

모욕

[대구지방법원 2022. 10. 21. 2021노4485]



【전문】

【피 고 인】 피고인

【항 소 인】 검사

【검 사】 이형철(기소), 김윤식(공판)

【변 호 인】 변호사 박대영

【원심판결】 대구지방법원 2021. 11. 17. 선고 2021고정398 판결

【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인을 벌금 100만 원에 처한다.

피고인이 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 10만 원을 1일로 환산한 기간 피고인을 노역장에 유치한다.

피고인에게 위 벌금에 상당한 금액의 가납을 명한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지(사실오인, 법리오해)

모욕죄의 공연성은 개별적으로 소수의 사람에게 사실을 적시하였더라도 그 상대방이 불특정 또는 다수인에게 적시된 사실을 전파할 가능성이 있는 때에는 공연성이 인정되며 발언 이후 실제 전파 여부라는 우연한 사정은 공연성 인정 여부를 판단함에 있어 소극적 사정으로만 고려되어야 하는 바, 이 사건은 피고인으로부터 메시지를 받은 공소외 1이 해당 문자메시지를 피해자인 공소외 2에게 전송한 점, 피고인이 공소외 1에게 메시지를 전달한 그 시점을 기준으로 피고인과 공소외 1, 공소외 2의 관계 등을 고려하였을 때 공소외 1이 피해자 이외의 다른 사람들에게 전파할 가능성이 인정되는 점 등을 고려할 때 원심은 사실을 오인하고 공연성에 대한 법리를 오해하여 무죄를 선고한 잘못이 있다.

2. 판단

가. 관련 법리

명예훼손죄와 모욕죄는 모두 '공연성'을 구성요건으로 하는데, 이때의 '공연성'이란 '불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태'를 의미하며, 특정 소수에 대한 발언의 경우 공연성이 부정되는 유력한 사정이 될 수 있으므로, 전파될 가능성에 관하여는 검사의 엄격한 증거가 필요하다.

나아가 특정의 개인이나 소수인에게 개인적 또는 사적으로 정보를 전달하는 것과 같은 행위는 공연하다고 할 수 없고, 다만 특정의 개인 또는 소수인이라고 하더라도 불특정 또는 다수인에게 전파 또는 유포될 개연성이 있는 경우라면 공연하다고 할 수 있으므로, 전파될 가능성에 대한 증거의 정도로 단순히 '가능성'이 아닌 '개연성'이 필요하다.

또한 전파가능성을 이유로 공연성을 인정하는 경우에는 적어도 범죄구성요건의 주관적 요소로서 미필적 고의가 필요하므로 전파가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 그 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 하고, 행위자가 전파가능성을 용인하고 있었는지 여부는 외부에 나타난 행위의 형태와 상황 등 구체적인 사정을 기초로 일반인

이라면 그 전파가능성을 어떻게 평가할 것인가를 고려하면서 행위자의 입장에서 그 심리상태를 추인하여야 한다.

공연성의 존부는 발언자와 상대방 또는 피해자 사이의 관계나 지위, 대화를 하게 된 경위와 상황, 사실적시의 내용, 적시의 방법과 장소 등 행위 당시의 객관적 제반 사정에 관하여 심리한 다음, 그로부터 상대방이 불특정 또는 다수인에게 전파할 가능성이 있는지 여부를 검토하여 종합적으로 판단하여야 한다.

발언 이후 실제 전파되었는지 여부는 전파가능성 유무를 판단하는 고려요소가 될 수 있으나, 발언 후 실제 전파 여부라는 우연한 사정은 공연성 인정 여부를 판단함에 있어 소극적 사정으로만 고려되어야 한다(대법원 2020. 11. 19. 선고 2020도5813 판결 등 참조).

나. 원심의 판단

원심은 현직 구의원인 피고인이 공소외 2를 비방하고 폄하할 의도로 공소사실 기재와 같은 내용의 메시지를 공소외 1에게 전송함으로써 매우 부적절한 행위를 한 것은 분명하나, "전송받은 메시지를 다른 사람에게 전파하지 않았고 전파할 생각이 전혀 없었다"는 공소외 1의 일관된 진술내용에 비추어 볼 때, 위 문자메시지가 공소외 1 외 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 없다고 봄이 합당하고, 검사의 나머지 증거만으로는 '전파가능성'을 인정하기에 부족하다고 판단하면서 이 사건 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

다.

당심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 및 사정, 즉, ① 피고인과 공소외 1, 피해자는 모두 □□당 소속 당원들로 피고인은 □□당 소속 대구 ○구의회 의원, 공소외 1은 대구 ○구을 지역위원회 여성위원장과 대구 △△ 자율방범대 대장, 피해자는 대구 △△ 자율방범대 대원으로 활동하였다.

피고인과 공소외 1의 관계에 대하여 공소외 1은 공적으로 몇 번 인사 정도만 나누었을 뿐 서로 반가움을 표시하며 이야기를 나누는 사이가 아니었으며 피고인이 느닷없이 이 사건 카카오톡 메시지를 보내와 굉장히 기분이 언짢았다고 진술하였던 점 등을 고려할 때 위 두 사람이 특별한 인적 신뢰관계에 있다거나 서로가 사적으로 친밀하여 개인적인 생각을 자유롭게 표명하더라도 비밀보장이 기대되는 관계라고 보기는 어려운 점, ② 피고인은 대구 ○구의회 의원이자 같은 □□당 소속 당원으로서 대구 △△ 자율방범대의 대장인 공소외 1에게 피해자가 평소 술을 좋아하고 나이 많은 사람에게 함부로 행동하는 사람이라는 점을 알려 피해자 같은 사람과는 거리를 두었으면 하여 이 사건 카카오톡 메시지를 보내게 되었다고 주장한다.

그런데 평소 피고인과 공소외 1이 자주 카카오톡 메시지를 주고받는 사이가 아니었던 점, 위 메시지의 내용을 살펴보면 "거기에 술꾼 공소외 2씨가 공소외 3이랑 가 있네요 ㅋ 거기는 술 안 사주는데", "입 열면 막말과 비속어, 욕설이 난무하는 공소외 2씨와 가까이 해서 대장님이 득 될 것은 없다 봅니다"와 같이 아무런 부연 설명 없이 피해자를 술꾼이라거나 입 열면 막말, 비속어, 욕설을 한다고 표현할 뿐이었던 점을 고려할 때, 이는 피해자의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시키기에 충분해 보이고 피고인이 주장하는 바와 같이 소속 당이나 공소외 1의 평판을 염려하는 공익적인 목적에 기인한 것이라고 보기는 어려운 점, ③ 공연성의 존부를 판단함에 있어서 상대방의 전파의사만으로 전파가능성을 판단하거나 실제 전파되었다는 결과를 가지고 책임을 물을 것은 아니므로, 결과적으로 공소외 1이 이 사건 카카오톡 메시지를 퍼뜨리지 않았다고 하더라도, 앞서 본 바와 같이 피고인이 공소외 1에게 이 사건 메시지를 보낼 당시의 피고인, 공소외 1이나 피해자의 지위나 관계, 공소외 1에게 보낸 메시지의 내용 등에 비추어 볼 때

피고인은 위 메시지가 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다는 점을 충분히 예견할 수 있었음에도 이를 용인하고 이와 같은 행위에 나아간 것으로 판단되는 점 등을 종합할 때, 피고인의 이 사건 행위는 전파가능성이나 공연성을 충분히 인정할 수 있다고 판단되며, 이와 결론을 달리한 원심판결에는 사실을 오인하거나 모욕죄의 공연성에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

따라서 이를 지적하는 검사의 주장은 이유 있다.

3. 결론

그렇다면, 검사의 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다음과 같이 다시 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지(사실오인, 법리오해)

모욕죄의 공연성은 개별적으로 소수의 사람에게 사실을 적시하였더라도 그 상대방이 불특정 또는 다수인에게 적시된 사실을 전파할 가능성이 있는 때에는 공연성이 인정되며 발언 이후 실제 전파 여부라는 우연한 사정은 공연성 인정 여부를 판단함에 있어 소극적 사정으로만 고려되어야 하는 바, 이 사건은 피고인으로부터 메시지를 받은 공소외 1이 해당 문자메시지를 피해자인 공소외 2에게 전송한 점, 피고인이 공소외 1에게 메시지를 전달한 그 시점을 기준으로 피고인과 공소외 1, 공소외 2의 관계 등을 고려하였을 때 공소외 1이 피해자 이외의 다른 사람들에게 전파할 가능성이 인정되는 점 등을 고려할 때 원심은 사실을 오인하고 공연성에 대한 법리를 오해하여 무죄를 선고한 잘못이 있다.

2. 판단

가. 관련 법리

명예훼손죄와 모욕죄는 모두 '공연성'을 구성요건으로 하는데, 이때의 '공연성'이란 '불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태'를 의미하며, 특정 소수에 대한 발언의 경우 공연성이 부정되는 유력한 사정이 될 수 있으므로, 전파가능성에 관하여는 검사의 엄격한 증거가 필요하다.

나아가 특정의 개인이나 소수인에게 개인적 또는 사적으로 정보를 전달하는 것과 같은 행위는 공연하다고 할 수 없고, 다만 특정의 개인 또는 소수인이라고 하더라도 불특정 또는 다수인에게 전파 또는 유포될 개연성이 있는 경우라면 공연하다고 할 수 있으므로, 전파될 가능성에 대한 증거의 정도로 단순히 '가능성'이 아닌 '개연성'이 필요하다.

또한 전파가능성을 이유로 공연성을 인정하는 경우에는 적어도 범죄구성요건의 주관적 요소로서 미필적 고의가 필요하므로 전파가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 그 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 하고, 행위자가 전파가능성을 용인하고 있었는지 여부는 외부에 나타난 행위의 형태와 상황 등 구체적인 사정을 기초로 일반인이라면 그 전파가능성을 어떻게 평가할 것인가를 고려하면서 행위자의 입장에서 그 심리상태를 추인하여야 한다.

공연성의 존부는 발언자와 상대방 또는 피해자 사이의 관계나 지위, 대화를 하게 된 경위와 상황, 사실적시의 내용, 적시의 방법과 장소 등 행위 당시의 객관적 제반 사정에 관하여 심리한 다음, 그로부터 상대방이 불특정 또는 다수인에게 전파할 가능성이 있는지 여부를 검토하여 종합적으로 판단하여야 한다.

발언 이후 실제 전파되었는지 여부는 전파가능성 유무를 판단하는 고려요소가 될 수 있으나, 발언 후 실제 전파 여부는 우연한 사정은 공연성 인정 여부를 판단함에 있어 소극적 사정으로만 고려되어야 한다(대법원 2020. 11. 19. 선

고 2020도5813 판결 등 참조).

나. 원심의 판단

원심은 현직 구의원인 피고인이 공소외 2를 비방하고 폄하할 의도로 공소사실 기재와 같은 내용의 메시지를 공소외 1에게 전송함으로써 매우 부적절한 행위를 한 것은 분명하나, "전송받은 메시지를 다른 사람에게 전파하지 않았고 전파할 생각이 전혀 없었다"는 공소외 1의 일관된 진술내용에 비추어 볼 때, 위 문자메시지가 공소외 1 외 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 없다고 봄이 합당하고, 검사의 나머지 증거만으로는 '전파가능성'을 인정하기에 부족하다고 판단하면서 이 사건 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

다.

당심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 및 사정, 즉, ① 피고인과 공소외 1, 피해자는 모두 □□당 소속 당원들로 피고인은 □□당 소속 대구 ○구의회 의원, 공소외 1은 대구 ○구를 지역위원회 여성위원장과 대구 △△ 자율방범대 대장, 피해자는 대구 △△ 자율방범대 대원으로 활동하였다.

피고인과 공소외 1의 관계에 대하여 공소외 1은 공적으로 몇 번 인사 정도만 나누었을 뿐 서로 반가움을 표시하며 이야기를 나누는 사이가 아니었으며 피고인이 느닷없이 이 사건 카카오톡 메시지를 보내와 굉장히 기분이 언짢았다고 진술하였던 점 등을 고려할 때 위 두 사람이 특별한 인적 신뢰관계에 있다거나 서로가 사적으로 친밀하여 개인적인 생각을 자유롭게 표명하더라도 비밀보장이 기대되는 관계라고 보기는 어려운 점, ② 피고인은 대구 ○구의회 의원이자 같은 □□당 소속 당원으로서 대구 △△ 자율방범대의 대장인 공소외 1에게 피해자가 평소 술을 좋아하고 나이 많은 사람에게 함부로 행동하는 사람이라는 점을 알려 피해자 같은 사람과는 거리를 두었으면 하여 이 사건 카카오톡 메시지를 보내게 되었다고 주장한다.

그런데 평소 피고인과 공소외 1이 자주 카카오톡 메시지를 주고받는 사이가 아니었던 점, 위 메시지의 내용을 살펴보면 "거기에 술꾼 공소외 2씨가 공소외 3이랑 가 있네요 ㅋ 거기는 술 안 사주는데", "입 열면 막말과 비속어, 욕설이 난무하는 공소외 2씨와 가까이 해서 대장님이 득 될 것은 없다 봅니다"와 같이 아무런 부연 설명 없이 피해자를 술꾼이라거나 입 열면 막말, 비속어, 욕설을 한다고 표현할 뿐이었던 점을 고려할 때, 이는 피해자의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시키기에 충분해 보이고 피고인이 주장하는 바와 같이 소속 당이나 공소외 1의 평판을 염려하는 공익적인 목적에 기인한 것이라고 보기는 어려운 점, ③ 공연성의 존부를 판단함에 있어서 상대방의 전파의사만으로 전파가능성을 판단하거나 실제 전파되었다는 결과를 가지고 책임을 물을 것은 아니므로, 결과적으로 공소외 1이 이 사건 카카오톡 메시지를 퍼뜨리지 않았다고 하더라도, 앞서 본 바와 같이 피고인이 공소외 1에게 이 사건 메시지를 보낼 당시의 피고인, 공소외 1이나 피해자의 지위나 관계, 공소외 1에게 보낸 메시지의 내용 등에 비추어 볼 때 피고인은 위 메시지가 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다는 점을 충분히 예견할 수 있었음에도 이를 용인하고 이와 같은 행위에 나아간 것으로 판단되는 점 등을 종합할 때, 피고인의 이 사건 행위는 전파가능성이나 공연성을 충분히 인정할 수 있다고 판단되며, 이와 결론을 달리한 원심판결에는 사실을 오인하거나 모욕죄의 공연성에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

따라서 이를 지적하는 검사의 주장은 이유 있다.

3. 결론

그렇다면, 검사의 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다음과 같이 다시 판결한다.

【이유】

1. 항소이유의 요지(사실오인, 법리오해)

모욕죄의 공연성은 개별적으로 소수의 사람에게 사실을 적시하였더라도 그 상대방이 불특정 또는 다수인에게 적시된 사실을 전파할 가능성이 있는 때에는 공연성이 인정되며 발언 이후 실제 전파 여부라는 우연한 사정은 공연성 인정 여부를 판단함에 있어 소극적 사정으로만 고려되어야 하는 바, 이 사건은 피고인으로부터 메시지를 받은 공소외 1이 해당 문자메시지를 피해자인 공소외 2에게 전송한 점, 피고인이 공소외 1에게 메시지를 전달한 그 시점을 기준으로 피고인과 공소외 1, 공소외 2의 관계 등을 고려하였을 때 공소외 1이 피해자 이외의 다른 사람들에게 전파할 가능성이 인정되는 점 등을 고려할 때 원심은 사실을 오인하고 공연성에 대한 법리를 오해하여 무죄를 선고한 잘못이 있다.

2. 판단

가. 관련 법리

명예훼손죄와 모욕죄는 모두 '공연성'을 구성요건으로 하는데, 이때의 '공연성'이란 '불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태'를 의미하며, 특정 소수에 대한 발언의 경우 공연성이 부정되는 유력한 사정이 될 수 있으므로, 전파될 가능성에 관하여는 검사의 엄격한 증거가 필요하다.

나아가 특정의 개인이나 소수인에게 개인적 또는 사적으로 정보를 전달하는 것과 같은 행위는 공연하다고 할 수 없고, 다만 특정의 개인 또는 소수인이라고 하더라도 불특정 또는 다수인에게 전파 또는 유포될 개연성이 있는 경우라면 공연하다고 할 수 있으므로, 전파될 가능성에 대한 증거의 정도로 단순히 '가능성'이 아닌 '개연성'이 필요하다.

또한 전파가능성을 이유로 공연성을 인정하는 경우에는 적어도 범죄구성요건의 주관적 요소로서 미필적 고의가 필요하므로 전파가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 그 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 하고, 행위자가 전파가능성을 용인하고 있었는지 여부는 외부에 나타난 행위의 형태와 상황 등 구체적인 사정을 기초로 일반인이라면 그 전파가능성을 어떻게 평가할 것인가를 고려하면서 행위자의 입장에서 그 심리상태를 추인하여야 한다.

공연성의 존부는 발언자와 상대방 또는 피해자 사이의 관계나 지위, 대화를 하게 된 경위와 상황, 사실적시의 내용, 적시의 방법과 장소 등 행위 당시의 객관적 제반 사정에 관하여 심리한 다음, 그로부터 상대방이 불특정 또는 다수인에게 전파할 가능성이 있는지 여부를 검토하여 종합적으로 판단하여야 한다.

발언 이후 실제 전파되었는지 여부는 전파가능성 유무를 판단하는 고려요소가 될 수 있으나, 발언 후 실제 전파 여부는 우연한 사정은 공연성 인정 여부를 판단함에 있어 소극적 사정으로만 고려되어야 한다(대법원 2020. 11. 19. 선고 2020도5813 판결 등 참조).

나. 원심의 판단

원심은 현직 구의원인 피고인이 공소외 2를 비방하고 폄하할 의도로 공소사실 기재와 같은 내용의 메시지를 공소외 1에게 전송함으로써 매우 부적절한 행위를 한 것은 분명하나, "전송받은 메시지를 다른 사람에게 전파하지 않았고 전파할 생각이 전혀 없었다"는 공소외 1의 일관된 진술내용에 비추어 볼 때, 위 문자메시지가 공소외 1 외 불특정

또는 다수인에게 전파될 가능성이 없다고 봄이 합당하고, 검사의 나머지 증거만으로는 '전파가능성'을 인정하기에 부족하다고 판단하면서 이 사건 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

다.

당심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 및 사정, 즉, ① 피고인과 공소외 1, 피해자는 모두 □□당 소속 당원들로 피고인은 □□당 소속 대구 ○구의회 의원, 공소외 1은 대구 ○구를 지역위원회 여성위원장과 대구 △△ 자율방범대 대장, 피해자는 대구 △△ 자율방범대 대원으로 활동하였다.

피고인과 공소외 1의 관계에 대하여 공소외 1은 공적으로 몇 번 인사 정도만 나누었을 뿐 서로 반가움을 표시하며 이야기를 나누는 사이가 아니었으며 피고인이 느닷없이 이 사건 카카오톡 메시지를 보내와 굉장히 기분이 언짢았다고 진술하였던 점 등을 고려할 때 위 두 사람이 특별한 인적 신뢰관계에 있다거나 서로가 사적으로 친밀하여 개인적인 생각을 자유롭게 표명하더라도 비밀보장이 기대되는 관계라고 보기는 어려운 점, ② 피고인은 대구 ○구의회 의원이자 같은 □□당 소속 당원으로서 대구 △△ 자율방범대의 대장인 공소외 1에게 피해자가 평소 술을 좋아하고 나이 많은 사람에게 함부로 행동하는 사람이라는 점을 알려 피해자 같은 사람과는 거리를 두었으면 하여 이 사건 카카오톡 메시지를 보내게 되었다고 주장한다.

그런데 평소 피고인과 공소외 1이 자주 카카오톡 메시지를 주고받는 사이가 아니었던 점, 위 메시지의 내용을 살펴보면 "거기에 술꾼 공소외 2씨가 공소외 3이랑 가 있네요 ㄴ 거기는 술 안 사주는데", "입 열면 막말과 비속어, 욕설이 난무하는 공소외 2씨와 가까이 해서 대장님이 득 될 것은 없다 봅니다"와 같이 아무런 부연 설명 없이 피해자를 술꾼이라거나 입 열면 막말, 비속어, 욕설을 한다고 표현할 뿐이었던 점을 고려할 때, 이는 피해자의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시키기에 충분해 보이고 피고인이 주장하는 바와 같이 소속 당이나 공소외 1의 평판을 염려하는 공익적인 목적에 기인한 것이라고 보기는 어려운 점, ③ 공연성의 존부를 판단함에 있어서 상대방의 전파의사만으로 전파가능성을 판단하거나 실제 전파되었다는 결과를 가지고 책임을 물을 것은 아니므로, 결과적으로 공소외 1이 이 사건 카카오톡 메시지를 퍼뜨리지 않았다고 하더라도, 앞서 본 바와 같이 피고인이 공소외 1에게 이 사건 메시지를 보낼 당시의 피고인, 공소외 1이나 피해자의 지위나 관계, 공소외 1에게 보낸 메시지의 내용 등에 비추어 볼 때 피고인은 위 메시지가 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다는 점을 충분히 예견할 수 있었음에도 이를 용인하고 이와 같은 행위에 나아간 것으로 판단되는 점 등을 종합할 때, 피고인의 이 사건 행위는 전파가능성이나 공연성을 충분히 인정할 수 있다고 판단되며, 이와 결론을 달리한 원심판결에는 사실을 오인하거나 모욕죄의 공연성에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

따라서 이를 지적하는 검사의 주장은 이유 있다.

3. 결론

그렇다면, 검사의 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다음과 같이 다시 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지(사실오인, 법리오해)

모욕죄의 공연성은 개별적으로 소수의 사람에게 사실을 적시하였더라도 그 상대방이 불특정 또는 다수인에게 적시된 사실을 전파할 가능성이 있는 때에는 공연성이 인정되며 발언 이후 실제 전파 여부라는 우연한 사정은 공연성 인정 여부를 판단함에 있어 소극적 사정으로만 고려되어야 하는 바, 이 사건은 피고인으로부터 메시지를 받은 공소외 1이 해당 문자메시지를 피해자인 공소외 2에게 전송한 점, 피고인이 공소외 1에게 메시지를 전달한 그 시점을 기준으로 피고인과 공소외 1, 공소외 2의 관계 등을 고려하였을 때 공소외 1이 피해자 이외의 다른 사람들에게 전파할 가능성이 인정되는 점 등을 고려할 때 원심은 사실을 오인하고 공연성에 대한 법리를 오해하여 무죄를 선고한 잘못이 있다.

2. 판단

가. 관련 법리

명예훼손죄와 모욕죄는 모두 '공연성'을 구성요건으로 하는데, 이때의 '공연성'이란 '불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태'를 의미하며, 특정 소수에 대한 발언의 경우 공연성이 부정되는 유력한 사정이 될 수 있으므로, 전파될 가능성에 관하여는 검사의 엄격한 증명이 필요하다.

나아가 특정의 개인이나 소수인에게 개인적 또는 사적으로 정보를 전달하는 것과 같은 행위는 공연하다고 할 수 없고, 다만 특정의 개인 또는 소수인이라고 하더라도 불특정 또는 다수인에게 전파 또는 유포될 개연성이 있는 경우라면 공연하다고 할 수 있으므로, 전파될 가능성에 대한 증명의 정도로 단순히 '가능성'이 아닌 '개연성'이 필요하다.

또한 전파가능성을 이유로 공연성을 인정하는 경우에는 적어도 범죄구성요건의 주관적 요소로서 미필적 고의가 필요하므로 전파가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 그 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 하고, 행위자가 전파가능성을 용인하고 있었는지 여부는 외부에 나타난 행위의 형태와 상황 등 구체적인 사정을 기초로 일반인이라면 그 전파가능성을 어떻게 평가할 것인가를 고려하면서 행위자의 입장에서 그 심리상태를 추인하여야 한다.

공연성의 존부는 발언자와 상대방 또는 피해자 사이의 관계나 지위, 대화를 하게 된 경위와 상황, 사실적시의 내용, 적시의 방법과 장소 등 행위 당시의 객관적 제반 사정에 관하여 심리한 다음, 그로부터 상대방이 불특정 또는 다수인에게 전파할 가능성이 있는지 여부를 검토하여 종합적으로 판단하여야 한다.

발언 이후 실제 전파되었는지 여부는 전파가능성 유무를 판단하는 고려요소가 될 수 있으나, 발언 후 실제 전파 여부라는 우연한 사정은 공연성 인정 여부를 판단함에 있어 소극적 사정으로만 고려되어야 한다(대법원 2020. 11. 19. 선고 2020도5813 판결 등 참조).

나. 원심의 판단

원심은 현직 구의원인 피고인이 공소외 2를 비방하고 폄하할 의도로 공소사실 기재와 같은 내용의 메시지를 공소외 1에게 전송함으로써 매우 부적절한 행위를 한 것은 분명하나, "전송받은 메시지를 다른 사람에게 전파하지 않았고 전파할 생각이 전혀 없었다"는 공소외 1의 일관된 진술내용에 비추어 볼 때, 위 문자메시지가 공소외 1 외 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 없다고 봄이 합당하고, 검사의 나머지 증거만으로는 '전파가능성'을 인정하기에 부족하다고 판단하면서 이 사건 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

다.

당심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 및 사정, 즉, ① 피고인과 공소외 1, 피해자는 모두 □□당 소속 당원들로 피고인은 □□당 소속 대구 ○구의회 의원, 공소외 1은 대구 ○구를 지역위원회 여성위원장과 대구 △△ 자율방범대 대장, 피해자는 대구 △△ 자율방범대 대원으로 활동하였다.

피고인과 공소외 1의 관계에 대하여 공소외 1은 공적으로 몇 번 인사 정도만 나누었을 뿐 서로 반가움을 표시하며 이야기를 나누는 사이가 아니었으며 피고인이 느닷없이 이 사건 카카오톡 메시지를 보내와 굉장히 기분이 언짢았다고 진술하였던 점 등을 고려할 때 위 두 사람이 특별한 인적 신뢰관계에 있다거나 서로가 사적으로 친밀하여 개인적인 생각을 자유롭게 표명하더라도 비밀보장이 기대되는 관계라고 보기는 어려운 점, ② 피고인은 대구 ○구의회 의원이자 같은 □□당 소속 당원으로서 대구 △△ 자율방범대의 대장인 공소외 1에게 피해자가 평소 술을 좋아하고 나이 많은 사람에게 함부로 행동하는 사람이라는 점을 알려 피해자 같은 사람과는 거리를 두었으면 하여 이 사건 카카오톡 메시지를 보내게 되었다고 주장한다.

그런데 평소 피고인과 공소외 1이 자주 카카오톡 메시지를 주고받는 사이가 아니었던 점, 위 메시지의 내용을 살펴보면 "거기에 술꾼 공소외 2씨가 공소외 3이랑 가 있네요 ㅋ 거기는 술 안 사주는데", "입 열면 막말과 비속어, 욕설이 난무하는 공소외 2씨와 가까이 해서 대장님이 득 될 것은 없다 봅니다"와 같이 아무런 부연 설명 없이 피해자를 술꾼이라거나 입 열면 막말, 비속어, 욕설을 한다고 표현할 뿐이었던 점을 고려할 때, 이는 피해자의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시키기에 충분해 보이고 피고인이 주장하는 바와 같이 소속 당이나 공소외 1의 평판을 염려하는 공익적인 목적에 기인한 것이라고 보기는 어려운 점, ③ 공연성의 존부를 판단함에 있어서 상대방의 전파의사만으로 전파가능성을 판단하거나 실제 전파되었다는 결과를 가지고 책임을 물을 것은 아니므로, 결과적으로 공소외 1이 이 사건 카카오톡 메시지를 퍼뜨리지 않았다고 하더라도, 앞서 본 바와 같이 피고인이 공소외 1에게 이 사건 메시지를 보낼 당시의 피고인, 공소외 1이나 피해자의 지위나 관계, 공소외 1에게 보낸 메시지의 내용 등에 비추어 볼 때 피고인은 위 메시지가 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다는 점을 충분히 예견할 수 있었음에도 이를 용인하고 이와 같은 행위에 나아간 것으로 판단되는 점 등을 종합할 때, 피고인의 이 사건 행위는 전파가능성이나 공연성을 충분히 인정할 수 있다고 판단되며, 이와 결론을 달리한 원심판결에는 사실을 오인하거나 모욕죄의 공연성에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

따라서 이를 지적하는 검사의 주장은 이유 있다.

3. 결론

그렇다면, 검사의 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다음과 같이 다시 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지(사실오인, 법리오해)

모욕죄의 공연성은 개별적으로 소수의 사람에게 사실을 적시하였더라도 그 상대방이 불특정 또는 다수인에게 적시된 사실을 전파할 가능성이 있는 때에는 공연성이 인정되며 발언 이후 실제 전파 여부라는 우연한 사정은 공연성 인정 여부를 판단함에 있어 소극적 사정으로만 고려되어야 하는 바, 이 사건은 피고인으로부터 메시지를 받은 공소외 1이 해당 문자메시지를 피해자인 공소외 2에게 전송한 점, 피고인이 공소외 1에게 메시지를 전달한 그 시점을 기준으로 피고인과 공소외 1, 공소외 2의 관계 등을 고려하였을 때 공소외 1이 피해자 이외의 다른 사람들에게 전파할

가능성이 인정되는 점 등을 고려할 때 원심은 사실을 오인하고 공연성에 대한 법리를 오해하여 무죄를 선고한 잘못이 있다.

2. 판단

가. 관련 법리

명예훼손죄와 모욕죄는 모두 '공연성'을 구성요건으로 하는데, 이때의 '공연성'이란 '불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태'를 의미하며, 특정 소수에 대한 발언의 경우 공연성이 부정되는 유력한 사정이 될 수 있으므로, 전파될 가능성에 관하여는 검사의 엄격한 증거가 필요하다.

나아가 특정의 개인이나 소수인에게 개인적 또는 사적으로 정보를 전달하는 것과 같은 행위는 공연하다고 할 수 없고, 다만 특정의 개인 또는 소수인이라고 하더라도 불특정 또는 다수인에게 전파 또는 유포될 개연성이 있는 경우라면 공연하다고 할 수 있으므로, 전파될 가능성에 대한 증거의 정도로 단순히 '가능성'이 아닌 '개연성'이 필요하다.

또한 전파가능성을 이유로 공연성을 인정하는 경우에는 적어도 범죄구성요건의 주관적 요소로서 미필적 고의가 필요하므로 전파가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 그 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 하고, 행위자가 전파가능성을 용인하고 있었는지 여부는 외부에 나타난 행위의 형태와 상황 등 구체적인 사정을 기초로 일반인이라면 그 전파가능성을 어떻게 평가할 것인가를 고려하면서 행위자의 입장에서 그 심리상태를 추인하여야 한다.

공연성의 존부는 발언자와 상대방 또는 피해자 사이의 관계나 지위, 대화를 하게 된 경위와 상황, 사실적시의 내용, 적시의 방법과 장소 등 행위 당시의 객관적 제반 사정에 관하여 심리한 다음, 그로부터 상대방이 불특정 또는 다수인에게 전파할 가능성이 있는지 여부를 검토하여 종합적으로 판단하여야 한다.

발언 이후 실제 전파되었는지 여부는 전파가능성 유무를 판단하는 고려요소가 될 수 있으나, 발언 후 실제 전파 여부는 우연한 사정은 공연성 인정 여부를 판단함에 있어 소극적 사정으로만 고려되어야 한다(대법원 2020. 11. 19. 선고 2020도5813 판결 등 참조).

나. 원심의 판단

원심은 현직 구의원인 피고인이 공소외 2를 비방하고 폄하할 의도로 공소사실 기재와 같은 내용의 메시지를 공소외 1에게 전송함으로써 매우 부적절한 행위를 한 것은 분명하나, "전송받은 메시지를 다른 사람에게 전파하지 않았고 전파할 생각이 전혀 없었다"는 공소외 1의 일관된 진술내용에 비추어 볼 때, 위 문자메시지가 공소외 1 외 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 없다고 봄이 합당하고, 검사의 나머지 증거만으로는 '전파가능성'을 인정하기에 부족하다고 판단하면서 이 사건 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

다.

당심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 및 사정, 즉, ① 피고인과 공소외 1, 피해자는 모두 □□당 소속 당원으로 피고인은 □□당 소속 대구 ○구의회 의원, 공소외 1은 대구 ○구를 지역위원회 여성위원장과 대구 △△ 자율방범대 대장, 피해자는 대구 △△ 자율방범대 대원으로 활동하였다.

피고인과 공소외 1의 관계에 대하여 공소외 1은 공적으로 몇 번 인사 정도만 나누었을 뿐 서로 반가움을 표시하며 이야기를 나누는 사이가 아니었으며 피고인이 느닷없이 이 사건 카카오톡 메시지를 보내와 굉장히 기분이 언짢았다고

진술하였던 점 등을 고려할 때 위 두 사람이 특별한 인적 신뢰관계에 있거나 서로가 사적으로 친밀하여 개인적인 생각을 자유롭게 표명하더라도 비밀보장이 기대되는 관계라고 보기는 어려운 점, ② 피고인은 대구 ○구의회 의원이자 같은 □□당 소속 당원으로서 대구 △△ 자율방범대의 대장인 공소외 1에게 피해자가 평소 술을 좋아하고 나이 많은 사람에게 함부로 행동하는 사람이라는 점을 알려 피해자 같은 사람과는 거리를 두었으면 하여 이 사건 카카오톡 메시지를 보내게 되었다고 주장한다.

그런데 평소 피고인과 공소외 1이 자주 카카오톡 메시지를 주고받는 사이가 아니었던 점, 위 메시지의 내용을 살펴보면 "거기에 술꾼 공소외 2씨가 공소외 3이랑 가 있네요 ㅋ 거기는 술 안 사주는데", "입 열면 막말과 비속어, 욕설이 난무하는 공소외 2씨와 가까이 해서 대장님이 득 될 것은 없다 봅니다"와 같이 아무런 부연 설명 없이 피해자를 술꾼이라거나 입 열면 막말, 비속어, 욕설을 한다고 표현할 뿐이었던 점을 고려할 때, 이는 피해자의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시키기에 충분해 보이고 피고인이 주장하는 바와 같이 소속 당이나 공소외 1의 평판을 염려하는 공익적인 목적에 기인한 것이라고 보기는 어려운 점, ③ 공연성의 존부를 판단함에 있어서 상대방의 전파의사만으로 전파가능성을 판단하거나 실제 전파되었다는 결과를 가지고 책임을 물을 것은 아니므로, 결과적으로 공소외 1이 이 사건 카카오톡 메시지를 퍼뜨리지 않았다고 하더라도, 앞서 본 바와 같이 피고인이 공소외 1에게 이 사건 메시지를 보낼 당시의 피고인, 공소외 1이나 피해자의 지위나 관계, 공소외 1에게 보낸 메시지의 내용 등에 비추어 볼 때 피고인은 위 메시지가 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다는 점을 충분히 예견할 수 있었음에도 이를 용인하고 이와 같은 행위에 나아간 것으로 판단되는 점 등을 종합할 때, 피고인의 이 사건 행위는 전파가능성이나 공연성을 충분히 인정할 수 있다고 판단되며, 이와 결론을 달리한 원심판결에는 사실을 오인하거나 모욕죄의 공연성에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

따라서 이를 지적하는 검사의 주장은 이유 있다.

3. 결론

그렇다면, 검사의 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다음과 같이 다시 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지(사실오인, 법리오해)

모욕죄의 공연성은 개별적으로 소수의 사람에게 사실을 적시하였더라도 그 상대방이 불특정 또는 다수인에게 적시된 사실을 전파할 가능성이 있는 때에는 공연성이 인정되며 발언 이후 실제 전파 여부라는 우연한 사정은 공연성 인정 여부를 판단함에 있어 소극적 사정으로만 고려되어야 하는 바, 이 사건은 피고인으로부터 메시지를 받은 공소외 1이 해당 문자메시지를 피해자인 공소외 2에게 전송한 점, 피고인이 공소외 1에게 메시지를 전달한 그 시점을 기준으로 피고인과 공소외 1, 공소외 2의 관계 등을 고려하였을 때 공소외 1이 피해자 이외의 다른 사람들에게 전파할 가능성이 인정되는 점 등을 고려할 때 원심은 사실을 오인하고 공연성에 대한 법리를 오해하여 무죄를 선고한 잘못이 있다.

2. 판단

가. 관련 법리

명예훼손죄와 모욕죄는 모두 '공연성'을 구성요건으로 하는데, 이때의 '공연성'이란 '불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태'를 의미하며, 특정 소수에 대한 발언의 경우 공연성이 부정되는 유력한 사정이 될 수 있으므로, 전파될 가능성에 관하여는 검사의 엄격한 증거가 필요하다.

나아가 특정의 개인이나 소수인에게 개인적 또는 사적으로 정보를 전달하는 것과 같은 행위는 공연하다고 할 수 없고, 다만 특정의 개인 또는 소수인이라고 하더라도 불특정 또는 다수인에게 전파 또는 유포될 개연성이 있는 경우라면 공연하다고 할 수 있으므로, 전파될 가능성에 대한 증거의 정도로 단순히 '가능성'이 아닌 '개연성'이 필요하다.

또한 전파가능성을 이유로 공연성을 인정하는 경우에는 적어도 범죄구성요건의 주관적 요소로서 미필적 고의가 필요하므로 전파가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 그 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 하고, 행위자가 전파가능성을 용인하고 있었는지 여부는 외부에 나타난 행위의 형태와 상황 등 구체적인 사정을 기초로 일반인이라면 그 전파가능성을 어떻게 평가할 것인가를 고려하면서 행위자의 입장에서 그 심리상태를 추인하여야 한다.

공연성의 존부는 발언자와 상대방 또는 피해자 사이의 관계나 지위, 대화를 하게 된 경위와 상황, 사실적시의 내용, 적시의 방법과 장소 등 행위 당시의 객관적 제반 사정에 관하여 심리한 다음, 그로부터 상대방이 불특정 또는 다수인에게 전파할 가능성이 있는지 여부를 검토하여 종합적으로 판단하여야 한다.

발언 이후 실제 전파되었는지 여부는 전파가능성 유무를 판단하는 고려요소가 될 수 있으나, 발언 후 실제 전파 여부라는 우연한 사정은 공연성 인정 여부를 판단함에 있어 소극적 사정으로만 고려되어야 한다(대법원 2020. 11. 19. 선고 2020도5813 판결 등 참조).

나. 원심의 판단

원심은 현직 구의원인 피고인이 공소외 2를 비방하고 폄하할 의도로 공소사실 기재와 같은 내용의 메시지를 공소외 1에게 전송함으로써 매우 부적절한 행위를 한 것은 분명하나, "전송받은 메시지를 다른 사람에게 전파하지 않았고 전파할 생각이 전혀 없었다"는 공소외 1의 일관된 진술내용에 비추어 볼 때, 위 문자메시지가 공소외 1 외 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 없다고 봄이 합당하고, 검사의 나머지 증거만으로는 '전파가능성'을 인정하기에 부족하다고 판단하면서 이 사건 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

다.

당심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 및 사정, 즉, ① 피고인과 공소외 1, 피해자는 모두 □□당 소속 당원들로 피고인은 □□당 소속 대구 ○구의회 의원, 공소외 1은 대구 ○구을 지역위원회 여성위원장과 대구 △△ 자율방범대 대장, 피해자는 대구 △△ 자율방범대 대원으로 활동하였다.

피고인과 공소외 1의 관계에 대하여 공소외 1은 공적으로 몇 번 인사 정도만 나누었을 뿐 서로 반가움을 표시하며 이야기를 나누는 사이가 아니었으며 피고인이 느닷없이 이 사건 카카오톡 메시지를 보내와 굉장히 기분이 언짢았다고 진술하였던 점 등을 고려할 때 위 두 사람이 특별한 인적 신뢰관계에 있다거나 서로가 사적으로 친밀하여 개인적인 생각을 자유롭게 표명하더라도 비밀보장이 기대되는 관계라고 보기는 어려운 점, ② 피고인은 대구 ○구의회 의원이자 같은 □□당 소속 당원으로서 대구 △△ 자율방범대의 대장인 공소외 1에게 피해자가 평소 술을 좋아하고 나이 많은 사람에게 함부로 행동하는 사람이라는 점을 알려 피해자 같은 사람과는 거리를 두었으면 하여 이 사건 카카오톡 메시지를 보내게 되었다고 주장한다.

그런데 평소 피고인과 공소외 1이 자주 카카오톡 메시지를 주고받는 사이가 아니었던 점, 위 메시지의 내용을 살펴보면 "거기에 술꾼 공소외 2씨가 공소외 3이랑 가 있네요 ㅋ 거기는 술 안 사주는데", "입 열면 막말과 비속어, 욕설이 난무하는 공소외 2씨와 가까이 해서 대장님이 득 될 것은 없다 봅니다"와 같이 아무런 부연 설명 없이 피해자를 술꾼이라거나 입 열면 막말, 비속어, 욕설을 한다고 표현할 뿐이었던 점을 고려할 때, 이는 피해자의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시키기에 충분해 보이고 피고인이 주장하는 바와 같이 소속 당이나 공소외 1의 평판을 염려하는 공익적인 목적에 기인한 것이라고 보기는 어려운 점, ③ 공연성의 존부를 판단함에 있어서 상대방의 전파의사만으로 전파가능성을 판단하거나 실제 전파되었다는 결과를 가지고 책임을 물을 것은 아니므로, 결과적으로 공소외 1이 이 사건 카카오톡 메시지를 퍼뜨리지 않았다고 하더라도, 앞서 본 바와 같이 피고인이 공소외 1에게 이 사건 메시지를 보낼 당시의 피고인, 공소외 1이나 피해자의 지위나 관계, 공소외 1에게 보낸 메시지의 내용 등에 비추어 볼 때 피고인은 위 메시지가 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다는 점을 충분히 예견할 수 있었음에도 이를 용인하고 이와 같은 행위에 나아간 것으로 판단되는 점 등을 종합할 때, 피고인의 이 사건 행위는 전파가능성이나 공연성을 충분히 인정할 수 있다고 판단되며, 이와 결론을 달리한 원심판결에는 사실을 오인하거나 모욕죄의 공연성에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

따라서 이를 지적하는 검사의 주장은 이유 있다.

3. 결론

그렇다면, 검사의 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다음과 같이 다시 판결한다.