

학위논문에서 타인의 영업을 비판하는 것의 허용성

Koln 고등법원 1983 년 8 월 2 일 판결

- ISU 91/83 사건 -

<적용법조>

독일기본법 제 5 조 제 3 항, 제 14 조 및 독일

민법 제 823 조, 제 1004 조

<판결요지>

1. 이익단체는 부정경쟁방지법 제 13 조의 적용범위 밖에 있는 것으로서, 의문의 여지없이 그 기업 및 그의 구성원의 인격권에 대한 공격을 방어할 권한이 없다.
2. 저자가 박사학위를 취득하기 위해 작성하고, 그리고 대학당국이 책으로 출판하기 위해 제공해 준 논문은 원칙적으로 독일 기본법 제 5 조 제 3 항의 의미에 있어서의 연구 및 학문의 개념에 포함된다.
3. 따라서 학위 논문 속에 포함된 타인의 영업을 비판하는 내용의 의사표시는 타인의 인격권 또는 영업의 보호를 목적으로 하는 일반적인 법률에 의해 제한되지 아니하고, 기본법에 의하여 보호되는 타인의 권리에 의하여 만 제한되는 바, 이 제한을 함에 있어서는 양자를 신중히 비교해 보아야 한다.

4. 독일 기본법 제 5 조 제 3 항에 의한 기본권은 박사학위논문의 작성자 뿐만 아니라 그 출판자에게도 인정되는 것이다.

5. 본건에 있어서 어떠한 상품의 제조자가 그 상품에 대하여 적용되는 법률상의 규정을 「지키지 아니하였다」라는 당사자 사이에 다툼이 없는 사실관계에 관하여 어떤 법률상의 진술을 한 경우에 있어서 사실상의 진술과 가치판단과의 구분의 문제.

<사실개요>

전자오락기계 제조 회사들의 단체 및 그 단체의 구성원들인 원고들은, 도박용의 전자 오락기계 제조 회사들이 위 기계를 설계하고 생산함에 있어서 법률의 규정을 준수하지 아니하였다고 하는 주장에 대하여 가처분의 방법으로 이의를 제기하였다. 위 주장은 피고가 책으로 발간한 M 박사의 박사학위논문에 게재되어 있었다. 지방법원은 위 가처분의 신청을 인용하였으며 위 이의가 제기된 주장을 더 이상 배포하는 것을 금지하였다. 위 결정에 대하여 피고가 항소를 제기하였다.

<판결이유>

도박용 전자오락기계의 설계 및 생산과 관련해서 전자오락기계 제조 회사들이 법률의 규정을 준수하지 아니하였다는 주장을 피신청인이 하는 것을 금지시킨 지방법원의 결정은 취소되어야만 하고 따라서 신청인의 위 금지신청은 기각되어야만 한다.

지방법원은 본건에 있어서의 양 신청인이 자기의 이름으로 당사자가 될 수 있는지의 여부에 관하여 아무런 검토도 하지 않고 이를 인정하였는 바, 이미 이 점에 있어서 중대한 의문이 존재하는 것이다.

본건에서 이의가 제기된 위 주장은 피신청인이 경쟁의 의사가 없이 행하고 배포한 영업적인 활동에 대한 비판인 것이다. 이 사건의 제 1 신청인 (즉 단체)은 부정경쟁방지법 제 13 조의 규정으로부터는 그의 권리(그의 이름으로 제소할 수 있는 권리)를 인정받을 수 없다. 즉 위

단체는 전자오락기계를 직접 생산하고 있지는 않기 때문에 피신청인의 위 주장은 위 단체와는 직접적으로 관련되어 있는 것이 아닌 것이다. 전자오락기계의 생산자들이 위 단체에 소속되어 있고, 또한 위 단체에 그 생산자들의 이익을 옹호할 의무가 주어져 있다고 하더라도 위 단체의 구성원들에 대하여 행한 영업을 해치는 주장에 의해서 위 단체가 피해를 입은 것으로는 되지 않는 것이다. 그러므로 제 1 신청인에 대하여는 그 자신의 권리에 기한 중지청구권이 발생하지 않는 것이다. 연방대법원도 이와 유사한 사실에서 이러한 견해를 명백히 표시한 바가 있는 것이다.(BGH, NJW 83,1559 판결참조)

그러나 제 1 신청인은 그 단체의 구성원인 제 2 신청인으로부터 소송수행의 권한을 부여 받는다면 임의적 당사자적격의 방법에 의하여 제 2 신청인들의 청구권을 주장할 수 있다. 그러나 이러한 방법은 제 2 신청인이 스스로 당사자가 될 수 있는 자격이 있음을 전제로 하는 것이다. 그런데 이 점에 있어서도 중대한 의문이 존재한다. 다시 말하면, 본건에 있어서 이익이 제기된 주장은 전체의 전자오락산업에 대한 구조적인 비판을 그 내용으로 하고 있는 바, 이와 같은 경우에는 이러한 산업의 개별적인 구성원들은 원칙적으로, 직접적으로 피해를 입지는 않게 되는 것이다. 즉 위 주장은 기업경영에 관련된 것이 아닌 것이다. (BGH, CRUR 64, 162 전자오르간 사건-판결 참조)

그러나 이 점에 관해서는 더 상세히 들어가 고찰할 필요가 없다. 왜냐하면 어떠한 법률적인 관점에서든지 인정되기 마련인 신청인들의 개별적인 관련성과는 별개로 본건 중지청구는 다음과 같은 이유에서 인정될 수 없기 때문이다. 즉 이 사건, 피신청인이 배포한 위 주장은 M 박사가 박사학위를 취득하고 또한 대학당국이 책으로 발간하기 위해서 임의로 제공해 준 학위논문 중에서 행해진 것이었다. 그러므로 M 박사에게는 독일기본법 제 5 조 제 3 항에 기한 기본법(학문 및 연구의 자유)이 인정되는 것이다. 그리고 피신청인 자신도 자기를 위하여 이러한 권리를 주장할 수 있는 것이다. 피신청인 자신은 위 논문의 저자는 아니고 단지 그 출판자에 지나지 아니하지만, 학문적인 저작물이 그 매개물로서 판매되는 경우에는 독일 기본법 제 5 조 제 3 항의 규정이 적용될 수 있는 것이다. 학문이라는 것은 그 학문을 발표함에 의해서 만이 그 효과를 발휘할 수 있는 것이기 때문에 학문의 자유는 저자와 일반공중과의 사이에서 이를 중개하는 역할을 하는 자도 역시 보호하는 것이다. (독일 기본법 제 5 조 제 3 항의 규정에 의해서 보호되는 예술의 자유의 경우에 출판자에 대하여도 그 적용이 되는 것으로 인정한 B Verf GE 30, 173[191] 판결도 유사함).

연구라는 것은 조직적이고, 체계적이고 그리고 증명할 수 있는 방법으로 새로운 지식을 얻으려고 하는 것을 목적으로 하는 정신적인 활동인 것이다(B Verf GE 35, 79, 113). 신청인이 M 박사의 논문에 대하여 한 비판이 정당한 것이든 그렇지 않은 것이든 지를 불문하고 M 박사의 위 논문은 위 기준에 해당되는 것이다. 독일기본법 제 5 조 제 3 항의 규정은 학문적인 활동을 하는 모든 사람 특히 학문적인 논문의 저자에 대하여는 예술가에 대해서 인정되는 바와 마찬가지로의 개인적인 자유권을 부여하는 것이다. (B Verf GE 35, 79,

112; 30, 173, 188) 위 자유권은 일반적인 법률에 의하여 제한되지 아니한다. 이러한 이유로부터 법이나 형법의 규정을 근거로 하여 M 박사나 또는 본건 피신청인에 대하여 위와 같은 주장을 하는 것을 금지하는 것은 허용되지 아니한다. 그러나 독일 기본법 제 5 조 제 3 항에 기한 자유권은 무제한적인 것은 아니다. 즉 타인의 권리가 헌법에 의해서 보호받고 있는 경우에는 그 자유권의 제한도 고려될 수 있는 것이다. 이와 같은 경우에는 헌법의 규정으로부터 도출되는 기준에 따라서 그 가치를 비교할 것이 요구된다. 현재까지 나타난 바로는 지금까지의 판례는 예술가의 자유권과 일반의 인격권과의 단계만을 상세히 취급하여 왔다(예 BGHZ 84. 237 판결). 본건에 있어서는 제 2 신청인들의 인격권은 단지 부수적으로만 문제가 되고 있을 뿐이다. 우선적으로는 기업에 대한 권리, 따라서 기본법 제 14 조의 규정이 문제로 되고 있는 것이다. 이 권리가 기본법 제 5 조 제 3 항에 기한 자유권에 비해서 그 중요성이 덜한 것은 결코 아닌 것이다. M 박사가 제 2 신청인의 기업에 관련해서 허위의 사실을 주장한 경우에는 이러한 권리가 문제로 될 수 있을 것이다. 그러나 지방법원의 견해와는 반대로 본건에 있어서는 이러한 점은 문제가 되지 아니한다.

M 박사는 그의 논문 중 신청인들이 인용한 여러 군데에서 본건 도박용 전자오락기계의 작동방법을 개략적으로 기술하고 있다. 그리고 위기 술을 함에 있어서 도박이 행해질 수 있다는 점을 강조하였으며 나아가 입법자는 도박에 필수적으로 따라다니는 위험을 경감시키기 위하여 일련의 법률적인 조치를 규정하고 있다고 기술하였다. 위 규정은 1971 년 8 월 27 일자의 오락규칙 (BGB1,1979, Teil S,1992)을 가리키는 것이었다. 그러나 전자오락기계 제조회사들은 위 법률적인 규정들을 부분적으로 교묘하게 피하고 있기 때문에 의도한 바의 위험요소의 통제가 행해질 수 없을 뿐만 아니라, 도박용 전자오락기계에 의하여 도박을 할 경우에는 도박의 병적인 요소가 발생될 우려가 있다고 기술하였다. 즉 법률의 규정에 의하면 첫번째 오락의 시작으로부터 다음 오락의 시작까지에는 적어도 15 초의 간격이 있어야 하도록 되어 있다. 그리고 투입한 돈의 적어도 60 퍼센트는 이득으로서 다시 반환하게 되도록 규정되어 있다. 또한 매 게임 당 투자할 수 있는 액수와 얻을 수 있는 최고 이득의 액수는 제한되어 있고 높은 이득이나 너무나 큰 손실은 피해야 하도록 되어있는 것이다. 그러나 전자오락기계 제조회사들은 법률상의 규정에 저촉되지는 아니하면서도 짧은 시간 내에 120 내지 200 마르크까지 (경우에 따라서는 500 마르크까지도 가능한) 이득 할 수 있는 어떤 오락방법을 개발하였던 것이다.

이러한 점들에 관련해서 피신청인은, 도박자가 특별한 도박방법을 개발할 수도 있고, 이 경우에는 높은 액수의 이득을 얻을 수도 있다고 주장하였다. 도박자는 두 가지 내지 백가지의 게임을 여러 가지의 방법으로 결합 시킴으로써 특별한 게임을 만들어 낼 수가 있는 것이다. 그밖에도 어떤 기계에 있어서는 특별한 단추를 조작함으로써 통상의 게임에서 얻을 수 있는 액수의 백배까지도 이득하거나 손실을 볼 가능성도 있었던 것이다. 다시 말하면 기본게임이 끝나면 그 이득을 수배로 하기 위하여 첫번째의 이득금을 다시 투입하여야 하는 두 번째의 게임이 시작될 수 있으며 이 두 번째의 게임은 1 초 내지 2 초

후에는 바로 결말이 나도록 되어 있는 것이다. 이러한 방법으로 최소한 15 초의 시간이 걸려야 한다는 규정이나 최고 투입액 및 최고 이득액에 관한 규정들이 모두 지켜지지 않게 되는 결과가 되는 것이다.

M 박사가 위 오락기계의 작동방법이나 위 작동에 의해서 할 수 있는 게임의 내용에 관하여 사실과 어긋나게 기술하였는지는 분명하지도 아니하고 또한 신청인이 이 점을 다투고 있지도 아니하다. 그리고 법률적인 규정에 관하여는 M 박사가 이를 정확하게 기술하고 있다. 그리고 M 박사가 이러한 점들에 부가해서 기술한 나머지 모든 것들은 그가 기술한 사실관계에 대한 평가에 지나지 아니하는 것들이다. 사실상의 주장과 평가는 서로 분명히 알아볼 수 있도록 구별되어 있다.

나아가서 지방법원은, 전자오락기계 제조회사들이 도박용 전자오락기계를 설계하고 제작함에 있어서 법률의 규정을 준수하지 아니하였다는 M 박사의 주장은 그 주장이 객관적인 자료에 의해서 그 정당성을 조사할 수가 있는 것이므로 이는 사실상의 주장이고, 피신청인은 그가 기술한 도박용 오락기계가 위 오락규칙에 저촉한 것으로 기술한 것은 아니라고 판시하였다.

이에 반하여 도박용 전자오락기계가 그 성질상 법률의 규정에 저촉되는지의 여부는 전혀 문제도 되지 않는다고 하는 이의가 제기될 수 있다. 그런데 M 박사는 이와 같은 의미로 기술한 것은 아니었고 오히려 반대로 개발된 게임방법은 법률의 규정에는 합치되는 것이라고 분명히 기술하였다. 다만 M 박사는 도박용 전자오락기계의 제조자들이 법률의 목적에 저촉되어 있기 때문에 법률의 규정이 준수되지 않고 있다고 기술하였을 뿐이었던 것이다.

당원이 종전의 판결에서 독일연방대법원의 판결을 인용 하에 상세히 실시한 바와 같이 (WRP82, 110 판결), 사실상의 주장이라고 하는 것은,진실이거나 진실이 아니거나를 불문하고 어떤 사실관계를 보도하는 것이다. 본건의 경우에 여기에 해당되는지의 여부는 적당한 정거방법이 존재한다면, 증거조사의 방법을 통해서 조사하는 것이 원칙일 것이다.

본건 도박용 전자오락기계의 생산자들이 법률의 규정을 준수하였는지의 여부는 증거조사에 의하며 이를 확정할 수가 없는 것이다. 법률의 규정을 준수하지 아니한 사실관계의 존재에 관하여서 만이 증거가 조사될 수 있는 것이다. 평가는 진실이거나 허위일 수도 있는 것이다.위 평가의 진실성의 여부가 객관적인 규정 예를 들면 법률규정에 의해서 조사될 수가 있다 하더라도 이로서 위 평가가 사실상의 주장이 되지는 아니하는 것이다. 연방대법원은 종종(오해의 소지가 있기는 하지만) 어떤 주장이 사실상의 주장인지, 의견의 표시(평가)인지의 여부는 그 내용의 객관적으로 해명될 수 있는 것인가 즉 어떤 사건으로서 증거에 의하며 확정될 수 있는 것인가의 여부에 의하여 결정되는 것이라고 정의하여 왔던

것이다(BGH GRUR 1975, 89,91 판결 참조). 그러나 위에서 인용된 판결이나, 다른 곳에서 인용되었으나 공표되지 아니하였던 판결에 있어서는 이미 앞에서 실명한 바와 같은 의미에 있어서의 (즉 증거로 확정할 수 있느냐의 의미가 아니라, 사실관계의 보도의 의미에 있어서의) 사실상의 주장에 해당되는 경우였던 것이다.

여러 판결에서 연방대법원은 사실관계의 법률적인 귀속이 문제가 되는 경우에는 사실상의주장이 존재하는 것이라고 인정하지는 아니하였던 것이다. (예, BGH AfP 1976,75,79, 1982,217 판결)

위 기준에 따라서 보면 본건에서 문제가 된 위 의사표시는 평가 즉 비판적인 의견의 진술에 해당된다고 할 것이고 따라서 위 의사표시가 기본법 제 5 조 제 3 항의 규정에 의하여 허용되는 것임은 의문의 여지가 없는 것이다. 그 뿐만 아니라 위 의사표시는 기본법 제 5 조 제 1 항의 규정에 의하여도 허용되어야 한다고 할 것이다. 왜냐하면 그 이익을 형량해 보더라도 피신청인의 영업 비판적인 가치판단은 민법 제 823 조나 형법 제 185 조에 의해서도 금지될 수 없다고 보아야 할 것이기 때문이다.

그런데 현재에 있어서는, 특별게임방법에 의해서 법률의 규정이 제대로 지켜지지 않고 있다고 주장한다면, 이는 경기규칙의 개정규칙 제 2 조의 규정 (BGBl.82,2013)에 따라서 분명히 적절하지 못한 평가에 해당될 것이다. 왜냐하면 특별게임방법은 이제는 법률에 의하여 규제되고 있기 때문이다. 이러한 의사표시가 어떻게 평가되어야 할 것인가는 자명하다. M 박사가 주장한 것은 분명히 종전의 법률상태에 관한 것이었다. M 박사가 현재의 법률상태에 관련해서, 전자오락기계 제조회사들이 그 특별게임방법을 통해서 법률의 규정을 준수하지 아니하였다고 주장하였을 위험성은 존재하지 않는 것이다. 왜냐하면 그는, 특별게임의 가능성이 법률상 허용되고 있었던 것으로 스스로 인정하고 있었기 때문이다.