

# 인터넷상 선거운동과 후보자 비방죄\*

## Election Campaign on Internet and Defamation of Candidates

정신교\*\*

### 차 례

- |                       |                        |
|-----------------------|------------------------|
| I. 서론                 | III. 후보자비방죄에 관한 일반적 고찰 |
| II. 인터넷상 선거운동의 한계와 규제 | IV. 결론                 |

### 국문 요약

인터넷상 선거운동은 사이버공간에서의 신속성, 전파성 등으로 인하여 선거의 당락에 매우 큰 영향력을 줄 수 있다. 문제는 사이버공간에서의 정보의 파급력은 검증되지 않은 사실이 확대 재생산됨으로써 그 피해는 회복할 수 없을 정도라는 점이다. 이에 대해 명예훼손죄와 정보통신망 이용 촉진 및 정보보호에 관한 법률이 규제하고 있다. 특히 SNS를 통한 허위사실의 유포행위는 선거에 있어서 상대 후보를 떨어뜨리기 위한 목적으로 많이 사용되기 때문이다.

문제는 선거운동 중 인터넷상에서의 허위 사실유포행위는 나중에 그 사실이 허위로 밝혀진다고 하더라도 피해자에게는 돌이킬 수 없는 상처를 입히게 된다는 것이다. 인터넷상에서의 허위사실유포행위는 선거 뿐 만 아니라 일상생활에 있어서 개인에 대하여 많은 피해를 낳고 있기 때문에 법률적인 관점에서 다양하게 검토되고 있다.

현실적으로 비방을 당한 후보자들은 이에 대하여 행위자들을 명예훼손죄로 고소하는

사례 또한 늘어나고 있다. 선거에 있어서 후보자에 대한 (허위)비방행위는 정치인을 떠나 개인에 대한 인권보호의 측면에서 보호되어야 할 것이다. 현행법상 진실한 사실적시의 경우에도 형법상 명예훼손죄로 처벌할 수 있다. 이러한 점에서 정치인과 관련한 공적이고 정당한 비판에 대해 이를 수용하지 못하고 억압한다면 헌법상 보장되어 있는 표현의 자유를 심각하게 제약할 수 있다. 즉 표현의 자유에 대한 규제는 헌법상 보장된 기본권의 침해로 연결될 수 있다는 점에서 탄력적인 검토가 고려되어야 할 부분이다.

이러한 범칙기준의 설정을 위해서는 빠르게 변화하는 SNS 환경 속에서 사용자들의 소통 방식을 깊이 있게 이해할 수 있는 조사가 필요하다. 그리고 이를 바탕으로 선거운동의 자유를 남용하는 행위, 기존의 법리들을 연구하여 명확하고 변화하는 환경에 빠르게 대응할 수 있는 탄력성을 유지할 수 있는 방안에 대한 고민 역시 중요하리라 판단된다.

◆ 주제어 : 후보자비방죄, 공직선거법, 사이버명예훼손, 선거운동

\* 이 논문은 2014년 김천대학교 교내연구비지원에 의해 수행됨(과제번호: gc-14048)

\*\* 김천대 경찰행정학과 교수

## I. 서론

정보통신의 발전은 우리의 일상생활에 급격한 변화를 가져왔고 개인은 자신이 원하는 정보를 어디서나 언제든지 문자나 영상으로 주고받을 수 있게 되었다. 특히 SNS의 등장으로 인하여 시간과 공간에 구애됨 없이 실시간으로 자신의 의사를 표현할 수 있게 되었음은 물론이고 이는 선거에 있어서 투표율의 상승과 기존의 정치문화에 많은 변화를 가져오게 되었다. 또한 인터넷상 선거운동은 인터넷공간에서의 신속성, 전파성 등으로 인하여 선거의 당락에 매우 큰 영향력을 줄 수 있게 되었다. 문제는 사이버공간에서의 정보의 파급력은 검증되지 않은 사실이 확대 재생산됨으로써 입는 피해는 회복할 수 없을 정도라는 점이다. 이에 대해 형법상 명예훼손죄와 정보통신망 이용 촉진 및 정보보호에 관한 법률(이하 '정보통신망법'으로 약칭 함)이 규제하고 있다. 특히 선거와 관련하여서는 공직선거법이 규율하고 있다. 특히 사이버공간을 통한 허위사실유포 행위와 후보자비방행위 등은 나중에 그 사실이 허위로 밝혀진다고 하더라도 피해자에게는 회복할 수 없는 상처를 입히게 된다는 것이다.

인터넷상 허위사실유포 행위와 후보자비방행위에 대해 현재 법률적인 관점에서 다양한 논의가 진행되고 있다. 현실적으로 비방을 당한 후보자들은 이에 대하여 자신을 비방하는 사람들을 명예훼손죄로 고소하는 사례 또한 늘어나고 있다. 선거에 있어서 허위비방행위에 대한 고소는 정치인의 명예훼손에 대한 권익보호 측면에 있어서 필요하지만, 진실한 사실적시의 경우에도 형법상 명예훼손죄로 규율하고 있는 현실에서 이러한 현상이 정치인에 대한 공적인 부분에 대한 정당한 비판에 대한 규

제로 인해 표현의 자유를 심각하게 제한할 수 있는 것으로서 헌법상 기본권 침해로 이어질 수 있다는 점에서 문제를 제기할 수 있을 것이다.

이에 본 연구에서는 헌법상 보장된 표현의 자유와 선거의 공정성 확보를 위해서 공직선거법상 허위사실유포행위와 후보자비방행위(이하 '후보자비방죄'로 약칭)의 범위에 대한 해석론의 근거와 합리적인 방안을 제시하고자 한다. 그리고 인터넷상에서의 선거운동에 대한 각국의 규제와 더불어 후보자 비방죄에 대한 구체적인 해석의 방안으로서 객관적 구성요건요소, 주관적 구성요건요소로서의 목적, 제251조 단서의 위법성 조각사유 등을 살펴보고자 한다.

## Ⅱ. 인터넷상 선거운동의 한계와 규제

### 1. 인터넷상 선거운동

#### 1) 인터넷을 통한 정치의사의 확대

공직선거법상 선거운동은 “당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위”로 규정하고 있다(공직선거법 제58조). 1997년 컴퓨터통신을 이용한 선거운동이 규정된 이래, 전자우편을 이용한 선거운동, 인터넷 홈페이지를 이용한 선거운동, SNS를 통한 선거운동 등 다양한 방식의 선거운동이 등장하였다.<sup>1)</sup> 인터넷은 국민의 정치적 의사표현의 확대와 더불어 선거운동의 확장에 지대한 영향을 미치고 있다. 인터넷 매체를 통한 선거운동은 저비용 고효율이라는 새로운 방식에 의한 선거혁명을

1) 임종훈, “인터넷 선거운동과 공직선거법”, 홍익법학, 제8권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2007, 5쪽.

이룩해 놓았다.<sup>2)</sup> 즉 기존의 대중매체와는 달리 일방적인 것이 아닌 다양한 계층의 사람들이 서로 자유로운 의사를 개진하고 정보를 공유하는 방식이다. 이는 일대일의 선거방식과 매스컴이 갖는 단점을 극복할 수 있으며, 비용적인 측면에서도 매우 효과적인 방식이다.

인터넷을 통한 선거운동의 효과를 극대화하기 위해서는 국가의 선거 운동에 대한 규제는 제한적이어야 한다. 이는 현재의 결정에서도 나타났듯이 인터넷의 특성을 국민주권주의의 실현과 민주주의의 강화와 더불어 기회의 균형성, 저비용 고효율이라는 선거운동의 목적에도 부합된다고 평가하면서 인터넷상에서의 정치적 의사표시를 규제하는 것은 관련 선거와 금권선거 등을 막기 위한 공직선거법의 입법목적에 맞지 않다고 하였다.<sup>3)</sup> 따라서 인터넷을 통한 정치적 의사의 표현은 자유로운 상태에서 이루어질 수 있도록 하여야 할 필요성이 있다.

## 2) 인터넷상 선거운동의 한계

공직선거법은 “누구든지 선거일 전 180 일부터 선거에 영향을 미칠 목적으로 정당 또는 후보자를 지지, 추천 또는 반대하는 내용이 담긴 문서, 도화, 인쇄물이나 녹음테이프 기타 이와 유사한 것을 배부, 첨부, 상영 또는 게시할 수 없다”고 규정하고 있다(공직선거법 제93조 제1항). 이에 대해 현재는 “인터넷은 누구나 손쉽게 접근 가능한 매체이고, 이를 이용하는 비용이 거의 발생하지 않거나 또는 적어도 상대적으로 매우 저렴해 선거운동비용을 획기적으로 낮출 수 있는 정치공간으로 평가받

2) 박주민, “인터넷을 통한 선거운동과 공직선거법”, 법학연구, 제15권 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2012, 165쪽 이하.

3) 헌법재판소 2011. 12. 29. 2007헌마1001 결정.

고 있다”며 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 주기 위한 목적으로 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명이 나타나는 문서·도화의 배부·게시 등을 금지하는 공직선거법 제93조 제1항 및 제255조 제2항 제5호 중 제93조 제1항의 각 ‘기타 이와 유사한 것’부분에 ‘정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법’이 포함된다고 해석한다면, 과잉금지원칙에 위배하여 정치적 표현의 자유 내지 선거운동의 자유를 침해한다고 하였다.<sup>4)</sup>

이를 계기로 특정인에 대한 지지와 반대를 목적으로 한 인터넷상의 선거운동이 법정기간 내외를 불문하고 전면적으로 허용되었다는 점에서 의미가 있다. 실제 중앙선관위는 SNS를 통한 선거운동을 전면 허용하였다. 따라서 공직선거법 제250조의 허위사실공표죄 및 제251조 후보비방죄의 의미는 더욱 중요한 기능을 담당하게 되었다. 따라서 인터넷상 선거운동에 있어서 표현의 자유를 침해하지 않고, 동시에 허위사실공표죄와 충돌하지 않는 자유로운 선거운동을 위해 본죄의 검토는 필수적이다.

## 2. 각국의 인터넷상의 선거운동의 규제

### 1) 미국 연방선거운동법(Federal Election Campaign Act)

미국에서의 인터넷상 선거운동은 엄격한 규제가 없다.<sup>5)</sup> 이는 ‘연방선

4) 헌법재판소 2011. 12. 29. 2007헌마1001 결정.

5) 임중훈, 앞의 논문, 12쪽 이하; 강석구·조병인·추형관, “인터넷 불법선거운동의 합리적 규제방안”, 한국형사정책연구원, 연구총서, 2007, 55쪽.

거 운동(federal election activity)'이라는 광범위한 개념을 통해 공직후보자에 대한 지지 및 반대를 허용하고 있기 때문이다. 연방선거위원회(FEC)는 지지하는 후보자에 대한 웹사이트를 공개하고 그 사이트의 선거비용을 보고토록 하여 재정에 관한 투명성을 확보하고 있다.<sup>6)</sup> 이러한 연방선거운동법(FECA)상 '선거활동'은 목적의사를 핵심적 개념요소로 하는 공직선거법의 '선거운동'보다 더 넓은 개념으로 사용되고 있다. 미국의 경우 방송, 위성통신, 신문, 광고시설, 전자우편의 발송, 대량전화(telephone bank)와 같은 수단을 통한 정치 광고를 허용하고 있다(FECA 제431조(section 431.(22)).

이러한 선거운동은 인터넷 및 SNS홍보를 포함하며, 보수가 있는 홍보는 지출과 재정에 대한 보고의무 등의 규제가 있다. 공직후보자가 사용한 비용 중에서 연방선거위원회(FEC)에 재정보고하지 않은 비용은 선거운동에 대한 불법대가의 수령 및 지급 행위가 된다. 연방선거위원회(FEC)는 인터넷 홍보에 대해 대가 지불 여부에 따라 다른 사람의 웹사이트에 비용을 내고 한 게시물은 제재를 하고 있으나, 전자우편, 블로그, SNS 및 무보수의 자발적 행위에 대해서는 규제하고 있지 않다. 종합해보면 대가성 있는 SNS를 통한 정치적 의사표현은 재정규정 위반이다.<sup>7)</sup> 그러나 유권자의 자발적이며 대가없는 선거운동은 허용된다. 허위사실을 SNS로 유포하는 경우 형법상 명예훼손죄나 모욕죄가 성립할 수 있으나 연방선거운동법(FECA)상 가중처벌 규정은 없다.<sup>8)</sup>

6) 이상현, “소셜네트워크서비스가 선거에 미치는 영향과 선거법상 규제”, 형사법의 신동향, 제32호, 대검찰청, 2011, 99쪽 이하.

7) Tamara A. Small, “Regulating Canadian Elections in the Digital Age: Approaches and Concerns”, Election Law Journal, vol. 8, 2009, p. 190.

8) 이 경우 선거범죄로서 5년 이하의 징역 또는 1 만불 이하의 벌금형-병과형도 가능-에 따라 처벌되며(section 9012(e)(2)), 그 불법한 대가의 125% 상당액을

## 2) 독일 연방선거법(Bundeswahlgesetz)

독일의 경우 “독일 연방하원 의원은 직접, 보통, 평등, 자유, 비밀선거에 의해 선출된다”(독일 기본법 제38조 제1항)고 하여 선거에 대해 규정하고 있으며, 동법 제3항은 이에 필요한 사항을 연방 법률로 정하고 있다.<sup>9)10)</sup> 이에 대해 독일연방선거법은 제1조에서 직접, 보통, 평등, 자유, 비밀선거의 원칙을 제도화 하고 있을 뿐 선거에 대한 제한 규정은 없다. 그리고 독일 형법 제4장 헌법기관 및 선거에 관한 죄에 10개 조문과 8개 유형으로 선거범죄에 대하여 규율하고 있다.<sup>11)</sup> 독일의 경우 자유로운 선거운동을 보장하고 있으며, 인터넷상에서의 선거운동도 원칙적으로 허용되고 있다. 독일에서의 인터넷 선거운동의 활성화되어 있지는 않지만 인터넷의 발달로 인하여 현재 정당들의 인터넷 선거운동이 활성화 되어가고 있다.

---

FEC에 지불해야 한다(Nichole Rustin-Paschal, “Online Behavioral Advertising and Deceptive Campaign Tactics: Policy Issues”, Wm.& Mary Bill Rts. J., vol. 19, 2011, p. 916).

- 9) 박주민, 앞의 논문, 175쪽.
- 10) 명예직인 선거구선거위원회 위원과 투표구선거위원회 위원이 중대한 이유 없이 그 직을 거부하거나 충분한 이유 없이 그 직의 의무를 회피하는 경우 최고 500유로의 벌금을 부과할 수 있으며, 투표종료 전에 투표를 마친 투표자의 투표권 행사내용에 관한 여론조사결과를 공개한 자에게 최고 5만유로의 벌금을 부과할 수 있다 (Federal Electoral Law(<http://www.iuscomp.org/gla/statutes/BWG.html>, 2016. 12. 9검색)
- 11) 첫째, 선거방해죄·선거조작죄·선거인에 대한 강요죄는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하고, 선거인에 대한 강요죄는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다. 둘째, 선거인매수죄와 의원매직죄는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. 셋째, 선거비밀침해죄와 선거인에 대한 사기죄는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. 넷째, 선거문서위조죄는 6월 이하의 자유형 또는 180일 이하의 벌금형에 처한다(독일형법 제107조 내지 제108조e: 법무부, 독일형법, 2008, 106-108쪽).

### 3) 캐나다 선거법(Canada Elections Act)

캐나다의 경우 인터넷상 선거운동의 상업성 여부에 따라 규제를 달리 하고 있다. SNS상 개인의 자발적인 무보수의 정치적 의사표현 및 선거 운동은 선거법상 허용된다. 그러나 선거관계자의 대가성 있는, 홈페이지 개설, 광고배너 구매, 전자우편 리스트 구매, 전자우편 대량발송 등은 선거법상 지출비용의 규제 대상이 된다.<sup>12)</sup> 한편, 캐나다 선거위원회는 선거당일 SNS를 통해 투표가 종료되기 전의 투표결과에 대해 타인과의 사소통하는 것을 선거결과의 전달·공표금지 규정(sec.329)을 두고 있다.<sup>13)</sup> 그러나 최근 캐나다 선거관리위원회는 이러한 개인 간 소통 금지가 SNS상 표현의 자유를 심각하게 침해한다는 의견을 나타내기도 하였다. 따라서 이러한 법적 제한을 SNS와 인터넷상 유권자 소통에서는 적용하지 않는다고 하였다.<sup>14)</sup> 오프라인 상에서 이러한 행위는 25,000불이하의 벌금형에 처한다고 규정하고 있다(sec.495(4)(d), 500(4)).

### 4) 일본 공직선거법(公職選舉法)

일본의 경우 인터넷상 선거운동에 대해 매우 엄격한 규제를 하고 있다. 일본 공직선거법은 인터넷을 의미하는 문언은 없다.<sup>15)</sup> 따라서 선거

12) 선거관계자가 선거비용을 고의로 허위신고 한 경우 5년 이하의 징역형 또는 5천불 이하의 벌금형으로 처벌되며 사회봉사, 소속정당, 단체로부터의 탈퇴 또는 소속정당, 단체의 재산분할의 명령도 부가될 수 있다(Canada Elections Act sec.497(3)(f.09),(k),(m),(v) 및 sec.500(5)(b)).

13) <http://www.cbc.ca/news>.

14) Althia Raj, "Canada Election Gag Law To Be Lifted, Allowing Sharing Of Federal Results", Hoff Post Politics Canada, Jan. 13, 2012.

15) 박주민, 앞의 논문, 177쪽.

운동을 위한 대량의 전자우편 발송, 선거를 위한 홈페이지 개설은 공직선거법에 의해 금지된다.<sup>16)</sup> 그러나 선거당사자와 관계없는 정치활동은 허용된다. 즉 일반 국민들의 블로그나 홈페이지를 이용한 정책논쟁, 여론 등은 선거당사자와 직접적인 관계가 없다면 수사기관이 적극적인 단속을 하고 있지 않다.<sup>17)</sup> 이는 한국의 공직선거법상 선거운동과 유사하다.<sup>18)</sup> 즉, 특정 후보자의 당락에 영향을 줄 수 있는 목적성이 있는 행위는 선거운동에 포함된다. 일본의 경우 선거운동에 있어서 광범위하고 엄격한 규제는 현실적인 관행 측면에서 대폭 완화되고 있는 추세이다.

젊은 층의 선거참여를 높이고 선거운동의 활성화를 위해 인터넷 선거운동을 허용하는 것을 골자로 하는 공직선거법의 개정에 대해 일본의회에서 수차례에 걸쳐 제안되고 심의되었으나 아직 본격적인 개정논의는 없다. 이는 SNS와 인터넷을 이용한 선거운동에 대한 기존 정치인들의 반감이 그 원인으로 보인다. 현재 학계와 일부 정치계에서는 선거비용의 감축과 새로운 인물의 정치참여를 유도하기 위한 인터넷 선거운동의 활성화를 추구하고 있는 실정이다.

16) 선거운동 기간 중 인터넷 웹사이트, 블로그, 동영상 및 SNS를 통한 선거운동-팟캐스트 제외(pod cast)-을 하는 것은 후보자나 제3자 모두 금지(제142조와 제143조)되며 이를 위반하면 2년 이하의 금고 또는 5십만원 이하의 벌금으로 처벌된다(제243조). 또, 선거운동 기간 전에는 사전선거운동을 금지하는 규정(제129조)위반으로 1년 이하의 금고 또는 3십만원 이하의 벌금으로 처벌된다(제239조).

17) 강석구·조병인·추형관, 앞의 연구총서, 69쪽.

18) Shoko Kiyohara, "A Discussion toward Adoption of internet Election Campaign in Japan", InfoCom Review vol. 51, 2010, p. 16.

### Ⅲ. 후보자비방죄에 관한 일반적 고찰

#### 1. 표현의 자유와 선거범죄

인터넷의 등장으로 인하여 다양한 방식에 의한 정치적 의사표시가 표출되고 있고 그 양은 실로 가늠할 수 없을 정도이다. 개인의 정치적 의사 표현은 헌법상 보장된 인간의 기본적인 권리에 해당하며 고도의 정보사회에서 각종 매체를 통하여 서로에게 전달되고 있다. 선거는 주권자인 국민의 민의를 나타내는 정치적 표현의 구체적인 형태이다. 선거운동은 우리사회의 발전에 따라 많은 변화를 맞이하고 있다. 현재 SNS를 통한 선거운동이 활발하게 전개되고 있고 그 중요성은 앞으로도 증대되리라고 생각된다.<sup>19)</sup> 문제는 이러한 SNS의 발전에 따른 법제도의 지체는 사회의 역기능을 부각시킬 수 있는 여지를 남기고 있다. 따라서 이러한 문제가 발생되기 전에 법제도적 보완이 필요하고 이에 대한 지속적인 연구가 필요한 시점이다.

선거에서 인터넷을 활용한 명예훼손이나 후보자 비방행위는 그 신속성과 과급력으로 인해 기존의 매체보다 더욱 큰 영향력과 폭발력을 가진다. 따라서 공직선거와 관련하여 인터넷상에서의 선거운동의 자유화와 더불어 문제되는 것은 후보자에 대한 비방행위에 대한 공직선거법상의 해석이 중요한 논의로 부각되고 있다.

19) 차진아, “표현의 자유의 구조와 성격에 관한 연구- 오프라인과 온라인상 실현 방식에 대한 비교를 중심으로-”, 부산법학, 제53권 제3호(통권 73호), 부산대학교 법학연구소, 2012, 4쪽.

## 2. 후보자비방죄, 명예훼손죄, 사이버명예훼손죄의 비교

〈표 1〉 명예훼손죄, 사이버명예훼손죄, 후보자비방죄

구분 \ 법률	명예훼손죄 (형법 제 307조)	사이버명예훼손죄 (정보통신망법제720조)	후보자비방죄 (공직선거법 제251조)
보호법익	개인적 법익	개인적 법익	국가적, 개인적 법익
객관적 구성요건	(허위)사실적시, 공연성	(허위)사실적시, 공연성	사실적시, 공연성, 비방
주관적 구성요건	고의	비방의 목적 고의	당선 또는 낙선되게 할 목적, 고의
위법성 조각사유	진실+공공의 이익		진실+공공의 이익
반의사 불벌죄	○	○	×

후보자비방죄의 보호법익은 명예라는 개인적 측면과 선거의 공정성이라는 공익적 성격을 내포하고 있으며 명예훼손죄와 사이버명예훼손죄<sup>20)</sup>의 보호법익은 개인의 명예이다. 그리고 후보자비방죄는 객관적 구성요건으로 ‘비방’이 요구되나 사이버명예훼손죄는 주관적 구성요건으로 ‘비방’이 목적에 해당한다. 또한 명예훼손죄와 사이버명예훼손죄의 경우에는 진실한 사실과 허위사실의 적시에 있어서 법정형에 차이가 있음에 반해, 후보자비방죄는 법정형에 차이가 없다. 또한 후보자비방죄가 사실적시 명예훼손죄에 비해서 형량이 높은 것은 후보자비방죄가 비방이라는 주관적 구성요건요소가 포함되어 있고, 보호법익에 있어서도 후보자 개인의 명예와 더불어 선거의 공정성이라는 점에서 차이가 있다. 다만 사실적시와 공연성은 세 범죄에서 모두 동일하다.

한편 후보자비방죄는 형법상 출판물에 의한 명예훼손죄(제309조)와도

20) 정신교, “사이버명예훼손의 표현의 한계와 입법론적 개선방안”, 법학연구, 제 46집, 한국법학회, 2012, 291쪽 이하.

다르다. 왜냐하면 출판물에 의한 명예훼손죄는 비방의 목적으로 출판물을 이용하여 타인의 명예를 훼손하는 경우에 성립하기 때문이다. 즉 후보자비방죄는 당선 등의 목적으로 비방하는 행위 그 자체를 처벌하고 있지만, 출판물에 의한 명예훼손죄는 비방의 목적으로 허위사실을 적시하는 경우에 성립한다. 따라서 후보비방죄는 비방이 행위의 태양이지만, 형법상 출판물에 의한 명예훼손죄의 경우에는 '비방'이 주관적 구성요건 요소로 규정되어 있다. 따라서 후보자를 당선여부와 관계없이 단순히 비방할 목적으로 허위사실을 적시한 경우에는 형법상의 출판물에 의한 명예훼손죄 또는 사이버명예훼손죄가 성립한다. 한편 판례는 공직선거법상의 후보자비방죄와 형법상의 명예훼손죄는 상상적 경합관계로 본다.<sup>21)</sup>

### 3. 후보자비방죄의 입법론적 고찰

#### 1) 후보자비방죄의 개념

후보자비방죄가 “당선되거나 당선되지 못하게 할 목적”으로 규정한 이유는 그동안 선거가 후보자의 업무수행 능력과는 무관한 사생활의 무차별적인 폭로였다는 잘못된 역사에 기인한다. 그러나 후보자비방죄는 형법상 명예훼손죄로서 규율할 수 있기 때문에 헌법상 보장된 기본적인 권리를 제한할 가능성이 존재한다. 따라서 형사제재의 명확성과 보충성 그리고 비례성의 관점에서 적절한 제한이 요구된다. 이를 위해 주관적 구성요건 요소인 목적의 범위에 관하여 엄격한 해석이 요구된다.

공직선거에서 후보자에 대한 당선과 낙선운동은 선거의 본질적인 요소라고 볼 수 있다.<sup>22)</sup> 선거운동의 정의에 관하여 공직선거법은 “당선되

21) 1998. 3. 24. 대판 97도2956.

거나 되게 하거나 되지 못하게”라고 규정하고 있다.<sup>23)</sup> 따라서 후보자비방죄는 “당선되거나 되게 하거나 되지 못하게”라는 목적은 사실상 선거운동의 목적이다. 즉 선거운동에서 비방행위는 “당선되거나 되게 하거나 되지 못하게”를 목적으로 하며, 이는 모든 비방행위가 후보자비방죄의 목적에 포섭된다. 그러나 “당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위”라는 공직선거법 제58조 제1항에서의 선거운동의 개념은 문언상 불명확한 요소를 내포하고 있다.<sup>24)</sup> 따라서 제58조 제1항 소정의 선거운동에 대한 구체적 개념설정이 필요하다. 여기서 선거운동이란 특정 후보자의 당선 내지 낙선을 위한 모든 행위로서 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 모든 행위를 말하며 단순히 장래의 선거운동을 위한 선거운동의 준비행위나 통상적인 선거활동과는 구분되어야 한다. 즉, 단순히 그 행위의 목적, 태양, 시기·장소·방법 등을 종합적으로 고려하여 그것이 특정후보자의 당선 또는 낙선을 위한 목적이 있는지 여부를 판단하여야 한다.<sup>25)</sup>

이것이 제251조 후보자비방죄의 성립요소인 목적을 구성하고 있다면 당연히 목적의 충족이 될 수 있을 것이다. 결국 후보자비방죄의 목적인 ‘당선되게 하거나 되지 못하게’도 위와 같은 세부요소의 충족에 따라 결정될 문제이다.

22) 이상현·전홍식, “사이버선거운동의 자유화 및 사이버선거범죄에 대한 공직선거법상 형사제재의 대응: SNS를 중심으로”, 법학연구, 제46집, 한국법학회, 2012, 266쪽.

23) 조해섭, “후보자비방죄의 구성요건인 당선되지 못하게 할 목적과 사실의 적시에 관한 구체적 판단 기준”, 대법원판례해설, 법원도서관, 1997, 694쪽.

24) 헌법재판소 1994. 7. 29, 93헌가4, 93헌가6 결정.

25) 대법원 2009. 5. 28, 선고 2008도11857, 판결; 대법원 2005. 10. 14, 선고 2005도301 판결.

## 2) 구성요건

### (1) 초과 주관적 구성요건요소

후보자에 대한 비방의 목적이 인정되기 위해서는 단순한 미필적 인식으로는 부족하고 비방의 목적인식과 의욕이 필요하다. 목적범에 있어서 목적은 객관적 구성요건 요소를 초과하는 주관적 구성요건요소이므로 '초과된 내적의사를 가진 범죄이다. 후보비방죄에서 비방행위의 고의가 인정되기 위해서는 "당선되게 하거나 되지 못하게 할" 목적이 존재하는 것으로 추정하는 것은 구성요건상 목적범의 의미를 잘못 해석하는 것일 뿐만 아니라 무죄추정 원칙과 거증책임원칙에도 반한다.<sup>26)</sup> 따라서 '당선되게 하거나 되지 못하게 할 목적'의 해석에 있어서 확정적이고 적극적인 인식이 아니라 미필적 인식으로도 가능하다는 것은 목적의 범위가 과도하게 확장될 가능성이 있기 때문이다.<sup>27)</sup>

한편 후보자비방죄는 목적의 판단에 있어서 법원은 피고인의 자백이 있는 경우라도 그 임의성여부에 대해 구속되지 않음은 물론이고, 결국 자백의 내용, 자백의 동기 등 기타 여러 사정을 고려하여 논리와 경험법칙에 의해 판단하여야 한다.<sup>28)</sup> 결국 후보자비방죄의 주관적 구성요건표지는 실체법적으로는 그 인식의 정도와 목표의 세부적인 요소 등에 의해서 판단해야 하며, 절차법적으로는 무죄추정의 원칙과 거증책임의 법리 등에 의해서 범위를 정해야 할 것이다.

26) Günter Jakobs, Strafrecht AT, 1993, S. 266.

27) 대법원 2011. 3. 10, 선고 2011도168 판결.

28) 조해섭, 앞의 논문 696쪽.

## (2) 객관적 구성요건 요소

### ① 공연성

후보자비방죄는 공연히 사실을 적시해야 성립한다. 이때 공연성은 후보자비방죄의 확대를 제한하는 요건이다.<sup>29)</sup> 이때의 공연성은 명예훼손죄의 공연성과 동일한 의미이다.<sup>30)</sup> 즉 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미한다. 우리 판례는 공연성이 없더라도 전파가능성이 있는 경우 공연성을 인정한다. 즉 전파가능성의 기준을 대화자 간의 친분이나 전달의 방법 등을 종합적으로 판단하여 고려하고 있으며, 비록 한 사람에게 공개되지 않은 장소에서 전달하더라도 전파가능성이 있다면 공연성을 인정하고 있다.<sup>31)</sup> 따라서 인터넷상의 비공개 대화방에서의 사실의 적시도 공연성이 있다. 이 같은 전파성이론은 전파가능성이 있으면 공연성이 인정되며 전파가능성을 곧 공연성으로 보는 것은 과도한 형벌의 확대로 볼 수 있다. 또한 전파성이론에 의하면 공연성이라는 규범적 구성요건과 후보자에 대한 비방의 성립여부가 상대방의 전파의지에 따라 성립여부가 결정되며, 더욱이 전파성이론은 공연성의 의미를 무의미하게 하여 표현의 자유를 지나치게 제한하는 결론을 초래하고 있다.<sup>32)</sup> 따라서 후보자비방죄에서의 공연성은 전파성이론 보다는 불특정 또는 다수인의 직접적인 인식가능성을 바탕으로 공연성을 판단하는 것이 바람직하다고 본다.

29) 이재상, 형법각론, 제8판, 박영사, 2014, 202쪽.

30) 김성돈, 형법각론, 제2판, 성균관대학교 출판부 2015, 187쪽.

31) 1996. 7. 12, 대판 96도1007.

32) 이재상, 앞의 책, 203쪽; 임웅, 형법각론, 법문사, 2016, 194쪽; 정영일, 형법각론, 법문사, 2015, 178쪽.

## ② 사실의 적시

후보자비방죄와 허위사실공표죄에서 말하는 '사실의 적시'란 후보자에 대한 평가를 내용으로 하는 의견표명에 대치되는 개념으로서 구체적인 과거 또는 현재의 사실관계의 적시를 의미한다. 적시되는 사실은 정밀하게 특정되지 않아도 되나 어느 정도의 구체성은 필요하다. 적시는 단정적이 않아도 되며 암시적인 표현으로도 가능하다.<sup>33)</sup> 따라서 비방의 내용이 의견표명에 해당하는 경우에는 후보자비방죄의 객관적 구성요건해당성이 부정된다. 표현의 자유는 의견의 자유로운 개진을 전제로 한다. 개인의 자유로운 의견표명은 근대시민혁명의 중심이며, 이 혁명에 의해 정립되고 진화한 자유민주주의의 핵심요소이다. 즉 의견표명의 자유는 개인의 근본적 권리요소이다. 따라서 의견 제시는 헌법상 보장된 권리로서 널리 보호됨에 반하여, 의견표명의 대립개념으로서 설정된 사실주장은 원칙적으로 표현의 자유권적 기본권에 포함되나 상당한 제약을 받는 것도 현실이다.<sup>34)</sup> 따라서 사실과 의견은 매우 중요한 구별개념으로 등장한다.

일반적으로 사실이란 객관적 기준에 의하여 진실 또는 거짓이 증명될 수 있는 것을 가리킨다.<sup>35)</sup> 그러나 의견은 이러한 사실과는 달리 어떤 사람이 진실하거나 진실이 아니라고 믿는 것에 대해 객관적인 기준에 의해서 판단될 수 없는 진술을 말한다. 진술이 사실인가 또는 의견인가에 대해 언어의 의미, 입증가능성, 전체적인 문장의 문맥, 그 표현이 사용된 사회적 정황 등을 고려하여 판단하여야 한다.<sup>36)</sup> 그러나 사실의 적

33) 이재상, 앞의 책, 205쪽.

34) 신평, 명예훼손법, 청림출판, 2004, 277쪽.

35) 권오걸, "후보자비방에 관한 연구", 법학연구, 제49집, 한국법학회, 2013, 172쪽.

시가 특정인에 대한 사회의 외적평가가 침해될 가능성이 있을 정도의 구체적 사실을 요건으로 한다고 하더라도 그 구체적 사실이 상세한 특징을 요하는 것은 아니므로, 실제로 사실과 의견이 다양하게 게재 되어 있거나 언어적 표현으로 구사된 경우에는 양자의 구별은 쉽지 않고 그 한계가 명확하지 않다.<sup>37)</sup>

이 같이 사실과 의견의 구별의 어려움은 입증가능성이 높은 표현도 그것이 기본적인 사실에 일정한 가공이 있는 경우 기본사실에 포함된 가공사실로 인하여 이 사실이 의견인지 사실인지 구분하기 어려운 경우가 있다. 또 행위자가 일정한 의도를 가지고 일상적인 순수한 사실의 적시 혹은 순수한 의견표명을 한 경우 다양한 의미를 내포하는 경우에는 양자를 구별하기는 어렵다. 더욱이 의견을 제시하면서 사실을 적시하는 표현의 경우도 많다.<sup>38)</sup> 이러한 점에서 후보자비방죄의 적용에 있어서 사실의 범위를 확대하여 판단하게 되는 경우에는 표현의 자유에 대한 침해로 될 수 있기 때문에 피고인에게 불리한 해석이 된다.

여기서 '사실'은 과거의 나쁜 행적뿐만 아니라 성격·지식·건강·외모·능력·혈통·가족관계·생활태도 등 일반적으로 사람의 사회적 평가를 저하시킬 사실이면 족하다. 그러나 적시된 사실이 후보자비방죄가 성립하기 위해서는 후보자 또는 그 가족의 사회적 평가를 저하시킬 가능성이 있을 정도의 구체적이어야 한다.<sup>39)</sup> 구체성의 요구는 비록 적시한 사실이 후보자의 사회적 가치 내지 평가를 침해할 수 있는 내용이 아니라면 후보자비방죄는 성립하지 않는다.<sup>40)</sup> 여기에 후보자비방죄의

36) 2007.3.15. 대판 2006도8368.

37) 조해섭, 앞의 논문, 690쪽.

38) 신평, 앞의 책, 278쪽.

39) 임응, 앞의 책 234쪽.

범위를 제한할 수 있는 해석론적 범위를 파악할 수 있는 단서가 있다.

언론매체의 기사 중에 특정인의 사회적 가치나 평가를 저하시키기에 충분한 구체적인 사실의 적시를 인정하기 위해서는 직접적인 표현은 물론이고 간접적인 방법에 의하더라도 그 표현이 전체적인 맥락에서 파악해야 하고 또 이로써 특정인의 사회적 평가가 훼손되는 등의 구체성이 있거나<sup>41)</sup> 적어도 기사의 내용 중에서 특정 문구가 내포하는 의미를 해석할 경우 곧바로 유추될 수 있을 정도의 표현은 있어야 한다.<sup>42)</sup>

### ③ 비방

후보자비방죄는 구체적 사실을 적시하여 후보자를 비방하는 것이다. 이때 '비방'이라 함은 정당한 이유 없이 상대방을 헐뜯거나 상대방을 깎아내리는 행위를 의미한다.<sup>43)</sup> 문제는 이 경우 비방의 목적이 있어야 하는가에 있다. 즉 비방의 목적을 가진 모든 행위가 비방에 해당하는가의 문제가 대두된다. 사이버명예훼손죄는 비방이 주관적 구성요건요소임에 비하여, 후보자비방죄의 비방은 객관적 구성요건요소에 해당한다.<sup>44)</sup> 따라서 비방의 목적이 객관적 구성요건요소로서의 비방을 판단할 때 어떻게 해석되어야 하는가의 문제가 대두된다. 앞서서도 언급했듯이 후보자비방죄에 있어서의 비방은 객관적 구성요건요소이다. 따라서 행위자는 자신의 행위가 비방에 해당한다는 인식이 필요하며, 행위자의 내심에 비방의 목적이 없는 경우 비방행위에 해당하지 않는다.

40) 2007. 10. 26. 대판 2006도5924.

41) 2009. 7. 23. 대판 2008다18925.

42) 2005. 3. 32. 대판 2004도8073.

43) 2009. 6. 25. 대판 2009도1936.

44) 권오걸, 앞의 논문, 175쪽.

한편 공직선거법 제110조는 '누구든지 선거운동을 위해 후보자 등의 출생지·신분·직업·경력·재산·인격·행위·소속단체 등에 관해 허위사실을 공표할 수 없으며, 공연히 사실을 적시해 사생활을 비방할 수 없다'고 규정하고 있다. 동법 제251조는 '공연히 사실을 적시하여 후보자 등을 비방하는 경우에 성립하기 때문에 '비방'의 범위를 사생활의 비방에 한정하지 않아 처벌규정이 금지규정의 범위를 넓게 해석하여 처벌범위를 확장하고 있다. 이에 따라 비방의 범위 안에 사생활뿐만 아니라 공적활동도 포함되는 지의 여부가 문제로 대두된다.

이에 대해 판례는 "연설내용이 경쟁 후보자의 정치적 활동에 관한 것이라고 하더라도 그 표현방법이나 내용에 비추어 보면 상대방의 정치역량을 객관적으로 언급한 것이 아니라 이를 인격적으로 비하하는 취지라면 공직선거법 제251조의 비방에 해당한다고 보는 것이 상당하다"며 정책 및 공약 등의 공적 활동에 대한 비판도 인격적으로 비하한다고 판단되면 비방에 해당한다고 보아 비방의 범위를 넓게 해석하고 있다.<sup>45)</sup> 그러나 공적활동에 대한 부분도 비방의 대상에 포함시킨다면 비방의 범위가 지나치게 확장되어 선거활동을 매우 엄격히 제한할 우려가 있는 동시에 헌법상 보장된 표현의 자유라는 기본적 권리가 침해될 수 있다. 따라서 공적활동이 아닌 사생활에 대한 비방과 같은 수준에 이른 경우에만 비방의 대상에 포함시켜야 할 것이다. 최근 하급심 판결에서도 후보자의 정치활동에 대한 사실의 적시가 사생활의 비방에 가까울 정도로 인격적 가치를 훼손한 경우에만 후보자비방죄로 처벌할 수 있다고 보았다.<sup>46)</sup> 이것은 후보자의 선거운동의 자유와 근본적으로는 국민의 선거권

45) 1998. 3. 23. 대판 96도1741.

46) 법률신문 2009. 7. 22.

을 보다 폭넓게 인정하고자 하는 의도로 보인다.

#### (4) 위법성 조각사유

##### ① 의의

후보자비방행위가 있더라도 그 행위가 진실한 사실로서 공공의 이익에 부합할 때에는 처벌하지 아니한다(공직선거법 제251조 단서). 이는 선거운동에서 합리적 해석을 통하여 가장 실질적으로 적용 가능한 규정이다. 사실의 적시가 위법성을 조각하기 위해서는 첫째 전체적인 내용이 진실에 부합할 것, 둘째 적시한 내용이 객관적인 평가에서 공공의 이익에 부합할 것, 셋째 행위자가 공익을 위한 사실을 적시한다는 주관적 동기를 가지고 있을 것<sup>47)</sup> 등이다. 이 규정은 형법 제310조의 위법성조각사유와는 약간 다른 차원에서 접근해야 한다. 즉 개인의 명예의 보호와 헌법상 보장된 권리(표현의 자유 및 공공의 이익)의 이익교량을 비교해야 하는 규정이다. 이 경우 이익교량에 있어서 우월한 가치의 비교는 현저히 중하여야만 인정되는 것이 아니라 일반적인 우월성만으로도 비교 가능하다<sup>48)</sup>

##### ② 진실과 공공의 이익

후보자에 대해 허위사실을 적시한 경우 공공의 이익을 위한 경우에는 위법성이 조각되지 아니한다. 이 경우 '진실한 사실'이란 세부적인 사실에서 다소 과장이 있거나 진실과 일치하지 않는 부분이 있더라도 중요

47) 2011. 3. 10, 대판 2011도168.

48) 1996. 6. 28, 대판 96도977.

한 부분이 일치하거나 전체적으로 객관적 사실과 일치하다면 진실한 사실로 보아야 할 것이다.<sup>49)</sup> 그리고 적시된 사실이 공공의 이익에 관한 것이어야 한다. 형법 제310조의 경우 오로지 공익을 위한 것임을 요한다. 공공의 이익은 국가·사회 기타 다수의 이익을 의미한다. 객관적으로는 공공의 이익이 되는 것이어야 하고 주관적으로 공공의 이익을 위한 의사(주관적 정당화요소)로 행해져야 한다.

여기서 “오로지”는 ‘주로’로 해석되고 있다.<sup>50)</sup> 따라서 주된 목적이 공공의 이익이고 부수적으로 개인적 동기가 포함되어 있다고 하더라도 위법성이 조각될 수 있다. 이는 개인의 명예를 보호하기 위해서 진실한 사실을 적시한 경우에도 예외적으로 공공성이 있는 경우에만 위법성이 조각된다는 의미이다. 그러나 공직선거법상 위법성조각사유는 형법 제310조와 달리 “오로지”라는 요건은 없다. 이는 공공의 이익이외도 위법성을 조각하는 사유가 존재한다는 의미로 해석할 수 있다. 이 경우 공공의 이익이 적어도 주된 동기가 되어야 하고 부차적으로 사익이 포함되는 경우에도 위법성이 조각되는 것으로 해석할 수 있으므로 적어도 공공의 이익이 사적 이익보다 우월한 경우에만 위법성이 조각된다.<sup>51)</sup> 그러나 이 같은 해석은 선거운동에서 후보자에 대한 다양한 정보제공을 할 수 있게 하고 공직자로서의 유능하고 적합한 인물을 선출할 수 있도록 기여하자는 반성적 고려에서 제251조 단서는 “오로지”라는 단어를 삭제한 것이다.

따라서 후보자비방죄에 있어서 제251조 위법성조각사유는 진실한 사실의 적시가 공공의 이익이 존재하면 인정된다. 그리고 이 때 공공의 이

49) 2002. 9. 24, 대판 2002도3570 ; 2001. 10. 9, 대판 2001도3594.

50) 임웅, 앞의 책, 238쪽; 김성돈, 앞의 책, 392쪽.

51) 1996. 6. 28, 대판 96도977.

익이 사적 이익보다 우월한 동기가 아니더라도 양자가 동시에 존재하고 거기에 상당성이 있다면 인정된다고 보아야 한다. 여기서 공익의 개념은 매우 다양한 의미를 내포하고 있으며 또한 상당히 정치적일 수 있다. 루소(Rousseau)는 공익은 모든 사람이 공동으로 갖는 이익이며, 공익의 출발점은 일반의사에 의해 시작된다고 보았다.<sup>52)</sup> 리프만(Lippmann)은 '공익은 이성적 사고와 통찰력으로 보아선택하게 될 무엇'이라고 정의하였다.<sup>53)</sup> 따라서 후보자에 대한 사실적시의 공익성 판단여부는 적시한 사실의 내용, 공표된 상대방의 범위, 피해자가 공적인물인지 사적인물인지의 여부, 적시한 사실이 객관적으로 공공성, 사회성에 관한 여론형성에 기여하는 내용인지 아니면 순수한 사적 영역인지의 여부, 적시된 사실로 인해 후보자의 명예 침해의 정도 등 제반 사정을 고려해야 한다.

#### 4) 공정한 논평의 항변이론과 현실적 악의이론

##### (1) 공정한 논평의 항변이론

선거운동에 대해 제약이 거의 없는 미국의 경우 후보자비방죄에 대하여 공정한 논평의 항변이론이 있다. 이는 공익에 관한 사항에 관하여 발표하는 공정한 논평에 대해서는 위법성이 조각된다는 것이다.<sup>54)</sup> 이는 건전하고 공정한 사회의 발전을 위한 자유로운 논평은 반드시 필요하다는 관점에서 출발한다. 이 이론은 적시한 사실의 공정성을 판단할 경우에 적용한다. 예컨대 아래의 경우에는 공정성이 없는 것으로 본다.<sup>55)</sup> 즉

52) V. 헬드 저/ 강형기·이상룡 공역, 公益과 私益, 박영사, 1986, 105쪽.

53) Walter Lipmann, The Public Philosophy, N.Y: Mentor, 1956, p. 40.

54) 권오걸, 앞의 논문, 179쪽.

55) 신평, 앞의 책, 157쪽.

- ① 적시한 사실이 거짓인 경우, ② 적시한 사실이 진실하다고 하더라도 그 논평을 뒷받침하는 것이 거짓인 경우, ③ 논평이 적시한 사실에서 검토할 경우 현실적인 기반이 없을 때, ④ 논평이 과도하거나 과장되어 공정성을 결한 때, ⑤ 논평이 행위자의 의사의 불성실한 의사표현인 경우, ⑥ 행위자가 악의를 가지고 논평한 경우 등이다.

## (2) 현실적 악의이론

후보자비방죄는 국가적 법익과 개인적 법익에 대한 보호규범으로서의 성격을 가지고 있다. 브레만(Brennan) 미국 연방대법원 판사에 의해서 제시된 현실적 악의이론은 공적논의에 대한 토론은 제약 없이 논의되어야 하며, 공직자나 공직후보자에 대해 때로는 세밀하고 날카로운 질문과 의혹을 제기할 수 있다는 가정하에 공직자 등에 대한 공격행위가 명예훼손으로 인한 손해배상책임을 묻기 위해서는 그 표현이 현실적 악의(the actual malice)에 의해 무분별하게 전개되었다는 명백한 증거가 있어야 인정될 수 있다고 판시하였다.<sup>56)</sup> ‘현실적 악의이론’은 피고에게 진실에 대한 증명을 요구하는 것이 아니라 명예훼손을 주장하는 자가 거짓에 대한 입증책임을 지게 함으로써 공적 인물에 대한 명예훼손의 인정범위를 축소시켰으며, 헌법적 제한을 가하여 공적인물에 대한 공적논의에 대한 문제제기에 있어 언론의 자유를 확대시켜 엄격책임원칙을 근본적으로 수정하였다.<sup>57)</sup>

56) New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254(1964)

57) 김진, “公的인 人物에 대한 名譽毀損에 관한 고찰 - 새로운 모색을 위한 제언 -”, 형사법의 신동향, 제36호, 대검찰청, 2012. 9, 284쪽.

### (3) 소결

우리 판례는 후보자비방행위에 대해 위법성조각사유의 입증책임을 명예훼손을 한 방송 등 언론매체에 있다고 보아 명예훼손행위가 현실적인 악의에 기한 것임으로 피해자 측에서 증명하는 것이 아니라고 보아 현실적 악의이론의 채용을 거부하고 있다.<sup>58)</sup> 그러나 공직자의 정책결정과 공무수행과 관련된 사항을 주된 내용으로 하는 언론보도로 인하여 공직자에 대한 사회적 평가의 하락을 이끌어 낼 수 있다고 하더라도 언론에 의한 공표내용이 공직자 개인에 대하여 심각하게 악의적이거나 인신공격성으로 인하여 현저히 상당성을 잃은 것으로 평가되지 않는다면 언론의 보도로 인하여 공직자 개인에 대한 명예훼손이 될 수 없다고 보아야 할 것이다. 생각건대 공직자 또는 공직선거후보자는 사실상 공적인 인물에 포함된다. 따라서 후보자를 비방하는 내용이 후보자의 공적행위에 관련된 경우에는 현실적 악의성과 인신공격성이 있는 경우를 제외하고는 위법성을 부정하는 것을 검토할 필요가 있다.

## IV. 결 론

선거운동의 자유로운 보장은 헌법상 보장된 권리이며 이에 대한 규제는 필요 최소한에 그쳐야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 현행법상의 선거운동은 자유보다는 규제가 우선적으로 고려되기 때문에 주권자의 적극적인 참여와 운동은 소극적일 수밖에 없다. 고도의 정보사회의 등장으로 인하여 선거운동에 있어서도 많은 변화를 가져오고 있다. 선거운동의 저변확대와 편익이 증대되었으나 이에 대한 부작용도 증가하고 있는 추

58) 1998. 5. 8, 대판 97다34563.

세이다. 특히 인터넷상에서의 선거운동과 관련하여 허위사실의 공표와 후보자비방행위는 선거결과를 왜곡하고 민의가 제대로 반영되지 못하는 결과로 말미암아 그 피해는 우리사회의 재난으로 나타날 것이다. 후보자 비방죄에 대한 규제는 선거과정에서 나타나는 흑색·비방선전을 억제하여 올바른 선거문화를 정착시키고자 하는 규범이다. 그러나 후보자에 대한 정당한 비판은 물론 다소 과장된 표현이나 전체적인 맥락에서 비판으로서 인정할 수 있는 부분까지 비방으로 간주하게 된다면 우리 일반 시민이 향유해야 할 헌법상의 권리인 표현의 자유가 심각한 침해를 받게 될 것이다. 이러한 점에서 선거의 공정성의 관점에서 후보자의 공적 활동에 대한 사실의 적시부분에 대해 구체적인 방향을 제시하고 비방의 범위에 대한 해석에 대해 공적활동의 부분에 대해서는 그 범위를 다소 축소함으로써 후보자의 선거운동의 자유를 보다 폭넓게 보장해주어야 한다고 본다.

〈논문 접수 : 2016. 11. 13, 심사 개시 : 2016. 11. 17, 게재 확정 : 2016. 12. 20〉

## 참 고 문 헌

### I. 국내문헌

#### 1. 단행본

김성돈, 형법각론, 제2판, 성균관대학교 출판부, 2015.

신 평, 명예훼손법, 청림출판, 2004.

이재상, 형법각론, 제8판, 박영사, 2014.

임 응, 형법각론, 제7정판, 법문사, 2016.

정영일, 형법각론, 법문사, 2015.

V. 헬드 저 / 강형기 · 이상룡 공역, 公益과 私益, 박영사, 1986.

법무부, 독일형법, 2008.

법률신문 2009. 7. 22.

#### 2. 논문

강석구 · 조병인 · 추형관, “인터넷 불법선거운동의 합리적 규제방안”, 한국형사정책연구원, 연구총서, 2007.

권오걸, “후보자비방에 관한 연구”, 법학연구, 제49집, 한국법학회, 2013.

김 진, “公的인 人物에 대한 名譽毀損 에 관한 고찰 - 새로운 모색을 위한 제언 -”, 형사법의 신동향, 제36호, 대검찰청, 2012.

박주민, “인터넷을 통한 서거운동과 공직선거법”, 법학연구, 제15권 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2012.

- 이상현, “소셜네트워크서비스가 선거에 미치는 영향과 선거법상 규제”, 형사법의 신동향, 제32호, 대검찰청, 2011.
- 이상현 · 전홍식, “사이버선거운동의 자유화 및 사이버선거범죄에 대한 공직선거법상 형사제재의 대응: SNS를 중심으로”, 법학연구, 제46집, 한국법학회, 2012.
- 임중훈, “인터넷 선거운동과 공직선거법”, 홍익법학, 제8권 제2호, 홍익대학교법학연구소, 2007.
- 정신교, “사이버 명예훼손의 표현의 한계와 입법론적 개선방안”, 법학연구, 제46집, 한국법학회, 2012.
- 조해섭, “후보자비방죄의 구성요건인 당선되지 못하게 할 목적과 사실의 적시에 관한 구체적 판단 기준”, 대법원판례해설, 법원도서관, 1997.
- 차진아, “표현의 자유의 구조와 성격에 관한 연구- 오프라인과 온라인상 실현방식에 대한 비교를 중심으로-”, 부산법학, 제53권 제3호(통권 73호), 부산대학교 법학연구소, 2012.

## II. 외국 문헌

- Althia Raj, “Canada Election Gag Law To Be Lifted, Allowing Sharing Of Federal Results”, *Hoff Post Politics Canada*, Jan. 13, 2012.
- Günter Jakobs, *Strafrecht AT*, 1993.
- Tamara A. Small, “Regulating Canadian Elections in the Digital Age: Approaches and Concerns”, *Election Law Journal*, vol. 8, 2009.
- Nichole Rustin-Paschal, “Online Behavioral Advertising and Deceptive

Campaign Tactics: Policy Issues”, Wm. & Mary Bill Rts. J.,  
vol. 19, 2011.

Walter Lipmann, *The Public Philosophy*, N.Y: Mentor, 1956.

New York Times Co. v. Sullivan, 376 U. S. 254(1964)

< ABSTRACT >

## Election Campaign on Internet and Defamation of Candidates

Jeong, Shin-Kyo

Public announcement and defamation of false candidates on the Internet will distort the outcome of the election and the damage will be returned to the responsibility of the whole society as a result of the failure of the public to reflect properly. Candidate slander is a norm that aims to establish a correct election culture by restraining the black and slanderous propaganda that emerges during the election process. However,

If we regard the legitimate criticism of the candidate as well as the somewhat exaggerated expression or the part that can be recognized as a criticism in the whole context, the constitutional right that our citizen should enjoy is seriously infringed.

In this respect, the specific direction of the facts about the public activity of the candidate in terms of the fairness of the election is presented, and the interpretation of the scope of the defamation is narrowed somewhat to the extent of the public activity, I think it should be more broadly guaranteed.

◆ Key Words : Defamation of Candidates, Public Election Law, Cyber Defamation, Election Campaign

