

대 법 원

판 결

사 건 2019도13328 직권남용권리행사방해, 공직선거법위반
피 고 인 피고인
상 고 인 피고인 및 검사
변 호 인 법무법인 엘케이비엔파트너스 외 7인
원 심 판 결 수원고등법원 2019. 9. 6. 선고 2019노119 판결
판 결 선 고 2020. 7. 16.

주 문

원심판결 중 유죄 부분(이유무죄 부분 포함)을 파기하고, 이 부분 사건을 수원고등법원에 환송한다.

검사의 나머지 상고를 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 검사의 상고이유에 대하여

가. 1) 각 직권남용권리행사방해 부분

원심은 다음과 같은 이유로, 이 사건 공소사실 중 각 직권남용권리행사방해의 점에 대하여 범죄의 증거가 없다고 보아 이를 무죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였

다.

가) 피고인이 ○○구보건소장 공소외 1로 하여금 △△시 정신건강센터(이하 '센터'라고 한다)의 센터장 공소외 2에게 공소외 3에 대한 평가문건의 수정을 요구하게 하고, 수정된 평가문건에 공소외 2의 도장을 날인하여 오게 한 것과 공소외 2로 하여금 위 평가문건을 수정하게 한 것은 피고인이 자신의 직무권한에 속하는 사항에 관하여 그 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 한 것이거나, 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당하지 않는다.

나) 피고인이 공소외 4 등 ○○구보건소 관계자로 하여금 센터에 공소외 5의 면담결과를 요청하게 하고, 공소외 3에 대한 구 정신보건법(2013. 8. 6. 법률 제11998호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 정신보건법'이라고 한다) 제25조 제1항의 진단 및 보호 신청을 촉구하게 한 것과, 공소외 2 등 센터 관계자로 하여금 위 면담결과를 송부하게 한 것은 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 '직권의 남용'에 해당하지 않는다.

다) 공소외 2가 공소외 3에 대하여 진단 및 보호 신청을 한 것은 스스로의 판단에 따른 것으로 볼 수 있을 뿐 피고인의 직권 행사로 인한 것이라고 보기 어렵다.

라) 피고인이 공소외 4에게 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 입원 절차를 진행하라는 취지로 지시하거나 재촉한 사실은 인정되나, 공소외 4 등이 공소외 3이 있다는 □□경찰서로 간 것이 위 조항에 따라 공소외 3을 강제입원시키기 위한 것이었다는 점이 합리적 의심 없이 증명되었다고 보기 어렵고, 공소외 4 등이 센터에 차량 등을 요청하고 □□경찰서로 간 것이 피고인의 지시 또는 재촉으로 인하여 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 '의무 없는 일'을 한 것이라고 보기도 어렵다.

2) ◇◇정신병원 입원 시도 부인 등 허위사실 공표에 의한 공직선거법 위반 부분

원심은 다음과 같은 이유로, 공소외 3 관련 허위사실 공표에 의한 공직선거법 위반 공소사실 중 ◇◇정신병원 입원 시도 부인 부분과 피고인이 절차를 중단시켰다는 부분에 대하여 범죄의 증거가 없다고 보아 이유에서 제1심판결의 결론대로 무죄로 판단하였다.

피고인이 2018. 5. 29. 열린 KBS 초청 ☆☆도지사 후보자 토론회와 2018. 6. 5. 열린 ☆☆도선거방송토론위원회 주관 MBC ☆☆도지사 후보자 토론회(이하 위 각 토론회를 'KBS 토론회', 'MBC 토론회'라고 하고, 함께 지칭할 때에는 '이 사건 토론회'라고 한다)에서 2010년경 공소외 3에 대한 ◇◇정신병원 입원 시도를 부인하는 취지로 발언하였다고 볼 수 없거나 허위사실 공표의 고의를 인정할 수 없고, 피고인이 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 정신병원 입원 절차를 중단시켰다는 취지로 한 발언은 허위라거나 허위사실을 공표한다는 고의가 있었다고 볼 수 없다.

3) 나머지 허위사실 공표에 의한 공직선거법 위반 부분

원심은 다음과 같은 이유로, 이 사건 공소사실 중 검사사칭 전과 및 ▽▽동 도시개발사업 업적 관련 각 허위사실 공표에 의한 공직선거법 위반의 점에 대하여 범죄의 증거가 없다고 보아 이를 무죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

가) 피고인이 KBS 토론회에서 검사사칭 전과에 관하여 누명을 썼다는 취지로 한 발언은 위 전과 관련 형사판결에 대하여 허위사실을 주장한 것이라기보다는 '공무원자격 사칭죄로 유죄 확정판결을 받은 것은 자신의 입장에서 볼 때 억울하다'는 의견을 표현한 것이고, 허위사실 공표의 고의도 인정하기 어렵다.

나) 피고인이 2018. 6. 2.경부터 2018. 6. 3.경까지 ☆☆도선거관리위원회를 통해 유권자들에게 배포된 책자형 선거공보물에 기재한 '▽▽동 도시개발사업과 관련하여 개

발이익금 5,503억 원을 시민의 몫으로 환수하고, 920억 원은 ▽▽동 지역 배후시설 조성비에 사용되었으며, 2,761억 원은 1공단 공원 조성 사업비에 사용되었다'는 부분과 2018. 6. 11. 17:00경 ◎◎시 ◁◁동에 있는 ◁◁사거리에서 진행된 ☆☆도지사 후보자 선거유세에서 한 같은 취지의 유세연설은 모두 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되고 세부적으로 진실과 약간의 차이가 나거나 다소 과장된 표현에 불과하여 이를 허위사실의 공표로 볼 수 없고, 피고인이 허위성을 인식하였다고 인정하기도 어렵다.

나. 원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나, 구 정신보건법 제 25조 제1항에서 정한 '발견'의 의미, 직권남용권리행사방해죄의 성립, 공직선거법 제 250조 제1항에서 정한 '허위의 사실'의 의미 및 허위사실 공표의 고의에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

한편 검사는 원심판결 전부에 대하여 상고하였으나, 나머지 부분에 대하여는 상고장이나 상고이유서에 구체적인 불복이유를 기재하지 않았다.

2. 피고인의 상고이유에 대하여

가. 공소권남용 및 공소장일본주의 위반 여부

1) 검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보여지는 경우에 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있다. 여기서 자의적인 공소권의 행사라 함은 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 미필적이거나 어떤 의도가 있어야 한다 (대법원 2017. 12. 13. 선고 2017도16223 판결 등 참조).

공소장일본주의는 검사가 공소를 제기할 때에는 원칙적으로 공소장 하나만을 제출하

여야 하고 그 밖에 사건에 관하여 법원에 예단을 생기게 할 수 있는 서류 기타 물건을 첨부하거나 그 내용을 인용하여서는 안 된다는 원칙이다(형사소송규칙 제118조 제2항). 공소장에 법령이 요구하는 사항 외의 사실로서 법원에 예단이 생기게 할 수 있는 사유를 나열하는 것이 허용되지 않는다는 것도 이른바 '기타 사실의 기재 금지'로서 공소장 일본주의의 내용에 포함된다. 공소장일본주의의 위배 여부는 공소사실로 기재된 범죄의 유형과 내용 등에 비추어 볼 때 공소장에 첨부 또는 인용된 서류 기타 물건의 내용, 그리고 법령이 요구하는 사항 외에 공소장에 기재된 사실이 법관 또는 배심원에게 예단을 생기게 하여 법관 또는 배심원이 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 수 있는지 여부를 기준으로 해당 사건에서 구체적으로 판단하여야 한다(대법원 2009. 10. 22. 선고 2009도7436 전원합의체 판결 등 참조).

2) 원심은, 검사가 미필적이거나 어떤 의도를 가지고 피고인에게 유리한 주요 증거를 은폐하거나 증거의 조사와 현출을 방해하는 등 객관적무를 위반하여 공소권을 남용하였다고 볼 수 없고, 원심이 유죄로 판단한 부분의 공소사실이 법관으로 하여금 예단을 생기게 하여 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 수 있는 정도에 이르렀다고 보기 어려워 공소장일본주의에 위배되지 않는다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나, 공소권남용과 공소장일본주의에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

나. 강제입원 절차 관여 관련 허위사실 공표에 의한 공직선거법 위반죄의 성립 여부

1) 관련 법리

가) 공직선거법 제250조 제1항(이하 '이 사건 조항'이라고 한다)은 '당선되거나 되게

할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 후보자에게 유리하도록 후보자, 후보자의 배우자 또는 직계존비속이나 형제자매의 출생지·가족관계·신분·직업·경력등·재산·행위·소속단체, 특정인 또는 특정단체로부터의 지지여부 등에 관하여 허위의 사실을 공표하거나 공표하게 한 자'를 처벌한다. 그 규정 취지는 선거인의 공정한 판단에 영향을 미치는 허위사실을 공표하는 행위 등을 처벌함으로써 선거운동의 자유를 해치지 않으면서 선거의 공정성을 보장하기 위한 것이다(대법원 2007. 2. 23. 선고 2006도8098 판결, 대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도8368 판결 등 참조). 선거과정에서 유권자에게 허위사실이 공표되는 경우 유권자가 올바른 선택을 할 수 없게 되어 민의가 왜곡되고 선거제도의 기능과 대의민주주의의 본질이 훼손될 염려가 있기 때문이다(헌법재판소 2014. 4. 24. 선고 2011헌바17 등 결정 참조).

나) 대의민주주의 체제에서 국민은 선거과정에서 제공되는 정치적 정보와 의견의 교환, 토론을 통하여 형성된 의사를 선거에 반영하여 국민주권과 주민자치의 원리를 실현한다. 선거가 금권, 관권, 폭력 등에 의한 타락선거로 전락하는 것을 방지하고, 선거운동의 기회균등을 담보하기 위하여는 선거의 공정성이 확보되어야 하며, 이를 위해서는 어느 정도 선거운동에 대한 규제가 행하여지지 않을 수 없다. 그러나 선거의 궁극적인 목적은 국민의 자유로운 의사를 대의기관의 구성에 정확하게 반영하는 데 있다. 자유선거의 원칙은 비록 우리 헌법에 명시되지는 않았지만 민주국가의 선거제도에 내재하는 법원리이고(헌법재판소 1994. 7. 29. 선고 93헌가4 등 결정 등 참조), 이를 실현하기 위해서는 선거과정에서 충분한 정보의 전달과 자유로운 의견의 소통이 이루어져야 한다. 선거의 공정성은 이러한 자유선거의 원칙을 실현하는 수단으로서 기능하는 것이므로, 선거의 공정성을 크게 해치지 않는 한 선거운동의 자유를 최대한 보장하여

야 하고, 선거의 공정성을 위하여 선거운동의 자유를 제한하는 경우에도 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 그 본질적 내용을 침해해서는 안 된다(헌법재판소 1999. 9. 16. 선고 99헌바5 결정 등 참조). 공직선거법도 모든 국민은 누구든지 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우를 제외하고는 자유롭게 선거운동을 할 수 있다고 규정하고 있다(제1조, 제58조 제2항). 또한 헌법상 모든 국민은 국가권력의 간섭이나 통제를 받지 아니하고 자유롭게 정치적 의사를 형성·발표할 수 있는 정치적 자유권을 가지고, 선거운동의 자유는 정치적 자유권의 주된 내용의 하나로서 널리 선거과정에서 의사를 표현할 자유의 일환이므로 표현의 자유의 한 태양이기도 하다(헌법재판소 1994. 7. 29. 선고 93헌가4 등 결정, 헌법재판소 2004. 3. 25. 선고 2001헌마710 결정 등 참조). 자유로운 의사 표현과 활발한 토론이 보장되지 않고서는 민주주의가 존재할 수 없으므로 표현의 자유, 특히 공적·정치적 관심사에 대한 정치적 표현의 자유는 중요한 헌법상 권리로서 최대한 보장되어야 한다(대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다61654 전원합의체 판결 참조).

다) 공직선거법은 선거운동의 방법으로 선거벽보의 작성·첩부(제64조), 선거공보의 작성·발송(제65조), 선거공약서의 배부(제66조), 신문·방송 광고(제69조, 제70조), 후보자 등의 방송연설(제71조), 공개장소에서의 연설·대담(제79조), 단체·언론기관의 후보자등 초청 대담·토론회(제81조, 제82조), 선거방송토론위원회 주관 대담·토론회 및 정책토론회(제82조의2, 제82조의3), 인터넷광고(제82조의7) 등을 규정하고 있다. 이 중 단체·언론기관의 후보자등 초청 토론회나 선거방송토론위원회 주관 토론회는 헌법상 선거공영제에 기초하여 고비용 정치구조의 개선과 선거운동의 공정성 확대를 위하여 도입된 선거운동방법의 하나로서, 후보자에게는 별다른 비용 없이 효율적으로 유권자

에게 다가설 수 있게 하고, 유권자에게는 토론과정을 통하여 후보자의 정책, 정치이념, 통치철학, 중요한 선거쟁점 등을 파악하고 각 후보자를 적절히 비교·평가하여 올바른 선택을 할 수 있도록 도와주는 중요한 기능을 하고 있다(헌법재판소 1998. 8. 27. 선고 97헌마372 등 결정 등 참조). 이러한 후보자 토론회에 참여한 후보자등은 토론을 할 때 다른 선거운동과 마찬가지로, 자신에 관한 것이든 다른 후보자에 관한 것이든 진실에 부합하는 주장만을 제시하고, 자신의 의견을 밝히고 다른 후보자에게 질문하거나 다른 후보자의 질문에 답변할 때에는 분명하고도 정확한 표현을 사용함으로써 유권자가 각 후보자의 자질, 식견과 견해를 명확하게 파악할 수 있도록 하는 것이 원칙이다.

한편 후보자 토론회는 선거의 공정과 후보자간 균형을 위하여 참여기회의 부여나 참여한 후보자등의 발언순서, 발언시간 등 토론의 형식이 엄격하게 규제되고 있으므로(공직선거법 제82조 제3항, 제82조의2 제7항, 제14항, 공직선거관리규칙 제45조, 선거방송토론위원회의 구성 및 운영에 관한 규칙 제23조 등 참조), 이러한 공정과 균형을 위한 기본 조건이 준수되는 한 후보자등은 토론과정에서 최대한 자유롭고 활발하게 의사를 표현하고 실질적인 공방을 주고받을 수 있어야 한다. 후보자 토론회는 후보자등이 직접 한 자리에 모여 치열하게 질문과 답변, 공격과 방어, 의혹 제기와 해명 등을 할 수 있는 공론의 장이고, 후보자등 상호간의 토론이 실질적으로 활성화되어야만 유권자는 보다 명확하게 각 후보자의 자질, 식견과 견해를 비교·평가할 수 있기 때문이다. 그리고 이와 같은 토론의 경우에는 미리 준비한 자료에 의하여 일방적으로 자신의 의견을 표현하는 연설 등의 경우와 달리, 후보자 사이에서 질문과 답변, 주장과 반론에 의한 공방이 제한된 시간 내에서 즉흥적·계속적으로 이루어지게 되므로 그 표현의 명확성에 한계가 있을 수밖에 없다. 특히 토론회에서 후보자등은 다른 후보자의 질문이나 견

해에 대하여 즉석에서 답변하거나 비판하여야 하는 입장에 있으므로, 다른 후보자의 발언을 의도적으로 왜곡하지 않는 한 자신이 처한 입장과 관점에서 다른 후보자의 발언의 의미를 해석하고 대응하며, 이에 대하여 다른 후보자도 즉시 반론하거나 재질문 등을 함으로써 그 진실 여부를 밝히고 견해의 차이를 분명히 하여 유권자가 그 공방과 논쟁을 보면서 어느 후보자가 공직 적격성을 갖추고 있는지 검증할 수 있게 하는 것이 선거과정에서의 일반적인 절차이다(대법원 2007. 7. 13. 선고 2007도2879 판결 등 참조). 설령 후보자등이 부분적으로 잘못되거나 일부 허위의 표현을 하더라도, 토론과정에서의 경쟁과 사후 검증을 통하여 도태되도록 하는 것이 민주적이고, 국가기관이 아닌 일반 국민이 그 토론과 후속 검증과정을 지켜보면서 누가 옳고 그른지 판단하는 것이 바람직하다.

물론 일정한 한계를 넘는 표현에 대해서는 엄정한 조치를 취할 필요가 있지만, 그에 앞서 자유로운 토론과 성숙한 민주주의를 위하여 표현의 자유를 더욱 넓게 보장하는 것이 보다 중요하다. 표현의 자유가 제 기능을 발휘하기 위하여는 그 생존에 필요한 숨 쉴 공간, 즉 법적 판단으로부터 자유로운 중립적인 공간이 있어야 하기 때문이다(대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다61654 전원합의체 판결 등 참조). 선거의 공정성을 위하여 필요하다는 이유로 부정확하거나 바람직하지 못한 표현들 모두에 대하여 무거운 법적 책임을 묻는 것이 해결책이 될 수는 없다. 선거운동방법으로서 후보자 토론회가 가지는 중요성에도 불구하고, 후보자간 균형을 위한 엄격한 토론 형식과 시간적 제약, 토론기술의 한계 등으로 인하여 토론이 형식적·피상적인 데에 그치는 경우도 적지 않다. 이러한 현실적 한계에 더하여 국가기관이 토론과정의 모든 정치적 표현에 대하여 그 발언이 이루어진 배경이나 맥락을 보지 않고 일률적으로 엄격한 법적 책임을 부과

한다면, 후보자들은 자신의 발언에 대해 사후적으로 법적 책임을 부담하게 될지도 모른다는 두려움 때문에 더더욱 활발한 토론을 하기 어렵게 된다. 이는 우리 사회의 중요한 공적·정치적 관심사에 대한 치열한 공방과 후보자 검증 등을 심각하게 위축시킴으로써 공개되고 공정한 토론의 장에서 후보자 사이의 상호 공방을 통하여 후보자의 자질 등을 검증하고자 하는 토론회의 의미가 몰각될 위험이 있다. 또한 선거를 전후하여 후보자 토론회에서 한 발언을 문제삼아 고소·고발이 이어지고, 이로 인하여 수사권의 개입이 초래된다면 필연적으로 수사권 행사의 중립성에 대한 논란을 피할 수 없을 뿐만 아니라, 선거결과가 최종적으로 검찰과 법원의 사법적 판단에 좌우될 위험에 처해짐으로써 국민의 자유로운 의사로 대표자를 선출한다는 민주주의 이념이 훼손될 우려도 있다.

라) 이 사건 조항은 형벌법규이다. 형벌법규는 문언에 따라 엄격하게 해석·적용하여야 하고 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하여서는 안 된다. 그리고 법률에 사용된 문언의 의미는 문언의 통상적인 의미를 살피는 외에도 해당 규정의 입법취지와 목적 등을 고려하여 그 문언의 논리적 의미를 분명히 밝히는 체계적·논리적 해석방법에 따라 그 규정의 본질적 내용에 가장 접근한 해석을 하여야 한다(대법원 2017. 12. 7. 선고 2017도10122 판결 등 참조). 이러한 형벌법규 해석의 원칙을 토대로 앞서 살펴 본 정치적 표현의 자유와 선거운동의 자유의 헌법적 의의와 중요성, 공직선거법상 후보자 토론회를 비롯한 선거운동에 관한 제반 규정의 내용과 취지, 후보자 토론회의 기능과 특성 등을 함께 고려하면, 공직선거 후보자들이 후보자 토론회의 토론과정 중에 한 발언을 이유로 이 사건 조항에서 정한 허위사실공표죄로 처벌하는 것에는 신중을 기하여야 하고, 이 사건 조항에 의하여 형사처벌의 대상이 되

는 행위의 범위에 관하여 보다 구체적이고 분명한 기준을 제시할 필요가 있다.

이 사건 조항은 당선될 목적으로 후보자에게 유리하도록 일정한 사항에 관하여 허위의 사실을 공표하는 행위를 처벌한다. 이 사건 조항의 행위태양인 '공표(公表)'란 사전적 의미대로 '여러 사람에게 널리 드러내어 알림', 즉 '공개발표'를 뜻한다. 그러나 수단이나 방법의 여하를 불문하고 의사소통이 공연하게 행하여지는 모든 경우를 이 사건 조항에서 정한 허위사실공표죄로 처벌한다면, 헌법상 정치적 표현의 자유 및 선거운동의 자유가 지나치게 제한되는 결과가 발생하고, 결국 공직선거법이 선거의 공정성 확보라는 수단을 통하여 달성하고자 하는 목적인 '국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의한 선거'를 실현하는 데 장애를 초래할 위험이 있다. 그러므로 후보자등이 후보자 토론회에 참여하여 질문·답변을 하거나 주장·반론을 하는 것은, 그것이 토론회의 주제나 맥락과 관련 없이 일방적으로 허위의 사실을 드러내어 알리려는 의도에서 적극적으로 허위사실을 표명한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 이 사건 조항에 의하여 허위사실공표죄로 처벌할 수 없다고 보아야 한다. 그리고 이를 판단할 때에는 사후적으로 개별 발언들의 관계를 치밀하게 분석·추론하는 데에 치중하기 보다는 질문과 답변이 이루어진 당시의 상황과 토론의 전체적 맥락에 기초하여 유권자의 관점에서 어떠한 사실이 분명하게 발표되었는지를 살펴보아야 한다.

나아가 형사처벌 여부가 문제되는 표현이 사실을 드러낸 것인지 아니면 의견이나 추상적 판단을 표명한 것인지를 구별할 때에는 언어의 통상적 의미와 용법, 증명가능성, 문제된 말이 사용된 문맥과 표현의 전체적인 취지, 표현의 경위와 사회적 맥락 등을 고려하여 판단하되, 헌법상 표현의 자유의 우월적 지위, 형벌법규 해석의 원칙에 비추어 어느 범주에 속한다고 단정하기 어려운 표현인 경우에는 원칙적으로 의견이나 추상

적 판단을 표명한 것으로 파악하여야 한다. 또한 어떠한 표현이 공표된 사실의 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 중요한 부분에서 객관적 사실과 합치되는 경우에는 세부적으로 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있더라도 이를 허위사실의 공표라고 볼 수 없다(대법원 2009. 3. 12. 선고 2009도26 판결 등 참조). 특히 앞서 본 후보자 토론회의 기능과 특성을 고려할 때, 토론회에서 후보자들이 선거인의 정확한 판단을 흐리게 할 수 있을 정도로 다른 후보자의 견해나 발언을 의도적으로 왜곡한 것이 아니라, 합리적으로 보아 가능한 범위 내에서 다른 후보자의 견해나 발언의 의미를 해석하고 이에 대하여 비판하거나 질문하는 행위는 진실에 반하는 사실을 공표한다는 인식을 가지고 행하는 허위사실 공표행위로 평가할 수 없다고 보아야 하고(대법원 2007. 7. 13. 선고 2007도2879 판결 참조), 이러한 법리는 다른 후보자의 질문이나 비판에 대해 답변하거나 반론하는 경우에도 마찬가지로 적용되어야 한다.

공직선거법은 '허위의 사실'과 '사실의 왜곡'을 구분하여 규정하고 있으므로(제8조의4 제1항, 제8조의6 제4항, 제96조 제1항, 제2항 제1호, 제108조 제5항 제2호 등 참조), 적극적으로 표현된 내용에 허위가 없다면 법적으로 공개의무를 부담하지 않는 사항에 관하여 일부 사실을 묵비하였다는 이유만으로 전체 진술을 곧바로 허위로 평가하는 데에는 신중하여야 하고, 토론 중 질문·답변이나 주장·반론하는 과정에서 한 표현이 선거인의 정확한 판단을 흐릴 정도로 의도적으로 사실을 왜곡한 것이 아닌 한, 일부 부정확 또는 다소 과장되었거나 다의적으로 해석될 여지가 있는 경우에도 허위사실 공표행위로 평가하여서는 안 된다.

2) 이 사건에 대한 판단

가) 원심은, 피고인이 사실은 2012. 4.경부터 8.경까지 수회에 걸쳐 ○○구보건소장

등에게 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하도록 지시하였음에도, 이 사건 토론회에서 공소외 3을 정신병원에 입원시키려고 한 적이 전혀 없다는 취지로 발언한 것은 선거인의 공정한 판단을 흐리게 할 정도로 사실을 왜곡한 것으로서 허위사실의 공표에 해당하고, 피고인에게 허위사실 공표의 고의 및 당선의 목적도 있었다고 보아, 이 사건 공소사실 중 공소외 3에 대한 강제입원 절차 관련 허위사실 공표에 의한 공직선거법 위반의 점에 대하여 무죄로 판단한 제1심 판결을 파기하고 유죄로 판단하였다.

나) 그러나 원심판결 이유와 적법하게 채택된 증거들에 의하여 인정되는 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 판단을 그대로 받아들이기 어렵다.

(1) 먼저 KBS 토론회에서의 피고인의 공소사실 기재 발언에 대하여 본다.

(가) 피고인은 위 토론회에서 상대 후보자인 공소외 6이 "형님을 정신병원에 입원시키려고 하셨죠? 그 보건소장을 통해서 하지 않았습니까?"라고 질문한 데 대하여 "그런 일 없습니다."라고 답변하였다. 피고인의 위 발언은 의혹을 제기하는 공소외 6의 질문에 대하여 이를 부인하는 취지의 답변을 한 것으로 평가할 수 있을 뿐 이를 넘어서 어떤 사실을 적극적이고 일방적으로 널리 드러내어 알리려는 의도에서 한 공표행위라고 볼 수는 없다.

공소외 6은 피고인의 위 부인 취지의 답변에 이어 "그러면 △△시청 8층에 위치한 ○○서울대병원에서 위탁한 △△시 정신보건센터에서 공소외 3 씨에 대해 아무런 문진이나 검진도 없이 정신병자라고 판명했습니까?"라고 질문하였고, 피고인은 이에 대해 "그거는 어머니를 때리고, 어머니한테 차마 표현할 수 없는 폭언도 하고, 이상한 행동을 많이 했고, 실제로 정신치료를 받은 적도 있는데 계속 심하게 하기 때문에 어머니,

저희 큰형님, 저희 누님, 저희 형님, 제 여동생, 제 남동생, 여기서 진단을 의뢰했던 겁니다. 그런데 저는 그걸 직접 요청할 수 없는 입장이고, 제 관할 하에 있기 때문에 제가 최종적으로 못하게 했습니다."라고 답변하였다.

원심은, 위 토론회에서 피고인이 '공소외 3에 대한 강제입원 절차 개시에 전혀 관여하지 않았다'는 표현을 직접적으로 사용하지는 않았다고 인정하면서도, 피고인이 공소외 3에 대한 강제입원 절차 진행을 지시하고 이에 따라 위 절차 일부가 진행된 사실을 숨긴 채 위 발언들을 함으로써 전체적으로 보아 적극적으로 반대사실을 진술한 것과 마찬가지로 사실을 왜곡하는 정도에 이르렀으므로 허위사실의 공표에 해당한다고 판단하였다. 그러나 원심판결 이유에 의하더라도, 위 발언들은 토론과정에서 상대 후보자의 공격적인 질문이나 의혹의 제기에 대하여 답변하거나 해명하는 과정에서 나온 것으로, 상대 후보자의 재질문이나 반론이 충분히 가능하고 예상되는 상황이었으며, 실제 공소외 6은 후속 질문을 통하여 피고인의 직권남용 의혹 등을 추궁하였음을 알 수 있다. 앞서 본 법리에 비추어 이러한 피고인과 공소외 6 사이에 공방이 이루어진 경위, 토론의 주요 쟁점과 전체적 맥락 등을 살펴보면, 피고인의 위 발언들이 토론회의 주제나 맥락과 관련 없이 일방적으로 허위의 사실을 드러내어 알리려는 의도에서 적극적으로 반대사실을 공표한 것이라고 보기 어렵다.

(나) 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면, 공소외 6은 이 사건 토론회를 전후하여 기자회견을 하거나 성명서를 발표하는 등의 방법으로 '피고인이 △△시장으로서의 직권을 남용하여 공소외 3과 가족을 강압해 공소외 3을 정신병원에 강제로 입원시키려고 하였다'는 취지로 주장하였고, 이 사건 토론회를 모두 마친 직후인 2018. 6. 7.에는 자신의 페이스북에 "자기 형을 정신병자로 몰고 정신병원에 입원시키려 하는 사람들

뽑아서 안 됩니다."라는 글을 게시하기도 하였다. 토론회를 전후한 위와 같은 사정에 비추어 볼 때, 결국 공소외 6이 이 사건 토론회를 비롯한 선거 과정에서 의혹을 제기하고 검증하고자 하였던 것은 '피고인이 직권을 남용해 불법으로 공소외 3을 정신병원에 강제입원시키려고 하였는지 여부'였다고 볼 수 있다. 공소외 6도 제1심 법정에서 피고인이 공소외 3에 대한 불법적인 입원을 시키려고 하였느냐는 취지에서 질문을 한 것이라고 진술하였다.

이러한 사정에다가 위 토론회에서의 공소외 6과 피고인 사이의 질문과 답변 내용, 그 발언의 경위와 전후 문맥까지를 종합하면, 공소외 6이 위 토론회에서 아무런 전제 사실이나 일시·장소 등의 특정도 없이 "형님을 정신병원에 입원시키려고 하셨죠?"라고 질문한 데에는 위와 같은 의혹을 제기하는 취지가 포함되어 있었다고 볼 여지가 있다. 그렇다면 피고인으로서도 공소외 6이 위 토론회에서 한 질문이나 이 사건 토론회를 전후하여 제기한 주장의 취지나 의도를 '직권을 남용해 불법으로 공소외 3을 정신병원에 강제입원시키려고 한 사실이 있느냐?'는 것으로 해석한 다음, 그러한 평가를 부인하는 의미로 "그런 일 없습니다."라고 답변하였다고 볼 수 있고, 상대 후보자의 질문의 의미를 의도적으로 왜곡한 것이라고 단정하기는 어렵다. 또한 원심이 인정한 사실 관계에 의하면, 피고인이 위 토론회에서 한 나머지 공소사실 기재 발언들에 그 표현의 적극적인 측면에서 허위로 단정할 만한 내용이 없다. 사정이 이와 같다면, 비록 피고인이 공소외 3에 대한 정신병원 강제입원 절차 진행에 관여한 사실을 언급하지 않은 채 위와 같은 발언들을 하였다고 하더라도, 피고인이 그와 같은 사실을 공개할 법적 의무를 부담하고 있었다고 볼 근거가 없는 이 사건에서 상대 후보자의 공격적인 질문에 대하여 소극적으로 회피하거나 방어하는 취지의 답변 또는 일부 부정확하거나 다의적으

로 해석될 여지가 있는 표현을 넘어서서 곧바로 적극적으로 반대사실을 공표하였다거나 전체 진술을 허위라고 평가할 수는 없다고 보아야 한다. 이러한 피고인의 발언들을 사후적인 분석과 추론을 통하여 적극적으로 허위의 반대사실을 공표한 것과 마찬가지로 평가하는 것은 표현의 외연을 확장함으로써 형벌법규에 따른 책임의 명확성, 예측가능성을 저해할 우려가 있다.

(2) 다음으로 MBC 토론회에서의 피고인의 공소사실 기재 발언에 대하여 본다.

피고인은 위 토론회에서 "우리 공소외 6 후보께서는 저보고 정신병원에 형님을 입원시키려 했다 이런 주장을 하고 싶으신 것 같은데 사실이 아닙니다. 정신병원에 입원시킨 것은 형님의 부인 그러니까 제 형수와 조카들이었고, 어머니가 보건소에다가 정신질환이 있는 것 같으니 확인을 해보자라고 해서 진단을 요청한 일이 있습니다. 그 권한은 제가 가지고 있었기 때문에 제가 어머니한테 설득을 해서 이거 정치적으로 너무 시끄러우니 하지 말자 못하게 막아서 결국은 안 됐다는 말씀을 또 드립니다."라고 발언하였다. 그 내용은 KBS 토론회에서 한 발언과 대동소이하고, 다만 위 토론회는 기초연설과 정책발표, 후보자간 1:1 정책검증, 사회자 공통질문, 각 후보자가 3분간 주도권을 가지고 하는 토론 등의 순서로 진행되었는데, 피고인의 위 발언은 피고인에게 주어진 주도권 토론시간에 이루어진 것으로서 상대 후보자의 공격적 질문에 대하여 곧바로 반박하는 형식은 아니었다. 그러나 이 부분 발언의 내용과 맥락이 상대 후보자가 위 토론회에서 다시 제기할 것으로 예상되는 의혹이나 질문에 대한 선제적인 답변의 실질을 가진 점, 실제로 피고인의 위 발언에 이어 공소외 6도 '피고인의 어머니가 아들을 정신병원에 넣으라고 요청했다는 것이 완전히 허구라는 게 밝혀졌다'는 취지로 의혹을 제기한 점 등을 고려하면, 피고인의 이 부분 발언 또한 허위의 반대사실을 적극적·일

방적으로 공표한 것으로 보기는 어렵다.

다) 결국 이 부분 공소사실 기재 피고인의 발언은 이 사건 조항에서 정한 허위사실의 공표에 해당한다고 볼 수 없다. 그런데도 이 사건 공소사실 중 공소외 3에 대한 강제입원 절차 관여 관련 허위사실 공표에 의한 공직선거법 위반의 점을 유죄로 인정한 원심의 판단에는 이 사건 조항에서 정한 허위사실의 공표에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 따라서 이를 지적하는 피고인의 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 파기의 범위

앞서 본 것과 같은 이유로 원심판결 중 유죄 부분은 파기되어야 한다. 그런데 원심판결 중 이유무죄 부분에 해당하는 ◇◇정신병원 입원 시도 부인 등 나머지 공소외 3 관련 허위사실 공표에 의한 공직선거법 위반 부분은 위 유죄 부분과 일죄의 관계에 있으므로, 그 역시 위 유죄 부분과 함께 파기되어야 한다.

4. 결론

그러므로 피고인의 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채, 원심판결 중 유죄 부분(이유무죄 부분 포함)을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하며, 검사의 나머지 상고를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 공소외 3에 대한 강제입원 절차 관여 관련 허위사실 공표에 의한 공직선거법 위반의 점에 대하여 대법관 박상옥, 대법관 이기택, 대법관 안철상, 대법관 이동원, 대법관 노태악의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였다.

5. 강제입원 절차 관여 관련 허위사실 공표에 의한 공직선거법 위반죄에 관한 대법관 박상옥, 대법관 이기택, 대법관 안철상, 대법관 이동원, 대법관 노태악의 반대의견

가. 다수의견은 다음과 같은 사정을 기초로, 피고인의 발언이 이 사건 조항에서 정한 허위사실의 공표에 해당한다고 볼 수 없다고 보아, 이 사건 공소사실 중 공소외 3에 대한 강제입원 절차 관여 관련 허위사실 공표에 의한 공직선거법 위반의 점을 유죄로 인정한 원심의 판단에 허위사실의 공표에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다고 판단하였다.

① 피고인이 KBS 토론회에서 한 발언들은 상대 후보자의 질문이나 의혹 제기에 대하여 답변하거나 해명하는 과정에서 나온 것으로 일방적으로 허위의 사실을 드러내어 알리려는 의도에서 적극적으로 반대사실을 공표한 것이라고 보기 어렵다. ② 공소외 6의 질문에 직권남용이나 강제입원의 불법성을 확인하려는 취지가 포함되어 있다고 볼 여지가 있고, 이를 부인하는 의미로 피고인은 답변하였다. 피고인이 상대 후보자의 질문 의미를 의도적으로 왜곡한 것이라고 단정하기는 어렵다. 또한 피고인의 나머지 발언들에 허위로 단정할 만한 내용이 없으므로, 비록 피고인이 공소외 3에 대한 정신병원 강제입원 절차 진행에 관여한 사실을 언급하지 아니한 채 위 발언을 하였더라도, 피고인이 위 관여 사실을 공개할 법적 의무를 부담한다고 볼 근거가 없는 이 사건에서 소극적으로 회피하거나 방어하는 답변 또는 일부 부정확하거나 다의적으로 해석될 여지가 있는 표현을 넘어서서 곧바로 적극적으로 반대사실을 공표하였다거나 전체 진술을 허위라고 평가할 수 없다. 피고인의 발언들을 적극적으로 허위의 반대사실을 공표한 것과 마찬가지로 평가하는 것은 형벌법규에 따른 책임의 명확성, 예측가능성을 저해할 우려가 있다. ③ 피고인이 MBC 토론회에서 한 발언이 선제적인 답변의 실질을 가진 점 등을 고려하면, 위 발언도 허위의 반대사실을 적극적·일방적으로 공표한 것으로 보기는 어렵다.

나. 그러나 피고인은 공소외 3에 대한 정신병원 강제입원 절차에 관여하였음에도 이를 적극 부인함으로써 허위사실을 공표하였으므로, 다수의견의 논거와 결론에 동의할 수 없다.

1) 이 사건 조항은 선거인의 공정한 판단에 영향을 미치는 허위사실을 공표하는 행위 등을 처벌함으로써 선거운동의 자유를 해치지 않으면서 선거의 공정성을 보장하기 위한 규정이다. 즉 후보자에게 유리한 허위사실을 공표하지 못하도록 함으로써 선거인들이 후보자에 대한 정확한 판단자료를 가지고 올바른 선택을 할 수 있도록 하기 위한 것이다(대법원 2007. 2. 23. 선고 2006도8098 판결, 헌법재판소 2009. 3. 26. 선고 2007헌바72 결정 등 참조).

이 사건 조항의 행위태양인 '공표'라 함은 그 수단이나 방법의 여하를 불문하고 불특정 또는 다수인에게 허위사실을 알리는 것이고, 비록 개별적으로 한 사람에 대하여 사실을 유포하더라도 이로부터 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다면 이 요건을 충족한다(대법원 1998. 9. 22. 선고 98도1992 판결, 대법원 2011. 12. 22. 선고 2008도11847 판결 등 참조).

이 사건 조항에서 말하는 '사실'의 공표란 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견 표현에 대치되는 개념으로서 시간과 공간적으로 구체적인 과거 또는 현재의 사실관계에 관한 보고 내지 진술을 의미하며, 그 표현 내용이 증거에 의한 증명이 가능한 것을 말한다. 어떠한 표현이 사실의 적시인지 아니면 의견이나 추상적 판단의 표현인지의 구별은 단순히 사용된 한 구절의 용어만에 의하여 구별할 것이 아니라 선거의 공정성을 보장한다는 입법취지를 염두에 두고 그러한 표현을 둘러싼 모든 사정, 즉 언어의 통상적 의미와 용법, 표현 전체의 내용, 문제된 말이 사용된 문맥, 표현의 경위·전달방

법·상대방, 표현 내용에 대한 증명가능성, 표현자와 후보자의 신분 등을 고려하여 종합적으로 결정되어야 할 것이다(대법원 2017. 12. 22. 선고 2017도6433 판결 등 참조).

또한 이 사건 조항에서 말하는 '허위의 사실'이란 진실에 부합하지 않은 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 흐리게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이면 충분하다. 하지만 공표된 사실의 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 경우에는 세부적으로 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있다 하더라도 이를 허위의 사실이라고 볼 수는 없다(대법원 2009. 3. 12. 선고 2009도26 판결 등 참조). 어떤 표현이 허위사실을 표명한 것인지 여부는 일반 선거인이 그 표현을 접하는 통상의 방법을 전제로 하여 그 표현의 전체적인 취지, 객관적 내용, 사용된 어휘의 통상적인 의미, 문구의 연결방법 등을 종합적으로 고려하여 그 표현이 선거인에게 주는 전체적인 인상을 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2015. 5. 14. 선고 2015도1202 판결 등 참조).

2) 원심판결 이유와 적법하게 채택된 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실에 따르면, 피고인은 자신의 지휘와 감독을 받고 있는 ○○구보건소장 등에게 공소외 3에 대한 정신병원 강제입원을 지시하고 독촉하였다.

가) 피고인은 2012. 4. 초순경 직접 또는 비서실장 공소외 7을 통하여 ○○구보건소장 공소외 1에게 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원이 가능한지 검토해 보라고 지시하였다. 공소외 1은 검토 결과 피고인에게 여러 차례에 걸쳐 위 강제입원 절차 진행이 불가능하다는 취지로 보고하였는데, 피고인은 그때마다 구 정신보건법 제25조의 해석상 강제입원 절차가 가능하다는 견해를 개진하면서 공소외 1에게 재검토를 지시하거나 위 강제입원 절차를 진행하라는 취지로 지시하였다.

나) 피고인은 2012. 4. 초순경 공소외 1에게 '공소외 3의 가족들을 설득할 수 있도록 △△시 정신건강센터의 센터장 공소외 2로부터 공소외 3이 현재 치료가 필요하다는 취지의 평가문건을 받아오라'는 취지로 지시하였다. 이에 따라 공소외 1은 공소외 2로부터 공소외 3에 대한 평가문건을 받아 피고인에게 전달하였다.

다) 피고인은 위 평가문건에 연필로 '공소외 3이 현재 입원이 필요하다'는 취지의 내용이 들어가도록 수정한 다음, 이를 공소외 1에게 주면서 공소외 2로 하여금 위 평가문건을 그와 같이 수정하게 하라고 지시하였다. 피고인은 평가문건이 수정된 후 재차 공소외 1에게 수정된 평가문건에 ○○서울대학교병원장이나 센터의 직인을 받아오라고 지시하였다.

라) △△시의 2012. 5. 2.자 정기인사에서 ○○구보건소장이 공소외 1에서 공소외 4로 교체되었다. 그 후 피고인은 2012. 6.경부터 2012. 8.경까지 여러 차례에 걸쳐 직접 또는 공소외 7을 통하여 공소외 4에게 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하라는 취지로 지시하였다. 피고인은 2012. 6. 13.경부터 2012. 6. 22.경까지 브라질에 출장을 가 있는 동안에도 공소외 4와 여러 차례 통화하면서 위와 같이 지시하고 그 절차 진행을 재촉하였다.

마) 피고인은 2012. 8. 27.경 공소외 4와 ○○구보건소 직원 공소외 8, 공소외 9에게 현재 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 절차는 완료되었으니 그 다음 절차를 진행하라는 취지로 지시하기도 하였다. 당시 피고인은 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9에게 '일처리 못하는 이유가 뭐냐. 사표 내라. 합법적인 사항을 처리하지 않는 것은 직무유기이다. 징계를 줄 것이다'는 취지로 질책하기도 하였다.

바) 피고인은 2012. 9. 13.경 및 2012. 9. 17.경 직접 또는 공소외 7을 통하여 공소외

4 및 공소외 8 등 ○○구보건소 관계자들에게 '현재 단계에서 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 조치가 가능한지'에 관하여 법제처, 보건복지부 등 유관기관에 유권해석을 문의할 질의서를 작성하도록 지시하기도 하였다.

3) 다수의견은, 대의민주주의 체제의 선거에서 정치적 표현의 자유와 선거운동의 자유가 최대한 보장되어야 하고, 여기에 후보자 토론회의 기능과 특성 등을 보태어 보면, 토론회의 토론과정 중 발언은 그것이 일방적으로 허위의 사실을 드러내어 알리려는 의도에서 적극적으로 허위사실을 표명한 것이라는 등의 특별한 사정이 없는 한 이 사건 조항에 의해 허위사실공포죄로 처벌할 수 없다고 주장한다. 그러나 이렇게 '공포'의 범위를 제한적으로 해석하는 다수의견의 논리는 다음과 같은 이유로 찬성할 수 없다.

가) 헌법에서 정한 국민의 선거권과 자유선거의 원칙, 표현의 자유에 의하여 보장되는 선거운동의 자유는 선거권 행사의 전제로서 최대한 보장될 필요가 있음은 물론이다. 그러나 헌법상 선거운동 등 정치적 표현의 자유가 보장된다고 하더라도 어디까지나 대의민주주의의 기능과 선거의 공정, 후보자간의 실질적 평등 등 선거제도의 본질적 역할과 기능을 훼손하지 않는 범위에서 인정되어야 한다.

여기서 '선거의 공정성'이란 선거의 자유와 선거운동 등에 있어서의 기회의 균등이 담보되는 것을 의미하므로, 선거의 공정성 없이는 진정한 의미에서의 선거의 자유도 선거운동 등의 기회균등도 보장된다고 볼 수 없다. 따라서 대의민주주의에서 후보자나 정당 등에 관한 정치적 정보 및 의견을 자유롭게 발표하고 교환하는 것을 내용으로 하는 선거운동 등 정치적 표현의 자유는 선거의 공정성을 전제로 인정되는 것이며, 선거의 공정성은 그러한 자유의 한정원리로 기능할 수 있다(헌법재판소 2015. 4. 30. 선고 2011헌바163 결정 등 참조).

나) 공직선거법은 후보자 토론회를 선거운동방법의 하나로 규정하고 있다(제81조, 제82조, 제82조의2, 제82조의3). 이러한 후보자 토론회는 후보자의 입장에서 유권자에게 직접 자신의 정견, 정책, 정치적 신념, 도덕성 등을 널리 홍보하거나 제시함으로써 자기의 자질과 정치적 능력을 드러내어 다른 후보자와의 차별화를 도모할 수 있고, 보도 등에서 있을 수 있는 오보 혹은 왜곡의 가능성도 줄일 수 있는 등 어떠한 선거운동방법과도 비교할 수 없는 중요한 선거운동이다. 한편 후보자 토론회가 갖는 효용은 유권자의 입장에서 볼 때에도 매우 크다. 후보자 토론회는 유권자에게 토론과정을 통하여 후보자의 정책, 정치이념, 통치철학, 중요한 선거쟁점 등을 파악하게 하고 각 후보자들을 비교하여 최선의 선택을 하도록 도와주는 중요한 기능을 하고 있다.

그리고 후보자 토론회는 선거운동 중에서 후보자들 사이의 대립 관계가 직접적으로 드러나는 유일한 선거운동이다. 이러한 이유로 후보자 토론회의 토론은 선거운동 중에서 가장 생동감 있고 활발하게 이루어지고, 후보자 서로 간의 단점이나 약점이 분명하게 드러나게 된다. 유권자들은 후보자 토론회에서 후보자들의 장점뿐만 아니라 단점이나 약점을 함께 비교하여 평가할 수 있으므로 높은 관심과 열의를 가지고 참여하고 있다.

다) 후보자 토론회는 유권자들에게 매우 강력한 파급력과 영향력을 가지고 있고, 유권자들도 토론회를 후보자의 공직 적격성을 판단하는 데 가장 중요한 정보 제공의 장으로 인식하고 있다. 그리고 공직선거에서 후보자의 공직 적격성을 검증하는 것은 필요하고도 중요한 일이므로 그 적격 검증을 위해 이루어지는 후보자 토론회의 공방과정에서 표현의 자유는 최대한 보장되어야 한다.

그러나 위와 같은 의의와 기능을 가지고 있는 후보자 토론회의 공방과정에서 허위

또는 왜곡된 사실의 유포가 허용되거나 그에 대한 금지의 척도가 낮아질 경우, 유권자들이 토론회에서 알게 된 정보를 믿지 못하게 되고, 이는 유권자들로 하여금 토론회에서의 주장과 반론, 질문과 답변에 의한 공방과 검증에 흥미를 잃게 하며, 결국 토론회의 질이 낮아지게 된다. 이에 따라 유권자들의 토론회에 대한 관심과 참여가 현저히 떨어지게 되고, 토론회에서는 후보자들 사이에 정책이나 중요한 선거쟁점, 공직 적격성 등에 관한 활발한 토론이 이루어지지 않게 된다. 나아가 유권자들은 공정하고 정확한 판단을 통한 올바른 선택을 할 수 없고, 투표율 또한 낮아져서 결국 선거결과를 왜곡하는 결과를 초래한다.

이처럼 후보자 토론회에서의 허위사실의 유포 또는 사실의 왜곡은 국민주권과 대의민주주의를 실현하는 핵심 수단인 선거에서 선거의 공정을 침해하여 선거제도의 본래적 기능과 대의민주주의의 본질을 심각하게 훼손한다.

라) 그럼에도 다수의견과 같이 후보자 토론회의 토론과정 중 발언이 적극적·일방적으로 허위사실을 표명하는 것이 아니라는 이유에서 이를 허위사실공포죄로 처벌하지 않고 일률적으로 면죄부를 준다면, 이는 결과적으로 후보자 토론회의 의의와 기능을 소멸시켜 토론회가 가장 효율적이고 선진적인 선거운동으로 기능할 수 없게 만들고, 토론회에서 적극적으로 구체적인 발언을 한 후보자만이 법적 책임을 부담하게 될 위험이 커진다. 이로써 후보자들은 후보자 토론회에서 서로의 장점과 단점을 구체적·적극적으로 드러내지 않은 채 포괄적·소극적으로 불분명하게 지적하게 되고, 토론회의 생동감과 적극성은 기대할 수 없게 된다. 결국 실제 선거에서 후보자 토론회가 형식적으로 운영될 수밖에 없다.

마) 더구나 공직선거법상 후보자 토론회는 방송중계를 전제로 하고 있고(제71조 제

12항, 제81조 제8항, 제82조 제1항, 제4항, 제82조의2 제10항, 제82조의3 제2항 등 참조), 여기에 참가하는 후보자는 자신의 발언이 방송을 시청하는 수많은 유권자들에게 인식되고 전파될 것임을 알고 있을 뿐만 아니라 그에 따른 막강한 파급력을 효과적으로 이용하고자 한다. 즉 토론회라는 형식을 취하고 있을 뿐 각 후보자들은 방송중계를 통해 자신의 정견, 정책, 주장의 차별성을 널리 알리려는 의도로 발언을 한다. 이러한 방송중계를 전제로 하는 후보자 토론회에서의 발언을 '토론회'라는 측면에만 주목하여 '공표'가 아니라고 보는 것은 '공표'의 의미에 관한 대법원 판례에도 반한다.

바) 다수의견이 법리적 근거로 주장하는 정치적 표현의 자유, 선거운동의 자유, 후보자 토론회의 기능과 특성을 대법원의 확립된 법리에서도 인정하고 있고, 반대의견도 부정하지 않는다. 그러나 단지 이를 이유로 적극적·일방적 허위사실의 표명이라는 등 특별한 사정이 없는 한 토론회의 토론과정 중 발언을 허위사실공표죄로 처벌할 수 없다는 듯한 다수의견의 주장은 논리적으로 설득력이 떨어질 뿐만 아니라 허위사실공표죄의 성립 여부에 관하여 대법원이 확립해 온 태도를 벗어난 것이다.

후보자 토론회에서 이루어진 발언이 이 사건 조항에서 정한 '공표'에는 해당하나, 개별 사안에 따라 그 허위성 내지 허위성 인식 여부를 엄격하게 판단한 대법원의 확립된 법리는 선거의 공정과 후보자 토론회의 의의 및 기능, 정치적 표현의 자유, 선거운동의 자유 사이에서 적절한 균형을 유지하며 제 기능을 다하고 있다. 다수의견과 같이 '공표'의 범위를 제한하는 해석은 자칫 선거의 공정과 정치적 표현의 자유 사이의 균형을 심각하게 훼손할 수 있다.

사) 이 사건 조항에서 정한 '공표'는 반드시 허위사실을 직접적으로 표현한 경우에 한정될 것은 아니고, 간접적이고 우회적인 표현에 의하더라도 그 표현된 내용 전체의

취지에 비추어 그와 같은 허위사실의 존재를 암시하고, 이로써 후보자의 평가에 유리한 영향을 미칠 가능성이 있을 정도의 구체성이 있으면 충분하다. 따라서 다수의견이 후보자 토론회의 토론과정 중 발언은 적극적·일방적으로 허위사실을 표명한 것이어야 허위사실공표죄로 처벌할 수 있다고 주장하는 것은 위와 같은 법리에 명백히 반한다는 문제점을 지적하지 않을 수 없다.

아) 다수의견이 말하는 '적극적·일방적 표명'의 의미도 명확하지 않고 모호하다. 다수의견과 같이 '공표'의 의미를 해석할 경우, 오히려 허위사실공표죄의 성립 여부가 검찰과 법원 등 수사기관이나 사법기관의 자의적인 해석에 맡겨지게 될 우려가 커지고, 무엇이 허위사실공표죄에서 금지하는 공표행위인지 여부를 국민들이 알 수 없게 된다. 그리고 적극적·일방적 표명과 그렇지 않은 표명을 달리 보아야 할 근본적 이유 역시 찾기 어렵다. '공표'의 사전적 의미는 '여러 사람에게 널리 드러내어 알리는 것'이고, 이 사건 조항의 문언해석상 달리 적극적·일방적으로 허위사실을 표명할 것을 요구하지 않음이 명백하다. 다수의견은 입법적 방법이 아닌 해석을 통하여 문언의 가능한 의미를 벗어나 새로운 구성요건을 창조하자는 것으로 이는 극히 신중해야 한다.

4) 다수의견은 후보자 토론회에서 후보자 사이에 질문과 답변, 주장과 반론에 의한 공방이 즉흥적·계속적으로 이루어지므로 그 표현의 명확성에 한계가 있을 수밖에 없음을 전제로 하고 있다. 그러나 이는 선거현실에서 후보자 토론회가 이루어지는 방식을 외면한 것이다.

가) 오늘날 후보자 토론회는 가장 영향력 있는 선거운동이고, 특히 토론회에서의 토론과정은 유권자들에게 후보자들을 함께 비교하여 정확히 선택할 수 있는 정보와 기회를 제공하는 중요한 수단이다. 그리고 후보자 토론회에서는 공정성과 균형을 위해

합리적 기준에 따라 후보자들에게 참여기회가 부여되고, 발언순서, 발언시간 등이 정해지므로, 토론회는 처음부터 제한된 시간 내에서 질문과 답변, 주장과 반론을 통한 토론이 이루어질 것이 예정되어 있다. 후보자 토론회에서는 위와 같이 한정된 시간 내에 자신의 자질과 능력을 효과적으로 드러내는 후보자가 누구인지를 가려내고, 이를 통해 유권자들은 후보자의 공직 적격성, 정직성, 도덕성 등을 검증하고 평가한다.

후보자들도 후보자 토론회에서 제한 시간 내에 효율적으로 다른 후보자에게 질문·답변하거나 주장·반론함으로써 자신의 자질과 능력을 드러내어 유권자들에게 강력한 인상을 심어 주기 위해 토론회에 앞서 질문과 답변, 주장과 반론 등을 충실히 준비한다. 이러한 상황에서 후보자가 아무런 준비 없이 다른 후보자를 비판하거나 공격적인 질문을 하게 되면, 오히려 그 준비성 없는 태도 등으로 부정적인 효과만 발생할 뿐이므로, 후보자는 자신을 유리하게 부각시킬 수 있는 주제나 선거쟁점에 집중하게 된다.

따라서 후보자 토론회에서 후보자들이 예상하지 못하거나 유권자들이 알지 못하는 주제가 즉흥적·돌발적으로 논의되는 경우는 극히 드문 것이 선거현실이다.

나) 공소외 6의 질문도 KBS 토론회에서 즉흥적·돌발적으로 나온 것이 아니다. 피고인이 공소외 3을 정신병원에 강제입원시키려고 하였다는 사실은 2012. 6.경 공소외 3에 의해 처음 주장되었고, 그 후 피고인은 SNS 등을 통해 이를 지속적으로 해명해 왔다. 그런데 그 해명에는 피고인이 ○○구보건소 관계자 등에게 공소외 3에 대한 정신병원 입원을 지시하였다는 사실이 전혀 언급되어 있지 않았다. 이러한 상황에서 맞이한 2018년 제7회 전국동시지방선거 ☆☆도지사 선거에서 상대 후보자인 공소외 6이 이 사건 토론회 무렵 기자회견과 성명서 등을 통해 피고인이 공소외 3에 대한 정신병원 입원 절차에 관여하였다는 사실을 주장하였던 것이다.

당시 ☆☆도지사 선거에서 가장 유력한 후보자였던 피고인은 KBS 토론회를 준비하면서 공소외 6이 토론회에서 공소외 3에 대한 정신병원 입원 절차와 관련하여 질문할 것이라는 사정을 충분히 알 수 있었다. 이에 피고인은 그에 대한 답변을 미리 준비하였고, 그 준비된 대로 답변한 것이 이 부분 공소사실 기재 발언이었다. 또한 피고인은 이 사건 수사 및 재판 과정에서도 위 관여 사실을 극구 부인하였고, 피고인의 발언도 이와 같은 맥락에서 이루어진 것이다.

다) 특히 MBC 토론회에서 피고인이 한 발언은 3분의 후보자 주도권 토론시간에 이루어졌지만, 공소외 6의 질문에 답변하는 과정이 아니라, 이전에 공소외 6이 주장하였던 '피고인이 공소외 3에 대한 정신병원 입원 절차에 관여하였다'는 사실에 대해 피고인 자신이 적극적·일방적으로 해명하는 발언이었다. 여기에는 주장과 반론, 질문과 답변을 통한 공방과 검증이 즉흥적·계속적으로 이루어진다는 후보자 토론회의 특성이 적용될 여지가 없다.

결국 이 사건 토론회에서의 피고인 발언은 미리 준비한 자료에 의하여 일방적으로 자신이 전달하고자 하는 내용을 적극적으로 발표하는 것과 다르지 않다.

라) 후보자들은 후보자 토론회에서의 질문과 답변, 주장과 반론 등을 준비하면서 의도적·계획적으로 자신에게 불리한 사실을 숨김으로써 자신에게 유리하도록 사실을 왜곡할 수 있다. 다수의견의 주장처럼 후보자 토론회에서 발언시간이 제한적이고 공방과 검증이 즉흥적·계속적으로 이루어진다는 이유만으로 토론회의 토론과정 중 발언이 적극적·일방적 표명이라는 등 특별한 사정이 없는 한 이를 허위사실공표죄로 처벌하지 않는다면, 오히려 토론회에서 자신에게 유리하도록 의도적으로 다의적이거나 모호한 표현을 사용할 것을 치밀하게 준비한 후보자가 많아져 선거인들의 정확하고 공정한 판

단을 그르치게 할 위험이 커지고, 이는 민주주의 이념과 대의민주주의 체제에서의 선거에 중대한 위협이 된다.

5) 다수의견은 공소외 6의 질문에 직권남용이나 강제입원의 불법성을 확인하려는 취지가 포함되어 있어 위 질문이 포괄적이라고 볼 수 있음을 전제로 하고 있다. 그러나 이는 다수의견이 공소외 6의 질문 내용과 취지를 명백히 잘못 이해한 것으로 받아들이기 어렵다.

가) 앞서 본 것과 같이 피고인은 ○○구보건소장 등에게 공소외 3에 대한 정신병원 입원에 관하여 지시하거나 독촉하였다. 공소외 6도 이 사건 토론회 이전에 공소외 2 작성의 평가문건, ○○차병원 정신건강의학과 전문의 공소외 10 작성의 회신서, △△시 공무원들의 진술서, 공소외 3의 처 공소외 11의 진술 등을 근거로 피고인이 공소외 3에 대한 정신병원 입원 절차에 관여하였다는 사실을 확인하였다. 이에 공소외 6은 이 사건 토론회 전후로 '피고인이 △△시장으로서의 직권을 남용하여 공소외 3과 가족을 강압해 공소외 3을 정신병원에 강제로 입원시키려고 하였다'는 취지의 기자회견 등을 여러 차례 하였다.

나) 공소외 6은 위와 같이 확인한 사실관계를 전제로 KBS 토론회에서 피고인에게 "형님을 정신병원에 입원시키려고 하셨죠?"라고 질문하였고, 이어서 좀 더 구체적으로 "그 보건소장을 통해서 하지 않았습니까?"라는 질문을 하였다. 위 '입원시키다'에서 '시키다'는 접미사로서 그 사전적 의미는 '어떤 사람으로 하여금 그렇게 되도록 하다, 그 일을 이루거나 그렇게 되도록 하다'이다. 따라서 공소외 6의 질문은 통상적으로 '피고인이 형님에 대한 정신병원 입원을 이루거나 형님을 입원되도록 하였는지 여부'를 묻는 것이라고 해석함이 타당하다.

공소외 6 질문의 통상적 의미, 질문 전체의 내용, 질문이 이루어진 사회적 맥락 등을 고려하면, 공소외 6의 질문은 피고인이 ○○구보건소장 등을 통해 공소외 3을 정신병원에 입원시키려고 지시·독촉한 사실이 있는지 여부를 묻는 것으로 이해하는 것이 선거인들의 평균적인 인식이라고 할 것이다. 이를 사실 확인을 위한 질문이 아니라 직권남용이나 강제입원의 불법성을 확인하려는 질문으로 받아들이는 것은 일반적이지도 않다.

다) 공소외 6은 KBS 토론회에서 위 질문에 이어 "(피고인 성명 생략) 시장이 관권을 동원하고, 직권을 남용하지 않으면 이런 진단서가 나올 수 없단 말입니다."라고 주장하였다. 공소외 6이 공소외 3에 대한 정신병원 강제입원과 관련하여 질문하고 주장한 내용은 '피고인이 공소외 3에 대한 정신병원 입원 절차에 관여하였다. 그런데 그 관여 사실이 직권남용에 해당한다'는 것이다.

공소외 6 질문의 전체 맥락, 공소외 6의 주장 내용 등에 비추어 보아도, 공소외 6은 먼저 피고인이 공소외 3에 대한 정신병원 입원 절차에 관여한 사실을 확인한 후, 그 관여 행위가 직권남용이나 불법 강제입원이라는 점을 밝히고자 하였다. 따라서 공소외 6의 질문은 피고인이 공소외 3에 대한 정신병원 입원 절차에 관여한 사실이 있는지 여부를 묻는 질문이라고 해석할 수밖에 없다.

라) 어떤 표현이 다의적이고 포괄적이라는 것은 그 표현에 사용된 단어의 의미가 여러 가지이거나, 해당 사실관계가 복잡하거나 또는 사실과 의견이 혼합되어 있는 등 그 표현의 객관적·전체적 의미가 명확하지 않고 다양하여 다른 의미로 해석될 가능성이 있는 것을 말한다. 그러나 공소외 6의 질문과 피고인의 답변이 이러한 경우에 해당한다고 볼 수 없고, 단지 객관적·실체적으로 하나의 사실에 해당하는 '피고인이 공소외

3에 대한 정신병원 입원 절차에 관여하였다는 사실' 자체에 관한 명확한 질문과 답변이라고 할 것이다.

6) 다수의견은, 피고인이 이 사건 토론회의 토론과정 중 상대 후보자의 공격적 질문에 대하여 소극적으로 회피하거나 방어하는 취지로 답변하였을 뿐이고, 이를 들어 곧바로 적극적으로 반대사실을 공표하였다거나 전체 진술을 허위라고 평가할 수는 없다고 주장한다. 그러나 피고인의 발언은 전체적으로 보아 위와 같은 허위사실을 분명하게 표현한 것으로서 적극적으로 구체적인 허위사실을 공표한 것으로 봄이 타당하다.

가) 질문에 대한 답변의 의미는 답변만을 따로 떼어내어 해석할 수 없고 질문과 답변을 함께 조합하여 해석할 수밖에 없다. 답변이 단순 부인 내지 단순 시인하는 것이라고 하더라도 질문 내용과 함께 해석해 보면 질문 내용을 부정하거나 긍정하는 적극적이고 구체적인 답변임을 충분히 알 수 있으므로, 단순 부인 내지 단순 시인 답변을 적극적·구체적 답변과 같은 의미로 받아들이는 것이 통상적인 해석 방법이고, 대법원 판례에도 부합한다. 그런데 다수의견은 피고인의 개별 발언들에 허위라고 단정할 만한 내용이 없다는 점만을 지나치게 강조하여 피고인의 부인 답변을 적극적·구체적 답변으로 취급하지 않은 것으로 납득할 수 없다.

나) 또한 피고인은 KBS 토론회에서 공소외 6의 질문에 대해 "그런 일 없습니다."라고 부인 답변을 하고, 계속하여 "그거는 어머니를 때리고, 어머니한테 차마 표현할 수 없는 폭언도 하고, 이상한 행동을 많이 했고, 실제로 정신치료를 받은 적도 있는데 계속 심하게 하기 때문에 어머니, 저희 큰형님, 저희 누님, 저희 형님, 제 여동생, 제 남동생, 여기서 진단을 의뢰했던 겁니다. 그런데 저는 그걸 직접 요청할 수 없는 입장이고, 제 관찰 하에 있기 때문에 제가 최종적으로 못하게 했습니다."라고 추가 답변을 하

였다. MBC 토론회에서도 같은 내용으로 발언하였다.

피고인은 공소외 6의 질문에 대하여 단순히 부인하는 답변만을 한 것이 아니라 자신에게 불리한 지시·독촉 사실은 숨기고, 자신에게 유리한 사실만을 덧붙여서 전체적으로 보아 '피고인이 공소외 3에 대한 정신병원 입원 절차에 관여한 사실이 없다'는 의미로 해석될 수밖에 없는 취지로 발언하였다. 이러한 피고인의 발언은 단순한 묵비나 부작위가 아니라 적극적으로 구체적 사실을 들어 해명한 것임이 명백하고, 달리 해석할 여지가 없으며, 그 전체적 취지가 객관적 진실에 반하는 것으로서 '허위사실의 공표'에 해당한다.

다) 피고인의 위 발언이 사실의 공표인지 의견표현인지 여부, 허위인지 진실인지 여부를 결정하기 위해서는 개개의 발언을 구분하여 각각의 의미를 파악해서는 안 되고, 그 발언 전체의 내용, 문제된 말이 사용된 문맥과 선거인이 위 발언을 접하였을 때 받게 되는 인상 등을 종합적으로 고려하여 해석해야 한다.

위와 같은 법리와 판단 기준에 따르면, 피고인의 발언 내용은 '공소외 3이 정신치료를 받은 적도 있는데 이상한 행동이 심해져 어머니와 형제자매들이 공소외 3에 대한 진단을 의뢰하였다. 피고인이 최종적으로 그 절차 진행을 못하게 하였다. 피고인은 공소외 3에 대한 정신병원 입원 절차에 관여하지 않았다'는 것으로 해석하는 것이 일반 선거인들의 상식에 부합하는 합리적 해석이다. 이와 달리 피고인의 발언들을 개별적으로 세분하여 그것들에 허위라고 단정할 만한 내용이 없다는 이유로 일부 사실을 진술하지 않은 것이 '허위사실의 공표'가 아니라고 속단하는 다수의견은 대법원 판례의 확립된 법리에 반하고, 국민의 법감정과도 떨어져 있다.

7) 결론적으로 피고인의 발언은 적극적으로 구체적 사실을 들어 거짓 해명을 한 것

일 뿐만 아니라, 피고인이 부하 직원들에게 공소외 3에 대한 정신병원 입원 절차를 지시하고 독촉한 사실을 숨기거나 은폐함으로써 전체적으로 보아 선거인의 정확한 판단을 흐릴 정도로 의도적으로 사실을 왜곡한 것으로서 '허위사실의 공표'에 해당한다.

가) 공소외 6은 이 사건 토론회에서 직권남용이나 강제입원의 불법성 여부에 대한 의견을 듣기 위하여 피고인에게 질문한 것이 아니라, 피고인이 숨기고 있던 '피고인이 공소외 3에 대한 정신병원 입원 절차에 관여하였다'는 사실을 밝힌 뒤 이를 전제로 그 관여 사실의 불법성을 밝히기 위해 질문하였던 것으로 보인다.

공소외 6은 KBS 토론회에서 계속하여 "2012년 4월에 ○○서울대학교병원에서 ○○보건소에 조울병일 가능성이 높다는 평가의견서 낸 거 알고 있죠?", "그 다음에 2012년 8월에 ○○차병원, ○○보건소에서 공소외 3씨가 자신 및 타인을 해할 위험성이 있다는 진단서를 낸 거 알고 있죠?"라고 질문하였고, 이에 비추어 보아도 공소외 6은 피고인에게 공소외 3에 대한 공소외 2 작성의 평가문건, 공소외 10 작성의 회신서 등을 토대로 이와 관련된 피고인의 구체적 관여 사실에 대하여 질문하고 그에 대한 피고인의 답변을 요구하였다고 볼 수 있다.

따라서 공소외 6이 이 사건 토론회에서 '피고인이 공소외 3에 대한 정신병원 입원 절차에 관여하였다는 사실'에 관하여 충분한 검증을 하지 않은 것이 아니라, 이를 밝히기 위한 공소외 6의 질문에 대하여 피고인이 진실에 반하는 사실을 적극적으로 표명함으로써 공소외 6의 후속 질문을 통한 검증을 사전에 차단하였다고 봄이 타당하다.

나) 앞서 본 것과 같이 공소외 6의 질문은 즉흥적·돌발적인 것이 아니다. 따라서 후보자 토론회에서의 공방과 검증이 즉흥적이라는 전제에서 공소외 6의 질문이 직권남용이나 강제입원의 불법성을 포함하는 것이라고 보기 어렵고, 이에 대한 피고인의 답

변은 객관적 진실에 반하여 '피고인은 공소외 3에 대한 정신병원 입원 절차에 관여하지 않았다'는 사실을 공표한다는 인식을 가지고 행한 발언이라고 보아야 한다.

다) 또한 KBS 토론회에서 "그런 일 없습니다."라는 답변에 이어지는 피고인의 답변이 의견이 아니라 사실에 대한 것인 점, 피고인이 이 사건 토론회에서 발언하면서 '불법'이나 '직권남용'과 같은 평가적 표현을 사용하지 않은 점 등을 고려하면, 피고인 발언의 전체적 내용은 피고인이 공소외 3에 대한 정신병원 입원 절차에 관한 자신의 관여 사실을 적극 부인하는 답변으로서 구체적 사실에 대한 거짓 해명이므로 이는 증명할 수 있는 허위사실의 공표에 해당한다.

라) 공소외 6의 질문은 피고인이 △△시장으로서 행한 행위에 대한 것이므로 피고인의 공직자로서의 공직 적격성, 정직성, 도덕성 등에 관련된 중요 사항에 대한 질문이고, 인신공격적 질문이라고 할 수 없다. 피고인이 이에 대해 진실에 반하는 사실을 진술함으로써 선거인의 정확하고 공정한 판단을 흐리게 하였다고 볼 수 있다.

마) 이 사건 조항의 입법취지에 비추어 볼 때, 이 사건 조항에서 규정하고 있는 '허위사실'과 규정하고 있지 않은 '사실의 왜곡'은 구별되는 개념이지만, '사실의 왜곡'이 '허위사실'의 개념에 포섭될 수 없는 배타적·선택적 관계에 있다고 볼 수 없다. 그렇다면 위 '허위사실'에는 어떤 사실에 관하여 그 일부를 숨기거나 반대로 허위사실을 덧붙이거나 또는 분식, 과장, 윤색하는 등 의도적으로 사실을 왜곡하여 선거인의 정확한 판단을 흐릴 정도로 전체적으로 보아 진실이라고 할 수 없는 사실도 포함된다.

바) 피고인의 지시·독촉 사실이 법률에 의하여 공개의무가 부여되어 있는 사항이 아니고, 피고인의 일부 발언들에 허위라고 단정할 만한 내용이 없더라도 피고인 발언의 전체 내용에 따라 허위사실에 해당하는지 여부를 판단하여야 한다. 따라서 피고인

의 발언도 공소외 3에 대한 정신병원 입원 절차 관여 사실을 확인하기 위한 질문에 대하여 피고인이 자신에게 불리한 지시·독촉 사실을 숨기거나 은폐함으로써 의도적으로 사실을 왜곡하여 선거인의 공정하고 정확한 판단을 그르칠 정도로, 전체적으로 보아 '피고인은 공소외 3에 대한 정신병원 입원 절차에 관여하지 않았다'는 취지의 진실에 반하는 사실을 공표한 경우에 해당한다.

다. 소결

원심이 같은 취지에서 이 사건 공소사실 중 공소외 3에 대한 강제입원 절차 관여 관련 허위사실 공표에 의한 공직선거법 위반의 점을 유죄로 판단한 것은 정당하고, 거기에 이 사건 조항에서 정한 '허위사실의 공표'에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

이와 같이 다수의견에 대한 반대의견을 밝혀둔다.

재판장	대법원장	김명수	_____
	대법관	권순일	_____
	대법관	박상옥	_____
	대법관	이기택	_____
	대법관	김재형	_____

대법관 박정화 _____

대법관 안철상 _____

대법관 민유숙 _____

대법관 이동원 _____

주 심 대법관 노정희 _____

대법관 김상환 _____

대법관 노태약 _____