불법도청하여 취득한 내용의 공표는
게재중지 가처분신청대상이 된다

연방대법원 1978 년 12 월 19 일 판결
민사 5 부 137/77

<적용법조>
기본법 1,2,5 조, 민법 823, 1004 조

<판결요지>
원고들의 전화통화를 도청해서 신문이 그 내용을 공표하는 것은 원고들의 인격권 침해이다.

<사실개요>
1974 년 10 월 3 일에 제 1 원고인 기민당 당수와 제 2 원고인 기민당 사무총장은 정체불명인이 도청, 기록하는 줄도 모르고 전화통화를 했다. 대화의 내용이 1975 년 6 월 2 일 카이저라우테른에서 발송된 익명의 편지 한 통과 함께 제 1 피고가 발행하는 스테른(Stern)지의 편집국에 도착했다. 제 2 피고는 스테른지의 편집국장이다. 제 2 원고(기민당 사무총장)는 1975 년 6 월 11 일 스테른지의 두 편집인과의 인터뷰를 계기로 이러한 사실을 알게 되었다. 경찰에 신고하기 전에 우선 그 사실을 밝히지 않기로 했다. 1975 년 6 월 12 일자 스테른지가 그 전화내용을 보도했다. 그에 따라 다음 날 아침에 수많은 신문들이 다시 보도했다. 바로 그 날에도 제 1 원고와 제 2 원고는 그 전화통화내용이 공표되는 것을 원하지 않는다는 사실을 스테른지의 편집국장에게 환기시킨 바 있다. 제 2 피고인 편집국장이 공표를 중지하라는 원고들의 요구를 받아들이려고 하지 않았기 때문에, 원고들은 1975 년 6 월 17 일에 전화통화내용의 게재금지를 위한 가처분신청을 했다. 그런데 1975 년 6 월 19 일자 스테른지는 그 도청사건에 관한 기사를 제 3 피고인 편집인의 협조 하에 원고가 더 이상 게재금지를 요청할 수 없을 정도로 기사화해서 배포했다. 원고들은 소상에서 원고들 사이의 전화통화내용을 전부 또는 일부라도 공표되거나, 제 3 자에게 배포되는 것을 중단케 할 것을 요청했다. 지방법원과 고등법원은 그 소송이 이유있다고 받아들였다. 상고를 통해서 피고들은 계속해서 기각을 요구했다. 피고들의 요구는 받아들여지지 않았다.

<판결이유>

I

항소법원의 견해에 따르면, 원고들은 민법 제 823 조 1 항, 제 1004 조에 의거, 전화통화내용을 전부 또는 일부분이라도 공표하거나 제 3 자에게 배포하는 것을 금지시킬 수

있다. 왜냐하면 이로 인해서 그들의 인격권이 침해되었기 때문이다. 항소법원은 다음과 같이 판시하고 있다. 원고들이 모르는 사이에 전화통화를 도청당하고 기사화됨으로써 헌법상으로 보장되고 있는 사생활권을 위법적으로 침해당했다는 것이다. 즉 정치가인 원고들은 전화통화가 도청 되지 않고 그의 생각을 교환할 수 있도록 보장되어져야 한다는 것이다. 이와 같은 자유의 보장은 또한 기록물의 위법적인 공표와 배포행위로부터 원고들을 보호한다는 것이다. 원고들의 통화가 피고들에 의해 도청되지 않았다는 사실은 본안에서 중요시되지 않을 수 있다. 왜냐하면, 단순한 기록의 차원을 넘어서 앞으로 닥쳐올 상황을 고려해야 함에도 불구하고, 그 통화내용을 공표했다는 사실은 원고들의 인격권에 대한 현저한 침해행위가 된다는 점이다. 공표를 함으로써 통화내용을 공중에게 모두 알린 결과가 되었으며, 연방의회의 G-10 위원회의 두 위원과 몇몇 소수의 정치인들에게 전달된 사본에 의해서도 과실을 범했다는 것이다. 피고들은 기본법상의 언론의 자유를 근거삼아 면책을 주장할 수 없다. 원고들의 인격권 보호는 피고들의 공표에 관한 이익에 우선한다. 그러나 본질적으로 법익을 위협하거나 공익과 현저하게 관련된 공표는 타당한 것으로 용인될 수도 있다. 그런데 본안소송에서는 이러한 특수상황이 결여되어 있다는 것이다. 비록 통화내용이 스테른지를 비난하는 것을 포함하고 있다고 할지라도, 그것을 공표하는 행위는 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 위법적인 행위로 인해 원고들의 사생활권이 침해되었다.

II

결과적으로 상고는 기각되었다.
1. 제 1 피고인 발행인, 제 2, 제 3 피고들인 편집인들이 원고들의 전화통화내용의 공표로 인해서 원고들의 두 가지 인격권을 침해하고 있다.
(1) 첫째 원고들의 전화내용을 공표해서 일반 공중들이 알게 됨으로써, 원고의 이익을 침해한 것이다. 원고들의 통화내용이 공표되어서는 안 된다는 점은 그들의 통화내용이 그들의 사생활에 관한 것이었음에도 나타난다. 기민당에서 주요한 위치에 있는 두 원고들은 1974 년 10 월 3 일자 스테른지가 수상 후보인 제 1 원고를 공격한 제 1 피고의 행위에 대해 토론했다. 또한 그들은 제 1 원고가 수상후보자라는 점에 대한 당원들의 태도를 비판적으로 언급했다. 그들은 정당내부의 상황이 신문에 보도될 정도로 경솔했던 가를 논의했고, 그것을 방지할 수 있는 대책에 대해 이야기했다. 비록 원고들이 공적 업무에 대해 언급했다고 하더라도, 화제에 오른 것은 사적인 것들이었다. 사려깊은 친구에게만 솔직하게 털어놓을 수 있는 생각과 감정이 오고 간 것이다. 한편 그들은 대화내용을 공개할 의사가 있었던 것은 아니다. G-10 위원회의 두 위원과 소수의 정당 동료들에게 내용 일부를 배포했다는 사실때문에, 원고들이 그들의 비밀유지에 대한 이익을 포기한 것은 아니라는 점을 항소법원은 적절하게 용인했다.

(2) 전화내용의 공표로 인해 원고들이 입은 인격권 침해의 내용은 통화내용을 비밀로 유지하려는 원고들의 이익에만 한정되는 것은 아니다. 즉, 공중에게 공개되어서는 안 되는 통화내용의 사본이 보도됨으로써, 원고의 인격권이 더 현저하게 침해되었다. 공중의 주목을 받고 또는 공중의 주목을 받으려고 노력하는 정치가뿐만 아니라 일반대중도 원칙적으로 다른 사람들에게 공개할 수 있는 한도에서만 다른 사람이 접근할 수 있는 기본법 제 1, 2 조에 의해 보장된 사생활권에 관한 권한이 있다. 이러한 사생활권은 공중의 감시나 평가로부터 보호되어야 한다. 만약 그렇지 않으면, 그의 인격권이 상실되거나 위협받게 될 것이다.무엇보다도 전화통화의 내용이 정치적인 문제와 관련되었다고 하더라도 원고들이 사적으로 통화했을 뿐이라는 점에서 원칙적으로 보호될 수 있는 것이다.
왜냐하면, 대화의 내용이 무엇이었고 그리고 어떻게 말했는가 하는 문제는 근본적으로 통화자들의 관심영역에 달려있기 때문이다. 만약 이러한 친밀한 통화가 비밀리에 도청되어 기록되고, 그 기록문서의 사본이 공중에게 알려진다면 그 보호는 이미 상실되는 것이다. 이런 점에서 대화의 내용이 외부로 누설되어 공표되었으므로 당사자들의 인격권이라는 측면에서 심각한 침해가 되는 것이다. 당해 기록문을 보면 대화내용이 기록됐을 뿐만 아니라, 대화중에 나타난 미묘한 감정까지도 기록되었다. 사생활의 공개행위로부터 개인의 인격권을 보호하도록 규정하고 있는 헌법·형법상의 조항(형법 제 201 조)을 보더라도, 특히 본인의 동의없이 녹음되거나 제 3 자에 의해 재생, 배포되는 행위는 원칙적으로 금지되어 있다. (연방대법원민사판례 27, 284, 286, 289, 연방대법원 민사판례 19, 325, 330, 연방헌법재판소판례 34, 238, 246= NJW 1973,890 ff; 35, 202, 220=NJW 1973, 1226) 똑같은 근거에서 볼 때, 친밀한 인물에 의한 기록이 당사자의 허락을 얻어서 그가 동의한 방법으로 공표하는 것은 원칙적으로 인용된다.(B-GHZ 15, 249, 257; 24, 72, 79; 36, 77,83; Bverf GE 44, 353, 372=NJW 1977, 1489, 1490; St. Rspt.)그러므로 본인의 사전동의를 얻지 않고 사진을 공표했을 때 이것을 당사자에 대한 인격권 침해로 본 판결도 궁극적으로 이와 같은 원칙에 근거하고 있다. 이 사건에서 비밀스런 녹음이나 녹음기의 사용은 문제되지 않는다. 그러나 원고들의 통화내용을 문자로 기록한 것을 공표하는 것은 인격권의 보장이라는 측면에서 보호되어야 한다. 비록 그들이 목소리를 재생하지는 않았지만, 원고들은 그들의 사생활권의 공권적 증명에 대한 동일한 청구를 했다. 동시에 통화내용의 기록문이 활자화되어서 독자들에게 시각적 효과만을 전달하기 때문에, 기록문을 언어를 통해서 전달할 때의 선명도나 유연함을 잃기 때문에 인격권의 보호라는 측면에서 위험성을 내포하고 있다. 이런 점에서 타인의 사생활에 대한 기록을 다루는 사람은 그 기록에 대해 많은 주의를 기울여야 한다.
2. 인격권은 비밀리에 행해진 개인적인 대화를 무분별하게 취급했다고 해서 반드시 보호되는 것이 아니고, 또한 본건 사건과는 관계가 없지만 사생활의 불가침영역을 침해하지 않는 한 동의받지 않은 원고들의 사생활의 공개도 법적으로 절대적인 보호를 받는 것이 아니다. 기본법에 보장된 인격권은 신문이 특정사실을 공표할 때 동일한 차원에서 보장된 출판의 자유와 상충될 수도 있다. 이런 점에서 인격권이 보호될 수 있는 한계는 원고의 권익과 신문의 권익을 비교형량의 원칙에 의해 정할 수 있다(연방대법원 27, 284, 289 ; Bverf GE 35, 202, 221=NJW 1973, 1226, 1228 ; 참조, 역시 BGHST 27, 355=N JW 1978, 1930 m.w.

Nachw.). 결과적으로 항소법원은 원고의 이익을 공표의 이익에 우선하는 것으로 판결했다. 이러한 판결에 대한 오해의 소지를 없애기 위해서 명백하게 밝힐 필요가 있다. (1) 원고들의 통화상의 비밀유지와 같은 개인의 권익을 위해 통화의 공표가치를 고려하지 않는 그리고 통화에 관한 정보를 공표하는 것을 금지하는 절대적인 「사용금지」의 의무가 피고들에게 부과되지 않았다. 비록 그들의 정보원이 스스로 범법적인 방법으로 녹음기나 도청기에 그 내용을 녹음 시켰더라도, 절대적인 「사용금지」의의무가 부과되지 않는다는 점에서 마찬가지이다.비록 피고들이 사생활을 침해한 결과로 얻는 것들을 사용했지만, 피고들이 이러한 사생활을 직접적으로 침해하지 않았다는 점은 의문의 여지가 없다. 항소법원이 적절하게 이해한 것처럼 이로 인해서 그들의 행위가 형사적 처벌을 받지않았다. 또한 형법 제 201 조의 형법상의 보호는 그들의 행위와 관계가 없다. 원고가 상기한 논지를 받아들이지 않았음은 문제가 되지 않는다. 형법을 끌어들인 중간문제는 이미 통화내용의 비밀유지 이익이 야기된 문제와 동일시될 수 없음을 의미한다. 절대적 보호는 인격권을 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 제한을 아직 명령하지 않았는지 모른다. 피고들이 사생활을 침해함으로써 얻을 수 있었던 정보를 공표하는 것이 전적으로 부정된다면, 헌법에 보장된 언론의 자유가 우려될 정도로 제한될 것이 아닌가 하는 점에서, 상고는 적절히 논급하고 있다. 특히 언론이 대중의 이해관계가 있는 문제들을 공표함으로 인해서 사생활을 침해하는 경우가 있더라도, 공표할 가치가 있는 사건은 이해당사자가 공표를 원하지 않더라도 공표할 수 있어야 한다. 마찬가지로 서신, 우편 및 전신전화의 비밀로서 헌법에 특별히 보장된 사생활을 침해함으로써 얻어 스테른지에 송고된 전화내용의 사본과 같은 정보는 신문이 직접적으로 관계되지 않은 한, 어떤 사항도 원칙에 위배된다고 간주할 수 없다. 기본법이 이러한 사생활의 불가침에 부여한 특별한 가치가 어떤 방법 및 조건에서 개인들간의 법률관계에 영향을 미치느냐 하는 것은 본안소송에서는 별개의 문제가 될 수 있다. 어쨌든 헌법에 보장된 통신비밀의 자유를 위해 이러한 정보가 신문에 공표되는 것이 금지되어야 하는가 하는 문제에 관한 판단은 헌법에 보장된 언론의 자유와의 상충관계를 고려해야만 한다. 커뮤니케이션은 서신, 우편 및 통신의 비밀이 보장되는 영역에서 더 많이 발생한다. 일반적으로 이 같은 사건의 정보를 신문이 공표하는 것을 금지하는 것은 언론의 자유가 이러한 기본권의 수준에서 그 자유의 규모가 축소되지 않는 것을 보장해야 한다. 「정보원으로부터 방해받지 않고 일반적으로 취득할 수 있는 알 권리의 헌법적인 보장(GG 제 5 조 1 항)은 신문에게 이러한 제한을 부여한 것이 아니다. 정보의 자유는 신문의 정보원을 「일반적으로 접근할 수 있는」것으로 제한하려는 것이 아니라, 국가적인 제한으로부터 개인의 의견을 보호하려는 것이다. 피고들이 직접 관계하지 않았으나 그들의 정보원이 타인의 사생활을 침해해서 얻은 정보를 사용했다고 하더라도, 일반적으로 취득할 수 없는 정보원으로부터 나온 정보의 공표는 GG 제 5 조 2 항에 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 인격에 대해 상당한 고려를 하도록 한다. ⓐ 공중에게 알려지지 않을 보호할만한 개인권익을

신문은 고려해야 한다. 신문이 스스로 사생활을 침해한 것이 아니라는 사실이 이러한 책임을 면책시켜주지 않는다. 이러한 사생활의 영역에 대한 공표는 침해를 문서로 증명하고 심화시킨다. 이러한 공표는 또한 개인의 사생활 보호에 대한 문제점을 야기시킨다. 신문이 타인의 이러한 정보를 가지고서 개인의 사생활을 침해할 수 있다고 인식되는 것도 결코 있을 수 없다. 그래서 상충하는 이익을 비교형량 할 때 정보의 내용을 검토해 보아야 할 뿐만 아니라, 또한 그것은 그들의 정보제공자가 그 정보를 공급한 방법이 신문의 발행의무, 권리를 제한할 수 있는 요소가 된다. 그러나 이것은 항소법원이 인용한 것처럼 공중의 알 권리에 대한 권리를 고려해서 불법적으로 취득한 정보가 공표될 수 있다는 것을 의미하는 것이 아니다. 기본법 제 10 조에 의한 개인이 통신비밀의 보호와 국가권력과의 관계는 개인의 인격권의 보장과 신문의 자유사이에서 일어나는 상충관계를 문제시하면, 본건에서 그것들을 비교할 여지가 없다. 이미 상술한 바와 같이 어떤 정보가 공익과 관련되어 여론형성에 공헌한다면, 불법적으로 취득한 정보를 입수하는 것이 문제가 될 수 없다. 그러나, 제 3 자가 개인의 사생활을 침해한 정보를 신문이 공표함으로써 위법적 행위를 현저하게 한다면, 이것을 별개의 문제가 발생한다. 그렇게 되면 신문은 기본법에 보장된 신문의 자유와 상충되는 부담을 지게 된다. ⓑ 본 소송에서 원고들의 개인 이익은 지방법원이 적절하게 설시했듯이 고들의 사생활이 통화내용의 인쇄로 인해서 현저하게 공중에게 유포되었다. 이러한 노출은 일반적으로 지도급 정치인들의 발언에 대해 가능한 한 포괄적으로 보도하는 신문에 의해 고려되지 않는다. 헌법이 인격권에 부여한 특수한 가치는 상술한 바와 같이 절실한 공공의 정보 필요성에 한해서 이런 방법으로 개인의 사생활에 관한 공표를 정당화시킬 수 있다. 그러나 본소에서 이것들은 피고들의 행위를 정당화 시키는 근거가 되지 않는다. 제 1 피고는 수상후보가 마이크 앞에 서지 않을 때는 어떤 말을 하는지를 보며 주려고, 그것을 공표하려고 했다. 이러한 것은 타인의 사생활공개를 정당화 할 수 있는 근거가 되지 못한다. 그렇지 않으면 정치인들에게 사생활이 존재하지 않을 것이다. 이 같은 논지는 피고들이 스테론지에 공표한 행위에 적용된다. 피고들은 원고의 권익을 고려했어야만 했다. (3) 전화통화내용이 공표된 후 비밀이 없어졌다는 상황은 공표금지나 나머지 전화내용 사본의 배포금지와 양립하지 않는다. 피고들은 동의받지 않은 기록을 계속해서 사용했기 때문에 원고의 권리를 침해했다. 반복위험이 존재한다고 하는 항소법원의 견해는 상고에 의해서 다루어질 수 없다.