언론사건에서 무기대등원칙의 위반에 대한 헌법소원[1)]

1. 사실관계

(1) 2018년 9월 30일 연방헌법재판소는 2건의 소송상 무기대등의 원칙 위반에 대한 헌법소원 심판청구를 인용하였다. 이 두 사건에서 연방헌법재판소는, 법원이 결정을 내리기 전에 피신청인의 인식상태가 신청인과 동일한 수준에 이를 것이 헌법적 요청임을 확인했다.

(2) 1 BvR 1783/17 사건의 헌법소원은, 헌법소원 심판청구인에게 소송 전이나 소송절차 중에 경고나 고지를 하지 않고 보도금지의무를 부과한, 쾰른 지방법원의 결정에 대해 제기되었다. 심판청구인은 언론탐사 네트워크로서, 자신의 인터넷 사이트에 한 회사의 감독위원회 회의 진행에 관한 기사를 공개했는데, 그 회의는 부패에 대한 문책을 안건으로 하는 것이었다. 해당 회사는 쾰른 지방법원에, 그 회사 감독위원회의 회의록 공개를 중단할 의무를 심판청구인에게 부여할 것을 내용으로 하는 가처분 신청을 하였다. 심판청구인은 그 신청을 알지 못했고, 사전 경고도 없었다. 쾰른 지방법원은 심판청구인에게 이유를 제시하지도 않고, 의견청취도 없이 가처분 결정을 하였다. 심판청구인은 송달된 결정문의 열람하면서 비로소 가처분 신청의 내용과 이유에 대해 알게 되었다.

(3) 1 BvR 2421/17 사건의 헌법소원은 출판사인 헌법소원 심판청구인에게 반론의 내용을 게재할 의무를 부과하는 결정을 대상으로 제기되었다. 이 결정은 사안에 관해 구두변론도 의견진술의 기회도 주어지지 않고 내려졌다.

2017년 5월 20일 심판청구인이 편집한 잡지에 한 방송 사회자에 관한 기사

1) 2018년 9월 30일자 1 BvR 1783/17, 2421/17

를 실었는데, 이 사람이 요트를 소유하고 임대하면서 얼마나 절세를 했는가가 그 내용이었다. 그에 따라 이 사회자(이하 신청인)는 동년 5월 24일 심판청구인에게 반론게재를 서면으로 요구하였으나 거부되었다. 이에 신청인은 동년 6월 1일 함부르크 지방법원 언론부에 심판청구인에 대한 반론게재의무를 부과할 것을 내용으로 하는 가처분신청을 하였으나 6월 22일 기각되었다. 심판청구인은 가처분신청도 알지 못하였고, 그 신청이 기각된 사실도 통보받지 못하였다.

이어 동년 7월 5일에 기각결정에 대해 지방법원에 제기된 즉시항고 절차가 함부르크 고등법원으로 이어졌는데, 동년 7월 26일 고등법원 언론부의 판사와 가처분 신청인의 변호인 간에 통화가 있었고, 이는 기록으로 확인되는데, 통화기록에 "변호사 모씨와 의문사항에 대해 논의함"이라 되어 있었다. 7월 28일 신청인은 즉시항고를 취하하였다. 이러한 경과에 대해서도 심판청구인은 전혀 알지 못했다.

신청인은 8월 3일 문제의 기사에 대한 반론게재를 다시 서면으로 요구하면서, 심판청구인이 선택할 수 있도록 4개의 반론문을 첨부하였다. 심판청구인은 8월 4일 4개의 반론문 모두를 거부하였다.

이 거부 이후 신청인은 8월 7일 함부르크 지방법원에 재차 반론게재를 위한 가처분신청을 냈으나, 그의 변호인은 심판청구인이 반론게재를 거부하는 사유가 적힌 거부서면을 재판부에 제출하지 않았다. 그 변호인은 신청서면에서 "고등법원은 사안에 대한 자료를 보면 반론이 가능한 사실주장인데, 신청인의 대응이 미비하고, 진술이 불충분하다는 입장"이라고 밝혔다. 8월 16일 2차 가처분신청이 기각되었지만 심판청구인은 신청사실도 기각결정도 통보를 받지 못했다.

사건은 즉시항고를 거쳐 1차 절차를 진행했던 고등법원 재판부로 다시 이관되었으나 신청인은 8월 22일 가처분신청과 즉시항고를 취하하였다. 이러한 경과에 대해 전혀 알지 못했던 심판청구인에게 신청인은 같은 날, 2017년 8월 3일자 서면으로 요구한 4가지 반론문을 포기한다고 통보하였는데, 이미 8

월 18일에 새로운 반론문으로 반론게재를 요구하였고, 이는 심판청구인이 다시 거부하였다.

9월 4일 신청인은 다시 심판청구인의 거부서면을 빼고 가처분신청을 제기했다. 이 신청도 지방법원에서 기각되자 즉시항고를 거쳐 2017년 10월 5일 관할 고등법원에서 심판청구인에게 반론을 게재할 의무를 부과하는 결정을 받아냈다. 게재될 반론문은 8월 18일에 요구한 내용이었다.

그동안 신청인에게는 전화로 반복하여 법적인 주의사항을 알려주었지만, 이에 관해 심판청구인은 알지 못하였다. 심판청구인은 인용결정이 송달되고야 비로소 자신에 대한 수차의 법원절차에 대해 알게 되었고, 10월 5일자 고등법원의 결정에 대해 10월 26일 헌법소원을 제기하였다.

2. 결정이유

(1) 언론사건 가처분절차에서 무기대등의 원칙

1) 법관 앞에서 당사자가 동가치의 소송상 지위를 헌법상 보장받는다는 소송상 무기대등의 원칙에 비추어, 언론 관할 법원은 민사사건의 일방이 제기한 신청을 인용하는 결정을 하기 전에 상대방에게 의견진술을 보장해야 한다. 언론사건에서 긴급한 필요가 인정되는 경우가 종종 있더라도, 금지청구의 주장 그 자체가 상대방에게 은폐될, 보호가치 있는 이익이 도출되지는 않는다. 반론권도 마찬가지이다. 어쨌든 이미 공개된 표현이 문제되는 경우에 피신청인의 의견청취와 의사표명의 기회를 박탈할 근거는 원칙적으로 존재하지 않는다.

2) 이와 구분해야 할 문제가, 어떤 경우에 구두변론 없이 가처분의 발급에 대해 결정할 수 있는가이다. 언제가 민사소송법 제937조 제2항[2]이 예정하는

2) 제937조(관할법원)
① 가처분의 재판은 본안의 관할법원이 관할한다.

긴급한 경우이고, 따라서 구두변론을 생략할 수 있는가 여부의 판단에 관해 관할법원이 넓은 판단여지를 갖는다. 특히 보도에 대처하는 문제인 경우 언론법의 특성상 신속한 대응의 필요성이 있다고 관할법원이 인정하는 것은 수긍할 수 있다. 무엇보다 반론권이 그러한데, 본 연방헌법재판소는 반론권은 긴급한 필요를 특성으로 한다고 항상 강조해 왔다. 인터넷 정보는 항상 현재화 상태로 제공되고, 대중매체를 통해 급속히 확산될 수 있기 때문에, 효과적인 권리구제를 위해서라면 시간적으로 보도가 되자마자 금지청구권이나 반론권을 인용해야 할 수도 있다.

긴급성은 신청인측과 법원측의 신속한 절차진행을 전제로 인정된다. 구두변론의 생략은, 긴급을 요하는 만큼만 정당화된다는 것이 입법자의 결단이다. 절차 진행 중에 지체 없이 결정할 필요가 없거나 결정할 수 없다고 보이면, 법원은 이를 계기로 긴급성에 대해 재고하여야 하고, 경우에 따라서는 구두변론을 열고 이를 근거로 판단해야 한다.

3) 언론보도에 대한 가처분신청에 대해, 또는 반론의 게재에 대해 우선 구두변론 없이 결정해야만 하는 경우가 드물지 않다. 하지만 구두변론을 하지 않는다고 해서, 그 결정을 할 때까지 상대방을 철저히 절차에서 배제하는 것이 정당화되지는 못한다. 소송상 무기대등의 원칙에 따라, 원칙적으로 신청인의 주장에 대해 피신청인이 반박할 기회를 가졌을 경우에만 가처분신청을 인용하는 결정을 내릴 수 있다. 그 반박의 기회는 의견진술의 방식과 시점에 따라 다르게 보장할 수 있는데, 개별사례의 정황을 기준으로 한다.

언론사에 대한 긴급절차에서 그 언론사에게 가처분신청에 대해 입장표명을 할 기회를 부여한다면 이에 대해 헌법적 의문은 없다. 이는 가처분절차에 선행하여 행해진 신청인의 경고에 대해 반박할 기회가 될 수도 있다.

이러한 사전반박의 기회는 그 반박이 법원에 제출될 것이 보장되는 경우에만 소송상 무기대등이라는 헌법원칙을 충족함은 물론이다. 금지를 내용으로

② 제1항의 재판은 급박한 경우 및 가처분신청을 기각하거나 각하할 경우에는 구술변론 없이 할 수 있다.

하는 가처분신청은 경고에 이어 금지청구의 설명을 준비할 적절한 기간이 경과한 후 지체 없이 법원에 제출하여야 하며, 금지를 주장하는 경고장의 진술내용과 사유가 법원에서 주장한 금지청구내용과 동일해야 하며, 피신청인의 거부진술서가 있다면 신청인은 이를 자신의 신청서와 함께 법원에 제출해야 한다. 그러한 경우에만 신청인의 주장에 대해 필요한 범위에서 입장표명을 할 충분한 기회가 피신청인에게 보장되었다고 할 것이다.

이에 반해 피신청인이 적절한 형식으로 경고를 받지 않았거나, 게재요청서가 적절한 형식으로 송달되지 않았거나, 신청의 사유가 경고장이나 게재요청서와 다르게 혹은 사후 보완된 경우에는 피신청인에게 소송상 의견진술의 기회가 보장되어야 한다. 법원이 신청인에게 민사소송법 제139조[3]에 따른 지적을 하였지만, 피신청인이 이를 알지 못하거나 자신에게 불리한 결정이 내려진 다음에야 알게 될 경우에도 의견진술의 기회가 보장되어야 한다. 모든 지적사항은, 특히 구두로 내려진 경우에, 누가 언제 누구에게 어떤 지적을 하였는지 서류에 나타나도록 전부 기록하여야 한다. 피신청인에게도 법관의 지적사항을 조속히 알림으로써, 결정을 내리기 이전에 피신청인이 신청인과 동일한 수준의 인식상태에 이르도록 하는 것이 헌법적 요청이다. 특히 신청을 사후에 개선하기 위해 법적인 정보를 제공하거나 승소가능성이나 민사소송법 제937조 제2항에서 의미하는 긴급성의 존재에 대한 판단을 제시하는 경우에도 그러하다. 지적이 있는 한, 상대편에도 지체 없이 알려야 하며, 신청을 받아들이지 않는 경우에도 그러하다.

---

3) 원래 법관의 석명의무(Richterliche Aufklärungspflicht)를 표제로 하던 독일 민사소송법 제139조는 2001년 제1심을 강화하기 위해 법관의 석명의무를 확대하는 내용으로 개정되면서 표제 역시 실질적 소송지휘(Materielle Prozessleitung)로 바뀌었다. 동 조항의 내용은 다음과 같다. 즉, 제139조(실질적 소송지휘) ① 법원은 필요한 경우 사실 및 분쟁관계에 관하여 사실상 및 법률상 측면에서 당사자와 토론(erörtern)하고 질문하여야 한다. 법원은 당사자가 모든 중요한 사실에 관하여 적시에 완전하게 의견을 진술하고, 특히 주장한 사실에 관한 불충분한 진술을 보충하며, 증거방법을 표시하고 적절하게 신청하도록 하여야 한다. ② 당사자가 명백히 간과하거나 중요하지 아니한 것으로 여긴 관점은, 그것이 부수적 청구가 아닌 한, 법원이 당사자에게 그 점을 지적하여 그에 관한 의견진술의 기회를 부여한 경우에만 재판의 이유로 할 수 있다. 법원이 당사자들과 다르게 판단하는 관점에 대하여도 그러하다. ③ 법원은 직권참작 사항에 대하여 가지고 있는 의문에 관하여 주의를 환기시켜야 한다. ④ 본조에 따른 지적(Hinweise)은 가능한 한 조기에 하여야 하고, 기록에 기재하여야 한다. 지적하였다는 것은 기록 내용에 의해서만 증명할 수 있다. 기록 내용에 대하여 는 위조의 증명만이 허용된다. ⑤ 당사자 일방이 법원의 지적사항에 대하여 즉시 의견진술을 할 수 없는 때에 법원은 신청에 따라 의견진술을 서면으로 제출할 수 있는 기간을 정하여야 한다.

(2) 심판대상결정은 이 기본원칙을 충족하지 못한다.

1) 1 BvR 1783/17 사건에서 쾰른 지방법원은 가처분신청에 관해 구두변론 없이 결정했을 뿐만 아니라, 신청인 역시 사전에 정식으로 경고를 하지도 않았고, 피신청인(심판청구인)의 절차상 의견진술도 없었다. 이로써 자신을 향한 절차에 대해 전혀 알지 못했던 심판청구인은 법원의 결정전에 사안에 대한 입장을 표명할 기회를 갖지 못했다. 신청인의 권리보호목적을 위험에 빠뜨리지 않으려면 불의의 전격적인 결정이 필요하리라는 사정도 전혀 나타나지 않았다.

2) 1 BvR 1783/17 사건에서 관할 고등법원으로서는 여러 번 심판청구인에게 입장표명을 할 기회를 줄 계기가 있었고, 서면으로 진술하게 할 수도 있었다. 그렇게 하지 못했다는 사실은, 반론청구권이 정당하지 않다는 심판청구인의 소송 외 반박서면이 제출되지도 않고 법원이 촉구하지도 않아, 이에 대한 고려 없이 반론게재를 위한 가처분신청을 인용하게 되었다는 점에서, 어쨌든 헌법상 정당화될 수 없다. 넉 달 이상 수 차의 신청이 진행되는 동안 심판청구인이 자신의 입장을 표명할 기회가 단 한 차례도 없이 절차가 종료되었다는 점에서 더욱 그러하다.

일방적인 지적 역시 소송상 무기대등원칙을 위반했다. 판사와의 전화통화 이후에 신청인이 제1차 반론신청을 철회한 데에 이어 반론문을 다시 수정하고 심판청구인의 재차 거부 이후 다시 지방법원에 반론게재 가처분신청을 한 사실이 서류로 확인된다. 또한 그 신청인은 자신이 경험한 고등법원 언론재판부의 견해를 지방법원 언론재판부에 서면으로 제출하였다. 이러한 점에서만 보더라도 판사의 그러한 지적이 무기대등의 원칙에 합치하는지는 의심스럽다. 그러한 지적사항이 심판청구인에게 지체 없이 고지되지도 않고, 신청인의 변호인과 무슨 얘기를 했는지 알 수도 없었다는 사실은 어쨌든 이

원칙에 위반된다.