

## 2 취재원 보호와 언론의 책임

### I. 들어가며

언론은 여론의 형성을 촉진하여 국가적 의사결정과정에 영향을 미치는 등 자유 민주국가에서 정치·사회질서의 중추신경으로서 공정보도·진실보도라는 공적 책임을 수행한다. 또한 언론의 사회 감시기능도 빼놓을 수 없다. 사회의 문제점들을 스스로 취재하고 정보를 수집하여 이를 세상에 알리거나 제3자의 제보를 통해 사회고

발기능을 수행함으로써 비리의 은폐나 확산을 방지하는 기능을 담당한다. 언론은 이러한 자신의 역할수행에 있어서 전적으로 자기수집정보에만 의존할 수 없고 때로는 제3자의 제보에 의하기도 한다. 이 경우 언론의 사회감시기능에 촉매역할을 하는 익명의 제보자인 취재원의 보호문제가 발생한다.

기자가 취재하려는 뉴스 및 정보가 보유되어 있는 원천으로서의 취재원을 밝히지 않을 권리가 인정되는가와 관련하여 취재원묵비권 내지 취재원비닉권이 논의된다. 취재원묵비권은 언론매체의 종사자로서 일정한 정보를 수집한 자가 자신이 수집한 정보의 출처(정보내용 또는 정보제공자의 성명 등)를 비밀로 할 수 있는 권리 또는 검찰의 수사 과정이나 법원의 재판과정에서 이에 대한 증언을 요구받았을 때 이를 거부할 수 있는 권리로 언론의 진실보도·사실보도 및 공정보도를 위한 불가결의 전제조건<sup>1)</sup>이다. 그러므로 취재원의 묵비권이 인정되지 않는다면 취재원의 봉쇄효과(Spernwirkung)를 가져오게 되어 언론이 진실보도라는 공적 기능을 수행하기 어렵기 때문에 그것이 헌법상 허용되는지의 여부는 언론의 자유에 있어서 중요한 문제로 논의되고 있다.<sup>2)</sup> 취재원의 보호는 언론의 진실보도·공정보도와 재판의 공정성 확보라는 헌법적 가치가 충돌하는 경우에 어느 가치에 더 무게를 두어야 하는지를 결정해야 하는 민감한 사안이다. 취재원의 보호를 무제한으로 인정하게 되면 실제적 진실발견이라는 형사사법정의가 무시된다. 반대로 취재원의 보호를 부정하는 것은 언론의 진실보도와 사회감시기능의 부재로 인한 건전한 사회풍토조성에 역행할 수 있다.

최근에는 'PD 수첩' 보도와 관련한 사실 확인을 위해 원본 테이프 확보가 필요하다는 이유로 검찰이 시도한 언론사 압수수색영장 집행에 일부 언론인들의 반대와 비판으로 취재원 보호의 문제가 제기되었다.<sup>3)</sup>

### 조 재 현

동아대학교 법학전문대학원 교수

- 연세대학교 법학박사
- 전, 독일 쾰른대학교 초빙연구원

1) 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2009, 549면.

2) Herzog는 신문종사원의 증언거부권 이른바 취재원묵비권과 같이 신문의 공적인 과제로부터 신문을 특권화하려는 시도는 단연코 거부되어야 한다는 주장을 하고 있다. R. Herzog, in:Maunz/D?rig/Herzog/Scholz, GG-Kommentar(Loseblatt, 1588-2000), Art 5, RN 122.

일반적으로 취재원 보호의 문제는 언론종사자의 증언거부권이 인정되는가의 여부에 관한 문제가 주요한 논제로서 다루어져 왔다. 그렇지만 언론사의 압수·수색의 문제도 취재원보호에 직접 혹은 간접적으로 영향을 미치므로 취재원 보호에 관한 논의에서 중심적인 내용이 되고 있다는 점은 부인하기 어렵다. 미국의 대표적 판례에서도 이미 문제된 바 있다.

이하에서는 취재원 보호의 의미와 그 인정여부에 관한 우리나라 및 외국의 입법례와 판례의 태도를 검토하고, 취재원의 보호에 관한 바람직한 방향설정에 관하여 제시하고자 한다.

## II. 취재원 보호의 의의와 인정여부

### 1. 취재원 보호의 범위

취재원묵비권의 보호대상은 언론인이 작성한 취재원이다. 취재원이라 함은 기자가 취재하려는 뉴스 및 정보가 보유되어 있는 원천으로서 이는 취재의 대상이 되는 뉴스 및 정보를 보유하고 있는 사람을 가리키는 인적취재원과 사건이 발생한 현장 자체를 일컫는 비인적취재원으로 구별하기도 한다.<sup>4)</sup> 통상 취재원 보호에서는 인적취재원이 문제되는 경우가 많다. 인적취재원의 경우 취재원 보호의 대상이 성명에 국한되는가 아니면 취재원의 주소 등 일체의 사항이 포함되는가와 관련하여 취재원의 성명뿐만 아니라 취재원의 신원이 밝혀질 수 있는 일체의 사항에 관하여 취재원 보호권이 적용되는 것<sup>5)</sup>으로 보아야 한다.

인적취재원의 보호문제는 주로 취재원에 관한 증언이 강제되는 상황 또는 취재원과 관련된 보유정보 등의 자료제출요구에 대하여 그것을 거부할 수 있는가의 문제로 나타난다. 이것이 전형적인 취재원 보호에 관한 문제이다. 증언이나 자료제출 요구 등의 방법 이외에 수사기관이 언론사에 대하여 압수수색영장을 집행하는 경우 취재원의 보호를 이유로 이를 거부할 수 있는 권리가 취재원보호권의 범주에 해당하는지가 문제된다. 최근에 'PD 수첩' 보도와 관련한 사실 확인을 위해 원본 테이프 확보가 필요하다는 이유로 검찰이 시도한 언론사 압수수색영장의 집행사례나, 과거 청와대소속 공직자의 항응집대과정을 비밀 촬영한 비디오테이프를 익명으로 방송국에 제보·방영하자 검찰이 비디오테이프를 확보하기 위하여 방송국에 대한 압

증언이나 자료제출 요구 등의 방법 이외에 수사기관이 언론사에 대하여 압수수색영장을 집행하는 경우, 취재원 보호를 이유로 이를 거부할 수 있는 권리가 취재원보호권의 범주에 해당하는 지가 문제

3) 'PD 수첩' 사건 이전에도 검찰의 언론사 압수수색 시도는 있었다. 검찰은 2003년 8월 SBS의 양길승 전 청와대 제1부속실장 물레카메라 사건과 관련해 원본 테이프를 확보하겠다고 SBS 본사에 대한 압수수색을 시도했고, 2007년 7월엔 고 최태민 목사 관련 보고서를 신동아가 보도한 경위를 밝히겠다는 이유로 동아일보 본사 전산실의 중앙 서버에 보관된 신동아 기자의 전자우편 계정 등에 대한 압수수색에 나섰다. 그러나 언론인들의 격렬한 저항에 결국 압수수색은 포기하고 말았다. 다만 언론사가 관련 자료를 임의 제출 형식으로 검찰에 넘기면서 문제가 일단락 됐을 뿐 본질적인 논란은 해결되지 못했다.

4) 지성우, "언론기관의 취재원보호권에 관한 연구", 성균관법학 제15권 제2호, 2003, 16면.

5) 지성우(주 4), 17면.

수·수색영장을 실행하게 된 사례 등에서 이것이 문제된 바 있다.

취재원 보호의 양태를 두 가지로 구분하여 기사가 정보를 제공한 취재원이 누구인지를 밝히지 않는 취재원비닉과 취재원식별이 가능한 문서나 녹음영상 자료 등에 대한 압수수색에 항변하는 일 등으로 구분하는 견해가 있다.<sup>6)</sup> 생각건대 수사기관이 취재원을 확보하기 위하여 특정 장소나 건물에 대한 압수·수색을 집행하는 경우 이를 거부할 수 있는 권리도 취재원보호권의 보호범위에 포함시켜 이해해야 할 것으로 보인다. 수사기관의 압수수색의 목적이 취재원의 보호와 직·간접적으로 관련되기 때문이다.

## 2. 취재원 보호를 위한 증언거부권의 인정여부

### (1) 판례의 경향

취재원 보호를 위하여 증언을 거부할 수 있는가의 문제는 미국을 비롯한 외국의 판례 등에서 지속적으로 논의되고 있다. 미국의 경우 리크게이트(Leak Gate)라 불리는 사건은 취재원의 보호문제를 다시 촉발시킨 가장 최근의 대표적 사례라 할 수 있다. 리크게이트 사건<sup>7)</sup>은 범죄사건의 수사와 관련하여 취재원 보호를 위한 기자의 특권이 인정될 수 있는가가 핵심적인 문제였다. 이 사건에서 특별검사는 취재원의 공개를 요청하였으나, Matthew Copper기자와 Judith Miller기자가 취재원의 보호를 이유로 공개를 거부한 데 대하여 법정모독죄로 기소한 사건이다. 연방대법원은 법정모독죄로 기소된 Copper기자와 Miller기자의 상고를 기각하고 사건을 워싱턴연방지방법원으로 환송하였다. 결국 이 사건은 이전의 연방대법원이 내린 Branzburg v. Hayes사건<sup>8)</sup>에 기초하여 결정하고 있다.<sup>9)</sup>

Branzburg v. Hayes사건에서 미국 연방대법원은 취재원 보호에 대해 부정적인 태도를 취하고 있다. 연방대배심 앞에서 기사가 증언하도록 하는 것은 수정헌법 제1조의 표현의 자유를 침해하는 것은 아니며, 기자들도 대배심의 증언요구나 출석요구를 거부할 수 있는 어떠한 특권도 인정되지 않는다고 판시하였다.<sup>10)</sup> 이 사건에서 청구인들은 기자들의 특권이 절대적인 특권이 아닌 조건부 특권, 즉 기자들의 보유정보가 범죄와

6) 유의선, “취재원 보호의 적정범주에 관한 법적 고찰”, 한국방송학보 통권 제17권 4호, 2003, 80면.

7) Miller v. U.S. 545 U.S.1150; Copper v. U.S. 545 U.S.1150(2005).

8) Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665(1972). 사건의 개요를 보면 1969년 11월 15일 Louisville Courier-Journal의 기자인 Paul Branzburg는 Kentucky 주의 Jefferson County에서 마약을 제조하고 있는 두 청년에 대한 상세한 관찰기사를 동시에 게재하였다. 그 기사는 작업대 위에서 마약을 제조 중인 양 손의 사진도 함께 실였으며, 기자가 그들의 신원을 비밀로 할 것을 약속했다는 내용도 밝혔다. Kentucky 주에서는 허가 없이 마약을 제조하거나 소지하는 것은 벌금 및 구류처벌을 받도록 되어 있기 때문에 Jefferson County의 대배심은 Branzburg를 소환하여 그 두 청년의 신원을 밝힐 것을 요구하였다. 이에 Branzburg는 기자의 증언의무를 면제하고 있는 Kentucky 주의 보호법규와 수정헌법 제1조를 근거로 하여 취재원의 공개를 거부하였다. Kentucky 주 항소법원은 취재원의 비밀을 보호하고 있는 주 법규가 정보를 제공한 자의 신원을 밝히는 것을 거부할 수 있는 특권을 인정하고는 있으나 기자가 자신이 직접 목격한 사람들의 신원이나 개인적으로 관찰한 범죄사건에 대해서는 그 특권이 적용되지 않는다고 하였다.

9) 리크게이트 사건의 소송진행 상황에 관한 자세한 내용은 김형성/한상운, “언론의 사회적 책임과 취재원보호, -미국사례를 중심으로 -”, 성균관법학 제17권 제3호, 2005. 12, 53면 이하 참조.

10) 408 U.S. 665, 668, 682-683.

관련되어 있고, 그러한 정보를 다른 방법으로는 얻을 수 없는 경우에 그것을 공개함으로써 수정헌법 제1조의 이익에 대한 침해를 압도할 수 있는 경우에 특권을 가진다고 주장하였다. 그러나 연방대법원은 이러한 주장으로 증언을 위해 출두해야 할 상황이 줄어들 수는 있을지 모르지만, 언제 또는 어떠한 경우에 증언을 위해 소환에 응해야 할 의무가 있는지 미리 예측한다는 것은 어려운 점이 있으며,<sup>11)</sup> 증언거부권이라는 특권을 인정하여 그 특권이 인정되는 범위를 정하는 것은 매우 어려운 문제라고 판시하였다.<sup>12)</sup>

그렇지만 민사사건에 있어서는 형사사건의 경우와 달리 기자의 특권을 인정하려는 경향이 있다. 민주당이 워터게이트의 전국위원회본부에 침입한 사건을 취재한 뉴욕타임즈와 워싱턴포스트 기자 등의 취재수첩을 제출할 것을 요구한 Democratic National Committee v. McCord 사건<sup>13)</sup>에서 법원은 취재원의 보호를 위한 기자들의 특권을 인정하면서 기자들에 대한 소환장의 발부요구를 각하 하였다.

일본의 경우도 신문기자가 소송법상 증언거부권이 있는 자로 열거되어 있지 않기 때문에 증언거부권을 인정하지 않는 경향이었으나, 2006. 5. 25. 공무원의 부정행위를 지적하는 기사에 한해서는 취재원을 밝히지 않아도 된다는 일본 법원의 결정<sup>14)</sup>이 있었으며, 2006. 10. 3. 일본최고재판소는 NHK 기자를 상대로 소송을 낸 미국 건강식품회사의 상고를 기각함으로써 취재원의 보호를 직업윤리로 인정하는 취지의 판결을 하였다. 최고재판소는 ‘취재방법이 일반 형벌법령에 저촉되는 등의 사정이 없는 한 원칙적으로 취재원에 대한 증언을 거부할 수 있다’고 하였다. 취재원의 보호가 인정되지 않는다면 취재원과 의 신뢰관계가 깨져 자유로운 취재활동이 불가능해질 수 있다고 지적하면서, 취재원의 보호는 민사소송법에서 원칙적으로 증언의 거부를 인정하는 직업의 비밀에 해당한다는 판단을 하였다.<sup>15)</sup>

**최근 일본최고재판소는 취재방법이 일반 형벌법령에 저촉되는 등의 사정이 없는 한 취재원의 보호는 민사소송법에서 증언의 거부를 인정하는 직업의 비밀에 해당한다고 결정**

## 2) 입법례

취재원의 보호에 관하여 독일은 연방형사소송법(SiPO) 제53조 제1항 제5호<sup>16)</sup>와 연방민사소송법(ZPO) 제

11) 408 U.S. 665, 702.

12) 408 U.S. 665, 704.

13) Democratic National Committee v. McCord, 356 F. Supp. 1394(1973).

14) 연합뉴스 2006. 5. 26. 현지 언론에 따르면 도쿄지법은 미국 건강식품회사 일본 법인에 대한 과세처분 보도를 둘러싼 소송에서 월간지 ‘데미스’의 사장 및 편집장의 증언거부를 사실상 인정하는 결정을 내렸다. 앞서 이 재판부는 지난 3월에는 같은 보도를 했던 요미우리(讀賣)신문 기자에 대해 “공무원이 비밀준수의무에 위반해 정보를 누설했다고 의심되는 경우에게까지 취재원 보호를 하는 것은 범죄행위의 은폐”라며 증언 거부의 범위를 제한하는 판단을 내린 바 있다. 이날 결정도 취지는 유사했다. 그러나 공적기관 및 공무원의 위법·부정행위를 폭로하는 경우에는 “정보 게시자를 보호하는 한편 부정의 책임을 따지고 재발을 막기 위해(누설을) 가능하게 할 필요가 있다”는 취지를 덧붙였다. 월간 ‘데미스’는 지난 2002년 10월호에서 ‘일본 국세청이 미국기업에 굴복했다’는 제목의 기사를 게재하면서 국세청 관계자의 발언을 빌려 “국세청은 재량을 일탈했다”고 보도했다.

15) 연합뉴스 2006. 10. 21.

16) 연방형사소송법(SiPO) 제53조 제1항 제5호에 의하면 “정기간행물 기타 방송의 준비, 제작, 배포 또는 배포에 직업적으로 참

383조 제1항 제5호<sup>17)</sup>에서 증거거부권을 명문으로 규정하고 있다. 정보원의 비밀이 보장되어야만 언론종사자나 언론기관에 직업적으로 정보를 제공하는 자들에 의하여 국가의 정치, 경제, 사회에 대한 비판이나 통제가 가능하기 때문에 연방형사소송법과 연방민사소송법에서 증거거부권을 명문으로 보장하고 있는 것이다. 재판의 증인신문과정에 있어서 벌금이나 구류 등의 위협을 통하여 정보원 제공자의 성명이나 정보내용을 밝히도록 증인이 강제된다면 언론의 활동영역에 있어서 필요한 정보원의 유입이 효과적으로 보장되기 어렵기 때문에 이러한 정보수집(Informationbeschaffung)의 자유의 헌법적인 보장은 증거거부권의 인정 없이는 불가능하다<sup>18)</sup>라는 고려 하에 언론기관 종사자의 증거거부권을 보장하고 있다.

### (3) 소결

언론기관에 소속된 기자 등 언론인이 취재원이나 보유정보에 대한 증언을 거부할 수 있는 특권이 인정되는가에 관하여 독일과 같이 연방법률에서 명시적으로 인정하고 있는 경우도 있지만, 대다수의 국가나 우리나라의 경우에는 언론기관 종사자들에게 증거거부권을 인정하는 명문의 규정을 두고 있지 않다. 이처럼 증거거부권에 관한 명문규정이 없는 경우에는 과연 수사 과정이나 재판과정에서 증거거부권을 행사할 수 있는지, 만약 증언을 거부하게 된다면 이것이 실정법 위반은 아닌지가 문제된다. 이 문제는 각국의 입법례에 따라 달라질 수 있다. 미국의 경우에는 형사재판과정에서 증언을 거부하게 되면 법정모독죄로 형사처벌을 받을 가능성이 있으며, 이것은 판례를 통하여 확인되고 있다. 우리나라의 경우 기자 등 언론기관종사자가 재판과정에서 증언을 거부하게 되면 과태료 부과<sup>19)</sup> 외에는 특별한 형사법적 제재를 생각하기는 어렵다. 취재원의 보호를 위해 증언을 거부할 경우 재판에서의 법적 불이익은 아니라 할지라도 사실상의 불이익에 대한 심리적 불안은 기자에게 부담으로 작용할 수 있다고 하더라도 형사법적 책임이 부과되지는 않는다. 그렇지만 기자들이 보유하고 있는 정보가 범죄와 관련되어 있는 경우에는 그러한 정보를 다른 방법으로는 얻을 수 없다면 경우에 따라서는 증거거부권이 인정되지 않을 수도 있다. 예외적으로 증거인멸이나 범인은닉 등 형사법적 책임이 부과되는 경우가 발생할 수 있기 때문이다. 이러한 경우에는 취재원보호권의 인정여부를 결정함에 있어서 범죄와 관련되어 있는 보유정보 내지는 정보제공자를 공개함으로써 얻게 되는 형사사법정의와 취재원을 묵비함으로써 얻게 되는 언론의 자유에 대한 비교형량이 필요하다. 형사사법정의라는 공익과 언론의 자유라는 헌법적 가치에 대한 형량의 결과에 따라 증거거부권이라는 특권의 인정여부를 결정해야 할 것으로 보인다.

여하거나 참여하였던 사람은 논문 기타 기록의 저작자·전달자·보관자 및 그의 활동과 관련하여 이루어졌던 전달에 관하여 그 논문 기타 기록 및 전달이 편집활동을 위하여 문제되었던 범위 내에서 증언을 거부한 경우에는 정당화된다"고 규정하고 있다.

17) 연방민사소송법(ZPO) 제383조 제1항 제5호에서 언론관련종사자의 증거거부권에 관하여는 연방형사소송법 제53조 제1항 제5호와 동일한 내용을 규정하고 있다.

18) Martin Löffler/Reinhart Ricker, Handbuch des Presserechts, C. H. BECK, 2005, S. 199.

19) 형사소송법 제161조 (선서, 증언의 거부와 과태료) ① 증인이 정당한 이유 없이 선서나 증언을 거부한 때에는 결정으로 50만원 이하의 과태료에 처할 수 있다.

### 3. 언론사에 대한 압수·수색의 허용여부

증언이나 자료제출요구 등의 방법 외에 우회적인 방법에 의해서도 취재원에 대한 침해의 문제가 발생할 수 있다. 언론기관을 수색하거나 편집에 관한 자료를 압수함으로써 편집상의 비밀보장 등 언론의 자유를 제약하는 결과를 가져오는 경우가 그것이다.

#### (1) 언론사 압수수색에 관한 미국의 사례

미국에서 취재원의 보호와 관련하여 언론사의 압수수색이 문제된 사건으로 *Zurcher v. Stanford Daily* 사건<sup>20)</sup>을 들 수 있다. 사건의 개요는 다음과 같다. 1971년 4월 9일 스탠포드대학에서 일어난 폭력시위에서 시위학생들이 한 구역에서 난동을 부리자 경찰관 9명이 부상을 입었다. 폭도 두 명의 신원은 현장에서 확인되었고 나머지는 도주했다. 시위가 있던 지 이틀 후에 학교신문인 ‘스탠포드 데일리지(The Stanford Daily)’는 시위학생과 경찰이 충돌하는 사진을 찍기 위해 그 현장에 있었다는 사실이 관계당국에 의하여 확인되었고, 그 결과 지방검사는 그 사건의 필름 때문에 데일리지의 사무실을 수색하기 위해서 법원에 수색영장을 신청했다. 그 영장은 치명적인 무기에 의한 구타를 입증할 범인의 신원과 증거물이 담긴 현상이 아직 되지 않은 필름과 현상이 된 필름이 데일리지의 건물구내에 있을 것이라는 상당한 이유와 합법적인 근거에 의하여 발부되었다. 신문사의 사무실은 몇몇 직원이 참석한 가운데 수색되었으며 이미 보도된 사진들에 한해서만 조사되었는데 어떤 증거물도 사무실에서 발견되지 않았다. 1971년 5월에 데일리지와 몇몇 직원들은 팔로·알토경찰서(Palo Alto Police Department)의 서장 및 담당 경찰과 지방검사를 상대로 수정헌법 제1조와 제4조의 권리가 침해되었다고 소송을 제기하였다. 이 사건은 연방지방법원과 항소심에서는 신문사내에서의 수색은 위헌이라고 판시하였으나 연방대법원에서는 5 : 3의 다수결로 하급심의 판결을 파기하였다.

**미 연방대법원은 언론사 압수수색에 관한 *Zurcher v. Stanford Daily* 사건에서 다수결로 하급심의 판결을 파기하고 신문사 내에서의 수색은 합헌이라고 판시**

이 판결에서 다수의견은 수정헌법 제5조의 형사상 자기의 불리한 진술거부권이라든가 주에서 취재원이나 편집상의 비밀을 규정하고 있는 보호법도 수정헌법 제4조의 규정 하에서 수색영장의 합법성을 결정하는 데 있어서는 부적절하며, 소유자가 범죄혐의와 관련이 없다고 해서 주정부로 하여금 압수나 수색영장을 발부하는 것을 금지할 수 없다고 판시하였다. 반대의견에서는 신문사편집실에서 경찰이 수색을 하는 것은 수정헌법 제1조와 제14조에 의하여 보장된 언론의 자유를 제한할 소지가 있다고 판시하고 있다. 신문사의 편집실 수색은 신문사의 정상적인 업무의 수행을 어렵게 하여 뉴스보도를 위한 정보의 수집이나 편집, 발행 등의 활동을 침해한다는 것이다. 수색의 경우와는 달리 소환장을 발부하는 것은 신문사가 보도를 위한 기사와 자료에 관하여 선택권을 행사할 수 있고, 상대방에게 보도된 자료에 관하여 청문의 기회가 주어지

20) *Zurcher v. Stanford Daily*, 436 U.S. 547(1978).

므로 신문사에 대한 소환장의 발부는 허용된다고 한다.

### (2) 언론사 압수·수색에 관한 독일의 사례

독일의 경우에는 언론기관 종사자의 증거거부권이 인정되고 있으므로, 취재원을 확보하기 위하여 언론인에게 증언을 요구하는 방법을 선택하지 않고, 언론사를 압수수색하는 방법을 선택하기도 한다. 이러한 언론사에 대한 압수수색은 직접적으로 취재원에 대한 증언을 강요하거나 자료의 제출을 강제하는 것은 아니지만 우회적으로 취재원에 대한 침해로 야기할 수 있다. 실제로 언론사에 대한 압수수색이 헌법재판소에 의하여 판단을 받은 바 있다. 헌법소원청구인인 공영방송국은 생생한 보도와 추후의 작품제작을 위하여 직원을 시위장소에 보내 시위장면을 촬영하도록 하였다. 시위도중에 심각한 폭력사태가 발생하자 검찰이 Izhoe지방법원에 관련자의 수사절차를 진행하면서 청구인에게 그때까지 공개되지 아니한 필름의 복사본을 요청한 사건이었다. 청구인은 이미 방영된 부분만 제공하겠다는 의사를 표시하자 검사의 신청에 의하여 법원은 시위에 관한 전체필름의 수색과 압수를 명하였다. 청구인은 Mainz지방법원에 항고하였고 그것이 기각되자 헌법소원을 청구하였다. 독일 형사소송법에는 제97조 제5항<sup>21)</sup>에서 출판과 방송 등 언론기관 종사자의 증거거부권이 인정되는 경우에는 압수가 허용되지 않는다고 규정하고 있다.

이 사건은 방송국의 편집실에 대한 압수수색으로부터 편집상의 비밀보장이 문제되었던 사건으로 형사소송법 제53조에 의하여 보호된 정보원이라 할지라도 수사기관이 정보의 내용이나 정보를 보관하고 있는 자의 증언을 요구하는 방법을 선택하는 것이 아니라, 언론기관을 수색하거나 편집에 관한 자료를 압수하는 우회적인 방법에 의하여 증거거부권을 침해하는 결과를 가져올 수 있다는 것이 쟁점이 되었다. 그러한 결과를 방지하기 위하여 형사소송법 제97조 제5항에서는 증거거부권의 행사가 정당화되는 사람이 보관하고 있는 자료에 대한 압수금지를 규정하고 있고,<sup>22)</sup> 동 규정은 자료를 보관하고 있는 사람뿐만 아니라 편집국, 출판사, 인쇄소, 방송국 등이 보관하고 있는 문헌이나 그 밖의 자료에도 마찬가지로 적용된다고 규정하고 있다.

증거거부권의 행사를 직접 강요하지 않는 우회적인 방법으로 문헌이나 자료 등을 압수하여 그 행사를 방해하거나, 언론인이나 언론기관의 자료 등을 수색하는 것은 기본법 제5조의 신문의 자유나 방송의 자유에 영향을 미칠 수 있고, 헌법상의 합리성의 원칙에 위배될 수 있기 때문에 허용되지 아니한다. 따라서 언론기관에 대한 압수나 수색은 언론의 자유에 대한 중대한 제한을 뜻하기 때문에 압수나 수색을 위한 전제로서 긴급하고 절박한 사유가 있어야 하고 또한 신중한 사법적인 이익형량을 필요로 한다는 것이 판례의 태도이다.<sup>23)</sup> 그러나 증거거부권이 인정되는 영역에 있어서 압수나 수색이 금지된다고 하더라도 증거거부권 행사의 주체가 그 대상이 되는 자료 등이 범죄와 관련된 경우에는 형사소송법 제97조 제2항 제3

21) 연방형사소송법 제97조 제5항에 의하면 “제53조 제1항 제5호에서 정하는 사람의 증거거부권이 미치는 범위 내에서 그 사람이나 편집인, 출판사, 인쇄소 또는 방송국이 보관하고 있는 서류, 음향테이프, 비디오테이프, 자기테이프, 그 복사물 기타 표현물에 대한 압수는 허용되지 않는다”고 규정하고 있다.

22) BVerfGE 20, 162, 186ff.

23) Martin Löffler/Reinhard Ricker(FN 18), S. 211; BVerfGE 20, 162, 186ff.

문<sup>24</sup>)에 의하여 압수와 수색이 허용된다.

### (3) 언론사 압수·수색과 취재원의 보호

언론의 자유의 내용으로서 취재원보호권이 법원이 발부한 영장의 집행을 거부할 헌법상의 근거가 될 수 있는가가 논의의 쟁점이라 할 수 있다. 미국의 경우에는 형사사법정의를 이유로 언론사에 대한 압수·수색을 허용하고 있으며, 독일의 경우에도 증거거부권 행사의 주체나 그 대상이 되는 자료 등이 범죄와 관련되는 경우에는 증거거부권이나 압수수색 제한규정에도 불구하고 압수수색이 허용된다고 규정하여 입법적으로 해결하고 있다. 우리의 경우 현행법상 언론사에 대한 압수수색 영장의 집행을 방해하는 경우에는 공무집행방해죄가 성립한다. 해당 영장이 절차상 명백한 흠결을 가지고 있어서 그 자체로 무효에 이를 정도가 아니라면 영장의 내용에 대해 그 당부를 가려가며 집행을 거부할 수 없기 때문이다.<sup>25)</sup> 따라서 법원에 의해 영장이 발부된다면 비록 취재원보호권이 헌법상의 권리라고 하더라도 그것을 근거로 하여 압수수색영장의 집행을 거부한다는 것은 정당성을 인정받기 어렵다. 헌법상의 권리도 법률에 의한 제한이 가능하기 때문이다.

결국 수사기관이 언론사에 대한 압수수색의 방법을 선택하고, 법원이 영장을 발부하게 된다면 현행법상으로는 취재원 보호는 어렵다. 그 때문에 영장의 청구나 발부에 있어서 취재원을 침해하지 않는 방법으로 법집행이 요청된다. 취재원에 대한 제한적인 법집행으로부터 이를 보호하기 위한 일반적인 원칙을 마련할 필요가

**불가피한 압수수색의 필요성이 있는 경우에 법집행당국은 덜 침해적인 방법을 선택하도록 노력하고, 관련 논의는 취재원 보호를 위한 일반원칙 확보 및 가이드라인 제시에 역점을 두어야**

있으며, 불가피한 압수수색의 필요성이 있는 경우에도 법집행당국은 덜 침해적인 방법을 선택하도록 노력하여야 한다. 그러한 덜 침해적인 법집행이 담보될 수 있도록 취재원 보호를 위한 일정한 가이드라인을 제시하는 것도 필수적으로 요청된다.

### (4) 취재원 보호의 원칙마련 확보

언론의 자유를 보장할 수 있는 중요한 토대 중 하나가 ‘취재원 보호’이며, 이러한 원칙이 무너지면 언론의 자유는 온전히 실현되기 어렵다. 취재원의 보호는 언론의 자유 보장을 위한 당연한 전제이기 때문에 보호여부를 두고 논쟁을 벌이는 태도는 지양해야 하며, 취재원을 묵비할 수 있는 권리를 헌법상의 가치로 인정하려는 방향으로 접근해야 한다. 다만 취재원을 보호함으로써 발생할 수 있는 문제점들이 있다면 그것을 최소화하기 위하여 취재원 보호의 제한사유를 발견하고 구체화하는데 역점을 두어야 한다. 취재원 보호라

24) 형사소송법 제97조 제2항 제3문에 의하면 “증언거부권자가 공범, 범죄비호, 은닉 또는 장물죄의 혐의가 있는 경우 또는 범죄행위를 통해 제작된 물건, 범죄행위를 행하는데 사용하거나 사용하기로 특정된 물건 또는 범죄행위에서 유래하는 물건이 문제되는 경우에는 압류제한규정을 준용하지 아니한다”고 규정하고 있다.

25) 오양호, “취재원 강제수사는 최후수단이어야”, 신문과 방송, 2003. 9. 69면.

는 헌법상의 가치와 형사사법정의와 같은 그것에 대한 제한사유라는 ‘기본권 - 기본권에 대한 제한’이라는 구도로 취재원보호의 방향을 설정해야 한다.

### (5) 덜 침해적 방법 선택

언론사에 대한 압수·수색의 필요성이 대두되는 경우에도 언론사의 언론의 자유도 존중되어야 한다. 그렇기 때문에 불가피한 경우가 아니라면 언론의 자유를 침해할 가능성이 큰 압수수색영장의 집행은 우선적으로 고려하는 방법선택은 자제되어야 한다. 불가피한 경우에는 언론사에 대하여 형사절차상의 압수수색 등이 허용될 수도 있다. 하지만 범죄사실의 성격·태양 및 경중이나 증거로서의 활용가치 등을 고려하여, 압수수색 이외에 침해적 성격이 보다 약화된 방법을 먼저 고려해야 할 것이다. 무제한적인 영장발급은 언론의 자유의 숨 쉴 공간을 제약하기 때문에 실제적 진실규명을 위하여 압수수색영장 발부의 필요성이 인정된다고 판단되는 경우라고 하더라도 발부하기 전에 협조 공문이나 기자 소환 등의 방법을 모색하는 것이 언론의 자유를 위축시키지 않는 합리적인 접근법이라 할 수 있다. 수사기관의 언론사 압수수색은 기사가 범죄에 관여하고 있다고 추정되거나 증거인멸 등의 위험이 있을 때, 심각한 상해나 살인 사건을 예방하기 위해 필요하다고 인정할 때, 국가 안위 등 실정법에 명시된 중대한 법익을 손상한다고 판단될 때 부득이하게 행해져야 한다<sup>26)</sup>는 주장이 있는 것도 그러한 이유에서이다. 그러한 부득이 한 경우 외에는 자료의 임의 제출의 형식을 취하거나 환부조건부 압수 등의 방법을 모색하는 것이 언론의 자유에 대한 덜 침해적인 방법이라고<sup>27)</sup> 할 수 있다. 미국 판례의 반대의견에서도 압수수색의 경우와는 달리 소환장을 발부하는 것은 언론사가 보도를 위한 기사와 자료에 관하여 선택권을 행사할 수 있으므로 소환장의 발부가 허용된다고 주장한다. 덜 침해적인 방법을 우선적으로 선택할 것을 확인시켜 주는 것으로 이해할 수 있다.

### (6) 취재원 보호를 위한 가이드라인의 제시 필요

미국 법무부는 취재원보호를 위하여 언론에 대한 압수수색과 소환장을 발부하는 경우 연방지침을 만들어 각급 수사기관에 하달하고 주의를 환기시키고 있다. 이 점은 우리에게 시사하는 바가 크다. 일본에서도 수색을 동반하지 않는 압수집행만을 행하여 가능하면 보도기관의 자율성을 침해하지 않으려는 실무적 태도를 취하는 것도 이와 동일한 맥락에서 이해할 수 있다.<sup>28)</sup> 압수수색영장이 발부되면 현행법상 취재원의 보호가 어렵기 때문에 우리 형사실무에서도 취재원 보호를 위한 가이드라인을 마련하는 것은 법집행당국의 헌법적 가치에 대한 조심스런 접근을 유도한다는 점에서 반드시 고려할 필요가 있다. 미국 법무부 가이드라인의 주요한 내용을 보면 압수수색의 영장을 발부하기 위해서는 언론의 자유와 공익사이의 형량, 대안적 방법에 대한 시도, 언론사와

26) 유의선(주 6), 97-98면.

27) 권창국, “보도기관에 대한 압수수색의 허용범위”, 법률신문

28) 권창국(주 27), 법률신문 참조.

의 사전협상 등을 우선적으로 고려해야 한다. 이러한 시도 내지는 협상이 실패한 경우 영장발부요청을 하도록 하고 있다. 영장을 발부하는 경우에도 1) 비언론출처(nonpress source)로부터 범죄에 관한 충분한 증거가 있어야 하고, 2) 기자가 가진 정보가 성공적인 수사에 필수적이어야 하며, 3) 수사기관은 대안적 비언론출처로부터 정보를 얻으려고 노력했으나 실패했어야 한다. 그리고 보도되지 않은 정보 또는 비밀을 약속한 것으로 보이는 정보에 대해서는 면밀한 주의가 있어야 한다는 것 등을 가이드라인의 내용으로 제시하고 있다.<sup>29)</sup>

### III. 맺으며

취재원 보호의 방향은 두 가지 유형으로 구분하여 접근할 수 있다. 수사 과정이나 재판과정에서 취재원에 관한 증언을 거부하거나 자료제출을 거부할 수 있는가의 문제와 취재원을 확보하기 위한 수사기관의 언론사에 대한 압수수색영장의 집행을 거부할 수 있는가의 문제가 그것이다.

수사 과정이나 재판과정에서 취재원을 밝히도록 요구되는 경우 그것을 거부할 수 있는가는 현행법상 명문의 규정이 없다. 기자 등 언론인을 증언거부권자로 인정하는 명문의 규정을 두고 있지는 않지만, 재판과정에서 언론기관 종사자가 증언을 거부한다고 하더라도 미국과는 달리 우리의 경우에는 형사법적 처벌이 부과되지 않는다. 그렇기 때문에 기자가 법정에서 증언을 거부하였다고 하여 형사법적으로는 특별히 문제가 되지는 않는다. 다만 기자들이

*취재원 보호의 방향은 형사사법정의와 언론의 자유 사이의 비교형량이 요구되는 증언거부권과 법집행당국의 덜 침해적인 방법 선택 및 취재원 보호의 일반원칙 마련이 요구되는 언론사 압수수색의 두 가지 문제유형으로 구분하여 접근해야*

보유하고 있는 정보가 범죄와 관련되어 있는 경우에는 그러한 정보를 다른 방법으로는 얻을 수 없다면 경우에 따라서는 증언거부권이 인정되지 않을 수도 있다. 이러한 경우에는 범죄와 관련되어 있는 보유정보 내지는 정보제공자를 공개함으로써 얻게 되는 형사사법정의와 취재원을 묵비함으로써 얻게 되는 언론의 자유라는 가치의 비교형량이 필요하다. 형사사법정의라는 공익과 언론의 자유라는 헌법적 가치에 대한 형량의 결과에 따라 증언거부권이라는 특권의 인정여부를 결정해야 할 것으로 보인다.

언론사에 대한 압수수색의 문제는 증언거부권의 문제와는 조금 다른 방향으로 접근해야 한다. 취재원을 보호하기 위하여 언론사에 대하여 행해지는 압수수색을 거부하게 되는 경우 현행법에 의하면 공무집행방해죄에 해당하기 때문에 압수수색을 거부할 수 있는 권리가 취재원의 보호에 기여한다는 이유만으로 이를 인정하기는 어렵다. 이러한 경우에는 언론의 자유는 형사사법기능을 수행하는 수사기관이나 법원의 법집행과정에서 운영에 따라 달라질 수 있다. 그렇다고 하여 언론의 자유라는 헌법적 가치를 법집행당국의 의지에만 맡겨두는 것은 바람직하지 않다. 그 때문에 취재원 보호를 위한 일반적인 원칙을 마련하여야 하고, 불가피한 압수수색의 필요성이 있는 경우에는 덜 침해적인 방법을 선택하도록 노력해야 한다. 덜 침해적 방법선택에 관한 일정한 가이드라인을 마련하여 제시할 필요성도 요청된다.

29) 자세한 내용은 이민웅, “취재·보도의 자유의 토대와 한계”, 한국방송학회 세미나 및 보고서, 2003. 10, 30면-31면 참조.