

출판물에의한명예훼손·공문서변조·변조공문서행사

[대법원 2008. 11. 13. 2006도7915]



【판시사항】

- [1] 명예훼손죄에서 '사실의 적시'의 의미와 그 정도
- [2] 형법 제309조 제2항의 허위사실적시 출판물에 의한 명예훼손죄에서 공표사실의 허위성에 관한 증명책임 및 증명의 정도
- [3] 형법 제309조 제2항의 허위사실적시 출판물에 의한 명예훼손의 공소사실에 대하여 공소장변경 절차 없이 같은 조 제1항의 사실적시 출판물에 의한 명예훼손으로 처벌할 수 있는지 여부(적극)
- [4] 형법 제309조에 정한 '사람을 비방할 목적'의 의미 및 판단 방법
- [5] 감사원 소속 공무원이 재벌그룹의 콘도미니엄 사업승인과 관련한 특혜의혹사건에 관하여 기자들에게 "양심선언"이란 제목 아래 감사원 국장이 외부의 압력을 받아 감사를 이유 없이 중단시켰다는 내용의 유인물을 배포한 사안에서, 비방의 목적이나 허위라는 인식이 없으므로 출판물에 의한 명예훼손죄가 성립하지 않는다고 한 사례

【참조조문】

- [1] 형법 제307조
- [2] 형법 제309조 제2항
- [3] 형법 제309조 제1항, 제2항
- [4] 형법 제309조
- [5] 형법 제309조

【참조판례】

- [1] 대법원 1994. 6. 28. 선고 93도696 판결(공1994하, 2145), 대법원 1994. 10. 25. 선고 94도1770 판결(1994하, 3166), 대법원 2000. 2. 25. 선고 98도2188 판결(공2000상, 885), 대법원 2007. 6. 15. 선고 2004도4573 판결, 대법원 2008. 10. 9. 선고 2007도1220 판결(공2008하, 156) /
- [3] 대법원 1993. 9. 24. 선고 93도1732 판결(공1993하, 3006), 대법원 1997. 2. 14. 선고 96도2234 판결(공1997상, 841), 대법원 2001. 11. 27. 선고 2001도5008 판결(공2002상, 234), 대법원 2008. 10. 9. 선고 2007도1220 판결(공2008하, 1561) /
- [4] 대법원 2003. 11. 13. 선고 2003도3606 판결(공2003하, 2400), 대법원 2006. 4. 14. 선고 2004도207 판결, 대법원 2007. 7. 13. 선고 2006도6322 판결

【전문】

【피 고 인】 피고인

【상 고 인】 검사

【변 호 인】 법무법인 세경 담당변호사 김창준

【환송판결】 대법원 2002. 8. 23. 선고 2000도329 판결

【주문】

】

상고를 기각한다.

【이유】

】 상고이유를 판단한다.

1. 출판물에 의한 명예훼손의 점에 관하여

가. 공소사실의 요지

이 사건 공소사실 중 출판물에 의한 명예훼손의 점의 요지는, 피고인이 감사원 제4국 제1과에 근무하던 중 피해자인 감사원 제4국장 공소외 1이 피고인의 감사사항인 경기도지사 및 남양주시장이 효산그룹 계열의 주식회사 23세기산업(이하 '23세기산업'이라 한다)이 신청한 휴양콘도미니엄업 사업계획(이하 '효산콘도 사업계획'이라 한다)을 승인한 사건에 관한 감사를 뚜렷한 이유 없이 중단시키거나 외부 고위층의 압력을 받아 피고인에게 감사를 중단하도록 지시한 사실이 없음에도, 피해자를 비방할 목적으로, 1996. 4. 8. 14:00경 서울 서초구 서초동에 있는 민주사회를 위한 변호사 모임 사무실에서 그곳에 모인 성명불상의 기자들에게 피고인이 작성한 "양심선언"이라는 제목의 유인물을 배포하면서 '지난해 5월 효산콘도사업 특혜의혹사건에 대한 감사원의 감사는 공소외 1 4국장이 뚜렷한 이유 없이 중단하도록 지시하여 중단되었고, 감사중단은 당시 국장의 지시로 이루어졌지만 그 뒷선에서 이 방침이 결정된 것으로 알고 있으나 그 구체적인 압력의 지시자나 내용은 밝힐 수 없다.

당시 ○○국장 등에게 감사중단의 부당성에 대해 의견을 제시했으나 무시됐으며 감사원이 청와대의 직속기관인 만큼 청와대측의 압력이 있으리라고 추측했다.

특히, 공소외 2가 효산 공소외 3 회장으로 부터 뇌물을 받은 시점과 콘도미니엄 사업 신청시점이 일치하는 것으로 미루어 공소외 2가 관련되었을 가능성이 크다'고 발표한 뒤 기자들과 기자회견을 하면서도 '피해자가 외부의 압력을 받아 피고인의 감사를 이유 없이 중단시켰다'는 취지로 기자회견을 하여 마치 피해자 및 감사원 상부가 외부의 압력을 받아 정당한 이유 없이 피고인의 감사를 중단하도록 한 것처럼 말하고, 이에 따라 1996. 4. 9.자 한겨레신문, 조선일보, 동아일보, 중앙일보, 경향신문, 한국일보, 문화일보, 한국경제신문 등에 그와 같은 취지의 보도가 나게 함으로써 공연히 허위의 사실을 적시하여 출판물에 의하여 피해자의 명예를 훼손하였다는 것이다.

나. 원심판결의 요지

(1) 원심은 먼저 그 채택 증거를 종합하여 다음과 같은 기초 사실을 인정하였다.

(가) 효산콘도 사업계획승인 과정

1) 효산그룹 산하 주식회사 효산관광(후에 23세기산업으로 상호가 변경되었으므로, 이하에서는 '23세기산업'이라고만 한다)은 같은 효산그룹 산하 계열기업인 주식회사 서울리조트(이하 '서울리조트'라 한다)가 운영하고 있던 남양주시 호평동 소재 서울스키장에 연접한 부지에서 관광숙박업을 영위하기 위하여 경기도지사에게 효산콘도 사업계획 승인신청을 하였으나, 1994. 11. 8. 경기도지사로부터 효산콘도사업이 수도권정비위원회의 심의대상이라는 등의 이유

로 불가통보를 받았다.

- 2) 그 후 23세기산업은 남양주시장에게 국토이용개발계획 변경신청을 하였고, 남양주시장은 경기도지사에게 국토이용개발계획 변경승인신청을 하였으며, 경기도지사는 건설교통부에 효산콘도사업을 추진하고자 할 경우 수도권정비위원회의 심의가 선행되어야 하는지에 관하여 질의를 하였는데, 이에 대하여 건설교통부는 서울스키장 및 효산콘도의 사업지구를 합산한 면적이 10만㎡ 이상일지라도 두 사업의 설치·운영면에서 사업의 연계성이 없이 독립된 각각의 사업이라면 수도권정비위원회의 심의를 받지 아니하여도 사업이 가능하다고 회신하였다.

경기도지사는 남양주시장에 대하여 서울리조트가 운영하는 서울스키장과 23세기산업이 시행예정인 효산콘도는 설치·운영상 상호 연계성이 있으므로 수도권정비위원회의 심의를 선행토록 하라는 재검토지시를 하였고, 남양주시장은 23세기산업에게 경기도지사의 위 재검토지시를 통보하였다.

그러자 23세기산업은 경기도 행정심판위원회에 남양주시장을 상대로 하여 위 재검토통보처분을 취소하여 달라는 행정심판을 제기하였고, 위 행정심판위원회에서는 1995. 3. 6. 23세기산업과 서울리조트 사이에 임원구성과 자금조달 등에 있어서 연계성이 있다고 보기 어려워, 건설교통부장관의 유권해석 취지에 따라, 23세기산업의 효산콘도사업은 수도권정비위원회의 심의대상에 포함되지 않는다고 보아야 하므로, 이의 선행을 요구한 남양주시장의 처분은 부당하다는 등의 이유로, 위 재검토지시 통보처분을 취소한다는 의결을 하였고, 경기도지사는 1995. 3. 15. 위 의결에 따른 재결을 하였다.

- 3) 경기도지사는 또한, 위 행정심판 재결 내용에 따라 당초의 방침과는 달리 1995. 3. 29. 23세기산업에 대하여 효산콘도 사업계획을 승인하였다.

(나) 효산콘도 사업계획승인에 대한 감사원의 감사 및 처리

- 1) 감사원은 1995. 5. 18.부터 같은 달 31.까지 건설교통부에 대한 일반감사를 시행하였는데, 당시 감사원 제4국 제1과에 근무하던 피고인은 효산콘도사업과 관련한 감사활동(이하 '이 사건 감사'라 한다)을 하였다.
- 2) 피해자는 그 무렵 피고인이 감사한 위 사안을 감사원 제5국으로 이송하라는 지시를 하였고(다만, 피고인은 1995. 5. 27. 감사조장 공소외 4가 피해자에게 감사결과 중간보고를 할 때 피해자의 제5국 이송지시가 있었고, 1995. 5. 29. 공소외 4로부터 피해자의 제5국 이송지시를 전달받았다는 취지로 주장함에 반하여, 피해자는 감사가 종료한 후인 1995. 6. 초순경 제5국으로 보내라고 제안하였다고 주장한다), 이에 따라 피고인은 1995. 6. 초순경 "감사자료 이송"이라는 제목의 기안문을 작성하여 감사조장 공소외 4에게 제출하였으며, 공소외 4는 1995. 6. 16. 피고인으로 하여금 위 기안문의 내용을 일부 수정하게 하여 결재한 후 과장 및 심의관의 결재를 순차로 받아 1995. 6. 17. 피해자에게 결재를 올렸는데, 피해자는 이에 대하여 결재를 하지 아니하고 효산콘도사건을 피고인이 취득한 개인정보의 형식으로 제5국에 제출하라는 의견을 제시하였다.

- 3) 이에 따라 피고인은 위 감사자료를 제5국에 개인정보 제공 형식으로 제출하였으나, 위 자료들은 그 후 제5국 제2과에서 참고자료로 분류되어 이에 대하여 더 이상 조사가 진행되지 않았다.

(다) 효산그룹 로비 사건 발생 및 양심선언 후의 상황

- 1) 효산그룹 회장 공소외 3이 효산콘도사업 추진시기인 1994년 7월경부터 같은 해 9월경까지 사이에 청와대 제1부속 실장 공소외 2에게 6,000만 원의 뇌물을 제공한 사실이 밝혀져 공소외 2가 구속되는 사건이 1996년 3월경 발생하였다.

2) 피고인의 양심선언 이후 효산콘도 사업승인과 관련하여 특혜의혹이 계속 제기됨에 따라 감사원은 1996. 5. 16.부터 같은 해 6. 5.까지 효산콘도 사업승인과정에 관하여 경기도에 대한 재감사를 실시하였으나, 피고인이 양심선언에서 주장한 내용이 사실인지 여부는 밝히지 못한 채, 피고인이 주장하지 아니한 효산콘도 사업계획승인 업무처리의 부적정 등의 잘못을 발견하여 경기도 및 남양주시 소속 관련공무원 수인에 대하여 인사자료통보를 하는 등 후속처리를 하였다.

3) 23세기산업은 자금난 등으로 효산콘도 사업승인을 받은 후 1년이 훨씬 넘도록 콘도미니엄 건축을 착공하지 못하여 1996. 10. 5. 그 건축 허가가 취소되었다.

(2) 이와 같은 기초 사실을 전제로 하여 원심은 다음과 같은 이유로 위 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

(가) 피고인이 허위의 사실을 적시하였는지 여부

1) '제4국장의 지시에 의하여 뚜렷한 이유 없이 감사가 중단되었다'는 공표사실이 허위인지에 관하여

제1심 및 환송 전 원심의 채택 증거 및 환송 후 원심에서 추가로 조사한 피해자의 증언 등의 증거를 종합하면, 피고인은 감사실시 초반에 23세기산업 임·직원이 수회에 걸쳐 건설교통부를 방문한 전산기록을 확보한 사실, 감사조장 공소외 4는 피고인으로부터 위 전산기록이 있다는 보고를 받고 피고인에게 건설교통부 관계공무원과 방문자들을 대질 신문하여 유착의 증거를 확보하도록 독려하였던바, 이에 피고인은 공소외 4의 승인을 받아 1995. 5. 27. 건설교통부 수도권계획과 행정사무관 공소외 5와 효산콘도 사업승인과 관련한 건설교통부의 질의회신과정 및 그 당부에 대하여 문답을 시작하였는데, 그 과정에서 공소외 5는 건설교통부의 질의회신과 관련하여 서울리조트 및 23세기산업 관계자들을 만난 적이 없다고 진술하였으나, 피고인은 자신이 확보하고 있던 위 전산기록을 제시하면서 그 진술을 탄핵하지 아니하고 1995. 5. 30. 위 문답을 마친 사실, 피고인이 이 사건 감사를 진행하며 작성한 메모 중 1995. 5. 29.자 부분에는 제5국으로의 이송지시가 있었다는 취지로 기재가 되어 있는 사실, 건설교통부에 대한 일일감사실시 상황보고서(이하 '감사일지'라 한다) 중 감사종료일인 1995. 5. 31.자 감사반장지시란에는 "사업의 연계성이 있고 각각 별개의 사업이라는 주장과 반대주장이 객관적으로 입증이 안 되고 다툼이 있음"이라는 문구와 공소외 4의 서명이 기재되어 있는 사실, 피고인은 1995. 7. 중순경 피고인이 감사한 사항을 입건해야 하는 이유 및 제5국 이송의 부당함을 주장하는 '스키장·콘도사건에 대한 감사자 견해'(이하 '감사자 견해'라 한다)라는 서면을 감사조장 공소외 4 및 피해자에게 차례로 제출하였고, 공소외 4와 피해자는 위 서면에 대하여 특별한 이의를 제기하지 아니한 채 위 서면을 피고인에게 반환한 사실, 감사원에서 1995. 1. 1.부터 1996. 6. 30.까지 문답서를 작성한 1,427건 중 타국으로 이송한 사례 및 불문처리하면서 불문통지를 하지 아니한 사례는 본건 하나뿐인 사실을 인정할 수 있다.

나아가 위 인정 사실과 앞서 인정한 기초 사실에 비추어 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 피고인이 공소외 4로부터 피해자의 감사중단지시를 전달받았다고 주장하는 1995. 5. 29. 이후 실질적인 감사를 하지 않고 다만, 형식적으로 기존에 작성 중이던 문답서를 마무리하는 등의 감사만을 진행하여 그 시점에서 감사를 사실상 중단한 것으로 보이는 점, 환송 후 원심이 감사일지가 포함된 감사결과보고서철을 검증한 결과 최종감사일에 감사반장의 지시사항이 기재된 보고서는 없었던 사실을 확인하였고, 이에 의하면 감사일지 중 감사종료일인 1995. 5. 31.자 감사반장지시란에 기재된 공소외 4의 기재 내용은 상당히 이례적인 것일 뿐만 아니라 감사반장의 감사자에 대한 지시가 아니라는 점에서

제5국으로의 이송지시를 정당화하기 위하여 추후에 작위적으로 기입되었을 가능성이 있는 점, 피고인이 제5국에 제출한 감사정보보고에는 기재되어 있는 일부 중요내용이 제5국에서 보관하고 있는 감사정보에는 누락되어 있는 점, 피해자는 1995. 6. 5.경 제4국 제1과에서 피고인이 참석한 가운데 사무관(부감사관) 이상의 직원들이 효산콘도사건에 관하여 토론을 한 결과 입건할 사항이 아니라고 결론을 내었고 이에 따라 피해자가 사건을 제5국으로 보내라고 지시한 것이라고 주장하나, 1995. 6. 5.경 개최되었다는 토론에 관하여는, 그 개최시간과 피고인의 참석 여부 및 안전에 대한 태도 등에 대하여 참석자들의 증언이 일치하지 않을 뿐만 아니라 참석자들이 토론내용에 관하여 구체적인 진술을 하지 못하고 있으며, 위 토론일자에는 이미 감사원장에 대한 귀청보고가 예약되어 있거나 그 결재라인을 통해 결재가 진행 중이어서 토론의 내용이 감사결과에 반영되기 어려운 때로 보이는 등 1995. 6. 5.경 제4국 제1과에서 피해자가 주장하는 것과 같은 토론이 개최되었다는 사실을 의심할 만한 여러 정황이 있는 점, 피고인은 1995년 6월 일자불상경 1995. 5. 29.자 감사일지에 '1995. 5. 27. 중간보고 시 피해자의 지시에 의하여 제5국에 자료이송기로 하였다'는 내용을 가필하였으나, 피고인이 약 1년 후에 있을 이른바 '양심선언'을 대비하여 미리 허위의 증거를 확보하는 차원에서 감사일지를 위와 같이 변조하였다고 보기는 경험칙상 어렵고, 오히려 당시 피해자의 감사중단지시를 전달받은 것이 사실이고 사후에 이를 증거로 남길 어떠한 필요성을 느껴 공소외 4의 결재 이후 가필하게 된 것이라고 보는 것이 상당한 점 등에 비추어 보면, 피해자가 감사가 진행 중이던 1995. 5. 29. 공소외 4를 통하여 피고인에게 효산콘도승인과 관련한 부분을 제5국으로 이송하라고 지시하고, 이에 따라 피고인이 공무원 유착관계에 대한 자료를 확보하고도 관계공무원에게 이를 제시하지 아니한 채 감사를 마무리한 뒤 이송기안문을 올렸으나, 피해자가 다시 이송이 아닌 개인정보제공의 형식으로 제5국으로 보내도록 하여 더 이상의 조사가 진행되지 아니함으로써 뚜렷한 이유 없이 감사가 중단되었다고 봄이 상당하거나, 적어도 그와 같은 사실이 허위라는 점에 대한 합리성 있는 의문을 불러일으키기에 충분하다 할 것이므로, 피고인이 '피해자의 지시에 의하여 감사가 중단되었다'고 공표한 것이 허위의 사실을 적시한 것이라고 볼 수 없다.

2) '피해자가 외압을 받아 감사중단을 지시하였다'는 공표내용과 관련하여

피고인이 양심선언문에서 밝힌 내용은, 이 사건 감사 도중 제4국장의 지시에 의하여 효산콘도 사업승인에 대한 감사가 중지되었는데, 그 후 '효산그룹의 실제 사주인 공소외 3이 공소외 2에게 뇌물을 준 것이 밝혀짐에 따라 감사중단에 공소외 2가 관련되어 있는 것이 아닌가 하는 의혹을 가지게 되었다'는 취지이고, 위 양심선언문을 배포하면서 가진 기자회견 내용도 '감사중단은 뒷선에서 결정된 것으로 알고 있고, 감사원이 청와대의 직속기관인 만큼 청와대의 압력이 있으리라고 추측했다'는 내용이며, 피고인이 '피해자가 고위층으로부터 압력을 받아 감사중단을 지시하였다'는 사실을 단정적으로 표현한 바 없으므로, 피고인이 그러한 사실을 적시하였다고 인정하기 어렵다.

(나) 피고인에게 고의 및 비방의 목적이 있었는지 여부

설령 피고인이 적시한 사실이 허위의 사실이라 하더라도, 앞서 인정한 사정에 비추어 보면, 피고인이 양심선언 당시 효산콘도사업이 승인된 결과와 이 사건 감사사안이 다른 국으로 이송된 것과 관련하여 어떠한 의혹이 존재하는데, 이는 효산그룹의 로비활동에 의한 것일지도 모른다고 추측할 만한 여지가 있었다고 봄이 상당하다 할 것이어서, 피고인이 양심선언을 할 당시 그 진술내용이 허위라는 인식을 하고 있었다는 점을 인정하기 어렵다.

나아가, 피고인이 양심선언 당시 공표한 내용이 허위의 사실임에도 피고인이 허위라는 점에 대한 인식이 없어 사실 적시를 통하여 출판물에 의한 명예훼손을 한 것이라고 본다 하더라도, 피고인으로서의 정상적인 감사활동을 통하여서는 감사원 공무원으로서의 직무를 다할 수 없게 되었다는 판단하에 감사원이 그 본연의 역할을 수행하여야 하고, 공무원을 상대로 한 재계의 로비가 존재한다면 이를 투명하게 밝혀야 한다는 취지에서 양심선언을 한 것이라고 볼 것이고, 피고인이 적시한 사항도 이러한 의혹이 있으므로 이를 밝혀야 한다는 것으로서 공공의 이익에 관한 것이라고 할 것이므로 특별한 사정이 없는 한 비방의 목적이 있다고 인정되지도 않는다.

다.

대법원의 판단

(1) 허위사실 적시 및 인식 여부

(가) '제4국장의 지시에 의하여 뚜렷한 이유 없이 감사가 중단되었다'는 공표사실이 허위인지에 관하여

기록에 의하면, 효산그룹 산하 23세기산업이 구 관광진흥법(1997. 12. 13. 법률 제5454호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제4조 제4항, 제55조 제1항, 구 관광진흥법 시행령(1999. 5. 10. 대통령령 제16295호로 전문 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제41조 제1항 제2호의 규정에 의하여 경기도지사로부터 휴양콘도미니엄업 사업계획의 승인을 받으려다가 그것이 수도권정비위원회의 심의대상이라는 등의 이유로 불가통보를 받게 되자, 구 국토이용관리법(2000. 1. 28. 법률 제6245호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제14조의2 제1항 제2호, 구 국토이용관리법 시행령(1995. 10. 19. 대통령령 제14789호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제11조 제1항의 규정에 의하여 남양주시장에게 효산콘도 신축예정부지를 체육시설(스키장)부지에서 숙박시설(관광휴양시설)부지로 변경하는 내용의 '용도지역 등의 개발계획' 변경승인신청을 하였고, 남양주시장은 경기도지사에게 그 승인을 요청하였으며, 경기도지사는 건설교통부에 대한 질의회신절차를 거쳐 남양주시장에게 수도권정비위원회의 심의를 받도록 지시하여, 남양주시장이 다시 23세기산업에게 경기도지사의 지시내용을 그대로 통보하면서 '용도지역 등의 개발계획' 변경승인신청을 반려하였으나, 23세기산업은 남양주시장의 반려처분에 대하여 경기도지사에게 행정심판을 청구하였고, 이에 경기도지사는 '23세기산업의 휴양콘도미니엄사업은 수도권정비위원회의 심의대상에 포함되지 않는다'는 취지의 경기도 행정심판위원회의 의결에 따라 남양주시장의 위 반려처분을 취소하는 내용의 재결을 한 사실, 경기도 행정심판위원회의 의결은 구 국토이용관리법 및 그 시행령에 따른 남양주시장의 '용도지역 등 개발계획' 변경승인신청 반려처분에 대한 것이어서 이를 근거로 구 관광진흥법 및 그 시행령 소정의 휴양콘도미니엄업 사업계획승인을 할 수는 없는 것임에도, 경기도지사는 그 후 경기도 행정심판위원회의 의결을 근거로 23세기산업이 재신청한 효산콘도 사업계획을 승인한 사실, 피고인은 건설교통부에 대한 일반감사를 실시하면서 23세기산업에 대한 효산콘도 사업계획승인이 위와 같이 우회적인 편법을 사용하여 이루어졌고, 그 과정에서 효산그룹의 임·직원 및 경기도 공무원이 경기도의 질의에 대하여 회신을 담당하였던 건설교통부 국토계획국 수도권계획과를 여러 차례 방문한 자료를 확보하였으나, 효산콘도 사업계획승인과 관련한 사건은 그 후 '경기도 행정심판위원회의 의결은 감사대상이 되지 않는다'는 등의 이유로 불문처리되거나, 피해자의 지시에 의하여 제5국 제2과에 피고인의 개인정보로 보고되어 참고자료로 분류된 채 더 이상 조사가 이루어지지 않은 사실, 피고인은 건설교통부에 대한 현지감사종료 후 실제로 제5국으로의 이송 기안문을 작성하여 공소외 4에게 결재를 올렸고, 거기에는 효산콘도사업이 수도권정비위원회의 심의대상임에도 심의를 받지 않은 채 그 사업계획이 승인되었다는 내용이 기재되어 있는 사실, 피고인이 1995년 7월 이후 같은 해 12월까지 사이에 감사반장 공소외 4, 제4국 제1과장 공소외 6 및 피해자에게 제시하여 결재를 요구하였던 '감사자 견해'에도 1995. 5. 29. 공소

외 4를 통하여 효산콘도사건을 제5국으로 이송하라는 피해자의 지시를 전달받은 것으로 기재되어 있었음에도, 공소외 4, 공소외 6 및 피해자는 위 감사자 견해를 피고인으로부터 받아보고서도 이에 대하여 아무런 반박이나 질책을 하지 않은 사실을 알 수 있는바, 이러한 사실에다가 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 피고인이 건설교통부에 대한 일반감사 도중 공책에 작성한 메모에는 1995. 5. 29. 감사반장 공소외 4가 피고인에게 사건을 5국으로 이송하라는 피해자의 지시를 전달하였다는 취지로 기재되어 있고, 이러한 기재가 허위로 작성된 것이라고 볼 만한 증거가 없는 점, 피고인은 1995. 5. 29.자 감사일지에 위 메모와 유사한 내용을 사후에 가필하였으나, 그것은 감사반장 공소외 4가 1995. 5. 31.자 감사일지에 제5국으로의 이송을 합리화하기 위한 것인 듯한 내용을 기재한 것을 보고 그에 대한 반박자료를 남기기 위하여 가필한 것으로 보이는 점, 1995. 6. 5.경 제4국 제1과에서 개최되었다는 토론의 참가자, 개최일시, 그에 대한 피고인의 반응 등에 관하여 감사원측 증인들 사이의 진술이 일치하지 아니할 뿐만 아니라, 위 토론 이후 감사반장 공소외 4가 수정하여 결재한 위 '제5국 이송 기안문'의 내용이나 피고인이 작성하여 결재를 요구한 위 '감사자 견해'의 내용이 감사원측 증인들이 진술하는 위 토론의 결과와 상이하여, 과연 위 토론이 실제로 개최된 것이고, 그 토론결과에 따라 피해자가 피고인에게 효산콘도사건을 제5국으로 이송하거나 제5국에 개인정보로 보고하도록 지시하였는지에 대하여 강한 의문이 드는 점 등의 사정을 보태어 보면, 피해자가 건설교통부에 대한 감사가 진행 중이던 1995. 5. 29. 공소외 4를 통하여 피고인에게 효산콘도 사업승인과 관련한 부분을 제5국으로 이송하라고 지시함으로써 감사가 중단되었다는 이 부분 공표사실이 허위가 아니거나, 적어도 그러한 공표사실이 허위라는 점에 대한 합리적 의심의 여지가 충분하다고 할 것이다.

이와 같은 취지에서 피고인이 피해자의 지시에 의하여 감사가 중단되었다고 공표한 것이 허위의 사실을 적시하였다고 인정하기 어렵다고 한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 것과 같은 채증법칙 위배, 명예훼손에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

또한, 환송 후 원심은 제1심 및 환송 전 원심의 채택 증거에다가 환송 후 원심이 추가로 조사한 증거를 보태어 위와 같은 사실을 인정하였는바, 이와 같이 환송 후의 증거조사와과정에서 새로운 증거가 현출됨으로써 환송판결의 기속적 판단의 기초가 된 증거관계에 변동이 있었고, 그에 따라 환송 후 원심이 환송 전 원심판결과 동일한 결론을 낸 것이므로, 거기에 환송판결의 기속력을 위반한 위법이 있다고 할 수도 없다.

(나) '피해자가 외압을 받아 감사중단을 지시하였다'는 공표 부분에 관하여

- 1) 명예훼손죄에 있어서의 사실의 적시란 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 대치되는 개념으로서 시간과 공간적으로 구체적인 과거 또는 현재의 사실관계에 관한 보고 내지 진술을 의미하는 것이며, 그 표현내용이 증거에 의한 입증이 가능한 것을 말하고 판단할 진술이 사실인가 또는 의견인가를 구별함에 있어서는 언어의 통상적 의미와 용법, 입증가능성, 문제된 말이 사용된 문맥, 그 표현이 행하여진 사회적 상황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 한다(대법원 1998. 3. 24. 선고 97도2956 판결 등 참조). 이러한 사실의 적시는 사실을 직접적으로 표현한 경우에 한정될 것은 아니고, 간접적이고 우회적인 표현에 의하더라도 그 표현의 전취지에 비추어 그와 같은 사실의 존재를 암시하고, 또 이로써 특정인의 사회적 가치 내지 평가가 침해될 가능성이 있을 정도의 구체성이 있으면 충분하다(대법원 1991. 5. 14. 선고 91도420 판결 등 참조).

기록에 의하면, 피고인은 양심선언 당시 '감사도중 피해자의 지시에 의하여 뚜렷한 이유 없이 감사가 중단되었다', '효산그룹의 실제 사주인 공소외 3이 공소외 2에게 뇌물을 준 것이 밝혀졌다'는 등의 사실을 적시하면서, '청와대에서 감

사원 상부에 압력을 행사하여 감사가 중단된 것이라는 의혹을 가지게 되었다'는 취지로 공표한 사실을 알 수 있는바, 여기서 '청와대에서 감사원 상부에 압력을 행사하였다'는 의미는 '청와대에서 건설교통부에 대한 감사원의 일반감사 도중 부당한 방법으로 감사원 상부에 감사를 중단하라는 지시를 하였다'는 사실을 의미하는 것으로 보이고, 이와 같이 피고인이 의혹의 내용으로 공표한 사실은 그 입증이 가능할 뿐만 아니라, 피고인이 위와 같은 발언을 한 것은 '피고인이 그러한 의혹을 가지고 있다'는 사실을 알리기 위한 것이 아니라, '청와대가 감사원 상부에 압력을 행사하여 감사가 중단되었다'는 사실을 간접적이고 우회적인 표현에 의하여 암시하려는 것으로 보이며, 이로 인하여 피해자가 외압에 의한 감사원 상부의 감사중단결정에 무비판적으로 따르는 사람이라는 인상을 줌으로써 피해자의 명예를 훼손하는 것이라고 할 수 있으므로, 피고인이 의혹으로 공표한 내용은 단순한 의견표현이 아니라 구체적인 사실을 적시한 것이라고 보아야 한다.

- 2) 형법 제309조 제2항의 출판물에 의한 명예훼손죄로 기소된 사건에서, 공표된 사실이 허위라는 점은 검사가 이를 적극적으로 증명하여야 하고, 단지 공표된 사실이 진실이라는 증명이 없다는 것만으로는 허위사실공표에 의한 명예훼손죄가 성립할 수 없다.

그런데 위 증명책임을 다하였는지 여부를 결정함에 있어서는, 어느 사실이 적극적으로 존재한다는 것의 증명은 물론, 그 사실의 부존재의 증명이라도 특정 기간과 특정 장소에서의 특정행위의 부존재에 관한 것이라면 적극적 당사자인 검사가 이를 합리적 의심의 여지가 없이 증명하여야 할 것이지만, 특정되지 아니한 기간과 공간에서의 구체화되지 아니한 사실의 부존재를 증명한다는 것은 사회통념상 불가능한 반면 그 사실이 존재한다고 주장·증명하는 것이 보다 용이하므로 이러한 사정은 검사가 그 입증책임을 다하였는지를 판단함에 있어 고려되어야 하고, 따라서 의혹을 받을 일을 한 사실이 없다고 주장하는 사람에 대하여 의혹을 받을 사실이 존재한다고 적극적으로 주장하는 사람은 그러한 사실의 존재를 수증할 만한 소명자료를 제시할 부담을 지며 검사는 제시된 자료의 신빙성을 탄핵하는 방법으로 허위사실임을 입증할 수 있을 것인데, 이 때 제시하여야 할 소명자료는 단순히 소문을 제시하는 것만으로는 부족하고 적어도 허위임을 검사가 입증하는 것이 가능할 정도의 구체성은 갖추어야 하며, 이러한 소명자료의 제시가 없거나 제시된 소명자료의 신빙성이 탄핵된 때에는 허위사실공표로서의 책임을 져야 한다 (대법원 2004. 2. 26. 선고 99도5190 판결, 대법원 2005. 7. 22. 선고 2005도2627 판결 등 참조).

이 사건에서 피고인이 제시한 소명자료에 의하면, 감사원은 대통령 소속의 감사기관인 사실, 23세기산업이 효산콘도사업의 승인을 받지 못하다가 우회적인 편법을 통하여 승인을 받은 것으로 보이고, 그 후 효산콘도 사업승인과 관련한 감사가 사실상 중단되었음에도, 감사원에서는 그에 관한 납득할 만한 사유를 제시하지 못하고 있는 사실, 피고인의 양심선언을 전후하여 청와대 제1부속실장 공소외 2가 효산그룹의 실제 사주인 공소외 3으로부터 효산콘도 사업계획 승인신청 무렵에 6,000만 원의 뇌물을 수수하였고, 대통령 차남의 측근으로 알려진 공소외 7이 효산콘도 분양권 24억 원어치를 보유하고 있는 것이 밝혀진 사실, 공소외 2의 뇌물수수사건과 관련하여 피고인의 양심선언이 있기 전부터 청와대의 외압에 의하여 감사원의 감사가 중단되었다는 의혹이 각종 언론매체에 의하여 계속 제기되어 온 사실 등을 알 수 있으므로, 피고인으로서의 자신이 의혹으로 공표한 외압사실의 존재를 수증할 만한 구체성 있는 소명자료를 제시하였다고 볼 수 있다.

이에 반하여 검사는 피고인이 제시한 소명자료의 신빙성을 탄핵할 만한 실질적인 증거를 제시하지 못하고 있으므로 피고인이 공표한 외압의혹과 관련하여서는 공표된 사실이 허위라는 점에 대하여 검사의 적극적인 증명이 있다

고 볼 수 없다.

- 3) 나아가 설령 '청와대의 외압이 있었다'는 사실이 허위의 사실이라고 하더라도, 위와 같은 사정에 비추어 보면, 피고인이 '청와대의 외압이 있었다'고 믿을 만한 상당한 근거가 있다고 할 것이므로, 피고인에게 공표한 사실이 허위라는 인식이 있었다고 보기는 어렵다.
- 4) 따라서 피고인이 '피해자가 외압을 받아 감사중단을 지시하였다'는 사실을 적시하였다고 인정하기 어렵다고 한 원심의 판단에는 '사실의 적시'에 관한 법리를 오해하거나 채증법칙을 위반하여 사실을 오인한 잘못이 있으나, 피고인에게 그 공표내용이 허위사실이라는 인식이 있었다고 인정하기 어렵다고 한 원심의 판단은 정당하므로, 원심의 위와 같은 잘못은 판결 결과에 영향을 미친 바 없다.

상고이유는 결국 이유가 없다.

(2) 비방의 목적 여부

- (가) 형법 제309조 제2항의 허위사실적시 출판물에 의한 명예훼손의 공소사실에는 같은 조 제1항 소정의 사실적시 출판물에 의한 명예훼손의 공소사실도 포함되어 있으므로, 피고인이 적시한 사실이 허위사실이 아니거나 피고인에게 적시한 사실이 허위사실이라는 인식이 없다면 법원은 공소장변경절차 없이도 형법 제309조 제1항의 사실적시 출판물에 의한 명예훼손죄로 인정할 수 있다 (대법원 1993. 9. 24. 선고 93도1732 판결, 대법원 1997. 2. 14. 선고 96도 2234 판결 등 참조).

한편, 형법 제309조 소정의 '사람을 비방할 목적'이란 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로서 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계에 있으므로, 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방할 목적은 부인될 수밖에 없다 (대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도2137 판결 등 참조). 그리고 '적시한 사실이 공공의 이익에 관한 경우'라 함은 적시된 사실이 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 주관적으로 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한 것이어야 하는데, 여기에서 공공의 이익이라 함은 널리 국가·사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것 뿐 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익을 포함한다.

나아가 그 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인지 여부는 당해 명예훼손적 표현으로 인한 피해자가 공무원 내지 공적 인물과 같은 공인(公人)인지 아니면 사인(私人)에 불과한지, 그 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 공적 관심사안에 관한 것으로 사회의 여론형성 내지 공개토론에 기여하는 것인지 아니면 순수한 사적인 영역에 속하는 것인지, 피해자가 그와 같은 명예훼손적 표현의 위험을 자초한 것인지, 그리고 그 표현에 의하여 훼손되는 명예의 성격과 침해의 정도, 그 표현의 방법과 동기 등의 여러 사정에 비추어 판단하여야 할 것이다(대법원 2007. 6. 14. 선고 2004도4826 판결 등 참조).

- (나) 원심은 피고인이 형법 제309조 제2항 소정의 허위사실적시가 아닌 형법 제309조 제1항 소정의 사실적시를 통하여 출판물에 의한 명예훼손을 한 것이라고 본다고 하더라도, 피고인이 피해자를 '비방할 목적으로' 양심선언을 한 것이라고 인정할 증거가 없다고 판단하였다.

- (다) 기록 및 원심이 적법하게 인정한 사실에 의하여 알 수 있는 바와 같이, 효산콘도 사업계획이 우회적인 편법에 의하여 승인된 것으로 보이고, 감사원의 건설교통부에 대한 감사 도중 효산콘도 사업계획승인의 문제점이 일부나마 드

러났을 뿐만 아니라 그 과정에서 관련 업체와 공무원 사이에 금품수수 등 유착 의혹이 제기되었음에도, 효산콘도사건에 대한 감사가 감사 도중 뚜렷한 이유 없이 중단된 채 더 이상의 조사가 이루어지지 아니하였고, 이에 피고인이 효산콘도사건에 대한 재감사를 피해자 등에게 건의하였으나 외면당한 점, 그 후 효산그룹에서 청와대 고위 간부에게 거액의 뇌물을 제공하였고, 그 시기가 효산콘도 사업계획 승인신청 시기와 일치하는 것으로 밝혀진 점, 그 얼마 후 피고인이 이 사건 양심선언을 하였는데, 피고인이 양심선언으로 공표한 주된 내용은 '효산콘도사건에 대한 감사가 감사 도중 중단되었고, 효산그룹이 청와대 고위간부에게 뇌물을 제공한 점에 비추어 보면, 청와대에서 감사원 상부에 압력을 행사한 의혹이 있다'는 것이었고, 직접적으로 피해자 공소외 1을 비방하는 것이 주된 내용은 아니라고 보이는 점, 설령 이와 같은 공표 내용 중에 피해자의 명예를 훼손하는 표현이 일부 포함되어 있더라도, 이는 효산콘도사건의 감사중단을 지시한 피해자가 자초한 것이라고 볼 여지가 있는 점, 감사원은 헌법상 독립적·중립적 지위가 인정되는 감사기관이고, 피해자는 감사원 제4국장으로서 공인(公人)이라고 볼 수 있을 뿐 아니라, 효산그룹사건에 대한 감사중단 및 외압 의혹은 피고인의 양심선언 이전부터 언론매체에 의하여 계속 제기되어 왔던 것인데, 그러한 상황에서 피고인이 그 동안 제기된 의혹 중 일부가 사실이라는 것을 밝힌 것은 널리 국가·사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것으로서 사회의 여론형성 내지 공개토론에 기여하는 것이고, 더구나 피고인의 양심선언은 이와 같은 공적 관심사안에 관하여 진실하거나 진실이라고 볼 근거가 있는 사실을 공표한 것이며, 그것이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격에 해당한다고 볼 자료도 없는 점 등의 사정을 종합해 볼 때, 피고인이 위와 같은 내용을 공표한 행위는 대규모 개발사업 승인과정에 존재하는 의혹을 규명하고 헌법상 독립적·중립적 감사기관인 감사원이 제 기능을 공정하게 수행하도록 촉구하기 위한 것으로 공공의 이익을 위하여 한 것이라고 보기에 충분하고, 그렇다면 특별한 사정이 없는 한 비방의 목적은 부인된다고 보아야 할 것이다.

이와 같은 취지의 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 명예훼손에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

(3) 소결론

결국, 이 사건 공소사실 중 출판물에 의한 명예훼손의 점에 관한 상고이유의 주장은 어느 것이나 이유가 없다.

2. 공문서변조 및 변조공문서행사의 점에 관하여

검사는 원심판결 전부에 대하여 상고하였으나, 원심판결이 다시 유죄를 선고한 공문서변조 및 변조공문서행사의 점에 대하여는 상고이유를 제출하지 아니하였을 뿐 아니라 이 부분은 환송판결에서 이미 피고인의 상고가 배척되어 확정력이 생겼고(검사는 상고하지 아니하였다), 다만 파기환송되는 출판물에 의한 명예훼손의 점과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 함께 파기환송되었을 뿐이므로 그에 대하여 다시 불복할 수도 없다.

3. 결 론

그러므로 상고를 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 고현철(재판장) 김지형 전수안(주심) 차한성