영남대학교 법학연구소
「영남법학」 제49호 (2019.12.) 69~102면.
Yeungnam Univ. Law Journal
Vol.49 (Dec. 2019) pp.69~102.

공직선거법 제250조 제1항 허위사실공표죄의 처벌 범위* **

류 석 준***

< 목 차 >

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 공직선거법 제250조 제1항의 처벌 범위
Ⅲ. 수원고등법원 2019. 9. 6. 선고 2019노119 판결의 검토
Ⅳ. 결론

Ⅰ. 서론

표현의 자유를 제한하고 있는 명예훼손죄는 '공연히' 사실을 적시한 경우에만 처벌하도록 규정되어 있다. 이처럼 형법이 사실 적시 행위를 공연성이 있는 경우로 제한하는 이유는 본 규정이 개인의 명예라는 법익보호를 위해 헌법상의 기본권인 표현의 자유를 제한하고 있기 때문이다. 공연성은 이러한 충돌의 완충제로 마련된 것이라고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 판례는 단 1인에게 어떤 사실을 적시하여 전달한 행위에 대해서도 명예훼손죄의 성립을 인정하고 있다. 이처럼 판례가 공연성이라는 완충제의 존재를 무시[1]하고 사실상 모든 사실

* 본 논문은 2019. 10. 1. 국회의원 정성호, 국회의원 김한정, 인권연대가 공동 주최한 국회 토론회(허위사실공표죄 제도, 이대로 좋은가?)에서 발표된 '표현의 자유 제한의 한계와 허위사실 공표 행위의 처벌 범위'라는 논문을 수정 보완한 것임.
** 이 논문은 2019학년도 영산대학교 교내연구비의 지원에 의하여 이루어진 것임.
*** 영산대학교 법학과 교수, 법학박사.
1) 공연성은 불특정 또는 다수인이 알 수 있는 상태를 의미한다. 이에 의한다며 특정한 소수인에게 사실을 적시하는 경우에는 명예훼손죄가 성립될 수 없다. 그러나 판례는 단 1인에게 사실을 적시하더라도 전파가능성이 있는 경우에는 최초의 발설자를 명예훼손죄의 정범으로 판단하고 있다.

적시 행위를 처벌대상으로 한다면 일상적 표현에서조차 모든 인간은 항상 자기검열의 통제 하에 놓이게 된다. 이러한 점을 고려한다면 명예훼손죄의 성부를 판단함에 있어 공연성의 인정여부에 대해서는 매우 신중한 관점이 요구된다고 할 수 있을 것이다.[2)]

이러한 법리는 허위사실 공표죄의 적용에 있어서도 동일하게 적용될 수 있다. 따라서 공정선거의 담보라는 미명 하에 피선거권자의 정치적 표현의 자유를 지나치게 제한하여 그 가능한계를 넘는 우를 범해서는 안 될 것이다. 그것은 피선거권자를 자기검열에 구속되게 할 것이기 때문이다. 그리고 그것은 결국 선거권자의 자유로운 선택과 공정선거를 심각하게 해치는 결과를 초래하게 될 것이기 때문이다. 특히 공직선거법 제250조 제1항은 타인에 대한 허위사실을 유포하는 행위를 처벌하는 동조 제2항과 달리 스스로에 대한 허위사실을 공표하는 범죄라는 점에서 그에 대한 해석과 적용에 있어 더욱 엄격한 태도가 요구된다고 할 수 있다.

뿐만 아니라 지나치게 법익보호를 중시하는 태도는 형법의 최후수단성에도 반한다. 주지하는 바와 같이 형법의 역사는 형벌 축소의 역사이며 근대 이후의 그것은 국가의 자의적 형벌권을 제한하기 위한 일관된 노력으로 탄생한 것이다. 그러한 노력은 이상이나 개념에 그 기원을 두는 것이 아니라 처절한 경험과 반성에서 비롯된 것이다. 그리하여 그것은 형법에게 인권보장의 임무를 부여하고 있다. 그것에 대한 중요성은 열 명의 범인을 놓치더라도 단 한 사람의 억울한 자를 만들어서는 안 된다는 블랙스톤으로부터 혹은 '의심스러울 때는 피고인의 이익으로'라는 형사법의 대원칙으로부터 재차 강조되고 있다. 또한 이러한 형사법의 대헌장은 판사는 합리적 의심이 불가능할 정도의 유죄 심증을 형성한 경우가 아니면 유죄 판결을 할 수 없다는 구체적 진술에까지 이르게 된다. 따라서 형법의 해석과 적용은 반드시 이러한 소극적 태도의 고수를 통하여 수행되어야만 한다.

논의의 대상이 될 공직선거법 제250조 제1항 허위사실공표죄의 해석과 적용도 이러한 형법의 기본 이념과 원칙들의 감시와 제한으로부터 자유로울 수 없다. 그리고 그것은 또한 헌법상 표현의 자유가 최대한 보장될 수 있는 방향을

---

2) 판례는 사실상 명예훼손죄의 적용범위를 지나치게 확장하고 있다. 특히 형법 제310조의 표제가 명백하게 "위법성 조각"이라고 규정되어 있음에도 불구하고 본 규정을 거증책임전환 규정으로 해석하고 있다.

지향해야 할 것이다. 그런데도 불구하고 동법 동조 동항 허위사실공표죄로 기소된 사안에 대해 최근의 판결은 무죄를 선고한 1심 판결과 달리 당선무효형을 선고하여 사회적 이슈가 되고 있다. 본고에서는 이상과 같은 형법의 법리를 토대로 하여 공직선거법 제250조 제1항에 대한 해석을 시도하고 위 최근 판결(수원고등법원 2019. 9. 6. 선고 2019노119 판결)이 이러한 해석에 부합하는지 여부를 검토하고자 한다.

Ⅱ. 공직선거법 제250조 제1항의 처벌 범위

공직선거법 제250조(허위사실공표죄)[3]에는 제1항의 당선 목적 허위사실공표 행위와 제2항의 당선 되지 못하게 할 목적의 허위사실공표 행위가 각각 규정되어 있다. 그리고 제3항에는 당내경선에 있어서의 제1항, 제2항의 행위에 대한 처벌규정을 마련하고 있다.

본 규정은 1994년 제정 이후 대체로 그 처벌범위를 확대[4]하는 방향으로 개정되어 왔다. 1997년에는 행위객체와 관련하여 후보자로 되어 있던 것을 후보자 가족으로 확대하였다. 그리고 2000년에는 후보자 등의 "소속 · 신분 · 직업 ·

---

3) 공직선거법 제250조(허위사실공표죄)
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, 후보자의 배우자 또는 직계존비속이나 형제자매의 출생지 · 가족관계 · 신분 · 직업 · 경력등 · 재산 · 행위 · 소속단체, 특정인 또는 특정단체로부터의 지지여부 등에 관하여 허위의 사실[학력을 게재하는 경우 제64조제1항의 규정에 의한 방법으로 게재하지 아니한 경우를 포함한다]을 공표하거나 공표하게 한 자와 허위의 사실을 게재한 선전문서를 배포할 목적으로 소지한 자는 5년이하의 징역 또는 3천만원이하의 벌금에 처한다.
② 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 처한다.
③ 당내경선과 관련하여 제1항(제64조제1항의 규정에 따른 방법으로 학력을 게재하지 아니한 경우를 제외한다)에 규정된 행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 6백만원 이하의 벌금에, 제2항에 규정된 행위를 한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. 이 경우 "후보자" 또는 "후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다)"는 "경선후보자"로 본다.

4) 동법 연혁에 대해서는 황정근, "공직선거및선거부정방지법상 허위사실공표에 관한 고찰", 「법조」 제49권 제6호, 법조협회, 2000. 6, 47면 이하 참조.

재산 · 경력등"에 '인격과 행위'가 추가 규정되었다가 2015년 개정에서는 인격은 삭제되었으나 행위는 여전히 규정되어 있다. 이에 따라 선거운동 때 후보자뿐만 아니라 그 가족들의 행위에 관한 사실을 표현할 경우에도 그에 대한 허위여부를 반드시 확인해야만 하는 의무가 부과되고 있다. 이러한 법률개정은 후보자 등의 정치적 표현의 자유가 상당히 위축될 수 있음을 의미한다. 지나치게 광범위해 보이는 이러한 폭넓은 제한은 후보자 등이 정치적 견해를 표현함에 있어 매우 소극적 심리 상태에 머물게 할 것이기 때문이다. 이것은 자유로운 토론의 장을 근본적으로 불가능하게 하는 치명적 요소로 작용할 수도 있다.

그럼에도 불구하고 국가는 허위가 아닌 보다 정확한 정보를 유권자들에게 제공함으로써 공정한 선거 관리에 만전을 기여해야 한다는 점에서 공직선거법 상의 본 처벌규정의 존재의의를 전적으로 부정할 수는 없다. 그러나 그렇다고 하여 공직선거법의 목적만을 고려하여 본 규정의 적용과 해석이 선거의 공정성만을 지향하는 방향으로 이루어져서는 안 될 것이다. 본 규정은 형법 제8조[5]에 의해 형법총칙의 규율 하에 있기 때문이다. 따라서 본 규정의 의미와 그 가벌성 등에 대해서는 형법의 기본 이념과 해석원리에 따라 파악되어야만 한다.

1. 해석의 전제들

본 처벌 규정은 당선 될 목적으로 후보자에게 유리하도록 허위사실을 공표하는 행위를 처벌하는 규정이다. 이에 대한 법문은 매우 복잡[6]하게 규정되어 있다. 따라서 본 처벌규정의 의미를 파악하기 위해서는 체계적인 분석을 필요로 한다. 그러나 이에 앞서 그 전제로 삼아야할 몇 가지가 있다.

대체로 형벌에는 목적이 필요한 것으로 인식되고 있고 개별적인 형벌규정에서 이러한 목적은 그 개별규정의 보호법익으로 구체화되고 있다. 물론 그것은 본 처벌 규정의 존재 이유이기도 할 것이다. 따라서 본 규정의 분석에 있어 그

5) 형법 제8조(총칙의 적용) 본법 총칙은 타법령에 정한 죄에 적용한다. 단, 그 법령에 특별한 규정이 있는 때에는 예외로 한다.

6) 이에 반하여 일본의 공직선거법의 유사규정은 매우 간단해 보인다. 일본 공직선거법 제235조 제1항은 "당선되거나 되게 할 목적으로 공직의 후보자 또는 공직의 후보자가 되고자 하는 자의 신분・직업 또는 경력, 그 자의 정당 기타 단체에의 소속 또는 그 자에 대한 사람이나 정당 기타 단체의 추천이나 지지에 관하여 허위의 사항을 공표"하는 경우에 본죄가 성립하는 것으로 규정하고 있다고 한다(황정근, 앞의 논문, 49면, 각주 7) 참조.).

보호법익이 무엇인지가 고려될 필요가 있다. 뿐만 아니라 본 처벌규정은 가벌성이 보다 중하게 평가될 수 있는 타인에 대한 허위사실공표 행위가 아닌 스스로에 대한 허위사실공표 행위를 처벌하는 규정이라는 점과 독일형법에는 동법 제250조와 같은 행위를 처벌하는 규정이 존재하지 않는다는 비교법적 요소도 또한 본 처벌규정의 해석에 있어 반드시 반영되어야 한다.

1) 보호법익

본 규정의 보호법익이 무엇인지 파악하기 위해서는 공직선거법의 입법목적을 고려하지 않을 수 없다. 왜냐하면 그것이 공직선거법에 규정되어 있기 때문이다. 동법의 목적[7]에 의한다면 본 처벌규정의 보호법익은 대체로 '공정선거[8]'로 파악될 수도 있을 것으로 보인다.[9] 이렇게 본 처벌규정의 보호법익을 파악하게 되면 본 규정은 국가적 법익을 보호하기 위한 규정[10]으로 이해될 수 있다.

그러나 이러한 공정선거가 담보되기 위해서는 유권자에게 후보자 등에 대한 보다 정확한 정보가 제공될 필요가 있을 것이다. 이를 위해서는 허위 정보를 가능한 한 차단함으로써 유권자가 투표에 대한 "자유로운 의사" 표시를 할 수 있도록 하여야 할 것이다. 이러한 점에서 본 처벌규정의 보호법익은 '유권자의 후보자 선택권'이라는 개인적 법익으로 파악될 수도 있다.[11]

그러나 본 규정이 공정선거를 그 목적으로 삼고 있는 공직선거법에 규정되어 있다는 점을 고려한다면 본 규정이 보호하고자 하는 법익을 개인적 법익으로

---

7) 제1조(목적) 이 법은 「대한민국헌법」 과 「지방자치법」 에 의한 선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하고, 선거와 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 발전에 기여함을 목적으로 한다.

8) 오윤식, "공직선거법상 허위사실공표죄 등에서 사실진술과 의견의 구별, 그리고 허위성의 증명", 「사법」 제1권 제33호, 사법발전재단, 2015, 205면에서는 "선거의 공정성은 투표를 비롯한 선거의 시행 제반 과정에 대한 공정성이 유지되어야 하는 것을 말한다."고 한다. 박선아, "공직선거법상 허위사실공표죄에 관한 소고-대법원 2007.11.16. 선고 2007도6530 판결-", 「국제법무」 제2집 제1호, 제주대학교 법과정책연구원, 2010.5, 91면에서는 허위사실공표죄는 선거의 자유와 공정성을 확보하기 위한 것이라고 한다.

9) 동취지 황정근, 앞의 논문, 44면.

10) 독일형법전에는 "제4장 헌법기관 및 선거와 투표에 관한 죄"라는 표제 하에 선거와 관련된 처벌규정들이 마련되어 있다. 이 장에는 제105조부터 제108조e의 처벌규정이 있다. 제3장의 표제는 "외국에 대한 죄"이며 제5장의 표제는 "국방에 대한 죄"이다. 따라서 제4장에 규정되어 있는 처벌규정들의 보호법익은 국가적 법익으로 이해될 수 있다.

11) 동취지 황정근, 앞의 논문, 45면.

단정하는 것이 타당한가에 대해서는 의문일 수 있다.[12] 사실 국가적 혹은 사회적 법익을 보호하는 처벌규정들도 개인적 법익 보호와 전혀 무관하지 않다. 예컨대 전형적으로 국가적 법익을 보호하는 규정으로 이해되고 있는 내란 혹은 외환의 죄도 개인의 생명과 재산의 침해 위험 혹은 결과를 예정하고 있다. 그러나 그것을 개인적 법익에 관한 죄라고 평가하지는 않는다. 이러한 점에서 공직선거법 상의 본 처벌규정이 유권자의 권리를 침해하는 면이 있다고 하여 그 보호법익을 개인적 법익으로 한정할 수는 없다고 하여야 할 것이다.

더욱이 스스로에 관한 허위정보를 유포하는 행위에 관한 본 규정은 동법 동조 제2항과 달리 타인인 개인의 명예나 인격을 침해할 여지가 전혀 없는 행위를 처벌하는 규정이라는 점에서도 그것을 개인적 법익 보호와 관련될 수 있는 규정이라고 할 수는 없을 것으로 보인다.

2) 스스로에 관한 허위사실 공표

사실 행위자 스스로에 대한 허위사실 유포 행위를 일반적인 처벌대상으로 삼는 것은 개인의 표현의 자유를 지나치게 제한할 우려가 매우 크다. 따라서 그러한 행위에 대해 형벌을 부과하는 것은 가급적 자제되어야 한다. 물론 그러한 개인의 표현의 자유도 그것이 공정선거라는 공익을 중대하게 위태롭게 할 정도로 부당한 '당선 목적'을 지닐 때는 제한의 대상이 될 수밖에 없음은 분명하다. 그러나 그렇다고 하여 형법이 효율적인 공익보호를 위한 우선적 수단으로 사용되는 것이 용납될 수는 없다. 형법은 어떤 경우에도 최후의 수단이어야만 하기 때문이다. 이러한 점에서 타인의 법익을 해할 생각이나 의도조차 없는 자신에 대한 허위사실 유포행위에 대해 형법의 규제가 등장할 여지는 전혀 없다고 해야 한다. 더 나아가 그 목적이 명확하지 않은(당선 의도가 명확하지 않은) 허위사실공표 행위에 대해서는 '의심스러울 때는 피고인의 이익으로'라는 형사법의 대원칙이 적용되어야 할 것이므로 이에 대해서도 그러한 형사법적용 자제의 원칙이 당연히 적용되어야만 할 것이다. 따라서 공익을 해할 '명백한' 목적이 존재하지 않는 스스로에 대한 허위사실 표현행위는 형벌로부터 자유로운 영역으로 파악되어야만 할 것이다.

---

12) 오윤식, 앞의 논문, 205면 이하에서는 일반 국민의 선거의 자유가 선거의 공정성에 우선한다고 주장하고 있다.

3) 독일형법의 입법태도

독일형법에는 이러한 취지가 충분히 반영되어 있는 것으로 보인다. 독일형법이 제4장(제105조부터 제108조e)에 선거와 관련된 범죄행위를 망라하여 규정하고 있음에도 불구하고 그 장에는 공직선거법 제250조 제1항과 그 취지가 동일하거나 혹은 유사한 처벌규정이 존재하지 않기 때문이다. 특히 제108조d(적용범위)에는 "제107조 내지 제108조c[13]는 국민대표 선거, 유럽의회의원 선거, 기타 연방·각 주·지방자치단체·지방자치단체연합의 선거 및 투표, 사회보장예비선거에 대하여 이를 준용한다. 입후보추천의 서명 또는 국민제안의 서명은 제1문에 의한 선거 또는 투표로 본다."라고 규정하고 있으며 독일에서는 특별법의 행태로 형벌을 규정하는 경우가 거의 없기 때문에 별도의 특별법 행태로도 공직선거법 제250조 제1항과 유사한 처벌 규정이 존재할 가능성은 없을 것으로 보인다. 따라서 독일에서는 명백한 당선 목적으로 허위사실을 공표하는 행위에 대해서조차도 공직선거법상으로는 비범죄화 하고 있는 셈이다.

이러한 독일형법의 태도를 고려한다면 본 규정에 대한 보호법익의 파악과 그 침해 혹은 위태화 여부의 판단 및 관련 행위에 대한 가벌성 여부 그리고 그 가벌성의 정도 등을 판단할 때 매우 엄격한 태도가 유지될 필요가 있을 것이다. 따라서 허위사실공표행위 자체만으로는 그 가벌성이 인정될 수 없거나 또는 그 인정가능성 여부가 모호한 공직선거법 제250조 제1항과 같은 규정에서 그 가벌성 여부를 판단함에 있어서 당선 목적의 명백한 존재의 규명은 본 규정의 가벌성 담보를 위해 반드시 고려되어야만 할 필수불가결의 요소라고 할 것이다. 따라서 이하의 논의는 이러한 점들을 충분히 반영한다는 대전제에서 진행되어야만 한다.

2. 객관적 구성요건

논의의 편의상 본 처벌규정의 객관적 구성요건과 주관적 구성요건으로 나누어 살피기로 한다. 그리고 객관적 구성요건은 행위주체, 행위객체, 행위의 순으로 논의한다. 또한 주관적 구성요건은 목적과 고의로 나누어 살피기로 한다.

---

13) 조문의 범위를 이렇게 제한하고 있는 이유는 제107조부터 선거에 관한 범죄가 규정되어 있기 때문이다.

1) 행위주체

본죄는 당선 될 혹은 당선되게 할 목적으로 후보자에게 유리하도록 허위의 사실을 공표한 자를 처벌하고 있다. 따라서 본죄의 행위주체에는 제한이 없다.

2) 행위객체

본죄는 허위의 사실을 공표한 자를 처벌하기 때문에 본 죄의 행위객체는 허위의 사실이다. 사실 허위와 사실은 같이 어울릴 수 없는 단어이다. 허위이면 사실이 아니고 사실이면 허위일 수 없기 때문이다. 따라서 허위의 사실은 개념적으로도 사실적으로도 존재 불가능한 그 무엇이다.[14] 그렇다면 허위사실공표는 사실 아무것도 공표하지 않는 공허한 표현에 불과하게 된다.[15] 이러한 점에서 본 처벌규정에서 유의미한 허위개념이란 무엇인지에 대한 규범적 논의가 불가피하다. 우선 일정한 출발점을 정하기 위해 먼저 객관적 의미부터 파악할 필요가 있다.

(1) 허위판단의 기준이 되는 사실 특정의 필요성

허위의 국어사전적 의미는 “꾸며낸 거짓”이다. 그리고 사실의 국어사전적 의미는 “실제로 있었던 일 또는 현재 있는 일”이다. 이를 종합한다면 허위의 사실은 실제로는 없었던 그리고 현재에도 없는 꾸며낸 그 무엇으로 파악될 수 있다. 이에 의한다면 허위란 어떤 기준 된 사실(실제 혹은 실재)과 부합하지 않는 허구라고 할 수 있을 것이다. 따라서 허위 판단에는 반드시 그 허위여부를 판단할 수 있는(허위여부와 관련이 있는 혹은 관련이 있다는 것이 입증된) 기준된 사실이 먼저 특정되어야만 한다.

독일형법에서는 이러한 점을 가능한 한 고려하여 처벌규정의 법문을 마련하고 있는 것으로 보인다. 예컨대 형법의 명예훼손죄에 해당한다고 하는 독일형법 제186조는 “확실한 인식에 반”하는 “허위의 사실”이라고 규정하고 있다. 따

---

14) 일본 공직선거법에는 허위 사실이 아니라 허위 사항으로 규정되어 있는 것으로 보인다(각주 6) 참조).

15) 오윤식, 앞의 논문, 234면 각주 96)에서는 “‘허위의 의견’은 그 자체로 모순이어서 있을 수 없다.”고 하면서 “이러한 허위는 본 사실진술에 조응하는 개념이다.”라고 신중한 태도를 취하여 이에 대한 같은 취지의 의견을 피력하고 있다.

라서 본 규정의 허위 여부는 행위자의 인식(앎 혹은 생각)이라는 판단 기준을 통하여 파악될 수 있다.

그러나 본 규정에는 독일형법 제186조의 그와 같은 문언이 존재하지 않는다. 다만 본 규정의 구조상 그 허위의 사실 여부에 대한 평가는 본 규정의 후보자 등의 "출생지 · 가족관계 · 신분 · 직업 · 경력등 · 재산 · 행위 · 소속단체, 특정인 또는 특정단체로부터의 지지여부 등"에 대한 진실한 사실의 특정과 규명에 의해 가능한 것이라고 해야 한다. 왜냐하면 예컨대 후보자 등의 진정한 "신분"이 무엇인지 알 수 없는 상태에서는 그와 다른 신분 관련 사실이 허위라는 것을 확인할 수 방법이 없기 때문이다. 따라서 후보자 등의 어떤 "행위"가 실제로 어떻게 행하여졌는지에 대한 명확한 사실이 규명되지 않은 상황에서는 그 행위에 관하여 공표된 사실의 허위 여부를 논의할 수 없을 것이다.

(2) 허위로 지목된 그 어떤 것의 의미규명 이후에 특정되는 기준사실

그러나 수사 혹은 재판과 같은 사실의 수집과 확인의 절차에서 이러한 개념적 논의 과정이 간과할 우려가 매우 큰 중대한 지점을 놓쳐서는 안 된다. 그것은 이러한 기준이 되는 진실한 사실로서의 행위 등과 같은 판단 기준의 특정은 허위로 지목된 그 어떤 것에 대한 의미 파악이 선행되고 나서야 비로소 가능하게 된다는 점이다. 허위로 지목된 어떤 그 무엇은 그에 대한 의미 규명을 통해서만 특정 가능하기 때문이다. 따라서 만일 그에 대한 의미가 먼저 특정될 수 없다면 허위로 지목된 것도 특정될 수 없을 뿐만 아니라 그 비교 대상이 될 진실한 사실도 특정될 수 없게 된다. 더 나아가서는 결국 그 진위도 가릴 수 없게 될 것이다. 따라서 허위로 지목된 어떤 것의 의미를 명확하게 특정할 수 없는 상황에서 허위여부를 평가하는 것은 무위에 그칠 뿐이다.[16]

---

16) 이러한 상황에 대하여 오윤식, 앞의 논문, 236면에서는 "특정되지 않은 기간과 공간에서의 구체화되지 아니한 사실의 부존재를 증명하는 것은 사회통념상 불가능한 반면 그 사실이 존재 한다고 주장, 증명하는 것이 보다 용이한 법이므로 이러한 사정은 검사가 그 입증책임을 다하였는지를 판단함에 있어 고려되어야 할 것이고(대법원 2004. 2. 26. 선고 99도5190 판결 참조)"라고 하면서 "따라서 의혹을 받을 일을 한 사실이 없다고 주장하는 사람에 대하여 의혹을 받을 사실이 존재한다고 적극적으로 주장하는 자는 그러한 사실의 존재를 수긍할 만한 소명자료를 제시할 부담을 진다고 할 것(대법원 2003. 2.20. 선고 2001도6138 전원합의체 판결)"이라고 설명하고 있다. 이에 의하면 이하에서 논의될 대상 사안의 경우 행위자는 의혹을 적극적으로 주장하는 자가 아니므로 소명자료를 제시할 부담이 없으며 입증책임과 소명자료 제출의 의무는 당연히 검사에게 있다고 할 수 있을 것이다. 위 전원합의체 판결은 물론 공직선거법 제250조 제2항에 관한 것이다.

(3) 제250조 제2항의 허위와 다른 본 죄의 허위 개념

본 처벌 규정은 후보자, 후보자의 배우자 또는 직계존비속이나 형제자매의 "출생지 · 가족관계 · 신분 · 직업 · 경력등 · 재산 · 행위 · 소속단체, 특정인 또는 특정단체로부터의 지지여부 등"에 관하여 허위의 사실을 공표한 자를 처벌하고 있다. 따라서 본 처벌규정은 공직선거법 제250조 제2항과 달리 자신과 그 가족들에 관한 허위사실공표 행위를 처벌하는 것이다.

위 제2항의 행위는 허위사실공표행위로 평가되지 않더라도 상대방의 명예를 훼손할 만한 허위사실을 유포하거나 혹은 모욕에 이를 정도의 사실을 적시한 것으로 평가되면 그 행위에 대한 별개의 처벌규정(명예훼손죄, 모욕죄)의 적용이 가능하다. 그러나 본 처벌 규정의 행위는 그렇게 평가될 여지가 없다. 왜냐하면 본 규정은 (경우에 따라서는 일종의 자해행위일 수도 있는) 자신과 관련하여 허위사실을 공표하는 행위를 처벌하는 것이기 때문이다. 이러한 점에서 본 규정에서는 공정선거라는 국가적 법익 이외에 다른 보호법익을 인정할 수 없음은 전술한 바와 같다. 이에 의한다면 동 처벌 규정의 행위에 대한 가벌성 범위는 제2항 행위에 대한 그것 보다 축소되는 방향으로 파악되어야 한다. 따라서 동일한 법문이지만 '허위'의 의미와 그 범위를 파악함에 있어서도 제1항과 제2항의 그것들은 서로 달리 취급되어야 할 이유가 충분하다.

제250조 제1항의 허위와 관련하여 "본죄가 성립되기 위해서는 허위라는 점에 대한 적극적인 증명이 필요하고 그 사실이 진실이라고 하는 증명이 없다고 하는 것만으로는 부족하다.[17]"라는 보다 엄격한 태도를 취하면서도 공직선거법 "제250조 제2항의 입법취지에 비추어 볼 때, 동조의 허위의 사실에는 왜곡된 사실 즉 어떤 사실에 관하여 그 일부를 숨기거나(은닉) 반대로 허위의 사실을 덧붙이거나(부가)[18] 또는 분식, 과장, 윤색하는 등으로 선거인의 공정한 판단을 오도할 정도로 전체적으로 보아 진실이라고 할 수 없는 사실을 공표하는 경우도 포함된다고 해석된다.[19]"고 함으로써 제250조 제2항 허위의 범위를 왜곡으로까지 확장하는 이러한 관점은 바로 이러한 차이를 의식한 것으로 이해된다.

물론 사실 왜곡으로까지 허위의 범위 확장을 인정하고 있는 본 관점은 제250조 제2항에서의 허위라는 문언의 의미를 허용 한계 너머까지 지나치게 확장함

17) 황정근, 앞의 논문, 58면 참조.
18) 수원고등법원 2019. 9. 6. 선고 2019노119 판결문 49면에서 동일한 표현을 하고 있다.
19) 황정근, 앞의 논문, 66면 참조.

으로써 죄형법정주의에 반한다는 비판을 면하기 어려울 것으로 보인다. 왜냐하면 이 관점이 제시하고 있는 의미 확장의 근거가 '허위의 사항을 공표하거나 사실을 왜곡하여 공표한 자'라고 규정하고 있는 일본의 공직선거법 제235조 제2항의 내용이기 때문이다. 즉 본 규정은 허위의 사항과 왜곡된 사실을 명백하게 구별하고 있어 이를 근거로 허위의 사항에 왜곡된 사실이 포함된다고 하는 것은 문언 의미의 명백한 왜곡이기 때문이다.

그럼에도 불구하고 이 관점에서 주목할 필요가 있는 것은 이러한 제2항의 허위 여부를 판단함에 있어서도 "공표된 사실이 허위사실인지 여부를 판단함에 있어서는 공표된 사실의 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 중요부분이 객관적 사실과 합치하는 경우에는 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있다 하더라도 이를 허위의 사실이라고 볼 수는 없다 할 것이다.[20]" 라고 하는 점이다. 그리고 이러한 주장의 근거로 제시하고 있는 판례들은 허위사실공표죄가 아닌 모두 명예훼손죄가 문제된 것들이다(99도3213, 97도158, 94도3191). 그리고 괄호 안의 세 판례 모두 위법성조각으로 표제가 붙여진 형법 제310조(위법성조각)의 적용여부에 대한 판례이다. 따라서 위에 인용된 허위 판단의 기준에 대한 관점은 구성요건해당성(원칙)이 아닌 위법성 조각(예외사유) 여부를 판단하기 위한 피고인의 입증책임[21]의 정도를 정한 기준이라고 할 수 있다. 그렇기 때문에 이러한 판례들은 모두 피고인에게 호의적인 것들이 아니다. 그럼에도 불구하고 위에서 인용된 부분에서는 허위의 범위를 가능한 한 협소하게 인정하려는 관점(진실에 대해서는 상대적으로 폭넓게 인정하는 관점)을 취하고 있어 매우 이례적으로 보여 진다. 아마도 그것은 거증책임을 피고인에게 전환한 보상조치일 가능성도 없지 않다. 그러나 그렇다고 하더라도 어쨌든 본 판례의 관점은 허위의 범위를 유의미하게 제한하려고 하는 관점이라고 할 수 있다.

결론적으로 본 관점은 이처럼 제250조 제2항의 허위에 대해서조차 그 범위를 전적으로 확대하려고만 하는 관점은 아닌 것으로 볼 수 있다. 물론 전술한 바

20) 황정근, 앞의 논문, 66-67면 참조.

21) 이와 관련된 판례는 진실한 사실 적시는 처벌하지 않고 허위 사실의 적시만을 처벌하는 독일형법이 그 사실이 진실한 사실이라는 것을 피고인이 입증하지 못함을 객관적 처벌조건으로 규정하고 있음과 무관하지 않다. 결론적으로 판례는 이러한 독일형법의 입법태도를 근거로 하여 독일형법에서는 불법을 결정하는 요소가 아니고 다만 처벌조건에 불과한 '진실한 사실임을 입증하지 못함'을 통하여 객관적 구성요건요소인 허위여부에 대한 불법판단의 요소로 삼고 있는 셈이다.

와 같이 이 관점은 제250조 제2항의 허위에는 허위 이외에 사실의 왜곡도 포함되는 것으로 주장하고 있어 제2항 허위의 범위를 위헌적으로 확대하는 관점이기도 한 것은 분명하다.

그러나 또한 이 관점이 제250조의 허위에 대한 기준을 제시하면서도 제1항과 제2항의 허위를 분명하게 서로 구별하고 있다는 점을 고려하면서 본 관점을 반대해석 해보면 이것은 제250조 제1항의 허위에는 (어떤 사실에 관하여 그 일부를 숨기거나(은닉) 반대로 허위의 사실을 덧붙(부가)이는) 사실 왜곡이 포함되지 않는다는 관점이라는 이해가 가능하다.

이상의 논의에 의한다면 제250조 제1항의 허위개념에 사실의 왜곡이 포함된다고 할 수는 없다. 그리고 본 규정의 허위 여부는 허위로 지칭된 어떤 것의 특정을 통하여 특정된 비교 대상인 진실한 사실과의 일치 여부 판단을 통하여 규명되어야 할 것이다.

3) 행위

본죄의 행위는 후보자에게 유리하도록 허위의 사실을 공표하는 것이다.

(1) 당선 목적에 의존하는 “유리하도록”의 의미

‘유리하도록’이라 함은 선거인들이 그 후보자 또는 후보자가 되고자 하는 자에 대하여 좋은 평가를 내려 그의 당선에 도움을 줄 가능성이 있도록 할 의도라는 의미라고 한다.[22]

이러한 관점에 의한다면 본 처벌 규정의 “유리하도록”은 ‘당선 가능성’과 결부될 때에만 그 의미를 갖게 된다. 그렇기 때문에 당선 가능성을 의도하기 보다는 단순히 후보자를 편들기 위한 의도로 진술한 경우 혹은 후보자 등이 처하게 된 궁색한 처지를 모면하기 위한 의도 등으로 어떤 표현을 함에 있어서는 그것이 후보자 등에게 유리하도록 표현 등을 한 경우에 해당하지만 그것이 본 처벌 규정의 ‘유리하도록’으로 평가 될 수는 없는 일이다.

이러한 논의에 의한다면 이러한 ‘유리하도록’한 상황의 존재 유무는 결국 행위자의 행위 목적을 파악하지 않고서는 규명해 낼 수 없는 사실이다.

---

22) 황정근, 앞의 논문, 58면 참조.

(2) 적극적 작위행위로서의 공표

공표는 불특정 또는 다수의 사람이 알 수 있는 상태에 두는 것을 말한다고 한다. 그리고 알 수 있는 상태에 둔다는 것은 고지 혹은 알림을 의미하는 것으로 이해될 수 있다. 다만 단 한사람에게 알리더라도 그것이 다른 사람들에게 알려질 것이 예견될 때에는 공표에 해당한다고 한다.[23] 그러나 공중에게 대량적으로 유포 또는 표현하는 행위가 공표행위이므로 전화를 통하여 사적으로 대화를 나누던 중 이야기를 한 것은 공중에게 표현한다는 공표에 이르지 않은 것이라는 견해[24]도 있다.

불특정 또는 다수의 사람이 알 수 있을 상태에 도달하면 족하고 반드시 그들이 알게 되는 것을 요하지 않는다고 한다.[25] 따라서 본 범죄는 작위범인 추상적 위험범에 해당하게 된다. 또한 행위만으로 범죄의 기수에 이르므로 범죄의 완성에 결과를 요하지 않는 형식범에 해당한다.

3. 주관적 구성요건

본 처벌규정의 주관적 구성요건요소는 목적과 고의이다. 이러한 주관적 구성요건요소는 범죄행위의 척추를 이루고 있다. 행위자의 주관적 심리적 사실의 존재와 내용을 고려하지 않고서는 그것이 어떤 행위인지 알 수 없을 뿐만 아니라 심지어 어떤 경우에는 그것이 행위인지 아닌지 분간조차 할 수 없기 때문이다. 따라서 본 범죄의 성립여부를 판단함에 있어 이러한 주관적 구성요건적 사실에 대한 존재여부와 그 내용이 무엇인지는 반드시 규명되어야 할 일이다.

1) 초과주관적 구성요건 요소로서의 목적

본 규정은 '당선되거나 되게 할 목적'이라는 법문을 마련하고 있다. 전술한 바와 같이 이러한 목적은 주관적 구성요건요소이므로 그것이 규명되지 않으면 다른 모든 구성요건이 완전히 충족되었다고 하더라도 본 범죄는 성립될 수 없다.

---

23) 황정근, 앞의 논문, 58-59면 참조.
24) 박선아, 앞의 논문, 99면 참조.
25) 황정근, 앞의 논문, 58-59면 참조.

(1) 목적한 것이 실현되지 않아도 성립하는 목적

이러한 중대성에도 불구하고 목적과 같은 이러한 초과주관적 구성요건요소의 실현여부는 범죄의 기수여부를 판단함에 있어 아무런 역할도 하지 못한다. 즉 목적하는 바가 실현되지 않더라도 범죄는 기수에 이를 수 있는 것이다. 이것은 행위자가 고의를 통하여 의도한 바(행위실행 및 결과실현 등)가 완전히 실현되어야만 비로소 범죄의 기수를 인정할 수 있는 것과 대비되는 것이다. 이처럼 목적과 고의는 모두 주관적 범죄 사실이라는 점에서는 다르지 않지만 범죄의 완성 여부를 판단함에 있어서는 완전히 다른 요소로서의 역할을 하게 되는 것이다.

(2) 기수범을 미수범화하므로 수용될 수 없는 목적 실현의 요청

만일 목적범이 기수에 이르기 위해서는 목적 실현이라는 요소가 반드시 갖추어져야 한다면 보호법익(선거공정)의 위태화 혹은 침해가 완전히 이루어졌음에도 불구하고 목적이 실현되지 않은 경우 그 행위는 기수가 아닌 미수로 평가되게 된다. 예컨대 당선될 목적으로 후보자에게 유리하도록 허위사실공표행위를 하였으나 결국 당선되지 못한 경우 허위사실공표죄는 미수에 그치게 되는 것이다.[26] 그리고 본 범죄는 미수를 처벌하지 않으므로 결국 처벌할 수 없게 된다. 목적범인 허위사실공표죄를 이렇게 파악하게 되면 본 처벌규정은 공정선거를 담보함에 있어 매우 큰 공백을 내포하게 된다.

그러나 보호하고자 하는 법익의 위태화 혹은 침해가 이미 이루어진 상태에서 그것을 미수로 평가할 수는 없다. 이와 같은 이유로 목적범에서의 목적 실현여부는 범죄기수를 판단함에 있어 고려대상이 되어서는 안 되는 것이다.

(3) 목적범의 성립여부에서 반드시 고려되어만 하는 목적

그러나 그렇다고 하여 목적범의 성립여부를 판단함에 있어 목적이 가벼이 여겨져서는 안 된다. 왜냐하면 그 목적은 목적범의 고유한 불법성을 결정하는 요소이기 때문이다. 만일 본 처벌규정에서 '당선되거나 당선되게 할 목적'이 규정되어 있지 않다면 그것이 후보자에게 (어떤 면에서든) 유리한 허위사실을 공표하는 행위이기만 하면 선거에서의 당선을 위한 목적과 아무 상관이 없는 경우

26) 같은 취지로 이정원・류석준,「형법각론」, 법영사, 2019, 291-292면 참조.

라고 하더라도 모두 허위사실공표죄로 처벌되어야 할 것이다.

사회 속에서 살아가는 거의 모든 인간은 거짓말을 하면서 살아가야만 한다. 아니 거짓말을 하지 않고 살아갈 수가 없다. 많은 경우 어떤 것이 거짓이고 어떤 것이 참인지 구별하기도 쉽지 않다. 홍수처럼 밀려오는 선거에 관한 정보는 더욱 그러하다. 이러한 상황에서 당선 목적이 없어도 허위사실공표죄의 적용이 가능하다면 선거에 직·간접적으로 관여하는 거의 대부분의 사람들은 허위사실공표죄의 잠재적 적용대상으로 전락하고 말 것이다.[27][28]

이러한 상황은 오히려 공정선거를 위해 바람직하지 않을 수 있다. (정치적) 표현의 자유 제한의 한계를 초과할 위험성이 매우 높기 때문이다. 그러한 처지에 이르게 되면 그것은 헌법상의 비례의 원칙과 형법의 비범죄화의 요청에 명백하게 반한다. 따라서 당선 목적과는 다른 이유로 (당선 목적 없이) 자기에게 유리하도록 혹은 자기 과시를 위해[29] 자신과 자신의 가족[30] 등에 관한 허위사실을 공표하는 행위는 표현의 자유의 영역으로 인정되어야 할 것이다. 이러한 점에서 본 죄의 목적은 본죄의 불법성과 가벌성을 결정짓는 핵심적인 요소라고 해야 한다.[31]

이러한 논의가 가능하다면 본 처벌 규정이 목적범으로 규정된 것은 우연이 아니라 입법자의 의도적 결단에 의한 것으로 이해되어야만 한다. 따라서 본 처벌규정의 범죄성립여부를 판단함에 있어 '당선되거나 되게 할 목적'의 존재여부는 명확하게 규명되어야 할 요소임이 분명하다.

---

27) 일부 견해와 판례는 단 1인에게 허위사실을 공표해도 전파가능성이 있으면 본 범죄가 성립한다고 한다.

28) 백태웅, "공직선거법상 허위사실 공표와 미필적 고의의 법리", 「법과사회」 49호, 법과사회이론학회, 2105.8, 279면에서는 "허위사실의 표현도 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역에 해당"한다는 헌법적 보호대상이라는 헌법재판소 결정(헌법재판소 2010.12.28. 2008헌바157)을 소개하고 있다.

29) 예컨대 선거 기간 중에 동창회 모임에 가게 된 후보자가 학력 열등감 때문에 평소에 속이고 있던 자신의 학력에 관한 사항에 대해 의문이 제기되자 자존심을 지킬 목적으로 모임에서 허위의 사실을 주장한 경우 허위사실공표죄로 처벌할 수는 없다.

30) 물론 공직선거법 제250조 제2항 타인에 관한 허위사실의 유포행위에서 목적이 인정되지 않는 경우는 불가벌이 아닌 명예훼손죄가 적용될 것이다.

31) 박지현, "목적만 불법한 목적범의 목적 요건의 엄격해석론 및 불법 없는 예방 경계론", 「법학연구」 23(2), 충남대학교 법학연구소, 2012, 429-430면에서는 가벌성의 주된 근거가 목적에 있는 목적범(예컨대 절도, 사기)과 무고죄와 같은 실행행위가 범죄유형을 결정짓는 목적범으로 구별하면서 "가벌성의 주된 근거가 목적에 있는 목적범의 경우에는 이견 없이 미필적 의도만으로는 목적을 인정할 수 없지만 후자의 경우는 인정할 수 있다"고 해석한다고 한다.

(4) “미필적 인식으로 족하다”에서 ‘명백한 의도가 있어야만 한다’로

그럼에도 불구하고 이러한 목적에 대해 다소 소극적인 태도를 취하는 것으로 보이는 관점들이 있다. 예컨대 “목적은 초과주관적 위법성요소[32]로서 일반 목적범에 있어서와 마찬가지로 적극적으로 의욕하거나 희망할 필요까지는 없고 당선되고자 하는 또는 당선되게 한다는 인식만으로 족하다.”는 견해[33]가 있다. 판례는 이러한 견해와 거의 유사한 관점을 취하면서 다만 그 인식의 정도는 미필적이면 족하다고 하여 더욱 소극적인 태도를 취하고 있다.[34]

이러한 관점들은 목적이 실현(당선)되지 않더라도 공표행위가 종료되면 본범죄의 기수가 인정된다는 점에서 비롯되는 것으로 이해된다. 즉 공표행위 시점에 행위자가 반드시 당선 되겠다 혹은 당선 되게 하겠다는 확고한 의사(목적)로 공표행위를 하지 않더라도 그 행위를 이용하면 혹시 당선될 지도 모른다 생각(미필적 인식)만 있으면 목적범으로서의 바로 그 목적이 인정될 수 있다는 의미일 것이다.

이것은 인간의 심리적 요소인 주관적 사실에 대한 입증의 어려움을 어느 정도 완화할 필요가 있다는 점에서 긍정적인 면이 없지 않다. 그리고 그러한 완화는 모두 실현되어야만 하는 고의의 인식대상(행위 및 결과 등)과 달리 실현

---

32) 위법성요소라는 표현은 입증책임과 관련하여 다툼을 야기할 위험이 있다. 구성요건요소라고 하는 것이 바람직하다. 권오걸, “공직선거법상 후보자비방죄에 대한 연구”, 「법학연구」 49, 한국법학회, 2013, 171면에서는 이것은 초과주관적 구성요건요소로서 고의만으로 추정될 수 없고 검사가 입증하여야 한다고 한다. 김정연, “공직선거법상 선거운동의 개념으로서 목적의사와 목적범의 판단기준”, 「형사법연구」 제31호 제2권, 한국형사법학회, 2019, 117-118면에서는 판례(대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결)가 목적을 판단하면서 “주체 내부의 의사가 아니라 외부에 표시된 행위를 대상으로 객관적으로 판단해야 한다고 판시”한다고 소개하고 “그러나 대상판결에서는 목적범의 일반적인 기준에서 벗어나 행위자의 주관적인 내심의 의사가 아닌 외부에 표시된 행위를 대상으로 선거운동의 목적이 유권자의 입장에서 인식될 수 있었는가라는 기준으로 판단하여야 한다는 예외적인 기준을 제시하고 있”다는 문제 제기를 하면서 “간접사실 또는 정황적 사실을 종합하여 판단하면 되고, … 달성하고자 하는 목표, 실현방법과 계획이 구체적으로 나타나 있어야만 인정되는 것은 아니다.”라는 대법원 2015.1.22. 선고 2014도10978 판례의 관점을 “계획되지 않고 의도되지 않은 상태에서 목적의사 없이 행위한 경우에도 타자의 관점에 따라 목적의사로 인정될 수 있다는 것은 수긍하기 어려운 부분이다.”라는 주장으로 함께 비판하고 있다.

33) 황정근, 앞의 논문, 59면 참조.

34) 그러나 손지선, “목적범에 관한 고찰 - ‘불완전한 이행범과 단축된 결과범’ 분류기준의 재고 -”, 「형사법연구」 제30권 제1호, 한국형사법학회, 2018, 122-123면에서는 “목적범에서 무엇보다 중요한 것은 ‘목적과 관련된 인식의 차이’가 아니라 ‘목적의 의지’ 자체가 확정적이냐 미필적이냐”라고 비판하고 있다.

이 불필요한 것이라는 점에서 수용될 수 있다. 그러나 이러한 수용은 본 처벌 규정의 가벌 대상의 범위를 허용범위 너머로 확대할 위험성이 매우 높다.

전술한 바와 같이 당선 목적과 무관하게 단지 자기 과시 등을 목적으로 자기에 관한 허위사실을 공표하는 행위와 같은 허위사실 공표행위는 표현의 자유의 영역에 머물러 있는 적법한 행위로 평가되어야 한다. 따라서 공직선거법 제250조 제1항 허위사실공표죄에서 "당선" 목적을 삭제하게 되면 그러한 공표행위는 불법이 아닌 적법행위로서 형사처벌의 대상으로 삼을 수 없는 행위로 평가되어야 한다. 그런데 이러한 적법한 행위에 '미필적 인식(생각)'만으로도 충족되어지는 목적이라는 요소가 부가될 경우 그것이 처벌대상으로 평가되어야만 한다면 결국 처벌대상의 중추는 바로 그 미필적 인식(생각)이 된다. 그러나 어떤 것(행위 혹은 대상)에 대한 외부적 지향성(의도)조차 없는 단순한 내재적 혹은 수용적 인식만으로도 그것이 처벌대상으로서의 범죄가 된다는 관점은 사상과 양심의 자유를 근본적으로 부정하는 위헌적 관점이라는 비판을 면할 수 없다.[35] 따라서 본 범죄의 목적이 미필적 인식만으로 충족될 수 있다는 관점은 수용될 수 없다고 해야 한다.[36]

그러므로 본 범죄의 목적이 성립하기 위해서는 의사라는 주관적 요소가 반드시 존재해야만 한다고 할 수밖에 없다. 그 성립에 있어 객관적 범죄사실에 대한 인식이 반드시 필요한 것으로 이해되고 있는 고의와 달리 목적은 그 개념에 있어 인식의 존부가 독자적으로 고려 대상이 될 필요도 없다. 오히려 목적이라는 문언의 의미상 그것은 정적인 인식이 아닌 동적 지향의 의미를 지니고 있는 의사를 본질적 요소[37]로 한다고 하는 것이 보다 합리적이다.

---

35) 원칙적 불가벌 사유인 과실이 예외적으로 처벌되는 이유도 단순한 생각 때문이 아니라 주의의무를 태만하고자 하는 지향적 태도가 인정되기 때문이다.

36) 같은 취지로 권오걸, 앞의 논문, 171면; 박지현, 앞의 논문, 426면, 430면에서는 "법문이 '목적(Absicht)'라고 표현하고 있는 이상 어떤 경우에도 단지 '받아들인'다는 의미를 포함시킬 수 없다"는 Roxin 교수의 견해를 인용하고 있다.

37) 이경렬, "목적범에서 행사'할 목적'의 인정에 관한 의문", 「형사법연구」 제29권 제3호, 한국형사법학회, 2017, 383-384면의 "목적이라는 내심의 태도의 본질적 요소는 고의와 마찬가지로 그 인식측면에 있는 것이 아니라 의욕 측면에 있고, 이 경우 의욕적 요소의 정도가 목적인정의 문제해결의 관건이기 때문이다." 또는 "고의와 목적의 구분은 그 인식대상에 차이가 있을 뿐만 아니라 본질적 요소인 의욕요소에서도 목적이 고의보다 강한 정도의 의욕을 가진다고 본다. … 의욕의 정도에는 가장 낮은 단계인 용인의 정도로 충분한 고의와 달리 목적의 경우에는 보다 강한 정도의 확정적 의욕·적극적 희망이라야 한다." 라는 주장은 이와 같은 취지로 이해된다. 같은 취지로 김정연, 앞의 논문, 116면; 손지선, 앞의 논문, 118면 참조.

(5) 행위자에게 유리한 요소로서의 목적

이처럼 본 처벌 규정에서의 목적과 그 의사는 본 처벌규정의 고유[38]한 불법을 결정함에 있어 핵심적인 요소임이 분명하다. 또한 그것이 인정되지 않을 경우 범죄로 처벌되지 않을 수 있다는 점에서 행위자에게 유리한 요소임도 분명하다. 이러한 점에서는 본 처벌규정의 목적이 행위자에게 더욱 유리하게 해석될 수 있도록 특별한 주의를 기울이는 것은 일견 형법의 법익보호의 임무를 너무 경시하는 것으로 보일 수 있다.

(6) 가벌성의 범위를 확장하는 목적

그러나 그것은 착시현상에 불과하다. 전술한 바와 같이 행위자의 주관적 사실 중 그 행위자가 그 행위를 통하여 궁극적으로 의도하는 바(당선)와 관련된 심리적 사실을 고의에서 배제하여 그것을 초과주관적 구성요건 요소인 목적이라는 요소로 분리하게 되면 미수범에 불과했던 행위가 기수범으로 되어버리기 때문이다. 그렇게 되는 이유는 그렇게 분리된 목적이 의도하는 바인 당선은 허위사실공표 고의의 인식대상에서 배제되어버린다는 점에 있다. 그리하여 당선이라는 최종 결과에 대한 인식이 없더라도 허위의 사실을 공표한다는 인식과 의사만으로 고의에 의한 허위사실공표죄의 기수에 이르게 된다. 따라서 본 처벌규정의 독립된 주관적 요소로서의 목적은 처벌되지 않는 허위사실공표죄의 미수범을 기수범화 함으로써 가벌성의 범위를 극적으로 확대시키는 요소인 것이다. 따라서 본 처벌규정의 성립여부를 판단함에 있어 목적의 유무 규명은 매우 엄격한 기준을 따라야 함이 마땅하다.

2) 고의

본 처벌규정의 고의는 후보자에게 유리하도록 허위사실을 공표한다는 인식과 의사이다. 허위의 사실이 객관적 구성요건요소로 규정되어 있으므로 본 죄의 고의가 성립하기 위해서는 공표하는 어떤 것이 명백한[39] 허위임을 인식해야 한

38) 목적은 그 범죄의 고유한 불법성을 결정짓는 요소로 이해될 수 있다. 예컨대 무고죄는 그 목적에 의해 위계에 의한 공무집행방해죄와 구별될 수 있다. 그리고 판매할 목적이 없을 경우의 음화제조 행위는 불가벌로 평가된다.

39) “(3) 제250조 제2항의 허위와 다른 본 죄의 허위 개념” 참조.

다. 진실이 아닐 수도 있다는 정도의 인식만으로는 본죄의 고의에 대한 인식이 될 수는 없다. 왜냐하면 진실이 아니라고 해서 반드시 허위인 것으로 볼 수는 없기 때문이다.[40] 따라서 진실한 사실을 공표한다는 인식과 의사는 본 죄의 고의가 될 수 없다. 허위인 사실을 진실한 사실로 오인하고 그것을 공표한 경우 허위사실이라는 인식이 없기 때문에 이론적으로 과실이 성립될 수 있으나 본 규정은 과실을 처벌하지 않으므로 불가벌이 된다.[41]

Ⅲ. 수원고등법원 2019. 9. 6. 선고 2019노119 판결의 검토

이상과 같은 공직선거법 제250조 제1항에 대한 해석을 전제로 본 판결의 타당성 여부에 대한 분석을 시도하기로 한다. 그것은 주로 허위로 지목된 행위자의 진술, 그리고 행위 그리고 행위자의 행위 목적이 본 처벌규정의 목적에 부합하는지 여부에 관한 것과 결부된 논의가 될 것이다.

1. 허위로 지목된 것의 의미 다양성으로 인한 특정 불가능성

본 판결은 “형님을 정신병원에 입원시키려고 하셨죠?(이하 Q라고 함.)”라는 질문에 대하여 “(저는) 그런 일 없습니다.[42](이하 S라고 함.)”라고 진술한 것이 본 처벌규정의 허위사실공표죄에 해당한다고 판시하고 있다. 그리고 본 판결은 S는 “강제입원 절차 개시에 전혀 관여하지 않았다(이하 F라고 함.)”와 동

40) 그러나 황정근, 앞의 논문, 58면에서는 허위는 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 가능성이 있으면 족하다고 한다. 그러나 다른 한편으로는 허위는 본 죄의 구성요건으로 규정되어 있기 때문에 그에 대한 적극적인 증명이 필요하고 그 사실이 진실이라고 하는 증명이 없다는 것만으로는 부족하다고 한다.

41) 독일형법 제186조에서는 진실한 사실이라는 점에 대한 피고인의 증명이 없는 경우 그 유포행위를 처벌한다. 그러나 본 규정은 허위사실 유포행위를 처벌하는 규정이라고 할 수는 없다. 본 규정의 허위사실 아님 증명의 실패는 구성요건요소가 아니라 객관적 처벌조건에 불과하기 때문이다. 소송법적으로 일종의 거증책임 전환 요소라고 할 수 있을 것이다. 그러나 본 규정의 허위는 객관적 구성요건요소이므로 이것은 고의의 인식대상임이 분명하고 이에 대한 인식이 없으면 고의가 성립될 수 없다. 물론 이에 대한 입증책임도 원고인 검사에게 있음이 분명하다.

42) 본 판결문 45면에서는 이를 공소사실 기재 발언이라고 지칭하고 있다. 따라서 공소제기된 범죄사실은 바로 S라고 할 수 있다.

일[43][44]한 것이며 F는 허위사실이므로(S=F=허위사실) S를 진술하는 행위(이하 S-A라고 함.)는 허위사실 공표행위라고 판시한 것이다.

이러한 판시 과정 속에서 "S-A = 허위사실공표 행위"의 결론이 도출될 수 있다. 물론 이러한 결론은 "S=F(이하 SF라고 함)"라는 등식 없이는 성립 불가능하다. 따라서 "SF"에 대해서는 명확한 입증이 필요하다고 해야 한다. 그리고 그 입증에 있어 S에 대한 정확한 의미 파악은 그 의미의 특정과 S 자체의 특정을 위한 필수적인 전제 요소가 될 것이다. 이에 대해서는 위 "(2) 허위로 지목된 그 어떤 것의 의미규명 이후에 특정되는 기준사실"에서 이미 서술한 바 있어 재론을 생략한다.

1) 질문자의 의도와 질문 상황을 고려한 S의 의미 파악

그런데 S는 Q에 대한 대답이다. 따라서 S의 의미를 파악함에 있어서는 Q의 의미 파악과 특정이 선행되어야만 한다. 그리고 이러한 Q의 진정한 의미는 질문자의 의도와 질문할 당시의 상황을 고려하지 않고서는 파악될 수 없다.

(1) 행위자의 도덕성 공격 의도의 질문

일단 Q는 선거방송에서의 경쟁 후보자의 질문이므로 상대방 후보자인 행위자에게 호의적인 질문일 리가 없음이 분명하다. 특히 행위자의 도덕성을 문제삼기 위한 질문이라는 점에 대해 다툼이 없는 것으로 보인다. 이에 의한다면 Q의 취지는 "당신은 혈육에게 범해서는 안 될 짓을 하는 패륜적인 사람이 아닌

---

43) 본 판결문 49면에서는 S와 F가 동일하다는 전제에서 쟁점에 관하여 판시하고 있다. 그리고 본 판결은 검찰의 공소사실의 취지를 그대로 인정한 것으로 보인다. 공소사실에는 "피고인이 경기도지사 후보자 TV토론회에서 이재선의 강제입원에 전혀 관여한 바 없다"고 한 말이, 검찰 항소이유의 요지에는 "강제입원에 전혀 관여한 바 없다는 취지 발언"이라는 내용이 기술되어 있다.

44) 본 판결문 50면에서는 S를 통하여 이 표현을 직접 사용하지 않고 숨겼음을 인정하고 있다. "숨긴 채" S를 발언했다고 기술하고 있다. 이러한 판단은 본 판결문 50면 상단에 기술된 관련 상황에 대한 행위자의 보충 해명(2018년 6월 5일, 강제입원의 주체는 이재선의 처와 딸, 행위자의 어머니와 형제자매들이 진단을 의뢰)을 통하여 추정한 것으로 보여 진다. 그러나 그러한 행위자의 보충설명은 입원관련 상황에 대한 설명이지 S의 의미가 그러하다는 의미로 행위자가 말한 것이 아니다. 따라서 이러한 행위자의 보충설명만으로 판단의 핵심 요소인 S=F가 판단될 수는 없다.

가?"로 파악될 수도 있다. Q를 이렇게 파악하면 S는 F가 아니라 "나는 그런 패륜적인 일을 한 적이 없습니다."라는 의미로 이해되는 것이 상식이다.

따라서 Q가 행위자의 도덕성을 문제 삼기 위한 질문이라는 전제에서는 SF는 불가능하게 된다. 이에 의한다면 S-A는 허위사실공표 행위로 평가될 수 없다.

(2) 정책 빈곤을 감추기 위한 의도의 질문

또한 Q는 질문자 자신의 정책빈곤 등을 감추기 위한 정책토론 회피의 목적으로 질문되었을 수도 있다. 즉 그 질문은 상대방의 정책토론을 방해하고 토론을 이전투구와 같은 상황으로 이끌고자 하는 정치적 전략일 수도 있다. 그렇기 때문에 그 질문은 행위자의 정책과 관련된 발언과 정책토론의 기회를 주지 않을 의도가 내포되어 있지 않다고 단언할 수 없을 것이다. Q 질문의 의도가 그러한 것일 수 있다고 행위자가 이해하였다면 행위자가 S라고 다소 간단하고 단호하게 진술한 뜻은 F가 아니라 "그런 인신공격적인 방해 발언은 그만 하고 유권자를 위한 정책토론을 펼쳐가자"는 의미로 이해될 수도 있다.

(3) 행위자 가족과 행위자에 대한 인신공격 의도의 질문

뿐만 아니라 Q는 행위자에 대한 인신공격을 하기 위해 한 질문일 수도 있다. 그렇다면 S는 F가 아니라 "인신공격을 제발 그만 하라."란 의미의 진술일 수도 있다.

이것은 본 판결문에서 인정하고 있는 사실에 의해서도 충분히 확인될 수 있다. 본 판결문 56면에서는 행위자가 강제입원이라는 허위사실 유포 행위에 대해 법적으로 대처하여 승소한 사실을 기술하고 있다. 그 승소판결은 이미 2015년에 이루어진 것이므로 행위자로서는 이미 Q와 관련된 의문이 법적으로 해소된 사안이라 여기고 더 이상 재론할 이유가 없다고 판단했을 수 있다.

더구나 질문 Q를 제기한 자는 의료인이므로 행위자로서는 당시 선거 후보자로 나선 그가 이러한 사실에 대한 확인을 이미 했을 것이라고 판단했을 것이다. 그렇다면 행위자로서는 그러한 질문이 어떤 사실의 확인을 위한 것이 아니라 행위자와 그 가족에 대한 인신공격을 위한 것이라는 판단을 얼마든지 할 수 있었을 것이다.

2) Q문언 그 자체에 대한 답변 S의 의미 파악

S를 질문의 문언적 의미 그 자체에 대한 답변으로 이해할 수도 있다. 이 때 S는 "입원시키려고 한 적이 없다"는 의미로 파악될 수 있다.[45] 그러나 그것이 바로 F로 평가될 수 있는 지는 행위자의 진술 의도에 따라 얼마든지 달라질 수 있다.

(1) 위법한 강제입원이 아니었다는 의미

행위자는 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 진단을 위한 입원은 적법한 입원이므로 위법한 강제입원이 아니라고 생각하면서[46], 질문자가 질문에서 지칭한 입원을 위법한 강제입원인 것으로 이해하고 "위법하게 강제로 입원시키려고 한 적이 없다." 즉 "적법한 입원을 시키려고 하였을 뿐이다."라는 의미로 S라고 답변했을 수도 있다. 그렇다면 SF는 성립하지 않는다.

(2) 입원이 아닌 진단을 위한 조치

또한 행위자는 동법 제25조 제3항의 입원은 제2항 진단의뢰에 따른 진단을 위한 부수처분에 불과하다고 생각했기 때문에 그것은 '입원'을 시키는 행위가 아니라 '진단'을 위한 '부수적인 조치'에 불과한 것으로 판단하였고 따라서 "진단을 의뢰한 것이지 입원을 시키려고 한 것이 아니다"라는 의미로 S를 진술했을 수도 있다. 따라서 이 경우에도 SF는 성립될 수 없다.

(3) 민원해결을 위한 시장의 직무집행

행위자 측에서 주장되고 본 판결이 인정한 사실에 의하면 행위자 가족들이 입원 혹은 진단조치를 요구[47]하였고 이러한 가족들의 민원에 대해 이와 관련한 "시장으로서의 정상적인 직무를 집행한 것"이라는 의미로 S를 진술했을 가능성도 배제할 수 없다. 그러므로 이 경우에도 SF는 성립될 수 없다.

---

45) 1심 판결문 75면 상단 부분 참조.

46) 본 판결문 57면에서는 강제입원도 적법한 입원으로 판시하고 있어 강제입원에 대한 본 판결의 이해와 행위자의 이해가 전혀 다를 수도 있음을 알 수 있다. 따라서 본 판결은 행위자가 자신은 강제입원을 의도한 적이 없음을 명확하게 믿고 그것을 주장하고 있을 수도 있는 점을 충분히 고려하지 못했을 수도 있다.

47) 본 판결문 55면 참조.

3) 소결

이상에서 논의한 바와 같이 질문할 당시의 질문자의 의도와 취지는 다양하게 해석될 수 있다. 그리고 그에 대한 답변도 그에 따라 달라질 수밖에 없다. 따라서 그에 대한 답변자의 답변 의도와 그 답변의 의미를 특정 하는 것은 현실적으로 쉽지 않은 일이다. 또한 Q를 문언 그대로 이해하고 S를 "입원시키려고 한 적이 없다."는 말로 이해하더라도 S의 의미는 매우 다양하게 파악될 수밖에 없다. 이에 관하여 전술한 S 의미의 경우의 수들은 단지 예시에 불과할 뿐이므로 그 이외의 경우도 무수히 많이 예상될 수 있다.

사실 행위자 진술 S에 대하여 행위자와 그의 가족사와 관련하여 그 의미를 파악하자면 그것은 위에서 추정 가능했던 의미들이 모두 함께 함축되어 내포된 진술일 수도 있다.

이 모든 가능한 상황들과 다양한 진술의 의미 가능성에도 불구하고 '오직 SF일 뿐'이라는 본 판결의 관점은 심각한 사실논리적 비약에 불과하거나 혹은 독단에 가깝다고 할 수 있다. 물론 본 판례는 이러한 SF 판단에 있어 나름의 근거를 제시하고 있기는 하다. 본 판결문에 의하면 그것은 2018년 5월 29일의 Q에 대하여 행위자가 2018년 6월 5일 사후적으로 해명한 답변(이하 E라고 칭함)의 내용인 것으로 보여 진다. 본 판결이 이것을 SF 판단의 근거로 제시하고 있는 것이라면 본 판결은 이러한 E를 매개로 하여 SF에 이르고자 한 것으로 보인다. 그 결론은 'S=E=F'가 될 것이다. 물론 이 등식은 S=E와 E=F를 충족하는 것을 전제로 가능한 것이다. 그러나 전술한 의미의 다양한 가능성에 비추어 볼 때 S=E가 반드시 성립된다고 할 수는 없다. 그럼에도 불구하고 백보 양보하여 S를 '입원시키려고 한 적이 없다'로 이해할 수 있다면 일단 S=E가 성립될 수 있을 여지를 어느 정도는 인정할 수 있을 것이다.

그러나 E의 내용에 "강제입원에 전혀 관여한 바가 없다."는 F가 내포되어 있는지는 매우 의문스럽다. E는 '형님을 정신병원에 입원시키려고 하지 않았다.' 그리고 '입원시킨 사람은 형수와 조카들이었다.' 그리고 '가족들이 진단요청을 한 일이 있다.'는 내용으로 구성되어 있다. 그 내용의 취지를 종합해보면 '입원을 시키려고 한 것이 아니라 진단요청을 한 것이다'라는 의미로 이해될 뿐이다. 다시 말하면 입원시키려고 했다는 것은 오해이고 단지 진단을 받아보게 하려고 했을 뿐이니 '제발 좀 믿어주고' '같은 말을 이미 수차 반복했으니 이제는 그만

좀 하게 해 달라'는 의미이다. 더욱 간단히 말하자면 그것은 '입원이 아니고 진단이다'라는 행위자 자신의 '견해'를 제시함으로서 상대방을 이해 혹은 설득시키고자 하는 진술자 자신의 의견 진술로 이해될 수 있다. 이러한 이해에 의한다면 E에 "강제입원에 전혀 관여한 바가 없다."는 허위여부 혹은 사실여부를 다투고자 하는 사실에 관한 '진술'은 존재하지 않는다고 할 수 있다.[48] 즉 이러한 주관적 가치평가로서의 행위자의 의견 E에서 객관적 사실에 관한 진술로서의 F의 내포 여부가 확인될 수는 없는 것이다.[49] 따라서 'E=F'는 성립될 수 없다. 물론 'S=E=F'도 불가능하다.

이상과 같은 논의에 의한다면 결국 허위로 지목된 것인 진술 S의 의미는 특정될 수 없다. 이처럼 의미가 특정될 수 없다면 진술 S가 허위로 지목된 어떤 것으로 특정될 수도 없음은 전술한 바와 같다. 그렇기 때문에 또한 허위여부에 대한 판단 기준이 될 사실(본 판결이 예정하고 있는 것은 아마도 행위일 것임.)의 특정도 불가능 하게 됨도 물론 전술한 바와 다르지 않다. 따라서 진술 S에 대한 허위여부를 판단하는 것도 불가능하게 된다. 이러한 논의에 의한다면 본 판결은 허위의 존재 규명에 실패하고 있다고 하지 않을 수 없다. 그럼에도 불구하고 본 판결이 인정하고 있는 '허위존재'에 대해서는 심각하고도 합리적인 의문을 제기하지 않을 수 없다.

2. 사실 왜곡을 허위개념에 포함시키는 제250조 제2항 허위개념의 무단 차용

이미 살펴 본 바와 같이 본 처벌규정의 가벌성은 제2항의 가벌성과 동일하게 평가될 수 없다. 그러한 점에서 본 처벌 규정의 허위는 제2항의 그것과 같은 것으로 평가될 수 없다는 점에 대해서도 이미 서술한 바 있다. 그럼에도 불구하고 본 판결은 허위 이외에 사실 왜곡도 제250조 제2항의 허위에 포함되는 것으로 해석하고 있어 위헌성이 의심되는 관점을 본 처벌규정의 허위여부를 판단하는 기준으로 삼고 있다.

---

48) 사실의 진술과 의견의 개념에 대해서는 오윤식, 앞의 논문, 208면 이하 참조.

49) 이와 관련하여 논란의 여지가 적지 않을 수도 있다. 대부분의 진술에는 사실과 의견이 함께 존재한다. 모호한 경우의 판단에 있어서는 "의심스러울 때는 피고인의 이익으로"라는 형사법의 대원칙의 적용이 반드시 고려되어야 한다(같은 취지로 오윤식, 앞의 논문, 226면 참조.).

본 판결은 “적극적으로 반대되는 진술을 하지는 아니하였으나 소극적으로 이를 숨기거나 유사한 방법으로 덧붙이는 진술을 하였고, 그것이 선거인의 공정한 판단을 그르치게 할 정도로 전체적으로 보아 적극적으로 반대되는 사실을 진술한 것과 마찬가지로 사실을 왜곡하는 정도에 이르렀다면 이 역시 이 법조항 소정의 허위사실공표행위에 해당한다고 봄이 상당하다”고 판시함으로써 사실 왜곡도 본 처벌 규정의 허위에 포함되는 것임을 명백하게 판시하고 있다. 그리고 이러한 판시 내용의 ‘숨기거나’라거나 ‘덧붙이는’이라는 표현은 공직선거법 “제250조 제2항의 입법취지에 비추어 볼 때, 동조의 허위의 사실에는 왜곡된 사실 즉 어떤 사실에 관하여 그 일부를 숨기거나(은닉) 반대로 허위의 사실을 덧붙이거나(부가)[50] 또는 분식, 과장, 윤색하는 등으로 선거인의 공정한 판단을 오도할 정도로 전체적으로 보아 진실이라고 할 수 없는 사실을 공표하는 경우도 포함된다고 해석된다.”[51]는 관점에서도 동일하게 표현되고 있다. 따라서 본 판결은 허위에 관한 본 관점을 그대로 따르고 있다고 할 수 있다. 그러나 이러한 본 관점은 제250조 제1항이 아닌 동조 제2항의 허위에 관한 것이다. 그리고 제1항과 제2항에 있어서의 허위개념 구별의 필요성에 대해서는 이미 서술한 바 있다. 따라서 본 판례는 제1항의 허위개념을 합리적 근거 없이 지나치게 확장함으로써 금지된 유추의 영역으로 진입하고 있다고 할 수밖에 없다.

3. 허위개념의 확장을 통한 행위 범위의 확장 기도

본 판결의 이러한 허위 개념의 부당한 확장은 (공표)행위개념의 확장에까지 이르게 된다. 이러한 본 판결의 시도는 이미 확인한 바와 같이 유죄 판단의 전제가 되는 SF의 인정이 쉽지 않기 때문인 것으로 사료된다.

1) 본 판결의 관련 표현들과 그 의미

이와 관련하여 본 판결은 “어떠한 사실에 관하여 적극적으로 반대되는 사실

50) 본 판결문 49면에서 동일한 표현을 하고 있다. 따라서 본 판결은 제250조 제1항의 허위사실공표행위 여부를 판단하면서 제250조 제2항의 허위여부 판단의 기준을 차용하고 있는 셈이다. 본 판결의 부당성이 심히 우려된다.

51) 황정근, 앞의 논문, 66면 참조.

을 진술하는 것은 허위사실 공표죄 … 적극적이지 않으나 소극적으로 이를 숨기거나 유사한 방법으로 덧붙이는 진술[52]"이라든가 혹은 "선거인의 공정한 판단을 그르치게 할 정도로 전체적으로 보아 적극적으로 반대되는 사실을 진술한 것과 마찬가지로 사실을 왜곡하는 정도에 이르렀음[53]"이라든가 혹은 "숨기고 이 부분을 발언함[54]"이라든가 혹은 "지시에 따라 절차 일부가 진행된 사실을 의도적으로 숨겼다.[55]" 혹은 "사실을 숨김으로써 허위사실을 공표[56]"라는 등의 표현들을 사용하고 있다.

본 판결문에서의 이러한 다양한 표현들은 행위자가 명시적으로 F 진술 행위를 한(F-A) 적이 없음, 즉 행위자가 적극적인 거짓 표현(허위사실공표) 행위를 한 적이 없음을 본 판결도 인정하고 있음을 의미하는 것이다. 그것은 다만 행위자는 S-A로 사실을 숨김으로써 허위사실을 공표한 것이라는 의미일 것으로 이해된다. 이에 따른다면 본 판결의 취지는 'S-A=숨김(행위)=F-A'이라는 등식으로 정리될 수 있다.

그런데 전술한 바에 의하면 공표는 불특정 또는 다수인이 알 수 있는 상태에 두는 것을 의미한다. 그리고 그것은 고지 혹은 알림이다. 따라서 알 수 없도록 숨기는 행위는 그것이 작위행위로 평가된다고 하더라도 공표로 평가될 수가 없다고 해야 한다. 그렇다면 이러한 숨기는 행위에는 작위행위로서의 공표행위는 존재하지 않는 것이 분명하다. 따라서 S-A는 허위사실공표행위로 평가될 수 없다고 해야 한다.

2) 부작위에 의한 공표의 불가능성

그럼에도 불구하고 본 판결은 사실을 숨기는 행위로써 공표행위를 하였다고 판시하고 있다. 이러한 본 판결이 유지되기 위해서는 숨기는 행위는 부작위에 의한 공표 행위로 평가될 수밖에 없다.

살핀 바와 같이 본 처벌규정은 작위에 의한 형식범이며 추상적 위험범으로 해석될 수 있다.[57] 본 처벌규정이 공표행위를 함으로써 바로 기수에 이르는 구

52) 본 판결문 49면 참조.
53) 본 판결문 50면 참조.
54) 본 판결문 54면 참조.
55) 본 판결문 58면 참조.
56) 본 판결문 60면 참조.

조를 취하고 있기 때문이다. 범죄의 완성에 있어 행위 이외에 결과를 요하지 않는 형식범이 성립하기 위해서는 그 형식범에 규정된 바로 그 행위가 요구된다. 형식범이란 바로 그 행위를 금지하기 위해 마련된 처벌 규정이기 때문이다. 따라서 이러한 형식범의 경우 그 형식범이 요구하는 행위를 하지 않으면서(부작위 하면서) 그 범죄를 범할 수는 없다.

이에 반하여 결과범인 작위범의 경우에는 행위정형의 동가치가 인정될 수 있는 부작위행위를 통하여 바로 그 작위범죄를 범할 수 있다. 예컨대 모가 유아에게 수유하지 않음이라는 부작위를 통하여 그 유아를 아사시킴(사망의 결과 발생)으로써 작위범죄인 살인죄를 범할 수 있다. 이러한 결과범에서의 부작위는 그 부작위가 발생시키는 결과가 작위를 통하여 발생시킨 그것과 질적으로 달리 평가되지 않을 경우 그 부작위에 대해서는 작위와 동일한 불법성을 인정할 수 있다. 이러한 불법의 질적 동일성이 작위와 부작위 행위의 동가치성을 결정할 수 있는 것이다. 바로 이러한 것이 행위정형의 동가치성으로 지칭되고 있다. 그렇기 때문에 범죄의 완성에 결과를 요하지 않는 형식범으로서는 이러한 행위정형의 동가치성을 갖춘 부작위 행위란 불가능한 개념이 된다.[58]

이상의 논의에 의한다면 추상적 위험범인 형식범으로 해석되는 당선 목적 허위사실공표죄는 부작위에 의해 범해질 수 없다. 따라서 S-A로써 어떤 사실을 숨기는 것이 부작위 행위로 평가된다고 하더라도 그것이 제250조 제1항의 허위사실 공표 행위로 평가될 여지는 없다고 해야 한다.

4. 주관적 구성요건요소

1) 초과 주관적 구성요건요소인 목적

이미 살펴 본 바와 같이 본 범죄가 성립되기 위해서는 당선 목적이라는 주관적 사실이 반드시 존재해야만 한다. 이미 검토한 바에 의하면 본 처벌규정의 목적은 본 판결이 판시하는 바와 같이 미필적 인식에 의해 성립될 수는 없다. 본 죄가 성립하기 위해서는 반드시 명확한 의도에 의한 당선 목적의 존재가 규

57) 황정근, 앞의 논문, 58-59면에서는 불특정 또는 다수의 사람이 알 수 있을 상태에 도달하면 족하고 반드시 그들이 알게 되는 것을 요하지 않는다고 한다.
58) 이에 대해서는 이정원, 「형법총론」, 신론사, 2012, 444면 참조.

명되어야만 한다.

그런데 행위자가 S-A 한 목적을 당선 목적만으로 단정하는 것은 현실적으로 불가능하다. 이미 살핀 바와 같이 각각의 상황에 따라 그 목적이 달리 파악될 수 있기 때문이다. 더 나아가 행위자의 목적에는 그러한 '모든' 상황들에서 추정 가능한 의도들이 전부 함께 내포되어 있을 수도 있다. 따라서 대상행위에서는 당선 목적이 부정되어야만 할 것이다.

2) 일반적 주관적 구성요건요소인 고의

본죄가 성립하기 위해서는 행위자가 행위에 관한 허위사실을 공표한다는 인식과 의사가 필요하다. 그러나 살펴 본 바와 같이 본죄의 행위객체인 허위의 사실이 존재하는 지 확신할 수가 없다. 그것은 공표행위도 다르지 않다. 따라서 이에 대한 고의를 논하는 것은 무의미하다.

Ⅳ. 결론

이상에서 살펴 본 바에 의하면 공직선거법 제250조 제1항의 허위사실공표죄는 그 해석과 적용에 있어 매우 엄격한 태도의 유지가 반드시 필요하다. 그것은 타인에 대한 허위사실 유포행위를 처벌하고 있는 동조 제2항의 행위와 달리 본 처벌규정의 행위에는 그와 같은 정도의 가벌성이 인정될 수가 없기 때문이다. 그러한 가벌성 평가는 본 처벌규정이 타인이 아닌 행위자 스스로에 대한 허위사실 유포 행위를 그 처벌대상으로 삼고 있다는 점에서 가능하다. 또한 그것은 독일형법의 선거범죄에 대한 입법태도 때문이기도 하다. 독일형법의 관련 처벌규정에서 본 처벌 규정과 같은 것으로 평가될 수 있는 것은 없다. 따라서 독일형법은 본 처벌규정에서의 행위를 비범죄화 하고 있는 것이다. 이러한 비교법적 검토는 본 처벌규정의 적용범위를 극단적으로 축소하거나 더 나아가서는 폐지[59]하는 것이 바람직하다는 주장의 매우 유력한 근거가 될 수 있다.

---

59) 최정학, 공직선거법 제250조 제2항 '낙선목적 허위사실공표죄'의 엄격해석론-조희연 서울시 교육감의 허위사실공표혐의와 관련하여-, 인권법연구(한국방송통신대학교 법학과) 제1권(창간호), 2015.2, 55면에서 입법론을 제시하면서 동조 제2조의 폐지 혹은 법문에 비방

이러한 점들을 고려한다면 본 처벌규정을 적용함에 있어서는 당선 목적에 의한 충분한 불법성 담보가 반드시 필요하다고 해야 한다. 그것은 이미 살펴본 바와 같이 본 처벌규정 불법의 핵심이 스스로에 대한 허위사실공표행위에 있는 것이 아니라 당선 목적에 존재하기 때문이기도 하다. 그러므로 본 규정의 목적이 미필적 인식만으로 성립된다는 본 판결의 관점은 더 이상 유지될 수 없다고 해야 한다. 명확한 의도만이 본 규정의 목적성을 충족할 수 있을 뿐이다. 이러한 해석과 적용의 엄격성은 본 규정의 객관적 구성요건요소들의 개념 파악에 있어서도 여전히 유지되어야만 한다. 특히 행위객체인 허위의 사실에서의 허위와 공표행위의 개념범위는 행위자에게 불리한 방향으로 확대되어서는 안 된다. 오히려 그 범위는 행위자에게 유리하게 축소되는 방향으로 제한될 필요가 있다.

그럼에도 불구하고 본 판결은 본 처벌규정 해석의 가능한계를 무분별하게 확장함으로써 유죄판결에 이르고 있다. 따라서 본 판결에 대한 신속한 변경이 요구된다.

투고일 : 2019.10.31. / 심사완료일 : 2019.12.12. / 게재확정일 : 2019.12.16.

의 목적을 추가하는 방법 등을 제안하고 있다.

[참고문헌]

권오걸, “공직선거법상 후보자비방죄에 대한 연구”, 「법학연구」 49, 한국법학회, 2013, 159-185면.

김정연, “공직선거법상 선거운동의 개념으로서 목적의사와 목적범의 판단기준”, 「형사법연구」 제31호 제2권, 한국형사법학회, 2019, 103-129면.

박선아, “공직선거법상 허위사실공표죄에 관한 소고-대법원 2007.11.16. 선고 2007도6530판결-”, 「국제법무」 제2권 제1호, 제주대학교 법과정책연구원, 2010.5, 85-101면.

박지현, “목적만 불법한 목적범의 목적 요건의 엄격해석론 및 불법 없는 예방 경계론”, 「법학연구」, 23(2), 충남대학교 법학연구소, 2012, 419-449면.

백태웅, “공직선거법상 허위사실 공표와 미필적 고의의 법리”, 「법과사회」 49호, 법과사회이론학회, 2105.8, 271-291면.

손지선, “목적범에 관한 고찰 - ‘불완전한 이행범과 단축된 결과범’ 분류기준의 재고 -”, 「형사법연구」 제30권 제1호, 한국형사법학회, 2018, 111-140면.

오윤식, “공직선거법상 허위사실공표죄 등에서 사실진술과 의견의 구별, 그리고 허위성의 증명”, 「사법」 제1권 제33호, 사법발전재단, 2015, 197-245면.

이경렬, “목적범에서 행사‘할 목적’의 인정에 관한 의문”, 「형사법연구」 제29권 제3호, 한국형사법학회, 2017, 363-388면.

이정원, 「형법총론」, 신론사, 2012.

이정원・류석준, 「형법각론」, 법영사, 2019.

최정학, “공직선거법 제250조 제2항 ‘낙선목적 허위사실공표죄’의 엄격해석론-조희연 서울시 교육감의 허위사실공표혐의와 관련하여-”, 「인권법연구(한국방송통신대학교 법학과)」 제1권(창간호), 2015.2, 45-62면.

황정근, “공직선거및선거부정방지법상 허위사실공표에 관한 고찰”, 「법조」 제49권 제6호, 법조협회, 2000.6, 44-71면.

[국문초록]

공직선거법 제250조 제1항 허위사실공표죄의 처벌 범위

류 석 준*

공직선거법 제250조의 허위사실공표죄는 헌법상 기본권인 표현의 자유를 제한하고 있다. 그것은 아마도 공정선거라는 국가적 법익을 보호하기 위한 장치일 것이다. 대의민주제에서 정상적인 국가 운영체계를 유지하기 위해 공정선거는 필수불가결의 요소임이 분명하다. 그러나 그렇다고 하여 그것이 표현의 자유를 한계이상으로 제한할 수 있는 근거가 될 수는 없다.

그런데도 불구하고 최근의 판례는 선거방송 토론회에서 공격적인 질문에 대하여 소극적으로 대응한 답변을 문제 삼아 1심의 무죄 판결을 뒤엎고 당선무효형을 선고하였다. 여러 가지 답변 상황을 고려할 때 답변의 내용에 대한 의미가 일의적으로 평가될 수 없음에도 불구하고 당해 판결은 이를 허위로 판단하고 그에 대해 공직선거법 제250조 제1항 허위사실공표죄를 적용하였다.

그러나 제250조 제1항 구성요건에 대한 해석론을 토대로 당해 법원의 관점을 검토하여 보면 그 판단의 심각한 오류가 의심된다. 그 무엇보다도 그 답변 내용의 다의성으로 인하여 공소사실 중 허위로 지목된 것이 무엇인지가 규명될 수 없기 때문에 허위여부를 판단할 수 있는 단계로 나아갈 수 없다는 점이 지적되지 않을 수 없다. 그럼에도 불구하고 본 판례는 이에 대한 검토 없이 위 답변을 허위로 판단하였다. 따라서 이러한 본 판례의 관점은 동 처벌규정의 허위개념을 허용한계 너머로 확장하여 적용하고 있다는 비판을 면할 수 없다. 그러나 본 판례는 이에 그치지 않고 그처럼 확장된 허위 개념을 통하여 본 처벌규정의 행위 개념까지 왜곡하고 있다.

또한 지적한 바와 같은 답변의 다의성 때문에 답변의 목적이 특정될 수 없음에도 불구하고 본 판결은 그 답변의 목적이 당선임을 간주하고 있다. 그러나 그것만으로는 가벌성이 거의 인정될 수 없는 스스로에 대한 허위사실공표 행위를 내용으로 하는 동 처벌규정과 같은 목적범에서 그 목적은 가벌성의 핵심적

* 영산대학교 법학과 교수, 법학박사.

인 요소라는 점과 또한 그 목적은 가벌성의 범위를 극단적으로 확장하는 요소일 수 있다는 점에서 명백한 입증 없는 이러한 간주는 허용될 수 없다고 해야 한다.

이상과 같은 본 판례에 대한 의문점들에 의한다면 본 판결은 공정선거 담보라는 미명 하에 정치적 표현의 자유를 과도하게 제한하고 있음을 지적할 수밖에 없다.

주제어 : 공직선거법, 허위사실, 공표, 목적, 표현

[Abstract]

The Scope of The Punishment for The False Information Disclosure under The Article 250 of The Public Official Election Act*

Ryu, Seok-Jun**

Article 250 of the Public Official Election Act restricts freedom of expression, which is a basic right under the Constitution. It is perhaps a device to protect the national interests of fair elections. In order to maintain a normal state management system in a representative democracy, fair elections are clearly an indispensable factor. But that does not provide a basis for limiting freedom of expression beyond its limits.

Nevertheless, the recent precedent was to overturn the first trial's acquittal and invalidate the election, taking issue with the passive response to the aggressive questions at the election broadcasting debate. Even though the meaning of the answer cannot be assessed in a single way considering the various circumstances of the answer, the ruling was judged false and applied to it the charge of disclosing false information under Article 250 paragraph 1 of the Public Official Election Act.

However, a serious error in the judgment is suspected when reviewing the court's point of view on the basis of the interpretation theory of Article 250 paragraph 1. Above all, it cannot be pointed out that the diversity of the answer cannot be determined what was cited as a falsehood in the indictment, so it cannot but be pointed out that it cannot be taken to determine whether the answer was false or not. Nevertheless, the above answer was judged false without consideration. Therefore, this view of the case cannot escape criticism that it extends beyond the permissible limit the notion of falsehood in the regulation of punishment. However, this case further distorts the concept of

* This work was supported by Youngsan University Research Fund of 2019.
** Ph. D, Professor, Department of Law, Youngsan University.

action in this code of punishment through such extended false concepts.

In addition, although the purpose of the answer cannot be specified due to the diversity of the answers as noted, this judgment assumes that the purpose of the answer is to be elected. However, it should be said that such treatment is not acceptable, given that the objective is a key component of preexisting and that the purpose may be an element of extreme extensibility.

Questions about this case, such as this one, are bound to point out that the ruling excessively restricts political freedom of expression under the guise of fair election security.

Key words : Public Official Election Act, False Facts, Public Announcement, Purpose, Expression