

〈논문〉

## 일부 허위가 포함된 공적 인물 비판의 법적 책임\* - 공직선거법상 허위사실공표죄 판례 비판을 중심으로 -

曹 國\*\*

### 요 약

선거라는 민주주의를 지탱하는 핵심절차에서 후보를 검증하기 위한 표현의 자유 행사를 형사처벌로 제약하는 것은 무조건 경계되어야 한다. 부분적 오류, 과장, 허위가 있다고 하더라도 공직후보자에 대한 검증을 억제하는 것은 민주주의 원칙에 반한다. 공직선거법 제250조 제2항의 허위사실공표죄에서 ‘허위’는 범죄사실을 구성하는 것이므로 소추측이 입증책임을 지는 것은 민주주의 형사소송의 기본이다. 검사의 적극적인 입증책임을 피고인이 제출한 소명자료에 대한 신빙성 탄핵 책임으로 사실상 완화시키고 있는 대법원 형사판례에 따르면, 검사는 의혹제기자의 주장이 ‘허위’인지 여부를 밝히지 않더라도 제기자의 주장 근거가 취약하다는 점만 밝히면 유죄판결을 확보할 수 있고, 이렇게 되면 공직자(후보)에 대한 검증은 형사처벌의 위협을 각오할 때만 가능해진다. 이는 공직자후보에 대한 검증과 비판은 “악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 제한되어서는 아니된다”는 민사판례의 입장과 대비된다. 허위성과 관련한 피고인의 ‘소명부담’은 검사의 ‘입증책임’보다 그 양과 질에 있어서 반드시 가벼워야 하고, 그 판단기준은 균일해야 한다. 검사의 입증책임을 완화시키고 있는 판례는 형사입증책임분배의 원칙에 대한 예외를 인정하는 것으로 독해되어서는 안 되며, 그 법리는 법원의 촉구에도 불구하고 소명자료를 제출하지 못하거나 제출된 소명자료가 구체성 없는 막연한 내용에 불과한 경우에만 적용되어야 한다.

주제어: 허위사실공표죄, 공직선거법, 입증책임, BBK, 표현의 자유

\* 이 글은 2012년 2월 16일 국회에서 열린 민주통합당 주최 토론회 <법학자에게 ‘정봉주법’을 묻는다>에서 발표된 것을 보완한 것임.

\*\* 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

## I. 들어가는 말

공직선거에서 후보자에 대한 철저한 검증을 보장하는 것은 대의제 민주주의의 기본이다. 대표를 선출하고 그에게 강한 권한을 부여하고 그의 정치활동의 결과물에 구속되어야 하는 유권자에게 공직선거 후보자의 검증은 필수불가결하다. 그런데 현대 민주주의 사회에서 ‘정치’는 ‘전쟁’의 대체물이다. 특히 ‘제왕적 대통령제’를 갖는 있는 한국 정치현실에서 대통령 선거는 죽기 살기 전쟁처럼 치러지고, 국회의원 선거의 경우도 각 정당과 소속 후보는 ‘검증’이라는 명분 아래 상대방에 대한 허위비방, 중상모략, 흑색선전 등을 일삼기도 한다.

이러한 상황은 공직선거법에 의하여 의율된다. 특히 공직선거법 제250조 제2항의 허위사실공표죄와 제251조 후보자비방죄 위반의 고소, 수사, 기소, 재판은 선거 시기마다 반복되어 왔다. 전자는 “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 500만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금에 처한다”라고 규정하고 있다. 후자는 “당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 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 비방한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.”라고 규정하고 있다.

특히 허위사실공표죄는 제17대 대통령 선거 시기 이명박 후보 관련 의혹 제기와 그에 대한 처벌로 인하여 정치·사회적으로 뜨거운 쟁점이 되었다. 2007년 한나라당 대선 후보 경선 시기 박근혜 후보와 그 측근들은 이명박 후보와 BBK 관련 의혹을 집요하게 제기했다. 예컨대, 한나라당 박근혜 후보자는 2007년 8월 경선 과정에서 “주가조작으로 수많은 사람들에게 피해를 준 BBK가 누구 회사인가. 오늘 아침 신문에 실제 주인이 우리당 모 후보라는 비밀계약서까지 있다고 나왔다. ‘정치공작’이라고 아무리 외쳐봤자 서류 한 장만 나오면 어쩔 수 없다. 음모론만 외친다고 해결되는 것은 없다”고 발언했고,<sup>1)</sup> 박근혜 후보 캠프의 유승민 의원은 “이 전 시장측이 (BBK와의 연루의혹을 차단하기 위해) ‘BBK가 다스에만 50억 원을 보냈을

뿐만 아니라 전 시장에게는 송금한 적이 없다'고 거짓 해명하고 있으나 기록에는 BBK가 양측에 모두 돈을 송금한 것으로 돼 있다”며 해명을 촉구했다.<sup>2)</sup> 이후 대선에서 대통합민주신당은 이 점을 집중 부각시켰고 그 선봉에는 정봉주 의원이 있었다. 박근혜, 유승민 두 사람은 수사대상에 오르지 않았지만, 정봉주는 허위사실공표죄 등의 위반혐의로 수사를 받고 기소되었다.

정봉주 전 의원에 대한 항소심 유죄판결이 내려진 지 3년 후인 2011년 12월 22일 대법원에서 확정판결이 내려지고 그가 수감되자,<sup>3)</sup> 야권은 이 판결이 표현의 자유와 언론의 자유를 제약한 것이라고 강력 반발하였다. 판결 직후 당시 한나라당 사무총장 권한대행 이혜훈 의원도 이 판결에 대하여 “정 전 의원이 왜 유죄인지 모르겠다. 국회의원들 모두가 물증을 가지고 얘기를 해야 한다면, 얘기를 할 수 있는 사람은 아무도 없다. 상식적으로 합리적인 근거가 있으면 의문을 제기할 수 있는 것이 우리 직업이다. 물증이 없다는 것과 상식적이고 합리적인 추론을 할 수 있다는 것은 다르다.”라고 평했다.<sup>4)</sup> 이후 야당은 허위사실공표죄의 구성요건을 ‘목적범’으로 변경하고 위법성조각사유를 신설하는 공직선거법 개정안(세칭 ‘정봉주법’)을 제출했다.<sup>5)</sup> 반면 여당인 새누리당은 2011년 서울시장 보궐선거에서 자당 나경원 후보가 허위사실 공표로 낙선했다고 판단하면서, 허위사실공표죄와 후보자비방죄 동조 위반의 처벌을 강화하는 동법 개정안(세칭 ‘나경원법’)을 제출하였다.<sup>6)</sup>

이하에서는 공직 선거 후보자를 비롯한 공적 인물에 대한 비판내용에 부분적 허위가 포함되어 있는 경우 어떠한 법적 책임을 져야 하는지에 대한 대법원 판례를 중심을 검토한다. 먼저 허위사실의 표현도 헌법적 보호의 대상이 된다는 헌법재판소의 결정을 간략히 살펴본 후, 대법원 판례가 제시하는 정치인의 발언이 민사책

1) <연합뉴스>(2007.8.17. <http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=100&oid=001&aid=0001729432>).

2) <연합뉴스>(2007.8.12. <http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=100&oid=001&aid=0001723996>).

3) 공직선거법 제 270조는 “선거법과 그 공범에 관한 재판은 다른 재판에 우선하여 신속히 하여야 하며, 그 판결의 선고는 제1심에서는 공소가 제기된 날부터 6월 이내에, 제2심 및 제3심에서는 전심의 판결의 선고가 있는 날부터 각각 3월 이내에 반드시 하여야 한다.”(강조는 인용자)라고 규정하고 있다. 이 점에서 대법원의 선고는 명백한 법률위반인데, 대법원이 이 조항을 강행규정으로 해석하고 있지 않는 것으로 보인다.

4) <한겨레>(2011.12.25, [http://www.hani.co.kr/arti/politics/politics\\_general/511829.html](http://www.hani.co.kr/arti/politics/politics_general/511829.html)).

5) 의안번호 14514(2012.1.9. 발의).

6) 의안번호 14636(2012.2.6. 발의).

임을 지는 요건을 검토한다. 이어 공직선거법상 허위사실공표죄에 있어서 허위사실에 대한 검사의 입증책임을 완화한 대법원 판례 및 정봉주 전 의원 유죄판결을 비판적으로 분석한다. 여기서 제17대 대통령 선거 시기 이명박 후보 관련 의혹 주장에 대한 주요 판례가 거론되는 것은 이 후보나 그 비판자의 정치적 입장 중 한 쪽 편을 들기 위함이 아니라, 대통령 후보라는 공인 중의 공인에 대한 검증이 어떤 범위 내에서 어떤 기준에 따라 허용되어야 하는가를 밝히기 위함이다.

## II. 허위사실과 표현의 자유

헌법상 허위의 사실을 표현한 행위를 처벌하는 조항으로는 공직선거법 제250조 제2항의 ‘허위사실공표죄’ 외에 형법 제307조 제2항 ‘허위사실적시 명예훼손죄’와 전기통신기본법 제47조 제1항의 ‘허위사실유포죄’ 등이 있다. 그러다 보니 허위의 사실을 표현하는 것은 자동적으로 형사처벌대상이라고 속단하기 쉽다. 그러나 헌법재판소는 ‘허위사실유포죄’의 위헌성이 문제가 된 세칭 ‘미네르바 사건’ 결정에서 이 점을 교정한다.

‘미네르바’라는 필명을 가진 박대성 씨는 정부의 경제정책을 맹비판하여 명성을 얻었는데, 검찰은 그가 정부가 외환시장에 개입했다는 허위사실을 유포하였다는 이유로 기소하였고 2009년 법원은 무죄판결을 내렸다.<sup>7)</sup> 그리고 2010년 헌법재판소는 “공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자”를 처벌하는 동조의 구성요건 중 ‘공익’이라는 표현이 “형벌조항의 구성요건으로서 구체적인 표지를 정하고 있는 것이 아니라 헌법상 기본권 제한에 필요한 최소한의 요건 또는 헌법상 언론·출판의 자유의 한계를 그대로 법률에 옮겨 놓은 것에 불과할 정도로 그 의미가 불명확하고 추상적이다.”라는 이유로 위헌결정이 내렸다.<sup>8)</sup>

7) 서울지방법원 2009.4.20. 선고 2009고단304 판결. 한편 전경이 진압과정에서 무고한 시민을 죽였다는 글을 인터넷에 올린 행위(서울지방법원 2008.12.12. 선고 2008고단3294 판결)와 ‘경찰이 강간을 했대요’라는 글과 함께 촛불시위에 대한 과잉진압을 비판한 글을 인터넷에 올린 행위(서울지방법원 2009.1.15. 선고 2008도3906 판결)는 유죄판결을 받았다.

8) 헌법재판소 2010.12.28. 선고 2008헌바157, 2009헌바88(병합) 전원재판부 【전기통신기본법제47조제1항위헌소원】 당시 동죄의 위헌성을 주장한 논문으로는 박경신, “허위사실 유포죄의 위헌성에 대한 비교법적인 분석”, **인하대학교 법학연구**, 제12집 제2호(2009);

사실 민주주의 사회에서 정부의 경제정책을 비판하는 것은 ‘공익을 해’하는 것이 아니라 ‘공익을 이롭게’하는 것이다.

특히 여기서 중요한 것은 헌법재판소가 허위사실의 표현도 헌법적 보호대상임을 밝혔다는 점이다. 당시 이강국, 이공현, 조대현, 김종대, 송두환 등 5인의 재판관은 과잉금지원칙 위반 여부에 관한 보충의견에서 다음과 같이 실시하였다.

“표현이 어떤 내용에 해당한다는 이유만으로 표현의 자유의 보호영역에서 애당초 배제된다고는 볼 수 없으므로, ‘허위사실의 표현’도 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역에는 해당하되, 다만 헌법 제37조 제2항에 따라 제한될 수 있는 것이다. 그런데 이 사건 법률조항을 당해 사건에서와 같이 공익을 해할 목적의 허위사실을 내용으로 하는 통신에 적용하는 것은, ‘공익’ 개념의 모호성, 추상성, 포괄성으로 말미암아 필연적으로 규제되지 않아야 할 표현까지 다함께 규제하게 되어 과잉금지원칙에 어긋난다. 나아가 이 사건 법률조항은, 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권 주체로 하여금 규제를 받을 것을 우려하여 스스로 표현행위를 억제하도록 할 가능성이 높은바, 제재에 대한 두려움으로 인하여 표현이 억제된다면, 표현의 자유의 기능은 훼손될 수밖에 없다. 결국, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배하여 표현의 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.”<sup>9)</sup>

진실과 허위는 일도양단식으로 선명하게 나뉘지 않는다. 일상 시민의 표현에서 진실과 허위는 섞여 있는 경우가 많으며, 권위 있는 학문과 사상도 완전한 진리를 독점하지 못한다.<sup>10)</sup> 물론 사인이 다른 사인에 대하여 “XXX는 강간전과자다”와 같이 진위 여부가 간단히 확인 가능한 허위사실을 퍼뜨려 타인의 구체적 법익을 침해하는 것은 민사적·형사적 제재를 받아야 한다. 그러나 자신에 대한 허위사실이 적시,

---

송기춘, “이른바 ‘허위사실유포죄’는 없다 - 전기통신기본법 제47조 제1항의 해석 및 위헌론 -”, **민주법학**, 제39호(2009. 3); 이향선, “인터넷상의 표현규제에 관한 비교법적 고찰 - 사이버모욕죄 도입과 허위사실유포죄 유지의 법리적 정책성·타당성에 관하여 -”, **언론과 법**, 제8권 제1호(2009) 등을 참조하라.

9) *Ibid.*

10) 이와 관련하여 박경신 교수는 다음과 같이 말한다. “진실과 허위의 구분은 항상 잠정적이며 추후에 폐기될 수 있음에도 불구하고 이를 기준으로 특정 표현에 대해 법적 제재를 가하는 것은 부당한 처벌이 될 수 있음은 물론 사람들이 ‘잠정적인 진실’을 의견의 형태로 공론의 장에 제시하기를 꺼리도록 하여 도리어 진실의 발견을 가로막거나 더디게 할 수 있다.”[박경신(각주 8), 15면].

공표, 유포 당하였다고 주장하는 사람이 공적 인물인 경우에는 법적 제재를 가동하는 것은 극도로 조심해야 한다. 민주주의 사회에서 공적 인물은 항상적인 비판과 검증의 대상인데, 보통의 시민이 그 공적 인물에 대한 완벽한 정보를 가지는 것은 불가능하다. 따라서 시민이 공적 인물에 대한 비판을 하는 과정에서 부분적으로 허위사실이 제기되었다는 이유로 그 시민에게 법적 제재가 내려진다면 표현의 자유는 심각하게 위축될 것이 명약관화하다. 우지숙 교수의 지적처럼, “정부를 비판함에 있어서 ‘허위가 아닌 진실에 근거해야 한다’는 조건을 다는 것은 비판 자체를 듣지 않겠다는 것”과 같으며, “일반 국민들에게 허위가 아닌 진실에 근거한 비판만을 허용한다면 국민 개인들에게 매년 진실을 밝힐 의무를 지우는 것”과 같은 결과를 낳을 것이다.<sup>11)</sup> 그리고 ‘허위사실유포죄’처럼 허위사실 유포로 침해되는 법익이 추상적인 경우는 그 위험성은 더욱 커진다. 진실과 허위에 대한 최종판단이 법에 의하여 이루어질 때 그 판단자는 국가권력, 특히 특정 시기 집권을 하고 있는 지배세력일 것이기 때문이다.

비교법적으로 볼 때도 허위사실 유포를 형사처벌 조항으로 보유한 민주주의의 나라는 한국뿐이다. 서구 국가 중 캐나다가 이러한 조항을 갖고 있었으나, 1992년 연방대법원의 위헌결정으로 그 조문은 폐기되었다.<sup>12)</sup> 이하의 동 법원의 설시에서 상술한 5인 헌법재판관의 보충의견의 문제의식을 재확인할 수 있을 것이다.

“과장 또는 명백한 조작(falsification)조차도 표현의 자유의 근거에 있는 가치와 연결된 유용한 사회적 목표에 기여할 수 있다. 동물학대와 싸우는 사람은 그의 신념을 추구하면서, 그리고 보다 근본적인 메시지, 즉 ‘동물학대가 확산되고 있는 바이는 중단되어야 한다’라는 메시지를 전달하려는 목적을 가지고 허위의 통계를 이용할 수 있다. 의사는 확산되고 있는 전염병을 대비하여 예방접종하라고 설득하기 위하여 잠재적인 바이러스 감염자의 수나 지리적 위치를 과장할 수 있다. 예술가는 예술적 목적으로 갖고서 특정 사회가 사실의 주장이자 명백히 의도적인 거짓말로 간주할 수 있는 진술을 할 수 있다. … 이 모든 표현들은 정치적 참여와 개인의 자기실현을 촉진하는 내재적 가치를 가지고 있다.”<sup>13)</sup>

11) 우지숙, “진실과 허위 사이 : 허위(일 수도 있는)사실의 표현을 위한 항변”, **경제규제와 법**, 제2권 제1호(2009.5), 195면.

12) 박경신(각주 8), 27-30면.

13) R. v. Zundel [1992] 2 S.C.R 731.

### III. 정치인의 경솔하거나 과장된 발언의 민사책임에 대한 판례 경향

#### 1. 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 공격의 금지

정치인의 비판발언의 민사책임에 대한 두 개의 지도적 판결을 보자. 먼저 2000년 7월 피고 한나라당 부총재 최병렬 의원이 서울 남부지청 부장검사가 제16대 국회 의원 총선거에서 자신에게 정치보복을 하고 있다는 기자회견을 하자 이 검사가 손해 배상소송을 제기한 사건에서, 대법원은 피고 패소 부분을 파기하면서 다음과 같이 실시했다.

“표현의 자유와 명예보호 사이의 한계를 설정함에 있어서는, 당해 표현으로 인하여 명예를 훼손당하게 되는 피해자가 공적인 존재인지 사적인 존재인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안에 관한 것인지 등에 따라 그 심사기준에 차이를 두어, 공공적·사회적인 의미를 가진 사안에 관한 표현의 경우에는 언론의 자유에 대한 제한이 완화되어야 한다. 또한, 공직자의 업무처리가 정당하게 이루어지고 있는지 여부는 항상 국민의 감시와 비판의 대상이 되어야 하고, 특히 선거법위반사건 등 정치적인 영향력을 가진 사건 처리의 공정성에 대한 정당의 감시기능은 정당의 중요한 임무 중의 하나이므로, 이러한 감시와 비판기능은 보장되어야 하고 그것이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 제한되어서는 아니된다.”<sup>14)</sup>

그리고 제16대 대통령선거를 앞둔 2002년 8월 피고 민주당 이낙연 대변인은 국가정보원에서 직권면직된 사람들의 모임인 ‘국가사랑모임’이 한나라당 이회창 후보 아들의 병역비리와 및 은폐의혹을 방해하는 정치공작과 관련이 있다는 주장을 펴자, ‘국가사랑모임’ 소속 인사들은 손해배상소송을 제기하였다. 대법원은 원고 패소 판결을 확정하면서 다음과 같이 실시하였다.

“정당 대변인으로서의 공식적인 정치적 논평이나 정치적 주장에는 국민의 지지를 얻기 위하여 어느 정도의 단정적인 어법도 종종 사용되고, 이는 수사적인 과장표현

14) 대법원 2003. 7. 22. 선고 2002다62494 판결 【손해배상(기)】.

으로서 용인될 수도 있으며, 국민들도 정당 대변인의 정치적 주장 등에 구체적인 사실의 적시가 수반되지 아니하면 비록 단정적인 어법으로 공격하는 경우에도 대부분 이를 정치공세로 치부할 뿐 그 주장을 그대로 객관적인 진실로 믿거나 받아들이지는 않는 것이 보통이므로, 정당 대변인의 정치적인 논평의 명예훼손과 관련한 위법성을 판단함에 있어서는 이러한 특수성이 충분히 고려되어야 할 것이다. ... 따라서 공공의 이해에 관련된 사항에서 정당 상호간의 정책, 정견, 다른 정당 및 그 소속 정치인들의 행태 등에 대한 비판, 이와 직접적으로 관련된 각종 정치적 쟁점이나 관여 인물, 단체 등에 대한 문제의 제기 등 정당의 정치적 주장에 관하여는 그것이 어느 정도의 단정적인 어법 사용에 의해 수사적으로 과장 표현된 경우라고 하더라도 구체적 정황의 뒷받침 없이 악의적이거나 **현저히** 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 그 책임을 추궁하여서는 아니 된다고 할 것이다.”<sup>15)</sup>

이러한 판례경향은 이명박 후보의 BBK 연루의혹 수사검사에 대한 정봉주 의원의 비판 발언을 다룬 민사판결에서도 확인된다. 이 사건의 원고 검사들은 서울중앙지방검찰청 특별수사팀에 소속되어 ‘김경준에 대한 범죄인 인도청구 대상 범죄, 주식회사의 다스의 사기 고소사건, 주식회사 다스의 주식매각 또는 백지신탁 불이행에 따른 한나라당 이명박 후보자의 공직자윤리법 위반 의혹, 대통합민주신당의 이명박 후보자 주가조작 고발사건’에 관하여 수사하였는데, 피고 정봉주 의원이 기자회견 등을 통하여 원고들이 한나라당 이명박 후보자의 혐의를 덮어주기 위하여 이 후보자에게 불리한 증거자료를 숨기거나 은폐하는 방법으로 짜맞추기식 수사를 하였다는 한 것으로 인식되도록 발언하여 자신들의 인격권을 훼손하였다는 이유로 손해배상 소송을 제기하였다.

그러나 서울고등법원 제19민사부(재판장 고의영)는 피고의 이 사건 발언이 원고들에 대한 불법행위임을 전제로 하는 원고들의 이 사건 청구는 이유 없다고 판단하고 이를 모두 기각하였다.<sup>16)</sup> 동 재판부는 정봉주 의원의 “발언 당시 그 내용이 객관적 자료에 의하여 최종적으로 확인되지는 않았고 이 사건 발언으로 인하여 검사인 원고들의 사회적 평가가 저하될 수 있다고 하여 바로 원고들에 대한 명예훼손이 된다고 할 수 없고, 이 사건 발언이 공직자 또는 공직 사회에 대한 감시·비판·

15) 대법원 2005.5.27. 선고 2004다69291 판결 【손해배상(기)】. 대법원 2003. 7. 8. 선고 2002다64384 판결 【손해배상(기)】 ; 대법원 2007.11.30. 선고 2005다40907 판결 【손해배상】 동지.

16) 서울고등법원 제19민사부 2011. 4. 26. 선고 2010나68581 판결 【손해배상(기)】.



견제라는 정당한 표현의 범위를 벗어나 악의적이거나 **심히** 경솔한 공격으로서 **현저히** 상당성을 잃은 것으로 평가되지 않는다”라고 판단하고, “대통령선거 후보자의 도덕성과 자질에 관한 진실규명과도 직결될 수 사항에 관한 것”인 경우 언론의 자유에 대한 제한이 완화되어야 할 것이라고 판단하였다.<sup>17)</sup>

여기서 이명박 후보의 BBK 연루의혹에 대한 정봉주 의원의 발언에 대한 재판부의 판단을 보자.

- ▶ 피고는 이 사건 발언에서 메모B를 언급하였는데 이러한 메모B는 김경준이 작성한 것이어서, 피고가 이러한 메모B의 존재 자체를 언급하는 것은 허위의 사실을 공표하는 것이 아니라고 할 것이다.
- ▶ 검찰의 최종수사결과 발표에서는 김경준이 BBK지분 100%를 유지한다는 사업구상을 기재한 자필 메모까지 발견되었고 이명박 후보자가 LKe뱅크, BBK B.V.I.를 통해 BBK를 소유한 적이 없으며 이명박 후보자가 김경준과 공모하여 BBK와 관련된 주가조작 및 횡령에 가담하지 않았다는 사실이 확인되었다고 하였는바, 이는 김경준의 자필 메모가 위와 같은 수사결론에 이르게 된 하나의 근거가 되었다는 것이다. 그런데 피고가 입수하여 가지고 있던 메모B는 김경준이 작성한 것이면서도 이명박 후보자가 김경준과 함께 설립하여 그와 함께 대표이사로 취임한 LKe뱅크가 BBK B.V.I.의 100% 지분을 가진 것으로 기재되어 있어, 이러한 경우 피고로서는 위와 같은 수사결론에 의문을 가질 만한 이유가 있었다고 할 것이다.
- ▶ 피고는 메모B가 김경준의 필체라는 것을 확인하고 변호사를 통하여 메모B를 김경준이 작성하였음을 확인하였으며, 하나은행이 투자결정을 할 때 작성하였던 자료들, 이명박 후보자의 명함 등 및 당시까지의 언론기사들과 비교하여 메모B가 사실에 부합하는지를 검토하였고, 검찰의 최종수사결과 발표나 피고의 이 사건 발언 이전인 2007. 11. 22.경에는 이명박 후보자의 친구가 BBK와 LKe뱅크 및 EBK의 회장 겸 대표이사가 이명박 후보자로 되어 있는 명함을 이명박 후보자로부터 직접 받았다고 주장하면서 그 명함을 공개한 바가 있었다. 이러한 경우 피고로서는 메모B의 작성 및 내용의 신빙성 여부를 확인하기 위해 상당한 노력을 하였다고 할 것이고, 메모B가 상당한 정도의 신빙성을 가졌다고 믿음에 있어 피고가 심히 경솔했다고 보기 어렵다고 할 것이다.

17) Ibid.

- ▶ 김경준에 대한 수사는 앞서 본 바와 같이 대통령선거 후보자의 공직담당 적격을 검증하는 의미가 있어, 피고의 생각이나 판단과 같이 검찰이 메모A만을 검토하고 메모B를 고려하지 않았다면, 이 사건 발언 당시 국회의원인 피고로서는 검찰의 수사결론이 옳은지에 관하여 의문을 제기하고 조사를 촉구하는 등 감시와 비판을 할 필요가 있었다고 할 것이다.

물론 이 판결은 정봉주 의원의 ‘BBK 검사’들에 대한 비난이 민사불법에 해당하는데 대한 것이지만, 정봉주 의원이 이명박 후보가 BBK의 실소유자라고 믿는데는 상당한 이유가 있었다고 판단하였음을 알 수 있다.<sup>18)</sup>

## 2. 평석

이상의 민사판결은 민주주의 사회에서 표현의 자유의 의미와 정치인의 역할이 무엇인지를 정확히 파악하고 있다. 공적 사안과 관련하여 공적 존재에 대한 비판은 부분적으로 허위를 포함하더라도 법적 책임을 물을 수 없으며, 이와 관련한 정치인의 단정적이고 과장된 표현은 용인되어야 한다는 것이다.

그리고 2002다62494 판결과 2004다69291 판결은 “구체적 정황의 뒷받침 없이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격”은 허용되지 않는다고 밝히고 있다. 여기서 ‘악의’란 개념은 미국 법리상 ‘실제적 악의’(actual malice)에서 온 것으로 보이는데, 이는 피고인이 자신의 공표하는 내용이 허위임을 실제로 알았거나 또는 그 진실성에 대하여 중대한 의심을 가지고 있었던 경우를 말한다.<sup>19)</sup> 그리고 현저히 ‘상당성’을 잃은 공격은 금지된다고 하였던 바, 현저히 않는 정도의 ‘상당성’을 잃은 공격은 용인되어야 한다는 취지라고 할 수 있다. 같은 맥락에서 2010나68581 판결은 “심히 경솔한 공격”은 허용되지 않는다고 하였는바, 이는 심하지 않은 ‘경솔한 공격’은 용인되어야 한다는 취지이기도 하다.

18) 이 항소심 판결은 현재 대법원 2011다40397(주심 : 신영철 대법관)로 계속 중에 있다. 같은 맥락에서 BBK 검사들이 <시사인>을 발간하는 주식회사 참언론과 소속 기자 주진우를 대상으로 제기한 손해배상소송도 원고폐소가 확정된다(대법원 1021.8.23. 선고 2011다40373 【손해배상(기)】).

19) 이는 공직자의 직무행위에 대한 언론의 비판이 민사불법으로서의 명예훼손이 되는가에 대한 미국의 지도적 판결인 New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964); St. Amant v. Thompson, 390 U.S. 727 (1968) 등에서 확립되었다. ‘실제적 악의’의 법리에 대해서는 신평, **명예훼손법**, (2004), 176-192면; 박용현·이순혁, **정봉주는 무죄다**, (2012), 96-117면을 참조하라.

#### IV. 후보자 검증을 억제하는 허위사실공표죄 형사판례 비판

이러한 민사판례의 경향은 형사판결에서 변경된다. 재산적 배상을 수반하는 민사 제재에 비하여 형사제재는 자유의 박탈이나 제한을 수반한다. 헌법적 기본권 사이에 명확한 ‘서열’이 있다고 할 수는 없다고 하더라도, 자유가 재산에 비하여 우위에 선다는 점을 이견 없이 받아들여지고 있다. 그렇다면 형사제재가 수반되는 형사불법이 인정되기 위해서는 민사불법 보다 더 엄격한 요건이 요구되어야 한다. 그러나 대법원은 형사불법을 더 쉽게 인정할 수 있도록 요건을 설정한다. 이하에서 주요한 허위사실공표죄 판결을 분석하기로 한다.

##### 1. 허위에 대한 검사의 ‘입증책임’의 완화

(1) 대법원 2003. 2. 20. 선고 2001도6138 전원합의체 판결과 대법원 2005. 7. 22. 선고 2005도2627 판결

허위사실공표죄에서 ‘허위’는 범죄사실을 구성하는 것이므로 소추측이 입증 책임을 지는 것은 민주주의 형사소송의 기본이다. 대법원도 “공직선거및선거부정방지법 제250조 제2항소정의 허위사실공표죄가 성립하기 위하여는 공표된 사실이 허위라는 점에 대한 적극적인 증거가 필요하고, 그 사실이 진실이라는 증거가 없다는 것만으로는 허위사실공표죄가 성립할 수 없다고 할 것이다.”라고 밝힌 바 있다.<sup>20)</sup>

그런데 이러한 원칙은 허위의 증명 방식과 정도에 대한 두 개의 대법원 판결, 즉 대법원 2003. 2. 20. 선고 2001도6138 전원합의체 판결과 대법원 2005. 7. 22. 선고 2005도2627 판결에 의하여 약화된다.

그간 2001도6138 전원합의체 판결은 선고유예의 요건 중 “개전의 정상이 현저한 때”가 무엇을 의미하는지를 밝힌 판결로 조명을 받아왔지만, 상술한 ‘정봉주 판결’을 비롯하여 허위사실공표 위반 여부를 판단하는 지침을 제시했다는 점은 주목받지 못했다. 이 사건 피고인 송영진은 제16대 국회의원선거에 충청남도 제1군 선거구에서 입후보한 사람으로, 후보자초청공개토론회에서 과거 충남 제1군에 제2 국가공단을 조성할 당시 민주정의당 소속 국회의원이었던 김현욱을 낙선시킬 목적으로 “제2 [국가]공단을 [만들 때] 수십억 [원대의] 정치 [자금을 만들어] 당시

<sup>20)</sup> 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003도5279 판결 【공직선거및선거부정방지법위반】.

[민주정의당] 국회의원들이 그것을 나누어 썼다는[,] 그런 제보가 있었는데, 그것을 제가 [제13대 국회의원 선거 당시] 공적으로 유세하면서 얘기했던 사실도 있습니다”, “제2공단은 … [제5공화국] 시절에 김현욱가 계시던 [민주정의당]에서 정치자금을 마련하기 위해서 … 당시[로서는] 엄청난 돈으로 […] 대산건설을 시켜서 [만들었]습니다. 거기서 엄청난 돈이 빠져나가서 전두환 대통령한테 그것을 심판도 받고 그랬는데[……]”라고 발언하였다. 또한 피고인은 후보자합동연설회에서 “[김현욱이] 의심의 여지가 많은 방법으로 군복무를 완수하지 못하고 ‘의가사 제대’했다고 했고, 그 자식도 … 고의로 체중을 불러 군대에 가지 않았다는 소문이 많이 있다”라고 발언하였다.

대법원은 피고인의 유죄를 확정하면서, 다음과 같은 지당한 원론을 제시한다.

“민주주의정치 제도 하에서 언론의 자유는 가장 기초적인 기본권이고 그것이 선거과정에서도 충분히 보장되어야 함은 말할 나위가 없다. 그리고 공직선거에 있어서 후보자의 공직담당적격을 검증하는 것은 필요하고도 중요한 일이므로 그 적격검증을 위한 언론의 자유도 보장되어야 하고, 이를 위하여 후보자에게 위법이나 부도덕함을 의심케 하는 사정이 있는 경우에는 이에 대한 문제 제기가 허용되어야 하며, 공적 판단이 내려지기 전이라 하여 그에 대한 의혹의 제기가 쉽게 봉쇄되어서는 안 된다.”<sup>21)</sup>

문제는 그 다음의 논리이다.

“그러나 한편, 근거가 박약한 의혹의 제기를 광범위하게 허용할 경우 비록 나중에 그 의혹이 사실무근으로 밝혀지더라도 잠시나마 후보자의 명예가 훼손됨은 물론 임박한 선거에서 유권자들의 선택을 오도하는 중대한 결과가 야기되고 이는 오히려 공익에 현저히 반하는 결과가 된다.

그러므로 후보자의 비리 등에 관한 의혹의 제기는 비록 그것이 공직적격 여부의 검증을 위한 것이라 하더라도 무제한 허용될 수는 없고 그러한 의혹이 진실인 것으로 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 허용되어야 한다. 그리고 이때 의혹사실의 존재를 적극적으로 주장하는 자는 그러한 사실의 존재를 수증할 만한 소명자료를 제시할 부담을 진다고 할 것이고, 그러한 소명자료를 제시하지 못한다면 달리 그 의혹사실의 존재를 인정할 증거가 없는 한 허위사실의 공표로서의 책임을 져야 할 것인 반면, 제시된 소명자료 등에 의하여 그러한 의혹이 진실인 것으로

21) 대법원 2003. 2. 20. 선고 2001도6138 전원합의체 판결 【공직선거및선거부정방지법위반】.

믿을만한 상당한 이유가 있는 경우에는 비록 사후에 그 의혹이 진실이 아닌 것으로 밝혀지더라도 표현의 자유 보장을 위하여 이를 별할 수 없다고 할 것이다.”<sup>22)</sup>

이는 이후의 2005도2627 판결에서 구체화된다. 이 사건의 피고인 허인회는 당시 열린우리당 전국청년위원장이자 제17대 국회의원선거 동대문을 선거구에 열린우리당 후보로 입후보한 자로서, 기자들에게 박정희 전 대통령의 스위스 은행 비자금에 당시 한나라당 박근혜 대표에게 전달되었다는 이야기가 있다는 발언을 하여 기소되어 유죄판결을 받았다.

“위[=검사의] 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 (대법원 2004. 2. 26. 선고 99도5190 판결 참조), 따라서 의혹을 받을 일을 한 사실이 없다고 주장하는 사람에 대하여 의혹을 받을 사실이 존재한다고 적극적으로 주장하는 자는 그러한 사실의 존재를 수궁할 만한 소명자료를 제시할 부담을 진다고 할 것이며, 검사는 제시된 그 자료의 신빙성을 탄핵하는 방법으로 허위성의 입증을 할 수 있다고 할 것인데(대법원 2003. 2. 20. 선고 2001도6138 전원합의체 판결 참조), 이때 제시하여야 할 소명자료는 위의 법리에 비추어 단순히 소문을 제시하는 것만으로는 부족하고 적어도 허위성에 관한 검사의 입증활동이 현실적으로 가능할 정도의 구체성은 갖추어야 할 것이며, 이러한 소명자료의 제시가 없거나 제시된 소명자료의 신빙성이 탄핵된 때에는 허위사실 공표로서의 책임을 져야 할 것이다.”<sup>23)</sup>

## (2) 평석

공직선거 과정에서 의혹을 주장하는 자와 의혹이 없다고 주장하는 자가 충돌할 때 전자는 자신의 주장을 뒷받침하는 일정한 근거와 자료를 제출해야 한다. 그렇지

<sup>22)</sup> *Ibid.*

<sup>23)</sup> 대법원 2005.7.22. 선고 2005도2627 판결 【공직선거및선거부정방지법위반· 명예훼손】, 대법원 2009.3.12. 선고 2008도11443 판결 【공직선거법위반】 동지.

않고 근거를 밝힐 수 없는 ‘제보’가 있거나 ‘소문’이나 ‘설’이 있다는 이유로 막연한 의혹을 주장하여 상대방에게 돌이킬 수 없는 타격을 입히는 것은 허용되어서는 안 된다. 위 판례가 이 정도의 얘기를 하는 것이라면 동의할 수 있다. 의혹제기자가 의혹이 있다고 주장만 해놓은 경우에도 통상의 형사사건처럼 검사에게 그 의혹이 허위라는 점을 입증하는 부담을 강하게 지울 수는 없다.

문제는 실제 사건에서 “의혹이 진실인 것으로 믿을만한 상당한 이유”, “사실의 존재를 수궁할 만한 소명자료를 제시할 부담”, “허위성에 관한 검사의 입증활동이 현실적으로 가능할 정도의 구체성”이 어떻게 해석되는가이다. 이 ‘상당한 이유’, ‘부담’, ‘구체성’의 수준을 높이 잡게 되면 형사사건에서 입증책임은 검사가 진다는 형사소송법의 원칙은 사실상 무너진다. 원칙과 예외가 전도되는 것이다. 검사는 의혹제기자의 주장이 ‘허위’인지 여부를 밝히지 않더라도 제기자의 주장 근거가 취약하다는 점만 밝히면 유죄판결을 확보할 수 있고, 이렇게 되면 공직자(후보)에 대한 검증은 형사처벌의 위협을 각오할 때만 가능해진다. 즉, “검사의 적극적인 입증 책임을 피고인이 제출한 소명자료에 대한 신빙성 탄핵 책임으로 사실상 완화시키고 있고, 이로 인해서 허위사실공표죄의 구성요건인 사실의 허위성이 직접적으로 입증되지 않더라도 범죄가 성립할 수 있다는 역설적인 결과가 초래”될 수 있는 것이다.<sup>24)</sup> 그리고 피고인의 ‘소명부담’의 수준에 대한 판단이 사건을 담당하는 판사마다 달라진다면 법집행의 형평성은 흔들린다.

상술한 미국의 ‘New York Times v. Sullivan 판결’은 민사사건임에도 통상 민사사건에서 요구되는 ‘증거의 우월’(preponderance of evidence) 보다 입증 부담이 높은 ‘명백하고 확실한 증명’(clear and convincing proof)을 요구함으로써, 원고가 ‘실제적 악의’를 입증하는 것은 매우 어렵게 만들고 표현의 자유를 강하게 보호하였다.<sup>25)</sup> 그런데 대법원 판례는 형사사건임에도 소추측의 입증부담을 완화시켜주었다. 그리하여 김종철 교수는 다음과 같이 말한다.

“대법원의 이러한 태도는 입증책임의 완화를 통해 의도적으로 전혀 근거 없는 허위의 사실을 유포하고자 하는 권리남용자를 통제하기 위한 교육지책의 성격을 가지는 것이다. 그러나 이러한 예외입증의 완화는 허위사실임을 적극 인지한 것으로

24) 윤지영, “공직선거법 제250조 제2항 허위사실공표죄의 구성요건과 허위성의 입증”, 형사판례연구, 제20호, (2012), 623면.

25) 376 U.S. at 285-286; 신평(각주 19), 185면.

객관적으로 증명되지 않고 허위사실의 유무가 오히려 수사에 의해 일정부분 직접 규명될 필요가 있는 표현행위로서 그 행위의 동기가 선거에서 공직검증을 하기 위한 것과 같이 공공의 목적에 부합하는 사안인 경우에는 적용되어서는 아니된다. 만일 이러한 예외를 인정하지 아니하면 역설적으로 허위사실의 입증책임이 오히려 표현행위자에게 전가되고 공적 목적을 위한 활동이 위축되는 역설이 초래될 수 있기 때문이다.”<sup>26)</sup>

박영선 의원이 대표발의한 ‘공직선거법 일부개정법률안’<sup>27)</sup>의 발의자들도 제안이유에서, 정봉주 판결과 선판례는 “사실상 ‘허위’에 대한 입증책임을 의혹제기를 한 진술자에게 전환시킨 것”이고 “‘허위’라는 입증을 검사가 직접적으로 하지 아니하였음에도 유죄 판결을 선고함으로써 향후 허위사실공표죄를 수사하는 검사는 의혹제기자의 근거가 충분한지 여부만 조사하면 되고 정작 ‘허위인지 여부’는 조사하지 않아도 되어 실제적 진실을 밝힐 필요가 없어”지도록 만들었다고 비판하고 있다.

요컨대, **허위성과 관련한 피고인의 ‘소명부담’은 검사의 ‘입증책임’보다 그 양과 질에 있어서 반드시 가벼워야 하고, 그 판단기준은 균일해야 한다.** 그리고 2001도 6138 전원합의체 판결과 2005도2627 판결은 형사입증책임분배의 원칙에 대한 예외를 인정하는 것으로 독해되어서는 안 된다. 이 판결들이 제시한 법리는 “보충적이고 제한적인 사실인정의 방법으로 원용되어야 할 것”인 바, 법원의 추구에도 불구하고 소명자료를 제출하지 못하거나 제출된 소명자료가 구체성 없는 막연한 내용에 불과한 경우에만 적용되어야 한다.<sup>28)</sup>

한편, 상술했듯이 민사판결은 ‘심히 경솔한 공격’으로 ‘현저히 상당성을 잃은 공격’을 불허하였다. 즉, 심하지 않는 정도의 ‘경솔한 공격’, 현저하지 않는 정도의 ‘상당성’을 잃은 공격은 허용된다는 것이다. 그런데 위의 **형사판결이 의혹제기의 허용요건으로 제시한 ‘상당한 이유’는 ‘현저한 상당한 이유’에 가깝다.** 이는 표현의 자유의 위축을 초래할 것이며, “공직선거및선거부정방지법 제250조 제2항소정의 허위사실공표죄가 성립하기 위하여는 공표된 사실이 허위라는 점에 대한 적극적인

26) 김중철, “공직선거법 제250조 제2항(낙선목적 허위사실 공표죄)와 관련된 대법원 판결에 대한 헌법적 검토”, 연세대학교 법학연구원, **법학연구**, 제22권 제1호 (2012년 3월), 21면.

27) 의안번호 14514(2012.1.9. 발의).

28) 천대엽, “허위사실공표죄의 구성요건인 ‘허위사실’의 입증문제”, **형사재판의 제문제**, 제5권 (2005), 381-382면.

증명이 필요하고, 그 사실이 진실이라는 증거가 없다는 것만으로는 허위사실공표죄가 성립할 수 없다고 할 것이다.”<sup>29)</sup>라는 다른 판결의 취지를 유명무실하게 만들 것이다.

## 2. 김현미 의원 무죄 판결과 정봉주 의원 유죄 판결 비교

이하에서는 지난 대선 시기 이명박 후보 관련 의혹을 제기하여 기소되었던 두 명의 야당 정치인에 대한 판결을 차례로 보면서 공표내용이 허위인가에 대한 고의가 있는지, 그리고 진실성 오신에 대한 상당한 이유가 있는지에 대한 법원의 판단을 비교하기로 한다.

### (1) 김현미 의원 무죄 판결

먼저 지난 제17대 대통령 선거 시기 김현미 의원은 대통합민주신당 대변인으로서 ‘이명박 후보자가 다스와 도곡동 땅을 차명으로 보유하고 있다’, ‘이명박 후보자는 자신이 소유하고 있는 건물에서 성매매 업소를 임대하여 임대료를 지급받는 불법적이거나 부도덕한 방법으로 재산을 모았다’ 등의 발언을 한 이유로 기소되었다. 그러나 대법원에서 확정된 서울고등법원 제11형사부(재판장 이기택)의 판결은 무죄를 선고하였다.<sup>30)</sup> 재판부는 김 의원이 이명박 후보자가 다스와 도곡동 땅을 차명으로 보유하고 있다고 공표하였지만, 허위사실공표의 범의가 있었다고 보기 어렵다고 판단했다.<sup>31)</sup> 즉,

29) 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003도5279 판결 【공직선거및선거부정방지법위반】.

30) 서울고등법원 2008.12.17. 선고 2008노2739 판결. 이 항소심 판결은 대법원이 검사의 상고를 기각함에 따라 확정되었다(대법원 2009.6.23. 선고 2009도147판결).

31) 대선 시기 발생하지는 않았지만 허위사실공표의 범의를 판단하는데 엄격한 잣대를 사용한 판결로는 서울고등법원 2011.8.30. 선고 2011노1441 판결이 있다(이 판결은 2011도 11688(주심: 김용덕 대법관)로 대법원에 계류중이다). 2010년 6.2 인천시장 재보궐선거에 출마한 백석두 후보는 상대후보인 송영길 시장이 국회의원 신분이던 2004년 8월 베트남 호치민시를 방문하여 현지 진출을 추진하던 국내 대기업으로부터 술, 골프 등 향응을 제공받고 미성년자 성매매를 한 혐의로 베트남 공안당국에 단속되었으나 대사관에서 무마하였다 등의 주장을 한 이유로 기소되었고, 1, 2심에서 유죄판결을 받았다. 그런데 백 씨의 발언 중 성접대 부분은 허위임이 입증되지 않았다는 이유로 무죄 판결이 났다. 송 의원과 함께 술을 마셨던 김일중이 송영길 등 4명의 국회의원들에게 보낸 이메일에 ‘성접대’ 또는 ‘모셨다’라는 표현을 사용했고, 원심 법정에서 아가씨까지 대동하여 방에 들어간 사람은 누구냐는 질문에 “희망자에 한해서였는데 여기에 해당되는 사람이 아니기 때문에 대답할 수 없다.”는 취지로 답하여 당시 일부 성접대가 있었음을 인정하고 있는 점 등을 거론하면서, 검사가 성접대가 허위라는 점을 합리적



“이명박 후보자가 다스와 도곡동 땅을 차명으로 소유하고 있다는 의혹은 한나 라당 대통령후보 경선 과정에서부터 제기되어 이를 둘러싼 공방이 계속되고 있었고, 그러한 의혹은 김만제의 언급에 대한 언론 보도뿐만 아니라 2007년 8월 13일자 검찰의 수사 결과 발표에서도 어느 정도 근거가 있는 것으로 받아들여졌으며, 그 이후에도 도곡동 땅 매도대금 중 일부가 다스의 증자대금으로 사용되었고, 다스의 BBK 투자금이 LKe뱅크의 자본금으로 사용되었다는 언론보도 등에 의하여 뒷받 침이 되고 있었던 점, 그 후 2007년 12월 5일 검찰의 수사 결과 발표에서 이명박 후보자가 다스의 실질적인 소유자라는 증거가 없다는 발표가 있기는 했으나, 그 이후에도 국민의 상당수는 검찰의 수사 결과를 불신했고, 이러한 불신은 김경준의 자필메모, 민주당 국회의원들과의 면담 내용 공개 등에 의하여 더욱 증폭되었으 며, 결국 특별검사를 임명하여 전면적인 재수사를 하기까지 한 점, 김현미 의원은 민주당 대변인으로서의 당론에 따라 위 브리핑을 한 것인 점 등을 종합하여 보면, 김현미 의원이 허위라는 것을 인식했거나 그럴지도 모른다는 생각을 하면서도 이를 용인하고 위와 같이 브리핑을 했다고 단정하기는 어렵고, 오히려 위와 같은 여러 사정에 비추어 보면 김현미 의원으로서 이명박 후보자가 다스와 도곡동 땅을 실질적으로 소유하고 있다고 믿었고 그와 같이 믿을 만한 상당한 이유도 있다고 봄이 상당하므로, 김현미 의원에게 허위사실공표의 범의가 있었다고 보기 어렵다.”<sup>32)</sup>

또한 이명박 후보 소유건물에 성매매 업소를 임대하였다는 주장의 경우는 “한겨레 신문에서 이명박 후보자 소유의 위 건물에 있는 유흥주점에서 성매매가 이루어지고 있고, 대명통상의 직원들이 거기에 협조까지 하고 있다는 보도를 하였던 점, 유흥 주점에서 성매매가 행하여지는 것은 종종 있는 일이고, 그 업주 ... 또한 원심에서 증인으로 출석하여 위 유흥주점에서 성매매가 이루어졌을 가능성이 있다는 것에 대하여 적극적으로 부인하지는 않은 점 등에 비추어 보면, 위와 같은 언급이 허위 라고 단정하기는 어렵”고, 설사 허위라고 하더라도 김 의원이 그와 같이 믿은 것 에는 상당한 이유가 있다고 판단하였다.<sup>33)</sup>

이 판결은 상술한 민사판례와 시각과 논리를 공유하고 있음을 확인할 수 있다. 피고인의 공격을 받은 사람이 대통령 후보라는 공인 중의 공인이라는 점, 그리고 피고인이 이러한 주장을 하게 된 상황을 고려할 때 - 민사판결의 표현을 빌자면 - 그의 공격이 “악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 **현저히** 상당성을 잃었다”고는

의심을 배제할 정도로 입증하지 못했다는 이유로 무죄로 판단하였다.

32) 서울고등법원 2008.12.17. 선고 2008노2739 판결(밑줄은 인용자).

33) *Ibid.*

볼 수 없다는 것이다.<sup>34)</sup> 이명박 후보와 관련은 없는 사안이지만, 사회적 관심을 끌었던 2011년 서울시장 보궐선거 과정에서 나경원 후보가 연간 1억 원이 드는 피부 클리닉을 다녔다는 <시사IN> 보도에 대하여 2012년 검찰이 무혐의 처분을 내린 것도 같은 맥락에서 이해될 수 있다.<sup>35)</sup>

## (2) 정봉주 유죄판결

정봉주 의원은 대선 시기 김경준 씨의 주장, 김백준 씨의 명함, 이명박 후보의 광운대 연설 등 상당한 근거를 가지고 이명박 후보에 대한 의혹을 제기하였으나, 법원의 판단은 달랐다. 정 의원은 지난 대선 시기 ‘이명박 후보자가 김경준의 주가 조작, 횡령 등 범죄의 공범일 뿐만 아니라 BBK에 거액을 투자한 주식회사 다스(자동차 부품 제조회사)와 BBK의 실소유자임에도 이를 숨기고 있다’ 취지의 발언을 한 이유로 기소되었다. 대법원에서 확정된 서울고등법원 제2형사부 판결(재판장 박홍우)을 보자.<sup>36)</sup>

### A. 공표내용이 허위인가에 대한 고의

먼저 동 재판부는 정 의원이 공표내용이 허위라는 점에 대한 고의가 있었다고 파악한다.

34) 재판부는 이명박 후보자의 배우자 김윤옥 씨가 착용하고 있는 시계가 1,500만원 상당의 프랭크플러 시계라고 말한 점에 대해서는 허위사실공표죄의 유죄를 인정하였다. 재판부는 김 의원이 부하직원으로 하여금 김 씨의 시계가 찍힌 사진을 백화점 프랭크플러 매점의 직원 두 사람에게 보여주고 그들로부터 프랭크플러라는 확인을 받았다는 항변을 믿지 않았다. 다스 및 도곡동 땅 소유, 성매매업소 임대와 같은 경우와는 달리 이 시계 주장의 경우는 간단한 노력으로 그 진위가 확인될 수 있었는데 피고인은 그러한 노력을 충분히 하지 않은 것으로 판단하였던 바, 이 점 동의한다.

35) 검찰이 문체의 피부클리닉의 장부를 압수해 확인한 결과 진료비의 연간 최고액은 1년에 약 3천만 원이고, 나 후보는 15차례에 걸쳐 550만원을 낸 것으로 나타났다고 밝혔다. 그렇지만 ‘1억 원 피부 클리닉’ 기사를 쓴 기자들에게 허위사실의 인식이 없기에 무혐의처분했다. 당시 <시사IN> 기자들은 해당 ‘ㄷ 클리닉’ 원장을 취재하였는데, 그는 기자가 클리닉 비용을 ‘한 장’이라 듣고 왔다고 말하자 “한 장이 어떤 의미인지 알고 있냐”고 반문한 뒤 기자가 ‘1억 원’이라고 대답하자 “애(허은선 기자)는 젊으니까 그럴 필요 없다. 반 정도면 된다”라고 말했다(<http://www.sisainlive.com/news/articleView.html?idxno=12347>). 또한 인근 병원장도 “ㄷ 클리닉 연회비 1억 맞다”라고 확인해주었다(<http://www.sisainlive.com/news/articleView.html?idxno=12401>). 이런 점을 종합하면 기자들에게 범의를 인정하기는 어렵다.

36) 서울고등법원 2008.12.11. 선고 2008노1607 판결. 이 판결은 대법원에서 확정되었다(대법원 2011. 12. 22. 선고 2008도11847 판결).

“이명박 후보자에 대한 이 사건 의혹의 주요 근거는 김경준의 주장과 그가 제시한 서류 내지 BBK와 관련된 서류 등이었는데, … 피고인의 이 사건 공표 행위 이전인 2002년에 이미 금융감독원이나 검찰에서 그 당시까지의 조사에 터 잡아 이 사건 의혹에 관하여 이명박 후보자에 대한 혐의를 확인하지 못한 상태에서 김경준이 미국에 도피한 관계로 김경준에 대하여만 기소중지 처분을 하고 더 이상 수사를 진행하지 않았던 점…; 피고인이 검찰에서 조사받을 당시에 피고인도 “이명박 후보자의 추가조작 혐의는 입증하기 어렵고, 이명박 후보자가 BBK를 소유하고 있다는 점이 입증되더라도 추가조작 혐의까지는 연결시키기 어렵다고 보았으나, 국민들 사이에서 추가조작이라는 단어가 이미 각인되어 있는 상태였기 때문에 대책단의 명칭을 ‘이명박 추가조작 의혹사건 진실규명 대책단’이라고 명명하였다”라는 취지로 진술하였던 점…; 피고인은 이 사건 공표 이전에도 이명박 후보자가 이 사건 의혹과 관련되어 있다는 취지의 발언을 하면서 그에 대한 소명자료를 제시하기도 하였고, 한나라당에서 그 소명자료의 신빙성을 탄핵하는 자료를 제시하면서 피고인이 제기한 의혹에 대하여 해명하였음에도, 피고인은 객관적으로 이 사건 공표 이전의 조사결과나 이명박 후보자 측의 해명이 명백하게 허위라고 단정하기에는 부족한 단편적인 자료를 추가로 제시하면서 이 사건 의혹을 계속해서 제기하였던 점, … 피고인은 직접 혹은 이 사건 대책단의 구성원을 통하여 이 사건 공표 당시에 제시한 소명자료들의 진정 성립과 그 작성 경위 및 이 사건 의혹과의 직접적인 관련성 등에 관하여 그 작성 명의자 등 관련자에 대한 확인과정은 거쳤어야 함에도 이러한 조사·확인도 없이 단순히 의혹을 제기하는 것을 넘어서 김경준과 이명박 후보자가 2001. 4. 18. 무렵 이후에 결별하였다는 등으로 이 사건 의혹과 관련이 없다는 이명박 후보자의 주장은 거짓말이고, BBK는 이명박 후보자가 100% 소유하고 있다는 등의 단정적인 표현을 사용하였던 점 등을 기록상 인정되는 피고인의 학력, 경력, 사회적 지위, 공표 경위, 공표 시점 및 이 사건 공표 행위로 말미암아 예상되는 파급효과 등 여러 사정에 비추어 보면, 피고인에게는 이 부분 공표내용이 허위라는 점에 관하여 적어도 미필적 고의는 인정된다고 할 것…”<sup>37)</sup>

이명박 후보와 한나라당의 해명에도 불구하고 이 후보의 BBK 관련 문제는 선거 당시 한국 사회의 평균인이라면 합리적 의심을 가질 수밖에 없는 사안이었다.<sup>38)</sup>

37) *Ibid.*

38) 사실 이명박 후보의 BBK 관련 의혹은 검찰수사 발표가 나고 대법원 확정판결이 내려진 현재까지 해소되지 못하고 있다. 예컨대, 2011년 10월 5일 국회 법제사법위원회 소속 민주당 의원들은 법무부 국정감사에서 “BBK 김경준씨의 기획입국설을 뒷받침했던 신경화씨의 편지가 조작된 것으로 드러난 만큼 검찰이 재수사에 나서야 한다”고 촉구했다[*경향신문*](2011.10.6. [http://news.khan.co.kr/kh\\_news/khan\\_art\\_view.html?artid=20111](http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=20111))

김경준이 사문서위조 등의 혐의로 체포영장이 발부되었던 사람으로 신뢰성이 의심 받는 사람이었던 것은 사실이지만, 그러한 김경준과 이명박 후보가 한때 동업자였고 결별 이후에도 이 후보의 측근인 김백준과 김경준 사이에 의심스러운 자금 입출금이 있었다는 점도 사실이었다. 이러한 상황에서 반대 정당의 정치인이 의혹을 제기하는 것은 너무도 당연하다. 상술한 서울고등법원 제19민사부(재판장 고의영) 판결이나, 다스와 도곡동 땅 소유 의혹 및 성매매업소 임대 의혹을 제기한 김현미 의원에 대한 무죄판결의 취지를 생각해보면 이 점은 더욱 분명하다.

한편 재판부는 정 의원의 범의를 인정하는 근거로 이명박 후보자와 한나라당이 여러 번 해명을 했는데도 계속 의혹을 제기했다는 점을 들고 있다. 그러나 이러한 논리는 의혹을 받은 당사자인 반대 정당과 그 후보의 소명을 믿어야 한다는 결론으로 귀착되는 바, 치열하게 다투는 정당정치의 현실을 외면하는 것이거나 편향된 정치적 시각이 반영된 것이다.<sup>39)</sup>

그리고 재판부는 피고인이 소명자료의 진정 성립, 작성 경위 및 의혹과의 관련성 등에 관하여 조사·확인을 했어야 했는데 그러지 않았다는 점을 지적하며, 정 의원의 범의를 인정한다. 피고인은 의혹제기 발언 당시 수사권이 없는 상황에서 각종 관련 회사문서, 금융감독원 제출 서류, 세금계산서, 법인등기부등본, 금융자료 등 확보하여 제시했다. 수사권이 없는 피고인이 미국으로 도주한 김경준을 대상으로 철저한 조사·확인을 진행할 수 없었고 김백준을 만나 사실을 확인하는 것도 가능하지 않았다.<sup>40)</sup> 김중철 교수의 지적처럼, 허위사실공표죄는 최대한 표현의 자유가 보장되어야 하는 선거과정에 관련된 범죄이므로, “확인노력의무는 표현 당시의 여러 상황

---

0062137505&code=910402]. 그리고 새누리당 비상대책위원인 이상돈 중앙대 교수는 2011년 9월 16일 자신의 블로그에 올린 글에서 “BBK는 사회산이 아니고 휴화산임을 누구나 다 알 것”이라며, “12.12와 5.18 특별법에 대해 헌법재판소는 대통령 재직 중에는 공소시효가 중단된다고 판결했다. 따라서 BBK 등 사건에 대한 공소시효는 지금 중단 중이고, 따라서 다음 정권에선 언제든지 수사가 재개될 수 있다”며 차기 정권에서 BBK 의혹 재수사가 불가피함을 강조했다[<뉴스앤뉴스>(2011.9.16. <http://www.viewsnnews.com/article/view.jsp?seq=78824>]. 이어 한나라당 최고위원을 지낸 원희룡 의원은 정몽주 의원 판결과 김현미 의원 판결은 “본질적으로 차이가 없는데 법원끼리 판결이 다르다”고 비판하면서, 미국 내 읍서널벤처스 사건 수사가 진행되고, 다스의 주식처분이나 운영상황이 문제될 수 있어 요건이 채워지면 BBK 사건은 재수사가 불가피해질 수 있다는 의견을 밝힌 바 있다[<한겨레> (2012.1.5. [http://www.hani.co.kr/arti/politics/politics\\_general/513518.html](http://www.hani.co.kr/arti/politics/politics_general/513518.html)].

39) 이재화, **분노하라, 정치검찰** (2012), 60면; 윤지영(각주 24), 618면.

40) *Ibid.* 62-63면.

이나 그 표현의 기능을 고려하여 합리적 수준에서 인정되어야 하고 그 수준의 준수 여부를 판단할 때 최대한 표현행위자의 진의를 존중하여야 할 것이다.”<sup>41)</sup> 그러나 재판부는 피고인에게 과도한 ‘소명부담’이 요구하면서 고의를 인정하였다.

그리고 재판부는 이명박 후보의 주가조작 혐의는 입증하기 어렵다고 보았다는 정 의원의 검찰 조사시 진술에 주목하며 정 의원의 범의가 있었다고 보았다. 그러나 선거 당시 주가조작에 대한 국민적 의혹이 여전한 상황에서 주가조작 혐의를 입증할 수 없었다고 하더라도 이에 대한 검증을 주장하는 것은 정치인/시민으로서 당연한 행동이다. 요컨대, ‘주가조작’ 주장은 상술한 민사판례에서도 허용했던 정치적 ‘과장’과 ‘단정’이라고 보아야 한다.<sup>42)</sup> 이명박 후보자의 주장은 ‘거짓말’이고, BBK는 이명박 후보자가 ‘100% 소유하고 있다’라는 정 의원의 주장 역시 마찬가지로 지이다.<sup>43)</sup>

#### B. 진실성 오신에 대한 상당한 이유

그리고 항소심 재판부는 정 의원이 공표한 내용이 진실이라고 믿을 만한 상당성이 없었다고 판단한다. 그런데 여기서 재판부는 대법원 판결이나 다른 하급심 판결에서 발견할 수 없는 독특한 논리를 전개한다. 먼저 재판부는 공표한 내용의 진실성에 관한 오신에 상당성이 있는지 여부는 공표 당시의 시점에서 판단되어야 한다고 하면서도, 다음과 같이 실시한다.

“공표 당시의 시점에서 판단한다고 하더라도 그 전후의 수사과정과 밝혀진 사실들을 참고하여야 공표시점에서의 상당성 여부를 가릴 수 있는 것이므로, 공표 후에 수집된 증거자료도 상당성 인정의 증거로 사용할 수 있다.”<sup>44)</sup>

피고인의 오신에 대한 상당성을 판단함에 있어 공표 이후의 자료를 사용할 수 있다는 것으로 형사책임의 원칙을 중대하게 혼드는 것이다. 재판부가 이러한 논변을 제기한 이유는 정 의원이 이명박 후보 관련 의혹을 공표한 것은 검사와 특별검사가

41) 김종철(각주 26), 21-22면.

42) 대법원 2005. 5. 27. 선고 2004다69291 판결【손해배상(기)】. 대법원 2007.11.30. 선고 2005다40907 판결【손해배상】 동지.

43) 실제 김경준은 ‘BBK는 100% 김경준 소유다’라는 자필 메모와 ‘BBK는 100% 이명박 소유다’라는 자필메모를 남겨놓았고, 상술한 2010나68581 판결은 정 의원이 후자 메모를 신뢰하고 의혹을 제기한 것은 문제가 없다고 보았다.

44) 서울고등법원 2008.12.11. 선고 2008노1607 판결.

수사 결과를 발표하기 전이었기 때문이다. 만약 공표 후 수집된 증거자료를 상당성 인정의 증거로 사용할 수 있다면, 정 의원을 비롯한 대다수의 허위사실공표죄 피고인들의 허위에 대한 범의가 인정될 확률은 대폭 높아지고 오신의 상당성이 인정될 확률은 대폭 줄어들 것이 분명하다. 이러한 재판부의 논리는 사실상 정치인/시민에게 미래의 수사결과까지 예측하며 발언하라는 요구가 된다. 이 점은 상술한 서울고등법원 제19민사부의 다음과 같은 판시와 확연히 비교된다.

“표현행위 시점에서는 그 진실 여부가 불확실하지만 토론과정이나 법원에 의한 심리의 결과 비로소 진위 여부가 판명되는 경우가 있고, 만일 사후에 허위라고 판명될 가능성이 있었다고 이를 제재한다면 번복할 수 없는 진실만 표현될 수 있는 것으로 되기 때문에 그러한 위험을 우려하는 자에 대해서는 표현의 자유라고 하는 기본권의 행사를 위축시키는 효과를 야기할 것이다. 또한 타인의 명예를 훼손하는 표현이 진실한 사실인지, 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는지 여부는… 표현 당시의 시점에서 판단되어야 할 것이다. … 이 사건 발언 이후에 위에서 본 바와 같은 특별검사의 수사발표와 김경준에 대한 유죄판결의 확정 이루어졌다는 사정만으로는, 이 사건 발언이 공직자 또는 공직 사회에 대한 감시·비판·견제라는 정당한 표현의 범위를 벗어나 악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가된다고 할 수 없다고 할 것이다.”<sup>45)</sup>

이어 항소심 재판부는 공직후보자에 대한 검증을 위한 표현의 자유보다 국가기관의 권위를 중시하면서 공직후보자에 대한 의혹 제기를 대폭 억제하는 논변을 제시한다.

“… 그 의혹에 대하여 공적인 조사가 행해진 결과 의혹을 밝힐 증거가 없음이 밝혀졌는데도 불구하고, 그후 새로운 상황이나 증거 없이 계속하여 의혹을 제기하는 것은 상당성이 없는 것으로 평가하여야 할은 물론, … 특히, 특정한 공직 후보자의 범죄 혐의 등과 관련한 의혹의 제기는 원칙적으로 수사 및 재판의 책임과 권한을 부여받은 공적 기관의 보완적 역할에 그쳐야 하고, 특별한 사정이 없는 한 구체적인 사건에 있어서 공적 기관의 판단은 우선적으로 존중되어야 할 것인데, 이는 일반적으로 인적, 물적 규모나 전문성에 있어 수사나 재판을 담당하는 공적 기관 이외의 기관이나 개인이 수사기관보다 우월하다고 볼 수 없고, 구체적인 사건에 있어서 주관적인 의혹에 기초하여 공적 기관의 판단을 부정한다면 수사나 재판을 담당

45) 서울고등법원 제19민사부 2011. 4. 26. 선고 2010나68581 판결 【손해배상(기)】.

공적 기관에 대한 국민의 불신은 증폭되어 범죄수사 및 재판과 관련된 제도의 존립 자체가 위협받을 가능성이 있을 뿐만 아니라, 심한 경우에는 의혹을 제기하는 기관이나 개인의 이해관계로 인하여 실제적 진실이 왜곡되는 결과가 발생할 가능성도 배제할 수 없기 때문이다.”<sup>46)</sup>

먼저 선거 시기 후보자를 검증하는데 시민은 “공적 기관의 보완적 역할”에 그쳐야 한다는 논리에 동의할 수 없다. 대의민주주의가 생기와 활력을 가지려면 시민의 적극적·주도적 문제제기는 필수적이다. 판결의 논리대로라면, “일반 시민은 특출난 뭔가가 없는 한 법원이나 검찰이 발표하거나 결정한 테두리 안에서만 발언(의혹제기)이 가능하다.”<sup>47)</sup> 수사기관의 수사결과 발표나 법원의 판결 이후에는 사실상 공직후보자에 대한 의혹 제기는 금지된다는 것이다. 이 판결에서 특히 문제가 되는 것은 수사기관에 대하여 매우 강한 신뢰를 표명하고 있다는 점이다.<sup>48)</sup> 이명박 정부 출범 이후 여러 정치적 사건에서 검찰의 무리한 수사과 기소의 결과 법원에서 무죄판결이 내려졌고, 검찰 수사의 중립성과 엄정성은 비판을 받고 있다. 그렇지만 동 판결에 따르면 공직후보자 관련 사건에서 검찰의 판단에 의문을 제기하는 것을 “주관적인 의혹에 기초한” 것이 되고 만다.

그리고 항소심 재판부는 상술한 민사판례와는 정반대로 국회의원의 경우 표현의 자유를 억제하는 논리를 제출하였다. 즉,

“비록 국회의원의 경우에는 정치활동의 자유가 보장되고, 공직선거에서 소속 정당 후보자나 국회의원 자신의 당선을 위한 선거운동 내지 정당활동을 보장할 필요가 있다고 하더라도, 일반 국민에 비하여 좀 더 광범위한 사실조사가 가능하고, 공무원으로서 성실의무 내지 법령준수의무가 있는 점을 고려한다면, 사적인 단체나 개인의 행위에 의한 경우보다는 엄격한 기준이 요구된다 할 것이다.”<sup>49)</sup>

국회의원이 일반 시민보다 많은 권한이 있고 무거운 의무를 지는 것은 사실이나, 이 점이 대의민주주의 및 정당민주주의 작동에 핵심을 이루는 헌법기관인 국회의원의 표현의 자유를 제약하는 근거로 사용되는 것은 동의하기 어렵다. 헌법의 요청은

46) 서울고등법원 2008.12.11. 선고 2008노1607 판결.

47) 박용현·이순혁(각주 19), 34면.

48) *Ibid.* 36-37, 160-161면.

49) 서울고등법원 2008.12.11. 선고 2008노1607 판결.

공직후보를 선출하는 선거에서 국회의원이 일반 시민을 대리하여 더욱 더 철저하게 후보를 검증할 수 있도록 보장해주는 것이라고 보아야 한다.

대법원은 이상과 같은 항소심 판결의 논리에 특별한 언급을 하지 않은 채 “피고인이 제시한 소명자료의 신빙성이 탄핵된 반면 피고인이 직접적인 표현 방법 또는 간접적이고 우회적인 표현 방법으로 공표한 ‘이명박 후보자가 김경준과 공모하여 주가조작 및 횡령을 하였다’는 사실’, ‘이명박 후보자가 BBK를 소유하고 있다는 사실’ 등이 허위임이 증명되었다”고 판단하고, 피고인의 이명박 후보자에 관한 의혹 제기가 진실인 것으로 믿을 만한 상당한 이유가 있는 근거에 기초하여 이루어진 경우에 해당되지 아니한다는 원심의 판단에 동의하였다.<sup>50)</sup> 생각건대, 이러한 정봉주 판결을 포함하여 허위사실공표죄 관련 여러 판례는 “선거의 본질과 정치적 표현의 자유의 우월적 지위에 대한 신중한 고려 없이 허위사실공표죄의 구성요건 및 관련 사항에 대한 완화된 해석론...을 고집”하였던 바, ‘합헌적 법률해석’이 아니라 할 것이다.<sup>51)</sup>

## V. 맺음말

2010년 5월 6일~17일 정부 초청으로 방한한 프랑크 라 뤼(Frank La Rue) UN 의사 표현의 자유 특별보고관은 2011년 3월 21일 유엔인권이사회 17차 회기에 의제 제3호로 위 방문에 따른 한국보고서를 제출하였다.<sup>52)</sup> 그 중 발표주제와 관련된 내용은 다음과 같다.

“57. 선거쟁점 또는 후보자와 관련한 정보의 배포가 어떠한 근거에서 표현의 자유에 관한 권리를 제한하는 사유로 정당화될 수 있는지는 명확하지 않다. 이러한 제약이 자유권 규약의 제19조 3항에 열거된 목적을 달성하기 위해 필요하다 고 정당성이 인정될 수 있을지라도, 특별보고관은 6개월의 금지 기간은 그러한 목적을 달성하기에는 지나치게 긴 시간이라는 우려를 금할 수 없다. 또한, 특별보고관은 정당, 후보 또는 선거쟁점을 지지하거나 반대하는 정보를 배포한 행위에 대한 형사

50) 대법원 2011. 12. 22. 선고 2008도11847 판결.

51) 김종철(각주 26), 16면.

52) Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, A/HRC/17/27/Add.2.(21 March 2011).



처벌이 과도하고 부당하다고 본다.

89. 명예훼손이 민법에서 금지되고 있음에 비추어, 대한민국정부는 국제적 동향에 맞추어 형사상 명예훼손죄를 형법에서 삭제하여야 한다. 특별보고관은 공무원과 공공기관들이 명예훼손 소송을 제기해서는 안 된다는 점을 강조하고자 한다. 왜냐 하면 모든 민주주의 사회에서 공직은 견제와 균형의 일환으로서의 대중에 의한 감시를 수반하기 때문이다. 또한, 특히 공무원, 공공기관 및 기타 유력 인사들에 대한 비판을 포함하여 비판적 의견을 수용하는 문화를 조성할 것을 대한민국 정부에게 촉구하며, 이러한 문화는 민주주의의 필수 요소다.”

선거라는 민주주의를 지탱하는 핵심절차에서 후보를 검증하기 위한 표현의 자유 행사를 형사처벌로 제약하는 것은 무조건 경계되어야 한다. 부분적 오류, 과장, 허위가 있다고 하더라도 공직후보자에 대한 검증을 억제하는 것은 민주주의 원칙에 반한다. “합리적 의심을 할 수 있는 근거가 있는 경우 합리적 의심을 함께 해보는 것, 그것이 선거의 활성화는 물론, 선거를 통해 자격 있는 지도자를 선출하기 위한 중요한 전제조건이다.”<sup>53)</sup>

그러나 형사판례는 시민에게 “100% 확실한 증거가 없으면 입을 다물라.”라는 메시지로 받아들여지기 쉽다. 이는 공직자후보에 대한 검증과 비판은 “악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 제한되어서는 아니된다”는 민사판례의 입장과 대비된다. 공인을 대상으로 하는 정치인의 비판발언의 민사책임과 형사책임에 대한 대법원 판례경향의 차이를 도해화하면 다음과 같다.

	경솔한 공격으로 상당성을 잃은 것	악의적이거나 심히 경솔한 공격으로 현저히 상당성을 잃은 것	입증책임
민사판례	허용	불허	원고에게 강한 입증부담 요구
형사판례	불허	불허	소추측 입증책임의 완화

결론적으로 형사판례의 경향은 민사판례의 경향으로 바뀌어야 한다. 이와 동시에 공직선거법 제250조 제2항의 구성요건을 엄격하게 개정하고 위법성조각사유를 신설

53) 박수진·박성철·노현웅·오승훈, **리트윗의 자유를 허하라**, (2012), 67면.

하는 입법적 조치 역시 필요하다.<sup>54)</sup>

투고일 2012. 7. 24	심사완료일 2012. 8. 30	게재확정일 2012. 8. 31
-----------------	-------------------	-------------------

---

54) 박영선 의원이 대표발의한 ‘공직선거법 일부개정법률안’은 동법 제250조 제2항을 다음과 같이 개정할 것을 제안한다. “당선되지 못하게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 후보자에게 불리하도록 후보자, 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매에 관하여 허위의 사실임을 알고 후보자를 비방할 목적으로 공표하거나 공표하게 한 자와 허위의 사실을 게재한 선전문서를 배포할 목적으로 소지한 자는 7년 이하의 징역 또는 500만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처한다.”(강조는 개정부분) 그리고 동조 제4항에 위법성조각사유를 다음과 같이 신설할 것을 제안한다. “제1항의 행위가 진실한 사실이라고 믿을만한 상당한 이유가 있고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 처벌하지 아니한다. 1. 공공의 이익을 주된 목적으로 한 때, 2. 공공성 또는 사회성이 있는 공적 관심 사안에 관한 것으로서 사회의 여론형성 내지 공개토론에 기여하는 경우.” 반면 정옥임 의원이 대표발의한 ‘공직선거법 일부개정법률안’은 동법 제250조 허위사실공표죄 및 제251조 후보자비방죄의 법정형의 하한을 1년 징역으로 변경한다. 허위사실공표죄 및 후보자비방죄에 대한 관례가 이미 과도하게 표현의 자유를 억지하는 쪽으로 형성되어 있는 상황에서 법정형의 하한을 1년 징역으로 신설하여 처벌을 강화하는 것은 표현의 자유에 대한 억압을 초래할 것이 분명하기에 반대한다.

## 참고문헌

- 김중철, “공직선거법 제250조 제2항(낙선목적 허위사실 공표죄)와 관련된 대법원 판결에 대한 헌법적 검토”, 연세대학교 법학연구원, **법학연구**, 제22권 제1호 (2012년 3월).
- 박경신, “허위사실유포죄의 위헌성에 대한 비교법적인 분석”, **인하대학교 법학연구**, 제12집 제2호 (2009).
- 박수진 · 박성철 · 노현웅 · 오승훈, **리트윗의 자유를 허하라** (2012).
- 박용현 · 이순혁, 『정봉주는 무죄다』 (2012).
- 송기춘, “이른바 ‘허위사실유포죄’는 없다 - 전기통신기본법 제47조 제1항의 해석 및 위헌론 -”, **민주법학**, 제39호 (2009. 3).
- 신평, **명예훼손법** (2004).
- 우지숙, “진실과 허위 사이: 허위(일 수도 있는)사실의 표현을 위한 항변”, **경제규제와 법**, 제2권 제1호 (2009.5).
- 윤지영, “공직선거법 제250조 제2항 허위사실공표죄의 구성요건과 허위성의 입증”, **형사판례연구**, 제20호 (2012).
- 이재화, **분노하라, 정치검찰** (2012).
- 이향선, “인터넷상의 표현규제에 관한 비교법적 고찰 - 사이버모욕죄 도입과 허위사실유포죄 유지의 법리적 정책성 · 타당성에 관하여 -”, **언론과 법**, 제8권 제1호 (2009).
- 천대엽, “허위사실공표죄의 구성요건인 ‘허위사실’의 입증문제”, **형사재판의 제문제**, 제5권 (2005).

<Abstract>

## Critical Review of Judicial Decisions

- Regarding the Crime of Announcing False Facts in Public Elections -

Cho, Kuk\*

In a democratic society, it is a necessary and inevitable procedure to check and criticize candidates for public election. During this procedure, however, matador and false assertion is often used to undermine and destroy rival candidates. Thus, the Article 250 of the Public Election Act (“Act”) provides the crime of announcing false facts in public elections. Since recent imprisonment of a former Congressman, Mr. Chung Bong-Joo for violation of the Article 250 of the Act, there has been a hot debate over the legitimacy of the Article 250 and the interpretation of the Supreme Court of Korea. As of now two revision bills on this issue had been submitted for review.

During the presidential race in 2007, Mr. Chung criticized that Mr. Lee Myung-Bak, who was then a presidential candidate for the Grand National Party, now the President of the Republic of Korea, was in fact a real owner of the BBK, an investment consulting company. Mr. Kim Kyung-Jun, the CEO of BBK whose co-founder was Mr. Lee, was found to have committed serious corporate crimes. Although the Prosecutors’ Office officially announced that Mr. Lee was cleared of BBK stock manipulation, the public suspicion was not removed and “Who owns the BBK?” continuously became the vital issue of the presidential race.

The lower courts held that Mr. Chung is guilty and these judgements were confirmed by the Supreme Court. By criticizing these decisions, this Article argues that political attack against candidates in public election should not be criminally punished even if such attack was later proven to be grounded on false facts, but deemed to be based on considerable facts at the time of the attack. This Article, in particular, criticizes that the Supreme Court restricted political attack against public figures by alleviating the prosecution’s burden of proof in the Article 250 cases.

Keywords: BBK scandal, false assertion, defamation, freedom of expression

---

\* Professor, College of Law/ School of Law, Seoul National University.