

## 허위사실공표죄에 대한 비판적 검토

- 미국법과의 비교를 중심으로 -\*

박 채 립\*\*

고려대학교 미디어학과 박사수료

박 아 란\*\*\*

고려대학교 미디어학부 조교수

### 국문 초록

전 세계적으로 가짜뉴스 등 허위사실 유포로 인한 피해가 커지는 가운데, 유권자의 선택을 방해하고 민주주의에 해가 되는 선거 관련 허위사실 공표를 규제할 필요성도 커지고 있다. 한국에서는 공직선거법상 허위사실 공표죄 조항을 통해 선거에서의 허위사실 공표를 규제해 왔으나 해당 법 조항이 과도한 제한이라는 비판을 받아왔다. 이 연구는 미국의 선거 관련 허위진술에 대한 법리 비교를 통해 허위사실공표죄의 문제점을 표현의 자유 측면에서 검토하고 개선 방향을 제시하고자 하였다. 분석 결과, 미국에서는 선거운동 기간이나 구체적 수단에 대한 특별한 제약 없이 선거운동의 자유를 보장하고 있으며 선거 과정에서 허위사실 공표 행위에 대해 대체로 민사상 손해배상으로 해결하는 한편, 처벌의 대상이 되는 허위진술도 매우 제한적으로 판단하고 있었다. 반면, 한국의 허위사실공표죄는 허위진술의 대상뿐만 아니라 적용 범위를 상당히 폭넓게 규정하여 정치적 표현의 자유를 제한하고 있다. 또한 지나치게 높은 법정형 하한 규정으로 인해 사실상 당선무효가 강제되어 과잉금지 원칙에 위배되는

\* 이 연구는 2023년 한국여성커뮤니케이션학회 봄철 학술대회에서 발표한 내용을 바탕으로 작성되었습니다. 학술대회 및 심사 과정에서 유용한 의견을 주신 토론자 및 심사위원 선생님들께 감사의 말씀을 드립니다.

\*\* 제1저자: chrry345@korea.ac.kr

\*\*\* 교신저자: ahranpark@korea.ac.kr

문제점이 있으며, 당선 내지 낙선목적의 표현행위 방식과 효과에 있어 동일한 것을 다르게 취급하여 평등의 원칙에도 위반될 우려가 있다. 후보자 비방죄 등 유사한 법 조항들을 통해 허위사실 관련 행위들이 중복적으로 처벌될 가능성도 드러났다. 선거의 공정성을 보장하기 위해 허위사실을 공표하거나 비방행위를 규제할 필요성은 인정되지만, 그에 대한 규제는 더욱 정밀하게 구성되어야 하며 중복적 조항을 통해 처벌하는 것도 개선되어야 할 것이다. 허위사실공표죄가 필요최소한으로 적용될 수 있도록 법의 간의 균형성도 엄격하게 유지될 필요성이 있다.

주제어: 허위사실공표죄, 공직선거법, 정치적 표현의 자유, 수정헌법 제1조, 가짜뉴스

## 목 차

- I. 서론
- II. 미국의 표현의 자유와 허위진술
  - 1. 헌법상 표현의 자유
  - 2. 허위진술 관련 법률적 논의
  - 3. 선거 캠페인 관련 허위진술 규제
- III. 한국에서의 허위사실 공표와 표현의 자유
  - 1. 공직선거법상 허위사실공표죄 조항과 연혁
  - 2. 허위사실공표죄의 구성요건
  - 3. 허위사실공표죄 관련 최근 판결
- IV. 허위사실공표죄에 대한 비판적 검토
  - 1. 허위사실공표죄의 위헌성 검토
  - 2. 미국법과의 비교를 통한 문제점과 개선 방향
- V. 논의 및 결론

## I. 서론

전 세계적으로 ‘가짜뉴스(fake news)’ 등 허위사실 표현이 선거 과정과 결과에 미치는 영향이 커지고 있다(Gunther, Beck, & Nisbet, 2019; Iida, Song, Estrada, & Takahashi, 2022; Leyva & Beckett, 2020; Wang, 2020). 세계 각국은 이를 규제하기 위한 법과 제도적 장치를 마련하는데에 적극적인 노력을 기울이고 있다. 한국에서도 가짜뉴스를 포함한 허위사실 공표를 규제하기 위해 18대 대선을 앞두고 있던 2017년 4월 이후부터 본격적으로 관련 법안을 발의하였다. 특히 선거 관련 가짜뉴스 등을 규제하는 실질적 대안으로 허위사실공표죄를 적극 활용하는 방안이 논의되었다(이문한, 2021; 지성우, 2019).

한국은 현행 공직선거법상 제250조에서 ‘허위사실공표죄’를 규정하고 있으며, 당선되거나 되게 할 목적으로 후보자에게 유리하도록 허위사실을 공표하는 경우(제250조 제1항)<sup>1)</sup>와 당선되지 못하게 할 목적으로 후보자에게 불리하도록 허위사실을 공표하는 경우(제250조 제2항)<sup>2)</sup>로 구

분해 처벌하고 있다.<sup>3)</sup> 특히 후자인 낙선목적의 경우에는 허위사실 공표 행위가 상대 후보자에 대한 중상모략, 인신공격 등으로 선거의 공정성을 해치는 등 죄질이 나쁘다는 점을 고려해 전자인 당선목적보다 무겁게 처벌하도록 규정하고 있다(대검찰청, 2018). 공직선거법에서 허위사실공표죄를 규정하고 그 법정형을 다른 선거법 위반 조항보다 엄격하게 규율하는 목적은 “허위의 사실을 공표하여 후보자에 대한 선거인의 공정한 판단에 영향을 미치거나 올바른 판단에 장애를 줄 수 있는 행위를 처벌함으로써 공정한 선거를 보장”하는 데에 있다(대검찰청, 2018, 357쪽).

그동안 허위사실공표죄는 선거범죄를 규제하는 유용한 조항으로 활용되었으나(김경호, 2015), 한국에서 허위사실 공표로 인한 사회적 문제는 해소되지 않은 상태이다. 오히려 선거와 관련한 허위사실 공표 사례는 꾸준히 증가하는 추세이다. 최근 치러진 2022년 제20대 대통령 선거에서 공직선거법 위반 사범이 732명이었으며, 이 중에서 허위사실공표죄 위반이 절반 이상인 431명(59%)을 차지했다. 이는 18대 대선(100명)과 19대 대선(126명)보다 300명 이상 늘어난 수치이다(연합뉴스, 2022). 더

1) 『공직선거법』 제250조 제1항은 “당선되거나 되게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)에게 유리하도록 후보자, 후보자의 배우자 또는 직계존비속이나 형제자매의 출생지·가족관계·신분·직업·경력등·재산·행위·소속단체, 특정인 또는 특정단체로부터의 지지여부 등에 관하여 허위의 사실[학력을 게재하는 경우 제64조 제1항의 규정에 의한 방법으로 게재하지 아니한 경우를 포함한다]을 공표하거나 공표하게 한 자와 허위의 사실을 게재한 선전문서를 배포할 목적으로 소지한 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정한다.

2) 『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 5년 이하의 징역 또는 500만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정한다.

3) 『공직선거법』 제250조 제3항은 본선 선거가 아닌 정당 당내 경선과 관련된 당선 또는 낙선을 목적으로 경선 후보자 등에 대한 허위사실공표 행위를 특별히 규정하고 있는 것으로, 이 연구에서는 제1항과 제2항을 중심으로 살펴볼 것이다.

불어 공직선거법 재판에서 허위사실공표죄 위반이 가장 많이 다루어지고 있음에도 불구하고, 허위사실공표죄에 대한 범위가 광범위하고 모호하여 유권자들의 정치적 판단에 혼란을 야기하고 있다.

허위사실공표죄에 대한 형사처벌 규정이 높은 양형 등으로 인해 정치적 표현의 자유 및 선거운동의 자유를 지나치게 제한하는 위헌적인 법률이라는 비판도 지속적으로 제기되어 왔다(김종철, 2012, 2015; 남경국; 2019; 허순철, 2018). 표현의 자유는 선거 과정에서도 충분히 보장되어야 하며, 공적 후보자의 적격 검증을 위해서는 후보자 상호 간 혹은 공적 인물 관련 의혹 제기에 대한 처벌을 더욱 자제해야 한다는 주장도 계속 제기되고 있다(김경호, 2015; 정한중, 2016).

국내의 표현의 자유와 관련된 논의에서 비교 대상으로 자주 거론되는 것이 미국의 표현의 자유 법리이다. 미국은 『연방선거운동법(Federal Election Campaign Act)』을 통해 연방정부의 대통령이나 연방의회 내의 상원 의원 및 하원 의원의 선거운동을 규제하고 있으나, ‘수정헌법 제1조(The First Amendment)’가 보장하는 언론·출판·사상 등 표현의 자유를 기반으로 선거운동 기간이나 구체적인 수단 또는 방법에 대한 특별한 제약 없이 선거운동을 보장하고 있다. 따라서 한국처럼 선거 과정에서 허위사실 공표 행위에 대해 형사적인 책임을 묻지 않는 대신, 그로 인해 명예가 훼손되면 민사상 손해배상으로 그 문제를 다루고 있다. 또한 선거운동에서도 공인 이론(public figure theory)을 적용하여 표현의 자유를 보호하고 있다(이문한, 2020). 일부 주(州)에서는 선거 캠페인과 관련된 허위사실 공표를 규제하고 있는데, 주마다 처벌 내용과 형량은 다소 차이가 있으나 특정 범위 내의 허위진술에 대해서만 처벌이 이루어지고 있다는 점에서는 공통적이다(백태웅, 2015).

표현의 자유를 강력하게 보호하는 미국과 비교했을 때, 한국의 공직선거법상 허위사실공표죄는 엄격한 처벌을 통해 표현의 자유보다는 선거 공정성을 우선시하는 경향을 보이고 있다. 선거의 공정성과 표현의 자유가 상호 대립하는 가치가 아님은 분명하다(허진성, 2016). 선거 과정에

서 표현의 자유는 자유로운 토론을 기반으로 하는 자유민주주의 정치 체제를 유지하고 발전시키는 역할을 한다. 선거의 공정성을 확보하기 위해서는 누구나 자신의 정치적 의사를 자유롭게 표현할 수 있도록 하여 균등한 조건에서 다양한 견해가 자유롭게 경쟁할 수 있도록 해야 한다(한수웅, 2019, 185쪽). 특히 대의민주주의에서 후보자나 정당 등에 관한 정치적 정보 및 의견을 자유롭게 교환하는 것을 내용으로 하는 정치적 표현의 자유는 선거의 공정성을 전제로 인정되는 것이며, 선거의 공정성은 그러한 자유의 한계원리로 기능할 수 있다.<sup>4)</sup> 결국 허위사실공표죄가 인정되려면 도외시킬 수 없는 양 가치를 어떻게 하면 조화롭게 구현할 수 있는지에 대한 고민이 필요하다.

현행 공직선거법상 허위사실공표죄에 대해 공정성 실현이라는 본래의 목표를 효과적으로 달성하기 위해서는 해당 법 조항에 대한 현황과 한계점을 검토하여 더욱 체계적이고 정교하게 개선해야 할 필요가 있다. 따라서 이 연구는 언론 관련 법에서 영향력이 큰 미국의 법제를 비교 대상으로 삼아 한국의 허위사실공표죄의 문제점을 검토하고 개선 방안을 모색하고자 한다. 다른 국가의 법제를 비교하는 것은 우리 법제의 현 주소를 파악하는 데에 중요한 도구가 될 수 있기 때문이다(Nowak & Rotunda, 2004/2007). 이를 위해 다음과 같은 연구문제를 검토하고자 한다. 첫째, 비교법적 측면에서 미국의 허위사실공표 관련 판례와 법령을 조사 및 분석한다. 둘째, 공직선거법상 허위사실공표죄를 규정하는 법제의 연혁과 구성요건을 살펴보고 관련 판례 검토를 통해 현행 규정 체계나 적용 과정에 있어 지나치게 표현의 자유가 제한되는 요소가 있는지 비판적으로 고찰한다. 셋째, 미국 법제와의 비교를 통해 한국법에 시사하는 점을 모색한다. 이러한 분석을 위해 국내 판례는 대법원 종합 법률정보와 로앤비(LawNB), 케이스노트(CaseNote) 데이터베이스를 통해 수집했으며, 현행 법령은 국가법령정보센터를 활용하여 조사했다. 미국

4) 헌법재판소 2015. 7. 30. 선고 2012헌마734, 2013헌바338(병합) 결정.

판례 및 법령은 Westlaw, LexisNexis, Justia 등의 데이터베이스를 활용하여 수집했다.

## II. 미국의 표현의 자유와 허위진술

### 1. 헌법상 표현의 자유

미국에서 표현의 자유는 자유로운 사상의 교환을 통해 진리를 발견할 수 있게 하고, 국민이 자가지배를 실현하며, 개인의 자기만족에 이바지하는 중요한 기본권으로 여겨진다. 표현의 자유의 가치는 ‘사상의 자유 시장론(theory of free marketplace of ideas)’, ‘국민의 자가지배 이론(theory of self-government)’, ‘국민의 자기만족 이론(theory of self-fulfillment)’ 등에 기초하고 있다. 수정헌법 제1조는 “의회는 종교의 자유, 집회결사의 자유와 더불어 표현의 자유 또는 언론의 자유를 억압하는 어떠한 법률도 제정할 수 없다.”라고 규정한다. 이러한 수정헌법 제1조를 바탕으로 표현의 자유가 다른 기본권보다 우월하다는 ‘표현의 자유 우월론’이 전통적으로 강력한 지지를 받고 있다(이재진, 2003).

표현의 자유 제한과 관련하여 주로 적용되는 원칙으로는 ‘광범위성 원칙(overbreadth doctrine)’과 ‘막연하기 때문에 무효의 원칙(void for vagueness)’이 있다. 어떤 법률상의 용어가 너무 광범위하여 국가가 규제하거나 간섭할 수 없는 기본권 주체의 행위까지 불필요하게 제한하거나 제재한다면, 그 법률은 과도하게 광범위하다고 할 수 있다(조소영, 2007). 다만, 미국 연방대법원은 법률 규정에 사용된 용어의 광범위성이 항상 위헌적인 것은 아니며, 그 범위의 정도는 본질적 부분과의 관련성이 기준이 된다는 입장을 취하고 있다(조소영, 2007). 과도한 광범위한 법률들은 헌법상 보호받는 표현행위에 종사하는 사람들에게 ‘위축효과

(chilling effect)’를 발생시킬 수 있기 때문에, 표현행위를 규제하는 법률은 헌법상 보호되는 표현행위가 표현 주체의 막연한 자기검열에 의해 위축되거나 억제되지 않도록 구체적으로 정확하게 규정되어야 한다(임지봉, 2012). 대표적으로 1971년 코우츠 대 신시내티(*Coates v. Cincinnati*)<sup>5)</sup> 판결에서 연방대법원은 위축효과와 표현의 자유 관련 이슈를 검토했다. 3명 이상이 길거리에 모여서 지나가는 행인들을 불쾌하게 하는 행동을 할 경우 처벌한다고 규정한 신시내티 질서명령에 대한 판단에서 연방대법원은 당해 법률이 ‘불쾌’라고 하는 불명확한 기준에 의해 집회의 권리를 금지하는 것이므로 모호하여 위헌 무효라고 보았다. 또한 불쾌감을 이유로 정치적 표현을 하는 자들을 규제할 가능성이 있어 당해 법률은 광범위하여 위헌적이라고 판단했다.

이러한 광범위성 원칙과 자주 논의되는 것이 막연하기 때문에 무효의 원칙이다. 이 두 원칙은 개념적으로는 구분되지만, 서로 비슷한 논리에 근거하고 있어 미 연방대법원은 흔히 양자를 함께 언급한다(Nowak & Rotunda, 2004/2007). 막연하기 때문에 무효의 원칙은 표현의 자유를 제한하는 법률이 불명확하여 그 내용이 막연할 경우 문언상 무효가 된다는 것을 뜻한다. 이 원칙을 적용함에 있어 법원은 ① 법 규정이 수범자에게 어떤 행위가 범죄인지를 정확하게 규정하고 있는지, ② 법을 적용하는 공무원들에게 명확한 가이드라인을 제공하고 있는지, ③ 수정헌법 제1조의 권리들에 대하여 충분한 ‘숨 쉴 공간(breathing space)’을 허용하고 있는지를 판단한다(Nowak & Rotunda, 2004/2007).

막연하기 때문에 무효의 원칙이 적용된 대표적 사건은 스미스 대 고건(*Smith v. Goguen*)<sup>6)</sup> 판결이다. 이 사건에서 스미스는 자신의 바지 뒷부분에 미국 국기를 재봉하여 다니다가 공개적으로 국기를 절단하거나 밟거나 훼손하거나 혹은 경멸적인 방법으로 다루는 행위를 처벌하는 국기에우법 조항을 위반한 혐의로 유죄판결을 받았다. 그러나 연방대법원

5) *Coates v. Cincinnati*, 402 U.S. 611 (1971).

6) *Smith v. Goguen*, 415 U.S. 566 (1974).

은 당해 국기에우범 규정이 막연하기 때문에 무효라고 판결했다. 법률은 적절한 주의나 경고의 개념을 구체화시키고 자의적이고 차별적인 법집행을 막기 위한 합리적이고 명확한 기준을 제시해야 하며, 특히 수정헌법 제1조에 의해 보호되는 표현의 자유의 영역을 침범하는 법조항에 대해서는 다른 경우에 비해 더 엄격하게 명확한 기준이 적용되어야 한다고 강조했다.

## 2. 허위진술 관련 법률적 논의

미 연방대법원은 표현의 자유를 헌법상 보호해야 하는 최고의 가치로 인식하며, 허위진술로 인해 개인의 인격권이 침해당한 명확한 경우가 아니라면 표현에 대한 규제를 최대한 자제하고 있다. 또한 명예를 훼손하는 등 인격권 침해가 있더라도 일반적으로 형사적인 규제가 아닌 민사상 소송을 통해 일정한 손해배상 책임을 인정하는 비형사적 규제 방식을 취하고 있다(이문한, 2020). 민사상 손해배상 책임을 인정함에 있어서도 표현의 자유를 고려하여 공인(公人)에 대한 허위진술 공표 사건에서는 ‘공인 이론(theory of public figure)’을 적용해 왔다(이문한, 2020). 공인 이론에 따르면, 공직자를 포함해 공적 인물이 허위진술로 인한 명예훼손 손해배상을 인정받기 위해서는 ‘현실적 악의(actual malice)’를 입증해야 한다. ‘현실적 악의’란 ‘허위사실임을 알면서(knowingly) 또는 중요한 사실에 대한 비상식적 혹은 비합리적인 무시(reckless disregard of material facts)’를 하여 허위진술을 한 경우가 아니라면 헌법상 표현의 자유로 보호를 받음을 뜻한다. 따라서 공적 인물과 관련된 진술이 진실인 경우에만 보호되는 것이 아니라, ‘현실적 악의’를 갖고서 행한 표현이 아닌 경우에는 오류나 과장이 있는 표현도 폭넓게 보호된다(문재완, 2011). 결국 ‘현실적 악의’ 법리는 사실상 입증책임을 전환하는 효과를 초래하여 공직자들의 명예훼손 소송으로 인한 위협으로 인해 표현의 자유가 위축되는 것을 방지하려는 법원의 결단이 반영된 것이다(이승선,

2013). ‘현실적 악의’ 원칙은 세계 각국에서 직접적으로 도입되지는 않았으나 각국의 법원이 언론의 자유를 더욱 확고히 보장하도록 방향을 제시하고 직간접적으로 영향을 주었다는 점에서 큰 의미가 있다(박아란, 2019).

2012년 연방대법원은 미국 대 알바레즈(United States v. Alvarez)<sup>7)</sup> 판결에서 허위진술도 수정헌법 제1조의 보호범위에 포함될 수 있음을 명백히 하였다. 미국 의회는 참전용사들의 명예를 보호하기 위해 ‘빼앗긴 용맹법(Stolen Valor Act of 2005)’을 제정하고 국가로부터 무공훈장을 받았다고 거짓말을 하는 행위를 처벌하고 있었는데, 지방정부 위원회 소속이던 알바레즈가 이를 위반하여 기소당했다. 그러나 연방대법원은 단지 허위진술을 했다는 이유만으로 거짓말을 한 자를 형사처벌 하는 것은 수정헌법 제1조에 위반된다며 알바레즈에게 무죄를 선고했다. 다만, 역사적 및 전통적으로 오랫동안 헌법적 보호 대상이 아닌 것으로 알려진 표현의 영역<sup>8)</sup>은 예외로 한다고 판시했다.

특히 연방대법원은 알바레즈 판결의 취지가 선거 과정의 허위진술 공표에도 적용될 수 있다고 보았다. 연방대법원은 선거 후보자가 과거의 직책을 현직인 것처럼 홍보물에 표현했다가 기소된 사례를 예로 들면서 이런 경우에는 법적인 제재보다 정확한 사실로 반박하여 해결할 것을 권장했다. 이는 정치 공간에서는 다른 어떤 영역보다 표현의 자유가 강하게 보호되어야 하고, 처벌 가능성 때문에 활발한 토론이 위축되면 민주주의가 위협받는다라는 오랜 법리를 바탕으로 한 것이다. 나아가 허위의 진술을 처벌하는 경우 가장 엄격한 수준(strict scrutiny)의 제한 속에서만 헌법적 권리를 제약하는 법이 타당성을 가질 수 있으며, 이러한 조건을

7) United States v. Alvarez, 567 U.S. 709 (2012).

8) 절박한 무법적인 행동(imminent lawless action)의 선동, 외설(obscurity), 명예훼손(defamation), 범죄행위의 필수요소(speech integral to criminal conduct), 도발적 언사(fighting words), 아동 포르노그래피(child pornography), 사기(fraud), (단순한 정치적 과장과 구별되는) 진정한 위협(true threats), 정부가 방지할 권한을 가지는 가장 심각하고 절박한 위협을 초래하는 표현(speech presenting some grave and imminent threat the Government has the power to prevent) 등이 포함된다.

충족시키지 못하는 처벌 조항은 위헌이라고 판단했다. 따라서 미국에서는 ‘현실적 악의’에 해당하는 허위진술을 한 경우를 제외하고는 거짓 표현도 헌법상 표현의 자유의 보호를 받는다는 법리하에 전통적 표현의 자유 영역을 넓혀가고 있다. 설령 선거에서 사실에 부합하지 않는 진술이 있더라도 정부와 법원이 이를 규제하는 것은 정치적 자유를 제약할 수 있기에 정치적 표현에 대한 규제는 매우 신중하고 엄격해야 한다는 입장을 고수하고 있다.

정치적 허위진술을 처벌하는 법 조항이 위헌이라는 일련의 판결도 있었다. 2014년 연방순회법원의 리스트 대 드리하우스(List v. Driehaus)<sup>9)</sup> 사건이 대표적이다. 2010년 하원의원 선거에 출마한 드리하우스(Steven Driehaus)는 낙태에 반대하는 비영리 단체인 수전 앤서니 리스트(Susan B. Anthony List)가 빌보드 광고판에 “스티븐 드리하우스 부끄러운 줄 알아라! 세금으로 지원되는 낙태죄에 찬성하다니”라는 허위진술을 했다면서 오하이오 주 선거관리위원회에 신고했다. 당시 오하이오 주(州)법은 선거 캠페인 기간 중 허위진술을 형사처벌하고 있었으며 선거법 위반 사건에 대해서는 선관위 판단을 거치게 하였다. 이에 오하이오 주 선관위는 빌보드 광고의 메시지가 허위사실이라는 합리적 근거(probable cause)가 있다고 판단하여 드리하우스의 손을 들어주었다. 그러나 연방순회법원은 선거와 관련한 정치 캠페인에서의 허위진술은 헌법상 표현의 자유로서 보호받는다고 판단했다. 특히 정치적 캠페인 과정에서 허위진술에 대한 대응은 선거 과정에서 진실을 밝히고 유권자가 투표로 심판하는 방식이 타당하며, 선거관리위원회가 선거에 개입해 당사자를 처벌하는 것은 정치적 공포 분위기(political chilling)를 조성한다고 보았다. 따라서 선거 캠페인 기간에 후보자를 향한 허위진술의 처벌 여부를 오하이오 주 선거관리위원회가 판단할 권한이 없다고 판결했다. 결국 법원은 “우리는 거짓말할 권리가 있다고 주장하는 것이 아니라 정치적 진술

<sup>9)</sup> List v. Driehaus, 573 U.S. 149, 158 (6th Cir. 2014).

에 대해 정부가 그 진위를 판단하는 것을 거부할 권리가 있다”<sup>10)</sup>라는 피고인의 주장을 받아들였다. 이후 리스트는 선거 캠페인 기간에 행한 허위적 발언을 광범위하게 규제하는 오하이오 주 법률의 위헌성을 확인해 달라고 다시 소송을 제기했고, 2016년 연방항소법원은 해당 법률조항이 충분한 구체성을 결여한 채 ‘정치적 표현의 핵심’을 내용에 따라 제한하여 수정헌법 제1조를 위반하였다고 판단했다.<sup>11)</sup>

2014년 유사한 사건에서 다른 연방항소법원도 선거 캠페인에서 표현이 ‘허위임을 알면서(knowingly) 또는 중요한 사실에 대한 비상식적인 무시(reckless disregard of material facts)’ 속에서 허위진술을 한 경우 이를 처벌하는 미네소타 주 법에 대해 “[미네소타의 정치적 허위발언 금지법은] 불필요하고 지나치게 광범위하여 최소한의 제한 수단이 아니다”라면서 위헌이라고 판단했다.<sup>12)</sup>

### 3. 선거 캠페인 관련 허위진술 규제

미국은 연방선거운동법(Federal Election Campaign Act)을 두고 있으나, 기본적으로 선거운동을 정치적 표현의 자유의 한 형태로 간주하여 이를 거의 통제하거나 규제하지 않는다. 연방선거운동법에서는 선전물을 공표하거나 배포하는 책임자에 대한 분명한 명의 표시 의무, 선거운동을 위한 공적 권한 행사의 제한, 투표자 매수 행위 등 선거와 관련된 부정행위와 함께 선거자금을 기부할 수 있는 주체와 금액에 대한 제한, 지출한 선거 비용에 대한 공개 및 보고 정도의 규제만이 가해지고 있다(김일환·홍석한, 2014).

이처럼 연방법과 대부분의 주법에서는 수정헌법 제1조에 의거하여 정

10) “[We are not] arguing for a right to lie. We’re arguing that we have a right not to have the truth of our political statements be judged by the Government.”

11) Susan B. Anthony List v. Driehaus, 814 F.3d 466, 471 (6th Cir. 2016).

12) 281 Care Comm. v. Arneson, 766 F.3d 774, 796 (8th Cir. 2014).

치적 캠페인 과정에서의 허위진술을 처벌하는 데에 신중하게 접근하고 있다. 이는 선거 시기의 진술을 형사처벌의 문제로 보지 않고, 명예훼손이 발생할 경우에 민사상 손해배상의 문제로 보고 있기 때문이다. 하지만 일부 주에서는 선거 관련 허위진술을 처벌하고 있다. 2023년 기준으로 선거에서 허위진술 공표를 처벌하는 법을 가진 주는 알래스카(Alaska), 콜로라도(Colorado), 플로리다(Florida), 루이지애나(Louisiana), 매사추세츠(Massachusetts), 미시간(Michigan), 미네소타(Minnesota) 등 16개 주가 있다. 각 주별로 선거 관련 허위진술에 대한 처벌의 정도는 동일하지 않은데, 가령 루이지애나, 매사추세츠 등에서는 징역형 또는 벌금형을 규정하고 있다. 반면, 플로리다, 몬태나, 오리건 등은 민사적 제한(civil penalty)을 규정하고 있다. 이러한 차이에도 불구하고, 여러 주에서 공통적인 점은 모든 허위의 진술들이 처벌의 대상이 되는 것은 아니며 엄밀히 제한된 일정 범위의 허위진술만이 처벌된다는 것이다. 즉, 대부분의 주에서는 해당 허위진술이 허위사실임을 알면서 고의적으로 진술하는 경우에만 처벌하고 있다. 특히 오리건에서는 허위사실임을 알지 못한 상태에서의 진술도 처벌하지만, 그 경우에도 당사자가 중요한 사실의 진위에 대한 비상식적, 비합리적인 무시(reckless disregard of material facts)의 결과로 인해 허위진술을 한 경우만을 처벌 대상에 포함하고 있다. 선거에서 행해지는 정치적 허위진술 규제를 위한 각 주법(state law)을 Westlaw, LexisNexis 등을 통해 수집하여 해당 법 조항들을 정리하면 다음과 같다(〈표 1〉 참조).

〈표 1〉 미국의 선거 캠페인 관련 정치적 허위진술에 대한 법조항

주	조항	내용
Alaska	AK Stat § 15.56.014	고의로 선거 후보자와 관련하여 그 내용이 허위임을 알면서, 그리고 그러한 상황에서 합리적인 자로 하여금 치안의 방해를 유발하거나 또는 합리적인 자가 정직성 또는 청렴성에 대한 후보자의 평판 또는 공직에 당선되어 근무하기 위한 후보자의 자격에 손상을 줄 것으로

주	조항	내용
		해석할 수 있는 허위사실 정보를 담고 있는 통신을 하는 경우 2급 선거 부정행위 범죄를 저지른 자로 B등급 경범죄에 해당한다.
Colorado	CO Code § 1-13-109	누구든지 모든 선거에서 유권자들에게 제출되는 사안에 관한 투표에 영향을 미치도록 고안되거나 공직선거의 후보자에 관한 허위진술을 함부로 서신, 전단지, 광고, 내지 포스터 또는 기타 다른 통신으로 작성, 게시, 방송 또는 배포하거나 작성, 게시, 방송 또는 배포하게 해서는 안 된다. 이를 위반하는 경우 2급 경범죄에 해당한다.
Florida	FL Stat § 104.271	(1) 예비선거 또는 기타 선거에서 고의로 해당 선거에 참여하는 경쟁 후보자에게 이 법 조항을 위반한 혐의로 고소를 제기하는 후보자는 해당 혐의를 제기하는 후보자가 그것이 허위 또는 악의적인 것임을 알고 있는 경우, 3급 중범죄에 해당하며, 이에 더하여 유죄판결 후에는 공직을 맡을 자격이 박탈된다. (2) 예비선거 또는 기타 선거에서 사실상의 악의로 해당 선거에 참여하는 경쟁 후보자에 관한 허위주장을 하거나 허위주장을 하도록 하는 후보자는 이 법을 위반하는 죄에 해당한다. 이를 위반하는 경우 최대 \$5,000의 민사상 벌금을 부과해야 한다.
Louisiana	LA Rev Stat § 18:1463	루이지애나주 의회는 주가 모든 선거가 공정하고 윤리적인 방식으로 진행되도록 보장하기 위해 필요한 모든 수단을 취함에 있어 중대한 이익을 가지고 있다는 점 및 후보자 또는 다른 자가 어떤 후보자가 다른 후보자, 후보자들 그룹, 타인, 정당의 지지를 받거나 제휴하고 있다고 허위로 주장하는 자료를 인쇄 또는 배포하도록 허용되거나, 또는 후보자 또는 투표 제안에 대해 악의적, 허위의, 또는 무책임한 부정적 발언을 하는 진술을 게재하도록 허용되는 경우, 선거가 공정하고 윤리적인 방식으로 진행될 수 없다는 점을 확인한다. 이를 위반하는 경우 \$2,000 이하의 벌금 또는 2년 이하의 금고 내지 징역에 처하거나 또는 이들을 병과할 수 있다.

주	조항	내용
Massachusetts	MA Gen L ch 56 § 42	누구든지 공직에 임명 또는 선출될 후보자와 관련해 해당 후보자를 지원하거나 또는 해를 가하거나 낙선시키기 위해 고안되거나 그러한 경향이 있는 허위진술을 작성 또는 공표하거나 작성 또는 공표하게 해서는 안 된다. 이를 고의로 위반할 경우 \$1,000 이하의 벌금 또는 6개월 이하의 징역에 처한다.
Michigan	MI Comp L § 168.931	공직 후보자에 관한 사실에 대해 허위, 기만, 비방, 또는 악의적인 주장, 표현 또는 진술을 서면 또는 서면 없이 공표된 경우, 그러한 주장, 표현 또는 진술에 대한 저자의 실명을 표기하지 않고서 구두 또는 서면에 의해 고의로 작성·게시, 유포·배포, 또는 대중 앞에서 제기하거나, 이를 고의로 직접 또는 간접적으로 작성, 게시, 유포, 배포 또는 대중 앞에서 제기되도록 하는 자 내지 그 자의 대리인은 경범죄로 처벌된다.
Minnesota	MN Stat § 211B.06	후보자의 개인적 또는 정치적 성격이나 행위 또는 투표 질문의 효과와 관련해 공직에 임명 또는 선출될 후보자를 당선, 손상, 홍보 또는 낙선시키거나 투표 질문을 홍보 또는 부결시키기 위해 고안되거나 경향이 있는 허위 및 당해인이 허위임을 알거나 그 허위인지 여부에 관해 함부로 무시하고 타인에게 전달하는 유료의 정치 광고 또는 캠페인 자료의 작성, 배포 또는 방송에 고의로 참여하는 자는 중경범죄에 해당한다.
Mississippi	MS Code § 23-15-875	후보자를 포함한 어느 누구도 당시의 진행 중인 선거운동에서 후보자의 사생활에 관하여 후보자의 정직성, 청렴성 또는 도덕적 인격에 영향을 미치는 일체의 혐의(들)를 사실이고 실제로 입증할 수 있는 경우가 아닌 한 공개적으로 또는 사적으로 제기해서는 안 된다. 이러한 혐의를 제기한 자는 그에 대한 책임을 물을 때, 그 사실을 입증할 책임을 진다.
Montana	MT Code § 13-37-131	주장이 허위라는 것을 알면서 또는 허위인지 여부를 함부로 무시하고 후보자의 공개 투표 기록을 허위진술하는 것은 불법이다. 이를 위반하는 경우 위원 또는 카운티 검사에 제기하는 민사 소송에서 최대 \$1,000의 금액을 배상할 책임이 있다.

주	조항	내용
North Carolina	NC Gen Stat § 163-274	누구든지 예비선거 또는 선거에 출마한 후보자와 관련해 비방적 보고서를, 그러한 보고서가 해당 후보자의 임명 또는 당선 가능성에 영향을 미치도록 계산되거나 의도된 경우, 그러한 보고서가 허위임을 알면서 또는 사실 또는 허위에 관해 함부로 무시하면서, 이를 게시하거나 유포하게 하는 행위는 불법이며, 이를 행한 자는 2급 경범죄에 해당한다.
Ohio	OH Rev Code § 3517.21	누구든지 정당의 직 또는 공직에 임명 또는 선출될 후보자의 선거운동 과정에서 고의 및 해당 선거운동의 결과에 영향을 끼칠 의도로 후보자의 당선, 임명 또는 낙선을 조장하기 위한 진술인 경우, 그것이 허위임을 알면서 또는 허위인지 여부를 함부로 무시하고, 후보자에 관한 허위진술을 게시, 게재, 유포, 기타 배포하는 행위를 해서는 안 된다.
Oregon	OR Rev Stat § 260.532	누구든지 서신, 전단지, 광고지, 플래카드, 포스터, 사진, 출판물 또는 광고에 후보자, 정치위원회 또는 정책에 관한 중요 사실에 대한 허위진술이 포함되어 있음을 알면서 또는 함부로 무시하고 서신, 전단지, 광고지, 플래카드, 포스터, 사진 또는 기타 간행물을 전자 또는 전화 수단을 포함해 작성, 인쇄, 출판, 게시, 통신 또는 배포하게 하거나, 간행물에 광고를 게재하게 하거나, 단독으로 또는 다른 자와 함께 전자 또는 전화 수단에 의해 광고비를 지불하거나 광고를 배포해서는 안 된다.
Tennessee	TN Code § 2-19-142	누구든지 선거에서 해당 후보자와 관련해 그 안에 포함된 진술, 혐의, 주장 또는 기타 사항이 허위임을 알고 있는 경우 어느 후보자에 반대하는 선거 홍보물을 게시 또는 배포하거나 게시 또는 배포되도록 하는 것은 C급 경범죄에 해당한다.
Utah	UT Code § 20A-11-1103	예비선거, 전당대회 또는 선거에서 투표에 영향을 미치게 할 의도나 경향으로 후보자, 헌법 개정안 또는 기타 정책과 관련하여 고의로 허위진술을 작성 또는 공표하거나 작성 또는 공표하게 해서는 안 된다.

주	조항	내용
West Virginia	WV Code § 3-8-11	선거에서 투표에 영향을 미치거나 미치게 할 의도나 경향으로 후보자에 관해 허위진술을 고의로 작성 또는 공표하거나 작성 또는 공표하게 하는 경우 경범죄에 해당하고 그에 대해 유죄를 받은 자는 \$10,000만 달러 이하의 벌금 또는 1년 이하의 징역에 처하거나, 또는 법원의 재량에 따라 벌금과 징역형을 병과할 수 있다.
Wisconsin	WI Stat § 12.05	누구든지 선거에서 투표에 영향을 미치게 할 의도나 경향으로 후보자 또는 투표와 관련된 허위진술을 고의로 작성 또는 공표하거나 작성 또는 공표하게 해서는 안 된다.

### Ⅲ. 한국에서의 허위사실 공표와 표현의 자유

#### 1. 공직선거법상 허위사실공표죄 조항과 연혁

공직선거법은 허위사실공표죄(제250조)를 바탕으로 유권자의 올바른 판단에 영향을 미치는 허위사실공표 행위를 처벌하여 공정한 선거를 보장한다. 허위사실공표죄는 구체적으로 그 행위의 목적에 따라 당선목적 허위사실공표 행위(제250조 제1항)와 낙선목적 허위사실공표 행위(제250조 제2항)로 구분하여 처벌하고 있다. 즉, 제1항은 특정 후보자의 당선을 위해 그 후보자에게 유리하도록 허위사실을 공표하는 행위를 처벌하는 반면, 제2항은 경쟁 후보자를 낙선시키기 위해 상대측 후보자에게 불리하도록 허위사실을 공표하는 행위를 처벌한다. 따라서 두 조항은 범죄의 동기, 태양, 죄질 및 구성요건 측면에서 본질과 성격이 다르다.

허위사실공표죄를 포함하여 선거범죄의 양형에서 문제가 되는 것은 벌금형의 액수이다(김선화, 2021). 공직선거법 제264조(당선인의 선거범죄로 인한 당선무효)는 “당선인이 당해 선거에 있어 이 법에 규정된 죄

를 범함으로 인하여 징역 또는 100만 원 이상의 벌금형의 선고를 받은 때에는 그 당선은 무효로 한다.”라고 규정하고 있다. 법정형에서 당선목적 허위사실공표죄는 벌금형의 하한 없이 상한만 3,000만 원으로 규정되어 있어 벌금 5만 원부터 선고할 수 있지만, 낙선목적 허위사실공표죄는 벌금형의 하한이 500만 원으로 정해져 있어 제2항은 제1항보다 무겁게 처벌되고 있다.

허위사실공표죄 조항은 1994년 공직선거및선거부정방지법이 제정된 이후 처벌 범위가 점차 확대되었다. 그동안 후보자들은 선거 홍보물 등의 학력 및 경력에 교육기본법상 정규 학교로 인정받지 못하는 강좌를 수료하거나 정규 학위과정이 아닌 대학원의 최고경영과정 등을 수료했음에도 마치 정규 학교를 졸업하거나 대학원을 수료한 것처럼 표기하는 사례가 빈번하게 발생했다. 이에 1995. 12. 30. 법률 제5127호는 당시 교육법에서 인정하는 정규학력 외의 공개강좌 기타 교육과정을 수학한 이력을 게재할 때, 그 교육과정명과 수학기간을 기재하지 않은 것을 허위사실공표죄로 처벌할 수 있도록 개정되었다. 이후 비정규 학력 게재 자체가 후보자의 학력을 과대평가할 수 있다는 비판이 제기되어 1997년 법 개정을 통해 ‘교육법에서 인정하는 정규학력 외의 학력을 게재하는 경우와 정규학력에 준하는 외국에서 수학한 학력을 게재할 때에는 그 교육과정명, 수학기간, 학위를 취득한 때의 취득학위명을 기재하지 않은 경우’로 처벌 대상을 확대했고, 배포 전 단계 행위의 선전문서 소지도 처벌 대상으로 추가했다. 2000년에는 ‘출생지·인격·행위’를 대상으로 추가함으로써 지역감정 조장 행위와 기타 흑색선전에 대해 부분적으로 처벌할 수 있게 했고, ‘소속’을 ‘소속단체’로 변경했다. 그리고 ‘정규학력을 게재할 때에는 졸업 또는 수료 당시의 학교명·수학기간을 기재하지 않은 경우’를 처벌 대상에 포함시켰다.

2004년에는 제64조(선전벽보) 제1항의 규정에 따른 방법으로 학력을 표기할 때 정규학력과 이에 준하는 외국인 교육과정을 이수한 학력 외에는 게재할 수 없도록 조항이 개정되었다. 2015년에는 ‘가족관계’와 ‘특

정인 또는 특정단체로부터의 지지여부'가 그 대상으로 추가됐다. 이처럼 처벌 범위를 확대한 데에는 가족과 관련해 허위사실을 공표하는 행위와 특정인과 특정단체로부터의 지지여부에 관한 허위사실공표가 빈번하게 발생하는 것을 최소화하기 위함인 동시에 이러한 허위사실공표 행위로 인해 유권자들의 그릇된 선택에 대한 처벌규정이 필요했기 때문이다. 반면, 2000년에 허위사실 공표 대상으로 추가한 '출생지·인격·행위' 가운데, '인격'을 조항에서 제외했다. 이는 '출생지·신분·직업·경력등·재산' 등 다른 대상과 달리 '인격'은 객관적으로 증거에 의해 입증되기 어렵고 해석하는 기준이 불분명하다는 지적을 반영한 것이다(대검찰청, 2018).

## 2. 허위사실공표죄의 구성요건

대법원 판결을 비롯한 하급심 판결들은 공직선거법상 허위사실공표죄의 구성요건에 대한 일련의 판단기준을 발전시켜 왔다. 김선화(2021)에 따르면, 제250조 허위사실공표죄가 인정되는지에 대한 여부를 판단하기 위해서는 첫째, 문제가 된 해당 발언이 사실의 공표인지 혹은 의견의 표명 여부, 둘째, 사실의 공표에 해당한다면 공표된 사실의 내용과 범위 확정 및 사실의 공표가 허위사실인지 여부, 셋째, 행위자가 적시한 사실이 허위라고 인식하였는지(고의 유무), 넷째, 초주관적 구성요소에 해당하는 당선 혹은 낙선목적이 있었는지를 고려해야 한다. 즉, 객관적 구성요건에 해당되는 처음 두 단계를 통해 문제가 된 발언이 객관적으로 허위사실의 공표라는 사실이 인정되면, 주관적 구성요건인 세 번째, 네 번째 단계를 차례대로 검토하게 된다는 것이다. 각각의 판단기준에 대해서는 다수의 판례를 통해 법리가 축적되어 왔기에 이를 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

## 1) 객관적 요건

### (1) 사실과 의견의 구별

‘사실의 적시’는 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 ‘의견표현’과 다른 개념으로, 과거와 현재의 사실관계를 전제로 하기 때문에 사실의 표현은 증거에 의한 입증 가능한 것을 의미한다. 그러나 어떤 진술에 대해 ‘사실’과 ‘의견’의 구분이 모호할 경우 선거의 공정성을 보호한다는 입법 취지를 염두에 두고, 그 진술 언어의 통상적 의미와 용법, 입증가능성, 문제가 된 말이 사용된 문맥, 그 표현이 행해진 사회적 상황 등 전체적 정황을 고려해 판단해야 한다.<sup>13)</sup> 또한 가치판단, 평가 및 의견이라 하더라도 그것이 진실에 반하는 사실에 기초하여 행해지거나 의견이나 평가임을 빙자하여 간접적이고 우회적인 표현 방법으로 허위사실을 암시하는 경우에도 허위사실공표죄가 성립된다.<sup>14)</sup>

### (2) 허위의 사실

대법원은 ‘허위의 사실’에 대해 진실에 부합하지 않는 사실로서, 유권자가 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가져야 한다는 일관된 입장을 고수하고 있다. 즉, 객관적 사실과 합치되는 경우 세부적인 부분에 있어 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있더라도 이를 허위의 사실로 볼 수 없다는 것이다.<sup>15)</sup> 아울러 허위사실은 공표한 사실이 진실이라는 증거가 없다는 것만으로는

13) 대법원 2000. 4. 25. 선고 99도4260 판결, 대법원 2002. 6. 14. 선고 2000도4595 판결, 대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도2062 판결, 대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도8368 판결, 대법원 2011. 12. 22. 선고 2008도11847 판결 등.

14) 대법원 1998. 9. 22. 선고 98도1992 판결, 대법원 2003. 2. 20. 선고 2001도6138 전원합의체 판결, 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도2422 판결, 대법원 2011. 12. 22. 선고 2008도11847 판결 등.

15) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2009도26 판결 등.

부족하고, 검사가 공표된 사실이 허위라는 점을 적극적으로 증명해야 한다.<sup>16)</sup> 나아가 허위사실 여부는 유권자가 표현을 접하는 통상의 방법을 전제로 표현의 전체적인 취지와와의 연관하에서 표현의 객관적인 내용, 사용된 어휘의 통상적인 의미, 문구의 연결 방법 등을 종합적으로 고려해 그 표현이 유권자에게 주는 전체적인 인상을 기준으로 판단된다.<sup>17)</sup>

## 2) 주관적 요건

### (1) 고의

허위사실공표죄에서 공표된 사실은 허위라는 것이 구성요건의 내용을 이루는 것이기 때문에 행위자의 고의의 내용으로서 그 사항이 허위라는 인식이 필요하다. 이러한 주관적 인식의 유무는 그 성질상 외부에서 이를 알거나 입증하기 어려운 이상 공표 사실의 내용과 구체성, 소명자료의 존재 및 내용, 피고인이 밝히는 사실의 출처 및 인지 경위 등을 토대로 피고인의 학력, 경력, 사회적 지위, 공표 경위, 시점 및 그로 인해 객관적으로 예상되는 파급효과 등 제반 사정을 종합하여 규범적으로 이를 판단해야 한다.<sup>18)</sup> 또한 어떠한 소문을 듣고 그 진실성에 강한 의문을 품고서도 공표한 경우에는 적어도 미필적 고의가 인정될 수 있다.<sup>19)</sup>

### (2) 목적

허위사실공표죄에서 ‘당선되거나 되게 할 목적’은 그 결과의 발생을 적극적으로 의욕하거나 희망하는 것을 요하지 않으며, 당선되고자 하는 또는 당선되게 한다는 인식만 있으면 충분하다.<sup>20)</sup> ‘당선되지 못하게 할

16) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2017도15540 판결 등.

17) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2009도26 판결 등.

18) 대법원 2005. 7. 22. 선고 2005도2627 판결 등.

19) 대법원 2002. 4. 10.자 2001모193 결정.

목적' 또한 허위사실을 공표함으로써 후보자가 당선되지 못하게 한다는 인식만 있으면 충분하며, 그 결과 발생을 적극적으로 의욕하거나 희망할 필요는 없다.<sup>21)</sup> 이때 목적이 있었는지 여부는 행위자의 사회적 지위, 행위자와 후보자 또는 경쟁 후보자와의 인적관계, 행위의 동기 및 경위와 수단·방법, 행위의 내용과 태양, 상대방의 성격과 범위, 행위 당시의 사회적 상황 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단해야 한다.<sup>22)</sup>

### 3. 허위사실공표죄 관련 최근 판결

기본소득당(2022)이 제공한 중앙선거관리위원회의 허위사실공표죄 사법처리 현황에 따르면 제19대 대통령선거(2017), 제7회 전국동시지방선거(2018), 제21대 국회의원선거(2020)에서 선거관리위원회가 허위사실공표죄로 고발한 건수는 총 128건이었으며, 이 가운데 98건(76.6%)에 대해 검찰 기소가 이루어졌다. 당선목적 허위사실공표죄로 기소된 사건이 61건(62.2%)으로 과반수를 차지한 반면, 낙선목적 허위사실공표죄로 기소된 사건은 37건(37.8%)이었다. 법원은 당선목적 허위사실공표죄로 기소된 61건에서 3건(4.9%)에 대해 당선무효형을 선고하였고, 낙선목적 허위사실공표죄로 기소된 37건에 대해서는 1건(2.7%)만 당선무효형을 선고했다.

현행 공직선거법상 허위사실공표죄가 표현의 자유를 침해하는지 여부에 대한 논쟁이 지속되고 있는 만큼 관련 주요 판결을 분석하여 문제점을 파악할 필요가 있다. 따라서 이 연구는 2017년 제19대 대통령선거 이후 내려진 판결 중에서 정치적·사회적으로 주목받았던 사건들을 중심

20) 대법원 2006. 5. 25. 선고 2005도4642 판결.

21) 대법원 2006. 5. 25. 선고 2005도4642 판결, 대법원 2011. 6. 24. 선고 2011도3824 판결.

22) 대법원 1999. 6. 25 선고 99도1145 판결.

으로 검토하고자 한다.<sup>23)</sup>

## 1) 당선목적 허위사실공표

### (1) 수사 중인 사실 사건<sup>24)</sup>

A 후보는 자신에 대한 수사가 진행 중이었음에도 불구하고, ○○시 선거방송토론위원회가 주관하는 ○○시장 선거 후보자 토론회에 참석하여 수사가 진행 중이냐는 상대 후보의 질문에 대하여 사실이 아니라고 답변해 허위사실 공표 혐의로 기소됐다. 이에 국민참여재판으로 진행된 1심에서는 당선무효형인 벌금 500만 원이 선고되었다. 하지만 2심은 “수사 중이 아니다”라는 피고인의 발언이 사실의 공표라기보다는 의견 표명이라고 판단하여 무죄라고 판시했다. 대법원도 수사는 진행 중인 절차와 활동으로서 확정적인 사실이나 상태가 아니며 어느 시점부터 어느 시점까지가 수사에 해당하는지도 명확하지 않은 점 등에 비추어 볼 때 ‘경찰이 A를 수사 중인 사실’은 공직선거법 제250조 제1항에서 정한 ‘경력 등’에 해당한다고 볼 수 없다고 판단했다. 또한 피고인의 발언은 단순한 의견 진술을 넘어 사실의 표현이라고 볼 수 있지만, 피고인에게 그 당시 진실에 반하는 사실을 공표한다는 인식이 있었다고 단정할 수는 없다면서 무죄를 선고했다.

### (2) 고등학교 학력 위조 사건<sup>25)</sup>

A 후보는 ○○고등학교를 졸업한 사실이 없는데도 공식 블로그에 ○○고를 졸업했다는 학력을 게재하고 언론과의 인터뷰와 후보자 토론회

23) 사건 명칭은 판례 구분을 위해 저자가 임의로 붙였다.

24) 대법원 2020. 1. 9 선고 2019도10140 판결.

25) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2017도15540 판결.

에서 ○○고를 다니고 졸업했다는 취지로 발언해 허위사실 공표 혐의로 기소됐다. 1심은 피고인이 담임교사나 고교 동창 등을 기억하지 못하고, 증거로 제출한 생활기록부나 졸업증명서 등이 허위에 해당한다며 당선 무효형인 벌금 500만 원을 선고했다. 하지만 2심과 대법원은 검사가 제출한 증거들만으로는 공소사실이 합리적 의심 없이 증명됐다고 보기 부족하다는 점을 지적하면서 A 후보가 학교장 명의로 졸업증명서를 발급 받았고, 이 증명서가 ○○고 교장으로부터 권한을 위임받은 직원에 의해 작성 및 발급된 사실이 인정된다고 판단했다. 또한 고교에 대한 이 의원의 기억이 일부 정확하지 않다는 것을 인정하면서도 일부 모순된 기억이 있다고 해서 진술 전체를 허위라고 보기 어렵다는 점을 고려해 무죄를 선고했다.

### (3) 배우자 재산 축소 신고 사건<sup>26)</sup>

A 후보는 제21대 국회의원선거 후보자로 등록하면서 후보자의 배우자가 소유한 10억 원대 상가 건물의 대지면적과 신고 가액을 축소하여 신고하고 해당 상가 임차보증금반환채무 및 배우자 보유 아파트 전세보증금반환채무(6억 5천만 원)를 누락한 채 축소 신고해 허위사실 공표 혐의로 기소됐다. 이에 법원은 피고인의 행위를 유죄라고 판단했지만, 유권자에게 개별 발송되는 선거공보에 비례대표 후보의 재산 사항을 기재하지 않은 점, 공직선거법 처벌 전력이 없는 점, 비례대표 후보 선정 및 당선 경위, 공표된 허위사실의 정도, 유사 사건과 형평의 균형 등 제반사정 등 양형 이유를 고려하여 벌금 80만 원을 선고했다.

### (4) 허위 보도 기재 사건<sup>27)</sup>

26) 서울중앙지방법원 2021. 2. 16 선고 2020고합848 판결.

27) 대법원 2021. 3. 25. 선고 2021도1134 판결.

A 후보가 선거사무장 C와 공모하여 ○○신문에 선거운동을 위한 모임에서 찍은 사진과 함께 “□□지역 기업인 20여 명이 A 예비후보를 지지한다고 밝혔다”는 내용을 내보내어 마치 해당 모임의 참석자들이 A 후보의 선거구 내에 사업장 소재지를 둔 기업인들로서 A 후보에 대한 지지 의사를 표시한 것처럼 허위 기사를 보도하여 허위사실 공표 혐의로 기소됐다. 이에 지역구 유권자들에게 주는 전체적인 인상을 기준으로 할 때, 1심은 피고인 A 후보와 C가 공모하여 A 후보의 당선에 유리한 내용으로 기사를 보도한 것으로 보인다면 A 후보에게는 징역 8개월, C에게는 벌금 3백만 원을 선고했다. 하지만 2심은 피고인들의 범행이 정당의 후보자 공천이나 국회의원선거에 별다른 영향을 미친 것으로 보이지 않고, 피고인들에게 벌금형을 초과하는 전과나 동종 전과가 없다는 점을 고려했다. 또한 피고인들의 연령, 성행, 환경, 가족관계, 범행의 동기와 경위, 범행의 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 여러 양형 조건을 종합적으로 고려하여 A 후보에게는 벌금 6백만 원, C에게는 2백만 원을 선고했다. A 후보와 C는 상고했으나 대법원은 원심 판단에 잘못이 없다고 판단하며 상고를 기각했다.

##### (5) 친형 강제입원 사건<sup>28)</sup>

A 후보가 ○○시장으로 재직할 당시 수차례에 걸쳐서 관할 보건소장 등에게 자신의 친형 B에 대하여 정신보건법에 따른 강제입원 절차를 진행하도록 지시했음에도 불구하고, 공직선거 후보자 토론회에서 B를 정신병원에 입원시키려고 한 적이 없다는 취지로 발언해 허위사실 공표 혐의로 기소됐다. 1심은 피고인의 해당 발언이 허위사실을 공표한 것이 아니거나 허위사실 공표에 대한 고의가 없었다는 이유로 공소사실을 무죄로 판단했으나, 2심은 피고인이 허위사실을 공표한 것으로 볼 수 있고,

28) 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결.

허위사실 공표에 대한 고의도 인정된다고 보아 1심 판결 중 공직선거법 위반 부분을 파기하고 피고인을 당선무효형에 해당하는 벌금 300만 원을 선고했다. 하지만 대법원은 후보자가 토론회에 참여하여 질문·답변을 하거나 주장·반론을 하는 경우 토론회의 주제나 맥락과 관련 없이 일방적으로 허위의 사실을 드러내어 알리려는 의도에서 적극적으로 허위사실을 표명한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 공직선거법 당선목적 허위사실공표죄로 처벌할 수 없다고 판단하여 유죄 부분을 파기했다.

#### (6) 제주 4·3 참석 및 특별법 개정 요청-무보수 사건<sup>29)</sup>

A 후보는 선거 유세를 하는 과정에서 마치 자신이 대통령의 제주 4·3 희생자 추념식 참석과 4·3 특별법 개정을 개인적으로 요청한 것처럼 연설하고, 이후 개최된 후보자 방송토론회에서 ‘국가균형발전위원회 위원장’ 재직 기간 중 경제적 이익을 받지 않고 무보수로 근무한 것처럼 발언해 허위사실 공표 혐의로 기소됐다. 1심은 피고인의 발언이 유권자들의 올바른 의사결정을 방해하고 중국에는 선거의 공정성을 해할 우려가 있는 행위인 것은 인정된다고 보았다. 다만, ‘4·3의 완전한 해결’을 위한 국정과제 수립과 추진에 영향을 끼쳐온 것은 사실로 보이는 등 경력 등에 비춰봤을 때 공표한 허위사실의 정도가 강하지 않고 아무런 범죄 전력이 없는 등 여러 양형 조건을 종합해 벌금 90만 원을 선고했다. 후보자 방송토론회에서 발언한 혐의에 대해서는 피고인의 ‘무보수 대가’ 발언은 상대 후보의 질문에 답변하는 과정에서 허위사실임을 인식하지 못한 채 ‘3년간 위원장 재직 대가로 특별법 개정 약속을 요청하지 않았다’는 취지를 강조하려는 의도에서 발언한 것으로 판단해 무죄를 선고했다. 피고인은 유죄 부분에 대해 2심에 항소했으나 기각되었고 대법원도 상고를 기각했다.

<sup>29)</sup> 대법원 2021. 10. 28. 선고 2021도10122 판결.

## 2) 낙선목적 허위사실공표

### (1) 선거공보물에서의 허위사실 공표 사건<sup>30)</sup>

A 후보는 상대방 B 후보가 ‘고속도로’가 아닌 ‘자동차전용도로’에 배기량 260cc 초과 대형 바이크의 통행을 허용하는 내용의 법안을 대표 발의했음에도 불구하고, 선거공보물에 “B 의원은 바이크를 타는데 바이크의 고속도로 진입 허용 법안을 발의했다”라고 기재해 허위사실 공표 혐의로 기소됐다. 1심은 문제가 된 발의안에 대해 자동차전용도로를 고속도로라고 표현한 것은 허위사실에 해당하지만, 인터넷 포털사이트에 노출되어 있는 언론 기사에 고속도로라고 표기된 것을 바탕으로 선거공보물을 제작했기 때문에 고의성이 없다고 보고 무죄를 선고했다. 하지만 항소심 및 대법원은 피고인이 배포한 공개 질의서에는 해당 법안을 고속도로가 아닌 자동차전용도로라고 설명한 점 등을 근거로 허위라는 사실을 인식하고 있었다고 보았다. 또한 이 사건 선거공보물에 적힌 표현을 보면 주된 목적이 상대방의 낙선이고 선거공보물의 특성에 비춰볼 때 죄질이 가볍지 않으며 피고인에게 공직선거법 위반죄 처벌 전력이 있는 점까지 감안하여 당선무효형에 해당하는 벌금 300만 원을 선고했다.

### (2) 상대 후보에 대한 허위사실 유포 사건<sup>31)</sup>

경기 시흥시 ○○시장에서 A 의원이 당시 같은 당 국회의원 후보자를 위한 지원 유세에서 상대 후보에 대해 “강남 백화점에서 음식 사 먹는 사람, VIP룸에서 커피 마시고 장 보는 분”이라고 발언해 허위사실 공표 혐의로 기소됐다. 이에 1심은 피고인의 발언이 상대 후보를 지칭한 것으

30) 대법원 2021. 9. 30 선고 2021도9292 판결.

31) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2017도13104 판결.

로 보이지만, 지원 유세 과정에서 우발적으로 발언한 점 등을 고려해 볼 때 국회의원직을 상실한 정도는 아니라며 벌금 250만 원의 선고유예를 선고한 바 있다. 하지만 항소심 및 대법원은 피고인의 발언이 경쟁 후보의 소비 행태를 지칭한 것이라 보기 어렵고, 상대 정당의 주요 지지 세력이라 생각되는 부유층을 표현한 추상적 표현이나 의견인 것으로 보인 다며 무죄를 선고했다.

### 3) 소결

당선목적 허위사실공표죄로 기소된 경우는 허위 경력(수사 중인 사실 사건), 허위 학력(고등학교 학력 위조 사건), 허위 재산(배우자 재산 축소 신고 사건), 허위 특정인 또는 특정단체로부터의 지지여부(허위 보도 기재 사건) 및 허위 공적 공표(친형 강제입원 사건, 제주 4·3 참석 및 특별법 개정 요청-무보수 사건) 사안들이 주류를 이루고 있었다. 이들 사건에서 법원은 허위의 인식에 대해 판례상 미필적 고의를 인정하면서도 사안에 따라 매우 신중한 태도를 보이고 있으며, 나아가 의견 표명의 범위를 다소 넓게 봄으로써 일부 사실적시가 있더라도 전체적으로 의견 표명에 해당하는 경우는 허위사실공표죄에 해당하지 않는다고 판단했다. 즉, 선거에 영향을 줄 목적으로 허위사실을 공표하는 행위를 처벌하도록 규정하고 있으나 의견 개진이나 추상적인 평가에 해당하는 표현은 처벌하지 않았다. 주관적 구성요소인 당선목적이나, 허위사실을 공표한다는 고의가 부정되는 경우가 발생할 수 있기 때문에 허위사실이 있다고 해서 곧바로 당선목적 허위사실공표죄가 성립되는 것도 아니었다. 또한 발언 내용이 ‘허위’라는 점, 발언자가 허위임을 인식했다는 점에 대한 입증 책임은 검찰에게 있었다. 이러한 법원의 판단을 토대로 당선목적 허위사실공표죄로 기소된 사건들은 대부분 당선 유효에 해당하는 벌금형 내지 무죄가 선고되었다. 이러한 재판 결과로 판단해 볼 때 당선목적 허위사실공표죄에 대하여 법원이 정치적 언론·출판의 자유를 광범위하게 제한

하는 판결을 내리고 있다고 단정하기는 어렵다.

특히 친형 강제입원 사건에서 대법원의 다수의견은 국가기관이 토론 과정의 모든 정치적 표현에 대하여 그 발언이 이루어진 배경이나 맥락을 보지 않고 일률적으로 엄격한 법적 책임을 부과한다면 후보자 등은 자신의 발언에 대해 사후적으로 법적 책임을 부담하게 될지도 모른다는 두려움 때문에 활발한 토론을 하기 어렵게 된다는 점에 주목하였다. 자유로운 토론과 성숙한 민주주의를 위하여 표현의 자유를 가능한 한 넓게 보장하는 것이 필요하고, 표현의 자유가 제 기능을 발휘하기 위해 법적 판단으로부터 자유로운 중립적인 공간이 있어야 하기 때문이다. 이 판결은 “후보자 등이 후보자 토론회에 참여해 질문·답변을 하거나 주장·반론을 하는 것은 그것이 ‘토론회의 주제나 맥락과 관련 없이 일방적으로 허위의 사실을 드러내어 알리려는 의도에서 적극적으로 허위사실을 표명한 것’이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 공직선거법 제250조 제1항의 당선목적 허위사실공표죄로 처벌할 수 없다”라고 판단하여, 토론 과정에서의 정치적 표현의 자유를 실질적으로 보장했다는 데에 의의가 있다. 다만, 후보자 토론회에서의 허위사실의 유포 또는 사실의 왜곡은 국민주권과 대의민주주의를 실현하는 핵심 수단인 선거에서 공정성을 침해하여 선거제도의 기능과 대의민주주의의 본질을 심각하게 훼손한다는 점에서 이를 엄격하게 금지시켜야 한다는 소수의견의 논리도 주목할 만하다.

낙선목적 허위사실공표죄로 기소된 사례(선거공보물에서의 허위사실 공표 사건, 상대 후보에 대한 허위사실 유포 사건)는 주로 피고인의 발언 등이 문제가 된 사안들이었다. 공직선거법 당선목적 허위사실공표죄의 경우에는 “출생지·가족관계·신분·직업·경력등·재산·행위·소속단체, 특정인 또는 특정단체로부터의 지지여부 등에 관하여”라고 하여 허위사실의 범위를 한정하고 있으나, 낙선목적 허위사실공표죄의 경우에는 그러한 범위를 한정하고 있지 않아 처벌 범위가 더 크다고 볼 수 있다. 또한 상대 후보자에 대한 악의적인 허위사실을 공표한 행위에 대해서는

대부분 당선무효에 해당하는 형을 선고하는 경향이 나타났다. 낙선을 목적으로 하는 허위사실 공표는 법관이 작량감경을 하더라도 최소 250만원 이상의 벌금형에 처할 수밖에 없어 당락에 영향을 주지 않을 경미한 허위사실 공표도 당선무효형에 해당하는 선고를 내릴 수밖에 없는 것이다. 선거를 통해 공무원으로 선출되는 것은 그 개인의 사익과 관련된 것이기도 하지만, 그 공무원을 대표로 선출하여 공무를 담당하게 한 유권자의 공익도 결부된 것이므로 유죄판결과 당선무효를 연계함에는 매우 신중해야 한다. 그런데도 법정형 하한을 정하여 죄질의 경중은 물론 선거 결과에 미치는 영향을 고려하지 않고 유죄를 선고해 일률적으로 당선무효의 법적 효과를 부과하도록 하는 것은 청구인의 공무담임권은 물론 유권자의 선거권에 대한 과도한 제한으로 기본권 침해뿐만 아니라 선거제도의 본질적 내용을 침해할 수 있다(이문한, 2020). 사안의 경중을 고려해 법관이 당선무효형 여부를 선택하여 선고할 수 있도록 공직선거법상 법정형의 재검토가 필요하다.

## IV. 허위사실공표죄에 대한 비판적 검토

### 1. 허위사실공표죄의 위헌성 검토

그동안 학계에서는 공직선거법상 허위사실공표죄 규정이 추상적이고 불명확하며, 다른 법들에 비해 획일적이고 높은 법정형을 구속하고 있다고 비판했다(김종철, 2015; 남경국, 2019; 허순철, 2018). 특히 허위사실공표죄 규정이 ‘명확성의 원칙’, ‘과잉금지의 원칙’, ‘평등의 원칙’ 등에 위배된다는 점을 근거로 위헌성 논란이 지속적으로 제기되고 있다. 따라서 당해 조항의 위헌 여부를 헌법이 기본권으로서 보장하는 표현의 자유와 관련된 위헌심사기준에 따라 검토해 본다.

## 1) 명확성의 원칙 위반 여부

헌법 제12조 제1항은 죄형법정주의와 관련해 “모든 국민은 신체적 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 이러한 죄형법정주의로부터 파생된 명확성의 원칙에 따르면, 기본권을 제한하는 법률은 구체적이고 명확히 할 것을 요구한다(성낙인, 2023). 또한 행정부에 대한 수권의 내용, 목적 및 범위를 명확하게 규정함으로써 국민이 행정청의 행위를 어느 정도 예견할 수 있어야 한다.<sup>32)</sup> 다만, 명확성의 정도는 개개의 법률이나 법조항의 성격에 따라 요구되는 정도에 차이가 있을 수 있고, 어떠한 규정이 부담적 성격을 가지는 경우에는 수익적 성격을 가지는 경우에 비하여 명확성의 원칙이 더욱 엄격하게 요구되며, 특히 죄형법정주의가 지배하는 형사 관련 법률에 대해서는 더 엄격한 기준의 명확성의 원칙이 적용된다.<sup>33)</sup>

허위사실공표죄에서 명확성의 원칙 위반 논란은 주로 당선목적 허위사실공표죄(제250조 제1항)에서 제기되어 왔다. 특히 해당 법률의 구성요건인 “출생지·가족관계·신분·직업·경력등·재산·행위·소속단체, 특정인 또는 특정단체로부터의 지지여부 등”에서 ‘행위’의 내용 및 범위가 불명확하고 광범위하여 법 적용 대상의 범위가 어디까지인지 예측하기 어렵다고 지적되고 있는 상황이다(남경국, 2019; 박찬권, 2023; 송기춘, 2020). 명확성의 원칙 위반의 근본적인 문제는 자의적인 법집행 가능성에 있다. 금지하고 처벌하는 행위의 대상과 범위를 예측하기 어렵게 되면 공권력의 자의적 해석과 집행의 여지가 늘어날 수 있기 때문이다. 따라서 명확한 용어로 금지 대상을 분명히 규정함으로써 유권자와 후보들이 처벌 대상을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 행동지침을 제

<sup>32)</sup> 헌법재판소 2000. 2. 24. 선고 98헌바37 전원재판부 결정.

<sup>33)</sup> 헌법재판소 2018. 1. 25. 선고 2016헌바208 결정.

공하고, 동시에 범집행자에게 객관적 판단지침을 제시하여 차별적이거나 자의적인 법해석을 예방하도록 규정해야 한다.

헌법재판소도 허위사실공표죄의 명확성의 원칙 위배 여부를 판단한 바 있다. 2017년 괴산군수 보궐선거를 앞둔 A 후보가 2016년 12월 견학을 가는 지역의 한 시민단체 관광버스에 탑승해 이 단체의 국장에게 찬조금 명목으로 20만 원을 준 혐의로 기소된 사례가 있다.<sup>34)</sup> 피고인 측은 후보자의 말, 글, 품행, 행동 등 모든 형태의 행위에 대하여 허위사실을 공표하면 안 된다는 것인지, 선거의 공정성과 관련된 특정한 행위에 대해서만 공표가 금지되는 것인지, ‘행위’의 개념이 추상적이고 모호하여 구체적으로 무엇을 지칭하는지 알기 어려우므로 명확성의 원칙에 반한다는 주장을 제기했다. 이에 헌법재판소는 제250조 제1항의 입법 취지가 후보자에게 유리하도록 허위의 사실을 공표하여 유권자의 공정한 판단에 영향을 미치는 일체의 공표를 금지함으로써 선거의 공정성을 보장하기 위한 것이라는 점을 고려하면, ‘행위’는 후보자의 자질, 성품, 능력 등과 관련된 것으로 후보자에 대한 유권자의 공정한 판단에 영향을 줄 만한 사항으로 한정된다고 보았다. 따라서 이 사건에서 허위사실공표금지 조항은 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배되지 않는다고 판단했다.

대법원도 해당 사건에서 위헌제청신청을 명확성의 원칙에 위반되지 않는다는 이유로 기각했으며,<sup>35)</sup> 헌법소원 사건에 대해서도 재판관 전원 일치 의견으로 합헌 결정이 선고되었다.<sup>36)</sup> 명확성의 원칙은 가능한 법률은 명확한 용어로 규정되어야 함을 의미하지만, 법 규범이 어느 정도로 명확해야만 이를 충족하는지에 대해 일률적 기준을 찾는 것은 불가능하다. 또한 법률을 해석하는 데에 있어 법률에 사용된 문언뿐만 아니라 입법 취지와 목적, 제·개정 연혁, 법질서 전체와 조화, 다른 법령과의 관계

34) 청주지방법원 2017. 9. 22. 선고 2017고합111 판결.

35) 대법원 2018. 4. 24. 선고 2018도1230 판결.

36) 헌법재판소 2021. 2. 25. 선고 2018헌바223 전원재판부 결정.

등을 고려하는 체계적·논리적 해석 방법이 활용되고 있다. 따라서 공직선거법 제250조 제1항의 규정 내용과 체계, 입법 취지와 목적 등을 고려하면, 수범자가 충분히 예측할 수 있는 개념이라고 법원은 판단하고 있다.

이러한 법원의 판단을 고려해 보면, 제250조 제1항이 ‘행위’라는 다소 광범위하고 추상적인 개념을 사용하고 있더라도 그 의미내용은 문언뿐만 아니라 입법목적, 취지, 연혁, 그리고 범규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려할 때 수범자가 범규의 의미내용을 예측할 수 있으리라 생각된다. 또한 대법원 판결 등에 의하여 종합적인 해석 기준이 제시되고 있어 법집행기관이 자의적으로 확대하여 해석할 가능성도 낮다고 보여진다. 따라서 당선목적 허위사실공표죄 법문의 규정이 죄형법정주의에 어긋날 정도로 명확성의 원칙을 위반한다고 보기는 어렵다.

## 2) 과잉금지의 원칙 위반 여부

헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”라고 규정하고 있다. 이에 근거해 과잉금지의 원칙(비례의 원칙)은 법적 판단 과정 전반에서 보편적으로 이루어지는 ‘이익형량’ 또는 ‘가치형량’의 하나로서 기본권을 과도하게 제한하는 행위를 금한다(성낙인, 2023). 구체적으로 이 원칙은 국가가 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(수단의 상당성), 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적 달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한을 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성), 그 입법에 의해 보호하려는 공익과 침해되는 사익

을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)는 내용을 담고 있다.<sup>37)</sup>

허위사실공표죄의 과잉금지의 원칙 위반 여부와 관련하여 낙선목적 허위사실공표죄(제250조 제2항)는 특히 문제가 된다. 낙선목적 허위사실공표죄로 유죄판결을 받을 경우 당선무효형에 해당하는 벌금형 또는 징역형을 선고하여 사법권의 독립과 권력분립 원칙, 민주주의 원리에 위배된다는 견해가 있다(김종철, 2015). 대표적 사례로 A 후보가 제18대 국회의원선거 과정에서 후보자 초청 방송토론회에 출연하여 경쟁 후보자인 B를 당선되지 못하게 할 목적으로 “B는 민주화 시위운동이 아니라 북침설을 주장해 징역살이를 했다”라는 취지로 발언해 낙선목적 허위사실을 공표한 혐의로 기소되어 벌금 300만 원을 선고받은 사건이 있다.<sup>38)</sup> 피고인 측은 해당 법률조항이 역사상 엄벌주의가 범죄의 일반예방에 효과가 미미함에도 불구하고, 일률적으로 당선무효와 선거권 및 피선거권의 제한을 가하는 것은 형벌과 책임의 비례의 원칙에 위배되는 과잉 입법이라고 주장했다. 하지만 헌법재판소는 흑색선전과 혼탁선거를 방지하고 선거의 자유와 공정을 확보하려는 입법의 목적과 허위사실 유포 행위로 인해 상대 후보자가 입게 될 정신적인 고통, 범죄 동기에 대한 높은 비난 가능성, 향후 허위사실을 유포하는 행위를 근절하기 위한 형사정책적 고려 등을 종합해 볼 때 비례의 원칙 등에 위반되지 않는다고 판단했다.

유권자는 선거에서 어떤 후보자에게 투표할지 결정하기 위해 후보자들과 관련한 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 등을 통해 제공되는 정치적 정보나 의견들을 참고하여 판단을 내린다. 이때 후보자에 대한 허위 또는 왜곡된 정보가 제공된다면 유권자는 공정하고 올바른 선택을 할 수 없게 되어 민의가 왜곡되고, 결과적으로 선거제도의 기능과 대의민주주의의 근간이 훼손될 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항은

37) 헌법재판소 1995. 4. 20. 선고 92헌바29 전원재판부 결정.

38) 헌법재판소 2009. 9. 24. 선고 2008헌바168 전원재판부 결정.

선거의 공정성을 보장하려는 정당한 입법목적이 있고, 허위사실 공표가 선거의 공정성을 훼손할 경우에는 이를 제한하고 형사처벌 하는 것이 정당화될 수 있기 때문에 수단의 적절성도 인정된다. 다만, 낙선목적 허위사실공표죄는 벌금액 하한선이 의원직 상실형 기준인 100만 원보다 높기 때문에 낙선을 목적으로 한 허위사실을 공표한 사실이 법원에서 입증되면 무조건 의원직 자격을 박탈당한다. 이러한 측면에서 낙선목적 허위사실공표죄의 법정형 하한 규정은 사실상 당선무효형을 강제하고 있어 피해의 최소성 요건을 충족시키기 어렵다. 또한 국민의 선거 참여를 통한 민주주의의 발전 및 민주적 정당성의 제고라는 공익을 감안해야 하는데, 당선무효강제규정이 정치적 표현의 자유 내지 선거운동의 자유를 제한함으로써 생기는 불이익과 그 피해가 매우 크다는 점에서 법익의 균형성 요건도 갖추기 어렵다고 판단된다.

### 3) 평등의 원칙 위반 여부

헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어 차별을 받지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 이러한 평등의 원칙은 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금하고 있으며, 이때 비교의 대상을 이루는 두 개의 사실관계가 본질적으로 동일한가의 판단은 일반적으로 당해 법률조항의 의미와 목적에 달려 있다.<sup>39)</sup> 평등의 원칙 위반 여부를 심사하는 기준으로는 엄격한 심사기준과 합리적 심사기준이 있다. 엄격한 심사기준은 “비례성원칙에 따른 심사 즉, 정당한 차별목적·차별취급의 적합성·차별취급의 불가피성 또는 필요성·법익 균형성이 인정되는지”를 평가하는 데에 반해, 합리적 심사기준은 “자의금

<sup>39)</sup> 헌법재판소 2008. 12. 26. 선고 2007헌마1422, 2008헌마32(병합) 전원재판부 결정.

지원칙에 의한 심사료, 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하고 있는지에 관한 차별취급의 존재 여부와 이러한 차별취급이 존재한다면 이를 자의적으로 볼 수 있는지 여부”를 판단한다(성낙인, 2023, 441-442쪽).

앞서 언급한 방송토론 과정에서 상대 후보가 복침설을 주장하였다는 허위사실을 발언한 사건<sup>40)</sup>은 과잉금지의 원칙뿐만 아니라 평등의 원칙 측면에서도 다투어졌다. 피고인 측은 당선목적 허위사실 공표(제250조 제1항)와 낙선목적 허위사실 공표(제250조 제2항)는 그 본질적 위법성과 책임조건 및 보호법익이 모두 동일함에도 불구하고, 이를 구분하여 규정하고 있으며, 특히 제1항은 제2항과 달리 벌금형의 하한을 규정하고 있지 않다고 주장했다. 더구나 제230조(매수 및 이해유도죄), 제253조(성명 등의 허위표시죄), 제257조(기부행위의 금지제한 등 위반죄) 등 일부 공직선거법 규정의 경우 그 불법성이 가볍지 않음에도 불구하고 벌금형의 하한을 규정하고 있지 않는 반면, 낙선목적 허위사실공표죄에 대해서는 범죄의 경중과 무관하게 반드시 무효에 해당하는 형을 선고한다는 것은 불합리한 차별이라고 주장했다.

그러나 법원은 법 제250조 제1항과 제2항은 공정한 선거를 보호법익으로 하고 있으나 그 구성요건, 행위의 목적 등이 다르다고 판단했다. 특히 경쟁 후보자의 낙선을 위해 그 후보자에 대한 허위사실을 공표하는 행위는 상대방에 대한 중상모략, 인신공격 등으로 선거의 공정성을 심히 해치고 상대방의 사회적 평가를 훼손시킬 수 있다는 점에서 죄질이 불량하여 동법 제2항이 상대적으로 높은 법정형을 규정하는 것은 합리적이라고 판단했다. 나아가 공개된 장소에서 경쟁 후보자에 대해 허위사실을 공표하는 것은 그 파급효과가 크며, 이로 인해 발생한 부정적 인식이나 정신적 고통이 쉽게 회복되기 어렵다는 측면에서 죄질이 다르기 때문에 다른 공직선거법 조항들과 법정형이 달리 규정된 것이 평등의 원칙에 위반되지 않는다고 판결했다.

40) 헌법재판소 2009. 9. 24. 선고 2008헌바168 전원재판부 결정.

하지만 선거운동에서는 당선을 목적으로 하는 것과 낙선을 목적으로 하는 것을 엄밀히 구분하기 어려운 경우가 많다. 헌법재판소는 낙선운동도 당선을 목적으로 하여 운동하는 후보자 측이 경쟁 후보자의 낙선을 위하여 수행하는 낙선운동(이하 후보자 편의 낙선운동)과 당선의 목적 없이 오로지 특정 후보자의 낙선만을 목적으로 하여 후보자 편 이외의 제3자가 벌이는 낙선운동(이하 제3자 편의 낙선운동이라 한다)으로 분류될 수 있다면서, 제3자 편의 낙선운동은 후보자 측이 자기의 당선을 위하여 경쟁 후보자에 대하여 벌이는 낙선운동과 크게 다를 것이 없다고 판단했다.<sup>41)</sup> 대법원도 헌재 결정을 인용하면서 동일한 판단을 내린바 있다. 대법원은 “후보자 편 이외의 제3자가 당선의 목적 없이 오로지 특정 후보자의 낙선만을 목적으로 하여 벌이는 낙선운동은 특정인의 당선을 목적으로 함이 없이 부적격 후보자의 낙선만을 목적으로 하고 있다는 점에서 특정인의 당선을 목적으로 경쟁후보가 당선되지 못하게 하는 선거운동과 의미상으로 구별되기는 하지만, 그 주관적인 목적과는 관계없이 실제의 행동방식과 효과에 있어서는 다른 후보자의 당선을 위하여 하는 선거운동과 다를 것이 없다.”라고 판단했다.<sup>42)</sup> 이러한 점을 고려해 볼 때, 당선목적과 낙선 목적을 구분하여 처벌하는 것은 평등의 원칙에 위반될 소지가 있다고 판단된다.

## 2. 미국법과의 비교를 통한 문제점과 개선 방향

선거에서의 허위사실공표와 관련해 미국과 한국에서 표현의 자유가 가지는 위상이 다르며(김종현, 2019), 선거제도는 각 나라마다 다른 사회적, 정치적, 문화적 배경을 가지고 있기 때문에 비교법 연구에 있어서는 이러한 차이를 고려해야 한다(신옥주, 2017). 따라서 제도의 형식 자체만을 가지고 단편적으로 비교 판단할 사항은 아니지만, 선거에서의 허

41) 헌법재판소 2001. 8. 30. 선고 2000헌마121·202(병합) 전원재판부 결정.

42) 대법원 2004. 4. 27. 선고 2002도315 판결.

위표현 관련 한국의 법적 문제점을 파악하고 개선 방안을 제시하기 위해서는 극단적일 정도로 표현의 자유를 보호한다고 평가받는 미국의 법리가 유용한 시사점을 제공할 수 있다.

미국과 비교했을 때 한국의 허위사실공표죄와 관련한 문제점을 요약하면 다음과 같다. 첫째, 규제 대상의 범위가 지나치게 광범위하다. 미국에서 허위사실공표죄의 대상은 후보자로 한정되어 있지만, 한국은 후보자(후보자가 되려는 자 포함), 그의 배우자 또는 직계존비속이나 형제자매 등으로 그 대상이 확대되어 있어 후보자 자신에 관한 직접적 사실뿐만 아니라 간접적 사실이라고 하더라도 허위사실공표죄가 적용된다. 이에 따라 선거운동 때 후보자뿐만 아니라 그 가족들의 행위에 관한 사실을 표현할 경우에도 그에 대한 허위 여부를 반드시 확인해야 하는 의무를 부과하고 있다. 이러한 폭넓은 제한은 후보자가 정치적 견해를 표현함에 있어 위축효과를 발생시킬 수 있으며 자유로운 토론의 장을 저해할 수 있다. 선거 캠페인은 대의기관의 선출과 직접적인 연관성을 갖기 때문에 일반적인 정치적 표현의 자유보다 더 최대한 보장되어야 한다(고민수, 2009). 후보자와 긴밀하게 연관된 가족 등의 위반 행위가 선거에 영향을 미칠 수도 있겠으나 그 행위에 따라서는 큰 영향을 미치지 않을 수도 있다. 예컨대, 허위사실 공표와 관련해 후보자 가족 등의 위반 행위가 후보자를 유리(혹은 불리)하게 하는 경우가 아니라면 선거에 영향을 주는 행위가 아니므로 처벌할 필요가 없다. 아울러 선거기간 전에 이루어진 후보자 가족의 허위사실 공표 행위가 선거운동에 해당한다면 당연히 처벌의 대상이 될 수 있지만, 선거와 관련성이 없다면 처벌의 대상에 포함할 필요성이 낮다. 따라서 후보자 가족의 행위와 관련된 사항은 허위사실 공표의 효과, 내용 및 시기 등을 종합적으로 고려하여 규제해야 한다.

둘째, 당선 내지 낙선을 목적으로 하는 행위를 어떻게 구분할 것인지에 대한 문제점이 있다. 미국과는 달리 한국의 공직선거법상 허위사실공표죄 유형은 당선목적(제250조 제1항)과 낙선목적(제250조 제2항)으로

구분하여 규정하면서 그 행위 유형이나 법정형 등에 차등을 두고 있다. 특히 타인에 대한 허위사실을 유포하는 행위를 처벌하는 낙선목적과는 달리 스스로에 대한 허위사실을 공표하는 행위를 처벌하는 당선목적은 후보자 스스로가 자기검열에 구속될 수 있어 법의 적용과 해석에 있어 더 엄격한 태도가 요구된다(류석준, 2019). 또한 낙선목적 허위사실공표죄의 위법성이 더욱 크다는 점이 고려되어 보다 강하게 처벌되고 있다. 법원은 당선되거나 되게 할 목적 또는 당선되지 못하게 할 목적에 대해 적극적 의욕이나 확정적 인식임을 요하지 아니하고 미필적 인식이 있으면 족하다고 할 것이며<sup>43)</sup>, 또 그 목적이 있었는지 여부는 피고인의 사회적 지위, 피고인과 후보자 또는 경쟁 후보자와의 인적관계, 공표 행위의 동기 및 경위와 수단·방법, 행위의 내용과 태양, 그러한 공표 행위가 행해진 상대방의 성격과 범위, 행위 당시의 사회적 상황 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단해야 한다고 하였다.<sup>44)</sup> 하지만 객관적으로 구별해 내기 어려운 당선의 목적 유무라는 주관적 사유로 양자의 규제를 달리한다면, 공직선거법 적용에 큰 어려움을 초래하여 이 법의 목적을 사실상 달성하기 어렵게 할 것이다. 또한 당선의 목적 유무라는 것은 객관적으로 명백하게 판정하기 어려운 기준인데 이에 따라 차별적 규제를 한다면, 일부 후보자들이 제3자 편의 낙선운동을 상대 후보자를 비방하는 데에 악용할 우려가 있다.<sup>45)</sup> 따라서 특정 후보자를 당선시킬 목적의 유무와 관계없이, 당선되지 못하게 하기 위한 행위 일체를 선거운동으로 규정하여 이를 규제하는 것이 더욱 타당할 것이다.<sup>46)</sup> 이는 곧 제250조 제1항의 당선목적 허위사실공표죄 처벌 규정의 적용 범위를 축소하거나 폐지하는 것도 고려해 볼 수 있음을 시사한다. 나아가 미국처럼 허위사실 표현으로 개인의 인격권을 침해하는 명백한

43) 대법원 2007. 1. 15. 선고 2006도7473 판결.

44) 대법원 2007. 9. 20. 선고 2007도5953 판결.

45) 헌법재판소 2001. 8. 30. 선고 2000헌마121·202(병합) 전원재판부 결정.

46) 헌법재판소 2001. 8. 30. 선고 2000헌마121·202(병합) 전원재판부 결정.

명예훼손에 대해 민사적인 손해배상 책임을 인정하는 경우가 아니라면 법적 규제를 자제하는 입법적 노력도 필요하다.

셋째, 거의 유사한 법 조항들을 통해 허위사실 관련 행위들이 중복적으로 처벌되고 있다. 공직선거법은 제250조(허위사실공표죄)에서 허위의 사실을 공표하거나 공표하게 한 자와 허위의 사실을 게재한 선전문서를 배포할 목적으로 소지한 자를 처벌하고, 제251조(후보자비방죄)에서 후보자 등에 대하여 명예를 훼손하는 비방 행위를 처벌하며, 제253조(성명 등의 허위표시죄)에서 진실에 반하는 성명·명칭 또는 신분의 표시를 하여 우편이나 전보 또는 전화 기타 전기통신의 방법에 의한 통신을 한 자에 대해 처벌한다. 특히 허위사실공표죄와 후보자비방죄는 상상적 경합이 될 수 있다.<sup>47)</sup> 또한 허위사실공표죄는 ‘선거의 자유’라는 국가적 법익을 보호하는 반면, 명예훼손죄는 ‘사회적 평가’라는 개인적 법익을 보호하는 것으로 허위사실공표죄와 명예훼손죄도 상상적 경합관계에 있다.<sup>48)</sup> 결국 하나의 표현이 과도하게 제한되거나 처벌될 위험이 따른다. 더욱이 낙선목적 허위사실공표죄의 벌금형 하한이 500만 원으로 규정되어 있어 당선에 영향을 주지 않을 경미한 내용들조차도 기소되어 유죄가 인정되면 선고유예가 아닌 한 당선무효형이 선고되고 있다. 이와 같은 제한이 있다 보니 사실인정의 단계에서 엄격한 증거판단을 통해 무죄를 선고할 가능성도 있다(이문한, 2020). 결국 해당 법조항의 입법 취지도 살리지 못할 뿐만 아니라 사실인정의 소극적인 태도로 인해 사건의 결론이 왜곡되는 현상도 나타날 수 있다.

반면, 미국의 입법은 허위진술로 인한 개인적 인격권이 침해당한 명확한 경우가 아니면 규제를 최대한 자제하여 내용의 진위에 기반을 둔 표현의 자유 제한에 매우 신중한 태도를 보이고 있다. 선거 캠페인과 관련해 일부 주에서는 허위사실 진술을 처벌하는 법을 가지고 있지만, 현실적 악의(actual malice), 고의성(knowingly), 비상식적, 비합리적인 무시

47) 대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도8368 판결.

48) 서울고등법원 1998. 2. 1. 선고 98노2077 판결.

(reckless disregard of material facts) 등을 근거해 표현의 자유의 제한이 정당화되고 있었다. 또한 선거에서 언급된 발언의 진위와 처벌 여부를 가리기 위해 사법부가 개입하는 것은 정치적으로 공포 분위기를 형성하며, 사실상 선거의 목적 자체를 흐리는 동시에 민주주의와 선거에 도움이 되지 않는다고 법원은 판단했다. 그 결과, 미국에서는 선거가 무효로 된 사례가 거의 존재하지 않으며 연방선거위원회의 소송 사례에서도 선거무효와 관련된 소송은 존재하지 않는다(김선화, 2021). 따라서 선거의 공정성을 보장하기 위해 허위사실을 공표하거나 비방 행위를 규제할 필요성은 인정되나, 그에 대한 규제는 더욱 정밀하게 구성되어야 하며 중복적 조항을 통해 처벌하는 것은 지양해야 할 것이다. 허위사실공표죄가 필요최소한으로 적용되도록 운용되어야 하며 제한의 사유가 되는 법익과 침해되는 법익 간의 균형성도 엄격하게 유지될 필요가 있다.

## V. 논의 및 결론

가짜뉴스 등 허위사실 유포로 인한 피해와 그 영향력이 과거와 비교할 수 없을 정도로 커지면서 민주주의의 근간이 되는 식견이 풍부한 시민성(informed citizenship)을 구축하는 데에 방해가 되고 있다. 특히 선거와 관련된 허위사실 유포는 민주주의에 커다란 위해를 가할 수 있다는 점에서 규제의 필요성이 인정된다. 하지만 공직선거법상 허위사실공표죄와 관련된 판결을 살펴보면 한국에서는 표현의 자유보다는 규제에 초점이 맞춰지고 있는 듯하다. 물론 선거 영역에서 자유와 공정성의 대립·충돌은 각 나라의 정치문화 등 제반 사정에 따라 달라질 수밖에 없고, 특히 과거 민주주의 뿌리가 내리지 못한 상황에서 부정·타락 선거의 경험에 있는 한국에서는 선거의 공정성 확보가 더 절실하게 요구된 것도 사실이다. 그러나 외형적으로는 선거운동의 공정성을 위해 허위사실 공표행위를 규제하고 있지만, 선거운동의 원활한 진행과 평온을 유지하기

위하여 표현의 자유 및 선거운동의 자유를 제한하고 있는 경우도 나타나고 있다. 선거의 공정성은 규제를 많이 한다고 하여 달성되는 것이 아니라, 오히려 선거운동을 할 수 있는 기회 및 참여의 기회를 최대한 보장한 후 그 범위 내에서 기회균등을 추구하여야 하고 부패행위 등을 규제하여 실질적인 선거운동의 공정성이 확보되어야 한다는 주장(김현태, 2007)도 설득력이 크다.

미국에서는 일련의 판결을 통해 선거 과정에서의 허위진술도 엄격한 기준에 따라 긴급한 정부의 이해를 충족시키고 한정된 제한일 경우에만 합헌적이라는 방향으로 발전해 왔다. 미국 법원은 정치적 캠페인에서의 허위진술이라고 하여 무조건 표현의 자유의 보호범위 밖이라고 판단하지 않으며, 여러 기준을 충족할 때만 표현의 자유 제한이 정당화될 수 있다고 판단하고 있다. 나아가 법원이 선거에서 행해진 발언의 진위와 처벌 여부를 가리는 데에 개입하는 것은 선거의 목적 자체를 흐리고 민주주의와 선거에 도움이 되지 않는다는 견해가 지배적이다(백태웅, 2015).

이러한 미국 법리와 비교해 볼 때 한국의 공직선거법상 허위사실공표죄는 허위진술의 대상뿐만 아니라 적용 범위를 상당히 폭넓게 규정하여 정치적 표현의 자유를 제한하고 있다. 또한 지나치게 높은 법정형 하한 규정으로 인해 사실상 당선무효가 강제되어 과잉금지 원칙에 위배되는 문제점이 있으며, 당선 내지 낙선목적의 표현행위 방식과 효과에 있어 동일한 것을 다르게 취급하여 평등의 원칙에도 위반될 우려가 있다. 선거에서 허위사실 유포를 규제할 필요성은 인정되지만 현행법상 규제는 표현의 자유 측면에서 문제가 있기에 다음과 같은 개선 방향을 제안한다. 첫째, 허위사실공표죄에서 후보자와 관련된 가족 등의 위법행위를 처벌하기 위해서는 구체적·개별적인 사안에서 이루어지는 허위사실 공표 대상 행위의 내용, 당해 선거와의 관련성 등을 고려해야 할 것이다. 둘째, 당선목적 허위사실공표죄와 낙선목적 허위사실공표죄를 구분하지 않고, 악의적이고 의도적으로 허위사실을 공표했을 경우로 한정해 형사

처벌이 이루어질 필요가 있다. 나아가 당선목적 허위사실공표죄 처벌규정의 적용 범위를 축소하거나 폐지하여 후보자로 하여금 정치적 의사표현을 보장하면서 문제가 될 소지가 있는 경우에만 민사상 손해배상청구와 같은 비형사적 방법으로 당선목적 허위사실공표죄를 규제하는 방향도 고려해 볼 수 있다. 셋째, 하명규정과 처벌규정을 일괄하여 규정하고, 낙선목적 허위사실공표죄의 양형은 당선무효강제규정과 서로 분리될 필요가 있다.

선거 관련 허위사실에 대한 효과적 대응을 위해 후속 연구를 제안하고자 한다. 앞서 언급한 바와 같이 공직선거법은 허위사실공표죄와 별개로 제251조에서 ‘후보자비방죄’를 규정하고 있다. 제250조가 허위사실을 공표하는 인신공격을 규제하는 것이라면, 제251조는 사실(진실)을 적시하여 비방하는 것을 규제한다. 허위사실이거나 허위 여부가 불명확한 경우에도 후보자비방죄가 적용되는 경우가 있어 두 조항은 관련성이 높다. 따라서 향후 연구에서는 후보자비방죄에 대한 구성요건 및 판례 분석을 통해 현행 후보자비방죄에는 위헌적 요소가 없는지 살펴볼 필요가 있다. 또한 허위표현에 대한 규제는 그 표현이 발현되는 영역과 충돌하는 기본권의 중요성을 비교·형량하여 심각하고 악의적인 허위사실 표현에 대해서만 신중한 규제가 이루어져야 한다고 제안한 바 있다. 이를 위해 어떤 표현의 폐해가 심각한 악의적, 의도적 허위사실 공표에 해당하는지에 대한 구별 기준이 정교화될 필요가 있다. 따라서 후속 연구에서는 허위사실 해당 여부를 두고 논란이 있었던 사례들을 유형별로 비교분석하여 기준을 마련할 것을 제안해 본다.

## ■ 참고 문헌

- 고민수 (2009). 유권자의 선거운동의 자유에 대한 제한과 문제점 - 『공직선거법』 제93조 제1항 위헌확인사건(2007헌마718)에 대한 헌법적 고찰 -. <언론과 법>, 제8권 제2호, 29-48.
- 기본소득당 (2022, 10, 5). <선관위 고발 허위사실공표죄 당선무효 판결을 3.6% 불과>. URL: <https://www.basicincomeparty.kr/news/briefing?mod=document&uid=1831>
- 김경호 (2015). <선거와 표현의 자유>. 서울: 커뮤니케이션북스.
- 김선화 (2021). 민주주의 원리의 관점에서 본 공직선거법상 허위사실공표죄와 당선무효조항 - 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결 -. <저스티스>, 통권 제183호, 683-725.
- 김일환·홍석한 (2014). 선거운동 규제에 관한 비교법적 고찰. <미국헌법연구>, 제25권 제1호, 31-63.
- 김종철 (2012). 공직선거법 제250조 제2항 낙선목적 허위사실 공표죄와 관련한 대법원 판결에 대한 헌법적 검토 - 소위 '정봉주 사건'을 중심으로 -. <법학연구>, 제22권 제1호, 1-32.
- 김종철 (2015). 공선법상 '낙선목적 허위사실공표죄'와 당선무효강제규정의 위헌성 - 소위 '조희연 교육감 사건' 제1심 판결을 중심으로 -. <법학연구>, 제25권 제2호, 181-215.
- 김종현 (2019). 가짜뉴스의 규제에 관한 비교법적 연구 - 미국의 논의를 중심으로 -. <서울대학교 法學>, 제60권 제3호, 61-102.
- 김현태 (2007). <한국의 선거운동제도와 정치 발전 - 자유, 공정 그리고 민주주의 ->. 서울: 오름.
- 남경국 (2019). 공직선거법 당선 목적 허위사실공표죄의 합헌적 해석 - 경기도지사 이재명 사건을 중심으로 -. <연세 공공거버넌스와 법>, 제10권 제2호, 119-146.
- 대검찰청 (2018). <공직선거법 별칙해설 (제9개정판)>. 서울: 박영사.
- 류석준 (2019). 공직선거법 제250조 제1항 허위사실공표죄의 처벌 범위. <영남법학>, 제49호, 69-102.
- 문재완 (2011). 허위사실의 표현과 표현의 자유 - 한국과 미국의 판례 비교를 중심으로 -. <공법연구>, 제39집 제3호, 113-142.

- 박아란 (2019). ‘가짜뉴스’와 온라인 허위정보(disinformation) 규제에 대한 비판적 검토. <언론정보연구>, 56권 2호, 113-155.
- 박찬권 (2023). 법체계의 단계구조에서 법률의 명확성에 대한 판단 기준 - 공직선거법 제250조 제1항 허위사실공표죄의 위헌성에 관하여. <사법>, 1권 64호, 229-267.
- 백태웅 (2015). 공직선거법상 허위사실 공표와 미필적 고의의 범리. <법과 사회>, 49호, 271-291.
- 성낙인 (2023). <헌법개론>. 파주: 법문사.
- 송기춘 (2020). 공직선거법상 허위사실공표죄에 관한 헌법합치적 해석과 적용 - 수원고등법원 2019. 9. 6. 선고, 2019노119 판결과 관련하여 -. <민주법학>, 제73호, 313-348.
- 신옥주 (2017). 선거제도 개선을 통한 국회의원의 대표성·비례성 강화방안 연구 - 독일 연방선거법에 대한 비교법적 고찰을 중심으로 -. <공법연구>, 제45집 제3호, 1-33.
- 연합뉴스 (2022, 3, 10). <치열했던 20대 대선…허위사실공표 사건 19대 3.4배>. URL: <https://www.yna.co.kr/view/AKR20220310084400004>
- 이문한 (2020). <가짜뉴스 형사처벌과 언론·출판의 자유>. 파주: 한국학술정보.
- 이문한 (2021). 가짜뉴스 등 허위사실 표현에 대한 형사적 규제와 그 헌법적 한계. <한양법학>, 제32권 제3집, 3-45.
- 이승선 (2013). <표현 자유 확장의 판결>. 서울: 커뮤니케이션북스.
- 이재진 (2003). <언론과 명예훼손 소사전>. 서울: 나남.
- 임지봉 (2012). 미국헌법상 표현의 자유와 과도한 광범성의 원칙 및 막연하므로 무효의 원칙. <미국헌법연구>, 제23권 제3호, 277-306.
- 정한중 (2016). 허위사실공표죄와 허위사실적시 명예훼손죄 해석의 문제점 - 조○○ 서울시교육감 항소심 판결을 중심으로 -. <법학연구>, 제26권 제2호, 85-119.
- 조소영 (2007). 광범위성 원칙(the Overbreadth Doctrine)의 헌법적 의미와 기능에 대한 일고찰. <공법연구>, 제35집 제4호, 515-544.
- 지성우 (2019). 허위조작정보(소위 ‘가짜뉴스’) 규제에 대한 헌법적 문제점에 관한 연구. <공법연구>, 제48집 제2호, 157-192.
- 한수웅 (2019). <헌법학>. 파주: 법문사.
- 허순철 (2018). 영국 선거법상 허위사실공표와 표현의 자유. <공법학연구>.

제19권 제4호, 33-69.

허진성 (2016). 선거의 공정성에 관한 한 고찰 - 규범의 인식과 실천이라는 관점에서 -. <언론과 법>, 제15권 제2호, 37-66.

Gunther, R., Beck, P. A., & Nisbet, E. C. (2019). “Fake news” and the defection of 2012 Obama voters in the 2016 presidential election. *Electoral studies*, 61, 102030.

Iida, T., Song, J., Estrada, J. L., & Takahashi, Y. (2022). Fake news and its electoral consequences: a survey experiment on Mexico. *AI & SOCIETY*. doi: <https://doi.org/10.1007/s00146-022-01541-9>

Leyva, R., & Beckett, C. (2020). Testing and unpacking the effects of digital fake news: on presidential candidate evaluations and voter support. *AI & SOCIETY*, 35, 969-980. doi: <https://doi.org/10.1007/s00146-020-00980-6>

Nowak, J. E., & Rotunda, R. D. (2004). *Constitutional law* (7th ed.). 이 부하 (역) (2007). <표현의 자유와 미국헌법>. 서울: 한국학술정보 [주].

Wang, T. L. (2020). Does fake news matter to election outcomes?: The case study of Taiwan’s 2018 local elections. *Asian Journal for Public Opinion Research*, 8(2), 67-104.

**ABSTRACT**

---

## Analyzing the Criminality of False Information Publication

- Focusing on the Comparison with the US Law -

Park, Chaerim

PhD Candidate, School of Media & Communication, Korea University

Park, Ahran

Assistant Professor, School of Media & Communication, Korea University

As the dissemination of fake news and misinformation increases globally, there is a growing need to regulate such information in election-related contexts, which can interfere with voter choices and pose a threat to democracy. In South Korea, the regulation of false information in elections has been implemented through the provision of false information dissemination in the Public Official Election Act; however, it was criticized for being overly restrictive. This study aims to examine the criminality issues of false information publication through a legal comparison with United States law, focusing on the aspect of freedom of expression and proposing directions for improvement. The analysis reveals that in the United States, the freedom of election campaigns is ensured without specific constraints during the campaign period or regarding particular means, and instances of false information dissemination are generally addressed through civil damages. The extent of false statements subject to punishment is considered very limited.

In contrast, South Korea's criminality of false information publication

targets more than false statements, defining a broader scope and limiting the freedom of political expression. In addition, because of an excessively high statutory lower bounds set by the legislature, there is a problem in nullifying elections that violates the principle of proportionality. There are also concerns about unequal treatment of expression methods and effects for election purposes, violating the principle of equality. The possibility of overlapping penalties for acts related to false information has also been revealed through similar legal provisions, such as the crime of defaming candidates. While acknowledging the necessity of regulating false information dissemination and defamatory acts to ensure the fairness of elections, it is crucial to refine laws with precision and address the issue of overlapping provisions for more effective enforcement. Furthermore, there is a need to maintain a strict balance of legal interests to ensure that the criminality of false information publication is applied minimally and appropriately.

Keywords: Publication of False Information, Public Official Election Act, Freedom of Political Expression, The First Amendment, Fake News

[ 논문투고일 2023. 10. 23. 논문수정일 2023. 11. 22. 게재확정일 2023. 11. 27. ]