

상해·명예훼손·협박

[서울중앙지방법원 2016. 11. 10. 2016노3157]



【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】 피고인 및 검사

【검 사】 김상범(기소), 반종욱(공판)

【변 호 인】 법무법인(유한) 로고스 담당변호사 최진녕 외 1인

【원심판결】 서울중앙지방법원 2016. 8. 11. 선고 2015고단6079 판결

【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인을 벌금 6,000,000원에 처한다.

피고인이 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 100,000원을 1일로 환산한 기간 피고인을 노역장에 유치한다.

피고인에 대하여 위 벌금에 상당한 금액의 가납을 명한다.

이 사건 공소사실 중 명예훼손의 점은 무죄.

위 무죄 부분에 대한 판결의 요지를 공시한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인(사실오인 및 법리오해)

(1) 상해의 점

(가) 피고인이 피해자와 실랑이를 벌이던 중 피해자의 손목을 잡아끌어 피해자가 손목과 손가락에 다소 통증을 느꼈더라도 이는 극히 경미한 상처에 불과하여 그것만으로 피해자의 신체의 건강상태가 불량하게 변경되었다거나 생활기능에 장애가 초래된 것으로 보기 어려워 피해자가 상해를 입었다고 볼 수 없다.

또한 이 사건 당시 휴대폰 너머로 ‘악’소리와 ‘우당탕’ 소리 등을 들었다는 공소외 1(대판: 공소외인)의 진술은 통신비밀보호법 제14조 제1항에서 금지하는 ‘공개되지 아니한 타인 간의 대화를 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취’한 것이어서 같은 법 제14조 제2항과 제4조가 규정하고 있는 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없고, 공소외 1의 진술은 믿을 수 없을 뿐만 아니라 이 사건 상해진단서 내용만으로는 상해를 인정하기에 부족하고 달리 이 부분 공소사실을 유죄로 인정할 증거도 없다.

(나) 피고인의 행위는 피고인의 주머니에서 인감도장을 빼앗으려는 피해자를 막기 위한 소극적 방어행위로서 형법 제20조의 정당행위에 해당한다.

(2) 협박의 점

피고인이 피해자에게 보낸 2014. 4. 17.자 문자는 피해자의 말의 진위를 확인하겠다는 것에 불과하여 협박이라 볼 수 없고, 피고인이 피해자를 협박했다는 2014. 3. 23.경에는 피해자가 피고인에게 생일상을 차려줄 정도로 관계가 좋아 피고인이 피해자를 협박했다고 볼 수도 없다.

그리고 ○○○○○○는 멕시코 요리 전문점이 아닌 바비큐 전문점이었어서 멕시코 요리 전문점인 △△△에 대한 영업금지의무위반이 문제될 여지가 없었고, 오히려 피해자가 먼저 멕시코 요리를 하자고 한 것일 뿐만 아니라, △△△ 사장은 피해자가 이미 ○○○○○○ 경영에 관련된 것을 알고 있었으므로, 피고인이 피해자에게 '△△△에 피해자가 ○○○○○○를 경영하고 있는 것을 알리겠다.

'고 한 것만으로는 피해자가 외포심을 느꼈다고 볼 수도 없다.

(3) 명예훼손의 점

피고인은 공소사실기재와 같이 '피해자 공소외 2가 ○○○○○○의 지분을 속였고 피고인의 인감도장을 훔쳐가려고 했다'는 말을 한 적이 없고 단지 피해자가 투자한 것보다 지분을 더 많이 가져갔고 인감도장을 가져가려 했다고 말한 것에 불과하다.

그런데 '투자한 것보다 지분을 더 가져갔다.

'는 것은 의견표명에 불과하여 명예훼손의 구체적 사실을 적시한 것이 아니고, 피고인이 피해자가 지분을 더 가져가려 했거나 피고인의 인감도장을 가져가려 했다고 말한 것만으로는 피해자의 사회적 가치나 평가가 침해되었다고 볼 수도 없다.

또한 피고인에게 명예훼손의 고의도 없었다.

나. 검사(양형부당)

원심은 형량(벌금 700만 원)은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 상해의 점에 관하여

(1) 공소외 1 진술의 위법수집증거 여부

통신비밀보호법 제14조 제1항은 '누구든지 공개되지 아니한 타인 간의 대화를 전자장치 또는 기계적인 수단을 이용하여 청취할 수 없다'고 규정하고, 제14조 제2항 및 제4조는 '제14조 제1항을 위반한 청취에 의해 취득한 대화의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다'고 규정하고 있다.

그런데 통신비밀보호법 제1조가 '이 법이 통신 및 대화의 비밀과 자유에 대한 제한은 그 대상을 한정하고 엄격한 법적 절차를 거치도록 함으로써 통신비밀을 보호하고 통신의 자유를 신장함을 목적으로 한다.

'고 규정하면서 동법 제14조에서 특별히 타인 간의 대화의 비밀과 자유를 보장하는 규정을 두고 있는 점에 비추어 보면, 동법 제14조 제1항 및 제2항, 제4조에 의해 재판의 증거로 사용될 수 없는 것은 공개되지 아니한 타인 간의 '대화'이고 타인 간의 대화가 아닌 범행 당시의 발생한 음향이나 소리 등은 포함되지 않는다고 봄이 상당하다.

기록에 따르면, 공소외 1은 피해자와 전화 통화를 마쳤지만 전화가 끊기지 않은 상태에서 휴대전화를 통해 '악' 하는 소리와 '우당탕' 소리를 들었다는 것이고, 이는 범행당시 발생한 음향이나 소리에 불과하여 통신비밀보호법에서 보호하는 타인 간의 대화라고 볼 수 없다.

그러므로 그러한 소리를 들었다는 공소외 1의 진술은 통신비밀보호법 제14조 제1항, 제2항, 제4조에 의해 재판에서 증거로 사용할 수 없는 위법수집증거에 해당하지 아니한다.

(2) 상해 인정 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거, 특히 신빙성이 인정되는 피해자 및 공소외 1의 진술, 상해진단서의 기재를 종합하여 보면 피해자가 피고인으로부터 전치 2주간의 치료를 요하는 손가락 및 손목의 염좌 및 긴장, 손의 표재성 손상의 상해를 입었고 빈맥, 체온상승의 소견을 보인 사실을 인정할 수 있으므로, 피해자는 위와 같은 상처로 인하여 신체의 건강상태가 불량하게 변경되고 생활기능에 장애가 초래되었다 할 것이어서 이는 상해죄에서 말하는 상해에 해당하고, 피해자의 상해가 극히 하찮은 상처로서 굳이 치료할 필요가 없다거나, 그로 인하여 건강상태를 침해하였다고 보기 어려운 경우에 해당한다고 볼 수 없다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

(3) 정당행위 여부

앞서 든 증거들에 따라 인정되는 이 사건 범행의 경위와 상황, 폭행의 정도에 비추어 보면, 피고인은 피해자와의 실랑이 도중 피해자의 손목을 잡아 끌고 피해자를 현관문 쪽으로 밀치는 등 적극적으로 피해자를 공격한 것으로 보인다.

따라서 피고인이 단순히 소극적으로 저항한 것이라고 볼 수는 없어 형법 제20조의 정당행위에 해당하지 아니한다.

피고인의 위 주장 역시 이유 없다.

나. 협박의 점에 관하여

원심은 거시 증거들을 종합하여 위 협박의 점에 관한 공소사실을 유죄로 인정하였고, 피고인의 위와 같은 취지의 주장에 대하여 판결 이유에서 자세히 설시하면서 위 주장을 배척하였다.

원심이 적절히 설시한 사정들에 더하여 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 통해 알 수 있는 아래와 같은 사정들에 비추어 보면, 원심의 그와 같은 판단은 정당하고 거기에 항소이유 주장과 같은 사실오인 및 법리오해의 위법이 없다.

따라서 피고인의 이 부분 주장 받아들일 수 없다.

① 피고인이 2014. 4. 17. 피해자에게 "○○○○○○는 지금 대표이사가 타의에 의해서 바뀌려고 하고 그로 인해 회사에 손해가 막대하다 그래서 저도 일단 공소외 3 사장과 공소외 4 사장을 만나 진위여부를 물어보려 합니다.

"라는 문자메시지를 보낸 사실, 2014. 4. 20. "△△△ 관두게 하고 싶었어요. 수올마다 심장이 벌렁거린다 피가 마른다 할 땐 더 그랬죠... △△△ 관두면 우리일에 더 몰두하리라 생각도 들었고 나중에 우리에게 더 이득이라 생각했죠."라는 문자메시지를 보낸 사실 등을 종합하여 보면, 피고인은 피해자가 △△△측에 피해자가 ○○○○○○의 대표이사인 것이 알려지는 것을 매우 두려워하는 것을 잘 알면서도, 피해자로 하여금 △△△를 그만두고 ○○○○○○ 경영에 전념하도록 하기 위해, 피해자에게 △△△에 피해자가 ○○○○○○를 경영한다는 사실을 알리겠다는 취지의 문자를 보낸 것이어서 이는 충분히 협박에 해당한다.

② 피고인은 항소이유에서와 같은 사유를 들어 피해자에게 외포심이 유발되었다고 볼 수 없다고 주장하나, 공소외 3도 원심법정에서 사건 당일 피해자가 ○○○○○○를 경영한다는 사실을 처음으로 알았다고 진술하여 공소외 3이 이 사건 전부터 이미 피해자가 ○○○○○○와 연관된 것을 알고 있었다고 볼 수 없는 점, 결국 피고인이 공소외 3에게 피해자가 ○○○○○○의 대표이사라는 것을 알림으로써 피해자가 △△△의 재무이사직을 그만두게 되었다는 점

등을 종합적으로 고려하면 피고인의 행위로 피해자가 외포심을 느꼈다고 봄이 상당하다.

다.

명예훼손의 점에 관하여

(1) 공소사실

피고인은 2014. 2.경 피해자와 레스토랑인 ○○○○○○를 공동경영하기로 하는 계약을 체결하고, 피해자는 위 회사의 대표이사에 취임하였는데, 피해자가 동종회사인 △△△에 근무하면서 위 ○○○○○○를 경영한다는 사실로 △△△로부터 고소를 당할 위기에 처하게 되자, 피해자는 ○○○○○○의 대표이사를 그만두려 하였고, 피고인은 피해자로 하여금 ○○○○○○ 경영에 전념하게 하도록 위 △△△를 그만두게 하는 한편, 피해자가 계속 대표이사 직을 유지하도록 함으로써 자신은 ○○○○○○에 대한 책임을 지지 않으려고 마음먹었다.

이에 피고인은 2014. 4. 17. 17:00경 서울 강남구 (주소 1 생략)에 있는 □□□□ 커피숍에서 위 △△△의 사장 공소외 3에게 '피해자가 피고인의 인감을 훔치려 하였고, ○○○○○○의 지분을 속여서 가지고 갔다'고 말하였다.

이로써 피고인은 공연히 허위의 사실을 적시하여 피해자의 명예를 훼손하였다.

(2) 원심의 판단

(가) 허위 사실적시 명예훼손의 점에 관하여는 이유무죄

원심은 피고인이 공소외 3에게 말한 ○○○○○○ 지분 관련 부분은 다소 과장된 표현일 뿐 그 중요부분이 객관적 사실에 합치되어 허위사실이라고 단정할 수 없고 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 허위사실 적시 명예훼손의 점에 관하여는 무죄로 판단하면서 뒤에서 보는 바와 같이 이 부분 공소사실에 포함된 판시 사실적시에 의한 명예훼손죄를 유죄로 인정하여 따로 무죄를 선고하지는 아니하였다(검사는 단지 양형부당만을 항소이유로 삼을 뿐, 이 부분 무죄 판단에 대하여는 항소하지 아니하였다).

따라서 원심판결 중 위 이유 무죄 부분은, 상소불가분의 원칙에 따라 그 부분도 이 법원에 이심되기는 하나, 이미 당사자 간의 공격·방어의 대상으로부터 벗어나 사실상 심판대상에서부터도 이탈하게 되므로 이 법원으로서도 그 부분에까지 나아가 판단할 수 없다.

결국 이 법원의 심판범위는 원심이 유죄로 판단한 부분에 한정된다).

(나) 사실적시 명예훼손의 점에 관하여는 유죄

원심은 그 판시 증거를 종합하여 피해자가 피고인의 인감도장을 훔치거나 동업관계에서 지분을 속였다는 것은 모두 피해자의 사회적 가치 내지 평가를 침해할 수 있는 내용인 점, 피고인이 당시 공소외 3에게 피해자와의 동업관계에 갈등이 있다는 말을 할 아무런 이유가 없음에도 자발적으로 그러한 말을 한 것은 공소외 3에게 그러한 내용을 알림으로써 피해자가 더 이상 △△△의 재무이사로 근무하지 못하게 함과 아울러 피해자의 사회적 가치나 평가가 훼손되는 등의 불이익을 입게 할 의사가 있었기 때문이라는 점을 들어 이 부분 사실적시에 의한 명예훼손의 점을 유죄로 인정하였다.

(3) 당심의 판단

명예훼손죄가 성립하기 위하여는 특정인의 사회적 가치 내지 평가가 침해될 가능성이 있는 구체적인 사실을 적시하여야 하는바, 어떤 표현이 명예훼손적인지 여부는 그 표현에 대한 사회 통념에 따른 객관적 평가에 의하여 판단하여야

한다(대법원 2007. 10. 25. 선고 2007도5077 판결 등 참조).

기록에 따라 인정되는 아래와 같은 사실들에 비추어 보면 검사가 원심에 제출한 증거들만으로는 위 공소사실을 인정할 증거가 없다.

- ① 피고인의 말을 직접 들은 공소외 3은 원심법정에서 피고인으로부터 피해자가 지분을 속였다거나 인감도장을 훔치려 했다는 말을 들은 것은 아니고, 단지 피고인과 피해자 사이에 지분계산에 있어 의견충돌이 있는데 '나는 숫자가 왜 이렇게 되는지 모르겠다.

'고 한 것과 '피해자가 인감도장을 가지고 가려고 했다.

'는 말을 들었다고 진술하고 있어서, 위 진술만으로는 피고인이 공소외 3에게 공소사실 기재와 같이 '인감도장을 훔치려 하였다거나 지분을 속여서 가지고 갔다'는 말을 하였다는 점을 인정하기에 부족하다.

- ② 공소외 3의 위와 같은 원심법정에서의 진술에 비추어 볼 때, 피고인이 공소사실과 같은 말을 한 사실을 공소외 3으로부터 전해 들었다는 피해자의 고소장이나 피해자에 대한 명예훼손에 관한 진술조서의 기재는 이를 그대로 믿기 어려우며, 달리 위 공소사실을 인정할 증거가 없다.

- ③ 피고인이 지분에 관하여 언급한 내용은 피해자가 주장하는 지분비율에 의문을 제기한 것이어서 지분다툼과정에서의 단순한 의견표명에 불과하므로, 설령 공소외 3이 그 말을 듣고 피해자가 지분을 속여 더 가져갔다는 취지로 이해했더라도 그것이 피해자의 명예를 훼손할 만한 구체적인 사실을 적시한 것이라 볼 수 없고, 피해자가 단순히 인감도장을 가져가려 했다는 말 역시 그것이 피해자의 사회적 평가를 저하시킬 만한 사실에 해당한다고 보기 어렵다.

- ④ 앞서 본 피고인의 피해자에 대한 협박의 내용에 비추어 볼 때, 피고인이 공소외 3을 만난 의도는 피해자가 일하고 있던 △△△로부터 해고되도록 하는 것에 있었을 것인데, 이는 피고인이 공소외 3에게 피해자가 ○○○○○○의 대표이사로서 그 지분을 갖고 있다는 점을 알림으로써 의도한 효과를 달성하는데 충분하였을 것으로 보이는 점에 비추어 보면, 공소사실과 같은 사실을 적시함으로써 공연히 피해자의 명예를 훼손하려는 의사까지 있었다고 보기 어렵다.

따라서 위 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 피고인에게 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하여야 함에도, 이와 달리 사실적시에 의한 위 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있으므로, 이 점을 지적하는 위 피고인의 주장은 이유 있다.

3. 결론

그렇다면 원심판결 중 명예훼손 부분은 위에서 본 바와 같은 파기사유가 있고, 원심은 위 명예훼손의 점을 유죄로 인정하면서 실체적 경합범 관계에 있는 나머지 유죄 부분에 대하여 하나의 형을 선고하였으므로 나머지 유죄 부분도 파기를 면할 수 없다.

따라서 검사의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 아래와 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인(사실오인 및 법리오해)

(1) 상해의 점

(가) 피고인이 피해자와 실랑이를 벌이던 중 피해자의 손목을 잡아끌어 피해자가 손목과 손가락에 다소 통증을 느꼈더라도 이는 극히 경미한 상처에 불과하여 그것만으로 피해자의 신체의 건강상태가 불량하게 변경되었다거나 생활기능에 장애가 초래된 것으로 보기 어려워 피해자가 상해를 입었다고 볼 수 없다.

또한 이 사건 당시 휴대폰 너머로 '악'소리와 '우당탕' 소리 등을 들었다는 공소외 1(대판: 공소외인)의 진술은 통신비밀보호법 제14조 제1항에서 금지하는 '공개되지 아니한 타인 간의 대화를 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취'한 것이어서 같은 법 제14조 제2항과 제4조가 규정하고 있는 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없고, 공소외 1의 진술은 믿을 수 없을 뿐만 아니라 이 사건 상해진단서 내용만으로는 상해를 인정하기에 부족하고 달리 이 부분 공소사실을 유죄로 인정할 증거도 없다.

(나) 피고인의 행위는 피고인의 주머니에서 인감도장을 빼앗으려는 피해자를 막기 위한 소극적 방어행위로서 형법 제20조의 정당행위에 해당한다.

(2) 협박의 점

피고인이 피해자에게 보낸 2014. 4. 17.자 문자는 피해자의 말의 진위를 확인하겠다는 것에 불과하여 협박이라 볼 수 없고, 피고인이 피해자를 협박했다는 2014. 3. 23.경에는 피해자가 피고인에게 생일상을 차려줄 정도로 관계가 좋아 피고인이 피해자를 협박했다고 볼 수도 없다.

그리고 ○○○○○○는 멕시코 요리 전문점이 아닌 바비큐 전문점이어서 멕시코 요리 전문점인 △△△에 대한 영업금지의무위반이 문제될 여지가 없었고, 오히려 피해자가 먼저 멕시코 요리를 하자고 한 것일 뿐만 아니라, △△△ 사장은 피해자가 이미 ○○○○○○ 경영에 관련된 것을 알고 있었으므로, 피고인이 피해자에게 '△△△에 피해자가 ○○○○○○를 경영하고 있는 것을 알리겠다.

'고 한 것만으로는 피해자가 외포심을 느꼈다고 볼 수도 없다.

(3) 명예훼손의 점

피고인은 공소사실기재와 같이 '피해자 공소외 2가 ○○○○○○의 지분을 속였고 피고인의 인감도장을 훔쳐가려고 했다'는 말을 한 적이 없고 단지 피해자가 투자한 것보다 지분을 더 많이 가져갔고 인감도장을 가져가려 했다고 말한 것에 불과하다.

그런데 '투자한 것보다 지분을 더 가져갔다.

'는 것은 의견표명에 불과하여 명예훼손의 구체적 사실을 적시한 것이 아니고, 피고인이 피해자가 지분을 더 가져가려 했거나 피고인의 인감도장을 가져가려 했다고 말한 것만으로는 피해자의 사회적 가치나 평가가 침해되었다고 볼 수도 없다.

또한 피고인에게 명예훼손의 고의도 없었다.

나. 검사(양형부당)

원심은 형량(벌금 700만 원)은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 상해의 점에 관하여

(1) 공소외 1 진술의 위법수집증거 여부

통신비밀보호법 제14조 제1항은 '누구든지 공개되지 아니한 타인 간의 대화를 전자장치 또는 기계적인 수단을 이용하여 청취할 수 없다'고 규정하고, 제14조 제2항 및 제4조는 '제14조 제1항을 위반한 청취에 의해 취득한 대화의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다'고 규정하고 있다.

그런데 통신비밀보호법 제1조가 '이 법이 통신 및 대화의 비밀과 자유에 대한 제한은 그 대상을 한정하고 엄격한 법적 절차를 거치도록 함으로써 통신비밀을 보호하고 통신의 자유를 신장함을 목적으로 한다.

'고 규정하면서 동법 제14조에서 특별히 타인 간의 대화의 비밀과 자유를 보장하는 규정을 두고 있는 점에 비추어 보면, 동법 제14조 제1항 및 제2항, 제4조에 의해 재판의 증거로 사용될 수 없는 것은 공개되지 아니한 타인 간의 '대화'이고 타인 간의 대화가 아닌 범행 당시의 발생한 음향이나 소리 등은 포함되지 않는다고 봄이 상당하다.

기록에 따르면, 공소외 1은 피해자와 전화 통화를 마쳤지만 전화가 끊기지 않은 상태에서 휴대전화를 통해 '악' 하는 소리와 '우당탕' 소리를 들었다는 것이고, 이는 범행당시 발생한 음향이나 소리에 불과하여 통신비밀보호법에서 보호하는 타인 간의 대화라고 볼 수 없다.

그러므로 그러한 소리를 들었다는 공소외 1의 진술은 통신비밀보호법 제14조 제1항, 제2항, 제4조에 의해 재판에서 증거로 사용할 수 없는 위법수집증거에 해당하지 아니한다.

(2) 상해 인정 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거, 특히 신빙성이 인정되는 피해자 및 공소외 1의 진술, 상해진단서의 기재를 종합하여 보면 피해자가 피고인으로부터 전치 2주간의 치료를 요하는 손가락 및 손목의 염좌 및 긴장, 손의 표재성 손상의 상해를 입었고 빈맥, 체온상승의 소견을 보인 사실을 인정할 수 있으므로, 피해자는 위와 같은 상처로 인하여 신체의 건강상태가 불량하게 변경되고 생활기능에 장애가 초래되었다 할 것이어서 이는 상해죄에서 말하는 상해에 해당하고, 피해자의 상해가 극히 하찮은 상처로서 굳이 치료할 필요가 없다거나, 그로 인하여 건강상태를 침해하였다고 보기 어려운 경우에 해당한다고 볼 수 없다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

(3) 정당행위 여부

앞서 든 증거들에 따라 인정되는 이 사건 범행의 경위와 상황, 폭행의 정도에 비추어 보면, 피고인은 피해자와의 실랑이 도중 피해자의 손목을 잡아 끌고 피해자를 현관문 쪽으로 밀치는 등 적극적으로 피해자를 공격한 것으로 보인다.

따라서 피고인이 단순히 소극적으로 저항한 것이라고 볼 수는 없어 형법 제20조의 정당행위에 해당하지 아니한다.

피고인의 위 주장 역시 이유 없다.

나. 협박의 점에 관하여

원심은 거시 증거들을 종합하여 위 협박의 점에 관한 공소사실을 유죄로 인정하였고, 피고인의 위와 같은 취지의 주장에 대하여 판결 이유에서 자세히 설시하면서 위 주장을 배척하였다.

원심이 적절히 설시한 사정들에 더하여 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 통해 알 수 있는 아래와 같은 사정들에 비추어 보면, 원심의 그와 같은 판단은 정당하고 거기에 항소이유 주장과 같은 사실오인 및 법리오해의 위법이 없다.

따라서 피고인의 이 부분 주장 받아들일 수 없다.

- ① 피고인이 2014. 4. 17. 피해자에게 "○○○○○○는 지금 대표이사가 타의에 의해서 바뀌려고 하고 그로 인해 회사에 손해가 막대하다 그래서 저도 일단 공소외 3 사장과 공소외 4 사장을 만나 진위여부를 물어보려 합니다.

"라는 문자메시지를 보낸 사실, 2014. 4. 20. "△△△ 관두게 하고 싶었어요. 수올마다 심장이 벌렁거린다 피가 마른다 할 땐 더 그랬죠... △△△ 관두면 우리일에 더 몰두하리라 생각도 들었고 나중에 우리에게 더 이득이라 생각했죠."라는 문자메시지를 보낸 사실 등을 종합하여 보면, 피고인은 피해자가 △△△측에 피해자가 ○○○○○○의 대표이사인 것이 알려지는 것을 매우 두려워하는 것을 잘 알면서도, 피해자로 하여금 △△△를 그만두고 ○○○○○○ 경영에 전념하도록 하기 위해, 피해자에게 △△△에 피해자가 ○○○○○○를 경영한다는 사실을 알리겠다는 취지의 문자를 보낸 것이어서 이는 충분히 협박에 해당한다.

- ② 피고인은 항소이유에서와 같은 사유를 들어 피해자에게 외포심이 유발되었다고 볼 수 없다고 주장하나, 공소외 3도 원심법정에서 사건 당일 피해자가 ○○○○○○를 경영한다는 사실을 처음으로 알았다고 진술하여 공소외 3이 이 사건 전부터 이미 피해자가 ○○○○○○와 연관된 것을 알고 있었다고 볼 수 없는 점, 결국 피고인이 공소외 3에게 피해자가 ○○○○○○의 대표이사라는 것을 알림으로써 피해자가 △△△의 재무이사직을 그만두게 되었다는 점 등을 종합적으로 고려하면 피고인의 행위로 피해자가 외포심을 느꼈다고 봄이 상당하다.

다.

명예훼손의 점에 관하여

(1) 공소사실

피고인은 2014. 2.경 피해자와 레스토랑인 ○○○○○○를 공동경영하기로 하는 계약을 체결하고, 피해자는 위 회사의 대표이사에 취임하였는데, 피해자가 동종회사인 △△△에 근무하면서 위 ○○○○○○를 경영한다는 사실로 △△△로부터 고소를 당할 위기에 처하게 되자, 피해자는 ○○○○○○의 대표이사를 그만두려 하였고, 피고인은 피해자로 하여금 ○○○○○○ 경영에 전념하게 하도록 위 △△△를 그만두게 하는 한편, 피해자가 계속 대표이사직을 유지하도록 함으로써 자신은 ○○○○○○에 대한 책임을 지지 않으려고 마음먹었다.

이에 피고인은 2014. 4. 17. 17:00경 서울 강남구 (주소 1 생략)에 있는 □□□□ 커피숍에서 위 △△△의 사장 공소외 3에게 '피해자가 피고인의 인감을 훔치려 하였고, ○○○○○○의 지분을 속여서 가지고 갔다'고 말하였다.

이로써 피고인은 공연히 허위의 사실을 적시하여 피해자의 명예를 훼손하였다.

(2) 원심의 판단

(가) 허위 사실적시 명예훼손의 점에 관하여는 이유무죄

원심은 피고인이 공소외 3에게 말한 ○○○○○○ 지분 관련 부분은 다소 과장된 표현일 뿐 그 중요부분이 객관적 사실에 합치되어 허위사실이라고 단정할 수 없고 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 허위사실 적시 명예훼손의 점에 관하여는 무죄로 판단하면서 뒤에서 보는 바와 같이 이 부분 공소사실에 포함된 판시 사실적시에 의한 명예훼손죄를 유죄로 인정하여 따로 무죄를 선고하지는 아니하였다(검사는 단지 양형부당만을 항소이유로 삼을 뿐, 이 부분 무죄 판단에 대하여는 항소하지 아니하였다).

따라서 원심판결 중 위 이유 무죄 부분은, 상소불가분의 원칙에 따라 그 부분도 이 법원에 이심되기는 하나, 이미 당사자 간의 공격·방어의 대상으로부터 벗어나 사실상 심판대상에서부터 이탈하게 되므로 이 법원으로서도 그 부분에까지 나아가 판단할 수 없다.

결국 이 법원의 심판범위는 원심이 유죄로 판단한 부분에 한정된다).

(나) 사실적시 명예훼손의 점에 관하여는 유죄

원심은 그 판시 증거를 종합하여 피해자가 피고인의 인감도장을 훔치거나 동업관계에서 지분을 속였다는 것은 모두 피해자의 사회적 가치 내지 평가를 침해할 수 있는 내용인 점, 피고인이 당시 공소외 3에게 피해자와의 동업관계에 갈등이 있다는 말을 할 아무런 이유가 없음에도 자발적으로 그러한 말을 한 것은 공소외 3에게 그러한 내용을 알림으로써 피해자가 더 이상 △△△의 재무이사로 근무하지 못하게 함과 아울러 피해자의 사회적 가치나 평가가 훼손되는 등의 불이익을 입게 할 의사가 있었기 때문이라는 점을 들어 이 부분 사실적시에 의한 명예훼손의 점을 유죄로 인정하였다.

(3) 당심의 판단

명예훼손죄가 성립하기 위하여는 특정인의 사회적 가치 내지 평가가 침해될 가능성이 있는 구체적인 사실을 적시하여야 하는바, 어떤 표현이 명예훼손적인지 여부는 그 표현에 대한 사회 통념에 따른 객관적 평가에 의하여 판단하여야 한다(대법원 2007. 10. 25. 선고 2007도5077 판결 등 참조).

기록에 따라 인정되는 아래와 같은 사정들에 비추어 보면 검사가 원심에 제출한 증거들만으로는 위 공소사실을 인정할 증거가 없다.

① 피고인의 말을 직접 들은 공소외 3은 원심법정에서 피고인으로부터 피해자가 지분을 속였다거나 인감도장을 훔치려 했다는 말을 들은 것은 아니고, 단지 피고인과 피해자 사이에 지분계산에 있어 의견충돌이 있는데 '나는 숫자가 왜 이렇게 되는지 모르겠다.

'고 한 것과 '피해자가 인감도장을 가지고 가려고 했다.

'는 말을 들었다고 진술하고 있어서, 위 진술만으로는 피고인이 공소외 3에게 공소사실 기재와 같이 '인감도장을 훔치려 하였다거나 지분을 속여서 가지고 갔다'는 말을 하였다는 점을 인정하기에 부족하다.

② 공소외 3의 위와 같은 원심법정에서의 진술에 비추어 볼 때, 피고인이 공소사실과 같은 말을 한 사실을 공소외 3으로부터 전해 들었다는 피해자의 고소장이나 피해자에 대한 명예훼손에 관한 진술조서의 기재는 이를 그대로 믿기 어려우며, 달리 위 공소사실을 인정할 증거가 없다.

- ③ 피고인이 지분에 관하여 언급한 내용은 피해자가 주장하는 지분비율에 의문을 제기한 것이어서 지분다툼과정에서의 단순한 의견표명에 불과하므로, 설령 공소외 3이 그 말을 듣고 피해자가 지분을 속여 더 가져갔다는 취지로 이해했더라도 그것이 피해자의 명예를 훼손할 만한 구체적인 사실을 적시한 것이라 볼 수 없고, 피해자가 단순히 인감도장을 가져가려 했다는 말 역시 그것이 피해자의 사회적 평가를 저하시킬 만한 사실에 해당한다고 보기 어렵다.
- ④ 앞서 본 피고인의 피해자에 대한 협박의 내용에 비추어 볼 때, 피고인이 공소외 3을 만난 의도는 피해자가 일하고 있던 △△△로부터 해고되도록 하는 것에 있었을 것인데, 이는 피고인이 공소외 3에게 피해자가 ○○○○○○의 대표이사로서 그 지분을 갖고 있다는 점을 알림으로써 의도한 효과를 달성하는데 충분하였을 것으로 보이는 점에 비추어 보면, 공소사실과 같은 사실을 적시함으로써 공연히 피해자의 명예를 훼손하려는 의사까지 있었다고 보기 어렵다.

따라서 위 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 피고인에게 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하여야 함에도, 이와 달리 사실적시에 의한 위 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있으므로, 이 점을 지적하는 위 피고인의 주장은 이유 있다.

3. 결론

그렇다면 원심판결 중 명예훼손 부분은 위에서 본 바와 같은 파기사유가 있고, 원심은 위 명예훼손의 점을 유죄로 인정하면서 실체적 경합범 관계에 있는 나머지 유죄 부분에 대하여 하나의 형을 선고하였으므로 나머지 유죄 부분도 파기를 면할 수 없다.

따라서 검사의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 아래와 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인(사실오인 및 법리오해)

(1) 상해의 점

(가) 피고인이 피해자와 실랑이를 벌이던 중 피해자의 손목을 잡아끌어 피해자가 손목과 손가락에 다소 통증을 느꼈더라도 이는 극히 경미한 상처에 불과하여 그것만으로 피해자의 신체의 건강상태가 불량하게 변경되었다거나 생활기능에 장애가 초래된 것으로 보기 어려워 피해자가 상해를 입었다고 볼 수 없다.

또한 이 사건 당시 휴대폰 너머로 ‘악’소리와 ‘우당탕’ 소리 등을 들었다는 공소외 1(대판: 공소외인)의 진술은 통신비밀보호법 제14조 제1항에서 금지하는 ‘공개되지 아니한 타인 간의 대화를 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취’한 것이어서 같은 법 제14조 제2항과 제4조가 규정하고 있는 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없고, 공소외 1의 진술은 믿을 수 없을 뿐만 아니라 이 사건 상해진단서 내용만으로는 상해를 인정하기에 부족하고 달리 이 부분 공소사실을 유죄로 인정할 증거도 없다.

(나) 피고인의 행위는 피고인의 주머니에서 인감도장을 빼앗으려는 피해자를 막기 위한 소극적 방어행위로서 형법 제 20조의 정당행위에 해당한다.

(2) 협박의 점

피고인이 피해자에게 보낸 2014. 4. 17.자 문자는 피해자의 말의 진위를 확인하겠다는 것에 불과하여 협박이라 볼 수 없고, 피고인이 피해자를 협박했다는 2014. 3. 23.경에는 피해자가 피고인에게 생일상을 차려줄 정도로 관계가 좋아 피고인이 피해자를 협박했다고 볼 수도 없다.

그리고 ○○○○○○는 멕시코 요리 전문점이 아닌 바비큐 전문점이어서 멕시코 요리 전문점인 △△△에 대한 영업금지의무위반이 문제될 여지가 없었고, 오히려 피해자가 먼저 멕시코 요리를 하자고 한 것일 뿐만 아니라, △△△ 사장은 피해자가 이미 ○○○○○○ 경영에 관련된 것을 알고 있었으므로, 피고인이 피해자에게 '△△△에 피해자가 ○○○○○○를 경영하고 있는 것을 알리겠다.

'고 한 것만으로는 피해자가 외포심을 느꼈다고 볼 수도 없다.

(3) 명예훼손의 점

피고인은 공소사실 기재와 같이 '피해자 공소외 2가 ○○○○○○의 지분을 속였고 피고인의 인감도장을 훔쳐가려고 했다'는 말을 한 적이 없고 단지 피해자가 투자한 것보다 지분을 더 많이 가져갔고 인감도장을 가져가려 했다고 말한 것에 불과하다.

그런데 '투자한 것보다 지분을 더 가져갔다.

'는 것은 의견표명에 불과하여 명예훼손의 구체적 사실을 적시한 것이 아니고, 피고인이 피해자가 지분을 더 가져가려 했다거나 피고인의 인감도장을 가져가려 했다고 말한 것만으로는 피해자의 사회적 가치나 평가가 침해되었다고 볼 수도 없다.

또한 피고인에게 명예훼손의 고의도 없었다.

나. 검사(양형부당)

원심은 형량(벌금 700만 원)은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 상해의 점에 관하여

(1) 공소외 1 진술의 위법수집증거 여부

통신비밀보호법 제14조 제1항은 '누구든지 공개되지 아니한 타인 간의 대화를 전자장치 또는 기계적인 수단을 이용하여 청취할 수 없다'고 규정하고, 제14조 제2항 및 제4조는 '제14조 제1항을 위반한 청취에 의해 취득한 대화의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다'고 규정하고 있다.

그런데 통신비밀보호법 제1조가 '이 법이 통신 및 대화의 비밀과 자유에 대한 제한은 그 대상을 한정하고 엄격한 법적 절차를 거치도록 함으로써 통신비밀을 보호하고 통신의 자유를 신장함을 목적으로 한다.

'고 규정하면서 동법 제14조에서 특별히 타인 간의 대화의 비밀과 자유를 보장하는 규정을 두고 있는 점에 비추어 보면, 동법 제14조 제1항 및 제2항, 제4조에 의해 재판의 증거로 사용될 수 없는 것은 공개되지 아니한 타인 간의 '대화'이고 타인 간의 대화가 아닌 범행 당시의 발생한 음향이나 소리 등은 포함되지 않는다고 봄이 상당하다.

기록에 따르면, 공소외 1은 피해자와 전화 통화를 마쳤지만 전화가 끊기지 않은 상태에서 휴대전화를 통해 '악' 하는 소리와 '우당탕' 소리를 들었다는 것이고, 이는 범행당시 발생한 음향이나 소리에 불과하여 통신비밀보호법에서 보호하는 타인 간의 대화라고 볼 수 없다.

그러므로 그러한 소리를 들었다는 공소외 1의 진술은 통신비밀보호법 제14조 제1항, 제2항, 제4조에 의해 재판에서 증거로 사용할 수 없는 위법수집증거에 해당하지 아니한다.

(2) 상해 인정 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거, 특히 신빙성이 인정되는 피해자 및 공소외 1의 진술, 상해진단서의 기재를 종합하여 보면 피해자가 피고인으로부터 전치 2주간의 치료를 요하는 손가락 및 손목의 염좌 및 긴장, 손의 표재성 손상의 상해를 입었고 빈맥, 체온상승의 소견을 보인 사실을 인정할 수 있으므로, 피해자는 위와 같은 상처로 인하여 신체의 건강상태가 불량하게 변경되고 생활기능에 장애가 초래되었다 할 것이어서 이는 상해죄에서 말하는 상해에 해당하고, 피해자의 상해가 극히 하찮은 상처로서 굳이 치료할 필요가 없다거나, 그로 인하여 건강상태를 침해하였다고 보기 어려운 경우에 해당한다고 볼 수 없다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

(3) 정당행위 여부

앞서 든 증거들에 따라 인정되는 이 사건 범행의 경위와 상황, 폭행의 정도에 비추어 보면, 피고인은 피해자와의 실랑이 도중 피해자의 손목을 잡아 끌고 피해자를 현관문 쪽으로 밀치는 등 적극적으로 피해자를 공격한 것으로 보인다.

따라서 피고인이 단순히 소극적으로 저항한 것이라고 볼 수는 없어 형법 제20조의 정당행위에 해당하지 아니한다.

피고인의 위 주장 역시 이유 없다.

나. 협박의 점에 관하여

원심은 거시 증거들을 종합하여 위 협박의 점에 관한 공소사실을 유죄로 인정하였고, 피고인의 위와 같은 취지의 주장에 대하여 판결 이유에서 자세히 실시하면서 위 주장을 배척하였다.

원심이 적절히 실시한 사정들에 더하여 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 통해 알 수 있는 아래와 같은 사정들에 비추어 보면, 원심의 그와 같은 판단은 정당하고 거기에 항소이유 주장과 같은 사실오인 및 법리오해의 위법이 없다.

따라서 피고인의 이 부분 주장 받아들일 수 없다.

① 피고인이 2014. 4. 17. 피해자에게 "○○○○○○는 지금 대표이사가 타의에 의해서 바뀌려고 하고 그로 인해 회사에 손해가 막대하다 그래서 저도 일단 공소외 3 사장과 공소외 4 사장을 만나 진위여부를 물어보려 합니다.

"라는 문자메시지를 보낸 사실, 2014. 4. 20. "△△△ 관두게 하고 싶었어요. 수올마다 심장이 벌렁거린다 피가 마른다 할 땐 더 그랬죠... △△△ 관두면 우리일에 더 몰두하리라 생각도 들었고 나중에 우리에게 더 이득이라 생각했죠."라는 문자메시지를 보낸 사실 등을 종합하여 보면, 피고인은 피해자가 △△△측에 피해자가 ○○○○○○의 대표이사인 것이 알려지는 것을 매우 두려워하는 것을 잘 알면서도, 피해자로 하여금 △△△를 그만두고 ○○○○○○ 경영에

전념하도록 하기 위해, 피해자에게 △△△에 피해자가 ○○○○○○를 경영한다는 사실을 알리겠다는 취지의 문자를 보낸 것이어서 이는 충분히 협박에 해당한다.

- ② 피고인은 항소이유에서와 같은 사유를 들어 피해자에게 외포심이 유발되었다고 볼 수 없다고 주장하나, 공소외 3도 원심법정에서 사건 당일 피해자가 ○○○○○○를 경영한다는 사실을 처음으로 알았다고 진술하여 공소외 3이 이 사건 전부터 이미 피해자가 ○○○○○○와 연관된 것을 알고 있었다고 볼 수 없는 점, 결국 피고인이 공소외 3에게 피해자가 ○○○○○○의 대표이사라는 것을 알림으로써 피해자가 △△△의 재무이사직을 그만두게 되었다는 점 등을 종합적으로 고려하면 피고인의 행위로 피해자가 외포심을 느꼈다고 봄이 상당하다.

다.

명예훼손의 점에 관하여

(1) 공소사실

피고인은 2014. 2.경 피해자와 레스토랑인 ○○○○○○를 공동경영하기로 하는 계약을 체결하고, 피해자는 위 회사의 대표이사에 취임하였는데, 피해자가 동종회사인 △△△에 근무하면서 위 ○○○○○○를 경영한다는 사실로 △△△로부터 고소를 당할 위기에 처하게 되자, 피해자는 ○○○○○○의 대표이사를 그만두려 하였고, 피고인은 피해자로 하여금 ○○○○○○ 경영에 전념하게 하도록 위 △△△를 그만두게 하는 한편, 피해자가 계속 대표이사직을 유지하도록 함으로써 자신은 ○○○○○○에 대한 책임을 지지 않으려고 마음먹었다.

이에 피고인은 2014. 4. 17. 17:00경 서울 강남구 (주소 1 생략)에 있는 □□□□ 커피숍에서 위 △△△의 사장 공소외 3에게 '피해자가 피고인의 인감을 훔치려 하였고, ○○○○○○의 지분을 속여서 가지고 갔다'고 말하였다.

이로써 피고인은 공연히 허위의 사실을 적시하여 피해자의 명예를 훼손하였다.

(2) 원심의 판단

(가) 허위 사실적시 명예훼손의 점에 관하여는 이유무죄

원심은 피고인이 공소외 3에게 말한 ○○○○○○ 지분 관련 부분은 다소 과장된 표현일 뿐 그 중요부분이 객관적 사실에 합치되어 허위사실이라고 단정할 수 없고 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 허위사실 적시 명예훼손의 점에 관하여는 무죄로 판단하면서 뒤에서 보는 바와 같이 이 부분 공소사실에 포함된 판시 사실적시에 의한 명예훼손죄를 유죄로 인정하여 따로 무죄를 선고하지는 아니하였다(검사는 단지 양형부당만을 항소이유로 삼을 뿐, 이 부분 무죄 판단에 대하여는 항소하지 아니하였다).

따라서 원심판결 중 위 이유 무죄 부분은, 상소불가분의 원칙에 따라 그 부분도 이 법원에 이심되기는 하나, 이미 당사자 간의 공격·방어의 대상으로부터 벗어나 사실상 심판대상에서부터도 이탈하게 되므로 이 법원으로서도 그 부분에까지 나아가 판단할 수 없다.

결국 이 법원의 심판범위는 원심이 유죄로 판단한 부분에 한정된다).

(나) 사실적시 명예훼손의 점에 관하여는 유죄

원심은 그 판시 증거를 종합하여 피해자가 피고인의 인감도장을 훔치거나 동업관계에서 지분을 속였다는 것은 모두 피해자의 사회적 가치 내지 평가를 침해할 수 있는 내용인 점, 피고인이 당시 공소외 3에게 피해자와의 동업관계에 갈등이 있다는 말을 할 아무런 이유가 없음에도 자발적으로 그러한 말을 한 것은 공소외 3에게 그러한 내용을 알림으로써 피해자가 더 이상 △△△의 재무이사로 근무하지 못하게 함과 아울러 피해자의 사회적 가치나 평가가 훼손되

는 등의 불이익을 입게 할 의사가 있었기 때문이라는 점을 들어 이 부분 사실적시에 의한 명예훼손의 점을 유죄로 인정하였다.

(3) 당심의 판단

명예훼손죄가 성립하기 위하여는 특정인의 사회적 가치 내지 평가가 침해될 가능성이 있는 구체적인 사실을 적시하여야 하는바, 어떤 표현이 명예훼손적인지 여부는 그 표현에 대한 사회 통념에 따른 객관적 평가에 의하여 판단하여야 한다(대법원 2007. 10. 25. 선고 2007도5077 판결 등 참조).

기록에 따라 인정되는 아래와 같은 사정들에 비추어 보면 검사가 원심에 제출한 증거들만으로는 위 공소사실을 인정할 증거가 없다.

① 피고인의 말을 직접 들은 공소외 3은 원심법정에서 피고인으로부터 피해자가 지분을 속였다거나 인감도장을 훔치려 했다는 말을 들은 것은 아니고, 단지 피고인과 피해자 사이에 지분계산에 있어 의견충돌이 있는데 ‘나는 숫자가 왜 이렇게 되는지 모르겠다.’

‘고 한 것과 ‘피해자가 인감도장을 가지고 가려고 했다.

‘는 말을 들었다고 진술하고 있어서, 위 진술만으로는 피고인이 공소외 3에게 공소사실 기재와 같이 ‘인감도장을 훔치려 하였다거나 지분을 속여서 가지고 갔다’는 말을 하였다는 점을 인정하기에 부족하다.

② 공소외 3의 위와 같은 원심법정에서의 진술에 비추어 볼 때, 피고인이 공소사실과 같은 말을 한 사실을 공소외 3으로부터 전해 들었다는 피해자의 고소장이나 피해자에 대한 명예훼손에 관한 진술조서의 기재는 이를 그대로 믿기 어려우며, 달리 위 공소사실을 인정할 증거가 없다.

③ 피고인이 지분에 관하여 언급한 내용은 피해자가 주장하는 지분비율에 의문을 제기한 것이어서 지분다툼과정에서의 단순한 의견표명에 불과하므로, 설령 공소외 3이 그 말을 듣고 피해자가 지분을 속여 더 가져갔다는 취지로 이해했더라도 그것이 피해자의 명예를 훼손할 만한 구체적인 사실을 적시한 것이라 볼 수 없고, 피해자가 단순히 인감도장을 가져가려 했다는 말 역시 그것이 피해자의 사회적 평가를 저하시킬 만한 사실에 해당한다고 보기 어렵다.

④ 앞서 본 피고인의 피해자에 대한 협박의 내용에 비추어 볼 때, 피고인이 공소외 3을 만난 의도는 피해자가 일하고 있던 △△△로부터 해고되도록 하는 것에 있었을 것인데, 이는 피고인이 공소외 3에게 피해자가 ○○○○○○의 대표이사로서 그 지분을 갖고 있다는 점을 알림으로써 의도한 효과를 달성하는데 충분하였을 것으로 보이는 점에 비추어 보면, 공소사실과 같은 사실을 적시함으로써 공연히 피해자의 명예를 훼손하려는 의사까지 있었다고 보기 어렵다.

따라서 위 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 피고인에게 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하여야 함에도, 이와 달리 사실적시에 의한 위 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있으므로, 이 점을 지적하는 위 피고인의 주장은 이유 있다.

3. 결론

그렇다면 원심판결 중 명예훼손 부분은 위에서 본 바와 같은 파기사유가 있고, 원심은 위 명예훼손의 점을 유죄로 인정하면서 실체적 경합범 관계에 있는 나머지 유죄 부분에 대하여 하나의 형을 선고하였으므로 나머지 유죄 부분도 파기를 면할 수 없다.

따라서 검사의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 아래와 같이 판결한다.

【이유】

1. 항소이유의 요지

가. 피고인(사실오인 및 법리오해)

(1) 상해의 점

(가) 피고인이 피해자와 실랑이를 벌이던 중 피해자의 손목을 잡아끌어 피해자가 손목과 손가락에 다소 통증을 느꼈더라도 이는 극히 경미한 상처에 불과하여 그것만으로 피해자의 신체의 건강상태가 불량하게 변경되었다거나 생활기능에 장애가 초래된 것으로 보기 어려워 피해자가 상해를 입었다고 볼 수 없다.

또한 이 사건 당시 휴대폰 너머로 '악'소리와 '우당탕' 소리 등을 들었다는 공소외 1(대판: 공소외인)의 진술은 통신비밀보호법 제14조 제1항에서 금지하는 '공개되지 아니한 타인 간의 대화를 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취'한 것이어서 같은 법 제14조 제2항과 제4조가 규정하고 있는 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없고, 공소외 1의 진술은 믿을 수 없을 뿐만 아니라 이 사건 상해진단서 내용만으로는 상해를 인정하기에 부족하고 달리 이 부분 공소사실을 유죄로 인정할 증거도 없다.

(나) 피고인의 행위는 피고인의 주머니에서 인감도장을 빼앗으려는 피해자를 막기 위한 소극적 방어행위로서 형법 제20조의 정당행위에 해당한다.

(2) 협박의 점

피고인이 피해자에게 보낸 2014. 4. 17.자 문자는 피해자의 말의 진위를 확인하겠다는 것에 불과하여 협박이라 볼 수 없고, 피고인이 피해자를 협박했다는 2014. 3. 23.경에는 피해자가 피고인에게 생일상을 차려줄 정도로 관계가 좋아 피고인이 피해자를 협박했다고 볼 수도 없다.

그리고 ○○○○○○는 멕시코 요리 전문점이 아닌 바비큐 전문점이어서 멕시코 요리 전문점인 △△△에 대한 영업금지의무위반이 문제될 여지가 없었고, 오히려 피해자가 먼저 멕시코 요리를 하자고 한 것일 뿐만 아니라, △△△ 사장은 피해자가 이미 ○○○○○○ 경영에 관련된 것을 알고 있었으므로, 피고인이 피해자에게 '△△△에 피해자가 ○○○○○○를 경영하고 있는 것을 알리겠다.

'고 한 것만으로는 피해자가 외포심을 느꼈다고 볼 수도 없다.

(3) 명예훼손의 점

피고인은 공소사실기재와 같이 '피해자 공소외 2가 ○○○○○○의 지분을 속였고 피고인의 인감도장을 훔쳐가려고 했다'는 말을 한 적이 없고 단지 피해자가 투자한 것보다 지분을 더 많이 가져갔고 인감도장을 가져가려 했다고 말한 것에 불과하다.

그런데 '투자한 것보다 지분을 더 가져갔다.

'는 것은 의견표명에 불과하여 명예훼손의 구체적 사실을 적시한 것이 아니고, 피고인이 피해자가 지분을 더 가져가려 했다거나 피고인의 인감도장을 가져가려 했다고 말한 것만으로는 피해자의 사회적 가치나 평가가 침해되었다고 볼 수도 없다.

또한 피고인에게 명예훼손의 고의도 없었다.

나. 검사(양형부당)

원심은 형량(벌금 700만 원)은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 상해의 점에 관하여

(1) 공소외 1 진술의 위법수집증거 여부

통신비밀보호법 제14조 제1항은 '누구든지 공개되지 아니한 타인 간의 대화를 전자장치 또는 기계적인 수단을 이용하여 청취할 수 없다'고 규정하고, 제14조 제2항 및 제4조는 '제14조 제1항을 위반한 청취에 의해 취득한 대화의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다'고 규정하고 있다.

그런데 통신비밀보호법 제1조가 '이 법이 통신 및 대화의 비밀과 자유에 대한 제한은 그 대상을 한정하고 엄격한 법적 절차를 거치도록 함으로써 통신비밀을 보호하고 통신의 자유를 신장함을 목적으로 한다.

'고 규정하면서 동법 제14조에서 특별히 타인 간의 대화의 비밀과 자유를 보장하는 규정을 두고 있는 점에 비추어 보면, 동법 제14조 제1항 및 제2항, 제4조에 의해 재판의 증거로 사용될 수 없는 것은 공개되지 아니한 타인 간의 '대화'이고 타인 간의 대화가 아닌 범행 당시의 발생한 음향이나 소리 등은 포함되지 않는다고 봄이 상당하다.

기록에 따르면, 공소외 1은 피해자와 전화 통화를 마쳤지만 전화가 끊기지 않은 상태에서 휴대전화를 통해 '악' 하는 소리와 '우당탕' 소리를 들었다는 것이고, 이는 범행당시 발생한 음향이나 소리에 불과하여 통신비밀보호법에서 보호하는 타인 간의 대화라고 볼 수 없다.

그러므로 그러한 소리를 들었다는 공소외 1의 진술은 통신비밀보호법 제14조 제1항, 제2항, 제4조에 의해 재판에서 증거로 사용할 수 없는 위법수집증거에 해당하지 아니한다.

(2) 상해 인정 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거, 특히 신빙성이 인정되는 피해자 및 공소외 1의 진술, 상해진단서의 기재를 종합하여 보면 피해자가 피고인으로부터 전치 2주간의 치료를 요하는 손가락 및 손목의 염좌 및 긴장, 손의 표재성 손상의 상해를 입었고 빈맥, 체온상승의 소견을 보인 사실을 인정할 수 있으므로, 피해자는 위와 같은 상처로 인하여 신체의 건강상태가 불량하게 변경되고 생활기능에 장애가 초래되었다 할 것이어서 이는 상해죄에서 말하는 상해에 해당하고, 피해자의 상해가 극히 하찮은 상처로서 굳이 치료할 필요가 없거나, 그로 인하여 건강상태를 침해하였다고 보기 어려운 경우에 해당한다고 볼 수 없다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

(3) 정당행위 여부

앞서 든 증거들에 따라 인정되는 이 사건 범행의 경위와 상황, 폭행의 정도에 비추어 보면, 피고인은 피해자와의 실랑이 도중 피해자의 손목을 잡아 끌고 피해자를 현관문 쪽으로 밀치는 등 적극적으로 피해자를 공격한 것으로 보인다.

따라서 피고인이 단순히 소극적으로 저항한 것이라고 볼 수는 없어 형법 제20조의 정당행위에 해당하지 아니한다.

피고인의 위 주장 역시 이유 없다.

나. 협박의 점에 관하여

원심은 거시 증거들을 종합하여 위 협박의 점에 관한 공소사실을 유죄로 인정하였고, 피고인의 위와 같은 취지의 주장에 대하여 판결 이유에서 자세히 실시하면서 위 주장을 배척하였다.

원심이 적절히 실시한 사정들에 더하여 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 통해 알 수 있는 아래와 같은 사정들에 비추어 보면, 원심의 그와 같은 판단은 정당하고 거기에 항소이유 주장과 같은 사실오인 및 법리오해의 위법이 없다.

따라서 피고인의 이 부분 주장 받아들일 수 없다.

① 피고인이 2014. 4. 17. 피해자에게 "○○○○○○는 지금 대표이사가 타의에 의해서 바뀌려고 하고 그로 인해 회사에 손해가 막대하다 그래서 저도 일단 공소외 3 사장과 공소외 4 사장을 만나 진위여부를 물어보려 합니다.

"라는 문자메시지를 보낸 사실, 2014. 4. 20. "△△△ 관두게 하고 싶었어요. 수율마다 심장이 벌렁거린다 피가 마른다 할 땐 더 그랬죠... △△△ 관두면 우리일에 더 몰두하리라 생각도 들었고 나중에 우리에게 더 이득이라 생각했죠."라는 문자메시지를 보낸 사실 등을 종합하여 보면, 피고인은 피해자가 △△△측에 피해자가 ○○○○○○의 대표이사인 것이 알려지는 것을 매우 두려워하는 것을 잘 알면서도, 피해자로 하여금 △△△를 그만두고 ○○○○○○ 경영에 전념하도록 하기 위해, 피해자에게 △△△에 피해자가 ○○○○○○를 경영한다는 사실을 알리겠다는 취지의 문자를 보낸 것이어서 이는 충분히 협박에 해당한다.

② 피고인은 항소이유에서와 같은 사유를 들어 피해자에게 외포심이 유발되었다고 볼 수 없다고 주장하나, 공소외 3도 원심법정에서 사건 당일 피해자가 ○○○○○○를 경영한다는 사실을 처음으로 알았다고 진술하여 공소외 3이 이 사건 전부터 이미 피해자가 ○○○○○○와 연관된 것을 알고 있었다고 볼 수 없는 점, 결국 피고인이 공소외 3에게 피해자가 ○○○○○○의 대표이사라는 것을 알림으로써 피해자가 △△△의 재무이사직을 그만두게 되었다는 점 등을 종합적으로 고려하면 피고인의 행위로 피해자가 외포심을 느꼈다고 봄이 상당하다.

다.

명예훼손의 점에 관하여

(1) 공소사실

피고인은 2014. 2.경 피해자와 레스토랑인 ○○○○○○를 공동경영하기로 하는 계약을 체결하고, 피해자는 위 회사의 대표이사에 취임하였는데, 피해자가 동종회사인 △△△에 근무하면서 위 ○○○○○○를 경영한다는 사실로 △△△로부터 고소를 당할 위기에 처하게 되자, 피해자는 ○○○○○○의 대표이사를 그만두려 하였고, 피고인은 피해자로 하여금 ○○○○○○ 경영에 전념하게 하도록 위 △△△를 그만두게 하는 한편, 피해자가 계속 대표이사

직을 유지하도록 함으로써 자신은 ○○○○○○에 대한 책임을 지지 않으려고 마음먹었다.

이에 피고인은 2014. 4. 17. 17:00경 서울 강남구 (주소 1 생략)에 있는 □□□□ 커피숍에서 위 △△△의 사장 공소외 3에게 '피해자가 피고인의 인감을 훔치려 하였고, ○○○○○○의 지분을 속여서 가지고 갔다'고 말하였다.

이로써 피고인은 공연히 허위의 사실을 적시하여 피해자의 명예를 훼손하였다.

(2) 원심의 판단

(가) 허위 사실적시 명예훼손의 점에 관하여는 이유무죄

원심은 피고인이 공소외 3에게 말한 ○○○○○○ 지분 관련 부분은 다소 과장된 표현일 뿐 그 중요부분이 객관적 사실에 합치되어 허위사실이라고 단정할 수 없고 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 허위사실 적시 명예훼손의 점에 관하여는 무죄로 판단하면서 뒤에서 보는 바와 같이 이 부분 공소사실에 포함된 판시 사실적시에 의한 명예훼손죄를 유죄로 인정하여 따로 무죄를 선고하지는 아니하였다(검사는 단지 양형부당만을 항소이유로 삼을 뿐, 이 부분 무죄 판단에 대하여는 항소하지 아니하였다).

따라서 원심판결 중 위 이유 무죄 부분은, 상소불가분의 원칙에 따라 그 부분도 이 법원에 이심되기는 하나, 이미 당사자 간의 공격·방어의 대상으로부터 벗어나 사실상 심판대상에서부터도 이탈하게 되므로 이 법원으로서도 그 부분에까지 나아가 판단할 수 없다.

결국 이 법원의 심판범위는 원심이 유죄로 판단한 부분에 한정된다).

(나) 사실적시 명예훼손의 점에 관하여는 유죄

원심은 그 판시 증거를 종합하여 피해자가 피고인의 인감도장을 훔치거나 동업관계에서 지분을 속였다는 것은 모두 피해자의 사회적 가치 내지 평가를 침해할 수 있는 내용인 점, 피고인이 당시 공소외 3에게 피해자와의 동업관계에 갈등이 있다는 말을 할 아무런 이유가 없음에도 자발적으로 그러한 말을 한 것은 공소외 3에게 그러한 내용을 알림으로써 피해자가 더 이상 △△△의 재무이사로 근무하지 못하게 함과 아울러 피해자의 사회적 가치나 평가가 훼손되는 등의 불이익을 입게 할 의사가 있었기 때문이라는 점을 들어 이 부분 사실적시에 의한 명예훼손의 점을 유죄로 인정하였다.

(3) 당심의 판단

명예훼손죄가 성립하기 위하여는 특정인의 사회적 가치 내지 평가가 침해될 가능성이 있는 구체적인 사실을 적시하여야 하는바, 어떤 표현이 명예훼손적인지 여부는 그 표현에 대한 사회 통념에 따른 객관적 평가에 의하여 판단하여야 한다(대법원 2007. 10. 25. 선고 2007도5077 판결 등 참조).

기록에 따라 인정되는 아래와 같은 사정들에 비추어 보면 검사가 원심에 제출한 증거들만으로는 위 공소사실을 인정할 증거가 없다.

① 피고인의 말을 직접 들은 공소외 3은 원심법정에서 피고인으로부터 피해자가 지분을 속였다거나 인감도장을 훔치려 했다는 말을 들은 것은 아니고, 단지 피고인과 피해자 사이에 지분계산에 있어 의견충돌이 있는데 '나는 숫자가 왜 이렇게 되는지 모르겠다.

'고 한 것과 '피해자가 인감도장을 가지고 가려고 했다.

'는 말을 들었다고 진술하고 있어서, 위 진술만으로는 피고인이 공소외 3에게 공소사실 기재와 같이 '인감도장을 훔치려 하였다거나 지분을 속여서 가지고 갔다'는 말을 하였다는 점을 인정하기에 부족하다.

- ② 공소외 3의 위와 같은 원심법정에서의 진술에 비추어 볼 때, 피고인이 공소사실과 같은 말을 한 사실을 공소외 3으로부터 전해 들었다는 피해자의 고소장이나 피해자에 대한 명예훼손에 관한 진술조서의 기재는 이를 그대로 믿기 어려우며, 달리 위 공소사실을 인정할 증거가 없다.
- ③ 피고인이 지분에 관하여 언급한 내용은 피해자가 주장하는 지분비율에 의문을 제기한 것이어서 지분다툼과정에서의 단순한 의견표명에 불과하므로, 설령 공소외 3이 그 말을 듣고 피해자가 지분을 속여 더 가져갔다는 취지로 이해했더라도 그것이 피해자의 명예를 훼손할 만한 구체적인 사실을 적시한 것이라 볼 수 없고, 피해자가 단순히 인감도장을 가져가려 했다는 말 역시 그것이 피해자의 사회적 평가를 저하시킬 만한 사실에 해당한다고 보기 어렵다.
- ④ 앞서 본 피고인의 피해자에 대한 협박의 내용에 비추어 볼 때, 피고인이 공소외 3을 만난 의도는 피해자가 일하고 있던 △△△로부터 해고되도록 하는 것에 있었을 것인데, 이는 피고인이 공소외 3에게 피해자가 ○○○○○○의 대표이사로서 그 지분을 갖고 있다는 점을 알림으로써 의도한 효과를 달성하는데 충분하였을 것으로 보이는 점에 비추어 보면, 공소사실과 같은 사실을 적시함으로써 공연히 피해자의 명예를 훼손하려는 의사까지 있었다고 보기 어렵다.

따라서 위 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 피고인에게 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하여야 함에도, 이와 달리 사실적시에 의한 위 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있으므로, 이 점을 지적하는 위 피고인의 주장은 이유 있다.

3. 결론

그렇다면 원심판결 중 명예훼손 부분은 위에서 본 바와 같은 파기사유가 있고, 원심은 위 명예훼손의 점을 유죄로 인정하면서 실체적 경합범 관계에 있는 나머지 유죄 부분에 대하여 하나의 형을 선고하였으므로 나머지 유죄 부분도 파기를 면할 수 없다.

따라서 검사의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 아래와 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인(사실오인 및 법리오해)

(1) 상해의 점

(가) 피고인이 피해자와 실랑이를 벌이던 중 피해자의 손목을 잡아끌어 피해자가 손목과 손가락에 다소 통증을 느꼈더라도 이는 극히 경미한 상처에 불과하여 그것만으로 피해자의 신체의 건강상태가 불량하게 변경되었다거나 생활기능에 장애가 초래된 것으로 보기 어려워 피해자가 상해를 입었다고 볼 수 없다.

또한 이 사건 당시 휴대폰 너머로 '악'소리와 '우당탕' 소리 등을 들었다는 공소외 1(대판: 공소외인)의 진술은 통신비밀보호법 제14조 제1항에서 금지하는 '공개되지 아니한 타인 간의 대화를 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취'한 것이어서 같은 법 제14조 제2항과 제4조가 규정하고 있는 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없고, 공소외

1의 진술은 믿을 수 없을 뿐만 아니라 이 사건 상해진단서 내용만으로는 상해를 인정하기에 부족하고 달리 이 부분 공소사실을 유죄로 인정할 증거도 없다.

(나) 피고인의 행위는 피고인의 주머니에서 인감도장을 빼앗으려는 피해자를 막기 위한 소극적 방어행위로서 형법 제 20조의 정당행위에 해당한다.

(2) 협박의 점

피고인이 피해자에게 보낸 2014. 4. 17.자 문자는 피해자의 말의 진위를 확인하겠다는 것에 불과하여 협박이라 볼 수 없고, 피고인이 피해자를 협박했다는 2014. 3. 23.경에는 피해자가 피고인에게 생일상을 차려줄 정도로 관계가 좋아 피고인이 피해자를 협박했다고 볼 수도 없다.

그리고 ○○○○○○는 멕시코 요리 전문점이 아닌 바비큐 전문점이어서 멕시코 요리 전문점인 △△△에 대한 영업금지의무위반이 문제될 여지가 없었고, 오히려 피해자가 먼저 멕시코 요리를 하자고 한 것일 뿐만 아니라, △△△ 사장은 피해자가 이미 ○○○○○○ 경영에 관련된 것을 알고 있었으므로, 피고인이 피해자에게 '△△△에 피해자가 ○○○○○○를 경영하고 있는 것을 알리겠다.

'고 한 것만으로는 피해자가 외포심을 느꼈다고 볼 수도 없다.

(3) 명예훼손의 점

피고인은 공소사실기재와 같이 '피해자 공소외 2가 ○○○○○○의 지분을 속였고 피고인의 인감도장을 훔쳐가려고 했다'는 말을 한 적이 없고 단지 피해자가 투자한 것보다 지분을 더 많이 가져갔고 인감도장을 가져가려 했다고 말한 것에 불과하다.

그런데 '투자한 것보다 지분을 더 가져갔다.

'는 것은 의견표명에 불과하여 명예훼손의 구체적 사실을 적시한 것이 아니고, 피고인이 피해자가 지분을 더 가져가려 했다거나 피고인의 인감도장을 가져가려 했다고 말한 것만으로는 피해자의 사회적 가치나 평가가 침해되었다고 볼 수도 없다.

또한 피고인에게 명예훼손의 고의도 없었다.

나. 검사(양형부당)

원심은 형량(벌금 700만 원)은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 상해의 점에 관하여

(1) 공소외 1 진술의 위법수집증거 여부

통신비밀보호법 제14조 제1항은 '누구든지 공개되지 아니한 타인 간의 대화를 전자장치 또는 기계적인 수단을 이용하여 청취할 수 없다'고 규정하고, 제14조 제2항 및 제4조는 '제14조 제1항을 위반한 청취에 의해 취득한 대화의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다'고 규정하고 있다.

그런데 통신비밀보호법 제1조가 '이 법이 통신 및 대화의 비밀과 자유에 대한 제한은 그 대상을 한정하고 엄격한 법적 절차를 거치도록 함으로써 통신비밀을 보호하고 통신의 자유를 신장함을 목적으로 한다.

‘고 규정하면서 동법 제14조에서 특별히 타인 간의 대화의 비밀과 자유를 보장하는 규정을 두고 있는 점에 비추어 보면, 동법 제14조 제1항 및 제2항, 제4조에 의해 재판의 증거로 사용될 수 없는 것은 공개되지 아니한 타인 간의 ‘대화’이고 타인 간의 대화가 아닌 범행 당시의 발생한 음향이나 소리 등은 포함되지 않는다고 봄이 상당하다.

기록에 따르면, 공소외 1은 피해자와 전화 통화를 마쳤지만 전화가 끊기지 않은 상태에서 휴대전화를 통해 ‘악’ 하는 소리와 ‘우당탕’ 소리를 들었다는 것이고, 이는 범행당시 발생한 음향이나 소리에 불과하여 통신비밀보호법에서 보호하는 타인 간의 대화라고 볼 수 없다.

그러므로 그러한 소리를 들었다는 공소외 1의 진술은 통신비밀보호법 제14조 제1항, 제2항, 제4조에 의해 재판에서 증거로 사용할 수 없는 위법수집증거에 해당하지 아니한다.

(2) 상해 인정 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거, 특히 신빙성이 인정되는 피해자 및 공소외 1의 진술, 상해진단서의 기재를 종합하여 보면 피해자가 피고인으로부터 전치 2주간의 치료를 요하는 손가락 및 손목의 염좌 및 긴장, 손의 표재성 손상의 상해를 입었고 빈맥, 체온상승의 소견을 보인 사실을 인정할 수 있으므로, 피해자는 위와 같은 상처로 인하여 신체의 건강상태가 불량하게 변경되고 생활기능에 장애가 초래되었다 할 것이어서 이는 상해죄에서 말하는 상해에 해당하고, 피해자의 상해가 극히 하찮은 상처로서 굳이 치료할 필요가 없다거나, 그로 인하여 건강상태를 침해하였다고 보기 어려운 경우에 해당한다고 볼 수 없다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

(3) 정당행위 여부

앞서 든 증거들에 따라 인정되는 이 사건 범행의 경위와 상황, 폭행의 정도에 비추어 보면, 피고인은 피해자와의 실랑이 도중 피해자의 손목을 잡아 끌고 피해자를 현관문 쪽으로 밀치는 등 적극적으로 피해자를 공격한 것으로 보인다.

따라서 피고인이 단순히 소극적으로 저항한 것이라고 볼 수는 없어 형법 제20조의 정당행위에 해당하지 아니한다.

피고인의 위 주장 역시 이유 없다.

나. 협박의 점에 관하여

원심은 거시 증거들을 종합하여 위 협박의 점에 관한 공소사실을 유죄로 인정하였고, 피고인의 위와 같은 취지의 주장에 대하여 판결 이유에서 자세히 실시하면서 위 주장을 배척하였다.

원심이 적절히 실시한 사정들에 더하여 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 통해 알 수 있는 아래와 같은 사정들에 비추어 보면, 원심의 그와 같은 판단은 정당하고 거기에 항소이유 주장과 같은 사실오인 및 법리오해의 위법이 없다.

따라서 피고인의 이 부분 주장 받아들일 수 없다.

- ① 피고인이 2014. 4. 17. 피해자에게 “○○○○○○는 지금 대표이사가 타의에 의해서 바뀌려고 하고 그로 인해 회사에 손해가 막대하다 그래서 저도 일단 공소외 3 사장과 공소외 4 사장을 만나 진위여부를 물어보려 합니다.

"라는 문자메시지를 보낸 사실, 2014. 4. 20. "△△△ 관두게 하고 싶었어요. 수올마다 심장이 벌렁거린다 피가 마른다 할 땐 더 그랬죠... △△△ 관두면 우리일에 더 몰두하리라 생각도 들었고 나중에 우리에게 더 이득이라 생각했죠."라는 문자메시지를 보낸 사실 등을 종합하여 보면, 피고인은 피해자가 △△△측에 피해자가 ○○○○○○의 대표이사인 것이 알려지는 것을 매우 두려워하는 것을 잘 알면서도, 피해자로 하여금 △△△를 그만두고 ○○○○○○ 경영에 전념하도록 하기 위해, 피해자에게 △△△에 피해자가 ○○○○○○를 경영한다는 사실을 알리겠다는 취지의 문자를 보낸 것이어서 이는 충분히 협박에 해당한다.

- ② 피고인은 항소이유에서와 같은 사유를 들어 피해자에게 외포심이 유발되었다고 볼 수 없다고 주장하나, 공소외 3도 원심법정에서 사건 당일 피해자가 ○○○○○○를 경영한다는 사실을 처음으로 알았다고 진술하여 공소외 3이 이 사건 전부터 이미 피해자가 ○○○○○○와 연관된 것을 알고 있었다고 볼 수 없는 점, 결국 피고인이 공소외 3에게 피해자가 ○○○○○○의 대표이사라는 것을 알림으로써 피해자가 △△△의 재무이사직을 그만두게 되었다는 점 등을 종합적으로 고려하면 피고인의 행위로 피해자가 외포심을 느꼈다고 봄이 상당하다.

다.

명예훼손의 점에 관하여

(1) 공소사실

피고인은 2014. 2.경 피해자와 레스토랑인 ○○○○○○를 공동경영하기로 하는 계약을 체결하고, 피해자는 위 회사의 대표이사에 취임하였는데, 피해자가 동종회사인 △△△에 근무하면서 위 ○○○○○○를 경영한다는 사실로 △△△로부터 고소를 당할 위기에 처하게 되자, 피해자는 ○○○○○○의 대표이사를 그만두려 하였고, 피고인은 피해자로 하여금 ○○○○○○ 경영에 전념하게 하도록 위 △△△를 그만두게 하는 한편, 피해자가 계속 대표이사직을 유지하도록 함으로써 자신은 ○○○○○○에 대한 책임을 지지 않으려고 마음먹었다.

이에 피고인은 2014. 4. 17. 17:00경 서울 강남구 (주소 1 생략)에 있는 □□□□ 커피숍에서 위 △△△의 사장 공소외 3에게 '피해자가 피고인의 인감을 훔치려 하였고, ○○○○○○의 지분을 속여서 가지고 갔다'고 말하였다.

이로써 피고인은 공연히 허위의 사실을 적시하여 피해자의 명예를 훼손하였다.

(2) 원심의 판단

(가) 허위 사실적시 명예훼손의 점에 관하여는 이유무죄

원심은 피고인이 공소외 3에게 말한 ○○○○○○ 지분 관련 부분은 다소 과장된 표현일 뿐 그 중요부분이 객관적 사실에 합치되어 허위사실이라고 단정할 수 없고 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 허위사실 적시 명예훼손의 점에 관하여는 무죄로 판단하면서 뒤에서 보는 바와 같이 이 부분 공소사실에 포함된 판시 사실적시에 의한 명예훼손죄를 유죄로 인정하여 따로 무죄를 선고하지는 아니하였다(검사는 단지 양형부당만을 항소이유로 삼을 뿐, 이 부분 무죄 판단에 대하여는 항소하지 아니하였다).

따라서 원심판결 중 위 이유 무죄 부분은, 상소불가분의 원칙에 따라 그 부분도 이 법원에 이심되기는 하나, 이미 당사자 간의 공격·방어의 대상으로부터 벗어나 사실상 심판대상에서부터도 이탈하게 되므로 이 법원으로서도 그 부분에까지 나아가 판단할 수 없다.

결국 이 법원의 심판범위는 원심이 유죄로 판단한 부분에 한정된다).

(나) 사실적시 명예훼손의 점에 관하여는 유죄

원심은 그 판시 증거를 종합하여 피해자가 피고인의 인감도장을 훔치거나 동업관계에서 지분을 속였다는 것은 모두 피해자의 사회적 가치 내지 평가를 침해할 수 있는 내용인 점, 피고인이 당시 공소외 3에게 피해자와의 동업관계에 갈등이 있다는 말을 할 아무런 이유가 없음에도 자발적으로 그러한 말을 한 것은 공소외 3에게 그러한 내용을 알림으로써 피해자가 더 이상 △△△의 재무이사로 근무하지 못하게 함과 아울러 피해자의 사회적 가치나 평가가 훼손되는 등의 불이익을 입게 할 의사가 있었기 때문이라는 점을 들어 이 부분 사실적시에 의한 명예훼손의 점을 유죄로 인정하였다.

(3) 당심의 판단

명예훼손죄가 성립하기 위하여는 특정인의 사회적 가치 내지 평가가 침해될 가능성이 있는 구체적인 사실을 적시하여야 하는바, 어떤 표현이 명예훼손적인지 여부는 그 표현에 대한 사회 통념에 따른 객관적 평가에 의하여 판단하여야 한다(대법원 2007. 10. 25. 선고 2007도5077 판결 등 참조).

기록에 따라 인정되는 아래와 같은 사정들에 비추어 보면 검사가 원심에 제출한 증거들만으로는 위 공소사실을 인정할 증거가 없다.

① 피고인의 말을 직접 들은 공소외 3은 원심법정에서 피고인으로부터 피해자가 지분을 속였거나 인감도장을 훔치려 했다는 말을 들은 것은 아니고, 단지 피고인과 피해자 사이에 지분계산에 있어 의견충돌이 있는데 '나는 숫자가 왜 이렇게 되는지 모르겠다.

'고 한 것과 '피해자가 인감도장을 가지고 가려고 했다.

'는 말을 들었다고 진술하고 있어서, 위 진술만으로는 피고인이 공소외 3에게 공소사실 기재와 같이 '인감도장을 훔치려 하였다거나 지분을 속여서 가지고 갔다'는 말을 하였다는 점을 인정하기에 부족하다.

② 공소외 3의 위와 같은 원심법정에서의 진술에 비추어 볼 때, 피고인이 공소사실과 같은 말을 한 사실을 공소외 3으로부터 전해 들었다는 피해자의 고소장이나 피해자에 대한 명예훼손에 관한 진술조서의 기재는 이를 그대로 믿기 어려우며, 달리 위 공소사실을 인정할 증거가 없다.

③ 피고인이 지분에 관하여 언급한 내용은 피해자가 주장하는 지분비율에 의문을 제기한 것이어서 지분다툼과정에서의 단순한 의견표명에 불과하므로, 설령 공소외 3이 그 말을 듣고 피해자가 지분을 속여 더 가져갔다는 취지로 이해했더라도 그것이 피해자의 명예를 훼손할 만한 구체적인 사실을 적시한 것이라 볼 수 없고, 피해자가 단순히 인감도장을 가져가려 했다는 말 역시 그것이 피해자의 사회적 평가를 저하시킬 만한 사실에 해당한다고 보기 어렵다.

④ 앞서 본 피고인의 피해자에 대한 협박의 내용에 비추어 볼 때, 피고인이 공소외 3을 만난 의도는 피해자가 일하고 있던 △△△로부터 해고되도록 하는 것에 있었을 것인데, 이는 피고인이 공소외 3에게 피해자가 ○○○○○○의 대표이사로서 그 지분을 갖고 있다는 점을 알림으로써 의도한 효과를 달성하는데 충분하였을 것으로 보이는 점에 비추어 보면, 공소사실과 같은 사실을 적시함으로써 공연히 피해자의 명예를 훼손하려는 의사까지 있었다고 보기 어렵다.

따라서 위 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하여 피고인에게 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하여야 함에도, 이와 달리 사실적시에 의한 위 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있으므로, 이 점을 지적하는 위 피고인의 주장은 이유 있다.

3. 결론

그렇다면 원심판결 중 명예훼손 부분은 위에서 본 바와 같은 파기사유가 있고, 원심은 위 명예훼손의 점을 유죄로 인정하면서 실체적 경합범 관계에 있는 나머지 유죄 부분에 대하여 하나의 형을 선고하였으므로 나머지 유죄 부분도 파기를 면할 수 없다.

따라서 검사의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 아래와 같이 판결한다.