

기자의 취재원 공개거부권(비닉권)을 인정할 수 있을까?

- 미국 연방대법원 판례를 중심으로 -



글 이부하
영남대 법학전문대학원 교수

1. 들어가며

언론기관은 정보를 취재하여 국민의 알 권리를 충족시켜 주며, 여론을 형성하는 매개체로서 중추적 역할을 수행하고 있다. 그런데 중요한 정보를 주는 취재원(取材源)이 본인의 신분을 밝히기가 곤란하거나 기자에게 밝히지 말아 달라고 요청한 경우, 기자는 언론의 자유 보장하에서 그 정보의 획득을 위해 취재원의 익명을 요구하는 조건으로 그 정보를 받아 보도하기도 한다. 이러한 상황에서 정보를 받는 기자가 유출된 정보를 게재하여 보도하기로 한 경우, 그 기자는 기소당해야 하는지가 문제 된다. 이는 익명을 요구하는 취재원이 기밀정보를 제공한 경우 기자는 취재원의 신원을 법정에서 밝혀야 하는지의 문제

와도 관련된다. 이른바 기자의 ‘취재원 비닉권’¹⁾이라는 문제이다. 이와 같이 기자가 취재원 공개를 거부할 권리가 없다면, 보도된 기밀정보가 정확하고 높은 공적 가치를 지닌다고 할지라도, 그 취재원은 불법행위로 기소당할 수 있다.

이하에서는 기자의 취재원 공개거부권과 관련된 미국 연방대법원의 판례를 자세히 살펴보고, 우리의 법이론과 법제도에서 기자의 취재원 공개거부권(비닉권)이 인정되는지를 연구해 본다. 이 문제는 언론의 자유라는 헌법적 이익과 사법절차에서 진실발견이라는 공익 간의 상충 문제로서, 윤곽을 그리는 단계로서 이러한 상충 문제에 대한 합리적 해결을 위한 조언을 하고자 한다.

1) 취재원 비닉권에 관해 기존에 발행된 논문으로는 지성우, “언론기관의 취재원보호권에 관한 연구”, 성균관법학 제15권 제2호, 2003, 1면 이하; 이희훈, “취재원 비닉권과 취재원 보호입법에 대한 연구”, 법학연구 제18권 제4호, 2008, 259면 이하; 박종보, “언론의 자유와 명예 훼손 고소사건 수사”, 언론과 법 제8권 제1호, 2009, 243면 이하; 이부하, 미국헌법에서 국가기밀 대(對) 기자의 취재특권, 미국헌법연구 제24권 제3호, 2013, 12, 179면 이하.

2. 미국 연방대법원 판례에서 취재원 공개 거부권

(1) 미국 연방대법원 판례의 상황

미국 연방대법원은 2014년 6월 2일 기밀누설 혐의를 받는 전직 중앙정보부 직원에 대한 증언을 거부하겠다는 뉴욕타임스 기자의 신청을 각하했다. 뉴욕타임스 제임스 라이즌(James Risen) 기자의 신청은 전 CIA 직원 제프리 스텔링(Jeffrey Alexander Sterling)이 2003년부터 외국 무기체계와 관련된 CIA 기밀문서 등을 기자에게 제공한 혐의로 재판을 받는 과정에서 이루어졌다.²⁾

한편 미국 연방대법원은 2014년 5월 27일 기자에 취재원 공개거부권을 인정하는 판결을 내리기도 했다. 폭스 뉴스 재나 윈터(Jana Winter) 기자는 콜로라도주 오로라 극장에서

제임스 홈스(James Holmes)라는 청년이 총을 난사해 12명을 살해한 사건의 취재 중 경찰이 압수한 홈스의 공책에 범행계획이 적혀 있다는 사실을 특종 보도하였다. 이에 홈스의 변호인은 윈터 기자에게 수사자료를 흘린 수사관을 밝히려는 소송을 제기했지만, 미국 연방대법원은 윈터에게 취재원 공개거부권을 인정한 연방 항소법원 판결을 유효하다고 판결하였다.³⁾

기자가 취재원 공개를 거부할 권리를 가진다는 점은 저널리즘 원칙으로서 확립되어 있지만, 실제 이를 법에서 보호하는지는 국가마다 사정이 다른 상황이다. 미국의 경우 형사사법권의 수행에 지장을 주기 때문에 취재원의 비밀보장은 인정되지 않는다고 보는 것이 일반적인 입장이다. 이에 반해 독일

의 경우에는 1975년 형사소송법을 대폭 개정하면서 언론자유 제도로써 언론기관의 증언거부권을 인정하고 있다.

(2) 기자의 취재원 비닉권과 관련한 고려사항

기자는 기밀정보를 취득하여 기사로 보도할 수 있는지 법적 소송절차에서 정보원의 증언이



취재원 공개를 거부한 재나 윈터 기자(출처 : The Guardian, 「Fox News reporter will fight to protect sources in James Holmes case.」, 2013년 11월 11일자)

2) http://www.ytn.co.kr/_ln/0104_201406030128428676 (검색일 : 2014년 8월 14일)

3) <http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2014/05/28/0200000000AKR20140528005700075.HTML> (검색일 : 2014년 8월 18일)

필수적인 경우에 기자는 정보원을 공개하지 않아도 되는지가 논란이 된다. 언론기관이나 기자의 입장에서는 소송절차 동안 익명의 정보원의 신원이 밝혀지지 않도록 정보원의 신원을 비밀로 해야 할 기자의 특권⁴⁾은 필수적이라 한다. 왜냐하면, 이러한 정보원 은닉이라는 기자 특권은 정부행위에 대한 국민의 알 권리를 증진시키는 ‘정보의 자유로운 흐름’⁵⁾을 장려하기 때문이다.⁶⁾ 포터 스투어트(Potter Stewart) 대법관은 뉴스 수집에 있어서 정보원의 비밀을 지켜주는 정보원 비닉권을 옹호하는 입장을 표명했다.⁷⁾ 기자가 정보원에게 정확한 정보 제공을 한 반대급부로 정보원의 신원을 누설하지 않기로 약속한 후에, 정보원의 신원을 폭로하는 것은 기자의 윤리 위반⁸⁾이자 약속에 대한 금반언(禁反言: estoppel) 원칙 위반 책임을 부담한다.⁹⁾

그러나 기자 등 언론매체 측의 이익이 반드시 공익과 일치한다고는 말할 수 없다. Branzburg v. Hayes 사건에서 미국 연방대법원은 이러한 기자의 취재원 비닉권은 정보의 자유로운 흐름을 장려하고, 그러한 이유에

서 헌법상 보호가 필수적이라는 생각을 부정하는 선례를 만들었다.¹⁰⁾ 그리고 미국 연방대법원은 기자의 취재원 비닉권 주장은 기자의 직업적 자기 이익에서 기인한 것이라고 판시하였다.¹¹⁾ 기자는 대형 기사를 보도함으로써 기자 자신의 이익을 취득하게 된다. 기자는 비밀 정보원을 보유함에 의해 능력이 생겼다고 판단하고, 공적 담론에 제공되는 정보 가치를 과대평가할 수도 있다.

만일 내부고발자가 익명으로 불법적인 정보나 비윤리적인 정보를 폭로했는데, 정보원 비닉 내지 은닉 유지의 보장 후 기자가 그 정보가 민주적 담론에 필수적인 것이라고 생각하여 공개한다면, 이러한 공적 담론을 위해 제공되는 뉴스 기사의 효용은 법원의 정보원 공개의 필요성보다 더 큰 가치가 있다.¹²⁾ 정보원의 정보 가치는 성문화된 사전(事前)적 법규율로 판단되는 것이 아니라, 정확한 사실 확인의 문제이다.

정보원의 정보가 공적 담론에 유용할 것 같지 않으나, 기자가 해결할 수 없는 ‘누설의 게임’에 해당될 경우 무조건적으로 정보원 신

4) Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665, 679-80, 82-83 (1972).

5) H.R. 3323, 109th Cong. (2005).

6) Anthony L. Fargo, The Year of Leaking Dangerously: Shadowy Sources, Jailed Journalists, and the Uncertain Future of the Federal Journalist's Privilege, 14 Wm. & Mary Bill Rts. J. 1063, 1073 (2006).

7) Branzburg v. Hayes, 408 U.S. at 728 (스튜어트 대법관의 반대 의견).

8) Robert Zelnick, Essay on Source Confidentiality: Journalists and Confidential Sources, 19 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y 541, 547 (2005).

9) Cohen v. Cowles Media Co., 501 U.S. 663, 663 (1991).

10) Branzburg v. Hayes, 408 U.S. at 698-99.

11) Branzburg v. Hayes, 408 U.S. at 694.

12) William E. Lee, Deep Background: Journalists, Sources, and the Perils of Leaking, 57 Am. U.L. Rev. 1453, 1461 (2008).

원의 비닉을 보장하는 것은 비합리적인 일이다. 만약 기자가 승인된 정보 누설과 비승인된 정보 누설간의 불균형적인 정보의 불일치를 적절히 구별하고 판단하며 체계화할 수 없다면, 수백만 미국인에게 인지적으로 영향을 줄 수 있고 영구적으로 기억되는 잘못된 기사를 보도할 위험은 기자의 취재원 공개거부권을 인정할 수 없는 이유이다. 특히 익명의 정보원이 기밀정보를 제공하려고 할 경우, 지방 언론매체가 양심적이고 객관적으로 제공 정보의 진실 여부 및 기사 남용의 방지를 위해 노력한다 할지라도, 지방 언론매체가 자기 기자들의 부정행위에 대해 통제를 할 능력이 있는지가 의심스럽다.¹³⁾

(3) 기자의 취재원 비닉권 인정 여부

기자의 취재원 비닉권의 유용성을 제대로 평가하기 위해서는 법조문에 정보원 비닉을 보호하기 위한 해석이 가능한지를 판단할 자료가 필요하다. 즉, 국가기밀 사건과 관련된 역사적 판례를 고증할 필요가 있다. 왜냐하면, 그러한 역사적 판례는 국가기밀 사건에 영향을 미치는 선례를 형성하고 있으며, 원칙적

으로 그 선례가 이후의 판례에 영향을 주었기 때문이다.

첫 번째 정보원 비닉권 상황은 19세기에 발생하였다. 그 당시 222명의 기자, 뉴스 작가, 편집자 등이 정보원의 신원을 밝히거나 다른 정보를 공개하기 위해 연방의회 위원회에 질의하였다.¹⁴⁾ 일반적으로 이러한 경우는 정보 유출로 인해 종종 정부의 부패나 불법행위에 대해 기자들이 인지하게 되는 경우이다. 수사과정에서 그 기소를 위한 입증과정에서 기자는 종종 익명의 정보원을 공개하지 않음으로 인해 형사상 기소를 당할 수 있었다.¹⁵⁾ 기자가 익명의 정보원을 보호함으로써 당하는 가장 큰 문제는 대배심 절차, 민사소송, 형사소송에서 발생하였다.¹⁶⁾

마리 토레(Marie Torre)는 1958년 민사소송에서 정보원 비닉권이 인정된 첫 번째 기자가 되었다.¹⁷⁾ 이 사건에서 연방 대법관에 임명되기 전인 스튜어트 판사는 정보원 비닉권 보호는 정보의 자유로운 흐름을 조성하는 데 중요한 것이라고 언급하였다. 그럼에도 불구하고 스튜어트 판사는 토레에게 그 정보원의 신원을 밝히도록 명령하였다. 왜냐하면 그 정

13) Marianne M. Jennings, Where Are Our Minds and What Are We Thinking? Virtue Ethics for a "Perfidious" Media, 19 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y 63, 648-60 (2005).

14) Richard B. Kielbowicz, The Role of News Leaks in Governance and the Law of Journalists' Confidentiality, 1795-2005, 43 San Diego L. Rev. 425, 435, 441.

15) Id. at 437-40.

16) C. Thomas Dienes, Lee Levine & Robert C. Lind, Newsgathering and the Law 1067-90 (3d ed. 2005).

17) Anthony L. Fargo, The Year of Leaking Dangerously: Shadowy Sources, Jailed Journalists, and the Uncertain Future of the Federal Journalist's Privilege, 14 Wm. & Mary Bill Rts. J. 1063, 1072-73 (2006).

보원의 신원은 주디 가랜드(Judy Garland)의 명예훼손 소송 판단에 필수적이었기 때문이다.¹⁸⁾ 이 사건으로 인하여 취재원 비닉권 인정은 갑작스러운 상승세를 탔다. 기자들이 베트남 전쟁에 저항했던 지도자들 또는 시민권과 사회 정의를 지지했던 단체 지도자들의 익명을 약속했기 때문이다.¹⁹⁾

Branzburg v. Hayes 사건에서 폴 브란츠버그(Paul Branzburg)는 루이스빌, 켄터키에서 발행되는 일간신문 커리어 저널(Courier-Journal)에 공간된 마약 행위와 관련된 기사에 정보를 제공한 익명의 정보원에 관한 증언을 거부하였다.²⁰⁾



취재원에 관한 증언을 거부한 Paul Branzburg(출처 : UMKC Lawschool 홈페이지[law.umkc.edu])

미국 연방대법원은 5 대(對) 4의 결정으로 기자는 익명의 정보원의 신원에 관한 질문을 포함하여 대배심 질문들에 대해 대답을 거절

할 수정헌법 제1조 상의 권리를 가지고 있지 않다고 판시하였다.²¹⁾ 연방대법원은 사법절차에서 이익, 필요, 본질적 권리 등의 중요성은 “불명확한 뉴스 취재의 부담보다 우월하며 충분한 실질성을 지녔다.”²²⁾고 설시하였다. 일반 시민과 동일하게 기자는 유효한 대배심 조사나 형사소송의 절차에서 법원이 기자에게 한 질문에 답해야만 한다. 연방대법원은 비공개 되고 미입증된 정보원으로부터 범죄 관련 정보뉴스를 통해 얻은 공익은 정보원에 의해 제공되어 언론에 보도된 범죄자들을 수사하고 기소할 공익 및 장래의 그러한 범행을 예방할 공익보다 우선해야 한다는 주장을 기각하였다.²³⁾ 브란츠버그 사건 판결이 지배하는 사법부 하에서 법원이 대배심 절차에서 기자에게 정보원의 신원을 밝히도록 명령한다면, 그 기자에게 익명을 요구했던 정보원은 공개될 수밖에 없다.²⁴⁾

1970년대 중반에 기자들은 정보원의 익명을 보호하기 위한 취재원 비닉권은 수정헌법 제1조 상의 표현의 자유로부터 직접 도출되는 권리라고 주장하였고, 법원への 접근권을 주장하며 명예훼손 소송에서 방어 논리를 구

18) Garland v. Torre, 259 F.2d 545, 548, 551 (2d Cir. 1958).

19) Michael Schudson, *Discovering the News: A Social History of American Newspapers 160-94* (1978); Vince Blasi, *The Newsmen's Privilege: An Empirical Study*, 70 Mich. L. Rev. 229, 229 n.2, 274-75 (1971).

20) Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665, 668-70 (1972).

21) Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665, 667 (1972).

22) Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665, 690-91 (1972).

23) Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665, 695 (1972).

24) C. Thomas Dienes, Lee Levine & Robert C. Lind, *Newsgathering and the Law* 1066-69 (3d ed. 2005).

성하였다.²⁵⁾ 이러한 논증의 중심에는 당연히 연방헌법상 언론의 자유 조항의 해석에 달려 있었고, 그 논의의 초점은 헌법기초자들이 일반 국민에게 보장하려고 한 것 이상 기자에게 특별한 수정헌법 제1조 상의 보장을 하려고 의도했는지에 집중되었다.²⁶⁾ 한편에서는 연방헌법 제1조 상의 언론과 표현의 자유 조항 적용에서는 주체 간에 어떠한 구별이 있어서는 안 된다는 입장이 있다.²⁷⁾ 다른 한편에서는 민주적 여론의 촉매자로서의 언론매체 및 기자에게 언론의 자유에서 상향된 보호가 필요하다라는 입장도 있다.²⁸⁾

연방대법원은 익명의 정보원의 중요성과 관련한 언급에서 연방헌법상 표현의 자유 조항과 더불어 연방헌법상 언론의 자유 조항을 인용했다.²⁹⁾ 또한, 스튜어트 대법관은 ‘제도로서의 언론권’의 인정을 주장했다.³⁰⁾ 그럼에도 불구하고 연방대법원의 다수의 견은 “연방대법원은 결코 명시적으로 연방헌법상 언론의 자유

보장 조항이 표현의 자유 침해 금지를 위해 모든 개개인에게 부여되는 권리와 다른 특별한 내용을 담고 있다고 인정할 수 없다.”³¹⁾고 판시하였다. 소송절차의 완전성 보호와 수정헌법상 언론의 자유 보장 조항에서 기자에게 특별한 대우를 하도록 규정하지 않은 점과 더불어, 연방헌법으로부터 직접적으로 기자의 정보원 비닉권을 인정함에 서는 법적 및 논리적 장애들이 존재한다는 것이다. 언론제도로 부터 권리인 시민권이 도출되지 않고, 기자는 취재원 비닉권의 특권을 개인적인 기본권으로서 주장할 수 있는 것이 아니라, 자유로



‘제도로서의 언론권’의 인정을 주장한 故 Potter Stewart 대법관(오른쪽)(출처 : The Washington Post, 「Retired High Court Justice Potter Stewart Dies at 70」, 1985년 12월 8일자)

25) David A. Anderson, *The Origins of the Press Clause*, 30 *UCLA L. Rev.* 455, 456 (1983).

26) Leonard W. Levy, *Emergence of a Free Press* 266-74 (1985).

27) William W. Van Alstyne, *The Hazards to the Press of the Press of Claiming a “Preferred Position”*, 28 *Hastings L.J.* 761, 769 (1977); David Lange, *The Speech and Press Clauses*, 23 *UCLA L. Rev.* 77, 96 (1975).

28) Melville B. Nimmer, *Introduction - Is Freedom of the Press a Redundancy: What Does it Add to Freedom of Speech?*, 26 *Hastings L.J.* 639, 655-57 (1975).

29) David A. Anderson, *The Origins of the Press Clause*, 30 *UCLA L. Rev.* 455, 457 (1983).

30) *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665, 726-28 (1972).

31) C. Edwin Baker, *Reclaiming the First Amendment: Constitutional Theories of Media Reform: The Independent Significance of the Press Clause Under Existing Law*, 35 *Hofstra L. Rev.* 955, 956 (2007).

은 언론제도를 최선으로 보호하는 수단으로 서만 행사할 수 있을 뿐이다.³²⁾

또한, 기자의 취재원 비닉권 인정은 독특하고 드문 경우라 할 수 있다. 의사와 환자, 변호사와 소송의뢰인, 남편과 아내, 신부와 고해성사자 간의 관계에서 비밀보호권은 양자가 동등한 지위에서 상대방의 비밀정보를 보호하기 위해서 부여된 것이다. 그러나 기자와 기밀 정보원 간의 비밀준수권은 실질적 내용을 국민에게 전파하기 위해 익명의 정보원을 보호하기 위한 목적에서 부여된 것으로서 그 차이점이 있다.

(4) 기자의 제한된 취재원 비닉권

브란츠버그 사건 판결에서 연방대법원은 법원이 기자에게 정보원의 공개를 요구하면, 기자는 정보원의 신원 공개를 거부할 헌법상의 권리가 없다고 판시하였다.³³⁾ 기자는 특별한 헌법적 보호에 기초하여 정보원의 공개를 거부할 절대적 특권을 지니고 있지 않다.³⁴⁾ 그러나 특정한 사건에서 기자가 익명의 정보원에 의해 제공된 정보를 사용할지를 기자 스스로 합리적으로 판단해야 할 경우, 그러한 기

자의 위험을 어느 정도 감소시키기 위한 사법 절차상 조치 및 입법적·절차적 방어수단이 가능할 수 있다. 기자의 제한된 취재원 비닉권³⁵⁾과 관련하여, 정보원의 공개가 소송절차에 필수적인지를 확인하기 위해서 필수적인 이익형량을 위한 심사기준이 필요하다. 법원의 진실규명 필요성과 소송사건에서 문제되고 있는 익명의 정보원 신원 확인의 중요성과 그 정보가 익명의 정보원으로부터 취득됨으로 인해 언론의 자유가 활성화됨으로써 인정되는 기자의 취재원 비닉권 사이에 형량이 필요하다.³⁶⁾ 국가가 소송의 한 당사자일 경우, 검사는 익명의 정보원 신원이 필요한지와 관련하여 재량을 지닌다.

기자들은 기자라는 직업상 익명의 정보원으로부터 정보를 수집하기 위해 강화된 보호를 해주어야 한다고 주장한다. 기자들은 언론제도의 구조가 매일의 뉴스 보도를 좌우한다고 믿는다. 즉, 기자에게 정보수령의 과정에서 절대적 보호가 없고, 정보원의 익명을 보장하지 않으며, 정보원의 실명을 담고 있는 기사를 공개하도록 강제한다면, 매일의 보도에 있어서 기자의 합리적인 결정은 동요된다

32) Randall D. Eliason, Leakers, Bloggers, and Fourth Estate Inmates: The Misguided Pursuit of a Reporter's Privilege, 24 Cardozo Arts & Ent. L.J. 385, 444 (2006).

33) Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665, 667-95 (1972).

34) Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665, 680, 698-99 (1972).

35) Paul Brewer, The Fourth Estate and the Quest for a Double Edged Shield: Why a Federal Reporter's Shield Law Would Violate the First Amendment, 36 U. Mem. L. Rev. 1073, 1089 (2006).

36) Robert Zelnick, Essay on Source Confidentiality: Journalists and Confidential Sources, 19 Notre Dame J.L., Ethics & Pub. Pol'y 541, 549 (2005).

고 주장한다. 강화되고 절대적인 기자의 취재권을 보장한다면, 사건의 불확실성 및 보도의 부정적인 영향은 감소될 수 있는가? 그리고 기자에게 제어할 수 없는 기밀정보를 다룸에서 법적 의무를 면제시켜 준다면, 기자에게 접근하려는 익명 정보원의 정보에 대한 진실성을 담보할 수 있을 것인가? 절대적인 기자의 취재권을 보장하지 않는다고 하여도 추가적인 위험을 유발하지도 않고, 보도에 악영향을 끼치지도 않으며, 익명의 정보원 정보 제공의 양도 감퇴되지 않을 것이다.³⁷⁾ 오히려 절대적인 기자의 취재권을 보장하지 않음으로써 양심적인 뉴스 제작 관행이 증진될 수 있다.

3. 우리나라에서 취재원 증언거부권 인정 여부

기자의 취재원 증언거부권과 관련하여, 헌법상 신문기자 등 취재의 자유에는 취재원 비닉권도 포함된다고 보아야 하므로,³⁸⁾ 취재원을 밝히지 아니할 권리는 신문의 진실 보도·사실 보도 및 공정보도를 위한 불가결한 전제조건이기 때문에 기자의 증언거부권을 보장할 필요가 있다는 견해가 있다.³⁹⁾

우리나라 민사소송법 제315조에는 ‘증언거부권’을 규정하고 있다. 그런데 민사소송법 제315조 제1항 제2호에 규정된 ‘직업의 비밀’에 기자의 취재원 비닉권이 포함되어 있는지와 관련하여 견해의 대립이 있다. 첫째, 기자의 취재원은 언론의 자유와 직결되는 문제이므로, 원칙적으로 기자는 증언거부할 수 있다는 견해(다수설),⁴⁰⁾ 둘째, 기자의 취재원 비닉권을 무조건적으로 인정할 경우 부정한 보도가 되는 등 부작용이 발생하므로, 예외적으로 취재의 공표가 그 뒤의 공표에 지장을 주거나 불공표가 사회적으로 보아 직업상의 의무라고 보여지는 경우에 한하여 증언거부할 수 있다는 견해,⁴¹⁾ 셋째, 기자의 취재원 비닉권은 언론의 자유와 관련하여 매우 중요하지만, 우리나라 언론에서 오보, 추측성 기사, 미확인 기사, 개인의 인격권을 침해하는 기사, 모략성 기사까지 난무하는 현실에서 취재원을 무조건 보호하는 것은 타당하지 않으며, 언론이 가지는 사회적 파급효과를 고려할 때 이러한 현실이 개선될 때까지는 사건의 구체적 내용을 참작하여 선별적으로 보호해야 한다는 견해⁴²⁾ 등이 있다.

우리나라 형사소송법 제149조와 관련하여

37) Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665, 681-82 (1972).

38) BVerfGE 36, 195.

39) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2011, 573-574면.

40) 이시윤, 「신민사소송법」, 박영사, 2009, 435면; 김홍엽, 「민사소송법」, 박영사, 2012, 576면; 송상현·박익환, 「민사소송법」, 박영사, 2013, 560면.

41) 김용진, 「민사소송법」, 신영사, 2008, 341면.

42) 호문혁, 「민사소송법」, 법문사, 2009, 519면.

여, 기자의 증언거부권 인정 여부가 논란이 되고 있다. 일정한 업무에 종사하거나 종사했던 자가 업무상 위탁받은 관계로 알게 된 사실로서 타인의 비밀에 관한 것은 증언을 거부할 수 있다(형사소송법 제149조 본문). 이 조항은 직업상 비밀보호가 불가피한 사람들로써 타인의 비밀에 관한 업무에 종사하는 자와 그 상대방인 위탁자를 보호하기 위한 규정이다. 업무상 비밀과 관련하여 증언거부권을 가지는 자는 변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사, 세무사, 대서업자, 의사, 한의사, 치과의사, 약사, 약종상, 조산사, 간호사, 종교의 직에 있는 자 또는 이러한 직에 있었던 자이다. 현행법상 명문규정은 없으나 이러한 직업에 종사하는 자를 직무상 보조하는 자도 그 활동이 비밀보호와 직접 관련되는 경우에는 마찬가지로 증언거부권을 가진다(독일형사소송법 제53조의 a참조). 형사소송법 제149조는 일정한 업무에 종사하는 자의 비밀을 보호함으로써 업무뿐만 아니라, 상대방인 위탁자를 보호하는 데 그 취지가 있다. 일정한 업무에 종사하는 자들의 증언거부권은 이와 같은 개인의 프라이버시권과 직업윤리를 보호하기 위한 것이라 할 수 있다.

신문기자·방송기자가 취재원과 관련하여

여 증언거부권이 인정되느냐 여부에 관하여 취재원에 관한 증언거부권을 부정하는 것은 언론의 자유 보장이라는 측면에서 불합리하므로 신문기자·방송기자 등의 취재원에 관한 증언거부권은 형사소송법 제149조를 유추 적용해야 한다고 보는 적극설이 있다.⁴³⁾ 그러나 통설은 형사소송법 제149조는 예외사항으로서 증언거부권자로 규정된 업종은 제한적으로 열거한 것으로 보고 보도기관 취재원의 비밀을 포함하지 않는다는 소극설의 입장이다.⁴⁴⁾

4. 나가며

기자의 취재원 비닉권과 관련하여, 미국 연방 대법원은 브란츠버그 사건 판결에서 수정헌법 제1조 상의 언론의 자유에서 일반인과 다른 특별한 권리로서 기자에게 취재원 비닉권을 인정할 수 없다고 판시하였다. 기자의 취재원 비닉권에 관하여, 미국 대다수의 주는 정보공개명령으로부터 언론매체를 보호하기 위해 취재보호법(Shield law)을 제정하거나 주의 대법원의 판례에 의해 또는 주 헌법으로 규정함으로써 취재원을 보호하고 있다.

기자의 취재원 공개거부권(비닉권)을 인정할 수 있는지를 우리 법현실에 적용해 보

43) 차용석·최용성, 형사소송법, 21세기사, 2013, 860면; 백형구, 형사소송법, 법원사, 2012, 702면.

44) 이재상, 형사소송법, 박영사, 2012, 454면; 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2014, 642면; 손동권·신이철, 새로운 형사소송법, 세창출판사, 2014, 485면; 배종대·이상돈·정승환·이규원, 신형사소송법, 흥문사, 2013, 473면; 정웅석·백승민, 형사소송법, 대명출판사, 2014, 509면.

면, 우리 헌법 제21조에는 일반 국민과 기자 간의 언론·출판의 자유에 대한 차이를 두고 있지 않다. 또한, 취재원 공개거부권(비닉권)이 우리 헌법 제21조에서 바로 도출된다고 보기 어렵다. 기자의 취재원 비닉권을 헌법상 기본권으로 인정할 수 있는지는 더 깊은 논의가 필요하지만, 헌법 조문에서 직접적인 명문 규정을 찾기는 어렵다. 더욱이 취재원 비닉권이 헌법상

기본권이든 법률상 권리가든 취재원 비닉권에 의거하여 형사상의 책임이나 처벌을 면하기 위한 도구로 사용할 수 있을지 의문이다. 구체적인 소송에서는 기자의 취재원 비닉권 행사와 사법상 추구하는 진실 발견의 공익 간의 이익형량의 절차를 통해 그 인정 여부가 판단되어야지 취재원 비닉권을 법률에 규정함으로써 경직된 권리로 인정하는 것은 바람직하지 못하다.