

논평했을 뿐 아니라 汚職의 風聞이 있다는 기사를 게재하여 약 5 백부를 배포했다.

第 1 審裁判所는 M 만의 행위에 대해서는, 刑法 제 230 조의 2, 제 3 항의 적용되기 위해서는 風聞이 있다고 하는 점에 대해서가 아니라 風聞의 내용인 事實 그 자체에 대한 眞實의 證明이 필요하나 그것이 없다는 이유로 刑法 제 230 조 1 항을 적용했으며 K 와 M 의 共同行爲에 대해서는 刑法 제 230 조 1 항과 刑法 제 60 조를 적용하여 두 사람에게 각각 징역 4 月을 언도했다. 抗訴審裁判所는 抗訴趣意中 量刑不當의 주장만을 받아들여 3 年間の 執行猶予를 언도했다. K 만이 다시 上告하여 懲惡을 위한 올바른 言論은 自由라고 주장한데 대한 답변이 本件判決이다.

〈判決要旨〉

上告棄却.

「憲法 제 21 조는 言論의 자유를 무제한으로 보장하고 있는 것은 아니다. 그리고 原判決이 是認하고 있는 第 1 審判決判示와 같이 記事를 新聞紙에 게재, 이를 배포하여 他人의 명예를 훼손하는 것은 言論의 자유의 남용이며 憲法이 보장하는 言論의 자유의 범위내에 속하는 것이라고 인정할 수 없다. 이는 當裁判所 大法院判決의 趣旨이다.

〈解説〉

1. 本件 의 具體의 事案은 地方政治에 있어서 대립과 관련한 典型的 가십기사로써 이를 犯罪로 단정하여 처벌하는 것이 言論의 自由保障에 反하지 않는다는 점에 대해서 異議를 제기할 여지가 없다. 解説을 요하는 것은 명예훼손이 言論의 자유의 남용으로서 憲法이 보장하는 自由의 범위밖에 있다고 하는 일종의 定式에 관해서이다. 이러한 사고방식은 本判決이 인용한 大法院判決(最高裁判所 1956년 7월 4일 大法院判決 謝罪廣告請求事件=謝罪廣告强制의 合憲性여부에 관한 事件)에서 확실하게 밝혀지고 있는데 이 先例는 謝罪廣告와 「良心의 自由」의 문제에 초점을 맞추고 있어 그렇게 사람들의 기억에 남아있지 않았다. 그건 그렇다 치고 言論의 自由에 관해서는 「濫用이니까 自由의 범위외」라는

定式은 最高裁判所에 있어서 하나의 상투적인 구절로 化했으며 특별한 주의를 끌지 못하고 있는 실정이다. 더욱이 일반적으로는 차타레 事件의 最高裁判所判決(最高裁判所 1957년 3월 13일 大法院判決, 외설문서관매피고사건=외설문서 頒布禁止와 表現의 自由에 관한 事件)이 「각종의 기본적인 인권에 대해서는 그에 관한 各條文에 제한의 가능성을 明示하고 있든가 없든가 간에 憲法 제 12 조, 13 조의 규정에 의해 그 濫用이 금지되어 있고 公共福祉의 제한아래 있으므로 절대적인 무제한의 것이 아니다」라고 하여 특히 言論의 自由에 관한 同趣旨의 先例를 내세우고 있다. 이러한 것들을 포함하여 일반적으로 裁判所가 「公共의 福祉에 의한 制限」(憲法 13條)을 적용하는 것을 넘어서서 憲法 제 12 조를 援用하고 아니면 「自由의 범위외」라는 定式을 쓰는 것은 도대체 어떤 경우일까?

2. (1) 우선 그 자체에 있어서 反社會的=「非社會道義的」인 發言이 濫用으로 간주된다. 쌀의 不供出의 扇動, 刑法 제 222 조의 「脅迫」, 刑法 제 175 조의 「외설문서」등이 그 예이다. 이것은 예를 들면 선거운동으로서의 戶別訪問의 禁止가 단지 「公共의 福祉」에 의한 제한으로 되어있는 것과는 대조적이다.

(2) 다음에는 濫用防止를 위한 제한으로서 合憲的인 두가지 경우가 있다. 하나는 刑事訴訟規則 제 215 조의 公判廷에 있어서의 촬영, 녹음, 방송의 許可制이며 이는 「公判廷에 있어서의 審判의 秩序를 파괴하여 被告人, 기타의 소송관계인의 정당한 이익을 不當하게 해치는 것」과 같은 取材의 自由의 濫用을 방지하기 위한 것으로 되어있다. 또 다른 하나는 東京都公安條例判例로 여기에서는 表現의 自由의 濫用을 방지하는 것도 裁判所의 任務라고 明言되어 集團行動의 暴徒化가 이 경우 방지되어야 할 濫用으로 되어있다.

3. 이같은 判例의 濫用理論에는 몇가지 문제점이 있다. 첫째, 私法에 있어서의 權利濫用의 法理는 이미 행해진 權利의 行使를 다른 구체적 인 개인의 이익을 不當하게 해치는 것이라고 하여 裁判所가 不法으로 평가하여 결국 私人間的利害를 도덕적으로 타당하게 조정하기 위한 道具인데 反해 憲法의 領域에서는 事前에 일반적으로 濫用을 想定하여 구체적인 개인의 이익에

국한되지 않고 法廷內라든가 일반사회에 있어서의 秩序의 침해 가능성까지도 「濫用」으로 간주하고 있다. 이는 명백히 지나친데가 있다. 이러한 예상되는 피해방지를 위해서는 다른 判例에서 그렇게 하고 있는 것과 같이 단지 「公共의 福祉」를 가지고 말하면 족하고 「濫用을 방지하는 것은 재판소의 임무」라고까지 말하는 것은 規制主義에 기운 용단이였다. 둘째로 事後의 처벌에 관한 (1)의 型의 判例에서는 濫用理論의 適用에 문제가 없는 것처럼 보일지 모르나 이 경우에도 스스로 타당한 適用範圍가 있다. 무엇인가 제어장치가 없으면, 예를 들어 內亂罪를 實行시킬 목적을 가지고 그 實行의 正當性 또는 必要性을 주장하는 文書를 頒布하는 행위(破防法 38條 Ⅱ 項 2 号)는 구체적 위험이 全無하다라도 그자체가 「表現의 自由의 현저한 濫用」이라든가 심하게는 수사목적의 盜聽은 公共의 福祉를 도모하기 위한 것이며 또한 피해자는 住居의 不可侵, 言論, 集會, 結社의 自由權등을 위의 公共福祉를 위해 이용할 책임을 가지므로(憲法 제 12 조) 盜聽을 職權濫用이라고 규정지을 수는 없다는 식으로 濫用理論 그자체가 濫用 또는 轉倒될 위험이 크다.

4. 그렇다면 문제의 제어장치를 어디에다 두어야 할 것인가? 脅迫, 명예훼손, 모욕, 외설처럼 이른바 自然犯으로서 刑法典에 의해 犯罪가 되도록 되어있는 發言은 걸핏하면 表現의 自由의 범위외라고 말해진다. 判例의 濫用理論의 適用도 이런 類의 것을 중심으로 하고 있으나 이른바 法定犯의 扇動이나 加罰的인 것이 아닌 위험행위의 扇動에게까지 濫用이라는 레텔을 부치는 것은 지나치게 無差別의이라고 하겠다.

權利濫用의 法理의 私法的 由來에서 말한다면 「濫用으로서 言論의 自由의 範圍外」라고 하는 定式이 꼭 들어맞는 것은 發言이 직접 他人의 權利를 해치는 협박, 명예훼손, 모욕에 한정된다고 보아야 할 것이다. 일반적으로 犯罪의 教唆도 이와 같이 생각되고 있으나 구체적인 被教唆者가 犯罪를 實行했을 경우에 처벌되는 教唆는 言論=意見의 表明이 아니고 범죄행위의 일환에 지나지 않으며 言論의 自由와는 관계가 없다. 협박, 명예훼손, 모욕등이 생각한대로 意見에는 틀림없으며 따라서 구체적인 상황에 따라

서는, 예를 들면 他人의 權利의 침해를 부득이하다고 하는 公益性이나 不可避性(例, 爭議中の 文書活動)이 인정되는 경우에는 濫用이 아니며 言論의 自由에 속하는 것과는 다르다. 本件判決도 本件 의 구체적 상황에 있어 문제의 記事를 濫用으로 판단하고 있는 것이다.

독립적으로 범죄가 되는 扇動에 이르러서는 한층 더 意見의 表明이라는 要素가 강하며 이를 일반적으로 濫用視할 수는 없다. 「모든 思想은 扇動이다」(홍즈裁判官). 法律에 의한 여러가지 扇動犯罪의 창설은 公共의 安全, 秩序에 관한 政治的 危懼에 근거하는 것으로 개인 상호간의 社會道徳과는 관계가 없는 것이다. 法律에 의한 그 일반적 禁止는 「公共의 福祉」를 가지고 설명되어야 할 것이며 구체적인 경우에 實害를 초래하는 직접적인 위험성이 없는데도 扇動을 罰하는 것은 사실을 이유로 사람을 罰하는 것이 되어 憲法 제 21 조에 위반하는 것이 될 것이다.

결국 言論의 自由의 濫用이란 意見의 表明이 구체적인 경우, 즉 엄밀한 의미로 他人의 權利를 不當하게 침해하는 경우라고 말할 수 있을 것이다. 다만 일부학설의 주장처럼 외설문서를 「他人의 權利」의 침해로 설명할 수 있는 것인지 아닌지에 대해서는 의문이 있다. 「他人의 權利」를 「公共의 福祉」의 一面으로 보는 學說에서는, 濫用이란 「公共의 福祉」에 反하는 基本權의 사용의 한 경우라고 할 수 있을 것이다. 또 表現의 自由에 관해 「公共의 福祉」에 의한 制約을 부인하고 오직 현실적으로 他人의 權利를 침해한 경우에 民事, 刑事의 책임을 추궁받는 것은 自由의 內在的制約이라 하는 學說은 「公共의 福祉」를 「他人의 權利」의 존중에 국한하는 것과 동일하게 귀착한다.

判例는 불충분한 식별기준을 援用하면서 「濫用」과 「公共의 福祉」를 분간하여 쓰려고 하고 있다. 本件에서는 그렇지 않다 하더라도 애매한 濫用理論은 濫用될 危險性이 크다.

(尾吹善人: 千葉大學 教授) □

學者の私的行爲에 관한 報道

東京地方裁判所 1958년 6월 7일 判決

〈事實概要〉

原告X는 戰前 각지에서 대학교수등을 역임했으며 본건 사건당시(1952년 8월)에도 사립대학교수 및 변호사의 지위에 있어 상당한 사회적 지위를 갖고 있었다.

X는 妻와 이별한 채 독신생활을 계속해 왔는데 1950년초부터 전쟁미망인인 訴外 A와 婚外關係를 갖게끔 되었다. A는 남편과 사별한 후 한두 사람의 남자와 동거하기도 하고 술집도 경영한 일이 있는 경력의 소유자로서 X와의 관계도 X의 친구인 B의 소개로 처음부터 첩(妾)의 위치라는 양해하에 스스로 자원하여 X와의 관계를 맺었으며 X가 재혼할 때에는 X와 헤어진다는 사실도 승락했었다. 그런데 A는 X에게 再婚談이 나와 X와 헤어지기로 되자, X가 B의 충고에 따라 위자료의 지불을 거부한데 분격, 致死量에 미달하는 수면제를 복용하고 뒤이어 위자료 청구의 조정신청을 제출하기에까지 이르렀다. (調停申請은 B의 중용으로 다음날 취하였다.)

그런데 被告 Y회사는 그가 발생하는 M신문 1952년 8월 2일자 都内版 및 3일자 全國版에 『町田박사에게 「愛情」의 향의, 자살을 기도한 미망인』 『女心を 짓밟은 지나치게 냉정한 처사』 등의 큰제목에 X의 사진과 함께 『原告는 전쟁미망인인 A와 婚外關係를 갖고 있었는데 原告가 다른 여자와 결혼하기위해 A에게 헤어질 것을 제의하면서 위자료등에 관한 이야기를 일체 하지않았기때문에 A는 애정이 짓밟힌 것을 비판하여 유서를 남기고 자살을 기도했으나 미수에 그쳤으며 原告에게 향의하기위해 위자료의

조정신청을 냈다』는 취지의 記事를 게재했으며 또 X의 談話에 근거함이 없이 『A와는 정식으로 결혼할 때에는 언제든지 헤어지기로 했고 월5,000円을 준다는 약속으로 교섭을 가졌던 것이므로 A는 이른바 통근하는 娼婦 또는 세미프로이다』라는 내용을 X의 談話形式으로 실었다. 또 3일자 都内版 余録欄에 X의 행위가 인정에 反한다는 취지의 위 기사에 근거한 이 사건에 대해 社會短評을 품위없는 言語文體를 구사하여 게재했으며 그밖에 5일자 都内版 投書欄에 위 기사와 관련하여 X를 비난하는 독자의 투서를 게재했는가 하면 11일자 都内版에 『町田事件을 이렇게 본다』는 제목으로 본건사건과 관련하여 識者層의 評을 사건의 개요와 함께 『女性の 敵입니다』 등의 제목을 곁들여 게재했다. 더구나 X는 변호사를 통해 本件事가 게재되기 이전에 두세번에 걸쳐 眞實의 事實을 알리고 경고함과 함께 재조사를 요망한 사실이 있다.

X는 Y의 행위에 의해 자신의 명예가 현저하게 침해되었다고 하여 Y에 대해 謝罪廣告의 게재를 요구하면서 다음과 같이 주장했다.

「위의 各記事는 모두가 眞實에 反하며 正當한 비판이 아니다. 그리고 그 내용이 어떻든간에 X와 A사이의 순전한 私的行爲에 관한 것이며 公共의 利害와는 관계가 없는 사실에 관한 것이다. Y는 新聞의 사명을 逸脫하여 오로지 X의 스캔들을 폭로함으로써 世人의 흥미를 돌구려 했으며 故意 또는 過失에 의해 X의 명예를 훼손한 것이다. 이에 대해 Y는 「위의 名記事는 모두 眞實에 합치하는 正當한 비판이다. 또 眞實性을 위해 충분한 조사와 주의를 기울였다. 本件 各記事의 公표 전쟁미망인의 생활윤리, 법률가·

교육자로서의 行狀 및 품위등 公共의 이해에 관한 사실과 관련이 있으며 그 목적이 오로지 公益을 위한 것이었으므로 위법성이 없다」고 맞섰다.

〈判決要旨〉

2일, 3일자 사건기사, 3일자 余録, 5일자 投書, 11일자 評論등 各記事는 모두가 X의 명예를 훼손하는 것이며 또 〈事實概要〉에 기술한 바와 같이 사건의 事實에 비추어 本件事記事는 사실의 파악에 오류가 있어 그 결과 중요한 점에서 眞實을 있는 그대로 전하지 못하고 있다. 「이와같이 사람의 명예를 손상하는 사실을 공표한 자는 그 사실이 眞實이 아닌 한 설사 그 사항이 公共의 利害에 관한 것이라 하더라도, 혹은 전적으로 公益을 도모할 목적이 있었다 해도 명예훼손의 책임을 면할 수는 없다. 즉 對象이 매우 중요한 것이었다 하더라도 동기가 매우 훌륭했다 하더라도 眞實이 아닌 것을 기술하여 사람의 명예를 손상하는 것은 용납될 수 없기 때문이다. 또 余録, 投書, 評論등 各記事에 관해서는 사람의 명예를 손상하는 것과 같은 評論을 발표한 경우에도 그 의견이 正當한 비판이고 나아가 그것이 公益에 관한 사항에 대해 행해졌을 경우에는 不法行爲의 책임을 면한다. 이는 公益에 관한 사항에 대해 言論의 自由를 확보하기 위해서는 이같은 免責事由를 인정하는 것이 필요하기 때문이다. 그렇긴 하지만 여기서 말하는 正當한 비판은 眞實의 事實에 근거한 비판이 아니면 안된다는 것은 當然한 事理이다.

本件事記事가 眞實에 反하고 있는 이상 위 사건기사에 근거한 余録, 投書, 評論 등 각기사도 正當한 비판이라고 말할수 없으며 被告는 이에 대해서도 명예훼손의 책임을 면할 수 없다.

〈解説〉

위의 사실개요, 판결요지를 통해 이해되는 바와 같이 本判決은 사립대학의 교수이며 변호사라는 지위에 있는 사람의 불명예스러운 私的行爲에 관한 新聞報道記事, 短評 및 투서게재 등 (以下에서는 설명의 편의를 위해 新聞報道記事만을 擧論키로 한다)에 의한 民事上的의 명예훼손

에 관해 그 성립여부를 다룬 사건이다. 民事上的의 명예훼손 성립여부를 둘러싸고는 被害者側의 사회적 평가의 침해의 보호와 加害者側의 표현의 자유(憲法 제21조)의 보호와의 調停이 문제가 되고 있으며 通說·判例는 명예훼손죄에 관한 刑法 제230조의 2의 취지를 民事上的의 명예훼손에도 미치게 하여 해결하려는 데 있다.

즉 兩者의 조정은 당해명예훼손적 言論·記事 등의 공공성 및 진실성과 관계가 있는 違法性理論 또는 고의·과실이론의 어느 한쪽에 의해 해결되게끔 되어 있다. 따라서 이러한 通說·判例를 전제로 하면 어떤 사람의 불명예스러운 私的行爲에 관한 新聞報道記事도 그 기사내용·목적에 있어 공공성이 있고 또 진실의 사실이든가 아니면 眞實의 사실이라고 믿기에 상당한 이유가 있을 때에는 원칙적으로 명예훼손으로서의 책임을 성립시킬 수 없다는 이야기가 된다. 그러나 이경우 의문이 생기는 것은 위와 같은 通說·判例의 기본적 입장이 어찌되었건간에 그런 경우의 公共性이라는 것을 어떻게 이해해야 하느냐 하는 문제이다.

本判決은 이러한 의문에 해답을 주는 하나의 구체적인 경우라고 하겠는데, 그러나 本判決에서는 이점에 관한 판단기준을 얻어낼 수가 없다. 즉 本判決은 위의 通說·判例와 같은 입장에서 면서도 「이와 같이 사람의 명예를 손상하는 사실을 公表한 자는 그 사실이 진실이 아닌 한 설사 그 사항이 公共의 利害에 관한 것이라 하더라도 또 전적으로 公益을 도모할 목적이 있었다 하더라도 명예훼손의 책임을 면할 수 없다」고 眞實性의 점에서 原告勝訴判決을 내렸기 때문이다. 여기서 다시 생각해 되는 것은 本判決과 같은 事案, 즉 사립대학교수이며 변호사라는 지위에 있는 사람의 불명예스러운 私的行爲에 관한 신문보도기사가 가령 眞實의 사실이라고 할 때 이러한 지위 그 자체가 그경우의 公共性의 판단에 관해 어떠한 의미를 갖느냐 하는 문제이다. 이점에 관해 참고가 되는 것은 通說·判例가 당연한 전제로 하고있는 刑法 제230조의 2이며 그리고 보다 더 직접적으로는 同條 제2항 내지 3항이다. 이들 규정의 취지가 그대로 민사상의 명예훼손에 미친다고 한다면 예를 들어 犯罪容疑者나 공무원 또는 공무원의 후보자의 불명예

스러운 私的行爲에 관한 신문기사보도는 그것이 眞實의事實이든가 또는 진실의 사실이라고 믿기에 상당한 이유가 있는 경우에는 一般私人的 불명예스러운 私的行爲에 관한 신문보도기사의 경우와 비교할때 명예훼손으로서의 책임을 불성립시키는 경우가 많을 수밖에 없다. 따라서 判例는 犯罪容疑者의 불명예스러운 私的行爲에 관한 신문보도기사도 그것이 「그 被疑事件과 관련되어」있는 한 또는 議員候補者의 불명예스러운 私的行爲에 관한 신문보도기사에 대해서도, 議員選舉에는 「全人格的인 판단을 필요로 하므로」라는 이유로 다같이 명예훼손과 관련된 책임의 불성립을 인정하고 있다. (犯罪容疑者에 관해서는 東京地裁 1950년 7월 13일 판결, 議員候補者에 관해서는 最高裁 1966년 6월 23일 판결).

여기에서 문제가 되는 것은 위에서와 같이 犯罪容疑者도 아니고 공무원 또는 공무원의 후보자도 아닌, 그렇다고 단순한 일반의 私人이라고 말하기 어려운 말하자면 本判決에서와 같은 사립대학교수 및 변호사의 경우는 어떻게 될 것인지 하는 것이다. 刑法 제230조의 2의 취지를 극히 형식적으로 해석한다면 사립대학교수 및 변호사가 犯罪容疑者가 아니라는 것은 물론이고

공무원이나 공무원의 후보자가 아니라는 것도 명백하므로 불명예스러운 私的行爲에 대한 新聞報道記事의 명예훼손에 관련된 公共性은 극히 엄격하게 다루어야 할 필요가 있을 것 같다. 그러나 실질적으로 해석한다면 사립대학교수 및 변호사는 가령 그 어느쪽이든 그의 사회적 사명 내지 영향력은 경우에 따라서는 공무원이나 공무원의 후보자 보다 크면 컸지 적지않을 것이며 만일 그렇다면 公共性도 공무원이나 공무원의 후보자와 비교해서 그에 준하여 다루어질 것으로 보인다. 그리고 전적으로 구체적 타당성에 비중을 두는 민사상의 명예훼손에 있어서는 이론적으로 더욱더 후자의 경우처럼 생각해도 좋을 것이다. 그러나 가령 後者의 경우와 같이 생각한다 하더라도 그경우의 사립대학교수 및 변호사라는 지위의 공공성 판단에서 갖는 의미는 공무원 또는 공무원 후보자와 마찬가지로 사립대학교수 및 변호사라는 지위가 전부를 의미하는 것이 아니고 말하자면 公共性에 접근하기 쉬운 하나의 判斷要素로서 존재한다는데 주의할 필요가 있다.

(德本 鎮：九州大學教授) □

「裁判長, 取調官과 뒷거래」 - 헤드라인에 의한 명예훼손

千葉地方裁判所 1961년 5월 17일 判決

〈事實概要〉

원고 I는 前判事로서 재직중 千葉地方裁判所に 擊屬된 이른바

「養老人の子守殺人事件」(1954년 10월 8일 起訴)을 재판장으로서 심리하여 1956년 6월 29일 유죄판결을 언도했다. 이 사건에 대해 被告 M신문사는 控訴審裁判所인 동경고등재판소의 증거조사가 행해지는 전날(1956년 11월 30일) 同新

聞 千葉版에 紙面の 약 3분의 1을 할애 하여 「裁判長, 取調官과 뒷거래」라는 헤드라인을 붙인 기사를 게재하여 약 10만부를 발행했다. 원고(1957년 11월 임기만으로 퇴직)는 이 헤드라인을 포함한 本紙記事가 原告의 재판관 개인으로서의 명예를 훼손한 것이라고 하여 그 名譽回復(謝罪廣告)과 손해배상금(120만円)을 청구하는 訴를 千葉地方裁判所に 제기했다.

原告側의 주장은 다음과 같다.

本件記事는 중앙부분에 「裁判長, 取調官과 뒷거래」라는 고딕체로 3段의 센세이셔널하고 단정적인 헤드라인을 붙여 여기에다 記事의 초점을 맞춰 앞머리의 「高裁근처의 現場에서 證人審問」이라는 큰 헤드라인외에도 「辯護人側, 날조를 주장」, 「괴롭힘에 허위진술」, 「勝(養老事件의 被告人)등이 호소, 밤낮을 계속해서 取調」등의 헤드라인을 뽑아 필연적으로 「재판장인 原告는 判決前에 取調官과 짜고 무엇인가 供與 또는 편의를 받았으며 그 대가로 取調官의 편을 들어 억울한 罪에 대해 유죄판결을 했다」는 印象事實을 일반독자에게 주었다는 것이다.

이에 대한 피고의 주장은 다음과 같다. 本件 기사 자체는 養老事件의 경과, 控訴趣意書의 기재내용과 각관계자의 의견의 객관적인 보도로서 原告가 주장하는 것과 같은 印象事實을 일반독자에게 주고 있지 않다. 「裁判長, 取調官과 뒷거래」라는 헤드라인도 辯護人側의 주장에 관한 헤드라인으로 표현한 것으로 단정적인 摘示는 아니다. 가령 명예훼손행위에 해당한다 하더라도 原告가 주장하는 印象事實가운데 주요한 부분에 있어 原告가 당시 취조관과 뒷거래를 했다고 의심을 받아도 어쩔 수 없는 사실이 있었으므로 眞實의 證明이 성립된다. 즉 「사자나미莊」에 열린 研究會에 取調警察官과 동석했으며, 養老事件에서의 중요쟁점이 되고있는 취조시간에 관계 기록을 하도록 발언하고, 판결언도시에 深夜 取調의 여부에 대해 「경찰에서는 취조시간을 기재하지 않는다」는 취지의 발언을 한 사실이 있기 때문이다. 더욱이 가령 진실증명이 없다 하더라도 M기자는 養老事件의 主任 辯護人으로부터 입수한 회답에 근거하여 그것이 진실임을 믿고 원고를 작성했으며 K編輯主任(데스크)도 또 이를 그대로 믿고 편집한 것이므로 진실이라고 믿기에 상당한 이유가 있다고 말할 수 있다는 것이다.

이에 대한 原告側의 反論은 다음과 같다. 「사자나미莊」에서의 研究會는 地方裁判所長의 결재를 받고 연 공식적인 모임이었으며 그곳에서의 발언은 養老事件에만 관계가 있는 것이 아니었으므로 原告가 취조관과 뒷거래했다고 의심을 받을만한 사실도 없다. 또 기자는 辯護人의 회답내용을 적극적으로 확인도 하지않고 또 변호인 이외의 관계인의 담화가 控訴趣意書의 내용

에 부정적이었다는 사실을 고려하지 않았으므로 진실이라고 믿을만한 상당한 이유가 없었다는 것이다.

심리결과, 本件裁判所는 原告의 청구를 대부분 용인(謝罪廣告全面容認, 손해배상금 70만円 용인)하고 그 이유를 判決要旨와 같이 설명했다.

이 判決이 있는 후 本件은 화해의 형태로 해결을 보았다.

〈判決要旨〉

1. 新聞記事에 의한 명예훼손의 成否는 「일반독자의 통상적인 흥미, 주의, 읽기 등을 기준으로 하여 일반독자가 해당기사로부터 받는 印象事實에 따라 판단하는 것이 상당하다」.

本件記事는 피고인, 변호인 등이 罪의 억울함을 강력하게 주장하고 있다는 印象을 일반독자에게 주었고 나아가서는 「裁判長, 取調官과 뒷거래」라는 현저하게 독자의 흥미와 주의를 끌게 하는 제목을 붙이고 있다. 그리고 本件記事中 제삼자의 주장에 관한 부분에는 이를 明示하는 방법을 취하면서 「裁判長, 取調官과 뒷거래」제목에서만 그러한 취급을 하지않고 형식상으로는 전적으로 단정적인 것으로 되어있다.

이렇게 본다면 「高裁근처의 現場에서 證人審問」, 「辯護人側, 날조를 주장」이라는 큰 제목과 「一審은 一家謀殺로 有罪」라는 副題, 그리고 「裁判長, 取調官과 뒷거래」, 「괴롭힘에 허위진술」이라는 중간제목 등을 관련시켜 볼 때에는 일반독자의 주의와 흥미가 우선 「裁判長, 取調官과 뒷거래」라는 이상한 중간제목에 집중할 것은 필지의 사실이며 이 이상한 중간제목과 관련시켜 이를 중심으로 그 주의와 흥미가 다른 제목에 옮겨질 것이 뻔한, 그러한 제목의 표현방법, 그 제목의 文句, 配列 및 이제목에 받은 本文記事의 내용·배열, 그리고 그 표현형식 등을 종합해 보면 本件記事는 일반독자에게 原告가 주장하는 것과 같은 印象事實을 주었다고 인정하는 것이 相當하다.

2. (1)眞實證明이 있다고 하는 被告의 주장에 관해.

本件에 眞實證明이 되어야만 할 주요부분은 「일반인의 상식으로 보아 그러한 뒷거래(裁判長

과 取調官간의 사건내용의 不正한 뒷거래)를 했다고 합리적으로 의심할 수 있는 충분한 객관적 사실의 존재」이며 「被告人 또는 辯護人이 자세한 원고의 言動을 들어 위에서와 같은 혐의를 걸어 그러한 입장에서 심한 노여움을 터뜨릴 수밖에 없었던 부득이한 사정이 있었다」는 것만으로는 부족하다고 해석된다. 더욱이 新聞業務에 종사하는 者는…… 객관적 입장에 서서 이에 관한 보다 확실한 眞實을 究明하여 보도해야만 할 의무가 있기 때문이다 그런데 본건에 있어서도 위의 證明의 대상이 되는 眞實이 사실이라는 것, 또는 위사실이 眞實임을 합리적으로 의심하기에 충분한 객관적 사실이 존재하고 있음을 인정하기에 충분한 증거가 없다.

(2) 眞實證明의 대상인 사실이 眞實이라고 믿는데 있어 相當한 이유가 있었다고 하는 被告의 주장에 관해

가. M 기자는 조사결과 事件의 판결전에 원고가 출석한 가운데 열린 縣警本部 刑事部 주치의 회합이 있던 일시, 그 목적 및 구체적인 내용들에 관해서는 어떤 확실한 사실을 포착하지 못했는데도, 그 이상의 조사도 하지않고, …… 毎日新聞 朝刊 千葉版에 시간을 대기위해서 부랴부랴 서둘러 취재한 자료를 근거로 本件記事의 원고를 작성했다.

나. K 編輯主任은, …… 本件記事의 원고를 받아마자 原告의 명예를 훼손할 우려가 있는 위 기사내용이 眞實인지 아닌지를 조사 검토조차 하지않고 함부로 이를 채택하여 前述의 『裁判長, 取調官과 뒷거래』라는 제목을 위시하여 그밖의 소요되는 제목을 붙여 편집하고 인쇄했다… 그렇다면 本件 기사내용을 眞實이라고 믿는데 있어 相當한 이유가 없었다고 말하지 않을 수 없다.

〈解説〉

1. 新聞記事의 제목이 특히 명예훼손문제를 낳는 이유는 무엇일까.

新聞은 일반대중에 의해 읽혀지는 것이므로 기사전체를 숙독하면 다른 의미로 받아들여질 경우에도 제목에 초점을 맞춰 독후감이 형성되기 쉽다.

따라서 新聞記事에 의해 명예훼손이 성립되는

나 안되느냐는 문제는 일반독자의 보편적인 주 의와 읽는 방법을 기준으로 판단해야만 한다는 것으로 되어있다. 여기에 제목에 의한 명예훼손 성립의 이유가 있다.

제목의 當否가 문제된 例는 적지않다. 本件은 제목에 의해 명예훼손이 성립된 事例의 하나이다. 명예훼손이 성립된 事例가운데는 특히 「편집단계에서 불필요한 潤色이 가해진 경우에는 데스크자신의 과실이 인정된다」는 판결(東京高判 1957년 10월 16일)이 있으나 本件은 엄밀하게 말 해서 取材와 편집의 두개의 행위를 종합적으로 포착하여 명예훼손의 성립이 인정된 사례이다.

2. 본건판결은 法律論에 있어서도, 또 事實認定에 있어서도 원고측의 주장을 대부분 용인하고 있다.

대체로 新聞報道의 자유의 한계를 정하는 일반적 기준은 보도의 자유와 인격권의 보호라는 서로 대립되는 利害를 어떻게 조화시키느냐는 관점에서 정해진다. 이 兩者의 조화는 형법 규정의 취지가 民事에도 적용됨을 인정한 最高裁判所判決(1966년 6월 23일)에 의하면 다음과 같이 이루어지고 있다.

民事上 불법행위로서의 명예훼손에 관해서는 그 행위가 公共의 利害에 관한 사실과 관련, 전적으로 공익을 도모할 사실이 진실이라는 것이 증명되었을 때에는 그 행위는 違法성이 없으며 따라서 불법행위도 성립되지 않는 것으로 해석하는 것이 상당하다. 만일 그 사실이 진실이라는 것이 증명되지 않더라도 그 행위자가 그 사실을 眞實이라고 믿기에 相當한 이유가 있을 때에는 그 행위에는 故意나 過失이 없으며 결국 불법행위는 성립하지 않는 것으로 해석하는 것이 相當하다. 이 最高裁判所判決은 本件判決보다 훨씬 뒤에 이루어진 것이긴 하나 本件判決과 그 法律論에 있어 취지를 같이 하고 있으며 신문기사가 眞實의 證明이 있을 때에는 違法성이 없고 「眞實이라고 믿기에 相當한 이유」가 있을 때에는 故意·過失이 없다고 보는 것으로 해석된다.

3. 本件判決의 특징을 그 사실인정과 관련시켜서 볼 때 다음과 같이 말할 수 있을 것이다. 첫번째 『裁判長, 取調官과 뒷거래』라는 제목

에는 다른 제목에 붙인 것과 같이 제삼자의 의견이라는 것을 明示하는 방법을 취하고 있지 않았으므로 형식상으로는 전적으로 단정적인 제목임을 강조하고 있다는 점이다.

둘째는 眞實證明의 程度에 관한 일반적 기준으로서 재판장과 取調官과의 사이에 不正한 뒷거래가 있었다고 합리적으로 의심하기에 충분한 객관적 사실이 있음을 들어 거기에 이 기준을 적

용하여 그러한 사실은 없었다고 판단하고 있는 점이다.

셋째는 「眞實이라고 믿기에 相當한 이유」가 있었는지 없었는지에 대해서도 그러한 이유는 없었다고 판단하고 있다는 점이다.

그러면 왜 이와 같은 특징이 생겼을까. 그 이유의 하나는, 우선 本件記事에 眞實證明이 있다 (浦田賢治：早稻田大學教授) □

取材表現上の 過失

大阪高等裁判所 1962년 10월 31일 判決
謝罪廣告等 請求抗訴 및 附帶抗訴事件

〈事實概要〉

本件의 抗訴人 N는 K 新聞社의 기자로서 同社가 발행하는 新聞紙에 『新大學物語』라는 기사를 집필하면서 그 가운데서 某大學의 入試와 관련된 事에 언급했다. 이 사건은 위 기사에 앞서 1년반 전에 同紙에 게재되어 他紙도 이를 받아실어 그 당시 사회로부터 의혹의 눈이 쏠렸던 사건이다. 그후 同大學의 入試委員會가 중심이 되어 진상규명에 나섰으나 결국 아무 것도 규명하지 못하고 끝났다.

N은 이 미해결상태에 있는 사건을 전제로 하여 집필했는데 이를 화제의 중심으로 하고 被控訴人에 관한 기사를 썼다. 그 내용은 대략 다음과 같다.

「작년 봄의 D대학의 입학시험에서 不正入試事件이 일어나 문제가 되었다. (被控訴人은 작년 봄의 不正入試事件에 이름이 오르내린 사람이다.) 문제의 수험생은 어떤 집에 숙식하고 있다. 그 집의 주인은 被控訴人의 이름을 알고 있었다. 그 主人이 그 대학의 교수들 가운데 이름을 알고 있는 것은 被控訴人뿐이었다. 그 주인은 被控訴人의 세미나의

한 졸업생과 아는 사이여서 그 이름을 알게 되었다고 한다. 被控訴人은 졸업생과의 접촉도 많다. 이는 남을 도와주기 좋아하는 被控訴人의 인품때문일 것이다. 그러나 被控訴人의 부인이 「합격발표전에 전화로 그 수험생의 합격을 알려준」 사실이 있다. 그것은 단순히 남을 도와주기 좋아한다는 것만으로 납득이 안간다. 그 이면에 사건의 진상을 풀 열쇠가 숨겨져 있으리라는 것도 생각할 수 있다」

는 내용의 보도였다.

被控訴人은 이 기사에 의해 그의 명예가 침해되었다고 제소했다. 控訴人 N과 同紙의 편집장은 위의 기사가 과거의 보도기사와 관련, 비판적으로 記述된 것으로 公共의 利害에 관한 사항이며 公益을 도모할 목적으로 쓰여진 것이기 때문에 명예훼손의 책임을 질 수 없다고 주장했다.

〈判決要旨〉

일반적으로 신문은 社會로부터 신용이 극히 높으며 또 그 사회에 대한 영향력이 크다는 것은 公知의 사실이다. 대학교수의 지위에 있는 被控訴人이 입학시험문제를 고의로 누설한 것이

아닐까 하는 극히 짙은 의혹을 印象지우기에 충분한 기사가 일단 신문에 보도된 때에는 被控訴人の 명예를 크게 침해한 것으로 인정할 수 있으므로 本件記事를 집필함에 있어서는 이러한 의혹의 합리적 근거의 有無에 대해 신중한 조사를 다해 그 결과 사회통념상 被控訴인이 시험문제를 누설한 개연성이 높고 被控訴인이 이러한 의혹을 받아도 하는 수 없다고 인정되는 경우이어야 할 것을 要한다.

〈解説〉

1. 신문에는 公共의 利害가 있는 사회적 사실을 신속하게 보도할 의무가 있다. 報道의 受容者인 국민에게는 모든 사실을 알 권리가 있기 때문이다. 국민의 의식을 자의적으로 조작하는 일은 예나 지금이나 전체주의 체제의 위정자의 상투수단이다. 보도기관이 위축되어서는 공정한 輿論이 육성될 수 없다. 그렇다고 「新聞은 公器」라는 대의명분을 내세워 약한 개인의 인권을 무시하는 일은 허용될 수 없다. 신문기사의 지나친 囂포에 의한 명예훼손에 대해서는 더 신경질적이어도 좋다. 사실, 국민들간에 자기의 명예 감정을 重視하는 의식이 높아져 재판에 제소하는 케이스가 증가일로에 있다. 문제는 신문이 갖는 公共的 使命과 개인의 명예와의 대립의 調和點을 어디에서 찾느냐하는 점이다.

2. 신문기사에 의한 명예훼손의 경우 公共의 利害에 관한 공익을 도모하는 목적이 否定되는 예는 적다. (치료효과에 대해 충분히 과학적으로 해명되지 않고 있는 放射線을 이용한 整形治療에 대해 경고적 기사를 쓴 事案에 관해 표현상의 潤色이상으로 사실을 歪曲한 것이 아니라 判示한 大阪地裁의 1967년 3월 31일의 判決例는 公共의 利害에 관한 사실을 일반대중을 위한 목적으로 게재한 것으로 인정).

가장 많은 쟁점은 기사내용의 진실성에 관한 것이다. 우선 진실이 아님을 알면서 일부러 허위의 사실을 기사화하는 예는 질이 낮은 신문이 아닌 한 있을 수 없다고 볼 수 있다. 많은 경우 사실로서 게재한 기사의 취급방식에 과실이 있느냐 없느냐가 쟁점이 되고있다. 그 과실은 他

社와의 경쟁, 마감시간의 절박 등으로 사실에 관해 충분히 조사할 시간적 여유가 없는 상태에서 진실일 것이라고 믿고 게재한 것이 객관적으로는 사실과 틀리는 결과가 된 경우가 많이 있다(取材上の 過失). 또 독자를 지나치게 의식하여 관심을 끌기위해 혹은 취재의 의도를 강조하려는 나머지 過失로 인정되는 경우가 있다(表現上の 過失).

3. 取材上の 過失

기재된 사실은 어느 정도 진실과 합치되어야 하는가. 신문에 요구되는 신속성을 고려하여 세세한 부분까지 빠지 않고 진실일 필요는 없으나 적어도 主要한 부분에 있어서는 진실의 立証이 요란다는 것이 통례이다. 그러나 진실이라고 믿는데 대해서의 취재기자의 조사가 어느 정도이어야 하느냐에 관해 東京地裁(1956년 5월 21일) 判例와 같이 신속성과 紙面의 제약등을 고려하여 확실한 증거취재를 하지 않고 간접취재에 관한 사항을 직접 취재에 의한 것처럼 단정적인 표현을 한 경우에도 취재사실의 보도인 한 신문사에 고의·과실은 없다는 느슨한 판단을 내린 예도 있다.

取材源으로서, 수사관과의 공식적인 회견, 사건기록에 의해 작성한 기사의 경우에는 過失이 부정된 예는 많다. 그러나 마감시간이 절박하지 않고 기사의 성질상 긴급을 요하지 않는 사건담당자의 비공식적인 담화나 기록의 부정확한 취급에 더하여 관측을 하는 취재를 한 경우에는 過失이 인정된다. 단순하게 추정에 의해 조사받은 者를, 수사관의 말만 경솔하게 믿고, 그 이상의 조사를 하지 않은 채 강도용의자로 보도한다면, 판결언도후 退廷하는 法官으로부터 복도에서 재판결과를 듣고 무죄가 된부분을 들었으면서도 그 확인을 게을리하여 기소사실의 일부만이 有罪가 된 사건을 그 전부에 대해 有罪判決이 내린 것과 같이 기사를 게재했다든가, 사건에 관계한 변호사로부터 청취하여 아무런 구체적인 자료도 없는데 『裁判長, 取調官과 뒷거래』라는 취지의 기사를 실은 사건에 대해서는 모두 過失이 있다는 판례가 나와있다.

이와는 반대로 취재가 정식루트를 통했고 독자적인 면밀한 조사를 한 경우에는 過失이 부정되었다.

4. 表現上の 過失

독자는 소위 대중이므로 신문에 표현된 사항이 명예훼손에 해당되느냐 안되느냐는 일반독자의 通常의 주의력과 읽는 방법을 기준하여 판단함이 타당하다.

5. 本件 의 경우 문제가 된 기사는 大學教授陣의 評判記이기 때문에 취재상의 미스라는 관점에 초점을 맞추어 검토되어야 하겠다. 표현상의 문제로서는 「사건의 진상을 풀 열쇠가 숨겨져있다」고 하는 일종의 빈정댐같은 또 뭔가 있는 것 같다는 暗示를 독자에게 주는 보도방식이 타당하냐 하는데 있다. 취재기자로서는 大學人試와 같이 公的인 행사에는 당연히 많은 사람들이 관심을 갖고 있으므로, 不正이 있었다는 혐의가 농후한 사건이 흐지부지 되어버린데 대해 公憤을 금치못했을 것이다. 대학내부의 동료들간에 감싸주는 형태로 해결된 것에 신통치않게

편파적인 放送報道로 他人의 信用을 毀損

大阪地方裁判所 1962년 11월 21일 判決 1953년(7) 제 5325호 損害賠償請求事件

〈事實概要〉

Y는 1954년 同郷의 A가 특수접착제를 고안하여 대나무에 비닐을 입힌 우산을 고안한 사실을 알고 A와 제휴, 그 판매를 맡기로 했으나 자본이 없어 백화점등에 전본을 가지고 다니는 정도였으며 같은 해 4월 大阪市에서 개최된 국제전본시에 출품도 생각했으나 그 비용을 낼 능력도 없었다. 그래서 Y는 内縁의 처의 사촌인 X에게 本件 비닐우산이 자기의 고안이라고 설명하고 見本市에의 출품비용, 특허, 상표등록등의 출원비용에 필요한 자금을 받아 A명으로 특허출원을, Y명으로 「美人傘」의 상표등록을, 국제전본시에는 B주식회사의 이름으로 대표자를 Y로 하

생각하여 자기나름대로 사실을 수집하여 진상을 규명하려고 노력을 기울였을 것이다. 그러나 人物評記事에서 언급한 정도의 자료만으로 公共의 이익을 위해 진실을 밝혀주는 일이 불가능한 이상 명예훼손의 책임을 면할 수는 없다. 보도기사로써 이전의 不正이 보도된 것으로 사회적 制裁는 일응 내려졌다고 볼 수 있다. 그것을 다시 문제삼아 더구나 진상규명을 위한 충분한 자료를 제공할 수 없었기 때문에 지나친 人身攻撃을 한 者로서 언론인의 자격을 의심받아도 할 수 없는 일이다. 언론기관에 종사하는 자에게는 언제나 自己抑制가 필요하다. 過度한 正義感은 오히려 사회의 질서를 불필요하게 혼란시킬 수 있다. 매스, 미디어는 개인의 인격을 침해하는 凶器가 될 수도 있는 위험한 「公器」라는 것을 언제나 자각하고 있는 것이 바람직하다.

(官譯浩 - 慶應義塾大學教授) □

여 출품신청을 했다. 見本市에서 「美人傘」은 대단한 호평을 받아 Y는 취재의 보도관계자에 대해 「美人傘」의 발명자처럼 응대하고 苦心談을 털어놓아 『見本市 대부호 탄생』등의 제목으로 보도되었다(이때까지는 Y가 경영의 주도권을 갖고 있었다).

X는 見本市가 끝날 무렵부터 B社의 사무실에 출근, 판매사업의 경영면에 관여했으며 영업 전반에 관해 지시와 감독을 하는 한편 자금도 일체 담당했다. 그런데 양자간에 대립이 생겨 A는 Y가 자기의 고안인 것처럼 떠돌고 다니는 태도에 불신을 갖기 시작했다. Y·X 두사람으로부터 새로운 A에 대한 제휴 제의에 대해 A는 Y와의 관계를 끊고 X와 제휴하여 우산의 제조판

매사업을 진행해 나갔다. 두사람의 관계는 결렬되어 X의 요청에 의해 Y는 사무실을 떠났다. 거래관계서류는 X에게 넘겨졌으며 우편물도 B 회사 앞으로 온 것은 모두 X앞으로 온 것으로 취급되었다. 불만을 가진 Y는 여러가지 정보를 被告人 일본방송협회의 방송기자 C에게 건네주었다. C는 즉각 X의 사무실에 전화를 걸어 관계자로부터 발명자는 A이며 Y가 아니라는 등의 설명을 듣고도 더 이상의 조사도 하지않고 취재 원고를 데스크에 넘겨 데스크도 이를 그대로 믿고 방송원고를 정리하여 다음날 아침 방송했다. 그 요지는 「國際見本市에서 인기를 모은 비닐로 만든 「美人傘」의 발명자 Y가 해외로부터 많은 주문을 받아 제조와 재료의 준비에 쫓기고 있다는 사실, 그 후 Y는 출자자인 X에게 해외로부터의 주문을 빼기고 사무실에서 쫓겨 나갔다는 사실이 두 사람은 친척간이라는 사실, 의견의 상충으로 물려났다는 사실, 우편물도 모두 빼겼다는 사실 등 그리고 X가 우산의 특허는 Y의 것이 아니라고 부정하고 있다」는 것 등이었다.

X는 Y 및 일본방송협회, 그리고 같은 내용의 보도를 한 모 신문사를 상대로 X의 신용, 명예를 훼손했다는 이유로 손해배상(재산상 및 정신상)의 訴를 제기했다.

〈判決要旨〉

뉴스방송이 X의 명예감정을 해치고 X의 신용 및 X에 대한 사회적 평가를 저하시키는 성질의 것인지 아닌지를 판단한다. 그런데 어떤 방송이 이러한 성질의 것인지 어떤지를 判定함에 있어서는 방송에 대한 청취자의 일반적인 청취 태도에서 생각하여 일반청취자의 통상적인 청취 방법을 표준으로 하여 방송이 명예훼손적 성질을 갖고 있다고 인정될 때에는 명예훼손적 내용을 갖고 있다고 인정하지 않으면 안된다. 가령 주의깊은 청취자 또는 주의깊은 청취방법을 표준으로 할 때나 이와 반대되는 것으로 인정되는 경우라 하더라도 마찬가지이다.

또한 방송은 청취자에게 일시적인 것이어서 이런 점에서는 신문기사가 이를 끝읽는 독자에 대한 관계와 어느정도 공통성이 있긴 하지만 절대적으로 다시 들을 수 없는 점에서 보다 일시성이 강하며 더우기 살아있는 언어로 상대방에

게 적극적으로 이야기하는 것이고 보면 신문기사에 비해 뉴스의 전체적 인상을 보다 선명하게 할 뿐만 아니라 이 인상은 그 용어라든가 내용의 배열순서 여하에 따라 현저하게 좌우될 것이기 때문에 방송의 이러한 특수성을 충분히 고려하지 않으면 안된다... 명예훼손 행위가 불법행위로서 民事上的 책임이 추궁될 경우에도 형법 제 230조 2의 규정의 취지에 따라 그 행위가 공공의 이해에 관한 사실과 관련, 전적으로 공익을 위한 정당한 목적으로 이루어진 것으로서 그 사실이 진실이라고 증명만 되면 그 행위의 위법성은 阻却되어 불법행위상의 책임을 면할 수 있다고 해석하는 것이 옳을 것이다. 그런데 라디오에서 방송되는 뉴스는 신문과 마찬가지로 광범위하게 전파되고 동시에 일반에게 객관적 사실을 전달하고 있는 것으로 생각되고 있어 誤報라 할지라도 널리 진실인 것으로 받아들여지기 쉽다. 그러므로 진실에 反한 사실의 방송에 의해 명예를 훼손받은 자가 입는 손해는 때에 따라서는 회복하기 어려운 정도에까지 이르게 된다.

따라서 뉴스의 취재, 정리, 편집에 종사하는 사람은 타인의 명예를 침해하는 사항에 대해서는 특별히 신중을 기해 그 진실성을 확인하고 그 표현에 있어서도 함부로 타인의 명예를 침해하는 일이 없도록 세심한 배려를 하지 않으면 안된다.

특히 정보제공자를 통한 취재, 다시말하면 간접취재에 의한 사항이 정보제공자의 이해와 관련될 때에는 신중하게 진실성을 조사할 필요가 있다. 만일 이러한 노력을 기울이고 제공된 진실에 反한 정보를 경솔하게 믿고 이를 사실로 취재, 정리, 편집하여 방송한다면 그 결과에 대해 과실의 책임을 면할 수는 없다.

〈解説〉

1. 여기서는 라디오방송에 관해서만 설명하기로 한다. 매스컴에 의한 명예훼손에 관해 생각할 때 라디오방송의 경우 신문의 경우와 기본적으로 비슷하다고 생각해도 좋다. 다만 이 사건이 일어난 1954년과 그로부터 10여년이 지난 현재와는(편집자 주: 이 解説은 1970년께 쓴 것임) 라디오가 갖는 기능이 많이 달라졌다는 사실을 고려하지 않으면 안된다. 그 당시 라디오가 맡아온 역할은 현재 대부분을 TV가 맡고 있

다. 이점을 먼저 고려하여야 할 것이다.

2. 라디오는 그 일시성이라는 점에서는 신문보다 강하다고 이 판결은 말하고 있다. 신문의 경우 다시 읽을수가 있으나 라디오는 그것이 불가능하다는 것이다. 이 지적은 어떤 의미에서는 정당하다. 최초의 인상이 그대로 지속되기 때문이다. 다만 신문의 경우에 다시 읽어 봄으로써 최초의 인상이 옅어지는 일도 많겠지만 다시 읽어 볼수록 더욱 더 확신을 주어 인상을 보다 강하게 하는 일도 있을 수 있을 것이다. 더우기 이 판결은 라디오는 살아있는 말로 상대방에게 적극적으로 전달되는 것이기 때문에 신문기사에 비해 뉴스의 전체적 인상을 보다 선명하게 줄수 있을 뿐만 아니라 그 인상은 용어나 내용의 배열순서 여하에 따라 현저하게 좌우되는 것이므로 방송의 이러한 특수성도 충분히 고려하지 않으면 안된다고 했다. 말을 듣는쪽이 보다 강한 인상을 갖는다는 것은 부정할 수 없다. 액센트, 어조 등에 따라 활자로 보면 아무것도 아닌 일이 강렬한 인상을 남기는 일은 낭독등에 의해서도 알 수 있는 일이다. 그렇다면 신문보도등에 의한 경우보다는 라디오로 명예훼손적 보도가 있었을 때의 고통이 더 크다는 것이 보통일 것이다. 더우기 일본방송협회의 경우와 같이 그것이 전국적으로 방송규모를 갖고 있고 보도의 중립성, 확실성에 대해 신뢰되고 있다는 사실에서 볼때 한층 더 신중을 기하지 않으면 안될 것이다. 물론 라디오가 갖는 신속성의 요구도 이해된다. 그러나 그것은 기본적 인권의 존중이라는 이념에 입각하지 않으면 안된다. 이 판결이 뉴스의 취재, 정리, 편집에 종사하는 사람은 타인의 명예를 침해하는 사항에 대해서는 특별히 신중을 기하고 그 진실성을 확인하여 그 표현에 있어서도 함부로 타인의 명예를 침해하는 일이 없도록 세심한 배려를 하지 않으면 안된다. 특히 정보제공자에 의한 간접 취재사항이 정보제공자의 이해에 관련되는 것일 때에는 신중하게 그 신뢰성을 조사할 필요가 있다고 한 것은 당연하다. 따라서 제공된 진실에 反한 정보를 경솔하게 믿고 이를 진실인양 취재, 정리, 편집하여 방송하는 경우에는 그 결과에 대해 책임을 면하기 어려울 것이다.

3. 이 방송은 X의 행위에 대해 Y를 「내 쫓

았다」, 「내몰았다」, 「가로챘다」 등의 말을 사용함으로써 商道義上, 악랄한 행위인 것으로 인상을 주었다고 한다.

이는 아나운서의 어조를 직접 듣지않고서는 알 수 없는 일이지만 듣는 사람이 「지독한 놈이다」라고 느꼈다고 한다면 그에 관해서 운운 할 수는 없을 것이다. 이것이 일시성이라는 것이 아닐까. 다만 이 판결은 듣는 사람의 주관에만 의존할 것이 아니라 일반 청취자를 표준으로 해야한다는 것을 주장한 것은 타당하나 추후에 녹음등으로 듣고 조사할 것인지 다른 청취자의 의견을 듣게 되는 것인지 그 방법은 신문등에 비해 어렵게 되어 있으며 실제로 피해자의 주관이 크게 영향을 줄 것으로 생각된다. 이 판결은 이미 말한 바와 같이 과실이 있는 것으로 되었는데 방송에 대해서는 상당히 엄격한 기준을 제시했다고 볼 수 있다. 사실과 비추어 보면 그 요점에 있어 상당한 오차가 있고, 그것이 정보제공자에 의해 이루어 졌고, 상대방(훼손된 사람)에 대해 충분한 조사를 하지 않은 점등을 생각한다면 과실로 인정되어도 할 수 없는 事實이었다. 특히 원고측의 주장에 대해 거의 조사를 하지않았다는 사실은 큰 실수라 하지 않을 수 없다.

4. 서두에서 말한 바와 같이 오늘날 텔레비전은 안방의 주역으로 등장하여 생생한 사진으로 세부적인 것까지 보여주고 있다. 인상의 강렬한 면에서는 라디오에 비할 바 안된다고 생각된다. 앞으로는 점차 텔레비전이 명예훼손의 주역이 되지않을까 생각된다.

本件은 손해배상액으로 일본방송협회에 10만 円, Y와 某신문사에게 각각 10만 円(1964년 당시)씩의 지불을 命하고 있다.

(遠藤 浩: 學習院大學 教授) □

프라이버시의 권리 - 「宴のあと」事件 -

東京地方裁判所 1964년 9월 28일 判決
1961년(7) 제 1882호 損害賠償請求事件

〈事實概要〉

前 外務大臣 有田八郎은 1959년 東京都知事選舉에 사회당 추천을 받아 입후보 했으나 참패했다. 그의 처인 料亭苑「般若苑」의 경영자 畔上輝井는 남편의 선거에 盡力했으나 선거가 끝난 뒤 離婚했다. 평소 정치와 연애와의 관계에 대해 관심을 갖고 있던 작가 三島由紀未는 이 사건에서 힌트를 얻어 創作키로 결심, 여주인공의 모델 畔上의 동의하에 1960년 1월부터 中央公論誌에 「饗宴이 끝난 뒤」라는 소설을 연재하기 시작했다.

그 내용에는 前 外務大臣 野口雄賢과 그의 처인 요정 「雪後庵」의 女將 福澤을 주인공으로 하여 두 사람의 결합 경위, 東京都知事 選舉에의 野口의 입후보, 福澤의 盡力, 특히 「雪後庵」을 잡혀 자금을 조달하려고 했던 일, 福澤에 관한 怪文書가 배포되어 마침내 野口가 참패했다는 사연, 선거후 福澤이 「雪後庵」을 재개하려고 양자가 離婚한 사연등, 그리고 그동안 두사람 사이에 있었던 애무행위, 野口가 福澤를 차버렸다는 등의 描寫가 있다.

이 소설이 연재되는 동안 有田는 모델의 대상이 되는데 불쾌감과 분격을 느껴 三島와 中央公論社에 대해 단행본으로 출판하는 것을 중지하도록 요청했다.

中央公論社는 이를 양해했으나 三島는 이 요구에 불만을 품고 이 작품의 출판에 적극적인 태도를 표명한 新潮社로 하여금 출판케 했으며 新潮社는 有田의 항의에도 불구하고 모델 소설임을 내세워 이를 출판했다. 有田은 「饗宴이 끝난 뒤」의 公表로 프라이버시가 침해되었다고 주

장, 三島와 新潮社를 상대로 謝罪廣告와 위자로 청구소송을 제기한 것이 本件이다.

本件은 일본에서는 최초의 私生活侵害訴訟이라는 점, 당사자들 모두가 저명인사들이라는 점에서 訴訟제기 당시부터 저널리즘의 주목대상이 되었으며 판결이 나왔을 때에는 프라이버시라는 말이 유행어가 되었다. 第一審에서 패한 被告는 控訴했으나 그 사이 有田은 사망하고 유족과 三島側間에 화해가 성립되어 本件은 上級審의 판단을 얻을 기회를 잃고 말았다. 다음은 東京地裁의 判旨를 요약한 것이다.

〈判決要旨〉

1. 모델소설과 프라이버시

「饗宴이 끝난 뒤」가 有田과 畔上을 모델로한 모델소설임을 말할 것도 없지만 原告가 프라이버시 침해로 擧示한 描寫는 모든 것이 三島의 픽션으로 原告의 사생활을 폭로한 것은 아닐 것이다. 그러나 독자들에게는 사실과 픽션과의 경계가 확실하지 않고 본래 주인공의 사생활 서술에 불과한 모델인 原告등의 사생활을 描寫한 것이 아닌가 하는 聯想을 갖게 하므로서 그것에 의해 原告가 정신적 고통을 느꼈다고 해도 무리가 아닐 것이다.

프라이버시가 권리인가 하는 의문에 대해서는 그것이 일본의 헌법에 근거한 개인의 존엄이라는 思想에서 導出되었을 뿐 아니라 법에도 타인의 住居를 들여다 보는 것을 금지하고 있고(輕犯罪法 1條 1項・23項) 相隣地의 觀望制限(民法 235條), 信書開披罪(刑法 133條)등에 그 片鱗을 볼 수 있다. 매스컴이 발달한 오늘날의 사회에

〈解説〉

本 판결은 일반론으로서 일본에서도 프라이버시의 침해에 대해 법적 보호가 주어질 수 있다는 것을 선언하였을 뿐 아니라 극히 델리케이트한 本件에 대해 프라이버시권의 침해를 인정하여 그 이유를 詳論한 점에서 획기적인 의의를 갖는 명판결이다. 이하 중요한 論點에 대해 해설한다.

1. 判旨는 「사생활을 함부로 공개당하지 않는다는 법적 보장 또는 권리」로서 프라이버시권을 정의한다. 이러한 이해는 프라이버시권의 전통에 근거하고 있을 뿐만 아니라 오늘날에 있어서는문제의 중심점을 명시한 것으로서 贊意를 표할 수 있겠다. 다만 공개성에 지나치게 중점을 두면 그 이전 단계(盜聽이라든가 사진촬영 그 자체)의 보호가 어려운 결점이 있다. 이 정의는 이러한 경우의 보호를 부정하는 취지가 아닌 것으로 해석하고 싶다. 더우기 判旨는 일본에 있어서 프라이버시권의 법적 근거에 대해서도 詳論하고 있다. 미국법의 프라이버시권과 독일법의 일반적 인격권 이론을 절충한 것과 같은 설명 방법인데 근래 우리의 불법행위 이론이(그 구성은 어쨌든)이러한 설명을 용이하게 했다고 할 수 있다.

2. 本件은 프라이버시 사건 가운데서도 픽션에 의한 프라이버시 침해가 가능한가 하는 문제를 다루었다는 점에서 특이성이 있다.이점에 대한 判旨에는 고심한 흔적이 엿보여 픽션에 의한 모델의 프라이버시도 있을 수 있다는 論旨는 일반인에게 설득력이 있으나 「饗宴이 끝난 뒤」가 경우에 따라서는 독자에게 사실과 픽션을 구별시킬 수 없을 만큼 예술성이 뛰어나 있기 때문에 예술가를 납득 시키기에는 어려움이 있을 것으로 생각된다. 이는 本件判旨의 문제점의 하나다.

3. 違法性 阻却事由 가운데 우선 작품의 예술성과 프라이버시와의 관계가 문제 된다. 判旨는, 양자가 이질적인 것이며 예술성이 높은 작품에 의한 프라이버시침해도 있을 수 있다는 입장에서 피고측의 주장을 받아들이지 않았다.

서는 「그 尊重은 이미 단순한 윤리적 요청에 그치는 것이 아니라 불법적인 침해에 대해서는 법적 구제가 주어지는데 까지 높여진 인격적 이익으로 생각하는 것이 정당하다. 이것은 이른바 인격권과 포함되는 것이긴 해도 이것을 하나의 권리라고 해석하는 것이 相當하다.

위에서 판단한 것과 같이 이른바 프라이버시권은 사생활을 함부로 공개당하지 않는 법적 보장 또는 권리로서 이해되기 때문에 그 침해에 대해서는 침해 행위의 금지라든가 정신적 고통에 의한 손해배상 청구권이 인정 되어야만 한다」

그런데 프라이버시의 침해에 대해 법적 구제가 주어지기 위해서는 공개된 내용(1) 私生活上의 사실 또는 사실처럼 받아들여 질 우려가 있는 것이어야 하며 (2)일반인의 감수성을 기준하여 當該私人의 입장이 되었을 경우 공개를 원하지 않을 것이라고 인정되는 事案이어야 하며 (3)

일반인에게 그 때 까지 알려져 있지 않아야 하는 事案이어야 하는 것 등이 필요하다. 本件「饗宴이 끝난 뒤」는 이 점에서 原告의 프라이버시를 침해했다고 인정하는 것이 相當하다.

2. 違法性阻却事由

(1) 예술적 가치와 프라이버시의 가치

양자의 기준은 전혀 이질적인 것이며 소설의 예술적 가치에 아무리 불만한 것이 있다 하더라도 그것이 당연하게 프라이버시침해의 위법성을 阻却할 수는 없다.

(2) 언론, 표현의 자유와 프라이버시

양자는 일반적으로는 어느쪽이 우선한다고 하는 성질의 것이 아니며 표현의 자유라고 하더라도 무차별, 무제한으로 사생활을 공개하는 것을 허용할 수는 없다.

(3) 原告의 공적 존재성

公인에 대해서도 사생활의 공개가 허용되는 일정한 합리적인 한계가 있다. 本件과 같이 都知事선거가 끝난 뒤 1년이나 경과한 때에는 용인되는 범위가 좁아진다.

(4) 原告의 承諾

그것을 인정하기에 충분한 증거가 없다. 그리하여 原告가 請求한 가운데 謝罪廣告에 대해서는 부정되었으나 위자로서 80萬円이 인정되었다.

이러한 입장은 예술성과 외설성에 관한 종래의 最高裁判例와 서로 통하는 점이 있다. 그러나 本件 判旨는 다시금 예술적 승화도가 높을 때에는 프라이버시의 침해가 없어 질 가능성도 인정하고 있다. 『饗宴이 끝난 뒤』는 틀림없이 예술적 승화도가 높은 작품으로 생각되기 때문에 이점에 관한 判旨도 예술가를 납득시키기에 어려움이 있으며 문제점으로 남겨놓고 있다.

原告의 공적 존재성에 관한 判旨는 극히 타당하다. 다만 여기서도 都知事選舉가 끝난 뒤 1년이나 경과했다는 것을 특별히 중시한 점에 문제가 있다. 原告의 공적 존재성을 상실시키는데 1년은 너무 짧지않느냐는 異論을 생각할 수 있기 때문이다. 그러나 이점은 本件의 결론을 좌우할 만큼의 의미를 갖지 않을 것이다. 承諾의 유무에 대해서는 사실인정의 문제이기 때문에 이 인정도 妥當한 것으로 생각된다.

모델 소설의 위험성에 관해서는 承諾의 유무

가 결정적인 요인이 되지 않을 수 없다. 따라서 三島가 畔上의 承諾은 언었으나 有田의 承諾없이 『饗宴이 끝난 뒤』의 집필을 시작하고 그위에 有田側의 항의에도 불구하고 굳이 출판했다는 점에서 新潮社와 함께 위법성을 면할 수 없게 된 것이다. 그리하여 이점에의 위법성의 強度가 결론을 좌우한 것으로 생각된다.

4. 구제수단에 관해서 判旨가 抽象論으로 손해배상 외에 禁止請求의 가능성을 인정한 것이 주목된다. 손해배상 가운데 謝罪廣告에 대해서는 사생활을 함부로 공개당한 경우 공개당하지 않은 상태로 회복시킨다는 것은 불가능하다는 이유로 받아 들이지 않았다. 손해배상액에 대해서는 거의 原告의 청구액에 가까운 80萬圓이 인정되었다. 이는 당시에 人格權이 침해된 경우의 최고액이다.

(五十嵐清：北海道大學 教授)

俳優의 私生活에 대한 虛偽暴露

東京高等裁判所 1966년 12월 25일 民事 14部判決
1965년(初) 제 2735호 謝罪廣告等 請求控訴事件

〈事實概要〉

텔레비전 드라마 『세마리의 武士』(三匹の侍) 등으로 인기가 높은 X₁(加藤剛氏)과 NHK 방송의 『ひょっこりひょうにん島』에 출연하고 있는 X₂(伊藤牧子)는 Y₁회사 발행의 週刊實話에 『X₁의 婚前同居說』을 걱정하는 어머니』라는 題下의 기사에 실렸다. X₁, X₂는 Y₁회사와 週刊實話 편집장 발행인 Y₂, 기자 Y₃을 상대로 각각 위자료 10萬圓과 朝日, 毎日, 讀賣 등 3개 신문사에 謝罪廣告를 낼 것을 청구했다. 第1審은 Y등에 대해 朝日新聞에 謝罪廣告를 게재할 것과 X등에게 각각 20萬圓의 위자료 지불을 명했다. Y등은 이에 불복, 控訴하는 한편 그후 자발적으로 週刊實話

1966년 7월 14일號에 謝罪廣告를 게재했으나 第2審은 原判決을 변경하여 다음과 같이 判示했다.

〈判決要旨〉

1. 本件記事에 의한 명예훼손
우리나라 일반인의 윤리관은 결혼전의 同居生活을 정상적인 상태로 보는데까지는 이르지 못했으며 이러한 행위는 단정치 못한 일로 간주되기 때문에 婚前同居 생활이 유포되는 경우 그 사람의 사회적 평가가 저하된다. 특히 X₁과 같이 건전하고 예의바른 청년배우로서의 인상을 켜으로부터 받고 있는 사람에게서는 이러한 기사가 그의 사회적 평가에 미치는 영향은 현저하다. 그

러므로 本件記事의 掲載發行은 X₁등의 명예를 훼손한다고 해야 할 것이다.

2. 違法性 등

(1)기사의 公知性

本件記事에 앞서 X₁등이 同居生活을 하고있는 요지의 기사를 게재한 주간지 잡지등이 발행된 사실이 없었고 다음과 같이 X₁, X₂두명의 동거 사실이 없었으므로 이전 부터 이를 公知된 사실이라고 할 수 있는 증거도 없다.

(2)기사의 진실성

本件記事는 그 事案의 성질상 공익에 관한 것이 아니므로 진실의 證明이 있다고 하더라도 위법성이 阻却되지 않을 뿐만 아니라...X등의 결혼전의 교제는 극히 청순한 것이었다... 그러므로 本件記事는 결혼전 동거라는 점에 있어서 사실무근이다...

(3)진실로 믿는데 대한 相當性

Y등의 本件記事의 취재경과에 있어 本件記事를 진실이라고 믿을 만한 相當한 이유가 있었다고는 도저히 말할 수 없다...Y₃의 취재방법은 사람의 명예에 관한 기사를 잡지에 게재하기 위한 것으로서는 그 의도가 회박한 것이라고 할 수 밖에 없다. 따라서 Y₂, Y₃는 本件記事를 진실로 믿는데 있어 과실이 있었다고 하지 않으면 안된다.

(4)프라이버시와 법적보호

本件記事는 그 事案의 성질상 공익에 관한 것이 아니다...뿐만 아니라 本件記事는 단순한 사생활 침해가 아니고 사실무근의 결혼동거라는 명예훼손의 기사가 문제되고 있다...

...유명인이고 그리고 배우라 하더라도 인간으로서 혼전동거로 알려지는 것은 그 사람의 명예를 훼손한다는 데 있어 변함이 없다.

3. 各 Y의 책임

Y₂, Y₃은 불법행위자로서, Y₁회사는 사용자로서 X등에 대해 불법행위의 책임을 진다.

4. 손해와 배상의 방법

(1)謝罪廣告

주간지의 기사등, 즉 매스컴에 의한 방법으로 명예를 훼손당했을 경우 그 명예를 회복하기 위한 謝罪廣告는 상당규모의 매스컴 수단에 의하지 않으면 그 효과가 충분하지 못하다...

그런데 謝罪廣告는 약 2년후 週刊實話에 처음으로 게재되었을 뿐만 아니라 本件 명예훼손 기사가 극히 호화롭게 게재되는데 비해 取消謝罪文은..., 卷末 가까이 약 5분의 2 페이지의 지면에 남의 눈에 띄지 않게 살짝 게재되었을 뿐이다.

本件記事가 그 게재 당시...신문지상에 대대적으로 광고되는데 비해 本件記事의 취소 및 사과문을 게재한 사실을 널리 일반에게 알리는 방법이 전혀 강구되지 않았던 것을 참작하면 Y등의 자발적취소기사 및 謝罪記事에 의해 本件記事로 저하된 X등의 인격적 평가가 회복되었다고 볼 수 없다...謝罪廣告의 문안이 X등의 청구한 原判決첨부의 謝罪廣告 文案의 本文 末尾에 「장래에는 다시 이러한 행위를 하지 않을 것을 맹세합니다」라고 되어있는 것은 마치 Y등의 本件행위가 고의였다는 것을 전제로 한 것과 같은 감을 주는 것이 아니므로 이를 「앞으로 이러한 행위가 없도록 노력하겠습니다」라고 고치는 것이 마땅하다. 이와 같이 고쳐진 謝罪廣告의 게재를 명하는 것이 X등의 申立의 범위를 이탈하지 않는 것으로 생각되며 또한 Y등의 양심에 반해 그 인격을 손상하는 것도 아니다...다음은 謝罪廣告의 규모와 횟수인데...朝日新聞의 朝刊사회면에 前記의 謝罪廣告를 1회 게재할 것을 명하는 것이 相當하다고 하지 않을 수 없다

(2)위자료

유명인이고 또한 배우라고 하더라도 결혼전에 동거하고 있는 것으로 전해지면 명예가 훼손된다는 것은 앞에서 말한 바와 같지만 배우가 예술계에서 생계를 유지하면서 유명해졌다고 해서 연애, 결혼전 동거등 사생활에 속하는 취재에 응해야만 한다는 일은 있을 수 없다. 예를 들어 많은 배우가 사생활을 발표하여 그 인기를 유지 향상시키고 있다고 하더라도 이러한 사실에 변함이 없다...

...X등이 결혼문제등 사적인 사항에 관해 일체 공개를 거부해 온 것을 인정할 수가 있다. 이러한 것과 앞에서 인정한 여러사정을 고려해 보면 本件記事의 게재에 의해 X등이 입은 정신적 고통이 얼마나 컸었는지 짐작이 가지만 반면 X등이 그후 결혼하여 이를 신문기자회견 방식으로 공개했고...또 Y등이 자발적으로 本件記事 전부를 취소하는 사죄의 뜻을 표하는 謝罪廣告를

게재한 週刊實話를 발행한 일체의 사정과 別紙 謝罪廣告의 게재를 명한 것 등을 감안하면 X등이 입은 정신상의 고통을 위로하기 위해선 X등에 대해 각각 10萬圓을 지불하는 것이 相當하다.

〈解説〉

判旨가 명예훼손을 인정하여 謝罪廣告 및 위자료의 지불을 Y등에게 명한 것은 정당하다. 유명인 특히 배우등에 대한 주간지에 의한 명예, 프라이버시의 침해는 근래에 와서 많이 늘은 것 같다. 東京法務局이 1966년에 행한 조사에서도 이러한 경향은 명백하다. 이런 사건의 대부분이 방치되고 있는데 대해 本件은 소송에 까지 가고 온 몇 안되는 사례중의 하나이기 때문에 더욱 사회의 주목을 끌었다. 이런 류의 소송이 다소의 警告的 역할을 다할 것으로 기대된다.

本件에 대한 법률상의 문제점 가운데 判旨1, 2의(1)(2)(4), 3에 대해서는 아마 異論이 적을 것이다. 2의(3)은 Y등이 本件記事를 진실인 것으로 믿는데 있어 과실이 있었는지 또는 없었는지 문제되고 있다. 그러나 최근에 와서는 위법성과 과실과의 관계가 재검토를 필요로 하고 있다는 점에서 볼때 1,2審 判결은 실질적으로 다를 바 없으며 따라서 1審判決이 반드시 2審判決에 반하는 것이라고 말할 수는 없을 것 같다.

「惡德司法書士를 逮捕」
- 헤드라인에 의한 명예 훼손

青森地方裁判所 1968년 12월 27일 判決

〈事實概要〉

1966년 11월 24일 발행의 東奧日報 朝刊 9면에 다음과 같은 제목과 기사가 게재되었다.

判旨 4의(1)에 대응하는 第1審 判결은 「謝罪廣告에 있어서도 명예훼손을 저지른 해당 新聞 또는 잡지에 광고하는 것이 가장 유효적절한 명예회복 처분으로 생각된다...本件記事는 週刊實話誌上에 게재되었다. 그러나 X등은 同誌上에 謝罪廣告를 게재하도록 청구하지 않고 있다. 謝罪廣告 청구의 訴의 訴訟物은 단순하게 謝罪廣告를 요구하는 것이 아니라 특정신문 또는 잡지에 일정한 취지의 謝罪廣告를 요구한 내용이다. 本件의 경우 週刊實話誌上에 謝罪廣告의 게재를 명하는 것이 적절한 것으로 생각되는데 訴訟物의 제약때문에 그렇게 하지 못했다」고 해명되고 있다. 訴訟物의 제약이라는 점에도 문제가 있지만 어디에 謝罪廣告를 게재하는 것이 적절한 것인가라는 점에 대해 1,2審 判결은 판단을 달리하고 있다. 1審 判결의 경우에는 비록 살짝이라고는 하지만 그후 자발적으로 Y등이 週刊實話에 謝罪廣告를 게재한 사실이 중시된다. 그러나 문제기사의 주간지가 신문 또는 國電의 차내광고에 의해서까지 선전되고 있다는 사실로 미루어 볼 때 필자로서는 第2審判決 쪽이 타당하다고 본다. 그 밖에 謝罪廣告의 내용에서도 양심의 자유와의 관계가 신중히 고려되었다는 사실, 4의(2)에서 위자로 액수가 Y등의 자발적 謝罪廣告의 게재 등을 고려하여 第1審 判결보다 적어졌다는 사실등이 주목되나 타당한 판단으로 생각된다. (三井 健: (北海道大學教授)

「惡德司法書士를 체포,
青森暴力團과 짜고 사기
縣警搜查 2課」
「青森署는 지난 7일 사기혐의로 체포한 青森市

淺虫, 奥州梅家一家 鎌田分家 2代째 우두머리, 전과 6범 S(42)의 여죄를 추궁해오던 끝에 22일 S와 공모하여 현금을 詐取한 사법서사를 체포했다. 縣警은 폭력단소탕을 위해 불법자금원적발에 전력을 기울이고 있어 한층 더 확대될 것이 예상된다.

同署는 22일밤 青森市 ○○사법서사 甲野太郎(41)를 사기혐의로 체포, 사무실을 수색하여 다수의 관제서류를 압수했다. 조사에 의하면 甲野는 S와 공모하여 지난 1964년 7월 27일 자택사무실에서 350만圓에 전당되어있는 S의 산림 680평방미터를 青森市 浦町 자동차수리업 A씨(43)에게 매각하겠다고 제의, 140만圓의 약속어음을 사취했다는 것.

同署는 체포와 동시에 철저히 여죄를 추궁했는데 폭력단의 사기사건에 사법서사가 끼어있다는 점을 중시, 縣警 搜查 2과와 특별조사반을 편성하여 엄하게 취조하고 있다.

甲野는 前검찰청사무관으로 1926년경부터 地檢庁 舍부근에서 사법서사사무소를 개업하고 있다.

原告는 위 기사가 아래와 같은 점에서 原告의 명예를 현저하게 훼손했다고 주장, 3천만圓의 손해배상과 사죄광고의 게재를 요구했다.

1. 제목에 「악덕사법서사」, 「폭력단과 짜고 詐欺」라고 대서특필하여 마치 原告가 惡德司法書士인 것과 같은 인상을 주었고 그 기사에서 전혀 경칭을 쓰지않았다.

2. 記事中 原告가 「S와 공모하여 현금을 사취하고 있었다」고 한 것은 不正한 돈을 취득하고 있는 듯한 인상을 주어 故意로 과장하여 기재하였고 그럼으로써 原告의 신용을 극도로 실추시켰다.

3. 記事中, 「自宅事務所에서 350만圓에 전당되어있는 山林……매각하겠다고 제의」라고 기재하여 마치 原告가 기만행위를 한 극악무도의 파렴치한과 같은 인상을 故意로 주려고 했다.

4. 記事中, 「甲野는 前검찰사무관으로 1926년경부터 地檢庁舍부근에서 사법서사 사무소를 개업하고 있다」라는 내용은 犯罪事實과 관련이 없는 것으로 이를 併記함으로써 독자에 대해 原告의 인격을 고의로 손상시키려 했다.

이에 대해 피고는, 本件記事는 原告가 체포된 被疑事實의 내용을 기재한 것에 불과하며 毎日, 朝日등 다른 신문들의 기사내용도 대부분 같다고 답변했다.

〈判決要旨〉

「악덕사법서사를 체포, 青森暴力團과 짜고 사기」라는 제목에 대해 판단하면, 위의 제목자체는 原告가 악덕한 사법서사라는 피고신문사의 주관적 판단을 게재했다고 하는 것이 명백하며 本件記事本文에 비추어보면 原告가 진실로 本件 被疑事實을 감행했으므로 악덕사법서사로 평가되어야만 한다는 인상을 독자에게 주지않을 수 없는 제목이라고 보며 그 言辭가 심히 온당하지 못하다는 비난을 면할 수 없다.

제목은 일반독자에게는 어필하는 것을 사명으로 하고 있고 記事導入의 계기를 導出하는 것을 목적으로 하고 있다는 것은 인정되지만 이러한 점을 고려하더라도 本件記事의 제목으로서는 과대하며 흥미본위에 치우쳤다고 평가된다.

그렇다면 이러한 점을 간과하여 被告 신문사 편집부에서 붙인 상기제목은 不法이며 적어도 이에 의해 원고가 입은 손해는 民法 제715조에 의해 피고 신문사가 배상해야 할 의무가 있다. (10만圓의 支拂을 명령했다.)

〈解説〉

1. 本件에서 명예훼손이 성립된 것은 「악덕사법서사」라는 제목이다.

本判決에서 기사 그 자체에 대해서는 다음과 같이 不法性이 없다고 判示되었다.

本件記事는 青森署에서의 취조과정에서 判明된 것이라는 것을 전제로 하여 게재했고 그 내용에 있어서도 「調査에 의하면」...이라고 전제하고 原告가 S와 공모하여 약속어음을 詐取했다는 사실을 게재했으며 이를 선입견없이 보면 수사단계인 경찰에서 原告가 위와 같은 詐欺被疑事件의 혐의를 받고 체포되었다는 사실을 보도한 것으로 받아들여져야 할 것이며 被告新聞社가 위의 혐의를 眞實로 단정하여 그 주관적 인식을 記事化하여 게재한 것이라고는 도저히 인정할 수 없다.「S와 공모하여 現金을 詐取

해 온 사법서사를 체포했다。」는 취지의, 他社의 記事에는 없는 記事가 게재되었으나...이러한 부분적 기사게재는 보도의 速報上 허용되는 범위 내에 있다고 하겠다.本件記事는...名古刑事官이 발표한 사실을 그대로 보도한데 불과하며 이를 왜곡, 과대하게 記事化한 점이 보이지 않아 하등의 不法性도 없다.

2. 제목은 通常 「간략하게 단적으로 내용을 표시하여 독자의 주의를 환기시켜 本文을 읽게 하려는 의도를 갖는 성질성, 그 표현에 다소 誇張이 있더라도 허용된다」(동경지방법판소 판결 1970년 3월 4일)고 말할 수도 있다. 그러나 本件의 제목은 被告新聞社의 「악덕사법서사」라는 주관적 평가가 들어있다고 인정되어 그것이 「誇大하며 흥미본위에 치우쳤다」고 평가되었다.

피고신문사의 답변에 의하면 毎日新聞은 同一事件에 대해 2단크기로 「사법서사가 不動産詐欺, 青森署에서 체포」, 또 朝日新聞은 「저당잡힌 山林을 팔려는 사법서사를 체포」라는 제목을 붙이고 있다. 毎日, 朝日의 제목은 그가체에 관한 한 被疑事實에 충실했다고 볼 수 있다. 그런데 피고신문사의 제목은 原告에 대해 일정한 평가를 내렸다고 할 수 있다.

記事本文에는 「악덕」이라는 표현을 쓰지않고 있는데 편집부 기자가 기사본문전체에서 「악덕」이라는 인상을 받고 이를 제목으로 뽑은 것으로 추측된다. 이것이 本判決에서는 주관적판단으로 인정되었다.

3. 제목에 의한 명예훼손이 성립되느냐 안되느냐는 명예훼손적내용의 일반적 기준에 의한다. 最高裁判所 1956년 7월 20일 第2小法廷判決은 「명예를 훼손한다고 하는 것은 사람의 사회적 평가를 손상하는 것이다. 따라서...新聞記事가 비록 정독하면 별개의 의미로 해석될 수 있다 하더라도 적어도 일반독자의 주의를 끄는 방법을 기준하여 해석한 의미내용에 따를 경우 그 記事가 사실에 反해 명예를 훼손하는 것으로 인정되면 이를 명예훼손의 記事로 보아야만 하는것은 당연하다」고 명예훼손적 내용의 일반적 판단기준을 밝히고 있다.

이 기준은 제목에 의한 명예훼손(뒤엎힌 위자로 100만円)事件)에 대해 東京고등재판소 1977

년 10월 16일 判決에서 다음과 같이 援用되고 있다.

『新聞報道記事는 일반에 정독된다기보다는 오히려 제목 등에 비중을 두고 그대로 읽어넘어가기 쉬운 것으로서 제목에서와 같은 행위가 있었던 것처럼 독자들에게 인상을 주는 것은 필연적이며 특정의 新聞記事의 내용이 사실에 反해 사람의 명예를 훼손할 의미의 것인지 아닌지는 일반독자의 보통의 주의와 읽기를 기준으로 판단해야만 한다』

또 「일반독자의 보통의 주의와 읽기」라는 이 일반적 기준은 마찬가지로 제목이 문제가 된 『裁判長, 取調官과 뒷거래』事件(編輯者註: 本報에 収録되어있다)에 있어서도 약간 표현을 달리하고는 있으나 「일반적으로 특정의 新聞記事內容이 사실에 反해 사람의 명예를 훼손한 것인지 아닌지는 일반독자의 통상의 흥미, 주의, 읽기 등을 기준으로 하여 이에 의해 일반독자가 當該記事로부터 받는 印象事實에 따라 판단하는 것이 相當하다」고 援用되고 있다. 그러나 이 기준에 있는 일반독자란 어떠한 독자인가, 또 「보통의 주의와 읽기」란 어느 정도의 것인지 명확하지 않으며 구체적 내용에 관해서는 判例의 集積을 기다리지 않으면 안될 것이다.

또 제목에 관해, 『新聞記事의 報道內容을 판단하는 경우에는 제목, 本文을 분리하여 따로 판단할 것이 아니라 종합적으로 판단해야만 할 것이다』라는 札幌지방법판소 1970년 3월 16일 判決도 있으나 제목과 本文을 분리하여 따로 판단하는 것도 케이스·바이·케이스로 읽을 수 있음은 당연하다.

(堀部政男: 一橋大學教授) □

詐欺嫌疑를 詐欺로 단정적으로 보도

札幌地方裁判所 1970년 3월 16일 判決
1967년(7) 제 624호 損害賠償請求事件

〈事實概要〉

1964년 6월 4일자 讀賣新聞 朝刊 全道版 第14面に 『札幌市議員 1千萬円 詐欺』, 『빌딩 抵当 미끼로』, 『金融業者를 속이다』등의 제목으로 原告의 얼굴사진 및 原告가 대표자인 회사소유의 건물사진과 함께 대략 다음과 같은 기사가 게재되었다.

「札幌中央署는 현직 市議會議員이 多額의 돈을 詐欺했다는 정보를 입수, 內査를 진행중 3일부터 札幌市議員 I (.....)를 사기혐의로 임의 출두시켜 본격적인 취조를 시작했다. 자신이 경영하는 임대빌딩의 건축자금을 쫓겨 금융회사로부터 1천만円에 달하는 현금을 詐欺한 혐의에 의한 것. 수법도 저당권을 설정할 의사가 없으면서 市議員이라는 지위를 이용, 마치 저당권을 설정할 것 처럼 보이고 현금을 빌린 다음에는 登記書類의 작성을 지연시켜 그 사이에 저당물권을 다른 借金の 담보로 하는 악질적인 것이었다. 同署에서는 사건이 마무리되는 대로 書類送庁한다.」

「I는 저당권 설정에 필요한 登記書類의 인감을 흐리게 하는 등 서류를 고의로 不備케 하고 등기수속을 못하게 했다. S사장은 몇 차례에 걸쳐 독촉했지만 I는 그때마다 「나는 市議會議員이다. 어김없이 저당권을 설정한다」고 교묘하게 빠져 나가면서 3개월 후인 同 8월말 同社로부터 빌린 1천만円에 부치기로 되어 있는 저당물권으로 同市 南二西 大弘前 相互銀行 札幌支店에서 현금 5천만円을 대부 받았다. I는 이를 同社에 비밀로 숨기고 그후 남아있는 마지막 1백만円도 同社로부터 받아 냈다. 이를 알게 된 S사장이 추궁을 하자 I는 이런 저런

이유를 붙여 빌린 돈을 돌려주지 않을 뿐 아니라 이자조차도 주지 않았다.

取調에서 I가 사실을 인정함으로써 同署에서는 일단 체포를 보유하고 札幌地檢에 書類送庁 했다.」

原告는 사기혐의로 경찰의 取調를 받는데 불과 함에도 불구하고 이 記事는 原告가 1천만円을 詐欺했다는 단정적 사실을 주내용으로 하고 있기때문에 이에 의해 명예를 침해 당했다고 주장, 3천만円의 지불과 사죄광고의 게재를 요구했다.

〈判決要旨〉

신문에 게재, 반포한 기사가 사람의 범죄사실에 관한 것일 경우에는 그것에 의해 그 사람의 명예가 침해된다는 것은 명백하다. 그리고 신문기사가 타인의 명예를 해치는 경우에는 설사 그것이 공공의 이해에 관한 사실과 관련, 전적으로 공익을 도모하기 위한 목적이라 하더라도 그 기사가 진실이라는 사실, 또는 진실이라고 믿기에 충분하고도 상당한 이유가 있음을 증명하지 않는 한 신문사는 이 기사에 대한 불법행위의 책임을 면하지 못하는 것으로 해석되어야만 한다.

그리고 신문이 타인의 범죄혐의에 관한 사실을 보도하는 경우에는 그것이 어디까지나 혐의에 그치고 있다는 것에 유의하여 그자가 범죄를 범한 일로 혐의를 받고 있다는 사실을 記述하는데 그쳐야만 한다. 만일 이런 한계를 넘어 그자가 犯人이라고 주장 또는 단정 한다면 더 나

아가 일반독자의 보통의 주의와 읽기를 기준으로 하여 일반독자에 대해 그러한 인상을 주는記述은 보도에 있어서의 신속성의 요구를 이유로 해서도 허용될 수 없다고 하겠다. 그리고 신문기사의 보도내용을 판단하는 경우에는 제목, 본문을 개별적으로 판단할 것이 아니라 이들을 종합적으로 판단해야만 할 것이다.

本件에 관해 보면 다음과 같이 된다.

(1) 本件 기사본문 안에는 原告가 詐欺嫌疑로 札幌中央警察署의 취조를 받았다는 사실을 보도한 부분도 있지만「수법도……악질적」이라는 부분은 단순히 原告가 범죄혐의로 수사기관의 취조를 받았다는 객관적 사실의 한도를 넘어 기자의 주관적 판단에 의해 原告의 행위가 악질적이라는 것을 주장한 것으로 이해된다. 「I는 抵当權 설정을 위해 필요한 登記書類의 인감을 희미하게 하는 등……. 취조에서 I는 사실을 시인했다.」는 부분은 범행이 진실이었다는 것을 뒷받침하는 구체적 事情 또는 原告가 취조에 대해 사실을 시인했다고 단정적으로 記述하고 있는 것으로 읽을 수 있다.

그리고 이들 기사본문에 제목과 原告의 얼굴 사진 바로 밑에 「I가 抵当物件으로 하겠다고 속인 I빌딩」라고 쓴 사진설명과를 종합해 보면 本件 記事는 일반독자에 대해 原告가 1천만円을 사취했다는 단정적 사실을 보도한 것이라는 인상을 주었다고 인정하는 것이 상당하다.

(2) 취재기자는 M이 札幌中央경찰서장에 대해 原告를 고소한 사실을 1963년 4월초 同署捜査二課에서 탐지하고 그후 本件 기사게재에 이르기까지 本件 기사취재를 해왔으나 그간 原告와는 한번도 만나서 이야기를 들은 일이 없다. 더우기 취재기자는 사기혐의가 농후하다는 것을 기사로 쓴 것 뿐이며 사기의 成否에 대한 판단을 내리고 있지 않다는 취지의 진술을 하고 있고 취재를 한 기자로서도 原告가 사기를 했다는 사실이 진실이라고는 믿고 있지 않았다는 것을 엿볼 수 있다.

이러한 사실관계 아래서는 本件 기사에 의한 보도가 진실이라고 믿기에 상당한 이유가 있다는 被告의 주장은 채택될 수 없다.

(3) 本件 기사는 사실과 합치되지 않으며 진실이라고 믿기에 상당한 이유가 있다고도 할 수 없으므로 本件 기사의 게재, 配布는 原告의 명예

를 해치는 위법한 행위가 된다. (1백만円의 支拂과 謝罪廣告의 게재를 명했다.)

〈解説〉

1. 이것은 市議會 의원이 사기혐의로 취조를 받았다는 사실에 관해 마치 1천만円의 사기를 한 것처럼 단정적 표현으로 보도한 사건이다. 이 사건에 대해서는 보도의 진실성에 대한 주의의무의 정도를 중심으로 검토하기로 한다.

2. 이 判決에서는 진실성의 증명에 관해 最高裁判所 1966년 6월 23일 판결로 확립된 相当性의 기준을 전제로 被告新聞社의 취재표현이 이 기준에 합치되지 않는다고 했다. 그래서 취재활동, 기사의 게재등이 실제로 어떻게 되었는지에 대해 살펴보기로 한다.

(1) 취재기자는 訴外 M이 原告를 告訴한 사실을 中央署 수사2과에서 탐지하고 그 후에도 담당 데스크와 연락을 취하면서 同署에서 여러차례에 걸쳐 조사하는 한편 告訴人인 M 및 原告에 대해 직접 돈을 교부한 S상사 대표자 S와 면회한 결과 고소내용사실이 진실이라는 확신을 얻었다고 하나 〈判旨〉에 지적한 것과 같이 취재기자는 原告와는 한번도 만나서 이야기를 들은 일이 없다. 이는 本件記事에 의해 보도가 진실이라고 믿는데 있어 상당한 이유가 있었다고는 할 수 없는 결론을 얻어낼 수 있는 사실의 하나이다. 이러한 취재방법은 신문기자로서 당연히 해야 할 의무를 다하지 않았다고 비판받아도 할 수 없는 일이다.

수사당국의 정식발표가 있는 경우에는 피의자를 만나서 취재하지 않더라도 과실이 있었다고는 하지 않을 것이다. 그러나 本件과 같이 피의자를 만나 취재가 가능한 경우에 이를 대만히 하는 것은 相当性의 기준의 적용범위 밖이라고 하겠다. 또 〈判旨〉에 있는 것과 같이 취재를 담당한 기자 자신이 原告가 詐欺했다는 것을 진실이라고 믿고 있지 않다는 것인데 그럼에도 불구하고 단정적 표현을 한 것은 분명한 과실이다.

(2) 취재기자가 연락을 취해온 담당 데스크가 이 기사를 게재하는 시점에서의 데스크였는지 아닌지에 대해서는 분명하지 않으나 判決에서는 보도과 데스크가 취재기자의 기사본문중 표현상

의 과실을 간과한 잘못이 인정되고 있다. 本件 原告의 경우 데스크가 이 기사의 사실에 대해 原告의 談話를 받는 등의 방법으로 이를 게재했다면 잘못은 인정되지 않았을지도 모른다. 사실 관계는 다르지만 「신문사……」로서 그의 통신원이 작성한 기사원고의 眞否를 항상 조사할 수 있는 시간적 여유가 없다하더라도 담당통신원에 대해 뉴스원을 확인한다든가 혹은 평소 범죄사실을 취재하는 경우의 태도에 관해 주의 시키는 등의 조치를 취해 잘못이 없도록 하는 것이 相当하다고 생각된다」고 한 判決(東京高裁 判決 1956년 7월 31일)도 있다.

(3) 이상과 같은 과실의 경합에 의해 작성된 기사에 제목 및 사진설명문을 붙인 것은 정리담당자이다. 재판소의 인정처럼 기사본문, 제목

및 사진 설명을 종합하면 本件記事全體는 詐欺를 했다는 단정적 사실을 보도하는 것이라는 인상을 주므로 정리담당자의 과실도 인정되었다.

3. 本判決에서는 이상과 같은 보도의 진실성에 대한 주의 의무의 정도에 관한 문제외에 사람의 범죄사실에 관한 기사는 그 사람의 명예를 해쳐서는 안되며, 범죄혐의에 관한 사실을 보도하는 경우에는 혐의를 받고 있다는 것을 기술하는데 그쳐야 한다. 그리고 명예훼손적 내용의 판단기준은 일반 독자의 보통의 주의와 읽는 방법이어서야 하며, 기사의 보도내용은 제목과 본문을 종합하여 판단해야 한다는 것 등을 명백히 하고 있다.

(堀部政男：一橋大學助教授) □

暴行嫌疑의 書類送廳과 重要部分의 非眞實報道

東京地方裁判所 1970년 4월 13일 判決

〈事實概要〉

1969년 3월 14일 字 朝日新聞 朝刊 静岡版의 紙面最上段에 横書로 「假面을 벗기면 暴力社長」 「福祉에 寄付하는 “美談의 主人公”」 뒤에서는 店員에게 亂暴, 겁에 질려 신고못하는 被害者」라는 4단크기의 제목으로 대충 다음과 같은 記事가 게재되었다.

「나들이고 고생하는 사람에게, 利益의 일부를 3년동안이나 계속해서 보내준 “美談의 主人公, 카바레社長”이 폭행혐의로 경찰의 任意取調를 받고 區檢察에 書類送廳되었다. 피해자의 신고로 善行者의 假面이 벗겨졌는데 이를 暴行이라는 輕微한 事件으로 취급한 경찰의 처사가 미온적이라는 비판이 종업원들간에 일고 있어, 경찰은 계속 餘罪를 추궁할 태세이다. …」

「K는, … 작년말에도 同市福祉事務所에 30萬円을 기부하여 “美談의 主人公”으로 보도된 바 있다.

그러나 경찰조사에 의하면 이러한 “美談의 얼굴”의 뒷면에서 K는 경호원으로 폭력단원을 고용, K 자신도 자주 종업원들에게 폭력을 휘둘러 온 혐의가 있다. 지금까지도 清水署에는 「K에게 暴行당했다」는 종업원들로 부터의 通報가 가끔 있었으나 경찰은 상해흔적이나 暴行의 증거가 될만한 것이 없어 단서를 잡지 못했다. 이번에는 被害者의 證言이 있고 K 자신도 暴行을 인정했기 때문에 送庁했다고 한다. …」

「M의 前매니저의 말로는 K가 한 일은 소문대로이다. …」

原告는 위의 記事가 事實無根이며 그에 의해 명예를 훼손당했다고 주장, 謝罪廣告의 게재 및

1千萬円の 지불을 청구했다.

〈判決要旨〉

新聞記事의 진실성은 記事全體에 대해 요구되는 것이 아니고 중요한 부분에 대해 존재하면 된다. ……[暴行容疑의]送庁事實은 진실과 부합되고 있으나 本件記事를 전체적으로 보면 原告가 善行을 假面으로 하고 폭력단을 경호원으로 고용하여 자주 타인에게 暴力을 휘둘렀다는 것이 극히 중요한 사실이고, 특히 표제에 의하면 이것이 틀림없는 중요한 사실로 보게끔 되어 있음에도 불구하고 실제에 있어서는 그것이 眞實로 인정될 수 없으므로 本件記事中 위사실에 관한 부분은 原告의 명예를 훼손하는 違法된 記事라고 하지 않을 수 없다. 무릇 公器라고 일컫는 新聞社는 사람의 善行은 善行으로서 솔직하게 표창하고 보도해야 할 使命을 갖고 있다. 이렇다 할 근거도 없으면서 善行을 暴力과 관련시켜 善行이 暴力의 방패막으로 이용되고 있는 것과 같은 印象을 주는 記事를 게재하는 것은 暴力만을 보도하는 것 보다 일반독자에게 주는 그 사람의 非行性에 대한 印象은 강열하다고 할 수 있다. 특히 本件記事의 표제는 단적으로 그러한 것을 나타내는 것으로서 일반독자로부터 신뢰를 받고 있는 一流의 被告新聞社의 記事로서는 原告의 명예를 훼손하는 비중이 크다고 말할 수 밖에 없다.

(謝罪廣告의 掲載와 50萬円の 지불을 命했다.)

〈解説〉

1. 이것은 카바레경영자가 暴行容疑로 書類送庁된 사실을 근거로 그 경영자의 美談과 暴力을 관련시켜 보도한 사건이다. 判決에서는, 新聞記事의 眞實性은 중요한 부분에 관해 존재하면 되나 전체적으로 볼때 原告가 善行을 假面으로 폭력단을 경호원으로 고용하여 타인에게 暴力을 휘둘렀다는 사실이 중요한 부분임에도 불구하고 그것은 진실로 인정될 수 없다는 것으로 되어 있다.

本件記事는 被告의 静岡支局으로 原告의 폭행 사건 등을 通報한 者가 있어 이를 계기로 支局記者가 原告의 신변을 조사한 결과 진실이라고

믿기에 이르러 원고를 집필하게 되었으며 東京本社에서 표제부분을 加筆한 것이다.

取材時 경찰이 작성한 수사기록에 原告의 暴行事件등의 기재사실이 있는 것을 보고 眞實이라고 믿기에 이르렀다는 被告의 供述등이 있으나 裁判所는 수사기록이라는 것이 어떠한 것인지 명확하지않고 더우기 暴力事實과 前매니저의 談話形式의 부분도, 記事의 출처등 取材過程이 전혀 밝혀지지 않아 本件記事를 眞實이라고 믿는데 過失이 있었다고 인정했다.

이 사건에 있어서의 立證의 곤란성에 관해서는 다음과 같은 지적이 있다.

「善行과 暴力行爲와를 관련짓는 근거가 되는 暴行事件을 立證하려고 해도 상대방은 폭력단 관계이기 때문에 합부로 證人을 세워 괴로움을 끼쳐서는 안될 것이라는 배려에서 생각대로의 立證이 어려웠다고 보아진다.

또한 뉴스源의 秘匿이라는 문제도 있고 對新聞의 신뢰관계를 파괴시키지 않기 위해서도 속마음의 모든 것을 法廷에 내놓지 못한 원인이 있다. 이러한 이유들 때문에 敗訴한 것이며 判決文만을 읽은 사람들은 誤報로 보겠지만 新聞社로서는 誤報라고는 생각하지 않는다」

2. 이 判決은 특히 표제부분이 原告의 非行性을 단적으로 표시하여 그에 의해 原告의 명예가 크게 손상되었다고 한 것이 특징이다.

(堀部政男·一橋大學教授) □

月刊誌「問題小説」, 週刊誌「女性自身」의 『스타交歡圖』事件

東京地方裁判所 1977년, 1980년 7월 7일 判決 有罪(控訴後 取下에 의해 確定)

〈事實概要〉

本件判決은 眞實證明에 의한 명예훼손의 免責을 규정한 刑法 제230조의 2 제 1항이 순수한 私生活上의 사실, 즉 「프라이버시」에 대해서는 적용되지 않으며 그러한 의미에서는 프라이버시가 刑法上으로도 보호되고 있다는 사실을 명확하게 했다는 점에서 주목되는 사건이다.

이러한 기사에 화가 난 日本音樂事業者協會加盟의 각프로덕션은 6월 9일 徳間書店에 대하여 12일에는 光文社에 대해 일체의 取材協力拒否을 통고했으며 23일에는 實名이 게재된 탈런트가운데 8명이 「問題小説」의 編輯長과 특별취재반을, 또 「女性自身」의 編輯長과 두사람의 기사를 상대로 告訴를 제기했다. 이를 접수한 東京地檢에서는 다음해인 77년 5월 30일 「問題徳間書店發行의 月刊誌「問題小説」의 1976년 7월호(5월22일 발매)에 『決定版!! 스타-交歡圖, 悅樂의 스타-트處女編』이라는 제목으로 人氣스타들에게 不純한 交遊가 있는 것처럼 實例를 결들인 記事를 약30명의 탈런트이름과 함께 게재되었다.

또 光文社發行 週刊誌「女性自身」의 同年 6월 24일호(6월 10일발매)가 『스고-이「性」을 書가れた 스타-たちの 大混亂』이라는 제목으로 「問題小説」의 기사를 요약하여 인용했다. 小説에 대해서는 編輯長을, 또 「女性自身」에 대해서는 수사단계에서 編輯長이 그의 책임을 부정했기 때문에 編輯長代理를 각각 명예훼손죄로 起訴했으며 그밖의 被告訴人에 대해서는 不起訴 또는 기소유예처분을 내렸다.

公判에서 被告側은 「告訴狀안에 탈런트本人이

서명하지 않은 것도 있고 告訴도 프로덕션의 압력에 의한 것으로 本人들에게 진정한 告訴의 의사가 있었는지 의심스럽다」고 주장, 告訴狀에서 명한 탈런트의 證人조사를 요구함으로써 79년 3월부터 차례로 8명의 證人조사가 행해졌다. 被告측은 또 「公益을 도모하기 위한 목적으로 쓰여진 기사의 내용이 眞實일 경우 免責되는 것이 당연하다」고 하여 眞實性立證을 위해 告訴者 8명을 포함한 17명의 證人申請을 냈으나 法廷은 80년 2월 22일 「문제의 기사에는 公共性·公益성이 인정될 수 없고 기사내용이 사실인지 아닌지에 대해 조사하는 것은 부당하다」고 申請却下를 결정, 3월 23일의 제23회 公判에서 論告·求刑까지 했다.

公判에서 被告側은 「公序良俗에 反하는 행위를 摘示하여 藝人들에게 反省을 촉구함과 함께 일반대중들에게 비판의 자료를 제공하기 위한 것이었다」고 公益性을 내세웠으나 判決은 「藝人이라 하더라도 性에 관한 사항은 어느 것보다도 私的인 생활영역에 속하며 특별한 公益上의 필요성이 있는 경우를 제외하고는 제 3자가 언급하거나 비판을 가할 사항이 아니다」라고 被告側의 주장을 물리치고 「各記事는 전적으로 대중의 호기심을 충족시켜주기 위해 藝人의 性關係所聞을 열거한 것으로 표현의 자유에 의해 보호되어야 할 公共性을 지닌 비판으로 인정할 수는 없다」는 이유로 「問題小説」編輯長에게 懲役 6月, 집행유예 2년(求刑懲役 1년), 「女性自身」編輯長代理에게는 罰金 15萬丹(求刑懲役 10월)을 言渡했다.

公判過程에서 「女性自身」編輯長代理의 변호인측은 「編輯長이 아닌 被告에게는 기사편집의

권한이 없으므로 기사에 대한 책임도 없다」고 주장했으나 이점에 대해 判決은 「記事의 편집에 관여한 것은 명백하며 共同正犯이 성립된다」고 이를 물리쳤다.

이들 기사에 대해 8명의 텔런트는 별도로 兩社를 상대로 民事訴訟도 제기했으나 77년말 2000萬丹의 위자로 지불과 新聞紙上에 謝罪廣告를 게재한다는 조건으로 法廷밖에서의 和解가 성립되었다.

〈判決要旨〉

被告의 변호인측은 本件 各記事가 이른바 텔리비전 텔런트 등 저명한 藝人의 言動을 기술한 것으로 이들 藝人은 자신의 全人格, 私生活全體를 일반대중에게 제공하고 있고 이러한 저명인이 되는 것을 스스로 구하고 있는 이상 자기 자신에 대한 프라이버시를 스스로 放棄하고 있다고 보므로 명예훼손죄의 保護法益이 될 수 없으며 따라서 刑法 제230조 1항의 구성요건에 해당되지 않는다고 주장했다. 과연, 프라이버시의 보호와 명예의 보호와는 중복되는 범위가 있으며 저명인에 대해서는 프라이버시의 放棄가 인정되는 일이 있다 하더라도 私生活上의 사실을 公表하여 그에 의해 명예를 훼손한 경우에는 刑法 제230조의 2에 해당할 때 비로소 처벌을 면할 수 있는 것으로 해석되어 프라이버시가 放棄되어 있다는 이유를 내세워 명예훼손죄의 保護法益이 될 수 없다고 해석할 수는 없다.

被告側 변호인은, 本件記事에 의해 명예를 훼손당했다고 하는 藝人은 자신들의 프라이버시를 스스로 放棄하고 있다고 해석될 뿐만 아니라 본래의 藝能活動이외에도 다양한 사회적 활동에 관여하고 또 텔리비전·雜誌 등을 통해 그의公私에 걸친 言動이 사회에 미치는 영향도 극히 광범위하며 특히 다수의 청소년들의 동경의 대상이 되고 있는등 公務員에도 比肩할 만큼 公的인 地位에 있다고 할 수 있고, 이 기사들은 落胎, 婚姻外의 性關係 등 범죄행위, 또는 公序良俗에 反하는 사실을 摘示한 것으로 藝能界의 퇴폐된 性道德을 바로잡고 大衆에게 비판의 자료를 제공하는 데 의의가 있기때문에 公共의 利害에 관한 사항이라고 주장했다. 변호인측은 또한 이상과 같은 이유로 被告人들이 藝能界에 있어서의 이

상과 같은 風潮를 우려하여 藝人에게 反省을 촉구함과 함께 大衆에게 비판의 자료를 제공하려는 목적으로 本件 記事를 게재한 것으로 그내용도 眞實임을 확신했고 그렇게 확신하기에 충분하고 정당한 이유를 갖고 있었으므로 刑法 제230조의 2에 의해 無罪라고 주장했다. 被告人들도 公判에서 公益目的을 갖고 게재했으며 기사의 내용이 진실임을 확신하고 있었다는 취지를 供述했다.

그러므로 이점에 관해 검토한다.

本件 各記事는 다같이 텔리비전텔런트등으로서 저명한 藝人의 性關係라는 순수한 私生活上의 사실을 내용으로 하고 있다. 본래 刑法 제230조의 2 제 1항에서 말하는 公共의 利害에 관한 사실에 해당되는지 아닌지에 대해서는 반드시 摘示된 사실이 직업상의 것인지 혹은 私生活上의 사실인지에 의해 결정될 일은 아니지만 순수한 私生活上의 사실에 관한 사항은 특히 명예를 침해할 우려가 클 뿐 아니라 그 정도도 현저한 反面 이를 公表함으로써 얻어지는 社会的 利益도 일반적으로 부족하다고 생각되므로 이것이 公共의 利害에 관한 사실이라고 할 수 있으려면 公益上の 必要性이 상당한 정도로 명백해야 함과 함께 그 記述·표현방법도 當該 公益目的을 달성하는 데 있어 相當하다고 인정될 수 있을 만큼 진실한 것이 아니면 안되며 表現의 自由라는 美名아래 함부로 他人의 私生活上의 사실을 公표하여 그의 명예를 훼손하는 일이 허용될 수 없다는 것은 두말할 필요조차 없다.

과연 변호인의 지적대로 藝人이 일반대중을 고객으로 하고 있을 뿐 아니라 근래에는 텔리비전·잡지 등 各種媒体를 통해 그의 私生活·言動이 流布되어 대중들에게 직접·간접으로 여러가지 영향을 미치고 있음을 부정할 수 없으며 본래의 직업이외의 私生活上의 진실도 대중의 정당한 관심의 대상이 되는 경우도 적지 않으나 前述한 바와 같이 함부로 간섭받는 일이 허용될 수 없는 領域을 갖고 있음은 명백하며 또 대중과의 관계에 있어서도 기본적으로는 대중이 이들 藝人에게 보내는 人氣 關心의 표현이라는 사실상의 관계에 지나지 않는 것으로서 그 地位를 사회전체의 봉사자로서의 責務를 지고 있는 公務員과 同一視하는 것은 부당하다.

변호인이 公益上の 必要性으로서 지적하는 것

은 藝人의 言動이 다수의 청소년들의 무비판적인 동경의 대상이 되고 있다는 점에 비추어 그의 범죄행위 또는 公序良俗에 反하는 행위를 摘示하여 藝人에게 反省을 촉구함과 함께 대중에게 자료를 제공한다는 것이다. 그러나 前述한 바와 같이 藝人이라 하더라도 性에 관한 사항은 다른 어느 것보다도 私的인 생활영역에 속하는 것으로 특별한 公益上の 必要性이 있는 경우를 제외하고는 第3者가 이에 언급하거나 비판을 가할 사항은 아니며 변호인이 주장하는 것과 같은 이익을 가지고는 藝人 各개인의 性에 관한 行狀이 公共의 利害에 관한 사실에 해당된다고 할 수는 없다고 해석된다.

더우기 변호인은 本件 記事중에 妊娠 中絶에 관한 記述이 있는 점을 들어 범죄행위에 관한 사실을 摘示한 것이라고 주장했으나 이 妊娠中絶운운의 기사도 각각의 性關係의 뒷받침 또는 그의 보충으로서 記述된 데 지나지 않으며 妊娠中絶을 刑法의 落胎罪에 해당하는 범죄행위를 저지른 것으로 摘示한 것이라고는 인정될 수 없으므로 이것을 가지고 刑法 제230조의 2 第2項에 해당되는 사실의 摘示로 해석할 수는 없다.

더우기 本件 各記事의 표현방법도 故意로 불필요한 藝人의 實名을 게재하는데 그치지 않고 쓸데없이 그 品位를 손상시키는 표현을 썼으며 또 그위에 모든 사실에 대해서도 불확실하게 「소문이 그렇다」든가 「어쩌어쩌했다고 하더라」 또는 「~을 이러이러한 것 같다」 등 所聞

혹은 風聞으로 記載하고 있으며 표현의 자유에 의해 보호되어야 할 公共性을 갖는 진정한 비판이라고 인정할 수는 없다.

더우기 本件 各記事의 내용과 표현을 보면 被告人들이 전적으로 公益을 도모하기 위한 목적을 가지고 本件 記事를 「問題小説」 또는 「女性自身」에 게재했다고 인정할 수도 도저히 없다.

따라서 게재된 各事實의 眞否등 그밖의 여러 가지 점에 대해 판단할 것까지도 없이 이점에 관한 변호인등의 주장은 理由가 없다. □

◆關係法條文(日本刑法)

▲ 第230條(名譽毀損·死者名譽毀損)

公然히 事實을 摘示하여 사람의 명예를 훼손한 자는 그 사실의 有無를 불문하고 3년이하의 징역이나 금고 또는 1,000圓이하의 벌금에 처한다.

② 死者의 명예를 훼손한 자는 誣罔으로 나온 것이 아니면 이를 罰하지 않는다.

▲ 第230條의 2(事實의 證明)

前條제 1항의 행위가 公共의 利害에 관한 사실과 관련, 그 목적이 전적으로 公益을 도모하기 위해 나온 것으로 인정될 때에는 사실의 眞否를 판단하여 眞實임이 증명될 때에는 이를 罰하지 않는다.

② 前項의 규정의 적용에 대해서는 아직 公訴提起가 되지않는 사람의 범죄행위에 관한 사실은 이를 公共의 利害에 관한 사실로 간주한다.

殺人事件에 관한 誤報가 死者의 유족(어머니)名譽를 毀損했다는 이유로 損害賠償請求가 인정된 事例

静岡地方裁判所 1981년 7월 17일判決
1978년(7) 제 394호 謝罪廣告掲載請求事件(一部認容)

〈事實概要〉

X의 딸이며 X₁ X₂의 實妹인 A는 靜岡縣富士市

의 한 아파트에서 남편과 함께 살고 있었는데 1977년 10월26일밤 같은 아파트 옆방에서는 C에게 과도로 찢려 죽사했으며 남편인 B도 과도

에 찢려 중상을 입었다.

Y기자는 다음날인 27일 「靜岡新聞」夕刊에『三角關係로 얽혀, 富士의 夫婦殺傷事件, 칼로 마구 찢러』라는 제목으로 다음과 같은 기사를 보도했다.

「C는 슈퍼마켓의 店員으로 근무하는 A와 최근에 가까워진 사이인데 이날밤 범행시간 5분전에 A에게 「단들이·함께 있고 싶다」고 말했으나 거절당하자 갑자기 갖고 있던 9.6센치 길이의 果刀로 A와 B를 찢었다고 경찰에서는 보고 있다.」

그런데 X등은 新聞이『三角關係로 얽혀』라는 충격적인 제목으로 보도하여 마치 A가 남편이외의 남자와 육체관계를 갖진 것처럼 일반독자에게 강한 聯想을 주었으며 記事의 내용에도 「內綠의 妻」, 「C가 최근 A와 가까워져…」등의 표현이 있어 제목과 함께 독자에게 한층더 A의 난잡한 異性관계를 想起시키고 있다고 주장했다. 특히 「三角關係로 얽혀」는 전혀 근거가 없는 허위보도일 뿐 아니라 이로 인해 A의 명예는 물론 유족인 X등도 현저하게 그 명예를 훼손당했다고 주장하면서 Y기자에 대해 손해배상금 300萬円과 사죄광고의 게재를 요구하는 訴訟을 제기했다. 이에 대해 Y기자는 (1)「三角關係」라는 것은 단순히 복잡한 男女관계를 의미하는 것일 뿐이며 반드시 육체관계의 존재를 의미하는 것이 아니므로 명예훼손이라고 할 수는 없다.

(2)記事에 誤報가 있다 하더라도 富士署次長과 아파트 관리자로 부터 取材한 결과이므로 記者나 編輯者에게는 過失이 없다. (3)가명 死者의 명예를 훼손했다손 치더라도 그 유족의 명예를 훼손했다고는 볼 수 없다고 항변했다.

判決은 우선 허위의 新聞報道에 의해 死者의 명예가 훼손되고 또 이에 의해 近親者의 명예가 훼손되었을 경우에는 近親者라도 不法행위에 대한 責任을 요구할 수 있다는 해석을 내리고 「靜岡新聞」의 제목과 기사내용이 모두 事實과 다르다고 판시했다. 따라서 이 기사에 의해 A의 社會的 評價가 低下됨과 동시에 어머니X도 몇몇하게 살 수 없는 나날을 보내고 있어 死者의 명예가 회복되지 않는한 X도 명예훼손을 이유로 손해배상을 청구할 수 있다고 판단하여 Y기자에 대해 손해배상금 30萬円을 X에게 지불하도록 명령했다. 그러나 判決은 언니들인 X₁, X₂의

청구에 대해서는 어머니인 X에게 손해배상이 인정됨에 따라 死者인 A의 명예가 회복되는 결과를 가져왔으므로 그들의 社會的 評價가 特記할 만큼 低下되었다고 할 수 없다고 판단, 이를 각각하고 謝罪廣告에 대해서도 事件後 3년이상이나 지난것을 이유로 이를 기각했다.

이는 死者의 遺族들이 명예훼손을 이유로 제기한 손해배상 청구가 인정된 최초의 判例이다.

〈判決要旨〉

1. 먼저 명예훼손 여부를 검토해본다. 本件記事의 제목으로 쓰여진 「三角關係」라는 字句는 본래 3인의 男女間의 복잡한 연애관계를 의미하는 것이나 그 用法은 반드시 본래의 의미에 한정된다고 할 수 없으며 廣義로는 3인의 男女間의 不倫한 肉體관계를 표현하기 위해서도 사용되고 있음이 현저하다. 따라서 本件記事의 제목 「三角關係로 얽혀」라는 표현은 記事本文에 있는 「內綠의 妻」, 「C가 슈퍼의 店員으로 근무하는 A와 최근 가까이 지내고 있다」, 「단들이 함께 있고 싶다」등의 표현과 관련시켜 볼 때 死者 A와 C와의 사이에 마치 不倫의 肉體관계가 있는 것과 같은 印象을 일반독자에게 주고 있어 A가 不倫의 異性관계를 갖고 있는 여성인 것처럼 인식되어 社會的 評價를 低下시켰다고 인정하지 않을 수 없다.

2. 事實의 眞實 여부를 「증거」에 의해 볼 때 死者 A는 72년C와 결혼한 부인으로 男女관계에서 특별한 소문같은 것도 없이 진실하게 평온한 생활을 보내고 있었던 바 정신분열증으로 入院했던 C가 76년 退院하여 A의 아파트 옆방으로 入住해 왔다. 이들은 C가 입주한 이래 줄곧 이웃으로 인사를 나눌 정도였으나 특별한 교제가 있었던 것은 아니다.

本件事件에 있어 C가 死者A에게 결혼을 청했다는 外形의 사실은 있었으나 그것은 C가 정신분열증의 再發에 의해 妄想을 갖고 일방적으로 A에게 好意와 異常한 행동을 보인 것으로 인정되어 本件記事의 제목, 기사내용 모두가 眞實에 反하는 허위라고 말할 수 밖에 없다.

3. 허위의 사실을 내용으로하는 本件記事에

의해 死者A의 명예가 훼손되었다는 것은 이상과 같으나 유족인 原告등의 명예도 훼손되었는지의 여부에 대해 판단한다.

「증거」를 종합해보면 原告등은 本件記事 게재 이후 本件記事를 眞實인 것으로 받아들인 被告新聞의 일반독자가 다수 거주하고 原告등도 살고 있는 富士宮市와 그 週邊의 地域사회에서 死者A의 어머니 또는 언니로서 世俗的 관심의 대상이 됨으로서 이웃을 꺼리게 되고 몇몇치 못한 나날을 보내게 되었다는 사실을 인정할 수 있다. 그런데 社會생활상 어떤 者의 명예의 低下가 近親者등의 명예에도 影響을 미치는 일이 있다는 實情을 고려할 때 新聞記事에 의해 死者의 명예가 훼손되었을 경우에는 일반적으로 社會的 評價의 低下는 死者에게만 머무는 것이 아니라 배우자, 부모, 자식 등 近親관계에 있는 사람들에게까지 미친다는 사실을 인정하지 않으면 안될 것이다. 世俗의 관심이 높은 新聞記事일 경우에는 더욱 더 그러하며 특히 原告인 死者 A의 어머니의 경우에는 本件記事에 의해 그 地域사회에서 社會的 評價가 低下되고 명예가 훼손되었다고 하지 않을 수 없다.

이상과 같이 新聞記事의 허위사실이 死者의 명예를 훼손하고 이에 의해 近親者의 명예까지 훼손하기에 이른 경우에는 그 記事게재가 近親者에 대한 不法行爲를 구성한다고 하겠다. 그러나 死者 A의 언니인 原告 X₁, X₂에 대해서는 社會的 評價가 特記할 만큼 低下되었다고 인정될 수 없으며 死者 A의 어머니인 原告 X에 대한 손해배상청구권이 인정됨으로써 死者의 명예를 회복시키는 결과를 가져왔다는 사실을 고려한다면 原告 X₁, X₂에 대한 Y기자의 不法行爲構成은 인정할 수 없다.

4. 本件記事게재에 대한 過失有無를 검토해 본다.

「증거」에 의하면 本件事件을 認知한 被告의 取材담당기자는 事件이 일어난 날 밤과 다음날 아침 取材次 富士경찰서에 들러 담당관으로부터 事件의 概要를 듣고 犯行動機에 대해서는 가해자 C의 陳述로서 死者A에게 結婚을 간청했으나 거절당했다는 설명을 들었다. 이어 아파트주인으로부터 가해자 C가 本件事件의 약 一週日前 『生理가 끊긴 것을 보니 임신한 것 같다. A와 결

혼할 거다』라며 기뻐하더라는 것을 取材하면서 A와 C간에 肉體관계까지 있는 것으로 速斷했으며 被告의 編輯담당자도 取材記者의 取材內容과 판단을 그대로 채택하여 本件記事가 게재되었음이 인정된다.

新聞報道가 社會에 미치는 影響力이 절대적이고 한번 사실이 보도되면 그 사실은 眞實로서 일반 독자에게 受容되고 流布되므로 사람의 社會的 評價에 영향을 미칠 우려가 있는 사항에 대해서는 그것이 犯罪事實의 報道로서 전적으로 公益을 도모하는 목적이었다 하더라도 정확성을 최대한 존중하여 신중한 報道에 주의 기울여야 할 것이며 迅速性を 追求하는 나머지 誤報에 의해 남의 명예를 훼손하는 일이 없도록 해야 함은 두말할 必要조차 없다. 특히 殺傷事件의 명예를 훼손할 위험이 있는 사항에 대해서는 정확성이 더욱 요청되며 더욱이 被害者가 사망했을 경우에는 그의 近親者에 미칠 중대한 영향까지도 배려해야 하는 것이 當然한 처사이다.

「증거」에 의하면 犯行의 動機에 대한 가해자 C의 陳述도 극히 간략한 것으로 밝혀졌으며 아파트주인의 경우도 取材記者에 대해 C의 異常한 言動을 前述한 내용과 같이 전한 사실이 인정되고 있으나 이같이 중대하고 복잡한 殺傷事件의 取材를 함에 있어 記者가 死者 A나 가해자 C의 日常生活조차도 확인하지 않고 그들 사이에 肉體관계가 있었다고 速斷한 것은 경솔했다고 밖에 볼 수 없다. 또 다른 「증거」에 의하면 朝日, 讀賣, 산케이, 中日 등의 各新聞은 本件事件에 관해 같은 警察發表로 取材하면서도 報道에서 그같은 표현을 하지 않고 있었다.

이상과 같은 사실을 고려할 때 被告人取材記者 및 編輯担当者가 경찰발표와 아파트주인으로부터 얻은 情報를 결합시켜 A와 C사이에 육체관계가 있었다고 판단한 데에는 상당한 이유가 있었다고 인정될 수 없으므로 被告의 本件記事게재에는 過失이 없었다고 말할 수 없다. 따라서 被告는 本件記事의 게재에 의한 原告X의 명예를 훼손한 不法行爲에 근거하여 그 손해를 배상할 책임을 저야만 한다.

原告가 그의 명예회복을 위한 조치로서 제기한 謝罪廣告의 게재에 대해서는 1977년 11월 22일 本件事件이 SBS·TV의 「애프터눈·쇼」에 보도되어 C가 情神分裂症 병자이며 本件犯行이

C의 精神分裂症에 의한 妄想에 기인한 것이었다는 사정이 명백하게 알려졌고 A와 C와의 관계에 대해서도 被告新聞과는 달리 정확하게 報道된 사실이 인정되므로 이에 의해 死者A와 原告 X의 社會的 評價가 어느정도 회복되었다고 생각된다. 또한 事件으로부터 3년이상 경과한 현 시점에서 謝罪廣告를 게재하여 다시한번 社會의 관심을 불러 일으키는 것은 오히려 명예 회복의 조치로서는 적당하지 않으므로 손해배상금 외에 謝罪廣告의 게재를 인정하는 것은 적당하지 않다. □

獨逸判例

雜誌輸入商은 輸入雜誌의 內容에 대해서도 책임이 있다

聯邦大法院 1976년 2월 3일 판결
VIZR 23/72

民事訴訟法 제91조의 a
民法 제823, 1004조

外國週刊雜誌 輸入商이 수입한 잡지에 他人의 人格을 부당하게 침해하는 사실적 주장이 내포되었을 경우, 수입상이 피해자의 輸入中止要求를 받아들여야 하는지, 받아들인다면 어떤 要件下에서 가능한 것인지에 관한 문제이다.

〈事實概要〉

원고는 피고에게 V.U.S 週刊誌의 판매 중지를 요구했다. 원고는 크로치아 지방출신이며 엑실크로아텐(Exilkroaten) 연합회의 회장이었다. 피고는 新聞取扱事業을 하면서 週刊誌도 수입하고 있었다. 그녀는 독일내에서 1년 매상고(1970년)가 약 2,900萬마르크에 이르는 큰 사업가였다. 독일연방공화국과 서베를린에서 그녀에 의해 수입되는 주간지는 유고슬라비아의 삽화주간지인 브제스니크 우 스리제두(Vjesnik U Srijedu)이다. 1970년 4월에 약 2만부의 주간지가 수입되었으며, 무엇보다도 이 주간지의 구매자는 유고슬라비아의 노동자들로서, 계절에 따라 움직이는 계절노동자들이었다.

原告는 V.U.S에 연속적으로 보도된 기사 내용으로 인해서 그의 인권이 심하게 침해되었다고 주장했다. 이 기사의 내용은 원고의 과거의 정치활동에 관해 다룬 것이었다. 원고는 그에 관해 상세하게 보도된 사실적 주장에 근거해서, 피고가 V.U.S주간지의 販賣를 中止할 것

을 要求하는 소송을 제기했다.

피고는 원고에 의해 異議提起되어진 내용들이 虛偽라고 主張하며 자신의 책임을 否認했다.

地方法院은 원고의 提訴를 기각했으나, 抗訴審인 高等法院은 피고에게 독일내에서 원고에 관해 자세하게 보도된 記事들이 게재되어 있는 V.U.S. 주간지의 판매를 中止하라는 敗訴判決을 내렸다.

적법절차에 따른 上告審에서, 被告는 연방지방법원의 판결로 환원되도록 노력했으나, 연방대법원은 이를 지지하지 않았다.

〈判決要旨〉

訴訟이 上告로 진행되어 가면서, 그 訴訟은 적절한 抗訴法院의 해석에 근거를 두고 있었다. 法理適用에 오류없이 抗訴法院은 判決主文中서 원고에 관한 虛偽事實이 상세히 게재된 V.U.S. 주간잡지의 판매를 중지하도록 피고에게 敗訴判決을 내렸다. 抗訴法院은 被告가 原告에 관해 언급된 週刊誌에 게재되어 있는 主張들을 「流布」했다는 것과, 그가 그 주간지들을 후에 다시 流布할 위험이 있다는 것에 근거해서 판결했다.

1. 被告는 上告狀에서 우선 抗訴法院이 불합리하게 판결했다고 주장하고 있다 (민사소송법 제313조 1항 5번). 그러나 그 주장은 설득력이 없다. 따라서 피고는 獨逸에서 원고에 관한 자세한 기사를 게재하고 있는 V.U.S. 주간지의 판매를 중재해야 한다.

무엇보다도 차후의 판매행위에 대한 금지조치는 가능한 한 正確하고 구체적인 侵害形態에 따라 적용되어야 하며, 그 침해형태의 내용과 판매금지조치의 상황이 아주 明確하게 한정되어 있으므로, 그 판매금지조치는 구체적으로 표현되어 의심할 여지없이 認知될 수 있으므로 그 判決은 집행효력이 있다. 다른 한편으로, 그 中止判決이 없이는 그 잡지는 계속 배포될 것이기 때문에, 이를 예방하기 위해서는 그 잡지의 내용이 원고의 명예를 침해하는 것이라는 사실을 명확하게 제시하는 判決이 필요하다. 이러한 관점에서 抗訴法院은, 항소법원판결에서 볼 수 있듯이, 明若觀火하게 그 잡지가 배포된 사실을 考慮했다(비교; Wenzel에 관하여, 記事報道와 寫眞報道의 權利, 1967년, 235페이지). 抗訴法院은 그러한 관점에서 인용된 내용의 事實의 主張이 담긴 잡지의 배포를 禁止시켰다.

2. 첫째, 피고는 上告에서 抗訴法院의 判決에 不服하여 자신이 원고의 명예를 훼손하지 않았다는 사실을 주장하고 있다. 즉 적어도 抗訴法院에 의해 요구된 차후 배포금지가 자신에게 強要되어서는 안된다는 것이며, 이러한 조치에 대해 服從할 수 없다는 것이다.

1) 어쨌든 被告는 독점수입업자로서 문제가 된 잡지의 輸入과 販賣에 관여하고 있다. 따라서 그는 法的인 意味에서 그 雜誌에 게재되어 있는 사실적 주장을 客觀적으로 배포했고, 또한 장차 계속될 위협적인 배포와도 관련이 있다(民法, 823조 1항, 1004조. 비교; Wenzel NJW 1973年 PP. 603-604). 이러한 이유에서 피고가 원고의 명예를 훼손했다는 사실은 否認되어질 수 없다. 피고는 과실유무를 고려하지 않았다는 점에서 명예훼손의 침해사실이 있는 것이며, 侵害의 두려움을 주는 행위를 한 모든 사람은 毀損者로 看做되어야 한다는 것에 근거를 둘 수 있다(연방대법원, 1957년 1월 15일 判例-IZR 56/55=LM 상표법, 24조 22=商權利保護와 著作權 1957년 352, besonders zu IV). 만약 피고가 다수인일 경우에는, 中止要求가 관철되든 안되든 간에, 그 문제에 대한 근본적인 行爲加擔의 범위와 방법 또는 毀損行爲로 인해 얻어진 惠손관여자 각각의 이익은 중요하지 않다. 그의 예도 그 행위가담의 방법에 의해 행위자내지는

그 행위협력자로 看做될 지도 모른다는 여부는 일반적으로 중요하지 않다(聯邦大法院, 1957년 1월 5일 判例-IZR 56/55). 개인적인 責任範圍의 과오를 고려할 때 불확실하게 관계된 사람은 책임영역에서 除外되어야 하는지의 여부는 訴訟에 있어서 아주 하찮은 문제이다. 또 다른 문제는 그 과오에 대하여 提起된 소극적인 요구의 내용은 그 과오가 있는 行爲加擔에 準해야 한다는 것이다(Ermanm/Hetfermehl 民法 6版, 1004조 15). 그러나 이것은 피고에게 宣告된 中止命令에 고려되어 있다.

被告의 上告請求는 그의 행위가담이 「從屬的」이라는 측면에서 볼 때, 法律保護權益을 고려하지 않더라도 문제가 되지 않는다. 만약에 몇몇의 侵害事件과 관련시켜 볼 때 여기에 上述한 바와 같이, 그 침해사건의 행위가담에 있어 「從屬的」인 관련자가 請求당할 경우에는 그러한 측면은 상세히 論議된다(연방대법원, 1957년 1월 15일 判例-IZR 56/55). 피고는 그러한 從屬的인 상황을 면책사유로 삼고 있다. 주된 책임이 있는 관련자 또는 그러한 사람들이 이미 금지청구를 당했거나 障礙없이 금지청구를 당할 수 있고 그러한 조치가 더 이상 補充없이 충분한 경우, 「從屬的인 加擔者」에 대해 侵害行爲를 적극적으로 沮止하는 것은 어쨌든 法的保護權益을 위한 전제로 간주될 수 있다.

이미 형법상에서 때때로 논의되었고, 上告에서 근거를 두려고 하는 해석의 견해는, 일반적으로 구입할 수 있는 印刷物을 단순히 판매하는 행위 그 자체가 무조건 그 내용을 「流布하는 것」이 아니라는 사실에 똑같이 반대하지 않는다. 왜냐하면, 인쇄물은 이미 그들의 보급행위를 통해서 서점상인 또는 定期購讀者들에게 배포되어 있기 때문이다(켈른地方法院, NJW 1930, 1239m. 비평적 평석 Radbruch; s. a. 바이에른 연방대법원 NJW 1930, 2147m. 평석 Häntzschel, 比較; Ferner Wenzel NJW 1973, 603, 604).

우선 異議提起의 대상이 된 事實의 主張들은 피고의 배포행위로 인해 많은 사람들이 알게 되었다. 抗訴法院은 국내에서 원고의 人格權을 침해하는 主張의 유포가 이따끔 약 2만부에 달하는 주간잡지를 수입하는 독점수입상인 被告에 의해 결정적으로 促進되어졌다는 事實을 정당하

게 判斷하고 있다. 이러한 상황에서 被告를 위해 켈른地方法院에서 인용된 견해(NJW 1930, 1239)를 인용할 수 없다(比較: Bamberg 高等法院 Bay JMBI 1953, 87-讀書會/雜誌貸與人; 比較: 또한 聯邦大法院 1966年 8月 3日 判例-VIZR 176/64=LM民法 847條 Nr. 31; 比較: Wenzel N. J. W 1973, 603 m. w. n.).

이러한 원칙들을 고려해 볼 때, 被告가 문제가 된 印刷物들을 수입하고 판매함으로써, 원고에 대한 명예훼손에 협력했으며, 앞으로도 협력할 것이라는 事實은 抗訴法院의 판결에 동의해야 한다(比較; 연방대법원, 1957년 1월 15일 判例-IZR 56/55).

2) 여기에서 예외적으로 명예훼손적인 성격을 부인할 만한 出版法上的 원칙이 없다. 中止請求는 기사작성자와 발행인에게 적용되어질 수 있을 뿐만 아니라, 간행물의 출판과 배포시에 協力했거나 장래에 협력할지도 모르는 그 이외의 모든 사람들에게도 適用되어질 수 있다는 것은 出版法의 領域에서 일반적으로 認定되고 있다. 이에 따라 특히 出版人, 編輯人, 責任編輯人, 그리고 그 이외의 出版補助人, 더 나아가 근본적으로 판매처인 書店 등의 경영인 및 商人과 같이 판매에 있어 中間役割을 하는 모든 사람들에게 적용된다(比較: Wenzel, 기사와 사진 보도법 P. 233; ähnlich Löffler, 出版法 I 2版 14章 Nr. 99; Gramm著. 大衆媒體를 통한 人權侵害와 名譽毀損 Nr. 61).

3) 이 해석상의 견해는 올바른 것이다. 첫째 中止請求의 대상이 기사작성자와 출판업자에게만 한정되지 아니하는 것은 현저하게 실질적인 意味를 갖는다.

4) 또한 항소법원이 용인한 反復危險에 대해서 異議를 제기해서는 안된다. 그 점에 대해서 上告는 아무런 의미가 없다. 반복위험은 우선 원고의 死亡을 通하여 消滅되어 있다.

5) 이러한 狀況에 있어 被告측의 판매를 통해 앞으로 문제가 될 허위적인 사실적 주장의 배포는 위법적이다. 만약에 피고가 원고에 관해 확실히 드러난 허위적인 사실주장들에 관련된다면, 그 때문에 그녀는 정당한 이익의 認知를 면책사유로 삼을 수 없다.

6) 앞서 말한 바와 같이 한 事件의 發端에 있어 중지요구의 기대가능성에 대한 문제가 있

다. 이 관점은 중지요구의 청구시에 여러가지 다른 가능성에 대한 의미에서 볼 때, 勝訴할 수 있다(比較: 聯邦大法院의 民事判例 42, 118; 聯邦大法院 1973年 12月 21日字 判例-VZR 107/72=WM 1974, 572, 573; 1974년 6월 21일-VZR 164/72=N. J. W 1974, 1552, 1553; Wenzel, 發行人을 위한 기사와 사진보도법, PP. 238-239.).

抗訴法院判決의 論告에서 표현되어 있듯이, 中止命令이 원고에 관한 그러한 主張들을 포함하고 있는 없든간에, 中止命令을 수락하기 위해서 被告는 그녀가 輸入한 20,000부의 V. U. S., 때로는 冊 한 권이라도 그것을 위하여 檢閱해야 한다. 피고가 모든 호수의 책을 때때로 직접 검열한 뒤 그 책을 양도하는 것은 기술적으로 가능하다. 그 때문에 그가 앞에서 논의된 바와 같이 명예훼손자이긴 하지만, 그의 그러한 행동에 대해 별도의 예외 적용조치를 할 수 있는지의 여부는 아직 未決定的이다. 抗訴法院은 그것을 否認했으며 결과적으로 항소법원에 따라야 한다고 본다.

i) 확실히 V. U. S.를 판매하는 피고는 잡지—그녀에 의해 판매되는 다른 인쇄물과 똑같이—를 법률적 관점에서 해당 잡지의 실질적인 적법성에 대해 자세히 검열할 의무가 있다. 그와 같은 일반적인 검열을 잡지수입상은 다른 모든 사람과 똑같이—그 狀況에 있어 實質적으로 이행하지 않고 있다. 抗訴法院은 그러한 行動을 被告에게 期待하지 않는다. 被告는 오히려 抗訴法院이 알맞게 中止시킨 것에 대해 차후에 V. U. S.를 재검열해야 할 義務가 있다. 더구나 이러한 검열은 과거의 원고의 정치활동에 관한 주장들이 있는지의 與否를 확인해야 한다. 그와 더불어 被告는 中止에 있어 원칙적으로 是認된 法律的 要求의 가능성을 통하여 공평하고 기대 가능한 범위내에서 沮止받는다. 왜냐하면 V. U. S.의 내용과 그녀에 의해 취급된 定期刊物의 내용에서 他人의 人格權을 侵害하는 표현들이 포함되어 있던 없건간에, 일반적인 검열의무는 그녀에게서 消滅된다는 사실에 근거를 두고 있으며, 그녀가 請求를 받을 경우에만 검열에 대한 義務가 생기는 것이다.

ii) 연방대법원은 그러한 중지요구의 가치 여부와 1957년 1월 15일의 판결(IZR 56/55)에서

認定된, 中止해야만 하는 事實의 主張이 사실인지 허위인지의 與否를 알아낼 必要는 없다. 왜냐하면 이미 提起되어져 있고 계속 위협성을 내포한 사실적 주장들이 虛僞라는 것은 양 당사자간의 訴訟에 있어 論爭의 여지가 없기 때문이다.

iii) 주의를 요하는 그러한 請求들의 반복 가능성은 생각해서는 안되기 때문에 이러한 점은 上告審의 決定에 따를 必要는 없다. 왜냐하면 여기서는 그러한 事件만이 제출되어 있기 때문이다. 또한 雜誌에서 주의를 요하는 얼마동안 異議提起된 사실적 주장들 중에 아무 것도 反復되어지지 않을 경우에, 被告가 장차 檢열 —역시 위에서 특징지어져 制限된 範圍內에서의 경우—을 할 義務를 질지도 모른다는 고려는 說得力이 없다. 이러한 狀況들은 하나의 執行(比較; 民事訴訟法 890條)이라는 範圍內에 한정된

것이기 때문에 고려할 必要가 없으며, 원고는 그러한 狀況이 생겼을 때 法律上 規定된 中止要求項에 따르도록 해야만 한다. 원고가 他意로 그項을 拋棄하는 경우에는, 모든 中止義務者에게 반복의 위협이 消滅되어야 하는 것과 같이, 法律적으로 상응하는 處分을 위한 可能性들이 있다.

7) 이 事件의 狀況에서 抗訴法院에 의해 判決된 中止命令에 의해 역시 憲法上的 위협성 또한 없다. 물론 확실히 出版自由의 기본권에는 판매의 자유도 포함되어 있다(연방헌법재판소의 판례, 10, 118, 121; 12, 205, 220; 20, 162, 176; Lözfler I 5 장, 43호; Reh binder 출판법 12 호). 그러나 자유로운 의사표현의 권리는 허위적인 사실적 주장을 유포하는 權利까지 포함하는 것이 아니다. □

責任編輯人은 편집감독의 소홀로 발생한 人格權侵害에 대해 책임질 義務가 있다

聯邦大法院 1976년 12월 7일 판결
VIZR 272 / 75

民法 제 823조

責任編輯人은 發行人으로 부터 위임받은 편집 과정을 감독하는 義務를 소홀히 한 結果로 인해 생긴 人格權侵害에 대하여 책임을 질 義務가 있다.

〈事實概要〉

콘크레트(Konkret) 誌의 1972년 11월 16일자 社說에, 同誌에 실린 바 있는 聯邦議會選舉戰과 관련된 『社會主義者 市場經濟活動』이라는 廣告에 대한 비평 기사를 게재했다.

그 사실내용은 다음과 같다.

『국제베트남 지원단체의 주도하에 광고수익금을

하노이 소아과병원의 환자들을 위해 기탁하는 것이 좋을 것이다. 스프링거·바우어會社(Springer, Bauer & Co.)의 재정보조없이 는 몸을 부지할 수 없었던 베트남의 베이캄 희생자들에게 그 수익금을 보조할 경우, 슈뮈델·바우어(Schmuddel Bauer) 씨와 액셀(Axel)씨는 무섭게 화를 낼 것이라는 점은 중요하지 않다. 다만 환자들이 도움받는다는 사실이 중요할 뿐이다.』

被告는 콘크레트 誌의 사실란 책임편집인이다. 原告인 바우어 씨는 그러한 보도로 인하여 名譽毀損을 당했다고 주장, 被告에게 그에 상당하는 보상으로서 손해배상금을 지불할 것을 요구했다.

地方法院은 바우어 씨의 訴訟을 기각한 반면에 高等法院은 被告에게 2,000마르크의 손해배

상금을 지불하도록 인정했다. 被告는 그에 불복, 上告하였다. 그러나 聯邦大法院은 被告의 上告를 기각하였다.

〈判決要旨〉

1. 抗訴法院은 문제가 된 사실은 일반독자들의 인식기준에서 볼 때 원고에 대한 모욕적인 비판으로 문제가 될 소지의 내용이 포함되어 있다고 보았다. (st Rspr; 比較: 聯邦大法院의 民事訴訟判例 42, 210, 220: 聯邦大法院, 1974년 6월 18일 判例-VI ZR 16/73=LM基本法 5 조, Nr. 36=NJW, 1974, m. w. Nachw.)

이러한 이유로서 모욕적인 批評은, 基本法 제 5 조 1항에 의해 보장되어 있는 出版의 權利와 정치적인 논평에서의 利益衡平의 원칙에 준해서 보면 適法性의 한계를 넘어선 것이며, 더구나 政治적으로도 명백히 편파적인 비평을 하는 과실을 저질렀으므로 이는 원고의 인격권을 부당하게 침해한 것이다.

抗訴法院은 그에 대하여 다음과 같은 견해를 보였다. 論爭은 원고가 경제적으로 관련있는 新聞社를 통하여 美國의 베트남 政策을 지지했고, 그 政策의 결과에 대해 도덕적으로 責任이 있다고 한 원고의 견해에 대해 被告가 공개적으로 논평하는 데서 발단되었다. 이 사실을 기정사실화하기 위해 被告가 원고를 低所得層에게 냉정하고 잔인한 사람이라고 비방하는 표현을 한 것은 매우 적합하지 않다. 그 논쟁은 당시의 政治的 狀況, 특히 廣告에서 인용된 바 있는 연방의회선거전을 통하여 볼 때 정당성이 인정되지 않는다. 또한 정치적인 의견대립에 있어서 언론은 정해진 논평범위에 注意하면서 논평해야 한다.

이러한 논평은 법적으로 과실에 해당하며 이러한 사실의 인정은 권위있는 聯邦大法院 最高審判部의 原則에 부합되는 것이다. 그러므로 의 사표시의 자유와 言論의 자유라는 측면에서 볼 때 신랄한 비평은 헌법상의 보장을 받지만 그것이 타인에 대한 의도적인 비방일 때는 위법이 된다. (연방대법원, 1960년 5월 17일 判例-VI ZR 90/59=LM 民法 823조 Nr. 5; 1971년 5월 25일 VI ZR 90/59=LM 民法 847조 Nr. 42; 1974년 6월 18일-VIZR 16/73)

上告審에서는 그 모욕적인 비평이 원고에 대한 개인적인 감정에서 비롯된 것으로 인정했다. 그 비평이 원고의 명예를 훼손하는 것이었다는 점은 상고심의 해석과 마찬가지로 더 이상 상세히 논의할 必要가 없다. 만일 사실의 내용이 베트남의 베이캄희생자들로의 의료품반입에 대한 협조문제에 한정해서 원고를 비평한 것이었다면, 원고도 이 사실내용을 정당한 의견제시로 인정할 것이다. 그의 자금이 베이캄 희생자들의 의료품 보급에 사용될 경우 그는 『무섭게 화를 낼 것이다』라는 발언을 그대로 게재하는 것은 결국 모욕을 의미하는 것이다. 그러한 비방을 했을 때, 기본법 제 1조 및 제 5조에 의거, 그러한 보도의 적법성 여부에 대한 검토를 위해서 당사자들의 利害關係를 구체적으로 조사하는 작업은 의미없다(聯邦憲法裁判所 NJW 1976, 1677다음 페이지 이하; 1680 다음 페이지 이하). 이러한 원칙에서 볼 때 言論은 비평대상이 된 當事者의 人格權을 침해하면서까지 언론자유의 권리를 요구할 수는 없다. 고의에 의한 비방적인 비평은 法的으로 보호될 가치가 없다(比較: 聯邦大法院의 民事訴訟判例 45, 296, 310).

2. 抗訴法院은 비록 被告가 —이 문제는 抗訴法院도 충분히 참작한 바 있다— 직접 집필하지도 않았고 또한 직접 편집하지도 않았다 하더라도 그러한 논설의 게재로 인해 발생한 원고의 人格權 침해에 대해서는 法的으로 책임을 져야 한다고 보고 있다.

1) 抗訴法院이 확인한 바에 의하면 被告는 무엇보다도 편집인으로서 사실란의 책임을 맡고 있다. 刊行要目에 적혀 있는 「책임편집인」이라는 명칭은 사실상 단지 刑事上의 책임영역에 국한되어 있을 뿐이다 (比較, 1965년 1월 29일 Hamburgisch出版法 제 6, 8, 19조 2항 Nr. 1-GIBI 15). 여기에 문제가 되어 있는 民事上의 책임은 이러한 特別한 出版法上的 제도와는 관계가 없다(聯邦大法院의 民事訴訟判例 3,270, 275-Constanze I-; 24, 200, 210 다음 페이지 이하—; 연방대법원 1966년 4월 26일 判例-VI ZR 240/64=LM 民法 823조[Ai] Nr. 29=NJW 1966, 1857; Löffler 出版法 2板 I 권 14 장 Rdnr. 100; II 권 Rdnr. 30. vor 聯邦出版法 8

조 m.w.Nachw.). 반면에 피고가, 위임받은 편집상의 임무는 民事上의 責任에 淸정적으로 연관될 수 있다. 그에게 위임된 권한의 책임범위 내에서 잡지의 내용을 게재할 때에는 항상 타인에 대한 人格權 침해사실이 있는지의 여부에 대해 유의할 필요가 있다. 피고는 다만 — 그의 고용계약상의 약정에 따라 — 그의 고용주에 대해서만 아니라, 이를 초월해서 일반적인 위법행위에 대한 의무로서 他人의 人格權을 침해할 만한 위험이 있는 공표에 대해서도 책임의무가 있다.

편집인은 標題의 선택과 그것을 재검토하는 업무를 위임받았으며, 따라서 注意義務의 필요성을 염두에 두지 않아 소홀히 했을 경우 발생한 명예훼손 사건에서는 그에 따른 손해에 대해 보상할 의무가 있다(比較; 聯邦大法院의 民事訴訟判例 3, 270, 275, Constanze I - ; 24, 200, 211; 聯邦大法院 最高審判部의 1957년 3월 19일 ; 1974년 6월 18일 判例 = Peter Ulmer 法曹新聞 1969, 163 다음 페이지 이하 .m.w.Nachw.)

2) 피고가 편집인으로서 그의 임무를 합법적으로 수행하기 위해 社說의 掲載를 중지하였거나 또는 중지시키기만 했더라도 그의 임무는 충실히 이행된 것이라고 볼 수 있다.

그에 대해서 抗訴法院은 다음과 같은 견해를 보였다. 쉽게 이야기하자면 피고는 事前에 사실내용을 알고 있었던 것으로 확인되었다. 책임편집인으로서 피고의 地位는 社說 및 記事標題에 대해 그의 책임이 한정되어 있었기 때문에, 그에게 위임된 감시의무의 범위내에서 혹시 있을지도 모르는 형사상의 중요한 내용에 대한 社說을 자세히 검토해야 한다는 점이 지적될 수 있다. 이러한 점을 검토해 볼 때, 또한 피고가 1973년에 이와 같은 人格權 침해 처벌을 예방하고자 변호인 상담을 받은 결과, 게재중지를 요구하는 원고의 주장에 同意했다는 사실이 지적되고 있다. 그것은 적어도 그 당시에 社說과 관련이 있다는 가정에 대한 현저한 蓋然性을 그가 뒷받침하는 것이다. 이러한 상황에서 그가 諒知하기에 확실한 상황임에 불구하고 금방 社說을 읽어보고 재검토하지 않았던 이유를 변명할 수는 없다. 또한, 그가 혹시 適法한 意思表明의 限界를 오해한 경우이더라도, 어쨌든 그는 그의

注意義務를 태만히 했다는 점에서 非難받아야 한다.

만일 被告가 記事의 재검토를 단념했다면, 공표에 대한 不法行爲의 책임이 그에게 현저하게 부과된다. 피고는 먼저 타인의 명예를 위협적으로 훼손케 할 만한 극단적인 침해는 아니더라도 위험발생가능성에 대해 항상 유의해야 한다. 그가 발행인으로부터 책임을 위임받고서 편집 과정에 관여하고 있는 만큼 사실을 통해 타인의 人格權을 침해하는 것을 예방하기 위한 역할이 편집인에게 부여되어 있다. 그러므로 被告에게 위임된 기사내용을 검토하는 의무를 태만히 하지 않았거나 합법적인 사전조치를 강구했다면, 사전에 他人의 人格權을 침해하는 것을 방지할 수도 있었을 것이다. 그러나 결국 피고는 타인의 人格權을 침해하고야 만 사실에 대해 원래의 사실집필자 및 공동집필자와 함께 공동 책임을 져야 한다. 피고가 편집과정에서 자기도 모르게 저지르는 과실을 인지했음이 분명할 경우, 그러한 침해에 대해 편집인은 책임질 의무가 있다고 본 1966년 4월 26일 聯邦大法院의 최고심판부의 判例(VI ZR 240/64 = a. a. o)는 이미 뚜렷한 근거를 제시해 주고 있다. 편집인이 부주의하게도 사실내용을 모르고 있었을 경우에 피고는 民事上의 책임의무에 해당되지 않는다고 생각하면 이는 위 判결원칙을 잘못 알고있는 것이다. 그러므로 그 당시에 피고가 알고 있지 않았다는 사실이 담당판사에 의해 확인될 경우, 상고심에서는 연방대법원의 민사소송판례에 있는 근거를 인용할 수 없다. 그러므로 피고는 그가 어떠한 기사를 검토하는데 있어 완전히 태만했음이 틀림없을 경우에는, 그것을 공표함으로써 발생하는 침해에 대해서는 책임이 있다.

被告의 그러한 태만이 부주의에 의한 과실에 기인한다는 사실은 사건의 전말을 확인해 보면 의심할 여지가 없다.

3. 한편 上告人의 주장에 따라 抗訴法院은 원칙에 따라 타인의 人格權 침해에 대한 보상으로써 金錢으로 보상할 수도 있다고 보았다.

1) 언론사가 선거시에는 보편적으로 과장해서 비판 및 풍자 기사를 쓴다는 판례를 참작하더라도, 사실을 통하여 원고의 人格權을 침해한

사실은 더 이상 거론할 필요가 없다.

抗訴法院은 上告審의 判결에서 처럼 被告의 책임을 경감시킬 수 있는 상황을 손해배상액 확정에만 아니라 침해정도를 평가하는 데에도 고려했다(연방대법원판결문 13페이지 이하). 그러나 이 사건의 상황을 보면 금전상의 보상방법으로는 적절하게 해결될 성질의 것이 아니다. 피고의 입장을 적절히 고려하더라도 의도적으로 논설의 내용을 검토하지 않은 것이 아니라 태만에 기인했다고 본 항소심 判결은 변경될 수 없다.

2) 원고의 명예를 훼손케 한 과실에 대한 보상으로서 2,000마르크를 지급하라는 判결에 대해 피고가 불복, 上告하는 것은 인정될 수가 없다. 일반적으로 저작물에 있어 특히 出版物을

통한 名譽毀損에 있어 특별한 필요성때문에 정도에 따라 높은 액수의 배상금지불로 결정하는 경우가 있더라도 피고는 이를 감수해야한다. 왜냐하면 배상액수는 合意機能 및 補償機能 이외에도 더 많은 상징적인 기능을 갖고 있기 때문이다.

그러한 조건하에서 배상금액수를 확정하는 것이기에 때문에 이는 담당판사의 裁量權에 속한다. 물론 人格權 침해에 대한 보상으로서 民事上의 방법으로 加害者를 처벌하는 것이 적절하지 않을 수도 있다. 그러므로 法廷은 배상액의 확정 과정에서 어느 정도 그 범위내에 한정해서 적절하게 고려했기 때문에 피고는 진지하게 받아들여야 한다. 그러므로 피고의 上告는 이유가 없다. □

人格權侵害의 訴訟對象이 된 寫眞을 通信社로부터 人手했다는 이유만으로는 免責事由가 성립되지 않는다

함부르그高等法院 1977년 6월 2일 判결 3U 4/77

基本法 1, 2, 5조, 民法 823, 847조

1. 한 국가의 外務長官 또는 국제연합산하 조직의 대표자와 같은 被害者가 특별한 外交의 직무를 수행할 때에, 신문의 注意義務가 특별히 요구된다.
2. 公表된 寫眞을 通信社로부터 입수했다는 사실만으로 편집인 또는 발행인의 책임이 免責될 수 없다.

〈事實概要〉

原告는 우간다의 某 士侯의 딸이며 英國에서 法學을 전공했고, 1966년에 우간다에서 辯護士 開業을 했다. 1967년 우간다에서 君主制가 폐지된 후 原告는 우간다를 떠났다. 그러나 1971년 이디아민(Idi Amin)이 政權을 장악한 후 우간다

로 환국했다. 아민은 그녀를 特使로 임명했고 그 후에 外務長官으로 임명했다. 1974년 11월 아민은 그녀에 대해 많은 批判을 하면서 그녀의 직위를 박탈했다. 그녀는 자택 구금조치되었으나 결국 조치 해제되었으며, 1975년 이래 英國에 거주하고 있다.

被告가 발행하는 빌트자이퉁(Bildzeitung)紙는 原告의 人格에 대해 여러 차례에 걸쳐 論評記事를 실은 바 있다.

1. 사건내용이 不確實하다고 논평한 로이터 通信의 通信文과 함께 위 신문은 「아민, 女長官을 신랄하게 비난…」이라는 題下의 기사에서 1974년 11월 30일 原告가 某 유럽인과 情事를 벌였다고 報道했다. 우간다 라디오 방송의 보도에 의하면 그녀는 파리의 오를리(Orly)공항의 한화장실에 白人과 같이 있었다는 것이다. 그 사건 때문에 아민은 그녀를 外務長官職에서 해직 조

치했다는 것이다. 관련기사에는 두장의 原告의 사진이 첨부되어 說明되고 있다. 특히 좌측의 커다란 사진 밑에는 『함박 미소를 머금고 그녀는 카메라맨에게 포즈를 취했다—아주 최근에 그녀는 한 청년과 사랑에 빠졌다.』는 설명이 함께 게재되어 있다. 이 사건은 1974년 12월 3일자에 『아민은 이 예쁜 공주를 처형시킬 것인가』라는 題下로 再報道되었다.

2. 1975년 1월 11일자 신문에서는 原告에 관한 기사가 『監禁된 공주의 비밀. 그녀는 아민대통령의 아이를 임신했다』라는 題下에 또다시 게재되었다. 동아프리카의 最近報道에 의하면 그녀는 아민의 아이를 임신하고 있다는 것이었다. 또한 아민은 情夫가 그녀에게 접근할까봐 감시하고 있다는 내용의 기사도 실려 있었다. 계속된 보도에서 공주와 관계를 가졌다는 혐의로 아민에 의해 처형된 세 政治家와 軍人에 대해서도 논평하였다. 특히 그 기사는 벌거벗은 黑人女子의 확대사진과 함께 『금으로 만든 새장속에 엘리자베드·폰·토로(Elizabeth von Toro)공주監禁, 그녀가 그녀의 집을 떠나지 않는 한, 그녀는 아무 것도 두려워할 것이 없다—監視者들은 말한다』라는 내용을 게재했다. 당사자들은 이 사진이 原告를 表現한 것이 아니라 黑人모형을 表現한 것이라는 점에 대해서는 서로 다투지 않는다. 그 사진은 트랜스월드(Transworld)通信社로 부터 제공되었으며, 또한 다른 雜誌에도 公表되어졌다.

3. 소위 말하는 오를리 공항의 그 사건에 관한 기사가 더 많은 新聞에 報道된 후에, 原告는 1975년 4월 8일자로 公表된 데일리 익스프레스(Daily Express)紙와의 인터뷰를 통해 原告는 소위 오를리공항에서의 情事事件은 날조된 것이며 또한 그 나체 사진은 자신의 것이 아니며, 그녀가 과거에 나체 모델을 전혀 한 적도 없다고 밝혔다. 1975년 4월 9일자 빌트자이퉁(Bildzeitung)紙는 1975년 1월 11일자 신문에서 나체 사진, 그리고 느슨하게 뜯은 편물옷을 입은 한 黑人女子의 寫眞과 함께 『엘리자베드공주는 절대 그 나체사진은 자신의 것이 아니라고 밝히다』라는 題下의 기사를 또다시 게재하였다. 「그러나, 그러나, 엘리자베드공주」로 시작되는 本文은 原告

가 그 나체여자는 자신이 아니라고 주장한다고 표현하면서, 「...거기에 編物옷을 입은 진짜 그녀는(사진 오른쪽) 정말 비슷하게 보인다」라는 기사도 있었다.

4. 끝으로 被告가 함께 발행하는 1976년 6월 25일자 빌트 암 손타그(Bild am Sonntag)紙에 그동안 本訴訟이 계류중에 있었음에도 불구하고, 『그 獨裁者가 어떻게 공주로 하여금 裸體寫眞을 찍게끔 했는가?』라는 題下에 原告에 대해 또다시 報道했다. 그 記事는, 아민이 그의 長官들에게 공주가 오를리공항에서 어떤 미지의 유럽인에게 몸을 許諾한 사실을 알렸고, 全아프리카가 抱腹絶倒했고, 오직 파리空港當局만이 아민대통령이 그 사건을 꾸며낸 것으로 시간적으로나 장소로나 성립될 수가 없다고 주장했고, 조사 결과 공항화장실은 그런 일이 발생할 만한 장소가 못되며 또한 그녀가 공항에 체류한 15분 동안, 줄곧 外交官들과 함께 있었다는 주장을 보도했다. 또 그 기사는 아민은 공주에게 텔레비전 카메라와 嘲笑하는 軍參謀들 앞에서 부분적으로 옷을 벗을 것을 強要했고, 그 후 「우간다의 소리(Voice of Uganda)紙에 공주를 묘사하는 裸體寫眞이 일면에 게재되었고, 그녀가 아닌 다른 人種의 美女의 사진을 그녀인 양 묘사했기 때문에, 그녀는 소위 裸體寫眞을 게재했던 그 新聞을 대상으로 소송을 제기했다고 報道했다.

原告가 아민의 아이를 임신했으며, 그녀가 오를리공항의 화장실에서 유럽인과 情事를 벌였으며, 텔레비전 카메라와 軍參謀들 앞에서 部分的으로 벌거벗어야 했다는 주장들은 事實과 다르다는 點은 兩當事者들 사이에 論爭이 되지 않고 있다.

本 소송에서 原告는 1975년 10월 30일에 被告를 請求하면서, 그녀의 物質的·精神的 被害에 대한 배상을 청구했다. 訴訟進行에 따라 被告는 1976년 6월 30일을 기한으로 다음과 같은 主張이나 혐의를 被告에게 約束했다.

- 1) 엘리자베드·폰·토로(Elizabeth von Toro)공주는 대통령 이디 아민의 아이를 임신했다.
- 2) 엘리자베드공주는 前外務長官 갓프레이 키갈라(Godfrey Kigala)를 만났다.
- 3) 엘리자베드·폰·토로 공주는 後任長官인

육군 중령 미첼 온도가(Michael Ondoga)와 關係를 가졌다.

4) 엘리자베드공주는 旅團長 스뮛·괴데코(Smut Gweddeko)와 關係를 가졌다.

5) 아민 大統領은 밀고자로부터 1974년 9월에 엘리자베드公주가 오를리空港의 화장실에서 白人과 情事를 가졌다는 보고를 듣자 그는 그녀를 褻褻하도록 명령했다.

또 被告는 被告가 被告의 原告를 摘示한 주인공이 원고라고 더 이상 主張하지 않을 것을 약속했다. 또 被告는 原告의 被告중지 請求 書의 費用을 被告가 被告할 것을 약속했다. 原告는 1975년 10월 30일의 被告중지 請求 書 이외에 被告의 書에서 被告중지를 請求했다.

原告는 地方法院에서 단순히 정신적 손해의 賠償만을 請求했는데 慰籍料의 額數는 法院의 裁量에 맡겼다.

1976년 11월 5일의 判決에서 地方法院은 被告가 원고에게 15,000마르크의 慰籍料를 지불하고, 訴訟費用金額은 被告가 부담하라고 判決했다.

被告는 이러한 判決에 不服하여 抗訴를 提起했다.

高等法院은 被告의 抗訴를 기각했다.

〈判決要旨〉

被告의 항소는 適法하며, 기간 및 형식을 갖추어 제기되었으므로 效力이 있다.

그러나 有效하지 않다. 地方法院은 被告가 原告에게 15,000마르크의 위자료를 지불하고, 訴訟費用金額을 부담하라는 判決을 했다.

原告의 정신적피해에 대한 배상청구는 基本法 제1,2조와 民法 제 823, 847조에서 그 적용근거를 찾을 수 있다. 原告는 그녀의 人格權을 심각하게 毀損당했기 때문에 被告가 이러한 過失에 대해 책임을 져야 한다. 비록 原告가 독일국적을 所持하지 않고 있더라도 本案에 있어서 獨逸法律의 적용이 가능하다. 왜냐하면, 公표행위가 발생한 장소가 독일이므로 犯罪地法의 적용이 가능하기 때문이다(연방대법원민사판례, 29, 237, 239). 그리고 연방대법원의 判例에 의하면 被害가 다른 방법으로 적절하게 보상될 수 없고, 重大한 過失에 의한 被害일때는 金錢賠償이 인용될

수 있다. 또한 피해의 종류와 정도가 특단의 의미를 가질 뿐만 아니라, 行爲의 동기와 원인 및 過失의 정도와 같은 중요한 諸般事情이 고려되어야 한다.(參照. 聯邦大法院. 營業上 權利保護와 著作權 1962. 105, 107p 인삼; 1970, 370, 371 나이팅게일(Nachtigall); 1976, 652, 656 파노라마; 함브르크 高法著作法, 映畫法, 放送法, 演劇法을 위한 기록집 65卷(1972년) 271, 277p 네델란드의 公主). 原告라는 주장과 함께 被告를 알 수 없는 黑人女子의 裸體寫眞을 여러번에 걸쳐 게재함으로써 原告의 名譽를 훼손한 사실, 소위 말하는 오를리공항의 情事에 관한 소문을 사실인 것처럼 다시 보도한 것, 原告가 아민 大統領의 아이를 임신했다는 것, 그녀가 우간다의 長官들 및 官료들과 關係를 가졌다는 것, 그리고 끝내는 텔레비전 카메라와 그녀의 嘲笑하는 軍參謀들 앞에서 부분적으로 옷을 벗어야만 했다는 기사들이 反論이나 취소를 통해서 그녀의 명예가 회복될 수 없으며, 원고에게 발생한 현실적 被害에 대해 어떤 補償도 주어질 수 없을 것이다(참조. 연방대법원, 營業상의 처리보호와 저작권, 1976. 652, 656 파노라마). 비록 그 사건을 否定하는 내용이 담긴 記事라고 할지라도, 所聞을 근거로 記事化해서 반복적으로 公表한 행위는 위자료의 승인에 대해 異議가 없을 정도로 원고의 명예와 사회적 평가를 침해했다. 원고는 우간다의 특사였으며, 후에는 外務長官으로서 그녀는 國際聯合에서 우간다의 代表였다. 原告는 그녀에 대한 나쁜 소문이 돌 만한 행동을 한 적도 없었으며, 나체사진을 제작하도록 한 적도 없었으며, 임신한 사실도 없었다.

被告인 빌트자이퉁(Bildzeitung)紙와 빌트 암 손타그(Bild am Sonntag)紙의 報道로 인해 原告의 人格權이 심하게 侵害되었다. 被告는 분명히 過失을 범하였으며, 매우 不注意하고 경솔하게 보도를 하였다. 被告의 重大한 過失이 非難받아야 한다는 사실은 慰籍料支拂의 判決과는 無關하다(聯邦大法院, 營業上の 權利保護와 著作權 1976, 652, 656, 파노라마)

즉, 1974년 11월 30일자 빌트 자이퉁(Bildzeitung)紙의 보도중에 讀者들의 시선은 국제연합총회를 마친 후 귀국길에 오를리空港에서 촬영되었다는 원고의 寫眞에 쏠렸다. 「함박 미소를 머금고 그녀는 파리의 空港에서 寫眞師에게

포즈를 취했다. —最近 그녀는 한 젊은이와 사랑에 빠졌다」라는 寫眞說明을 통해 讀者들은 그녀가 파리 오를리空港에서 情事를 벌였다는 상상가능한 事實主張을 보게 된다. 소위 情事에 대하여는 소문이라고 보도하였더라도 계속된 報道에서 그러한 소문을 否定하지 않았던 것이다. 왜냐하면 그 신문은 계속해서 그녀가 유엔총회를 마치고 귀국하는 길에 파리 오를리空港의 화장실에서 한 白人男子와 通情했음을 理由로, 아민이 그녀를 外務長官職에서 파면시켰다는 우간다放送의 報道를 引用했기 때문이다.

被告들의 그러한 기사보도는 前職外務長官 및 유엔의 우간다 代表의 名譽를 현저히 侵害한 것이었다. 被告는 이런 류의 事件을 보도할 때에는 신중하게 검토할 필요가 있었다(聯邦大法院, 地方官에 있어 著作權法에 대한 聯邦大法院의 民事判決 158p 17m.w.N). 빌트 자이퉁紙의 報道의 取材源인 로이터通信의 報道에서는 원고가 최소한 20명의 외교관들과 同行하고 있었기 때문에, 이 報道가 신빙성이 없을 수도 있다는 논평을 이미 포함하고 있었다. 또한 기타 新聞의 報道들, 1974년 12월 1일자 베를린 모르겐포스트紙(Berliner Morgenpost), 1974년 12월 1일차 빌트 암 손타그紙(Bild am Sonntag), 1974년 12월 9일자 스테른(Stern)紙는 우간다 라디오방송의 報道는 절대 믿을 수 없다고 명백히 明示하여 掲載했었다. 만약 피고측의 編輯人들 및 그 機關들이 報道의 眞實性 여부를 고려하지 않고 그 事件을 事實인 것처럼 보도했다면, 극단적으로 경솔한 보도태도라고 할 수 밖에 없다.

原告가 아민의 아이를 임신하고 있다는 被告의 1975년 1월 11일자 빌트 자이퉁紙의 보도는 대단히 重大한 것이다. 또한 로스엔젤리스 타임즈紙나 워싱턴포스트紙는 1975년 1월 5일자 기사를 통해 그 사건을 단순한 風聞으로 보도했다는 점을 볼 때, 피고는 분명히 경솔하게 기사를 취급했음에 틀림없다. 또한 1975년 1월 11일자 報道에서는 原告가 비밀리에 전직 外무장관인 키갈라를 만났으며, 후임 外무장관인 온도가와 관계를 가졌으며, 마찬가지로 여단사령관 피텐카와도 관계를 가졌다고 보도했다. 그 기사 옆에는 신원을 알 수 없는 黑人女人의 裸體寫眞이 게재되어 있었고, 原告의 나체사진이라고 說明했다. 이것 또한 女長官에 대한 심한 모욕행위

이다. 被告는 寫眞을 트랜스월드通信社로부터 입수했다는 이유로 過失이 없다는 주장을 할 수 없다. 왜냐하면 有名한 通信社의 營業행위로 인해 문제가 발생했다는 단순한 사실때문에 擔當 編輯人이나 發行人이 免責될 수 없기 때문이다(聯邦大法院, 聯邦大法院의 民事判例 90 p. 15 결혼사진). 新聞은 通信社로부터 받은 寫眞에 대해 원칙적으로 自體的으로 어느 한도까지 公表 權限이 허용되는 지 고려하여야 한다(Schulze의 BGH BGHZ 90, p15 결혼사진). 被告들은 本案事件에서 원고의 寫眞이 問題가 될 수 있는지의 여부를 고려해야만 했었다. 裸體寫眞의 주인공이 內國人일 때에는 본인의 同意를 求하여야 하고 그 게재 여부를 판단해야 하는 義務가 있다는 점에는 의문의 여지가 없다. 더우기 원고가 外國人이며 더욱 有名人이라는 점에서 더욱 그렇다. 왜냐하면 原告는 U.N총회에서 우간다를 대표하는 外무장관이란 점에서 그렇다. 이런 상황에서 피고는 원고가 스스로 裸體寫眞을 적도록 했는지의 여부를 調査해야 할 필요가 있었다. 즉, 원고가 우간다로부터 피신한 후 모넬활동을 했다고 보도한 그 通信社에 이 문제를 조회할 수 있었을 것이다. 특히 被告는 원고가 1975년 4월 8일자 데일리 익스프레스紙에 訂正하게 한 후에도 1975년 4월 9일자에 다시 그 裸體寫眞을 公表하였으며, 원고가 자진해서 기꺼이 나체사진촬영에 同意했다는 주장을 反復한 事實은 非難받아야만 한다. 그러나 事實은 표제 뿐만 아니라 本文에서도 원고가 그 裸體女子가 아니라는 主張이 反復되었다. 이 否認은 「그러나, 그러나, 엘리자베드 공주!」 「... 거기에 編物옷을 입은 진짜 그녀는(사진 오른쪽) 정말 비슷하게 보인다.」라는 표현에서 상쇄되거나 최소한 弱化되었다. 이 附隨의 文句는 원고가 생각하듯이 惡意的이었거나 무분별했던 것인지의 與否는 未決로 남아 있을 수 있으나, 어쨌든 寫眞에 模寫된 사람과의 類似性 때문에, 비록 原告가 否認하고 있으나 原告가 裸體寫眞을 찍었던 것처럼 讀者들에게 傳達한 것이다. 단 한번도 被告는 원고가 自身들의 過失로 인해 희생되었다는 事實을 시인하지 않았다.

被告가 原告의 사회적 평가를 侵害한 근거없는 주장은 특히 1976년 6월 25일자 빌트 암 손타그紙에 보도되었다. 비록 本案訴訟이 이미 계

류중이었으며, 원고가 그녀의 名譽毀損을 甘受하지 않는다는 것을 알고 있었음에도 불구하고, 1975년 4월 9일에 이미 公表되어진 編物옷을 입은 그녀의 寫眞이 再公表되었으며, 소위 오를리空港의 情事가 그녀自身の 否認과 같이 또 한번 새삼스레 들추어졌으며, 최종적으로 원고가 텔레비전 카메라와 嘲笑하는 軍參謀들 앞에서 부분적으로 옷을 벗어야 했다는 새로운 主張이 덧붙여졌다. 원고의 사회적 평가를 계속적으로 파멸시킬 의도가 아니었다면 寬容되어 질 수 있으나, 만약 被告가 독자들에게 煽情的인 興味를 불러 일으킬 목적으로 險口한 것이라면, 그러한 輕薄하고 부분적으로 故意性있는 行爲는 당사자인 원고를 위해 慰藉料形式의 補償을 必要로 한다.

地方法院이 容認한 15,000마르크의 賠償金額은 妥當하다. 원고는 자신에 관한 報道에 對抗하기 위해서 顯著한 긴장과 노력을 해야만 했다. 다른 新聞들이 원고에 관한 유사한 主張을 公表

했고, 이런 企圖에 對抗한 원고의 투쟁이 성공적이었다고 할 수 있으나, 그것은 효과적인 것이 못된다. 왜냐하면, 원고의 승소는 다른 신문들이 행한 침해행위와는 별개인 피고의 침해행위에만 국한되기 때문이다.

또한 地方法院의 費用決定도 適切하다. 사건이 피고의 과실에 의해 일어난 限 被告는 民事訴訟法 91조에 의거해 訴訟費用을 責任진다.

또한 피고에게 소송비용 전액을 부담시킨 것도 타당하다. 왜냐하면 만약 피고가 法律的 拘束力을 가진 判決을 요청하지 않았다면, 원고의 中止請求는 받아들여졌기 때문이다. 被告에 의해 公표된 내용의 眞實性 與否에 관한 立證責任은 被告에게 있다. 피고는 원고가 그 기사의 非眞實性을 立證해야 한다고 주장할 수 없다. 上述한 바는 둘째로 치고 審理가 진행됨에 따라 被告의 名譽毀損的인 기사가 진실하지 않았다는 事實이 명백하게 밝혀졌다. □

人格權侵害 정도가 慰藉料算定の 고려대상이 된다

켈른地方法院 1977년 6월 10일 판결
78 D 405 / 76

基本法 第 1, 2條 : 民法 第 823, 840, 847條

公衆社會에서 人權을 침해하는 方法으로 그에 관하여 報道되어지는 위험에 被害者가 노출되었는지의 여부는 慰藉料의 算定時에 參酌되어져야 한다.

〈事實概要〉

原告는 켈른에서 발행되는 日刊紙인 익스프레스(Express)紙의 記者다. 1976년 10월초에 켈른에서는 婦女子祝祭가 개최되었다. 거기에 남성의 참석은 원칙적으로 제외됐으며, 言論側은

오직 女性記者만이 출입이 허가된다는 조건으로 초대되었다. 원고는 맥주운반인부로 변장하여 이 부녀자축제에 출입할 수 있었으며, 3일후에 이 行事に 관한 기사를 익스프레스紙에 보도했다. 그 후에 익스프레스紙에 보도된 원고의 報道때문에, 그를 비난하는 전단이 大量으로 살포되었다. 그 전단에는 下體를 벌거벗은 모습의 원고를 婦人들이 둘러싸고서 완전히 벌거벗기려는 장면을 보여주는 사진이 있었다. 이 사진에서 벌거벗은 男子의 하체의 윗부분에 원고의 人物寫眞이 접합된 몽타지가 문제가 되었다. 또한 역시 켈른에서 발행되는 月刊雜誌인 스타트 러비(Start-Revue)의 11월호에는 제 1被告人的

이름의 첫머리글자가 들어 있는 기사가 『魔女의 웃음이 켈른의 뒷골목을 날카롭게 울리다』라는 표제와 함께 보도되었다. 제 1被告는 月刊雜誌 스타트·러비의 편집 위원이며, 제 2피고는 그 잡지의 出版法上的 責任編輯人이다.

그 기사의 내용은 原告의 보도행위에 대해 언급한 것이었고, 또한 그 기사 뒷부분에 게재된 원고의 눈자위만이 검은 테로 가려진 사진에 대한 설명도 곁들인 것이었다. 그 기사는 插畫에서 몽타지가 문제되었던 事實에 관해서는 言及하지 않았으며, 오히려 그러한 事實을 1976년 12월호 스타트·러비誌에다가 게재했다.

그후 원고는 스타트·러비誌의 1976년 11월호에서 자신의 사진을 게재하여 공표한 데 대한 책임을 물어, 被告들에게 5,000마르크의 위자료지불을 요구하는 소송을 제기했다.

地方法院은 원고에게 2,000마르크의 위자료를 지불하도록 被告들에게 敗訴判決을 했으며, 그밖의 다른 모든 점에 대해선 기각했다.

〈判決要旨〉

訴訟은 일부 이유가 있다.

民法 제 847, 840조 및 823조 1항과 基本法 제 1조 및 제2조에 근거해서 과실을 범한 피고인에 대해서 2,000마르크의 위자료지불을 청구할 권한은 원고에게 歸屬된다. 원고의 人物寫眞과 더불어 몽타지의 게재와 1976년 11월호 스타트·러비誌에 보도된 기사 『魔女의 웃음이 켈른의 뒷골목을 날카롭게 울리다』의 내용을 살펴볼 때, 피고들은 원고의 인권을 違法的으로 침해하고 있다. 다시 말해서 그 보도들은 그의 人權의 尊重과 名譽 및 품위보호의 권리와 그와 관련한 그밖의 권리의 측면에서, 民法 제 823조 1항의 법률조항에 의거하여 볼 때 침해를 했다고 볼 수 있다. 이러한 침해행위는 판례에 따라 해석할 때 고통을 가한 침해의 댓가로서 원고는 금전적인 보상을 청구할 수 있는 권리가 있는 것이다.

특별하게 심각한 침해나 重大한 과실행위의 경우에 合意로서 다른 적절한 보상방법이 없을 경우에는 民法 제 823조 1항에 명시되어 있는 其他권리로서 보장되고 있는 일반적인 人權의 侵害에 대한 慰籍料의 승인문제는 聯邦大法院의

판례에 의거하여 결정한다(比較: 聯邦大法院의 民事訴訟判例 35, 363, 369; 聯邦憲法裁判所 NJW 1973, 1221).

지금 문제가 되고 있는 寫眞의 몽타지에 있어서, 좀 더 자세히 말해 벌거벗은 남자의 하체와 결합된 원고의 인물사진을 사용한 행위는 객관적으로 보아 무뢰하고 문란한 방법으로, 원고의 人格權을 침해하는 것이며, 또한 그의 私生活權을 심각하게 침해한 것이다. 스타트·러비誌에 실린 몽타지에는 원고의 눈부위가 검은 테로 가려져 있다고 하더라도, 독자들은 즉시 원고로 推知할 수 있게 되어 있었다. 讀者들이 원고의 얼굴모양을 식별할 수 없을 만큼, 그 검은 테가 그렇게 넓고 크지 않은 한편 원고의 인물사진과 관계된 그 기사에서는 그의 완전한 이름과 직업을 밝혔다. 게다가 그 전에 스타트·러비誌는까만 눈가림을 하지 않은 몽타지를 게재한 바 있다.

그 후, 문제된 插畫에서 몽타지가 문제가 될 수 있는 점은 일반적인 수준의 독자와 사진기술에 특별히 정통하지 못한 讀者들은 그것이 몽타지인지를 즉시 판별할 수 없었다.

지금 문제가 되고 있는 진짜 사진같이 製作된 몽타지는 너무나 드물게 보는 것이기 때문에 혹시 讀者들중의 일부가 처음부터 원고임을 식별할 수 있었을지도 모른다는 사실을 被告들은 알아야 한다. 독자들의 立場에서 볼 때 그 插畫가 진짜같은 寫眞으로 표현되어 있는 한, 그 寫眞의 공표가 현저하고 중대한 침해를 나타내고 있다는 사실은 더 이상 거론할 필요가 없다. 어쨌든 여기서 문제가 되고 있는 表現은 일반적으로 공표관계자들이 明白히 合意한 것이었음을 틀림없다. 그러나 독자들이 그 몽타지를 그렇게 認知하는 한, 그들의 公表는 원고의 품위 및 명예의 존중과 보호의 次元에서 볼 때 그의 權利를 侵害하는 것이었다. 表現의 方法, 즉 무릎까지 끌어 내리진 속옷과 함께 벌거벗은 남자의 하체에 人物寫眞을 덧붙이고 또한 원고를 둘러싼 부녀자들이 그의 웃을 완전히 벗기려고 하는 순간을 담은 寫眞의 사용과 그 사진과 관련된 기사의 內容으로 인해서 원고를 侮辱과 웃음거리의 대상으로 만들기에 충분한 것이었다. 被告들은 그 몽타지가 그들 자신들이 제작한 것이 아니고, 그들은 이 삽화를 단순히 양도받아서

게재만 했을 뿐이라는 주장으로 免責을 위한 방패로 삼을 수 없다. 그들이 이 몽타지를 그들 기사의 삽화로 사용해서 이 插畫를 특별하게 보이게끔 했기 때문에, 피고들은 스타트·러비誌를 통한 公表事實에 대해 責任이 있는 것이다.

원고의 人格權에 대한 침해 역시 違法的인 것이다. 刑法 제 193조의 現行法律뿐만 아니라 자유로운 의사표시를 위해 기사를 보호하는 다섯 가지 권리 및 정당한 利益을 고려하더라도 그러한 公表行爲는 정당화 될 수 없다. 이것과 관련하여 원고의 품위 및 명예, 인권의 존중문제와 피고의 자유로운 意思表現의 權利 및 公衆을 위한 취재권리를 고려할 때에는 원고의 당면한 權利에 우선권을 두어 고려를 해야 한다. 侵害의 중대성과 방법 및 그 侵害의 결과와 문제가 된 公表의 목적 사이에는 法廷의 해석에 따르면 변호할 수 있는 관계가 存在하지 않는다. 원고에 대한 기사 취급 문제와 피고들의 편집 문제를 고려해 볼 때 타당하지 못하며, 적절하지 못하다. 신문기자가 초대받지 않은 婦女子祝祭에 교묘한 방법으로 출입을 했고 이 축제에 관하여 報道를 했다는 사실에 대한 보복행위로서 피고가 그런 보도를 한 事實은 실로 신문 독자들에게 충분히 흥미를 주었다. 그러나 피고들은 원고의 人權을 침해하면서까지 보도를 해야 할 이유는 없었다.

여기 문제된 記事의 내용을 보더라도 이 사건은 저속한 대중신문이 흥미를 갖고서 기사화할 가능성이 높다. 그러한 점에서 피고들의 공표행위는 어떤 공공가치가 있다고는 볼 수 없다. 특히 여기에 문제된 기사에서 피고들은 그 사건을 사실적인 기사를 취급하는 형식내에서도 얼마든지 다룰 수 있었다. 또한 原告의 얼굴부분을 표현하고 있는 몽타지 사진은 사실에 기초한 기사보도로서 公共性의 범위내에서 얼마든지 흥미롭게 보도할 수 있었다. 그리고 公衆의 情報追求를 만족시키고 또한 독자의 흥미를 만족시킨다고 하더라도 또 한번 더 插畫를 실을 필요는 없었다.

本文記事와 더불어 몽타지 사진을 독자들의 시선을 끌게끔 게재한 사실은 原告의 名譽를 명백히 침해하는 것이다.

원고가 이미 그러한 기사의 공표를 취소하려고 요구한 바 있기 때문에 그 몽타지 사진의 게

재는 정당성이 인정될 수 없으나, 원고가 아마도 기만적인 방법으로 출입을 하여 부녀자축제행사에 참석할 수 있었고 또한 이 행사의 참석자들에게 노골적으로 부정적인 의미에서 이 축제에 관해 보도했기 때문에, 여기에 대항해서 被告가 그런 記事 및 몽타지 사진게재를 의도했다고 볼 수도 있다. 그러므로 피고는 公表가 허용되는 범위내에서 거기에 대한 방어책으로 몽타지를 게재했다고 볼 수 있다. 그러나 被告들은 이러한 의도의 차원을 훨씬 넘어서서 原告의 명예를 훼손하기 위한 의도였다고 하겠다. 그러므로 被告들은 극히 경솔하게 원고의 人權을 侵害하고 훼손하는 기사를 公表했다는 점에서 명백히 과실을 범한 것이다. 그러므로 被告들은 情報를 公開하더라도 基本法 5條 및 同法5條 2항에서 규정하는 권리의 限度내에서 세심한 注意를 해야 한다(比較: Löffler, 出版法 1권, 14章, 89번 이하 다음에 계속하여, 및 93번). 이러한 주의 의무는 民法 제 276조의 일반적인 태만으로 인한 과실을 훨씬 초월하는 被告들의 책임영역이다. 이 言論의 特別한 注意義務사항에서 고려해 볼 때 被告들이 몽타지 사진을 掲載함으로써 원고의 權利를 侵害했다는 事實을 인식해야만 한다. 공공사회의 특별한 관심의 대상이 될 만한 문제였기 때문에 공표한 것이 아니라, 그 보다는 그 몽타지 사진의 掲載가 단순히 讀者들의 흥미를 자극하기 위한 의도였음을 기사의 本文中에서 어렵지 않게 파악할 수 있다. 이러한 점에서 스타트·러비誌의 편집위원이자 이 기사의 執筆者인 제 1피고와 出版法上 스타트·러비誌의 責任編輯인 제 2피고는 이에 대한 責任을 져야한다.

따라서 過失 구성요건에 합치되고 違法的인 과실에 해당하는 人權侵害의 경우에는 金錢賠償에 의해 조정될 수가 있다. 원고는 다른 어떤 方法으로는 보상목적에 合致될 수 없으므로 금전배상을 통한 손해배상만이 成立될 수 있다. 특히 원고는 被告들이 1976년 12월호의 스타트·러비誌에서 밝힌 그들의 입장에 대한 설명만으로는 보상이 되지 못한다. 그리고 그 內容은 원고에 대하여 철두철미하게 批評的인 입장만을 취하고 있었기 때문에, 입장 설명의 내용 역시 원고에게 충분한 보상이 되어질 수 있도록 표현되지 않았다. 즉 보도는 신문사가 독자들만을

의식해서 신문사의 입장 설명만 할 것이 아니라 독자들에게 사건의 정확한 진상을 알려야 했을 것이다.

法廷이 원고에게 지급해야 할 금전보상에 대한 모든 상황을 정상 참작해 볼 때 2,000마르크가 적당하다고 보고 있다. 그리고 원고에게 지급되어야 할 금전보상에서 한편으로는 여기서 문제된 방법에 의한 插畫가 상술한 바와 같이 原告의 프라이버시를 심히 침해하고 있다는 것도 고려되어야 했다. 그 방법은 원고를 公衆의 웃음거리로 만들고 조소와 모욕의 대상으로 만드는 것을 의도한 것으로 또한 그렇게 할만한 것이었다. 被告들은 몽타지 사진의 공표에 있어서, 극단적으로 경솔한 行動을 取했으며, 언론의 注意義務를 대단히 怠慢히 했다. 그들은 특히 문제가 된 기사에서 서술됐고 몽타지에 의해 묘사된 사건 경과가 특별한 공개가치를 갖고 있었다는 것만으로는 그들의 責任을 회피할 수 없다.

그 雜誌는 場所의으로 制限된 구역, 즉 쾰른 市内에서만 판매된다. 좀더 부연해서 말하면, 그들의 刊行要目에 따르면 매주마다 잡지상, 간이 주점, 그리고 정기구독에 의해서 판매부수가 1,500부 정도이다. 그러므로 비교적 적은 부수를 갖는 지방의 잡지라는 점에서 문제가 될 수 있는데, 왜냐하면 그 도시가 크지 않다는 점에서 그러한 보도로 인해 사람들은 사실로 인식할 수 있기 때문이다. 상술된 바와 같이 사실상 原告

는 根本的으로 損害賠償請求가 消滅될 수도 있다는 見地에서 被告들에게 몽타지사진의 公表에 대해서는 배상을 要求하지 않았다. 또한 원고가 危險을 무릅썼다는 사실과 그에 관한 사건의 발생형태에 있어 공중에게 보도됐을지도 모르는 사실들이 배상액을 위해 參酌되지 않을 수도 있다. 원고가 기만적 출입방법을 통하여 1976년 10월 쾰른에서 개최된 부녀자축제에 參加했고, 또한 그와 관련하여서 이 부녀자축제에 관하여 다소간의 경멸적인 견지에서 보도를 한 후에, 그는 이 축제 參加者들이 그의 보도행위에 대해 反發했을지도 모르며, 이 反發이 그들의 입장에서는 그를 조소하려고 의도적으로 행하게 된 것인지도 모른다는 사실을 염두에 두어야 한다.

被告들이 犯했던 경솔함과 원고의 私生活權에 대한 광범위하고 현저한 侵害, 根本的으로 오직 地方에서만 문제가 됐던 그사건이 重要하다는 사실, 制限된 판매부수의 지방잡지에 공표되었다는 사실, 그 때문에 단지 한정된 생활권의 사람들에게 공표되었다는 사실을 고려할 때, 또 원고 스스로가 공개적인 비평의 대상이 되었고, 그의 주위로부터의 조소와 모욕이외에 더 많은 고통을 당한 것으로 인식할 수 밖에 없다는 사실을 고려해서, 當 法廷은 승인된 2,000마르크의 금액이 원고가 침해당함으로써 고통받은 댓가로 充分하며 적당하다고 본다. □

不法盜聽하여 취득한 내용의 公表는 계재중지 가처분 신청대상이 된다

聯邦大法院 1978년 12월 19일 판결
民事 5部 137 / 77

基本法 1.2.5條 民法 823. 1004條

原告들의 전화통화를 도청해서 新聞이 그 내용을 公表하는 것은 원고들의 人格權侵害이다.

〈事實概要〉

1974년 10월 3일에 第1原告인 基民黨 당수와

第2原告인 基民黨 사무총장은 정체불명인이 도청, 기록하는 줄도 모르고 전화통화를 했다. 대화의 내용이 1975년 6월 2일 카이저라우테른에서 발송된 익명의 편지 한 통과 함께 第1被告가 발행하는 스테른(Stern) 紙의 편집국에 도착했다. 제2피고는 스테른紙의 편집국장이다. 제2원고(기민당 사무총장)는 1975년 6월 11일 스테른紙의 두 편집인과의 인터뷰를 계기로 이러한 사실을 알게 되었다. 경찰에 신고하기 전에 우선 그 사실을 밝히지 않기로 했다. 1975년 6월 12일자 스테른紙가 그 전화내용을 報道했다. 그에 따라 다음 날 아침에 수많은 신문들이 다시 報道했다. 바로 그 날에도 제1원고와 제2원고는 그 전화통화내용이 公表되는 것을 원하지 않는다는 사실을 스테른紙의 편집국장에게 환기시킨 바 있다. 제2피고인 編輯局長이 公表를 중지하라는 原告들의 요구를 받아들여려고 하지 않았기 때문에, 原告들은 1975년 6월 17일에 전화통화내용의 게재중지를 위한 假處分申請을 했다. 그런데 1975년 6월 19일자 스테른紙는 그 盜聽事件에 관한 기사를 제3피고인 편집인의 협조하에 원고가 더 이상 게재중지를 요청할 수 없을 정도로 기사화해서 배포했다.

原告들은 訴狀에서 원고들 사이의 전화통화내용을 전부 또는 일부라도 公表되거나, 제3자에게 배포되는 것을 중단케 할 것을 요청했다.

地方法院과 高等法院은 그 訴訟이 이유있다고 받아들였다. 上告를 통해서 被告들은 계속해서 棄却을 요구했다. 피고들의 요구는 받아들여지지 않았다.

〈判決理由〉

I

抗訴法院의 견해에 따르면, 원고들은 民法 제 823조 1항, 제 1,004조에 의거, 電話通話內容을 전부 또는 일부분이라도 公表하거나 제3자에게 배포하는 것을 금지시킬 수 있다. 왜냐하면 이로 인해서 그들의 人格權이 침해되었기 때문이다. 抗訴法院은 다음과 같이 判示하고 있다. 원고들이 모르는 사이에 전화통화를 도청당하고 記事化됨으로써 헌법상으로 보장되고 있는 私生活權을 違法적으로 침해당했다는 것이다. 즉 政

治家인 원고들은 전화통화가 도청되지 않고 그의 생각을 교환할 수 있도록 보장되어 져야 한다는 것이다. 이와 같은 自由의 保障은 또한 記錄物의 違法적인 公表와 배포행위로부터 원고들을 보호한다는 것이다. 원고들의 通話가 피고들에 의해 도청되지 않았다는 사실은 本案에서 중요시되지 않을 수 있다. 왜냐하면, 단순한 기록의 차원을 넘어서 앞으로 닥쳐올 상황을 고려해야 함에도 불구하고, 그 통화내용을 공표했다는 事實은 원고들의 人格權에 대한 현저한 侵害行爲가 된다는 점이다. 公表를 함으로써, 통화내용을 公衆에게 모두 알린 결과가 되었으며, 연방의회의 G-10 委員會의 두 위원과 몇몇 左翼의 政治人들에게 전달된 寫本에 의해서도 과실을 犯했다는 것이다. 피고들은 基本法上的의 言論의 自由를 근거삼아 면책을 주장할 수 없다. 원고들의 人格權 保護는 피고들의 公表에 관한 利益에 우선한다. 그러나 本質的으로 法益을 위협하거나 公益과 현저하게 관련된 공표는 타당한 것으로 용인될 수도 있다. 그런데 本案訴訟에서는 이러한 특수상황이 결여되어 있다는 것이다. 비록 통화내용이 스테른紙를 비난하는 것을 포함하고 있다고 할지라도, 그것을 公表하는 行爲는 인용될 수 없다. 피고들은 이러한 원고에 대한 침해를 침해로 간주하지 않았을 것이다. 그들의 이익을 보장하기 위해서 통화내용 전체를 공표해야 할 필요성도 없었으며, 타당성도 없었다. 위 통화내용이 이미 공표되었다고 해서 위 보도의 게재중지를 요청할 수 없는 것은 아니다. 피고들의 違法적인 行위로 인해 원고들의 私生活權이 침해되었다.

II

결과적으로 上告는 기각되었다.

1. 제1피고인 발행인, 제2, 제3피고들인 編輯人들이 원고들의 전화통화내용의 公表로 인해서 원고들의 두가지 人格權을 침해하고 있다.

1) 첫째 원고들의 전화내용을 공표해서 일반 公衆들이 알게 됨으로써, 원고의 利益을 침해한 것이다.

원고들의 통화내용이 公表되어서는 안된다는 점은 그들의 통화내용이 그들의 私生活에 관한

것이었는데도 나타난다. 基民黨에서 주요한 위치에 있는 두 원고들은 1974년 10월 3일자 스테른 紙가 首相候補인 제1원고를 공격한 제1회고의 행위에 대해 토론했다. 또한 그들은 제1원고가 수상후보자라는 점에 대한 당원들의 태도를 비판적으로 언급했다. 그들은 정당내부의 상황이 신문에 보도될 정도로 경솔했더라는 논의를 했고; 그것을 방지할 수 있는 對策에 대해 이야기했다. 비록 원고들이 公的業務에 대해 언급했다고 하더라도, 화제에 오른 것은 私的인 것이었다. 사려깊은 친구에게만 솔직하게 털어놓을 수 있는 생각과 감정이 오고 간 것이다. 한편 그들은 대화내용을 공개할 의사가 있었던 것은 아니다. G-10위원회의 두 위원과 少數의 정당동료들에게 내용부분을 배포했다는 사실 때문에, 원고들이 그들의 비밀유지에 대한 利益을 포기한 것은 아니라는 점을 抗訴法院은 적절하게 용인했다.

2) 전화내용의 公表로 인해 原告들이 입은 人格權 侵害의 내용은 통화내용을 비밀로 유지하려는 원고들의 이익에만 한정되는 것은 아니다. 즉, 公衆에게 공개되어서는 안되는 통화내용의 사본이 보도됨으로써, 원고의 人格權이 더 현저하게 침해되었다. 공중의 주목을 받고 또는 公衆의 주목을 받으려고 노력하는 정치가뿐만 아니라 일반대중도 원칙적으로 다른 사람들에게 공개할 수 있는 한도내에서만 다른 사람이 接近할 수 있는 基本法 제1,2조에 의해 보장된 私生活權에 관한 권한이 있다. 이러한 私生活權은 公衆의 감시나 평가로부터 보호되어야 한다. 만약 그렇지 않으면, 그의 인격권이 상실되거나 위협 받게 될 것이다. 무엇보다도 전화통화의 내용이 政治的인 문제와 관련되었다고 하더라도 原告들이 私的으로 통화했을 뿐이라는 점에서 원칙적으로 보호될 수 있는 것이다.

왜냐하면, 대화의 내용이 무엇이었고 그리고 어떻게 말했는가 하는 문제는 근본적으로 통화자들의 관심영역에 달려 있기 때문이다. 만약 이러한 친밀한 통화가 비밀리에 도청되어 기록되고, 그 기록문서의 寫本이 공중에게 알려진다면, 그 保護는 이미 상실되는 것이다. 이런 점에서 대화의 내용이 외부로 漏泄되어 公表되었으므로, 당사자들의 人格權이라는 측면에서 심각한 침해가 되는 것이다. 당해 기록문을 보면

대화내용을 기록했을 뿐만 아니라, 대화중에 나타난 미묘한 감정까지도 기록되었다.

私生活의 공개행위로 부터 개인의 人格權을 보호하도록 규정하고 있는 憲法·刑法上的의 조항(형법 제201조)을 보더라도, 특히 本人의 同意없이 녹취되거나 제3자에 의해 재생, 배포되는 행위는 원칙적으로 금지되어 있다.(연방대법원 민사판례 27, 284, 286, 289, 연방헌법재판소판례 34, 238, 246=NJW 1973, 890 ff;35, 202, 220=NJW 1973, 1226)

똑같은 근거에서 볼 때, 친밀한 人物에 의한 기록이 당사자의 허락을 얻어서 그가 동의한 方法으로 公表하는 것은 원칙적으로 認容된다(B-GHZ 15, 249, 257;24, 72, 79;36, 77, 83;B-verf GE 44, 353, 372=NJW 1977, 1489, 1490;St. Rspt.). 그러므로 本人의 사전동의를 얻지 않고 寫眞을 公表했을 때 이것을 당사자에 대한 人格權 侵害로 본 판결도 궁극적으로 이와 같은 원칙에 근거하고 있다.

이 사건에서 비밀스런 녹음이나 녹음기의 사용은 문제되지 않는다. 그러나 원고들의 통화내용을 文字로 기록한 것을 公表하는 것은 人格權의 보장이라는 측면에서 보호되어야 한다. 비록 그들이 목소리를 再生하지는 않았지만, 원고들은 그들의 사생활권의 公權的 증명에 대한 동일한 청구를 했다. 동시에 통화내용의 기록문이 활자화되어서 독자들에게 시각적 효과만을 전달하기 때문에, 기록문을 言語를 통해서 전달할 때의 鮮明度나 유연함을 잃기 때문에 人格權의 보호라는 측면에서 위험성을 내포하고 있다. 이런 점에서 他人의 私生活에 대한 기록을 다루는 사람은 그 기록에 대해 많은 주의를 기울여야 한다.

2. 人格權은 비밀리에 행해진 개인적인 대화를 무분별하게 취급했다고 해서 반드시 보호되는 것이 아니고, 또한 본건 사건과는 관계가 없지만 私生活의 불가침영역을 침해하지 않는 한 同意받지 않은 원고들의 사생활의 공개도 법적으로 절대적인 보호를 받는 것이 아니다. 기본법에 보장된 人格權은 신문이 특정사실을 公表할 때 동일한 次元에서 보장된 出版의 自由와 상충될 수도 있다. 이런 점에서 人格權이 보호

될 수 있는 한계는 원고의 權益과 신문의 權益을 比較衡量的 원칙에 의해 定할 수 있다(연방대법원 27, 284, 289;Bverf GE 35, 202, 221=NJW 1973, 1226, 1228;참조, 역시 BGHST 27, 355=NJW 1978, 1930m.w.Nachw.). 결과적으로 抗訴法院은 원고의 利益을 公表의 이익에 우선하는 것으로 판결했다. 이러한 판결에 대한 오해의 소지를 없애기 위해서 명백하게 밝힐 필요가 있다.

1) 原告들의 통화상의 비밀유지와 같은 개인의 權益을 위해 통화의 公表價値를 고려하지 않는, 그리고 통화에 관한 정보를 공표하는 것을 금지하는 절대적인 「사용금지」의 의무가 被告들에게 부과되지 않았다. 비록 그들의 情報源이 스스로 犯法的인 방법으로 녹음기나 도청기에 그 내용을 녹음시켰더라도, 절대적인 「사용금지」의 의무가 부과되지 않는다는 점에서 마찬가지이다. 비록 被告들이 사생활을 침해한 결과로 얻는 것들을 사용했지만, 피고들이 이러한 사생활을 직접적으로 침해하지 않았다는 점은 의문의 여지가 없다. 抗訴法院이 적절하게 이해한 것처럼 이로 인해서 그들의 行爲가 刑事的 처벌을 받지 않았다. 또한 刑法 제201조의 刑法上的 보호는 그들의 행위와 관계가 없다. 原告가 上記한 논지를 받아들이지 않았음은 문제가 되지 않는다. 刑法을 끌어들이는 中間問題는 이미 통화내용의 비밀유지이익이 야기된 문제와 동일시될 수 없음을 의미한다. 절대적 보호는 人格權을 신문을 통한 무분별한 공표로부터 보호할 수 없다. 수많은 종류의 비밀영역이 있고 또 추적될 수 없는 수많은 비밀의 외부유출방법이 있기 때문에, 이러한 절대적 보호가 효력을 나타내지 못했으리라는 사실이 이러한 制限을 아직 命令하지 않았는지 모른다. 피고들이 사생활을 침해함으로써 얻을 수 있었던 情報를 公表하는 것이 전적으로 부정된다면, 헌법에 보장된 언론의 自由가 우려될 정도로 제한될 것이 아닌가 하는 점에서, 上告는 적절히 論及하고 있다. 특히 言論이 대중의 이해관계가 있는 문제들을 公表함으로써 인해서 私生活를 침해하는 경우가 있더라도, 公表할 가치가 있는 사건은 이해당사자가 公表를 원하지 않더라도 公表할 수 있어야 한다. 마찬가지로, 서신, 우편 및 전신전화의 비밀로서 헌법에 특별히 保障된 사생활을 침해함으

로써 얻어 스테른 誌에 송고된 전화내용의 사본과 같은 정보는 신문이 직접적으로 관계되지 않은 한, 어떤 사항도 원칙에 위배된다고 간주할 수 없다. 基本法이 이러한 사생활의 不可侵에 부여한 특별한 가치가 어떤 방법 및 조건에서 개인들간의 법률관계에 영향을 미치느냐 하는 것은 本案訴訟에서는 별개의 문제가 될 수 있다. 어쨌든 헌법에 보장된 통신비밀의 자유를 위해 이러한 정보가 신문에 公表되는 것이 禁止되어야 하는가 하는 문제에 관한 判斷은 헌법에 보장된 언론의 자유와의 相衡關係를 고려해야만 한다. 커뮤니케이션은 서신, 우편 및 통신의 비밀이 보장되는 영역에서 더 많이 발생한다. 일반적으로 이 같은 사건의 정보를 신문이 公表하는 것을 금지하는 것은 언론의 자유가 이러한 기본권의 수준에서 그 자유의 규모가 축소되지 않는 것을 보장해야 한다. 「情報源으로부터 妨害받지 않고 일반적으로 취득할 수 있는 「알 권리」의 헌법적인 보장(GG 제5조 1항)은 신문에 게 이러한 제한을 부여한 것이 아니다. 情報의 自由는 신문의 情報源을 「일반적으로 접근할 수 있는」것으로 제한하려는 것이 아니라, 국가적인 제한으로부터 개인의 의견을 보호하려는 것이다. 피고들이 직접 관계하지 않았으나 그들의 정보원이 他人의 사생활을 침해해서 얻은 정보를 사용했다고 하더라도, 일반적으로 취득할 수 없는 情報源으로부터 나온 정보의 공표는 GG 제5조 2항에 해당하는 제한을 지키는 한, 신문이 「위법적인」것이라고 할 수 없다.

2) 또 한편으로 신문이 공표한 정보에 피고들이 직접 관계하지는 않았더라도, 사생활을 침해해서 취득했다는 사실은 당사자의 人格에 대해 상당한 고려를 하도록 한다.

a) 公衆에게 알려지지 않을 보호할만한 個人 權益을 신문은 고려해야 한다. 신문이 스스로 사생활을 侵害한 것이 아니라는 사실이 이러한 責任을 免責시켜주지 않는다. 이러한 사생활의 영역에 대한 公表는 侵害를 文書로 증명하고 深化시킨다. 이러한 公表는 또한 個人의 사생활 보호에 대한 문제점을 야기시킨다. 新聞이 他人의 이러한 정보를 가지고서 개인의 사생활을 침해할 수 있다고 인식되는 것도 결코 있을 수 없다. 그래서 상충하는 이익을 比較衡量的할 때 정보의 내용을 검토해 보아야 할 뿐만 아니라, 또

한 그것은 그들의 情報提供者가 그 정보를 공급한 방법이 신문의 발행의무, 권리를 제한할 수 있는 요소가 된다. 그러나 이것은 抗訴法院이 인용한 것처럼 公衆의 알 권리에 대한 권리를 고려해서 不法으로 취득한 정보가 公表될 수 있다는 것을 의미하는 것이 아니다. 기본법 제10조에 의한 개인의 통신비밀의 보호와 국가권력과의 관계는 개인의 人格權의 보장과 신문의 자유사이에서 일어나는 상충관계를 문제시하면, 本件에서 그것들을 비교할 여지가 없다. 이미 상술한 바와 같이 어떤 정보가 公益과 관련되어 여론형성에 공헌한다면, 不法으로 취득한 정보를 입수하는 것이 문제가 될 수 없다. 그러나, 제3자가 개인의 私生活를 침해한 정보를 신문이 公表함으로써 위법적 행위를 현저하게 한다면, 이것은 별개의 문제가 발생한다. 그렇게 되면 신문은 기본법에 보장된 신문의 자유와 상충되는 부담을 지게 된다.

b) 본 소송에서 원고들의 개인 이익은 지방법원이 적절하게 說示했듯이 그들의 私生活이 통화내용의 인쇄로 인해서 현저하게 公衆에게 유포되었다. 이러한 노출은 일반적으로 지도급 정

치인들의 발언에 대해 가능한한 포괄적으로 보도하는 신문에 의해 고려되지 않는다. 헌법이 人格權에 부여한 특수한 價値는 상술한 바와 같이 절실한 공공의 정보 필요성에 한해서 이런 방법으로 개인의 사생활에 관한 公表를 정당화시킬 수 있다. 그러나 本訴에서 이것들은 피고들의 행위를 정당화시키는 근거가 되지 않는다. 제1피고는 수상후보가 마이크앞에 서지 않을 때 어떤 말을 하는지를 보여주려고, 그것을 公表하려고 했다. 이러한 것은 他人의 사생활공개를 정당화할 수 있는 근거가 되지 못한다. 그렇지 않으면 政治人들에게 私生活이 존재하지 않을 것이다. 이같은 論旨는 피고들이 스테른紙에 公表한 행위에 적용된다. 피고들은 원고의 權益을 고려했어야만 했다.

3) 전화통화내용이 公表된 후 비밀이 없어졌다는 상황은 公表금지나 나머지 전화내용사본의 배포금지와 양립하지 않는다. 피고들은 동의받지 않은 기록을 계속해서 사용했기 때문에 원고의 권리를 침해했다. 반복위험이 存在한다고 하는 抗訴法院의 견해는 上告에 의해서 다루어질 수 없다.

뒷모습을 촬영한 사진의 公表도 肖像權侵害

聯邦大法院 1979년 6월 26일 판결
民事 6部 108 / 78

民法(BGB) 제 812, 823조 : 藝術著作權法(KUG) 제22조

a) KUG 제22조에 있어서의 肖像의 의의는 原則으로 模寫物의 公表로 인하여 觀察者가 被模寫者를 곧바로 식별할 수 있으나에 달린 것은 아니다.

뒤를 보여주는 寫眞일지라도 KUG 제22조에 있어서의 肖像이 될 수 있다.

b) 肖像權의 不法侵害에 대하여 不當利得의

원칙에 따라 被害者에게 귀속되는 補償에 대하여는, 침해에 관련된 多數의 關係者들은 연대채무자로서가 아니라, 그들 각자의 不當利益에 대하여 책임을 져야 한다.

〈事實概要〉

原告는 被告들을 상대로 本人의 同意없이 第1被告의 컬러텔레비전 廣告에 자신이 模寫된 점에 대해 補償을 청구하고 있다. 本 廣告의 대

부분의 화면은 골키퍼인 原告를 뒤에서 골대의 그물을 통하여 보여주는 컬러사진이 차지하고 있다.

이 사진의 하단에는 텔레비전의 스크린에 本寫眞이 축소되어 재현된 第1被告의 텔레비전수상기가 模寫되어 있다. 이 사진은 原告가 1974년 登錄選手로 소속하고 있었으며, 당시 南部2部리그의 선수권을 획득했던 다름스타트98 스포츠 클럽의 한 경기를 사진사H가 찍었던 사진이었다. 第1被告인 사진대리점은 商業的 目的을 위해 그 사진사로부터 그 사진을 입수했다.

이 사진사는 代理店과 전체 協定에서 그가 本寫眞이 제3자의 權利와 무관하다는 것을 代理店에게 保證하였다. 그러나 실제에 있어서 原告는 그 사진에 대해 알지 못했다. 633마르크의 보수를 받고 제1被告(대리점)는 제2피고(사진사)가 廣告製作을 위임한 廣告代理店에 사진을 이용하도록 하였다. 광고대리점은 본 광고를 잡지 「Stern」, 「Hörzu」, 「Spiegel」, 「Zeitmagazin」과 「Schöner wohnen」에 公表했다.

地方法院은 소송이 이유있는 것으로 받아들였다. 被告들의 抗訴는 기각되었다. (許可된) 上告에서 계속하여, 被告는 訴却下를 求하였다. 原告는 上告審에서 변호사를 선임하지 않았다. 그래서 被告는 闕席判決을 선고할 것을 청구했다. 그런데 大法院은 上告를 기각하면서, 被告의 부담으로 된 소송비용의 부분에 관하여 高法의 판결을 파기하였다.

이러한 범위에서 계속적인 審理와 決定을 위하여 위 판결은 抗訴法院에 還送되었다.

〈判決理由〉

抗訴法院은 原告가 그의 同意없이 廣告目的을 위해 模寫物이 利用된 점에 관해 不法行爲原則(Deliktsgrundsätzen)에 따라서 손해배상을 청구할 수 있는지의 여부에 대해 그 견해를 밝히지 않았다(민법 제823조). 그러나 抗訴法院은, 肖像權이 위법하게 侵害된 경우에 피해자는 그 피해로 얻어진 金錢的인 이익에 대하여 民法 제812조에 의해 부당이득반환청구권을 가진다고 하는 판례의 이론에 따라서, 不法行爲原則을 따질 것도 없이 本件訴가 이유있다고 하는 견해를 취하였다.

이에 덧붙여서 다음과 같이 설명하고 있다. 1907년 1월 9일에 제정된 조형예술과 사진작품에 관한 著作權法 제22조는 본 사건에서 문제가 된 것과 같은 模寫物의 허가받지 않은 公表로부터 原告를 보호하고 있다. 原告는 그의 스포츠클럽팀을 아는 사람이면 어렵지 않게 인식될 수 있다. 이러한 사정에 비추어 보면, 위 廣告에서의 再現이 KUG 제22조에서 말하는 肖像의 性格을 가지고 있다고 인정하기에 충분한 것이다. 被告가 原告 自身을 摘示하려고 하지 않았더라도, 原告의 보호는 그러한(원고를 적시하려는) 目的과는 무관한 것이다. 例外的으로 被模寫者의 동의없이 제작된 초상의 公表를 허용하는 KUG 제23조의 규정을 피고에게 원용할 수 없다. 그리하여 원고는 피고에게 不當利得의 原則에 따라 피고가 위 侵害로 인하여 얻은, 즉 原告의 肖像公表로 인하여 피고가 얻은 이익을 청구할 수 있다. 피고가 사실내용을 충분히 認識하여 公表를 중지하였다고 하더라도 마찬가지이다.

이러한 손해액으로서 청구된 3,050마르크의 金額은 적절한 것이다. 피고들은 위 公表에 대해 서로 협력하고 있었기 때문에, 피고들은 상기 금액에 대하여 連帶債務者로서 책임이 있는 것이다.

I

民事訴訟法 제557조에 의거, 第1審의 判決재판규정은 上告審에서도 類推하여 적용할 수 있다. 그러므로 上告審에서 被告가 判決할 경우一體 上告는 합법적이지만 上告提起된 判決의 違法與否가 審理되어야만 한다. 이것이 是認되면 비로소 上告가 判決재판을 통하여 判示될 수 있는 것이다. (BGHZ 37, 79, 83)

제2피고에 대한 판결은 本審理에 의하면 변할 수 없다. 그런 점에서 본 소송은 判決재판을 통하여 抗訴法院에 환송되어야 했다. 이에 반해, 제1피고의 上告는 認容되지 않는다. 그것은 本案 判決을 통하여 宣告되어졌다.

1. 우선 두 被告가 광고목적에 위해(原告의) 사진을 使用함으로써 원고의 肖像權을 침해했다는 점은 항소법원의 견해에 동의하지 않음

수 없다.

a) 비록 사진이 後面에서 그를 보여주고 있지만, 廣告가 KUG 제22조에 해당하는 肖像이라는 항소법원의 견해에 反하는 피고의 주장은 받아들여지지 않는다. 그러나, 확립된 판례에 의하면 肖像의 意義는 묘사된 인물을 인지할 수 있음을 전제로 한다(聯邦大法院民事判例 26, 349, 351; 1974. 6. 2일 聯邦大法院判決-民事5部 121/73=NJW 1974, 1947, 1948, m. w. Nachw.). 그럴 경우 얼굴윤곽 模寫는 必要치 않다. 被模寫者의 얼굴이(어딘가의 修正으로 인하여) 전혀 認知 不可能하다 하더라도 사진에서 나타남과 동시에 그 자신의 固有한 특징으로 認知可能하거나 附加된 사진설명으로 인해서 [聯邦大法院判決 1965. 6. 9-民事 Ib 126/63=NJW 1965, 2148(놀이동무 I)] 또는 過去의 公表와 연관되어 本人임을 認知可能케 하면(함브르크高法, 1971. 9. 9일자 判決 in: 술제 高法民事判例 113) 흡족한 것이다. 複模寫者가 模寫된 것과 同一視 될 수 있다는 상당한 근거를 가지고 있다면 肖像權은 이미 侵害된 것이다 [Gamm의 出版法入門 Rdz. 104; Neumann Duesberg in: 술제 高等法院民事判例 102, 113, 141; Hubmann, 著作權 및 出版法, 2版, 252P Ulmer, 著作權 및 出版法, 2版, P. 40; Schulze, 出版法注解 § 22 KSch G Ann. 1; 參照, 또한 聯邦大法院, 1961. 11. 10일자 判決-民事1部 78/60=LM KUG § 23 Nr 5=GRUR 1962, 211("結婚寫眞"); 大法院判決 1971. 6. 1-民事5部 95/70=NJW 1971, 698, 700("파리의 사랑")]. 피상적인 관찰자가 被模寫者를 사진에서 認知可能할 수 있어야 하는 것은 아니고, 단지 다소간 넓은 認知者範圍가 認知可能하면 족하다. KUG 제22조의 目的이 확실히 模寫物 形態가 그들의 의사에 反하여 다른 사람들을 위해 마음대로 使用되는 것으로부터 人格을 보호하는 것이 중요한 것이다. 公表를 할 때 人格權의 固有範圍와 匿名의 필요성이 존중되어야 한다는 요구의 特段한 정도는 本規定의 保護下에 그러한 事件形式을 포함할 것을 요구한다.

파이롯트의 머리가 1mm도 채 못되는 點으로 나타나는 곡예비행의 模寫에서, 비행기의 특징을 잘 알고 있는 사람이 그 비행기의 파이롯트를 推知할 수 있는 경우에 肖像權侵害의 요건이

충족된다는 뉘른베르그 高法の 認容에 의구심 생기기는 하지만, 본건에서는 그 점에 대해서 더이상 검토할 필요가 없다.

어쨌든 本件에 있어서는 肖像에 관한 요건이 항소법원의 견해에 의하면 충분히 충족되었다. 上述한 견해에 의하면 原告는(그가 속해 있는) 축구팀을 아는 사람들에게는 특히 체격이나, 자세, 머리카락에 의해서 쉽게 認知될 수 있었다. KUG 제22조의 의미에 있어서의 肖像의 특성을 긍정하기에 충분한 것이었다. 原告人이 생각하듯 2류리그팀의 골키퍼인 原告 자신의 有名度를 換價하는 데에 항소법원이 지장을 받고 있는지의 여부는 別個의 문제가 될 수 있다. 이러한 사정을 항소법원은 명확히 附加的인 動機로서 強調했다. 異議 提起된 判決은 명백히 이러한 事情에 근거하는 것은 아니다.

b) 本件 寫眞이 原告를 指示하는 것인지(그 밖의) 다른 사람을 指示하는지의 여부가 被告들에게는 동일한 價値를 지녔을 것이라는 事實에 대해 抗訴法院은 KUG 제22조를 정당하게 適用하였다.

帝國裁判所는 어떤 영화배우가 그가 공연한 役에서 模寫된 사건에서 그 模寫物의 肖像權을 認容하지 않았다. 왜냐하면 이것은 관람자들에게 배우라는 人物을 그 인물의 생활을 기록하여 表現한 것이 아니고 영화상의 行動을 재현시킨 것이기 때문이라고 하였다 (帝國裁判所民事部 103, 319, 320). 聯邦大法院 民事部의 1960년 11월 7일의 判決은 어쨌든 「단순한 個人으로서」指示된 것이 아니고 本배우가 관계된 模寫가 그의 役割中の 「가면」 뒤를 指示하는 것이라면 KUG 제22조의 제한은 고려될 수 없다는 점을 명백히 했다[1960-民事1部 87/59=NJW 1961, 558("Schölermann家族")]. 그와 같은 事案은 본건과는 관계가 없다. 원고는 「생생하게」 模寫되었다. 당사자의 동의를 구하지 않고 그와 같은 묘사를 公表하는 것이 허용될 것이냐의 여부문제에 있어서는 原告의 묘사를 인지 가능케 하여 사생활권을 침해하였느냐의 여부가 결정적인 기준이 된다. KUG 제22조에 의하면 어떤 목적에서든지 사진의 공표로 인해 침해되는 사생활권은 보호받게 되어 있다.(역시 Gamm의 上述한 문구에 있어서 入門 Rdz. 104m. w. Nachw; Neumann-Duesberg in; Schulze 高法民事判例

141). 本規定은 목적이나 문구나 관련사항으로 肖像保護의 상대성을 認容하지 아니한다. 1965년 6월 9일 聯邦大法院 民事1部の 判決이 帝國裁判所의 解釋으로 되돌아가야 한다고 주장할 수 없다.

c) 本 模寫가 原告의 사생활을 公表한 것도 아니며 그의 公的이고 職業的인 활동을 侵害한 것도 아니기 때문에, 그는 肖像의 公表로 인하여 그의 人格權을 侵害당하지 않았다는 原告의 진술은 받아들여지지 않는다. 原告가 일반적인 人格權(民法 823條)의 침해로 인하여 損害賠償 특히 慰籍料를 청구한다면 그 不利益에 對한 보호는 문제가 될 것이다. 그러나 그는 肖像權에 관한 特殊規定의 根據에 피고가 자신의 동의없이 公表하였다는 점에 대해 補償을 求하였다(참조: 연방대법원 20, 345, 353). 이 청구는 被模寫者가 그 사진에 대한 公表로 인해서 초래될지도 모르는 결과를 우려하지 않더라도 成立된다. KUG 제22조는 이 규정의 적용영역에 人格의 임의처벌 불가성을 확실히 했다. 당사자는 스스로 肖像公表를 명시하는 방법, 혹은 그 여부를 결정할 수 있다. 被告는 동의받지 않은 공표를 함으로써 이 규정을 위반한 것이다.

또한 被告들은 原告가 축구선수로서 어차피 公共의 관심속에 있다는 주장을 펼 수 없다. 原告는 그런 이유에서 그의 私生活을 고려해 달라는 請求를 전혀 하지 않았다.

d) 물론 肖像公表에 대한 公共의 이익은 被模寫者의 自決權에 우선할 수도 있다. 이 例外的法律規定은 KUG 제22조 1항에 最終적으로 規定되어 있다. 이 例外規定들은 本事件과는 관련이 없다.

原告人은 原告가 단지 「익명의 축구선수」로서 模寫되고 그런 이유에서 그의 人格은 그 模寫의 第二意的인 부속물로 되었다는 것으로 KUG 제23조 1項 2의 適用을 정당화하려고 한다. 그 規定은 우선 나머지 화면이 說示하는 바와의 관계나 화면의 전체적 印像에서의 被模寫物의 位置를 目的으로 한 것이지 인식 가능성의 정도를 목적으로 한 것은 아니다. 本事件과 같이 사람이 寫眞을 가득 메우고 있는 경우엔 이런 의미에서의 부속물에 대하여는 원칙적으로 어떤 다툼이 있을 수 없다. KUG 제23조 1項의 다른 例外的法律要件에 의하여도 原告人은 原告의 동

의없이 사진을 公表할 수 있는 권리를 끌어낼 수는 없다. 有名 축구선수는 KUG 제23조 1項1에서 규정한 바대로 그 시대의 人物이 될 수 있다. 그러나 肖像을 本件과 같이 하나의 商品으로써 廣告에 이용하는 사람은 이 規定을 근거삼을 수 없다. 이것은 肖像으로서, 獨點의으로 그 사람의 이익에 대응하여 營業上의 이익을 관철하도록 도와주는 것은 本法規의 의미에 해당하지 않는다(BGHZ 49, 288, Senatsurteil 1979. 2. 6-民事5部 46/77=GRUR 1979, 425; st. Rspr.) 肖像이 텔레비전수상기에서 전광석화처럼 제시되었기 때문에, 原告의 초상이 廣告目的을 위해 결정적이지는 않다고 하더라도 그는 그의 의사에 反해서 이러한 方法으로 廣告에 사용될 수는 없는 것이다. 그러나 이것은 그와 같은 행위에 대한 보수의 지불시에 이의를 내세울 것이 없었더라면 해당되지 않는다(BGHZ 49, 288, 293ff; 1979. 2. 6.의 最高심판부판결=aaO). 決定을 위한 動機의 선택에서 자유롭다는 것은 自決의 본질에 속한다.

그러한 이유에서 1979년 2월 6일 大法院 판결에 있어서 미해결로 남아 있던 어떤 스포츠의 전형적인 것을 나타내면서 그때 필히 사람을 나타내어야 하는 肖像公表에 있어서 KUG 제23조 1항 3이 적용될 수 있는지의 문제는 本事件에서는 결정을 필요로 하지 않는다. 상품이나 영업상의 給付를 위한 廣告에 同意없이 被模寫者를 사용하는 것만이 本事件에서와 같이 문제시 되는 경우에는 그와 같은 해석을 정당화시킬 수 있는 保護價値있는 公共의 이익이 문제로 될 수 없는 것이다.

2. 抗訴法院이 被告들의 協力下에 동의치 아니한 肖像을 公表하고 流布한 점에서 원고의 肖像權을 피고들이 侵害했다는 사실을 이유있는 것으로 認容한다면 被告들의 과실은 문제가 되지 않는 不當利得返還이 여기에서 原告에게 주어진 것이다. 原告의 出損下에 취득한 모든 것을 피고들은 원고에게 民法 제812조에 의해 모두 지불해야 한다. 그와 같은 경우에 있어서 上述한 부당이득의 액수는 原告의 동의를 얻을 때 지불해야 했던 액수를 피고가 지불하지 않았기 때문에 얻을 수 있었던 액수에 해당된다. 그가 사진에 대해 著作權을 가지지 않았으며 아마도 기타

의 용도로 사용할 수 없었으리라는 사실과는 아무런 관계가 없다. 결정적인 것은 '肖像'으로 인하여 사실상 金錢上的 이익이 발생하였고 거래 관행에 의한다면 원고에게 보수를 지급하지 않고서는 이러한 公表가 행해질 수 없었을 것이라는 사실이다(BGHZ 20, 345, 354).

만약 원고가 스테른誌에 첫 廣告를 게재한 이후에 제1피고에 대해서 연속적 公表를 거부한후에 原告가 얻을 수 있었던 모든 보수의 지불을 청구하였다 하더라도 원고의 이러한 行動에 아무런 모순은 없는 것이다. 원고가 원칙적으로 그의 肖像을 廣告에 이용하는 것을 거부한다는 사실을 인식시켰을 경우에는 원고의 행동에 모순이 있었다고 할 수 있을 것이며, 그에게 상당한 보수가 지불되었을 경우에도 마찬가지이다. 原審에서 증거조사에 근거하여 민사소송법 제287조의 적용하에 3,050마르크로 산정한 인가료의 산정에 불복하는 上告는 받아들여지지 않았다. 이런 경우 認可料는 발행부수가 많은 잡지라면 3,050마르크의 最小報酬에서 시작된다. 抗訴法院이 本件에서 좀 더 낮은 금액을 산정한 것은, 그것은 上告人이 간과한 것으로 비난하는 상황(뒷면에서 적은 원고의 묘사: 광고한 텔레비전 수상기와 그의 人格은 아무런 관계없음)을 고려한 것이다.

II

1. 前述한 바에 의하면 제1피고는 정당한 判決을 받았다. 왜냐하면 그가 사용한 廣告의 결과로 얻었던 金錢上的 이익이 원고의 出損下에 얻을 수 있었던 보수액 정도에서 얻어졌기 때문이다. 原告가 만약 미리 피고에게 보수를 요구하였더라면, 피고가 그의 廣告에 보수를 지불할 필요가 없는 廣告를 사용하였을 것이라는 점을 主張할 수 없다.

이러한 점에서 그는 자신이 만든 모순된 논리에 스스로 빠진 셈이 된다(BGHZ 20, 345, 355; Heimann-Troisen RGRK-BGB, 12版, Sq12Rdz. 13.). 그는 原告의 出損下에 이러한 方式의 廣告를 한 나머지 報酬의 費用을 절약했던 것이다.

2. 그에 反하여 原告는(제1被告에 덧붙여) 제

2 被告로 부터 不當利得의 觀點에서 보수절약에 대한 보상을 要求할 수 없다.

a) 抗訴法院의 견해에 反하여 하나의 손해에 대해 數人이 연대하여 배상할 책임이 있는 不法行爲法의 원칙은 不當利得法分野에 전용될 수 없다. 法律上 원인없이 재산을 취득한 者는 不當利得 債務者로서 채권자의 전체 손해에 대해서가 아니라 부당하게 손실을 본 者의 손해에 준하여 그가 스스로 얻은 이득의 범위내에서 책임을 질 의무가 있는 것이다. 연대채무자의 책임은 그러한 점에서 문제되지 않는다(1972. 11. 23 聯邦大法院判決-民事2部 103/70-WM 1973, 71; Heimann-Troisien aaO § 812Rdz. 117). 肖像權 侵害를 통해서 얻을 수 있었던 利得에 대하여도 마찬가지이다(Heimann-Troisien aaO § 812Rdz. 13, 68, 69).

b) 廣告目的을 위한 사진의 公表同意를 위한 보수절약만을 문제삼는다면 本寫眞廣告를 제작하게 하고 그것을 公表하게 한 제1 被告人만이 利得을 보았다. 이에 反하여 제2被告에게는 이 절약은 이득이 되지 않았다. 그가 原告의 出損下에 제1피고인의 위탁에 따라 廣告를 제작한대리점에 팔아 넘김으로써 재산상의 이익을 얻었다고 하더라도 이 이익을 前述한 원고의 초상을 광고에 이용하여 원고의 손실이 문제된 소송의 目的物이 아니다. 사진사용의 동의에 대한 관습상 적절한 보수는 제1피고에게만 부담되어 져야 했을 것이다. 그런 點에서 제1피고만이 그의 비용절약에 대한 이득을 가진다.

c) 제2피고에 不利한 결과로 되었다는 점에서 抗訴法院의 판결은 정당하지 않은 것이다. 제2피고에 대한 보상청구는 단지 不法行爲의 관점에서, 일반적 인격권의 침해로 인한 肖像權의 침해의 형식으로만 정당화 될 수 있을 것이다. 항소법원은—그의 견해에 따르면 당연한 귀결이기는 하지만—여기에 대해 確定을 내리지 못하고 특히 제2피고가 원고의 人格權을 침해한 것에 대하여 과실이 있었는지의 여부를 미해결인 채로 남겨 두었다. 上告法院이 이러한 점들을 自判할 수 없기 때문에 본 사건은 抗訴法院에 환송되었고 上告의 비용에 관한 결정 또한 항소법원에 환송되어졌다. □

言論이 被疑事實을 報道할 때는 注意해서 보도할 의무가 있다

뒤셀도르프高等法院 1979년 6월 20일 판결 15U 199/79

民法 제823조

刑事上の 수사과정에서 報道할 때에 言論은 수사기관의 수사진행과정에 맞추어서, '사려 깊게 보도하도록 면밀한 注意를 할 義務가 있다. 言論은 특히 혐의에 불과한 事實을 확실한 사실로서 보도해서는 안된다. 그리고 알려져 있는 無嫌疑狀態에 대해 숨기거나, 밝혀지지 않은 상황에 대해서도 보도해서는 안된다. 또한 물의를 일으키는 저속한 新聞이라고 할지라도, 사정을 더 정확히 알고 있음에도 불구하고 이를 歪曲하여 表現할 수 없다.

編輯局長이 동시에 責任編輯人이 아닌 경우에는, 어떠한 경우에도 책임편집인과 나란히 新聞報道의 公表로 인해서 생기는 人格權侵害에 대해 民法上的 責任이 없다.

(事實概要)

1977년 7월 30일에 銀行家인 위르겐 폰토(Jürgen Ponto)의 被殺後 本訴訟의 原告인 엘레오노르 포엔스겐(Eleonore Poensgen)이라는 女大生이 이 사건의 범행에 가담했다는 嫌疑를 받았다. 그녀는 1977년 8월 2일에 체포되었고, 다음날 그녀에게 拘束今狀이 발부 되었다. 그해 8월 7일에 그녀는 다시 석방되었으며, 그녀에 대한 수사는 동년 9월 13일에 중단되었다.

이 수사과정에서, 第1被告인 스프링거社 출판부가 발행하는 빌트(Bild)紙와 동 新聞의 편집국장인 第2被告는 1977년 8월 3, 4, 8, 9일자 신문에 문제가 된 記事를 報道했다.

原告는 被告들이 그녀에 대해 報道한 것과 같

은 그러한 方法들이 그녀의 人格權을 違法的으로 侵害했다고 보았다. 특히 그녀는, 비록 그녀에게 처음부터 그와 같은 嫌疑가 있었다고 할지라도, 그들이 그녀를 殺人者이며 테러리스트라는 確信을 가진 事實에 대해 비난했다. 그래서, 그녀는 被告들에게 50,000마르크의 賠償金支拂을 요구했다.

地方法院은 그 訴訟에서 청구된 金額全部를 인정했다.

被告들은 지방법원의 이러한 판결에 不服하고 抗訴했다.

그들은 근본적인 문제에 있어 다음과 같이 주장했다.

『즉 地方法院이 판결에서 빌트紙의 편집국장이 신문의 每板이 완성될 때마다 얼마만큼 기사 내용을 알고 있었는가 하는 점에 대해 불충분한 審理를 했다는 것이다. 예를 들면, 1977년 8월 2일 17시 15분의 dpa通信-原告에 의해 지정된 알리바이 證人들에 관한—은 1977년 8월 3일자 빌트紙의 이른 편집종결때문에 더 이상 참고 되어질 수 없었다. 그것은 마찬가지로 16시 40분부터 17시 30분까지 電話를 통해 송고된 1977년 8월 2일자 聯邦檢事長의 신문해설에도 적용된다. 그 후에도, 빌트紙는 원고에 대해 본질적으로 정확한 報道를 했다. 被告들은 원고가 테러리스트로 表現되었다는 사실에 대해 비난받을 수도 있으나, 비록 그 명칭이 법률상 유효한 敗訴判決에 대해 겨우 許容될 수 있기는 하지만, 그 점에 중대한 과실은 없다.

原告가 侵害당한 원인은 빌트紙의 報道에 있었던 것이 아니라, 원고가 수사기관에 의해 폰토氏에 대한 殺害陰謀嫌疑를 받았기 때문에 며칠동안 미결

구류상태에 있었다는 데 있다. 마지막으로, 第2被告는 처음부터 소송대상이 되지 않았다. 왜냐하면 그는 문제가 된 記事를 편집하지 않았기 때문이다. 그 문제는 단지 刊行要目에 명시된 責任編輯者의 임무였다. 피고들은 一審判決을 修正해서 本件訴訟을 却下할 것을 제안한다고 했다.』

고등법원은 지방법원의 판결을 변경하면서 제 1피고에 대하여 25,000마르크를 原告에게 지불할 것과 소송비용의 1/4을 부담할 것을 판결했다. 原告에게는 소송비용의 3/4 및 제 1被告의 附帶訴訟費用의 1/2, 제 2피고의 附帶訴訟費用 전액과 그녀 개인의 부대소송비용의 1/4을 부담하도록 했고, 그이외의 부대소송비용은 양자에게 공히 부담시켰다. 그밖의 訴訟과 나머지 抗訴는 却下되었다.

〈判決要旨〉

抗訴는 적법하고 本案에 있어서 부분적으로 인정 되었다.

I

編輯局長인 제2 피고는 원고에 대한 배상의義務가 없다. 被告들이 합리적으로 말한 것과 같이 제 2피고는 원고에 의해 반박받은 빌트紙의 기사를 編輯하지 않았다. 그것은 역시 刊行要目에 명시되어 있는 責任編輯人의 임무였다. 또한 책임편집인은 그의 책임영역에 속해 있는 新聞記事를 통하여 제 3자가 비난받는 경우에 民法상의 保證責任을 진다(聯邦大法院 新司法週刊誌 1977, 626). 만약 빌트紙의 경우에서 처럼 세세한 부분 또는 新聞의 각 분야를 위해 때때로 責任編輯人이 정해지고 刊行要目에 명시되는 경우에는, 편집국장이 스스로 편집이나 발간에 참여했느냐 안했느냐 하는 그 여부를 고려하지 않고서, 책임편집인과 똑같이 항상 공동책임을 져야할 필요가 없다. 편집국장이 그의 직위상 제 3자에 대한 報道에 대해 자세히 감독할義務가 있는지의 문제는, 본 사건에서 논쟁의 대상이 되지 않는다. 왜냐하면, 본 사건에서 문제가 된 것은 다만 뉴스와 新聞해설이 利用되어져야만 했고, 또한 정확하게 표현되어져야만 했

던 일상적인 報道가 문제가 되었기 때문이다. 제 2피고는 그 감독을 이런 임무를 위해 특별히 임명된 責任編輯人에게 위임할 수 있다(연방대법원, 商權保護와 著作權, 1979, 421, 423)

II

제 1피고(이하는 피고로 지칭함)는 민법 제 823조, 31조 및 민법 831조에 따라 原告에게 25,000마르크의 損害賠償金을 지불할 의무가 있다.

1. 被告들은 그들에 의해 간행되는 빌트紙의 報道를 통하여 違法的인 方法으로 原告의 人格權을 침해했다.

1) 단지 그녀가 유력한 嫌疑를 받고 있었다고는 하지만, 그녀는 1977년 8월 3일 및 4일 字 빌트紙에서「恐怖의 少女」 및 「테러리스트」로 표현되었다. 이러한 혐의가 당시의 인지상황에 따라 有力視되었다고 하지만, 그것은 被告들이 스스로 인정하고 있는 바와 같이, 그녀를 테러리스트의 무리에다 포함시켜서 客觀的으로 확실하게 극단적인 非難을 한것은 그 정당함이 認定될 수 없다.

2) 그것은 동시에 1977년 8월 3일 字 「빌트」紙 2면에 있는 표현에도 適用된다. 그 보도는 다음과 같다.

「지금 確認된 바와 같이 그는(폰토氏) 그의 代女 수잔느 알브레흐트와 그녀의 친구 알레오노르 포앵스겐과 젊은 친구들에게 정중하게 악수를 했다..., 갑자기 그들은 그를 殺害했다. 비록 한가지 — 또한 有力할 수도 있는 — 嫌疑만 있었다고 하나, 이것으로써 원고가 그 殺害陰謀에 가담했다는 확정은 의심할 여지가 없게 되었다.」

3) 原告의 주장에 대한 또하나의 방해요소는 被告들이 1977년 8월 3일 字 新聞에서 原告에 의해 그녀의 無嫌疑를 위해 지정된 알리바이 증인들에 대해 전혀 言及하지 않은 사실에 있다고 보아야 한다. 빌트紙의 聯邦板이 이미 17시 30분에 편집마감을 하지만, 알리바이 증인에 관해 언급하는 것은 가능했었다. 1977년 8월 3일 字 聯邦板에서 빌트紙는 原告가 폰토氏의 미

망인에 의해 犯行加擔者로 확인되었다는 것을 報道했다. 이 뉴스는 맨처음 1977년 8월 2일 17시 04분의 dpa通信文에 포함되어 있었다. 그리고 정확하게 11분 후에 다음 dpa통신문이 접수되었다. 그 내용은 폰토氏 가족의 執事에 의해 확인된 바와 같이 原告가 더많은 사람의 알리바이 증인을 지정했다고 전하고 있다. 편집마감 15분전에 被告들에게 접수된 이 電文은 8월 3일 字 新聞에서 참작되어져야만 했다. 被告들이 原告를 무조건 테러리스트와 殺入者로 확정된 동기는 그녀에 대한 살인혐의와 체포내용이 담긴 電文을 받았고, 모든 電文이 편집부에 의해 參작되었을 것이라는 점을 염두에 두었기 때문일 것이다.

被告들에 의해 자연스럽고 진술된 바와 같이 지방관의 발행과정이 原告의 人權을 추가로 침해했다. 이판에서 被告들은 편집마감시간의 지연때문에 집사와 운전기사가 역시 原告의 살인행위를 확인했다는 주장을 실었다. 비록 被告들에게 유리한 입장으로 해석해서, 그 알리바이 증인들에 관한 보도가 1977년 8월 3일 字 연방판에 더 이상 掲載될 수 없었다는 주장이 일단 認定된다고 할지라도 빌트紙의 그 보도는 매우 不正確했다. 예를들면 슈도이치 짜이퉁(Süddeutsche Zeitung)紙가 報道했던 것처럼 피고들은 다음날 지면(8월 4일자)에 원고의 범행에 관한 의문점을 言及했어야 했다. 슈도이치 짜이퉁은 1977년 8월 3일 字 판에서 원고가 살인모의에 대한 가담혐의로 체포되었고, 폰토氏 婦人이 그녀와의 對質에서 재확인했다고 報道했다. 그러나 1977년 8월 4일 字 슈도이치 짜이퉁은 또다시 一面에 커다란 표제로 『폰토氏 殺害事件에서 엘레오노르 포앵스겐(Eleonore Poensgen)의 범행가담에 대한 重大한 疑惑』이라고 게재하고서, 被告에게 불리한 알리바이를 證言했는지 모르는 證人들의 진술에 관해 상세히 報道했다. 讀者들은 8월 4일자 빌트紙에서 이 사건에 관해 어느정도 比較可能한 報道記事를 찾아볼 수 없었다. 1면의 커다란 제목은 『폰토씨 피비린내 풍기는 銀行強盜—또 다시 恐怖—少女』이었고, 2면의 기사는 「테러리스트의 아버지가 말하기를...」이란 문구를 사용했고, 원고에 의해 지정된 알리바이 증인들에 관한 보도가 「간호원에 의해 逮捕」라는 歪曲된 표제로 거리낌

없이 게재되었다. 그외에도 그녀에 대한 기사는 정확하지 못했다. 왜냐하면 그 기사는 電文에는 원고가 알리바이 증인을 지정했으나 그 證人들이 원고의 陳述을 입증한 사실에 대해 전혀 言及이 없었다고 보도되었기 때문이다.

4) 마지막으로, 1977년 8월 9일 字 빌트紙의 보도는 정확하지 않았다. 1977년 8월 8일에 被告들은 구금령의 취소와 석방에 관해 보도한 후에, 8월 9일에는 8명의 알리바이 證人들이 사진과 함께 소개되었다. 그리고 나란히 다음과 같은 기사가 실려 있었다. 「폰토婦人 고집하다 엘레오노르 포앵스겐(Eleonore Poensgen)이 事件現場에 있었다」 그밖에 신원을 알 수 없는 未亡人의 사진 밑에 폰토婦人이 지난 금요일에 사건수사담당경찰에 다음과 같이 더 진술했다고 보도되어 있었다. 「나는 의심하지 않는다. 엘레오노르 포앵스겐(Eleonore Poensgen)이 나의 男便殺害事件現場에 있었다. 나는 그녀의 범행을 再確認했다.」 또한 운전사의 「나도 포앵스겐을 확인했다」는 진술이 보도되었다. 또, 폰토婦人과 운전사가 1977년 8월 2일 화요일의 對質과 알리바이 증인들의 證言이 있는 후에 그 증언들을 토대로 해서 다시한번 주장했을 것이라고 보도되었다. 被告들이 1審에서 主張한 폰토부인과 운전사의 발언은 事實上 없었다. 그리고 被告들은 1977년 8월 9일의 재보도에서 未亡人과 운전기사의 발언이 사실과 달랐다는 것을 인정했다. 이러한 自白으로 인해 이미 부분적으로 정당성이 없는 被告들의 抗訴는 抗訴審에서 고려되지 않았다. 왜냐하면 自白의 取消을 위한 民事訴訟法의 전제가 증명되지 않고 있기 때문이다. 그밖의 점에 있어 原告에 대한 수사행위의 부가적선택상의 檢證開始도 非事實的이다. 거기에 발언의 記錄이 있건 없건, 그 결과로서 수사행위를 검열하는 것은 연방대법원이 다룰 問題가 아닐 수 있다. 口頭辯論에서 처음으로 제출된 訴狀은 증인인 미르쉬氏의 訊問을 요청하고 있으나 그 訊問은 허락될 수 없다. 왜냐하면, 그에 대한 訊問이 허락되면 訴訟의 처리가 유예될지도 모르고, 그러한 지연은 허용되지 않는다. 폰토부인이 증인아레르즈氏와 한 電話대화는 본 사건에서 문제가 되지 않는다 왜냐하면 그것에 관한 기사는 1977년 8월 9일 字 빌트紙에 보도되지 않았기 때문이다.

言論은 폰토氏의 살해사건에 있어 原告의 加擔嫌疑에 관해 報道할 正當한 資格이 있었다. 그러나 일부 부정확하게 표현된 빌트紙의 報道는 違法的이었고 과실이 있었다. 그러므로 그 보도는 특히 출판자유의 基本權에 따른 正當함이 인정되지 않는다. 그 보도를 통해서 야기된 그녀의 사회적 평가에 대한 침해는 그녀를 괴롭혔을 것이 틀림없었다. 原告에 대한 非難의 重大性 때문에, 言論은 그 사건을 보도할 때에 수사기관으로부터 시시각각의 수사상황을 정확하게 평가해서 보도했어야 하는 注意義務를 게을리 했다. 어떠한 경우에도 言論은 일반적인 嫌疑 및 유력하다고 하는 嫌疑를 미리 확정해서 보도할 수 없다. 더우기 언론이 그녀의 嫌疑가 희박해진 狀況을 알고 있었음에도 불구하고 그 사실을 숨겼고, 확실히 밝혀지지도 않은 상황을 임의로 보도했다. 被告인 편집인들은 民法 831조에 의거, 준수해야 하는 言論의 의무를 과실로 인하여 지키지 못했다. 왜냐하면 빌트紙의 보도는 실시된 바와 같이 몇가지 관점에서 편집의 수시적인 認知狀態에 일치하지 않았기 때문이다. 被告들이 살해음모의 가담과 같은 그러한 중대하고 단호한 非難들에 관한 부주의한 報道를 방지하기 위해 充分하고 체계적인 對備策을 마련해 놓지 않았다는 사실은 非難받아야 한다.

2. 判決은 人權侵害로 인한 金錢賠償에 관한 승인을 광범위한 要件에 종속시키는, 그러한 要件으로 이루어져 있다. 그런데, 그 요건은 원고가 언론보도로 인해 심한 피해를 입은 것으로 보여져야 하고, 고통당한 侵害가 다른 방법으로는 더이상 충분히 보상되어지지 않는다는 점이 必要하다(聯邦大法院, 新司法週刊誌1971, 698)

原告의 人格權이 심하게 侵害를 당한 것은 사실이다. 그녀가 그러한 報道로 인해서 많은 侵害를 당했는데, 대체적으로 그녀가 테러음모에 가담했다는 혐의를 받고 있다는 추측과, 그 때문에 그녀가 逮捕되었고 모든 독일의 言論이 이에 관해 상세히 보도했는데, 이런 보도로 인해서 歪曲된 사실이 대중들에게 전달된 것은 잘못이다. 原告가 약 백만부정도 발행되는 신문에 사실과는 다르게 加擔者로서 유력한 혐의를 받고 있다는 내용 뿐만 아니라, 확실한 가담자라고 단정적으로 보도된 사실은 침해의 정도가 현저하고

높음을 말해 주고 있다. 더우기 원고의 혐의 사실이 희박해져 가는 狀況을 안 후에도, 빌트紙가 앞서 掲載한 不正確한 報道를 訂正하지 않은 것은 더욱 심한 人權 침해행위라고 하겠다. 즉, 被告들은 1977년 8월 7일의 원고의 석방에 관한 기사를 보도하면서 또다시 원고에게 나쁜 인상을 주게하는 내용을 담았다. 실제로 그 新聞은 1977년 8월 8일자版 一面에서 원고에 관한 구금령 취하와 석방에 관한 기사를 취급했으나 또다시 원고에게 혐의를 두는 상황이 혐의를 경감시키는 상황보다 더 강하게 강조되었다. 예를 들면, 聯邦辯護士協會의 傳言에서 몇몇 알리바이 증인들의 진술이 부분적으로 명백히 원고측 변호인의 召喚狀主文과 일치하고 있다고 굵은 印刷體로 강조되고 있었다. 이러한 경향은 8월 9일자 報道에서 미망인과 운전기사의 공식적인 發言을 예사롭게 보고 있으며, 원고에 대하여 얘기되고 있는 狀況을 일방적으로 강조 함으로써 궁극적으로 독자들에게 원고가 테러리스트이고 그녀의 석방은 유감스럽게도 司法裁判의 誤謬라는 인상을 질게 풍기는 것이었다. 사실상 그녀에 대한 수사과정은 1978년 9월 13일에야 비로서 중단되기는 했지만, 그 당시 아직 원고의 가담혐의에 대하여 논의되고 있었지만 빌트紙가 殺害事件이 있는지 1년후인 1978년 7월 29일자 신문에서까지 원고의 이름을 다시 犯行과 關連시켰다는 것은 더욱 加重的인 과실이다. 이와 관련하여 被告들이 1977년 9월 14일자 빌트紙에 수사과정의 중단을 보도한 사실로써, 그들이 免責될 수 있는 것은 아니다.

또한 被告들이 책임져야 할 중대한 과실이 있다. 앞에서 낱낱이 표현하고 있었던 바와 같이 빌트紙의 報道는 그 당시의 수사과정에서 원고의 正當함이 단정되어 상황이 변했는데도 불구하고 原告에게 더 강한 嫌疑를 둔 기사를 공표한 데 대해 비난을 받아야 한다. 編輯人들은 원고의 嫌疑가 약해진 狀況을 인지했을때, 그 상황에 따라서 적절히 독자들에게 報道했어야 했다. 그들이 일방적인 방법으로 원고에 관해 보도했기 때문에, 그것은 明白히 合當하다고 볼 수 없다. 報경기 때문에 저속한 大眾紙의 특수성과 신문의 관습적 注意에 관한 被告의 주장은 타당하지 않다. 또한 저속한 대중신문이라 할지라도 사건을 歪曲해서 報道할 수는 없다. 신문기자가

정확한 취재를 했는데도 불구하고 眞實을 밝히지 않는 경우에는 언론에 대한 注意問題가 발생한다.

原告가 받은 侵害는 어떤 다른 방법으로도 보상될 수 없다. 음모에 가담한 두번째 여자가 아직 명확하게 확인되지 않는 한, 現在의 무분별한 보도에 대한 보도취소 요구가 원고의 權限에 속하는지의 여부는 아직 確實하지가 않다. 그러나 오랜시간이 지난 후에 취소요구를 하는 것도 적당한 것이 아닐 수 있다. 그런데, 무엇보다도 原告가 被告의 侵害로 인해 고통을 당해야만 했던 그 不當性은 다시 改善되어야 하며, 被告의 訂正은 賠償만으로는 충분치 못하다.

3. 항소법원은 지방법원의 판결과는 달리 25,000마르크의 賠償金이 적절하며 충분한 것

報道記事와 직접적 관계없는 者의 寫眞掲載는 本人의 肖像權侵害

칼스루헤 고등법원 1979년 10월 2일 결정
4 Ss 200/79

基本法 제 5 조 : 著作權法 제 22, 23, 33 조

경찰관의 직무수행중 本人의 肖像이 그릇되게 촬영당하여 출판물에 보도됨으로써 本人의 肖像權이 侵害됐을 경우에 이를 보호해야 한다.

〈事實概要〉

被告는 月刊으로 발행되는 하이델베르그 評論誌의 편집위원으로서, 하이델베르그 中央路의 인도보호구역 개통식소식을 보도하면서 질서정리에 많은 문제가 있음을 지적하는 표제를 사용하여 보도하였다.

이 기사는, 경찰관이 질서정리에 관한 업무수

으로 보고 있다. 항소법원의 판단에 의하면 地方法院은 50,000마르크의 배상금을 승인하는데 있어서 原告가 은행가인 폰토氏의 殺害陰謀에 대한 有力한 加擔嫌疑로 인한 拘禁때문에 극심한 정신적 피해를 입은 사실과 그 보도가 일상적인 보도형태를 취했다는 사실을 충분히 참작하지 않았다고 판단한다. 그러나 被告들은 단정적으로 표현된 빌트紙의 報道를 통해서 추가적으로 원고의 權利를 심하게 侵害했다는 점에 대해 책임을 져야 한다. 이러한 모든 점들을 고려해 볼때, 배상액수는 빌트紙의 負擔能力과 被告들의 財政能力이 크게 참작되어야 하는데, 피고의 침해로 인한 원고의 고통에 대한 합의와 보상으로 25,000마르크란 金額은 적당하고 충분한 것으로 판단된다. □

행을 올바르게 하지 못한다고 지적하면서 경찰책임자를 촬영하여 관계기사와 함께 공표하였다. 그런데 기사와 함께 공표된 사진의 주인공은 현장을 감독하는 책임자로서, 사복을 한 채 경찰의 직무수행을 확인하는 대리대표자로 파견나와있던 者였다. 그러나 同誌에 공표된 질서정리의 문제와 관련하여 게재된 寫眞은 부분적으로 눈에 보이는 단면만을 불균형적으로 보여줌으로써 문제를 야기시킨 것이다. 이 사진은 또한 편집위원인 被告의 同意下에 비판적 기사와 함께 게재되었던 것이다. 이러한 보도에 대해 피해당사자인 경찰관은 고의로 자신의 肖像權에 대한 侵害를 한데 대해 訴訟을 提起했다.

一審에서는 著作權法 제 33 조 1 항에 의거해

被告가 著作權法 제22조, 23조를 위반하고 개인의 肖像을 公表한 이유로 損害賠償金을 지불하여야 한다는 判決이 있었다.

被告는 이러한 判決에 대해 異議를 제기하고 抗訴를 하였으나 抗訴審은 一審判決을 그대로 유지했다.

被告는 계속해서 聯邦大法院에 上告를 했으나 聯邦大法院은 이러한 被告의 裁判請求를 명백한 근거가 없다는 이유로 棄却했다.

(判決理由)

칼스루헤 고등법원은 이 사건에 관해 다음과 같이 決定理由를 밝혔다.

『被告가 抗訴審 決定의 再審理를 요구한 것은 被告의 上訴權 行使에 아무런 부족함도 없음이 인정된다. 그러나 被告는 同誌에서 原告를 현재 진행중인 事件과 관련된 者로 경찰간부 E를 지적하는 기사와 함께 사진을 공표했으므로 著作權法 제23조에 위배되고, 더구나 本人의 同意없이 공표하였기 때문에 被告가 자신의 과실에 대한 上訴를 請求한 것은 부적당하다고 밝혀진 바 있다』

한편 칼스루헤 고등법원의 제2재판부는 이 사건 前인 1979년 7월 27일에 이 사건과 유사한 판결에서 경찰간부에 관한 사건을 決定(2 Ws 6/79)한 바 있다. 이 사건은 同誌에 게재된 사진이 특정한 기사내용과 관련하여 군중의 시위 행위에 관한 장면을 보여주는 것이 아니었기 때문에 카메라는 사법절차상 강제로 압수되었으며, 임의로 公表한 기사로 인해 피해를 준 행위에 대해서도 다음과 같이 확정판결을 했다.

『피해자 P氏는 기사와 전혀 관계가 없는 者로서 P氏의 同意없이 本人의 寫眞이 公表되었다 (著作權法 제23조 1항). 判例와 여러 學說에서는 이미 특정사건과 관련된 사람을 보도할 때 「절대적인」 者와, 「관련된」 者를 구별하여 사용하고 있음을 밝히고 있다(노이만-두에스부르크, 법률신문 1960; 뢰플러, 言論法, I. 1969, 681面; 聯邦大法院, 新法律週刊誌, 1965, 2148부터 2150까지; 코브렌츠 고등법원, 法律新聞, 1973, 279, 281).

첫번째 사항에 관한 것은 오랫동안 보편적인 개

념으로 받아들여졌으며, 유명도가 있는 人格을 지칭할 때 사용하는 용어이다. 그 예로 정치가, 유명한 작가, 작곡가 등을 들 수 있다. 그러나 후자의 용어는 公開性 原則에 따라 특정사건, 즉 公益과 관련된 者라는 내용을 담고 있으므로 상황에 따라 달리 지칭되는 용어이기 때문에 일반사람들에게 널리 알려져 있지 않은 개념이다.

피해자인 P氏는 위의 어떤 경우에도 속하는 人物로 평가되어야 한다는 被告의 주장에는 아무 근거도 없다. 더우기 原告는 被告가 관련인채물을 통해 일반시민들에게 대단히 큰 위험을 초래하고, 프라이브르그에서 있는 시위행동에 관여된 듯이 보도함으로써 알려졌을 뿐이다. 그러므로 被告는 어떤 특정사건을 보도할 때 공표할 수 있는 公開의 利害에 따라 보도했다는 주장은 단지 著作權法 제23조 1항의 첫번째 단서조항의 예외적인 행위를 가리키려는 것 뿐이다. 그리고 著作權法 제23조 1항의 3번째 단서조항에 관한 것은 현재의 사건에는 해당되지 않는다. 시위에 관련된 사람들 개 개인에 관한 예외는 이러한 조항(폰·감著, 著作權法, 1968, 122面)에 해당되지 않는다.』

이러한 규칙의 적용은 경찰간부인 E에게도 적법하다.

被告는 현재 야기되고 있는 사건과 관련된 하이델베르그 인도보호구역의 개통식에 관한 보도를 했기 때문에 자신의 과실이라는 판결에 대해 上訴를 열망하기도 했다. 그러나 被告는 그 개통식에 참석한 공무원을 고귀한 人格으로서 다루어야 한다는 사실을 간과했다. 또한 被告는 어느 면에서, 완전히 原告의 의도와 반대되는 입장에서 즉 原告 자신이 그곳에 머무르는 것이 알려지기를 원하지 않고 또한 原告가 구경꾼속에서 시민의 한사람으로 섞여 있었다는 사실을 간과했다.

本事件과 같은 의미를 지닌 사건을 칼스루헤 고등법원 제3재판부가 1977년 8월 16일에 決定(3 Ws 32/77)한 바 있다. 그 決定은 정치적 움직임과 관련된 사건을 다룬 判例였으나, 후에 原告가 법원건물을 나올 때 사진촬영을 하여 보도하자 이에 관해 제기된 사건이 중복된 사례였다.

그러므로 被告는 이러한 判例를 先例로 할 때 출판의 자유와, 자유로운 의견표명의 권리를 주

장할 수 없다 (基本法 제5조 1항).

이러한 決定은 적법한 것으로서, 聯邦大法院은 일반적으로 자유로운 민주국가의 헌법에 명시되어 있는 자유로운 의견표명에 관한 기본권을 가장 고귀한 인권과 명백히 동등한 것으로 존재해야 함을 밝힌다(聯邦大法院判例 7, 198, 208). 이러한 判決에서 밝히고 있는 사항은 基本法 제5조 2항에 명시되어 있는 사항이기도 하다. 또한 일반적인 법규의 규정에도 法廷에서의 자유로운 의견표명에 대한 권리는 개인의 名譽權과 직결되고 있음을 밝히고 있다. 그리고 이러한 점은 基本法과 일반 법규사이의 상호관계에도 나타나고 있는 사항이기도 하다.

이러한 점들을 고려할 때 本事件은, 자유로운 민주국가에 존재하는 기본권에 중요한 가치를 부여한 의도를 충분히 인식함으로써 해석이 가능할 것이다. 그러므로 본 사건에 대해 基本法은 被告에게 제한된 권리행사가 따랐어야만 했음을 지적하고 있다(聯邦大法院判例 7, 198, 209).

이러한 점은 또다른 聯邦大法院判例(聯邦大法院判例 20, 162, 176, 177)를 고려해 보아도 被告의 출판의 자유에 대한 當法廷의 判決은 적법한 것이라고 하겠다. 이러한 점과 관련하여 일반적 법규의 차원에서 著作權法에 명시되어 있는 규정의 의미를 해석할 때 출판자유에 대한 가치에 비중을 두고 있음을 나타내는 경향이 있다.

이러한 基本法에 따라 내린 하이델베르그의 前審判決은 적법한 것이라고 하겠다.

被告는 경찰공무원의 肖像作成을 의도적으로 제작공표한 것은 아니며, 단지 하이델베르그 인도보호구역의 개통식에 관해 보도하기 위해 특정사건에 대한 정보의 公開性이란 原側에 따라 공표하게 된 점은 인정된다. 그리고 개인적 사항에 관해 일반적으로 중점을 두어 보도하려고 하지 않았음도 밝혀진 바 있다(개통식소식에 중점을 두고 개통식에 대한 치사와 참석한 내빈들에 관한 소식을 중점으로 보도했다). 그러나 被告는 原告가 눈에 잘 안 띄게 현장에 머물러 있음이 명백했는데도 불구하고 밖으로 드러내 놓고 그에 관한 기사를 쓰고, 이와 함께 그의 肖像을 공표한 것은 著作權法에 위배되고 있다. 특히 이 보도에서 原告에 대한 조그마한 암시에

도 불구하고 일반독자는 한 눈에 사진의 주인공이 原告임을 충분히 인식할 수 있었다는데 문제가 있다. 그리고 原告에 관해 개인적인 사항을 폭로함으로써 그의 직무상의 의무를 방해한 결과를 가져오기도 하였다.

사복경찰의 직무를 고려해 볼 때 그의 권리와, 법규를 유지하기 위한 명백한 보편적 이해는 이러한 확실한 상황에서는 출판자유에 대한 우위가 인정되므로 被告가 관련기사와 함께 本人의 肖像의 유포를 명백하게 행하는 어떠한 경우에거나 原告의 權利는 보호되어야 한다고 判決했다.

法院의 이러한 判決에 따라 被告는 모든 사건에 관해서 보도할 경우 정확한 사건의 전모를 확인하여 공표하여야 할 것이고, 또한 本人의 肖像에 대한 경찰공무원의 權利에 대해서는 基本法 제1조 1항과, 제2조 1항의 특별규정에 따라 보편적 人格權을 誤導한(聯邦大法院判例 35, 202, 224, 225)에 대한 權利侵害와 이에 대한 損害賠償을 지불하도록 決定했다(함부르크 고등법원, 法律評論誌 1973, 69, 70; 브레멘 고등법원, 新法律週刊誌 1977, 158, 159; 聯邦大法院, 新法律週刊誌 1975, 2075, 2076). □

여배우의 나체사진이라도 本人의 同意없이 公表하는 것은 人格權侵害

합부르그高等法院 1981년 5월 21일 판결
3U 22/81

基本法 제 1 조, 民法 제 823 조 1 항

비록 이 여배우가 영화에서 이미 裸體로 출연 하였거나 또는 누드 예술사진을 허락하였더라도, 그녀가 私生活중에 나체로 있는 것을 無斷攝影하여 公表하는 것은 그녀의 人格權에 대한 중대한 侵害가 된다.

〈事實概要〉

원고는 有名女俳優이며 피고는 H.M新聞의 발행인이다. 원고는 위 新聞의 한 기사의 公表로 인한 그녀의 有·無形의 損害에 따른 賠償을 청구하고 있다.

『스물의 귀염둥이 - 마흔의 美女와 함께』라는 시리즈타이틀과 『R·S... 난 이처럼 젊어본 적이 없었어요!』라는 표제하에 원고인 배우의 사생활에 관한 내용의 기사를 掲載하고 있다. 그 기사의 인터뷰 귀절들은 확실히 造作되었다. 그 기사의 소식란에는 굶은 활자로 된 「情夫들로부터 맘껏 사랑받은 몇 年이 있었다, 밤낮없이」라는 기사도 있다. 또한 이 신문에는 원고가 완전히 裸體로 물속에 서있는 사진을 포함한 다섯 장의 사진이 插畫로 게재되었다. 이 寫眞(벌거 벗고 물에 서있는 사진)은 특히 網處理와 遠景處理되었는데 분명히 망원렌즈를 사용하여 확대 촬영한 것이었다.

원고는 그 기사의 公表로 인하여 자신의 人格權이 侵害당하였다고 느끼고 5,000마르크에 상당하는 慰籍料와 함께 中止請求(Unterlassungsanspruch)를 위한 소송비용을 被告에게 요구했다.

被告는 더우기 원고의 명백한 동의없이 그

녀의 裸體寫眞을 公表하지 않을 義務를 지니고 있었다. 원고의 賠償請求의 대상이 되고 있는 본 계약은 마지막 항목에 상당하는 請求를 법률적으로 관찰할 수 있도록 위임받고 있다는 訴訟代理人的 主張을 포함하고 있다.

被告는 原告가 異議提起한 公表로 인하여 그녀가 慰籍料를 받아야 할 人格權侵害는 없었다고 主張하고 있다. 즉 原告가 (적어도 과거처럼)요즈음도 상영되고 있는 여러 영화에서 자유분방한 역할을 하였다는 것이다. 이를 위해 被告는 3편의 오락영화에서 발췌한 여러 장면의 寫眞을 제출하였다. 異議提起된 사진은 이러한 사진과 비교하면 名譽를 毀損하는 사진이 아니라는 것이다. 덧붙여 被告는 過失이 없다는 것이다.

또한 內容公表의 결과로 인해 原告의 慰籍料請求가 성립되지 않는다는 것이다. 1980년 3월 27일의 경고에서 原告는 해당 裸體寫眞만을 문제삼았다는 것이다. 피고의 변호사가 1980년 4월 23일에 게재중지요청사항에 대해 「이것으로 公表로 인한 모든 訴訟은 종결되었다」고 말했을 때, 원고는 抗辯하지 않았다고 한다. 그래서 公表에 대한 中止請求가 곧 인정되었다는 것이다.

원고에게 유리한 決定에 불복하고, 被告가 抗訴했으나 敗訴했다.

〈判決理由〉

지방법원은 5,000마르크의 위자료지불과 함께 中止請求에 까지 소급한 訴訟外費用 607.05 마르크의 배상을 判決하였다. (民事訴訟法 543조 1항)

抗訴理由의 事實辯論과 증거제출은 다음과 같이 보충한 確定的 原因이 된다.

I

지방법원은 被告에게 두가지 이유에서 위자료를 지불할 것을 判決했다. 하나는 原告의 裸體寫眞을 불법으로 게재한 때문이며, 다른 하나는 그녀의 私生活에 관한 허위사실적 주장이 그 이유이다. 두가지 이유는 위자료 지급 判決의 충분한 근거가 된다.

1. 被告는 H·M신문에서 原告의 裸體寫眞을 게재함으로써 그녀의 人格權을 불법적으로 침해하였다. 또한 이러한 權利侵害는 聯邦大法院이 현행판례에서 발전시킨 原則에 의하면 慰籍料支拂을 당연히 성립시킬 정도로 심각한 것이다. 損害賠償請求의 이유뿐 아니라 慰籍料支拂의 책임을 여러 측면에서 고려하면, 원고의 나체사진의 公開나 性的 行爲는 그녀의 예술적인 役割의 범위내에서 연기를 한 것이라고 被告는 원고에게 抗辯할 수 없다. 지방법원은 그 점에 대해 적절하게 判決했다. 이와같은 성질의 예술적活動이 개인의 私的인 生活表現에서까지 대중매체를 위해 예술가의 肉體를 자유로이 게재하게끔 해서는 안된다는 것은 明白하다. 만약, 신문이 그녀가 원하고 있는 私的 行爲의 보장을 명백히 侵害하여 쟁점이 되고 있는 통속적으로 제작된 당해 寫眞들을 公表한다면, 원고의 內部領域(Intim Sphäre), 적어도 私的 領域(Privatsphäre)은 그로 말미암아 불법적으로 침해당한 것이다. 1) 피고가 본인의 의사에 반하여 裸體寫眞을 유포해서 사적인 영역을 침해하는 것은 가능한 한 어서는 대단히 심각한 人格權의 侵害이다. 어떤 영화제작에서 예술적인 목적아래 촬영이 되고, 그런 점에서 法的 正當性이 성립된다고는 해도 그것은 私生活의 경우에는 고려될 가치가 없다. 어떤 人間運命의 表現인 영화장면이 그녀의 모습을 통해 추구되었으나, 그것은 결코 예술가 자신이 決定해야 하는 人格權의 保護領域이 고려되어 추구된 것은 아니다. 원고의 藝術上的 決定은 그녀의 私生活權의 保護를 어떠한 방법으로도 결코 제한하지 못한다. 문제가 되고 있는 寫眞의 公表로 인한 그녀의 人格權의 侵害로 인해서, 그녀의 예술적 연기가 조금도 타격을 입지 않았다. 그러나 사진계제로 인하여 원고는 그녀의 극히 私的 生活領域이 광범위한

성실한 연기생활을 하고자 하는 예술인에게 公衆의 호기심의 대상이 되어버린 것이다. 그녀는 私人으로서 노출되었다. 거기에는 (藝術上的 決定) 人格의 保護라는 觀點에서 보면 藝術的 활동과는 전혀 성질이 다른 事件이 문제되고 있다. 그녀의 예술상의 활동이 私的 생활영역의 보호부분을 포기하도록 강요당한다고 하더라도 원고의 사생활이 심하게 침해되어도 좋다는 것을 의미하는 것은 아니다. 이와같이 法的 입장에서 보면 抗訴申請한 원고가 協演하여 제작한 3편의 오락영화의 연기는 判決에서 중요한 것이 아니다.

2) 國內外 雜誌에 원고의 여러 장의 裸體寫眞을 公表한 被告의 陳述은 이와 같은 法精神의 어떠한 點도 변경하지 못한다.

원고는 이 公表가 부당하였기 때문에 이 公表에 대해 단호한 조치를 취했다고 진술했다. 또한 그녀는 雜誌 Q 및 W의 위법에 대해 그 책임을 묻는데 성공했다. 사진사에 대한 訴訟은 파리의 한 법원에 제류되어 있다. 그러나 被告는 원고의 동의없이 公表되었다는 주장에 대해 반박하고 있다.

본 訴訟에서는 원고가 公表를 동의했으나, 안 했느냐가 문제가 될 수 없다.

또한 이와같은 寫眞들이 예술적인 觀點에서 촬영되었고, 비록 원고가 사진공표에 同意하는 의사를 표시했다고 할지라도 그 동의는 그녀의 私生活權에 대한 보장을 포기하지는 않았을 것이다. 특히 사진계제로 인해 肖像 本人이 받을지도 모르는 영향을 고려하지 않고, 또 美學的인 승화의 방법을 사용하지 않고 개인의 私生活를 폭로해서 대중의 호기심을 자극했다는 점은 심각한 人格權 侵害에 해당한다.

3) 抗訴에서 引用한 「여배우는 옷을 입어서는 안 된다」는 항소인의 發言은 法的인 觀點에서 문제가 되지 않는다. 항소인은 이 引用句가 眞實性을 가진다고 抗辯하였으나, 비록 그것이 신빙성있는 것이라 할 지라도, 本件과는 관계가 없다. 이와 같은 발언이 어떤 관계가 있다고 하더라도 그 관계는 예술가의 私生活 侵害를 目的으로 한 것은 아니었다. 어쨌든 항소인의 행위는 이 發言으로 정당화 될 수 없다. 인용의 신빙성에 대한 當事者로서 항소인의 訊問申請은 그런 점에서 審理할 必要가 없다.