

## 반박보도청구권의 실행에 있어서의 절차법적 인 문제

민헨고등법원 1989. 9. 13 자 판결

-21 V 3567/89 사건 -

11/89

### 적용법조

독일민사소송법 제 935 조 이하

### 판결요지

- 1 반박보도의 청구를 한 것이 지체된 이유가, 그 공표의 요구에 대한 상대방의 회답이 늦은 데에 주로 기인한 경우에는, 가처분의 발부를 위한 신청을 하고 기다리고 있었다 하여, 반박문보도의 청구를 하는 데에 아무런 지장이 없다.
2. 반박문의 공표를 구하는 가처분의 발부는 단지 예외적인 경우에만, 구두변론 절차없이 허용되는 것이다.
3. 강제집행이 바로 행해질 것이라는 압박하에서 행해진 반박문의 보도는, 반박문보도청구권을 임의로 이행한 것에 해당되지 아니한다.

### 사실개요

1988. 12. 15 자 「O」 잡지에 실린 기사와 관련하여 이 사건 신청인이 피신청인에 대하여 반박문보도의 청구권을 가지는지 의 문제에 관하여 쌍방 당사자는 서로 다투고 있다. 위 기사에는 『우리들의 지역에는 아주 심하게 악취가 풍기고 있다』라는 제목이 붙여져 있었다. 5, 경찰위원회의 위원장은 1988. 12. 16 자 편지를 피신청인에게 보내면서, 반박문을 보도해 줄 것을 요청하였다. 이 사건소송의 대상으로 된 것은 1989. 2. 6 자의 5 번째의 반박문 초안이다. Minter 지방법원 제 1 재판부는 1989. 2. 9 자의 가처분결정을 통하여 이 반박문의 5 번째 초안을 게재할 것을 명하였다. 1 후 1989. 4. 5 자의 판결에 의하여 위 지방법원의 가처분 결정은 인가되었다. 가처분 피신청인의 주장에 의하면, 법원 외에서의 사건의 경과가 1989. 2. 9 까지 지체되어있었기 때문에 이 사건 가처분의 절차는 부적합하다는 것이다. 이에 더하여, 피신청인은 이 사건 가처분 결정은 구두변론을 거치지 아니하고는 행해질 수 없다고 주장하였다.

### 판결이유

1) 이 사건에 있어서의 가처분의 절차는 적법하다. 특히 독일민사소송법 제 935 조, 제 940 조의 의미에 있어서의 처분의 근거도 역시 존재 하는 것 이 다. 가처분의 이유는 우선 객관적으로 규정되어야만 한다. 독일민사소송법 제 935 조의 규정에 의하면, 현존하는 상태가 변경됨으로 인하여당사자의 권리의 실현이 공허해 지거나 또는 본질적으로 어렵게 될 수 있는지의 여부가, 가장 중요한 문제로 되는 것이다 채권자의 이익이 위협하게 되는 것을 방지하기 위하여 신속한 절차에 의한 판결이 필요한 것임은 틀림없다 이성적인 인간의 객관적인 판단에 따른다면, 개인의

청구권의 실현이 현존하는 상태의 급박한 변경으로 인하여 위험하게 된다고 우려할 만한 사정이 존재하고 있어야 하는 것이다(Thomas/putzo, ZPO, 15, Aufl. 1987, §935. 3. 참조). 이러한 규정은 반박문의 게재를 구하는 가처분의 절차에 있어서도 역시 준용될 수 있는 것이다 이 경우에 있어서 시간의 경과에 의해서 당사자의 권리의 실현이 공허하게 되거나 또는 본질적으로 어렵게 될 수 있는가가 문제로 된다. 원칙적으로 이 문제는 긍정되어 질 수 있다. 따라서 당연한 귀결로서 독일에 있어서의 대부분의 주들은 주된 본안절차를 배제하고, 청구권이 위험하게 되는지를 소명할 필요가 없다고 규정하고 있다. 피해자 스스로가 절차를 지연하고 있는 경우에는, 피해자가 그 사건 자체를 특히 시급한 것으로 여기지 않고 있다고 추측할 수 있을 것이다. 그렇기 때문에, 피해자가 반박문보도의 청구가 거절된 이후로 7 주일 동안이나 아무런 조치도 취하지 않고 지나쳐 버린 사건에 있어서, 당원은 가처분의 필요가 없다고 기각하였던 것이다 (1979. 3. 19.자. 2IU 4221/78 당원의 판결 참조. 이와 같은 취지로는, Seitz/Sthmidt/schoener, Der Gegendarstellung-sanspruch in Presse, Film, Funk und Fernsehen, 1980, Rd.-Nr. 390=S.167 참조). 그러나 이 사건의 경우에 있어서는 이와 비교될 수 없다. 즉, 문제된 기사가 공표된 지 하루 뒤에 바로 S. 경찰위원회는 반박문의 보도를 요청하였고. 또한 피신청인이 이를 거부하는 의사표시를 하자마자 바로 신속하게 이에 대응하였던 것이다. 첫번째의 게재요구를 거부하는 1989. 1. 2 자 피신청인의 서면에 의한 통지를 수령한 후 S. 경찰위원회는 그 K 경찰서 장을 통하여 이미 1989 1. 10 에 새로운 반박문의 초안을 제시하였다. 그리고 위 경찰위원회는 1989. 1. 25 자로 피신청인의 거부통지를 받은 후, 1989. 1. 27 제 3 차의 반박문의 초안을 제시하였다. 피신청인의 1989. 1. 30. 자로 서인에 의한 게재요구의 거부가 있을 후 신청인의 대리인들은 1989. 2 1 에 이미 제 4 차 초안을 제시하였고, 다시 1989. 2. 3 에 피신청인의 거부가 있을 후, 제 5 차 초안은 1989.2 6. 피신청인에게 도달되었다. 그리고 지체가 생기게 된 가장 근본적인 이유는, 반박문의 처음 2 개의 초안에 대한 피신청인의 답변이 각 2 주일이 경과된 후에 행하여졌다고 하는 피신청인의 행위에 있는 것이다 나아가 반박문보도청구사건에 경험이 있는 변호사를 좀 더 일찍 개입시켜야 할 법률적인 의무는 존재하지 않는 것이다. 왜냐하면 법원에서의 절차를 거치지 아니하고 또는 피신청인의 변호사의 개입이 없이도, 사태가 잘 해결될 경우에는 이러한 방법이 비용을 절약할 수도 있는 것이기 때문이다. 2) 그리고 이것은 역시 법적인 청문의 원칙에 반하는 것도 아닌 것이다. 반박문의 게재를 구하는 가처분결정을 요청하는 신청에 대하여는 원칙적으로 구두변론을 거친 이후에 비로소 판결할 수 있다고 하는 것은 옳다. 그러나 독일 민사소송법 제 937 조 제 2 항의 규정에 기하여 구두변론을 거치지 아니하고 이러한 결정을 하는 것도 역시 적법한 것이다. 이에 대한 예외적인 경우는 존재하지 아니한다(Seitz/Schmidt/schoener 전게서. Rd . -Nr.407=5179 참조). 더욱이 법적인 청문의 기회는 피신청인에 의한 이의가 있을 후에 추완되어졌다 독일 민사소송법 제 93 조를 적용할 경우에는 여러가지의 어려운 점에 봉착하리라는 것은 옳다. 그러나 그러하기 때문에 관례는 소위 「비용이의」를 적법한 것으로 간주하고 있는 것이다(이에 대하여는 Seitz/Schmidt/schoener 전게서, Rd.-Nr 448=5202 참조). 3) 실제법적인 관점에 있어서도 하등의 의문이 존재하지 아니한다. 바이에른 자유주(자유주. Freistaat)는 적법한 신청인이다. 왜냐하면 S. 경찰위원회는 하등의 독립한 법률상의 인격체가 아니기 때문이다. 또한 가처분의 결정이 있을 후 반박문을 게재하였다고 하여 그 청구권의 이행이 있을 것도 아니다.

왜냐하면, 위 게재는 현존하는 강제집행의 압력하에서 행하여진 것이기 때문이다 이와 같이 강제집행의 압력하에서 게재가 이루어진 경우에는 독일민법 제 362 조가 말하는 이행이 이루어진 것은 아니다(당원은 확립된 판례로서 이러한 견해를 피력해 왔는 바, 그 최후의 판결로서는 1988. 10. 28 자 21u4049/88 사건 판결 참조, 그리고 그 이전의 방론으로서는, AfP 1987. 604=NJW 1988. 349 참조)