

일본판결

의견 내지 논평의 경우에도 증거 등으로
그 존부의 결정이 가능한 사항을 주장할 때에는
사실의 적시가 포함된 것이다

甲野太郎 /산업경제신문사

최고재 1994(オ)제 978 호 손해배상 청구사건

1997. 9. 9. 제 3 소법정 판결

참조조문· 민법 제 709 조, 제 710 조, 형법 제 230 조의 2 제 1 항

판결요지

1. 특정사실을 기초로 한 의견 내지 논평의 표명에 의한 명예훼손에 대해 그 행위가 공공의 이해에 관한 사실과 관계가 있고 또한 그 목적이 오로지 공익을 도모하는 데 있으며, 표명과 관련된 내용이 인신공격에 미치는 등 의견 내지 논평으로서의 영역을 일탈한 것이 아닌 경우에, 행위자가 위 의견 등에 대해 전제하고 있는 사실의 중요한 부분을 진실이라고 믿은 데 상당한 이유가 있을 때에는 그 고의 또는 과실은 부정된다.

2. 명예훼손의 성립여부가 문제된 신문기사가 의견 내지 논평의 표명에 해당하는 용어를 사용하고 있는 경우에도 일반독자의 보통의 주의와 읽는 방법을 기준으로 앞뒤의 문맥이나 보도시에 독자가 갖고 있던 지식 내지 경험 등을 고려하면, 증거 등을 가지고 그 존부의 결정이 가능한 타인에 관한 특정사항을 주장하는 것이라고 이해될 때에는, 위 기사는 위 사항에 관해서 사실의 적시를 포함하고 있다고 해야 할 것이다.

특정인이 범죄를 범했다고 하는 혐의가 신문 등에 의해 반복해서 보도되었기 때문에 사회적으로 널리 알려져 있었다고 하더라도 이것을 가지고 바로 위 혐의와 관련된 범죄사실이 실제로 존재했다고 공표한 자에게 있어 위 사실을 진실이라고 믿는데 상당한 이유가 있었다고 할 수는 없다.

판결주문

원판결을 파기한다.

본 건을 동경고등재판소에 환송한다.

판결이유

상고인의 상고이유에 대하여

1. 본 건은 피상고인이 발행하는 신문에 게재된 기사가 상고인의 명예를 훼손하는 것이라고 하여 상고인이 피상고인에 대하여 손해배상을 청구한 사건이며 원심이 확정된 사실관계의 개요는 다음과 같다.

가. 피상고인이 발행하는 (석간 펜)지 1985년 10월 2일자 1면에 원판결 별지와 같은 기사(이하 '본건기사'라고 한다)가 게재되었다. 본건기사는 "'甲野는 극악인, 사형이야' 황혼족 A가 밝히는 의외의 관계", "B 씨도 모르는 이야기... ..경찰에서 나오라고 하면 말하겠다"는 등의 제목을 붙인 8단 크기의 기사이다.

나. 상고인은 당시 처 C를 살해하려고 하였다 하여 살인미수 피의사건으로 체포, 구류되어 조사를 받고 있었는데 본건기사의 줄거리는 ① 상고인의 구류기간이 끝나는 동 월 3일이 임박하여 수사기관의 상고인에 대한 조사도 막판에 접어들었으나 상고인은 완강하게 위 사건에서 관련을 계속 부인하고 있다고 보도한 후 ② 황혼족 또는 신황혼족이라는 명칭으로 이른바 품속관계의 영업을 하고 있던 A가, 그 해초부터 상고인과 상당히 친밀한 교제를 해왔다는 것을 진술했다고 한 후 "'甲野 씨는 여성에 대해 애정을 느끼지 않는 사람 같다. 저 사람에게는, 여성은 담배나 식사와 같다. 참으로 극악인이야 이제 (甲野와) 만나는 일은 없을 거야. 자백하면 반드시 사형이야. 지금은 관에 한쪽 발을 없어 놓은 것과 같은 거야". A 양은 '극악인', '사형'이라고 단언하고 있다. 왜 이렇게까지 말할 수 있는가."하는 일이라든가 금전이라든가 사건에 관한 일이라든가, '이런 것들을 나에게 말해도 괜찮은지 몰라'라고 안주인인 B 씨에게도 말하지 않았을 것을 말해주었습니다. 내용은 노코멘트입니다만 (경찰에) 호출되면 말을 할 겁니다."라고 대단히 의미심장했다고 기재하고 ③ 이어 수사상황에 관해 "甲野는 '부인상태에서 기소'라는 견해가 경시청 내에서 현재 가장 강하다."고 보도한 후 "그러나 '단념하는 것은 아직 이르다. 최종일을 노려라'라는 외부의 소리도 있다"라고 하고 "동경지검의 전검사(중략)의 말에 의하면 甲野는 '지능범 플러스 흉악범으로, 전대미문의 무서운 존재'라고 한다. "약점을 찾아내는 일. 약하다는 것은 자신이나 강함을 뒤집은 것으로 甲野는 여러 여성들을 전전하여 여성에게도 자신을 갖고 있을 것이다. 게다가 지금 녀석의 유일한 마음의 의지치는 부인일 것이다. 그래서 부인에게 甲野를 배신하도록 작용한다. 배신했다고 꾸며보인다. '여자는 간단'하다는 자신이 무너지고 대단한 쇼크를 받을 것이다." 전검사는 이대로라면 甲野의 부인상태에서 기소될 것으로 본다. "甲野도 처음부터 그런 속셈이었을 것이다. 기소된 후 보석청구도 예정된 행동 최근 2년 동안의 돈벌이도 보석금을 준비하기 위한 것은 아닌지. 그러나 재판소는 보석하지 않아요. 절대로. 甲野는 충격을 받을 것이다. 아무리 버티더라도 반드시 이 보석불허가로 다운이야."라고 끝을 맺고 있다.

다. 더구나 상고인에 대해서는 1984년 이래 위 살인미수 사건의 혐의 외에 위 살인미수는 범행 후에 처 C를 살해했다는 혐의 등에 대해서도 수많은 보도가 있었다

2. 상고인은 본건기사 가운데 "甲野는 극악인, 사형이야"라는 제목부분(이하 '본건제목 1'이라고 한다.) "B 씨도 모르고 있는 이야기... ..경찰에 호출되면 말하겠다"라는 제목(이하 '본건제목 2'라고 한다) 및 본문 가운데 "전경사의 말에 의하면 甲野는 '지능범 플러스 흉악범으로 전대미문의 무서운 존재'라고 한다."는 부분(이하 '본건기술'이라고 한다.)은 모두

상고인이 위 각 기재대로의 인물이라고 한정하는 것이며 상고인의 명예를 훼손하는 것이라고 주장하고 있다.

이에 대해 원심은 아래와 같이 판시하고 상고인의 청구를 기각했다. 본건제목 1 등은 모두 상고인의 범죄행위에 관한 사실에 대한 것으로 공공의 이해에 관한 사실에도 관련되는 것이며 다음에 지적하는 바와 같이 피상고인에 대해서는 이것들과 관련, 명예훼손에 의한 불법행위 책임이 성립하지 않는다.

가. 본건제목 1은 상고인에 관한 특정행위 또는 구체적 사실을 명시적으로 서술한 것이 아니며 또한 묵시적으로 서술한 것이라고도 말하기 어렵다. 더구나 이것이 A의 담화로 표시되어 있는 것을 고려한다면 위 제목은 의견의 표명(언명)에 해당한다고 해야 할 것이다. 그리고 이 의견은 A가, 본건기사 공표 전에 이미 신문 등에 의해 반복적으로 상세히 보도되어 널리 사회에 알려져 있었던 상고인의 전기 살인미수 사건 등에 대한 강한 혐의를 주요 기초사실로 하여, 상고인과의 교제를 통해 얻은 인상도 가미, 동인에 대한 평가를 표명하였다는 것이 명백하며 위 의견을 가지고 부당, 불합리하다고 말할 수도 없다.

나. 다음 본건제목 2는 A가 전기 살인미수 및 살인 각 사건에의 상고인의 관여에 대해 얼마간의 사실 또는 증거를 알고 있는 것으로 받아들여질 수도 있는 표현을 쓰고는 있으나 본건기사의 통상적인 독자에게 있어서는 A의 현언으로 받아들여지는데 지나지 않을 것이므로 위 제목은 전기 살인미수 및 살인 각 사건에의 상고인의 관여에 대해 혐의를 한층 더 강하게 한다고 할 수는 없으며 본건제목 1과 병합시켜 고려하더라도 이것으로 상고인의 명예가 훼손되었다고는 할 수 없다.

다. 마지막으로 본건기사는 상고인에 관한 특정한 행위 또는 구체적 사실을 명시적으로 서술한 것이 아니며 또한 이것들을 묵시적으로 서술한 것이라고도 말하기 어려우므로 역시 의견의 표명(언명)에 해당한다고 해야 할 것이다. 그리고 이 의견은 동경지검의 전정사로 불리우는 인물이 본건기사가 공표되기 전에 이미 신문 등에 의해 반복적으로 상세하게 보도되어 널리 사회에 알려져 있는 상고인의 전기 살인미수 사건 등과 관련한 강한 혐의 및 상고인에 대한 수사상황을 주요 기초사실로 하여 동인에 대한 평가와 금후의 수사전망을 표명한 것이므로 위 의견을 가지고 부당, 불합리한 것이라고 할 수 없다.

3. 그러나 원심의 위 판단은 시인할 수가 없다. 그 이유는 다음과 같다.

가. 신문기사에 의한 명예훼손의 불법행위는 문제가 되는 표현이 사람의 품성, 덕행, 명성, 신용 등의 인격적 가치에 대해 사회로부터 받는 객관적 평가를 저하시키는 것이면 이것이 사실을 적시하는 것인지, 또는 의견 내지 논평을 표명하는 것인지를 불문하고 성립할 수 있는 것이다. 그런데 사실을 적시한 명예훼손에 있어서는 그 행위가 공공의 이해에 관한 사실과 관련되고 그 목적이 오로지 공익을 도모하는 데 있는 경우에는 적시된 사실이 그 중요한 부분에서 진실이라는 증거가 있었을 경우에는 위 행위에는 위법성이 없으며 가령 위 사실이 진실이라는 증거가 없는 경우에도 행위자에게 있어서 위 사실을 진실이라고 믿은 상당한 이유가 있으면 그 고의 또는 과실은 부정된다(최고재판소 1962년(가) 제 815호 동 66년 6월 23일 제 1소법정 판결, 최고재판소 1981년(가) 제 25호 동 83년 10월 20일 제 1소법정 판결). 한편 어떤 진실을 기초로 한 의견 또는 논평의 표명에 의한 명예훼손에서는 그 행위가 공공의 이해에 관한 사실과

관계가 있고 그 목적이 오로지 공익을 도모하는 데 있었을 경우에는 위 의견 내지 논평의 전제가 되고 있는 사실이 중요한 부분에서 진실이라는 증거가 있었을 때에는 인신공격에 이르는 등 의견 내지 논평으로의 범위를 일탈하지 않는 한 위 행위는 위법성이 없다고 해야 할 것이다(최고재판소 1980년(才) 제 1188호 1987년 4월 24일 제 2 소법정 판결, 최고재판소 1985년(才) 제 1274호 1989년 12월 21일 제 1 소법정 판결). 그리고 가령 위 의견 내지 논평의 전제가 되고 있는 사실이 진실이라는 증거가 없을 때에도, 사실을 적시한 명예훼손에 있어서의 경우와 대비하면 행위자에게 있어 위 사실을 진실이라고 믿는데 상당한 이유가 있으면 그 고의 또는 과실은 부정된다고 해석하는 것이 상당하다.

위와 같이 사실을 적시하여 이루어지는 명예훼손과 의견 내지 논평에 의한 명예훼손과는 불법행위 책임의 성립여부에 관한 요건이 다르기 때문에 문제가 되고 있는 표현이 사실을 적시한 것인지 의견 내지 논평의 표명인지를 구별하는 일이 필요하다. 그런데 어떤 기사의 의미 내용이 타인의 사회적 평가를 저하시키는 것인지 아닌지는 당해 기사에 대한 일반 독자의 보통의 주의와 읽는 방법을 기준으로 판단해야만 할 것이며(최고재판소 1954년(才) 제 634호 1956년 7월 20일 제 2 소법정 판결) 이것은 앞의 구별에 있어서도 타당할 것이라고 해야 할 것이다. 즉 신문기사 중의 명예훼손 성립여부가 문제되고 있는 부분에 대해 그 곳에 쓰여지고 있는 낱말만을 통상적인 의미에 따라 이해한 경우에는 증거 등을 가지고 그 존부 결정이 가능한 타인에 관한 특정사항을 주장하고 있는 것이라고 바로 알지 못할 때에도 당해 부분의 전후의 문맥이나 기사 공표당시에 일반 독자가 갖고 있던 지식 또는 경험 등을 고려하여 위 부분이 수사상으로 과장 또는 강조하든가 비유적 표현방법을 쓰든가 또는 제 3 자로부터 전문내용 소개나 추론형식을 채용하면서 간접적으로 완곡하게 전기사항을 주장한 것으로 이해된다면 동 부분은 사실을 적시한 것으로 보는 것이 상당하다. 또한 위와 같은 간접적인 언급은 없다고 하더라도 당해 부분의 전후문맥 등의 사정을 종합적으로 고려하면 당해 부분의 서술의 전제로서 전기사항을 묵시적으로 주장하는 것이라고 이해된다면 이 부분은 역시 사실을 적시하는 것이라고 봄이 상당하다.

나. 이상을 본건과 관련하여 살펴보면 다음과 같이 말할 수 있다.

(1) 우선 "甲野는 극악인, 사형이야"라는 본건제목 1은 이것과 일체를 이루는 제목의 그 나머지 부분 및 본건기사의 본문에 비추어 보면 A의 담화의 요점을 소개하는 취지의 것이라는 것은 명백하다. 그런데 본건기사 중에는 당시, 상고인은 전기 살인미수 피의사건과 관련, 구류되어 있었으며 근일 중에 공소제기도 예상되는 상황에 있었으나, 혐의에 대해 완강하게 부인을 계속했다는 사실, A는 이전부터 상고인과 상당히 친숙하게 교제하고 있었는데 동인으로부터 수사기관의 사정청취에 응할 만한 값어치가 있는 '사건내용'에 관한 설명을 받은 일이 있다는 사실, 게다가 A가 상고인에 대해 "진짜로 극악인이야. (중략) 자백하면 틀림없이 사형이야. 지금은 관 속에 한쪽 발을 얹어 놓은 격"이라고 말한 사실이 소개되고 있다. 위와 같은 본건기사의 내용과, 당시 상고인에 대해서는 전기 살인미수 사건뿐 아니라 살인사건에 대한 혐의도 존재하고 있었던 것을 고려하면 본건제목 1은 A의 담화를 소개하는 형식으로 상고인이 이들 범죄를 범했다고 단정적으로 주장하면서 위의 사실을 적시함과 함께 동 사실을 전제로 그 행위의 악성을 강조하는 의견 또는 논평을 공표한 것이라고 해석하는 것이 상당하다.

(2) 다음 "B 씨도 모르는 이야기... ..경찰에 호출되면 말하겠다"는 본건제목 2는 위 (1)에서 기술한 사정을 고려하면 역시 A의 담화를 소개하는 형식으로 상고인이 전기의 각 범죄를 범했다고 주장하고 위 사실을 적시한 것이라고 해석하는 것이 상당하다. 위 담화는 그 후의 두 사람간의 상당히 친밀한 관계에 입각한 것이라는 사실이 본건기사 중에서도 명백해지고 있고, 본건기사가 보도매체인 신문 제 1면에 게재되었다는 사실, 본건기사 중에는 A의 담화내용의 신용성을 부정하는 것을 느끼게 하는 기술은 각별히 존재하지 않는다는 사실 등을 고려하면 본건기사의 독자들에게 있어서는 위 담화와 관련된 사실에는 어느 정도의 진실도 포함되어 있다고 보는 것이 통상적이라고 생각된다. 그렇다면 위 제목은 상고인의 명예를 훼손하고 있다고 해야 할 것이다.

(3)마지막으로 "이 전정사의 말에 의하면 甲野는 '지능범 플러스 흉악범으로 전대미문의 무서운 존재'라고 한다."라는 본건기술은 상고인에 대한 살인미수 피의사건에 대한 전기와 같은 수사상황을 전제로 하면서 전검사가 상고인으로부터 위 사건에 관해 자백을 받는 일은 불가능하지는 않다고 말한 것을 소개한 기재의 일부이며 당시 상고인에 대해서는 위 살인미수 사건뿐 아니라 살인사건에 대해서도 혐의가 존재하고 있었다는 것도 고려하면 본건기술은 전정사의 담화를 소개하는 형식으로, 상고인이 이러한 범죄를 범했다고 단정적으로 주장하면서 위 사실을 적시하고 동시에 동 사실을 전제로 그 인격의 악성을 강조하는 의견 또는 논평을 공표했다고 해석하는 것이 상당하다.

다. 그렇다고는 하지만 원판결은, 본건제목 1 및 본건기술에 관해 그 의견 또는 논평의 전제가 되는 사실에 대하여 피상고인에게 있어 그 중요한 부분을 진실이라고 믿은 데 상당한 이유가 있었다고 판시한 취지로 해석할여지도 있다. 그러나 어떤 자가 범죄를 범했다는 혐의에 대해 이것이 신문 등에 의해 반복적으로 보도되었기 때문에 사회적으로 널리 알려져 있었다고 하더라도 이것을 가지고 곧바로 위 혐의와 관련된 범죄사실이 실제로 존재했다고 공표한 자에게 위 사실을 진실이라고 믿는데 상당한 이유가 있었다고 할 수는 없다. 생각컨대 어떤 자가 실제로 범죄를 저질렀다는 것과 이 자에 대하여 타인으로부터 범죄의 혐의가 씌워지는 것과는 사실로서는 전혀 다르며 혐의에 대하여 다수의 보도가 있었고 그 존재가 주지의 사실로 되었다는 한 가지 사실을 가지고 곧바로 그 혐의와 관련된 범죄의 사실까지도 증명될 리가 없다는 것은 말할 필요조차 없기 때문이다.

이것을 본건과 관련하여 살펴보면 전기와 같이 본건제목 1 및 본건기술은 상고인이 전기 살인미수 사건 등을 범했다고 단정적으로 주장했다고 볼 수 있는데 원판결은 본건기사가 공표된 시점까지 상고인이 위 각 사건에 관여했었다는 혐의에 대해 다수의 보도가 있어 그 존재가 주지의 사실이 되었다는 것을 근거로 위 혐의에 관련된 범죄사실 그 자체의 존재에 대해서는 피상고인에게 있어 이를 진실이라고 믿은 데 상당한 이유가 있었는지의 여부를 특별히 물을 것 없이 명예훼손에 의한 불법행위 책임의 성립을 부정한 것이며 이를 시인할 수는 없다.

4. 그렇다면 위와는 달리 피상고인에 대해 본건 제목 등에 관한 불법행위 책임의 성립을 부정한 원심의 인정판단은 법령의 해석적용을 잘못된 것이라고 해야 할 것이며 이 위법은 원판결의결론에 영향을 미칠 것이 명확하다. 논지는 이유가 있으며 원판결은 파기를 면할 수 없다. 그리고 본건에 대해서는 거듭 심리를 다하게 할 필요가 있으므로 원심에 환송하도록

한다. 그러므로 민사소송법 407 조 1 항에 따라 재판관 전원 일치의 의견으로 주문과 같이 판결한다.

상고이유

상고인의 청구를 기각한 원판결에는 법령의 해석적용을 잘못하여 이유불비의 위법이 있으며 이 위법이 판결의 결론에 영향을 미치는 것은 명확하다.

1. 의견면책의 부당성

가. 원판결은 신문 또는 주간지의 기사에 의한 명예훼손이 문제가 된 사건으로, 명예훼손에 해당한다고 지적된 부분이 '사실언명'이 아니고 '의견언명'인 경우에는 ① 당해 기사가 공공의 이해에 관한 사항에 대한 것이고 ② ㉠의견의 기초가 되는 사실이 당해 기사에 기재되어 있고 동시에 그 주요부분에 대하여 진실성의 증거가 있든가 혹은 기사의 공표자에게 있어 진실이라고 믿은 데 상당한 이유가 있을 때, 또는, ④ 당해 기사가 공표된 시점에 있어 의견의 기초사실이 이미 신문, 주간지 또는 TV 등에 의해 반복 보도 되었기 때문에 사회적으로 널리 알려진 사실 혹은 이러한 사실과 당해 기사에 기재된 면책사실로 이루어졌을 때 ③ 당해 의견을 그 기초사실로부터 추론하는 것이 부당, 불합리한 것이라고 말할 수 없을 때에는, 그러한 의견언명은 불법행위를 구성하지 않는다고 판시한다. 그러나 ①, ② ㉠, ③이 존재하는 경우 불법행위의 성립을 부정하는 것은 정당할 것이나 ①, ② ④, ③의 경우에도 불법행위의 성립을 부정하는 것은 불법행위법의 해석을 잘못된 것이다.

나. 모든 의견에는 그 근거가 되고 전제가 되는 사실이 존재한다.(원판결에서 말하는 '의견의 기초사실') 의견은 그 기초사실이 잘못되어 있으면 아무리 추론자체가 올바른 것이라 하더라도 '올바른 의견'이라고 할 수 없으며 명예훼손을 구성한다.

(주) 후술하는 바와 같이 미국 내 일부의 견해와 같이 '사실'과 '의견'을 엄격히 구분하여 전자는 진위의 판정이 가능하나 후자에 대해서는 '올바른 의견'이라든가 '잘못된 부분'이 존재할 수 없으며 의견이 명예훼손을 성립시키는 일은 없을 것이라는 입장도 있을 수 있을 것이다. 그러나 원판결도 그러한 극단적인 입장을 채용하고 있는 것도 아니고, 예를 들면 기초사실이 허위인 것을 알고 있으면서 굳이 그것에 입각하여 의견을 썼을 경우(② ㉠)가 존재하지 않는 경우에는 명예훼손의 성립을 인정하는 것이다. 따라서 이 한도 내에서는 '잘못된 의견'이라는 것을 생각할 여지가 있는 것이며 본 상고이유서는 명예훼손을 구성하느냐의 여부에 의해 '올바른 의견'과 '잘못된 의견'이 라는 존재를 인정하고 있다.

따라서 어떤 사실을 기초로 한 의견은, 이것이 올바른 것인지 잘못된 것인지는 오로지 이 기초사실이 진실인지, 아니면 적어도 진실이라고 믿은 데 상당성이 있느냐 없느냐에 의해 결정되게 된다(전기 ①의 공공의 이해에 관련이 있는지 없는지 ③의 추론이 정당한 것인지 아닌지의 점은 잠시 제쳐 놓는다). 즉 의견이 명예훼손을 구성하느냐의 여부에 대해서는 기초사실의 진실성을 떠나서 생각할 수 없는 것이다.

다. 그런데 원판결은 ② ④에 있어 기초사실이 매스컴 등에 반복보도 되었기 때문에 사회적으로 널리 알려진 사실인 경우에는 당해 의견은 명예훼손을 구성하지 않는다고 하고 있다(여기에서도 ①의 공공의 이해에 관련이 있는지의 여부 ③의 추론이 정당한가의 여부는 잠시 제쳐놓는다) 바꾸어 말하면 기초사실이 진실인지 혹은 진실이라고 믿은 데 상당성이 있었는지의 여부를 논하지 않고 매스컴의 보도에 의해 사회적으로 널리 알려져 있기만 하면 이 사실에 입각하여 의견을 기술할 수 있다고 했다.

그러나 전술한 바와 같이 의견의 옳고 그르고는 기초사실의 진위에 의해 영향을 받는 것이기 때문에 기초사실이 사회적으로 널리 알려져 있기만 하면 그 진위는 관계가 없다고 한 판시가 명예훼손의 성립에 관한 불법행위법의 해석을 잘못된 것이라는 것은 명백하다.

왜냐하면 의견의 옳고 그름은 기초사실의 진위에 의거하고 있는 것이므로 어떤 의견이 올바르게(명예훼손을 구성하지 않는) 보도되면 당해 의견의 독자, 시청자는 그 기초가 된 사실이 진실인 것으로 양해하고 그 진실성을 당연한 것으로 이해하게 된다. 즉 어떤 의견을 보도한다는 것은 그 의견이 올바른 뜻을 주장하는데 그치지 않고 그 기초가 된 사실이 진실이라는 뜻을 주장하는 것이 된다. 이와 같이 의견과 사실과는 밀접한 관계를 갖고 있으며 보도기관이 어떤 의견을 보도하게 되면 독자, 시청자에 대해서는 그 전제가 된 사실이 진실이라는 것을 확인시켜주는 기능을 다하는 것이 된다. 이는 기초사실이 매스컴에 의해 널리 보도된 것이 아닌 경우를 생각하면 곧바로 명백해진다. 어떤 사람이 자신만이 알고 있다고 일컫는 사실을 근거로 하여 어떤 의견을 기술, 이것이 보도되면 독자, 시청자는 그 의견이 추론의 정당성뿐만 아니라 기초사실의 진실성까지도 주장한 것으로 이해하게 된다.

그런데 일반적으로 말하면 매스컴 등에 보도된 사실은 올바른 것도 있는가 하면 잘못된 것도 있다. 반복적으로 보도되었다고 해서 잘못된 사실이 올바른 사실로 전화하는 일은 없다. 그럼에도 원 판결은 매스컴 등에 반복적으로 보도된 정보는 그 진위를 문제시 하는 일 없이 의견의 근거로 이용할 수 있다고 하고 있다. 이와 같은 의견의 공포가 허용되고 이것이 명예훼손을 구성하지 않는다고 하는 것은, 즉 그 의견의 근거인 기초사실이 진실이라는 것을 인정하는 결과가 된다.

따라서 이와 같은 '의견'은 당해 의견이 전제로서 그 기초가 된 사실의 진실성을 주장하는 것이며 이에 대해 '의견언명'으로서의 보호를 받게 해야 한다는 원판결은 '사실'과 '의견'에 관한 법적평가를 잘못된 것이다

2. 본건기사는 사실언명이다.

가. 원판결은 사실언명과 의견언명을 구별해야 한다고 하고 이 양자를 분할하는 지표로 다음과 같이 기술하고 있다.

"사실언명은 거기에 쓰여지고 있는 말을 일반적으로 수용되고 있는 의미에 따라 이해할 때, 어떤 특정인에 대한 현실의 사실 또는 행위를 서술한 표현이며 위 사실 또는 행위의 진위가 증거에 의해 증명 가능한 것을 말한다. 한편 의견언명은 위 이외의 언명으로 다의적, 부정확 혹은 막연하기 때문에 일반적으로 수용되고 있는 의미의 중책을 파악하기 어려우며 그 의미내용에 대해 논의의 여지가 있는 말에 의해 표현되고 있는 언명, 또는 어떤 특정인의 행위 혹은 성질 등에 대해서 평가 혹은 논평을 가한 언명을 말한다"(원판결 18~19 쪽)

또한 본건기사 중의 "甲野는 극악인, 사형이야"라는 부분에 대해 "'극악인'이라는 말이 다의적, 평가적인 것으로 (상고인 1에 대한) 특정행위 또는 구체적 사실을 명시적으로도 묵시적으로도 서술하는 것이 아니고 또 사형은 재판소에 의해 과해지는 것이지 사인이 과할 수 있는 것이 아니라는 것은 통상인이 잘 이해하고 있는 사안인데다가 본건 제목에는 '황혼족 A'의 말이라는 표시가 되어 있는 것으로 비추어 볼 때 본건 제목 중의 위 부분은 의견언명이라고 해야 할 것이다." (원판결 27~28 쪽)라고 했다.

나. 그러나 위 제목을 포함한 본건기사가 '의견'이라고 한 것은 본건기사를 전적으로 오독한 것이다. 말할 것도 없이 명예훼손이 성립하느냐의 여부에 관한 판만은 '일반 독자의 보통의 주의와 읽는 방법을 기준으로 해석'해야만 한다는 것은 이전부터 귀청이 관찰해 오고 있었던 것이다(귀청 1954년(才) 제 634호, 1956년 7월 20일 판결). 그리고 그 판단을 함에 있어서는 제목, 리드, 본문 등 기사전체를 대상으로 해야 할 것이며 이와 함께 기사가 게재된 매체의 특성(신문이나 주간지나, 보도를 주체로 한 매체인지 오락을 주안으로 하는 매체인지 등) 나아가서는 일반 독자가 당시 기사를 읽으면서 전제로 하고 있는 사회적문맥까지도 고려해야만 한다.

이것을 전제로 본건기사를 읽는다면 그 의미하는 바는 명백하다. 즉 본건기사가 게재된 1985년 10월 2일(10월 1일 발행)은 상고인의 구류기간이 10월 3일이라는 것을 전제로 하여(본건기사는 중간제목으로 "앞으로 2일이면 구치기간 끝나"라고 붙이고 리드부분의 모두에서 "甲野太郎(38)의 기소를 3일로 앞두고"라고 보도하고 있다.) 수사도 드디어 종국을 맞아 상고인이 자백하느냐 하지 않느냐, 상고인을 기소할 수 있느냐 없느냐가 초점이 되고 있음을 전달하는 것이었다. 그리고 이들의 근거에 있는 것은 일반 독자가 갖고 있는 "정말 甲野(상고인)가 한 것일까?", "甲野가 범인일까?"라는 의문이며 본건기사는 이에 대해 해답을 주려고 한 것이다.

다. 과연, 확실히 '극악인'이라는 표현은 다의적인 표현이며 어떤 인물에 이 표현이 적합한지 아닌지를 판정할 수학적 공식 같은 것은 존재하지 않는다. 그러나 여기에서 문제가 되고 있는 것은 추상적으로 어떤 인간이 '극악인'이냐 아니냐를 판정할 수 있느냐 없느냐는 데 있지 않다. 로스의혹의 주모자가 되어 체포되면서도 부인을 계속해 온 상고인을 '극악인'으로 호칭한 것은 본인의 일반적인 인격을 평한 것은 아니다. 일반독자는 그러한 것에는 흥미도 관심도 없는 것이며 알고 싶은 것은 "甲野가 구타사건, 총격사건의 범인인가?"라는 것이다. 이것을 알고 싶은 일반독자에게 있어서는 "상고인은 극악인이다."라는 표현은 "甲野는 범인이다."라는 내용으로 이해되는 것이다.

'사형'도 마찬가지이다. 사형을 과하는 것은 재판소이며 사인이 과하는 것이 아니므로 "甲野는 사형이야."라는 제목의 표현은 "甲野는 사형될 것이다." 혹은 "甲野는 사형에 처해야만 한다"는 A라는 여성의 예측 또는 의견이라는 것은 확실할 것이다. 그러나 1에서 기술한 바와 같이 의견의 전제에는 사실이 존재한다. 어떠한 의견도 '전제되고 있는 사실은 진실'이라는 언명을 내포하고 있는 것이다. 따라서 "甲野는 사형될 것이다." 혹은 "甲野는 사형에 처해야만 한다."는 예측이나 의견은 당연한 명제로서 "甲野는 범인이다."라는 명제가 올바르다는 것을 주장하고 있는 것이다. 범인이 아니면 사형에 처한다는 것은 있을 수 없는 일이므로 일반독자는 "甲野는 사형이야."라는 표현의 근거에 "甲野는 범인이다."라는 메시지가 존재하고 있는 것으로 인식하는 것이다.

라. 위에서 본 바와 같이 본건기사의 주제목인 "甲野는 극악인, 사형이야."라는 표현은 "甲野는 범인이다."라는 것을 의미한다. 이것과 마찬가지로 본건기사 중의 "甲野는 '지능범 플러스 흉악범으로 전대미문의 무서운 존재'"라는 표현에 대해서도 말할 수 있다. 원판결은 "'지능범', '흉악범', '무서운 존재'라는 언어는 모두가 다의적, 평가적인 언어로서 [상고인]에 대한 특정행위 또는 구체적 사실을 명시적으로나 묵시적으로도 서술한 것이 아니므로 의견언명이라고 해야만 할 것이다."(원판결 31 쪽)라고 판단, 명예훼손의 성립을 부정했다.

그러나 어떤 인물이 '지능범'인지 아닌지, '흉악범'이라고 부를 수 있는지 어떤지, '무서운 존재'라고 할 수 있는지 어떤지는 논자에 따라 의견이 달라질 수 있겠으나 명예훼손 관계에서 문제가 될 수 있는 것은 '지능범' 혹은 '흉악범'이나 어떠한 것이 아니다. '지능범', '흉악범'이라는 표현은 이것을 읽는 일반독자에 있어서는 상고인이 구타사건, 총격사건의 범인이고(흉악범), 완전범죄를 노려 보험금을 받은 범인(지능범)이라는 것을 의미하고 있는 것이다.

'무서운 존재'도 마찬가지로 상고인이 범인임에도 불구하고 자백하지 않고 부인하고 있다는 것을 평한 언어이며 상고인이 범인이라는 것을 당연한 전제로 한 표현이다.

마 위에서 본 바와 같이 본건기사 중의 "甲野는 극악인, 사형이야." 혹은 "甲野는 '지능범 플러스 흉악범으로 전대미문의 무서운 존재'"라는 표현은 모두 '甲野가 구타사건, 총격사건의 범인'이라는 것을 기술하고 있는 것이다.

그런데 '어떤 인물이 어떤 사건의 범인'이라는 명제는 원판결이 '사실언명'의 정의로 내세우는 "어떤 특정인에 대한 현실의 사실 또는 행위를 서술한 표현이며 위 사실 또는 행위의 전위가 증거에 의해 증명이 가능한 것"에 해당함은 명백할 것이다. 이를 부정하는 것은 형사재판의 의의를 부정하는 것이 된다.

따라서 위에서 언급한 본건기사의 각 부분은 '의견언명'은 아니며 '사실언명'인 것이다.

3. A 의 사실언명

가. 원판결은 본건기사의 주제목인 "甲野는 극악인, 사형이야"이라는 언어는 A 라는 여성이 상고인에 대해서 한 평가라는 것이 명백하다고 말하고(원판결 28 쪽), 그 평가에 관한 주요한 기초사실은 "본건기사가 공표되기 전에 이미 매스미디어에 의해 반복적으로 상세하게 보도되어 사회에 널리 알려진 C 구타사건 및 C 총격사건 등에 대한 [상고인]의 관여에 관한 강한 의혹"이라고 하고 있다.

나. 그러나 어떤 시점까지 매스컴에서 널리 보도된 사실만을 전제로 하여 이에 대한 '의견'이 표명되는 기사가 작성되는 일은 거의 없다. 물론 사회에 존재하는 갖가지 문제에 대해 전문가 또는 평론가로 불리우는 사람이 해설을 하고 혹은 이에 대한 의견을 기술하는 일은 있을 수 있다.

그런데 본건에서 취급되고 있는 A 라는 여성은 평론가도 아니며 형사법의 전문가도 아니다. 그러한 여성이 "甲野는 극악인이다 사형에 처해야 한다."고 말한 것인데 그 '의견'이 그때까지 널리 보도되었다는 사실만에 의거한 것이라고 하면 그러한 '의견'에는 하등보도할 가치 가 없는 것이다.

그런데도 본건에서 A의 '의견'이 전국지인 <석간 펜>의 1면 통을 장식했다는 것은 바로 그녀가, 타인에게에 알려져 있지 않은 "甲野가 범인이라는 것을 나타내는 사실"을 그녀가 알고 있었다고 보았기 때문이다.

이러한 사실을 나타내고 있는 것은 본건기사의 말미에 있으며 그곳에서는 내용마저도 '노코멘트'로 되어 있는데 "업무라든가 금전이라든가 사건에 관한 일이라든가 '이런 걸 나에게 말해도 괜찮은가 몰라'라고 안주인인 B 씨에게도 말하지 않을 것 같은 것을 말해주었습니다.··· (경찰에) 호출되면 언제든지 말하겠습니다."라는 A의 말이 인용되고 있는 것이다.

이와 같이 A는 "사건에 관해 사회일반의 사람은 물론 상고인의 처조차 모르고 있는 것들을 알고 있으며 그 내용은 현 단계에서는 공표할 수 없으나 경찰에 전해야 될 성격의 것"이라는 것을 말하고 있다. 이는 상세한 내용은 밝히지 않으면서 甲野가 범인이라는 것을 입 증할 수 있는 사실이 존재하고 있음을 명시적으로 주장한 것이며 이것이 원판결에서 말하는 '사실언명'임은 명백할 것이다.

그리고 본건기사는 '내용은 노코멘트'라고 하면서 그 사실이 극히 증대한 내용이라는 것을 시사하고 더 나아가 상고인이 그러한 사실을 A라는 여성에게 밝히게 될 상황에 있었다는 것을 나타내기 위해, 양자의 관계가 상당히 친숙하고 농담을 주고 받을만한 사이라는 것을 기사의 전반부분에서 상세하게 전하고 있다.

다. 원판결은 본건기사의 전기부분은 "'황혼족 A'가 C 구타사건 및 C 총격사건에 대한 [상고인]의 관여에 대하여 어떠한 사실 혹은 증거를 알고 있다고 받아들여질 수 있을 것 같은 표현을 쓰고 있으나 본건기사의 통상의 독자는 황혼족인 한 여자의 현언으로 밖에는 받아들여질 수 없는 것에 지나지 않는다."(원판결 29~30 쪽)고 하여 명예훼손의 성립을 부정했다.

그러나 "안주인인 B 씨에게도 말하지 않은 것을 말해주었습니다.··· (경찰에) 호출되면 언제든지 말하겠습니다."라는 부분은 명확하게 사실을 말한 부분이다. '현언'이란 '장난으로 하는 말, 농지거리, 농담'의 뜻이 있는데 본건 기사를 읽는 일반독자가 이 부분을 농담으로 이해한다는 것은 있을 수 없는 일이다.

도대체, 널리 국민이 관심을 보이고 있는 범죄사건의 보도에 있어서 전국지의 1면 톱에 단순한 농담이 게재될 리는 없는 것이며 또한 기사의 체제로 보더라도 이 발언이 농담이라는 것을 암시적으로 느끼게 할만한 표현도 일체 없다. 그 사실은 "경찰에 호출되면 말한다."는 정도의 것이며 그 내용이 농담일 수는 없는 것이다.

따라서 일반독자는 "甲野는 친숙했다는 A에게 사건의 관여를 나타내는 것 같은 말을 했을 것이다."라고 생각할 것이며 "경찰에 말하기 전에는 내용을 공표할 수 없다고 했으므로 극히 증대한 내용일 것이다."라는 인상을 갖게 되는 것이다.

라. 이상과 같이 본건기사는 A라는 여성이 "사건에 관하여 누구에게도 알려져 있지 않은 사실을 甲野로부터 들어 알고 있다."는 것을 보도한 것이다. 더구나 그 사실이란 본건 기사 중에서는 "A 양은 '극악인' '사형'이라고 단언하고 있다. 왜 여기까지 말할 수 있었을까?"라고 전제한 다음 소개되고 있다. 즉 그 사실이란 상고인이 '극악인'이며 "사형에 처해야만 한다."는 의견의 근거가 될만한 것이기 때문에 상고인이 구타사건, 총격사건에 관여하고 있다는 것, 다시 말하면 상고인이 이들 사건의 범인이라는 것을 나타내는 것 같은 사실이라고 되어 있다.

마. 위에서 본 바와 같이 본건기사는 구체적인 내용은 적시하지 않으면서 상고인이 범인이라는 것을 밝힐 수 있는 사실이 존재한다는 것을 기술한 다음 "甲野는 극악인, 사형이야."라는 의견을 펴고 있는 것이다. 이것이 "이미 신문, 주간지 또는 TV 등에 의해 반복적으로 보도되었기 때문에 사회적으로 널리 알려진 사실"을 기초로 한 '의견'이 아니라는 것은 명확하다.

원판결은 이 점에서 본건기사의 의미를 잘못 판단한 것이다.

4. 미국법으로부터의 시사

가. 일본의 명예훼손법은 미국법으로부터의 영향을 받고 있음이 명백하다. 그런데 의견과 명예훼손에 관해서는 최근 미국 연방대법원 판결(Milkovich. v. Lorain Journal Co. 497 U.S.1(1990))이 내려져 이 문제에 관해 새로운 발전을 보여주고 있으므로 이에 대해 간단하게 논해보기로 한다.

나. 위 사건에서 피상고인(신문사)은, '사실'은 아니고 '의견'이라고 분류된 진술에 대해서는 수정헌법 제 1 조에 의해 명예훼손으로부터 전면적으로 면책되어야만 한다고 주장했다.

그러나 렌키스트 장관이 집필한 법정의견은 다음과 같이 이러한 주장을 배척했다.

"의견이 면책되어야만 한다는 사고는 '의견'의 표명에는 객관적 사실의 주장이 내포되는 경우가 많다는 것을 무시한 것이다. 누군가가 '나의 의견으로는 존즈는 거짓말쟁이다.'라고 말했을 때에는, 말을 한 사람은 존즈가 거짓말을 했었다는 결론을 이끌어 낼 사실을 알고 있다는 것을 암시하고 있는 것이다. 또한, 가령 말을 한 사람이 의견의 근거가 되는 사실을 말했다고 하더라도 그 사실이 부정확 또는 불충분하거나 혹은 사실에 대해 말한 사람의 평가가 잘못되었을 경우에는 의견표명에 잘못된 사실의 주장이 내포될 수도 있다. 어떤 진술을 의견이라는 형식으로 하더라도 이러한 이유가 소멸되지 않는다. '나의 의견으로는 존즈는 거짓말쟁이다.'라는 진술은 '존즈는 거짓말쟁이다'라는 진술과 동등한 정도로 신용을 훼손하게 된다. '나는 생각한다.'는 말을 덧붙이면 언제든지 명예훼손을 면할 수 있다고 하는 것은 불합리하다"

그리고 어떤 진술이 '의견'이라는 것만으로는 명예훼손의 책임을 면할 수 없다고 판단한 것이며 이 점은 연방대법원의 전원일치 판단이었다.

다. 위에서와 같이 연방대법원은 일반적인 '의견특권'은 부정했지만 어떤 종류의 의견(허위라는 입증되지 않는 의견 및 사실을 말하고 있다고 해득할 수 없는 의견)은 명예훼손을 구성하지 않는다고 판단했기 때문에 이 한도에서 '사실'과 '의견'을 구별하는 것이 필요하게 되었다.

이 구분으로서는 리스테이트먼트(Restatement(Second) of Torts, § 566[1977])의 입장이 있으며 여기에서는 "어떤 의견 중에서 그 근거가 되었던 사실이 완전히 밝혀졌을 경우에는, 그 의견은 '순수' 의견으로 보호되는데 반해 당해 의견 중에 그 근거가 되는 명예훼손적인 사실로서 개시되지 않은 것이 있는 경우에는 그 의견은 '혼합의견'이라 하여 보호되지 않는다."고 되어 있다.

또 하나의 유력한 입장은 올맨판결(Oilman v. Evans, 750F 2d 970, (D.C. Cir. 1984) (enbane))에서 나타난 사고방식인데 상황전체, 특히 ① 대상이 되는 표현의 통상적인 사용방법 ·

의미, ② 당해 표현이 진위를 판정할 수 있는지의 여부 ③ 당해 표현을 이를 문맥 ④ 당해 표현이 이루어진 넓은 사회적 문맥 등을 고려의 대상으로 해야만 한다고 했다.

라. 그런데 리스테이트먼트의 사고방식을 적용한 경우, 본건 기사에는 의견의 근거가 되고 있는 명예훼손적인 사실로서 개시되지 않은 것이("(경찰에) 호출되면 말하겠습니다."라는 사실) 있기 때문에 이것이 '순수'의견으로서 보호받지 못하게 된다.

또한 올맨판결의 입장을 취한다 하더라도 이미 기술한 대로 본건 기사를 그 당시의 사회적 문맥으로 해석한다면 '극악인', '사형', '지능범', '흉악범'이라는 표현이 모두 상고인이 구타사건, 총격사건의 범인이라는 것을 의미하고 있다. 또한 '극악인', '사형'의 근거로 되어 있는 "(경찰에) 호출되면 말하겠습니다."라는 사실은 진위를 판정할 수 있는 것이라는 것은 명백하다.

이와 같이 본건기사는 '의견'과 '사실'의 판정에 대해 미국에서 유력시되고 있는 두 개의 방법 어느 쪽을 채용한 경우에도 '의견'은 아니며 '사실'을 포함한 진술이라고 해석되는 것이다.

5. 결 론

이상의 기술을 통해 밝혀진 바와 같이 본건기사는 상고인에 관한 의견을 포함하고 있는 것이기는 하나 그 의견은 "상고인이 범인이다."라는 취지의 사실언명을 포함하고 있는 것이다. 또 그 의견의 근거가 되고 있는 사실은 단순히 그때까지 매스컴에서 보도된 것일 뿐 아니라 A가 상고인과의 사이의 개인적인 체험으로서 갖고 있는 사실이 존재한다.

따라서 이러한 기사에 대해 명예훼손의 성립을 부정한 원판결은 불법행위법을 잘못 해석한 것이었으며 취소를 면할 수 없다.