

경쟁지에 대한 부당한 비판

연방대법원 1981 년 10 월 30 일 판결

IZR 93/79

독일기본법 제 5 조 제 1 항 및 제 2 항 : 부정경쟁방지법 제 1 조

1. 언론기관이 경쟁지를 비판한 경우에, 여론형성에 기여하고 또한 공공의 이익에 관계되는 사건을 보도해야 할 언론의 임무를 고려하면 그 관계자들이 경쟁자라고 또한 표현된 비판이 자기자신의 영업을 촉진시키기에 적합하다고 해서, 이로서 바로 경쟁의사가 추정되는 것은 아니다. 이와 같은 경우에 경쟁의사를 확정하기 위하여는 경업관계의 고려이외에도 이 경우에 고려될 수 있는 모든 사정을 참작할 필요가 있다.

2. 무조건적으로 그리고 비판의 기준이 되는 근거에 대한, 알 수 있는 객관적인 인용도 없이 경쟁지를 헐뜯는 언론비판은 부정경쟁방지법 제 1 조의 의미에 있어서 경업에 반하는 것이며, 독일기본법 제 5 조 제 1 항에 기한 언론 및 출판의 자유의 기본권에 의해서 보호되지 아니한다.

독일연방대법원 1981. 10.30.판결-IZR93/79- (뒤셀도르프 지방법원)

<사실개요>

원고는 I-스피겔(I-Spiegel)이라는 제호의 주간지인 「주주를 위한 신문」을 발행하고 있는바, 위 신문은 투자 추천 및 증권정보를 취급하고 있으며, 일반잡지상점에서 구입할 수 있다. 제 1 피고는 일반잡지상점에서 구입할 수 있는 월간 경제지인 「C」 및 증권정보지인 C. 베르트라우리히(C. Vertraulich) 및 C. 데페셰(C. Depesche)의 발행인 겸 출판인이다. 제 2 피고는 C의 책임편집인이고, 제 3 피고는 C. 베르트라우리히 및 C. 데페셰의 편집인이다. C. 베르트라우리히는 매월 발행되고, C 잡지의 예약자에게 발송되며, C.

데페쎬는 주간지로서 예약에 의해서 판매되고 있다. 피고들은 1977년 11월, 12월에 그들이 발행 및 편집하는 신문에서 소위 대은행의 주식[Restquoten: Reichsmark라고 불리워지는 드레스트너(Dresdner)은행, 도이취(Deutsch)은행, 콤메르츠(Commerz)은행(구은행)의 구주식]의 평가에 관해서 의견을 이야기하고, 그때에 원고의 증권잡지 및 그 잡지의 단독이사인 상학사 B. H.에 대하여도 언급하였다. 정보 잡지인 C. 베르트라우리히(C.Vertraulich)의 1977년 12월 9일자 12호의 제1면에는 다음과 같이 쓰여져 있다.

「대은행의 주식. 아직도 라이히스마르트(Reichsmark)라고 불리워지는 대은행의 구주식, 소위 레스트쿠오펜(Restquoten)을 둘러싸고 지난 수 주일동안 심한 투기가 발생하였다. 그런데 별로 믿을만하지 못한 것으로 알려진 바로 그 E. 스피겔(E. Spiegel) 잡지가 잘못된 정보를 가지고 그렇게 되도록 만들었던 것이다. 현실은 레스트쿠오펜(Restquoten) 소유자에게 그렇게 유리한 것은 아니었다. 레스트쿠오펜은 그 당시 아주 전망이 나쁜, 정치적인 희망의 증권이었다.」

마찬가지로 1977년 11·12월호의 C·데페쎬 잡지에는 다음과 같이 씌여 있었다.

「독일 대은행의 레스트쿠오펜(Restquoten)에 관련된 투기는 현실과 아무런 연관이 없는 것이었다. 그 동안 그 투기를 일으켰던 장본인으로서 B.H.씨 및 별로 믿음직스럽지 못한 증권잡지로 알려진 그의 E·스피겔 잡지임이 드러났다.」

나아가 1977년 12월 23일자의 「C」 잡지 자체에도 『마지막 잉여』라는 제하에 다음과 같이 씌여 있었다.

「그 동안의 터무니없는 투기를 일으켰던 장본인으로는, 증권가에서 별로 믿을 만하지 못하다고 알려진 증권잡지인 E. 스피겔의 발행인인 B.H. 씨임이 드러났다. 그리하여 H 씨는 투기꾼인 H.D.K.씨가 D 은행에 대하여 제시하였다는 소문이 있는 입찰가격이 어떠한 것인지에 관하여 곧 설명을 하지 않으면 안될 것이다.」

원고는 자기의 신분을 「별로 믿을 만하지 못한 것으로 알려져 있다」는 표현을 영업상 경쟁을 위한 허위의 사실의 주장이라고 인정하고, 그 주장이 근거없는 것이고 또한 불필요하게 무조건적으로 원고를 헐뜯는 것이므로 이러한 주장의 배포는 경쟁에 반하는 것이라고 주장하였다. 원고에 의해서 개시된 절차는 경쟁에 반하는 주장의 중지를 요구하는 것이었다. 피고들은 문제된 기사는 사실에 반하는 것도 아니고 또한 경쟁을 위한 목적으로 씌여진 것도 아니라고 주장하였다. 피고들은 단지 독일 기본법 제5조에 기한 언론 및 출판의 자유의 기본권을 행사하여 공익에 관한 사건을 적시한 것이고 공공의 여론형성에

기여한 것이라고 주장하였다. 피고들은 또한 원고의 잡지에 대한 그들의 평가는 정당한 것이고, E.스피겔 잡지가 믿을 만하지 못한 것으로 알려진 것은 증명될 수 있다고 주장하였다. 지방법원은 신청에 따라서 피고들로 하여금 문제된 기사를 중지하라고 판결하였다. 피고들은 위 판결에 대하여 비상상고를 제기하여 원고의 소는 기각되어야 한다고 주장하였다. 위 상고는 받아들여지지 않았다.

<판결이유>

I

지방법원은 다음과 같이 설명하고 있다. 즉 원고의 중지신청은 부정경쟁방지법 제 1 조에 따라서 정당하다. 피고들은 경업자로서 행동을 하였고, 따라서 그들의 행동은 부정경쟁방지법의 규정에 따라서 규제되어야 하기 때문에, 피고들은 언론 및 출판의 자유의 기본권을 행사한 것이라고 주장할 수 없는 것이다. 이 사건의 당사자들은 동일한 독자층을 상대로 하는 경쟁자들이다. 따라서 피고들이 원고를 믿을 만하지 못하다거나 또는 믿을 만하지 못한 것으로 알려져 있다고 주장하게 되면 그것이 원고에게 커다란 영향을 미칠 것은 틀림없다. 그리고 증권거래에 관심이 있는 독자들이 구입여부를 결정함에 있어서 증권잡지의 신뢰성, 즉 그 잡지의 투자추천의 신빙성 또는 신뢰성이 결정적인 역할을 하는 것이다. 피고들은 원고의 위 신뢰성을 인정하지 않았던 것이다. 이때에 피고들은 경쟁의사를 가지고 행동하였던 것이다. 이러한 경쟁의사를 인정함에 있어서는, 양당사자가 경쟁관계에 있다는 것에 기인하는 사실상의 추정뿐만 아니라 원고의 잡지를 별로 믿을 만하다고 표현하는 것이 정신적인 의사대립이나 또는 어떠한 공적인 이익의 확보와는 전혀 무관하고, 오히려 양당사자가 독자확보를 둘러싼 경쟁관계에 있다는 점이 그 근거가 되는 것이다. 피고들의 잡지에 실린 위 기사들은 공정한 경쟁의 원칙과는 서로 조화되지 않는 것이다. 이 경우에 있어서 문제된 기사가 가치판단에 관한 것인지 또는 진실하거나 진실하지 않은 사실주장에 관한 것인지 및 피고들이 이러한 사실을 증명할 수 있는 것인지의 여부는 문제로 되지않는 것이다. 여기에서 문제로 되고 있는 종류의 기사는 공중의 눈으로 보면 경업자를 헐뜯는 것이고 또한 경업자의 영업상의 명성에 원칙적으로 부정적으로 작용하는 것이다. 이러한 기사가 사실에 부합한다 할지라도, 경업자의 비방이 바로 자기자신의 영업에 해당된다는 충분한 근거가 존재하는 경우에만 비로소, 부정경쟁방지법의 입장에서 이러한 기사가 허용될 수 있는 것이다. 그러나 본건의 경우에는 사정이 그러하지 아니하였다. 피고들의 원고에 대한 공격은 합법적인 경업도 아니고 쌍방의 능력의 허용되는 비교도 아니었던 것이다. 피고들은 이에 대한 사실을 적시함이 없이 그들의 잡지에서 원고를 무조건으로 비방하였다. 피고들이 원고의 레스트쿠오텐 추천에 이의를 제기했다고 해서

그것만으로 그들의 기사를 정당화 시키지는 못한다. 왜냐하면 피고들은 근거를 제시함이 없이, 원고가 오래 전부터 또한 원고의 레스트쿠오텐 추진과 관계없이 믿음직스럽지 못한 것으로 알려져 있다고 주장하였기 때문이다. 경업자를 비방하는 영업자는 경업상태의 왜곡을 예방하기 위하여 그의 부정적인 의견에 대한 근거를 제시하여야 하는 것이다. 여기에서 문제된 기사를 정당화 시키기 위하여 피고들이 원용하고 있는 독자들의 정보이익을 위해서도 이러한 것은 요구되는 것이다.

II

위 판결에 대한 상고는 인용되지 않았다.

1. 양당사자가 서로 경업관계에 있다는 것을 전제로 한 지방법원의 태도는 정당하다. 1 심이 확정하고, 또한 상고에 의해서도 다투어지지 아니한 사실에 의하면 양당사자의 간행물은 동종의 내용 특히 증권정보 및 투자추천을 가지고 동일한 독자층을 상대로 하고 있다. C 잡지와 마찬가지로 원고의 잡지도 역시 경제 전문지로서 C .베르트라우리히 (C.Vertraulich)나 C.데페쎬(C. Depesche)와 마찬가지로의 방법으로 증권거래 및 투자추천에 관한 안내를 전문으로 하고 있다. C 잡지와 마찬가지로 원고의 잡지가 일반잡지상점에서 구입할 수 있음에 반하여 증권정보지인 C.베르트라우리히 및 C.데페쎬가 오로지 예약에 의해서만 판매된다고 하는 점은 경업관계의 문제에 대해서는 아무런 의미가 없는 것이다. 이러한 잡지의 판매방법상의 차이에도 불구하고, 양당사자는 경업관계의 인정에 있어서 가장 문제로 되는 동일한 독자층을 그 대상으로 하고 있는 것이다.

2. 피고들의 문제된 행동이 객관적으로 보아서 경업행위에 해당된다는 지방법원의 견해 역시 아무런 의문이 없다. 문제로 되고 있는 기사는 경험칙상 공격받은 기업의 영업활동에 불이익하게 작용하는 것이고, 따라서 객관적으로 보아서 반대편 당사자, 즉 여기에서의 피고들의 판매상태를 유리하게 할 수 있는 성질의 것이다. 이 점도 또한 상고에서 다투어지지 않고 있다.

3. 원고의 희생 위에서 피고들의 영업활동을 촉진시키는 것이 주관적으로도 문제로 되기 때문에 피고들이 경업의 의사를 가지고 행동하였다고 하는 지방법원의 견해에 대한 상고는 이유없다. 이에 대하여 상고는 다음과 같이 이의를 제기하고 있다. 즉 양당사자가 경업자의 관계에 있다는 사정만으로 바로 경쟁의사가 있다고 추정될 수는 없다. 경쟁상태가 존재하는 경우에는 경업자의 능력에 대한 시비는 자기자신의 영업의 촉진을 목적으로 하는 것이라고 일반적으로 추정될 수 있기는 하다. 그러나 그렇다고 해서 이 사건에 있어서 위와 같은 사실이 인정될 수는 없다. 왜냐하면, 피고들은 단지 언론 및 출판의 자유의 범위 내에서 경제생활의 영역에 기한 사건에 관해서 보도하고 그럼으로써 여론형성에 기여하였기 때문이다. 사실 및 의사발표를 보도하고 공중에게 주지시키는 것은 독일 기본법 제 5 조 제 1 항에 기한 언론 및 출판의 자유의 기본권에 의해서 헌법적으로 보장된 언론의 임무인 것이다. 이러한 임무의 수행에 있어서 언론 및 출판의 자유는 부정경쟁방지법의 규정에 의해서 제한되어질 수는 없는 것이며 위 법의 해석 및 적용에 있어서는 이러한 기본권의 특별한 의미가 고려되어야 하는 것이다. 이와 같은 설명으로서도 상고는 정당화되어질 수 없다. 물론 피고들의 경업의사는 당사자들이 서로 경업관계에 있다는 것으로부터 당연히 인정되는 것은 아니다. 경업자가 영업상의 거래에 있어서 타인의 희생 위에 자기자신의营业을 촉진하기에 객관적으로 적합한 의사를 표현한 경우에는 경업의사의 존재를 사실상 추정하는 것이 일반적으로 보아서 생활경험에 일치하는 것이다. 그러나 본건에 있어서 이러한 사실상의 추정이 자연히 인정되는 것은 아니다. 왜냐하면 이 건의 문제 된 피고들의 기사에 있어서는 언론의 기사가 문제로 되고 이 경우 이는 공중에 대하여 공익에 관한 사건을 보도하고 또한 여론의 형성에 기여하는 언론의 특별한 사명에 비추어서, 관계인들이 경업관계에 있다는 것으로부터 당연히 경업의사의 존재가 추정되어질 수는 없기 때문이다. 언론기업이 공익에 관계되는 사건을 비판적으로 보도한 경우에 경업의사의 개념을 너무 넓게 이해함으로 인해서 의견 및 정보의 자유가 침해될 수는 없는 것이다. 따라서 객관적으로 요구되거나 헌법상 허용된 범위를 넘어서까지 공익에 관계되는 사건의 보도를 제한하지 않도록 하기 위하여, 언론보도의 경우에 있어서 경업의사의 존재를 인정함에 있어서는 이에 관계되는 모든 사정을 면밀히 검토할 것이 요구되며, 이것은 이러한 기사가 경업자에 대한 것인 경우에도 마찬가지이다. 왜냐하면 이러한 경우에도 언론으로 하여금 공익에 관한 보도나 여론형성에의 참여를 일반적으로 배제할 수는 없기 때문이다. 그러나 본건에 있어서 피고들의 경업의사가 앞에서 본 바의 기준에 따라서 부정될 수 있는 사정이 인정되는 것은 아니다. 지방법원이 확정한 사실에 의하면 피고들은 문제된 기사에서 기준이 되는 근거(예를 들면, 피고들이 소송에서 비로소 주장한, 원고에 의한 H.O 및 L. 주식의 평가에 관한 사실들)를 적시하거나 또는 암시하지도 않고 피고들의 잡지와 경쟁관계에 있는 원고의 잡지를 일반적으로 별로 믿을 만하지 못한 것으로 표시하였던 것이다. 공중에게 객관적으로 보도하고, 공적인 여론형성과정에서 참여할 의도가 추측되어질 수 없는 이러한 상황에서는, 피고들의 위 보도가 정신적 또는 경제정책적인 토론에의 참여희망이나 또는

증권계 소식에 흥미를 가지는 거래층에 대한 정확한 보도에의 이익에 의해서 주로 결정된 것이고, 이 경우에 경영상의 이득은 전혀 작용하지 않았거나 또는 단지 부수적인 역할만을 하였다고는 바로 단정될 수 없다. 상세한 근거도 제시함이 없이, 공중에 대하여 경영자를 별로 믿을 만하지 못하다고 인식시킬 수 있는 보도를 하는 것은 세계관적인, 정치적인, 경제적인 또는 문화적인 종류의 언론간의 알력에 기인한 것이거나 또는 소비자에 대한 객관적인 보도 및 계몽을 함에 있어서 행해진 것은 아니고 오히려 일반적으로는 이러한 보도가 독자에게 자기자신의 영업능력(본건에 있어서는 자기자신의 증권정보 및 투자 추천)이 경영자의 그것보다 우월하다는 인상을 줄 의도하에서 행해진 것이라고 인정될 수 있는 것이다. 그리하여 본건에 있어서 문제로 된 행위가 언론의 보도에 관한 것이라는 사실에도 불구하고 피고들이 자기자신의 영업을 촉진시킬 의도를 가지고 행동하였다고 지방법원이 인정한 것은 법적으로 타당한 것이다. 어떠한 행동이 영업상태에 영향을 줄 수 있는 행동이냐를 정함에 있어서는 행위자의 영업에 관련된 부수적인 의도가 개입한 수 있는 동기가 참작되어야 한다는 것을, 지방법원이 이러한 판단을 함에 있어서 고려하였다. 그러나 이러한 경영상 별로 현저하지 않은 동기가 본건에 있어서 존재하였다고 하는 사실심 법원으로서의 확신을 지방법원은 얻을 수가 없었다. 이것은 법률상의 잘못은 아니다. 지방법원은 피고들의 경영의사를 양당사자가 경영자라는 사실만으로부터 인정한 것은 아니다. 즉 그밖에도 지방법원은 피고들이 (아마도 전적으로 그러한 것은 아닐지라도) 원고의 희생하에서 자기들의 영업을 촉진시키려는 의도를 가지고 행동하였다고 인정하였다. 왜냐하면 E. 스피겔(E. Spiegel) 잡지를 무조건적으로 또한 아무 근거도 없이 별로 믿을 만하지 못하다고 표현한 것은 정신적인 의견대립이나 공공의 이익의 유지와는 전혀 관계가 없고, 오히려 동일한 독자층을 둘러싼 경쟁에서 피고들의 개인적인 영업이익만을 높여주는 것이기 때문이다. 그리하여 지방법원이 피고들의 본건 보도를 다른 증권정보잡지와 경제적 경쟁에 있어서 독자층에 영향을 미치기 위한 수단으로서 이해한다면, 문제된 기사의 성질 및 내용 그리고 이에 표현된 경향에 비추어 보아서 법률상의 이유로서는 이에 대하여 이의를 제기할 수가 없을 것이다.

4. 문제된 피고들의 기사가 부정경쟁방지법 제 1 조의 의미에 있어서 경영에 반하는 것이라고 하는 지방법원의 견해에 대해서는 법적인 근거에 있어서도 역시 이의를 제기할 수 없다. 이러한 보도에 있어서 문제로 되는 것이 가치판단이나 또는 (사실이거나 사실이 아닌) 사실상의 주장이냐에 대한 판단을 지방법원이 하지 않은 것은 법률에 위반되는 것이 아니다. 어떠한 경우에도 피고들이 이러한 보도를 할 권한은 없는 것이다. 만일 진실에 부합하지 않은 사실상의 주장이 문제로 되는 경우에는, 이러한 주장은 두말할 것도 없이 바로 중지되어야 할 것이다. 어떤 증권잡지나 또 이러한 종류의 잡지의 발행에 종사하는 기업을 믿을 만하지 못하다고 보도하는 기사는 그들의 영업상 활동의 신용을 떨어뜨리고

또한 그들의 존속 및 신뢰성을 위협하는 것이다. 그러나 이러한 기사가 사실상 부합하지 않을 때에는 이러한 기사의 배포에는 하등의 보호받을 이익이 존재하지 않는 것이다. 그러나 여기에서 문제로 된 기사가 진실에 부합하는 주장에 관련된 것이거나 또는 사실에 관련되는 의견진술(예를 들면 본건에 있어서 피고들이 소송과정에서 비로소 주장한 원고의 H.O 및 L. 주식에 대한 태도를 둘러싼 사건)에 관련된 것이라 할지라도 지방법원이 피고들의 행위를 경업에 반하는 것이라고 판단한데 대하여는 이의를 제기할 수가 없다. 어떠한 사실이 진실이라고 해서 그것만으로 바로 언론으로 하여금 경쟁자의 신용을 떨어뜨릴 수 있는 권한을 부여하는 것은 아니다. 물론 의견상의 차이에 기해서 관심있는 독자의 계몽을 위하여 경쟁지의 보도 및 견해에 대하여 논쟁을 벌이는 것이 언론기관에 금지되어 있는 것은 아니다. 그러나 그 경우에도 언론기관은 서술의 형식 및 내용에 있어서 요구되는 점들은 지켜야만 하는 것이다. 논쟁의 근거가 되는 사정을 객관적으로 인용하지도 않고 상대방을 무조건적으로 매도하는 것은 허용되지 않는 것이다. 따라서 피고들의 본건 행위는 부정경쟁방지법상 허용되지 않는 것으로 보여지는 것이다. 지방법원이 확정한 사실에 의하면 피고들은 원고의 잡지를 곧바로 믿을 수 없는 것으로 표현하였고 더욱이 아무런 근거도 제시하지 않았으며 또한 피고들이 문제된 기사에서 취급한 원고의 레스트쿠오텐 추천과는 전혀 무관하게 이루어졌다. 이러한 무조건적인 비방기사는 원고의 대은행 레스트쿠오텐에 대한 평가에 관한 독자들의 객관적인 판단을 불가능하게 할 뿐만 아니라 원고의 신뢰성에 대한 판단도 불가능하게 하는 것이다. 위 비방기사는 근거도 제시함이 없이 원고가 전적으로 또는 적어도 레스트쿠오텐 추천에 관련해서는 신뢰성이 전혀 없다고 보도함으로써 원고의 잡지를 전면적으로 깎아내린 것으로 되는 것이다. 따라서 지방법원이 피고들의 문제된 기사를 원고의 잡지, 즉 원고 자신을 부당하게 깎아내린 것이라고 인정한 것(이러한 행위는 이로 인해서 표현된 비판이 근거되는 사정을 정확히 알고 한 것인 경우에는 허용되는 경우에도 부정경쟁방지법상 용납될 수 없는 것이다)에는 아무런 법적인 잘못이 인정될 수 없다. 이에 대하여 지방법원이 피고들의 행위를 부정경쟁방지법의 입장에서 판단한 것은 독일 기본법 제 5 조 제 1 항에 기한 언론 및 출판의 자유의 기본권과 서로 모순하는 것이며, 이는 결국 피고들의 입을 다물게 하는 결과로 되고 또한 이러한 기본권을 이와 같이 해석하게 되면 문제된 기사가 허용되는지의 여부를, 독자들로 하여금 자기자신의 태도설정을 가능하게 하는 사실의 보도에 종속시키는 것을 불가능하게 한다고 하는 상고는 이유없는 것이다. 사실 공적인 언론비판이 사실에 의해서 증명되거나 또는 평균적인 독자에 의해서 인정될 수 있는 경우에만 허용된다고 하는 것은 독일 헌법재판소 및 독일 연방대법원의 판례에 의하더라도, 독일 기본법 제 5 조 제 1 항에 근거하는 의견의 자유의 기본개념 및 기능에도 부합하지 않은 것이다. (VerfG NJW 1976, 1690, 1681. BGH LMGG Art. 5 Nr. 36=GRUR 1975, 208, 210=NJW 1974, 1762, 1763). 그러나 이와 같은 상고논지는, 앞서 본 판례들이 정치적 정신적인 토론에 기여하는 언론보도나 공공의 이익에 관한 사건에 관계되는 경우이었고, 객관적인 근거도 없이 또한 이해관계인의 계몽에도 기여하지 않는 무조건적인 비방에만 관계되는 경우가 아닌 것임을 간과하고 있는 것이다.

5. 따라서 피고의 본건 상고는 이유없는 것으로서 기각되어야만 했다.