

독일판례 2

타인을 험담한 경우에 있어서의 입증책임의 분배에 관한 사례

독일연방대법원 1985. 1. 9 판결

VI ZR 214/83 사건

적용법조

독일민법 제 823 조 및 독일형법 제 186, 190, 193 항.

판결요지

1. 일반적인 인격권의 침해로 인한 금전배상 청구권은-독일민법 제 823 조 제 1 항 이외에도-독일민법 제 823 조 제 2 항 및 독일형법 제 196 조에 의해서도 보호 받을 수 있다
2. 가해자의 범죄행위를 대상으로 하는 주장에 기해서, 일반적인 인격권의 침해로 인한금전배상청구권이 보호 받는 경우에는 독일형법 제 190 조 제 1 문의 규정이 적용된다.
3. 독일인민공화국(동독)의 형사법원의 확정력 있는 판결도 역시 법치국가의 원칙에 합치하는 한, 독일형법 제 190 조 제 1 문의 적용범위에 해당되는 것이다(1953. 5. 2 자 「독일 내에 있어서의 법적 및 관청의 도움을 받을 권리에 관한 법률 제 2 조 제 1 항).
4. 자기주장의 정당성을 확정력 있는 형사판결에 의하여 증명한 가해자는 원칙적으로, 정당한 이익의 보호라는 법률적인 측면에서의 요구를 만족시킴에 필요한 그의 조사의무를 다한 것으로 인정 된다.
5. 이와 같은 원칙은 독일인민공화국(동독)의 확정력 있는 형사판결의 경우에도 그대로 적용된다.

사실개요

원고는 전직 독일연방공화국의 장관으로서, 러시아원정 당시에는 육군중위로서 「나이팅게일」 대대에 속해있었다. 위 대대는 3백 명의 서우크라이나 군사들과 독일군의 장교들로 구성되어 있었다.

위 대대는 1941. 6. 30의 Lemberg 도시의 점령에 참가하였다. 위 도시의 점령 직후에 위 도시의 유대인 거주자들에 대하여 폭력행위가 시작되었는 바, 이때에 수 많은 유해인들이 죽음을 당하였다. 후에 원고는 주로 「아즈메니아」 및 「그루지아」 사람들로 구성된 「Bergmann」 단체의 결성을 명령하였다.

전쟁이 끝난 후, 원고는 「망명자를 위한 부」의 장관으로 임명되었는 바, 그는 위 Lemberg 시에 있어서의 사건 때문에 심한 비난을 받게 되었다. 수많은 국내 및 외국의 간행물들은 위 나이팅게일 대대는 유해인종의 학살에 있어서 중요한 역할을 하였다고 주장하였으며, 그 결과원고는 위 장관의 직에서 물러나게 되었다.

원고에 대해서 행해진 수많은 비난으로 인하여 여러 건의 소송이 발생하게 되었다. 그 중에서도 독일연방공화국의 최고법원에서 1960년 4월에 살인으로 인한 형사절차가 원고에 대하여 개시됨에 이르렀다. 그 결과 1960. 4. 29자의 판결에 의하여 그에게 무기징역의 형이 선고되었다(Neue Justiz 지 1960년 10권 부록참조) .

피고로 된 작가는 1980년에 뮌헨에서 출판된 다큐멘터리 소설 「Laufmasche」의 저자이다. 위 소설에서 피고는 작품 중의 인물로 하여금 독일의 국가사회주의 시대에 있어서의 사건들에 관하여 이야기하도록 하고 있다. 위 소설에는 원고도 역시 언급되고 있다. 위 소설의 부록에서는 피고의 견해에 따라 그 시대의 배경을 이해하는 데에 중요하다고 생각되는 사람들의 인적사항이 수록되어 있는 바, 원고도 역시 그곳에서 언급되어 있다.

이 사건에 있어서, 위 Lemberg 도시의 거주자의 학살에 있어서 원고가 특별한 책임이 있다고 주장하는 일련의 주장들은 사실과 다른 것이라고 주장한다.

위와 같은 허위의 주장을 이유로 하여 원고는 피고에 대하여 1만 마르크의 금전배상의 청구를 하였다. 그 밖에 원고는, 피고가 그의 양심에 반하여-중과실 또는 경과실로- 원고를 대중들에게 양심 없고 비열한 전쟁범죄자 및 대량학살자의 전형으로서 표시하여 그의

명예와 존경심을 박탈하고, 또한 그에게 깊은 혐오와 멸시를 주기 위한 목적으로 위와 같은 허위의 주장을 한 것이라고 주장하였다. 이와 같은 모욕은 단지 금전배상에 의하여서만 보상 받을 수 있는 것이라고 원고는 주장하고 있다.

이에 반하여 피고는 그의 주장이 진실이라고 주장한다. 이러한 사실은 1960. 4. 29 자 독일인민공화국의 최고법원의 판결에서 확정된 사실에서도 증명되는 것이라고 주장한다. 위 판결은 유일한 기준이 되는 「X-소송」에 관한 것이다. 그런데 피고는 「나치에 의하여 박해 받은 자들 모임」의 대변인으로서 그리고 문필가협회의 회장으로, 그의 위와 같은 주장을 할 공적인 위임을 받은 것이라고 주장하였다.

지방법원은 독일형법 186 조 및 독일민법 제 823 조 제 2 항 및 제 847 조에 따라서 원고에 대하여 5 천 마르크의 금전배상청구권을 인정하였다. 그러나 고등법원은 원고의 위 소송을 기각하였는바, 위 고등법원의 판결에 대하여 원고가 대법원에 상고를 제기한 것이다.

판결이유

I. (생략)

II.

1. a) 원고가 그의 일반적인 인격권의 침해로 하여 피고에 대하여 금전배상의 청구를 할 수 있는가의 문제에 관하여, 고등법원이 독일민법 제 823 조 제 2 항 및 독일형법 제 186 조를 근거규정으로 들고 있다는 점에 대하여는 하등의 법적인 의문이 존재하지 아니한다. 지금까지 당원은 위와 같은 청구권을 원칙적으로 독일민법 제 823 조 제 1 항에 기하여 인정해 왔었던 것이다(최근의 당원판결로서는 1985. 1. 22 자 VIZR 28/83 판결 (VersR 1985. 391. m. w. N 참조). 그러나 본건의 경우에 있어서와 같이, 침해행위가 피해자를 모욕하는 것이거나 또는 공중의 여론에 있어서 평판을 떨어뜨리기에 적합한 사실들을 퍼뜨리거나, 이러한 주장을 하는 것인 경우에는 독일민법 제 823 조 제 2 항 및 독일형법 제 186 조도 역시 적용될 수 있는 것이다. 이러한 규정들은 독일민법 제 823 조 제 1 항의 보호범위에 포함되는 일반적인 인격권의 경우와 마찬가지로 피해자의 명예를

보호하고 있는 것이다(E-sser/Weyers, 채권법 1984년 6판 2권 S.461 참조). 그리하여 일반적인 인격권의 중요한 부분은 2가지의 청구권의 기초에 의하여 파악되고 있으며, 즉 동일한 요건(즉 위법성 및 과실, 이점에 관하여는 Hello WJW 1964.841. 842f 참조) 또한 가해자의 금전배상의무라고 하는 동일한 효과가 부여되어 있는 것이다. 그리하여 당원은 이전부터 이와 같은 사안의 경우에 독일민법제 823조 제 2항 및 독일형법 제 186조를 그 근거규정으로서 들고 있었던 것이다(1966. 3. 8자 당원 VI 2R 176/64 판결 참조. NJW 1966. 1213ff 이하).

b) 위와 같은 종류의 청구권을 인정한다고 해서, 일반적인 인격권의 침해로 인한 금전배상이 인정될 수 있기 위하여는 특별한 요건이 필요하다는 점에 관하여 어떠한 변동이 생기는 것은 아니다. 당원의 확립된 판례에 의하면 피해자는 그의 인격권에 중대한 피해를 입을 경우에 한해서 금전배상을 청구할 수 있는 것이다. 그리고 피해자의 그 피해는 다른 방법에 의해서는 만족할만한 배상이 행해질 수 없는 것임을 필요로 하는 것이다. 즉 인격권에 대한 사소한 침해는 실제적인 배상청구권을 발생시키지 않는 것이다. 금전배상을 필요로 할 정도의 중대한 인격권의 침해가 존재하는지의 여부는 무엇보다도 가해행위의 의미와 도발범위 즉 공표행위의 도달범위, 피해자의 이익이나 평판이 침해되는 정도 및 그 기간, 나아가서 가해자의 가해행위의 동기와 원인 및 가해자의 과실의 정도에 따라서 판단되어야 할 것이다. 그리고 독일민법 제 823조 제 2항 및 독일형법 제 186조에 기하여 객관적으로 진실이라고 증명되지 아니한 주장에 의하여 평판을 침해당하였음을 이유로 금전배상을 청구하는 경우에는 그 제소된 주장이 진실일 가능성이 있다는 것을 고려하여야 할 것이다. 앞서 말한 바와 같이 이러한 사정은 금전배상을 인용하는 것과 원칙적으로 서로 모순되는 것은 아니다. 그러나 피해자가 입은 피해가 그 피해의 정도에 따라서 금전배상을 받을 수 있는지의 여부를 판단함에 있어서는 문제로 된 주장이 진실이 아닌 것으로 밝혀진 경우와 같이 바로 금전배상의 책임이 있는 것으로 평가하여서는 아니될 것이다. 그밖에 인격권의 침해에 대하여 금전배상을 허용하는 경우에 있어서는, 금전배상이 가지는 다음과 같은 2가지의 특별한 기능에 대하여도 각철한 배려를 하여야 할 것이다. 즉 첫째는 발생된 피해로부터 피해자를 구제한다는 점이고, 둘째는 금전배상의 객관적인 정당성은, 위와 같은 금전배상을 인정하지 아니할 경우에는 인격권은 현저한 침해로부터도 충분한 보호를 받지 못하는 상해로 남게 된다는 점에 있는 것이다(1985. 1. 22자 당원판결 참조).

c) 고등법원은 위와 같은 요건들이 존재하는 것으로 인정하였다. 판단의 기준으로 되어야 할 편견없는 독자는 피고의 위와 같은 기사를 읽고, Lemberg 및 기타 소련의 도시에서의 「나이팅게일」 대대의 위법행위와, Lemberg 도시에서의 지도적인 성직자들의 살해 및 소련 시민들에 대한 「Bergmann」 대대가 자행한 극도로 잔인한 행위들에 대하여 원고가 책임이 있는 것으로 인정하지 않을 수 없을 것이라고, 고등법원은 인정하였는 바, 이는 법률적으로 아무런 잘못이 없는 것이다. 또한 위와 같은 무방비상해의 희생자들을 살해한 것은 원고의 책임이라고 주장하는 이러한 주장들은 원고의 평판을 심히 해치는 것이라고 고등법원은

인정하였는 바, 위 인정 역시 정당하다. 더구나 이점에 관하여 피고는 하등의 이의도 제기하지 아니하였다. 그리고 피고의 침해행위가 위법한 것으로 증명된 경우에는 원고의 피해를 보상하기 위하여는 금전배상의 방법 밖에는 없다는 고등법원의 판시 역시 법률적으로 아무런 잘못이 없다.

2. 그리하여 고등법원은(당시의 사실 관계로서는 정당한 것이지만) 나아가서, 피고가 그의 주장의 진실성을 입증하였는지의 점에 관하여 검토하고 있다. 그런데 위 입증책임은 독일민법 제 82 조 제 2 항 및 독일형법 제 186 조의 규정에 의하여 피고에게 있는 것이다(당원 1985. 2. 12 자 판결-VI 2R 22s/83-사건 참조). 그런데 독일형법 제 190 조 제 1 항의 규정에 따라서 독일인민공화국(동독)의 최고법원의 판결에 의하여 위와 같은 증거가 이미 된 것으로 보아야 한다는 위 고등법원의 판시 내용은 정당하다.

그러나, 1983. 11. 21 자 쾰른소재 대검찰청이 위 판결의 집행은 허용될 수 없다는 확인을 함으로써 위 판시는 그 기초를 상실하게 되었다

a) 제소된 주장이 피해자의 범죄행위를 대상으로 하는 경우에는 그 피해자가 이러한 행위로 인하여 유죄의 확정판결을 받은 경우에는 그 주장의 진실성이 증명된 것으로 본다 독일형법 제 190 조 제 1 문은 규정하고 있다. 이에 반하여 위 조문 제 2 문은 피해자가 위 주장 또는 그 반포에 관하여 무죄의 확정판결을 받은 경우에는 그 주장의 진실성이 입증되지 않은 것으로 규정하고 있다.

본건의 경우에 있어서 독일민법 제 190 조 제 1 문의 입증책임에 관한 규정이 적용되는 것으로 인정한 고등법원의 판단은 정당한 것이었다. 독일민법 제 823 조 제 2 항에 관련하여 독일형법 제 186 조를 불법행위법에 적용시키는 것이 정당하다고 한다면, 독일형법 제 190 조 제 1 문도 마찬가지로 취급하는 것은 필연적인 것이다. 위 두개의 규정사이에는 서로 기능적인 관련이 있다. 즉, 독일형법 제 190 조 제 1 문의 규정은 그 증거규정으로서 독일형법 제 186 조 증명책임에 관한 규정을 보완하고 있는 것이다(Herdegen LK, 9. Aufl, §190 Rdnr. 10; Shonke/Schroder/Lecker, StGB, 21. Aufl., § 190 Rdnr 1 참조).

상고이유서의 기재와는 달리, 고등법원은 독일민사소송법 제 286 조 제 2 항의 규정에도 불구하고 독일형법 제 190 조 제 1 문의 규정을 적용하는 데에 아무런 장애가 없는 것으로 인정하고 있다. 독일민사소송법 제 286 조 제 2 항은, 이 법(따라서 위 민사소송법)에 규정된 경우에 한해서만 법원은 법률의 규정에 의한 입증책임규정에 구속되는 것이라고 규정하고 있다. 그러나 위 규정은 주법에 규정된 입증책임규정만을 들고 있는 것으로서 (Stein/Jonas/Schumann/Leipold, ZPO, 19. Aufl. 5286 Anm. IV 참조) 연방법 (따라서 독일형법)에 포함된 입증책임규정까지는 위 규정이 대상으로 하고 있지 않는 것이다. 이러한

해석은, Reich 법인 소송법 적 인 규정은 독일민사소송법에 의해서 아무런 영향을 받지 않는다고 하는 독일민사소송법 시행령 제 13 조 제 1 항의 규정으로부터 도출되는 것이다.

b) 독일인민공화국(동독)의 형사법원의 확정력 있는 판결이 독일형법 제 190 조 제 1 문의 효력범위 내에 해당된다고 하는 고등법원의 나머지 판시사항은 원칙적으로 정당하다. 그리고, 동독의 법원은 서독의 법원과 마찬가지로(독일연방헌법재판소판결집 37, 57, 64) 동독의 법원이 내린 확정력 있는 형사판결은 독일기본법의 적용범위 내에 있는 법원이 한 형사판결과 마찬가지로는 고등법원의 판시 역시 정당한 것이다(BVerwG NJW 1965. 647. 648; Schafer in Lowe- Rosenberg, StPo, 23 Aufl, Verbemerkungen zum Gesetz über die innerdeutsche Rechts ? und Amtshilfe in Strafsachen -RHG - Rdnr. 2 참조) .

그러나 동독법 원의 확정력 있는 판결이 모든 점에 있어서 그 효력이 독일기본법의 적용범위 내에 있는 법원의 확정력 있는 판결과 마찬가지로인 것은 아니다. 동독의 판결을 서독의 법질서 하에서 승인함에 있어서는 독일기본법의 헌법적 질서로부터 도출되는 여러 가지의 제약에 따르지 않으면 안되는 것이다(독일연방헌법재판소 판결집 37, 57, 65). 이러한 제약은 위 RHG 법 제 2 조 및 특히 위법 제 2 조 제 1 항 제 1 호에 명문으로 규정되어 있는 것이다(BGHst. 20, 5, 10f = NJW 1964, 2169 참조) .

위 RHC 법 제 15 조에 의하면, 유죄 판결을 받은 자는 그에게 내려진 형사판결집행의 불허용의 확인을 신청할 수 있다. 그리하여 위 확인이 내려지면, 이는 그 유죄판결에는 법치국가적인 관점에서 의문이 존재하고 있다는 것을 의미하는 것이다(BverwG, NJW 196S, 647, 648; Schafer, a. a. O. § 515Rdnr. 14). 이 경우에 위 RHC 법 제 15 조의 규정에 의하며 법치국가성의 존부에 관하여 판단할 권한이 있는 관청 즉 관할 대검찰청 또는 관할 고등법원은 그 확인에 관하여 전속적인 권한을 갖는 것이다(Shafer, a. a. O 16Rdnr. 1 und 2 참조). 그러나 위 확인이 내려지지 않은 경우에는 동독의 법원의 확정력 있는 판결은 독일기본법의 적용범위 내에 있어서도 그 법적인 효력을 인정받게 되는 것이다. 다만 그 판결이 법치국가의 기본원칙에 현저하게 저촉되어 절대적으로 무효인 경우에는 예외이다(Shafer. a. a. O. § 15Rdnr. 6 참조) 이점에 관하여 본건에 있어서 고등법원의 확인여부는 분명하지 아니하다.

c) 고등법원판결의 선고 이후에 행해진 대검찰청의 확인에 의하면 동독의 최고법원의 이 사건 판결은 독일형법 제 190 조 제 1 문의 효과를 인정하기에는 적합하지 아니하다. 위 확인은 위판결의 집행가능성의 여부에 관한 것이지 서독 내에 있어서 그 효력에 관한 것은 아니라는 취지 의 상고이유에 대한 답변서의 지적은 타당하지 아니하다. 왜냐하면 그 확인의 효력의 광범위함과 위 RHG 법의 적용범위 내의 모든 법원 및 관청에 대한 기속력에서 나타나는 바와 위 확인의 효력은 단순히 집행가능성만의 문제는 아니기 때문이다. 위 확인은, 동독의 위 유리판결로부터 서독 내에서 그 피해자는 아무런 법적인 불이익을 받지도

아니하고 따라서 위 판결의 기판력은 박탈당하는 것이라고 실시하고 있다(Bverw GNJW 1969. 1730, 1731; Schafer. a. a. O. § 15Rdnr. 6 und § 16 Rdnr. 2 참조)

당원은 위 RHG 법 제 16 조에 규정된 위 대검찰청의 처분에 대한 모든 법원의 기속력에 관하여 하등의 헌법적인 의문을 가지고 있지 아니하다. 위 규정은 법원으로부터 문제된 판결의 법치국가적인 성격에 대한 판단의 권능을 박탈하고 있다. 그러므로 독일연방대법원 제 3 형사부는 위 기속력이 법관의 독립의 보장이라는 규정과거로 합치하는 것인지의 여부에 관한 의문을 제기하고 있다(Art. 97GC). 그러나 위 의문에 대하여 아무런 결론은 내리지 않고 있다. 마찬가지로 독일연방헌법재판소도 역시 대검찰청의 처분에 법원이 기소되는 것이 합헌이냐의 문제점에 관하여 어떠한 결론도 내리지 않고 있다(Bverf112, 67, 71). 그러나 당원은 위 규정에 의하여 법관의 객관적 독립성이 침해되지 않은 것으로 여긴다. 법관이 아닌 자의 확정력 있는 결정에 법관이 기속된다는 것은 다른 법에 전혀 규정이 없는 것도 아닌 것이다. (예, 직업조향의 결정의 기속력 §638. RVO: Maunz/Durig/Herzog/Scholz, GG Art. 97 Rdnr. 30 참조). 이러한 기속력은 법치국가의 또 하나의 명제인 법적 안정성의 표현으로서 나타나는 것이다(독일기본법 20 조 3 항). 따라서 위 규정의 합헌성은 의문의 여지없이 긍정되는 것이다(Schafer a. a. O. 516Rdnr. 1: Kaiser NJW 1965, 474 참조).

d) 쾰른 대검찰청의 위 확인은 원고가 이를 상고심에 이르러서 비로소 인용하기는 하였으나, 이는 상고심에 있어서도 고려되어야 한다. 왜냐하면, 앞에서 본 바와 같이 위 결정은 위 RHG 법 제 16 조에 따라서 당원도 기속할 뿐만 아니라, 그 결과 상고심의 심리범위에도 관련되는 것이기 때문이다(당원 1980. 6. 24 자 판결-VI 2 R 106/79-Vers R 1980. 822 참조).

3. 고등법원의 판결은 다른 점에 있어서도 역시 이를 그대로 유지할 수 없다. 즉 피고가 그의 주장을 배포할 당시에는 1960. 4. 29 자 동독의 최고법권판결 집행의 불허용성이 아직 확정되지 아니하였다는 사실은 피고의 원고에 대한 비방의 법률적인 정가를 함에 있어서도- 비록 지금까지의 법적인 관점과는 다른 것이기는 하지만-중요한 의미를 가지는 것이다.

a) 피고는 원고에 대한 위와 같은 주장을 하는 것은 그의 공적인 임무를 수행하는 것이라고 주장한다. 즉 피고는 위 주장으로서 정당한 이익의 옹호라고 하는 법률적인 관점을 원용하고 있는 것이다(독일형법 제 193 조). 독일형법 제 186 조의 규정에 따라 피고에게 귀속되는 진실입증의 의무가 독일형법 제 190 조 제 1 문에 의하여 동독최고법원의 판결에 의하여 이행된 것으로 인정한 고등법원은-그의 판단의 기초로 된 사실관계에 의하면 당연한 것이기는 하지만 이러한 법률적인 관점에 대하여는 판단을 하지 아니하였다.

그러나 쾰른 대검찰청의 확인에 의하여 독일형법 제 190 조 제 1 문의 입증책임규정의 적용근거가 없어지게 된 현재로서는 이러한 관점은 중요한 의미를 가지게 되는 것이다. 왜냐하면 피고가 그의 비방의 근거를 제시하지 못한 경우라 할지라도, 피고가 그의 비방을 함에 있어서 독일형법 제 193 조 소정의 정당한 이익이 있는 것으로 인정될 때에는, 원고는 피고에 대하여 금전배상을 요구할 수 있을 것이기 때문이다(당원 1985 2 12 자-VI ZR 225/83-판결 참조).

b) 피고는 독일군대의 러시아 점령당시의 불법행위 및 유대인들의 고난에 관하여 주의를 환기시킬 문필가로서의 의무에 관련해서 그의 공공의 이익을 주장할 수 있는 것이다. 즉위와 같은 사건, 이에 관여한 개개인들을-특히 이러한 사람들이 후에 정치생활에 있어서 중요한 임무를 수행하게 된 경우에는 그러하다-일반공중에게 알리는 것의 필요성은 결코 적게 평가되어서는 아니될 것이다.

그러나 이러한 정당한 이익이 있다고 인정할 수 있기 위하여는 피고가 그 주장을 함에 있어서 세심한 주의를 다하였다는 요건이 필요한 것이다(위 당원 1985. 2. 12 자 판결 참조). 이러한 요건은 원고에게 행해진 비방의 정도와 상호 관련하여 엄격하게 정해져야 할 것이다. 상당히 심한 정도의 비방이 원고에게 행해진 경우에 있어서 피고가 그 비방의 정당성을 법정에서 충분히 증명할 수 있으리라고 확신하지는 않은 상태에서 이를 공중에 발표했다고 해서 이로써 바로 그 정당한 이익이 없는 것이라고 판단하여서는 아니될 것이다.

그러나 피고는 피해자의 이익을 보호하고 진실을 알리기 위하여 성실한 노력을 하였다는 것을 증명할 만한 최소한의 증거를 가지고 있는 경우에 한해서 그 중요한 비방내용을 공중에게 공표해야 한다는 것은 필요하다고 보아야 할 것이다.

본건에 있어서 피고는 그 주장의 진실성을 동독의 최고법원의 판결에 의하여 보장하는 것으로 생각하고 있다. 일반적으로, 비방자는 그 주장의 정당성을 확정력 있는 형사판결로 뒷받침하는 경우에는 그 조사의무를 다한 것으로 보는 것이 원칙이다. 그러나 가해자가 그에게 알려진 특별한 사정에 기하여 그 주장이 진실이 아니라는 것을 알았던 경우에는 위 원칙이 그대로 적용되지는 않을 것이다.

더 이상의 조사를 할 필요가 없게 하는 위 신뢰의 효과는 동독의 확정력 있는 판결에 대하여도 그대로 인정되는 것이 원칙이다. 이러한 효과는 동독의 판결의 기속력으로부터 유래되는 것이다. 그러나 위 신뢰의 효과는 동독의 판결이 RHG 법 제 2 조의 유보조항의 적용을 받는 점에서 제한이 있다. 즉 이것은, 자기의 비판의 정당성을 동독의 법원의 확정력 있는 형사판결에 의하여 증명하려고 하는 자는, 의심이 있는 경우에는, 그 판결의 집행력이 위 RHG 법 제 2, 15, 16 조의 기준에 의하여 배제될 가능성이 있다는 점을 항상 고려하여야

한다는 것을 의미하는 것이다. 그러므로 그가 이러한 경우에 정당한 이익의 존재를 주장하기 위하여는 형사판결의 유효성을 포함한 조사의무를 다할 것이 요구되는 것이다. 그러므로 그가 그 주의 의무를 다하였다고 하기 위하여는, 절차의 진행 및 판결의 과정에 있어서 제 3 자에 있어서[그 판결이 위 RHG 법제 15, 16 조가 규정하는 적법한 절차를 거쳤는지, 및 위 법 제 2 조, 특히 제 2 조 제 1 항 제 2 호의 법치국가의 원칙에 부합하여 독일 내에서도 그 정당성이 그대로 유지될 수 있는 것인지에 대한] 합리적인 의심이 있을 수 있는지의 여부에 대하여도 조사를 하여야 하는 것이다.

물론 이 경우에 있어서 그 판결이 작성방법 예를 들면 서른이나 그 구조에 있어서 독일 내의법원에서 행해지고 있는 판결과 다르다는 것은 그 판단의 기준으로 되지 아니한다. 오히려 그 판결이 본질에 있어서 법치국가의 원칙에 배치되는 사정을 포함하고 있는지의 여부가 중요한 의미를 가지는 것이다. 예를 들면, 피해자가 편견없는 법관에 의하여 재판을 받았는가, 피해자가 공정하게 진행된 절차에 있어서 법적인 청문을 받을 기회가 있었는가, 피해자가 공정한 변호를 받을 수가 있었는가 또는 그 절차가 정당하고 인도적인 면에 특별한 배려를 하였는가의 점에 관하여 합리적인 의심이 있다고 인정되는 경우에는, 법치 국가적인 원리에 반하는 판결이라고 하여야 할 것이다(BVerf GE 37, 57, 65 참조). 그러나 이러한 비법치 국가적인 점은 그 판결의 정당성이 제 3 자에 의하여도 의심받을 것이 확실한 경우에만 존재하는 것으로 보아야 할 것이다. 이상에서 말한 바는 동독 형사법원의 확정력 있는 판결이 독일형법 제 190 조 제 1 문이 규정한 효력범위에 해당된다고 하는 앞서 본 원칙과 하등 모순되는 것이 아니다. 그러나 위 RHG 법 제 15 조에 의하여 피해자는 언제든지 동독의 형사판결의 효력의 심사를 청구할 수도 있고, 경우에 따라서는 그 판결의 효력을 배제할 수도 있는 것이기 때문에 위와 같이 해석한다고 해서 피해자의 부담이 지나치게 가중되는 것도 아닌 것이다.

c) 피고가 본건에서 문제로 된 원고에 대한비방을 배포하였을 당시에는 동독의 최고법원의 판결에는 위와 같은 판결에 고유한 기속력이 이미 발생되어 있었다. 위 판결에 집행력이 인정되지 않는다는 위 대검찰청의 확인은 창설적인 성격을 가지는 것이다(Schafer, a. a. O. § 16Rdnr. 2 참조). 즉 위 확인은 장래에 대하여만 효력을 가지는 것이다. 그러므로 피고는 위 배포의 당시에 위 동독의 판결의 법치국가적 성격에 대하여 의문을 가지고 있지 않았다면, 그의 주장을 배포할 당시, 위 동독의 판결에 의하여 확인 된 사실을 신뢰할 수 있었던 것이다. 이 점에 관하여 고등법원은 좀더 심리를 하여야 할 것이다. 그리하여 심리한 결과, 위와 같은 의심을 할 상당한 이유가 없었다고 인정되는 경우에, 피고는 그의 정당한 이익을 옹호하기 위하여 행동한 것으로 되고, 따라서 더이상 그 주장의 진실성을 증명할 필요가 없을 것이다. 그러나 피고가 그 법치국가성을 의심할 상당한 이유가 있었고, 따라서 그가 세심한 조사를 다하지 아니하였다고 인정되는 경우에는 정당한 이익의 수호라고 하는 법률적인 관점은 더이상 개입할 여지가 없는 것이다. 그리하여 피고에게는 진실성의

입증의무가 부과되는 것이다. 이와 같은 경우에는 고등법원은 피고의 증거신청에 관하여 더 나아가 심리하고 판단하여야 할 것이다.