

공직선거법상 후보자비방죄의 위헌 여부에 관한 검토* **

- 헌재 2024. 6. 27. 2023헌바78 결정에 대한 평석을 겸하여 -

배 정 훈***

〈국문초록〉

공직선거법 제251조의 후보자비방죄는 당선 내지 낙선과 관련된 목적을 가지고 일정한 방법으로 후보자 등에 대하여 공연히 사실을 적시해 비방하는 경우를 형사처벌하는 것을 그 내용으로 하고 있다. 이는 선거와 관련된 일정한 사실의 적시를 규제하는 제재로서, 후보자 등의 명예보호에 더하여 선거의 공정성을 실현한다는 입법목적을 위해 선거에 관한 정치적 의사표현을 제한하는 규정으로 이해된다. 한편 위 조항에서 규율하는 후보자 비방행위는 형법상 사실적시 명예훼손의 행위태양에 실질적으로 포함된다고 볼 수 있는데, 그렇다면 후보자비방죄는 형법상 사실적시 명예훼손죄에 더하여 추가로 선거의 공정이라는 입법목적을 달성하기 위해, 공직선거법상 적용되는 당선의 효력과 관련된 특칙이나 재판절차 과정에서의 특칙 등의 중한 제재를 추가한 일종의 가중적 구성요건에 해당한다고 할 수 있을 것이다. 이는 선거의 공정이라는 입법목적이 고려되기 어려운 상황에서는, 이와 같은 중한 제재가 쉽게 정당화되기는 어려움을 시사한다.

헌법재판소는 후보자비방죄의 위헌 여부에 대하여 총 3번에 걸쳐 판단한 바 있고, 비교적 최근 선고된 헌재 2024. 6. 27. 2023헌바78 결정에서는 기존 선례를 변경하여 위 조항 가운데 ‘후보자가 되고자 하는 자’에 대한 비방을 제재하는 부분은 과잉금지원칙에 반하여 헌법에 위반된다고 판시하였다. 위 결정의 법정의견은 해당 구성요건의 광범성, 대체수단의 존재 가능성, 진실을 적시한 후보자 비방을 처벌하는 해외 사례는 발견되지 않는다는 점 등을 근거로 이 사건 비방금지조항이 피해의 최소성과 법익의 균형성을 충족하지 못한다고 판단하였다. 특히 진실적시 비방행위를 금지하는 것은 선거의 공정성을 달성하는 데 기여한다기 보다는 후보자 등에 대한 명예를 보호한다는 의미가 크다는 점 등에 주목하여 공직선거법에 따

* 이 논문은 2024년 10월 25일 경북대학교·전남대학교·부산대학교 3개 거점국립대 법학연구소(원) 공동학술대회에서 발표한 원고를 수정·보완한 것입니다. 토론 과정에서 소중한 의견을 제시해 주셨던 경북대학교 법학전문대학원 최성환 교수님과 부산대학교 법학전문대학원 김해원 교수님, 그리고 논문의 완성도를 높이는 데 유익한 조언을 해주신 익명의 심사위원님들을 포함한 모든 분들께 깊이 감사드립니다. 여러 제약으로 인해 이번 에 미처 반영하지 못한 고견들은 앞으로 관련 주제를 연구하는 과정에서 지속적으로 고민하고자 합니다.

** 이 논문은 전남대학교 2024학년도 기본연구활동지원비 지원에 의하여 연구되었음.

*** 전남대학교 법학전문대학원 조교수, 법학박사, 변호사.

라 과중된 제재를 가하는 것이 정당화되기 어려움을 지적한 법정의견의 결론에는 수긍할 수 있을 것으로 생각된다. 그러나 논의 전개 과정에서 진실적시 후보자비방죄 그 자체의 비범죄화 논거와 일반 조항으로서의 진실적시 명예훼손죄라는 대체수단을 통한 가벌성 확보가 가능하다는 논거를 별도로 구별하지 않고 제시하고 있는 부분은 서로 층위가 다른 두 위헌론을 한데 묶어 전개한 것이라는 측면에서 비판의 소지가 있을 것으로 판단된다.

반면 위 결정의 반대의견은 이 사건 비방금지조항이 이미 필요최소한의 기본권 제한을 규정하고 있고, 법집행기관이나 법원이 개별적 상황에서 명예보호와 선거의 공정이라는 가치와 정치적 표현의 자유라는 가치를 구체적 타당성을 고려해 판단할 수 있으며, 기술발전 및 과거 선거 관행 등을 고려할 때, 사실적시 비방행위에 대한 공직선거법상 특칙 적용이 필요하므로 형법상 사실적시 명예훼손이 대체수단으로 기능하기 어렵다고 보았다. 다만 후보자비방죄의 주체, 객체, 시기, 대상의 측면에서 정치적 표현의 자유를 보다 덜 제약할 수 있는 가능성이 강구될 수 있다는 점, 당선무효 등 공직선거법상 특칙이 적용되는 현 상황에서는 수사기관이나 법원이 후보자비방죄 성립 여부 그 자체에 주목하기 보다는 양형에 따른 특칙이 적용되는지 여부를 주로 고민하게 되므로 후보자비방죄 성립 여부에 관한 구체적 타당성을 담보하는 작업이 용이하지는 않을 것이라는 점, 진실한 사실인 경우에는 선거의 공정이 문제될 여지가 크지 않다는 점 등을 감안할 때 반대의견의 논지는 다소 정당화되기 어려운 것으로 생각된다.

주제어 : 후보자비방죄, 사실적시 명예훼손죄, 공직선거법, 정치적 표현의 자유, 선거의 공정

• 투고일 : 2025.01.10. / 심사일 : 2025.01.27. / 게재확정일 : 2025.01.27.

I. 들어가며

공직선거법 제251조는 ‘후보자비방죄’라는 표제 하에 선거에서의 당선 내지 낙선과 관련된 목적을 가지고 일정한 방법으로 후보자 등에 대하여 공연히 사실을 적시하여 비방할 경우에 형사처벌의 대상이 됨을 규정하고 있다. 구체적으로 동조 본문은 “당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 공연히 사실을 적시하여 후보자¹⁾, 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매를 비방한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.”라고 명시하고, 동시에

1) 공직선거법 제251조는 이때 ‘후보자’에 ‘후보자가 되고자 하는 자’ 또한 포함되는 것으로 규정하고 있었지만, 이하에서 후술하는 바와 같이 이 글의 논의 대상인 현재 2024. 6. 27. 2023헌바78 결정에 의해 ‘후보자가 되고자 하는 자’ 부분은 헌법에 위반되는 것으로 선언되었다.

“다만, 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.”라는 단서를 통해 위법성 조각사유를 규정하고 있다.²⁾

후보자비방죄는 ‘허위사실 공표죄’라는 표제 하에 공직선거법 제250조에 규율되어 있는 구성요건과 더불어 선거와 관련된 일정한 사실의 표현 행위를 규제하는 제재에 해당한다.³⁾ 양자는 공통적으로 선거와 관련된 일정한 표현 내용을 제한하는데,⁴⁾ 후보자비방죄의 경우에는 표현 내용이 사실인지 허위인지 여부를 불문하는 데 반하여 허위사실공표죄는 반드시 ‘허위’의 사실 표현을 대상으로 규율한다는 점에서 양자가 구별된다고 분석된다.⁵⁾ 그런데 허위사실공표죄와 관련하여서는 최근 비교적 다수의 선행연구가 발표되고 있는 것과는 달리,⁶⁾ 후보자비방죄와 관련하여서는 이를 주된 소재로 다루는 연구가 상대적으로 많지 않은 것으로 판단된다.⁷⁾

다만 선거(운동) 실무에서 후보자비방죄의 성립 여부에 관해서는 - 허위사실공표죄 못지 않게 - 치열한 다툼이 존재하는 것으로 알려져 있고,⁸⁾ 특히 헌법재판소에서는 후보자비방죄의 위헌 여부와 관련하여 크게 세 차례에 걸쳐서 판단한 바 있다.⁹⁾ 특히 최근 선고된 헌재 2024. 6. 27. 2023헌바78 결정(이하

2) 한편 공직선거법 제110조는 ‘후보자 등의 비방금지’라는 표제 하에 동조 제1항 본문에서 선거운동을 위하여 공언히 후보자 등에 대한 일정한 사실을 적시하여 사생활을 비방할 수 없음을 규정하는 한편, 동항 단서에서 위 공직선거법 제251조 단서와 같은(“진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때”) 문구의 위법성 조각사유를 규정하고 있다. 다만 공직선거법 벌칙에서 위 공직선거법 제110조 제1항 위반에 대한 별도의 처벌규정은 발견되지 않는다.

3) 박용상, 언론의 자유, 박영사, 2013, 936쪽.

4) 후보자비방죄와 허위사실공표죄를 “선거에 관한 표현내용 규제 - 형사적 제재”라는 소제목 하에서 한데 묶어 다루는 문헌으로 박용상, 앞의 책, 936-940쪽.

5) 박용상, 앞의 책, 936쪽. 두 구성요건의 관계와 관련하여서는 이하 III. 1. (2) 참조.

6) 특히 제20대 대통령선거에 출마한 한 후보의 허위사실공표죄 성립 여부 등이 쟁점이 된 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결과 관련하여 비교적 다수의 연구가 발표되어 있다.

7) 김경호, “후보자 검증에 위한 의혹제기와 후보자비방죄의 위법성조각 판단 기준에 관한 연구 : 대법원 판결을 중심으로”, 「언론과학연구」 제13권 제3호, 한국지역언론학회, 2013, 8쪽. 이와 유사한 취지에서 공직선거법상 후보자비방죄가 실무에서는 광범위하게 적용되고 있지만 학계에서는 상대적으로 조명이 덜 이루어지고 있다는 지적으로는 조국, “공직선거법상 사실적지 후보자비방죄에 대한 비판적 소론(小論)”, 「비교형사법연구」 제17권 제1호, 한국비교형사법학회, 2015, 160쪽.

8) 범죄 성립 여부가 문제된 일련의 사례들을 분석한 선행연구로는 김경호, 앞의 글 12-15쪽, 조국, 앞의 글, 163-169쪽 참조.

9) 헌법재판소 지능형 통합검색(<https://isearch.ccourt.go.kr/>) 홈페이지에서 “후보자비방죄”라는 표제어로 검색할 경우, 총 18건의 결정례가 검색된다. 이 가운데 지역농협 임원선거에서의 후보자비방죄에 관한 사안이거나 공직선거법상 다른 제한 규정들에 관한 경우를 제외하고 공직선거법상 후보자비방죄의 위헌 여부가 직접적으로 검토된 사안은 ① 헌재 2010. 11. 25. 2010헌바53 결정(판례집 22-2하, 425), ② 헌재 2013. 6. 27. 2011헌바75 결정

‘이 사건 결정’이라고 약칭함)에서는 기존의 선례(헌재 2013. 6. 27. 2011헌바75 결정, 이하 ‘이 사건 선례 결정’이라고 약칭함)를 변경하여 공직선거법 제251조의 내용 가운데 ‘후보자가 되고자 하는 자’에 관한 부분은 헌법에 위반된다고 판시하였다. 다만 이 사건 결정 및 이 사건 선례 결정, 그리고 후보자비방죄의 내용 가운데 ‘후보자’에 관한 부분을 처벌하는 것이 헌법에 위반되지 않음을 설시한 헌재 2010. 11. 25. 2010헌바53 결정(이하 ‘이 사건 관련 결정’이라고 약칭함)에서는 모두 법정의견과 반대의견이 대립하였다. 이러한 사정은 해당 조항의 위헌 여부와 관련하여 일정 부분 논쟁의 소지가 있음을 시사한다.

이하에서는 후보자비방죄의 위헌 여부와 관련된 내용을 이 사건 결정의 내용을 주된 소재로 하여 정리해 보고자 한다. 다만 해당 조항의 내용 전반에 관한 일반론을 제시하기 보다는, 주로 이 사건 결정의 법정의견 및 반대의견의 설시를 분석하는 데 필요한 사항들을 중심으로 논의를 전개하고자 한다. 특히 법정의견과 반대의견이 대립한 과잉금지원칙 위배 여부, 그 중에서도 피해의 최소성 및 법익의 균형성 판단에 초점을 두어, 먼저 후보자비방죄와 관련하여 판시한 이 사건 결정의 주요 내용을 정리한 후(Ⅱ. 항목), 후보자비방죄의 위헌 여부를 판단하는 과정에서 전제되는 내용을 개관하고(Ⅲ. 1. 항목), 본격적으로 특히 진실을 적시하여 비방하는 부분에 주목하여 해당 조항의 과잉금지원칙 위배 여부를 검토한 다음(Ⅲ. 2. 항목), 논의를 정리하면서 향후에 해당 조항이 개정될 경우에 그 방향에 관한 시사점을 간단히 언급하고자 한다(Ⅲ. 3. 항목).

Ⅱ. 이 사건 결정의 후보자비방죄 부분에 대한 요지¹⁰⁾

1. 사건개요 및 심판대상 관련

이 사건 결정의 당사자인 청구인은 2018. 6. 13. 실시된 제7회 전국동시지방

(판례집 25-1, 447), 그리고 ③ 이 사건 결정인 헌재 2024. 6. 27. 2023헌바78 결정(판례집 36-1하, 381)의 3건이 확인되었다(이상 최종 확인일 : 2025. 1. 10).

10) 해당 항목은 이 사건 결정의 내용을 요약·정리한 것으로, 따로 세세한 인용 표시를 하지는 않았다. 한편 이 사건 결정에서는 허위사실공표죄 및 후보자비방죄 각각의 위헌 여부가 모두 심판대상이 되었지만, 이 글의 주제인 후자에 관한 사항으로 논의 대상을 한정한다. 아울러 이하 1. 사건개요 및 심판대상 항목을 서술하는 과정에는 이 사건 결정의 당해사건 제1심 판결(서울북부지방법원 2019. 9. 27. 선고 2018고합481 판결) 및 제2심 판결(서울고등법원 2022. 6. 23. 선고 2019노2319 판결)의 내용 또한 참고하였다.

선거에서 OO당 OO구청장 후보자로 출마하였다가 낙선한 사람이다. 청구인은 2018. 4. 22. 및 같은 해 5. 6. □선거구 국회의원 보궐선거에 출마한 A와 같은 날 실시된 OO구청장 선거에 출마한 B가 각각 당선되지 못하게 할 목적으로 A와 B에 대해 허위사실을 공표함과 동시에 비방하였다는 범죄사실¹¹⁾로 기소되어 2019. 9. 27. 제1심에서 벌금 600만원을 선고받았다. 청구인은 이에 불복하여 항소하였으나, 항소심 법원은 검사의 공소장변경을 허가하여 위 1심법원 판결을 직권과기하면서도 청구인의 사실오인 및 범리오해 주장을 모두 배척하고 2022. 6. 23. 청구인에게 벌금 600만원을 선고하였다. 이후 청구인은 항소심 판결에 불복하여 상고하였고, 상고심 계속 중 공직선거법 제250조 제2항 및 동법 제251조에 대해 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 대법원이 2023. 2. 2. 청구인의 상고를 기각함과 동시에 위헌법률심판제청신청을 기각하자, 2023. 3. 15. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

청구인은 이른바 낙선 목적 허위사실공표죄(공직선거법 제250조 제2항)와 후보자비방죄(동법 제251조) 전부를 대상으로 위헌 여부 판단을 구했으나, 당해 사건에서 청구인에게 적용된 부분은 위 각각의 구성요건 가운데 ‘후보자가 되고자 하는 자’에 대한 허위사실공표행위 내지 후보자 비방행위에 한정된 것이었으므로, 헌법재판소는 심판대상을 해당 부분으로 한정하였다.¹²⁾ 아울러 앞

11) 구체적으로 청구인은 선거구민 약 7,000명에게 A와 B가 OO구의 요직을 차지해 OO구청에서 공사를 수수받기 위해서는 뒤통을 주어야 했거나, OO당 OO구청장 경선 과정에서 금품을 제공하거나 특정 후보자를 지지하도록 강압했거나, 국회의원과 구청장으로 재직했던 도중에 비리에 연루되었다거나, 정당 내부 경선 과정에서 영향력을 행사해 청구인을 경선에서 탈락시켰다라는 등의 내용이 담긴 문자메시지를 발송했다고 한다[이상은 당해 사건의 제1심(서울북부지방법원 2019. 9. 27. 선고 2018고합481 판결) 및 제2심(서울고등법원 2022. 6. 23. 선고 2019노2319 판결)의 범죄사실 부분에 기재된 내용 가운데 일부를 옮긴 것이다]. 이는 허위사실을 공표함과 동시에 비방하였다는 이유로 공소제기된 것으로, 이 경우 법원은 공직선거법상 허위사실공표죄와 후보자비방죄의 상상적 경합이 성립할 수 있음을 인정하고 있는 것으로 알려져 있다[이 사건 결정, 판례집 36-1하, 381, 390의 내용 및 대검찰청, 공직선거법 벌칙해설(제10개정판), 2020, 407-408쪽 참조. 후자의 문헌에서는 ‘공문서를 위조하여 쓰레기 매립장을 불법으로 설치하였다’는 허위사실에 대해 두 죄의 상상적 경합을 인정한 사례로 광주고등법원 2015. 7. 16. 선고 2015노241 판결(대법원 2015도11404 판결로 확정)을 그 사례로 제시하고 있다(후자의 문헌에서 제시한 위 두 판결들은 2025. 1. 10. 현재 대한민국법원 종합법률정보(<https://glaw.scourt.go.kr/>)에서 검색되지 않아 부득이 개인용 형태를 취하였다)].

12) 관련하여 이 글의 주된 논의 대상과는 거리가 있는 일종의 헌법소송법적 쟁점인 것으로 생각되나, 청구인의 벌금형 하한은 허위사실공표죄가 적용되어 500만원 이상인데(공직선거법 제250조 제2항), 실제로는 600만원의 벌금형이 선고되었다는 점에서, 후보자비방죄 부분의 위헌 여부가 양형에 영향을 줄 소지가 있다는 점에서 재판의 전제성이 긍정되었던 것으로 생각한다.

서 서론에서 밝힌 바와 같이, 이 글의 주된 논의 대상은 ‘후보자비방죄’가 ‘과잉금지원칙’을 준수했는지 여부라는 점을 감안하여, 이하에서는 해당 심판대상(이하 공직선거법 제251조의 내용 가운데 ‘후보자가 되고자 하는 자’에 관한 부분만을 가리킬 때에는 ‘이 사건 비방금지 조항’이라고 약칭하였다)과 관련된 부분만을 정리하였다.

2. 법정의견의 요지

이 사건 비방금지 조항은 후보자가 되고자 하는 자의 인격과 명예를 보호하고, 공직선거법상 선거운동기간 제한을 회피하는 것을 방지함과 동시에, 유권자들로 하여금 올바른 판단을 하게 함으로써 선거의 공정성을 보장하고자 하는 것으로, 그 입법목적의 정당성을 인정할 수 있다. 아울러 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 경우 외에 후보자가 되고자 하는 자를 비방하는 행위를 처벌하는 것은 위와 같은 입법 목적을 달성하기 위한 적합한 수단에 해당한다.

이 사건 비방금지 조항은 후보자에 대한 비방 뿐 아니라 후보자가 되고자 하는 자에 대한 비방 또한 처벌하고 있고, 비방행위의 시기에 대하여 아무런 제한을 두고 있지 않으며, 비방의 주체 또한 후보자나 선거사무관계자로 한정하지 않아 일반 유권자나 언론도 그 주체가 된다. 그런데 통상 선거는 유권자를 상대로 후보자들이 경쟁하는 상황이므로, 후보자가 되고자 하는 자의 공직 적합성에 관한 부정적 사실을 지적하거나 의혹을 제기하는 것은 당연히 그를 깎아내리거나 헐뜯는 행위로서의 비방¹³⁾일 수밖에 없다. 이러한 비방이 허위 사실에 해당할 경우에는 공직선거법상 허위사실공표죄에 따라서 처벌하면 되고, 진실한 사실이거나 허위사실로 증명되지 아니한 사실에 대한 것이라면 이는 후보자가 되고자 하는 자가 이에 대하여 반박을 함으로써 유권자들이 올바르게 판단할 수 있는 자료를 얻을 수 있게 하여야 하므로 이를 공직선거법에서 규제하는 것은 정치적 표현의 자유에 대한 지나친 제약이다. 특히 적시한 사실이 허위가 아닌 사실의 경우에는 후보자가 되고자 하는 자 개인에 대한 명예훼손적인 의미가 더 크다 할 것이므로 형법 제307조 제1항의 사실적시 명예훼손죄로 처벌하면 그 가벌성을 확보할 수 있다.

13) 관련하여 이 사건 결정은 “‘비방’의 사전적 의미는 ‘남을 비웃고 헐뜯어서 말함’이다. (중략) 이 사건 비방금지 조항이 정한 비방의 대상에는 아무런 제한이 없으므로, 남을 헐뜯어 말함으로써 그의 사회적 가치평가를 저하시킬 수 있는 사실이면 (중략) 모두 이에 해당하게 된다.”라고 실시하고 있다(이 사건 결정, 판례집 36-1하, 381, 390).

일본, 독일, 미국의 해외 입법례를 살펴 보아도 이 사건 비방금지 조항과 같이 진실한 사실적시에 의한 후보자 비방을 독자적으로 처벌하는 규정은 발견할 수 없고, 이 사건 비방금지 조항이 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다는 내용의 위법성 조각사유를 두고 있다고 하더라도 이미 자신의 표현행위로 인해 수사 및 재판절차에 회부될 수 있다는 사실만으로 표현의 자유에 대한 위축효과가 발생할 수 있다. 다만 진실한 사실이라도 그것이 사생활의 비밀에 대한 침해의 성격이 있다면, 사생활에 대한 비방행위를 금지하고 있는 공직선거법 제110조 제1항의 금지규정에 대응한 처벌규정을 두는 것이 바람직하다.

한편 ‘사실적시 비방행위’를 이 사건 비방금지 조항이 아닌 형법 제307조 제1항의 사실적시 명예훼손죄로 처벌하게 되면, 선거법죄로 인한 당선무효나 그로 인한 비용반환, 나아가 공무담임에 대한 제한 등 공직선거법으로 정한 제반 특별 규정들¹⁴⁾이 적용되지 않음으로 인해 처벌의 공백이나 수사 및 재판 절차에서 문제가 발생할 수 있다는 의견이 있을 수 있다. 그러나 위 조항들이 적용되게 되면 후보자가 되고자 하는 자에 대한 사실적시 비방행위를 일반인에 대한 사실적시 명예훼손행위보다 더 중하게 처벌하여 스스로 공론의 장에 뛰어든 이의 명예를 일반인의 명예보다 두텁게 보호하는 결과가 초래된다. 상대 후보자뿐 아니라 유권자나 언론도 이 사건 비방금지 조항의 주체가 된다는 점을 고려할 필요가 있다. 아울러 선거법에 관한 절차를 규정한 부분은 법집행기관이 선거 관련 사건을 신속하게 처리하도록 하는 규정에 해당할 뿐, 이 사건 비방금지 조항 자체의 위헌성과 본질적으로 관련된다고 볼 수 없고, 형법상 사실적시 명예훼손죄로만 처벌하게 되더라도 선거결과와 관련이 있다는 점을 고려하여 수사와 재판이 신속하게 진행될 수도 있을 것이다.

이처럼 형사처벌 가능성이 여전히 남아 있으므로 이 사건 비방금지 조항이 폐지된다고 하여 공직선거 후보자가 상대방에 대한 비방행위를 더 적극적으로 하게 될 것이라거나 네거티브 방식의 선거운동이 더 많아질 것이라고 단정할 수는 없으므로, 이 사건 비방금지 조항은 침해의 최소성에 반한다.

14) 이와 관련하여 후술 III. 1. 3) 항목 참조.

3. 반대의견의 요지¹⁵⁾

극심한 중상모략, 인신공격, 흑색선전이 난무했던 과거의 선거문화에서 완전히 벗어났다고 보기는 어려운 상황에서, 이 사건 비방금지 조항에 따라 후보자가 되고자 하는 의사를 객관적으로 표출한 자들에 대한 비방행위를 처벌하는 것은 사실상 사전선거운동에 해당하는 행위를 금지하는 것이다. 이는 선거의 공정성을 확보하고 건전한 선거문화를 정착시키기 위한 적절한 제한에 해당한다. 특히 인터넷, 스마트폰 등의 기술 발달과 보편화로 SNS, 이메일, 포털사이트 등 정보통신망을 통해 상당 부분의 정치적 의사표현이나 의사전달이 이루어지고 있는 현실에서는 인터넷 환경에서 나타날 수 있는 편향적인 정보취득과 편견 강화 등으로 인해 선거의 공정성이 크게 훼손될 위험이 있다.

이 사건 비방금지 조항은 형법 제307조 제1항의 명예훼손죄에 비하여 중한 처벌을 규정한 대신, ‘당선되거나 되게 하거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적’이라는 초과주관적 구성요건을 규정한다거나 ‘진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.’라는 위법성 조각사유를 규정하고 있다. 이로 인해 처벌 범위를 후보자가 되고자 하는 자에 대한 중상모략 내지 인신공격, 흑색선전에 불과한 경우로 제한하고 있다. 구체적 사안에서 후보자가 되고자 하는 자의 명예 및 선거 공정성 보장의 정도나, 그 반대 측면에서 위축되는 정치적 표현의 자유의 제한 정도는 달라질 수 있는데, 이 경우 법집행기관 및 선거사건을 재판하는 법원이 이 사건 비방금지 조항의 적용 여부를 판단하는데 위와 같은 요소들을 고려함으로써 구체적 타당성을 구현할 수 있다.

법정의견은 사실적시 비방행위의 경우 형법 제307조 제1항의 사실적시 명예훼손죄로 처벌하는 것으로 충분하다고 하나, 사실적시 명예훼손죄의 경우에는 공직선거법상 선거법에 관한 각종 절차상 특칙이 적용되지 않으므로 관련된 수사와 재판이 제대로 이루어지지 않고 지연될 가능성이 적지 않다. 아울러 법정의견도 처벌의 필요성을 지적하고 있는 사생활을 비방하는 경우에 대해서는 현행 공직선거법상 처벌규정이 마련되어 있지 않다. 더 나아가 사실적시 명예훼손죄의 경우에는 선거범죄로 인한 당선무효나 그로 인한 비용반환, 나아가

15) 실제 이 사건 결정에서의 표제는 “재판관 이종석, 재판관 이은애, 재판관 정형식의 반대의견(판례집 36-1하, 381, 395)”이었으나, 이하 이 글에서는 ‘이 사건 결정(반대의견)’과 같은 표현 등으로 약칭하였다. 한편 해당 반대의견에서는 먼저 이 사건 선평의 요지를 그대로 옮긴 후 추가적인 입장을 덧붙이고 있는데, 본문에서 이를 요약하는 과정에서는 필자가 문맥의 흐름을 감안해 두 부분의 내용을 결합하는 방식으로 정리하였음을 밝힌다.

공무담임에 대한 제한 등 공직선거법으로 정한 제반 특별 규정들이 적용되지 않는다는 점에서, 이 사건 비방금지 조항이 위헌으로 선언될 경우, 공직선거의 후보자로서는 오히려 상대방에 대한 비방행위를 적극적으로 하려는 일종의 유인을 가지게 될 수 있다.

그렇다면 이 사건 비방금지 조항의 위헌 여부에 관하여 선례와 달리 판단하여야 할 사정변경이나 필요성이 있다고 보기 어렵다.

III. 평석

1. 후보자비방죄 조항 개관

1) 의의 및 보호법익

공직선거법 제251조에 규정된 후보자비방죄는 누구든지(주체) 후보자(후보자가 되고자 하는 자 포함)¹⁶⁾나 그의 배우자, 직계 존·비속, 형제자매(이하 ‘후보자 등’으로 약칭)에 대하여(객체), 공연히 사실을 적시하여 비방하는 경우(행위)를 형사처벌 하는 것을 내용으로 한다. 이때 주관적 요건으로 위와 같은 객관적 구성요건 요소에 대한 고의와 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적이 요구된다. 더하여 동조 단서는 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다고 규정하여 위법성 조각사유를 규정하고 있다.

후보자비방죄의 입법목적 내지는 보호법익과 관련하여, 이 사건 결정에서 헌법재판소는 비방의 객체가 되는 이들의 인격 내지는 명예보호와 사전선거운동 제한이라는 규제의 취지 등을 언급함과 동시에, 후보자비방죄가 유권자들에게 올바른 판단자료를 제공함으로써 선거의 공정이라는 가치를 실현하기 위한 제재에 해당한다는 점을 지적하고 있다.¹⁷⁾ 보다 구체적으로 이 사건 관련 결

16) ‘후보자가 되고자 하는 자’ 부분은 이 사건 결정에서 헌법에 위반되는 것으로 판단되었다.

17) 이 사건 결정, 판례집 36-1하, 381, 389. 후보자비방죄가 성립하려면 공연히 사실을 적시하는 것이 요구되고 이때 진실성과 공공의 이익이 갖추어진 경우는 위법성이 조각된다. 이와 같은 조문 구조를 감안할 때, 후보자비방죄의 입법목적으로는 공직선거법 제1조에 명시되어 있는 선거의 공정이나 선거부정 방지라는 측면 뿐 아니라, 후보자 등의 명예보호도 함께 거론될 수 있을 것으로 생각된다(같은 취지로 김종철, “공직선거법 제250조 제2항(낙선목적 허위사실 공표죄)와 관련한 대법원 판결에 대한 헌법적 검토 - 소위 정봉주 사건을 중심으로 -”, 『법학연구』 제22권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2012, 19쪽(각주 30번)). 유사하게 후보자비방죄가 후보자 등의 명예보호와 그들에 대한 과도한 인신공격을 방지하여 선거인들이 후보자에 대해 올바른 판단을 하게 함으로써 선거의 공정을 보

정에서는 후보자 등에 대한 비방행위를 처벌하는 것은 “후보자 등에 대한 중상모략과 인신공격, 흑색선전 행위를 억제하는”¹⁸⁾ 수단으로 기능함을 밝히고 있다.¹⁹⁾ 구체적으로 중상모략(中傷謀略)은 ‘사실을 왜곡하거나 속임수를 쓰는 등으로 근거 없는 말을 해 남을 헐뜯어 명예나 지위를 손상시켜 해롭게 함’을, 흑색선전(黑色宣傳)은 ‘근거없는 사실을 만들어 내어 상대방을 모략하고 혼란과 무질서를 조장하는 선전’을, 인신공격(人身攻擊)은 다른 사람의 신상에 관한 사실을 들어 비난함을 각각 의미한다.²⁰⁾

2) 연혁 · 비교법 · 현황

후보자비방죄가 선거법제에 처음 등장했던 것은 1963. 1. 16. 법률 제1256호로 폐지제정된 국회의원선거법 제71조 제1항 및 제162조 제1항과 1963. 2. 1. 법률 제1262호로 제정된 대통령선거법 제61조 제1항 및 제149조였던 것으로 확인된다.²¹⁾ 이는 허위사실공표죄의 모태가 된 규제는 1950. 4. 12. 법률 제121호로 폐지제정된 국회의원선거법 제109조²²⁾에서 등장하는 것보다 10여 년 정도 늦은 것이다.²³⁾

장하기 위한 규정에 해당한다고 설명한 문헌으로 대검찰청, 앞의 책, 413쪽.

18) 이 사건 관련 결정, 판례집 22-2하, 425, 432.

19) 유사하게 후보자비방죄의 입법목적으로 후보자에 대한 과도한 인신공격이나 이른바 흑색선전으로 인해 과열되고 불공정한 경쟁을 규제하는 기능을 수행함을 언급한 문헌으로 이 용복 · 윤상화, 선거법강의, 박영사, 2024, 974쪽.

20) 이상 용어의 개념은 네이버 국어사전(<https://ko.dict.naver.com/>, 최종확인일 : 2025. 1. 10.)에 검색된 각각의 항목들의 대한 사전적 개념을 전제로 조국, 앞의 글, 170쪽에 기술된 내용을 반영하여 필자가 정리한 것이다.

21) 위 국회의원선거법 제71조 제1항(후보자비방금지) 후단은 “공언히 사실을 적시하여 개인의 인신공격을 할 수 없다.”라고 규정하고, 동법 제162조 제1항은 ‘후보자비방죄’라는 표제하에 “누구든지 연설 · 신문 · 잡지 · 벽보 · 선전문서 기타 어떠한 방법을 불문하고, 의원으로 당선되게 하거나 당선되지 못하게 할 목적으로 공언히 사실을 적시하여 후보자를 비방한 자는 3년이하의 징역이나 금고 또는 6만원이하의 벌금에 처한다.”라고 규정했다. 유사하게 위 대통령선거법 제61조 제1항(후보자비방금지) 후단은 “공언히 사실을 적시하여 개인을 비방할 수 없다.”라고 규정하고, 동법 제149조 제1항은 ‘후보자비방죄’라는 표제하에 “누구든지 연설 · 신문 · 잡지 · 벽보 · 선전문서 기타 어떠한 방법을 불문하고, 대통령으로 당선되거나 당선되지 못하게 할 목적으로 공언히 사실을 적시하여 후보자를 비방한 자는 3년이하의 징역이나 금고 또는 6만원이하의 벌금에 처한다.”라고 규정했다.

22) 위 법률 조항의 내용은 다음과 같다: 연설, 신문, 잡지, 벽보 기타 여하한 방법을 불문하고 당선하거나 당선케 하거나 당선할 수 없게 할 목적으로 의원후보자의 신분, 직업 또는 경력에 관하여 허위의 사실을 공표 또는 공표하게 한 자는 6월이하의 금고 또는 5만원이하의 벌금에 처한다.

23) 이때 당시 후보자비방죄가 등장하게 된 배경에는 당시 집권한 군사정권이 선거 과정에서 불편한 비판을 억제하고자 하는 사정이 존재할 수 있었음을 시사하는 문헌으로 박지현, “명예훼손 또는 사실공표 행위의 면책을 위한 ‘진실이라 믿을 만한 상당한 이유’ 기준에

비교법적으로 볼 때, 후보자 등에 대한 비방행위를 형사처벌하는 규정이 발견되지 않는 국가들도 다수 존재하고.²⁴⁾ 이와 같은 행위태양을 제재하는 국가들의 경우에도 주로 허위인 사실을 적시하여 비방하는 행위에 대한 가벌성을 확보하는 데 초점을 맞추고 있는 것으로 파악된다.²⁵⁾ 이 사건 결정에서 “진실한 사실 적시에 의한 후보자 비방을 독자적으로 처벌하는 규정을 발견할 수 없다.”²⁶⁾라고 언급한 것은 이러한 측면에서 비롯된 것으로 생각된다.

후보자비방죄의 현황과 관련하여, 최근 5년간 이른바 선거사범으로서의 ‘흑색선전’은 2018년 1,485건(34.1%²⁷⁾), 2019년 183건(13.4%), 2020년 829건(26.2%), 2021년 507건(40.8%), 2022년 1,700건(29.1%)이 각각 발생한 것으로 알려져 있다.²⁸⁾

3) 요건 및 효과

후보자비방죄의 주체는 공직선거법 제251조의 문언상 별도의 제한이 없다.

대한 재해석”, 「민주법학」 제57호, 민주주의법학연구회, 2015, 109쪽.

24) 관련하여 OECD 국가들 가운데 스웨덴, 벨기에, 칠레 등 18개국의 선거법제에서는 후보자 비방 금지와 관련된 규정을 찾을 수 없다는 조사 결과로는 중앙선거관리위원회 선거연수원, 2022년도 각국의 선거제도 비교연구, 2022, 427쪽.

25) 특히 이 사건 결정에서는 일본과 독일, 미국의 경우 진실한 사실을 적시하여 후보자 등을 비방하더라도 형사처벌의 대상이 되지 않음이 지적되고 있다(이 사건 결정, 판례집 36-1 하, 381, 391-392, 위 세 국가에서 정치인에 대한 명예훼손을 규율하는 내용을 개관한 선행연구로는 이회경, “정치인에 대한 명예훼손죄”, 「형사정책」 제21권 제1호, 한국형사정책학회, 2009, 141-146쪽 참조). 그 밖에도 OECD 국가들 가운데 영국, 캐나다, 호주 등의 선거법제에서도 허위인 사실을 공표하는 행위에 제재를 가하는 것으로 알려져 있다(중앙선거관리위원회 선거연수원, 앞의 책, 420-422쪽 및 427쪽). 직접적으로 선거법제에서 후보자에 대한 비방금지를 규정하고 있는 것으로 알려진 국가들의 경우에도, 주로 ‘허위사실’에 근거한 후보자 비방행위가 금지 대상이 되는 것으로 파악된다[예컨대 스페인 일반선거제도기본법(Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, Representation of the People Institutional Act) 제148조는 허위진술로 인한 중상(中傷, Calumny)을 금지하고 있고, 멕시코 연방선거기관 및 선거절차법(Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, General Law on Institutions and Procedures of Mexico) 제247조 제2항도 후보자 등에 대한 허위 발언(slander)에 근거한 표현 제한을 규정하고 있다. 이상 스페인 법제에 관해서는 스페인 중앙선거위원회 영문 홈페이지(<https://www.juntaelectoralcentral.es/cs/jec/electoralAdministration>, 최종방문일자 : 2025. 1. 10.)에서 검색한 영문본 내용을, 멕시코 법제에 관해서는 멕시코 선거위원회(Mexican Electoral Tribunal of the Federal Judiciary)와 베니스위원회 사무국(Secretariat of the Venice Commission)에서 공동으로 관리하는 VOTA 데이터베이스(https://www.te.gob.mx/vota_elections, 최종방문일자 : 2025. 1. 10.) 영문 홈페이지에서 검색한 영문본 내용을 각각 확인하여 정리하였다].

26) 이 사건 결정, 판례집 36-1하, 381, 391.

27) 전체 선거사범 발생 건수 대비 비율로 이하 괄호 안의 % 수치 또한 동일하게 계산된 결과에 해당한다.

28) 법무연수원, 범죄백서, 2023, 128쪽.

객체로서의 ‘후보자 등’은 “특정선거에 관하여 관할선거구 선거관리위원회에 후보자등록을 마친 자(후보자)” 및 그의 배우자, 직계 존·비속, 형제자매를 의미한다.²⁹⁾ 행위를 하는 데 사용되는 방법으로는 “연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법”이 규정되어 있는데, ‘기타의 방법’이라는 표현이 함의하는 바와 같이 특정한 방법을 활용함에 구애받지는 않는 것으로 생각된다.

후보자비방죄의 구체적인 행위태양은 “공연히 사실을 적시하여 비방”하는 것이다. 이때의 사실은 허위의 사실인지, 아니면 진실인 사실인지를 불문한다. 앞서 후보자비방죄의 보호법익을 검토하는 과정에서 살펴 보았던 ‘중상모략’과 ‘흑색선전’은 전자에, ‘인신공격’은 후자에 각각 대응하는 것으로 볼 수 있을 것이다.³⁰⁾ ‘비방’이란 “(사회생활에서 존중되는 모든 것에 대하여) 정당한 이유 없이 상대방을 깎아내리거나 헐뜯는 것”³¹⁾으로, 후보자비방죄가 성립하기 위해서는 행위가 단순한 사실의 적시에서 나아가 객관적으로 비방행위로 평가될 수 있어야 하고,³²⁾ 이와 같은 비방행위에 대한 일종의 초과주관적 구성요건요소로서의 ‘목적’ 내지는 ‘경향’ 또한 요구된다고 분석된다.³³⁾ 나아가 후보자비방죄는 주관적 구성요건요소로 동죄의 고의와 더불어 문언상 “당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적”을 요구하는 목적범에 해당한다.³⁴⁾

29) 선거범죄 처리 실무에서의 후보자의 개념 정의에 관한 본문의 서술은 대검찰청, 앞의 책, 59쪽. 배우자, 직계존·비속, 형제자매 등의 의미는 민법상 개념에 의한다고 한다(같은 책, 369쪽). 한편 해당 문헌에 따르면 이 사건 결정으로 위헌인 것으로 선언된 ‘후보자가 되고자 하는 자’는 “후보자등록을 하지 아니하였으나 후보자가 될 의사를 가진 자”로서, “그 의사를 반드시 외부에 공표할 필요는 없고 그 의사를 예상할 수 있는 정도이면 족”하다고 한다(같은 책, 65쪽).

30) 조국, 앞의 글, 170쪽.

31) 대법원 2009. 6. 25. 선고 2009도1936 판결. 한편 앞의 괄호에 기재한 ‘사회생활에서 존중되는 모든 것에 대하여’라는 표현은 이 사건 관련 결정, 판례집 22-2하, 425, 432에서 추가하여 기재한 것이다.

32) 박지현, 앞의 글, 97쪽; 조국, 앞의 글, 161쪽.

33) 권오걸, “공직선거법상 후보자비방죄에 대한 연구 - 표현의 자유와 선거의 공정과의 조화의 관점에서”, 「법학연구」 제49집, 한국법학회, 2013, 174-175쪽(해당 문헌에서는 후보자비방죄에서의 비방의 목적은 일종의 불문의 주관적 구성요건요소로서, 마치 절도죄에서(문언에 명시되어 있지는 않으나) 불법영득의사가 요구되는 것과 유사하다고 지적되고 있다). 비슷한 취지로 박지현, 앞의 글, 97쪽.

34) 대검찰청, 앞의 책, 420쪽. 한편 이와 같은 목적 표지가 공직선거법 제58조 제1항에서 선거운동을 정의하면서 사용된 “당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한”이라는 개념 표지와 동일하다는 측면에 주목하여, 후보자비방죄의 목적을 해석함에 있어 동법상 선거운동 개념을 명확히 해석하는 과정에서 논의되는 ‘특정한 선거 내지는 특정한 후보자’와 같은 세부요소 등이 마찬가지로 충족될 필요가 있음을 지적한 선행연구로 권오걸, 앞의 글, 169-170쪽.

한편 공직선거법 제251조 단서는 “진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.”라는 위법성 조각사유를 규정하고 있다. 대법원 판례에 따르면, 먼저 ‘진실한 사실’과 관련하여 후보자비방죄의 위법성조각사유가 성립하기 위해서는 진실한 사실의 적시이거나 적어도 행위자가 그 사실을 진실한 것이라고 믿었고, 또 그렇게 믿는 데 상당한 이유가 있어야 한다.³⁵⁾ 대법원은 이때 세세한 부분에 있어서 다소 차이가 있거나 과장된 표현이 있다고 하더라도 전체적으로 객관적 진실에 부합하는 사실의 적시인 경우에는 진실한 사실로 인정된다고 한다.³⁶⁾ 다음으로 공공의 이익과 관련하여, 대법원은 반드시 공공의 이익이 사적 이익보다 우월한 동기가 된 것은 아니더라도 양자가 동시에 존재하고, 양자 간에 상당성이 인정되는 경우에는 ‘공공의 이익에 관한 때’에 해당한다고 판시하고 있다.³⁷⁾

한편 후보자비방죄가 성립하는 경우, 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금으로 처벌된다. 다만 후보자비방죄의 과형과 관련하여서는 이와 같은 처벌조항에 더하여 공직선거법에 별도로 규정되어 있는 특칙들에 주목할 필요가 있다. 구체적으로 ① 후보자지방죄 위반으로 징역 또는 100만원 이상의 벌금형을 선고받게 되면 당선되더라도 그 당선이 무효가 되고(동법 제264조), ② 일정 기간 동안 선거권 및 피선거권을 상실하며(동법 제18조 제1항 제3호 및 제19조 제1호), ③ 반환받은 기탁금과 보전받은 선거비용을 반환해야 한다(동법 제265조의2, 이상의 내용을 이하에서는 ‘공직선거법상 실체법적 특칙’으로 약칭한다).

다음으로 후보자비방죄를 위반한 경우에는 이른바 선거법에 대한 수사 및 공판 절차와 관련하여서도 여러 특칙들이 적용된다. 이를테면 ① 신속·공정한 단속·수사가 강조되고(동법 제9조 제2항), ② 선거일 후 6개월의 단기 공소시효가 적용되며(동법 제268조 제1항 본문), ③ 재판기간의 경우 제1심은 공소제기시부터 6월 이내, 제2심 및 제3심은 전심 판결 선고시부터 각각 3월 이내에 판결이 선고되어야 한다(동법 제270조, 이상의 내용을 이하에서는 ‘공직선거법상 절차법적 특칙’이라고 약칭하고, 이를 앞서의 실체법적 특칙과 한데 언급할 때에는 ‘공직선거법상 특칙’이라고 약칭한다). 이와 같은 공직선거법상 특칙은

35) 대법원 1996. 4. 23. 선고 96도519 판결, 대검찰청, 앞의 책, 421쪽 및 해당 쪽 각주 38번에 기재된 판례들 참조.

36) 대법원 2004. 10. 27. 선고 2004도3919 판결, 대검찰청, 앞의 책, 422쪽 및 해당 쪽 각주 39번에 기재된 판례들 참조.

37) 대법원 2000. 4. 25. 선고 99도4260 판결, 대검찰청, 앞의 책, 423쪽 및 해당 쪽 각주 44번에 기재된 판례들 참조.

전반적으로 선거의 공정을 실현하기 위한 것으로 이해되고 있다.³⁸⁾

4) 다른 조항들과의 비교

(1) 관련 구성요건들의 내용

후보자비방죄는 형법상 사실적시 명예훼손죄(형법 제307조³⁹⁾) 및 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(정보통신망법) 제70조⁴⁰⁾에 규정되어 있는 구성요건과 상당 부분 겹치는 내용을 규정하고 있는 것으로 알려져 있다.⁴¹⁾ 아울러 허위인 사실을 적시하여 후보자 등을 비방하는 경우(이하에서는 이를 ‘허위사실적시 후보자비방죄’라고 약칭하고, 반대로 진실인 사실이거나 허위로 증명되지 아니한 사실을 적시하여 후보자 등을 비방하는 경우는 ‘진실적시 후보자비방죄’로 약칭한다)에는 공직선거법 제250조에서 규정하고 있는 허위사실공표죄와의 중복 여부 또한 논의될 여지가 있다.⁴²⁾ ‘정보통신망’이라는 환경을 전제로 적용되는 정보통신망법 위반의 경우를 제외하고, 적시된 사실이 허위인지 진실인지를 구별하여 이들 구성요건들을 비교하여 개략적으로 도표화하면 다음과 같다.⁴³⁾

38) 이 사건 결정 반대이견, 판례집 36-1하, 381, 397-398.

39) <형법> 제307조(명예훼손)

① 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

② 공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

제310조(위법성의 조각) 제307조제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.

40) <정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률> 제70조(벌칙)

① 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

② 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 거짓의 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

③ 제1항과 제2항의 죄는 피해자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

41) 권오걸, 앞의 글, 167쪽.

42) 허위사실공표죄와 후보자비방죄의 두 구성요건 사이에는 공소사실의 동일성이 인정되어 공소장변경도 허용된다(대검찰청, 앞의 책, 421쪽, 실제로 허위사실공표죄로부터 후보자비방죄로의 공소장변경이 인정된 사례로 대법원 1969. 8. 26. 선고 69도994 판결).

43) 이하 [표]는 권오걸, 앞의 글, 164-165쪽의 내용을 참조하여 필자가 정리한 것이다.

[표] 후보자비방죄, 형법상 사실적시 명예훼손죄, 허위사실공표죄 비교

	진실적시 후보자비방죄	진실적시 명예훼손죄	허위사실적시 후보자비방죄	허위사실적시 명예훼손죄	허위사실 공표죄
근거법률	공직선거법 제251조	형법 제307조 제1항	공직선거법 제251조	형법 제307조 제2항	공직선거법 제250조 제1항, 제2항
보호법익	국가적 법익 (선거의 공정) + 개인적 법익 (명예감)	개인적 법익 (명예감)	국가적 법익 (선거의 공정) + 개인적 법익 (명예감)	개인적 법익 (명예감)	국가적 법익 (선거의 공정)
행위주체	제한없음 (누구든지)	제한없음 (누구든지)	제한없음 (누구든지)	제한없음 (누구든지)	제한없음 (누구든지)
행위객체	제한됨 (후보자 등(*))	제한없음 (누구든지)	제한됨 (후보자 등(*))	제한없음 (누구든지)	제한됨 (후보자 등)(*))
행위대양	공연성 진실적시 비방	공연성 진실적시	공연성 허위사실적시 비방	공연성 허위사실적시	허위사실공표
주관적 구성요건	고의 목적 (당선·낙선)(**)	고의	고의 목적 (당선·낙선)(**)	고의	고의 목적 (당선·낙선)(**)
법정형	3년 이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금	2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금	3년 이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금	5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1000만원 이하의 벌금	당선목적의 경우 5년 이하의 징역 또는 3000만원 이하의 벌금 낙선목적의 경우 7년 이하의 징역 또는 500만원 이상 3000만원 이하의 벌금
공직 선거법상 특적적용	○	×	○	×	○
위법성 조각사유	○ (진실+ 공익)	○ (진실+ 오로지 공익) (형법 제310조)	×	×	×
반의사 불벌죄	×	○ (형법 제312조 제2항)	×	○ (형법 제312조 제2항)	×

(*) 후보자 등은 후보자(허위사실공표죄의 경우 후보자가 되고자 하는 자 포함), 후보자의 배우자 또는 직계존비속이나 형제자매

(**) 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적

후보자비방죄와 형법상 명예훼손죄 사이에는 상상적 경합이 성립하고,⁴⁴⁾ 허위사실적시 후보자비방죄와 허위사실공표죄 또한 상상적 경합 관계에 있다고 분석된다.⁴⁵⁾ 이는 이들 구성요건들의 보호법익이 각각 상이하다는 차이로부터 비롯되는 것으로 생각된다. 다만 구체적인 구성요건의 내용 등을 검토할 경우, 진실적시 후보자비방죄의 경우에는 형법상 진실적시 명예훼손죄의 일종의 특별법으로, 허위사실적시 후보자비방죄의 경우에는 형법상 허위사실적시 명예훼손죄 및 특히 허위사실공표죄의 일종의 특별법으로 기능할 것으로 판단된다. 이와 관련하여서는 항목을 바꾸어 논의한다.

(2) 진실적시 후보자비방죄의 경우

먼저 진실적시 후보자비방죄와 형법상 진실적시 명예훼손죄를 살펴보면, 양자의 구성요건 가운데 행위주체에 제한이 없는 점 및 행위태양으로서 공연한 사실의 적시가 요구된다는 점, 주관적 구성요건 요소로 공연한 사실의 적시에 대한 고의가 요구된다는 점은 동일하다. 다음으로 범죄의 객체와 관련하여서는 진실적시 명예훼손죄의 경우에는 별도의 제한이 존재하지 않고, 초과주관적 구성요건요소로서의 당선 또는 낙선과 관련된 목적이 따로 요구되지 않으므로⁴⁶⁾ 이로 인해 두 죄책 사이에 포함 관계가 성립하는 데 별도의 문제가 발생하지는 않는다.

다만 후자의 형법상 명예훼손죄의 구체적인 실행행위로 ‘명예훼손행위’가 요구되고, 이는 ‘비방행위’와 구별되는 것은 아닌지가 논의될 여지가 있다. 그런데 형법상 사실적시 명예훼손죄를 결과범이 아니라 이른바 추상적 위험범 내지는 거동범으로 보는 다수의 견해에 따를 경우,⁴⁷⁾ 진실적시 명예훼손죄는 별도의 ‘명예훼손행위’라는 실행행위를 요구하지 않고 이미 사실의 적시만으로 해당 범죄가 성립한다는 점에서⁴⁸⁾ ‘진실을 적시한 비방행위’는 형법상 진실적

44) 대법원 1998. 3. 24. 선고 97도2956판결, 대검찰청, 앞의 책, 421쪽 및 해당 쪽 각주 35번에 기재된 판례를 참조.

45) 대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도8368 판결, 대검찰청, 앞의 책, 407쪽.

46) 관련하여 후보자 등 행위 객체에 대한 인식이 없어 선거운동의 목적이 없는 선거와 관련한 공연한 사실의 적시의 경우에는 형법상 명예훼손죄가 성립될 수 있을 뿐이라는 취지의 서술로는 대검찰청, 앞의 책, 421쪽.

47) 이러한 입장을 통설에 해당하는 것으로 분석한 선행연구로는 박지현, 앞의 글, 96-97쪽. 해당 문헌에 따르면 이는 명예라는 보호법익의 특성으로 인해 훼손된 결과를 따로 확인하기 어렵다는 점에서 불가피한 것으로 이해된다고 한다.

48) 위 [표]에서 진실적시 명예훼손죄의 행위태양에 별도로 ‘명예훼손행위’를 기재하지 않은 것은 이러한 사정에서 연유한다.

시 명예훼손죄의 구성요건을 충족시킨다고 볼 수 있다.⁴⁹⁾

더하여 양자의 위법성조각사유를 규정한 내용 가운데 ‘공공의 이익’과 관련하여, 진실적시 명예훼손죄의 경우 위법성이 조각되기 위해서는 진실한 사실임과 더불어 ‘오로지’ 공익을 위할 것이 요구된다는 점에서 그와 같은 한정적인 표시가 없는 진실적시 후보자비방죄와 구별된다고 해석될 수 있다.⁵⁰⁾ 그런데 대법원 판례는 행위자의 주요한 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 사익적 목적이 내포되어 있었다고 할지라도 진실적시 명예훼손죄의 위법성 조각사유의 적용이 배제될 수 없다는 취지로 판시하고 있고,⁵¹⁾ 특히 선거와 관련하여서는 진실의 적시는 후보자 등을 검증하기 위한 과정에서 활용된다는 점에서 그 자체로 공공의 이익이 부정될 가능성이 크지 않다고 판단된다.⁵²⁾ 그렇다면 이때의 ‘오로지’라는 표시를 ‘주로’라는 정도의 의미로 축소하여 새길 여지가 있을 것으로 생각되고,⁵³⁾ 이는 진실적시 명예훼손죄의 위법성 조각사유를 해석함에 있어 공공의 이익과 사적 이익이 함께 결부될 경우, 두 이익간의 형량이 필요함을 시사한다.

그런데 후보자비방죄의 경우에도 공적 이익이 사적 이익보다 극히 미약하여 양자 사이의 상당성이 인정될 수 없다면 위법성 조각이 인정되지 않는다는 점에서,⁵⁴⁾ 결국 두 범죄 모두 실제로 위법성 조각사유의 성립 여부를 판단하는 과정에서는 일정 부분 공공의 이익과 사적 이익 사이의 형량이 요청되는 것으로 생각된다. 이와 같은 판례의 해석론에 미루어 볼 때에는 위법성 조각사유

49) 이상 본문의 형법상 사실적시 명예훼손죄의 실행행위로서의 명예훼손행위에 관한 논의는 박지현, 앞의 글, 96-97쪽의 분석을 정리한 것이다. 반대로 미국과 독일의 사례를 참조하여 명예훼손행위를 ‘사람의 사회적 평가를 저하시키는 표현행위’ 정도로 개념화를 시도한다고 하더라도(이러한 취지의 선행연구로 박용상, 명예훼손법, 현암사, 2008, 74-76쪽), ‘상대방을 깎아내리거나 헐뜯는’ 것을 의미하는 비방행위가 그에 대한 사회적 평가 저하와 무관하다고 보기는 어렵다는 점에서 비방행위는 명예훼손행위에 포함된다고 볼 수 있을 것으로 생각된다.

50) 실제 이 사건 선례 결정에서 이같은 측면이 지적되었고, 그 취지는 이 사건 결정의 반대의견에서도 수용되었다. 구체적으로 이 사건 결정의 반대의견은 형법 제310조의 위법성조각사유와 비교할 때, 후보자비방죄의 위법성조각사유에는 “‘오로지’라는 요건이 없음으로 인해 공공의 이익과 사적 이익이 동시에 존재하는 경우에도 이 사건 비방금지 조항에 의하여 처벌되지 않는바, 이는 선거운동의 자유 내지는 정치적 표현의 자유의 중요성을 고려하여 위법성조각사유의 범위를 넓힌 것이다(이 사건 선례 결정, 판례집 25-1, 447, 460)”라는 판시를 인용하였다(이 사건 결정 반대의견, 판례집 36-1하, 381, 396).

51) 대법원 2006. 3. 23. 선고 2003다52142 판결.

52) 이 사건 결정, 판례집 36-1하, 381, 392.

53) 조국, 앞의 글, 161-162쪽.

54) 대법원 2002. 6. 14. 선고 2000도4595 판결, 대검찰청, 앞의 책, 424쪽 및 해당 쪽 각주 48번에 기재된 판례를 참조

인정 여부에 있어서도 본질적인 차이가 발생하지는 않을 것으로 생각된다.⁵⁵⁾

이상의 내용을 종합할 때, 형법상 진실적시 명예훼손죄와 공직선거법상 진실적시 후보자비방죄는 일종의 일반법-특별법 관계에 놓인다는 결론으로 나아갈 수 있을 것이라고 생각된다. 그렇다면 결국 진실적시 후보자비방죄는 후보자 등의 명예감 보호에 더하여 ‘선거의 공정’으로 표상되는 국가적 법익을 달성하기 위해, 형법상 진실적시 명예훼손죄와 비교하여 법정형을 가중하고 공직선거법상의 특칙을 적용하는 일종의 가중적 구성요건으로, 환언하면 진실적시 명예훼손죄에 해당하는 사안 가운데 선거에 관한 특정한 사항에 적용하기 위해 별도로 가중된 제재를 가하는 규정으로 이해할 수 있을 것으로 판단된다.⁵⁶⁾

(3) 허위사실적시 후보자비방죄의 경우

전술한 논의 구도는 근거조항의 문언에 미루어 볼 때 허위사실적시 후보자비방죄와 허위사실적시 명예훼손죄의 관계에도 유사하게 적용될 수 있을 것으로 보인다.⁵⁷⁾ 그런데 특히 허위사실적시 후보자비방죄의 경우에는 행위태양에서 허위의 사실을 적시하여 ‘비방행위’까지 나아가지 않더라도, 단지 허위의 사실의 공표만으로 성립하는 공직선거법상 허위사실공표죄와 비교할 때에도 특별법-일반법 관계에 놓이게 되는 것으로 생각된다. 이때 현행 공직선거법 규정상 허위사실공표죄의 법정형이 (허위)사실적시 후보자비방죄의 법정형보다 무거움을 감안하면, 양자가 상상적 경합관계로서 규범적으로는 별개의 죄로 구분된다고 할지라도 실제에 있어서는 허위사실공표죄의 인정 외에 따로 허위사실 후보자비방죄를 중복하여 적용할 실익은 크지 않은 것으로 판단된다.⁵⁸⁾

55) 조국, 앞의 글, 162쪽.

56) 이는 환언하면 현재 형법과 공직선거법이 규정한 체계 속에서, 후보자비방죄는 ‘일반적으로 허용되는 진실의 적시를 통한 소통’이 ‘선거라는 특별한 상황에서 제한되는’ 것을 내용으로 하는 제재는 아님을 시사하는 것이기도 하다.

57) 다만 어떠한 행위태양에 과중된 법정형을 과할 것인지의 관점에서 볼 때에는 진실적시 후보자비방죄(3년 이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금)와 진실적시 명예훼손죄(2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금)의 관계와 허위사실적시 후보자비방죄(3년 이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금)와 허위사실적시 명예훼손죄(5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1000만원 이하의 벌금)의 관계가 서로 상이하게 규율되어 있는 지점이 발견된다. 이는 (이 글의 주요 논의대상은 아니지만) 헌법상 이른바 체계정당성 원리라는 관점에서 비판될 소지가 있을 것으로 생각된다.

58) 이 사건 결정, 판례집 36-1하, 381, 390.

2. 후보자비방죄 조항의 과잉금지원칙 위배 여부 : 진실 적시 후보자 비방행위를 중심으로

1) 논의의 전제

공직선거법상 후보자비방죄의 위헌론으로는 일응 구별되는 두 가지 형태의 논의가 제안될 수 있을 것으로 생각된다. 하나는 후보자비방죄에 대한 전면적인 비(非)범죄화를 주장하는 형태의 위헌론으로, 애초에 공연히 사실을 적시해 후보자 등을 비방하는 행위를 형사적으로 제재하는 것을 부정하는 논의이다.

다른 하나는 후보자비방죄의 가벌성 자체는 긍정하되, 다만 그에 대한 제재가 완화될 필요가 있다는 차원에서 전개되는 위헌론이다. 특히 진실적시 후보자비방죄의 경우, - 앞서 1. 4) 항목에서 정리한 바와 같이 - 동죄는 명예훼손이 성립할 수 있는 공연한 진실의 적시에 더해 선거와 관련된 일정한 구성요건 요소들이 추가로 충족됨을 전제로, 형법상 진실적시 명예훼손죄보다 무거운 제재를 부여하는 특별조항에 해당한다고 볼 수 있다. 후자와 같은 취지의 위헌론에서는 이와 같은 중한 제재, 특히 공직선거법상 당선 효력 등에 관한 실체법적 특칙 및 소송 진행에 관한 절차법적 특칙 조항이 적용되는 범위를 축소하여, 형법상 진실적시 명예훼손과 동일하게 처벌되어야 한다는 취지의 주장을 개진할 수 있을 것으로 보인다.⁵⁹⁾

그런데 비교적 최근 헌법재판소는 후보자비방죄의 ‘일반법’이라고 할 수 있는 형법상 사실적시 명예훼손죄에 관하여 헌법에 위반되지 않는다는 취지로 결정한 바 있다.⁶⁰⁾ 그렇다면 설령 헌법재판소가 ‘특별법’에 해당하는 후보자비방죄 조항에 대해 위헌으로 선언하더라도, 일반법인 사실적시명예훼손에 대한 제재까지 허용되지 않는다는 주문이 따로 수반되지 않는 한, 전자의 위헌론과 같은 ‘후보자비방죄의 구성요건을 충족시키는 행위에 대한 비범죄화’라는 결론으로 나아가기는 용이하지 않다. 그러므로 ‘일반법’에 따른 처벌이 헌법적으로 정당화됨이 전제되는 현재의 상황을 전제할 때에는, 헌법재판소의 후보자비방죄에 대한 위헌 결정의 결론은 후자의 위헌론, 환언하면 공직선거법상 특칙으로서의 제재가 적용되는 범위가 과도하므로 이를 축소시켜 형법상 사실적시 명예훼손죄를 통한 가벌성 확보가 필요하다는 취지로 해석될 수밖에 없을 것이다.

59) 관련하여 공직선거법상 특칙 그 자체의 위헌 여부에 관한 문제는 후보자비방죄의 위헌 여부와는 서로 다른 심판대상에 해당할 것이므로 이 글의 논의 범위에서 제외하고자 한다.

60) 헌재 2021. 2. 25. 2017헌마1113등, 판례집 33-1, 261.

한편 전술한 바와 같이 후보자비방죄는 사실적시 명예훼손죄가 성립하는 상황이 선거와 관련된 특별한 영역에 한정하여 적용될 경우, 개인적 법익에 더하여 선거의 공정이라는 국가적 법익의 실현을 위해 가중된 제재를 가하는 것을 내용으로 하는 제재에 해당한다. 이때 형법상 사실적시 명예훼손죄가 주로 표현의 자유와 명예의 보호라는 두 가지 법익을 형량하여 제재의 정도를 정한 산물일 것이라는 측면에 주목한다면,⁶¹⁾ 결국 후보자비방죄에 있어 이와 같은 ‘가중된 제재’가 정당화되는 배경에는 명예의 보호라는 측면과 더불어 후보자비방죄의 보호법익으로 논의되는 선거의 공정(성) 실현과 관련된 요청이 있을 것으로 생각된다.

이하에서는 특히 이 사건 결정에서 법정의견과 반대의견의 주된 논의 대상이 되었던 ‘진실적시 후보자 비방행위’ 부분을 중심으로,⁶²⁾ 이를 제재하는 것이 선거의 공정 구현과 어떻게 관련되는 것인지를 위주로 논의하고자 한다. 이는 일응 ‘목적의 정당성 및 수단의 적합성’이라는 과잉금지원칙의 세부 지표와 연결될 수 있을 것이므로, 항목을 바꾸어 논의한다.

2) 목적의 정당성 및 수단의 적합성과 관련하여

선거의 공정(성)이 지향하는 의의 내지는 가치로서 대표적으로 선거 과정에서의 기회균등이 지적되고 있다.⁶³⁾ 헌법 제116조 제1항에서 명문으로 선거운

61) 형법상 사실적시 명예훼손죄의 위헌 여부가 논의된 현재 2021. 2. 25. 2017헌마1113등 결정에서도 결국 법익의 균형성 충족 여부에 대한 판단은 표현의 자유와 개인의 명예 사이의 균형이 달성되었는지에 관한 논의에 집중되었다[위 결정, 판례집 33-1, 261, 272(법정의견의 경우), 같은 결정, 같은 판례집, 261, 277-278(재판관 유남석, 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 문형배의 반대의견의 경우)].

62) 한편 앞서 II. 1. 항목의 사건개요 및 심판대상 관련 항목에서 살펴보았던 것처럼, 이 사건 사실관계에서는 주로 허위사실적시 후보자비방죄 부분이 문제가 되었던 것으로 생각된다. 그런데 이 사건 결정에서 헌법재판소는 심판대상을 이 부분에 한정하지 않고 진실적시 후보자 비방죄 부분의 위헌 여부까지 검토하였다. 이른바 헌법소송법적인 관점에서 볼 경우, 진실적시 후보자 비방행위 부분은 재판의 전제성과 관련하여 별도의 논의가 필요할 수도 있을 것으로 생각된다. 다만 이 사건 결정이 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판으로서 소위 ‘규범통제’로서의 성격을 가지고 있다는 점에서, 엄밀하게 심판대상을 한정하지 않고 진실적시 후보자 비방행위의 위헌성 또한 검토하는 것이 전적으로 불가능하다고 단정할 수는 없다고 판단된다.

63) 배정훈, “탈법행위에 의한 선거 관련 표현행위 금지규정에 관한 연구 - 공직선거법 제93조 제1항의 입법연혁, 관련 판례의 동향 및 심사기준의 문제를 중심으로 -”, 「헌법재판연구」 제3권 제1호, 2016, 281쪽; 손인혁, “선거운동의 자유와 선거의 공정성에 관한 연구, 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결을 중심으로”, 「헌법학연구」 제24권 제2호, 한국헌법학회, 2018, 135쪽; 유선필, “선거의 평온 및 공정성 관련 공직선거법 규정에 대한 검토”, 「헌법재판연구」 제6권 제2호, 헌법재판연구원, 2019, 9-10쪽; 한수웅, 헌법

동의 균등한 기회 보장을 천명하고 있다는 사정에서 이를 확인할 수 있다. 기회균등으로 구체화되는 선거의 공정성이 보장됨에 따라, 후보자와 정당은 선거 과정에서 자유로이 경쟁할 수 있는 제도적인 기초를 제공받게 된다.⁶⁴⁾ 그리고 이를 통해 후보자 등의 자유로운 경쟁이 구현되는 과정에서, 일반 유권자들 또한 선거권 행사에 필요한 정보를 제공받게 되어 자신의 알 권리를 실현함과 동시에 자신에게 주어진 선거권을 온전히 자유롭게 행사할 수 있게 된다.⁶⁵⁾ 선거의 공정성이 담보하고자 하는 필수적인 요소 가운데 하나로 유권자의 선택을 위한 충분한 판단자료의 제공이라는 측면이 지적되고 있는 것⁶⁶⁾은 이러한 사정에서 비롯된다.

그런데 (비록 ‘비방행위’라는 행위태양으로 나타나는 것이기는 하지만) 선거 과정에서 선거와 관련하여 공연히 진실을 적시하는 못하게 하는 것은, 일차적으로 후보자 등이 상대 후보자 등에 대한 검증을 자유롭게 하기 어렵게 함으로써 특히 기성 정치인들과 새롭게 선거 과정에 참여한 정치 신인에 해당하는 후보자 등 사이의 기회균등 실현에 장애 요인으로 작동할 수 있다.⁶⁷⁾ 이들이 자신의 당선을 목적으로 진실을 적시하여 기성 정치인의 실정(失政)을 지적하거나 의혹을 제기하는 행위는, 그러한 행위의 특성상 기성 정치인들에 대한 ‘비방’을 수반할 수밖에 없다는 점에서 진실적시 후보자비방죄의 성립을 피하기 어렵게 되기 때문이다.⁶⁸⁾

나아가 이는 유권자들이 일정한 사실에 접근할 수 있는 기회를 제한함으로써 그들이 선거에 관하여 사실에 기반한 충분한 정보에 기반한 결정(well-informed decision)을 하기 곤란하게 한다는 점에서도 선거의 공정 실현을 어렵게 한다.⁶⁹⁾ 물론 중상모략 내지는 흑색선전에 해당하는 ‘허위사실’을 적시하는 것은 오히려 유권자에게 왜곡된 정보를 전달한다는 측면에서 유권자의 자유로운 선택을 방해함으로써 선거의 공정성에 직접적으로 부정적인 영향을 줄 것이므로,

학, 법문사, 2024, 195쪽. 헌법재판소 또한 “선거의 공정성이란 국민의 선거의 자유와 선거 운동 등에 있어서의 기회의 균등이 담보되는 것”이라고 판시한 바 있다(헌재 2014. 4. 24. 2011헌바17등, 판례집 26-1상, 628, 646; 헌재 2015. 4. 30. 2014헌마360, 판례집 27-1하, 131, 140).

64) 이러한 취지로 손인혁, 앞의 글, 135쪽; 한수웅, 앞의 책, 195쪽.

65) 손인혁, 앞의 글, 137쪽.

66) 윤영미, “선거의 공정성에 관한 검토 - 공직선거법 제93조 제1항 문서 등 배부 금지규정에 대한 과도한 광범성 법리에 따른 위헌성 검토를 중심으로”, 『헌법학연구』 제16권 제3호, 한국헌법학회, 2010, 590쪽; 손인혁, 앞의 글, 137쪽.

67) 이 점을 지적하는 견해로 윤영미, 앞의 글, 590쪽. 이 사건 결정, 판례집 36-1하, 381, 390.

68) 이 사건 결정, 판례집 36-1하, 381, 390.

69) 윤영미, 앞의 글, 591쪽.

선거의 공정 달성을 위해 이에 대한 제한은 일정 부분 불가피할 것으로 보인다.⁷⁰⁾ 그러나 - ‘인신공격’이라는 ‘비방’의 행위태양으로라도 - 진실인 정보가 제공되는 경우, 평균적인 유권자라면 이 과정에서 다소 과장되거나 선동적인 표현을 접한다 할지라도 이러한 측면을 감안하여 자신의 의사를 형성할 수 있을 것이 기대되므로, 이때 유권자가 진실을 접할 기회를 막는 것은 유권자가 부족한 정보만을 근거로 선거에 나아가게 한다는 점에서 오히려 균등하게 제공된 기회에 따른 선택을 요청하는 선거의 공정의 의의에 부합한다고 보기 어려울 것이다.⁷¹⁾

물론 후보자 등에 대한 진실적시 비방행위가 빈발하는 과정에서 이른바 ‘네거티브’ 선거전에 따른 부작용이 발생할 수 있다.⁷²⁾ 이 과정에서 일부 헌법재판소 결정례에서 선거의 공정과 따로 구별되지 않고 사실상 유사한 뜻으로 사용되기도 했고,⁷³⁾ 경우에 따라서는 선거의 공정과 병렬적으로 나열되는 방식으로 언급되었던⁷⁴⁾ 이른바 ‘선거의 평온’이 저해될 가능성을 배제하기는 쉽지 않다. 그러나 선거의 평온은 선거과정에서의 정치적 경쟁의 총량을 한정하여 선거로 인해 발생하는 사회·경제적 비용을 관리한다는 차원에서 고려되는 가

70) 이러한 취지로 손인혁, 앞의 글, 137쪽. 유사하게 허위사실유포 등 국민의 의사소통에 부당한 영향을 주는 행위를 경계할 필요성을 환기하는 선행연구로 윤영미, 앞의 글, 591쪽.

71) 전반적으로 같은 입장으로 손인혁, 앞의 글, 137-138쪽. 이 사건 결정에서 헌법재판소의 법정의견도 이와 취지를 같이하여, 법익의 균형성 판단 과정에서 다음과 같이 실시하였다(이 사건 결정, 판례집 36-1하, 381, 394): “선거의 공정이란 선거의 혼탁을 방지하는 것만을 의미하는 것이 아니라 공직후보자의 능력, 자질 및 도덕성 등 공직 적합성에 관한 정보가 공개되고 이에 근거하여 최선의 사람을 선출할 수 있도록 하는 것을 포함하는 개념이므로, 후보자가 되고자 하는 자에 대한 사실은 유권자인 일반 국민에게 최대한 공개되어 후보자가 되고자 하는 자의 능력, 자질 및 도덕성을 판단할 수 있는 자료로 활용되어야 한다. 이러한 측면에서 볼 때, 후보자가 되고자 하는 자에 대한 사실과 관련하여 그것이 허위인지 진실인지를 불문하고 그것을 ‘비방’이라는 이유로 정치적 표현의 자유를 지나치게 제한하게 되면 오히려 이 사건 비방금지 조항이 추구하는 공익인 선거의 공정을 해하는 결과가 초래될 수 있다.”

72) 구체적으로 선거 과정에서의 다른 후보자를 흠집내는 이른바 ‘의혹제기’는 선거 결과에 큰 영향을 줄 수 있어 ‘아니면 말고’와 같은 형태로 정치적 쟁점으로 부상하게 되나, 단기간의 선거기간 동안 이에 대해 온전히 해명하기는 쉽지 않음을 지적하는 선행 연구로 김경호, 앞의 글, 6-7쪽.

73) 이를 지적하는 견해로 류제성, “공직선거법 제93조 제1항 한정위헌결정(2007헌마1001)의 의미와 과제”, 『법학연구』 제53권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2012, 13쪽; 음선희, 앞의 글, 6쪽.

74) 일련의 헌법재판소 결정례들에서도 선거의 공정과 평온을 병렬적으로 규정한 사례들이 발견되는 것으로 알려져 있다(예컨대 헌재 2016. 6. 30. 2014헌바253, 판례집 28-1하, 500, 509 등. 그 밖의 결정례들로는 음선희, 앞의 글, 6쪽의 각주 1번에 언급되어 있는 사건번호 참조).

치라는 측면에서 정치적 경쟁으로서의 선거운동에서의 균등한 기회 보장을 내용으로 하는 선거의 공정과 구별되는데,⁷⁵⁾ 선거운동의 기회균등은 헌법 문언에 명시되어 있지만 선거의 평온은 그렇지 아니한 점 등을 감안한다면 일차적으로 양자가 동등한 정도의 의의를 가진다고 보기에는 어렵다고 생각된다.⁷⁶⁾

다만 선거의 평온이 (좁은 의미의) 선거의 공정이 추구하는 정치적 기회균등과 같이 선거와 관련된 정치적 표현을 규제할 수 있는 가치로 기능할 수 있음을 전제로,⁷⁷⁾ 이 또한 선거(운동)의 자유를 제한하는 근거로 추상적·포괄적으로 이해될 수 있는 일종의 (넓은 의미의) 선거의 공정에 해당할 수 있다는 입론이 제기될 여지가 있음을 전적으로 부정하기는 어려울 수 있다. 그러나 이러한 경우에도 “국민대표자를 선임하는 주권의 실현과정”⁷⁸⁾으로서 선거의 목적을 감안한다면, 공동체의 대표자가 되고자 하는 동료가 누구이고, 그 정책이나 정치적 이력, 지지세력 등이 어떠한지에 대한 정보를 유권자들끼리 서로 자유로이 교환하지 못한 상태에서, 환언하면 전술한 바와 같이 유권자에게 정확한 판단자료⁷⁹⁾가 제공되지 못한 상태에서 진행되는 선거는 단지 민주적 정당성 획득을 가장한 요식행위에 지나지 않을 것임에 주목할 필요가 있을 것으로 생각된다.⁸⁰⁾ 이 지점에서 선거과정에 있어서 후보자에 대한 ‘검증’ 내지는 ‘의혹제기’의 중요성이 온전히 부각된다고 볼 수 있을 것이다.⁸¹⁾ 그렇다면 설사 구체적인 검증 과정에서 선거 분위기가 과열되고 혼란스러워짐으로 인해 선거의 평온과 결부된 넓은 의미의 선거의 공정에 일정한 제약이 발생한다고 할지라도, 민주주의와 선거, 더 나아가 국민주권의 실현과 결부된 ‘유권자의 의사가 오롯이 반영된 대표자 선출’이라는 목적이 보다 강조될 수 있는 것으로 판단된

75) 음선희, 앞의 글, 9-11쪽.

76) 이를 명시적으로 밝힌 헌법재판소 결정례로는 헌재 2011. 12. 29. 2007헌마1001등, 판례집 23-2하, 739, 760. 위 결정례의 입장을 지지하는 학계 논의로는 예컨대 류제성, 앞의 글, 13쪽.

77) 이러한 입장이 제시되고 있는 문헌의 예시로 음선희, 앞의 글, 11쪽. 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2022, 1479쪽. 관련하여 (좁은 의미의) 선거의 공정이 추구하는 정치적 기회균등이 담고 있는 실질적 함의를 구현하기 위해 사회 전체적인 정치적 경쟁의 총량을 제한하는 시도가 이루어질 수 있다는 관점에서 선거의 평온과 선거의 공정이 결부된 것이라는 취지의 접근도 일용 시도될 수 있을 것으로 생각된다,

78) 김종철, 앞의 글, 8쪽.

79) 이와 관련하여 구성원의 사안에 대한 계몽된 이해(enlightened understanding)는 민주주의의 본질적 요소 가운데 하나라는 입장으로 로버트 달, 김왕식 외 옮김, 민주주의, 동명사, 1999, 58-59쪽.

80) 유사한 취지로 김종철, 앞의 글, 8-9쪽; 윤영미, 앞의 글, 587-590쪽.

81) 전반적으로 유사한 논지가 제시된 선행연구로 김경호, 앞의 글, 6-7쪽.

다.⁸²⁾ 이는 단지 넓은 의미의 선거의 공정 내지 평온 달성이라는 가치를 실현한다는 취지에서 진실적시 후보자 비방행위를 처벌하는 것은 쉽게 정당화되기 어려움을 시사한다.

이상의 논의를 종합할 때, 진실적시 후보자 비방행위의 가벌성의 근거로 선거의 공정이 고려되는 것은 타당하지 않거나, 넓은 의미의 선거의 공정과 관련될 여지가 있는 선거의 평온과 결부지어 매우 제한적으로만 타당성을 인정받을 수 있을 것으로 판단된다.⁸³⁾ 그렇다면 진실적시 후보자 비방행위가 (정치적) 표현의 자유를 제한하는 입법목적은 실질적으로 개인의 명예보호라는 측면만이 남게 되므로, 이때는 양자의 가치를 형량한 결과물로서 일종의 ‘일반법’에 해당하는 형법상 진실적시 명예훼손죄에 따른 제재만이 헌법적으로 정당화될 수 있을 것으로 보인다.⁸⁴⁾ 이는 진실적시 후보자 비방행위의 처벌함에 있어 선거의 공정을 달성하는 취지에서 요청되는 공직선거법상 제반 특칙들을 적용하여 ‘가중하여’ 처벌하려는 시도는 - 사생활의 평온과 관련된 일부 예외적인 영역을 제외하고는 - 허용되기 어려울 것임을 함의한다. 그렇다면 적어도 진실적시 후보자비방죄의 경우, 그 입법목적의 정당성은 대체로 피해자의 명예보호에서 찾아야 하고,⁸⁵⁾ 수단의 적절성 또한 원칙적으로 명예보호에 효과적이고 적절한 범위에서만 고려되어야 할 것이다. 이는 이하에서 검토되는

82) 전체적인 결론에 있어서 같은 견해로 윤영미, 앞의 글, 589-591쪽. 관련하여 헌법재판소 또한 “민주주의 사회에서의 선거과정은 국민주권주의의 실현과정, 국민의 가치결단의 표현과정, 국정수행 대표자에 대한 검증과정으로서의 의미를 가지는 것이므로, 그 과정에서 발생하는 정치적 관심과 열정의 표출을 반드시 부정적으로 볼 것은 아니다(헌재 2011. 12. 29. 2007헌마1001등, 판례집 23-2하, 739, 760).”라고 판시한 바 있다

83) 이때 선거의 평온에 근거한 제재가 매우 제한적으로 타당성을 인정받을 여지가 있다고 고려될 수 있는 영역은 후보자의 성적 지향이나 이혼 여부 등의 내밀한 사생활 영역에 관한 것으로 생각된다. 선거의 평온은 선거과정에서의 정치적 경쟁의 총량을 제한하여 획득되는 사회적 평온과 사생활의 평온으로 일응 구별될 수 있다(음선평, 앞의 글, 9쪽). 이때 전자의 사회적 평온은 위 본문의 취지에 입각할 때 진실적시 후보자 비방행위를 처벌하는 근거가 되기 어려울 것으로 생각되나, 사생활의 평온은 선거 과정에서의 유권자의 ‘계몽된’ 이해와 관련성이 크지 않다는 점에서 다르게 접근될 여지가 있을 것으로 판단된다(유사한 취지로 조국, 앞의 글, 169-172쪽). “공언히 사실을 적시하여 사생활을 비방할 수 없다”라고 규정한 공직선거법 제110조의 취지 또한 이러한 측면에서 이해될 여지가 있을 것으로 보인다.

84) 이때 만약 형법상 사실적시 명예훼손죄에서의 표현의 자유와 명예의 보호의 형량 결과, 표현의 자유가 우선하는 것으로 헌법재판소 결정이 변경된다면, 적어도 진실적시 후보자 비방행위는 - 허위사실을 적시했다는 점에서 선거의 공정을 직접적으로 훼손하는 문제를 발생시키는 허위사실적시 후보자 비방행위와는 달리 - 비(非)범죄화 될 것으로 생각된다.

85) 본문과 유사한 취지로 후보자비방죄의 주안점은 선거의 공정이 아니라 후보자의 명예보호에 있다는 지적으로 김종철, 앞의 글, 19쪽(각주 30번).

제한되는 기본권과 입법목적 간의 구체적인 형량 작업이 이루어지는 피해의 최소성 및 법익의 균형성을 판단하는 과정에서도, 선거의 공정에 가중치를 두어 폭넓은 규제를 가능하게 해야 한다는 취지에서의 접근은 지양될 필요가 있다는 측면과도 연결된다.

3) 피해의 최소성 및 법익의 균형성과 관련하여

(1) 법정의견에 대한 검토

법정의견은 후보자비방죄의 구성요건 가운데 당해 사건의 사실관계에 따라 ‘후보자가 되고자 하는 자’라는 객체 부분에 한정된 이 사건 비방금지 조항이 피해의 최소성과 법익의 균형성을 준수하지 않음으로 인해 과잉금지원칙에 반하여 정치적 표현의 자유를 침해하므로 헌법에 위반된다고 판단하였다.⁸⁶⁾ 법정의견은 이 사건 비방금지 조항, 나아가 후보자비방죄의 위헌성을 논증하는 과정에서 해당 구성요건의 광범위성이라든지 대체수단의 존재 가능성, 비교법적 접근, 공직선거법 제110조 제1항에 근거한 사생활 영역에 대한 일종의 입법론 제시와 같은 다양한 논거를 제시하였다.

앞서 1) 항목에서 서술한 바와 같이, 후보자비방죄에 관한 위헌론은 사실적시 후보자 비방행위 일체에 대한 비(非)범죄화라는 측면과 일종의 일반법으로서의 형법상 사실적시 명예훼손죄라는 수단을 활용한 가벌성 확보로 충분하다는 공직선거법상 특칙을 중심으로 한 제재의 과도함 측면의 두 가지 형태로 구분되어 제시될 수 있다. 양자는 ‘사실적시 후보자 비방행위’의 형사제재 가부(可否)를 둘러싸고 다른 관점을 제시한다는 점에서 구별된다.

그런데 법정의견의 논증 과정에서는 두 가지 위헌론이 따로 구별되지 않고 한데 묶여 제시되고 있는 것으로 생각된다. 예컨대 ① 후보자들 사이에 경쟁하는 선거의 특성상 비방 행위는 있을 수밖에 없음을 지적하는 부분,⁸⁷⁾ ② “이 사건 비방금지조항과 같이 진실한 사실 적시에 의한 후보자 비방을 독자적으로 처벌하는 규정을 발견할 수 없다.”라고 설시하면서 진실적시 비방행위는 형사처벌의 대상이 되지 않는 일본과 독일, 미국의 해외 사례를 지적하는 부분,⁸⁸⁾ ③ 후보자비방죄에 위법성 조각사유가 존재한다고 할지라도, 표현행위를 한 자는 수사 및 재판절차에 회부될 수 있다는 사정 및 실제로 회부될 경우

86) 이 사건 결정, 판례집 36-1하, 381, 389-394.

87) 이 사건 결정, 판례집 36-1하, 381, 390.

88) 이 사건 결정, 판례집 36-1하, 381, 391-392(직접인용은 391).

위법성 조각사유가 존재함을 입증해야 한다는 점에서 표현의 자유에 대한 위축효과가 발생함을 지적하는 부분⁸⁹⁾ 등은 후보자비방죄 자체의 비범죄화를 전제로 제시되는 논거들인 것으로 생각된다. 이상의 논거들은 후보자비방죄를 애초에 형사처벌해서는 아니 된다는 주장을 강화하는 데 활용될 수 있는 입론들이기 때문이다.

이상과 같은 지적을 하면서, “이 사건 비방금지 조항이 없더라도 사실을 적시하여 후보자가 되고자 하는 자의 명예를 훼손한 경우에는 형법 제307조 제1항의 사실적시 명예훼손죄로 처벌하여 그 가벌성을 확보할 수 있다.”와 같은 논변을 앞서의 논의와 따로 구별하지 않고 실시한 부분은, 앞서 비범죄화의 필요성을 지적한 ① 내지 ③ 논거들과 자연스럽게 어울리기는 어려운 것으로 생각된다. 법정의견이 i) 특히 진실적시 비방행위의 경우에는 “잘못된 정보를 전달함으로써 선거의 공정성을 해하였다는 측면보다는 후보자가 되고자 하는 자 개인에 대한 명예훼손적인 의미가 더 크다 할 것”임을 지적하면서 공직선거법상 실체법적 특칙의 적용의 부당함을 지적한 부분이라든지,⁹⁰⁾ ii) 공직선거법상 절차법적 특칙의 적용 여부는 “후보자가 되고자 하는 자의 공직 적합성은 기본적으로 유권자에 의하여 판단되어야 한다는 선거의 본질” 등과 관련된 후보자지방죄 자체의 위헌성과 본질적으로 연관되었다고 보기 어렵다고 지적한 부분,⁹¹⁾ iii) 대체수단을 고려하는 과정에서 특히 사생활의 비밀에 대한 침해의 성격을 띠는 부분은 별도의 처벌규정을 도입할 필요가 있음을 지적한 부분⁹²⁾ 등은 각각 진실적시 비방행위의 가벌성에 대한 구체적인 고려로서 의미가 있을 것으로 생각된다. 그러나 이는 비범죄화 논변과는 일응 구별된다는 측면에서 다른 층위에서 논의되는 것이 보다 적절했을 것으로 판단된다.⁹³⁾

89) 이 사건 결정, 판례집 36-1하, 381, 392.

90) 이 사건 결정, 판례집 36-1하, 381, 391(직접인용도 같은 쪽).

91) 이 사건 결정, 판례집 36-1하, 381, 393(직접인용도 같은 쪽).

92) 이 사건 결정, 판례집 36-1하, 381, 392-393.

93) 생각건대 이 사건 결정의 법정의견이 “후보자가 되고자 하는 자에 대한 비방행위가 진실한 사실이거나 허위사실로 증명되지 아니한 사실에 대한 것이라면, 이를 공직선거법에서 규제하는 것은 정치적 표현의 자유에 대한 지나친 제약(이 사건 결정, 판례집 36-1하, 381, 390, 밑줄은 필자가 가한 것임)”이라고 선언한 점이라든지 이 사건 결정의 반대의견이 상당한 분량에 걸쳐 공직선거법상 특칙 적용이 필요하므로 대체수단이 성립하기 어려움을 지적하고 있는 점(이 사건 결정의 반대의견이 이 사건 선례 결정을 인용한 부분 외에 독자적으로 제시한 2쪽 분량 가운데 절반 정도에서 대체수단의 성립 여부가 검토되고 있다), 그리고 사실적시 명예훼손죄의 위헌 여부에 대해서는 별도의 언급이 없었던 점 등을 감안할 때, 이 사건 결정의 법정의견의 주된 취지는 - 특히 진실적시 후보자비방죄와 관련하여서는 - 전면적인 비범죄화에 해당하는 위헌론 보다는 일반 형법상의 대체수단을

(2) 반대의견에 대한 검토

이 사건 결정의 반대의견은 이 사건 비방금지 조항이 과잉금지원칙에 위배되어 정치적 표현의 자유를 침해하지 않는다고 판단하였다. 구체적으로 위 반대의견은 ① 이 사건 비방금지조항이 ‘당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적’과 같은 초과주관적 구성요건을 규정한다거나 ‘진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다’라는 내용의 위법성 조각사유를 두어 정치적 표현의 자유를 필요한 범위 내에서 제한하고 있고,⁹⁴⁾ ② 이 사건 비방금지 조항이 보장하는 명예보호나 선거의 공정이라는 가치와 그 반대에서 제한되는 정치적 표현의 자유라는 가치 각각의 정도는 개별적인 사안에 따라 다를 수 있기 때문에 법집행기관과 선거사건을 재판하는 법원이 구체적 타당성에 맞게 접근할 수 있다는 취지⁹⁵⁾를 지적한 이 사건 선례결정을 인용하였다. 그리고 이어서 ③ 인터넷이나 스마트폰 등 기술 발달 및 우리나라의 네거티브 방식 선거운동의 관행 등을 감안할 때, 사실적시 후보자 비방행위의 처벌에 공직선거법상 특칙이 적용될 필요성이 있음을 지적했다.⁹⁶⁾

위와 같은 이 사건 결정 반대의견의 내용 가운데 먼저 ③과 관련하여서는, 특히 진실적시 후보자 비방행위의 경우에는 선거의 공정 실현과 관련성이 없거나 매우 적다는 점에서 공직선거법상 특칙을 통해 제재를 과중할 필요성이 크지 않음은 앞서 2) 항목에서 언급한 바와 같다.

다음으로 이 사건 선례 결정의 입장을 그대로 인용한 ① 및 ②와 관련하여 검토하면 다음과 같다. 먼저 후보자비방죄가 정치적 표현의 자유에 대한 ‘필요(최소)한 제한’에 해당한다는 ①에 관해서는 다음과 같은 측면들을 고려할 때, 온전히 정당화되기는 어려울 것으로 생각된다. i) 먼저 행위주체와 관련하여, 후보자비방죄의 행위주체에 제한이 없는 것은 후보자 등에 대한 일반 유권자의 알 권리를 제약하여 선거에 관한 진실에 기초한 의사교환 및 그에 따른 의사형성을 어렵게 하고,⁹⁷⁾ 특히 언론에 의한 후보자 검증을 사실상 불가능하게 한다.⁹⁸⁾ 그렇다면 특히 당선무효나 선거비용 반환 등과 같은 공직선거법상 실

통한 처벌에 있었던 것으로 판단된다.

94) 이 사건 결정 반대의견, 판례집 36-1하, 381, 396.

95) 이 사건 결정 반대의견, 판례집 36-1하, 381, 396.

96) 이 사건 결정 반대의견, 판례집 36-1하, 381, 396-397.

97) 이러한 측면이 지극히 통상적인 정치활동이자 민주시민의 자연스러운 일상생활의 일환인 것으로 설명한 문헌으로 윤영미, 앞의 글, 591쪽.

98) 관련하여 오늘날 공직 후보자에 의한 의혹 제기는 크게 후보자나 정당이 상대 후보에 의혹을 제기하는 경우와 언론이 후보자의 신상에 관해 의혹을 제기하는 두 가지 유형으로 나누어진다는 분석으로 김경호, 앞의 글, 6쪽.

체법적 특칙과 직접적인 이해관계를 가지는 후보자나 선거사무관계자,⁹⁹⁾ 그리고 이들과 통모한 제3자 정도로 행위주체를 축소하는 것이 정치적 표현의 자유 보장에 보다 기여할 여지가 있을 것으로 생각된다.

ii) 후보자비방죄의 행위객체와 관련하여, 이 사건 결정의 반대의견은 행위객체로 ‘후보자가 되고자 하는 자’를 규정한 것이 정치적 표현의 자유 침해가 아니라고 보고 있다. 그런데 선거에서 후보자가 되기 위한 활동은 다양하게 상정될 수 있음을 감안하면, 해당 개념이 선거에서의 당선과 관련된 정치활동을 하고 있는 자에 관한 정치적 표현 전반에 대한 형사처벌의 범위를 확대할 우려가 있다는 반론이 제기될 여지가 있다.¹⁰⁰⁾ 그렇다면 이 사건 결정의 법정의견에서 언급되고 있는 바와 같이 후보자에 더하여 후보자가 되고자 하는 자에 대한 공직선거법상 제재의 부과는 쉽게 정당화되기 어려운 것으로 판단된다.¹⁰¹⁾

iii) 후보자비방죄는 적용되는 기간과 관련하여, 그 시기가 한정되어 있지 않아 오히려 사실적시 비방행위에 대한 고소와 고발의 남발을 초래할 위험이 있고, 유권자들이 후보자 등을 검증할 판단 자료를 얻을 수 있는 기회를 과도하게 제한한다.¹⁰²⁾ 특히 이 사건 결정의 반대의견이 지적하고 있는 특히 인터넷 환경을 중심으로 한 “편향적인 정보 취득과 편견 강화”¹⁰³⁾와 같은 부작용은, 원칙적으로 선거에 관한 유권자들의 의견교환 및 토론이 자유로이 이루어지면서 진리에 다가갈 수 있는 기회를 제공하는 이른바 ‘사상의 자유시장(market

99) 이는 이 사건 결정, 판례집 36-1하, 381, 390.에서 지적되고 있다.

100) 관련하여 - 과잉금지원칙에 반하는지 여부에 관한 검토는 아니었으나 - 이 사건 선례결정이나 이를 인용한 이 사건 결정의 판시와는 달리, 후보자를 추천하는 정당의 공천 행위가 상이하고, 후보자 추천을 받기 위한 활동 범위가 모호하다는 이유 등을 들어 ‘후보자가 되고자 하는 자’ 개념이 명확성원칙에 위배될 소지가 있다는 지적으로 전학선, “공직선거법상 ‘후보자가 되고자 하는 자’에 관한 고찰”, 『외법논집』 제45권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2021, 9-10쪽. 한편 예비후보자 제도와의 관련성 속에서 해당 개념이 명확성원칙 위반 소지가 있다는 지적으로 김래영, “공직선거법 제251조 후보자비방죄에 대한 헌법재판소 결정 비판”, 『변호사』 제45집, 서울지방변호사회, 2013, 403쪽.

101) 한편 이 사건 선례 결정의 반대의견은 ‘후보자가 되고자 하는 자’에 예비후보자등록을 마친 자 이외의 자에 관한 부분을 포함시키는 것은 과잉금지원칙에 반하여 선거운동의 자유 또는 정치적 표현의 자유를 침해한다고 보았다(이 사건 선례 결정, 판례집 25-1, 447, 461-464). 이때 위 반대의견은 특히 “예비후보자에 대한 비방행위를 가중처벌하는 것만으로도 선거의 공정성 확보라는 입법목적은 충분히 달성할 수 있(같은 결정, 463)”음을 지적했다. 한편 후보자비방죄의 행위객체에 후보자가 되고자 하는 자 및 후보자의 가족까지 포함시킨 것은 비방대상을 지나치게 확장함으로써 형법의 팽창현상(Expansionsphänomen des Strafrechts)을 야기할 수 있다는 지적으로 권오걸, 앞의 글, 168쪽.

102) 이러한 취지로 이 사건 선례 결정의 반대의견, 461.

103) 이 사건 결정 반대의견, 판례집 36-1하, 381, 397.

of ideas)’에서 교정될 수 있음을 감안할 필요가 있다.¹⁰⁴⁾ 사상의 자유시장론에 입각할 경우, 사실적시 후보자 비방행위에 대한 시기적 제한은 이와 같은 사상의 자유시장이 온전히 작동하기 어려운 기간에 한정해서만 적용될 필요가 있다.¹⁰⁵⁾

iv) 후보자비방죄가 적용되는 대상 내지는 영역과 관련하여, 이 사건 결정의 법정의견이 지적하는 바와 같이 선거와 관련된 공적 의사결정과 직접적으로 관련되는 관련한다고 보기 어려운 영역을 설정하여 해당 대상에 한정하여서만 후보자비방죄를 적용하는 방안 또한 고민될 여지가 있다.¹⁰⁶⁾

아울러 후보자비방죄의 구성요건 및 위법성조각사유의 충족 여부와 관련하여 법집행기관이나 법원이 개별 사건마다 구체적 타당성을 도모할 수 있다는 ②와 같은 주장에 대해서는, 오히려 구체적인 사건들을 살펴볼 때, 후보자비방죄 위반 여부에 대한 과잉수사가 진행된 경우들이 존재하고, 이는 판례가 제시하는 해석론이 수사기관에 명확한 지침을 제공하지 못하고 있음을 시사한다는 반론이 제기되고 있음에 주목할 필요가 있을 것으로 생각된다.¹⁰⁷⁾ 특히 공직선거법상 실체법적 특칙으로 규정된 당선무효제도에 따라 후보자의 당선 여부가 달라질 수 있다는 사정으로 인해, 법원이 선거범죄 그 자체의 불법성에 대한 평가 보다는 당선무효 여부를 정하는 데 오히려 고민하게 되고 있음이 지적되고 있는 상황에서,¹⁰⁸⁾ 후보자비방죄 그 자체의 죄책 성립 여부에 대한 구체적

104) 사상의 자유시장 이론에 관한 일반론은 박용상, 앞의 책, 7-8쪽 및 70-75쪽의 논의 참조.

105) 관련하여 선거일과 시간적으로 근접한지, 아니면 멀리 떨어져 있는지 여부에 따라 사상의 자유시장이 제대로 작동할 수 있는지 여부를 판단하는 입장으로 예컨대 문재완, “선거운동의 자유와 헌법 제116조 제1항”, 『외법논집』, 제42권 제1호, 2018, 291쪽. 해당 문헌에 따르면 선거일에서 멀리 떨어져 있는 기간의 선거운동의 자유를 제한하는 현행 공직선거법상 사전선거운동 금지는 위헌의 소지가 크고, 선거일과 가까워질수록 선거운동에 대한 규제 강화가 정당화된다고 한다(같은 논문, 291-292쪽). 다만 이와 반대로 헌법재판소는 사전선거운동 금지가 헌법적으로 정당화된다고 판단한 바 있고(헌재 2015. 4. 30. 2011헌바163, 판례집 27-1상, 407; 헌재 2022. 11. 24. 2021헌바301, 공보 314, 1477), 정치적 표현의 자유에 주목할 경우, 오히려 선거일에 근접할수록 정치적 표현의 자유의 보장 필요성이 커진다는 취지의 입론도 제시될 여지가 있다. 다만 이상은 모두 선거운동의 시간적 제한이라는 주제와 연관되는 논의로, 이 글의 주된 내용과는 다소 구별된다는 점에서 후후의 연구 과제로 남겨두고자 한다.

106) 앞서 본문 2) 항목에서의 논의 참조. 헌법재판소 결정례 중에서는 이 사건 결정, 판례집 36-1하, 381, 392-393 및 헌재 2021. 2. 25. 2017헌마1113등, 판례집 33-1, 261, 278-280(재판관 유남석, 재판관 이석태, 재판관 김기영, 재판관 문형배의 반대이견)에서도 이와 유사한 취지가 등장하고 있다.

107) 조국, 앞의 글, 170쪽.

108) 김선화, “민주주의 원리의 관점에서 본 공직선거법상 허위사실공표죄와 당선무효조항 - 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결 -”, 『저스티스』 통권 제183호, 한

타당성 확보는 다소 용이하지 않을 것으로 보인다.

3. 소결론

공직선거법상 후보자비방죄는 후보자 등의 명예보호 및 선거의 공정이라는 가치와 선거와 관련된 정치적 표현의 자유 사이의 형량을 통해 성안된 규정이라고 할 수 있다. 그런데 위 규정 가운데 진실적시 후보자 비방행위를 처벌하는 부분의 경우에는 해당 행위가 후보자 등에 대한 의혹제기 및 검증의 기능을 수행하여 오히려 선거의 공정을 달성하는 데 기여할 수 있다는 점에서 - 내밀한 사생활의 평온과 관련되는 경우와 같은 일부 예외를 제외하면 - 선거의 공정 그 자체가 위 행위를 형사처벌하는 데 주된 고려대상이 되는 입법목적이라고 보기는 어렵다. 그렇다면 선거의 공정을 실현하기 위해 형법상 진실적시 명예훼손죄에 더하여 가중된 법정형 및 각종 공직선거법상 특칙을 적용하는 일종의 가중적 구성요건으로 기능하는 후보자비방죄를 진실적시 후보자 비방행위에 적용하는 것은 정당화되기 어렵다고 생각된다. 더하여 이는 (이 사건 결정의 반대의견의 취지와 같이) 선거의 공정을 근거로 정치적 표현에 대한 폭넓은 제한이 가능함을 전제로 피해의 최소성이나 법익의 균형성 판단과 같은 구체적인 형량 과정으로 나아가는 것도 적절하지 않음을 시사한다. 결국 현행 공직선거법상 후보자비방죄 가운데 특히 진실적시 후보자 비방행위를 처벌하는 부분은 과잉금지원칙에 반하여 위헌임을 면하기 어려울 것으로 판단된다.

다만 향후의 입법론의 관점에서는 후보자 등에 대한 명예보호라는 입법목적에 비해 정치적 표현의 자유가 가지고 있는 의의¹⁰⁹⁾를 강조하면서 진실적시 후보자 비방행위 그 자체를 - 형법상 사실적시 명예훼손죄도 적용되지 않는 것으로 - 비범죄화할 것인지,¹¹⁰⁾ 아니면 후보자에 대한 무차별적 비방 방지를

국법학원, 2021, 709-710쪽.

109) 헌법재판소는 정치적 표현의 자유는 단지 개인의 자유에 한정되는 것이 아니라 통치권자를 비판하여 피치자가 스스로 지배기구에 참여하는 자기정체(自治政體)의 이념을 내포하고 있는 것으로서 현대의 자유민주주의의 존립과 발전에 필수불가결한 기본권에 해당하므로, 이를 억압할 경우 국민주권과 민주주의는 공허한 메아리에 지나지 않을 것이라고 지적한 바 있다(헌재 2022. 7. 21. 2017헌바100등, 판례집 34-2, 11, 22 참조).

110) 이와 같은 취지에서 공직선거법에서 후보자비방죄 조항을 삭제함과 동시에 형법상 사실적시 명예훼손죄까지 삭제하는 것을 내용으로 한 법률 개정안으로 유승회의원 등 11인, 공직선거법 일부개정법률안(의안번호 : 2001579)(2016. 8. 12. 발의) 및 유승회의원 등 12인, 형법 일부개정법률안(의안번호 : 2001558)(2016. 8. 11. 발의). 해당 일부개정법률안들에서는 공통적으로 명예훼손 범죄의 비범죄화가 제안이유로 제시되고 있다(각 법률안

위해 형법상 사실적시 명예훼손죄를 통한 처벌 가능성은 남겨둘 것인지,¹¹¹⁾ 원칙적으로 비범죄화하되 사생활의 평온이 문제될 경우에만 형사처벌을 가할 것인지¹¹²⁾를 두고 다양한 논의가 개진될 수 있을 것으로 생각된다. 관련하여 이 사건 결정의 법정 의견에서는 이 사건 비방금지조항이 피해의 최소성과 법익의 균형성을 검토하는 과정에서 첫 번째 측면과 두 번째 측면을 한데 묶어 논의를 전개하고 있는데, 앞서 2. 3) (1)에서 지적한 바와 같이 양자의 의미는 상이하므로 이를 구별하여 논의를 전개하는 것이 보다 적절했을 것으로 판단된다.

한편 구체적인 입법론에 대한 상세한 검토는 이 글의 범위를 벗어나는 것으로 판단되므로 후속 연구를 기약하고자 한다. 다만 생각건대 입법론이 검토되는 과정에서는 후보자비방죄 그 자체의 범죄 성립 여부 뿐 아니라, 이를테면 위법성조각사유의 진실성 입증 책임의 문제라든지 당선무효라는 효과 등과 관련된 공직선거법상 특칙에 대한 미세 조정 또한 함께 고민될 필요가 있을 것으로 생각된다.

IV. 나오며

공직선거법 제251조는 후보자비방죄라는 표제 하에 당선 내지 낙선과 관련된 목적을 가지고 일정한 방법으로 후보자 등에 대하여 공언히 사실을 적시하여 비방할 경우, 형사처벌의 대상이 됨을 규정하고 있다. 이는 동법 제250조가 규율하는 허위사실공표죄와 함께 선거와 관련된 일정한 사실의 적시를 규제하는 제재로 이해된다. 후보자비방죄의 입법목적은 후보자 등의 명예보호에 더하여 선거의 공정을 실현하는 데 있는 것으로 설명된다.

구체적으로 성립요건을 검토할 때, 후보자비방죄는 명예보호와 표현의 자유에 대한 형량의 결과로 규정된 일반법으로서의 형법상 사실적시 명예훼손죄에

제안이유 참조). 한편 학계에서 진실적시 후보자 비방행위의 비범죄화를 지지한 사례로는 후보자비방죄를 “선거의 본질과 기본가치, 공직후보자의 공인으로서의 특성을 고려할 때 부적절한 선거규제입법의 전형적인 예”라고 지적한 김종철, 앞의 글, 19쪽(각주 30번); 선거와 관련된 진실한 사실 적시행위는 도저히 ‘비방’이 될 수 없다는 점에서, 선거와 관련된 사실공표행위는 전면적으로 합법화될 필요가 있다는 취지의 지적으로 박지현, 앞의 글, 108-110쪽 참조.

111) 공직선거법상 후보자 비방행위에 대한 삭제만을 내용으로 하는 공직선거법 개정안으로는 예컨대 박주민의원 등 13인, 공직선거법 일부개정법률안(의안번호 : 2117604)(2022. 9. 29. 발의).

112) 큰 틀에서 이러한 취지의 선행연구로 조국, 앞의 글, 171-172쪽(도표).

대한 일종의 특별법으로 기능한다고 볼 여지가 있다. 특히 진실적시 후보자 비방행위의 경우, 형법상 진실적시 명예훼손의 행위태양에 그대로 포함되기 때문이다. 그렇다면 후보자비방죄는 형법상 사실적시 명예훼손죄의 입법목적에 추가로 선거의 공정이라는 입법 목적을 달성하기 위해, 공직선거법상 적용되는 당선의 효력과 관련된 특칙이나 재판절차 과정에서의 특칙 등의 중한 제재를 추가한 일종의 가중적 구성요건에 해당한다고 할 수 있을 것이다. 이는 선거의 공정이라는 입법목적이 고려되지 않는 상황에서는, 이와 같은 중한 제재가 쉽게 정당화되기는 어려움을 시사한다.

헌법재판소는 후보자비방죄의 위헌 여부에 대하여 총 3번에 걸쳐 판단한 바 있는데, 비교적 최근 선고된 헌재 2024. 6. 27. 2023헌바78 결정에서는 기존 선례를 변경하여 위 조항 가운데 ‘후보자가 되고자 하는 자’에 대한 비방을 제재하는 부분은 과잉금지원칙에 반하여 헌법에 위반된다고 판시하였다. 위 결정의 법정의견은 해당 구성요건의 광범성, 대체수단의 존재 가능성, 진실을 적시한 후보자 비방을 처벌하는 해외 사례는 발견되지 않는다는 점 등을 근거로 이 사건 비방금지조항이 피해의 최소성과 법익의 균형성을 충족하지 못한다고 판단하였다. 특히 진실적시 비방행위를 금지하는 것은 선거의 공정을 달성하는데 기여한다기 보다는 후보자 등에 대한 명예를 보호한다는 의미가 크다는 점 등에 주목하여 공직선거법에 따라 과중된 제재를 가하는 것이 정당화되기 어려움을 지적한 전반적인 논지는 위 논의에 비추어 타당하다고 생각된다. 그러나 위 법정의견은 특히 진실적시 후보자비방죄의 비범죄화 논거와 일반 조항으로서의 진실적시 명예훼손죄라는 대체수단을 통한 가벌성 확보가 가능하다는 논거를 별도로 구별하지 않고 제시하고 있는데, 이는 진실 적시 비방행위에 대한 비범죄화를 둘러싸고 서로 층위가 다른 두 위헌론을 한데 묶어 전개한 것이라는 측면에서 비판의 소지가 있을 것으로 판단된다.

한편 위 결정의 반대의견은 이 사건 비방금지조항이 이미 필요최소한의 기본권 제한을 규정하고 있고, 법집행기관이나 법원이 개별적 상황에서 명예보호와 선거의 공정이라는 가치와 정치적 표현의 자유라는 가치를 구체적 타당성을 고려해 판단할 수 있으며, 기술발전 및 과거 선거 관행 등을 고려할 때, 사실적시 비방행위에 대한 공직선거법상 특칙 적용이 필요하므로 형법상 사실적시 명예훼손이 대체수단으로 기능하기 어렵다고 보았다. 다만 먼저 후보자비방죄의 주체, 객체, 시기, 대상의 측면에서 정치적 표현의 자유를 보다 덜 제약할 수 있는 가능성이 강구될 수 있다는 점에서, 이를 필요최소한도의 기본권 제한으로 보는 데에는 무리가 있을 것으로 보인다. 다음으로 당선무효 등 공직선거

법상 특칙이 적용되는 현 상황에서는 수사기관이나 법원이 후보자비방죄 성립 여부 그 자체에 주목하기 보다는 양형에 따른 특칙이 적용되는지 여부를 주로 고민하게 된다는 점에서 후보자비방죄 성립 여부에 관한 구체적 타당성을 담보하는 작업이 용이하지는 않을 것으로 판단된다. 아울러 진실한 사실인 경우에는 선거의 공정성이 문제될 여지가 크지 않다는 점에서 이 경우에도 공직선거법상 특칙 적용이 필요하다는 지적 또한 정당화되기 쉽지 않을 것으로 보인다.

진실을 적시하여 후보자 등에 대한 의혹을 제기하는 것은 - 설사 결과적으로 비방행위로 평가받을 수 있다고 할지라도 - 선거의 공정을 달성하는 데 요구되는 선거 과정에서의 기회균등에 오히려 기여할 수 있다는 점에서, 명예보호에 더하여 선거의 공정을 근거로 형법상 진실적시 명예훼손죄보다 가중한 제재를 예정하고 있는 후보자 비방죄를 진실적시 후보자 비방행위에 적용하는 것은 과잉금지원칙에 반하여 위헌이라고 봄이 타당할 것으로 생각된다. 이때 향후 입법론과 관련하여, 해당 구성요건의 전면폐지에 찬성하는 입장과 형법상 명예훼손죄를 대체수단으로 활용하자는 입장, 그리고 사생활의 평온과 같은 일정한 영역에 한정하여 이를 적용하자는 입장이 각각 논의될 수 있을 것으로 보인다. 한편 이 과정에서 후보자비방죄 그 자체의 범죄 성립 여부 뿐 아니라, 이를테면 위법성조각사유의 진실성 입증 책임의 문제라든지 당선무효라는 효과 등과 관련된 공직선거법상 특칙에 대한 미세 조정 또한 함께 고민될 필요가 있을 것으로 판단된다.

[참고문헌]

1. 단행본

- 박용상, 명예훼손법, 현암사, 2008.
박용상, 언론의 자유, 박영사, 2013.
이용복·윤상화, 선거법강의, 박영사, 2024.
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2022.
한수웅, 헌법학, 법문사, 2024.

로버트 달, 김왕식 외 옮김, 민주주의, 동명사, 1999.

2. 학술논문

- 권오걸, “공직선거법상 후보자비방죄에 대한 연구 - 표현의 자유와 선거의 공정과 의 조화의 관점에서”, 「법학연구」 제49집, 한국법학회, 2013.
- 김경호, “후보자 검증을 위한 의혹제기와 후보자비방죄의 위법성조각 판단 기준에 관한 연구 : 대법원 판결을 중심으로”, 「언론과학연구」 제13권 제3호, 한국지역언론학회, 2013.
- 김래영, “공직선거법 제251조 후보자비방죄에 대한 헌법재판소 결정 비판”, 「변호사」 제45집, 서울지방변호사회, 2013.
- 김선화, “민주주의 원리의 관점에서 본 공직선거법상 허위사실공표죄와 당선무효 조항 - 대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결 -”, 「저스 티스」 통권 제183호, 한국법학원, 2021.
- 김종철, “공직선거법 제250조 제2항(낙선목적 허위사실 공표죄)와 관련한 대법원 판결에 대한 헌법적 검토 - 소위 정봉주 사건을 중심으로 -”, 「법학연구」 제22권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2012.
- 류제성, “공직선거법 제93조 제1항 한정위헌결정(2007헌마1001)의 의미와 과제”, 「법학연구」 제53권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2012.
- 문재완, “선거운동의 자유와 헌법 제116조 제1항”, 「외법논집」, 제42권 제1호, 2018.
- 박지현, “명예훼손 또는 사실공표 행위의 면책을 위한 ‘진실이라 믿을 만한 상당한 이유’ 기준에 대한 재해석”, 「민주법학」 제57호, 민주주의법학연구회, 2015.
- 배정훈, “탈법행위에 의한 선거 관련 표현행위 금지규정에 관한 연구 - 공직선거법 제93조 제1항의 입법연혁, 관련 판례의 동향 및 심사기준의 문제를 중심으로 -”, 「헌법재판연구」 제3권 제1호, 2016.

- 손인혁, “선거운동의 자유와 선거의 공정성에 관한 연구, 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결을 중심으로”, 『헌법학연구』 제24권 제2호, 한국헌법학회, 2018.
- 윤영미, “선거의 공정성에 관한 검토 - 공직선거법 제93조 제1항 문서 등 배부 금지규정에 대한 과도한 광범성 법리에 따른 위헌성 검토를 중심으로”, 『헌법학연구』 제16권 제3호, 한국헌법학회, 2010.
- 음선필, “선거의 평온 및 공정성 관련 공직선거법 규정에 대한 검토”, 『헌법재판연구』 제6권 제2호, 헌법재판연구원, 2019.
- 이희경, “정치인에 대한 명예훼손죄”, 『형사정책』 제21권 제1호, 한국형사정책학회, 2009.
- 전학선, “공직선거법상 ‘후보자가 되고자 하는 자’에 관한 고찰”, 『외법논집』 제45권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2021.
- 조 국, “공직선거법상 사실적시 후보자비방죄에 대한 비판적 소론(小論)”, 『비교형사법연구』 제17권 제1호, 한국비교형사법학회, 2015.

3. 연구보고서 및 그 밖의 자료

대검찰청, 공직선거법 벌칙해설(제10개정판), 2020.

법무연수원, 범죄백서, 2023.

중앙선거관리위원회 선거연수원, 2022년도 각국의 선거제도 비교연구, 2022.

네이버 국어사전

(<https://ko.dict.naver.com>)

스페인 중앙선거위원회(영문)

(<https://www.juntaelectoralcentral.es/cs/jec/electoralAdministration>)

VOTA 데이터베이스

(멕시코 선거위원회 · 베니스위원회 사무국(Secretariat of the Venice Commission)

공동 관리, https://www.te.gob.mx/vota_elections)

[Abstract]

Constitutional Review on Offence of defamation against
a candidate under the Public Official Election Act^{*}

- Focusing on Constitutional Court 2003Hun-Ba78, Jun 27, 2024. -

Bae, Jeonghun^{**}

Article 251 of the Public Official Election Act stipulates that the public assertion of factual information in a specific manner to slander a candidate (including a person intending to become a candidate) or related individuals, with the intention of getting elected, or getting another person to be or not to be elected, is subject to punishment (Slanders against Candidates). This provision is understood as a regulation that limits the freedom of political expression to protect the honor of candidates and ensure the fairness of elections. Upon examining the specific content of the provision, the Slanders against Candidates can be interpreted as imposing stronger sanctions than the defamation by factual assertion under the Criminal Act, in order to ensure election fairness. Therefore, in situations where election fairness is difficult to achieve, the justification for imposing strong sanctions under the Slanders against Candidates becomes tenuous.

The Constitutional Court of Korea has addressed the constitutionality of the Slanders against Candidates on three occasions. In the recent decision in Constitutional Court 2003Hun-Ba78, Jun 27, 2024, the Court overturned its previous precedents, ruling that the provision punishing individuals intending to become a candidate violates the principle of proportionality and is therefore unconstitutional. The majority opinion in the decision reasoned that prohibiting the Slanders against Candidates by asserting factual information appears to place greater emphasis on protecting the honor of candidates and related individuals rather than contributing to election fairness. Accordingly, imposing

* This study was financially supported by Chonnam National University.

** Assistant Professor, Chonnam National University Law School, Ph.D. in Law, Attorney-at-law.

stronger sanctions than those under the Criminal Act's provisions on defamation by factual assertion under the Criminal Act was deemed unconstitutional. The conclusion of the majority opinion is considered to be reasonable. However, the majority opinion seemed to fail to distinguish between arguments advocating for the decriminalization of Slanders against Candidates and those arguing for its treatment as a defamation by factual assertion under the Criminal Act, leaving the rationale open to critique.

Conversely, the dissenting opinion in the Constitutional Court's decision reached a different conclusion from the majority. The dissenting opinion emphasized the importance of ensuring election fairness, particularly in light of technological advancements and past election processes. It also argued that the provision in question minimally restricts fundamental rights. Nonetheless, the likelihood of election fairness being undermined by the expression of truthful facts is not high. Furthermore, considering the subject, object, timing, and scope of the Slanders against Candidates, it is possible to conceive of alternative regulatory measures with less restrictive effects on political freedom of expression. Therefore, the argument of the dissenting opinion appears difficult to justify.

Keywords : Slanders against Candidates, Defamation, Public Official Election Act, Freedom of Political Expression, Fairness of election

