

IV. 출판물에 의한 명예훼손사례

피고인이 적시한 사실이 허위라는
인식이 있었다는 증거가 없으므로
형법 제309조 제2항 허위사실적시
출판물에 의한 명예훼손은 무죄이다

서울지방법원 1994. 11. 22.자 판결 (94고합485, 94고합1032)

서울고등법원 1996. 8. 1.자 판결 (94노3855)

대법원 1997. 2. 14.자 판결 (96도2234)

事實概要

대법원(주심 김형선 대법관)은 1997년 2월 14일 한약업자인 정○○씨 외 1인을 피고로 한 출판물에 의한 명예훼손 등 상고심에서 상고를 모두 기각했다.

재판부는 출판물에 의한 명예훼손 부분과 관련하여 판결문에서 “형법 제309조 제2항 출판물에 의한 명예훼손죄가 성립하려면 피고인이 허위사실을 적시함에 있어 적시사실이 허위임을 인식하여야 할 것이고 이러한 허위의 점에 대한 인식 즉, 범의에 대한 입증책임은 검사에게 있다”며 “피고인이 자신이 적시한 사실이 허위라는 인식이 있었다는 증거가 없으므로 형법 제309조 제2항 출판물에 의한 명예훼손의 점은 무죄”라고 밝혔다.

피고는 자신이 김□□씨에게 정치자금을 전달하였다는 허위사실을 언론에 유포시킨 혐의와 무자격으로 한방의료 행위를 한 혐의 등으로 기소되어 일부 혐의에 대해서는 유죄가 인정되었다.

1심 判決文

사 건: 94고합485, 94고합1032(병합)

가. 보건범죄단속에관한특별조치법 위반

나. 약사법 위반

다. 사문서위조

라. 위조사문서 행사

마. 출판물에 의한 명예훼손

피 고 인: 1. 가,나,라,마. 정○○, 한약업사

2. 다,라. 하○○, 정당인

검 사: 김진태

변 호 인: 변호사 박찬주, 백승현, 조용환, 김형태(피고인 1.을 위한 사선)

변호사 전문영(피고인 1.을 위한 국선)

주 문: 피고인 정○○을 징역 1년 6월 및 벌금 1,000,000원에 처한다.

피고인 정○○이 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 금 20,000원을 1일로 환산한 기간 위 피고인을 노역장에 유치한다.

피고인 정○○에 대하여는 이 판결 선고전의 구금일수 235일을 위 징역형에 산입한다.

피고인 정○○에 대하여 위 벌금에 상당한 금액의 가납을 명한다.

피고인 정○○에 대한 이 사건 공소사실 중 각 위조사문서행사의 점은 무죄

피고인 하○○는 무죄

이 유: 범죄사실: 피고인 정○○은 한약업사로서 충남 천안시 ○○동 39의 21에서 해동한약방을 경영하는 자인 바,

1. 가. 한의사가 아니면서 1991. 9. 2. 위 ○○한약방에서 소화불량으로 찾아온 환자 이□□을 상대로 생년월일을 물어 오행분석을 하는 등의 방법으로 소화불량 외에 추가로 신장염이 있다고 진단하는 한방의료행위를 하고 금 70,000원을 받은 것을 비롯하여 별지 범죄일람표 1 기재와 같이 1990. 4.경부터 1993. 3.경까지 사이에 환자 4명을 상대로 합계 금 240,000원을 받고 무면허 한방의료행위를 업으로 하고,

나. 한약업사로서는 한약품을 임의 조제할 수 없고, 환자의 요구가 있을 때에는 기성한의서에 수재된 처방 또는 한의사의 처방전에 의하여 한약을 혼합판매만 할 수 있음에도, 1992. 1. 14. 위 해동한약방에서 관절염으로 찾아온 환자 이□□에게 소풍활혈탕을 처방하면서 임의로 황연, 백개자, 우술, 목과, 초오 등의 한약재 등을 더하여 조

제하여 주는 등 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 5회에 걸쳐 의약품의 임의 조제하고,

2. 공소외 김 [] (남, 35세)은 현직 대통령의 아들이자 언론의 주목을 받고 있는 점에 착안, 허위사실로써 그를 비난하면 이것이 언론 등에 공포됨으로써 무자격 한약업사들의 문제가 정치적으로 해결될 수 있을 것이라는 의도하에 김 []을 비방할 목적으로 사실은 피고인이 1994. 2. 4. 김 []을 만난 사실이 없으며, 위 김 []의 서신은 그린벨트 관련건임에도 불구하고 1994. 4. 26. 서울구치소에서 세계일보 채 [] 기자를 만나 “2월 4일 롯데호텔 커피숍에서 [] 씨, [] 씨 누나, 지 [] 씨 등과 만나 [] 씨로부터 더이상 문제를 일으키지 말라, 자제하라는 말을 들었다”고 주장을 한데 이어, 같은날 22:30경 서울구치소 앞에서 한겨레신문 이 [] 기자 등 언론사기자 20여 명을 만나 “한약업사 구제 민원을 해결해 주겠다는 []의 개인서신을 받았다”는 등의 주장을 하여, 1994. 4. 27.자 한겨레신문 1면에 “김 [] 씨 자필로 서신이 왔는데 민원을 반영토록 노력하겠다는 내용이었다”, “지난 2월 4일 롯데호텔 커피숍에서 이 [] 씨와 김 [] 씨, 김 [] 씨의 누나 등과 만났으며 김 [] 씨가 ‘더이상 문제를 일으키지 말라, 자제하라는 말을 했다’고 주장했다”는 등 피고인의 위 주장내용이 그대로 게재되게 함으로써 허위의 기사가 게재된 신문 약 수십만 부가 그 무렵 서울을 비롯한 전국의 독자들에게 보급되게 하여 공연히 허위의 사실을 적시하여 위 김 []의 명예를 훼손한 것이다.

증거의 요지 판시 제1의 각 사실에 대하여

1. 피고인이 이 법정에서 한 일부 진술

1. 증인 맹 [], 선 [], 공 [], 변 [], 이 [], 전 []이 이 법정에서 한 각 진술

1. 감정인 김 [] 작성의 감정서의 기재

판시 제2의 사실에 대하여

1. 피고인이 이 법정에서 한 일부 진술

1. 증인 채 [], 이 [], 지 [], 김 [], 황 [] 정 [], 성 []이 이 법정에서 한 각 진술

1. 검사가 채 [], 성 []에 대하여 작성한 각 진술조서의 각 진술기재

법령의 적용 1. 범죄사실에 대한 해당법조

보건범죄단속에관한특별조치법 제5조, 의료법 제25조 제1항(판시 부정의료행위의 점을 포괄하여, 유기징역형 선택, 벌금형 병과), 각 약사법 제74조 제1항 제1호, 제21조 제1항(판시 각 의약품 임의조제의 점, 징역형 선택), 형법 제309조 제2항, 제1항(판시 출판물에 의한 명예훼손의 점, 징역형 선택)

2. 경합범의 처리

형법 제37조 전단, 제38조 제1항 제2호, 제3호, 제50조(판시 각 죄 사이, 형이 가장 무거운 판시 보건범죄단속에관한특별조치법 위반죄에 정한 형에 가중하고 벌금형 병과)

3. 작량감경

형법 제53조, 제55조 제1항 제3호(전과없고, 피고인이 한약업사의 자격을 가지고 있으며, 이 사건 무면허 의료행위나 약사법 위반 행위로 인하여 실해가 발생하지 않았고, 그로 인하여 취득한 경제적인 이득이 경미한 점 등의 정상을 참작)

4. 노역장 유치

형법 제70조, 제69조 제2항

5. 미결구금일수 산입

형법 제57조

6. 가납명령

형사소송법 제334조

무죄부분 1. 이 사건 공소사실 중 피고인 하○○에 대한 공소사실의 요지는, 피고인 하○○는 행사할 목적으로 1992. 10. 1. 서울 영등포구 여의도동 소재 []당 사무처 민원실에서 복사용지에 워드프로세서를 사용하여 “수신 보건사회부장관, 참조 약정국장, 제목 한약업사 자격시험 합격대상자 구제촉구건, 우리당은 정책적인 차원에서 조속한 시일 내에 구제조치하도록 방침을 결정하여 동 민원서류를 보사부에 이첩하오니 보사부장관은 합격처리에 필요한 지침을 해당 시, 도지사에게 시달 조치하여 주시기를 부탁드립니다. []당 사무총장 김 []”라고 기재한 후 그 이름 옆에 사무총장의 관인을 찍어 []당 사무총장 명의의 사문서 1통을 위조하고, 위 같은 일시, 장소에서 위 위조된 사문서를 마치 진정하게 성립된 것인 양 보건사회부장관에게 발송하여 이를 행사하고, 다시 행사할 목적으로 같은 해 11. 4. 같은 장소에서 같은 방법으로 “수신 보건사회부장관, 참조 약정국장, 제목 한약업사 자격시험 합격대상자 구제재촉구건, 동민원을 불합리하게 처리하는 것은 정부 불신과 집단 민원 소지만 계속 될 것이므로 민자당은 정책적인 차원에서 구제조치하도록 방침을 결정한 것이오니 보건사회부장관은 조속한 시일 내 해당 시, 도에 '83년도 실시한 한약업사 자격시험 성적 평균 60점 이상 득점하여 한약업사 자격을 구비한 자에 한하여 구제조치에 필요한 지침을 시달하여 동 민원 해결에 협조하여 주시고 처리결과를 통보하여 주시기 바랍니다. []당 사무총장 김 []”라고 기재하여 민주자유

당 사무총장 김 [] 명의의 사문서 1통을 위조한 것이라고 함에 있다.

먼저 1992. 10. 1. 사문서위조 및 동행사의 점에 대하여 살피면, 증인 김 []이 이 과정에서 한 진술 및 위 '한약업사 자격시험 합격대상자 구제추구건, 문서 사본의 기재에 의하면 위 피고인이 피고인 정○○으로부터 민원서류를 접수하고는 대통령선거에 따른 득표 등을 의식하여 위 일시, 장소에서 위와 같은 문서를 작성하여 발송한 사실은 인정되나, 한편 피고인 하○○는 그 당시에 []당 민원조사부장 대우로 있으면서 민원인들로부터 진정, 탄원서 등의 민원서류를 접수받아 내용에 따라 분류하고, 그 내용에 따라 각 정부 부처에 이첩하던 업무를 맡아 왔으며, 위 피고인은 위 문서를 작성하여 통제실에서 통제확인을 받고, 총무국에서 사무총장의 직인을 찍는 등의 결제절차를 밟아 발송하였고, 그 당시는 대통령 선거가 임박하여 집단민원이 많이 발생하였기 때문에 민원서류의 처리는 실질적으로 거의 위 피고인에게 위임되어 있었으며, 또한 그 당시 []당에서는 민원부서에서 문서를 작성하여 통제실로 가지고 가면 별다른 심사절차를 거치지 않고 통제실에서 통제도장을 찍어주고, 그 서류를 다시 총무국으로 가지고 가면 사무총장의 직인을 보관하고 있는 총무국 직원 역시 통제도장이 찍혔는지 여부만을 확인하여 사무총장의 직인을 찍어 주었던 사실을 인정할 수 있다. 그렇다면 위 피고인은 그 당시의 업무성격에 비추어 최소한 민원업무 처리 절차에 한하여는 위 피고인에게 위 당의 사무총장 명의를 사용하여 문서를 작성할 권한이 주어진 것이라 보아야 할 것이고, 비록 위 피고인이 작성한 위 문서가 통상 []당에서 정부부처로 민원을 이첩하던 양식과는 다르고, []당 내에서 정책위 의장을 중심으로 한 당의 회의 등을 거치지 아니하고 위 피고인이 임의로 작성한 것이어서 위 피고인이 그 지위를 남용하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 마음대로 문서를 작성한 것이라고 할지라도 그 목적이 어떠한 것인가는 내부관계에 그칠 뿐이지 외부관계에 있어서는 아무런 차별이 있는 것이 아니며, 형식상 그 작성 명의에 허위가 없으므로 이는 소위 사문서의 무형위조에 해당할 뿐이고 사문서위조죄를 구성하지는 아니한다 할 것이고, 달리 위 피고인이 위 문서를 위조하였다는 점을 인정할 증거가 없어 결국 이 부분 사문서위조죄 및 위 문서의 행사죄는 범죄사실의 증거가 없는 때에 해당한다 할 것이다.

다음으로 1992. 11. 4. 사문서위조의 점에 대하여 살피면, 위 김 []의 진술 및 위 '한약업사 자격시험 합격대상자 구제추구건' 문서 사본의 기재에 의하면 피고인 하○○는 위 '한약업사 자격시험 합격대상자 구제추구건'의 문서를 보사부로 받

송하였으나 보사부로부터 아무런 조치가 없자 피고인 정○○으로부터 다시 한번만 더 당 차원에서 촉구해달라는 부탁을 받고 '한약업사 자격시험 합격대상자 구제재촉구건'이라는 위와 같은 내용의 문서를 워드프로세서를 사용하여 작성을 한 후, 위 문서는 결제절차를 밟거나 발송하지 아니하고 보관한 채로 그 사본을 모사전송기를 이용하여 피고인 정○○에게 보낸 사실은 인정된다. 하지만 사문서위조죄에서의 사문서라 함은 그 명의자가 작성한 진정한 사문서로 볼 수 있는 정도의 형식과 외관을 갖추어 일반인이 진정한 명의자의 사문서로 오신하기에 충분하여야 성립하는 것이라고 할 것이고 일반인이 진정한 명의자의 사문서로 오신하기에 충분한 것 인지의 여부는 그 문서의 형식과 외관은 물론 그 문서의 종류, 내용, 그 문서가 가지는 기능 등 제반사정을 종합적으로 참작하여 판단하여야 할 것인 바, 위 문서는 A4 복사용지에 워드프로세서를 이용하여 작성한 것으로서 비록 수신, 참조, 제목, 내용을 거쳐 ' [] 사무총장 김 [] '라고 찍혀 있어 문서의 양식을 갖추고 있기는 하나, 위 사무총장 명의의 서명도 없으며 직인도 찍혀 있지 아니하고, 그러한 정도의 문서양식은 공문서나 회사의 사문서 등을 기안해 본 경험이 있는 사람이면 누구나 만들 수 있는 정도의 것이고, 더구나 그 내용이 [] 당에서 그 사무총장의 명의로 보건사회부장관에게 민원의 해결을 강력히 요구하는 내용으로서, 위와 같이 워드프로세서를 작성한 문서의 초안 정도에 불과한 정도만으로는 일반인들이 위 문서가 진정한 [] 당의 문서라고 보기에 는 미흡하다 할 것이고, 달리 위 문서가 진정한 사문서로 볼 수 있는 정도의 형식과 외관을 갖추었다고 인정할 증거가 없어 결국 이 부분 사문서위조죄 역시 범죄 사실의 증명이 없는 때에 해당한다 할 것이다.

따라서 형사소송법 제325조 후단에 의하여 피고인 하○○에게 무죄를 선고한다.

2. 피고인 정○○에 대한 각 위조사문서행사의 점에 대한 공소사실의 요지는, 위 피고인은 1992. 12. 8. 위 해동한약방에서 피고인 하○○가 임의로 작성한 민자당사무총장 김영구 명의의 '한약업사자격시험 합격 대상자 구제촉구건'의 사본과 '한약업사 자격시험 합격대상자 구제재촉구건'의 사본을 위조된 점을 알면서 마치 진정하게 작성된 것인 양 감사원에 진정서를 우송하면서 첨부하여 행사하는 등 별지 범죄일람표 3기재와 같이 5회에 걸쳐 행사한 것이라고 함에 있으므로 살피건대, 위 무죄부분 제1항에서 본 바와 같이 위 피고인이 행사한 각 문서는 위조사문서행사죄의 대상이 되는 위조된 사문서라고 볼 수 없으므로 결국 이 부분 각 공소사실 역시 범죄의 증명이 없는 때에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 이 부분 각 공소사실에 대

하여 무죄를 선고한다.

3. 이 사건 공소사실 중 피고인 정○○이 별지 4 기재 환자들을 상대로 무면허 한방 의료행위를 하였다는 점에 대한 보건범죄단속에관한특별조치법 위반 부분에 대하여 살펴보면, 위 피고인은 위 환자들에게 한약업사로서 투약을 한 사실은 인정하나 자신은 한방 의료행위는 하지 않았다고 이를 부인하고 있는 바, 공소사실에 부합하는 사법경찰리가 []

[]

[]에 대하여 작성한 각 진술조서 및 압수된 각 투약부(증제1호 내지 증제8호), 투약카드(증제9호), 당뇨약(증제10호) 등은 모두 증거능력이 없고, 한편 증인 고 []는 이 법정에서 자신이 위 피고인에게 찾아가 진맥 등을 하고 약을 지은 것이 아니고 위 증인의 남편이 위 피고인에게 찾아가 위 증인의 증상을 이야기하고 보약을 지어 달라고 하여 약을 일단 지은 후 증인이 피고인을 찾아가 약을 받아 오면서 진맥을 한번 했던 것이라고 진술하고 있어, 비록 위 피고인이 위 증인의 맥을 짚은 바가 있다 하더라도 그것만으로는 위 피고인이 위 증인에 대하여 한약업사의 업무 범위를 넘어선 한방 의료행위를 하였다고 인정하기에는 부족하며, 달리 위 피고인이 무면허 한방의료행위를 하였다고 인정할 증거가 없어 결국 이 부분 공소사실은 모두 범죄의 증거가 없는 때에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하여야 할 것이나 이와 포괄 일죄의 관계에 있는 판시 보건범죄단속에관한특별조치법 위반죄를 유죄로 인정한 이상 따로 주문에서 무죄를 선고하지는 않기로 한다.

4. 이 사건 공소사실 중 피고인 정○○에 대한 출판물에 의한 명예훼손의 점 중 위 피고인이 위 김 []을 비방할 목적으로 사실은 1억2천만원은 변호사 수임료로서 공소의 지 []가 서울 서초구 서초동 소재 이 [] 변호사 사무실에서 공소의 이 []에게 준 것임에도 불구하고, 1994. 4. 26. 서울구치소에서 세계일보 채 [] 기자를 만나 “1억2천만원은 지 [] 씨를 통해 여의도 []호텔에 있는 김 [] 씨 사무실에서 김 []과 이 [] 변호사가 있는 자리에서 정치자금으로 전달했다”고 주장한 데 이어, 같은날 22:30경 서울구치소 앞에서 한겨레신문 이 [] 기자 등 언론사기자 20여 명을 만나 “1억500만원을 여의도 []호텔 []의 사무실에서 이 []의 소개로 민원해결관련 정치자금으로 주었다”는 등의 주장을 하여 1994. 4. 27.자 한겨레신문 1면에 『김 []씨 쪽에 1억여 원 줬다』라는 제목아래 “92년 대선 직전인 12월 12일 1억 2천만원을 여의도 []호텔에 있는 김 [] 씨 사무실에서 주었다”, “이 돈은 변

호사 수입료가 아니라 한약업사들을 구제해 달라는 조건의 정치자금이었다”는 등 피고인의 위 주장내용이 그대로 게재되게 함으로써 공연히 허위의 사실을 적시하여 위 김 []의 명예를 훼손한 것이라는 점에 대하여 살피건대, 형법 제309조 제2항 소정의 출판물에 의한 명예훼손죄가 성립하기 위하여는 피고인에게 자신이 공연히 적시하는 사실이 허위라는 인식이 있어야 할 것이므로, 먼저 과연 이 부분 공소사실에 대하여 위 피고인에게 허위의 인식이 있었는지 여부에 관하여 보면, 위 피고인은 지 []로부터 전해받은 어음의 부전지 말미에 이 []의 이름과 그 옆에 김 []의 이름이 써 있으며 지 []로부터 이것은 변호사 선임비가 아니라 민원해결관련 정치자금이라고 들어서 알게된 사실을 기자들에게 이야기한 것이며 당시에는 자신은 위 사실이 진실이라고 믿었다고 진술하고 있는 바, 증인 지 []의 증언에 의하면 위 증인은 '83한약업사구제추진위원회에서 한약업사 시험에서 60점 이상의 성적을 올리고도 시험에서 낙방한 사람들을 구제하기 위해 일을 하여 오던 중, 1992. 10. 14. 위 이 []을 소개받아 동인에게 위 문제를 상의하면서 위 한약업사구제에 대하여 입법적인 절차 등을 포함한 모든 포괄적인 방법으로 사건을 위임하면서 금 1억2천만원을 교부하게 되었으며, 그 당시 []당 중앙상무위원이던 위 증인은 그 후 위 이 []을 통하여 위 김 []을 소개받게 되었고, 그러한 인연으로 대통령선거에 임박하여서는 한약업사들의 모임 및 위 증인이 관여하고 있던 그린벨트해제추진위원회 대표들의 모임에 위 김 []이 참석까지 하게 되었으며, 위 증인은 위 김 []로부터 1992. 12. 14. 모사전송기를 통하여 “추진위원회에서 정책 건의해주신 내용 중 대부분을 적극 수용 하도록 하겠습니다. 김 [] 1992. 12. 14.”이라고 기재된 각서까지 전달받았으나, 위 선거가 끝난 이후에도 한약업사들을 구제하기 위한 민원은 처리되지 않았으며, 그러자 한약업사 회원들로부터 의심을 받고 고소까지 당하게 된 위 증인이 회원들에게 자신이 정치적인 노력까지 하고 있다는 점을 과시하기 위하여 위 이 []에게 어음을 건네주고 받은 어음 부전지 적요란의 이 []이라는 이름 옆에 다시 김 []이라는 이름을 위 증인이 써 넣고 회원들에게 이를 보여주며 회원들의 불만을 무마시키려 하였고, 그후 1994. 1.경 피고인 정○○으로부터 청와대 집무실의 모사전송기의 번호를 알고 있는데 그동안의 활동상황을 보내 그 공로를 인정받기 위해 위 증인의 그동안의 활동상황을 보내줄 것을 부탁받게 되자 위 증인은 각종 탄원서 등의 자료와 함께 대통령선거 당시 자신들이 당선을 위하여 힘써왔다는 점을 과시하기 위하여 위 김 []의 이름이 쓰여진 위 어음부전지와 위 각서를 위 피고인에게 보내준 사실을 인정할 수 있다.

그렇다면 비록 위 피고인이 청와대로 위 서류들을 보낸 이후 이 부분이 문제시 되고, 그래서 1994. 2. 4. 서울 잡실에 있는 롯데호텔 커피숍에서 위 이 [] 과 지 [], 피고인 등이 만난 자리에서 위 이 [] 과 위 피고인이 언쟁을 하는 도중 위 지 [] 가 그 취지가 다른 것이라고 이야기를 하였다 하더라도, 위 인정사실과 같은 경위로 위 어음부전지를 입수하고 그에 대한 위 지 [] 의 설명을 들은 위 피고인으로서 위 피고인이 기자들에게 이야기한 위 사실이 허위라고 인식하였다기보다는(그 사실이 객관적으로 진실인지 허위인지는 별론으로 하고), 진실인 것으로 믿은 그 내용을 말한 것이라고 보여지므로 결국 위 피고인에게는 위 사실이 허위라는 점에 관한 인식이 없었다고 할 것이며, 달리 위 피고인이 위 사실이 허위라는 점에 관한 인식이 없었다고 할 것이며, 달리 위 피고인이 위 사실이 허위라는 점을 인식하였다고 인정할 아무런 증거가 없다.

그렇다면, 이 부분 공소사실은 더 나아가 살필 필요 없이 범죄의 증거가 없는 때에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하여야 할 것이다. 위 공소사실과 단순 1죄의 관계에 있는 판시 출판물에 의한 명예훼손죄를 유죄로 인정한 이상 따로 주문에서 무죄를 선고하지는 아니한다.

이상의 이유로 주문과 같이 판결한다.

1994. 11. 22.

재판장 판사 김 주 형
판사 김 남 근
판사 김 상 현

별지 1 범죄일람표

순번	환자성명	일시	장소	진료방법	병명	금액
1	공 []	90. 4. 3.	이산군 []면 소재 []한약방	문진, 오행	월경불순, 소화불량, 수족냉	7만원
2	변 []	90. 8. 23.	"	문진, 촉진, 오행	위염, 관절염, 소화불량	10만원
3	이 []	91. 9. 2.	"	문진, 오행	신장염, 소화불량, 눈 통증	7만원
4	전 []	93. 3. 12.	"	오행	비뇨기	약 반환

별지 2 범죄일람표

순번	일시	장소	성명	병명	처방명(본방)	가감약재명
1	90. 3. 16.	충남 아산군 □ □	이 □	신염(두통)	보증치석탕	택사, 원육, 감초, 녹용, 공사인, 백두구
2	90. 3. 30.	"	전 □	기관기염	소청용탕	맥문동
3	90. 9. 26.	"	강 □ (오 □ 의모)		"	패모, 백급
4	92. 1. 14.	충남 천안시 □ □	이 □	관절염	소풍활혈탕	황연, 백개자 우슬, 목과, 초오
5	92. 3. 21.	"	김 □	담 성	소청용탕	곽향, 지각, 길경, 행임, 쌍백피

별지 3

순번	일시	대상	건명	행사방법
1	92. 12. 7.	청와대 민정비서실	진정서 등	진정서 뒷면에 사본으로 첨부하여 위조사문서를 행사함
2	92. 12. 8.	감사원	"	"
3	93. 1. 19.	민자당 중앙당	"	"
4	93. 6. 10.	대검찰청	"	"
5	94. 2. 14.	청와대 외 6개소	"	"

별지 4

순번	환자성명	일시	장소	진료방법	병명	금액	비고
1	우 □	89.12.	아산군 □면소재 □한약방	문진	당뇨	액수미상	
2	"	90. 1.	"	"	"	"	
3	하 □	90.1.29.	"	문진, 오행	기관지 천식	30만원	

4	우	90.3	"	문진, 침	당뇨	약수머상	
5	차	90.2.22.	"	문진	식중독	18만원	
6	고	90.3.2.	"	문진, 맥진	기혈부족, 요통, 소화불량	50만원	
7	김	90.3.2.	"	문진, 오행	우측수족마비, 소화불량	7만원	
8	김	90.5.2.	"	문진	견비통	7만원	
9	이	90.6.1.	"	오행, 문진, 맥진	소화불량, 정력부족, 설사	30만원	
10	안	90.6.15.	"	"	생리불순, 혈압, 두통, 소화불량	10만원	
11	이	90.6.23.	"	"	신경성위염, 소화불량 원기부족	10만원	
12	이	90.7.1.	"	"	혈압, 사지통, 식욕부진	30만원	
13	성	90.7.14.	"	문진, 오행	빈혈, 요통	7만원	
14	정	90.7.	"	문진, 맥진, 타진	좌골신경통	5만원	
15	강	90.9.26.	"	오행, 문진	소화불량, 신장이상	20만원	
16	김	90.11.25.	"	문진	감기	15만원	
17	오	90.11.27.	"	문진, 촉진	신경통, 무릎관절	15만원	
18	성명불상	91.9.25.	"	오행, 문진	수족비통, 기관지염, 불면증	6만원	
19	이	91.10.21.	"	문진, 오행	식욕부진, 어깨마비, 정력부족	10만원	
20	오	91.10.23.	"	"	당뇨, 위염	10만원	
21	이	91.10.23.	"	문진, 맥진	생리불순	10만원	
22	윤	91.11.16.	천안시 봉명동 소재 해동한약방	"	고혈압, 당뇨	10만원	
23	정	92.1.5.	"	문진, 오행	당뇨	15만원	
24	이	92.1.14.	"	오행	관절염, 수족비통	10만원	

25	황 □	92.3.18.	"	문진,오행,	촉진관절염	15만원	
26	정 □	92.3.18.	"	문진	당뇨	60만원	
27	현 □	92.4.27.	"	문진, 오행	수족마비, 지방간, 소화불량, 불면증	15만원	
28	이 □	92.12.24.	"	문진	당뇨	25만원	
29	김 □	93.1.7.	"	문진, 맥진	기혈부족, 요통, 소화불량	50만원	
30	안 □	93.1.7.	"	"	정력부족	15만원	
31	김 □	93.1.7.	"	"	허약	15만원	
32	전 □	93.1.16.	"	"	디스크	18만원	
33	이 □	93.3.26.	"	"	수족비통, 요통	10만원	
34	박 □	93.5.3.	"	"	축농증	15만원	
35	박 □	93.5.18.	"	문진	수족비통, 소화불량, 당뇨	28만원	
36	안 □	93.5.30.	"	문진, 오행, 타진	정력부족, 요통	15만원	
37	김 □	93.8.11.	"	문진, 오행	소화불량	10만원	
38	예 □	94.1.4.	"	문진, 촉진, 오행	알레르기 피부염 (체질개선)	30만원	
39	박 □	94.1.7.	"	문진, 오행	수족마비	24만원	
40	박 □	94.1.7.	"	"	기혈부족	15만원	
41	박 □	94.1.7.	"	"	기혈부족	15만원	
42	손 □	94.2.14.	"	문진, 맥진, 오행	수족비통	10만원	

2심判決文

사 건 : 94노3855

가. 보건범죄단속등에관한특별조치법 위반

나. 약사법 위반

다. 사문서 위조

라. 위조사문서 행사

마. 출판물에 의한 명예훼손

피 고 인 : 1. 가, 나, 라, 마, 정○○, 한약업사
2. 다,라, 하○○, 정당인

항 소 인 : 피고인 정○○ 및 검사

검 사 : 이창복

변 호 인 : 변호사 백승헌, 정연순(피고인 정○○을 위하여)

원심판결 : 서울형사지방법원 1994. 11. 22. 선고 94고합485, 1032(병합) 판결

주 문 : 원심 판결을 파기한다.

피고인 정○○을 징역1년 및 벌금 1,000,000원에, 피고인 하○○를 벌금 1,000,000원에 각 처한다.

피고인들이 위 각 벌금을 납입하지 아니하는 경우 금 20,000원을 1일로 환산한 기간 피고인들을 노역장에 유치한다.

피고인 정○○에 대하여는 원심 판결 선고전의 구금일수 중 235일을 위 징역형에 산입한다.

다만 피고인 정○○에 대하여는 이 판결 확정일로부터 2년간 위 징역형의 집행을 유예한다. 위 각 벌금에 상당한 금액의 가납을 명한다.

이 유 : 1. 피고인 정○○의 항소 이유의 요지

가. 보건범죄단속에관한특별조치법 위반의 점에 대하여 피고인 정○○은 한약업사로서 찾아온 고객에게 건강상담을 하고 고객으로부터 병명을 듣거나 어디가 어떻게 아프다는 말만 듣고 바로 한약을 판매하였을 뿐, 환자를 진단하거나 오행분석 등의 방법으로 병명을 알아내어 한약을 처방하는 등의 의료행위를 업으로 한 사실이 전혀 없음에도, 원심은 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 피고인 정○○이 진단을 하고 한방 의료행위를 한 것으로 사실을 오인한 위법이 있다.

나. 약사법 위반의 점에 대하여

피고인 정○○은 한약업사로서 한약을 임의 조제한 바 없고, 단지 기성한의서 11종에 기재된 처방과 수증용약례에 따라 환자의 요구에 의하여 한약재를 추가하는 등으로 한약을 혼합하여 판매하였을 뿐이고, 이는 한약업사에게 허용된 행위로서 약사법 위반죄에 해당되지 아니함에도, 원심은 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 약사법 위반의 점에 대하여 유죄로 인정한 잘못이 있다.

다. 출판물에 의한 명예훼손의 점에 대하여

피고인 정○○은 세계일보 채 기자와 면담하면서 1994. 2. 4. 잠실 롯데호텔 커

피습에서 김 [] 과 그 누나를 만났거나 김 [] 로부터 협박을 받았다는 취지의 말을 한 적이 없으며, 채 [] 기자로부터 정치자금을 김 [] 에게 주었는지 여부에 관한 질문을 받던 중 김 [] 을 만난 적이 있느냐는 기자의 질문을 받고 피해자 김 [] 과 그 누나를 여의도 국회의원회관 황 [] 의원 사무실에서 본 적이 있다고 말하였을 뿐인데, 채 [] 기자가 잘못 알아들었거나 피고인 정○○의 말을 왜곡하여, 피고인 정○○이 1994. 2. 4. 잠실 롯데호텔 커피숍에서 김 [] 과 그 누나를 만났으며, 그 자리에서 김 [] 이 더 이상 문제를 일으키지 말라, 자제하라는 말을 하였다는 취지로 잘못 보도한 것에 불과하고, 피고인 정○○은 “추진위원회에서 정책 건의해 주신 내용 중 대부분을 적극 수용하도록 하겠습니다” 라는 내용의 서신 사본을 지 [] 로부터 받아 보게 되었는데, 위 서신은 김 [] 이 한약업사 구제 민원을 해결해 주겠다는 서신이 맞으며, 그렇지 않다 하더라도 피고인 정○○은 지 [] 로부터 위 서신이 한약업사 구제에 관한 것이라고 들었기 때문에 위 서신이 그린벨트 해제에 관한 것이라는 점을 알 수 없었고, 또한 피고인 정○○은 허위의 사실을 적시하여 출판물에 의한 명예훼손 시키려는 의도가 전혀 없었음에도, 원심은 그 판시와 같이 피고인 정○○이 허위의 사실을 적시하여 김 [] 의 명예를 훼손한 것으로 사실을 오인한 위법이 있다.

2. 검사의 항소 이유

가. 피고인 하○○에 대한 각 사문서위조 및 동행사의 점에 대하여

원심에서 적법하게 조사된 여러 증거들에 의하면 피고인 하○○에 대한 이 사건 사문서위조, 동행사의 공소사실은 그 증거가 충분함에도 불구하고, 원심은 채증 법칙을 위반하고 사문서 위조의 법리에 관한 오해를 하여, 1992. 10. 1.자 [] 당 사무총장 김 [] 명의의 문서에 대하여는, 피고인 하○○에게 위 당의 사무총장 명의를 사용하여 그와 같은 문서를 작성할 권한이 주어진 것이라고 보고, 1992. 11. 4.자 [] 당 사무총장 김 [] 명의의 문서는 그것이 문서의 초안에 불과하여 진정한 사문서로 볼 수 있는 정도의 외관과 형식을 갖추었다고 볼 수 없다는 이유로 무죄를 선고함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다는 것이다.

나. 피고인 정○○에 대한 위조사문서 행사의 점에 대하여

앞서 본 바와 같이 ‘한약업사 자격시험 합격대상자 구제촉구건’ 및 ‘한약업사 자격시험 합격대상자 구제촉구건’ 이 각 위조된 문서일 뿐만 아니라, 피고인 하○○의 진술에 의하면, 피고인 하○○는 위 각 문서를 피고인 정○○에게 모사전송하기 전에 위 각 문서는 사무총장 명의로 나갈 수 없는 것으로 피고인 하○○가 임의로 작성하여 보사부에 발송한 것이니 쓸데없이 사용하지 말라는 부탁을 하였고, 피고인 정○○은 위

각 문서의 모사전송 사본을 받은 지 2, 3일 후에도 피고인 하○○로부터 같은 취지의 말을 들었으므로, 피고인 정□□이 위 각 문서가 위조된 점을 알면서 이를 각행사한 사실을 넉넉히 인정할 수 있음에도, 원심이 피고인 정○○에 대한 각 위조사문서 행사의 점에 대하여 무죄를 선고한 것은 사실을 오인한 것이다.

다. 피고인 정○○에 대한 보건범죄단속에관한특별조치법 위반의 점 중 일부에 대하여

원심은 피고인 정○○에 대한 이 사건 공소사실 중 원심 판시 별지4 범죄일람표 기재 환자들을 상대로 무면허 한방의료행위를 하였다는 부분에 대하여 무죄로 판단하였으나, 이미 제출된 각 증거와 항소심에서 추가할 증거를 종합하면, 원심이 그 이유에서 무죄로 판단한 보건범죄단속에관한특별조치법 위반의 공소사실은 모두 유죄로 인정하기에 충분하므로 원심은 유지될 수 없다.

라. 출판물에 의한 명예훼손의 점 중 일부에 대하여

지□□, 김□□, 정□□의 각 진술과 이□□의 예금계좌, 변호사 선임 계약서의 기재 등을 종합하면 피고인이 기자들에게 적시한 “120,000,000원이 지□□를 통하여 김□□의 사무실에서 김□□과 이□□변호사가 있는 자리에서 한약업사들의 민원해결관련 정치자금으로 전달되었다”는 것은 객관적으로 허위일 뿐만 아니라, 피고인 정○○은 그 적시 사실이 허위인 점을 알았으며, 설사 피고인 정○○이 허위에 대한 인식이 없었다 하더라도 위 피고인이 적시한 내용이 진실한 것으로 믿을 만한 상당한 자료나 이유가 없는 경우에는 출판물에 의한 명예훼손죄가 성립된다 할 것임에도, 원심이 이 점에 대하여 무죄로 판단한 것은 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 위법을 저지른 것이다.

3. 판단

가. 피고인 정○○의 각 항소 이유에 대하여

원심이 적법하게 조사 채택한 각 증거를 종합하면, 원심이 각 판시한 바와 같이 한약업사의 업무 범위를 벗어나 환자의 생년월일로 이른바 오행분석을 하여 병명을 진단하거나 촉진 등으로 진단을 하여 한약을 처방하는 등으로 무면허 한방의료행위를 한 사실, 기성환의서에 기재된 처방과 달리 한약재를 임의로 추가하는 등으로 한약을 임의 조제한 사실, 1994. 2. 4. 잠실 롯데호텔 커피숍에서 김□□과 그 누나 등을 만났고, 김□□로부터 “더 이상 문제를 일으키지 말라, 자제하라”는 말을 들었고, “한약업사구제 민원을 해결해주겠다는 김□□의 개인서신을 받았다”고 허위주장을 하여 그와 같은 허위의 사실이 신문에 게재되게 한 사실을 각 충분히 인정할 수 있고, 기록

을 살펴 보아도 원심의 유죄 부분에 대한 각 사실 인정 및 판단 과정에 아무런 위법을 발견할 수 없으므로 피고인 정○○의 각 항소 이유는 받아들이지 아니한다.

나. 검사의 항소 이유에 관하여

(1) 하○○에 대한 각 사문서 위조 및 동행사의 점에 대하여

원심에서 적법하게 조사한 다음에 드는 여러 증거들에 의하면, 피고인 하○○에게 []당 사무총장 명의의 이 사건 각 문서를 작성할 권한이 위임되었다고 볼 자료가 없고, 피고인 하 []가 문서 작성 권한을 가진 사람의 결재를 받은 바 없이 권한을 초과하여 문서를 작성하여 각 행사하였고, 1992. 11. 4.자 사문서는 일반인이 진정한 사문서로 오인할 정도의 외관과 형식을 갖춘 문서임이 명백하고 문서 작성 명의자의 직인과 날인이 없다 하여 사문서 위조의 객체인 사문서로 보는데 지장이 없어 피고인 하○○에 대한 각 사문서 위조 및 동행사의 공소사실을 유죄로 인정할 수 있다 하겠으므로 검사의 위 논지는 이유 있다.

(2) 피고인 정○○에 대한 각 위조사문서 행사의 점에 대하여

앞서 본 바와 같이 '한약업사 자격시험 합격대상자 구제촉구건' 및 '한약업사 자격시험 합격대상자 구제재촉구건'이 피고인 하○○에 의하여 위조된 문서인 사실을 인정할 수 있을 뿐만 아니라, 피고인 하○○의 진술에 의하면, 피고인 정○○은 피고인 하○○로부터 모사전송으로 위 각 문서를 받기 전에 그로부터 위 각 문서는 사무총장 명의로 나갈 수 없는 것으로 피고인 하○○가 임의로 작성하여 보사부에 발송한 것이니 쓸데없이 사용하지 말라는 부탁을 받았고, 위 문서의 모사전송 사본을 받은 지 2, 3일 후에도 피고인 하○○로부터 같은 취지의 말을 들었으므로, 피고인 정○○은 위 각 문서가 위조된 점을 알면서 이를 각 행사한 사실을 인정할 문서가 아니라는 것을 전제로 무죄를 선고한 원심은 사실을 오인한 위법이 있다 할 것이다.

(3) 피고인 정○○에 대한 보건범죄단속에관한법률 위반의 점에 대하여

원심 및 당심에서 조사한 다음에 드는 각 증거에 의하면, 원심이 무죄로 판단한 보건범죄단속에관한법률 위반죄의 공소사실 중 별지1 범죄일람표 기재의 각 환자에 대하여 각 그 기재와 같은 한방 진료행위를 업으로 한 사실을 충분히 인정할 수 있음에도 불구하고, 위 각 환자 중 위 별지 순번 제4, 11, 13, 26번의 각 환자를 제외한 나머지 환자에 대하여 한방진료행위를 한 사실을 인정할 증거가 없다고 판단한 원심은 유지될 수 없다.

(4) 출판물에 의한 명예훼손의 점에 대하여

기록에 의하면 피고인이 1994. 4. 26. 서울구치소에서 세계일보 채 []기자를 만

나 120,000,000원은 지 [] 씨를 통해 여의도 [] 호텔에 있는 김 [] 씨 사무실에서 김 [] 과 이 [] 이 있는 자리에서 정치자금으로 전달됐다고 주장하고, 같은 날 22:30경 서울구치소에서 출소하면서 한겨레신문 이 [] 기자 등 20여 명의 기자들과의 인터뷰에서 105,000,000원을 여의도 [] 호텔 김 [] 의 사무실에서 이 [] 의 소개로 민원해결 관련 정치자금으로 주었다고 주장하여 1994. 4. 27.자 한겨레신문 1면에 “김 [] 씨 쪽에 1억여 원 줬다”라는 제목 아래 “92년 대선 직전인 12월 12일 1억2천만원을 여의도 [] 호텔에 있는 김 [] 씨 사무실에서 주었다”, “이 돈은 변호사 이 [] 에게 준 변호사 수임료가 아니라 한약업사들을 구제해 달라는 조건의 정치자금이었다”는 등의 피고인 정○○의 위와 같은 주장 내용과 같은 취지의 기사가 게재되게 한 사실은 인정되나, 한편 원심 증인 정 [], 지 [], 당심 증인 권 [] 의 각 진술과, 그들의 수사기관에서의 각 진술 및 이 사건 기록에 나타난 여러 자료를 종합하면, 피고인 정○○이 지 [] 로부터 전해 받은 어음의 부전지 말미에 이 [] 과 김 [] 의 성명이 차례로 기재되어 있었으며, 지 [] 로부터 그가 이 [] 을 통하여 김 [] 에게 105,000,000원을 정치자금으로 교부하였다고 주장하는 말을 들었고, 실제로 김 [] 이 대통령 선거가 임박한 시기에 한약업사들의 모임에 참석하여 한약업사들의 민원을 해결할 수 있도록 도와 주겠다는 취지의 말을 하였을 뿐만 아니라, 지 [] 가 피고인에게 “추진위원회에서 정책 건의해 주신 내용 중 대부분을 적극 수용하도록 하겠습니다. 김 [] 1992. 12. 14.”라고 기재된 김 [] 의 서신을 받았다고 과시하면서 위 서신이 한약업사들의 민원을 해결해 주겠다는 내용의 서신이라며 피고인 정○○에게 그 사본을 교부한 사실을 인정할 수 있는 바, 위와 같은 사정에 비추어 피고인 정○○ 으로서는 지 [] 가 김 [] 에게 정치자금을 제공했다는 것이 진실이라고 믿었고, 그와 같이 믿은 데 대하여 상당한 이유가 있다고 인정된다 할 것이므로 위 공소사실에 대하여 무죄로 판단한 원심을 정당하다 할 것이다.

4. 결론

이상과 같은 이유로 피고인 정○○의 항소는 이유 없고, 검사의 항소 중 하○○에 대한 부분 및 피고인 정○○에 대한 위조사문서 행사의 점 및 보건범죄단속에관한특별조치법 위반의 점에 대한 일부에 대한 각 항소는 이유 있다 할 것인 바, 피고인 하○○에 대하여는 형사소송법 제326조 제6항에 의하여 원심 판결을 파기하기로 하고, 피고인 정○○에 대하여는 원심이 유죄로 인정한 범죄사실과 당심에서 비로소 유죄로 인정된 각 범죄 사실이 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형으로 처단하여야 하므로 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심 판결을 전부 파기로

하고 각 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

범죄사실 1. 피고인 정○○은 한약업사로서 충남 천안시 []에서 해동한약방을 경영하는 자, 피고인 하○○는 1996. 2. 5. 서울지방법원 의정부지원에서 특정범죄가중처벌등에관한법률 위반(도주차량)죄로 징역 1년 집행유예 2년을 선고받아 그 형이 확정된 자인 바,

1. 피고인 정○○은

가. 한의사가 아니면서, 1991. 9. 2. 위 해동한약방에서 소화불량으로 찾아온 환자 이 []을 상대로 생년월일을 물어 오행분석을 하는 등의 방법으로 소화불량 외에 추가로 신장염이 있다고 진단하는 한방의료행위를 하고 금 70,000원을 받은 것을 비롯하여 별지1 범죄일람표 기재와 같이 1989. 12.경부터 1994. 2. 14.경까지 사이에 환자 34명을 상대로 무면허 한방의료행위를 업으로 하고,

나. 한약업사로는 한약품을 임의 조제할 수 없고, 환자의 요구가 있을 때에는 기성 한의서에 수재된 처방 또는 한의사의 처방전에 의하여 한약을 혼합판매만 할 수 있음에도, 1992. 1. 14. 위 해동한약방에서 관절염으로 찾아온 환자 이 []에게 소풍활혈탕을 처방하면서 임의로 황연, 백개자, 우술, 목과, 초오 등의 한약재 등을 더하여 조제하여 주는 등 별지2 범죄일람표 기재와 같이 5회에 걸쳐 의약품의 임의 조제하고,

다. 1992. 12. 8. 위 해동한약방에서 피고인 하○○가 임의로 작성한 []당 사무총장 김 [] 명의로 '한약업사 자격시험 합격대상자 구제촉구건'의 사본과 '한약업사 자격시험합격 대상자 구제촉구건'의 사본을 위조된 점을 알면서 마치 진정하게 작성된 것인 양 감사원에 진정서를 우송하면서 첨부하여 행사하는 등 별지3 범죄일람표 기재와 같이 5회에 걸쳐 행사하고,

라. 공소외 김 [] (남, 35세)은 현직 대통령의 아들로서 언론의 주목을 받고 있는 점에 착안, 허위사실로 그를 비난하면 이것이 언론 등에 공표됨으로써 무자격 한약업사들의 한약업사 자격취득 문제가 정치적으로 해결될 수 있을 것이라는 의도하에 김 []을 비방할 목적으로, 사실은 피고인 정○○이 199. 2. 4. 김 []을 만난 사실이 없으며, "추진위원회에서 정책 건의해 주신 내용 중 대부분을 적극 수용하도록 하겠습니다. 김 [] 1992. 12. 14."라고 기재된 김 []의 서신은 그린벨트 관련건임에도 불구하고, 1994. 4. 26. 서울구치소에서 세계일보 채 [] 기자를 만나 "2월4일 롯데호텔 커피숍에서 [] 씨, [] 씨 누나, 지 [] 씨 등과 만나 [] 씨로부터 더 이상 문제를 일으키지 말라, 자제하라는 말을 들었다"고 주장을 한 데 이어, 같은날 22:30 경 서울구치소 앞에서 한겨레신문 이 [] 기자 등 언론사기자 20여 명을 만나 "한약

업사 구제 민원을 해결해 주겠다는 김 []의 개인서신을 받았다”는 등의 주장을 하여, 1994. 4. 27.자 한겨레신문 1면에 “김 [] 씨 자필로 서신이 왔는데 민원을 반영토록 노력하겠다는 내용이었다”, “지난 2월 4일 롯데호텔 커피숍에서 이 [] 씨와 김 [] 씨, 김 [] 씨의 누나 등과 만났으며 김 [] 씨가 ‘더이상 문제를 일으키지 말라, 자제하라는 말을 했다’고 주장했다”는 등 피고인 정○○의 위 주장내용이 그대로 게재되게 함으로써 허위의 기사가 게재된 신문 수십만 부가 그 무렵 서울을 비롯한 전국의 독자들에게 보급되게 하여 공연히 허위의 사실을 적시하여 위 김 []의 명예를 훼손하였다.

2. 피고인 하○○는

가. 행사할 목적으로 1992. 10. 1. 서울 영등포구 여의도동 소재 []당 사무처 민원실에서 복사용지에 워드프로세서를 사용하여 “수신 보건사회부장관, 참조 약정국장, 제목 한약업사 자격시험 대상자 구제촉구건, 우리 당은 정책적인 차원에서 조속한 시일 내에 구제조치하도록 방침을 결정하여 동 민원서류를 보사부에 이첩하오니 보사부장관은 합격처리에 필요한 지침을 해당 시, 도지사에게 시달 조치하여 주시기를 부탁드립니다. []당 사무총장 김 []”라고 기재한 후 그 이름 옆에 사무총장의 직인을 찍어 []당 사무총장 명의의 사문서 1통을 위조하고

나. 위 같은 일시, 장소에 위 위조된 사문서를 마치 진정하게 성립된 것인 양 보건사회부장관에게 발송하여 이를 행사하고

다. 행사할 목적으로 같은 해 11. 4. 같은 장소에서 같은 방법으로 “수신 보건사회부장관, 참조 약정국장, 제목 한약업사 자격시험 대상자 구제재촉구건, 동 민원을 불합리하게 처리하는 것은 정부 불신과 집단민원 소지만 계속될 것이므로 []당은 정책적인 차원에서 구제조치하도록 방침을 결정한 것이오니 보건사회부 장관은 조속한 시일 내 해당 시, 도에 '83년도 실시한 한약업사 자격시험 성적 평균 60점 이상 득점하여 한약업사 자격을 구비한 자에 대하여 구제조치에 필요한 지침을 시달하여 민원 해결에 협조하여 주시고 처리결과를 통보하여 주시기 바랍니다. []당 사무총장 김 []”라고 기재하여 []당 사무총장 명의의 사문서 1통을 위조하였다.

증거의 요지 피고인 하○○에 대한 각 사문서위조 및 동행사의 점 및 피고인 정○○에 대한 각 위조사문서 행사의 점에 대한 증거로 “피고인들의 원심 및 당심 법정에서의 각 일부 진술, 원심 증인 김 []의 진술, 검사 작성의 피고인들에 대한 각 피의자 신문조서, 검사 및 사법경찰리 작성의 김 []에 대한 각 진술조서의 각 진술기재, 수사기록 제470내지 475정의 ‘한약업사 자격시험 합격대상

자 구제촉구건’ 사본 및 ‘한약업사 자격시험 합격대상자 구제제촉구건’ 사본의 각 기재”를 추가하고, 피고인 정○○에 대한 보건범죄단속에관한특별조치법위반 및 약사법 위반의 점에 대한 증거로 “당심 증인 []

[]의 각 진

술, 사법경찰리 작성의 이 []을 제외한 위 각 증인 및 현상주에 대한 각 진술조서의 각 진술기재, 대한한의사협회 회장의 회신, 경희대학교 의과대학부속 한방병원장의 회신의 각 기재, 압수된 투약부(증제1내지8호), 투약카드(증제9호), 당뇨약(증제10호)의 현존”을 추가하는 외에는 원심이 들고 있는 각 증거와 같으므로 형사소송법 제 369조에 의하여 이를 인용한다.

법령의 적용 1. 범죄 사실에 대한 해당 법조

피고인 정○○의 무면허의료행위의 점: 보건범죄단속에관한특별조치법 제5조, 의료법 제25조 제1항(유기징역형 선택, 벌금형 병과)

피고인 정○○의 각 의약품 임의 조제의 점: 각 약사법 제74조 제1항 제1호, 제21조 제1항(징역형 선택)

피고인 정○○의 각 위조사문서 행사의 점: 형법 제234조, 제231조, 제1조 제2항(각 징역형 선택)

피고인 정○○의 출판물에 의한 명예훼손의 점: 구형법(1995. 12. 29. 법률 제 5057호로 개정되기 전의 것) 제309조 제1항, 형법 제1조 제1항(징역형 선택)

피고인 하○○의 각 사문서위조의 점: 형법 제231조, 제1조 제2항(각 벌금형 선택)

피고인 하○○의 각 위조사문서 행사의 점: 형법 제234조, 제231조, 제1조 제2항(각 벌금형 선택)

1. 경합범

피고인 정○○: 형법 제37조 전단, 제38조 제1항 제2호, 제50조(형이 가장 무거운 보건범죄단속에관한특별조치법위반죄의 징역형에 가중하되 벌금형 병과)

피고인 하○○: 형법 제37조 후단, 제39조 제1항(판결이 확정된 특정범죄가중처벌등에관한법률 위반(도주차량)죄와 판시 각 죄 상호간)

형법 제37조 전단, 제38조 제1항 제2호, 제50조(죄질 및 범정이 가장 무거운 위조된 ‘한약업사 자격시험 합격대상자 구제제촉구건’을 행사한 죄의 형에 가중)

1. 작량감경

피고인 정○○: 형법 제53조, 제55조 제1항 제3호, 제6호

1. 노역장 유치

피고인들: 형법 제70조, 제69조 제2항

1. 미결구금일수 산입

피고인 정○○: 형법 제57조

1. 집행유예

피고인 정○○: 형법 제62조 제1항

1. 가납명령

피고인들: 형사소송법 제334조

무죄 부분 1. 보건범죄단속에관한특별조치법 위반의 일부의 점에 대하여

피고인 정○○에 대한 공소사실 중 별지 4의 순번 제1, 4, 7내지12의 각 무면허 한방의료행위의 점은, 이에 부합하는 사법경찰리 작성의 []

[]에 대한 각 진술조서가 원심이나 당심 법정에서 원진술자의 진술에 의하여 진정성립이 인정된 바 없어 각 증거능력이 없을 뿐만 아니라, 압수된 투약부(증 제 1내지8호), 투약카드(증제9호)만으로는 위 각 공소 사실을 인정하기에 부족하고, 별지 2의 순번 제2, 3, 5, 6의 각 무면허 한방 의료행위의 점에 대하여는 이에 대한 원심 증인 [], 당심 증인 []의 각 진술과 사법경찰리 작성의 위 증인들에 각 진술조서의 기재 및 압수된 투약부(증제1내지8호), 투약카드(증제9호)에 의하더라도, 피고인 정○○이 한약업사로서의 직무 범위를 벗어나 진단 등을 수반하는 한방 의료행위를 하였다는 점을 인정하기에 부족하고 그외 별지 4 기재 각 의 료행위를 하였다는 점을 인정할 만한 증거가 없으므로 형사소송법 제325조 후단의 범죄의 증명이 없는 때에 해당하나, 이와 포괄일죄의 관계에 있는 판시 보건범죄단속 에관한특별조치법 위반죄를 유죄로 인정한 이상 주문에서 따로 무죄를 선고하지 아 니한다.

2. 출판물에 의한 명예훼손의 일부의 점에 대하여

피고인 정○○에 대한 공소사실 중 위 피고인이 1994. 4. 26. 서울구치소에서 세 계일보 채 [] 기자를 만나 120,000,000원은 지 [] 씨를 통해 여의도 [] 호텔 에 있는 김 [] 씨 사무실에서 김 [] 파 이 [] 이 있는 자리에서 정치자금으로 전달 됐다고 주장하고, 같은 날 22:30경 서울구치소에서 출소하면서 한겨레신문 이 [] 기자 등 20여 명의 기자들을 만나 105,000,000원을 여의도 [] 호텔 [] 의 사무실에서 이 [] 의 소개로 민원해결 관련 정치자금으로 주었다고 주장하여 1994. 4. 27.자 한겨레신문 1면에 『김 [] 씨 쪽에 1억여 원 줬다』라는 제목 아래 “92년

대선 직전인 12월 12일 1억2천만원을 여의도 맨하탄호텔에 있는 김 [] 씨 사무실에서 주었다”, “이 돈은 변호사 수임료가 아니라 한약업사들을 구제해 달라는 조건의 정치자금이었다”는 등의 피고인 정○○의 주장 사실과 같은 취지의 기사가 게재되게 함으로써 공연히 허위의 사실을 적시하여 김현철의 명예를 훼손하였다는 점은, 앞서 본 바와 같이 위 피고인의 범의를 인정할 수 없어 형사소송법 제325조 후단의 범죄의 증거가 없는 때에 해당하나, 이와 1죄의 관계에 있는 판시 출판물에 의한 명예훼손죄를 유죄로 인정한 이상 주문에서 따로 무죄를 선고하지 아니한다.

1996. 8. 1.

재판장 판사 최 병 학
판사 하 광 룡
판사 최 강 섭

별지 1 범죄일람표

순번	환자성명	일시	장소	진료방법	병명	금액	비고
1	[]	89.12.	아산군 면소재 [] 한약방	문진	당뇨	약수미상	
2	"	90. 1.	"				
3	"	90.3.	"	문진, 침	당뇨	약수미상	
4	[]	90.4.3.	"	맥진, 문진, 오행	월경불순, 소화불량, 수족냉	7만원	
5	[]	90.6.1.	"	오행, 문진, 맥진	소화불량, 정력부족, 설사	30만원	
6	[]	90.6.15.	"	"	생리불순, 혈압, 두통, 소화불량	10만원	
7	[]	90.6.23.	"	"	신경성위염, 소화불량, 원기부족	10만원	
8	[]	90.7.1.	"	"	혈압, 사지통, 식욕부진	30만원	
9	[]	90.7.14.	"	문진, 오행	빈혈, 요통	7만원	
10	[]	90.7.	"	문진, 맥진, 타진	퇴골신경통	5만원	
11	[]	90.8.23.	"	문진, 촉진, 오행	위염, 관절염, 소화불량	10만원	
12	[]	90.11.27.	"	문진, 촉진	신경통, 무릎관절	3만원	
13	[]	91.9.2.	천안시 동소재 [] 한약방	문진, 오행	신장염, 소화불량, 눈통증	10만원	
14	성명불상	91.9.25.	"	오행, 문진	수족비통, 기관지염, 불면증	6만원	
15	[]	91.10.21.	"	문진, 오행	식욕부진, 어깨마비, 정력부족	10만원	
16	[]	91.10.23.	"	"	당뇨, 위염	10만원	

17		91.10.23.	"	문진, 맥진	생리불순	10만원	
18		91.11.16.	"	"	고혈압, 당뇨	10만원	
19		92.1.5.	"	문진, 오행	당뇨	15만원	
20		92.1.14.	"	오행	관절염, 수족비통	10만원	
21		92.3.18.	"	문진, 오행, 축진	관절염	15만원	
22		92.3.18.	"	문진	당뇨	60만원	
23		92.4.27.	"	문진, 오행	수족마비, 지방간, 소화불량, 불면증	15만원	
24		92.12.24.	"	문진	당뇨	25만원	
25		93.1.16.	"	문진, 맥진	디스크	18만원	
26		93.3.12.	"	"	비뇨기	15만원	
27		93.3.26.	"	"	수족비통, 요통	10만원	
28		93.5.3.	"	"	축농증	15만원	
29		93.5.18.	"	문진	수족비통, 소화불량, 당뇨	28만원	
30		94.1.4.	"	문진, 축진, 오행	알레르기 피부염 (체질개선)	30만원	
31		94.1.7.	"	문진, 오행	수족마비	24만원	
32		94.1.7.	"	"	기혈부족	15만원	
33		94.1.7.	"	"	기혈부족	15만원	
34		94.2.14.	"	문진, 맥진, 오행	수족비통	10만원	

별지 2 범죄일람표

순번	일시	장소	성명	병명	처방명(본방)	가감약재명
1	90. 3. 16.	충남 아산군		신염(두통)	보중치석탕	텍사, 원육, 감초, 녹용, 공사인, 백두구
2	90. 3. 30.	위 같은 곳		기관지염	소청용탕	매문동
3	90. 9. 26.	위 같은 곳	(의모)	소화불량, 신장이상	"	패모, 백급
4	92. 1. 14.	충남 천안시		관절염	소풍활혈탕	황연, 백개자, 우슬, 목과, 초오
5	92. 3. 21.	위 같은 곳		담성	소청용탕	곽향, 지각, 길경, 행임, 쌍백피

별지 3 범죄일람표

순번	일시	대상	건명	행사방법
1	92. 12. 7.	청와대 민정비서실	진정서 등	진정서 뒷면에 사본으로 첨부하여 위조사문서를 행사함
2	92. 12. 8.	감사원	"	"
3	93. 1. 19.	민자당 중앙당	"	"
4	93. 6. 10.	대검찰청	"	"
5	94. 2. 14.	청와대 외 6개소	"	"

별지 4 무죄부분

순번	환자성명	일시	장소	진료방법	병명	금액	비고
1		90.1.29.	이산군 면소재 한약방	문진, 오행	기관지천식	30만원	
2		90.2.22.	"	문진	식중독	18만원	
3		90. 3.	"	문진, 맥진	기혈부족, 요통, 소화불량	50만원	
4		90.3.2.	"	맥진, 오행	우측수족마비, 소화불량	7만원	
5		90.5.21.	"	문진	견비통	7만원	
6		90.9.26.	"	오행, 문진	소화불량,신장이상	20만원	
7		90.11.25.	"	문진	감기	15만원	
8		93.1.7.	천안시 동소재 한약방	문진, 맥진	기혈부족, 요통, 소화불량	50만원	
9		93.1.7.	"	"	정력부족	15만원	
10		93.1.17.	"	문진, 오행	허약	15만원	
11		93.5.30.	"	문진, 오행, 타진	정력부족, 요통	28만원	
12		93.8.11.	"	문진, 오행	소화불량	15만원	

大法院 判決文

사 건 : 96도2234 보건범죄단속에관한특별조치법 위반·약사법 위반·사문서 위조·위조사문서 행사·출판물에 의한 명예훼손

피 고 인 : 정○○ 외 1인

상 고 인 : 피고인들 및 검사

변 호 인 : 변호사 백승현 외 1인

원심판결 : 서울고법 1996. 8. 1. 선고 94노3855 판결

주 문 : 각 상고를 기각한다.

이 유 : 상고이유를 판단한다.

1. 피고인 정○○의 위조사문서 행사의 점에 관한 상고이유 및 피고인 하○○의 상고이유에 대하여

원심이 그 명시한 증거들을 종합하여 피고인 하○○의 이 사건 사문서위조죄 및 피고인들의 이 사건 위조사문서 행사죄의 각 범죄사실을 인정한 조치는 기록에 비추어 본즉 수궁이 가고 거기에 채증법칙 위반으로 인한 사실오인의 위법이 없으며, 원심의 이 점에 대한 판시 취지는 이 사건 []당 사무총장 명의의 각 문서를 작성할 권한이 피고인 하○○에게 있었다는 입증책임이 위 피고인에게 있다는 것이 아니라 원심이 명시한 증거들에 의하면 이 사건 각 문서에 관한 범행 당시 위 피고인에게 위 각 문서의 작성권한이 없었음이 인정된다는 취지이므로 원심판결에 이 점에 관한 입증책임 분배의 원칙에 위반한 잘못도 없다.

원심이 적법하게 인정한 바와 같이 이 사건 각 문서에 관한 범행 당시 []당 사무총장 명의의 이 사건 각 문서를 작성할 권한을 위임받지 아니한 피고인 하○○가 문서 작성권한을 가진 사람의 결재를 받은 바 없이 권한을 초과하여 이 사건 각 문서를 작성하였다면 이는 사문서위조죄가 된다고 할 것이니, 같은 취지로 판시한 원심의 조치는 정당하고 거기에 사문서위조죄의 법리를 오해한 위법이 없다.

따라서 원심판결에 사문서위조죄 및 동 행사죄에 관하여 상고이유로 주장하는 채증법칙 위반으로 인한 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다는 피고인들의 주장은 모두 이유 없다.

2. 피고인 정○○의 보건범죄단속에관한특별조치법 위반 및 약사법 위반의 점에 관한 상고이유에 대하여

원심이 그 명시한 증거들을 종합하여 피고인 정○○의 이 사건 보건범죄단속에관한

특별조치법 위반죄 및 약사법 위반죄의 각 범죄사실을 인정한 조치는 기록에 비추어 보면 수공이 가고 거기에 채증법칙 위반으로 인한 사실오인의 위법이 없다.

원심이 적법하게 인정한 바와 같이 한약업사 자격밖에 없는 피고인 정○○이 환자의 생년월일로 이른바 오행분석을 하여 병명을 진단한 후 한약을 처방하였다면, 그 오행 분석은 환자의 병상과 병명을 규명하는 판단작용의 방법으로 사용된 것이어서 일종의 진찰방법이라고 할 수 있고, 오행분석에 의한 처방은 일종의 치료행위라고 할 것이어서, 이는 의료법 제25조의 의료행위에 해당한다고 할 것이다.

따라서 원심판결에 의료법 및 보건범죄단속에관한특별조치법에 관한 법리오해의 위법이 있다는 주장은 이유 없다.

또한 약사법 제36조 제2항에 의하여 한약업사에게 허용되는 혼합판매행위는 환자의 요구가 있을 때 기성한의서에 수재된 처방 또는 한의사의 처방전에 의하여 한약을 혼합판매하는 행위를 말하는 것이나, 원심이 인정한 바와 같이 피고인 정○○이 오행분석에 의하여 병명을 진단한 후 자신의 처방에 의하여 기성한의서에 기재된 처방(본방)에 임의로 다른 한약재를 추가하여 한약을 조제하였다면 이는 약사법 제36조 제2항의 혼합판매가 아니라 약사법 제26조 제1항의 의약품의 제조에 해당한다고 할 것이니(대법원 1993. 8. 27. 선고 93도153 판결 참조), 같은 취지로 판시한 원심의 조치는 정당하고 거기에 상고이유로 주장하는 약사법에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

3. 피고인 정○○의 출판물에 의한 명예훼손의 점에 관한 상고이유에 대하여 원심이 그 명시한 증거를 종합하여 피고인 정○○의 이 사건 출판물에 의한 명예훼손의 공소사실 중 그 판시 일부 범죄사실을 유죄로 인정한 조치는 기록에 비추어 본즉, 수공이 가고 거기에 채증법칙 위반으로 인한 사실오인의 위법이 없다.

4. 검사의 상고이유에 대하여

가. 기록에 의하면, 1983년에 실시된 한약업사 자격시험에서 평균 60점 이상을 받고도 불합격한 자들로 구성된 전국83한약업사자격취득대책위원회 고문인 공소의 지 []가 위 대책위원회의 회원들로부터 한약업사자격취득을 추진한다는 명목으로 1인당 금 300만원씩을 각출받아 자신이 대표로 한약업사 자격취득을 위한 행정소송을 제기함에 있어 김 [] 변호사를 소송대리인으로 선임하고 그 수임료로 착수금 1,000만원, 성공보수금 9,000만원을 선불하되 패소할 경우 성공보수금은 반환하기로 약정하여 함께 금1억원을 위 각출금에서 지급하였으나 1991. 9.경 위 행정소송에서 패소한 사실, 새로운 구제책을 찾고 있던 위 지 []는 공소의 조 []의 소개로 1992. 10.

14. 이 [] 변호사 사무실에서 이 [] 변호사를 만나 위 대책위원회 회장이던 공소의 김 [] 의 입회하에 한약업사 자격취득을 위한 소송이나 입법청원 등 모든 가능한 법적 절차를 위임하는 변호사 선임계약을 체결하였는데, 선임료는 착수금을 금 1억 2,000만원, 성공보수를 금 2억원으로 하고, 착수금을 위 김 [] 변호사로부터 반환 받을 금 9,000만원에 금 3,000만원을 더하여 지급하기로 하여 착수금 중 금 1억500만원은 지급일을 1992. 12. 12.로 하는 지 [] 발행의 약속어음 5장을 교부하고, 나머지 금 1,500만원은 계약 당일 대전에 내려 간 위 지 [] 가 온라인으로 이 [] 변호사의 계좌에 입금하였고, 위 어음의 지급기일까지 어음의 지급기일 연장을 요구하여 지급기일을 1993. 1. 8.로 하는 지 [] 발행의 약속어음 3장으로 교환하였다가 1993. 1.경 금 7,500만원만 결제되고 금 3,000만원짜리 어음 1장에 대하여는 지급기일을 다시 같은 해 1. 20.로 연기하였다가 1. 20. 전에 지 [] 가 이 [] 변호사에게 금 3,000만원을 지급하고 어음은 반환받은 사실, 그런데 위 선임계약 후 지 [] 는 당시 이 [] 변호사가 [] 당의 김영삼 대통령 후보의 아들인 김 [] 의 선거운동에 관여하고 있음을 알고 김 [] 에게 자신들의 문제에 도움을 청하려 하여 이 [] 변호사의 소개로 1992. 11. 초 여의도 [] 호텔 안의 김 [] 의 사무실에서 김 [] 을 만나 자신들이 한약업사 자격을 취득할 수 있도록 해 달라고 부탁하였고, 그 후 1992. 11. 26. 서울 [] 호텔에서 위 대책위원회 회원 70여 명이 모인 자리에 김 [] 이 이 [] 변호사와 함께 나가 지지를 부탁하고 이 [] 변호사는 구제를 위하여 최선을 다하겠다고 인사를 한 사실, 지 [] 를 비롯한 위 대책위원회 회원들은 선거 후에 자신들의 구제문제가 해결될 것으로 기대를 하였는데 김영삼 대통령이 취임한 후에도 곧바로 성과가 없자 위 위원회 회원들은 지 [] 에 대하여 돈의 사용처를 추궁하는 등 하여 지 [] 가 곤경에 처하게 되자, 지 [] 는 1993. 1. 말경 서울 서초구 [] 호텔에서 열린 83한약업사자격취득추진위원회에서 회원의 질문에 답하는 과정에서 한약업사 자격취득을 위한 정치자금을 현찰이 없어 어음을 할인하여 현금으로 바꿔서 주었다는 취지로 말하고, 또 같은 달 31. 유성 [] 호텔에서 열린 83한약업사자격취득추진위원회 총회에서 어음을 사채시장에서 바꿔서 정치자금으로 제공하였는데 비밀을 지켜야 하므로 다 말할 수 없다는 취지로 말하고, 그 무렵 지 [] 는 위 약속어음이 정치자금의 지급에 사용되었다고 한 자기의 주장에 맞추기 위하여 변호사 선임계약 당시 어음을 발행하면서 어음부전에 '이 []' 이라고 기재하였던 것에 ()를 치고 그 아래에 '김 []!' 이라고 추가 기입한 사실, 피고인 정○○도 위 대책위원회의 회원을 통하여 이러한 내용을 들어서 알게 되어 1994. 1. 말경 지 [] 에게 대통

령 집무실에 팩스로 자신들의 구제를 요청하는 진정서를 내겠다고 하자 지[]는 위 어음부전을 팩스로 피고인 정○○에게 전송하여 이를 받아 본 피고인 정○○은 위 어음이 정치자금으로 김[]과 이[]에게 교부된 것으로 생각하여 그러한 내용의 진정서를 대통령 비서실에 팩스로 제출하였고, 그 후 1994. 2. 4. 서울 잠실 []호텔에서 이[] 변호사와 지[]가 피고인 정○○에게 위 돈이 정치자금이라 아니라 변호사 수임료인데 왜 그런 진정을 하느냐고 추궁하였으나 피고인은 이를 받아들이지 아니한 후, 이 사건 보건범죄단속에관한특별조치법 위반 등의 혐의로 구속되었다가 보석으로 석방되면서 1994. 4. 26. 22:30경 서울구치소 앞에서 한겨레신문 이[] 기자 등 언론사기자 20여 명에게 “1억500만원을 여의도 []호텔 김[]의 사무실에서 이[]의 소개로 민원해결 관련 정치자금으로 주었다”고 말한 사실이 인정된다.

나. 위 인정사실에 의하면 피고인 정○○의 위 발언내용은 사실이 아니므로 위와 같은 발언은 허위사실의 적시임이 분명하다고 할 것이다.

그러나, 형법 제309조 제2항의 출판물에 의한 명예훼손죄가 성립하려면 피고인이 허위사실을 적시함에 있어 적시사실이 허위임을 인식하여야 할 것이고, 이러한 허위의 점에 대한 인식 즉 범의에 대한 입증책임은 검사에게 있다(대법원 1994. 10.28. 선고 94도2186 판결 참조). 그런데 위에 인정된 사실관계에 비추어 보면, 이 사건에서 피고인 정○○은 공소외 지[]가 이 사건 금원이 정치자금으로 교부되었다고 한 말을 진실한 것으로 확신하였고 이러한 확신은 1994. 2. 4. 이[] 변호사와 지[]의 추궁만으로 쉽사리 깨어지지 아니한 것이라고 보여지므로 위 피고인으로서 자신의 발언내용이 허위임을 인식하지 못하였다고 할 것이다.

그러므로 이 사건에서 피고인 정○○이 자신이 적시한 사실이 허위라는 인식이 있었다는 증거가 없으므로 위 피고인의 형법 제309조 제2항의 출판물에 의한 명예훼손의 점은 무죄라고 할 것인 바, 원심의 판시는 그 이유설시에 있어 미흡한 점이 없지 아니하나 결국은 위와 같은 취지라고 할 것이므로 원심의 조치는 수긍할 수 있고 거기에 채증법칙을 위반하여 사실인정을 잘못된 위법이 있다고 할 수 없다.

다. 형법 제309조 제2항의 허위사실적시 출판물에 의한 명예훼손의 공소사실 중에는 동조 제1항 소정의 사실적시 출판물에 의한 명예훼손의 공소사실이나 같은 법 제307조 제1항의 명예훼손 공소사실도 포함되어 있으므로, 피고인에게 적시한 사실이 허위사실이라는 인식이 없었다면 법원은 공소장 변경절차 없이도 같은 법 제309조 제1항의 사실적시 출판물에 의한 명예훼손죄로 인정할 수 있고(대법원 1993. 9. 24 선고 93도1732 판결 참조), 또 비방의 목적이 인정되지 아니하면 심리의 과정에 비

추어 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 초래할 염려가 없다고 인정되는 때에는 같은 법 제307조 제1항의 명예훼손죄로 인정할 수도 있다고 할 것이다.

그러나, 법원이 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소가 제기된 범죄사실에 포함된 이보다 가벼운 범죄사실을 공소장 변경 없이 직권으로 인정할 수 있는 경우라고 하더라도 공소가 제기된 범죄사실과 대비하여 볼 때 실제로 인정되는 범죄사실의 사안이 중대하여 공소장이 변경되지 않았다는 이유로 이를 처벌하지 않는다면 적정절차에 의한 신속한 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반하는 것으로 인정되는 경우가 아닌 한 법원이 직권으로 그 범죄사실을 인정하지 아니하였다고 하여 위법한 것이라고까지 볼 수는 없다(대법원 1993. 12. 28. 선고 93도3058 판결 참조).

이 사건의 경우에도 위 인정사실을 공소가 제기된 범죄사실과 대비하여 보고, 특히 일죄로 기소된 이 사건 출판물에 의한 명예훼손죄의 일부의 점에 대하여는 원심이 유죄로 인정한 점 등과 이 사건의 진행경위 등에 비추어 보면 이 사건에서 위의 점에 관하여 피고인을 형법 제309조 제1항이나 제307조 제1항으로 처벌하지 아니한다고 하여 현저히 정의와 형평에 반하는 것으로 인정되지는 아니하므로 원심이 이를 직권으로 유죄로 인정하지 아니하였다고 하여 위법이라고 할 수 없다.

따라서, 원심판결에 출판물에 의한 명예훼손죄에 관하여 채증법칙 위반으로 인한 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다는 검사의 주장도 이유 없다.

5. 그러므로 각 상고를 모두 기각하기로 관여 법관들의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

1997. 2. 14.

재판장 대법관 박 만 호
대법관 박 준 서
주심 대법관 김 형 선
대법관 이 용 훈

□

에 기재한 뒤, 이를 약 300여 부 전자복사하여 속초신용협동조합의 약 260여 명의 조합원들에게 나눠줌으로써 피해자들 및 조합의 명예를 훼손하였다는 혐의로 기소되어 1심에서 징역10월에 집행유예 1년6월, 2심에서 1백만원의 벌금형이 선고되어 유죄판결을 받았다. 피고는 이에 불복 대법원에 상고했다.

1심 判決文

사 권: 95고단220 출판물에 의한 명예훼손

피 고 인: 1. 김○○, 정당인
2. 정○○, 제과점업

검 사: 윤보성

변 호 인: 변호사 김택정(피고인 김○○을 위하여)
변호사 한준희(피고인 정○○을 위하여)

주 문: 피고인 김○○을 징역 10월에 처한다.

이 판결선고 전의 구금일수 중 15일을 위 형에 산입한다.

다만, 이 판결확정일로부터 1년 6월간 위 형의 집행을 유예한다.

피고인 정○○에 대한 이 사건 공소를 기각한다.

이 유: 범죄사실 피고인 김 []은 1989. 2.경부터 1992. 2.경까지 속초시 [] 소재 속초신용협동조합의 이사장으로 재직하였던 자인 바, 1990.경 위 조합에서는 조합사옥을 신축하기로 결정하고 현 조합사옥이 있는 부지를 매수한 다음 1992. 1. 16.경 공개경쟁입찰방식에 의해 춘천시 [] 소재 소위 공소외 광산종합건설주식회사가 공사비 금 657,000,000원에 낙찰을 받아 사옥신축공사를 시작하여 1993. 1.경 준공된 사실이 있으며, 그 시경 위 조합 이사인 상피고인 정○○은 위 사옥신축공사에 비리가 있는 것으로 의문을 품고 이사회에 참석하여 이의를 제기함으로써 위 조합자체적으로 감사를 실시하였으나 조합의 공금이 횡령되었거나 과다지출되는 등의 비리가 없는 것으로 확인되었음에도 위 정○○이 계속 이의를 제기하므로 위 조합에서는 신용협동조합 강원도연합회에 감사를 의뢰하고, 위 연합회에서는 신용협동조합 중앙회에 감사를 의뢰하여 위 중앙회에서 감사팀이 내려와 1993. 6. 7.경부터 같은 달 12.경까지 감사를 실시한 결과 건축계획미흡, 건축위원회활동 부적, 설계업무 부적, 공사계획업무 미흡, 변칙 업무처리, 회계 변칙처리 등 사소한 부분이 지적되었을 때 조합의 공금이 유용되었거나

조합에 손해를 끼치는 비리는 없는 것으로 밝혀졌고, 이에 위 정○○도 1993. 7. 2.경 “조합사옥 신축공사와 관련하여 건축관계자에게 어떠한 개인적 비리나 부정이 없었으며 신협자산에 손해를 끼친 바가 없음을 확인하고, 어떠한 경로나 방법으로든지 건축에 관계한 모든 개인과 조합의 명예를 손상할 일체의 행위를 하지 않을 것을 확인하고, 이를 위반시는 민형사적인 책임을 감수하겠다”는 내용의 각서를 조합에 제출한 사실이 있음에도 위 정○○, 위 조합의 평조합원인 공소의 정□□와 공모하여 위 조합사옥 신축공사 당시 조합이사장이던 피해자 최□□, 전무인 피해자 최□□, 감사인 피해자 최□□, 광산종합건설주식회사 이사이자 현장소장이던 피해자 김□□을 비방할 목적으로, 1994. 10. 하순경 위 정○○은 위 조합사옥신축공사의 비리에 대해서 질문하는 위 정□□와 위 정○○에게 “자신은 이미 그 건에 대해 각서를 써준 바 있기 때문에 직접 나서서 할 수는 없으니 질의서를 보내주면 답변을 하는 형식으로 사실을 밝히자”고 하여 같은 해 11. 5.경 위 정○○은 위 정□□와 함께 위 정○○ 앞으로 “속초신협 건축에 관한 의혹에 대해 답변을 부탁하며, 건축의혹에 관한 일들이 9,000여 조합원 및 속초사회에 명백히 밝혀지기 바란다”는 취지의 내용증명을 보내고, 1995. 1. 5.경 속초시 □□□□소재 위 정○○ 경영의 제과점에서 위 정○○은 위 정○○에게 ‘이사장님과 임원에게’ 라는 제하에 “조합사옥 건축계약서가 위조되었고, 건축공사 낙찰은 광산종합건설에서 하였지만 무면허 업자인 김□□이 하도급받아 공사를 하였고, 흙막이공사와 관련하여 금 25,000,000원을 과다지출하였고, 냉난방공사 대금은 낙찰금에 포함되어 있는데도 포함되어 있지 않은 것처럼 최□□과 최□□이 공모하여 하도급업자인 김□□과 수의계약을 체결하여 냉난방비로 금 75,000,000원을 지출하였고, 1992 1. 1. 정부노임 단가로 신축공사 대금을 정하였기 때문에 노임을 인상하여 지출하여서는 아니됨에도 김□□, 최□□, 최□□이 공모하여 노임을 과다지출하였고, 주차장 설치비용조로 금 34,600,000원을 최□□과 최□□이 횡령하였고, 실내 인테리어공사를 수의계약하여 금 110,000,000원을 지출하였는데 이는 신용협동조합법의 계약규정 제17조에 위배되는 일로서 조합에 손해를 끼쳤고, 조합사옥 일부를 라이온스와 요식협회에 무료 임대하였는데 실무자의 업무미숙으로 임대료에 대해 세금이 금 2,500,000원이나 부과되어 납부되었으므로 실무책임자인 최□□ 전무가 이를 변상하여야 하는데도 감사인 최□□을 이를 묵인하였고, 조합사옥 입찰 당시 특수조건에 김○○은 서명날인한 사실이 없는데 최□□이 특수조건을 위조하였고, 문□□은 조합에 가입한 지 얼마 되지 않고 거래실적도 없는데 최□□과 최돈○이사, 변□□이사가 공모하여 문□□ 소유 자연녹지 지역의 임야를 금 30,000,000

원에 근거당설정받은 다음 대출금이 실제로는 문 []에게 지불되지 않고 하도급업자인 김 []에게 주어서 공사비로 충당하게 하였으니 이에 대해 어떻게 처리할 것인지 1995. 1. 7.까지 서면으로 답하지 않으면 민, 형사소송을 불사하겠다”는 내용의 최고서 사본을 건네주어 위 정 []는 위 정○○, 공소외 박 []와 함께 이를 근거로 같은 달 15.경 속초시 [] 소재 ‘ []’ 커피숍에서 ‘서명운동에 동참합니다’라는 제목으로 조합건축공사와 관련하여 위 피해자들에게 비리가 있다는 취지의 내용을 백지에 기재하고, 위 정○○으로부터 건네받은 위 최고서를 첨부한 다음 이를 약 300여 부 전자복사하여 같은 날 16. 속초시 [] 소재 한 [] 변호사 사무실에 찾아가서 위 조합의 평조합원인 공소외 성 []에게 위 유인물을 나눠주고 서명날인을 받은 것을 비롯하여 같은 달 19.경까지 약 260여 명의 조합원들에게 위 유인물을 나눠줌으로써 위 피해자들 및 위 조합의 명예를 훼손한 것이다.

증거의 요지

1. 피고인들이 이 법정에서 한 판시사실에 부합하는 진술
2. 검사가 작성한 정 [], 최 [], 김 []에 대한 진술조서 중 판시사실에 부합하는 진술기재
3. 피고인 김 []이 작성한 각서사본, 최고서사본 중 판시사실에 부합하는 각 기재
4. 수사기록에 편철된 유인물사본(제8정), 우편물사본(제21정) 중 판시사실에 부합하는 각 기재

법령의 적용

1. 범죄사실에 대한 해당법조
피고인 김○○에 대하여: 형법 제309조 제1항, 제307조 제1항(징역형 선택), 제30조

2. 미결 구금일수 산입

형법 제57조

3. 집행유예

형법 제62조 제1항(고령, 대장암 수술을 받은 환자인 점 참작)

공소기각 피고인 정○○에 대한 이 사건 공소사실의 요지는, 피고인 정○○이 상피고인 김○○과 공모하여 판시와 같이 위 피해자들 및 위 조합의 명예를 훼손한 것이다 라고 함에 있는 바, 출판물에 의한 명예훼손되는 피해자의 명시한 의사에 반하여 논할 수 없는 사건인 바 최 []이 작성한 고소취하서의 기재에 의하면, 이 사건 피해자들이 이 사건 공소가 제기된 후인 1995. 7. 25. 피고인 정○○에 대한 처벌을 희망하는 의사표시를 철회하였음이 명백하므로 형사소송법 제327조 제6호에 의하여 피고인 정○○에 대한 이 사건 공소를 기각한다.

1995. 8. 2.

판사 박 성 규

2심 判 決 文

사 건: 95노430 출판물에 의한 명예훼손

피 고 인: 김○○, 정당인

항 소 인: 피고인

검 사: 이성욱

변 호 인: 변호사 박형일, 김철수

원심판결: 춘천지방법원 속초지원 1995.8.2. 선고 95고단220 판결

- 주 문: 1. 원심판결 중 피고인에 대한 부분을 파기한다.
2. 피고인을 벌금 1,000,000원에 처한다.
3. 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 금 20,000원을 1일로 환산한 기간 피고인을 노역장에 유치한다.
4. 원심판결 선고전의 구금일수 중 15일을 위 벌금에 관한 노역장 유치 기간에 산입한다.
5. 위 벌금에 상당한 금액의 가납을 명한다.

이 유: 1. 항소이유의 요지

가. 사실오인의 점

피고인은 1994. 11. 5.경 원심 공동피고인 정○○, 공소외 정□□로부터 속초신용협동조합 사옥신축공사에 관한 비리의혹에 대하여 해명해달라는 요청을 받고 1995. 1. 5.경 위 정○○, 정□□에게 원심판시와 같은 내용의 최고서 사본을 건네준 사실은 있으나, 피고인은 1989. 2.경부터 1992. 2.경까지 위 조합의 이사장으로 근무하였고 그 재직 당시에 위 조합사옥 신축공사계약을 체결하고 그 공사를 착공한 바가 있었는데, 위 정○○, 정□□ 등 다수의 조합원으로부터 위 조합사옥 신축과 관련된 비리의혹에 대하여 해명해달라는 요구를 받고 오로지 위 조합의 업무를 조합원들에게 투명하고 공정하게 밝히고 만약에 비리가 밝혀진다면 조합원들의 손실을 전보할 수 있는 방법을 모색하는데 도움을 주기 위한 의도에서 위 최고서 사본을 건네준 것일 뿐, 피해자라고 주장하는 공소외 최□□, 최□□, 최□□, 김□□을 비방할 목적으로 위 최

고서를 작성하고 그 사본을 교부하여 위 정○○, 정□□와 공동으로 위 공소외인 및 위 조합의 명예를 훼손한 사실이 없음에도 불구하고, 원심은 피고인이 그 판시의 범죄를 저질렀다고 인정하였으니 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나. 양형부당의 점

가사 피고인이 유죄라 하더라도 원심이 피고인에 대하여 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

2. 항소이유에 대한 판단

가. 사실오인의 점

원심이 적법하게 조사, 채택한 증거들을 기록에 비추어 종합 검토하면, 원심이 판시한 피고인의 위 범죄사실을 인정하기에 넉넉하고(특히, 피고인이 1993. 7. 2.경 “조합사옥 신축공사와 관련하여 건축관계자에게 어떠한 개인적 비리나 부정이 없었으며 신협자산에 손해를 끼친 바가 없음을 확인한다”는 취지의 각서를 작성하여 위 조합에 제출하였음에도 불구하고 1994. 11.경 위 정□□를 찾아가 조합사옥 신축과 관련된 의문점에 대하여 질의서를 보내주면 답변서를 보내주겠다고 말한 점, 위 정○○, 정대호가 1995. 11. 5.경 피고인에게 보낸 질의서의 형식과 내용으로 보아 건축의혹에 관한 질의내용이 장차 9,000여 조합원 및 속초 지역사회에 알려질 수도 있다는 것을 예견할 수 있는 점, 위 정□□, 정○○이 위 조합의 감사도 아닌 개인 입장에서 해명을 요구하면서 질의서를 보낸 것인데도 1995. 1. 3.경 위 조합의 이사장과 임원에게 피고인이 작성한 위 최고서를 발송한 점, 위 최고서의 내용 중에는 위 사옥신축과는 관련이 없는 건물의 임대, 공소외 문양은에 대한 대출관계 등에 관한 부분도 함께 포함되어 있는 점, 위 최고서의 내용이 단순히 사옥신축과 관련된 사실자체의 해명이 아니라 피해자들의 행위를 법률적으로 횡령 혹은 배임, 문서위조 등으로 평가하여 실시한 점 등에 비추어 피고인이 위 최고서를 작성함에 있어서 피해자들을 비방할 목적이 있었다고 보여진다), 달리 사실의 오인이 있어 판결에 영향을 미쳤다고 볼 사유가 없다.

나. 양형부당의 점

피고인이 고령인데다가 대장암으로 투병 중인 점, 피고인이 자신의 잘못을 반성하고 있는 점을 비롯하여 피고인의 연령, 성행, 지능과 환경, 피해자들에 대한 관계, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등이 사건에 나타난 양형의 조건이 되는 여러가지 사정을 참작하여 보면, 원심이 피고인에 대하여 선고한 형은 너무 무거워서

부당하다고 인정되므로 피고인의 항소는 이 점에서 이유있다.

3. 결론

따라서 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

범죄사실 및 증거의 요지 이 법원이 인정하는 범죄사실 및 그에 대한 증거의 요지는, 범죄사실중 제 6, 9, 15, 23, 26, 29, 51 행 '정○○' 을 '김○○' 로, 제12행 '설계업무부적' 을 '설계업무부적' 으로, 제17행 '관계한' 을 '관계한' 으로, 제37,38행 '계약' 을 '계약' 으로, 제41행 '최□□' 을 '최□□' 은' 으로, 증거의 요지 중 제4행 '김□□' 을 '김○○' 로 각 고치는 이외에는 원심판결의 그것과 같으므로 형사소송법 제369조에 의하여 이를 그대로 인용한다.

법령의 적용

1. 범죄사실에 대한 해당법조

각 형법(1995.12.29. 법률 제5057호로 개정되기 전의 것) 제 309조 제1항, 제307조 제1항, 제30조, 제1조 제1항(판시 출판물에 의한 명예훼손의 각 절)

2. 상상적 경합

형법 제40조, 제50조(판시 각 죄 상호간, 법정이 가장 무거운 피해자 최□□에 대한 판시 출판물에 의한 명예훼손죄에 정한 형으로 처벌하기로 하고, 벌금형을 선택하여 벌금등임시조치법 제4조 제1항에 의하여 증액)

3. 노역장 유치

형법 제70조, 제69조 제2항

4. 미결 구금일수 산입

형법 제57조

5. 가납명령

형사소송법 제334조 제1항

위와 같은 이유로 주문과 같이 판결한다.

1996. 12. 26.

재판장 판사 최 병 덕
판사 김 우 수
판사 김 성 대

에 의한 명예훼손죄의 법리를 오해하거나 이 사건 유인물이 '기타 출판물'에 해당하는지의 여부에 대한 심리를 다하지 아니한 때문이라고 할 것이다. 이러한 점을 지적하는 취지의 주장은 이유 있다.

3. 그러므로 원심판결을 파기하고 사건을 원심법원에 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

1997. 8. 26.

재판장 대법관 이 임 수
 대법관 최 종 영
주심 대법관 정 귀 호
 대법관 이 돈 희

□