

## 대 법 원

### 제 1 부

### 판 결

사 건 2015도14375 지방교육자치에관한법률위반  
피 고 인 피고인  
상 고 인 피고인과 검사  
변 호 인 변호사 민병훈 외 4인  
원 심 판 결 서울고등법원 2015. 9. 4. 선고 2015노1385 판결  
판 결 선 고 2016. 12. 27.

### 주 문

상고를 모두 기각한다.

### 이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 변호인의 상고이유보충서와 검사의 의견서의 각 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 이 사건 공소사실의 요지는 다음과 같다.

피고인은 2014. 6. 4. 제6회 전국동시지방선거에서 서울특별시 교육감으로 당선된 사람이고, 공소외 1은 위 선거에 서울특별시 교육감 후보자로 출마한 사람이다.

가. 피고인은 2014. 5. 25. 11:00경 국회 정론관 기자회견장에서 "공소외 1 후보는 미 영주권 문제를 즉각 해명하라"는 제목으로 "피고인 캠프가 받은 제보에 따르면, 공소외 1 후보는 두 자녀를 미국에서 교육시켜 미국 영주권을 보유하고 있으며, 공소외 1 후보 자신 또한 미국에서 근무할 때 미국 영주권을 보유하고 있다는 것입니다. ... 공소외 1 후보는 그 자신이 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹을 사고 있습니다. 만약 이게 사실이라면, 공소외 1 후보는 서울시 교육감 후보가 될 자격이 없습니다."는 내용으로 작성된 보도자료를 기자들에게 배포하고, 위 보도자료 내용을 그대로 읽어 내려가는 방식으로 기자회견을 개최하여(이하 '1차 공표'라고 한다), 피고인은 서울시 교육감 후보자였던 공소외 1이 당선되지 못하게 할 목적으로 공소외 1이 미국 영주권을 보유한 사실이 없었고 피고인이 그러한 제보를 받은 바 없음에도 허위의 사실을 공표하였다.

나. 피고인은 2014. 5. 26.경 피고인의 선거사무실에서 '공소외 1 후보님께 드리는 답신'이라는 제목으로 "저희 캠프에 제보된 다수의 증언에 따르면, 공소외 1 후보님께서는 몇 년 전 공천에서 탈락하신 뒤, '상관없습니다. 저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'라고 말씀하고 다니셨다고 합니다. 공소외 1 후보님의 말씀을 들은 분들 가운데는 공소외 1 후보님의 지인들과 언론인들이 포함되어 있습니다."라는 내용을 기재하여 피고인의 선거캠프 홈페이지 및 각 기자들의 이메일로 이를 발송하고, 이후 2014. 5. 27. 2회에 걸쳐 라디오 방송에서 위와 같은 취지로 발언하여(이하 '2차 공표'라고 한다), 피고인은 서울시 교육감 후보자였던 공소외 1이 당선되지 못하게 할 목적으로 다수의 증언을 제보받은 사실이 없고, 공소외 1의 미국 영주권 보유 사실이 없으며, 공소외 1이 공천에서 탈락하였던 무렵인 2012년 3월경 지인이나 언론인에게 '미

국 영주권이 있다거나 미국 가서 살면 된다'고 말한 사실이 없음에도 허위의 사실을 공표하였다.

## 2. 검사의 상고이유를 판단한다.

### 가. 1차 공표 부분에 대한 상고이유를 본다.

1) 지방교육자치에 관한 법률 제49조 제1항에 의하여 준용되는 공직선거법 제250조 제2항에서 정한 허위사실공표죄를 적용할 때 소문 기타 다른 사람의 말을 전달하는 형식이나 의혹을 제기하는 형식을 빌려서 '어떤 사실'을 공표한 경우에는 그러한 소문이나 의혹 등이 있었다는 것이 허위인지 여부가 아니라 그 소문이나 의혹 등의 내용인 '어떤 사실'이 허위인지 여부에 의하여 판단하여야 한다(대법원 2002. 4. 10.자 2001모 193 결정, 대법원 2007. 7. 27. 선고 2007도3598 판결 등 참조).

한편 민주주의 정치제도 아래에서 언론의 자유는 가장 기초적인 기본권으로서 선거 과정에서도 충분히 보장되어야 하고, 공직선거에서 후보자를 검증하는 것은 필요하고도 중요한 일이므로 후보자의 공직 적격성을 의심하게 하는 사정이 있는 경우 이에 대한 문제 제기가 쉽게 봉쇄되어서는 안 된다. 따라서 후보자에 관한 의혹 제기가 진실인 것으로 믿을 만한 상당한 이유가 있는 근거에 기초하여 이루어진 경우에는 비록 나중에 그 의혹이 진실이 아닌 것으로 밝혀지더라도 표현의 자유 보장을 위하여 이를 벌할 수 없다(대법원 2003. 2. 20. 선고 2001도6138 전원합의체 판결, 대법원 2007. 7. 13. 선고 2007도2879 판결 등 참조).

2) 원심은 판시와 같은 이유를 들어, ① 피고인이 1차 공표를 통하여 공소사실 기재와 같은 발언으로 공표한 사실은 '공소외 1과 두 자녀가 미국 영주권을 보유하고 있다'는 사실이 아니라 '공소외 1과 두 자녀가 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹을 사

고 있다'는 사실이라고 판단한 다음, ② 피고인이 공표한 '의혹을 사고 있다'는 사실 자체는 허위라고 보기 어렵고, 피고인에게 그에 대한 허위의 인식이 있었다고 인정하기도 어렵다고 보아, 1차 공표 부분을 무죄로 인정하였다.

원심판결 이유를 앞에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고인이 1차 공표를 통하여 상대 후보자인 공소외 1이 미국 영주권을 보유한 의혹이 있다는 취지로 발언한 것은, 비록 그 발언이 의혹을 제기하면서 상대 후보자에 대한 답변을 요구하는 형식을 빌리고 있지만, 발언의 내용 또는 전제가 되는 '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다'는 사실을 공표한 것으로 평가함이 타당하다. 따라서 그 공표된 사실의 허위 여부는 그러한 의혹이 있었다는 것이 허위인지 여부가 아니라 의혹의 내용인 '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다는 사실'이 허위인지 여부에 따라 판단하여야 한다.

그런데 원심판결 이유에 의하더라도, 공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다는 사실은 허위라는 것이므로, 설령 그와 같은 의혹이 제기되었다는 사실 자체는 진실이라고 하더라도 1차 공표는 허위사실의 공표에 해당한다고 보아야 한다. 그럼에도 이와 달리 피고인이 1차 공표를 통하여 공표한 사실은 '의혹이 있다'는 사실임을 전제로 그 공표한 사실이 허위라고 보기 어렵다고 판단한 원심의 판단에는 공직선거법에서 정한 허위사실공표죄의 성립에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

3) 그러나 한편으로 원심이 확정된 사실관계와 기록에 의하면 다음과 같은 사정을 알 수 있다.

가) 1차 공표의 전제가 된 트윗 글을 게시한 공소외 2는 1995년 한국방송공사에 입사하였다가 2013년 사직한 후 인터넷 언론사의 기자로 활동 중인 사람으로, 한국방송공사에서 탐사보도 전문기자로 활동하면서 고위공직자의 비위 등 공직담당직격 검증

과 관련된 취재를 통해 다수의 수상 경력이 있었으며, 그 트위터 계정의 팔로워(follower)가 58,000명을 초과하는 영향력이 큰 이른바 파워 트위터였다.

나) 공소외 1의 두 자녀는 미국에서 교육을 받고 성장하여 생활하고 있었고, 공소외 1도 미국 로펌에 근무한 경험이 있는 등 공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있었을 것으로 의심할 수 있는 객관적인 정황들이 없지 않았다. 반면 1차 공표 당시 공소외 2의 트윗 글이 인터넷 상에서 상당히 확산되고 있었음에도 공소외 1의 영주권 보유 여부에 대한 공적기관의 사실확인이나 판단이 없었던 상태에서 공소외 1 측의 해명이나 정보공개가 이루어지지 아니하고 있었다.

다) 피고인은 선거캠프의 공보담당자로서 17년간 기자경력이 있던 공소외 3으로부터 탐사보도 전문기자로 알려진 공소외 2가 실명으로 트윗 글을 게시하였다는 취지의 보고를 받고 1차 공표에 이르렀다. 한편 피고인 선거캠프 자원봉사자 공소외 4는 또다른 공보담당자 공소외 5의 지시에 따라 기자인 공소외 6에게 공소외 2의 트윗 글에 관한 신빙성을 문의한 결과 '99% 확실한 것으로 알고 있다'는 답변을 듣고 이를 공소외 5에게 전달하였다는 취지로 진술하기도 하였다.

4) 위와 같은 1차 공표의 경위와 공표사실의 내용, 공표사실의 출처와 피고인의 인지 경위 등을 비롯한 기록에 나타난 제반 사정들을 종합하여 보면, 1차 공표 당시 피고인으로서 공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다는 사실을 진실한 것으로 믿었고 그와 같이 믿을 만한 상당한 이유가 있었다고 봄이 타당하므로, 그에 기초하여 의혹을 제기한 1차 공표는 별할 수 없다고 할 것이다.

따라서 앞에서 본 원심의 잘못에도 불구하고 원심의 결론은 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 사실을 오인하거나, 공직선거법

에서 정한 허위사실공표죄에서의 공표사실의 허위성과 그에 대한 인식, 국민참여재판에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니하는 등의 사유로 판결의 결론에 영향을 미친 잘못이 있다고 할 수 없다.

나. 2차 공표에 대한 상고이유를 본다.

형법 제51조의 사항과 개전의 정상이 현저한지 여부에 관한 사항은 형의 양정에 관한 법원의 재량사항에 속한다고 해석되므로, 상고심으로서의 형사소송법 제383조 제4호에 의하여 사형·무기 또는 10년 이상의 징역·금고가 선고된 사건에서 형의 양정의 당부에 관한 상고이유를 심판하는 경우가 아닌 이상, 선고유예에 관하여 형법 제51조의 사항과 개전의 정상이 현저한지 여부에 대한 원심판단의 당부를 심판할 수 없다(대법원 2003. 2. 20. 선고 2001도6138 전원합의체 판결 참조).

따라서 검사의 2차 공표에 대한 상고이유 주장은 원심이 행한 형의 양정이 부당함을 들어 원심판결을 비난하는 것에 불과하므로 받아들일 수 없다.

3. 피고인의 상고이유를 판단한다.

원심은 판시와 같은 이유로, 피고인이 2차 공표를 통하여 '공소외 1이 공천 탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었고, 그 사실을 다른 사람에게 말하고 다녔다'는 사실을 공표하였고, 그 공표된 사실이 허위라는 점에 대한 미필적 고의와 낙선의 목적도 있었다고 인정하여, 2차 공표 부분을 유죄로 인정한 제1심의 판단을 그대로 유지하였다.

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 사실을 오인하거나, 공직선거법에서 정한 허위사실공표죄에서의 사실의 공표, 허위의 인식, 당선되지 못하게 할 목적 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다고 할 수 없다.

4. 그러므로 상고를 모두 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장      대법관      김소영      \_\_\_\_\_

주    심      대법관      김    신      \_\_\_\_\_

                  대법관      이기택      \_\_\_\_\_