

독일 판결 1

논란의 여지가 있는 표현을 비판하기 위해서는  
표현의 전후맥락을 고려해야 한다

해당조문 : 독일민법 제823조, 제1004조  
뒤셀도르프 주 법원,  
2005년 8월 17일자 판결 - 12 O 238/05

판결요지

1. 논란의 여지가 있는 표현의 경우 어떠한 맥락에서 그렇게 표현되었는가에 대해 고려하여야 한다.
2. 공개토론장에서 특정 프로젝트에 그 가족이 연루되어 있다는 사실로 시장을 비판하는 것은, 추정에 의한 표현도 의사표현으로 허용될 수 있음을 의미한다. 시장의 장인은 논란이 일고 있는 그 도시의 건설 프로젝트와 관련된 건설설계회사의 대주주이다.

사실관계

청구인은 뒤셀도르프의 시장이며 도시의 Bilk 구(區)에서 이루어지고 있는 프로젝트명 “Düsseldorfer Arcaden”를 열렬히 지원하고 있다. 현재 이 프로젝트는 도시에서 많은 논란이 되고 있다. 이에 대하여 유명한 건축설계사이자 뒤셀도르프 시내에 있는

전시관 ‘Kö -Galerie’와 뮐하임(Mülheim)에 있는 Rhein-Ruhr-Zentrum의 공동소유자인 피청구인은 프로젝트의 맹렬한 반대자이다.

양 당사자는 프로젝트명 “Düsseldorfer Arcaden”에서 계획된 ‘Bilker Arvaden’에 대해 장기간에 걸쳐 이루어진 공개토론에서 상반되는 견해를 대표하고 있다. 2005년 3월 1일자 신문 “Express”에서 청구인은 “프로젝트 반대자의 논거에 대항하는 10가지 논거”를 주장하였으며, 상세한 내용은 다음의 논거 3에서 설명하고 있다.

“3. 비판자들은 한마디로 자신들의 이익을 대변하고 있을 뿐이다. 억만장자 B는 뮐하임(Mülheim)에서 백화점을 경영하고 있고, 고객들이 뮐하임(Mülheim)이 아닌 Bilk에서 그들의 돈을 사용하는 것을 원하지 않는다”.

2005년 3월 11일자 “Express” 신문은 “Bilker Arcaden : 두 개의 상반된 견해”라는 제목으로 청구

인에 대해 다음과 같이 묘사하였다.

“십자포화 속의 Arcaden. E 시장은 ‘그의’ Arcaden을 성공적인 프로젝트라고 주장하며 다시 한 번 비판의 포화 한가운데 있는 장인을 변호했다. 그 때문에 누구도 프로젝트를 실패작이라고 반대하지 못할 것이다. 그리고 저명한 건축설계사이자 80세의 고령인 반대자는 지루한 연금생활자로서의 일상을 벗어나고자 행하는 훌륭한 프로젝트의 방해물 이제는 중지해야 한다”.

이 같은 신문기사에 대해 피청구인은 “10가지 논거 모두 엉터리”이고 논거 3에 대해서는 다음과 같이 반박하였다.

“E 시장은 나를 억만장자(또는 채무자)라고 지칭할 권리가 있다. 그것은 정확한 사실이다: 나는 아내를 위하여 35년 전에 뮐하임(Mülheim)에 백화점을 건설했다. 하지만 Arcaden과 경제적 측면에서 아무런 관련이 없다”.

2005년 4월 12일자 판에서 “Express” 신문은 “10가지 반대 논거”라는 제목으로 피청구인이 시의원들에게 보냈던 서류에 관하여 보도했다. 청구인이 가처분신청을 한 계기가 된 서류에는 다음과 같은 내용이 있었다.

“2005년 3월 1일자 ‘Express’ 신문에 E 시장이 Bilk구의 Düsseldorf Arcaden과 관련한 본인의 정당하고도 공개적인 비판을 겨냥하여 10가지 논거를 주장한 것에 대해 나는 10가지 반대 논거를 가지고 답변하고자 한다.

논거 3에 대한 반박 :

... 이제 인신공격대신에 솔직한 말로써!

시장의 장인이 대규모의 건축회사, 도로계획회사, 건축연합회사, 토목공학회사를 뒤셀도르프에 가지고 있고, 도시에 치명적인 Bilk의 프로젝트 “Düsseldorf

Arcaden”을 초기단계부터 위탁받아 수행함으로써 CDU(기민당)가 다수당인 시의회가 올바른 결정을 하고자 할 때 영향을 미친다. 시의회는 E 시장의 가족을 위해 결정할 것인가 아니면 뒤셀도르프 시(市)중심지나 뒤셀도르프 시(市)전역의 미래에 프로젝트가 치명적인 결과를 야기한다는 사실을 인식함으로써 도시를 위해서 결정을 내릴 것인가에 대해 번민하고 있다. 이러한 문제점에 대해 친분관계에 있는 시의회 의원이 나에게 수차례에 걸쳐 알려진 바 있다. 이는 의원총회의 결의에 따라 표결해야 하는 의원의 임무에 충실할 것인가 아니면 도시의 장래를 위한 결정을 할 것인가에 관한 문제이다.

또 하나의 중요한 사실은 뒤셀도르프의 유명하고 규모가 큰 또 하나의 토목공학회사가 Büro Sch.를 은근히 옹호하는 도시계획과의 압력으로 인해 Bilk의 프로젝트 “Düsseldorf Arcaden”공사에 참여할 기회를 갖지 못했다는 것이다. 이 토목공학회사는 뮌헨(München)이나 다른 대도시에서 똑같은 종류의 프로젝트를 수행하여 높은 평가를 받은 바 있다. 결과적으로 E 시장은 이러한 사실을 바탕으로 그가 처한 어려운 상황을 스스로 해결해야 할 것이다. 특히 시장은 그 스스로 도시계획전문가로서 일련의 의사결정 과정에 중요한 영향력을 행사했기 때문에 더욱 그러하다고 볼 것이다. 청구인의 장인이며 Sch.-Plan Consult 주식회사의 대표이사인 Willi Sch.는 회사에 5%의 지분을 가지고 있으며, 이 회사는 재차 건축과 교통로계획을 하는 유한회사인 Sch.-Plan Ingenieurgesellschaft의 지분을 70% 가지고 있다. 이 회사가 Düsseldorf Arcaden의 토목공사에 사용되는 지지물을 제조하도록 되어있다. Sch. 그룹이 논란이 일고 있는 프로젝트의 토목공사 및 교통로 공사위탁을 받았는지 여부에 대해서도 양 당사자들의 의견은 일치하지 않고 있다”.

청구인은 피청구인이 10가지 반대논거를 주장하여

자신의 기본권을 침해하였으며, 이는 진실이 아닌 표현이므로 정당한 반론권의 행사로 볼 수 없다고 하였다. 피청구인의 반대논거에 의거하여 일반 독자들이 청구인의 장인이 프로젝트 Düsseldorf Arcaden을 위탁 받았다고 추측한다는 것이다. 따라서 청구인은 피청구인의 표현은 적절하지 않다고 주장한다. 즉 Willi Sch.는 프로젝트 Düsseldorf Arcaden과 관련하여 어떠한 위탁도 받지 않았다는 것이다. 단 하나 부차적인 공사를 건축과 교통계획을 하는 유한회사인 Sch.-Plan Ingenieurgesellschaft가 독자적으로 위탁받았을 뿐이다. 문제는 토목공사에 필요한 지지물 제조와 관련하여 90,000유로 정도의 위탁을 받았다는 사실이다. 하지만 청구인은 피청구인이 시의회 내에 알력이 있고 이러한 사실에 대해 친분관계에 있는 시의원으로부터 수차례 전해 들었다고 계속 주장하는 것은 사실이 아니라고 한다. 즉 여러 경로로 이러한 사실에 대해 피청구인에게 자문을 구하고 다툼에 대해 알린 시의원은 없다는 것이다. 결국 피청구인의 주장은 진실이 아니고, 뒤셀도르프의 이름 있는 대규모의 토목공학회사가 Büro Sch.를 옹호하는 도시계획과의 압력 때문에 프로젝트 Düsseldorf Arcaden에 참여할 기회를 갖지 못했다고 피청구인이 독자들에게 알린 내용은 사실이 아니라는 것이다. 청구인은 뒤셀도르프 시가 프로젝트 Düsseldorf Arcaden과 관련하여 어떠한 위탁도 하지 않았으므로 피청구인의 주장은 정당하지 않다는 것이다. 결론적으로 시는 프로젝트 공사와 관련해서 어떠한 지원자를 거절하거나 그러한 기회조차도 없었기 때문에 지원을 포기하라고 말한 적이 없다는 것이다. 그리고 위탁은 투자회사인 mfi가 공사를 맡았다는 것이다.

이러한 주장을 공공연히 표명함으로써 초래된 부정적 영향과 이른바 시장 가족이 경제적으로 연루되어 시의회의 독립성에 의혹을 불러일으킨 사실에 대해 청구인은 소를 제기하였고, 재판부는 2005년 5월 3일

자 결정으로 피청구인에게 법적 규제수단을 들면서 가치분 조치를 하였다. 그리고 Bilk 구의 프로젝트 Düsseldorf Arcaden과 청구인을 관련시킨 다음의 주장들(a-c)을 하거나, 하계끔 하고 또는 전과하거나 전과하게 하는 모든 행위를 금지하였다.

a) 시장의 장인은 Bilk구의 프로젝트 Düsseldorf Arcaden을 위탁받아 초기단계부터 수행하고 있다.

b) 시장의 가족을 위해 결정할 것인가 또는 시의 미래의 이익을 위해 결정할 것인가를 놓고 시의회가 알력관계에 놓여 있다고 시의원이 피청구인에게 알렸다.

c) 뒤셀도르프의 저명한 대규모의 토목공학회사가 Büro Sch.를 옹호하는 도시계획과의 압력으로 Bilk의 프로젝트 "Düsseldorf Arcaden" 공사에 참여할 기회를 갖지 못했다.

이에 대해 피청구인은 즉각 반박하였다. 그는 청구인의 무고에 대하여 기본법 제5조가 보장하고 있는 그의 권리를 주장한 것이다. 피청구인의 반응은 공개적으로 토론된 프로젝트와 전체적으로 연관되어 있다. 청구인이 Sch.-Konzern과 가족의 이익을 위해서 결정했을 것이라는 추측은 보도된 바와 같이 시장의 특별한 가족관계라는 사실로부터 얼마든지 논리적으로 추론할 수 있고, 따라서 그러한 표현의 금지 의무는 발생하지 않는다는 것이다. 의사표현은 항상 전체적 맥락 속에서 평가되어야 한다는 것이다. 전체적 맥락 속에서 판단하면 본 사건은 기본법 제5조 제1항의 보호범위 내에서 충분히 참작될 수 있는 그러한 가치판단에 관한 문제가 된다는 것이다.

## 판결이유

가치분 조치는 철회되어야 하고 청구인이 피청구인에 대해 금지청구를 할 권한이 있다는 것은 구두변론

에서 밝혀진 바와 같이 더 이상 믿을 수도 없고 무엇보다도 사실이 아니므로 규정에 따라 신청은 각하되어야 한다. 청구인이 주장하는 금지청구는 민법 제823조 제1항과 제1004조에 근거하지 않는다. 이는 피청구인의 반대논거에서 비판을 받는 표현이 행해진 사실관계와 전체적인 관련성이 없지만, 전체 표현 자체는 기본법 제5조 제1항의 의사표현의 자유로써 보호를 받기 때문이다.

판결에 따라 모든 문제가 있는 표현은 전체적 관련성 내에서 평가되어야 한다. 이 경우 사실주장보다 단계구분을 위해 정당성 심사의 판단이 논증 수단과 함께 사용될 수 있는지가 중요하다. 사실주장과 의견이 얽혀 있는 사건에서 표현의 개념은 실질적인 기본권보호라는 이익을 위하여 광범위하게 이해해야 한다. 사실과 의견이 혼재되어 있는 표현이 입장표명(Stellungnahme), 견해(Dafürhalten) 또는 의견(Meinen)이라는 세 가지 특징적 요소를 갖는 한 기본권 제5조 제1항의 표현으로써 보호된다(BVerfG, NJW 1993 S. 1845; BVerfG, AfP 1992 S. 53). 실질적 구성요소가 정당한가의 여부에 대해서는 충돌하는 기본권을 비교형량하여 판단할 수 있다. 의사표현이 거짓이거나 진실이 아닌 사실주장을 내포하고 있다면 표현의 자유의 기본권은 당사자의 인격권의 뒤에 위치하게 된다. 그럼에도 불구하고 표현의 자유라는 기본권 법익 내에 있는 진실의무에 어떠한 다른 요구도 있어서는 아니 된다. 그러한 요구들은 기본권 적용을 과소평가하거나 표현의 자유를 옥죄는 영향을 가져올 수 있기 때문이다. 다만 재판소가 가치판단에 포함되어 있는 사실주장이 정당하지 또는 터무니없이 주장되는지를 심사한다(BVerfG, AfP 1992 S. 53 [56]). 이러한 기본원칙에 따라 청구인의 인격권과 피청구인의 표현의 자유를 형량해 볼 때, 피청구인의 표현의 자유가 우위에 놓이게 되는 것이다.

양 당사자가 공중에게 표현한 논쟁, 즉 청구인의 논

거와 피청구인의 반대논거는 공중의 의사충돌을 불러 일으킨 중요한 문제이다. 이는 신문에 표현된 양쪽의 논쟁에서 뚜렷이 나타난다(예를 들면 2005년 3월 11일자 Express 신문 : "Bilker Arcaden : 두 개의 상반된 견해"라는 제목 참조). 이 논쟁에서 피청구인의 의도는 청구인의 논거에 대해 반박을 하는 것이었고, 시의회가 시장가족의 이익을 위해서 결정할 것인가 아니면 시의 미래를 위해서 결정할 것인가 사이에서 갈등하고 있다는 사실을 알리는데 있다. 피청구인은 시의원들이 의원총회의 결의에 따르지 아니면 도시의 미래를 위한 판단을 할 것인지 결정을 내려야 하기 때문에 문제가 간단하지 않다고 보았다. 피청구인은 청구인인 시장의 "가족"관계 때문에 CDU가 다수당인 시의회가 올바른 결정을 하는데 상당한 부담을 갖고 있다고 보았다. 그 밖에 피청구인은 이러한 사실관계에 있는 청구인 스스로 어려운 상황에 대한 책임을 져야 한다고 보았다. 피청구인이 행한 전체적 의사표현은 입장표명, 견해 또는 의견이라는 세 가지 특징적 요소를 가진 공중에 대한 표현이었다. 피청구인은 청구인과 장인의 가족관계라는 상황 때문에 시의원들이 결정을 내리는 데 어려움이 있다고 보았다. 그는 Büro Sch.와의 인척관계라는 사실에서 발생한 모순, 문제점 그리고 어려운 상황에 대해 청구인 스스로 해결을 해야 한다고 본 것이다. 전체적으로 볼 때 피청구인이 상황을 평가하면서 그의 의사를 가치판단과 함께 표현한 내용인 것이다. 특히 이러한 의사표현에는 피청구인이 평가와 연관시키고 있는 실질적인 구성요소가 포함되어 있다. 청구인이 금지청구를 한 피청구인의 의사표현이 바로 그것이다. 의사표현은 피청구인의 다른 진술들과 전체적인 맥락에서 볼 때 사실주장과 의사표현으로 묘사되는 형태로 연관되어져 있다. 피청구인은 그의 가치판단에 더 많은 설득력을 부여하기 위해 이러한 실질적인 표현의 구성요소를 언급하고 있는 것이다. 하지만 이러한 실질적인 구성

요소에도 불구하고 공공에게 발표한 반대논거에서 청구인의 친척관계와 프로젝트 Düsseldorf Arcaden에 대한 시의회의 결정상황을 평가하는 노력에 의하여 목표가 달성되었기 때문에 피청구인의 표현이 가지는 가치는 매우 중요하다. 총체적으로 실현된 사안들이 전체적으로 연관되어 자유로운 의사표현이라는 기본권 제5조 제1항의 보호범위 내에 해당하는 복잡한 표현에 관한 사례라 할 수 있다.

이 경우에 청구인의 침해된 명예 및 인격권과 피청구인의 표현의 자유라는 기본권적 지위에 대한 비교형량이 이루어져야 한다. 이는 피청구인의 이익을 위해서 행해지는 것이 아니다.

... 피청구인은 청구인의 장인이 거대한 건축회사, 도로계획회사, 건축연합회사, 토목공학회사를 뒤셀도르프에 가지고 있고, 프로젝트 Düsseldorf Arcaden을 초기단계부터 위탁받아 이행하고 있다고 설명하고 있다. 이러한 사실만으로도 독자들은 시장의 장인의 회사 외에는 어떤 다른 기업도 존재하지 않으며, 결과적으로 시장의 장인이 전체 프로젝트를 위탁받아 수행하고 있다고 포괄적으로 이해할 수 있다. 그럼에도 불구하고 일반사업자의 특성에 따른 이러한 포괄적인 위탁은 논란의 여지가 없지는 않다. 하지만 피청구인은 아무런 근거도 없이 주장하지는 않았다. 피청구인에게 하나의 계기가 되었던 시장가족관계의 “밀접성”과 CDU가 다수인 시의회가 결정을 내리는데 상당한 부담을 갖고 있으며 이로써 “문제”와 “어려운 상황”이 발생한다는 사실은 분명히 존재하고 있는 것이다. 다만 피청구인이 주장하는 것과 똑같은 방식으로 이야기가 전개되지 않았다는 것이 다를 뿐이다.

청구인의 장인은 Norbert Sch.의 대표이사이고 프로젝트 Düsseldorf Arcaden의 토목공사에 필요한 지지물 제조와 관련하여 90,000 유로에 상당한 수주를 받은 회사의 지분을 70% 가지고 있는 회사의 대표이사이

다. 피청구인은 대규모의 공사위탁에 대한 근거를 신뢰하지 않고 있다. 그리고 피청구인이 아무런 근거도 없이 자신의 주장들을 내세우지는 않았다. “이러한 문제”(시의원들 간의 알력)를 피청구인과 친분관계에 있는 시의회 의원이 수차례에 걸쳐 전해온 바 있다고 주장할 때에도 그의 전체적 표현의 범위 내에서 똑같이 적용된다. 이러한 표현은 피청구인이 전체적으로 표현하면서 근거도 제시한 그러한 실질적인 구성요소를 내포하고 있는 것이다. 피청구인에 의해 신문기사에서 명확히 밝혀진 바와 같이 결정에 알력을 빚고 있는 시의회가 있다. 이 때 피청구인은 시의회의 누가 이러한 문제를 전해 왔는가에 대해 자세히 묘사하지 않았다.

피청구인은 뒤셀도르프에 또 다른 토목공학회사가 Büro Sch.를 은근히 옹호하는 도시계획과의 압력 때문에 Bilik의 프로젝트 “Düsseldorf Arcaden” 공사에 참여할 기회가 주어지지 않았다는 표현에 대해 2005년 4월 15일자 일간지 “NRZ”에서 근거를 제시하였다.

“시장의 노여움을 개의치 않아야 할 B는 좀 더 확고히 소신을 밀고 나가야 한다. Sch.의 경쟁자들은 그들의 스스로의 결점을 두려워하기 때문에 가볍게 하소연만을 할 뿐이다”.

실제로 피청구인이 표현한 내용의 특징적 요소들을 고려하여 충돌하는 권리를 비교형량하면 결국 표현의 자유가 우위에 놓이게 된다. 비록 양 당사자들 사이에 논쟁이 거칠게 진행되었다 하더라도 피청구인의 표현은 청구인을 비방하는 것이 아니라 어떠한 사실에 대한 토론으로 보는 것이 옳다고 본다. 피청구인의 표현을 전체적인 맥락에서 파악해 보면 이는 명예훼손에 해당하지 않는다. 논쟁이 되는 법적 기본원리를 고려하면 피청구인의 표현은 기본법 제5조 제1항에서 의미하고 있는 자유로운 의사표현이라는 기본권적 보호를 받는다.

출처 : AFP 36. Jahrgang Heft 6 - 2005 SS. 566-569

번역 : 권 형 둔 (공주대학교 법학과 교수)



## 독일 판결 2

## 어린이와 청소년이 공적 모임에 모습을 드러낸 경우, 미디어는 그들의 출현에 대해 인격권 보호를 특별히 고려하는 적절한 방법으로 보도해야 한다

해당조문 : 기본법 제1조, 제2조, 제5조.

연방헌법재판소 (제1재판부)

2005년 2월 14일자 판결-1BvR 1783/02

### 판결요지

1. 자아발전에 대한 어린이와 청소년의 권리는 사생활 영역뿐만 아니라 공적 영역에서의 인격발현까지 포함하게 된다. 어린이와 청소년이 미디어가 자신의 성격과 특성을 일일이 보도하게 된다는 두려움 때문에 사람들을 피하게 되고 그 나이에 적절하지 않은 방식으로 그 자신을 통제하며 대응해야만 하는 상황을 고려해야 하는 것이다. 비록 언론에서 호의적으로 그들을 묘사하는 경우도 마찬가지다.

2. 그러나 어린이와 청소년이 공적 모임에 참석하여 공공장소에 모습을 드러낸 경우에는 이에 상응하여 그들의 인격권 보호는 상대화되고, 미디어는 그들의 출현에 대해 인격권 보호를 특별히 고려하는 적절한 방법으로 보도해야 한다.

### 사실관계

헌법소원 청구인은 Monaco에서 개최된 발레 초연 공연에 관한 내용을 실은 “Auf einen Blick”이라는 잡지를 2001년도에 출판했다. 모나코의 발레 초연 공연에는 Caroline von Hanover 공주가 원심의 원고인 그녀의 딸 Charlotte Casiraghi와 함께 참석해 있었고,

잡지는 그녀의 어머니의 옆에 앉아 있는 딸의 사진과 함께 다음과 같은 내용의 기사를 실었다.

“어머니와 똑같이 관능적인 입술, 똑같은 눈동자, 똑같이 오만한 듯한 표정: Caroline 공주의 딸은 그림처럼 아름다운 그녀의 어머니를 쫓 빼놓은 듯했다. 두 모녀는 모나코에서 개최된 ‘Oeil pour oeil’ 발레 초연 공연을 관람했으며 그날 밤 최고의 스타였다”.

14살의 어린 원고는 그러한 내용으로 잡지가 간행될 무렵 그녀의 어머니가 가진 것과 “똑같이 관능적인 입술”과 “똑같이 오만한 듯한 표정”이라는 표현의 금지를 청구하였다. 주법원은 그러한 내용의 청구와 관련한 소를 인용하였다. 법원은 보도의 내용이 독자들로 하여금 에로틱하고 욕정을 불러일으키는 것을 목표로 하고 있고, 또한 청구인이 딸의(원심의 원고) 성격묘사의 형성이나 발전을 치밀하게 계산하여 행동함으로써 그녀의 인격형성에 부정적인 결과를 초래한다고 보았다. 주 상급법원도 원심과 같은 입장에 서서 양 당사자의 법익에 대한 이익형량을 한 판결을 내렸다. 즉 이러한 내용의 보도는 공공이 관심을 갖는 사실에 대한 토론이 아니라 독자들이 가지는 오락적 요소에 대한 단순한 호기심만을 충족시켜줄 뿐이라고 판단하였다.

이에 청구인은 법원의 판결이 기본법상 표현의 자유와 출판의 자유의 기본권(기본법 제5조 제1항 제1

문과 제2문)을 침해했다고 주장하였다. 법원의 판결은 재판관의 범형성에 의해 의도를 가진 의사표현이 원고의 사생활 영역을 부당하게 침해했다고 함으로써 일반적 인격권의 보호내용을 부적절하게 확대해석한 것이라고 주장하였다. 청구인은 법원이 억지로 양쪽의 기본권을 비교형량하면서 정당한 출판의 중요성을 오인했다고 보았다.

## 결정이유

… II.

본 헌법소원은 헌법재판소법 제93a 제2조의 전제조건을 충족하지 못하였으므로 인용할 수 없다. 위 헌법소원은 기본적으로 헌법적 의미를 가지지 아니한다. 청구인이 침해당했다고 주장하는 헌법상의 권리는 올바르게 제시되지 않았으며, 헌법소원의 성공가능성도 없다.

1. 일반적 법률(기본법 제5조 제2항), 즉 인격권보호에 관한 민법상의 규정으로 기본권을 제한하는 것은 불가피하게 표현의 내용이 법적으로 다른 사람의 권리를 침해하는 결과를 가져오지 않도록 제한을 받는다는 것을 의미한다.

헌법에서 중요시하는 이러한 제한을 적용하여 법원은 청구인의 주장과는 반대로 본 사건에서 출판의 자유의 내용 및 보호영역이 없다고 보았다.

a) 청구인은 법원의 판결이 표현의 자유와 출판의 자유를 오인하였고, 보도의 내용과 어린이의 특별한 인격권의 내용을 이익형량하면서 헌법상의 기본원리를 침해했거나 일반적 법률에 대한 기본권의 방사전 효과를 오인했을 수도 있다고 근거를 제시하고 있지만 명백하지는 않다. 법원은 이익형량을 하면서 어린이와 청소년의 인격권 보호가 주제적 또는 공간적 차원에서 성인의 경우보다 더욱 강하게 형성되어야 한다고 보았다.

“인격체로 되어가는” 그러한 자아 발전에 대한 어

린리와 청소년의 권리는 사생활 영역뿐만 아니라 공적 영역에서의 인격발현까지 포함하고 있다. 공중의 앞에서 적절하게 행동하는 방식도 인격의 발전에 해당한다. 이는 사회적으로 저명한 부모를 가진 어린이에게도 똑같이 적용된다. 또한 미디어의 감시와 촌평으로부터 보호받아야 하는 자유영역도 그들에게는 인격의 지속적인 발전과 형성을 위해서 필요하다. 미디어가 호의적으로 기사를 작성하였다 하더라도 이러한 보호의 필요성은 사라지지 않는다. 어린이와 청소년의 건전한 인격발전을 보호한다는 의미는 어린이와 청소년들이 미디어가 자신의 성격과 특성을 일일이 보도하는 것에 대한 공포 때문에 사람들을 피하게 되고 그 나이에 적절하지 않은 방식으로 그 자신을 통제하며 대응해야만 하는 상황을 모두 고려해야 한다는 것이다. 특히 어린이와 청소년이 공적 모임에 참석함으로써 공공장소에 모습을 드러낸 경우에는 이에 상응하여 그들의 인격권 보호가 상대화되고, 미디어는 그들의 특별한 인격권 보호를 고려하는 적절한 방법으로 그들의 출현을 보도해야 한다(BVerfGE 101 S. 361 [385 f.] = AfP 2000 S. 76; .....; NJW 2003 S. 3262 [3263]). 특히 미디어는 그들의 특별한 인격권 보호를 고려하는 보도방식을 취해야 한다.

b) 사례에 대해 이러한 헌법상의 기본원칙을 적용하는 것은 헌법적으로 아무런 문제가 되지 않는다. 출판사가 근간으로 하는 이익형량에서 표현의 의미와 인격의 일반법적 가치의 중요성은 전문 법원의 관할이며, 기본적으로 헌법재판의 심사대상에서 벗어난다고 할 수 있다. 이른바 연방헌법재판소의 해석판결이라고 판단할 이유가 존재하지 않는 것이다. 전문법원이 어떠한 표현에 대해 다양한 해석을 하여 처벌을 하거나 손해배상의 의무가 있다고 판결을 내리고자 하는 경우에는 특별한 근거를 제시하도록 요구받는다(BVerfGE 82 S. 43 [50 ff.]; 93 S. 266 [295 f.]).

판결의 결정적인 사안은 표현의 내용이 뜻하는 의

미가 아니라, 인격발전에 미치는 영향 및 그 결과와 출판의 자유에 대한 금지청구의 결과와의 비교형량의 문제가 된다. 재판소가 이러한 권리를 비교형량하면서 표현의 자유와 출판의 자유의 기본권의 보호내용을 오인했거나, 특히 기본적으로 옳지 않은 학설의 입장에 서서 이러한 자유와 인격권보호의 출발점으로 삼았다고 볼 정황은 드러나지 않는다(심사기준에 대해 일반적으로 BVerfGE 7 S. 198 [208] 참조). 구체적 경우에 복잡한 기본권 충돌이 있는 경우 법적 지위에 관한 비교형량이 다른 결과를 초래할 수도 있다며 전

문법원의 판결을 수정해야 한다고 주장하는 것은 충분한 이유가 되지 않는다.

어떠한 경우에도 독일 법원이 독일 출판법과 국제 사법상 법적 보호규정을 준수하면서 독일에 주거지가 없거나 체류하지 않는 사람을 법적으로 보호하는 경우 청구인의 주장은 옳지 않으며 헌법적으로 문제가 되지 않는다.

출처 : AFP 36. Jahrgang Heft 5 - 2006 SS. 459-461.

번역 : 권 형 둔 (공주대학교 법학과 교수)



### 프랑스 판결

## 청소년에게 위험한 출판물 : 금서로부터 해제 소설 판매 금지 처분을 취소해달라는 청구에 대해 이를 합법적으로 회피할 중대사유가 없다면 해당 청구를 거부할 수 없다

최고행정재판소 제9·제10 합동재판부

2005년 6월 27일

원고 : M. Genka

사건번호 267586

### 1. 사건개요

M. Nicolas Genka 가 최고행정재판소 송무 사무국에 제출하고, 이를 2004년 5월 14일 접수한 소장에 의하면, M. Genka는 최고행정재판소에 다음과 같이 주장하고 있다.

1) 2004년 1월 12일 내무·치안 및 지역자유 담당

장관에게 1962년 7월 6일의 처분행위에 대한 철회를 청구하였으나 담당 장관이 침묵함으로써 야기된 거부 결정은 월권행위에 속하므로 취소되어야 한다. 1962년 7월 6일의 처분행위 내용은 청소년을 대상으로 하는 출판에 관한 1949년 7월 16일 법률 제14조를 적용하여 내무부장관이 첫째, 원고가 저술한 소설 L'épi monstre<sup>1)</sup>를 18세 이하의 미성년자에게 보여주거나 기증해 주거나 판매하는 것을 금지하고, 둘째, 어떠한

1) 소설 L'épi monstre는 1961년 당시 24세의 Nicolas Genka가 낙오자 부르주아인 아버지와 그의 두 딸 특히 Marceline과의 근친 상간을 묘사한 소설로 장 꼭뜨-앙팡 테리블상을 수상하였다. 1962년 7월 6일 내무부장관은 청소년을 대상으로 하는 출판에 관한 1949년 7월 16일 법률 제14조를 적용하여 소설 L'épi monstre를 포함한 10권의 소설에 대하여 18세 이하의 미성년자에게는 판매금지·공개광고 및 전시금지를 명하였다. 1961년에는 출판사 Julliard에서 발행하였으나, 1999년에는 출판사 Exils에서 발행하였다.

장소에서라도 공개할 목적으로 이 소설을 전시하여서는 아니 되며, 마지막으로 이 소설에 대한 우호적 광고를 행하여서는 아니 된다는 것이었다.

2) 최고행정재판소는 1962년 7월 6일 처분행위에 대한 철회를 내무·치안 및 지역자유 담당 장관에게 명할 것, 최고행정재판소의 명령에도 불구하고 일정 기간 이내에 이행하지 아니하는 경우에는 지체책임을 부과할 것.

3) 국가는 행정소송법전 법률 761-1조에 의하여 3,000 유로를 지급할 것.

## II. 참조서류 및 규범

원고가 제출한 보완서류 :

인간의 권리와 기본적 자유 보호에 관한 유럽협약 ;  
출판의 자유에 관한 1881년 7월 29일 수정법률 ;

1958년 12월 23일 법률명령 제58-1298호와 1967년 1월 4일 법률 제67-17호에 의해 개정된 청소년을 대상으로 하는 출판에 관한 1949년 7월 16일 법률 제49-956호 ;

행정과 일반 국민간의 관계 개선과 행정행위의 이유에 관한 1979년 7월 11일 수정법률 제79-587호 ;  
행정소송법전.

## III. 주심법관과 정부 논고담당관

공개법정에서의 주심법관 M. Guillaume Larrivé의 보고와 정부 논고담당관 Mme Marie-Hélène Mitjavile의 의견을 청취함.

## IV. 이유

출판의 자유에 관한 1881년 7월 29일 법률 제1조에 의하면 인쇄업과 서점은 자유를 원칙으로 하며 ; 1967년 1월 4일 법률에 의해 개정된 청소년을 대상으

로 하는 출판에 관한 1949년 7월 16일 법률 제14조에 의하면 《내무부장관은 출판물의 성격이 외설적 또는 선정적이거나, 범죄적 또는 폭력적인 이유로 청소년에게 위험하다고 판단하는 경우에는 18세 이하의 미성년자에게 보여주거나 기증해 주거나 판매하는 것을 금지할 수 있다》라고 규정하고 있으며, 또한, 이러한 조치에 부가하여 《이러한 출판물을 공개할 목적으로 전시하거나, 게시의 방법으로 광고하는 것을 금지》할 수 있으며 나아가 필요한 경우에는 어떠한 성격의 《광고라 할지라도, 이러한 출판물에 우호적으로 행해지는 것을》 금지할 수 있다는 점,

전술된 1958년 12월 23일 법률명령 제42조로 조문화되어 시행되고 있는 1949년 7월 16일 법률 제14조를 적용한 1962년 7월 6일 처분행위를 통하여 내무부장관이 첫째, 원고인 Genka가 저술한 소설 L'épi monstre를 18세 이하의 미성년자에게 보여주거나 기증해 주거나 판매하는 것을 금지하고, 둘째, 어떠한 장소에서라도 공개할 목적으로 이 소설을 전시하여서는 아니 되며, 마지막으로 이 소설에 대한 우호적 광고를 행하여서는 아니 된다는 처분을 행하였으며 ; 2004년 1월 12일 내무·치안 및 지역자유 담당 장관에게 소설 L'épi monstre에 대하여 행하여졌던 1962년 7월 6일 처분행위의 철회를 구하는 청구에 대하여 담당 장관이 침묵함으로써 야기된 묵시적 결정이 월권행위에 속하므로 취소되어야 한다고 M. Genka가 주장하고 있다는 점이 보완서류를 통하여 입증되고 있다는 점,

소설 L'épi monstre가 부녀간의 불륜적 관계를 상기하게 하는 대표적인 지위를 여전히 가지고 있다는 점이 확실하다고 하더라도, 청구대상 결정이 행해진 날 내무부장관에 의해 주장된 특수한 상황이 존재하지 아니한 상태에서 소설 L'épi monstre의 배포가

내무·치안 및 지역자유 담당 장관이 1962년 7월 6일 처분행위에 대한 철회를 합법적으로 회피할 수 있을 정도의 중대한 위협을 청소년에게 보여주고 있지 아니하다는 점이 보완서류를 통하여 입증되고 있다는 점,

전술하고 있는 것들로부터 M. Genka가 청구대상 결정의 취소를 구하고 있다는 점을 고려하여,

지체책임부관부 명령을 목적으로 한 원고 청구에 관하여 :

행정소송법전 법률 제911-1조에 의하면, 《공법상 법인 또는 공법기관 또는 공역무관리 책임의 사법기관은 결정된 해석범위 내에서 실행처분을 행한다는 것이 그 결정 내용에 당연히 내포되어 있다면, 이러한 의미에서의 원고 청구에 따라, 재판기관은 동일한 결정에 의해 필요한 경우에는 집행기간을 부기한 처분을 명할 수 있다》; 같은 법전 법률 제911-3조에 의하면, 《이러한 의미에서의 원고 청구에 따라, 재판기관은 현행법전이 규정하고 있는 요건 내에서 효력 발생일을 지정하는 바와 같은 지체책임부관을 동일한 결정 내에서 법률 제911-1조와 법률 제911-2조를 적용하여 명하는 금지행위에 부가할 수 있다》라는 점,

소설 *L'épi monstre*에 대하여 내무·치안 및 지역자유 담당 장관이 1972년 7월 6일 처분행위 철회를 거부한 묵시적 결정을 취소한다는 것은 위법성이 확인된 규정제에 대한 철회를 당연히 의미하는 것이며 ; 최고행정재판소로서는 내무부장관에게 현 결정이 통고된 때로부터 1개월 이내에 철회를 행하도록 명하여야 할 것이라는 점 ; 반면에 이러한 명령에 지체책임부관이 부가될 수 있을 것을 목적으로 하는 원고의 청구취지를 당연히 인용할 수 없다는 점을 고려하여,

행정소송법전 법률 제761-1조의 규정 적용을 목적으로 하는 청구에 관하여 :

본 소송 사건의 경우에는, 행정소송법전 법률 제761-1조의 규정 적용이 타당하다는 점과 M. Genka가 경비를 포함하지 아니 한 소송 청구비용에 대하여서만 요구한 3,000 유로를 국가가 지급하여야 한다는 점을 고려하여 ;

## V. 결 정

다음과 같이 결정한다 :

제1조 : 내무·치안 및 지역자유 담당 장관은 청소년을 대상으로 하는 출판에 관한 1949년 7월 16일 법률 제14조를 적용하여 내무부장관이 첫째, 원고가 저술한 소설 *L'épi monstre*를 18세 이하의 미성년자에게 보여주거나 기증해 주거나 판매하는 것을 금지하고, 둘째, 어떠한 장소에서라도 공개할 목적으로 이 소설을 전시하여서는 아니 되며, 마지막으로 이 소설에 대한 우호적 광고를 행하여서는 아니 된다는 1962년 7월 6일의 처분행위에 대한 철회를 목적으로 한 M. Genka의 청구를 기각하였던 묵시적 결정을 취소한다.

제2조 : 국무장관인 내무 및 국토관리장관은 본 결정이 통고된 때로부터 1개월 이내에 소설 *L'épi monstre*에 대하여 행해진 1962년 7월 6일의 처분행위를 철회할 것을 명한다.

제3조 : 국가는 M. Genka에게 행정소송법전 법률 제761-1조에 따라 3,000 유로를 지급하여야 한다.

제4조 : 본 결정은 M. Nicolas Genka와 국무장관인 내무 및 국토관리장관에게 통고한다.

주심법관 : M. Larivé, 정부논고담당관 : Mme Mitjavile, 변호사 : Pierrat 법률사무실

출 처 : Legipresse NO. 227, 2005년 12월호 pp.253-254.

번 역 : 박인수 (영남대 법대 교수)

