

言論의 社會的 責任과 取材源 保護

-美國 事例를 中心으로-

金炯盛* · 韓相雲**

I. 序文	(1978)
II. 'Leak Gate' 사건과 取材源 保護	IV. Branzburg 판결이후의 取材源 保護
III. 美國에서의 取材源保護에 관한 史的 考察	1. 각 州의 입장; Shield Law의 제정
1. Nugent Case (1848)	2. 聯邦次元의 保護
2. Burdick v. United States Case (1915)	(1) 'DOJ'의 Guide Line
3. Garland v. Torre Case (1958)	(2) 聯邦議會의 取材源 保護立法
4. Branzburg v. Hayes Case (1972)	3. 下級法院에서의 取材源 保護
5. Zurcher v. Stanford Daily Case	V. 言論의 社會的 責任과 言論의 特權
	VI. 結論

I. 序文

미국의 언론자유위원회(Commission on Freedom of the Press)의 1947년도 이른바 'Hutchins보고서'¹⁾에 의하면 언론의 위기원인을 다음과 같이 진단한 바 있다. 언론의

* 성균관대학교 법과대학 교수, 법학박사.

** 성균관대학교 비교법연구소 연구원.

1) 정식명칭은 "A Free and Responsible Press"이며, 미국의 '언론자유위원회'(Commission on Freedom of the Press)가 1947년에 출간한 보고서이다. '언론자유위원회'는 위원장이었던 Robert Maynard Hutchins의 이름을 딴 이른바 '허친스위원회'(Hutchins Commission)로 널리 알려져 있다. 자세한 것

중요성이 증대되는 현실에서 언론이 소수의 사람들에게 독과점화 되며, 그런데도 불구하고 이들 소수의 사람들은 국민이 원하는 적합한 정보를 제공하지 않고, 오히려 사회적 비난의 대상이 되는 일련의 행위를 함으로써 국가에 의한 언론의 통제를 유발하는 계기를 제공하고 있다고 하였다.²⁾ 이와 같은 허친스보고서는 반세기가 지난 오늘날의 언론 현실과도 무관하지 않다고 본다. 현대국가에 있어서 언론의 위기에는 근본적으로 다양한 원인이 있지만 그 가운데 언론자체가 사회적 변화에 능동적·개방적으로 대응하지 못하여 언론의 위기를 초래한 점도 부인할 수 없다. 이것은 오늘날 언론이 국민과 괴리된 독자적 이익을 추구하고 있음을 의미하며 이에 대한 대응으로서 현대국가는 언론기관으로부터 국민의 표현의 자유를 보장하기 위하여 언론기관의 자유규제를 내용으로 하는 다양한 제도를 갖추고 있다. 그럼에도 불구하고 현대 정보화 사회에서의 언론의 자유는 여론형성과 사회감시라는 공적 기능의 관점에서 대단히 중요한 의미가 있다. 현행 헌법 제21조 제1항도 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다”라고 명문화하여 표현의 자유를 보장하고 있으며, 법 제21조에 근거하여 언론기관의 보도의 자유가 인정된다는 점에서 이설이 없다.

그리고 언론기관의 보도의 자유는 정보 수집을 위한 취재 과정과 이로 부터 수집된 정보를 전파·전달하는 과정으로 구성된다. 보도의 자유와 마찬가지로 기자의 정보수집과정에서 요구되는 취재의 자유는 언론의 여론형성과 부패감시라는 공적 기능을 수행하는데 필수적이라고 본다. 언론기관의 취재방식으로는 기자 스스로 우리 사회의 문제점들을 취재하고 정보를 수집하는 방식과 취재원을 통한 정보수집의 방식이 있다. 소위 취재원이라는 제3자의 제보를 통한 정보수집의 방식은 취재원이 제공하는 정보와 관련된 여러 가지 법적 문제를 야기할 수 있지만 그 가운데 기자의 취재원 보호와 관련된 문제가 핵심이다. 취재원 보호의 문제는 언론의 사회적 책임과 그에 따르는 언론의 특권과 표리의 관계에 있다. 그리고 언론의 특권에 관한 논의는 언론의 자유의 한계에 관한 문제를 내포하고 있다. 즉 언론의 자유에는 그에 상응하는 언론의 사회적 책임과 의무가 수반된다는 점이다.³⁾ 다만 언론의 특권에 관한 주된 논

은 Commission on Freedom of the Press, A Free and Responsible Press: A General Report on Mass Communication: Newspapers, Radio, Motion Pictures, Magazines, and Books, The University of Chicago Press, 1947 참조.

2) Steven R. Knowlton & Patrick R. Parsons, The Journalist's Moral Compass: Basic Principles, Chapter 23 the Commission on Freedom of the Press (hutchins Commission) 1947, Praeger, 1995, p.207-222 참조.

3) Tom Crone, Law and the Media, 4th ed., Focal Press, 2003, p.280.

의는 주로 취재원 보호를 위한 기자의 특권의 인정여부와 연계되어 있다. 일반적으로 취재원 보호와 관련된 문제는 수사기관이나 법원이 수사나 재판과정에서 기자 등 언론종사자에 대하여 다음과 같은 행위를 강제하는 경우에 구체화된다. 첫째, 취재원에 관한 증언을 요구하는 경우, 둘째, 취재물이나 기타의 자료제출을 요구하는 경우, 셋째, 언론사에 대한 압수·수색의 경우이다. 이 경우에 기자 등 언론종사자는 일반국민과 마찬가지로 사법절차에 따라 증언이나 자료제출 등을 하여야 할 의무가 있는지, 아니면 취재원 보호를 위하여 거부할 특권이 인정되는지 여부가 문제된다.

II. ‘Leak Gate’ 사건과 取材源 保護

최근 약 3년간 미국정치계와 언론계의 긴장관계를 불러온 ‘리크게이트(Leak Gate)’ 사건은 취재원 보호여부에 관한 전통적 논쟁에 다시 불씨를 제공한 대표적 사례이기도 하다. 리크게이트의 핵심은 백악관 고위층이 이라크의 대량살상무기 보유 의혹을 부인한 Joseph C. Wilson IV 前 주이라크 대사를 껄뚝히 여겨 Wilson의 부인인 Valerie Plame Wilson이 미국 중앙정보국(CIA) 요원이라는 신분을 고의로 언론에 흘렸는가 하는 것이다. CIA 비밀요원의 신분이 언론에 누설되면서 불거지기 시작한 리크게이트는 정치적으로 미묘한 파장을 불러올 수 있는 사안으로서 미국사회가 안고 있는 여러 가지 문제점을 노출시키고 있다. 이 사건은 ‘누구를 어떤 목적에서 누설했는가’란 논란 이외에, 언론자유와 공정한 재판이라는 공익과의 충돌에 관한 전통적 논란 때문에 더욱 관심을 끌고 있다.⁴⁾

리크게이트의 Fitzgerald 특별검사는 시사주간지 ‘타임’의 Matthew Cooper기자와 뉴욕 타임즈의 Judith Miller 기자가 Plame 신분 누설의 중간 매개 역할을 한 것으로 밝혀내고 연방대배심(Federal Grand Jury)에서 취재원 공개를 요구하였다. 그러나 이들이 거부하자 Fitzgerald 특별검사는 "언론인들은 취재원의 완벽한 익명성을 약속할 자격이 없다"고 하면서 ‘법정모독죄’로 두 기자를 워싱턴 연방지방법원(Federal District Court in Washington)에 정식기소하였다. 그리고 연방지방법원의 Thomas F. Hogan 관

4) 리크게이트의 구체적 내용에 대해서는 다음의 기사를 통하여 확인할 수 있다. N.Y. Times Reporter Jailed: Writer for Time Magazine Will Testify in CIA Leak Case, The New York Times, Carol D. Leonnig, July 7, 2005. A12; Court Declines to Rule on Case of Reporters' Refusal to Testify, The New York Times, Adam Liptak and David Johnson, June 28, 2005. A5; Reporter Jailed After Refusing to Name Source, The New York Times, Adam Liptak, July 7, 2005. A6. 등 참조.

사도 기소된 두 기자에게 취재원을 공개하라는 결정을 내렸고 이들이 취재원 공개를 거부하자 법정모독죄(contempt of court)를 적용해 구속을 명령했다.⁵⁾ 이에 불복하고 항소하자 워싱턴연방항소심의 3인 합의부(a unanimous three-judge panel of the federal appeals court in Washington)도 표현의 자유를 명시한 수정헌법 제1조⁶⁾가 기자들에게 연방법죄 조사에 협력하지 않을 권리를 부여하지 않는다면 수정 헌법 제1조를 근거로 취재원 보호권을 주장하는 항소를 기각했다.⁷⁾ 미 연방대법원(United States Supreme Court)은 법정모독죄로 기소된 Miller기자와 Cooper 기자의 상고를 기각하고 사건을 워싱턴 연방지방법원으로 환송했다.⁸⁾ 이후 워싱턴 연방지방법원의 최종선고심에서 Miller 기자는 자신이 수정헌법 1조의 언론의 자유를 행사하고 있다고 주장하지만 Hogan 판사는 1972년 미국 연방대법원의 Branzburg v. Hayes 판례⁹⁾를 인용하며 연방 소송절차에서 증언이 필요할 때 기자들이 다른 시민들보다 더 많은 권리가 있는 것은 아니라고 하면서 “기자에게 법을 뛰어넘는 특권은 없다”(journalists could not attempt to put themselves above the law)고 밝혔다.¹⁰⁾

리크게이트(leak gate)사건은 특히 범죄사건 수사와 관련해서 기자의 취재원 보호를 위한 특권이 인정될 수 있는지가 핵심적 쟁점이다. 더 나아가 이 사건은 정치권력의 양면성에 대한 혼선에서 비롯된 사건이기도 하다. 즉 국민의 알권리 충족을 위한 중요한 취재원이자 부패방지를 위한 감시대상으로서의 정치권력이 지니고 있는 양면적 성격에 대한 언론기관의 이해부족이 이 사건의 말미에 들어난다.¹¹⁾ 이하에서는 리

5) “Reporter for Times, Silent Over Sources, Is Facing Jail Time”, The New York Times, ADAM LIPTAK, October 8, 2004, A1.

6) 수정헌법 제1조의 원문은 다음과 같다. U.S. Constitution: First Amendment - Religion and Expression: Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

7) “Jailing of Reporters In C.I.A. Leak Case Is Upheld by Judges”, The New York Times, ADAM LIPTAK, February 16, 2005, A1.

8) “THE SUPREME COURT: REPORTERS; Court Declines to Rule on Case Of Reporters' Refusal to Testify”, The New York Times, ADAM LIPTAK, June 28, 2005, A1.

9) 408 U.S. 665 (1972).

10) “REPORTER JAILED AFTER REFUSING TO NAME SOURCE”, The New York Times, ADAM LIPTAK & DAVID JOHNSTON, July 7, 2005, A1.

11) Miller 기자는 석방 직후 언론 자유에 대한 공로를 인정받아 미국기자협회가 수여하는 ‘수정헌법 제1조 상’(First Amendment award)을 받았다. 그러나 그 후 그녀는 권력 핵심과 유착해 이라크 관련 기사에 대한 오보를 양산하였음이 밝혀지면서 결국은 신문사를 그만두어야 했다. CNN. COM.

크레이트의 전개과정에서 나타난 기자의 '취재원보호'와 관련된 일련의 헌법적 문제들을 중심으로 살펴본다. 이것은 언론의 사회적 책임과 언론의 특권에 관하여 많은 문제점을 시사하고 있다.

III. 美國에서의 取材源保護에 관한 史的 考察

1. Nugent Case (1848)

미국에서는 건국초기부터 언론의 자유의 범위 및 정도에 대해서는 견해가 첨예하게 대립하였지만 민주주의가 기능하기 위해서는 자유로운 언론이 필수적이라는 점에는 거의 이견이 없었다.¹²⁾ 그러나 법체계(legal system)상 초창기의 특권에 관한 기자들의 요구는 받아들일 수 없었다. 그 대표적 사례로서 미국에서 처음으로 문제된 것은 1848년 the New York Herald의 John Nugent가 멕시코와의 거래당시 제시된 조약의 비밀사본에 관한 취재원을 밝히기를 거부하면서 부터이다.¹³⁾ 의회(Congress)는 그가 공개할 때까지 모독죄를 적용하여 구금하였다. 이에 대해 기자들은 의뢰인에 대한 변호사의 특권과 마찬가지로 기자의 증언거부권을 요구하면서, 이것이 인정되지 않는다면 언론은 잠재적인 독재성을 띠고 있는 정부나 기업 문화(business culture)에 대하여 적절하게 개인을 보호할 수 없다고 주장하였다.¹⁴⁾

19세기말에 미국 언론은 법정에서 보다는 정치적 영역에서 증언거부의 특권을 요구할 수 있을 정도로 충분한 정치적 영향력과 긍정적인 대중의 의사를 결집하였다. 첫 결실로서 1896년 Maryland에서는 기자에게 증언거부의 특권을 부여하는 최초의 주법률을 수용하였다.¹⁵⁾ 그러나 법원은 그 이후에도 취재원의 공개를 강제하는 것이

November 10, 2005, <http://www.cnn.com/2005/US/11/09/miller.retires/index.html> 참조.

12) "The freedom of the press is one of the greatest bulwarks of liberty, and can never be restrained but by despotic governments." George Mason, Virginia Bill of Rights, art. I, June 12, 1776; 실제로 미연방헌법은 수정헌법 제1조의 추가를 지지하는 자들에 의하여 인준되었다고 한다. Leonard W. Levy, The Politics of the Bill of Rights, in THE ENCYCLOPEDIA OF AMERICAN POLITICAL HISTORY, Jack P. Greene ed., 1984, p.104-125 참조.

13) Ex Parte Nugent, 18 Fed. Cas. 471 (D.C. Cir. 1848).

14) BURTON J. BLEDSSTEIN, THE CULTURE OF PROFESSIONALISM: the Middle Class and the Development of Higher Education in America, New York: W.W. Norton & Co., 1978, p.100-101 참조.

15) Stephen Bates, The Reporter's Privilege, Then and Now, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, Apr. 2000, p. 5.

수정헌법 제1조와 상충될 수 있다는 사실을 알지 못하였다.

2. Burdick v. United States Case (1915)

취재원보호에 관한 최초의 연방대법원의 사례는 1915년 *Burdick v. United States* 사건이다.¹⁶⁾ 그러나 이것은 수정헌법 제1조와 무관하게 대통령의 유죄판결에 대한 사면과 자기에 불리한 진술을 거부(on the ground that his testimony might tend to incriminate himself)할 수 있는 수정헌법 제5조에 관한 사건이었다. 이 사건은 New York Tribune지의 사회부편집장(city editor)이었던 Burdick에게 연방지방법원이 세관 부정(custom frauds)에 관한 New York Tribune의 기사와 관련하여 그가 지시했던 보도지침과 취재원을 밝힐 것을 명령하였다. 그러나 Burdick이 취재원 공개를 거부하자 연방지방법원은 법정모독죄로 유죄판결을 선고하였다. 이후 Woodrow Wilson 미국 대통령은 Burdick을 사면하였다.¹⁷⁾ 그럼에도 불구하고 Burdick이 상고하자 연방대법원은 사면과 합법적인 무죄와의 사이에는 차이가 있으며 사면은 유죄의 불명예를 가져올 수 있으므로 Burdick은 사면을 거부할 수 있는 권리를 가진다고 판시하고, 수정헌법 제5조에 근거하여 법정모독죄를 적용한 연방지방법원의 판결을 파기하였다.¹⁸⁾

3. Garland v. Torre Case (1958)

법원이 취재원에 관한 증언강제가 수정헌법 제1조와 관련될 수 있음을 최초로 인식하게 된 것은 제2연방고등법원(the Second Circuit)이 1958년에 기자의 취재원에 관한 증언강제가 정보수집을 제한함으로써 언론자유를 위축시킬 수 있음을 인정하게 된 때부터이다. 즉 수정헌법 제1조의 표현의 자유¹⁹⁾를 근거로 기자의 특권을 소송상 주장하는 최초의 사건은 1958년 *Garland v. Torre* 사건이다.²⁰⁾ 이 사건은 1957년 New York Herald Tribune지의 “TV-Radio Today”라는 Marie Torre의 칼럼에서 특정인에

16) *Burdick v. United States*, 236 U.S. 79(1915).

17) *Burdick v. United States*, 236 U.S. 79, p. 86.

18) *Burdick v. United States*, 236 U.S. 79, p. 87-95.

19) 수정헌법 제1조의 언론의 자유내용의 원문은 다음과 같다. "Congress shall make no law ... abridging the freedom of speech, of the press, or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for redress of grievances."

20) *Garland v. Torre*, 259 F.2d 545, p. 548-549 (2d Cir. 1958).

대한 명예훼손적 발언으로 인하여 증인으로 소환된 Torre는 그러한 발언을 한 사람(여기서는 취재원이 될 것임)의 신원을 밝히기를 거부함으로써 법정모독죄의 선고를 받았다. 이에 Torre는 취재원을 밝히게 되면 수정헌법 제1조에 의하여 보호되는 뉴스의 유통이 침해될 것이라고 주장하며 제2연방고등법원(the Second Circuit)에 항소하였지만 법원은 법정에서의 증언의무도 자유언론의 보장만큼이나 중요하고 Torre에 대한 심문은 이 사건의 해결에 있어서 핵심적인 관련성이 있으므로 증언이 불가피하다고 하여 항소를 기각하였다.²¹⁾ 이에 청구인들은 연방대법원에 상고하였지만 연방대법원은 이를 각하하였다.²²⁾

이 사건은 비록 당해 사안에서는 기사가 패소하였지만 기자의 특권을 지지하는 사람들에게는 명백한 승소였다. 그 이유는 법원이 마침내 취재원에 대한 증언강제가 수정헌법 제1조의 의미와 연관되어 있음을 알았기 때문이다. 즉 기자의 정보수집을 위한 노력을 보호하는 것도 헌법상 보장된 언론의 자유보호를 위하여 필수적이라는 점을 깨달았기 때문이다. 1972년 미연방대법원의 Branzburg 사건²³⁾에서 4인의 소수견해로 피력된 ‘형량심사’(balancing test)는 이미 ‘Garland 사건’에서 제시되었다. 제2연방고등법원은 취재원을 밝히기를 거부하는 기자에게 수정헌법 제1조가 증언을 거부할 수 있는 특권을 수여하고 있는 것은 아니라는 점을 강조하면서도 “언론의 자유는 자유사회의 근본이다. 그러나 실제적 진실발견을 위한 법원의 권한도 또한 자유사회를 위한 근본적 요소이다.”라고 선언하고 상충하는 이익간에 균형이 필요하다고 보았다.²⁴⁾ 이 판결은 법원의 실제적 진실발견을 위한 무제한의 권한을 부정하고, 다만 취재원의 공개는 3가지 심사기준을 갖추었을 때 비로소 강제될 수 있다고 본 것이다. 이를 구체적으로 보면 첫째, 취재원 공개가 당해 사건에서 중요한 의미가 있는 문제와 관련되어 있어야 하고(be relevant to the significant issue in the case), 둘째, 당사자의 공개요구가 소송청구의 핵심이어야 한다(go to the heart of the claim of the party seeking disclosure), 그리고 셋째, 취재원에 관한 정보를 다른 대체수단을 통하여 얻을 수 없어야 한다(be unavailable through alternate sources).²⁵⁾

이와 같은 ‘Garland 사건’의 형량심사이론은 이후의 법원판례에 커다란 영향을 미

21) 이에 대해서는 Confidentiality of News Sources under the First Amendment, Stanford Law Review 11, May 1959, p.541-546 참조.

22) Garland, 259 F.2d 545, cert. Denied, 358 U.S. 910 (1958).

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

24) Garland, 259 F.2d, p. 548.

25) Id.

쳤다. 대표적으로 1972년 Baker사건²⁶⁾에서 제2연방고등법원은 취재원에 관한 비밀공개가 취재원 보호라는 기자의 권능을 위협한다고 보아 기자의 취재원에 관한 증거부를 인정하였다. 이 사례에서 연방고등법원은 취재원 공개의 이익과 언론의 자유로운 유통이라는 공공의 이익이 적절한 균형을 이루고 있어야 한다고 밝히고, 이와 같은 적절한 균형은 3가지 형량심사기준(the tripartite balancing test), 즉 관련성(relevancy), 고도의 중요성(critical importance), 대체수단의 소진성(exhaustion of alternate sources)이 공개를 강제할 수 있는 법원의 권한보다 우선한다고 보았다. 이후에도 3가지형량심사기준(the tripartite balancing test)은 연방고등법원 등 하급법원의 판례에서 인용되고 있다.²⁷⁾

4. Branzburg v. Hayes Case (1972)

미연방대법원이 수정헌법 제1조에 근거하여 취재원보호를 다룬 대표적 사례는 1972년 Branzburg v. Hayes사건이다.²⁸⁾ 이 사건에서 연방대법원은 5 : 4의 다수결로 표현의 자유에 관한 수정헌법 제1조가 보도기관에 대한 취재원 보호권까지 보장하고 있는 것은 아니라고 판시하였다. 이 사건의 多數意見²⁹⁾은 J. White가 작성하였으며 그 내용은 수정헌법 제1조에 근거한 언론의 특권은 인정될 수 없으며,³⁰⁾ 언론인도 형사범죄의 증인으로서 증언요구나 대배심의 출석요구를 거부할 수 있는 어떠한 특권도 인정되지 않는다고 하였다.³¹⁾ 그러나 다수의견에 의하더라도 수정헌법이 기자의

26) Baker v. F & F Investment, 470 F.2d 778 (2d Cir. 1972), cert. denied, 411 U.S. 966 (1973).

27) 3가지형량심사기준을 적용한 사례로서 Silkwood v. Kerr-McGee, 563 F.2d 433 (10th Cir. 1977); U.S.A. v. Steelhammer, 539 F.2d 373 (4th Cir. 1976) 등이 있다.

28) 연방대법원은 Branzburg사건과 Pappas 사건과 Caldwell사건을 병합하여 함께 심리하였다. Branzburg사건은 Louisville Courier-Journal의 기자인 Branzburg는 Kentucky 주의 Jefferson County에서 마약을 제조하고 있는 두 청년에 대한 상세한 관찰기사를 동지에 게재하여 취재원에 관한 증언을 요구받았다, 그리고 Pappas 사건은 Massachusetts 주의 TV기자인 Pappas가 1970년 7월 30일 미국 흑인파괴파 무장단체인 Black Panthers의 조직에 대한 취재로 인하여 대배심에 소환되어 증언을 요구받은 사건이다. Caldwell사건에서 Caldwell은 New York Times의 기자로서 Black Panther당(Black Panther Party) 및 다른 흑인폭력단체의 취재를 담당하고 있어, 대배심으로부터 소환되어 자료제출 및 증언요구를 받은 사건이다. Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665(1972), p. 668-679.

29) Id., p. 680-709, WHITE, J., wrote the opinion of the Court, in which BURGER, C. J., and BLACKMUN, POWELL, and REHNQUIST, JJ., joined. POWELL, J., filed a concurring opinion, post,

30) Branzburg v. Hayes, 408 U.S. p. 684.

정보수집방식으로서 취재원 보호라는 기자의 직업적 윤리를 어느 정도는 보호하고 있다고 본다.³²⁾ 다수견해는 “대배심이 무엇보다 선의에 의해 설치되고 행해졌다면 수정헌법 제1조에 의해서 문제해결을 위한 전혀 다른 문제를 제기할 수도 있다. … 우리는 수정헌법 제5조와 마찬가지로 제1조의 한계내에서 대배심이 수행되어야만 한다는 사실을 법원이 잊지 않기를 바란다.”고 하였다.³³⁾ 이와 같은 다수견해에 동조의 견(concurring opinion)을 낸 J. Powell 은 “특권에 대한 요구는 언론의 자유와 범죄행위에 관한 관련된 증거를 제출해야만 하는 모든 시민의 의무와의 사이에 적절한 균형이 파괴되는지 여부에 의해 판단되어야 한다. 이와 같은 극히 중요한 헌법적 그리고 사회적 이익들간의 균형은 구체적 사례(case-by-case)에 따라 이러한 문제를 조절하는 전통적 방법과 일치하는 것이다.”라고 하여 다수견해 보다는 비교적 취재원보호에 전향적이라고 볼 수 있다.³⁴⁾ 이와 같은 포웰의 견해는 반대견해와도 유사성이 있으며, 그러한 점은 스투어트 대법관이 이 사건을 4½ 대 4½의 투표에 의해서 기자의 특권이 부정된 사례라고 하는 이유이기도 하다.³⁵⁾

이에 대하여 J. Stewart에 의해 작성된 반대의견³⁶⁾의 내용은 다음과 같다. 수정헌법 제1조의 언론의 자유는 민주국가의 핵심이며, 취재권은 언론의 자유의 핵심이므로 정보수집의 자유는 반드시 보장되어야 한다. 그리고 취재권은 기자와 취재원간의 비밀스런 관계를 유지할 권리를 내포하고 있다. 이것은 취재원의 필요성, 정보제공자와 기자와의 사이의 비밀, 그리고 취재원보호권을 포함하는 세 가지의 실질적인 내용을 가진다.³⁷⁾ 그리고 권력기관이 기자에게 취재원 공개를 강제할 수 있는 통제되지 않는 권력을 가지게 되면 취재원의 정보제공과 기자들의 취재보도는 어렵게 된다. 왜냐하면 권력행사의 불확실성은 자동검열제(self-censorship)로 이끌기 때문이며, 이와 같은 불확실성의 발생은 법원이 전통적으로 대배심에게 사실상 무한정의 광범위한 조사권을 부여하기 때문이다.³⁸⁾ 따라서 기자가 대배심에 출석하여 취재원을 공개할 것을 요

31) Id.; Erwin Chemerinsky, Protect the Press: A First Amendment Standard for Safeguarding Aggressive Newsgathering, 33 U. RICH. L. REV. 1143, 2000, p. 1145-1146.

32) Branzburg v. Hayes, 408 U.S. p. 681.

33) Id., p. 707-708.

34) Powell J., concurring opinion은 Id. p. 709-710 참조,

35) Stewart J., Or of the Press, 26 HAST. L.J. 631, pp.635 (1975).

36) Id. p. 725-753, 반대견해는 DOUGLAS, J., filed a dissenting opinion, post, STEWART, J., filed a dissenting opinion, in which BRENNAN and MARSHALL, JJ., joined, post.

37) Id., p. 729. (Stewart, J., dissenting)

구받는다면 정부는 다음과 같은 3가지를 입증할 부담을 진다.³⁹⁾ 첫째, 기자가 어떤 특정의 예상되는 위법행위와 밀접히 관련된 정보를 가지고 있다고 믿을 만한 적절한 사유가 있음을 입증해야 하고,⁴⁰⁾ 둘째, 그 정보가 수정헌법 제1조의 권리를 보다 덜 제약하는 대체수단에 의해서는 확보되어질 수 없음을 증명하여야 한다.⁴¹⁾ 그리고 셋째, 그 정보가 절박하고 압도적인 이익과 관련되어 있음을 입증하여야 한다.⁴²⁾ 이외에 반대견해로서 J. Douglas는 기자가 범죄에 관련되지 않는 한 국가이익의 압도적이고 긴절한 필요성은 입증될 수 없고, 따라서 기자는 범죄와 관련되지 않는 한 기자의 특권은 수정헌법 제1조에 의하여 인정되어야 하며, 범죄와 관련되는 경우에는 수정헌법 제5조의 자기부죄특권에 의하여 보호된다고 하였다.⁴³⁾

5. *Zurcher v. Stanford Daily Case* (1978)

위의 미연방대법원 판례들은 취재원에 관한 증언강제나 자료제출강제 등 간접강제와 관련된 사례라고 한다면, 이와 달리 수사기관이 취재원을 확보하기 위하여 법원영장에 의하여 특정 장소나 건물에 대한 압수·수색을 집행하는 경우 이를 거부할 수 있는지가 문제된다. 미국에서 그 대표적 사례가 1978년 *Zurcher v. Stanford Daily* 사건⁴⁴⁾이다. 이 사례는 1971년 스탠포드대학내 폭력시위로 경찰관 9명이 부상을 입은 사건이 발생하자 경찰이 학교신문인 "the Stanford Daily"가 사건 현장에서 찍은 필름을 확보하기 위하여 영장을 발부받아 위 신문사 건물을 수색하였지만 어떤 증거물도 사무실에서 발견되지 않았다.⁴⁵⁾ 이후 신문사측은 관할 경찰서장 및 검사를 상대로 수정헌법 제1조(표현의 자유)와 제4조(영장주의) 및 제14조(적법절차)의 침해를 이유로 소송을 제기하였다.⁴⁶⁾ 이에 연방지방법원과 고등법원에서는 신문사내에서의 수색은 위헌

38) Id., p. 732. (Stewart, J., dissenting)

39) Id., p. 744. (Stewart, J., dissenting)

40) "show that there is probable cause to believe that the newsman has information that is clearly relevant to a specific probable violation of law."

41) "demonstrate that the information sought cannot be obtained by alternative means less destructive of First Amendment rights."

42) "demonstrate a compelling and overriding interest in the information."

43) Id., p. 711-725. (Douglas, J., dissenting)

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

45) Id., p. 551-552.

46) Id., p. 553.

이라고 판시하였으나 연방대법원에서는 5 : 3의 다수결⁴⁷⁾로 하급심의 판결을 파기하였다.

다수의견⁴⁸⁾을 작성한 J. White는 다음과 같은 이유로 위 수색의 합헌성을 판시하였다. 첫째, 수정헌법 제4조의 압수·수색은 반드시 그 대상물의 소유자가 범죄행위와 관련되어야 하는 것은 아니다. 이와 같이 사건의 제3자(third party)로서 사적인 소유물이 수정헌법 제4조의 수색의 대상이 되는 경우에는 사적인 이익과 공공의 필요간에 형량이 필요하다. 압수나 수색을 위한 정당한 이유 내지는 합리성(reasonableness)이 있는 경우 법원은 영장을 발부하여 압수, 수색하게 할 수 있다. 둘째, 수정헌법 제5조상의 형사상 자기의 불리한 진술거부권이든가 주에서 취재원이나 편집상의 비밀을 규정하고 있는 보호법도 수정헌법 4조의 규정 하에서 합법적 수색영장의 집행을 부인하는 근거가 될 수 없다.

이와 달리 反對意見⁴⁹⁾을 개진한 J. Stewart와 J. Marshall은 언론사에 그 대상물(the object)이 있을 때에는 수색은 엄격히 한정되어야만 한다고 보았다.⁵⁰⁾ 그리고 압수·수색과 소환장의 발부를 구별하여, 먼저 신문사편집실에서 경찰이 수색을 하는 것은 수정헌법 제1조에 의하여 보장된 언론의 자유를 침해하고, 제14조의 적법절차조항에 위배된다고 보았다. 그 이유로서 신문사 편집실에 대한 수색은 신문사의 편집 등 정상적 업무 수행을 어렵게 하므로 결과적으로 뉴스를 위한 정보수집자유 등을 침해한다고 보았다. 그러나 소환장 발부는 신문사에 대한 청문의 기회 등이 보장되므로 소환장의 발부는 허용될 수 있다고 보았다. 그리고 또 다른 반대견해를 제시한 J. Stevens는 이 사건에서의 영장발부는 헌법상 영장조항(the Warrant Clause)에 위배되고, 수색은 수정헌법 제4조 제1문에 비추어 부적합하다고 판시하였다.⁵¹⁾

IV. Branzburg 判決以後의 取材源 保護

47) BRENNAN, J.은 이 사건의 심리와 결정에 참여하지 않았다.

48) Zurcher, 436 U.S. p. 568-570, WHITE, J., delivered the opinion of the Court, in which BURGER, C. J., and BLACKMUN, POWELL, and REHNQUIST, JJ., joined. POWELL, J., filed a concurring opinion, post.

49) Id., p. 570-577, STEWART, J., filed a dissenting opinion, in which MARSHALL, J., joined, post.

50) Id., p. 570 (dissenting).

51) Id., p. 577 (Stevens, J., dissenting).

1. 각 州의 立場; Shield Law의 制定

Branzburg 판결에서 연방대법원은 수정헌법 제1조의 한계를 벗어나지 않는 범위에서 각주는 기자의 특권을 인정하는 기준을 마련할 수 있다고 하였으며,⁵²⁾ 이것은 각주가 소위 방패법(Shield Law, 이하 ‘Shield Law’라고 한다)에 의해 안정적으로 기자의 특권을 보장해주는 것까지 금지하는 것은 아니라는 의미이다. 이것은 이후 각주 議會가 기자의 특권을 인정하는 Shield Law 제정을 촉진하는 계기가 되었다.⁵³⁾ 미국에서 Shield Law는 건국초기부터 인정되지 시작하여 그 최초의 입법이 1896년 Maryland 주의회에서 제정되었다. 이후에 다른 주들도 서서히 이를 받아들여 1999년 가장 마지막으로 North Carolina주가 31번째로 Shield Law를 승인한 주가 되었다.⁵⁴⁾ 2005년 현재 미국은 워싱턴 D. C와 31개 주가 취재원보호를 규정하고 있는 Shield Law를 가지고 있다.⁵⁵⁾ 대부분의 Shield Law는 취재원을 보호하고자 하는 기자들에게 제한된 특권을 인정하고 있으며, 주에 따라서는 아직 보도되지 않고 비밀도 아닌 정보에 대해서까지 기자의 제한된 특권을 인정하고 있다. 그러나 텍사스를 포함한 19개의 Shield Law가 없는 주들도 대부분 수정헌법 제1조를 근거로 기자의 제한적 특권을 인정하고 있다.⁵⁶⁾

2. 聯邦次元의 保護

(1) ‘DOJ’의 Guide Line

52) Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665(1972), p.706.

53) 1974년 Oklahoma 주의회도 기자의 특권을 인정하는 입법을 한 바 있다. 1974 Okla. Session Laws, c. 123, § 1-3 참조.

54) 이 법률은 특별히 기자가 정보수집과정에서 얻은 정보에 대해서는 비밀이든 아니든 모두 제한된 범위에서 보호를 한다. N.C. Gen. Stat. Ann. [sec] 8-53.11 (Lexis Publishing 1999).

55) James C. Goodale, Reporter's Privilege, in 3 COMMUNICATIONS LAW 2001, 2001, p.691; Don R. Pember, Mass Media Law, McGraw Hill, 2001, p.387; “Protecting The Press ... And the Public”, Mike Pence & Richard G. Lugar, washingtonpost, April 15, 2005, A25 참조.

56) 이에 대해서는 Sierra Life Insurance Co. v. Magic Valley Newspapers, 623 P.2d 103 (Idaho 1981); Winegard v. Oxberger, 258 N.W.2d 847 (Iowa 1977); State v. Sandstrom, 581 P.2d 812 (Kan. 1978); Sinnott v. Boston Retirement Board, 524 N.E.2d 100 (Mass. 1988); State ex.rel. Classic III Inc. v. Ely, 954 S.W.2d 650 (Mo. Ct. App. 1997); Hopewell v. Midcontinent Broadcasting Corp., 538 N.W.2d 780 (S.D. 1995) State ex. rel. Charleston Mail v. Ranson, 488 S.E.2d 5 (W.Va. 1997); State ex. rel. Hudok v. Henry, 389 S.E.2d 188 (W.Va. 1990) 참조.

언론의 자유와 사법적 정의에 관한 사회적 논쟁이 격화되기 시작한 것은 1960년대 후반부터이다. 언론단체는 검찰이 기자를 소환함으로써 수정헌법 제4조와 제5조의 보호조항에 그들의 광범위한 범죄입증권한을 교묘하게 사용하고 있다고 주장하였다.⁵⁷⁾ 이에 대하여 1970년 미국 법무성(U.S. Department of Justice; 이하 'DOJ'라 한다)은 상충되는 이익을 절충하는 Guide Line을 제시하였고, 이것은 취재원보호에 관한 연방정부차원에서의 첫 번째 공식적 대응이라고 볼 수 있다. 1970년 법무장관인 John Mitchell은 미국변호사협회(American Bar Association; ABA)에서 행한 연설에서 취재원 보호와 관련하여 “극단적 대립으로 인하여 이미 의심과 불신이 싹트고 있다.”고 하면서,⁵⁸⁾ 같은 해 DOJ에게 연방검사들에 대한 내부적 Guide Line을 만들 것을 지시하였다. 가이드라인은 연방법집행기관이 조사권한을 통하여 기사 등을 얻는다는 증거수집을 위하여 자신들의 노력을 기울이는 대신에 기사에 의존하는 것을 금지하는 것을 기본적 내용으로 하고 있다.⁵⁹⁾ 오늘날까지 여전히 효력이 있는 DOJ의 Guide Line은 정보수집을 위한 노력을 보호하는 것이 언론의 자유를 헌법적으로 보장하는데 있어서 본질적이라는 1958년 Garland사례에서 확인된 근본적 민주주의에 관한 가치를 반영하고 있다.⁶⁰⁾ 특히 DOJ의 Guide Line은 기자나 언론사 대표에 대한 소환이 필요한 경우에는 사전에 법무장관의 허가를 직접적으로 얻도록 규정하고 있다.⁶¹⁾ 중요한 것은 법무장관이 결정을 할 때 효율적 법집행의 필요성과 수정헌법 제1조의 이익이 상호균형을 이루도록 해야만 한다는 점이다.⁶²⁾ 그리고 형량과정에서 법무장관은 언론의 취재원으로부터 어떠한 정보도 얻어서는 안된다는 점이다.⁶³⁾

(2) 聯邦議會의 取材源 保護立法

연방차원의 취재원 보호에 관한 Shield Law는 여러 차례 입법안이 제출되었지만 이를 인정할 경우에 그 구체적 범위 등 세부문제에 대한 확신이 없어 아직까지 마련

57) Stephen Bates, The Reporter's Privilege, Then and Now, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, Apr. 2000, p.7 참조.

58) John N. Mitchell, Free Press and Fair Trial: The Subpoena Controversy, 59 ILL. B.J. 1970, p. 282-297.

59) James C. Goodale, Reporter's Privilege, in 3 COMMUNICATIONS LAW 2001, 2001, p.694.

60) 28 C.F.R. § 50.10, 2000.

61) Id.

62) 28 C.F.R. § 50.10(f)(2), (f)(3).

63) James C. Goodale, Reporter's Privilege, in 3 COMMUNICATIONS LAW 2001, 2001, p.694-695.

되지 못하고 있다.⁶⁴⁾ 현재 연방차원의 취재원보호에 관한 법률이 없는 상황에서 기자의 취재원보호를 위한 특권을 연방차원에서도 인정하여야 한다는 견해에 의하면 주된 법적 근거로서 언론·출판의 자유를 규정하고 있는 수정헌법 제1조를 주장하고 있다. 그러나 연방대법원은 1972년 Branzburg 판결에서 취재원보호를 위한 기자의 특권을 인정하지 않고 있다. 따라서 연방차원의 취재원 보호는 연방대법원의 판례변경이나 연방의회의 입법을 통해서 비로소 가능하다. 2005년 2월 미국 상하 양원에서는 leak gate에서 Miller기자의 증언거부에 따른 법원의 구속명령에 자극을 받아 연방차원의 취재원 보호를 위한 법률(the Free Flow of Information Act, or Media Shield Law)이 상정되어 있다.⁶⁵⁾ 이 법안은 신문·방송·통신사 등의 기자 및 이들 언론사와 계약관계를 맺은 프리랜서에 한정하여 취재원에 관한 증언거부권을 인정하고 취재물 등의 자료제출강제에 대해서는 다른 대체정보가 없는 경우에 한정하고 있다.⁶⁶⁾

그러나 신문사내에서의 수색은 위헌이 아니라고 판시한 1978년 Zurcher 사건⁶⁷⁾에 대한 연방대법원의 판단은 연방의회로 하여금 수사기관의 언론사에 대한 압수·수색을 제한할 필요성을 인정하게 되어, 1980년 Privacy Protection Act가 제정되었다.⁶⁸⁾ 이 법률은 언론사 편집국이나 기자 등이 보유하고 있는 ‘취재물’(Work product materials)이나 ‘기타의 서류’(Other documents)에 대하여 형사범죄의 수사나 기소와 관련하여 압수·수색을 제한하고 있다.⁶⁹⁾ 그러나 다음과 같은 일정한 경우에는 그 예외를 인정하여 압수·수색을 할 수 있다. 첫째, 형사범죄에 사용되었거나 사용될 취재물 등의 자료를 보유하고 있다는 적절한 사유가 있어야 한다. 둘째, 생존자의 사망을 예방하거나 심각한 육체적 위해를 방지하기 위하여 취재물에 대한 즉각적 압수가 필요하다고 믿을 만한 이유가 있어야 한다. 이외에도 ‘기타의 서류’(Other documents)에 대해서 예외적으로 압수·수색을 할 수 있는 사유로서는 다음과 같다. 첫째, 적정한 소환절차

64) Wayne Overbeck, Major Principles of Media Law, Harcourt College Publishers, 2000, p.309.

65) “Protecting The Press ... And the Public”, Mike Pence & Richard G. Lugar, washingtonpost, April 15, 2005, A25 참조. 이 법안에 대해서 미국 법무성은 지속적인 반대를 하고 있으며 2005년 11월 현재 의회에서 아직 처리되지 않고 있다. 이에 대한 최신 뉴스는 언론자유를 위한 기자협회(The Reporters Committee for Freedom of the Press; RCFP)의 SPECIAL REPORT Reporters and Federal Subpoenas 참조, http://www.rcfp.org/shields_and_subpoenas.html.

66) Congressional Record: February 2, 2005 (Extensions), Page E147; Congressional Record: February 2, 2005 (House) Page H290-H291 참조.

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

68) Wayne Overbeck, Major Principles of Media Law, Harcourt College Publishers, 2000, p.321.

69) 42. U.S.C. 2000§aa (1980) 참조.

에 근거한 통지가 자료의 파괴, 변경, 은닉의 결과를 초래한다고 믿을 만한 이유가 있어야 한다. 둘째, 압수수색의 대상물이 적정한 소환절차에 따르라는 법원의 명령집행에 대한 대응을 위하여 만들어진 자료가 아니면서, 모든 법정 구제수단이 소진되었거나, 또는 소환과 관련된 진행절차로 인하여 시기적절한 조사나 소송이 지연되어 사법적 정의가 위협받는다고 믿을 만한 이유가 있어야 한다.

3. 下級法院에서의 取材源 保護

취재원보호권을 인정하지 않는 미국연방대법원의 입장은 1972년 Branzburg 판결이 후 확립되어 이후에도 기자의 취재원보호권을 인정하지 않고 있다. 그렇지만 다수의 연방고등법원 등 하급법원은 Branzburg 판결을 기자의 제한된 특권을 인정하는 근거로서 이해하고 있다.⁷⁰⁾ 2003년을 기준으로 1972년 이후에 제6연방고등법원⁷¹⁾을 제외한 모든 연방고등법원은 기자의 제한적 특권을 인정하고 있다.⁷²⁾ 즉 연방고등법원들은 Branzburg 판결에서 제시된 J. Stewart의 견해이후에 정형화된 ‘제한된 특권’을 인정하고 있다. 다만 법원에 따라서는 民事와 刑事節次 모두 인정하거나 民事訴訟節次에 限定하여 인정하는 경우도 있지만, 적어도 사법절차의 한 유형인 기자가 당사자가 아닌 民事訴訟에서는 모두 인정하고 있다. 그리고 1975년 Florida연방지방법원(federal district court in Florida)은 Loadholtz v. Fields 사건에서 기자의 특권을 공개되지 않은 정보는 물론, 이미 공개된 정보의 보호에까지 확대 적용하였다. 그 이유로서 기자의 소환은 정보의 자유로운 유통에 악영향을 미치며, 이것은 단지 비밀정보에 대한 공개강제에 한정되는 것은 아니기 때문이라고 한다.⁷³⁾ 이와 같이 비밀정보 뿐만 아니라 공개된 정보에 대해서도 기자의 특권을 인정하는 입장은 그 이후 연방고등법원의 판

70) In Farr v. Pitchess, 522 F.2d 464, 467-468 (9th Cir.1975), cert. denied, 427 U.S. 912, (1976).

71) In re Grand Jury Proceedings, 810 F.2d 580, 584-585 (6th Cir.1987)

72) 기자의 제한적 특권을 인정하는 각 고등법원의 사례는 다음과 같다. Bruno & Stillman, Inc. v. Globe Newspaper Corp., 633 F.2d 583, 595-96 (1st Cir.1980); United States v. Burke, 700 F.2d 70, 77 (2d Cir. 1983); United States v. Cuthbertson, 630 F.2d 139, 147 (3d Cir.1980); LaRouche v. National Broadcasting Co., 780 F.2d 1134, 1139 (4th Cir.1986); Miller v. Transamerican Press, 621 F.2d 721, 725 (5th Cir.1980); United States v. Lloyd, 71 F.3d 1256 (7th Cir. 1995); Cervantes v. Time, Inc., 464 F.2d 986, 992-93 & n. 9 (8th Cir.1972); Shoen v. Shoen, 5 F.3d 1289 (9th Cir.1993); Silkwood v. Kerr-McGee Corp., 563 F.2d 433, 436-37 (10th Cir.1977); United States v. Caporale, 806 F.2d 1487 (11th Cir. 1986); Zerilli v. Smith, 656 F.2d 705, 714 (D.C.Cir.1981) 등 참조.

73) Loadholtz v. Fields, 389 F.Supp. 1299 (M.D. Fla. 1975).

례를 통하여 재확인되었다.⁷⁴⁾

그러나 1990년대 들어와 하급법원의 취재원 보호에 관한 입장은 유동적이다. 취재원 보호에 관하여 하급법원은 기자의 특권을 인정하거나 강화하는 판례도 있지만, 기자의 특권에 대한 강한 부정적 경향을 보이고 있는 사례가 점차 증가하는 것으로 보인다.

플로리다 대법원(the Florida Supreme Court)이 1990년 Miami Herald Publishing Co. v. Morejon 사건에서 “州의 보통법의 특권은 비밀이 아닌 기사까지 보호하는 것은 아니”라고 판시⁷⁵⁾한 이래로 플로리다는 기자에게 가장 많은 보호를 해주던 州에서 최소한의 보호만 하는 州로 전환되었다. 이에 비교하여 텍사스는 민사사건과 관련되어 소환된 기자에 대해서는 여전히 특권을 인정하고 있다. 그렇지만 중요한 형사소송에서는 정보가 비밀이든 아니든 어떠한 특권도 인정하고 있지 아니하고, 다만 비밀인 취재원에 대한 최소한의 필요한 보호에 그치고 있다.⁷⁶⁾ 1997년 텍사스주 형사항소법원(Texas Court of Criminal Appeals)은 Dallas Morning News의 2명의 기자에게 범죄조직과 관련된 살인사건에 대한 증언을 하도록 했다. 그 기자들은 일반적(in general) 관점에서 범죄조직에 관한 기사를 쓴 바 있으며 피고측 변호인에 의하여 피고인의 심리상태와 관련되는 ‘정황’에 관한 증언을 요구받았다. 항소법원은 다른 방법에 의해서도 그 정보를 얻을 수 있는 방법이 있음에도 불구하고 소환청구를 인용하였다.⁷⁷⁾ 이와 유사한 사례는 Shield Law가 있는 주나 연방지방법원의 판례에서 자주 나타난다. 미네소타주 대법원(Minnesota Supreme Court)은 수정헌법 제1조는 물론이고 Shield Law에 의해서도 기자가 범죄사건에서 증언강제하는 것을 보호하지 못한다고 판시하였다.⁷⁸⁾ 또한 캘리포니아 항소법원(California appellate court)에 의하면 검사는 캘리포니아 주법에 따라 범죄피고인과 마찬가지로 증인을 소환할 수 있는 적정절차를 수행할 권한을 갖는다고 하였다.⁷⁹⁾ 그리고, 뉴욕연방지방법원은 기자의 취재원 비밀에 관한 절대적 보호를 규정하고 있는 뉴욕의 Shield Law를 적용하지 않고, 민사소

74) 이에 대해서는 다음의 판례를 참조할 것. Shoen v. Shoen, 48 F.3d 412 (9th Cir. 1995); Church of Scientology Intern'l v. Daniels, 992 F.2d 1329 (4th Cir. 1993); von Bulow by Auersperg v. von Bulow, 811 F.2d 136 (2d Cir. 1987); United States v. Cuthbertson, 651 F.2d 189 (3d Cir. 1981).

75) 561 So.2d 577 (Fla. 1990).

76) Holli Hartman, supra note 59, p.6.

77) Coleman v. State, NO. 491-96, 1997 Tex. Crim. App. LEXIS 25 (Tex. Crim. App. April 30, 1997).

78) State v. Turner, 550 N.W.2d 622 (Minn. 1996).

79) SCI-Sacramento, Inc. v. Superior Court, 54 Cal.App.4th 654 (Cal. Ct. App. 1997).

송에서 취재원의 비밀을 밝힐 것을 명령한 바 있다.⁸⁰⁾ 제2연방고등법원은 연방차원에서 기자의 특권을 좁게 해석한다. 즉 언론에 발표금지라는 판사의 명령을 위배했다는 이유로 범죄단체두목의 변호인이 기소된 사건에서 기자들의 증언을 위한 소환과 관련하여, 연방고등법원은 범죄사건에서 기자가 특히 목격자(eyewitnesses)로서 증언을 하는 경우에는 이익간의 형량이 전혀 필요치 않고, 소환은 당연하다고 하였다.⁸¹⁾ 사우스 캐롤리나의 주대법원은 자식을 살해한 후, 유괴됐다고 신고하여 전국적으로 관심이 집중된 사건에서 피고인에 관한 정신감정자료를 제공한 취재원을 밝힐 것을 기자에게 명령한 바 있다. 이 사례에서 기자는 州법인 Shield Law에 의한 보호를 요청할 수 없다고 판시하였다. 그 이유로서 Shield Law는 사건 당사자로부터의 소환요구에 대하여 취재원을 보호하는 것이지, 취재원의 이름을 밝힐 것을 요구하는 법원은 사건의 당사자가 아니기 때문이라고 하였다.⁸²⁾ 제5고등법원은 United States v. Smith 사건에서 판시하기를 방송국도 형사소송에서 관련된 증거를 갖고 있을 수 있다는 점에서 다른 기업과 구별하여 예외적으로 다루어야 할 존재는 아니라고 하였다.⁸³⁾

1997년 미국기자협회(the Society of Professional Journalists; SPJ)가 발간한 “기자특권의 침식(The Erosion of the Reporter's Privilege)”이라는 보고서⁸⁴⁾(이하 ‘SPJ의 보고서’라 한다)에 의하면 기자의 특권에 대한 법원의 지지가 점차 약화되고 있음을 경고하고 있다. 이것은 기자의 소환이 민사소송에서 원고측의 요구에 의하든, 형사절차에서 피고측이나 검사의 요구에 의하든, 어떤 경우이든 간에 소환된 기자들에 대한 보호가 점차 축소되는 경향이 있음을 의미한다고 보았다. 더욱이 심각한 것은 이와 같은 경향이 비밀도 아니고, 아직 보도되지도 않은 자료들에 대해서까지 뚜렷이 나타난다는 점이다. 이것은 아직 보도가 되지 않은, 그리고 비밀도 아닌 정보에 대해서까지 법원이 수정헌법 제1조에 근거한 주장에 대해서 점차 동의하지 않고 있음을 의미한다.⁸⁵⁾

80) Pellegrino v. New York Racing Ass'n, Inc. 94 Civ. 5161 (E.D.N.Y. Aug. 22, 1996, modified Sept. 18, 1996)

81) United States v. Cutler, 6 E3d 67 (2d Cir. 1993).

82) In the Matter of Tivila Decker, 471 S.E.2d 462 (S.C. 1995).

83) 135 F.3d 963, 970 (5th Cir. 1998).

84) 이 리포트는 다수의 기자들과 학생 및 교수들의 모니터링과 전문가의 자문을 거쳐 SPJ가 발간한 것이다. 이에 대해서는 Holli Hartman, The Erosion of the Reporter's Privilege 1, Society of Professional Journalists, 1997 참조.

85) Holli Hartman, supra note 83, p.3.

V. 言論의 社會的 責任과 言論의 特權

경찰이나 검사 등 법집행기관에 의한 기자의 취재원 공개요구는 역사적으로 기자와 이들 법집행기관의 유착관계와 관련되어 있다. 미국에서는 20세기 초까지 범죄는 좋은 기사거리이며 이에 관한 보도는 경찰이 제공하는 기사를 통하여 주로 이루어졌고, 이것은 기자와 경찰과의 밀월관계로 나타났다.⁸⁶⁾ 그러나 1930년대 노동운동을 시작으로, 1950년대와 1960년대의 민권운동(the civil rights movement)으로 이어졌고, 급기야 1970년대 Watergate 사건으로 절정을 이루면서, 언론과 법집행기관의 관계는 틀어지기 시작했다. 시민들은 경찰에 대해서 경멸과 의심을 품게 되고, 그 대신에 언론에 대해서는 신뢰를 보여줬다. 최고의 기사로서 경찰의 권력남용과 부패에 관한 보도가 증가하기 시작했다. 법집행기관은 그들의 임무를 수행하기 위해서 필요한 정보를 확보할 필요가 있었고, 이로 인하여 기자에게 서류나 노트, 사진의 제출과 아직 보도되지 않은 기사나 취재원에 관해서 증언을 강제하기 시작하였다.⁸⁷⁾ 이에 대해서 미연방대법원은 1972년 Branzburg판결을 통하여 기자에 대한 증언강제를 수용하였다. 그러나 사건에 따라서는 하급심인 연방고등법원이나 연방지방법원에서는 수정헌법 제1조를 근거로 기자의 제한적 특권을 인정하고 있고, 그리고 31개 州와 워싱턴D.C 에서는 Shield Law에 근거하여 기자의 제한적 특권을 인정하고 있다. 그렇지만 취재원 보호에 관한 기자의 특권인정 여부에 관한 문제는 최종적으로는 연방대법원의 판례에 따라 부정된다고 볼 수밖에 없다. 이것은 취재원 보호를 제한적으로 인정하는 州 법이 있는 경우에도 마찬가지이다.

그럼에도 불구하고, 리크게이트 사례에서 보듯이 뉴욕타임즈의 Miller기자와 같이 언론인이 현실적으로 취재원 보호를 위하여 증언을 거부하고 구금되는 사례가 반복되고 있음이 의미하는 것은 무엇인가. 이것은 기자의 취재원 보호는 직업윤리로서 오랫동안 인정되어 왔으며, 언론의 자유 보장을 위한 방법으로서 기자 자신의 확신에 근거하고 있다. 그렇지만 문제는 이와 같은 확신이 실정법에 의하여 보호되고 있지 못하다는 점이다. 즉 언론도 법위에 있을 수 없다는 점이다. 취재원을 보호해야 한다는 언론인으로서의 직업적 윤리와 사법적 정의실현을 위한 국민으로서의 취재원에 관한 증언의무라는 상충되는 가치에 대한 선택의 어려움, 즉 기자의 딜레마이다. 더

86) Stephen Bates, The Reporter's Privilege, Then and Now, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, Apr. 2000, p.7.

87) Id.

구나 기자의 취재원과의 신뢰에 바탕을 둔 비밀보장(off the record)의 약속이 민사법정에서는 유효하게 인정되어 그 약속위반시 이에 대한 손해배상책임까지 부담하면서도,⁸⁸⁾ 형사법정에서는 비밀보장(off the record)의 약속이 인정될 수 없다면 기자의 딜레마는 더욱 심각한 지경이라고 할 수 있다.

생각건대 취재원 보호의 문제는 취재의 자유의 한계에 관한 문제이고, 이것은 언론의 사회적 책임과 연계되어 있다. 즉 언론의 사회적 책임이나 공적 책무를 수행하기 위하여 언론의 특수한 지위를 인정하여야 하는지 여부가 문제된다. 이와 같은 언론의 특수지위이론은 결국 취재원 보호를 위한 기자의 특권이론이 핵심적 내용을 이루며, 이것은 언론의 법적 성격을 어떻게 이해할 것인지의 문제와 연계된다. 즉 헌법상 언론의 자유에 관한 규정이 언론의 사회적 책임이라는 공적 책무를 수행하기 위한 언론체도의 보장규정으로 볼 수 있는지 여부의 문제로 나타난다. 이와 같은 언론의 자유규정에 대한 체계적 시각은 취재원 보호를 위한 기자의 특권을 인정하는 견해에 대하여 비교적 탄탄한 이론적 근거를 제공할 수도 있을 것이다. 실제로 Branzburg판결에서 반대견해를 작성한 J. Stewart는 수정헌법 제1조가 “freedom of speech, of the press”라고 규정하고 있는 이유를 언론(press)이 헌법상의 삼권분립원리에 따른 입법·행정·사법이외의 제4부로서 정부권력기관을 견제하라는 의미에서 권력구조와 관계된 규정이라고 보고, 이에 근거하여 언론의 특권을 인정하여야 한다고 보았다.⁸⁹⁾

일반적으로 취재원 보호를 위하여 기자의 특권을 인정하여야 한다는 견해는 헌법적으로 충분한 가치가 있다. 즉 취재의 자유를 보장하기 위한 핵심적 권리로서의 취재원 보호에 관한 증언거부권은 사적인 이익을 넘어 공적인 이익까지 포섭하고 있다. 즉 국민의 알권리 충족은 물론 정부권력의 부패 고발 등 언론의 공적 기능을 통한 공익 추구는 의사와 환자, 변호사와 의뢰인, 신부와 고해자⁹⁰⁾간의 관계에서의 환자·의뢰인·고해자의 비밀 보장을 통한 사적인 이익의 보장차원보다 헌법상 우월적 가치를 갖는다고 볼 수 있다. 이와 같은 언론의 특수성을 바탕으로 취재원 보호를 위한 기자

88) Cohen v. Cowels Media, 479 N.W.2d 387 (Minn. 1992). 이 사례에서 법원은 ‘off the record’의 약속을 깬 행위는 禁反言의 원칙(promissory estoppel)에 위배되는 것으로 수정헌법의 보호를 받을 수 없다고 하였다.

89) 이것은 J. Stewart가 1974년 Yale대에서 강연한 내용이다. Jerome A. Barron & C. Thomas Dienes, First Amendment Law, West Group, 1993, p.342.

90) Roman Catholic의 교회법(canon law)에 의하면 고해신부(confessor)에게 고해자의 비밀을 밝히도록 하는 것은 어느 경우든, 어떠한 이유로도 절대로 금지된다. CODE OF CANON LAW 983 참조.

의 증언 거부권을 주장하는 견해는 일응 타당하다고 볼 수 있다. 또한 취재원 보호를 위한 언론의 특권을 인정하여야 한다는 입장은 Branzburg판결에서의 소수견해와 마찬가지로 제한적으로 인정된다고 주장한다. 그럼에도 불구하고 취재원 보호를 위한 기자의 특권을 제한적으로도 인정하지 않으려고 하는 부정설입장의 이유는 무엇인가. 헌법이론상 기본권 최대보장원칙에 근거하여 헌법상 보호할 만한 가치가 있는 이익은 기본권으로서 보장될 수 있으며 다만 다른 가치와 형량되어 일정 부분 제한될 수 있다고 보아야 한다. 그러나 제한이전에 특정의 권리를 기본권으로 인정하는 경우 나타날 수 있는 문제가 심각하고 이를 해결하기 위한 수단이 여의치 않다면 헌법적 가치가 있는 이익이라고 하더라도 기본권으로서 인정되기 어렵다. 부정설입장에서는 바로 이점을 지적하고 있다. 부정설이 제기하는 취재원 보호를 위한 기자의 특권을 인정하게 되면 나타날 수 있는 문제점은 여러 가지가 있지만 그 가운데 현실적으로 해소하기가 어려운 가장 큰 문제는 기자와 취재원인 권력과의 담합에 따른 정보의 왜곡이다. 대표적으로 위에서 살펴본 ‘리크게이트’ 사건이 그 예이다. 이 사건은 워터게이트 사건처럼 정의를 파헤치기 위한 전형적인 ‘익명의 제보자’ 문제가 아니라 권력과 정보를 가진 취재원이 뉴욕타임즈의 Miller 기자에게 이라크 전쟁과 관련된 자신들에게 유리한 정보를 흘린 사건이다. 이것은 국민의 알권리 충족의 차원을 넘어 언론의 권력감시라는 본래의 기능을 상실할 수 있는 중대한 문제이다. 또한 권력기관이 취재원으로서 'off the record'를 전제로 특정 정보나 역정보를 기자에게 제공하고 여론의 추이에 따라 정책 방향을 설정·변경·유지하는 경우에 언론은 취재원의 홍보수단으로 전락될 위험이 있다.

또한 위에서 살펴 본 Miller 사례를 포함하여 최근의 미국하급법원이 취재원보호와 관련된 기자의 특권에 대하여 부정적 시각을 형성하게 된 이유에 대해서도 판결이나 결정문에 나와 있지 않지만 ‘SPJ의 보고서’에서 밝힌 바대로 충분히 유의할 필요가 있다. 그 이유에 대해서는 여러 가지 추론이 가능하다. 첫째, 판사들이 범죄에 대한 국민의 우려를 완화하기 위해 범죄와의 전쟁에 너무 집중한 나머지 심지어 수정헌법 제1조를 희생해서라도 사소한 증거라도 무시하지 않으려고 하기 때문이라는 점 둘째, O. J. Simpson 살인사건이나 다른 명백한 사건들에서 보여준 언론의 선정적 보도를 본 판사들이 오히려 기자에 대하여 편파적인 시각을 갖게 되었기 때문이다. 셋째, 기자의 특권에 관한 문제에 언론이 통일된 입장을 보여주고 있지 못하고 있으며, 소환과 관련된 문제에 보다 강력하게 대처하지 못하고 있기 때문일 수도 있다.⁹¹⁾ 넷째,

91) Holli Hartman, *supra* note 83, p.9-10.

의사와 환자, 변호사와 의뢰인의 관계에서의 특정의 이익을 보장하기 위하여 증언을 통한 실체적 진실추구라는 이익이 포기되었지만 이에 비교하여 국민의 언론과의 관계를 통한 이익은 너무 불확실하여 증거법에 규율될 수밖에 없다는 점도 그 이유가 될 수 있을 것이다.⁹²⁾

여하튼 취재원 보호를 위한 언론의 특권을 부정하는 근거는 규범적으로나 현실적으로 다양하다. 다만 보다 확실한 것은 리크게이트에서 나타나듯이 언론이 사회적 책임을 저버리고, 또는 그것을 명확히 인식하지 못한다면, 그래서 언론의 정부권력에 대한 견제기능이 상실된다면, 언론의 특수한 지위를 바탕으로 하는 취재원 보호를 위한 기자의 특권은 인정될 수 없고, 오히려 취재의 자유가 축소될 수밖에 없을 것이다. 이것은 언론과 취재원과의 비밀보장에 관한 약속에 관한 문제도 사적인 관계에 관한 문제로서 다른 일반인 상호간의 문제와 다를 바 없으며 그것이 갖는 공익적 가치는 법적으로 고려의 여지가 없게 됨을 의미한다. 그렇다면 사회도 언론에게 어떠한 특권을 인정할 필요성을 명확히 느끼지 못하고, 언론의 특권을 받아들일 어떠한 근거도 제시될 수 없다. 따라서 이러한 상황에서는 확실한 어떠한 보장도 없기 때문에 기자들은 취재원에게 비밀을 약속하는데 있어서 보다 더 신중해 질 수 밖에 없고, 취재의 자유는 그 만큼 축소될 것이다.

VI. 結論

James Madison에 의하면 언론은 선한 정부와 정당한 행위의 수호자로서의 기능을 침해할 수 있는 잘못을 바로 잡을 수 있는 강력한 수단을 가지고 있다고 보고, 그 수단은 이에 대한 사실을 보도하는 것이라고 한정하였다.⁹³⁾ 그러나 정부 특히 법집행기관의 힘이 보다 강력해 지면서 자기보존적 언론에 관한 메디슨의 주장은 시류에 맞지 않음이 곧 명확해졌다. 많은 사람들은 언론이 민주주의에 필요한 기능을 제대로 발휘하기 위해서는 정부나 다른 권력기관의 권력확대에 비례해서 언론의 방어수단도 갖추어져야 한다고 본다.⁹⁴⁾ 언론이 권력견제라는 본래의 기능에 보다 더 충실하기 위

92) CHARLES ALANWRIGHT & KENNETH W. GRAHAM, JR., FEDERAL PRACTICE AND PROCEDURE § 5426, 1980, p. 715-717.

93) Stephen Bates, The Reporter's Privilege, Then and Now, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, Apr. 2000, p. 15.

94) Lisa Kloppenberg, Disclosure of Confidential Sources in International Reporting, 60 S. CAL. L.

해서는 증언거부라는 취재원보호권이 필요하다. 다만 그것을 획득하기 위한 판례변경이나 연방차원의 보호입법은 오직 언론 스스로의 사회적 책임에 대한 성실한 이행과 공적 기능의 확보만이 가장 확실한 수단이 될 것이라고 본다. 특히 언론이 공권력 견제라는 공적 기능을 수행하는 경우에 반대로 공권력에 의한 끊임없는 견제를 받을 수 있으며 이와 같은 법현실 속에서 언론의 특권 등 언론 자유의 확대는 Miller기자의 사례에서 보듯이 정부권력과 의 유착이 아니라 언론 스스로의 엄격한 자기절제와 윤리실천을 통해서만이 가능하다고 본다.



▶ 김형성 · 한상운

취재원 보호(protection of news source), 언론의 특권(journalist's privilege), 언론의 사회적 책임(social responsibility of the press)

언론의 공적 기능(the public performance of the press), 리크게이트(Leak Gate)

[Abstract]

The Social Responsibility of the Press and The Protection of Source

-Focus on the Case of U. S.-

Kim, Hyung Sung · Han, Sang Woon

The protection of news source is an issue about the limitation of free news coverage and related to social responsibility of the press. In general, the opinion that journalist's privilege has to be acknowledged for the protection of source has sufficient value of the constitution. In other words, the veto power of testimony on the protection of source as the principal right to secure the freedom of news coverage includes the public interests beyond the private profits. Based on the maximum guarantee principle of the rights, the interests worth of the protection by the constitution can be secured as the fundamental rights, whose certain part can be limited through the comparison with other values. However, if there exists serious problems that can be caused in case that the particular right is admitted as the basic right before the limitation and there is no special method to resolve this problem, it is hard to accept as the fundamental right even if it has the constitutional value.

There are a lot of problems that are likely to be raised when the privilege of a report on the protection of news source is accepted, which is now denied. The most difficult problem to practically settle is the distortion of information led by the alliance between reporters and the power, news source.

The representative example for this is 'Leak Gate'. This is not the typical

case of 'anonymous source' to seek the justice like the Water Gate. Rather, the source with power and information leaked the information related to the Iraq War to a reporter of New York Times, Miller, which was beneficial to his sides.

This is the critical problem that can result in forfeiting the original function, which is the power surveillance of the press beyond the satisfaction of people's right to know. Furthermore, in case that the power organization provides the particular and negative information to a reporter premised on 'off the record' as the news source and establishes, changes and maintains the policy according to the transition of public opinion, there is a high risk for the press to be degraded as a promotion means for news source.

The clear fact related to the privilege of a reporter is that as it was well shown in the case of Leak Gate, if the press ignores the social responsibility or fails to perceive the responsibility clearly and loses the controls on the power of the press, the privilege of a reporter aiming at protecting the source based on the unique status of the press should not be admitted and rather, the freedom of the coverage would be diminished.

In conclusion, in order for the press to devote to its original function, the power control, the privilege against disclosure of sources such as self incrimination is required. However, the amendment in case and federal protection law should be accomplished only thorough the sincere practice of the social responsibility and the security of the public performance.