

공직선거법상 허위사실공표죄에 관한 소고

-대법원 2007. 11. 16. 선고 2007도6503판결-

A Study about the publication of false information under the Public Official Election Act

-2007Da6503 delivered by Supreme Court on November 16, 2007.-

박 선 아*
Park, Sun-Ah

목 차

- I. 서론
- II. 대법원 2007. 11. 16. 선고 2007도6503판결의 소송경과
- III. 허위사실공표죄에 관한 일반론
- IV. 당내경선에 있어서의 허위사실공표죄
- V. 결론

국문초록

대상판결은 공직선거법 제250조의 허위사실공표죄에 관한 판례이다. 이는 허위사실공표죄에 있어서의 구성요건에 대한 해석을 담고 있을 뿐만 아니라, 2005년 신설된 제3항 당내경선관련 허위사실공표죄에 관한 최초의 대법원 판결이다. 공직선거법은 선거법상 금지 또는 규제되는 행위에 대하여 형사상 범죄로 소추할 수 있는 선거범죄를 제16장 벌칙규정에서 정하고 있다. 공직선거법은 이러한 선거범죄에 대하여 처벌 범위와 처벌 내용을 모두 강화하였다. 또한 선거범죄로 후보자 본인이 100만원 이상의 벌금형을 선고받으면 당해 선거의 당선은 무효로 되고 피선거권에 제한되는 등 강력한 제재가 있기 때문에 정치적으로도 중요하고, 형사사법에 있어서도 구성요건의 해석과 적용

논문접수일 : 2010. 3. 30.

심사완료일 : 2010. 4. 30.

게재확정일 : 2010. 5. 4.

* 제주대학교 법학전문대학원 조교수

이 매우 중요하다고 본다.

주제어 : 공직선거법, 허위사실공표죄, 당내경선, 허위사실, 공표

1. 서론

1. 공직선거법과 민주주의

공직선거는 유권자인 국민이 헌법상 보장되어 있는 참정권을 실현하는 방법의 하나로 대의기관을 구성하기 위한 제도이다. 선거 없는 대의제도를 상상할 수 없기 때문에 합리적인 선거제도의 확립과 운영은 대의제 성공의 결정적 요소이다. 공직선거법은 헌법과 지방자치법에 의한 선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하고, 선거와 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치 발전에 기여함을 목적(공직선거법 제1조, 이하 법률명칭 생략)으로 제정된 것이다. 특히 공직선거법은 선거법상 금지 또는 규제되는 행위에 대하여 형사상 범죄로 소추할 수 있는 선거범죄를 제16장 벌칙규정에서 정하고 있다. 현행 공직선거법은 이러한 선거범죄에 대하여 처벌범위와 처벌내용을 모두 강화하였다. 또한 선거범죄로 후보자 본인이 100만원 이상의 벌금형을 선고받으면 당해 선거의 당선 무효로 되고 피선거권에 제한되는 등 강력한 제재가 있기 때문에 구성요건의 해석과 적용이 형사사법에 있어서 뿐만 아니라 정치적으로도 중요하다.

2. 대상판결의 의의

대상판결은 제250조의 허위사실공표죄에 관한 판례이다. 이 판례는 허위사실공표죄에 있어서의 구성요건에 대한 해석을 담고 있을 뿐만 아니라, 2005년 신설된 제3항 당내경선관련 허위사실공표죄에 관한 최초의 대법원 판결이다.¹⁾ 현대 민주주의는 대의제도와 정당제도에 의하여 구성되고 운용되기 때문에 대의제 구성의 원리인 공직선거

1) 대상판결 이후에 당내경선관련 허위사실공표죄에 관한 몇몇의 판결이 있었다. 필자는 이 사건을 1심에서 상고심에 이르기까지 피고인의 변호인으로 변론하여 무죄판결을 받았다. 대법원 판결이 나온 지 2년 여가 지난 시점에 평석을 작성하는 것이 늦은 감은 있으나 필자가 찾아본 결과 아직까지 당내경선과 관련한 단 1편의 법학논문도 발표되지 않은 것을 아쉽게 생각하면서 이 글을 작성하는 바이다.

와 함께 정당 내의 당 대표 및 주요 당직자를 선출하거나 정당의 공직선거 후보자를 추천하기 위한 당내 선거가 활발히 이루어지고 그 규모와 중요성 또한 정당체의 발달과 함께 공직선거만큼 중요해졌다.

II. 대법원 2007. 11. 16. 선고 2007도6503판결의 소송경과

1. 공소사실

(1) 요지

검사의 공소요지는, 주위적으로 피고인이 지방의회의원 당내경선에 경선의 후보자(이하 '당내경선후보자'라 한다)로 등재된 공소의 1이 당선되지 못하게 할 목적으로 허위사실을 공표하였다는 것이고, 예비적으로 공소의 1이 (자치단체명 생략)구의회의원으로 당선되지 못하게 할 목적으로 허위사실을 공표하였다는 것이다.

(2) 주위적 공소사실

피고인은 (정당명생략)정당 (자치단체명 생략)시당 부위원장으로 2006. 5. 31. 실시된 제4회 전국동시지방선거에서 구의회 비례대표의원 정당후보로 공천을 받아 출마하였으나 낙선한 사람인 바, 소속 지역구의회의 비례대표의원 정당후보 추천을 위한 당내 경선과 관련하여 당원협의회 여성위원장인 당내경선후보자 공소의 1이 당내경선에 당선되지 못하게 할 목적으로, 사실은 공소의 1이 당원 모집 과정에서 당원의 당비를 대납해준 혐의로 정당으로부터 자체조사를 받기는 하였지만 조사결과 당비대납 혐의가 사실로 확인된 것은 아님에도 불구하고, (1) 2006. 4. 24. 16:22경 시당 노인위원장인 공소의 2에게 전화하여, "공소의 1이 당비대납을 한 혐의에 대해서 조사를 한 결과 그런 내용이 확인되었고, 조치를 취하지 않으면 검찰에 고발한다고 들었는데, 이런 사람이 어떻게 비례대표 자격이 있느냐."는 취지로 말하고, (2) 2006. 4. 29. 14:58경 공소의 2에게 전화하여, "공소의 1은 ○○학교 밖에 못 나왔고, 죽은 사람의 당비도 대납하는 등 당비대납 문제가 발생한 사실이 있는데, 이런 사람을 어떻게 공천하느냐, 절대로 공천받지 못하도록 하겠다."는 취지로 말함으로써, 당내 경선후보자인 공소의 1에게 불리하도록 동인에 관하여 각 허위사실을 공표한 것이다²⁾.

(3) 예비적 공소사실

피고인은 (정당명 생략)정당 (자치단체명 생략)시당 부위원장으로 2006. 5. 31. 실시된 제4회 전국동시지방선거에서 지방의회 비례대표의원 정당후보로 공천을 받아 출마하였으나 낙선한 사람인바, 소속 지역구 당원협의회 여성위원장인 공소의 1이 지방의회 의원으로 당선되지 못하게 할 목적으로 주위적 공소사실의 기재와 같이 공소의 1에게 불리하도록 동인에 관하여 각 허위사실을 공표한 것이다³⁾.

2. 피고인의 변소요지

검사의 공소사실에 대하여 피고인과 그 변호인은 주위적 공소사실에 대하여 ① 이 사건 비례대표 공직후보자추천은 당내경선의 방법으로 실시한 것이 아니고, ② 예비적 공소사실에 대하여 공소의 1과 피고인은 공직선거법 제250조 제1항에서 정하는 공직선거후보자 또는 공직선거후보자가 되고자 하는 사람이 아니고 설사 피고인이 당내경선 관련하여 주위적 공소사실과 같은 사실을 공표하였다고 하더라도 피고인에게는 공소의 1에 대하여 공직선거의 낙선목적이 없었으며, ③ 주위적·예비적 공소사실에 공통하여 피고인이 한 말은 허위사실이 아니고, 공직선거법 제250조의 공표에 해당하지도 않아 피고인은 무죄이다.

3. 제1심 판결⁴⁾의 요지

공천심사위원회의 서류심사 및 면접심사로 이루어지는 정당 내 지방의회 비례대표의원의 정당후보자 공천과정은 공직선거법 제250조 제3항에서 규정하고 있는 당내경선에 해당하지 않고, 지방의회 비례대표의원의 정당후보자 추천을 위한 당내경선과 관련하여 경쟁후보자에 대한 부정적 사실 또는 의견을 표명한 행위만으로는 '위 경쟁후보

2) 주위적 공소사실의 적용법조는 공직선거법 제250조 제3호이다.

3) 공소장에서 검사는 위 예비적 공소사실에 대한 적용법조로 공직선거법 제250조 제1항을 들고 있으나, 공직선거법 제250조 제1항은 '당선되거나 되게 할 목적으로 후보자에게 유리하도록 허위의 사실을 공표한 자'를 처벌하는 규정인바, 이는 '당선되지 못하게 할 목적으로 후보자에게 불리하도록 허위의 사실을 공표한 자'를 처벌하는 공직선거법 제250조 제2항의 착오 기재로 보이며, 이 점에 대하여 대법판결의 1심 판결인 대구지방법원 2007. 4.18. 선고 2006고합785 판결 【공직선거법위반】 [각공 2007.6.10.(46).1314]에서도 이를 지적하고 있다.

4) 대구지방법원 2007. 4.18. 선고 2006고합785 판결 【공직선거법위반】 [각공2007.6.10.(46).1314

자가 공천후보자가 되지 못하게 할 목적'을 넘어서서, '위 경쟁후보자가 지방의원에 당선되지 못하게 할 목적'까지 있었다고 인정하기 어려워, 주의적·예비적 공소사실 모두 무죄이다.

4. 검사의 항소⁵⁾ 및 상고 이유의 요지

검사는 전부 무죄를 선고한 1심 판결에 대하여 항소하였고, 이에 대한 항소 및 상고에서 다음과 같은 점을 다투었다. 우선 ① '당내경선'의 의미와 범위에 관하여 서류심사에 의하여 공직선거후보자를 추천하는 것도 공직선거후보자가 되고자 하는 자들로부터 신청을 받아 당 안팎의 여론, 개인적 자질 등을 심사하여 최종 후보자를 선발·추천하는 것이므로 공직선거법 제250조 제3호의 당내경선의 범위에 포함된다는 점, ② 피고인이 '허위사실'을 공표하였는지 여부에 관하여 피고인이 적시한 사실은 '허위성'요건을 갖추었다는 점, 및 ③ 예비적 공소사실에 해당하는 '공직선거'에서 공소의 1이 당선되지 못하게 할 목적이 있었는지 여부에 관하여 피고인에게는 공소의 1이 정당의 공직선거후보자로 추천되지 못하게 할 목적뿐만 아니라 공소의 1이 지방의원에 당선되지 못하게 할 목적까지 있었다고 함이 상당하다고 주장하였다.

5. 대법원 판결의 요지

(1) '당내경선' 관련 허위사실공표죄에 해당하는지 여부

공직선거법 제250조 제3항의 입법 취지는 허위의 사실을 공표하여 당내경선에 참가하는 선거인의 올바른 판단에 영향을 미치는 행위를 규제함으로써 당내경선의 공정을 보장함에 있는바, 위 규정에서 말하는 '당내경선'이란 정당이 공직선거에 추천할 후보자를 선출하기 위하여 실시하는 선거를 말하며, 공직선거법 제57조의2 제2항에 의하여 당내경선후보자로 등재된 자를 대상으로 실시한 당내경선을 대체하는 여론조사를 포함하나, 정당이 선거나 이를 대체하는 여론조사가 아닌 방법으로 공직선거에 추천할 후보자를 결정하는 것은 당내경선에 포함되지 아니한다. 또한 공직후보자추천심사위원회의 서류심사 및 면접의 방법으로 정당 내 지방의회 비례대표의원의 정당후보자를 추천한 것이 공직선거법 제250조 제3항에서 정한 '당내경선'에 의한 정당후보자 추천에

5) 대구고등법원 2007. 7.12. 선고 2007노185 판결 【공직선거법위반】 [미간행]

해당하지 않는다고 판시하였다.

(2) '허위사실'의 '공표'인지 여부

대법원은 피고인이 공소의 1에게 한 말 중 일부는 의견표명에 불과하고, 나머지 부분에 대하여는 '허위의 사실'이라는 점에 관한 증거가 부족하다고 판단하였다.

(3) 제250조 2호의 낙선목적 허위사실공표죄에 해당하는지 여부

피고인이 공소의 2에 대한 부정적 사실 또는 의견을 표명함으로써 공소의 2가 정당의 공천후보자가 되지 못하게 할 목적이 있었음을 인정할 수 있으나, 이를 넘어서서 공소의 2가 지방의원에 당선되지 못하게 할 목적이 있었다고 단정하기 어렵다고 인정하였다.

Ⅲ. 허위사실공표죄에 관한 일반론

1. 규정 체계

공직선거법은 선거의 자유와 공정을 크게 해치고 선거민으로 하여금 공정한 판단을 그르치게 하는 행위 중 공직선거법 제250조의 허위사실공표죄, 제251조 후보자비방죄 및 제253조 성명 등의 허위표시죄 등 후보자 등의 명예에 관한 죄를 규정하고 있다. 그 중 제250조 허위사실공표죄는 제1항 '당선목적의 허위사실공표죄'에서 '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, 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매의 출생지·신분·직업·경력등·재산·인격·행위·소속단체 등에 관하여 허위의 사실[학력을 게재하는 경우 제64조(선전벽보)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 3천만원이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다. 제2항은 당선되지 못하게 할 목적으로 제1항의 행위를 하는 것으로서 '낙선목적의 허위사실공표죄'를 규정하고, 제3항에서는 '당내경선' 관련한 허위사실공표죄를 규정하고 있다.

2. 입법취지

허위사실공표죄는 흑색선전과 혼탁선거를 방지하고 선거의 자유와 공정을 확보하기 위한 것으로 허위사실 유포행위로 인해 상대 후보자가 입게 될 정신적인 고통, 범죄 동기에 대한 높은 비난가능성, 향후 허위사실을 유포하는 행위를 근절하기 위한 형사 정책적 고려에 의한 것이다⁶⁾. 선거과정에서 검증되지 않은 허위사실을 공표하는 행위에 대하여 효과적인 제재를 가하지 않는다면 향후 그런 행위가 근절되기 어려워질 뿐만 아니라 추후에 그 의혹이 사실무근으로 밝혀지더라도 그동안 후보자의 명예가 실질적으로 훼손됨은 물론 임박한 선거에서 유권자들의 선택을 오도할 수 있는 중대한 문제가 야기되어 공익에 현저히 반하는 결과가 되기 때문이다. 과거 공직선거법은 허위사실공표죄에 대하여 벌금형의 하한을 500만 원으로 규정⁷⁾하여 공소사실이 유죄로 인정될 경우 일반적으로 제264조에 의하여 당선이 무효가 되도록 할 정도로 허위사실공표죄는 매수행위와 함께 비난가능성의 정도를 높게 평가하고 있는 대표적인 선거범죄의 유형이다.

6) 헌법재판소 2009.9.24. 선고 2008헌바168 전원재판부 【공직선거법제250조제2항위헌소원】

7) 헌법재판소는 제250조 제2항의 낙선목적 허위사실공표죄에 대한 법정형이 높아서 비례의 원칙과 평등 원칙에 위배하였다는 주장의 위헌소원에 대하여, “이 사건 법률조항은 주관적 요건으로서 ‘당선되지 못하게 할 목적’을 요구하고 있고 ‘선거운동’의 일환으로서 행해진 경우만을 처벌 대상으로 하고 있는바, 통상 선거운동으로서 방송에서 후보자나 그 측근에 대하여 허위사실을 공표하는 것은 죄질이 무겁다 할 것이고, 그러한 행위가 ‘당선이 되지 못하게 할 목적’ 아래 행해지는 점을 감안하면, 이 사건 법률조항이 그렇게 일률적으로 당선무효에 해당하는 형을 선고할 수 있도록 한 것이 책임원칙을 벗어난 과중한 것이라 볼 수도 없다. 더욱이 이 사건 법률조항에 해당하는 경우라도 여러 가지의 법률상 감경사유나 작량감경 사유가 경합되는 때에는 법원은 100만 원 미만의 벌금형을 선고하거나 양형의 조건을 참작하여 형의 선고를 유예할 수도 있으므로, 이로써 청구인이 주장하는 바와 같이 법원의 양형결정권이나 판단권 또는 법원에 의한 재판을 받을 권리가 침해된다 할 수 없고, 또 법률 위반한 피고인으로서 당선무효에 해당하는 형의 선고를 피할 수 있는 길이 없는 것도 아니다. 그리고 이 사건 법률조항은 선거의 공정성을 보장하고자 하는 중대한 공익을 도모하기 위한 것이고 허위사실을 유포하여 형사처벌을 받은 국회의원에게 계속 그 직무를 수행하게 하는 것은 공직과 공정한 선거에 대한 국민의 신뢰를 저해하고 원활한 공무수행에 지장을 줄 것이므로, 이로써 사익이 필요 이상으로 제한된다 할 수도 없다. 또한 법 제250조 제1항이 “특정 후보자의 당선을 위하여 그 후보자에 관한” 허위사실을 공표하는 행위를 처벌하는 것에 비하여 이 사건 법률조항은 “경쟁 후보자의 낙선을 위하여 그 후보자에 관한” 허위사실을 공표하는 행위를 처벌하는 것으로서 두 조항은 구성요건이나 행위의 목적이 다르다. 두 조항 모두 ‘공정한 선거’를 보호법익으로 하고 있기는 하나 ‘경쟁 후보자의 낙선을 위하여 그 후보자에 관하여’ 허위사실을 공표하는 행위는 상대방에 대한 증상모략, 인신공격 등으로 선거의 공정을 심히 해치고 상대방의 사회적 평가를 훼손시킬 수 있다는 점에서 죄질이 불량하다 할 것이므로, 이 사건 법률조항이 상대적으로 높은 법정형을 규정한 데는 합리적인 근거가 있는 것이다”고 하면서 합헌결정을 내린바 있다. 헌법재판소 2009.9.24. 선고 2008헌바168 전원재판부 【공직선거법제250조제2항위헌소원】 (위 결정요지는 필자가 요약한 것임)

3. 구성요건

(1) 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, 그의 배우자 또는 직계 존·비속이나 형제자매의 출생지·신분·직업·경력 등·재산·인격·행위·소속단체 등에 관하여 허위의 사실[학력을 게재하는 경우 제64조(선전벽보)제1항의 규정에 의한 방법으로 게재하지 아니한 경우를 포함한다]을 공표하거나 공표하게 한 자와 허위의 사실을 게재한 선전문서를 배포할 목적으로 소지한 경우에 성립한다. 본죄는 주체에는 제한이 없고, 누구든지 후보자와 후보자가 되고자 하는 자, 그의 배우자 또는 직계 존·비속이나 형제자매의 출생지·신분·직업·경력 등·재산·인격·행위·소속단체 등(객체)에 대하여 방송 등의 방법으로 허위사실을 공표하거나 허위사실을 게재한 선전문서를 배포할 목적으로 소지하는 경우에 성립한다. 또한 당선되거나 되게 할 목적을 요하는 목적범⁸⁾이다.

(2) 후보자 또는 후보자가 되고자 하는 자의 범위

‘후보자’라 함은 특정선거에 관하여 관할 선거구 선거관리위원회에 후보자 등록을 마친 자를 말하며, 이 때 후보자로서의 신분취득은 후보자등록신청서가 접수된 때로부터 할 것이므로 후보자 등록신청서가 제출되었으나 요건미비로 그 신청이 수리되지 않으면 그 자를 후보자라고 할 수 없다⁹⁾. 유효하게 후보자 등록이 마쳐진 경우라도 이후 법 제52조의 등록무효사유에 해당하거나 제54조의 후보자 사퇴가 있는 때에 후보자의 자격은 상실된다. 또한 후보자의 신분은 등록 시부터 당해 선거가 끝난 뒤 선거관리위원회의 당선인 공고가 있는 때까지 유지된다.

‘후보자가 되고자 하는 자’에는 선거에 출마할 예정인 사람으로서 정당에 공천신청을 하거나 일반 선거권자로부터 후보자추천을 받기 위한 활동을 벌이는 등 입후보의

8) 또한 공직선거법 제250조 제1항은 고의 외에 초과 주관적 위법요소로서 “당선되거나 되게 할 목적”을 범죄성립요건으로 하는 목적범이라 할 것인데(대법원 2007. 9. 20. 선고 2007도5953 판결 등 참조), 공직선거법이 정당명부식 비례대표제를 채택하고 있고, 이러한 선거제도는 정당에 대한 선거로서의 성격을 가지게 되며, 나아가 정당이 작성한 비례대표국회의원 후보자 명부의 내용과 순위 및 그 비례대표국회의원 후보자의 신분·직업·경력·소속단체 등 후보자 개인의 인품과 자질에 관한 사항은 당해 정당의 정강·정책 등을 구체적으로 어떻게 구현할 것인지를 판단할 수 있는 자료가 될 것이라는 점을 고려하면, 비례대표국회의원 후보자인 피고인 1이 그의 경력 등에 관한 허위사실을 공표하는 것 역시 “당선되거나 되게 할 목적”하에 행하여진 것으로 보아야 한다. 대법원 2009. 6.11. 선고 2008도11042.

9) 정병욱, 공직선거법, 박영사, 2006, 497면.

사가 확정적으로 외부에 표출된 사람뿐만 아니라 그 신분·접촉대상·언행 등에 비추어 선거에 입후보할 의사를 가진 것을 객관적으로 인식할 수 있을 정도에 이른 사람도 포함된다고 할 것이다(등 참조)¹⁰⁾. 판례는 공소사실 일시에 현역 국회의원으로 활동하면서 다음 국회의원선거에 출마하기 위한 사전 준비를 하고 있었고, 실제로 그 선거에 출마하기 위하여 정당의 공천신청을 하였으나 공천을 받지 못한 사실 등에 비추어 피해자가 공직선거 및 선거부정방지법 제51조의 '후보자가 되고자 하는 자'에 해당한다고 판단하였다¹¹⁾.

(3) '경력 등'의 의미

허위사실공표죄에 있어서 '경력 등'의 의미는 제64조 5항 단서의 '경력·학력·학위 또는 상벌'을 말한다. 학력을 게재하는 경우에는 정규학력과 이에 준하는 외국의 교육과정을 이수한 학력 외에는 게재할 수 없다. 이 경우 정규학력을 게재하는 경우에는 졸업 또는 수료당시의 학교명(중퇴한 경우에는 수학기간을 함께 기재하여야 한다)을 기재하고, 정규학력에 준하는 외국의 교육과정을 이수한 학력을 게재하는 때에는 그 교육과정명과 수학기간 및 학위를 취득한 때의 취득학위명을 기재하여야 하며, 정규학력의 최종학력과 외국의 교육과정을 이수한 학력은 학력증명서를 제출한 학력에 한하여 게재할 수 있다(제64조 1항).

실제 선거에 있어서 경력, 학위, 학력 및 상벌 등을 의미하는 '경력 등'은 후보자의 경험과 능력을 나타내는 것으로서 유권자들의 선택을 좌우하는 중요한 기준이 되는 것이기 때문에 이를 엄격하게 해석하고 있다.

대법원에서 경력 등에 관한 허위사실공표로 유죄판결이 선고된 예로는, ① 피고인은 위 대운회가 추진하는 효도관광행사에 5만원 내지 10만원 정도씩 보조해 주고, 노인들에게 잘 다녀오시라고 배웅한 사실이 있을 뿐 피고인이 주도적으로 위 행사를 기획·추진한 바는 없음에도 불구하고 당선될 목적으로 선거공보에 마치 위 대운회의 효도관광행사를 피고인이 추진한 것처럼 허위의 사실을 게재한 행위¹²⁾, ② 공직선거법 제250조 제1항에서 규정한 허위사실공표죄의 행위는 '연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로' 유권자에게 후보자의 인적사항을 직접적으로 알리는

10) 대법원 2008.8.11. 선고 2008도4492 판결 【공직선거법위반】 [미간행], 대법원 2005. 1. 13. 선고 2004도7360 판결, 대법원 2006. 6. 27. 선고 2006도2370 판결

11) 대법원 2001. 6. 12. 선고 2001도1012 판결

12) 서울고등법원 1998.12. 1. 선고 98노2586

것으로서 최소한 선전문서와 동일한 기능을 가지는 매개체를 통하여 허위의 사실을 공표하거나 하게 하는 것이고, 여기서 '기타의 방법'에는 법문에 열거된 방법은 물론 불특정 또는 다수의 사람에게 전달될 수 있는 모든 수단·방법이 포함되는 것인 바, 피고인이 '중앙선거관리위원회 인터넷 홈페이지 후보자 정보란'에 경력과 소속단체 등에 관하여 허위의 사실을 공표하게 한 행위의 방법에 해당하고, '전과'는 공직선거법 제250조 제1항에서 규정한 '경력 등'에 포함된다는 판례¹³⁾, ③ 명함이나 홍보물에 '○○대학교 총동창회 상임이사(현)'라고 기재한 것만으로도 통상의 선거구민에게 피고인이 위 대학교를 졸업한 자로 인식하게 하기에 충분하다고 할 것이므로, 비록 그것이 학력란이 아닌 경력란에 기재되어 있고, 졸업 또는 수료라는 문구가 없다고 하더라도, 위와 같은 기재는 공직선거법 제250조 제1항 소정의 '비정규학력의 기재'에 해당한다고 할 것이라는 판례¹⁴⁾, ④ 피고인이 의정보고서에 '○○대학교 교육대학원 총동창회 부회장'이라고 기재하면서 그 수학기간을 기재하지 아니한 행위가 구 공직선거 및 선거부정방지법 제250조 제1항에서 정한 허위사실공표에 해당한다는 판례¹⁵⁾ 등이 있다.

IV. 당내경선에 있어서의 허위사실공표죄

1. 입법과정 및 취지

1994. 3. 16. 제정된 공직선거법은 대통령선거·국회의원선거·지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거에 적용되는데(제2조), 2005. 8. 4. 공직선거법 '제6장의2'로 '정당의 후보자 추천을 위한 당내경선과 관련한 규정'이 신설되었다. 공직선거법 제57조의2에서는 당내경선의 실시와 관련하여, "정당은 공직선거후보자를 추천하기 위하여 경선을 실시할 수 있고(제1항), 정당이 당내경선(당내경선의 후보자로 등재된 자를 대상으로 정당의 당원·당규 또는 경선후보자 간의 서면합의에 따라 실시한 당내경선을 대체하는 여론조사를 포함한다)을 실시하는 경우 경선후보자로서 당해 정당의 후보자로 선출되지 아니한 자는 당해 선거의 같은 선거구에서는 후보자로 등록될 수 없다(제2항 전문)."고 규정하고 있다.

본죄는 현대의 정당 민주주의에서 당내경선의 규모, 횟수 및 중요성이 공직선거에

13) 대법원 2009. 6.11. 선고 2008도11042

14) 대법원 2007.1.12. 선고 2006도7906 판결 대법원 1999. 6. 11. 선고 99도307 판결

15) 대법원 2005.12.22. 선고 2004도7116 판결

비금갈 정도이기 당내경선에서의 선거의 자유와 공정성을 보장하기 위한 규정이다. 본 죄는 당내경선과 관련하여 제1항(제64조제1항의 규정에 따른 방법으로 학력을 게재하지 아니한 경우를 제외한다)에 규정된 행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 6 백만 원 이하의 벌금에, 제2항에 규정된 행위를 한 자는 5년 이하의 징역 또는 1 천만 원 이하의 벌금에 처한다. 이 경우 '후보자' 또는 '후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다)'는 '경선후보자'로 본다. 당내경선 관련한 규제는 종래 정당법에 2004. 3. 12. 신설된 것이었다. 구 정당법 제45조의6 당내경선 등의 허위사실공표죄를 공직선거법 제250조 제3항과 같은 구성요건으로 규정하였다. 그러나 현대식 정당제 민주주의에서 정당제의 정착과 함께 정당의 규모와 역할이 증대됨에 따라 당내선거가 활발해지고 공직선거의 사전선거로 이루어지는 당내선거의 결과가 본선거의 결과로 그대로 이어지거나 정당에서도 당내경선을 국민경선이라는 틀 안에서 개최되는 경우가 많기 때문에 각종 선거에서의 당내선거에 관한 국민적 관심이 본 선거만큼이나 선거의 공정을 기할 필요가 더욱 커졌기 때문에 이를 정당내의 절차로 간주하기보다는 등 공직선거법으로 옮겨서 규정하게 되었다¹⁶⁾.

2. 당내경선의 의미

(1) 현행 공직선거법의 당내경선제도

공직선거법은 2008. 8. 4. 제6장의 2 정당의 후보자 추천을 위한 당내경선에 관한 장을 신설하여 당내선거 중 정당의 후보자추천을 위한 경선의 경우에는 각종 공직선거와 함께 공직선거법의 규제를 받게 되었다. 제57조의 2 제1항은 당내경선의 의미를 정당이 공직선거 후보자를 추천하기 위하여 실시하는 경선이라고 정하고 있다. 아울러 당내경선의 후보자로 등재된 자를 '경선후보자'(2항)라고 하고, 제57조의 3 이하에서는 당내경선운동의 방법 및 당내경선사무의 위탁 등에 관한 것을 규정하고 있다.

(2) 이 사건에서 피고인이 정당의 공직선거후보자로서 선출된 방법이 공직선거법 제6장의 2에서 말하는 당내경선이었는지 여부

16) 현행 정당법 제52조는 정당대표 및 주요선출직 정당의 당직자에 대한 당내선거에 있어서의 허위사실 공표죄만을 규정하고 있다.

1) 피고인의 변소

정당내의 직접 민주주의의 발전에 따라서 종래에 정당 지도부에 의해서 추천하는 방식(통상 공천으로 불리어 왔음)에 의해서가 아니라 평당원 또는 유권자들 중의 일부(보통 국민경선의 방법이라 함)의 투표에 의해서 공직선거의 후보자를 뽑는 방식을 당내 경선의 방법이라고 합니다. 즉 당내 경선이라 함은 비록 선거민 전부의 의한 선거는 아니지만 정당 내의 선거의 방식이라는 점에서 공직선거법에서 목적으로 하는 선거의 공정을 기할 필요가 있기 때문에 제250조 제3항으로 당내경선과 관련한 허위사실 공표죄로 처벌하고 있다.

피고인 제출의 정당에 대한 사실조회 회신 결과에 따르면, 피고인이 공직후보자로 선출되는 과정은 당내 경선을 거치지 않고 공직후보자심사위원회에 의하여 공직후보자로 추천되었다. 더구나 공표의 상대방이었던 공소외인은 공직후보자심사위원회의 위원도 아닐 뿐만 아니라 위원회에 영향력을 미칠 가능성도 전혀 없는 자이다. 아울러 공천심사위원회의 심사의 방법으로 후보자를 추천하는 것이기 때문에 허위사실공표죄에서 예정하고 있던 허위사실공표로 인하여 선거민에게 나쁜 인식을 심어주어 당선되지 못하게 하는 것을 막고자하는 입법취지와는 크게 다르다. 따라서 공천심사위원회의 심사를 거쳐 공직후보자를 추천하는 방식은 명백히 당내경선에 해당하지 않는다. 한편 검사는 이에 대하여 공직선거법에 당내경선에 대한 명시적인 정의 규정이 없고, 서류심사에 의하여 공직선거후보자를 추천하는 것도 공직선거후보자가 되고자 하는 자들로부터 신청을 받아 당 안팎의 여론, 개인적 자질 등을 심사하여 최종 후보자를 선발·추천하는 것이므로 당내경선의 범위에 포함된다고 항소이유 등에서 밝히고 있다.

2) 대상판결

대법원은 “공직선거법 제250조 제3항의 입법 취지는 허위의 사실을 공표하여 당내경선에 참가하는 선거인의 올바른 판단에 영향을 미치는 행위를 규제함으로써 당내경선의 공정을 보장함에 있는바, 위 규정에서 말하는 ‘당내경선’이란 정당이 공직선거에 추천할 후보자를 선출하기 위하여 실시하는 선거를 말하며, 공직선거법 제57조의2 제2항에 의하여 당내경선후보자로 등재된 자를 대상으로 실시한 당내경선을 대체하는 여론조사를 포함하나, 정당이 선거나 이를 대체하는 여론조사가 아닌 방법으로 공직선거에 추천할 후보자를 결정하는 것은 당내경선에 포함되지 아니한다.”고 판시하였다.

3) 소결 : 서류 및 면접의 방법에 의한 추천이 당내경선에 해당하는지 여부

공직선거법 제57조의2에서는 당내경선의 실시와 관련하여, ‘정당은 공직선거후보자를

추천하기 위하여 경선을 실시할 수 있고(제1항), 정당이 당내경선[당내경선의 후보자로 등재된 자를 대상으로 정당의 당헌·당규 또는 경선후보자간의 서면합의에 따라 실시한 당내경선을 대체하는 여론조사를 포함한다]을 실시하는 경우 경선후보자로서 당해 정당의 후보자로 선출되지 아니한 자는 당해 선거의 같은 선거구에서는 후보자로 등록될 수 없으며(제2항 전문), 정당법 제22조(발기인 및 당원의 자격)의 규정에 따라 당원이 될 수 없는 자는 당내경선의 선거인이 될 수 없다.'라고 규정하고 있고, 같은 법 제57조의3에서는 당내경선운동에 관하여, 같은 법 제57조의4에서는 당내경선사무 중 경선운동, 투표 및 개표에 관한 사무의 위탁에 관하여, 같은 법 제57조의5에서는 경선선거인(당내경선의 선거인명부에 등재된 자를 말한다) 등에 대한 매수금지에 관하여 각 규정하고 있다. 당내경선과 관련한 위와 같은 각 규정의 내용을 종합하여 보면, 공직선거법 제250조 제3항에서 규정하고 있는 당내경선이란 정당 내부에서 당원 등 선거인이 투표행위를 통하여 그 정당이 추천하는 공직선거후보자를 선출하는 절차를 의미하는 것이고, 예외적으로 당내경선후보자로 등재된 자를 대상으로 정당의 당헌·당규 또는 경선후보자간의 서면합의에 따라 실시한 당내경선을 대체하는 여론조사에 의하여 공직선거후보자를 선출하는 절차를 당내경선의 개념에 포함시키고 있는 것으로 보아야 한다¹⁷⁾. 공직선거법 제250조 제3항에서 당내경선과 관련하여 허위의 사실을 공표한 자를 처벌하도록 규정하고 있는 취지는, 허위의 사실이 공표되면 당내경선 또는 여론조사에 투표 또는 참여권이 있는 당원과 불특정 다수인이 후보자에 대한 정확한 판단을 그르칠 수 있다는 점에서 위와 같은 행위를 처벌하는 것이라고 할 것인데, 공천심사위원회에서 서류심사 등을 통하여 공직선거후보자를 추천하는 절차에서 허위의 사실을 공표하였다고 하더라도 공천심사위원회의 성격상 그러한 허위사실 공표로 인하여 후보자에 대한 판단을 그르칠 위험성이 그다지 많지 않다는 점에 비추어 보더라도 당내경선의 의미를 위와 같이 해석하는 것이 상당하다. 그런데, 이 사건 공직후보자 추천 과정은 공직후보자 추천심사의 예비적 절차로서 자격심사를 통과한 사람에 대해서만 공직후보자 추천심사가 이루어진 사실, 당내인사 11인, 당외인사 6인으로 이루어진 공천심사위원회의 심사는, 신청자들이 제출한 서류들을 기초로 한 1차 서류심사와, 공천심사위원들의 개별적 질문을 통한 2차 면접심사로 이루어져 있는데, 이들 심사에서의 각 점수를 합산하여 공직후보자를 결정한 사실을 보면, 심사 및 면접의 방법으로 후보자 추천이 이루어졌고 투표행위를 통하여 추천이 이루어진 것이 아닐 뿐만 아니라 당내경선후보자로 등재된 자를 대상으로 정당의 당헌·당규 또는 경선후보자간의 서

17) 대상판결의 항소심 판결 대구고등법원 2007.07.12 2007노185.

면합의에 따라 실시한 당내경선을 대체하는 여론조사에 의하여 공직선거후보자를 선출한 것에 해당한다고 볼 수 없기 때문에 당내경선에 해당하지 않고 이러한 점에서 하급심과 대법원의 입장은 타당하며 당내경선의 의미를 명백히 밝혀주었다는 점에서 큰 의의가 있다고 본다.

3. 허위사실공표에 해당하는지 여부

(1) 대상판결과 하급심의 입장

공직선거법 제250조 제2항에서 규정하는 ‘허위의 사실’이라 함은 진실에 부합하지 않은 사항으로서 선거인으로 하여금 당내경선후보자 및 공직선거후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이면 충분하지만, 단순한 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 불과한 경우에는 이에 해당되지 아니한다. 어떤 진술이 사실주장인가 또는 의견표현인가를 구별함에 있어서는 선거의 공정을 보장한다는 입법 취지를 염두에 두고 언어의 통상적 의미와 용법, 문제된 말이 사용된 문맥, 입증가능성, 그 표현이 행하여진 사회적 상황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 한다.

위와 같은 법리에 따라 피고인이 공소의 1에게 전화로 한 말에 관하여 보건대, 위와 같은 말이 공소의 2에 대한 당비대납과 관련한 내용에 연이어 사용되었고, 당시 당비대납과 관련된 문제가 회자되고 있었던 점에 비추어 보면, 피고인이 2006. 4. 24.과 같은 달 29. 공소의 1에게 말한 내용 중 “공소의 2가 어떻게 비례대표 자격이 있느냐”, “공소의 2를 어떻게 공천하느냐. 절대로 공천 받지 못하도록 하겠다.”고 말한 부분은 공소의 2에 대한 당비대납 사실 또는 이에 대한 당내 논란을 전제로 ‘공소의 2는 비례대표의 자격을 갖추지 못하였다’는 피고인의 의견을 공소의 1에게 표현한 것에 불과하다.

허위사실공표죄 등이 성립하기 위해서는 검사가 공표된 사실이 허위라는 점을 적극적으로 증명할 것이 필요하고, 공표한 사실이 진실이라는 증명이 없다는 것만으로는 허위사실공표죄가 성립할 수 없는데, 위 증명책임을 다하였는지 여부를 결정함에 있어서는, 어느 사실이 적극적으로 존재한다는 것의 증명은 물론 그 사실의 부존재의 증명이라도 특정기간과 특정장소에서의 특정행위의 부존재에 관한 것이라면 적극적 당사자인 검사가 이를 합리적 의심의 여지가 없이 증명하여야 할 것이지만, 특정되지 아니한 기간과 공간에서의 구체화되지 아니한 사실의 부존재를 증명한다는 것은 사회통념상 불가능한 반면 그 사실이 존재한다고 주장, 증명하는 것이 보다 용이한 법이므로

이러한 사정은 검사가 그 입증책임을 다하였는지를 판단함에 있어 고려되어야 할 것이고, 따라서 의혹을 받을 일을 한 사실이 없다고 주장하는 사람에 대하여 의혹을 받을 사실이 존재한다고 적극적으로 주장하는 자는 그러한 사실의 존재를 수증할 만한 소명자료를 제시할 부담을 진다고 할 것이며, 검사는 제시된 그 자료의 신빙성을 탄핵하는 방법으로 허위성의 입증할 수 있다고 할 것인데, 이때 제시하여야 할 소명자료는 위의 법리에 비추어 단순히 소문을 제시하는 것만으로는 부족하고 적어도 허위성에 관한 검사의 입증활동이 현실적으로 가능할 정도의 구체성은 갖추어야 한다.

(2) 소결

공직선거법 제250조 제3항에서 규정하는 허위사실공표죄가 성립하려면, 우선 허위의 사실을 공표하여야 하고, 허위의 사실이라 함은 진실에 부합하지 않은 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이면 충분하나, 단순한 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 불과한 경우에는 이에 해당하지 아니한다. 그리고 어떤 진술이 사실주장인가 의견표현인가를 구별함에 있어서는 선거의 공정을 보장한다는 입법취지를 염두에 두고 연의의 통상적 의미와 용법, 문제된 말이 사용된 문맥, 입증가능성, 그 표현이 행하여진 사회적 상황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 한다. 허위사실공표죄는 불특정 또는 다수인에게 허위의 사실을 공표하는 것으로서 공직선거법 제250조에는 그 방법을 정하고 있으며, 이는 명예훼손 또는 신용훼손죄의 허위사실 적시나 사실의 유포와는 다른 개념으로 공표(公表)라는 용어를 사용하고 있다. 허위사실공표죄의 구성요건을 살펴보면 '연설, 방송, 신문, 통신, 잡지, 벽보, 선전문서 및 기타 방법'이라고 정하여 적어도 불특정 또는 다수에게 대량적으로 유포될 수 있는 방법들을 열거하고 아울러 '기타의 방법'에 의한 행위까지 규율하고 있는 바, 이는 적어도 열거한 방법과 동일시 될 수 있을 정도의 가벌성을 지니는 방법을 일컫는 것으로서 공중에게 대량적으로 유포 또는 표현하는 행위, 즉 공표행위에 이른 경우에만 이를 구성요건의 범위에 포함시키고 있다 할 것입니다. 그러나 피고인은 공소외인에게 전화하여 사적인 대화를 나누던 도중 이에 대한 이야기를 하였던 것인 바, 공중에게 표현한다는 의미의 공표(公表)에 이르지 않은 이 사건 공소사실과 같은 사적대화까지 허위사실공표죄의 기타의 방법에 포함시켜 의율하는 것은 죄형법정주의에 명백히 위반된다고 본다. 공소외인은 이 사건 공직후보자추천과는 전혀 무관한 자이고, 공소외인도 뿐 말한 적은 없다고 하는 등 '불특정 또는 다수인'에 대한 전파가능성이 전혀 없었으므로 허위사실공표에 해당하지 않는다고

판시한 것은 정당하다.

V. 결 론

앞서 언급한 바와 같이 대상판결은 공직선거법에 의한 당내경선 규제 이후 최초의 판결로서 공직선거법 제250조 제3항의 '당내경선'의 의미와 범위에 대한 해석을 담고 있다. 또한 종래부터 규율되던 허위사실공표죄에 관한 구성요건의 해석과 적용까지 다루고 있다는 점에서 자못 의의가 큰 판결이라고 생각한다.

이 판결 이후 대법원은 2008. 7. 10. 선고 2008도2737 판결에서 공직선거법 상의 '당내경선의 자유'의 의미를 밝힌 바 있고, 2008. 9. 25. 선고 2008도6232 판결에서는 '당내경선운동'에 해당하는지 여부의 판단 방법에 대하여 판시한 바 있다. 2010년 6월 지방선거를 앞두고도 각 정당마다 당내경선이 이루어지고 있는 바, 올해 하반기부터 내년까지 많은 공직선거법위반죄에 관한 판결에 쏟아지리라 예상된다. 그 중 당내경선의 문제는 지금까지 큰 관심을 기울이지 않은 분야였지만, 정당 규모의 확장 및 당내민주주의의 정착 등으로 당내경선이 선거에서 가지는 중요성은 더욱 커졌기 때문에 이에 대한 선거법위반 여부에 대하여도 타당성 있는 형사사법이 이루어지기를 기대한다.

참고문헌

정병욱, 「공직선거법」, 박영사, 2006.

황정근, “허위사실공표죄에 관한 고찰”, 「법조」, 525호, 법조협회, 2000.

천대엽, 허위사실공표죄의 구성요건인 '허위사실'의 입증문제, 「형사재판의 제문제」, 5권, 박영사 2005.

[Abstract]

A Study about the publication of false information under the Public Official Election Act

-2007Da6503 delivered by Supreme Court on November 16, 2007.-

Park, Sun-Ah

Professor, Law School, Jeju National Univ.

This case relates to the dissemination of false information specified in the Article 250 under the Public Official Election Act. It reflects the interpretation of the conditions that make the guilt of false information dissemination constitute, and furthermore, is the first case of the Supreme Court regarding the guilt of the dissemination of false information in relation to the election within the parties which is specified in the Clause 3 that were enacted newly.

The Article 16 of the Public Official Election Act defines the elevation crime that can be prosecuted as criminal crime with respect to the behavior that is prohibited or regulated by the Election Act. Public Official Election Act expanded the scope of punishment and strengthened the punishment for those election crimes. In addition, Public Official Election Act is important politically because it provides the basis for strong restriction such as revocation of election of a candidate who is punished with a fine exceeding KRW 1 million, and the interpretation and application of the conditions specified in this Act are considered very important for the criminal justice.

Key words : Public Official Election Act, Publication of False Information, Election within the Party.