

공개된 사적인 집회라 할지라도 사진사에 대하여 일반적인 출입권이 인정되는 것은 아니다

원헌고등법원 1985. 6. 14 판결
-23U 1894/85 사건-

참조조문

독일기본법 제 5 조, 제 14 조

독일민법 제 823 조, 제 1004 조

판결요지

사진대리점으로부터 사진을 적어줄 것을 부탁 받은 사진사는 일반적으로는 출입이 허용된 사적인 집회라도, 그 집회의 개설자의 의사에 반하여 출입할 권리는 없다(본건에 있어서는 사진을 찍는 것을 베틀시장<중고품을 싸게 내다파는 시장-역자 주> 개설자가 명시하여 금지한 것).

사실개요

피고는 마당이 딸린 부동산(건물)의 임차인이다 그런데 위 부동산의 마당에서는 여러 상인들에 의하여 정기적으로 베틀시장이 열리고 있었다. 위 시장의 대지는 피고가 이를 상인들에게 전대해 주고 있었다. 1983 년 7 월 30 일 원고는 증인 X 를 대동하고 사진대리점을 위한 사진을 찍기 위하여 위 베틀시장에 갔다.

원고는 당일 9 시경에 위 베흥시장에 도착하여 그의 사진기 장비와 이에 부속되는 장치 등을 위 베흥시장에 설치하기 시작하였다고 진숴했다. 원고가 약 45 분 동안 개개의 진열자들의 동의를 얻어 사진을 찍은 후에 갑자기 피고가 나타나서, 원고에게 위 장소를 떠날 것을 요구하였다는 것이다. 즉 원고의 주장에 의하면 피고는 원고에게 폭행을 하고 그를 경찰에게 데리고 갔다는 것이다.

피고는 원고에게 베흥시장에 있는 위 장소에 관한 주거권에 기한 금지명령을 발하였다는 것이다.

원고는 다음과 같은 주장을 하고 있다.

즉, 그는 언론기관의 대리인으로서 언론의 특권을 가지고 위 장소에 간 것이므로 사진에 의한 묘사를 한다거나 이에 부수되는 기사를 작성할 권한이 있다는 것이다.

그리하여 원고는, 피고가 그의 부동산(여기에서는 Kirchenstraße 의 베흥시장)을 위하여 발한 주거권에 기한 금지명령이 무효임을 확인한다는 청구를 하였다. 그 밖에도, 원고는 장래에 「Kirchenstraße 베흥시장」이 개최되는 동안 그가 사진보도를 위하여 위 장소에 들어가는 것을 피고가 방해하여서는 아니 된다는 판결을 해줄 것을 요청하였다.

원심은 위 소를 기각하였는 바, 원고는 이에 대하여 항소를 제기하였다.

판결이유

I

지방법원은 소를 기각하였는 바, 이는 정당하다. 왜냐하면, 원고는 피고에 의하여 위법하게 그의 권리가 침해 당하였다는 것을 증명하지 못하였기 때문이다.

1. 원고의 청구에 대한 청구의 기초로서는, 원고 스스로가 생각하고 있는 바와 마찬가지로, 독일민법 제 823 조 제 1 항 및 제 1004 조 제 1 항이 문제로 된다.

1) 독일민법 제 823 조 제 1 항의 의미에 있어서 보호받는 법익으로서 우선 자유는 제외된다. 왜냐하면 위 조항은 신체적인 활동의 자유만을 보호하는 것이고 일반적인 행동의 자유를 보호하는 것은 아니기 때문이다(Palandt-Thomas, BGB, 44. Aufl., §823Anm. 4C; steffen in RGRKz. BGB, 12. Aufl. §823 Rdnr. 14 참조).

2) 그리고 피고는 역시 설립되고 수행되는 영업을 침해하지도 아니하였다. 이 경우에는 이미 독일민법 제 823 조 제 1 항이 직업적인 활동까지도 일반적으로 또한 포괄적으로 보호하는 것인지, 또는 오히려 의사나 변호사와 같이 특정한 개업이나 영업장소에의 장소적인 집중이 필요한 것 인지부터가 의문시되는 것이다 (Palandt-Thomas, a. a. O. §823 Anm. 6. g; steffen, a. a. O. §823 Rdnr. 38 참조). 왜냐하면 독일민법 제 823 조 제 1 항은 영업상의 행동의 자유에 대한 모든 침해로부터가 아니라, 단지 영업에 관계되는 침해에 대해서만 보호하는 것이기 때문이다(Palandt-Thomas, a.a.O. §823 Anm. 6g; steffen, a. a. O. §823 Rdnr 43 참조). 그러나 본건에 있어서는 위와 같은 점이 문제로 되고 있는 것은 아니다. 왜냐하면, 피고에 있어서는, 원고를 그의 직업적인 활동에만 국한시키려는 데에 그 목적이 있는 것이 아니라, 벼룩시장에서의 소요를 제거하려는 데에 그 목적이 있는 것이기 때문이다. 그 뿐만 아니라 피고가 행한 주거권에 기한 금지에 대하여 원고가 다른 벼룩시장에서 촬영을 하거나 또는 그의 직업적인 활동을 수행하는 것을 방해 받고 있지도 않기 때문이다.

3) 독일민법 제 823 조 제 1 항에서 말하는 절대권은 독일기본법 제 5 조 제 1 항의 언론의 자유나 정보의 자유를 말하는 것도 아니다. 왜냐하면 위와 같은 기본권은 독일민법 제 823 조 제 1 항의 범위에 있어서의 독립적이고 절대적인 권리를 말하는 것은 아니기 때문이다. (steffen, a. a. O. §823 Rdnr.70. 참조).

2. 따라서 피고에 의하여 침해될 수 있는 것은 원고의 개인적인 분야에 있어서의 원고의 일반적인 인격권 뿐인 것이다(Palandt-Thomas, a.a.O. §823 Anm. 15Bb 참조). 주거권에 기한 금지권의 실행이 원고에 대한 관계에 있어서 독일기본법 제 1 조 및 제 2 조에서 도출되는 인격권의 침해로 된다는 것은 명백히 의문의 여지가 없는 것이다. 그러나, 나아가 원고의 청구가 이유 있기 위하여는 피고의 가해행위가 위법할 것이 요구되는 것이다. 독일민법 제 823 조 제 1 항에서 개별적으로 열거되고 있는 법익과는 반대로 인격권의 경우에 있어서는 침해행위가 있다고 해서 바로 위법성이 있다고는 볼 수 없는 것이다. 이러한 경우의 위법성에 관하여는 오히려 개개의 구체적인 경우에 구체적인 이익의 비교 형량을 통하여 이를 확정하여야 할 것이다(Palandt-Thomas, a. a. O. §823 Anm. 15D 참조).

3. 그러나 본건의 경우에 있어서는 피고의 행위가 원고에 대하여 위법한 것이었다고는 확정되지 아니한다.

1) 그 근거로서는, 토지의 소유자나 본건에 있어서와 같이 물권법 또는 채권법적으로 이용권을 가진 자는 모든 임의의 제 3 자에 대하여 그 토지에 들어오는 것을 금지할 권리가 있으며, 이를 위하여 특별한 근거가 있을 필요가 없다는 것을 들 수 있을 것이다. 위와 같은 결론은 독일기본법 제 14 조에 의하여 특별히 보호받고 있는 소유권의 작용인 것으로서 독일민법 제 1004 조 제 1 항 및 독일형법 제 123 조에 의하여 구체화되고 있는 것이다.

2) 그러나 보다 고차원적인 법규범이나 또는 법률행위에 기하여에는 수인의무가 발생할 수는 있다(독일민법 제 1004 조 제 2 항). 물론 이와 같은 수인의무는, 이용권자가 그 토지 또는 그 토지의 일부분을 일반인에 대하여 출입을 허용하였다는 것만으로, 즉 본건에 있어서는 피고가 벼룩시장을 개최하였다는 사실만으로 바로 발생하지는 아니한다. 위와 같은 경우에도 역시 피고에게는 그의 마음에 들지 아니하는 방문자에 대하여는—물론 차별금지의 원칙의 범위 내에서—그의 토지에 들어오거나 벼룩시장을 방문하는 것을 금지할 수 있는 것이다.

3) 본건의 경우에 있어서 피고의 주거권은 독일기본법 제 5 조에 의해서도 제한받지 아니하는 것이다. ① 먼저 원고는 독일기본법 제 5 조에 기하여 특별한 권리 또는 특권을 주장할 수 있는지가 의문시된다. 왜냐하면 언론기관이나 언론기관의 보조자들은 그들의 모든 활동이나 진술에 있어서 독일기본법 제 5 조를 원용할 수는 없는 것이기 때문이다. 오히려 독일기본법 제 5 조는 특정한 언론에 관계되는 활동만을 보호하고 있는 것이다. 그러나 본건에 있어서는 원고는 사진대리점으로부터 벼룩시장에 관한 사진을 찍어줄 것을 위임받고 있음에 지나지 아니하는 것이다. 위와 같은 위임에 따라 위 벼룩시장에 출입할 권리가 발생하는 것은 아니다. 물론 영리적인 활동이라고 해서 당연히 언론의 목적으로부터 제외되는 것은 아니다. 그러나 일반적인 영리적인 활동인 경우에는 사진을 찍으려는 목적들의 소유자, 즉 이 사건에 있어서는 벼룩시장의 개설자인 피고의 동의가 필수적인 것이다(BGH. NJW75. 778 참조). ② 타면에 있어서 독일기본법 제 5 조는 언론의 자유를 일차적으로는 의견표시의 자유, 인재 및 공표의 자유로서 보호하고 있다(von Munch, CC, 3. Aufl. Art. 5 Rdnr. 21 und 22; von Mangoldt-Klein-stark, CG 3. Aufl., Art. 5 Rdnr. 38 참조). 독일기본법 제 5 조 제 1 항 제 1 문의 정보의 자유는 일반인에게 접근이 허용되는 정보원에만 관계되는 것이지, 사인의 토지에 있어서의 사적인 집회에 관하여는 그것이 설사 공중에 대하여 출입이 허용되어 있는 것이라 할지라도, 이에겐 해당되지 아니하는 것이다. 그리하여 어떤 음식점의 소유자나 임차인은 언론기관의 사진사에 대하여도 그의 음식점의 사진을 찍는 것을 금하고 또한 사진을 찍을 목적으로 출입하는 것을 금할 수 있다고 하는 것은 아무런 의문의 여지가 없는 것으로 보인다. ③ 그리고 언론기관의 종사자들에게 독일기본법 제 5 조 제 1 항 제 1 문의 범위를 넘는 권리를 정보의 취득을 위하여 인정한다고 가정할지라도, 이는 무제한적인 권리는 아닌 것이다. 즉 정보를 얻으려고 하는 대상인

개인의 사적이거나 내적인 영역에 그 한계가 있을 뿐만 아니라 특히 그 취득할 정보가 특정한 공공의 이익에 유용하여야 한다는 것은 자명한 것이다. 당원의 견해로서는 위와 같은 관점하에서 먼스터지방법원의 판결(NJW78, 1329)이 이해되어야 할 것이다. 본건에 있어서와 같이 어떤 베흥시장의 진행과정에 관하여 일반적인 정보의 필요성이 전혀 인정되지 아니하는 경우에 있어서는 언론기관에 대하여 토지소유자의 주거권을 배제하는 정보권, 이에 기한 출입권을 허용하는 것은 용납될 수 없는 것이다.

④ 집회법의 규정에 의하더라도 당원의 위와 같은 판단은 변경될 수 없다. 즉 언론기관의 대리인은 폐쇄된 공간에서의 공적인 집회에 자유로이 출입할 수 있다고 하는 위 법 제 6 조 제 2 항의 규정이 있다고 해서 이와 같은 권리가 독일기본법 제 5 조에 근원을 둔 것이 아니라고는 할 수 없는 것이다. 그러나 무엇보다도 베흥시장은 위 집회법에서 말하는 집회는 아닌 것이며, 따라서 위 집회법 제 6 조 제 2 항의 적용은 문제로 되지 않는 것이다.

⑤ 끝으로 앞서 본 바와 같은 법률적인 논쟁은 별로 중요한 것이 아니다. 왜냐하면 독일기본법 제 5 조가 언론기관의 대리인이 타인의 권리를 침해하는 방해적인 행위를 정당화하는 것은 아니기 때문이다. 지방법원의 견해와 마찬가지로 당원도 역시 원고가 사진 촬영을 위한 준비를 하는 과정에서 이미 베흥시장의 마찰 없는 진행을 방해하였다고 인정하는 것이다. 왜냐하면 증인 Y 는, 양당사자의 어느 편에 대하여도 개인적으로나 경제적으로 가까운 위치에 있지 않는 공정한 증인이라는 점이 간과되어서는 아니되기 때문이다. 따라서 지방법원이 그들의 개인적인 인상을 근거로 하여 X 증인의 증언보다도 Y 증인의 증언을 믿었다고 하여 이것이 잘못된 것이라고 할 수는 없는 것이다. 증거의 가치판단에 관한 원고의 공격은 오로지 일반적인 원리만을 이야기하고 있음에 지나지 않는 것이다. 방해자에 대하여 주거권을 적용한다는 것은 공공의 건물인 경우에는 허용되는 것이고 또한 정당한 것이다(BCHZ 33,230 참조), 그러므로 피고는 원고가 위 베흥시장에 출입하는 것을 인용할 필요가 없는 것이다. 원고에 대하여 주거권에 기한 금지를 내린 것은, 구체적인 상황하에서 보면 정당한 것이다. 왜냐하면 원고는 위 주거권에 기한 금지나 또는 손해의 배상을 청구할 수 없기 때문이다.