creative commons
COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

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

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

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

dCollection

법학전문석사 학위논문

취재원보호권에 관한 헌법적 연구

- 미국 취재원보호권과의 비교를 중심으로 -

2023년 2월

서울대학교 대학원

법학과

윤 성 제

취재원보호권에 관한 헌법적 연구

- 미국 취재원보호권과의 비교를 중심으로 -

지도교수 전 종 익

이 논문을 법학전문석사 학위논문으로 제출함

2022년 11월

서울대학교 대학원

법학과

윤 성 제

윤성제의 전문석사 학위논문을 인준함

2023년 1월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

역대 최소표차 당선이라는 기록을 세운 제20대 대통령선거에서 언론기관은 여러 논란을 끊임없이 재생산하며 양 진영이 서로에 대한 흑색선전에 집중할 수밖에 없는 환경을 만들었다. 그에 따라 정보의 소비자인 대중은 자연스레 그 정보의 출처가 어딘지를 따져 물었다. 그러나 기자들은 직업윤리를 내세우며 출처공개를 꺼렸다. 기자들은 취재원을 보호할 수 있어야 양질의 보도가 가능하고, 그때에서야 비로소 언론의 사회적 책무를 다할 수 있다고 주장한다. 취재원이 보호받을 수 있는지, 또 어디까지 보호받을 수 있는지에 대한 사회적 합의는 아직 이뤄지지 않았다.

취재원보호권은 기자 등 그 주체가 보도의 목적으로 행한 취재의 과정에서 얻은 정보와 그 출처에 대해 침묵할 수 있는 권리이다. 이를 인정함으로써 취재원을 보호해야 할 필요성은 분명하다. 자신의 신원이 언제든지 공개될 수 있다는 불안감 속에서 취재원은 기자의 취재에 쉬이 응하기 어렵고, 이는 기자들의 주장대로 보도의 양과 질 모두에 악영향을 끼칠 터다. 그러나 이에 대한 학계의 논의는 미진하다. 그 명칭조차 통일되지 않았음은 물론, 이를 현행 헌법에서 직접 도출되는 기본권으로 볼 것인지, 아니면 법률상 인정되는 기자들의 직업적 특권으로 볼 것인지에 대한 논의도 심도 있게 이뤄지지 않았다. 취재원보호권이 작용하는 구체적인 영역 또한 획정된 바 없다.

미국에서는 19세기 후반 기자의 직업적 윤리의 측면에서 취재원보호권에 접근하기 시작했다. 이후 1931년 니어 대 미네소타(Near v. Minnesota) 판결, 1958년 갈랜드 대 토레(Garland v. Torre) 판결을 거치면서 이를 수정헌법 제1조에서 직접 도출되는 헌법상 기본권으로 인정받기 위한 노력이 이어졌으나, 1972년 브랜즈버그 대 하이에스(Branzburg v. Hayes) 판결로 좌절되었다. 그러나 오히려 이를 계기로 취재원보호권의 실체가 인정받게 되었고, 각 주 법률 내지 보통법에 의해 미국 사법체계 안으로 편입되었다. 결과적으로 2023년 1월 현재 미국

48개 주와 수도 워싱턴D.C.에서 취재원보호권을 인정한다. 다만 미국 취재원보호권은 보통법에서 그 논의가 출발했던 만큼 기자의 증언거부권에만 초점이 맞춰져 있다는 한계가 존재한다.

현행 헌법과 미국의 사례를 비교해볼 때, 취재원보호권의 법적 근거를 헌법상 언론·출판의 자유의 내용 내지 기타 기본권으로 파악하기는 어렵다. 그것이 우리 법체계에 부합하지도 않을 뿐만 아니라 헌법에 명문의 규정이 없는 기본권을 그 해석으로 인정해야 할 만큼 강력한 헌법적 요청이 존재하지도 않기 때문이다. 그러나 그 정책적 필요성만큼은 분명하므로 이를 법률상 권리로 인정할 여지는 충분하다. 언론·출판의 자유가 현대 민주주의 체제를 떠받치는 핵심적인 요소라는 점을 고려한다면 더욱 그러하다. 따라서 기자와 취재원 간 비밀유지특약이 있다면 이를 종교인의 경우와 같이 보아 기자의 직업적 특권으로 인정할 수 있다. 그 작용영역은 압수·수색 내지 통신사실 조회까지도 확장된다. 물론 영장주의가 적용되는 압수·수색의 경우 적법절차를 거쳐 발부된 영장의 집행을 거부하는 방식이 아니라 영장 발부 시에 지방법원 판사가 취재원보호의 필요성과 영장 발부의 필요성을 비교형량하여 영장 발부를 결정하도록 하는 방식으로 운용되어야 한다.

주요어 : 취재원보호권, 언론·출판의 자유, 취재의 자유, 미국 취재원보호법, 증언거부권

학 번 : 2020-29464

목 차

제 1 장 서 론 ····· 1

제 1 절 연구의 목적 ····· 1

제 2 절 연구의 대상과 구성 ····· 4

제 2 장 취재원보호권의 개념 ····· 8

제 1 절 취재원보호권의 의의 ····· 8

1. 취재원보호권의 의의 ····· 8

2. 취재원보호권의 필요성 ····· 9

제 2 절 취재원보호권에 관한 국내 논의 ····· 11

1. 취재원보호권의 법적 근거와 지위 ····· 11

가. 취재원보호권의 법적 근거 ····· 11

(1) 언론•출판의 자유 ····· 11

(2) 기타 기본권 ····· 20

나. 취재원보호권의 법적 지위 ····· 23

2. 취재원보호권의 국내 도입 시도 ····· 25

가. 입법적 시도와 좌절 ····· 25

(1) 언론기본법의 제정과 폐지 ····· 25

(2) 취재원보호법안의 발의와 폐기 ····· 26

나. 사법적 시도의 부재 ····· 27

제 3 절 취재원보호권에 관한 국내 논의의 한계 ····· 30

1. 통일된 명칭의 부재 ····· 30

2. 모호한 법적 근거와 지위 ····· 33

3. 명확한 보호영역의 부재 ····· 35

제 3 장 미국의 취재원보호권 ····· 36
제 1 절 취재원보호권의 의의 ····· 36
1. 수정헌법 제1조(The First Amendment)의 의의 ····· 36
가. 권리장전(Bill of Rights)의 제정 ····· 36
나. 현대적인 의미의 정착 ····· 37
2. 수정헌법 제1조와의 관계 ····· 39
제 2 절 취재원보호권 개념의 발전과 주요판결 ····· 41
1. 1958년 이전: 기자의 가치관(value) ····· 41
가. 주요판결: Near v. Minnesota(1931) ····· 41
(1) 사실관계 ····· 41
(2) 판결내용 ····· 42
나. 관련논의 ····· 42
2. 1958년 이후 1972년 이전: 헌법상 기본권 ····· 44
가. 주요판결: Garland v. Torre(1958) ····· 44
(1) 사실관계 ····· 44
(2) 판결내용 ····· 45
나. 관련논의 ····· 46
3. 1972년 이후: 법률상 권리 ····· 48
가. 주요판결: Branzburg v. Hayes(1972) ····· 48
(1) 사실관계 ····· 48
(2) 판결내용 ····· 49
나. 관련논의 ····· 51
제 3 절 취재원보호권의 내용과 작용 ····· 52
1. 이론적 배경 ····· 52
가. 취재원보호권의 법적 근거 ····· 52
(1) 1설: 미국 연방헌법(Constitution of the U.S.) 52
(2) 2설: 보통법(common law) ····· 54
(3) 3설: 절충설 ····· 55
나. 취재원보호권의 법적 지위 ····· 56

(1) 1설: 기본권(constitutional right) ····· 56
(2) 2설: 특권(privilege) ····· 57
2. 각 주별 입법현황 ····· 59
가. 취재원보호권의 법적 근거 ····· 59
나. 취재원보호권의 법적 지위 ····· 64
3. 취재원보호권의 작용 ····· 65
가. 취재원보호권의 주체 ····· 65
나. 취재원보호권의 객체 ····· 65
다. 취재원보호권의 제한 ····· 66
제 4 절 취재원보호권의 현재 ····· 71
1. 취재원보호권의 내용 ····· 71
2. 취재원보호권의 작용 ····· 72

제 4 장 취재원보호권의 내용과 작용 ····· 73
제 1 절 취재원보호권의 내용 ····· 73
1. 취재원보호권의 법적 근거: 법률 ····· 73
가. 미국 취재원보호권과의 비교 ····· 73
나. 취재원보호의 정책적 필요성 ····· 74
다. 법률상 권리로서의 취재원보호권 ····· 77
(1) 헌법적 보호필요성의 부재 ····· 77
(2) 체계정합성 ····· 78
2. 취재원보호권의 법적 지위: 직업적 특권 ····· 82
가. 미국 취재원보호권과의 비교 ····· 82
나. 직업적 특권으로서의 취재원보호권 ····· 83
제 2 절 취재원보호권의 민•형사소송상 작용 ····· 86
1. 취재원보호권의 주체 ····· 86
2. 민사소송에서의 작용 ····· 88

3. 형사소송에서의 작용 ····· 89
가. 작용영역의 확장 ····· 89
나. 수사기관 내지 법정에서의 진술 거부 ····· 90
다. 압수•수색 거부 ····· 93
라. 통화내역조회 거부 ····· 96
마. 취재원 임의공개 ····· 99
4. 취재원보호권의 활용 ····· 100

제 5 장 결 론 ····· 102

참고문헌 ····· 104

Abstract ····· 110

표 목 차

[표 1] 취재원보호권의 헌법적 근거에 대한 학설 정리 ····· 20
[표 2] 각 명칭에 따라 취재원보호권이 포괄하는 내용 ····· 32
[표 3] 미국 주별 취재원보호권의 인정 여부와 그 근거 ··· 63
[표 4] 미국 주별 취재원보호권의 주체와 객체 ····· 70
[표 5] 현행법상 기자의 진술거부권 인정 여부 ····· 93
[표 6] 취재원보호권이 작용하는 영역 ····· 101

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 목적

그 어느 때보다 치열했던 제20대 대통령선거를 거치며 우리 사회는 극단적으로 양극화되었다. 그 결과 제20대 대통령선거는 역대 최소 표차 당선이라는 기록을 남겼다. 촛불을 매개로 온 국민이 하나 된 듯 보였던 대통령 탄핵사태 이후 불과 5년 만에 우리 사회가 극단적인 분열에 빠진 데에는 언론기관의 역할이 작지 않았다. 언론기관은 양 진영에서 각자의 정책선전 대신 서로에 대한 흑색선전에 몰두할 수 있도록 각종 논란의 단초를 끊임없이 제공하고, 확대재생산했다. 소위 '대장동 의혹', '조직폭력배 의혹' 등 후보 본인에 관한 여러 의혹들과 소위 '줄리 의혹', '장모 의혹', '조카 의혹' 등 후보 가족에 관한 여러 의혹들 모두 그러했다. 그리고 그 시작에는 익명의 제보자가 있었다. 이들은 보호받아야 하는가? 보호받아야 한다면 그 한계는 대체 어디까지인가?

우리 헌법은 제21조 제1항에서 "모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.", 동조 제2항에서 "언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다."라고 규정하여 언론의 자유를 헌법상 기본권으로 보장한다. 민주화를 위해 싸우던 이들은 언론의 자유를 기치로 내걸고 투쟁했고, 정부는 더 이상 국민들의 입에 재갈을 물릴 수 없게 되었다. 그로 인해 방송사, 신문사 등 언론기관 역시 보도의 자유를 쟁취했다. 각 언론기관 또한 민주화를 이뤄내는 과정에서 상당한 역할을 감당했기에 어쩌면 당연한 결과였다. 그렇게 이들은 보도지침에 종속되었던 굴종의 역사를 지나 새 시대를 맞이했다.

힘들게 맞이한 새 시대를 살며 기자들은 취재원(取材源)을 목숨과 같이 여겼다. 보도의 자유는 곧 취재의 자유와 같았기 때문이다. 보도의 자유가 있다고 하더라도 충분한 취재가 없으면 소위 '보도할 거리'가 있을

수 없다. 그래서 기자들은 항상 믿을 만한 복수의 취재원을 확보하고자 했고 신분 노출을 꺼리는 취재원을 철저히 보호했다. 취재원들 또한 위험을 무릅쓰고 자신의 정체를 드러내 내부고발자로 낙인찍히는 위험을 직접 감당하는 대신 언론기관을 활용했다. 그 덕에 우리 사회는 여러 구조적인 비리들을 잡아내며 분명 한 단계 성장했다.

그러나 어느 순간 난립하기 시작한 언론기관은 익명의 취재원이 전달한, 진위 여부를 알 수 없는 정보들을 무분별하게 보도했다. 무책임한 보도들은 시간의 흐름에 따라 불온통신, 허위조작정보, 가짜뉴스라는 이름만을 바꿔달았을 뿐 지금까지 이어져왔다. 그리고 그 과정에서 익명의 취재원을 밝히라는 사회적 요구는 커져갔다. 2019년 11월 21일자 조선일보 보도를 둘러싼 일련의 사회적 반응이 대표적이다.

당시 조선일보는 한·미 방위비분담금특별협정 "협상 과정을 잘 아는 워싱턴의 한 외교 소식통"을 인용해 위 협상이 원활히 진행되지 않을 경우 미국이 주한미군 1개 여단의 철수를 준비하고 있다고 보도했다.[1] 미국 국방부 대변인이 이를 곧바로 부인하면서 국내 언론기관 일부는 조선일보의 무분별한 보도행태를 비난하는 동시에 익명의 취재원이 대체 누군지 밝혀야 한다고 지적했다.[2] 조선일보는 기사를 삭제하거나 보도를 취소하지 않았고 익명의 취재원이 누구인지 밝히지도 않았다.[3] 오히려 수개월이 지난 후 다시 한 번 동일한 취재원을 인용하며 후속보도를 이어갔다.[4] 결국 존 볼턴(John Bolton) 전 백악관 국가안보보좌관에 의해

---

1) 조선일보, "[단독] 美", 주한미군 1개 여단 철수 검토", 2019.11.21.자 기사 (https://www.chosun.com/site/data/html_dir/2019/11/21/2019112100251.html, 최종방문일 2023.01.30.).

2) KBS NEWS, "美국방부도 비난한 조선일보의 주한미군철수 보도", 2019.11.22. 보도(https://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=4329051, 최종방문일 2023.01.30.).

3) 미디어오늘, "미 국방부 "미군철수 보도 위험하고 무책임"에 조선일보는", 2019.11.22.자 기사 (http://www.mediatoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=203764, 최종방문일 2023.01.30.).

4) 조선일보, "트럼프 측근 "주한미군 철수 계획", 2020.03.13.자 기사

조선일보의 보도가 사실이었음이 밝혀지며 논란은 일단락되었다.[5] 그러나 취재원의 익명성이 보장되어야 하는지에 대한 사회적 논의는 수면 위로 떠오르지도 못한 채 흐지부지되었다.

취재원이 어디까지 보호받을 수 있는지에 대한 논의는 꽤나 해묵었다. 많은 이들은 취재의 자유가 보도의 자유의 핵심이듯 취재원의 보호가 곧 취재의 자유의 핵심이라 여겼다. 긴 논쟁 끝에 결국 1980년 12월 31일 제정된 언론기본법 제8조 제1항 본문에서 “언론인은 그 공표사항의 필자, 제보자 또는 그 자료의 보유자의 신원이나 공표내용의 기초가 된 사실에 관하여 진술을 거부할 수 있다.”라고 규정해둠으로써 취재원보호권이 명문화되었다. 그러나 언론기본법이 1987년 11월 28일 폐지된 이후, 취재원보호권은 다른 어떤 법령에도 포함되지 못했다. 이로부터 오랜 시간이 흐른 2015년 취재원보호법안의 입법시도가 있었으나 좌절되었다. 지금은 한국기자협회 윤리강령 제7조에 “우리는 어떠한 경우에도 취재원을 보호한다.”라는 규정만이 남아있을 뿐이다.[6] 결국 취재원의 보호는 여전히 기자들의 도덕적 책무라는 영역에 남겨져 있다.

취재원은 어떠한 경우에도 보호받아야 하는가? 아니면 예외를 상정할 수 있는가? 우리 사회에서 커져가는 가짜뉴스 문제를 해결하기 위해서도 취재원을 보호할 권리에 대한 개념은 반드시 정립되어야 한다. 그럼에도 불구하고 그 법적 근거와 지위는 무엇인지, 그 범위가 어디까지인지 정면으로 연구된바 없다. 대부분의 기존 연구는 위 권리의 입법방안을 논하는데 그쳤을 뿐이다. 하지만 입법방안에 대한 연구에 앞서 위 권리의 정체를 규명하는 연구가 선행되어야 한다.

(https://www.chosun.com/site/data/html_dir/2020/06/13/2020061300149.html, 최종방문일 2023.01.30.).

5) 중앙일보, “[단독] 볼턴 “트럼프, 文에 수차례 주한미군 감축 분명히 암시””, 2020.08.03.자 기사(https://www.joongang.co.kr/article/23839328#home, 최종방문일 2023.01.30.).

6) 한국기자협회, “한국기자협회 윤리강령”, 『한국기자협회 윤리강령 및 실천요강』(http://www.journalist.or.kr/news/section4.html?p_num=4, 최종접속일 2022.5.13.).

제 2 절 연구의 대상과 구성

이에 본 연구는 취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리의 개념을 정립하는데 그 목적을 둔다. 이를 위해 위 권리를 연구해야 하는 이유와 그것이 국내에서 연구되어온 과정, 그리고 국회와 법원에서 이를 다뤄온 역사를 살핀다. 이어 기본권 개념이 발달한 미국의 경우 이를 정면으로 인정한 사례가 있는지, 만약 인정하지 않고 있다면 그와 같은 권리를 어떠한 형태로 받아들이고 있는지 확인한다. 이를 통해 위 권리의 내용이 무엇이며 그 주체는 누구인지 살피고, 민•형사소송에서 작용하는 방식을 추적한다.

이를 위해 2장에서는 취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리의 개념을 살핀다. 제1절에서는 위 권리의 의의와 위 권리를 인정해야할 필요성에 대해 논한다. 위 권리는 기자 등이 보도의 목적으로 행한 취재의 과정에서 얻은 정보 내지 그 출처에 대해 침묵할 수 있는 권리이다. 취재원들은 그 출처 내지 정보 자체에 대한 비공개를 약속받고 취재에 응하는 경우가 많으므로, 취재의 주체가 정보 내지 그 출처를 반드시 공개해야 한다면 양질의 취재원을 확보하는 일 또한 어려워진다. 이는 자연스레 보도의 질 하락으로 이어진다. 결국 위 권리가 보장되지 않는 한 언론의 진실하고 공정한 보도를 기대하기 어렵다.

제2절과 제3절에서는 취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리에 관한 국내 논의와 그 한계를 정리한다. 위 권리의 도입을 논하기 위해서는 그 법적 근거와 법적 지위에 대한 논의가 선행되어야 하고, 이를 논하기 위해서는 위 권리의 궁극적인 헌법적 근거인 언론•출판의 자유의 의의와 성질을 살펴보아야 한다.

취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리의 가능한 법적 근거는 크게 헌법과 법률 등 2가지, 작게는 언론•출판의 자유의 내용과 기타 기본권, 그리고 법률 등 3가지이다. 위 권리를 언론•출판의 자유의 내용으로 파악하기 위해서는 언론의 작용방식에 대한 면밀한 검토를 통해 언론•출판의 자유의 내용을 섬세하게 구성해야 하

며, 단일한 헌법적 근거와 핵심적인 견련관계가 요구된다. 위 권리의 법적 근거를 기타 기본권으로 파악하기 위해서는 복수의 헌법적 근거와 독자적인 보호영역, 그리고 핵심적인 견련관계가 요구된다. 이와 같이 위 권리를 헌법상의 권리로 파악하면 그 보호의 정도가 강하다. 반면 이를 법률상 권리로 파악하면 그 보호의 정도가 약해지는 대신에 입법자의 결단에 따라 시대적 흐름에 민감하게 반응할 수 있다.

취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리의 법적 지위에 대한 논의는 그 법적 근거에 대한 논의와도 직결된다. 이는 그 근거에 따라 위 권리가 작용하는 영역이 달라지기 때문이다. 위 권리의 직접적인 법적 근거를 헌법에서 찾는다면 그 법적 지위는 기본권이 되고, 법률에서 찾는다면 그 법적 지위는 기자의 직업적 특권이 된다.

그러나 이와 같은 국내의 논의는 세 지점에서 한계를 보인다. 첫째, 그 정확한 명칭조차 통일되어 있지 않다. 취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리에 대해 학계에서 사용해온 명칭은 크게 취재원보호권, 취재원비닉권, 취재원은닉권, 취재원묵비권, 취재원에 대한 진술거부권 등 5가지이다. 명칭에 대한 논의는 곧 취재원보호권이 작용하는 영역에 대한 논의와 직결된다. 그 중 포섭 가능한 영역이 가장 넓은 취재원보호권을 통일된 명칭으로 사용해야 한다. 둘째, 취재원보호권의 법적 근거와 지위가 모호하다. 셋째, 그 결과 당연하게도 작용하는 영역이 명확하게 획정되어 있지 않다.

제3장에서는 이 한계를 넘어서기 위해 우리보다 기본권 보장의 역사가 깊고 취재원보호에 대한 논의가 활발하게 이어져 내려온 미국의 사례를 참고한다. 제1절에서 미국의 취재원보호권이 갖는 의미를 먼저 살핀다. 이어 제2절에서는 취재원보호권의 개념이 발전해온 과정을 주요판결들과 함께 추적한다. 1958년 이전에는 취재원의 보호는 오로지 기자의 가치관(value)에 의존했다. 그러나 1931년 니어 대 미네소타(Near v. Minnesota) 판결을 비롯해 1930년대 일련의 판결들을 거치며 출판에 대한 사전금지 내지 검열이 금지되고 언론기관이 언론•출판의 자유 내에서 독자적인 영역을 인정받았다. 이로써 언론•출판의 자유가 공권력 작

용에 대항할 수 있는 의미를 부여받게 되었다.

1958년 이후부터 1972년 이전까지 취재원보호권을 헌법상 기본권으로 인정해야 한다는 논의가 활발하게 이뤄졌다. 그 배경에는 1958년 갈랜드 대 토레(Garland v. Torre) 판결이 있었다. 이 판결에서 최초로 취재원보호권이 연방헌법에 의해서 인정된다는 주장이 등장했고, 이러진 사건들을 통해 그 논리적 근거가 보충되었다. 그러나 1972년 브랜즈버그 대 하이에스(Branzburg v. Hayes) 판결에서 미 연방대법원이 이러한 주장을 부정하면서 취재원보호권을 헌법상 기본권으로 인정받기 위한 시도들은 좌절되었다. 그러나 위 사건에서 미 연방대법원이 취재원보호권에 의해 보호되는 이익과 증언의무를 부과함으로써 얻을 수 있는 공익을 비교형량하여 그와 같은 결론에 이르렀다는 판시를 남기면서 취재원보호권이 각 주에 의해 오히려 활발히 보장되기 시작했다.

제3절에서는 현재 미국에서 취재원보호권이 보장되고 있는 방식을 정리한다. 현재 미국에서 취재원보호권은 48개 주와 수도 워싱턴 D.C.에서 인정된다. 다만 그 근거 자체는 주 법률, 주 보통법, 주 헌법, 연방헌법 등으로 다양하며 주 보통법이 제시하는 근거도 주 헌법, 연방헌법, 주 법률 등으로 다양하다. 더불어 취재원보호권의 주체와 객체, 작용하는 국면에 대해서도 각 주가 서로 달리 정해두었다.

제4장에서는 제1절에서 미국의 취재원보호권을 참고하여 취재원보호권의 법적 근거와 지위에 대한 미진했던 국내 논의를 보완한다. 취재원보호권은 이를 기본권의 수준에서 보호할 헌법적 요청이 있다고 보기 어렵고, 현행헌법체계상 언론•출판의 자유의 내용이나 헌법상 열거되지 않은 기본권으로 보기도 어렵다. 따라서 국내의 취재원보호권은 법률상 권리이다. 그 연장선상에서 취재원보호권을 직업적 특권으로 파악할지, 일반인의 보편적 권리로 파악할지의 문제가 남아있다. 최소한 기자와 취재원 간 취재원의 신원을 밝히지 않기로 하는 약정이 있는 경우 그 형태와 구조, 목적이 종교인의 증언거부권과 무척이나 닮아 있으므로 법적 안정성을 고려하여 이를 그와 동일하게 보아야 한다. 그에 따라 취재원보호권은 직업적 특권으로서의 지위를 갖는다.

제2절에서는 취재원보호권이 민•형사소송에서 작용하는 방식을 확인한다. 미국의 사례를 참고할 때 취재원보호권의 주체는 '생계유지를 위하여 보도의 목적으로 취재행위에 나선 자연인과 법인'이, 그 객체는 정보와 그 출처 모두가 되어야 한다. 다만 법인의 기관으로서 내부고발보도를 하는 경우 그 부서 내지 기관은 자연인도, 독립된 법인도 아니므로 취재원보호권의 주체가 될 수 없다.

취재원보호권이 인정된다고 해도 민사소송에서는 그 실익이 크지 않다. 그러나 형사소송에서는 다르다. 첫째, 취재원보호권의 주체는 취재원보호권에 기해 수사기관 내지 법정에서 진술을 거부할 수 있다. 둘째, 그 주체에 대한 통화내역 조회 또한 마찬가지이다. 셋째, 취재원보호권이 입법을 통해 인정된 이상 영장을 심사하는 지방법원 판사는 심사과정에서 정보 내지 그 출처에 대한 압수•수색의 필요성과 취재원을 보호할 필요성을 비교형량하는 과정을 반드시 거쳐야 한다.

제 2 장 취재원보호권의 개념

제 1 절 취재원보호권의 의의

1. 취재원보호권의 의의

취재원의 확실한 신원은 곧 정확한 보도와 직결된다. 기자들이 어디서 일하는 누구인지조차 모르는 취재원의 이야기만을 믿고 펜을 놀려 거대 기업의 비리 내지 선출직 공무원의 괴행을 보도할 수는 없기 때문이다. 그러나 취재원은 자신의 신원이 밝혀지길 원하지 않는다. 그 이유는 다양하다. 그저 특정 사안에 대한 자신의 정치적 견해를 공개적으로 말하길 꺼려서일 수도 있고, 내부고발자로 낙인 찍혀 직장을 잃을까 두려워서일 수도 있다. 그래서 기자들은 취재원을 확보하고 그들의 이야기를 끌어내기 위해 자신이 알고 있는 취재원의 신원을 외부에 절대 공개하지 않는다. 그것이 지금까지도 지켜지는 그네들의 불문율이다.

취재원의 신원을 공개하지 않는 기자들의 불문율은 그저 기자들의 신념 내지 직업생활을 영위하기 위한 타협에 그치지 않는다. 인터넷과 정보기기의 발달로 여론을 표출하고 집약하는데 있어 소셜네트워크서비스(Social Network Service; 이하 'SNS'라고 한다.)의 중요성이 커진 현대사회에서도 언론기관의 보도는 국가권력에 대항해 시민의 자유를 지켜내는데, 그리고 그러함으로써 우리 사회의 토대인 자유민주주의를 지켜내는데 중요한 역할을 한다.[7] 이는 첫째, SNS에서 유통되는 뉴스의 상당

---

7) 민주주의는 democracy의 번역어로 널리 쓰인다. 그러나 이에 관해서는 잘못된 번역이라는 지적이 있다. -주의는 사상이나 이념을 의미하는데 반해 -cracy는 정치제도 내지 정치체제를 의미하기 때문이다. 이에 따르면 democracy는 민주제 내지 민주정으로 번역해야한다. 다만 이와 관련한 논의는 본 연구의 주된 논지와 크게 관련이 없으므로 자세히 풀어놓기 어렵다. 따라서 본 연구에

수가 언론기관의 보도에 그 뿌리를 두고 있기 때문이다. 언론기관은 자신의 SNS 계정을 통해 SNS 공간에서 여전히 큰 영향력을 행사한다.[8] 둘째, 소위 '가짜뉴스'의 내용을 검증하는 잣대가 곧 언론기관의 보도이기 때문이다. 공신력 있는 언론기관의 보도만이 '가짜뉴스'의 범주에서 제외된다.[9] 언론기관의 보도를 통해 자유롭게 유통된 신뢰할 만한 정보에 기할 때 시민사회의 자발적인 감시기제가 비로소 발동할 수 있다.

2. 취재원보호권의 필요성

그러나 취재원이 보호받지 못한다면 언론기관의 진실하고 공정한 보도를 기대하기는 어렵다.[10] 진실하고 공정한 보도만이 사회에 대한 언론의 책무를 다하는 길이고, 언론•출판의 자유를 보장하기 위해서는 그러한 보도를 할 수 있는 여건을 만들어줘야 한다. 따라서 취재원의 보호에 대한 논의가 농익을수록 언론•출판의 자유에 대한 보다 깊이 있는 논의가 전개될 수 있다. 취재원의 보호를 논하는 이유는 바로 여기에 있다.

현행법상 우리나라는 기자가 취재원의 공개를 강제 받지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리를 전혀 인정하지 않는다.[11] 입법적으로나, 사법적으로나 마찬가지이다. 그에 따라 기자들은 각 문제 상황 속에서 최소한의 법적 보호조차도 받지 못할 위험을 무릅쓰고 보도에 나선다. 취재원들 또한 오직 기자들이 가진 직업인으로서의 윤리의식 내지 양심

서는 민주주의라는 기존의 번역어를 그대로 사용한다. 자세한 논의에 대해서는 송경호, 김현, "근대적 기본개념으로서 '민주주의(民主主義)"의 개념사: 19-20세기 일본에서의 번역어 성립과 사용의 일반화 과정을 중심으로, 『한국정치학회보』 제55집 제2호(2021), 5-32쪽을 참고하라.

8) 강정민, 『가짜뉴스 규제에 관한 헌법적 연구 : 미국 표현의 자유 논의를 중심으로』, 서울대학교 대학원 법학석사학위 논문, 2020, 30-31쪽.

9) 강정민, 앞의 논문(주8), 29-30쪽.

10) 육소영, "취재원의 법적 보호 - 국가안보와 관련하여 미국 취재원 보호법의 분석을 중심으로", 『법제』(2015), 46쪽.

11) 권순민, "취재원보호와 기자의 증언거부권", 『법조』 제58권 제4호(2009), 234쪽.

에 기대 자신이 알고 있는 정보를 털어놓아야만 한다. 이는 언론이 정부의 감시자이자 여론의 형성자라는 공적 역할을 수행하는 데 결정적인 한계로 작용한다.[12] 취재원이 취재에 소극적으로 응하게 될 뿐만 아니라 기자 또한 익명의 취재원이 제공하는 정보에 대해서는 취재조차 하지 않으려하는 소위 위축효과(chilling effect)에 빠질 우려가 있기 때문이다.[13]

그에 따라 국내에서 취재원을 법적으로 보호하기 위한 시도의 일환으로 기자에게 취재원의 공개를 강제 받지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리를 보장하는 방안이 활발히 논의되었다. 이러한 논의는 특히 위 권리의 법적 근거와 지위가 무엇인지에 집중되었다. 권리의 법적 근거와 지위에 관한 논의는 권리의 내용을 확정함에 있어 반드시 선행되어야 한다. 그러한 논의의 결과에 따라 권리에 대한 법적 보호 여부와 보호 정도가 정해지기 때문이다. 위 논의는 권리의 법적 근거에 따라 그 법적 지위가 정해진다는 점에서 서로 밀접하게 관련되어 있기도 하다.

---

12) 권순민, 앞의 논문(주11), 251쪽.

13) 김민정, “취재원보호법 도입의 필요성과 쟁점”, 『언론과법』 제14권 제2호(2015), 130쪽; 지성우, “언론기관의 취재원보호에 관한 연구”, 『성균관법학』 제15권 제2호(2003), 11쪽.

제 2 절 취재원보호권에 관한 국내 논의

1. 취재원보호권의 법적 근거와 지위

가. 취재원보호권의 법적 근거

(1) 언론•출판의 자유

언론•출판의 자유는 헌법 제21조에 명문으로 규정되어 있는 헌법상 기본권이다. 이에 의거 모든 국민은 언론•출판의 자유를 가진다. 현대 민주주의에서 언론•출판의 자유가 갖는 역할은 중대하다.[14] 언론•출판의 자유 없이는 위정자에 대한 주권자의 감시기제가 원활히 작동할 수 없기 때문이다. 그에 따라 언론•출판의 자유는 다른 개별적 기본권에 비해 우월적 지위를 갖는다.[15] 헌법재판소의 견해도 이와 같다.

> 언론·출판의 자유는 민주체제에 있어서 불가결의 본질적 요소이다. 사회 구성원이 자신의 사상과 의견을 자유롭게 표현할 수 있다는 것이야말로 모든 민주사회의 기초이며, 사상의 자유로운 교환을 위한 열린 공간이 확보되지 않는다면 민주정치는 결코 기대할 수 없기 때문이다. 따라서 민주주의는 사회내 여러 다양한 사상과 의견이 자유로운 교환과정을 통하여 여과없이 사회 구석 구석에 전달되고 자유로운 비판과 토론이 활발하게 이루어질 때에 비로소 그 꽃을 피울 수 있게 된다. 또한 언론·출판의 자유는 인간이 그 생활속에서 지각하고 사고한 결과를 자유롭게 외부에 표출하고 타인과 소통함으로써 스스로 공동사회의 일원으로 포섭되는 동시에 자신의 인격을 발현하는 가장 유효하고도 직접적인 수단으로서 기능한다. 아울러 언론·출판의 자유가 보장되지 않는다면, 사상은 억제되고 진

14) 허영, 『한국헌법론』 전정 13판, 박영사, 2017, 614쪽.
15) 성낙인, 『헌법학』 제21판, 법문사, 2021, 1263쪽.

리는 더 이상 존재하지 않게 될 것이다. … 헌법 제21조가 언론·출판의 자유를 보장하고 있는 것은 이같은 헌법적 가치들을 확보하기 위한 전제 조건을 마련하기 위한 것이다.[16]

헌법재판소의 견해를 종합하면 언론·출판의 자유는 이외에도 두 가지 중요한 헌법상 의의를 갖는다. 첫째, 여론형성의 통로로서 사회공동체 통합에 이바지한다.[17] 물론 그렇기 때문에 현대 민주주의 체제를 떠받치는 기능을 한다는 평가를 받고 있으나, 사회공동체를 하나로 묶는 여론의 역할은 주권자의 위정자에 대한 여론의 감시기능과는 별개이므로 이를 구분하여야 한다. 둘째, 인격을 발현하는 수단으로서 인간의 존엄성을 수호한다.[18] 언로(言路)가 막혀있지 않아야 주권자가 위정자의 잘못을 비판할 수 있는 법이지만, 그것이 정치와 관련되어 있지 않더라도 사회의 구성원은 자신의 생각을 자유롭게 전하고 그것을 담은 출판물을 자유롭게 펴낼 수 있어야 한다. 그렇지 않다면 공동체 속에서 개인의 존재의의를 찾기 어렵다.

언론·출판의 자유가 갖는 중요성에 비례해 그 법적 성격에 대한 논의 또한 치열했다. 헌법상 기본권 중 헌법이 기본권으로 보호하는 목적이 국가에 대한 시민의 자유가 아니라 공법상의 제도 내지는 전형적이고 전통적인 사법상 제도를 헌법적으로 보장하는 데에 있는 경우 그러한 측면은 기본권으로서의 성질과 구별하여 제도보장이라 칭한다.[19] 헌법재판소 역시 자유권적 기본권이 경우에 따라 기본권으로서의 성질과 제도보장으로서의 성질을 함께 갖는다고 보아 이를 인정한다.[20]

제도보장은 국민이 삶을 영위하고 국가가 존립, 유지하는데 필요한 일정한 객관적 제도를 헌법적 수준에서 보장한다는 의미를 갖는다.[21] 기본

16) 헌법재판소 1998. 4. 30. 선고 95헌가16 결정.
17) 허영, 앞의 책(주14), 614쪽.
18) 허영, 앞의 책(주14), 614쪽.
19) 허영, 『헌법이론과 헌법』 신9판, 박영사, 2021, 345-346쪽.
20) 헌법재판소 1996. 8. 29. 선고 94헌마113 결정; 헌법재판소 1997. 4. 24. 선고 95헌바48 결정.
21) 정종섭, 『헌법학원론』 제12판, 박영사, 2018, 306쪽.

권보장은 헌법 제10조, 제37조에 따라 최대보장의 원칙이 적용되나 제도보장은 최소보장의 원칙이 적용된다는 점에서 구별된다. 헌법재판소는 아래와 같이 판시하며 제도보장을 인정했다. 이에 따르면 헌법에서 정하는 제도보장은 국가권력을 직접 구속한다.

> 제도적 보장은 객관적 제도를 헌법에 규정하여 당해 제도의 본질을 유지하려는 것으로서 헌법제정권자가 특히 중요하고도 가치가 있다고 인정되고 헌법적으로도 보장할 필요가 있다고 생각하는 국가제도를 헌법에 규정함으로써 장래의 법발전, 법형성의 방침과 범주를 미리 규율하려는데 있다. 이러한 제도적 보장은 주관적 권리가 아닌 객관적 범규범이라는 점에서 기본권과 구별되기는 하지만 헌법에 의하여 일정한 제도가 보장되면 입법자는 그 제도를 설정하고 유지할 입법의무를 지게될 뿐만 아니라 헌법에 규정되어 있기 때문에 법률로써 이를 폐지할 수 없고, 비록 내용을 제한하더라도 그 본질적 내용을 침해할 수 없다.[22]

이와 같은 제도보장론은 칼 슈미트(Carl Schmitt)에 의해 처음 체계화되었다.[23] 슈미트는 자유권과 제도를 구별했다. 이는 슈미트가 기본권을 '국가이전에 존재한 것으로 승인되고 보호되는 권리'라고 파악하면서 기본권의 본질이 곧 자유라고 보았기 때문이다. 그에 따라 슈미트는 헌법에서 기본권으로 규정하고 있는 권리의 경우에도 자유권이 아니라면 그것을 헌법에 의해 보호받는 제도라고 정의했다.[24]

슈미트가 제도보장론을 고안한 까닭은 분명하다. 바로 입법자들이 슈미트가 제도로 파악한 오늘날의 사회권적 기본권 등을 폐지하지 못하도록 막기 위해서였다. 슈미트가 제도보장론을 고안하던 당시의 독일, 즉 바이마르 공화국(Weimarer Republik)에서는 입법권을 포함한 국가권력

---

22) 헌법재판소 1997. 4. 24. 선고 95헌바48 결정.
23) 한수웅, "오늘날의 헌법국가에서 제도보장의 의미와 기능의 변화", 『법학논문집』 제41집 제3호(2017), 9-10쪽.
24) 정종섭, 앞의 책(주21), 306-308쪽.

이 기본권에 기속된다는 개념이 확립되지 않았다.[25] 슈미트는 제도보장론을 통해 기본권을 법률상의 권리로만 바라보았던 당시의 헌법관에 대응해 입법자에 의해 훼손될 수 없는 헌법의 본질을 지키고자 했다.[26]

언론·출판의 자유는 자유권적 기본권으로, 슈미트의 분류에 따르면 제도보장의 일환으로 보호받는 기본권이 아니다. 그러나 전술한바 언론이 수행하는 여론형성을 통한 감시 및 사회통합의 기능, 그리고 개인의 인격발현을 통한 존엄성제고의 기능을 고려하면, 언론·출판의 자유는 제도보장으로서의 성질도 갖는다고 볼 수 있다.[27] 언론기관의 자유 내지 보도의 자유에서는 오히려 제도보장의 성격이 강하다는 견해도 일부 존재한다.[28] [29] 그렇다면 언론·출판의 자유가 보장하는 제도의 실질은 자유언론제도 내지 자유민주주의로 파악된다.[30]

다만 우리 헌법의 해석론으로서 제도보장의 의미는 크게 퇴색되었

---

25) 이종수, "기본권의 보장과 제도적 보장의 준별론에 관한 비판적 보론 - '기본권의 최대한의 보장과 제도의 최소한의 보장'에 전제된 오해의 극복을 위하여 -, 『헌법실무연구』 제3권(2002), 194-195쪽.

26) 이종수, 앞의 논문(주25), 191쪽.

27) 최우정, 『헌법학(Ⅰ)』, 진원사, 2007, 435쪽; 김도협, 『헌법학원론』, 진원사, 2015, 201-202쪽; 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2007, 179쪽; 한수웅, 『헌법학』 제10판, 법문사, 2020, 761쪽; 성낙인, 앞의 책(주15), 1268-1269쪽; 이상철, 김성주, 『헌법학개론』 제2판, 박영사, 2011, 177-178쪽; 홍성방, 『헌법학(중)』 제2판, 박영사, 2015, 187쪽; 장영수, 『헌법학』 제13판, 홍문사, 350-351쪽; 김수갑, 『기본권론』, 법문사, 2021, 437쪽; 박용상, 『언론의 자유』, 박영사, 2013, 104-105쪽.

28) 정종섭, 앞의 책(주21), 612-613쪽; 허영, 앞의 책(주14), 598-600쪽.

29) 언론·출판의 자유가 청구권으로서의 성질을 함께 갖는다는 견해도 존재한다. 언론·출판의 자유의 내용에는 알 권리가 포함되므로 청구권으로서의 성질을 완전히 부정하기는 어렵다. 또한 기본권의 주관적 성질에는 자유권으로서의 성질뿐만 아니라 청구권으로서의 성질도 포함되므로 언론·출판의 자유가 작용하는 일부 국면에서는 청구권으로서의 성질을 갖는다고 파악해도 틀렸다고 보기는 어렵다. 다만 이는 본 연구의 주된 논지와 관련이 깊지 않으므로 더 이상 논하지 않는다. 관련하여 고문현, 『헌법학개론』 제2판, 박영사, 2020, 170쪽; 박영철, 『헌법학개론』, 대명출판사, 2015, 350쪽을 참고하라.

30) 고문현, 앞의 책(주29), 170쪽; 김철수, 앞의 책(주27), 179쪽.

다.[31] 바이마르 헌법과 달리 우리 헌법은 헌법 제10조 제2문에 국가의 기본권보호의무를 명시해두었기 때문이다. 대신 기본권의 이중적 성질에 대한 논의가 활발하다. 일각에서는 주관적 공권성이 약화되고 기본권과 제도보장의 구별이 흐릿해진다는 이유를 들어 기본권의 객관적 성질을 부정한다.[32] 그러나 기본권의 이중적 성질에 대한 논의는 제도보장론과 양립불가능하지 않다. 오히려 전자는 후자를 발전시킨 결과이며, 제도보장론은 기본권의 이중적 성질에 대한 최초의 논의이다.[33]

국내 학계는 비교적 일관적으로 취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리의 헌법적 근거를 위와 같은 법적 성질을 갖는 언론·출판의 자유에서 찾아왔다.[34] 취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리를 언론·출판의 자유의 내용으로 인정하기 위해서는 ① 위 권리가 언론·출판의 자유에만 그 근거를 두어야 하며(단일한 헌법적 근거), ② 위 권리가 언론·출판의 자유를 실현하기 위한 핵심요소여야 한다(핵심적인 견련관계).[35] 새로운 기본권을 열거된 기본권의 내용으로 파악하기 위해서는 헌법상 근거가 명확하기만 하면 충분하기 때문이다. 열거된 기본권의 헌법상 근거가 명확하다면 이미 존재하는 열거된 기본권의 보호영역 속에서 경계선을 그어 새로운 기본권의 보호영역을 사후적으로 확정하면 되고, 이를 헌법상 기본권성을 인정하기 위한 요건으로 파악해 사전적으로 검토할 이유가 없다.

---

31) 한수웅, 앞의 논문(주23), 25-26쪽.
32) 김철수, 앞의 책(주27), 373쪽.
33) 한수웅, 앞의 논문(주23), 14쪽.
34) 고문현, 앞의 책(주29), 176쪽; 김하열, 『헌법강의』 제2판, 박영사, 2020, 463쪽; 성낙인, 앞의 책(주15), 2021, 1286쪽; 장영수, 앞의 책(주27), 683쪽; 박영철, 앞의 책(주29), 354쪽; 허영, 앞의 책(주14), 598쪽; 전광석, 『한국헌법론』 제14판, 집현재, 2019, 383쪽.
35) 이장희는 이를 법률적 권리와 대별되는 개념으로서의 열거되지 않은 기본권을 인정할 요건으로 파악했다. 그러나 법률적 권리와 대별되는 개념은 헌법적 권리이고 이는 열거된 기본권과 열거되지 않은 기본권을 포괄한다. 따라서 위 요건은 오히려 새로운 기본권을 열거된 기본권의 내용으로 파악하기 위해 필요한 요건에도 적용된다. 관련하여 이장희, 『기본권의 개념 및 인정 기준과 법률적 권리의 관계』, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 117-118쪽을 참고하라.

취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리가 언론•출판의 자유를 실현하는데 있어 핵심요소로 인정받기 위해서는 ① 위 권리가 언론•출판의 자유를 구성하는 내용 중 위 권리의 보호영역을 포괄하는 보호영역을 가진 기본권의 핵심요소여야 한다. ② 위 권리의 보호영역을 포괄하는 보호영역을 가진 기본권이 언론•출판의 자유를 실현하는데 있어 핵심적인 요소여야 한다. 다만 위 기본권이 상위 기본권의 내용이라면 ②는 실질적으로 문제될 여지가 없다. 이를 확인하기 위해 언론•출판의 자유와 취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리 사이에 자리한 기본권을 확정하고 각각의 내용을 들여다봐야 한다.

언론•출판 활동은 3단계로 나눌 수 있다.[36] 첫째, 언론•출판의 대상인 의사를 형성하는 단계이다. 둘째, 언론•출판의 대상인 의사를 표현하는 단계이다. 셋째, 언론•출판의 대상인 의사를 행동으로 실천하는 단계이다. 각 단계가 어떠한 기본권으로 보호되는지 다소 모호하다. 헌법재판소는 양심의 자유의 보호영역에 대해 아래와 같이 판시했다. 헌법재판소는 양심의 자유를 양심형성의 자유와 양심실현의 자유로 구분하고 양심을 실현하는 상황 역시 양심의 자유의 보호영역으로 파악했다.

> 헌법은 제19조에서 “모든 국민은 양심의 자유를 가진다.”라고 하여 양심의 자유를 국민의 기본권으로 보장하고 있다. … 헌법상 보호되는 양심은 어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어서 그렇게 행동하지 아니하고는 자신의 인격적인 존재가치가 허물어지고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리로서 절박하고 구체적인 양심을 말한다. … 양심의 자유는 크게 양심형성의 내부영역과 형성된 양심을 실현하는 외부영역으로 나누어 볼 수 있으므로, 그 구체적인 보장내용에 있어서도 내심의 자유인 ‘양심형성의 자유’와 양심적 결정을 외부로 표현하고 실현하는 ‘양심실현의 자유’로 구분된다. 양심형성의 자유란 외부로부터의 부당한 간섭이나 강제를 받지 않고 개인의 내심영역에서 양심을 형성하고 양심상의 결정을 내리는 자유

36) 이준일, 『헌법학강의』, 홍문사, 2019, 551쪽.

> 를 말하고, 양심실현의 자유란 형성된 양심을 외부로 표명하고 양심에 따라 삶을 형성할 자유, 구체적으로는 … 양심표명의 자유, … 부작위에 의한 양심실현의 자유, … 작위에 의한 양심실현의 자유 … 포함한다.[37]

헌법재판소는 언론·출판의 자유의 보호영역에 대해 아래와 같이 판시했다. 헌법재판소는 의사를 형성하는 단계와 의사를 표명하는 단계를 모두 언론·출판의 자유의 보호영역으로 파악하면서도 이를 행동에 옮기는 단계는 제외했다.

> 우리나라는 헌법 제21조에 언론·출판의 자유 즉, 표현의 자유를 규정하고 있는데 이 자유는 전통적으로는 사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미하는 것 … 사상 또는 의견의 자유로운 표명은 자유로운 의사의 형성을 전제로 하는데, 자유로운 의사의 형성은 충분한 정보에의 접근이 보장됨으로써 비로소 가능한 것이며, 다른 한편으로 자유로운 표명은 (정보의) 자유로운 수용 또는 접수와 불가분의 관계에 있다고 할 것 …[38]

헌법재판소의 견해를 종합하면 언론·출판 활동의 3단계 중 의사를 형성하는 단계와 의사를 표현하는 단계에서는 양심의 자유와 언론·출판의 자유가 경합하고 의사를 행동으로 옮기는 단계에서는 양심의 자유와 일반적 행동자유권이 경합한다. 이러한 경우 의사 형성과 표현의 자유 가운데서도 헌법이 양심의 자유를 따로 정하고 있으므로 양심의 자유의 보호영역에 해당되는 경우에는 양심의 자유에 의해 우선적으로 보호된다.[39] 따라서 양심의 자유에 의해 보호되는 경우를 제외한 나머지 경우에는 언론·출판 활동의 3단계 중 의사를 형성하는 단계와 의사를 표현하는 단계는 언론·출판의 자유로, 의사를 행동으로 실천하는 단계는 일

37) 헌법재판소 2004. 8. 26. 선고 2002헌가1 결정.
38) 헌법재판소 1992. 2. 25. 선고 89헌가104 결정.
39) 정종섭, 앞의 책(주21), 611쪽.

반적 행동자유권으로 보호된다.

그 의사를 형성하고 표현하는 행위 자체가 형식적으로 가능한 수준을 넘어 실질적인 의사를 형성하고 이를 실질적으로 표현하는 수준에 이르러야 비로소 언론·출판의 자유가 실현되었다고 할 수 있다. 그에 따라 언론·출판의 자유는 여러 기본권을 그 내용으로 포섭한다.[40] 취재원이 보호받지 못하더라도 의사를 형성하고 표현하는 행위 자체는 가능하기 때문에 취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리는 언론·출판의 자유의 1차적인 내용으로 직접 보호받지 못한다.

언론·출판의 자유 내에서 취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리가 자리하는 위치에 대해 다양한 견해들이 있다. 이를 살펴보기에 앞서 두 가지를 전제한다. 먼저, 보도의 자유는 취재의 자유와 같지 않다.[41] 헌법재판소가 설시했듯 의사를 표현하기 위해서는 의사가 형성되는 단계까지 보호할 필요가 있으므로 취재의 자유의 보호영역이 보도의 자유의 보호영역에 포함되기 때문이다. 그에 따라 보도의 자유가 위 언론·출판 활동의 3단계 중 1단계와 2단계, 즉 의사를 형성하고 표현하는 단계 모두를 포괄하는데 반해 취재의 자유는 위 3단계 중 1단계, 즉 의사를 형성하는 단계를 포괄하는데 그친다. 따라서 취재는 보도의 여러 단계 중 하나에 불과하다. 다음으로, 보도의 자유는 대중매체의 자유, 신문의 자유와 같다.[42] 이는 대중매체의 자유와 신문의 자유를 어떻게 정의하느냐에 달린 문제이나 구분 없이 혼용된다.

위 전제를 감안할 때 취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리의 헌법적 근거에 대한 견해를 크게 셋으로 나눌 수 있다. 첫째, 위 권리를 취재의 자유의 내용으로 파악하는 견해이다. 이는 다시 곧바로 취재의 자유를 언론·출판의 자유의 내용으로 파악하는 유형(유형 ①-1),[43] 취재의 자유를 보도의 자유의 내용으로 파악하는 유형

---

40) 이준일, 앞의 책(주36), 551-552쪽.
41) 홍성방, 앞의 책(주27), 195쪽; 김수갑, 앞의 책(주27), 448-450쪽; 박용상, 앞의 책(주27), 252-254쪽.
42) 성낙인, 『언론정보법』, 나남출판, 1998, 107쪽.
43) 박영철, 앞의 책(주29), 354쪽; 박용상, 앞의 책(주27), 324쪽.

(유형 ①-2).[44] 취재의 자유를 알 권리와 보도의 자유의 내용으로 파악하는 유형(유형①-3)[45]과 출판의 자유를 보도의 자유의 내용으로 파악한 후 취재의 자유를 다시 출판의 자유의 내용으로 파악하는 유형(유형 ①-4)[46], 취재의 자유를 언론기관의 자유의 내용으로 파악하는 유형(유형 ①-5)[47]으로 나뉜다. 둘째, 취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리를 보도의 자유의 내용으로 파악하는 견해이다(유형 ②).[48] 셋째, 취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리를 취재, 편집, 보도의 자유의 내용으로 파악하는 견해이다(유형 ③).[49] 유형 ③은 언론기관의 자유로부터 언론활동의 자유를, 언론활동의 자유로부터 신분의 자유를, 신분의 자유로부터 취재, 편집, 보도의 자유를 이끌어낸다.

이를 정리하면 아래 [표 1]과 같다.

유형 ①					**유형 ②**	**유형 ③**
유형 ①-1	**유형 ①-2**	**유형 ①-3**	**유형 ①-4**	**유형 ①-5**		
언론·출판의 자유	언론·출판의 자유	언론·출판의 자유	언론·출판의 자유	언론·출판의 자유	언론·출판의 자유	언론·출판의 자유
취재의 자유	보도의 자유	알 권리 + 보도의 자유	보도의 자유	언론기관의 자유	**보도의 자유**	언론기관의 자유

44) 김하열, 앞의 책(주34), 463쪽; 성낙인, 앞의 책(주15), 1286-1287쪽; 장영수, 앞의 책(주27), 683-684쪽; 정종섭, 앞의 책(주21), 617-618쪽; 허영, 앞의 책(주14), 598-600쪽.
45) 고문현, 앞의 책(주29), 171, 175-176쪽.
46) 한수웅, 앞의 책(주27), 763쪽.
47) 김승대, 『헌법학강론』 제6판, 법문사, 2022, 270쪽.
48) 김철수, 『헌법개설』, 박영사, 2012, 179-180쪽; 전광석, 앞의 책(주34), 383쪽.
49) 이준일, 앞의 책(주36), 555-556쪽.

	취재의 자유	**취재의 자유**	출판의 자유	**취재의 자유**		언론활동의 자유
			취재의 자유			신분의 자유
						취재, 편집, 보도의 자유

[표 1] 취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리의 헌법적 근거에 대한 학설 정리

(2) 기타 기본권

취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리를 헌법상 열거된 기본권인 언론·출판의 자유의 내용으로 파악할 수 없다면 다른 기본권에 기해 이를 인정할 수 있는지 살핀다. 위 권리는 그 특성상 보호영역 중 일부가 언론·출판의 자유의 보호영역 내에 자리하므로 그 법적 근거를 언론·출판의 자유 외의 기본권에서만 찾을 수는 없다. 따라서 그 법적 근거를 언론·출판의 자유와 기타 기본권 모두에 둔 열거되지 않은 기본권으로 위 권리를 이해할 수 있다. 일견 유력한 해석이다. 헌법에 위 권리를 규정한 명문의 조항이 존재하지 않기 때문이다.

새로운 기본권을 열거되지 않은 기본권으로 파악하는 경우 그 헌법상 기본권성을 인정하기 위해서는 첫째, 헌법상 근거가 복수여야 하고(복수의 헌법적 근거), 둘째, 독자적인 보호영역이 인정되어야 한다(독자적인 보호영역).[50] 이는 열거되지 않은 기본권이 그 특성상 헌법 각 조항의 해석을 통해 도출되므로 헌법상 근거가 단일하지 않고, 열거되지 않은

50) 헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2007헌마369 결정; 전상현, “개인정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호영역”, 『헌법실무연구』 제20권(2019), 231, 237쪽.

기본권의 보호영역이 이미 열거된 기본권으로 보호되는 영역과 동일하다면 독자적인 기본권의 존재를 확인할 실익이 없으며, 새롭게 확인되는 기본권인 만큼 그 보호영역이 먼저 확정되어야 기본권성을 판단할 수 있기 때문이다. 셋째, 새로운 기본권이 해당 헌법 조문에서 열거된 기본권을 실현하기 위한 핵심요소여야 한다(핵심적인 견련관계).[51]

헌법상 열거되지 않은 기본권은 헌법상 기본권의 내용과 그 구별이 쉽지 않다.[52] 다만 헌법재판소의 판시를 참고하면 열거된 기본권의 보호영역과 관련은 있으나 전적으로 포괄되지 않는 권리를 헌법상 열거되지 않은 기본권으로, 열거된 기본권의 보호영역으로부터 직접 파생되는 권리를 헌법상 열거된 기본권의 내용으로 파악할 수 있다.[53] 헌법재판소는 개인정보자기결정권을 열거되지 않은 기본권으로 파악하면서 그 헌법상 근거로 여러 헌법 조문을 들었다.

> 개인정보자기결정권의 헌법상 근거로는 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유, 헌법 제10조 제1문의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 근거를 둔 일반적 인격권 또는 위 조문들과 동시에 우리 헌법의 자유민주적 기본질서 규정 또는 국민주권원리와 민주주의원리 등을 고려할 수 있으나, 개인정보자기결정권으로 보호하려는 내용을 위 각 기본권들 및 헌법원리들 중 일부에 완전히 포섭시키는 것은 불가능하다고 할 것이므로, 그 헌법적 근거를 굳이 어느 한 두개에 국한시키는 것은 바람직하지 않은 것으로 보이고, 오히려 개인정보자기결정권은 이들을 이념적 기초로 하는 독자적 기본권으로서 헌법에 명시되지 아니한 기본권이라고 보아야 할 것이다.[54]

반면 헌법재판소는 알 권리를 언론•출판의 자유의 내용으로 파악하면서 그 헌법상 근거로 헌법 제21조만을 들었다.[55]

---

51) 이장희, 앞의 책(주35), 117-118쪽.
52) 이장희, 앞의 책(주35), 29-30쪽.
53) 이장희, 앞의 책(주35), 56-58쪽.
54) 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 99헌마513 등 결정.
55) 이장희는 헌법재판소가 알 권리를 열거되지 않은 기본권으로 파악했다고

> 헌법 제21조는 언론·출판의 자유, 즉 표현의 자유를 규정하고 있는데 이 자유는 전통적으로 사상 또는 의견의 자유로운 표명과 그것을 전파할 자유를 의미하는 것으로서 사상 또는 의견의 자유로운 표명은 자유로운 의사의 형성을 전제로 한다. 자유로운 의사의 형성은 정보에의 접근이 충분히 보장됨으로써 비로소 가능한 것이며, 그러한 의미에서 정보에의 접근·수집·처리의 자유, 즉 ''알 권리''는 표현의 자유와 표리일체의 관계에 있으며 자유권적 성질과 청구권적 성질을 공유하는 것이다. … ''알 권리''는 표현의 자유에 당연히 포함되는 것 … 헌법 제21조에 의해 직접 보장될 수 있다고 하는 것이 헌법재판소의 확립된 판례인 것이다.[56]

새로운 기본권이 열거된 기본권을 실현하기 위한 핵심요소이면서 단일한 헌법상 근거를 갖고 있는 권리라면 이는 당해 권리가 결국 해당 열거된 기본권의 보호영역 중 핵심적인 영역을 보호영역으로 하는 권리라는 뜻이다. 이러한 권리를 헌법 명문에 근거하여 보장할 수 있음에도 불구하고 굳이 열거되지 않은 기본권으로 파악할 이유가 없다.

따라서 취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리가 헌법상 열거되지 않은 기본권으로 인정받기 위해서는 ① 위 권리가 언론•출판의 자유 이외의 다른 기본권에 동시에 근거하되 그 근거가 명확해야 한다(복수의 헌법적 근거). ② 위 권리가 근거하는 기본권을 실현하기 위한 핵심요소여야 한다(핵심적인 견련관계). ③ 위 권리가 독자적인 보호영역을 가져야 한다(독자적인 보호영역).

취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리의 직접적인 근거를 언론•출판의 자유에서도, 그 외 기본권에서도 찾을 수 없다면 이를 법률에서 찾을 수밖에 없다.[57] 그 근거는 세 가지이다. 첫

보았으나 이는 납득하기 어렵다. 이장희의 구분에 따르면 알 권리는 파생된 권리이지 독자적 권리가 아니므로 열거된 기본권의 내용으로 파악해야 한다. 관련하여 이장희, 앞의 책(주35), 13, 56-58쪽을 참고하라.

56) 헌법재판소 1991. 5. 15. 선고 90헌마133 결정.

57) 한수웅, 앞의 책(주27), 763-764쪽.

째, 위 권리와 유사한 여타 직업인들의 업무상비밀에 대한 증언거부권은 이미 형사소송법 소정의 조항으로 입법되어 있으므로 이와 유사한 위 권리의 법적 근거만을 다르게 파악할 이유가 없다. 둘째, 취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리에 대한 명문의 헌법 조항이 존재하지 않는다. 셋째, 이를 헌법의 해석으로 인정할 만큼 강력한 헌법적 보호의 필요성 또한 존재하지 않는다. 이와 같이 볼 경우 보호의 정도가 상대적으로 약해지고, 그 보호되는 대상이 제한된다. 취재원 보호의 관점에서 볼 때 이는 명백한 단점이나, 시대의 흐름에 발맞추어 빠르게 그 내용을 다르게 파악할 수 있고, 입법자의 결단에 따라 바로 입법될 수 있으므로 그 장점 또한 뚜렷하다.

나. 취재원보호권의 법적 지위

취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리가 직접적인 법적 근거를 헌법에 두고 그로부터 직접 도출된다는 견해에 따르면, 그 성질이 언론•출판의 자유의 내용인지, 열거되지 않은 기본권인지를 불문하고, 위 권리의 법적 지위는 기본권이다. 특정 직업인의 특권을 헌법적 수준에서 보장할 필요는 없기 때문이다.

기본권의 본질적인 성격을 고려하면, 위 권리의 법적 지위를 기본권으로 파악하는 경우 그 주체가 기자로 한정되지 않고, 국민 전체로 확장된다. 이로써 권리주체의 범주를 엄밀히 정하지 않더라도 위 권리의 보호영역을 획정하는데 어려움이 없다. 다만 그 보호영역 자체는 자연스럽게 넓어지므로 각 상황에 따라 위 권리의 행사를 제한할 수 있는지 여부와 제한할 수 있는 방법에 대한 깊은 고민이 필요하다.

반면 취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리의 직접적인 법적 근거를 법률에서 찾을 경우 그 법적 지위는 일차적으로 기자의 직업적 특권이다.[58] 물론 위 권리의 법적 지위를 직업적 특권으로 파악하면서도 그 법적 근거를 헌법에서 찾는 견해도 있다.[59]

---

58) 한수웅, 앞의 책(주27), 763-764쪽.

그러나 이는 위 권리의 법적 근거를 형사소송법 등 법률에서 찾되, 그 법률의 헌법적 근거를 헌법 제21조에서 찾을 뿐 위 권리의 직접적인 법적 근거를 헌법에서 찾고 있지는 않으므로 예외로 상정하기 어렵다.

취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리의 법적 지위를 직업적 특권으로 파악하면 그 주체는 기자로 한정된다. 따라서 위 권리의 주체가 될 기자 내지 언론기관의 정확한 범주를 엄밀히 정해야 비로소 위 권리의 내용을 획정할 수 있다. 이는 결코 쉬운 일이 아니다. 전통적인 매체뿐만 아니라 새로운 매체들이 날로 영향력을 넓혀 가는 작금에 와서는 더욱 그러하다. 다만 위 권리를 직업적 특권으로 파악하는 이상 그 주체만 확정한다면 그에 따르는 위 권리의 내용은 비교적 손쉽게 확정할 수 있다. 기자의 경우와 유사한 필요로 인해 법률로써 직업적 특권을 인정받는 여타 직업들의 특권과 비교하여 입법의 필요성이 있는 영역만을 그 보호대상으로 포섭하면 되기 때문이다.

---

59) 권순민, 앞의 논문(주11), 250-251쪽.

2. 취재원보호권의 국내 도입 시도

가. 입법적 시도와 좌절

(1) 언론기본법의 제정과 폐지

취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리에 관한 학계의 논의는 위 권리를 국내에 도입하기 위한 실무적인 시도로 이어졌다. 그러나 그러한 입법적·사법적 시도는 결과적으로 모두 실패했다. 각 시도가 일관적인 이론적 이해 아래 이뤄지지도 않았던 탓에 유의미한 중간적 결과를 남기는 데도 실패했다.

우리나라에서 취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리는 1980. 12. 31. 법률 제3347호로 언론기본법이 제정되면서 명문화된 적이 있다. 언론기본법 제8조는 취재원의 보호라는 제목 하에 제1항 본문에서 언론인은 그 공표사항의 필자, 제보자 또는 그 자료의 보유자의 신원이나 공표내용의 기초가 된 사실에 관하여 진술을 거부할 수 있다고 규정하였다. 제2항에서는 진술거부권이 있는 자가 보관하는 자료는 공표사항의 필자, 제보자 또는 그 자료의 보유자를 수사하거나 공표내용에 기초가 된 사실을 확인·증명 또는 수사할 목적으로 압수 또는 수색[60]할 수 없다고 규정하였다. 기자들은 언론기본법 제8조에 의거 수사기관 내지 법정에서 취재원에 관한 진술은 물론, 기자 본인 내지 언론사에 대한 수사기관의 압수·수색을 거부할 수 있었다.

입법자들은 언론기본법의 제정 이유 중 제2항에서 언론의 특권으로서 언론인에게 취재원에 대한 진술을 거부할 수 있는 권한을 부여하기 위해 언론기본법을 제정했음을 명확히 밝혔다. 그러나 이 법은 그 태생부터 한계가 분명했다. 언론에 대한 통제를 강화하고자 했던 기조의 연장선상에서 신군부가 밀어붙인 법이었기 때문이다. 신군부는 1980년 여름과 가을에 걸쳐 언론인을 대량으로 해직하고 언론사를 통폐합하면서 언론에

60) 법률에는 '수삭'이라 되어 있으나 이는 명백한 오기로 보인다.

대한 통제권을 강화하고자 했다. 실제로 구 언론기본법(1980. 12. 31. 법률 제3347호로 제정되고 1984. 12. 31. 법률 제3786호로 개정되기 전의 건) 제12조는 언론기업으로 하여금 매년 말 재산상황을 공고하고 그 내용을 문화공보부장관에게 제출토록 규정하고, 제26조는 언론기관이 정기간행물을 발행한 즉시 그 정기간행물 2부를 문화공보부장관에게 납본토록 규정했다. 이와 같은 의무를 이행하지 않은 언론기관에 대해서는 동법 제20조 및 제24조에 의거 문화공보부장관이 그 등록을 취소할 수 있었다. 그에 따라 언론계 스스로가 언론기본법에 대한 반대의사를 지속적으로 표시했고 언론기본법은 결국 민주화 이후인 1987. 11. 28. 법률 제3977호로 폐지되었다. 그와 함께 취재원보호조항 또한 사라졌다.

(2) 취재원보호법안의 발의와 폐기

언론기본법이 폐지된 이후 취재원을 보호하는 법을 제정하기 위한 시도가 있었으나 성공하지 못했다. 2015. 4. 17. 배재정의원은 취재원보호법안을 대표발의했다. 배재정의원 등은 제안이유를 아래와 같이 밝혔다.

> 취재원의 보호는 1987년 폐지된 「언론기본법」에 관련 조항이 있었으나, 이 법률은 언론의 검열과 등록취소를 규정한 독소조항을 가지고 있어 1987년 폐지됐음. 이후 언론의 자유와 독립에 관한 다수의 규정은 「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」 등으로 흡수되었으나, 취재원 보호에 관한 사항은 지금까지도 입법적 공백으로 남아 있어 이에 대한 정비가 시급한 실정임. 이에 헌법상 언론의 자유를 보장하기 위하여 취재원 보호를 위한 주요 원칙, 압수•수색 및 증언에 관한 특례 등을 규정하려는 것임.[61]

배재정의원 등은 취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을

61) 2015. 4. 17. 발의된 취재원보호법안(배재정의원 대표발의) 의안번호: 1914790

보호할 권리를 헌법상 언론의 자유를 보장하기 위해 필수적인 내용으로 파악했다. 이는 위 법안 제1조에서 그 목적을 '자유로운 언론의 취재를 보호하고 지원함으로써 언론의 자유 신장과 민주적인 여론형성에 기여함'으로 설정하고 있는 데에서도 알 수 있다.

그 내용 또한 주목할 만하다. 위 법안은 제2조에서 제4호에 취재원을, 제5호에 제보자를 각각 규정해둠으로써 둘을 구분하였고, 협의의 취재원을 제보자로 규정한 후 제보자를 제외한 광의의 취재원을 다시 셋으로 구분하였다. 이에 따르면 취재원은 언론보도를 위하여 작성하였거나 제공받은 문서•도면•사진•녹음테이프•비디오테이프•컴퓨터용 자기디스크, 그 밖에 정보를 담기 위하여 만들어진 물건과, 언론보도를 위하려 이루어진 「통신비밀보호법」 제2조 제1호에 따른 통신, 그리고 제보자를 알아볼 수 있는 「개인정보 보호법」 제2조 제1호에 따른 개인정보를 포괄한다. 그리고 위 법안 제3조에서 취재원 및 제보자 보호의 원칙을, 제6조에서 취재원에 대한 압수•수색 금지를, 제7조에서 취재원 및 제보자에 관한 증언거부권을 각 규정하였다. 이로써 구 언론기본법에 기해 보장되던 취재원보호권의 범위가 외려 확장되었다. 그대로 통과되었다면 취재원 공개를 강제당하지 않을 권리는 충분히 보장되었을 터였다. 그러나 위 법안은 2016. 5. 29. 제19대 국회 임기만료로 폐기되었다.

나. 사법적 시도의 부재

취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리는 해석으로도 인정받고 있지 못하다. 위 권리를 정면으로 다룬 판례 자체가 존재하지 않는다.[62] 이를 법원에서 주장한 사례가 드물기 때문이다.

---

62) 지성우는 서울고등법원 2001. 3. 23. 선고 2000누9337 판결을 일컬어 언론기관이 취재원인 내부고발자의 신원에 대한 취재원보호권을 주장할 수 있는 이론적 근거를 제공했다고 보면서도 직접적으로 취재원보호권을 인정한 판결로 볼 수는 없다고 덧붙였다. 그러나 위 판결은 취재원보호권을 주장할 수 있는 이론적 근거를 제공했다고 볼 수도 없다. 취재원보호권은 언론기관의 권리이지 취재원의 권리가 아니다. 위 판결에서 서울고등법원은 "철도공무원이 철도차량의 안

다만 헌법재판소가 청구인이 이동통신서비스를 가입할 때 가입자에게 본인임을 확인할 수 있는 증서 등을 제시하도록 요구하고 부정가입방지 시스템 등을 이용하여 본인인지 여부를 확인하도록 한 전기통신사업법(2014. 10. 15. 법률 제12761호로 개정된 것) 제32조의4 제2항, 제3항 및 전기통신사업법 시행령(2015. 4. 14. 대통령령 제26191호로 개정된 것) 제37조의6 제1항, 제2항 제1호, 제3항, 제4항의 위헌확인을 구한 사건에서 설시한 내용을 통해 취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리에 대한 헌법재판소의 견해를 엿볼 수 있다. 위 사건에서 헌법재판소 법정의견은 위 조항들이 청구인의 개인정보자기결정권과 통신의 자유를 제한하기는 하나 침해하는 정도에 이르지 않는다고 보았다. 그러나 재판관 이석태와 재판관 김기영은 위 조항들이 위 각 기본권을 침해한다면서 그 입법목적의 정당성에 대해 아래와 같이 설시하였다. 아래 설시에는 위 권리가 명시적으로 언급된다.

> 자신의 신원을 밝히지 아니하고 이동통신서비스를 이용하고자 하는 사람들에게는 기자의 취재원 보호, 변호사의 의뢰인 비밀 유지, 내부고발자, 인권활동가, 목격자 등의 보호, 개인정보 유출 우려, 불법 도청·감청으로 인한 피해 방지 등의 다양한 사유가 존재할 수 있다. 요컨대 익명통신은 도덕적으로 중립적인 것이므로, 차명휴대전화 또는 익명휴대전화를 금지하는 것 자체는 개인정보자기결정권 및 통신의 자유를 제한하기 위한 정당한 입법목적이 될 수 없다.[63]

전과 관련하여 언론기관에 제보를 한 것은 공익적 제보로서 정당하고, 그 공익적 제보에 따라 철도차량의 안전문제에 관하여 언론기관이 2차례 보도한 다음 그 보복조치로서 그 철도공무원을 해임한 것은 사회통념상 타당성을 잃어 재량권의 범위를 현저히 벗어난 것이거나 이를 남용한 것으로서 위법하다"고 보았다. 위 판시는 내부고발자에 대한 보복조치가 원고인 내부고발자의 근로권을 침해함으로써 현행법을 위반했다는 취지이지 원고가 취재원보호권에 의거 보호되는 권익을 침해받았다는 취지가 아니기 때문이다. 관련하여 지성우, 앞의 논문(주13), 11쪽을 참고하라.

63) 헌법재판소 2019. 9. 26. 선고 2017헌마1209 결정 반대의견.

물론 청구인이 기자는 아니었으나 입법목적의 정당성을 판단함에 있어서는 청구인이 누구인지를 가리지 않는다. 그럼에도 불구하고 법정의견에서 이를 전혀 언급하지 않은 것으로 볼 때 기자가 취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리는 논의조차 되지 않았거나 중요하게 다뤄지지 않았으리라 추측된다. 또한 위 반대의견의 설시에서 기자의 취재원 보호와 함께 나열된 나머지 권리들은 헌법상 기본권이 아닌 직업적 특권 등에 가깝다. 따라서 헌법재판소가 내부적으로라도 기자가 위 권리를 헌법상 기본권으로 인정한다고 볼 수 없다. 오히려 헌법재판소가 취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리의 법적 지위를 직업적 특권으로 파악했다고 볼 여지가 있다.

제 3 절 취재원보호권에 관한 국내 논의의 한계

1. 통일된 명칭의 부재

그 실무적인 도입시도를 비롯하여, 취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리에 관한 국내 논의는 세 지점에서 분명한 한계를 보인다. 첫 번째, 위 권리의 명칭이 통일되어 있지 않다. 학계 및 실무에서 지금껏 사용해온 위 권리의 명칭은 취재원보호권, 취재원비닉권, 취재원은닉권, 취재원묵비권, 취재원에 대한 진술거부권 등 크게 5가지이다. 이 중 취재원묵비권과 취재원에 대한 진술거부권을 동일한 내용으로 파악하기도 한다.[64] 그러나 그조차도 적극성 등에 있어 차이가 있다. 각각의 명칭은 문제되는 상황에서 권리의 내용을 어떻게 파악하느냐와 깊이 관련된다. 따라서 권리의 명칭을 확정, 통일하는 일은 권리의 내용을 본격적으로 논하기에 앞서 반드시 이뤄져야 한다.

취재원보호권이라는 명칭 아래 위 권리를 이해하려는 이들은 그 내용을 기자가 뉴스 수집을 위하여 비공개를 약속하고 얻은 정보나 정보원을 수사나 재판과정에서 공개하지 않을 권리로 파악한다.[65] 취재원의 신원뿐만 아니라 취재원이 제공한 정보 내지 취재원과 관련된 정보가 모두 취재원보호권에 포섭된다. 기자는 위 권리가 문제될 여지가 있는 모든 사안유형에서 취재원보호권을 내세워 취재원의 공개를 거부할 수 있다.

취재원비닉권이라는 명칭 아래 위 권리를 이해하려는 이들은 그 내용을 정보전파의 목적으로 내적 신뢰 관계를 통하여 얻은 정보원의 공개를 당하지 않을 권리라고 파악한다.[66] 정보의 출처만이 취재원비닉권에 의

---

64) 홍성방, 앞의 책(주27), 195-196쪽.
65) 박용상(주27), 앞의 책, 359쪽; 오유승, 『취재원 보호권의 입법방향 고찰』, 서울대학교 대학원 언론정보학석사학위 논문, 2008, 8-9쪽; 육소영, 앞의 논문(주10), 44쪽.
66) 고문현, 앞의 책(주29), 176쪽; 김하열, 앞의 책(주34), 463쪽; 성낙인, 앞의 책(주15), 1286쪽; 장영수, 앞의 책(주27), 683쪽.

해 보호된다. 이 경우에도 기자는 위 권리가 문제될 여지가 있는 대부분의 사안유형에서 취재원보호권을 내세워 취재원의 공개를 거부할 수 있다. 다만 수사기관이 취재원의 신원을 이미 특정한 후 기자 또는 언론기관을 압수•수색하는 경우에는 기자가 취재원비닉권을 내세워 이를 거부할 수 없다. 이미 정보의 출처인 취재원의 신분이 밝혀졌기 때문이다.

취재원은닉권이라는 명칭 아래 위 권리를 이해하려는 이들은 그 내용을 언론매체 종사자로서 일정한 정보를 수집한 자가 검찰 수사과정이나 법원의 재판과정에서 증언을 요구받았을 때 이를 거부할 수 있는 권리라고 파악한다.[67] 수사기관이 기자에게 질의하지 않고 영장을 발부받아 취재원의 신원을 알아내는 경우는 취재원은닉권에 포섭되지 않는다.

취재원묵비권이라는 명칭 아래 위 권리를 이해하려는 이들은 위 권리의 내용을 수사과정 등에서 취재원에 대한 물음에 답하지 않을 권리라고 파악한다.[68] 수사기관이 기자에게 질의하지 않고 영장을 발부받아 취재원의 신원을 알아내는 경우는 취재원묵비권에 포섭되지 않는다. 나아가 취재원에 대한 수사기관의 질문에 침묵할 권리이므로 비교적 소극적인 성격을 가진다. 따라서 기자는 법정에서 취재원에 대한 증언을 요구받았을 때 취재원묵비권을 이유로 이를 거부할 수 없다.

취재원에 대한 진술거부권이라는 명칭 아래 위 권리를 이해하려는 이들은 위 권리의 내용을 수사과정 및 민•형사소송에서 취재원에 대한 진술 일체를 거부할 수 있는 권리라고 파악한다.[69] 수사기관이 기자에게 질의하지 않고 영장을 발부받아 취재원의 신원을 알아내는 경우는 취재원에 대한 진술거부권에 포섭되지 않는다. 다만 수사과정에 한정되는 권리가 아니므로 기자는 법정에서 취재원에 대한 증언을 요구받았을 때에도 취재원에 대한 진술거부권을 이유로 이를 거부할 수 있다.

이를 종합하면 아래 [표 2]과 같다.

---

67) 박영철, 앞의 책(주29), 354쪽.
68) 허영, 앞의 책(주14), 598쪽; 전광석, 앞의 책(주34), 383쪽.
69) 한수웅, 앞의 책(주27), 763쪽.

	진술 거부		압수•수색 거부		사실조회 거부	
	법정	수사기관	출처 공개	출처 비공개	영장 有	영장 無
취재원보호권	O	O	O	O	O	O
취재원비닉권	O	O	X	O	O	O
취재원은닉권	O	O	X	X	X	O
취재원묵비권	X	O	X	X	X	X
취재원에 대한 진술거부권	O	O	X	X	X	X

[표 2] 각 명칭에 따라 취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리가 포괄하는 내용

취재원은닉권과 취재원묵비권, 취재원에 대한 진술거부권은 압수•수색과 사실조회에 대한 기자의 거부권을 전혀 보장하지 못하므로 취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을 보호할 권리의 명칭으로는 부족하다. 위 권리를 취재원의 신원, 즉 정보의 출처를 공개하지 않을 권리로 협소하게 이해한다면 정보의 출처가 공개된 경우의 압수•수색에 대한 거부권만을 보장하지 못하는 취재원비닉권이라는 명칭이 적절하다. 그러나 정보의 출처가 공개된 사안이라고 하더라도 압수•수색이 이뤄지면 수사기관이 취재원의 신원에 대한 확증을 확보하게 되어 취재원이 결정적인 불이익을 감내해야 하는 단초가 되므로 이 또한 포섭하는 개념으로 위 권리를 이해해야 그 취지를 완전히 충족할 수 있다.

따라서 취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리 내지 취재원을 보호할

권리의 명칭으로는 상정 가능한 대부분의 경우를 모두 포섭하는 취재원 보호권이 적절하다. 위와 같은 논의를 바탕으로 이후 본 연구에서는 취재원보호권이라는 용어를 사용한다. 또한 취재원의 신원을 협의의 취재원으로, 취재원의 신원 및 취재원이 제공한 정보 내지 취재원과 관련된 정보를 광의의 취재원으로 파악하여 그 용어를 사용한다.

2. 모호한 법적 근거와 지위

두 번째, 취재원보호권의 법적 근거와 지위가 여전히 모호하다. 전술한바, 절대다수는 취재원보호권의 법적 근거를 헌법, 그 중에서도 헌법상 열거된 기본권인 언론•출판의 자유의 내용으로 파악한다. 그에 따라 취재원보호권의 법적 지위 또한 자연스레 직업적 특권이 아닌 기본권으로 파악된다. 그러나 1980년 제정된 언론기본법은 취재원보호권의 법적 지위를 직업적 특권으로 파악했다. 이는 아래와 같이 입법자들이 직접 밝힌 구 언론기본법 제정 이유 중 제2항에서 명확히 드러난다.

> 언론의 특권으로서 국가, 지방자치단체, 공공단체에 대한 정보청구권을 사법적인 권리로 인정하고, 언론의 표현물을 압수하는 데 있어서 그 대상, 요건, 절차를 엄격히 하였으며, 언론인에게 취재원에 대한 진술을 거부할 수 있는 권한을 부여함.[70]

당시 취재원보호권이 헌법적 해석의 변화가 아닌 언론기본법, 즉 법률의 제정에 기해 보장되었다는 점에서 취재원보호권의 법적 지위를 직업적 특권으로 파악한 입법자들의 결단은 일견 자연스럽다. 그러나 마찬가지로 취재원보호권을 법률의 수준에서 보장하고자 했던 후대의 시도는 사뭇 다른 방향으로 나아갔다. 2015년 배재정의원이 대표발의한 취재원보호법안은 취재원보호권의 법적 근거를 헌법에서 찾으면서도 그 법적

70) 구 언론기본법(1980. 12. 31. 법률 제3347호로 제정되어 1987. 11. 28. 법률 제3977호로 폐지되기 전의 것) 제정•개정이유 중 제2항.

지위는 여전히 직업적 ‘특례’로 파악했다.[71]

2019년 헌법재판소의 견해는 또 달랐다. 헌법재판소 2019. 9. 26. 선고 2017헌마1209 결정의 반대의견에서 재판관 이석태와 재판관 김기영은 취재원보호권을 변호사의 비밀유지의무, 내부고발자의 보호 등과 동등한 위치에 두었다. 이는 전술한바, 취재원보호권의 법적 지위를 직업적 특권 내지 사회생활상의 신분적 특권으로 이해했다고 해석할 여지가 있다.

결국 취재원보호권의 법적 근거와 지위를 어떻게 파악할 지에 대한 합의가 전제되어야 국내 현실에 꼭 맞는 취재원보호권을 설계하고 그 형태를 구체화할 수 있다. 취재원보호권의 법적 근거를 헌법으로 파악하기 위해서는 그 법적 근거를 법률보다 상위규범에 두어야 하는 정당한 이유가 제시되어야 한다. 현행 헌법에 취재원보호권에 대한 명문의 규정이 존재하지 않는 만큼 해석을 통해 현행 헌법으로부터 취재원보호권을 도출해낼 수도 있어야 한다. 이와 맞물려 취재원보호권의 법적 지위를 기본권으로 파악하기 위해서는 취재원보호권의 주체가 기자로 한정되지 않아야 하는 이유, 그리고 취재원보호권의 주체가 확대되었을 때 발생할 남용의 우려를 해결할 마땅한 방법이 아울러 제시되어야 한다. 이 문제는 헌법재판제도와도 연결된다. 취재원보호권이 헌법상 기본권이라면 그것을 침해하는 공권력 작용에 대한 헌법소원이 가능해야 한다.

이는 취재원보호권의 명칭에 대한 그것과 달리 간단한 논의를 거쳐 확정할 수 있는 문제가 아니다. 각각의 문제가 곧 취재원보호권의 취지는 물론 관련된 깊은 논쟁의 역사와 강하게 묶여있기 때문이다.

---

71) 2015. 4. 17. 발의된 취재원보호법안(배재정의원 대표발의) 의안번호: 1914790

3. 명확한 보호영역의 부재

세 번째, 취재원보호권의 보호영역이 명확하게 획정되어 있지 않다. 이는 취재원보호권의 법적 근거와 지위가 분명하게 확정되어 있지 않아서 비롯된 문제이다. 통일된 명칭에 관해 논하면서 짧게 언급한바, 취재원보호권이 문제될 수 있는 영역은 꽤나 광범위하다. 그러나 그동안 국내의 논의는 취재원보호권을 도입할 것인지, 도입한다면 그 법적 근거와 지위는 무엇인지에 한정되었을 뿐이었다.

구 언론기본법(1980. 12. 31. 법률 제3347호로 제정되어 1987. 11. 28. 법률 제3977호로 폐지되기 전의 것)은 제8조를 두어 기자가 수사기관 내지 법정에서 취재원에 관한 진술 및 기자 본인과 소속 언론기관에 대한 수사기관의 압수·수색을 거부할 수 있는 권리를 규정했다. 2015년 배재정의원이 대표발의한 취재원보호법안은 이에 더해 취재원의 범위를 협의의 취재원에서 광의의 취재원으로 넓히고 「통신비밀보호법」 제2조 제1호에 따른 통신과 제보자를 알아볼 수 있는 「개인정보 보호법」 제2조 제1호에 따른 개인정보까지 광의의 취재원에 포함시켜 기자가 통신내역에 대한 사실조회를 거부할 수 있는 권리를 규정했다. 그러나 각 법안 내지 법률이 입법되지 못하거나 짧은 기간 존속하는데 그치면서 취재원보호권이 문제될 수 있는 영역을 유형별로 구분하여 각 경우에 취재원이 보호될 수 있는지 여부에 대한 자세한 분석까지 이뤄지지는 못했다.

결국 취재원보호권의 법적 근거와 지위를 확정한다고 하더라도 취재원보호권의 내용에 관한 논의는 그 보호영역에 대한 논의로써 비로소 마침표를 찍을 수 있다. 이 또한 간단한 논의를 거쳐 확정할 수 있는 문제가 아니다. 임의로 취재원보호권이 문제될 수 있는 상황을 분절적으로 상정하고 정보수집의 단계를 나눌 수는 없기 때문이다. 이에 역시 취재원보호권에 대한 논의의 역사가 비교적 오래된 미국의 취재원보호권을 살펴봄으로써 그 보호영역을 획정하고자 한다.

제 3 장 미국의 취재원보호권과 입법현황

제 1 절 취재원보호권의 의의

1. 수정헌법 제1조(The First Amendment)의 의의

가. 권리장전(Bill of Rights)의 제정

> 연방의회는 국교를 정하거나 또는 자유로운 신앙행위를 금지하는 법률을 제정할 수 없다. 또한 언론(speech), 출판(press)의 자유나 국민이 평화로이 집회할 권리 및 고충의 구제를 위하여 정부에게 청원할 수 있는 국민의 권리를 제한하는 법률을 제정할 수 없다.[72]

토머스 제퍼슨(Thomas Jefferson)으로 대표되는 반연방주의자들(Anti-Federalists)은 연방정부에 의해 주정부, 나아가 미국 국민들의 권리가 침해될 가능성을 우려했다. 이에 이들은 연방정부의 수립을 끝까지 반대했다. 이들의 우려를 누그러뜨리기 위해 연방주의자들(Federalists)은 1791년 12월 15일 연방정부에 의해 침해될 수 없는 국민의 기본권을 규정한 10개조의 미국 권리장전(United States Bill of Rights)을 받아들였다. 그 중 첫 번째인 제1조에서 이들은 언론·출판의 자유를 규정했다.

미국 권리장전에서 언론·출판의 자유를 서두에 제시한 이유는 명확하다. 언론·출판의 자유는 선거 등 헌법상의 제도를 제외한다면 국민들이 나름의 생각을 모을 수 있는 가장 효과적인 수단이요, 힘을 결집, 행

72) 국회도서관, 『세계의 헌법 : 35개국 헌법 전문. 1,』, 2010, 473-474쪽의 번역을 그대로 사용하였다. 이하에서도 위 번역에 따라 freedom of speech는 언론의 자유로, freedom of press는 출판의 자유로 각각 번역한다.

사해 정부를 견제할 수 있는 유일한 수단이기 때문이다.[73] 공권력이 반헌법적인 방향으로 나아가지 않도록 감시하고, 정부의 헌법적인 기능이 마비된 상황에서 실태를 고발해 정부를 정상궤도로 돌려놓을 수 있는 유일한 힘은 결국 국민 자신에게 있다. 헌법이 예정해놓은 각종 절차들이 무용지물이 된다 해도 언로가 막혀있지 않다면 언젠가는 모든 것이 제자리를 찾는다. 20세기 중후반의 우리나라를 비롯해 각 시대, 각 국의 독재자들이 신문과 방송부터 장악하는 이유가 바로 여기에 있다.

나. 현대적인 의미의 정착

그러나 처음부터 언론•출판의 자유가 미국 사회에서 공권력 작용의 한계이자 여론형성의 통로라는 다소 특별한 의미를 가지고 있지는 않았다. 미국 사회는 1917년에 이르러서야 수정헌법 제1조를 위와 같은 현대적 의미로 해석하기 시작했고, 이러한 해석은 1919년 쉔크 대 미국(Schenck v. United States) 사건과 1927년 휘트니 대 캘리포니아(Whitney v. California) 사건을 통해 뿌리를 내렸다.[74]

제1차 세계대전 당시인 1917년에 제정된 스파이방지법(Espionage Act)은 그 특성상 언론•출판의 자유를 일정 부분 제한하는 내용을 담고 있었다. 미국 연방대법원(Supreme Court of the United States)은 위 사건에서 스파이방지법에 위반하는 발언도 언론•출판의 자유가 보호하는 대상임을 전제했다. 다만 미 연방대법원은 “언론의 자유를 가장 두텁게 보호한다고 해도 불이 난 극장에서 소리를 지르며 소란을 일으키고 있는 자를 보호할 수는 없을 것”이라며 전시 중에는 그와 같은 발언이 법률에 의해 제한될 수 있다고 결론지었다.[75] 이는 곧 ‘명백하고 현존하는 위험(clear and present danger)’ 척도라 불리며 1969년 브란덴부르크 대 오

---

73) Jason M. Shepard, *Privileging the press : confidential sources, journalism ethics and the First Amendment*, LFB Scholarly Pub. LLC, 2011, p. 145.
74) Jason M. Shepard, 앞의 책(주73), pp. 147-149.
75) 249 U.S. 47 (1919)

하이오(Brandenburg v. Ohio) 사건 이전까지 언론•출판의 자유를 제한할 수 있는지 여부를 판단하는 기준이 되었다.

1927년 휘트니 대 캘리포니아 사건에서 미 연방대법관 루이스 브랜다이스(Louis Brandeis)는 별개의견(concurrence)을 통해 한발 더 나아갔다. 브랜다이스는 '언론•출판의 자유가 개개인의 자치와 자기만족을 위해 중요하고 자치정부와 시민주권이라는 개념의 핵심일 뿐만 아니라 진리를 탐구하기 위해 필수적인 수단'이라는 의견을 밝혔다.[76] 이를 계기로 미국은 출판의 자유가 단순히 사전검열에 대한 자유를 의미한다는 블랙스톤식(Blackstonian) 개념에서 벗어났다.[77]

그러나 비록 언론•출판의 자유가 보다 넓은 보호영역을 확보함으로써 여타 기본권에 비해 우월해 보인다고 하더라도 절대적인 기본권은 아니다.[78] 이는 1946년 페네캄프 대 플로리다 주(Pennekamp v. State of Florida) 사건에서 미 연방대법원에 의해 확인되었다. 위 사건에서 미 연방대법원은 아래와 같이 판시하였다.

> 출판의 자유는 그 자체로 목적일 뿐만 아니라 자유로운 사회를 만드는 수단이기도 하다. … 출판의 자유는 민주주의 사회에 권력을 부여하므로, 민주주의 사회에서 필수불가결하다. 민주주의에서 권력의 행사에는 책임이 뒤따른다. 민주주의에서 정부를 비롯한 그 어떤 제도도 절대적인 권력을 갖지는 못한다.[79]

요컨대, 수정헌법 제1조에 규정된 언론•출판의 자유는 미국에서 이중적•중간자적 지위를 갖는다. 그 자체로 기본권임과 동시에 정부권력에 대한 견제자이자 여론의 형성자로서 여타 기본권을 실현하는 수단이다. 따라서 여타 기본권에 비해 보호의 필요성이 높지만, 그 자체로 절대적인 기본권은 아니기에 경우에 따라 제한될 수 있다.

---

76) 274 U.S. 357 (1927)
77) Jason M. Shepard, 앞의 책(주73), p. 150.
78) Jason M. Shepard, 앞의 책(주73), p. 153.
79) 328 U.S. 331 (1946)

2. 수정헌법 제1조와의 관계

취재원보호권의 법적 근거 내지 법적 지위에 대한 논의는 바로 이 지점에서 출발한다. 만약 언론•출판의 자유가 절대적으로 보장되는 기본권이라면 취재원보호권을 수정헌법 제1조로부터 도출하기 쉽다. 취재원보호권은 취재의 자유, 나아가 언론•출판의 자유를 보장하기 위해 필수적으로 전제되는 권리로서 당연히 헌법적 보호를 받기 때문이다.

출판의 자유를 보장함에 있어 보도 및 취재의 자유는 필수적이다. 보도의 자유가 없는 한 제 아무리 취재의 자유가 보장된다고 해도 이를 대중에게 알릴 방법이 없다. 반대로 취재의 자유가 없는 한 제 아무리 훌륭한 조판 및 유통시설을 갖추었다고 해도 신문을 채울 내용이 없다. 나아가 취재원의 신원을 보장해주지 않으면 일정 부분 취재에 제한이 생길 수밖에 없으므로 이는 취재의 자유에 대한 제한으로 이어진다.

반면 만약 언론•출판의 자유가 여타 기본권과 같은 수준의 보호를 받는데 그치는 보통의 기본권이라면 취재원보호권을 수정헌법 제1조로부터 도출하기 어렵다. 취재의 자유가 얼마간 제한된다고 해도 기본권은 경우에 따라 제한될 수 있기 때문이다. 취재 자체 내지 취재원의 선택이 제한되지 않는 이상 취재원보호권을 보장하지 않는 것이 언론•출판의 자유에 대한 과도하거나 본질적인 제한이라고 볼 수 없다.

현재 미국에서 대부분의 언론 사건은 주 법원(state court)을 통해 다뤄지므로 기자의 취재원을 연방 차원에서 보호해야하는가에 대한 논의는 간과되기 십상이다.[80] 그러나 기자들은 수십 년에 걸쳐 취재원보호권을 헌법적으로 보장받고자 애써왔다. 비록 취재원보호권을 헌법적 기본권으로서 보장받고자 하는 시도는 1972년 브랜즈버그 대 하이예스(Branzburg v. Hayes) 사건을 기점으로 일단 좌절되었으나, 2023년 2월 현재 대부분의 주에서 각각의 법적 근거를 둔 방패법(shield law)이 제정

80) Casey Carmody, David Pritchard, “Policy Liberalism, Public Opinion, and Strength of Journalist‘s Privilege in the American States”, *First Amendment Studies*, Vol. 49(1)(2015), p. 31.

되어 기자들은 자신의 취재원을 보호할 수 있게 되었다.

이는 수십 년에 걸친 투쟁의 달콤한 결과물이다. 그와 같은 투쟁의 과정에서 취재원보호권의 법적 근거와 지위를 둘러싼 치열한 논쟁이 벌어졌다. 이를 들여다보기 위해서는 관련된 몇 건의 기념비적인 판결과 함께 취재원보호권의 개념이 발전해온 경로를 추적해보아야 한다.

제 2 절 취재원보호권 개념의 발전과 주요판결

1. 1958년 이전: 기자의 가치관(value)

가. 주요판결: Near v. Minnesota(1931)

(1) 사실관계

제이 니어(Jay Near)와 하워드 길포드(Howard Guilford)는 미네아폴리스(Minneapolis)의 지역지 새터데이 프레스(The Saturday Press)의 기자였다. 이들은 지역 공무원들과 갱단들 사이에 유착관계가 있다고 보도했다. 이에 미네소타(Minnesota) 주 정부는 법원에 위 보도에 대한 영구적 보도금지명령을 구했다. 위 보도가 악의적이고, 근거가 없을 뿐만 아니라 관계자들의 명예를 훼손하여 위법하다는 이유였다. 1심 법원은 위 보도에 대한 보도금지 가처분을 인용한 후 영구적 보도금지명령을 내렸다. 켄터키 주 대법원 또한 1심의 결론을 유지했다.[81]

주 정부가 근거로 제시한 미네소타 주 공공방해방지법(Public Nuisance Law)은 신문 등을 정기적으로 발행하는 사업에 종사하는 사람이 '악의적이고, 근거가 없을 뿐만 아니라 관계자들의 명예를 훼손하는(malicious, scandalous and defamatory)' 보도를 하는 경우 금지를 명할 수 있다는 내용을 담고 있었다. 이 때 그 보도 주체는 보도된 내용이 진실일 뿐만 아니라, 그와 같은 보도가 선의에서 비롯되었으며, 정당한 목적 하에 이뤄졌다는 사실을 증명함으로써 처벌을 면할 수 있었다.[82]

---

81) 283 U.S. 697 (1931)
82) 283 U.S. 697 (1931)

(2) 판결내용

미 연방대법원은 미네소타 주 공공방해방지법의 위 조항이 공무원의 직무 태만과 부패를 고발하는 출판물에 적용되는 한 헌법에 위반된다고 판단했다. 미 연방대법원에 따르면, 언론의 자유는 절대적인 기본권이 아니므로 제한될 수 있으나 출판물 등에 대한 사전 검열은 허용되지 않는다. 미 연방대법원은 위 조항에 기해 공무원의 직무 태만과 부패를 고발하는 보도 내지 출판물에 대해 주 정부가 법원에 보도 내지 출판금지 명령을 구하는 행위 자체가 미 헌법상 금지되는 사전 검열에 해당한다고 보았다. 더하여 미 연방대법원은 공직자의 비행을 고발하는 출판물에 대한 언론의 자유는 특히 소중히 여겨졌고(cherished), 발행인 등이 그와 같은 보도가 선의에서 비롯되었으며, 정당한 목적 하에 이뤄졌다는 사실을 증명함으로써 처벌을 면할 수 있는 내용이 덧붙여진 정도로는 위 조항을 정당화할 수 없다고 보았다.[83]

나. 관련논의

취재원보호권에 관한 논의 자체는 1721년부터 그 흔적을 찾아볼 수 있지만, 1958년 전까지는 출판의 자유의 범위와 기자의 가치관에 관한 내용이 그 논의의 대부분이었다.[84] 애초에 언론기관이 20세기 초에나 등장했기 때문에 기자라는 특정 직업인의 법적인 권리에 대한 논의가 발전할 수 없었기 때문이다.[85] 언론기관이 등장한 이후 이들은 스스로가 미국 민주주의에 있어 구조적인 역할을 맡고 있기 때문에 헌법적으로 특별한 대우(consideration)를 받아야 한다고 주장했다.[86] 마침 미 연방대법

---

83) 283 U.S. 697 (1931)
84) Jason M. Shepard, 앞의 책(주73), pp. 105-106.
85) Jeffrey S. Nestler, “The Underprivileged Profession: The Case for Supreme Court Recognition of the Journalist's Privilege”, University of Pennsylvania Law Review, Vol.154(1)(2005), pp. 206-207.
86) Jason M. Shepard, 앞의 책(주73), p. 146.

원은 1919년 쉥크 대 미국(Schenck v. United States) 사건에서 소위 '명백하고 현존하는 위험'의 법리를 마련해 수정헌법 제1조를 공권력 작용의 한계로 해석하기 시작했다. 언론기관은 수정헌법 제1조를 현대적으로 해석하기 시작한 미 연방대법원의 기조를 기화로 스스로를 언론의 자유의 주체로서 부각시키려고 노력했다. 그러한 시도가 소정의 성과를 거둔 세 판결이 1930년대에 등장했다.

먼저, 미 연방대법원은 니어 대 미네소타 판결을 통해 특정한 조건 하에서 주 정부가 언론사를 사실상 폐쇄시킬 수 있도록 허용한 법률 조항을 폐지시켰다. 그 근거를 살펴보면 미 연방대법원이 수정헌법 제1조의 제정취지를 실체적 진실의 발견과 정부권력의 견제로, 출판의 자유를 정부의 사전금지 내지 검열에 대한 면역(immunity)으로 각각 파악하고 있음을 알 수 있다.[87] 비록 지금 인정되는 언론의 자유에 비해서는 보호영역이 좁지만 언론의 자유 내에서 언론기관이 향유하는 자유의 독자적인 영역을 인정했다는 점에 위 판결의 첫째가는 의의가 있다.[88]

이는 두 역사적인 판결이 뒤따르면서 구체화되었다. 미 연방대법원은 1936년 그로스진 대 아메리칸 프레스 코퍼레이션(Grosjean v. American Press Co.) 사건에서 발행부수가 20,000부 이상인 신문사들에게 2%에 달하는 자격세금을 추가로 부과하는 연방 법률이 헌법에 위반된다고 판단했다.[89] 미 연방대법원에 따르면 이와 같은 추가과세는 명백히 언론의 자유를 침해하기 때문에 이와 같은 법률은 권리장전의 취지에 반한다. 이는 미 연방대법원이 니어 대 미네소타 판결에 이어 언론의 자유를 보장함에 있어 언론기관이 감당하는 역할을 다시 한 번 강조한 결과였다.

미 연방대법원은 나아가 1938년 로벨 대 그리핀 시(Lovell v. City of Griffin) 사건에서 사전 승인 없이 그리핀 시에서 전단지 등을 배포하는 행위를 처벌하는 그리핀 시 조례가 헌법에 위반된다고 판단했다.[90] 이는 니어 대 미네소타 판결에서 확인된바 정부의 사전금지 내지 검열이 금지

87) Jason M. Shepard, 앞의 책(주73), pp. 151-153.
88) Jason M. Shepard, 앞의 책(주73), pp. 151-153.
89) 297 U.S 233 (1936)
90) 303 U.S. 444 (1938)

되는 출판물의 대상이 신문 내지 정기간행물에 국한되지 않는다는 의미이다. 이로써 전단지와 팸플릿(pamphlet) 등 전통적인 언론매체로서의 형태를 갖추지 못한 매체들도 수정헌법 제1조에 의해 보호받게 되었다.

이를 계기로 그 이전까지 기자의 가치관 내지 윤리의식에 기대야만 했던 취재원보호권을 헌법상 기본권의 수준에서 보장받고자 하는 움직임이 싹텄다. 1910년대 수정헌법 제1조 소정의 언론의 자유가 공권력 작용의 한계로 인정받고, 동시기 언론이 기관화되면서 기관 자체와 그에 소속된 기자들의 권리를 주장해 입지를 공고히 하려는 언론기관들의 시도가 줄을 이었다. 1930년대 일련의 판결들로 언론의 자유가 확장되고 언론기관들이 그 주체로 인정받으며 소정의 목표를 달성한 언론기관들은 자연스럽게 다음 단계로 눈을 돌릴 수 있었다. 그리고 20세기 중반 언론기관들은 또 한 번의 중요한 승리를 거두었다.

2. 1958년 이후 1972년 이전: 헌법상 기본권

가. 주요판결: Garland v. Torre(1958)

(1) 사실관계

1957년 1월 뉴욕 헤럴드 트리뷴(New York Herald Tribune)의 칼럼니스트였던 마리 토레(Marie Torre)는 CBS 방송국(Columbia Broadcasting System)이 가수 주디 갈랜드(Judy Garland)와 몇몇 프로그램에 출연하기로 하는 계약을 맺었지만 그 형식과 날짜 등에 대한 협의에 어려움을 겪고 있다고 보도했다. 토레는 그 이유에 대해 “모르겠다. 그러나 갈랜드가 자신이 너무 뚱뚱하다고(terribly fat) 생각하기 때문이라고 해도 놀랍지 않다.”라는 익명의 CBS 관계자의 발언을 인용했다. 이에 갈랜드는 계약불이행의 책임이 CBS에 있다며 CBS를 상대로 140만 달러 상당의 손해배상을 청구하는 소송을 제기했다. 토레는 위 소송에서 CBS 관계자의 말을 문자 그대로(exact words) 인용했다고 증언하면서

도 끝내 그 출처는 밝히지 않았다.[91] 이에 토레는 법정모독죄로 기소되었고 1심 법원은 토레의 유죄를 인정했다.

항소심에서 토레의 변호인단은 세 가지 근거를 들어 토레의 무죄를 주장했다. 첫째, 기자들에게 취재원을 밝히도록 강제하는 행위는 그 자체로 수정헌법 제1조 소정의 언론의 자유를 침해한다. 둘째, 헌법상의 문제와는 별개로 기자의 특권을 인정함으로써 정보의 자유로운 유통을 보장할 필요가 있다. 셋째, 미 연방민사소송규칙 제30조(FR Civ. p. Rule 30)에 의거 정보원의 신원에 대한 신문은 이뤄지지 말았어야 한다.[92]

(2) 판결내용

항소심은 기자로 하여금 취재원의 신원을 밝히도록 강제하는 행위가 언론의 자유를 축소시킬 가능성이 있다는 가설을 받아들였다. 나아가 출판에 대한 사전 검열이 언론의 자유의 보호영역을 침범한다는 사실을 인정한다. 그러나 항소심에 따르면 증인에게 부과되는 증언의무 또한 언론의 자유에 대한 보장만큼이나 깊은 역사를 갖고 있다(roots fully as deep in our history). 따라서 항소심은 법정에서 기자에게 그 취재원에 대한 증언을 거부할 특권을 인정해 줄지 여부는 언론의 자유를 보장함으로써 얻을 수 있는 이익과 증언의무를 부과함으로써 얻을 수 있는 공익을 비교형량해서 판단해야 한다고 보았다. 그에 기해 항소심은 법원에 소송을 제기하고 변호할 권리는 질서 있는 정부의 기초이기에 조직화된 사회에서 다른 모든 권리보다 우선한다고 판단했다. 또한 뉴욕(New York) 주 법률이 별도의 규정을 두고 있지 않은 한 헌법상의 문제 밖에서 기자의 특권을 인정하기 위한 근거를 찾을 수 없다고 판단했다. 그에 따라 항소심은 토레의 항소를 기각했다.[93]

---

91) Jason M. Shepard, 앞의 책(주73), pp. 154-155.
92) 항소심은 이에 대해서도 판단했으나 미 연방민사소송규칙의 내용과 해석의 문제이므로 그에 대해 초점을 맞추지 않는 본 연구에서는 이에 대한 항소심의 견해를 자세히 살피지 않는다.
93) 259 F. 2d 545 (2nd Cir. 1958).

나. 관련논의

20세기 중반에 접어들며 언론기관과 기자들은 수정헌법 제1조의 내용을 취재원의 공개를 강제당하지 않을 권리로까지 확대•해석해야 한다고 주장했다.[94] 당시 위 주장에 대한 주된 근거는 세 가지였다. 첫째, 자유로운 출판 내지 보도가 중요하다. 둘째, 보도하기 위해서는 취재가 반드시 선행되어야 한다. 셋째, 취재하기 위해서는 그 출처인 취재원을 보호해줄 필요가 크다.[95] 그러나 이에 관한 명시적인 판례는 1958년 갈랜드 대 토레 사건 이전까지 존재하지 않았다.[96]

시기상 갈랜드 대 토레 사건은 이들이 20세기 초반 이래 갈고 닦아온 취재원보호권의 헌법적 근거에 관한 논변을 쏟아낼 수 있는 좋은 계기였다. 실제로 갈랜드 대 토레 사건은 기자들이 취재원보호의 근거로 수정헌법 제1조를 명시하기 시작한 최초의 사건이었다는 점에서 그 의미가 깊다.[97] 이들의 주장을 살펴보면 취재원보호권의 법적 근거와 지위에 대한 고민이 이전에 비해 상당히 진척되었음을 알 수 있다.

갈랜드 대 토레 사건의 항소심에서 토레의 변호인단은 크게 세 가지 근거를 들어 토레의 무죄를 주장했다. 그 중 첫 번째 근거, 즉 기자들에게 취재원을 밝히도록 강제하는 행위 자체가 수정헌법 제1조 소정의 언론의 자유를 침해한다는 주장은 취재원보호권이 수정헌법 제1조에서 곧바로 도출되는 기본권임을 전제한다. 나아가 두 번째 근거, 즉 헌법상의 문제와는 별개로 기자의 특권을 인정할 필요가 있다는 주장은 취재원보호권이 수정헌법 제1조에서 곧바로 도출되는 기본권이 아니라고 하더라도 수정헌법 제1조에 근거한 법률적 권리로 취재원보호권을 인정할 필요가 있음을 전제한다. 이와 같이 토레의 변호인단이 취재원보호권의 법적

---

94) Casey Carmody, David Pritchard, 앞의 논문(주80), pp. 31-43.
95) Stephen Bates, “Garland v. Torre and the Birth of Reporter's Privilege”, *Communication law and policy*, Taylor & Francis Group, Vol.15(2)(2010), p. 106.
96) Stephen Bates, 앞의 논문(주95), p.107.
97) Jason M. Shepard, 앞의 책(주73), pp. 154-155.

근거와 지위를 직접적으로 다툰 덕분에 언론기관과 기자들은 취재원보호권에 대한 명시적인 판례를 남기는데 성공했다.

그로부터 3년이 지난 1961년 하와이(Hawaii) 주 대법원이 관할한 앨런 굿파더(Alan Goodfader) 항소사건에서 기자들의 주장은 보다 명확히 드러난다.[98] 위 사건에서 이들은 전술한 논리를 보다 가다듬었다. 이들은 3단계의 논변을 준비했다. 첫째, 취재의 자유는 보도(출판)의 자유와 떼어 놓을 수 없는 관계이다. 둘째, 취재원 공개의 강제는 취재의 제한이다. 셋째, 그러므로 취재원 공개의 강제는 수정헌법 제1조 소정의 언론의 자유에 반한다.[99] 이는 보도(출판)의 자유가 수정헌법 제1조의 보호영역에 속한다는 사실이 1930년대 일련의 판결들로 명백히 전제된 결과였다.

물론 갈랜드 대 토레 사건 자체는 승소하지 못했다. 이는 첫째, 문제된 정보 자체가 공개되지 않은 것이었고, 둘째, 연예인 개인에 대한 정보였으며, 셋째, 헌법적 보호의 대상이 아닌 명예훼손에 해당할 우려가 있는 행위였기 때문에 저울의 추가 반대쪽으로 기운 탓이다.[100] 그러나 미 연방대법원이 언론의 자유를 보장함으로써 얻을 수 있는 이익과 증언의 무를 부과함으로써 얻을 수 있는 공익 간의 비교형량을 하나의 기준으로 제시한 이상 다른 사건에서 헌법상 권리로서 취재원보호권을 인정받을 수 있다는 희망이 퍼졌다. 그리고 20세기 후반에 접어들며 미 언론계는 취재원보호권을 인정받기에 알맞은 사건이 마침내 일어났다고 여겼다.

---

98) Jason M. Shepard, 앞의 책(주73), p. 157.
99) 367 P.2d 472 (1961)
100) The Harvard Law Review Association, “Evidence. Privileged Communications. Journalist Must Reveal News Source in Pretrial Examination When Information Is Material to Plaintiff's Claim. Garland v. Torre (2d Cir. 1958)”, *Harvard law review*, Vol.72(4)(1959), pp. 768-769.

3. 1972년 이후: 법률상 권리

가. 주요판결: Branzburg v. Hayes(1972)

(1) 사실관계

이 사건은 브랜즈버그 대 하이에스, 인 레 파파스(In re Pappas)[101], 그리고 칼드웰 대 미국(Caldwell v. U.S.)[102] 등 세 개의 사건이 병합되었다.[103] 다만 브랜즈버그 대 하이에스 사건이 세부적으로는 브랜즈버그 대 파운드(Branzburg v. Pound)[104]와 브랜즈버그 대 마이그스(Branzburg v. Meigs)[105]를 포함하므로 실질적으로는 기자의 취재원보호권에 관한 네 개의 사건이 연방대법원에서 한 번에 심리되었다.[106]

브랜즈버그는 쿠리어 저널(Courier-Journal)이라는 켄터키(Kentucky)주 지역지의 기자였다. 브랜즈버그 대 파운드 사건에서, 브랜즈버그는 마리화나를 이용해 대마초를 합성하고 판매해 3주 간 5천 달러를 벌어들였다고 주장하는 청년들에 관한 기사를 썼다. 브랜즈버그는 이들의 이야기를 기사화하는 대신 이들의 신원을 감춰주기로 약속했고, 그에 따라 기사를 통해서는 이들의 신원을 전혀 특정할 수 없었다. 브랜즈버그는 취재원들의 신원, 즉 위 청년들의 신원에 대해 증언하도록 요구받았으나 수정헌법 제1조 등을 근거로 이를 거부했다. 이에 1심 법원과 항소법원 모두 브랜즈버그의 주장을 받아들이지 않았다.[107]

브랜즈버그 대 마이그스 사건에서, 브랜즈버그는 역시 마약에 관련된 기사의 취재원에 대한 증언을 요구받았으나 이를 거부했다. 1심 법원은

---

101) 266 N.E. 2d 297 (Mass. 1971), aff'd 402 U.S. 665 (1972).
102) 434 F. 2d 1081 (9th Cir. 1972).
103) 이구현, "미국 수정헌법 제1조와 기자의 증언거부권에 관한 연구", 『언론과법』 제14권 제3호(2015), 219쪽.
104) 461 S.W. 2d 345 (ky. 1970), aff'd 402 U.S. 665 (1972).
105) 503 S.W. 2d 748 (ky. 1971), aff'd 402 U.S. 665 (1972).
106) 육소영, 앞의 논문(주10), 51-54쪽.
107) 461 S.W. 2d 345 (ky. 1970), aff'd 402 U.S. 665 (1972).

브랜즈버그의 주장을 일부 받아들여 브랜즈버그가 실제로 목격한 위법한 사건들에 대한 증언거부를 인정했다. 브랜즈버그는 이에 반발해 항소했고 항소법원은 브랜즈버그의 주장을 받아들이지 않았다.[108]

인 레 파파스 사건에서, 로드아일랜드(Rhode island) 기자들은 흑표범단(Black Panther Party)[109]의 모임을 녹화하는 조건으로 그 무엇도 기사화하지 않겠다고 약속했다. 이후 이들은 대배심에서 흑표범단의 모임에 대해 증언하도록 요구받았으나 수정헌법 제1조를 들어 그 증언을 거부했다. 이에 대해 1심 및 매사추세츠(Massachusetts) 주 대법원은 기자들의 주장을 받아들이지 않았다.[110]

칼드웰 대 미국 사건에서, 흑표범단에 대한 기사를 작성한 뉴욕 타임즈(The New York Times)의 기자 칼드웰은 캘리포니아(California) 주 검사의 소환명령에 불응했다. 1심 법원은 칼드웰이 법정모독죄를 저질렀다고 보았으나 항소법원은 취재원보호권을 인정해 칼드웰의 주장을 받아들였다.[111]

기자들은 공통적으로 충분한 근거가 제시되지 않는 한 기자들이 대배심이나 재판에 출석하거나 증언하도록 강요받아서는 안 된다고 주장했다. 이들은 취재과정에서 지득한 정보를 보도하는 조건으로 취재원들이 정보의 출처를 밝히지 않도록 요구하는 경우가 많은 점, 그럼에도 불구하고 이를 대배심에서 공개해야 한다면 수정헌법 제1조에 의해 보장되는 정보의 자유로운 흐름을 방해할 소지가 있는 점 등을 그 이유로 들었다.

(2) 판결내용

미 연방대법원은 5대4로 기자의 특권을 부정했다. 바이런 화이트(Byron White), 워렌 버거(Warren Burger), 해리 블랙먼(Harry Blackmun), 윌리엄 렌퀴스트(William Rehnquist) 대법관이 다수의견을

108) 503 S.W. 2d 748 (ky. 1971), aff'd 402 U.S. 665 (1972).
109) 급진적 흑인 민족주의 단체로 알려져 있다.
110) 266 N.E. 2d 297 (Mass. 1971), aff'd 402 U.S. 665 (1972).
111) 434 F. 2d 1081 (9th Cir. 1972).

냈고, 루이스 포웰(Lewis Powell) 대법관이 별개의견을 냈다. 포터 스튜어트(Potter Stewart), 윌리엄 브레넌(William Brennan), 써굿 마샬(Thurgood Marshall) 대법관과 윌리엄 더글러스(William Douglas) 대법관이 반대의견을 냈다.

화이트 대법관이 작성한 미 연방대법원의 다수의견은 일반 시민에게 보장되는 수준 이상의 권리가 기자에게 보장되지는 않는다고 판단했다. 그에 따르면 대배심에서 기자들에게 증언이 강제된다고 하더라도 수정헌법 제1조 소정의 언론의 자유를 침해하지 않는 정도의 사소한 부담이 될 뿐이다. 대배심은 비공개로 진행될 뿐만 아니라 수정헌법 제1조의 해석을 통해 취재원보호권을 인정하지 않는다고 해도 정말 정보원들이 더 이상의 정보를 제공하지 않으려고 할지 확신할 수는 없기 때문이다.[112] 다수의견은 취재원보호권에 의해 보호되는 이익보다 증언의무를 부과함으로써 얻을 수 있는 공익이 더 크다는 점과 그러한 특권의 명확한 주체를 상정하기 어렵다는 점을 또 다른 근거로 들었다.

한편 포웰 대법관은 별개의견에서 만약 기자에게 요청되는 증언이 수사의 대상과 겨우 접점이 있는 정도(tangentially related)라면 기자가 대배심의 소환을 거부할 수 있다고 밝혔다.

반면 스튜어트 대법관이 작성한 미 연방대법원의 첫 번째 반대의견은 가치 있는 정보의 소실과 공개토론의 위축(chilling of public debate)을 우려하며 기자 내지 기자의 취재원들이 보호받아야 한다고 판단했다. 이들은 다수의견과 달리 기자들이 주장하는 바와 마찬가지로 대부분의 취재원이 신상을 공개 당하느니 침묵을 택할 위험이 실재한다고 보았다. 더글러스 대법관이 작성한 미 연방대법원의 두 번째 반대의견은 수정헌법 제1소 소정의 언론의 자유를 절대적인 기본권으로 보아 기자에게 직업적 특권이 인정되어야 한다고 판단했다.

---

112) 408 U.S. 665 (1972).

나. 관련논의

당해 판결에서 미 연방대법원은 취재원보호권이 수정헌법 제1조에서 직접 도출되는 기본권이 아니라는 확고한 입장을 취했다. 그러나 그 판시내용을 고려하면 당해판결의 결론은 여러 의미로 해석될 수 있다. 이에 현재 당해판결은 오히려 취재의 자유에 대한 근거로 기능한다.[113]

모든 혼란스러움은 다수의견 중 취재원보호권에 의해 보호되는 이익과 증언의무를 부과함으로써 얻을 수 있는 공익을 비교형량한 부분과 포웰 대법관의 별개의견에서 비롯된다. 이를 함께 읽으면 마치 취재원보호권 자체는 수정헌법 제1조의 보호영역 내에 있지만 당해사건의 구체적인 사정에 비추어 그 제한이 정당화된 것처럼 보인다. 아니라면 사건과의 관련성이 약하다고 해서 기자가 대배심의 소환을 거부할 수 있다는 별개의견의 결론은 성립될 수 없기 때문이다.

이를 계기로 취재원보호권의 법적 근거에 대한 논의가 오히려 활발하게 이뤄졌다. 여기에 더해 미 연방대법원이 취재원보호권의 주체인 기자의 명확한 정의가 없다는 점을 지적하면서 주 보통법 내지 주 법률로 그 주체와 범위를 명확히 정해 취재원보호권을 인정하는 주들이 급격히 증가했다. 결국 언론기관과 기자들이 애초에 목표했던 수준의 보호를 받지는 못했을지언정 일정한 요건 하에서 법률상의 보호를 얻어내는 데는 성공했다. 취재원보호권의 법적 근거와 지위에 대한 논의는 꽤나 치열했다.

---

113) Anthony L. Fargos, “What They Meant to Say: The Courts Try to Explain Branzburg v. Hayes”, *Journalism & communication monographs*, Los Angeles, CA: SAGE Publications, Vol.12(2)(2010), pp. 116-118.

제 3 절 취재원보호권의 내용과 작용

1. 이론적 배경

가. 취재원보호권의 법적 근거

(1) 1설: 미국 연방헌법(Constitution of the U.S.)

취재원보호권의 법적 근거는 다양하게 파악된다. 이를 알 권리(right to know)에서 찾는 견해도 있다.[114] 하지만 유력한 견해는 크게 세 갈래로 나뉜다. 먼저, 미국 연방헌법(Constitution of the United States)이다. 그 가능한 근거는 크게 세 가지이다. 첫째, 수정헌법 제1조는 민주주의 체제 하에서 언론이 정부를 견제하는 역할을 수행하는 핵심요소이다.[115] 이에 따르면 언론기관은 민주주의에 있어 구조적인 역할 때문에 특별한 범주에 속한다.[116] 언론은 민주주의 체제를 유지하는데 있어 필요한 최소한의 안전장치로 고안된 제도이므로 그 역할을 다하기 위해 필수불가결한 취재원보호권을 헌법적으로 보장해야 한다는 견해이다.

둘째, 헌법적인 접근은 보통법(common law)을 변화시키는 원인이다.[117] 미국은 판례가 축적되어 법을 이루는 보통법계 국가인 동시에 엄연한 성문헌법 국가이다. 따라서 헌법적인 접근 내지 해석이 변화하면 그것이 판례를 변경하는 원동력이 될 뿐 헌법적인 해석이 보통법에 구속되어 앞으로 나아가지 못할 이유가 되어서는 안 된다는 견해이다.

셋째, 취재원보호권은 취재의 자유를 보장하기 위한 핵심요소이다.[118] 취재과정에서 비공개를 원하는 취재원으로부터 정보를 얻거나, 공개할

114) Jeffrey S. Nestler, 앞의 논문(주85), pp. 210-211.
115) Jeffrey S. Nestler, 앞의 논문(주85), p. 204
116) Jason M. Shepard, 앞의 책(주73), p. 146.
117) Jeffrey S. Nestler, 앞의 논문(주85), p. 204
118) Stephen Bates, 앞의 논문(주95), p. 106.

수 없는 정보를 바탕으로 취재에 나서는 경우 취재의 시발점이 되는 취재원이 보호받을 수 있어야 원활한 취재가 가능하다는 견해이다.[119] 이러한 주장은 1960년 굿파더 사건의 항소심(In Re Appeal of Alan L. Goodfader)에서 기자들의 입을 통해 보다 명확히 드러난다.

당시 기자들은 1) 취재의 자유는 출판의 자유와 떼어놓을 수 없는 관계에 있고, 2) 취재원 공개의 강제는 취재의 제한이므로, 3) 취재원 공개의 강제는 출판의 자유를 규정한 수정헌법 제1조에 위반된다고 주장했다.[120] 이어 브랜즈버그 대 하이에스 사건에서는 1) 기자들은 취재를 위해 비공개를 약속해야할 때가 있는데, 2) 이러한 비공개 취재원의 공개를 강제하면 취재원이 취재에 협조하지 않을 것이고, 3) 그로 인해 수정헌법 제1조에 의해 보호되는 정보의 자유로운 흐름이 방해받는다고 주장했다.[121] 구체적인 표현에는 다소 차이가 있지만 이들 모두 공통적으로 취재의 자유를 출판의 자유를 보장하기 위한 내용으로, 취재원보호권을 취재의 자유를 보장하기 위한 내용으로 파악했다.

1설이 설득력을 갖기 위해서는 수정헌법 제1조 소정의 출판이 정확히 어떤 의미인지에 대한 논의가 선행되어야 했다. 출판의 자유를 매체, 신문, 방송의 자유를 포함한 언론의 자유라고 본다면 취재원보호권이 수정헌법 제1조에 의거 인정될 여지가 생긴다. 그러나 이를 기고(written speech)의 자유로 한정한다면 기고는 취재가 반드시 전제되는 행위가 아니므로 취재원보호권이 수정헌법 제1조에 의거 인정될 여지가 사라진다. 이에 언론•출판의 자유의 범위를 확대해석하는 미 연방대법원의 경향이 기자들에게 희망을 주었다. 앞서 살펴본바, 1931년 니어 대 미네소타 사건이 취재원보호권에 관한 논의에서 의미를 갖는 이유가 여기에 있다.

다만 이러한 시도는 1972년 브랜즈버그 대 하이에스 사건 이후 좌절되었다. 사회운동 내지 여론이 헌법적 해석의 변화로 이어지기 위해서는 총 6단계의 발전과정을 거친다. 첫째, 완전히 관심 밖(off the wall)에 있는 단계이다. 여기서는 관련논의가 충분히 무르익지 않아 누구도 이를

119) Stephen Bates, 앞의 논문(주95), p. 106.
120) Jason M. Shepard, 앞의 책(주73), p. 157.
121) Jason M. Shepard, 앞의 책(주73), p. 160.

헌법적 해석에 새로이 반영할 생각을 하지 않는다. 둘째, 흥미롭지만 틀렸다고 생각하는 단계이다. 셋째, 그럴 듯하지만 확신을 갖지 못하는 단계이다. 넷째, 그럴 듯하고 어쩌면 맞을지도 모른다고 생각하는 단계이다. 다섯째, 종래의 견해보다 더 나은 견해라고 생각하는 단계이다. 마지막 여섯째, 자연스럽고 완전히 명확하다고 생각하는 단계이다.[122] 마침내 여기서는 새로운 논의를 새로운 헌법적 해석으로 받아들인다. 취재원보호권의 법적 근거를 수정헌법 제1조에서 찾으려는 시도는 6단계 중 4번째 내지 5번째 단계에 이르렀으나 끝내 6번째 단계에는 이르지 못했다.

(2) 2설: 보통법(common law)

다음은 보통법이다. 미국에서 취재원보호권의 본질로 파악되는 증언거부권이 보통법적 전통에서 기인했다는 점이 가장 유력한 근거로 꼽힌다. 다만 보통법적 전통에서는 1) 비밀로 이뤄지는 대화를 전제한 후, 2) 각 정당들 간의 관계가 원활히 유지되기 위해 그 대화가 반드시 비밀로 유지되어야 하며, 3) 관련 진술이 집단의 의견을 형성하는 경우에 한해, 4) 증언거부권이 인정되지 않았을 때의 공익과의 비교형량를 거쳐 증언거부권을 제한적으로 인정해왔다. 이에 따라 보장되는 증언거부권은 대화상대는 공개된 상태에서 대화 내용을 보호하고 그것이 제3자에게 전해지지 않도록 하는데 제1목적이 있다. 이러한 증언거부권은 포기할 수 있다.[123]

반면 취재원보호권은 공개되지 않은 대화상대를 보호하는데 제1목적이 있을 뿐 이미 특정되지 않은 다수의 제3자에게 전해진 후를 그 내용으로 한다. 이러한 취재원보호권은 포기할 수도 없다.[124] 게다가 취재원보호권이 미 연방대법원의 판단을 받은 사례 자체가 많지 않다.[125] 따라서 갈랜드 대 토레 사건 이후 미국 연방헌법이 아닌 연방 보통법에 의거

122) Jack M. Balkin, *The Cycles of Constitutional Time*, Oxford University Press, 2020, p. 52.
123) Jeffrey S. Nestler, 앞의 논문(주85), pp. 212-214.
124) Jeffrey S. Nestler, 앞의 논문(주85), pp. 212-214.
125) Stephen Bates, 앞의 논문(주95), p. 107.

취재원보호권을 인정하는 견해는 힘을 잃었다.

(3) 3설: 절충설

취재원보호권을 주법, 주보통법, 주헌법, 연방보통법, 연방헌법 해석의 조각모음(patchwork)으로 파악하기도 한다.[126] 이는 취재원보호권의 성질로부터 법적 근거를 찾아냈다기보다 미국에서 취재원보호권이 인정받는 현실을 설명하는 견해에 가깝다. 관련하여 미국 각 주에서 취재원보호권이 인정받는 현실을 후에 자세히 살핀다.

126) Anthony L. Fargos, 앞의 논문(주113), p. 97.

나. 취재원보호권의 법적 지위

(1) 1설: 기본권(constitutional right)

취재원보호권의 법적 지위는 크게 둘로 파악된다. 먼저, 국민의 기본권(constitutional right)이다.[127] 그 가능한 근거는 크게 세 가지이다. 첫째, 수정헌법 제1조의 문언적 해석이다. 수정헌법 제1조는 앞서 살펴본 바와 같이 언론•출판의 자유를 갖는 주체로 '국민'만을 규정해두었을 뿐이다. 게다가 기자라는 직업은 언론이 기관화되기 시작한 20세기 초에 이르러서야 비로소 확고하게 자리 잡았다.[128] 이를 고려하면 수정헌법 제1조가 채택되던 1791년에는 애초에 언론•출판의 주체로 국민 개개인이 아닌 언론기관 소속의 기자를 상정할 수가 없었다.

둘째, 수정헌법 제1조를 포함한 권리장전의 입법취지이다.[129] 앞서 살펴본바, 권리장전은 연방정부를 견제하기 위해 일반 국민들의 권리를 명문으로 남겨두고자 채택되었다. 권리장전, 즉 수정헌법 제1조 내지 제10조는 모두 일반 국민의 기본권만을 규정해두었을 뿐 특정 직업인의 특권을 보장하지 않는다. 예컨대, 수정헌법 제2조는 민병대(militia)의 무기소지권을 규정할 뿐이지만 민병대원은 그 본질이 직업인이라 볼 수 없고, 당시의 시대적 배경을 고려하면 이를 국민 일반에게 무기소지권을 보장하였다고 해석하는 편이 보다 자연스럽다.

셋째, 취재원보호권과 같은 특권을 가질 기자의 자격을 상정하기 어렵다.[130] 미 연방대법원 또한 이와 같은 견해이다.[131] 특정 직업인에게 법적 특권을 부여하기 위해서는 특권을 부여받을 직업인의 범주를 분명히

---

127) 408 US 665 (1972)
128) Jeffrey S. Nestler, 앞의 논문(주85), pp. 206-207.
129) Jeffrey S. Nestler, 앞의 논문(주85), pp. 208-209.
130) Jeffrey S. Nestler, 앞의 논문(주85), pp. 216-219; Joseph M. Fernandez, *Journalists and confidential sources : colliding public interests in the age of the leak*, Abingdon, Oxon ; New York, NY : Routledge, 2021. pp. 118-122.
131) 408 US 665 (1972)

해야 한다. 특권은 말 그대로 특권이므로 그것을 부여받는 이들은 그렇지 못한 이들과 명확히 구분되는 특성을 갖고 있어야 한다. 그러나 기자는 그 테두리가 모호하다. 이들이 국가 내지 공적 기관으로부터 면허를 발급받거나 자격을 인정받지 않아도 언론기관에 '기자'로서 고용되면 기자의 자격을 갖는다. 사원증이 이들의 기자증을 대신하며, 이들이 기자임을 증명할 수 있는 장치는 사원증 뒷면의 PRESS, 다섯 글자뿐이다.

이는 소식을 전달하는 매체가 점점 더 다양해지고 있는 현대 사회에서 특히 그 함의가 크다. 과거에는 신문, 방송 등 비교적 전통적인 매체를 활용하는 언론기관만이 기자를 고용했다. 이들은 매체의 특성상 일정 규모 이상의 자본을 갖추고 있어야 했기에 그 수가 제한적이었고, 그에 고용된 기자들의 수 역시 적었다. 그러나 정보통신 기술의 발달로 인해 종이신문이 아닌 전자신문매체가 우후죽순 생겨나고, 개인이 개인 명의의 웹사이트(web site)를 운영할 수 있게 되면서 자본의 제약이 거의 사라졌다. 그에 따라 기자의 정의는 더욱 모호해졌다. 최근에는 유튜브(Youtube), 트위치TV(TwitchTV) 등의 플랫폼(platform)을 통한 1인 방송까지 등장했다. 이들 또한 취재원을 취재하여 나름의 플랫폼을 통해 불특정 다수에게 그 결과를 보도한다는 점에서 전통적인 매체를 활용하는 언론기관에 소속된 기자들과 유사한 일을 수행한다. 이들에게도 법적 특권을 부여한다면 특권의 주체를 특정 지을 수 없는 지경에 이르러 결국 그러한 특권은 일반 국민의 권리와 다를 바 없어질 것이다.

(2) 2설: 특권(privilege)

다음으로, 기자들의 특권(privilege)이다.[132] 그 가능한 근거는 크게 두

132) Casey Carmody, David Pritchard, 앞의 논문(주80), pp. 32, 35; Jeffrey S. Nestler, 앞의 논문(주85), pp. 216-219; Jason M. Shepard, 앞의 책(주73), p. 146; Joseph M. Fernandez, 앞의 논문(주130), pp. 117-118. 조세프 페르난데즈(Joseph M. Fernandez)의 견해는 호주의 취재원보호권에 관한 논의이나 호주 또한 취재원보호권의 법적 지위를 기자의 특권으로 볼지, 기본권으로 볼 지에 대한 견해가 나뉘므로 아울러 참고할 만하다.

가지이다. 첫째, 이를 기본권으로 파악하면 또 다시 공익과의 비교형량을 거쳐 그 제한 여부를 판단해야 하므로 이를 보장하는 의미가 퇴색된다. 반면 취재원보호권을 기자의 특권으로 파악하면 증언을 거부하는 이가 기자이고, 그 증언의 내용이 업무와 관련되어 있을 뿐만 아니라 취재원의 신원 내지 내용에 관한 것인 경우 재판부의 재량이 작용하는 비교형량 과정을 거칠 필요 없이 기자는 그에 관한 증언을 거부할 수 있다.

이는 분명 법적 안정성을 제고하는 데 도움이 된다. 다만 전술한바, 기자라는 직업인의 정의가 모호하고, 보도의 내용 내지 목적에 관계없이 그것을 보도한 기자에게 취재원에 대한 증언을 거부할 수 있는 권리가 인정되는 것은 오히려 불합리하다. 예컨대, 갈랜드 대 토레 사건에서 문제된 보도는 그 내용이 사적인 개인의 명예를 훼손할 우려가 있었다. 이와 같은 경우에도 취재원보호권을 인정할 수는 없다.[133]

둘째, 이는 직업적 특성으로 인해 특별히 부여되는 권리이다.[134] 따라서 기자들의 특권은 종교인 등의 특권과 동일선상에서 논의된다. 다만 취재원보호권을 기자들의 특권으로 파악한다면 그것이 미 연방헌법에서 직접 도출된다고 보기는 어렵다. 수정헌법 제1조의 문언에 언론•출판의 자유의 주체로 '국민'이 규정되어 있을 뿐인데다 특정 직업군의 특권을 연방헌법 수준에서 보장하는 것은 균형이 맞지 않기 때문이다. 이렇듯 취재원보호권의 법적 지위에 대한 논의는 그 법적 근거에 대한 논의와도 맞닿아있다. 이러한 논의의 결과 미국의 각 주에서 실제로 인정된 취재원보호권의 형태를 관찰하고, 그 보호영역을 살펴본다.

133) Harvard Law Review Association, 앞의 논문(주100), pp. 768-769.
134) Joseph M. Fernandez, 앞의 논문(주130), pp. 117-118.

2. 각 주별 입법현황

가. 취재원보호권의 법적 근거

미국 50개 주와 수도 워싱턴 D.C.[135]를 합쳐 총 51곳 중 어떠한 형태로도 취재원보호권을 전혀 인정하고 있지 않은 곳은 와이오밍 단 한 곳뿐이다. 하와이는 2011년 취재원보호법이 제정되었으나 2013년 폐지된 이후 다시 제정되지 않았다. 주 보통법에 기해 여전히 취재원보호권이 하와이에서도 인정된다는 주장이 있으나 명확하지 않다.

나머지 49곳에서 취재원보호권의 구체적인 법적 근거는 다양하게 파악된다. 주 법률에 취재원보호권이 명시되어 있지 않아 오로지 주 보통법에 기해 취재원보호권을 인정하는 주는 아이다호, 아이오와, 매사추세츠, 미시시피, 미주리, 뉴햄프셔, 버지니아 등 7곳이다. 이 중 아이다호와 아이오와, 미시시피 등 3곳은 주 보통법이 그 근거를 주 헌법과 연방헌법 모두에서, 미주리와 버지니아 등 2곳은 오로지 연방헌법에서, 뉴햄프셔는 오로지 주 헌법에서 찾는다. 매사추세츠는 특이하게도 주 보통법이 그 근거를 관습법에서 찾고 있다.

나머지 42곳 중 오로지 주 법률에만 취재원보호권이 명시되어 있는 곳은 콜로라도, 워싱턴 D.C., 조지아, 인디애나, 켄터키, 루이지애나, 메릴랜드, 미시간, 몬태나, 네브래스카, 네바다, 뉴저지, 뉴멕시코, 노스다코다, 오리건, 로드아일랜드, 사우스다코다, 테네시 등 18곳이다. 주 보통법에 의해 이중으로 취재원보호권을 인정하는 24곳 중 주 보통법이 그 근거를 연방헌법, 즉 수정헌법 제1조에서 찾는 곳은 앨라배마, 알래스카, 애리조나, 캘리포니아, 코네티컷, 플로리다, 일리노이, 캔자스, 메인, 미네소타,

---

135) 워싱턴 D.C.는 공식적으로 미국의 주는 아니나 실질적으로 주지사 역할을 수행하는 시장을 두고 있고 하원의원을 선출하는 등 사실상 독립된 주와 같이 기능한다. 다만 상원의원을 선출하진 못하고 있어 주로 승격하기 위한 움직임이 이전부터 꾸준히 있어왔다. 인구구성 및 도시의 특성으로 인해 전통적인 민주당 지지 지역이다. 이에 취재원보호권의 보호대상을 비교적 넓게 잡고 있다.

뉴욕, 노스캐롤라이나, 오하이오, 오클라호마, 펜실베이니아, 사우스캐롤라이나, 텍사스, 버몬트, 워싱턴, 웨스트버지니아, 위스콘신 등 21곳이다. 결국 어떠한 방식으로든 취재원보호권을 인정하는 주 등 49곳 중 26곳이 그 직·간접적인 근거를 수정헌법 제1조에 둔다.

한편 49곳 중 민사소송에서만 취재원보호권을 인정하는 사우스다코다를 제외한 48곳은 민·형사소송 모두에서 취재원보호권을 인정한다. 다만 이들 중에서도 몬태나 등 일부를 제외한 대부분은 형사소송의 경우 주 보통법을 통해 취재원보호권 행사의 예외 요건을 창설하여 취재원보호권의 무제한적인 행사가능성을 막아두었다. 상당수는 이를 다시 대배심과 일반 형사절차로 나누어 대배심의 경우 보다 엄격한 취재원보호권 행사 요건을 규정해두었다.[136]

이를 정리하면 아래 [표 3]과 같다.[137]

주	인정 여부	법적 근거[138]	적용되는 소송종류
앨라배마 Alabama	O	SL, SCL(FC)	민·형사소송
알래스카 Alaska	O	SL, SCL(FC)	민·형사소송
애리조나 Arizona	O	SL, SCL(FC)	민·형사소송
아칸소 Arkansas	O	SL, SCL(SC)	민·형사소송
캘리포니아 California	O	SL, SCL(SC, FC)	민·형사소송
콜로라도 Colorado	O	SL	민·형사소송

136) 육소영, 앞의 논문(주10), 55-56쪽.
137) Reporter Committee for Freedom of the Press, “Reporter’s Privilege Compendium”(https://www.rcfp.org/reporters-privilege/, 최종접속일 2023.02.01.)을 참고하되, 각 주 보통법과 법률을 확인하여 교차검증하였다.
138) 주 법에 근거한 경우 state law의 줄임말로 SL, 주 보통법에 근거한 경우

코네티컷 Connecticut	O	SL, SCL(FC)	민·형사소송
워싱턴 D.C. District of Columbia	O	SL	민·형사소송
델라웨어 Delaware	O	SL, SCL(CT)	민·형사소송
플로리다 Florida	O	SL, SCL(FC)	민·형사소송
조지아 Georgia	O	SL	민·형사소송
하와이 Hawaii	△[139]	SCL(CT)	-
아이다호 Idaho	O	SCL(SC, FC)	민·형사소송
일리노이 Illinois	O	SL, SCL(FC)	민·형사소송
인디애나 Indiana	O	SL	민·형사소송
아이오와 Iowa	O	SCL(SC, FC)	민·형사소송
캔자스 Kansas	O	SL, SCL(FC)	민·형사소송
켄터키 Kentucky	O	SL	민·형사소송
루이지애나 Louisiana	O	SL	민·형사소송
메인 Maine	O	SL, SCL(FC)	민·형사소송
메릴랜드 Maryland	O	SL	민·형사소송
매사추세츠 Massachusetts	O	SCL(CT)	민·형사소송

미시간 Michigan	O	SL	민 • 형사소송
미네소타 Minnesota	O	SL, SCL(FC)	민 • 형사소송
미시시피 Mississippi	O	SCL(SC, FC)	민 • 형사소송
미주리 Missouri	O	SCL(FC)	민 • 형사소송
몬태나 Montana	O	SL	민 • 형사소송
네브래스카 Nebraska	O	SL	민 • 형사소송
네바다 Nevada	O	SL	민 • 형사소송
뉴햄프셔 New Hampshire	O	SCL(SC)	민 • 형사소송
뉴저지 New Jersey	O	SL	민 • 형사소송
뉴멕시코 New Mexico	O	SL	민 • 형사소송
뉴욕 New York	O	SL, SCL(FC)	민 • 형사소송
노스캐롤라이나 North Carolina	O	SL, SCL(FC)	민 • 형사소송
노스다코타 North Dakota	O	SL	민 • 형사소송
오하이오 Ohio	O	SL, SCL(FC)	민 • 형사소송
오클라호마 Oklahoma	O	SL, SCL(FC)	민 • 형사소송
오리건 Oregon	O	SL	민 • 형사소송

state common law의 줄임말로 SCL로 표시한다. 주 보통법이 그 근거를 주 헌

펜실베이니아 Pennsylvania	O	SL, SCL(FC)	민 • 형사소송
로드아일랜드 Rhode Island	O	SL	민 • 형사소송
사우스캐롤라이나 South Carolina	O	SL, SCL(FC)	민 • 형사소송
사우스다코타 South Dakota	O	SL	민사소송
테네시 Tennessee	O	SL	민 • 형사소송
텍사스 Texas	O	SL, SCL(SC, FC)	민 • 형사소송
유타 Utah	O	SL, SCL(CT)	민 • 형사소송
버몬트 Vermont	O	SL, SCL(FC)	민 • 형사소송
버지니아 Virginia	O	SCL(FC)	
워싱턴 Washington	O	SL, SCL(FC)	민 • 형사소송
웨스트버지니아 West Virginia	O	SL, SCL(SC, FC)	민 • 형사소송
위스콘신 Wisconsin	O	SL, SCL(SC, FC)	민 • 형사소송
와이오밍 Wyoming	X	-	-

[표 3] 미국 주별 취재원보호권의 인정 여부와 그 근거

법에 두는 경우 state constitution의 줄임말로 SCL(SC), 연방 헌법에 두는 경우 federal constitution의 줄임말로 SCL(FC), 관습에 두는 경우 custom의 줄임말로 CT로 표시한다.

139) 2011년 주 법 제정 후 2013년 폐지되었다. 보통법에 의거 인정된다는 견해와 인정되지 않는다는 견해가 대립한다.

나. 취재원보호권의 법적 지위

[표 3]에서 정리한바, 주 법률에 직•간접적인 근거를 두고 있는 경우에는 단 한 곳의 예외도 없이 그 주체를 기자 내지 언론인으로 상정하여 취재원보호권을 수정헌법 제1조에서 직접 도출되는 기본권이 아닌 기자의 직업적인 특권으로 파악했다. 주 보통법에 기해 취재원보호권을 인정하되, 주 보통법에서 그 법적 근거를 오로지 수정헌법 제1조에서 찾는 미주리와 버지니아 등 2곳조차도 이를 기본권으로 파악하지 않았다.

미주리는 1982년 CBS 대 캠벨(CBS v. Campbell) 사건에서 처음으로 취재원보호권을 인정했으나 그 근거로 수정헌법 제1조를 언급만 할 뿐 수정헌법 제1조와 취재원보호권의 관계를 명확히 밝히지 않았다. 다만 이를 기자들의 특권이라고 반복적으로 표현함으로써 그 법적 지위가 기본권이 아닌 직업적 특권임을 암시했다.[140] 이후의 관련 사건에서도 이러한 접근방식은 마찬가지였다.[141]

버지니아는 1974년 브라운 대 정부(Brown v. Commonwealth) 사건에서 처음으로 취재원보호권을 인정하면서 그 근거로 수정헌법 제1조를 제시했으나, 그것이 수정헌법 제1조와 관련된 기자의 직업적인 특권일 뿐 수정헌법 제1조에서 직접 도출되는 "절대적이고, 보편적이며, 다른 보통의 권리들에 비해 우월한(absolute, universal, and paramount to all other rights)" 기본권은 아니라고 단언했다.[142] 이로써 그저 그 궁극적인 법적 근거가 수정헌법 제1조에 있을 뿐 취재원보호권이 연방헌법상의 기본권으로서 보장하는 것은 아님이 명확해졌다. 결국 현재 미국에서 취재원보호권의 법적 지위는 기자의 직업적 특권으로 인정받을 뿐이다.

---

140) CBS, Inc., v. Campbell, 645 S.W.2d 30 (Mo. Ct. App. 1982).
141) State of Mo. ex rel Classic III, Inc., v. Ely, 954 S.W.2d 650 (Mo. Ct. App. 1997).
142) Brown v. Commonwealth, 214 Va. 755, 204 S.E.2d 429 (Va. 1974).

3. 취재원보호권의 작용

가. 취재원보호권의 주체

취재원보호권을 기자의 특권으로 본다면, 그 주체인 기자의 범주를 구체적으로 정해야 취재원보호권의 내용을 파악할 수 있다. 미국 각 주의 사례는 크게 세 유형으로 구분된다. 첫째, 언론에 종사하거나, 그와 관련되어 있거나, 고용된 자 모두를 그 주체로 보는 유형이다(유형①). 이 경우 기자, 편집인뿐만 아니라 발행인, 심지어는 그 소유주까지 취재원보호권의 주체가 된다. 둘째, 언론에 종사하는 자 모두를 그 주체로 보는 유형이다(유형 ②). 이 경우 언론기관에 소속되어 있지 않은 언론인 또한 그 주체로 인정받게 되어 유형 ①에 비해 그 범위가 넓어진다. 셋째, 생계를 위해 언론에 종사하는 자 모두를 그 주체로 보는 유형이다(유형 ③). 유형 ②의 경우 종사하는 언론의 규모 내지 영향력에 관계없이 그에 종사하는 모든 이들이 취재원보호권의 주체가 되므로, 유형 ③은 여기에 일정한 제한을 가해 그 범위를 다소 축소했다.

나. 취재원보호권의 객체

미국에서 취재원보호권의 내용은 형사대배심에서의 증언거부권으로 제한된다.[143] 게다가 연방증거법은 구두에 의한 증언내용만 보호하기 때문에 기자가 본인이 경험한 내용에 대한 증언을 거부하기는 어렵다.[144] 이는 갈랜드 대 토레 사건 이전까지 취재원보호권의 법적 근거에 관한 논의가 보통법에 치우쳤기 때문이다. 살펴본바, 증언거부권은 보통법적 전통에서 인정되어 왔기에 자연스러운 일이었다.

다만 그 거부의 대상이 정보의 출처에 한정되는지, 정보 그 자체에 이르는지 여부에 대한 연방 차원의 합의는 존재하지 않는다. 앨라배마, 알

143) Jeffrey S. Nestler, 앞의 논문(주85), pp. 215-216.
144) 이구현, 앞의 논문(주103), 218-220쪽.

래스카, 아칸소, 인디애나, 아이오와, 메릴랜드, 미시시피, 미주리, 네브래스카, 네바다, 뉴욕, 오하이오, 사우스다코타, 버지니아, 워싱턴 등 15곳만이 그 객체를 정보의 출처로 한정한다. 이외의 곳들도 상당수가 기자가 지득한 정보 내지 재생산한 정보 중에서도 그 출처를 유추해낼 수 있는 것들에 한해 그 보호대상으로 포섭했다.

다. 취재원보호권의 제한

취재원보호권의 주체를 폭넓게 인정한다고 하더라도 많은 경우 취재원보호권이 문제되는 국면 자체를 제한해두었다. 이는 언론에 종사하는 자가 취재 내지 보도와 전혀 관계없는 상황에서 취재원보호권을 내세울 경우 이를 인정해주는 것이 오히려 그 취지에 반하기 때문이다. 그와 같은 제한은 주로 목적 내지 시기에 관한 내용이다.

아칸소는 공공복리를 위한, 악의적이지 않은 보도를 위한 과정에서 지득한 정보 등에 대해서만 증언을 거부할 수 있다고 보아 그 목적에 제한을 둔다. 앨라배마 등은 취재 내지 보도 등 언론에 종사하는 자가 업무상 지득한 정보 등에 대해서만 증언을 거부할 수 있다고 보아 그 경위에 제한을 둔다. 코네티컷 등은 주체가 언론기관 등에 종사하고 있었을 때 지득한 정보 등에 대해서만 증언을 거부할 수 있다고 보아 그 시기에 제한을 둔다. 이를 정리하면 아래 [표 4]와 같다.[145]

주	주체	객체	주요 특징
앨라배마 Alabama	언론에 종사, 관련되거나 고용된 자	정보의 출처	취재 과정에서 지득한 경우에 한정

145) Reporter Committee for Freedom of the Press, “Reporter’s Privilege Compendium”(https://www.rcfp.org/reporters-privilege/, 최종접속일 2023.02.01.)을 참고하되, 각 주 보통법과 법률을 확인하여 교차검증하였다.
146) 정보를 취득한 당시를 기준으로 이전 3주 또는 이전 8주 중 4주 내지 20시간 이상 언론계에 종사하며 주요생계를 유지하고 있었어야 한다는 조건이 존

알래스카 Alaska	언론에 정기적으로 종사하는 자	정보의 출처	업무상 지득한 경우에 한정
애리조나 Arizona	언론에 종사, 관련되거나 고용된 자	정보	보도 목적으로 지득한 경우에 한정
아칸소 Arkansas	기자, 편집인, 발행인, 소유주	정보의 출처	악의적이지 않고 공공복리를 위해 보도한 경우에 한정
캘리포니아 California	언론에 종사, 관련되거나 고용된 자	정보	-
콜로라도 Colorado	언론인	정보	-
코네티컷 Connecticut	언론에 종사, 관련되거나 고용된 자	정보	언론사와 관계가 있었던 때 지득한 경우에 한정
워싱턴 D.C. District of Columbia	언론에 종사, 관련되거나 고용된 자	정보	-
델라웨어 Delaware	기자	정보	직업 활동 범위 내에서 지득한 경우에 한정[146]
플로리다 Florida	생계를 위해 정기적으로 종사하는 전문 언론인	정보	언론사와 관계가 있었던 때 지득한 경우에 한정
조지아 Georgia	언론에 종사하는 자	정보	취재 과정에서 지득한 경우에 한정
하와이 Hawaii	-	-	-
아이다호 Idaho	-	-	-

재한다. DEL. CODE ANN. tit. 10, subchapter II, sections 4320 (4)a.

일리노이 Illinois	정기적으로 종사하는 전문 언론인	정보	-
인디애나 Indiana	언론에 종사, 관련되거나 고용된 자	정보의 출처	-
아이오와 Iowa	기자, 편집인	정보의 출처	취재과정에서 지득한 경우에 한정
캔자스 Kansas	언론에 종사하는 자	정보	-
켄터키 Kentucky	언론에 종사, 관련되거나 고용된 자	정보	-
루이지애나 Louisiana	언론에 종사하는 자	정보	-
메인 Maine	언론인	정보	-
메릴랜드 Maryland	언론에 고용된 자	정보의 출처	-
매사추세츠 Massachusetts	기자	정보	-
미시간 Michigan	언론에 관여하는 자	정보	-
미네소타 Minnesota	언론에 종사, 관련되거나 고용된 자	정보	-
미시시피 Mississippi	기자	정보의 출처	-
미주리 Missouri	-	정보의 출처	-
몬태나 Montana	언론에 종사, 관련되거나 고용된 자	정보	-

네브래스카 Nebraska	언론에 종사하는 자	정보의 출처	-
네바다 Nevada	언론에 종사, 관련되거나 고용된 자	정보의 출처	전자매체의 경우에도 적용
뉴햄프셔 New Hampshire	언론에 종사, 관련되거나 고용된 자	정보	전통매체에 한정되지 않음
뉴저지 New Jersey	언론에 종사, 관련되거나 고용된 자	정보	업무상 지득한 경우에 한정
뉴멕시코 New Mexico	언론에 종사, 관련되거나 고용된 자	정보	해고된 이우에도 적용
뉴욕 New York	생계를 위해 언론에 종사, 관련되거나 고용된 자	정보의 출처	-
노스캐롤라이나 North Carolina	언론에 종사, 관련되거나 고용된 자	정보	-
노스다코타 North Dakota	언론에 종사하는 자	정보	고용 여부와 관계 없음
오하이오 Ohio	언론에 고용된 자	정보의 출처	-
오클라호마 Oklahoma	언론인	정보	정부에 고용된 경우는 제외
오리건 Oregon	언론에 종사, 관련되거나 고용된 자	정보	정부에 고용된 경우는 제외

147) 정보 자체를 보호한다는 주장도 유력하다.

펜실베이니아 Pennsylvania	언론에 종사, 관련되거나 고용된 자	정보	-
로드아일랜드 Rhode Island	언론에 종사, 관련되거나 고용된 자	정보	
사우스캐롤라이나 South Carolina	언론인	정보	-
사우스다코타 South Dakota	기자	정보의 출처	-
테네시 Tennessee	언론에 종사, 관련되거나 고용된 자	정보	-
텍사스 Texas	언론인	정보	-
유타 Utah	언론에 종사, 관련되거나 고용된 자	정보	
버몬트 Vermont	언론인	정보	언론사와 관계가 있었던 때 지득한 경우에 한정
버지니아 Virginia	-	정보의 출처[147]	-
워싱턴 Washington	언론에 종사, 관련되거나 고용된 자	정보의 출처	언론사와 관계가 있었던 때 지득한 경우에 한정
웨스트버지니아 West Virginia	생계를 위해 언론에 종사, 관련되거나 고용된 자	정보	-
위스콘신 Wisconsin	언론에 종사, 관련되거나 고용된 자	정보	-
와이오밍 Wyoming			

[표 4] 미국 주별 취재원보호권의 주체와 객체

제 4 절 취재원보호권의 현재

1. 취재원보호권의 내용

현재 미국 50개 주와 워싱턴 D.C. 등 51곳 중 취재원보호권을 인정하는 49곳에서 취재원보호권은 수정헌법 제1조에서 직접 도출되는 기본권이 아닌 기자의 직업적 특권으로 이해된다. 그 궁극적인 근거는 수정헌법 제1조를 비롯하여, 주 헌법, 주 법률, 심지어는 취재원보호권이 처음 논의되기 시작한 맥락인 관습법적 전통까지 다양하지만 그 어느 곳도 이를 연방헌법상 기본권으로 보지 않는다.

이는 브랜즈버그 대 하이에스 사건에서 취재원보호권을 수정헌법 제1조에 궁극적인 근거를 둔 기자의 직업적 특권이라고 본 미 연방대법원 다수의견의 견해에 기한다. 위 사건 이후 취재원보호권을 수정헌법 제1조에서 직접 도출되는 직업적 특권으로 인정받고자 힘써왔던 미 언론계 역시 그와 같은 시도를 멈추었다. 다만 브랜즈버그 대 하이에스 사건에서 포웰 대법관의 별개의견 덕분에 기자의 증언거부가 문제되는 상황에서 취재원에 대한 보호 역시 비교형량의 대상으로 인정받았다.

그 결과 워싱턴 D.C.를 포함한 미국 각 주 등이 앞 다투어 취재원보호권을 주 법률 또는 주 보통법을 통해 입법했으니 결과적으로 취재원보로권을 인정받기 위한 미 언론계의 유구한 도전은 브랜즈버그 대 하이에스 사건에서 패소함으로써 외려 성공했다. 그와 함께 취재원보호권의 법적 근거 내지 지위에 대해 활발히 진행되던 논쟁도 함께 사그라들었다.

2. 취재원보호권의 작용

미국에서 직업적 특권으로서 인정받은 취재원보호권은 형사대배심에서의 증언거부권으로 이해될 뿐이다. 증언거부권은 보통법적 전통에서 논의되어 왔고, 취재원보호권 또한 그 연장선상에서 논의되기 시작했기 때문이다. 다만 취재원보호권에 의해 보호되는 취재원이 정보의 출처에 한정되는지, 아니면 정보 자체를 포함하는지에 대해서는 명확한 합의가 존재하지 않는다. 취재원보호권을 인정하는 49곳 중 15곳은 취재원보호권의 객체를 정보의 출처로 한정하며, 나머지 38곳 중 37곳은 이를 정보 그 자체로까지 확장한다. 나머지 1곳인 아이다호는 이에 관한 명시적인 주 법률이 없고 주 보통법 또한 그 결론이 모호하다.[148] 이는 이에 관한 미 연방대법원의 명시적인 판결이 없었기 때문이다.

취재원보호권의 주체 역시 각 주마다 다르게 파악된다. 이는 언론에 관련된 이들 모두를 취재원보호권의 주체로 보는 유형(유형 ①)과 언론에 종사하는 자 모두를 그 주체로 보는 유형(유형 ②), 그리고 생계를 위해 언론에 종사하는 자 모두를 그 주체로 보는 유형(유형 ③)으로 구분된다. 유형 ①은 언론기관에 소속되어 있는 언론인을, 유형 ②는 언론기관에 소속되어 있지 않은 언론인을 그 주체로 상정한다. 유형 ③은 유형 ②에 소극적 요건을 더해 범위를 축소한 형태이다.

유형 ① 내지 ③ 중 어느 것을 따르더라도 그 범위가 넓고 구체적이지 못하다. 미국 각 주 법률 내지 보통법은 취재원보호권을 행사할 수 있는 국면 자체를 제한함으로써 이 문제를 해결한다. 예컨대, 앨라배마, 알래스카 등은 취재과정 내지 업무과정에서 지득한 정보만을 취재원보호권의 보호대상으로 본다(행위의 제한). 애리조나, 아칸소 등은 보도 목적 내지 공공복리 증진 목적으로 지득한 정보만을 그 보호대상으로 본다(목적의 제한). 델라웨어, 노스다코타 등은 고용 여부나 직업 활동 여부를 조건으로 부과하여 추상적인 취재원보호권의 주체를 구체화한다.

---

148) Salsbury, 129 Idaho at 313, 924 P.2d at 214.

제 4 장 취재원보호권의 내용과 작용

제 1 절 취재원보호권의 내용

1. 취재원보호권의 법적 근거: 법률

가. 미국 취재원보호권과의 비교

미국은 시대의 흐름에 따라 취재원보호권의 법적 근거를 다르게 파악했다. 앞서 살펴본바, 그와 같은 해석의 변화에는 미 연방대법원 판결이 결정적인 계기가 되었다. 니어 대 미네소타 사건 이전까지 기자들은 취재원보호권의 법적 근거를 보통법에서 찾을 수밖에 없었다. 그러나 미 연방대법원이 수정헌법 제1조의 범위를 보다 폭넓게 파악한 니어 대 미네소타 사건을 계기로 기자들은 취재원에 관한 증언거부권의 법적 근거를 수정헌법 제1조에서 찾았다. 이러한 해석의 변화는 갈랜드 대 토레 사건에서 미 연방대법원이 취재원에 관한 증언거부권이 수정헌법 제1조에서 정하는 언론•출판의 자유의 보호영역 내에 존재한다고 인정하면서 보다 구체화되었다. 이후 브랜즈버그 대 하이예스 사건에서 미 연방대법원이 끝내 취재원에 관한 증언거부권을 인정하지 않으면서 위 권리의 법적 근거는 주 법률 내지 주 헌법 등으로 파악되었다.

현재 미국의 50개 주와 워싱턴 D.C 등 51곳 중 49곳은 명시적으로 취재원보호권을 인정하며, 그 중 42곳은 별도의 주 법률을 제정하여 이를 취재원보호권의 법적 근거로 파악한다. 나머지 7곳 중 취재원보호권을 수정헌법 제1조에서 직접 도출되는 기본권으로 파악하고 있을 가능성이 있는 곳은 미 연방헌법만을 그 근거로 삼은 주 보통법에 근거하여 취재원보호권을 인정하는 미주리와 버지니아, 2곳뿐이다. 그러나 전술한바 미주리는 미 연방헌법을 그 근거로 언급만 할 뿐이고, 버지니아는 취재원

보호권이 미 연방헌법상 기본권이 아니라는 점을 분명하게 밝혀두었다. 특정 권리의 궁극적인 근거를 헌법에서 찾는다고 하여 그것이 곧 그 권리가 헌법에서 직접 도출되는 기본권이라는 의미는 아니라는 의미다. 결국 미국에서 취재원보호권은 그 법적 근거를 법률에 두고 있을 뿐이다.

우리나라는 보통법 국가가 아니기 때문에 취재원보호권의 법적 근거를 보통법에서 찾을 수는 없다. 기자의 윤리 내지 직업의식 또한 취재원보호권의 일반적인 근거는 될 수 있을지언정 그 법적 근거가 될 수는 없다. 따라서 가능한 법적 근거는 크게 헌법과 법률, 둘 뿐이다. 취재원보호권의 법적 근거에 관한 미국의 논의를 참고할 때, 둘 중 무엇에 근거하여 취재원보호권을 인정할 수 있을 것인지는 결국 취재원보호권을 법적으로 보장할 필요성이 어느 정도인지에 달려있다. 이후 그 세부적인 헌법적 근거 내지 법률적 근거를 어디에서 찾아낼 것인지는 우리 법체계와의 정합성을 고려하여 결정해야 한다.

나. 취재원보호의 정책적 필요성

미국에서 기자들은, 비록 결과적으로는 실패했으나, 지속적으로 취재원보호권의 법적 근거를 수정헌법 제1조에서 찾고자 시도했다. 이는 헌법상의 권리가 곧 기본권의 지위를 가진다는 점을 고려할 때, 이들이 취재원보호권의 법적 지위를 직업적 특권으로 파악했던 사실과 모순된다. 그럼에도 불구하고 이들이 취재원보호권을 기본권으로 보장받고자 했던 이유는 명확하다. 자신들의 권리를 더욱 강력하게 보호받기 위해서다.

특정한 권리를 헌법상 기본권으로 보장하기 위해서는 개헌 내지는 헌법적 해석의 변경이 필수적이다. 다만 일단 헌법상 기본권으로 인정되고 나면 그 변경 또한 같은 절차를 거쳐야 하므로 법률상 권리에 비해 강하게 보장된다. 반면 특정한 권리를 법률상 권리로 보장하면 입법자의 결단에 의해 보다 쉽게 인정될 수 있지만 그만큼 쉽게 폐지될 수도 있다. 물론 시대의 흐름에 상대적으로 민감하게 반응할 수 있다는 장점이 있지만 그 권리의 보호정도는 헌법상 기본권으로 이를 보장하는 정도에 비할

바가 되지 못한다. 이는 우리나라의 경우에도 마찬가지이다.

취재원보호권을 헌법적 수준에서 보장할 필요가 없다는 견해는 크게 두 가지 이유에 기한다. 첫째, 취재원에 대한 보호보다 공정한 재판의 실현과 실체적 진실 발견이라는 형사소송법적 가치가 우선이다.[149] 둘째, 기자가 취재원보호권에 기대 익명의 취재원과 담합하여 오히려 보도의 질이 악화될 우려가 있다.[150] 그 결과 익명의 취재원이 언론을 선전의 도구로 악용하거나, 일종의 정보 카르텔(cartel)이 형성될 수 있다.[151]

위 이유들은 타당하지 않다. 먼저, 기자가 취재원보호권에 기대 익명의 취재원과 담합할 우려가 일리 있기는 하나, 이는 결국 이익형량과 선택의 문제이다. 취재원보호권이 보장되지 않을 경우에도 기사의 질이 하락할 우려는 마찬가지로 존재하고, 취재원보호권이 보장되지 않음으로써 보도가 제한되어 정보의 불균형이 일어날 가능성 역시 마찬가지로 존재한다. 오히려 기자가 취재원보호권을 내세워 취재원과 담합할 가능성은 세부적인 입법을 통해 얼마든지 제한할 수 있다.

다음으로, 취재원에 대한 보호와 형사소송법적 가치 중 무엇이 우선하는지의 문제 역시 이익형량과 선택의 문제이다. 재판의 공정성 제고와 실체적 진실의 발견 또한 중요한 가치임에는 이견이 있을 수 없다. 그러나 이를 우리 형사소송의 기치로 내거는 본질적인 이유는 헌법적인 질서와 사회정의를 바로세우기 위함이다. 그 궁극적인 목적을 이룰 수 있다면 이 또한 얼마든지 제한될 수 있는 법률적 가치에 불과하다. 실제로 후에 상술(詳述)할 바, 우리 형사소송법에서는 직업적 특권을 이유로 특정 직업인들에게 증언거부권과 압수•수색 거부권을 부여한다.

취재원보호권을 법률적 수준에서 보장했을 때의 한계는 구 언론기본법(1980. 12. 31. 법률 제3347호로 제정되어 1987. 11. 28. 법률 제3977호로 폐지되기 전의 것)의 제•개정 및 폐지 과정에서 명확히 드러났다. 상세히 살펴본 바와 같이 취재원보호권은 구 언론기본법에 기해 규정되

149) 지성우, 앞의 논문(주13), 11-12쪽.
150) 이희훈, “취재원 비닉권과 취재원 보호 입법에 대한 연구”, 『법학연구』 제18권 제4호(2007), 266-267쪽.
151) 지성우, 앞의 논문(주13), 12-13쪽.

었으나 사회적 분위기와 여론에 발맞춘 입법자들의 빠른 결단으로 구 언론기본법이 폐지됨과 동시에 사라졌다. 구 언론기본법의 제정취지가 애초에 헌법적 질서를 왜곡하는데 있었으므로 취재원보호권의 존재를 마냥 반길 상황은 아니었지만, 그렇다고 해도 취재원보호권을 여타 어떠한 법률에도 규정해두지 않고 구 언론기본법만을 폐지한 결단은 무척이나 아쉽다. 그 결과 2022. 4. 28. 채널A에 대한 검찰의 압수•수색이 이뤄지는 등 기자와 언론기관을 향한 수사기관의 압박은 현재진행형이다.

정부의 감시자로서의 공적 역할을 수행하는 기자와 언론기관이 도리어 그 견제 대상인 정부, 그 중에서도 행정부의 결단에 의거 가장 소중한 자산인 취재원조차 보호할 수 없다면 기자 내지 언론기관이 본연의 기능을 수행하기란 불가능에 가깝다. 따라서 취재원을 보호할 정책적 필요는 충분하다. 다만 취재원보호권을 법률상 권리로 파악할 때의 한계에도 불구하고 이를 헌법상 기본권으로 파악하기 위해서는 단순한 정책적 필요 이외의 강력한 헌법적 요청이 존재해야 한다.

취재원보호권을 헌법적 수준에서 강력하게 보장해야 한다는 견해는 크게 세 가지 이유에 근거를 둔다. 첫째, 취재원보호권이 인정되지 않으면 취재원의 협조를 얻기 어려워져 보도의 자유가 침해된다.[152] 그 결과 헌법 제21조 소정의 언론•출판의 자유에 기해 보장되는 언론기관의 독립성이 흔들린다. 한발 더 나아가 민주주의라는 정치체제 자체의 안정성이 흔들린다는 주장으로도 이어진다.[153] 이는 취재원보호권을 헌법적 수준에서 보장해야한다는 견해의 가장 일반적인 논리이다. 둘째, 취재원보호권이 인정되지 않으면 취재에 전심전력해야 하는 인력과 자원이 낭비된다.[154] 그 결과 언론기관이 정부의 감시자이자 여론 형성의 통로라는 본연의 공적 기능을 다하지 못할 우려가 있다. 셋째, 취재원 본인의 표현의 자유가 침해된다.[155] 이는 위축효과로 인해 기자들이 익명의 취재원을 취재한 결과를 좀처럼 보도하지 않으려하거나, 나아가 익명의 취재원

152) 이희훈, 앞의 논문(주150), 265쪽.
153) 이희훈, 앞의 논문(주150), 269쪽.
154) 지성우, 앞의 논문(주13), 11-12쪽.
155) 이희훈, 앞의 논문(주150), 265-266쪽.

에 대한 취재 자체를 꺼릴 가능성이 높기 때문이다.

취재원보호권을 헌법적 수준에서 강력하게 보장해야 하는 이유는 결국 하나로 모아진다. 먼저, 취재원보호권은 취재자의 권리이지 피(被)취재자의 권리가 아니다. 따라서 세 번째 이유, 즉 취재원 본인의 표현의 자유 침해 방지는 취재원보호권 보장의 반사적 효과에 불과하다. 그것이 단순한 반사적 효과가 아니라고 하더라도 취재원 본인의 표현의 자유는 취재원의 견해 등이 방해받지 않고 표현될 권리에 불과하지 그것이 언론기관을 통해 널리 알려질 권리는 아니다. 다음으로, 취재원의 협조를 얻기 어려워지는 문제와 언론기관의 인력 등이 낭비되는 문제는 결국 언론기관의 독립성이 흔들려 그 공적 기능을 다하지 못할 우려가 있다는 하나의 결과를 낳는다. 따라서 취재원보호권을 보장하지 않거나 법률적 수준에서 이를 보장했을 때 기자 내지 언론기관이 우리 헌법과 사회로부터 부여받은 공적인 역할을 감당하지 못할 우려가 있다면 취재원보호권을 헌법적 수준에서 강하게 보장해야 한다.

다. 법률상 권리로서의 취재원보호권

(1) 헌법적 보호필요성

그러나 취재원보호권에 그와 같이 강력한 헌법적 요청이 있다고 보기는 어렵다. 형사소송절차상 취재원보호권은 형사소송법상의 강제수사가 이루어지는 국면에서 주로 문제된다. 취재원보호권을 헌법상 기본권으로 보면, 위와 같은 경우 언제나 취재원보호의 필요성이 실체적 진실규명의 필요성보다 앞서는 결과를 낳는다. 그러나 형사소송법상의 강제수사 역시 실체적 진실의 발견이라는 헌법적 요청에 의거 입법자가 예정한 절차이므로 구체적 타당성의 요청에 따라 때로는 실체적 진실규명의 필요성이 취재원보호의 필요성을 앞설 수도 있다.

또한 취재원보호와 형사소송법상의 강제수사 모두 각 언론의 자유 보장 및 형사소송에서 실체적 진실의 규명이라는 헌법적 요청을 수행하기

위한 수단이므로 그 법적 등위가 동등하더, 따라서 일방이 타방을 언제나 앞선다고 기계적으로 판단하는 것은 부당하다. 이는 미 연방대법원이 니어 대 미네소타 사건과 브랜즈버그 대 하이에스 사건을 거치며 취재원보호권이 수정헌법 제1조에 근거하지만 실체적 진실의 발견이라는 가치와 비교형량하여 취재원보호로 인해 보호되는 공익이 더 큰 경우에 한해 취재원보호권을 인정한다는 입장을 취한 것과도 일맥상통한다.

(2) 체계정합성

그 뿐만 아니라 취재원보호권을 헌법에서 직접 도출되는 기본권으로 파악하면 현행헌법 하에서 형성된 사법질서(司法秩序)에 반한다. 우선, 취재원보호권을 기본권이라고 보는 순간 이를 제한하는 강제수사 모두 별도의 불복절차가 예정되어 있지 않은 한 헌법소원의 대상이 된다. 예컨대, 언론기관에 대한 압수•수색이 이뤄졌다면 그에 대한 헌법소원이 가능하다고 볼 여지가 있다.[156] 대법원은 지방법원 판사의 압수•수색영장 발부 재판에 대한 항고 등은 허용되지 않는다는 입장이기 때문이다.[157] 이는 영장주의에 의거 형사소송법상 강제수사를 규정한 취지를 사실상 몰각시키는 결과를 낳고, 소송 질서를 어지럽힌다.

다음으로, 취재원보호권을 헌법상 기본권이라고 볼 헌법체계상의 근거가 부족하다. 종래 국내의 논의를 종합하면 취재원보호권의 헌법적 근거는 크게 둘 중 하나로 파악되었다. 첫째, 헌법상 열거된 기본권의 내용이다. 취재원보호권을 헌법상 열거된 기본권의 내용을 파악하기 위해서는 두 가지 요건이 충족되어야 한다. ① 취재원보호권이 헌법 제21조 소정의 언론•출판의 자유를 실현하기 위한 핵심요소여야 한다. ② 언론•출판의 자유만이 취재원보호권의 단일한 헌법적 근거여야 한다.

요건 ①의 충족 여부를 판단하기 위해서는 세 가지 전제요건을 따져

156) 물론 형사소송법 제417조에 의거 압수 자체에 대한 불복이 가능하므로 사법경찰관 등의 압수를 집행행위로 보아 실제로는 헌법소원의 적법요건을 통과하지 못해 각하될 가능성이 높다.
157) 대법원 1997. 9. 29., 자, 97모66 결정.

보아야 한다. 첫째, 출판은 보도를 포함하는 개념이다(요건 ⓐ). 둘째, 보도는 취재를 통한 의사형성을 전제로 하므로 취재의 자유의 보호영역은 보도의 자유의 보호영역에 포함된다(요건 ⓑ). 셋째, 보도의 자유는 의사표현의 단계에 중점을 둔 권리인 반면 취재의 자유는 의사형성의 단계에 중점을 둔 권리이므로 이를 구분하여 보장하는 편이 기본권 보호에 도움이 된다(요건 ⓒ).

이를 모두 고려하여 [표 1]의 구분에 따라 언론·출판의 자유 내에서 취재원보호권이 자리한 위치를 파악할 수 있다. 먼저, 유형 ①-1과 유형 ①-5는 요건 ⓑ를 충족하지 못했다.[158] 언론·출판의 자유에서 곧바로 취재의 자유를 도출해내거나, 언론기관의 자유에서 곧바로 취재의 자유를 도출해낼 수 없기 때문이다 보도의 자유와 취재의 자유의 보호영역이 완전히 겹치지 않는다고 본 유형 ③, 그리고 보도의 자유의 보호영역에 의사형성 단계가 완전히 포함되지 않다고 보아 알 권리를 끌어들인 유형 ①-3도 마찬가지다. 보도의 자유에서 출판의 자유를 도출해낸 유형 ①-4와 보도의 자유와 취재의 자유를 뭉뚱그린 유형 ②는 각각 요건 ⓐ와 요건 ⓒ를 충족하지 못했다. 종래의 논의 중에는 유형 ①-2만이 전제요건을 모두 충족하여 살아남는다.

유형 ①-2와 같이 언론·출판의 자유에서 보도의 자유를, 보도의 자유에서 취재의 자유를, 취재의 자유에서 취재원보호권을 각 도출할 수 있다고 파악하는 경우 보도의 자유에 의해서 보호받는 보도주체의 자격에 제한이 없어진다. 그에 따라 취재의 자유에 의해서 보호받는 취재주체의 자격, 취재원보호권을 보장받는 취재주체의 자격에도 제한이 없어진다. 무분별한 보도와 취재까지 각 기본권의 보호영역에 포함시킬 수는 없다. 따라서 언론기관의 자유를 언론·출판의 자유로부터 도출하고 그 내용으로 보도의 자유를 파악해야 한다는 주장이 가능하다.

하지만 취재의 자유를 포함하는 보도의 자유가 반드시 언론기관의 자유에 포함된다고 보기는 어렵다. 물론 언론기관은 국민 개개인보다 그 사실적 입지가 탄탄하다. 언론기관은 국가권력에 의해 보도를 금지 내지

158) 이하에서 유형별 구분은 [표 1]의 구분에 따른다.

제한당하더라도 보도를 금지 내지 제한 당했다는 사실을 보도함으로써 공동체 구성원에게 알릴 수 있기 때문이다. 언론사에 대한 압수•수색도 해당 언론사를 비롯해 언론계가 합심하여 보도하였기에 세상에 알려질 수 있었다. 언론사를 비롯한 언론기관이 확보한 독자 내지 시청자는 그대로 언론기관의 힘이 된다. 개인은 그와 같은 힘을 갖고 있지 못하다.

물론 코로나19 바이러스의 확산으로 인해 봉쇄된 중국 우한과 상하이의 사례에서 알 수 있듯 정보통신기술의 발달로 SNS 등이 활발해지면서 개인이 목소리를 낼 수 있는 창구가 다양해졌다. 그러나 여전히 언론기관의 존재 없이 개인의 힘만으로 자유언론을 유지하기란 불가능에 가깝다. 유튜브, 트위치, 아프리카TV(AfreecaTV) 등의 플랫폼(platform)을 통해 수십, 수백만의 구독자를 거느린 1인 창작자들이 등장했다고는 하지만 위 플랫폼들의 이용층이 극히 한정적이다. 신문발행과 방송 송출을 통해 정해진 독자 내지 시청자에게, 다양한 소식을 네이버(NAVER), 카카오다음(KakaoDaum) 등 인터넷뉴스포털에 업로드(upload)함으로써 불특정 다수에게 보도 내용을 전할 수 있는 언론기관의 역량을 개인이 따라잡기에는 아직 그 격차가 무척이나 크다.

그럼에도 불구하고 소위 1인 매체를 통해 이뤄지는 보도 또한 보도의 자유의 보호영역에서 배제할 수는 없다. 그 보도의 정확성에 대한 논의는 차치(且置)하더라도 신생매체들의 보도 또한 언론기관의 보도와 마찬가지로 취재와 검토 과정을 거쳐 이뤄질 뿐만 아니라, 언론•출판의 자유가 보도의 기능을 언론기관에 전속시키고 있다고 보기 어렵기 때문이다. 보도의 자유를 언론기관의 자유에 종속시킬 경우 위와 같은 1인 언론인들 또는 소수 언론인들의 보도 및 취재행위가 언론•출판의 자유에 의해 보호받지 못할 우려가 있다. 그로 인해 전통적인 매체만이 존재하던 시절과 달리 보도의 자유를 언론•출판의 자유의 내용으로 직접 파악해야한다. 결국 유형 ①-2와 마찬가지로 취재의 자유를 보도의 자유의 내용으로, 보도의 자유를 언론•출판의 자유의 직접적인 내용이 된다.

이를 전제하고 취재원보호가 취재의 자유의 핵심요소인지 살펴본다. 취재의 각 단계를 고려할 때 취재원보호는 취재의 자유의 핵심요소가 아

니다. 취재는 ① 취재할 내용을 정하는 단계, ② 취재할 대상을 정하는 단계, ③ 취재원(협의의 취재원)을 취재하여 취재한 내용(광의의 취재원)을 수집하는 단계, ④ 취재한 내용(광의의 취재원)을 검토하는 단계, ⑤ 취재한 내용(광의의 취재원)을 최종적으로 정리하는 단계 등 크게 5단계로 구분된다(취재의 5단계).[159] 이 중 단계 ①과 단계 ②에서는 아직 취재원이 존재하지 않고, 단계 ④와 ⑤는 보도의 초입이고 취재 윤리 상 필요한 절차이지 필수불가결한 절차는 아니므로 취재의 핵심단계가 아니다. 그러나 정보를 수집하는 단계인 단계 ③이 없다면 취재라는 개념 자체가 성립하지 않을 뿐만 아니라 취재의 목적을 달성할 수 없고 그에 따라 보도의 단계로 나아갈 수도 없다. 따라서 단계 ③은 취재의 핵심단계이다. 단계 ③에서는 취재원에 대한 취재행위가 이뤄진다. 그러나 단계 ③은 정보를 수집하는 단계일 뿐이므로 기자가 취재원으로부터 정보를 수집함으로써 종료된다. 따라서 협의의 취재원과 그로부터 지득(知得)한 광의의 취재원에 대한 보호가 이뤄지지 않는다고 해도 그에 대한 보호 등은 단계 ③이 종료된 이후인 단계 ④ 내지 ⑤, 심지어는 취재의 각 단계 이후에야 문제될 뿐이므로 취재원보호를 취재의 핵심요소이자 취재의 자유의 핵심적인 내용으로 파악할 수는 없다.

둘째, 헌법상 열거되지 않은 기본권이다. 전술한바, 헌법상 열거되지 않은 기본권으로 파악되기 위해서는 세 가지 요건을 충족해야 한다. ① 명확한 헌법적 근거가 있어야 한다. ② 복수의 헌법적 근거가 있어야 한다. ③ 독자적인 보호영역을 갖추어야 한다. 취재원보호권은 언론•출판의 자유 이외의 헌법적 근거를 갖지 못하므로 요건 ②를 충족하지 못한다. 언론•출판의 자유와 양심의 자유 등에 관한 헌법재판소 판시를 참고할 때 취재원보호권의 보호영역은 언론•출판의 자유와 기타 기본권이 중첩적으로 보호하는 영역이 아니기 때문이다. 이에 위 권리를 열거되지 않은 기본권으로도 파악할 수 없다. 결국 취재원보호권을 헌법상 기본권으로 파악하려는 시도는 우리 헌법의 체계와 어울리지 않는다.

취재원보호권에 대한 정책적 필요성은 명백히 존재하나 헌법적 보호

159) 문재완, 『언론법: 한국의 현실과 이론』, 늘봄, 2008, 367쪽.

의 필요성은 분명하지 않다. 취재원보호권을 헌법상 기본권으로 파악할 경우 현행헌법 하 우리 사법체계와 맞지 않는다. 따라서 취재원보호권은, 그것이 헌법상 기본권의 내용이라는 국내 학계의 지배적인 견해와 달리, 헌법상 언론·출판의 자유로부터 직접 도출되는 기본권이 아니라 입법자의 결단에 의해 도입될 수 있는 법률상 권리에 불과하다.

2. 취재원보호권의 법적 지위: 직업적 특권

가. 미국 취재원보호권과의 비교

앞서 살펴본바, 미국에서는 취재원보호권의 법적 지위를 직업적 특권으로 파악했다. 이는 취재원보호권의 법적 근거에 관한 논의와 달리 시대의 흐름에도 불구하고 비교적 일관적이었다. 그 이유는 취재원보호권에 관한 논의가 증언거부권에서 출발했기 때문이다. 보통법에서는 증언거부권을 헌법적 기본권이 아닌 직업적 특권으로 파악했다. 보통법에 법적 근거를 둔 권리라면 그 법적 지위를 헌법적 수준에서 논하기 어렵다. 그 결과 취재원보호권에 관한 미국의 초창기 논의는 취재원보호권을 헌법상 기본권이 아닌 직업적 특권으로 파악할 수밖에 없었다.

이는 이후 기자들이 취재원보호권의 법적 근거를 수정헌법 제1조에서 찾기 시작하면서 얼마든지 수정될 수 있었다. 취재원보호권이 헌법적 권리라고 주장하면서 그 법적 지위만은 특정 직업만의 권리로 제한하는 것은 어색하다. 그러나 이들은 여전히 그 법적 지위를 직업적 특권으로 파악했다. 이는 역시 앞서 살펴본바, 권리의 주체를 기자로 한정하기 위한 목적 때문이었다. 취재원보호권이 논의되어 온 보통법적 전통과 취재원보호권에 관한 새로운 논의의 맥락인 권리장전 사이에서 길을 잃은 모양새다. 그 결과 미국 각 주 등 중에서 취재원보호권을 인정하고 있는 49곳은 모두 취재원보호권을 기본권이 아니라 직업적 특권으로 파악한다. 그에 따라 미국에서 취재원보호권, 즉 취재원에 대한 기자들의 증언거부특권은 변호사, 종교인 등의 특권과 함께 논의되었다.

앞서 취재원보호권의 법적 근거를 법률로 파악한 이상 그 법적 지위는 기자들의 직업적 특권 또는 일반 국민의 보편적인 법률상 권리 중 하나가 되어야 한다. 이에 미국의 사례와 마찬가지로 변호사, 종교인의 증언거부권에 관한 국내 논의를 참고하여 구체적인 법적 지위를 살핀다.

나. 직업적 특권으로서의 취재원보호권

우리나라에서 변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사, 세무사, 대서업자, 의사, 한의사, 치과의사, 약사, 약종상, 조산사, 간호사, 종교의 직에 있는 자에 또는 이러한 직에 있던 자가 그 업무상 위탁을 받은 관계로 알게 된 사실로서 타인의 비밀에 관한 것은 형사소송법 제149조에 의거 그 직에 있는 자 또는 있던 자가 증언을 거부할 수 있다. 이에 관한 국내의 논의 대부분은 미국의 논의와 마찬가지로 이러한 증언거부권을 직업적 특권으로 파악한다.[160] 다만 그 법적 근거에 대해서는 다소 견해의 차이가 존재한다. 첫째, 증언거부권은 헌법과 형사소송법이 정한 핵심사항이므로 헌법상 보장된 기본권의 본질적인 내용에 기한다(견해 ①).[161] 둘째, 증언거부권의 직접적인 법적 근거는 형사소송법, 즉 법률에 있으나 그 모법은 헌법이다(견해 ②).[162] 셋째, 증언거부권의 직접적인 법적 근거를 증거법, 즉 법률과 직업윤리에 있다(견해 ③).[163] 다만 견해 ③에서 증언거부권의 법적 근거로 파악한 직업윤리는 형식적 법률이 아니므로

160) 손재영, “통신제한조치와 증언거부권”, 『법학논총』 제19권 제2호(2012), 204쪽; 윤종행, “변호사와 의뢰인간의 대화내용에 대한 증언거부권”, 『법학논총』 제31권 제2호(2018), 293-294쪽; 김태봉, “변호사의 비밀유지의무”, 『법학논총』 제36권 제4호(2016), 258쪽; 최윤희, “변호사의 비밀유지의무”, 『일감법학』 제32권(2015), 474쪽; 정형근, “변호사의 비밀유지의무”, 『외법논집』 제35권 제4호(2011), 245쪽, 정인진, “변호사의 비밀유지의무”, 『저스티스』 제104호(2008), 140쪽; 윤종행, “종교인과 신자가 나눈 대화내용에 대한 증언거부의 특권”, 『법학연구』 제30권 제4호(2019), 169-170쪽.
161) 윤종행(2018), 앞의 논문(주160), 311쪽.
162) 정형근, 앞의 논문(주160), 241쪽.
163) 정인진, 앞의 논문(주160), 140쪽.

법적 근거를 논함에 있어서는 유효한 근거가 아니다. 따라서 결국 증언거부권의 직접적인 법적 근거가 헌법인지, 법률인지의 문제로 좁혀진다.

전술한바, 권리의 법적 근거를 헌법상 열거된 기본권의 내용으로 파악하기 위해서는 그것이 열거된 기본권을 실현하기 위한 핵심적인 내용이어야 한다. 견해 ①은 의뢰인과 교환한 정보의 내용에 대한 변호인의 증언거부권 행사의 헌법적 근거로 헌법 제12조 제4항을 제시한다.[164] 그러나 변호인의 증언거부권이 변호인의 조력을 받을 권리를 실현하기 위한 핵심적인 내용이라고 보기 어렵다.

변호인의 조력을 받을 권리는 의뢰인의 기본권이다. 변호인과 의뢰인 간의 신뢰관계에 대한 보호가 요구되기 때문에 상담내용에 대한 변호인의 비밀유지의무는 헌법에 근거한 의뢰인의 기본권의 내용으로 변호인에게 부과된다.[165] 마치 종교적 고해비밀의 보호가 종교의 자유로 보호되듯, 변호인의 비밀유지의무가 변호인의 조력을 받을 권리로 보호될 뿐, 이로부터 변호인의 특권을 도출할 수는 없다.[166] 결국 그 법적 지위가 직업적 특권으로 파악되는 직업인의 업무상 증언거부권의 직접적인 법적 근거를 헌법이 아닌 법률에서 찾는 견해 ②가 타당하다.

여타 직업인의 업무상 증언거부권과 취재원보호권은 중요한 부분에서 닮아있다. 첫째, 그 직접적인 근거가 법률에 있다. 앞서 살펴본바 취재원보호권은 헌법으로부터 직접 도출되는 기본권이 아니다. 취재원의 보호가 언론•출판의 자유의 내용인 취재의 자유의 핵심적인 내용이 아니기 때문이다. 직업인의 업무상 증언거부권 또한 그 자체로 헌법상 기본권의 핵심적인 내용이 아니므로 마찬가지로 그 법적 근거는 법률이다.

둘째, 각 주체에 대향(對向)하는 이들의 기본권을 보장하기 위해 각 권리의 주체에게 해당 권리를 인정해준다. 예컨대, 변호인의 증언거부권은 의뢰인의 변호인의 조력을 받을 권리를 보호하기 위해서 보장되며, 종교인의 증언거부권은 신자의 종교의 자유를 보호하기 위해 보장된다. 취재원보호권 역시 협의의 취재원의 통신의 비밀과 자유, 자기결정권 등

164) 윤종행(2018), 앞의 논문(주160), 311쪽.
165) 손재영, 앞의 논문(주160), 204-205쪽.
166) 손재영, 앞의 논문(주160), 206-207쪽.

을 보호하기 위해 보장되는 측면이 강하다.

셋째, 그 주체가 특정 직업인으로 제한된다. 직업인의 업무상 증언거부권의 주체는 법규범의 문언 상 해당 직업인으로 제한된다. 취재원보호권의 주체는 입법에 따라 달라질 것이나 그 취지를 고려할 때 최소한 '보도의 목적으로 취재를 하는 자'로 제한되어야 한다. '보도의 목적으로 취재에 하는 자'를 취재원보호권의 1차적인 주체로 삼는 순간 취재원보호권이 직업적 특권인지, 일반 국민의 보편적인 법률상 권리인지에 대한 논의는 곧 취재원보호권의 주체가 생계를 유지하기 위해 위 행위를 하는 자들로 제한되는지 여부에 대한 논의로 좁혀진다.

이는 원칙적으로 입법자의 결단에 달린 문제이나, 취재원보호권의 주체는 생계를 유지하기 위해' 취재행위를 하는 기자들로 한정된다고 보는 편이 현행 사법체계에 보다 잘 어울린다. 물론 취재원보호권의 성격은 변호인에게 보장된 특권의 그것과 다소 달라서 특정 자격이 있는지 여부가 아니라 특정한 행위를 하는지 여부에 따라 그러한 권리의 유무가 결정되어야한다고 볼 여지가 있다. 종래 특정 직업인들에게 주어진 특권은 전통적인 직업적 윤리를 존중한다는 의미가 강하나 취재원보호권은 그에 비해 취재원의 신원과 취재행위 자체에 대한 보호의 필요성이 유의미하게 높아 보이기 때문이다. 그러나 취재원보호권에 대한 논의가 시작된 18세기 전반 미국에서 취재원보호권은 기자의 윤리 내지 직업의식의 발로라는 측면에서 논의되기 시작하였다는 점을 고려하면 취재원보호권 또한 직업인의 직업적 윤리를 보호하기 위한 목적을 분명히 갖는다.

특히 취재자와 피취재자 간 정보의 출처를 보호하기로 하는 약정이 존재했던 경우에는 더욱 그러하다. 예컨대, 현행법상 종교인은 국가적 자격을 전제하는 변호인과 달리 특정 종교에 종사한다는 사실만으로 신자와의 신뢰관계가 전제되어 증언거부특권을 보장받는다. 이를 생계를 유지하기 위해 취재행위에 나서 취재원과의 별도약정을 통해 그 신원 등이 보호될 것이라는 신뢰관계를 형성한 기자의 경우와 달리 볼 이유가 없다. 따라서 취재원보호권의 법적 지위를 기자 등의 직업적 특권으로 보되, 그 작용영역을 획정하는 과정에서 구체적인 권리주체를 정한다.

제 2 절 취재원보호권의 민•형사소송상 작용

1. 취재원보호권의 주체

취재원보호권을 직업적 특권으로 파악할 때 그 작용영역을 확정하기 위해서는 취재원보호권의 주체인 기자의 범주부터 명확히 획정해야 한다. 기본권의 주체는 원칙적으로 우리 헌법의 효과를 받는 모든 이들이므로 그에 대한 별도의 논의를 펼칠 실익이 크지 않은 경우가 대부분이다. 그러나 직업적 특권의 주체는 특정 직업인들로 한정되기 때문에 그 주체를 해당 직업인 모두로 볼지, 그 중 특정한 자격을 갖춘 일부로 볼지, 후자라면 그 구분기준은 무엇인지에 관한 논의가 필요하다. 정교한 논의 없이 '보도의 목적으로 취재에 나선 모두'에게 취재원보호권이라는 명목의 권리를 인정했다가는 사법체계가 마비될 것이 명백하다.

얼핏 한국기자협회 내지 한국방송기자연합회에 소속된 기자만을 취재원보호권의 주체가 되는 기자로 파악하거나, 일정 규모 이상의 언론기관에 소속된 기자만을 취재원보호권의 주체가 되는 기자로 파악하면 간단하게 풀리는 문제로 보인다. 그러나 형평성의 문제가 남는다. 예컨대, 한국방송기자연합회에는 종합편성채널인 JTBC의 기자들이 소속되어 있으나, 같은 종합편성채널인 TV조선의 기자들은 소속되어 있지 않다.[167] 취재원보호권의 주체가 되는 기자의 범위를 전자와 같이 획정하면 JTBC의 기자들은 취재원보호권을 인정받지만 TV조선의 기자들은 취재원보호권을 인정받지 못한다. 또한 후자와 같이 파악하면 일정규모 이하의 언론기관에 소속된 기자들은 취재원보호권을 인정받지 못한다. 취재원보호권이 보장되길 더욱 간절히 바라는, 그것이 절실히 필요한 이들은 정작 규모가 작은 언론기관에 소속된 기자들이다. 따라서 취재원보호권의 주체를 정하기 위해 취재원보호권의 법적 근거를 다시 들여다본다.

취재원보호권은 직접적인 법적 근거를 법률에 둔 법률상 권리지만 그

167) 한국방송기자연합회, "지회 현황"(http://reportplus.kr/연합회-소개/, 최종접속일 2023.01. 31.).

궁극적인 근거를 언론•출판의 자유에 둔다. 각 법률은 헌법적 근거 하에서 정당화될 수 있을 뿐이며, 그 직접적인 법적 근거를 주 법 또는 주 보통법에 두면서도 궁극적인 법적 근거를 수정헌법 제1조에서 찾는 미국 취재원보호권의 사례가 이를 잘 보여준다. 앞서 살펴보았듯 1인 매체 등의 등장으로 보도의 주체가 더는 언론기관으로 한정되지 않아 보도의 자유는 언론•출판의 자유로부터 직접 도출된다. 따라서 취재원보호권의 주체는 언론기관에 소속된 자들로 한정되지 않는다.

그렇다면 사실상 취재행위에 나선 국민 전체가 그 주체가 된다. 취재원보호권을 기본권이 아닌 법률상 권리로 파악하는 이상 이는 불가능한 결론이다. 따라서 미국 각 주가 취재원보호권의 작용 국면을 제한한 방식을 차용할 필요가 있다. 그에 따르면 '생계유지를 위하여 보도의 목적으로(목적의 제한) 취재행위에 나선(행위의 제한) 자연인과 법인'이 취재원보호권의 주체가 되어야 한다. 이 때 법인은 언론기관으로 제한된다. 이 때 사보(社報) 등 법인들 내부의 언론•출판 행위의 처리가 어렵다. 사보 등의 출판을 위해 취재에 나선 이들 개인은 당연히 취재원보호권의 주체가 되지만 사보를 출판하는 부서 내지 기관은 법인의 기관이므로 취재원보호권의 주체가 되기 어렵다.

2. 민사소송에서의 작용

취재원보호권이 인정되는 한 그에 대한 입법 내지 관련 판례의 경향에 따라 구체적인 작용방식은 달라진다. 다만 취재원보호권이 민•형사소송에서 작용함에 따라 변화할 대체적인 방향성을 살펴본다. 먼저, 민사소송에서는 '생계를 유지하기 위해 보도를 위한 목적으로 취재행위에 나선 개인 내지 언론기관'이 그들의 보도가 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하지 않은 한 민사소송에서 법정증언을 거부할 수 있는 방향으로 입법되어 운용되어야 한다.

미국 각 주도 민사소송의 경우 취재원보호권을 절대적으로 인정하거나, 일부 예외를 둔다고 해도 명예훼손에 대한 손해배상청구소송 등 수정헌법 제1조의 보호범주에서 벗어나는 명예훼손 관련 민사사건을 제외하는데 그친다. 우리나라도 헌법 제21조 제4항에서 명시적으로 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하는 언론•출판을 헌법적 보호의 대상에서 제외하고 있으므로 그와 다를 것이 없다.

다만 취재원보호권 도입의 실익은 크지 않다. 민사소송법 제315조는 제1호에 형사소송법 제149조와 동일한 내용의 열거조항을 두면서도 동조 제2호에 기술 또는 직업의 비밀에 속하는 사항에 대하여 신문을 받을 때 증인이 증언을 거부할 수 있다고 규정해두었다. 취재원은 기자의 직업의 비밀에 속하는 사항이므로 취재원보호권이 도입되지 않은 현행 법체계 하에서도 기자가 이를 근거로 민사소송에서의 증언을 거부할 여지가 있다.[168] 형사소송의 경우와 달리 민사소송의 제1목적은 당사자 간의 권리의무 확정과 분쟁의 신속한 해결이지 실체적 진실의 발견이 아니므로 이와 같은 증언거부권의 확대가 어색하지도 않다.

---

168) 양재규, "취재원 공개를 거부한 기자의 법적책임에 관한 검토", 『언론중재』 제97권(2005), 87-89쪽; 박용상, 앞의 책(주27), 326쪽.

3. 형사소송에서의 작용

가. 작용영역의 확장

3장에서 살펴본바, 미국에서 수정헌법 제1조를 근거로 논의되었던 취재원보호권은 법정에서의 증언거부권으로 한정된다. 그에 따르면 취재원보호권은 우리나라에서 현행법상 기자의 진술거부권이 인정되고 있는 영역만을 포괄한다. 그러나 국내의 취재원보호권에 대한 논의가 이에 기속될 이유는 없다. 미국의 취재원보호권이 증언거부권에 한정된 것은 그것의 보통법적 전통 때문이다. 이에 구속되지 않는 우리로서는 취재원보호권의 취지에 따른 효과를 제고하기 위해서 취재원보호권이 어느 영역에까지 작용할 수 있는지의 실질을 따져볼 수 있다.

2장에서의 논의를 참고하면, 취재원보호권을 형사소송에서의 증언거부권으로 한정할 경우 기자는 기자 자신 또는 언론기관에 대한 압수•수색, 기자의 통신기록에 대한 조회 등으로부터 보호받지 못한다. 수사단계에서의 진술 또한 별도의 법률에 의해 보호받지 않는 한 보호받지 못한다. 따라서 이와 같이 볼 경우 취재원을 실질적으로 보호하는 효과를 기대할 수 없고, 그렇다면 이를 보장할 실익이 없다. 따라서 취재원보호권의 작용영역은 형사대배심에서의 증언거부권보다 넓게 파악되어야 한다.

실제로 독일에서는 연방형사소송법 제97조 제5항[169]에 기해 기자의 증언거부권의 보호영역을 취재원에 대한 압수•수색까지 확대했다.[170] 독일은 미국과 달리 기자의 증언거부권을 헌법적 권리로 파악한다.[171] 우리 형사소송법 또한 제112조에 변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사, 세무사, 대서업자, 의사, 한의사, 치과의사, 약사, 약종상, 조산사, 간호사, 종교의 직에 있는 자 또는 이러한 직에 있던 자 등 형사소송법 제149조에 의해 증언거부권을 갖는 자는 그 업무상 위탁을 받아 소지 또는 보관

169) StPO, 97.5
170) 김민정, 앞의 논문(주13), 140쪽.
171) 권순민, 앞의 논문(주11), 237쪽.

하는 물건으로 타인의 비밀에 관한 것에 대한 압수를 거부할 수 있다고 규정해두었다. 형사소송법 제149조 소정의 증언거부권은 직업적 특권이므로 동법 제112조 소정의 압수•수색 거부권 또한 직업적 특권으로 파악된다. 위와 같은 규정의 형식 자체가 곧 증언거부권의 실질적인 보장을 위해서는 압수•수색에 대한 거부권이 필수적이라는 입법자의 결단을 드러낸다. 따라서 '보도를 목적으로 취재행위에 나선 자연인과 법인'에 대한 압수•수색 또한 취재원보호권이 작용하는 영역으로 포섭된다. 여기에는 협의의 취재원뿐만 아니라 광의의 취재원 또한 취재원보호권에 의거 보호된다는 의미가 숨어있다.

나. 수사기관 내지 법정에서의 진술거부

기존의 논의를 참고할 때 취재원보호권의 형사소송상 작용양태는 크게 네 영역으로 나누어 살펴보아야 한다.[172] 기자가 향유할 취재원보호권의 구체적인 작용에 관한 논의는 그 중에서도 수사기관 내지 법정에서의 진술 거부부터 시작된다(영역 ①). 1952년 '아사히신문사(朝日新聞社) 소속 기자 증언거부 사건'이 영역 ①에 속하는 대표적인 사례이다. 이는 일본에서 취재원보호권이 최초로 쟁점화된 사건이었다.[173]

1952년 당시 아사히신문이 세무서원에 대해 발령된 체포영장의 내용과 동일한 내용의 기사를 싣자 일본 수사기관은 누군가 직무상 지득한 비밀을 누설하였다고 판단해 수사를 개시하였다. 후일 피의자가 기소되어 재판에 회부되자 일본 검찰은 위 기사를 쓴 취재기자를 증인으로 신청했고 법원은 이를 받아들였다. 일본에서는 증인으로 선정된 이상 법정에서 증언을 거부할 수 없다. 일본 형사소송법 제161조 제1항[174]이 정당한 이유 없이 선서 또는 증언을 거부한 자는 1년 이하의 징역 또는 30만 엔 이하의 벌금에 처하도록 규정하기 때문이다.

---

172) 오유승, 앞의 논문(주65), 10-13쪽.
173) 박용상, 앞의 책(주27), 319-320쪽.
174) 正当な理由がなく宣誓又は証言を拒んだ者は、一年以下の懲役又は三十万円以下の罰金に處する。

그러나 법정에 출석한 기자는 아래와 같이 주장하며 증언을 거부했다.

> 표현의 자유는 헌법 제21조 제1항에 의하여 보장되며 이 표현의 자유를 달성하기 위해서는 취재의 자유도 인정되어야 한다. 또 취재의 자유를 유지하기 위해서는 취재원을 은닉할 필요가 있기 때문에 … 취재원을 은닉하는 것은 취재원에 대한 도의일 뿐만 아니라 … 표현의 자유를 지키는데 있어 절대적으로 필요한 수단이다. … 취재원의 은닉은 표현의 자유를 보장한 헌법 제21조 제1항에 의해 보호되어야 하므로 신문기자가 취재원에 대한 증언을 거절하는 경우는 형사소송법 제161조 소정의 '정당한 이유' 있는 경우에 해당한다.[175]

일본 최고재판소는 아래와 같이 판시하며 기자가 취재원 보호를 이유로 들어 법정에서의 진술을 거부할 권리를 부정했다. 일본 최고재판소는 헌법 제21조 제1항이 국민 모두에게 평등하게 표현의 자유를 보장할 뿐 기자에게 특별한 권리를 추가로 보장해주지 않으므로 기자에게만 법정증언을 거부할 특권을 인정할 수 없다고 보았다.

> 개인적인 도의에 의거 비밀로 해야 하는 일에 대해서도 증언할 수 있어 그 결과 불신을 불러일으키고 원한을 살 수 있으므로 증인으로서 법정에 출두해 증언하는 것은 개인에게 큰 희생이고 … 재판은 원칙적으로 사건 당사자 간의 일이나 … 실체적 진실을 발견하는 것이 사법재판의 사명이고 증인의 증언을 강제하는 것이 그 사명의 달성에 필수적이므로 증언을 강제할 수 있다. … 헌법 제21조 제1항은 일반 국민에게 평등하게 인정된 것이고, 신문기자에게 특별한 권리를 준 것이 아니다. … 특별한 권리를 보장할지 여부는 입법에 맡겨진 것이지 헌법 제21조에 의해 보장되는 것은 아니다. 따라서 원판결을 공격하는 논지는 이유 없다.[176]

---

175) 最高裁判例 昭和25(あ)2505 刑事訴訟法第一六一條違反
176) 最高裁判例 昭和25(あ)2505 刑事訴訟法第一六一條違反

우리나라에서 영역 ①의 경우 취재원보호권은 주로 법정에서의 증언거부와 관련되어서만 논의되었다. 이는 첫째, 기자 본인이 피의자 내지 피고인이 된 경우 형사소송법 제244조의3 및 동법 제283조의2에 의거 그 진술을 거부할 수 있기 때문이다. 둘째, 타인의 수사절차에서 기자가 취재원에 대한 진술을 거부하는 경우 기자는 피의자가 아닌 참고인 신분으로 조사를 받게 되고 형사소송법 제221조에 의거 참고인 조사는 임의조사에 불과하므로 기자는 그 출석요구에 불응할 수 있기 때문이다. 출석요구에 응하더라도 형사소송법 제317조를 준수해야하므로 피의자에 준하여 참고인에게도 진술거부권이 보장된다.[177]

따라서 취재원보호권의 보장이 문제되는 실질적인 상황은 타인의 소송절차에서 기자가 취재원에 대한 진술을 거부하는 경우뿐이다. 기자는 형사소송법 제221조의2, 제146조에 의거 증인 신분으로 법원의 신문에 응할 의무를 진다. 형사소송법 제149조는 열거조항이므로 그에 포함되어 있지 않은 기자는 증언을 거부할 수 없다.[178]

다만 그 실익이 없더라도 기자가 법정에서 피고인으로서 진술을 거부하는 경우 또한 취재원보호권과 관련하여 문제되는 상황으로 파악해야 한다. 현재의 상황은 우연한 입법의 결과일 뿐 취재원보호권이 인정된 결과가 아니기 때문이다. 취재원보호권이 인정되면 수사단계에서의 소환불응 내지 진술거부 또한 취재원보호라는 명확한 목적 하에 제정된 입법에 의거 인정할 수 있으므로 그 성격은 물론 보호의 정도와 범위가 달라진다. 영역 ①에서 현행법상 형사소송 절차에서 기자의 진술거부권이 인정되는지 여부를 정리하면 아래 [표 5]과 같다.

177) 양재규, 앞의 논문(주168), 91쪽.
178) 양재규, 앞의 논문(주168), 87-89쪽; 박용상, 앞의 책(주27), 326쪽.

절차	기자의 신분	진술 거부 가부	법적 근거
수사기관	참고인	△	-[179]
	피의자	O	형사소송법 제244조의3
법정	증인	X	-[180]
	피고인	O	형사소송법 제283조의2

[표 5] 현행법상 기자의 진술거부권 인정 여부

다. 압수·수색 거부

그동안 기자와 언론기관은 종종 취재원 보호를 이유로 압수·수색을 거부해왔다(영역 ②). 물론 그 법적 근거의 미비로 인해 성공한 바를 찾기는 어렵다. 1989년 '한겨레신문사 압수·수색 사건'이 대표적인 사례이다. 이는 1980. 12. 31. 법률 제3347호로 제정되어 시행된 언론기본법이 1987. 11. 28. 법률 제3977호로 폐지되면서 언론기관에 대한 압수·수색 금지규정이 사라진 이후 우리나라에서 언론기관의 편집국이 압수·수색의 대상이 된 최초의 사건이었다.[181]

1989년 당시 국가안전기획부는 서경원 전 의원의 밀입북 사건을 수사하면서 이를 취재한 한겨레신문사 소속 기자에 대해 국가보안법상 불고

179) 참고인에 대한 수사기관의 조사는 형사소송법 제221조 제1항에 기해 이뤄진다. 참고인의 출석의무에 관해 규정한 명문의 형사소송법 조항은 존재하지 않으나 형사소송법 제221조의2 제1항에서 출석을 거부한 참고인에 대한 검사의 증인신문청구권을 규정하고 있으므로 참고인은 형사소송법 제221조 제1항에 기한 출석 및 조사요구에 응할 의무가 없다고 해석할 수 있다.

180) 민사소송에서는 증언거부가 허용될 여지가 있으나 형사소송에서는 없다.

181) 한겨레, "한겨레는 '친북'언론인가요?", 2018.5.15.자 기사 (https://www.hani.co.kr/arti/society/archives/844712.html, 최종접속일 2023.01.30.).

지죄 혐의로 사전구속영장을, 그 자택과 병실에 대해 압수•수색영장을, 그리고 한겨레신문사 편집국에 대해 압수•수색영장을 각 발부받았다. 한겨레신문사 편집국에 대한 압수•수색영장의 대상은 서 전 의원으로부터 북한방문 목적과 입북경위, 김일성과의 대화 내용 등을 취재해 적어놓은 수첩과 서 전 의원이 북한에서 촬영한 흑백사진 4장, 조선민주주의인민공화국이라고 인쇄된 메모지 20여 매 등이었다.[182] 국가안전기획부는 압수•수색영장을 집행하여 한겨레신문사 편집국 내에서 서 전 의원의 방북과 관련된 사진 21장 등의 취재자료를 압수하고 이를 저지하던 기자 12명을 강제로 연행했다.[183] 다만 기자의 취재수첩은 압수하지 않았다.[184]

언론계는 이에 대해 즉각 항의하였다. 한겨레신문사 편집국에 대한 압수•수색 직후 한겨레신문사 편집위원장과 부위원장이 사퇴했고 한겨레신문사 전 직원 명의로 “언론활동의 기초이며 언론인윤리의 핵심이 되는 취재원보호원칙을 무시하고 편집국에 대해 압수•수색을 실시한 행위는 세계언론사에 유례를 볼 수 없는 폭거”라는 항의 성명을 발표했다.[185] 한겨레신문사와 언론노련 등 언론단체들은 압수•수색의 위헌성을 지적하고 취소를 요구하는 준항고를 제기했으나 받아들여지지 않았다. 이들은 항의서를 통해 “한겨레 난입은 언론의 심장부 편집국을 유린함으로써 언론자유를 부정한 대국민 도전행위”라고 비난했다.[186]

---

182) 한국경제신문, “한겨레신문사 10일 압수 수색할 듯...안기부”, 1989.07.10.자 기사(https://www.hankyung.com/news/article/1989071000191, 최종접속일 2023.01.30.).

183) 기자협회보, “89년에도 한겨레 압수•수색 파동”, 2003.8.13.자 기사 (http://m.journalist.or.kr/m/m_article.html?no=6175, 최종접속일 2023.01.30.).

184) 한겨레, “안기부, 본사 편집국 강제수색”, 1989.07.13.자 기사 (https://search.hani.co.kr/search?searchword=&sort=desc&startdate=1989.07.13.&enddate=1989.7.13., 최종접속일 2023.01.30.).

185) 동아일보, “한겨레신문 수색 강행”, 1989.07.12.자 기사 (https://www.donga.com/archive/newslibrary/view?ymd=19890712, 최종접속일 2023.01.30.).

186) 기자협회보, 앞의 기사(주181).

이후 수사기관은 언론기관에 대한 압수•수색을 지속적으로 시도했다. 2003년 6월에는 양길승 전 청와대 부속실장의 몰래카메라 사건과 관련하여 몰래카메라 테이프 원본의 제출을 요구하며 SBS 본사에 대한 압수•수색을 시도했으나 소속 기자들의 반발로 무산되었다. 당시 기자협회 SBS 지회는 성명을 내고 “취재원 보호라는 언론의 의무를 다하기 위해 부득이 압수•수색 영장 집행을 저지할 수밖에 없었다.”라고 밝혔다.

2007년 7월에는 《신동아》 6, 7월호에 소위 ‘최태민 보고서’가 게재된 경위를 조사하겠다며 동아일보 본사 7층 전산실에 대한 압수•수색을 시도했으나 소속기자들의 반발로 무산되었다. 당시 동아일보 기자들은 “법집행을 가장한 국가기관의 언론자유 침해에 맞서 절대 물러설 수 없다 … 취재원 보호 원칙을 목숨처럼 아끼고 지켜나갈 것”이라는 내용의 성명을 내며 항의했다.[187]

2020년 4월에는 채널A 소속 기자가 신라젠 사건 취재 과정에서 부적절한 행동을 했다는 소위 ‘검언유착’ 의혹과 관련해 채널A 본사에 대한 압수•수색을 시도했으나 역시 소속기자들의 반발로 무산되었다. 이에 대해 한국기자협회는 “보도본부는 기자들이 취재원으로부터 얻은 정보를 보관하는 공간일 뿐만 아니라 권력을 감시하고 부패한 사회를 고발하는 언론사의 핵심 공간 … 이와 같은 공간에 검찰 수사 인력을 투입해 강압적으로 수색을 시도하는 것은 명백한 언론 자유 침해에 다름 아니”라며 항의 성명을 냈다.[188]

위 네 사건들을 다시 두 영역으로 나뉜다. 첫째, 수사기관이 취재원의 신원을 이미 특정한 경우이다(영역 ②-1). ‘한겨레신문사 압수•수색 사건’이 여기에 속한다. 이 사건의 경우 국가안전기획부는 기자의 취재원이 서 전 의원이라는 사실을 이미 알고 있었다. 따라서 이 경우에는 언론기

187) 기자협회보, “언론사 압수•수색 시도 사례”, 2008.07.16.자 기사 (http://m.journalist.or.kr/m/m_article.html?no=17995, 최종접속일 2023.01.30.).
188) 동아일보, “檢, 채널A 보도본부 압수•수색 시도 기자협회 ”언론자유 침해“ 중단 촉구”, 2020.04.29.자 기사 (https://www.donga.com/news/article/all/20200429/100849192/1, 최종접속일 2023.01.30.).

관에 대한 압수•수색이 진행되더라도 취재원 자체의 신원이 밝혀질 위험이 없다. 둘째, 수사기관이 취재원의 신원을 아직 특정하지 못한 경우이다(영역 ②-2). 'SBS 본사 압수•수색 사건', '동아일보 본사 압수•수색 사건', '채널A 본부 압수•수색 사건'이 여기에 속한다. 이 사건들의 경우 수사기관은 최소한 외부적으로는 기자의 취재원이 누구인지 명확하게 특정하지 못하고 있었다. 따라서 이 경우에는 언론기관에 대한 압수•수색이 진행될 경우 취재원 자체의 신원이 밝혀질 위험성이 있다.

취재원보호권을 취재원의 신원을 공개하지 않을 권리로만 협소하게 이해한다면 영역 ②-1로 분류되는 사안의 경우 그 대상에 포함되지 않는다. 그러나 언론기관에 대한 압수•수색을 통해 비로소 취재원의 신원을 뒷받침하는 근거를 찾을 수 있으므로 이 또한 취재원보호권의 대상에 포함된다. 그 뿐만 아니라 압수•수색의 대상이 되는 물건 자체도 광의의 취재원으로 이해할 수 있으므로 영역 ②-1로 분류되는 사안 전체는 취재원보호권이 작용하는 대상이다. 다만 압수•수색은 영장주의에 의거 법원에서 발부한 영장에 기해 이뤄진다. 따라서 취재원보호권이 입법될 경우 법원이 영장심사과정에서 영장발부 필요성을 판단할 때 취재원보호권을 아울러 고려하는 방식으로 운용해야 한다.

라. 통화내역 조회 거부

최근에는 광의의 취재원에 대한 압수•수색에서 한발 더 나아가 기자가 수사기관의 통화내역 조회를 거부하는 행위 또한 취재원보호권이 작용하는 영역 내에 자리하는지 논의된다(영역 ③).[189] 증언거부권이 있는

189) 오유승은 앞의 논문에서 영역 ③의 경우 통신비밀보호법의 개정으로 관할 지방법원 또는 지원의 허가를 받아야 통신 사실 자료를 요청할 수 있게 되어 법원의 심사를 한 번 더 거쳐야 하는 구조를 취하게 되었으므로 통신 사실 확인 자료를 신청할 수 있는 검사 또는 사법경찰관, 그리고 정보수사기관의 장이 법원의 견제를 받게 되어 그 위험성이 감소하였고, 그 결과 관련 문제 상황이 더는 발생하지 않으리라 추측했다. 실제로 통신비밀보호법 제13조가 2005. 5. 26. 법률 제7503호로 개정되면서 검사 또는 사법경찰관이 통신사실 확인자료제

자에 대한 통신제한조치는 첫째, 사생활의 핵심영역을 침해하는 것으로서 헌법 제10조 소정의 인간의 존엄과 가치에 반할 우려가 있고, 둘째, 헌법 제12조 제1항 소정의 적법절차원리에 반할 우려가 있다.[190] 취재원보호권은 영역 ①에서 작용하므로 취재원보호권의 주체에게는 증언거부권이 인정된다. 따라서 취재원보호권의 주체에 대한 통신제한조치는 그 자체로 현행법에 위반된다. 그렇다면 통신제한의 정도에 이르지 않는, 단순통화내역 조회는 어떠한가?

정보통신기술의 발달로 인해 전화를 통한 의사소통은 과거에 비해 잦아졌다. 따라서 기자의 통화내역 조회만으로도 취재원의 신원이 쉽게 밝혀진다. 2021년 'TV조선 기자 통화내역 조회 사건'이 대표적인 사례이다. 이는 고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률이 2020. 1. 14. 법률 제16863호로 제정되어 2021. 1. 21. 고위공직자범죄수사처가 출범한 이후 기자의 통화내역을 조회한 사실이 알려진 최초의 사건이었다. 2021년 4월 TV조선은 '김학의 전 법무부 차관 불법 출금 사건'의 주요 피의자로 수사 받고 있던 이성윤 당시 서울중앙지검장이 피의자 신분이었음에도 불구하고 김진욱 당시 고위공직자범죄수사처장의 관용차를 타고 이동해 조사를 받았다는 소위 '이성윤 황제조사 의혹'을 보도했다.[191] 2021년 5월 중앙일보는 '김학의 전 법무부 차관 불법 출금 사건'의 주요 피의자로 수사 받고 있던 이성윤 당시 서울중앙지검장에 대한 검찰의 공소장

공을 요청하는 경우 관할 지방법원 또는 지원의 허가를 받아야 한다. 그러나 헌법상 통치구조를 고려했을 때 이를 수사기관에 대한 법원의 견제라고 표현할 수 있는지 의문일 뿐만 아니라 한발 양보하여 그 표현의 의미를 풀어서 받아들인다고 하더라도 압수·수색 영장의 발부와 관련한 실무의 관행을 고려할 때 법원에게 주어진 위 권한이 유의미한 '견제' 장치는 아니다. 실제로도 'TV조선 기자 통화내역 조회 사건'이 일어나는 등 기자의 통화내역은 여전히 수사기관의 조회 대상이 되고 있다. 관련하여 오유승, 앞의 논문(주65), 13쪽을 참고하라.

190) 손재영, 앞의 논문(주160), 198쪽.

191) TV조선, "[단독] '피의자' 이성윤, 공수처장 관용차로 '휴일 에스코트 조사' 받았다", 2021.4.1.자 보도 (http://news.tvchosun.com/site/data/html_dir/2021/04/01/2021040190144.html, 최종접속일 2023.01.31.).

내용을 보도했다.[192] 2021년 6-7월 고위공직자범죄수사처는 위 두 보도를 한 기자 4명에 대해 통신영장을 7건 청구했다.[193] 고위공직자범죄수사처는 이에 대해 “과거의 수사 관행을 깊은 성찰 없이 답습하면서 기자 등 일반인과 정치인의 정보조회 논란을 빚게 돼 유감 … 개선방안을 조속히 마련할 것”이라고 밝혔다. 이렇게 촉발된 고위공직자범죄수사처의 기자 통화내역 조회 의혹은 걷잡을 수 없이 불어나 ‘사찰’ 논란으로 번졌다. 결국 국제언론인협회(Internaional Press Institute; IPI)는 “고위공직자범죄수사처가 기자의 통화내역을 대량으로 수집하는 행위는 내부고발자를 포함한 취재원의 신원을 보호하고 정부의 감시로부터 자유롭게 일할 언론인의 권리를 명백히 침해하는 것”이라는 내용의 성명을 내고 고위공직자범죄수사처의 행태를 비판했다.[194]

기자의 통화내역을 조회하는 행위는 취재원의 신원을 직접적으로 파악할 수 있는 방법이라는 점에서 취재원보호권과 정면으로 충돌한다. 기자의 통화내역 조회는 언론•출판의 자유를 중대하고 명백하게 훼손한다.[195] 이에 취재원보호권이 인정된다면 그와 충돌하는 기자의 통화내역

---

192) 중앙일보, “[단독] 이성윤 공소장엔…조국 ”이규원 유학 가니 수사 말라“”, 2021.05.13.자 기사(https://www.joongang.co.kr/article/24056689#home, 최종접속일 2023.01.31.).

193) 조선일보, “[단독] 檢” 이성윤 수사팀 “공수처의 기자 통신영장, 보복•표적수사”“, 2020.02.24.자 기사(https://www.chosun.com/national/court_law/2022/02/24/UMDUBRZ6IJHBZKNEZC4VFVDXGE/?utm_source=naver&utm_medium=referral&utm_campaign=naver-news, 최종접속일 2023.01.31.).

194) 한국일보, “국제언론인협회, 공수처의 기자 통화내역 조회에 “언론 자유 침해””, 2022.01.27.자 기사(https://www.hankookilbo.com/News/Read/A2022012710570001980, 최종접속일 2023.01.31.).; 국민일보, “IPI “공수처, 기자 통화 내역 조회는 언론자유 침해” 조사 촉구”, 2022.01.28.자 기사(http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0924229618&code=13110000&sid1=cul, 최종접속일 2023.01.31.).

195) 이승선, “취재원 보호 : 전통적 관점에서의 도덕적 책무”, 『관훈저널』 가을호 통권 96호(2005), 129쪽.

조회에 대한 거부 또한 가능해진다.[196] 특히 통신기기의 활용도가 점점 커지고 있는 상황에서 영역 ③에 속하는 문제 상황은 오히려 증가할 가능성이 크다. 따라서 이에 대한 논의는 후일 기자의 검색기록 조회 내지 접속기록 조회에 대한 논의로까지 확장될 수 있다.

마. 취재원 임의공개

마지막으로, 명예훼손죄로 기소된 기자와 언론기관이 형법 제310조 소정의 위법성조각을 주장하기 위해서 취재원을 스스로 밝히는 경우이다(영역 ④). 다만, 영역 ④는 기자와 언론기관이 취재원 공개를 강제당하지 않을 권리를 스스로 포기한 경우이므로 취재원보호권이 작용하는 영역으로 포섭하기 어렵다.[197] 이는 취재원 공개를 강제당하지 않을 권리가 아니라 취재원이 공개되지 않을 권리가 문제되는 상황에 가깝기 때문이다. 취재원이 기자와 자신의 신원을 공개하지 않기로 하는 내용의 계약을 체결하였음에도 그 의사에 반해 신원이 공개된 경우 취재원이 계약의무의 위반을 이유로 기자에게 민사적 책임을 물을 수는 있다. 그러나 자신의 선택으로 취재에 응한 이들 모두에게 그 신원이 공개되지 않을 권리가 일반적으로 보장된다고 보기는 어렵다. 내부고발자 등 일정 요건을 갖춘 이들의 경우에만 입법적으로 이를 보장하는 방향이 타당하다.

---

196) 이승선은 언론인에 대한 수사기관의 통화내역 조회가 언론•출판의 자유를 훼손한다고 보면서도, 현재 헌법상 보호되는 언론•출판의 자유 내지 표현의 자유 속에 정보채집의 자유까지 포함되지 않으므로 취재원 보호를 약속하는 경우 법적 처벌을 감수해야한다고 주장했다. 이를 반대해석하면 정보채집의 자유를 그 보호영역으로 하는 취재원보호권이 인정된다면 그 주체는 자신의 통화내역에 대한 수사기관의 조회를 거부할 수 있다는 의미이다. 이에 관해서는 이승선, 앞의 논문(주195), 129-131쪽을 참고하라.

197) 오유승은 이에 관해 “다른 상황의 취재원 공개와 차이가 있는 중요한 문제”라고만 표현하고 있을 뿐 정확히 무엇이 어떻게 다른 문제인지 언급하지 않는다. 그러나 그 역시 본 연구에서 지적한 지점에 주목하였으리라 추측된다. 관련하여 오유승, 앞의 논문(주65), 13쪽을 참고하라.

4. 취재원보호권의 활용

취재원보호권이 헌법에서 직접 도출되는 기본권이라면 그 주체를 따로 정할 이유가 없겠으나 취재원보호권을 직업적 특권으로 보는 이상 그 주체를 반드시 따로 정해야 한다. 앞서 살펴본바, 취재원보호권을 갖는 주체는 '생계유지를 위하여 보도의 목적으로 취재행위에 나선 자연인과 법인'이다. 사실상 이는 기자와 언론기관으로 한정된다.

미국에서는 취재원보호권의 주체를 간단하게 기자 내지 언론기관 종사자 등으로 정하면서도 목적과 행위에 제한을 두어 이를 구체화한다. 이를 참고하여 보도의 목적으로 취재행위를 하는 경우에만 취재원보호권의 주체가 될 수 있도록 제한을 두었다. 다만 언론기관 종사자 모두에게 취재원보호권을 부여하는 일부 주의 법률과 달리 일반 직원 등을 개별적인 권리 주체로 인정하지 않았다. 이는 언론기관이 위 권리의 주체인 이상 그에 소속되어 업무를 하는 과정에서 정보 내지 그 출처를 지득한 이들은 언론기관의 권리행사로서 취재원의 공개를 거부할 수 있기 때문이다. 또한 취재원보호권의 궁극적인 근거인 언론•출판의 자유로부터 언론기관의 자유를 거치지 않고 보도의 자유가 도출되기 때문에 언론기관에 속해있지 않은 기자들도 취재원보호권을 갖는다.

민사소송에서는 취재원보호권을 인정하는 실익이 크지 않다. 민사소송에서는 압수•수색 등이 이뤄지지 않으므로 오로지 법정에서의 증언거부만이 문제되는데, 민사소송법 제315조 제2호에 의거 현행법 하에서도 기자들이 직업의 비밀에 속하는 사항에 대하여 신문을 받을 때 그 증언을 거부할 수 있기 때문이다. 이는 결과적으로 민사소송의 경우 취재원보호권을 제한 없이 인정하는 미국 대부분 주의 태도와 닮았다.

반면 형사소송에서 취재원보호권이 작용하는 영역은 수사기관 내지 법정에서의 진술 거부(영역 ①)와 협의의 취재원의 신원이 밝혀지지 않은 상황에서 기자 내지 언론기관에 대한 압수•수색 거부(영역 ②-1), 협의의 취재원의 신원이 밝혀진 상황에서 기자 내지 언론기관에 대한 압수•수색 거부(영역 ②-2), 그리고 기자의 통화내역에 대한 조회 거부(영

역 ③)에 이른다. 종국적으로 취재원보호권이 문제되어왔던 맥락 중 영역 ④를 제외한 대부분이 취재원보호권이 작용하는 영역으로 포섭된다.[198] 이는 보도가 특정인의 명예를 훼손한 경우 그에 대한 취재원보호권을 인정하지 않는 미 보통법의 견해와도 일맥상통한다.[199] 앞서 취재원보호권의 명칭에 따라 포괄하는 내용에 대한 [표 1]의 구분과도 크게 다르지 않다. 이를 정리하면 아래 [표 6]과 같다.

	영역 ①	영역 ②		영역 ③	영역 ④
		영역 ②-1	영역 ②-2		
취재원보호권 작용 여부	O	O	O	O	X

[표 6] 취재원보호권이 작용하는 영역

취재원보호권이 보장됨으로써 '보도를 위한 목적으로 취재행위에 나선 개인 내지 언론기관'이 수사기관 내지 법정에서 진술을 거부할 수도, 그 주체에 대한 통화내역 조회를 거부할 수도 있다. 협의 내지 광의의 취재원에 대한 압수•수색 과정에서 지방법원 판사는 취재원보호필요성을 아울러 고려하여 영장발부를 결정해야 한다. 아직까지 그와 같은 사례가 존재하지는 않지만 향후 취재원보호권에 기한 취재원보호권의 주체의 검색기록 내지 접속기록 조회에 대한 거부 또한 가능하리라 예상된다.

198) 김민정, 앞의 논문(주13), 127쪽.
199) 259 F. 2d 545 (2nd Cir. 1958)

제 5 장 결 론

취재원보호권은 '생계유지를 위하여 보도의 목적으로 취재행위에 나선 자연인과 법인'이 지득한 정보의 출처인 협의의 취재원과 정보 자체인 광의의 취재원을 보호할 수 있는 직업적 특권이다. 생계유지를 위하여 보도의 목적으로 취재행위에 나선 자연인과 법인은 형사소송절차에서 취재원보호권에 기해 수사기관 내지 법정에서 진술과 수사기관에 의한 통화내역 조회를 거부할 수 있다. 영장주의가 적용되는 압수·수색을 절대적으로 거부할 수는 없지만, 영장을 발부하는 지방법원 판사는 취재원보호권이 입법되어 있는 한 영장을 발부할 필요성과 취재원을 보호할 필요성을 비교형량하여 영장발부 여부를 결정해야 한다.

취재과정에서 지득한 정보와 그 출처에 대한 보호는 보도와 보도 목적의 취재를 지속가능하게 하는 요소다. 이를 헌법상 언론·출판의 자유로부터 직접 도출되는 기본권으로 파악한다면 그 중요성에 맞는 높은 수준의 보호가 취재원에게 제공된다. 취재원보호권을 법률에 직접적인 근거를 둔 직업적 특권으로 보장한다면 비록 시대적 흐름에 따라 민감하게 반응할 수는 있을지언정 그 중요성에 비해 보장되는 보호의 정도가 약하다. 우리나라에서 언론기본법이 제정되었다가 폐지된 과정을 살펴보면 이와 같은 한계가 극명하게 드러난다.

그러나 살펴본바, 보도의 자유를 언론·출판의 자유의 내용으로, 취재의 자유를 보도의 자유의 내용으로 파악할 수밖에 없으므로 헌법상 명문의 규정이 없는 취재원보호권을 헌법상 기본권으로 인정하기 위해서는 취재의 자유의 내용으로 파악하는 방법이 유력하다. 그러나 취재를 마침으로써 취재의 단계는 종료되므로 그 이후 취재원의 신원을 보호하는 단계는 취재의 자유에서 보호하는 핵심영역이라 볼 수 없다. 취재원보호권은 헌법상 열거되지 않은 기본권의 요건을 충족하지 못하므로 취재원보호권을 헌법에서 직접 도출되는 기본권으로 파악하려는 시도는 필연적으

로 현행 법체계와 맞아떨어질 수 없다. 이를 모두 감수하고서라도 취재원보호권의 기본권성을 인정할만한 강력한 헌법적 보호의 요청이 있다고 볼 수도 없으므로 취재원보호권은 헌법상 기본권이 아니다.

그러나 법률에 그 직접적인 근거를 둔 권리라고 하더라도 결국 궁극적인 근거는 헌법에 둘 수밖에 없다. 법률이 정당화될 수 있는 유일한 근거는 결국 헌법이기 때문이다. 취재원의 보호를 더 이상 기자의 윤리 내지 직업의식에만 맡기지 않고 이를 법제화해야 하는 이유가 바로 여기에 있다. 비록 취재원보호권은 헌법으로부터 직접 도출되는 기본권이 아니지만 그 자체는 언론•출판의 자유의 보호영역 내에 자리한다. 헌법에 명문으로 규정된, 게다가 그 사회적 역할 때문에 다른 개별적인 기본권에 비해 우월적인 지위를 인정받는 언론•출판의 자유를 제한하는 공권력의 작용이 존재함에도 불구하고 그에 관한 어떠한 조치도 취하지 않은 채 윤리 내지 직업의식에 그 해결을 미루어서는 안 된다.

취재원보호권을 직업적 특권으로 입법함으로써 기대할 수 있는 효과는 크게 2가지다. 첫째, 정보가 보다 활발히 유통될 것이다. 이를 통해 정부에 대한 시민의 감시체계가 원활히 작동하여 보다 투명한 사회를 이룩하리라 기대할 수 있다. 둘째, 정부에 대한 감시자로서 언론의 힘과 역할이 확대될 것이다. 이를 통해 시민 개개인이 감당할 수 있는 몫을 넘어 정부에 대한 보다 세세한 감시가 이뤄져 진정한 민주주의 사회를 이룩하리라 기대할 수 있다. 다만 이 경우 강해진 힘에 대한 언론 스스로의 자각과 그에 대한 시민들의 적극적인 감시와 평가가 뒤따라야한다.

미국에서는 취재원보호권을 헌법상 기본권으로 인정받기 위한 시도가 끝내 실패함으로써 오히려 각 주 등에서 이를 법률상 권리로나마 인정받을 수 있었다. 역설적이다. 그러나 18세기부터 이어진 이들의 끈질긴 노력이 있었기에 이뤄낼 수 있었던 성과였다고 본다면 그에 대한 당연한 대가일 터다. 조선일보와 채널A의 사례에서 보듯 최근까지도 취재원의 공개를 둘러싼 문제가 끊이지 않는다. 이제는 이 문제를 해결해야한다. 향후 취재원보호권에 대한 깊은 논의가 다시 이어지길 기대해본다.

참 고 문 헌

<단행본>

고문현, 『헌법학개론』 제2판, 박영사, 2020.

국회도서관, 『세계의 헌법 : 35개국 헌법 전문. 1,』, 2010

김도협, 『헌법학원론』, 진원사, 2015.

김수갑, 『기본권론』, 법문사, 2021.

김승대, 『헌법학강론』 제6판, 법문사, 2022.

김철수, 『헌법개설』, 박영사, 2012.

_____, 『헌법학개론』, 박영사, 2007.

김하열, 『헌법강의』 제2판, 박영사, 2020.

류한호, 『언론의 자유와 민주주의』, 커뮤니케이션북스, 2004.

문재완, 『언론법: 한국의 현실과 이론』, 늘봄, 2008.

박영철, 『헌법학개론』, 대명출판사, 2015.

박용상, 『언론의 자유와 공적 과업』, 교보문고, 1982.

_____, 『언론의 자유』, 박영사, 2013.

성낙인, 『언론정보법』, 나남출판, 1998.

_____, 『헌법학』 제21판, 법문사, 2021.

신평, 『언론법』, 삼영사, 2007.

이상철, 김성주, 『헌법학개론』 제2판, 박영사, 2011.

이장희, 『기본권의 개념 및 인정 기준과 법률적 권리의 관계』, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015.

이재진·이정기, 『표현 언론 그리고 집회결사의 자유』, 한양대학교 출판부, 2011.

이준일, 『헌법학강의』, 홍문사, 2019.

장영수, 『기본권론』, 홍문사, 2003.

_____, 『헌법학』 제13판, 홍문사, 2020.

장영철, 『기본권론』, 화산미디어, 2019.

장호순, 『언론의 자유와 책임』, 한울아카데미, 2004.
정종섭, 『헌법학원론』 제12판, 박영사, 2018.
전광석, 『한국헌법론』 제14판, 집현재, 2019.
조재현, 『언론법』, 동아대학교 출판부, 2007.
최우정, 『헌법학(Ⅰ)』, 진원사, 2007.
한수웅, 『헌법학』 제10판, 법문사, 2020.
허영, 『한국헌법론』 전정 13판, 박영사, 2017.
____, 『헌법이론과 헌법』 신9판, 박영사, 2021.
홍성방, 『헌법학(중)』 제2판, 박영사, 2015.

Balkin, Jack M., *The Cycles of Constitutional Time*, Oxford University Press, 2020.

Doebbler, Curtis, *Introduction to International Human Rights Law*, CD Publishing, 2006.

Fernandez, Joseph M., *Journalists and confidential sources : colliding public interests in the age of the leak*, Abingdon, Oxon ; New York, NY : Routledge, 2021.

Hartman, Holli, *The Erosion of the Reporter's Privilege,* The Society of Professional Journalists, 1997.

Lee, Levine, *Newsgathering and law*, Matthew Bender & Company, 1999.

McNichol, Suzanna, *The Law of Privilege*, Thomson Law Book Co., 1992.

Murasky, Donna M., *The Journalist's Privilege: Branzburg and Its Aftermath*, 1974.

Shepard, Jason M., *Privileging the press : confidential sources, journalism ethics and the First Amendment*, LFB Scholarly Pub. LLC, 2011.

Smith, Dean C., *A theory of shield laws : journalists, their sources,*

and popular constitutionalism, El Paso : LFB Scholarly Publishing LLC, 2013.

<학위논문>

강정민, 『가짜뉴스 규제에 관한 헌법적 연구 : 미국 표현의 자유 논의를 중심으로』, 서울대학교 대학원 법학석사학위 논문, 2020.
김지현, 『행정절차상 진술거부권의 인정범위와 작용에 관한 연구』, 서울대학교 대학원 법학석사학위 논문, 2015.
오유승, 『취재원 보호권의 입법방향 고찰』, 서울대학교 대학원 언론정보학석사학위 논문, 2008.

<연구논문>

권순민, “취재원보호와 기자의 증언거부권”, 『법조』 제58권 제4호(2009), 227-257쪽.
김대환, “헌법상 제도보장에 있어서 핵심영역의 보장”, 『헌법실무연구』 제10권(2009), 181-200쪽.
김민정, “취재원보호법 도입의 필요성과 쟁점”, 『언론과법』 제14권 제2호(2015), 125-157쪽.
김창룡, “‘취재원 공개원칙주의’로 전환할 필요-언론의 ‘취재원보호’ 맹신에 대하여”, 『신문과방송』 제296호(1995), 131-134쪽.
김태봉, “변호사의 비밀유지의무”, 『법학논총』 제36권 제4호(2016), 257-289쪽.
김하열, “우리 나라 헌법에 있어서 제도보장론의 의미”, 『헌법실무연구』 제3권(2002), 201-204쪽.
노동일, “언론환경의 변화와 그에 따른 법적대응에 관한 연구 - 미국

연방취재원보호법 제정과 관련하여", 『법학연구』 제19권 제2호(2008), 319-366쪽.
박재현·김경제, "범죄수사와 취재원보호권 - 유럽인권법원 Telegraaf Media and Others v. the Netherlands판결을 중심으로 -", 『동북아법연구』 제9권 제2호(2015), 519-247쪽.
성낙인, "취재의 자유와 취재원 비닉권", 『고시계』 제487호(1997), 139-154쪽.
손재영, "통신제한조치와 증언거부권", 『법학논총』 제19권 제2호(2012), 195-220쪽.
송경호, 김현, "근대적 기본개념으로서 '민주주의(民主主義)"의 개념사: 19-20세기 일본에서의 번역어 성립과 사용의 일반화 과정을 중심으로, 『한국정치학회보』 제55집 제2호(2021), 5-32쪽
양재규, "취재원 공개를 거부한 기자의 법적책임에 관한 검토", 『언론중재』 제97권(2005), 82-97쪽.
육소영, "취재원의 법적 보호 - 국가안보와 관련하여 미국 취재원 보호법의 분석을 중심으로", 『법제』(2015), 41-73쪽.
윤종행, "변호사와 의뢰인간의 대화내용에 대한 증언거부권", 『법학논총』 제31권 제2호(2018), 291-319쪽.
_____, "종교인과 신자가 나눈 대화내용에 대한 증언거부의 특권", 『법학연구』 제30권 제4호(2019), 169-195쪽.
이구현, "미국 수정헌법 제1조와 기자의 증언거부권에 관한 연구", 『언론과법』 제14권 제3호(2015), 213-240쪽.
이규호, "기자의 취재원 보호와 증언거부권", 『민사소송』 제16권 2호(2012), 65-99쪽.
이승선, "취재원 보호 : 전통적 관점에서의 도덕적 책무", 『관훈저널』 가을호 통권 96호(2005), 15-25쪽.
이종수, "기본권의 보장과 제도적 보장의 준별론에 관한 비판적 보론 - '기본권의 최대한의 보장과 제도의 최소한의 보장'에 전제된 오해의 극복을 위하여 -, 『헌법실무연구』 제3권(2002), 181-200쪽.

이희훈, “취재원 비닉권과 취재원 보호 입법에 대한 연구”, 『법학연구』 제18권 제4호(2007), 259-293쪽.
전상현, “개인정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호영역”, 『헌법실무연구』 제20권(2019), 209-238쪽.
정신교, “공익신고자 신원 공개 논란 속 ‘취재원’ 보호”, 『언론중재』 제152권(2019), 20-31쪽.
정인진, “변호사의 비밀유지의무”, 『저스티스』 제104호(2008), 136-162쪽.
정형근, “변호사의 비밀유지의무”, 『외법논집』 제35권 제4호(2011), 239-253쪽.
조재현, “공정보도를 위한 취재원 보호의 입법 방향”, 『한국부패학회보』 제23권 제2호(2018), 71-93쪽.
_____, “취재원 보호와 언론의 책임”, 『언론중재』(2009), 20-29쪽.
지성우, “언론기관의 취재원보호에 관한 연구”, 『성균관법학』 제15권 제2호(2003), 1-20쪽.
최윤희, “변호사의 비밀유지의무”, 『일감법학』 제32권(2015), 467-481쪽.
한수웅, “오늘날의 헌법국가에서 제도보장의 의미와 기능의 변화”, 『법학논문집』 제41집 제3호(2017), 5-51쪽.

Bates, Stephen, “Garland v. Torre and the Birth of Reporter's Privilege”, *Communication law and policy*, Taylor & Francis Group, Vol.15(2)(2010), pp. 91-128.
Carmody, Casey, David Pritchard, “Policy Liberalism, Public Opinion, and Strength of Journalist's Privilege in the American States”, *First Amendment Studies* Vol.49(1)(2015), pp. 31-43.
Fargos, Anthony L., “What They Meant to Say: The Courts Try to Explain Branzburg v. Hayes”, *Journalism & communication monographs*, Los Angeles, CA: SAGE Publications, Vol.12(2)(2010),

pp. 64-137.

Nestler, Jeffrey S., “The Underprivileged Profession: The Case for Supreme Court Recognition of the Journalist's Privilege”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.154(1)(2005), pp. 201-256.

The Harvard Law Review Association, “Evidence. Privileged Communications. Journalist Must Reveal News Source in Pretrial Examination When Information Is Material to Plaintiff's Claim. Garland v. Torre (2d Cir. 1958)”, *Harvard law review*, Vol.72(4)(1959), pp.768-770.

The Harvard Law Review Association, “Evidence. Journalist Privilege. District of Columbia Circuit Holds That Privacy Act Suit Satisfies Two-Prong Test to Overcome Journalist Privilege to Conceal Confidential Sources”, *Harvard Law Review*, Vol. 119(6)(2006), pp. 1923-1930.

<기타>

한국기자협회, “한국기자협회 윤리강령”, 『한국기자협회 윤리강령 및 실천요강』(http://www.journalist.or.kr/news/section4.html?p_num=4, 최종접속일 2022.5.13.).

한국방송기자연합회, “지회 현황”(http://reportplus.kr/연합회-소개/, 최종접속일 2023.01.31.).

Abstract

A Constitutional Study on the Reporters' Privilege: Focusing on the comparison with the US Right to Refuse to Testimony

Yoon, Seongje
School of Law
The Graduate School
Seoul National University

In the 20th presidential election, which set a record of the closest election ever, media constantly reproduced various controversies, creating an environment in which the two camps had no choice but to focus on black propaganda against each other. Accordingly, the public, who are consumers of information, asked where the information came from. However, journalists were reluctant to disclose sources, citing work ethics. Journalists argue that high-quality reporting is possible only when the sources can be protected, and only then can the media fulfill its social responsibilities. No social consensus has yet been reached on whether or not reporters can be protected.

The reporters' privilege is the right to silence the information itself

and information of sources obtained during the process of newsgathering for the purpose of reporting. There is a clear need to protect such information by acknowledging the right. Amid anxiety that their identity can be disclosed at any time, it is difficult for sources to easily respond to reporters' coverage, which will adversely affect both the amount and quality of the report, as reporters claim. However, academic discussions on this are insufficient. Not only was the name not unified, but there was no in-depth discussion on whether to view it as a basic right directly derived from the current Constitution or as a professional privilege of reporters recognized by law. The specific area in which the right to protect sources works has also not been defined.

In the United States, the reporters' privilege began to show up in the late 19th century in terms of reporters' professional ethics. After the Near v. Minnesota(1931) and the Garland v. Torre(1958), efforts were made to recognize it as a constitutional right directly derived from the First Amendment, but were thwarted by the Branzburg v. Hayes(1972). However, rather, as a result of this, the substance of the right to protect sources was recognized, and it was incorporated into the U.S. judicial system by laws or common laws of each states. As a result, as of January 2023, 48 U.S. states and the capital, Washington, D.C., recognize the reporters' privilege. However, there is a limitation that the privilege is focused only on the reporters' right to refuse to testify as the discussion started in the common law.

Comparing the current Constitution of Korea with the case of the United States, it is difficult to grasp the legal basis of the right to protect sources as the content of freedom of speech and publication or other basic rights under the Constitution. This is because it does not conform to our legal system, and there is no strong constitutional

request to recognize it as basic rights without prestigious provisions in the Constitution. However, the policy necessity is clear, so there is plenty of room to recognize it as a legal right. This is all the more so considering that freedom of speech and publication is a key factor in supporting the modern democratic system. Therefore, if there is a special agreement on confidentiality between reporters and sources, it can be recognized as a reporter's professional privilege as in the case of priest. The area of action extends to seizure and search, or communication fact inquiry. Of course, in the case of seizure and search to which Rule of Warrant is applied, it should not be operated by refusing to execute the warrant issued through due process, but by allowing the district court judge to compare the necessity of protecting sources and issuing the warrant.

keywords : Reporters' Privilege, Freedom of Speech and Press, Freedom of Newsgathering, US Shiled Law, The Right to Refuse to Testify

Student Number : 2020-29464