

## 독일의 언론관계법 및 언론피해 구제 제도

나 낙 균

인제대학교 언론정치학부 교수

### 1. 서론 : 독일 언론관계법의 의미

독일의 언론관계법은 언론법, 방송법, 영상법 등과 같은 다양한 종류의 미디어를 규정한 미디어법학의 한 분야로서 연구되어 왔다. 미디어법학은 과거에는 개별 매체의 특성에 따른 법체계로서 연구되었으나 최근에는 단일한 미디어법체계로서 매체 전반에 통용되는 논의들을 중심으로 연구되고 있다. 이러한 단일한 미디어법 영역의 형성은, 전송기술이나 인쇄매체, 전자매체를 구분하는 전통적인 방법이 매체의 발달과 사용방식의 변화로 더 이상 의미를 갖지 못하게 됐을 뿐만 아니라, 유럽미디어통합법이 수용자에 대한 미디어의 서비스 성격을 강조한 이래로 매스커뮤니케이션 현상에 대한 법체계로서의 공통성이 더욱 분명해졌기 때문이다.

이러한 단일한 미디어법체제의 형성에 대한 동인으로는, 첫째, 다양한 매체의 전송기술이 더 이상 객관적인 법률 규정의 기준이 될 수 없다는 사실로 인해, 둘째, 민영방송을 허가하는 이원적 방송시스템으로 신문시장과 차별화 되었던 공·민영 구분이 없어지고 이로 인해 이종기업인 신문과 방송의 통합 내지 융합현상이 발생함으로써, 셋째, 유럽미디

어통합법이 커뮤니케이션을 서비스업으로 규정하고 시장경쟁원칙을 도입하여 국경을 초월하는 방송활동을 독일 국내법으로 통제할 수 없게 됨에 기인한다고 보고 있다.

미디어법은 매스미디어를 통한 매스 커뮤니케이션 현상의 범질서에 대한 총괄적인 개념이다. 따라서 이 글에서 언론관계법은 독일의 미디어법에 대응하는 개념으로 사용되나, 언론의 개념은 신문과 방송 등을 통한 커뮤니케이션을 일컫는 광의의 언론개념으로서가 아니라 기존의 신문 등 인쇄매체를 일컫는 협의의 언론개념으로서 이해된다. 이 글의 연구목적은 특히 커뮤니케이션의 자유와 언론의 자유, 미디어의 보도행위와 인격권의 보호 문제에 관해서 그리고 언론보도로 인한 침해 발생시 그 민법적 구제는 무엇이 있는지 등을 논의함으로써 언론관계법의 구조와 그 법규정의 세부적 의미를 짚어 보는데 있다.

### 2. 독일 언론관계법의 구조와 법원

#### 1) 언론의 공익적 임무

매스미디어는 독일의 기본법 제5조에 언급된 바와 같이, 접근 가능한 출처로부터 정보를 수집할 수 있는 자유인 정보의 자유(Informationsfreiheit)를 실현하는데 대단히 중요한 의미를 지니고 있다. 매스미디어는 일반 대중에게 경제와 정치 등 국가와 사회의 다양한 생활 영역의 정보를 제공하고 공유시킴으로써 의견 형성의 기능을 하는데, 실제로 일반 대중에게는 정보원에 대한 직접적인 접근 및 정보추구가 제약을 받을 수밖에 없으므로 매스미디어는 일반 대중에게 정보를 제공하는 '공개된 정보원'으로서의 역할을 수행하는<sup>1)</sup> 공익적 성격을 지니고 있다. 따라서 독일 연방주의 언론법(Landespressegesetze)들에서는 이러한 공익적 성격에 기초해 신문과 방송에 대한 규정들을 규정하고 있고, 연방주의 미디어법, 연방주간의 방송국가조약 및 방송사 규정들도 동일한 내용의 공익적 규정을 담고 있다.

커뮤니케이션 과정으로서 언론의 특별한 위치는 헌법에 보장되어 있는데, 특히 연방헌법재판소의 판결은 신문과 방송 등 매스미디어에 민주주의 국가 체계에 있어서 자유를 구성하는 중요한 의미를 부여하고 있으며, 헌법으로 제도적 보장을 제공하고, 동시에 매스미디어가 여론 형성에 있어서 가장 중요한 도구라는 점을 강조하고 있다.<sup>2)</sup> 이는 1961년 연방헌법재판소의 판결에서 언론과 방송은 “없어서는 안 될 현대적인 커뮤니케이션 수단이며, 여론에 영향을 미치고 여론을 형성”하는 매체라는 것이다.<sup>3)</sup>

## 2) 언론관계법의 필요성

독일의 기본법이 보장하고 있는 정보자유(Informationsfreiheit)의 기본권이 실현되기 위해서는 일반법 또는 미디어법 차원의 규정들이 필요한데, 기관에 대한 정보청구권 보장(§§4, 25 LPG)과 명예훼손의 경우에 여론의 정당한 관심대변(Interessenswahrnehmungs-recht)의 보장(§193 StGB), 기업경영권(§118 BetrVG), 언론과 방송 종사자의 증인보호권과 형사담당기관의 수색 및 압류권한의 제한 등은 매스미디어를 통한 정보자유 실현을 보장하는 중심적인 법규정이다.

언론관계법은 국가의 압력과 미디어 조직의 권력화를 지켜줄 수 있는 수단이라는 점에서 그 필요성 및 중요성이 있다. 송신자가 전달내용과 경향을 단독으로 결정하여 수신자에게 전달하는 일방적인 매스 커뮤니케이션 구조에서 정보의 자유 및 의견형성에 미치는 매스미디어의 영향력과 위험성은 이미 많은 연구들을 통해 검증된 바 있다. 특히 언론과 방송은 모든 생활영역에서 영향력을 행사하는 대중매체로서 국가의 발전 및 시대적 사건뿐만 아니라 인간의 사회적 삶과 여가시간 영역에까지 영향을 주고 있다.<sup>4)</sup>

현대사회에서 신문과 방송 등 매스미디어는 시민 대중에게 정보를 제공하고 여론형성에 기여하며, 의견을 제시하고 국가와 경제를 통제하고 감시하는 임무를 띠고 있다.<sup>5)</sup> 독일 연방헌법재판소의 판결은 매스미디어를 의견형성을 위한 매체로서 뿐만 아니라 의견형성의 요소로 간주하며, 정치·사회적 삶은

1) BVerfGE 12, 113, 125; 20, 205 ff., 50, 234, 239.

2) BVerfGE 12, 113, 125; 20, 205ff.; 50, 234, 239.

3) BVerfGE 12, 205, 260.

4) BVerfGE 35, 222; 57, 319; 59, 258.

5) BVerfGE 10, 121 ff.; 12, 162, 174 f.

물론이고 경제, 문화, 스포츠 등 전체 삶의 영역에 존재하는 다양한 의견의 수행자 및 중개자의 역할을 담당하고 있다고 이해하고 있다.<sup>6)</sup>

이와 같이 매스미디어의 공공영역에 미치는 영향력과 일방성, 정보의 통제 가능성 때문에 언론의 신중성과 진실성, 매체보도 대상자의 반론권을 명시한 언론법 및 방송법 규정 등 매스 커뮤니케이션 기제에 대한 법적 질서를 마련할 필요가 있는데, 이러한 규정은 각각의 커뮤니케이션 미디어가 갖는 특성에 의해서라기보다는 매스 커뮤니케이션 전반의 구조와 효과상의 특성에 의해 결정되어야 할 필요성이 있다.

### 3) 언론관계법의 법원

언론관계법은 신문과 방송 등 매스미디어에 관한 법률체계의 통칭으로서 그 분류상 완결된 형태로 이루어진 것은 아니다. 언론관계법은 다수의 법률규정에 분산되어 있는 횡적인 법(Querschnittsmaterie) 체계로서, 매스 커뮤니케이션 현상과 관련한 다양한 규범들의 집단으로 파악되는 특징을 갖는다. 이러한 횡적인 체계로서 미디어법의 법원(Rechtsquelle)은 그 속성상 헌법(Verfassungsrecht)과 사법(Privatrecht), 공법(Oeffentliches Recht), 형법(Strafrecht)에 근거를 두고 있다. 예를 들어 헌법에서는 미디어의 자유에 대한 근본적인 것들로서 그 보장의 범위와 대상이 거론되고 있고, 사법은 인격권 및 명예의 보호와 기업 및 저작자의 보호 문제를 그리고 공법상 행정법은 공공기관에 대한 정보청구권을, 형법은 국가안보와 청소년보호에 관한 문제를 거론하고 있다. 그리고 소송법은 취재원 비닉권 내지 압수 및 수색금지 등과 관련해서 적용된다. 이와 같이 독

일의 미디어법은 횡적 법체계로서 헌법 및 연방법, 주법 등 일반법상에 근거를 갖고 있으며, 이외에도 국제법(Voelkerrecht)과 유럽법 및 연방헌법재판소의 판결에 의해 영향을 받고 있다.

특히 연방헌법재판소의 판결 등이 구성하는 판례법(Richterrecht)은 또한 언론관계법을 이해하는 데 있어서 기본적으로 중요한 의미를 갖는데, 판결들은 중요 법원(法源)에 대한 이론적 논쟁을 체계화하고 있으므로, 특히, 미디어법의 상당부분은 판결에서 나타나는 법의 해석과 형성과정에 대한 지식이 없이는 그 법을 이해할 수 없거나 완전하게 설명할 수 없게 되어 있다.

이외에도 직무규정(Standesregeln)은 또 다른 미디어법의 법원을 이루고 있는데, 직무규정은 비국가적인 자율규제 규범으로서, 의사, 변호사 또는 언론인과 같은 중요한 공공과제를 수행하는 직업에서 통용되는 규정이다. 이러한 직무규정에 의한 자율규제는 국가의 통제와 질서로부터 구속되지 않는지만 공공영역에서 직업의 위상과 명예를 지키도록 함으로써 중요한 규제기능을 수행하고 있다. 그러나 이러한 자율규제는 입법화 되거나 관습법으로 인정받지 못하는 한 법적 규범능력을 갖지는 못한다(§ 57 Abs. 1 StBerG, §§ 1, 18 WPO).

## 3. 커뮤니케이션의 자유와 언론의 자유

### 1) 독일 기본법상 커뮤니케이션의 자유

독일의 매스 커뮤니케이션 법질서는 특히 공법 중에서도 기본법의 헌법 규정에 의해서 형성된다. 특히 독일 기본법 제5조의 커뮤니케이션의 자유

6) BVerfGE 12, 205, 260; 57, 295, 320.

(Kommunikationsfreiheit)가 인정하는 개인적·제도적 보장은 전체적으로 미디어법 질서를 구성하는 헌법적 틀을 제공한다. 독일기본법 제5조는 매스 커뮤니케이션의 법질서에 핵심적인 의미를 주는 몇몇의 기본권을 포함하고 있다. 이러한 기본권에는 자유로운 의견의 표현과 유포권, 정보자유권, 언론자유권 및 방송과 영상물을 통한 보도의 자유 등이 포함된다. 이러한 기본권은 기본법 제5조 2항의 조치에 따라 일반법의 규정들과 청소년 보호를 위한 법률규정, 개인의 명예 등 인격권에 의해서 제한된다. 이외에도 독일 기본법 제5조 1항 3문의 사전검열금지, 동법 제5조 2항의 제한조건들에 대한 제한규정으로서, 기본권 중 커뮤니케이션의 자유는 기본권 제5조 2항의 제한조건이 충족되더라도 사전검열에 의해서는 제한될 수 없다.

독일기본법은 커뮤니케이션의 자유를 보장함으로써 자유로운 사적·공적인 모든 커뮤니케이션을 위한 기본원칙을 정한 것이다.<sup>7)</sup> 이러한 커뮤니케이션의 자유는 다른 기본권(즉, 기본법 제8조의 집회의 자유, 제9조의 결사 및 통신의 자유, 제17조의 청원권 등)과 함께, 민주주의 사회에서 국민의 의견 및 의사형성의 자유를 보장하는 것이다. 기본법 제5조 1항의 기본권적 자유들은 공통된 보호 목적을 지니는데, 자유민주주의 질서<sup>8)</sup>의 요소로서 자유로운 커뮤니케이션을 보장하는 것이다.

## 2) 독일 기본법상 언론의 자유

### (1) 가장 강력한 현대 사회의 기본권

기본권으로서 언론의 자유(Pressefreiheit)는 같은 기본권으로서 의사표현의 자유와 밀접한 관련을 맺고 있다. 신문은 의사표현의 자유를 실현하는 데 중요한 역할을 하는데, 독일 연방헌법재판소는 신문의 역할을 '포괄적인 정보의 제공과 사회에 존재하고 있는 다양한 의견의 전달 및 의견의 형성과 대변<sup>9)</sup>' 하는 것이라고 이해한다. 이와 같이 언론의 자유는 의사표현의 자유와 마찬가지로 근본적인 기본권으로서의 중요성이 부여되는데, 이 때문에 연방헌법재판소는 일찍이 언론의 자유에 대한 실천적 개념으로 '공권력에 의해 좌우되지 않는, 검열 받지 않는, 자유로운 언론은 자유국가의 본질적 요소이며 현대 민주주의에서 필수불가결한 것<sup>10)</sup>'으로 파악하고 있다. 또한 언론의 자유는 언론사주나 언론종사자의 의사표현 내지 정보의 자유를 구체화하기만 하는 것이 아니고, 포괄적인 의견 자유의 종속 개념에 국한되는 것이 아니라, 언론제도의 독립성을 보장하려는 데 주된 의미가 있다.<sup>11)</sup> 현대사회에서 언론이 갖는 정신적·경제적 권력으로 인해 언론은 정치, 경제, 문화, 스포츠 분야의 사건을 효과적으로 통제하고 비판하는 기관으로 언론의 자유는 오늘날 정치적으로 가장 강력한 기본권으로 간주되고 있다.

### (2) 언론의 공적 기능과 언론의 자유

독일의 기본법에서 언론은 특별한 지위를 누리고 있는데, 이는 독일 연방헌법재판소가 시사주간지 슈피겔에 대한 판결(Spiegel-Urteil)<sup>12)</sup> 이래로 언론의

7) Degenhart, Bonner Kommentar zum GG, Art. 5 Abs. 1 und 2 (Zweitbearbeitung), Rn. 1, 4 ff.

8) Schmitt-Glaeser, AceR 113 (1988), S. 52 ff.

9) BVerfGE 52, 283, 286; 20, 162, 174 f.

10) BVerfGE 20, 162, 174; 52, 283, 266; 66, 116, 133.

11) BVerfGE 10, 121; 20, 162, 176 참조.

12) BVerfGE 20, 162, 174; BVerfGE 10, 121; 12, 205; 66, 116, 135; 80, 124, 133.

공적임무를 강조하였기 때문이다. 연방헌법재판소는 판결을 통해, 국가는 언론의 자유를 침해하는 그 어떠한 규정에 대해서도 언론자유를 명제를 고려해야만 한다고 말하고 있다. 이 판결 이후로 언론의 자유는 방어권으로서 외에도 국가의 제도적 기능으로서 보장(institutionelle Funktionsgarantie)받게 되었는데, 이러한 공적 임무는 민주주의 체제에서 필수 불가결한 대중매체의 언론기능의 수행을 본질로 하는 것이다.<sup>13)</sup>

그러나 언론이 갖는 공적 임무는 또한 조직적인 국가권력에 의해 수행되는 것은 바람직하지 않을 것이다. 연방헌법재판소는 판결에서 언론기업은 사회적 공간에서 자유로이 형성되고 사경제적(privatwirtschaftlich) 원칙과 사법상(privatrechtlich)의 조직형태로 활동할 수 있어야 한다고 제시하고 있다.

그러나 오늘날 사경제적 구조로 인한 언론기업의 집중화로 인해 언론자유가 위협받고 있는 상황에서 국가의 언론집중화 억제조치는 헌법상의 문제를 야기하고 있다. 연방헌법재판소의 판결내용을 보면 ‘국가는 자유언론에서 의견독점 현상이 조성되는 위협에 대처할 의무를 지닌다’는 태도를 보임으로써 언론기업의 집중을 통제하려는 경향을 보여주고 있다.<sup>14)</sup> 또한 내적 언론자유에 관한 헌법상의 논의 역시 언론자유 제도적 보장이 갖는 의미와 범위에 대한 문제로 귀결된다. 이러한 논의는 상호 간에 대립적인 양상을 보이고 있는데, 연방헌법재판소조차도 내적 언론자유 확립이 헌법에 합치되는가

에 대해 유보하고 있는 상황이다.<sup>15)</sup>

#### 4. 언론보도와 개인의 인격권 보호

##### 1) 일반법규상 언론보도의 법률관계

매스 커뮤니케이션 현상을 관장하는 법질서는 특별히 매스 커뮤니케이션 미디어를 위해 마련된 원칙과 규정들 그리고 특히, 민사법과 형사법 등과 같은 일반 법률의 규정들로 구성되어 있다. 이러한 원칙과 규정들은 모두 독일기본법 제5조 2항을 반영하여 이루어진 것으로 기본법상 보장되는 커뮤니케이션 자유의 제한은 특히 일반법의 규정에 의하여 이루어진다. 사실 매스미디어 보도의 표현들은 매스미디어 자체가 갖는 확산효과 때문에 일반법 상의 명예훼손과 청소년 보호 규정들을 침해하게 됨으로써 기본법 제5조 커뮤니케이션의 자유를 제한할 수 있다. 따라서 매스미디어에 의한 사실의 보도나 의견의 유포에 대해서는 보도 대상자의 인격권 또는 기업이나 공중의 이익을 보호하기 위해서 법적 예방조치가 강구되어야 한다. 매스 커뮤니케이션에 대하여 중요한 의미를 갖는 이러한 일반 법률 규정의 원칙들은 보도라든가 조사, 판매, 광고 등 매스미디어 기업들의 활동범위에 따라 구분되는 특징을 갖는데, 크게 개별적 인격권(besonderes Personenlichkeitsrecht)과 일반적 인격권(allgemeines Personenlichkeitsrecht)의 두 가지 범주로 나뉜다. 이 글에서는 특히 미디어

13) Loeffler/Ricker, Hadbuch des Presserechts, 2. Aufl. Beck, 1986, Kap. 3 Rn. 19 f. 참조. 언론에 부여된 공적 임무는 세 가지 차원을 내포하고 있는데, ① 언론은 공공의 커뮤니케이션 및 의견형성 과정을 이끌어야 하며 이를 통해 다양한 의견의 시장(Meinungsmarkt)을 조성한다(커뮤니케이션 임무). ② 언론은 또한 수용자들에게 공시된 보도내용에 대해 수긍 또는 거부 자세를 취하게 함으로써 독자적인 의견을 형성하는데 도움이 되어야 한다(의견형성의 임무). ③ 언론은 민주적 의사형성 과정에 유입되는 정치 메시지를 형성하도록 한다(정치화 기능).

14) BVerfGE 20, 162, 176.

15) BVerfGE 52, 283, 297.

어 보도의 문제에 대해 초점을 맞추어 개별적 인격권의 하나인 명예의 보호와 일반적 인격권의 사적 영역에 대한 사실 주장 및 허구적 주장에 대해서 서술하도록 한다.

## 2) 명예의 보호

### (1) 법적 토대

개인의 명예훼손에 대한 보호는 형법 제185조 이하 (§§ 185 ff. StGB)에 기초하는데, 동시에 민법 제 823조 2항 (§ 823 Abs. 2 BGB)의 불법행위에 의거 보호된다. 업무상의 손해를 주는 표현(Aeusserung)에 대한 명예훼손은 표현행위가 경쟁을 목적으로 일어난 경우로서 불공정거래방지법 제14조 (§ 14 UWG)에 의해 보호가 보장되는데, 경제적 경쟁 이외의 분야에 대해서는 민법 제824조가 적용된다. 그리고 의도적인 관습의 침해에 해당하는 경우의 명예보호는 민법 제826조에 의해 보장된다.

명예보호규정은 주관적인 명예감(Ehrgefuehl)을 보호하는 것이 아니라 객관적으로 조사될 수 있는 명예를 보호한다.<sup>16)</sup> 명예의 보호는 따라서 개개인이 자신에게 적합하다고 생각하는 명예의 범위와는 상관이 없을 뿐만 아니라, 미성년자와 정신박약자에게도 존재한다. 즉, 명예보호 대상자는 첫째로 살아 있는 자연인이며, 연령이나 정신 및 육체적 상태와는 상관이 없다. 명예보호는 인간이 존재한다는 사실만으로도 이루어지며, 모든 사람에게 기본법 제1조 인간의 존엄성에 근거하여 불가침의 보호위상을 부여

한다(내적 명예).<sup>17)</sup> 그러나 명예보호는 또한 사회에서 획득한 개인의 명성에도 해당된다(외적 명예 혹은 경제 영역에서의 영업상의 명예).<sup>18)</sup>

사자의 명성훼손에 대해서는 물론 형법 제189조의 특별규정이 보호를 하지만, 일반적으로 죽은 사람에게 명예보호의 규정이 적용되지 않는다. 인적 단체는 법으로 인정되는 사회적 기능을 수행하고 통일된 의지를 형성할 수 있는 경우에, 개별적 회원의 명예보호와는 별도로 단체로서 명예의 보호를 받을 수 있으며 모욕을 당하는 대상이 될 수도 있다. 인적 집단의 회원은 또한 개별 회원의 이름이 정확히 거론되지 않더라도 집단적 표현을 통한 공격에 의해 명예가 훼손될 수 있다(소위 집단모욕: Kollektivbeleidigung). 판례의 전제조건에 따르면 집단모욕이 성립되기 위해서는 표현된 인적 집단이 일정한 특징으로 인해 일반인과 뚜렷이 구별되어 당사자의 범위가 명확하게 구별되고 일목요연하게 구분될 것을 요한다.<sup>19)</sup> 또한 일반적이어서 개별적 인간의 명예를 훼손하는 데 적합하지 않은 가치판단이 표현될 경우, 집단적 모욕은 성립되지 않는다.<sup>20)</sup>

### (2) 명예보호 규정의 체계와 개념

형법상 명예훼손죄는 모욕(Beleidigung), 비방(ueble Nachrede), 무고(Verleumdung) 세 가지의 기본적인 범죄구성요건(Grundtatbestand)으로 구분된다. 첫째, 형법 제185조의 모욕죄는 다른 사람의 명예를 공표행위를 통해 경시하거나, 경멸하게

16) Wenzel, Handbuch des Aeusserungsrechts, 3. Aufl., 1986, Rn. 5, 132.

17) Vgl. BGHSt 11, 67.

18) Wenzel, Handbuch des Aeusserungsrechts, 3. Aufl., 1986, Rn. 5, 136.

19) BGHSt 2, 38, 39; 11, 207, 208; 19, 235 .

20) BGH, NJW 1985, 1365, 1366.

나, 무시함으로써 침해하는 경우이다. 둘째, 누가 타인에 관한 사실의 주장(Tatsachenbehauptung)을 하거나 유포하고, 동시에 이러한 사실의 주장이 그 사람을 경멸스럽게 만들거나 여론상 인격을 실추시키는 데 적합한 것이라면 그리고 그 주장의 진실성을 증명하지 못한다면 형법 제186조의 비방죄에 대한 구성요건을 충족시키는 것이다. 셋째, 누군가 양심에 반해서 허위사실을 주장하거나 유포하는 사람은 형법 제187조의 무고죄의 구성요건을 충족시키게 된다.

이러한 기본적인 범죄구성요건은 법체계상 구별되는데, 무고죄와 비방죄는 사실의 주장 또는 유포에 의한 명예훼손인 반면, 모욕죄의 구성요건은 대상에 대한 부정적인 가치평가의 공표행위를 통한 명예훼손이라는 점에서 구분된다. 이 밖에도 형법 제185조의 구성요건은 손상된 명예보호 대상자 자신에 대한 명예훼손적 사실의 주장도 포함한다. 그러나 형법 제186조와 제187조의 구성요건은 위의 명예보호 대상자 자신에 대한 명예훼손은 포함하지 않는다. 왜냐하면 비방죄와 무고죄의 구성요건은 명예를 손상시키는 사실의 주장이 다른 사람과의 관계 속에서 이루어진다는 것을 전제조건으로 하기 때문이다. 따라서 법적 의미에서 비방죄 내지 무고죄는 명예 소유자에 관한 명예훼손적 사실의 주장이 제3자에게 이루어져야 한다. 즉, 표현의 수신자와 피해자가 동일한 사람이어서는 안 된다.

명예보호 규정의 체계와 개념은 매스 커뮤니케이션의 법질서를 위해서 중요한데, 헌법적으로 요구되는 명예의 보호를 제한(Schranken)하는 것과 기본법 제5조 1항의 의견의 자유 내지 미디어의 자유와

의 비교형량이라는 관점에서 중요하다. 명예훼손적인 사실을 주장하는 것은 그 표현된 사실의 진실을 증명할 수 없을 경우에 위법적인 명예훼손에 해당된다. 법규정은 명예를 훼손하는 사실을 주장하거나 유포한 사람에게 입증책임을 부과한다. 이것은 기본권인 의견의 자유의 헌법적 적용을 반영한 것으로, 부정확한 정보는 헌법상 전제된 의견형성에 기여할 수 없기 때문에<sup>21)</sup> 보호가치가 없는 것으로 인식한 결과이다.

매스미디어 보도에 있어서 이러한 입증책임 규정은 아주 중요한 의미를 지니는데, 그 이유는 이 규정이 보도의 정확성을 검증해야 하는 힘든 임무를 부과하기 때문이다. 따라서 언론이 정당한 여론의 관심을 대변하는 경우 명예훼손의 위법성을 조각하는 형법 제193조의 보호규정에 주의를 기울여야 한다. 독일의 판례를 보면 미디어 자유의 헌법상의 위상을 고려해 정당한 여론의 관심을 대변한 경우에는, 매스미디어에게 형법 제186조의 사실 주장의 진실 증명과 관련한 입증책임을 면해 주었다.<sup>22)</sup> 진실에 대한 증명이 제시될지라도 모욕적인 주장의 형태로 제기될 경우에는 형법 제192조에 따라 명예훼손이 성립될 수 있다(소위 형식적 모욕).<sup>23)</sup> 따라서 명예를 훼손하는 사실을 주장함으로써 명예훼손죄가 구성될 수 있을 뿐만 아니라, 명예를 훼손하는 다른 사람의 사실 주장을 유포함으로써 비방죄도 성립될 수 있는데, 이와 같은 명예훼손죄는 원칙적으로 매스미디어의 보도에 대해 폭넓게 적용되고 있다.

### 3) 일반적 인격권의 보호

#### (1) 법적 토대

21) BVerfGE, NJW 1992, 1439 참조.

22) BGH, NJW 1987, 2225, 2227; OLG Frankfurt, NJW 1980, 597.

23) BGH, GRUR 1977, 801; NJW 1974, 1762 참조.

일반법의 규정에는 일반적인 인격권이 속하는데, 이러한 일반법은 독일의 기본법 제5조 2항에 의거해 동법 제5조 1항의 자유권을 제한한다. 일반적 인격권은 개별적 인격권을 보완하는 것으로, 개별적 인격권은 입법자에 의해 범죄구성요건이 설정된다. 일반적 인격권은 오늘날까지도 법문상의 명백한 인정을 받지 못하고 있으나, 독일연방법원(BGH)의 판결은 인격권을 기본법 제1조 1항의 인간의 존엄성 및 동법 제2조 1항 인격의 자유로운 발현 보호로부터 이끌어 내어 법률을 형성하고 있으며, 민사상으로는 판결을 통해 민법 제823조 1항에 따라 기타의 권리로서 인정받고 있다. 그러나 또한 판례는 일반 인격권의 보호 범위를 확정적으로 종결짓는 것을 피하고 있는데, 일반적 인격권이 새로운 사안에 대해 포괄적 권리(Rahmenrecht) 또는 근원적 권리(Quellrecht)로서 지속적으로 발전할 수 있는 틀을 마련해 주기 위함이다.

또한 일반적 인격권의 소유자는 자연인으로서, 죽음과 함께 행동 및 인격발현의 개인적 특성은 잃지만<sup>24)</sup> 인간 존엄성을 특성으로 하는 일반적 인격권의 보호목적은 죽음 뒤에도 존속한다고 본다. 특히 사자에 대한 추모와 그의 생애 사진은 죽음 뒤에도 보호된다.<sup>25)</sup> 단체(법인, 상사)는 단지 정해진 결성 목적과 기능의 범주 안에서만 인격권의 보호를 향유할 수 있다.<sup>26)</sup>

## (2) 보호 범위

다양한 인격영역 및 보호영역을 구분하는 작업은 일반적 인격권 침해의 전형적인 범죄구성요소를 만

들어 내는 데에 많은 기여를 하였다. 전형적인 범죄 구성요소를 밝혀내는 것은 일반 인격권 침해의 위법성에 관한 판결에서 행해지는 비교형량 작업을 위해 필요하다. 이러한 인격영역의 구분은 상당한 관심(ein berechtigtes Interesse)이 국가와 사회로부터 개별 인격을 보호하는 데 있어서 모든 삶의 영역에 동일하게 인정될 수는 없다는 인식으로부터 출발한다. 하나의 사안이 친밀한 개인들에 관한 것이라고 판단될수록 인격권의 보호는 더욱 강해지는데, Wenzel은 이러한 일반적 인격권의 보호 영역을 다섯 가지의 단계로 나누어 보호의 우선순위에 따라 내밀영역(Intimsphaere)에서부터 비밀영역(Geheimnissphaere), 사적영역(Privatsphaere), 사회적 영역(Sozialspahre), 공적영역(Oeffentlichkeitsspahre)으로 설명하고 있다.<sup>27)</sup> 이 중 사회적 영역과 공적영역은 개인의 공공에 할애한 인격발현 공간으로 간주되는 것으로 일반적으로 이 영역에 대한 보도는 그것이 진실되지 못한 사실의 주장이거나 명예를 손상하는 표현이나 비방이 아닌 한 보도될 수 있는 영역으로 분류된다.

## 5. 언론 보도상의 침해에 대한 민법상의 구제 제도

매스미디어 보도에 있어서 지켜야 할 제한규정의 침해는 다양한 법률상의 결과를 야기할 수 있다. 매스 커뮤니케이션 과정에서 발생하는 문제들은 권리 피해자와 피청구권자의 이해관계가 핵심적인 위치를 차지하고 있는데, 이는 매스미디어와 중사자의

24) Loeffler/Ricker, Handbuch des Presserechts, 1986, Kap. 42 Rn. 1.

25) BVerfGE 30, 173 - Mephisto.

26) BGH, NJW 1975, 1882.

27) Wenzel, Das Recht der Wort-und Bildberichterstattung, Dr. Otto Schmidt, 3. Aufl. 1986, Rn. 5,31 ff.

민법상 책임을 구성하고 있으므로, 여기서는 형법상의 범죄행위에 대한 문제는 논외로 하고 민법상 고려되어야 할 청구권의 종류와 청구권에 구속되는 대상자 등에 대해서 논의하기로 한다.

### 1) 청구권의 종류

#### (1) 반론청구권

반론청구권은 매체의 특수성에서 기인하는 법률적 반응의 보장으로서, 이는 미디어에 의해 공개된 자신에 관한 표현에 대해서 그 개인에게 주어지는 법률소송의 특별한 기소요건(besondere Betroffenheit)이 된다. 만약 한 개인에게 미디어의 공개적 표현에 의해 개인적인 침해가 발생한다면 그는 특정한 조건 하에서 해당 매스미디어에게 자신이 작성한 반론을 첫 번째 보도와 동일한 방법으로 발표해 줄 것을 요구할 수 있다. 이 청구권의 특수성은, 이것이 순전히 형식적으로 형성되었다는 점인데, 매스미디어에 의한 허위 사실의 주장 또는 명예훼손적 주장이 제시되었는지 그 여부를 전제조건으로 삼지 않는다는 점이 그렇다.

반론권의 목적과 근원에 관한 문제제기는 반론권에 대한 개별적인 규정의 해석은 물론 총체적인 이해의 폭을 넓혀 줄 수 있다. 지배적인 견해에 따르면 반론권은 본질적으로 매스미디어의 대중을 상대로 한 일방적 표현으로부터 피해자를 보호하려는 목적을 가지고 있다. 원칙적으로 개인들은, 공중에 자신을 어떻게 나타내 보일 것인지, 무엇으로 자신의 사회적 가치를 나타내 보일 것인지, 자신을 보도

의 대상으로 공개함으로써 제3자에게 자신의 사적인 것을 알린 것인지 말 것인지 그리고 알린다면 얼마만큼 알릴 것인지 등을 결정할 권리가 있다. 이와 같이 반론권은 보편적 인격권의 해석에 의해 형성·발전되어 왔는데, 이러한 인격권은 시민들이 헌법상의 언론 및 방송의 자유와 문제가 될 때 자신의 주장을 제시할 수 있는 가능성을 열어주는 권리이다. 따라서 미디어에 자신의 문제가 공개적으로 언급된 사람에게는 반론을 청구할 수 있는 권리가 주어져야 할 것인 바, 지면의 동일한 곳, 동일한 토론장에서, 동일한 공개성을 가지고, 자신의 주장을 표현할 기회가 허용되어야 한다.<sup>28)</sup>

또한 반론을 표시해줄 미디어의 책무는 개인에 대한 보호 외에도 포괄적인 정보에 대한 공중의 욕구가 반영된 것인데, 공중의 욕구를 반영하기 위해서는 비판자 외에도 그 비판의 당사자가 발언하도록 하여야 한다.<sup>29)</sup> 이와 같이 반론청구권은 기본법 제5조가 보장하는 권리인 자유로운 의견표시권에 의해서도 형성되는데, 자유로운 의견표시권은 여론형성의 기능에 대한 권리를 포함하기 때문에 제2의 사실 주장의 게재를 요구할 청구권은 부분적으로 기본법 제5조에 그 뿌리를 두고 있다.

그러나 기본법 제5조를 반론청구권의 유일한 토대로 간주할 수는 없는데, 그것은 기본법 제5조에서도 출될 수 있는 여론형성에 관여할 권리는 개개인에게 특정한 미디어조직에 대한 발표청구권을 부여하지 않기 때문이다. 오히려 반론청구권은 개인의 직접적인 당사자 적격(persoenliche Betroffenheit)으로부터 결과하는 것이며 일차적으로 인격권에서 생겨난 것이다. 따라서 반론청구권을 보편적 인격권, 자유로운 의사표현이라는 기본권과 같은 헌법적

28) BVerfG, NJW 1983, 1179 - NDR-Staatsvertrag.

29) BGH, NJW 1963, 151.

가치로 환원시킨다면 이것은 구체적인 법규정이 없는 곳에서도 적용되는 보편적인 법원칙으로 간주할 수 있다.

## (2) 정지청구권

정지청구권은 반론청구권과 함께 비판적인 미디어의 보도와 관련해서 가장 중요한 의미를 지니고 있다. 민사소송법 제936조의 가치분(einstweilige Veruegung)조치는 피해당사자에게 권리침해가 예상될 때 청구권을 행사할 수 있도록 하는데(소위 예방적 정지청구권<sup>30)</sup>), 미디어 보도에 대해서도 피해당사자가 예방적인 법적 조치를 취하는 것을 허용하고 있으며 이로써 권리를 침해하는 미디어 보도의 유포를 저지시킬 수 있다. 정지청구권은 성명권 및 소유권 침해 내지 점유방해(Besitzstoerung)와 같이 법률로 명백히 규정된 경우뿐만이 아니라, 민법 제12조, 제862조, 제1004조에 의해 인격권 및 기업권 침해의 경우에도 적용된다.

정지청구권은 피해당사자의 보호권리가 침해 예상될 것을 전제조건으로 한다. 이 권리의 경우 방해의 배제 청구권(negatorischer Anspruch)이기 때문에, 청구권은 가해자의 책임에 종속되는 것이 아니라 예상되는 침해의 위법성에 종속된다. 권리의 발생요건은 주장되는 권리의 침해가 목전에 임박해 있어야 한다. 즉, 사실에 근거한 객관적으로 중대한 위험이 더 이상 인내할 수 없는 당장의 방해가 존재해야 하며, 반복되는 위험성이 있는 최초의 위험이어야 한다. 법원의 관례에 따르면 재발위험성은 이미 위법적

침해가 실행되었다면 통상적으로 인정이 되며, 관례에 따르면 표현증명(Anscheinsbeweise)의 의미에서 실제적 예상(tasaechliche Vermutung)을 통해 재발위험성이 있음을 입증해야 한다.<sup>31)</sup>

피청구권자가 침해의 중지 의사를 제출하는 경우 반복위험성은 사라지게 되는데, 피청구권자는 서약서를 제출함으로써, 이의 제기된 표현을 더 이상 행하지 않을 것이며, 위반하는 경우에는 적절한 계약상의 처벌을 받겠다는 약속을 해야 한다. 또한 재발 위험성은 매스미디어가 문제가 된 보도를 바로잡아 공개할 때 해소된다<sup>32)</sup>고 본다.

## (3) 정정청구권

정정청구권은 정지청구권처럼 민법 제12조, 제862조, 제1004조의 적용 하에 미디어 보도에 의한 권리 침해의 결과를 제거하는 것을 목적으로 한다. 정정하는 것은 피해자에게 지속적으로 작용하는 침해를 제거하는 데 필요할 수 있으며, 따라서 정정은 문제된 매체의 표현을 앞으로는 중지하겠다는 약속이나 피해자의 반론을 통해서만 이루어질 수 없는 것이다.<sup>33)</sup> 따라서 매스미디어는 정정청구권에 의거해 자신으로 말미암아 세상에 공표된 허위 사실의 주장을 정정보도(berichtigende Klarstellung)의 방법으로 다시 제거해야 한다.

정정청구권이 비사실적 주장으로 제한되는 것은 기본법 제5조 1항의 의견의 자유 보호에서 출발하는데, 이에 따르면 누구도 표현된 의사를 수정하도록 강요받을 수 없다.<sup>34)</sup> 또한 그 누구도 허위 사실

30) Baur, JZ 1966, S. 381 f. 참조.

31) BGH, NJW 1987, 2227.

32) OLG Karlsruhe, AfP 1989, 191.

33) Soehring, Das Recht der Journalistischen Praxis, Schaeffer, 1990, Rn. 22, 57.

34) BGH, NJW 1982, 2246.

을 수용하도록 강요받을 수는 없으므로 정정청구권은 전제조건으로서 문제가 된 미디어 표현의 비진실성이 청구권자에 의해 밝혀져야 하고, 필요한 경우에는 입증되어야 한다.<sup>35)</sup> 정정청구권은 또한 문제가 된 표현의 비진실성 외에도 인격권 또는 기업권의 침해와 같은 민법 제1004조에 명시된 가치척도에 따르는 권리의 침해를 전제하고 있다.

피해자는 권리를 침해하지 않는 허위 사실의 주장에 대해서는 반론권의 행사를 통해 방어할 수 있으며, 정정하기 위해서는 피해자에게 지속적인 권리 침해를 제거해야 될 필요성이 있어야 하는데, 형식<sup>36)</sup> 면에서 논란이 되는 정정이 가해자에 의해 자발적으로 이루어지거나, 또는 오랜 시간이 흘러 정정요구에 대한 이해가 소멸된 때에는, 정정에 대한 필요성이 있는 것인지 애매하여 사안에 따른 판단이 필요하다.

#### (4) 손해배상 및 반환청구권

민법 제823조의 위법적 유책행위와 관련한 손해배상의 문제는 매스 커뮤니케이션에 대해서 특별히 적용되는 것은 아니며, 배상은 민법 제249조 이하에 따라 피해자에게 발생한 물질적 손해가 된다. 그리고 민법 제847조의 위자료청구권이 고려될 수 있는데, 소위 헤렌라이터(Herrenreiter)판결<sup>37)</sup>로부터 유래하여 이후 연방법원의 판례로 굳어진 두 가지의 제한조건이 고려된다. 첫째, 심각한 인격권의 침해가 있어야 하며, 둘째, 피해자에 대한 보상이 다른

청구권을 통해 이루어질 수 없어야 한다.

또한 매스 커뮤니케이션과 관련해 민법 제812조에 따른 이득반환권의 형태에서 지불청구권이 고려될 수 있는데, 지불청구권은 미디어 보도와 관련해 특히 불법적인 초상의 공개 또는 광고목적에 의한 성명의 언급 등은 의미를 갖는다. 위와 같은 경우에 인격권의 침해가 발생하지 않았을 경우에는 미디어 공개는 성명권의 지시기능에 대한 재산적 가치를 침해할 수 있는 것이며 또는 민법 제812조 1항 1문의 침해상황의 원칙에 따라 초상권 침해가 성립될 수 있는데, 이러한 성명권이나 초상권의 침해는 피해자에게 적절한 사용료를 지불함으로써 변상되어야 한다.<sup>38)</sup>

### 2) 청구권의 대상

#### (1) 언론기업

언론기업 즉, 출판사, 라디오 및 텔레비전 방송사는 미디어 보도에 대한 민법상의 문제에 책임을 진다. 이러한 책임은 반론권의 경우에는 명시적인 법규정에 기인하며, 민법 제1004조에 근거하는 정지 및 정정청구권의 경우에 청구권은 침해자에게 제기되며, 손해배상청구권은 민법 제823조, 제831조로부터 발생한다.<sup>39)</sup> 침해자는 책임과는 상관없이 침해를 야기했거나 그 태도가 침해를 예상케 하는 사람으로 간주된다. 위법적 주장을 유포하는 신문출판사나 방송사는 가해자가 되는데, 문제된 표현이 제3자에 의해 유래된 것이나 매스미디어에 의해 유포된다면

35) BGH, NJW 1976, 1198.

36) Loeffler/Ricker, Handbuch des Presserechts, 1986, Kap. 44 Rn. 28.

37) BGHZ 26, 349.

38) BGH, NJW 1979, 2205.

39) Soehring, Das Recht der journalistischen Praxis, 1990, Rn. 21.1.

가해자가 된다. 그러나 매스미디어가 문제된 표현으로부터 필요한 수단과 방법을 통해 거리를 유지한다면 그렇지 아니하다.

언론기업은 면책가능성(Entlastungsmoeglichkeit)을 갖고 있지 못한데, 신문사와 방송사 등은 “사건의 주책임자(Herr des Geschehens)”로 간주된다. 신문사나 방송사 등 법인에 관한 경우, 이들은 자신들의 기구(Organe)나 종사자를 통해서만 행위를 할 수 있는데, 민법 제31조, 제831조의 귀책원칙(Zurechnungsgrundsuetzen)에 따라 책임은 이들에게 귀속된다. 특히 민법 제831조 1항의 무과실규정(Exkulpationsregelung)에 따른 면책 가능성은 없는데, 이는 언론기업에게 발표된 전체의 기사에 대해 내용상의 정확성과 법적 안전성을 검사할 의무가 주어진다. 그러나 판례는 신문업자가 제3자 또는 종사자에게 검사임무를 위임할 권한이 있다고 보았으나, 이것은 결코 면책의 의미를 갖는 것은 아니다. 왜냐하면 검사임무를 위임 받은 자는 민법 제30조, 제31조 상의 기관의 지위(Organstellung)를 가지게 됨으로 신문업자는 면책 가능성 없이 자신의 책임을 져야 하고 또는 검사임무 수탁자에게 기관의 지위를 부여한 것이므로, 결과에 있어서도 책임을 져야 한다(하자 조직의 책임의제: Fiktion-shaftung fuer mangelnde Organisation).<sup>40)</sup>

## (2) 언론종사자

언론기업과 더불어 언론종사자도 문제가 된 발언에 대해 개인적인 책임이 있을 경우에는 권리 침해를 하는 언론행위에 대해서 법률적 책임을 진다.<sup>41)</sup> 이것이 편집장에게 의미하는 것은, 편집장이 매체의 언론행위에 직접 개인적으로 참여하였거나 또는 필수적으로 해야 하는 종사자에 대한 감시의무를 이행하지 않았을 경우에는, 민사상의 책임을 물을 수 있다.<sup>42)</sup> 출판정보를 담은 간기(Impressum)나 방송에 대한 책임자의 소개에 의해 거명된 책임편집자는 통상 개인적으로 공시물의 발행에 참여하게 되는데, 판례는 이러한 경우 책임편집자로 거명되었으므로 당연히 신문법에 명시된 책임을 져야 한다는 것인데, 이에 대해서는 공시물이 처벌받을 내용을 전혀 담고 있지 않다는 형사상의 책임에 대해서 뿐만 아니라, 민사상의 책임도 인정하고 있다.<sup>43)</sup> 편집장으로서 권리를 침해하는 내용의 기사를 작성한 작가는 마찬가지로 어떠한 경우에도 우선적으로 책임을 지게 된다. 정지청구권의 채무자, 정정청구권의 채무자, 손해배상청구권의 채무자 상호간의 관계 및 이들의 청구권자에 대한 관계는 일반적 원칙에 따르게 된다.<sup>44)</sup> □

40) BGH, NJW 1980, 2810, 2811.

41) Loeffler, Presserecht, Kommentar, 3. Aufl., Verlag C.H. Beck, 1983, Bd. I, § 6 Rn. 77 ff.

42) Wenzel, Handbuch des Aeusserungsrechts, 3. Aufl., 1986, Rn. 14.60 참조.

43) BGH, NJW 1977, 626, 627.

44) Wenzel, Handbuch des Aeusserungsrechts, 3. Aufl., 1986, Rn. 12.57, 14.63 ff.