

1995년-2015년 선거법상 허위사실공표죄 및 후보자비방죄 전수조사

유종성 (호주국립대 정치사회변동학과 교수)

박경신 (고려대 법학전문대학원 교수)



한국의 명예훼손 법제는 허위사실에 의한 명예훼손 뿐만 아니라 '사실적시 명예훼손죄'와 '모욕죄' 까지도 형사처벌을 할 수 있도록 함으로써 언론과 표현의 자유를 지나치게 제약하고 있다는 평가를 받아 왔다. 이에 더하여 선거법에는 모욕죄 및 명예훼손죄와 유사하면서 형량이 훨씬 높은 후보자비방죄와 허위사실공표죄를 두어 선거에서의 표현의 자유를 더욱 강하게 옥죄었고 지금의 소위 "최순실 사태"는 선거관련 표현의 자유가 제약되어 후보자 검증이 제대로 이루어지지 않았던 것과 관련되어 있다. 형법상 명예훼손죄나 선거법상 후보자비방죄와 허위사실공표죄가 정치적으로 악용된 사례들에 대해 국내에서는 물론 UN표현의자유특별보고관¹, UN인권위원회², 국제사면위원회, 국경없는 기자들 등 국제사회의 비판이 제기되어 왔다. 특히, 정봉주 전의원, PD수첩, 산케이신문 기자 등에 대한 소송은 프리덤하우스가 언론자유 평가에서 OECD국가중 거의 유일하게 한국을 '자유' 국가에서 '부분자유' 국가로 강등시키는 중요한 이유였다.

특히 한국의 검찰은 선거사범 단속에 있어 민주화 초기 성행했던 금품 향응제공 등 대표행위가 줄어들자 후보자비방 및 허위사실공표죄 관련 단속에 집중해왔다 (표1, 표2 참조). 표1을 보면, 제15대 (1996)부터 제17대 (2004) 국회의원 총선거까지는 소위 흑색선전 사범이 전체 선거사범 중 15% 미만을 차지했으나, 제18대(2008)에는 20.1%, 제19대(2012)에는 25.3%, 제20대(2016)에는 35.5%에 이르렀다. 이제 금품향응보다도 더 많은 인원수를 차지하게 된 것이다. 표2를 보면, 2002년 이전에는 후보자비방 및 허위사실공표죄로 재판을 받은 인원수가 많지 않았으나 2004년 이후에 증가하기 시작하여 특히 2007년 대선시부터 급증했음을 보여준다. 한국 검찰의 선거법 집행은 서구 선진민주국들은 물론 이웃 나라 일본, 대만 등과 비교해 보아도 큰 차이를 보인다 (표3 참조). 일본이나 대만에서는 선거시 대표행위 단속에 집중하며, 후보자에 대한 허위사실공표죄 기소 인원수는 일본은 0.1%, 대만은 3.4%에 불과하다. 물론 이 나라들에는 후보자비방죄는 존재하지 않는다. 한국의 제20대 총선거 흑색선전 사범 35.5%는 물론 1996-2016 기간중 평균인 20.5%도

¹ Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue, on his mission to the Republic of Korea (May 2010), A/HRC/17/27/Add.2, para. 89

² UN Human Rights Committee, Concluding Observations on the Fourth Periodic Report of the Republic of Korea (CCPR/C/KOR/CO/4) (November 2015); U.N. Human Rights Committee, General Comment 34, September 12, 2011

일본과 대만에 비해 비교할 수 없을 정도로 높은 비중을 나타내고 있다.

표1. 국회의원 총선거별 선거사범 종류별 추이, 1996-2016

	1996	2000	2004	2008	2012	2016
입건	1,995	3,749	3,797	1,990	2,572	3,176
(기소)	(713)	(1552)	(2829)	(1283)	(1460)	(1430)
금품 향응	667	1,548	1,609	575	829	656
	(33.4%)	(41.3%)	(42.4%)	(28.9%)	(32.2%)	(20.7%)
흑색선전	287	502	564	400	652	1,129
	(14.4%)	(13.4%)	(14.9%)	(20.1%)	(25.3%)	(35.5%)
기타	1,041	1,699	1,624	999	1,091	1,391
	(52.2%)	(45.3%)	(42.8%)	(50.2%)	(42.4%)	(43.8%)

표2. 후보자비방 및 허위사실공표죄 법원 판결수, 1995-2015

Election	1995-2002	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2014	2015	Total
교육감	0	0	0	0	5	0	3	0	0	0	8	0	16
지방선거	34	2	0	137	18	0	0	157	1	5	260	0	614
광역단체장	9	2	0	7	0	0	0	22	9	2	19	0	70
국회의원	17	73	2	0	0	131	0	0	0	173	7	1	404
대선	19	0	0	0	269	0	0	0	0	177	0	0	464
계	79	77	2	144	292	131	3	179	10	357	294	1	1569

* 각 년도는 판결시가 아닌 해당 선거가 실시된 해를 가리킴.

표3. 한국, 일본, 대만의 선거사범 인원수 종류별 비교

	일본	대만	한국
금품 향응	4,236	5,660	5,884
	(82.0%)	(87.5%)	(34.1%)
허위사실	5	220	3,534
	(0.1%)	(3.4%)	(20.5%)
기타	928	588	7,845
	(18.0%)	(9.1%)	(45.4%)
계	5,169	6,468	17,279

*일본: 중의원 선거 (1996-2012) 선거사범 *대만: 2003-2012 각급선거의 선거법위반 1심 피고인수

*한국: 국회의원 선거 (1996-2016) 선거사범; 허위사실공표에 후보자비방 포함.

이번 조사는 선거법상 허위사실공표죄와 후보자비방죄 제도의 운영이 정치적 편향을 보이고 있지 않은가를 살펴보고자 하는 것이다. 이와 같은 조사는 앞으로의 선거법 개정에서 중요한 역할을 할 것이다. 미국에서 공직자에 대한 표현의 자유를 보장하는 대표적인 미연방대법원판결인 뉴욕 타임즈 대 설리반 판결(New York Times v. Sullivan)과 명예훼손 형사처벌을 거의 사문화시킨 판결인 개리슨 대 루이지애나(Garrison v. Louisiana)는 당시까지의 명예훼손 형사사건 대부분이 선거에서 승리한 세력이 자신의 비판자들을 제압하는데 이용되었다는 저 유명한 레플라 연구³의 세례를 받았었기 때문이다.

이에 필자들은 사단법인 오픈넷의 협조를 얻어 1995년부터 2015년까지의 선거법상 후보자비방죄와 허위사실공표죄로 기소된 사건들의 판결문을 수집하여 전수 조사를 하였다.

분석 결과 지방선거와 국회의원 선거에서는 여야간 정치적 편향성이 두드러지게 나타나지 않았으나, 교육감 선거와 대통령 선거에 있어서는 심한 편향성이 드러났다 (표4 참조). 교육감 선거에서 진보 후보를 공격하다 기소되어 재판을 받은 사례는 한 건도 없었고 16건 모두 보수 후보를 공격하다 기소된 경우였다. 대통령 선거에 있어서는 허위사실공표죄의 경우 90.3%, 후보자비방죄의 경우 80.3%가 보수당(새누리 등) 후보를 공격하다가 기소되어 재판을 받은 경우였다.

표4. 선거별, 피해 후보자 정당별 비방 및 허위사실 판결수 (1995-2015)

		새누리(보수)	기타정당	무소속.불명	계	새누리(보수) 비율
교육감	허위	16	0	0	16	100.0%
지방선거	허위	187	142	92	421	44.4%
	비방	85	63	45	193	44.0%
	(소계)	272	205	137	614	44.3%
국회의원및 광역단체장	허위	128	116	24	268	47.8%
	비방	105	97	4	206	51.0%
	(소계)	233	213	28	474	49.2%
대선	허위	131	10	4	145	90.3%
	비방	257	53	10	320	80.3%
	(소계)	388	63	14	465	83.4%
계	허위	462	268	120	850	54.4%
	비방	447	213	59	719	62.2%
	(총계)	909	481	179	1569	57.9%

표5는 2012년 대통령 선거시 후보자비방 및 허위사실공표 혐의로 기소되어 재판받은 사례의 86.4%가 박근혜 후보를 공격한 사람들이었음을 보여준다. 표6은 2002년에는 여당의 노무현 후보를 공격한 사람들이 야당의 이회창 후보를 공격한 사람들보다 더 많이 기소되어 재판을 받았으며, 2007년에는 야당의 이명박 후보와 박근혜 한나라당 경선 후보를 공격한 이들이 여당의 정동영

³ Robert A. Leflar, The Social Utility of the Criminal Law of Defamation, 34 Texas Law Review 984 (1956)

후보와 경선후보들을 공격한 이들보다 더 많이 기소되었음을 보여준다. 결국 검찰은 항상 대통령 당선자를 공격한 사람들을 훨씬 더 많이 기소하는 경향을 보여주었다. 다만, 노무현 후보를 공격해서 기소된 사람들의 경우 13명중 7명만이 유죄 판결을 받아 이회창 후보 공격으로 기소된 이들의 유죄율(100%)에 비해 상대적으로 낮은 유죄율(54.9%)을 보였는데, 이는 검찰의 무분별 기소에 대해 법원이 약간의 견제 역할을 한 것으로 보인다. 그러나, 2007년과 2012년 대선의 경우에는 여당 후보나 야당 후보를 공격한 사례들간에 유죄율에 차이가 없어 검찰의 기소편향이 법원에 의해 전혀 교정되지 않은 것으로 보인다. 이는 이명박 박근혜 정부하에서 후보자비방과 허위사실공표죄로 기소한 인원수가 급증했는데, 그 대부분이 대통령 당선자를 비판한 경우였고, 검찰의 정치적으로 편향된 기소가 사법부에 의해 교정되지 않았다는 것을 나타내는 것이다.

표5. 2012년 대통령 선거시 공격당한 후보별 비방 및 허위사실 판결수

	비방	허위	계	(비율)
박근혜	84	69	153	86.4%
문재인	6	6	12	6.8%
안철수	7	4	11	6.2%
이재오	1	0	1	0.6%
(문+안)	13	10	23	13.0%
계	98	79	177	100.0%

표6. 2002, 2007, 2012년 대통령 선거시 여당 후보 및 야당 후보 공격으로 재판받은 수와 유죄판결 수 (2002년 선거와 2007년 선거에서는 보수측이 야당/2012년 선거에서는 보수측이 여당)

		여당후보 공격	야당후보 공격	계	여당 비율
2002	재판건수	13	4	17	76.5%
	유죄건수	7	4	11	63.6%
	유죄율	53.9%	100%	64.7%	
2007	재판건수	39	230	269	14.5%
	유죄건수	33	200	233	14.2%
	유죄율	84.6%	87.0%	86.6%	
2012	재판건수	154	23	177	87.0%
	유죄건수	102	15	117	87.2%
	유죄율	66.2%	65.2%	66.1%	

끝으로 제18대 대선시 선관위 고발/수사의뢰/이첩건 중 공격당한 후보자 식별 가능건 23건, 27명의 공격당한 후보자별 비율을 보면, 박근혜 56% 대 문재인+안철수 44%로 검찰에 비해서 정치적

으로 편향되지 않았음을 보여준다. 이들 사건에 대한 검찰의 처리결과를 보면 박근혜 후보를 공격한 사람들에 대한 기소율(60%)가 문재인, 안철수 후보를 공격한 사람들에 대한 기소율(50%)보다 약간 높은 것을 알 수 있다.

표7. 선관위 고발, 수사의뢰, 이첩 사건에 대한 검찰의 처리

	선관위	(비율)	기소(재판)	불기소	기소율
박근혜	15	55.6%	9	6	60.0%
문재인, 안철수	12	44.4%	6	6	50.0%
계	27	100%	15	12	55.6%