

## 민사소송에 있어서 언론인의 증언거부권에 관하여

Munhecn 고등법원 1989. 2. 6 자 결정

-2IW 609169 사건 -

### 적용법조

독일민사소송법 제 383 조 제 1 항 제 5 호 독일이기본법 제 5 조 제 1 항 제 1 문

### 판시사항

1. 기관으로서의 언론의 보호는 독일 민사소송법 제 383 조 제 1 항 제 5 호의 엄격한 해석에 배치되는 것이다.
2. 언론인의 증언거부권은, 기자회견석상에서의 발언에 관련하여서도 역시 무제한적으로 인정된다. 그리고 이와 같은 권리는, 보증인의 인격 및 언론인에게 그의 직무와 관련하여 행해진 진술의 내용에 대하여 인정되는 것이다.

### 사실개요

원고는 2인의 피고들에 대하여 의사표시의 취소를 요구하고 있다. 원고는, 피고들이 그들이 한 의사표시가 언론기관에 의하여 보도될 것이라는 목적을 가지고 위와 같은 의사표시를 기자회견석상에서 한 것이라는 주장에 대한 입증자료로서, 중간소송에 있어서의 피고들(그들 모두 언론인이다)의 증언을 원용하고 있다. 피고들은 이 사건 소송에 이의를 제기하면서, 무엇보다도, 이 사건 소송의대상이 된 진술을 한 사실 자체를 다투고 있다.

상응하는 증거결정이 있는 후 중간소송의 피고는 증인신문을 위한 재판 기일에서, 그는 독일민사소송법 제 383 조 제 1 항 제 5 호의 규정에 따라 그의 증언거부권을 원용한다고 주장하였다. 즉 그의 주장에 의하면 그는 언론인으로서, 기자회견에 관하여 진술할 의무가 없다는 것이다. 그 직후 다음과 같은 중간판결이 내려졌다. 즉 Rudolf Huber 증인은 독일민사소송법 제 383 조제 1 항 제 5 호에 따라 증언을 거부할 권리를 가지지 아니하는 것이다.

이에 대하여 위 증인 겸 중간소송의 피고는 즉시항고를 제기하였다. 즉 증인에 대하여는 일반적으로 증언을 거부할 권리가 부여되어 있다. 또한 그는 위 기자회견 석상에는, 그들의 출판업에 종사하는 지위를 고려하여, 정보를 제공 받을 수 있는 특정한 범위의 언론인에 대하여만 초청장이 발송되었고, 따라서 원고는 위 구성원이 아니어서 출입이 금지되어 있었다는 점을 보충적으로 지적하였다.

### 판결이유

이 사건 항고는 이유 있다. 독일민사소송법 제 383 조 제 1 항 제 5 호에서 정한 요건들이 이 사건에서 존재하고 있다.

1. 위 독일민사소송법 제 383 조 제 1 항 제 2 항의 구성요건이 그 규정내용대로 충족되어 있다. 증인은 문헌에서 발간되는 석간신문의 지방편집국의 편집국장으로서, 정식으로 근무하고 있다. 위 증언거부권이라는 것은 보증인의 개인에 대하여도 미치는 것이고, 증인의 활동과 관련하여 그에게 행해진 통지의 내용에 관하여도 미치는 것이다. 독일민사소송법 제 383 조 제 1 항 제 5 호의규정은 그 제 6 호 및 제 384 조 제 3 호의 규정과는 별도로 별개의 독립된 구성요건을 규정하고 있다. 그런데 이 사건에 있어서는 독일민사소송법제 383 조 제 1 항 제 5 호의 승인된 예외가 문제로 되고 있지 아니하다(Kohlhaas in Festschrift für Löffler, 1980, Seiten 143, 148 참조). 특히 본건에 있어서는 독자적으로 조사된 자료가 문제로 되고 있는 것이 아니다.

2. 독일민사소송법 제 383 조 제 1 항 제 5 호를 제한적으로 해석한다고 해서, 이 사건에 있어서, 증언거부권을 부인하는 결과로는 되지 아니한다. 이와 같이 제한적인 해석을 한다고 해서 명문의 규정을 초월해서 해석할 수는 없을 것이다. 그러나 합목적적인 제한의 요건들이 존재하고 있지 아니하다. 그러하기 때문에 독일기본법 제 20 조 제 3 항의 규정에 불구하고 또는 그 규정 때문에 어느 범위에서 방법론적인 수단이 도출될 수 있는지는 미해결인 채로 남아 있을 수 있는 것이다.

a)이 사건에 있어서 이와 같은 합목적적인 제한은 독일민사소송법 제 383 조 제 1 항 제 5 호의 입법취지로부터 비롯되는 것은 아니다. 오히려 위 제한은 현대 민주주의에 있어서 없어서는 아니될 과제를 수행할 수 있기 위하여 특정한 보장을 필요로 하는 이 제도의 성질에 기초하는 것이다. (BverfG in BverfGE36, 193, 204=AfP 1974.565, 567=NJW 1974, 356, 358).

언론이라는 것은 독일기본법 제 5 조 제 1 항 제 2 문에 따라서 기본권의 보호만을 향유하는 것이 아니라, 나아가 그 제도적인 기능(즉 정보의 수집으로부터 뉴스 및 의견의 발표에 이르기까지의 기능)을 보장 받고 있는 것이다. (Z. B. BverfG in BverfGE 20, 162, 187=NJW 1966, 1603, 1604f) 독일민사소송법 제 383 조 제 1 항 제 5 호는 정보제공자와 언론인 사이의 관계에 있어서의, 정보 및 진술의 신뢰관계만을 보호하는 것은 아니다.

이와 같은 의미에 있어서는 수 많은 문헌에 있어서의, 위 신뢰관계의 보호에 관한 언급들은 오해받기 쉽게 기술되어 있다(Z. B.Löffler, Presserecht, 3.Aufl. 1983, 23, Rd.-Nr. 16

und Rd. Nr.55a ; Lowe/Rosenberg/ Dahs,Stpo, 24 Aufl., 1988, 53, Rd.-Nr. 38 ; Paulus in KMR, StPO, 7Aufl., Stand 1987, 53, Rd.- N.r 25 ; Pelchen in Karlsruher Kommentar, StPO, 2, Aufl 1987 23, Rd.-Nr. 27). 바로 이와 같은 이유때문에, 독일형사소송법 제 53 조 제 1 항 제 5 호(이는 독일민사소송법 제 383 조 제 1 항 제 5 호에 상응하는 것이다.)가 신뢰성을 그 요건으로 규정하고 있지 아니한바, 이는 정당한 것으로 여겨진다.

위 신뢰관계와 편집의 비밀의 보호는 법률적인 규정의 결과이다. ; 즉 증언거부권의 근본적인 입법취지는 언론이라는 제도의 보호에 있는 것이다. 바로 이점에, 개별적인 경우에

있어서는 마찬가지로 적용될 수 있는 독일민사소송법 제 383 조 제 1 항 제 6 호와의 차이가 있는 것이다. 바로 위 제 6 호의 경우에 있어서만, 관계자로부터 묵비의 의무를 면제시켜 주는 것이 가능한, 독일민사소송법 제 385 조 제 2 항이 적용된다. 위 독일민사소송법 제 383 조 제 1 항 제 5 호에 따른 묵비의무로부터의 면제는 1975. 7. 25 자 법률의 개정 이전에만 가능하였던 것이다.

b) 위 규범의 적용범위가 광범위한 것에 비추어 보더라도, 독일민사소송법 제 383 조 제 1 항 제 5 호를 그 명문의 규정을 넘어서 축소 해석하는 것은 부당한 것이다. 입법자들의 사고방식에 의하면 언론인의 증거거부권은 「무제한적으로」 적용되어야 한다는 것이다(die Begründung ZumGesetzentwurf der Bundesregierung in der Bundestags - Drucksache 7/2539, Seite 2 참조). 따라서 이와 같은 증언거부권은, 예를 들면 범죄적인 배경을 가지고 있는 통지에 대하여도 역시 적용되는 것이다. (Zoller/stephan, ZPO, 15. Aufl. 1987. 383, Rd-Nr 15 참조)

그러므로 위 증언거부권은 중대한 형사범죄인 경우에도 아무런 제한을 수반하지 아니한다. (Groß, NJW 1975, 1763, 1764 ; Gerhart, AfP 1975, 843, 844). 이러한 의문점에 대하여는, 입법과정에 있어서 분명히 토론되어졌다. (die Genannte Bundestags-Drucksache Seite16-Stellungnahme des Bundesrats). 이와 같은 모든 결과는 입법자들이 독일기본법 제 5 조 제 1 항 제 2 문에 의한 언론의 자유와, 형사소송절차에 있어서의 진실발견의 임무와를 상호 비교 교량하여 얻어진 결과인 것이다. 이와 같은 비교교량은 민사소송의 경우에 있어서는 보다 더 언론의 자유를 보장하는 방향으로 해석되어야 할 것이다. 이와 같은 사정 때문에 언론의 증언거부권에 관한 입법과정에서의 토론에서, 기자회견석상에서의 통지에 관련하여서는 이를 제한하자는 논의가 행하여 지지 않은 것으로 여겨진다. (Vorallem Delitz, AfP 1976, 106ff ; Gerhardt, AfP 1975, 843ff, und 892ff ; Groß, NJW 1975, 1763ff, und in Festschrift Schiedermaier, 1976 Seite 223ff ; Kunert, MDR 1975, 80sff ; Jarass, Jz1983, 280 ; Löffler, AFP1975, 730ff, und NJW 1978, 913ff , Rebmann, AfP 1982, 189ff ; Skibbe, DRiZ1976,159ff).

3. 그런데 이 사건에 있어서, 독일민사소송법 제 383 조 제 1 항 제 5 호의 규정의 적용을 배제할 하등의 이유도 없고 또한 그러한 가능성도 없다. 이와 같은 이유는 위 기자회견이 공개적으로 행하여졌다고 하는 경우에도 마찬가지이다. 기자회견이 공개적으로 행하여진 경우에는 언론인을 증인으로 신문할 하등의 필요성조차 존재하지 않을 것이다.

그런데 이 사건에 있어서는, 위 증인이 부인하고 있지 않는 바와 같이, 위 기자회견은 공채적인 것이 아니었다. 더욱이 위 독일민사소송법 제 383 조 제 1 항 제 5 호의 규정은 의심스러운 경우에는 자유를 보호하는 방향으로 해석되어야 할 것이다(Löffler, Presserecht I. 3. Aufl, 1983, 23 LPG Rd. Nr. 58). 그리고 증언 거부권을 제한해서는 아니 된다는 다른 하나의 이유로서는, 그와 같은 통지가, 기자회견석상 그 자체에서 행해졌는지 또는 그 기자회견의 직전 또는 직후 또는 그 주변에서 행해졌는지를 판가름하는 것이 많은 경우에 지극히 곤란하다는 점이다. 그밖에도 만일 이와는 반대의 해석을 하게 된다면, 기자회견석상에 언론인들이 참석하는 것이 극히 부담스럽게 될 것이다. 왜냐하면 그들은 항상 증인으로 신문 당하게 될지도 모른다는 것을 염려하여야 하기 때문이다.

그렇게 된다면 언론이라는 제도는 침해를 받게 될 것이고 이는 독일민사소송법 제 383 조 제 1 항 제 5 호의 규정취지에 배치되는 결과로 될 것이다. 또한 그러한 경우에는, 경우에 따라서는 역시 언론인에 대하여도, 기자회견 석상에서의 통지에 관련된 자 (여기에서는 원고)가 언론법 상의 청구권을 행사할 수 있게 된다는 것을 염려하여야 할 것이다. 위 독일민사소송법의 규정은 이와 같은 충돌상황을 미리 방지하려는 데에 그 취지가 있는 것이다.

4. 독일대법원 1978. 12. 28 자의 결정 (BGHSt 28, 240=Afp1979, 236=NJW 1979, 1212 Terrorist Klein 사건)으로부터도 위와 다른 결론이 도출될 수 있는 것은 아니다. 왜냐하면 첫째로, 위 결정은, 역시 이 사건에도 적용될 수 있는 제한들을 내포하고 있을 뿐만 아니라, 다른 한편으로는 이 사건과는 그 사안의 내용이 동일한 것이 아니기 때문이다. 즉 위 사건에 있어서는 언론기관 스스로가 그 동일성을 확인하는 것을 포기한 정보제공자의 신원을 확인하는 데에 도움이 될 사정들에 관한 진술이 문제로 되고 있었던 것이다(einschränkend in dieser Richtung auch Kohlhaas in Festschrift für Löffler, 1980, Seiten 143ff, 147/148). 또한 연방헌법재판소의 1982. 3. 13. 자결정 (AfP 1982,100=MDR 1982, 636-dpa)에 의하더라도 이 판결하는 다른 결론을 이끌어 낼수는 없을 것이다. 왜냐하면 위 사건 역시 본건과는 다른 특수한 상황에 관한 것이기 때문이다.

즉 위 사건에서는 언론기관이 자발적으로 형사소추기관에 대하여 정보원의 종류를 지적해 주었고 또한 보유하고 있던 작성이 완료된 뉴스를 열람하도록 해주었던 것이다. 마찬가지로 연방헌법재판소의 1983. 5. 10 자 결정 (BVerfGE 64, 108=AfP1983, 385=NJW1984 1101-Chiffreanzeigen 사건)도 역시 특수한 상황에 대하여 내려진 판결이었다. 나아가 위 결정은 증거거부권의 직접적인 적용범위에 관하여 내려진 것이 아니었다. 즉 위 결정은, 증언강제의 한계가, 독일형사소송법 제 53 조 제 1 항 제 5 호의 규정을 넘어서 독일기본법 제 5 조 제 1 항, 제 2 문의 규정에 의하여 직접적으로 도출될 수 있는가 하는 문제에 대한 것이었던 것이다.