 누설이나 군용품 또는 기술을 보호하기 위하여 우리정부에게 의무를 지우고 있다. 또한 1967. 2. 9조약 제232호로 체결되어 발효된 대한민국과 아메리카합중국간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국 군대의 지위에 관한 협정(SOFA) 제25조에서도 아래와 같이 명시하고 하고 있다.

「대한민국과 합중국은 합중국 군대, 그 구성원, 군속, 제15조에 따라 대한민국에 滯留하는 者, 그들의 가족 및 그들의 재산의 안전을 보장하는데 수시로 필요한 조치를 取함에 있어서 협력한다. 대한민국 정부는 대한민국 영역 안에서 합중국의 설비, 비품, 재산, 기록 및 공무상의 정보의 適宜한 安全과 보호를 보장하기에 필요한 立法措置와 其他 조치를 取하며, 또한 제22조에 따라 대한민국 관계 법률에 의거하여 범법자의 처벌을 보장하기로 同意한다」라고 규정하여 우리정부에게 대한민국영역 안에서의 미국 공무상 정보 등의 적당한 안전보장에 필요한 입법조치와 기타의 조치를 취하도록 의무지우고 있다. 이와 같이 외국군도 우리나라의 군사비

밀보호법에서처럼 똑 같이 보호되고 있다고 할 수 있다.

IV. 國家機密과 軍事上機密의 關係

우리나라의 국가정보원법 제3조 제1항 제2호에서 국가기밀에 속하는 문서·자재·시설 및 지역에 대한 보안업무. 다만, 각급기관에 대한 보안감사는 제외한다고 규정하면서, 이에 따라 ‘보안업무규정’ 제2조에서 「“비밀”이라 함은 그 내용이 누설되는 경우 국가안전보장에 유해로운 결과를 초래할 우려가 있는 국가 기밀로서 이 영에 의하여 비밀로 분류된 것을 말한다」라고 규정하고 있으며, 이어 제4조에서는 「비밀은 그 중요성과 가치의 정도에 따라 다음 각 호에 의하여 이를 Ⅰ급 비밀·Ⅱ급 비밀 및 Ⅲ급 비밀로 구분한다」라고 규정하면서, Ⅰ급 비밀이 누설되는 경우 대한민국과 외교관계가 단절되고 전쟁을 유발하며, 국가의 방위계획·정보활동 및 국가방위상 필요불가결한 과학과 기술의 개발을 위태롭게 하는 등의 우려가 있는 경우이고, Ⅱ급 비밀은 누설되는 경우 국가안전보장에 막대한 지장을 초래할 우려가 있는 경우이고, Ⅲ급 비밀은 누설되는 경우 국가안전보장에 손해를 끼칠 우려가 있는 경우라고 하면서, 보안업무규정 제4조에서 규정한 외에 직무수행상 특별히 보호를 요하는 사항은 이를 “대외비”로 하며, 비밀에 준하여 보관한다라고 명시하고 있다. 또한 군사기밀보호법 제2조에서도 역시 이 법에서 “군사기밀”이라 함은 일반인에게 알려지지 아니한 것으로서 그 내용이 누설되는 경우 국가안전보장에 명백한 위협을 초래할 우려가 있는 군 관련 문서·도화·전자기록은 특수매체기록 또는 물건으로서 군사기밀이라는 뜻이 표시 또는 고지되거나 보호에 필요한 조치가 행하여진 것과 그 내용을 말하며, 제3조에서 그 내용이 누설되는 경우 국가안전보장에 미치는 영향의 정도에 따라 Ⅰ급 비밀, Ⅱ급 비밀, Ⅲ급 비밀로 등급을 구분한다고 규정하고 있다. 또한 국가보안법 제4조 제1항제2호 가목에서 군사상 기밀 또는 국가기밀이 국가안전에 대한 중대한 불이익을 회피하기 위하여 한정된 사람에게만 지득이 허용되고 적국

또는 반국가단체에 비밀로 하여야 할 사실, 물건 또는 지식인 경우에는 사형 또는 무기징역에 처한다고 하며, 나목에서 가목외의 군사상 기밀 또는 국가기밀의 경우에는 사형·무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다하여, 군사상 기밀 또는 국가기밀이 국가안전에 대한 중대한 불이익이 초래되는 것을 막기 위하여 군사상 또는 국가기밀이 보호되어야 한다는 데는 같은 맥락을 이루고 있다고 할 수 있다.

한편 판례⁴¹⁾에 따르면, 국가보안법상의 간첩죄와 형법상의 간첩죄는 이와 같이 “반국가단체”를 위한 것인가 아니면 “적국”을 위한 것인가에 따라 구별되지만, 그 밖의 구성요건요소들을 고찰하면 양 죄는 거의 동일한 개념표지들을 사용하고 있다. 형법 제98조 제1항은 간첩죄의 기본적 구성요건을 “적국을 위하여 간첩하는 행위”로 규정하고 있다. 우리 형법은 “간첩”의 개념을 별도로 정의하지 않고 그 의미내용을 해석에 맡기고 있는데, 이 때 해석의 출발점은 군사상 기밀누설죄를 규정한 형법 제98조 제2항에서 찾아볼 수 있다. 선전포고를 하거나 그 밖의 형태로 대한민국에 적대하는 외국은 무력을 통하여 대한민국의 존립을 위태롭게 한다. 이때문에 간첩행위의 대상이 되는 기밀로는 무력사용과 관련한 “군사상의 기밀”이 제일차적 중요성을 갖는다.

그런데 현대전은 그 특성상 단순히 국방 분야뿐만 아니라 정치, 경제, 사회, 문화 등 전 분야에 걸치는 총력전의 양상을 띠고 있어서 간첩이 탐지, 수집하고자 하는 기밀에는 국방문제와 직접 관련이 있는 군사상 기밀뿐만 아니라 대한민국의 각 분야에 관계되는 기밀들도 포함된다. 그 결과 형법 제98조 제1항의 간첩죄에 있어서 탐지, 수집의 대상이 되는 기밀은 단순한 군사상 기밀을 넘어서서 넓게 “국가기밀” 전반에 미치게 된다. 그런데 “국가기밀”의 개념은 바로 국가보안법이 간첩죄의 구성요건에서 사용하는 표지이다. 여기에서 국가보안법상의 “국가기밀”의 개념을 다른 본판례가 형법이 규정한 간첩죄의 구성요건 해석에도 중요한 의미⁴²⁾를 가

41) 대법원 1997. 7. 16. 선고, 97도985 판결.

42) 신동운, “간첩죄와 국가기밀 -1997. 7. 16. 97도 985, 전원합의체 판결, 공 1997, 2243-”, 고시연구 제25권 제1호, 고시연구사, 1997, 216~217면.

진다고 볼 수 있다.

V. 軍事機密의 維持義務

형법 제98조(간첩죄)의 제2항에서는 「군사상의 기밀을 적국에 누설한 자」는 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역에 처하도록 규정되어 있으며, 同法 제99조(일반이적죄)에서 「대한민국의 군사상 이익을 해하거나 적국에 군사상 이익을 공여한자는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다」고 되어 있고, 同法 제100조(미수범)에서는 미수범도 처벌하고, 제101조(예비·음모·선동·선전죄)에서는 위의 각 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자와 선동 또는 선전한 자도 처벌하게 되어 있다. 또 군사상의 특수하고 한정된 비밀을 보호하기 위한 법률로서 군사기밀보호법, 해군기지법, 공군기지법 등이 있다. 군사기밀보호법 제2조에 의하면 「군사상의 기밀」이란 「그 내용이 누설되는 경우 국가안전보장상 해로운 결과를 초래할 우려가 있는 다음 각 사항 및 이에 관계되는 문서, 도서 또는 물건이다」 즉, ① 군사정책·군사전략·군사외교 및 군의 작전계획과 이에 따르는 군사용병에 관한 사항, ② 군의 편제·장비 및 동원에 관한 사항, ③ 군사정보에 관한 사항, ④ 군의 운수 및 통신에 관한 사항, ⑤ 군용물의 생산·공급 및 연구에 관한 사항, ⑥ 군의 중요부서의 인사에 관한 사항, ⑦ 향토예비군의 편제·장비 및 동원에 관한 사항이다. 그리고 이러한 사항의 상세하고도 구체적인 범위는 동법의 별표에 기재되어 있다. 이와 같은 군사기밀은 그 중요성과 가치의 정도에 따라 1, 2, 3급 비밀로 구분되고, 그 취급자는 군사상의 기밀이란 뜻을 명백히 표시, 고지하고, 기밀에의 접근을 방지하거나 기밀의 소재를 은폐하는 등 기밀 보호상 필요한 조치를 해야 하도록 규정되어 있다. 이 밖에 대한민국정부와 미합중국정부간의 상호방위원조협정에 의한 미국제공 군용품에 대한군사기밀보호의무와 위 양국간의 상호방위원조조약에 따르는 ‘주한국제연합군의군사기밀보호의무규정’ 등이 있다.⁴³⁾

43) 김동철, 전제논문, 33면.

이처럼 국가안보를 위하여 각 개별법과 외국군의 기밀보호와 국가기밀보호를 위하여 비밀보호법을 제정하고 있으며, 그 보호의 필요성과 유지의무를 명시하고 있다.



第4章 國家安保와 알 權利의 制限에 관한 各國의 制度和 判例에 관한 考察

第1節 다른 나라의 國家機密 保護法制

I. 美國

1. 國家機密의 指定背景

美國의 政治體系가 開放的이라고 하는 말은 틀림이 없다. 이것은 미국의 정치체계를 다른 나라의 정치체계와 비교한다면 명백하다. 그러나 美國이 개방된 政治體系를 가지고 있다는 이미지는 비교될 수 있는 다른 사회와 비교하여 우위에 선다고 하는 관점에서 보지 않고 2차대전 후에 있어서 미국 내의 發展이라고 하는 견지에서 고찰한다면 상당히 수정되어야 할 지 모른다. 제2차 세계대전을 전후하여 美國의 政治體系는 분명히 開放과 放任의 반대방향으로 가고 있었던 것이다.¹⁾

국가기밀을 유지하기 위한 법률은 제1, 2차 세계대전, 소련과의 냉전 등, 전시체제의 부산물로 만들어졌다. 1917년 제1차 세계대전의 참전과 더불어 독일과 적국의 관계가 된 미국정부는 국내 독일계 이민자들이 미국이 아닌 독일에 충성할 지도 모른다고 우려, 이러한 독일계 미국인들의 반역, 이적행위를 차단하기 위해 서둘러 방첩법(Espionage Act)을 제정했다. 이법은 미국에 해가 되거나 외국에 득이 된다는 사실을 알면서도 의도적으로 외국인에게 직, 간접적으로 "국방에 관한 정보"를 전달하는 것을 1만 달러 이하의 벌금이나 10년 미만의 징역으로 처벌할 수 있게 만들었다. 1차대전뿐만 아니라 2차대전에서도 효력을 발생한 간첩법은 이밖에도 전쟁에 반대하거나 국가나 국가원수를 모독하는 사람들을 처벌할 수

1) 박철언, 전제논문, 62면.

있게 만든 법으로 실제로 간첩을 색출하기 보다는 참전반대 세력을 탄압하기 위한 성격의 법이었다.

1945년 이후 냉전 체제에 접어들면서 미국은 소련 공산권과의 첩보전, 국내 좌익세력의 척결, 핵폭탄 제조등과 관련해 국가기밀을 보호하기 위한 새로운 법률을 제정했다. 1947년에 제정된 국가안보법(National Security Act)은 첩보원의 신분이나 첩보탐지 방법 등을 누설하는 것을 금지시켰고, 1950년에 제정된 국내안보법(Internal Security Act)은 미국의 안보에 관한 기밀정보를 외국인이나 공산당에게 전달하는 공무원과 군인을 처벌할 수 있게 만들었다. 1954년에 제정된 핵에너지법(Atomic Energy Act)은 핵무기 제조와 관련한 기술정보를 누출하는 것을 금지시켰다.

간첩법을 비롯한 미국의 국가기밀누설 처벌에 관한 법들은 대개 국가기밀을 외국에 유출한 첩자들에게만 적용이 되었기 때문에 미국사회에서 법적인 쟁점으로 부각된 적은 거의 없었다. 국가기밀의 범위에 관한 판례는 연방대법원과 연방고등법원에서 1941년과 1945년에 각각 한 건씩 결정되었다. 여기서 미국 법원은 국가기밀 누설의 범죄행위를 입증하기 위한 요건을 명확히 함으로써 국가기밀 누설 조항이 정치적 반대자의 인권탄압에 악용될 소지를 차단했다.²⁾

2. 國家機密의 保護法制

미국에서는 국가비밀의 보호 즉 군사와 외교에 관해 소위 국가안전정보의 비닉을 목적으로 하는 법령에는 1919년의 방첩법(Espionage Act), 제2차 세계대전 후 원자탄이나 군사상의 기밀을 보호하기위한 1949년의 원자력법(Atomic Act), 1947년의 국가안전보장법(National Security Act) 등

2) 장호순, “미국의 국가기밀 누설에 관한 법적 사례”, 민주사회를 위한 변호사 모임 이달의 민변 통권11호, 1997, 26면.

의회제정법 등이 있고 그 외에 국가안전정보의 비밀지정제도를 정하는 대통령의 행정명령(Executive Order)이 있다. 국가비밀은 집행(행정)부의 특권(Executive Privilege) 혹은 ‘대통령 특권(Presidential Privilege)이나 의회제정법에 의하여 그 공개가 거부된 채 보호되어질 수 있는데 국가기밀의 증대화 경향에 대한 비판의 소리가 높아진 결과 1953년 Eisenhower대통령령 제10501호 (1953)에서 새로운 비밀지정제도가 생겼는데 이 명령에서 국가기밀을 그 비밀성의 정도에 따라 극비(top secret), 기밀(secret), 비밀(confidential)의 3단계로 구분하였다. 이 규정은 일단 비밀문서로 구분되었던 것도 일정한 시일의 경과에 따라 비밀분류가 자동적으로 하위단계의 비밀구분으로 격하되거나 해제되도록 규정했을 뿐 아니라, 국민이 정보를 특정하여 비밀을 분류한 관청을 상대로 재심사를 청구할 수 있도록 하는 등 지나친 국가기밀보호의 남용에서 오는 폐단을 사전에 방지하도록 했다.

극비(top secret)란 방위상 최고도의 보호와 필요한 정보 및 자료로서 만일 허가 없는 노출이 무력공격과 전쟁을 초래하거나 국방상의 시설과 기술개발을 위태롭게 할 수 있는 것과 같이 국가에 ‘이례적으로 중대한 손해’를 초래할 수 있는 것을 말한다. 기밀(secret)이란 극비와 같은 성질의 정보와 자료이나 그 허가 없는 노출이 국가에 ‘중대한 손해’를 초래할 수도 있는 것을 가리킨다. 그리고 비밀(confidential)이란 만일 노출되면 국가보안상 ‘불리’할 수도 있는 정보와 자료를 말한다.

여기서 국가기밀이 되는 정보나 자료는 각종기록(records), 회의(meetings), 사법절차(judicial proceedings) 등으로 나눌 수 있다. 미국에서의 이와 같은 기밀분류제도는 제2차 세계대전중인 1940년 Roosevelt대통령이 군사정보에 한해 비밀지정을 하게 되었던 것이 점차 국정의 다른 분야에까지 확대되어졌다. 전쟁이 끝난 후에도 계속 비군사적 사항에까지 확대 적용되어 집행부의 특권 혹은 대통령의 특권으로 비밀지정이 가능해졌고, 1946년에는 행정절차법(Administrative Procedure Act)으로 공식화되었다. 그 이후 Eisenhower대통령령 제10501호는 1972년의 Nixon대통

령령 제11652호, 1978년의 Carter 대통령령 제12605호로 개정되었는데 그 내용은 주로 비밀해제제도의 개선, 비밀지정권자의 축소 등이었고, 제 12605호에서는 비밀(confidential)의 기준을 허가 없는 노출이 국가안보에 ‘분명한 손해’를 끼치는 것이 합리적으로 예측될 수 있는 것으로 보다 명확하게 하고 있으며 또한 비밀지정의 대상을 명확하게 구체적으로 열거하고자 하였다. 가장 최근의 것은 Reagan대통령령 제12356호가 있다. 이 명령은 오히려 비밀보호를 더욱 강화하는 방향으로 나아갔다.³⁾

3. 主要 判例

(1) *Pentagon Papers* 事件

1971년 6월 13일 『뉴욕 타임스』의 1면에 「베트남전 기록/국방부, 30년간 점증된 미국의 개입을 조사」 Vietnam Archive : Pentagon Study Traces 3 Decades of Growing U. S. Involvement)라는 제목의 톱기사가 실렸다. 총 6면에 걸쳐 보도된 이 기사는 미국 국방부가 역사학자, 정치학자, 외교전문가 등에 의뢰해 극비리에 작성한 『미국의 대베트남 정책 결정과정의 역사, 1945~1957(History of U. S. Decision Making Process on Vietnam Policy 1945~1967』에서 발췌한 것이었다. 총 47권, 7천여 쪽에 달하는 이 보고서는 『뉴욕 타임스』의 닐 시한 기자가 국방부 자문위원으로서 보고서 작성에 참가한 매사추세츠 공대 국제연구소의 다니엘 엘스버그 연구원으로부터 입수한 기밀문서였다.⁴⁾

국방부 보고서 작성 작업에 참여했던 엘스버그는 지난 20여 년 동안 베트남 전쟁은 정치가와 고위관리들이 자신들의 정치적 이익을 지키기 위해 사용되었다고 확신하게 되었다. 그들이 국민을 기만하면서 엄청난 희생을

3) 이금옥, “언론의 자유와 국가기밀 -미국의 판례를 중심으로-”, 경희대학교 대학원 고향논집 제20집, 1997, 154~155면.

4) 403 U. S. 713, 91 S. Ct. 2140(1971) ; University of Pennsylvania Law Review(vol. 120 . 271), pp. 271~280 ; John E. Nowark, Handbooks on Constitutional Law(West Publishing Co., 1978), pp. 745~748.

강요한 것이라고 분개했다. 전쟁이 속히 종결되기 위해서는 이 비밀보고서가 모든 국민에게 공개되어야 한다고 믿었다. 1970년 2월 엘스버그는 상원의료위원장이었던 폴브라이트에게 3천쪽 가량을 우송했다. 면책특권을 가진 국회의원을 통해 베트남전의 진상을 알리려는 시도였다. 그러나 폴브라이트가 협조를 거부해 엘스버그의 시도는 무산되었다. 결국 그는 국가기밀 누설이라는 처벌을 감수하면서 언론에 이 자료를 공개하기로 마음먹고, 가장 권위 있는 『뉴욕타임스』 기자와 접촉했다.

뉴욕타임스는 위험을 무릅쓰고 이 사건을 보도했고 정부로부터 소송을 당함과 同時 정간처분을 받았다. 이에 분개한 『워싱턴 포스트』 지도 언론의 자유와 국민의 알 권리가 더 중요하다면서 법원의 보도중지요구를 거절하면서 계속 이 사건을 보도했다. 이에 분개한 닉슨 정부는 두 일간지를 상대로 소송을 했다. 그러나 이 사건을 담당한 판사들은 국가안보의 원천은 헌법상에 보장된 미국인의 자유를 최대한 보장하는 것이라고 선언했다. 언론의 자유야말로 미국의 민주적 제도의 우수성을 세계적으로 나타내온 것이고 다른 나라들과 미국을 구별하게 하는 특성이라고 강조하고 또 행정부의 정책 입안과 권력 남용을 시민들이 감시하기 위해서는 자유롭게 정보를 입수하고 보도할 수 있는 언론이 있어야 한다고 강조했다. 또한 모든 것이 기밀이라면 기밀은 아무런 의미도 없다고 주장하면서 양 신문사에 손을 들어주었다.

결국 엘스버그의 용기 있는 애국심으로 국방부 보고서 보도 사건은 미국의 안보를 저해하기 보다는 닉슨 행정부의 붕괴를 가져오는 직접적인 요인이 되었다. 이로 인하여 닉슨은 1974년 미국 역사상 최초로 대통령직에서 사임해야 했다.⁵⁾

(2) *Watergate scandal* 事件

이 사건은 국방·외교상의 비밀정보가 아니면서도 행정부특권을 둘러싼 쟁점을 본격적으로 다룬 것이 *United States v. Nixon* 사건⁶⁾이다.

5) 장호순, 미국 헌법과 인권의 역사, 개마고원, 2000, 219~235면.

사건의 발단은 Watergate scandal에서 비롯되었다. 1972년 6월 17일 Nixon 재선위원회의 관계자들 5명이 워싱턴 D. C.의 Watergate 오피스빌딩에 있는 민주당전국위원회 수석본부사무실에 침입하여 전화도청과 비밀문서를 사진 복사하다가 체포되어, 나중에 그러한 지시를 한 백악관 내의 사무실에서 발생한 모든 대화내용의 녹음까지 폭로하게 된 사건으로 백악관 참모진뿐만 아니라 대통령까지 관련되었다는 것이 드러나, 결국 Nixon 대통령이 사임까지 한 사건이다.⁷⁾

U. S. v. Nixon 사건에서 연방대법원의 Burger 대법원장은 사법부가 대통령의 행정부 특권 주장에 한번도 간섭하지 아니하였다고 최초로 시인했다. 그러나 Burger 대법원장은 권력분립의 원칙도 고도의 국가비밀의 필요도 재판진행과정에서 무한적이고 절대적인 대통령의 면책특권을 유지하는 것은 아니라고 주장했다.⁸⁾

이 사건에서 연방대법원은 대통령의 일반적인 내부회의특권의 필요성을 인정하면서도 공정한 형사재판을 위한 적법절차보다 우월한 것은 아니기 때문에 행정부특권은 형사사건에 드러난 구체적이고 명확한 증거의 필요성에 종속된다고 판시하였다.⁹⁾

따라서 대통령의 행정부특권도 형사재판에 명백한 증거만 있으면 언제나 면책특권이 깨뜨려지는 것처럼 보인다. 그러나 실제로 연방대법원의 견해가 대통령의 특권을 완전히 무기력하게 하는 것은 아닌 것 같다. 첫째, 사실임을 심리하는 판사로 하여금 당사자에게 입증·쟁점이 된 자료가 ‘진행 중인 형사사건의 재판에 있어서 필수적’이라는 점을 입증하도록 해야 한다고 지정한 점에서,¹⁰⁾ 연방대법원은 다소 엄격한 기준의 적용을 암시하고 있었다. 재판 전에 증거의 재출을 요구하기 위해서는 이유여하를

6) United States v. Richard M. Nixon, 418 U. S. 683 (1974)

7) William E. Francois, Mass Media Law and Regulation, New York, Macmillan Publishing Company, 1986, pp. 284~285.

8) William E. Francois, op.cit., pp. 285~286.

9) 김배원, “알 권리에 관한 연구”, 박사, 부산대학교 대학원, 1989, 137면.

10) William E. Francois, op.cit., p. 286.

불문하고 관련성(relevance), 허용성(admissibility) 및 필요성(necessity)이 입증되어야 하기 때문에, 행정부가 소환장의 발부에도 응하지 않을 경우 사실심을 심리하는 판사의 특별한 책무에 대한 연방대법원의 암시는, 대통령의 특권주장을 압도하기 위하여 보다 엄격한 입증이 행해져야 함을 지적하고 있는 것이다.¹¹⁾ 둘째, ‘재판은 언제나 -또는 일반적으로- 증거의 제출을 요구한다는 결론은 지지하기 힘들다. 그러한 견해는 증거가치가 있는 사항에 대한 모든 특권의 폐지를 주장하겠지만, 연방대법원은 의사와 환자, 변호사와 고객, 신부와 고해자의 특권이 증거제출에 장애가 되기 때문에 재고되어야 한다고 암시한 적은 결코 없었다. 연방대법원의 판결은 Nixon 사건이라는 구체적 상황과 결부시켜 파악해야 할 것이다. 판결문에는 그러한 암시가 전혀 없었지만, Nixon 사건에 대한 연방대법원의 판결은 결국 대통령 개인의 이익을 위한 행정부 특권의 범위만을 심사할 수 있다는 것이고, 따라서 전통적인 행정부특권에 대한 위협은 아닌 것으로 해석될 수 있을 것이다.¹²⁾

(3) Heine 事件

연방고등법원은 “국방에 관한 정보”라는 조항이 지나치게 광범위해 미국 사람들의 자유로운 정보교환을 억압할 가능성이 있기 때문에, 터무니없고 불합리한 결과를 가져오지 않도록 세심하게 그 범위를 판별해야 한다고 선언했다. 이 사건에서의 법적 쟁점은 피고가 공공영역(public domain)에서 입수한 정보로, 기밀로 분류된 적이 없는 자료를 외국인에게 전달하는 것도 간첩법에 위반이 되는 것인지 여부였다. 피고인 하인은 32명의 다른 피고들과 함께 미국 국무부에 등록을 하지 않은 채 외국정부의 에이전트 역할을 했다는 혐의와 불법적으로 국방에 영향을 미치는 정보를 외국인에게 전달한 혐의로 재판을 받았다.

독일태생 이민자인 하인은 포드 자동차회사 직원으로 남미와 유럽에 파

11) Laurence H. Tribe, American Constitutional Law, Mineola, New York : The Foundation Press, Inc., 2nd ed., 1988, p. 281.

12) 이동훈, “국가기밀과 알 권리”, 공법연구 제28집 제2호, 한국공법학회, 2000, 154~155면.

전되어 근무했다. 독일에서 근무 중이던 하인은 독일 자동차회사로부터 입사제의를 받았으나 시민권 취득에 장애가 되기 때문에 이를 포기하고 미국으로 돌아왔다. 대신 독일 회사의 요청에 따라 돈을 받고 미국의 자동차산업과 항공 산업에 관한 정보를 수집해서 보냈다. 하인은 자신의 정보수집 활동이 발각되는 것을 피하기 위해 독일로 직접 자료를 보내지 않고 뉴욕과 페루로 먼저 우편으로 보냈고, 이 우편물들은 거기서 다시 독일로 보내졌다. 하인은 잡지, 서적, 신문, 카탈로그 등을 통해, 그리고 항공기 전문가들과의 상담 등을 통해 정보를 수집했고, 그가 보낸 자료에는 군사용 및 상업용 비행기의 종류와 생산량, 그 공장들의 위치와 생산능력, 고용자의 숫자 등이 포함되어 있었으나 그중 기밀로 분류된 것은 없었다.

연방고등법원은 하인에게 간첩법을 적용한 것이 무효라고 판결하면서 간첩법상의 "국방에 관한 정보"조항이 전시 국방에 관련되는 모든 행위들에 관한 것을 포함시키는 것은 불합리하다고 해석했다. 이에 따른다면 미국 내에서 제강된 철강의 양에서부터 농지경작면적과 평균 생산량, 의과대학의 숫자, 미국 국민의 전쟁에 대한 찬반의사 등 거의 모든 것이 전시에는 "국방과 관련이 있는" 정보가 되기 때문이라는 이유였다.

연방고등법원은 더욱이 공공의 개방된 출처(public source)에서 입수한 자료는 결코 간첩법의 처벌대상이 될 수 없다고 판결했다. 따라서 군 당국이 공개한 무기나 탄약에 관한 정보를 제공하는 것도 합법적이라고 선언했다. 또 국내에서 유포되는 것이 법에 저촉이 되지 않는다면 외국으로 유출하든 적국에 보내주든, 이것 역시 간첩법에 저촉이 되지 않는다고 판결했다. 설사 하인이 자신이 수집한 정보의 유포를 속이고 감추려는 의도가 명백히 있었지만 유포된 정보 자체가 처벌할 수 있는 정보가 아니기 때문에 처벌할 수 없다고 연방고등법원은 결론지었다.¹³⁾

13) 장호순, 전계논문, 27면.

4. 判例의 特徵과 問題點

이들 판례에서 보면, 1950년대 미국사회가 매카시즘의 소용돌이 속에서 엄청난 국가안보 파동을 겪었지만 연방법원의 엄격한 법해석은 간첩법의 국가기밀 누설 금지 조항이 정치적 반대자들을 탄압하는 데 악용될 수 없게 만들었다. 사법부가 해석한 국가기밀의 한계가 비교적 명확했기 때문에 사실상 스파이 행위를 한 혐의가 뚜렷한 사람들에게만 간첩법이나 기타 국가기밀 누설을 차단하려는 법을 적용할 수 있었다.

그러나 이처럼 국가기밀에 대한 엄격한 법적용에도 불구하고 미국정부의 국가기밀 관리에 대한 미국인들의 우려는 더욱 높아졌다. 대다수 미국인들은 냉전대결구도와 핵무기 제조 경쟁 과정에서 미국정부의 국가기밀 유지 필요성을 인정했다. 그러나 이러한 국가기밀이 미국 민주주의의 근간 중의 하나인 개방된 정부 운영과 국민의 알 권리 충족에 제약을 가져오는 것에 대해 심각한 우려를 표명했다. 감시받지 않는 정부권력은 전횡과 부패로 이어질 수밖에 없다는 인식이 뿌리박힌 미국인들에게 방대해지는 국가기밀은 민주주의에 대한 큰 위협으로 여겨지는 것이 당연했다.

특히 1960년대 월남전 참전 이후 미국정부의 국방정책에 대한 불신과 불만이 팽배해지면서 국가기밀의 관리와 그 범위에 대한 미국인들의 반발의 소리가 더욱 높아졌다. 1966년 마침내 정부의 비밀주의를 견제하고 국민의 알권리를 보장하기 위해 정보의 자유법(Freedom of Information Act)이 제정되었고, 이를 통해 국가기밀의 미명하에 저질러진 정부관리의 불법행위가 미국인들에게 노출되기 시작했다.

연방의회도 냉전시대의 유물인 국가기밀체제를 개혁할 것을 요구하고, 현행 미국 정보의 기밀분류 체제를 냉전시대의 유물로 비판하면서 보다 투명하고 엄격한 기밀 설정과 관리뿐만 아니라 막대한 기밀문서의 기밀 해제를 통해 민주주의를 실천하고 책임 있는 정부를 구현할 수 있는 새로운 법률을 제정할 것을 요청했다.

국가기밀의 기준은 아직도 인권침해의 여지가 많다. “일반에게 알려지지

아니한 것으로서 그 내용이 누설되는 경우 국가의 안전에 명백한 위협을 초래한다고 볼 만큼의 실질가치를 지닌 사실”을 국가기밀로 인정하는 것은 아직도 많은 무고한 사람들을 국가보안법의 올라미로 묶을 수 있는 여지를 주는 불분명한 해석이기 때문이다. 국가안보를 해칠 혐의자의 의사가 명확히 입증되고 해당 정보가 국가에 의해 기밀로 관리되고 있는 정보로서 누출될 경우 국가안보에 명백한 위협을 초래하는 정보로 그 처벌 범위를 엄격히 제한해야 할 것이다.

국가기밀에 관한 법적 해석이 엄격한 이유는 물론 국민의 의사표현의 자유와 알 권리를 보호하기 위함이다. 더불어 국가기밀의 누설이 가져오는 국가안보에 대한 위협보다는 국가기밀을 지나치게 양산하는 정부체제가 국가안보에 더 큰 위협이 되기 때문이기도 하다. 국가기밀이라는 전가의 보도를 휘두르면서 국가안보에 필요한 정보뿐만 아니라 권력자들의 부정과 부패를 감추고 정치적 반대세력을 탄압하는 법과 제도가 존재하는 한 민주주의와 인권보호는 요원하기 때문이다.¹⁴⁾

II. 日本

1. 國家機密의 指定背景

국가의 존립 내지 안전의 보장, 나아가서 국가의 존립에 연결되는 그 구체적 작용을 보호하기 위해서는 동서고금을 막론하고 엄격한 형벌체계가 유지되어 왔다. 이처럼 국가에 대한 죄를 인정하지 않으면 안 되는 까닭은, 국민의 사회적·문화적 생활을 보장하기 위하여서는 국가의 치안을 확보하고 그 질서와 안전을 도모하여야 하기 때문이다. 특히 국가가 전란 등 비상사태에 처한 경우에는 고도의 국민적 일체성을 확보하여 그 국민적 역량을 극대화시키기 위하여 사상의 통제나 국가기밀의 보호에 관한 법규정은 그 양적인 면에서 팽창할 뿐만 아니라 질적인 면에서도 더욱 엄

14) 장호순, 전계논문, 28~29면.

격한 형태를 취하기 마련이다.

일본에서도 제2차 세계대전에서 패망하기 전에는 철저한 군국주의국가였기 때문에 필요 이상으로 국가기밀의 보호하는 법규정이 많이 제정되어 자유로운 언론에 대한 질곡으로 되어 있었으니 전후 이러한 법규정들이 대폭 폐지되었다.¹⁵⁾

1970년대부터 비롯되어 1980년대에 들어와 고무된 자민당의 비밀보호법 제정의 시도는 1985년 6월 의원제출법안의 형식으로 「국가기밀에대한스파이행위등의방지에관한법률안」을 국회에 상정함으로써 구체화되었다. 이 법률안은 폐기되고 말았지만, 자민당은 1986년 5월 다시 「방위비밀에대한스파이행위등의방지에관한법률안」을 수정안으로 작성하여 국회에 再提出을 시도하였다. 이 수정안은 제1조에서 「방위비밀의 보호에 관한 조치를 정함과 동시에 외국에 통보할 목적으로 방위비밀을 탐지·수집 또는 방위비밀을 외국에 통보하는 행위를 처벌하여 이러한 스파이행위 등을 방지함으로써 우리나라의 안전을 도모함」을 목적으로 정하고 있다. 제2조에서는 방위비밀을 정의하여 「방위비밀은 방위 및 외교에 관하여 별표에 기재한 사항 및 이들 사항과 관계된 문서·도화 또는 물건으로 우리나라의 방위상 비익을 요하고 또한 공개되지 아니한 것」이라고 규정하고, 이러한 방위비밀의 보호를 위하여 제3조에서는 방위비밀의 지정·해제와 함께 그 상세한 것은 정령으로 규정하도록 하고 있다.

이 안에 대해서는 무엇보다 국가안전보장을 우위에 둔 “국정정보통제기준법안”이라는 비판이 가해지고 있다. 구체적으로는 형사입법적견지에서 「방위비밀,」 「부당한 방법」, 「외국통보」, 「업무」 등의 내용·범위가 무한정하고, 기본적 범죄구성요건이 현저하게 명확성을 결하고 있다는 비판이 가해지고 있다. 또한 정치적 기능의 관점에서는 법안의 처벌대상인 행위유형의 개념자체가 애매하여, 국민이 국정정보에 접근하려고 하거나 미공개정보를 알리고자하는 행위를 전부 범죄시 하려는 것이 아닌가하는 의문을 불식할 수 없다는 비판 등이 있다.¹⁶⁾

15) 박철언, 전계논문, 127면.

2. 國家機密의 保護法制

일본에 있어서 비밀보호법제도는 2차대전을 기준으로 하여 그 이전과 이후의 두 부분으로 나누어 볼 수 있다. 전전의 비밀보호입법으로는 국방보안법, 신구군기보호법, 육해군형법, 형법 등이 있는데, 특히 전쟁직전(1941년)에 제정된 국방보안법은 국가비밀에 관한 정의를 내리고 그것의 탐지·수집·누설 및 공표 등의 행위를 범죄로 하여 국가비밀을 보호하고 있다. 즉 동법 제1조는 「국가비밀은 국방상 외국에 대하여 기밀로 할 것을 요하는 외교·재정·경제 기타 중요한 사항으로서 ① 어전회의·구밀원회의·각의 또는 이에 준하는 회의에서 논의된 사항 및 그 회의의 의사, ② 제국회의의 비밀회의에서 논의된 사항 및 회의의 의정, ③ 이러한 회의에서 의논하기 위하여 준비한 사항 및 그 외 행정각부의 중요한 기밀사항에 해당하는 것 및 이것을 표시한 도서·물건을 말한다」고 규정하고 있다. 따라서 국방보안법상의 「국가기밀」은 군사상의 기밀사항에 한정되는 군기보호법상의 「군사상의 기밀」과는 달리 국정전반에 걸친 것으로서 군사·비군사의 모든 영역이 비밀보호의 대상으로 되어있다. 군국주의하의 戰前의 비밀보호법제는 완벽한 수준에 이르렀던 것이다.

전후 맥아더 사령부의 조치와 일본국헌법 제9조에 의하여 전전의 비밀보호를 위한 제법률은 전부 폐지되었다. 현행법상 비밀보호에 관한 규정으로는 형법 제134조(비밀누설죄) 및 공무원법상 비밀엄수의무에 관한 제 규정(국가공무원법 제100조, 지방공무원법 제34조, 외무공무원법 제27조)을 들 수 있고, 특히 「군사기밀」을 대상으로 하는 현행비밀법규로서는 ① 미군의 비밀을 대상으로 하는 형사특별법, ② 일미상호방위원조협정에 따른 MSA(MDA)¹⁷⁾비밀보호법과 동법시행령, ③ 자위대법 제59조 등이

16) 김배원, 전게서, “알 권리의 한계로서의 국가비밀”, 192면.

17) MDA협정이란 상호방위원조협정(Mutual Defence Assistance Agreement)으로, 이전에는 상호안전보장법(Mutual Security Act)에 의거하여 체결된 협정이라고 하여 MSA협정으로 약칭되어 왔다. 미국으로부터 원조가 대부분이었던 당초와는 달리 일본의 대미원조가 증가하는 가운데 최근에는 MDA협정으로 약칭되고 있다.

있다.¹⁸⁾

3. 主要 判例

(1) 外務省 秘密電文漏泄 事件

1972년 4월 일본 외무성 비밀전문 누설 사건(일명 서산기자 사건)으로 서산(西山)기자와 외무성연견(蓮見)사무관이 비밀누설 교사죄와 공무원의 비밀엄수의무위반 혐의로 기소되었다.

사건의 내용은 제2차 세계대전 후 당시까지 26년간에 걸친 미국의 신탁 통치로부터 오키나와를 일본의 영토로 복귀시키려는 사또정부의 외교협상 추진내용 중 오키나와 반환에 따라 미국정부로부터 지급받아야 할 군용지 복구 보상금의 청구권문제에 대한 밀약이 담긴 전문문안 등을 매일신문 정치부 외무성담당 서산기자가 외무성 연견 사무관에 접근, 수차례 정교를 맺은 후 1971년 5월부터 수회에 걸쳐 그녀를 시켜 가져온 외무성 서류를 열람하고, 그 내용을 사회당 중의원 의원에게 제공하여 그 의원은 1972년 3월에 국회에서 이 사실을 폭로함으로써 발생한 사건이다.

1974년 1월 동경지방법판소는 사무관은 공무원의 비밀엄수의무위반을 인정, 유죄 판결 하였고, 기자는 정교를 이용한 취재수단방법에는 지나친 점이 있으나 언론사의 취재활동에 일환으로 그 행위는 정당성이 있다고 무죄선고를 하였다.

그러나 1976년 7월 제2심인 東京高等裁判所는 기자의 행위는 통상의 비밀취재활동수단을 넘는 국가 공무원법의 기밀누설교사죄를 적용 유죄를 선고했다. 기자는 정당한 취재활동이라는 주장으로 상고하였으나 最高裁判所는 “부정당한 취재활동이 법의 허용한계를 넘었다.”라고 판시하고, 기각하였다.¹⁹⁾

18) 김배원, 전계논문, “알 권리의 한계로서의 국기비밀”, 191~192면.

19) 최인승, “언론자유와 법적 제한에 관한 고찰 -국가안보에 대한 언론자유와 제한을 중심으로-”, 산업연구원 제2권 제1호, 우송대학교 산업연구원, 2000, 381면.

(2) 不正者の 天國 事件

X는 1952年 이래 행정관리청 행정감찰국의 主事로서 행정감찰의 직무를 담당하여 왔다. 그러다가 1957年 10월에 감찰국에 보관된 행정감찰업무에 관한 비밀 취급된 문서들로부터 取材하여 그 내용을 담은 ‘不正者の 天國’이라는 제목의 단행본을 펴냈고 그 일부를 어느 월간지에 투고 게재하였다. 이러한 행위에 대하여 행정관리청사무차장은 동년 11월 X가 국가공무원법 제78조 제3호의 ‘관청에 필요한 적격성을 결한 경우’에 해당한다고 하여 파면처분을 하였다. X는 이 파면처분에 대한 인사원에의 심사청구가 기각되자 파면처분과 인사원의 기각판정의 취소를 구하여 提訴하였다. 제1심인 동경지방법판소와 제2심인 동경고등재판소가 X의 主張을 받아들이지 않은 결과, X는 다시 고등재판소에 上告하였으나 고등재판소에서도 1970년 8월 20일 상고를 棄却하였다.

고등재판소²⁰⁾는, 「…본건 저서 등의 내용이 … 진실여부를 묻지 아니하고 본건 저서 등을 刊行한 상고인은 국가공무원법 제78조 제3호에 해당한다고 한 원심판결의 판단은 정당하다고 수긍할 수 있으며 그리고 상고인은 본건 저서 등의 간행에 의한 비밀사항의 공표에 관하여 행정관리청의 명시적 승인을 얻지 않았고 또 묵시적 승인을 얻었다고 인정할 수 있는 충분한 증거도 없다고 한 原審判決의 인정은 시인할 수 있다.

상고인은 … 본건 저서 등의 간행은 공공복리를 증진하는 등의 목적으로 한 것이며 또한 행정감찰의 결과를 모두 公表하여야 한다는 뜻의 上司에 대한 上申이 받아들여지지 않았기 때문에 어쩔 수없이 한 것이라는 등의 주장을 하는데 대하여, 원심판결은 본건 저서 등의 刊行이 공공복리를 증진하는 것은 아니며 행정감찰의 결과는 행정감찰제도의 목적에 비추어서 조치되어야 하고 그 公表에는 신중한 고려가 필요하다는 등의 판단을 하고 있는 바, 원심이 적법하게 확정된 사실관계 및 관계법령에 비추어 보면 그 판단은 정당하다고 수긍할 수 있다」라고 判示하면서, 그 처분이 적법하다고 한 원심판결의 판단은 상고인의 表現의 自由를 억압한 위헌적

20) 最高裁, 1970. 8. 20, 1965(行) 52號.

인 것이라는 주장에 대하여, 본건 저서 등의 간행이 행정감찰제도의 目的에 反하여 공공복리를 저해하는 결과를 초래할 위험성이 있다고 판단하여 그 주장을 배척하였다.²¹⁾

4. 判例의 特徵과 問題點

일본의 판례를 살펴보면 국가기밀의 보호에 관한 일반법의 규정이 없는 데도 개별적인 특별법을 적용하여 국가기밀을 철저히 보호하고 있음을 볼 수 있다. 일반 행정기관의 비밀에 관해서도 직접 그 비밀을 보호하는 법률은 없지만 공무원법 제100조 등을 적용하여 국가기밀을 관리하고 있다. 공무원 이외의 자에게는 교사죄 등을 적용하여 국가의 기밀을 보호하고 있다. 외무성비밀전문누설사건에서 보면, 최고재판소는 국가비밀의 실질성 또는 형식설에 관계없이 국가에서 정한 비밀을 누설시키면 어떤 법률을 적용해서라도 처벌한다는 단호한 의지를 보여주고 있다. 위 판결에서 보면 언론기관의 취재활동에 관하여서는 원론적으로 정당한 업무행위로 일정한 범위에서는 위법성이 조각된다고 한 경우도 있으나 국가기밀에 관련된 사건에서는 이를 배제시키고 있다.

이러한 경우를 놓고 볼 때 일본의 최고재판소는 국가기밀에 관해서 만 큼은 국민의 알 권리 또는 언론의 자유를 보장하는 차원에서의 판결은 내 리지 않은 것처럼 보인다. 아마도 이러한 판결은 일본의 오랜 군국주의 또는 전제주의의 현상에서 오는 판단이 아닌가 생각된다.

Ⅲ. 獨逸

1. 國家機密의 指定背景과 保護法制

21) 박철언, 전게논문, 138면.

독일의 국가기밀의 지정에 관해서는 바이마르 시대와 2차대전 후로 나누어 생각해 볼 수 있다.

독일은 제1차 세계대전에서 패배한 후 국가주의 내지 민족주의적 전통이 강한 독일에서는 승전국에 의하여 무장해제를 당한 후의 無力한 平和體制에 대한 반발, 사회적 혼란, 민족적 굴욕감 등이 배경이 되어 바이마르시대의 소위 ‘출판외환죄’(Publizistischer Landesvertrat)소송이 잇따르게 되었다. 제2차대전 후 서독에서의 형법개정時 外患罪규정을 개정한 것은 바이마르 시대의 이 일련의 소송과 깊은 관련이 있다.

이처럼 바이마르 시대에 있어서의 언론의 자유와 국가비밀 등에 관련된 몇 개의 사건은 그 시대의 정치적·법률적 상황에 중대한 영향을 미쳤다.

바이마르공화국은 형식상은 민주국가이었으나 실질적으로 그 지배계급의 사회학적 구성 때문에 민주화가 될 수 없었다. 정치적 자유, 개방성 및 공개성은 정부지배계급의 속성과 정면으로 충돌하였다. 지배계급이 그러한 것들을 대신하여 중시한 것은 일치협력, 신중성 및 上司에 대한 절대적 충성이었다.

바이마르 시대의 출판외환죄소송은 주로 제1차대전 후의 베르사이유講和條約에 위배하여 설치된 비밀군사조직인 ‘黑國防軍’(Schwarze Reichswehr)에 관한 폭로보도가 이적행위 내지 국가의 안전을 위협하는 외환죄의 적용을 받은 것이다.

바이마르 공화국이 붕괴되고 나서 등장한 나치스體制는 1933년 2월 28일의 ‘獨逸民族에 대한 배신과 반역적 책모를 단속하는 긴급명령’에 의하여 그때까지 최고 15年の 징역형 이었던 외교적 외환죄(형법 제92조), 군사기밀누설죄(방첩법 제1조), 최고 무기징역 이었던 중대한 군사기밀의 누설죄(방첩법 제1조), 최고 10年 징역형 이었던 군사기밀간첩죄(방첩법 제3조)의 법정형을 모두 사형으로까지 높이고, 또 外國에게 秘密을 의식적으로 전한 경우에 그 내용이 비밀의 사실과 다를지라도 10年 이내의 징역형으로 정하였으며, 誤報의 내용이 眞實이라도 국가의 복지를 위하여 비밀로 할 필요가 있다면 그것이 오보임을 명백하게 하지 않고 外國에게 통지

한 경우와 같이 5年이내의 징역형에 처하였다(긴급명령 제2조). 그리고 외국의 신문에 이미 보도되어 비밀성을 잃은 경우에도 외환죄로 된다(同命令 제3조)고 하였다.

제2차 대전 후 이 긴급명령은 廢止되었으나 기본법 제143조는 잠정적인治安規定으로 두었다. 그리고 1950년대의 국제정세변화에 대응하여 1951年 8월의 제1차 형법개정에 의하여 반역죄, 국가위험죄, 외환죄의 규정이 재편 정비되었다. 이 법률의 改定時 외환죄는 제99조에서 제101조까지 규정되었는데 그 중에는 나치스體制下에 있던 ‘외환죄적오보’의 규정(제100조a)도 보이는 등 기본적으로는 바이마르—나치스期の 외환죄규정과 다르지 않다. 그 후 이러한 외환죄규정에 대한 비판과 판례의 영향으로, 1968年 6월 25일의 제8차 형법개정이 되었는데 이 개정에 의하여 외환죄규정도 변경되었다.²²⁾

그러나 이때 개정된 형법 제93조 제1항에서 「국가기밀」을 정의하고 있으나 동법 제2항에는 「자유민주주의적기본질서에 반하는 사실과 협정국가와 체결한 군비제한에 위반한 사실」은 이른바 「위법비밀」(illegales Geheimnis)이라 하여 국가비밀에 해당하지 않는다고 한다. 이 위법비밀이라는 思考는 1920년대 독일 바이마르期에 평화주의자들이 외환죄소송과 싸우기 위하여 주장한 것이었다고 한다.²³⁾

2. 獨逸刑法에서의 國家機密 保護法制

위에서 본 것처럼 독일에는 일반법인 국가기밀 보호법이 현재로서는 따로 규정되어 있지 않고 개정형법 제93조 내지 99조에서 비교적 상세히 열거하여 규정하고 있다.

제93조 제1항은 국가기밀에 대한 개념의 정의를 내리고 있다. 국가기밀이란 독일의 외적 안전에 중대한 불이익을 초래할 위험을 방어하기 위해,

22) 박철언, 전게논문, 115면.

23) 구병삭, “국가비밀의 보호법리와 그 적용방향”, 헌법재판소 헌법논집 제2집, 1991, 153~154면.

제한된 범위의 사람들에게만 접근이 허용되어 있고 또한 적국에 대해 비밀로 하여야 할 事實, 物件 또는 知識을 말한다고 국가기밀의 법적 개념을 정의내리고 있다. 그러면서도 제2항은 자유민주주의적 기본질서에 반하거나 또는 독일의 조약당사국에 대해 비밀이 유지되는 가운데 조약당사국 사이에 합의된 군비 제한에 반대하는 사실은 국가기밀이 아니라고 규정하여 위법한 비밀을 국가기밀 개념에서 제외시키고 있다. 실질적 비밀개념(materieller Geheimnisbegriff)이 국가기밀의 기준이 되고 있다. 따라서 국가기밀은 주권자 또는 관할관청에 의해 비밀로 표시된 것(형식적 범죄개념)이 아니라 - 비밀이라는 표시와는 무관하게 - 독일의 안전이익의 관점에서 적국에 대해 객관적으로 비밀로 해야 하는 것만을 가리킨다. 그 구체적 요건은 다음과 같다. 예컨대 ① 국가기밀의 객체, ② 인적 범위, 그리고 ③ 비밀유지 필요성 등으로 해석할 수 있으며, 94조는 모반죄, 95조는 국가기밀누설죄, 96조는 모반목적 국가기밀탐지, 국가기밀의 통지죄, 97조는 국가기밀방기죄, 97조a는 위법한 비밀누설죄, 97조b는 위법한 비밀이라고 오인하여 행한 누설죄, 98조는 모반목적간첩행위, 99조는 첩보기관의 간첩행위, 등을 규정하고 있다.²⁴⁾

이와 같이 개정되어 오늘에 이르고 있는 독일 형법 제93조 제1항은 “국가비밀이라 함은 연방공화국의 외적 안전에 중대한 불이익의 위험을 회피하기 위하여, 한정된 사람에 대하여만 접근이 허용되고 또한 타국에 대하여 비밀로 하여야 할 만한 사실, 물건 또는 지식을 말한다”고 규정하고, 제94조 제1항에서는 국가비밀을 타국 또는 그 중개자나 권한 없는 사람에게 전달하거나 공표함으로써 독일연방공화국의 외적 안전에 중대한 불이익의 위험을 가져오게 한 사람에 대하여는 1년 이상의 징역에 처한다고 규정하였다. 그리고 同條 제2항에서는 국가기밀의 유지를 담당하는 자가 그의 지위를 이용하여 기밀을 누설함으로써 독일연방공화국에 중대한 불이익을 가져오게 하는 경우에는 5년 이상의 징역에 처하도록 규정하고 있다.

24) 박달현, “독일형법상 국가기밀 보호”, 민주사회를 위한 변론 11호, 민주사회를 위한 변호사 모임, 1997, 31~32면.

3. 主要 判例

(1) 바이에른州議會SPD(Dr. Cremer)議員 事件

독일형법 제99조 제1항은 다음과 같이 규정하고 있다.

「① 외부세력의 첩보기관(Geheimdienst)을 위하여 독일연방공화국을 敵對로 한 사실, 물건 또는 지식의 전달과 교부를 목적으로 한 첩보활동을 행한 者, ② 외부세력의 첩보활동 또는 그 중개자에 대하여 첩보활동을 행할 것을 표명(sich erklären)한 자는 그 행위가 제94조, 96조 1항, 97조a 또는 97조b(제94조, 96조 1항과 관련)에 의해 처벌되지 않는 경우에 한하여 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다」고 규정하고 있다.

이 규정과 관련하여 獨逸聯邦憲法裁判所의 결정은 바이에른州의회SPD 의원(Dr. Cremer)이 누차 독일민주주의공화국(DDR)을 방문하여, 同國 첩보부원과 접촉을 가졌다는 이유로 기소되어, 형법 제99조 제1항 제1호에 의해 2년 6개월의 자유형과 공민권정지의 유죄판결을 결정했다. 이 결정을 내린 바이에른州 고등법원의 사실인정에 의하면, 同의원은 1947년부터 1979년 체포될 때까지 정기적으로 적어도 11회에 걸쳐 「연방민주주의공화국 국가치안부직원」(Mfs)과 상봉하여 독일연방공화국의 정치영역에 관한 지식을 건네주었다는 것이다. 이에 대하여 當議員은 연방헌법재판소에 다음과 같은 이유로 헌법소원을 제기하였다.

① 형법 제99조 1항 1호는 그 구성요건이 불명확하여 법치국가원리에 위반한다. ② 同號는 기본법 제5조 1항의 표현의 자유로서의 알 권리에 위반한다. 또 독일민주주의 공화국의 국민과의 대화를 阻止하는 것은 기본법의 兩獨逸 再統一의 요청에 불 때 의심스럽다. ③ 同號는 국가의 안전을 침해하지 않는 경우에도 처벌하나, 이점은 형법 제94조 제1항 제2호에, 국가기밀을 공표해도 그 공표가 연방공화국을 不利하게 하고, 他勢力을 有利하게 할 의도가 없는 限 처벌되지 아니 한다고 규정한 것과, 위법비밀을 공표해도 처벌되지 아니한다(형법 제93조 제2항, 제97조a)와 比較해 볼 때 일반적 평등원칙에 위반한다. 또 구체적 구성요건이 缺如되어

있고, 恣意的이다. ④ 바이에른州 고등법원의 판결은 법원이 증거취급에 있어서 일방적으로 신청인에게 입증책임을 지우고 있음은 평등조항(기본법 제3조 제1항)에 위반한다. ⑤ 소송절차에 있어서도 刑訴法 제251조 2항에 證人の 法廷심문을 할 수 없는 경우에는 다른 심문조서와 本人이 쓴 문서를 법정에서 朗讀하도록 허락하고 있으나, 이 판결에서는 증인될 자를 국가기관이 住所를 감추어 두고, 그 문서만 조사한 것으로 판단하였다. 이러한 절차는 형사소송법상의 직접성원칙 및 공정절차원칙에 위반한다. 또 형소법 제251조 제2항은 나치적 觀念에 의한 것이므로 헌법상 의심스럽다.

이에 대하여 연방헌법재판소에서는 다음과 같이 결정을 내렸다

①형법 제99조 제1항 제1호는 기본법과 합치한다. 특히 기본법 제103조 제2항과 기본법 제5조 제1항에 위반하지 않는다.

②형소법 제251조 제2항은 피고인의 법치주의적 형사절차, 특히 공정형사절차에 위반하지 않는다. 본 항이 규정한 증인을 「확보하지 못했다는 것」(Unerreichbarkeit)은 관청에 의한 거부, 예컨대 本人의 居所를 알리는 것을 거부하거나 공무원의 비밀보유의무에 관련 있는 사항에 대하여 그 部下에게 허가하지 않는 경우에도 결정이유에서 든 기준이 법치주의·공정형사절차에 위반하지 아니한다.

③ 피고인의 공정절차를 요구하는 청구권과 「傳聞證據」의 증거자료와는 원칙적으로 모순되지 아니한다. 분명히 이 증거자료를 일정한 限度에서 신뢰하려면 사실심재판의 증거가치평가 및 그 이유를 특히 필요로 한다. 특히 이 점은 증거인의 匿名의 경우에도 들어맞는다.

연방헌법재판소는 이 결정에서 형법 제99조 제1항 제1호를 合憲이라 판단하였다. 이 판단에는 獨逸의 국가비밀법제의 제한 없는 확대요인이 포함되어 있다. 즉 本號의 대상영역은 「고전적 첩보(Klassische Spionage)의 대상」을 초월한 것이라 하고, 형법 제99조 제1항 제1호의 합헌성을 판시하였다.

첩보기관의 노력은 오늘날 외국의 모든 사항을 체계적으로 탐사하고 그

것에 의해 그 나라의 군사적·정치적·경제적·정신적·도덕적 힘의 全體像을 최대한 파악하려는데 있다. 이와 같은 기초위에 자국의 潛在力의 계획적인 構築을 하게 되며, 외국의 弱點을 이용하여 국제정치에서의 권리·정치상의 우위를 획득한다.²⁵⁾ 결과적으로 독일의 국가비밀보호법제는 그 필요성과 불필요성의 기본적 해결을 統獨의協助, 理解 등에 두고 나아가 국제평화와 軍備철폐에 두고 있다고 하겠다.

(2) 슈피겔事件

슈피겔(Spiegel)誌는 1962年 10월 10일호에 限定的防衛能力(bedingt Abwehrbereit)이라는 제목으로 기사를 게재하였다. 이 기사는 나토(NATO)군사연습 “팔렉스 62”(Fallex 62)의 결과로부터 볼 때, 독일연방군은 「한정적 방위능력」을 갖는 것에 불과하다고 하면서, 독일연방군의 핵무기에 의한 장비와 당시의 연방국방장관인 슈트라우스(Strauss)의 군사확대 계획에 대하여 반론 기사를 게재하였다. 발행당일과 그 다음날에 이 기사에 대하여 연방검찰총장은 해당 잡지사의 발행인인 아우구스타인(Rudolf Augustein)과 편집자 알러스(Conrad Ahlers)에 대하여 형법 제100조 제1항의 외환죄의 혐의가 있다고 하여 수사절차를 개시하였다. 연방검찰총장은 발행인과 편집자의 체포와 슈피겔사의 강제수사·압수 등을 명령하였다. 발행인에 대한 외환죄의 혐의에 의한 수사절차로서 당해 피의자의 신병, 주거, 그리고 이외의 장소, 함부르크(Hamburg)와 본(Bonn)의 전체사무소, 피의자의 서고의 수사, 그리고 수사에 의하여 발견된 증거물과 수집물의 압수를 명하였다. 수사는 야간에도 인정되었다. 수사의 법적근거로는 피의자는 형법 제100조 제1항 외환죄 위반의 중대한 혐의가 있으며, 피의자에 의하여 누설된 국가기밀은 공무원이나 연방군 군인으로부터의 것이어서, 피의자나 그의 위탁을 받은 자에 의한 공무 혹은 임무위반을 위한 금전증여, 혹은 이외의 이익공여의 가능성이 있다고 하였다.

체포영장은 피의자는 연방공화국의 복지를 위하여 외국정부에 대하여

25) 구병삭, 전게서, 14면.

비밀로 하는 것이 필요한 연방군과 NATO에 관한 사실을 비밀유지의 필요성을 알면서 그리고 이 누설이 연방공화국에게 위협성을 가져온다는 것을 긍정하면서 의식적·의욕적으로 공중에 알렸다고 하는 중대한 의심이 존재한다고 하면서 1964년 10월 15일 이들을 기소하였으나 1965년 5월 13일 연방헌법재판소는 양자에 대한 외환죄를 부정하는 결정을 내렸다.

이에 대하여 연방헌법재판소의 판결은 슈피겔 사에 대한 일연의 강제조치에 대하여 헌법소원의 용인여부가 문제가 되어 재판관 8명의 4대 4로 헌법소원이 각하되었다.²⁶⁾

판결 중 견해가 엇갈린 부분은 법치국가원리와 관련한 搜索의 내용·목적·범위의 불명확성·야간집행 등과, 형사절차와 관련한 언론사의 편집비밀의 보장, 증거강제의 금지, 搜索·押收의 금지 등에 대한 평가부분이었는데 그 중 특히 搜索命令의 실질적 내용에 대한 위헌성여부를 둘러싼 견해 차이를 보면 다음과 같다.

수색명령의 위헌성을 주장한 견해는 아래의 주장을 그 논거로 삼았다.

① 간첩들에 의한 ‘통상의 외환죄’와 언론사에 의한 국가기밀의 공표와는 구별되어야 한다. 민주주의국가의 기본요소를 이루는 자유로운 공개적 토론에서 군사문제의 영역을 제외할 수는 없다. 정부의 防衛構想, 군대의 공격력, 防衛準備를 위한 조치의 일반적 효과, 군사목적예산의 결함이나 올바른 사용을 논하고, 公衆에게 이러한 여러 가지 문제와 그 판단에 필요한 상황을 보도하는 것은 언론사의 정당한 의무이다.

② 소위 ‘모자이크理論’은 ‘출판외환죄’에 적용되어서는 아니 된다. 즉 이미 알려져 있거나 일반에게 알릴 수 있는 상태의 개별적인 사실을 체계적으로 종합하여 국방의 중요한 요소의 全體像을 구성한 경우에도 국가기밀을 누설한 경우에 해당한다는 위 이론은 인정될 수 없다.

③ 軍事機密保持의 필요성이나 국익에 유해하다고 하는 문제는 군사적 이익의 관점에서만 판단해서는 안 된다. 오히려 민주주의원리에서 유래하는 공중의 알 권리와 토론의 권리가 그에 대치되어야 한다. 國防體制의

26) 김수철, “국가기밀과 보도의 자유 「독일연방헌법재판소 제1법정 1966년 8월 5일 판결 (BVERFG 20, 162 Spiegel 판결)」”, 사법행정 제41권 9호, 한국사법행정학회, 2000, 16~18면.

본질적인 弱點을 폭로하는 것이 당장은 군사적 불리로 비칠지 몰라도 장기적으로는 비밀을 지키는 것보다 중요한 면이 있다. 이러한 위헌론에 대하여 다른 4인의 法官은 위헌으로 단정할 수는 없다고 하며 아래의 논거에 의거하여 그 주장을 폈다.

① ‘출판외환’은 형법 제99조, 제100조의 구성요건에 해당하는 것이다. ② 슈피겔誌의 그 기사는 법관이 未公表의 기사라고 생각할지라도 결코 잘못은 없다. ③ 이 記事中에는 오리지널한 국가기밀도 포함되어 있으므로 ‘모자이크理論’을 운위할 여지가 없다. ④ 따라서 ‘모자이크理論’의 적용이 헌법상 의문이 있지 않을까 하는 점은 이 사건에서는 처음부터 문제로 되지 않는다.²⁷⁾라고 하여 국가의 비밀을 보호하는 방향으로 결정을 내렸다.

(3) 패치事件

헌법보장국(Verfassungsschutzamt)에 근무하던 패치(Patsch)가 헌법보장국과 연합국이 공동으로 한 우편전신의 감시활동 특히 도청활동이나 국내의 직원 중 前나치스黨員의 존재 및 局의 내부적 분위기에 관해서 슈피겔誌에 공표할 것을 예상하여 변호사에게 알려주었는데, 이 때문에 패치는 국가기밀을 외부로 누설하였다는 罪目으로 재판에 회부되었다.

이 사건은 바이마르時代 이래 자주 논의된 ‘위법한 국가비밀의 누설이 문제로 된 것인 바, 연방법원이나 연방헌법법원은 이 문제에 대하여 그 공표의 방법을 따져 직접으로 公衆에게 호소하는 경우와 의회나 관청을 통하여 해결하는 경우로 나누어 판단하였다. 이 견해는 1968년의 제8차 형법개정시의 위법한 국가비밀에 관한 제93조 제2항, 제97조a, 제97조b와도 관련이 있을뿐더러 현재의 독일의 국가기밀에 대한 기본적인 태도를 나타내고 있다.

연방법원의 1965年 11月 8日の 判決은 먼저 공적사항의 위법이나 불법을 비난하는 국민의 권리에 관하여 다음과 같이 논급하였다. 이 권리의

27) 박철언, 전계논문, 123면.

행사가 국가기밀의 폭로를 부득이하게 하는 경우에는 기밀보존의 의무와 충돌하나 이 때 외환죄규정을 언론의 자유를 制約할 수 있는 ‘일반적 법률’로 바로 인정해서는 아니 되고 오히려 이 법률은 다시 헌법에 의하여 제약된다고 하는 상호관계에 있는 것으로 생각하여야 한다.

이러한 국가행위의 비리에 대한 비난이 국가기밀의 언급을 수반하는 경우에는 원칙적으로는 그 언급이 필요한 범위에 한정되고, 공중에게 호소하기 전에 권한이 있는 관청이나 의회에 가져갈 필요가 있다. 그러나 위법의 중심영역을 침해하는 경우에는 그것이 국가기밀을 폭로하는 것이 되어도 바로 공중에게 호소할 권리를 가진다. 여기에서 말하는 위법의 중심영역이란 폭력지배를 특징으로 하는 전체주의국가에 대립하는 의미에서 민주주의적 헌법국가에 고유한 것, 특히 국민주권, 국력분립, 정부의 책임제 및 交替制, 법치국가원리, 법원의 獨立, 반대파가 헌법에 의하여 形成되어 행위를 한 후의 다수결원리라는 것이 그 要旨이다.

이처럼 ‘위법한 국가기밀’에 대하여 비판할 때 이것을 단계적으로 구분하여, 권한이 있는 관청이나 의회에 먼저 호소하는 경우와 국민에게 직접 호소하는 경우로 나누는 소위 ‘단계설’은 연방헌법법원의 1970年 4月 28日 決定에서도 답습되어 승인 받았다. 연방헌법법원에의 이 헌법소원은 위 연방법원이 피고인을, 공무원의 직무상 비밀의 폭로에 의하여 중대한 공적이익을 위협한 경우의 처벌을 규정한 형법 제353조b 위반을 이유로 징역 4개월에 처하자 피고인이 제기한 것이다.

헌법법원의 결정은 먼저 위 형법규정을 합헌이라고 판단하였다. 그리하여 헌법위반의 국가행위가 있다고 믿는 공무원에 대하여 공중에게 호소하기 전에 민주주의적인 제도상의 절차를 밟도록 의무를 지워도 언론의 자유를 침해하는 것은 아니라고 하였다. 그리고 이 사건에서는 중대한 헌법침해가 있었다고도 할 수 없으며, 그 비밀의 폭로로 말미암아 연방관청의 업무, 특히 同盟國과의 협력활동을 현저하게 손상하였다고 하였다.

1963年 형법개정시 이러한 위법한 국가기밀과 관련하여 외환죄규정이 개정되기에 이르렀다. 즉, 먼저 제93조 제2항은 “자유민주주의적 기본질서

에 反하는 사실 또는 국가간의 군비제한협정(상대국과의 관계에서 비밀보지의 상태에 있는 것)에 위반하는 사실은 이미 그 공표가 형사상 처벌될 수 있는 성질의 국가기밀은 아니다”라고 하였다.

이것은 바이마르時代 이후 오랫동안 논쟁이 되어왔던 ‘위법한 국가기밀’의 개념을 입법적으로 정의한 것이다. 결국 이것은 대외적인 안전에 대한 배려보다 법원의 침해나 평화노력에 관하여 솔직한 논의가 가능하도록 공중에게 관심을 불러일으키는 것을 우선 시켰다.

그러나 제97조a는 “위법한 비밀사항이라도 외국이나 중개자에게 전달하여 국가의 대외적 안전에 중대한 불이익이 될 위험을 초래한 것은 외환죄로서 처벌한다”고 규정하였고, 또 제97조b는 국가기밀을 ‘위법한 비밀’로 오인하고 누설이나 공표를 한 경우에는 ① 그 誤認에 행위자가 책임이 있는 경우, ② 위법한 상태를 방지하려는 의도로 행동하지 않는 경우, ③ 그 행위가 당시의 상황에서 위법을 방지하기 위한 적절한 수단이 아닌 경우에는 외환죄로 처벌하도록 규정하고, 그 경우 행위자가 사전에 연방의회의 議員에게 助力을 구하지 않았으면 통상 적절한 수단으로 볼 수 없다고 규정하였다.

이러한 제 규정은 ‘위법비밀’의 개념이 극히 신중한 배려 하에서 승인되었다는 것을 의미한다. 그리고 이러한 규정 및 앞에서 본 판례의 태도는 한 마디로 말한다면 국가비밀을 회의내 혹은 권한 있는 관청 내에 동결하고자 하는 것이다. 이것은 직접적인 폭로에 의하여 야기될 수 있는 정보의 혼란상태와 煽動을 방지하기 위함일 것이다.

그러나 현재에는 국가비밀의 공표는 적어도 그것이 독일연방공화국에 손해를 주고, 혹은 외국정부에 加擔하는 것을 의도한 경우, 또는 방치된다면 국가비밀의 公表가 국가의 안전에 심각한 위기를 초래하는 경우에 한하여 처벌할 수 있다. 이리하여 국가기밀을 착오로 잘못 公表한다고 하는, 저널리스트들에게 항상 따라다니던 위험성은 현저하게 경감되었다.²⁸⁾

28) 박철언, 전계논문, 124면.

4. 判例의 特徵과 問題點

이상에서 살펴본 바에 의하면 독일 형법에서는 “국가기밀”에 관한 죄로 처벌하려면 해당 사실이나 물건 또는 지식이 한정된 사람에게만 지득이 가능하고 일반인에게 공지되지 아니한 실질적인 비밀이어야 할 것을 요구하고 있다.

그리고 처벌 형량도 우리나라의 경우와 달리 사형, 무기징역형이 없고, 신분법인 가중처벌의 경우에도 우리나라의 국가보안법 제4조 제2항 제1호의 ‘나’ 목의 경우보다 가벼운 형을 부과하고 있음을 알 수 있다.

특히 슈피겔사건은 전후 서독을 위한 전후 민주주의의 하나의 시금석이었다고 말하여 진다. 국방부와 국방부장관의 독주, 정권의 통제력의 결여를 표현한 것이기도 하다. 그러나 이와 같은 상황에 대한 독일의 정치가, 학자, 예술인, 언론계의 정치적 반응도 컸었다. 만약 우리나라에서도 이 같은 사건이 일어나서 수사가 진행되었다면 어떤 반응이 있었을까를 생각하게 된다.

이상과 같은 諸決定은 다음과 같은 이론구성에 기초하고 있음을 알 수 있다. 첫째, 프레스는 국민과 국회에 있어서의 그 대표자 및 정부간의 끝없는 연결 및 관리기관(Verbindungs und Kontrollorgan)이다. 둘째, 기본권 5조는 정보의 수집으로부터 보도, 의견의 진수까지의 활동을 보장하고 있으며 따라서 프레스의 자유는 어떤 종류의 사적정보제공자와의 신뢰관계도 보장(편집의 기밀)된다. 셋째, 국가기밀과 프레스의 자유는 동격의 헌법적 가치를 갖는다. 국가기밀을 보호법칙으로 하는 법률의 적용에는 제한·제한의 이론(프레스의 자유는 일반법률에 의하여 제한을 받지만 그 일반법률은 의견의 자유의 관점에서 해석될 것이고 의견의 자유를 제한한 효과를 갖는다면 다시 이를 제한)에 기해 이익형량을 한다. 넷째, 국가기밀로 보호되는 국가의 존립이란 단순히 그 조직적 구조를 의미하지 않고 국가행위에 대한 국민의 향시의 비판과 동의를 요소로 한 자유민주주의적 기본질서의 유지에 있다. 다섯째, 군사문제에 관해서도 국민의 알 권리와

토론의 권리의 상호작용을 위해 보도를 행함이 정당한 의무이다.

다만 이러한 판결은 위법한 국가기밀을 통상의 국가기밀과 구별하여(개정형법도 일치)국내에서의 민주주의의 토의의 대상으로 일단 승인한 것은 높이 평가할 것이나, 권한관청이나 의회에서 처리될 것을 예정한 점에 그 한계성을 보이기도 한다. 이 판결에서 밝힌 직접적인 국민에의 호소를 개정형법은 명문으로 규정하지 않은 점은 일보후퇴가 아닐 수 없다. 국민주권원리에 국민이야말로 최초로 알 권리를 갖는다는 비판은 타당하지 않을 수 없다.²⁹⁾

第2節 우리나라

I. 우리나라에서의 國家機密保護의 現實

1. 國家機密의 指定背景

우리나라는 세계 어느 나라보다도 국가안보 문제에 대해서는 어려운 상황에 처해있다. 남북으로 동족이 서로 이념을 달리하는 반국가단체로 대치하고 있는 상황이다.

우리 대한민국은 1945년 해방과 함께 남북으로 국토가 양단되는 비운을 겪었고, 남에는 민주주의 정부가 수립되고 북에는 괴뢰집단이 들어서게 되었다. 그 후 공산괴뢰집단의 남침으로 급기야는 6·25라는 민족의 비극을 겪었고, 1953년 비록 휴전이 되었지만은 현재까지 북괴는 계속하여 유형무형의 방법으로 대한민국에 대한 침략을 노리고 있으며, 오히려 오늘날에 와서는 이러한 침략의 가능성을 더욱 높이고 있어 온 국민의 자각이 요구되고 있다.

한편 현대에 이르러서는 과거와 같은 局地戰의 양상을 벗어난 국가의 정치, 경제, 사회, 문화 등 모든 역량을 사용하는 總力戰의 양상을 이루게

29) 안용교, 전계논문, “보도의 자유와 국가기밀”, 153~158면.

되었고, 이와 아울러 우리가 생활하면서 지득하는 모든 사실이 사실상 국가의 안전을 위하여 보호될 필요성이 있는 정보사실로 파악하게 되었고, 이에 따라 복귀는 우리에게 대한 각종의 정보를 수집하기 위하여 간첩들을 침투시키고 있음은 주지의 사실³⁰⁾이고, 작금에는 고정간첩사건과 핵실험 등으로 우리의 안보현실이 더욱 불안한 상태에 놓여 있다.

이러한 상황 하에서도 아직 국가기밀의 보호를 위한 통일된 입법은 이루어지지 않고 여러 개별 법률에 산재해 있어, 조속히 국가기밀을 보호하고 나아가 국민의 알 권리와 언론의 자유가 동시에 보장될 수 있는 입법 체계가 마련되어야 할 상황이다.

2. 國家機密의 保護法制

우리나라의 국가기밀에 관한 법률로서 크게는 국가정보원법, 국가보안법, 군사기밀보호법, 군형법, 형법, 국가공무원법, 지방공무원법, 국회에서의 증언·감정 등에 관한 법률 등에서 찾아 볼 수 있다.

① 국가기밀보호법에 관해서는 형법에서 간첩죄(제98조), 일반이적죄(제99조) 및 외교상 기밀누설죄(제113조), 공무상비밀누설죄(제127조)의 규정을 두고, 국가보안법에서는 간첩에 대한 가중처벌규정(제7조)과 군사기밀보호법, 군용전기통신법, 해군기지법 등에서 규정하고 있다.

② 국회의 직무와 관련해서도 국회법(제118조, 제155조), 국회에서의 증언·감정 등에 관한 법률(제4조)에서 규정하고 있다.

③ 소송에서의 비밀에 관한 증언과 관련해서는 형사소송법(제147조)에서 규정하고 있다.

④ 국가안보에 관한 비밀의 지정 등에 관해서는 국가정보원법에 근거한 보안업무규정(대통령령), 보안업무규정시행규칙(대통령훈령)에서 규정하고 있다.

⑤ 공무원의 비밀엄수에 관해서는 국가공무원법(제60조), 지방공무원법

30) 김용덕, 전게서, 55면.

(제52조), 국가정보원법(제17조, 제32조), 법원공무원규칙(제69조) 등에서 규정하고 있다.

이상에서 규정하고 있는 국가기밀에 관련된 법률들의 특징을 정리해보면, 먼저 형법상의 간첩죄·일반이적죄·국가보안법·군사기밀보호법 등에서는 비밀 그 자체의 보호를 직접 목적으로 하며, 따라서 비밀의 탐지·수집·누설 전부를 금지하고 있다. 다음으로 공무원법상의 비밀엄수의무와 형법상 비밀누설죄 등에서는 일정한 지위에 있는 자에게 비밀누설금지의 의무를 지우고 위반자에게는 행정적 또는 형사적 제재를 가하고 있다. 마지막으로 ‘국회에서의증언·감정등에관한법률’과 ‘형사소송법’ 등에서는 국정조사절차, 민사 및 형사절차에 있어서 공무원 또는 공무원이었던 자가 증인 등으로 된 경우에 직무상 비밀의 유지에 관한 것 등을 규정³¹⁾하고 있고, 군사기밀보호법의 시행령에서는 군사기밀의 내용이 누설되어 국가안전보장에 미치는 영향의 정도에 따라 군사Ⅰ급 비밀, 군사Ⅱ급 비밀 및 군사Ⅲ급 비밀로 구분하고 있다(동법시행령 제2조). ‘형법’ 제98조 제2항과 ‘군형법’에서는 군사상 기밀의 누설죄를 처벌하고 있는데, 군형법상의 형이 일반형법보다 훨씬 중하다. ‘국가공무원법’ 제60조와 ‘지방공무원법’ 제52조는 공무원의 직무상 지득한 비밀을 엄수하도록 규정하고 있는데, 이에 위반할 경우 징계처분을 받을 뿐만 아니라 형법상의 비밀누설죄(제127조)에도 해당한다. 그리고 ‘국회에서의증언·감정등에관한법률’ 제4조 제1항의 단서에서도 일정한 경우 군사·외교·대북관계의 국가기밀에 관한 사항으로서 그 발표로 말미암아 국가안위에 중대한 영향을 미친다는 주무부장관의 소명이 있는 경우에는 직무상 기밀에 속한다는 이유로 증언이나 서류제출을 거부할 수 있도록 하고 있다.³²⁾

3. 主要 判例

31) 김수훈, 전계논문, 95~96면.

32) 김배원, 전게서, “알 권리의 한계로서의 국가비밀”, 193면.

(1) 外交上 國家機密漏泄 事件

1986. 8. 한국일보 편집부의 金周彦기자가 문공부 홍보정책실에서 동 신문사에 전달된 “보도지침”(85. 10.부터 86. 8.초순까지의 내용)을 접하고, 이를 복사하여 “민주운동언론협의회”에 넘겼다. 同협의회의 金泰弘 공동대표 및 愼洪範 실행위원은 이를 편집하여, “보도지침 : 권력과 언론의 음모—권력이 언론에 보내는 비밀통신문”이라는 제하에 동 협의회의 기관지인 “말” 특집호(1986. 9. 6. 발행)에 게재하였다. 이들은 형법의 외교상 비극누설죄위반 등의 혐의로 기소되었다. 게재 내용 중에 외교상 기밀이 포함되어 있다는 것이다. 이들에게는 그 밖에도, 관련 행위를 이유로, 형법상 국가모독죄, 국가보안법 위반의 혐의가 덧붙여졌다. 서울형사지방법원은 1987. 6. 3. 판결³³⁾에서 이들 모두에게 유죄판결을 내렸다. 다만 김태홍 공동대표, 신흥범 실행위원에게는 집행유예, 김주언 기자에게는 선고유예가 내려졌다.

판결문은 「피고인 甲은 합동통신사에서 해직된 기자로서 해직언론인들이 주체가 되어 결성한 민주언론운동협의회(이하 민언협이라 한다)의 공동대표와 사무국장을 겸임하면서 민언협의 기관지인 “말”의 제작, 배포 등의 업무를 관장해 오던 자이고, 피고인 乙은 조선일보사에서 해직된 기자로서 민언협의 실행위원으로 선임되어 위 “말”지의 제작에 관여하던 자이고, 피고인 丙은 한국일보사 편집국 편집부기자로 근무하던 자인바, 피고인들은 1986. 5. 초순경부터 같은 해 8. 15.까지 사이에 정부가 국내언론기관에 이른바 “보도지침”을 내리는 형식으로 언론을 통제하고 있다고 생각하고 이를 국민들에게 알리기 위하여 피고인 丙이 그가 근무하던 한국일보사가 1985. 10.부터 1986. 8.까지 사이에 문화공보부 홍보정책실로부터 보도 여부나 시기 및 내용 등에 관하여 받은 제반 협조사항을 빼내 오면 피고인 甲, 乙이 이를 자료로 하여 “말”지의 특집호를 발행, 배포하기로 순차 공모하여, 1986. 8. 하순경 서울 중구 을지로 3가 소재 삼원인쇄소에서 피고인 丙이 빼내 온 위 협조사항 중 외교상 기밀에 해당하는 ① 한·

33) 서울형사지방법원 1987. 6. 3. 선고, 87고단503 판결.

중공 합작회사 설립은 기사화하지 말 것, ② F-15기 구매와 관련, 뇌물공여 조사 청문차 내한하는 미 하원 소속 전문위원 3명 관련기사 보도 억제, ③ 산케이신문이 보도한 “남북 정상회담 아시안게임 전 평양서 열릴 듯”은 전제하지 말 것, ④ F-16기 1차분 인수식 국방부 발표 시까지 보도하지 말 것, ⑤ 미 국방성 핵적재 전투기 배치에서 한국은 빼고 보도할 것, ⑥ 한·베트남 무역거래 활발은 보도 불가, ⑦ 미국 F.B.I. 국장 방한(1.12.-16.) 사실 일체 보도 억제 등 7가지 사항을 포함하여 다른 협조사항들이 실린 “말”지 특집호를 제작하여 이를 명동성당 등에 배포함으로써 외교상의 기밀을 누설한 것이다.”라고 판시하고 있다.

이 사건의 심리과정에서, 국가기밀이란 무엇이냐는 등의 문제를 둘러싸고 검사와 변호인간에 논란이 벌어지기도 하였다. 공소장에 적시된 국가기밀들을 외무부가 과연 비밀로 분류한 사실이 있는가라고 변호사가 따진데 대하여 비밀로 분류되었다고 해서 국가기밀이고, 분류되지 않았다고 해서 국가기밀이 아니라고 판단하는 사실을 어떻게 법원이 국가기밀이라고 판단할 수 있는가, 또 설사 외무부가 국가기밀로 분류했다 하더라도 다른 나라에서 다 아는 사실은 외교상 국가기밀이 될 수 없지 않는가하고 반박하기도 하였다.

판결문을 보면, 외교상 기밀누설 부분에 관하여 극히 간략한 언급을 발견할 수 있을 뿐이다. 「(게재된)내용 중에는……등 대한민국이 외국과의 관계에 있어서 대한민국의 이익을 위하여 保持하여야 할 외교상 기밀사항이 포함되어 있는데 이를 다른 협조사항과 함께 편집, 제작하여……배포함으로써 외교상의 기밀을 누설하였다」는 것이다. 그것이 전부이다. 비밀이란 무엇인지, 정부기관에 의해 비밀로 지정, 분류된 것만이 해당되는 것인지, 비밀과 알 권리의 충돌은 어떻게 해결되어야 할 것인지 등에 관하여는 아무 논급이 없다.

또 한 가지 이해되기 어려운 점은, 선고 공판에서 일부 무죄선고 부분에 대한 이유를 밝히는 가운데 이미 국내외 신문에 보도된 사항은 기밀성이 상실돼 외교상 기밀로 볼 수 없다고 판시하고 있음에도 불구하고 정작

판결문에서 외교상 기밀누설에 해당되는 것으로 인용되고 있는 내용을 보면, 이미 외국신문에 보도된 사실이 포함되어 있다는 점이다. 이 사건의 담당판사는 공정한 裁判의 운영을 위해 흔치 않은 노력을 보여준 것으로 보도되었으나, 앞서 본 바와 같이 위 判決은 판결문의 내용상 납득하기 어려운 점이 있고 이론구성에도 미진함이 있다는 점에서 아쉽다 할 것이다.³⁴⁾

(2) 東洋通信 軍事機密漏泄 事件

1968년 6월 17일 국방부장관이 국방 분과위원회에서 증언한 내용을 6월 21일자 동양통신 3편에 ‘전투태세 완비 계획 확정’이라는 제목의 기사로 취재·보도함으로써 동양통신사 편집부장, 사회부차장대우와 취재기자 등이 군사기밀누설 및 반공법위반혐의로 기소됨으로써 문제된 사건인데, 이 사건으로 동양통신을 전제한 경향신문, 대한일보, 신아일보를 비롯하여 이를 전제하지 않은 동아일보·조선일보를 포함해서 8개 중앙일간지와 5개 방송국 및 2개 통신사의 간부·기자 등이 8일 동안에 30여명에 달하는 언론인이 소환되어 審問을 받았으며 지방신문에까지 확대된 사건으로 우리 언론사상 유래 없이 가장 많은 언론인들이 관련된 사건이다.

검찰이 군사기밀누설 또는 반공법위반 혐의로 보는 보도내용은 ① 문제가 된 동양통신 6월 21일자 제3편을 전제한 내용 ② 6월 17일 국회에서 최영희 국방부장관이 증언한 내용 ③ 같은 날 국회 문기식 국방분과위원장이 발언한 내용 및 ④ 공화당의 귀향보고서에 실린 내용 등인데 이것은 모두 국방부가 국회에 제출한 68년도 제1회 추가경정예산 제안 설명서에 기재된 것으로 이 문서는 3급 비밀로 분류되어 있었던 것이다.

이에 대해 언론계와 야당인 신민당에서는 국회의 공개회의석상에서 최영희 국방부장관에 의해 공개 낭독된 내용이며 따라서 그 내용은 본질상 이미 비밀성을 상실한 것이므로 군사기밀누설이 될 수 없으며 더구나 적을 이롭게 할 목적이 아니므로 반공법위반이 될 수 없다고 주장했다.

34) 박철언, 전제논문, 200면.

이 사건에서 문제가 되는 것은 국가기밀이 절대적이나 상대적이나 하는 점과 피고인들이 과연 보도해서는 안 될 국가기밀이라는 점을 인식했느냐 못했느냐가 중요한 것 같다.

예컨대 태평양전쟁 時 미국이 일본에 언제 어디를 폭격한다고 예고하고 실행했던 일이 왕왕 있었고 미국은 발표를 하는 것이 더 이익이 많다고 판단했었기 때문에 그렇게 했을 것이다.

이와 같이 군사상의 기밀이라고 하여 언제 어디서나 절대로 발표해서는 안 된다는 것이 아니라 정세에 따라서는 自國의 이익이 된다고 생각될 때는 적극적으로 선전할 수도 있는 문제이다.

성질상 국가기밀이라 할지라도 그것을 발표하고 안하는 것은 국가정책의 문제이며 그것을 누가 결정하느냐 하는 것은 국가제도의 문제이다. 이렇게 볼 때 기자에게 적을 이롭게 하거나 발표해서는 안 될 군사상의 기밀이라는 인식의 유무에 초점이 맞추어져야 할 것이다.³⁵⁾

결국 이 사건에 대한 대법원의 판결에서는 언론보도의 무죄를 확정하면서, 국가기밀이라도 공개석상에서 토론된 것은 그때부터 기밀성이 상실되며, 이를 보도하여 군기를 누설하고 이적 행위를 했다는 범의를 인정할 수 없으며, 또 정부가 보도관제를 요청했다 하더라도 그것은 정부와 언론기관의 상호협조를 의미하는 것일 뿐이라고 하여 국가안보 등의 국익은 국민들이 주어진 정보로 올바른 판단을 할 때에 가능함을 역설했다. 결국 국익관련보도의 범위와 한계설정에 있어서 중요한 점은 무엇이 국익이나에 대한 견해의 충돌이 특히 심한 국가안전보장과 관계되는 국가비밀의 범위를 실정법상 축소시켜 규정할 것이고, 그에 대한 법원의 판단도 가능한 범위에서 국민의 알 권리를 우선하는 조화적 해석에 기초하여 언론기관의 보도가 결국에는 국익에 이바지 한다는 점을 확인해야 할 것이다.³⁶⁾

(3)月刊朝鮮·新東亞 印刷沮止 事件

35) 김명희, 김동숙, “국가안보와 관련된 보도의 문제”, 저널리즘 연구 제1호, 이화여자대학교 언론·홍보·영상학부, 1971, 6~7면.

36) 강경근, “국익관련보도의 사법적 한계”, 언론중재 제11권 제2호, 언론중재위원회, 1991, 24면.

당시 전 신민당 대통령 후보이었던 김대중씨가 1972년 유신선포 후 외국에서 반정부 활동을 벌이던 중 1973년 8월 8일 일본 동경에서 괴한들에게 납치되어 5일 만인 13일 서울 동교동 자택 앞에 나타난 사건을 세칭 “김대중 납치사건”이라고 한다. 이 사건에 관하여 당시 중앙정보부장이었던 이후락씨가 14년 만에 진술한 내용을 조선·신동아 두 월간지가 1987년 10월호에 게재하여 발행하려 하였다.

진술내용 중 이후락씨는 당시 박정희 대통령은 납치지시를 한바 없고 살해할 계획도 없었으며 자신과 중앙정보부가 관련되었음을 시사하였다. 두 월간지가 발간되기 前 정부 측은 내용 중 공권력 개입에 관한 부분에 이의를 제기하여 1987년 9월 19일 자정 무렵 문화공보부 홍보정책실 관계자가 기사의 상당부분의 삭제를 요망하였다.

9월 20일 새벽 다시 기사전체를 게재할 수 없다고 통보하며 두 월간지의 인쇄 현장에 가서 인쇄중인 것을 중단시키는 사건이 발생하였다.

9월 24일 문공부는 이후락씨의 발설은 믿기 어려울 뿐만 아니라 당시 한일양국은 수사결과 공권력 개입이 없었다고 결론이 난 사항으로 국제외교상 중대한 국익손상이 우려되는 사안일 뿐만 아니라 이후락씨가 재직 중 직무상 취득한 비밀을 누설하는 것 등은 실정법위반이라 하였다.

이에 양사 기자들은 항의 농성에 들어가고 9월 25일 대한 변호사협회도 법적 문제점을 비판하는 성명을 발표하는 등 국내외적으로 파문이 확산되었다. 당시 집권당인 민정당은 6. 29선언을 발표한 후라 과거 권위주의 정치체제를 과감히 청산하겠다는 6. 29선언의 실천의지가 시험대에 오른 사건이 되었다.

더욱이 이 사건은 언론출판에 대한 사전검열제와 허가제를 인정하지 않는 우리헌법정신에 정면으로 도전하여 민주적 기본질서의 뿌리를 부정하는 언론의 자유를 부정하는 헌법과괴행위라는 근본적인 문제에 직면하였다.

사건의 심각성에 당면한 당시의 집권당인 민정당은 노태우 총재가 주재하는 당직자 회의에서 이 문제는 언론사 자율과 책임에 맡긴다는 입장을

표명하고 다음날 문공부 장관이 양 언론사의 자체적 판단에 따라 출판될 사안이라는 정부의 공식견해를 발표함으로써 수정 없이 발간되어 일단락 되었다.

이 사건은 국가이익과 언론의 자유 또는 국민의 알 권리간의 마찰과 갈등을 자유민주주의 국가에서 어떻게 조화롭게 해결해나갈 것인가에 대하여 많은 점을 시사하였고 언론의 국가이익 침해여부의 문제가 생겼을 때 그 판단권을 행정부·사법부·언론사·국민 중에서 어디다 맡겨야 하느냐의 쟁점을 부각시켰다고 하겠다.³⁷⁾

(4) 우리나라의 ‘主防衛線, 서울北方移動’ 報道 事件

1965년 2월 12일자 중앙일간의 주요 신문에 국회국방위원회비밀위원회에서 국방장관이 ‘우리나라의 주방위선이 서울 북방으로 이전됐다.’는 선언을 했는데 어느 의원이 이를 신문기자들에게 발설하여 기사화되어 문제가 되었다. 정부는 기소하지 않고 신문윤리위원회에 제소하였는데 이에 대하여 우리나라 주방위선이 서울 북방으로 옮겨졌다는 기사는 사실에 어긋난 것은 아니나 신문이 가진 공공성의 보전과 사회의 공기로서의 책임을 다하지 못하였다고 인정되므로 피고인들(한국일보, 조선일보, 동아일보, 경향신문 등)에 대하여 장래 이런 일이 없도록 권고한다는 결정을 내렸다.³⁸⁾

이 사건의 발설 자는 후일 밝혀졌는데 이는 비공개회의가 끝난 후 당시 참석했던 차지철 의원 등의 발언으로 알려진 것이다.

당시 권고결정을 내린 한국신문윤리위원회는 다음과 같은 판단을 내렸다.

먼저 이 보도내용은 군사기밀에 해당하며 이러한 기밀을 고의로 적에게 제공하는 경우에는 이적행위로서 형사책임을 면하지 못한다. 다음으로 본 건의 경우에는 이적의 인식이 없었음을 알 수 있다. 그리고 마지막으로

37) 최인승, 전개논문, 383~384면.

38) 송길용, “언론·출판의 자유에 관한 연구”, 논문집 제28권 제1호, 부산공업대학교, 1986, 226~227면.

국회 비공개회의의 발언이라 하더라도 그 내용에 따라 군사기밀에 속하는 것도 있고 그렇지 않은 것도 있겠지만, 이 사건의 보도내용은 적에게 이익을 주었다고 하지 않을 수 없고, 국방위원들이 이를 공개 발표하였다고 하더라도 이를 공표한 차의원 등의 행위는 국회법에 따라 논의될 성질의 것이므로 논외로 하되, 공공성의 보전을 최대 책임으로 하는 신문으로서 결코 신증을 가했다고 할 수 없다. 따라서 한국 신문윤리강령 ‘책임’장에 위반한 것이라고 판단하여 장래 다시 이런 일이 없도록 이를 권고한다.³⁹⁾ 라고 하는 입장을 밝혔다.

(5)성혜림 脫出 事件

이 기사는 재판으로 까지는 이어지지 않았지만 언론의 역할과 중요성의 관점에서 검토해보았다.

이 사건은 1996년 당시 안전기획부에서 김정일의 전처인 성혜림과 그의 언니 성혜랑 자매가 신변치료를 위해 모스크바에 나와 있는 사실을 확인하고 이들을 서울로 데려오는 공작을 개시하면서 언론기관에게 보도보류요청(embargo)을 했고 언론기관들은 이에 동의 했다. 월간조선은 4개월 전인 95년 10월 20일부터 1982년 한국으로 망명한 성혜랑의 아들 이한영씨와 국제전화를 주선하면서 그들의 탈출의도를 파악, 계속 추적해 왔고 성씨일가는 1월말까지 모스크바를 탈출 스위스 별장에 도착한다는 것을 알았다. 이에 이한영씨도 똑 같은 보도보류요청을 하였다고 한다.

그러나 조선일보는 2월 13일자 1면에 “김정일 본처 서방탈출”제목의 통컷 머리기사 등으로 대대적으로 보도하였다. 성씨 자매의 한국 망명계획은 무산되어 버렸는데 사전보도와 망명실패가 확실한 인과관계가 있었을 것이라고 단언할 수는 없지만 이날 보도가 망명실패에 상당한 영향을 미쳤을 것이라는 것이 대체적인 지적이다. 왜냐하면 이 사건이 보도되자, 모스크바 주재 북한대사관의 반응과 북한방송이 뒤따라 보복위협을 하고 나왔기 때문이다.

39) 김동철, 전개논문, 33~34면.

일이 성사도 되기 전에 보도함으로써 성과도 없이 남북한간에 마찰과 긴장을 초래하였고 북한의 대남보복을 우려할 수도 있었기 때문이다.

2월 13일 특종보도 했던 이 사건은 5개월 만인 7월 26일 조선일보가 시내판 1면에 “서방탈출 성혜림/모스크바 돌아가” 제하의 기사를 내보냄으로써 오보의 성격이 드러났다.

이러한 점에서 성혜림 망명예정보도는 안보사항으로서 보도보류요청을 언론이 준수했어야 한다는 논란이 야기되었다. 뿐만 아니라 한편으로는 국내외적으로 떠들썩했던 이 기사는 우리나라언론의 전형적인 “한탕주의”, “상업주의”와 “선정주의” 보도형태가 빚은 오보로 평가되고 있을 뿐만 아니라 이에 신중함이 없이 경쟁적으로 따라간 여타 신문들의 보도도 “떼거리 언론”과 “냄비 저널리즘”의 전형적 형태라는 일부의 반성론도 나왔다.⁴⁰⁾

이후 1977년 7월 25일 성혜림씨의 조카 이한영씨는 괴한에 의해 피살되었다.

4. 判例의 特徵과 問題點

이상에서 살펴본 판례에 의하면 아직도 국가와 언론 또는 언론과 국민 사이의 바람직한 관계가 이루어지지 않고 있다.

정부와 언론의 바람직한 관계는 견제와 공생관계이나, 아직도 언론사가 사회적 특권 기관처럼 여겨지는 경우가 많고, 언론사에 주는 법적·사회적 특권 여건 때문에 일어나는 부작용도 있다. 언론사에서 향유할 권리가 있는 보도의 자유는 언론사가 공표하는 목적이 국민 또는 국민의 알 권리에 봉사하는 보도기관의 공공적 기능수행에 적극적으로 협력한다는 사명감과 국가와 국민을 위한 진정한 대변자의 역할을 충실히 해야 할 의무가 있다.

예컨대 태평양전쟁에서 일본이 조기에 무조건 항복하게 한 결정적 요인

40) 최인승, 전계논문, 384면.

으로 히로시마와 나가사키에 대한 미국의 원자탄을 투하할 계획이 있었는데, 바로 그 원자탄을 연구하고 제조하는 일련의 계획을 맨하탄 계획이라고 불렀다. 물론 이 계획은 극비 중의 극비 군사기밀이었지만 뉴욕 타임스에 인지되고 말았다.

뉴욕 타임스가 기밀을 인지했다는 사실을 감지한 미국 정부나 전쟁지도부는 뉴욕 타임스에 대하여 보도통제나 자제를 요청하지도 않았고 또 신문사측에서도 이 특종을 대정부 흥정거리로 이용하지도 않았다. 이것이 보도되었을 경우의 후유증, 즉 전쟁수행에 어떤 부작용이 생기고, 그로 인해 미군의 피해가 어떻게 될 것이며, 미국과 연합국 전체에 어떤 불이익이 생길 것인가를 면밀히 심사숙고한 후 뉴욕 타임스는 자발적으로 이 특종 보도를 유보키로 결정했던 것이다.

여기서 우리는 미국 정부가 언론 보도의 자유를 통제하지는 않았지만 국민의 알 권리는 제한받게 된 것이며, 그것도 정부권력에 의해서가 아니라 보도기관의 자체판단으로 일시적으로 제한받게 된 것이다.⁴¹⁾ 그러나 미국 국민 어느 누구도 언론을 비난하지 않았다는 사실에서 우리는 그들의 성숙함을 만나게 된다.

앞에서 본 사건에서도 문제가 되었던 신동아 월간조선 사건에서는 국가이익과 언론의 자유 또는 국민의 알 권리간의 마찰과 갈등을 자유민주주의 국가에서 어떻게 조화롭게 해결해 나가야할 것인가에 많은 점을 시사하였고 언론의 국가이익 침해여부의 문제가 발생했을 때 그 판단권을 행정부·사법부·언론사·국민 중에서 어디다 맡겨야 하는가의 쟁점이 부각되고 있다.

정부 또한 진정한 국민의 알 권리에 봉사하고 국가안보·존립에 중점을 두기 보다는 정권안보에 더 중점을 두고 있는 것처럼 비치고 있다.

과거 정권하에서 비위에 맞지 않으면 안보를 구실삼아 보도를 통제하던 시대가 있었던 것을 부인할 수 없는 사실이다.

41) 김종규, “언론자유와 군사작전기밀의 보호 -북한잠수함 침투사건을 중심으로-”, 군사논단 제9권 제1호, 한국 군사학회, 1997, 26면.

외교상의 비밀이나 국가비밀·군사상의 비밀의 범위가 명백하지 않은데서 오는 문제점들도 앞으로는 더욱 체계적으로 법률을 정비하여 국가비밀 내지는 국가기밀을 보호하여 국가안보와 국민의 알 권리를 모두 만족시키기 위한 입법이 조속히 제정되어야 할 것이다.

II. 小結

국가비밀의 보호법제는 국가안보와 ‘국민의 알 권리와’의 調和에서 찾게 된다. 국가비밀의 공개와 非公開의 제한에 따라 그 제한에서 얻는 이익과 잃게 되는 손해와를 比較衡量하여 그 제한의 정도·형태·범위 등을 결정하게 된다.⁴²⁾ 이러한 제한의 정도나 범위 또는 형태에 따라서 정부와 언론이 심한 갈등을 겪고 있다. 이러한 갈등은 앞서 살펴 본 바대로 다른 나라에서도 얼마든지 있다. 또한 미래에도 단번에 해결될 문제도 결코 아니다. 이들의 갈등의 원인은 모두가 국익에 있다. 사실보도를 생명으로 하는 언론과 국가이익을 이유로 국가기밀을 보호하려는 정부와의 숙명적인 대립에서 발생하고, 그들의 궁극적인 목적은 국가발전에 있다. 언론은 정부활동에 대해 감시와 비판을 통해서, 그리고 정부와 언론 모두는 국민의 알 권리를 충족시킴으로써 자유민주적 기본질서가 유지되며 궁극적으로 국가발전에 이바지하는 것이다.⁴³⁾ 양자는 이 목적을 달성하기 위하여 언론은 정부활동에 대해 감시와 비판, 견제와 대안을 제시하고 여론조성과 여론의 정책투입기능을 수행하여, 정부와 함께 국민의 알 권리를 충족시킴으로써 자유민주적 기본질서가 유지될 수 있으며 국가의 共同善을 달성할 수 있을 것이다. 그리고 정부 또한 국민이 올바른 여론형성과 정치적 판단을 내릴 수 있도록 국민의 알 권리는 최대한 보장하고, 그 제한은 최소한에 그쳐야 한다. 그리고 국가기밀이 예외라는 인식하에 국가기밀의 설정은 국민의 이익과 국가의 안전을 위하여 기능적으로 필요 불가결한 범

42) 구병삭, 전계논문, 172면.

43) 김홍규, 전계논문, 15면.

위 내에서 제한적이고 명확하게 입법적으로 규정할 필요가 있다.⁴⁴⁾ 그리고 언론 역시 국민의 알 권리를 위하여 사실을 보도해야하고, 국가 역시 언론의 보도자유를 보장해야함은 마땅하다. 그러나 언론은 사실을 보도함에 있어서 공개누설로 인한 파급효과를 충분히 고려하는 성숙한 판단력도 지녀야 할 것이다. 비록 보도의 내용이 불법적인 비밀의 누설이라 하더라도 그 보도가 사회상규에 위반하지 않는지 또는 목적의 정당성이나 행위의 수단이나 상당성이 결여되지 않았는지를 검토하고, 정말 비밀의 누설이 긴급성을 요하는 것인지에 대하여 충분히 고려한 후 보도하는 자세가 필요하다.



44) 이금옥, 전계논문, 170면.

第5章 國家安保와 國民의 알 權利의 調和

第1節 바람직한 關係의 摸索

I. 올바른 國家安保概念의 定立

이상에서 국민의 알 권리와 국가기밀간의 갈등에 대하여 살펴보았다.

국민의 알 권리는 원래 비공개정치에 대응하는 개념으로서 주장된 것인데 오늘날 국가기밀의 증대와 언론기관의 독과점화로 인한 국가·국민·언론기관의 분리현상, 정보화 사회, 국가기밀, 행정기밀의 증대, 기업의 사회적 책임, 참가민주주의 등으로 그 중요성이 더욱 부각되고 있다.

따라서 국가기밀을 강력히 보호하려는 측과 언론의 자유를 강변하는 측은 상호간에 충돌하는 입장에 서기도하였지만, 이 두 입장은 모두 국가발전과 국가이익에 기여하고 있음을 볼 수 있었다. 그러나 서로 주장하는 대의명분에 있어서는 다음과 같은 문제에서 큰 차이를 보이고 있었다.

① 이념적 차원에서 문제 ② 국민의 알 필요와 알 권리의 문제 ③ 언론의 기능에 대한 견해차의 문제 ④ 국가기밀보호와 진실에 대한 충성과의 문제 ⑤ 기술적·실제적 차원의 문제 ⑥ 동기에 대한 회의의 문제 등으로 나누어 볼 수 있다.

이념적 차원에서는 정부는 언론의 기능을 정책의 변호자 내지 정책집행의 도구로 인식하는데 반해서, 언론은 기밀공개는 민주주의의 대전제이라고 반박하고, 정부가 국가이익은 경우에 따라 정보자유를 제한을 필요로 한다고 주장한데 반해, 언론은 국가이익이 무엇이든 간에 그것은 충실한 정보유통과 최대한의 공표에 의해 최대한의 이익을 얻을 수 있다고 반박한다. 국민의 알 필요와 알 권리에 대해서는 정부는 국민의 알 필요를 강조하면서 국민은 꼭 알아야 할 것만 알 필요가 있다는 입장인데 반해, 언론은 국민의 알 권리를 주장하면서 민주주의국가에서는 국민이 주인이고 정부는 공복이므로 공복이 하는 일에 대해 최대한으로 알 권리가 있다는

입장이다. 언론의 기능에 대한 견해차에서는 정부는 언론의 기능을 정책의 변호자 내지 정책집행의 도구로 인식하는데 반해, 언론은 그의 기능을 정보제공자, 정책의 비판자, 정책수립의 참여자 그리고 해설자로 인식하고 있다. 국가기밀보호와 진실에 대한 충성과의 관계에서는 어느 것을 우선순위에 두어야 할 것인가의 문제로 기밀과 공표의 문제에 있어 두 입장 모두 국가이익이나 국가발전에 충실하고 있으나, 언론은 거기다가 진실에 대한 충성까지 요구한다. 기술적·실제적 차원의 관계에서는 정부는 언론이 그렇게 조기폭로에 급급한 상황에서는 국가안전보장에 관계되는 외교·국방문제를 성공적으로 수행할 수 없다는 입장이고, 언론은 언론이 그렇게 깊이 관여하지 않고서는 민주주의를 성공적으로 이끌 수 없다고 주장한다. 동기에 대한 회의의 갈등에서는 정부는 언론에 대해 정부의 선량한 동기를 의심하고 기사거리만 찾아다니며 조기폭로만 일삼기 때문에 언론을 불신하게 된다고 주장하는 반면, 언론은 정부에 대해 관료의 본능적인 기밀은폐의 태도 때문에 관료의 동기를 의심케 되어 기밀공개를 조기에 깊숙이 관여하지 않을 수 없다는 입장이다.

이와 같이 국가이익을 이유로 국가기밀을 보호하려는 정부와 알 권리의 충족을 위한 사실보도를 생명으로 하는 언론과의 숙명적인 대립과 갈등관계에 서기 마련이다. 언론의 자유는 최상급인 국민의 기본권으로서 그리고 민주주의를 실현하기 위한 도구로서 매우 중요하다. 그러나 한편으로는 국가안보라는 대명제 앞에서 필연적으로 일부가 제한을 받아온 것도 사실이다. 따라서 언론은 국가권력을 다소 적대시하는 경향을 보여 왔고 국가 혹은 정부는 표면적으로는 언론의 자유를 적극 보장하려 하면서도 내심으로는 국가안보라는 개념을 내세워 ‘특히 국가기밀이라는 성역의 축조를 통하여’ 가급적 일정한 한계를 설정하기 위한 집요한 노력과 접근이용(access)을 제한함으로써 마찰을 빚어왔다. 이러한 갈등현상은 양면성을 지닌 것으로 국가발전의 필요악으로 인식하여 언론과 정부간의 조정과 책임의 조화작용이 그 어느 때보다 중요하다고 할 것이다.¹⁾ 따라서 이하에

1) 이금옥, 전계논문, 158~159면.

서는 이러한 갈등과 문제점들을 해결하기 위한 조화방안을 모색해 보고자 한다.

II. 國家機密保護制度의 改善

인간의 본성은 양면성을 갖게 마련이어서 한편으로는 표현의 본능이 있는 반면 다른 한편으로는 비밀의 본성을 지니고 있어 갈등을 겪게 된다. 정부와 언론의 차원에서 보면 전자는 일반적으로 언론의 입장으로 표출되어 언론의 자유를 추구할 것이며, 후자는 일반적으로 정부의 입장으로 나타나 국가기밀주의를 옹호할 것이다. 본질적으로 파악할 때에는 국가기밀을 보호하려는 정부와 사실보도를 생명으로 하는 언론의 갈등관계는 숙명적인 악순환으로 점철될 투쟁의 역사라고 볼 수 있다.

그러나 모두 궁극적인 목적은 국가발전에 있는 것이므로 언론은 정부활동에 대해 감시와 비판, 견제와 대안을 제시하고 여론조성과 여론의 정책투입기능을 수행하여, 정부와 함께 국민의 알 권리를 충족시킴으로써 자유민주주의적 기본질서가 유지될 수 있으며 국가의 공동선을 달성할 수 있을 것이다. 민주주의라는 이상을 추구해 나가기 위해서는 그 시대와 국가에 따라 특수한 과제가 있을 수 있으며, 언론자유와 제약원리는 어느 나라를 막론하고 그 국가가 처한 상황에 따라 정도의 차이는 있지만 일반적으로 보편적으로 수용되고 있다.

언론의 자유와 국가기밀이라는 일면 상극적인 두 중요한 가치개념을 어느 선에서 적절하게 조화시킬 것이며, 대립관계를 극복하고, 새로운 차원의 관계로 나갈 수 있을 것인가의 문제는 결국 국민의 올바른 여론형성과 정치적 판단을 내릴 수 있게 언론의 자유는 최대한 보장됨이 원칙이고, 그 제한은 최소한에 그쳐야 한다. 그리고 국가기밀이 예외라는 인식하에 국가기밀의 설정은 국민의 이익과 국가의 안전을 위하여 기능적으로 필요불가결한 범위 내에서 제한적이고 명확하게 입법적으로 규정할 필요가 있다.²⁾

그러나 이것은 국가기밀의 범위를 확대하는 것이 되어서는 아니 될 것이다. 국가기밀의 설정과 관리는 인권보호와 국가안보를 위해 그 범위에 보다 엄격한 기준을 두어 국가기밀의 양산으로 국민의 의사표현의 자유와 알 권리가 제약당하지 않는지를 먼저 점검해야 할 것이다. 뿐만 아니라 현행 법률에서 국가기밀의 기준은 아직도 애매·모호한 점이 많아 인권침해의 여지가 많다. “일반에게 알려지지 아니한 것으로서 그 내용이 누설되는 경우 국가의 안전에 명백한 위험을 초래한다고 볼 만큼의 실질가치를 지닐 사실”을 국가기밀로 인정하는 것은 아직도 많은 무고한 사람들을 국가보안법의 울가미로 묶을 수 있는 여지를 주는 불분명한 해석이기 때문이다. 국가안보를 해칠 혐의자의 의사가 명확히 입증되고 해당 정보가 국가에 의해 기밀로 관리되고 있는 정보로서 누출될 경우 국가안보에 명백한 위험을 초래하는 정보로 그 처벌범위를 엄격히 제한해야 할 것이다.

국가기밀에 관한 법적해석이 엄격하는 이유는 물론 국민의 의사표현의 자유와 알 권리를 보호하기 위함이다. 더불어 국가기밀의 누설이 가져오는 국가안보에 대한 위협보다는 국가가 기밀을 지나치게 양산하는 정부체제가 국가안보에 더 큰 위협이 되기도 하기 때문이기도 하다. 국가의 기밀이라는 전가의 보도를 휘두르면서 국가안보에 필요한 정보뿐만 아니라 권력자들의 부정과 부패를 감추고 정치적 반대세력을 탄압하는 법과 제도가 존재하는 한 민주주의와 인권보호는 요원하기 때문이다.³⁾

더욱이 우리나라의 국가기밀보호에 관한 법률은 단일한 법이 제정되어 있지 않고 여러 법에 걸쳐있어 부정과 부패 또는 정치적 반대세력을 탄압하는데 악용될 소지가 많이 발생할 수도 있다. 이에 대한 구체적인 연구 또한 아직은 미급한 상황이라고 할 것이다. 이러한 문제들이 해결될 때까지라도 국가의 기밀보호와 언론의 자유가 충돌할 경우 그 처벌에 있어서는 최종적으로는 법원의 판단에 맡겨 판례이론을 확립해나가야 할 것이다.

2) 이금옥, 전계논문, 196~170면.

3) 장호순, 전계논문, 29~30면.

따라서 정부와 언론이 공동운명체로서 국가이익과 인권보호를 위하여 동반자의 관계를 유지하며 상호 독립적이면서 기능적으로 대립적 관계이고 갈등하면서도 보완적 관계로서 일정한 고유영역을 공유하는 것이 바람직한 관계가 될 것이다.

Ⅲ. 言論의 社會的 責任

정부와 언론의 바람직한 관계는 견제와 공생관계이다. 과거 군사정권하에서는 언론을 침묵시키거나 언론을 동조자로 만들려는 의도로 언론에 개입해 왔으며, 영구적인 집권을 위해 비합법적 절차에 의한 권력유지 혹은 군사 쿠데타에 의한 권력획득에 따른 정통성 결여로 인해 언론의 강압통제가 불가피했던 적도 부인할 수 없다.

그러나 오늘날에는 개혁조치에 대한 국민의 동의 수준이 높기 때문에 언론이 이에 협조적으로 지원하고 있으며, 언론이 공공정책에 미치는 영향력도 실질적으로 확대됨으로써 건전한 견제역할을 하면서 공생관계를 유지하고 있다고 볼 수 있다. 따라서 언론과 정부가 견제·공생관계를 정착시키게 될 때 언론은 위협의 적정평가를 통해 국가와 국민의 관계에 올바른 정립과 국민의 안보불감증 치유에 앞장설 수 있을 것이다.

언론인은 최고의 지성인으로서 맡은 바 영역의 고도화된 전문성을 갖춘 “Specialist”가되어야 한다. 그러나 오늘날 국가안보유관문제를 다룸에 있어서, 언론사는 독립된 부서가 없이 정치, 사회 또는 문화부분의 한 모퉁이에 종속시켜 상식수준에서 비전문적으로 보도 자료를 취급하고 있다. 이로 말미암아 특히 군사·국방관련기사는 오보나 함량 미달 또는 시사성을 결한 보도가 빈발함으로써 수신자의 빈축을 사고 국가와 국민의 관계를 악화시키는 요인이 되기도 한다.

따라서 언론인은 현재와 미래 그리고 과거를 함께 바라볼 수 있는 안목과 철학이 요구되며, 공인으로서 투철한 사명감과 전문지식으로 무장해야 한다.

언론윤리는 언론직분에 따르는 다양한 행동양식에 대한 선택의 폭의 자유를 좁혀줌으로써 사회적 공존의 가치의 폭을 넓혀주는 행동지침임을 인식해야 한다.

신문·방송 같은 매스미디어가 대기업·대기구로 확대·성장해 가면서 공익을 외면한 자체이익만을 추구하는 경향이 농후해짐으로써 국가안보에 부정적 기능을 수행한다는 비판이 일고 있다. 특히 신문사는 발행부수조차 공개치 않고 치열한 광고 쟁탈전을 전개하는 과정에서 다량의 과잉 생산된 일간지를 쓰레기로 폐기함으로써 국가 자원을 엄청나게 낭비하고 있으며, 증면을 전제로 신문구독료를 인상했으나, 광고면만 기하급수적으로 늘렸을 뿐이다.

오늘의 매스미디어가 이윤의 극대화란 자체적 요구 때문에 언론의 사명을 저버리는 이율배반적인 행태와 관련하여 사회적 책임문제가 심각하게 대두되고 있다. 언론은 사회 환경 감시기능을 수행하면서 문제의 처방과 문화전승의 기능을 함께 수행함으로써, 건전한 비판과 더불어 국민여론을 수렴하고 선도하는 통합기능을 수행하게 될 때 양자가 적절한 조화와 균형을 이루고 공동선의 성취와 공동체 구현에 이바지 할 수 있을 것인 바, 이것이 곧 언론의 사회적 책임이행인 것이다.

특히 한국 언론은 국가안보에 관한 한 비판 기능에만 민감할 뿐, 통합 기능부재의 우를 범하고 있다.

따라서 언론자유와 언론통제는 국가 안보적 차원에서 적절히 조화를 이룸으로써 국가발전을 위한 언론사의 사회적 책무가 충실히 이행될 수 있을 것이다.⁴⁾

IV. 알 權利의 確立과 公益

오늘날 알 권리의 구현은 국민주권주의의 실천적 과제로 등장하고 있음을 유의할 필요가 있다. 또한 알 권리의 핵심적 요소를 청구권적 기본권

4) 이선희, “국가안보와 언론의 자유”, 군사논단 제3권 제1호, 한국 군사학회, 1995, 160~161면.

으로 보는 것은 알 권리를 이해하고 이를 실천적으로 적용하는 데 오히려 도움이 되지 않는다. 알 권리의 본질을 국민주권주의의 실천을 위하여 불가결한 것으로 이해할 경우, 알 권리는 단순히 청구권적 기본권의 성격보다는 종합적 기본권으로서의 위상을 확보할 수 있다. 특히 헌법재판소가 알 권리의 생활권적 성질을 인정하고 있음은 이를 반증하는 것이기도 하다.

대법원의 판결⁵⁾ 또한 실정법상 명문의 규정이 없더라도 헌법적 가치를 갖는 알 권리로부터 바로 국민의 정보공개청구권을 도출하고 있는 것은, 알 권리의 실효성을 담보하는 중요한 결정이라 하지 않을 수 없다. ‘공공기관의정보공개에관한법률’의 제정은 이러한 공백을 메워주는 역할과 기능을 갖는다.⁶⁾ 이로서 국민의 알 권리는 비록 헌법상의 명문으로 규정 없다 하더라도 ‘공공기관의정보공개에관한법률’에서 국민의 알 권리가 확립되어 있다고 볼 것이다.

그러나 국민의 알 권리가 법률에서 보장하고 있다고는 하지만 모든 정보에 대한 무제한적인 자유라고는 할 수 없다. 즉 국민의 알 권리도 국가와 공공의 이익을 위하여 일정한 경우에 한하여 제한이 될 수 있다고 하겠다.

그렇다면 무엇이 진정한 공익인가 하는 데에는 국내외 적으로 많은 논란이 있어왔다.

5) 대법원 1999. 9. 21. 선고 98두3426 판결. 국민의 알 권리, 특히 국가 정보에의 접근의 권리는 우리 헌법상 기본적으로 표현의 자유와 관련하여 인정되는 것으로, 그 권리의 내용에는 자신의 권익보호와 직접 관련이 있는 정보의 공개를 청구할 수 있는 이른바 개별적 정보공개청구권이 포함되고, 이러한 개별적 정보공개청구권에 대하여는 공공기관의정보공개에관한법률이 1998. 1. 1. 시행될 때까지 그 제한에 관한 일반 법규가 없었던 것이나, 그렇다고 하더라도 특히 수사기록에 대한 정보공개청구권의 행사는 때에 따라 국가의 안전보장, 질서유지 및 공공복리라는 국가·사회적 법익뿐만 아니라 당해 형사사건에 직접·간접으로 관계를 가지고 있는 피의자나 참고인 등의 명예와 인격, 사생활의 비밀 또는 생명·신체의 안전과 평온 등의 기본권의 보장과 충돌되는 경우가 있을 수 있으므로, 그 행사는 이러한 국가·사회적 법익이나 타인의 기본권과 상호 조화될 수 있는 범위 내에서 정당성을 가지나, 구체적인 경우에 수사기록에 대한 정보공개청구권의 행사가 위와 같은 범위를 벗어난 것이라고 하여 그 공개를 거부하기 위하여는 그 대상이 된 수사기록의 내용을 구체적으로 확인·검토하여 그 어느 부분이 어떠한 법익 또는 기본권과 충돌되는지를 주장·입증하여야만 할 것이고, 그에 이르지 아니한 채 수사기록 전부에 대하여 개괄적인 사유만을 들어 그 공개를 거부하는 것은 허용되지 아니한다.

6) 성낙인, 전게서, 390면.

과거 우리의 권력 담당자들이 일방적으로 국가의 안전보장을 위하여 외교나 국방상의 국가비밀이라고 판단하여 일정한 자료나 사실에 대한 언론 보도를 통제함으로써 언론과의 갈등과 언론탄압을 빚어온 사례로는 과거 우리나라에서는 헤아릴 수 없을 정도로 많았고, 선진국에서도 그러한 일이 적지 않게 있어 왔다. 특히 정부가 과거 국내 언론사에 대하여 신문이나 방송 등이 지켜야 할 사항을 표시한 이른바 보도지침을 미리 정해 놓고, 협조요청이라는 명목으로 언론의 자유를 간섭하고 통제하는 언론 자유에 대한 사전억제로서의 검열을 시행하여 왔던 아픈 기억이 있다. 반면에 언론이 국익에 대한 판단을 그르쳐 커다란 위험을 초래할 뻔한 일도 있었다.

어느 사회나 국가에는 다양한 계층과 이익집단, 정파 등이 존재하고 있고, 이러한 수많은 이질적 집단들의 공익에 대한 판단이 서로 상이할 뿐만 아니라 상충될 수도 있다. 그러한 상황 아래에서 누구 하나가 전 권적, 일방적으로 공익이라고 판단할 수 있게 한다는 것은 다양성을 추구하는 민주사회에서 매우 위험한 발상이다. 결국 무엇이 공익이냐 하는 것은 그에 관련된 수많은 이해집단이 가지는 상이한 대립적, 보완적 의견을 조절하고 타협하여 끌어낸 타협과 선택의 산물이라고 할 것이다. 무엇이, 또 어떻게 하는 것이 공익에 이바지하는 것이냐에 대한 판단은 정부와 언론, 이해관계인 등이 모두 할 수 있다 할 것이고, 이들의 시각이나 입장이 일치하는 경우에는 아무런 문제가 없으나, 불일치하여 다툼이 생기는 경우에 그 최종적인 판단은 법원의 몫이라고 해야 할 것이다. 법원이 이러한 중대하고 미묘한 역할을 제대로 감당하기 위해서는 보다 열린 눈과 마음으로 다양하고 폭넓은 헌법적 식견을 갖추어야 함이 시급한 과제라 할 것이다.⁷⁾ 이러한 논리들을 놓고 볼 때 국가와 언론은 다 같이 국민의 알 권리의 확립과 공공의 이익을 위하여 진정 무엇이 국가와 언론에게 맡겨진 사명인지를 망각하지 말아야 할 것이며 공익을 가장하여 자신들에게 맡겨진 권한을 남용·일탈하는 일이 없어야 할 것이다. 이러한 국민의 기본권

7) 김재협, 전게서, 299면.

중에서도 기본권이라 할 수 있는 알 권리의 보장을 위해 서로 협조하고 대화와 타협으로서 새로운 방법을 모색하는데 힘써야 할 것이다.

第2節 兩者間の 葛藤解消와 調和

I. 國民, 政府, 言論機關間の 葛藤克服

지금까지 정부와 언론의 갈등을 기밀보호와 공표라는 측면에서 살펴보고 양극을 연결하는 연속선상에서 서로의 한계점과 범위를 규정해보았다. 표현의 자유와 이를 규제할만한, ‘이익’사이의 갈등을 조정하는 몇 가지 원칙을 제시했으나 그것은 어디까지나 표현의 자유에 초점을 맞춘 것이지 우리의 법률체계에 의한 관행이 정당화될 수 있음을 결코 의미하지는 않는다. 바꾸어 말해 이것은 표현의 자유를 제한하는 기준이 되기도 하지만 오히려 정부의 기밀주의 팽배에 그 범위를 한정해 주는 것이다. 사실보도를 생명으로 하는 언론과 국가 이익을 이유로 국가기밀을 보호하려는 정부와는 숙명적인 대립이 불가피하지만 그들의 궁극적인 목적은 국가발전에 있다. 언론은 정부활동에 대해 감시와 비판을 통해서, 그리고 정부와 언론 모두는 국민의 알 권리를 충족시킴으로써 자유민주주의적 기본질서가 유지되며 궁극적으로는 국가발전에 이바지하는 것이다. 이때 중요한 것은 국민의 알 권리란 기본적으로 국가의 존립이나 안전을 전제로 하기 때문에 단순히 국가의 안전보장을 이유로 유보되어야 한다는 논리는 정당성이 없다는 점이다. 우리나라는 국민의 알 권리나 표현의 자유를 적극적으로 보장하는 법이 사실상 없으며 헌법에도 이러한 기본권적 자유를 제한할 수 있는 법률 유보사항으로 되어있다. 모든 정보와 회의의 공개를 보장하는 법은 고사하고 국가의 기밀보호를 위한 관계법령이 중복되어 있는 형편이다. 형법 중 ‘외환의 죄’에 해당하는 간첩죄, 일반이적죄, 외교상의 비밀누설죄 등과 국가 보안법, 균형법, 군사기밀보호법, 군사시설보호법, 국가정보원법, 보안업무규정 등의 각종법령과 국가공무원과 지방공무

원의 비밀규정이 있어 민주주의의 기본 원칙인 국민의 알 권리는 대단히 위축되고 상대적으로 정부기밀주의가 팽배하고 있음을 보여주고 있다. 이것은 「이익형량」 이론에 따라 「피할 수 없는 필요성」(compelling need)과 「긴급하고 압도적인 국가적 이익」 원칙이 적용되는지를 재고해야 하며 이를 위해 현행의 비밀지정제도를 전반적으로 검토해야 할 것이다. 마지막으로 보다 개선된 정부와 언론의 관계를 위해 몇 가지 기본원칙을 제시하면 첫째, 커뮤니케이션 행위가 직접적이고 즉각적인, 그리고 돌이킬 수 없는 해악을 행하지 않는다면 좀더 많은 표현을 허용해야 한다. 둘째, 가능한 모든 정보와 대안이 있는 사상의 자유로운 시장(free marketplace of ideas)이 존재하는 한 개인은 자신의 이익을 가장 잘 판단할 것이다. 따라서 관계법규는 커뮤니케이션 시장을 확장 시켜주어 자유민주주의 체제를 유지할 수 있도록 적절히 사용되어야 하겠다. 민주사회에서의 정부란 국민의 종이다. 따라서 그들의 권력은 결코 국민의 커뮤니케이션을 저해 왜곡하거나 독점해서는 안 된다. 정부가 국민의 커뮤니케이션을 제한하거나 국민소유인 정보를 공개하지 않을 때는 언제나 불가피한 정당성이 요구되는 것이다.⁸⁾

II. 國民의 액세스權의活性化

일반적인 액세스권(general right of access)은 국민이 매스 미디어(mass media)를 이용하여 자신의 사상이나 의견을 표명할 수 있는 권리이다.⁹⁾ 오늘날 언론기업은 집중화 내지 독과점화 하여 언론기관이 자의적으로 그에의 접근과 이용을 거부할 경우, 일반대중은 그 사상과 의견을 발표하고 전달할 場을 상실하게 된다. 따라서 언론기관에의 접근과 그 이용을 표현의 자유의 일환으로서 헌법상 보장할 필요성은 더욱 증대되고 있다. 고전적 의미의 표현의 자유가 국가권력의 부작위를 요구하는 소극적 자유권이

8) 김홍규, 전계논문, 15~16면.

9) 성낙인, 전게서, 372면.

라면, 액세스권은 표현의 자유를 실현하기 위하여 국가권력의 발동을 적극적으로 요구하는 청구권적 성격의 권리이다.¹⁰⁾ 국민이 국가 또는 언론기관에 대한 알 권리의 청구권적 권리를 실행하기를 원할 때 과연 원하는 만큼의 정보의 자료를 제공하고 있는가이다. 즉 보도기관의 보도는 민주주의사회에 있어서 국민이 국정에 관여하는데 중요한 판단의 자료를 제공하고 국민의 「알 권리」에 봉사하는 것이다. 공중·국민의 Mass Media에 대한 적극적인 지위를 법적으로 구성하려는 논의로서 「Mass Media의 Access權」은 오늘 날 세계적으로 강조되고 있다.

미국의 연방최고재판소 판결이 「방송에 의하여 언론의 자유의 이익을 보호·유지하는 것은 국민전체이며 또한 국민전체야 말로 헌법에 있어 언론의 자유의 목적에 합치하도록 Media를 움직이는 집단적 권리를 가지고 있다. 우월적 지위에 있는 것은 시청자의 권리이지 방송국의 권리가 아니다」라고 한 것은 방송에 의한 개인공격에 대하여 시청자의 반론권을 헌법적으로 인정한 것으로서 중요한 의미를 가지고 있다. 이와 같은 시청자나 讀者의 행위는 Media에 대하여 적극적으로 스스로의 의견발표나 사실의 지적을 하고 그 내용을 방송이나 신문지면에 발표할 수 있는 것으로, 이러한 행위를 법적으로 구성한 것을 Access權이라고 부른다. 이와 같이 이해하는 경우에 문제되는 것은 ① 법적인 권리로서 특히 법원에 의하여 실현할 수 있는 청구권으로서 어떠한 Access가 어떠한 요건 아래 구성되는가이다. 현재 「반론권」을 둘러싼 이와 같은 문제가 여러 나라에서 제기되고 있다. 즉 Media에 의한 표현행위에 대하여 반론의 방송 또는 掲載을 법원을 통하여 주장할 수 있는가의 與否, 방송에 관해서는 가능한가, 신문에 대해서는 가능한가, 반론의 내용에 관해서도 사실에 관한 반론에 한정할 것인가 그것과 의견을 포함한 일체의 반론이 가능한가(프랑스型), 입법에 의해서 反論文掲載請求權을 실정화하여야 비로소 반론권을 권리로 인정할 것인가, 실정화되지는 않았으나 헌법상 혹은 條理上 이것을 인정할 수 있는가 등 반론권 하나를 가지고서도 해결하여야 할 법적 문제점

10) 권영성, 전게서, 495면.

이 많이 남아 있다. 반론권 이외에도 독자·시청자의 고충처리기관을 둘 것인가, 설치하였다 하더라도 어떻게 구성할 것인가, 의견광고의 원칙을 어떻게 확립할 것인가 등 장래의 課題로 남아있는 문제가 많이 있다. ② Access權과 Media의 編輯權과의 관련이 중요한 문제가 된다.

Media의 자주성을 전연 무시한 형태로서 Access權이 실현될 것인가는 Media의 자유, 출판의 자유 자체를 근거로 파악하여야 할 것이다. 기본적인 고찰방법으로서는 「Mass Media는 국민이 국정에 관여하기에 필요한 판단자료를 제공하는 기능을 다하고 있는 限度에 있어서(혹은 국민의 알 권리의 요구를 충족시키고 있는 한도에서) 국민으로부터 상대적으로 독립하여 獨自의 Journalist의인 전문적 판단에서 정보나 의견광고에 관하여 일정의 취사선택을 하는 것을 委託받고 있다고 파악하는 것이다. 그래서 이 신뢰관계가 무너지는 경우에는 국민의 언론자유에 우선성이 관철되도록 하여야 할 것이다」라는 견해를 타당한 것으로 보아야 한다. 다만 Media와 독자·시청자·국민과의 관계가 살아 있는 것으로 하기 위해서는 양자 사이에 부단한 접촉과 교류의 기회가 존재하지 않으면 안 되는 것이며, 아울러 그와 같은 교류의 성과를 충분히 이루어지게 하기 위해서는 Media 내부의 기구나 조직이 민주화되지 않으면 안 될 것이다. 이것은 「Media 내부의 민주화」·「내부적 자유」의 문제와 「Access權」의 문제는 一應 분단되면서도 결합되는 것을 의미하고 있다. Media內的 민주화와 시청자·독자·공중의 상호간장과 대응관계 가운데에서 Media와 공중의 활력 있는 관계가 발생하게 되는 것이다.¹¹⁾

Ⅲ. 옴부즈만制度 確立

1. 概念

11) 육종수, “언론법제와 표현의 자유 -역사적 발전과정과 언론법의 거시적·미시적 분석-”, 법정은 총1집 ; 학원창립40주년·대학교개교30주년 기념, 대구대학교 출판부, 1986, 10면.

이 제도는 1809년 「스웨덴」에서 최초로 채택된 이래 주로 1960년대 이후 다수의 국가에서 채택되어 오늘에 이르고 있으며, 국가에 따라 그 명칭은 다양하게 사용되고 있다. 옴부즈만이란 그 어원을 대리인, 대변자의 뜻을 가진 스웨덴어 “Ombud”에 두고 있는 것으로 현대적 의미의 호민관이라 할 수 있다. 이를 법적 개념으로 파악되는 경우에는 의회에서 임명이 되나 의회로부터 광범위한 독립성을 부여받은 의회의 의뢰인으로서 개개국민의 권리를 보호하는 역할을 하는 자로 이해되고 있다. 즉 대리인 또는 대표자를 지칭하는 것으로 북구 제국에서는 일반적으로 사용되고 있는 용례이다. 그러나 여기서 옴부즈만이란 보다 한정적인 관념으로서, 「공공기관(행정기관·검찰·법원 등)이 법령상의 책무를 적정하게 수행하고 있는지 여부를 국민을 대신하여 감시하기 위하여 의회에 의하여 그 대리인으로 선출된 자」를 말한다. 「옴부즈만」은 그 구체적인 권한이나 기능에 있어서는 국가에 따라 차이가 있으나, 그 일반적 유형에 있어서는 행정기능의 확대나 그 작용형식의 다양화 등으로 인한 전통적인 행정구제제도의 결점을 보완하여, ‘부정직한 행정’(maladministration)에 대하여 국민의 권익을 보다 실효적으로 보호하려는 데에 그 기본적인 존재의의가 있는 것이라 할 수 있다.¹²⁾

2. 옴부즈만制度의 特徵

① 「옴부즈만」은 원칙적으로 의회에 의하여 선출되는 「任期制」 공무원이다. 즉 옴부즈만은 의회의 기관이지 행정부의 기관이 아니다. 즉 옴부즈만은 의회에서 초당적인 합의아래 선출되며 입법부에 소속된다. 스웨덴에서 처음 발생시는 국왕의 기관이었지만 의회의 권한이 강화되면서부터는 의회기관이 되었다. 여기서 의회기관이라고 해서 의회가 옴부즈만의 활동을 지휘·감독할 수 있다는 뜻이 아니라 의회가 옴부즈만을 임명할 권한만 가지고 있다는 것뿐이다.

12) 김동희, 행정법, 박영사, 2000, 450면.

② 「옴부즈만」 제도는 다른 구제방법에 비하여, 그 처리에 있어 고정된 절차가 없으므로, 그에 대한 시민의 접근이 용이하고 또한 그 민원을 저렴한 비용으로 매우 신속하고 신속적으로 처리할 수 있는 것이다.

③ 「옴부즈만」은 특정 행정작용이 위법 또는 부당한 것으로 판단되는 경우에도 이를 직접취소·변경하여 시정할 수 있는 것은 아니고, 관계기관에 대하여 그 시정을 권고할 수 있을 뿐이다. 이러한 측면에서는 감사원의 성격과 유사하다고 볼 수 있다.¹³⁾

④ 「옴부즈만」은 시민의 고발에 의해서 활동을 개시하는 것이 일반적이나 때로는 신문보도나 소문을 토대로 해서 자기직권으로 조사활동을 하기도 한다.¹⁴⁾

⑤ 「옴부즈만」은 전통적인 행정구제제도의 결점을 보완하여 주는 점에서 그 기본적 의의가 있다할 것이며, 행정에 대한 국민의 민원을 비공식적 절차에 의하여 신속하고 저렴하게 조사, 처리해 줌으로써 특히 법률적 지식이나 법률상의 구제를 받기 위해 소요되는 비용의 부담능력이 없는 일반서민들에게 심리적인 안정감을 제공해 주고 있다.

3. 우리나라에서의 民願處理現況

우리나라에서는 아직 옴부즈만 제도는 인정하지 않고 있으나, 그 기능면에서 그에 가까운 민원처리제도와 고충민원처리제도가 있다.

민원처리제도는 주로 시민의 권리이익의 보호, 구제를 위한 것인 동시에 민주적 통제를 위한 것이라 할 수 있다. 민원처리기관은 행정작용으로 인하여 불이익을 받은 개인으로부터 신청을 받아 관계기관에 대하여 적절한 구제조치를 권고하고 알선하게 된다. 행정법상 주요한 민원처리기관으로서 감사원, 정부합동민원실, 법무부 법무실 등이 있는데, 이러한 민원처리 기관은 옴부즈만에 가까운 제도에 해당된다.

13) 김동희, 전거서, 454면.

14) 오건세, “한국행정에 있어서 민중통제에 관한 연구”, 사회과학논집 제5권, 동아대학교 사회과학연구소, 1987, 85면.

또한 감사원뿐만 아니라 대통령비서실·국무총리비서실이나 기타 행정기관도 그에 제출된 민원사항을 처리하고 있는바, 이들 기관에 의한 민원사무의 처리도 국민의 권익구제도로서의 일정 한도의 기능을 수행하는 것은 사실이다. 그러나 민원사무처리와 그에 따른 국민의 권익구제에 있어 가장 중요한 기능을 수행하는 것은, 국민고충처리위원회라 할 것이다. 이 위원회는 민원사무처리에 관한 법률에 의하여 외국의 「옴부즈만」 제도에 상응하는 제도로써 설치된 것이다.

4. 問題點 및 改善方向

국민고충처리위원회는 고충민원을 접수·상담하고 이를 신속하게 조사·처리하여, 행정기관인 민원사무처리상황을 감시함으로써 국민의 권익을 보호하기 위하여 국무총리소속하에 설치되는 기관이다. 그러나 아쉽게도 아직은 국가기밀 또는 공무상 기밀에 관한 사항, 국회·법원·헌법재판소·중앙선거관리위원회·감사원·지방의회에 관한 사항 등 여러 가지 기타 사항은 위원회의 관할범위에 속하지 않는다.

그러나 이것은 국민의 정부에 대한 신뢰도의 제고문제이다. 국민의식의 성장은 국가에 대한욕구와 기대의 변화를 초래하게 된다. 특히 우리나라의 경우 이러한 경향이 더욱 심하게 나타나는데 따라서 국민과 정부간의 화합과 신뢰도를 향상시키기 위하여 옴부즈만 제도를 도입할 필요성이 있다고 보며, 국민의 알 권리를 좀더 확실하게 보장하기 위하여 옴부즈만 제도의 도입과 정착이 이루어짐과 동시에 국가기밀이라 하더라도 국가에 대한 명백하고 현존하는 위험이 초래되지 않는 한 국민의 알 권리를 보장하는 차원에서 옴부즈만 제도가 도입·정착되어야 할 것이다.

Ⅳ. 國家公益을 위한 言論과 政府의 和合

언론자유가 개인의 인간다운 생활의 영위와 건강하고 부패하지 않고 깨

꾀한 민주사회의 건설을 위하여 지대한 역할을 담당하고 있는 필수불가결의 자유임은 자명한 이치이다. 그러나 모든 자유와 권리가 그러하듯 자신이 속한 공동체인 사회와 국가의 존립과 안전을 해치거나 타인의 자유를 침해하면서까지 언론의 자유를 누릴 수는 없다. 기본권이 서로 충돌하는 경우, 그 기본권의 규범내용을 해석하는 일에서 그 해결의 실마리를 찾아야 할 것이나, 그 해석을 함에 있어서는 그 기본권이 보장하려고 하는 법익을 형량하고, 서로 조화와 형평을 유지하도록 하는 헌법적인 평형감각을 가져야 하며, 객관적·합리적으로 수긍 받을 수 있는 가치관에 입각하여야 한다. 특히 언론자유와 국가적 이익, 사회적 이익이나 개개인의 공동이익의 개념을 포함하는 넓은 의미의 공익과의 상관관계는 매우 미묘하다. 언론이 공익을 추구함을 그 본질적 사명과 책임으로 하고 있는 이상, 대체로 언론의 자유를 보장함이 공익에도 합당한 것으로 되겠지만, 양자가 첨예하게 대립·충돌하게 되는 경우에는 다른 어느 기본권 상호간의 충돌보다 더 심각하고 중대한 문제를 야기 시키고, 그 해결의 실마리를 찾기가 어려울 때가 많다. 특히 민주주의나 언론자유역의 역사가 일천한 우리의 경우는 더더욱 그러하다. 그러나 우리도 그간의 값진 경험을 통하여 언론자유를 제한하기 위해서는 법률상 단순히 그 제한요소로 규정되어 있다고 하여 맹목적으로 아무런 검토 없이 그대로 적용할 것이 아니라 보다 신중한 가치 판단을 거쳐 무엇이 어떻게 진정 국가의 안전보장이나 사회질서를 실질적으로 위협하고 있는지, 국가의 기밀사항으로 규정되어 있다 하더라도 그것이 진정 비밀에 해당하는지, 또 과연 국민에게 알리는 것이 오히려 국익이나 민주사회의 발전에 도움이 되는 것은 아닌지 등에 관하여 반성해 보아야 한다.

게다가 지나친 언론기업의 집중화와 독과점화로 야기될 우려가 있는 언론의 저질화·상업화를 견제하여 언론의 공정성과 공공성, 다양성, 형평성의 자리를 굳건히 지키도록 늘 감시할 필요가 있다.¹⁵⁾ 이러한 제반 사항들을 살펴보건대 국민·국가·언론 이 모두는 진정한 국익을 위해서 이들

15) 김제협, 전게서, 349~350면.

者가 취해야 할 행동이 무엇이며, 양보해야 할 것은 무엇이지, 찾아야 할 것은 무엇인지 심각한 고민과 각자의 성찰을 필요로 한다. 각자가 양보하는 것이 진정한 공익을 위한 것이라면, 국민은 다소 알 권리에 침해를 받는다해도 감수해야 한다. 그것이 곧 나와 내 국가를 위하는 길이라면, 그러나 위법한 비밀과 국익을 침해하는 비밀은 언론이 앞장서 찾아내어 국민의 알 권리에 부응해야 하며, 국민 또한 늘 국정에 관심을 가지고 국정을 운영하는 관리자들을 감시해야 할 것이다. 국정 운영자들 또한 국민의 알 권리를 보장하기 위해 말로만이 아닌 실천하는 상을 가져야 한다. 나아가 국민·국가·언론 모두는 우리 모두에게 공익이 되는 제도를 만들어 내기 위해 서로 화합하고 양보하는 아름다운 미덕을 가져야 하겠다.



第6章 結 論

지금까지 정보의 자유(국민의 알 권리)와 국가안보라는 論題를 놓고 국민·정부·언론간의 갈등과 상충에 대하여 고찰해 보았다.

우리 인간이 살아가는 데는 이 모두가 어느 하나라도 소홀히 할 수 없을 만큼 중요하다. 특히 우리나라는 과거 국가안보를 소홀히 한 결과 국권을 상실하여 피눈물을 흘리며 고통과 압박 속에서 지내온 쓰라린 경험을 안고 있다. 뿐만 아니라 오늘날의 현실도 동족끼리 서로 이념을 달리하여 남북이 대치하고 있으며, 북쪽에서는 핵무기 등을 개발해 호시탐탐 우리를 위협하고 있다. 이러한 경험과 현실을 詳考해 보건대 국가의 안보야 말로 우리 모두가 어떠한 일 보다 최우선 순위로 삼아야 한다는 데는 再論의 여지가 없다.

그렇다면 무엇이 문제인가? 앞서 연구해 본 결과 국가기밀의 보호가 진정한 국가안보만을 위한 것이 아닐 때도 있었고, 그것이 정권안보용으로 포장되는 경우도 있었다는 것을 부인할 수가 없다. 언론 또한 국민의 알 권리를 실현하고 기본권을 신장시킨다는 이유로 공표주의를 요구해 왔다. 그러나 때로는 국가기밀을 유출시켜 국가안보에 위협을 가하고, 국정수행에 지장을 초래하는 예도 있었다. 그 背景에는 言論社·記者들間的 치열한 경쟁풍토가 한몫하고 있는 것도 사실이다. 바로 이러한 이유들을 놓고 볼 때 자유민주주의의 기본적인 전제는 먼저 정부관리가 국민에게 신뢰를 받아야 한다는 것이다. 이러한 신뢰성은 국민으로 하여금 국가가 무엇을 행하고 있는지를 알 수 있게 해주어야 한다는 명제가 도출된다. 즉 「알 권리」를 보장해야 한다는 것이다. 다음으로 알 권리를 보장하기 위해서는 언론 역시 정부활동에 대한 감시와 비판을 통해서 국민의 알 권리를 충족시켜 줌으로써 자유민주적 기본질서의 실현을 위하여 그 사명을 다해야 할 것이다.

그러나 앞서 고찰한 바와 같이 아직 우리나라에서는 국민의 알 권리와 국가기밀을 동시에 만족시킬 수 있는 통일된 법률도 제정되어 있지 않고, 국가기밀보호를 위한 관계규정들이 여러 개별법에 散在해 중복되어 있는 형편이다. 이로 인하여 국민의 알 권리가 체계적인 보장을 받지 못하고 있으며, 알 권리의 범위 역시 명확한 기준이 없어 국가기밀의 유출이라는

사건이 발생했을 때 어떤 법률의 조문을 적용해야 하는가를 놓고도 정부와 언론간의 갈등이 심화되어 가고 있다. 결국 개별 법률에 산재해 있는 기밀보호조항들을 적용하는데 이 조항들 역시 애매·모호한 문구들로 제정되어져있어 결국 사법부의 재량권에 맡기게 되고, 사법부와 정부의 야합을 일으킬 소지도 있고, 법관의 재량권 남용을 허용하는 결과를 초래할 수도 있다.

현재 우리나라에서는 국민의 알 권리를 위하여 ‘공공기관의정보공개에 관한법률’이 제정되어 시행되고 있으나, 同法 제2조 제2항에서 「국가안전보장에 관련되는 정보 및 보안업무를 관장하는 기관에서 국가안전보장과 관련된 정보분석을 목적으로 수집되거나 작성된 정보에 대하여는 이 법을 적용하지 아니 한다」라고 규정하고 있어 사실상 본 논문에서 연구하고 있는 국가기밀과 국민의 알 권리와는 거리가遙遠하다고 하겠다. 이렇듯 국가안전보장과 관련된 정보라는 애매한 문구로는 본 논문에서 연구하는 국민의 알 권리의 보장과 국가기밀보호간의 문제는 해소될 수 없다. 뿐만 아니라 앞서 고찰한 바대로 ‘공공기관의정보공개에관한법률’은 일반적인 정보사항을 누구에게나 공개한다고는 하고 있지만, 앞에서 살펴 본 판례 고찰에서처럼 정부가 국가안보를 위한 비밀이 아닌 정권안보를 위한 비밀 내지는 위법한 비밀까지 공개하지 않는 경우도 있어 문제가 된다. ‘월간조선·신동아 인쇄저지사건’¹⁾에서 보았듯이 그 사건은 우리의 국가안보에 어떤 영향도 미치지 않는 것이었다. 반면에 ‘성혜림 탈출사건’ 같은 경우는 언론사의 전형적인 한탕주의, 상업주의, 선정주의의 보도형태가 빚은 오바로 평가되어 국익의 손상은 물론 애매한 생명까지 앗아가는 결과를 낳았다.

이러한 모든 상황하에서 국민·정부·언론 이 三者는 우리 모두가 指向하는 최종 목표인 국가이익의 신장을 위해 나아갈 방향을 재정립할 필요가 있다. 또한 국가나 언론 모두는 기밀주의 또는 공표주의의 길을 벗어나 서로 화합하고 양보하는 아름다운 관계를 모색하는 방안을 강구해야 할 것이다. 본문에서 고찰한 바와 같이 이 三者가 서로 최적의 균형점을 찾

1) 본 논문 126~127면. 참조. 그 사건의 내용 중에는 발설자인 이후락씨가 재직 중 직무상 취득한 비밀을 누설하는 것 등을 국가공무원법 제60조 등을 적용하여 실정법 위반이라는 이유로 국민의 알 권리를 차단하고 정권안보를 피하려는 정부의 음모가 드러난 셈이다.

아 조화를 이룰 수 있는 몇 가지 방안을 제시하면,

① 정부와 언론은 국민에 대한 정보의 자유와 액세스권의 요구에 부응하여 언론의 자유시장에 맡기고, 국가는 가능한 한 정부가 보유하고 있는 정보의 공개에 적극적인 자세를 취해야 하고, 언론 또한 사실보도를 생명으로 하는데 최선을 다해야 할 것이다.

② 정부는 정보의 자유를 제한하거나 침해하는 각종 법률규정을 재정비하여 언론의 침해요소를 최소화해야 한다.

③ 정부와 언론기관은 신뢰관계수립에 상호 협조하고, 정부는 공직자의 관료주의 내지는 정보의 독점과 통제의 자세를 버리고, 언론은 공익을 스스로 판단하여 보도에 신중을 기하는 성숙한 언론으로 거듭나야 하겠다.

④ 정부와 언론인들은 변화·발전된 昨今の 시대상황을 정확히 파악하여 국가이익이라는 가치실현에 입각하여, 정부는 언론기관에 극비사항을 제외한 정보의 통제를 자제하고, 언론 또한 사회적 책임을 감안하여 스스로 국익을 위한 국가비밀을 보호하는데 동참하여야 할 것이다.

⑤ 만약 최선을 다한 후에라도 국가기밀의 누설문제가 발생한다면, 국민의 알 권리의 보장과 국가기밀보호라는 두 목적을 조화롭게 달성하기 위해서는 사법부의 성숙한 판단을 기대할 수밖에 없다.

그리고 알 권리는 공공기관이 보유하고 있는 문서·도면 등의 기록사항을 청구할 수 있는 권리와 더불어 이를 수집·處理할 수 있는 자유를 말하는데, 이는 의사표현의 필수적 전제가 되는 권리이다. 또한 알 권리는 행복추구권의 한 내용이기도 하고 동시에 의사표현의 요소도 포함하며, 나아가 국민주권주의 하에서 국민이 주권자로서 정치적 자유의 성격을 가진다고도 할 수 있다. 따라서 알 권리의 범위가 언론자유 범위보다도 확대된다는 결론이 나오게 된다. 이렇게 본다면 국민주권을 실현하기 위해서 언론자유 선형조건인 국민의 알 권리를 당연히 헌법에 규정하여 보장하는 것이 타당하다. 헌법재판소²⁾에서도 헌법상의 명문규정은 없지만 알 권리를 명시적으로 인정하고 있어 큰 문제는 없다고 판단된다.

끝으로 국가기밀보호법 역시 통일된 법률로 재정비되어 국가비밀의 중복 등으로 말미암아 국민의 알 권리에 침해가 되는 요소를 최소화하고 국가안보를 동시에 고려할 수 있는 제도적 장치를 마련해야 할 것이다. 그

2) 헌법재판소, 1991. 5. 13. 선고, 90헌마133 결정. 확정된 형사소송기록의 복사신청에 대한 서울지방검찰청의정부지청장의 거부행위는 청구인의 헌법상의 기본권인 “알 권리”를 침해한 것이다.

리고 헌법학자들의 많은 연구가 뒤따라야 할 것이며, 법률제정자들 또한 국가의 장래와 국민의 권리보호 내지는 국가안보를 위해 누구나 환영할 수 있는 좋은 법률을 제정하기 위하여 최선의 노력을 다해야 할 것이다.



參考文獻

◆ 국내 단행본 ◆

- 강경근, 헌법, 법문사, 2005.
- 금동흙, 헌법강의, 법률출판사, 2005.
- 권영성, 헌법학 원론, 법문사, 2006.
- 김철수, 헌법학신론, 박영사, 2005.
- 김동희, 행정법 1 제6판, 박영사, 2000.
- 문홍주, 미국 헌법과 기본적 인권, 유풍출판사, 2002.
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2006.
- _____, 헌법학, 법문사, 2003.
- _____, 헌법학, 법문사, 2004.
- 이상윤, 일본헌법제도론, 세종출판사, 2006.
- 장호순, 미국 헌법과 인권의 역사, 개마고원, 2000.
- _____, 언론의 자유와 책임, 한울아카데미, 2004.
- _____, 보도비평(한미 신문의 취재원 이용 관행), 한국언론재단, 2001.
- _____, 보도비평(신문의 국정감사 보도), 한국언론재단, 1999.
- 정종섭, 헌법연구, 박영사, 2003.
- 장영수, 헌법학, 홍문사, 2006.
- 조재현, 언론의 자유의 보호와 제한, 한국학술정보, 2005.
- 차강진, 헌법강의, 탁월, 2006.
- 팽원순, 한국언론법제론, 법문사, 1994.
- _____, 현대신문방송 보도론, 범우사, 1990.
- 홍성방, 헌법학, 현암사, 2006.
- 허영, 한국 헌법론, 박영사, 2005.

◆ 국내 논문 ◆

- 강경근, “국민의 알권리와 국익관련보도”, 월간고시 제20권 제9호, 법지사, 1993, 67~79.
- _____, “국익관련보도의 사법적 한계”, 계간언론중재 제39호, 언론중재위원회, 1991, 19~26.
- _____, “정보공개법의 향방과 인권”, 민주사회를위한변론 3호, 역사비평사, 1994, 217~252.
- _____, “국정조사권과 문서제출강제”, 고시연구 제19권 제9호, 고시연구사, 1992, 61~75.
- 구병삭, “국가비밀의 보호법리와 그 적용방향”, 헌법재판소 헌법논총 제2집, 1991, 135~175.
- _____, “정보공개법제정의 방향과 과제”, 공법연구 제17권, 한국공법학회, 1989, 9~42.
- 권도혁, “민주국가에 있어서 알 권리” 논문집 제14권, 경북공업전문대학, 1977, 17~31.
- 김광옥, “정보공개와 알권리”, 계간언론중재 1989년 여름호, 언론중재위원회, 1989, 1~10.
- 김동철, “한국의 언론보도와 국가기밀”, 언론중재 1987년 겨울호, 언론중재위원회, 1987, 26~40.
- 김용덕, “국가기밀에 관한 죄의 체계적고찰”, 군사법연구 제2집, 육군본부, 1984, 54~99.
- 김재협, “공익에 의한 언론자유의 제한”, 재판자료 제77집, 법원도서관, 1997, 283~351.
- 김배원, “정보공개법 제정의 의의와 과제”, 언론과 정보 제3권 제1호, 부산대학교 언론정보연구소, 1997, 133~157.
- _____, “일본의 정보공개제도”, 공법학연구 제2권, 한국비교공법학회, 2000, 3~25.
- _____, “알 권리의 법적성격에 대한 재검토”, 법학연구 제32권 제1호, 부산대학교 법학연구소 1991, 157~183.
- _____, “미국·일본·한국 「정보공개법」 비교 고찰”, 공법연구 제28권 제2

- 호, 한국공법학회, 2000, 337~360.
- _____, “정보공개제도의 적용제외사항”, 언론과 정보 제1권 제1호, 부산대학교 언론정보연구소, 1995, 139~167.
- _____, “알 권리의 한계로서의 국가비밀”, 법학연구 제32권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 1991, 185~208.
- _____, “알 권리에 관한 연구”, 박사, 부산대학교 대학원, 1989.
- 김홍규, “국가기밀과 보도”, 언론중재 제7권 제4호, 언론중재위원회, 1987, 6~16.
- 김종규, “언론자유와 군사작전기밀의 보호 -북한잠수함 침투사건을 중심으로-”, 군사논단 제9권 제1호, 한국 군사학회, 1997, 26~28.
- 김수훈, “국민의 알 권리와 국가안보와의 관계에 관한 연구 -국가기밀보호와 정보공개의 갈등을 중심으로-”, 석사학위논문, 연세대학교 행정대학원, 2000.
- 김병운, “국가보안법 제4조 제1항 제2호 나목 소정의 국가기밀”, 판례월보 330호, 판례월보사, 1997, 22~36.
- 김수철, “국가기밀과 보도의 자유 「독일연방헌법재판소 제1법정 1966년 8월 5일 판결(BVERFGE 20, 162 Spiegel 판결)」”, 사법행정 제41권 9호, 한국사법행정학회, 2000, 16~21.
- 김명희, 김동숙, “국가안보와 관련된 보도의 문제”, 저널리즘 연구 제1호, 이화여자대학교 언론·홍보·영상학부, 1971, 35~46.
- 박철언, “언론자유와 국가안보의 상충과 조화에 관한 연구 —국가기밀에 대한 접근이용의 제한을 중심으로—”, 박사학위논문, 한양대학교 대학원, 1989.
- 박용상, “국가기밀법의 체계”, 사법논집 제27집, 법원도서관, 1996, 531~589.
- 박달현, “독일형법상 국가기밀 보호”, 민주사회를 위한 변론 11호, 민주사회를 위한 변호사 모임, 1997, 30~53.
- 신은희, “한국에 있어서의 정보청구권”, 저널리즘 연구 1권 10호, 이화여자대학교 언론·홍보·영상학부, 1982, 200~272.
- 송길웅, “언론·출판의 자유에 관한 연구”, 논문집 제28권 제1호, 부산공업대학교, 1986, 215~230.
- 신동운, “간첩죄와 국가기밀 -1997. 7. 16. 97도 985, 전원합의체 판결”, 고

- 시연구 제25권 제1호, 고시연구사, 1997, 211~224.
- 안용교, “보도의 자유와 국가기밀 -국민의 「알」 권리를 중심으로-”, 학술지 제18권 제1호, 건국대학교, 1974, 141~164.
- 안용교, “국민의 알 권리에 관한 연구”, 박사학위논문, 건국대학교 대학원, 1974.
- 박종보, “공공정보공개제도와 알 권리의 헌법적 근거”, 공법연구 제28권 제1호, 한국공법학회, 1999, 1~17.
- 오건세, “한국행정에 있어서 민중통제에 관한 연구”, 사회과학논집 제5권, 동아대학교 사회과학연구소, 1987, 67~90.
- 육종수, “언론법제와 표현의 자유 -역사적 발전과정과 언론법의 거시적·미시적 분석-”, 법정논총1집 ; 학원창립40주년·대학교개교30주년기념, 대구대학교 출판부, 1986, 1~14.
- 이택휘, “급변하는 사회에서의 언론과 언론중재”, 계간언론중재 1989년 여름호, 언론중재위원회, 1989, 54~57.
- 이선희, “국가안보와 언론의 자유”, 군사논단 제3권 제1호, 한국 군사학회, 1995, 146~163.
- 이금옥, “언론의 자유와 국가기밀 -미국의 판례를 중심으로-”, 고향논집 제20집, 경희대학교 대학원 1997, 147~171.
- 이동훈, “국가기밀과 알 권리”, 공법연구 제28권 제2호, 한국공법학회, 2000, 137~158.
- 이현환, “정보공개제도 연구”, 사회과학연구 제3권, 서원대학교 사회과학연구소, 1990, 239~253.
- 이준호, “미연방법원에 있어서의 전문가증언의 허용요건 -신뢰성 판정기준을 중심으로-”, 재판자료 80집 외국사법연수논집(15), 법원도서관, 1998, 313~343.
- 이영우, “군사비밀보호법 제6조 등에 대한 헌재결정의 평석”, 헌법재판 운영현황과 활성화 헌법위원회 6집, 헌법재판자료, 1993, 10~24.
- 이석태, “「국가기밀」에 관한 최근 판례의 흐름과 평석”, 이달의 민변 1997년 8월호, 민주사회를 위한 변호사모임, 1997, 9~24.
- 이강혁, “정보원의 비닉과 그 법적보호”, 언론중재 89. 여름호, 언론중재위원회, 1989, 10~19.
- 장호순, “미국의 국가기밀 누설에 관한 법적 사례”, 이달의 민변 통권11

- 호, 민주사회를 위한 변호사 모임, 1997, 25~29.
- 정진석, “언론환경의 변화와 구제제도”, 언론중재 94.여름호, 언론중재위원회, 1994, 80~82.
- 최인승, “언론자유와 법적 제한에 관한 고찰 -국가안보에 대한 언론자유
의 제한을 중심으로-”, 산업연구원 제2권 제1호, 우송대학교 산
업연구원, 2000, 363~392.
- 허영, “외국인과 법인의 기본권 주체성”, 고시계 1982년 6월호, 고시계,
1982, 12~21.
- 홍완식, “정보공개 청구권에 관한 연구”, 정법논총 22권 1호, 건국대학교,
1987, 85~95.

◆ 영미 문헌 ◆

- Laurence H. Tribe, American Constitutional Law Volume One Third
Edition, New York, New York Foundation Press, 2000.
- Norman Sorsen / Michel Rosenfeld / Andras Sajo / Susanne Baer,
Comparative Constitutionalism Cases and Materials, Thomson
West, 2003.
- William Rivers, Wilbur Schramm, Clifford Christians, Responsibility in
Mass Communication, N .Y Harper & Row Publishers, 1980.
- Carl Becker, Freedom of Responsibility in the America Way of life, N.
Y. Vintage Books, 1945.
- Commission on Freedom of the Press, A Free and Responsible Press,
Chicago : the University of Chicago Press, 1947.
- Kent Cosper, The Right to Know, N.Y Tarrar, Straus and Cudahy,
1956.
- David M .O'Brien, The Publics Right to Know, N Y : Vintage Books,
1973.
- Seymour-Ure, Colin. The Press, Politics and the Public. London:
Methuen, 1968.
- Don R. Pember, Mass Media Law (Dubuque, Iowa : Wm. C. Brown Company

Publishers), 1977.
Eric Trist, "Toward a post-Industrial culture" in Robert Dubin(ed.), Handbook of work, Organization and Society, Chicago : Rord McNally, 1976.
David M .O'Brien, The Public's Right to Know, N Y : Vintage Books, 1973.
William O. Douglas, "The Manifest Destiny of America", The Progressive, February , 1955.

◆ 일본 문헌 ◆

戸松秀典/初宿正典, 憲法判例 第4版 補増版, 有斐閣, 2004.
山内敏弘, 新現代憲法入門, 法律文化社, 2004.
八木敏行, 情報公開 現状と課題, 有斐閣, 1986.
清水英夫, 情報公開と知る権利, 三省堂, 1980.
林秀彦, 左翼檢閲 一言論の自由を如何に守るか一, 啓正社, 1983.
奥平康弘, 知る権利, 岩波書店, 1979.
奥平康弘, 表現の自由II, 有斐閣, 1984.

伊藤正己, "國家の秘密と報道の自由(一), (二)", ジュリスト, 1977.
清水睦, "國政調査權と情報公開法", 法律時報 52卷 4號, 1980.
右崎正博, "國家機密の保護と情報の自由化", 法律時報 52卷 4號, 1980.
尾吹善人, "アメリカ—國家秘密と知る権利", ジュリスト, 1972.
日本新聞協會, "公的情報の公開—各國の實情", 東京 : 日本新聞協會, 1980.
阿部齋, "情報公開と民主政治", 新聞研究 11月號, 日本新聞協會, 1978.
石村善治, "國家秘密と知る権利, 法學セミナー増刊", 石村善治, 言論とマスコミ, 1978.
野中敬造, "出版と國家公務員の機密漏泄", 別冊ジュリスト マスコミ判例百選, 1972.