

지방교육자치에관한법률위반

[서울고등법원 2015. 9. 4. 2015노1385]



【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】 피고인, 검사

【검 사】 최행관(기소 및 공판), 이현철, 박진원, 이찬규(공판)

【변 호 인】 변호사 민병훈 외 5인

【원심판결】 서울중앙지방법원 2015. 4. 23. 선고 2014고합1415 판결

【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인에 대한 형의 선고를 유예한다.

이 사건 공소사실 중 2014. 5. 25. 국회 정론관 기자회견에서의 허위사실공표로 인한 지방교육자치에 관한 법률 위반의 점은 무죄.

피고인에 대한 판결 중 무죄 부분의 요지를 공시한다.

【이유】

】1. 항소 이유의 요지

가. 사실오인 및 법리오해(피고인)

1) 피고인은 "공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다"는 사실을 공표한 것이 아니다.

피고인은 "공소외 1이 미국 영주권을 보유한 적이 있다"거나 "공소외 1이 미국 영주권을 현재 보유하고 있다"는 사실을 단정하거나 이를 암시하여 공표한 것이 아니라, 미국 영주권 보유 의혹이 제기되고 있다는 사실 또는 영주권 보유 의혹이 있다는 사실을 지적하면서 공소외 1에게 제기된 의혹에 대한 해명을 요구하고, 해명함에 있어서 객관적인 자료의 제시를 요구한 것이며, 이는 표현이나 문맥상 분명하다.

그리고 검사로서는 마땅히 피고인이 공표한 내용 중 무엇이 공직선거법 제250조 제2항의 '허위사실'에 해당하는지를 특정하여야 하는데, 검사는 피고인이 공표한 허위사실이 무엇인지 특정하지도 않았다.

그럼에도 원심은, 피고인이 '공소외 1이 미국 근무 당시 미국 영주권을 취득하여 2014. 5. 25.까지 이를 보유하고 있다'는 사실과 '공소외 1이 공천탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실을 암시하여 공표하였다고 판단하였다.

따라서 원심판결에는 허위사실공표죄에서의 '공표사실 특정'에 관한 법리오해 및 사실오인의 위법이 있다.

2) 피고인의 '해명 및 객관적 자료제시 요구'는 '허위사실의 공표'에 해당하지 않는다.

피고인의 공소외 1에 대한 이 사건 해명요구와 객관적인 소명자료의 제시요구는 선거 과정에서 당연히 예정되어 있는 경쟁 후보자들 상호 간의 비판과 공직적격 검증에 해당하므로 공직선거법상 허용되는 적법한 선거운동의 범주에

속한다.

그럼에도 원심은, 피고인의 공소외 1에 대한 미국 영주권 보유 의혹에 대한 해명 요구를 '허위사실의 공표'에 해당한다고 보았는바, 이러한 원심판결에는 공직적격 검증을 위한 언론 및 선거운동의 자유와 낙선 목적 허위사실공표죄의 관계에 대한 법리를 오해하고 사실을 오인한 위법이 있다.

3) 피고인은 공표사실이 허위임을 인식하지 못하였고, 오히려 영주권 보유 의혹이 진실인 것으로 믿을 만한 상당한 이유가 있었다.

피고인에게는 해명 요구 당시 피고인이 공표한 사실이 허위라는 점에 관한 인식이 없었고, 오히려 그러한 의혹이 진실인 것으로 믿을 만한 상당한 이유가 있었다.

그럼에도 원심은, "피고인에게 미필적 고의를 인정할 수 있고, 피고인이 제시한 소명자료에 의하더라도 그러한 의혹이 진실인 것으로 믿을 만한 상당한 이유가 있다고도 인정되지 않는다"고 판단하였는바, 원심판결에는 허위사실 공표죄에서의 미필적 고의, 의혹이 진실인 것으로 믿을 만한 상당한 이유에 관한 법리오해 및 사실오인의 위법이 있다.

4) 피고인은 '공소외 1을 당선되지 못하게 할 목적'으로 해명 요구를 한 것이 아니다.

피고인은 공직적격 검증목적에서 의혹에 대한 해명을 요구하고 객관적인 자료제시를 요구한 것이므로 공소외 1을 당선되지 못하도록 할 목적에서 해명요구 등을 하였다고 사실인정을 하는 것은 부당하다.

상대 후보에게 제기된 의혹의 해명을 요구하고, 상대 후보가 이에 대하여 해명을 하는 일련의 과정을 통하여 의혹을 받는 후보에게 불리한 여론이 형성되더라도 그것은 선거의 특성상 일정 부분 수용할 수밖에 없으며, 그러한 결과가 발생할 우려가 있다고 하여 곧바로 의혹을 제기하는 사람에게 상대 후보에 대한 '낙선 목적'이 있다고 인정할 수는 없다.

그럼에도 원심은, "피고인에게 공소외 1이 당선되지 못하도록 할 목적이 있었다"고 판단하였는바, 원심판결에는 허위사실공표죄에서의 당선되지 못하게 할 목적에 관한 법리오해 및 사실오인의 위법이 있다.

나. 양형부당(피고인, 검사)

원심의 양형(벌금 500만 원)은 너무 무거워서 부당하다(피고인). 반대로 원심의 양형은 너무 가벼워서 부당하다(검사).

2. 기본적인 사실관계 및 주요 쟁점

가. 기본적인 사실관계

1) 주요 등장인물

- ① 피고인은 2014. 6. 4. 제6회 전국동시지방선거에서 서울특별시 교육감으로 당선된 사람이고, 공소외 1은 위 선거에 서울특별시 교육감 후보자로 출마한 사람이다.
- ② 공소외 5와 공소외 3은 피고인 선거사무소의 공보담당자들로서 이 사건 2014. 5. 25.자 보도자료 및 2014. 5. 26.자 답신 글을 작성한 사람들이며, 공소외 7은 피고인 선거사무소의 선거대책본부위원장이었다.
- ③ 공소외 2는 ▽▽▽ 기자로 일하다가 2013년 3월경 사직한 후 인터넷 언론사인 '○○○○'의 기자로 활동 중인 사람이다.

④ 공소외 8은 ▽▽▽ PD였다가 2001년 3월경부터 2005년 3월경까지 ◁◁◁TV의 전신인 ▷▷TV의 대표이사를 역임한 사람으로 공소외 1과 1999년부터 알고 지내오던 공소외 1의 지인이다.

2) 공소외 2의 트윗 글 게시 등

① 2014. 5. 23.(금) 19:39경, 공소외 2는 자신의 트위터 계정(계정 생략)에 "서울시 교육감 후보로 나선 공소외 1 후보는 자녀들을 어디서 공부시키셨나요? 한국에서 공부를 시키지 않으셨으면 왜 그러신 건가요? 본인 역시 미국 영주권을 갖고 계시지요? 정말 한국의 교육을 걱정하십니까? 걱정할 만큼 잘 알고 계십니까? 궁금합니다.

"라는 트윗 글을 게시하였다(증거기록 1권 497쪽).

② 2014. 5. 23.(금) 저녁 무렵, 피고인은 공소외 5, 공소외 3으로부터 "공소외 2가 트위터에 공소외 1의 미국 영주권에 관한 글을 게시하였고, 이에 따라 공소외 1의 미국 영주권 보유 여부에 관한 의혹이 있다"는 내용의 보고를 받았다.

③ 2014. 5. 24.(토) 오후 무렵, 공소외 5와 공소외 3은 공소외 1의 미국 영주권 보유 의혹에 관한 기자회견문 초안을 작성한 후 피고인에게 기자회견을 건의하였고, 저녁 무렵 피고인은 기자회견 개최를 승낙하였다.

④ 2014. 5. 26.(월) 기준 공소외 2의 트위터 계정의 팔로워(follower) 수는 58,971명에 이르렀다.

2014. 5. 24.(토) 자정까지 1,377명의 트위터 이용자들이 공소외 2의 위 트윗 글을 리트윗(retweet)하였다(증 제66호증 CYRAM의 서울시 교육감 선거 관련 트윗 분석 3쪽, 공판기록 5권)

3) 피고인의 국회 정론관에서의 기자회견(이하 편의상 '1차 공표'라고 한다)

2014. 5. 25.(일) 11:00경, 피고인은 국회 정론관 기자회견장에서 '공소외 1 후보는 미 영주권 문제를 즉각 해명하라'는 제목의 보도자료(별지 1 참조)를 기자들에게 배포하고, 그 내용을 그대로 읽어 내려가는 방식으로 기자회견을 하였다(증거기록 1권 346쪽).

4) 공소외 1의 인터넷 공개편지 게시와 라디오 방송에서의 해명

① 2014. 5. 25.(일) 15:16경, 공소외 1은 위와 같은 피고인의 기자회견에 대하여 '피고인 후보님께 드리는 편지'라는 제목의 글(별지 2 참조)을 인터넷에 게시하였다(증거기록 1권 461쪽)

② 2014. 5. 26.(월) 06:00~08:00경, 공소외 1은 라디오 프로그램인 '공소외 9의 ♡♡♡ 전망대'의 진행자 공소외 9와 방송 중 전화통화를 하면서 자신은 미국 영주권을 보유하고 있지 않다고 해명하였다(증거기록 3권 1325쪽).

5) 피고인의 '공소외 1 후보님께 드리는 답신' 게재와 라디오 방송에서의 발언 등(이하 편의상 '2차 공표'라고 한다)

① 2014. 5. 26.(월) 17:38경, 피고인은 자신의 선거사무실에서 '공소외 1 후보님께 드리는 답신'이라는 제목의 글(별지 3 참조)을 인터넷에 게재하고, 기자들의 이메일로 이를 발송하였다(증거기록 1권 465쪽, 3권 1654쪽).

② 2014. 5. 26.(월) 17:55경, 공소외 2는 트위터에 피고인의 위 답신 글을 링크하고, "만약 공소외 1 후보께서 관련 증빙 서류를 명백히 제시하신다면 의문을 제기한 저도 즉각 사과드리겠습니다"라는 트윗 글을 게재하였다(증거기록 1권 498쪽).

③ 2014. 5. 27.(화) 06:00~08:00경, 피고인은 위 라디오 프로그램의 진행자인 공소외 9와 방송 중 전화통화를 하면서 원심 범죄사실 제2항 기재와 유사한 취지의 발언을 하였다(증거기록 3권 1382쪽). 구체적인 발언 내용은 별지 4와 같다.

④ 2014. 5. 27.(화) 06:25~07:55경, 피고인은 라디오 프로그램인 '안녕하십니까 공소외 10입니다'의 진행자인 공소외 10과 라디오 방송 중 전화통화를 하면서 원심 범죄사실 제2항 기재와 유사한 취지의 발언을 하였다(증거기록 3권 1388쪽). 구체적인 발언 내용은 별지 5와 같다.

6) 공소외 1의 고발, 구 여권 사본 제출 및 공소외 2의 사과 트윗 글 게시

- ① 2014. 5. 27.(화) 11:00경, 공소외 1은 서울특별시 선거관리위원회에 피고인을 고발하면서 그 고발장에 증거자료로 자신의 구 여권 사본을 첨부하여 제출하였다(증거기록 1권 151쪽).
- ② 2014. 5. 27.(화) 20:29경, 공소외 2는 "공소외 1 후보 자신의 영주권 소지 의혹 부분은 공소외 1 후보의 서류 제출로 해소된 듯합니다.

제가 의혹을 제기한 부분의 근거는 있습니다만 말할 필요가 없게 됐구요. 공소외 1 후보께 사과 드립니다.

"라는 트윗 글을 게재하였다(증거기록 1권 499쪽).

나. 이 사건의 쟁점

1) 피고인이 공표한 사실은 무엇인지(공표사실의 확정)

별지 1, 3, 4, 5의 기재에 의하면, 피고인이 2014. 5. 25. 기자회견 및 2014. 5. 26. 답신 글 게재, 2014. 5. 27. 라디오 방송에서의 발언 등을 통하여 여러 가지 사실을 공표하고 다양한 의견을 표명하면서 공소외 1에게 미국 영주권 보유 의혹에 대한 해명을 요구하거나 해명을 뒷받침할 만한 객관적인 자료제시를 요구한 사실을 인정할 수 있다.

이에 대하여 검사는, '공소외 1이 미국 영주권을 보유한 사실 등이 없음에도 피고인이 1, 2차 공표를 하여 공소외 1이 당선되지 못하게 할 목적으로 허위의 사실을 공표하였다'고 공소를 제기하였다.

원심에서는 이 사건을 국민참여재판으로 진행하기로 한 다음 배심원들에게 설명할 쟁점을 정리하였는데, 피고인의 변호인을 포함한 소송관계인들은 '피고인이 1, 2차 공표를 통하여 사실을 공표한 것인지, 아니면 의견을 표명한 것인지'를 첫 번째 쟁점으로하기로 의견을 모았다.

그리고 배심원 선정기일을 거쳐 진행된 제1회 공판기일에서도 검사와 변호인은 앞서 정리된 쟁점에 따라 배심원들에게 이 사건의 첫 번째 쟁점은 사실의 공표인지, 의견의 표명인지라고 설명하였다.

원심법원은 배심원들에게 제시된 위와 같은 쟁점 및 그에 대한 법정에서의 공방을 바탕으로 '사실의 공표가 아니라 의견표명에 불과하다는 주장에 관하여'라는 제목으로 이에 대하여 판단하였는데, "피고인이 표현한 내용은 증거에 의하여 입증이 가능한 것이므로 '사실의 표명'에 해당한다"고 판시하였다(원심 판결문 제9, 10쪽).

그런데 피고인의 변호인들은, 당심에 이르러 원심에서와는 다른 각도에서 변론하면서 피고인의 1, 2차 공표 내용을 구체적으로 분석하여 피고인이 공표한 사실을 특정하여야 한다고 주장한다.

즉 피고인의 변호인들은, 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 "공소외 1이 미국 영주권을 보유한 적이 있다"거나 "공소외 1이 미국 영주권을 현재 보유하고 있다"는 사실(이하 'A사실'이라고 한다)을 공표한 것이 아니라, 해명을 요구하는 과정에서 "영주권 보유 의혹이 있다"는 사실(이하 'B 사실'이라고 한다) 또는 "제3자에 의해 영주권 보유 의혹이 제기되어 그러한 의혹이 존재한다"는 사실(이하 'C 사실'이라고 한다)을 공표한 것이라고 주장하고 있다.

따라서 당심에서는 우선, 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 공소외 1의 미국 영주권 보유와 관련하여 공표한 사실이 무엇인지를 확정할 필요가 있다.

왜냐하면, 피고인이 공표한 사실이 위에서 본 'A 사실'인지, 'C 사실'인지, 혹은 'B+C 사실'인지는 어의(語義)나 표현상으로도 서로 명백히 구분되고, 나아가 공표한 사실이 허위인지, 허위라면 피고인에게 허위성의 인식이 있었는지, 그것이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 큰 차이가 있을 수밖에 없기 때문이다.

즉, 피고인이 'A 사실'을 공표한 것이라면 피고인으로서에는 그에 상응하는 수준의 객관적인 소명자료를 제시할 책임을 부담하는 것이고, 피고인이 'C 사실' 그 자체만을 담백하게 공표한 것이라면 공표 당시 '제3자에 의해 공소외 1의 영주권 보유 의혹이 제기되어 존재하였는지'가 허위 여부의 판단 기준이 될 수 있으며, 'B 사실' 혹은 'B+C 사실'을 공표한 것이라면 공표 당시 공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다고 의심할 만한 정황이 존재하였는지, 피고인이 의혹을 제기할 만한 정도의 소명자료는 가지고 있었는지를 따져야 할 것이기 때문이다.

2) '허위사실의 공표'에 해당한다고 평가할 수 있는지

피고인의 변호인들 주장대로, 피고인이 'A 사실'을 단정적 표현을 사용하여 혹은 암시하여 공표한 것이 아니라, 공소외 2 등이 영주권 보유 의혹을 제기하였다는 사실에 기대어 피고인 자신도 공소외 1의 미국 영주권 보유 의혹을 제기하고(즉, '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다고 의심케 하는 여러 사실이 존재한다'는 사실을 공표하고) '해명'을 요구한 것으로 즉, 'B+C 사실'을 공표한 것으로 볼 수 있다고 하더라도, 그러한 행위가 무제한 허용될 수 있는 것은 아니다.

그러한 표현이 이루어진 맥락 및 경과, 다른 정황 등 여하에 따라서는 피고인의 1, 2차 공표를 접한 유권자 입장에서 피고인이 단순히 의혹을 제기하고 있다는 사실에 관심을 두고 주목하기보다는 의혹 사실이 진실이라고 받아들일 수도 있기 때문이다.

따라서 피고인이, 마치 언론의 보도처럼, 'C 사실' 그 자체만을 담백하게 공표한 것으로 인정되지 않는 한, 피고인으로서 그러한 의혹제기를 정당화할 만한 합리적인 사정 즉, '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다고 의심할 만한 정황들이 실제 존재하였다'는 점을 소명하여야 할 부담을 진다고 할 것이다.

3) 공표 내용이 허위라고 인식하였는지, 상당한 이유가 있었는지 여부 등

피고인이 1, 2차 공표를 통하여 공표한 사실의 전부 또는 일부가 '허위사실'에 해당한다면, 피고인에게 공표한 내용이 허위라는 점에 대한 고의가 있었는지, 또는 공표한 내용이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있었는지 여부를 따져보고, 피고인에게 공소외 1을 당선되지 못하게 할 목적이 있었는지 여부도 살펴보아야 한다.

4) 적법한 선거운동의 범주에 속한다는 주장 : 별도의 쟁점으로 판단하지는 않음.

피고인의 변호인들은, 피고인의 행위는 적법한 선거운동의 범주에 속한다는 주장도 하고 있다.

공직선거법은 선거운동 자유의 원칙을 선언하면서도 예외적으로 법률에 의해 금지 또는 제한되는 행위를 정하고 있는데, 허위사실공표죄는 공직선거법상 금지된 행위 중 하나이다.

그러므로 피고인의 행위가 허위사실공표에 해당하는 것으로 평가된다면 결과적으로 피고인의 행위는 적법한 선거운동의 범주에 속할 수 없게 된다.

따라서 피고인의 공표행위가 허위사실 공표죄에 해당하는지 여부를 판단하면 그것이 적법한 선거운동에 해당되는지 여부도 함께 판단되는 것이므로 적법한 선거운동에 해당한다는 취지의 피고인 변호인들의 주장에 대하여는 별도의 쟁점으로 따로 판단하지 않는다.

다만 피고인의 행위가 허위사실공표죄를 구성하는지를 판단함에 있어서, '선거운동 자유가 원칙이고 금지와 제한은 예외'임을 선언한 공직선거법의 입법취지를 고려하여야 함은 물론이다.

변호인들의 주장 취지 역시 이점에 있다고 이해된다.

3. 피고인이 공표한 사실은 무엇인지

가. 이 사건 공소사실의 요지 및 검사가 제시한 피고인의 공표사실

1) 이 사건 공소사실의 요지

이 사건 공소사실의 요지는 아래와 같다.

가) 1차 공표에 의한 허위사실공표

피고인은 2014. 5. 25. 11:00경 국회 정론관 기자회견장에서 "공소외 1 후보는 미 영주권 문제를 즉각 해명하라"는 제목으로 "공소외 1 후보 자신과 두 자녀의 미 영주권 보유 문제, 사실대로 밝히라... 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... 만약 이 제보가 사실이라면, 공소외 1 후보는 대한민국 서울의 유권자들을 우롱하고 있는 것입니다... 또 공소외 1 후보는 그 자신이 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹을 사고 있습니다.

만약 이게 사실이라면, 공소외 1 후보는 서울시 교육감 후보가 될 자격이 없습니다... 민주진보 단일후보로서 사태를 정확하게 정리하고 유권자들의 판단을 돕기 위해, 공소외 1 후보에게 다음과 같은 사항을 요구하는 바입니다.

1. 공소외 1 후보는 자신의 미국 영주권 보유 문제와, 두 자녀의 미국 영주권 보유 문제에 대해 사실대로 밝히라..."는 내용으로 작성된 보도자료를 기자들에게 배포하고, 위 보도자료 내용을 그대로 읽어 내려가는 방식으로 기자회견을 개최하였다.

그러나 피고인은 위 트위터 내용 이외에 공소외 1의 영주권 보유 여부에 대한 제보를 받은 사실이 없고, 공소외 1은 미국에서 근무할 때 비이민비자를 받아 근무한 것에 불과할 뿐 미국 영주권을 보유한 사실이 없었다.

이로써 피고인은 서울시 교육감 후보자였던 공소외 1이 당선되지 못하게 할 목적으로 허위의 사실을 공표하였다.

나) 2차 공표에 의한 허위사실공표

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... 만에 하나 공소외 1 후보님께서 영주권을 받으셨다면, 그 시점은 지금처럼 요건이 강화되기 전일 것이므로 그 말씀만으로는 유권자들의 의혹을 씻어내기 어려울 것으로 보입니다.

"라는 내용을 기재하여 피고인의 선거캠프 홈페이지 및 각 기자들의 이메일로 이를 발송하고, 이후 2014. 5. 27. 2회에 걸쳐 라디오 방송에서 위와 같은 취지로 발언하였다.

그러나 피고인은 위 내용에 대하여 다수의 증언을 제보받은 사실이 없고, 공소외 1은 미국 영주권을 보유한 사실이 없으며, 공천에서 탈락하였던 무렵인 2012년 3월경 지인이나 언론인에게 '미국 영주권이 있다거나 미국 가서 살면 된다'고 말한 사실이 없다.

이로써 피고인은 서울시 교육감 후보자였던 공소외 1이 당선되지 못하게 할 목적으로 허위의 사실을 공표하였다.

2) 검사가 제시한 피고인의 공표사실

검사는 공소장에 '피고인이 공표한 사실이 무엇인지'에 관하여 분명하게 기재하지는 않았다.

그렇지만, 공소장의 전체적인 내용과 결론에 이르는 논리의 전개 과정을 종합하여 보면, 검사는, 피고인이 1차 공표를 통하여서는 ① '제보를 받았다는 사실', ② '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다는 사실'을 공표하였고, 2차 공표를 통하여서는 ① '다수의 증언을 제보받았다는 사실', ② '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다는 사실', ③ '공소외 1이 공천에서 탈락하였던 무렵인 2012년 3월경 지인이나 언론인에게 "미국 영주권이 있다거나 미국 가서 살면 된다"고 말하였다는 사실'을 공표한 것으로 보고 그것이 공직선거법상의 허위사실의 공표에 해당한다고 기소한 것임을 알 수 있다.

나. 원심 판단의 요지

피고인은 제보나 의혹 내용을 제시하면서 가정적인 표현을 사용함으로써 피고인의 발언 내용이 타인으로부터 제보받은 것임을 밝혔으나 그 표현내용은 증거에 의한 증명이 가능한 것이므로 사실의 표명에 해당한다.

그리고 피고인은 1차 공표를 통하여 '공소외 1이 미국 근무 당시 미국 영주권을 취득하여 2014. 5. 25.까지 이를 보유하고 있다'는 사실을 암시하여 공표하였고, 2차 공표를 통하여 '공소외 1이 공천탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실을 암시하여 공표하였다고 판단하였다.

다.

당심의 판단

1) 피고인이 공표한 사실이 무엇인지 확정함에 있어서 고려한 대법원 판결 및 법리 등

가) 공직선거법 제250조 제2항은 낙선의 목적으로 후보자에 대하여 허위사실을 공표하는 행위를 금지하고 이를 위반하는 경우 7년 이하의 징역 또는 500만 원 이상 3,000만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

위 조항의 입법취지는 허위의 사실을 공표하여 선거인의 올바른 판단에 영향을 미치는 행위를 규제함으로써 선거의 공정을 보장함에 있다(대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도8368 판결 등 참조).

나) 공직선거법 제250조 제2항에서 규정하는 허위사실공표죄가 성립하려면, 우선 허위의 사실을 공표하여야 하고, 여기에서 허위의 사실이라 함은 진실에 부합하지 않은 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이면 충분하지만, 단순한 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 불과한 경우에는 이에 해당되지 아니한다 할 것인바, 어떤 진술이 사실주장인가 또는 의견표현인가를 구별함에 있어서는 선거의 공정을 보장한다는 입법취지를 염두에 두고 언어의 통상적 의미와 용법, 문제 된 말이 사용된 문맥, 입증가능성, 그 표현이 행하여진 사회적 상황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 할 것이다(대법원 2000. 4. 25. 선고 99도4260 판결 등 참조). 한편 의견이나 평가라고 하더라도 그것이 진실에 반하는 사실에 기초하여 행해지거나 의견이나 평가임을 빙자하여 간접적이고 우회적인 표현 방법으로 허위사실을 암시하는 경우에도 위 죄가 성립된다(대법원 2011. 12. 22. 선고 2008도11847 판결 참조).

다) 그러나 공직선거법 제250조 제2항은 정치적 표현의 자유에 대한 제한입법이며, 동시에 형벌조항에 해당하므로 이를 구체적 사건에 적용함에 있어서는 제한되는 기본권의 의미와 비중을 엄밀하게 고려하여 그것이 과도하게 침해되지 않도록 신중한 주의를 기울일 필요가 있다.

법관에게는 헌법 규정 및 정신에 합치되도록 법률을 해석·적용할 의무가 주어져 있기 때문이다.

그런데 피고인이 사용한 표현과는 다른 내용을 피고인이 '암시'하였다고 쉽게 인정한다면, 경우에 따라서는 피고인 자신이 하지도 않은 표현에 대하여 형사적 책임을 물을 기초가 제공되는 셈이 될 뿐만 아니라, 나아가 자신이 행하

고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권주체는 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높고, 그로 인해 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 가능케 하여 이러한 표현들이 상호 검증을 거치도록 한다는 표현의 자유의 본래의 기능은 상실된다.

이러한 위축효과로 인하여 국민의 대표자가 되고자 하는 사람이 어떤 사람이고, 무슨 정책을 내세우고 있는지, 그 이력과 인간됨은 어떠한지에 대한 정보가 다양한 방식으로 제대로 제공될 가능성이 축소될 것 또한 어렵지 않게 상정할 수 있다.

요컨대 위 법률조항을 적용함에 있어서, 위 법률조항의 적용을 통하여 확보하고자 하는 선거의 공정성의 무게를 의식하되, 다른 한편으로 대의민주주의의 핵심인 선거 과정에서 차지하는 표현의 자유의 위와 같은 비중 역시 균형감 있게 그리고 섬세하게 염두에 두어야 한다.

라) 따라서 피고인이 간접적이고 우회적인 표현 방법으로 허위사실을 암시하였다고 평가하기 위해서는 피고인이 사용한 표현의 어의, 시기와 상황, 전체적인 취지, 수신자의 입장 등을 종합하여, 피고인이 '의혹의 제기' 또는 '해명 요구' 형식을 '빙자'하여 허위사실의 존재를 구체적으로 '암시'하였음이 합리적인 의심이 없을 정도로 증명되어야 한다.

'의심스러울 때에는 피고인의 이익으로, 자유의 이익으로' 라는 헌법 및 형사소송법의 대원칙이 그렇기도 하거니와, 만일 이와 같이 보지 않는다면 의혹에 대한 해명을 요구하기 위해서 그 의혹의 내용을 이루는 구체적 사실을 제시한 경우 모두가 의혹 사실을 '암시'하여 공표한 것으로 판단될 위험성이 있고, 그럴 경우 의혹을 받고 있는 후보자가 있다고 하더라도 그의 공직담당 적격을 검증하는 것이 사실상 봉쇄될 수 있기 때문이다.

마) 대법원도 '축재하였다'는 표현과 '축재의 의혹을 받고 있다'는 표현은 어의(語義) 상 명백히 구분되고 공표사실의 허위성에 관한 증명에 있어서도 차이가 있을 수밖에 없으므로, 피고인이 적시한 '축재의 의혹을 받고 있다'는 사실을 '축재하였다'는 것으로 변경하여 인정할 수는 없다고 본 원심판결을 긍정적인 바 있다(대법원 2014. 1. 29. 선고 2013도14558 판결 참조). 이 사건의 경우도 위 대법원 판결의 취지를 반영하여 피고인이 공표한 사실 및 내용이 무엇인지를 확정할 필요가 있다.

바) 이러한 구분이 의혹 제기의 무제한 허용으로 이어지는 것은 아니다.

피고인이 앞서의 'A 사실'을 단정적으로 혹은 암시하여 공표한 것이 아니라, 'B 사실'을 적시한 것으로 인정된다 하더라도, 그 의혹의 근거가 박약하여 결과적으로는 그러한 사실 적시조차 허용될 수 없었다고 판단될 수도 있고, 가정적, 유보적 표현을 사용한 경우에도 그 표현이 선거인에게 주는 전체적인 인상을 기준으로 판단하였을 때 허위사실을 표명한 것으로 볼 수 있는 경우도 있기 때문이다.

그러나 그렇더라도, 이는 어디까지나 피고인이 공표한 사실이 무엇인지 확인한 후 그다음 단계에서 검토되어야 할 것이고, 공표사실을 특정하는 단계에서 피고인의 내심의 의사를 추론하여 피고인이 사용한 '단어'나 '표현'을 통하여 객관적으로 표현된 것과 다른 사실을 '암시하여 공표하였다'고 인정 내지 평가하는 것에는 매우 신중할 필요가 있다.

2) 1차 공표를 통하여 공표한 사실

원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 1차 공표를 통하여 '공소외 1과 두 자녀가 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹을 사고 있다'는 사실('B+C 사실')을 공표하였다고 평가하는 것이 타당하다.

원심의 판단처럼 피고인이 '공소외 1과 두 자녀가 미국 영주권을 보유하고 있다'는 사실('A 사실')을 단정적으로 혹은 암시하여 공표하였다고 보기는 어렵다.

가) 표현 내용 자체에 대한 통상의 언어학적 분석

① 피고인이 배포한 보도자료에는 "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... 또 공소외 1 후보는 그 자신이 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹을 사고 있습니다.

"고 기재되어 있다.

즉, 피고인은 공소외 1 본인과 자녀들이 미국 영주권 보유 의혹을 사고 있다는 것과 그에 관한 제보가 있다는 사실만을 공표하고 있을 뿐, '미국 영주권을 보유하고 있다'는 단정적인 표현은 사용하지 않았다.

② 검사의 요청으로 감정서를 작성하여 제출한 공소외 11교수와 피고인의 요청으로 의견서를 작성하여 제출한 공소외 12, 공소외 13, 공소외 14교수는 피고인의 2014. 5. 25. 기자회견문, 2014. 5. 26. 답신 글 및 2014. 5. 27. 라디오 방송에서의 발언 내용을 독해한 다음 그에 대한 의견을 각각 피력하였는데, 피고인이 위 각 글이나 방송 인터뷰를 통하여 '의혹을 제기'하고 '해명을 요구'한 것이라는 점에 관해서는 의견이 일치되었다(증거기록 5권 2540쪽, 공판기록 2권 687, 899, 705쪽).

나) 문제 된 표현이 사용된 문맥

③ 다음으로, 위 보도자료의 제목은, "공소외 1 후보는 미 영주권 문제를 즉각 '해명'하라. 공소외 1 후보 자신과 두 자녀의 미 영주권 보유 문제, 사실대로 밝히라"이다.

'해명'의 사전적 의미는 '까닭이나 내용을 풀어서 밝힘'으로, 사실과 다른 의혹이 제기된 경우 사실을 밝힌다는 의미로도 활용된다.

따라서 '해명하라'는 제목으로도 피고인이 '공소외 1은 미국 영주권을 보유하고 있다'고 단정한 것이 아니라 그러한 의혹이 사실이 아닐 가능성 즉, 반대 사실의 존재 가능성을 인정하고 있었음을 알 수 있다.

④ 피고인은 같은 보도 자료에서 공소외 1의 2014. 5. 23. △△△△△총연합회 임원회의 참석 및 그 회의에서의 발언에 관하여는 '사과하라'라는 단정적인 표현을 사용하였다.

그러나 공소외 1 본인과 자녀의 미국 영주권 보유 의혹에 관하여는 '사실대로 밝히라'라는 표현을 사용하였다.

다) 표현이 행하여진 사회적 상황 내지 맥락

⑤ 피고인의 표현이 이루어진 사회적 상황 및 그 형식에 주목할 필요가 있다.

표현의 자유가 보장되어야 할 중요 영역은 정치적 토론 내지 공방 과정인데, 이러한 토론 내지 공방이 가장 활발히 이루어지는 것이 선거국면이다.

경쟁 후보자들 사이의 상호 비판과 공직적격 검증은 선거 과정에서 불가피하고, 이는 매우 다양한 형식과 상황에서 펼쳐진다.

가령 후보자가 자신을 지지할 것으로 보이는 유권자들을 상대로 상대 후보자의 정책과 공직후보자로서의 자격 등에 관하여 일방적인 선전과 발표를 하고, 이것이 상대 후보자에게 전달됨으로써 상호간의 공방이 촉발되는 경우도 있을 수 있고, 공식적인 토론 과정이 마련되어 그곳에서 엄격한 절차에 따라 서로에 대한 비판과 검증이 이루어질 수도 있다.

또한 '후보자들 사이의 공방과 이를 지켜보고 평가하는 유권자의 존재'라는 선거의 본질에 따라 비록 후자의 경우처럼 형식적으로 엄격하게 정해진 토론 내지 공방 절차라고는 볼 수 없지만 그와 유사한 공방 내지 토론의 광장이 존재함을 염두에 두면서 상호 공방이 이루어질 수도 있다.

똑같은 표현도 그것이 이루어지는 사회적 상황이나 맥락에 따라 달리 받아들여질 가능성이 있다는 위와 같은 측면을 고려하여 보자면, 기자회견을 통하여 이루어진 피고인의 1차 공표는, 지지자 또는 유권자들을 상대로 '공소외 1 후보자의 미 영주권 보유사실'이라는 정보를 일방적으로 전달하는 것으로 보기는 매우 어렵고, 오히려 위에서 언급한 바와 같은 유사 공방 과정을 염두에 둔 것으로 볼 여지가 많아 앞서의 분석처럼 위 공표의 의미를 문언 그대로 받아들이는 것이 자연스럽다.

라) 표현이 이루어진 이후 표현에 대한 보편적 인식

⑥ 피고인의 1차 공표 이후 각 언론사에서는 공소외 1의 미국 영주권 보유 의혹에 관하여 보도하였는데, 대부분의 기사에 '의혹', '제보', '해명 요구' 등의 표현이 포함되어 있었다(증거기록 3권 1281쪽 이하). 따라서 기사를 접한 유권자도 공소외 1의 미국 영주권 보유가 확정된 사실은 아님을 알 수 있었을 것이다.

마) 나머지 쟁점

① 위 보도자료에 "피고인 캠프가 받은 제보에 따르면" 및 "만약 이 제보가 사실이라면"이라는 표현이 있고, 이로써 피고인이 어떠한 제보를 받았음을 공표한 것임은 앞서 본 바와 같다.

그러나 위 표현은, 피고인이 받은 제보의 내용과 수준, 그 의미하는 바를 구체적으로 나타내지 않은 매우 추상적인 것에 불과하여, 위와 같은 표현이 있다고 해서 앞 서의 판단을 달리할 수는 없다.

② 피고인의 내심의 의사를 추론하여 피고인이 사용한 '단어'나 '표현'을 통하여 객관적으로 표현된 것과 다른 사실을 '암시하여 공표하였다'고 인정 내지 평가하는 것에는 매우 신중할 필요가 있음은 앞서 본 바와 같지만, 어쨌든 내심의 의사가 무엇인지와 관련하여 보더라도 앞서의 평가를 반복할 사정은 존재하지 않는다.

이에 대해서는 뒤에서 자세히 살펴본다.

바) 배심원들의 의견과 달리 평가하는 것에 관하여

원심은, 공소사실 전부에 관하여 만장일치의 의견으로 유죄의 판결을 한 배심원들(7명)의 의견을 존중하여 피고인에게 유죄를 선고하였다.

따라서 원심의 판단은 존중될 필요성이 더욱 크다.

그러나 앞서 본 바와 같이 원심에서는 배심원들에게 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 '사실을 공표'한 것인지 아니면 '의견을 표명'한 것인지 만이 쟁점으로 제시되었다.

그렇기에 배심원들로서는 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 '사실을 공표'한 것으로 평가할 것인지, '의견을 표명'한 것으로 평가할 것인지를 판단하려고 애썼을 것이고, 그 중간 영역이라고도 볼 수 있는 '제3자로부터 의혹을 사고 있다'거

나 '의혹이 있다'는 사실을 공표한 것인지, 그렇다면 그에 대한 법률적 평가는 어떻게 달라지는지에 대하여는 충분한 설명을 듣지 못한 상태에서 사실인정 및 법적 평가를 하고 평결에 나아갔을 가능성이 높다.

그런데 당심에 이르러 피고인의 변호인들이 주장을 일부 변경하여 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 사실을 공표하였음은 인정하면서 공표한 사실이 무엇인지 즉, 앞서 본 'A 사실'인지, 'B 사실'인지, 'C 사실'인지를 특정하여야 한다는 주장을 새로이 하고 있다.

원심에서 제기된 '사실의 공표와 의견의 표명'의 구분론이 이 사건의 기초적인 쟁점이자 여전히 의미 있음은 분명하나, 사실과 의견이 혼재되어 있는 경우 어느 것에 우위를 둘 것인지, '사실의 공표'로 볼 경우에도 공표되는 사실을 다시 구분하여 확정할 수 있는지의 문제는 위와 같은 기초적 쟁점에 터 잡아 더 나아가 고민하여 판단하여야 할 법리적 쟁점임 또한 분명하다.

사실과 의견의 구분론에 관해서는 우리나라를 비롯하여 여러 나라에서 다양한 이론이 전개되고 있고, 나아가 구체적인 사안에서 이를 어떻게 적용할 것인가는 각국의 법원이 매우 어려운 주제로 여겨 다루고 있기도 하다.

결국, 당심으로서는 배심원들의 평결을 무겁게 받아들이더라도 새롭게 제기된 이러한 법리적 주장에 대한 판단을 하여야 하므로, 이러한 법리적 주장의 변경을 반영하여 판단한 결과 원심의 판단이 달라질 가능성은 있는 것이다.

3) 피고인이 2차 공표를 통하여 공표한 사실

피고인이 2차 공표를 통하여 공표한 사실이 무엇인지를 확정함에 있어서는 원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합적으로 고려할 필요가 있다.

가) 피고인의 주장에 부합하는 사정

다음과 같은 사정들은, 2차 공표를 통하여도 '영주권 보유 의혹에 대한 해명 및 자료제시 요구의 전제로서 영주권 의혹이 있다는 사실을 공표한 것에 불과하다'는 취지의 피고인의 주장에 부합하는 면이다.

① 피고인이 2차로 공표한 글의 제목은 "[피고인 캠프] 공소외 1 후보님께 드리는 답신"이고, 맨 처음 내용은 "사실확인에 감사드리며, 미흡한 점에 대해 추가 질문을 드립니다"이다.

이어 "선거운동 과정에서 이렇게 편지로 대화를 나누며 서로 의문점을 해소하는 것은 좋은 방법이겠습니다.

공소외 1 후보께서 동의하신다면, 저는 앞으로 투표일까지 어떤 형식으로든 대화를 계속 이어가기를 희망합니다"라고 언급한 후, "1. 후보자의 검증은 필수 과정입니다"라는 제목 아래 피고인의 1차 공표 및 2차 공표가 유권자들에게 충분한 정보를 주기 위한 후보자 검증의 의도에 따른 것임을 비교적 자세하게 밝혔다.

② 아래에서 보는 것처럼, 피고인은 '공소외 1은 미국 영주권을 보유하고 있다'는 식의 단정적 표현을 하지는 않았고, 그러한 의혹이 사실이 아닐 가능성 즉 반대 사실의 존재 가능성 및 그 증명 가능성을 전제하고 있다.

□ 피고인은 위 답신 글에서 "본인의 영주권 문제를 자료로 해명해 주시기 바랍니다"는 표현, "'만에 하나' 공소외 1 후보님께서 영주권을 받으셨다면," 이라는 표현 등을 사용하였다.

또한 위 답신 글에는 "주한 미국 대사관에 가셔서 영주권을 받은 적이 없다는 내용증명을 떼어서 객관적 자료로 확인해 주시면 깨끗하게 해결될 것으로 보입니다", "공소외 1 후보님의 미국 영주권 보유 문제를 미국 대사관을 통해 객관적 자료를 가지고 증명해 주시길 희망합니다"는 기재도 있다.

□ 그리고 피고인은 라디오 방송에서도 "만일 아주 객관적인 자료로 입증해 주시면 저도 사과와 경의를 표하고요. 또 그만큼 제가 잘못된 문제 제기를 했다는 것 때문에 아마 유권자들이 저에게 마이너스를 주지 않을까 생각합니다", "만일 정말로 이 문제가 명명백백하다면 그래서 저희는 만일 아주 객관적인 자료로 입증해 주시면 사과도 할 용의도 있고요. 또 만일에 이게 정말 객관적인 자료로 입증된다면 유권자들이 저에게 아무래도 마이너스를 주시지 않겠습니까?"라고 발언한 바도 있다.

- ③ 앞서 본 바와 같이 피고인의 2014. 5. 25. 기자회견문, 2014. 5. 26. 답신글 및 2014. 5. 27. 라디오 방송에서의 발언 내용을 감정한 4명의 교수 모두가 피고인이 위 각 글이나 방송에서의 인터뷰를 통하여 '의혹을 제기'하고 '해명을 요구'한 것이라는 의견을 밝혔다.

나) 원심의 판단을 수긍할만한 사정들

그러나 다음과 같은 사정들을 고려하면, 피고인이 2차 공표를 통하여 '공소외 1이 공천 탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실('A 사실')을 단정적으로 공표하였다고까지는 평가하기 어렵지만, '공소외 1이 공천 탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실('A 사실')을 암시하여 공표하였다고 본 원심의 판단은 수긍할 수 있다.

- ① 1차 공표 당시와는 다른 사회적 상황 내지 맥락이 있었다.

1차 공표 후 공소외 1은 자신의 미국 영주권 보유 의혹에 대하여 나름대로 해명하였다.

공소외 1이 해명의 근거로 내세운 사정이 반론의 여지가 없을 정도로 객관적인 것인지 여부를 떠나, 이후 피고인의 반응을 대하는 유권자들로서는 공소외 1의 해명 내용과 연관지어 피고인의 반응과 표현을 이해하게 될 것으로 보는 것이 자연스럽다.

피고인이 과연 공소외 1의 해명을 그대로 받아들일지, 해명 또는 해명 근거가 여전히 불충분하다는 점만을 단순히 지적하고 재차 객관적 소명을 요구할지, 해명 근거의 불충분함을 지적하는 것에 더 나아가 피고인이 내세운 종전 의혹의 근거 및 정황을 적극적으로 제시할 것인지 여부를 유심히 지켜볼 개연성이 높아졌을 것으로 보이기 때문이다.

- ② 증거 제시를 통하여 증거와 연동되는 사실의 암시가 전달될 가능성이 있었다.

□ 피고인은 '공소외 1의 미국 영주권 보유의혹이 여전히 해소되지 않고 있다'는 전제하에 '공소외 1 후보님께 드리는 답신'에서 "저희 캠프에 제보된 다수의 증언에 따르면, 공소외 1 후보님께서는 몇 년 전 공천에서 탈락하신 뒤, '상관 없습니다.

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.

이분들이 잘못 들은 건 아닐 것이라고 저는 판단합니다.

왜 그렇게 말씀하셨는지 궁금합니다"라고 기재하였다.

방송에서의 대화 과정에서도 위 사실을 거듭 언급하였다.

□ 1차 공표에서 하지 않았던 피고인의 위와 같은 언급 즉 '공소외 1이 자신의 미 영주권 보유 사실을 시인하는 발언을 하였다', '그러한 발언을 들은 사람은 다수이다', '그러한 발언을 들은 다수의 사람들 중에는 지인들과 언론인들이 있

다'는 것은 그 의미가 적지 않다.

위와 같이 언급된 사실은 그 증명력이 높아 그렇게 말한 사실이 인정될 경우 '공소외 1의 미 영주권 보유사실'을 인정할 여지가 높아지기 때문이다.

□ 그런데 피고인은 위와 같은 언급을 함에 있어서, 1차 공표와는 달리, 가령 '그러한 발언을 하고 다닌다는 의혹이 있다'는 식의 보다 완화된 표현 등을 사용하지도 않았다.

자신이 보유하고 있는 증거의 신빙성에 허점이 있을 가능성을 유보하지 않은 채, 오히려 '왜 그렇게 말씀하셨는지 궁금합니다' 등의 표현을 사용하여 공소외 1이 그와 같은 말을 지인들에게 하였다는 사실 자체는 확정된 사실인 것처럼 하였다.

□ 일반적으로, 증거의 제시는 그 증거를 통하여 입증하고자 하는 사실의 존재를 드러내기 위한 것이다.

피고인이 비록 자신이 알고 있는 증거(공소외 1의 위와 같은 발언 사실)에 의하여 '공소외 1의 미 영주권 보유사실'이 온전히 증명되었다고는 말하지 않았고, 오히려 다른 객관적 자료(미국 대사관의 확인 등)에 의하여 반박될 가능성 자체는 여전히 열어 놓은 채 보다 객관적인 해명을 요구하는 과정에서 위와 같은 언급을 하였다고 하더라도, 1차 공표와 달리 증거에 관한 위와 같은 사실을 추가로 공표함으로써, 이러한 발언 등을 대하는 사람들의 입장에서는 피고인이 '공소외 1의 미영주권 보유사실'을 암시하고 있다고 받아들일 여지는 그만큼 높아졌다고 볼 수 있다.

원심의 배심원들 역시 이러한 사정들에 주목하여 판단한 것으로 보여 이를 존중할 필요가 있기도 하다.

4) 소결론

가) 피고인은 1차 공표를 통하여 '공소외 1과 두 자녀가 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹을 사고 있다'는 사실을 공표하였고, 2차 공표를 통하여 '공소외 1이 공천 탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실('A 사실')을 암시하여 공표하였다고 봄이 타당하다.

나) 이러한 당심의 판단은, "피고인은 1차 공표를 통하여 '공소외 1이 미국 근무 당시 미국 영주권을 취득하여 2014. 5. 25.까지 이를 보유하고 있다'는 사실을 암시하여 공표하였고, 2차 공표를 통하여 '공소외 1이 공천탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실을 암시하여 공표하였다"고 본 원심과는 그 결론을 일부 달리하는 것이다.

다) 아래에서는 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 위에서 확정된 바와 같은 사실을 공표하였음을 기초로 하여, 그것이 공직선거법상의 허위사실의 공표에 해당하는지 여부 등에 대하여 판단한다.

4. 1, 2차 공표가 허위사실의 공표에 해당하는지에 관한 판단

가. 관련 법리

1) 공직선거에서 후보자에 관한 의혹 제기와 표현의 자유와의 관계

민주주의 정치제도 하에서 언론의 자유는 가장 기초적인 기본권이고 그것이 선거과정에서도 충분히 보장되어야 함은 말할 나위가 없다.

그리고 공직선거에 있어서 후보자의 공직담당적격을 검증하는 것은 필요하고도 중요한 일이므로 그 적격검증을 위한 언론의 자유도 보장되어야 하고, 이를 위하여 후보자에게 위법이나 부도덕함을 의심케 하는 사정이 있는 경우에는 이에 대한 문제 제기가 허용되어야 하며, 공적 판단이 내려지기 전이라 하여 그에 대한 의혹의 제기가 쉽게 봉쇄되어서는 안 된다.

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

그러므로 후보자의 비리 등에 관한 의혹의 제기는 비록 그것이 공직적격 여부의 검증을 위한 것이라 하더라도 무제한 허용될 수는 없고 그러한 의혹이 진실인 것으로 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 허용되어야 한다. 그리고 이때 의혹사실의 존재를 적극적으로 주장하는 자는 그러한 사실의 존재를 수증할 만한 소명자료를 제시할 부담을 진다고 할 것이고, 그러한 소명자료를 제시하지 못한다면 달리 그 의혹사실의 존재를 인정할 증거가 없는 한 허위사실의 공표로서의 책임을 져야 할 것인 반면, 제시된 소명자료 등에 의하여 그러한 의혹이 진실인 것으로 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우에는 비록 사후에 그 의혹이 진실이 아닌 것으로 밝혀지더라도 표현의 자유 보장을 위하여 이를 벌할 수 없다고 할 것이다(대법원 2003. 2. 20. 선고 2001도6138 전원합의체 판결 등 참조).

2) 허위사실공표죄의 구성요건인 '허위의 인식'

공직선거법 제250조 제2항에서 정한 허위사실공표죄에서는 행위자의 고의의 내용으로서 공표된 사실이 허위라는 점의 인식이 필요한데, 이러한 주관적 인식의 유무는 그 성질상 외부에서 이를 알거나 증명하기 어려운 이상 공표 사실의 내용과 구체성, 소명자료의 존재 및 내용, 피고인이 밝히는 사실의 출처 및 인지경위 등을 토대로 피고인의 학력, 경력, 사회적 지위, 공표 경위, 시점 및 그로 말미암아 객관적으로 예상되는 파급효과 등 제반 사정을 모두 종합하여 규범적으로 이를 판단할 수밖에 없고, 어떠한 소문을 듣고 그 진실성에 강한 의문을 품고서도 감히 공표한 경우 또는 피고인이 적시한 구체적 사실이 진실한지를 확인하는 일이 시간적, 물리적으로 사회통념상 가능하였다고 인정됨에도 그러한 확인의 노력을 하지 않은 채 그 사실의 적시에 적극적으로 나아간 경우에는 미필적 고의를 인정할 수 있다(대법원 2011. 12. 22. 선고 2008도11847 판결 등 참조).

나. 1차 공표에 관한 판단

1) 피고인이 소명해야 할 사실 : 정당한 의혹 제기로 볼 수 있는지 여부

가) 앞서 본 바와 같이 피고인은 1차 공표를 통하여 '공소외 1은 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹을 사고 있다'는 사실('B+C 사실')을 공표하였다.

피고인은 가정적, 유보적인 표현을 사용하면서 반대 사실의 존재 가능성을 인정하고 그에 대한 해명을 요구하였으므로, 유권자의 입장에서 '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다'는 명제가 확정된 사실이 아님은 알 수 있었다.

이러한 경우에도 피고인이 '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다'는 사실을 주장한 것과 같다고 보아 그러한 사실의 존재를 수증할 만한 소명자료의 제시를 요구한다면, 선거 과정에서 불거진 공적 관심사에 관한 정당한 문제 제기조차 주저하게 함으로써 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 '국민의 봉사자'를 뽑는다는 공직선거법의 목적은 달성하기 어렵게 될 수 있기 때문이다.

나) 다른 한편 '의혹을 사고 있다'는 사실의 공표가 무제한으로 허용되는 것은 아니다.

'의혹을 사고 있다'는 사실을 공표한 경우에도, 경우에 따라서는 유권자들이 의혹의 내용을 이루는 구체적 사실이 실제로 존재한다고 받아들일 위험성이 있기 때문이다.

선거의 궁극적인 목적은 국민의 정치적 의사를 대표자의 선출에 정확하게 반영하는 데 있는데, 정당한 의심에 기초하지 않은 무분별한 의혹 제기의 경우 '의혹을 사고 있다'는 사실의 적시만으로도 국민의 민주적 의사 형성을 왜곡할 여지가 있음은 부정하기 어렵기 때문이다.

다) 따라서 피고인으로서, 자신의 제1차 공표가 무분별한 의혹 제기가 결코 아니라 정당한 문제 제기이었음을 내세우기 위해서, 공소외 1이 실제로 의혹을 사고 있었다는 사실, 즉 ④ 공소외 1의 미국 영주권 보유 여부에 관하여 실제로 의혹이 제기되고 있었고, ② 공소외 1의 미국 영주권 보유를 '의심'하게 할 만한 정황들도 존재하였다는 사실을 소명할 부담을 진다고 할 것이다.

2) 피고인이 공표한 '의혹을 사고 있다'는 사실이 '허위'인지에 관한 판단

가) 공소외 2의 탐사보도 전문기자로서의 경력과 신뢰도

이 사건 트윗 글을 게시한 공소외 2는, 1995년 12월경 ▽▽▽에 입사하였다가 2013년 3월경 사직한 후 인터넷 언론사인 '○○○○'의 기자로 활동 중인 사람이다.

공소외 2는 ▽▽▽에서 탐사보도 전문기자로 활동하면서 고위공직자의 비위 등 공직담당자격 검증과 관련된 취재를 통해 6차례 한국기자협회 이달의 기자상을 수상하고, 삼성언론상(보도부문)을 받기도 하였다(증거기록 1권 597쪽, 2권 926쪽 이하).

나) 인터넷 트위터상에서의 의혹 확산

(1) 2014. 5. 23. 19:39경 ○○○○ 기자인 공소외 2가 인터넷 트위터에 '(공소외 1) 본인 역시 미국 영주권을 갖고 계시지요?'라는 내용의 트위터 글을 게시하였다.

이로써 공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹이 최초로 제기되었다.

2014. 5. 26. 기준 공소외 2의 트위터 계정(계정 생략)의 팔로워(follower) 수는 58,971명이었고, 2014. 5. 24. 자정까지 1,377명의 트위터 이용자들이 공소외 2의 위 트윗 글을 리트윗(retweet)하였으며, 공소외 2의 위 트윗 글을 리트윗한 사람들의 팔로워 수는 3,144,522명에 이르렀다(증 제66호증 CYRAM의 서울시 교육감 선거 관련 트윗 분석 3쪽, 공판기록 5권). 중복된 사람들과 트위터를 자주 이용하지 않는 사람들은 제외해야 하는 점을 고려하더라도, 상당히 많은 수의 트위터 이용자들이 공소외 2의 위 트윗 글을 보았으리라고 인정할 수 있다.

(2) 증인 공소외 15(◇◇대학교 사회학과 교수), 공소외 16(☆☆대학교 사이버국방학과 교수)의 당심 법정진술에 의하면, 트위터는 SNS 중 대표적인 개방형 네트워크로서, 누구나 정보를 불특정 다수에게 전파할 수 있는 미디어적 성격을 가지고 있다는 것이다.

나아가 트위터는 개방형 네트워크로서 특별한 사정이 없는 한 누구나 타인의 트윗 글을 볼 수 있으므로, 이를 '제보'라고 표현하는 것도 가능한 것으로 봄이 타당하다[한편 공소외 5는 원심 법정에서 "공소외 2 기자의 트위터와 공소외 17이 전해준 말도 있겠지만 공소외 2의 트위터를 본 많은 일반인들, 유권자들의 반응, 그리고 저희 캠프로 들어온 여러 '영주권이 있다는데, 알고 있느냐, 대책이 무엇이나'는 항의성, 제보성 전화를 통칭해서 제보라고 표현한 것입니다.

"라고 진술하였는데(공판기록 3권 1215쪽), 피고인의 선거캠프에 몸담은 사람들로서는 이러한 공소외 2와 공소외 17의 진술, 카카오톡 등을 '제보'로 받아들일 수 있을 것이다.

따라서 피고인이 1차 공표에서 '제보'를 받은 것처럼 표현한 부분은 허위사실의 공표라고 할 수 없다].

다) 반대되는 정보공개에의 부재

(1) 증인 공소외 16은 당심 법정에서 SNS상에서 허위의 정보가 확산될 경우, 이를 해결하기 위해서는 '압도적 정보공개'가 필요하다고 진술하였다(증인신문조서 7쪽). 그런데 공소외 2가 트위터 글을 게시한 2014. 5. 23. 19:39경부터 피고인이 1차 공표를 한 2014. 5. 25. 11:00경까지 약 39시간 동안, 공소외 1 선거사무소에서는 공소외 1 본인 및 자녀

의 미국 영주권 보유 여부에 관하여 아무런 정보를 공개하지 아니하였다.

- (2) 통상 선거 과정에서는 후보자에 관한 인터넷 여론이 어떤지를 확인하기 마련이고, 공소외 1도 원심에서 당시 이를 확인하는 홍보팀이 있었다고 진술하였다(공판기록 3권 1331쪽). 물론 공소외 1 측에서는 인터넷상에서 공소외 2의 트윗 글이 확산되는 것을 알지 못했을 수도 있고, 굳이 대응할 필요가 없다고 판단하였을 수도 있다.

그러나 공소외 1 측에서 '본인은 미국 영주권을 보유하고 있지 않다'는 사실을 적극적으로 공개하였다면, 공소외 1의 미국 영주권 보유 의혹이 트위터 자체의 자정 기능 작동으로 검증되어 확산되지 않았을 가능성을 배제하기 어렵다는 점에서, 위와 같이 상당 기간 동안 반대되는 정보의 공개가 이루어지지 않은 상황 자체도 피고인의 의혹 제기의 정당성을 뒷받침하는 하나의 정황이 될 수 있다고 보인다.

라) 공소외 1 자녀들의 미국 시민권 보유

- (1) 2014. 5. 22., '◆◆◆◆◆ ◆◆◆◆◆ ◆◆◆◆◆ 모임'에서는 '공소외 1 후보를 비판한다'는 제목으로 "(전략) 공소외 1 후보자께서는 이혼하시기 전에 자녀 2명을 모두 조기유학 보내신 걸로 알고 있습니다.

대한민국의 학부모 경험도 없으신 분이 초, 중등교육을 이끄는 수장의 역할을 어떻게 수행하실지 궁금합니다... 4. 서울 교육을 하셔야 하는데 국적 없이 표류할까봐 걱정됩니다.

→ 넘치는 경제력 덕이겠지만 조기에 자녀를 미국유학을 보내셨기에 (끝)"이라는 의혹을 제기하였고, 위 내용은 2014. 5. 23. 언론을 통해 보도되었다(공판기록 1권 141, 145쪽). 한편 공소외 2가 게시한 트윗 글에 '공소외 1은 두 자녀를 미국에서 교육시켰다'는 취지의 글이 기재되어 있음은 앞서 본 바와 같다.

- (2) 피고인은 1차 공표에서 공소외 1의 두 자녀가 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹도 함께 제기하였고(기자회견의 전체 취지에 비추어 보면, 오히려 두 자녀의 미국 유학과 영주권 보유 문제가 더 주된 의혹이었다고도 볼 수 있다), 공소외 1은 2014. 5. 25.자 편지글에서 두 자녀가 미국 시민권자임을 인정하였다.

시민권은 영주권보다 포괄적인 권리이므로, 자녀들의 영주권 보유와 관련된 의혹은 진실에 부합하는 것이었다고 평가할 수 있다.

한편 공소외 1 본인도 1989년부터 1991년까지 2년간 미국의 로펌에서 근무한 경험을 가지고 있었다.

공소외 1의 이러한 경력과 능력까지 고려하면, 공소외 1이 미국 영주권을 보유할 개연성은 일반인에 비하여 훨씬 높다고 평가할 수 있다.

마) 공적 기관에 의한 판단이나 확인의 부재

공소외 1의 미국 영주권 보유 여부는 개인정보에 해당할 뿐만 아니라 미국 정보이므로 피고인이 이를 객관적으로 확인할 방법이 없었다(증거기록 1권 285쪽). 그리고 이 문제에 관하여는 법원이나 주한 미국 대사관, 외교부 등 공적 기관에 의한 사실확인이나 판단이 내려진 바도 없었다.

바) 소결

위와 같이 ① 공직자의 공직담당적격 검증 취재를 여러 번 한 기자가 직접 '(공소외 1) 본인도 미국 영주권을 갖고 계시지요?'라는 트윗 글을 게시하고, ② 상당한 수의 사람들이 공소외 2의 트윗 글을 리트윗하는 하는 방법으로 공소외 1의 미국 영주권 보유 여부에 관한 의혹을 전파하였음에도 불구하고, ③ 선거에 출마한 공소외 1 측에 의하여 그에 대한 유의미한 반론이나 정보공개가 곧바로 이루어지지 않았으며, ④ 공소외 1의 두 자녀가 미국에서 교육을 받고

성장하여 생활하고 있으며, 본인도 미국 로펌에 근무한 경험이 있는 등 이를 '합리적으로 의심'케 할 만한 정황들이 존재하였고, ⑤ 이 쟁점에 관한 공적기관에 의한 사실확인이나 판단이 없었던 마당이라면, '공소외 1이 미국 영주권 보유 의혹을 사고 있다'는 사실을 공표한 것을 두고 '허위의 사실'을 공표한 것이라고 보기는 어렵고, 그러한 의혹이 방송이나 신문을 통하여 기사화되지 아니한 상태였다는 사정만으로 위와 같은 결론이 달라진다고 할 수는 없다.

3) 허위성의 인식에 관한 판단

가) 앞서 본 사정들을 종합하여 보면, '공소외 1이 미국 영주권을 보유한 것이 아닌가'하는 의혹에는 상당한 근거가 있다고 인정되고, 달리 피고인이 그러한 의혹의 진실성에 '강한 의문'을 품고서도 '의혹을 사고 있다'는 사실을 감히 공표하였다고 인정하기에 부족하다.

나) 한편 원심은, 피고인이 사실 확인의 노력을 다하지 않은 점을 주된 근거로 하여 피고인의 미필적 고의를 인정하였다.

그러나 원심의 판단은 다음과 같은 점에서 수긍하기 어렵다.

(1) 원심은, 피고인이 적시한 사실이 진실한지를 확인하는 일이 시간적, 물리적으로 사회통념상 가능하였음에도 피고인이 그러한 확인의 노력을 하지 않은 채 그 사실의 적시에 적극적으로 나아갔다고 판단하였다.

그러나 피고인이 공소외 1의 개인정보에 해당하는 미국 영주권 보유 여부를 경쟁후보자인 공소외 1에게 개인적으로 물어서 확인한다는 것이 제기된 의혹의 진위 여부를 확인하는 의미 있는 방법이라고 보기도 어렵거니와, 사실관계를 조사할 아무런 권한이 없었던 피고인이 그 밖의 방법으로 선거운동 기간 내에 이를 확인하는 것이 가능하였으리라고 보기는 어렵다.

(2) 원심은, 피고인이 1차 공표 전에 미리 공소외 2에게 위 트위터 내용이 사실인지 여부에 관하여 확인을 하지 않았으므로 사실 확인의 노력을 하지 않았다고 판단하였다.

그러나 기자인 공소외 2가 자신의 이름을 걸고 미디어의 속성을 갖는 트위터를 통해 의혹을 제기하는 취지의 글을 게시한 마당에, 그에게 다시 '게시한 글의 내용이 사실인지'를 묻는 것이 과연 어떠한 의미가 있는지 의문이다.

나아가 공소외 2는 2014. 5. 25. 10:52경 공소외 3에게 전화를 걸어 "공소외 1이 몇 년 전 공천에서 탈락한 뒤, '상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'라는 말을 했으니 알아보라. 공소외 1에게 미국 대사관에 가서 확인하자고 하면 된다"는 취지의 말을 한 사실이 인정된다(공판기록 3권 1170, 1257쪽). 만일 피고인 측에서 1차 공표 전에 공소외 2와 연락을 하여 트위터 내용에 관해 문의하였다면, 공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다는 의심은 오히려 더욱 강고해졌을 것이 분명하다.

(3) 원심은, 피고인이 주한 미국 대사관이나 외교부에 타인의 영주권 보유 여부를 확인할 수 있는지, 본인이 영주권을 취득하지 않았다는 사실을 증명할 수 있는 서류를 발급받을 수 있는지 등을 문의하지 않은 점, 이민법 전문가에게 미국 영주권에 관한 자문을 받은 사실이 없는 점 등을 들어 피고인이 사실 확인의 노력을 하지 않았다고 판단하였다.

그러나 위 기관들이 개인정보인 미국 영주권 보유 여부를, 그것도 경쟁 후보자인 피고인 측에 확인하여 주었을 가능성은 없다고 보아도 무방하고, 피고인 측도 이러한 인식 하에 위 기관들에 문의하지 않은 것으로 보인다.

유의미한 결과를 얻을 수 없는 문의를 하지 않았다는 사정만으로 사실 확인의 노력을 다하지 않았다고 평가하거나 탓할 수는 없다.

(4) 한편 공소외 1이 자신의 자서전(□□□□□□)에 '미국 영주권을 신청한 사실이 없다'고 서술한 사실은 인정되나, 위 책은 자서전이라는 점에서 그 내용에 절대적인 신뢰를 부여하기는 어렵다고 할 것이다.

공소외 1은 2014. 5. 20. △△△△△총연합 임원회의에 참석한 사실이 있었는데, 그 후 위 회의에서 ● 모 목사가 한 세월호 관련 발언이 부적절하다는 여론이 일자 공소외 1 후보 측에서는 2014. 5. 23. '공소외 1이 위 임원회의에 참석하지 않았다'고 밝힌 바 있었다.

피고인 측은 이러한 여러 정황을 종합하여 위 자서전의 일부 내용만으로는 의혹을 해소하기 부족하다고 판단한 것으로 보인다.

결국, 피고인이 진실성에 강한 의문을 품고서도 의혹을 감히 공표하였다거나 확인의 노력을 다하지 않았다고 보기에는 부족하다.

(5) 피고인은 '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다'는 사실을 단정적으로 공표한 것이 아니라, '의혹을 사고 있다'는 사실을 적시하고, '사실대로 밝히라'는 해명 요구를 하였다.

피고인이 1차 공표 당시 반대 사실의 존재 가능성을 인식하고 있었음을 알 수 있는 사안에서 허위의 미필적 인식이 있다고 쉽게 인정한다면, 합리적인 추측에 기반을 둔 의혹 제기 자체가 봉쇄될 위험성이 있다.

4) 소결론

피고인이 1차 공표를 통하여 공표한 '공소외 1은 미국 영주권 보유에 관한 의혹을 사고 있다'는 사실은 허위라고 보기 어렵고, 피고인에게 허위의 인식이 있었다고 인정하기도 어렵다.

피고인의 이 부분 항소는 이유 있다.

나. 2차 공표 부분에 관한 판단

1) 피고인이 소명해야 할 사실

가) 피고인은 2차 공표를 통하여서는 공소외 1의 해명에도 불구하고 공소외 1 본인의 미국 영주권 보유의혹이 여전히 해소되지 않고 있다는 전제하에 "공소외 1은 공천에서 탈락한 뒤 지인들과 언론인들에게 '상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'고 말하고 다녔다"는 사실도 추가로 공표하였다.

그리고 피고인이 1차 공표와 달리 2차 공표에서는 '공소외 1이 공천 탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실을 간접적인 방법으로 암시하여 공표하였음은 앞서 본 바와 같다.

나) 따라서 피고인은 2차 공표와 관련해서는, "공소외 1이 공천에서 탈락한 뒤 지인들과 언론인들에게 '상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'고 말하고 다녔다"는 사실, 위와 같이 간접적으로 암시된 사실의 각 공표를 정당화할 사정을 소명할 부담을 진다.

2) 2차 공표의 위 각 사실이 허위인지 여부에 대한 판단

원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음 사정들을 종합하여 보면, 2차 공표의 위 각 사실은 허위라고 봄이 타당하다.

가) 공소외 1이 공소외 2에게 미국 영주권 보유 사실을 말했는지 : 부정

(1) 우선 공소외 2는 2014. 5. 25. 10:52경과 18:23경 두 차례에 걸쳐 공소외 3과 통화하면서, "공소외 1이 몇 년 전 공천에서 탈락한 뒤, '상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'라는 말을 하였으니 알아보라. 공소외 1에게 미국 대사관에 가서 확인하자고 하면 된다"는 취지의 말을 한 사실은 인정된다(공판기록 3권 1170, 1197, 1257, 1265쪽).

(2) 그러나 기록에 나타난 증거들에 의하면, 공소외 1은 미국에서 근무할 당시나 그 이후 미국 영주권을 취득하지 않았고, 그 결과 미국에서 근무할 당시는 물론 공천에서 탈락했을 당시나 2014. 5. 25. 당시에도 미국 영주권을 보유하고 있지 않았음을 인정할 수 있고(증거기록 5권 2695쪽), 피고인도 이에 대하여는 다투고 있지 아니하다.

(3) 그렇다면 공소외 1은 미국 영주권을 보유하고 있지 않으면서도 공소외 2에게 "상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다"라는 말을 하였다는 것이 되는데, 이는 경험칙상 받아들이기 어렵다.

특히 공소외 1은 수사기관에서부터 원심 법정에 이르기까지 일관되게 「① 공소외 2를 알지도 못하고(공판기록 3권 1295쪽), ② 2012년 자신이 공천에서 탈락하였을 무렵에는 이른바 '돈 봉투' 사건으로 기자의 전화를 받을 상황이 아니었을 뿐만 아니라(공판기록 3권 1307쪽), ③ 탐사보도 전문기자에게 '저는 미국 영주권이 있다'고 말했을 리가 없다」는 취지로 진술하였다.

반면 공소외 2는 위 말을 2012년에 들었는지 2008년에 들었는지조차 기억하지 못하고 있다(공판기록 3권 1356쪽).

(4) 결국 공소외 1이 공천에서 탈락한 2012년경 공소외 2에게 "상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다"고 말했을 가능성은 매우 낮다고 판단된다(다만 앞서 본 바와 같이 피고인 측 대변인인 공소외 3이 공소외 2로부터 위와 같은 말을 전해 들은 사실은 인정되므로, 이는 허위성의 인식에 관한 판단에서 고려하기로 한다).

나) 공소외 8이 공소외 1의 미국 영주권 보유를 확인해 주었는지 : 부정

(1) 원심은 공소외 8과 공소외 7을 대질 신문하였다.

공소외 8은 「① 공소외 1의 미국 영주권 문제에 관하여 전혀 알지 못하고, ② 공소외 1로부터 "저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다"는 취지의 말도 들은 적이 없으며, ③ 공소외 7에게 "공소외 1과 피고인 모두를 아는 관계이기 때문에 선거에 관여할 수 없고, 공소외 1의 미국 영주권 문제에 대해서는 알지 못한다"는 취지로 대답하였다」고 진술하였고(공판기록 3권 1429쪽), 공소외 7은 「공소외 8은 '안다, 모른다'로 대답한 것이 아니라, 거기에 대해서 말해 줄 수 없다는 취지로 대답하였다」고 진술하였다(공판기록 3권 1441쪽).

(2) 두 사람 모두 자신의 관점에서 바라본 사실을 진술하고 있다고 생각되는데, 공소외 8은 공소외 7의 질문에 대하여 "공소외 1과 친한 사이라서 관여하고 싶지 않고, 알지도 못한다"는 취지로 대답한 것으로 보이고, 공소외 8을 통해 정보의 진위를 확인하고 싶었던 공소외 7은 "공소외 1과 친한 사이라서 관여하고 싶지 않다"는 부분에 주목하여 공소외 8이 정보를 숨기고 있다고 생각한 것으로 보인다.

그러나 피고인에게 최대한 유리하게 해석하더라도, '말해 줄 수 없다'는 내용을 두고 공소외 8이 공소외 7에게 공소외 1의 위 발언을 '확인'해 주었다고 인정할 여지는 없어 보인다.

다) 암시된 사실의 허위 여부 : 긍정

2차 공표를 통하여 간접적인 방법으로 암시된 사실 즉 '공소외 1이 공천 탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실이 허위임은 위에서 본 바와 같다.

라) 소결

피고인은 공소외 1의 1차 해명에도 불구하고 여전히 '공소외 1 본인의 미국 영주권 보유 의혹이 해소되지 않았다는 전제하에 "공소외 1은 공천에서 탈락한 뒤 지인들과 언론인들에게 '상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'고 말하고 다녔다"는 사실을 추가로 공표하였다.

그러나 ① 공소외 1은 공천에서 탈락하였던 2012년 3월경 지인이나 언론인에게 위와 같은 말을 한 사실이 없었고, ② 피고인이 위 내용에 대하여 '다수'의 증언을 제보받지도 못하였으며, ③ 달리 2차 공표를 통하여 암시된 '공소외 1 후보의 미 영주권 보유사실'을 뒷받침할 소명자료도 없었다.

결국, 피고인이 2차 공표를 통하여 직접 밝혔거나 간접적으로 암시한 위 각 사실은 모두 허위라고 봄이 타당하다.

3) 허위성의 인식에 관한 판단

나아가 다음과 같은 사정을 종합하면, 피고인에게는 2차 공표를 통하여 공표한 위 각 사실이 허위라는 점에 관한 미필적 고의는 있었다고 볼 수 있다.

가) 사실확인 노력의 미흡

(1) 피고인 선거사무소는 결국 공소외 2로부터만 "공소외 1이 공천에서 탈락한 뒤 지인들과 언론인들에게 '상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'고 말하고 다녔다"는 사실을 전해 들었을 뿐, 공소외 1의 지인이나 다른 언론인으로부터 위 사실을 확인하지는 못하였다.

그리고 위 사실은 언론 기사 등을 통해 확인된 적이 없음은 물론 트위터상에서도 전혀 전파된 바 없었다.

(2) 위 '다수의 증언'은 그 표현과 경위가 구체적이고 생생할 뿐만 아니라, 내용도 공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다는 사실을 여러 사람들에게 말하고 다녔다는 것이어서 공소외 1의 미국 영주권 보유 여부를 추단케 하는 강력한 한 정황이 된다.

위와 같은 증언의 존재와 그 내용의 적시는 유권자들을 오도할 위험성이 있는 만큼, 피고인으로서 사실 확인의 노력을 하였어야 했다.

특히 최소한 '다수'의 증언이 있었는지 여부를 확인하는 것은 시간적, 물리적으로 사회통념상 가능하였다고 인정되는데, 피고인은 이러한 노력을 충분히 하지 않은 채 만연히 '다수'의 증언이 있다고 주장하면서 그 내용의 적시에 적극적으로 나아간 것으로 보인다.

나) 공소외 1의 해명 및 사과요구와 그로 인한 상황의 변화

(1) 피고인은 1차 공표에서는 공소외 1 본인과 두 자녀의 미국 영주권 보유 의혹에 관하여 '사실대로 밝힐 것'만을 요구하였을 뿐, '객관적인 자료'를 제시할 것을 요구하지 아니하였다.

이에 공소외 1은 2014. 5. 25. 15:16경 '피고인 후보님께 드리는 편지'를 인터넷에 게재하여, 두 자녀가 미국 시민권을 보유하고 있으며 미국에서 교육을 받았다는 사실을 시인하고, 다만 자신이 미국 영주권을 보유하고 있다는 사실에 대해서는 강하게 부인하면서 사과를 요구하였다.

그렇다면 피고인의 의혹 제기와 해명 요구에 대하여 공소외 1이 공개적으로 해명함으로써, 공소외 1의 미국 영주권 보유 의혹은 어느 정도 해소되었다고 평가할 여지가 생겼다.

(2) 물론 공소외 1은 위 편지글을 게시하면서 객관적인 자료를 제시하지 않았으므로, 공소외 1의 해명에도 불구하고 피고인이 다시 객관적 자료를 요구하는 것 자체는 정당화될 수 있다.

그러나 피고인은 공소외 1에게 단순히 객관적인 자료를 제시할 것을 요구하는 데 그치지 않고, 앞서 본 바와 같이 "공소외 1은 공천에서 탈락한 뒤 지인들과 언론인들에게 '상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'고 말하고 다녔다"는 사실을 추가로 공표하였고, 이후 라디오 방송에서도 '신빙할 제보가 있다', '일정한 검증을 했다', '공소외 1의 해명은 믿기 어렵다'는 취지의 발언을 하였다.

(3) 이러한 피고인과 공소외 1의 공방과정을 전체적으로 살펴보면, 유권자의 입장에서는 공소외 1은 미국 영주권을 보유하고 있거나 보유한 적이 있음에도 불구하고 거짓 해명을 하고 있으며, 피고인에게서는 공소외 1의 미국 영주권 보유 사실을 증명할 강력한 정황증거가 있다고 받아들일 가능성이 크다.

(4) 이런 상황에서 피고인이 상당히 믿을 만한 증거가 있음을 밝히면서도 정작 그 증거의 내용을 사전에 면밀히 확인하고 신빙성을 따지는 것에 소홀히 한 채 보유하고 있는 증거의 양과 질을 과장하였다면, 증거에 관한 위와 같은 사실의 공표 과정에도 허위의 미필적 고의가 있었다고 보아야 하고, 그러한 증거 설명을 통하여 제3자에게 암시될 사실에 대하여도 허위의 미필적 고의가 있었다고 보는 것이 타당하다.

4) 피고인에게 공소외 1이 당선되지 못하도록 할 목적의 유무

'당선되지 못하게 할 목적'은 후보자에 관한 허위의 사실을 공표함으로써 선거인의 정확한 판단을 흐리게 하고 그에 따른 투표의 결과 후보자로 하여금 유효투표의 다수를 얻지 못하게 할 목적을 의미한다고 할 것이고(대법원 2007. 6. 29. 선고 2007도2817 판결 등 참조), 적극적으로 당선되지 못하게 할 것을 의욕하거나 희망할 것까지는 없고 단순히 당선되지 못하게 한다는 인식이 있는 것으로 충분하다고 할 것이다(대법원 2007. 7. 27. 선고 2007도3598 판결 등 참조). 한편 그 목적이 있었는지 여부는 피고인의 사회적 지위, 피고인과 후보자 또는 경쟁 후보자와의 인적 관계, 공표행위의 동기 및 경위와 수단·방법, 행위의 내용과 태양, 그러한 공표행위가 행해진 상대방의 성격과 범위, 행위 당시의 사회상황 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2006. 5. 25. 선고 2005도4642 판결, 대법원 2007. 1. 15. 선고 2006도7473 판결 등 참조).

앞에서 본 사정들, 즉 공소외 1이 1차 해명을 하였음에도 이에 대한 별다른 확인절차를 거치지 않고 2차 공표에 나아간 점, 그러한 확인의 노력은 시간적, 물리적으로 충분히 가능하였다고 보이는 점, 단순한 공직담당자격 검증은 객관적인 자료 제시를 요구하는 것만으로도 충분하였다는 점 등을 종합하여 보면, 공직적격 검증을 위한다는 주관적인 목적과 의도에 따른 것이라고 볼 면이 있고, 적극적으로 낙선을 의욕하거나 희망한 것이라고 까지 볼 수는 없지만, 피고인에게 2차 공표를 통하여 경쟁 후보자인 공소외 1이 단순히 당선되지 못하게 한다는 인식은 있었다고 봄이 타당하다.

5) 소결

피고인이 2차 공표를 통하여 허위의 사실을 직접 또는 암시의 방법으로 공표하였고, 피고인에게 허위라는 점에 대한 미필적 인식과 낙선의 목적도 있었다고 인정되므로, 이 부분 허위사실공표에 대한 책임을 져야 한다(피고인의 변호인들은, 후보자의 공직적격 검증을 위한 질의와 답변 과정에서의 허위사실공표죄는 후보자 간 방송토론에서의 허위사실공표죄의 경우와 마찬가지로 제한적으로 적용되어야 한다고 주장한다.

그러나 피고인의 2차 공표는 후보자 간 방송토론 중 발언이 아님은 분명하고, 공방이 즉흥적으로 이루어지는 후보자 간 방송토론과 달리 공소외 1의 해명 이후 대응 방안을 검토하기에 충분한 시간적 간격이 지난 후에 이루어졌으므로, 이러한 주장은 받아들이기 어렵다). 이 부분 피고인의 항소는 받아들이지 않는다.

5. 결론

원심판결 중 2014. 5. 25. 국회 정론관 기자회견에서의 허위사실공표로 인한 지방교육자치에관한법률위반의 점에 대한 피고인의 항소는 이유 있고, 위와 같이 무죄로 되는 부분과 나머지 원심 판시 죄를 형법 제37조 전단의 경합범으로 처리하여 하나의 형을 선고한 원심판결은 전부 파기될 수밖에 없다.

따라서 피고인과 검사의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소 이유의 요지

가. 사실오인 및 법리오해(피고인)

1) 피고인은 "공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다"는 사실을 공표한 것이 아니다.

피고인은 "공소외 1이 미국 영주권을 보유한 적이 있다"거나 "공소외 1이 미국 영주권을 현재 보유하고 있다"는 사실을 단정하거나 이를 암시하여 공표한 것이 아니라, 미국 영주권 보유 의혹이 제기되고 있다는 사실 또는 영주권 보유 의혹이 있다는 사실을 지적하면서 공소외 1에게 제기된 의혹에 대한 해명을 요구하고, 해명함에 있어서 객관적인 자료의 제시를 요구한 것이며, 이는 표현이나 문맥상 분명하다.

그리고 검사로서는 마땅히 피고인이 공표한 내용 중 무엇이 공직선거법 제250조 제2항의 '허위사실'에 해당하는지를 특정하여야 하는데, 검사는 피고인이 공표한 허위사실이 무엇인지 특정하지도 않았다.

그럼에도 원심은, 피고인이 '공소외 1이 미국 근무 당시 미국 영주권을 취득하여 2014. 5. 25.까지 이를 보유하고 있다'는 사실과 '공소외 1이 공천탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실을 암시하여 공표하였다고 판단하였다.

따라서 원심판결에는 허위사실공표죄에서의 '공표사실 특정'에 관한 법리오해 및 사실오인의 위법이 있다.

2) 피고인의 '해명 및 객관적 자료제시 요구'는 '허위사실의 공표'에 해당하지 않는다.

피고인의 공소외 1에 대한 이 사건 해명요구와 객관적인 소명자료의 제시요구는 선거 과정에서 당연히 예정되어 있는 경쟁 후보자들 상호 간의 비판과 공직적격 검증에 해당하므로 공직선거법상 허용되는 적법한 선거운동의 범주에 속한다.

그럼에도 원심은, 피고인의 공소외 1에 대한 미국 영주권 보유 의혹에 대한 해명 요구를 '허위사실의 공표'에 해당한다고 보았는바, 이러한 원심판결에는 공직적격 검증을 위한 언론 및 선거운동의 자유와 낙선 목적 허위사실공표죄의 관계에 대한 법리를 오해하고 사실을 오인한 위법이 있다.

3) 피고인은 공표사실이 허위임을 인식하지 못하였고, 오히려 영주권 보유 의혹이 진실인 것으로 믿을 만한 상당한 이유가 있었다.

피고인에게는 해명 요구 당시 피고인이 공표한 사실이 허위라는 점에 관한 인식이 없었고, 오히려 그러한 의혹이 진실인 것으로 믿을 만한 상당한 이유가 있었다.

그럼에도 원심은, "피고인에게 미필적 고의를 인정할 수 있고, 피고인이 제시한 소명자료에 의하더라도 그러한 의혹이 진실인 것으로 믿을 만한 상당한 이유가 있다고도 인정되지 않는다"고 판단하였는바, 원심판결에는 허위사실 공표죄에서의 미필적 고의, 의혹이 진실인 것으로 믿을 만한 상당한 이유에 관한 법리오해 및 사실오인의 위법이 있다.

4) 피고인은 '공소외 1을 당선되지 못하게 할 목적'으로 해명 요구를 한 것이 아니다.

피고인은 공직적격 검증목적에서 의혹에 대한 해명을 요구하고 객관적인 자료제시를 요구한 것이므로 공소외 1을 당선되지 못하도록 할 목적에서 해명요구 등을 하였다고 사실인정을 하는 것은 부당하다.

상대 후보에게 제기된 의혹의 해명을 요구하고, 상대 후보가 이에 대하여 해명을 하는 일련의 과정을 통하여 의혹을 받는 후보에게 불리한 여론이 형성되더라도 그것은 선거의 특성상 일정 부분 수용할 수밖에 없으며, 그러한 결과가 발생할 우려가 있다고 하여 곧바로 의혹을 제기하는 사람에게 상대 후보에 대한 '낙선 목적'이 있다고 인정할 수는 없다.

그럼에도 원심은, "피고인에게 공소외 1이 당선되지 못하도록 할 목적이 있었다"고 판단하였는바, 원심판결에는 허위사실공표죄에서의 당선되지 못하게 할 목적에 관한 법리오해 및 사실오인의 위법이 있다.

나. 양형부당(피고인, 검사)

원심의 양형(벌금 500만 원)은 너무 무거워서 부당하다(피고인). 반대로 원심의 양형은 너무 가벼워서 부당하다(검사).

2. 기본적인 사실관계 및 주요 쟁점

가. 기본적인 사실관계

1) 주요 등장인물

- ① 피고인은 2014. 6. 4. 제6회 전국동시지방선거에서 서울특별시 교육감으로 당선된 사람이고, 공소외 1은 위 선거에 서울특별시 교육감 후보자로 출마한 사람이다.
- ② 공소외 5와 공소외 3은 피고인 선거사무소의 공보담당자들로써 이 사건 2014. 5. 25.자 보도자료 및 2014. 5. 26.자 답신 글을 작성한 사람들이며, 공소외 7은 피고인 선거사무소의 선거대책본부위원장이었다.
- ③ 공소외 2는 ▽▽▽ 기자로 일하다가 2013년 3월경 사직한 후 인터넷 언론사인 '○○○○'의 기자로 활동 중인 사람이다.
- ④ 공소외 8은 ▽▽▽ PD였다가 2001년 3월경부터 2005년 3월경까지 ◁◁◁TV의 전신인 ▷▷TV의 대표이사를 역임한 사람으로 공소외 1과 1999년부터 알고 지내오던 공소외 1의 지인이다.

2) 공소외 2의 트윗 글 게시 등

- ① 2014. 5. 23.(금) 19:39경, 공소외 2는 자신의 트위터 계정(계정 생략)에 "서울시 교육감 후보로 나선 공소외 1 후보는 자녀들을 어디서 공부시키셨나요? 한국에서 공부를 시키지 않으셨으면 왜 그러신 건가요? 본인 역시 미국 영주권을 갖고 계시지요? 정말 한국의 교육을 걱정하십니까? 걱정할 만큼 잘 알고 계십니까? 궁금합니다.

"라는 트윗 글을 게시하였다(증거기록 1권 497쪽).

- ② 2014. 5. 23.(금) 저녁 무렵, 피고인은 공소외 5, 공소외 3으로부터 "공소외 2가 트위터에 공소외 1의 미국 영주권에 관한 글을 게시하였고, 이에 따라 공소외 1의 미국 영주권 보유 여부에 관한 의혹이 있다"는 내용의 보고를 받았다.

③ 2014. 5. 24.(토) 오후 무렵, 공소외 5와 공소외 3은 공소외 1의 미국 영주권 보유 의혹에 관한 기자회견문 초안을 작성한 후 피고인에게 기자회견을 건의하였고, 저녁 무렵 피고인은 기자회견 개최를 승낙하였다.

④ 2014. 5. 26.(월) 기준 공소외 2의 트위터 계정의 팔로워(follower) 수는 58,971명에 이르렀다.

2014. 5. 24.(토) 자정까지 1,377명의 트위터 이용자들이 공소외 2의 위 트윗 글을 리트윗(retweet)하였다(증 제66호증 CYRAM의 서울시 교육감 선거 관련 트윗 분석 3쪽, 공판기록 5권)

3) 피고인의 국회 정론관에서의 기자회견(이하 편의상 '1차 공표'라고 한다)

2014. 5. 25.(일) 11:00경, 피고인은 국회 정론관 기자회견장에서 '공소외 1 후보는 미 영주권 문제를 즉각 해명하라'는 제목의 보도자료(별지 1 참조)를 기자들에게 배포하고, 그 내용을 그대로 읽어 내려가는 방식으로 기자회견을 하였다(증거기록 1권 346쪽).

4) 공소외 1의 인터넷 공개편지 게시와 라디오 방송에서의 해명

① 2014. 5. 25.(일) 15:16경, 공소외 1은 위와 같은 피고인의 기자회견에 대하여 '피고인 후보님께 드리는 편지'라는 제목의 글(별지 2 참조)을 인터넷에 게시하였다(증거기록 1권 461쪽)

② 2014. 5. 26.(월) 06:00~08:00경, 공소외 1은 라디오 프로그램인 '공소외 9의 ♡♡♡ 전망대'의 진행자 공소외 9와 방송 중 전화통화를 하면서 자신은 미국 영주권을 보유하고 있지 않다고 해명하였다(증거기록 3권 1325쪽).

5) 피고인의 '공소외 1 후보님께 드리는 답신' 게재와 라디오 방송에서의 발언 등(이하 편의상 '2차 공표'라고 한다)

① 2014. 5. 26.(월) 17:38경, 피고인은 자신의 선거사무실에서 '공소외 1 후보님께 드리는 답신'이라는 제목의 글(별지 3 참조)을 인터넷에 게재하고, 기자들의 이메일로 이를 발송하였다(증거기록 1권 465쪽, 3권 1654쪽).

② 2014. 5. 26.(월) 17:55경, 공소외 2는 트위터에 피고인의 위 답신 글을 링크하고, "만약 공소외 1 후보께서 관련 증빙 서류를 명백히 제시하신다면 의문을 제기한 저도 즉각 사과드리겠습니다"라는 트윗 글을 게재하였다(증거기록 1권 498쪽).

③ 2014. 5. 27.(화) 06:00~08:00경, 피고인은 위 라디오 프로그램의 진행자인 공소외 9와 방송 중 전화통화를 하면서 원심 범죄사실 제2항 기재와 유사한 취지의 발언을 하였다(증거기록 3권 1382쪽). 구체적인 발언 내용은 별지 4와 같다.

④ 2014. 5. 27.(화) 06:25~07:55경, 피고인은 라디오 프로그램인 '안녕하십니까 공소외 10입니다'의 진행자인 공소외 10과 라디오 방송 중 전화통화를 하면서 원심 범죄사실 제2항 기재와 유사한 취지의 발언을 하였다(증거기록 3권 1388쪽). 구체적인 발언 내용은 별지 5와 같다.

6) 공소외 1의 고발, 구 여권 사본 제출 및 공소외 2의 사과 트윗 글 게시

① 2014. 5. 27.(화) 11:00경, 공소외 1은 서울특별시 선거관리위원회에 피고인을 고발하면서 그 고발장에 증거자료로 자신의 구 여권 사본을 첨부하여 제출하였다(증거기록 1권 151쪽).

② 2014. 5. 27.(화) 20:29경, 공소외 2는 "공소외 1 후보 자신의 영주권 소지 의혹 부분은 공소외 1 후보의 서류 제출로 해소된 듯합니다.

제가 의혹을 제기한 부분의 근거는 있습니다만 말할 필요가 없게 됐구요. 공소외 1 후보께 사과 드립니다.

"라는 트윗 글을 게재하였다(증거기록 1권 499쪽).

나. 이 사건의 쟁점

1) 피고인이 공표한 사실은 무엇인지(공표사실의 확정)

별지 1, 3, 4, 5의 기재에 의하면, 피고인이 2014. 5. 25. 기자회견 및 2014. 5. 26. 답신 글 게재, 2014. 5. 27. 라디오 방송에서의 발언 등을 통하여 여러 가지 사실을 공표하고 다양한 의견을 표명하면서 공소외 1에게 미국 영주권 보유 의혹에 대한 해명을 요구하거나 해명을 뒷받침할 만한 객관적인 자료제시를 요구한 사실을 인정할 수 있다.

이에 대하여 검사는, '공소외 1이 미국 영주권을 보유한 사실 등이 없음에도 피고인이 1, 2차 공표를 하여 공소외 1이 당선되지 못하게 할 목적으로 허위의 사실을 공표하였다'고 공소를 제기하였다.

원심에서는 이 사건을 국민참여재판으로 진행하기로 한 다음 배심원들에게 설명할 쟁점을 정리하였는데, 피고인의 변호인을 포함한 소송관계인들은 '피고인이 1, 2차 공표를 통하여 사실을 공표한 것인지, 아니면 의견을 표명한 것인지'를 첫 번째 쟁점으로하기로 의견을 모았다.

그리고 배심원 선정기일을 거쳐 진행된 제1회 공판기일에서도 검사와 변호인은 앞서 정리된 쟁점에 따라 배심원들에게 이 사건의 첫 번째 쟁점은 사실의 공표인지, 의견의 표명인지라고 설명하였다.

원심법원은 배심원들에게 제시된 위와 같은 쟁점 및 그에 대한 법정에서의 공방을 바탕으로 '사실의 공표가 아니라 의견표명에 불과하다는 주장에 관하여'라는 제목으로 이에 대하여 판단하였는데, "피고인이 표현한 내용은 증거에 의하여 입증이 가능한 것이므로 '사실의 표명'에 해당한다"고 판시하였다(원심 판결문 제9, 10쪽).

그런데 피고인의 변호인들은, 당심에 이르러 원심에서와는 다른 각도에서 변론하면서 피고인의 1, 2차 공표 내용을 구체적으로 분석하여 피고인이 공표한 사실을 특정하여야 한다고 주장한다.

즉 피고인의 변호인들은, 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 "공소외 1이 미국 영주권을 보유한 적이 있다"거나 "공소외 1이 미국 영주권을 현재 보유하고 있다"는 사실(이하 'A사실'이라고 한다)을 공표한 것이 아니라, 해명을 요구하는 과정에서 "영주권 보유 의혹이 있다"는 사실(이하 'B 사실'이라고 한다) 또는 "제3자에 의해 영주권 보유 의혹이 제기되어 그러한 의혹이 존재한다"는 사실(이하 'C 사실'이라고 한다)을 공표한 것이라고 주장하고 있다.

따라서 당심에서는 우선, 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 공소외 1의 미국 영주권 보유와 관련하여 공표한 사실이 무엇인지를 확정할 필요가 있다.

왜냐하면, 피고인이 공표한 사실이 위에서 본 'A 사실'인지, 'C 사실'인지, 혹은 'B+C 사실'인지는 어의(語義)나 표현상으로도 서로 명백히 구분되고, 나아가 공표한 사실이 허위인지, 허위라면 피고인에게 허위성의 인식이 있었는지, 그것이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 큰 차이가 있을 수밖에 없기 때문이다.

즉, 피고인이 'A 사실'을 공표한 것이라면 피고인으로서에는 그에 상응하는 수준의 객관적인 소명자료를 제시할 책임을 부담하는 것이고, 피고인이 'C 사실' 그 자체만을 담백하게 공표한 것이라면 공표 당시 '제3자에 의해 공소외 1의 영주권 보유 의혹이 제기되어 존재하였는지'가 허위 여부의 판단 기준이 될 수 있으며, 'B 사실' 혹은 'B+C 사실'을 공표한 것이라면 공표 당시 공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다고 의심할 만한 정황이 존재하였는지, 피고인이 의혹을 제기할 만한 정도의 소명자료는 가지고 있었는지를 따져야 할 것이기 때문이다.

2) '허위사실의 공표'에 해당한다고 평가할 수 있는지

피고인의 변호인들 주장대로, 피고인이 'A 사실'을 단정적 표현을 사용하여 혹은 암시하여 공표한 것이 아니라, 공소외 2 등이 영주권 보유 의혹을 제기하였다는 사실에 기대어 피고인 자신도 공소외 1의 미국 영주권 보유 의혹을 제기하고(즉, '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다고 의심케 하는 여러 사실이 존재한다'는 사실을 공표하고) '해명'을 요구한 것으로 즉, 'B+C 사실'을 공표한 것으로 볼 수 있다고 하더라도, 그러한 행위가 무제한 허용될 수 있는 것은 아니다.

그러한 표현이 이루어진 맥락 및 경과, 다른 정황 등 여하에 따라서는 피고인의 1, 2차 공표를 접한 유권자 입장에서 피고인이 단순히 의혹을 제기하고 있다는 사실에 관심을 두고 주목하기보다는 의혹 사실이 진실이라고 받아들일 수도 있기 때문이다.

따라서 피고인이, 마치 언론의 보도처럼, 'C 사실' 그 자체만을 담백하게 공표한 것으로 인정되지 않는 한, 피고인으로서 그러한 의혹제기를 정당화할 만한 합리적인 사정 즉, '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다고 의심할 만한 정황들이 실제 존재하였다'는 점을 소명하여야 할 부담을 진다고 할 것이다.

3) 공표 내용이 허위라고 인식하였는지, 상당한 이유가 있었는지 여부 등

피고인이 1, 2차 공표를 통하여 공표한 사실의 전부 또는 일부가 '허위사실'에 해당한다면, 피고인에게 공표한 내용이 허위라는 점에 대한 고의가 있었는지, 또는 공표한 내용이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있었는지 여부를 따져보고, 피고인에게 공소외 1을 당선되지 못하게 할 목적이 있었는지 여부도 살펴보아야 한다.

4) 적법한 선거운동의 범주에 속한다는 주장 : 별도의 쟁점으로 판단하지는 않음.

피고인의 변호인들은, 피고인의 행위는 적법한 선거운동의 범주에 속한다는 주장도 하고 있다.

공직선거법은 선거운동 자유의 원칙을 선언하면서도 예외적으로 법률에 의해 금지 또는 제한되는 행위를 정하고 있는데, 허위사실공표죄는 공직선거법상 금지된 행위 중 하나이다.

그러므로 피고인의 행위가 허위사실공표에 해당하는 것으로 평가된다면 결과적으로 피고인의 행위는 적법한 선거운동의 범주에 속할 수 없게 된다.

따라서 피고인의 공표행위가 허위사실 공표죄에 해당하는지 여부를 판단하면 그것이 적법한 선거운동에 해당되는지 여부도 함께 판단되는 것이므로 적법한 선거운동에 해당한다는 취지의 피고인 변호인들의 주장에 대하여는 별도의 쟁점으로 따로 판단하지 않는다.

다만 피고인의 행위가 허위사실공표죄를 구성하는지를 판단함에 있어서, '선거운동 자유가 원칙이고 금지와 제한은 예외'임을 선언한 공직선거법의 입법취지를 고려하여야 함은 물론이다.

변호인들의 주장 취지 역시 이점에 있다고 이해된다.

3. 피고인이 공표한 사실은 무엇인지

가. 이 사건 공소사실의 요지 및 검사가 제시한 피고인의 공표사실

1) 이 사건 공소사실의 요지

이 사건 공소사실의 요지는 아래와 같다.

가) 1차 공표에 의한 허위사실공표

피고인은 2014. 5. 25. 11:00경 국회 정론관 기자회견장에서 "공소외 1 후보는 미 영주권 문제를 즉각 해명하라"는 제목으로 "공소외 1 후보 자신과 두 자녀의 미 영주권 보유 문제, 사실대로 밝히라... 피고인 캠프가 받은 제보에 따르면, △ 공소외 1 후보는 두 자녀를 미국에서 교육시켜 미국 영주권을 보유하고 있으며, △ 공소외 1 후보 자신 또한 미

국에서 근무할 때 미국 영주권을 보유하고 있다는 것입니다... 만약 이 제보가 사실이라면, 공소외 1 후보는 대한민국 서울의 유권자들을 우롱하고 있는 것입니다... 또 공소외 1 후보는 그 자신이 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹을 사고 있습니다.

만약 이게 사실이라면, 공소외 1 후보는 서울시 교육감 후보가 될 자격이 없습니다... 민주진보 단일후보로서 사태를 정확하게 정리하고 유권자들의 판단을 돕기 위해, 공소외 1 후보에게 다음과 같은 사항을 요구하는 바입니다.

1. 공소외 1 후보는 자신의 미국 영주권 보유 문제와, 두 자녀의 미국 영주권 보유 문제에 대해 사실대로 밝히라..."는 내용으로 작성된 보도자료를 기자들에게 배포하고, 위 보도자료 내용을 그대로 읽어 내려가는 방식으로 기자회견을 개최하였다.

그러나 피고인은 위 트위터 내용 이외에 공소외 1의 영주권 보유 여부에 대한 제보를 받은 사실이 없고, 공소외 1은 미국에서 근무할 때 비이민비자를 받아 근무한 것에 불과할 뿐 미국 영주권을 보유한 사실이 없었다.

이로써 피고인은 서울시 교육감 후보자였던 공소외 1이 당선되지 못하게 할 목적으로 허위의 사실을 공표하였다.

나) 2차 공표에 의한 허위사실공표

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... 만에 하나 공소외 1 후보님께서 영주권을 받으셨다면, 그 시점은 지금처럼 요건이 강화되기 전일 것이므로 그 말씀만으로는 유권자들의 의혹을 씻어내기 어려울 것으로 보입니다.

"라는 내용을 기재하여 피고인의 선거캠프 홈페이지 및 각 기자들의 이메일로 이를 발송하고, 이후 2014. 5. 27. 2회에 걸쳐 라디오 방송에서 위와 같은 취지로 발언하였다.

그러나 피고인은 위 내용에 대하여 다수의 증언을 제보받은 사실이 없고, 공소외 1은 미국 영주권을 보유한 사실이 없으며, 공천에서 탈락하였던 무렵인 2012년 3월경 지인이나 언론인에게 '미국 영주권이 있다거나 미국 가서 살면 된다'고 말한 사실이 없다.

이로써 피고인은 서울시 교육감 후보자였던 공소외 1이 당선되지 못하게 할 목적으로 허위의 사실을 공표하였다.

2) 검사가 제시한 피고인의 공표사실

검사는 공소장에 '피고인이 공표한 사실이 무엇인지'에 관하여 분명하게 기재하지는 않았다.

그렇지만, 공소장의 전체적인 내용과 결론에 이르는 논리의 전개 과정을 종합하여 보면, 검사는, 피고인이 1차 공표를 통하여서는 ① '제보를 받았다는 사실', ② '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다는 사실'을 공표하였고, 2차 공표를 통하여는 ① '다수의 증언을 제보받았다는 사실', ② '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다는 사실', ③ '공소외 1이 공천에서 탈락하였던 무렵인 2012년 3월경 지인이나 언론인에게 "미국 영주권이 있다거나 미국 가서 살면 된다"고 말하였다는 사실'을 공표한 것으로 보고 그것이 공직선거법상의 허위사실의 공표에 해당한다고 기소한 것임을 알 수 있다.

나. 원심 판단의 요지

피고인은 제보나 의혹 내용을 제시하면서 가정적인 표현을 사용함으로써 피고인의 발언 내용이 타인으로부터 제보받은 것임을 밝혔으나 그 표현내용은 증거에 의한 증명이 가능한 것이므로 사실의 표명에 해당한다.

그리고 피고인은 1차 공표를 통하여 '공소외 1이 미국 근무 당시 미국 영주권을 취득하여 2014. 5. 25.까지 이를 보유하고 있다'는 사실을 암시하여 공표하였고, 2차 공표를 통하여 '공소외 1이 공천탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실을 암시하여 공표하였다고 판단하였다.

다.

당심의 판단

1) 피고인이 공표한 사실이 무엇인지 확정함에 있어서 고려한 대법원 판결 및 법리 등

가) 공직선거법 제250조 제2항은 낙선의 목적으로 후보자에 대하여 허위사실을 공표하는 행위를 금지하고 이를 위반하는 경우 7년 이하의 징역 또는 500만 원 이상 3,000만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

위 조항의 입법취지는 허위의 사실을 공표하여 선거인의 올바른 판단에 영향을 미치는 행위를 규제함으로써 선거의 공정성을 보장함에 있다(대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도8368 판결 등 참조).

나) 공직선거법 제250조 제2항에서 규정하는 허위사실공표죄가 성립하려면, 우선 허위의 사실을 공표하여야 하고, 여기에서 허위의 사실이라 함은 진실에 부합하지 않은 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이면 충분하지만, 단순한 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 불과한 경우에는 이에 해당되지 아니한다 할 것인바, 어떤 진술이 사실주장인가 또는 의견표현인가를 구별함에 있어서는 선거의 공정성을 보장한다는 입법취지를 염두에 두고 언어의 통상적 의미와 용법, 문제 된 말이 사용된 문맥, 입증가능성, 그 표현이 행하여진 사회적 상황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 할 것이다(대법원 2000. 4. 25. 선고 99도4260 판결 등 참조). 한편 의견이나 평가라고 하더라도 그것이 진실에 반하는 사실에 기초하여 행해지거나 의견이나 평가임을 빙자하여 간접적이고 우회적인 표현 방법으로 허위사실을 암시하는 경우에도 위 죄가 성립된다(대법원 2011. 12. 22. 선고 2008도11847 판결 참조).

다) 그러나 공직선거법 제250조 제2항은 정치적 표현의 자유에 대한 제한입법이며, 동시에 형벌조항에 해당하므로 이를 구체적 사건에 적용함에 있어서는 제한되는 기본권의 의미와 비중을 엄밀하게 고려하여 그것이 과도하게 침해되지 않도록 신중한 주의를 기울일 필요가 있다.

법관에게는 헌법 규정 및 정신에 합치되도록 법률을 해석·적용할 의무가 주어져 있기 때문이다.

그런데 피고인이 사용한 표현과는 다른 내용을 피고인이 '암시'하였다고 쉽게 인정한다면, 경우에 따라서는 피고인 자신이 하지도 않은 표현에 대하여 형사적 책임을 물을 기초가 제공되는 셈이 될 뿐만 아니라, 나아가 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권주체는 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높고, 그로 인해 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 가능케 하여 이러한 표현들이 상호 검증을 거치도록 한다는 표현의 자유의 본래의 기능은 상실된다.

이러한 위축효과로 인하여 국민의 대표자가 되고자 하는 사람이 어떤 사람이고, 무슨 정책을 내세우고 있는지, 그 이력과 인간됨은 어떠한지에 대한 정보가 다양한 방식으로 제대로 제공될 가능성이 축소될 것 또한 어렵지 않게 상정할 수 있다.

요컨대 위 법률조항을 적용함에 있어서, 위 법률조항의 적용을 통하여 확보하고자 하는 선거의 공정성의 무게를 의식하되, 다른 한편으로 대의민주주의의 핵심인 선거 과정에서 차지하는 표현의 자유의 위와 같은 비중 역시 균형감

있게 그리고 섬세하게 염두에 두어야 한다.

라) 따라서 피고인이 간접적이고 우회적인 표현 방법으로 허위사실을 암시하였다고 평가하기 위해서는 피고인이 사용한 표현의 어의, 시기와 상황, 전체적인 취지, 수신자의 입장 등을 종합하여, 피고인이 '의혹의 제기' 또는 '해명 요구' 형식을 '빙자'하여 허위사실의 존재를 구체적으로 '암시'하였음이 합리적인 의심이 없을 정도로 증명되어야 한다.

'의심스러울 때에는 피고인의 이익으로, 자유의 이익으로'라는 헌법 및 형사소송법의 대원칙이 그렇기도 하거니와, 만일 이와 같이 보지 않는다면 의혹에 대한 해명을 요구하기 위해서 그 의혹의 내용을 이루는 구체적 사실을 제시한 경우 모두가 의혹 사실을 '암시'하여 공표한 것으로 판단될 위험성이 있고, 그럴 경우 의혹을 받고 있는 후보자가 있다고 하더라도 그의 공직담당 적격을 검증하는 것이 사실상 봉쇄될 수 있기 때문이다.

마) 대법원도 '축재하였다'는 표현과 '축재의 의혹을 받고 있다'는 표현은 어의(語義) 상 명백히 구분되고 공표사실의 허위성에 관한 증명에 있어서도 차이가 있을 수밖에 없으므로, 피고인이 적시한 '축재의 의혹을 받고 있다'는 사실을 '축재하였다'는 것으로 변경하여 인정할 수는 없다고 본 원심판결을 긍정한 바 있다(대법원 2014. 1. 29. 선고 2013도14558 판결 참조). 이 사건의 경우도 위 대법원 판결의 취지를 반영하여 피고인이 공표한 사실 및 내용이 무엇인지를 확정할 필요가 있다.

바) 이러한 구분이 의혹 제기의 무제한 허용으로 이어지는 것은 아니다.

피고인이 앞서의 'A 사실'을 단정적으로 혹은 암시하여 공표한 것이 아니라, 'B 사실'을 적시한 것으로 인정된다 하더라도, 그 의혹의 근거가 박약하여 결과적으로는 그러한 사실 적시조차 허용될 수 없었다고 판단될 수도 있고, 가정적, 유보적 표현을 사용한 경우에도 그 표현이 선거인에게 주는 전체적인 인상을 기준으로 판단하였을 때 허위사실을 표명한 것으로 볼 수 있는 경우도 있기 때문이다.

그러나 그렇더라도, 이는 어디까지나 피고인이 공표한 사실이 무엇인지 확정된 후 그다음 단계에서 검토되어야 할 것이고, 공표사실을 특정하는 단계에서 피고인의 내심의 의사를 추론하여 피고인이 사용한 '단어'나 '표현'을 통하여 객관적으로 표현된 것과 다른 사실을 '암시하여 공표하였다'고 인정 내지 평가하는 것에는 매우 신중할 필요가 있다.

2) 1차 공표를 통하여 공표한 사실

원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 1차 공표를 통하여 '공소외 1과 두 자녀가 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹을 사고 있다'는 사실('B+C 사실')을 공표하였다고 평가하는 것이 타당하다.

원심의 판단처럼 피고인이 '공소외 1과 두 자녀가 미국 영주권을 보유하고 있다'는 사실('A 사실')을 단정적으로 혹은 암시하여 공표하였다고 보기는 어렵다.

가) 표현 내용 자체에 대한 통상의 언어학적 분석

① 피고인이 배포한 보도자료에는 "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... 또 공소외 1 후보는 그 자신이 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹을 사고 있습니다.

"고 기재되어 있다.

즉, 피고인은 공소외 1 본인과 자녀들이 미국 영주권 보유 의혹을 사고 있다는 것과 그에 관한 제보가 있다는 사실만을 공표하고 있을 뿐, '미국 영주권을 보유하고 있다'는 단정적인 표현은 사용하지 않았다.

② 검사의 요청으로 감정서를 작성하여 제출한 공소외 11교수와 피고인의 요청으로 의견서를 작성하여 제출한 공소외 12, 공소외 13, 공소외 14교수는 피고인의 2014. 5. 25. 기자회견문, 2014. 5. 26. 답신 글 및 2014. 5. 27. 라디오 방송에서의 발언 내용을 독해한 다음 그에 대한 의견을 각각 피력하였는데, 피고인이 위 각 글이나 방송 인터뷰를 통하여 '의혹을 제기'하고 '해명을 요구'한 것이라는 점에 관해서는 의견이 일치되었다(증거기록 5권 2540쪽, 공판기록 2권 687, 899, 705쪽).

나) 문제 된 표현이 사용된 문맥

③ 다음으로, 위 보도자료의 제목은, "공소외 1 후보는 미 영주권 문제를 즉각 '해명'하라. 공소외 1 후보 자신과 두 자녀의 미 영주권 보유 문제, 사실대로 밝히라"이다.

'해명'의 사전적 의미는 '까닭이나 내용을 풀어서 밝힘'으로, 사실과 다른 의혹이 제기된 경우 사실을 밝힌다는 의미로도 활용된다.

따라서 '해명하라'는 제목으로도 피고인이 '공소외 1은 미국 영주권을 보유하고 있다'고 단정한 것이 아니라 그러한 의혹이 사실이 아닐 가능성 즉, 반대 사실의 존재 가능성을 인정하고 있었음을 알 수 있다.

④ 피고인은 같은 보도 자료에서 공소외 1의 2014. 5. 23. △△△△△총연합회 임원회의 참석 및 그 회의에서의 발언에 관하여는 '사과하라'라는 단정적인 표현을 사용하였다.

그러나 공소외 1 본인과 자녀의 미국 영주권 보유 의혹에 관하여는 '사실대로 밝히라'라는 표현을 사용하였다.

다) 표현이 행하여진 사회적 상황 내지 맥락

⑤ 피고인의 표현이 이루어진 사회적 상황 및 그 형식에 주목할 필요가 있다.

표현의 자유가 보장되어야 할 중요 영역은 정치적 토론 내지 공방 과정인데, 이러한 토론 내지 공방이 가장 활발히 이루어지는 것이 선거국면이다.

경쟁 후보자들 사이의 상호 비판과 공직적격 검증은 선거 과정에서 불가피하고, 이는 매우 다양한 형식과 상황에서 펼쳐진다.

가령 후보자가 자신을 지지할 것으로 보이는 유권자들을 상대로 상대 후보자의 정책과 공직후보자로서의 자격 등에 관하여 일방적인 선전과 발표를 하고, 이것이 상대 후보자에게 전달됨으로써 상호간의 공방이 촉발되는 경우도 있을 수 있고, 공식적인 토론 과정이 마련되어 그곳에서 엄격한 절차에 따라 서로에 대한 비판과 검증이 이루어질 수도 있다.

또한 '후보자들 사이의 공방과 이를 지켜보고 평가하는 유권자의 존재'라는 선거의 본질에 따라 비록 후자의 경우 처럼 형식적으로 엄격하게 정해진 토론 내지 공방 절차라고는 볼 수 없지만 그와 유사한 공방 내지 토론의 광장이 존재함을 염두에 두면서 상호 공방이 이루어질 수도 있다.

똑같은 표현도 그것이 이루어지는 사회적 상황이나 맥락에 따라 달리 받아들여질 가능성이 있다는 위와 같은 측면을 고려하여 보자면, 기자회견을 통하여 이루어진 피고인의 1차 공표는, 지지자 또는 유권자들을 상대로 '공소외 1 후보자의 미 영주권 보유사실'이라는 정보를 일방적으로 전달하는 것으로 보기는 매우 어렵고, 오히려 위에서 언급한

바와 같은 유사 공방 과정을 염두에 둔 것으로 볼 여지가 많아 앞서의 분석처럼 위 공표의 의미를 문언 그대로 받아들이는 것이 자연스럽다.

라) 표현이 이루어진 이후 표현에 대한 보편적 인식

- ⑥ 피고인의 1차 공표 이후 각 언론사에서는 공소외 1의 미국 영주권 보유 의혹에 관하여 보도하였는데, 대부분의 기사에 '의혹', '제보', '해명 요구' 등의 표현이 포함되어 있었다(증거기록 3권 1281쪽 이하). 따라서 기사를 접한 유권자도 공소외 1의 미국 영주권 보유가 확정된 사실은 아님을 알 수 있었을 것이다.

마) 나머지 쟁점

① 위 보도자료에 "피고인 캠프가 받은 제보에 따르면" 및 "만약 이 제보가 사실이라면"이라는 표현이 있고, 이로써 피고인이 어떠한 제보를 받았음을 공표한 것임은 앞서 본 바와 같다.

그러나 위 표현은, 피고인이 받은 제보의 내용과 수준, 그 의미하는 바를 구체적으로 나타내지 않은 매우 추상적인 것에 불과하여, 위와 같은 표현이 있다고 해서 앞 서의 판단을 달리할 수는 없다.

② 피고인의 내심의 의사를 추론하여 피고인이 사용한 '단어'나 '표현'을 통하여 객관적으로 표현된 것과 다른 사실을 '암시하여 공표하였다'고 인정 내지 평가하는 것에는 매우 신중할 필요가 있음은 앞서 본 바와 같지만, 어쨌든 내심의 의사가 무엇인지와 관련하여 보더라도 앞서의 평가를 반복할 사정은 존재하지 않는다.

이에 대해서는 뒤에서 자세히 살펴본다.

바) 배심원들의 의견과 달리 평가하는 것에 관하여

원심은, 공소사실 전부에 관하여 만장일치의 의견으로 유죄의 평결을 한 배심원들(7명)의 의견을 존중하여 피고인에게 유죄를 선고하였다.

따라서 원심의 판단은 존중될 필요성이 더욱 크다.

그러나 앞서 본 바와 같이 원심에서는 배심원들에게 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 '사실을 공표'한 것인지 아니면 '의견을 표명'한 것인지 만이 쟁점으로 제시되었다.

그렇기에 배심원들로서는 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 '사실을 공표'한 것으로 평가할 것인지, '의견을 표명'한 것으로 평가할 것인지를 판단하려고 애썼을 것이고, 그 중간 영역이라고도 볼 수 있는 '제3자로부터 의혹을 사고 있다'거나 '의혹이 있다'는 사실을 공표한 것인지, 그렇다면 그에 대한 법률적 평가는 어떻게 달라지는지에 대하여는 충분한 설명을 듣지 못한 상태에서 사실인정 및 법적 평가를 하고 평결에 나아갔을 가능성이 높다.

그런데 당시에 이르러 피고인의 변호인들이 주장을 일부 변경하여 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 사실을 공표하였음은 인정하면서 공표한 사실이 무엇인지 즉, 앞서 본 'A 사실'인지, 'B 사실'인지, 'C 사실'인지를 특정하여야 한다는 주장을 새로이 하고 있다.

원심에서 제기된 '사실의 공표와 의견의 표명'의 구분론이 이 사건의 기초적인 쟁점이자 여전히 의미 있음은 분명하나, 사실과 의견이 혼재되어 있는 경우 어느 것에 우위를 둘 것인지, '사실의 공표'로 볼 경우에도 공표되는 사실을 다시 구분하여 확정할 수 있는지의 문제는 위와 같은 기초적 쟁점에 터 잡아 더 나아가 고민하여 판단하여야 할 법리적 쟁점임 또한 분명하다.

사실과 의견의 구분론에 관해서는 우리나라를 비롯하여 여러 나라에서 다양한 이론이 전개되고 있고, 나아가 구체적인 사안에서 이를 어떻게 적용할 것인가는 각국의 법원이 매우 어려운 주제로 여겨 다루고 있기도 하다.

결국, 당심으로서 배심원들의 평결을 무겁게 받아들이더라도 새롭게 제기된 이러한 법리적 주장에 대한 판단을 하여야 하므로, 이러한 법리적 주장의 변경을 반영하여 판단한 결과 원심의 판단이 달라질 가능성은 있는 것이다.

3) 피고인이 2차 공표를 통하여 공표한 사실

피고인이 2차 공표를 통하여 공표한 사실이 무엇인지를 확정함에 있어서는 원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합적으로 고려할 필요가 있다.

가) 피고인의 주장에 부합하는 사정

다음과 같은 사정들은, 2차 공표를 통하여도 '영주권 보유 의혹에 대한 해명 및 자료제시 요구의 전제로서 영주권 의혹이 있다는 사실을 공표한 것에 불과하다'는 취지의 피고인의 주장에 부합하는 면이다.

① 피고인이 2차로 공표한 글의 제목은 "[피고인 캠프] 공소외 1 후보님께 드리는 답신"이고, 맨 처음 내용은 "사실확인"에 감사드리며, 미흡한 점에 대해 추가 질문을 드립니다"이다.

이어 "선거운동 과정에서 이렇게 편지로 대화를 나누며 서로 의문점을 해소하는 것은 좋은 방법이겠습니다.

공소외 1 후보께서 동의하신다면, 저는 앞으로 투표일까지 어떤 형식으로든 대화를 계속 이어가기를 희망합니다"라고 언급한 후, "1. 후보자의 검증은 필수 과정입니다"라는 제목 아래 피고인의 1차 공표 및 2차 공표가 유권자들에게 충분한 정보를 주기 위한 후보자 검증의 의도에 따른 것임을 비교적 자세하게 밝혔다.

② 아래에서 보는 것처럼, 피고인은 '공소외 1은 미국 영주권을 보유하고 있다'는 식의 단정적 표현을 하지는 않았고, 그러한 의혹이 사실이 아닐 가능성 즉 반대 사실의 존재 가능성 및 그 증명 가능성을 전제하고 있다.

□ 피고인은 위 답신 글에서 "본인의 영주권 문제를 자료로 해명해 주시기 바랍니다"는 표현, "'만에 하나' 공소외 1 후보님께서 영주권을 받으셨다면," 이라는 표현 등을 사용하였다.

또한 위 답신 글에는 "주한 미국 대사관에 가셔서 영주권을 받은 적이 없다는 내용증명을 떼어서 객관적 자료로 확인해 주시면 깨끗하게 해결될 것으로 보입니다", "공소외 1 후보님의 미국 영주권 보유 문제를 미국 대사관을 통해 객관적 자료를 가지고 증명해 주시길 희망합니다"는 기재도 있다.

□ 그리고 피고인은 라디오 방송에서도 "만일 아주 객관적인 자료로 입증해 주시면 저도 사과와 경의를 표하고요. 또 그만큼 제가 잘못된 문제 제기를 했다는 것 때문에 아마 유권자들이 저에게 마이너스를 주지 않을까 생각합니다", "만일 정말로 이 문제가 명명백백하다면 그래서 저희는 만일 아주 객관적인 자료로 입증해 주시면 사과도 할 용의도 있고요. 또 만일에 이게 정말 객관적인 자료로 입증된다면 유권자들이 저에게 아무래도 마이너스를 주시지 않겠습니까?"라고 발언한 바도 있다.

③ 앞서 본 바와 같이 피고인의 2014. 5. 25. 기자회견문, 2014. 5. 26. 답신글 및 2014. 5. 27. 라디오 방송에서의 발언 내용을 감정한 4명의 교수 모두가 피고인이 위 각 글이나 방송에서의 인터뷰를 통하여 '의혹을 제기'하고 '해명을 요구'한 것이라는 의견을 밝혔다.

나) 원심의 판단을 수긍할만한 사정들

그러나 다음과 같은 사정들을 고려하면, 피고인이 2차 공표를 통하여 '공소외 1이 공천 탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실('A 사실')을 단정적으로 공표하였다고까지는 평가하기 어렵지만, '공소외 1이 공천 탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실('A 사실')을 암시하여 공표하였다고 본 원심의 판단은 수긍할 수 있다.

① 1차 공표 당시와는 다른 사회적 상황 내지 맥락이 있었다.

1차 공표 후 공소외 1은 자신의 미국 영주권 보유 의혹에 대하여 나름대로 해명하였다.

공소외 1이 해명의 근거로 내세운 사정이 반론의 여지가 없을 정도로 객관적인 것인지 여부를 떠나, 이후 피고인의 반응을 대하는 유권자들로서는 공소외 1의 해명 내용과 연관지어 피고인의 반응과 표현을 이해하게 될 것으로 보는 것이 자연스럽다.

피고인이 과연 공소외 1의 해명을 그대로 받아들일지, 해명 또는 해명 근거가 여전히 불충분하다는 점만을 단순히 지적하고 재차 객관적 소명을 요구할지, 해명 근거의 불충분함을 지적하는 것에 더 나아가 피고인이 내세운 종전 의혹의 근거 및 정황을 적극적으로 제시할 것인지 여부를 유심히 지켜볼 개연성이 높아졌을 것으로 보이기 때문이다.

② 증거 제시를 통하여 증거와 연동되는 사실의 암시가 전달될 가능성이 있었다.

□ 피고인은 '공소외 1의 미국 영주권 보유의혹이 여전히 해소되지 않고 있다'는 전제하에 '공소외 1 후보님께 드리는 답신'에서 "저희 캠프에 제보된 다수의 증언에 따르면, 공소외 1 후보님께서는 몇 년 전 공천에서 탈락하신 뒤, '상관 없습니다.

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.

이분들이 잘못 들은 건 아닐 것이라고 저는 판단합니다.

왜 그렇게 말씀하셨는지 궁금합니다"라고 기재하였다.

방송에서의 대화 과정에서도 위 사실을 거듭 언급하였다.

□ 1차 공표에서 하지 않았던 피고인의 위와 같은 언급 즉 '공소외 1이 자신의 미 영주권 보유 사실을 시인하는 발언을 하였다', '그러한 발언을 들은 사람은 다수이다', '그러한 발언을 들은 다수의 사람들 중에는 지인들과 언론인들이 있다'는 것은 그 의미가 적지 않다.

위와 같이 언급된 사실은 그 증명력이 높아 그렇게 말한 사실이 인정될 경우 '공소외 1의 미 영주권 보유사실'을 인정할 여지가 높아지기 때문이다.

□ 그런데 피고인은 위와 같은 언급을 함에 있어서, 1차 공표와는 달리, 가령 '그러한 발언을 하고 다닌다는 의혹이 있다'는 식의 보다 완화된 표현 등을 사용하지도 않았다.

자신이 보유하고 있는 증거의 신빙성에 허점이 있을 가능성을 유보하지 않은 채, 오히려 '왜 그렇게 말씀하셨는지 궁금합니다' 등의 표현을 사용하여 공소외 1이 그와 같은 말을 지인들에게 하였다는 사실 자체는 확정된 사실인 것처럼 하였다.

□ 일반적으로, 증거의 제시는 그 증거를 통하여 입증하고자 하는 사실의 존재를 드러내기 위한 것이다.

피고인이 비록 자신이 알고 있는 증거(공소외 1의 위와 같은 발언 사실)에 의하여 '공소외 1의 미 영주권 보유사실'이 온전히 증명되었다고는 말하지 않았고, 오히려 다른 객관적 자료(미국 대사관의 확인 등)에 의하여 반박될 가능성 자체는 여전히 열어 놓은 채 보다 객관적인 해명을 요구하는 과정에서 위와 같은 언급을 하였다고 하더라도, 1차 공표와 달리 증거에 관한 위와 같은 사실을 추가로 공표함으로써, 이러한 발언 등을 대하는 사람들의 입장에서는 피고인이 '공소외 1의 미영주권 보유사실'을 암시하고 있다고 받아들일 여지는 그만큼 높아졌다고 볼 수 있다.

원심의 배심원들 역시 이러한 사정들에 주목하여 판단한 것으로 보여 이를 존중할 필요가 있기도 하다.

4) 소결론

가) 피고인은 1차 공표를 통하여 '공소외 1과 두 자녀가 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹을 사고 있다'는 사실을 공표하였고, 2차 공표를 통하여 '공소외 1이 공천 탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실('A 사실')을 암시하여 공표하였다고 봄이 타당하다.

나) 이러한 당심의 판단은, "피고인은 1차 공표를 통하여 '공소외 1이 미국 근무 당시 미국 영주권을 취득하여 2014. 5. 25.까지 이를 보유하고 있다'는 사실을 암시하여 공표하였고, 2차 공표를 통하여 '공소외 1이 공천탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실을 암시하여 공표하였다"고 본 원심과는 그 결론을 일부 달리하는 것이다.

다) 아래에서는 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 위에서 확정된 바와 같은 사실을 공표하였음을 기초로 하여, 그것이 공직선거법상의 허위사실의 공표에 해당하는지 여부 등에 대하여 판단한다.

4. 1, 2차 공표가 허위사실의 공표에 해당하는지에 관한 판단

가. 관련 법리

1) 공직선거에서 후보자에 관한 의혹 제기와 표현의 자유와의 관계

민주주의 정치제도 하에서 언론의 자유는 가장 기초적인 기본권이고 그것이 선거과정에서도 충분히 보장되어야 함은 말할 나위가 없다.

그리고 공직선거에 있어서 후보자의 공직담당적격을 검증하는 것은 필요하고도 중요한 일이므로 그 적격검증을 위한 언론의 자유도 보장되어야 하고, 이를 위하여 후보자에게 위법이나 부도덕함을 의심케 하는 사정이 있는 경우에는 이에 대한 문제 제기가 허용되어야 하며, 공적 판단이 내려지기 전이라 하여 그에 대한 의혹의 제기가 쉽게 봉쇄되어서는 안 된다.

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

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

하여 이를 별할 수 없다고 할 것이다(대법원 2003. 2. 20. 선고 2001도6138 전원합의체 판결 등 참조).

2) 허위사실공표죄의 구성요건인 '허위의 인식'

공직선거법 제250조 제2항에서 정한 허위사실공표죄에서는 행위자의 고의의 내용으로서 공표된 사실이 허위라는 점의 인식이 필요한데, 이러한 주관적 인식의 유무는 그 성질상 외부에서 이를 알거나 증명하기 어려운 이상 공표 사실의 내용과 구체성, 소명자료의 존재 및 내용, 피고인이 밝히는 사실의 출처 및 인지경위 등을 토대로 피고인의 학력, 경력, 사회적 지위, 공표 경위, 시점 및 그로 말미암아 객관적으로 예상되는 파급효과 등 제반 사정을 모두 종합하여 규범적으로 이를 판단할 수밖에 없고, 어떠한 소문을 듣고 그 진실성에 강한 의문을 품고서도 감히 공표한 경우 또는 피고인이 적시한 구체적 사실이 진실한지를 확인하는 일이 시간적, 물리적으로 사회통념상 가능하였다고 인정됨에도 그러한 확인의 노력을 하지 않은 채 그 사실의 적시에 적극적으로 나아간 경우에는 미필적 고의를 인정할 수 있다(대법원 2011. 12. 22. 선고 2008도11847 판결 등 참조).

나. 1차 공표에 관한 판단

1) 피고인이 소명해야 할 사실 : 정당한 의혹 제기로 볼 수 있는지 여부

가) 앞서 본 바와 같이 피고인은 1차 공표를 통하여 '공소외 1은 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹을 사고 있다'는 사실('B+C 사실')을 공표하였다.

피고인은 가정적, 유보적인 표현을 사용하면서 반대 사실의 존재 가능성을 인정하고 그에 대한 해명을 요구하였으므로, 유권자의 입장에서 '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다'는 명제가 확정된 사실이 아님은 알 수 있었다.

이러한 경우에도 피고인이 '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다'는 사실을 주장한 것과 같다고 보아 그러한 사실의 존재를 수긍할 만한 소명자료의 제시를 요구한다면, 선거 과정에서 불거진 공적 관심사에 관한 정당한 문제 제기조차 주저하게 함으로써 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 '국민의 봉사자'를 뽑는다는 공직선거법의 목적은 달성하기 어렵게 될 수 있기 때문이다.

나) 다른 한편 '의혹을 사고 있다'는 사실의 공표가 무제한으로 허용되는 것은 아니다.

'의혹을 사고 있다'는 사실을 공표한 경우에도, 경우에 따라서는 유권자들이 의혹의 내용을 이루는 구체적 사실이 실제로 존재한다고 받아들일 위험성이 있기 때문이다.

선거의 궁극적인 목적은 국민의 정치적 의사를 대표자의 선출에 정확하게 반영하는 데 있는데, 정당한 의심에 기초하지 않은 무분별한 의혹 제기의 경우 '의혹을 사고 있다'는 사실의 적시만으로도 국민의 민주적 의사 형성을 왜곡할 여지가 있음은 부정하기 어렵기 때문이다.

다) 따라서 피고인으로서, 자신의 제1차 공표가 무분별한 의혹 제기가 결코 아니라 정당한 문제 제기이었음을 내세우기 위해서, 공소외 1이 실제로 의혹을 사고 있었다는 사실, 즉 ① 공소외 1의 미국 영주권 보유 여부에 관하여 실제로 의혹이 제기되고 있었고, ② 공소외 1의 미국 영주권 보유를 '의심'하게 할 만한 정황들도 존재하였다는 사실을 소명할 부담을 진다고 할 것이다.

2) 피고인이 공표한 '의혹을 사고 있다'는 사실이 '허위'인지에 관한 판단

가) 공소외 2의 탐사보도 전문기자로서의 경력과 신뢰도

이 사건 트윗 글을 게시한 공소외 2는, 1995년 12월경 ▽▽▽에 입사하였다가 2013년 3월경 사직한 후 인터넷 언론사인 '○○○○'의 기자로 활동 중인 사람이다.

공소외 2는 ▽▽▽에서 탐사보도 전문기자로 활동하면서 고위공직자의 비위 등 공직담당적격 검증과 관련된 취재를 통해 6차례 한국기자협회 이달의 기자상을 수상하고, 삼성언론상(보도부문)을 받기도 하였다(증거기록 1권 597쪽, 2권 926쪽 이하).

나) 인터넷 트위터상에서의 의혹 확산

- (1) 2014. 5. 23. 19:39경 ◎◎◎◎ 기자인 공소외 2가 인터넷 트위터에 '(공소외 1) 본인 역시 미국 영주권을 갖고 계시지요?'라는 내용의 트위터 글을 게시하였다.

이로써 공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹이 최초로 제기되었다.

2014. 5. 26. 기준 공소외 2의 트위터 계정(계정 생략)의 팔로워(follower) 수는 58,971명이었고, 2014. 5. 24. 자정까지 1,377명의 트위터 이용자들이 공소외 2의 위 트윗 글을 리트윗(retweet)하였으며, 공소외 2의 위 트위터 글을 리트윗한 사람들의 팔로워 수는 3,144,522명에 이르렀다(증 제66호증 CYRAM의 서울시 교육감 선거 관련 트윗 분석 3쪽, 공판기록 5권). 중복된 사람들과 트위터를 자주 이용하지 않는 사람들은 제외해야 하는 점을 고려하더라도, 상당히 많은 수의 트위터 이용자들이 공소외 2의 위 트윗 글을 보았으리라고 인정할 수 있다.

- (2) 증인 공소외 15(◇◇대학교 사회학과 교수), 공소외 16(☆☆대학교 사이버국방학과 교수)의 당심 법정진술에 의하면, 트위터는 SNS 중 대표적인 개방형 네트워크로서, 누구나 정보를 불특정 다수에게 전파할 수 있는 미디어적 성격을 가지고 있다는 것이다.

나아가 트위터는 개방형 네트워크로서 특별한 사정이 없는 한 누구나 타인의 트윗 글을 볼 수 있으므로, 이를 '제보'라고 표현하는 것도 가능한 것으로 봄이 타당하다[한편 공소외 5는 원심 법정에서 "공소외 2 기자의 트위터와 공소외 17이 전해준 말도 있겠지만 공소외 2의 트위터를 본 많은 일반인들, 유권자들의 반응, 그리고 저희 캠프로 들어온 여러 '영주권이 있다는데, 알고 있느냐, 대책이 무엇이나'는 항의성, 제보성 전화를 통칭해서 제보라고 표현한 것입니다.

"라고 진술하였는데(공판기록 3권 1215쪽), 피고인의 선거캠프에 몸담은 사람들로서는 이러한 공소외 2와 공소외 17의 진술, 카카오톡 등을 '제보'로 받아들일 수 있을 것이다.

따라서 피고인이 1차 공표에서 '제보'를 받은 것처럼 표현한 부분은 허위사실의 공표라고 할 수 없다].

다) 반대되는 정보공개에의 부재

- (1) 증인 공소외 16은 당심 법정에서 SNS상에서 허위의 정보가 확산될 경우, 이를 해결하기 위해서는 '압도적 정보공개'가 필요하다고 진술하였다(증인신문조서 7쪽). 그런데 공소외 2가 트위터 글을 게시한 2014. 5. 23. 19:39경부터 피고인이 1차 공표를 한 2014. 5. 25. 11:00경까지 약 39시간 동안, 공소외 1 선거사무소에서는 공소외 1 본인 및 자녀의 미국 영주권 보유 여부에 관하여 아무런 정보를 공개하지 아니하였다.

- (2) 통상 선거 과정에서는 후보자에 관한 인터넷 여론이 어떤지를 확인하기 마련이고, 공소외 1도 원심에서 당시 이를 확인하는 홍보팀이 있었다고 진술하였다(공판기록 3권 1331쪽). 물론 공소외 1 측에서는 인터넷상에서 공소외 2의 트윗 글이 확산되는 것을 알지 못했을 수도 있고, 굳이 대응할 필요가 없다고 판단하였을 수도 있다.

그러나 공소외 1 측에서 '본인은 미국 영주권을 보유하고 있지 않다'는 사실을 적극적으로 공개하였다면, 공소외 1의 미국 영주권 보유 의혹이 트위터 자체의 자정 기능 작동으로 검증되어 확산되지 않았을 가능성을 배제하기 어렵다는 점에서, 위와 같이 상당 기간 동안 반대되는 정보의 공개가 이루어지지 않은 상황 자체도 피고인의 의혹 제기의 정당성을 뒷받침하는 하나의 정황이 될 수 있다고 보인다.

라) 공소외 1 자녀들의 미국 시민권 보유

(1) 2014. 5. 22., '◆◆◆◆◆ 모임'에서는 '공소외 1 후보를 비판한다'는 제목으로 "(전략) 공소외 1 후보자께서는 이혼하시기 전에 자녀 2명을 모두 조기유학 보내신 걸로 알고 있습니다.

대한민국의 학부모 경험도 없으신 분이 초, 중등교육을 이끄는 수장의 역할을 어떻게 수행하실지 궁금합니다... 4. 서울 교육을 하셔야 하는데 국적 없이 표류할까봐 걱정됩니다.

→ 넘치는 경제력 덕이겠지만 조기에 자녀를 미국유학을 보내셨기에 (끝)"이라는 의혹을 제기하였고, 위 내용은 2014. 5. 23. 언론을 통해 보도되었다(공판기록 1권 141, 145쪽). 한편 공소외 2가 게시한 트윗 글에 '공소외 1은 두 자녀를 미국에서 교육시켰다'는 취지의 글이 기재되어 있음은 앞서 본 바와 같다.

(2) 피고인은 1차 공표에서 공소외 1의 두 자녀가 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹도 함께 제기하였고(기자회견의 전체 취지에 비추어 보면, 오히려 두 자녀의 미국 유학과 영주권 보유 문제가 더 주된 의혹이었다고도 볼 수 있다), 공소외 1은 2014. 5. 25.자 편지글에서 두 자녀가 미국 시민권자임을 인정하였다.

시민권은 영주권보다 포괄적인 권리이므로, 자녀들의 영주권 보유와 관련된 의혹은 진실에 부합하는 것이었다고 평가할 수 있다.

한편 공소외 1 본인도 1989년부터 1991년까지 2년간 미국의 로펌에서 근무한 경험을 가지고 있었다.

공소외 1의 이러한 경력과 능력까지 고려하면, 공소외 1이 미국 영주권을 보유할 개연성은 일반인에 비하여 훨씬 높다고 평가할 수 있다.

마) 공적 기관에 의한 판단이나 확인의 부재

공소외 1의 미국 영주권 보유 여부는 개인정보에 해당할 뿐만 아니라 미국 정보이므로 피고인이 이를 객관적으로 확인할 방법이 없었다(증거기록 1권 285쪽). 그리고 이 문제에 관하여는 법원이나 주한 미국 대사관, 외교부 등 공적 기관에 의한 사실확인이나 판단이 내려진 바도 없었다.

바) 소결

위와 같이 ① 공직자의 공직담당적격 검증 취재를 여러 번 한 기자가 직접 '(공소외 1) 본인도 미국 영주권을 갖고 계시지요?'라는 트윗 글을 게시하고, ② 상당한 수의 사람들이 공소외 2의 트윗 글을 리트윗하는 하는 방법으로 공소외 1의 미국 영주권 보유 여부에 관한 의혹을 전파하였음에도 불구하고, ③ 선거에 출마한 공소외 1 측에 의하여 그에 대한 유의미한 반론이나 정보공개가 곧바로 이루어지지 않았으며, ④ 공소외 1의 두 자녀가 미국에서 교육을 받고 성장하여 생활하고 있으며, 본인도 미국 로펌에 근무한 경험이 있는 등 이를 '합리적으로 의심'케 할 만한 정황들이 존재하였고, ⑤ 이 쟁점에 관한 공적기관에 의한 사실확인이나 판단이 없었던 마당이라면, '공소외 1이 미국 영주권 보유 의혹을 사고 있다'는 사실을 공표한 것을 두고 '허위의 사실'을 공표한 것이라고 보기는 어렵고, 그러한 의혹이 방송이나 신문을 통하여 기사화되지 아니한 상태였다는 사정만으로 위와 같은 결론이 달라진다고 할 수는 없다.

3) 허위성의 인식에 관한 판단

가) 앞서 본 사정들을 종합하여 보면, '공소외 1이 미국 영주권을 보유한 것이 아닌가'하는 의혹에는 상당한 근거가 있다고 인정되고, 달리 피고인이 그러한 의혹의 진실성에 '강한 의문'을 품고서도 '의혹을 사고 있다'는 사실을 감히 공표하였다고 인정하기에 부족하다.

나) 한편 원심은, 피고인이 사실 확인의 노력을 다하지 않은 점을 주된 근거로 하여 피고인의 미필적 고의를 인정하였다.

그러나 원심의 판단은 다음과 같은 점에서 수긍하기 어렵다.

- (1) 원심은, 피고인이 적시한 사실이 진실한지를 확인하는 일이 시간적, 물리적으로 사회통념상 가능하였음에도 피고인이 그러한 확인의 노력을 하지 않은 채 그 사실의 적시에 적극적으로 나아갔다고 판단하였다.

그러나 피고인이 공소외 1의 개인정보에 해당하는 미국 영주권 보유 여부를 경쟁후보자인 공소외 1에게 개인적으로 물어서 확인한다는 것이 제기된 의혹의 진위 여부를 확인하는 의미 있는 방법이라고 보기도 어렵거니와, 사실관계를 조사할 아무런 권한이 없었던 피고인이 그 밖의 방법으로 선거운동 기간 내에 이를 확인하는 것이 가능하였으리라고 보기는 어렵다.

- (2) 원심은, 피고인이 1차 공표 전에 미리 공소외 2에게 위 트위터 내용이 사실인지 여부에 관하여 확인을 하지 않았으므로 사실 확인의 노력을 하지 않았다고 판단하였다.

그러나 기자인 공소외 2가 자신의 이름을 걸고 미디어의 속성을 갖는 트위터를 통해 의혹을 제기하는 취지의 글을 게시한 마당에, 그에게 다시 '게시한 글의 내용이 사실인지'를 묻는 것이 과연 어떠한 의미가 있는지 의문이다.

나아가 공소외 2는 2014. 5. 25. 10:52경 공소외 3에게 전화를 걸어 "공소외 1이 몇 년 전 공천에서 탈락한 뒤, '상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'라는 말을 했으니 알아보라. 공소외 1에게 미국 대사관에 가서 확인하자고 하면 된다"는 취지의 말을 한 사실이 인정된다(공판기록 3권 1170, 1257쪽). 만일 피고인 측에서 1차 공표 전에 공소외 2와 연락을 하여 트위터 내용에 관해 문의하였다면, 공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다는 의심은 오히려 더욱 강고해졌을 것이 분명하다.

- (3) 원심은, 피고인이 주한 미국 대사관이나 외교부에 타인의 영주권 보유 여부를 확인할 수 있는지, 본인이 영주권을 취득하지 않았다는 사실을 증명할 수 있는 서류를 발급받을 수 있는지 등을 문의하지 않은 점, 이민법 전문가에게 미국 영주권에 관한 자문을 받은 사실이 없는 점 등을 들어 피고인이 사실 확인의 노력을 하지 않았다고 판단하였다.

그러나 위 기관들이 개인정보인 미국 영주권 보유 여부를, 그것도 경쟁 후보자인 피고인 측에 확인하여 주었을 가능성은 없다고 보아도 무방하고, 피고인 측도 이러한 인식 하에 위 기관들에 문의하지 않은 것으로 보인다.

유의미한 결과를 얻을 수 없는 문의를 하지 않았다는 사정만으로 사실 확인의 노력을 다하지 않았다고 평가하거나 탓할 수는 없다.

- (4) 한편 공소외 1이 자신의 자서전(□□□□□□)에 '미국 영주권을 신청한 사실이 없다'고 서술한 사실은 인정되나, 위 책은 자서전이라는 점에서 그 내용에 절대적인 신뢰를 부여하기는 어렵다고 할 것이다.

공소외 1은 2014. 5. 20. △△△△총연합 임원회의에 참석한 사실이 있었는데, 그 후 위 회의에서 ● 모 목사가 한 세월호 관련 발언이 부적절하다는 여론이 일자 공소외 1 후보 측에서는 2014. 5. 23. '공소외 1이 위 임원회의에 참석하지 않았다고 밝힌 바 있었다.

피고인 측은 이러한 여러 정황을 종합하여 위 자서전의 일부 내용만으로는 의혹을 해소하기 부족하다고 판단한 것으로 보인다.

결국, 피고인이 진실성에 강한 의문을 품고서도 의혹을 감히 공표하였다거나 확인의 노력을 다하지 않았다고 보기에는 부족하다.

(5) 피고인은 '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다'는 사실을 단정적으로 공표한 것이 아니라, '의혹을 사고 있다'는 사실을 적시하고, '사실대로 밝히라'는 해명 요구를 하였다.

피고인이 1차 공표 당시 반대 사실의 존재 가능성을 인식하고 있었음을 알 수 있는 사안에서 허위의 미필적 인식이 있다고 쉽게 인정한다면, 합리적인 추측에 기반을 둔 의혹 제기 자체가 봉쇄될 위험성이 있다.

4) 소결론

피고인이 1차 공표를 통하여 공표한 '공소외 1은 미국 영주권 보유에 관한 의혹을 사고 있다'는 사실은 허위라고 보기 어렵고, 피고인에게 허위의 인식이 있었다고 인정하기도 어렵다.

피고인의 이 부분 항소는 이유 있다.

나. 2차 공표 부분에 관한 판단

1) 피고인이 소명해야 할 사실

가) 피고인은 2차 공표를 통하여서는 공소외 1의 해명에도 불구하고 공소외 1 본인의 미국 영주권 보유의혹이 여전히 해소되지 않고 있다는 전제하에 "공소외 1은 공천에서 탈락한 뒤 지인들과 언론인들에게 '상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'고 말하고 다녔다"는 사실도 추가로 공표하였다.

그리고 피고인이 1차 공표와 달리 2차 공표에서는 '공소외 1이 공천 탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실을 간접적인 방법으로 암시하여 공표하였음은 앞서 본 바와 같다.

나) 따라서 피고인은 2차 공표와 관련해서는, "공소외 1이 공천에서 탈락한 뒤 지인들과 언론인들에게 '상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'고 말하고 다녔다"는 사실, 위와 같이 간접적으로 암시된 사실의 각 공표를 정당화할 사정을 소명할 부담을 진다.

2) 2차 공표의 위 각 사실이 허위인지 여부에 대한 판단

원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음 사정들을 종합하여 보면, 2차 공표의 위 각 사실은 허위라고 봄이 타당하다.

가) 공소외 1이 공소외 2에게 미국 영주권 보유 사실을 말했는지 : 부정

(1) 우선 공소외 2는 2014. 5. 25. 10:52경과 18:23경 두 차례에 걸쳐 공소외 3과 통화하면서, "공소외 1이 몇 년 전 공천에서 탈락한 뒤, '상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'라는 말을 하였으니 알아보라. 공소외 1에게 미국 대사관에 가서 확인하자고 하면 된다"는 취지의 말을 한 사실은 인정된다(공판기록 3권 1170, 1197, 1257, 1265쪽).

(2) 그러나 기록에 나타난 증거들에 의하면, 공소외 1은 미국에서 근무할 당시나 그 이후 미국 영주권을 취득하지 않았고, 그 결과 미국에서 근무할 당시는 물론 공천에서 탈락했을 당시나 2014. 5. 25. 당시에도 미국 영주권을 보유하고 있지 않았음을 인정할 수 있고(증거기록 5권 2695쪽), 피고인도 이에 대하여는 다투고 있지 아니하다.

(3) 그렇다면 공소외 1은 미국 영주권을 보유하고 있지 않으면서도 공소외 2에게 "상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다"라는 말을 하였다는 것이 되는데, 이는 경험칙상 받아들이기 어렵다.

특히 공소외 1은 수사기관에서부터 원심 법정에 이르기까지 일관되게 「① 공소외 2를 알지도 못하고(공판기록 3권 1295쪽), ② 2012년 자신이 공천에서 탈락하였을 무렵에는 이른바 '돈 봉투' 사건으로 기자의 전화를 받을 상황이 아니었을 뿐만 아니라(공판기록 3권 1307쪽), ③ 탐사보도 전문기자에게 '저는 미국 영주권이 있다'고 말했을 리가 없다」는 취지로 진술하였다.

반면 공소외 2는 위 말을 2012년에 들었는지 2008년에 들었는지조차 기억하지 못하고 있다(공판기록 3권 1356쪽).

(4) 결국 공소외 1이 공천에서 탈락한 2012년경 공소외 2에게 "상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다"고 말했을 가능성은 매우 낮다고 판단된다(다만 앞서 본 바와 같이 피고인 측 대변인인 공소외 3이 공소외 2로부터 위와 같은 말을 전해 들은 사실은 인정되므로, 이는 허위성의 인식에 관한 판단에서 고려하기로 한다).

나) 공소외 8이 공소외 1의 미국 영주권 보유를 확인해 주었는지 : 부정

(1) 원심은 공소외 8과 공소외 7을 대질 신문하였다.

공소외 8은 「① 공소외 1의 미국 영주권 문제에 관하여 전혀 알지 못하고, ② 공소외 1로부터 "저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다"는 취지의 말도 들은 적이 없으며, ③ 공소외 7에게 "공소외 1과 피고인 모두를 아는 관계이기 때문에 선거에 관여할 수 없고, 공소외 1의 미국 영주권 문제에 대해서는 알지 못한다"는 취지로 대답하였다」고 진술하였고(공판기록 3권 1429쪽), 공소외 7은 「공소외 8은 '안다, 모른다'로 대답한 것이 아니라, 거기에 대해서 말해 줄 수 없다는 취지로 대답하였다」고 진술하였다(공판기록 3권 1441쪽).

(2) 두 사람 모두 자신의 관점에서 바라본 사실을 진술하고 있다고 생각되는데, 공소외 8은 공소외 7의 질문에 대하여 "공소외 1과 친한 사이라서 관여하고 싶지 않고, 알지도 못한다"는 취지로 대답한 것으로 보이고, 공소외 8을 통해 정보의 진위를 확인하고 싶었던 공소외 7은 "공소외 1과 친한 사이라서 관여하고 싶지 않다"는 부분에 주목하여 공소외 8이 정보를 숨기고 있다고 생각한 것으로 보인다.

그러나 피고인에게 최대한 유리하게 해석하더라도, '말해 줄 수 없다'는 내용을 두고 공소외 8이 공소외 7에게 공소외 1의 위 발언을 '확인'해 주었다고 인정할 여지는 없어 보인다.

다) 암시된 사실의 허위 여부 : 긍정

2차 공표를 통하여 간접적인 방법으로 암시된 사실 즉 '공소외 1이 공천 탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실이 허위임은 위에서 본 바와 같다.

라) 소결

피고인은 공소외 1의 1차 해명에도 불구하고 여전히 '공소외 1 본인의 미국 영주권 보유 의혹이 해소되지 않았다는 전제하에 "공소외 1은 공천에서 탈락한 뒤 지인들과 언론인들에게 '상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'고 말하고 다녔다"는 사실을 추가로 공표하였다.

그러나 ① 공소외 1은 공천에서 탈락하였던 2012년 3월경 지인이나 언론인에게 위와 같은 말을 한 사실이 없었고, ② 피고인이 위 내용에 대하여 '다수'의 증언을 제보받지도 못하였으며, ③ 달리 2차 공표를 통하여 암시된 '공소외 1 후보의 미 영주권 보유사실'을 뒷받침할 소명자료도 없었다.

결국, 피고인이 2차 공표를 통하여 직접 밝혔거나 간접적으로 암시한 위 각 사실은 모두 허위라고 봄이 타당하다.

3) 허위성의 인식에 관한 판단

나아가 다음과 같은 사정을 종합하면, 피고인에게 2차 공표를 통하여 공표한 위 각 사실이 허위라는 점에 관한 미필적 고의는 있었다고 볼 수 있다.

가) 사실확인 노력의 미흡

(1) 피고인 선거사무소는 결국 공소외 2로부터만 “공소외 1이 공천에서 탈락한 뒤 지인들과 언론인들에게 ‘상관없습니다.’

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다’고 말하고 다녔다”는 사실을 전해 들었을 뿐, 공소외 1의 지인이나 다른 언론인으로부터 위 사실을 확인하지는 못하였다.

그리고 위 사실은 언론 기사 등을 통해 확인된 적이 없음은 물론 트위터상에서도 전혀 전파된 바 없었다.

(2) 위 ‘다수의 증언’은 그 표현과 경위가 구체적이고 생생할 뿐만 아니라, 내용도 공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다는 사실을 여러 사람들에게 말하고 다녔다는 것이어서 공소외 1의 미국 영주권 보유 여부를 추단케 하는 강력한 정황이 된다.

위와 같은 증언의 존재와 그 내용의 적시는 유권자들을 오도할 위험성이 있는 만큼, 피고인으로서 사실 확인의 노력을 하였어야 했다.

특히 최소한 ‘다수’의 증언이 있었는지 여부를 확인하는 것은 시간적, 물리적으로 사회통념상 가능하였다고 인정되는데, 피고인은 이러한 노력을 충분히 하지 않은 채 만연히 ‘다수’의 증언이 있다고 주장하면서 그 내용의 적시에 적극적으로 나아간 것으로 보인다.

나) 공소외 1의 해명 및 사과요구와 그로 인한 상황의 변화

(1) 피고인은 1차 공표에서는 공소외 1 본인과 두 자녀의 미국 영주권 보유 의혹에 관하여 ‘사실대로 밝힐 것’만을 요구하였을 뿐, ‘객관적인 자료’를 제시할 것을 요구하지 아니하였다.

이에 공소외 1은 2014. 5. 25. 15:16경 ‘피고인 후보님께 드리는 편지’를 인터넷에 게재하여, 두 자녀가 미국 시민권을 보유하고 있으며 미국에서 교육을 받았다는 사실을 시인하고, 다만 자신이 미국 영주권을 보유하고 있다는 사실에 대해서는 강하게 부인하면서 사과를 요구하였다.

그렇다면 피고인의 의혹 제기와 해명 요구에 대하여 공소외 1이 공개적으로 해명함으로써, 공소외 1의 미국 영주권 보유 의혹은 어느 정도 해소되었다고 평가할 여지가 생겼다.

(2) 물론 공소외 1은 위 편지글을 게시하면서 객관적인 자료를 제시하지 않았으므로, 공소외 1의 해명에도 불구하고 피고인이 다시 객관적 자료를 요구하는 것 자체는 정당화될 수 있다.

그러나 피고인은 공소외 1에게 단순히 객관적인 자료를 제시할 것을 요구하는 데 그치지 않고, 앞서 본 바와 같이 “공소외 1은 공천에서 탈락한 뒤 지인들과 언론인들에게 ‘상관없습니다.’

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다’고 말하고 다녔다”는 사실을 추가로 공표하였고, 이후 라디오 방송에서도 ‘신빙할 제보가 있다’, ‘일정한 검증을 했다’, ‘공소외 1의 해명은 믿기 어렵다’는 취지의 발언을 하였다.

(3) 이러한 피고인과 공소외 1의 공방과정을 전체적으로 살펴보면, 유권자의 입장에서는 공소외 1은 미국 영주권을 보유하고 있거나 보유한 적이 있음에도 불구하고 거짓 해명을 하고 있으며, 피고인에게 2차 공표한 위 각 사실은 모두 허위라고 봄이 타당하다.

유 사실을 증명할 강력한 정황증거가 있다고 받아들일 가능성이 크다.

(4) 이런 상황에서 피고인이 상당히 믿을 만한 증거가 있음을 밝히면서도 정작 그 증거의 내용을 사전에 면밀히 확인하고 신빙성을 따지는 것에 소홀히 한 채 보유하고 있는 증거의 양과 질을 과장하였다면, 증거에 관한 위와 같은 사실의 공표 과정에도 허위의 미필적 고의가 있었다고 보아야 하고, 그러한 증거 설명을 통하여 제3자에게 암시될 사실에 대하여도 허위의 미필적 고의가 있었다고 보는 것이 타당하다.

4) 피고인에게 공소외 1이 당선되지 못하도록 할 목적의 유무

‘당선되지 못하게 할 목적’은 후보자에 관한 허위의 사실을 공표함으로써 선거인의 정확한 판단을 흐리게 하고 그에 따른 투표의 결과 후보자로 하여금 유효투표의 다수를 얻지 못하게 할 목적을 의미한다고 할 것이고(대법원 2007. 6. 29. 선고 2007도2817 판결 등 참조), 적극적으로 당선되지 못하게 할 것을 의욕하거나 희망할 것까지는 없고 단순히 당선되지 못하게 한다는 인식이 있는 것으로 충분하다고 할 것이다(대법원 2007. 7. 27. 선고 2007도3598 판결 등 참조). 한편 그 목적이 있었는지 여부는 피고인의 사회적 지위, 피고인과 후보자 또는 경쟁 후보자와의 인적 관계, 공표행위의 동기 및 경위와 수단·방법, 행위의 내용과 태양, 그러한 공표행위가 행해진 상대방의 성격과 범위, 행위 당시의 사회상황 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2006. 5. 25. 선고 2005도4642 판결, 대법원 2007. 1. 15. 선고 2006도7473 판결 등 참조).

앞에서 본 사정들, 즉 공소외 1이 1차 해명을 하였음에도 이에 대한 별다른 확인절차를 거치지 않고 2차 공표에 나아간 점, 그러한 확인의 노력은 시간적, 물리적으로 충분히 가능하였다고 보이는 점, 단순한 공직담당자격 검증은 객관적인 자료 제시를 요구하는 것만으로도 충분하였다는 점 등을 종합하여 보면, 공직적격 검증을 위한다는 주관적인 목적과 의도에 따른 것이라고 볼 면이 있고, 적극적으로 낙선을 의욕하거나 희망한 것이라고 까지 볼 수는 없지만, 피고인에게 2차 공표를 통하여 경쟁 후보자인 공소외 1이 단순히 당선되지 못하게 한다는 인식은 있었다고 봄이 타당하다.

5) 소결

피고인이 2차 공표를 통하여 허위의 사실을 직접 또는 암시의 방법으로 공표하였고, 피고인에게 허위라는 점에 대한 미필적 인식과 낙선의 목적도 있었다고 인정되므로, 이 부분 허위사실공표에 대한 책임을 져야 한다(피고인의 변호인들은, 후보자의 공직적격 검증을 위한 질의와 답변 과정에서의 허위사실공표죄는 후보자 간 방송토론에서의 허위사실공표죄의 경우와 마찬가지로 제한적으로 적용되어야 한다고 주장한다).

그러나 피고인의 2차 공표는 후보자 간 방송토론 중 발언이 아님은 분명하고, 공방이 즉흥적으로 이루어지는 후보자 간 방송토론과 달리 공소외 1의 해명 이후 대응 방안을 검토하기에 충분한 시간적 간격이 지난 후에 이루어졌으므로, 이러한 주장은 받아들이기 어렵다. 이 부분 피고인의 항소는 받아들이지 않는다.

5. 결론

원심판결 중 2014. 5. 25. 국회 정론관 기자회견에서의 허위사실공표로 인한 지방교육자치에관한법률위반의 점에 대한 피고인의 항소는 이유 있고, 위와 같이 무죄로 되는 부분과 나머지 원심 판시 죄를 형법 제37조 전단의 경합범으로 처리하여 하나의 형을 선고한 원심판결은 전부 파기될 수밖에 없다.

따라서 피고인과 검사의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

1. 항소 이유의 요지

가. 사실오인 및 법리오해(피고인)

1) 피고인은 "공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다"는 사실을 공표한 것이 아니다.

피고인은 "공소외 1이 미국 영주권을 보유한 적이 있다"거나 "공소외 1이 미국 영주권을 현재 보유하고 있다"는 사실을 단정하거나 이를 암시하여 공표한 것이 아니라, 미국 영주권 보유 의혹이 제기되고 있다는 사실 또는 영주권 보유 의혹이 있다는 사실을 지적하면서 공소외 1에게 제기된 의혹에 대한 해명을 요구하고, 해명함에 있어서 객관적인 자료의 제시를 요구한 것이며, 이는 표현이나 문맥상 분명하다.

그리고 검사로서는 마땅히 피고인이 공표한 내용 중 무엇이 공직선거법 제250조 제2항의 '허위사실'에 해당하는지를 특정하여야 하는데, 검사는 피고인이 공표한 허위사실이 무엇인지 특정하지도 않았다.

그럼에도 원심은, 피고인이 '공소외 1이 미국 근무 당시 미국 영주권을 취득하여 2014. 5. 25.까지 이를 보유하고 있다'는 사실과 '공소외 1이 공천탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실을 암시하여 공표하였다고 판단하였다.

따라서 원심판결에는 허위사실공표죄에서의 '공표사실 특정'에 관한 법리오해 및 사실오인의 위법이 있다.

2) 피고인의 '해명 및 객관적 자료제시 요구'는 '허위사실의 공표'에 해당하지 않는다.

피고인의 공소외 1에 대한 이 사건 해명요구와 객관적인 소명자료의 제시요구는 선거 과정에서 당연히 예정되어 있는 경쟁 후보자들 상호 간의 비판과 공직적격 검증에 해당하므로 공직선거법상 허용되는 적법한 선거운동의 범주에 속한다.

그럼에도 원심은, 피고인의 공소외 1에 대한 미국 영주권 보유 의혹에 대한 해명 요구를 '허위사실의 공표'에 해당한다고 보았는바, 이러한 원심판결에는 공직적격 검증을 위한 언론 및 선거운동의 자유와 낙선 목적 허위사실공표죄의 관계에 대한 법리를 오해하고 사실을 오인한 위법이 있다.

3) 피고인은 공표사실이 허위임을 인식하지 못하였고, 오히려 영주권 보유 의혹이 진실인 것으로 믿을 만한 상당한 이유가 있었다.

피고인에게는 해명 요구 당시 피고인이 공표한 사실이 허위라는 점에 관한 인식이 없었고, 오히려 그러한 의혹이 진실인 것으로 믿을 만한 상당한 이유가 있었다.

그럼에도 원심은, "피고인에게 미필적 고의를 인정할 수 있고, 피고인이 제시한 소명자료에 의하더라도 그러한 의혹이 진실인 것으로 믿을 만한 상당한 이유가 있다고도 인정되지 않는다"고 판단하였는바, 원심판결에는 허위사실 공표죄에서의 미필적 고의, 의혹이 진실인 것으로 믿을 만한 상당한 이유에 관한 법리오해 및 사실오인의 위법이 있다.

4) 피고인은 '공소외 1을 당선되지 못하게 할 목적'으로 해명 요구를 한 것이 아니다.

피고인은 공직적격 검증목적에서 의혹에 대한 해명을 요구하고 객관적인 자료제시를 요구한 것이므로 공소외 1을 당선되지 못하도록 할 목적에서 해명요구 등을 하였다고 사실인정을 하는 것은 부당하다.

상대 후보에게 제기된 의혹의 해명을 요구하고, 상대 후보가 이에 대하여 해명을 하는 일련의 과정을 통하여 의혹을 받는 후보에게 불리한 여론이 형성되더라도 그것은 선거의 특성상 일정 부분 수용할 수밖에 없으며, 그러한 결과가 발생할 우려가 있다고 하여 곧바로 의혹을 제기하는 사람에게 상대 후보에 대한 '낙선 목적'이 있다고 인정할 수는 없다.

그럼에도 원심은, "피고인에게 공소외 1이 당선되지 못하도록 할 목적이 있었다"고 판단하였는바, 원심판결에는 허위사실공표죄에서의 당선되지 못하게 할 목적에 관한 법리오해 및 사실오인의 위법이 있다.

나. 양형부당(피고인, 검사)

원심의 양형(벌금 500만 원)은 너무 무거워서 부당하다(피고인). 반대로 원심의 양형은 너무 가벼워서 부당하다(검사).

2. 기본적인 사실관계 및 주요 쟁점

가. 기본적인 사실관계

1) 주요 등장인물

- ① 피고인은 2014. 6. 4. 제6회 전국동시지방선거에서 서울특별시 교육감으로 당선된 사람이고, 공소외 1은 위 선거에서 서울특별시 교육감 후보자로 출마한 사람이다.
- ② 공소외 5와 공소외 3은 피고인 선거사무소의 공보담당자들로서 이 사건 2014. 5. 25.자 보도자료 및 2014. 5. 26.자 답신 글을 작성한 사람들이며, 공소외 7은 피고인 선거사무소의 선거대책본부위원장이었다.
- ③ 공소외 2는 ▽▽▽ 기자로 일하다가 2013년 3월경 사직한 후 인터넷 언론사인 '○○○○'의 기자로 활동 중인 사람이다.
- ④ 공소외 8은 ▽▽▽ PD였다가 2001년 3월경부터 2005년 3월경까지 ◁◁◁TV의 전신인 ▷▷TV의 대표이사를 역임한 사람으로 공소외 1과 1999년부터 알고 지내오던 공소외 1의 지인이다.

2) 공소외 2의 트윗 글 게시 등

- ① 2014. 5. 23.(금) 19:39경, 공소외 2는 자신의 트위터 계정(계정 생략)에 "서울시 교육감 후보로 나선 공소외 1 후보는 자녀들을 어디서 공부시키셨나요? 한국에서 공부를 시키지 않으셨으면 왜 그러신 건가요? 본인 역시 미국 영주권을 갖고 계시지요? 정말 한국의 교육을 걱정하십니까? 걱정할 만큼 잘 알고 계십니까? 궁금합니다.

"라는 트윗 글을 게시하였다(증거기록 1권 497쪽).

- ② 2014. 5. 23.(금) 저녁 무렵, 피고인은 공소외 5, 공소외 3으로부터 "공소외 2가 트위터에 공소외 1의 미국 영주권에 관한 글을 게시하였고, 이에 따라 공소외 1의 미국 영주권 보유 여부에 관한 의혹이 있다"는 내용의 보고를 받았다.
- ③ 2014. 5. 24.(토) 오후 무렵, 공소외 5와 공소외 3은 공소외 1의 미국 영주권 보유 의혹에 관한 기자회견문 초안을 작성한 후 피고인에게 기자회견을 건의하였고, 저녁 무렵 피고인은 기자회견 개최를 승낙하였다.
- ④ 2014. 5. 26.(월) 기준 공소외 2의 트위터 계정의 팔로워(follower) 수는 58,971명에 이르렀다.

2014. 5. 24.(토) 자정까지 1,377명의 트위터 이용자들이 공소외 2의 위 트윗 글을 리트윗(retweet)하였다(증 제66호증 CYRAM의 서울시 교육감 선거 관련 트윗 분석 3쪽, 공판기록 5권)

3) 피고인의 국회 정론관에서의 기자회견(이하 편의상 '1차 공표'라고 한다)

2014. 5. 25.(일) 11:00경, 피고인은 국회 정론관 기자회견장에서 '공소외 1 후보는 미 영주권 문제를 즉각 해명하라'는 제목의 보도자료(별지 1 참조)를 기자들에게 배포하고, 그 내용을 그대로 읽어 내려가는 방식으로 기자회견을 하였다(증거기록 1권 346쪽).

4) 공소외 1의 인터넷 공개편지 게시와 라디오 방송에서의 해명

① 2014. 5. 25.(일) 15:16경, 공소외 1은 위와 같은 피고인의 기자회견에 대하여 '피고인 후보님께 드리는 편지'라는 제목의 글(별지 2 참조)을 인터넷에 게시하였다(증거기록 1권 461쪽)

② 2014. 5. 26.(월) 06:00~08:00경, 공소외 1은 라디오 프로그램인 '공소외 9의 ♡♡♡ 전망대'의 진행자 공소외 9와 방송 중 전화통화를 하면서 자신은 미국 영주권을 보유하고 있지 않다고 해명하였다(증거기록 3권 1325쪽).

5) 피고인의 '공소외 1 후보님께 드리는 답신' 게재와 라디오 방송에서의 발언 등(이하 편의상 '2차 공표'라고 한다)

① 2014. 5. 26.(월) 17:38경, 피고인은 자신의 선거사무실에서 '공소외 1 후보님께 드리는 답신'이라는 제목의 글(별지 3 참조)을 인터넷에 게재하고, 기자들의 이메일로 이를 발송하였다(증거기록 1권 465쪽, 3권 1654쪽).

② 2014. 5. 26.(월) 17:55경, 공소외 2는 트위터에 피고인의 위 답신 글을 링크하고, "만약 공소외 1 후보께서 관련 증빙 서류를 명백히 제시하신다면 의문을 제기한 저도 즉각 사과드리겠습니다"라는 트윗 글을 게재하였다(증거기록 1권 498쪽).

③ 2014. 5. 27.(화) 06:00~08:00경, 피고인은 위 라디오 프로그램의 진행자인 공소외 9와 방송 중 전화통화를 하면서 원심 범죄사실 제2항 기재와 유사한 취지의 발언을 하였다(증거기록 3권 1382쪽). 구체적인 발언 내용은 별지 4와 같다.

④ 2014. 5. 27.(화) 06:25~07:55경, 피고인은 라디오 프로그램인 '안녕하십니까 공소외 10입니다'의 진행자인 공소외 10과 라디오 방송 중 전화통화를 하면서 원심 범죄사실 제2항 기재와 유사한 취지의 발언을 하였다(증거기록 3권 1388쪽). 구체적인 발언 내용은 별지 5와 같다.

6) 공소외 1의 고발, 구 여권 사본 제출 및 공소외 2의 사과 트윗 글 게시

① 2014. 5. 27.(화) 11:00경, 공소외 1은 서울특별시 선거관리위원회에 피고인을 고발하면서 그 고발장에 증거자료로 자신의 구 여권 사본을 첨부하여 제출하였다(증거기록 1권 151쪽).

② 2014. 5. 27.(화) 20:29경, 공소외 2는 "공소외 1 후보 자신의 영주권 소지 의혹 부분은 공소외 1 후보의 서류 제출로 해소된 듯합니다.

제가 의혹을 제기한 부분의 근거는 있습니다만 말할 필요가 없게 됐구요. 공소외 1 후보께 사과 드립니다.

"라는 트윗 글을 게재하였다(증거기록 1권 499쪽).

나. 이 사건의 쟁점

1) 피고인이 공표한 사실은 무엇인지(공표사실의 확정)

별지 1, 3, 4, 5의 기재에 의하면, 피고인이 2014. 5. 25. 기자회견 및 2014. 5. 26. 답신 글 게재, 2014. 5. 27. 라디오 방송에서의 발언 등을 통하여 여러 가지 사실을 공표하고 다양한 의견을 표명하면서 공소외 1에게 미국 영주권 보유 의혹에 대한 해명을 요구하거나 해명을 뒷받침할 만한 객관적인 자료제시를 요구한 사실을 인정할 수 있다.

이에 대하여 검사는, '공소외 1이 미국 영주권을 보유한 사실 등이 없음에도 피고인이 1, 2차 공표를 하여 공소외 1이 당선되지 못하게 할 목적으로 허위의 사실을 공표하였다'고 공소를 제기하였다.

원심에서는 이 사건을 국민참여재판으로 진행하기로 한 다음 배심원들에게 설명할 쟁점을 정리하였는데, 피고인의 변호인을 포함한 소송관계인들은 '피고인이 1, 2차 공표를 통하여 사실을 공표한 것인지, 아니면 의견을 표명한 것인지'를 첫 번째 쟁점으로하기로 의견을 모았다.

그리고 배심원 선정기일을 거쳐 진행된 제1회 공판기일에서도 검사와 변호인은 앞서 정리된 쟁점에 따라 배심원들에게 이 사건의 첫 번째 쟁점은 사실의 공표인지, 의견의 표명인지라고 설명하였다.

원심법원은 배심원들에게 제시된 위와 같은 쟁점 및 그에 대한 법정에서의 공방을 바탕으로 '사실의 공표가 아니라 의견표명에 불과하다는 주장에 관하여'라는 제목으로 이에 대하여 판단하였는데, "피고인이 표현한 내용은 증거에 의하여 입증이 가능한 것이므로 '사실의 표명'에 해당한다"고 판시하였다(원심 판결문 제9, 10쪽).

그런데 피고인의 변호인들은, 당심에 이르러 원심에서와는 다른 각도에서 변론하면서 피고인의 1, 2차 공표 내용을 구체적으로 분석하여 피고인이 공표한 사실을 특정하여야 한다고 주장한다.

즉 피고인의 변호인들은, 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 "공소외 1이 미국 영주권을 보유한 적이 있다"거나 "공소외 1이 미국 영주권을 현재 보유하고 있다"는 사실(이하 'A 사실'이라고 한다)을 공표한 것이 아니라, 해명을 요구하는 과정에서 "영주권 보유 의혹이 있다"는 사실(이하 'B 사실'이라고 한다) 또는 "제3자에 의해 영주권 보유 의혹이 제기되어 그러한 의혹이 존재한다"는 사실(이하 'C 사실'이라고 한다)을 공표한 것이라고 주장하고 있다.

따라서 당심에서는 우선, 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 공소외 1의 미국 영주권 보유와 관련하여 공표한 사실이 무엇인지를 확정할 필요가 있다.

왜냐하면, 피고인이 공표한 사실이 위에서 본 'A 사실'인지, 'C 사실'인지, 혹은 'B+C 사실'인지는 어의(語義)나 표현상으로도 서로 명백히 구분되고, 나아가 공표한 사실이 허위인지, 허위라면 피고인에게 허위성의 인식이 있었는지, 그것이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 큰 차이가 있을 수밖에 없기 때문이다.

즉, 피고인이 'A 사실'을 공표한 것이라면 피고인으로서에는 그에 상응하는 수준의 객관적인 소명자료를 제시할 책임을 부담하는 것이고, 피고인이 'C 사실' 그 자체만을 담백하게 공표한 것이라면 공표 당시 '제3자에 의해 공소외 1의 영주권 보유 의혹이 제기되어 존재하였는지'가 허위 여부의 판단 기준이 될 수 있으며, 'B 사실' 혹은 'B+C 사실'을 공표한 것이라면 공표 당시 공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다고 의심할 만한 정황이 존재하였는지, 피고인이 의혹을 제기할 만한 정도의 소명자료는 가지고 있었는지를 따져야 할 것이기 때문이다.

2) '허위사실의 공표'에 해당한다고 평가할 수 있는지

피고인의 변호인들 주장대로, 피고인이 'A 사실'을 단정적 표현을 사용하여 혹은 암시하여 공표한 것이 아니라, 공소외 2 등이 영주권 보유 의혹을 제기하였다는 사실에 기대어 피고인 자신도 공소외 1의 미국 영주권 보유 의혹을 제기하고(즉, '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다고 의심케 하는 여러 사실이 존재한다'는 사실을 공표하고) '해명'을 요구한 것으로 즉, 'B+C 사실'을 공표한 것으로 볼 수 있다고 하더라도, 그러한 행위가 무제한 허용될 수 있는 것은 아니다.

그러한 표현이 이루어진 맥락 및 경과, 다른 정황 등 여하에 따라서는 피고인의 1, 2차 공표를 접한 유권자 입장에서 피고인이 단순히 의혹을 제기하고 있다는 사실에 관심을 두고 주목하기보다는 의혹 사실이 진실이라고 받아들일 수도 있기 때문이다.

따라서 피고인이, 마치 언론의 보도처럼, 'C 사실' 그 자체만을 담백하게 공표한 것으로 인정되지 않는 한, 피고인으로서 그러한 의혹제기를 정당화할 만한 합리적인 사정 즉, '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다고 의심할 만한 정황들이 실제 존재하였다'는 점을 소명하여야 할 부담을 진다고 할 것이다.

3) 공표 내용이 허위라고 인식하였는지, 상당한 이유가 있었는지 여부 등

피고인이 1, 2차 공표를 통하여 공표한 사실의 전부 또는 일부가 '허위사실'에 해당한다면, 피고인에게 공표한 내용이 허위라는 점에 대한 고의가 있었는지, 또는 공표한 내용이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있었는지 여부를 따져보고, 피고인에게 공소외 1을 당선되지 못하게 할 목적이 있었는지 여부도 살펴보아야 한다.

4) 적법한 선거운동의 범주에 속한다는 주장 : 별도의 쟁점으로 판단하지는 않음.

피고인의 변호인들은, 피고인의 행위는 적법한 선거운동의 범주에 속한다는 주장도 하고 있다.

공직선거법은 선거운동 자유의 원칙을 선언하면서도 예외적으로 법률에 의해 금지 또는 제한되는 행위를 정하고 있는데, 허위사실공표죄는 공직선거법상 금지된 행위 중 하나이다.

그러므로 피고인의 행위가 허위사실공표에 해당하는 것으로 평가된다면 결과적으로 피고인의 행위는 적법한 선거운동의 범주에 속할 수 없게 된다.

따라서 피고인의 공표행위가 허위사실 공표죄에 해당하는지 여부를 판단하면 그것이 적법한 선거운동에 해당되는지 여부도 함께 판단되는 것이므로 적법한 선거운동에 해당한다는 취지의 피고인 변호인들의 주장에 대하여는 별도의 쟁점으로 따로 판단하지 않는다.

다만 피고인의 행위가 허위사실공표죄를 구성하는지를 판단함에 있어서, '선거운동 자유가 원칙이고 금지와 제한은 예외'임을 선언한 공직선거법의 입법취지를 고려하여야 함은 물론이다.

변호인들의 주장 취지 역시 이점에 있다고 이해된다.

3. 피고인이 공표한 사실은 무엇인지

가. 이 사건 공소사실의 요지 및 검사가 제시한 피고인의 공표사실

1) 이 사건 공소사실의 요지

이 사건 공소사실의 요지는 아래와 같다.

가) 1차 공표에 의한 허위사실공표

피고인은 2014. 5. 25. 11:00경 국회 정론관 기자회견장에서 "공소외 1 후보는 미 영주권 문제를 즉각 해명하라"는 제목으로 "공소외 1 후보 자신과 두 자녀의 미 영주권 보유 문제, 사실대로 밝히라... 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... 만약 이 제보가 사실이라면, 공소외 1 후보는 대한민국 서울의 유권자들을 우롱하고 있는 것입니다... 또 공소외 1 후보는 그 자신이 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹을 사고 있습니다.

만약 이게 사실이라면, 공소외 1 후보는 서울시 교육감 후보가 될 자격이 없습니다... 민주진보 단일후보로서 사태를 정확하게 정리하고 유권자들의 판단을 돕기 위해, 공소외 1 후보에게 다음과 같은 사항을 요구하는 바입니다.

1. 공소외 1 후보는 자신의 미국 영주권 보유 문제와, 두 자녀의 미국 영주권 보유 문제에 대해 사실대로 밝히라..."는 내용으로 작성된 보도자료를 기자들에게 배포하고, 위 보도자료 내용을 그대로 읽어 내려가는 방식으로 기자회견을 개최하였다.

그러나 피고인은 위 트위터 내용 이외에 공소외 1의 영주권 보유 여부에 대한 제보를 받은 사실이 없고, 공소외 1은 미국에서 근무할 때 비이민비자를 받아 근무한 것에 불과할 뿐 미국 영주권을 보유한 사실이 없었다.

이로써 피고인은 서울시 교육감 후보자였던 공소외 1이 당선되지 못하게 할 목적으로 허위의 사실을 공표하였다.

나) 2차 공표에 의한 허위사실공표

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... 만에 하나 공소외 1 후보님께서 영주권을 받으셨다면, 그 시점은 지금처럼 요건이 강화되기 전일 것이므로 그 말씀만으로는 유권자들의 의혹을 씻어내기 어려울 것으로 보입니다.

"라는 내용을 기재하여 피고인의 선거캠프 홈페이지 및 각 기자들의 이메일로 이를 발송하고, 이후 2014. 5. 27. 2회에 걸쳐 라디오 방송에서 위와 같은 취지로 발언하였다.

그러나 피고인은 위 내용에 대하여 다수의 증언을 제보받은 사실이 없고, 공소외 1은 미국 영주권을 보유한 사실이 없으며, 공천에서 탈락하였던 무렵인 2012년 3월경 지인이나 언론인에게 '미국 영주권이 있다거나 미국 가서 살면 된다'고 말한 사실이 없다.

이로써 피고인은 서울시 교육감 후보자였던 공소외 1이 당선되지 못하게 할 목적으로 허위의 사실을 공표하였다.

2) 검사가 제시한 피고인의 공표사실

검사는 공소장에 '피고인이 공표한 사실이 무엇인지'에 관하여 분명하게 기재하지는 않았다.

그렇지만, 공소장의 전체적인 내용과 결론에 이르는 논리의 전개 과정을 종합하여 보면, 검사는, 피고인이 1차 공표를 통하여서는 ① '제보를 받았다는 사실', ② '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다는 사실'을 공표하였고, 2차 공표를 통하여는 ① '다수의 증언을 제보받았다는 사실', ② '공소외 1이 미국 영주권을 보유하였다는 사실', ③ '공소외 1이 공천에서 탈락하였던 무렵인 2012년 3월경 지인이나 언론인에게 "미국 영주권이 있다거나 미국 가서 살면 된다"고 말하였다는 사실'을 공표한 것으로 보고 그것이 공직선거법상의 허위사실의 공표에 해당한다고 기소한 것임을 알 수 있다.

나. 원심 판단의 요지

피고인은 제보나 의혹 내용을 제시하면서 가정적인 표현을 사용함으로써 피고인의 발언 내용이 타인으로부터 제보받은 것임을 밝혔으나 그 표현내용은 증거에 의한 증명이 가능한 것이므로 사실의 표명에 해당한다.

그리고 피고인은 1차 공표를 통하여 '공소외 1이 미국 근무 당시 미국 영주권을 취득하여 2014. 5. 25.까지 이를 보유하고 있다'는 사실을 암시하여 공표하였고, 2차 공표를 통하여 '공소외 1이 공천탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실을 암시하여 공표하였다고 판단하였다.

다.

당심의 판단

1) 피고인이 공표한 사실이 무엇인지 확정함에 있어서 고려한 대법원 판결 및 법리 등

가) 공직선거법 제250조 제2항은 낙선의 목적으로 후보자에 대하여 허위사실을 공표하는 행위를 금지하고 이를 위반하는 경우 7년 이하의 징역 또는 500만 원 이상 3,000만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

위 조항의 입법취지는 허위의 사실을 공표하여 선거인의 올바른 판단에 영향을 미치는 행위를 규제함으로써 선거의 공정을 보장함에 있다(대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도8368 판결 등 참조).

나) 공직선거법 제250조 제2항에서 규정하는 허위사실공표죄가 성립하려면, 우선 허위의 사실을 공표하여야 하고, 여기에서 허위의 사실이라 함은 진실에 부합하지 않은 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이면 충분하지만, 단순한 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 불과한 경우에는 이에 해당되지 아니한다 할 것인바, 어떤 진술이 사실주장인가 또는 의견표현인가를 구별함에 있어서는 선거의 공정을 보장한다는 입법취지를 염두에 두고 언어의 통상적 의미와 용법, 문제 된 말이 사용된 문맥, 입증가능성, 그 표현이 행하여진 사회적 상황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 할 것이다(대법원 2000. 4. 25. 선고 99도4260 판결 등 참조). 한편 의견이나 평가라고 하더라도 그것이 진실에 반하는 사실에 기초하여 행해지거나 의견이나 평가임을 빙자하여 간접적이고 우회적인 표현 방법으로 허위사실을 암시하는 경우에도 위 죄가 성립된다(대법원 2011. 12. 22. 선고 2008도11847 판결 참조).

다) 그러나 공직선거법 제250조 제2항은 정치적 표현의 자유에 대한 제한입법이며, 동시에 형벌조항에 해당하므로 이를 구체적 사건에 적용함에 있어서는 제한되는 기본권의 의미와 비중을 엄밀하게 고려하여 그것이 과도하게 침해되지 않도록 신중한 주의를 기울일 필요가 있다.

법관에게는 헌법 규정 및 정신에 합치되도록 법률을 해석·적용할 의무가 주어져 있기 때문이다.

그런데 피고인이 사용한 표현과는 다른 내용을 피고인이 '암시'하였다고 쉽게 인정한다면, 경우에 따라서는 피고인 자신이 하지도 않은 표현에 대하여 형사적 책임을 물을 기초가 제공되는 셈이 될 뿐만 아니라, 나아가 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권주체는 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높고, 그로 인해 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 가능케 하여 이러한 표현들이 상호 검증을 거치도록 한다는 표현의 자유의 본래의 기능은 상실된다.

이러한 위축효과로 인하여 국민의 대표자가 되고자 하는 사람이 어떤 사람이고, 무슨 정책을 내세우고 있는지, 그 이력과 인간됨은 어떠한지에 대한 정보가 다양한 방식으로 제대로 제공될 가능성이 축소될 것 또한 어렵지 않게 상정할 수 있다.

요컨대 위 법률조항을 적용함에 있어서, 위 법률조항의 적용을 통하여 확보하고자 하는 선거의 공정성의 무게를 의식하되, 다른 한편으로 대의민주주의의 핵심인 선거 과정에서 차지하는 표현의 자유의 위와 같은 비중 역시 균형감 있게 그리고 섬세하게 염두에 두어야 한다.

라) 따라서 피고인이 간접적이고 우회적인 표현 방법으로 허위사실을 암시하였다고 평가하기 위해서는 피고인이 사용한 표현의 어의, 시기와 상황, 전체적인 취지, 수신자의 입장 등을 종합하여, 피고인이 '의혹의 제기' 또는 '해명 요구' 형식을 '빙자'하여 허위사실의 존재를 구체적으로 '암시'하였음이 합리적인 의심이 없을 정도로 증명되어야 한

다.

‘의심스러울 때에는 피고인의 이익으로, 자유의 이익으로’라는 헌법 및 형사소송법의 대원칙이 그렇기도 하거니와, 만일 이와 같이 보지 않는다면 의혹에 대한 해명을 요구하기 위해서 그 의혹의 내용을 이루는 구체적 사실을 제시한 경우 모두가 의혹 사실을 ‘암시’하여 공표한 것으로 판단될 위험성이 있고, 그럴 경우 의혹을 받고 있는 후보자가 있다고 하더라도 그의 공직담당 적격을 검증하는 것이 사실상 봉쇄될 수 있기 때문이다.

마) 대법원도 ‘축재하였다’는 표현과 ‘축재의 의혹을 받고 있다’는 표현은 어의(語義) 상 명백히 구분되고 공표사실의 허위성에 관한 증명에 있어서도 차이가 있을 수밖에 없으므로, 피고인이 적시한 ‘축재의 의혹을 받고 있다’는 사실을 ‘축재하였다’는 것으로 변경하여 인정할 수는 없다고 본 원심판결을 긍정한 바 있다(대법원 2014. 1. 29. 선고 2013도14558 판결 참조). 이 사건의 경우도 위 대법원 판결의 취지를 반영하여 피고인이 공표한 사실 및 내용이 무엇인지를 확정할 필요가 있다.

바) 이러한 구분이 의혹 제기의 무제한 허용으로 이어지는 것은 아니다.

피고인이 앞서의 ‘A 사실’을 단정적으로 혹은 암시하여 공표한 것이 아니라, ‘B 사실’을 적시한 것으로 인정된다 하더라도, 그 의혹의 근거가 박약하여 결과적으로는 그러한 사실 적시조차 허용될 수 없었다고 판단될 수도 있고, 가정적, 유보적 표현을 사용한 경우에도 그 표현이 선거인에게 주는 전체적인 인상을 기준으로 판단하였을 때 허위사실을 표명한 것으로 볼 수 있는 경우도 있기 때문이다.

그러나 그렇더라도, 이는 어디까지나 피고인이 공표한 사실이 무엇인지 확인한 후 그다음 단계에서 검토되어야 할 것이고, 공표사실을 특정하는 단계에서 피고인의 내심의 의사를 추론하여 피고인이 사용한 ‘단어’나 ‘표현’을 통하여 객관적으로 표현된 것과 다른 사실을 ‘암시하여 공표하였다’고 인정 내지 평가하는 것에는 매우 신중할 필요가 있다.

2) 1차 공표를 통하여 공표한 사실

원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 1차 공표를 통하여 ‘공소외 1과 두 자녀가 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹을 사고 있다’는 사실(‘B+C 사실’)을 공표하였다고 평가하는 것이 타당하다.

원심의 판단처럼 피고인이 ‘공소외 1과 두 자녀가 미국 영주권을 보유하고 있다’는 사실(‘A 사실’)을 단정적으로 혹은 암시하여 공표하였다고 보기는 어렵다.

가) 표현 내용 자체에 대한 통상의 언어학적 분석

① 피고인이 배포한 보도자료에는 “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 보유하였다는 것입니다... 또 공소외 1 후보는 그 자신이 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹을 사고 있습니다.

”고 기재되어 있다.

즉, 피고인은 공소외 1 본인과 자녀들이 미국 영주권 보유 의혹을 사고 있다는 것과 그에 관한 제보가 있다는 사실만을 공표하고 있을 뿐, ‘미국 영주권을 보유하고 있다’는 단정적인 표현은 사용하지 않았다.

② 검사의 요청으로 감정서를 작성하여 제출한 공소외 11교수와 피고인의 요청으로 의견서를 작성하여 제출한 공소외 12, 공소외 13, 공소외 14교수는 피고인의 2014. 5. 25. 기자회견문, 2014. 5. 26. 답신 글 및 2014. 5. 27. 라디오 방송

에서의 발언 내용을 독해한 다음 그에 대한 의견을 각각 피력하였는데, 피고인이 위 각 글이나 방송 인터뷰를 통하여 '의혹을 제기'하고 '해명을 요구'한 것이라는 점에 관해서는 의견이 일치되었다(증거기록 5권 2540쪽, 공판기록 2권 687, 899, 705쪽).

나) 문제 된 표현이 사용된 문맥

- ③ 다음으로, 위 보도자료의 제목은, "공소외 1 후보는 미 영주권 문제를 즉각 '해명'하라. 공소외 1 후보 자신과 두 자녀의 미 영주권 보유 문제, 사실대로 밝히라"이다.

'해명'의 사전적 의미는 '까닭이나 내용을 풀어서 밝힘'으로, 사실과 다른 의혹이 제기된 경우 사실을 밝힌다는 의미로도 활용된다.

따라서 '해명하라'는 제목으로도 피고인이 '공소외 1은 미국 영주권을 보유하고 있다'고 단정한 것이 아니라 그러한 의혹이 사실이 아닐 가능성 즉, 반대 사실의 존재 가능성을 인정하고 있었음을 알 수 있다.

- ④ 피고인은 같은 보도 자료에서 공소외 1의 2014. 5. 23. △△△△△총연합회 임원회의 참석 및 그 회의에서의 발언에 관하여는 '사과하라'라는 단정적인 표현을 사용하였다.

그러나 공소외 1 본인과 자녀의 미국 영주권 보유 의혹에 관하여는 '사실대로 밝히라'라는 표현을 사용하였다.

다) 표현이 행하여진 사회적 상황 내지 맥락

- ⑤ 피고인의 표현이 이루어진 사회적 상황 및 그 형식에 주목할 필요가 있다.

표현의 자유가 보장되어야 할 중요 영역은 정치적 토론 내지 공방 과정인데, 이러한 토론 내지 공방이 가장 활발히 이루어지는 것이 선거국면이다.

경쟁 후보자들 사이의 상호 비판과 공직적격 검증은 선거 과정에서 불가피하고, 이는 매우 다양한 형식과 상황에서 펼쳐진다.

가령 후보자가 자신을 지지할 것으로 보이는 유권자들을 상대로 상대 후보자의 정책과 공직후보자로서의 자격 등에 관하여 일방적인 선전과 발표를 하고, 이것이 상대 후보자에게 전달됨으로써 상호간의 공방이 촉발되는 경우도 있을 수 있고, 공식적인 토론 과정이 마련되어 그곳에서 엄격한 절차에 따라 서로에 대한 비판과 검증이 이루어질 수도 있다.

또한 '후보자들 사이의 공방과 이를 지켜보고 평가하는 유권자의 존재'라는 선거의 본질에 따라 비록 후자의 경우 처럼 형식적으로 엄격하게 정해진 토론 내지 공방 절차라고는 볼 수 없지만 그와 유사한 공방 내지 토론의 광장이 존재함을 염두에 두면서 상호 공방이 이루어질 수도 있다.

똑같은 표현도 그것이 이루어지는 사회적 상황이나 맥락에 따라 달리 받아들여질 가능성이 있다는 위와 같은 측면을 고려하여 보자면, 기자회견을 통하여 이루어진 피고인의 1차 공표는, 지지자 또는 유권자들을 상대로 '공소외 1 후보자의 미 영주권 보유사실'이라는 정보를 일방적으로 전달하는 것으로 보기는 매우 어렵고, 오히려 위에서 언급한 바와 같은 유사 공방 과정을 염두에 둔 것으로 볼 여지가 많아 앞서의 분석처럼 위 공표의 의미를 문언 그대로 받아들이는 것이 자연스럽다.

라) 표현이 이루어진 이후 표현에 대한 보편적 인식

- ⑥ 피고인의 1차 공표 이후 각 언론사에서는 공소외 1의 미국 영주권 보유 의혹에 관하여 보도하였는데, 대부분의 기사에 '의혹', '제보', '해명 요구' 등의 표현이 포함되어 있었다(증거기록 3권 1281쪽 이하). 따라서 기사를 접한 유권자

도 공소외 1의 미국 영주권 보유가 확정된 사실은 아님을 알 수 있었을 것이다.

마) 나머지 쟁점

① 위 보도자료에 “피고인 캠프가 받은 제보에 따르면” 및 “만약 이 제보가 사실이라면”이라는 표현이 있고, 이로써 피고인이 어떠한 제보를 받았음을 공표한 것임은 앞서 본 바와 같다.

그러나 위 표현은, 피고인이 받은 제보의 내용과 수준, 그 의미하는 바를 구체적으로 나타내지 않은 매우 추상적인 것에 불과하여, 위와 같은 표현이 있다고 해서 앞 서의 판단을 달리할 수는 없다.

② 피고인의 내심의 의사를 추론하여 피고인이 사용한 ‘단어’나 ‘표현’을 통하여 객관적으로 표현된 것과 다른 사실을 ‘암시하여 공표하였다’고 인정 내지 평가하는 것에는 매우 신중할 필요가 있음은 앞서 본 바와 같지만, 어쨌든 내심의 의사가 무엇인지와 관련하여 보더라도 앞서의 평가를 반복할 사정은 존재하지 않는다.

이에 대해서는 뒤에서 자세히 살펴본다.

바) 배심원들의 의견과 달리 평가하는 것에 관하여

원심은, 공소사실 전부에 관하여 만장일치의 의견으로 유죄의 평결을 한 배심원들(7명)의 의견을 존중하여 피고인에게 유죄를 선고하였다.

따라서 원심의 판단은 존중될 필요성이 더욱 크다.

그러나 앞서 본 바와 같이 원심에서는 배심원들에게 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 ‘사실을 공표’한 것인지 아니면 ‘의견을 표명’한 것인지 만이 쟁점으로 제시되었다.

그렇기에 배심원들로서는 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 ‘사실을 공표’한 것으로 평가할 것인지, ‘의견을 표명’한 것으로 평가할 것인지를 판단하려고 애썼을 것이고, 그 중간 영역이라고도 볼 수 있는 ‘제3자로부터 의혹을 사고 있다’거나 ‘의혹이 있다’는 사실을 공표한 것인지, 그렇다면 그에 대한 법률적 평가는 어떻게 달라지는지에 대하여는 충분한 설명을 듣지 못한 상태에서 사실인정 및 법적 평가를 하고 평결에 나아갔을 가능성이 높다.

그런데 당시에 이르러 피고인의 변호인들이 주장을 일부 변경하여 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 사실을 공표하였음은 인정하면서 공표한 사실이 무엇인지 즉, 앞서 본 ‘A 사실’인지, ‘B 사실’인지, ‘C 사실’인지를 특정하여야 한다는 주장을 새로이 하고 있다.

원심에서 제기된 ‘사실의 공표와 의견의 표명’의 구분론이 이 사건의 기초적인 쟁점이자 여전히 의미 있음은 분명하나, 사실과 의견이 혼재되어 있는 경우 어느 것에 우위를 둘 것인지, ‘사실의 공표’로 볼 경우에도 공표되는 사실을 다시 구분하여 확정할 수 있는지의 문제는 위와 같은 기초적 쟁점에 더 잡아 더 나아가 고민하여 판단하여야 할 법리적 쟁점임 또한 분명하다.

사실과 의견의 구분론에 관해서는 우리나라를 비롯하여 여러 나라에서 다양한 이론이 전개되고 있고, 나아가 구체적인 사안에서 이를 어떻게 적용할 것인가는 각국의 법원이 매우 어려운 주제로 여겨 다루고 있기도 하다.

결국, 당심으로서 배심원들의 평결을 무겁게 받아들이더라도 새롭게 제기된 이러한 법리적 주장에 대한 판단을 하여야 하므로, 이러한 법리적 주장의 변경을 반영하여 판단한 결과 원심의 판단이 달라질 가능성은 있는 것이다.

3) 피고인이 2차 공표를 통하여 공표한 사실

피고인이 2차 공표를 통하여 공표한 사실이 무엇인지를 확정함에 있어서는 원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합적으로 고려할 필요가 있다.

가) 피고인의 주장에 부합하는 사정

다음과 같은 사정들은, 2차 공표를 통하여도 '영주권 보유 의혹에 대한 해명 및 자료제시 요구의 전제로서 영주권 의혹이 있다는 사실을 공표한 것에 불과하다'는 취지의 피고인의 주장에 부합하는 면이다.

① 피고인이 2차로 공표한 글의 제목은 "[피고인 캠프] 공소외 1 후보님께 드리는 답신"이고, 맨 처음 내용은 "사실확인
에 감사드리며, 미흡한 점에 대해 추가 질문을 드립니다"이다.

이어 "선거운동 과정에서 이렇게 편지로 대화를 나누며 서로 의문점을 해소하는 것은 좋은 방법이겠습니다.

공소외 1 후보께서 동의하신다면, 저는 앞으로 투표일까지 어떤 형식으로든 대화를 계속 이어가기를 희망합니다"라고 언급한 후, "1. 후보자의 검증은 필수 과정입니다"라는 제목 아래 피고인의 1차 공표 및 2차 공표가 유권자들에게 충분한 정보를 주기 위한 후보자 검증의 의도에 따른 것임을 비교적 자세하게 밝혔다.

② 아래에서 보는 것처럼, 피고인은 '공소외 1은 미국 영주권을 보유하고 있다'는 식의 단정적 표현을 하지는 않았고, 그러한 의혹이 사실이 아닐 가능성 즉 반대 사실의 존재 가능성 및 그 증명 가능성을 전제하고 있다.

□ 피고인은 위 답신 글에서 "본인의 영주권 문제를 자료로 해명해 주시기 바랍니다"는 표현, "'만에 하나' 공소외 1 후보님께서 영주권을 받으셨다면," 이라는 표현 등을 사용하였다.

또한 위 답신 글에는 "주한 미국 대사관에 가서서 영주권을 받은 적이 없다는 내용증명을 떼어서 객관적 자료로 확인해 주시면 깨끗하게 해결될 것으로 보입니다", "공소외 1 후보님의 미국 영주권 보유 문제를 미국 대사관을 통해 객관적 자료를 가지고 증명해 주시길 희망합니다"는 기재도 있다.

□ 그리고 피고인은 라디오 방송에서도 "만일 아주 객관적인 자료로 입증해 주시면 저도 사과와 경의를 표하고요. 또 그만큼 제가 잘못된 문제 제기를 했다는 것 때문에 아마 유권자들이 저에게 마이너스를 주지 않을까 생각합니다", "만일 정말로 이 문제가 명명백백하다면 그래서 저희는 만일 아주 객관적인 자료로 입증해 주시면 사과도 할 용의도 있고요. 또 만일에 이게 정말 객관적인 자료로 입증된다면 유권자들이 저에게 아무래도 마이너스를 주시지 않겠습니까?"라고 발언한 바도 있다.

③ 앞서 본 바와 같이 피고인의 2014. 5. 25. 기자회견문, 2014. 5. 26. 답신글 및 2014. 5. 27. 라디오 방송에서의 발언 내용을 감정한 4명의 교수 모두가 피고인이 위 각 글이나 방송에서의 인터뷰를 통하여 '의혹을 제기'하고 '해명을 요구'한 것이라는 의견을 밝혔다.

나) 원심의 판단을 수긍할만한 사정들

그러나 다음과 같은 사정들을 고려하면, 피고인이 2차 공표를 통하여 '공소외 1이 공천 탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실('A 사실')을 단정적으로 공표하였다고까지는 평가하기 어렵지만, '공소외 1이 공천 탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실('A 사실')을 암시하여 공표하였다고 본 원심의 판단은 수긍할 수 있다.

① 1차 공표 당시와는 다른 사회적 상황 내지 맥락이 있었다.

1차 공표 후 공소외 1은 자신의 미국 영주권 보유 의혹에 대하여 나름대로 해명하였다.

공소외 1이 해명의 근거로 내세운 사정이 반론의 여지가 없을 정도로 객관적인 것인지 여부를 떠나, 이후 피고인의 반응을 대하는 유권자들로서는 공소외 1의 해명 내용과 연관지어 피고인의 반응과 표현을 이해하게 될 것으로 보는 것이 자연스럽다.

피고인이 과연 공소외 1의 해명을 그대로 받아들일지, 해명 또는 해명 근거가 여전히 불충분하다는 점만을 단순히 지적하고 재차 객관적 소명을 요구할지, 해명 근거의 불충분함을 지적하는 것에 더 나아가 피고인이 내세운 종전 의혹의 근거 및 정황을 적극적으로 제시할 것인지 여부를 유심히 지켜볼 개연성이 높아졌을 것으로 보이기 때문이다.

② 증거 제시를 통하여 증거와 연동되는 사실의 암시가 전달될 가능성이 있었다.

□ 피고인은 '공소외 1의 미국 영주권 보유의혹이 여전히 해소되지 않고 있다'는 전제하에 '공소외 1 후보님께 드리는 답신'에서 "저희 캠프에 제보된 다수의 증언에 따르면, 공소외 1 후보님께서는 몇 년 전 공천에서 탈락하신 뒤, '상관 없습니다.

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.

이분들이 잘못 들은 건 아닐 것이라고 저는 판단합니다.

왜 그렇게 말씀하셨는지 궁금합니다"라고 기재하였다.

방송에서의 대화 과정에서도 위 사실을 거듭 언급하였다.

□ 1차 공표에서 하지 않았던 피고인의 위와 같은 언급 즉 '공소외 1이 자신의 미 영주권 보유 사실을 시인하는 발언을 하였다', '그러한 발언을 들은 사람은 다수이다', '그러한 발언을 들은 다수의 사람들 중에는 지인들과 언론인들이 있다'는 것은 그 의미가 적지 않다.

위와 같이 언급된 사실은 그 증명력이 높아 그렇게 말한 사실이 인정될 경우 '공소외 1의 미 영주권 보유사실'을 인정할 여지가 높아지기 때문이다.

□ 그런데 피고인은 위와 같은 언급을 함에 있어서, 1차 공표와는 달리, 가령 '그러한 발언을 하고 다닌다는 의혹이 있다'는 식의 보다 완화된 표현 등을 사용하지도 않았다.

자신이 보유하고 있는 증거의 신빙성에 허점이 있을 가능성을 유보하지 않은 채, 오히려 '왜 그렇게 말씀하셨는지 궁금합니다' 등의 표현을 사용하여 공소외 1이 그와 같은 말을 지인들에게 하였다는 사실 자체는 확정된 사실인 것처럼 하였다.

□ 일반적으로, 증거의 제시는 그 증거를 통하여 입증하고자 하는 사실의 존재를 드러내기 위한 것이다.

피고인이 비록 자신이 알고 있는 증거(공소외 1의 위와 같은 발언 사실)에 의하여 '공소외 1의 미 영주권 보유사실'이 온전히 증명되었다고는 말하지 않았고, 오히려 다른 객관적 자료(미국 대사관의 확인 등)에 의하여 반박될 가능성 자체는 여전히 열어 놓은 채 보다 객관적인 해명을 요구하는 과정에서 위와 같은 언급을 하였다고 하더라도, 1차 공표와 달리 증거에 관한 위와 같은 사실을 추가로 공표함으로써, 이러한 발언 등을 대하는 사람들의 입장에서는 피고인

이 '공소외 1의 미영주권 보유사실'을 암시하고 있다고 받아들일 여지는 그만큼 높아졌다고 볼 수 있다.

원심의 배심원들 역시 이러한 사정들에 주목하여 판단한 것으로 보여 이를 존중할 필요가 있기도 하다.

4) 소결론

가) 피고인은 1차 공표를 통하여 '공소외 1과 두 자녀가 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹을 사고 있다'는 사실을 공표하였고, 2차 공표를 통하여 '공소외 1이 공천 탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실('A 사실')을 암시하여 공표하였다고 봄이 타당하다.

나) 이러한 당심의 판단은, "피고인은 1차 공표를 통하여 '공소외 1이 미국 근무 당시 미국 영주권을 취득하여 2014. 5. 25.까지 이를 보유하고 있다'는 사실을 암시하여 공표하였고, 2차 공표를 통하여 '공소외 1이 공천탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실을 암시하여 공표하였다"고 본 원심과는 그 결론을 일부 달리하는 것이다.

다) 아래에서는 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 위에서 확정된 바와 같은 사실을 공표하였음을 기초로 하여, 그것이 공직선거법상의 허위사실의 공표에 해당하는지 여부 등에 대하여 판단한다.

4. 1, 2차 공표가 허위사실의 공표에 해당하는지에 관한 판단

가. 관련 법리

1) 공직선거에서 후보자에 관한 의혹 제기와 표현의 자유와의 관계

민주주의 정치제도 하에서 언론의 자유는 가장 기초적인 기본권이고 그것이 선거과정에서도 충분히 보장되어야 함은 말할 나위가 없다.

그리고 공직선거에 있어서 후보자의 공직담당적격을 검증하는 것은 필요하고도 중요한 일이므로 그 적격검증을 위한 언론의 자유도 보장되어야 하고, 이를 위하여 후보자에게 위법이나 부도덕함을 의심케 하는 사정이 있는 경우에는 이에 대한 문제 제기가 허용되어야 하며, 공적 판단이 내려지기 전이라 하여 그에 대한 의혹의 제기가 쉽게 봉쇄되어서는 안 된다.

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

그러므로 후보자의 비리 등에 관한 의혹의 제기는 비록 그것이 공직적격 여부의 검증을 위한 것이라 하더라도 무제한 허용될 수는 없고 그러한 의혹이 진실인 것으로 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 허용되어야 한다.

그리고 이때 의혹사실의 존재를 적극적으로 주장하는 자는 그러한 사실의 존재를 수증할 만한 소명자료를 제시할 부담을 진다고 할 것이고, 그러한 소명자료를 제시하지 못한다면 달리 그 의혹사실의 존재를 인정할 증거가 없는 한 허위사실의 공표로서의 책임을 져야 할 것인 반면, 제시된 소명자료 등에 의하여 그러한 의혹이 진실인 것으로 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우에는 비록 사후에 그 의혹이 진실이 아닌 것으로 밝혀지더라도 표현의 자유 보장을 위하여 이를 벌할 수 없다고 할 것이다(대법원 2003. 2. 20. 선고 2001도6138 전원합의체 판결 등 참조).

2) 허위사실공표죄의 구성요건인 '허위의 인식'

공직선거법 제250조 제2항에서 정한 허위사실공표죄에서는 행위자의 고의의 내용으로서 공표된 사실이 허위라는 점의 인식이 필요한데, 이러한 주관적 인식의 유무는 그 성질상 외부에서 이를 알거나 증명하기 어려운 이상 공표 사실의 내용과 구체성, 소명자료의 존재 및 내용, 피고인이 밝히는 사실의 출처 및 인지경위 등을 토대로 피고인의 학력, 경력, 사회적 지위, 공표 경위, 시점 및 그로 말미암아 객관적으로 예상되는 파급효과 등 제반 사정을 모두 종합하여

규범적으로 이를 판단할 수밖에 없고, 어떠한 소문을 듣고 그 진실성에 강한 의문을 품고서도 감히 공표한 경우 또는 피고인이 적시한 구체적 사실이 진실한지를 확인하는 일이 시간적, 물리적으로 사회통념상 가능하였다고 인정됨에도 그러한 확인의 노력을 하지 않은 채 그 사실의 적시에 적극적으로 나아간 경우에는 미필적 고의를 인정할 수 있다(대법원 2011. 12. 22. 선고 2008도11847 판결 등 참조).

나. 1차 공표에 관한 판단

1) 피고인이 소명해야 할 사실 : 정당한 의혹 제기로 볼 수 있는지 여부

가) 앞서 본 바와 같이 피고인은 1차 공표를 통하여 '공소외 1은 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹을 사고 있다'는 사실('B+C 사실')을 공표하였다.

피고인은 가정적, 유보적인 표현을 사용하면서 반대 사실의 존재 가능성을 인정하고 그에 대한 해명을 요구하였으므로, 유권자의 입장에서 '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다'는 명제가 확정된 사실이 아님은 알 수 있었다.

이러한 경우에도 피고인이 '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다'는 사실을 주장한 것과 같다고 보아 그러한 사실의 존재를 수증할 만한 소명자료의 제시를 요구한다면, 선거 과정에서 불거진 공적 관심사에 관한 정당한 문제 제기조차 주저하게 함으로써 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 '국민의 봉사자'를 뽑는다는 공직선거법의 목적은 달성하기 어렵게 될 수 있기 때문이다.

나) 다른 한편 '의혹을 사고 있다'는 사실의 공표가 무제한으로 허용되는 것은 아니다.

'의혹을 사고 있다'는 사실을 공표한 경우에도, 경우에 따라서는 유권자들이 의혹의 내용을 이루는 구체적 사실이 실제로 존재한다고 받아들일 위험성이 있기 때문이다.

선거의 궁극적인 목적은 국민의 정치적 의사를 대표자의 선출에 정확하게 반영하는 데 있는데, 정당한 의심에 기초하지 않은 무분별한 의혹 제기의 경우 '의혹을 사고 있다'는 사실의 적시만으로도 국민의 민주적 의사 형성을 왜곡할 여지가 있음은 부정하기 어렵기 때문이다.

다) 따라서 피고인으로서, 자신의 제1차 공표가 무분별한 의혹 제기가 결코 아니라 정당한 문제 제기이었음을 내세우기 위해서, 공소외 1이 실제로 의혹을 사고 있었다는 사실, 즉 ① 공소외 1의 미국 영주권 보유 여부에 관하여 실제로 의혹이 제기되고 있었고, ② 공소외 1의 미국 영주권 보유를 '의심'하게 할 만한 정황들도 존재하였다는 사실을 소명할 부담을 진다고 할 것이다.

2) 피고인이 공표한 '의혹을 사고 있다'는 사실이 '허위'인지에 관한 판단

가) 공소외 2의 탐사보도 전문기자로서의 경력과 신뢰도

이 사건 트윗 글을 게시한 공소외 2는, 1995년 12월경 ▽▽▽에 입사하였다가 2013년 3월경 사직한 후 인터넷 언론사인 '○○○○'의 기자로 활동 중인 사람이다.

공소외 2는 ▽▽▽에서 탐사보도 전문기자로 활동하면서 고위공직자의 비위 등 공직담당적격 검증과 관련된 취재를 통해 6차례 한국기자협회 이달의 기자상을 수상하고, 삼성언론상(보도부문)을 받기도 하였다(증거기록 1권 597쪽, 2권 926쪽 이하).

나) 인터넷 트위터상에서의 의혹 확산

(1) 2014. 5. 23. 19:39경 ○○○○ 기자인 공소외 2가 인터넷 트위터에 '(공소외 1) 본인 역시 미국 영주권을 갖고 계시지요?'라는 내용의 트위터 글을 게시하였다.

이로써 공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹이 최초로 제기되었다.

2014. 5. 26. 기준 공소외 2의 트위터 계정(계정 생략)의 팔로워(follower) 수는 58,971명이었고, 2014. 5. 24. 자정까지 1,377명의 트위터 이용자들이 공소외 2의 위 트윗 글을 리트윗(retweet)하였으며, 공소외 2의 위 트윗 글을 리트윗한 사람들의 팔로워 수는 3,144,522명에 이르렀다(증 제66호증 CYRAM의 서울시 교육감 선거 관련 트윗 분석 3쪽, 공판기록 5권). 중복된 사람들과 트위터를 자주 이용하지 않는 사람들은 제외해야 하는 점을 고려하더라도, 상당히 많은 수의 트위터 이용자들이 공소외 2의 위 트윗 글을 보았으리라고 인정할 수 있다.

(2) 증인 공소외 15(◇◇대학교 사회학과 교수), 공소외 16(☆☆대학교 사이버국방학과 교수)의 당심 법정진술에 의하면, 트위터는 SNS 중 대표적인 개방형 네트워크로서, 누구나 정보를 불특정 다수에게 전파할 수 있는 미디어적 성격을 가지고 있다는 것이다.

나아가 트위터는 개방형 네트워크로서 특별한 사정이 없는 한 누구나 타인의 트윗 글을 볼 수 있으므로, 이를 '제보'라고 표현하는 것도 가능한 것으로 봄이 타당하다[한편 공소외 5는 원심 법정에서 "공소외 2 기자의 트위터와 공소외 17이 전해준 말도 있겠지만 공소외 2의 트위터를 본 많은 일반인들, 유권자들의 반응, 그리고 저희 캠프로 들어온 여러 '영주권이 있다는데, 알고 있느냐, 대책이 무엇이나'는 항의성, 제보성 전화를 통칭해서 제보라고 표현한 것입니다.

"라고 진술하였는데(공판기록 3권 1215쪽), 피고인의 선거캠프에 몸담은 사람들로서는 이러한 공소외 2와 공소외 17의 진술, 카카오톡 등을 '제보'로 받아들일 수 있을 것이다.

따라서 피고인이 1차 공표에서 '제보'를 받은 것처럼 표현한 부분은 허위사실의 공표라고 할 수 없다].

다) 반대되는 정보공개에의 부재

(1) 증인 공소외 16은 당심 법정에서 SNS상에서 허위의 정보가 확산될 경우, 이를 해결하기 위해서는 '압도적 정보공개'가 필요하다고 진술하였다(증인신문조서 7쪽). 그런데 공소외 2가 트위터 글을 게시한 2014. 5. 23. 19:39경부터 피고인이 1차 공표를 한 2014. 5. 25. 11:00경까지 약 39시간 동안, 공소외 1 선거사무소에서는 공소외 1 본인 및 자녀의 미국 영주권 보유 여부에 관하여 아무런 정보를 공개하지 아니하였다.

(2) 통상 선거 과정에서는 후보자에 관한 인터넷 여론이 어떤지를 확인하기 마련이고, 공소외 1도 원심에서 당시 이를 확인하는 홍보팀이 있었다고 진술하였다(공판기록 3권 1331쪽). 물론 공소외 1 측에서는 인터넷상에서 공소외 2의 트윗 글이 확산되는 것을 알지 못했을 수도 있고, 굳이 대응할 필요가 없다고 판단하였을 수도 있다.

그러나 공소외 1 측에서 '본인은 미국 영주권을 보유하고 있지 않다'는 사실을 적극적으로 공개하였다면, 공소외 1의 미국 영주권 보유 의혹이 트위터 자체의 자정 기능 작동으로 검증되어 확산되지 않았을 가능성을 배제하기 어렵다는 점에서, 위와 같이 상당 기간 동안 반대되는 정보의 공개가 이루어지지 않은 상황 자체도 피고인의 의혹 제기의 정당성을 뒷받침하는 하나의 정황이 될 수 있다고 보인다.

라) 공소외 1 자녀들의 미국 시민권 보유

(1) 2014. 5. 22., '◆◆◆◆◆ ◆◆◆◆◆ ◆◆◆◆◆ 모임'에서는 '공소외 1 후보를 비판한다'는 제목으로 "(전략) 공소외 1 후보자께서는 이혼하시기 전에 자녀 2명을 모두 조기유학 보내신 걸로 알고 있습니다.

대한민국의 학부모 경험도 없으신 분이 초, 중등교육을 이끄는 수장의 역할을 어떻게 수행하실지 궁금합니다... 4. 서울 교육을 하셔야 하는데 국적 없이 표류할까봐 걱정됩니다.

→ 넘치는 경제력 덕이겠지만 조기에 자녀를 미국유학을 보내냈기에 (끝)"이라는 의혹을 제기하였고, 위 내용은 2014. 5. 23. 언론을 통해 보도되었다(공판기록 1권 141, 145쪽). 한편 공소외 2가 게시한 트윗 글에 '공소외 1은 두 자녀를 미국에서 교육시켰다'는 취지의 글이 기재되어 있음은 앞서 본 바와 같다.

(2) 피고인은 1차 공표에서 공소외 1의 두 자녀가 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹도 함께 제기하였고(기자회견의 전체 취지에 비추어 보면, 오히려 두 자녀의 미국 유학과 영주권 보유 문제가 더 주된 의혹이었다고도 볼 수 있다), 공소외 1은 2014. 5. 25.자 편지글에서 두 자녀가 미국 시민권자임을 인정하였다.

시민권은 영주권보다 포괄적인 권리이므로, 자녀들의 영주권 보유와 관련된 의혹은 진실에 부합하는 것이었다고 평가할 수 있다.

한편 공소외 1 본인도 1989년부터 1991년까지 2년간 미국의 로펌에서 근무한 경험을 가지고 있었다.

공소외 1의 이러한 경력과 능력까지 고려하면, 공소외 1이 미국 영주권을 보유할 개연성은 일반인에 비하여 훨씬 높다고 평가할 수 있다.

마) 공적 기관에 의한 판단이나 확인의 부재

공소외 1의 미국 영주권 보유 여부는 개인정보에 해당할 뿐만 아니라 미국 정보이므로 피고인이 이를 객관적으로 확인할 방법이 없었다(증거기록 1권 285쪽). 그리고 이 문제에 관하여는 법원이나 주한 미국 대사관, 외교부 등 공적 기관에 의한 사실확인이나 판단이 내려진 바도 없었다.

바) 소결

위와 같이 ① 공직자의 공직담당적격 검증 취재를 여러 번 한 기자가 직접 '공소외 1' 본인도 미국 영주권을 갖고 계시지요?'라는 트윗 글을 게시하고, ② 상당한 수의 사람들이 공소외 2의 트윗 글을 리트윗하는 하는 방법으로 공소외 1의 미국 영주권 보유 여부에 관한 의혹을 전파하였음에도 불구하고, ③ 선거에 출마한 공소외 1 측에 의하여 그에 대한 유의미한 반론이나 정보공개가 곧바로 이루어지지 않았으며, ④ 공소외 1의 두 자녀가 미국에서 교육을 받고 성장하여 생활하고 있으며, 본인도 미국 로펌에 근무한 경험이 있는 등 이를 '합리적으로 의심'케 할 만한 정황들이 존재하였고, ⑤ 이 쟁점에 관한 공적기관에 의한 사실확인이나 판단이 없었던 마당이라면, '공소외 1이 미국 영주권 보유 의혹을 사고 있다'는 사실을 공표한 것을 두고 '허위의 사실'을 공표한 것이라고 보기는 어렵고, 그러한 의혹이 방송이나 신문을 통하여 기사화되지 아니한 상태였다는 사정만으로 위와 같은 결론이 달라진다고 할 수는 없다.

3) 허위성의 인식에 관한 판단

가) 앞서 본 사정들을 종합하여 보면, '공소외 1이 미국 영주권을 보유한 것이 아닌가'하는 의혹에는 상당한 근거가 있다고 인정되고, 달리 피고인이 그러한 의혹의 진실성에 '강한 의문'을 품고서도 '의혹을 사고 있다'는 사실을 감히 공표하였다고 인정하기에 부족하다.

나) 한편 원심은, 피고인이 사실 확인의 노력을 다하지 않은 점을 주된 근거로 하여 피고인의 미필적 고의를 인정하였다.

그러나 원심의 판단은 다음과 같은 점에서 수긍하기 어렵다.

(1) 원심은, 피고인이 적시한 사실이 진실한지를 확인하는 일이 시간적, 물리적으로 사회통념상 가능하였음에도 피고인이 그러한 확인의 노력을 하지 않은 채 그 사실의 적시에 적극적으로 나아갔다고 판단하였다.

그러나 피고인이 공소외 1의 개인정보에 해당하는 미국 영주권 보유 여부를 경쟁후보자인 공소외 1에게 개인적으로 물어서 확인한다는 것이 제기된 의혹의 진위 여부를 확인하는 의미 있는 방법이라고 보기도 어렵거니와, 사실관계를 조사할 아무런 권한이 없었던 피고인이 그 밖의 방법으로 선거운동 기간 내에 이를 확인하는 것이 가능하였으리라고 보기는 어렵다.

(2) 원심은, 피고인이 1차 공표 전에 미리 공소외 2에게 위 트위터 내용이 사실인지 여부에 관하여 확인을 하지 않았으므로 사실 확인의 노력을 하지 않았다고 판단하였다.

그러나 기자인 공소외 2가 자신의 이름을 걸고 미디어의 속성을 갖는 트위터를 통해 의혹을 제기하는 취지의 글을 게시한 마당에, 그에게 다시 '게시한 글의 내용이 사실인지'를 묻는 것이 과연 어떠한 의미가 있는지 의문이다.

나아가 공소외 2는 2014. 5. 25. 10:52경 공소외 3에게 전화를 걸어 "공소외 1이 몇 년 전 공천에서 탈락한 뒤, '상관없습니다'.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'라는 말을 했으니 알아보라. 공소외 1에게 미국 대사관에 가서 확인하자고 하면 된다"는 취지의 말을 한 사실이 인정된다(공판기록 3권 1170, 1257쪽). 만일 피고인 측에서 1차 공표 전에 공소외 2와 연락을 하여 트위터 내용에 관해 문의하였다면, 공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다는 의심은 오히려 더욱 강고해졌을 것이 분명하다.

(3) 원심은, 피고인이 주한 미국 대사관이나 외교부에 타인의 영주권 보유 여부를 확인할 수 있는지, 본인이 영주권을 취득하지 않았다는 사실을 증명할 수 있는 서류를 발급받을 수 있는지 등을 문의하지 않은 점, 이민법 전문가에게 미국 영주권에 관한 자문을 받은 사실이 없는 점 등을 들어 피고인이 사실 확인의 노력을 하지 않았다고 판단하였다.

그러나 위 기관들이 개인정보인 미국 영주권 보유 여부를, 그것도 경쟁 후보자인 피고인 측에 확인하여 주었을 가능성은 없다고 보아도 무방하고, 피고인 측도 이러한 인식 하에 위 기관들에 문의하지 않은 것으로 보인다.

유의미한 결과를 얻을 수 없는 문의를 하지 않았다는 사정만으로 사실 확인의 노력을 다하지 않았다고 평가하거나 탓할 수는 없다.

(4) 한편 공소외 1이 자신의 자서전(□□□□□□)에 '미국 영주권을 신청한 사실이 없다'고 서술한 사실은 인정되나, 위 책은 자서전이라는 점에서 그 내용에 절대적인 신뢰를 부여하기는 어렵다고 할 것이다.

공소외 1은 2014. 5. 20. △△△△△총연합 임원회의에 참석한 사실이 있었는데, 그 후 위 회의에서 ● 모 목사가 한 세월호 관련 발언이 부적절하다는 여론이 일자 공소외 1 후보 측에서는 2014. 5. 23. '공소외 1이 위 임원회의에 참석하지 않았다'고 밝힌 바 있었다.

피고인 측은 이러한 여러 정황을 종합하여 위 자서전의 일부 내용만으로는 의혹을 해소하기 부족하다고 판단한 것으로 보인다.

결국, 피고인이 진실성에 강한 의문을 품고서도 의혹을 감히 공표하였다거나 확인의 노력을 다하지 않았다고 보기에는 부족하다.

(5) 피고인은 '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다'는 사실을 단정적으로 공표한 것이 아니라, '의혹을 사고 있다'는 사실을 적시하고, '사실대로 밝히라'는 해명 요구를 하였다.

피고인이 1차 공표 당시 반대 사실의 존재 가능성을 인식하고 있었음을 알 수 있는 사안에서 허위의 미필적 인식이 있다고 쉽게 인정한다면, 합리적인 추측에 기반을 둔 의혹 제기 자체가 봉쇄될 위험성이 있다.

4) 소결론

피고인이 1차 공표를 통하여 공표한 '공소외 1은 미국 영주권 보유에 관한 의혹을 사고 있다'는 사실은 허위라고 보기 어렵고, 피고인에게 허위의 인식이 있었다고 인정하기도 어렵다.

피고인의 이 부분 항소는 이유 있다.

나. 2차 공표 부분에 관한 판단

1) 피고인이 소명해야 할 사실

가) 피고인은 2차 공표를 통하여서는 공소외 1의 해명에도 불구하고 공소외 1 본인의 미국 영주권 보유의혹이 여전히 해소되지 않고 있다는 전제하에 "공소외 1은 공천에서 탈락한 뒤 지인들과 언론인들에게 '상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'고 말하고 다녔다"는 사실도 추가로 공표하였다.

그리고 피고인이 1차 공표와 달리 2차 공표에서는 '공소외 1이 공천 탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실을 간접적인 방법으로 암시하여 공표하였음은 앞서 본 바와 같다.

나) 따라서 피고인은 2차 공표와 관련해서는, "공소외 1이 공천에서 탈락한 뒤 지인들과 언론인들에게 '상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'고 말하고 다녔다"는 사실, 위와 같이 간접적으로 암시된 사실의 각 공표를 정당화할 사정을 소명할 부담을 진다.

2) 2차 공표의 위 각 사실이 허위인지 여부에 대한 판단

원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음 사정들을 종합하여 보면, 2차 공표의 위 각 사실은 허위라고 봄이 타당하다.

가) 공소외 1이 공소외 2에게 미국 영주권 보유 사실을 말했는지 : 부정

(1) 우선 공소외 2는 2014. 5. 25. 10:52경과 18:23경 두 차례에 걸쳐 공소외 3과 통화하면서, "공소외 1이 몇 년 전 공천에서 탈락한 뒤, '상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'라는 말을 하였으니 알아보라. 공소외 1에게 미국 대사관에 가서 확인하자고 하면 된다"는 취지의 말을 한 사실은 인정된다(공판기록 3권 1170, 1197, 1257, 1265쪽).

(2) 그러나 기록에 나타난 증거들에 의하면, 공소외 1은 미국에서 근무할 당시나 그 이후 미국 영주권을 취득하지 않았고, 그 결과 미국에서 근무할 당시는 물론 공천에서 탈락했을 당시나 2014. 5. 25. 당시에도 미국 영주권을 보유하고 있지 않았음을 인정할 수 있고(증거기록 5권 2695쪽), 피고인도 이에 대하여는 다투고 있지 아니하다.

(3) 그렇다면 공소외 1은 미국 영주권을 보유하고 있지 않으면서도 공소외 2에게 "상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다"라는 말을 하였다는 것이 되는데, 이는 경험칙상 받아들이기 어렵다.

특히 공소외 1은 수사기관에서부터 원심 법정에 이르기까지 일관되게 「① 공소외 2를 알지도 못하고(공판기록 3권 1295쪽), ② 2012년 자신이 공천에서 탈락하였을 무렵에는 이른바 '돈 봉투' 사건으로 기자의 전화를 받을 상황이 아니었을 뿐만 아니라(공판기록 3권 1307쪽), ③ 탐사보도 전문기자에게 '저는 미국 영주권이 있다'고 말했을 리가 없다」는 취지로 진술하였다.

반면 공소외 2는 위 말을 2012년에 들었는지 2008년에 들었는지조차 기억하지 못하고 있다(공판기록 3권 1356쪽).

(4) 결국 공소외 1이 공천에서 탈락한 2012년경 공소외 2에게 "상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다"고 말했을 가능성은 매우 낮다고 판단된다(다만 앞서 본 바와 같이 피고인 측 대변인인 공소외 3이 공소외 2로부터 위와 같은 말을 전해 들은 사실은 인정되므로, 이는 허위성의 인식에 관한 판단에서 고려하기로 한다).

나) 공소외 8이 공소외 1의 미국 영주권 보유를 확인해 주었는지 : 부정

(1) 원심은 공소외 8과 공소외 7을 대질 신문하였다.

공소외 8은「① 공소외 1의 미국 영주권 문제에 관하여 전혀 알지 못하고, ② 공소외 1로부터 "저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다"는 취지의 말도 들은 적이 없으며, ③ 공소외 7에게 "공소외 1과 피고인 모두를 아는 관계이기 때문에 선거에 관여할 수 없고, 공소외 1의 미국 영주권 문제에 대해서는 알지 못한다"는 취지로 대답하였다」고 진술하였고(공판기록 3권 1429쪽), 공소외 7은「공소외 8은 '안다, 모른다'로 대답한 것이 아니라, 거기에 대해서 말해 줄 수 없다는 취지로 대답하였다」고 진술하였다(공판기록 3권 1441쪽).

(2) 두 사람 모두 자신의 관점에서 바라본 사실을 진술하고 있다고 생각되는데, 공소외 8은 공소외 7의 질문에 대하여 "공소외 1과 친한 사이라서 관여하고 싶지 않고, 알지도 못한다"는 취지로 대답한 것으로 보이고, 공소외 8을 통해 정보의 진위를 확인하고 싶었던 공소외 7은 "공소외 1과 친한 사이라서 관여하고 싶지 않다"는 부분에 주목하여 공소외 8이 정보를 숨기고 있다고 생각한 것으로 보인다.

그러나 피고인에게 최대한 유리하게 해석하더라도, '말해 줄 수 없다'는 내용을 두고 공소외 8이 공소외 7에게 공소외 1의 위 발언을 '확인'해 주었다고 인정할 여지는 없어 보인다.

다) 암시된 사실의 허위 여부 : 긍정

2차 공표를 통하여 간접적인 방법으로 암시된 사실 즉 '공소외 1이 공천 탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실이 허위임은 위에서 본 바와 같다.

라) 소결

피고인은 공소외 1의 1차 해명에도 불구하고 여전히 '공소외 1 본인의 미국 영주권 보유 의혹이 해소되지 않았다는 전제하에 "공소외 1은 공천에서 탈락한 뒤 지인들과 언론인들에게 '상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'고 말하고 다녔다"는 사실을 추가로 공표하였다.

그러나 ① 공소외 1은 공천에서 탈락하였던 2012년 3월경 지인이나 언론인에게 위와 같은 말을 한 사실이 없었고, ② 피고인이 위 내용에 대하여 '다수'의 증언을 제보받지도 못하였으며, ③ 달리 2차 공표를 통하여 암시된 '공소외 1 후보의 미 영주권 보유사실'을 뒷받침할 소명자료도 없었다.

결국, 피고인이 2차 공표를 통하여 직접 밝혔거나 간접적으로 암시한 위 각 사실은 모두 허위라고 봄이 타당하다.

3) 허위성의 인식에 관한 판단

나아가 다음과 같은 사정을 종합하면, 피고인에게 2차 공표를 통하여 공표한 위 각 사실이 허위라는 점에 관한 미필적 고의는 있었다고 볼 수 있다.

가) 사실확인 노력의 미흡

(1) 피고인 선거사무소는 결국 공소외 2로부터만 “공소외 1이 공천에서 탈락한 뒤 지인들과 언론인들에게 ‘상관없습니다.’

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다’고 말하고 다녔다”는 사실을 전해 들었을 뿐, 공소외 1의 지인이나 다른 언론인으로부터 위 사실을 확인하지는 못하였다.

그리고 위 사실은 언론 기사 등을 통해 확인된 적이 없음은 물론 트위터상에서도 전혀 전파된 바 없었다.

(2) 위 ‘다수의 증언’은 그 표현과 경위가 구체적이고 생생할 뿐만 아니라, 내용도 공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다는 사실을 여러 사람들에게 말하고 다녔다는 것이어서 공소외 1의 미국 영주권 보유 여부를 추단케 하는 강력한 정황이 된다.

위와 같은 증언의 존재와 그 내용의 적시는 유권자들을 오도할 위험성이 있는 만큼, 피고인으로서 사실 확인의 노력을 하였어야 했다.

특히 최소한 ‘다수’의 증언이 있었는지 여부를 확인하는 것은 시간적, 물리적으로 사회통념상 가능하였다고 인정되는데, 피고인은 이러한 노력을 충분히 하지 않은 채 만연히 ‘다수’의 증언이 있다고 주장하면서 그 내용의 적시에 적극적으로 나아간 것으로 보인다.

나) 공소외 1의 해명 및 사과요구와 그로 인한 상황의 변화

(1) 피고인은 1차 공표에서는 공소외 1 본인과 두 자녀의 미국 영주권 보유 의혹에 관하여 ‘사실대로 밝힐 것’만을 요구하였을 뿐, ‘객관적인 자료’를 제시할 것을 요구하지 아니하였다.

이에 공소외 1은 2014. 5. 25. 15:16경 ‘피고인 후보님께 드리는 편지’를 인터넷에 게재하여, 두 자녀가 미국 시민권을 보유하고 있으며 미국에서 교육을 받았다는 사실을 시인하고, 다만 자신이 미국 영주권을 보유하고 있다는 사실에 대해서는 강하게 부인하면서 사과를 요구하였다.

그렇다면 피고인의 의혹 제기와 해명 요구에 대하여 공소외 1이 공개적으로 해명함으로써, 공소외 1의 미국 영주권 보유 의혹은 어느 정도 해소되었다고 평가할 여지가 생겼다.

(2) 물론 공소외 1은 위 편지글을 게시하면서 객관적인 자료를 제시하지 않았으므로, 공소외 1의 해명에도 불구하고 피고인이 다시 객관적 자료를 요구하는 것 자체는 정당화될 수 있다.

그러나 피고인은 공소외 1에게 단순히 객관적인 자료를 제시할 것을 요구하는 데 그치지 않고, 앞서 본 바와 같이 “공소외 1은 공천에서 탈락한 뒤 지인들과 언론인들에게 ‘상관없습니다.’

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다’고 말하고 다녔다”는 사실을 추가로 공표하였고, 이후 라디오 방송에서도 ‘신빙할 제보가 있다’, ‘일정한 검증을 했다’, ‘공소외 1의 해명은 믿기 어렵다’는 취지의 발언을 하였다.

(3) 이러한 피고인과 공소외 1의 공방과정을 전체적으로 살펴보면, 유권자의 입장에서는 공소외 1은 미국 영주권을 보유하고 있거나 보유한 적이 있음에도 불구하고 거짓 해명을 하고 있으며, 피고인에게는 공소외 1의 미국 영주권 보유 사실을 증명할 강력한 정황증거가 있다고 받아들일 가능성이 크다.

(4) 이런 상황에서 피고인이 상당히 믿을 만한 증거가 있음을 밝히면서도 정작 그 증거의 내용을 사전에 면밀히 확인하고 신빙성을 따지는 것에 소홀히 한 채 보유하고 있는 증거의 양과 질을 과장하였다면, 증거에 관한 위와 같은 사실의 공표 과정에도 허위의 미필적 고의가 있었다고 보아야 하고, 그러한 증거 설명을 통하여 제3자에게 암시될 사실에 대하여도 허위의 미필적 고의가 있었다고 보는 것이 타당하다.

4) 피고인에게 공소외 1이 당선되지 못하도록 할 목적의 유무

‘당선되지 못하게 할 목적’은 후보자에 관한 허위의 사실을 공표함으로써 선거인의 정확한 판단을 흐리게 하고 그에 따른 투표의 결과 후보자로 하여금 유효투표의 다수를 얻지 못하게 할 목적을 의미한다고 할 것이고(대법원 2007. 6. 29. 선고 2007도2817 판결 등 참조), 적극적으로 당선되지 못하게 할 것을 의욕하거나 희망할 것까지는 없고 단순히 당선되지 못하게 한다는 인식이 있는 것으로 충분하다고 할 것이다(대법원 2007. 7. 27. 선고 2007도3598 판결 등 참조). 한편 그 목적이 있었는지 여부는 피고인의 사회적 지위, 피고인과 후보자 또는 경쟁 후보자와의 인적 관계, 공표행위의 동기 및 경위와 수단·방법, 행위의 내용과 태양, 그러한 공표행위가 행해진 상대방의 성격과 범위, 행위 당시의 사회상황 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2006. 5. 25. 선고 2005도4642 판결, 대법원 2007. 1. 15. 선고 2006도7473 판결 등 참조).

앞에서 본 사정들, 즉 공소외 1이 1차 해명을 하였음에도 이에 대한 별다른 확인절차를 거치지 않고 2차 공표에 나아간 점, 그러한 확인의 노력은 시간적, 물리적으로 충분히 가능하였다고 보이는 점, 단순한 공직담당자격 검증은 객관적인 자료 제시를 요구하는 것만으로도 충분하였다는 점 등을 종합하여 보면, 공직적격 검증을 위한다는 주관적인 목적과 의도에 따른 것이라고 볼 면이 있고, 적극적으로 낙선을 의욕하거나 희망한 것이라고 까지 볼 수는 없지만, 피고인에게 2차 공표를 통하여 경쟁 후보자인 공소외 1이 단순히 당선되지 못하게 한다는 인식은 있었다고 봄이 타당하다.

5) 소결

피고인이 2차 공표를 통하여 허위의 사실을 직접 또는 암시의 방법으로 공표하였고, 피고인에게 허위라는 점에 대한 미필적 인식과 낙선의 목적도 있었다고 인정되므로, 이 부분 허위사실공표에 대한 책임을 져야 한다(피고인의 변호인들은, 후보자의 공직적격 검증을 위한 질의와 답변 과정에서의 허위사실공표죄는 후보자 간 방송토론에서의 허위사실공표죄의 경우와 마찬가지로 제한적으로 적용되어야 한다고 주장한다).

그러나 피고인의 2차 공표는 후보자 간 방송토론 중 발언이 아님은 분명하고, 공방이 즉흥적으로 이루어지는 후보자 간 방송토론과 달리 공소외 1의 해명 이후 대응 방안을 검토하기에 충분한 시간적 간격이 지난 후에 이루어졌으므로, 이러한 주장은 받아들이기 어렵다). 이 부분 피고인의 항소는 받아들이지 않는다.

5. 결론

원심판결 중 2014. 5. 25. 국회 정론관 기자회견에서의 허위사실공표로 인한 지방교육자치에관한법률위반의 점에 대한 피고인의 항소는 이유 있고, 위와 같이 무죄로 되는 부분과 나머지 원심 판시 죄를 형법 제37조 전단의 경합범으로 처리하여 하나의 형을 선고한 원심판결은 전부 파기될 수밖에 없다.

따라서 피고인과 검사의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

1. 항소 이유의 요지

가. 사실오인 및 법리오해(피고인)

1) 피고인은 “공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다”는 사실을 공표한 것이 아니다.

피고인은 “공소외 1이 미국 영주권을 보유한 적이 있다”거나 “공소외 1이 미국 영주권을 현재 보유하고 있다”는 사실을 단정하거나 이를 암시하여 공표한 것이 아니라, 미국 영주권 보유 의혹이 제기되고 있다는 사실 또는 영주권 보유

의혹이 있다는 사실을 지적하면서 공소외 1에게 제기된 의혹에 대한 해명을 요구하고, 해명함에 있어서 객관적인 자료의 제시를 요구한 것이며, 이는 표현이나 문맥상 분명하다.

그리고 검사로서는 마땅히 피고인이 공표한 내용 중 무엇이 공직선거법 제250조 제2항의 '허위사실'에 해당하는지를 특정하여야 하는데, 검사는 피고인이 공표한 허위사실이 무엇인지 특정하지도 않았다.

그럼에도 원심은, 피고인이 '공소외 1이 미국 근무 당시 미국 영주권을 취득하여 2014. 5. 25.까지 이를 보유하고 있다'는 사실과 '공소외 1이 공천탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실을 암시하여 공표하였다고 판단하였다.

따라서 원심판결에는 허위사실공표죄에서의 '공표사실 특정'에 관한 법리오해 및 사실오인의 위법이 있다.

2) 피고인의 '해명 및 객관적 자료제시 요구'는 '허위사실의 공표'에 해당하지 않는다.

피고인의 공소외 1에 대한 이 사건 해명요구와 객관적인 소명자료의 제시요구는 선거 과정에서 당연히 예정되어 있는 경쟁 후보자들 상호 간의 비판과 공직적격 검증에 해당하므로 공직선거법상 허용되는 적법한 선거운동의 범주에 속한다.

그럼에도 원심은, 피고인의 공소외 1에 대한 미국 영주권 보유 의혹에 대한 해명 요구를 '허위사실의 공표'에 해당한다고 보았는바, 이러한 원심판결에는 공직적격 검증을 위한 언론 및 선거운동의 자유와 낙선 목적 허위사실공표죄의 관계에 대한 법리를 오해하고 사실을 오인한 위법이 있다.

3) 피고인은 공표사실이 허위임을 인식하지 못하였고, 오히려 영주권 보유 의혹이 진실인 것으로 믿을 만한 상당한 이유가 있었다.

피고인에게는 해명 요구 당시 피고인이 공표한 사실이 허위라는 점에 관한 인식이 없었고, 오히려 그러한 의혹이 진실인 것으로 믿을 만한 상당한 이유가 있었다.

그럼에도 원심은, "피고인에게 미필적 고의를 인정할 수 있고, 피고인이 제시한 소명자료에 의하더라도 그러한 의혹이 진실인 것으로 믿을 만한 상당한 이유가 있다고도 인정되지 않는다"고 판단하였는바, 원심판결에는 허위사실 공표죄에서의 미필적 고의, 의혹이 진실인 것으로 믿을 만한 상당한 이유에 관한 법리오해 및 사실오인의 위법이 있다.

4) 피고인은 '공소외 1을 당선되지 못하게 할 목적'으로 해명 요구를 한 것이 아니다.

피고인은 공직적격 검증목적에서 의혹에 대한 해명을 요구하고 객관적인 자료제시를 요구한 것이므로 공소외 1을 당선되지 못하도록 할 목적에서 해명요구 등을 하였다고 사실인정을 하는 것은 부당하다.

상대 후보에게 제기된 의혹의 해명을 요구하고, 상대 후보가 이에 대하여 해명을 하는 일련의 과정을 통하여 의혹을 받는 후보에게 불리한 여론이 형성되더라도 그것은 선거의 특성상 일정 부분 수용할 수밖에 없으며, 그러한 결과가 발생할 우려가 있다고 하여 곧바로 의혹을 제기하는 사람에게 상대 후보에 대한 '낙선 목적'이 있다고 인정할 수는 없다.

그럼에도 원심은, "피고인에게 공소외 1이 당선되지 못하도록 할 목적이 있었다"고 판단하였는바, 원심판결에는 허위사실공표죄에서의 당선되지 못하게 할 목적에 관한 법리오해 및 사실오인의 위법이 있다.

나. 양형부당(피고인, 검사)

원심의 양형(벌금 500만 원)은 너무 무거워서 부당하다(피고인). 반대로 원심의 양형은 너무 가벼워서 부당하다(검사).

2. 기본적인 사실관계 및 주요 쟁점

가. 기본적인 사실관계

1) 주요 등장인물

- ① 피고인은 2014. 6. 4. 제6회 전국동시지방선거에서 서울특별시 교육감으로 당선된 사람이고, 공소외 1은 위 선거에 서울특별시 교육감 후보자로 출마한 사람이다.
- ② 공소외 5와 공소외 3은 피고인 선거사무소의 공보담당자들로서 이 사건 2014. 5. 25.자 보도자료 및 2014. 5. 26.자 답신 글을 작성한 사람들이며, 공소외 7은 피고인 선거사무소의 선거대책본부위원장이었다.
- ③ 공소외 2는 ▽▽▽ 기자로 일하다가 2013년 3월경 사직한 후 인터넷 언론사인 '○○○○'의 기자로 활동 중인 사람이다.
- ④ 공소외 8은 ▽▽▽ PD였다가 2001년 3월경부터 2005년 3월경까지 <△△△TV의 전신인 >△△TV의 대표이사를 역임한 사람으로 공소외 1과 1999년부터 알고 지내오던 공소외 1의 지인이다.

2) 공소외 2의 트윗 글 게시 등

- ① 2014. 5. 23.(금) 19:39경, 공소외 2는 자신의 트위터 계정(계정 생략)에 "서울시 교육감 후보로 나선 공소외 1 후보는 자녀들을 어디서 공부시키셨나요? 한국에서 공부를 시키지 않으셨으면 왜 그러신 건가요? 본인 역시 미국 영주권을 갖고 계시지요? 정말 한국의 교육을 걱정하십니까? 걱정할 만큼 잘 알고 계십니까? 궁금합니다.

"라는 트윗 글을 게시하였다(증거기록 1권 497쪽).

- ② 2014. 5. 23.(금) 저녁 무렵, 피고인은 공소외 5, 공소외 3으로부터 "공소외 2가 트위터에 공소외 1의 미국 영주권에 관한 글을 게시하였고, 이에 따라 공소외 1의 미국 영주권 보유 여부에 관한 의혹이 있다"는 내용의 보고를 받았다.
- ③ 2014. 5. 24.(토) 오후 무렵, 공소외 5와 공소외 3은 공소외 1의 미국 영주권 보유 의혹에 관한 기자회견문 초안을 작성한 후 피고인에게 기자회견을 건의하였고, 저녁 무렵 피고인은 기자회견 개최를 승낙하였다.
- ④ 2014. 5. 26.(월) 기준 공소외 2의 트위터 계정의 팔로워(follower) 수는 58,971명에 이르렀다.

2014. 5. 24.(토) 자정까지 1,377명의 트위터 이용자들이 공소외 2의 위 트윗 글을 리트윗(retweet)하였다(증 제66호증 CYRAM의 서울시 교육감 선거 관련 트윗 분석 3쪽, 공판기록 5권)

3) 피고인의 국회 정론관에서의 기자회견(이하 편의상 '1차 공표'라고 한다)

2014. 5. 25.(일) 11:00경, 피고인은 국회 정론관 기자회견장에서 '공소외 1 후보는 미 영주권 문제를 즉각 해명하라'는 제목의 보도자료(별지 1 참조)를 기자들에게 배포하고, 그 내용을 그대로 읽어 내려가는 방식으로 기자회견을 하였다(증거기록 1권 346쪽).

4) 공소외 1의 인터넷 공개편지 게시와 라디오 방송에서의 해명

- ① 2014. 5. 25.(일) 15:16경, 공소외 1은 위와 같은 피고인의 기자회견에 대하여 '피고인 후보님께 드리는 편지'라는 제목의 글(별지 2 참조)을 인터넷에 게시하였다(증거기록 1권 461쪽)

② 2014. 5. 26.(월) 06:00~08:00경, 공소외 1은 라디오 프로그램인 '공소외 9의 ♡♡♡ 전망대'의 진행자 공소외 9와 방송 중 전화통화를 하면서 자신은 미국 영주권을 보유하고 있지 않다고 해명하였다(증거기록 3권 1325쪽).

5) 피고인의 '공소외 1 후보님께 드리는 답신' 게재와 라디오 방송에서의 발언 등(이하 편의상 '2차 공표'라고 한다)

① 2014. 5. 26.(월) 17:38경, 피고인은 자신의 선거사무실에서 '공소외 1 후보님께 드리는 답신'이라는 제목의 글(별지 3 참조)을 인터넷에 게재하고, 기자들의 이메일로 이를 발송하였다(증거기록 1권 465쪽, 3권 1654쪽).

② 2014. 5. 26.(월) 17:55경, 공소외 2는 트위터에 피고인의 위 답신 글을 링크하고, "만약 공소외 1 후보께서 관련 증빙 서류를 명백히 제시하신다면 의문을 제기한 저도 즉각 사과드리겠습니다"라는 트윗 글을 게재하였다(증거기록 1권 498쪽).

③ 2014. 5. 27.(화) 06:00~08:00경, 피고인은 위 라디오 프로그램의 진행자인 공소외 9와 방송 중 전화통화를 하면서 원심 범죄사실 제2항 기재와 유사한 취지의 발언을 하였다(증거기록 3권 1382쪽). 구체적인 발언 내용은 별지 4와 같다.

④ 2014. 5. 27.(화) 06:25~07:55경, 피고인은 라디오 프로그램인 '안녕하십니까 공소외 10입니다'의 진행자인 공소외 10과 라디오 방송 중 전화통화를 하면서 원심 범죄사실 제2항 기재와 유사한 취지의 발언을 하였다(증거기록 3권 1388쪽). 구체적인 발언 내용은 별지 5와 같다.

6) 공소외 1의 고발, 구 여권 사본 제출 및 공소외 2의 사과 트윗 글 게시

① 2014. 5. 27.(화) 11:00경, 공소외 1은 서울특별시 선거관리위원회에 피고인을 고발하면서 그 고발장에 증거자료로 자신의 구 여권 사본을 첨부하여 제출하였다(증거기록 1권 151쪽).

② 2014. 5. 27.(화) 20:29경, 공소외 2는 "공소외 1 후보 자신의 영주권 소지 의혹 부분은 공소외 1 후보의 서류 제출로 해소된 듯합니다.

제가 의혹을 제기한 부분의 근거는 있습니다만 말할 필요가 없게 됐구요. 공소외 1 후보께 사과 드립니다.

"라는 트윗 글을 게재하였다(증거기록 1권 499쪽).

나. 이 사건의 쟁점

1) 피고인이 공표한 사실은 무엇인지(공표사실의 확정)

별지 1, 3, 4, 5의 기재에 의하면, 피고인이 2014. 5. 25. 기자회견 및 2014. 5. 26. 답신 글 게재, 2014. 5. 27. 라디오 방송에서의 발언 등을 통하여 여러 가지 사실을 공표하고 다양한 의견을 표명하면서 공소외 1에게 미국 영주권 보유 의혹에 대한 해명을 요구하거나 해명을 뒷받침할 만한 객관적인 자료제시를 요구한 사실을 인정할 수 있다.

이에 대하여 검사는, '공소외 1이 미국 영주권을 보유한 사실 등이 없음에도 피고인이 1, 2차 공표를 하여 공소외 1이 당선되지 못하게 할 목적으로 허위의 사실을 공표하였다'고 공소를 제기하였다.

원심에서는 이 사건을 국민참여재판으로 진행하기로 한 다음 배심원들에게 설명할 쟁점을 정리하였는데, 피고인의 변호인을 포함한 소송관계인들은 '피고인이 1, 2차 공표를 통하여 사실을 공표한 것인지, 아니면 의견을 표명한 것인지'를 첫 번째 쟁점으로하기로 의견을 모았다.

그리고 배심원 선정기일을 거쳐 진행된 제1회 공판기일에서도 검사와 변호인은 앞서 정리된 쟁점에 따라 배심원들에게 이 사건의 첫 번째 쟁점은 사실의 공표인지, 의견의 표명인지라고 설명하였다.

원심법원은 배심원들에게 제시된 위와 같은 쟁점 및 그에 대한 법정에서의 공방을 바탕으로 '사실의 공표가 아니라 의견표명에 불과하다는 주장에 관하여'라는 제목으로 이에 대하여 판단하였는데, "피고인이 표현한 내용은 증거에 의하여 입증이 가능한 것이므로 '사실의 표명'에 해당한다"고 판시하였다(원심 판결문 제9, 10쪽).

그런데 피고인의 변호인들은, 당심에 이르러 원심에서와는 다른 각도에서 변론하면서 피고인의 1, 2차 공표 내용을 구체적으로 분석하여 피고인이 공표한 사실을 특정하여야 한다고 주장한다.

즉 피고인의 변호인들은, 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 "공소외 1이 미국 영주권을 보유한 적이 있다"거나 "공소외 1이 미국 영주권을 현재 보유하고 있다"는 사실(이하 'A사실'이라고 한다)을 공표한 것이 아니라, 해명을 요구하는 과정에서 "영주권 보유 의혹이 있다"는 사실(이하 'B 사실'이라고 한다) 또는 "제3자에 의해 영주권 보유 의혹이 제기되어 그러한 의혹이 존재한다"는 사실(이하 'C 사실'이라고 한다)을 공표한 것이라고 주장하고 있다.

따라서 당심에서는 우선, 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 공소외 1의 미국 영주권 보유와 관련하여 공표한 사실이 무엇인지를 확정할 필요가 있다.

왜냐하면, 피고인이 공표한 사실이 위에서 본 'A 사실'인지, 'C 사실'인지, 혹은 'B+C 사실'인지는 어의(語義)나 표현상으로도 서로 명백히 구분되고, 나아가 공표한 사실이 허위인지, 허위라면 피고인에게 허위성의 인식이 있었는지, 그것이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 큰 차이가 있을 수밖에 없기 때문이다.

즉, 피고인이 'A 사실'을 공표한 것이라면 피고인으로서에는 그에 상응하는 수준의 객관적인 소명자료를 제시할 책임을 부담하는 것이고, 피고인이 'C 사실' 그 자체만을 담백하게 공표한 것이라면 공표 당시 '제3자에 의해 공소외 1의 영주권 보유 의혹이 제기되어 존재하였는지'가 허위 여부의 판단 기준이 될 수 있으며, 'B 사실' 혹은 'B+C 사실'을 공표한 것이라면 공표 당시 공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다고 의심할 만한 정황이 존재하였는지, 피고인이 의혹을 제기할 만한 정도의 소명자료는 가지고 있었는지를 따져야 할 것이기 때문이다.

2) '허위사실의 공표'에 해당한다고 평가할 수 있는지

피고인의 변호인들 주장대로, 피고인이 'A 사실'을 단정적 표현을 사용하여 혹은 암시하여 공표한 것이 아니라, 공소외 2 등이 영주권 보유 의혹을 제기하였다는 사실에 기대어 피고인 자신도 공소외 1의 미국 영주권 보유 의혹을 제기하고(즉, '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다고 의심케 하는 여러 사실이 존재한다'는 사실을 공표하고) '해명'을 요구한 것으로 즉, 'B+C 사실'을 공표한 것으로 볼 수 있다고 하더라도, 그러한 행위가 무제한 허용될 수 있는 것은 아니다.

그러한 표현이 이루어진 맥락 및 경과, 다른 정황 등 여하에 따라서는 피고인의 1, 2차 공표를 접한 유권자 입장에서 피고인이 단순히 의혹을 제기하고 있다는 사실에 관심을 두고 주목하기보다는 의혹 사실이 진실이라고 받아들일 수도 있기 때문이다.

따라서 피고인이, 마치 언론의 보도처럼, 'C 사실' 그 자체만을 담백하게 공표한 것으로 인정되지 않는 한, 피고인으로서 그러한 의혹제기를 정당화할 만한 합리적인 사정 즉, '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다고 의심할 만한 정황들이 실제 존재하였다'는 점을 소명하여야 할 부담을 진다고 할 것이다.

3) 공표 내용이 허위라고 인식하였는지, 상당한 이유가 있었는지 여부 등

피고인이 1, 2차 공표를 통하여 공표한 사실의 전부 또는 일부가 '허위사실'에 해당한다면, 피고인에게 공표한 내용이 허위라는 점에 대한 고의가 있었는지, 또는 공표한 내용이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있었는지 여부를 따져보고, 피고인에게 공소외 1을 당선되지 못하게 할 목적이 있었는지 여부도 살펴보아야 한다.

4) 적법한 선거운동의 범주에 속한다는 주장 : 별도의 쟁점으로 판단하지는 않음.

피고인의 변호인들은, 피고인의 행위는 적법한 선거운동의 범주에 속한다는 주장도 하고 있다.

공직선거법은 선거운동 자유의 원칙을 선언하면서도 예외적으로 법률에 의해 금지 또는 제한되는 행위를 정하고 있는데, 허위사실공표죄는 공직선거법상 금지된 행위 중 하나이다.

그러므로 피고인의 행위가 허위사실공표에 해당하는 것으로 평가된다면 결과적으로 피고인의 행위는 적법한 선거운동의 범주에 속할 수 없게 된다.

따라서 피고인의 공표행위가 허위사실 공표죄에 해당하는지 여부를 판단하면 그것이 적법한 선거운동에 해당되는지 여부도 함께 판단되는 것이므로 적법한 선거운동에 해당한다는 취지의 피고인 변호인들의 주장에 대하여는 별도의 쟁점으로 따로 판단하지 않는다.

다만 피고인의 행위가 허위사실공표죄를 구성하는지를 판단함에 있어서, '선거운동 자유가 원칙이고 금지와 제한은 예외'임을 선언한 공직선거법의 입법취지를 고려하여야 함은 물론이다.

변호인들의 주장 취지 역시 이점에 있다고 이해된다.

3. 피고인이 공표한 사실은 무엇인지

가. 이 사건 공소사실의 요지 및 검사가 제시한 피고인의 공표사실

1) 이 사건 공소사실의 요지

이 사건 공소사실의 요지는 아래와 같다.

가) 1차 공표에 의한 허위사실공표

피고인은 2014. 5. 25. 11:00경 국회 정론관 기자회견장에서 "공소외 1 후보는 미 영주권 문제를 즉각 해명하라"는 제목으로 "공소외 1 후보 자신과 두 자녀의 미 영주권 보유 문제, 사실대로 밝히라... 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... 만약 이 제보가 사실이라면, 공소외 1 후보는 대한민국 서울의 유권자들을 우롱하고 있는 것입니다... 또 공소외 1 후보는 그 자신이 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹을 사고 있습니다.

만약 이게 사실이라면, 공소외 1 후보는 서울시 교육감 후보가 될 자격이 없습니다... 민주진보 단일후보로서 사태를 정확하게 정리하고 유권자들의 판단을 돕기 위해, 공소외 1 후보에게 다음과 같은 사항을 요구하는 바입니다.

1. 공소외 1 후보는 자신의 미국 영주권 보유 문제와, 두 자녀의 미국 영주권 보유 문제에 대해 사실대로 밝히라..."는 내용으로 작성된 보도자료를 기자들에게 배포하고, 위 보도자료 내용을 그대로 읽어 내려가는 방식으로 기자회견을 개최하였다.

그러나 피고인은 위 트위터 내용 이외에 공소외 1의 영주권 보유 여부에 대한 제보를 받은 사실이 없고, 공소외 1은 미국에서 근무할 때 비이민비자를 받아 근무한 것에 불과할 뿐 미국 영주권을 보유한 사실이 없었다.

이로써 피고인은 서울시 교육감 후보자였던 공소외 1이 당선되지 못하게 할 목적으로 허위의 사실을 공표하였다.

나) 2차 공표에 의한 허위사실공표

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... 만에 하나 공소외 1 후보님께서 영주권을 받으셨다면, 그 시점은 지금처럼 요건이 강화되기 전일 것이므로 그 말씀만으로는 유권자들의 의혹을 씻어내기 어려울 것으로 보입니다.

"라는 내용을 기재하여 피고인의 선거캠프 홈페이지 및 각 기자들의 이메일로 이를 발송하고, 이후 2014. 5. 27. 2회에 걸쳐 라디오 방송에서 위와 같은 취지로 발언하였다.

그러나 피고인은 위 내용에 대하여 다수의 증언을 제보받은 사실이 없고, 공소외 1은 미국 영주권을 보유한 사실이 없으며, 공천에서 탈락하였던 무렵인 2012년 3월경 지인이나 언론인에게 '미국 영주권이 있다거나 미국 가서 살면 된다'고 말한 사실이 없다.

이로써 피고인은 서울시 교육감 후보자였던 공소외 1이 당선되지 못하게 할 목적으로 허위의 사실을 공표하였다.

2) 검사가 제시한 피고인의 공표사실

검사는 공소장에 '피고인이 공표한 사실이 무엇인지'에 관하여 분명하게 기재하지는 않았다.

그렇지만, 공소장의 전체적인 내용과 결론에 이르는 논리의 전개 과정을 종합하여 보면, 검사는, 피고인이 1차 공표를 통하여서는 ① '제보를 받았다는 사실', ② '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다는 사실'을 공표하였고, 2차 공표를 통하여는 ① '다수의 증언을 제보받았다는 사실', ② '공소외 1이 미국 영주권을 보유하였다는 사실', ③ '공소외 1이 공천에서 탈락하였던 무렵인 2012년 3월경 지인이나 언론인에게 "미국 영주권이 있다거나 미국 가서 살면 된다"고 말하였다는 사실'을 공표한 것으로 보고 그것이 공직선거법상의 허위사실의 공표에 해당한다고 기소한 것임을 알 수 있다.

나. 원심 판단의 요지

피고인은 제보나 의혹 내용을 제시하면서 가정적인 표현을 사용함으로써 피고인의 발언 내용이 타인으로부터 제보받은 것임을 밝혔으나 그 표현내용은 증거에 의한 증명이 가능한 것이므로 사실의 표명에 해당한다.

그리고 피고인은 1차 공표를 통하여 '공소외 1이 미국 근무 당시 미국 영주권을 취득하여 2014. 5. 25.까지 이를 보유하고 있다'는 사실을 암시하여 공표하였고, 2차 공표를 통하여 '공소외 1이 공천탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실을 암시하여 공표하였다고 판단하였다.

다.

당심의 판단

1) 피고인이 공표한 사실이 무엇인지 확정함에 있어서 고려한 대법원 판결 및 법리 등

가) 공직선거법 제250조 제2항은 낙선의 목적으로 후보자에 대하여 허위사실을 공표하는 행위를 금지하고 이를 위반하는 경우 7년 이하의 징역 또는 500만 원 이상 3,000만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

위 조항의 입법취지는 허위의 사실을 공표하여 선거인의 올바른 판단에 영향을 미치는 행위를 규제함으로써 선거의 공정성을 보장함에 있다(대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도8368 판결 등 참조).

나) 공직선거법 제250조 제2항에서 규정하는 허위사실공표죄가 성립하려면, 우선 허위의 사실을 공표하여야 하고, 여기에서 허위의 사실이라 함은 진실에 부합하지 않은 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이면 충분하지만, 단순한 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 불과한 경우에는 이에 해당되지 아니한다 할 것인바, 어떤 진술이 사실주장인가 또는 의견표현인가를 구별함에 있어서는 선거의 공정성을 보장한다는 입법취지를 염두에 두고 언어의 통상적 의미와 용법, 문제 된 말이 사용된 문맥, 입증가능성, 그 표현이 행하여진 사회적 상황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 할 것이다(대법원 2000. 4. 25. 선고 99도4260 판결 등 참조). 한편 의견이나 평가라고 하더라도 그것이 진실에 반하는 사실에 기초하여 행해지거나 의견이나 평가임을 빙자하여 간접적이고 우회적인 표현 방법으로 허위사실을 암시하는 경우에도 위 죄가 성립된다(대법원 2011. 12. 22. 선고 2008도11847 판결 참조).

다) 그러나 공직선거법 제250조 제2항은 정치적 표현의 자유에 대한 제한입법이며, 동시에 형벌조항에 해당하므로 이를 구체적 사건에 적용함에 있어서는 제한되는 기본권의 의미와 비중을 엄밀하게 고려하여 그것이 과도하게 침해되지 않도록 신중한 주의를 기울일 필요가 있다.

법관에게는 헌법 규정 및 정신에 합치되도록 법률을 해석·적용할 의무가 주어져 있기 때문이다.

그런데 피고인이 사용한 표현과는 다른 내용을 피고인이 '암시'하였다고 쉽게 인정한다면, 경우에 따라서는 피고인 자신이 하지도 않은 표현에 대하여 형사적 책임을 물을 기초가 제공되는 셈이 될 뿐만 아니라, 나아가 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권주체는 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높고, 그로 인해 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 가능케 하여 이러한 표현들이 상호 검증을 거치도록 한다는 표현의 자유의 본래의 기능은 상실된다.

이러한 위축효과로 인하여 국민의 대표자가 되고자 하는 사람이 어떤 사람이고, 무슨 정책을 내세우고 있는지, 그 이력과 인간됨은 어떠한지에 대한 정보가 다양한 방식으로 제대로 제공될 가능성이 축소될 것 또한 어렵지 않게 상정할 수 있다.

요컨대 위 법률조항을 적용함에 있어서, 위 법률조항의 적용을 통하여 확보하고자 하는 선거의 공정성의 무게를 의식하되, 다른 한편으로 대의민주주의의 핵심인 선거 과정에서 차지하는 표현의 자유의 위와 같은 비중 역시 균형감 있게 그리고 섬세하게 염두에 두어야 한다.

라) 따라서 피고인이 간접적이고 우회적인 표현 방법으로 허위사실을 암시하였다고 평가하기 위해서는 피고인이 사용한 표현의 어의, 시기와 상황, 전체적인 취지, 수신자의 입장 등을 종합하여, 피고인이 '의혹의 제기' 또는 '해명 요구' 형식을 '빙자'하여 허위사실의 존재를 구체적으로 '암시'하였음이 합리적인 의심이 없을 정도로 증명되어야 한다.

'의심스러울 때에는 피고인의 이익으로, 자유의 이익으로'라는 헌법 및 형사소송법의 대원칙이 그렇기도 하거니와, 만일 이와 같이 보지 않는다면 의혹에 대한 해명을 요구하기 위해서 그 의혹의 내용을 이루는 구체적 사실을 제시한 경우 모두가 의혹 사실을 '암시'하여 공표한 것으로 판단될 위험성이 있고, 그럴 경우 의혹을 받고 있는 후보자가 있다고 하더라도 그의 공직담당 적격을 검증하는 것이 사실상 봉쇄될 수 있기 때문이다.

마) 대법원도 '축재하였다'는 표현과 '축재의 의혹을 받고 있다'는 표현은 어의(語義) 상 명백히 구분되고 공표사실의 허위성에 관한 증명에 있어서도 차이가 있을 수밖에 없으므로, 피고인이 적시한 '축재의 의혹을 받고 있다'는 사실을

‘축재하였다’는 것으로 변경하여 인정할 수는 없다고 본 원심판결을 긍정한 바 있다(대법원 2014. 1. 29. 선고 2013도14558 판결 참조). 이 사건의 경우도 위 대법원 판결의 취지를 반영하여 피고인이 공표한 사실 및 내용이 무엇인지를 확정할 필요가 있다.

바) 이러한 구분이 의혹 제기의 무제한 허용으로 이어지는 것은 아니다.

피고인이 앞서의 ‘A 사실’을 단정적으로 혹은 암시하여 공표한 것이 아니라, ‘B 사실’을 적시한 것으로 인정된다 하더라도, 그 의혹의 근거가 박약하여 결과적으로는 그러한 사실 적시조차 허용될 수 없었다고 판단될 수도 있고, 가정적, 유보적 표현을 사용한 경우에도 그 표현이 선거인에게 주는 전체적인 인상을 기준으로 판단하였을 때 허위사실을 표명한 것으로 볼 수 있는 경우도 있기 때문이다.

그러나 그렇더라도, 이는 어디까지나 피고인이 공표한 사실이 무엇인지 확정된 후 그다음 단계에서 검토되어야 할 것이고, 공표사실을 특정하는 단계에서 피고인의 내심의 의사를 추론하여 피고인이 사용한 ‘단어’나 ‘표현’을 통하여 객관적으로 표현된 것과 다른 사실을 ‘암시하여 공표하였다’고 인정 내지 평가하는 것에는 매우 신중할 필요가 있다.

2) 1차 공표를 통하여 공표한 사실

원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 1차 공표를 통하여 ‘공소외 1과 두 자녀가 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹을 사고 있다’는 사실(‘B+C 사실’)을 공표하였다고 평가하는 것이 타당하다.

원심의 판단처럼 피고인이 ‘공소외 1과 두 자녀가 미국 영주권을 보유하고 있다’는 사실(‘A 사실’)을 단정적으로 혹은 암시하여 공표하였다고 보기는 어렵다.

가) 표현 내용 자체에 대한 통상의 언어학적 분석

- ① 피고인이 배포한 보도자료에는 “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... 또 공소외 1 후보는 그 자신이 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹을 사고 있습니다.”고 기재되어 있다.

즉, 피고인은 공소외 1 본인과 자녀들이 미국 영주권 보유 의혹을 사고 있다는 것과 그에 관한 제보가 있다는 사실만을 공표하고 있을 뿐, ‘미국 영주권을 보유하고 있다’는 단정적인 표현은 사용하지 않았다.

- ② 검사의 요청으로 감정서를 작성하여 제출한 공소외 11교수와 피고인의 요청으로 의견서를 작성하여 제출한 공소외 12, 공소외 13, 공소외 14교수는 피고인의 2014. 5. 25. 기자회견문, 2014. 5. 26. 답신 글 및 2014. 5. 27. 라디오 방송에서의 발언 내용을 독해한 다음 그에 대한 의견을 각각 피력하였는데, 피고인이 위 각 글이나 방송 인터뷰를 통하여 ‘의혹을 제기’하고 ‘해명을 요구’한 것이라는 점에 관해서는 의견이 일치되었다(증거기록 5권 2540쪽, 공판기록 2권 687, 899, 705쪽).

나) 문제 된 표현이 사용된 문맥

- ③ 다음으로, 위 보도자료의 제목은, “공소외 1 후보는 미 영주권 문제를 즉각 ‘해명’하라. 공소외 1 후보 자신과 두 자녀의 미 영주권 보유 문제, 사실대로 밝히라”이다.

‘해명’의 사전적 의미는 ‘까닭이나 내용을 풀어서 밝힘’으로, 사실과 다른 의혹이 제기된 경우 사실을 밝힌다는 의미로도 활용된다.

따라서 ‘해명하라’는 제목으로도 피고인이 ‘공소외 1은 미국 영주권을 보유하고 있다’고 단정한 것이 아니라 그러한 의혹이 사실이 아닐 가능성 즉, 반대 사실의 존재 가능성을 인정하고 있었음을 알 수 있다.

④ 피고인은 같은 보도 자료에서 공소외 1의 2014. 5. 23. △△△△△총연합회 임원회의 참석 및 그 회의에서의 발언에 관하여는 ‘사과하라’라는 단정적인 표현을 사용하였다.

그러나 공소외 1 본인과 자녀의 미국 영주권 보유 의혹에 관하여는 ‘사실대로 밝히라’라는 표현을 사용하였다.

다) 표현이 행하여진 사회적 상황 내지 맥락

⑤ 피고인의 표현이 이루어진 사회적 상황 및 그 형식에 주목할 필요가 있다.

표현의 자유가 보장되어야 할 중요 영역은 정치적 토론 내지 공방 과정인데, 이러한 토론 내지 공방이 가장 활발히 이루어지는 것이 선거국면이다.

경쟁 후보자들 사이의 상호 비판과 공직적격 검증은 선거 과정에서 불가피하고, 이는 매우 다양한 형식과 상황에서 펼쳐진다.

가령 후보자가 자신을 지지할 것으로 보이는 유권자들을 상대로 상대 후보자의 정책과 공직후보자로서의 자격 등에 관하여 일방적인 선전과 발표를 하고, 이것이 상대 후보자에게 전달됨으로써 상호간의 공방이 촉발되는 경우도 있을 수 있고, 공식적인 토론 과정이 마련되어 그곳에서 엄격한 절차에 따라 서로에 대한 비판과 검증이 이루어질 수도 있다.

또한 ‘후보자들 사이의 공방과 이를 지켜보고 평가하는 유권자의 존재’라는 선거의 본질에 따라 비록 후자의 경우처럼 형식적으로 엄격하게 정해진 토론 내지 공방 절차라고는 볼 수 없지만 그와 유사한 공방 내지 토론의 광장이 존재함을 염두에 두면서 상호 공방이 이루어질 수도 있다.

똑같은 표현도 그것이 이루어지는 사회적 상황이나 맥락에 따라 달리 받아들여질 가능성이 있다는 위와 같은 측면을 고려하여 보자면, 기자회견을 통하여 이루어진 피고인의 1차 공표는, 지지자 또는 유권자들을 상대로 ‘공소외 1 후보자의 미 영주권 보유사실’이라는 정보를 일방적으로 전달하는 것으로 보기는 매우 어렵고, 오히려 위에서 언급한 바와 같은 유사 공방 과정을 염두에 둔 것으로 볼 여지가 많아 앞서의 분석처럼 위 공표의 의미를 문언 그대로 받아들이는 것이 자연스럽다.

라) 표현이 이루어진 이후 표현에 대한 보편적 인식

⑥ 피고인의 1차 공표 이후 각 언론사에서는 공소외 1의 미국 영주권 보유 의혹에 관하여 보도하였는데, 대부분의 기사에 ‘의혹’, ‘제보’, ‘해명 요구’ 등의 표현이 포함되어 있었다(증거기록 3권 1281쪽 이하). 따라서 기사를 접한 유권자도 공소외 1의 미국 영주권 보유가 확정된 사실은 아님을 알 수 있었을 것이다.

마) 나머지 쟁점

① 위 보도자료에 “피고인 캠프가 받은 제보에 따르면” 및 “만약 이 제보가 사실이라면”이라는 표현이 있고, 이로써 피고인이 어떠한 제보를 받았음을 공표한 것임은 앞서 본 바와 같다.

그러나 위 표현은, 피고인이 받은 제보의 내용과 수준, 그 의미하는 바를 구체적으로 나타내지 않은 매우 추상적인 것에 불과하여, 위와 같은 표현이 있다고 해서 앞 서의 판단을 달리할 수는 없다.

② 피고인의 내심의 의사를 추론하여 피고인이 사용한 '단어'나 '표현'을 통하여 객관적으로 표현된 것과 다른 사실을 '암시하여 공표하였다'고 인정 내지 평가하는 것에는 매우 신중할 필요가 있음은 앞서 본 바와 같지만, 어쨌든 내심의 의사가 무엇인지와 관련하여 보더라도 앞서의 평가를 반복할 사정은 존재하지 않는다.

이에 대해서는 뒤에서 자세히 살펴본다.

바) 배심원들의 의견과 달리 평가하는 것에 관하여

원심은, 공소사실 전부에 관하여 만장일치의 의견으로 유죄의 평결을 한 배심원들(7명)의 의견을 존중하여 피고인에게 유죄를 선고하였다.

따라서 원심의 판단은 존중될 필요성이 더욱 크다.

그러나 앞서 본 바와 같이 원심에서는 배심원들에게 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 '사실을 공표'한 것인지 아니면 '의견을 표명'한 것인지 만이 쟁점으로 제시되었다.

그렇기에 배심원들로서는 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 '사실을 공표'한 것으로 평가할 것인지, '의견을 표명'한 것으로 평가할 것인지를 판단하려고 애썼을 것이고, 그 중간 영역이라고도 볼 수 있는 '제3자로부터 의혹을 사고 있다'거나 '의혹이 있다'는 사실을 공표한 것인지, 그렇다면 그에 대한 법률적 평가는 어떻게 달라지는지에 대하여는 충분한 설명을 듣지 못한 상태에서 사실인정 및 법적 평가를 하고 평결에 나아갔을 가능성이 높다.

그런데 당심에 이르러 피고인의 변호인들이 주장을 일부 변경하여 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 사실을 공표하였음은 인정하면서 공표한 사실이 무엇인지 즉, 앞서 본 'A 사실'인지, 'B 사실'인지, 'C 사실'인지를 특정하여야 한다는 주장을 새로이 하고 있다.

원심에서 제기된 '사실의 공표와 의견의 표명'의 구분론이 이 사건의 기초적인 쟁점이자 여전히 의미 있음은 분명하나, 사실과 의견이 혼재되어 있는 경우 어느 것에 우위를 둘 것인지, '사실의 공표'로 볼 경우에도 공표되는 사실을 다시 구분하여 확정할 수 있는지의 문제는 위와 같은 기초적 쟁점에 더 잡아 더 나아가 고민하여 판단하여야 할 법리적 쟁점임 또한 분명하다.

사실과 의견의 구분론에 관해서는 우리나라를 비롯하여 여러 나라에서 다양한 이론이 전개되고 있고, 나아가 구체적인 사안에서 이를 어떻게 적용할 것인가는 각국의 법원이 매우 어려운 주제로 여겨 다루고 있기도 하다.

결국, 당심으로서 배심원들의 평결을 무겁게 받아들이더라도 새롭게 제기된 이러한 법리적 주장에 대한 판단을 하여야 하므로, 이러한 법리적 주장의 변경을 반영하여 판단한 결과 원심의 판단이 달라질 가능성은 있는 것이다.

3) 피고인이 2차 공표를 통하여 공표한 사실

피고인이 2차 공표를 통하여 공표한 사실이 무엇인지를 확정함에 있어서는 원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합적으로 고려할 필요가 있다.

가) 피고인의 주장에 부합하는 사정

다음과 같은 사정들은, 2차 공표를 통하여도 '영주권 보유 의혹에 대한 해명 및 자료제시 요구의 전제로서 영주권 의혹이 있다는 사실을 공표한 것에 불과하다'는 취지의 피고인의 주장에 부합하는 면이다.

- ① 피고인이 2차로 공표한 글의 제목은 "[피고인 캠프] 공소외 1 후보님께 드리는 답신"이고, 맨 처음 내용은 "사실확인
에 감사드리며, 미흡한 점에 대해 추가 질문을 드립니다"이다.

이어 "선거운동 과정에서 이렇게 편지로 대화를 나누며 서로 의문점을 해소하는 것은 좋은 방법이겠습니다.
공소외 1 후보께서 동의하신다면, 저는 앞으로 투표일까지 어떤 형식으로든 대화를 계속 이어가기를 희망합니다"라고
언급한 후, "1. 후보자의 검증은 필수 과정입니다"라는 제목 아래 피고인의 1차 공표 및 2차 공표가 유권자들에게 충
분한 정보를 주기 위한 후보자 검증의 의도에 따른 것임을 비교적 자세하게 밝혔다.

- ② 아래에서 보는 것처럼, 피고인은 '공소외 1은 미국 영주권을 보유하고 있다'는 식의 단정적 표현을 하지는 않았고, 그
러한 의혹이 사실이 아닐 가능성 즉 반대 사실의 존재 가능성 및 그 증명 가능성을 전제하고 있다.

□ 피고인은 위 답신 글에서 "본인의 영주권 문제를 자료로 해명해 주시기 바랍니다"는 표현, "'만에 하나' 공소외 1 후
보님께서 영주권을 받으셨다면," 이라는 표현 등을 사용하였다.

또한 위 답신 글에는 "주한 미국 대사관에 가서서 영주권을 받은 적이 없다는 내용증명을 떼어서 객관적 자료로 확인해
주시면 깨끗하게 해결될 것으로 보입니다", "공소외 1 후보님의 미국 영주권 보유 문제를 미국 대사관을 통해 객관
적 자료를 가지고 증명해 주시길 희망합니다"는 기재도 있다.

□ 그리고 피고인은 라디오 방송에서도 "만일 아주 객관적인 자료로 입증해 주시면 저도 사과와 경의를 표하고요.
또 그만큼 제가 잘못된 문제 제기를 했다는 것 때문에 아마 유권자들이 저에게 마이너스를 주지 않을까 생각합니다
", "만일 정말로 이 문제가 명명백백하다면 그래서 저희는 만일 아주 객관적인 자료로 입증해 주시면 사과도 할 용
의도 있고요. 또 만일에 이게 정말 객관적인 자료로 입증된다면 유권자들이 저에게 아무래도 마이너스를 주시지 않
겠습니까?"라고 발언한 바도 있다.

- ③ 앞서 본 바와 같이 피고인의 2014. 5. 25. 기자회견문, 2014. 5. 26. 답신글 및 2014. 5. 27. 라디오 방송에서의 발언 내
용을 감정한 4명의 교수 모두가 피고인이 위 각 글이나 방송에서의 인터뷰를 통하여 '의혹을 제기'하고 '해명을 요
구'한 것이라는 의견을 밝혔다.

나) 원심의 판단을 수긍할만한 사정들

그러나 다음과 같은 사정들을 고려하면, 피고인이 2차 공표를 통하여 '공소외 1이 공천 탈락 당시 미국 영주권을 보유
하고 있었다'는 사실('A 사실')을 단정적으로 공표하였다고까지는 평가하기 어렵지만, '공소외 1이 공천 탈락 당시
미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실('A 사실')을 암시하여 공표하였다고 본 원심의 판단은 수긍할 수 있다.

- ① 1차 공표 당시와는 다른 사회적 상황 내지 맥락이 있었다.

1차 공표 후 공소외 1은 자신의 미국 영주권 보유 의혹에 대하여 나름대로 해명하였다.

공소외 1이 해명의 근거로 내세운 사정이 반론의 여지가 없을 정도로 객관적인 것인지 여부를 떠나, 이후 피고인의 반
응을 대하는 유권자들로서는 공소외 1의 해명 내용과 연관지어 피고인의 반응과 표현을 이해하게 될 것으로 보는
것이 자연스럽다.

피고인이 과연 공소외 1의 해명을 그대로 받아들일지, 해명 또는 해명 근거가 여전히 불충분하다는 점만을 단순히 지적하고 재차 객관적 소명을 요구할지, 해명 근거의 불충분함을 지적하는 것에 더 나아가 피고인이 내세운 종전 의혹의 근거 및 정황을 적극적으로 제시할 것인지 여부를 유심히 지켜볼 개연성이 높아졌을 것으로 보이기 때문이다.

② 증거 제시를 통하여 증거와 연동되는 사실의 암시가 전달될 가능성이 있었다.

□ 피고인은 '공소외 1의 미국 영주권 보유의혹이 여전히 해소되지 않고 있다'는 전제하에 '공소외 1 후보님께 드리는 답신'에서 "저희 캠프에 제보된 다수의 증언에 따르면, 공소외 1 후보님께서는 몇 년 전 공천에서 탈락하신 뒤, '상관 없습니다.

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.

이분들이 잘못 들은 건 아닐 것이라고 저는 판단합니다.

왜 그렇게 말씀하셨는지 궁금합니다"라고 기재하였다.

방송에서의 대화 과정에서도 위 사실을 거듭 언급하였다.

□ 1차 공표에서 하지 않았던 피고인의 위와 같은 언급 즉 '공소외 1이 자신의 미 영주권 보유 사실을 시인하는 발언을 하였다', '그러한 발언을 들은 사람은 다수이다', '그러한 발언을 들은 다수의 사람들 중에는 지인들과 언론인들이 있다'는 것은 그 의미가 적지 않다.

위와 같이 언급된 사실은 그 증명력이 높아 그렇게 말한 사실이 인정될 경우 '공소외 1의 미 영주권 보유사실'을 인정할 여지가 높아지기 때문이다.

□ 그런데 피고인은 위와 같은 언급을 함에 있어서, 1차 공표와는 달리, 가령 '그러한 발언을 하고 다닌다는 의혹이 있다'는 식의 보다 완화된 표현 등을 사용하지도 않았다.

자신이 보유하고 있는 증거의 신빙성에 허점이 있을 가능성을 유보하지 않은 채, 오히려 '왜 그렇게 말씀하셨는지 궁금합니다' 등의 표현을 사용하여 공소외 1이 그와 같은 말을 지인들에게 하였다는 사실 자체는 확정된 사실인 것처럼 하였다.

□ 일반적으로, 증거의 제시는 그 증거를 통하여 입증하고자 하는 사실의 존재를 드러내기 위한 것이다.

피고인이 비록 자신이 알고 있는 증거(공소외 1의 위와 같은 발언 사실)에 의하여 '공소외 1의 미 영주권 보유사실'이 온전히 증명되었다고는 말하지 않았고, 오히려 다른 객관적 자료(미국 대사관의 확인 등)에 의하여 반박될 가능성 자체는 여전히 열어 놓은 채 보다 객관적인 해명을 요구하는 과정에서 위와 같은 언급을 하였다고 하더라도, 1차 공표와 달리 증거에 관한 위와 같은 사실을 추가로 공표함으로써, 이러한 발언 등을 대하는 사람들의 입장에서는 피고인이 '공소외 1의 미영주권 보유사실'을 암시하고 있다고 받아들일 여지는 그만큼 높아졌다고 볼 수 있다.

원심의 배심원들 역시 이러한 사정들에 주목하여 판단한 것으로 보여 이를 존중할 필요가 있기도 하다.

4) 소결론

가) 피고인은 1차 공표를 통하여 '공소외 1과 두 자녀가 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹을 사고 있다'는 사실을 공표하였고, 2차 공표를 통하여 '공소외 1이 공천 탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실('A 사실')을 암시

하여 공표하였다고 봄이 타당하다.

나) 이러한 당심의 판단은, "피고인은 1차 공표를 통하여 '공소외 1이 미국 근무 당시 미국 영주권을 취득하여 2014. 5. 25.까지 이를 보유하고 있다'는 사실을 암시하여 공표하였고, 2차 공표를 통하여 '공소외 1이 공천탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실을 암시하여 공표하였다"고 본 원심과는 그 결론을 일부 달리하는 것이다.

다) 아래에서는 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 위에서 확정한 바와 같은 사실을 공표하였음을 기초로 하여, 그것이 공직선거법상의 허위사실의 공표에 해당하는지 여부 등에 대하여 판단한다.

4. 1, 2차 공표가 허위사실의 공표에 해당하는지에 관한 판단

가. 관련 법리

1) 공직선거에서 후보자에 관한 의혹 제기와 표현의 자유와의 관계

민주주의 정치제도 하에서 언론의 자유는 가장 기초적인 기본권이고 그것이 선거과정에서도 충분히 보장되어야 함은 말할 나위가 없다.

그리고 공직선거에 있어서 후보자의 공직담당적격을 검증하는 것은 필요하고도 중요한 일이므로 그 적격검증을 위한 언론의 자유도 보장되어야 하고, 이를 위하여 후보자에게 위법이나 부도덕함을 의심케 하는 사정이 있는 경우에는 이에 대한 문제 제기가 허용되어야 하며, 공적 판단이 내려지기 전이라 하여 그에 대한 의혹의 제기가 쉽게 봉쇄되어서는 안 된다.

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

그러므로 후보자의 비리 등에 관한 의혹의 제기는 비록 그것이 공직적격 여부의 검증을 위한 것이라 하더라도 무제한 허용될 수는 없고 그러한 의혹이 진실인 것으로 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 허용되어야 한다. 그리고 이때 의혹사실의 존재를 적극적으로 주장하는 자는 그러한 사실의 존재를 수증할 만한 소명자료를 제시할 부담을 진다고 할 것이고, 그러한 소명자료를 제시하지 못한다면 달리 그 의혹사실의 존재를 인정할 증거가 없는 한 허위사실의 공표로서의 책임을 져야 할 것인 반면, 제시된 소명자료 등에 의하여 그러한 의혹이 진실인 것으로 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우에는 비록 사후에 그 의혹이 진실이 아닌 것으로 밝혀지더라도 표현의 자유 보장을 위하여 이를 별할 수 없다고 할 것이다(대법원 2003. 2. 20. 선고 2001도6138 전원합의체 판결 등 참조).

2) 허위사실공표죄의 구성요건인 '허위의 인식'

공직선거법 제250조 제2항에서 정한 허위사실공표죄에서는 행위자의 고의의 내용으로서 공표된 사실이 허위라는 점의 인식이 필요한데, 이러한 주관적 인식의 유무는 그 성질상 외부에서 이를 알거나 증명하기 어려운 이상 공표 사실의 내용과 구체성, 소명자료의 존재 및 내용, 피고인이 밝히는 사실의 출처 및 인지경위 등을 토대로 피고인의 학력, 경력, 사회적 지위, 공표 경위, 시점 및 그로 말미암아 객관적으로 예상되는 파급효과 등 제반 사정을 모두 종합하여 규범적으로 이를 판단할 수밖에 없고, 어떠한 소문을 듣고 그 진실성에 강한 의문을 품고서도 감히 공표한 경우 또는 피고인이 적시한 구체적 사실이 진실한지를 확인하는 일이 시간적, 물리적으로 사회통념상 가능하였다고 인정됨에도 그러한 확인의 노력을 하지 않은 채 그 사실의 적시에 적극적으로 나아간 경우에는 미필적 고의를 인정할 수 있다(대법원 2011. 12. 22. 선고 2008도11847 판결 등 참조).

나. 1차 공표에 관한 판단

1) 피고인이 소명해야 할 사실 : 정당한 의혹 제기로 볼 수 있는지 여부

가) 앞서 본 바와 같이 피고인은 1차 공표를 통하여 '공소외 1은 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹을 사고 있다'는 사실('B+C 사실')을 공표하였다.

피고인은 가정적, 유보적인 표현을 사용하면서 반대 사실의 존재 가능성을 인정하고 그에 대한 해명을 요구하였으므로, 유권자의 입장에서 '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다'는 명제가 확정된 사실이 아님은 알 수 있었다.

이러한 경우에도 피고인이 '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다'는 사실을 주장한 것과 같다고 보아 그러한 사실의 존재를 수증할 만한 소명자료의 제시를 요구한다면, 선거 과정에서 불거진 공적 관심사에 관한 정당한 문제 제기조차 주저하게 함으로써 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 '국민의 봉사자'를 뽑는다는 공직선거법의 목적은 달성하기 어렵게 될 수 있기 때문이다.

나) 다른 한편 '의혹을 사고 있다'는 사실의 공표가 무제한으로 허용되는 것은 아니다.

'의혹을 사고 있다'는 사실을 공표한 경우에도, 경우에 따라서는 유권자들이 의혹의 내용을 이루는 구체적 사실이 실제로 존재한다고 받아들일 위험성이 있기 때문이다.

선거의 궁극적인 목적은 국민의 정치적 의사를 대표자의 선출에 정확하게 반영하는 데 있는데, 정당한 의심에 기초하지 않은 무분별한 의혹 제기의 경우 '의혹을 사고 있다'는 사실의 적시만으로도 국민의 민주적 의사 형성을 왜곡할 여지가 있음은 부정하기 어렵기 때문이다.

다) 따라서 피고인으로서, 자신의 제1차 공표가 무분별한 의혹 제기가 결코 아니라 정당한 문제 제기이었음을 내세우기 위해서, 공소외 1이 실제로 의혹을 사고 있었다는 사실, 즉 ① 공소외 1의 미국 영주권 보유 여부에 관하여 실제로 의혹이 제기되고 있었고, ② 공소외 1의 미국 영주권 보유를 '의심'하게 할 만한 정황들도 존재하였다는 사실을 소명할 부담을 진다고 할 것이다.

2) 피고인이 공표한 '의혹을 사고 있다'는 사실이 '허위'인지에 관한 판단

가) 공소외 2의 탐사보도 전문기자로서의 경력과 신뢰도

이 사건 트윗 글을 게시한 공소외 2는, 1995년 12월경 ▽▽▽에 입사하였다가 2013년 3월경 사직한 후 인터넷 언론사인 '○○○○'의 기자로 활동 중인 사람이다.

공소외 2는 ▽▽▽에서 탐사보도 전문기자로 활동하면서 고위공직자의 비위 등 공직담당적격 검증과 관련된 취재를 통해 6차례 한국기자협회 이달의 기자상을 수상하고, 삼성언론상(보도부문)을 받기도 하였다(증거기록 1권 597쪽, 2권 926쪽 이하).

나) 인터넷 트위터상에서의 의혹 확산

(1) 2014. 5. 23. 19:39경 ○○○○ 기자인 공소외 2가 인터넷 트위터에 '(공소외 1) 본인 역시 미국 영주권을 갖고 게시지요?'라는 내용의 트위터 글을 게시하였다.

이로써 공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹이 최초로 제기되었다.

2014. 5. 26. 기준 공소외 2의 트위터 계정(계정 생략)의 팔로워(follower) 수는 58,971명이었고, 2014. 5. 24. 자정까지 1,377명의 트위터 이용자들이 공소외 2의 위 트윗 글을 리트윗(retweet)하였으며, 공소외 2의 위 트위터 글을 리트윗한 사람들의 팔로워 수는 3,144,522명에 이르렀다(증 제66호증 CYRAM의 서울시 교육감 선거 관련 트윗 분석 3쪽, 공판기록 5권). 중복된 사람들과 트위터를 자주 이용하지 않는 사람들은 제외해야 하는 점을 고려하더라도, 상

당히 많은 수의 트위터 이용자들이 공소외 2의 위 트윗 글을 보았으리라고 인정할 수 있다.

- (2) 증인 공소외 15(◇◇대학교 사회학과 교수), 공소외 16(☆☆대학교 사이버국방학과 교수)의 당심 법정진술에 의하면, 트위터는 SNS 중 대표적인 개방형 네트워크로서, 누구나 정보를 불특정 다수에게 전파할 수 있는 미디어적 성격을 가지고 있다는 것이다.

나아가 트위터는 개방형 네트워크로서 특별한 사정이 없는 한 누구나 타인의 트윗 글을 볼 수 있으므로, 이를 '제보'라고 표현하는 것도 가능한 것으로 봄이 타당하다[한편 공소외 5는 원심 법정에서 "공소외 2 기자의 트위터와 공소외 17이 전해준 말도 있겠지만 공소외 2의 트위터를 본 많은 일반인들, 유권자들의 반응, 그리고 저희 캠프로 들어온 여러 '영주권이 있다는데, 알고 있느냐, 대책이 무엇이나'는 항의성, 제보성 전화를 통칭해서 제보라고 표현한 것입니다.

"라고 진술하였는데(공판기록 3권 1215쪽), 피고인의 선거캠프에 몸담은 사람들로서는 이러한 공소외 2와 공소외 17의 진술, 카카오톡 등을 '제보'로 받아들일 수 있을 것이다.

따라서 피고인이 1차 공표에서 '제보'를 받은 것처럼 표현한 부분은 허위사실의 공표라고 할 수 없다].

다) 반대되는 정보공개에의 부재

- (1) 증인 공소외 16은 당심 법정에서 SNS상에서 허위의 정보가 확산될 경우, 이를 해결하기 위해서는 '압도적 정보공개'가 필요하다고 진술하였다(증인신문조서 7쪽). 그런데 공소외 2가 트위터 글을 게시한 2014. 5. 23. 19:39경부터 피고인이 1차 공표를 한 2014. 5. 25. 11:00경까지 약 39시간 동안, 공소외 1 선거사무소에서는 공소외 1 본인 및 자녀의 미국 영주권 보유 여부에 관하여 아무런 정보를 공개하지 아니하였다.
- (2) 통상 선거 과정에서는 후보자에 관한 인터넷 여론이 어떤지를 확인하기 마련이고, 공소외 1도 원심에서 당시 이를 확인하는 홍보팀이 있었다고 진술하였다(공판기록 3권 1331쪽). 물론 공소외 1 측에서는 인터넷상에서 공소외 2의 트윗 글이 확산되는 것을 알지 못했을 수도 있고, 굳이 대응할 필요가 없다고 판단하였을 수도 있다.

그러나 공소외 1 측에서 '본인은 미국 영주권을 보유하고 있지 않다'는 사실을 적극적으로 공개하였다면, 공소외 1의 미국 영주권 보유 의혹이 트위터 자체의 자정 기능 작동으로 검증되어 확산되지 않았을 가능성을 배제하기 어렵다는 점에서, 위와 같이 상당 기간 동안 반대되는 정보의 공개가 이루어지지 않은 상황 자체도 피고인의 의혹 제기의 정당성을 뒷받침하는 하나의 정황이 될 수 있다고 보인다.

라) 공소외 1 자녀들의 미국 시민권 보유

- (1) 2014. 5. 22., '◆◆◆◆◆ ◆◆◆◆◆ ◆◆◆◆◆ 모임'에서는 '공소외 1 후보를 비판한다'는 제목으로 "(전략) 공소외 1 후보자께서는 이혼하시기 전에 자녀 2명을 모두 조기유학 보내신 걸로 알고 있습니다.

대한민국의 학부모 경험도 없으신 분이 초, 중등교육을 이끄는 수장의 역할을 어떻게 수행하실지 궁금합니다... 4. 서울 교육을 하셔야 하는데 국적 없이 표류할까봐 걱정됩니다.

→ 넘치는 경제력 덕이겠지만 조기에 자녀를 미국유학을 보내셨기에 (끝)"이라는 의혹을 제기하였고, 위 내용은 2014. 5. 23. 언론을 통해 보도되었다(공판기록 1권 141, 145쪽). 한편 공소외 2가 게시한 트윗 글에 '공소외 1은 두 자녀를 미국에서 교육시켰다'는 취지의 글이 기재되어 있음은 앞서 본 바와 같다.

- (2) 피고인은 1차 공표에서 공소외 1의 두 자녀가 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹도 함께 제기하였고(기자회견의 전체 취지에 비추어 보면, 오히려 두 자녀의 미국 유학과 영주권 보유 문제가 더 주된 의혹이었다고도 볼 수 있다), 공소외 1은 2014. 5. 25.자 편지글에서 두 자녀가 미국 시민권자임을 인정하였다.

시민권은 영주권보다 포괄적인 권리이므로, 자녀들의 영주권 보유와 관련된 의혹은 진실에 부합하는 것이었다고 평가할 수 있다.

한편 공소외 1 본인도 1989년부터 1991년까지 2년간 미국의 로펌에서 근무한 경험을 가지고 있었다.

공소외 1의 이러한 경력과 능력까지 고려하면, 공소외 1이 미국 영주권을 보유할 개연성은 일반인에 비하여 훨씬 높다고 평가할 수 있다.

마) 공적 기관에 의한 판단이나 확인의 부재

공소외 1의 미국 영주권 보유 여부는 개인정보에 해당할 뿐만 아니라 미국 정보이므로 피고인이 이를 객관적으로 확인할 방법이 없었다(증거기록 1권 285쪽). 그리고 이 문제에 관하여는 법원이나 주한 미국 대사관, 외교부 등 공적 기관에 의한 사실확인이나 판단이 내려진 바도 없었다.

바) 소결

위와 같이 ① 공직자의 공직담당적격 검증 취재를 여러 번 한 기자가 직접 '(공소외 1) 본인도 미국 영주권을 갖고 계시지요?'라는 트윗 글을 게시하고, ② 상당한 수의 사람들이 공소외 2의 트윗 글을 리트윗하는 하는 방법으로 공소외 1의 미국 영주권 보유 여부에 관한 의혹을 전파하였음에도 불구하고, ③ 선거에 출마한 공소외 1 측에 의하여 그에 대한 유의미한 반론이나 정보공개가 곧바로 이루어지지 않았으며, ④ 공소외 1의 두 자녀가 미국에서 교육을 받고 성장하여 생활하고 있으며, 본인도 미국 로펌에 근무한 경험이 있는 등 이를 '합리적으로 의심'케 할 만한 정황들이 존재하였고, ⑤ 이 쟁점에 관한 공적기관에 의한 사실확인이나 판단이 없었던 마당이라면, '공소외 1이 미국 영주권 보유 의혹을 사고 있다'는 사실을 공표한 것을 두고 '허위의 사실'을 공표한 것이라고 보기는 어렵고, 그러한 의혹이 방송이나 신문을 통하여 기사화되지 아니한 상태였다는 사정만으로 위와 같은 결론이 달라진다고 할 수는 없다.

3) 허위성의 인식에 관한 판단

가) 앞서 본 사정들을 종합하여 보면, '공소외 1이 미국 영주권을 보유한 것이 아닌가'하는 의혹에는 상당한 근거가 있다고 인정되고, 달리 피고인이 그러한 의혹의 진실성에 '강한 의문'을 품고서도 '의혹을 사고 있다'는 사실을 감히 공표하였다고 인정하기에 부족하다.

나) 한편 원심은, 피고인이 사실 확인의 노력을 다하지 않은 점을 주된 근거로 하여 피고인의 미필적 고의를 인정하였다.

그러나 원심의 판단은 다음과 같은 점에서 수긍하기 어렵다.

(1) 원심은, 피고인이 적시한 사실이 진실한지를 확인하는 일이 시간적, 물리적으로 사회통념상 가능하였음에도 피고인이 그러한 확인의 노력을 하지 않은 채 그 사실의 적시에 적극적으로 나아갔다고 판단하였다.

그러나 피고인이 공소외 1의 개인정보에 해당하는 미국 영주권 보유 여부를 경쟁후보자인 공소외 1에게 개인적으로 물어 확인한다는 것이 제기된 의혹의 진위 여부를 확인하는 의미 있는 방법이라고 보기도 어렵거니와, 사실관계를 조사할 아무런 권한이 없었던 피고인이 그 밖의 방법으로 선거운동 기간 내에 이를 확인하는 것이 가능하였으리라고 보기는 어렵다.

(2) 원심은, 피고인이 1차 공표 전에 미리 공소외 2에게 위 트위터 내용이 사실인지 여부에 관하여 확인을 하지 않았으므로 사실 확인의 노력을 하지 않았다고 판단하였다.

그러나 기자인 공소외 2가 자신의 이름을 걸고 미디어의 속성을 갖는 트위터를 통해 의혹을 제기하는 취지의 글을 게시한 마당에, 그에게 다시 '게시한 글의 내용이 사실인지'를 묻는 것이 과연 어떠한 의미가 있는지 의문이다.

나아가 공소외 2는 2014. 5. 25. 10:52경 공소외 3에게 전화를 걸어 "공소외 1이 몇 년 전 공천에서 탈락한 뒤, '상관없습니다'.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'라는 말을 했으니 알아보라. 공소외 1에게 미국 대사관에 가서 확인하자고 하면 된다"는 취지의 말을 한 사실이 인정된다(공판기록 3권 1170, 1257쪽). 만일 피고인 측에서 1차 공표 전에 공소외 2와 연락을 하여 트위터 내용에 관해 문의하였다면, 공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다는 의심은 오히려 더욱 강고해졌을 것이 분명하다.

(3) 원심은, 피고인이 주한 미국 대사관이나 외교부에 타인의 영주권 보유 여부를 확인할 수 있는지, 본인이 영주권을 취득하지 않았다는 사실을 증명할 수 있는 서류를 발급받을 수 있는지 등을 문의하지 않은 점, 이민법 전문가에게 미국 영주권에 관한 자문을 받은 사실이 없는 점 등을 들어 피고인이 사실 확인의 노력을 하지 않았다고 판단하였다.

그러나 위 기관들이 개인정보인 미국 영주권 보유 여부를, 그것도 경쟁 후보자인 피고인 측에 확인하여 주었을 가능성은 없다고 보아도 무방하고, 피고인 측도 이러한 인식 하에 위 기관들에 문의하지 않은 것으로 보인다.

유의미한 결과를 얻을 수 없는 문의를 하지 않았다는 사정만으로 사실 확인의 노력을 다하지 않았다고 평가하거나 탓할 수는 없다.

(4) 한편 공소외 1이 자신의 자서전(□□□□□□)에 '미국 영주권을 신청한 사실이 없다'고 서술한 사실은 인정되나, 위 책은 자서전이라는 점에서 그 내용에 절대적인 신뢰를 부여하기는 어렵다고 할 것이다.

공소외 1은 2014. 5. 20. △△△△△총연합 임원회의에 참석한 사실이 있었는데, 그 후 위 회의에서 ● 모 목사가 한 세월호 관련 발언이 부적절하다는 여론이 일자 공소외 1 후보 측에서는 2014. 5. 23. '공소외 1이 위 임원회의에 참석하지 않았다'고 밝힌 바 있었다.

피고인 측은 이러한 여러 정황을 종합하여 위 자서전의 일부 내용만으로는 의혹을 해소하기 부족하다고 판단한 것으로 보인다.

결국, 피고인이 진실성에 강한 의문을 품고서도 의혹을 감히 공표하였다거나 확인의 노력을 다하지 않았다고 보기에는 부족하다.

(5) 피고인은 '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다'는 사실을 단정적으로 공표한 것이 아니라, '의혹을 사고 있다'는 사실을 적시하고, '사실대로 밝히라'는 해명 요구를 하였다.

피고인이 1차 공표 당시 반대 사실의 존재 가능성을 인식하고 있었음을 알 수 있는 사안에서 허위의 미필적 인식이 있다고 쉽게 인정한다면, 합리적인 추측에 기반을 둔 의혹 제기 자체가 봉쇄될 위험성이 있다.

4) 소결론

피고인이 1차 공표를 통하여 공표한 '공소외 1은 미국 영주권 보유에 관한 의혹을 사고 있다'는 사실은 허위라고 보기 어렵고, 피고인에게 허위의 인식이 있었다고 인정하기도 어렵다.

피고인의 이 부분 항소는 이유 있다.

나. 2차 공표 부분에 관한 판단

1) 피고인이 소명해야 할 사실

가) 피고인은 2차 공표를 통하여서는 공소외 1의 해명에도 불구하고 공소외 1 본인의 미국 영주권 보유의혹이 여전히 해소되지 않고 있다는 전제하에 "공소외 1은 공천에서 탈락한 뒤 지인들과 언론인들에게 '상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'고 말하고 다녔다"는 사실도 추가로 공표하였다.

그리고 피고인이 1차 공표와 달리 2차 공표에서는 '공소외 1이 공천 탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실을 간접적인 방법으로 암시하여 공표하였음은 앞서 본 바와 같다.

나) 따라서 피고인은 2차 공표와 관련해서는, "공소외 1이 공천에서 탈락한 뒤 지인들과 언론인들에게 '상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'고 말하고 다녔다"는 사실, 위와 같이 간접적으로 암시된 사실의 각 공표를 정당화할 사정을 소명할 부담을 진다.

2) 2차 공표의 위 각 사실이 허위인지 여부에 대한 판단

원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음 사정들을 종합하여 보면, 2차 공표의 위 각 사실은 허위라고 봄이 타당하다.

가) 공소외 1이 공소외 2에게 미국 영주권 보유 사실을 말했는지 : 부정

(1) 우선 공소외 2는 2014. 5. 25. 10:52경과 18:23경 두 차례에 걸쳐 공소외 3과 통화하면서, "공소외 1이 몇 년 전 공천에서 탈락한 뒤, '상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'라는 말을 하였으니 알아보라. 공소외 1에게 미국 대사관에 가서 확인하자고 하면 된다"는 취지의 말을 한 사실은 인정된다(공판기록 3권 1170, 1197, 1257, 1265쪽).

(2) 그러나 기록에 나타난 증거들에 의하면, 공소외 1은 미국에서 근무할 당시나 그 이후 미국 영주권을 취득하지 않았고, 그 결과 미국에서 근무할 당시는 물론 공천에서 탈락했을 당시나 2014. 5. 25. 당시에도 미국 영주권을 보유하고 있지 않았음을 인정할 수 있고(증거기록 5권 2695쪽), 피고인도 이에 대하여는 다투고 있지 아니하다.

(3) 그렇다면 공소외 1은 미국 영주권을 보유하고 있지 않으면서도 공소외 2에게 "상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다"라는 말을 하였다는 것이 되는데, 이는 경험칙상 받아들이기 어렵다.

특히 공소외 1은 수사기관에서부터 원심 법정에 이르기까지 일관되게 「① 공소외 2를 알지도 못하고(공판기록 3권 1295쪽), ② 2012년 자신이 공천에서 탈락하였을 무렵에는 이른바 '돈 봉투' 사건으로 기자의 전화를 받을 상황이 아니었을 뿐만 아니라(공판기록 3권 1307쪽), ③ 탐사보도 전문기자에게 '저는 미국 영주권이 있다'고 말했을 리가 없다」는 취지로 진술하였다.

반면 공소외 2는 위 말을 2012년에 들었는지 2008년에 들었는지조차 기억하지 못하고 있다(공판기록 3권 1356쪽).

(4) 결국 공소외 1이 공천에서 탈락한 2012년경 공소외 2에게 "상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다"고 말했을 가능성은 매우 낮다고 판단된다(다만 앞서 본 바와 같이 피고인 측 대변인인 공소외 3이 공소외 2로부터 위와 같은 말을 전해 들은 사실은 인정되므로, 이는 허위성의 인식에 관한 판단에서 고려하기로 한다).

나) 공소외 8이 공소외 1의 미국 영주권 보유를 확인해 주었는지 : 부정

(1) 원심은 공소외 8과 공소외 7을 대질 신문하였다.

공소외 8은「① 공소외 1의 미국 영주권 문제에 관하여 전혀 알지 못하고, ② 공소외 1로부터 “저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다”는 취지의 말도 들은 적이 없으며, ③ 공소외 7에게 “공소외 1과 피고인 모두를 아는 관계이기 때문에 선거에 관여할 수 없고, 공소외 1의 미국 영주권 문제에 대해서는 알지 못한다”는 취지로 대답하였다」고 진술하였고(공판기록 3권 1429쪽), 공소외 7은「공소외 8은 ‘안다, 모른다’로 대답한 것이 아니라, 거기에 대해서 말해 줄 수 없다는 취지로 대답하였다」고 진술하였다(공판기록 3권 1441쪽).

(2) 두 사람 모두 자신의 관점에서 바라본 사실을 진술하고 있다고 생각되는데, 공소외 8은 공소외 7의 질문에 대하여 “공소외 1과 친한 사이라서 관여하고 싶지 않고, 알지도 못한다”는 취지로 대답한 것으로 보이고, 공소외 8을 통해 정보의 진위를 확인하고 싶었던 공소외 7은 “공소외 1과 친한 사이라서 관여하고 싶지 않다”는 부분에 주목하여 공소외 8이 정보를 숨기고 있다고 생각한 것으로 보인다.

그러나 피고인에게 최대한 유리하게 해석하더라도, ‘말해 줄 수 없다’는 내용을 두고 공소외 8이 공소외 7에게 공소외 1의 위 발언을 ‘확인’해 주었다고 인정할 여지는 없어 보인다.

다) 암시된 사실의 허위 여부 : 긍정

2차 공표를 통하여 간접적인 방법으로 암시된 사실 즉 ‘공소외 1이 공천 탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다’는 사실이 허위임은 위에서 본 바와 같다.

라) 소결

피고인은 공소외 1의 1차 해명에도 불구하고 여전히 ‘공소외 1 본인의 미국 영주권 보유 의혹이 해소되지 않았다는 전제하에 “공소외 1은 공천에서 탈락한 뒤 지인들과 언론인들에게 ‘상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다’고 말하고 다녔다”는 사실을 추가로 공표하였다.

그러나 ① 공소외 1은 공천에서 탈락하였던 2012년 3월경 지인이나 언론인에게 위와 같은 말을 한 사실이 없었고, ② 피고인이 위 내용에 대하여 ‘다수’의 증언을 제보받지도 못하였으며, ③ 달리 2차 공표를 통하여 암시된 ‘공소외 1 후보의 미 영주권 보유사실’을 뒷받침할 소명자료도 없었다.

결국, 피고인이 2차 공표를 통하여 직접 밝혔거나 간접적으로 암시한 위 각 사실은 모두 허위라고 봄이 타당하다.

3) 허위성의 인식에 관한 판단

나아가 다음과 같은 사정을 종합하면, 피고인에게는 2차 공표를 통하여 공표한 위 각 사실이 허위라는 점에 관한 미필적 고의는 있었다고 볼 수 있다.

가) 사실확인 노력의 미흡

(1) 피고인 선거사무소는 결국 공소외 2로부터만 “공소외 1이 공천에서 탈락한 뒤 지인들과 언론인들에게 ‘상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다’고 말하고 다녔다”는 사실을 전해 들었을 뿐, 공소외 1의 지인이나 다른 언론인으로부터 위 사실을 확인하지는 못하였다.

그리고 위 사실은 언론 기사 등을 통해 확인된 적이 없음은 물론 트위터상에서도 전혀 전파된 바 없었다.

- (2) 위 '다수의 증언'은 그 표현과 경위가 구체적이고 생생할 뿐만 아니라, 내용도 공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다는 사실을 여러 사람들에게 말하고 다녔다는 것이어서 공소외 1의 미국 영주권 보유 여부를 추단계 하는 강력한 정황이 된다.

위와 같은 증언의 존재와 그 내용의 적시는 유권자들을 오도할 위험성이 있는 만큼, 피고인으로서는 사실 확인의 노력을 하였어야 했다.

특히 최소한 '다수'의 증언이 있었는지 여부를 확인하는 것은 시간적, 물리적으로 사회통념상 가능하였다고 인정되는데, 피고인은 이러한 노력을 충분히 하지 않은 채 만연히 '다수'의 증언이 있다고 주장하면서 그 내용의 적시에 적극적으로 나아간 것으로 보인다.

나) 공소외 1의 해명 및 사과요구와 그로 인한 상황의 변화

- (1) 피고인은 1차 공표에서는 공소외 1 본인과 두 자녀의 미국 영주권 보유 의혹에 관하여 '사실대로 밝힐 것'만을 요구하였을 뿐, '객관적인 자료'를 제시할 것을 요구하지 아니하였다.

이에 공소외 1은 2014. 5. 25. 15:16경 '피고인 후보님께 드리는 편지'를 인터넷에 게재하여, 두 자녀가 미국 시민권을 보유하고 있으며 미국에서 교육을 받았다는 사실을 시인하고, 다만 자신이 미국 영주권을 보유하고 있다는 사실에 대해서는 강하게 부인하면서 사과를 요구하였다.

그렇다면 피고인의 의혹 제기와 해명 요구에 대하여 공소외 1이 공개적으로 해명함으로써, 공소외 1의 미국 영주권 보유 의혹은 어느 정도 해소되었다고 평가할 여지가 생겼다.

- (2) 물론 공소외 1은 위 편지글을 게시하면서 객관적인 자료를 제시하지 않았으므로, 공소외 1의 해명에도 불구하고 피고인이 다시 객관적 자료를 요구하는 것 자체는 정당화될 수 있다.

그러나 피고인은 공소외 1에게 단순히 객관적인 자료를 제시할 것을 요구하는 데 그치지 않고, 앞서 본 바와 같이 "공소외 1은 공천에서 탈락한 뒤 지인들과 언론인들에게 '상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'고 말하고 다녔다"는 사실을 추가로 공표하였고, 이후 라디오 방송에서도 '신빙할 제보가 있다', '일정한 검증을 했다', '공소외 1의 해명은 믿기 어렵다'는 취지의 발언을 하였다.

- (3) 이러한 피고인과 공소외 1의 공방과정을 전체적으로 살펴보면, 유권자의 입장에서는 공소외 1은 미국 영주권을 보유하고 있거나 보유한 적이 있음에도 불구하고 거짓 해명을 하고 있으며, 피고인에게 공소외 1의 미국 영주권 보유 사실을 증명할 강력한 정황증거가 있다고 받아들일 가능성이 크다.

- (4) 이런 상황에서 피고인이 상당히 믿을 만한 증거가 있음을 밝히면서도 정작 그 증거의 내용을 사전에 면밀히 확인하고 신빙성을 따지는 것에 소홀히 한 채 보유하고 있는 증거의 양과 질을 과장하였다면, 증거에 관한 위와 같은 사실의 공표 과정에도 허위의 미필적 고의가 있었다고 보아야 하고, 그러한 증거 설명을 통하여 제3자에게 암시될 사실에 대하여도 허위의 미필적 고의가 있었다고 보는 것이 타당하다.

4) 피고인에게 공소외 1이 당선되지 못하도록 할 목적의 유무

'당선되지 못하게 할 목적'은 후보자에 관한 허위의 사실을 공표함으로써 선거인의 정확한 판단을 흐리게 하고 그에 따른 투표의 결과 후보자로 하여금 유효투표의 다수를 얻지 못하게 할 목적을 의미한다고 할 것이고(대법원 2007. 6. 29. 선고 2007도2817 판결 등 참조), 적극적으로 당선되지 못하게 할 것을 의욕하거나 희망할 것까지는 없고 단순히 당선되지 못하게 한다는 인식이 있는 것으로 충분하다고 할 것이다(대법원 2007. 7. 27. 선고 2007도3598 판결

등 참조). 한편 그 목적이 있었는지 여부는 피고인의 사회적 지위, 피고인과 후보자 또는 경쟁 후보자와의 인적 관계, 공표행위의 동기 및 경위와 수단·방법, 행위의 내용과 태양, 그러한 공표행위가 행해진 상대방의 성격과 범위, 행위 당시의 사회상황 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2006. 5. 25. 선고 2005도4642 판결, 대법원 2007. 1. 15. 선고 2006도7473 판결 등 참조).

앞에서 본 사정들, 즉 공소외 1이 1차 해명을 하였음에도 이에 대한 별다른 확인절차를 거치지 않고 2차 공표에 나아간 점, 그러한 확인의 노력은 시간적, 물리적으로 충분히 가능하였다고 보이는 점, 단순한 공직담당자격 검증은 객관적인 자료 제시를 요구하는 것만으로도 충분하였다는 점 등을 종합하여 보면, 공직적격 검증을 위한다는 주관적인 목적과 의도에 따른 것이라고 볼 면이 있고, 적극적으로 낙선을 의욕하거나 희망한 것이라고 까지 볼 수는 없지만, 피고인에게 2차 공표를 통하여 경쟁 후보자인 공소외 1이 단순히 당선되지 못하게 한다는 인식은 있었다고 봄이 타당하다.

5) 소결

피고인이 2차 공표를 통하여 허위의 사실을 직접 또는 암시의 방법으로 공표하였고, 피고인에게 허위라는 점에 대한 미필적 인식과 낙선의 목적도 있었다고 인정되므로, 이 부분 허위사실공표에 대한 책임을 져야 한다(피고인의 변호인들은, 후보자의 공직적격 검증을 위한 질의와 답변 과정에서의 허위사실공표죄는 후보자 간 방송토론에서의 허위사실공표죄의 경우와 마찬가지로 제한적으로 적용되어야 한다고 주장한다).

그러나 피고인의 2차 공표는 후보자 간 방송토론 중 발언이 아님은 분명하고, 공방이 즉흥적으로 이루어지는 후보자 간 방송토론과 달리 공소외 1의 해명 이후 대응 방안을 검토하기에 충분한 시간적 간격이 지난 후에 이루어졌으므로, 이러한 주장은 받아들이기 어렵다. 이 부분 피고인의 항소는 받아들이지 않는다.

5. 결론

원심판결 중 2014. 5. 25. 국회 정론관 기자회견에서의 허위사실공표로 인한 지방교육자치에관한법률위반의 점에 대한 피고인의 항소는 이유 있고, 위와 같이 무죄로 되는 부분과 나머지 원심 판시 죄를 형법 제37조 전단의 경합범으로 처리하여 하나의 형을 선고한 원심판결은 전부 파기될 수밖에 없다.

따라서 피고인과 검사의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소 이유의 요지

가. 사실오인 및 법리오해(피고인)

1) 피고인은 "공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다"는 사실을 공표한 것이 아니다.

피고인은 "공소외 1이 미국 영주권을 보유한 적이 있다"거나 "공소외 1이 미국 영주권을 현재 보유하고 있다"는 사실을 단정하거나 이를 암시하여 공표한 것이 아니라, 미국 영주권 보유 의혹이 제기되고 있다는 사실 또는 영주권 보유 의혹이 있다는 사실을 지적하면서 공소외 1에게 제기된 의혹에 대한 해명을 요구하고, 해명함에 있어서 객관적인 자료의 제시를 요구한 것이며, 이는 표현이나 문맥상 분명하다.

그리고 검사로서는 마땅히 피고인이 공표한 내용 중 무엇이 공직선거법 제250조 제2항의 '허위사실'에 해당하는지를 특정하여야 하는데, 검사는 피고인이 공표한 허위사실이 무엇인지 특정하지도 않았다.

그럼에도 원심은, 피고인이 '공소외 1이 미국 근무 당시 미국 영주권을 취득하여 2014. 5. 25.까지 이를 보유하고 있다'는 사실과 '공소외 1이 공천탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실을 암시하여 공표하였다고 판단하였다.

따라서 원심판결에는 허위사실공표죄에서의 '공표사실 특정'에 관한 법리오해 및 사실오인의 위법이 있다.

2) 피고인의 '해명 및 객관적 자료제시 요구'는 '허위사실의 공표'에 해당하지 않는다.

피고인의 공소외 1에 대한 이 사건 해명요구와 객관적인 소명자료의 제시요구는 선거 과정에서 당연히 예정되어 있는 경쟁 후보자들 상호 간의 비판과 공직적격 검증에 해당하므로 공직선거법상 허용되는 적법한 선거운동의 범주에 속한다.

그럼에도 원심은, 피고인의 공소외 1에 대한 미국 영주권 보유 의혹에 대한 해명 요구를 '허위사실의 공표'에 해당한다고 보았는바, 이러한 원심판결에는 공직적격 검증을 위한 언론 및 선거운동의 자유와 낙선 목적 허위사실공표죄의 관계에 대한 법리를 오해하고 사실을 오인한 위법이 있다.

3) 피고인은 공표사실이 허위임을 인식하지 못하였고, 오히려 영주권 보유 의혹이 진실인 것으로 믿을 만한 상당한 이유가 있었다.

피고인에게는 해명 요구 당시 피고인이 공표한 사실이 허위라는 점에 관한 인식이 없었고, 오히려 그러한 의혹이 진실인 것으로 믿을 만한 상당한 이유가 있었다.

그럼에도 원심은, "피고인에게 미필적 고의를 인정할 수 있고, 피고인이 제시한 소명자료에 의하더라도 그러한 의혹이 진실인 것으로 믿을 만한 상당한 이유가 있다고도 인정되지 않는다"고 판단하였는바, 원심판결에는 허위사실공표죄에서의 미필적 고의, 의혹이 진실인 것으로 믿을 만한 상당한 이유에 관한 법리오해 및 사실오인의 위법이 있다.

4) 피고인은 '공소외 1을 당선되지 못하게 할 목적'으로 해명 요구를 한 것이 아니다.

피고인은 공직적격 검증목적에서 의혹에 대한 해명을 요구하고 객관적인 자료제시를 요구한 것이므로 공소외 1을 당선되지 못하도록 할 목적에서 해명요구 등을 하였다고 사실인정을 하는 것은 부당하다.

상대 후보에게 제기된 의혹의 해명을 요구하고, 상대 후보가 이에 대하여 해명을 하는 일련의 과정을 통하여 의혹을 받는 후보에게 불리한 여론이 형성되더라도 그것은 선거의 특성상 일정 부분 수용할 수밖에 없으며, 그러한 결과가 발생할 우려가 있다고 하여 곧바로 의혹을 제기하는 사람에게 상대 후보에 대한 '낙선 목적'이 있다고 인정할 수는 없다.

그럼에도 원심은, "피고인에게 공소외 1이 당선되지 못하도록 할 목적이 있었다"고 판단하였는바, 원심판결에는 허위사실공표죄에서의 당선되지 못하게 할 목적에 관한 법리오해 및 사실오인의 위법이 있다.

나. 양형부당(피고인, 검사)

원심의 양형(벌금 500만 원)은 너무 무거워서 부당하다(피고인). 반대로 원심의 양형은 너무 가벼워서 부당하다(검사).

2. 기본적인 사실관계 및 주요 쟁점

가. 기본적인 사실관계

1) 주요 등장인물

- ① 피고인은 2014. 6. 4. 제6회 전국동시지방선거에서 서울특별시 교육감으로 당선된 사람이고, 공소외 1은 위 선거에 서울특별시 교육감 후보자로 출마한 사람이다.
- ② 공소외 5와 공소외 3은 피고인 선거사무소의 공보담당자들로서 이 사건 2014. 5. 25.자 보도자료 및 2014. 5. 26.자 답신 글을 작성한 사람들이며, 공소외 7은 피고인 선거사무소의 선거대책본부위원장이었다.
- ③ 공소외 2는 ▽▽▽ 기자로 일하다가 2013년 3월경 사직한 후 인터넷 언론사인 '○○○○'의 기자로 활동 중인 사람이다.
- ④ 공소외 8은 ▽▽▽ PD였다가 2001년 3월경부터 2005년 3월경까지 ◁◁◁TV의 전신인 ▷▷TV의 대표이사를 역임한 사람으로 공소외 1과 1999년부터 알고 지내오던 공소외 1의 지인이다.

2) 공소외 2의 트윗 글 게시 등

- ① 2014. 5. 23.(금) 19:39경, 공소외 2는 자신의 트위터 계정(계정 생략)에 "서울시 교육감 후보로 나선 공소외 1 후보는 자녀들을 어디서 공부시키셨나요? 한국에서 공부를 시키지 않으셨으면 왜 그러신 건가요? 본인 역시 미국 영주권을 갖고 계시지요? 정말 한국의 교육을 걱정하십니까? 걱정할 만큼 잘 알고 계십니까? 궁금합니다.

"라는 트윗 글을 게시하였다(증거기록 1권 497쪽).

- ② 2014. 5. 23.(금) 저녁 무렵, 피고인은 공소외 5, 공소외 3으로부터 "공소외 2가 트위터에 공소외 1의 미국 영주권에 관한 글을 게시하였고, 이에 따라 공소외 1의 미국 영주권 보유 여부에 관한 의혹이 있다"는 내용의 보고를 받았다.
- ③ 2014. 5. 24.(토) 오후 무렵, 공소외 5와 공소외 3은 공소외 1의 미국 영주권 보유 의혹에 관한 기자회견문 초안을 작성한 후 피고인에게 기자회견을 건의하였고, 저녁 무렵 피고인은 기자회견 개최를 승낙하였다.
- ④ 2014. 5. 26.(월) 기준 공소외 2의 트위터 계정의 팔로워(follower) 수는 58,971명에 이르렀다.

2014. 5. 24.(토) 자정까지 1,377명의 트위터 이용자들이 공소외 2의 위 트윗 글을 리트윗(retweet)하였다(증 제66호증 CYRAM의 서울시 교육감 선거 관련 트윗 분석 3쪽, 공판기록 5권)

3) 피고인의 국회 정론관에서의 기자회견(이하 편의상 '1차 공표'라고 한다)

2014. 5. 25.(일) 11:00경, 피고인은 국회 정론관 기자회견장에서 '공소외 1 후보는 미 영주권 문제를 즉각 해명하라'는 제목의 보도자료(별지 1 참조)를 기자들에게 배포하고, 그 내용을 그대로 읽어 내려가는 방식으로 기자회견을 하였다(증거기록 1권 346쪽).

4) 공소외 1의 인터넷 공개편지 게시와 라디오 방송에서의 해명

- ① 2014. 5. 25.(일) 15:16경, 공소외 1은 위와 같은 피고인의 기자회견에 대하여 '피고인 후보님께 드리는 편지'라는 제목의 글(별지 2 참조)을 인터넷에 게시하였다(증거기록 1권 461쪽)
- ② 2014. 5. 26.(월) 06:00~08:00경, 공소외 1은 라디오 프로그램인 '공소외 9의 ♡♡♡ 전망대'의 진행자 공소외 9와 방송 중 전화통화를 하면서 자신은 미국 영주권을 보유하고 있지 않다고 해명하였다(증거기록 3권 1325쪽).

5) 피고인의 '공소외 1 후보님께 드리는 답신' 게재와 라디오 방송에서의 발언 등(이하 편의상 '2차 공표'라고 한다)

- ① 2014. 5. 26.(월) 17:38경, 피고인은 자신의 선거사무실에서 '공소외 1 후보님께 드리는 답신'이라는 제목의 글(별지 3 참조)을 인터넷에 게재하고, 기자들의 이메일로 이를 발송하였다(증거기록 1권 465쪽, 3권 1654쪽).
 - ② 2014. 5. 26.(월) 17:55경, 공소외 2는 트위터에 피고인의 위 답신 글을 링크하고, "만약 공소외 1 후보께서 관련 증빙 서류를 명백히 제시하신다면 의문을 제기한 저도 즉각 사과드리겠습니다"라는 트윗 글을 게재하였다(증거기록 1권 498쪽).
 - ③ 2014. 5. 27.(화) 06:00~08:00경, 피고인은 위 라디오 프로그램의 진행자인 공소외 9와 방송 중 전화통화를 하면서 원심 범죄사실 제2항 기재와 유사한 취지의 발언을 하였다(증거기록 3권 1382쪽). 구체적인 발언 내용은 별지 4와 같다.
 - ④ 2014. 5. 27.(화) 06:25~07:55경, 피고인은 라디오 프로그램인 '안녕하십니까 공소외 10입니다'의 진행자인 공소외 10과 라디오 방송 중 전화통화를 하면서 원심 범죄사실 제2항 기재와 유사한 취지의 발언을 하였다(증거기록 3권 1388쪽). 구체적인 발언 내용은 별지 5와 같다.
- 6) 공소외 1의 고발, 구 여권 사본 제출 및 공소외 2의 사과 트윗 글 게시
- ① 2014. 5. 27.(화) 11:00경, 공소외 1은 서울특별시 선거관리위원회에 피고인을 고발하면서 그 고발장에 증거자료로 자신의 구 여권 사본을 첨부하여 제출하였다(증거기록 1권 151쪽).
 - ② 2014. 5. 27.(화) 20:29경, 공소외 2는 "공소외 1 후보 자신의 영주권 소지 의혹 부분은 공소외 1 후보의 서류 제출로 해소된 듯합니다.

제가 의혹을 제기한 부분의 근거는 있습니다만 말할 필요가 없게 됐구요. 공소외 1 후보께 사과 드립니다.

"라는 트윗 글을 게재하였다(증거기록 1권 499쪽).

나. 이 사건의 쟁점

1) 피고인이 공표한 사실은 무엇인지(공표사실의 확정)

별지 1, 3, 4, 5의 기재에 의하면, 피고인이 2014. 5. 25. 기자회견 및 2014. 5. 26. 답신 글 게재, 2014. 5. 27. 라디오 방송에서의 발언 등을 통하여 여러 가지 사실을 공표하고 다양한 의견을 표명하면서 공소외 1에게 미국 영주권 보유 의혹에 대한 해명을 요구하거나 해명을 뒷받침할 만한 객관적인 자료제시를 요구한 사실을 인정할 수 있다.

이에 대하여 검사는, '공소외 1이 미국 영주권을 보유한 사실 등이 없음에도 피고인이 1, 2차 공표를 하여 공소외 1이 당선되지 못하게 할 목적으로 허위의 사실을 공표하였다'고 공소를 제기하였다.

원심에서는 이 사건을 국민참여재판으로 진행하기로 한 다음 배심원들에게 설명할 쟁점을 정리하였는데, 피고인의 변호인을 포함한 소송관계인들은 '피고인이 1, 2차 공표를 통하여 사실을 공표한 것인지, 아니면 의견을 표명한 것인지'를 첫 번째 쟁점으로하기로 의견을 모았다.

그리고 배심원 선정기일을 거쳐 진행된 제1회 공판기일에서도 검사와 변호인은 앞서 정리된 쟁점에 따라 배심원들에게 이 사건의 첫 번째 쟁점은 사실의 공표인지, 의견의 표명인지라고 설명하였다.

원심법원은 배심원들에게 제시된 위와 같은 쟁점 및 그에 대한 법정에서의 공방을 바탕으로 '사실의 공표가 아니라 의견표명에 불과하다는 주장에 관하여'라는 제목으로 이에 대하여 판단하였는데, "피고인이 표현한 내용은 증거에 의하여 입증이 가능한 것이므로 '사실의 표명'에 해당한다"고 판시하였다(원심 판결문 제9, 10쪽).

그런데 피고인의 변호인들은, 당심에 이르러 원심에서와는 다른 각도에서 변론하면서 피고인의 1, 2차 공표 내용을 구체적으로 분석하여 피고인이 공표한 사실을 특정하여야 한다고 주장한다.

즉 피고인의 변호인들은, 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 "공소외 1이 미국 영주권을 보유한 적이 있다"거나 "공소외 1이 미국 영주권을 현재 보유하고 있다"는 사실(이하 'A사실'이라고 한다)을 공표한 것이 아니라, 해명을 요구하는 과정에서 "영주권 보유 의혹이 있다"는 사실(이하 'B 사실'이라고 한다) 또는 "제3자에 의해 영주권 보유 의혹이 제기되어 그러한 의혹이 존재한다"는 사실(이하 'C 사실'이라고 한다)을 공표한 것이라고 주장하고 있다.

따라서 당심에서는 우선, 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 공소외 1의 미국 영주권 보유와 관련하여 공표한 사실이 무엇인지를 확정할 필요가 있다.

왜냐하면, 피고인이 공표한 사실이 위에서 본 'A 사실'인지, 'C 사실'인지, 혹은 'B+C 사실'인지는 어의(語義)나 표현상으로도 서로 명백히 구분되고, 나아가 공표한 사실이 허위인지, 허위라면 피고인에게 허위성의 인식이 있었는지, 그것이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 큰 차이가 있을 수밖에 없기 때문이다.

즉, 피고인이 'A 사실'을 공표한 것이라면 피고인으로서에는 그에 상응하는 수준의 객관적인 소명자료를 제시할 책임을 부담하는 것이고, 피고인이 'C 사실' 그 자체만을 담백하게 공표한 것이라면 공표 당시 '제3자에 의해 공소외 1의 영주권 보유 의혹이 제기되어 존재하였는지'가 허위 여부의 판단 기준이 될 수 있으며, 'B 사실' 혹은 'B+C 사실'을 공표한 것이라면 공표 당시 공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다고 의심할 만한 정황이 존재하였는지, 피고인이 의혹을 제기할 만한 정도의 소명자료는 가지고 있었는지를 따져야 할 것이기 때문이다.

2) '허위사실의 공표'에 해당한다고 평가할 수 있는지

피고인의 변호인들 주장대로, 피고인이 'A 사실'을 단정적 표현을 사용하여 혹은 암시하여 공표한 것이 아니라, 공소외 2 등이 영주권 보유 의혹을 제기하였다는 사실에 기대어 피고인 자신도 공소외 1의 미국 영주권 보유 의혹을 제기하고(즉, '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다고 의심케 하는 여러 사실이 존재한다'는 사실을 공표하고) '해명'을 요구한 것으로 즉, 'B+C 사실'을 공표한 것으로 볼 수 있다고 하더라도, 그러한 행위가 무제한 허용될 수 있는 것은 아니다.

그러한 표현이 이루어진 맥락 및 경과, 다른 정황 등 여하에 따라서는 피고인의 1, 2차 공표를 접한 유권자 입장에서 피고인이 단순히 의혹을 제기하고 있다는 사실에 관심을 두고 주목하기보다는 의혹 사실이 진실이라고 받아들일 수도 있기 때문이다.

따라서 피고인이, 마치 언론의 보도처럼, 'C 사실' 그 자체만을 담백하게 공표한 것으로 인정되지 않는 한, 피고인으로서 그러한 의혹제기를 정당화할 만한 합리적인 사정 즉, '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다고 의심할 만한 정황들이 실제 존재하였다'는 점을 소명하여야 할 부담을 진다고 할 것이다.

3) 공표 내용이 허위라고 인식하였는지, 상당한 이유가 있었는지 여부 등

피고인이 1, 2차 공표를 통하여 공표한 사실의 전부 또는 일부가 '허위사실'에 해당한다면, 피고인에게 공표한 내용이 허위라는 점에 대한 고의가 있었는지, 또는 공표한 내용이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있었는지 여부를 따져보고, 피고인에게 공소외 1을 당선되지 못하게 할 목적이 있었는지 여부도 살펴보아야 한다.

4) 적법한 선거운동의 범주에 속한다는 주장 : 별도의 쟁점으로 판단하지는 않음.

피고인의 변호인들은, 피고인의 행위는 적법한 선거운동의 범주에 속한다는 주장도 하고 있다.

공직선거법은 선거운동 자유의 원칙을 선언하면서도 예외적으로 법률에 의해 금지 또는 제한되는 행위를 정하고 있는데, 허위사실공표죄는 공직선거법상 금지된 행위 중 하나이다.

그러므로 피고인의 행위가 허위사실공표에 해당하는 것으로 평가된다면 결과적으로 피고인의 행위는 적법한 선거운동의 범주에 속할 수 없게 된다.

따라서 피고인의 공표행위가 허위사실 공표죄에 해당하는지 여부를 판단하면 그것이 적법한 선거운동에 해당되는지 여부도 함께 판단되는 것이므로 적법한 선거운동에 해당한다는 취지의 피고인 변호인들의 주장에 대하여는 별도의 쟁점으로 따로 판단하지 않는다.

다만 피고인의 행위가 허위사실공표죄를 구성하는지를 판단함에 있어서, '선거운동 자유가 원칙이고 금지와 제한은 예외'임을 선언한 공직선거법의 입법취지를 고려하여야 함은 물론이다.

변호인들의 주장 취지 역시 이점에 있다고 이해된다.

3. 피고인이 공표한 사실은 무엇인지

가. 이 사건 공소사실의 요지 및 검사가 제시한 피고인의 공표사실

1) 이 사건 공소사실의 요지

이 사건 공소사실의 요지는 아래와 같다.

가) 1차 공표에 의한 허위사실공표

피고인은 2014. 5. 25. 11:00경 국회 정론관 기자회견장에서 "공소외 1 후보는 미 영주권 문제를 즉각 해명하라"는 제목으로 "공소외 1 후보 자신과 두 자녀의 미 영주권 보유 문제, 사실대로 밝히라... 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... 만약 이 제보가 사실이라면, 공소외 1 후보는 대한민국 서울의 유권자들을 우롱하고 있는 것입니다... 또 공소외 1 후보는 그 자신이 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹을 사고 있습니다.

만약 이게 사실이라면, 공소외 1 후보는 서울시 교육감 후보가 될 자격이 없습니다... 민주진보 단일후보로서 사태를 정확하게 정리하고 유권자들의 판단을 돕기 위해, 공소외 1 후보에게 다음과 같은 사항을 요구하는 바입니다.

1. 공소외 1 후보는 자신의 미국 영주권 보유 문제와, 두 자녀의 미국 영주권 보유 문제에 대해 사실대로 밝히라..."는 내용으로 작성된 보도자료를 기자들에게 배포하고, 위 보도자료 내용을 그대로 읽어 내려가는 방식으로 기자회견을 개최하였다.

그러나 피고인은 위 트위터 내용 이외에 공소외 1의 영주권 보유 여부에 대한 제보를 받은 사실이 없고, 공소외 1은 미국에서 근무할 때 비이민비자를 받아 근무한 것에 불과할 뿐 미국 영주권을 보유한 사실이 없었다.

이로써 피고인은 서울시 교육감 후보자였던 공소외 1이 당선되지 못하게 할 목적으로 허위의 사실을 공표하였다.

나) 2차 공표에 의한 허위사실공표

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... 만에 하나 공소외 1 후보님께서 영주권을 받으셨다면, 그 시점은 지금처럼 요건이 강화되기 전일 것이므로 그 말씀만으로는 유권자들의 의혹을 씻어내기 어려울 것으로 보입니다.

"라는 내용을 기재하여 피고인의 선거캠프 홈페이지 및 각 기자들의 이메일로 이를 발송하고, 이후 2014. 5. 27. 2회에 걸쳐 라디오 방송에서 위와 같은 취지로 발언하였다.

그러나 피고인은 위 내용에 대하여 다수의 증언을 제보받은 사실이 없고, 공소외 1은 미국 영주권을 보유한 사실이 없으며, 공천에서 탈락하였던 무렵인 2012년 3월경 지인이나 언론인에게 '미국 영주권이 있다거나 미국 가서 살면 된다'고 말한 사실이 없다.

이로써 피고인은 서울시 교육감 후보자였던 공소외 1이 당선되지 못하게 할 목적으로 허위의 사실을 공표하였다.

2) 검사가 제시한 피고인의 공표사실

검사는 공소장에 '피고인이 공표한 사실이 무엇인지'에 관하여 분명하게 기재하지는 않았다.

그렇지만, 공소장의 전체적인 내용과 결론에 이르는 논리의 전개 과정을 종합하여 보면, 검사는, 피고인이 1차 공표를 통하여서는 ① '제보를 받았다는 사실', ② '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다는 사실'을 공표하였고, 2차 공표를 통하여는 ① '다수의 증언을 제보받았다는 사실', ② '공소외 1이 미국 영주권을 보유하였다는 사실', ③ '공소외 1이 공천에서 탈락하였던 무렵인 2012년 3월경 지인이나 언론인에게 "미국 영주권이 있다거나 미국 가서 살면 된다"고 말하였다는 사실'을 공표한 것으로 보고 그것이 공직선거법상의 허위사실의 공표에 해당한다고 기소한 것임을 알 수 있다.

나. 원심 판단의 요지

피고인은 제보나 의혹 내용을 제시하면서 가정적인 표현을 사용함으로써 피고인의 발언 내용이 타인으로부터 제보받은 것임을 밝혔으나 그 표현내용은 증거에 의한 증명이 가능한 것이므로 사실의 표명에 해당한다.

그리고 피고인은 1차 공표를 통하여 '공소외 1이 미국 근무 당시 미국 영주권을 취득하여 2014. 5. 25.까지 이를 보유하고 있다'는 사실을 암시하여 공표하였고, 2차 공표를 통하여 '공소외 1이 공천탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실을 암시하여 공표하였다고 판단하였다.

다.

당심의 판단

1) 피고인이 공표한 사실이 무엇인지 확정함에 있어서 고려한 대법원 판결 및 법리 등

가) 공직선거법 제250조 제2항은 낙선의 목적으로 후보자에 대하여 허위사실을 공표하는 행위를 금지하고 이를 위반하는 경우 7년 이하의 징역 또는 500만 원 이상 3,000만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

위 조항의 입법취지는 허위의 사실을 공표하여 선거인의 올바른 판단에 영향을 미치는 행위를 규제함으로써 선거의 공정성을 보장함에 있다(대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도8368 판결 등 참조).

나) 공직선거법 제250조 제2항에서 규정하는 허위사실공표죄가 성립하려면, 우선 허위의 사실을 공표하여야 하고, 여기에서 허위의 사실이라 함은 진실에 부합하지 않은 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이면 충분하지만, 단순한 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표

현에 불과한 경우에는 이에 해당되지 아니한다 할 것인바, 어떤 진술이 사실주장인가 또는 의견표현인가를 구별함에 있어서는 선거의 공정성을 보장한다는 입법취지를 염두에 두고 언어의 통상적 의미와 용법, 문제 된 말이 사용된 문맥, 입증가능성, 그 표현이 행하여진 사회적 상황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 할 것이다(대법원 2000. 4. 25. 선고 99도4260 판결 등 참조). 한편 의견이나 평가라고 하더라도 그것이 진실에 반하는 사실에 기초하여 행해지거나 의견이나 평가임을 빙자하여 간접적이고 우회적인 표현 방법으로 허위사실을 암시하는 경우에도 위 죄가 성립된다(대법원 2011. 12. 22. 선고 2008도11847 판결 참조).

다) 그러나 공직선거법 제250조 제2항은 정치적 표현의 자유에 대한 제한입법이며, 동시에 형벌조항에 해당하므로 이를 구체적 사건에 적용함에 있어서는 제한되는 기본권의 의미와 비중을 엄밀하게 고려하여 그것이 과도하게 침해되지 않도록 신중한 주의를 기울일 필요가 있다.

법관에게는 헌법 규정 및 정신에 합치되도록 법률을 해석·적용할 의무가 주어져 있기 때문이다.

그런데 피고인이 사용한 표현과는 다른 내용을 피고인이 '암시'하였다고 쉽게 인정한다면, 경우에 따라서는 피고인 자신이 하지도 않은 표현에 대하여 형사적 책임을 물을 기초가 제공되는 셈이 될 뿐만 아니라, 나아가 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권주체는 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높고, 그로 인해 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 가능케 하여 이러한 표현들이 상호 검증을 거치도록 한다는 표현의 자유의 본래의 기능은 상실된다.

이러한 위축효과로 인하여 국민의 대표자가 되고자 하는 사람이 어떤 사람이고, 무슨 정책을 내세우고 있는지, 그 이력과 인간됨은 어떠한지에 대한 정보가 다양한 방식으로 제대로 제공될 가능성이 축소될 것 또한 어렵지 않게 상정할 수 있다.

요컨대 위 법률조항을 적용함에 있어서, 위 법률조항의 적용을 통하여 확보하고자 하는 선거의 공정성의 무게를 의식하되, 다른 한편으로 대의민주주의의 핵심인 선거 과정에서 차지하는 표현의 자유의 위와 같은 비중 역시 균형감 있게 그리고 섬세하게 염두에 두어야 한다.

라) 따라서 피고인이 간접적이고 우회적인 표현 방법으로 허위사실을 암시하였다고 평가하기 위해서는 피고인이 사용한 표현의 어의, 시기와 상황, 전체적인 취지, 수신자의 입장 등을 종합하여, 피고인이 '의혹의 제기' 또는 '해명 요구' 형식을 '빙자'하여 허위사실의 존재를 구체적으로 '암시'하였음이 합리적인 의심이 없을 정도로 증명되어야 한다.

'의심스러울 때에는 피고인의 이익으로, 자유의 이익으로'라는 헌법 및 형사소송법의 대원칙이 그렇기도 하거니와, 만일 이와 같이 보지 않는다면 의혹에 대한 해명을 요구하기 위해서 그 의혹의 내용을 이루는 구체적 사실을 제시한 경우 모두가 의혹 사실을 '암시'하여 공표한 것으로 판단될 위험성이 있고, 그럴 경우 의혹을 받고 있는 후보자가 있다고 하더라도 그의 공직담당 적격을 검증하는 것이 사실상 봉쇄될 수 있기 때문이다.

마) 대법원도 '축재하였다'는 표현과 '축재의 의혹을 받고 있다'는 표현은 어의(語義) 상 명백히 구분되고 공표사실의 허위성에 관한 증명에 있어서도 차이가 있을 수밖에 없으므로, 피고인이 적시한 '축재의 의혹을 받고 있다'는 사실을 '축재하였다'는 것으로 변경하여 인정할 수는 없다고 본 원심판결을 긍정한 바 있다(대법원 2014. 1. 29. 선고 2013도14558 판결 참조). 이 사건의 경우도 위 대법원 판결의 취지를 반영하여 피고인이 공표한 사실 및 내용이 무엇인지를 확정할 필요가 있다.

바) 이러한 구분이 의혹 제기의 무제한 허용으로 이어지는 것은 아니다.

피고인이 앞서의 'A 사실'을 단정적으로 혹은 암시하여 공표한 것이 아니라, 'B 사실'을 적시한 것으로 인정된다 하더라도, 그 의혹의 근거가 박약하여 결과적으로는 그러한 사실 적시조차 허용될 수 없었다고 판단될 수도 있고, 가정적, 유보적 표현을 사용한 경우에도 그 표현이 선거인에게 주는 전체적인 인상을 기준으로 판단하였을 때 허위사실을 표명한 것으로 볼 수 있는 경우도 있기 때문이다.

그러나 그렇더라도, 이는 어디까지나 피고인이 공표한 사실이 무엇인지 확인한 후 그다음 단계에서 검토되어야 할 것이고, 공표사실을 특정하는 단계에서 피고인의 내심의 의사를 추론하여 피고인이 사용한 '단어'나 '표현'을 통하여 객관적으로 표현된 것과 다른 사실을 '암시하여 공표하였다'고 인정 내지 평가하는 것에는 매우 신중할 필요가 있다.

2) 1차 공표를 통하여 공표한 사실

원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 1차 공표를 통하여 '공소외 1과 두 자녀가 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹을 사고 있다'는 사실('B+C 사실')을 공표하였다고 평가하는 것이 타당하다.

원심의 판단처럼 피고인이 '공소외 1과 두 자녀가 미국 영주권을 보유하고 있다'는 사실('A 사실')을 단정적으로 혹은 암시하여 공표하였다고 보기는 어렵다.

가) 표현 내용 자체에 대한 통상의 언어학적 분석

- ① 피고인이 배포한 보도자료에는 "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... 또 공소외 1 후보는 그 자신이 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹을 사고 있습니다.

"고 기재되어 있다.

즉, 피고인은 공소외 1 본인과 자녀들이 미국 영주권 보유 의혹을 사고 있다는 것과 그에 관한 제보가 있다는 사실만을 공표하고 있을 뿐, '미국 영주권을 보유하고 있다'는 단정적인 표현은 사용하지 않았다.

- ② 검사의 요청으로 감정서를 작성하여 제출한 공소외 11교수와 피고인의 요청으로 의견서를 작성하여 제출한 공소외 12, 공소외 13, 공소외 14교수는 피고인의 2014. 5. 25. 기자회견문, 2014. 5. 26. 답신 글 및 2014. 5. 27. 라디오 방송에서의 발언 내용을 독해한 다음 그에 대한 의견을 각각 피력하였는데, 피고인이 위 각 글이나 방송 인터뷰를 통하여 '의혹을 제기'하고 '해명을 요구'한 것이라는 점에 관해서는 의견이 일치되었다(증거기록 5권 2540쪽, 공판기록 2권 687, 899, 705쪽).

나) 문제 된 표현이 사용된 문맥

- ③ 다음으로, 위 보도자료의 제목은, "공소외 1 후보는 미 영주권 문제를 즉각 '해명'하라. 공소외 1 후보 자신과 두 자녀의 미 영주권 보유 문제, 사실대로 밝히라"이다.

'해명'의 사전적 의미는 '까닭이나 내용을 풀어서 밝힘'으로, 사실과 다른 의혹이 제기된 경우 사실을 밝힌다는 의미로도 활용된다.

따라서 '해명하라'는 제목으로도 피고인이 '공소외 1은 미국 영주권을 보유하고 있다'고 단정한 것이 아니라 그러한 의혹이 사실이 아닐 가능성 즉, 반대 사실의 존재 가능성을 인정하고 있었음을 알 수 있다.

- ④ 피고인은 같은 보도 자료에서 공소외 1의 2014. 5. 23. △△△△△총연합회 임원회의 참석 및 그 회의에서의 발언에 관하여는 '사과하라'라는 단정적인 표현을 사용하였다.

그러나 공소외 1 본인과 자녀의 미국 영주권 보유 의혹에 관하여는 '사실대로 밝히라'라는 표현을 사용하였다.

다) 표현이 행하여진 사회적 상황 내지 맥락

- ⑤ 피고인의 표현이 이루어진 사회적 상황 및 그 형식에 주목할 필요가 있다.

표현의 자유가 보장되어야 할 중요 영역은 정치적 토론 내지 공방 과정인데, 이러한 토론 내지 공방이 가장 활발히 이루어지는 것이 선거국면이다.

경쟁 후보자들 사이의 상호 비판과 공직적격 검증은 선거 과정에서 불가피하고, 이는 매우 다양한 형식과 상황에서 펼쳐진다.

가령 후보자가 자신을 지지할 것으로 보이는 유권자들을 상대로 상대 후보자의 정책과 공직후보자로서의 자격 등에 관하여 일방적인 선전과 발표를 하고, 이것이 상대 후보자에게 전달됨으로써 상호간의 공방이 촉발되는 경우도 있을 수 있고, 공식적인 토론 과정이 마련되어 그곳에서 엄격한 절차에 따라 서로에 대한 비판과 검증이 이루어질 수도 있다.

또한 '후보자들 사이의 공방과 이를 지켜보고 평가하는 유권자의 존재'라는 선거의 본질에 따라 비록 후자의 경우 처럼 형식적으로 엄격하게 정해진 토론 내지 공방 절차라고는 볼 수 없지만 그와 유사한 공방 내지 토론의 광장이 존재함을 염두에 두면서 상호 공방이 이루어질 수도 있다.

똑같은 표현도 그것이 이루어지는 사회적 상황이나 맥락에 따라 달리 받아들여질 가능성이 있다는 위와 같은 측면을 고려하여 보자면, 기자회견을 통하여 이루어진 피고인의 1차 공표는, 지지자 또는 유권자들을 상대로 '공소외 1 후보자의 미 영주권 보유사실'이라는 정보를 일방적으로 전달하는 것으로 보기는 매우 어렵고, 오히려 위에서 언급한 바와 같은 유사 공방 과정을 염두에 둔 것으로 볼 여지가 많아 앞서의 분석처럼 위 공표의 의미를 문언 그대로 받아들이는 것이 자연스럽다.

라) 표현이 이루어진 이후 표현에 대한 보편적 인식

- ⑥ 피고인의 1차 공표 이후 각 언론사에서는 공소외 1의 미국 영주권 보유 의혹에 관하여 보도하였는데, 대부분의 기사에 '의혹', '제보', '해명 요구' 등의 표현이 포함되어 있었다(증거기록 3권 1281쪽 이하). 따라서 기사를 접한 유권자도 공소외 1의 미국 영주권 보유가 확정된 사실은 아님을 알 수 있었을 것이다.

마) 나머지 쟁점

- ① 위 보도자료에 "피고인 캠프가 받은 제보에 따르면" 및 "만약 이 제보가 사실이라면"이라는 표현이 있고, 이로써 피고인이 어떠한 제보를 받았음을 공표한 것임은 앞서 본 바와 같다.

그러나 위 표현은, 피고인이 받은 제보의 내용과 수준, 그 의미하는 바를 구체적으로 나타내지 않은 매우 추상적인 것에 불과하여, 위와 같은 표현이 있다고 해서 앞 서의 판단을 달리할 수는 없다.

- ② 피고인의 내심의 의사를 추론하여 피고인이 사용한 '단어'나 '표현'을 통하여 객관적으로 표현된 것과 다른 사실을 '암시하여 공표하였다'고 인정 내지 평가하는 것에는 매우 신중할 필요가 있음은 앞서 본 바와 같지만, 어쨌든 내심의 의사가 무엇인지와 관련하여 보더라도 앞서의 평가를 반복할 사정은 존재하지 않는다.

이에 대해서는 뒤에서 자세히 살펴본다.

바) 배심원들의 의견과 달리 평가하는 것에 관하여

원심은, 공소사실 전부에 관하여 만장일치의 의견으로 유죄의 평결을 한 배심원들(7명)의 의견을 존중하여 피고인에게 유죄를 선고하였다.

따라서 원심의 판단은 존중될 필요성이 더욱 크다.

그러나 앞서 본 바와 같이 원심에서는 배심원들에게 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 '사실을 공표'한 것인지 아니면 '의견을 표명'한 것인지 만이 쟁점으로 제시되었다.

그렇기에 배심원들로서는 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 '사실을 공표'한 것으로 평가할 것인지, '의견을 표명'한 것으로 평가할 것인지를 판단하려고 애썼을 것이고, 그 중간 영역이라고도 볼 수 있는 '제3자로부터 의혹을 사고 있다'거나 '의혹이 있다'는 사실을 공표한 것인지, 그렇다면 그에 대한 법률적 평가는 어떻게 달라지는지에 대하여는 충분한 설명을 듣지 못한 상태에서 사실인정 및 법적 평가를 하고 평결에 나아갔을 가능성이 높다.

그런데 당심에 이르러 피고인의 변호인들이 주장을 일부 변경하여 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 사실을 공표하였음은 인정하면서 공표한 사실이 무엇인지 즉, 앞서 본 'A 사실'인지, 'B 사실'인지, 'C 사실'인지를 특정하여야 한다는 주장을 새로이 하고 있다.

원심에서 제기된 '사실의 공표와 의견의 표명'의 구분론이 이 사건의 기초적인 쟁점이자 여전히 의미 있음은 분명하나, 사실과 의견이 혼재되어 있는 경우 어느 것에 우위를 둘 것인지, '사실의 공표'로 볼 경우에도 공표되는 사실을 다시 구분하여 확정할 수 있는지의 문제는 위와 같은 기초적 쟁점에 더 잡아 더 나아가 고민하여 판단하여야 할 법리적 쟁점임 또한 분명하다.

사실과 의견의 구분론에 관해서는 우리나라를 비롯하여 여러 나라에서 다양한 이론이 전개되고 있고, 나아가 구체적 사안에서 이를 어떻게 적용할 것인가는 각국의 법원이 매우 어려운 주제로 여겨 다루고 있기도 하다.

결국, 당심으로서 배심원들의 평결을 무겁게 받아들이더라도 새롭게 제기된 이러한 법리적 주장에 대한 판단을 하여야 하므로, 이러한 법리적 주장의 변경을 반영하여 판단한 결과 원심의 판단이 달라질 가능성은 있는 것이다.

3) 피고인이 2차 공표를 통하여 공표한 사실

피고인이 2차 공표를 통하여 공표한 사실이 무엇인지를 확정함에 있어서는 원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합적으로 고려할 필요가 있다.

가) 피고인의 주장에 부합하는 사정

다음과 같은 사정들은, 2차 공표를 통하여도 '영주권 보유 의혹에 대한 해명 및 자료제시 요구의 전제로서 영주권 의혹이 있다는 사실을 공표한 것에 불과하다'는 취지의 피고인의 주장에 부합하는 면이다.

① 피고인이 2차로 공표한 글의 제목은 "[피고인 캠프] 공소외 1 후보님께 드리는 답신"이고, 맨 처음 내용은 "사실확인에 감사드리며, 미흡한 점에 대해 추가 질문을 드립니다"이다.

이어 "선거운동 과정에서 이렇게 편지로 대화를 나누며 서로 의문점을 해소하는 것은 좋은 방법이겠습니다.

공소외 1 후보께서 동의하신다면, 저는 앞으로 투표일까지 어떤 형식으로든 대화를 계속 이어가기를 희망합니다"라고 언급한 후, "1. 후보자의 검증은 필수 과정입니다"라는 제목 아래 피고인의 1차 공표 및 2차 공표가 유권자들에게 충

분한 정보를 주기 위한 후보자 검증의 의도에 따른 것임을 비교적 자세하게 밝혔다.

- ② 아래에서 보는 것처럼, 피고인은 '공소외 1은 미국 영주권을 보유하고 있다'는 식의 단정적 표현을 하지는 않았고, 그러한 의혹이 사실이 아닐 가능성 즉 반대 사실의 존재 가능성 및 그 증명 가능성을 전제하고 있다.

□ 피고인은 위 답신 글에서 "본인의 영주권 문제를 자료로 해명해 주시기 바랍니다"는 표현, "'만에 하나' 공소외 1 후보님께서 영주권을 받으셨다면," 이라는 표현 등을 사용하였다.

또한 위 답신 글에는 "주한 미국 대사관에 가서서 영주권을 받은 적이 없다는 내용증명을 떼어서 객관적 자료로 확인해 주시면 깨끗하게 해결될 것으로 보입니다", "공소외 1 후보님의 미국 영주권 보유 문제를 미국 대사관을 통해 객관적 자료를 가지고 증명해 주시길 희망합니다"는 기재도 있다.

□ 그리고 피고인은 라디오 방송에서도 "만일 아주 객관적인 자료로 입증해 주시면 저도 사과와 경의를 표하고요. 또 그만큼 제가 잘못된 문제 제기를 했다는 것 때문에 아마 유권자들이 저에게 마이너스를 주지 않을까 생각합니다", "만일 정말로 이 문제가 명명백백하다면 그래서 저희는 만일 아주 객관적인 자료로 입증해 주시면 사과도 할 용의도 있고요. 또 만일에 이게 정말 객관적인 자료로 입증된다면 유권자들이 저에게 아무래도 마이너스를 주시지 않겠습니까?"라고 발언한 바도 있다.

- ③ 앞서 본 바와 같이 피고인의 2014. 5. 25. 기자회견문, 2014. 5. 26. 답신글 및 2014. 5. 27. 라디오 방송에서의 발언 내용을 감정한 4명의 교수 모두가 피고인이 위 각 글이나 방송에서의 인터뷰를 통하여 '의혹을 제기'하고 '해명을 요구'한 것이라는 의견을 밝혔다.

나) 원심의 판단을 수긍할만한 사정들

그러나 다음과 같은 사정들을 고려하면, 피고인이 2차 공표를 통하여 '공소외 1이 공천 탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실('A 사실')을 단정적으로 공표하였다고까지는 평가하기 어렵지만, '공소외 1이 공천 탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실('A 사실')을 암시하여 공표하였다고 본 원심의 판단은 수긍할 수 있다.

- ① 1차 공표 당시와는 다른 사회적 상황 내지 맥락이 있었다.

1차 공표 후 공소외 1은 자신의 미국 영주권 보유 의혹에 대하여 나름대로 해명하였다.

공소외 1이 해명의 근거로 내세운 사정이 반론의 여지가 없을 정도로 객관적인 것인지 여부를 떠나, 이후 피고인의 반응을 대하는 유권자들로서는 공소외 1의 해명 내용과 연관지어 피고인의 반응과 표현을 이해하게 될 것으로 보는 것이 자연스럽다.

피고인이 과연 공소외 1의 해명을 그대로 받아들일지, 해명 또는 해명 근거가 여전히 불충분하다는 점만을 단순히 지적하고 재차 객관적 소명을 요구할지, 해명 근거의 불충분함을 지적하는 것에 더 나아가 피고인이 내세운 종전 의혹의 근거 및 정황을 적극적으로 제시할 것인지 여부를 유심히 지켜볼 개연성이 높아졌을 것으로 보이기 때문이다.

- ② 증거 제시를 통하여 증거와 연동되는 사실의 암시가 전달될 가능성이 있었다.

□ 피고인은 '공소외 1의 미국 영주권 보유의혹이 여전히 해소되지 않고 있다'는 전제하에 '공소외 1 후보님께 드리는 답신'에서 "저희 캠프에 제보된 다수의 증언에 따르면, 공소외 1 후보님께서는 몇 년 전 공천에서 탈락하신 뒤, '상관 없습니다.

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.

이분들이 잘못 들은 건 아닐 것이라고 저는 판단합니다.

왜 그렇게 말씀하셨는지 궁금합니다"라고 기재하였다.

방송에서의 대화 과정에서도 위 사실을 거듭 언급하였다.

□ 1차 공표에서 하지 않았던 피고인의 위와 같은 언급 즉 '공소외 1이 자신의 미 영주권 보유 사실을 시인하는 발언을 하였다', '그러한 발언을 들은 사람은 다수이다', '그러한 발언을 들은 다수의 사람들 중에는 지인들과 언론인들이 있다'는 것은 그 의미가 적지 않다.

위와 같이 언급된 사실은 그 증명력이 높아 그렇게 말한 사실이 인정될 경우 '공소외 1의 미 영주권 보유사실'을 인정할 여지가 높아지기 때문이다.

□ 그런데 피고인은 위와 같은 언급을 함에 있어서, 1차 공표와는 달리, 가령 '그러한 발언을 하고 다닌다는 의혹이 있다'는 식의 보다 완화된 표현 등을 사용하지도 않았다.

자신이 보유하고 있는 증거의 신빙성에 허점이 있을 가능성을 유보하지 않은 채, 오히려 '왜 그렇게 말씀하셨는지 궁금합니다' 등의 표현을 사용하여 공소외 1이 그와 같은 말을 지인들에게 하였다는 사실 자체는 확정된 사실인 것처럼 하였다.

□ 일반적으로, 증거의 제시는 그 증거를 통하여 입증하고자 하는 사실의 존재를 드러내기 위한 것이다.

피고인이 비록 자신이 알고 있는 증거(공소외 1의 위와 같은 발언 사실)에 의하여 '공소외 1의 미 영주권 보유사실'이 온전히 증명되었다고는 말하지 않았고, 오히려 다른 객관적 자료(미국 대사관의 확인 등)에 의하여 반박될 가능성 자체는 여전히 열어 놓은 채 보다 객관적인 해명을 요구하는 과정에서 위와 같은 언급을 하였다고 하더라도, 1차 공표와 달리 증거에 관한 위와 같은 사실을 추가로 공표함으로써, 이러한 발언 등을 대하는 사람들의 입장에서는 피고인이 '공소외 1의 미영주권 보유사실'을 암시하고 있다고 받아들일 여지는 그만큼 높아졌다고 볼 수 있다.

원심의 배심원들 역시 이러한 사정들에 주목하여 판단한 것으로 보여 이를 존중할 필요가 있기도 하다.

4) 소결론

가) 피고인은 1차 공표를 통하여 '공소외 1과 두 자녀가 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹을 사고 있다'는 사실을 공표하였고, 2차 공표를 통하여 '공소외 1이 공천 탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실('A 사실')을 암시하여 공표하였다고 봄이 타당하다.

나) 이러한 당심의 판단은, "피고인은 1차 공표를 통하여 '공소외 1이 미국 근무 당시 미국 영주권을 취득하여 2014. 5. 25.까지 이를 보유하고 있다'는 사실을 암시하여 공표하였고, 2차 공표를 통하여 '공소외 1이 공천탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실을 암시하여 공표하였다"고 본 원심과는 그 결론을 일부 달리하는 것이다.

다) 아래에서는 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 위에서 확정된 바와 같은 사실을 공표하였음을 기초로 하여, 그것이 공직선거법상의 허위사실의 공표에 해당하는지 여부 등에 대하여 판단한다.

4. 1, 2차 공표가 허위사실의 공표에 해당하는지에 관한 판단

가. 관련 법리

1) 공직선거에서 후보자에 관한 의혹 제기와 표현의 자유와의 관계

민주주의 정치제도 하에서 언론의 자유는 가장 기초적인 기본권이고 그것이 선거과정에서도 충분히 보장되어야 함은 말할 나위가 없다.

그리고 공직선거에 있어서 후보자의 공직담당적격을 검증하는 것은 필요하고도 중요한 일이므로 그 적격검증을 위한 언론의 자유도 보장되어야 하고, 이를 위하여 후보자에게 위법이나 부도덕함을 의심케 하는 사정이 있는 경우에는 이에 대한 문제 제기가 허용되어야 하며, 공적 판단이 내려지기 전이라 하여 그에 대한 의혹의 제기가 쉽게 봉쇄되어서는 안 된다.

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

그러므로 후보자의 비리 등에 관한 의혹의 제기는 비록 그것이 공직적격 여부의 검증을 위한 것이라 하더라도 무제한 허용될 수는 없고 그러한 의혹이 진실인 것으로 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 허용되어야 한다.

그리고 이때 의혹사실의 존재를 적극적으로 주장하는 자는 그러한 사실의 존재를 수증할 만한 소명자료를 제시할 부담을 진다고 할 것이고, 그러한 소명자료를 제시하지 못한다면 달리 그 의혹사실의 존재를 인정할 증거가 없는 한 허위사실의 공표로서의 책임을 져야 할 것인 반면, 제시된 소명자료 등에 의하여 그러한 의혹이 진실인 것으로 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우에는 비록 사후에 그 의혹이 진실이 아닌 것으로 밝혀지더라도 표현의 자유 보장을 위하여 이를 별할 수 없다고 할 것이다(대법원 2003. 2. 20. 선고 2001도6138 전원합의체 판결 등 참조).

2) 허위사실공표죄의 구성요건인 '허위의 인식'

공직선거법 제250조 제2항에서 정한 허위사실공표죄에서는 행위자의 고의의 내용으로서 공표된 사실이 허위라는 점의 인식이 필요한데, 이러한 주관적 인식의 유무는 그 성질상 외부에서 이를 알거나 증명하기 어려운 이상 공표 사실의 내용과 구체성, 소명자료의 존재 및 내용, 피고인이 밝히는 사실의 출처 및 인지경위 등을 토대로 피고인의 학력, 경력, 사회적 지위, 공표 경위, 시점 및 그로 말미암아 객관적으로 예상되는 파급효과 등 제반 사정을 모두 종합하여 규범적으로 이를 판단할 수밖에 없고, 어떠한 소문을 듣고 그 진실성에 강한 의문을 품고서도 감히 공표한 경우 또는 피고인이 적시한 구체적 사실이 진실한지를 확인하는 일이 시간적, 물리적으로 사회통념상 가능하였다고 인정됨에도 그러한 확인의 노력을 하지 않은 채 그 사실의 적시에 적극적으로 나아간 경우에는 미필적 고의를 인정할 수 있다(대법원 2011. 12. 22. 선고 2008도11847 판결 등 참조).

나. 1차 공표에 관한 판단

1) 피고인이 소명해야 할 사실 : 정당한 의혹 제기로 볼 수 있는지 여부

가) 앞서 본 바와 같이 피고인은 1차 공표를 통하여 '공소외 1은 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹을 사고 있다'는 사실('B+C 사실')을 공표하였다.

피고인은 가정적, 유보적인 표현을 사용하면서 반대 사실의 존재 가능성을 인정하고 그에 대한 해명을 요구하였으므로, 유권자의 입장에서 '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다'는 명제가 확정된 사실이 아님을 알 수 있었다.

이러한 경우에도 피고인이 '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다'는 사실을 주장한 것과 같다고 보아 그러한 사실의 존재를 수긍할 만한 소명자료의 제시를 요구한다면, 선거 과정에서 불거진 공적 관심사에 관한 정당한 문제 제기조차 주저하게 함으로써 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 '국민의 봉사자'를 뽑는다는 공직선거법의 목적은 달성하기 어렵게 될 수 있기 때문이다.

나) 다른 한편 '의혹을 사고 있다'는 사실의 공표가 무제한으로 허용되는 것은 아니다.

'의혹을 사고 있다'는 사실을 공표한 경우에도, 경우에 따라서는 유권자들이 의혹의 내용을 이루는 구체적 사실이 실제로 존재한다고 받아들일 위험성이 있기 때문이다.

선거의 궁극적인 목적은 국민의 정치적 의사를 대표자의 선출에 정확하게 반영하는 데 있는데, 정당한 의심에 기초하지 않은 무분별한 의혹 제기의 경우 '의혹을 사고 있다'는 사실의 적시만으로도 국민의 민주적 의사 형성을 왜곡할 여지가 있음은 부정하기 어렵기 때문이다.

다) 따라서 피고인으로서, 자신의 제1차 공표가 무분별한 의혹 제기가 결코 아니라 정당한 문제 제기이었음을 내세우기 위해서, 공소외 1이 실제로 의혹을 사고 있었다는 사실, 즉 ① 공소외 1의 미국 영주권 보유 여부에 관하여 실제로 의혹이 제기되고 있었고, ② 공소외 1의 미국 영주권 보유를 '의심'하게 할 만한 정황들도 존재하였다는 사실을 소명할 부담을 진다고 할 것이다.

2) 피고인이 공표한 '의혹을 사고 있다'는 사실이 '허위'인지에 관한 판단

가) 공소외 2의 탐사보도 전문기자로서의 경력과 신뢰도

이 사건 트윗 글을 게시한 공소외 2는, 1995년 12월경 ▽▽▽에 입사하였다가 2013년 3월경 사직한 후 인터넷 언론사인 '○○○○'의 기자로 활동 중인 사람이다.

공소외 2는 ▽▽▽에서 탐사보도 전문기자로 활동하면서 고위공직자의 비위 등 공직담당자격 검증과 관련된 취재를 통해 6차례 한국기자협회 이달의 기자상을 수상하고, 삼성언론상(보도부문)을 받기도 하였다(증거기록 1권 597쪽, 2권 926쪽 이하).

나) 인터넷 트위터상에서의 의혹 확산

(1) 2014. 5. 23. 19:39경 ○○○○ 기자인 공소외 2가 인터넷 트위터에 '(공소외 1) 본인 역시 미국 영주권을 갖고 계시지요?'라는 내용의 트위터 글을 게시하였다.

이로써 공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹이 최초로 제기되었다.

2014. 5. 26. 기준 공소외 2의 트위터 계정(계정 생략)의 팔로워(follower) 수는 58,971명이었고, 2014. 5. 24. 자정까지 1,377명의 트위터 이용자들이 공소외 2의 위 트윗 글을 리트윗(retweet)하였으며, 공소외 2의 위 트윗 글을 리트윗한 사람들의 팔로워 수는 3,144,522명에 이르렀다(증 제66호증 CYRAM의 서울시 교육감 선거 관련 트윗 분석 3쪽, 공판기록 5권). 중복된 사람들과 트위터를 자주 이용하지 않는 사람들은 제외해야 하는 점을 고려하더라도, 상당히 많은 수의 트위터 이용자들이 공소외 2의 위 트윗 글을 보았으리라고 인정할 수 있다.

(2) 증인 공소외 15(◇◇대학교 사회학과 교수), 공소외 16(☆☆대학교 사이버국방학과 교수)의 당심 법정진술에 의하면, 트위터는 SNS 중 대표적인 개방형 네트워크로서, 누구나 정보를 불특정 다수에게 전파할 수 있는 미디어적 성격을 가지고 있다는 것이다.

나아가 트위터는 개방형 네트워크로서 특별한 사정이 없는 한 누구나 타인의 트윗 글을 볼 수 있으므로, 이를 '제보'라고 표현하는 것도 가능한 것으로 봄이 타당하다[한편 공소외 5는 원심 법정에서 "공소외 2 기자의 트위터와 공소외 17이 전해준 말도 있겠지만 공소외 2의 트위터를 본 많은 일반인들, 유권자들의 반응, 그리고 저희 캠프로 들어온 여러 '영주권이 있다는데, 알고 있느냐, 대책이 무엇이나'는 항의성, 제보성 전화를 통칭해서 제보라고 표현한 것입니다.

"라고 진술하였는데(공판기록 3권 1215쪽), 피고인의 선거캠프에 몸담은 사람들로서는 이러한 공소외 2와 공소외 17의 진술, 카카오톡 등을 '제보'로 받아들일 수 있을 것이다.

따라서 피고인이 1차 공표에서 '제보'를 받은 것처럼 표현한 부분은 허위사실의 공표라고 할 수 없다].

다) 반대되는 정보공개에의 부재

(1) 증인 공소외 16은 당심 법정에서 SNS상에서 허위의 정보가 확산될 경우, 이를 해결하기 위해서는 '압도적 정보공개'가 필요하다고 진술하였다(증인신문조서 7쪽). 그런데 공소외 2가 트위터 글을 게시한 2014. 5. 23. 19:39경부터 피고인이 1차 공표를 한 2014. 5. 25. 11:00경까지 약 39시간 동안, 공소외 1 선거사무소에서는 공소외 1 본인 및 자녀의 미국 영주권 보유 여부에 관하여 아무런 정보를 공개하지 아니하였다.

(2) 통상 선거 과정에서는 후보자에 관한 인터넷 여론이 어떤지를 확인하기 마련이고, 공소외 1도 원심에서 당시 이를 확인하는 홍보팀이 있었다고 진술하였다(공판기록 3권 1331쪽). 물론 공소외 1 측에서는 인터넷상에서 공소외 2의 트윗 글이 확산되는 것을 알지 못했을 수도 있고, 굳이 대응할 필요가 없다고 판단하였을 수도 있다.

그러나 공소외 1 측에서 '본인은 미국 영주권을 보유하고 있지 않다'는 사실을 적극적으로 공개하였다면, 공소외 1의 미국 영주권 보유 의혹이 트위터 자체의 자정 기능 작동으로 검증되어 확산되지 않았을 가능성을 배제하기 어렵다는 점에서, 위와 같이 상당 기간 동안 반대되는 정보의 공개가 이루어지지 않은 상황 자체도 피고인의 의혹 제기의 정당성을 뒷받침하는 하나의 정황이 될 수 있다고 보인다.

라) 공소외 1 자녀들의 미국 시민권 보유

(1) 2014. 5. 22., '◆◆◆◆◆ ◆◆◆◆◆ ◆◆◆◆◆ 모임'에서는 '공소외 1 후보를 비판한다'는 제목으로 "(전략) 공소외 1 후보자께서는 이혼하시기 전에 자녀 2명을 모두 조기유학 보내신 걸로 알고 있습니다.

대한민국의 학부모 경험도 없으신 분이 초, 중등교육을 이끄는 수장의 역할을 어떻게 수행하실지 궁금합니다... 4. 서울 교육을 하셔야 하는데 국적 없이 표류할까봐 걱정됩니다.

→ 넘치는 경제력 덕이겠지만 조기에 자녀를 미국유학을 보내셨기에 (끝)"이라는 의혹을 제기하였고, 위 내용은 2014. 5. 23. 언론을 통해 보도되었다(공판기록 1권 141, 145쪽). 한편 공소외 2가 게시한 트윗 글에 '공소외 1은 두 자녀를 미국에서 교육시켰다'는 취지의 글이 기재되어 있음은 앞서 본 바와 같다.

(2) 피고인은 1차 공표에서 공소외 1의 두 자녀가 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹도 함께 제기하였고(기자회견의 전체 취지에 비추어 보면, 오히려 두 자녀의 미국 유학과 영주권 보유 문제가 더 주된 의혹이었다고도 볼 수 있다), 공소외 1은 2014. 5. 25.자 편지글에서 두 자녀가 미국 시민권자임을 인정하였다.

시민권은 영주권보다 포괄적인 권리이므로, 자녀들의 영주권 보유와 관련된 의혹은 진실에 부합하는 것이었다고 평가할 수 있다.

한편 공소외 1 본인도 1989년부터 1991년까지 2년간 미국의 로펌에서 근무한 경험을 가지고 있었다.

공소외 1의 이러한 경력과 능력까지 고려하면, 공소외 1이 미국 영주권을 보유할 개연성은 일반인에 비하여 훨씬 높다고 평가할 수 있다.

마) 공적 기관에 의한 판단이나 확인의 부재

공소외 1의 미국 영주권 보유 여부는 개인정보에 해당할 뿐만 아니라 미국 정보이므로 피고인이 이를 객관적으로 확인할 방법이 없었다(증거기록 1권 285쪽). 그리고 이 문제에 관하여는 법원이나 주한 미국 대사관, 외교부 등 공적 기관에 의한 사실확인이나 판단이 내려진 바도 없었다.

바) 소결

위와 같이 ① 공직자의 공직담당적격 검증 취재를 여러 번 한 기자가 직접 '(공소외 1) 본인도 미국 영주권을 갖고 계시지요?'라는 트윗 글을 게시하고, ② 상당한 수의 사람들이 공소외 2의 트윗 글을 리트윗하는 하는 방법으로 공소외 1의 미국 영주권 보유 여부에 관한 의혹을 전파하였음에도 불구하고, ③ 선거에 출마한 공소외 1 측에 의하여 그에 대한 유의미한 반론이나 정보공개가 곧바로 이루어지지 않았으며, ④ 공소외 1의 두 자녀가 미국에서 교육을 받고 성장하여 생활하고 있으며, 본인도 미국 로펌에 근무한 경험이 있는 등 이를 '합리적으로 의심'케 할 만한 정황들이 존재하였고, ⑤ 이 쟁점에 관한 공적기관에 의한 사실확인이나 판단이 없었던 마당이라면, '공소외 1이 미국 영주권 보유 의혹을 사고 있다'는 사실을 공표한 것을 두고 '허위의 사실'을 공표한 것이라고 보기는 어렵고, 그러한 의혹이 방송이나 신문을 통하여 기사화되지 아니한 상태였다는 사정만으로 위와 같은 결론이 달라진다고 할 수는 없다.

3) 허위성의 인식에 관한 판단

가) 앞서 본 사정들을 종합하여 보면, '공소외 1이 미국 영주권을 보유한 것이 아닌가'하는 의혹에는 상당한 근거가 있다고 인정되고, 달리 피고인이 그러한 의혹의 진실성에 '강한 의문'을 품고서도 '의혹을 사고 있다'는 사실을 감히 공표하였다고 인정하기에 부족하다.

나) 한편 원심은, 피고인이 사실 확인의 노력을 다하지 않은 점을 주된 근거로 하여 피고인의 미필적 고의를 인정하였다.

그러나 원심의 판단은 다음과 같은 점에서 수긍하기 어렵다.

(1) 원심은, 피고인이 적시한 사실이 진실한지를 확인하는 일이 시간적, 물리적으로 사회통념상 가능하였음에도 피고인이 그러한 확인의 노력을 하지 않은 채 그 사실의 적시에 적극적으로 나아갔다고 판단하였다.

그러나 피고인이 공소외 1의 개인정보에 해당하는 미국 영주권 보유 여부를 경쟁후보자인 공소외 1에게 개인적으로 물어 확인한다는 것이 제기된 의혹의 진위 여부를 확인하는 의미 있는 방법이라고 보기도 어렵거니와, 사실관계를 조사할 아무런 권한이 없었던 피고인이 그 밖의 방법으로 선거운동 기간 내에 이를 확인하는 것이 가능하였으리라고 보기는 어렵다.

(2) 원심은, 피고인이 1차 공표 전에 미리 공소외 2에게 위 트위터 내용이 사실인지 여부에 관하여 확인을 하지 않았으므로 사실 확인의 노력을 하지 않았다고 판단하였다.

그러나 기자인 공소외 2가 자신의 이름을 걸고 미디어의 속성을 갖는 트위터를 통해 의혹을 제기하는 취지의 글을 게시한 마당에, 그에게 다시 '게시한 글의 내용이 사실인지'를 묻는 것이 과연 어떠한 의미가 있는지 의문이다.

나아가 공소외 2는 2014. 5. 25. 10:52경 공소외 3에게 전화를 걸어 "공소외 1이 몇 년 전 공천에서 탈락한 뒤, '상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'라는 말을 했으니 알아보라. 공소외 1에게 미국 대사관에 가서 확인하자고 하면 된다"는 취지의 말을 한 사실이 인정된다(공판기록 3권 1170, 1257쪽). 만일 피고인 측에서 1차 공표 전에 공소외 2와 연락을 하여 트위터 내용에 관해 문의하였다면, 공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다는 의심은 오히려 더욱 강고해졌을 것이 분명하다.

(3) 원심은, 피고인이 주한 미국 대사관이나 외교부에 타인의 영주권 보유 여부를 확인할 수 있는지, 본인이 영주권을 취득하지 않았다는 사실을 증명할 수 있는 서류를 발급받을 수 있는지 등을 문의하지 않은 점, 이민법 전문가에게 미국 영주권에 관한 자문을 받은 사실이 없는 점 등을 들어 피고인이 사실 확인의 노력을 하지 않았다고 판단하였다.

그러나 위 기관들이 개인정보인 미국 영주권 보유 여부를, 그것도 경쟁 후보자인 피고인 측에 확인하여 주었을 가능성은 없다고 보아도 무방하고, 피고인 측도 이러한 인식 하에 위 기관들에 문의하지 않은 것으로 보인다.

유의미한 결과를 얻을 수 없는 문의를 하지 않았다는 사정만으로 사실 확인의 노력을 다하지 않았다고 평가하거나 탓할 수는 없다.

(4) 한편 공소외 1이 자신의 자서전(□□□□□□)에 '미국 영주권을 신청한 사실이 없다'고 서술한 사실은 인정되나, 위 책은 자서전이라는 점에서 그 내용에 절대적인 신뢰를 부여하기는 어렵다고 할 것이다.

공소외 1은 2014. 5. 20. △△△△총연합 임원회의에 참석한 사실이 있었는데, 그 후 위 회의에서 ㉠ 모 목사가 한 세월호 관련 발언이 부적절하다는 여론이 일자 공소외 1 후보 측에서는 2014. 5. 23. '공소외 1이 위 임원회의에 참석하지 않았다'고 밝힌 바 있었다.

피고인 측은 이러한 여러 정황을 종합하여 위 자서전의 일부 내용만으로는 의혹을 해소하기 부족하다고 판단한 것으로 보인다.

결국, 피고인이 진실성에 강한 의문을 품고서도 의혹을 감히 공표하였다거나 확인의 노력을 다하지 않았다고 보기에는 부족하다.

(5) 피고인은 '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다'는 사실을 단정적으로 공표한 것이 아니라, '의혹을 사고 있다'는 사실을 적시하고, '사실대로 밝히라'는 해명 요구를 하였다.

피고인이 1차 공표 당시 반대 사실의 존재 가능성을 인식하고 있었음을 알 수 있는 사안에서 허위의 미필적 인식이 있다고 쉽게 인정한다면, 합리적인 추측에 기반을 둔 의혹 제기 자체가 봉쇄될 위험성이 있다.

4) 소결론

피고인이 1차 공표를 통하여 공표한 '공소외 1은 미국 영주권 보유에 관한 의혹을 사고 있다'는 사실은 허위라고 보기 어렵고, 피고인에게 허위의 인식이 있었다고 인정하기도 어렵다.

피고인의 이 부분 항소는 이유 있다.

나. 2차 공표 부분에 관한 판단

1) 피고인이 소명해야 할 사실

가) 피고인은 2차 공표를 통하여서는 공소외 1의 해명에도 불구하고 공소외 1 본인의 미국 영주권 보유의혹이 여전히 해소되지 않고 있다는 전제하에 "공소외 1은 공천에서 탈락한 뒤 지인들과 언론인들에게 '상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'고 말하고 다녔다"는 사실도 추가로 공표하였다.

그리고 피고인이 1차 공표와 달리 2차 공표에서는 '공소외 1이 공천 탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실을 간접적인 방법으로 암시하여 공표하였음은 앞서 본 바와 같다.

나) 따라서 피고인은 2차 공표와 관련해서는, "공소외 1이 공천에서 탈락한 뒤 지인들과 언론인들에게 '상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'고 말하고 다녔다"는 사실, 위와 같이 간접적으로 암시된 사실의 각 공표를 정당화할 사정을 소명할 부담을 진다.

2) 2차 공표의 위 각 사실이 허위인지 여부에 대한 판단

원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음 사정들을 종합하여 보면, 2차 공표의 위 각 사실은 허위라고 봄이 타당하다.

가) 공소외 1이 공소외 2에게 미국 영주권 보유 사실을 말했는지 : 부정

(1) 우선 공소외 2는 2014. 5. 25. 10:52경과 18:23경 두 차례에 걸쳐 공소외 3과 통화하면서, "공소외 1이 몇 년 전 공천에서 탈락한 뒤, '상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'라는 말을 하였으니 알아보라. 공소외 1에게 미국 대사관에 가서 확인하자고 하면 된다"는 취지의 말을 한 사실은 인정된다(공판기록 3권 1170, 1197, 1257, 1265쪽).

(2) 그러나 기록에 나타난 증거들에 의하면, 공소외 1은 미국에서 근무할 당시나 그 이후 미국 영주권을 취득하지 않았고, 그 결과 미국에서 근무할 당시는 물론 공천에서 탈락했을 당시나 2014. 5. 25. 당시에도 미국 영주권을 보유하고 있지 않았음을 인정할 수 있고(증거기록 5권 2695쪽), 피고인도 이에 대하여는 다투고 있지 아니하다.

(3) 그렇다면 공소외 1은 미국 영주권을 보유하고 있지 않으면서도 공소외 2에게 "상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다"라는 말을 하였다는 것이 되는데, 이는 경험칙상 받아들이기 어렵다.

특히 공소외 1은 수사기관에서부터 원심 법정에 이르기까지 일관되게 「① 공소외 2를 알지도 못하고(공판기록 3권 1295쪽), ② 2012년 자신이 공천에서 탈락하였을 무렵에는 이른바 '돈 봉투' 사건으로 기자의 전화를 받을 상황이 아니었을 뿐만 아니라(공판기록 3권 1307쪽), ③ 탐사보도 전문기자에게 '저는 미국 영주권이 있다'고 말했을 리가 없다」는 취지로 진술하였다.

반면 공소외 2는 위 말을 2012년에 들었는지 2008년에 들었는지조차 기억하지 못하고 있다(공판기록 3권 1356쪽).

(4) 결국 공소외 1이 공천에서 탈락한 2012년경 공소외 2에게 "상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다"고 말했을 가능성은 매우 낮다고 판단된다(다만 앞서 본 바와 같이 피고인 측 대변인인 공소외 3이 공소외 2로부터 위와 같은 말을 전해 들은 사실은 인정되므로, 이는 허위성의 인식에 관한 판단에서 고려하기로 한다).

나) 공소외 8이 공소외 1의 미국 영주권 보유를 확인해 주었는지 : 부정

(1) 원심은 공소외 8과 공소외 7을 대질 신문하였다.

공소외 8은「① 공소외 1의 미국 영주권 문제에 관하여 전혀 알지 못하고, ② 공소외 1로부터 “저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다”는 취지의 말도 들은 적이 없으며, ③ 공소외 7에게 “공소외 1과 피고인 모두를 아는 관계이기 때문에 선거에 관여할 수 없고, 공소외 1의 미국 영주권 문제에 대해서는 알지 못한다”는 취지로 대답하였다」고 진술하였고(공판기록 3권 1429쪽), 공소외 7은「공소외 8은 ‘안다, 모른다’로 대답한 것이 아니라, 거기에 대해서 말해 줄 수 없다는 취지로 대답하였다」고 진술하였다(공판기록 3권 1441쪽).

(2) 두 사람 모두 자신의 관점에서 바라본 사실을 진술하고 있다고 생각되는데, 공소외 8은 공소외 7의 질문에 대하여 “공소외 1과 친한 사이라서 관여하고 싶지 않고, 알지도 못한다”는 취지로 대답한 것으로 보이고, 공소외 8을 통해 정보의 진위를 확인하고 싶었던 공소외 7은 “공소외 1과 친한 사이라서 관여하고 싶지 않다”는 부분에 주목하여 공소외 8이 정보를 숨기고 있다고 생각한 것으로 보인다.

그러나 피고인에게 최대한 유리하게 해석하더라도, ‘말해 줄 수 없다’는 내용을 두고 공소외 8이 공소외 7에게 공소외 1의 위 발언을 ‘확인’해 주었다고 인정할 여지는 없어 보인다.

다) 암시된 사실의 허위 여부 : 긍정

2차 공표를 통하여 간접적인 방법으로 암시된 사실 즉 ‘공소외 1이 공천 탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다’는 사실이 허위임은 위에서 본 바와 같다.

라) 소결

피고인은 공소외 1의 1차 해명에도 불구하고 여전히 ‘공소외 1 본인의 미국 영주권 보유 의혹이 해소되지 않았다는 전제하에 “공소외 1은 공천에서 탈락한 뒤 지인들과 언론인들에게 ‘상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다’고 말하고 다녔다”는 사실을 추가로 공표하였다.

그러나 ① 공소외 1은 공천에서 탈락하였던 2012년 3월경 지인이나 언론인에게 위와 같은 말을 한 사실이 없었고, ② 피고인이 위 내용에 대하여 ‘다수’의 증언을 제보받지도 못하였으며, ③ 달리 2차 공표를 통하여 암시된 ‘공소외 1 후보의 미 영주권 보유사실’을 뒷받침할 소명자료도 없었다.

결국, 피고인이 2차 공표를 통하여 직접 밝혔거나 간접적으로 암시한 위 각 사실은 모두 허위라고 봄이 타당하다.

3) 허위성의 인식에 관한 판단

나아가 다음과 같은 사정을 종합하면, 피고인에게 2차 공표를 통하여 공표한 위 각 사실이 허위라는 점에 관한 미필적 고의는 있었다고 볼 수 있다.

가) 사실확인 노력의 미흡

(1) 피고인 선거사무소는 결국 공소외 2로부터만 “공소외 1이 공천에서 탈락한 뒤 지인들과 언론인들에게 ‘상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다’고 말하고 다녔다”는 사실을 전해 들었을 뿐, 공소외 1의 지인이나 다른 언론인으로부터 위 사실을 확인하지는 못하였다.

그리고 위 사실은 언론 기사 등을 통해 확인된 적이 없음은 물론 트위터상에서도 전혀 전파된 바 없었다.

(2) 위 ‘다수의 증언’은 그 표현과 경위가 구체적이고 생생할 뿐만 아니라, 내용도 공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다는 사실을 여러 사람들에게 말하고 다녔다는 것이어서 공소외 1의 미국 영주권 보유 여부를 추단케 하는 강력한 정황이 된다.

위와 같은 증언의 존재와 그 내용의 적시는 유권자들을 오도할 위험성이 있는 만큼, 피고인으로서 사실 확인의 노력을 하였어야 했다.

특히 최소한 '다수'의 증언이 있었는지 여부를 확인하는 것은 시간적, 물리적으로 사회통념상 가능하였다고 인정되는데, 피고인은 이러한 노력을 충분히 하지 않은 채 만연히 '다수'의 증언이 있다고 주장하면서 그 내용의 적시에 적극적으로 나아간 것으로 보인다.

나) 공소외 1의 해명 및 사과요구와 그로 인한 상황의 변화

(1) 피고인은 1차 공표에서는 공소외 1 본인과 두 자녀의 미국 영주권 보유 의혹에 관하여 '사실대로 밝힐 것'만을 요구하였을 뿐, '객관적인 자료'를 제시할 것을 요구하지 아니하였다.

이에 공소외 1은 2014. 5. 25. 15:16경 '피고인 후보님께 드리는 편지'를 인터넷에 게재하여, 두 자녀가 미국 시민권을 보유하고 있으며 미국에서 교육을 받았다는 사실을 시인하고, 다만 자신이 미국 영주권을 보유하고 있다는 사실에 대해서는 강하게 부인하면서 사과를 요구하였다.

그렇다면 피고인의 의혹 제기와 해명 요구에 대하여 공소외 1이 공개적으로 해명함으로써, 공소외 1의 미국 영주권 보유 의혹은 어느 정도 해소되었다고 평가할 여지가 생겼다.

(2) 물론 공소외 1은 위 편지글을 게시하면서 객관적인 자료를 제시하지 않았으므로, 공소외 1의 해명에도 불구하고 피고인이 다시 객관적 자료를 요구하는 것 자체는 정당화될 수 있다.

그러나 피고인은 공소외 1에게 단순히 객관적인 자료를 제시할 것을 요구하는 데 그치지 않고, 앞서 본 바와 같이 "공소외 1은 공천에서 탈락한 뒤 지인들과 언론인들에게 '상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'고 말하고 다녔다"는 사실을 추가로 공표하였고, 이후 라디오 방송에서도 '신빙할 제보가 있다', '일정한 검증을 했다', '공소외 1의 해명은 믿기 어렵다'는 취지의 발언을 하였다.

(3) 이러한 피고인과 공소외 1의 공방과정을 전체적으로 살펴보면, 유권자의 입장에서는 공소외 1은 미국 영주권을 보유하고 있거나 보유한 적이 있음에도 불구하고 거짓 해명을 하고 있으며, 피고인에게 공소외 1의 미국 영주권 보유 사실을 증명할 강력한 정황증거가 있다고 받아들일 가능성이 크다.

(4) 이런 상황에서 피고인이 상당히 믿을 만한 증거가 있음을 밝히면서도 정작 그 증거의 내용을 사전에 면밀히 확인하고 신빙성을 따지는 것에 소홀히 한 채 보유하고 있는 증거의 양과 질을 과장하였다면, 증거에 관한 위와 같은 사실의 공표 과정에도 허위의 미필적 고의가 있었다고 보아야 하고, 그러한 증거 설명을 통하여 제3자에게 암시될 사실에 대하여도 허위의 미필적 고의가 있었다고 보는 것이 타당하다.

4) 피고인에게 공소외 1이 당선되지 못하도록 할 목적의 유무

'당선되지 못하게 할 목적'은 후보자에 관한 허위의 사실을 공표함으로써 선거인의 정확한 판단을 흐리게 하고 그에 따른 투표의 결과 후보자로 하여금 유효투표의 다수를 얻지 못하게 할 목적을 의미한다고 할 것이고(대법원 2007. 6. 29. 선고 2007도2817 판결 등 참조), 적극적으로 당선되지 못하게 할 것을 의욕하거나 희망할 것까지는 없고 단순히 당선되지 못하게 한다는 인식이 있는 것으로 충분하다고 할 것이다(대법원 2007. 7. 27. 선고 2007도3598 판결 등 참조). 한편 그 목적이 있었는지 여부는 피고인의 사회적 지위, 피고인과 후보자 또는 경쟁 후보자와의 인적 관계, 공표행위의 동기 및 경위와 수단·방법, 행위의 내용과 태양, 그러한 공표행위가 행해진 상대방의 성격과 범위, 행위 당시의 사회상황 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2006. 5. 25. 선

고 2005도4642 판결, 대법원 2007. 1. 15. 선고 2006도7473 판결 등 참조).

앞에서 본 사정들, 즉 공소외 1이 1차 해명을 하였음에도 이에 대한 별다른 확인절차를 거치지 않고 2차 공표에 나아간 점, 그러한 확인의 노력은 시간적, 물리적으로 충분히 가능하였다고 보이는 점, 단순한 공직담당자격 검증은 객관적인 자료 제시를 요구하는 것만으로도 충분하였다는 점 등을 종합하여 보면, 공직적격 검증을 위한다는 주관적인 목적과 의도에 따른 것이라고 볼 면이 있고, 적극적으로 낙선을 의욕하거나 희망한 것이라고 까지 볼 수는 없지만, 피고인에게 2차 공표를 통하여 경쟁 후보자인 공소외 1이 단순히 당선되지 못하게 한다는 인식은 있었다고 봄이 타당하다.

5) 소결

피고인이 2차 공표를 통하여 허위의 사실을 직접 또는 암시의 방법으로 공표하였고, 피고인에게 허위라는 점에 대한 미필적 인식과 낙선의 목적도 있었다고 인정되므로, 이 부분 허위사실공표에 대한 책임을 져야 한다(피고인의 변호인들은, 후보자의 공직적격 검증을 위한 질의와 답변 과정에서의 허위사실공표죄는 후보자 간 방송토론에서의 허위사실공표죄의 경우와 마찬가지로 제한적으로 적용되어야 한다고 주장한다).

그러나 피고인의 2차 공표는 후보자 간 방송토론 중 발언이 아님은 분명하고, 공방이 즉흥적으로 이루어지는 후보자 간 방송토론과 달리 공소외 1의 해명 이후 대응 방안을 검토하기에 충분한 시간적 간격이 지난 후에 이루어졌으므로, 이러한 주장은 받아들이기 어렵다). 이 부분 피고인의 항소는 받아들이지 않는다.

5. 결론

원심판결 중 2014. 5. 25. 국회 정론관 기자회견에서의 허위사실공표로 인한 지방교육자치에관한법률위반의 점에 대한 피고인의 항소는 이유 있고, 위와 같이 무죄로 되는 부분과 나머지 원심 판시 죄를 형법 제37조 전단의 경합범으로 처리하여 하나의 형을 선고한 원심판결은 전부 파기될 수밖에 없다.

따라서 피고인과 검사의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소 이유의 요지

가. 사실오인 및 법리오해(피고인)

1) 피고인은 “공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다”는 사실을 공표한 것이 아니다.

피고인은 “공소외 1이 미국 영주권을 보유한 적이 있다”거나 “공소외 1이 미국 영주권을 현재 보유하고 있다”는 사실을 단정하거나 이를 암시하여 공표한 것이 아니라, 미국 영주권 보유 의혹이 제기되고 있다는 사실 또는 영주권 보유 의혹이 있다는 사실을 지적하면서 공소외 1에게 제기된 의혹에 대한 해명을 요구하고, 해명함에 있어서 객관적인 자료의 제시를 요구한 것이며, 이는 표현이나 문맥상 분명하다.

그리고 검사로서는 마땅히 피고인이 공표한 내용 중 무엇이 공직선거법 제250조 제2항의 ‘허위사실’에 해당하는지를 특정하여야 하는데, 검사는 피고인이 공표한 허위사실이 무엇인지 특정하지도 않았다.

그럼에도 원심은, 피고인이 ‘공소외 1이 미국 근무 당시 미국 영주권을 취득하여 2014. 5. 25.까지 이를 보유하고 있다’는 사실과 ‘공소외 1이 공천탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다’는 사실을 암시하여 공표하였다고 판단하였다.

따라서 원심판결에는 허위사실공표죄에서의 '공표사실 특정'에 관한 법리오해 및 사실오인의 위법이 있다.

2) 피고인의 '해명 및 객관적 자료제시 요구'는 '허위사실의 공표'에 해당하지 않는다.

피고인의 공소외 1에 대한 이 사건 해명요구와 객관적인 소명자료의 제시요구는 선거 과정에서 당연히 예정되어 있는 경쟁 후보자들 상호 간의 비판과 공직적격 검증에 해당하므로 공직선거법상 허용되는 적법한 선거운동의 범주에 속한다.

그럼에도 원심은, 피고인의 공소외 1에 대한 미국 영주권 보유 의혹에 대한 해명 요구를 '허위사실의 공표'에 해당한다고 보았는바, 이러한 원심판결에는 공직적격 검증을 위한 언론 및 선거운동의 자유와 낙선 목적 허위사실공표죄의 관계에 대한 법리를 오해하고 사실을 오인한 위법이 있다.

3) 피고인은 공표사실이 허위임을 인식하지 못하였고, 오히려 영주권 보유 의혹이 진실인 것으로 믿을 만한 상당한 이유가 있었다.

피고인에게는 해명 요구 당시 피고인이 공표한 사실이 허위라는 점에 관한 인식이 없었고, 오히려 그러한 의혹이 진실인 것으로 믿을 만한 상당한 이유가 있었다.

그럼에도 원심은, "피고인에게 미필적 고의를 인정할 수 있고, 피고인이 제시한 소명자료에 의하더라도 그러한 의혹이 진실인 것으로 믿을 만한 상당한 이유가 있다고도 인정되지 않는다"고 판단하였는바, 원심판결에는 허위사실공표죄에서의 미필적 고의, 의혹이 진실인 것으로 믿을 만한 상당한 이유에 관한 법리오해 및 사실오인의 위법이 있다.

4) 피고인은 '공소외 1을 당선되지 못하게 할 목적'으로 해명 요구를 한 것이 아니다.

피고인은 공직적격 검증목적에서 의혹에 대한 해명을 요구하고 객관적인 자료제시를 요구한 것이므로 공소외 1을 당선되지 못하도록 할 목적에서 해명요구 등을 하였다고 사실인정을 하는 것은 부당하다.

상대 후보에게 제기된 의혹의 해명을 요구하고, 상대 후보가 이에 대하여 해명을 하는 일련의 과정을 통하여 의혹을 받는 후보에게 불리한 여론이 형성되더라도 그것은 선거의 특성상 일정 부분 수용할 수밖에 없으며, 그러한 결과가 발생할 우려가 있다고 하여 곧바로 의혹을 제기하는 사람에게 상대 후보에 대한 '낙선 목적'이 있다고 인정할 수는 없다.

그럼에도 원심은, "피고인에게 공소외 1이 당선되지 못하도록 할 목적이 있었다"고 판단하였는바, 원심판결에는 허위사실공표죄에서의 당선되지 못하게 할 목적에 관한 법리오해 및 사실오인의 위법이 있다.

나. 양형부당(피고인, 검사)

원심의 양형(벌금 500만 원)은 너무 무거워서 부당하다(피고인). 반대로 원심의 양형은 너무 가벼워서 부당하다(검사).

2. 기본적인 사실관계 및 주요 쟁점

가. 기본적인 사실관계

1) 주요 등장인물

- ① 피고인은 2014. 6. 4. 제6회 전국동시지방선거에서 서울특별시 교육감으로 당선된 사람이고, 공소외 1은 위 선거에 서울특별시 교육감 후보자로 출마한 사람이다.
- ② 공소외 5와 공소외 3은 피고인 선거사무소의 공보담당자들로서 이 사건 2014. 5. 25.자 보도자료 및 2014. 5. 26.자 답신 글을 작성한 사람들이며, 공소외 7은 피고인 선거사무소의 선거대책본부위원장이었다.
- ③ 공소외 2는 ▽▽▽ 기자로 일하다가 2013년 3월경 사직한 후 인터넷 언론사인 '○○○○'의 기자로 활동 중인 사람이다.
- ④ 공소외 8은 ▽▽▽ PD였다가 2001년 3월경부터 2005년 3월경까지 ◁◁◁TV의 전신인 ▷▷TV의 대표이사를 역임한 사람으로 공소외 1과 1999년부터 알고 지내오던 공소외 1의 지인이다.

2) 공소외 2의 트윗 글 게시 등

- ① 2014. 5. 23.(금) 19:39경, 공소외 2는 자신의 트위터 계정(계정 생략)에 "서울시 교육감 후보로 나선 공소외 1 후보는 자녀들을 어디서 공부시키셨나요? 한국에서 공부를 시키지 않으셨으면 왜 그러신 건가요? 본인 역시 미국 영주권을 갖고 계시지요? 정말 한국의 교육을 걱정하십니까? 걱정할 만큼 잘 알고 계십니까? 궁금합니다.

"라는 트윗 글을 게시하였다(증거기록 1권 497쪽).

- ② 2014. 5. 23.(금) 저녁 무렵, 피고인은 공소외 5, 공소외 3으로부터 "공소외 2가 트위터에 공소외 1의 미국 영주권에 관한 글을 게시하였고, 이에 따라 공소외 1의 미국 영주권 보유 여부에 관한 의혹이 있다"는 내용의 보고를 받았다.
- ③ 2014. 5. 24.(토) 오후 무렵, 공소외 5와 공소외 3은 공소외 1의 미국 영주권 보유 의혹에 관한 기자회견문 초안을 작성한 후 피고인에게 기자회견을 건의하였고, 저녁 무렵 피고인은 기자회견 개최를 승낙하였다.
- ④ 2014. 5. 26.(월) 기준 공소외 2의 트위터 계정의 팔로워(follower) 수는 58,971명에 이르렀다.

2014. 5. 24.(토) 자정까지 1,377명의 트위터 이용자들이 공소외 2의 위 트윗 글을 리트윗(retweet)하였다(증 제66호증 CYRAM의 서울시 교육감 선거 관련 트윗 분석 3쪽, 공판기록 5권)

3) 피고인의 국회 정론관에서의 기자회견(이하 편의상 '1차 공표'라고 한다)

2014. 5. 25.(일) 11:00경, 피고인은 국회 정론관 기자회견장에서 '공소외 1 후보는 미 영주권 문제를 즉각 해명하라'는 제목의 보도자료(별지 1 참조)를 기자들에게 배포하고, 그 내용을 그대로 읽어 내려가는 방식으로 기자회견을 하였다(증거기록 1권 346쪽).

4) 공소외 1의 인터넷 공개편지 게시와 라디오 방송에서의 해명

- ① 2014. 5. 25.(일) 15:16경, 공소외 1은 위와 같은 피고인의 기자회견에 대하여 '피고인 후보님께 드리는 편지'라는 제목의 글(별지 2 참조)을 인터넷에 게시하였다(증거기록 1권 461쪽)
- ② 2014. 5. 26.(월) 06:00~08:00경, 공소외 1은 라디오 프로그램인 '공소외 9의 ♡♡♡ 전망대'의 진행자 공소외 9와 방송 중 전화통화를 하면서 자신은 미국 영주권을 보유하고 있지 않다고 해명하였다(증거기록 3권 1325쪽).

5) 피고인의 '공소외 1 후보님께 드리는 답신' 게재와 라디오 방송에서의 발언 등(이하 편의상 '2차 공표'라고 한다)

- ① 2014. 5. 26.(월) 17:38경, 피고인은 자신의 선거사무실에서 '공소외 1 후보님께 드리는 답신'이라는 제목의 글(별지 3 참조)을 인터넷에 게재하고, 기자들의 이메일로 이를 발송하였다(증거기록 1권 465쪽, 3권 1654쪽).
- ② 2014. 5. 26.(월) 17:55경, 공소외 2는 트위터에 피고인의 위 답신 글을 링크하고, "만약 공소외 1 후보께서 관련 증빙 서류를 명백히 제시하신다면 의문을 제기한 저도 즉각 사과드리겠습니다"라는 트윗 글을 게재하였다(증거기록 1권 498쪽).

③ 2014. 5. 27.(화) 06:00~08:00경, 피고인은 위 라디오 프로그램의 진행자인 공소외 9와 방송 중 전화통화를 하면서 원심 범죄사실 제2항 기재와 유사한 취지의 발언을 하였다(증거기록 3권 1382쪽). 구체적인 발언 내용은 별지 4와 같다.

④ 2014. 5. 27.(화) 06:25~07:55경, 피고인은 라디오 프로그램인 '안녕하십니까 공소외 10입니다'의 진행자인 공소외 10과 라디오 방송 중 전화통화를 하면서 원심 범죄사실 제2항 기재와 유사한 취지의 발언을 하였다(증거기록 3권 1388쪽). 구체적인 발언 내용은 별지 5와 같다.

6) 공소외 1의 고발, 구 여권 사본 제출 및 공소외 2의 사과 트윗 글 게시

① 2014. 5. 27.(화) 11:00경, 공소외 1은 서울특별시 선거관리위원회에 피고인을 고발하면서 그 고발장에 증거자료로 자신의 구 여권 사본을 첨부하여 제출하였다(증거기록 1권 151쪽).

② 2014. 5. 27.(화) 20:29경, 공소외 2는 "공소외 1 후보 자신의 영주권 소지 의혹 부분은 공소외 1 후보의 서류 제출로 해소된 듯합니다.

제가 의혹을 제기한 부분의 근거는 있습니다만 말할 필요가 없게 됐구요. 공소외 1 후보께 사과 드립니다.

"라는 트윗 글을 게재하였다(증거기록 1권 499쪽).

나. 이 사건의 쟁점

1) 피고인이 공표한 사실은 무엇인지(공표사실의 확정)

별지 1, 3, 4, 5의 기재에 의하면, 피고인이 2014. 5. 25. 기자회견 및 2014. 5. 26. 답신 글 게재, 2014. 5. 27. 라디오 방송에서의 발언 등을 통하여 여러 가지 사실을 공표하고 다양한 의견을 표명하면서 공소외 1에게 미국 영주권 보유 의혹에 대한 해명을 요구하거나 해명을 뒷받침할 만한 객관적인 자료제시를 요구한 사실을 인정할 수 있다.

이에 대하여 검사는, '공소외 1이 미국 영주권을 보유한 사실 등이 없음에도 피고인이 1, 2차 공표를 하여 공소외 1이 당선되지 못하게 할 목적으로 허위의 사실을 공표하였다'고 공소를 제기하였다.

원심에서는 이 사건을 국민참여재판으로 진행하기로 한 다음 배심원들에게 설명할 쟁점을 정리하였는데, 피고인의 변호인을 포함한 소송관계인들은 '피고인이 1, 2차 공표를 통하여 사실을 공표한 것인지, 아니면 의견을 표명한 것인지'를 첫 번째 쟁점으로하기로 의견을 모았다.

그리고 배심원 선정기일을 거쳐 진행된 제1회 공판기일에서도 검사와 변호인은 앞서 정리된 쟁점에 따라 배심원들에게 이 사건의 첫 번째 쟁점은 사실의 공표인지, 의견의 표명인지라고 설명하였다.

원심법원은 배심원들에게 제시된 위와 같은 쟁점 및 그에 대한 법정에서의 공방을 바탕으로 '사실의 공표가 아니라 의견표명에 불과하다는 주장에 관하여'라는 제목으로 이에 대하여 판단하였는데, "피고인이 표현한 내용은 증거에 의하여 입증이 가능한 것이므로 '사실의 표명'에 해당한다"고 판시하였다(원심 판결문 제9, 10쪽).

그런데 피고인의 변호인들은, 당심에 이르러 원심에서와는 다른 각도에서 변론하면서 피고인의 1, 2차 공표 내용을 구체적으로 분석하여 피고인이 공표한 사실을 특정하여야 한다고 주장한다.

즉 피고인의 변호인들은, 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 "공소외 1이 미국 영주권을 보유한 적이 있다"거나 "공소외 1이 미국 영주권을 현재 보유하고 있다"는 사실(이하 'A사실'이라고 한다)을 공표한 것이 아니라, 해명을 요구하는 과정에서 "영주권 보유 의혹이 있다"는 사실(이하 'B 사실'이라고 한다) 또는 "제3자에 의해 영주권 보유 의혹이 제기되어 그러한 의혹이 존재한다"는 사실(이하 'C 사실'이라고 한다)을 공표한 것이라고 주장하고 있다.

따라서 당심에서는 우선, 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 공소외 1의 미국 영주권 보유와 관련하여 공표한 사실이 무엇 인지를 확정할 필요가 있다.

왜냐하면, 피고인이 공표한 사실이 위에서 본 'A 사실'인지, 'C 사실'인지, 혹은 'B+C 사실'인지는 어의(語義)나 표현 상으로도 서로 명백히 구분되고, 나아가 공표한 사실이 허위인지, 허위라면 피고인에게 허위성의 인식이 있었는지, 그것이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 큰 차이가 있을 수밖에 없기 때문이다.

즉, 피고인이 'A 사실'을 공표한 것이라면 피고인으로서에는 그에 상응하는 수준의 객관적인 소명자료를 제시할 책임을 부담하는 것이고, 피고인이 'C 사실' 그 자체만을 담백하게 공표한 것이라면 공표 당시 '제3자에 의해 공소외 1의 영주권 보유 의혹이 제기되어 존재하였는지'가 허위 여부의 판단 기준이 될 수 있으며, 'B 사실' 혹은 'B+C 사실'을 공표한 것이라면 공표 당시 공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다고 의심할 만한 정황이 존재하였는지, 피고인이 의혹을 제기할 만한 정도의 소명자료는 가지고 있었는지를 따져야 할 것이기 때문이다.

2) '허위사실의 공표'에 해당한다고 평가할 수 있는지

피고인의 변호인들 주장대로, 피고인이 'A 사실'을 단정적 표현을 사용하여 혹은 암시하여 공표한 것이 아니라, 공소외 2 등이 영주권 보유 의혹을 제기하였다는 사실에 기대어 피고인 자신도 공소외 1의 미국 영주권 보유 의혹을 제기 하고(즉, '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다고 의심케 하는 여러 사실이 존재한다'는 사실을 공표하고) '해명'을 요구한 것으로 즉, 'B+C 사실'을 공표한 것으로 볼 수 있다고 하더라도, 그러한 행위가 무제한 허용될 수 있는 것은 아니다.

그러한 표현이 이루어진 맥락 및 경과, 다른 정황 등 여하에 따라서는 피고인의 1, 2차 공표를 접한 유권자 입장에서 피고인이 단순히 의혹을 제기하고 있다는 사실에 관심을 두고 주목하기보다는 의혹 사실이 진실이라고 받아들일 수도 있기 때문이다.

따라서 피고인이, 마치 언론의 보도처럼, 'C 사실' 그 자체만을 담백하게 공표한 것으로 인정되지 않는 한, 피고인으로서 는 그러한 의혹제기를 정당화할 만한 합리적인 사정 즉, '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다고 의심할 만한 정황들이 실제 존재하였다'는 점을 소명하여야 할 부담을 진다고 할 것이다.

3) 공표 내용이 허위라고 인식하였는지, 상당한 이유가 있었는지 여부 등

피고인이 1, 2차 공표를 통하여 공표한 사실의 전부 또는 일부가 '허위사실'에 해당한다면, 피고인에게 공표한 내용이 허위라는 점에 대한 고의가 있었는지, 또는 공표한 내용이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있었는지 여부를 따져보고, 피고인에게 공소외 1을 당선되지 못하게 할 목적이 있었는지 여부도 살펴보아야 한다.

4) 적법한 선거운동의 범주에 속한다는 주장 : 별도의 쟁점으로 판단하지는 않음.

피고인의 변호인들은, 피고인의 행위는 적법한 선거운동의 범주에 속한다는 주장도 하고 있다.

공직선거법은 선거운동 자유의 원칙을 선언하면서도 예외적으로 법률에 의해 금지 또는 제한되는 행위를 정하고 있는데, 허위사실공표죄는 공직선거법상 금지된 행위 중 하나이다.

그러므로 피고인의 행위가 허위사실공표에 해당하는 것으로 평가된다면 결과적으로 피고인의 행위는 적법한 선거운동의 범주에 속할 수 없게 된다.

따라서 피고인의 공표행위가 허위사실 공표죄에 해당하는지 여부를 판단하면 그것이 적법한 선거운동에 해당되는지 여부도 함께 판단되는 것이므로 적법한 선거운동에 해당한다는 취지의 피고인 변호인들의 주장에 대하여는 별도의 쟁점으로 따로 판단하지 않는다.

다만 피고인의 행위가 허위사실공표죄를 구성하는지를 판단함에 있어서, '선거운동 자유가 원칙이고 금지와 제한은 예외'임을 선언한 공직선거법의 입법취지를 고려하여야 함은 물론이다.

변호인들의 주장 취지 역시 이점에 있다고 이해된다.

3. 피고인이 공표한 사실은 무엇인지

가. 이 사건 공소사실의 요지 및 검사가 제시한 피고인의 공표사실

1) 이 사건 공소사실의 요지

이 사건 공소사실의 요지는 아래와 같다.

가) 1차 공표에 의한 허위사실공표

피고인은 2014. 5. 25. 11:00경 국회 정론관 기자회견장에서 "공소외 1 후보는 미 영주권 문제를 즉각 해명하라"는 제목으로 "공소외 1 후보 자신과 두 자녀의 미 영주권 보유 문제, 사실대로 밝히라... 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... 만약 이 제보가 사실이라면, 공소외 1 후보는 대한민국 서울의 유권자들을 우롱하고 있는 것입니다... 또 공소외 1 후보는 그 자신이 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹을 사고 있습니다.

만약 이게 사실이라면, 공소외 1 후보는 서울시 교육감 후보가 될 자격이 없습니다... 민주진보 단일후보로서 사태를 정확하게 정리하고 유권자들의 판단을 돕기 위해, 공소외 1 후보에게 다음과 같은 사항을 요구하는 바입니다.

1. 공소외 1 후보는 자신의 미국 영주권 보유 문제와, 두 자녀의 미국 영주권 보유 문제에 대해 사실대로 밝히라..."는 내용으로 작성된 보도자료를 기자들에게 배포하고, 위 보도자료 내용을 그대로 읽어 내려가는 방식으로 기자회견을 개최하였다.

그러나 피고인은 위 트위터 내용 이외에 공소외 1의 영주권 보유 여부에 대한 제보를 받은 사실이 없고, 공소외 1은 미국에서 근무할 때 비이민비자를 받아 근무한 것에 불과할 뿐 미국 영주권을 보유한 사실이 없었다.

이로써 피고인은 서울시 교육감 후보자였던 공소외 1이 당선되지 못하게 할 목적으로 허위의 사실을 공표하였다.

나) 2차 공표에 의한 허위사실공표

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... 만에 하나 공소외 1 후보님께서 영주권을 받으셨다면, 그 시점은 지금처럼 요건이 강화되기 전일 것이므로 그 말씀만으로는 유권자들의 의혹을 씻어내기 어려울 것으로 보입니다.

"라는 내용을 기재하여 피고인의 선거캠프 홈페이지 및 각 기자들의 이메일로 이를 발송하고, 이후 2014. 5. 27. 2회에 걸쳐 라디오 방송에서 위와 같은 취지로 발언하였다.

그러나 피고인은 위 내용에 대하여 다수의 증언을 제보받은 사실이 없고, 공소외 1은 미국 영주권을 보유한 사실이 없으며, 공천에서 탈락하였던 무렵인 2012년 3월경 지인이나 언론인에게 '미국 영주권이 있다거나 미국 가서 살면 된다'고 말한 사실이 없다.

이로써 피고인은 서울시 교육감 후보자였던 공소외 1이 당선되지 못하게 할 목적으로 허위의 사실을 공표하였다.

2) 검사가 제시한 피고인의 공표사실

검사는 공소장에 '피고인이 공표한 사실이 무엇인지'에 관하여 분명하게 기재하지는 않았다.

그렇지만, 공소장의 전체적인 내용과 결론에 이르는 논리의 전개 과정을 종합하여 보면, 검사는, 피고인이 1차 공표를 통하여서는 ① '제보를 받았다는 사실', ② '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다는 사실'을 공표하였고, 2차 공표를 통하여서는 ① '다수의 증언을 제보받았다는 사실', ② '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다는 사실', ③ '공소외 1이 공천에서 탈락하였던 무렵인 2012년 3월경 지인이나 언론인에게 "미국 영주권이 있다거나 미국 가서 살면 된다"고 말하였다는 사실'을 공표한 것으로 보고 그것이 공직선거법상의 허위사실의 공표에 해당한다고 기소한 것임을 알 수 있다.

나. 원심 판단의 요지

피고인은 제보나 의혹 내용을 제시하면서 가정적인 표현을 사용함으로써 피고인의 발언 내용이 타인으로부터 제보받은 것임을 밝혔으나 그 표현내용은 증거에 의한 증명이 가능한 것이므로 사실의 표명에 해당한다.

그리고 피고인은 1차 공표를 통하여 '공소외 1이 미국 근무 당시 미국 영주권을 취득하여 2014. 5. 25.까지 이를 보유하고 있다'는 사실을 암시하여 공표하였고, 2차 공표를 통하여 '공소외 1이 공천탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실을 암시하여 공표하였다고 판단하였다.

다.

당심의 판단

1) 피고인이 공표한 사실이 무엇인지 확정함에 있어서 고려한 대법원 판결 및 법리 등

가) 공직선거법 제250조 제2항은 낙선의 목적으로 후보자에 대하여 허위사실을 공표하는 행위를 금지하고 이를 위반하는 경우 7년 이하의 징역 또는 500만 원 이상 3,000만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

위 조항의 입법취지는 허위의 사실을 공표하여 선거인의 올바른 판단에 영향을 미치는 행위를 규제함으로써 선거의 공정을 보장함에 있다(대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도8368 판결 등 참조).

나) 공직선거법 제250조 제2항에서 규정하는 허위사실공표죄가 성립하려면, 우선 허위의 사실을 공표하여야 하고, 여기에서 허위의 사실이라 함은 진실에 부합하지 않은 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이면 충분하지만, 단순한 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 불과한 경우에는 이에 해당되지 아니한다 할 것인바, 어떤 진술이 사실주장인가 또는 의견표현인가를 구별함에 있어서는 선거의 공정을 보장한다는 입법취지를 염두에 두고 언어의 통상적 의미와 용법, 문제 된 말이 사용된 문맥, 입증가능성, 그 표현이 행하여진 사회적 상황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 할 것이다(대법원 2000. 4. 25. 선고 99도4260 판결 등 참조). 한편 의견이나 평가라고 하더라도 그것이 진실에 반하는 사실에 기초하여 행해지거나 의견이나 평가임을 빙자하여 간접적이고 우회적인 표현 방법으로 허위사실을 암시하는 경우에도 위 죄가 성립된다(대법원 2011. 12. 22. 선고 2008도11847 판결 참조).

다) 그러나 공직선거법 제250조 제2항은 정치적 표현의 자유에 대한 제한입법이며, 동시에 형벌조항에 해당하므로 이를 구체적 사건에 적용함에 있어서는 제한되는 기본권의 의미와 비중을 엄밀하게 고려하여 그것이 과도하게 침해되지 않도록 신중한 주의를 기울일 필요가 있다.

법관에게는 헌법 규정 및 정신에 합치되도록 법률을 해석·적용할 의무가 주어져 있기 때문이다.

그런데 피고인이 사용한 표현과는 다른 내용을 피고인이 '암시'하였다고 쉽게 인정한다면, 경우에 따라서는 피고인 자신이 하지도 않은 표현에 대하여 형사적 책임을 물을 기초가 제공되는 셈이 될 뿐만 아니라, 나아가 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권주체는 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높고, 그로 인해 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 가능케 하여 이러한 표현들이 상호 검증을 거치도록 한다는 표현의 자유의 본래의 기능은 상실된다.

이러한 위축효과로 인하여 국민의 대표자가 되고자 하는 사람이 어떤 사람이고, 무슨 정책을 내세우고 있는지, 그 이력과 인간됨은 어떠한지에 대한 정보가 다양한 방식으로 제대로 제공될 가능성이 축소될 것 또한 어렵지 않게 상정할 수 있다.

요컨대 위 법률조항을 적용함에 있어서, 위 법률조항의 적용을 통하여 확보하고자 하는 선거의 공정성의 무게를 의식하되, 다른 한편으로 대의민주주의의 핵심인 선거 과정에서 차지하는 표현의 자유의 위와 같은 비중 역시 균형감 있게 그리고 섬세하게 염두에 두어야 한다.

라) 따라서 피고인이 간접적이고 우회적인 표현 방법으로 허위사실을 암시하였다고 평가하기 위해서는 피고인이 사용한 표현의 어의, 시기와 상황, 전체적인 취지, 수신자의 입장 등을 종합하여, 피고인이 '의혹의 제기' 또는 '해명 요구' 형식을 '빙자'하여 허위사실의 존재를 구체적으로 '암시'하였음이 합리적인 의심이 없을 정도로 증명되어야 한다.

'의심스러울 때에는 피고인의 이익으로, 자유의 이익으로'라는 헌법 및 형사소송법의 대원칙이 그렇기도 하거니와, 만일 이와 같이 보지 않는다면 의혹에 대한 해명을 요구하기 위해서 그 의혹의 내용을 이루는 구체적 사실을 제시한 경우 모두가 의혹 사실을 '암시'하여 공표한 것으로 판단될 위험성이 있고, 그럴 경우 의혹을 받고 있는 후보자가 있다고 하더라도 그의 공직담당 적격을 검증하는 것이 사실상 봉쇄될 수 있기 때문이다.

마) 대법원도 '축재하였다'는 표현과 '축재의 의혹을 받고 있다'는 표현은 어의(語義) 상 명백히 구분되고 공표사실의 허위성에 관한 증명에 있어서도 차이가 있을 수밖에 없으므로, 피고인이 적시한 '축재의 의혹을 받고 있다'는 사실을 '축재하였다'는 것으로 변경하여 인정할 수는 없다고 본 원심판결을 긍정한 바 있다(대법원 2014. 1. 29. 선고 2013도14558 판결 참조). 이 사건의 경우도 위 대법원 판결의 취지를 반영하여 피고인이 공표한 사실 및 내용이 무엇인지를 확정할 필요가 있다.

바) 이러한 구분이 의혹 제기의 무제한 허용으로 이어지는 것은 아니다.

피고인이 앞서의 'A 사실'을 단정적으로 혹은 암시하여 공표한 것이 아니라, 'B 사실'을 적시한 것으로 인정된다 하더라도, 그 의혹의 근거가 박약하여 결과적으로는 그러한 사실 적시조차 허용될 수 없었다고 판단될 수도 있고, 가정적, 유보적 표현을 사용한 경우에도 그 표현이 선거인에게 주는 전체적인 인상을 기준으로 판단하였을 때 허위사실을 표명한 것으로 볼 수 있는 경우도 있기 때문이다.

그러나 그렇더라도, 이는 어디까지나 피고인이 공표한 사실이 무엇인지 확인한 후 그다음 단계에서 검토되어야 할 것이고, 공표사실을 특정하는 단계에서 피고인의 내심의 의사를 추론하여 피고인이 사용한 '단어'나 '표현'을 통하여 객관적으로 표현된 것과 다른 사실을 '암시하여 공표하였다'고 인정 내지 평가하는 것에는 매우 신중할 필요가 있다

2) 1차 공표를 통하여 공표한 사실

원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 1차 공표를 통하여 '공소외 1과 두 자녀가 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹을 사고 있다'는 사실('B+C 사실')을 공표하였다고 평가하는 것이 타당하다.

원심의 판단처럼 피고인이 '공소외 1과 두 자녀가 미국 영주권을 보유하고 있다'는 사실('A 사실')을 단정적으로 혹은 암시하여 공표하였다고 보기는 어렵다.

가) 표현 내용 자체에 대한 통상의 언어학적 분석

- ① 피고인이 배포한 보도자료에는 "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... 또 공소외 1 후보는 그 자신이 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹을 사고 있습니다.
- "고 기재되어 있다.

즉, 피고인은 공소외 1 본인과 자녀들이 미국 영주권 보유 의혹을 사고 있다는 것과 그에 관한 제보가 있다는 사실만을 공표하고 있을 뿐, '미국 영주권을 보유하고 있다'는 단정적인 표현은 사용하지 않았다.

- ② 검사의 요청으로 감정서를 작성하여 제출한 공소외 11교수와 피고인의 요청으로 의견서를 작성하여 제출한 공소외 12, 공소외 13, 공소외 14교수는 피고인의 2014. 5. 25. 기자회견문, 2014. 5. 26. 답신 글 및 2014. 5. 27. 라디오 방송에서의 발언 내용을 독해한 다음 그에 대한 의견을 각각 피력하였는데, 피고인이 위 각 글이나 방송 인터뷰를 통하여 '의혹을 제기'하고 '해명을 요구'한 것이라는 점에 관해서는 의견이 일치되었다(증거기록 5권 2540쪽, 공판기록 2권 687, 899, 705쪽).

나) 문제 된 표현이 사용된 문맥

- ③ 다음으로, 위 보도자료의 제목은, "공소외 1 후보는 미 영주권 문제를 즉각 '해명'하라. 공소외 1 후보 자신과 두 자녀의 미 영주권 보유 문제, 사실대로 밝히라"이다.

'해명'의 사전적 의미는 '까닭이나 내용을 풀어서 밝힘'으로, 사실과 다른 의혹이 제기된 경우 사실을 밝힌다는 의미로도 활용된다.

따라서 '해명하라'는 제목으로도 피고인이 '공소외 1은 미국 영주권을 보유하고 있다'고 단정한 것이 아니라 그러한 의혹이 사실이 아닐 가능성 즉, 반대 사실의 존재 가능성을 인정하고 있었음을 알 수 있다.

- ④ 피고인은 같은 보도 자료에서 공소외 1의 2014. 5. 23. △△△△△총연합회 임원회의 참석 및 그 회의에서의 발언에 관하여는 '사과하라'라는 단정적인 표현을 사용하였다.

그러나 공소외 1 본인과 자녀의 미국 영주권 보유 의혹에 관하여는 '사실대로 밝히라'라는 표현을 사용하였다.

다) 표현이 행하여진 사회적 상황 내지 맥락

⑤ 피고인의 표현이 이루어진 사회적 상황 및 그 형식에 주목할 필요가 있다.

표현의 자유가 보장되어야 할 중요 영역은 정치적 토론 내지 공방 과정인데, 이러한 토론 내지 공방이 가장 활발히 이루어지는 것이 선거국면이다.

경쟁 후보자들 사이의 상호 비판과 공직적격 검증은 선거 과정에서 불가피하고, 이는 매우 다양한 형식과 상황에서 펼쳐진다.

가령 후보자가 자신을 지지할 것으로 보이는 유권자들을 상대로 상대 후보자의 정책과 공직후보자로서의 자격 등에 관하여 일방적인 선전과 발표를 하고, 이것이 상대 후보자에게 전달됨으로써 상호간의 공방이 촉발되는 경우도 있을 수 있고, 공식적인 토론 과정이 마련되어 그곳에서 엄격한 절차에 따라 서로에 대한 비판과 검증이 이루어질 수도 있다.

또한 '후보자들 사이의 공방과 이를 지켜보고 평가하는 유권자의 존재'라는 선거의 본질에 따라 비록 후자의 경우처럼 형식적으로 엄격하게 정해진 토론 내지 공방 절차라고는 볼 수 없지만 그와 유사한 공방 내지 토론의 광장이 존재함을 염두에 두면서 상호 공방이 이루어질 수도 있다.

똑같은 표현도 그것이 이루어지는 사회적 상황이나 맥락에 따라 달리 받아들여질 가능성이 있다는 위와 같은 측면을 고려하여 보자면, 기자회견을 통하여 이루어진 피고인의 1차 공표는, 지지자 또는 유권자들을 상대로 '공소외 1 후보자의 미 영주권 보유사실'이라는 정보를 일방적으로 전달하는 것으로 보기는 매우 어렵고, 오히려 위에서 언급한 바와 같은 유사 공방 과정을 염두에 둔 것으로 볼 여지가 많아 앞서의 분석처럼 위 공표의 의미를 문언 그대로 받아들이는 것이 자연스럽다.

라) 표현이 이루어진 이후 표현에 대한 보편적 인식

⑥ 피고인의 1차 공표 이후 각 언론사에서는 공소외 1의 미국 영주권 보유 의혹에 관하여 보도하였는데, 대부분의 기사에 '의혹', '제보', '해명 요구' 등의 표현이 포함되어 있었다(증거기록 3권 1281쪽 이하). 따라서 기사를 접한 유권자도 공소외 1의 미국 영주권 보유가 확정된 사실은 아님을 알 수 있었을 것이다.

마) 나머지 쟁점

① 위 보도자료에 "피고인 캠프가 받은 제보에 따르면" 및 "만약 이 제보가 사실이라면"이라는 표현이 있고, 이로써 피고인이 어떠한 제보를 받았음을 공표한 것임은 앞서 본 바와 같다.

그러나 위 표현은, 피고인이 받은 제보의 내용과 수준, 그 의미하는 바를 구체적으로 나타내지 않은 매우 추상적인 것에 불과하여, 위와 같은 표현이 있다고 해서 앞 서의 판단을 달리할 수는 없다.

② 피고인의 내심의 의사를 추론하여 피고인이 사용한 '단어'나 '표현'을 통하여 객관적으로 표현된 것과 다른 사실을 '암시하여 공표하였다'고 인정 내지 평가하는 것에는 매우 신중할 필요가 있음은 앞서 본 바와 같지만, 어쨌든 내심의 의사가 무엇인지와 관련하여 보더라도 앞서의 평가를 반복할 사정은 존재하지 않는다.

이에 대해서는 뒤에서 자세히 살펴본다.

바) 배심원들의 의견과 달리 평가하는 것에 관하여

원심은, 공소사실 전부에 관하여 만장일치의 의견으로 유죄의 평결을 한 배심원들(7명)의 의견을 존중하여 피고인에게 유죄를 선고하였다.

따라서 원심의 판단은 존중될 필요성이 더욱 크다.

그러나 앞서 본 바와 같이 원심에서는 배심원들에게 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 '사실을 공표'한 것인지 아니면 '의견을 표명'한 것인지 만이 쟁점으로 제시되었다.

그렇기에 배심원들로서는 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 '사실을 공표'한 것으로 평가할 것인지, '의견을 표명'한 것으로 평가할 것인지를 판단하려고 애썼을 것이고, 그 중간 영역이라고도 볼 수 있는 '제3자로부터 의혹을 사고 있다'거나 '의혹이 있다'는 사실을 공표한 것인지, 그렇다면 그에 대한 법률적 평가는 어떻게 달라지는지에 대하여는 충분한 설명을 듣지 못한 상태에서 사실인정 및 법적 평가를 하고 평결에 나아갔을 가능성이 높다.

그런데 당심에 이르러 피고인의 변호인들이 주장을 일부 변경하여 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 사실을 공표하였음은 인정하면서 공표한 사실이 무엇인지 즉, 앞서 본 'A 사실'인지, 'B 사실'인지, 'C 사실'인지를 특정하여야 한다는 주장을 새로이 하고 있다.

원심에서 제기된 '사실의 공표와 의견의 표명'의 구분론이 이 사건의 기초적인 쟁점이자 여전히 의미 있음은 분명하나, 사실과 의견이 혼재되어 있는 경우 어느 것에 우위를 둘 것인지, '사실의 공표'로 볼 경우에도 공표되는 사실을 다시 구분하여 확정할 수 있는지의 문제는 위와 같은 기초적 쟁점에 터 잡아 더 나아가 고민하여 판단하여야 할 법리적 쟁점임 또한 분명하다.

사실과 의견의 구분론에 관해서는 우리나라를 비롯하여 여러 나라에서 다양한 이론이 전개되고 있고, 나아가 구체적인 사안에서 이를 어떻게 적용할 것인가는 각국의 법원이 매우 어려운 주제로 여겨 다루고 있기도 하다.

결국, 당심으로서 배심원들의 평결을 무겁게 받아들이더라도 새롭게 제기된 이러한 법리적 주장에 대한 판단을 하여야 하므로, 이러한 법리적 주장의 변경을 반영하여 판단한 결과 원심의 판단이 달라질 가능성은 있는 것이다.

3) 피고인이 2차 공표를 통하여 공표한 사실

피고인이 2차 공표를 통하여 공표한 사실이 무엇인지를 확정함에 있어서는 원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합적으로 고려할 필요가 있다.

가) 피고인의 주장에 부합하는 사정

다음과 같은 사정들은, 2차 공표를 통하여도 '영주권 보유 의혹에 대한 해명 및 자료제시 요구의 전제로서 영주권 의혹이 있다는 사실을 공표한 것에 불과하다'는 취지의 피고인의 주장에 부합하는 면이다.

① 피고인이 2차로 공표한 글의 제목은 "[피고인 캠프] 공소외 1 후보님께 드리는 답신"이고, 맨 처음 내용은 "사실확인에 감사드리며, 미흡한 점에 대해 추가 질문을 드립니다"이다.

이어 "선거운동 과정에서 이렇게 편지로 대화를 나누며 서로 의문점을 해소하는 것은 좋은 방법이겠습니다.

공소외 1 후보께서 동의하신다면, 저는 앞으로 투표일까지 어떤 형식으로든 대화를 계속 이어가기를 희망합니다"라고 언급한 후, "1. 후보자의 검증은 필수 과정입니다"라는 제목 아래 피고인의 1차 공표 및 2차 공표가 유권자들에게 충분한 정보를 주기 위한 후보자 검증의 의도에 따른 것임을 비교적 자세하게 밝혔다.

② 아래에서 보는 것처럼, 피고인은 '공소외 1은 미국 영주권을 보유하고 있다'는 식의 단정적 표현을 하지는 않았고, 그러한 의혹이 사실이 아닐 가능성 즉 반대 사실의 존재 가능성 및 그 증명 가능성을 전제하고 있다.

□ 피고인은 위 답신 글에서 "본인의 영주권 문제를 자료로 해명해 주시기 바랍니다"는 표현, "'만에 하나' 공소외 1 후보님께서 영주권을 받으셨다면," 이라는 표현 등을 사용하였다.

또한 위 답신 글에는 "주한 미국 대사관에 가서서 영주권을 받은 적이 없다는 내용증명을 떼어서 객관적 자료로 확인해 주시면 깨끗하게 해결될 것으로 보입니다", "공소외 1 후보님의 미국 영주권 보유 문제를 미국 대사관을 통해 객관적 자료를 가지고 증명해 주시길 희망합니다"는 기재도 있다.

□ 그리고 피고인은 라디오 방송에서도 "만일 아주 객관적인 자료로 입증해 주시면 저도 사과와 경의를 표하고요. 또 그만큼 제가 잘못된 문제 제기를 했다는 것 때문에 아마 유권자들이 저에게 마이너스를 주지 않을까 생각합니다", "만일 정말로 이 문제가 명명백백하다면 그래서 저희는 만일 아주 객관적인 자료로 입증해 주시면 사과도 할 용의도 있고요. 또 만일에 이게 정말 객관적인 자료로 입증된다면 유권자들이 저에게 아무래도 마이너스를 주시지 않겠습니까?"라고 발언한 바도 있다.

③ 앞서 본 바와 같이 피고인의 2014. 5. 25. 기자회견문, 2014. 5. 26. 답신글 및 2014. 5. 27. 라디오 방송에서의 발언 내용을 감정한 4명의 교수 모두가 피고인이 위 각 글이나 방송에서의 인터뷰를 통하여 '의혹을 제기'하고 '해명을 요구'한 것이라는 의견을 밝혔다.

나) 원심의 판단을 수긍할만한 사정들

그러나 다음과 같은 사정들을 고려하면, 피고인이 2차 공표를 통하여 '공소외 1이 공천 탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실('A 사실')을 단정적으로 공표하였다고까지는 평가하기 어렵지만, '공소외 1이 공천 탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실('A 사실')을 암시하여 공표하였다고 본 원심의 판단은 수긍할 수 있다.

① 1차 공표 당시와는 다른 사회적 상황 내지 맥락이 있었다.

1차 공표 후 공소외 1은 자신의 미국 영주권 보유 의혹에 대하여 나름대로 해명하였다.

공소외 1이 해명의 근거로 내세운 사정이 반론의 여지가 없을 정도로 객관적인 것인지 여부를 떠나, 이후 피고인의 반응을 대하는 유권자들로서는 공소외 1의 해명 내용과 연관지어 피고인의 반응과 표현을 이해하게 될 것으로 보는 것이 자연스럽다.

피고인이 과연 공소외 1의 해명을 그대로 받아들일지, 해명 또는 해명 근거가 여전히 불충분하다는 점만을 단순히 지적하고 재차 객관적 소명을 요구할지, 해명 근거의 불충분함을 지적하는 것에 더 나아가 피고인이 내세운 종전 의혹의 근거 및 정황을 적극적으로 제시할 것인지 여부를 유심히 지켜볼 개연성이 높아졌을 것으로 보이기 때문이다.

② 증거 제시를 통하여 증거와 연동되는 사실의 암시가 전달될 가능성이 있었다.

□ 피고인은 '공소외 1의 미국 영주권 보유의혹이 여전히 해소되지 않고 있다'는 전제하에 '공소외 1 후보님께 드리는 답신'에서 "저희 캠프에 제보된 다수의 증언에 따르면, 공소외 1 후보님께서 몇 년 전 공천에서 탈락하신 뒤, '상관 없습니다.

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.

이분들이 잘못 들은 건 아닐 것이라고 저는 판단합니다.

왜 그렇게 말씀하셨는지 궁금합니다"라고 기재하였다.

방송에서의 대화 과정에서도 위 사실을 거듭 언급하였다.

- 1차 공표에서 하지 않았던 피고인의 위와 같은 언급 즉 '공소외 1이 자신의 미 영주권 보유 사실을 시인하는 발언을 하였다', '그러한 발언을 들은 사람은 다수이다', '그러한 발언을 들은 다수의 사람들 중에는 지인들과 언론인들이 있다'는 것은 그 의미가 적지 않다.

위와 같이 언급된 사실은 그 증명력이 높아 그렇게 말한 사실이 인정될 경우 '공소외 1의 미 영주권 보유사실'을 인정할 여지가 높아지기 때문이다.

- 그런데 피고인은 위와 같은 언급을 함에 있어서, 1차 공표와는 달리, 가령 '그러한 발언을 하고 다닌다는 의혹이 있다'는 식의 보다 완화된 표현 등을 사용하지도 않았다.

자신이 보유하고 있는 증거의 신빙성에 허점이 있을 가능성을 유보하지 않은 채, 오히려 '왜 그렇게 말씀하셨는지 궁금합니다' 등의 표현을 사용하여 공소외 1이 그와 같은 말을 지인들에게 하였다는 사실 자체는 확정된 사실인 것처럼 하였다.

- 일반적으로, 증거의 제시는 그 증거를 통하여 입증하고자 하는 사실의 존재를 드러내기 위한 것이다.

피고인이 비록 자신이 알고 있는 증거(공소외 1의 위와 같은 발언 사실)에 의하여 '공소외 1의 미 영주권 보유사실'이 온전히 증명되었다고는 말하지 않았고, 오히려 다른 객관적 자료(미국 대사관의 확인 등)에 의하여 반박될 가능성 자체는 여전히 열어 놓은 채 보다 객관적인 해명을 요구하는 과정에서 위와 같은 언급을 하였다고 하더라도, 1차 공표와 달리 증거에 관한 위와 같은 사실을 추가로 공표함으로써, 이러한 발언 등을 대하는 사람들의 입장에서는 피고인이 '공소외 1의 미영주권 보유사실'을 암시하고 있다고 받아들일 여지는 그만큼 높아졌다고 볼 수 있다.

원심의 배심원들 역시 이러한 사정들에 주목하여 판단한 것으로 보여 이를 존중할 필요가 있기도 하다.

4) 소결론

가) 피고인은 1차 공표를 통하여 '공소외 1과 두 자녀가 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹을 사고 있다'는 사실을 공표하였고, 2차 공표를 통하여 '공소외 1이 공천 탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실('A 사실')을 암시하여 공표하였다고 봄이 타당하다.

나) 이러한 당심의 판단은, "피고인은 1차 공표를 통하여 '공소외 1이 미국 근무 당시 미국 영주권을 취득하여 2014. 5. 25.까지 이를 보유하고 있다'는 사실을 암시하여 공표하였고, 2차 공표를 통하여 '공소외 1이 공천탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실을 암시하여 공표하였다"고 본 원심과는 그 결론을 일부 달리하는 것이다.

다) 아래에서는 피고인이 1, 2차 공표를 통하여 위에서 확정된 바와 같은 사실을 공표하였음을 기초로 하여, 그것이 공직선거법상의 허위사실의 공표에 해당하는지 여부 등에 대하여 판단한다.

4. 1, 2차 공표가 허위사실의 공표에 해당하는지에 관한 판단

가. 관련 법리

1) 공직선거에서 후보자에 관한 의혹 제기와 표현의 자유와의 관계

민주주의 정치제도 하에서 언론의 자유는 가장 기초적인 기본권이고 그것이 선거과정에서도 충분히 보장되어야 함은 말할 나위가 없다.

그리고 공직선거에 있어서 후보자의 공직담당적격을 검증하는 것은 필요하고도 중요한 일이므로 그 적격검증을 위한 언론의 자유도 보장되어야 하고, 이를 위하여 후보자에게 위법이나 부도덕함을 의심케 하는 사정이 있는 경우에는 이에 대한 문제 제기가 허용되어야 하며, 공적 판단이 내려지기 전이라 하여 그에 대한 의혹의 제기가 쉽게 봉쇄되어서는 안 된다.

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

그러므로 후보자의 비리 등에 관한 의혹의 제기는 비록 그것이 공직적격 여부의 검증을 위한 것이라 하더라도 무제한 허용될 수는 없고 그러한 의혹이 진실인 것으로 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 허용되어야 한다.

그리고 이때 의혹사실의 존재를 적극적으로 주장하는 자는 그러한 사실의 존재를 수증할 만한 소명자료를 제시할 부담을 진다고 할 것이고, 그러한 소명자료를 제시하지 못한다면 달리 그 의혹사실의 존재를 인정할 증거가 없는 한 허위사실의 공표로서의 책임을 져야 할 것인 반면, 제시된 소명자료 등에 의하여 그러한 의혹이 진실인 것으로 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우에는 비록 사후에 그 의혹이 진실이 아닌 것으로 밝혀지더라도 표현의 자유 보장을 위하여 이를 별할 수 없다고 할 것이다(대법원 2003. 2. 20. 선고 2001도6138 전원합의체 판결 등 참조).

2) 허위사실공표죄의 구성요건인 '허위의 인식'

공직선거법 제250조 제2항에서 정한 허위사실공표죄에서는 행위자의 고의의 내용으로서 공표된 사실이 허위라는 점의 인식이 필요한데, 이러한 주관적 인식의 유무는 그 성질상 외부에서 이를 알거나 증명하기 어려운 이상 공표 사실의 내용과 구체성, 소명자료의 존재 및 내용, 피고인이 밝히는 사실의 출처 및 인지경위 등을 토대로 피고인의 학력, 경력, 사회적 지위, 공표 경위, 시점 및 그로 말미암아 객관적으로 예상되는 파급효과 등 제반 사정을 모두 종합하여 규범적으로 이를 판단할 수밖에 없고, 어떠한 소문을 듣고 그 진실성에 강한 의문을 품고서도 감히 공표한 경우 또는 피고인이 적시한 구체적 사실이 진실한지를 확인하는 일이 시간적, 물리적으로 사회통념상 가능하였다고 인정됨에도 그러한 확인의 노력을 하지 않은 채 그 사실의 적시에 적극적으로 나아간 경우에는 미필적 고의를 인정할 수 있다(대법원 2011. 12. 22. 선고 2008도11847 판결 등 참조).

나. 1차 공표에 관한 판단

1) 피고인이 소명해야 할 사실 : 정당한 의혹 제기로 볼 수 있는지 여부

가) 앞서 본 바와 같이 피고인은 1차 공표를 통하여 '공소외 1은 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹을 사고 있다'는 사실('B+C 사실')을 공표하였다.

피고인은 가정적, 유보적인 표현을 사용하면서 반대 사실의 존재 가능성을 인정하고 그에 대한 해명을 요구하였으므로, 유권자의 입장에서 '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다'는 명제가 확정된 사실이 아님은 알 수 있었다.

이러한 경우에도 피고인이 '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다'는 사실을 주장한 것과 같다고 보아 그러한 사실의 존재를 수증할 만한 소명자료의 제시를 요구한다면, 선거 과정에서 불거진 공적 관심사에 관한 정당한 문제 제기

조차 주저하게 함으로써 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 '국민의 봉사자'를 뽑는다는 공직선거법의 목적은 달성하기 어렵게 될 수 있기 때문이다.

나) 다른 한편 '의혹을 사고 있다'는 사실의 공표가 무제한으로 허용되는 것은 아니다.

'의혹을 사고 있다'는 사실을 공표한 경우에도, 경우에 따라서는 유권자들이 의혹의 내용을 이루는 구체적 사실이 실제로 존재한다고 받아들일 위험성이 있기 때문이다.

선거의 궁극적인 목적은 국민의 정치적 의사를 대표자의 선출에 정확하게 반영하는 데 있는데, 정당한 의심에 기초하지 않은 무분별한 의혹 제기의 경우 '의혹을 사고 있다'는 사실의 적시만으로도 국민의 민주적 의사 형성을 왜곡할 여지가 있음은 부정하기 어렵기 때문이다.

다) 따라서 피고인으로서, 자신의 제1차 공표가 무분별한 의혹 제기가 결코 아니라 정당한 문제 제기이었음을 내세우기 위해서, 공소외 1이 실제로 의혹을 사고 있었다는 사실, 즉 ① 공소외 1의 미국 영주권 보유 여부에 관하여 실제로 의혹이 제기되고 있었고, ② 공소외 1의 미국 영주권 보유를 '의심'하게 할 만한 정황들도 존재하였다는 사실을 소명할 부담을 진다고 할 것이다.

2) 피고인이 공표한 '의혹을 사고 있다'는 사실이 '허위'인지에 관한 판단

가) 공소외 2의 탐사보도 전문기자로서의 경력과 신뢰도

이 사건 트윗 글을 게시한 공소외 2는, 1995년 12월경 ▽▽▽에 입사하였다가 2013년 3월경 사직한 후 인터넷 언론사인 '○○○○'의 기자로 활동 중인 사람이다.

공소외 2는 ▽▽▽에서 탐사보도 전문기자로 활동하면서 고위공직자의 비위 등 공직담당자격 검증과 관련된 취재를 통해 6차례 한국기자협회 이달의 기자상을 수상하고, 삼성언론상(보도부문)을 받기도 하였다(증거기록 1권 597쪽, 2권 926쪽 이하).

나) 인터넷 트위터상에서의 의혹 확산

(1) 2014. 5. 23. 19:39경 ○○○○ 기자인 공소외 2가 인터넷 트위터에 '(공소외 1) 본인 역시 미국 영주권을 갖고 계시지요?'라는 내용의 트위터 글을 게시하였다.

이로써 공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹이 최초로 제기되었다.

2014. 5. 26. 기준 공소외 2의 트위터 계정(계정 생략)의 팔로워(follower) 수는 58,971명이었고, 2014. 5. 24. 자정까지 1,377명의 트위터 이용자들이 공소외 2의 위 트윗 글을 리트윗(retweet)하였으며, 공소외 2의 위 트위터 글을 리트윗한 사람들의 팔로워 수는 3,144,522명에 이르렀다(증 제66호증 CYRAM의 서울시 교육감 선거 관련 트윗 분석 3쪽, 공판기록 5권). 중복된 사람들과 트위터를 자주 이용하지 않는 사람들은 제외해야 하는 점을 고려하더라도, 상당히 많은 수의 트위터 이용자들이 공소외 2의 위 트윗 글을 보았으리라고 인정할 수 있다.

(2) 증인 공소외 15(◇◇대학교 사회학과 교수), 공소외 16(☆☆대학교 사이버국방학과 교수)의 당심 법정진술에 의하면, 트위터는 SNS 중 대표적인 개방형 네트워크로서, 누구나 정보를 불특정 다수에게 전파할 수 있는 미디어적 성격을 가지고 있다는 것이다.

나아가 트위터는 개방형 네트워크로서 특별한 사정이 없는 한 누구나 타인의 트윗 글을 볼 수 있으므로, 이를 '제보'라고 표현하는 것도 가능한 것으로 봄이 타당하다[한편 공소외 5는 원심 법정에서 "공소외 2 기자의 트위터와 공소외 17이 전해준 말도 있겠지만 공소외 2의 트위터를 본 많은 일반인들, 유권자들의 반응, 그리고 저희 캠프로 들어온 여러 '영주권이 있다는데, 알고 있느냐, 대책이 무엇이나'는 항의성, 제보성 전화를 통칭해서 제보라고 표현한 것

니다.

"라고 진술하였는데(공판기록 3권 1215쪽), 피고인의 선거캠프에 몸담은 사람들로서는 이러한 공소외 2와 공소외 17의 진술, 카카오톡 등을 '제보'로 받아들일 수 있을 것이다.

따라서 피고인이 1차 공표에서 '제보'를 받은 것처럼 표현한 부분은 허위사실의 공표라고 할 수 없다].

다) 반대되는 정보공개의 부재

(1) 증인 공소외 16은 당심 법정에서 SNS상에서 허위의 정보가 확산될 경우, 이를 해결하기 위해서는 '압도적 정보공개'가 필요하다고 진술하였다(증인신문조서 7쪽). 그런데 공소외 2가 트위터 글을 게시한 2014. 5. 23. 19:39경부터 피고인이 1차 공표를 한 2014. 5. 25. 11:00경까지 약 39시간 동안, 공소외 1 선거사무소에서는 공소외 1 본인 및 자녀의 미국 영주권 보유 여부에 관하여 아무런 정보를 공개하지 아니하였다.

(2) 통상 선거 과정에서는 후보자에 관한 인터넷 여론이 어떤지를 확인하기 마련이고, 공소외 1도 원심에서 당시 이를 확인하는 홍보팀이 있었다고 진술하였다(공판기록 3권 1331쪽). 물론 공소외 1 측에서는 인터넷상에서 공소외 2의 트윗 글이 확산되는 것을 알지 못했을 수도 있고, 굳이 대응할 필요가 없다고 판단하였을 수도 있다.

그러나 공소외 1 측에서 '본인은 미국 영주권을 보유하고 있지 않다'는 사실을 적극적으로 공개하였다면, 공소외 1의 미국 영주권 보유 의혹이 트위터 자체의 자정 기능 작동으로 검증되어 확산되지 않았을 가능성을 배제하기 어렵다는 점에서, 위와 같이 상당 기간 동안 반대되는 정보의 공개가 이루어지지 않은 상황 자체도 피고인의 의혹 제기의 정당성을 뒷받침하는 하나의 정황이 될 수 있다고 보인다.

라) 공소외 1 자녀들의 미국 시민권 보유

(1) 2014. 5. 22., '◆◆◆◆◆ ◆◆◆◆◆ ◆◆◆◆◆ 모임'에서는 '공소외 1 후보를 비판한다'는 제목으로 "(전략) 공소외 1 후보자께서는 이혼하시기 전에 자녀 2명을 모두 조기유학 보내신 걸로 알고 있습니다.

대한민국의 학부모 경험도 없으신 분이 초, 중등교육을 이끄는 수장의 역할을 어떻게 수행하실지 궁금합니다... 4. 서울 교육을 하셔야 하는데 국적 없이 표류할까봐 걱정됩니다.

→ 넘치는 경제력 덕이겠지만 조기에 자녀를 미국유학을 보내셨기에 (끝)"이라는 의혹을 제기하였고, 위 내용은 2014. 5. 23. 언론을 통해 보도되었다(공판기록 1권 141, 145쪽). 한편 공소외 2가 게시한 트윗 글에 '공소외 1은 두 자녀를 미국에서 교육시켰다'는 취지의 글이 기재되어 있음은 앞서 본 바와 같다.

(2) 피고인은 1차 공표에서 공소외 1의 두 자녀가 미국 영주권을 보유하고 있다는 의혹도 함께 제기하였고(기자회견의 전체 취지에 비추어 보면, 오히려 두 자녀의 미국 유학과 영주권 보유 문제가 더 주된 의혹이었다고도 볼 수 있다), 공소외 1은 2014. 5. 25.자 편지글에서 두 자녀가 미국 시민권자임을 인정하였다.

시민권은 영주권보다 포괄적인 권리이므로, 자녀들의 영주권 보유와 관련된 의혹은 진실에 부합하는 것이었다고 평가할 수 있다.

한편 공소외 1 본인도 1989년부터 1991년까지 2년간 미국의 로펌에서 근무한 경험을 가지고 있었다.

공소외 1의 이러한 경력과 능력까지 고려하면, 공소외 1이 미국 영주권을 보유할 개연성은 일반인에 비하여 훨씬 높다고 평가할 수 있다.

마) 공적 기관에 의한 판단이나 확인의 부재

공소외 1의 미국 영주권 보유 여부는 개인정보에 해당할 뿐만 아니라 미국 정보이므로 피고인이 이를 객관적으로 확인할 방법이 없었다(증거기록 1권 285쪽). 그리고 이 문제에 관하여는 법원이나 주한 미국 대사관, 외교부 등 공적 기관에 의한 사실확인이나 판단이 내려진 바도 없었다.

바) 소결

위와 같이 ① 공직자의 공직담당적격 검증 취재를 여러 번 한 기자가 직접 ‘(공소외 1) 본인도 미국 영주권을 갖고 계시지요?’라는 트윗 글을 게시하고, ② 상당한 수의 사람들이 공소외 2의 트윗 글을 리트윗하는 하는 방법으로 공소외 1의 미국 영주권 보유 여부에 관한 의혹을 전파하였음에도 불구하고, ③ 선거에 출마한 공소외 1 측에 의하여 그에 대한 유의미한 반론이나 정보공개가 곧바로 이루어지지 않았으며, ④ 공소외 1의 두 자녀가 미국에서 교육을 받고 성장하여 생활하고 있으며, 본인도 미국 로펌에 근무한 경험이 있는 등 이를 ‘합리적으로 의심’케 할 만한 정황들이 존재하였고, ⑤ 이 쟁점에 관한 공적기관에 의한 사실확인이나 판단이 없었던 마당이라면, ‘공소외 1이 미국 영주권 보유 의혹을 사고 있다’는 사실을 공표한 것을 두고 ‘허위의 사실’을 공표한 것이라고 보기는 어렵고, 그러한 의혹이 방송이나 신문을 통하여 기사화되지 아니한 상태였다는 사정만으로 위와 같은 결론이 달라진다고 할 수는 없다.

3) 허위성의 인식에 관한 판단

가) 앞서 본 사정들을 종합하여 보면, ‘공소외 1이 미국 영주권을 보유한 것이 아닌가’하는 의혹에는 상당한 근거가 있다고 인정되고, 달리 피고인이 그러한 의혹의 진실성에 ‘강한 의문’을 품고서도 ‘의혹을 사고 있다’는 사실을 감히 공표하였다고 인정하기에 부족하다.

나) 한편 원심은, 피고인이 사실 확인의 노력을 다하지 않은 점을 주된 근거로 하여 피고인의 미필적 고의를 인정하였다.

그러나 원심의 판단은 다음과 같은 점에서 수긍하기 어렵다.

(1) 원심은, 피고인이 적시한 사실이 진실한지를 확인하는 일이 시간적, 물리적으로 사회통념상 가능하였음에도 피고인이 그러한 확인의 노력을 하지 않은 채 그 사실의 적시에 적극적으로 나아갔다고 판단하였다.

그러나 피고인이 공소외 1의 개인정보에 해당하는 미국 영주권 보유 여부를 경쟁후보자인 공소외 1에게 개인적으로 물어 확인한다는 것이 제기된 의혹의 진위 여부를 확인하는 의미 있는 방법이라고 보기도 어렵거니와, 사실관계를 조사할 아무런 권한이 없었던 피고인이 그 밖의 방법으로 선거운동 기간 내에 이를 확인하는 것이 가능하였으리라고 보기는 어렵다.

(2) 원심은, 피고인이 1차 공표 전에 미리 공소외 2에게 위 트위터 내용이 사실인지 여부에 관하여 확인을 하지 않았으므로 사실 확인의 노력을 하지 않았다고 판단하였다.

그러나 기자인 공소외 2가 자신의 이름을 걸고 미디어의 속성을 갖는 트위터를 통해 의혹을 제기하는 취지의 글을 게시한 마당에, 그에게 다시 ‘게시한 글의 내용이 사실인지’를 묻는 것이 과연 어떠한 의미가 있는지 의문이다.

나아가 공소외 2는 2014. 5. 25. 10:52경 공소외 3에게 전화를 걸어 “공소외 1이 몇 년 전 공천에서 탈락한 뒤, ‘상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다’라는 말을 했으니 알아보라. 공소외 1에게 미국 대사관에 가서 확인하자고 하면 된다”는 취지의 말을 한 사실이 인정된다(공판기록 3권 1170, 1257쪽). 만일 피고인 측에서 1차 공표 전에 공소외 2와 연락을 하여 트위터 내용에 관해 문의하였다면, 공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다는 의심

은 오히려 더욱 강고해졌을 것이 분명하다.

- (3) 원심은, 피고인이 주한 미국 대사관이나 외교부에 타인의 영주권 보유 여부를 확인할 수 있는지, 본인이 영주권을 취득하지 않았다는 사실을 증명할 수 있는 서류를 발급받을 수 있는지 등을 문의하지 않은 점, 이민법 전문가에게 미국 영주권에 관한 자문을 받은 사실이 없는 점 등을 들어 피고인이 사실 확인의 노력을 하지 않았다고 판단하였다.

그러나 위 기관들이 개인정보인 미국 영주권 보유 여부를, 그것도 경쟁 후보자인 피고인 측에 확인하여 주었을 가능성은 없다고 보아도 무방하고, 피고인 측도 이러한 인식 하에 위 기관들에 문의하지 않은 것으로 보인다.

유의미한 결과를 얻을 수 없는 문의를 하지 않았다는 사정만으로 사실 확인의 노력을 다하지 않았다고 평가하거나 탓할 수는 없다.

- (4) 한편 공소외 1이 자신의 자서전(□□□□□□)에 '미국 영주권을 신청한 사실이 없다'고 서술한 사실은 인정되나, 위 책은 자서전이라는 점에서 그 내용에 절대적인 신뢰를 부여하기는 어렵다고 할 것이다.

공소외 1은 2014. 5. 20. △△△△△총연합 임원회의에 참석한 사실이 있었는데, 그 후 위 회의에서 ㉠ 모 목사가 한 세월호 관련 발언이 부적절하다는 여론이 일자 공소외 1 후보 측에서는 2014. 5. 23. '공소외 1이 위 임원회의에 참석하지 않았다'고 밝힌 바 있었다.

피고인 측은 이러한 여러 정황을 종합하여 위 자서전의 일부 내용만으로는 의혹을 해소하기 부족하다고 판단한 것으로 보인다.

결국, 피고인이 진실성에 강한 의문을 품고서도 의혹을 감히 공표하였다거나 확인의 노력을 다하지 않았다고 보기에는 부족하다.

- (5) 피고인은 '공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다'는 사실을 단정적으로 공표한 것이 아니라, '의혹을 사고 있다'는 사실을 적시하고, '사실대로 밝히라'는 해명 요구를 하였다.

피고인이 1차 공표 당시 반대 사실의 존재 가능성을 인식하고 있었음을 알 수 있는 사안에서 허위의 미필적 인식이 있다고 쉽게 인정한다면, 합리적인 추측에 기반을 둔 의혹 제기 자체가 봉쇄될 위험성이 있다.

4) 소결론

피고인이 1차 공표를 통하여 공표한 '공소외 1은 미국 영주권 보유에 관한 의혹을 사고 있다'는 사실은 허위라고 보기 어렵고, 피고인에게 허위의 인식이 있었다고 인정하기도 어렵다.

피고인의 이 부분 항소는 이유 있다.

나. 2차 공표 부분에 관한 판단

1) 피고인이 소명해야 할 사실

가) 피고인은 2차 공표를 통하여서는 공소외 1의 해명에도 불구하고 공소외 1 본인의 미국 영주권 보유의혹이 여전히 해소되지 않고 있다는 전제하에 "공소외 1은 공천에서 탈락한 뒤 지인들과 언론인들에게 '상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'고 말하고 다녔다"는 사실도 추가로 공표하였다.

그리고 피고인이 1차 공표와 달리 2차 공표에서는 '공소외 1이 공천 탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실을 간접적인 방법으로 암시하여 공표하였음은 앞서 본 바와 같다.

나) 따라서 피고인은 2차 공표와 관련해서는, "공소외 1이 공천에서 탈락한 뒤 지인들과 언론인들에게 '상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'고 말하고 다녔다"는 사실, 위와 같이 간접적으로 암시된 사실의 각 공표를 정당화할 사정을 소명할 부담을 진다.

2) 2차 공표의 위 각 사실이 허위인지 여부에 대한 판단

원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음 사정들을 종합하여 보면, 2차 공표의 위 각 사실은 허위라고 봄이 타당하다.

가) 공소외 1이 공소외 2에게 미국 영주권 보유 사실을 말했는지 : 부정

(1) 우선 공소외 2는 2014. 5. 25. 10:52경과 18:23경 두 차례에 걸쳐 공소외 3과 통화하면서, "공소외 1이 몇 년 전 공천에서 탈락한 뒤, '상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'라는 말을 하였으니 알아보라. 공소외 1에게 미국 대사관에 가서 확인하자고 하면 된다"는 취지의 말을 한 사실은 인정된다(공판기록 3권 1170, 1197, 1257, 1265쪽).

(2) 그러나 기록에 나타난 증거들에 의하면, 공소외 1은 미국에서 근무할 당시나 그 이후 미국 영주권을 취득하지 않았고, 그 결과 미국에서 근무할 당시는 물론 공천에서 탈락했을 당시나 2014. 5. 25. 당시에도 미국 영주권을 보유하고 있지 않았음을 인정할 수 있고(증거기록 5권 2695쪽), 피고인도 이에 대하여는 다투고 있지 아니하다.

(3) 그렇다면 공소외 1은 미국 영주권을 보유하고 있지 않으면서도 공소외 2에게 "상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다"라는 말을 하였다는 것이 되는데, 이는 경험칙상 받아들이기 어렵다.

특히 공소외 1은 수사기관에서부터 원심 법정에 이르기까지 일관되게 「① 공소외 2를 알지도 못하고(공판기록 3권 1295쪽), ② 2012년 자신이 공천에서 탈락하였을 무렵에는 이른바 '돈 봉투' 사건으로 기자의 전화를 받을 상황이 아니었을 뿐만 아니라(공판기록 3권 1307쪽), ③ 탐사보도 전문기자에게 '저는 미국 영주권이 있다'고 말했을 리가 없다」는 취지로 진술하였다.

반면 공소외 2는 위 말을 2012년에 들었는지 2008년에 들었는지조차 기억하지 못하고 있다(공판기록 3권 1356쪽).

(4) 결국 공소외 1이 공천에서 탈락한 2012년경 공소외 2에게 "상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다"고 말했을 가능성은 매우 낮다고 판단된다(다만 앞서 본 바와 같이 피고인 측 대변인인 공소외 3이 공소외 2로부터 위와 같은 말을 전해 들은 사실은 인정되므로, 이는 허위성의 인식에 관한 판단에서 고려하기로 한다).

나) 공소외 8이 공소외 1의 미국 영주권 보유를 확인해 주었는지 : 부정

(1) 원심은 공소외 8과 공소외 7을 대질 신문하였다.

공소외 8은 「① 공소외 1의 미국 영주권 문제에 관하여 전혀 알지 못하고, ② 공소외 1로부터 "저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다"는 취지의 말도 들은 적이 없으며, ③ 공소외 7에게 "공소외 1과 피고인 모두를 아는 관계이기 때문에 선거에 관여할 수 없고, 공소외 1의 미국 영주권 문제에 대해서는 알지 못한다"는 취지로 대답하였다」고 진술하였고(공판기록 3권 1429쪽), 공소외 7은 「공소외 8은 '안다, 모른다'로 대답한 것이 아니라, 거기에 대해서 말해 줄 수 없다는 취지로 대답하였다」고 진술하였다(공판기록 3권 1441쪽).

(2) 두 사람 모두 자신의 관점에서 바라본 사실을 진술하고 있다고 생각되는데, 공소외 8은 공소외 7의 질문에 대하여 "공소외 1과 친한 사이라서 관여하고 싶지 않고, 알지도 못한다"는 취지로 대답한 것으로 보이고, 공소외 8을 통해 정보의 진위를 확인하고 싶었던 공소외 7은 "공소외 1과 친한 사이라서 관여하고 싶지 않다"는 부분에 주목하여 공소외 8이 정보를 숨기고 있다고 생각한 것으로 보인다.

그러나 피고인에게 최대한 유리하게 해석하더라도, '말해 줄 수 없다'는 내용을 두고 공소외 8이 공소외 7에게 공소외 1의 위 발언을 '확인'해 주었다고 인정할 여지는 없어 보인다.

다) 암시된 사실의 허위 여부 : 긍정

2차 공표를 통하여 간접적인 방법으로 암시된 사실 즉 '공소외 1이 공천 탈락 당시 미국 영주권을 보유하고 있었다'는 사실이 허위임은 위에서 본 바와 같다.

라) 소결

피고인은 공소외 1의 1차 해명에도 불구하고 여전히 '공소외 1 본인의 미국 영주권 보유 의혹이 해소되지 않았다는 전제하에 "공소외 1은 공천에서 탈락한 뒤 지인들과 언론인들에게 '상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'고 말하고 다녔다"는 사실을 추가로 공표하였다.

그러나 ① 공소외 1은 공천에서 탈락하였던 2012년 3월경 지인이나 언론인에게 위와 같은 말을 한 사실이 없었고, ② 피고인이 위 내용에 대하여 '다수'의 증언을 제보받지도 못하였으며, ③ 달리 2차 공표를 통하여 암시된 '공소외 1 후보의 미 영주권 보유사실'을 뒷받침할 소명자료도 없었다.

결국, 피고인이 2차 공표를 통하여 직접 밝혔거나 간접적으로 암시한 위 각 사실은 모두 허위라고 봄이 타당하다.

3) 허위성의 인식에 관한 판단

나아가 다음과 같은 사정을 종합하면, 피고인에게서는 2차 공표를 통하여 공표한 위 각 사실이 허위라는 점에 관한 미필적 고의는 있었다고 볼 수 있다.

가) 사실확인 노력의 미흡

(1) 피고인 선거사무소는 결국 공소외 2로부터만 "공소외 1이 공천에서 탈락한 뒤 지인들과 언론인들에게 '상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'고 말하고 다녔다"는 사실을 전해 들었을 뿐, 공소외 1의 지인이나 다른 언론인으로부터 위 사실을 확인하지는 못하였다.

그리고 위 사실은 언론 기사 등을 통해 확인된 적이 없음은 물론 트위터상에서도 전혀 전파된 바 없었다.

(2) 위 '다수의 증언'은 그 표현과 경위가 구체적이고 생생할 뿐만 아니라, 내용도 공소외 1이 미국 영주권을 보유하고 있다는 사실을 여러 사람들에게 말하고 다녔다는 것이어서 공소외 1의 미국 영주권 보유 여부를 추단케 하는 강력한 정황이 된다.

위와 같은 증언의 존재와 그 내용의 적시는 유권자들을 오도할 위험성이 있는 만큼, 피고인으로서 사실 확인의 노력을 하였어야 했다.

특히 최소한 '다수'의 증언이 있었는지 여부를 확인하는 것은 시간적, 물리적으로 사회통념상 가능하였다고 인정되는데, 피고인은 이러한 노력을 충분히 하지 않은 채 만연히 '다수'의 증언이 있다고 주장하면서 그 내용의 적시에 적극적으로 나아간 것으로 보인다.

나) 공소외 1의 해명 및 사과요구와 그로 인한 상황의 변화

(1) 피고인은 1차 공표에서는 공소외 1 본인과 두 자녀의 미국 영주권 보유 의혹에 관하여 '사실대로 밝힐 것'만을 요구하였을 뿐, '객관적인 자료'를 제시할 것을 요구하지 아니하였다.

이에 공소외 1은 2014. 5. 25. 15:16경 '피고인 후보님께 드리는 편지'를 인터넷에 게재하여, 두 자녀가 미국 시민권을 보유하고 있으며 미국에서 교육을 받았다는 사실을 시인하고, 다만 자신이 미국 영주권을 보유하고 있다는 사실에 대해서는 강하게 부인하면서 사과를 요구하였다.

그렇다면 피고인의 의혹 제기와 해명 요구에 대하여 공소외 1이 공개적으로 해명함으로써, 공소외 1의 미국 영주권 보유 의혹은 어느 정도 해소되었다고 평가할 여지가 생겼다.

(2) 물론 공소외 1은 위 편지글을 게시하면서 객관적인 자료를 제시하지 않았으므로, 공소외 1의 해명에도 불구하고 피고인이 다시 객관적 자료를 요구하는 것 자체는 정당화될 수 있다.

그러나 피고인은 공소외 1에게 단순히 객관적인 자료를 제시할 것을 요구하는 데 그치지 않고, 앞서 본 바와 같이 "공소외 1은 공천에서 탈락한 뒤 지인들과 언론인들에게 '상관없습니다.

저는 미국 영주권이 있어서, 미국 가서 살면 됩니다'고 말하고 다녔다"는 사실을 추가로 공표하였고, 이후 라디오 방송에서도 '신빙할 제보가 있다', '일정한 검증을 했다', '공소외 1의 해명은 믿기 어렵다'는 취지의 발언을 하였다.

(3) 이러한 피고인과 공소외 1의 공방과정을 전체적으로 살펴보면, 유권자의 입장에서는 공소외 1은 미국 영주권을 보유하고 있거나 보유한 적이 있음에도 불구하고 거짓 해명을 하고 있으며, 피고인에게는 공소외 1의 미국 영주권 보유 사실을 증명할 강력한 정황증거가 있다고 받아들일 가능성이 크다.

(4) 이런 상황에서 피고인이 상당히 믿을 만한 증거가 있음을 밝히면서도 정작 그 증거의 내용을 사전에 면밀히 확인하고 신빙성을 따지는 것에 소홀히 한 채 보유하고 있는 증거의 양과 질을 과장하였다면, 증거에 관한 위와 같은 사실의 공표 과정에도 허위의 미필적 고의가 있었다고 보아야 하고, 그러한 증거 설명을 통하여 제3자에게 암시될 사실에 대하여도 허위의 미필적 고의가 있었다고 보는 것이 타당하다.

4) 피고인에게 공소외 1이 당선되지 못하도록 할 목적의 유무

'당선되지 못하게 할 목적'은 후보자에 관한 허위의 사실을 공표함으로써 선거인의 정확한 판단을 흐리게 하고 그에 따른 투표의 결과 후보자로 하여금 유효투표의 다수를 얻지 못하게 할 목적을 의미한다고 할 것이고(대법원 2007. 6. 29. 선고 2007도2817 판결 등 참조), 적극적으로 당선되지 못하게 할 것을 의욕하거나 희망할 것까지는 없고 단순히 당선되지 못하게 한다는 인식이 있는 것으로 충분하다고 할 것이다(대법원 2007. 7. 27. 선고 2007도3598 판결 등 참조). 한편 그 목적이 있었는지 여부는 피고인의 사회적 지위, 피고인과 후보자 또는 경쟁 후보자와의 인적 관계, 공표행위의 동기 및 경위와 수단·방법, 행위의 내용과 태양, 그러한 공표행위가 행해진 상대방의 성격과 범위, 행위 당시의 사회상황 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2006. 5. 25. 선고 2005도4642 판결, 대법원 2007. 1. 15. 선고 2006도7473 판결 등 참조).

앞에서 본 사정들, 즉 공소외 1이 1차 해명을 하였음에도 이에 대한 별다른 확인절차를 거치지 않고 2차 공표에 나아간 점, 그러한 확인의 노력은 시간적, 물리적으로 충분히 가능하였다고 보이는 점, 단순한 공직담당자격 검증은 객관적인 자료 제시를 요구하는 것만으로도 충분하였다는 점 등을 종합하여 보면, 공직적격 검증을 위한다는 주관적인 목적과 의도에 따른 것이라고 볼 면이 있고, 적극적으로 낙선을 의욕하거나 희망한 것이라고 까지 볼 수는 없지만, 피

고인에게 2차 공표를 통하여 경쟁 후보자인 공소외 1이 단순히 당선되지 못하게 한다는 인식은 있었다고 봄이 타당하다.

5) 소결

피고인이 2차 공표를 통하여 허위의 사실을 직접 또는 암시의 방법으로 공표하였고, 피고인에게 허위라는 점에 대한 미필적 인식과 낙선의 목적도 있었다고 인정되므로, 이 부분 허위사실공표죄에 대한 책임을 져야 한다(피고인의 변호인들은, 후보자의 공직적격 검증을 위한 질의와 답변 과정에서의 허위사실공표죄는 후보자 간 방송토론에서의 허위사실공표죄의 경우와 마찬가지로 제한적으로 적용되어야 한다고 주장한다.

그러나 피고인의 2차 공표는 후보자 간 방송토론 중 발언이 아님은 분명하고, 공방이 즉흥적으로 이루어지는 후보자 간 방송토론과 달리 공소외 1의 해명 이후 대응 방안을 검토하기에 충분한 시간적 간격이 지난 후에 이루어졌으므로, 이러한 주장은 받아들이기 어렵다). 이 부분 피고인의 항소는 받아들이지 않는다.

5. 결론

원심판결 중 2014. 5. 25. 국회 정론관 기자회견에서의 허위사실공표로 인한 지방교육자치에 관한 법률 위반의 점에 대한 피고인의 항소는 이유 있고, 위와 같이 무죄로 되는 부분과 나머지 원심 판시 죄를 형법 제37조 전단의 경합범으로 처리하여 하나의 형을 선고한 원심판결은 전부 파기될 수밖에 없다.

따라서 피고인과 검사의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.