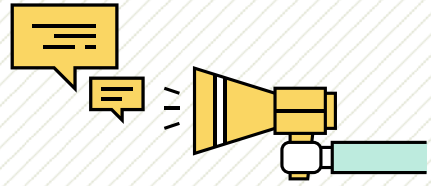


후보자검증 의혹제기의 법적 한계*

- 서울시 교육감에 대한 유죄판결로 보는 허위사실공표죄



조소영
부산대학교
법학전문대학원 교수

1. 서울시 교육감 사건과 허위사실공표죄

1. 사건 내용

2014년 5월 24일, 뉴스타파 최경영 기자는 자신의 트위터에 고승덕 전 서울시 교육감 후보의 미국 영주권 보유 의혹에 관한 글을 게시했고,¹⁾ 이를 본 조희연 교육감 측은 25일 오전 11시경 기자회견을 통해 “고승덕 후보가 미국 영주권자라는 제보가 있고, 만약 이 제보가 사실이라면 고승덕 후보는 교육감 후보가 될 자격이 없다 ... 그러므로 고 후보는 자신의 미국 영주권 보유 문제 등에 대해 사실대로 밝히라”는 의혹 제기를 하였다. 이에 고승덕 전 후보는 같은 날 오후 3시경 인터넷에 본인이 미국 영주권을 보유하지 않았음을 밝혔고, 최경영 기자는 27일에 다시 자신의 트위터에 정정 및 사과의 내용을 게시했다.²⁾ 하지만, 조희연 교육감 측은 고 전 후보의 해명 이후에도 26일과 27일

* 편집자 주 : 이 글은 조희연 교육감의 공직선거법 위반에 대한 1심 판결 결과를 중심으로 작성되었다. 필자가 이 글을 보내온 이후인 2015. 9. 4. 항소심 재판부는 조희연 교육감에 대해 상대 후보의 낙선을 목적으로 허위사실을 공표한 혐의가 일부 인정되나, 공직 적격을 검증하기 위한 의도로 악의적인 흑색선전이 아니어서 비난 가능성이 낮다는 등의 이유로 벌금형(250만원)의 대한 선고를 유예했다. 이에 대해 검찰이 상고하여 대법원에 계류중이다.

1) "서울시 교육감 후보로 나선 고승덕 후보는 자녀들을 어디서 공부시키셨나요? 한국에서 공부를 시키지 않으면 왜 그러신건가요? 본인 역시 미국 영주권을 갖고 계시지요? 정말 한국의 교육을 걱정하십니까? 걱정할만큼 잘 알고 계십니까? 궁금합니다."

2) "고 후보 자신의 영주권 소지 의혹 부분은 고 후보의 서류제출로 해소된 듯 합니다. 제가 의혹을 제기한 부분의 근거는 있습니다만 말할 필요가 없게 됐구요. 고 후보께 사과드립니다"

계속해서 고 전 후보의 영주권 보유 의혹에 대한 내용을 선거캠프 홈페이지 및 각 기자들의 이메일로 게시·발송하고, 라디오방송 인터뷰 등에서도 고 전 후보에 대한 공격을 이어나갔다.

고 전 후보는 즉각 허위사실공표 혐의로 조 교육감을 선관위에 고발하였고, 선관위는 조 교육감 측에 주의 경고 조치를 내렸다. 한편, 보수단체들 또한 조 교육감을 검찰에 고발하였고, 검찰은 조 교육감을 「지방교육자치에 관한 법률」 위반으로 기소했다. 조희연 교육감의 신청에 의해 국민참여재판으로 진행된 1심 재판에서 2015년 4월 23일 조희연 교육감은 당선무효형에 해당³⁾ 하는 벌금 500만원을 선고받았다. 1심 선고결과를 두고 조희연 교육감과 검찰은 각각 항소하였는데, 8월 7일에 진행된 항소심 결심 공판에서 검찰 측은 “반복적이고 의도적인 범행인 데다가 사과나 반성도 하고 있지 않아 범행에 상응하는 형이 필요하다”며 벌금 700만원을 구형했으며, 2015년 9월 4일 항소심 선고를 앞두고 있다.

조희연 교육감에 대한 재판결과를 주목하는 이유는 그 선고결과에 따라 서울시 교육청은 세 번째로 직선제 교육감이 중도하차하는 아픈 공백 상태를 맞이하게 될 뿐만 아니라 다시 재선을 치러야 하는 혼란스러운 상황을 감수해야 하며,⁴⁾ 조 교육감 개인으로서는 33억여원에 이르는 선거보전비용을 모두 반납해야 하는 처지에 놓이기 때문이다.

2. 허위사실공표죄란 무엇인가

이 사건에서 조희연 교육감에게 직접 적용되는 법률 규정은 「지방교육자치에 관한 법률(이하 ‘교육자치법’)」 제49조 제1항인데, 동 조항은 교육감선거에 관해 교육자치법에 규정된 것을 제외하고는 공직선거법을 준용하도록 하고 있다. 이에 따라 교육감 선거와 관련된 규율은 교육자치법에 특별한 규정이 존재하지 않는 한 공직선거법을 따른다.

허위사실공표죄의 처벌 규정은 공직선거법 제250조 제1항과 제2항이다.

3) 공직선거법 제264조(당선인의 선거범죄로 인한 당선무효) 당선인이 당해 선거에 있어 이 법에 규정된 죄 또는 「정처자금법」 제49조의 죄를 범함으로써 인하여 징역 또는 100만원이상의 벌금형의 선고를 받은 때에는 그 당선은 무효로 한다.

4) 실제로 이러한 혼란을 이유로 교육감 직선제 폐지에 관한 논의가 적잖게 진행되고 있으며(「뉴스앤뉴스」, 2015. 4. 27. 삼언기, “새누리, 교육감 직선제 폐지 본격 추진”, <http://viewsnnews.com/article?q=120514> 기사 참조), 2015. 5. 28. 새누리당 윤재옥 의원이 대표 발의한 「지방교육자치에 관한 법률」 일부개정법률안의 중심내용은 교육감 직선제를 폐지하고 시도지사가 시도의회 동의 받아 임명하도록 하는 것이었다(국회 의안정보시스템, http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill_id=PRC_S1P5X0E5B2R8R1X0J3B2Z3R8P8Y9L5 참조).

제1항이 “특정 후보자의 당선을 위하여 그 후보자에 관한” 허위사실을 공표하는 행위를 처벌하는 것에 비하여, 제2항은 “경쟁 후보자의 낙선을 위하여 그 후보자에 관한” 허위사실을 공표하는 행위를 처벌하는 것으로서 두 조항은 구성요건이나 행위의 목적이 다르다. 두 조항의 보호법익은 모두 ‘공정한 선거’이지만, 경쟁 후보자의 낙선을 위해 그 후보자에 관한 허위사실을 공표하는 행위는 상대방에 대한 중상모략, 인신공격 등으로 선거의 공정성을 심히 해치고, 상대방의 사회적 평가를 훼손시킬 수 있다는 점에서 죄질이 다르다고 보아 제1항에 비해 상대적으로 높은 법정형을 규정한 것으로 해석된다.⁵⁾

서울시 교육감 사건에 적용된 공직선거법 제250조 제2항은 ‘당선되지 못하게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 후보자에게 불리하도록 후보자, 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매에 관하여 허위의 사실을 공표하거나 공표하게 한 자와 허위의 사실을 게재한 선전문서를 배포할 목적으로 소지한 자는 7년 이하의 징역 또는 500만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처한다⁶⁾’는 내용이다. 즉, 공직선거법 제250조 제2항을 적용하려면 ① 후보자의 낙선을 목적으로 해야 하며, ② 공표는 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법에 의한 것이어야 하고, ③ 후보자에게 불리하도록 후보자, 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매에 관한 허위의 사실을 공표하거나 공표하게 한 자에 해당하여야 한다. 행위자가 이 구성요건에 해당하여 낙선목적의 허위사실공표죄 처벌규정이 적용될 경우, 당선 또는 낙선의 목적으로 공연히 사실을 적시하여 후보자 등을 비방한 경우에 처벌되는 후보자 비방죄⁷⁾의 경우와는 달리, 공직선거법 조문상 위법성 조각사유도 명시되어 있지 않다.

상대 후보에 대한 의혹 제기나 비방은 선거제도를 통치기관의 구성 원리로 채택한 국가들의 선거 과정에서 흔히 볼 수 있는 현상임에 틀림없다. 언론에 의해 혹은 상대 후보자나 정당에 의해 후보자의 도덕성과 공직 수행 능력을 검증하기 위한 방법으로 행해져 왔기 때문이다. 선거 기간 동안의 의혹 제기는 상대 후보에게 부정적 이미지를 덧씌워 경쟁력을 약화시킴으로써 선거 국면을 자신에게 유리한 방향으로 끌고 가려는 의도를 내포하고 있다는 점을 부인할 수 없다. 또, 비록 검증을 위한 의혹제기라 할지라도 선거 결과에 중대한 영향

5) 헌법재판소(2009. 9. 24.) 2008헌바168 결정, 판례집 21-2상, 617, 626.

6) 「공직선거법」, 제250조 제2항, 2015.

7) 「공직선거법」, 제251조, 2015.

을 미칠 수밖에 없으며 짧은 선거기간 동안 제기되는 의혹에 대해 일일이 증명하는 것 또한 쉽지 않다. 때문에 후보자 검증을 위한 의혹 제기를 규제해야 할 필요성을 인정하게 되는 측면이 있다.⁸⁾

반면에 민주사회에서 유권자가 주권행사의 방법으로 자신의 선거권을 제대로 행사하기 위해서는, 후보자의 공직적격 여부를 판단할 수 있는 검증이 필요하다. 후보자 자질을 검증하는 중요한 방법 중 하나가 후보자에 대한 의혹제기라는 점에서 이를 법적으로 어느 정도까지 허용할 수 있을 것인지 검토하는 것은 유권자의 정치적 표현의 자유와 알 권리, 그리고 선거의 공정성 확보라는 면에서 대단히 중요한 문제이다.

II. 판례에서의 허위사실공표죄에 대한 해석

1. 대법원 판례(정봉주 사건)⁹⁾

이 사건은 2007년 제17대 대통령선거 당시 한나라당 이명박 후보자가 BBK 주가조작 및 횡령 사건에 연루되었다는 정봉주 의원(당시 대통합민주신당 '이명박 주가조작 의혹사건 진실규명' 대책단장)의 일련의 발언이 공직선거법상 허위사실공표죄를 구성하는 것임을 확인하고 징역 1년을 선고한 원심을 확정 한 사건이다. 허위사실공표죄에 대한 대법원의 반복된 해석 내용을 정리하기 위해, 대법원이 허위사실공표죄의 구성요건에 관한 상고이유를 판단한 내용 중 주요 쟁점이 되었던 부분을 살펴보기로 한다.

(1) '사실'과 '의견'의 구분에 관한 법리

대법원은 허위사실공표죄에서 말하는 '사실'이란 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이면 충분하다고 보았다. 또한, '사실의 공표'란 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 '의견 표현'에 대치되는 개념으로서, 시간·공간적으로 구체적인 과거 또는 현재의 사실관계에 관한 보고 내지 진술을 의미하며, 그 표현 내용이 증거에 의한 증명 가능한 것을 말한다고 하였다. 또한 어떤 표현이 '사실 적시'인지 아니면

8) 김경호, 2013. "후보자 검증을 위한 의혹제기와 후보자 비방죄의 위법성조각 판단기준에 관한 연구", 『언론과학 연구』 제13권 3호, 7쪽.

9) 대법원 (2011.12.22.) 2008도11847 판결. 실제로 이 판결의 중요내용을 살펴보아야 하는 이유는 서울시 교육감 사건의 제1심 법원의 판시내용도 이와 다르지 않기 때문이다.

‘의견이나 추상적 판단의 표현’인지 여부는 선거의 공정성 보장이라는 입법 취지를 염두에 두고 그러한 표현을 둘러싼 모든 사정, 즉 언어의 통상적 의미와 용법, 표현 전체의 내용, 문제된 말이 사용된 문맥, 표현의 경위·전달방법·상대방, 표현 내용에 대한 증명가능성, 표현자와 후보자의 신분 등을 고려하여 종합적으로 결정한다. 더 나아가 의견이나 평가일지라도 그것이 진실에 반하는 사실에 기초하여 행해지거나 의견이나 평가임을 빙자해 간접적·우회적인 표현 방법으로 허위사실을 암시하는 경우에도 이 죄가 성립된다고 보았다.

(2) 적격검증을 위한 의혹 제기의 허용 범위와 ‘허위의 증명’ 등에 관한 법리

대법원은 민주주의 정치제도 아래 가장 기초적인 기본권인 언론의 자유를 선거 과정에서도 충분히 보장해야 한다고 전제하고 있다. 선거 과정에서 후보자의 공직담당 적격을 검증하는 것은 필요하면서도 중요한 일이므로 이러한 적격 검증을 위한 언론의 자유도 보장되어야 한다는 것이다. 이를 위해, 후보자에게 위법이나 부도덕함을 의심하게 하는 사정이 있는 경우에는 이에 대한 문제 제기를 허용해야 하며, 공적 판단이 내려지기 전이라고 해서 그에 대한 의혹 제기가 쉽게 봉쇄되어서는 안된다고 실시하였다.

그러나 한편, 대법원은 근거가 박약한 의혹 제기를 광범위하게 허용할 경우의 문제점도 지적하고 있다. 비록 나중에 의혹이 사실무근으로 밝혀지더라도 잠시나마 후보자의 명예가 훼손됨은 물론 임박한 선거에서 유권자들의 선택을 오도하는 중대한 결과가 야기될 수 있는데, 이는 오히려 공익에 현저히 반하는 결과가 되므로 후보자의 비리 등에 관한 의혹 제기는 비록 그것이 공직 적격 여부의 검증을 위한 것이라 하더라도 무제한 허용될 수는 없다는 것이다. 다만 그러한 의혹이 진실인 것으로 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에만 한해 허용되어야 하며, 그러한 상당한 이유가 있는 경우에는 비록 사후에 그 의혹이 진실이 아닌 것으로 밝혀지더라도 표현의 자유 보장을 위하여 이를 별할 수 없다고 보았다.

그리고 허위의 입증에 관해 대법원은 허위사실공표죄에 있어 의혹을 받을 일을 한 사실이 없다고 주장하는 사람에 대해 의혹을 받을 사실이 존재한다고 적극적으로 주장하는 자는 그러한 사실의 존재를 수궁할 만한 소명자료를 제시할 부담을 지고, 검사는 제시된 그 자료의 신빙성을 탄핵하는 방법으로 허위성을 증명할 수 있다고 하였다. 이때 제시해야 할 소명자료는 단순히 소문을 제시하는 것만으로는 부족하고 적어도 허위성에 관해 검사가 현실적으로 증명 활동을 할 수 있을 정도의 구체성을 갖추어야 하며, 이러한 소명자료의 제시가



없거나 제시된 소명자료의 신빙성이 탄핵된 때에는 허위사실 공표의 책임을 져야 한다고 함으로써 입증책임을 전환하는 해석을 한 바 있다.

(3) '허위의 인식', '당선되지 못하게 할 목적' 등에 관한 법리

대법원은 행위자의 허위 인식 여부와 관련하여, 범죄의 고의는 확정적 고의뿐만 아니라 결과 발생에 대한 인식이 있고 그를 용인하는 의사인 이른바 미필적 고의도 포함하는 것이어서 허위사실공표죄 역시 미필적 고의에 의해서도 성립된다고 보았다. 그리고 피고인이 적시한 구체적 사실이 진실한지를 확인하는 일이 사회통념상 시간적·물리적으로 가능하였다고 인정됨에도 그러한 확인의 노력을 하지 않은 채 당선되지 못하게 할 목적을 가지고 그 사실의 적시에 적극적으로 나아갔다면 미필적 고의가 인정된다고 하였다. 또한, 피고인이 공표된 사실이 허위라는 점을 인식하였는지 여부, 즉 주관적 인식의 유무는 그 성질상 외부에서 이를 알거나 증명하기 어려운 이상 공표 사실의 내용과 구체성, 소명자료의 존재 및 내용, 피고인이 밝히는 사실의 출처 및 인지경위 등을 토대로 피고인의 학력, 경력, 사회적 지위, 공표 경위, 시점 및 그로 말미암아 객관적으로 예상되는 파급효과 등 제반 사정을 모두 종합하여 규범적으로 이를 판단할 수밖에 없고, 어떠한 소문을 듣고 그 진실성에 강한 의문을 품고서도 감히 공표한 경우에는 적어도 미필적 고의가 인정될 수 있다고 하였다.

한편 허위사실공표죄에서의 '당선되지 못하게 할 목적'은 허위사실의 공표로서 후보자가 당선되지 못하게 한다는 인식만 있으면 충분하며, '당선되지 못하게 할 목적'에 대해 적극적 의욕이나 확정적 인식을 요하지 않고, 미필적 인식이 있으면 족하다고 판시하였다. 그리고 그 목적의 존재 유무도 피고인의 사회

적 지위, 피고인과 후보자 또는 경쟁 후보자와의 인적 관계, 공표행위의 동기 및 경위와 수단·방법, 행위의 내용과 태양, 그러한 공표행위가 행해진 상대방의 성격과 범위, 행위 당시의 사회상황 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단해야 한다고 하였다.

2. 헌법재판소 결정례(공직선거법 제250조 제2항의 합헌성)¹⁰⁾

헌법재판소는 제18대 국회의원 선거의 지역구 당선자였으나 공직선거법 제250조 제2항 등의 위반으로 기소된 후 벌금 300만 원이 확정되어 당선무효가 되었던 청구인이 제기한 헌법소원심판사건에서 공직선거법 제250조 제2항의 합헌성 여부를 판단했다. 다만 이 사건은 동 조항의 규정내용 전체에 대한 합헌성 여부를 심사한 것이 아니라 벌금형의 하한을 지나치게 높게 규정하여 유죄가 인정될 경우 벌금 500만 원 이상에 처해져 당선까지 무효가 되고, 벌금형 확정 후 5년간 선거권 및 피선거권이 제한되는 등의 결과가 형벌과 책임의 비례원칙에 위배되는 과잉입법이며 법관의 양형결정권을 침해하는 것이라는 청구인의 주장에 대해서만 판단하였기 때문에 입법목적 등에 대해서만 제한적으로 검토하는데 그쳤다.

(1) 헌법재판소는 선거과정에서 검증되지 않은 허위사실을 공표하는 행위에 대해 효과적인 제재를 가하지 않는다면 향후 그런 행위가 근절되기 어려울 뿐만 아니라 추후에 그 의혹이 사실무근으로 밝혀지더라도 후보자의 명예가 실질적으로 훼손됨은 물론 유권자들의 선택을 오도할 수 있는 중대한 문제가 야기되어 공익에 현저히 반하는 결과가 되므로 이를 방지하는 것이 공직선거법 제250조 제2항의 입법목적이라고 보았다. 이와 같은 해당 조항의 입법목적을 바탕으로 허위사실 유포로 인해 상대 후보자가 입게 될 정신적인 고통과 범죄 동기에 대한 높은 비난가능성, 허위사실 유포 행위를 근절하기 위한 형사 정책적 고려 등을 종합해 볼 때, 법정형이 행위자의 귀책사유에 비해 지나치게 가혹하고 무거운 형벌이라고 볼 수 없다고 판시하였다.

(2) 한편, 헌법재판소는 이 조항이 벌금형의 하한을 500만 원으로 하여 공소 사실이 유죄로 인정될 경우 일반적으로 당선무효가 되도록 한 것에 대해서

10) 헌법재판소(2009. 9. 24.) 2008헌바168 결정, 판례집 21-2상, 617쪽

는, 입법자가 이 위반행위에 대하여 범죄가 이루어진 정황과 비난가능성의 정도를 높게 평가하고 국회의원이 국민의 대표자로서 입법 작용을 담당하는 중요한 기능을 수행하는 것을 감안하여, 특단의 사정이 없는 한 불법적인 수단을 사용해 당선된 자의 당선을 무효로 하는 입법적 결단을 내린 것으로 보았다. 뿐만 아니라 궁극적으로는 불법 선거운동을 자행하여 얻은 이익을 박탈함으로써 공정한 선거의 확립이나 향후 허위사실 유포행위 자제라는 일반 예방적 효과도 기대할 수 있다고 하였다. 또한, 이 조항은 주관적 요건으로서 '당선되지 못하게 할 목적'을 요구하고 있고 '선거운동'의 일환으로 행해진 경우만을 처벌 대상으로 하며 그 처벌대상의 죄질이 무겁다는 점에서 책임원칙을 벗어난 과중한 것이라 볼 수도 없다고 하였다.

(3) 또한 이 조항에 해당하는 경우라도 여러 가지 법률상 감경사유나 작량감경사유가 경합되는 때에는 법관은 100만 원 미만의 벌금형을 선고하거나 양형의 조건을 참작하여 형의 선고를 유예할 수도 있으므로 법관의 양형결정권이나 판단권 또는 법관에 의한 재판을 받을 권리가 침해되지 않는다고 판단하였다. 결과적으로 법을 위반한 피고인에게도 당선무효에 해당하는 형의 선고를 피할 수 있는 길이 있다고 할 것이어서 비례의 원칙을 벗어난 것이 아니라고 보았다.

(4) 그리고 헌법재판소는 이 법률조항이 선거의 공정성 보장이라는 중대한 공익을 도모하기 위한 것이고 허위사실을 유포해 형사 처벌을 받은 국회의원에 계속 그 직무를 수행하게 하는 것은 공직과 공정한 선거에 대한 국민의 신뢰를 저해하고 원활한 공무수행에 지장을 줄 것이므로, 사익에 대한 과잉적 제한도 아니라고 판단하였다.

Ⅲ. 낙선 목적 허위사실공표죄 적용에 대한 쟁점의 검토

1. 문제의 소재

선거는 국민의 주권 행사라는 의미를 갖는다. 대의 민주주의 하에서 선거는 국민이 통치기관을 결정·구성하는 방법이고 선출된 대표자에게 민주적 정당성을 부여함으로써 국민주권주의 원리를 실현하는 핵심적인 역할을 하고

있는 바,¹¹⁾ 이러한 선거의 의미가 제대로 실현되기 위해서는 선거인의 선거과정에서의 참여행위는 원칙적으로 자유롭게 행해질 수 있도록 최대한 보장되어야 한다.¹²⁾ 또한 국민이 올바른 선거권 행사를 할 수 있도록 정당의 정책과 후보자의 적합성 여부를 알 수 있어야 하며, 그 때문에 선거에 관한 표현행위나 언론보도는 널리 허용되어야 한다.¹³⁾ 그러나 한편, 선거에서 국민의 진정한 의사를 제대로 반영하기 위해서는 선거의 공정성이 보장되어야 함은 물론이다. 이처럼 선거제도를 채택하고 있는 민주국가에서는 선거의 자유와 공정이라는 두 가지 이념의 실현이 중요과제로 부각되고 있으며, 양자의 병행적 실현을 위해 상호 보완적인 기능을 인정하거나 조화로운 제도 구현을 위해 노력하고 있음을 볼 수 있다.

하지만 공정선거의 요청은 자유선거를 실현하기 위한 수단적 성격을 갖는 것¹⁴⁾이라고 할 것이므로, 선거의 본질인 선거권자의 자유로운 선택권을 제한하거나 방해하는 장치를 정당화하는 근거가 될 수는 없다. 특히 자유선거의 핵심은 정치적 표현의 자유를 최대한 보장하여 후보자의 공직적격성을 판단할 수 있는 충분한 기회가 보장되는데 있는 것이므로, 이를 위축시키는 과잉적 제한은 자유선거의 본질을 침해할 수 있다.¹⁵⁾ 때문에 자유로운 선거권의 행사를 제한할 수 있는 정치적 표현의 자유에 대한 규제는 매우 엄격한 요건 하에서 필요최소한에 그쳐야 함은 당연한 헌법적 요청이다.¹⁶⁾

그런데 후보자 검증을 위한 의혹제기는 헌법이 보장하는 정치적 표현의 자유에 해당된다. 그리고 이러한 의혹제기를 통해서 유권자들은 후보자의 공직수행 적격 여부를 판단할 수 있다. 그러므로 대법원과 조희연 교육감 사건의 제1심 법원의 판시¹⁷⁾에서도 인정하고 있는 바와 같이, 공직선거에 있어서 후보자의 공직담당 적격을 검증하는 것은 필요하고도 중요한 일이기 때문에 그 적격검증을 위한 표현의 자유는 보장되어야 하는 것이 원칙인 것이다. 하지만 동시에 선거기간 동안의 상대후보에 대한 의혹제기는 의혹제기 그 자체의 여러 가

11) 헌법재판소 (2008. 1. 17.) 2007헌마700 결정, 판례집 20-1상, 139, 142쪽

12) 헌법재판소 (1994. 7. 29.) 93헌가4등 결정, 판례집 4-2, 15, 28쪽

13) 박용상, 2013, 『언론의 자유』(박영사), 875쪽

14) 조소영, 2007, "공직선거법상 인터넷 관련 규제에 대한 헌법적 검토", 『세계헌법연구』 제13권 제1호, 46-47쪽

15) 김중철, 2012, "공직선거법 제250조 제2항과 관련된 대법원 판결에 대한 헌법적 검토", 『법학연구(연세대 법학연구원), 제22권 제1호, 9-10쪽

16) 헌법재판소 (1995. 5. 25.) 91헌마67 결정, 판례집 7-1, 722, 738쪽

17) 서울중앙지법 (2015. 4. 23) 2014고합1415 판결

지 법적·사회적 파장으로 인해 무한정 허용될 수 없다는 것도 인정해야 한다. 또한 선거기간 동안 정치적 표현의 자유의 보장범위와 정도에 있어서도 그 주체가 일반국민인가 언론사인가 상대후보자인가에 따라 달리 판단될 수 있는 것이라는 점¹⁸⁾도 고려되어야 한다. 따라서 서울시 교육감 사건에서의 유죄판단과 관련된 주요쟁점은 ‘유죄여부를 확정할 법적 이유가 엄격한 요건으로 해석되었는가’와 유죄로 인정되는 경우일지라도 ‘그 선고형량이 직선제 교육감의 민주적 정당성의 의미와 공적 업무의 본질을 제대로 평가하여 판단한 것으로 볼 수 있는가’의 문제라고 하겠다.

2. 요건 해석을 위한 법리적용의 엄격성에 대한 검토¹⁹⁾

- 허위의 인식에 있어서 미필적 고의 인정론의 문제점

앞서 살펴본 바와 같이 대법원은 공직선거법 제250조 제2항의 허위사실공표죄는 행위자의 고의의 내용으로서 공표된 사실이 허위라는 점의 인식이 필요 한데, 이러한 주관적 인식의 유무는 그 성질상 외부에서 이를 알거나 증명하기 어려운 이상 제반사정²⁰⁾을 모두 종합하여 규범적으로 판단할 수밖에 없기 때문에 어떠한 소문을 듣고 그 진실성에 강한 의문을 품고서도 감히 공표한 경우 또는 피고인이 적시한 구체적 사실이 진실한지를 확인하는 일이 시간적, 물리적으로 사회통념상 가능하였다고 인정됨에도 그러한 확인의 노력을 하지 않은 채 그 사실의 적시에 적극적으로 나아간 경우에는 미필적 고의를 인정할 수 있다고 보았다. 1심 재판부는 이러한 대법원의 법리를 구체적 사정에 적용하였다. 즉 조희연 교육감이 고 전 후보자의 미국영주권 보유 여부에 대해 진실한지를 확인하는 일이 사회통념상 시간적, 물리적으로 가능한 것이었음에도 불구하고 조 교육감이 그러한 확인의 노력을 하지 않은 채 그 사실의 적시에 적극적으로 나아간 이상 미필적 고의를 인정할 수 있다고 판단한 것이다.

하지만 범죄 성립 여부를 인정함에 있어서 고의의 범주에 미필적 고의를 포함하는 것은 예외적인 것이어야 하며, 그러한 예외를 인정할 때에는 신중해

18) 박용상(2013), 876-877쪽

19) 낙선목적 허위사실공표죄 성립을 인정하기 위한 요건의 해석과 관련해서는 그동안 입증책임의 완화 또는 전환의 문제점, 낙선 목적에 대한 미필적 고의 인정의 문제 등이 쟁점사항으로 논의되어 왔지만, 이 사건의 제1심 재판부는 적어도 판결문을 통해서도 정병주 의원 사건의 대법원 판결문 보다 상술하고 있지는 않으므로 필자가 가장 쟁점적인 사항으로 판단한 부분에 대해서만 검토해 보고자 한다.

20) 공표사실의 내용과 구체성, 소명자료의 존재 및 내용, 피고인이 밝히는 사실의 출처 및 인지경위 등을 토대로 피고인의 학력, 경력, 사회적 지위, 공표경위, 시점 및 그로 말미암아 객관적으로 예상되는 파급효과 등

야 할 필요가 있다. 특히 사실에 대한 인식과 관련하여 확인노력 의무를 부과 할 때 관련 범죄의 성격, 확인노력 의무의 대상이 되는 사실의 성격, 표현행위 시점, 표현행위의 상대방의 법적 지위나 상태 등을 종합적으로 고려해야만 한다.²¹⁾ 따라서 낙선목적의 허위사실공표죄의 경우 정치적 표현행위가 최대한 보장되어야 하는 선거과정의 범죄라는 점, 해당 사실의 공표를 통해 결과적으로 누가 이익을 얻게 되는 것인가는 궁극적으로 유권자의 합리적인 판단에 의한다는 점 등을 고려하면 확정적 인식이 아닌 미필적 인식을 범죄성립의 근거로 인정한 것은, 정치적 표현의 자유 보장이 문제가 된 경우라면 그 범죄성립 요건에 대한 판단이 더 엄격한 법리에 따라 제한적으로 행해져야 한다는 헌법적 가치에 합치되지 못한다고 할 수 있다.

미국 연방대법원이 네거티브 선거운동을 규제하는 경우라 할지라도 반드시 표현행위자의 현실적 악의(Actual Malice)를 ‘분명하고 확신을 주는 증거(Clear and Convincing Evidence)’에 의해 증명하도록 하는 것²²⁾이나, 정치인의 비판발언에 대한 민사책임과 관련된 민사판결에서 판시²³⁾된 바 있는 ‘악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 제한될 수 없다’는 판단 기준²⁴⁾은 이 사건에서도 고려되었어야만 하는 내용들이었다.

3. 선고형 결정에 대한 검토

낙선목적 허위사실공표죄는 위법성이 조각되는 경우를 인정하지 않으며, 당선목적 허위사실공표죄의 경우보다 상대적으로 중한 법정형을 규정하고 있다. 조 교육감에 대한 1심 판결에서 재판부는 당선무효가 되는 벌금 500만원을 선고형으로 결정함에 있어서 ① 허위사실이 후보자평가에 관한 선거구민의 매우 중요한 판단사항에 관계되는 경우이고 ② 선거일에 임박한 경우였으며 ③ 공표방법도 기자회견이나 기자들의 이메일, 라디오 인터뷰 등 상대방이 다수이거나 전파성이 매우 높은 방법을 선택하였다는 점을 가중요소로 판단하였고, ④ 피고인이 형사처벌을 받은 전력이 없고 ⑤ 피고인의 범행이 상대방 후보의 지지율에 나쁜 영향을 준 것은 인정되나 이로 인해 고 전 후보가 낙선했다고 보기는 어려우며 ⑥ 범행동기에 있어서 교육감 후보자의 영주권 보

21) 김중철(2012), 21-22쪽

22) 한인유권자센터, "미국의 선거운동방법 실태조사", 『중앙선거관리위원회 위탁연구』, 2011, 11쪽

23) 서울고등법원 (2011. 4. 26.) 2010나68581 판결

24) 조국, 2012, "일부 허위가 포함된 공적 인물 비판의 법적 책임", 『서울대학교 법학』 제53권 제3호, 199쪽

유 여부는 공적 사항으로서 청문절차를 거치지 않은 선출직의 경우 선거과정에서 적격검증을 해야한다는 생각에서 비롯되었다는 것을 정상참작하였다.²⁵⁾

그러나 선거과정에서의 정치적 표현행위를 형사적으로 처벌하는 입법례가 드물고, 선출직의 경우에 악의성이 확실하지 않은 후보자 검증을 위한 의혹제기를 처벌함으로써 보호되는 공정선거의 이익은 이를 허용하거나 당선에 영향을 미치지 않는 조정적 형량선고를 함으로써 보호되는 유권자의 자유선거의 이익보다 결코 클 수 없다. 헌법재판소도 이 처벌조항의 책임과의 비례성 여부를 판단하면서 여러 가지 법률상 감경사유나 작량감경 사유가 경합되는 때에는 법관이 100만 원 미만의 벌금형을 선고하거나 양형의 조건을 참작하여 형의 선고를 유예할 수도 있으므로 결과적으로 법을 위반한 피고인에게도 당선무효에 해당하는 형의 선고를 피할 수 있는 길이 있다고 할 것이어서 비례성을 벗어난 것이 아니라고 보았던 것²⁶⁾임을 상기할 필요가 있다. 결국 선거과정 중 후보자 검증을 위한 의혹제기의 표현행위들을 형사법적으로 처벌하는 현행 규정들이 외국의 입법례처럼 민사상의 책임 구조로 변화하지 않는 한, 현행 법제하에서 선출직 공무원 후보자의 적격검증을 위한 의혹제기, 이와 관련된 정치적 표현의 자유의 침해를 최소화하는 한편 직선제 구조에서 유권자의 선택의 결과를 지켜주는 것은 담당 재판부의 선고형량 결정 권한에 의지할 수밖에 없다.

직선제에서 당선자를 결정하는 것은 유권자이고 허위사실의 공표를 통해 결과적으로 누가 이익을 얻게 되는 것인가는 궁극적으로 유권자의 합리적인 판단에 따른다고 할 것이므로, 재판부가 반드시 양형에 참작해야 하는 것은 유권자가 선택한 결과와 그 결과에 따른 당선자가 수행해야 하는 공적 업무와 기능의 중요성이다. 대의제의 헌법 원리에서 볼 때 선출직 공직자의 창설적 권원자인 유권자들만이 당선자에 대한 심판권을 가진다고 할 것이므로, 다음 선거에서 유권자의 심판의 기회는 보장되어야 하기 때문이다. 따라서 조 교육감의 공표행위의 유죄판단을 둘러싼 법리적 논쟁은 차치하고라도, 그 선고형량의 결정에 있어서는 조 교육감 자신에 관한 사유를 넘어서 서울시교육청의 수장으로서 공적 업무의 파행적 혼란과 그를 당선시킨 유권자들의 심판의 기회 보장이라는 공익도 반드시 참작되어야 하는 것이 헌법적 기준에 합치될 수 있는 것은 아닐까 생각해 보게 된다. ─

25) 서울중앙지법(2015. 4. 23) 2014고합1415 판결

26) 헌법재판소(2009. 9. 24.) 2008헌바168 결정, 판례집 21-2상, 617쪽