

사법에 의한 표현행위 사전금지의 법리  
- 「북방저널」 사건 최고재판소판결을 보고 -

竹田 掄 동경고등재판소 판사

## I. 머리말

헌법 21 조에 규정되어 있는 표현의 자유의 보장은 인간의 정신활동의 소산을 외부에 대해 표현하는 것을 보장하는 것으로 국민주권을 표방하는 민주주의사회 존립의 기반을 이루고 있는 것이다. 그리고 표현의 자유에 있어서의 표현은 자기의 정신적인 소산을 표현하는 행위를 의미할 뿐만 아니라 다른 사람의 표현을 받아들이는 행위와의 상호관련을 의미하며 토론의 자유, 정보유통의 자유를 내포하고 있는 것으로 보고 있다(奥平康弘 「기본법 코멘타르 신판헌법」헌법 21 조의 해설, p.94).

더구나 매스미디어와 직접 관계를 갖지 못함으로써 매스미디어를 통해 자기의 정신적 소산을 표현하지 못하고 있는 많은 국민에 있어서는 표현의 자유는 스스로 표현하는 권리로서보다는 정보를 받아들일 수 있는 권리, 즉 알 권리로서 중요한 의의를 갖고 있는 것이다.

본래 표현의 자유의 보장이라 해도 무제한적인 것은 아니며, 그 자체가 내재적인 제약을 갖고 있는 것으로 타의 권리법익, 특히 헌법이 보장하는 타의 기본적 인권과 저촉될 때에는 각종의 인권과의 충돌을 조정하는 법리가 필요한데 그러한 경우에는 표현의 자유는 민주주의사회에 있어서 최대한 존중되어야 할 가치로서 그 우월적인 지위가 긍정되지 않으면 안된다.

종래 최고재판소는 기본적 법리로서 이를 승인해왔다고 생각된다. 즉 TV 필름제출사건을 둘러싼 특별항고사건의 대법정결정(1969년 11월 26일)은 「보도기관의 보도는 민주주의

사회에서 국민이 국정에 관여함에 있어 중요한 판단자료를 제공하고 국민의 알 권리에 봉사하는 것이다.

따라서 사상의 표명의 자유와 함께 사실보도의 자유는 표현의 자유를 규정한 헌법 21 조의 보장 아래 있음은 두말할 필요조차 없다」고 판시하고 개인의 명예의 보호(헌법 13 조)와 표현의 자유의 보장(헌법 21 조) 간에 충돌이 있을 경우의 조정의 법리로서 형사상 및 민사상의 명예훼손에 해당하는 행위에 대해 대법정판결(1969년 6월 25일), 소법정판결(1966년 6월 23일)은 일정한 요건 아래 진실이라는 증거가 없더라도 행위자가 그것을 진실이라고 오신함에 있어 상당한 이유가 있을 때에는 위 행위에는 고의 또는 과실이 없다고 판시하고 있다(다만 그 구체적 적용에 있어서는 표현행위자측에 지나치게 엄격하다는 비판이 있는 것도 사실이다).

그러나 최고재판소가 보여준 개인의 명예의 호와 표현의 자유간의 조정의 법리는 이른바 사후적 구제의 문제일 뿐 명예를 훼손하는 표현행위를 사전에 금지시키는 조치에 의해 개인의 명예를 보호할 수 있는가의 문제는 아니다.

표현행위의 금지허용여부에 대해서는 하급심의 판례에 나타나있고 저명한 사례로서는 영화 「애로스 + 학살」의 상영 등 금지가처분신청사건(동경지방법재판소 결정 1970년 3월 14일, 동경 고등재판소 결정 1970년 4월 13일)이 있다. 이 사건에서는 결론으로서 금지를 인정하지 않았으나 금지의 판단기준을 보여준 것으로 알려지고 있다. 또 금지를 인정한 사례로서는 단행본 「혁신오직」의 반포판매 등 금지, 집행관보관처처분(동경지방법재판소 결정 1976년 3월 11일), 선태시장 선거운동기간중의 후보자의 스캔들 기사를 게재한 잡지배포금지등가처분(선태지방법재판기결정 1974년 1월 19일) 등이 있으며 공직선거법에 의한 선거운동으로 행하여진 배라, 포스터 등의 배포·반포금지 등 가처분신청을 인용한 사례도 공표되고 있다. 다만 이들 사건에서의 공통점은 간행된 출판물의 판매·반포 등의 금지, 즉 계속되는 명예훼손행위의 정지·배제에 관한 것이며 그 출판물이 자유시장에 나오기 전에 억지하는, 즉, 표현행위를 받아들이는 자유를 사전에 완전히 폐쇄한 것이 아니었다는 점이다.

이른바 「북방저널」 사건은 출판물이 잡지로서 완성되기 전의 인쇄준비중의 단계에서 札幌지방법재판소가 주식회사 북방저널발행의 잡지 「북방저널」 1979년 4월호의 집행관보관, 그 인쇄, 제본 및 판매 또는 반포의 금지 등을 명하는 가처분신청을 인정, 가처분결정을 내리고 집행관으로 하여금 이를 집행케 한 것으로서 전형적인 표현행위의 사전억제에 해당한다는 적에서 두드러진 특징을 지니고 있다.

1986년 6월 11일 최고재판소 대법정은 「북방저널」 사건을 판결함에 있어서 우선 사법에 의한 표현행위의 사전금지는 헌법 21조 2항 전단에 규정하고 있는 검열에 해당하느냐에 대해 소극적인 판단을 내리고 이어 헌법 21조 1항에 위반 되는지에 대해서는 인격권으로서의 명예권에 의거한 사전금지의 허용여부, 사전금지의 구체적 요건, 사전금지를 가처분절차에 따라 구하는 경우의 심리절차 등에 관한 판단기준을 판시했는데 그 모두가 표현행위의 사전 금지를 둘러싼 법리에 대한 중요한 판단사항을 포함하고 있다. 이하 판단의 순서에 따라 그 법리를 검토한다.

## II. 사법에 의한 사전금지와 검열

종래 학설에서는 헌법 21조 2항 전단에서 말하는 검열이란 공권력에 의해 사상의 내용을 발표에 앞서 심사하여 필요한 경우 그 발표를 금지하는 것을 뜻했으며 통신에 국한하지 않고 모든 사상표현에 적용되는 것으로서 단순히 행정작용에 의한 사전의 규제에 그치지 않고 재판작용에 대해서도 적용된다고 해석되었다.

그러나 근래에 와서, 검열은 행정기관에 의한 사전억제를 절대적으로 금지한 취지라고 해석하는 학설(예를 들면 좌등행치 「표현의 자유」헌법 II 인권 (1) 487면)도 유력해지고 있다. 이러한 상황 아래서 최고재판소 대법정은 1984년 12월 12일 札幌세관검열위헌소송사건에서 검열이란 행정권이 주체가 되어 사상내용 등의 표현물을 대상으로 그 전부 또는 일부의 발표의 금지를 목적으로 하여 대상이 되는 일정의 표현물에 대해 망라적, 일반적으로 발표전에 그 내용을 심사한 다음 부적당하다고 인정되는 것의 발표를 금지하는 것을 말한다고 판시했으며, 「북방저널」사건에서도 이 판결을 인용하여 가처분에 의한 사전금지는 위 판시에서 말하는 검열에는 해당되지 않는다는 판만을 내리고 있다.

사법에 의한 사전금지가 검열에 해당하느냐에 관한 상세한 검토는 헌법연구자에게 맡기기로 하고 여기에서 나는 다음과 같은 것을 지적해 두고 싶다. 사법에 의한 사전금지가 검열에 해당되지 않는다는 사과의 가장 설득력있는 근거는 당사자주의에 의한 대심구조, 본건의 문제를 가지고 말하자면 표현행위에 의해 명예를 훼손당한다는 피해자측(원고·가처분채권자)과 표현의 자유의 보장을 구하는 표현행위자(피고·가처분채무자)가 재판소의 소송지휘아래 대등한 입장에서 주장하고 입증하는 적절한 심리절차를 거쳐 재판소에 의한 판단이 내려지도록 하는데 있는 것이며 사전금지가처분신청사건의 심리절차가 이러한 근거를 뒷받침하는 것이냐는 문제와 깊이

관련되어 있는 사항이다(덧붙여서 말한다면 「북방저널」 사건의 가처분결정은 신청 일에 채무자를 심리하지 않은 채 내려졌으며 이유도 첨부되지 않았다).

이 점에 대해 대법정판결은 후술하는 바와 같이 예외적으로는 채무자의 심리를 요하지 않는다 했으나 예외적인 경우에도 역시 사법재판소에 의해 「금지청구권등의 사법상의 피보전권리의 존부, 보전의 필요성의 유무를 심리판단하여 내려진다」는 것을 이유로 검열에 해당되지 않는다고 하는 것이 설득력의 근거가 될 수 있는지를 검토해야만 할 것이다.

### III. 명예권에 의거한 금지청구권

금지청구권은 침해행위의 사전억제, 즉 방해예방청구권과 이미 발생하여 계속되고 있는 침해행위의 정지, 제거, 다시 말하면 방해정지청구권 및 방해제거청구권을 총괄한 권리개념이며 원래 소유권, 점유권 등의 물권이 그 권리로서의 기능을 완전히 발휘하기 위해 보유하는 권리라고 되어 있다. 이 금지청구권이 널리 사회적인 관심사가 된 것은 공해문제가 각지에서 발생하자 그 억지에 금지청구권이 행사되면서부터다. 이 때문에 금지청구권의 법리는 주로 공해금지의 법리로서 논의되어 왔으며 그 법적 근거로서는 물권적 청구권법, 인격권법, 불법행위법, 환경권법 등이 거론되어 왔는데 재판에 있어서는 물권적 청구권법이 가장 유력하나 확정적, 지배적 견해를 찾는 데까지는 이르지 못하고 있다.

인격권의 하나로 되어 있는 명예권에 관해서도 그 침해에 대한 구제수단으로서 손해배상(민법 710 조) 등의 사후적 구제만으로는 불충분하므로 금지청구권을 인정해야만 한다는 견해가 오래 전부터 존재했으며, 오늘날에 와서는 거의 이론이 없다. 모두에 소개한 하급심의 재판에도 이론적으로는 이를 긍정하고 있는데 최고재판소가 인격권으로서의 명예권에 의거한 금지청구권을 명언한 것은 이번이 처음으로, 학설, 하급심의 재판례를 시인한 것이라고는 하나 실정법상에 명문이 없는 인격권에 의거한 금지청구권을 인정할 의의는 크다 하겠다. 이 판단이 공해금지의 법리등에 어떠한 영향을 줄 것인가에 관해서는 앞으로의 의논의 전개를 기다리는 수밖에 없지만 금지청구권을 인정하는 이유로서 「명예는 생명, 신체와 함께 극히 중대한 보호법익이며 인격권으로서 의 명예권은 물권의 경우와 마찬가지로 배타성을 갖는 권리라고 해야만 하기 때문이다」라고 판시하고 있는 것은 개인의 생명, 신체, 정신적 자유 등의 총체로서의 인격권을 사법상의 금지청구의 법적 근거로 하는 사고에 이론적 지주가 되리라는 데 의심의 여지가 없다.

#### IV. 명예권에 의거한 표현행위 사전금지의 요건

명예권에 의거한 침해행위의 사전억제 정지, 배제를 청구하는 권리를 인정하는 법리를 채용하는 경우에 있어서 당해침해행위가 출판물이나 방송 등의 표현행위에 의해 행해질 때에는 개인의 명예의 보호와 표현의 자유의 보장간의 충돌을 어떻게 조정할 것인가가 문제이다. 특히 「북방저널」 사건과 같이 출판물이 자유시장에 나오기 전에 억지할 때에는 표현행위를 받아들일 자유는 근본부터 부정당하게 되므로 이 점에 대해 대법정판결이 어떠한 판단기준을 내보일 것인지 가장 주목을 끈 대목이다.

종래 학설은 엄격한 개별적 요건을 설정하는 설, 「애로스 + 학살」 사건의 일심결정이 금지청구를 인용하는 기준으로 삼은 「고도의 위법성」을 채용하는 담, 동사건의 항소심결정이 금지청구를 인용하는 기준으로 삼은 비교형량(당해행위의 금지에 의해 받는 가해자측의 손실과 피해자측의 이익의 교양) 설로 갈라져 있는데 비교형량설이 유력하다.

나는 이 문제에 대해서는 당초부터 엄격한 개별적 요건을 설정해야만 한다고 주장해왔다. 특히 고도의 위법성란에 대해서는 위법성의 강약이라는 척도가 극히 애매하고 재판관의 개인차에 따라 판단에 상당한 폭이 생기기 쉽고 해석의 방법에 따라서는 광범위하게 금지청구권을 인정하는 결과가 될 것이고 또 명예침해와 표현의 자유와의 조정문제는 위법성의 강약보다도 사실의 공공성, 진실성, 행위자의 의도 등을 중심으로 검토되어 야만 한다는 것을 지적하고, 비교형량설에 대해서는 피해자가 입는 인격적 손해와 침해자가 금지에 의해 받는 경제적 손실은 같은 저울로 비교하기가 곤란한 문제라는 사실과 재판관의 재량 주관적 판단의 개입을 필요 이상 허용할 위험이 있어 적절한 예측가능성을 주지 않는다는 사실을 지적했다.

북방저널」 사건의 대법정판결은 명예권에 의거한 표현행위금지청구권의 요건에 대하여 고도의 위법성론이나 비교형량론을 배척, 엄격하고도 명백한 요건을 정립해야만 한다는 것을 분명히 하고 그 대상이 공공의 이해에 관한 사항에 관련된 경우에는 원칙적으로 사전금지는 허용될 수 없다고 판시했다. 표현의 자유의 보장에 대한 깊은 이해를 보여주었다는 점에서 높이 평가될 수 있다.

문제는 정립해야 할 엄격하고도 명확한 요건의 구체적 내용이 무엇이냐는 점에 있다. 이 점에 대해 대법정판결은 사전 금지의 대상이 되는 출판물이 공공의 이해에 관한 사항일 경우에는 2개의 요건, ① (ㄱ) 그 표현내용이 진실이 아니고 또는 ② (ㄴ) 그것이 전적으로

공익을 도모하는 목적의 것이 아님이 명백할 것 ② 피해자가 중대하고도 현저하게 회복이 어려운 손해를 입을 우려가 있다는 사실이 충족되었을 때에 한해 예외적으로 사전 금지가 허용된다고 판시했다.

이 요건에 대해 곡구정호 재판관은 그의 의견에서 요건①에 있어서의 전적으로 공익을 도모할 목적의 것이 아니라는 것은 명확한 기준성을 갖지 못한다고 비판하고 또 요건②는 가처분명령을 내리는 데 있어 보전의 필요성에 대한 요건으로서 고려하면 족하다고 말하고 있다. 나는, 요건①에 대해서는 곡구 재판관이 지적하는 점과도 관련되나 (ㄱ) 「표현내용이 진실이 아니고」와 (ㄴ) 「그것이 전적으로 공익을 도모하는 목적의 것이 아님이 명백할 것」이 「또는」으로 연결되어 있다는 사실, 다시 말하면 (ㄱ) 또는 (ㄴ)의 어느쪽이든지 구비되어 있으면 된다고 한 점에 문제가 있다고 생각한다. 이 요건①에 따르면 표현내용이 허위이기만 하면 전적으로 공익을 도모하는 목적을 가지고 집필된 출판물이라 하더라도, 요건①이 충족되고 또 그 표현내용이 진실이더라도, 그것이 전적으로 공익을 도모하는 목적의 것이 아님이 명백할(사익을 도모하는 목적과 공익을 도모하는 목적이 병존하여 후자가 주된 목적이라고 말할 수 없다) 때에는 요건①이 충족되는 결과가 되어 (종래의 판례이론에 의하면 전적으로 공익을 도모하는 목적이 아니면 진실이라는 항변은 인정되지 않는다) 특히 후자의 경우에 사전 금지를 허용하는 일이 엄격하고도 명확한 요건이라고 말할 수 있을는지 의문이다.

특히 다수의견에서 정립한 표현행위 사전금지의 요건에 대해서는 이등정기, 대교 진, 목규차, 장도돈각 재판관의 보충의견 외에 다수의견과는 별개의 요건을 정립해야만 한다는 곡구정호 재판관의 의견도 있는 등 제각기 시준가 풍부한 견해가 피력되고 있는데 그 검토는 다른 기회로 미루기로 하고 여기서는 곡구 재판관의 의견에 나타난 「현실적 악의」의 이론에 대해 언급해두고 싶다.

곡구 재판관은 「명예의 침해·훼손의 피해자가 공무원, 공선에 의한 공직의 후보자 등의 공적 인물이고 그 표현내용이 공적 문제에 관한 것일 경우에는 표현에 관련된 사실이 진실에 반한다 해도 쉽사리 규제의 대상으로 해서는 안된 바, 그 표현행위가 이른바 현실적 악의를 가지고 행해졌을 경우, 바꾸어 말하면 표현에 관련된 사실이 진실에 반하고 허위라는 사실을 알면서 그 행위를 감행했을 때 또는 허위인지 아닌지를 무모하게 무시하고 표현행위를 했을 경우에는 표현의 자유의 우월적 보장은 후퇴하고 그 보호를 주장할 수 없는 것으로 생각한다」는 의견을 펴 미국법에 있어서의 「현실적 악의(actual malice)의 이론(1964년의 뉴욕 타임즈지 대 설리반사건에서 미연방대법원이 채용한 것으로 유명해진 법이론)을 사전금지의 요건으로 정립해 놓고 있다.

현실적 악의의 이론은 일본에서도 산케이신문 의견광고사건에서 동경지방법판소결정(1974년 6월 14일) 및 동경지방법판소판결(1977년 7월 13일)이 정당의 정책 등에 대한

논쟁·비판에 대한 명예훼손의 성립요건의 하나로서 채용하고 있는데, 표현의 자유의 보장과 명예보호의 조정의 법리로서는 뛰어난 이론이며 이를 표현행위 사전금지의 요건으로 하는 데 찬성하고 싶다.

## V. 사전금지가처분의 심리절차

대법정판결은 사전금지가처분의 법리절차에 관해 중요한 판단을 내리고 있는데, 그 구체적 내용에 대하여 검토하기 전에 일본의 민사소송 제도상의 가처분에 대하여 개설한다.

민사소송은 공권력에 의해 사인간의 생활관계상의 분쟁이라든가 이해의 충돌을 해결하기 위한 처리절차인데 공권적 법률판단인 재판에 의해 당사자간의 분쟁을 관념적으로 해결하기 위한 소송(판결) 절차와 명령된 의무를 임의로 이행하지 않는 당사자를 강제하여 그 이행이 있었던 사실상태를 실현하여, 권리의 만족을 기하는 강제집행절차로 나눌 수 있다.

이 장래를 향한, 강제집행에 의한 권리의 실현이 판결절차의 확정을 기다리고 있다가는 불능하게 되거나 곤란하게 되기 때문에 현상을 보전할 목적을 가지고 행해지는 소송절차가 집행보전절차, 통상보전소송으로 불려지고 있는 절차인데, 이 절차는 금전집행의 보전을 위해 재산을 미리 압류해두는 가압류절차와 물적 상태의 변경을 목적으로 하는 청구권의 집행의 보전으로서 그 현상을 유지하는 가처분으로 대별된다. 가처분에는 가지위를 정하는 가처분(일본 민소법 760 조)이 있는데, 이것은 잠정적으로 청구의 전부 또는 일부가 존재하게 하는 지위를 정하는 것으로서 금지가처분은 이 유형에 포함된다.

소수절차는 그 주체로서 재판소와 대립하는 당사자(판결절차에서는 원고와 피고, 보전절차에서는 채권자·채무자는 보전처분을 신청하는 자와 그 상대방에 대한 절차상의 명칭이며, 통속적인 의미에서의 상권을 가진 자, 채무를 부담하는 자와는 관계가 없다)가 관여하여 재판소의 소송취지 아래 당사자의 주장, 입증에 의해 절차가 진행 되는 당사자주의적 소송구조가 채택되고 있는 점에서는 공통이나 판결절차에서는 예외적인 절차를 제외하고 필히 구두분론(재판소가 정한 기일에 당사자 쌍방이 출두하여 구두로 주장, 입증을 하는 절차)을 열고 심리하는 원칙이 취해지고 있는 데 대해 보전절차 중 가압류절차에 대해서는 구두분론을 거칠 것인지 아닌지는 재판소의 재량에 맡겨져 가처분절차에서는 급박한 경우에 한해서만이 구두분론을 거치지 않아도 되는 것으로 되어 있다. 그러나 구두분론을 열지 않는 경우라 하더라도 채권자의 일방적 주장에 의거하여서만

판단한다고는 할 수 없다. 재판소는 필요에 따라 이른바 심리절차(채권자 또는 채무자에게 무방식으로 서면 또는 구두에 의한 진술의 기회를 주는 절차)를 취할 수 있다.

그런데 보전소송의 실제에 있어서는 구두분론이 열리는 일은 극히 예외적이며, 대부분의 경우 채권자 본인 또는 대리인을 면접하여 그 주장과 소명자료(재판관에게 인식시켜야 할 사항에 대해 확신을 갖도록 할 정도의 입증이 증명이며, 재판관에 일응 확실한 것 같다는 심증을 갖도록 할 정도의 입증이 소명이다. 보전소송에서는 채권자가 피보전권리의 존재와 보전의 필요성을 소명하지 않으면 안된다고 규정되고 있다)에 의거해서 판단하고 있다. 이는 구두분론을 열 경우 공개법정에서 상당한 기간에 걸쳐 심리할 필요가 생겨 보전절차에 있어서의 긴급성과 밀행성의 요청이 충족되지 않고 보증을 세우게 함으로써 상대방이 입게 될 손해의 보전을 강구할 수 있게 되며 보전집행의 해방, 취소에 대해 비교적 간편한 절차가 인정되어 있기 때문인 것으로 생각된다. 그러나 금지가처분과 같이 잠정적인 지위를 정하는 가처분은 만족적 가처분이라고도 불리우며 잠정적으로 청구의 전부 또는 일부를 존재하게 하는 지위를 정하는 것이기 때문에, 그 결과는 중대하며 신중한 절차가 요청되고 있다.

따라서 이런 종류의 가처분에 있어서는 적어도 채무자를 심리하고 주장, 입증의 기회를 주는 경우가 많다.

「북방저널」 사건의 사전금지가처분은 이러한 채무자심리절차조차 거치지 않고 즉일로 발부되었다는 것은 전술한 바와 같다. 그 배경에는 大橋進재판관이 보충의견에서 지적한 것과 같이 본건유사기사를 게재한 「북방저널」 1978년 11월호의 판매, 반포 등 금지가처분에 있어서는 채무자에 대해 일시의 여유를 두고 서면에 의한 반론의 기회를 주고 있다는 사정이 있으나 표현행위의 사전억제라는 중대한 가처분을 발부함에 있어 채무자심리의 절차를 행하지 않아도 좋은 것인지가 중요한 문제점으로 되었던 것이다.

대법정판결은 공공의 이해에 관한 사항에 대해서는 표현행위의 「사전금지를 명하는 가처분을 내림에 있어서는 구두분론 또는 채무자의 심리를 실시, 표현내용의 진실성 등의 주장, 입증의 기회를 주는 것을 원칙으로 해야 한다」고 전제하고, 예외적으로 「채권자가 제출한 자료에 의해」 전기사전금지의 요건 ① 및 ②가 인정될 때에는 「구두분론 또는 채무자의 심리를 거치지 않고 금지의 가처분명령을 내렸다 하더라도 헌법 21 조의 전시의 취지에 반하는 것이라고 할 수 없다」고 판시했다.

공공의 이해에 관한 사항에 대해서는 표현행위 사전금지는 원칙적으로 허용되지 않는다고 한 판결요지에서 보면 금지가처분의 심리절차에 대해 구두분론 또는 채무자심리를 원칙으로 한 것은 당연한 귀결이며 예외적인 경우를 확대해석하는 일은 엄격히 삼가지 않으면 안된다.

다만 심리절차와 관련하여 채무자에게 요구되는 입증의 정도(「소명으로 충분하다고 하는 것은... 절차적 보장으로서 충분하다고 할 수 없다)고 한 판시를 어떻게 해석할 것인가), 거증책임(재판소가 사실의 존부를 확정할 수 없는 경우에 입게 될 당사자의 일방의 위험 또는 불이익)의 분배를 어떻게 이해할 것인가에 대해서는 판시를 가지고는 명확하다고 할 수 없다. 금후의 검토과제로 유보해두고 나로서는 요건 ① 및 ②는 피보전권리의 존재를 채권자가 입증하고(따라서 통상의 명예훼손소송과는 거증책임이 전환된다). 채무자에게는 진실이라는 것 등에 대한서의 주장과 반증의 기회를 주지 않으면 안되는데, 채권자가 제출한 자료만으로 채무자에게 반증의 기회를 주지 않고도 극보전권리의 존재가 증명되는 특별한 경우에 한해 채무자심리를 요하지 않는다고 이해하고 싶다.

## VI. 최고재판소판결의 구속력과 금후의 금지가처분의 동향에 대해

상급심의 재판의 구동력은 「그 사건」에 대해서 만이 존재하며 (재판신법 4 조), 영미법계와 같은 판례의 일반적 구속력은 인정되지 않는다. 그러한 의미에서는 일반적으로 표현행위사전금지도 처분이 어느 한도에서 인정될 것인가 하는 문제는 금후의 재판에의 집적을 기다릴 수 밖에 없다. 그러나 최고재판소는 최종적인 위헌심사권과 법령의 해석통일의 기능을 보유하고 있다는 점에서 볼 때 그 판례가 사실상의 구속력을 갖게 되며 하급심에 대한 지도성을 갖는다는 것은 부정하기 어려운 일이다.

대법정판결이 정립한 금지청구권의 요건은 공공의 이해에 관한 사항의 유형에 속하는 것에 대해서이지 이 유형에 포함되지 않는, 예를 들면 사인의 사생활상의 행상을 흥미본위로 써대는 경우에는 해당되지 않는다. 이 유형에 포함되지 않는 경우에는 명예보호의 요청이 한층 더 높아질 것이 예측되는데 대법정판결은 이러한 경우에 있어서의 엄격하고도 명확한 요건의 내용에 대해서는 아무런 언급이 없다. 다만 공공의 이해에 관한 사실을 어느 범위까지 인정하느냐는 데는 문제가 있다. 공무원이 아닌 사인인 경우에도 공적 인물에 관한 사항이면 그 사생활상의 행상이라도 공공의 이해에 관한 사항이라고 인정되면 그 범위는 상당히 넓어지게 될 것이다. 그 판단기준으로서 「월간 펜」 사건(최고재판소 1981년 4월 16일)이 참조되겠으나 하나의 문제점으로 남아있다.

## VII. 맺는 말

표현의 자유의 보장은 민주주의사회 존립의 기반이며 그것은 표현하는 자유와 함께 표현을 받아들이는 자유까지도 의미하는 것이라고 본다면 그 보장을 철저히 하기 위해서는 이단적인 사상의 발표를 허용하지 않으면 안된다. 물론 이에 의해 명예를 훼손당하는 자가 있으면 충분한 구제조치가 강구되지 않으면 안되겠으나 그것은 표현행위 그 자체의 억지가 아니고 손해배상액의 다액화, 반론권의 확보 등으로 구해야 할 것으로 생각한다.

최근의 매스컴, 특히 TV나 사진잡지 등에서 볼 수 있는 일정한 경향에는 혐오감을 느끼게 되는 일까지 있으나 그렇더라도 더욱 표현행위의 사전억제는 최소한 줄여야 한다(종래 내가 정립해온 요건에 따르면 공공의 이해에 관한 사실을 포함하지 않는 것, 적시된 사실이 진실에 반하는 것, 침해행위가 고의 또는 현실적 악의에 의한 것일 때에 한해 사전금지를 인정한다)고 주장하는 것은 한 연구자로서 표현의 자유를 될 수 있는 대로 존중하는 법이론을 정립하고 싶다는 생각 외에는 아무것도 없다.