

취재원 공개를 거부한 기자의 법적 책임에 관한 검토

양재규

언론중재위원회 법무상담팀장

I. 들어가며

1. 검토의 배경

뉴욕타임스의 기자였던 주디스 밀러라는 사람이 있다. 지금은 상황이 많이 달라졌지만 올 7월 취재원 공개를 거부했다는 이유로 구속 수감될 때만 해도 그녀의 이름은 ‘언론의 자유’를 상징했다. 밀러 기자가 수감되던 날, 뉴욕타임스는 사설에서 “타임스와 직원들에게 자랑스럽고도 가슴 아픈 순간이다. 밀러 기자는 취재원을 밝히는 대신, 징역형을 받아들이기로 했다”라고 썼다고 한다.¹⁾

밀러 기자의 구속 수감은 우리나라의 일이 아닌 다른 나라, 그것도 우리와는 법체계가 다르다면 아주 다를 수도 있는 미국의 일이었다. 하지만 이 사건은 우리 언론계에도 큰 파문을 일으켰다. 밀러 기자에 대한 미국 법원의 조치와 이에 대한 미국 언론계의 반응은 우리 언론을 통해 상세히 타전되

었으며, 밀러 기자가 구속된 지난 7월 6일 직후에는 대부분의 언론들이 밀러 기자의 수감 소식을 보도하며 한 목소리로 우려와 근심을 표명했다. 이처럼 밀러 기자 사건에 대해 우리 언론들이 지대한 관심을 보인 것은 무엇에서 기인한 것일까?

결론부터 말하자면, 기자의 취재원 보호에 따른 실정법과의 충돌 문제가 우리 언론이 부담으로 안고 있는 당면 과제이자 아직까지 해결되지 않은 채 남아있는 고민이기 때문이다. 가깝게는 이상호 MBC 기자의 ‘X 파일 사건’으로부터 시작하여 멀게는 2003년 8월 양길승 청와대 부속실장 몰래카메라 사건과 관련해 청주지검이 SBS 본사에 대해서 압수수색을 시도한 경우에 이르기까지 우리나라에서 기자의 취재원 공개 거부에 따른 논란은 지금도 거듭되고 있으며, 앞으로도 당분간은 계속될 것이다.

2. 검토의 방향 설정

1) 한국일보 2005. 11. 8.자. 편집국에서, ‘알기 쉬운 언론의 자유’.

그렇다면 기자의 취재원 공개 거부 문제를 바라보는 우리의 시각은 어떠할까? 지금까지의 대체적인 시각은 취재원을 보호해야 한다는 기자의 ‘윤리’와 이를 이해하고 허용하려 들기보다는 제재하고 처벌하려는 ‘실정법’ 위반의 충돌로 보는 것²⁾이었다. 다시 말해, 윤리적이지만 못한 우리 실정법에 대한 비판이거나 기자 윤리에 친절하지 않은 사법체계에 대한 불만이었다고 생각된다. 그래서 실정법상 기자의 취재원 공개 거부가 가지는 법적 지위는 매우 취약하며 취재원은 오직 기자의 높은 윤리의식으로서만 보호될 수 있다고 보는 시각이 지배적이다.

다른 한편으로, 이런 시각에는 우리 실정법 속에 취재원 공개 거부에 관한 근거 규정이 들어오기만 한다면 기자의 취재원 공개 거부가 가지는 법적 지위가 지금과 비교해 상당히 강화될 것이라는 기대도 깔려 있는 듯하다. 실제 우리는 한때 부족하나마 기자의 취재원 공개 거부를 뒷받침하는 법규정을 가지고 있었다. 과거 언론기본법³⁾에 기자의 진술거부권 및 기자에 대한 압수수색 금지에 관련된 조항이 규정되어 있었던 것이다. 그러나 1987년 일부 악법조항이 문제가 돼 위 법률은 폐지되었고, 그와 동시에 이들 취재원 보호에 관한 조항들도 사라지고 말았다.

위와 같은 기대처럼 이제 우리나라에도 미국의 ‘방패법’과 같은 기자의 취재원 공개 거부를 근거지울 만한 체계적인 법규정이 필요한 것인지도 모른다. 기자의 취재원 공개 거부의 문제를 온

전치 못한 실정법의 탓으로 돌리는 시각도 나름대로 일리가 있을 수 있다. 다만, 우리는 그에 앞서 현행 실정법 하에서 취재원의 공개를 거부한 기자의 법적 책임이 어떠한지 좀 더 면밀하게 살펴보아야 한다고 생각한다. 과연 취재원의 공개를 거부한 기자는 어떤 규정에 근거하여 구체적으로 어떤 내용의 불이익을 받는지를 살펴보는 것이 필요하다. 뒤에서 자세히 살펴보겠지만⁴⁾ 밀러 기자의 경우와 다르게 우리나라에서는 기자가 취재원 보호를 이유로 증언을 거부한다고 하더라도 구속시킬 만한 근거 규정이 없다. 그러므로 현행 실정법 하에서 취재원의 공개를 거부한 기자의 법적 책임을 살펴보는 것은 우리의 현재를 돌아보며 현실을 직시하는 과정이 될 것이다. 우리는 이 과정을 통해서 취재원 공개 거부에 관한 규정을 입법함으로써 해결될 수 있는 문제와 해결될 수 없는 문제까지도 구별해낼 수 있을 것이다. 이로써 취재원 공개 거부권에 관한 입법적 논의의 실익이 어디까지인지도 살펴볼 수 있겠다.

II. 취재원 공개 거부의 필요성·개념 및 그 구체적인 유형

1. 취재원 공개 거부의 필요성

기자는 스스로의 힘과 능력만으로 우리 사회의

2) 유의선(2003), 취재원보호의 적정 범주에 관한 법적 고찰, 『한국방송학보』, 통권 17-4호, p.79.

3) 제8조(취재원의 보호) ① 언론인은 그 공표사항의 필자, 제보자 또는 그 자료의 보유자의 신원이나 공표내용의 기초가 된 사실에 관하여 진술을 거부할 수 있다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 범죄를 구성하는 내용이 공표된 때. 다만, 기자 등 언론인이 그 공표를 이유로 처벌될 때에는 이를 예외로 한다.

2. 장기 1년 이상의 징역이나 금고에 처하는 범죄로 공표의 기초가 된 자료 또는 정보를 입수한 때.

3. 필자, 제보자 또는 그 자료의 보유자가 공표내용에 비추어 사회안전법 제2조 각호가 규정하는 죄를 범하였음이 명백한 때.

② 진술거부권이 있는 자가 보관하는 자료는 공표사항의 필자, 제보자 또는 그 자료의 보유자를 수사하거나 공표내용에 기초가 된 사실을 확인·증명 또는 수사할 목적으로 압수 또는 수색할 수 없다.

4) 이 점에 대해서는 III의 1에서 자세히 다루고자 한다.

문제점들을 취재하여 세상에 알릴 수 없다. 기자가 직접 사실을 발굴하고 그 진위 여부를 확인하고 평가하여 기사화하는 것이 이상적이라는 것은 누구나가 잘 아는 사실이다. 이런 과정을 통해 기사의 신뢰성과 책임성이 담보될 수 있기 때문이다.⁵⁾ 그러나 이런 방식으로만 기사를 쓰기 바라는 것은 그야말로 이상에 지나지 않는다.

여기에 기자의 취재원 공개 거부가 절실할 수밖에 없는 이유가 있다. 기자는 소위 취재원이라는 제3자의 제보를 의지하지 않으면 우리 사회의 문제점을 세상에 알린다는 본연의 임무에 충실할 수 없다. 즉, 기자의 취재원 공개 거부는 곧 기자의 취재활동과 직결되어 있다.⁷⁾ 모든 정보를 스스로의 힘과 능력만으로 얻을 수 없는 기자는 취재원이 제공하는 정보를 절대적으로 필요로 한다. 취재원의 도움을 받지 않는 취재활동은 솔직히 상상하기 어렵다. 취재원으로부터 긴요한 정보를 제공받은 기자는 당연히 취재원의 신분 보호를 약속할 것이다. 그렇지 않다면 정치적 의도를 가진 취재원들이 아니고서는 자칫 위협할 수도 있는 자신의 정보를 꺼내놓으려 하지 않을 것이다. 그러므로 취재원의 보호 내지 공개 거부는 취재의 자유와 무관하지 않으며, 기자의 자유로운 취재활동의 보장을 위해서라도 취재원은 보호되어야 할 것이다.

2. 취재원 공개 거부의 개념

가. 개념에 대한 정의

이러한 점을 고려하여 취재원 공개 거부에 대해서 정의를 내려 본다면 다음과 같다. '취재원 공개 거부'라 함은 기자가 국민에게 알려야 할 정보를 얻기 위해서 내적 신뢰관계를 기초로 정보를 제공 받은 제3자의 신원 및 그 제보 경위 등을 공개하지 않으려는 일체의 행위를 가리킨다.

먼저, 취재원 공개 거부의 대상인 '제3자'는 기자와의 내적 신뢰관계를 전제로 한다. 다시 말해, 취재를 하는 과정에서 취재원인 제3자는 기자에게 신원 등의 공개를 거부하는 의사를 표시했어야 하며, 기자는 이러한 의사를 수락했어야 한다. 만약, 취재원이 자신의 신분이 공개되어도 좋다고 허락했다면 취재원 공개 거부권은 문제되지 않을 것이다. 물론, 기자와 취재원 간의 공개 거부에 대한 의사합치는 반드시 명시적으로만 이루어져야 하는 것은 아니고 묵시적으로도 가능하다고 할 것이다.

다음으로, 취재원 공개 거부권은 취재원을 '어떠한 방법'으로도 공개당하지 않을 권리를 말한다. 이에 대해서는 항을 바꾸어 좀 더 자세히 설명하겠지만, 취재원의 공개를 요구당하는 형태는 매우 다양하다. 공개적으로 진행되는 민·형사 법정에서 증인으로 출두하여 증언을 요구당할 수도 있고, 타인의 수사절차에 참고인으로 소환되어 취재원에 대한 진술을 요구받을 수도 있다. 어떠한 절차와 과정에서 취재원의 공개를 요구당하든지 그 모든 요구를 거부하려는 행위를 취재원 공개 거부라고 할 것이다.⁶⁾

이 외에도 취재원 공개 거부의 개념과 관련해서 권리의 주체 범위라든가, 공개 거부의 대상 범위 등이 문제될 수 있으나⁷⁾, 이들 쟁점은 이 글이 주

5) 유의선(2003), 앞의 책, p.77.

6) 그러나 취재원 공개 거부권에 대한 위와 같은 개념 규정은 아직 유동적이고 확립되어 있지 못하다. 그에 앞서 '취재원 공개 거부권'이라는 용어조차 검증된 것이 아님을 인정한다. 그러나 취재원 공개 거부권이라는 말이 아니고서는 실무상 취재원의 보호가 문제될 수 있는 모든 영역을 포괄할 용어가 없다고 본다.

7) 이에 대해서는 임병국(2005), 『언론법제와 보도』(개정3판), 서울:나남사, p.208. 이하를 참고하기 바란다.

된 초점과 다소 거리가 있다는 생각에 다음 기회로 그 검토를 미룬다.

나. 취재원 묵비·취재원 비닉과의 구별

‘취재원 공개 거부’라는 개념을 사용하고자 할 때 먼저 정리되어야 할 두 가지 개념이 있다. ‘취재원 묵비(默秘)’와 ‘취재원 비닉(秘匿)’이 그것이다. 현재 취재원의 보호와 관련하여 학계에서 흔히 사용되고 있는 용어들이지만 그 개념이 다소 모호하기 때문이다.

(1) 취재원 묵비와 취재원 비닉

취재원 묵비(默秘)는 그야말로 취재원에 대해서 입을 닫는 것, 침묵하는 것을 의미한다. 이에 비해 취재원 비닉(秘匿)은 취재원에 대해서 묵비하고 은닉하는 것, 다시 말해 침묵하고 감추는 것을 말한다. 침묵하는 것도 어떤 의미에서 감추는 것이니 취재원 묵비와 취재원 비닉은 한 글자 차이일 뿐 동의어일 수도 있으나, 학자들 중에는 이 두 가지 개념을 구별해서 사용하고 있는 경우도 있다.

그래서 다소 무리가 따르더라도 이 두 가지 개념을 구별하고자 시도해보자면, 취재원 묵비는 취재원에 대한 진술을 거부하는 것이고 취재원 비닉은 취재원에 대한 진술을 거부하는 것에 더하여 물체의 형태를 띠고 있는 취재원을 감추는 것이라고 할 수 있다. 즉, 취재원 비닉은 취재원 묵비를 포함한 좀 더 포괄적인 개념이다.

(2) 취재원 공개 거부와 취재원 비닉·묵비

이와 같은 시각에서 본다면 취재원 묵비보다는 취재원 비닉이 취재원 공개 거부의 개념과 가깝

다. 그러나 취재원 공개 거부는 취재원 비닉과는 또 다른 개념이라 할 수 있다. 예컨대, 취재원을 알아내기 위해 수사기관이 기자의 통화내역을 조회하고자 하는 경우 이에 대한 저항을 취재원 비닉이라고 부르는 것은 개념적으로 적절치 못하기 때문이다. 기자의 행위가 취재원 비닉에 해당되기 위해서는 기자가 취재원에 대한 진술을 거부한다든가, 물적 형태의 취재원을 은닉하는 적극적인 행동이 필요하기 때문이다.

한편, 취재원 공개 거부의 취재원 묵비와의 구별은 취재원 비닉과의 구별보다는 좀 더 용이하리라 생각된다. 다만, 여기서 취재원 묵비의 개념에 대해서 한 가지 짚고 넘어갈 것이 있다. 현재 학자들 중에는 취재원 묵비권을 기자가 취재원에 대한 진술을 거부할 수 있는 권리, 다시 말해 취재원에 대한 진술 거부권으로 보는 견해들이 존재하는데 이러한 개념 정의조차 엄밀한 의미에서 정확하지 않다고 본다. 왜냐하면, 취재원 묵비권에 대한 기존의 논의는 거의 대부분 기자가 타인의 민·형사상 소송절차에 증인으로 소환되어 증언을 강요당하는 상황을 상정하고 있는데, 그렇다면 기존의 취재원 묵비권은 취재원에 대한 증언거부권으로 정리될 수 있기 때문이다. 그러나 취재원에 대한 진술 거부에는 증인으로서의 증언을 거부하는 것 이외에도 수사절차상 참고인으로서의 진술 거부와 민사상 피고 내지는 형사상 피고인으로서 취재원에 대한 입증을 거부하는 것도 있을 수 있다. 따라서 이 글에서 취재원 묵비권은 오직 기자가 타인의 소송절차에 증인으로 채택되어 취재원에 대한 증언을 강요당하는 상황 하에 그러한 증언을 거부할 수 있는 근거로서의 권리(증언거부권)를 가리키는 의미로만 사용하기로 한다.⁸⁾

8) 개인적으로 증언 이외의 영역에서 논의되는 취재원 공개 거부의 문제를 취재원 묵비권이라는 용어로 다루는 것은 개념적으로 적절치 못하다고 본다.

(3) 정리

요컨대, 취재원 묵비는 취재원에 대한 기자의 증언거부라고 할 수 있다. 취재원 공개 거부권에 대한 논란의 핵심이 증언 거부에 있다는 점을 고려할 때 취재원 묵비권은 '좁은 의미에서의 취재원 공개 거부권'이라고도 할 수도 있다. 또, 취재원 비닉은 취재원에 대한 증언거부와 물적 형태의 취재원을 은닉하는 행위를 포괄하는 개념이다. 마지막으로, 이 글에서 주로 사용되어질 취재원 공개 거부는 취재원에 대한 증언거부와 물적 형태의 취재원에 대한 은닉을 포함하여 취재원의 공개를 거부하는 일체의 행위를 의미한다.

3. 취재원 공개 거부의 유형

취재원에 대한 증언거부를 의미하는 취재원 묵비에 비해 취재원 공개 거부란 취재원의 보호가 문제되는 모든 절차와 영역을 포괄할 정도로 매우 넓은 개념임을 앞에서 살펴보았다. 말하자면, 어떠한 경우에든지 기자가 취재원의 공개를 거부하는 모든 영역에서 논의되는 문제는 다 취재원 공개 거부의 문제로 본다는 것이다. 기자가 다른 사람의 소송에서 증언을 강요받는 경우라든가, 수사절차에 참고인으로 소환된 경우라든가, 기자 자신이 피소당해 패소를 면하고자 취재원을 공개할 수밖에 없는 상황이라든지, 취재원 공개가 문제되는 모든 상황 하에서의 기자의 항변권을 근거지우는 권리로서 '취재원 공개 거부' 내지는 '취재원 공개 거부권'이라는 개념을 사용하고자 한다는 것이다.

이와 같은 취재원 공개 거부의 개념을 고려할 때 취재원의 보호가 문제되는 영역은 다음과 같이 몇 가지로 유형화시켜 볼 수 있다.

첫째, 기자가 증인으로 채택되어 취재원에 대한 증언을 요구당하는 경우이다. 이 때 취재원 공개 거부권에 대한 논의는 기존의 취재원 묵비권의 유무에 대한 논의와 맥락을 같이 한다.

둘째, 기자가 수사절차상 참고인으로 소환되어 취재원에 대한 진술을 요구당하는 경우이다. 수사절차에서 참고인이 차지하는 일반적인 지위와 관련하여 살펴보아야 할 것이다.

셋째, 기자 자신이 타인으로부터 민·형사상 소송을 당하여 그 책임을 면하기 위해서는 취재원을 공개하지 않으면 안 되는 경우이다. 여기서의 관건은 '입증책임의 소재'이다. 입증책임의 원칙상 기자가 명예훼손으로 인한 책임을 면하기 위해서는 기자 자신이 쓴 기사의 공공성과 진실성 내지 상당성을 입증하는 데에 성공해야 한다.

넷째, 수사기관에서 기자가 소유·소지하고 있는 취재원 관련 물적 증거를 압수·수색하고자 하는 경우이다. 취재원의 육성이 그대로 담긴 녹음 테이프라든가, 취재원의 이름이 적혀 있는 취재수첩 등에 대해서 압수·수색하고자 하는 경우가 바로 이것이다.

각각의 유형별 기자의 법적 책임에 대해서는 항을 바꾸어 차례로 살펴보기로 한다.

Ⅲ. 각 유형별 취재원의 공개를 거부하는 기자의 법적 책임에 대한 고찰

1. 타인의 소송절차에서 취재원에 대한 증언을 거부한 기자의 법적 책임

맨 먼저, 기자가 타인의 민·형사상 소송절차에 증인으로 소환되어 취재원에 대한 증언을 강요당하는 상황을 살펴보기로 한다. 과연 이런 상황에

서 기자는 취재원의 보호를 이유로 증언을 거부할 수 있으며, 만일 증언을 거부한다면 그에 따른 책임은 어떠한 것인가?

가. 기자와 증인의무

민사소송절차이든지 형사소송절차이든지 법원은 원칙적으로 누구든지 증인으로 신문할 수 있다(민소법 제303조, 형소법 제146조). 따라서 우리나라의 재판권에 복종하는 사람이라면 누구나 증인으로서는 법원의 신문에 응할 공법상의 의무를 진다.⁹⁾

그러므로 기자는 법원에 의해서 증인으로 소환될 경우 법원이 지정한 일시와 장소에 출석해야 한다(출석의무). 또한, 증언에 앞서 양심에 좇아 진실만을 진술할 것을 선서해야 하는 것이 원칙이다(선서의무). 선서를 마친 증인은 소송당사자들¹⁰⁾의 신문에 대해서 그리고 재판부의 신문에 대해서 자신이 알고 있는 사항을 있는 그대로 진술해야 한다(진술의무).

나. 증인의무 불응에 따른 제재조치

위와 같은 세 가지 증인으로서의 의무를 다하지 않을 경우, 법원은 절차법에 의거 몇 가지 제재조치를 내릴 수 있는데, 그 구체적인 내용이 소송에 따라 약간의 차이를 보인다.

(1) 민사소송상의 제재

민사법원에 의해 증인으로 채택되어 소환장을 받고도 정당한 사유 없이 출석하지 않은 자는 법원의 결정에 따라 500만 원 이하의 과태료에 처해질 수 있으며, 과태료 처분을 받고서도 정당한 사

유 없이 다시 출석하지 않으면 7일 이내의 감치(監置)에 처해질 수 있다(민소법 제311조 제1항, 제2항). 출석하지 아니하는 증인에 대비하여 구인(拘引)제도(민소법 제312조)까지 갖추어져 있기 때문에 아마도 법정에서의 출석 자체를 회피하기는 현실적으로 어렵다고 보인다. 무엇보다, 설령 취재원 공개 거부권이 인정될지라도 그것이 법정에서의 출석 자체를 거부할 수 있는 사유가 되지는 못한다는 점에 주의해야 한다.

법정에 출석한 증인은 원칙적으로 증언에 앞서 “양심에 따라 숨기거나 보태지 아니하고 사실 그대로 말하며, 만일 거짓말을 하면 위증의 벌을 받겠다”고 선서할 의무를 진다. 만일 정당한 사유 없이 선서하기를 거부하면 역시 500만 원 이하의 과태료에 처해질 수 있다(민소법 제326조, 제318조). 이때에도 역시 취재원 공개 거부권을 이유로 선서 자체를 거부하는 것은 허용되지 않는다.

선서를 마친 증인은 이제 당사자나 재판부의 신문에 성실하게 답변해야 한다. 증언거부권에 대하여 규정하고 있는 민소법 제314조와 제315조에 해당하지 않는 이상, 증인에게는 신문사항에 대해서 증언할 의무만 있을 뿐 침묵할 권리는 없다. 만일 정당한 사유 없이 증언을 거부하거나 묵비권을 행사하면 500만 원 이하의 과태료에 처해질 수 있다(민소법 제318조). 특히, 선서를 한 증인이 허위의 증언을 한 것으로 밝혀지면 위증죄로 처벌될 수도 있다(형법 제152조).

(2) 형사소송상의 제재

형사소송상의 제재조치 또한 민사소송상의 그것과 매우 유사하다. 몇 가지 다른 점이 있는데 다음과 같다.

9) 이시윤(2005), 『신민사소송법』(제2판), 서울:박영사, p.409.

10) 민사소송에서는 원고와 피고가 될 것이고, 형사소송에서는 검사와 피고인(또는 변호인)이 될 것이다.

먼저, 형사소송에서는 증인이 정당한 사유 없이 출석을 거부해도 과태료만 부과할 수 있다. 다시 말해, 민사소송과는 달리 감치를 명할 수 없다. 과태료 역시 민사소송에서는 500만 원까지 부과할 수 있는데 형사소송에서는 50만 원이 최고다(형소법 제151조). 증인이 정당한 사유 없이 선서를 거부하거나 증언을 거부하는 경우에도 역시 50만 원 이하의 과태료가 부과될 뿐이다(같은 법 제161조).

(3) 정리

형사소송에 있어서는 감치처분이 인정되지 않으며, 과태료 역시 민사소송절차에 비해 소액이라는 점을 빼고는 양 절차법상의 증인의무 불이행에 따른 제재조치는 유사하다고 할 수 있다. 특히, 증언거부행위 자체만을 놓고 본다면 우리의 소송법이 기자에게 부과할 수 있는 불이익이란 ‘과태료’뿐이다.

다. 취재원 보호를 이유로 한 증언 거부가 정당한 사유인지 여부

뿐만 아니라, 우리 실정법 규정상 취재원 보호를 이유로 한 기자의 증언거부가 받아들여질 가능성이 전혀 없는 것이 아니다. 민사소송법 제315조에

따르면, 증인이 위 규정에서 열거하고 있는 직책에 있거나 있었으면 그 직무상 비밀에 속하는 사항에 관한 증언을 거부할 수 있다(제1항 제1호). 또한, 기술 또는 직업의 비밀에 속하는 사항에 대해서도 증언을 거부할 수 있다(같은 항 제2호).

이 중에서 기자에게 적용될 가능성이 좀 더 큰 조항은 민소법 제315조 제1항 제2호이다. 물론, 기자에게 있어 취재원의 신원 등은 직무상 비밀에 속하는 사항이라 하여 같은 항 제1호 전단의 적용을 주장해볼 수도 있겠지만, 위 규정의 적용 대상은 모두 법령에서 비밀준수 의무를 규정하고 있는 경우들이다.¹¹⁾ 현재 기자의 취재원 보호의무를 규정하고 있는 것은 한국기자협회 윤리강령이나 신문윤리 실천요강 등이다.¹²⁾ 이와 같은 윤리강령 내지 실천요강 상의 취재원 보호의무는 그야말로 윤리적인 의무일 뿐 법령상의 비밀준수의무는 아니다. 그러므로 직무상의 비밀이라는 이유만으로 기자에게 해당 규정(민소법 제315조 제1항 제1호)을 적용하는 것은 해석상 불가하다.

그렇다면 남는 것은 기자에게 있어 취재원이 위 규정 제2호상의 ‘직업의 비밀에 속하는 사항’인지 여부이다. 현재까지 우리 판결 중에 이 점에 대해 판단을 내린 예는 없는 듯하다.¹³⁾ 학계에서는 이 점에 대한 논의가 꾸준히 이어지고 있는데 민사소송법학자들¹⁴⁾ 및 언론법학자들¹⁵⁾은 대체로 긍정

11) 민소법 제315조 제1항 제1호 전단에 열거된 자들을 보면 변호사(변호사법 제26조)·변리사(변리사법 제21조)·공증인(공증인법 제5조)·공인회계사(공인회계사법 제20조)·세무사(세무사법 제11조)·의료인(의료법 제19조)·약사(약사법 제72조의 8) 등인데 이들은 모두 법률에 비밀준수의무가 규정되어 있거나 업무상 지득한 비밀을 공개하면 처벌하는 규정이 있다.

12) 한국기자협회 윤리강령 제7에서는 ‘우리는 어떠한 경우에도 취재원을 보호한다’고 규정하고 있으며, 신문윤리실천요강 제5조 제5항에는 ‘기자는 취재원의 안전이 위태롭거나 부당하게 불이익을 받을 위험이 있는 경우 그 신원을 밝혀서는 안 된다’고 명시하고 있다.

13) 우리와 법체계가 비슷한 일본에는 ‘신문기사에 관하여 그 기자는 그 취재원에 대한 증언을 거절할 수 있다’는 취지의 판례가 있다고 한다(일·최고결 1980. 3. 9. 조일신문; 현암사 소법전(2004년판), 1343면). 또, 독일민사소송법 제383조 제5항은 신문방송기자에게 증언거부권을 인정하고 있다고 한다(이시윤, 앞의 책, p.412).

14) 정동윤(2005), 『민사소송법』, 서울:법문사, p.535; 장현중(2004), 『민사소송법』(제6판), 서울:박영사, p.555.; 이시윤(2005), 앞의 책 p.412.

15) 임병국(2005), 앞의 책, p.213.; 성낙인(1998), 『언론정보법』, p.116.

적인 입장을 취하고 있고, 헌법학자들¹⁶⁾은 문제점만 지적하거나 부정적인 입장을 취하고 있다.¹⁷⁾ 긍정하는 입장에서 주로 내세우는 것은 물론 언론의 자유 내지 취재의 자유를 위해서는 취재원의 비밀이 반드시 보장되어야 한다는 점이다. 지난 '90년 민사소송법 개정 시에 주체 여하를 불문하는 "기술 또는 직업의 비밀에 관한 사항의 신문을 받을 때"라는 규정을 추가한 것은 취재원을 보장할 수 있는 방향으로 이해할 수 있다고 보는 견해¹⁸⁾도 있다. 부정하는 입장에서 주로 소송절차를 통한 진실 발견의 중요성을 내세울 수 있을 것으로 생각되나 부정적인 결론만 내린 채 왜 그러한지 별 다른 설명이 없는 경우도 많아 아쉬움이 있다.¹⁹⁾

개인적으로, 취재원은 원칙적으로 민사소송법 제315조 제1항 제2호상의 '직업의 비밀'에 해당된다고 생각한다.²⁰⁾ 기자라는 직업상 취재원은 공개되어서는 안 될 비밀에 속하기 때문이다. 또한, 개별적인 민사소송의 목적은 진실 발견에 있지 않고 분쟁을 해결하며 개인의 권리를 확정하는 데에 있다.²¹⁾ 이러한 절차에서 기자에게 원칙적으로 취재원을 공개하도록 의무지우는 것은 결코 타당한 결과가 아니다. 그러나 예외는 얼마든지 인정될 수

있다. 취재원이 공개를 허용했다거나 취재원 입수 과정에 기자 자신이나 타인의 위법 내지 탈법행위가 있었다고 한다면 증거거부 요청은 허용되어서는 안 될 것이다.

그렇다면, 형사소송의 경우는 어떠한가. 형사소송절차상 증인의 증거거부권에 대해서 규정하고 있는 형사소송법 제149조는 민사소송법 제315조와는 달리 증거거부의 가능성을 더욱 좁히고 있다. 위 규정은 증거거부권자라고 할 수 있는 자들을 열거하고 있는데, 학자들은 그 열거의 성격을 제한적인 것으로 보고 있다.²²⁾ 왜냐하면 형사사법의 목적을 희생하면까지 그 업무의 보호를 받은 경우에 해당하기 때문이다.²³⁾ 그렇다면, 위 규정에 들어가 있지 않은 기자로서는 취재원이 단지 업무상의 비밀이라는 이유만으로 형사소송절차에서의 증언을 거부할 수는 없다.²⁴⁾

라. 형사범죄의 성립 여부

타인의 소송절차에서 취재원에 대한 증언을 거부한 기자의 행위가 형사범죄를 구성할 가능성은 그리 높지 않다. 그러나 증언을 거부함에 따라 범정모독죄로 구속된 밀러 기자의 경우와 같이 우

16) 권영성(2002), 『헌법학원론』, 서울:법문사, p.474.; 전광석(2005), 『한국헌법론』, 서울:법문사, p.253.; 김철수(2005), 『헌법학개론』(제17개정판), 서울:박영사, p.720.; 구병삭(1996), 『신헌법원론』(제3개정판), 서울:박영사, p.483.
 17) 취재원의 보호에 다소 소극적인 듯한 다른 헌법학자들과는 대조적으로 허영 교수는 취재의 자유에 취재원 묵비권이 당연히 포함된다고 보아야 한다고 쓰고 있다(허영(2005), 『헌법이론과 헌법』(신정10판), 서울:박영사, p.662.).
 18) 성낙인(1998), 앞의 책, p.116.
 19) 권영성 교수·전광석 교수는 별 다른 근거를 제시할 없이 취재원 묵비권 내지 비닉권에 대해서 부정적인 견해를 제시하고 있으며, 구병삭 교수는 취재원 비닉권을 부정하는 것이 일반적인 경향이나 최근에는 제반 사정을 비교형량해서 결정해야 한다는 견해가 있다고 씀으로써 다소 모호한 입장을 취하고 있다.
 20) 윤재윤·함석천(2005), 『언론분쟁과 법』, 서울:청림, p.221, p.224.
 21) 윤재윤·함석천(2005), 앞의 책, p.224.
 22) 이재상(2003), 『형사소송법』(제6판), 서울:박영사, p.425.; 신동운(2005), 『형사소송법』(제3판), 서울:법문사, p.634.; 백형구(1985. 7.), 증인의 권리와 의무, 『월간고시』, p.40.
 23) 이재상(2003), 앞의 책, p.425.
 24) 윤재윤·함석천(2005), 앞의 책, p.221, p.224.

리의 경우에도 증언 거부가 형사범죄를 구성하지는 않을지 불안감이 없지 않다. 이에 관해서는 법정모욕죄와 위증죄 두 가지에 대해서 살펴보고자 한다.

(1) 법정모욕죄

형법 제138조는 '법원의 재판 ...을 방해 또는 위협할 목적으로 법정 ... 또는 그 부근에서 모욕 또는 소동한 자는 3년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다' 라고 규정하고 있다. 이에 따라 법정이나 그 부근에서 모욕적인 행동을 하거나 소동을 피우면 처벌될 수 있다.

문제는 증인의 증언거부가 위 법 소정의 '모욕'에 해당되었는지 여부이다. 이 문제에 관해서 증인의 선서거부나 증언거부도 모욕에 포함될 수 있다는 견해²⁵⁾도 있었다. 그러나 현재 대부분의 학자들은 절차법에 정해진 제재를 받을 뿐 위 법 소정의 모욕에는 해당되지 않는다고 하고 있다.²⁶⁾

그러므로 취재원 보호를 이유로 증언을 거부한 기자가 우리 형법상 법정모욕죄로 처벌될 가능성은 없다고 볼 것이다.

(2) 위증죄

형법 제152조 제1항은 '법원에 의하여 선서한 증인이 허위의 진술을 한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다' 라고 규정함으로써 증인의 위증행위를 처벌하고 있다. 여기서 '허위의 진술'이 무엇을 의미하는지가 중요하다.

이에 대해 관례는 증인이 기억에 반하는 증언을 하는 것을 허위의 진술로 보고 있다.²⁷⁾ 따라서 증인은 자신이 체험하여 알고 있는 사실을 기억에 따라 그대로 진술해야 한다.

진술의 방법에는 제한이 없다고 한다.²⁸⁾ 따라서 구두에 의한 진술뿐만 아니라 행동이나 표정에 의한 진술도 포함된다. 다만 단순한 진술거부의 경우는 증언거부에 따른 절차법상의 제재를 받는 것은 별론으로 하더라도 진술에 해당한다고 할 수 없다. 문제는 여기에 있다. 기사가 법정에서 증인으로 출석하여 선서를 한 다음 취재원 보호를 이유로 침묵으로 일관하는 단순 증언거부를 한 경우에는 아무런 문제가 되지 않는다. 그런데, 만일 기사가 당사자들이나 재판부의 신문에 "모른다" "아니다"라는 식의 기억에 반하는 답변을 하게 되면 경우에 따라서 위증이 될 가능성도 있다는 점을 주의해야 한다.

마. 소 결

결국, 타인의 소송절차에서 취재원에 대한 증언을 거부한 기자는 일차적으로 절차법에서 정하고 있는 과태료 처분을 받을 가능성이 있다. 그러나 현행법 하에서도 민사소송절차상으로는 증언거부권이 인정될 여지가 크다.

증언거부로 인해 형사처벌을 받을 가능성은 희박하지만, 위증죄의 성부에서 살펴본듯이 답변의 방법에 따라 위증죄로 처벌받을 가능성이 전혀 없지는 않다.

25) 유기천(1992), 『형법각론』, 서울:일조각, p.335.

26) 이재상(2004), 『형법각론』(제5판), 서울:박영사, p.746; 김일수·서보학(2004), 『형법각론』(제6판), 서울:박영사, p.869; 배종대(2003), 『형법각론』(제5판), 서울:홍문사, p.798; 박상기(2005), 『형법각론』(제6판), 서울:박영사, p.664.

27) 대법원 1984. 5. 29. 선고 83도2410 판결.

28) 이재상(2004), 앞의 책, p.779; 배종대(2003), 앞의 책, p.822.

2. 타인의 수사절차에서 취재원에 대한 진술을 거부한 기자의 법적 책임

가. 참고인이 수사절차상 가지는 법적 지위

참고인이란 피의자 아닌 제3자를 가리킨다. 그러므로 타인에 대한 범죄사건 수사에서 기자가 소환된 경우, 기자는 형사절차상 참고인의 지위를 차지하게 된다. 이러한 참고인에 대한 수사를 가리켜 ‘참고인 조사’라고 한다(형소법 제221조 전단). 참고인에 대한 수사는 강제적인 방법으로 실시되지 않는다는 점에서 참고인 조사는 ‘임의수사’에 속한다.

또, 참고인에게는 반드시 진술하거나 수사에 협조해야 할 의무가 없으므로 수사기관은 참고인에 대한 조사 시에 진술거부권을 고지할 필요도 없다. 하지만, 형사소송법 제317조의 규정을 준수해야 하며 조금이라도 진술을 강요하는 일이 있어서는 안 된다(사법경찰관리집무규칙 제18조 제1항). 그러므로 형사소송법상 명문의 규정은 없지만 피의자에 준하여 참고인에게도 진술거부권은 그대로 보장된다.

요컨대, 참고인은 수사기관에 대하여 출석할 의무도 없고, 진술을 해야 할 의무도 없다. 그런 까닭에 참고인에 대한 수사는 참고인의 자발적인 참여와 동의 하에서만 이루어져야 할 것이고, 참고인에게는 수사에 협조할 것인지 여부가 전적으로 자신의 선택에 달려있다. 기자는 굳이 취재원 보호를 근거로 들지 않아도 수사절차에서 취재원에 대한 진술을 거부할 수 있으며, 이에 대해서는 어떠한 불이익도 가해질 수 없다고 할 것이다.

나. 형사범죄의 성립 여부

이와 같은 논의에 따라 참고인으로 출석한 기자가 취재원에 대해 묻는 수사관에게 “말할 수 없다”고 진술 자체를 거부하거나 침묵으로 일관할 때는 아무 문제도 되지 않는다. 그러나 취재원을 알면서도 “모른다”거나 취재원이 있음에도 불구하고 “없다”는 취지로 진술할 경우에 이러한 진술이 수사를 방해하고 허위의 진술로서 형사상 처벌의 대상은 아닌지 문제될 수 있다.

아래에서는 우리 형법상 문제되는 범죄의 성립 여부에 대해서 차례로 검토한다.

(1) 위계에 의한 공무집행방해죄

(가) ‘위계’의 의미

형법 제137조는 ‘위계로써 공무원의 직무집행을 방해한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천 만 원 이하의 벌금에 처한다’고 규정하고 있다. 위 규정의 해석상 가장 중요한 단어는 ‘위계’이다. 학설은 대체적으로 위계를 타인의 부지 또는 착오를 이용하는 일체의 행위를 말하는 것으로 보고 있다.²⁹⁾ 좀 더 구체적으로 살펴본다면, 타인의 착오를 불러일으키기 위해서 적극 시도하는 일체의 행위, 타인의 부지를 자신의 목적에 이용하기 위해 소극적으로 침묵하거나 부인하는 행위가 모두 위계에 해당한다.

(나) 기자의 취재원 공개 거부가 위계에 해당하는지 여부

판례는 이에 관하여 참고인의 허위진술의 태양이 적극적이든, 소극적이든 위계에 해당되지 않는다는 입장을 취하고 있는 것으로 보인다. 판례는 “피의자가 수사기관에 대하여 허위자백을 하거나, 참고인이 수사기관에 대하여 허위진술한 사실만으

29) 이재상(2004), 앞의 책, p.744.; 김일수·서보학(2004), 앞의 책, p.865.; 배종대(2003), 앞의 책, p.796.; 박상기(2005), 앞의 책, p.663.

로는 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립된다고 할 수 없다”³⁰⁾고 하고 있거나 “형사피의자와 수사기관이 대립적인 위치에서 서로 공격방어를 할 수 있다는 취지의 형사소송법 규정과 법률에 의한 선서를 한 증인이 허위로 진술을 한 경우에 한하여 위증죄가 성립된다는 형법의 규정취지에 비추어 수사기관이 범죄사건을 수사함에 있어서는 피의자나 피의자로 자처하는 자 또는 참고인의 진술여하를 불구하고 피의자를 확정하고 그 피의사실을 인정할만한 객관적인 제반증거를 수집, 조사하여야 할 권리와 의무가 있는 것이라고 할 것이므로 피의자나 참고인이 아닌 자가 자발적이고 계획적으로 피의자를 가장하여 수사기관에 대하여 허위진술을 하였다고 하여 바로 이를 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립된다고 할 수 없다”³¹⁾고 하고 있다.

물론, 학설 중에는 참고인이라 할지라도 자기 자신이 범인인 것처럼 허위진술함으로써 수사의 방향을 엉뚱한 곳으로 유도하고자 한 것은 그 목적이 무엇이든지 간에 위계에 해당된다고 보는 견해³²⁾도 있다. 그러나 이 견해에 따른다고 하더라도 취재원을 보호하고자 하는 취지에서 한 기자의 “모른다” “없다”는 정도의 진술을 위계로 보기에는 역시 어려움이 있다고 할 것이다.

(다) 소결

그러므로 기자의 취재원 공개 거부가 단순한 진술 거부의 방법이 아닌 “모른다” “아니다”라는 방법으로 이루어졌다고 할지라도 이것이 위계에 의

한 공무집행방해죄를 구성하지는 않는다고 하겠다.

(2) 범인도피죄

(가) ‘도피’의 의미

형법 제151조는 ‘벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자를 은닉 또는 도피하게 한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다’고 규정하고 있다. 여기서 말하는 ‘도피’라 함은 은닉(장소를 제공하여 범인을 감추어 주는 행위) 이외의 방법으로 범인에 대한 수사·재판 및 형의 집행 등 형사사법의 작용을 곤란 또는 불가능하게 하는 행위를 말하는 것으로서 그 방법에는 어떠한 제한도 있을 수 없다.³³⁾ 즉, 유형적인 방법으로 피의자의 도피를 원조하는 행위도 해당할 수 있고, 무형적인 방법으로 피의자의 도피를 원조하는 행위도 해당할 수 있다.

(나) 기자의 취재원 공개 거부가 ‘범인도피’에 해당하는지 여부

판례는 이에 관하여 참고인의 허위진술의 유형에 따라 그 결론을 달리한다. 이런 점에 있어서 허위진술의 유형의 구분 없이 항상 그 범죄 성립에 부정적이었던 위계에 의한 공무집행방해죄에 대한 판례의 태도와 대조된다. 판례는 “참고인이 범인 아닌 다른 자를 진범이라고 내세우는 경우 등과 같이 적극적으로 허위의 사실을 진술하여 수사관을 기만, 착오에 빠지게 함으로써 범인의 발견, 체포에 지장을 초래케 하는 경우와 달리 참고인이

30) 대법원 1971. 3. 9. 선고 71도186 판결.

31) 대법원 1977. 2. 8. 선고 76도3885 판결.

32) 손해목, 수사기관에 대하여 허위자백이나 허위진술을 한 경우와 위계에 의한 공무집행방해죄의 성부, 「관례월보」 제11호, pp.112~115.

33) 이재상(2004), 앞의 책, p.767.; 김일수·서보학(2004), 앞의 책, p.915.; 배중대(2003), 앞의 책, p.814.; 박상기(2005), 앞의 책, p.680.; 대법원 1995. 3. 3. 선고 93도3080 판결.

수사기관에서 진술을 함에 있어 단순히 범인으로 체포된 사람과 동인이 목격한 범인이 동일함에도 불구하고 동일한 사람이 아니라고 허위진술을 하는 정도의 것만으로는 참고인의 그 허위진술로 말미암아 증거가 불충분하게 되어 범인을 석방하게 되는 결과가 되었다 하더라도 바로 범인도피죄를 구성한다고는 할 수 없다³⁴⁾라고 한다. 참고인이 적어도 엉뚱한 사람을 진범으로 지목하는 것과 같이 적극적으로 허위진술을 한 경우에는 범인도피죄로 처벌할 수 있다는 입장이다. 그러나 여기서도 역시 알면서도 모른다고 진술하거나 진범을 가리켜 범인이 아니라고 진술하는 정도만으로는 그 범죄 성립에 부정적이라고 말할 수 있다.

(다) 소결

현재적인 판례의 태도에 따른다고 하면, 이 경우 역시 취재원 보호를 이유로 한 기자의 진술행위가 범인도피죄를 구성하지는 않는다고 할 것이다.

(3) 증거위조죄

(가) ‘증거’ 및 ‘위조’의 의미

증거위조죄에 대해서 규정하고 있는 형법 제155조는 ‘타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증거를 인멸, 은닉, 위조 또는 변조한 ... 자는 5년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다’라고 하고 있다. 여기서의 ‘증거’란 형사사건 등이 발생한 경우 수사기관 또는 법원 등이 국가형벌권

등의 유무를 판단함에 있어 관계가 있다고 인정되는 일체의 자료를 말한다.³⁵⁾ 또한, ‘위조’란 허위의 증거를 새로 작출, 창조하는 것을 말하는데 그 작출권한이나 내용의 진부 등이 문제되지 아니하므로 문서위조죄의 위조와는 다른 개념이라고 할 것이다.³⁶⁾ 이런 점에서 ‘위조’라는 용어보다는 ‘위작’이라는 용어가 더 적절하다고 보인다.³⁷⁾

(나) 기자의 취재원 공개 거부가 ‘증거위조’에 해당하는지 여부

이에 대하여 판례는 “형법 제155조 제1항에서 타인의 형사사건에 관한 증거를 위조한다 함은 증거 자체를 위조함을 말하는 것이고, 참고인이 수사기관에서 허위의 진술을 하는 것은 이에 포함되지 아니한다 할 것이다”³⁸⁾라고 하여 범죄의 성립에 소극적인 입장을 취하고 있다.

역시, 기자의 취재원 공개 거부가 증거위조에 해당 가능성은 없다.

3. 명예훼손을 원인으로 한 기자 자신의 소송에서 취재원 공개 거부에 따르는 소송상의 불이익

가. 소송상 불이익의 성격

이제는 입장을 바꾸어 기자가 타인의 소송절차에 증인으로 소환되는 경우가 아닌 기자 자신이 소송의 주체가 되는 경우에 대해서 살펴보려고 한다.

34) 대법원 1987. 2. 10. 선고 85도897 판결.

35) 이재상(2004), 앞의 책. p.784.; 김일수·서보학(2004), 앞의 책. p.910.; 이상철(1998), 참고인의 허위진술과 증거위조죄, 『형사판례연구』, 서울:박영사. p.295.

36) 이재상(2004), 앞의 책. p.787.; 김일수·서보학(2004), 앞의 책. p.911.; 배중대(2003), 앞의 책. p.833.; 박상기(2005), 앞의 책. p.695.; 이상철(1998), 앞의 책. p.295.

37) 이상철(1998), 앞의 책. p.295

38) 대법원 1995. 4. 7. 선고 94도3412 판결.

취재원 공개가 문제되는 거의 모든 언론보도들은 타인에 대한 명예훼손적인 내용을 담고 있다고 해도 과언이 아닐 것이다. 그런 까닭에 보도에 언급된 당사자는 기자가 소속된 언론사뿐만 아니라 기자 개인을 상대로 명예훼손을 원인으로 한 형사고소라든가, 민사상 손해배상청구소송을 제기할 수 있다. 그에 따른 결과로 기자는 형사소송에 있어서는 '피고인'이라는, 민사소송(손해배상소송)에서는 '피고'라는 소송당사자의 신분을 차지하게 될 것이며 자신의 위치에서 소송을 이기기 위한 최선의 노력을 다해야 한다.

그런데, 이와 같이 기자 자신이 소송당사자가 된 경우 취재원 공개 거부에 따르는 불이익이란 타인의 소송에서의 취재원 공개 거부에 따르는 그것과는 차원을 달리한다. 즉, 그것은 '소송의 패소'라는 좀 더 근본적인 불이익이라 할 수 있다. 소송에서 패소하게 되면 민사소송에서 기자는 손해배상금을 지불해야 하는 의무를 지게 되며, 형사소송에서는 죄의 경중에 따라 징역형·벌금형 등의 형벌³⁹⁾을 받아야 할 것이다.

나. 불이익의 원인: 입증책임

사실, 타인의 소송절차에서의 취재원 공개 거부에 따르는 불이익은 일개 처벌조항 또는 제재조항으로 인한 것이라고 말할 수 있다. 그러나 소송당사자가 된 기자가 패소라는 취재원 공개 거부에 따른 불이익을 받을 수 있는 것은 어느 한 규

정 때문인 것은 아니며, '입증책임' 또는 '거증책임'⁴⁰⁾이라는 소송의 구조적인 특성으로 인해 발생한다.

입증책임이란, 간단히 말해서, 소송상 어떤 요건 사실의 존부에 대한 증거가 불충분할 때 그 사실이 존재하지 않는 것으로 취급되는 불이익을 의미한다. 그래서 이러한 입증책임이 소송당사자 중 누구에게 있느냐는 소송의 승패를 달리지게 할 수도 있는, 아주 중대한 문제다.

그런데, 명예훼손으로 인한 민·형사상 소송에서 흔히 핵심적인 쟁점이 되곤 하는 언론보도의 공공성·진실성 내지 상당성에 대한 입증책임은 소송을 제기한 원고나 검사에게 있지 않고 피고 또는 피고인에게 있다. 물론, 명예훼손에 있어서의 특수한 위법성조각사유의 근거 규정에 해당하는 형법 제310조에 대한 해석을 달리 하여 이를 거증책임 전환에 대한 규정으로 보지 않는 견해⁴¹⁾도 있다. 이 견해는 형법 제310조가 '진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 별하지 아니한다'고 하여 위법성조각사유의 요건만 규정하고 있을 뿐이고 증명에 관해서는 아무런 규정도 두고 있지 않다고 주장한다. 그래서 위 규정을 거증책임의 전환에 관한 규정이라고는 볼 수 없다는 것이다. 이 견해에 따르면 명예훼손죄의 구성요건뿐만 아니라 위법성조각사유가 존재하지 않는다는 점까지 검사가 입증해야 할 것이다. 그러나 이러한 학설의 존재에도 불구하고 판례에 따르면 언론보도의 공공성·진실성 내지 상당성에 대한 입증은 피고인이 해야 하는 것으로 되어 있다.⁴²⁾ 물론,

39) 우리 형법에서는 '제33장 명예에 관한 죄'에서 각종명예훼손 관련 범죄를 규정하며 법정형으로서 징역형·금고형·벌금형을 정해 놓고 있다.

40) 민사소송법 교과서에서는 '입증책임'이라는 용어가 주로 사용되고, 형사소송법 교과서에서는 '거증책임'이라는 용어가 주로 사용되는 경향이 있다. 그러나 이 글에서는 민·형사절차 공히 '입증책임'이라는 용어로 통일하여 사용하고자 한다.

41) 이재상(2004), 앞의 책, p.195; 배중대(2003), 앞의 책, p.269.

42) 대법원 1996. 10. 25. 선고 95도1473 판결.

향후 이 점에 관한 판례의 태도에는 언론의 자유를 좀 더 보호할 수 있는 쪽으로 변화될 수도 있다. 형법 제310조에는 적시된 사실이 진실한 사실이어야만 위법성이 조각될 수 있는 것으로 되어 있지만 판례는 이미 오래 전에 판례의 전향적인 입장의 변화를 기대해볼 수 있는 여지를 발견할 수 있는 대목이다.

그럼에도 불구하고, 현재적으로 기자는 명예훼손을 원인으로 한 민·형사소송에서 입증책임이라는 소송의 구조적인 문제로 인해서 언론보도의 공공성·진실성 내지 상당성을 입증해야할 부담을 진다는 점을 기억해야 한다.

다. 기자의 취재원 공개 거부와 입증책임의 관계

기자가 명예훼손의 가해자로서 민·형사소송의 당사자가 되었을 때는 아무도 취재원을 공개하려고 직접적으로 강요하지는 않는다. 명예훼손의 경우에 특수한 위법성조각사유, 특히 언론보도의 진실성 내지 상당성을 입증해야 할 책임이 있는 기자 본인이 취재원을 공개할 것인지 말 것인지를 스스로 판단해야 하는 것이다. 만일 기자가 취재원에 대한 신의를 지키고자 언론보도의 진실성 내지 상당성을 확실히 증명해 줄 수 있는 취재원을 공개하지 않기로 결심했다면 입증을 하지 못한 소송상의 불이익을 받는 것 뿐이다. 그러나 그 결과는 때로 패소라는 상당히 치명적인 결과일 수 있다.

이 점에 관해 참고가 될 만한 이웃 일본의 판례가 있어 소개한다. 최근 일본 도쿄고법은 한 중의원이 도박업자로부터 불법 정치자금을 받았다는 주간지 <주간신조>의 보도와 관련한 명예훼손 소송에서 언론사에게 300만 엔의 손해배상금 지급을

명하는 판결을 내렸다. 재판부는 판결문에서 “출판사 쪽이 정보의 입수처를 밝히지 않는 만큼 기사의 진실성을 입증할 증거가 없다”며 “취재원을 비밀로 함으로써 진실 여부에 대한 입증책임을 면하는 것은 (원고의) 반증 기회를 빼앗게 되는 만큼 허용할 수 없다”고 지적했다고 한다.⁴³⁾

라. 극단적인 결과를 피하기 위한 대안의 유무

위에서 살펴본 것과 같이 취재원 공개 거부에 따라 소송에서 패배할 가능성이 크다면 그 원인이 어디에 있든지 간에 기자로서는 엄청난 부담이 되지 않을 수 없다. 그로 인해 일단 소송을 당한 기자로서는 패소와 취재원 공개 중에 양자택일을 할 수 밖에 없다는 것은 슬픈 현실이 아닐 수 없다. 이와 같은 극단적인 상황을 피할 수 있는 대안은 과연 없을까?

(1) 우선, 언론보도의 공공성·진실성 내지 상당성에 대한 입증책임 전환을 모색해 보는 것도 현실적으로 가능한 하나의 방법이 될 것이다. 그래서 명예훼손으로 인한 손해배상소송에 있어서의 원고라 할 수 있는 피해자로 하여금 언론보도의 허위성까지 입증하게 하는 것이다. 이렇게 되면 원고 측에 과도한 입증책임을 지우는 것이 아니냐는 반론이 제기될 수도 있지만, 정정보도청구의 소에 있어서 원고 측에 해당 보도의 허위성을 입증할 책임이 있는 것과 비교해보면 과도한 부담은 아니라고 생각된다.

(2) 좀 더 근본적으로는 기자 스스로가 이와 같은 문제 상황을 충분히 인식하고 사전에 철저히

43) 인터넷한겨레 2005. 7. 8.자. '취재원 보호 기자 구속, 한국에서는?'

준비를 해야 한다. 취재원 보호를 약속하고자 한다면 자신이 당사자가 될 명예훼손 소송에서 패소해도 좋다는 마음의 준비를 단단히 해야 할 것이다. 패소해도 좋다는 각오와 마음이 없다면 아예 처음부터 취재원 보호 약속을 남발해서는 안 될 것이다. 더 나아가 다양한 취재원을 확보할 필요성도 있다.⁴⁴⁾ 취재원 보호를 약속하지 않은 제2, 제3의 취재원이 있다면 그만큼 취재원 보호에 따른 패소의 가능성은 줄어들 것이기 때문이다.

4. 물적 형태의 취재원 공개를 거부한 기자의 법적 책임

가. 물적 형태로 존재하는 취재원

이제까지 살펴본 취재원 공개 거부가 기자의 기억 속에 존재하고 있는 무형의 취재원에 대한 증언 내지 진술 등의 강요였다면, 이제 살펴보고자 하는 취재원 공개 거부의 문제는 물적 형태로 존재하는 유형의 취재원에 대한 것이다.

흔히 있을 수 있는 일인데, 취재원은 기자의 취재수첩이라든가 다른 문서, 혹은 취재원의 육성이나 모습이 담겨있는 녹음테이프 또는 녹화테이프의 형태로도 존재할 수 있다. 기자가 취재원이 누구인지 증언을 하거나 진술을 하지 않아도 이러한 형태의 취재원이 공개되면 취재원의 신원이 드러난다는 점에 있어서 앞에서 살펴본 취재원 공개와 효과면에 있어서 동일하다. 그러므로 물적 형태의 취재원 공개 거부는 일반적인 취재원 공개 거부의 문제와 동일선상에서 논의되어야

한다.

나. 물적 형태의 취재원에 대한 공개가 문제되는 상황 및 그에 따른 기자의 책임

이러한 물적 형태의 취재원에 대한 공개가 문제되는 상황은 크게 두 가지로 정리해볼 수 있다.

하나는 민사소송절차에서 법원의 문서제출명령을 받는 경우이다(민소법 제344조). 이 경우에 법원의 문서제출명령을 받은 자가 그 명령을 따르지 않으면 증언거부의 경우와 마찬가지로 과태료 부과를 명령받을 수 있다(민소법 제351조).

다른 하나는 물적 형태의 취재원에 대한 법원·검찰의 압수처분이다. 법원과 검찰은 필요한 때에는 증거물을 압수할 수 있다(형소법 제106조, 제215조). 이러한 압수처분은 취재원을 보호하고자 하는 기자에게 중대한 위협이 아닐 수 없다. 그런데 이러한 압수처분에 대해서 거부할 수 있는 압수거부권자를 규정하고 있는 형사소송법 제112조를 볼 때, 형사소송에 있어서의 증언거부권자에 관한 규정이 그러했던 것처럼 기자가 업무상 비밀을 이유로 취재원에 대한 압수를 거부할 수 있는 가능성은 희박해보인다. 왜냐하면, 기자는 위 규정에 열거된 업무상 비밀을 이유로 압수를 거부할 수 있는 권리자들 중에 어느 것에도 해당되지 않기 때문이다.

그럼에도 불구하고, 기자가 유형력을 행사함으로써라도 압수처분을 저지하고자 한다면 어떻게 될 것인가? 기자의 행위는 형법 제136조에서 규정하고 있는 공무집행방해죄에 해당될 가능성이 크다.⁴⁵⁾

44) 박재선(2005, 8월), 미 리크게이트를 계기로 본 한국의 취재원 보호 실태와 방향, 「신문과 방송」, p.43.

45) 윤재운·함석천(2005), 앞의 책, p.221.

V. 글을 나오며

이상과 같이 현행법 하에서 취재원 보호를 이유로 취재원에 대한 증언이라든가 진술을 거부하고 압수에 저항하는 기자가 당할 수 있는 법적 책임에 대해서 살펴보았다. 기자의 취재원은 분명 보호되어야 할 가치가 있는 것임이 분명함에도 불구하고 이에 대한 배려가 전혀 없는 우리 언론법제의 현주소를 돌아볼 수 있는 기회가 되었다고 생각한다. 이러한 문제의식은 과거 언론기본법에서와 같이 취재원 공개 거부 내지는 취재원 보호에 관한 총론적인 규정을 입법화하는 것으로 이어져서 구체적으로 열매를 맺어야 한다. 최근에 제정된 바 있는 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률에 관련 규정을 두는 것도 좋을 듯 싶다. 그렇게만 된다면 취재원 보호의 입장을 고수하고자 할 때 현재

적으로는 피해갈 수 없는 기자의 법적 책임들, 예컨대 증언거부 내지 문서제출 명령 불이행에 따른 과태료 처분이라든가 공무집행방해죄·위증죄와 같은 형사처벌을 면할 수 있게 될 것으로 보인다.

그러나 동시에 아무리 취재원 보호가 기자의 입장에서 중요하다고 하더라도 수용되어야 할 한계 역시 존재한다는 것을 인식해야 할 것이다. 기자의 취재원 보호가 기자의 윤리요, 언론의 자유를 위한 공익적 측면이 있는 것이라고는 하지만, 취재원은 결코 절대적이며 영원한 비밀은 될 수 없는 성질의 것이기도 하다. 기자는 결국 취재원을 밝힘으로써만 자신의 기사가 진실하고 정당했음을 입증할 수 있기 때문이다. 베일에 가려진 취재원은 의심스러운 언론보도의 진실함과 진정성을 증명해주는 데에 아무런 도움이 되지 않는다는 것을 인정해야 할 것이다. □