

독일판례 1

반박문게재를 위한 가처분 신청사례

Frankfurt 고등법원 1986.5.28 자 판결 -I7U 17/86 사건 -

참조조문

Hessen 주 언론법 제 10 조. 민사소송법 제 936 조, 제 929 조 제 2 항

판결요지

1. 가처분절차에 행해진, 언론법상의 반론문의 게재를 명하는 판결은, 그 판결이 선고된 후 2 개월 이내에 당사자의 신청에 의하여(im Parteibetrieb) 송달되지 아니한 경우에는 그 효력을 잃는다.
2. 위와 같은 사유로 무효가 되어 취소되어야 할 가처분의 결정을 새로이 받는 데에 있어서는, 항소법원은 이에 대한 관할권이 없다.

사실개요

가처분신청인은, 미개발 특정분야에 대해 의료보조를 하기 위한 계획의 수행을 위하여, 국가의 재정적 보호를 받고 있는 재단법인의 업무집행이사이다.

피신청인이 발행하는 주간지 1985. 10. 14 자 제 41 호에 게재된 기사에는 00 만 마르크는 어디에 있는가?라는 제목하에 위 계획의 실험결과에 관하여 상세한 보도를 하고 있다. 그런데 위 기사에는, 위 재단이 세금을 아무런 성과도 없이 허비해 버렸다는 비난도 포함되어 있었다.

그리하여 위 기사에서 그의 이름이 여러 차례 들먹여진 가처분신청인은, 위 기사의 수많은 사실적 주장에 의하여 피해를 입었다고 주장하고, 따라서 1985년 12 월, 위 피신청인의 소재지를 관할하는 법원에, 가처분의 방법으로, 피신청인에 대하여, 아직 편집이 완료되지 아니한 최초의 신문에, 상세한 언론법상의 반박문의 게재를 명하여 줄 것을 신청하였다.

지방법원은 이 사건에 대한 판결에서 신청인의 예비적 청구를 일부만 인용하고 나머지는 기각하였으며, 소송비용의 70 퍼센트는 피신청인의 부담으로 한다고 판결하였다. 위 판결은 구두변론에 이어서 바로 1985. 12. 19에 선고되었다.

판결의 형식을 갖춘 위 변론조서의 사본은 위 신청인의 1심 소송대리인에게는 늦어도 1985. 12. 23에는 제시되었다.

판시사실, 판결이유 및 판사들의 서명까지 행해진 완전한 형태의 32 페이지에 달하는 상세한 판결문은 1985. 12. 31 기록에 첨부되었다. 법원의 서기과가 1986. 1. 2에 행한, 쌍방 당사자의 각 소송대리인에 대한 판결정보의 송달은 3주가 지난 후에야 비로소 시행되었다.

그리하여 완전한 판결문은 신청인의 1심 소송대리인에 대하여는 1986. 1. 27에 직권으로 송달되었다. 따라서 판결문의 당사자에 대한 송달은, 집행이 가능한 기간 내인 1986. 1. 20(월요일) 이전까지는 시행되지 아니하였다.

피신청인은 적법한 기간 내에 그리고 적법한 형식을 갖추어 항소를 제기하면서, 집행가능한 기간 내에 집행함이 없이 그 기간이 도과되었음을 이유로 이 사건 판결의 취소를 구하고 있다.

이에 대하여 신청인은, 일부승소판결을 받은 반박문게재청구권의 실현을 위한 가처분절차에 있어서의 전제조건들은 아직도 존재하고 있음을 이유로 해서, 방어방법으로, 즉 부대항소로서 예비적으로, 새로운 가처분의 결정을 신청한다고 주장하면서, 피고의 항소를 기각해 줄 것을 청구하였다.

판결이유

피신청인의 항소는 이유 있다. 효력을 상실한 이 사건 가처분결정은 피신청인의 청구에 의하여 반박문게재청구권에 대한 실체병적인 심사를 거칠 필요도 없이 취소되어야 한다(독일민사소송법 제 9양조 및 제 927 조). 이러한 신청은 또한 항소의 방법으로도 할 수 있는 것이다.

가처분의 결정을 받은 사람은 그 선고가 있는 날로부터 1개월 이내에 그 집행을 착수하여야 한다. 위 기간이 경과한 이후에는 그 가처분의 집행은 허용되지 아니하는 것이다. 즉 그 가처분결정은 효력이 없게 되는 것이다(독일민사소송법 제 936 조, 제 929 조 제 2 항).

위와 같은 민사소송법의 규정은, Hessen 주 언론법 제 10 조 제 4 항, 제 2 문의 규정에 따른 반 박문게재를 명하는 결정이 판결에 의하여 행해진 경우에도 마찬가지로 적용되는 것이다. 이 경우에 있어서 그 집행을 위하여는 가처분신청인(채권자)의 청구에 의한 판결문의 형식적인 송달, 즉 소위 집달관에 의한 당사자송달, 또는 변호사들간의 송달(독일민사소송법 제 166 조, 제 198 조)로서 족한 것이다 그러나 이러한 송달은 집행기간을 준수하기 위하여는 반드시 갖추어야 할 조건으로서, 1977 년도의 민사소송법에 대한 간역화법안에 의하여 도입된 판결문의 직권송달과는 전혀 관계가 없는 것이다(독일민사소송법 제 317 조, 제 1 항). 위 직권송달의 방법으로서 독일민사소송법 제 929 조 제 2 항에서 정하는 집행 기간을 준수할 수가 없을 것이다. 왜냐하면, 위 제 929 조 제 2 항은 채권자의 집행행위를 요구하고 있기 때문이다. 위 집행행위를 하지 못한 것이 어떠한 사유에 기인하는 것인지는 문제가 되지 아니한다(Zweibrücken 고등법원 Jrbro 1986. 626 참조). 위 민사소송법 제 929 조 제 2 항에 규정된 기간은 과실의 여부와는 관계없이 진행되는 것이므로, 위 조문의 위와 같은 엄격한 규제는 공평하지 못하다는 신청인의 주장에 대하여, 당원은 이를 받아들이지 않는 바이다. 위와 같은 규정의 입법취지는 법적 안정성의 확보를 목적으로 하는 것이어서 위법이, 가처분의 방법에 의한 권리보호조치를 사용할 수 있느냐 없느냐에 대한, 명확한 해답을 단시간내에 얻으려고 하는 경우에는 위 규정의 당부가 다루어질 수는 없는 것이다. 위 독일민사소송법 제 929 조 제 2 항의 규정은 분명히 임시적인 권리보호의 일종에 속하는 것이고, 채권자와 가처분 채권의 채무자의 이익을 서로 공평하게 고려하고 있는 것이다.

그런데 이 사건에 있어서의 가처분 신청인은, 그 자신이나 또는 그의 소송대리인이 그의 과실로 인하여 위 집행기간을 초과하였다는 비난을 받는 것은 마땅하다. 신청인에 대하여 판결정본이 직권으로 송달된 것은 집행기간이 경과된 이후인 것은 틀림이 없다. 그러나 그는 판결의 선고가 있는 직후, 판시사실 및 판결이유의 기재가 없는 채로의 판결정본을 신청할 수 있었고(독일민사소송법 제 317 조 제 2 항, 제 2 문 및 제 750 조 제 1 항 제 2 문), 위 판결정본을 피신청인에게 적시에 송달할 수가 있었던 것이다. 언론법의 규정에 의한 반박문게재청구권이라고 하는 신속하고도 날카로운 무기를 사용하려고 하는 자는, 소송법상의 중요한 규정들을 알고 있어야만 하고, 또한 이에 적용되는 중요한 규정들에 대하여 항상 주의를 기울이고 있어야 하는 것이다 (Seits/Schmidt/schner. Der Gendarstellungsanspruch in Presse, Film, Funk und Fernsehen, NJW Schriftenreihe, 1980, RN450 참조).

위 집행기간은, 신청인의 제 1 심 소송대리인의 1985. 12. 23 자 서면에 의하여 그 기간이 준수되었다고 하는 신청인의 주장은 적절하지 못한 것이다 위 경우에 있어서는 특별한 형식 없이 보내진 변호사의 편지가 문제로 된 경우로서 위 편지에 의하여 변호사는 「판결에서 명한 채무를 지체없이 이행하라」 그렇지 않으면 강제집행절차를 시작하지 않을 수 없다는 통고를 하고 있었던 것이다.

위와 같은 편지가 이미 고지된 강제집행의 개시로서의 채무명의의 형식적인 송달에 갈음될 수 있다고는 말할 수 없는 것이다.

다음으로 부대항소의 방법에 의하여 예비적으로 주장된, 효력이 없게 되어 버렸기 때문에 취소되어야 할 가처분을 새로이 명해 줄 것을 신청한다는 신청인의 청구는, 그 이유가 없는 것이다

위 청구는 적법하지 아니하다 왜냐하면 당원은 항소법원으로서 위와 같은 판결을 할 직무관할권이 없기 때문이다. 위와 같은 재차발부의 신청은, 나머지의 다른 요건들이 갖추어져 있는 한(본건에 있어서는 위 기사가 게재 된지 이미 7개월이 경과되어 현실성이 없는 것으로 보여지기 때문에, 위 나머지 요건들이 갖추어져 있는지도 심히 의심스러운 바가 있다. - Seitz/Schnridt/Schner a. a.O. RN 91. 390 참조) 1 심 법원에 제출하여야 하는 것이다(OLG Frankfurt 6. Senat-WRP 1983, 212 m. w.N=Rechtspfleger 1983. 120 ; OLG Hamm MDR 1972. 615 , OLG KOIn WRP 1979. 817, OLG Koblenz WRP 1980. 646 ; Thomasputzo, ZPO, 13. Aufl. 1985. 929 Anm. 2d : Baumbach - Lauterbach - Hartmann, ZPO, 44. Aufl, 1986 §929 Anm 2Cc 도 같은 취지임).

Stein-Jonas-Grunsky 는, 위와 같은 신청은 제 1 심의 가처분결정에 대한 항소심의 절차에서 제출할 수 있고 나아가 이러한 신청은 부대항소 없이, 만지 방어방템만으로서도 제출할 수 있다는 견해를 피력하고 있기는 하다(ZPO, 20Auf., 1981 529 RN 18). 그는 또한 이와 같은 경우에 있어서는 1 심의 가처분결정이 애당초 취소되어서는 아니된다고 주장한다. 위와 같이 함으로써 필요 없이 번잡한 길을 가는 것이 방지될 수 있다고 하는 주장 이외에는, 그밖에 달리 이에 대한 특별한 근거를 제시하지 아니하고 있다. 그리고 Zller-Vollkommer 도 역시 그 자신의 특별한 이론적인 근거를 제시함이 없이 위 견해를 그대로 따르고 있다(ZPO, 14, Aufl. 1984 §929 RN 23 참조).

위와 같은 견해는 주로 오래된 몇 개의 판례에서 나타나고 있기는 하지만, 당원의 견해에 의하면, 이는 적절하지 못한 것으로 생각되고, 더우기 이는 법률의 명시적인 규정과는 전혀 일치되지 아니하는 것이다. 만약 위 법률의 규정에 의하여 효력이 없게 된 가처분의 결정이 단지 그 가처분명령의 요건이 아직도 존재하고 있다는 사유만으로, 취소되지 아니하고, 그대로 승인된다고 한다면, 독일민사소송법 제 929 조 제 2 항의 규정은 실무상 폐지된 것이나 다름없게 되어버리는 것이다. 그러나 이 사건 가처분의 피신청인은, 더 이상 집행되지 아니한 제 1 심의 가처분결정을 소멸하게 할 권리를 가지고 있는 것이다 그리고 어떤 경우에든지, 이 오래된 가처분결정에 대하여는 판결을 하지 않을 수 없는 것이다(Wieczorek, ZPO, 2. Aufl. 1981. §929 Anm. B lb2 참조). Hegmanns 가 적절히 강조하고 있는 바와 같이, 위와 같은 논리의 비밀관성은 명시되지 않을 수 없는 것이다(WRP 1984. 120ff 참조).

나아가, 그밖에 남아있는 다른 하나의 방병 즉, 소의 변경에 관한 규정을 유추 적용하여 소 변경의 요건(즉 상대방의 동의나 또는 법원이 상당하다고 인정하는 것)을 갖춘 경우에, 부대 항소의 방법으로 항소심에서 새로운 가처분 결정을 신청하는 방병도 역시 당원은 이를 할 수 없는 것으로 생각된다. 왜냐하면 위와 같은 견해에 찬동하고 있는 학자들(Hegmanns a. a. O. mit weitem Nachweisen)은, 위와 같은 소변경에 관한 규정들이 준용될 수 있는 것은 유사한 사안의 경우에만 가능하다는 것을 간과하고 있기 때문이다. 의문의 여지없이 취소되어야 할 판결을, 더우기 문자 그대로 동일한 내용을 가진 채로 다시 내려달라고 하는 신청은 특별한 것이고, 또한 전혀 비정상적인 것이기 때문에 이러한 신청이 소의 변경과 유사한 것이라고는 도저히 볼 수 없는 것이다. 어떤 신청을 반복해서 하는 것은 소의 변경이라고 할 수 없는 것이고, 또한 소의 변경은 상소심의 절차에 있어서는 행해질 수 없으며, 단지 1심에서만 가능한 것이다. 항소심 주문형식 및 그 소송비용 부담에 관한 문제를 새삼 거론할 필요도 없이, 이 사건에 있어서는 분명히 그 법적인 잘못을 선택한 것으로 보여지고, 따라서, 실무상의 이유로부터도 이미 판례는 이러한 방법을 취해서는 아니되는 것으로 되어 있는 것이다.(OLG Zweibrücken의 OLGZ 1980. 28 판결도 역시 그 결과에 있어서는 마찬가지이다).