

농업협동조합법 제172조 제3항 위헌소원에 대한 평석*

- 현재 2012. 2. 23. 2010헌바480 결정을 중심으로 -

이 부 하

영남대학교 법학전문대학원 교수

< 목 차 >

- I. 서 론
- II. 현재 결정의 사건개요 및 결정요지
- III. 심판대상조항의 비례성원칙 위반 여부
- IV. 심판대상조항의 평등원칙 위반 여부
- V. 심판대상조항의 명확성원칙 위반 여부
- VI. 결 론

【국문초록】

농업협동조합법 제172조 제3항에서는 지역농협의 조합장 선거와 관련하여 공연히 사실을 적시하여 후보자를 비방한 경우 500만원 이상의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 이는 비례성 원칙에 위배되어 청구인의 정치적 표현의 자유를 침해하고, 공직선거법 제251조의 후보자비방죄와 비교하여 차별의 헌법적 정당성이 부족하다. 다만, 농업협동조합법 제172조 제3항 중 “비방”이라는 용어는 다소 추상적인 용어를 사용하고 있지만, 비방이라는 용어는 선거관련자들이 그 의

* 투고일 : 2012.06.08, 심사완료일 : 2012.06.21, 게재확정일 : 2012.06.24

미를 충분히 예측할 수 있으므로 헌법상 명확성원칙에 위배되지 않는다.

I. 서론

최근 헌법재판소 판례 중에서 농협의 조합장선거와 관련된 선거운동 중에 표현행위가 사실을 적시하여 비방하는 경우에 해당되어 처벌하도록 규정하고 있는 농업협동조합법 제50조 제3항에 관한 위헌심사형 헌법소원 사건¹⁾을 중심으로 이 법률조항이 청구인의 기본권을 침해하고 있는지를 헌법적 관점에서 다루어 보고자 한다.

II. 현재 결정의 사건개요 및 결정요지

1. 사건의 개요

청구인은 2009. 9. 22. 실시된 ○○농업협동조합(이하 농업협동조합은 모두 '농협'이라 한다) 조합장선거와 관련하여 공연히 사실을 적시하여 후보자인 이○두를 비방하였다는 범죄사실로 기소되어 2010. 6. 9. 1심에서 벌금 250만 원을 선고 받았다(창원지방법원 밀양지원 2010고단24). 청구인은 항소심 계속 중(창원지방법원 2010노1402) 농업협동조합법 제49조 제1항 및 제172조 제3항에 대하여 위헌법률심판제청 신청을 하였으나, 위 법원은 2010. 11. 29. 제49조 제1항 부분은 각하하고, 제172조 제3항 부분은 기각하는 결정을 하였고(창원지방법원 2010초기979), 위 결정은 2010. 11. 30. 청구인에게 송달되었다. 이에 청구인은 2010. 12. 21. 농업협동조합법 제172조 제3항의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 심판의 대상

1) 현재 2012. 2. 23. 2010헌바480.

청구인은 구 농업협동조합법(2004. 12. 31. 법률 제7273호로 개정되고 2009. 6. 9. 법률 제9761호로 개정되어 2009. 12. 10. 시행되기 전의 것, 이하 ‘농협법’이라고만 한다) 제172조 제3항 전부에 대하여 심판청구를 하고 있으나, 당해사건에서 청구인은 지역농협의 조합장 선거와 관련하여 공연히 사실을 적시하여 후보자를 비방하였다는 이유로 기소되었으므로, 이 사건 심판대상은 위 법률조항 중 “지역농협의 임원선거와 관련하여 공연히 사실을 적시하여 후보자를 비방함으로써 제50조 제3항을 위반한 자”에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)으로 한정함이 상당하다.

심판대상조항의 내용은 다음과 같다.

구 농업협동조합법(2004. 12. 31. 법률 제7273호로 개정되고 2009. 6. 9. 법률 제9761호로 개정되기 전의 것)

제172조(벌칙) ③ 제50조 제3항(제107조·제112조 또는 제161조에 따라 준용되는 경우를 포함한다)의 규정을 위반하여 허위사실 공표 등 후보자를 비방한 자는 500만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

제50조(선거운동의 제한) ③ 누구든지 지역농협의 임원 또는 대의원선거와 관련하여 연설·벽보 기타의 방법으로 허위의 사실을 공표하거나 공연히 사실을 적시하여 후보자를 비방할 수 없다.

3. 청구인의 주장 및 사건의 쟁점

1) 청구인의 주장

공직선거법 제251조의 경우 ① 제250조의 허위사실공표죄와 구별하여 사실을 적시하여 후보자를 비방한 경우에는 벌금형의 상한만 규정하여 법관의 감경이 없더라도 피선거권의 박탈이 없는 100만 원 미만의 벌금이 가능하도록 하고 있고, ② 후보자를 비방하였다고 하더라도 ‘다만, 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.’라는 위법성 조각사유를 규정하고 있다.

반면, 이 사건 법률조항은 위와 같은 특수한 위법성 조각사유를 규정하고 있지 않고, 사실을 적시한 경우도 거짓의 사실을 공표한 경우와 마찬가지로 500만 원 이상 3,000만 원 이하로 법정형을 정하여 거듭 감경하더라도 100만 원 이상의 벌금형을 선고받을 수밖에 없어 농협의 임원이 될 수 있는 길을 원천적으로

봉쇄하고 있는바, 이는 지역농협 임원선거 출마자 등을 공직선거 출마자 등과 합리적 이유 없이 차별함으로써 청구인의 평등권을 침해하고, 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 직업선택의 자유 또는 피선거권을 침해하는 것이다.

2) 사건의 쟁점

첫째, 구 농업협동조합법(2004. 12. 31. 법률 제7273호로 개정되고, 2009. 6. 9. 법률 제9761호로 개정되기 전의 것) 제172조 제3항 중 ‘지역농협의 임원선거와 관련하여 공연히 사실을 적시하여 후보자를 비방함으로써 제50조 제3항을 위반한 자’에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 공직선거법과는 달리 허위사실을 공표한 자와 구별하여 법정형을 정하지 않고, 특수한 위법성 조각사유를 규정하고 있지도 않아 평등원칙에 위배되는지 여부

둘째, 이 사건 법률조항에서 두 번 감경하더라도 임원 자격이 박탈되는 500만 원 이상으로 벌금형의 하한을 정한 것이 책임과 형벌의 비례원칙에 위배되는지 여부

4. 결정요지

1) 지역농협의 임원선거의 경우에는 공직선거에 비해 선거권자나 선거구의 범위가 협소하고, 피선거인과 선거인들 간의 연대 및 지역적 폐쇄성이 강하여 후보자 비방을 통한 불공정한 선거운동의 가능성과 그것이 선거에 미치는 영향력이 공직선거에 비해 훨씬 크며, 이로 인하여 선거 후에도 조합원 상호간의 인적 신뢰가 붕괴되어 협동조합의 제 기능을 발휘하지 못하거나 존속 자체가 위협받게 될 우려가 크다는 특수한 사정이 있다. 또한, ‘비방’에 대한 합리적 해석 및 형법 제20조의 일반적 위법성조각사유의 적용을 통하여 후보자의 명예 보호 및 선거의 공정과 표현의 자유 간에 균형을 유지할 수 있는 점, 이 사건 법률조항에서는 별도로 징역형을 규정하지 않고 있는 반면 공직선거법 제251조는 3년 이하의 징역형도 같이 규정하고 있어 단순히 벌금형 액수만으로 이 사건 법률조항의 법정형이 공직선거법의 후보자비방죄보다 중하다고 할 수는 없는 점 등을 종합하면, 이 사건 법률조항이 별도로 위법성 조각사유를 규정하고 있지 않다거나 거짓의 사실을 공표한 경우와 동일한 법정형을 정하고 있다 하여도 명백히 입법재량권의 범위를 벗어난 자의적인 차별이라고 보기는 어렵다.

2) 이 사건 법률조항에서 두 번 감경하더라도 임원 자격이 박탈되는 500만 원 이상으로 벌금형의 하한을 정한 것은, 위에서 본 지역농협 임원선거의 특성을 고려한 것이고, 여러 가지 양형 조건을 참작하여 법관이 벌금형의 선고유예를 할 여지도 있으며, 100만 원 이상의 벌금형을 선고받는다 하더라도 조합원이나 대의원의 자격은 유지한 채 임원자격만이 박탈되는 것이고 그 효과는 4년이라는 기간에 제한된다는 점을 고려하면, 지나치게 과도하여 형벌과 책임의 비례 원칙에 반한다고 할 정도는 아니다.

III. 심판대상조항의 비례성원칙 위반 여부

1. 선거운동의 자유 대(對) 선거의 공정성 보장

선거운동은 국민의 참정의욕을 고취하고 선거에의 관심을 높임은 물론 선거인에게 후보자의 선택에 관한 판단의 자료를 얻을 수 있는 유력한 기회가 되는 것이므로, 선거운동의 자유 혹은 선거에 있어서의 의사표현의 자유는 최대한으로 보장되는 것이 바람직하다. 그러나 선거운동의 자유라는 이름하에 무제한으로 방임될 경우에는 부당한 경쟁과 금력, 권력, 폭력 등의 개입으로 오히려 선거인의 자유의사가 왜곡되고 후보자 상호간의 실질적인 기회의 균등이 무너지는 등의 폐해가 초래될 우려가 매우 크므로 그에 대한 어느 정도의 제한은 필연적이라고 할 수 있다. 이에 우리 헌법은 “국민의 자유와 권리는 그 본질적인 내용을 침해하지 않는 범위 내에서 법률로써 제한할 수 있다.”(헌법 제37조 제2항)고 함으로써 선거운동의 자유도 ‘선거의 공정성 보장’이라는 공익을 위하여 필요한 경우에는 법률로써 제한할 수 있도록 하였다.

공직선거법도 선거의 자유와 공정성을 확보하기 위하여 선거운동의 주체, 기간, 방법 등에 대하여 일정한 제한을 가하고 있다. 공직선거법의 각 조항들에 의한 선거운동의 제한은 의사표현의 내용 그 자체에 대한 제한이 아니라 선거운동 과정에서 예상되는 다양한 선거운동의 방법 중에서 특히 중대한 폐해를 초래함으로써 선거의 자유와 공정성을 해칠 우려가 크다고 인정되는 의사표현의 특수한 수단방법에 국한하고 있고, 또한 제한의 경우에도 필요한 경우에 최소한의 정도를 넘지 않아야 한다.

2. 비례성 원칙 위반 여부

1) 정치적 표현의 자유의 제한

표현의 자유는 우리 헌법 제21조 제1항에서 보장하는 기본권으로서 사상, 양심, 지식 및 경험을 언론과 출판이라는 수단에 의하여 외부로 표현하는 자유를 말한다. 표현의 자유는 개인의 자유로운 자아실현의 수단이며, 진리획득의 방법이며, 참다운 국민의 의사를 표현하고 올바른 여론을 형성하는 기능을 하며, 국가와 사회의 안정과 변화를 조율하는 기능을 한다.²⁾

농업협동조합법 제172조 제3항이 특정후보자의 공연한 사실을 적시하여 후보자를 비방하는 경우에 엄하게 처벌하고 있으므로 이러한 법규정이 국민의 정치적 표현의 자유에 대한 침해가 되는지가 문제된다. 따라서 농업협동조합법 제172조 제3항이 비례성 원칙에 위배되어 청구인의 정치적 표현의 자유를 침해하는지 여부를 판단하기로 한다.

2) 비례성 원칙에 의한 심사

(1) 목적의 정당성

농업협동조합법 제172조 제3항에 의거하여 지역농협 임원선거에서 사실적시에 의한 후보자 비방행위를 처벌하는 것은 선거의 공정성을 확보하기 위한 목적을 지닌다. 이는 헌법 제37조 제2항의 '질서유지'에 해당하는 목적으로서 입법목적이 정당하다.

(2) 수단의 적합성

농업협동조합법 제172조 제3항에 의하면, 지역농협 임원선거에서 사실적시에 의한 후보자 비방행위를 500만 원 이상의 벌금형에 처하도록 한 것은 지역농협 임원선거에서 선거의 공정성을 확보하기 위한 목적에 기여할 수 있는 적합한 수단이다.

2) 이부하, 헌법학원론, 신문사, 400-401면.

(3) 침해의 최소성

국민의 대표를 선출하는 공직선거가 자조적 조직인 지역농협을 운영할 임원을 선출하는 선거에 비해 그 정치적·사회적 중요성이 훨씬 높아 선거의 공정성을 유지하여야 할 공익도 보다 크다. 따라서 공직선거에서의 사실적시에 의한 후보자비방행위를 500만 원 이하의 벌금형에 처하면서 지역농협 임원선거에서의 사실적시에 의한 후보자비방행위를 500만 원 이상의 벌금형에 처하는 것은 정치적 표현의 자유를 과도하게 제한하고 있는 것이다. 또한 구 농업협동조합법 제172조의 벌칙 조항에서 500만원 이상 3,000만 원 이하로 법정형을 정하고 있어 거듭 감경하더라도 농협 임원의 자격이 박탈되는 100만 원 이상의 벌금형을 선고받을 수밖에 없어, 법정형의 하한을 과도하게 상향하여 정한 것은 침해의 최소성에 위배된다.

(4) 법익의 균형성

농업협동조합법 제172조 제3항이 지역농협 임원선거에서 사실적시에 의한 후보자비방행위를 처벌하는 것은 선거의 공정성을 확보하기 위한 공익적 목적을 실현하기 위한 법규정이다.

공직선거에서의 후보자들간 경쟁보다 지역농협 임원선거의 후보자들간의 경쟁의 과도성을 더욱 인정해야 할 필요성이 없는 점, 우리나라의 공직선거보다 지역농협 임원선거의 불법성이 과도하다고 보기 어려운 점 등을 고려하면, 위 법률조항으로 인하여 청구인의 정치적 표현의 자유를 제한받는 불이익이 선거의 공정성 확보라는 공익보다 더 적다고 할 수 없다. 그러므로 법익의 균형성을 갖춘 것이라 할 수 없다.

IV. 심판대상조항의 평등원칙 위반 여부

1. 차별대상의 본질적 동일성 여부 및 차별취급의 존재 여부

1) 법정형의 차별

공직선거법은 제250조에서 “당선되거나 당선되게 할 목적으로 … 허위의 사실을 공표한 자는 … 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.”라고(제1항), “당선되지 못하게 할 목적으로 … 허위의 사실을 공표한 자는 … 7년 이하의 징역 또는 500만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처한다.”라고(제2항) 각 규정하면서도, 제251조에서 “당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 … 공연히 사실을 적시하여 … 비방한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정함으로써, ‘사실을 적시한 자’를 ‘허위사실을 공표한 자’에 비하여 현저히 낮은 형으로 처벌하고 있다.

반면 이 사건 법률조항은 ‘공연히 사실을 적시하였는지’ 또는 ‘허위의 사실을 공표하였는지’에 관계없이 일률적으로 500만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

이러한 벌금형의 하한의 차이 때문에, 법관은 ‘공직선거법상 사실을 적시하여 후보자를 비방한 자’에 대하여는 범행동기, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 피해의 정도 등을 고려하여 100만원 미만의 벌금형을 선고함으로써 피선거권이나 공무담임권이 박탈되게 하지 않을 수 있는 반면, ‘농협법상 사실을 적시하여 후보자를 비방한 자’에 대하여는 법관이 작량감경을 하여도 250만원 이상의 벌금형을 선고할 수밖에 없고, 이 사건 법률조항에 위반하여 벌금 100만 원 이상의 형을 선고 받고 4년이 지나지 아니한 사람은 지역농협의 임원이 될 수 없다는 농협법 제49조 제1항 제8호에 따라 지역농협의 임원이 될 자격을 박탈하게 된다.

2) 위법성 조각사유의 차별

공직선거법 제251조 단서는 “다만, 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 않는다.”고 규정하여 공직선거에 있어서 공공의 이익을 위하여 후보자에 대한 진실한 사실을 적시한 경우에는 위법성이 조각되는데 반하여, 이 사건 법률조항에는 위와 같은 위법성 조각사유를 규정하지 않음으로써 지역농협의 임원선거에 있어서는 위와 같은 경우에도 처벌을 면할 수 없다.

2. 차별의 헌법적 정당성 여부

1) 심사기준

자의심사의 경우에는 차별을 정당화하는 합리적인 이유가 있는지만을 심사하기 때문에 그에 해당하는 비교대상간의 사실상의 차이나 입법목적(차별목적)의 발견·확인에 그치는 반면³⁾, 비례성심사의 경우에는 단순히 합리적인 이유의 존부문제가 아니라, 차별을 정당화하는 이유와 차별간의 상관관계에 대한 심사, 즉 비교대상간의 사실상의 차이의 성질과 비중 또는 입법목적(차별목적)의 비중과 차별의 정도에 적정한 균형관계가 이루어져 있는가를 심사한다.

대상 판례의 결정이유에서는 “이 사건 법률조항에 의한 차별취급은 대상이 되는 선거의 성격에 따른 것으로서 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우라고 할 수 없고, 차별의 내용도 형사처벌의 범위나 정도에 관련된 것으로서 차별취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에 해당한다 할 수도 없으므로, 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위배되는지 여부는 자의금지원칙에 따라 판단하기로 한다.”고 한다고 판시하고 있다.⁴⁾

우리나라 헌법재판소는 일반적으로 비례성원칙의 심사를 하여야 하는 경우로서, 첫째, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우, 즉, 헌법이 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준 또는 차별을 금지하고 있는 영역을 제시하고 있음에도 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별의 경우, 둘째, 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우를 들고 있다.⁵⁾

3) 일반적으로 자의금지원칙에 관한 심사요건은 ① 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하고 있는지에 관련된 차별취급이 존재하는지 여부와, ② 이러한 차별취급이 존재한다면 이를 자의적인 것으로 볼 수 있는지 여부라고 할 수 있으며, 나아가 ①의 요건과 관련하여 두 개의 비교집단이 본질적으로 동일한가의 판단은 일반적으로 관련 헌법 규정과 당해 법 규정의 의미와 목적에 달려 있고, ②의 요건과 관련하여 차별취급의 자의성은 합리적인 이유가 결여된 것을 의미하므로, 차별대우를 정당화하는 객관적이고 합리적인 이유가 존재한다면 그 차별대우는 자의적인 것으로 볼 수 없게 된다(헌재 2008. 10. 30. 2006헌바35, 판례집 20-2상, 793, 801; 헌재 2010. 6. 24. 2008헌바128, 판례집 제22권 1집 하, 473, 484).

4) 헌재 2012. 2. 23. 2010헌바480.

5) 헌법재판소에서는 평등위반여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도와 완화된 심사척도의 두 가지 척도를 구별하고, 어떤 심사척도를 적용할 것인가를 결정하는 기준으로서 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우(즉, 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있는 경우)와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 엄

여기서 기본권에 대한 “중대한 제한”의 판단이 문제된다. 중대한 제한이라는 불명확한 기준을 가지고 평등권 심사에 있어서 엄격한 심사기준으로 사용한다는 것은 자의적이고 주관적인 기준을 사용하겠다는 것과 다름 아니다. 기본권에 대한 중대한 제한이라는 기준으로 기본권의 침해 정도를 유형화하기도 어렵고, 기본권 판단을 위한 구체적 기준을 제시할 수 없기 때문에 ‘기본권에 대한 중대한 제한’이라는 심사기준을 사용하는 것은 부적절하다. ‘기본권에 대한 중대한 제한’이라는 기준을 사용하기 위해서는 더욱 구체화된 하위기준들을 헌법재판소가 제시했어야만 한다. 이는 우리 헌법재판소가 자의금지원칙을 사용할 것이냐 아니면 비례성 원칙을 사용할 것이냐는 이미 의도된 결론을 내놓고 이에 이론을 꿰어 맞추는 논리전개에 따른 귀결이라 생각된다. 오히려 인권관련적 차별이나 사물관련적 차별이냐를 본질적으로 선행 판단한 다음, 이러한 판단에 따라 비례성 원칙을 적용하든지 아니면 자의금지원칙을 적용하는 것이 더 효과적인 심사기준이라 사료된다.⁶⁾

이 사건의 경우에는 공직선거에 있어서 비방을 하는 행위와 지역농협 임원선거에 있어서 비방을 하는 행위간에 차별적 처벌을 하는 것을 정당화시킬 수 있을 정도의 속성과 비중을 지닌 객관적 사유에 근거한 것인지 여부를 비례성 원칙 심사기준에 의거해 심사해 본다.

2) 차별취급의 비례성 여부

(1) 차별목적의 정당성

공직선거법 제251조에서 후보자비방죄와 마찬가지로 농업협동조합법 제172조 제3항에서 지역농협 임원선거에서 사실적시에 의한 후보자 비방행위를 처벌하

격한 심사척도가 적용되어야 하고, 그렇지 않은 경우에는 완화된 심사척도에 의한다는 원칙을 적용하고 있다. 이 경우 엄격한 심사를 한다는 것은 자의금지원칙에 따른 심사 즉, 합리적 이유의 유무를 심사하는 것에 그치지 아니하고 비례성원칙에 따른 심사 즉, 차별취급의 목적과 수단간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 한 심사를 행함을 의미하며(헌재 1999. 12. 23. 98헌바33, 판례집 11-2, 732, 749 ; 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787-788 ; 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 403-404 ; 2001. 6. 28. 2001헌마132, 판례집 13-1, 1441, 1464-1465; 헌재 2002. 9. 19. 2000헌바84, 판례집 제14권 2집, 268, 284).

6) 이부하, 헌법상 평등원칙에 대한 심사기준, 법학연구 제19권 제2호, 경시대 법학연구소, 2011. 8. 275-276면.

는 것은 선거의 공정성을 확보하기 위한 목적을 지닌다. 이는 헌법 제37조 제2항의 '질서유지'에 해당하는 목적으로서 입법목적이 정당하다.

(2) 차별대우의 적합성

농업협동조합법 제172조 제3항에서 지역농협 임원선거에서 사실적시에 의한 후보자 비방행위를 500만 원 이상 3000만 원 이하의 벌금형에 처하도록 한 것은 지역농협 임원선거에서 선거의 공정성을 확보하기 위한 목적에 기여할 수 있는 적합한 수단이다.

(3) 차별대우의 필요성

법정의견에 의하면, "지역농협 임원선거의 경우 공직선거와 달리 투표권을 가진 조합원의 수가 비교적 적고 지역사회 자체가 인정과 의리를 중시하는 특성을 가지고 있어 비방으로 인한 후보자의 인격적 가치와 그의 도덕적·사회적 행위에 대한 사회적 평가의 훼손 정도 및 그릇된 정보의 유통으로 인하여 선거의 공정성을 해할 우려가 상대적으로 큰 점을 고려할 때, 이같은 차별에는 합리적 이유가 있다"고 주장한다.

그러나 조합원 숫자가 비교적 적은 지역농협선거에서 후보자를 비방한 행위의 영향이 공직선거에서의 그것과 비교하여 더 크다고 할 수 있는지 의문이고, 오히려 국민의 대표를 선출하는 공직선거는 자조적 조직인 지역농협을 운영할 임원을 선출하는 선거에 비해 그 정치적·사회적 중요성이 훨씬 높아 선거의 공정성을 유지하여야 할 공익도 보다 크다는 점을 고려하면, 공직선거에서의 사실적시에 의한 후보자비방행위를 500만 원 이하의 벌금형에 처하면서 지역농협 임원선거에서의 사실적시에 의한 후보자비방행위를 500만 원 이상의 벌금형에 처하는 것은 목적 달성을 위한 최소침해수단이라고 보기는 어렵다.

또한 이 사건 법률조항에 위법성 조각사유를 규정하지 않은데 대하여, 법정의견은 "형법 제20조에서 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'를 일반적 위법성조각사유로 규정하고 있어 이 사건 법률조항의 후보자비방행위에 해당하는 때에도 사회상규에 반하지 않는다고 판단된다면 위법성이 조각되므로 굳이 이 사건 법률조항에 위법성조각사유를 두어야 할 필요는 없다"고 주장한다.

그러나 형법 제20조의 정당행위를 인정하려면, 행위의 동기나 목적의 정당성, 행위의 수단이나 방법의 상당성, 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 긴급성,

보충성 등의 요건을 갖추어야 하므로,⁷⁾ 이러한 형법상 위법성 조각사유가 있다는 이유만으로 이 사건 법률조항에 고유한 위법성 조각사유를 규정할 필요가 없다고 볼 수는 없다. 공직선거법에서는 고유한 위법성 조각사유를 규정함에 비해, 지역농협을 운영할 임원을 선출하는 선거를 규율하는 농업협동조합법에서는 고유한 위법성 조각사유를 규정하지 않고 형사처벌할 수 있도록 한 이 사건 법률조항은 기본권을 과도하게 제한하여 침해의 최소성에 반한다고 볼 수 있다.

(4) 법익의 균형성

선거의 공정성을 확보하기 위한 목적으로 지역농협 임원선거에서 사실적시에 의한 후보자 비방행위를 처벌하는 이 사건 법률조항으로 선거운동을 통한 정치적 의사표현에 대한 제약 및 기본권적 이익의 실질적 침해는 크다고 할 수 있다. 반면, 지역농협선거에서 후보자를 비방한 행위의 영향이 공직선거에서의 후보자 비방한 행위의 영향과 비교하여 더 크다고 할 수 없기 때문에 공직선거에 비해 지역농협 임원선거의 정치적·사회적 중요성이 적기 때문에 선거의 공정성을 유지하여야 할 공익도 그리 크지 않다고 보인다. 따라서 지역농협 임원선거에서 공정성을 달성하려는 이익과 이를 통해서 침해되는 정치적 표현의 자유라는 이익 사이에 중대한 불균형이 초래된다.

V. 심판대상조항의 명확성원칙 위반 여부

1. 명확성원칙 위배 여부

1) 명확성원칙의 의미

법치국가원리의 한 표현인 명확성의 원칙은 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인이 법규범의 의미내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 수범자가 알 수 있어야 법적 안정성과 예측가능성은 확보될 수 있게 된다. 또한 이로 인하여 법집행 당국에 의한 자의적 집행을 방

7) 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도4415 판결 등 참조.

지하고자 하는 원칙이다.

2) 명확성원칙의 판단기준

모든 법규범의 문언을 순수하게 기술적 개념만으로 구성하는 것은 입법기술적으로 불가능하고, 다소 광범위하여 어느 정도의 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도, 통상의 해석방법에 의하여 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이라면 당해 처벌법규의 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정하였다면 헌법이 요구하는 명확성의 원칙에 반한다고 할 수는 없다 할 것이다.

법규범이 명확한지 여부는 그 법규범이 수범자에게 법규의 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 예측가능성을 주고 있는지 여부 및 그 법규범이 법을 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행이 배제되는지 여부, 다시 말하면 예측가능성 및 자의적 법집행 배제가 확보되는지 여부에 따라 이를 판단할 수 있는데, 법규범의 의미내용은 그 문언뿐만 아니라 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화하게 되므로, 결국 법규범이 명확성원칙에 위반되는지 여부는 위와 같은 해석방법에 의하여 그 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있는 해석기준을 얻을 수 있는지 여부에 달려 있다.

3) 명확성의 정도

법규범이 표현의 자유를 규제하는 경우에는 명확성의 요구가 보다 강화된다. 즉, 무엇이 금지되는 표현인지 불명확한 경우에 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권 주체는 대체로 규제에 대한 우려 때문에 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높으므로 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 요구된다.

4) 관련 판례 검토

(1) 공직선거법 제251조의 후보자비방죄는 당선되거나 되게 하거나 되지 못하

게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 공연히 사실을 적시하여 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다), 그의 배우자, 또는 직계존·비속이나 형제자매를 비방할 경우 성립하는 것으로서 이때 ‘비방’이라 함은 정당한 이유 없이 상대방을 깎아내리거나 헐뜯는 것을 의미한다.⁸⁾ 한편 법 제251조 단서의 규정에 의하여 위법성이 조각되기 위하여서는 적시된 사실이 전체적으로 보아 진실에 부합하고, 그 내용과 성질에 비추어 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한다는 동기를 가지고 있어야 하되, 반드시 공공의 이익이 사적 이익보다 우월한 동기에서 된 것이 아니더라도 양자가 동시에 존재하고 거기에 상당성이 인정되어야 할 것이다.⁹⁾

(2) 구법 제70조 제1, 2항에서 정한 ‘사람을 비방할 목적’이란 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로서, 사람을 비방할 목적이 있는지 여부는 당해 적시 사실의 내용과 성질, 당해 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 그 표현의 방법 등 그 표현 자체에 관한 제반 사정을 감안함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등을 비교, 고려하여 결정하여야 하는데, 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계에 있으므로, 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방할 목적은 부인된다고 봄이 상당하고, 공공의 이익에 관한 것에는 널리 국가·사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것도 포함하는 것이고, 행위자의 주요한 동기 내지 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있더라도 비방할 목적이 있다고 보기는 어렵다.¹⁰⁾

(3) 공직선거법 제251조 부분 중 “비방”의 의미는 ‘사회생활에서 존중되는 모든 것에 대하여 정당한 이유 없이 상대방을 깎아내리거나 헐뜯는 것’이라고 해

8) 대법원 2007. 9. 21. 선고 2007도2824 판결, 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도3261 판결.

9) 대법원 2000. 4. 25. 선고 99도4260 판결; 대법원 2004. 10. 27. 선고 2004도3919 판결; 대법원 2009. 6. 25. 선고 2009도1936 판결.

10) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008도8812 판결; 대법원 2010. 11. 25. 선고 2009도12132 판결.

석할 수 있는바, 이러한 용어는 일반인이 일상적으로 사용하거나 다른 법령들에서도 사용되는 일반적인 용어로서 일반인들도 그 대강의 법적 의미를 이해할 수 있는 표현이므로 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 아니한다.¹¹⁾

5) 사안의 검토

구 농업협동조합법 제172조 제3항 중 “지역농협의 임원선거와 관련하여 공연히 사실을 적시하여 후보자를 비방함으로써 제50조 제3항을 위반한 자”에서 ‘비방’이라는 추상적인 용어를 사용하고 있는바, 이러한 용어의 사용이 헌법상 명확성원칙에 위배하여 표현의 자유를 침해하는지 여부가 문제된다.

명확성원칙이란 법령을 명확한 용어로 규정함으로써 적용 대상자 즉 수범자에게 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 장래의 행동지침을 제공하고, 동시에 법 집행자에게 객관적 판단지침을 주어 차별적이거나 자의적인 법해석 및 집행을 예방하기 위한 원칙을 의미하는 것으로서, 민주주의와 법치주의의 원리에 기초하여 모든 기본권제한 입법에 요구되는 원칙이다.¹²⁾ 법규범이 명확한지 여부는 그 법규범이 수범자에게 법규의 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 예측가능성을 주고 있는지 여부와 그 법규범이 법을 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행이 배제되는지 여부, 다시 말하면 예측가능성 및 자의적 법집행 배제가 확보되는지 여부에 따라 이를 판단할 수 있는데, 법규범의 의미내용은 그 문언뿐만 아니라 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화하게 되므로, 결국 법규범이 명확성원칙에 위반되는지 여부는 위와 같은 해석방법에 의하여 그 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있는 해석기준을 얻을 수 있는지 여부에 달려 있다.¹³⁾ 그리고 수범자에 대한 행위규범으로서의 법령이 명확하여야 한다는 것은 일반 국민 누구나 그 뜻을 명확히 알게 하여야 한다는 것을 의미하지는 않고, 사회의 평균인이 그 뜻을 이해하고 위반에 대한 위험을 고지받을 수 있을 정도면 충분하며, 일정한 신분 내지 직업 또는 지역에 거주하는 사람들에게만 적용되는 법령의

11) 현재 2010. 11. 25. 선고 2010헌바53.

12) 현재 2010. 10. 28. 2008헌마638, 판례집 22-2하, 216, 228 참조.

13) 현재 2009. 5. 28. 2006헌마109등, 판례집 21-1하, 545, 561 참조.

경우에는 그 사람들 중의 평균인을 기준으로 하여 판단하여야 한다.

사전적으로 ‘비방’(誹謗)이란 남을 헐뜯고 비난하여 말함을 의미한다. 공직선거법 등 일련의 선거와 관련된 법률 등에서의 입법취지, 용어의 사전적 의미, 유사 사례에서의 법원의 법률해석 등을 종합하여 보면, 구 농업협동조합법 제172조 제3항에서 “비방”이란 ‘사회생활에서 존중되는 모든 것에 대하여 정당한 이유 없이 상대방을 깎아내리거나 헐뜯는 것’이라고 해석할 수 있다. 그리고 구체적으로 어떠한 행위가 비방에 해당하는지는 위 법률조항의 수범자인 평균적인 선거관련자를 기준으로 판단하여야 하는데, 선거관련자는 선거에 관하여 사전 지식을 지니고 고도의 선거에 관한 교육을 받은 정치인으로서 선거에 대한 전문적 지식뿐만 아니라 어느 정도의 선거에 관한 소양을 보유하고 있다는 점에 비추어 보면 청구인을 포함한 선거관련자들은 비방의 의미를 충분히 예측할 수 있다. 따라서 구 농업협동조합법 제172조 제3항은 수범자에게 행동지침을 제공하지 못하고 법 집행자에게 자의적인 법해석이나 법집행을 허용하고 있다고 할 수는 없으므로 명확성원칙에 위배되지 아니한다.

VI. 결 론

1. 위 사건에서 특정한 기본권을 침해했는지를 판단함에 있어서 왜 완화된 심사를 기준으로 하는지를 밝히고 있지 않다. 헌법재판을 함에 있어서 기준의 설정은 중요한 척도로서 그러한 심사기준을 사용하는 이유를 명확히 설시하여야만 판결이 국민의 설득과 동의를 득할 수 있을 것이다. 이 사건의 경우 비례성 심사 즉, 엄격한 심사기준을 적용하여야 함에도 불구하고 무리하게 완화된 심사를 자의적으로 적용한 판례로 사료된다.

2. 헌법재판소가 일관되게 판시하고 있는 평등원칙 심사에 있어서 엄격한 비례성 원칙 심사기준을 적용하는 ‘차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우’에 해당하는지를 판단해야 하는데, 이 사건에서는 정치적 표현의 자유를 침해하는 사건임에도 불구하고 비례성 원칙에 의한 심사를 하지 않았다. 선거과정에서 발생하는 정치적 표현행위에 대해 특별히 규율하는 법에서 위법성 조각사유를 규율하지 않고 공직선거법과는 달리 형벌

의 하한을 과중하게 규정하고 있는 것은 차별이 비례성 원칙에 부합한다고 보기 어렵다.

주제어 : 농업협동조합, 비방, 위법성 조각사유, 선거운동

참 고 문 헌

이부하, 헌법상 평등원칙에 대한 심사기준, 법학연구 제19권 제2호, 경상대 법학연구소, 2011. 8, 263-287면.

이부하, 헌법학원론, 신론사, 2008.

[Abstract]

A Commentary on the constitutional Litigation of the Agricultural Cooperative Law section 172 (3)

Lee, Boo-Ha

Professor, Law School of Yeungnam University

Related election for regional cooperation representative, a person who defames another by publicly alleging facts shall be punished by fine over five million won following section 172 (3) of the Agricultural Cooperative Act. This section infringes on Freedom of political expression of a claimant due to violate Principle of Proportionality and has lower legitimacy than section 251 of Public official Election Act. However, the term of "defame" in the section might look like a little bit abstract, but it not violate Principle of Definiteness as someone related a election can thoroughly expect its means.

Key words : the Agricultural Cooperative, slander, Reason for a piece of actus reus, an election campaign