

사기·사기미수·무고·상해·폭행·명예훼손·강제집행면탈·폭력행위등

처벌에관한법률위반

[대법원 1998. 9. 8. 98도1949]



【판시사항】

- [1] 강제집행면탈죄의 성립요건
- [2] 강제집행면탈죄에 있어서 허위양도 또는 은닉의 의미 및 채권자를 해하는 결과발생이 필요한지 여부(소극)
- [3] 소송사기죄를 적용함에 있어 유의할 사항
- [4] 무고죄에 있어서 고소사실의 허위성에 대한 인식 요부(적극)
- [5] 고소내용이 사실에 기초하여 그 정황을 다소 과장한 경우, 무고죄의 성립 여부(소극)
- [6] 명예훼손죄에 있어서 공연성의 의미

【판결요지】

- [1] 형법 제327조의 강제집행면탈죄는 채무자가 현실적으로 민사소송법에 의한 강제집행 또는 가압류, 가처분의 집행을 받을 우려가 있는 객관적인 상태 즉 적어도 채권자가 민사소송을 제기하거나 가압류, 가처분의 신청을 할 기세를 보이고 있는 상태에서, 채무자가 강제집행을 면탈할 목적으로, 재산을 은닉, 손괴, 허위양도하거나 허위의 채무를 부담하여 채권자를 해할 위험이 있는 경우에 성립한다.
- [2] 강제집행면탈죄에 있어서 허위양도라 함은 실제로 양도의 진의가 없음에도 불구하고 표면상 양도의 형식을 취하여 재산의 소유명의를 변경시키는 것이고, 은닉이라 함은 강제집행을 실시하는 자가 채무자의 재산을 발견하는 것을 불능 또는 곤란하게 만드는 것을 말하는바, 진의에 의하여 재산을 양도하였다면 설령 그것이 강제집행을 면탈할 목적으로 이루어진 것으로서 채권자의 불이익을 초래하는 결과가 되었다고 하더라도 강제집행면탈죄의 허위양도 또는 은닉에는 해당하지 아니한다고 보아야 할 것이며, 한편 그와 같은 행위로 인하여 채권자를 해할 위험이 있으면 강제집행면탈죄가 성립하고 반드시 현실적으로 채권자를 해하는 결과가 야기되어야만 강제집행면탈죄가 성립하는 것은 아니다.
- [3] 소송사기는 법원을 기망하여 제3자의 재물을 편취할 것을 기도하는 것을 내용으로 하는 범죄로서, 그 이면에는 필연적으로 누구든지 자기에게 유리한 법률상의 주장을 하고 민사재판을 통하여 권리구제를 받을 수 있다는 이념과의 상치가 문제되므로 양자의 조정을 위하여서도 그 적용은 엄격함을 요한다 할 것이니, 피고인이 범행을 인정한 경우 외에는 그 소송상의 주장이 사실과 다른 것임이 객관적으로 명백하거나 증거를 조작하려고 한 흔적이 있는 등의 경우 외에는 이를 유죄로 인정하기 위하여는 각별한 주의가 필요하다.
- [4] 무고죄는 타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적으로 공무소 또는 공무원에 대하여 허위의 사실을 신고하는 때에 성립하는 것인데, 여기에서 허위사실의 신고라 함은 신고사실이 객관적 사실에 반한다는 것을 확정적이거나 미필적으로 인식하고 신고하는 것을 말하는 것으로서, 설령 고소사실이 객관적 사실에 반하는 허위의 것이라 할지라도 그 허위성에 대한 인식이 없을 때에는 무고에 대한 고의가 없다.
- [5] 고소내용이 터무니 없는 허위사실이 아니고 사실에 기초하여 그 정황을 다소 과장한 데 지나지 아니한 경우에는 무고죄가 성립하지 아니한다.

- [6] 형법 제307조 제2항의 허위사실적시에 의한 명예훼손죄에 있어서의 공연성은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미하므로 비록 개별적으로 한 사람에 대하여 사실을 유포하더라도 이로부터 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있으면 공연성이 있고, 반면에 그와 같은 가능성이 없으면 공연성이 없다.

【참조조문】

- [1] 형법 제327조
- [2] 형법 제327조
- [3] 형법 제347조
- [4] 형법 제156조
- [5] 형법 제156조
- [6] 형법 제307조 제2항

【참조판례】

- [1]
- [2] 대법원 1994. 10. 14. 선고 94도2056 판결(공1994하, 3039), 대법원 1996. 1. 26. 선고 95도2526 판결(공1996상, 848) / [1] 대법원 1979. 4. 10. 선고 78도2370 판결(공1979, 11953), 대법원 1984. 3. 13. 선고 84도18 판결(공1984, 668) /
- [2] 대법원 1982. 7. 27. 선고 80도382 판결(공1982, 839), 대법원 1983. 9. 27. 선고 83도1869 판결(공1983, 1635), 대법원 1986. 8. 19. 선고 86도1191 판결(공1986, 1272), 대법원 1990. 3. 23. 선고 89도2506 판결(공1990, 1012) /
- [3] 대법원 1992. 2. 25. 선고 91도2666 판결(공1992, 1208), 대법원 1997. 7. 22. 선고 96도2422 판결(공1997하, 2592), 대법원 1998. 2. 27. 선고 97도2786 판결(공1998상, 963) /
- [4] 대법원 1983. 11. 8. 선고 83도2354 판결(공1984, 60), 대법원 1988. 9. 27. 선고 88도99 판결(공1988, 1357), 대법원 1995. 12. 5. 선고 95도231 판결(공1996상, 313) /
- [5] 대법원 1990. 11. 9. 선고 90도1706 판결(공1991, 128), 대법원 1994. 1. 11. 선고 93도2995 판결(공1994상, 748), 대법원 1995. 2. 24. 선고 94도3068 판결(공1995상, 1514), 대법원 1995. 12. 22. 선고 95도414 판결(공1996상, 622), 대법원 1996. 5. 31. 선고 96도771 판결(공1996하, 2093) /
- [6] 대법원 1986. 9. 23. 선고 86도556 판결(공1986, 2993), 대법원 1990. 7. 24. 선고 90도1167 판결(공1990, 1834), 대법원 1992. 5. 26. 선고 92도445 판결(공1992, 2065), 대법원 1994. 9. 30. 선고 94도1880 판결(공1994하, 2919), 대법원 1996. 7. 12. 선고 96도1007 판결(공1996하, 2567)

【전문】

【피 고 인】 피고인 1 외 1인

【상 고 인】 피고인들 및 검사

【변 호 인】 변호사 최성락

【원심판결】 창원지법 1998. 6. 9. 선고 98노534 판결

【주 문】

원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄 부분과 피고인 2에 대한 부분을 각 파기하여 그 부분 사건을 창원지방법원 본원 합의부에 환송한다.

검사의 상고를 기각한다.

【이 유】 1. 피고인들의 상고이유를 판단한다.

가. 피고인들의 강제집행면탈죄에 대하여

(1) 형법 제327조의 강제집행면탈죄의 성립 요건

형법 제327조의 강제집행면탈죄는 채무자가 현실적으로 민사소송법에 의한 강제집행 또는 가압류, 가처분의 집행을 받을 우려가 있는 객관적인 상태 즉 적어도 채권자가 민사소송을 제기하거나 가압류, 가처분의 신청을 할 기세를 보이고 있는 상태에서, 채무자가 강제집행을 면탈할 목적으로, 재산을 은닉, 손괴, 허위양도하거나 허위의 채무를 부담하여 채권자를 해할 위험이 있는 경우에 성립한다(대법원 1996. 1. 26. 선고 95도2526 판결, 1979. 4. 10. 선고 78도2370 판결 등 참조).

강제집행면탈죄에 있어서 허위양도라 함은 실제로 양도의 진의가 없음에도 불구하고 표면상 양도의 형식을 취하여 재산의 소유명의를 변경시키는 것이고, 은닉이라 함은 강제집행을 실시하는 자가 채무자의 재산을 발견하는 것을 불능 또는 곤란하게 만드는 것을 말하는바, 진의에 의하여 재산을 양도하였다면 설령 그것이 강제집행을 면탈할 목적으로 이루어진 것으로서 채권자의 불이익을 초래하는 결과가 되었다고 하더라도 강제집행면탈죄의 허위양도 또는 은닉에는 해당하지 아니한다고 보아야 할 것임(대법원 1986. 8. 19. 선고 86도1191 판결, 1983. 9. 27. 선고 83도1869 판결, 1982. 7. 27. 선고 80도382 판결 등 참조)은 논하는 바와 같다.

한편 그와 같은 행위로 인하여 채권자를 해할 위험이 있으면 강제집행면탈죄가 성립하고 반드시 현실적으로 채권자를 해하는 결과가 야기되어야만 강제집행면탈죄가 성립하는 것은 아니다(대법원 1996. 1. 26. 선고 95도2526 판결, 1994. 10. 14. 선고 94도2056 판결, 1990. 3. 23. 선고 89도2506 판결 등 참조).

(2) 피고인 1이 현실적으로 민사소송법에 의한 강제집행이나 가압류집행 등을 당할 우려가 있는 객관적인 상태에 있었는지 여부

이 사건의 경우 기록에 의하여 살펴보면 1996. 2. 22. 당시 농업협동조합중앙회(취급점 ○○군 지부, 이하 농협이라고 한다)는 피고인 1에 대하여 원리금 합계 금 237,371,208원의 채권을 가지고 있었는데, 그 중 원리금 173,784,595원의 채권은 피고인 1 소유의 경남 ○○읍△△리 430 답 2,443㎡와 같은 리 430의 1 답 658㎡(이하 △△리 토지들이라고 한다)와 그 지상 건물 및 ○○군□□면◇◇리 123의 1 임야 5,356㎡, 산 126 임야 7,934㎡, 산 126의 2 임야 7,422㎡, 1162 답 1,689㎡, 1163 답 288㎡, 1171 잡종지 2,008㎡, 1171의 1 전 795㎡, 1172 전 3,035㎡, 1173 답 271㎡, 1175 전 539㎡, 1176 전 493㎡, 1177의 2 전 496㎡, 1179의 2 전 423㎡, 1180의 5 잡종지 512㎡, 1181 전 1,610㎡, 1182 전 2,579㎡, 1183의 2 전 1,213㎡(이하 ◇◇리 토지들이라고 한다)를 담보로 한 대출로 생긴 것이고, △△리 토지들과 그 지상 건물에 대하여는 농협 명의의 채권최고액 금 56,000,000원의 근저당권이 설정되어 있었고, ◇◇리 토지들에 대하여는 농협 명의의 채권최고액 금 160,000,000원의 근저당권이 설정되어 있었으며, 나머지 금 63,586,053원의 채권은 물적 담보 없는 대출로 생긴 것이고, 농협은 물적 담보가 제공되어 있지 아니한 채권 중 피

고인 1의 아내로서 원심 공동피고인 1이 보증한 채권을 확보하기 위하여 이미 원심 공동피고인 1의 봉급채권을 가압류하고 있었으며, 내부적으로 위 담보 부동산들에 대하여 저당권을 실행하고 잔존 채권이 발생하면 계속적인 재산추적을 통하여 강제적으로 채권회수를 할 의사를 결정하고, 농협 ○○군 지부 채권관리 담당직원인 공소외 1이 1996. 2. 20.경 구두로 피고인 1에게 채무를 변제하라고 독촉을 하였음을 알 수 있고, 또한 피고인 1은 농협의 신청에 의하여 피고인 1 소유의 △△리 토지들과 그 지상 건물 및 ◇◇리 토지들에 대한 담보권 실행을 위한 경매절차가 개시된 1996. 3. 20. 당시 자신의 부채는 총액 800,000,000원 정도이었다고 하고 있음을 알 수 있는바, 이와 같은 상황이라면 비록 위 담보권 실행을 위한 경매절차에서 경매목적물의 감정가액이 금 309,906,286원으로서 그 피담보채무액을 훨씬 상회하였고, 위 담보권 실행을 위한 경매절차가 진행된 결과 실제로 경매목적물이 금 251,110,000원에 낙찰되어 경매비용 금 4,565,870원을 제하고 농협이 금 208,811,350원을 배당받고, 나머지가 있어서 후순위 근저당권자인 공소외 2 주식회사도 금 37,732,780원을 배당받았고, 또한 농협이 당시 피고인 1 경영의 ◇◇리 토지들 지상의 난농원 1에 보관되어 있었던 난에 대하여는 경매신청을 할 계획이 없었다 하더라도 객관적으로 보아 피고인 1은 당시 현실적으로 그 일반재산에 대하여 민사소송법에 의한 강제집행이나 가압류집행 등을 당할 우려가 있는 객관적인 상태에 있었다고 할 수 있다.

이 점에 대한 원심의 판단은 세부적인 부분에 있어서 이와 다른 점은 있으나 결론적으로 피고인 1은 당시 현실적으로 그 일반재산에 대하여 민사소송법에 의한 강제집행이나 가압류집행 등을 당할 우려가 있는 객관적인 상태에 있었다고 본 점에서는 옳다 할 것이므로 이 점에 대한 논지는 이유가 없다.

(3) 피고인들이 난농원 1에 있던 난 배양병을 난농원 2로 옮겨 놓은 것이 은닉에 해당하는지 여부

원심판결 이유에 의하면, 원심이 인용한 제1심판결이 채택한 증거들 중에는 공소외 3이 1996. 4. 14.경 난농원 1에 있던 난 배양병을 피고인들이 공모하여 피고인 2 경영의 △△리 토지들 지상의 난농원(기록에 의하면 이 난농원은 피고인 1이 난농원 1이라는 상호로 경영하던 것인데 1994. 3.경 피고인 1이 동생인 피고인 2에게 이를 넘겨주어 그 무렵부터 피고인 2가 그 곳에서 난을 배양하였던 것으로 보인다.

이하 피고인 2가 난을 배양하는 △△리 토지들 지상의 난농원을 난농원 2라고 한다)으로 빼돌린 사실을 알고 난농원 1의 배양실에 가보니 난이 없었기 때문에 사진 촬영을 하고 피고인 1에게 "난을 어떻게 하였느냐?"고 묻자 피고인 1이 "난농원 2에 갖다 두었는데 원상태대로 갖다 놓겠다.

"고 대답하였고 1996. 3. 20.경 난농원 1에 있던 난을 공소외 4에게 가져다 둘 때에 피고인 1이 자기가 알아보고 (농협에서) 압류가 들어온다는 말을 하였다는 취지의 공소외 3의 수사기관 또는 공판정에서의 진술 부분(이하 위 진술에 나타나는 피고인 1의 진술을 피고인 1 진술이라고 한다)과 1996. 4. 중순 일자불상 21:00경 피고인 2와 공소외 3이 공소외 4의 집에 와서 이야기하던 중에 공소외 3이 피고인 2에게 "왜 난을 옮겼냐?"고 묻자 피고인 2가 "피고인 1이 경매가 들어온다며 난을 옮기라고 하여 형님이 시키는대로 난농원 1에 있는 배양난을 난농원 2로 옮겼다.

"고 말하였다는 공소외 3, 공소외 4, 공소외 5의 수사기관 또는 공판정에서의 각 진술 부분(이하 위 진술에 나타나는 피고인 2의 진술을 피고인 2 진술이라고 한다)은 모두가 피고인의 진술(피고인 1에 대하여 피고인 1 진술 부분, 피고인 2에 대하여 피고인 2 진술 부분)을 내용으로 하는 피고인 아닌 자의 진술 또는 피고인 아닌 자(피고인 1에 대하여 피고인 2 진술 부분, 피고인 2에 대하여 피고인 1 진술 부분, 대법원 1984. 11. 27. 선고 84도2279 판결 참조)의 진술을 내용으로 하는 피고인 아닌 자의 진술에 해당하므로 원칙적으로 형사소송법 제310조의2가 정하는 바에 따라 증거능력이 없고, 다만 예외적으로 형사소송법 제312조 제1항과 나아가 형사소송법 제316조 제1항, 제2항이 정

하는 요건을 갖추어야 증거능력이 있다 할 것인데, 기록에 의하면 피고인 1 진술과 피고인 2 진술은 각 난농원 1에 있는 난에 대하여 공소외 3이 동업자로서의 권리를 주장하며 피고인 1이 공소외 3 모르게 그 곳에 있는 난을 빼돌린다는 이유로 피고인 1과 피고인 2를 추궁하고, 피고인 1과 피고인 2는 난농원 1에 있던 배양병을 난농원 2로 옮겨 놓은 사실을 시인하는 전제 위에서 그 이유를 해명하는 상황에서 나왔다는 것이고, 피고인 2는 수사기관에서 그와 같은 진술을 한 사실이 있는가에 대하여 질문을 받았는데 그러한 진술을 한 일이 없다고 부인하지 아니하고 단지 그와 같은 발언을 하였는지 기억이 나지 않는다고 진술하였음을 알 수 있는바, 그와 같은 정황들에 의하면 피고인 1 진술과 피고인 2 진술은 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것으로 못 볼 바 아니므로(원심은 그와 같이 본 것으로 보인다) 피고인 1에 대하여는 피고인 1 진술을, 피고인 2에 대하여는 피고인 2 진술을 내용으로 하는 위 공소외 3, 공소외 4, 공소외 5의 각 전문진술들을 증거로 쓸 수 있다 할 것이다.

그러나 피고인 1에 대한 관계에서는 피고인 2가, 피고인 2에 대한 관계에서는 피고인 1이 법정에서 진술할 수 없는 사망, 질병, 외국거주 기타 사유 등의 사정이 있다고 볼 아무런 근거가 없으므로 피고인 1에 대한 관계에서는 피고인 2 진술을, 피고인 2에 대한 관계에서는 피고인 1 진술을 내용으로 하는 위 공소외 3, 공소외 4, 공소외 5의 각 진술은 형사소송법 제316조 제2항의 요건을 충족시키지 못하고 있고, 따라서 이를 증거로 할 수 없다.

그러나 한편 피고인 1 진술과 피고인 2 진술 이외에 원심이 인용한 제1심판결이 채택한 증거들을 기록과 대조하여 검토하여 보면, 피고인들이 주장하는 피고인 1의 피고인 2에 대한 다음 각 채무, 즉 ① 피고인 1이 1994. 6. 29. 피고인 2에게 대금 26,000,000원에 △△리 토지들을 매도하고, 피고인 2는 피고인 1에게 그 대금을 지급하였으며, 그 때 피고인 1이 △△리 토지들 위에 설정된 농협과 공소외 2 주식회사의 근저당권의 피담보채무를 변제하여 근저당권을 말소시키기로 하고도 이를 이행하지 아니하여 △△리 토지들에 대하여 담보권 실행을 위한 경매가 진행되어 피고인 2가 △△리 토지들에 대한 소유권을 상실하게 되었기 때문에 피고인 1이 피고인 2에 대하여 부담하게 되었다는 금 26,000,000원의 채무, ② 피고인 2가 농협 ○○군 지부에서 1994. 10. 1. 금 50,000,000원, 1995. 7. 19. 금 40,000,000원을 각 대출하여 이를 피고인 1에게 대여함으로써 피고인 1이 피고인 2에 대하여 부담하게 되었다는 금 90,000,000원의 채무를 모두 인정할 수 없다고 한 원심의 판단은 그대로 수긍할 수 있다.

따라서 피고인 1의 피고인 2에 대한 합계 금 116,000,000원의 채무에 대한 대물변제로 난농원 1에 있던 난 배양병을 양도하였다고 하는 피고인들의 주장은 진실성이 없다고 보이는 반면, 기록상 그 밖에 피고인 1이 피고인 2에게 난농원 1에서 기르던 난의 소유권을 이전할 어떠한 원인을 발견하기 어렵고, 또한 피고인 1 진술과 피고인 2 진술을 제외하더라도 원심이 인용한 제1심판결이 채택한 증거들을 기록과 대조하여 검토하여 보면, 피고인들이 공모하여 진정한 원인 없이 피고인 1에 대한 강제집행을 면탈할 목적으로 난농원 1에 있던 난 배양병을 난농원 2로 옮겨 은닉하였다고 하는 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

결국 이 점에 대한 논지도 이유가 없다.

(4) 피고인들이 은닉한 배양병의 수

원심은 피고인들에 대한 강제집행면탈죄의 공소사실과 같이 피고인들이 은닉한 배양병의 수가 3,000병이라고 판단하였다.

그러나 기록에 의하면 피고인들은 시종일관 난농원 1에서 난농원 2에 옮겨 놓은 배양병은 1,000병이라고 주장하고 있다.

반면에 피고인들이 은닉한 배양병의 수가 3,000병이라고 하는 근거가 된 것은 공소외 3, 공소외 4, 공소외 5의 각 진술과 1996. 4. 26.과 다음날 공소외 3이 난농원 2에 있던 배양병을 외부로 반출하였는데 그 수가 3,000병이었던 사실로 보인다.

그러나 이 점에 관한 공소외 3의 진술은 1996. 4. 21. 난농원 2에 3,000병의 배양병이 있는 것을 공소외 4와 공소외 5가 보았다거나, 당시 자신이 보기에 난농원 2에 대충해도 3,000병의 배양병이 있었는데, 원래 상진난농원에는 배양병이 300병 정도 밖에 없었다는 취지의 진술이고, 공소외 4는 수사기관에서는 1996. 4. 21. 난농원 2에 가보니 전에 없던 난이 1,500병 내지 3,000병 정도 있었다거나, 공소외 3과 난농원 2에 가보았는데 1,000병이 아니라 수천병의 배양병을 옮긴 것으로 보였다고 진술하다가, 공판정에서는 당시 3,000병을 보았다고 진술하였고, 공소외 5는 난농원 2에 배양병이 굉장히 많았는데 정확한 수량은 모르고 아마도 수천병되었을 것이라고 진술하였으며, 그들은 모두 위 은닉행위 이전에 난농원 2에 배양병이 몇 병이 있었는지를 세어본 일이 없고, 또한 난농원 1에 배양병이 몇 병이 있었는지를 세어본 일도 없음을 자인하고 있다.

그런데 기록에 의하면 정확하게는 공소외 3이 1996. 4. 26. 난농원 2에서 360병의 배양병을 난농원 1로 옮겨 놓았고, 다음날 난농원 2에서 깨진(즉 피고인 2가 깬) 배양병 591병과 깨지지 아니한 배양병 2,916병을 반출하여 공소외 6 경영의 ☆☆원으로 가져가 공소외 6에게 보관시켰으며, 그것이 당시 난농원 2에 있던 배양병 전부임을 알 수 있다.

나아가 위 은닉행위 이전에 난농원 2에 배양병이 있었는지, 있었다면 몇 병이 있었는지에 관하여 보건대, 피고인들의 진술은 그만 두고라도 공소외 7, 공소외 8, 공소외 9 등은 피고인 2가 1994. 3. 말경부터 난농원 2에서 난을 배양하여 1994. 12.경, 1995. 11.경, 혹은 1996. 1. 5. 이전에 난농원 2에 상당한 수의 배양란이 있었다고 하고 있고, 공소외 3과 공소외 4도 피고인 2가 피고인 1로부터 난 배양기술을 배워 1995. 5.경에는 그 기술을 습득하였을 것이라고 진술하고 있으므로 피고인 2가 위 은닉행위 이전에 난농원 2에 상당한 수의 배양병을 보유하고 있었을 개연성이 많아 보인다.

반면 공소외 3은 검찰에서 난농원 1에서 일한 공소외 10과 공소외 11이 난농원 2에 자주 갔었는데 그 곳에는 (위 은닉행위 이전에) 배양병이 300병 정도 밖에 없다고 말하였다고 진술하였으나 피고인들은 그 진술에 대하여 부동의하였고, 원심은 공소외 10이나 공소외 11의 증언을 들은 일도 없으므로 이 진술은 증거로 쓸 수 없다.

결국 원심이 피고인들이 은닉한 배양병의 수가 3,000병이라고 인정한 것은 공소외 3, 공소외 4, 공소외 5의 막연한 진술만을 기초로 하여 이를 인정한 것으로서 채증법칙을 위반하거나 심리를 다하지 아니한 위법이 있다 할 것이다.

이 점을 지적하는 논지는 이유가 있다.

(5) 소결론

이상에서 살핀 바에 의하면 피고인들에 대한 이 사건 강제집행면탈죄의 공소사실을 그대로 인정한 것은 채증법칙 위반이나 심리미진의 위법을 범한 것이라 하겠다.

나. 피고인 1의 사기죄, 사기미수죄, 무고죄에 대하여

(1) 피고인 1이 공소외 4와 공소외 5에게 인도한 난에 관한 사실관계와 법률관계

이 점과 관련하여 기록에 의하여 살펴 보면 피고인 1과 공소외 3, 공소외 4, 공소외 5 사이에 다툼이 없거나, 기록상 비교적 확실한 사실은 다음과 같다.

1995. 4. 24. 공소외 5가 피고인 1에게 대금을 금 35,000,000원으로 정하여 풍란을 매도하였고 피고인 1이 그 대금의 지급을 위하여 액면금 35,000,000원, 지급기일 같은 해 7. 25.인 공소외 3 발행의 약속어음을 공소외 5에게 교부하였으나, 그 대금(어음금)을 아직까지 지급하지 아니하고 있다.

같은 해 8. 24. 피고인 1과 공소외 3이 공소외 4에게 공소외 3 발행의 액면금 30,000,000원의 약속어음을 교부하고 금 30,000,000원을 차용하였다.

같은 해 11. 29. 공소외 3이 공소외 4에게 피고인 1이 공소외 3의 약속어음을 사용하고 그 대금을 결제하지 못하고 있는데 이를 결제하기 위하여 자금이 필요하다고 하면서 공소외 3 발행의 액면금 30,000,000원의 수표를 교부하고 금 30,000,000원을 차용하였다.

1996. 3. 21.(그 날짜가 같은 달 23.이라는 진술도 있다) 공소외 3이 부도가 날 것이라는 소문을 듣고 공소외 4가 1주일째 몸져 누워 있다(공소외 4는 남편인 공소외 5 몰래 위 금 60,000,000원을 대여하였다)는 소식을 듣고 피고인 1과 공소외 3이 공소외 4의 집에 갔으며 그 곳에서 피고인 1과 공소외 3이 상의한 결과 위 합계 금 95,000,000원의 채무와 관련하여 난농원 1에 있던 배양병에서 꺼낸 난(한국춘란중투, 제주한란, 비아란중투, 제주한란백중투의 4종이다. 이하 이를 총칭하여 이 사건 난이라고 한다)을 공소외 4의 집에 가져다 놓았고(그 수량, 상태 및 가격 등에 대하여는 쌍방간에 다툼이 심하다) 앞으로 피고인 1 소유의 ○○군 마리면 ▽▽리 33의 2 답 1,867㎡(이하 ▽▽리 토지라고 한다)와 그 지상의 난농장에 있던 난(이하 ▽▽리 토지와 그 지상의 난을 모두 합하여 ▽▽리 난농장이라고 한다)도 양도하여 주겠다고 하였다.

같은 해 4. 16. 피고인 1과 공소외 3, 공소외 4, 공소외 5등이 상의한 결과 피고인 1이 공소외 5에게 ▽▽리 난농장을 양도하였다.

곧 이어 ▽▽리 토지에 관하여 공소외 5 명의의 소유권이전등기가 마쳐졌다.

이후 이 사건 난(이 사건 난 중 한국춘란중투는 공소외 3이 공소외 6 경영의 ☆☆원에 농장에 가져다 놓았었는데 이를 포함한다)은 ▽▽리 난농장으로 옮겨졌다.

같은 해 5. 초경 피고인 1이 공소외 4로부터 한국춘란중투 300축을 받아가 타에 매도하였다(이 사건 사기 공소사실임).

같은 해 5. 20.경 공소외 3이 이 사건 난 중 제주한란 1,200축을 가져다 공소외 12에게 측당 금 4,000원에 매도하였고, 같은 해 6. 초경 공소외 3이 이 사건 난 중 한국춘란중투 300축을 가져다 공소외 12에게 측당 금 20,000원에 매도하였다.

같은 해 6. 10. 피고인 1이 ▽▽리 토지에 대하여 가압류집행을 하고, ▽▽리 난농장에 있던 이 사건 난에 대하여 채권자 보관을 허용하는 유체동산처분금지가처분 결정을 받아 같은 달 18. 가처분 집행을 하였다.

같은 해 7. 19. 피고인 1이 공소외 3, 공소외 5를 상대로 이 사건 공소사실 중 사기미수죄 공소사실과 같은 내용으로 손해배상청구 소송을 제기하였다(이 사건 사기미수 공소사실임).

같은 해 7. 24. 피고인 1이 이 사건 공소사실 중 무고죄 공소사실과 같은 내용으로 공소외 3, 공소외 5를 고소하였다(이 사건 무고 공소사실임).

원심은 이 사건 난을 난농원 1에서 공소외 4의 집에 가져다 놓을 당시 이 사건 난은 그 가액이 합계 금 10,000,000원 내지 금 20,000,000원 정도이었고, 공소외 4(당사자들은 위 풍란 판매와 금전 대여에 있어서 채권자가 공소외 4인지 또는 그 남편인 공소외 5인지를 잘 구별하지 아니하고 있다)의 이자 채권(당시 그 채무자가 누구인지에 대하여도 당

사자들 사이에 다툼이 있다)은 합계 금 20,000,000만 원 정도이었으며, 피고인 1이 공소외 4에게 이 사건 난을 그간의 이자채무에 대하여 대물변제함으로써 그 소유권은 확정적으로 공소외 4(또는 공소외 5)에게 귀속되었음을 전제로 하여 이 사건 사기, 사기미수, 무고 등의 공소사실을 유죄로 인정하였다.

그러나 원심의 이와 같은 판단은 다음과 같은 점에서 수긍할 수 없다.

우선 피고인 1이 그간의 이자에 대한 대물변제로 공소외 4에게 이 사건 난을 양도하였다는 점에 부합하는 증거로 공소외 4, 공소외 5, 공소외 13, 공소외 3의 수사기관 또는 공판정에서의 각 진술들이 있으나, 그 모든 진술이 이루어지기 전인 1996. 8. 6. 공소외 4가 피고인 1을 한국춘란중투 300측 편취(이 사건 사기 공소사실) 등으로 고소하였는데, 공소외 4는 그 고소장에 피고인 1이 "이 사건 난을 팔아서 원금을 충당하라. 이것을 팔아서도 원금이 다 차지 않으면 ▽▽리 토지를 등기하여 주고 ▽▽리 난농장의 난도 넘겨주겠다.

"라고 말하였다고 기재하였고, 또한 그 고소장에 첨부되어 있는 공소외 3의 자술서에도 공소외 4의 채권확보를 위하여 피고인 1이 이 사건 난과 ▽▽리 난농장을 양도하여 주기로 하였다고 기재되어 있으며, 한편 이 사건 난의 수량에 대하여도 피고인 1과 공소외 4(공소외 5) 사이에 다툼이 있고, 특히 난이 생물이어서 이를 기르기에 따라 상품가치가 높아지기도 하고, 상품가치를 상실하기도 하는 것이고, 또한 객관적인 난 시세를 알아내기 매우 어려운 탓으로 인하여 피고인 1과 공소외 4(공소외 5) 사이에 이 사건 난의 생육 상태와 이를 판매할 경우의 단가에 대하여 다툼이 극심하고, 반면에 공소외 4가 피고인 1(또는 공소외 3)에게 위 금 60,000,000원을 대여할 당시에 이자에 관하여 어떠한 약정을 하였는지에 대하여는 신빙성 있는 증거가 보이지 않고, 피고인 1과 공소외 4(공소외 5)가 이 사건 난을 주고받을 당시에 위 풍란 판매대금과 대여금 등의 이자에 대하여 정산하였다고 볼 근거가 없는바, 이와 같은 점들에 비추어 보면 이 사건 난은 1996. 3. 21. 당시 피고인 1(와 공소외 3)의 공소외 4(공소외 5)에 대한 원리금 채무에 대한 양도담보 목적으로 공소외 4(공소외 5)에게 인도되었던 것이라고 봄이 합리적이다.

나아가 기록에 의하면 1996. 4. 16. 피고인 1이 공소외 5에게 ▽▽리 난농장의 소유권을 이전하였을 때에도 피고인 1과 공소외 5는 ▽▽리 난농장을 처분하여 금 95,000,000원을 초과하면 공소외 5가 (초과한 금액을) 피고인 1에게 반환하고, 부족할 경우에는 피고인 1이 (부족한 금액을) 공소외 5에게 변제하기로 약정하여 앞으로 처분정산을 할 것을 예정하고 있었으며(따라서 ▽▽리 난농장의 소유권이전도 원심이 인정한 바와 같이 대물변제라고 보기 어렵고, 추후 처분정산을 예정하고 있는 양도담보권의 설정이라고 봄이 상당하다), 이 사건 난에 대하여는 달리 특별한 약정을 하였다고 인정할 직접적인 증거는 없으나, 피고인 1이 제출한 1996. 6. 1. 자 녹취록과 1996. 7. 9. 자 녹취록(기록에 의하면 공소외 4는 위 각 녹취록 작성의 기초가 된 녹음테이프에 나오는 음성이 자신의 대화를 녹음한 것임을 사실상 시인하고 있다고 보인다)의 기재에 의하면 ▽▽리 난농장의 소유권 이전으로 인하여 또는 당초부터 공소외 4(공소외 5)가 이 사건 난을 피고인 1에게 돌려주어야 할 것으로 생각하고 있다는 듯한 취지의 진술 기재도 있어서 적어도 이 사건 난의 인도와 관련한 법률관계가 대물변제라고 단정할 수는 없는 것으로 보인다.

그럼에도 불구하고 원심이 위와 같은 객관적인 사정이나 진술의 모순되는 점이 있음에도 불구하고 공소외 3, 공소외 4, 공소외 5의 진술만을 믿어 이 사건 난이 대물변제되어 그 소유권이 피고인 1과의 대내관계에서도 확정적으로 공소외 4(공소외 5)에게 귀속되었다고 단정한 것은 채증법칙을 위반하여 사실을 오인하거나 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다 할 것이고, 이와 같은 위법은 다음에서 보는 바와 같이 이 사건 사기죄, 사기미수죄, 무고죄에 대한 판단에 영향을 미쳤다 할 것이다.

이 점에 대한 논지도 이유가 있다.

(2) 사기죄에 대하여

원심판결이 인용한 제1심판결이 채택한 증거들을 기록과 대조하여 검토하여 보면, 원심이 피고인 1이 1996. 5. 초순경 공소외 4로부터 난을 교부받아 팔더라도 그 대금을 공소외 4에게 지급할 의사가 없으면서도 "한국춘란중투 300본을 주면 이를 매도하여 대금을 주겠다.

"고 거짓말을 하고 이에 속은 공소외 4로부터 한국춘란중투 300본을 교부받았다고 본 것은 수긍할 수 있다.

그러나 그 전제로서 이 사건 난이 대물변제된 것이라고 하는 원심의 판단은 이를 수긍할 수 없으므로 이 사건 난이 대물변제된 것임을 전제로 하는 피고인 1에 대한 이 사건 사기죄의 공소사실은 이를 그대로 인정할 수 없다 할 것이다.

그러므로 원심으로서도 피고인 1이 ▽▽리 난농장을 공소외 5에게 양도할 때에 이 사건 난이 담보목적물에서 제외된 것은 아닌가 하는 점에 대하여 더 심리하여 보고, 만약 그 때에 이 사건 난이 담보목적물에서 제외된 것은 아니라고 판단된다면 이 사건 난의 인도와 관련된 부분을 실제로 부합하는 것으로 공소장변경 절차를 거쳐 이를 유죄로 인정하여야 할 것이다.

(3) 소송사기미수죄에 대하여

소송사기는 법원을 기망하여 제3자의 재물을 편취할 것을 기도하는 것을 내용으로 하는 범죄로서, 그 이면에는 필연적으로 누구든지 자기에게 유리한 법률상의 주장을 하고 민사재판을 통하여 권리구제를 받을 수 있다는 이념과의 상치가 문제되므로 양자의 조정을 위하여서도 그 적용은 엄격함을 요한다 할 것이니, 피고인이 범행을 인정한 경우 외에는 그 소송상의 주장이 사실과 다른 것임이 객관적으로 명백하거나 증거를 조작하려고 한 흔적이 있는 등의 경우 외에는 이를 유죄로 인정하기 위하여는 각별한 주의가 필요하다(대법원 1998. 2. 27. 선고 97도2786 판결, 1997. 7. 22. 선고 96도2422 판결, 1992. 2. 25. 선고 91도2666 판결 등 참조).

그런데 원심은 이 사건 소송사기미수죄에 대하여 대물변제로 인하여 이 사건 난의 소유권이 확정적으로 공소외 4(공소외 5)에게 넘어갔고, 피고인 1도 그와 같은 사실을 잘 인식하고 있었음을 전제로 판단하고 있다.

그러나 앞서 본 바에 의하면 이 사건 난은 대물변제되었다고 보기 어렵고, 오히려 피고인 1이 주장하는 바와 같이 양도 담보 목적으로 인도되었다고 봄이 상당하고, 피고인 1이 1996. 4. 26. ▽▽리 난농장을 공소외 5에게 양도할 때에 이 사건 난이 담보목적물에서 제외된 것은 아닌가 하는 점에 대하여도 의심할 여지가 있다.

한편 기록상 공소외 3이 피고인 1 모르게 공소외 4로부터 이 사건 난 중 제주한란 1,200축과 한국춘란중투 352축을 인도받아 제주한란 1,200축을 대금 4,800,000원에, 한국춘란중투 300축을 대금 6,000,000원에 공소외 12에게 매도하였음을 인정하기에 충분하고, 아직 공소외 4(공소외 5)와 피고인 1 사이에 채무에 대한 정산이 이루어지지 아니하고 있으나, 공소외 4(공소외 5)는 위 각 난의 매도대금이 변제된 것으로 인정하고 있는 것도 아니고, 공소외 3 역시 그 매도대금을 공소외 4(공소외 5)에게 교부하지 아니하였고, 피고인 1과의 동업조직에 편입시키지도 아니하였다.

한편 피고인 1이 공소외 4에게 이 사건 난을 인도할 당시 이 사건 난의 상태와 그 가격 등에 관하여 공소외 4와 공소외 5는 이 사건 난은 모두가 배양병에서 막 꺼낸 것으로서 살리기가 힘든 것이었기 때문에 상품가치가 없는 것이었으며, 피고인 1과 공소외 3이 가져다 판 것은 그 중 상품가치가 있는 것만을 추린 것이었다고 주장하고, 반면에 피고인 1은 이 사건 난은 배양병에서 꺼낸지 3개월 내지 1년 된 것으로서 공소외 5는 난배양기술이 있어서 이를 살릴 수 있었으며, 이 사건 난 중 한국춘란중투는 측당 금 250,000원, 제주한란은 측당 금 10,000원, 한란백중투는 측당

금 200,000원, 비아란중투는 측당 금 30,000원을 받을 수 있다고 주장하고 있으며, 기록상 동양난을 조직배양하는 김태우나 난을 매매하는 상인으로 보이는 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16, 공소외 17 등의 확인서도 위 각 종류의 난 가격에 대하여 피고인 1의 주장에 가까운 내용이다.

이와 같은 사정이라면 설령 사후적으로 피고인 1이 소를 제기하며 주장한 난의 가격 등이 지나치게 높게 책정된 것임이 밝혀진다고 하더라도 피고인 1의 소송상의 주장이 사실과 다른 것임이 객관적으로 명백하다고 보기 어렵고, 또한 기록상 피고인 1이 증거를 조작하려고 한 흔적이 있다는 등의 사정도 없는 것이고, 반면에 공소외 5와 공소외 3이 피고인 1에게 이 사건 난 중 1,552축을 반출하여 처분하였음은 사실이라 할 것이므로 피고인 1의 이 사건 제소를 소송사기행위의 착수로 단정할 수는 없다 할 것이다.

결국 원심이 판시 증거만으로 피고인 1에 대하여 사기미수죄를 유죄로 인정한 것은 소송사기죄에 대한 법리오해와 앞서 본 바와 같은 채증법칙 위반의 위법을 범한 것이라 할 것이고, 이 점을 지적하는 논지도 이유가 있다.

(5) 무고죄에 대하여

무고죄는 타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적으로 공무소 또는 공무원에 대하여 허위의 사실을 신고하는 때에 성립하는 것인데, 여기에서 허위사실의 신고라 함은 신고사실이 객관적 사실에 반한다는 것을 확정적이거나 미필적으로 인식하고 신고하는 것을 말하는 것으로서, 설령 고소사실이 객관적 사실에 반하는 허위의 것이라 할지라도 그 허위성에 대한 인식이 없을 때에는 무고에 대한 고의가 없다 할 것이고(대법원 1995. 12. 5. 선고 95도231 판결, 1988. 9. 27. 선고 88도99 판결, 1983. 11. 8. 선고 83도2354 판결 등 참조), 고소내용이 터무니 없는 허위사실이 아니고 사실에 기초하여 그 정황을 다소 과장한 데 지나지 아니한 경우에는 무고죄가 성립하지 아니한다(대법원 1990. 11. 9. 선고 90도1706 판결 참조).

이 사건에서는 앞서 본 바와 같이 이 사건 난이 공소사실 기재와 같이 대물변제된 것이라고 단정하기 어렵고, 오히려 양도담보로 제공된 것이라고 봄이 상당하고, 그 이후 그와 별도로 피고인 1이 ▽▽리 난농장을 양도담보로 제공하여 그 이후 이 사건 난은 양도담보 목적물에서도 제외된 것이라고 볼 소지도 없지 아니한 한편 공소외 3이 피고인 1에게 공소외 5(공소외 4)로부터 이 사건 난 중 제주한란 1,200축과 한국춘란중투 352축을 인도받아 이를 타에 처분하고도 공소외 5(공소외 4)은 위 각 난의 매도대금이 앞서 본 풍란 매매대금 채권과 대여금 채권의 원리금에 충당된 것으로 인정하고 있는 것도 아니고, 공소외 3 역시 그 매도대금을 공소외 5(공소외 4)에게 채권 변제를 위하여 교부하지 아니하였고, 피고인 1과의 동업조직에 편입시키지도 아니하였는바, 이는 정당한 담보권의 실행이라고 보기 어렵고, 더구나 이 사건 난에 대한 담보권이 소멸하였다고 인정되는 경우라면 공소외 5(공소외 4)와 공소외 3의 위와 같은 처분행위는 횡령죄를 구성할 수 있다 할 것이고, 이 사건 난의 가격에 대하여는 피고인 1과 공소외 5(공소외 4), 공소외 3 사이에 다툼이 극심하다.

그러므로 피고인 1의 입장에서 공소사실 기재와 같이 "공소외 3과 공소외 5에게 이 사건 난을 보관시켰는데 그들이 피고인 1 몰래 난 1,550본을 팔아 그 대금 290,500,000원 상당을 착복, 횡령하였다.

"고 고소하였다 하더라도 이는 터무니 없는 허위사실이라기보다는 사실에 기초하여 그 가격 등을 다소 과장한 것으로 볼 소지가 있고, 반면에 위 고소 당시 이 사건 난에 대한 피고인 1과 공소외 5(공소외 4) 사이의 법률관계가 무엇인지 법원으로서도 선뜻 단정하기 어려운 마당에 피고인 1이 그 허위성에 대한 인식을 가지고 위와 같은 고소를 하였다고 단정하기 어렵다 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심이 이 사건 난은 대물변제된 것이라는 전제에 서서 피고인 1의 위와 같은 고소가 허위사실의 신고로서 무고죄를 구성한다고 단정한 것 역시 무고죄의 고의에 대한 법리를 오해하였거나 채증법칙을 위반하여 사실을 오인한 위법이 있다고 할 것이다.

이 점을 지적하는 논지도 이유가 있다.

다.

피고인들의 각 폭행죄, 상해죄, 폭력행위등처벌에관한법률위반(상해)죄에 대하여

(1) 난농원 1과 난농원 2의 난에 대한 피고인들 및 공소외 3의 권리

기록에 의하면 피고인 1이 1994. 3.경 난농원 1로 이전한 후 같은 해 6.경 공소외 3이 ◇◇리 1711 토지 지상에 오행상사 사시공장을 짓고 그 곳에 입주할 무렵부터 공소외 3이 피고인 1에게 공소외 3이 발행한 약속어음을 빌려 주어 자금 융통의 편의를 주는 관계가 지속되었는데, 두 사람은 그때 그때 정산도 하지 아니하고, 차용증이나 영수증 등의 증거서류도 작성해 두지 아니하여 그와 같은 거래를 둘러싼 분쟁이 극심해지고, 그 분쟁은 지금까지도 계속되고 있음을 알 수 있다.

그런데 기록상 그와 관련하여 피고인 1과 공소외 3 사이에 작성된 처분문서로 1995. 7. 25. 자 판권계약서, 1995. 12. 5. 자 위임장, 1996. 1. 6. 자 공증 판권계약서와 지분계약서, 1996. 1. 17. 약정서 등이 있다.

그 문언에 의하면 다른 특별한 사정이 없는 한 당초 피고인 1이 단독으로 경영하여 오던 난농원 1의 경영과 관련하여 피고인 1과 공소외 3이 1995. 7. 25. 공소외 3이 난농원 1에서 생산하는 난의 독점판매권을 가지고 그 난을 판매할 경우 30%의 수수료를 취득하기로 하였고, 1996. 1. 16.경에는 피고인 1이 공소외 3에게 난농원 1의 경영(난의 판매와 재정관리를 포함한다)을 위임하였고, 난농원 1 경영과 관련하여 공소외 3이 일정한 지분을 취득하였으며, 1996. 1. 17.에는 공소외 3이 그 날로부터 6개월 이후에 난농원 1의 경영권을 피고인 1에게 되돌려 주기로 약정하였다고 보아야 할 것이다.

이와 같은 처분문서들의 내용에는 서로 모순되는 것도 있어서 피고인 1과 공소외 3이 진정으로 합의한 내용이 무엇인지 확정하기에 어려움도 있으나, 적어도 공소외 3이 난농원 1에 있는 난에 대하여 완전한 소유권을 가지게 된 적은 없었다고 볼 수 있다.

반면에 피고인 1은 난농원 1에 있는 난에 대하여, 피고인 2는 난농원 2에 있는 난에 대하여 최소한 점유를 가지고 있었다고 할 수 있다.

(2) 피고인 2의 1996. 4. 26.과 다음날의 공소외 3에 대한 폭행, 피고인 1의 1996. 10. 21. 자 공소외 3, 공소외 18, 공소외 19에 대한 상해가 정당방위, 정당행위, 또는 자구행위에 해당하는지 여부

우선 원심이 인용한 제1심판결이 채택한 증거들을 기록과 대조하여 검토하여 보면, 피고인들이 위 각 폭행죄와 상해죄 공소사실 기재와 같은 폭행 및 상해 행위를 하였다고 인정한 원심의 판단은 정당하고, 여기에 논하는 바와 같은 채증법칙 위반의 위법이 있다고 할 수 없다.

다음으로 기록에 의하면 피고인 2의 1996. 4. 26.과 다음날의 공소외 3에 대한 폭행은 공소외 3이 난농원 2에서 그 곳에 있던 난 배양병을 반출하는 과정에서 일어난 것이고, 피고인 1의 1996. 10. 21. 자 공소외 3, 공소외 18, 공소외 19에 대한 상해는 공소외 3이 난농원 1에 있던 난을 반출하는 과정에서 일어난 것임을 알 수 있다.

그러므로 피고인 2와 피고인 1의 행위가 자신들의 점유를 침탈하는 공소외 3의 행위에 대하여 이를 저지하기 위한 것이고, 또한 그 수단과 방법 등에 있어서 사회통념상 상당한 것이라면 그와 같은 행위가 위법하다고 할 수는 없을 것

이다.

그러나 원심이 인용한 제1심판결이 채택한 증거들을 기록과 대조하여 검토하여 보면, 피고인들은 단순히 자신들의 점유를 침탈하는 공소외 3의 행위에 대하여 이를 저지하기 위하여 그 각 폭행 또는 상해행위를 한 것이라기보다는 기왕에 상대방에 대하여 극도의 증오심을 가지고 있다가 이를 폭발시킬 계기가 있을 때마다 상대방에 대항하여 싸움을 한 것으로 보이고, 그 행위의 수단과 방법도 공소외 3의 위법한 점유 침탈을 저지하기 위하여 필요한 한도를 넘어서서 상대방을 공격하는 수준에 이르고 있다고 보인다.

그러므로 원심판결 이유 중에 다소 적절하지 아니한 설시가 있다 하더라도 피고인 2의 1996. 4. 26.과 다음날의 공소외 3에 대한 폭행, 피고인 1의 1996. 10. 21. 자 공소외 3, 공소외 18, 공소외 19에 대한 상해가 정당방위, 정당행위, 또는 자구행위에 해당하지 아니한다고 하는 원심의 판단은 정당하고 여기에 논하는 바와 같이 판결 결과에 영향을 미친 법리오해나 채증법칙 위반의 위법이 있다고 할 수 없다.

(3) 피고인 2의 1996. 8. 1. 자 상해죄에 대하여

원심이 인용한 제1심판결이 채택한 증거들을 기록과 대조하여 검토하여 보면, 원심이 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 조치는 정당하고, 여기에 논하는 바와 같이 채증법칙을 위반하여 사실을 오인한 위법이 있다고 할 수 없다. 논지도 이유가 없다.

(4) 피고인들의 1996. 11. 28. 자 폭력행위등처벌에관한법률위반(상해)죄에 대하여

기록에 의하면 공소외 3이 피고인 1을 넘어뜨리고 그의 목을 졸라 그로 인하여 피고인 1이 경부연조직 손상의증, 경부염좌의증, 후두부종(동통동반), 뇌의 저산소증 의증 등의 상해를 입었음을 알 수 있고, 그에 의하면 공소외 3이 피고인 1의 목을 졸라 피고인 1이 상당히 위험한 지경에 처하였던 것으로 보인다.

그러나 원심이 인용한 제1심판결이 채택한 증거들을 기록과 대조하여 검토하여 보면 공소외 3이 피고인 1의 목을 졸라 피고인 1이 위험에 처하였기 때문에 피고인 1이 그에서 벗어나기 위하여 소극적 저항을 하고, 피고인 2와 원심 공동 피고인 2는 피고인 1을 구출하기 위하여 공소외 3의 침해행위를 중지시키기 위하여 행동하는 과정에서 공소외 3에게 상해를 가한 것이라기보다는, 이 역시 우선 피고인 1과 공소외 3이 서로 목살을 잡고 싸우는 과정에서 피고인 1이 공소외 3에게 경부 표재성손상의 상해를 가하고, 피고인 2와 원심 공동피고인 2도 피고인 1에 가세하여 공소외 3과 싸우는 과정에서 공소외 3에게 20일간의 치료를 요하는 좌측슬관절타박상, 둔부좌상, 요추부좌상 등의 상해를 가한 것으로 보이는바, 사정이 이와 같은 이상 피고인들의 행위가 피고인 1의 생명이나 신체에 대한 공소외 3의 침해에 대한 정당방위 또는 사회상규에 어긋나지 아니하는 행위라고 볼 수 없다.

결국 원심이 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 조치도 정당하고, 여기에 논하는 바와 같이 정당방위나 정당행위에 대한 법리를 오해하거나 채증법칙을 위반하여 사실을 오인한 위법이 있다고 할 수 없다.

논지도 이유가 없다.

2. 검사의 상고이유를 본다.

형법 제307조 제2항의 허위사실적시에 의한 명예훼손죄에 있어서의 공연성은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미하므로 비록 개별적으로 한 사람에 대하여 사실을 유포하더라도 이로부터 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있으면 공연성이 있고, 반면에 그와 같은 가능성이 없으면 공연성이 없다 할 것인바(대법원 1996. 7.

12. 선고 96도1007 판결, 1994. 9. 30. 선고 94도1880 판결, 1992. 5. 26. 선고 92도445 판결 등 참조), 기록에 의하면 피고인 1이 공소사실 기재와 같은 사실을 적시한 장소는 다방이기는 하지만 피고인 1의 말을 들은 사람은 공소외 20 단 한 사람뿐이었고, 공소외 20은 ○○군 농촌지도소에서 피해자인 공소외 5와 함께 근무하는 동료로서 공소외 5의 명예가 훼손될 것을 염려하여 피고인 1이 발설한 내용을 함부로 소문내지 않을 것을 기대할 수 있는 사람이고, 피고인 1이 그와 같은 발언을 한 이유는 공소외 5에게 그 사실을 전달하여 합의를 하고 싶었기 때문이었다는 것이고, 실제로 공소외 20은 오직 공소외 5에게만 그와 같은 말을 전하였고, 다른 사람에게는 그와 같은 말을 전파하지 아니하였음을 알 수 있는바, 이에 의하면 피고인 1이 개별적으로 공소외 20 한 사람에 대하여 사실을 유포한 것으로부터 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 없기 때문에 공연성이 없다고 판단하여 위 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심의 조치는 정당하고, 여기에 논하는 바와 같은 공연성에 대한 법리오해나 채증법칙 위반으로 인한 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

검사가 들고 있는 판결들은 모두 이 사건과는 그 사안을 달리하는 것들이다.

논지는 이유가 없다.

3. 그러므로 원심판결 중 경합범으로서 원심이 그 전부에 대하여 하나의 형을 정한 피고인 1에 대한 유죄 부분과 피고인 2에 대한 부분을 각 파기하여 그 부분 사건을 원심법원에 환송하고 검사의 상고를 기각하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박준서(재판장) 이돈희 이임수(주심) 서성