2018 중앙선거관리위원회 연구용역과제

정치관계법상 주요 규제의 타당성에 관한 연구

– 선거운동과 정치자금을 중심으로 –

2018. 09.

연구책임자: 음선필(홍익대)
공동연구원: 기현석(명지대)
이노홍(홍익대)
김대인(이화여대)

사단법인 한국공법학회

제 출 문

중앙선거관리위원회 귀중

본 보고서를 「정치관계법상 주요 규제의 타당성에 관한 연구-선거운동과 정치자금을 중심으로-」의 최종보고서로 제출합니다.

연구기간 : 2018. 5. 23. ~ 2018. 9. 21.

연구책임자 : 음 선 필 (홍익대)
공동연구원 : 기 현 석 (명지대)
공동연구원 : 이 노 홍 (홍익대)
공동연구원 : 김 대 인 (이화여대)

사단법인 한국공법학회

목 차

요약문 ····· 1

제1장 서론 ····· 10

I. 연구의 배경 ····· 10

II. 연구의 방법 ····· 12

III. 연구의 내용 ····· 12

제2장 선거민주주의와 정치적 경쟁 ····· 14

Ⅰ. 선거민주주의의 개념 ····· 14

Ⅱ. 정치적 경쟁의 의의와 중요성 ····· 15

1. 정치적 경쟁으로서 선거: 경쟁적 선거 ····· 15

2. 정치적 경쟁의 중요성 ····· 16

Ⅲ. 정치적 경쟁과 선거 공정성 ····· 17

1. 선거의 공정성 ····· 17

2. 정치적 경쟁의 공정성 확보를 위한 선거운동규제 ····· 18

(1) 선거운동의 개념 ····· 18

(2) 선거운동규제의 법리 ····· 19

3. 소결 ····· 21

제3장 공직선거법상 선거운동 관련 규제의 체계적 분석 ····· 22

Ⅰ. 현행 규제의 구조: 유형별 분석 ····· 22

1. 규제이론의 관점에서 본 선거운동 관련규제 ····· 2

(1) 개관 ····· 22

(2) 포획이론 ····· 23

(3) 스마트규제이론 ····· 23

(4) 대응규제이론 ····· 24

(5) 소결 ····· 23

2. 규제의 양태 ····· 25

3. 규제의 시점 ····· 26

4. 규제의 법적 성질 ····· 27

II. 규제의 변천 ····· 27
III. 규제의 타당성에 대한 평가: 필요성, 기준, 방법 ····· 28
1. 평가의 필요성 ····· 28
2. 평가의 기준 ····· 29
(1) 헌법적 기준 ····· 29
(2) 규제품질을 확보하기 위한 기준 ····· 30
3. 평가의 방법 ····· 31

제4장 정보통신기술의 발달과 선거권자의 합리적 의사결정 ····· 33
Ⅰ. 정보통신기술의 발달이 선거권자의 의사결정에 미친 영향 ····· 33
1. 기존의 논의 ····· 32
2. 정치관계법의 개선방향 ····· 34
II. 온라인 선거운동 관련 규제 ····· 38
1. 정보통신망을 이용한 선거운동 ····· 38
2. 선거운동기간 중 인터넷 실명제 ····· 40
(1) 관련규정 ····· 40
(2) 헌법재판소의 결정 ····· 41
(3) 추가적인 쟁점 ····· 42
(4) 검토 ····· 44
3. 인터넷광고: 정치광고의 실명제 등 ····· 46
(1) 현황 및 문제점 ····· 46
(2) 유권자 정치광고의 허용 ····· 48
III. 가짜뉴스 등 허위사실 유포 및 비방 관련 규제 ····· 51
1. 확산의 배경 ····· 51
2. 현행법상 가짜뉴스 관련 규제 ····· 53
(1) 언론기관에 대한 규제 ····· 53
(2) 가짜뉴스 생성자에 대한 규제 ····· 55
(3) 정보통신사업자에 대한 규제 ····· 55
3. 외국의 입법례 ····· 56
(1) 독일 ····· 56
(2) 기타 국가 ····· 60
4. 현행법의 문제점 및 개선 방안 ····· 61
(1) 규제완화론 ····· 61

(2) 규제강화론 ····· 62
(3) 검토 ····· 63
IV. 선거여론조사 관련 규제 ····· 65
1. 선거여론조사 규제 도입배경과 규제 변화 ····· 65
2. 선거여론조사기관 등록제 ····· 70
(1) 내용 ····· 70
(2) 외국의 입법례 ····· 71
(3) 검토 ····· 73
3. 선거여론조사 절차 및 방법 ····· 74
(1) 선거여론조사 실시 사전신고제 ····· 74
(2) 선거여론조사 내용 및 조사 방법 규제 ····· 77
4. 선거여론조사 결과 공표 및 보도 ····· 80
(1) 선거여론조사 결과 사전등록제 ····· 80
(2) 결과 공표·보도 방식 및 기간 규제 ····· 81
(3) 외국의 입법례 ····· 83
(4) 검토 ····· 86

제5장 선거운동 자유의 확대와 사회적 평온의 유지 ····· 88
Ⅰ. 선거과정에서의 사회적 평온과 규제 ····· 88
II. 시설물설치 등 금지 ····· 89
1. 개관 ····· 89
2. 외국의 입법례 ····· 90
(1) 서 ····· 90
(2) 영국 ····· 90
(3) 미국 ····· 90
(4) 독일 ····· 91
(5) 스페인 ····· 91
(6) 일본 ····· 92
3. 시설물설치 등에 대한 규제의 타당성 ····· 92
4. 입법론적 제언 ····· 93
III. 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등의 금지 ····· 95
1. 개관 ····· 95
2. 외국의 입법례 ····· 96

(1) 서 …… 96
(2) 영국 …… 96
(3) 프랑스 …… 97
(4) 독일 …… 97
(5) 이탈리아 …… 98
(6) 일본 …… 98
3. 문서·도화의 배부·게시 등의 금지 …… 100
(1) 쟁점 …… 100
(2) 검토 …… 102
4. 입법론적 제언 …… 103
IV. 호별방문의 제한 …… 104
1. 개관 …… 104
2. 외국의 입법례 …… 105
3. 현행법상 호별방문 제한의 타당성 …… 105
(1) 쟁점 …… 105
(2) 검토 …… 107
4. 입법론적 제언 …… 109
V. 소결 …… 109

제6장 선거운동 규제의 축소와 선거비용 내지 정치자금의 투명성 강화 … 112
Ⅰ. 선거비용 내지 정치자금의 양면성 …… 112
1. 정치자금법의 개정연혁 …… 112
2. 정치자금법 개혁의 관점 …… 114
(1) 정치적 목표 …… 114
(2) 맥락 …… 116
(3) 현행규제 …… 117
(4) 비교법적 검토 …… 119
(5) 소결 …… 122
II. 조달의 투명성 관련 규제 …… 124
1. 개관 …… 124
2. 조달의 투명성 문제 및 개선방안 …… 124
(1) 조달규제의 전반적인 개선방향 …… 124
(2) 법인·단체의 정치자금 기부의 개선방안 …… 125

(3) 정치자금위반 적발의 활성화방안 ····· 126
III. 지출의 투명성 관련 규제 ····· 127
1. 개관 ····· 127
2. 지출의 투명성 문제 및 개선방안 ····· 128
(1) 사적 용도 사용의 규제방안 ····· 128
(2) 국고보조금 지출의 공정성 강화방안 ····· 128
IV. 회계보고 및 공개 ····· 129
1. 회계보고 ····· 129
2. 공개 ····· 130

제7장 결론 ····· 133

참고문헌 ····· 140

요 약 문

□ 선거민주주의와 정치적 경쟁

○ 선거민주주의는 민주주의의 최소한으로서, 대규모 선거인이 참여하는 정기적 선거에서 선거인의 지지를 얻고자 하는 정치지도자 그룹간의 경쟁을 통하여 민주주의가 실현된다고 봄.

○ 선거민주주의는 국민에게 정치적 책임을 지는 대표자를 경쟁을 통해 선출하는 방식을 강조함.

○ 정치적 경쟁으로서 선거는 당연히 경쟁적 선거를 의미함. 민주체제에서 경쟁적 선거는 단순한 국가기관의 구성을 넘어 정치적 신임의 수여, 정책의 우선순위 결정 및 정치적 통제 기능을 수행함.

○ 경쟁적 선거는 선거참여자의 정치적 기본권이 보장되며, 선거의 기본원칙인 보통·평등·직접·비밀·자유선거 원칙이 지켜져야 하고, 선거의 공정성이 확보되어야 함.

○ 선거의 공정성은 선거과정에서 후보자 및 정당간의 공정한 경쟁을 의미함. 선거권자의 정치적 지지를 획득하고자 하는 경쟁이 금력, 권력 등에 의해 제한됨으로써 특정 정당·후보자에게 치우치지 않아야 함.

○ 선거운동의 자유와 공정성은 상호 대립적인 개념으로 이해되기 쉬우나, 양자는 동일 차원의 대립적인 개념이 아니라 차원이 다른 보완적 개념으로 보아야 함. 선거의 공정성은 궁극적으로 선거권자의 다양한 의사가 정확하게 반영하기 위함이므로, 선거운동의 공정성은 선거운동의 자유를 전제로 하여 이러한 자유가 선거참여자에게 동등하게 보장될 것을 요구함.

○ 따라서 선거의 공정성을 위하여 제한되는 것은 일반적인 선거운동의 자유가 아니라 국민의 자유로운 선택을 방해하고 기회균등을 침해하는 선거운동임을 유의하여야 함.

○ 정치적 경쟁을 제한하는 규제는 국회의 입법을 통하여 보편적 규제형식을 취하지만, 국회의 다수세력의 정치적 이해관계에 따라서 사실상 기존세력의 기득권을 보호하고 새로운 정치세력의 진입을 방해하기 쉬움. 따라서 보이지 않는 차별을 폐지하기 위해서는 선거운동 규제입법에 대하여 엄격한 심사가 필요함.

○ 민주정치체제에서 경쟁적 선거가 제대로 실시되기 위해서는 정치적 독과점을 방지하고 완화하는 제도적 장치가 마련되어야 함. 이를 위해서는 선거운동의 법리에 충실한 공정한 게임규칙으로서 선거법의 입법, 선거법의 엄정한 집행, 그리고 최종적으로는 중립적인 사법부의 감시가 중요함.

□ 공직선거법상 선거운동 관련 규제의 체계적 분석

○ 선거운동규제의 발전방안을 모색함에 있어서는 그동안 선거공영제의 구현, 참정권 또는 표현의 자유의 실현과 그 한계 등 헌법적 관점이 주를 이루어왔는데, 이에 더해 추가적으로 규제이론(regulation theory)의 시각에서 선거운동규제를 검토해보는 것이 의미가 있음.

○ '포획이론'(capture theory)은 규제자(국가)가 규제의 공익적 목적을 추구하기보다는 피규제자(대표적으로 기업)의 이해관계를 일방적으로 반영하는(이를 '포획'이라고 부른다) 경향성을 나타낼 수 있다는 이론임. 선거운동규제의 경우는 규제의 주체(입법자)와 규제의 객체(정치인)가 상당부분 일치할 수 있다는 점에서 일반적인 규제사례와 비교하더라도 포획의 문제가 상대적으로 좀 더 심각하게 나타날 수 있는 가능성이 있으므로 이를 해결하는 것이 필요함.

○ '스마트규제이론'(smart regulation theory)에서는 자율규제(self-regulation), 자발준수(voluntarism) 등 다양한 규제수단 등을 종합적으로 사용하여 규제의 목적을 달성하는 것이 중요하다는 이론임. 온라인을 통한 선거운동의 경우에도 선거운동의 유형에 따라서는 포털사이트 등 정보통신서비스 제공단체가 자율규제를 통해서 규제를 하는 것이 보다 효율적일 수 있음.

○ '대응규제이론'(responsive regulation theory)에서는 규제를 둘러싼 다양한 이해관계인들의 반응에 적절하게 대응할 수 있어야 한다는 이론임. 선거운동규제의 경우 원내정당과 원외정당, 원내다수정당과 원내소수정당 등 이해관계가 상충되는 피규제자들이 존재하며, 유권자단체나 시민단체 등 다양한 제3자들도 존재하는데 이들로부터의 반응을 늘 고려해야 함.

○ 선거운동규제는 1) 규제의 양태에 따라서 행태규제와 비용규제로 나누어서 볼 수 있으며, 2) 규제의 시점에 따라서는 사전적 규제와 사후적 규제로 나누어 볼 수 있고, 3) 규제의 법적 성질에 따라서는 선거운동규제를 형사적 제재, 행정적 제재로 나누어서 볼 수 있음.

○ 선거운동에 대한 규제방식은 1) 선거운동 규제의 형성기(건국이후-1958년), 2) 규제강화기(1958년-1963년), 3) 포괄적 규제강화기(1963년-1987년), 4) 규제완화기(1987년-1994년), 5) 돈 선거 근절을 위한 규제강화기(1994년-현재)로 변천하였음.

○ 선거규제의 정당성을 검토하는 기준으로는 우선 법률유보의 원칙, 포괄위임금지의 원칙, 명확성의 원칙, 과잉금지의 원칙, 평등의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 적법절차의 원칙, 최소보장의 원칙 등의 헌법적인 기준을 들 수 있음.

○ 선거규제의 정당성을 확보하기 위해서는 입법의 체계성, 입법의 효과성 등 규제품질을 확보하기 위한 기준들을 추가적으로 적용하는 것이 필요함.

□ 정보통신기술의 발달이 선거권자의 의사결정에 미친 영향

○ 정보통신기술의 발달에 따른 매체환경의 변화가 선거권자의 의사결정에 미치는 영향에 대하여 학자들의 견해는 엇갈리고 있음.

- 매체발달에 따른 긍정적인 요소로는 정치정보의 양과 전파속도가 현저히 증가하였고, 선거운동비용이 크게 절감되었으며, 새로운 매체 이용에 친숙한 젊은 층을 중심으로 유권자의 정치참여가 이전보다 활발해졌다는 점을 들 수 있음.

- 부정적인 요소로는 정보통신망의 운영자와 이용자 간의 불평등한 관계로 인하여 정치적 담론구조가 왜곡될 우려가 남아있다는 점과, 가장 진보한 매체로 평가받는 SNS를 통한 정치정보의 유통으로 도리어 유권자의 정치적 파편화가 심화되고 있다는 점 등을 들 수 있음.

○ 정치관계법의 개정 논의에 있어서도 정치매체의 발달에 따른 긍정적 효과와 부정적 효과를 모두 감안하여 보다 종합적인 관점에서 입법대안을 모색하여야 할 것임.

- 온라인상의 선거운동에 있어 단순지지자인 일반 국민과 후보자 측을 구별하여, 일반 국민의 정치적 표현을 보다 두텁게 보장하여야 할 것임.

- 온라인 매체를 활용한 새로운 유형의 선거부정에 대처하기 위해서는 규제의 신설이 필요할 것임.

- 규제신설의 경우에도 민간의 자정능력에 보다 많은 역할을 맡기는 등 매체의 특성에 걸맞은 방안을 우선적으로 고려할 필요가 있음.

□ 온라인 선거운동 관련 규제

○ 최근의 여론조작 사건을 계기로 온라인 선거운동에 대한 규제 신설의 필요성이 제기되고 있음. 그런데 일부에서 주장하는 인터넷 실명제의 확대 실시는 여론조작 사건에 대한 효과적인 대응수단이 아닐 뿐만 아니라, 익명표현의 자유를 과도하게 제한하므로 바람직하지 않은 대안으로 판단됨.

○ 현 시점에서 인터넷 실명제의 확대실시보다 긴요한 입법적 과제는 댓글 조작 등을 통하여 선거의 공정을 훼손하는 행위에 대한 보다 직접적인 대응수단을 마련하는 것이라 할 수 있음.

- 매크로 프로그램으로 여론을 조작하여 선거결과에 영향을 미치는 등의 행위는 공직선거법의 개정을 통하여 보다 직접적으로 규율되어야 할 것임.

- 다만 현재 국회에서 논의되고 있는 공직선거법 개정안의 댓글조작이라는 개념은 자칫 일반 국민의 일상적인 온라인 선거운동까지 위축시키는 결과를 낳을 수 있으므로 보다 확정적인 개념을 도입할 필요가 있을 것임.

○ 현행 정치광고 관련 규정은 결과적으로 정치신인이나 군소정당 후보자에게 불리하게 작용하므로 공직선거법상 허용되는 정치광고의 횟수를 상향조정하되 군소정당 후보자 등에 대하여는 광고비용을 대폭 감액하여 주는 방안을 고려할 수 있음. 또한 인터넷 광고와 같이 상대적으로 비용이 적게 드는 수단을 활용한다면 일반 유권자에게도 얼마든지 정치광고의 기회를 제공할 수 있으므로 선거시기에도 유권자의 정치광고를 확대 허용하는 방안을 적극 고려할 필요가 있음.

□ 가짜뉴스 등 허위사실 유포 및 비방 관련 규제

○ 최근 SNS의 확산으로 가짜뉴스의 영향력이 증대됨에 따라 선거과정에서 유권자의 정치적 의사결정이 왜곡될 가능성은 더욱 높아지고 있으나,

○ 현행법은 허위사실 유포 등 일정한 개인적 법익의 침해가 발생한 경우에만 간접적으로 이에 대응하고 있을 뿐이므로, 가짜뉴스에 대한 직접적인 대응규정은 미비한 실정이라 하겠음.

○ 이에 학계에서는 규제 강화론과 규제 완화론이 대립하는 가운데 직접적인 가짜뉴스 대응규정 도입여부와 관련하여 독일의 입법례에 대한 해석을 두고 논쟁이 벌어진 바 있음.

- 규제 강화론자들은 최근 독일의 입법례에 따라 가짜뉴스에 대한 직접적인 대응규정을 도입할 것을 주장하는데, 특히 오늘날 사실상 언론사의 역할을 담당하는 정보통신망 사업자에 대한 보다 강화된 처벌규정의 도입을 주장하고 있음.

- 반면 규제 완화론자들은 현행의 처벌규정만으로도 국민의 기본권 제한이 과도하게 야기된다고 보아 관련규제의 폐지를 주장함. 이들은 최근 독일의 입법례는 가짜뉴스 규제가 아닌 혐오표현에 대한 규제일 뿐이라고 주장함.

- 양자의 견해를 종합하여 볼 때, 혐오표현에 대한 규제와 가짜뉴스에 대한 규제가 완전히 일치하는 것은 아니나 양자의 적용영역이 일부 중첩되리란 점은 부인할 수 없음. 특히 집단에 대한 명예훼손을 내용으로 하는 일부 가짜뉴스에 대해 독일의 관련 입법이 대응규정으로 활용될 가능성을 부인할 수는 없음.

○ 현재 국회에서 가짜뉴스와 관련하여 이뤄지는 논의의 대부분은, 보다 직접적인 가짜뉴스 규제방안에 대한 것임. 문제는 이들이 상시적인 규제를 내용으로 한 정보통신망법의 개정여부에 모아지고 있다는 것임. 상시적인 규제조항의 도입은 민간의 자율규제 가능성을 위축시키고 국민의 표현의 자유를 과도하게 제한할 가능성이 있으므로 지양되어야 할 것임.

○ 가짜뉴스에 대한 직접적인 대응규정은 신속한 대응이 불가피한 선거시기에 한정적으로 도입되어야 할 것임. 따라서 상시적 규제를 정하는 정보통신망법의 개정보다는 공직선거법의 개정을 통한 한시적 규제조항의 신설이 바람직할 것임. 플랫폼에 대한 규제 또한 이러한 전제 하에 논의될 필요가 있음.

- 가장 가벌성이 높은 행위는 선거일에 임박하여, 후보자 측에 의하여 이뤄지는, 가짜뉴스의 생산 및 유포 행위라 할 것임.

- 공직선거법 개정시 가짜뉴스의 생산 및 유포시기가 선거일에 얼마나 근접하여 이뤄졌는지, 생산자 및 유포자가 일반 유권자인지 후보자 측인지 등에 따라 가벌성의 정도를 달리할 필요가 있을 것임.

- 효과적이고 즉각적인 대응을 위하여 플랫폼에 대한 국가규제가 불가피하다면, 선거일에 임박한 기간에 한정하여 한시적으로 고액의 과태료를 부과하는 방안을 우선적으로 고려하여야 할 것임.

□ 선거여론조사 관련규제

○ 선거여론조사는 국민의 알권리를 충족시키면서 유권자의 표심의 향방에 영향을 미치기에 정당과 후보자의 여론조사에 대한 의존성과 영향력이 커져가고 있음. 여론조사 과정 조작과 결과 왜곡에 따라 유권자의 합리적 의사선택을 방해하여 선거의 공정성을 침해할 위험이 커짐.

○ 공직선거법은 부정확하거나 조작된 여론조사로 인한 폐해를 방지하기 위해 '선거여론조사심의위원회'를 설치하고 여론조사기준을 정립함과 동시에 공표나 보도목적의 선거여론조사기관 등록제, 여론조사 실시 사전신고제, 선거여론조사 결과 사전등록제, 여론조사결과 공표 금지기간 등과 같은 세밀한 여론조사 규제입법을 두고 있고 그 필요성이 인정됨.

○ 공표나 보도 목적의 선거여론조사의 경우, 선거여론조사기관의 전문성 및 조사신뢰성 담보가 최우선적으로 요구되기에 '공표나 보도목적의 선거여론조사기관 등록제' 도입은 합리적 규제라 할 수 있음. 다만 등록기준이 신생업체의 진입을 실질적으로 배제해서는 안 되며 오늘날 인터넷근무환경에 있어 진정한 전문성을 확보할 수 있는 등록기준 설정에 관한 검토가 필요함.

○ 공직선거법은 '누구든지 선거에 관한 여론조사'를 실시하려면 상관없이 '여론조사 개시일 전 2일까지' 관할 심의위원회에 서면으로 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 사항을 사전에 신고하도록 규정하고 있음. 개정 전 사전신고제는 '선거일 전 180일부터 선거일의 투표마감시각까지' 이루어지는 '선거에 관하여 정당에 대한 지지

도나 당선인을 예상하게 하는 여론조사'에 대한 '사전신고제'로 그 신고 대상을 한정함. 현행법은 상시 '선거에 관한 여론조사' 를 사전신고대상자로 하고 있는데 '선거에 관한 여론조사'의 내용이 명확하지 않음. 또한 거대 언론사의 경우는 신고의무를 면제해주면서 군소 언론사의 '선거에 관한 여론조사'는 모두 신고하도록 하여 표현의 자유 및 평등권 침해 문제가 발생하기에 규제완화 검토가 요구됨.

○ 2005년 이후 공직선거법은 여론조사결과 공표 금지기간을 선거일 전 6일로 규제하고 있음. 헌법재판소는 세 차례의 합헌결정을 내렸고 그 근거로 결정 당시 여론조사를 통제 감시하는 기관 설치 및 조사 기준 등이 없었다는 점을 설시함. 현재 여론조사의 공정성 확보를 위해 선거여론조사심의위원회를 두고 있고 선거여론조사의 공정성 확보를 위한 많은 규제입법이 존재하기에 지금과 같은 공표 금지기간 규제는 적절하지 않음. 선거여론조사 정보는 중요한 정치 정보이고 국민의 알권리 보장을 위해 최대 보장되어야 한다는 근거 하에 많은 국가들이 선거여론조사 공표금지기간을 축소 또는 폐지하거나 위헌결정이 내렸다는 점에 비추어 볼 때 공표 금지기간의 축소에 관한 법 개정이 필요함.

□ 선거운동 자유의 확대와 사회적 평온의 유지

○ 선거운동을 위하여 선거에 참여하는 자들은 더 많은 자유를 요구함. 선거운동의 주체, 시기, 방법, 도구, 비용 등의 영역에서 최대한 가용자원을 활용하기를 원함. 그런데 선거운동을 통하여 유통되는 선거관련 정보는 정확하여야 하며, 선거운동의 기회는 후보자 등에게 공평하게 보장되어야 함. 그래야만 주권자의 의사에 합한 선거결과를 담보할 수 있기 때문임.

○ 사회적 평온은 선거과정에서 나타나기 쉬운 지나친 정치적 경쟁을 방지함으로써 사회질서가 혼란하거나 개인의 자유·권리가 침해되지 않은 상태임. 대의제가 정상적으로 작동하고, 국민이 합리적인 의사에 의하여 대표자를 올바르게 선출할 수 있도록 하기 위하여 요구되는 선거의 평온과 공정은 선거제도의 유지와 본래적 기능의 발현을 위한 전제조건임.

○ 공직선거법 제90조 제1항은 누구든지 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 법정의 방법 이외의 방법으로 시설물 설치 등을 하는 것을 금지하고 있음. 시설물설치 금지조항의 입법취지는 선거의 부당한 과열경쟁으로 인한 사회경제적 손실을 막고 후보자 간의 실질적인 기회균등을 보장함과 동시에 탈법적인 선거운동으로 인하여 선거의 공정성과 평온이 침해되는 것을 방지하기 위함임.

– 헌법재판소는 시설물설치 금지조항이 침해의 최소성이나 법익의 균형성 원칙에 위배되어 선거운동 등 정치적 표현의 자유를 침해한다고 볼 수 없으므로 헌법에 위반되지 아니한다고 판단함.

– 시설물설치 금지조항은 후보자·정당뿐 아니라 일반 선거권자 모두를 대상으로 선거일 전 180일부터 시설물 설치를 일률적으로 규제하고 있음. 그런데 공직선거법은 후보자나 정당에게 다양한 방법으로 광고할 수 있는 기회를 마련해주고 있는 반면에, 일반 선거권자의 경우에는 매우 제한하고 있음. 그런 점에서 이 조항은 후보자 등에게는 탈법방지규범이지만, 일반 선거권자에게는 일반적 금지규범으로 작용하고 있음.

– 흔히 시설물설치 금지조항의 입법취지로 경제적 차이에 따른 선거운동의 불균형방지를 들고 있으나, 일반 선거권자에게는 이러한 입법취지가 적절하지 않음. 일반 선거권자들은 후보자와 관계없이 자신의 정치적 의견을 개진하기 위하여 광고물이나 상징물 등을 활용할 수 있는데, 이러한 표현까지 경제력 차이를 이유로 규제하는 것은 타당하지 않음.

❍ 공직선거법 제93조 제1항은, 누구든지 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그 밖에 이와 유사한 것을 배부·첩부·살포·상영 또는 게시하는 것을 원칙적으로 금지하고 공직선거법이 규정한 바에 따라서만 이를 할 수 있도록 하고 있음. 현재 이 조항은 오프라인 상으로 이뤄지는 문서·도화의 배부·게시 등을 금지하는 것으로 해석되고 있음.

– 제93조 제1항의 위헌성을 판단함에 있어서 견해가 갈리는 가장 큰 이유는 선거(운동)의 자유와 선거의 공정성, 그리고 정치적 표현의 자유에 관한 개념적 이해의 차이와, 이들의 가치에 대한 우선순위결정의 차이에 기인함. 또한 동 조항이 수범자를 '누구든지'로 규정하고 있는 까닭에 후보자(후보자로 되고자 하는 자 포함)와 일반 국민(당원을 포함한 선거권자)을 같은 차원에서 취급함에 따른 차원적 혼동에 기인한다고 봄.

– 헌법재판소가 제93조 제1항의 포섭범위를 해석론으로 좁게 새기고 있으나, 이를 입법으로 보다 명백하게 하는 것이 바람직함. 즉 제93조 제1항에 의한 제한이 선거의 자유와 공정을 보장하기 위한 제도적 장치로서 여전히 유의미하다고 보되, 그 제한의 대상을 폐해의 우려가 객관적으로 명백하다고 인정되는 표현매체로 선명히 국한시키는 것이 필요함.

❍ 공직선거법 제106조는 제1항 및 제3항에서 누구든지 선거운동을 위하여, 선거기간 중 입당의 권유를 위하여 또는 선거기간 중 공개장소에서의 연설·대담의 통지

를 위하여 호별로 방문할 수 없다고 규정하고 있음.

- 헌법재판소는 호별방문 제한조항이 선거운동의 자유, 정치적 표현의 자유, 나아가 정당활동의 자유를 제한하지만, 과잉금지원칙을 위반하여 선거운동의 자유 등을 침해하는 것으로 볼 수 없다고 판단함.

- 호별방문 자체는 돈이 들지 않는 선거운동방식이기 때문에 소수정당에게 매력적인 수단임. 또한 선거권자에게 직접 영향을 미칠 수 있는 효과적인 선거운동방식이며 투표율 하락 문제를 개선할 수 있는 방안으로 설명되기도 함. 따라서 금전선거사범의 개연성을 방지하면서도 시골지역에서 선거정보를 효과적으로 전달할 수 있는 선거운동방식을 고안할 필요가 있음.

□ 선거운동 규제의 축소와 선거비용 내지 정치자금의 투명성 강화

○ 정치자금(선거비용 포함)은 민주정치의 발전의 물질적 기초를 이루게 된다는 점에서 긍정적인 의미를 가지면서도, 이에 대한 적절한 통제가 이루어지지 않을 경우에는 정경유착으로 인한 폐해, 선거부정 등을 낳을 수 있다는 점에서 양면성을 가지고 있음.

○ 정치자금규제의 개혁을 함에 있어서는 1) 정치적 목표(political goal), 2) 맥락(context), 3) 현행규제(current regulation), 4) 비교법(comparative law)을 고려하는 것이 필요함. 이러한 세 가지를 고려해볼 때 우리나라의 정치자금규제는 투명성이 충분히 확보되지 못하고 있다는 비판이 많음.

○ 현행 정치자금조달(수입)의 규제는 '강력한 규제'와 '미흡한 투명성'을 특징으로 하고 있어서 장기적으로 대의민주주의의 발전을 제약할 가능성이 있으므로 회계보고 및 공개제도의 개선을 통해 투명성을 제고하는 전제 하에서 연간모금한도액을 현실화하는 것이 필요함. 또한 정치적 자유의 확대를 위해서 법인·단체의 정치자금 기부금지 규제를 완화하는 것이 필요할 수 있는데, 이 경우 정치자금의 투명성을 확보하기 위해서 지정기탁금제도를 도입하는 것이 현실적인 방안이 될 것임. 또한 정치자금법 위반행위를 자진신고자에 대한 일정한 인센티브를 부여함으로써 적발의 실효성을 높이는 것이 필요함.

○ 정당 국고보조금규제의 경우 기존에 사후적인 실효성 확보수단만이 강조된 측면이 있는데, 사전적인 실효성 확보가 보다 강조될 필요가 있음. 현재 정당 국고보조금은 의석수, 득표율 등의 기준으로 일률적으로 배분되는 모습을 취하고 있는데, 보조금 부당집행을 막을 수 있는 시스템의 구축정도 등의 요소를 추가적으로 고려하여 차등적으로 국고보조금을 지급하는 등의 노력을 기울일 필요가 있음.

❍ 회계보고 및 공개와 관련해서 정치자금 지출 및 수입내역에 대한 기간의 제한 없는 상시 인터넷 공개가 필요함. 이에 대한 반대논리로 정당이나 후보자의 업무처리 부담이 지나치게 가중된다는 점, 경쟁자에 의한 회계정보의 악용 등 부작용이 존재한다는 점 등이 지적될 수 있으나, 그러나 이러한 논리들은 규제이론에서 언급한 '포획이론'이 작동하는 전형적인 예라고 보아야 함. 정치자금의 지출과 수입 내역의 투명성을 확보하는 것은 시민에 의한 감시를 용이하게 하여, 정치권력의 남용을 견제하는 수단이 된다는 점에서 매우 긴요한 과제임.

제1장 서론

I. 연구의 배경

민주주의를 구성하는 원리로는 선거, 자유, 다수, 참여, 숙의, 평등 등을 들 수 있고, 그 핵심에는 정치적 평등을 전제로 경쟁적 선거를 내용으로 하는 선거민주주의가 자리 잡고 있다. 경쟁적 선거는 선거의 자유와 함께 무엇보다 선거의 공정성이 확보되어야 하고,[1] 선거의 공정성은 모든 선거참여자들이 선거정보의 획득과 선거운동, 정치 참여행위 등을 통한 정치적 의사소통을 함에 있어 동등하게 대우받는 것을 의미한다. 결국 선거민주주의는 공정한 정치적 경쟁이 확보되는 가운데 선거정보의 자유로운 교환과 이에 따른 선거권자의 합리적인 선택이 담보될 때 완성된다고 할 수 있다. 때문에 선거민주주의의 도달 과정에는 선거권자의 자유롭고 합리적인 의사결정을 방해하거나 기회의 균등이 침해되어 선거의 공정성이 훼손되는 행위에 대해서는 이를 방지하는 규제가 필요하고 이는 사실상 진정한 선거의 자유를 보장하기 위한 전제이기도 하다.

그렇지만 선거 공정성 확보를 위한 정치관련 규제들은 항상 시대 상황의 변화와 요구에 적절히 대응할 수 있는 합헌적이면서 현실적 타당성을 가진 규제여야 할 것이다. 선거의 공정성을 위한 규제들이 오늘날 인터넷 정보화시대의 변화를 정확히 반영하지 못한 채 아날로그적 방식의 경직된 규제로 남아있다면, 이는 국민의 권리 중 가장 중요한 선거의 자유나 표현의 자유 침해로 귀결될 수 있다. 반면 정보통신기술의 발전으로 정보생산과 유통 독점 및 공유 비대칭 현실에서 다양한 선거 불공정 행위가 표출되고 있음에도 이 같은 현상을 방지할 적절한 대응 규제 부재 또한 선거의 공정성 훼손과 함께 궁극적으로 선거민주주의의 완성을 어렵게 한다. 그러므로 현재 우리의 정치관계법상 주요한 규제들이 시대 상황의 변화에 따라 발생가능한 선거의 자유와 선거공정성 침해 문제를 적극 반영하여 합리적이고 타당한 규제로 기능할 수 있는가하는 문제에 대한 지속적 검토가 필요하다.

오늘날 정보통신기술의 발달로 선거정보의 생산 및 유통은 그 주체, 방식, 속도의 측면에서 매우 다채로운 양상으로 나타나고 있으며 선거과정에 지대한 영향을 미치고 있다. 이러한 현상은 선거권자의 합리적 의사 형성이나 표현에 많은 도움이 되기도

1) 자유롭고도 공정한 민주적 선거에 관한 일반적인 설명으로는 Beetham, David, "Freedom as the Foundation," *Journal of Democracy*, 15(4), 2004, p. 61-67; European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Code of Good Practice in Electoral Matters: Guidelines and Explanatory Report*, 2002.

하지만, 선거권자의 의사결정에 왜곡을 초래할 수 있는 다양한 문제점도 표출된다. 무엇보다 높은 전파성과 저비용성이라는 특성으로 이상적인 정치적 공론장 형성에 대한 많은 도움이 되는 인터넷상 정치정보는 다른 한편, 국정원의 조직적 댓글달기 사건 및 드루킹 사건처럼 정치적 의사표현이나 여론을 조작·왜곡시키거나 금전적 혹은 정치적 이득을 얻기 위한 가짜 뉴스를 대량 생산하여 유통시키는 등 온라인 선거운동 및 정치참여 과정의 문제점을 낳기도 하였다. 또한 민심의 향방을 예측하여 정당과 후보자에게는 선거 전략을 고안할 기회를 부여하면서 유권자에게는 알권리를 충족시키는 중요한 정치 정보인 선거여론조사 역시 조사자가 원하는 응답유도, 편파적 표본추출, 조사방법 및 대상 범위 등의 조작 등으로 인해 그 객관성과 정확성에 대한 신뢰가 무너지게 되었다. 이에 현재 시행되고 있는 온라인 선거운동 관련 규제, 허위사실 유표 및 비방관련 규제 및 선거여론조사 관련 규제 등의 분석을 통해 규제의 적절성 및 입법 공백 문제 등의 해결을 위한 개선안 제안이 요청된다.

선거민주주의에 있어 선거의 평온은 선거의 공정성과 함께 선거제도의 유지와 본래적 기능 발현을 위한 전제조건이라 할 수 있다.[2] 선거의 평온은 선거과정의 과열경쟁을 방지하여 선거권자의 정치적 판단과 선택의 합리성을 보장하기 위한 것으로 이 또한 그 규제의 필요성이 인정된다. 현재 선거 평온을 근거로 한 규제로는 대표적으로 공직선거법상 시설물설치 등 금지, 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지, 호별방문의 제한 등을 들 수 있다. 그렇지만 이러한 규제들 역시 새로운 정치매체를 통한 선거 운동 환경 변화를 반영하지 못한 채, 선거 평온의 위해 가능성을 과장하거나 또는 새로이 발생하는 선거 평온 침해 문제에 적절히 대응하지 못할 가능성도 배제하기 어렵다. 이에 선거 평온을 목적으로 한 규제 입법이 오늘날 정치적 표현 주체와 행위 유형의 다양성 및 적극적 선거 참여자로서 국민의 모습을 제대로 반영하고 있는지 등에 대한 검토 및 입법적 대안 제시가 요구된다.

선거의 공정성 확보를 위한 또 하나의 규제 대상은 바로 정치자금 관련 규제이다. 정치자금은 민주정치 발전의 물질적 기초라는 긍정적 측면도 있으나 적절한 규제가 이루어지지 않을 경우 정경유착으로 인한 폐해, 선거부정 등을 낳을 수 있다는 점에서 양면성을 가지고 있다.[3] 최근 정치자금법은 이와 같은 정치자금의 양면성을 고려한 규제입법과 그 개정이 계속되었지만, 한편으로는 정치활동의 자유 제한이 지나치다는 평가와 함께 함께 다른 한편으로 이와 같은 규제에도 불구하고 정치자금의 투명성 확보가 부족하다는 비판도 제기되고 있다. 이에 현행 정치자금법상 규제의 적정성 여부 고찰과 함께 정치자금의 투명성을 강화하기 위한 합리적 규제 방안의 고안이 필

2) 헌재 2009. 7. 30. 2008헌마180.
3) OECD, *Money in Politics: Sound Political Competition and Trust in Government*, 2013, p. 41.

요하다.

본 연구에서는 선거민주주의 완성을 위한 정치관계법상 주요규제가 오늘날 정보통신기술발전에 따른 선거과정에서 나타나는 다양한 변화와 문제점들을 대응하는데 있어 그 합리성과 타당성 여부를 검토하고자 한다. 특히 선거운동과 정치자금은 선거민주주의의 전제인 선거공정성을 확보하는데 있어 핵심적 규제이기에 이에 초점을 두어 관련 법제를 체계적으로 분석하고, 현재 규제에 대한 규범성 및 그 실효성 평가를 통해 표현의 자유 확대를 위해 폐지가 필요한 규제와 공정성 담보를 위해 추가되어야 하는 규제를 모색해봄으로써 우리 선거 현실에 적합하고 실효성 있는 입법적 대안을 마련해보고자 한다.

II. 연구의 방법

본 연구에서는 기초적인 문헌조사 이외에 규범해석론, 비교법적 연구, 실증적 분석 등을 활용하고자 한다. 먼저 선거민주주의와 정치적 경쟁, 정보통신기술의 발달이 선거과정에 미친 영향, 선거비용 관련 규제 등에 관한 기존 선행연구를 분석·조사한 후, 공직선거법 및 정치자금법의 주요 규제와 관련된 세계적인 연구기관의 자료 및 주요 국가의 입법례와 현황을 비교법적 시각에서 고찰하고자 한다.[4] 또한 해당 주요 규제 관련 조항의 논리적 구조 및 의미를 파악하는 규범적 해석과 해당 주요 규제와 관련한 사례·판례 및 통계자료를 분석·정리하고 이를 통해 규제의 실효성을 평가하려 한다.

또한 본 연구에서는 선거운동이나 정치자금규제의 기본틀을 이루는 헌법적인 분석을 기초로 하면서도, 기존에 충분히 논의가 되지 않았던 규제이론(Regulation Theory)의 관점을 반영하여 연구를 실시하였다.[5] 중앙선거관리위원회의 규제는 「행정규제기본법」의 적용대상에서 배제되어 있기는 하지만 규제를 통해 정책목표달성의 효과성을 추구한다는 점에 있어서는 기존의 규제이론으로부터 여러 가지 시사점을 제공받을 수 있기 때문이다.

---

4) 이와 관련된 주요 해외자료들로 Inter-Parliamentary Union, *Declaration on Criteria for Free and Fair Elections*, 1994; IDEA, *Code of Conduct for the Ethical and Professional Observation of Elections*, 1997; European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Code of Good Practice in Electoral Matters: Guidelines and Explanatory Report*, 2002; OECD, *Money in Politics: Sound Political Competition and Trust in Government*, 2013 등 참조.

5) 다양한 규제이론에 대한 소개로 Drahos, Peter (ed.), *Regulatory Theory: Foundations and Applications*, Australian National University Press, 2017; Bignami, Francesca and Zaring, David ed., *Comparative Law and Regulation*, Edward Elgar, 2018 등 참조.

III. 연구의 내용

본 연구에서 다루고자 하는 논점은 선거민주주의의 개념과 그 전제로서 선거공정성과 규제의 의미는 무엇인가, 공직선거법상 선거 운동규제의 구조와 규제 타당성을 평가하는 도구 및 그 내용은 무엇인가, 오늘날 정보통신기술의 발달이 선거권자의 의사결정에 미친 긍정적 또는 부정적 영향은 어떤 것이며, 현재 선거 공정성 확보를 위한 온라인 선거운동 규제, 허위사실 유포 및 비방관련 규제, 선거여론조사 규제, 시설물 설치 및 호발 병문제한규제 및 정치자금 규제 등의 핵심 규제 내용과 그 타당성 여부 및 시대 상황에 적합한 합리적 규제는 무엇인가 하는 점이다. 장별로 구체적인 연구내용은 다음과 같다.

우선 제2장에서는 선거민주주의와 정치적 경쟁을 다루고자 한다. 구체적으로는 선거민주주의의 개념, 정치적 경쟁의 의의와 중요성, 정치적 경쟁과 선거 공정성을 살펴보도록 한다.

제3장에서는 공직선거법상 선거운동 관련 규제를 체계적으로 살펴본다. 이를 위해서 현행 규제의 구조를 유형별로 분석해보고, 규제의 변천을 검토한 다음, 규제의 타당성에 대한 평가의 필요성, 기준, 방법 등을 다루도록 한다.

제4장에서는 정보통신기술의 발달과 선거권자의 합리적 의사결정을 다루도록 한다. 구체적으로는 정보통신기술의 발달이 선거권자의 의사결정에 미친 영향, 온라인 선거운동 관련 규제, 가짜뉴스 등 허위사실 유포 및 비방 관련 규제, 선거여론조사 관련 규제를 살펴보도록 한다.

제5장에서는 선거운동 자유의 확대와 사회적 평온의 유지를 검토하도록 한다. 이를 위해 선거과정에서의 사회적 평온과 규제, 시설물설치 등 금지, 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지, 호별방문의 제한 등을 살펴보도록 한다.

제6장에서는 선거운동 규제의 축소와 선거비용 내지 정치자금의 투명성 강화를 살펴보도록 한다. 구체적으로는 선거비용 내지 정치자금의 양면성, 조달의 투명성 관련 규제, 지출의 투명성 관련 규제, 회계보고와 공개 관련 규제를 살펴보도록 한다.

제7장에서는 이상에서의 논의를 토대로 일정한 결론을 제시해보도록 한다.

제2장 선거민주주의와 정치적 경쟁

I. 선거민주주의의 개념

민주주의의 개념에 관하여는 다양한 견해가 있다. 좁은(thin, minimalist) 의미로 파악하기도 하고, 넓은(thick, fat) 의미로 파악하기도 한다. 오늘날 민주주의에 대한 이해는 단지 다수의 지배(rule of the majority)만을 의미하지 않는다. 민주주의의 유형을 다양하게 파악하는 것이 실제에 부합한다고 보고 전 세계적으로 민주체제를 실증적으로 비교·평가하는 연구프로젝트[6]에 의하면, 민주주의의 핵심원리는 선거, 자유, 다수, 합의, 참여, 숙의(심의), 평등 일곱 가지이다.[7] 그런데 좁은 의미로 이해할 때, 민주주의는 선거민주주의(electoral democracy)라 할 수 있다.[8] 즉 민주주의의 최소한으로서 선거민주주의를 내세우는 것이다. 왜냐하면 어떠한 유형의 민주체제라도 기본적으로 선거를 통해서만 민주체제가 작동될 수 있기 때문이다.

선거민주주의는 무엇보다도 선거를 민주주의의 핵심으로 본다. 즉 대규모 선거인이 참여하는 정기적 선거에서 선거인의 지지를 얻고자 하는 정치지도자 그룹간의 경쟁을 통하여 민주주의가 실현된다고 본다. 그래서 국민에게 정치적 책임을 지는 대표자를 경쟁을 통해 선출하는 방식을 강조한다. 이러한 선거민주주의는 R. Dahl의 '다두제'(多頭制, polyarchy)에 해당한다.[9] Dahl에 의하면, 다두제는 선출직 대표자, 자유롭고 공정하며 빈번한 선거, 표현의 자유, 선택의 여지가 있는 정보원(情報源), 결사의 자율성, 포괄적 시민권(inclusive citizenship)을 구성요소로 하며 그 제도적 보장을 요구한다.[10] 따라서 선거민주주의의 수준을 평가함에 있어서 결사의 자유가 인

---

6) 스웨덴 Gothenburg 대학교와 미국 Notre Dame 대학교가 공동으로 주관하는 Varieties of Democracy (V-Dem) 프로젝트는 전 세계적으로 존재하는 정치체제에 관한 방대한 데이터를 수집·분석하여 민주체제를 개념화하고 측정하고 있다. 자세히는 www.v-dem.net 참조.

7) 이에 관하여는 Coppedge, Michael *et al.*, *A New Approach to Conceptualizing and Measuring Democracy* (Paper presented at the 3rd International Conference on "Democracy as Idea and Practice", University of Oslo, Norway, 12-13 Jan. 2012), p. 10-13.

8) 일찍이 Joseph Schumpeter에게서 비롯한 이러한 이해는 A. Downs, R. Dahl에 의하여 더욱 보완되고 구체화되었다. Schumpeter, Joseph. *Capitalism, Socialism, and Democracy*, Harper, 1947; Downs, Anthony, An Economic *Theory of Democracy*, Addison-Wesley, 1957; Dahl, Robert, *A Preface to Democratic Theory*, The University of Chicago Press, 1956; Dahl, Robert, *Polyarchy*, Yale University Press, 1971.

9) Dahl은 현대적 형태의 대규모 대의민주주의체제는 역사적으로 독특한 것이기 때문에 종래 익숙한 개념이었던 민주정과 공화정과 구별하기 위해 이를 '다두민주체제'라고 부른다. Dahl의 다두제가 Schumpter가 생각한 (선거)민주주의와 전적으로 동일한 개념인가의 여부에 관하여는 논란이 있다. 이에 간단한 설명으로는 Teorell, Jan, *et al.*, *Measuring Electoral Democracy with V-Dem Data: Introducing a New Polyarchy Index*, Working Paper Series 2016:15, V-Dem Institute, 2016, p. 4-6.

10) Dahl, Robert, *On Democracy*, Yale University Press, 1998, p. 85 [R. Dahl, 김왕식 외(공역),

정되는지, 선거가 부정 없이 투명하게 실시되는지, 대표자가 법적 절차에 의거하여 선출되는지 등을 판단하여야 한다.[11]

그러한 점에서 선거민주체제가 제대로 작동되기 위해서는 경쟁적인 다당제, 보통선거, 정기적으로 실시되는 비밀투표, 언론 및 선거운동을 통한 정당과 선거권자의 소통 등이 확보되어야 한다.

II. 정치적 경쟁의 의의와 중요성

1. 정치적 경쟁으로서 선거: 경쟁적 선거

정치원리로서 민주주의의 핵심적 요소는 정치적 평등(political equality)이다.[12] 그러한 점에서 민주정치체제의 선거는 정치적 평등을 최대한 구현하기 위하여 선거에의 평등한 참여와 동등한 영향력을 핵심으로 한다. 이러한 민주주의체제에 상응한 선거유형은 경쟁적 선거(kompetitive Wahlen)이다.[13]

경쟁적 선거란 선택가능성(Auswahlmöglichkeit)과 선거의 자유(Wahlfreiheit)가 법적인 권리와 제도로 보장되는 상태에서 실시되는 선거를 의미한다. 선거권 및 피선거권의 보장뿐 아니라 선거의 5대 원칙으로 이해되는 보통·평등·직접·비밀·자유선거의 제도적 확립이 바로 이러한 경쟁적 선거의 핵심에 해당한다.[14] 이를 상술하면 아래와 같다.

첫째, 선거참여자의 정치적 기본권이 보장되어야 한다. 선거권, 피선거권, 입후보 및 선거운동의 자유, 정치자금 모금 및 기부의 자유 등을 비롯하여 선거과정의 참여를 가능케 하는 권리와 자유가 최대한 보장되어야 한다.

둘째, 선거의 기본원칙인 보통·평등·직접·비밀·자유선거 원칙이 지켜져야 한다. 이

민주주의, 동명사, 1999, 127면]. '포괄적 시민권'은 '배타적 선거권'의 반대 개념으로서 선거권을 가진 시민 범위의 확장을 의미하는 것으로 간단히 말해서 선거권 확대를 뜻한다. 논자에 따라서는 표현의 자유에 선택의 여지가 있는 정보원을 포함하기도 한다. 표현의 자유는 선택가능한 다양한 정보의 존재를 전제하기 때문이다.

11) 1900년부터 2016년까지 전 세계적으로 선거민주주의의 전반적인 추세에 관하여는 V-Dem Institute, *V-Dem Annual Report 2017: Democracy at Dusk?*, 2017, p. 16-21.

12) 이에 관한 간결하면서도 폭넓은 논증으로는 Dahl, Robert, *On Political Equality*, Yale University Press, 2006.

13) Nohlen, Dieter, *Wahlrecht und Parteiensystem*, 4.Auf., Leske+Budrich, 2004, S. 23-32.

14) 한국헌법은 경쟁적 선거에 필요한 주요 권리 및 제도를 보장하고 있다. '조국의 민주개혁'의 사명에 입각하여 '자율과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서'를 더욱 확고히 하려는 한국헌법은 국민주권의 원리(제1조) 하에 정치적 생활의 영역에서 차별을 받지 아니할 평등권 및 평등원칙(제11조), 선거권(제24조), 피선거권을 포함한 공무담임권(제25조)을 보장하면서, 국회의원선거 및 대통령선거에서 보통·직접·직접·비밀선거원칙을 규정하고 있다(제41조 제1항, 제67조 제1항). 그리고 선거운동의 균등한 기회를 보장하고 있다(제116조 제1항).

는 민주체제에서 선거제도의 구성 및 운영의 기본원칙이기 때문이다. 그래서 모든 국민은 원칙적으로 선거권자 또는 후보자로서 모든 선거절차에 걸쳐 평등하고 자유롭게 참여할 수 있어야 한다. 특히 두려움 없이 자유의사에 따라 투표할 수 있어야 하며 선거결과에 미치는 정치적 영향력의 크기가 원칙적으로 동등하여야 한다.

셋째, 선거의 공정성이 확보되어야 한다. 선거의 공정성은 모든 선거참여자를 동등하게 취급하는 것을 목적으로 하는 동시에 실천과제로 삼고 있다. 즉 선거정보의 획득, 언론에의 접근, 선거운동을 통한 정치적 의사소통의 기회, 선거인등록, 투표시설에의 접근, 이의제기절차에 의한 구제절차의 활용 등에서 모든 선거참여자는 동등하게 대우받아야 한다. 따라서 선거의 공정성은 선거관리가 선거절차 전반적으로 어떠한 정치적 편견이나 관여 없이 중립적·객관적으로 이뤄질 것을 요구한다. 이와 같이 경쟁적 선거는 선거의 자유와 공정성이 확보될 것을 요구한다.[15]

2. 정치적 경쟁의 중요성

민주체제에서 선거는 당연히 경쟁적 선거이다. 정당 및 후보자에게는 국민의 정치적 지지를 획득하는 '정치적 경쟁의 자유'가 공정하게 보장되고, 선거권자에게는 '선택의 자유'가 확보되어야 한다. 그래서 선거절차는 정치적 지지의 획득과정이며, 선택의 과정이다. 이 과정에서 모든 정당과 후보자는 동등한 취급을 받으며 정치적 경쟁을 벌일 수 있어야 한다.

정치적 경쟁은 현재 정치세력 간의 경쟁만이 아니라 현재와 장래의 정치세력 간의 경쟁도 포함하여야 한다. 새로운 정치세력의 등장은 정치공동체의 건강한 발전을 위해 필요하기 때문이다. 여기서 새로운 정치세력이라 함은 기존의 정치세력의 재편성이나 단순한 명칭의 변경이 아니라, 기존 정치세력이 간과하였던 새로운 의제를 발굴하고 새로운 정책을 제시하거나 기존 정치세력과 다른 새로운 정치적 매력(예컨대 보다 민주적이고 책임성 있는 정당운영방식이나 정치방식의 구현)을 보임으로써 대안 또는 자극제로 등장할 수 있는 세력을 의미한다. 그런데 새로운 정치세력의 등장은 다소 시간이 걸림을 염두에 두어야 한다. 사실 한 번의 선거로 갑자기 의회정당으로 등장한 정치세력은 대부분 별로 생산적이지 않은, 기존 정치세력의 재편성의 산물임을 알 수 있다. 바로 이러한 까닭에 장기적인 관점에서 소수정당의 등장가능성을 보

15) 자유롭고도 공정한 민주적 선거에 관한 일반적인 설명으로는 Elklit, Jorgen and Svensson, Palle, "What Makes Elections Free and Fair?" *Journal of Democracy* 8(3), 1997; Beetham, David, "Freedom as the Foundation," *Journal of Democracy* 15(4), 2004, p. 61-67; Inter-Parliamentary Union, *Declaration on Criteria for Free and Fair Elections*, 1994; European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Code of Good Practice in Electoral Matters: Guidelines and Explanatory Report*, 2002.

호할 필요가 있다고 본다.

이와 같은 민주주의체제의 경쟁적 선거는 단순한 '국가기관의 구성'을 넘어서 '정치적 신임의 수여', '정책의 우선순위 결정' 및 '정치적 통제' 기능을 수행한다. 정당은 선거과정에서 자신의 강령에 부합하고 상호 비교될 수 있는 정책들을 향후 국정운영의 목표로 제시하게 되는바, 이를 통하여 국가적 정책이 채택되고 그 우선순위가 결정된다.[16] 한편 대의제의 폐단이 두드러지게 나타나는 오늘날에 특히 주목할 것은 정치적 통제기능이다.[17] 선거권자의 정치적 통제는 주기적으로 실시되는 선거에서 자신의 정치적 신임을 재수여 또는 철회함으로써 대표자에 대한 정치적 책임을 추궁하는 것으로 나타난다.

III. 정치적 경쟁과 선거 공정성

1. 선거의 공정성

선거의 공정성은 선거과정에 나타난 정치적 경쟁의 공정성, 즉 후보자 및 정당간의 공정한 경쟁(fair competition)을 의미한다.[18] 선거권자의 정치적 지지를 획득하고자 하는 정당·후보자간의 경쟁이 금력, 권력 등에 의해 제한됨으로써 특정 정당·후보자에게 치우치지 않아야(impartial, unprejudiced) 한다. 선거의 공정성은 모든 선거과정에 걸쳐 적용되어야 하나[19], 특히 선거운동에서 공정성이 중요하다.

선거운동은 기본적으로 자유의 영역에 속한다. 이와 동시에 선거운동은 민주주의체제에서 합법적인 권력획득의 수단이 되므로 민주주의의 속성상 평등의 영역에 속하여야 한다. 그래서 선거운동은 모두에게 균등하게 자유롭게 보장되어야 한다. 헌법 제116조의 "선거운동은…… 균등한 기회가 보장되어야 한다."라는 규정이 바로 이를 뒷

16) 경쟁적 선거를 통해 선거권자가 정책결정자에 미치는 영향에 관한 포괄적인 비교분석으로는 Powell, G. Bingham, Jr., *Elections as Instruments of Democracy*, Yale University Press, 2000.

17) 선거의 정치적 통제기능에 관한 본격적 논의로는 음선필, "선거의 정치적 통제기능", 한국헌법학의 현황과 과제(금랑 김철수교수 정년기념논문집), 박영사, 1998, 191-228면. 헌법재판소도 국민의 선거권행사가 국민주권의 현실적 행사수단, 국민의사를 국정에 반영할 수 있는 통로, 주기적 선거를 통한 국가권력통제수단으로서의 기능을 수행하고 있다고 본다(헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644·2005헌마360).

18) 자세히는 음선필, "한국지방선거에서의 공정선거 확보방안", 유럽헌법연구 제7호, 2010, 108-109면.

19) 선거의 공정성은 선거과정의 각 단계별로 다양하게 나타난다. 선거구의 규모는 소수세력의 진입이 가능하도록 확대되어야 하며, 입후보는 선거참여 기회의 균등을 위해 민주적인 추천절차가 마련되어야 하고 기탁금의 규모는 최소화하여야 하며, 선거운동에서는 주체·방식·기간·비용 등의 영역에서 기회의 균등이 확보되어야 하며, 투표와 관련해서는 자유롭고도 합리적인 투표방식이 마련되어야 한다. 당선자결정방식으로는 대표의 공정성을 위해 비례성이 강화되어야 할 것이고, 선거쟁송과 관련해서는 신속한 재판이 이뤄져서 왜곡된 선거권자의 의사를 조속히 바로 잡아야 할 것이다.

받침하고 있다.

보통 선거운동의 자유와 공정성(fairness)은 상호 대립적인 개념으로 이해되기 쉽다. 그러나 양자는 동일 차원의 대립적인 개념이라기보다는 차원이 다른 보완적 개념이라고 본다. 선거운동의 공정성은 궁극적으로는 선거권자의 다양한 의사를 정확하게 반영하기 위함이기 때문에 선거운동의 공정성은 선거운동의 자유를 전제로 하여 이러한 자유가 정당·후보자 등 선거참여자에게 동등하게 보장될 것을 요구한다. 따라서 선거가 공정하게 실시되기 위해서는 선거운동의 자유가 보장되어야 하며, 진정한 의미의 자유로운 선거운동이 이루어지기 위해서는 정당·후보자에게 선거과정에서 동등한 기회가 주어져야 한다.[20]

이러한 의미의 선거의 공정성은 선거운동의 '자유의 제한'과 그 '기회의 제공'이라는 양면으로 나타남을 주의하여야 한다. 전자의 예로는 선거운동의 기간·경비·방법의 제한이 있으며, 후자의 예로는 선거운동기간의 제한을 정당한 것으로 전제로 할 경우 예비후보자에게 일정한 사전선거운동을 허용하는 것, 일정한 요건 하에서의 선거비용의 보전, 지역별 선관위 주최의 토론회 개최 등이 있다.

따라서 선거의 공정성을 확보하기 위해서 제한되는 것은 일반적인 선거운동의 자유가 아니라 국민의 자유로운 선택권을 방해하고 기회의 균등을 침해하는 선거운동임을 유의하여야 할 것이다.

그런데 선거의 공정성을 확보함에 있어서 일정한 한계가 있음을 주의할 필요가 있다. 무엇보다 선거운동의 균등한 기회제공을 위해 필요한 비용상의 제한이 있다. 이에 따라 선거의 공정성이 제대로 구현되지 못하고 후보자 및 정당 간 능력의 차이에 기인한 사실상 차별이 용인될 수밖에 없는 경우도 있다.[21]

2. 정치적 경쟁의 공정성 확보를 위한 선거운동규제

(1) 선거운동의 개념

선거운동은 득표 내지 당선을 위해 선거권자의 지지를 확보하기 위한 제반 행위를 의미한다.[22] 경쟁적 선거에서 후보자와 정당은 선거운동을 통해 정치적 목표 내지 정책을 제시하며 선거권자의 신뢰를 경쟁적으로 획득해간다. 대의민주주의에서 선거를 통하여 형성된 대표관계가 정치적·윤리적 관계로 이해될진대, 이러한 대표관계를 형성

20) 이욱한, "선거운동규제의 법리", 공법연구 제28집 제4호 제1권, 2000, 108면.
21) 선거의 공정성 못지않게 선거의 사회경제적 비용을 적정하게 관리하는 것도 중요한 헌법적 가치라고 보아야 할 것이다.
22) 공직선거법은 선거운동의 개념을 '당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위'로 규정하여 선거운동의 주체·대상·방법 등에 제한을 두고 있지 않다.(제58조)

하는 계기가 되는 선거과정 특히 선거운동은 선거권자의 신뢰를 획득하는 과정으로 이해될 수 있다.

후보자와 정당의 관점에서 볼 때, 선거운동은 정치적 신임을 획득하기 위한 정치적 경쟁이므로, 후보자와 정당은 이를 통하여 선거권자에게 자신의 정치적 목표와 정책을 충분히 전달할 수 있어야 한다. 그래서 후보자와 정당에게 선거운동은 '정치적 표현의 자유'로서 보장되어야 하며 동시에 '선거운동의 공정성'이 보장되어야 한다.

한편 선거운동은 선거권자의 관점에서 정치적 통제와 관련하여 접근할 수 있다. 선거권자의 정치적 통제를 실효적으로 만들기 위하여, 선거운동은 후보자 · 정당에 관한 정확한 정치적 정보를 수집할 수 있는 '알권리'로서 보장되어야 한다.[23] 그리고 그들에 대한 평가를 전파 · 공유할 수 있는 '정치적 표현의 자유'로서 보장되어야 한다.

(2) 선거운동규제의 법리

1) 선거는 대표자에게 정치적 신임을 부여하는 것이므로 이에 따라 형성되는 대표관계 역시 정치적 신임으로 이뤄져야지 금품이나 향응에 의한 매수, 사회적 지위에 의한 압력 등으로 이뤄져서는 아니 된다.

이와 관련하여 선거를 통하여 정치적 정보수준이 낮다는 사실을 주의하여야 한다. 선거권자들의 정치적 정보수준은 경제적 시장의 참여자들에 비하여 낮은 편이다. 그 이유는 정치적 의사결정이 공공재화적 성격을 갖기 때문에 이에 대한 정보수집의 의욕이 현저히 낮은 반면에 정보처리비용이 상대적으로 높기 때문이다. 또한 정치적 정보를 수집하는 데에는 인간의 구조적인 무지와 사회질서의 복잡성에 기인하여 인지적인 한계가 있기 때문이다.

이러한 사실은 선거운동이 그 법적 성격에 부합할 수 있도록 일정한 제도적 규율이 필요함을 잘 보여준다. 그러므로 선거운동을 통하여 후보자와 정당은 선거권자에게 자신의 정치적 목표와 정책을 충분히 전달할 수 있어야 하며, 선거권자는 후보자와 정당에 관련된 정보를 적은 비용으로 쉽게 획득할 수 있어야 한다. 선거운동을 규율하는 법리는 바로 이에 초점을 맞춰야 한다.

선거운동을 규제하는 입법은 내용의 정당성을 담보하기 위하여 기본권제한의 기본원칙에 따라 이뤄져야 하며, 또한 선거운동 자유의 제한하는 입법을 함에 있어서 입법원칙에 따른 헌법적 한계가 있다. 그리고 이에 대한 위헌심사는 엄격한 기준에 따

23) 선거권자로서는 어떠한 장애사유에 의하여서도 정치적 정보를 획득할 수 있는 기회가 박탈되어서는 아니 된다. 또한 선거권자에게 전달되는 정보는 정확하여야 한다. 부정확한 정보는 결코 올바른 결정을 가져올 수 없기 때문이다. 이를 단지 정보의 '시장'에 맡길 수만은 없다고 본다. 왜곡되거나 거짓된 정보의 확산을 방지할 수 있는 일정한 제도적 장치가 뒷받침되어야 할 것이다.

라야 할 것이다.

2) 선거운동규제관련 입법은 국정운영에 참여하는 정치세력의 판도를 결정하는 경기규칙에 해당하기 때문에, 절차의 정당성을 확보하기 위하여 적법절차원리 및 의사공개원칙 등의 입법원칙을 준수하여야 한다.

오늘날 적법절차원리는 입법, 행정, 사법, 헌법재판 등 모든 국가작용이 헌법과 정당한 법률을 근거로 하고 법규범에 따른 정당한 절차를 밟아 행사되어야 한다는 헌법상 원리로 이해되고 있다.[24] 더 나아가 국가작용이 절차상의 적법성을 갖출 뿐 아니라 공권력행사의 근거가 되는 법률의 실체적 내용도 합리성과 정당성을 갖추어야 한다는 원리로 이해된다.[25] 이러한 적법절차원리에서 도출되는 가장 중요한 절차적 요청으로는 당사자에 대한 적절한 고지, 당사자에 대한 의견 및 자료제출의 기회부여 등을 들 수 있다.[26] 따라서 법률제정과정에서 청문회 등 각계각층의 다양한 의견 수렴을 위한 절차를 필수적으로 거칠 것을 요구한다. 특히 선거운동을 규제하는 입법에서 소수정당에게 의견을 제시할 수 있는 기회를 주는 것이 매우 중요하다고 할 것이다. 그런 점에서, 입헌민주국가에 있어서 선거법을 비롯한 모든 법률은 참정권을 보장하고 정당하게 수행할 수 있도록 제정하는 것을 원칙으로 하여야 함에도, 정치적 타협에 의하여 국민의 정치적 참여를 부당하게 제한하거나 불합리한 선거법을 제정하는 것은 적법절차의 원칙에 반한다.[27]

선거운동규제입법의 합리성과 타당성을 담보하는 또 다른 장치는 회의공개의 원칙이다. 입법과정에서 밀실야합은 언제든지 기득권의 수호로 연결되기 마련이다. 공개적인 토론과정에서 입법의 취지, 근거와 기대효과 등이 명백히 드러나야 한다. 즉 누가 무엇 때문에 이러한 규제를 하고자 하는지가 명백히 나타나야 한다. 이러한 자료는 나중 위헌심사를 위한 기초자료로 사용될 것이기에 그러한 만큼 입법의 신중함과 합리성을 담보할 수 있다고 본다.

3) 선거운동에 대한 규제는 그 결과에 따라 정치적 자유 및 권리의 일반적인 제한에 그치는 것이 있고, 더 나아가 정치적 경쟁의 제한으로 이어지는 것이 있음을 주의할 필요가 있다.[28]

---

24) 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2015, 504면.

25) 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2016, 1088면. 헌법재판소도 이러한 입장에서 적법절차원리를 법률의 위헌심사기준으로 보아 문제된 법률의 실체적 내용이 합리성과 정당성을 갖추고 있는지 여부를 판단하는 기준으로 적용하고 있다. 예컨대 헌재 1992. 12. 24. 92헌가8; 헌재 2001. 3. 15. 2001헌가1등; 헌재 2007. 4. 26. 2006헌바10; 헌재 2008. 1. 17. 2006헌바38.

26) 헌재 2003. 7. 24. 2001헌가25; 헌재 2007. 4. 26. 2006헌바10.

27) 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6.

28) 예컨대 과열된 선거운동으로 말미암아 발생할 사회경제적 손실과 부작용을 방지하기 위하여 선거운동의 자유를 일반적으로 제한할 수 있다. 선거비용의 제한, 선거일의 선거운동 금지, 허위논평 · 보도의 금지, 소음의 규제 등이 그러한 예이다. 이러한 규제가 정치적 표현의 자유나 정치적 기본권을 제한하는 것이 사실이나 이로 인하여 정치적 경쟁이 저해된다고 보기는 어렵다.

정치적 경쟁을 제한하는 규제는 국회의 입법을 통하여 이뤄지는데, 국회의 다수세력의 정치적 이해관계에 따라서 보편적 규제형식을 취하지만 사실상 기존 정치세력의 기득권을 보호하고 새로운 정치적 신진세력의 진입을 방해하는 결과를 낳기 쉽다. 정치세력은 자신의 정치적 이익을 극대화하기 위하여 다양한 형태의 비경쟁적 행태를 취한다. 때로는 정당간 결합을 통해서, 막후 접촉에 의한 정당간 협상을 통해서, 또는 잠재적인 경쟁자에 대한 진입장벽의 구축을 통하여 기존 정치세력은 자신의 지위를 견고히 하고자 한다.[29] 이른바 '기울어진 운동장(unlevel playing field)'을 만듦으로써 정치적 변화의 통로를 제약하는 것이다. 이처럼 새로운 정치세력은 기존 정당에게 자신의 승리를 저해하는 '방해자'이거나 잠재적인 '경쟁자'로 인식되기 때문에 언제든지 진입규제의 대상이 되기 쉽다.[30] 바로 이러한 이유 때문에 선거과정에 경쟁적 요소를 더욱 강화할 것을 요구하게 된다.

선거운동규제조항은 명문상 소수정당을 차별하지 아니하나, 그 입법과정이 다수정당 중심으로 운영되기 때문에 사실상 차별하는 결과를 가져올 수 있다. 여기서 주목할 것은 법규 적용에 따른 사실상 '불가피한' 차별이 아니라 '불합리한' 차별이다. 동일한 법규를 적용받지만 정당의 능력(인적 · 물적 자원의 동원능력)에 따라 규제받는 정도, 달리 말하면 규제에 따른 정치적 생명력 강약의 차이에 따른 '불가피한' 차별은 당연히 용인(容認)하여야 할 것이다. 이러한 상황에서 소수정당은 자신의 정치적 생명력을 키우기 위하여 부단히 노력하여야 할 것이다. 그러나 정당의 규모에 따라 정치적 경쟁에 참여하는 기회를 사실상 제한함으로써 결과적으로 '불합리한' 차별을 유도하는 것은 합당하지 않다고 본다. 따라서 이러한 규제는 좀 더 주의 깊게 검토할 필요가 있다. 왜냐하면 여기에는 '보이지 않은 차별'이 숨어 있을 가능성이 크기 때문이다. 그런 까닭에 선거운동규제입법에 대해서는 엄격한 심사가 필요하다

3. 소결

민주정치체제에서 경쟁적 선거가 제대로 실시되기 위해서는 정치적 독과점을 방지하고 완화하는 제도적 장치가 마련되어야 한다. 정치적 경쟁과 정치적 통제의 관점에서 볼 때, 선거운동의 자유를 균등히 보장하려는 선거의 공정성이 충분히 구현되어야 한다. 이를 위해서는 선거운동의 법리에 충실한 공정한 게임규칙으로서 선거법의 입법, 선거법의 엄정한 집행, 그리고 최종적으로는 중립적인 사법부의 감시가 중요하다.

---

29) 민경국, 『신정치경제학-정치·관료시스템의 기능-』, 석정, 1993, 128-129면.

30) 이러한 규제에 해당하는 것은 입후보 요건의 설정, 선거운동기간 및 방법의 제한, 소수정당 및 무소속 후보자에 대한 각종 제한 등이다. 현행법상 정치적 경쟁에 관한 규칙을 공정하지 않다고 볼 수 있다. 음선필, "한국 정치의 경쟁규칙은 공정한가?", 제도와 경제 제9권 제1호, 2015, 7-17면.

제3장 공직선거법상 선거운동 관련 규제의 체계적 분석

I. 현행 규제의 구조: 유형별 분석

1. 규제이론의 관점에서 본 선거운동 관련규제

(1) 개관

공직선거법 제7장(선거운동), 제8장(선거비용) 등에서는 선거운동에 관해서 다양하게 규제하고 있다. 선거운동의 규제대상은 여러 가지로 나누어지는데, 1) 당내경선, 2) 예비후보자, 3) 선거권과 선거운동의 주체, 4) 선거기간, 5) 인터넷·정보통신매체, 6) 신문·방송광고, 7) 선거관련 시설과 용품, 8) 여론조사와 출구조사, 9) 기탁금 등이 그것이다.[31]

선거운동규제의 발전방안을 모색함에 있어서는 그동안 선거공영제의 구현, 참정권 또는 표현의 자유의 실현과 그 한계 등 헌법적 관점이 주를 이루어왔다. 선거운동규제를 봄에 있어서는 이러한 헌법적 관점이 핵심적이라는 점에는 의문의 여지가 없으나, 추가적으로 규제이론(regulation theory)의 시각에서 선거운동규제를 검토해보는 것도 의미가 있다.

그동안 선거운동규제를 규제이론의 시각에서 검토해보는 시도는 찾아보기가 힘든데, 이는 규제이론이 주로 '시장에 대한 국가의 개입'이라는 맥락에서 나왔고, 이러한 점에서 규제이론이 선거운동규제분야에 적용하는 것이 쉽지 않다고 생각했던 것이 원인인 것으로 추측된다. 그러나 규제이론이 시장과 같은 경제분야에만 적용되는 것은 결코 아니다. 환경, 산업재해, 소비자보호, 사회적 차별 등과 관련한 규제인 '사회규제'는 '경제규제'와 함께 주요한 두 가지 분야로 정착되어 있다. 이러한 점을 고려하면 정치에 대한 규제에도 규제이론을 적용하는 것이 충분히 가능하다고 할 수 있다. 그러면 선거운동규제에 규제이론이 어떻게 적용될 수 있는지에 대해서 살펴보도록 하자.

---

31) 김도협, "선거운동에 관한 규제와 그 개선방안에 관한 고찰", 세계헌법연구 제18권 제1호, 2012, 188-209면.

(2) 포획이론

우선 규제이론에서 언급하는 포획이론(capture theory)은 선거운동규제에 관해서도 유용하게 사용될 수 있다. 포획이론은 규제자(국가)가 규제의 공익적 목적을 추구하기 보다는 피규제자(대표적으로 기업)의 이해관계를 일방적으로 반영하는(이를 '포획'이라고 부른다) 경향성을 나타낼 수 있다는 이론이다.[32] 선거운동규제의 경우는 규제의 주체(입법자)와 규제의 객체(정치인)가 상당부분 일치할 수 있다는 점에서 일반적인 규제사례와 비교하더라도 포획의 문제가 상대적으로 좀 더 심각하게 나타날 수 있는 가능성이 있다. 따라서 선거운동규제에서 이러한 포획의 문제를 어떻게 피할 수 있을지에 대한 고민이 필요하다.

이러한 포획의 문제를 피하기 위해서 중요하다고 볼 수 있는 것은 일반시민들의 의견이 규제과정에 반영될 수 있도록 하는 것이다. 이를 위해서 가장 중요시되는 것은 규제과정의 투명성 확보이다. 미국의 경우 규제와 관련한 규칙제정절차(rule-making procedure)에서 활용하고 있는 '규칙안 공고 및 의견제출'(notice-and-comment)절차가 이와 관련한 대표적인 절차라고 할 수 있다.

선거운동규제에서도 포획현상을 막기 위해서는 선거운동규제와 관련한 투명성을 제고하는 것이 무엇보다 중요하다고 할 수 있다. 이는 정치자금규제의 경우에도 마찬가지라고 할 수 있다.

(3) 스마트규제이론

규제이론의 하나인 '스마트규제이론'(smart regulation theory)에서는 다양한 규제수단 등을 종합적으로 사용하여 규제의 목적을 달성하는 것이 중요하다는 점이 강조되고 있다. 이러한 규제수단으로는 명령·통제방식의 규제(command-and-control regulation), 경제적인 수단(economic instrument), 자율규제(self-regulation), 자발준수(voluntarism) 등이 언급되고 있다.[33] 선거운동규제도 앞서 본 바와 같이 그 대상이 매우 다양하다는 점을 고려하면 다양한 규제수단을 종합적으로 사용하여 규제의 목적을 달성하는 것이 중요하다고 할 수 있다.

특히 본 연구의 주요한 대상이라고 할 수 있는 온라인에서의 표현의 자유와 관련해서는 '자율규제'의 활용가능성에 대해서 보다 구체적으로 살펴볼 필요가 있다. 자율

32) 허성욱, "경제규제행정법이론과 경제적 효율성", 법학(서울대학교) 제49권 제4호 2008, 667면.
33) Gunningham, Neil and Sinclair, Darren, "Smart Regulation", Drahos, Peter (ed.), *Regulatory Theory: Foundations and Applications*, Australian National University Press, 2017, p. 140-141.

규제란 일반적으로 정부의 규제기관이 아닌 민간부문의 개별기업이나 조직화된 전문단체 또는 동업자단체가 그 구성원이나 산업체의 행위를 통제하는 것을 규제의 핵심으로 하는 규제의 유형을 말한다.[34]

이러한 자율규제에는 다양한 유형이 존재한다. 개별기업이 채택하는 자율규제(Individual Self-Regulation)와 단체가 채택하는 자율규제(Group Self-Regulation)를 나누어서 볼 수 있으며, 정부개입정도에 따라 임의자율규제(Voluntary Self-Regulation)와 위임자율규제(Mandated Self-Regulation)으로도 구분할 수 있다. 임의자율규제는 표준설정이나 집행 등이 정부의 개입이 없이 이루어지는 순수한 자율규제를 말하며, 위임자율규제는 자율적인 실무강령 위반에 대해 벌칙을 규정하거나 자율강령 준수가 규제준수로 간주되도록 하는 등 자율강령 준수에 일정한 법적 효력을 부여하는 경우가 많다.[35]

예를 들어 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(이하 정보통신망법) 제44조의 4에서는 "정보통신서비스 제공자단체는 이용자를 보호하고 안전하며 신뢰할 수 있는 정보통신서비스를 제공하기 위하여 정보통신서비스 제공자 행동강령을 정하여 시행할 수 있다"고 하여 자율규제에 관한 규정을 두고 있다. 여기서 규정하고 있는 자율규제의 유형은 위에서 언급한 유형 중에서 '단체가 채택하는 자율규제'이면서 '임의자율규제'에 해당하는 것으로 볼 수 있다.[36]

온라인을 통한 선거운동의 경우에도 선거운동의 유형에 따라서는 포털사이트 등 정보통신서비스 제공단체가 자율규제를 통해서 규제를 하는 것이 보다 효율적일 수 있다. 이처럼 다양한 규제수단을 종합적으로 사용하여 규제의 효과성을 높이는 것이 요청된다고 할 수 있다.

(4) 대응규제이론

다음으로 규제이론에서는 규제를 둘러싼 상충하는 다양한 이해관계인을 어떻게 다룰 것인지가 중요하게 다루어지고 있는데 이 점도 선거운동규제를 봄에 있어서 의미가 있다. '대응규제이론'(responsive regulation theory)에서는 규제를 둘러싼 다양한 이해관계인들의 반응에 적절하게 대응할 수 있어야 한다는 점이 강조되고 있다.[37]

---

34) 김유환, 행정법과 규제정책 (개정증보판), 삼원사, 2017, 211면.
35) 김유환, 행정법과 규제정책 (개정증보판), 삼원사, 2017, 212면.
36) 인터넷 자율규제에 대해서는 많은 논의가 이루어진 바 있다. 이와 관련한 논의를 소개하고 있는 문헌으로 황성기, "한국에서의 인터넷 자율규제 활성화를 위한 제도적 방안", KISO 저널 제1호, 2009 참조.
37) Braithwaite, John, "Types of Responsiveness", Drahos, Peter (ed.), *Regulatory Theory: Foundations and Applications*, Australian National University Press, 2017, p. 122-124.

선거운동규제의 경우 원내정당과 원외정당, 원내다수정당과 원내소수정당 등 이해관계가 상충되는 피규제자들이 존재하며, 유권자단체나 시민단체 등 다양한 제3자들도 존재한다. 선거운동규제의 발전방안을 논의함에 있어서는 이러한 다양한 이해관계인들로부터 어떤 반응이 예상되는지를 염두에 두지 않으면 안 된다.

예를 들면 공직선거법에서는 언론기관의 후보자등 초청 대담·토론회에 관한 규정을 두고 있는데, 여기에서는 대담·토론회는 언론기관이 방송시간·신문의 지면 등을 고려하여 자율적으로 개최한다고 규정하고 있다.(공직선거법 제82조 제2항) 이는 자율규제를 채택하고 있는 것으로 볼 수 있다. 그런데 각 언론기관들이 여론조사결과 일정 비율 이상의 후보자에 대해서만 대담·토론회를 개최하는 것에 대해서 소수정당 후보자들의 정치적 견해를 제출할 수 있는 기회를 박탈한다는 비판을 받고 있다. 이러한 점들을 보면 선거운동규제는 다양한 이해관계인들의 반응을 충분히 고려해야 함을 알 수 있다.

(5) 소결

이처럼 선거운동규제에 규제일반이론의 적용가능성은 충분히 존재하는 것으로 볼 수 있다. 그러나 선거운동규제는 다른 규제분야와 다른 특성이 있다는 점도 함께 고려해야 한다. 무엇보다 선거운동규제는 민주주의의 핵심제도라고 할 수 있는 선거와 관련되어 있고, 국민의 참정권 또는 표현의 자유라는 기본권의 실현과 관련되어 있다는 점에서 주로 영업의 자유의 제한이 문제되는 일반적인 규제와는 차이점이 존재한다. 이처럼 선거운동규제를 봄에 있어서 일반적인 규제와의 공통점과 차이점을 균형있게 고려하는 것이 중요하다고 하겠다. 이하에서는 이러한 점을 염두에 두면서 선거운동규제의 유형을 분석해보도록 한다.

2. 규제의 양태

선거운동규제는 규제의 양태에 따라서 행태규제와 비용규제로 나누어서 볼 수 있다. 행태규제는 선거운동관련 행위자의 행태에 직접적 제약을 가하는 규제로서 선거운동의 주체, 시기, 방법에 대한 제약으로 나눌 수 있고, 비용규제는 선거운동의 비용에 대한 규제로서 선거비용 지출의 한도, 수입과 지출에 대한 투명성을 확보하기 위한 공개제도, 선거비용 제한규정의 준수를 확보하기 위한 집행체계 등으로 나누어서 볼 수 있다.[38]

38) 유현종, “선거운동 규제의 제도적 변화와 지속성 – 국회의원 선거운동관련 제도를 중심으로”, 한국

보다 구체적으로 보면 행태규제로는 연설금지장소(제80조), 선거운동정보의 전송제한(제82조의5), 무소속후보자의 정당표방제한(제84조), 공무원 등의 선거관여 등 금지(제85조), 공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위금지(제86조), 단체의 선거운동금지(제87조), 타후보를 위한 선거운동금지(제88조), 유사기관의 설치금지(제89조), 시설물 설치 등의 금지(제90조), 확성장치와 자동차 등의 사용제한(제91조), 영화 등을 이용한 선거운동금지(제92조), 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지(제93조), 방송·신문 등에 의한 광고의 금지(제94조), 신문·잡지 등의 통상방법 외의 배부 등 금지(제95조), 허위논평·보도 등 금지(제96조), 호별방문의 제한(제106조), 여론조사의 결과공표금지 등(제108조) 등을 들 수 있다. 비용규제로는 선거비용의 제한(제121조), 선거비용보전의 제한(제135조의2) 등을 들 수 있다.

위에서 볼 수 있듯이 공직선거법상의 선거운동규제의 대부분은 행태규제임을 알 수 있다. 그런데 이러한 광범위한 행태규제는 그 연원을 보면 1925년 5월 5일 공포된 일본 보통선거법의 핵심적인 규제조항이 1934년에 개정된 형태로 전면적으로 도입된 것으로서, 이는 당시 제1공화국 이승만 정부의 결핍된 정당성에 기인한 것으로서 궁극적으로 야당과 국민의 입을 막기 위한 수단의 하나로 불가피하게 채택되었다는 지적이 있다.[39] 이러한 연원을 가진 광범위한 행태규제는 선거운동의 자유를 지나치게 제한한다는 점에서 많은 비판을 받고 있으며,[40] 장기적으로 행태규제는 줄이고 비용규제는 강화할 필요가 있다는 주장도 제시되고 있다.[41]

3. 규제의 시점

규제의 시점에 따라서 선거운동규제를 사전적 규제와 사후적 규제로 나누어 볼 수 있다.[42] 위에서 살펴본 행태규제는 대부분 사전적 규제로 볼 수 있다. 사후적 규제의 예로는 선거비용 보전금액의 반환명령(제135조의 2), 선거비용의 초과지출로 인한 당선무효(제263조), 선거범죄로 인한 공무담임 등의 제한(제266조), 불법시설물 등에 대한 조치 및 대집행(제271조) 등을 들 수 있다.

규제의 시점을 놓고 보면 공직선거법상의 규제는 사전적 규제에 초점이 맞추어진 것으로 볼 수 있다. 이는 공직선거법상의 선거운동 규제가 대부분 행태규제에 초점이

정치학회보 제45집 제1호, 2011, 91면.

39) 송석윤, “선거운동 규제입법의 연원”, 법학(서울대학교) 제46권 제4호, 2005, 188면.

40) 최희경, “정치적 표현에 관한 헌법적 고찰: 선거운동의 자유를 중심으로”, 법학논집 제15권 1호, 2010; 허진성, “선거운동 규제의 개선방안에 관한 몇 가지 고찰 - 자유의 확대와 개방적 경쟁의 관점에서 - ”, 헌법학연구 제22권 제4호, 2016 등 참조.

41) 유현종, 위의 글, 108면.

42) 최유성 외, 행정적 규제의 유형 분류 및 실태 분석에 관한 연구, 한국행정연구원, 2014, 38면.

맞추어진 것과 연관성이 있다고 할 수 있다. 사전적 규제가 사후적 규제에 비해서 권리제한의 정도가 크다는 점을 고려하면 불필요한 사전적 규제도 가능한 한 줄여나감으로써 선거운동의 자유를 좀 더 확보하기 위한 노력을 기울일 필요가 있다고 하겠다.

4. 규제의 법적 성질

규제의 법적 성질에 따라 선거운동규제를 형사적 제재, 행정적 제재로 나누어서 볼 수 있다. 공직선거법 제16장에서는 벌칙규정을 두고 있는데 선거운동과 관련하여 광범위한 형사적 제재를 허용하고 있다. 선거사무관리관계자나 시설 등에 대한 폭행·교란죄(제244조), 허위사실공표죄(제250조), 후보자비방죄(제251조), 방송·신문 등 부정이용죄(제252조), 선거운동기간위반죄(제254조), 부정선거운동죄(제255조), 선거비용부정지출 등 죄(제258조) 등이 그것이다.

공직선거법은 행정적 제재에 관해서도 규정을 두고 있는데, 선거비용 보전금액의 반환명령(제135조의 2), 시정명령·정정보도문의 게재명령을 통보받고 이를 이행하지 아니한 자 등에 대한 과태료를 부과(제261조) 등을 들 수 있다.

위와 같은 내용을 보면 형사적 제재가 행정적 제재에 비해 훨씬 광범위하게 사용되고 있음을 볼 수 있다. 이는 선거공영제의 취지상 보다 엄격한 규제를 통해 선거의 공정성을 확보하는 데에 초점이 맞추어져 있기 때문으로 볼 수 있다. 그러나 가장 강한 제재수단인 형사적 제재가 지나치게 광범위하게 활용되는 것이 바람직한지에 대해서는 의문이 제기된다. 위법성의 정도에 따라 형사적 제재를 행정적 제재로 완화하는 것이 필요한 부분이 있는지 검토가 필요하다. 또한 스마트규제에서 강조되고 있는 자율규제의 활용가능성에 대해서도 검토가 필요하다.

II. 규제의 변천

선거운동에 대한 규제방식은 시대에 따라 지속적으로 변천하여 왔다. 이와 관련하여 1) 선거운동 규제의 형성기(건국이후-1958년), 2) 규제강화기(1958년-1963년), 3) 포괄적 규제강화기(1963년-1987년), 4) 규제완화기(1987년-1994년), 5) 돈 선거 근절을 위한 규제강화기(1994년-현재) 등으로 나누는 견해가 제시되고 있다.[43] 건국이후에는 미국법의 영향으로 선거자유를 원칙으로 하였으나, 1958년 이후에는 일본법의

43) 유현종, 위의 글, 92면.

영향을 받아 규제가 오히려 원칙으로 되었으며 이러한 경향을 기본적으로 유지되고 있다고 볼 수 있는데 보다 구체적으로 보면 다음과 같다.

우리나라에서 규제중심의 선거운동체제가 정립된 것은 1958년 1월 25일에 제정된 민의원의원선거법과 참의원의원선거법에서 비롯되었다고 지적되고 있다. 민의원의원선거법은 선거운동의 개념을 정의하고 선거운동기간을 제한하였으며, 선거운동의 자유에 관한 규정을 폐지하고, 선거운동을 할 수 없는 자를 규정하던 방식에서 선거운동을 할 수 있는 자를 '후보자 또는 본법에 의한 선거사무장이나 선거운동원'으로 한정하였을 뿐만 아니라, 선전문서의 규격과 수량에 대한 구체적인 제한, 탈법방법에 의한 문서, 도화의 금지, 합동연설회와 개인연설회의 횟수와 방법 및 시간의 제한, 방송이용의 원칙적 금지, 호별방문 및 서명날인운동의 금지 등 선거운동의 방법과 관련하여서도 매우 세세한 규제를 규정하였다. 이는 일본의 선거법을 모방하여 규제를 크게 강화하는 선거운동제도를 도입한 것으로 볼 수 있다.[44]

이후 여러 차례 개정을 거치면서도 선거법상 규제중심의 선거운동제도는 지속적으로 유지되었는데, 문민정부 출범 이후인 1994년 3월 16일 정치개혁의 일환으로 개별적으로 존재하던 선거법들을 통합하여 공직선거및선거부정방지법이 제정되었고, 이에 따라 누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다는 규정이 명시되었지만 기본적으로 선거운동이 가능한 기간을 제한하고, 가능한 선거운동의 방법도 여전히 제한적이었던 까닭에 위와 같은 원칙규정의 변화에 특별한 의미를 부여하기 어려웠다. 이러한 경향은 공직선거법으로 법률의 명칭이 변경된 2005년 8월 4일의 개정에 이어 현재까지도 지속되고 있는데, 헌법재판소의 헌법불합치 결정 등의 영향을 특정한 조문이 추가되고 기존의 제한에 대한 예외규정이 부가되는 등 다소간의 변화는 있었지만 기본적으로 헌법상 선거운동의 자유를 실질적으로 확대·보장하는 것으로 평가하기는 어렵다는 지적이 있다.[45]

III. 규제의 타당성에 대한 평가: 필요성, 기준, 방법

1. 평가의 필요성

선거운동의 규제는 표현의 자유의 일환인 선거운동의 자유를 제약하는 성격을 갖기 때문에 신중하게 이루어질 필요가 있다. 따라서 선거운동규제의 타당성 여부에 대

44) 김일환·홍석한, "선거운동 규제에 관한 비교법적 고찰", 미국헌법연구 제25권 제1호, 2014, 38면.
45) 김일환·홍석한, 위의 글, 38면.

한 평가의 필요성이 매우 높다고 할 수 있다.

「행정규제기본법」에서도 이처럼 규제에 대한 평가의 중요성을 반영하여 중앙행정기관의 장은 규제를 신설하거나 강화하려면 규제영향분석을 하고 규제영향분석서를 작성하도록 하고 있다. 또한 중앙행정기관의 장은 이러한 규제영향분석의 결과를 기초로 규제의 대상·범위·방법 등을 정하고 그 타당성에 대하여 자체심사를 하여야 하고, 이 경우 관계 전문가 등의 의견을 충분히 수렴하여 심사에 반영하도록 하고 있다.(동법 제7조 제1항, 제3항)

규제영향분석시 고려해야 할 사항들로는 1) 규제의 신설 또는 강화의 필요성, 2) 규제 목적의 실현 가능성, 3) 규제 외의 대체 수단 존재 여부 및 기존규제와의 중복 여부, 4) 규제의 시행에 따라 규제를 받는 집단과 국민이 부담하여야 할 비용과 편익의 비교 분석, 5) 경쟁 제한적 요소의 포함 여부, 6) 규제 내용의 객관성과 명료성, 7) 규제의 신설 또는 강화에 따른 행정기구·인력 및 예산의 소요, 8) 관련 민원사무의 구비서류 및 처리절차 등의 적정 여부 등이다.(동법 제7조 제1항)

물론 선거관리위원회에 의한 규제는 「행정규제기본법」의 적용대상에서 제외되기 때문에(동법 제3조 제2항 제1호), 위와 같은 규제영향평가제도가 그대로 적용되는 것은 아니다. 그러나 선거운동규제를 실시함에 있어서 다양한 요소를 고려하여 타당성을 확보하는 것이 중요하다는 점에서는 행정규제기본법에 의한 규제와 유사성을 갖는다고 볼 수 있다. 이하에서는 위와 같은 점을 고려하여 선거운동규제의 타당성에 대한 평가의 기준과 방법을 살펴보도록 한다.

2. 평가의 기준

(1) 헌법적 기준

선거운동규제의 타당성을 평가함에 있어서는 우선적으로 헌법의 기준을 준수하는 것이 중요하다고 할 수 있다. 이와 관련한 대표적인 헌법재판소의 결정을 보면 다음과 같다.

"자유선거의 원칙은 비록 우리 헌법에 명문으로 규정되지는 아니하였지만 민주국가의 선거제도에 내재하는 법원리로서, 국민주권의 원리, 의회민주주의의 원리 및 참정권에 관한 규정에서 그 근거를 찾을 수 있다. 이러한 자유선거의 원칙은 선거의 전 과정에 요구되는 선거권자의 의사형성의 자유와 의사실현의 자유를 말하고, 구체적으로는 투표의 자유, 입후보의 자유 나아가 선거운동의 자유를 뜻한다. 특히 선거운동의 자유는 널리 선거과정에서 자유로이 의사를 표현할 자유의 일환이므로 표현의 자유의 한 태양이기도 하므로 언론, 출판,

집회, 결사의 자유를 보장한 헌법 제21조에 의하여도 보호받는다.

한편, 민주적 의회정치의 기초인 선거는 본래 자유로워야 하는 것이지만, 그것은 동시에 공정하게 행하여지지 않으면 안 된다. 부정선거와 과열된 선거운동으로 말미암아 발생할 사회경제적 손실과 부작용을 방지하고 실질적인 선거운동의 기회균등을 보장하기 위해서는 선거의 공정성이 확보되어야 하며 이를 위해서는 어느 정도 선거운동에 대한 규제가 불가피하다.

다만 선거는 민주적 의회정치의 기초이고 선거운동은 국민주권 행사의 일환일 뿐 아니라 정치적 표현의 자유의 한 형태로서 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 요소이므로 선거운동의 자유를 제한하는 경우에도 다른 기본권과 마찬가지로 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로 제한할 수 있다."[46]

선거운동규제는 정치적 표현의 자유에 대한 제한이라고 볼 수 있고, 과잉금지의 원칙, 명확성의 원칙 등과 법치국가원리에 따라 기본권 제한에 대해 일반적으로 적용되는 한계 원리를 준수해야 한다. 또한 민주주의는 선거를 바탕으로 유지, 발전되는 것이고, 국민의 자유로운 의사결정과 후보자들의 공정한 경쟁을 통해서만 대의제의 정당성을 긍정하는 것이 가능하므로 한계 원리를 적용하는 경우에는 선거운동이 민주주의 실현을 위해서 가지는 특별한 중요성을 고려해야만 하므로, 그 제한입법을 심사하는 경우에도 엄격한 심사기준을 적용해야 한다.[47]

위와 같이 규제의 헌법 적합성을 검토하는 데 있어서 가장 최소한의 헌법적인 기준들(법률유보의 원칙, 포괄위임금지의 원칙, 명확성의 원칙, 과잉금지의 원칙, 평등의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 적법절차의 원칙, 최소보장의 원칙 등)의 준수가 당연히 요청된다고 할 것이다.

(2) 규제품질을 확보하기 위한 기준

위와 같은 헌법적인 기준 이외에도 선거운동규제가 규제의 정당성을 확보하기 위해서는 규제품질을 확보하기 위한 추가적인 기준들이 필요하다고 할 수 있다. 이와 관련해서 선거운동규제와 관련된 입법의 체계성, 입법의 효과성이 기준으로 제시되고 있다.[48]

'입법의 체계성'은 규범이 실제 적용됨에 있어서 규제의 혼선을 발생시키지 않는지

46) 헌재 2008. 10. 30. 2005헌바32 결정.

47) 기현석, "공직선거법에 대한 헌법재판소의 판결성향분석", 세계헌법연구 제17권 제3호, 2011, 218면; 홍석한, "선거운동의 자유와 규제에 관한 헌법적 고찰 - 헌법재판소 판례에 대한 평가를 중심으로-", 헌법학연구 제19권 제4호, 2013, 123면; 김일환·홍석한, 위의 글, 36-37면.

48) 김유향·심우민, 「공직선거법」상의 SNS선거규제조항에 대한 입법영향분석, 국회입법조사처, 2012, 12면.

여부를 분석하는 것으로서 이는 위헌법률심사기준 중 체계적 정당성과 관련되는 것으로도 볼 수 있다. 입법의 체계성과 관련해서는 공직선거법과 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」, 「개인정보보호법」, 「정당법」 등 관련법령이 체계적인 정합성을 갖도록 구성할 필요가 있다.[49]

다음으로 '입법의 효과성'은 해당규제가 입법의 목적(선거운동규제의 경우에는 민주정치의 발전 및 선거부정의 방지)을 효과적으로 달성할 수 있는지를 살펴보는 것이다.[50] '민주정치의 발전'과 관련해서는 선거운동규제가 민주주의 핵심요소인 '정치에서의 경쟁'을 저해하는 측면이 없는지를 볼 필요가 있으며, '선거부정의 방지'와 관련해서는 선거운동규제가 불공정하게 선거에 영향을 미치는 행위를 제대로 제어하고 있는지를 살펴볼 필요가 있다. 그런데 이 두 가지 입법목적은 상충되면서도 상호간에 조화를 이루어야 한다는 특징을 가지고 있다.

3. 평가의 방법

선거운동규제의 타당성에 대한 평가방법으로는 크게 '사전적 평가'와 '사후적 평가'로 나누어서 볼 수 있다. 아직 도입되지 않은 규제와 관련하여 도입타당성 여부에 대한 평가를 '사전적 평가'라고 한다면, 이미 도입된 규제의 타당성 여부에 대한 평가를 '사후적 평가'라고 할 수 있다. 국회의 법안심사절차나 법제처에 의한 법령안 심사절차는 '사전적 평가'로서의 측면을 갖고 있는 것으로 볼 수 있고, 헌법재판소에 의한 헌법재판은 '사후적 평가'로서의 측면을 갖고 있는 것으로 볼 수 있다. 중앙선거관리위원회의 '정치관계법 개정의견'은 아직 도입되지 않은 선거운동규제의 도입이나, 이미 도입된 선거운동규제의 개선에 대한 내용을 담고 있기 때문에 '사전적 평가'와 '사후적 평가'의 두 가지 측면을 모두 담고 있는 것으로 볼 수 있다.

사전적 평가와 사후적 평가는 다음과 같은 점에서 차이를 가지고 있다. '규제의 효과성' 측면에서 보면 '사전적 평가'는 아직 도입되지 않은 규제에 대한 평가를 기반으로 한다는 점에서 장래예측적인 평가의 성격을 갖는다. 이에 비해 '사후적 평가'는 이미 도입된 규제에 대한 평가이기 때문에 규제실시결과에 대한 객관적인 분석이 필요하다는 특징을 가진다. 본 연구서에서 정치관계법상 주요 규제의 타당성을 분석하는 것은 사전적 평가와 사후적 평가를 아우르는 성격을 갖는다고 할 수 있다.

---

49) 김유향·심우민, 위의 글, 12면.
50) 김유향·심우민, 위의 글, 13면.

제4장 정보통신기술의 발달과 선거권자의 합리적 의사결정

I. 정보통신기술의 발달이 선거권자의 의사결정에 미친 영향

1. 기존의 논의

오늘날 정보통신기술의 발달은 전 세계를 하나의 망으로 신속하게 연결하였고 선거의 영역에서도 기술의 발달로 인한 많은 변화가 관찰되고 있다.[51] 특히 SNS와 같은 새로운 정치매체의 등장은 선거과정에서 과거와는 다른 방식으로 정보를 유통시킴으로써 유권자의 정치적 의사결정에도 큰 영향을 미치고 있다. 이에 다음에서는 학자들의 관련 연구를 정리하면서 정보통신기술의 변화가 선거제도에 미친 영향을 살펴보기로 한다.

정보통신기술의 발달에 따른 새로운 정치매체의 확산이 민주주의의 발전에 기여하였는가와 관련하여 다수의 학자들은 '정치적 담론구조의 질적 제고'에 긍정적 영향을 미쳤는지를 판단기준으로 이에 대한 평가를 내리고 있다.[52]

흔히 인터넷의 발달의 초창기를 이후의 시기와 구분하기 위하여 웹 1.0 시대로 명명하기도 한다. 이 시기에는 정치정보의 생산과 유통과정에 있어 높은 전파성과 낮은 비용이라는 장점을 가지는 새로운 정치매체들이 널리 확산되었다. 이에 다수의 학자들은 새로운 매체를 통하여 민주주의의 발전에 크게 기여할 수 있는 이상적 정치적 공론장 형성에 대한 기대를 숨기지 않았다. 실제 인터넷 발달의 초창기부터 유권자에게 제공되는 정치정보의 양은 이전에 비해 비교할 수 없을 정도로 급증하였다. 정치정보의 제공에 있어 시·공간적 한계도 축소되었다. 특히 정치정보의 생산과 유통과정에서의 비용절감 효과는 선거에서 경제적 자력이 불충분한 후보자에게도 균등한 기회를 제공하게 만들었다는 점에서 새로운 매체를 긍정적으로 평가하도록 하는 중요한 이유가 되었다.

그러나 일부에서는 정보통신의 발달 초창기에 드러난 문제점을 다음과 같이 지적

51) "네트워크 사회에서 ICT를 이용한 웹 캠페인의 확대는 지난 2002년 노사모 열풍과 2008년, 2012년 미국 대선의 오바마 캠프의 성공적 사용으로 인해 전 세계적인 주목을 받았다." 송경재, "한국의 웹 캠페인 규제와 <선거법> 개정의 정치적 해석", 정보화정책 제22권 제3호, 2015, 48면.

52) 예컨대 매체의 발달을 통하여 기존의 엘리트 중심의 수직적 담론구조가 보다 평등한 구조로 재편되었다면 이는 새로운 매체의 긍정적 효과로 볼 수 있다. 조진만, "정보화가 정치참여에 미치는 효과: 경험적 분석", 한국정치학회보 제45집 제5권, 2011.12. 273면. 과거에도 인쇄술의 발달이 유권자의 정치참여행태를 변화시켰고 이런 현상에 대한 기대와 우려가 공존하였다. 학자들의 전망이 엇갈리는 것은 과거에서도 그러하였다는 맥락에서 이해될 수 있다. 다만 이 문제에 대한 명백한 평가를 내리기에는 다소 시기적으로 이른 감이 있다고 본다.

하기도 하였다. 부정적인 논자들은 특히 이 시기에 새로운 매체가 수평적인 정치적 담론구조가 아닌 수직적 담론구조에 근거하여 확산되었다는 점에서 일정한 한계를 드러냈다고 본다. 이 시기에 유통된 막대한 양의 정치정보는 사실 정보의 허브가 되는 웹사이트를 운영하는 소수의 엘리트가 독점적으로 관여할 수 있는 구조였기 때문이었다.[53] 즉 일부의 부정적인 평가에 따르면 웹 1.0 시대에는 정치정보의 생산과 공유과정상의 비대칭성 내지 비민주성이 존재하였다.

한편 최근에는 인터넷 발전의 초창기보다 진일보한 정치매체로서 소셜 네트워크 서비스(Social Network Service, SNS)가 널리 확산되고 있다. 여기서 다수의 학자들은 SNS의 등장 이후를 웹 2.0 시대로 명명하면서 이전 시대와의 다른 매체의 특징에 주목하고 있다. 웹 2.0 시기의 대표적인 정치매체로서 SNS의 긍정적 효과에 주목하는 이들은 매체 고유의 반 엘리트주의적 특성을 강조한다. 이들이 보기에 SNS는 높은 전파성과 낮은 비용이라는 웹 1.0 시대 매체의 장점을 공유하면서, 소수가 정보의 생산과 유통에 독점권을 가지고 있었던 웹 1.0 시대의 온라인 매체에 비해 보다 평등한 정보의 유통방식을 구축하였다는 점에서 추가적인 장점을 가진다. 구체적으로 정보의 생산 내지 유통방식 등에 있어 페이스북(Facebook)의 친구 맺기 기능이나 팔로잉(Following)하기, 공유하기 등의 기능은 정보소비자가 정보의 유통과정에 적극적으로 개입할 기회를 제공하였다. 이처럼 SNS는 이전 웹 1.0 시대의 온라인 매체에 비해 정치정보의 유통과정에서 새로운 기회, 즉 이용자에게 보다 평등한 열린 기회를 제공한다. 더구나 SNS의 발달은 매체의 주된 이용층이라 할 젊은 유권자의 정치참여를 활성화시키고 있다는 점에서도 긍정적이다. 다수의 학자는 이에 SNS가 보다 진일보한 정치매체로서 선거제도와 민주주의의 발전에 크게 기여하리라 전망한다.[54]

그러나 일부에서는 웹 2.0 시대를 대표하는 SNS의 효용에 대해서도 다음의 이유에서 우려의 시선을 거두지 않는다. SNS의 긍정적 효과를 부정하는 이들은 SNS가 가져온 정치적 공론장의 질적 제고효과에 의문을 제기한다.[55] 이들이 보기에, SNS에 내재하는 정보의 유통방식은 수평적이기도 하지만 폐쇄적이라는 문제를 또한 안고 있는 것이다.[56] 친구맺기와 공유하기 등의 기능은 이용자가 자신의 구미에 맞는 뉴스에만 지속적으로 노출됨으로써 과거보다 자신의 정치적 견해를 교정할 기회를 적게 만들고 있다. 따라서 이러한 부정적 평가에 따르면 SNS의 확산은 정치매체로서 공론장

53) 초창기 웹 1.0 시기에는 허브가 되는 웹사이트의 운영자는 정치정보의 생산과정에 독점적으로 간여하고 나아가 이를 전파 내지 공유하는 과정 또한 이들이 주도하였다. 윤성이, “SNS 정치참여 연구동향”, 정보화정책 제20권 제2호, 2013, 4면.

54) 학자들은 SNS의 상호작용성, 개방성, 연결성이 더 많은 시민들의 능동적 정치참여를 이끌어내는 것으로 설명한다. 나아가 SNS는 주된 이용층이 그간 정치적으로 무관심하였던 젊은 층이라는 점에서 이들의 정치적 참여도를 높이는데 많은 기여를 하리라 예상되고 있다. 윤성이, 위의 글, 4면.

55) 윤성이, 위의 글, 4-5면.

56) 윤성이, 위의 글, 5면.

의 기능을 충실히 수행하기보다는 도리어 사회 각 집단의 파편화를 가중시키고 있다고 할 수 있다.[57]

2. 정치관계법의 개선 방향

이처럼 정보통신기술의 발달로 인한 새로운 정치매체의 등장에 대한 평가는 엇갈리고 있다. 일단 앞에서의 논의를 정리하자면 새로운 매체 확산에 따른 긍정적인 요소로는 다음과 같은 것을 들 수 있다. 첫째, 정치정보의 양과 전파속도가 현저히 증가하였다. 둘째 선거운동 비용이 큰 폭으로 절감되었다. 셋째, 새로운 매체의 이용에 친숙한 젊은 층을 중심으로 유권자의 정치참여가 활발해졌다. 한편 정보통신 발달에 따른 매체발전의 부정적인 요소로는 다음과 같은 것을 들 수 있다. 첫째, 인터넷 포털 등 정보통신망의 운영자와 이용자 간의 불평등한 관계로 인해 정치적 담론구조가 왜곡될 우려가 남아있다.[58] 둘째, SNS 등을 통해 이용자의 정보유통이 과거에 비해 더욱 폐쇄적으로 이뤄지게 됨으로써 일반 국민의 정치적 입장이 과거보다 더욱 극단적으로 치닫는 경향이 있다.[59]

관련 학계의 연구결과를 고려하여, 향후 정치관계법의 개정 논의에 있어서도 정치매체의 발달에 따른 긍정적 효과를 최대화하고 일부 부정적 효과를 최소화하기 위한 보다 종합적인 관점에서의 입법대안의 모색이 필요하다고 본다. 이는 규제의 합리화라는 관점을 통하여 공직선거법 등의 영역에도 보다 스마트한 규제를 도입할 필요성이 요청된다는 말로도 달리 표현될 수 있을 것이다.[60] 그간 선거제도를 다루는 법조계에서는 주로 새로운 정치매체의 등장이 가져올 수 있는 긍정적 효과, 그중에서도 온라인 선거운동의 비용절감 효과에 주된 관심을 기울여왔다. 이러한 관심은 온라인 선거운동 분야에서의 전향적인 규제 완화라는 큰 성과를 이끌어내기도 하였다.[61] 그

57) 특히 이용자의 파편화된 정보 수집을 강화하는 정치매체로서 SNS의 부정적 특징은, 후술하겠지만 웹 2.0 시대를 맞이하여 가짜뉴스로 대변되는 일련의 부정확하고 왜곡된 정치정보가 더욱 더욱 대량으로 신속하게 전파되는 환경이 형성되었다는 점에서 잘 드러난다 하겠다.

58) 특히 한국의 경우에는 네이버, 다음 등 소수의 검색포털이 뉴스제공의 허브가 됨으로써 뉴스제공자와 소비자 간의 불평등한 관계가 독과점으로 인해 가중되는 측면이 있다. 뉴스시장의 독과점 문제는 해외 여러 나라에서 뉴스를 제공하지 않는 구글 등이 검색시장을 장악하고 있는 점과는 다른 환경이라 할 수 있다.

59) 송경재, 앞의 글, 51면. 사실 정보통신망 상의 선거운동이 가진 장점이나 단점을 극대화하여 단순히 규제를 하여야 한다거나, 하지 말아야 한다는 식의 논의는 과학적이지 못하다고 볼 수 있다.

60) 규제의 합리화란 더 나은 규제, 똑똑한 규제를 의미한다. 규제의 합리화는 규제 완화만을 의미하지도 않지만 그렇다고 하여 규제의 강화만을 의미하지도 않는다. 다만 규제 합리화는 주로 산업영역의 규제를 대상으로 논의가 진행되어 왔다. 따라서 영업의 자유 내지 재산권의 행사를 제한하는 법률을 평가하는 기준을 가지고 곧바로 정치적 표현의 자유를 제한하는 정치관계법에 이를 적용하는 것에는 무리가 따를 수 있다. 그러나 기본권 제한 입법의 개선방안을 논의하는 과정에서 규제 합리화 개념은 기본권의 모든 영역에서 유용한 관점을 제공한다고 본다.

61) 온라인 선거운동 또한 관련 산업이 성숙에 따라 점차 비용이 많이 소요되는 선거운동 방식을 개발할

러나 아직도 온라인 선거운동과 관련하여 남아 있는 여러 규제조항의 완화 문제가 남아있으며, 다른 한편으론 최근의 댓글조작, 가짜뉴스의 확산 등과 관련한 제반 문제에 대처할 필요가 제기되고 있는 실정이다. 이에 정치관계법 개정 논의에 있어서도 온라인 정치매체의 긍정적, 부정적 효과를 종합적으로 고려한 보다 섬세한 논의가 요구된다 하겠다.[62]

정치적 표현의 자유를 제한하는 정치관계법상의 여러 조항들은 새로운 정치매체의 특성을 미처 예상하지 못하였던 과거에 도입된 것들이 대부분이다. 따라서 다수의 학자들이 주장하는 바와 같이 원칙적으로 현재의 온라인 선거운동을 제약하는 수많은 관련 규정들은 새로운 시대의 변화에 발맞춰 대폭 축소되거나 폐지되는 것이 바람직할 것이다. 다만 이 경우에는 규제 폐지에 따라 발생할 수 있는 부작용에 대처하기 위한 보완입법이 또한 필요하다고 본다.

한편 일부에서 주장하는 바와 같이 예외적으로 기존 정치관계법이 미처 예상하지 못하였던 새로운 유형의 선거부정에 대하여는 규제의 신설이 불가피한 경우가 있을 수 있다.[63] 그러나 이러한 경우에도 모든 국민의 기본권을 최소한으로 제약하는 대안

여지가 없지 않다. 다음의 기사는 이미 외국에서 이러한 현상이 관찰되고 있음을 보여준다. 영국 이코노미스트는 최근호에서 "올해 미국은 대선 외에도 하원 435석, 상원 33석, 11석의 주지사, 수많은 지방의원 자리를 놓고 후보자들이 경합을 벌이게 된다"며 "이를 위한 광고비로 지난 2008년 42억 달러보다 약 23% 늘어난 52억 달러 정도가 책정될 것"이라고 보도했다.(중략) 마이크로 타겟팅은 온라인에서 주로 이뤄지는데 이 때문에 선거가 끝날 때까지 온라인 정치광고 지출은 2004년과 비교해 약 10배 이상 증가할 것으로 보이며 이는 전체 광고 매출에 6%에 달할 것으로 보인다. 구글이나 페이스북, 트위터들도 광고 파이 먹기에 달려들었다. 그동안 구글 서치 광고는 정보 검색자에게 자기 활동을 알리는 가장 직접적인 방법이었다. 그러나 선거단들은 일반적 서치나 배너 광고 이상의 것을 찾기 시작했고 CNN같은 뉴스 사이트나 틈새 웹사이트, 유튜브 같은 비디오 광고에도 관심을 보이고 있다. 사람들은 유튜브에 자기가 보고 싶은 광고를 선택해서 볼 수 있고 선거단은 선택된 비디오의 광고비만 지불하면 되기 때문에 훨씬 경제적이다.(중략) 이런 선거의 또 다른 승자는 마케팅 회사들이라는 분석도 있다. 이들은 투표자의 수입과 가족관계, 웹사이트 검색 기록 등과 같은 정보를 수집해 선거단에 팔고 선거단은 이것으로 투표자의 시선을 끄는 적합한 광고를 찾는데 사용하기 때문이다."'아시아투데이, 2012.10.3. 진흙탕이 있는 곳에 돈이있다'...미 대선 진짜 승자는 '미디어' http://www.asiatoday.co.kr/view.php?key=705750

62) 이에 일부에서는 최근의 여론조작 사건과 관련하여, 온라인 매체의 긍정적인 측면과 부정적 측면을 모두 직시할 것을 요구한다. "인터넷 뉴스의 댓글은 뉴스공급자와 소비자 간의 커뮤니케이션 공간이자 타인의 생각을 알 수 있고, 나와 같은 또는 다른 입장을 확인할 수 있는 공간으로 중요하다. 인터넷이 등장한 초기보터 뉴스에서는 댓글서비스가 인기였던 점도 이 때문이다. 이것은 정상적인 뉴스공급과 소비, 유통의 플랫폼에서 형성된 선순환 매커니즘에서의 장점이다. 그러나 만일 네티즌의 뉴스소비 단계에서 조직적 또는 기계적 개입의 여지가 있다면 이른바 댓글과 추천, 실검이 조작되어 여론을 왜곡할 수 있다. 포털 뉴스서비스의 경우 기사배치에 있어서 댓글순위나 실검, 공감 많은 글이 배치되는 공간이 존재하기 때문에 조작으로부터 취약하다. 심지어 네이버 뉴스서비스는 뉴스를 메인으로 추천하는 기능도 있어, 외부개입이 있을 경우 왜곡될 우려가 크다." 송경재, "2017년부터 논란이 되고 있는 가짜뉴스와 댓글조작의 문제", 가짜뉴스 혐오·차별표현 댓글조작 어떻게 할 것인가 포털·SNS 정책 토론회 자료집, 신경민·박광온 의원실, 2018, 34면.

63) 경제협력개발기구(OECD)는 규제 개혁을 '규제 합리화'라고 정의한다. 경제협력개발기구의 정의에 따르면 "금융위기 이후 선진국들은 규제 완화(deregulation)가 아니라 더 나은 규제(better regulation), 똑똑한 규제(smart regulation)를 지향"하고 있다. 이러한 규제 개혁은 규제의 완화나 규제의 강화라는 하나의 방향성을 가지는 것이 아니다. 따라서 규제개혁 내지 규제 합리화는 "돈과 시간이 많이 드는 과제"이기도 하다. 규제의 합리화를 고민하는 과정에서는 양적인 접근이 아닌 "개별 법안의 품질을 하나하나 살펴서 업그레이드"하고자 하는 접근이 요구된다. 동아일보, 2013-08-03

을 모색하여야 함은 물론이다.

규제완화의 원칙적 필요성에 입각하여 볼 때에는 특히 현행 공직선거법상 일반 국민의 정치적 표현을 제한하는 관련 규정을 대폭 손질할 필요가 있다. 이미 언급한대로, 최근 정치매체의 발달로 인해 선거과정에서 정보의 생산자로서 후보자가 아닌 일반 국민의 지위는 더욱 확고해지고 있다. 그러나 젊은 층을 중심으로 일반 국민이 기존 언론매체의 힘에 기대지 아니하고 활발하게 정치정보를 생산, 유통하는 행위들은 헌법재판소의 결정 등에도 불구하고 여전히 많은 제약을 받고 있다. 이는 현행 공직선거법이 정보통신망상의 선거운동 관련 조항을 공급자(정당, 후보자) 중심으로 규정하고 있을 뿐이고 정치정보의 생산자로서 일반 국민을 고려한 규정을 거의 두지 않으면서 많은 경우에 사실상 일반 국민의 선거운동을 금지하고 있는데서 기인한다.[64] 따라서 적어도 온라인상의 선거운동에 한정하여서라도, 단순지지자인 일반 국민의 정치적 표현과 후보자 측의 선거운동을 구별하는 등의 방식으로, 양자에 대한 규제 수준을 달리할 필요가 있다.[65] 일부에서는 이러한 규제 완화의 요청에 대해 다음과 같이 설명하기도 한다.

"현재의 공직선거법상의 선거운동 규제장치들이 과연 합리적이냐의 문제의식이다. 선거의 장은 매우 중요한 정치적 공론장이라 할 수 있다. 그런데 과연 현재의 공직선거법이 채택하고 있는 입법정책적 수단들이 이러한 정치적 공론장의 합리화를 위해 적절한가에 대해서는 필자 개인적으로는 굉장히 의문이다. 선거의 헌법적 의미를 고려하면, 선거야말로 정치적 표현의 자유가 최대한 보장되어야 할 영역이다. 하지만 현재의 공직선거법의 특징은 선거에 직접적으로 참여하는 후보자나 정당에 대한 규제만 갖고 있는 것이 아니라, 후보자나 정당을 비판하는 일반국민에 대한 규제까지 포함하는 포괄적 규제 방식을 채택하고 있다."[66]

"생각건대, 제93조 제1항의 위헌성을 판단함에 있어서 후보자와 일반 국민을 구분할 필요가 있다고 본다. 선거과정에서 후보자 및 일반 국민의 역할과 그에 대한 규범(기준)이 다를 수밖에 없다. 후보자는 국민의 지지를 획득하기 위한 경쟁자인 반면에, 국민은 후보자 중에 자신의 대표자를 선출하는 주권자이다. 따라서 후보자의 경우에는 정치적 경쟁기회의 균등성을 의미하는 선거의 공정성을 전제로 하여 선거운동의 자유를 논하는 것이 타당하다. 반면, 일반국민의 경우에는 정치적 표현의 자유의 보장이라는 측면에서 검토하는 것이 타당

---

http://news.donga.com/List/ColumnON/3/040114/20130803/56816254/1#csidx8c073cd5447ddd79a5aebc2ee78dfc4

64) 송경재, "2017년부터 논란이 되고 있는 가짜뉴스와 댓글조작의 문제", 34면.

65) 다만 이 문제는 온라인 매체 고유의 특성에서 비롯된 문제로 볼 수는 없다. 물론 새로운 정치매체의 등장은 일반유권자의 정치적 표현이 높은 접근가능성 및 전파가능성 등으로 인하여 현행법상 금지되는 선거운동에 대한 여러 가지 해석가능성을 높이고 있다.

66) 황성기, 위의 글, 179면.

하다. 오늘날 선거과정에서 국민은 단지 선거정보의 수령자에 그치지 않는다. 때로는 자신의 정치적 입장을 밝힘으로써 대표선출과정에 참여하고 있는바, 이러한 모습은 선거민주주의의 발전에 바람직하다고 본다."[67]

단순지지자인 일반 국민의 정치적 표현과 선거에 출마한 후보자 측의 선거운동을 구별하여 규제의 강도를 달리 한다면, 이른바 탈법적인 제3자 선거운동의 문제가 제기될 수도 있을 것이다. 예를 들어, 비용통제를 회피하고자 하는 후보자 측과 은밀하게 공모하는 등의 방식으로 단순지지자를 가장한 제3자에 의해 선거운동이 이뤄질 수 있다. 따라서 탈법적인 제3자 선거운동에 대한 해결책 마련이 실무상의 다음 과제로 대두될 수 있다. 사실 탈법적인 제3자 선거운동의 문제는 이미 최근 발생한 일련의 사건을 통하여 정치관계법상의 중요성이 부각되고 있다고 볼 수 있다. 국정원 댓글사건이나 드루킹 사건과 관련하여 제기된 핵심적인 쟁점 중의 하나가 범죄 행위자에 대한 후보자 측의 관여 여부였기 때문이다.[68] 그리고 이러한 부작용에 대비하기 위해선 공직선거법에도 내부고발자에 대한 보호제도를 도입하는 등의 보완입법이 필요하다고 본다.[69]

다른 한편으론 향후 공직선거법의 개정을 통하여 새로운 유형의 선거부정에 효과적으로 대처하기 위해 예외적으로 규제조항의 신설이 필요한 경우가 있을 수 있다. 이 경우에는 규제의 합리화라는 관점에서 국가만이 공론장으로서의 정치매체를 규율할 수 있다는 입장은 일부 수정될 필요가 있다. 온라인 매체의 특성에 비춰볼 때 정치적 공론장 영역에서 사회의 자정 매커니즘을 우선시하는 방향을 먼저 모색할 필요가 있기 때문이다.[70] 온라인 선거운동과 관련하여 새로운 유형의 선거의 공정을 해하는 행위에 대한 대처가 필요한 경우에도 우선 민간영역의 자정능력에 보다 많은 영역을 맡기는 방향으로 대안을 모색할 필요가 있다. 그간 학계에서는 이러한 요청에 대해 다음과 같이 설명하곤 하였다.

---

67) 음선필, "소수정당과 선거운동", 입법학연구 제13집 제1호, 2016, 106면.

68) 물론 단순지지자의 자발적인 선거운동과정에서 벌어진 선거부정과 후보자측의 계획적인 선거운동의 일환으로 전개된 선거부정은 유사한 행위라 할지라도 규제의 수준 및 처벌의 필요성에 있어 큰 차이가 있게 된다. 여기서 양자를 구별할 만한 실질적인 증거 수집을 위한 보다 효과적인 수단을 함께 고민할 필요가 있다. 보다 효과적인 수단으로는 예컨대 신고포상금제의 적용 확대라든지, 선거범죄 영역에 형사법상의 플리 바게닝 제도를 우선적으로 도입하는 방안 등을 고려할 수 있을 것이다.

69) 정치관계법상 내부고발자 보호제도의 신설과 관련하여 다음의 사안을 참조할 수 있다. 중앙선거관리위원회는 2015년 정치관계법 개정의견을 통하여 당내경선 매수죄 자수자에 대한 특례규정을 마련할 것을 제안한 바 있다. 동 개정의견은 "당내경선에서의 매수행위도 당사자 사이에 은밀하게 이루어지므로 그 효과적 처벌을 위해서는 매수행위에 가담한 금품 등의 수수자 또는 중간 제공자 등의 신고를 유도할 필요"가 있으므로 이에 " 본선거뿐만 아니라 당내경선에서의 매수죄를 범하여 금품 등을 제공받거나 받기로 승낙한 사람 또는 다른 사람의 지시에 따라 금품 등을 제공한 사람이 자수한 경우에는 그 형을 감면"하도록 하는 것을 내용으로 하였다. 그러나 이 제안은 국회의 법 개정 논의과정에서 '국민 정서'를 이유로 배제되었다. 중앙선거관리위원회, 정치관계법 개정의견, 2015, 12면.

70) 황성기, "인터넷과 선거운동", 언론과 법 제9권 제1호, 2010, 180면.

"인터넷의 매체적·구조적 특성이 표현의 자유와 어떠한 구체적 관련성을 갖는지가 규명되어야 한다. 바로 여기서 매개고리가 되는 것이 표현의 자유가 추구하는 이념들 중의 하나인 '사상의 자유시장'이다. … 의사표현주체의 접근과 이용이 용이한 커뮤니케이션 경로 내지 매체일수록 사상의 자유시장에 가장 근접하고 있다고 평가할 수 있을 것이다. 따라서 국가의 개입이 없더라도 커뮤니케이션과 정보의 다양성이 확보될 수 잇는 매체의 경우에는, 국가개입이나 국가규제의 정당성은 인정될 수 없을 것이다. … 따라서 매체특성론적 접근방법이 나름대로 유의미하고 여전히 타당하다고 한다면, 인터넷의 특성이자 본질인 개방성, 상호작용성, 탈중앙통제성, 접근의 용이성, 정보의 다양성은 인터넷에 대한 규제의 기준과 정도의 수준을 결정하는데 중요한 고려요소가 되어야 하며, 보다 구체적으로 기존의 매스미디어에 대한 규제보다는 '완화된 기준과 덜 엄격한 정도의 수준'으로 규제시스템이 적용되어야 한다는 것을 의미한다."[71]

II. 온라인 선거운동 관련 규제

1. 정보통신망을 이용한 선거운동

우리나라 선거에서 정보통신기술의 활용은 1990년대 후반부터 본격화되었다. 더불어 이 시기부터 온라인 매체를 활용한 일반 국민의 정치적 의사표현도 활성화되었다고 볼 수 있다.[72] 예를 들어 2002년 노사모 열풍은 현실정치에서 정보통신망을 활용한 온라인 선거운동의 효과를 극명하게 보여준 사례로 이해될 수 있다.[73] 2007년에는 대통령 선거과정에서 UCC를 활용한 선거운동이 많은 기대를 모은 바 있다. 2010년에는 당시 소셜 미디어 열풍을 타고 트위터 등을 활용한 투표독려운동이 활발하게 전개되기도 하였다.

그러나 초창기 온라인 매체를 활용하여 불붙은 정치적 의사표현에 대한 일반 국민의 열망은, 대부분 이를 금지하는 공직선거법 의해 좌절되곤 하였다. 이에 각계에서는 공직선거법의 여러 규정 중에서도 특히 공직선거법 제93조 제1항을 그 원인으로 지목하였다.[74]

---

71) 황성기, "인터넷과 선거운동", 183면.

72) 보다 자세한 내용은 김유향·심우민, 「공직선거법」상의 SNS선거규제조항에 대한 입법영향분석, 국회입법조사처, 2012, 2-3면.

73) 송경재, "2017년부터 논란이 되고 있는 가짜뉴스와 댓글조작의 문제", 48면.

74) 2011년의 헌법재판소 결정 이전에도 공직선거법 제59조 제3호에 따라 예외적으로 후보자, 후보자가 되고자 하는 자가 자신이 개설한 인터넷 홈페이지를 이용하여 선거운동을 하는 경우는 선거운동 기간 이전에도 이를 허용하였다.

공직선거법 제93조 제1항은 “누구든지 선거일전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 공직선거법의 규정에 의하지 아니하고는 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서, 도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그 밖에 이와 유사한 것을 배부·첩부·사표·상영 또는 게시”할 수 없도록 정한다. 이에 실무에서는 해석상 온라인상의 정치매체를 활용한 선거운동은 동 조항상의 “이와 유사한 것”을 상영 또는 게시하는 행위 등에 해당하므로 동 조항상의 기간제한을 받는 것으로 해석하였다.[75] 사실 이러한 해석 자체는 법문의 의미에 충실한 것으로 불가피한 측면이 없지 않았다. 그러나 학계에서는 이러한 실무상의 엄격한 해석 및 이에 따른 제한조치에 대해 많은 비판을 제기하였다.[76]

실무에서 별다른 법 개정이나 해석의 변경 등이 이뤄지지 않는 지지부진한 상황에 결정적인 전환점은 헌법재판소에 의해 제공되었다. 2011년 12월 29일 헌법재판소는 당시 온라인 선거운동과 관련하여 문제되었던 공직선거법 제93조 제1항에 관하여 한정위헌 결정을 내렸다. 동 결정에서 헌법재판소는 공직선거법 제93조 제1항에 “‘정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법’이 포함된다고 해석하는 한 헌법에 위반된다.”고 결정하였다.[77] 특히 헌법재판소는 이러한 결정에 이르게 된 이유를 인터넷 선거운동의 다음과 같은 특징에서 찾았다.

“후보자들 간의 경제력 차이에 따른 불균형이라는 폐해를 방지한다는 입법목적에 관련하여 보면, 인터넷은 누구나 손쉽게 접근 가능한 매체이고, 이를 이용하는 비용이 거의 발생하지 아니하거나 또는 적어도 상대적으로 매우 저렴하여 선거운동비용을 획기적으로 낮출 수 있는 정치공간으로 평가받고 있고, 오히려 매체의 특성 자체가 ‘기회의 균형성, 투명성, 저비용성의 제고’라는 공직선거법의 목적에 부합하는 것이라고 볼 수 있으므로, 이 사건 금지조항에서 인터넷상 선거운동 내지 정치적 표현을 제한하는 것이 후보자들 간의 경제력 차이에 따른 불균형 해소라는 입법목적을 달성하기 위하여 적합한 수단이라고 볼 수 없다.

---

75) 중앙선거관리위원회는 2007년도에 선거 UCC와 관련하여 예시를 통하여 “인품이나 경력으로 볼 때 ○○가 되었으면 좋겠어.”와 같은 표현은 “선거에 관한 단순한 의견개진과 의사표시”로서 선거운동에 해당되지 않지만, 그 내용이 특정 정당이나 후보자의 당선 내지는 낙선에 유리하거나 불리하게 하기 위한 의도를 포함하는 경우로서 “○○가 당선되도록 도와주자”와 같은 표현은 선거운동에 표현될 수 있다는 내용의 운용기준을 제시하였다. 나아가 중앙선거관리위원회는 “단순한 의견개진이나 의사표시라 할지라도 이를 반복하여 다수의 인터넷 사이트에 계속 게시하거나 퍼나르기로 유포시키는 행위는 선거에 영향을 미치기 위한 의도로써 선거운동에 해당”되어 규제를 받는다고 보았다. 중앙선거관리위원회, 「선거 UCC 운용기준 안내」, 2007, 2면.

76) 그중의 하나는 단순한 의견개진의 계속성 확장성을 선거운동으로 보는 문제였다. 이는 새로운 정치매체의 속성을 이해하지 못한 운용기준이라는 것이 주된 이유였다. 황성기, “인터넷과 선거운동”, 191면.

77) 헌재 2011. 12. 29. 선고 2009헌마1001 결정.

선거운동기간 외에도 인터넷 상 정치적 표현 내지 선거운동을 상시적으로 허용한다면 선거의 조기과열로 선거의 평온이 저해될 우려가 있다는 견해도 있으나, 선거의 공정과 균등한 기회의 보장은 헌법 제114조 제1항, 제116조 제1항, 공직선거법 제1조 등에 의하여 명시적으로 요구되는 헌법적 요구인 반면, 선거의 평온은 그와 동등한 차원의 공익으로 보기 어려울 뿐만 아니라, 인터넷을 이용한 정치적 표현의 경우에는 이를 접하는 수용자 또는 수신자가 그 의사에 반하여 정보를 수용하게 되는 것이 아니고, 자발적, 적극적으로 이를 선택(클릭)한 경우에 정보를 수용하게 된다는 점에서 선거의 평온을 해할 가능성이 크지 않으며, 민주주의 사회에서 선거과정은 국민주권주의의 실현과정, 국민의 가치결단의 표현과정, 국정수행 대표자에 대한 검증과정으로서의 의미를 가지는 것이므로, 그 과정에서 발생하는 정치적 관심과 열정의 표출을 반드시 부정적으로 볼 것은 아니다."[78]

헌법재판소가 2011년의 결정을 통하여 전향적인 판단을 한 데에는 온라인 선거운동이 오프라인 선거운동과 달리 '기회의 균등성, 저비용성, 투명성'을 가진다는 점이 중요한 이유로 작용하였다. 헌법재판소의 결정 이후 공직선거법상의 관련 규정들이 대폭 개정되었다. SNS와 같은 정보통신망을 활용한 일련의 선거운동은 상시적으로 허용되게 되었다.[79] 다만 헌법재판소의 결정 및 공직선거법 개정에도 불구하고 아래에서와 같이, 현재에도 정보통신망을 통한 선거운동은 여전히 무한정 허용되는 것이 아님에는 유의할 필요가 있다.[80]

2. 선거운동기간 중 인터넷 실명제

(1) 관련규정의 내용

---

78) 헌재 2011. 12. 29. 선고 2009헌마1001 결정.

79) 그런데 이후의 법 개정 과정을 살펴보면 공직선거법의 복잡한 구조로 인해 헌법재판소의 결정 취지를 살리기 위해서는 한정위헌결정이 내려진 심판대상조항을 단순히 한정적으로 해석하는 것만으로는 충분하지 아니하였음을 알 수 있다. 보다 자세한 내용은 지영환·전현욱, "SNS上의 선거운동에 대한 형사법적 규율", 경희법학 제48권 제4호, 2013. 89-91면 참조.

80) 인터넷을 통하여 당선 또는 낙선을 목적으로 허위사실을 공표(제250조)하거나 비방(제251조)하는 행위는 금지된다. 인터넷을 통하여 선거운동을 위하여 특정 지역·지역인 또는 성별을 공연히 비하·모욕하는 행위(제110조)도 금지된다. 인터넷을 통하여 선거에 관한 여론조사를 왜곡하여 공표하는 행위(제96조) 또한 금지된다. 나아가 인터넷 댓글을 달기 위해 유사기관을 설치(제89조)하거나 게시에 대한 대가를 제공하는 행위(제230조)도 금지된다. 한편 공직선거법 제254조 제2항은 "선거운동기간 전에 이 법에 규정된 방법을 제외하고 선전시설물·용구 또는 각종 인쇄물, 방송·신문·뉴스통신·잡지, 그 밖의 간행물, 정견발표회·좌담회·토론회·향우회·동창회·반상회, 그 밖의 집회, 정보통신, 선거운동기구나 사조직의 설치, 호별방문, 그 밖의 방법으로 선거운동을 한 자는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처한다."고 정한다. 따라서 현행법상 온라인 선거운동이 상시허용된 것은 위 조항이 정하는 "이 법에 규정된 방법을 제외하고는"이라는 규정을 통하여 문제가 해소되었다고 볼 수 있으나 법문의 규율체계성 전반의 관점에서 "정보통신"을 활용한 선거운동을 포괄적으로 금지하고 있어 혼선을 유발할 가능성이 있음을 지적하기도 한다. 김유향·심우민, 위의 글, 23-24면.

선거운동기간 중 인터넷 실명제는 구 “공직선거 및 선거부정방지법”에 처음 도입되었다. 이후 이 제도는 오늘날까지 몇 차례의 위헌논란에도 불구하고 현재까지 유지되고 있다.[81] 현행 공직선거법은 제82조의6 제1항에서 인터넷 언론사에게 “선거운동기간 중 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보를 게시할 수 있도록 하는 경우”에 “행정안전부장관 또는 … 신용정보업자가 제공하는 실명인증방법으로 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치”를 취하도록 하고 있다. 나아가 현행 공직선거법은 제도의 실효성을 확보하기 위해 인터넷 언론사로 하여금 “제1항의 규정에 따라 실명인증을 받은 자가 정보등을 게시한 경우 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 "실명인증" 표시가 나타나도록 하는 기술적 조치”를 하여야 할 것을 정한다(공직선거법 제82조의6 제4항). 그리고 공직선거법은 “당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 "실명인증"의 표시가 없는 정당이나 후보자에 대한 지지·반대의 정보등이 게시된 경우에는 지체 없이 이를 삭제”하도록 하고 있으며(동법 동조 제6항), “정당·후보자 및 각급선거관리위원회가 제6항의 규정에 따른 정보등을 삭제하도록 요구한 경우에는 지체 없이” 이에 따르도록 하고 있다.

정리하자면 이 제도는 인터넷 언론사를 대상으로 선거운동 기간 중에 “그 이용자가 ‘선거에 관한 의견을 게시하는 경우’에, 사전에 ‘성명과 주민등록번호의 일치 여부를 확인한 후 일치하는 경우에 한하여’ 의견게시를 할 수 있도록” 의무를 부과하는 것을 내용으로 하고 있다.[82]

(2) 헌법재판소의 결정

선거운동 기간 중 인터넷 실명제에 대해서는 헌법재판소에 의해 두 차례의 합헌결정이 내려진 바 있다. 헌법재판소는 먼저 2010. 2. 25. 2008헌마324등 사건에서, “인터넷언론사에 대하여 선거운동기간 중 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에

81) 헌법재판소는 인터넷실명제의 입법연혁에 대해 다음과 같이 설명한다. “구 공직선거 및 선거부정방지법 제82조의6 제1항은 “인터넷언론사는 당해 인터넷사이트의 게시판·대화방 등에 선거에 관한 의견을 게시할 수 있도록 하는 경우에는 의견게시를 하고자 하는 자가 기입하는 성명과 주민등록번호의 일치 여부를 확인한 후 일치하는 경우에 한하여 의견게시를 할 수 있도록 하는 기술적 조치를 하여야 한다.” 라고 규정하고, 제2항은 “정당·후보자 및 예비후보자는 자신의 명의로 개설·운영하는 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 선거에 관한 의견을 게시할 수 있도록 하는 경우에는 제1항의 규정에 의한 기술적 조치를 할 수 있다.”라고 규정하여 실명확인제를 도입하였다. 이는 같은 법 제82조의4(정보통신망을 이용한 선거운동)에서 선거운동을 할 수 있는 자에 대하여 선거운동기간 중에 정보통신망을 이용하여 인터넷홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 선거운동을 위한 내용의 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법으로 선거운동을 할 수 있게 하고, 제59조(선거운동기간) 제3호에서 후보자, 후보자가 되고자 하는 자가 자신이 개설한 인터넷홈페이지를 이용하여 선거운동을 하는 경우 선거운동기간의 제한을 받지 않게 함에 따른 조치였다.“ 헌재 2015. 7. 30. 2012헌마734 등.

82) 헌재 2015. 7. 30. 2012헌마734 등.

정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을 게시할 수 있도록 하는 경우 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 할 의무 및 위와 같은 글이 '실명인증'의 표시가 없이 게시된 경우 이를 삭제할 의무를 부과한 구 공직선거법 제82조의6 제1항, 제6항, 제7항"에 대하여 동 조항 등이 "명확성원칙, 사전검열금지원칙에 위배되지 아니하고, 과잉금지원칙을 위반하여 익명표현의 자유, 언론의 자유 등"을 침해하지 아니한다고 판단하였다.

그러나 헌법재판소는 이후 2012. 8. 23. 2010헌마47등 사건에서, 선거운동기간이 아닌 기간의 본인확인제에 대해서는 위헌결정을 내린 바 있다.[83] 이 사건에서 헌법재판소는 "인터넷게시판을 설치·운영하는 정보통신서비스 제공자에게 본인확인조치의무를 부과하여 게시판 이용자로 하여금 본인확인절차를 거쳐야만 게시판을 이용할 수 있도록 하는 본인확인제를 규정한 '정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률' 제29조, 제30조 제1항"은 "과잉금지원칙을 위반하여 인터넷게시판 이용자의 표현의 자유, 개인정보자기결정권 및 인터넷게시판을 운영하는 정보통신서비스 제공자의 언론의 자유를 침해한다."고 판시하였다.[84]

헌법재판소의 2012년 결정에 따라서 선거운동기간 중 인터넷 실명제는 한 번 더 헌법재판을 통해 위헌여부가 다투어지게 되었다. 이에 헌법재판소는 2015년 결정을 통하여 2010년 결정에서의 합헌 입장을 재차 확인하였다.[85] 이 사건의 법정의견은 "선거운동기간 중 인터넷언론사 게시판 등을 통한 흑색선전이나 허위사실이 유포될 경우 언론사의 공신력과 지명도에 기초하여 광범위하고 신속한 정보의 왜곡이 일어날 수 있으므로, 실명확인조항은 이러한 인터넷언론사를 통한 정보의 특성과 우리나라 선거문화의 현실 등을 고려하여 입법된 것으로 선거의 공정성 확보를 위한 것"이라는 점에서 입법목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정되고, "실명확인조항은 실명확인이 필요한 기간을 '선거운동기간 중'으로 한정하고, 그 대상을 '인터넷언론사 홈페이지의 게시판·대화방' 등에 '정당·후보자에 대한 지지·반대의 정보'를 게시하는 경우로 제한하고 있는 점, 인터넷이용자는 실명확인을 받고 정보를 게시할 것인지 여부를 선택할 수 있고 실명확인에 별다른 시간과 비용이 소요되는 것이 아닌 점, 실명확인 후에도 게시자의 개인정보가 노출되지 않고 다만 '실명인증' 표시만이 나타나는 점" 등에 비춰볼 때 피해의 최소성 내지 법익의 균형성을 충족한다고 보아 "이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배되어 게시판 이용자의 정치적 익명표현의 자유, 개인정보자기결정권 및 인터넷언론사의 언론의 자유를 침해한다고 볼 수 없다."고 판시하였다.[86]

83) 헌재 2012. 8. 23. 2010헌마47등.
84) 헌재 2012. 8. 23. 2010헌마47등.
85) 헌재 2015. 7. 30. 2012헌마734등.
86) 헌재 2015. 7. 30. 2012헌마734등.

(3) 추가적인 쟁점

제18대 대선이 부정적인 의미에서 큰 주목을 받게 된 것은 선거과정에서 국가기관인 국정원이 조직적으로 특정 인터넷 사이트에 댓글달기를 통하여 선거에 개입하였던 사건에 의해서였다. [87] 흔히 국정원 여론조작 사건으로 불리는 이 사건은 초기에 제기된 일부 의혹이 점차 확대되었고,[88] 이후 재판과정을 통하여 제기된 의혹의 대부분이 사실로 확인되었다.[89]

한편 최근에는 이른바 드루킹 사건이 여론의 관심을 끌었다. 이 사건에서 "드루킹이라는 필명을 쓰는 전 민주당원인 김모씨"는 "매크로 프로그램(macro program)[90]을 이용하여 일시에 차명 아이디 수백개를 사용하는 방식"으로 "자신이 선택한 기사를 포털(네이버)의 뉴스 리스트 상단에 잘 노출되도록 조작"하고, 나아가 "해당 기사에 달린 댓글 중 자신이 선택한 댓글이 상단에 노출되도록 다시 공감수를 조작"하였다는 의혹을 받고 있다.[91] 그런데 일부 보도에 따르면 드루킹 등은 지난 19대 대선에서도 매크로 프로그램을 활용한 댓글 조작으로 선거에 개입하였다는 의혹이 제기되고

87) 국정원 여론조작사건으로 불리는 이 사건은 "2012년 대한민국 대통령 선거기간 중 대한민국 국가정보원 소속 심리정보국 소속 요원들이 국가정보원의 지시에 따라 인터넷에 게시글을 남김으로써 국가정보원이 대한민국 제18대 대통령 선거에 개입하였다는 사건"을 일컫는다. https://ko.wikipedia.org/wiki/%EA%B5%AD%EA%B0%80%EC%A0%95%EB%B3%B4%EC%9B%90_%EC%97%AC%EB%A1%A0_%EC%A1%B0%EC%9E%91_%EC%82%AC%EA%B1%B4

88) "당시 야당인 민주통합당은 2012년 12월 11일 국가정보원의 정치개입에 대한 문제를 제기했고 2013년 12월 기준으로 국군사이버사령부 직원들이 대선에 개입하는 글을 올린 것과 국가정보원 심리전단에서 트위터에 수십만 건 이상의 정치·대선개입활동을 한 사실이 확인되어 사건이 더욱 확대되었다." https://ko.wikipedia.org/wiki/%EA%B5%AD%EA%B0%80%EC%A0%95%EB%B3%B4%EC%9B%90_%EC%97%AC%EB%A1%A0_%EC%A1%B0%EC%9E%91_%EC%82%AC%EA%B1%B4

89) 중앙일보, 2018.04.19. "대법 '원세훈 국정원 댓글' 선거법·국정원법 모두 유죄 확정" 「대법원은 쟁점이었던 공직선거법 및 국정원법 위반 혐의 모두를 유죄로 인정했다. 인터넷 댓글 등의 활동이 국정원 직원의 직위를 이용한 정치 관여이자 선거 운동에 해당한다는 판단이다. 원 전 원장은 지난 2009년 2월부터 4대강 사업 등 이명박 정부의 주요 정책과 관련한 여론전을 지시한 혐의(국가정보원법상 정치관여금지 위반)로 재판에 넘겨졌다. 2012년 총선과 대선 등 각종 선거 과정에 국정원 심리정보국 직원들을 동원해 사회관계망서비스(SNS)와 인터넷 게시판 등에 댓글을 달게 해 선거에 영향을 미친 혐의(공직선거법상 지위를 이용한 선거운동 금지 위반)도 받았다. 1심은 국정원법 위반 혐의만 유죄로 보고 징역 2년 6개월에 집행유예 4년, 자격정지 3년을 선고했다. 하지만 2심은 선거법 위반 혐의도 유죄로 판단해 징역 3년과 자격정지 3년을 선고하고 법정 구속했다. 이후 대법원은 2015년 7월 선거법 위반의 근거가 된 핵심 증거들의 증거능력을 인정하기 어렵다며 2심 결론을 깨고 사건을 서울고법에 돌려보냈다. 파기환송심은 지난해 8월 선거법 및 국정원법 위반 혐의를 모두 유죄로 인정해 원 전 원장에게 징역 4년에 자격정지 4년을 선고했다. 그러면서 원 전 원장을 다시 법정 구속됐다. 파기환송심 재판부는 원 전 원장 등 국정원 심리전단이 대선에서 당시 후보들이었던 박 전 대통령을 지지하고 문재인 대통령을 비방한 사이버 활동을 한 것은 선거법 위반이며, 특정 정당이나 정치인을 지지 또는 반대한 것은 정치관여라고 판단했다.」

90) 매크로 프로그램은 단순 반복 작업(마우스, 키보드 조작 등)을 자동으로 처리하는 소프트웨어이다. 이 프로그램은 원래 여러 번 해야 할 단순반복 동작을 한 번의 클릭으로 자동실행시켜 일의 효율성을 높이기 위해 개발되었다. 송경재, "포털 댓글 조작, 가짜뉴스 현상과 대책", 33면 참조.

91) 천영석, "'드루킹' 사건에 대한 공직선거법 적용과 한계", 선거법의 최근 이슈들, 한국헌법학회·서울시립대학교 법학연구소 공동학술대회 자료집, 2018. 7. 13. 42면.

있다.[92]

드루킹 사건의 여론조작 행위가 곧바로 공직선거법의 규율을 받는 것은 아니다.[93] 이에 국회에서는 일부 의원들이 선거기간 중 “매크로 프로그램 등을 이용하여 부당한 여론 형성 행위를 한 자를 형사처벌하고, 온라인서비스제공자에게는 댓글조작을 차단하도록 기술적 조치를 의무화”하는 것을 내용으로 하는 공직선거법 개정안 등을 발의하였다.[94]

(4) 검토

최근 발생한 댓글조작 사건들로 인하여 일부에서는 선거기간 이외의 기간에도 인터넷 실명제를 부활할 것을 주장하는 등 도리어 관련 규제를 강화하자는 주장이 제기되고 있다.[95] 결국 최근 벌어진 일련의 댓글조작 사건들로 인하여 한시적 인터넷 실

92) 한겨레, 2018.4.18. “드루킹, 2016년에도 추천수 조작…‘매크로 사용’ 1월 이전 의심”, 「파워블로거인 ‘드루킹’ 김아무개(48)씨 등의 ‘댓글 추천수 조작’ 사건의 파문이 커지는 가운데, 김씨가 지난 1월 평창겨울올림픽 관련 기사 댓글의 추천수를 조작한 것 말고도 각종 커뮤니티와 팟캐스트 플랫폼 등에서 ‘여론몰이’를 해온 정황이 속속 드러나고 있다. 경찰은 김씨 등이 매크로 프로그램(동일 명령을 반복 수행하는 프로그램)을 구입한 시점을 1월15일로 보고 이전 ‘댓글 활동’의 불법성에 선을 긋고 있지만, 김씨가 전부터 정상적이지 않은 방법으로 인터넷 여론몰이를 시도한 정황은 여러 곳에서 발견된다. 수사 대상이 되는 범행 시점이 당겨질 가능성도 있다. (중략) 하지만 대선 전 이들이 불법적인 방법을 활용해 여론몰이를 한 사실이 드러나면 이들의 행동 전체가 정당성을 얻기 어려워질 수밖에 없다. 동시에 인터넷에서 자발적이고 적극적으로 정치적 의사를 표현해왔던 이들마저 큰 타격을 입게 될 것으로 전망된다.」

93) 현행법에 따르면 드루킹 김모씨의 형사처벌은 네이버의 업무를 방해하였다면 업무방해죄로, 타인의 아이디를 도용하거나 차용하였다면 개인정보법 위반죄로 가능하다. 사실관계에 따라서는 형법상 컴퓨터 등 사용 사기죄(제347조의2), 정보통신망사업상 정보통신망 침해죄(제48조 제3항) 등을 적용하여 형사처벌이 가능할 수도 있다. 다만 공직선거법에 의거한 규제는 미비한 상황이다.

94) 정치권에서는 드루킹 사건을 계기로 관련법 개정안을 다수 제출했다. 신문법과 정보통신망법 개정안은 인터넷 기사의 아웃링크 도입과 기사의 자의적인 배열 금지, 매크로를 이용하거나 타인의 개인정보를 이용하여 게시하는 것을 금지하는 것을 주요 내용으로 한다. 공직선거법 개정안은 박성중의원 대표발의안을 비롯하여 3건이 있다. 이들 중 김성태 의원안은 공직선거법에 제252조의2를 신설할 것을 제안한다. “제252조의2(특정 게시글 조작 등의 죄) 당선되거나 당선되지 아니하게 할 목적으로 종업원 수, 이용자 수 등이 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제3호의 정보통신서비스 제공자 또는 「신문 등의 진흥에 관한 법률」제2조제4호의 인터넷신문사업자가 제공하는 같은 법 제2조제5호에 따른 인터넷뉴스서비스 게시글(이하 “특정 게시글”이라 한다)을 작성하거나 조작한 자는 7년 이하의 징역 또는 500만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처한다.“ 의안번호 13190, 공직선거법 일부개정법률안(김성태의원 대표발의, 2018.4.23. 국회의안정보시스템.
http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_K1V8E0K4X2X3K1M5W1Y4H4I6H9B4J5

95) 최근 드루킹 사건으로 촉발된 인터넷 실명제의 부활 주장과 관련된 내용은 다음 기사의 내용을 참조하기 바람. “정치권과 업계에 따르면 드루킹 사건의 파장으로 포털의 책임론이 제기되면서 인터넷 실명제 부활과 포털의 아웃링크 도입 등을 주장하는 목소리가 커지고 있다. 포털 사업자에게 가짜뉴스 삭제, 차단 의무를 직접 부과하는 법안을 이미 발의한 정치권은 댓글 실명제, 국내 포털의 뉴스 서비스 방식을 아웃링크로 바꾸는 법안까지 발의했다....박성중 자유한국당 의원은 지난 4일 '신문 등의 진흥에 관한 법률 개정안'을 발의했고 바른미래당도 신용현 의원이 같은 법안을 준비하고 있다. 장제원 자유한국당 의원은 "표현의 자유도 중요하지만 피해자 인격권을 침해하지 않는 한도에서 보장되는 권리"라며 하루 이용자 1000만명 이상인 정보통신서비스제공자는 댓글 실명제를 도입하는 법안을 내놨다. 정치권은 선거 때마다 보수·진보 진영이 댓글에서 충돌하고, 소위 '댓글 전쟁'에서 이기기 위해

명제의 입지가 강화되고 있는 셈이다.

그러나 인터넷 실명제의 존치만으로는 댓글조작 시도에 대한 효과적인 제재수단이 될 수 없음은 역설적으로 최근의 사건이 잘 보여주고 있다고도 할 수도 있다.[96] 따라서 최소한 최근의 사건을 계기로 일부에서 주장하는 바와 같이 인터넷 실명제를 전면적으로 확대 실시하는 것은 바람직하지 않다고 본다.[97] 나아가 익명표현의 자유 또한 표현의 자유로서 최대한 보장되어야 한다는 점에서 선거기간 중 인터넷 실명제 또한 궁극적으로는 폐지되는 것이 바람직하다 할 것이다.

현 시점에서 보다 중요한 입법적 과제는 인터넷 댓글 조작 등을 통하여 선거의 공정을 해하는 행위에 대처할 수 있는 보다 직접적이고도 효과적인 수단을 마련하는 것이라 할 수 있다.[98] 특히 선거과정에서 매크로 프로그램 등을 통하여 인터넷 뉴스의 검색순위나 인터넷 댓글을 조작함으로써 여론형성을 방해하거나 여론을 왜곡함으로써 선거결과에 영향을 미치는 행위는, 법 개정을 통하여 형법 등 다른 법률이 아닌 공직선거법에 의해 우선적으로 규율될 필요성이 있다. 물론 이러한 법 개정시에는 새로운 제재수단의 도입에 따른 피해를 최소화하는 방안이 보다 심도 깊게 논의되어야 할 것이다.

현재 국회에서 드루킹 사건과 관련된 공직선거법 개정안은 3건이 발의되어 있다. 그런데 이들 의원안이 정하는 바와 같이 모든 여론조작 행위가 반드시 형사처벌의 대

댓글 아르바이트를 넘어 조작단까지 등장했기 때문에 이 문제를 해결하기 위해선 규제가 불가피하다는 입장이다....인터넷 댓글 실명제 부활에 찬성하는 여론조사 결과도 나왔다. 여론조사 전문기관 리얼미터가 tbs 의뢰로 지난 17일 전국 19세 이상 성인 501명을 대상으로 실시해 발표한 여론조사 결과에 따르면 인터넷 실명제 도입 찬성 응답률은 65.5%, 반대 응답률은 23.2%로 조사됐다." 파이낸셜뉴스, "드루킹 사건에 "인터넷 실명제·아웃링크 도입" VS "표현의 자유 침해·처벌부터 제대로" 2018.4.22.https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=105&oid=014&aid=0004006951

96) 일부에서는 "최근 발생한 국가 조직이나 매크로 프로그램에 의한 인터넷 여론조작 사건, 이른바 국정원 댓글조작 사건이나 드루킹 사건을 통하여, 인터넷 실명제의 시행이 부당한 선거운동이나 소수에 의한 여론 조작을 막을 수 없고, 오히려 실명확인의 부담으로 인하여 일반 국민들의 표현은 제한하면서도 국가 조직이나 특정소수의 여론 왜곡은 막지 못하고 그 폐해만 키운 것은 아닌지"에 의문을 제기한다. 김광재, "선거운동기간 중 인터넷 실명제의 헌법적 고찰- 헌재 2015.7.30. 2012헌마734, 2013헌바338(병합)결정에 대한 비판적 검토" 법학논총 제41집, 2018.5. 53면. 다만 이러한 의견 또한 드루킹 사건에서 발생하였던 여론조작 행위를 긍정적으로 평가하는 것은 아니라 할 수 있다.

97) 비교법적으로 이른바 서구 정치 선진국에서 표현의 자유에 익명표현의 자유를 포함시키고 이를 최대한 보장한다는 점은 잘 알려진 사실이다. 인터넷 실명제의 경우 "미국, 영국, 독일, 일본 등" 대다수 민주국가 즉 표현의 자유를 보장하는 국가들은 "인터넷상 본인 확인을 의무화하고 있지는 않고 사업자의 자율"에 맡기고 있다. 다만 정치적 통제가 심한 편이라 할 수 있는, 민주주의의 공고화 수준이 낮거나 민주국가의 범주에 포함되지 않는 것으로 볼 수 있는 중국, 러시아의 경우에만 본인 확인제를 민간 사업자에게 법적으로 의무화하고 있을 뿐이다. 최진용, 인터넷 댓글 규제의 현황과 입법적 검토과제, 이슈와 논점 제1457호, 국회입법조사처, 2018, 2면.

98) 이미 공직선거법은 특정 후보자에 대한 왜곡된 정보를 제공하거나 왜곡된 여론을 형성하여 자유로운 유권자의 의사형성을 저해하는 행위를 처벌한다. 예컨대 여론조사에 대한 규정이 그러하다. 특정 기사를 포털의 상단에 올리거나 특정 기사 댓글의 공감수를 조작하는 것은 여론형성을 방해하거나 여론을 왜곡하여 유권자의 자유로운 의사형성을 저해하는 행위라 할 수 있다. 이러한 이유에서 일부에서는 유권자에게 올바른 선거정보를 제공한다는 측면에서 여론조작 행위에 대한 일정한 규제는 불가피하다고 본다.

상으로 규율되어야 할지는 의문이다.[99] 현재 국회에 계류중인 법안들은 그 구성요건으로 '댓글 조작'이라는 다소 불명확한 용어를 사용하고 있기 때문이다.[100] 물론 드루킹 사건에서 문제된 매크로 프로그램을 활용한 댓글조작은 행위에 대한 가벌성이 높으므로 형사적 규제의 대상에 포함시켜야 할 것이다.[101] 그러나 댓글조작이라는 불명확한 개념을 통한 법 개정은 자칫 '일반 국민의 일상적인 온라인 선거운동'까지 위축시키는 결과를 낳을 수 있다. 예컨대 특정 후보의 지지자들이 자발적으로 서로 연락을 취하여 특정 기사 댓글의 공감수를 늘리는 등의, 상대적으로 가벌성이 낮거나 없는 것으로 보이는 행위까지도 처벌대상이 될 우려가 있기 때문이다. 따라서 법 개정 시 가벌성이 낮은 행위를 제외하는 보다 명확한 개념을 도입할 필요가 있을 것이다.[102]

3. 인터넷광고: 정치광고의 실명제 등

(1) 현황 및 문제점

정치광고는 '광고의 형식을 통한 정치적 표현'이라 할 수 있다.[103] 그러나 표현 방

---

99) 국회의안정보시스템(http://likms.assembly.go.kr/bill/main.do) 3건의 의원안은 각각 '검색결과 순위 또는 기사의 댓글 순위를 조작'(박성중 의원안, 의안번호 12341), '게시글을 작성하거나 조작'(김성태 의원안, 의안번호 13190), '게시물의 조회수·검색순위, 기사 및 댓글순위 등을 조작'(김정재 의원안, 의안번호 13399)'하는 행위를 금지한다.

100) 일부에서는 조작이라는 용어의 문제점에 대해 "특히, 조작이라는 용어가 다소 모호해서 자의적으로 해석될 우려"가 있다고 본다. "온라인에서 매크로 프로그램의 사용 없이 누군가가 특정 기사에 대해 댓글을 달자고 하거나 공감수를 늘이자고 하고 실제로 이에 동조하여 댓글이나 공감수가 많은 경우에도 조작이라고 할 수 있는지"에 대한 신중하고 면밀한 검토가 필요하기 때문이다. "오프라인 집회에 사람들을 많이 참석하도록 독려하고 실제로 많이 참석하는 것이 법 위반이 아닌 것"처럼 "온라인상에서 특정 기사에 댓글을 달자고 하거나 공감수를 늘이자고 독려하고 실제로 댓글이나 공감수가 많은 것"도 비슷한 맥락으로 볼 수 있다. 즉 "오프라인이나 온라인에서 여론 형성에 영향을 미치게 하여 자신들의 목적을 달성하고자 하는 정치·사회적 의사표현"은 표현의 자유로서 두텁게 보호할 필요성이 있다고 본다. 특히 "공직선거법에서 표현의 자유 확대를 위해 온라인 선거운동을 상시로 허용하고 있다는 점도 고려해야 한다."는 주장이 제기된다. 천영석, 위의 글, 41-42면.

101) 일부에서는 매크로를 이용한 여론조작행위에 대한 처벌이 불필요함을 주장하기도 한다. "매크로를 이용한 어뷰징은 회의 시간에 확성기를 대고 크게 떠들어 다른 사람의 목소리가 묻히게 하는 것만큼 나쁜 일인 것은 맞다. 특히 네이버와 같이 실명제 사이트에서는 여러 아이디가 떠 있으면 여러 사람이 의견을 낸 것으로 다른 이용자들이 오해할 수 있다. 그런데 회의 시간에 큰 소리를 내거나 여러 사람이 말한 것처럼 했다고 해서 형사처벌을 한다? 동네 담벼락에 낙서를 하는데 여러 사람이 한 것처럼 글씨체, 분필 색깔, 낙관을 바꿔 가며 낙서를 하면 불법이 될까? 낙서를 하지 못하도록 분필을 비싸게 팔거나 담벼락에 요철이 들어가게 하는 등 여러 가지 방법이 있겠지만 낙서한 사람을 형사처벌을 한다고?" 박경신, "드루킹 '댓글조작'처벌에 대한 헌법적 고찰", 선거법의 최근 이슈들, 한국헌법학회·서울시립대학교 법학연구소 공동학술대회 자료집, 2018. 7. 13. 32면.

102) 다른 법률에서 위법으로 볼 수 있는 부분을 공직선거법에서 적용하는 방법으로 "예를 들어 선거운동을 목적으로 또는 선거에 영향을 미치게 하기 위해 다른 사람의 ID를 수집해서 매크로 등 자동 프로그램을 사용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 선거운동 정보를 게시하거나 인터넷 언론사 홈페이지 게시물의 댓글 순위, 추천인 수를 조작하는 행위를 금지하는 방안"을 제안되기도 한다. 천영석, 위의 글, 43면.

식이 상업광고와 유사하기에 여타의 정치적 표현과는 다른 특수성을 또한 지닌다.[104] 즉, "불특정 다수를 표현의 상대방으로 한다"는 점과 "표현방법을 금전적으로 구매한다"는 점이 그러하다.[105] 이에 불특정 다수를 대상으로 하므로 표현의 파급력이 상대적으로 크다는 점과, 금전적 구매가 요구되므로 경제적 자력에 따른 "접근성의 제약"이 발생한다는 점은 정치광고의 특징으로 설명된다.[106] 그리고 이러한 특징에 따라서 선거과정에서 정치광고는 다른 정치적 표현에 비해 경제력이 충분한 이에 의하여 선거의 공정을 훼손될 우려가 큰 선거운동방식으로 이해되곤 한다.

그러나 정치광고가 비용이 많이 드는 정보전달 수단이라는 이유만으로, 후보자 간의 기회의 균등을 형식적으로 맞추는 현행 공직선거법이 과연 바람직한 것인가에는 의문을 제기할 수 있다. 지나치게 짧은 선거기간에도 불구하고 거대정당의 후보자 내지 현역의원은 선거운동 기간이 아닌 기간에도 자신들의 통상적인 정당활동 내지 의정활동 등이 언론 보도를 통하여 유권자에게 수없이 노출된다. 이에 이들은 언론계의 관행에 기대어 사실상 사전선거운동에 의한 것과 마찬가지인 홍보효과를 톡톡히 누리고 있다. 따라서 이러한 언론 환경 속에서 도리어 현행 공직선거법상의 정치광고에 대한 엄격한 규제는 유권자에게 알려질 기회가 적은 정치신인이나 군소 후보에게 불리하게 작용할 수 있다.[107] 즉 현재의 공직선거법상의 정치광고에 대한 형식적 규제조항들은, 지나치게 짧은 선거운동기간과 결합하여 언론보도의 관행에 따른 혜택을 입는 현역의원 내지 거대정당보다는, 군소정당 내지 정치신인의 선거운동의 자유를 더 많이 제약하는 효과를 발생시킨다.

사실 선거과정에서 표현의 자유를 제한하는 공직선거법상의 대부분의 규제조항들은 기득권을 가진 거대정당 내지 현역의원에게 유리하다고 할 수 있다. 정치광고에 대한 현행의 규제조항에도 위에서 설명한 바대로 문제점이 적지 않다. 이에 현실적인 대안으로 후보자 간 평등의 실현을 위해 기존의 정치광고에 있어 하향평준화 방식이 아닌 상향평준화 방식을 적극적으로 고려할 필요가 있다고 본다. 구체적으로는 공직선거법상 허용되는 정치광고의 횟수를 상향조정하되 군소정당 등에 대하여는 광고비용을 대폭 감액하여 주는 등의 일종의 적극적 평등실현조치를 고려할 수 있을 것이

---

103) 정치광고는 표현의 형식적인 면에서 보았을 때 상업광고와 유사하고 표현의 내용적인 면에서는 정치적 표현과 유사하다. 즉 정치광고는 상업광고와 정치적 표현이라는 이중적 지위에 놓인 의사소통방식이라 할 수 있다. 통상 상업적 광고는 정치적 표현 등 다른 표현에 비해 보호의 가치가 떨어지는 것으로 이해된다. 따라서 정치광고를 정치적 표현의 일부로 볼지 상업적 광고의 일부로 볼지에 따라 헌법상 요구되는 보호의 정도 또한 달라진다고 할 수 있다. 장철준, "정치광고와 유권자의 표현의 자유", 언론과 법 제10권 제2호, 2011. 186면.

104) 장철준, 위의 글, 188면.

105) 장철준, 위의 글, 189면.

106) 장철준, 위의 글, 188-189면.

107) 권혁남, "국회의원 선거운동 수단으로서 정치광고 활성화 방안", 한국언론학회 봄철 학술발표대회 발제문, 2000, 176-178면.

다.[108] 궁극적으로는 선거운동에 대한 규제가 방법에 대한 통제에서 비용에 대한 통제로 나아가야 한다는 전체적인 공직선거법의 개선요구에서 비춰보면 현행 공직선거법이 두고 있는 정치광고의 횟수제한, 선거의 종류에 따른 제한, 비례대표 후보자에 대한 차별 규정을 폐지 내지 완화할 필요가 있다고 본다.[109]

(2) 유권자 정치광고의 허용

한편 현행 공직선거법의 또 다른 문제로는 모두에서 지적한 바와 같은 맥락에서, 정치광고의 형식을 띤 일반 국민의 선거운동이 지나치게 제약된다는 점이 지적될 수 있다. 현행 공직선거법은 후보자에게만 신문광고(제69조)[110], 방송광고(제70조)[111], 인

108) 음선필, 앞의 글, 107면.

109) 더불어 정치광고를 게재하는 언론사의 불공정행위에 대한 대안도 모색될 필요가 있을 것이다. 예컨대 특정 언론사가 지지하는 정당 등에게 비용을 과도하게 적게 받거나 반대로 언론사와 정치적 이해관계를 달리하는 특정 후보자나 정당의 광고게재를 거부함으로써 발생할 수 있다.이러한 문제는 언론사에 의한 사실상의 선거운동으로서 언론의 정치적 중립성의 문제를 함께 야기할 수 있을 것이다.

110) 공직선거법 제69조(신문광고) ①선거운동을 위한 신문광고는 후보자(대통령선거에 있어서 정당추천후보자와 비례대표국회의원선거의 경우에는 후보자를 추천한 정당을 말한다. 이하 이 조에서 같다)가 다음 각호에 의하여 선거기간개시일부터 선거일전 2일까지 소속정당의 정강·정책이나 후보자의 정견, 정치자금모금(대통령선거에 한한다) 기타 홍보에 필요한 사항을 「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조(정의)제1호가목 및 나목에 따른 일간신문에 게재할 수 있다. 이 경우 일간신문에의 광고회수의 계산에 있어서는 하나의 일간신문에 1회 광고하는 것을 1회로 본다. 1. 대통령선거 총 70회 이내 2. 비례대표국회의원선거 총 20회 이내 3. 시·도지사선거 총 5회 이내. 다만, 인구 300만을 넘는 시·도에 있어서는 300만을 넘는 매 100만까지마다 1회를 더한다. ② 제1항의 광고에는 광고근거와 광고주명을 표시하여야 한다. ③시·도지사선거에 있어서 같은 정당의 추천을 받은 2인 이상의 후보자는 합동으로 광고를 할 수 있다. 이 경우 광고회수는 해당 후보자가 각각 1회의 광고를 한 것으로 보며, 그 비용은 해당 후보자간의 약정에 의하여 분담하되, 그 분담내역을 광고계약서에 명시하여야 한다. ④ 삭제 ⑤후보자가 광고를 하고자 하는 때에는 광고전에 이 법에 의한 광고임을 인정하는 관할선거구선거관리위원회의 인증서를 교부받아 광고를 하여야 하며, 일간신문을 경영·관리하는 자 또는 광고업무를 담당하는 자는 인증서가 첨부되지 아니한 후보자의 광고를 게재하여서는 아니된다. ⑥삭제 ⑦삭제 ⑧제1항의 규정에 의한 신문광고를 게재하는 일간신문을 경영·관리하는 자는 그 광고비용을 산정함에 있어 선거기간중에 같은 지면에 같은 규격으로 게재하는 상업·문화 기타 각종 광고의 요금중 최저요금을 초과하여 후보자에게 청구하거나 받을 수 없다. ⑨ 인증서의 서식, 광고근거의 표시, 그 밖에 필요한 사항은 중앙선거관리위원회규칙으로 정한다.

111) 공직선거법 70조(방송광고) ①선거운동을 위한 방송광고는 후보자(대통령선거에 있어서 정당추천후보자와 비례대표국회의원선거의 경우에는 후보자를 추천한 정당을 말한다. 이하 이 조에서 같다)가 다음 각 호에 따라 선거운동기간중 소속정당의 정강·정책이나 후보자의 정견 그 밖의 홍보에 필요한 사항을 텔레비전 및 라디오 방송시설[「방송법」에 의한 방송사업자가 관리·운영하는 무선국 및 종합유선방송국(보도전문편성의 방송채널사용사업자의 채널을 포함한다)을 말한다. 이하 이 조에서 같다]을 이용하여 실시할 수 있되, 광고시간은 1회 1분을 초과할 수 없다. 이 경우 광고회수의 계산에 있어서는 재방송을 포함하되, 하나의 텔레비전 또는 라디오 방송시설을 선정하여 당해 방송망을 동시에 이용하는 것은 1회로 본다. 1. 대통령선거 텔레비전 및 라디오 방송별로 각 30회 이내 2. 비례대표국회의원선거 텔레비전 및 라디오 방송별로 각 15회 이내 3. 시·도지사선거 지역방송시설을 이용하여 텔레비전 및 라디오 방송별로 각 5회 이내 ②삭제 ③제1항의 규정에 의한 광고를 실시하는 방송시설의 경영자는 방송광고의 일시와 광고내용 등을 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 관할선거구선거관리위원회에 통보하여야 한다. ④제1항의 방송광고는 「방송법」 제73조(방송광고 등)제2항 및 「방송광고판매대행 등에 관한 법률」 제5조의 규정을 적용하지 아니한다. ⑤방송시설을 경영 또는 관리하는 자는 제1항의 방송광고를 함에 있어서 방송시간대와 방송권역 등을 고려하여 모든 후보자에게 공평하게 하여야 하며, 후보자가 신청한 방송시설의 이용일시가 서로 중첩되는 경우에 방송일시의 조

터넷광고(제82조의7)[112]를 허용하고 있으며 이에 유권자인 일반 국민에게는 사실상 모든 정치광고가 금지되고 있다(제93조 제2항).[113] 물론 이러한 규정들은 일반 국민의 표현의 자유를 과도하게 침해한다고 볼 여지가 있다. 일반 국민의 정치광고 또한 헌법상 보장되는 정치적 표현의 자유이므로 피해의 최소성을 충족하는 수단으로서 이들의 정치광고를 제한된 방식으로나마 허용하는 방안을 모색하여야 할 시점이라 본다.[114]

유권자 정치광고의 허용 문제는 탈법방법에 의한 광고 배부를 금지한 공직선거법상 관련 규정을 합헌으로 판단한 헌법재판소의 최근 결정에서 논의된 바 있다.[115] 동 사건에서 헌법재판소의 다수의견은 “광고는 일방적으로 배부되고 불특정 다수의 사람들이 그들의 의도와 상관없이 광고에 노출된다는 점에서는 문서, 인쇄물 등 다른 방식과 마찬가지이지만, 대중매체를 이용할 경우 광범위한 표현의 상대방을 두기 때문에 그 파급효과가 문서, 인쇄물 등 다른 방식에 비하여 훨씬 크다. 또한 광고는 표현방법을 금전적으로 구매하는 것이기 때문에 문서, 인쇄물 등 다른 방식에 비하여 후보자 본인의 특별한 노력은 필요로 하지 않으면서 비용은 많이 드는 매체이므로, 경제력에 따라 그 이용 가능성에 큰 차이가 있을 수 있다. 이와 같은 사정 등을 종합하여 볼 때, 광고는 문서, 인쇄물 등 다른 방식에 비하여 선거의 공정성을 훼손할 우려가 더 크다고 할 것이므로, 탈법방법에 의한 광고의 배부를 금지하는 것은 과잉금지원칙에 위배되어 선거운동의 자유 및 정치적 표현의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.”고 보아 현재의 규정을 합헌으로 결정하였다.[116]

그러나 이 사건의 소수의견이 다음에서 밝힌 바와 같이 정치광고 중에서 인터넷광고와 같이 상대적으로 비용이 적게 드는 수단을 활용한다면 일반 유권자에게도 얼

정은 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 의한다. ⑥후보자는 제1항의 규정에 의한 방송광고에 있어서 청각장애선거인을 위한 수화 또는 자막을 방영할 수 있다. ⑦삭제 ⑧제1항의 규정에 의한 방송광고를 행하는 방송시설을 경영·관리하는 자는 그 광고비용을 산정함에 있어 선거기간중 같은 방송시간대에 광고하는 상업·문화 기타 각종 광고의 요금중 최저요금을 초과하여 후보자에게 청구하거나 받을 수 없다.

112) 공직선거법 제82조의7(인터넷광고) ①후보자(대통령선거의 정당추천후보자와 비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거에 있어서는 후보자를 추천한 정당을 말한다. 이하 이 조에서 같다)는 인터넷언론사의 인터넷홈페이지에 선거운동을 위한 광고(이하 "인터넷광고"라 한다)를 할 수 있다. ②제1항의 인터넷광고에는 광고근거와 광고주명을 표시하여야 한다. ③같은 정당의 추천을 받은 2인 이상의 후보자는 합동으로 제1항의 규정에 따른 인터넷광고를 할 수 있다. 이 경우 그 비용은 당해 후보자간의 약정에 따라 분담하되, 그 분담내역을 광고계약서에 명시하여야 한다. ④ 삭제 ⑤누구든지 제1항의 경우를 제외하고는 선거운동을 위하여 인터넷광고를 할 수 없다. ⑥광고근거의 표시방법 그 밖에 필요한 사항은 중앙선거관리위원회규칙으로 정한다.

113) 공직선거법 제93조 제2항은 “누구든지 선거일전 90일부터 선거일까지는 정당 또는 후보자의 명의를 나타내는 저술·연예·연극·영화·사진 그 밖의 물품을 이 법에 규정되지 아니한 방법으로 광고할 수 없으며, 후보자는 방송·신문·잡지 기타의 광고에 출연할 수 없다.”고 정한다.

114) 장철준, 위의 글, 185면.

115) 헌재 2016. 3. 31. 2013헌바26

116) 헌재 2016. 3. 31. 2013헌바26 다수의견

마든지 정치광고의 기회를 제공할 수 있다고 본다.

"광고에도 다양한 유형이 있고 그중에는 인터넷광고와 같이 상대적으로 비용이 저렴한 광고도 있으며, 일반 유권자의 정치광고도 그 비용이나 기간, 횟수 등을 적절하게 규제하는 방법으로 얼마든지 허용할 수 있다. 또한 광고에 의한 정보의 전달 방식이 반드시 일방적·수동적인 것은 아니고, 광고에 담긴 정보에 대한 반론과 토론 및 교정의 과정은 다른 광고나 매체를 통해 충분히 이루어질 수 있다. 이와 같은 점에 비추어 볼 때, 광고를 통한 일반 유권자의 정치적 표현을 원천적으로 봉쇄하는 것은 불필요하고 과도한 기본권 제한이므로, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배되어 청구인의 정치적 표현의 자유를 침해한다."[117]

다만 유권자의 정치광고를 허용할 경우에는 실제로는 유권자 개인의 정치광고보다는 자금력이 충분한 기업이나 시민단체나 노동조합 등 단체에 의한 정치광고가 문제될 수 있다. 만일 기업이나 단체 등의 정치광고를 허용할 경우에는 이는 정치자금 기부가 금지된 주체에게 우회적으로 정치자금을 기부하는 수단으로 악용될 우려가 있기 때문이다. 나아가 일반 유권자 개인의 정치광고 또한 후보자 측에서 선거비용의 한도를 우회하는 수단으로 이를 악용할 우려가 없지 않다. 따라서 이에 대한 입법적 보완이 필요할 것으로 보인다. 정치광고가 활성화된 미국에서도 정치광고에 수반하는 과도한 선거자금 지출의 문제에 대한 비판이 적지 않다고 한다. 이러한 문제에 대하여는 일단 일반 유권자의 정치광고를 주체별로 단계적으로 허용하는 방안을 고려해볼 수 있을 것이다. 현행 정치자금법상 기부행위 주체에 대한 규제가 그러하듯이 법인이나 단체 이외의 개인에게만 정치광고를 먼저 허용하는 등의 방안을 생각해볼 수 있다. 또는 전면적으로 모든 유권자의 정치광고를 허용하는 방안으로 법 개정을 추진하되 광고비 조성내역을 공개하는 등의 조치를 신설하는 것도 어느 정도 보완이 가능한 방안이라고 본다.[118] 정치적 표현의 자유를 최대한 보장하는 방안으로 유권자의 정치광고를 전면적으로 허용함과 동시에 정치광고에 대한 규제를 언론사 등의 자율에 맡기는 방안도 고려할 수 있다. 예컨대 페이스북은 정치광고에 대한 자율규제조치의 일환으로 정치광고 실명제를 천명한 바 있다. 당시 페이스북이 설명한 정치광고 실명제의 개요는 두 가지이다.[119] 첫째 정치광고를 페이스북에 게재하길 원하는 광고주들의 신원 소재를 공개한다. 둘째, 광고주들은 또한 자금의 출처도 밝혀야 한다.[120] 물론

117) 헌재 2016. 3. 31. 2013헌바26 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대의견
118) 장철준, 위의 글, 200면.
119) NEWS1, "페북, 정치광고·페이지 실명제 도입. 신뢰 뒷수습'", 2018.4.8.http://v.media.daum.net/v/20180408182005386
120) 이와 관련하여 롭 골드만 페이스북 광고담당 부사장 등은 "광고주들은 앞으로 페이스북의 승인을 받아야 선거나 정책 현안 관련 정치광고를 운영할 수 있다"고 말했다. 골드만 부사장은 "정치 광고들은 페이지 상단에 '정치광고'라는 문구와 함께 광고주를 밝힌 상태로 게시될 것"이라며 "이번 주부터

페이스북의 이러한 조치는 선거부정 스캔들에 연루된 회사의 사태 수습을 위한 것이라는 비판을 받고 있기는 하나[121] 업계의 자율규제 사례로서 성공여부의 귀추가 주목된다 하겠다.[122]

III. 가짜뉴스 등 허위사실 유포 및 비방 관련 규제

1. 확산의 배경

학자들의 견해가 모두 일치하는 것은 아니지만 다수의 견해에 따르면 가짜뉴스란 "교묘하게 조작된 속임수 뉴스"로서, "언론보도의 형식"을 중요한 개념표지로 한다.[123] 이에 가짜뉴스란 "소셜 미디어 또는 전통적인 뉴스 기사 등을 통하여 금전적 혹은 정치적 이득을 얻기 위하여 오인할 의도를 가지고 거짓 또는 의도적으로 유포되는 잘못된 정보"라 정의되기도 한다.[124]

오늘날 가짜뉴스는 온라인 매체 및 SNS의 확산에 따라 특히 문제가 되고 있다. 이른바 스마트 시대에 가짜뉴스는 주로 "소셜 미디어를 통해 허위의 뉴스 기사를 실어 조회수를 끌어 모으고 공유하기와 퍼나르기를 통해 널리 확산"되는 특성을 가지고 있기 때문이다.[125] 즉 SNS의 특성이 가짜뉴스의 확산에 기술적 환경을 제공한 것은 분명하다. 먼저 가짜뉴스가 양산되는 원인은 무엇인지 살펴보기로 한다. 아직까지는

인증 절차 시험에 들어 갈 예정이다. 페이스북 이용자들은 올 봄부터 '정치광고' 라벨을 볼 수 있게 될 것"이라고 말한 바 있다. 조선비즈, 2018.4.8."페이스북, 정치광고실명제...소셜미디어 규제 신호탄?"http://biz.chosun.com/site/data/html_dir/2018/04/08/2018040800822.html#csidx30fdbb31915edbeb1e31904726fffcc

121) 페이스북은 2018년 3월 영국의 정보분석업체인 케임브리지 애널리티카(CA)가 페이스북 이용자 수천만명의 개인정보를 빼돌려 도널드 트럼프 당시 후보측에 넘겼다는 사건에 연루된 바 있다.

122) 페이스북의 정치 광고 실명제에 대해서는 다음의 언론보도를 참조하기 바람. "로이터, 앤가젯 등 외신은 24일(현지시간) 페이스북과 인스타그램 정치 관련 광고에서 광고주를 확인할 수 있다고 보도했다. 정치광고는 페이지 상단에 '정치광고'라는 문구와 함께 광고비를 제공하는 주체 정보가 명시된다. 캠페인 예산과 광고를 본 사람의 성별, 나이 등 상세 정보를 확인할 수 있다. 신원이 검증되지 않으면 정치 광고를 올릴 수 없다. 페이스북은 수개월 내 미국 뿐 만 아니라 다른 국가에도 정치광고 실명제를 도입할 계획이다. 이런 움직임은 투명성을 높이기 위한 일환이다. 2016년 미 대선 당시 러시아가 페이스북을 통해 가짜뉴스를 유포해 선거에 개입해 논란이 벌어졌다. 페이스북은 이 문제를 해결하기 위해 지난 4월 광고 실명제 도입 계획을 발표했다. 인력을 추가로 고용하는 등 검증을 확실히 하겠다고 밝혔다. 페이스북은 월 평균 22억명이 사용하는 광고 효과가 매우 높은 플랫폼이다. 페이스북은 정치 광고 뿐 아니라 전반적인 광고 시스템을 손본다. 광고 이미지, 텍스트, 대상을 조사한다. 광고가 가리키는 외부 웹사이트 링크도 확인한다. 페이스북은 허가받지 않은 광고는 올릴 수 없을 것이라고 강조했다." 전자신문, "페이스북, 정치광고 실명제 시작. 광고 클릭하면 광고주 볼 수 있어", 2018.5.25. http://v.media.daum.net/v/20180525141806315

123) 장휘일, "가짜뉴스의 심각성과 법적 대응방안-한국의 19대 대통령 선거를 중심으로", KHU 글로벌 기업법무 리뷰 제10권 제1호, 2017, 38면.

124) 오일석·지성우·정운갑, "가짜 뉴스에 대한 규범적 고찰", 미국헌법연구 제29권 제1호, 2018, 160면.

125) 오일석·지성우·정운갑, 위의 글, 161면.

선거과정에서 후보자 측이나 단순지지자가 악의적으로 가짜뉴스의 유통이 아닌 생산에까지 직접 간여한 사례는 그다지 많이 확인되지 않고 있다. 이는 물론 가짜뉴스의 생산자를 추적하기 힘든 매체환경에도 일부 원인이 있겠지만 일부에서는 새로운 매체환경을 통하여 가짜뉴스가 급증한 배경을 다음과 같이 경제적인 이유로 설명하기도 한다.

"(가짜뉴스가 확산한 것은) 가짜뉴스 제공자 측면의 요인으로서, 가짜뉴스가 손쉬운 돈벌이 수단이 되기 때문이다. 아이러니하게도 가짜뉴스를 가능하게 하는 것은 현재 인터넷의 비즈니스 모델로서, 이들의 수입구조는 페이스북을 통해 트래픽을 폭발적으로 늘리고, 그 유입된 이용자를 지렛대로 하여 뉴스 사이트에 게재된 구글 광고를 통해 수익을 올리는 방식이다. 특히 사람들의 관심이 가장 집중되는 시기인 대선 기간에 실제론 대부분 허위인 뉴스로 지지자의 클릭을 유도해 돈벌이하는 디지털 골드러시가 펼쳐졌다."[126]

선거시기에 가짜뉴스가 확산하는 주된 이유가 특정인의 당선이나 낙선에 주안점을 둔 것인지 평소와 마찬가지로 트래픽의 증가를 통한 광고 수익을 목적으로 한 것인지는 불분명하다. 다만 위 글에만 따른다면 아직까지는 후자가 주된 원인으로 지목된다고 볼 수 있다.[127] 후술하겠지만, 선거시기에 가짜뉴스가 확산되는 원인이 규명되는 것은 가짜뉴스에 대한 대응수단의 마련에 있어서도 대단히 중요하다 하겠다. 아무튼 분명한 점은 오늘날 가짜뉴스의 확산은 유권자의 의사결정을 왜곡하고 선거의 공정을 심각하게 훼손하고 있다는 점이다. 이에 다음으로 오늘날 가짜뉴스의 부정적 영향력이 점증하는 제반 환경에 대해 좀 더 자세히 살펴보기로 한다.

물론 넓은 의미에서 가짜뉴스는 과거에도 있었지만, 선거과정에서 가짜뉴스의 폐해가 급격히 부각된 것은 최근의 SNS의 확산에 따른 것으로 보인다.[128] 오늘날 가짜뉴스는 널리 유포되고 있을 뿐만 아니라 신뢰도도 증가하고 있다. 후자의 이유에 대해서 논자들은 정보통신망 발달 특히 SNS의 확산에 따른 정치적 공론장의 파편화를 주된 원인으로 언급한다. 온라인 매체의 발달은 정보의 출처를 중시하지 않도록 함으로써 가짜뉴스의 확산에 유리한 환경을 조성하였다. 나아가 SNS의 확산은 이용자의 확증편향 즉 "자신의 주장과 일치하는 정보는 받아들이고 그렇지 않은 정보는 무시하는 경향"을 증대시켰다.[129] 다음의 설명은 정보통신의 발달이 어떻게 가짜뉴스가 확산되기 좋은 환경을 형성하고 유권자의 의사를 왜곡하는지를 보여준다.

---

126) 김유향, 미 대선 시기 가짜뉴스(Fake News) 관련 논란과 의미, 국회입법조사처, 2016, 3면.
127) 후술하겠지만 이러한 특징은 가짜뉴스의 생산자에 대한 규제보다는 정보통신망업자에 대한 통제가 보다 효과적임을 시사한다.
128) 가짜뉴스는 어느 시대에나 존재했다. 다만 본 보고서에서 문제 삼는 가짜뉴스는 SNS의 발달에 따른 최근의 현상에 한정한다.
129) 장휘일, 앞의 글, 40면.

"미디어 환경 측면의 요인으로서, 인터넷 등장 이후 뉴스 이용 행태의 변화와 전통 미디어의 영향력 감소를 들 수 있다. 최근 뉴스소비 형태를 보면, 주요 신문이나 방송 등 뉴스 사이트에서 직접 뉴스를 읽기보다, 페이스북 등 소셜미디어를 통해 뉴스를 접하는 비중이 크게 증가하였다.(중략) 소셜미디어의 미디어 특성 측면의 요인으로서, 구글 검색이나 페이스북 뉴스피드의 '개인화'알고리즘의 문제도 제기되고 있다. 즉 소셜 미디어 이용자별로 맞춤형 내용을 보여주는 여과거품(filter bubble)의 결과가 이용자를 에코 체임버(echo chamber) 즉 유사한 소리만 울리는 방에 가둔다는 것이다.(중략) 이용자 즉 뉴스독자 측면의 요인으로서, 더 자극적, 흥미위주의 기사를 즐기는 소셜미디어 시대 이용자들의 콘텐츠 소비패턴도 중요한 영향을 미쳤다."[130]

SNS 사용자들 사이에는 친구 맺기나 팔로잉 등을 통하여 오랜 기간 상당한 신뢰가 형성되어 있다.[131] 이들은 정치적으로 특정한 신념체계를 공유하는 사람들일 가능성이 높다. 이러한 환경 속에서는 비록 가짜정보라 할지라도 간에는 별다른 사실관계의 확인 없이 폐쇄적으로 정보가 유통될 수 있다. 결과적으로 이른바 스마트 시대에 이르러 가짜뉴스는 유권자의 정치적 의사결정을 왜곡할 가능성을 더욱 높이고 있음은 분명하다.

2. 현행법상 가짜뉴스 관련 규제

(1) 언론기관에 대한 규제

가짜뉴스가 새로운 현상인 만큼 이에 대한 법적 대응방안을 둘러싼 논의 또한 최근에서야 급격히 진행되고 있다. 이에 현행법상 가짜뉴스 관련 규제를 몇 가지 기준으로 유형화하기도 한다.

일부에서는 가짜뉴스의 생산자 및 유통자가 언론기관인지 여부를 기준으로 가짜뉴스에 대한 규제를 분류한다.[132] 이에 따르면 적어도 가짜뉴스의 생산자 또는 유통자가 언론에 속하는 경우에는 언론기관에게 적용되는 각종 법률(등록매체법, 언론중재법, 방송법, 신문법, 뉴스법) 등에 의해 규율된다고 본다.[133] 그러나 앞서 살펴본 대로

130) 김유향, 위의 글, 3-4면.
131) 오일석·지성우·정운갑, 위의 글, 163면.
132) 황용석·권오성, "가짜뉴스의 개념화와 규제수단에 관한 연구-인터넷서비스사업자의 자율규제를 중심으로", 언론과 법 제16권 제1호, 2017, 19면.
133) 언론사의 가짜뉴스 생산 및 유통에 대한 규제는 선관위 산하 각 위원회를 통하여 이뤄지므로 관련 법상의 근거가 마련되어있다고 볼 수 있다. 예컨대 선거관리위원회는 가짜뉴스를 보도한 인터넷 언론사에 대해 경고문 게재와 경고 등의 조치를 취할 수 있다.

가짜뉴스의 개념표지를 '실제 언론보도처럼 보이도록 형식을 위장한 정보'라고 할 때에는 언론기관에 의한 오보는 가짜뉴스의 폐해에 대한 대응방안을 논하는 주된 대상에서 벗어난다고 할 수 있다. 물론 실제 사례에서 확인되는 바처럼 좁은 의미의 가짜뉴스, 즉 실제 언론보도처럼 보이도록 형식을 위장한 거짓 정보를 기존의 언론기관이 잘못 인용하여 보도하는 경우에는 다시 언론사의 책임이 문제될 수 있다. 그러나 이러한 언론사의 오보에 대한 법적 대응방안은 방송법 등 위에서 언급한 여러 법률에 의해 이미 마련되어 있다고 볼 수 있다.

(2) 가짜뉴스 생산자에 대한 규제

일부에서는 가짜뉴스의 법적 책임을 생산자에 대한 책임과 전달 매개자의 책임으로 구분하기도 한다.[134] 여기서 현행법은 형법 등의 관련규정을 통하여 타인의 명예와 같은 개인적 법익을 침해하는 행위를 처벌함으로써 간접적으로나마 가짜뉴스 생산자의 법적 책임을 묻고 있다.

먼저 형법 제307조는 "공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자"를 처벌하는 명예훼손죄를 규정한다. 따라서 가짜뉴스를 통하여 "구체적 사실을 적시하여 마치 사실인양 특정인에 대한 허위정보를 유포할 경우"에는 형법상 명예훼손죄의 구성요건에 해당될 수 있다.[135] 나아가 가짜뉴스로 인해 사이버피해가 발생할 경우 가짜뉴스의 생산자는 "정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률"(이하 정보통신망법)의 제재를 받는다.[136] 정보통신망법 제70조 제1항은 "사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다."고 정하고 동조 제2항은 "사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 거짓의 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다."고 정하기 때문이다.

한편 공직선거법은 선거시기에 특정하여 일부 가짜뉴스를 통제하는 규정을 두고 있다. 즉 허위의 사실을 공표하는 행위 등을 통하여 선거결과에 영향을 미치고자 하는 경우 허위사실공표죄 등에 의한 처벌을 규정하고 있으므로 이를 통하여 가짜뉴스의 생산자에 대한 통제가 이뤄질 수 있다. 공직선거법 제110조는 "선거운동을 위하여 후보자....의 허위의 사실을 공표할 수 없으며, 공연히 사실을 적시하여 사생활을 비방

134) 장휘일, 앞의 글, 166면.
135) 장휘일, 위의 글, 같은 면.
136) 정보통신망법은 정보통신망을 이용하여 일정한 개인적 법익을 침해하는 가짜뉴스를 유통하는 행위를 처벌하므로 SNS는 인터넷 매체로서 정보통신망의 범주에 포함된다고 볼 수 있다.

할 수 없다."고 정하는 한편 동조 제2항에서 "누구든지 선거운동을 위하여 ... 공연히 비하·모욕하여서는 아니된다."고 정한다.[137] 또한 공직선거법 제250조제1항은 "당선되거나 되게 할 목적으로.... 허위의 사실을 공표하거나 공표하게 한 자와 허위의 사실을 게재한 선전문서를 배포할 목적으로 소지한 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다."고 정하고, 동조 제2항은 "당선되지 못하게 할 목적으로 ... 허위의 사실을 공표하거나 공표하게 한자...는 7년 이하의 징역"을 정하는 한편 동조 제3항을 통하여 당내경선과 관련하여 허위사실유포한 행위에 대한 처벌규정을 두고 있어 적어도 후보자 등의 개인적 법익을 침해하는 경우에는 간접적으로나마 가짜뉴스에 대한 통제를 가능하도록 하고 있다.

(3) 정보통신사업자에 대한 규제

정보통신망법 및 공직선거법 등은 일정한 경우에 정보통신사업자에 대해서도 가짜뉴스에 대하여 다음과 같은 책임을 지도록 정하고 있다. 정보통신망법 제44조의2은 정보의 삭제요청 등을 통하여 일정한 가짜뉴스에 대한 피해의 구제가 이뤄질 수 있음을 정한다. 정보통신망법 제44조의2제1항은 "정보통신망을 통하여 일반에게 공개를 목적으로 제공된 정보로 사생활 침해나 명예훼손 등 타인의 권리가 침해된 경우 그 침해를 받은 자는 해당 정보를 처리한 정보통신서비스 제공자에게 침해사실을 소명하여 그 정보의 삭제 또는 반박내용의 게재를 요청할 수 있다."고 정하고 동조 제2항에서 "정보통신서비스 제공자는 제1항에 따른 해당 정보의 삭제등을 요청받으면 지체 없이 삭제·임시조치 등의 필요한 조치를 하고 즉시 신청인 및 정보게재자에게 알려야 한다. 이 경우 정보통신서비스 제공자는 필요한 조치를 한 사실을 해당 게시판에 공시하는 등의 방법으로 이용자가 알 수 있도록 하여야 한다."고 정한다. 그리고 동법에 따르면 정보통신서비스 제공자는 권리침해여부가 불분명한 경우에도 임시조치를 취할 수 있다. 즉 동법 제44조의2 제4항은 "정보통신서비스 제공자는 제1항에 따른 정보의 삭제요청에도 불구하고 권리의 침해 여부를 판단하기 어렵거나 이해당사자 간에 다툼이 예상되는 경우에는 해당 정보에 대한 접근을 임시적으로 차단하는 조치(이하 "임시

137) 공직선거법 제110조는 다음에서와 같이 후보자 등의 행위 등에 관하여 허위의 사실을 공표할 수 없다고 정하고 있어 일부 가짜뉴스의 경우에 동 조항을 통한 규제가 가능하다. 공직선거법 제110조(후보자 등의 비방금지) ① 누구든지 선거운동을 위하여 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다), 후보자의 배우자 또는 직계존비속이나 형제자매의 출생지·가족관계·신분·직업·경력등·재산·행위·소속단체, 특정인 또는 특정단체로부터의 지지여부 등에 관하여 허위의 사실을 공표할 수 없으며, 공연히 사실을 적시하여 사생활을 비방할 수 없다. 다만, 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 그러하지 아니하다. ② 누구든지 선거운동을 위하여 정당, 후보자, 후보자의 배우자 또는 직계존비속이나 형제자매와 관련하여 특정 지역·지역인 또는 성별을 공연히 비하·모욕하여서는 아니 된다.

조치"라 한다)를 할 수 있다. 이 경우 임시조치의 기간은 30일 이내로 한다."고 정한다.

나아가 정보통신망법은 정보통신서비스 제공자로 하여금 임의의 임시조치를 통하여, 그리고 정보통신서비스 제공자단체에게는 자율규제를 통하여, 가짜뉴스를 통제할 수 있도록 법적 근거를 마련하고 있다. 즉 정보통신망법 제44조의3은 제1항에서 "정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 유통되는 정보가 사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해한다고 인정되면 임의로 임시조치를 할 수 있다."고 정하고, 동법 제44조의4는 "정보통신서비스 제공자단체는 이용자를 보호하고 안전하며 신뢰할 수 있는 정보통신서비스를 제공하기 위하여 정보통신서비스 제공자 행동강령을 정하여 시행할 수 있다."고 정한다.

공직선거법 또한 정보통신서비스 제공자에 대한 규제조항을 두고 있다. 공직선거법 제82조의4 제3항은 "각급선거관리위원회 또는 후보자는 이 법의 규정에 위반되는 정보가 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 게시되거나, 정보통신망을 통하여 전송되는 사실을 발견한 때에는 당해 정보가 게시된 인터넷 홈페이지를 관리·운영하는 자에게 해당 정보의 삭제를 요청하거나, 전송되는 정보를 취급하는 인터넷 홈페이지의 관리·운영자 또는... 정보통신서비스제공자에게 그 취급의 거부·정지·제한을 요청할 수 있다. 이 경우 인터넷 홈페이지 관리·운영자 또는 정보통신서비스 제공자가 후보자의 요청에 따르지 아니하는 때에는 해당 후보자는 관할 선거구선거관리위원회에 서면으로 그 사실을 통보할 수 있으며, 관할 선거구선거관리위원회는 후보자가 삭제요청 또는 취급의 거부·정지·제한을 요청한 정보가 이 법의 규정에 위반된다고 인정되는 때에는 해당 인터넷 홈페이지 관리·운영자 또는 정보통신서비스 제공자에게 삭제요청 또는 취급의 거부·정지·제한을 요청할 수 있다."고 정한다. 또한 동조 제4항은 "제3항에 따라 선거관리위원회로부터 요청을 받은 인터넷 홈페이지 관리·운영자 또는 정보통신서비스제공자는 지체없이 이에 따라야 한다."고 정하는 동시에 동조 제5항에서 "제3항에 따라 선거관리위원회로부터 요청을 받은 인터넷 홈페이지 관리·운영자 또는 정보통신서비스제공자는 그 요청을 받은 날부터, 해당 정보를 게시하거나 전송한 자는 당해 정보가 삭제되거나 그 취급이 거부·정지 또는 제한된 날부터 3일 이내에 그 요청을 한 선거관리위원회에 이의신청을 할 수 있다."고 정한다.

3. 외국의 입법례

(1) 독일

독일 연방하원은 2017년 6월 30일 “소셜네트워크에서 법집행 개선을 위한 법률[Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken, 이하 네트워크집행법(Netzwerkdurchsetzungsgesetz, NetzDG)]”안을 통과시켰고 같은 해 10월 1일부터 효력을 발생하였다.[138] 동법은 여섯 개의 조문으로 구성된 비교적 짧은 법률이다.

네트워크집행법 제1조는 본 법률의 적용범위(Anwendungsbereich)를 정한다. 이 법률은 사용자가 다른 사용자와 임의의 콘텐츠를 공유하거나 공개할 수 있도록 고안된, 이익창출을 목적으로 인터넷에 플랫폼을 운영하는 소셜 네트워크에 적용된다. 다만 서비스 제공자 자신의 책임 아래에서 저널 편집을 위해 제공된 플랫폼은 본 법률이 적용되는 소셜 네트워크에 해당하지 않으며, 개인 간 커뮤니케이션이나 특정 콘텐츠의 배포만을 위한 소규모 플랫폼도 본 법률의 적용대상에서 제외된다(제1조 제1항).[139] 따라서 제1조 제1항에 따르면 “메신저 서비스와 이메일 서비스는 본 법률의 규제대상이 아니며 직무상 활용되는 네트워크와 전문포털, 온라인게임, 온라인쇼핑몰 등도 규제대상에서 제외”된다.[140] 한편 제1조 제2항은 200만 명 미만의 사용자를 보유한 SNS 제공자는 동법 제2조와 제3조에 따른 의무가 면제됨을 정한다. 결국 동조 제1항 내지 제2항에 따르면 대다수 군소 포털사이트가 배제되는 결과, 동법은 독일에서 사실상 페이스북 규제법으로 입안되었다는 비판을 받기도 하였다.

네트워크집행법 제1조 제3항은 불법콘텐츠가 무엇인지를 정한다. 본 법률이 규제하고자 하는 불법 콘텐츠는 형법 제85조(위헌조직 선전물 반포), 제86조a(위헌조직 표시 사용), 제89조a(중대한 국가위해적 폭력행위 예비), 제91조(중대한 국가위해적 폭력행위 지시), 제100조a(간첩목적 위조), 제111조(공연한 범죄선동), 제126조(범죄위협을 통한 공공평온 교란), 제129조부터 제129조b(범죄단체 조직 등), 제130조(국민선동), 제131조(폭력물 반포), 제140조(범죄의 대가지급 및 찬양), 제166조(신앙, 종교단체, 세계관단체 모욕), 제184조b(아동음란물 반포, 취득, 소지), 제184조d(방송 및 텔레미디어를 이용한 음란물 공개), 제185조부터 제187조(모욕 등), 제201조a(사진촬영을 통한 가장 개인적인 생활영역 침해), 제241조(협박), 제269조(증거가치가 있는 정보의 조작)이며, 위법성조각사유가 없는 경우에 한한다(제1조 제3항).[141]

---

138) https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/BJNR335210017.html

139) Dieses Gesetz gilt für Telemediendiensteanbieter, die mit Gewinnerzielungsabsicht Plattformen im Internet betreiben, die dazu bestimmt sind, dass Nutzer beliebige Inhalte mit anderen Nutzern teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich machen (soziale Netzwerke). Plattformen mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten, die vom Diensteanbieter selbst verantwortet werden, gelten nicht als soziale Netzwerke im Sinne dieses Gesetzes. Das Gleiche gilt für Plattformen, die zur Individualkommunikation oder zur Verbreitung spezifischer Inhalte bestimmt sind.

140) 김대근·임석순·유진, 앞의 책, 125면.

141)) Rechtswidrige Inhalte sind Inhalte im Sinne des Absatzes 1, die den Tatbestand der §§

후술하겠지만, 여기서 주목할 점은 동법이 결코 가짜뉴스와 관련하여 불법콘텐츠의 개념을 신설하고 있는 것은 아니라는 점이다. 즉 동법의 신설 취지는 어디까지나 기존에 불법으로 판단되어 온 콘텐츠의 유통을 방치한 소셜 네트워크 제공업체의 책임을 새로이 정한데 있다 하겠다.

제2조는 보고서제출에 대해 정한다. 보고서에는 "1년에 100건이 넘는 불법 콘텐츠 신고를 접수한 소셜 네트워크 제공업체는 매 6개월마다 마지막 1달 이내에 불법 콘텐츠 처리에 대한 독일어 보고서를 연방 관보 및 자신의 홈페이지에 게재해야 한다.(제2조 제1항).[142] 보고서의 내용은 "소셜 네트워크 제공업체가 플랫폼상의 범죄행위를 막기 위해 기울인 노력(제1호), 신고 접수 체계 및 불법 콘텐츠의 삭제와 차단에 대한 판단기준(제2호), 분기별로 접수된 불법 콘텐츠에 대한 불만 건수 및 불만처리 담당자의 기각건수 그리고 불만접수 이후 사용자들이 신고한 불만 건수(제3호), 불만처리기구의 조직과 인적 구성, 기술적·언어적 숙련도 그리고 불만처리업무 담당자에 대한 교육 및 지원의 내용(제4호), 지점 간 조직에서 불만처리 사무소(제5호), 처리를 위해 외부기관이 자문하여 결정한 불만의 수(제6호), 삭제나 차단이 행해진 불만건수(제7호), 불만접수에서 삭제나 차단까지 걸린 시간(불만의 이유에 따라 '24시간 이내', '48시간 이내', '1주일 이내', '향후 시점'등으로 구분함.)(제8호) 그리고 불만신청인에게 결정에 대해 통보할 수단(제9호)" 등을 포함한다(제2조 제2항).[143]

86, 86a, 89a, 91, 100a, 111, 126, 129 bis 129b, 130, 131, 140, 166, 184b in Verbindung mit 184d, 185 bis 187, 201a, 241 oder 269 des Strafgesetzbuchs erfüllen und nicht gerechtfertigt sind.

142) Anbieter sozialer Netzwerke, die im Kalenderjahr mehr als 100 Beschwerden über rechtswidrige Inhalte erhalten, sind verpflichtet, einen deutschsprachigen Bericht über den Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte auf ihren Plattformen mit den Angaben nach Absatz 2 halbjährlich zu erstellen und im Bundesanzeiger sowie auf der eigenen Homepage spätestens einen Monat nach Ende eines Halbjahres zu veröffentlichen. Der auf der eigenen Homepage veröffentlichte Bericht muss leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar sein.

143) Der Bericht hat mindestens auf folgende Aspekte einzugehen: 1. Allgemeine Ausführungen, welche Anstrengungen der Anbieter des sozialen Netzwerks unternimmt, um strafbare Handlungen auf den Plattformen zu unterbinden, 2. Darstellung der Mechanismen zur Übermittlung von Beschwerden über rechtswidrige Inhalte und der Entscheidungskriterien für Löschung und Sperrung von rechtswidrigen Inhalten, 3. Anzahl der im Berichtszeitraum eingegangenen Beschwerden über rechtswidrige Inhalte, aufgeschlüsselt nach Beschwerden von Beschwerdestellen und Beschwerden von Nutzern und nach dem Beschwerdegrund, 4. Organisation, personelle Ausstattung, fachliche und sprachliche Kompetenz der für die Bearbeitung von Beschwerden zuständigen Arbeitseinheiten und Schulung und Betreuung der für die Bearbeitung von Beschwerden zuständigen Personen, 5. Mitgliedschaft in Branchenverbänden mit Hinweis darauf, ob in diesen Branchenverbänden eine Beschwerdestelle existiert, 6. Anzahl der Beschwerden, bei denen eine externe Stelle konsultiert wurde, um die Entscheidung vorzubereiten, 7. Anzahl der Beschwerden, die im Berichtszeitraum zur Löschung oder Sperrung des beanstandeten Inhalts führten, aufgeschlüsselt nach Beschwerden von Beschwerdestellen und von Nutzern, nach dem Beschwerdegrund, ob ein Fall des § 3 Absatz 2 Nummer 3 Buchstabe a vorlag, ob in diesem Fall eine Weiterleitung an den Nutzer erfolgte sowie ob

제3조는 불만처리절차를 정한다. 소셜 네트워크 사업자는 제3조 제2항 내지 제3항에 따라 불법 콘텐츠에 관한 불만처리를 위하여 효과적이고 투명한 절차를 제공해야 한다(제3조 제1항 제1문).[144] 소셜 네트워크 사업자는 사용자에게 불법 콘텐츠에 대한 불만 접수절차에 있어 쉽게 알아볼 수 있고, 직접적인 접근이 용이하면서, 항상 이용 이 가능한 절차를 제공해야 한다(제3조 제1항 제2문).[145] 나아가 소셜 네트워크 사업자는 불만을 즉시 인지하고 신고된 콘텐츠가 불법적인지, 삭제하거나 접근을 차단할지 판단해야 하고(제2항 제1호), 불법이 명백한 콘텐츠는 불만이 접수된 후 24시간 이내에 삭제하거나 접근을 차단하고(제2항 제2호), 모든 위법한 콘텐츠는 불만이 접수된 후 7일 이내에 제거하거나 접근을 차단하여야 한다(제3조 제2항 제3호)

제4조는 과태료에 대한 규정이다. 소셜 네트워크 사업자가 고의 또는 과실로 보고서를 작성하지 않거나 절차에 따라 공개하지 않는 경우, 조직상 미비점을 개선하지 않거나 국내 송달대리인을 지명하지 않는 경우에는 질서위반에 해당한다(제4조 제1항). 송달대리인을 지정하지 않은 경우 과태료 50만 유로를 부과하고, 그 밖에 불만처리 접수와 이행을 위해 적절한 행위를 하지 않은 때에는 최대 500만 유로의 과태료를 부과할 수 있다(제2항 제1문). 질서위반법 제30조 제2항 제3문을 적용한다(제2항 제2문).

동법은 “네트워크를 통해 가짜뉴스나 혐오표현이 확산되는 것을 미리 기술적으로 방지하는 것”을 목적으로 한다.[146] 이미 독일의 형법은 혐오표현이나 가짜뉴스의 제작과 관련한 처벌규정을 완비하고 있다. 다만 가짜뉴스나 혐오표현의 확산을 예방하기 위한 규정으로 소셜네트워크 서비스 제공자에게 법적 의무를 부과하는 것이 기존의 형법규정과 다른 부분이라 하겠다.

---

eine Übertragung an eine anerkannte Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung nach § 3 Absatz 2 Nummer 3 Buchstabe b erfolgte, 8. Zeit zwischen Beschwerdeeingang beim sozialen Netzwerk und Löschung oder Sperrung des rechtswidrigen Inhalts, aufgeschlüsselt nach Beschwerden von Beschwerdestellen und von Nutzern, nach dem Beschwerdegrund sowie nach den Zeiträumen „innerhalb von 24 Stunden“/„innerhalb von 48 Stunden“/„innerhalb einer Woche“/„zu einem späteren Zeitpunkt“, 9. Maßnahmen zur Unterrichtung des Beschwerdeführers sowie des Nutzers, für den der beanstandete Inhalt gespeichert wurde, über die Entscheidung über die Beschwerde.

144) Der Anbieter eines sozialen Netzwerks muss ein wirksames und transparentes Verfahren nach Absatz 2 und 3 für den Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte vorhalten.

145) Der Anbieter muss Nutzern ein leicht erkennbares, unmittelbar erreichbares und ständig verfügbares Verfahren zur Übermittlung von Beschwerden über rechtswidrige Inhalte zur Verfügung stellen.

146) 김대근·임석순·유진, 위의 책, 126-127면.

(2) 기타국가

독일을 제외하면 가짜뉴스의 처벌 등과 관련한 직접적인 법 개정 논의는 이른바 서구 선진국에서 그리 많이 전개되고 있는 것은 아니다. 대다수 국가에서 가짜뉴스에 대한 형사적 규제 논의는 아직 본격적으로 이뤄지지 않고 있다. 따라서 이들 국가에서 가짜뉴스와 관련된 법적 대응은 대부분 민사상 손해배상과 포털 등의 자율규제를 주된 내용으로 한다.

미국의 경우 "자유주의적 전통 하에 수정헌법 제1조에 근거한 표현의 자유를 중시"해 왔으며 이러한 이유로 "명예훼손죄를 인정하지 않거나 명예훼손행위에 대한 처벌조항을 폐기하는 추세"에 있으므로 가짜뉴스에 대한 직접적인 규제 논의로는 별다른 것이 확인되지 않다.[147] 미국에서 기타 전통적인 방송분야 관련 법률이나 2107년 캘리포니아 주에서 개정된 선거법의 일부 조항이 가짜뉴스와 관련된 것이기는 하나, 최근 논의되는 가짜뉴스의 생산 및 유통에 대한 규제조항과는 거리가 있는 것으로 보인다.[148] 다만 미국에서 명예훼손 행위에 대한 처벌이 폐기되는 추세에 있다고는 하나, 이른바 징벌적 손해배상 등을 통하여 우리나라에 비해 훨씬 고액의 민사배상 판결이 내려질 수 있다는 점에는 유의할 필요가 있다.[149]

프랑스의 경우에는 2017년 3월 상원의원인 나탈리 구레의 가짜뉴스 처벌법안이 발의된 이래로 끊임없이 가짜뉴스에 대응하는 법안이 논의되고 있다.[150] 언론보도에

147) 김대근·임석순·유진, 가짜뉴스 등 허위사실 유포로 인한 사이버상 유권자의사 왜곡 방지에 관한 연구, 중앙선거관리위원회 연구용역보고서, 2017,99면.

148) 방송관련 법률은 일정한 경우에 언론사의 거짓보도에 대응할 것을 정하고 있으나, 이는 일반 국민이나 포털에 대한 제재수단을 마련하지 않고 있다. 한편 캘리포니아 주는 하원의 사생활 및 소비자보호 위원회(Committee on Privacy and Consumer Affairs) 주도로 가짜뉴스에 직접적으로 대응하기 위해 선거법 개정을 하였으나 이 또한 직접적으로 가짜뉴스를 규율하는 내용을 담고 있지는 않은 것으로 보인다. 보다 자세한 내용은 김대근·임석순·유진, 앞의 글, 102면을 참조하기 바람.

149) 물론 미 연방대법원은 1964년 New York Times vs Sullivan 판결을 통하여 다음의 요건 하에 허위사실 유포에 의한 명예훼손행위의 민사배상이 제한된다고 보았다. 이 판결에서 미국 연방대법원은 "공무원이나 공직자에 대한 명예훼손은 실질적인 악의(actual malice)가 없는 한, 그 내용이 허위인 경우라 할지라도 손해배상을 청구하지 못한다."고 보았다. http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/supreme-court-landmarks/new-york-times-v-sullivan-podcast "The United States Supreme Court unanimously ruled in favor of the newspaper. The Court said the right to publish all statements is protected under the First Amendment. The Court also said in order to prove libel, a public official must show that what was said against them was made with actual malice - "that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard for the truth."

150) 동 법안의 보다 자세한 내용에 대해서는 다음의 설명을 참조하기 바람. 디지털 플랫폼을 통해 가짜뉴스를 유통한 경우, 최고 1년의 징역과 1만5000유로의 벌금을 부과하는 것을 주요 내용으로 한다. 이러한 제재는 관련 뉴스의 발행인뿐 아니라 유통자, 검색엔진, SNS 서비스 등에도 적용된다. 이 법안에 의하면 제3자에 의해 가짜뉴스 신고가 접수된 지 3일 이상이 지났음에도 아무런 조치를 취하지 않을 경우, 유통 플랫폼 역시 공범으로 취급되어 가짜 뉴스를 만든 이와 똑같이 처벌된다. 물론 모든 가짜 뉴스가 처벌의 대상이 되는 것은 아니다. 이 법안은 가짜 뉴스에 대한 처벌을 "민주주의적 가치를 의도적으로 해칠 목적으로 가짜 정보를 유포하는 경우"로 제한하고 있다. 즉, 법적 제재를 가하기 위해서는 '민주주의적 가치를 해칠 목적'이 있었는지의 유무가 상당히 중요하다. 이 법안의 공동 발의

따르면 현재는 지난 대선에서 가짜뉴스의 피해자이기도 하였던 마크롱 대통령이 가짜뉴스 대응법안의 연내 통과를 목표로 하고 있다고 알려져 있다. 마크롱 대통령의 법안은 구체적인 내용이 공개되지는 아니하였으나 대체로 독일과 유사한 내용을 담고 있을 것으로 예상되고 있다.[151]

4. 현행법의 개선방안

(1) 규제 완화론

규제 완화론은 현행법상 가짜뉴스 생산자에 대한 현재의 처벌규정만으로도 국민의 기본권이 과도하게 제한되고 있다고 본다. 특히 정보통신망 사업자에 대한 규정은 다음의 이유에서 사업자의 영업의 자유를 과도하게 제한한다고 본다.

앞서 살펴본 공직선거법 제82조의4 제3항은 “각급선거관리위원회 또는 후보자는 이 법의 규정에 위반되는 정보가 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 게시되거나, 정보통신망을 통하여 전송되는 사실을 발견한 때에는 당해 정보가 게시된 인터넷 홈페이지를 관리·운영하는 자에게 해당 정보의 삭제를 요청하거나, 전송되는 정보를 취급하는 인터넷 홈페이지의 관리·운영자 또는... 정보통신서비스제공자에게 그 취급의 거부·정지·제한을 요청할 수 있다”고 정한다. 그런데 후보자가 “정보통신사업자에게 특정 게시물에 대하여 삭제 또는 취급의 거부 등을 요청하는 경우”에는, 이들 사업자들이 “사실상 국가 행정 및 사법 권력에 의해 판단되어야 하는 위법성 여부 판단의 부담”을 부당하게 이행하게 된다는 점이 문제로 지적된다.[152] 동 조항은 “법률이 사적 영역의 사업자들에게 무리한 부담을 전가시키는 것”으로 “정보통신서비스제공자의 영업수행의 자유에 대한 과도한 제한”이라는 것이다.[153]

자인 변호사 단 세페트는 “인터넷에는 중상모략에 해당한다거나 부정적인 이미지를 줄 수 있는 수많은 활동이 존재한다. 예를 들어 가짜 소비자가 음식점이나 호텔에 대해 의도적으로 부정적인 코멘트를 실을 수도 있다. 이것 역시 일종의 가짜 뉴스다. 그렇다고 이러한 정보가 우리 사회에 위험하다거나 민주주의의 가치를 심각하게 훼손한다고 볼 수는 없다.(중략) 그러나 만약 어떤 정보가 유권자의 후보 선택에 방해 요소로 작용하거나, 유권자의 분별력을 잃게 만든다면 이러한 종류의 정보 배포는 금지되어야 한다”고 주장한다. 그러나 이 법안이 통과될 가능성은 그리 많지 않아 보인다. 가짜 뉴스의 정의가 너무나 모호한데다 그것을 만든 자의 의도를 어떻게 파악할 것인지도 불분명하다는 것, 그리고 평범한 시민들의 표현의 자유를 침해할 가능성이 높다는 것 등 비판의 목소리가 많다. 나탈리 구레 역시 법안 발의의 목적을 가짜 뉴스 현상에 대한 공적 토론의 활성화에 기여하기 위함이라고 밝혔다.

151) 다만 프랑스의 법안은 독일과 달리 선거시기에 한정하여 가짜뉴스를 규율할 것으로 논의되고 있어 그 추이를 살펴볼 필요가 있을 것으로 보인다. “프랑스, '가짜뉴스' 제재법 준비에 언론자유 침해 우려 제기”, 연합뉴스, 2018.1.11. https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=105&oid=001&aid=0009807200

152) 김유향·심우민, 위의 글, 15면.

153) 김유향 등은 다만 처벌규정이 없다는 점에서 반드시 위헌이라고 단언할 수는 없다고 본다. 김유향·

다른 한편으론 다음의 이유에서 현재의 관련규정은 규제수단의 적합성을 의심받기도 한다. 즉 “대다수 이용자가 해외 SNS를 이용하는 현실”에서 “우리법의 관할을 넘는 해외 사업자들에게 관련 정보의 삭제 및 취급거부 등을 실효적으로 요구할 수 있는지”가 문제되며, “우리나라의 망사업자들을 통한 계정차단 등의 조치는 네트워크의 기본 속성상 우회로가 마련되어 있다”는 점에서 또한 실효성이 의심스럽다는 것이다.[154] 나아가 “실제 계정차단이 이뤄지는 경우에도 문제된 맨션만이 차단되는 것이 아니라, 당해 계정 자체에 접근을 하지 못하는 경우가 발생”할 수 있으므로 기본권 침해가 발생할 수 있다고 본다.[155]

한편 규제완화론의 입장에서는 대체로 최근의 독일의 네트워크집행법 도입과 관련하여서도 이미 살펴본 바와 같이 동 법안이 가짜뉴스에 대한 규제보다는 혐오표현 방지에 주된 목적이 있음을 강조한다.

(2) 규제 강화론

가짜뉴스의 폐해는 시기를 불문하는 것이다. 그러나 선거일에 임박하여 가짜뉴스로 인해 발생한 피해는 사후적인 회복이 불가능하다는 점에서 폐해의 심각성이 특히 강조된다.[156] 실제 선거과정에서 가짜뉴스의 확산으로 인하여 선거의 공정성이 훼손된 것으로 의심되는 사례는 무수히 많이 보고되고 있다. 이에 규제강화론의 입장에서는 현재의 가짜뉴스 관련 제한규정이 다음의 점에서 불충분하므로 추가적인 규제조항을 신설할 필요가 있다고 본다.

규제강화론의 관점에서 볼 때 현행법상의 관련 규정들은 구성요건의 해석상 개인적 법익이 아닌 사회적 법익을 침해하는 가짜뉴스를 처벌대상에서 제외한다는 점에서 법적 공백이 지적된다.[157] 현재의 공직선거법 및 정보통신망법상의 규제 대상은 명예훼손 등의 개인적 법익 침해가 발생한 경우에 한정되기 때문이다. 규제강화론에 따르면 가짜뉴스와 관련한 규제에서 법적 공백이 문제가 되는 분야는 “언론매체로서 법적 지위를 갖지 않은 자에 의한 사회적 법익침해 영역”이다.[158] 예컨대 현행법상 “언론매체의 법적 지위”를 갖지 않은 자에 의해 “특정인이나 단체를 대상”으로 하지 않으면서 “사회정보의 신뢰성”을 훼손하고 “합리적 공적 토론”을 저해하는 가짜뉴스의 생

심우민, 위의 글, 15-16면.

154) 김유향·심우민, 위의 글, 25-26면.

155) 김유향·심우민, 위의 글, 26면.

156) 규제강화론에 따르면 이러한 선거의 특성이야말로 지지자들로 하여금 사후적인 처벌가능성에도 불구하고 선거과정에서 가짜뉴스를 유통하게 할 강력한 유인을 제공한다고도 볼 수 있다.

157) 김대근·임석순·유진, 가짜뉴스 등 허위사실 유포로 인한 사이버상 유권자의사 왜곡 방지에 관한 연구, 중앙선거관리위원회 연구용역보고서, 2017, 79면.

158) 황용석·권오성, 앞의 글, 76면.

산 및 유통에 대한 규제는 불가하기 때문이다.[159]

가짜뉴스에 대한 규제수단이 미비하다는 문제 제기는 헌법재판소가 과거 전기통신기본법 제47조 제1항에 대하여 공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자를 처벌하는 규정을 위헌으로 결정한 것에서 비롯되었다.[160] 헌법재판소의 결정 이전에는 가짜뉴스가 사회적 법익을 침해하는 경우에라도 전기통신기본법에 따라 처벌이 가능하였기 때문이다.[161] 그러나 이 조항은 헌법재판소의 위헌결정으로 효력을 잃게 되었다. 이에 규제강화론의 입장에서는 가짜뉴스를 규제할 관련규정의 신설이 필요하다고 본다.

한편으론 가짜뉴스가 유통되는 매체의 특징에 비추어 볼 때 가짜뉴스의 생산자에 대한 법적 규제는 현실적으로 쉽지 않은 일이다. 여기서 가짜뉴스의 유통경로로는 몇몇 플랫폼의 독점현상이 두드러진다는데 주목한다.[162] 현재의 가짜뉴스 유통 환경에 비추어보면 가짜뉴스의 생산자가 아닌 플랫폼에 대한 규제가 효과적일 수 있다. 이와 관련하여서 규제강화론은 최근 제정된 독일의 네트워크 법집행법과 유사한 내용의 법안을 도입하는 방안을 지지하는바 플랫폼에 대한 규제수준을 강화하는 방안 또한 중요한 법적 쟁점으로 제기되고 있다.

(3) 검토

SNS를 통한 가짜뉴스의 확산 자체가 그리 오래된 일이 아닌 만큼 향후 각국에서

159) 황용석·권오성, 위의 글, 76면.

160) 헌재 2010. 12. 28. 2008헌바157등. 이 사건에서 헌법재판소는 “이 사건 법률조항은 표현의 자유에 대한 제한입법이며, 동시에 형벌조항에 해당하므로, 엄격한 의미의 명확성원칙이 적용된다. 그런데 이 사건 법률조항은 “공익을 해할 목적”의 허위의 통신을 금지하는바, 여기서의 “공익”은 형벌조항의 구성요건으로서 구체적인 표지를 정하고 있는 것이 아니라, 헌법상 기본권 제한에 필요한 최소한의 요건 또는 헌법상 언론·출판의 자유의 한계를 그대로 법률에 옮겨 놓은 것에 불과할 정도로 그 의미가 불명확하고 추상적이다. 따라서 어떠한 표현행위가 “공익”을 해하는 것인지, 아닌지에 관한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수밖에 없으며, 이는 판단주체가 법전문가라 하여도 마찬가지이고, 법집행자의 통상적 해석을 통하여 그 의미내용이 객관적으로 확정될 수 있다고 보기 어렵다. 나아가 현재의 다원적이고 가치상대적인 사회구조 하에서 구체적으로 어떤 행위상황이 문제되었을 때에 문제되는 공익은 하나로 수렴되지 않는 경우가 대부분인바, 공익을 해할 목적이 있는지 여부를 판단하기 위한 공익간 형량의 결과가 언제나 객관적으로 명백한 것도 아니다. 결국, 이 사건 법률조항은 수범자인 국민에 대하여 일반적으로 허용되는 ‘허위의 통신’ 가운데 어떤 목적의 통신이 금지되는 것인지 고지하여 주지 못하고 있으므로 표현의 자유에서 요구하는 명확성의 요청 및 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배하여 헌법에 위반된다.“고 판시하였다.

161) 관련 조항은 2008년 이른바 미네르바 사건에서 크게 문제된 바 있는데 법원은 미네르바라는 이름으로 활동하였던 박대성씨에 대해 무죄로 판결하였다.

162) 일부 조사에 따르면 미국 성인의 66%가 소셜 미디어를 통하여 뉴스를 접하고 있다. 특히 국가별로 몇몇 매체의 정보 플랫폼 독점 현상이 두드러진다. 즉 미국 성인의 67%가 페이스북을 이용하는데 이들 중 3분의 2가 페이스북을 통하여 뉴스를 접한다고 한다. 전체 미국 인구의 44%가 페이스북을 통하여 뉴스를 접하는 것이다. 한편 우리나라의 경우에는 주로 포털을 이용하여 뉴스를 접하고 있으며 네이버가 차지하는 이용점유율은 2015년의 조사에 따르면 55.4%에 이른다. 오일석 외, 위의 글, 161-162면.

어떠한 방향으로 이에 대한 규제가 이뤄질지를 점치는 것 또한 다소 시기상조인 감이 있다. 더구나 이른바 서구의 민주주의가 공고화된 국가로 분류되는 나라들 중에서 아직까지는 가짜뉴스 처벌법을 새로 도입한 국가는 독일이 사실상 유일한 것으로 보인다.

이에 이미 언급한 바와 같이 국내에서는 독일의 네트워크집행법의 성격을 두고 일련의 논란이 전개된 바 있다. 가짜뉴스 관련 규제가 강화되어야 한다는 입장에서는 우리나라에서도 독일의 입법례를 따라 법 신설이 필요하다고 주장하는 반면 현행의 규제수준이 과도하다고 보는 쪽에서는 가짜뉴스처벌법이 아닌 혐오표현 처벌법이란 점을 강조한다. 물론 독일의 네트워크집행법은 “가짜뉴스보다는 혐오표현(Hasskommentare) 규제에 초점”을 맞추고 있는 것으로 보인다. 그러나 선거 시기에 영향력을 발휘하는 사회적 법익을 침해하는 가짜 뉴스의 상당부분은 혐오표현을 내용으로 하리란 점에서 동법이 가짜뉴스에 대한 규제와 무관하다는 주장은 다소 설득력이 떨어진다고 본다.

다만 가짜뉴스에 대한 상시적인 규제가 필요한지는 의문이라 하겠다. 최근 국회에서 가짜뉴스와 관련하여 이뤄지는 논의의 대부분은 정보통신망법의 개정여부에 모아지고 있다. 일부에서는 별도의 법 제정을 통하여 최근 제정된 독일의 네트워크집행법과 유사한 내용의, 보다 강화된 플랫폼 규제 방안을 담는 안을 검토하기도 한다.[163] 그러나 ‘시기와 주체를 불문한’ 과도한 규제조항의 도입은 민간의 자율규제 가능성을 위축시키고 국민의 표현의 자유를 과도하게 제한할 가능성이 있으므로 지양되어야 할 것이라고 본다.[164] 사실 업계의 자율규제의 가능성은 2018년 지방선거에서 확인된 바 있다.[165]

---

163) 연합뉴스, 2018.4.5. 박광온, 가짜뉴스 유통방지법 발의.."포털에 삭제 의무" “더불어민주당 박광온 의원은 5일 포털 등에 가짜뉴스 삭제 의무를 규정한 '가짜정보 유통 방지에 관한 법률 제정안'을 대표 발의한다고 밝혔다. 이 법안은 포털 등 정보통신서비스 제공자는 가짜뉴스 처리 업무 담당자를 채용하고, 명백히 위법한 가짜뉴스를 24시간 이내에 삭제해야 한다는 내용을 핵심으로 한다. 이를 어기면 위반행위와 관련한 매출액의 100분의 10 이상에 해당하는 금액이 과징금으로 부과된다.”

164) 현재의 한국인터넷자율정책기구(KISO; Korea Internet Self-governance Organization)의 활동을 그 사례로 들 수 있다. KISO는 인터넷 에는 네이버, 카카오, 오늘의 유머, KTh, 아프리카 TV SK communications 등 대부분의 인터넷 기업이 참여하고 있다. KISO는 최근 자율적 규제안을 만들고 가짜뉴스를 신고할 수 있는 센터를 만들어 규제 시스템 구축한 바 있다. https://report.kiso.or.kr/ 현재 KISO가 제시하는 가짜뉴스의 개념은 다음과 같다. “KISO는 정책 규정 제5절에서는“언론 보도 형식의 허위 게시물 관련 정책”을 규정하였고 이러한 언론 보도 형식의 허위 게시물을 곧 "가짜 뉴스"라고 지칭하고 있습니다. KISO 회원사의 웹 사이트에 게재된 어떤 게시물이 언론사의 명의나 언론사의 직책 등을 사칭 또는 도용하였고 기사 형태를 갖추었으며 그 게시물의 내용이 허위로 판단될 경우, 이를 가짜 뉴스라고 판단합니다. 그러나 KISO 회원사의 웹 사이트에 게재된 게시물이라 하더라도 ① 언론의 오보인 경우 ② 언론사의 명의나 직책 등을 사칭 또는 도용하여 기사 형태를 갖춘 게시물이지만 게시물의 내용이 허위가 아닌 경우 ③ 기사 형태가 아닌 경우 ④ 공개 게시판 등 일반 이용자가 접근 가능한 공간에 게시되지 않은 경우, 이 네 경우 중 하나에 해당할 때에는 KISO가 규정하는 가짜 뉴스에 해당하지 않습니다.“

165) “KISO-선관위, 인터넷 선거범죄 대처방안 짠다” ZDNet Korea, 2018. 4. 18. “2011년 10월부터 KISO는 공정한 선거를 위해 회원사가 준수해야 하는 가이드라인을 만들어 시행 중이다. 당시 마련

결론적으로 가짜뉴스에 대한 상시적인 규제는 바람직하지 아니하나, 가짜뉴스에 대한 대응방안 논의에 있어 선거시기의 특수성은 충분히 고려될 필요가 있다고 본다. 오늘날 가짜뉴스의 영향력은 선거의 결과를 좌우할 수 있을 정도로 커졌지만, 선거시기에 입은 피해를 선거소송 등으로 되돌리는 것을 결코 쉬운 일이 아니다. 이러한 점에 비추어 볼 때 인터넷 실명제가 그러하듯이 선거 시기에 한시적 규제를 통하여 사회적 법익을 침해하는 가짜뉴스 또한 규제하는 방안은 헌법적으로 허용될 여지가 있다고 본다. 나아가 선거시기에는 사후적인 처벌보다는 가짜뉴스의 확산을 긴급하게 제한하는 것이 무엇보다 중요하므로 소셜 네트워크 사업자의 책임을 묻는 것 또한 불가피하다고 본다.

또한 가짜뉴스에 대한 규제방안 논의에 있어 가장 문제가 되는 행위는 후보자 측에서 가짜뉴스를 선거일에 근접하여 선거결과에 영향을 미치고자 생산 및 유포하는 행위라 할 것이다. 따라서 가짜뉴스의 생산 및 유포시기가 선거일에 근접하여 이뤄졌는지, 생산자 또는 유포자가 일반 유권자인지 후보자 측인지 등에 따라 가벌성의 정도를 달리할 필요가 있으며 공직선거법의 개정을 통하여 후보자 측의 가짜뉴스 생산 및 유포 행위를 처벌하는 규정을 도입할 필요가 있다고 본다.

IV. 선거여론조사 관련 규제

1. 선거여론조사 규제 도입 배경 및 규제 변화

오늘날 선거과정에 있어 정당과 후보자, 그리고 유권자들에게 많은 관심 대상 중 하나는 바로 선거여론조사라고 할 수 있다. 정당과 후보자는 다양한 사전 선거여론조사를 통해 민심의 향방을 예측하고 국민의 지지도를 확보할 수 있는 선거 전략을 고

된 가이드라인은 예비후보자 등록 개시일부터 선거관련 게시물의 삭제 여부는 회원사가 판단하지 않고 중앙선거관리위원회의 지침 또는 결정을 통해 삭제하도록 했다. 또한 같은 기간 후보자와 관련된 검색어 역시 평소보다 엄격한 기준인 ▲오로지 사생활 침해에 해당하는 경우 ▲명백한 허위사실이 증명된 경우에만 삭제가 가능하게 해 유권자의 알 권리를 보장한다. 이번 선거의 예비 후보자 등록이 개시됐기 때문에 이미 KISO 회원사들은 해당 가이드라인에 따라 게시물 및 검색어를 처리하고 있다. 즉, 선거관련 게시물은 중앙선거관리위원회의 지침 또는 결정에 따라 처리하고 있으며, 후보자 등에 대한 검색어 역시 예외적인 경우를 제외하고 삭제를 제한하고 있다. 나아가 향후 선거기간에는 자체 데이터베이스의 인물정보가 아니라 중앙선거관리위원회로부터 수령한 후보자정보를 게시할 예정이다. KISO는 2016년 국회의원 선거, 2017년 대통령 선거 등 중요한 선거 전에 중앙선거관리위원회와 공동으로 회원사가 참여하는 간담회 설명회 등을 개최해 인터넷 사업자의 선거기간 중 게시물 처리에 관한 사항을 논의해왔다. KISO는 이와 관련해 2016년 국회의원 선거 이후인 2016년 6월28일 선거기간 중 자율규제 사항을 담은 '2016년 총선과 인터넷 자율규제' 보고서를 내기도 했다. 위 보고서를 보면 KISO는 중앙선거관리위원회로부터 불법으로 판단된 총 2천711건의 게시물을 삭제했다는 결과도 포함돼 있다. KISO는 이번 선거기간 중에도 회원사의 판단을 돕기 위해 중앙선거관리위원회와 핫라인을 구성해 운영한다."

안하며, 유권자들 역시 자신의 투표 의사를 결정하는데 있어 선거여론조사를 중요한 정보로 활용하기도 한다.[166] 또한 선거여론조사는 국민의 알권리를 충족시키는 수단이 됨과 동시에 유권자의 표심의 향방에 영향을 미치기에 사실상 예비선거의 기능을 수행한다고도 볼 수 있다.[167] 그렇지만 정당이나 후보자의 선거여론조사에 대한 의존성과 영향력이 커지면서 여론조사가 후보자를 홍보하는 전략적 수단으로 활용되거나 출처 불분명의 선거여론조사 결과가 경쟁적으로 보도되면서 선거 과열 및 혼탁현성이 나타나게 되었다.[168] 여론조사는 사실상 일정한 응답을 유도하는 방향으로 조작하거나 표본을 편파적으로 추출함으로써 조작이 가능하고, 조사기간, 조사대상의 범위, 표본추출방법, 질문의 방식 등에 따라 그 결과가 달리 나타나거나 정확도에서 많은 차이가 나게 될 위험성이 크다.[169] 이런 여론조사의 특성을 이용하여 경선이나 정당 공천 시 지지자들에 의한 유선 전화 개통, 착신 전환, 가중치 연령대 응답조작, 이윤추구를 목적으로 하는 여론조사기관의 여론조사 과정 및 결과 왜곡이 현실로 드러났고,[170] 결국 여론조사의 신뢰성, 정확성 및 공정성 확보가 공정 선거의 전제라는 인식 속에서 공직선거법상 선거여론조사 규제가 도입되었다.

우리 선거법상 선거여론조사 규제는 초기에는 사실상 선거여론조사 자체를 금지하는 모습이었지만 1994년 제정된 공직선거법 제108조에서 선거여론조사는 허용하되 선거기간 중 선거여론조사 결과 공표 금지와 모의투표 금지를 규정하였다. 이후 선거기간 중 선거여론조사 결과 공표 금지원칙은 유지한 채, 지속된 선거법령 개정을 통

166) 조진만, “선거여론조사 제도의 장점과 개선방안”, 선거연구 제5호, 2014, 28-30면.

167) 헌재 2015. 4. 30. 2014헌마360, 판례집 27-1하, 131, 141.; 전희락, “언론 자유의 관점에서 본 공직선거법의 선거여론조사 규제의 한계”, 정치커뮤니케이션연구 제48호, 2018, 141-144면.

168) 정당이 여론조사 결과를 토대로 후보자를 공천할 정도로 중요한 정치적 의사결정을 여론조사에 지나치게 의존하는 여론조사 공화국의 특징에 대한 비판도 제기되었다. 이준웅, “선거여론조사공정심의위원회와 여론 환경의 정상화” 중앙선거여론조사공정심의위원회 선거여론조사 전문가 토론회 자료집, 2014.; 더불어 민주당 당헌 제108조는 “지역구국회의원선거후보자 및 지방자치단체의장선거후보자의 추천을 위한 경선은 국민참여경선(여론조사경선 포함)으로 하되 다음 각 호에 따른다.”고 규정하고 있다.

169) 헌재 1995. 7. 21. 92헌마177 등, 판례집 7-2, 112.; 지방선거의 경우, 지역신문사나 지역기반 인터넷언론사들이 지역적 영향력을 이용하여 후보자 또는 예비후보자, 정당 등과 함께 의도적으로 그들에게 유리한 방향으로 여론조사를 실시하고 그 결과를 공표·보도하는 경우도 발생했다. 헌재 2015. 4. 30. 2014헌마360, 판례집 27-1하, 131, 141.

170) 2012년 국회의원선거 후보 단일화를 위한 여론조사 경선에서 통진당 이정희 후보와 보좌관은 유선전화 190대를 개통하여 무선 전화로 착신 전환하였고 1년의 징역형을 선고받았다.; 조진만, 위의 글, 36면.; “여론조사가 안고 있던 문제점들을 적나라하게 드러낸 20대 국회의원선거의 여론조사는 선거였고 ‘선거공해’, ‘여론이 없는 여론조사’, ‘예측실패 대참사’, ‘여론조사 무용론’이라는 평가를 받았다. 또한 후보자와 조사기관이 공모한 여론조사결과 조작, 출처불명의 편향된 DB 사용과 분석결과의 왜곡, 같은 시기에 실시된 여러 여론조사기관들의 널뛰기 조사결과는 여론조사의 신뢰성을 바닥까지 떨어뜨렸다.” 윤재현, 선거여론조사의 문제점과 개선방안, 선거여론조사 개선방안마련을 위한 공청회 자료집, 중앙선거관리위원회 (2016. 5. 27) 참조.; 선거에서 정당이나 후보자 내지 후보예정자에 대한 지지도를 알아보기 위한 여론조사는 일반적으로는 허용되나, 그 여론조사의 목적이 후보자나 후보예정자에 대한 인지도를 높이고 그의 장점을 부각시켜 그에 대한 지지를 유도하기 위한 것이라면, 이는 사전선거운동에 해당하여 허용할 수 없다(대법원 1998. 6. 9. 선고 97도856 판결 등 참조).

해 선거여론조사기관 및 조사방식과 절차에 대한 규제를 확대하였으며 이를 간략히 살펴보면 다음과 같다.

1) 인기투표나 모의투표 금지 - 선거여론조사 관련 최초의 규제로는 참의원선거법 제68조와 민의원선거법 제78조에 "누구든지 선거에 관하여 당선 또는 낙선을 예상하는 인기투표나 모의투표를 할 수 없다."는 사실상 선거여론조사 금지규정을 들 수 있다.[171] 이후 대통령선거법 제57조에도 마찬가지로 "누구든지 선거에 관하여 당선되거나 되지 아니함을 예상하는 인기투표나 모의투표를 할 수 없다."고 규정하였고 이는 20년 넘게 존속되다가 1987년 대통령선거법[172]에 그대로 편입되었다.

2) 선거여론조사 허용 및 선거기간 중 여론조사의 경위와 결과 공표 금지- 선거기간과 상관없이 인기투표나 모의투표 자체를 금하였던 여론조사규제는 1992년 대통령선거법 개정을 통해 선거에 관한 여론조사(인기투표나 모의투표를 포함한다) 자체는 금지하지 않고, 다만 '선거기간 중 여론조사의 경위와 결과 공표만을 금지'하게 된다(제65조 제1항). 이후 1994년 제정된 통합 공직선거법에서도 '선거 기간 중 여론조사 경위와 결과 공표가 금지'되었고 동시에 "선거일전 60일부터 선거일까지 선거에 관한 여론조사를 투표용지와 유사한 모형에 의한 방법을 사용하거나 후보자 또는 정당의 명의로 선거에 관한 여론조사를 할 수 없"도록 하였다(제108조 제1항, 제2항).[173]

3) 선거 여론조사자 의무 및 조사방식 규율 - 1997년 개정된 공직선거법에서는 선거여론조사의 객관성과 공정성을 보장을 강조하면서 제108조 제3항 및 4항을 신설하였고 '공표나 보도목적 선거여론조사자의 의무' 및 '전 계층을 대표할 피조사자 선정 의무와 질문내용의 공정성 의무'를 부과하면서 조사방식을 규율하였다.[174] 또한 선

171) 이 조항은 1958년 초 이른바 협상선거법에서 처음으로 도입된 것으로 여당과 야당이 1960년 대통령선거를 대비하기 위한 것이었다. 당시 열세였던 자유당은 인기투표를 허용하면 선거에 심각한 차질을 빚을 우려가 있었고, 야당도 자금력 열세로 혹시라도 불공정 조사가 실시되고 결과 발표될 때 피해를 입을 수 있었기에 일본 공직선거법 제138조의 3항에 규정된 "누구든지 선거에 관하여 공직에 취임하는 자를 예상하는 인기투표의 경과 또는 결과를 공표해서는 안 된다"는 규정을 그대로 수용하였다. 강성재, 선거법과 신문의 여론조사, 신문과 방송, 제203호, 1987. 11, 54쪽; 이희훈, 선거여론조사의 결과공표금지규정에 대한 헌법적 고찰, 공법연구 제36집 제3호, 2008, 262면 참조. 물론 금지대상을 인기투표와 모의투표로만 규정하고 있었기에, 언론기관이나 국민이 선거운동의 목적 없이 객관적 보도 목적이나 순수 표현활동으로 행하는 여론조사에 대한 동법 적용이 가능한가라는 문제도 있다. 헌재 1995. 7. 21. 92헌마177 등, 판례집 7-2, 112.

172) 1987년 구 대통령선거법(법률 제3937호, 1987. 11. 7, 폐지제정) 제65조는 "누구든지 선거에 관하여 당선되거나 되지 아니함을 예상하는 인기투표나 모의투표를 할 수 없다."고 규정하여 사실상 여론조사를 규제한 것이라 볼 수 있다. '여론조사'라는 명문의 규제가 직접적으로 규정된 것은 1992년 개정된 구 대통령선거법(1992. 11. 11. 법률 제4495호로 개정되고, 1994. 3. 16. 법률 제4739호 공직선거및선거부정방지법 부칙 제2조에 의하여 폐지된 법률) 제65조 제1항으로 '누구든지 선거 공고일부터 선거일까지에는 선거에 관하여 정당에 대한 지지도나 당선인을 예상하게 하는 여론조사(인기투표나 모의투표를 포함한다)의 경위와 그 결과를 공표하여서는 아니 된다.'고 규정하였다.

173) 공직선거및선거부정방지법 1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정되고, 1997. 11. 14. 법률 제5412호로 개정된 것.

174) 1. 특정 정당 또는 후보자에게 편향되도록 하는 어휘나 문장을 사용하여 질문하는 행위, 2. 피조사자에게 응답을 강요하거나 조사자의 의도에 따라 응답을 유도하는 방법으로 질문하거나, 피조사자의 의사를 왜곡하는 행위 3. 오락 기타 사행성을 조장할 수 있는 방법으로 조사하는 행위 4. 피조사자의

거여론조사 결과 공표나 보도 시 규정된 내용 및 선거여론의 신뢰성 및 객관성 입증 자료보관 의무를 규정하였다.

4) 선거여론조사실시 서면 신고제 도입 및 신고 면제대상 규정 - 공표나 보도목적의 선거여론조사에 대한 의무규제는 2010년 공직선거법 개정을 통해 제108조 제3항에 '선거일 전 180일부터 선거에 관한 모든 여론조사실시'에 대한 '서면 신고'로 개정되었다. 이에 따라 공표나 보도를 목적으로 하지 않는 모든 선거여론조사가 서면신고 대상이 되었다.[175] 또한 중앙선거관리위원회규칙에 따라 조사의 목적, 표본의 크기, 조사지역·일시·방법, 전체 설문내용 등을 '여론조사 개시일 전 2일까지 해당 선거구선거관리위원회에 서면으로 신고'하도록 하였으며, 다만 제3자로부터 의뢰받은 여론조사 기관·단체, 정당, 방송사업자, 신문사업자 및 인터넷신문사업자 등이 행하는 여론조사에 대해서는 신고 의무를 배제하였다.[176]

5) 선거여론조사공정심의위원회 설치 및 선거여론조사 서면 신고제 면제 대상에서 지역 및 인터넷 군소언론사 배제, 선거일 전 180일부터 공표·보도하려는 여론조사 결과를 중앙선관위 홈페이지 결과 등록의무 부여 – '선거여론조사 서면 신고제' 도입에도 불구하고 2014년 지방선거과정에서 지역 언론과 여론조사기관들의 여론조작에 따른 선거 폐해에 대한 문제가 제기되자, 2014. 2. 13. 공직선거법 개정을 통해 중앙 및 시·도 선거관리위원회 산하에 '선거여론조사공정심의위원회를 신설'하고, '중앙선거여론조사공정심의위원회'가 '선거일 전 200일'까지 '선거여론조사기준'을 정하여 공표하도록 하였다.[177] 또한 선거여론조사 실시에 대한 신고의무의 면제대상이었던 지역 및 인터넷 군소언론사에 신고의무를 부과하였고, '신고한 여론 조사의 결과를 선거일 전 180일부터 선거일까지 공표·보도하려는 때'에는 선거여론조사기준으로 정하는 사항[178]을 '중앙선거여론조사공정심의위원회 홈페이지에 등록하도록 하는 결과등록제를 도입'하였다(제108조 제7항).[179]

6) '선거여론조사심의위원회'로 명칭 변경, 선거여론조사기준 위반행위 고발권 부

성명이나 성명을 유추할 수 있는 내용을 공개하는 행위를 금지하였다.

175) 공표나 보도를 목적으로 하지 않는 모든 여론조사가 포함된다.

176) 2010.1.25. 법률 제9974로 개정된 공직선거및선거부정방지법 제108조 제3항.

177) 2014. 2. 13. 법률 제12393호로 개정된 구 공직선거법 제8조의8 제1항 및 제6항.

178) 해당 여론조사의 조사설계서·피조사자선정·표본추출·질문지작성·결과분석 등을 등록하여야 한다. 2014년 6.4.지방선거에서 처음 도입된 선거여론조사기준은 자칫 선거와 관련된 개인의 자유를 제한하고 궁극적으로 불필요한 분쟁의 소지가 있다는 우려도 제기되었지만 시행 이후 여론조사기관, 언론사, 학계의 평가는 전반적으로 긍정적이었다. 조진만, 앞의 글, 제41면.

179) 또한 누구든지 선거에 관한 여론조사의 결과를 공표 또는 보도하는 때에는 조사의뢰자, 조사기관·단체명, 피조사자의 선정방법, 표본의 크기(연령대별·성별 표본의 크기 포함), 조사지역·일시·방법, 표본오차율, 응답률, 질문내용, 조사된 연령대별·성별 표본 크기의 오차를 보정한 방법 등을 함께 공표 또는 보도하여야 한다. 또한 선거에 관한 여론조사를 실시한 기관·단체는 조사설계서, 피조사자 선정, 표본 추출, 질문지 작성, 결과 분석 등 조사의 신뢰성과 객관성의 입증에 필요한 자료와 수집된 설문지 및 결과분석자료 등 해당 여론조사와 관련 있는 자료 일체를 해당 선거의 선거일 후 6개월까지 보관하여야 한다(구공직선거법 제108조제6항).

여, 선거여론조사기관 등록제, 휴대전화 가상번호도입 - 위와 같은 규제에도 불구하고 2016년 4월 13일 20대 국회의원 선거에서도 언론의 선거여론조사 결과 발표가 투표 결과와 많은 차이가 발생하였고,[180] 특히 부실조사업체의 부실 조사문제와 표본의 대표성 및 신뢰성 문제가 다시 불거지게 되었다.[181] 결국 2017년 2월 공직선거법 개정을 통해 '선거여론조사공정심의위원회'는 '선거여론조사심의위원회'로 그 명칭을 변경함과 동시에 선거여론조사기준 위반행위가 선거의 공정성을 현저하게 해치는 것으로 인정되거나 시정명령・정정보도문의 게재명령을 불이행한 때에는 선거여론조사심의위원회가 고발 등 필요한 조치를 할 수 있도록 하였다(제8조의8제10항・제11항 신설). 무엇보다 전문성이 결여된 여론조사기관의 난립방지를 위해 '공표나 보도 목적의 선거여론조사기관 등록제'를 신설하였고(제8조의9)[182] 여론조사표본의 대표성확보 및 신뢰성 확보를 위해 선거여론조사를 위한 '휴대전화 가상번호 제공제도'도 신설하였다(제57조의8, 제108조의2).

이렇게 우리의 선거여론조사 규제는 왜곡되거나 조작된 여론조사와 결과공표로 인한 현실적인 폐해를 방지하여 여론조사의 정확성과 신뢰성을 확보하고 이를 통한 선거 공정성을 담보하고자 그 규제내용이 점점 세밀해지고 있다. 그렇지만 다른 한편, 선거여론조사는 국민의 알권리와 직결되며, 지나치게 광범위하고 엄격한 선거여론조사에 대한 규제는 선거여론조사 관련자들의 표현의 자유 및 직업의 자유에 대한 침해를 초래할 위험성도 있다. 선거여론조사는 민주주의 실현에 있어 중요한 정치적 정보이고 이에 대한 제한은 헌법상 특별한 보호가 요구되는 표현의 자유 및 알권리 제한으로 귀결되기에 선거여론조사 규제 역시 과잉금지원칙상 침해의 최소성 원칙에 반하지 않도록 선거의 공정성이란 목적달성을 위해 규제기준이나 방법이 엄밀하게 재단되

---

180) 2014년 지방선거 때부터 시작된 여론조사회의론은 2016년 총선에 극으로 달했다. 2016년 총선 당시 KBS 여론조사는 서울 종로 선거구의 경우 새누리당 오세훈 후보 45.8%, 민주당 정세균 후보 28.5%의 지지를 받을 것으로 예상하였지만, 선거 결과는 정세균 후보 52.6%, 오세훈 후보 39.7%의 득표로 나타났다. 또한 총선을 30일 정도 앞두고 대다수 여론조사는 새누리당이 152석 이상을 차지할 것으로 내다봤고, 3일 전에는 여론조사 기관들이 새누리당 157석~175석, 더민주당은 83석~100석, 국민의당 25석~32석 등을 예측하였으나, 선거 결과 새누리당은 122석을 얻었고, 더민주당 123석으로 원내 1당이 됐다. 이기재, 20대 국회의원선거 선거여론조사기준 개정을 위한 공청회, 중앙선거관리위원회, 2016.; 4·13 총선은 여론조사의, 여론조사에 의한, 여론조사를 위한 선거란 오명을 뒤집어썼다. 현역 의원 평가와 컷오프, 총선 후보 선출에 제시된 근거는 늘 여론조사였다. 그렇다면 판단 기준이 되는 여론조사는 정확해야 하는데 현실은 그렇지 못했다. 동일 지역에서 같은 시기에 실시한 여론조사에서 지지율 격차가 20%포인트를 넘는 경우가 있었다. 심지어 의뢰자의 의도에 맞게 여론조사를 해주는 기획 여론조사 기관도 있었다고 한다. 선관위가 적발해 처벌한 여론조사만 100건이 넘는다. (중앙일보, 사설: 빗나간 선거 여론조사, 유권자 혼란 막게 정비하라, 2016. 4. 14.)

181) 20대 총선 여론조사를 실시한 186개 업체 가운데 절반이 넘는 96개사(51.6%)가 총선 전 6개월 이내에 설립되었고 154개사(82.8%)는 양대 여론조사협회(한국조사협회&한국정치 조사협회)에도 가입되지 않은 업체였으며 이들이 전체 총선 여론조사(3,630건) 중 1,873건(64.4%) 실시하였다. 윤재현, 위의 글, 18면-19면.

182) 선거여론조사심의위원회의 직무에 여론조사기관・단체의 등록에 관한 사항을 추가하였다(제8조의8 제7항 제3호).

어야 할 것이다. 이하에서는 현재 선거여론조사와 관련된 공직선거법상 핵심적 규제를 중심으로 그 타당성 여부에 대해 살펴보도록 한다.

2. 선거여론조사기관 등록제

(1) 내용

수차례에 걸친 선거여론조사 규제변화에도 불구하고 선거전에만 잠시 운영되는 소위 '떳다방식' 선거여론조사업체에 의한 부실 여론조사와 그 표본의 대표성 및 신뢰성 문제가 다시 불거지자[183] 2017년 2월 공직선거법 개정을 통해 전문성을 결여한 선거여론조사기관의 난립을 방지하고자 도입된 제도가 선거여론조사기관 등록제이다.

먼저 여론조사 기관이나 단체가 '공표 또는 보도를 목적으로 선거에 관한 여론조사를 실시하려는 때'에는 '조사시스템, 분석전문인력, 그 밖에 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 요건'을 갖추어 '관할 선거여론조사심의위원회'에 '서면으로 그 등록신청'하여야 하고, 등록신청을 받은 관할 여심위가 '여론조사기관 등록증을 교부'하면 등록된 선거여론조사기관은 중앙선거여론조사심의위원회 홈페이지에 등록하도록 하였다(법 제8조의9 제1항, 2항, 3항).[184]

이렇게 등록이 의무화되는 선거여론조사기관은 '공표 또는 보도를 위한 선거여론조사기관' 인데 여기서 '공표'란 수단이나 방법의 여하를 불문하고 불특정 또는 다수인에게 알리는 것을 의미하고 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다면 공표의 요건은 충족된다고 할 수 있다.[185] 따라서 선거여론조사에 따른 보도자료 배포, 선거홍보물 게시, 문자 메시지, SNS, 인터넷 게시, 기타 불특정 다수의 선거구민에게 전파될 가능성이 있는 여론조사를 행한 기관은 등록대상에 해당된다.[186] 또한 '선거에 관한'이란 선거운동이 되지 않더라도 선거를 동기로 하거나 빌미로 하는 등 선거와 관련이 있는 경우를 말하고[187] 여기에는 정당에 대한 지지도나 당선인을 예상하게 하

183) 상당수의 여론조사기관이 영세사업자로서 여론조사전문가를 채용하지 못하는 경우가 많으며, 선거기획사가 선거철에 선거여론조사를 직접 담당하는 경우도 있다. 임채진, 위의 글, 2면.

184) 공직선거관리규칙(중앙선거관리위원회규칙 제482호, 2018. 4. 6.) 제2의2 제5항상 여심위가 공개하여야 하는 선거여론조사기관의 정보는 다음 각 호와 같다. 1. 명칭, 2. 사무소의 소재지 및 전화번호 3. 대표자의 성명 4. 등록연월일; 현재까지 중앙선거여론조사심의위원회에 등록된 선거여론조사기관은 모두 78개이다. https://www.nesdc.go.kr/portal/content/onvy/list.do.; 만일 선거여론조사기관이 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 등록한 경우나 등록 요건을 갖추지 못하게 된 경우, 선거에 관한 여론조사와 관련된 죄를 범하여 징역형 또는 100만원 이상의 벌금형의 선고를 받은 경우, 여심위는 해당 선거여론조사기관의 등록을 취소해야 한다(법 제8조의9 제5항).

185) 대법원 2011.12. 22. 선고 2008도11847 판결.

186) 중앙여론조사심의위원회, 선거여론조사 가이드북, 2017, 97면 참조.

187) 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도2230 판결.

는 여론조사뿐만 아니라 선호나 호감 등 지지의 속성을 가지고 있는 문항을 지닌 여론조사는 모두 선거 여론조사에 포함된다고 해석하고 있다.[188]

공표 또는 보도를 위한 선거여론조사기관의 등록의무요건 기준은 중앙선거여론조사위원회 규칙[189]으로 정하도록 하였고 동 요건은 다음과 같다.

『1. 전화면접조사시스템 또는 전화자동응답조사시스템,

2. 분석전문인력(사회조사분석사 자격증을 보유하거나 여론조사 기관·단체에서 2년 이상 근무한 사람을 말한다) 1명 이상을 포함한 3명 이상의 상근 직원,

3. 여론조사 실시 실적 또는 매출액

가. 여론조사 실시 실적 10회 이상. 다만, 등록신청일 현재 설립된 지 1년 미만인 여론조사 기관·단체의 경우에는 3회(선거에 관한 여론조사는 그 횟수에 산입하지 아니한다) 이상의 여론조사 실시 실적으로 한다.

나. 등록신청일을 기준으로 최근 1년 이내 여론조사 실시 매출액 5천만원 이상

4. 제3항제1호에 따른 조사시스템과 제3항제2호에 따른 상근 직원을 수용할 수 있는 사무소』

만일 요건 불충분 등으로 등록되지 않은 여론조사기관이나 단체가 실시한 선거여론조사는 선거일의 투표마감시각까지 공표 또는 보도할 수 없고, 선거여론조사기관이 아닌 여론조사기관·단체가 실시한 선거여론조사 결과를 공표·보도하는 경우, 3년 이하의 징역 또는 600만원 이하의 벌금에 처하도록 하였다(제256조).[190]

(2) 외국의 입법례

비교법적으로 공표나 보도를 위한 선거여론조사기관의 자격 요건을 엄격히 법적으로 규율하고 있는 국가는 찾기 어렵다. 미국이나 영국, 호주, 독일 등의 국가들은 선거여론 조사에 대해 정부가 직접 개입하기보다 언론사나 여론조사기관의 자율규제 방식을 채택하고 있다.[191]

미국의 경우, 연방선거운동법(the Federal Election Campaign Act) 등 연방법상 선거여론조사 방법 및 공표, 선거여론조사 관련 보도에 대한 규제 및 제한은 없다. 다만 몇몇 주는 선거여론조사 형식의 불법 선거운동을 규제하는 내용의 규제를 두고 있는 경우는 있다.[192] 미국여론조사협회(American Association for Public Opinion

188) 중앙여론조사심의위원회, 선거여론조사 가이드북, 2017, 35면 참조.

189) 공직선거관리규칙(중앙선거관리위원회규칙 제482호, 2018.4.6.) 제2조의2 제3항.

190) 중앙여심위는 6월 지방선거와 관련해 중앙여심위 홈페이지에 등록되지 않은 선거여론조사 결과를 공표한 A씨에게 2천만원의 과태료를 부과했다(연합뉴스 2018. 4. 27 기사 참조).

191) 이하 선거여론조사 규제와 관련된 비교법적 검토는 선거여론조사의 신뢰성과 객관성 확보방안, 해외연구관지정과제 2014-1, 선거연수원, 2014 참조.

Research, AAPOR)와 전미여론조사협의회(National Council on Public Polls, NCPP)는 여론조사의 실행 및 공표에 관한 규약을 제정하여 여론조사의 공정성과 신뢰성을 담보하기 위해 노력하며 이런 규약의 규제는 자율적 규제로 강제성은 없다.[193]

영국의 경우, 선거 전반을 책임지는 선거관리위원회(The Electoral Commission)가 정당 및 선거법에 따라 선거의 공정성 확보를 위해 노력해야 하나 선거여론조사와 관련된 법 규정은 없다. 대신 영국도 미국과 마찬가지로 여론조사협의회(British Polling Council; BPC)가 창설되었고 영국 내 주요 여론조사기관을 회원으로 두고 있으며 여론조사기관들은 BPC의 여론조사 공표규정을 지킬 의무가 있다. 또한 영국 공영방송사인 BBC도 여론조사 보도 가이드라인을 규정하여 여론조사 결과 보도에 관한 자체 규정을 마련하고 있다.[194]

호주 역시 호주연방선거법에서 선거관련 여론조사 실행을 선거비용 지출 중 하나로 보고 신고하도록 하고, 호주 전역의 시장조사 전문 인원들이 가입한 호주 시장·사회조사회(Australian Market and Social Research Society, AMSRS)의 직업규정에 과학적이고 객관적 방법을 사용한 조사를 위한 기준 및 법률 등을 준수하도록 하고 있다.[195]

독일도 법률로 언론 또는 여론조사 기관의 여론조사에 관한 특별한 규제는 없고, 가장 공적 규제로 16개 주가 참여하는 방송국가협약(Rundfunkstaatsvertrag)을 들 수 있다. 동 협약에는 방송국에서 실시한 여론 조사 공표의 경우 대표성이 있는지 여부를 명시적으로 제시하도록 하고 있다. 또한 모든 여론조사기관들은 국제상공회의소와 유럽여론·시장조사협의회가 제정한 '에소마르 규약(ICC/ESOMAR Code)'을 토대로 자체적으로 제정한 독일여론조사 규정을 준수하고 있으며 선거여론조사만을 특정하여 규율하는 법 규정은 없다.[196]

---

192) West Virginia주 선거법은 여론조사가 타인을 기만하기 위해 설계되거나 후보자에 대한 지지 혹은 낙선, 선거에서 투표대상이 되는 여타 이슈에 대해 지지 혹은 반대하도록 의도적으로 수행되어서는 안 된다고 규정하고 있다(§3-8-9). 또한 New Hampshire 주의 경우, 선거운동의 한 가지 방법으로 사용되는 편향여론조사(push polling)를 금지하고 있는데, 편향여론조사자는 후보자 관련 질문 시 응답자에게 전화연결이 유급 정치 광고라는 점, 비용 지급기관, 기관의 전화번호 제공, 전화 연결이 특정 공직 후보에 대한 지지나 반대를 위한 시도라는 것을 알려야만 한다(RSA 664:2, XVII). 박천호, 위의 보고서, 40면-51면 참조.

193) 미국 여론조사협회의 '직업윤리 및 실행에 관한 규약(AAPOR Code of Professional Ethics' 참조. https://www.aapor.org/Standards-Ethics/AAPOR-Code-of-Ethics.aspx(검색일 2018. 7.30).

194) 2004년 영국의 8개 여론조사기관들은 선거여론조사의 신뢰성과 객관성을 담보하기 위해 전미여론조사협의회(NCPP)를 모델로 영국여론조사협의회(British Polling Council BPC)를 설립하였다. 윤성원, 위의 보고서, 57면-71면 참조.

195) 호주 연방선거법(Commonwealth Electoral Act 1918); 또한 호주 내 자율적 언론규제조직으로 호주언론협의회(Australian Press Council, APC)가 자체 가이드라인을 통해 여론조사의 기준을 마련하고 있다. 천세환, 위의 보고서, 90면-95면 참조.

196) ESOMAR는 1977년에 국제상공회의소(ICC)와 공동으로 회원들이 시장 및 사회 조사에 있어서 준수

여론조사에 대한 공적 규제 모델의 대표적 국가로는 우리의 여론조사 규제입법의 모델이 되고 있는 프랑스를 들 수 있다. 1977년 프랑스는 여론조사공표에 관한 법을 제정하고 여론조사위원회 설치를 하였고 수차례 법 개정을 통해 모든 선거와 관련된 여론조사의 객관성 및 신뢰성 담보를 위해 선거여론조사의 내용 및 절차, 그리고 공표에 관한 사항을 규제하고 있다.[197] 프랑스는 공표나 보도 목적의 선거여론조사의 경우, 여론조사위원회에 여론조사 계획서 제출, 법 준수 서약서 제출 및 조사 보고서 제출 등의 의무를 지지만, 선거여론조사기관 자체에 대한 등록의무제는 두고 있지 않고 있으며 여론조사기관들은 다른 유럽국가와 마찬가지로 마케팅여론조사협회 회원으로 에소마르 규약을 준수하고 있다.[198]

(3) 검토

선거여론조사기관들이 자율규제로 여론조사의 정확성 및 신뢰성을 확보하는 것은 이상적일 수는 있겠지만 현실적으로 가장 적절하고 실효적 방법이라고 보기는 어렵다.[199] 선거여론조사의 영향력 증대에 따라 일회성 선거여론조사업체의 난립에 의한 폐해는 왜곡된 정보에 따른 선거의 불공정성으로 이어질 우려가 크다. 특히 공표나 보도를 위한 선거여론조사가 조작되거나 거짓인 경우, 정당의 후보자 선정에 있어 착오를 일으키거나 유권자의 판단 오류를 초래할 위험이 있기에 전문적이고 객관적인 선거여론조사기관 확보는 선거여론조사의 전제 조건이라고 할 수 있다. 이에 일정한 자격요건을 갖춘 선거여론조사기관에게만 '공표나 보도를 위한 선거여론조사'를 행할 수 있도록 하는 것은 여론조사기관의 전문성과 신뢰성 담보를 위해 현실적으로 필요한 규제라 할 것이다.[200] 그렇지만 객관성이 결여되고 오늘날의 산업현실에 맞지 않

해야 하는 국제조약(ICC/ESOMAR International Code on Market and Social Research)을 제정하였다. 이승현, 위의 보고서, 21면-39면 참조.

197) 프랑스는 1977년 여론조사의 공표에 관한 법(Loi n°77-808 du 19 juillet 1977 relative a la publication et a ladiffusion de certains sondages d'opinion) 제정 이후 국민투표, 대통령선거, 유럽의회선거 등 선거법에 명시된 모든 종류의 선거에 직, 간접적으로 연관된 여론조사들에 대해 규제를 하고 있다. 무엇보다 3년 임기의 11명으로 구성된 여론조사위원회(최고행정재판소, 파기원, 회계감사원에서 추천한 각 3명의 위원과 여론조사 전문가 2명으로 구성됨)에 선거여론조사의 공정성 확보를 위해 여론조사기관의 조사보고서 제출 및 수정 요구권 등의 권한을 부여하고 있다. 김청진, 위의 보고서, 7면-20면 참조.

198) 김청진, 위의 보고서, 19면.

199) 그 동안 여러 가지 문제점에도 불구하고 일단 선거여론조사 관련해서 공정성, 정확성, 객관성 등을 담보할 수 있는 제도적 장치 자체가 부재했다는 점에서 선거여론조사에 관한 규제는 일반적으로 긍정적 평가를 하는 경우가 많이 있다. 한국조사연구학회, 제6회 지방선거 여론조사 실태 분석을 통한 여론조사의 객관성·신뢰성 제고방안 연구, 2014.

200) 홍콩도 2015-2017년 지방선거와 국회의원선거 등을 통해 나타난 소셜 미디어를 포함한 인터넷 선거 광고 문제, 선거여론조사 문제, 투표시간 규율 등에 관한 개선책을 마련하기 위한 정부연구보고서가 발간되었다.
https://www.legco.gov.hk/yr17-18/english/panels/ca/papers/ca20171120cb2-311-3-e.pdf

는 너무 엄격한 여론조사기관 등록 자격요건을 법률로 규정하는 것은 실질적으로 허가제로 운영될 우려와 함께 공표나 보도 목적 선거여론조사업의 진입장벽을 높여 오늘날 스타트업과 같은 소규모 조사업체가 선거여론조사 업무를 수행할 기회를 박탈할 위험성이 존재하고 이는 궁극적으로 선거조사업체의 표현의 자유 침해로 이어질 수 있다. 현재 공직선거법상 공표나 보도를 위한 선거여론조사등록기관의 등록기준은 객관적인 물적, 인적, 조사실적을 요건으로 두고 있다는 점에서는 실질적 허가제로 귀결될 위험은 없지만, 물적 기준에 있어 매출액 기준 및 상근 직원 수용 사무소 등 같은 등록 요건이 오늘날 인터넷 기반 사무 중심환경 변화에 비추어 보았을 때 과도한 기준은 아닌지에 관한 지속적 검토가 이뤄져야 할 것이다.

3. 선거여론조사 절차 및 방법

(1) 선거여론조사 실시 사전신고제

1) 사전신고 대상과 신고 내용 및 면제 대상

2010년 처음 도입된 선거여론조사 사전신고제는 2014년 법개정을 통해 '공표나 보도 목적'으로 '선거일 전 180일부터 선거일의 투표마감 시각까지 선거에 관하여 정당에 대한 지지도나 당선인을 예상하게 하는 여론조사'만을 '사전신고대상'으로 규정하였다.

그러나 선거여론조사가 선거기간 외에도 지속적으로 실시되고 있는 현실을 반영하여 2015년 공직선거법 개정하였고 선거여론조사의 사전 신고 및 등록의무를 상시화하기로 했다. 이에 현행법은 '누구든지 선거에 관한 여론조사'를 실시하려면 선거기간과 상관없이 '여론조사 개시일 전 2일까지' 관할 심의위원회에 서면으로 여론조사의 목적, 조사지역·일시·방법, 표본의 크기, 피조사자 선정방법, 전체 설문내용 등 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 사항[201]을 관할 선거여론조사심의위원회에 서면으로 신고하도록 규정하고 있으며(제108조의1 제3항), 이를 위반한 경우 천만원이하의 과태료를 부과하도록 하였다(법 제261조).[202]

(검색일 2018.8.1.).

201) 선거여론조사기준은 신고인 인적사항(성명, 생년월일, 주소, 전화번호, 공직선거법상 신분), 조사기관·단체, 기관·단체명, 대표자 성명, 사무소 소재지(주소, 전화번호), 조사목적, 조사방법 등(조사지역, 조사일시, 조사방법, 표본의 크기, 피조사자 선정방법, 선거여론조사 결과의 공표·보도 여부), 전체 설문내용 (표적 집단면접조사의 경우 조사의 주제 등을 말한다)이다.

202) 여론조사 개시일 전 2일까지 신고하지 아니하고 법에 위반되는 내용으로 여론조사를 실시한 때에는 과태료 1,000만원, 여론조사 개시일 전 2일까지 신고하지 아니한 때 과태료 500만원이 부과된다(제261조).

한편, 법 제8조의8 제8항에 따라 『1. 정당이 그 대표자 등 당직자를 선출하기 위하여 실시하는 여론조사, 2. 후보자의 성명이나 정당의 명칭을 나타내지 아니하고 정책·공약 개발을 위하여 실시하는 여론조사, 3. 국회의원 및 지방의회의원이 의정활동과 관련하여 실시하는 여론조사[203] 4. 정치, 선거 등 분야에서 순수한 학술·연구 목적으로 실시하는 여론조사, 5. 단체 등이 의사결정을 위하여 그 구성원만을 대상으로 실시하는 여론조사』는 선거에 관한 여론조사로 보지 않아 사전신고와 홈페이지 결과 등록 대상에서 제외된다. 이와 같은 사전신고 제외 대상은 공직선거와 직접적인 관련이 없거나, 단체의 내부 구성원만을 대상으로 실시하는 여론조사, 정책 또는 선거공약 개발을 위한 여론조사 등을 '선거여론조사'에서 제외하여 선거여론조사의 적용범위를 명확히 함으로써 정책선거를 위한 정책개발과 단체의 활동의 자유를 보장하기 위한 것이다.[204]

또한, 공직선거법 제108조 제3항은 '선거여론조사 신고면제 대상'으로 『제3자로부터 여론조사를 의뢰받은 여론조사 기관·단체(그러나 이 경우는 의뢰자가 직접 신고할 의무가 있다), 정당, 방송법 제2조에 따른 방송사업자, 전국 또는 시·도를 보급지역으로 하는 신문 등의 진흥에 관한 법률 제2조에 따른 신문사업자 및 잡지 등 정기간행물의 진흥에 관한 법률 제2조에 따른 정기간행물사업자, 뉴스통신 진흥에 관한 법률 제2조에 따른 뉴스통신사업자, 방송사업자, 신문사업자, 정기간행물사업자, 뉴스통신사업자가 관리·운영하는 인터넷언론사, 전년도 말 기준 직전 3개월간의 일일 평균 이용자 수 10만명 이상인 인터넷언론사』를 규정하고 있다.

2010년도 처음 도입된 선거여론조사 실시 사전신고제도는 당시 신고면제 대상으로 신문법 제2조에 따른 모든 신문사업자와 인터넷신문사업자를 규정하였다(제108조 제3항 제4호). 그러나 지방 선거에서 각종 지역 언론 및 지역인터넷신문업체의 부정확하고 불공정한 여론조사증가와 이를 이용한 후보자 및 정당의 사전선거운동이 문제되자[205] 2014년 공직선거법 개정을 통해 여론조사 실시에 대한 신고의무의 면제대상을 '전국 또는 시·도를 보급지역으로 하는 신문법 제2조(정의)에 따른 신문사업자', '전년도 말 기준 직전 3개월간의 일일 평균 이용자 수 10만명 이상인 인터넷언론사'로 축소하여, 군소 언론사들에 대하여는 신고의무를 부과하게 되었다[206]

---

203) 다만, 공직선거의 예비후보자등록신청 개시일부터 선거일까지 실시하는 여론조사는 제외되어 사전신고 대상이다.

204) 중앙선거관리위원회, 공직선거법 개정의견 (2016. 6.) 참조.

205) 지방선거에 있어 예비후보자가 인지도 향상과 정당 공천을 위한 여론조사를 의뢰하고 자신에게 유리한 결과를 선거운동에 이용하는 경우가 늘고 있다(충청일보, 「여론조사 홍수 속 울고 웃는 후보들」, (2014.3.23.); 임채진, 선거여론조사 등록제 도입의 의의와 개선과제, 이슈와 논점 제832호 (2014.4.21.).

206) 공직선거법 제108조 제3항 제4호 및 제7호 (2014. 2. 13. 법률 제12393호로 개정된 것).

2) 선거여론조사 사전신고제 관련 헌재 결정과 평가

헌법재판소는 2015. 4. 30. 2014헌마360 결정에서 2014년 공직선거법 개정에 따라 선거여론조사 실시 신고의무자가 된 군소 언론사 등이 청구한 헌법소원청구에 대해 전원일치 합헌결정을 내렸다.[207] 헌재는 선거여론조사실시 사전신고제에 의해 제한되는 기본권은 군소 언론사의 언론·출판의 자유와 평등권이고, 이는 여론조사 공표나 보도 관련 규제가 아니므로 국민들의 알 권리를 직접적으로 제한한다고 볼 수는 없다고 하였다.[208] 또한 선거여론조사 사전신고제는 선거여론조사의 실시행위에 대한 신고의무를 부과하는 것이므로, 헌법 제21조 제2항의 사전검열과는 관련이 없다고 판시하였다. 과잉금지심사를 하면서 헌재는 군소 언론사에게 선거여론조사 사전신고제를 적용하는 것은 선거여론조사가 특정 후보자의 선거운동 수단으로 악용되는 것을 방지하고, 지방선거에서 지역 군소언론사에 의한 선거여론조작의 위험성 증가에 따라 선거여론조사의 공정성, 정확성 및 신뢰성을 확보하고자하는 것으로 그 입법목적의 정당성이 인정되며, 위반시 천만원이하의 과태료가 부과되기에 수단의 적절성도 인정된다고 하였다. 또한 신고의무사항도 여론조사의 공정성, 정확성 및 신뢰성을 판단할 수 있는 기초적이고 필수적인 자료이며 선거관리위원회가 보완 요구권을 갖지만 신고의무의 부과가 큰 부담이 되지 않으며, 신고대상 여론조사는 '선거일 전 180일부터 선거일의 투표마감시각까지' 이루어지는 '선거에 관하여 정당에 대한 지지도나 당선인을 예상하게 하는 여론조사'에 한하고, 여론조사결과가 일단 공표·보도되면 매우 빠른 속도로 유권자의 의사에 영향을 미쳐 선거를 왜곡할 수 있기에 사후적 조치만으로는 불공정·부정확한 여론조사의 폐해를 제거하기 어렵다는 점에서 침해의 최소성 원칙도 충족된다며 선거여론조사실시 신고의무제는 청구인들의 언론·출판의 자유를 침해하지 않는다고 결정하였다.[209]

헌법재판소는 선거여론조사의 공표가 유권자의 의사에 영향을 미쳐 선거를 왜곡할 위험성을 인정하고 사후적 조치만으로는 불공정·부정확한 여론조사의 폐해 제거가 어렵다는 전제하에 군소언론사에 의한 선거여론조사 사전신고제의 합헌성을 인정하였다. 그러나 동 결정의 심판대상은 구법 규정으로 '선거일 전 180일부터 선거일의 투표마감시각까지' 이루어지는 '선거에 관하여 정당에 대한 지지도나 당선인을 예상하게 하는 여론조사'에 대한 '사전신고제'였다. 무엇보다 헌재는 '선거일 전 180일 기간' 이외에 군소언론사가 실시하는 여론조사는 사전신고 없이 가능하다는 것을 근거로 최소침해성 요건의 충족을 인정하였다. 그렇지만 2015년 공직선거법 개정으로 현재 공직

207) 헌재 2015. 4. 30. 2014헌마360, 판례집 27-1하, 131.
208) 헌재 2015. 4. 30. 2014헌마360, 판례집 27-1하, 131, 140.
209) 헌재 2015. 4. 30. 2014헌마360, 판례집 27-1하, 131, 141-144.

선거법은 선거일과 상관없이 '누구든지 선거에 관한 여론조사'를 실시할 경우 모두 사전신고 대상이 되도록 하면서, 다만 '전국 또는 시·도를 보급지역으로 하는 신문사업자'나 '3개월 간 일일 평균 이용자 수 10만명 이상인 인터넷 언론사'의 경우만을 사전신고 면제대상으로 하고 있기에 군소 언론사는 거대 언론사와 달리 상시 선거에 관한 여론조사 신고대상자가 된다. 또한 구법은 '선거에 관하여 정당에 대한 지지도나 당선인을 예상하게 하는 여론조사'만을 규제하나 현행법은 '선거에 관한 여론조사'로 그 범위도 확대하고 있다. 물론 예외규정을 두고는 있지만[210] 예외 규정의 범위도 명확하다고 보기는 어렵고, 선거여론조사 실시 사전신고제에 의해 제한되는 기본권은 언론·출판의 자유와 평등권이기에 그 제한은 엄격심사의 대상이라 할 수 있다. 그렇다면 사전신거고 대상을 '선거일 180일전' '선거에 관하여 정당에 대한 지지도나 당선인을 예상하게 하는 여론조사'로 한정한 구법 규정과 달리, 상시 '선거에 관한 여론조사' 모두를 사전신고대상자로 하면서 거대 언론사는 이런 신고의무를 면제해주고 있는 현행 규제는 추상적 위험성을 근거로 군소 언론사의 선거여론조사만을 차별하는 것으로 군소 언론사의 언론·출판의 자유와 평등권을 침해할 위험성이 크다고 할 수 있기에 재검토가 필요하다고 본다.

(2) 선거여론조사 내용 및 조사방법 규제

1) 선거여론조사 기간 및 조사 시간 규제

누구든지 선거일전 60일부터 선거일까지 투표용지와 유사한 모형에 의한 방법을 사용하거나 후보자 또는 정당의 명의로 선거에 관한 여론조사를 할 수 없다(제108조 제2항).[211] 또한 누구든지 야간(오후 10시부터 다음 날 오전 7시까지를 말한다)에는 전화를 이용하여 선거에 관한 여론조사를 실시할 수 없다(제108조 제10항). 이를 위반한 경우는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금형에 처한다(제256조 제3항).

2) 선거여론조사 질문 내용 및 표본 규제

선거여론조사는 피조사자에게 질문 전 여론조사 기관·단체의 명칭과 전화번호를 밝혀야 하고, 전체에 대한 대표성을 확보할 수 있는 피조사자를 선정하여야 하며,[212]

210) 사전신고 제외 대상은 공직선거법 제8조의8 제8항에 따라 공직선거와 직접적인 관련이 없거나, 단체의 내부 구성원만을 대상으로 실시하는 여론조사, 정책 또는 선거공약 개발을 위한 여론조사 등이다.
211) 다만, 제57조의2제2항에 따른 여론조사는 항시 가능하다.
212) 누구든지 선거에 관한 여론조사를 하는 경우에는 피조사자에게 질문을 하기 전에 여론조사 기관·단체의 명칭과 전화번호를 밝혀야 하고, 해당 조사대상의 전 계층을 대표할 수 있도록 피조사자를 선정

특히 여론조사기준이 정한 과소 표본조사의 경우와 가중값 배율이 성별, 연령대별, 지역별로 적정하지 않은 선거여론조사의 경우는 그 결과공표 및 보도를 금지하고 있다.[213] 또한 질문지나 질문 내용이 '특정 정당 또는 후보자에게 편향되도록 하는 어휘나 문장을 사용하여 질문하는 행위[214], 피조사자에게 응답을 강요하거나 조사자의 의도에 따라 응답을 유도하는 방법으로 질문하거나, 피조사자의 의사를 왜곡하는 행위, 오락 기타 사행성을 조장할 수 있는 방법으로 조사하거나 제13항[215]에 따라 제공할 수 있는 전화요금 할인 혜택을 초과하여 제공하는 행위, 그리고 피조사자의 성명이나 성명을 유추할 수 있는 내용을 공개하는 행위'는 금지하고 있다(제108조 제5항). 이를 위반한 경우 3년 이하의 징역 및 600만원 이하의 벌금형에 처한다(제256조 제1항).

3) 휴대전화 가상번호제도 도입

유선전화가입자수의 감소와 20, 30대 피조사자의 응답률 저조 현상으로 여론조사 결과의 편향성 및 오류 등이 문제되었고, 특히 정당이 실시하는 당내경선의 경우 선거인단 모집 과열 및 여론조사에 있어 표본 집단의 대표성에 대한 의구심과 함께 경선결과가 유권자의 실제 의사를 반영하지 못하고 있다는 비판이 일게 되자 2016년 공직선거법 개정을 통해 처음 도입된 것이 바로 휴대전화 가상번호제도이다. 이는 '국회에 의석을 가진 정당'이 당내 경선이나 정당 활동에 대한 여론수렴이 필요한 경우, 이동통신 사업자에게 이용자의 이동전화번호가 노출되지 아니하도록 생성한 번호를

하여야 하며, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다(공직선거법 제108조 제5항); 선거여론조사기준(중앙선거여론조사심의위원회고시 제2017-3호) 제4조 제3항은 선거여론조사 실시할 때 피조사자 선정과정을 거치지 아니한 조사대상자가 자발적 의사로 응답자에 참여하는 조사방법을 사용을 금지한다.

213) 선거여론조사기준 제4조 제5항은 과다 표본 조사를 금지함과 동시에 과소 표본조사의 경우 선거여론조사 결과공표 및 보도를 금지하면서 "1. 대통령선거 [2개 이상의 특별시·광역시·특별자치시·도·특별자치도를 대상으로 하는 여론조사에 한정] 또는 전국단위 조사 : 1,000명 2. 광역단체장선거(세종특별자치시장선거를 제외하며, 2개 이상 자치구·시·군을 대상으로 하는 여론조사에 한정) 또는 시·도 단위 조사 : 800명 3. 세종특별자치시장선거·지역구국회의원선거 또는 자치구·시·군 단위 조사 : 500명 4. 지역구지방의회의원 선거 : 300명"의 과소 표본기준을 설정하고 있다. 또한 제5조 제1항에서 조사지역 전체 유권자의 성별, 연령대별, 지역별 구성 비율 등을 기준으로 한 가중값 배율을 밝혀야 할 것과 가중값 배율이 성별, 연령대별, 지역별 각각:0.5 ~ 2.0에 있지 않은 선거여론조사 결과공표나 보도를 금지하고 있다.

214) 선거여론조사기준 제6항 제1항 제1호에서 제5호는 "주관적 판단이나 편견이 개입된 어휘나 표현, 특정 정당 또는 후보자에 대하여 긍정적 또는 부정적 이미지를 유발할 수 있는 내용, 선거운동을 목적으로 특정 정당 또는 후보자의 정책·정견·경력 등을 홍보하는 내용, 특정 정당 또는 후보자를 비방하는 내용, 특정 정당 또는 후보자에 관한 허위의 사실"을 금하고, 제6호는 이에 준하는 표현이나 내용의 질문지 작성 및 질문을 금지하고 있다. 또한 편향된 응답을 유도할 수 있도록 질문순서를 정하거나 응답항목을 구성을 하거나(제2항), 정당의 명칭이나 후보자의 성명을 일정한 간격에 따라 순환하는 방식을 채택할 것(제3항), 경력 등 후보자에 관한 사항을 특정 후보자에게 유리 또는 불리하게 질문금지(제4항) 등을 질문지나 질문의 내용 및 항목구성, 절차 등에 관한 상세한 규제를 하고 있다.

215) 공직선거법 제108조 제13항은 "선거에 관한 여론조사에 성실하게 응답한 사람에게는 중앙선거관리위원회 규칙으로 정하는 바에 따라 전화요금 할인 혜택을 제공할 수 있다. 이 경우 전화요금 할인에 소요되는 비용은 해당 여론조사를 실시하는 자가 부담한다".고 규정하고 있다.

제공하여 줄 것을 서면으로 요청할 수 있도록 하는 내용을 담고 있는데,[216] 2017년 2월 8일 공직선거법 개정을 통해 이를 일반 선거여론조사에도 적용하여 '공표 또는 보도를 목적으로 전화를 이용하여 선거에 관한 여론조사'를 실시하는 경우 휴대전화 가상번호를 사용할 수 있도록 하였다(제108조의2 제1항).[217]

휴대전화 가상번호제도는 선거여론조사기관에 대한 규제라기보다는 '공표 또는 보도 목적의 여론조사'에 있어 표본의 객관성 및 신뢰성 확보를 위한 지원이라고도 볼 수 있다. 그렇지만 대부분의 선거여론조사기관이 휴대전화를 이용 없이 정확한 여론조사를 할 수 없다는 현실에 비추어 볼 때, 이는 피조사자 보호를 위한 여론조사기관에 대한 절차 규제이기도 하다. 공직선거법 및 공직선거관리규칙에 따르면 공표 및 보도 목적을 가진 선거여론조사기관이 휴대전화 가상번호를 사용하기 위해서는 선거여론조사 개시 10일전에 관할 여심위에 가상번호 제공요청서[218]를 제출해야 하고 여심위는 심사 후 제출일로부터 3일 이내에 요청서를 이동통신사업자에게 송부하면 이동통신사업자는 요청을 받은 날부터 7일 이내에 휴대전화 가상번호 제공 요청서에 따라 휴대전화 가상번호를 생성하여 유효기간[219]을 설정한 다음 관할 선거관리위원회를 경유하여 해당 조사업체에 제공해야 한다. 또한 이동사업자는 휴대전화 이용자에게 본인의 이동전화번호가 가상번호로 제공된다는 사실과 그 제공을 거부할 수 있다는 사실을 알리도록 하였으며, 가상번호, 이용자의 성(性)・연령・거주지역 정보 외의 개인정보를 제공하는 행위나 제공받은 가상번호를 다른 자에게 제공하는 행위 등을 금지하였고 가상번호 제공과 관련된 위법행위를 한 경우 처벌을 규정하였다(제57조의8). 또한 이를 위한 비용은 선거여론조사기관이 이동통신사로부터 가상번호를 받기 전에 납부하도록 하고 있다(제108의2 제5항, 규칙 제48조의5 제3항).

4) 평가

그 동안 선거여론조사와 관련되어 제기되는 여러 문제점들에 대한 대응책으로 도

---

216) 공직선거법 제57조의8 제1항 제57조의8 (당내경선 등을 위한 휴대전화 가상번호의 제공) ① 국회에 의석을 가진 정당은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 관할 선거관리위원회를 경유하여 이동통신사업자에게 이용자의 이동전화번호가 노출되지 아니하도록 생성한 번호(이하 "휴대전화 가상번호"라 한다)를 제공하여 줄 것을 서면(이하 "휴대전화 가상번호 제공 요청서"라 한다)으로 요청할 수 있다. 1. 제57조의2제1항에 따른 당내경선의 경선선거인이 되려는 사람을 모집하거나 당내경선을 위한 여론조사를 실시하는 경우 2. 그 밖에 정당활동을 위하여 여론수렴이 필요한 경우.

217) 한국조사연구학회, 휴대전화 가상제도(안심번호) 및 등록제 제도 도입에 관한 연구, 중앙선거여론조사심의위원회 연구용역보고서, 2016 참조.

218) 공직선거법 제108조의 2 제4항은 요청서에 "여론조사의 목적·내용 및 기간, 여론조사 대상 지역 및 대상자 수, 이동통신 사업자별로 제공하여야 하는 성별·연령별·지역별 휴대전화 가상번호 수를 기재"하여야 하며 "제공을 요청할 수 있는 휴대전화 가상번호의 총수는 제2호에 따른 대상자 수의 30배수를 초과할 수 없다."고 규정하고 있다.

219) 요청서에 기재된 여론조사기간 사용이 가능하나 10일을 초과하지 못한다.

입된 선거여론조사 사전신고제를 비롯하여, 선거일전 60일부터 선거일까지 후보자 또는 정당의 명의로 선거여론조사 금지, 선거여론조사 질문 내용 및 표본 규제 및 휴대전화 가상번호제도에 관한 규제들은 선거여론조사의 객관성과 공정성을 향상시켜서 유권자에게 보다 올바른 정보를 제공할 수 있다는 점에서 전체적으로 필요한 규제라고 평가할 수 있다.

여론조사는 조사 의뢰자, 조사기관, 조사방법, 질문 내용, 표본크기나 오차 범위 등과 같은 충분한 정보가 함께 제공될 때 시민들은 여론조사의 가치를 정확히 평가하고 자신의 판단에 이를 활용할 수 있을 것이다. 또한 선거여론조사는 그 질문의 내용에 따라 사전 선거운동의 형태로 운용될 여지도 있기에 선거여론조사 질문 내용 및 표본 등을 세밀히 공개하도록 하는 것은 바람직하다고 할 수 있다. 그렇지만 이와 같은 규제들 역시 항상 그 적정성에 대한 정밀한 검증이 지속되어야 한다. 선거여론조사 신고의무제는 과거 '공표나 보도 목적'으로 '선거일 전 180일부터 선거일의 투표마감시간'까지라는 조건 없이 항시 모든 '선거에 관한 여론조사'를 사전신고대상자로 하면서 거대 언론사는 이런 신고의무를 면제하고 있는 것 등에 대해서는 재검토가 필요하다고 본다. 휴대전화 가상번호제도는 휴대전화 이용자가 실소유자와 다르거나 실질 거주지와 법률 거주지 차이에 따른 문제도 발생할 수 있다는 점, 가상번호제공 관련하여 및 혹시라도 발생할 수 있는 개인의 사생활의 비밀 침해가 나타나지 않도록 철저히 감독하여야 하고 등도 고려해야 할 것이다.[220] 또한 오늘날 선거여론조사는 유선전화, 휴대전화뿐만 아니라 인터넷을 이용한 여론조사방법도 유용할 수 있기에 이를 통한 조사내용이 선거여론조사에 적절히 반영되고 결과 왜곡이 발생하지 않도록 하는 가중치 설정 방안에 대한 고안도 필요할 것이다.

4. 선거여론조사의 결과 공표 및 보도

(1) 선거여론조사 결과 사전등록제

선거여론조사기관이 선거에 관한 여론조사 결과를 '공표·보도하려는 때'에는 여론조사의 결과를 '사전'에 해당 '여론조사를 실시한 선거여론조사기관'이 '선거여론조사기준으로 정한 사항'을 중앙선거여론조사심의위원회 홈페이지에 등록하여야 한다. 만일, 선거여론조사기관이 제3자로부터 의뢰 받아 여론조사를 실시한 경우에는, 여론조사 의뢰자가 선거여론조사기관에 여론조사 결과의 공표·보도 예정일시를 통보해야하

220) 한국조사연구학회, 제6회 지방선거 여론조사 실태 분석을 통한 여론조사의 객관성·신뢰성 제고방안 연구, 2014 참조.

고, 선거여론조사기관은 통보받은 공표·보도 예정일시 전에 해당 사항을 등록하여야 한다.[221]

앞에서 살핀 바처럼, '공표 또는 보도를 목적으로 선거에 관한 여론조사'를 실시하려는 선거여론조사기관은 등록의무가 있기에 관할 심의위원회에 등록하고 등록증을 교부받은 기관만이 선거여론조사 결과를 사전에 등록할 수 있다. 또한 등록 기관이라도 공표·보도를 위해 여론조사결과를 사전 등록하는 경우, 선거여론조사기준에 따른 기준(예를 들어 최소 표본수와 가중값 배율기준 등[222])을 모두 충족시켜야 한다. 그러나 등록된 선거여론조사기관이 공표나 보도 목적이 아닌 선거여론조사를 한 경우나 공직선거법상 선거여론조사로 보지 않는 여론조사의 경우[223]는 사전 등록 대상이 아니다.

(2) 결과 공표·보도 방식 및 기간 규제

1) 결과 공표·보도 방식

중앙선거여론조사심의위원회에 사전에 등록된 선거여론조사결과만을 공표하고 보도하여야 하며 선거여론조사의 결과를 공표 또는 보도할 때에는 조사의뢰자, 선거여론조사기관, 조사지역, 조사일시, 조사대상, 조사방법, 표본의 크기, 피조사자 선정방법, 응답률, 가중값 산출 및 적용 방법, 표본오차, 질문내용을 함께 공표 또는 보도하여야 한다.[224] 또한 공표 또는 보도된 선거여론조사의 결과를 인용하여 공표·보도할 때에는 조사의뢰자, 선거여론조사기관, 조사일시 및 그 밖의 사항은 중앙선거여론조사심의위원회 홈페이지 참조라는 부분을 함께 공표, 보도해야 하고 이와 같은 사항을 위반한 경우 3천만원이하의 과태료가 부가된다.[225]

2) 결과 공표 금지 기간 및 금지 사유

공직선거법 제108조 제1항은 선거일 전 6일부터 선거일의 투표마감시각까지는 누구나 '선거에 관하여 정당에 대한 지지도나 당선인을 예상하게 하는 여론조사(모의투표나 인기투표 포함)'의 경위와 그 결과를 공표하거나 인용하여 보도할 수 없도록 하

221) 공직선거법 제108조 제7항.
222) 선거여론조사기준 제4조 제5항 및 제5조 제1항 참조.
223) 공직선거법 제8조의8 제8항.
224) 공직선거법 제108조 제6항, 선거여론조사기준 제18조 제1항.
225) 공직선거법 제108조 제6항, 제8항 및 제261조 제2항.

고 있다. 선거여론조사에 대한 법적 규제는 인기투표 형식의 여론조사 전면금지에서 시작되어 여론조사 허용 및 공표제한 형식으로 이뤄지다가 공표금지 기간도 역시 점차 축소되어[226] 2005년 이래 계속 선거일 전 6일부터 공표금지기간이 유지되고 있다.[227] 선거여론조사 공표금지규정은 여론조사 실시나 결과공표가 선거인에게 예단이나 선입견을 갖게 하여 선거인의 자유로운 의사형성에 영향을 주고 사실상 선거운동의 목적으로 이용을 막기 위한 규제라 할 수 있다.[228] 그렇지만 동 규제가 헌법상 보장된 표현의 자유와 국민의 알권리를 제한하기에 위헌이라는 주장과 함께 세 차례의 헌법소원 청구가 있었다.

헌법재판소는 선거여론조사 결과공표금지기간 규정에 대한 헌법소원에 대해 계속 합헌결정을 내렸는데[229] 이들은 모두 '선거기간 개시일로부터 선거일 투표마감시각까지' 대통령선거여론조사 결과공표를 금지한 구 선거법에 관한 헌법소원이었다. 헌법재판소는 여론조사의 중요성을 설시하면서도 여론조사 결과공표는 투표자로 하여금 승산이 있는 쪽으로 가담하도록 만드는 이른바 밴드왜건효과(Bandwagon Effect)나 반대로 불리한 편을 동정하여 열세에 놓여 있는 쪽으로 기울게 하는 열세자효과(Underdog Effect)를 나타낼 수 있고, 여론조사 공표는 유권자의 의사에 영향을 미쳐 선거일에 가까워질수록 영향은 더 커지며, 불공정하거나 부정확하게 이루어진 여론조사와 결과공표는 국민을 오도하는 역기능을 초래할 수 있다고 하였다. 또한 대통령선거의 중요성 및 선거의 공정을 위하여 선거일을 앞두고 어느 정도의 기간 동안 선거에 관한 여론조사결과의 공표를 금지하는 것 자체는 그 금지기간이 지나치게 길지 않은 한 위헌이라 볼 수 없고, 선거에 관한 여론조사결과의 공표금지기간을 어느 정도로 할 것인가는 입법부가 재량에 의하여 결정할 사항이라며 합헌결정을 내렸다.[230] 결과적으로 헌법재판소는 여론조사 결과공표금지가 언론 출판의 자유 및 알권리를 제한한다고 하면서도 엄격한 심사를 적용하는 것이 아니라 여론조사 조작이나 왜곡 및 결과 공표에 의한 부정적 영향에 따른 선거 공정성 훼손 우려 속에서 여론조사규제에 대해 입법부의 재량을 존중하는 모습을 보이고 있다.

한편, 2017년 공직선거법 제108조 제12항이 신설로 정당 또는 후보자가 실시한

---

226) 공직선거법이 제정된 1994년부터 2005년 공직선거법 개정 전까지 대통령선거일 23일 이전, 국회의원선거와 지방자치단체의 장선거일 17일 이전 및 지방의회의원선거일 14일 이전에 선거여론조사의 결과공표나 인용보도가 금지되었다. 김래영, "선거여론조사결과공표금지조항의 위헌성 여부에 관한 연구", 변호사 제33집, 2003, 10면.

227) 이태희, "선거여론조사결과 공표금지에 대한 비판적 분석", 중앙법학 제16집 제1호, 2014, 20면.

228) 국회 홈페이지 법률지식정보시스템, 공직선거법 조문설명, 108조 여론조사의 결과공표 금지 등 참조; 이태희, 위의 글, 8면 참조.

229) 헌재 1995. 7. 21. 92헌마1877등; 헌재 1998. 5. 28. 97헌마362등; 헌재 1999. 1. 28. 98헌바64; 이희훈, "선거여론조사의 결과공표금지규정에 대한 헌법적 고찰", 공법연구 제36집 제3호, 2008, 249면 참조.

230) 헌재 1999. 1. 28. 98헌바64, 판례집 11-1, 33, 39-40.

해당 선거여론조사, 공직선거법이나 선거여론조사기준에 위반하여 선거의 공정성을 현저하게 해치는 것으로 인정되거나 하거나 시정명령 등을 불이행하여 선거여론조사위원회에 의해 고발된 선거여론조사 등은 모두 선거여론조사 결과를 선거일의 투표마감시각까지 공표 또는 보도할 수 없도록 하였다.[231] 또한 선거여론조사기준 제17조에 따라 관할 심의위원회가 위법하다고 결정한 선거여론조사의 결과는 공표나 보도를 금지하면서[232] 이를 위반한 경우 3년 이하의 징역 및 600만원 이하의 벌금형에 처하도록 규정하였다.

3) 공표·보도 여론조사 결과 보관 및 요청 시 제출 의무

선거에 관한 여론조사의 결과를 공표 또는 보도하는 때에는 선거여론조사기준으로 정한 사항을 함께 공표 또는 보도하여야 하며, 선거에 관한 여론조사를 실시한 기관·단체는 조사의 신뢰성과 객관성의 입증에 필요한 자료와 수집된 설문지 및 결과분석 자료 등 '해당 여론조사와 관련 있는 자료일체를 해당 선거의 선거일 후 6개월까지 보관'하여야 한다. 해당 여론조사를 실시한 기관·단체는 관할 선거구선거관리위원회가 공표 또는 보도된 여론조사와 관련하여 이 법을 위반하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있다고 판단되는 때, 또는 선거여론조사심의위원회가 공표 또는 보도된 여론조사결과의 객관성·신뢰성에 대하여 정당이나 후보자로부터 서면으로 이의신청을 받거나 심의를 위하여 필요하다고 판단되는 때에는 보관 중인 여론조사와 관련된 자료의 제출을 요구할 수 있으며, 그 요구를 받은 기관·단체는 지체 없이 이에 따라야 한다.[233]

(3) 외국의 입법례

선거여론조사에 관한 외국의 규제는 일반적으로 선거기간 중 여론조사 결과공표를 금지하는 것과 선거여론조사를 발표함에 있어 여론조사에 사용한 표본 크기, 오차범위, 조사 의뢰자 및 질문내용 등에 대한 주요 정보를 공시하도록 하는 규제로 구분할

231) 공직선거법상 여론조사에 관한 범죄로 기소된 선거여론조사기관이 실시한 선거여론조사, 선거여론조사기관이 아닌 여론조사기관·단체가 실시한 선거에 관한 여론조사의 경우도 여론조사 결과를 선거일의 투표마감시각까지 공표 또는 보도할 수 없도록 하였다. 다만 해당 선거여론조사기관에 대하여 불기소 처분이 있거나 무죄의 판결이 확정된 때에는 공표나 보도가 가능하다(공직선거법 제108조 제12항).

232) 선거여론조사기준 제17항 "누구든지 선거여론조사 결과를 공표 또는 보도(최초의 공표·보도를 인용하여 공표·보도하는 경우를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)할 때에는 중앙심의위원회 홈페이지에 등록된 선거여론조사 결과만을 공표·보도하여야 한다. 다만, 관할 선거여론조사심의위원회가 위법하다고 결정한 선거여론조사 결과는 공표·보도할 수 없다."

233) 공직선거법 제108조 제6항, 제9항.

수 있다.[234] 대부분의 국가는 전자에 대한 규제를 채택하고 있고[235] 후자의 경우는 프랑스, 캐나다, 케냐 등의 국가를 제외하고는 대부분 전문여론조사기관의 윤리 규범 등을 통한 자율적 규제로 진행되고 있는 경우가 많다.[236]

선거여론조사 내용 및 절차에 관해 법으로 규제를 하고 있는 대표적 국가로는 프랑스를 들 수 있다. 프랑스의 경우 1977년 제정되고 수차례 개정된 '여론조사 공표 및 전파에 관한 법률'을 통해 선거법상 규정된 모든 종류의 선거 여론조사에 대해 여론조사 내용과 공표에 관한 규제를 적용하고 있다.[237] 이를 간단히 살펴보면, 선거여론조사를 '공표하거나 전파하는 경우', 여론조사기관의 책임 하에 여론조사기관, 여론조사 의뢰자의 성명 및 지위, 표본 크기, 여론조사 실시 날짜 및 기간[238]을 함께 표기하여야 하고, 결과공표나 전파 전 여론조사 목적, 표본 추출 방법이나 구성 및 여론조사 방법, 여론조사 조건, 질문 내용, 각 질문에 대한 비응답자 비율, 여론조사 결과 해석의 한계점 등을 여론조사위원회에 보고할 의무를 진다. 또한 누구나 이런 사항을 열람할 권리가 있다는 것을 결과공표 시 표기하도록 하고 있다.[239] 공표나 전파를 목적으로 하는 선거여론조사기관은 동 법률의 규정을 준수하겠다는 서약서를 여론조사위원회에 사전 송부해야하고 이를 이행하지 않는 경우, '공표 및 전파될 목적의 선거관련 여론조사'를 시행할 수 없다.[240] 여론조사위원회는 선거여론조사가 법 규정에 따라 이뤄지고 계약이 작성되었는지에 대해 확인할 수 있는 모든 권한을 가지며, 여론조사를 공표하거나 배포한 기관 역시 동 법상 의무조항을 위반하거나 여론조사 결과를 왜곡하여 공표해서는 안 된다. 여론조사위원회는 여론조사기관이 제출한 자료를 바탕으로 표본, 자료 처리, 질문 항목 등을 검증하고 필요한 경우, 관련 자료를 요청하며 여론조사 결과의 신뢰성에 심각한 문제가 있다고 판단하는 경우, 수정을 명하고 불응 시, 법무부에 사법 처리를 요청하게 된다. 여론조사위원회는 공영 라디오나 텔레비전 방송을 통해 언제든 조정사항을 공표할 수 있고 이 때 여론조사위원회에 의한 것임을 함께 전해야 한다.[241] 캐나다도 선거여론조사의 경우 핵심적 여론조사 관련 정보를 함께 공개하도록 하는 법을 규정하였으며[242] 케냐 역시 선거일 1년 전 선

234) Orr, Graeme and Levy, Ron, Regulating Opinion Polling: A Deliberating Democratic Perspective, *39 UNSW L. J. 1* (2016), p. 319.
235) ACE Electoral Knowledge Network, Blackout Period for Release of Opinion Poll Results (2015).
236) ESOMAR and World Association for Public Opinion Research, *Guideline on Opinion Polls and Published Survey,* 2014.; Orr, Graeme and Levy, Ron, *supra,* at 332.
237) '여론조사 공표 및 전파에 관한 1977년 7월 19일 법률(Loi n°77-808 du 19 juillet 1977 relative a la publication et a la diffusion de certains sondages d'opinion)'; 이에 대한 상세한 내용은 김청진, 앞의 보고서, 11면-20면 참조.
238) Section II Article 2 (Loi n°2002-214 du 19 fevrier 2002 개정).
239) Section II Article 3-1 (Loi n°2002-214 du 19 fevrier 2002 신설).
240) Section III Article 7 (Loi 77-808 1977-07-19).
241) Section III Article 8 (Loi 77-808 1977-07-19), Article 9 (Loi 77-808 1977-07-19).

거여론조사 결과 공표에 있어 여론조사 의뢰자, 표본 크기, 질문 내용 및 오차 범위 등을 함께 공개하도록 규정하고 있다.[243]

한편, 선거 여론조사 공표 기간과 관련하여 일정한 규제를 두고 있는 국가는 많이 있다. 과거에는 선거운동기간 동안 선거여론조사 공표를 금지하는 경우도 있었지만 최근에는 선거일전 단기간 동안만 공표를 금하는 것이 일반적 추세이다. 현재 이탈리아 선거일 전 15일, 스위스 7일, 타이완 10일, 스페인 5일, 멕시코 4일, 볼리비아 7일 등의 선거여론조사 결과공표금지 기간을 두고 있다. 그러나 독일은 선거 당일 마감시간 전 출구조사 공표만을 금지하고 있고, 미국과 일본은 출구 조사를 비롯하여 어떤 규제도 두고 있지 않다.[244]

주목할 점은 선거여론조사 결과공표 금지기간과 관련된 규제 입법에 대해서는 사법부의 위헌 결정에 따라 이를 축소하거나 폐지하는 국가가 늘고 있다는 것이다.[245] 캐나다는 선거운동 기간 중 여론조사에 대해 규제가 필요하다는 의견 속에서 1993년 선거법 제332조 제1항을 통해 '연방 선거일 전 3일(72)시간 동안' 여론조사 결과 공표를 금지하였다. 그러나 1998년 캐나다 대법원은 동 선거법 규정을 위반하여 여론조사 결과를 공표한 혐의로 기소된 Thomson Newspaper가 제기한 헌법소원에서 동 선거법규정은 권리헌장 상 표현의 자유와 선거권을 침해한다며 위헌결정을 내렸다.[246] 캐나다 대법원은 여론조사 정보를 '정치 정보(political information)'라고 정의하며 후보자나 선거이슈에 관한 여론조사는 정치과정의 한 부분이고 이는 헌장이 보호하는 표현의 핵심이라고 판시하였다. 대법원은 잘못된 여론조사로 인한 잠재적 피해로부터 유권자를 보호해야 한다는 정부 측 주장에 대해, 캐나다의 유권자들이 여론조사를 발표하는 여론조사기관이나 미디어에 대해 취약한 집단이라는 사회 과학적 증거가 없으며, 유권자들은 선거기간 내내 여론조사 결과에 계속 노출되고 부정확한 여론조사 결과는 알게 되고 적절하게 무시될 것이라고 하였다. 또한 부정확한 여론조사에 대한 명백한 대안은 여론조사 공표에 있어 조사 방법상의 정보를 밝히도록 법적으로 강제하는 것이며, 동 조항은 선거과정 중 가장 중요한 시기에 정치 정보의 유통을 완전히 금하는 것으로 유권자의 알권리도 침해하고 이를 공급하려는 언론기관과 여론조사자의 권리를 침해한다고 판시하였다. 결국 캐나다는 2000년 선거법을 개정하여 선거 당일 선거 종료 시까지 새로운 여론조사 결과를 발표할 수 없도록 법을 개정

242) Canada Election Act SC 2000. c. 9, ss 326-7.
243) Kenya Publication of Electoral Opinion Polls At 2012.
244) Orr, Graeme and Levy, Ron, *supra,* at 327-328.
245) 2012년 기준으로 세계 83개국 중 45개 국가가 선거여론조사 결과 공표금지 기간이 없으며 이와 같은 금지기간이 존재했던 이스라엘, 남아공화국, 불가리아, 스위스 등은 이러한 규제가 폐지되었다. 이태희, 위의 글, 37면.
246) Thomson Newspaper Co. v. Canada (1998) 1 S.C.R. 877; 이태희, 위의 글, 40면.

하였다.[247] 프랑스도 2002년 여론조사 공표금지기간을 '선거 전 7일'로 규정했지만, 2001년 프랑스 대법원은 유럽 인권협약 상 국가안보, 영토 보존, 공공 안녕 등을 목적으로 하는 표현의 자유 제한은 인정되지만, 여론조사제한은 이 중 어디에도 해당되지 않고 인터넷 접근할 수 있는 사람이면 동 법률은 손쉽게 무력화될 수 있다며 위헌결정을 내렸다. 이에 프랑스는 현재 '선거 전날 0시부터 선거일까지' 이틀간 동안만 선거여론조사 공표를 금하고 있다.[248] 2007년 헝가리 헌법재판소 역시 '선거일 전 8일간 여론조사 결과 공표를 금지'한 선거법에 대해 위헌결정을 내렸다. 재판소는 선거운동과 달리 여론조사는 유권자에게 선거정보를 공급하고 개인들이 정보를 공급받아 정치과정에 참여하는 것을 돕는 것이라 분석하고 표현의 자유의 특별한 지위를 강조하면서 여론조사가 유권자의 행동에 영향을 미친다고 인정하더라도 이런 규제는 선거의 공정성 목적을 달성하는데 적절한 수단이 아니라고 하였다.[249] 2011년 슬로베니아 헌법재판소도 '선거일 7일 전'부터 선거여론조사 결과 공표를 금지한 선거법에 대해 표현의 자유를 보호하는 목적은 정보와 의견을 널리 알리고 받을 권리의 보호라는 근거 하에 7일간의 공표 금지는 매스 미디어의 자유로운 기능을 침해할 수 있는 과도한 금지라고 판시하며 위헌결정을 내렸다.[250]

(4) 검토

등록된 선거여론조사기관이라도 공표나 보도목적의 선거여론조사를 실시한 경우, 그 결과를 선거여론조사기준에 따른 기준에 따라 사전 등록하게 하고, 공표나 보도 시 시 그 정확성을 담보할 수 있는 자료들을 함께 공개하도록 하며 인용 보도 시 공개할 내용을 규정하고 있는 위 규제들은 선거여론조사의 품질 및 신뢰도를 확보하고자 하는 것으로 그 효과도 대체로 긍정적이라 할 수 있다.[251] 다만 공직선거법에 공표·보도하여야 할 사항이 지나치게 세부적으로 규율하여 자칫 방송, 신문 또는 개인의 자료 활용 보도 등의 경우처럼 공표·보도 과정에서 선의의 범법자가 양산될 현실적 문제점도 발생할 우려가 있다. 이에 등록된 선거여론조사기관이 공표·보도를 위해 사전 신고한 선거여론조사를 방송, 신문, 개인이 보도하는 경우, 정확성을 담보하기 위한 최적의 사항들에 대해서만 보도하도록 그 내용을 축소하는 것도 생각해 볼

247) Orr, Graeme and Levy, Ron, *supra,* at 328-329.
248) 이태희, 위의 글, 41면.
249) Constitutional Court of Hungary, Decision 6/2007 (II. 27.) AB on 26. February 2007.
250) Constitutional Court of the Republic of Slovenia Decision U-I-67/09 on 24 March 2011.; 이태희, 위의 글, 42면-44면.
251) 한국조사연구학회, 제6회 지방선거 여론조사 실태 분석을 통한 여론조사의 객관성·신뢰성 제고방안 연구, 2014 참조.

여지가 있다.

그간 선거여론조사 규제 중 가장 많은 논란의 대상이 되어 온 것은 바로 선거일 전 6일부터 선거일의 투표마감시각까지 '선거에 관하여 정당에 대한 지지도나 당선인을 예상하게 하는 여론조사' 공표를 금하는 것이다. 우리 헌법재판소가 선거기간 중 여론조사 공표금지규정에 대한 합헌결정을 함에 있어 주된 근거로 든 것은 공표나 보도를 위한 여론조사는 그 공정성과 정확성의 보장이 특별히 요구된다는 점과 우리의 경우 외국처럼 여론조사에 관한 법률에 의하여 선거관리위원회나 여론조사위원회가 선거관련 여론조사의 공표 등에 관하여 심사 또는 감시를 하도록 하는 규제입법을 갖추지 않고 있다는 점이었다.[252] 그렇지만 현재 공직선거법은 선거여론조사심의위원회 설치와 함께 선거여론조사에 대한 공정성을 확보를 위해 선거여론조사기관 등록제, 선거여론조사 신고제, 여론조사 기준마련 등 선거여론조사 단계별로 세밀하고 엄격한 규제 법령을 구비하고 있다. 공직선거법 개정으로 선거여론조사의 공정성을 확보를 위한 엄밀한 규제가 완성된 오늘날 국민의 선거권 행사에 있어 가장 중요한 정보라고도 할 수 있는 선거여론조사의 결과 유통을 선거일 전 6일부터 선거일의 투표마감까지 금지하는 것은 필요최소한의 범위를 넘은 과잉한 규제라고 할 수 있다. 이에 선거여론조사결과 공표금지기간은 축소되는 방향으로 개정하는 것이 타당하다고 본다.

252) "여론조사 및 그 공표에 있어서 객관성 및 정확성을 확보하는 문제는 여론조사의 가치를 가름하는 관건이 되는 중요한 문제라 할 것이다. .....외국의 경우를 살펴보면, 여론조사에 관한 법률에 의하여 선거관리위원회나 특별히 설치된 여론조사위원회로 하여금 선거관련 여론조사의 공표 등에 관하여 심사 또는 감시를 하도록 하거나, 법적으로나 관행적으로 여론조사결과를 공표할 경우 표본추출의 대상이 된 모집단의 특성, 표본의 크기, 자료수집방법, 설문의 내용 등을 비롯한 여러 사항을 조사결과와 함께 반드시 명시하도록 함으로써 선거관련 여론조사의 객관성과 정확성을 보장하고, 조사결과에 접하는 유권자로 하여금 그 결과를 올바로 평가할 수 있도록 하고 있는 예를 흔히 찾아 볼 수 있다. 그러나 우리나라에서는 선거관련 여론조사나 그 공표 등에 관하여 준수하여야 할 사항을 규정하거나, 이를 통제·감시하는 기관의 설치에 관하여 규정하는 법령은 존재하지 아니한다." 헌재 1995. 7. 21. 92헌마177, 199(병합).

제5장 선거운동 자유의 확대와 사회적 평온의 유지

I. 선거과정에서 사회적 평온과 규제

선거운동은 선거에 관한 정보의 유통, 즉 제공 및 획득을 의미한다. 후보자와 정당은 선거운동을 통하여 자신에 유리한 정보를 최대한 다수의 선거권자에게 전달할 수 있기를 원한다. 반면 선거권자는 이러한 선거운동을 통하여 후보자나 정당에 관한 정보를 용이하게 접근할 수 있기를 원한다. 또한 선거권자는 정치적 표현의 자유로서 후보자와 정당에 대한 지지 또는 반대의 의사를 표시하기를 원한다.

이러한 선거운동을 위하여 선거에 참여하는 자들은 더 많은 자유를 요구한다. 선거운동의 주체, 시기, 방법, 도구, 비용 등의 영역에서 최대한 가용자원을 활용하기를 원한다. 그런데 선거운동을 통하여 유통되는 선거관련 정보는 정확하여야 하며, 선거운동의 기회는 후보자 등에게 공평하게 보장되어야 한다. 그래야만 주권자의 의사에 합한 선거결과를 담보할 수 있기 때문이다. 그러한 점에서 선거운동을 규율함에 있어서 고려하여야 할 점은 선거관련 정보의 정확성, 자유로운 전달, 용이한 획득가능성(접근성, 비배타성), 제공기회의 균등성이 확보되어야 한다. 이와 아울러 선거운동의 공정성을 담보할 있도록 선거비용이 일정 수준으로 제한되어야 한다.

여기서는 특히 사회적 평온을 저해할 수 있는 선거운동 방법을 주로 살펴보고자 한다. (사회적) 평온의 개념은 법영역에 따라 다의적으로 사용되고 있으나, 선거운동을 규제하는 목적으로서 평온은 보통 선거의 공정성과 함께 연결되어 사용되고 있다. 헌법재판소와 대법원의 판례를 살펴보면 “선거의 평온과 공정” 또는 “선거의 공정성과 평온성”의 표현이 다수 발견된다.[253] 이를 통하여 (사회적) 평온은 선거과정에서 나타나기 쉬운 지나친 정치적 경쟁을 방지함으로써 사회질서가 혼란하거나 개인의 자유·권리가 침해되지 않은 상태임을 알 수 있다. 주로 문제 되는 사안이 탈법적인 문서·도화의 배부·게시, 광고물·광고시설 등 설치, 기탁금 납부, 전자우편 전송, 동영상 게시임을 볼 때, 선거의 평온이 선거운동의 지나친 경쟁을 제한함으로써 선거권자의 정치적 판단 및 선택을 차분하게 하기 위함임을 알 수 있다. 그래서 “대의제가 정상

253) 예컨대 헌재 2018. 4. 26. 2017헌가2; 헌재 2016. 6. 30. 2014헌바253; 헌재 2016. 3. 31. 2013헌바26; 헌재 2015. 7. 30. 2012헌마734; 헌재 2015. 4. 30. 2011헌바163; 헌재 2014. 4. 24. 2011헌바17; 헌재 2012. 3. 29. 2010헌마673; 헌재 2010. 6. 24. 2008헌바169; 헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324; 헌재 2009. 7. 30. 2007헌마718; 헌재 2009. 5. 28. 2007헌바24; 헌재 2007. 1. 17. 2004헌바82; 헌재 2006. 7. 27. 2004헌마215; 헌재 2006. 5. 25. 2005헌바15등; 대법원 2015. 8. 19. 판결 2015도5789 선고; 대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도9243 판결; 대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도5344 판결; 대법원 2011. 6. 24. 선고 2011도3447 판결; 대법원 2005. 6. 23. 선고 2004도8969 판결 등.

적으로 작동하고, 국민이 합리적인 의사에 의하여 대표자를 올바르게 선출할 수 있도록 하기 위하여 요구되는 선거의 평온과 공정은 선거제도의 유지와 본래적 기능의 발현을 위한 전제조건"[254]이라고 할 수 있다.

공직선거법이 사회적 평온과 관련하여 규제하고 있는 선거운동방법으로 대표적인 것으로는 공개장소에서의 연설·대담 시 행위 및 장소 제한(제79조, 제80조), 정보통신망을 이용한 선거운동 시 행위 제한(제82조의4), 선거운동정보의 전송 제한(제82조의5)시설물설치 등의 금지(제90조), 확성장치와 자동차 등의 사용 제한(제91조), 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지(제93조), 야간연설 등의 제한(제102조), 연설회장에서의 소란행위 등의 금지(제104조), 행렬 등의 금지(제105조), 호별방문의 제한(제106조), 서명·날인운동의 금지(제107조) 등이 있다.

이하에서는 종래 사법부의 주요 판단대상이 되었던 시설물설치 등 금지(제90조), 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지(제93조), 호별방문의 제한(제106조)을 차례로 살펴보기로 한다.

II. 시설물설치 등 금지

1. 개관

공직선거법 제90조 제1항은 누구든지 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 법정의 방법 이외의 방법으로 시설물 설치 등을 하는 것을 금지하고 있다. 이러한 시설물설치 금지조항에서 금지하는 행위는 화환·풍선·간판·현수막·애드벌룬·기구류 또는 선전탑 그 밖의 광고물이나 광고시설을 설치·진열·게시·배부하는 행위, 표찰이나 그 밖의 표시물을 착용 또는 배부하는 행위, 후보자를 상징하는 인형·마스코트 등 상징물을 제작·판매하는 행위이다.[255] 이 규정에 위반하여 선전물을 설치·진열·게시·배부하거나 하게 한 자 또는 상징물을 제작·판매하거나 하게 한 자는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처한다(제256조 제3항 제1호 아목).

시설물설치 금지조항의 입법취지는 선거의 부당한 과열경쟁으로 인한 사회경제적 손실을 막고 후보자 간의 실질적인 기회균등을 보장함과 동시에 탈법적인 선거운동으

254) 헌재 2009. 7. 30. 2008헌마180. 이동흡 재판관의 보충의견.

255) 한편 선거기간이 아닌 때에 행하는 정당법 제37조제2항에 따른 통상적인 정당활동, 의례적이거나 직무상·업무상의 행위 또는 통상적인 정당활동으로서 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 행위는 선거에 영향을 미치게 하는 행위로 보지 아니한다(공직선거법 제90조 제2항).

로 인하여 선거의 공정성과 평온이 침해되는 것을 방지하기 위함이다.[256]

그런데 이 조항은 일정 범위의 선거운동방법에 대하여 그 주체, 시간, 태양을 불문하고 일률적으로 금지하기 때문에 지나친 규제가 아닌가 하는 문제 제기가 있었다. 외국 입법례를 참조해보면 이러한 문제 제기가 일리 있음을 알 수 있다.

2. 외국의 입법례

(1) 서

선거에 영향을 미치기 위하여 광고물·광고시설을 설치하거나 표찰·그 밖의 표시물을 착용하는 것과 관련하여, 다수의 외국 입법례는 인쇄물을 이용한 선거운동과 함께 이를 규율하고 있다. 이는 광고 관련 시설물과 문서·도화 등 인쇄물을 별도의 규정으로 달리 규율하고 있는 우리와 다르다.

스위스와 스웨덴의 경우, 선거법에 선거운동에 관한 별도의 규정을 두고 있지 않다. 반면에 시설물에 대해 제한 또는 금지 규정을 두고 있는 국가들은 대체로 투표소 주변과 정부기관 건물이 선거 선전과 관련되지 않도록 하고 있다.[257]

(2) 영국

옥외 광고판이나 게시판을 이용한 정당 또는 후보자의 광고 전시는 1992년 시·도 계획법에 의하여 규제된다. 후보자 및 대행인은 허용된 장소에 광고해야 하는바, 이는 모든 옥외 광고, 현수막과 벽보(포스터, 피켓)를 포함한다. 특히 일반 사유지나 특정인이 관심을 가지고 있는 위치나 장소에는 관계자 허가 없이 광고를 게재할 수 없다, 포스터나 광고는 교통이나 보행자에게 방해되지 않아야 한다.

(3) 미국

선거운동에서 현수막을 사용하기보다는 일반적으로 후보자를 지지하는 내용의 스티커나 간판 등을 자동차나 주택에 부착하는 경우가 많다. 선전물의 종류는 연필, 냉장고에 붙이는 자석, 문손잡이, 카드보드, 자동차 부착용 스티커 등 매우 다양하다.

---

256) 헌재 2001. 12. 20. 2000헌바96·2001헌바57(병합).

257) 이하 외국의 입법례는 중앙선거관리위원회 선거연수원, 『각국의 선거제도 비교연구』, 2015.11., 263-276, 340-344면 참조.

선거벽보나 선전물 규격 등에 관련해서 법적 규제는 없으나, 선전물의 부착 장소에 대해서는 부분적으로 규제하고 있다. 마트·도서관 등 공공장소에는 특정 정당이나 후보자를 지지하는 선전물을 부착할 수 없다. 주별로 차이는 있으나, 대체로 고속도로에 선전물을 부착할 수 없게 한다.

(4) 독일

선거법에 별도의 규정이 없으나, 신문광고나 선전벽보와 함께 선전물이 선거운동을 위하여 다양하게 활용되고 있다. 티셔츠나 피켓을 이용한 선거운동이 가능하고, 정당 로고가 새겨진 볼펜, 사탕, 풍선 등과 함께 전단지를 나눠주는 것이 널리 사용되고 있다.

연방선거법 제32조에 의하면, 선거기간 중 투표시간 동안 투표소 내부와 건물 입구에 문구, 소리, 그림으로 된 광고물 게시가 일체 금지된다.

현수막은 각 주법에 위임된 도로법 내지 도로규칙(Strassenverkehrsordnung)에 따라 일반 광고와 동일하게 규제되고 있다. 노트라인 베스트팔렌의 경우, 현수막은 선거일 3개월 전부터 원칙적으로 허용된다. 뮌헨의 경우, 벽보규정(Plankatierungsverordnung)에 따라 도시미관과 자연경관의 보호를 위하여 입간판은 뮌헨시에서 허가한 공간에서만 설치되어야 한다(제1조 제1항). 정당, 선거단체, 후보자들은 선거, 주민투표, 주민소환일 3개월 전부터 그리고 14일후까지 위에 언급된 장소 외에도 광고물을 부착할 수 있되, 그 크기는 1㎡로 제한된다(제2조 제1항), 현수막 광고는 도로교통규칙 제33조 제2항에 따라 게시장소 및 방법, 색상이 도로표지판이나 교통시설물과 혼동되게 해서는 아니 된다.

(5) 스페인

현수막 및 벽보 설치를 위하여 시청은 벽보 또는 현수막의 설치를 위한 특정 지역을 무료로 예약해 두어야 할 의무가 있다. 때로는 전봇대나 가로등을 가로질러 게시하는 현수막을 설치할 수도 있다. 즉 현수막은 시청에 의해 무료로 지정된 장소에만 설치할 수 있다(선거법 제54조 및 제55조). 정당, 연합, 연맹 및 후보자들은 무료로 지정된 장소 이외에는 허가된 상업광고 장소에만 벽보를 부착하거나 다른 선전물을 설치할 수 있다(선거법 제55조).

(6) 일본

공직선거법 제143조에 의하면, 선거사무소 표시용 포스터·입간판·제등 및 간판류, 후보자가 사용하는 어깨띠·표찰(흉장)·완장류, 선거운동용 자동차 등에 부착하는 포스터·입간판·제등 및 간판류, 연설회장에서 사용하는 포스터·입간판·제등 및 간판류가 허용된다.

입간판 및 간판류는 정당에서 정한 총수의 범위 내에서 공직후보자 또는 후원단체가 정치활동을 위하여 사용하는 사무소마다 2개에 한하여 게시할 수 있다. 그 크기는 세로 150㎝ × 가로 40㎝를 초과할 수 없으며, 해당 선거사무를 관리하는 선거관리위원회가 정하는 표시를 부착하여야 한다.

그러나 선거운동을 위하여 애드벌룬·네온사인 또는 전광에 의한 표시, 슬라이드 기타의 방법에 의한 영사 등의 종류를 게시하는 행위는 금지된다.

3. 시설물설치 등에 대한 규제의 타당성

앞에서 살펴본 외국 입법례와 비교할 때, 우리는 시설물설치 등에 대하여 상당히 포괄적으로 규제하고 있다. 그래서 시설물설치 금지조항과 관련해서 첫째, '선거에 영향을 미치게 하기 위하여'라는 표현의 명확성원칙 위배 여부, 둘째, 일정 범위의 선거운동방법에 대한 포괄적·일률적 금지로 인한 표현의 자유 등의 침해 여부가 쟁점이 되고 있다.

첫째, 헌법재판소는 '선거에 영향을 미치게 하기 위하여'라는 개념은 후보자나 정당이 선거에 승리하기 위한 계획을 수립하고 준비를 시작할 것으로 예상되는 '선거일 전 180일'부터 '선거일'까지 사이에 선거의 준비과정 및 선거운동, 선거결과 등에 실질적으로 선거운동에 준하는 작용을 하려는 의도를 가리키는 것으로서, 그 인정에 있어서는 행위자와 후보자 및 정당과의 관계, 행위의 내용과 태양, 행위에 이르게 된 경위와 결과, 행위 당시의 상황 등 여러 사정을 종합하여 합리적으로 판단될 수 있으므로, 명확성 원칙에 위배되지 않는다고 판단한 바 있다.[258]

---

258) 헌재 2014. 4. 24. 2011헌바17등(병합). 헌법재판소는 공직선거법 제93조 제1항의 '선거에 영향을 미치게 하기 위하여' 부분을 판단하면서 이 표현이 명확성원칙에 위반되지 않는다고 보았다. "이 사건 법률조항 중 '선거에 영향을 미치게 하기 위하여'라는 부분은 그 의미에 있어서 다소 불명확한 요소가 있고 광범위한 해석의 여지가 없는 것은 아니나, 공직선거법 전체 및 공직선거법 제93조 제1항의 입법목적, 공직선거법에 규정된 다른 규제 조항들과의 체계적인 대비 및 그 조항들의 내용 등을 종합적으로 고려하면, 이는 선거의 준비과정 및 선거운동, 선거결과 등에 어떤 작용을 하려는 의도를 가리키는 것으로 해석할 수 있고, 그 인정에 있어서는 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 문서, 도화 등의 배부·첩부 등의 행위 그 자체 및 행위 당시의 정황, 행위의 방법 및 결과 등을 참작하여야 할 것인바, 행위의 동기가 반드시 위와 같은 의도만에 의한 경우가 아니라 하더라도 행위의 수단 및 결과, 전후 사정 등

둘째, 시설물설치 금지조항이 정치적 표현의 자유를 침해하는지 여부에 관하여 헌법재판소는 일찍이 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 바 있다.[259] 또한 헌법재판소는 2011헌바163 사건(2015.4.30. 선고)에서, 간판·현판·현수막 등을 이용한 선거운동의 경우, 인쇄물과 비교하여 시설물만의 독특한 매체의 특성이 나타남을 지적하였다. "인쇄물은 전문가가 아닌 개인도 프린터, 복사기 등을 이용하여 손쉽게 제작할 수 있는 반면, 시설물은 일반적으로 전문업체에 의뢰하여 제작한다. 인쇄물은 단품당 제작비용이 비교적 적지만, 시설물은 인쇄물보다 단품당 제작비용이 더 든다. 인쇄물은 일반적으로 개인이 다른 사람에게 직접 전달할 수 있어 대면이나 접촉을 전제로 하는 데 반해 시설물은 특정한 장소에 설치·진열하여 정보전달 방식에 있어서 차이점이 있다. 인쇄물과 달리 간판·현수막·애드벌룬·기구류 또는 선전탑과 같은 시설물은 특정한 장소에 고정되어 있어 설치장소를 지나가는 사람에게 노출되는 빈도수가 더 크다. 이러한 매체의 특성으로 인하여 시설물의 선거운동을 위한 선전물로서의 효과가 상대적으로 크고 선거의 공정성을 훼손할 우려가 있으므로, 이를 규율할 필요성이 있다." 이러한 시설물의 매체로서의 특수성과 함께 예비후보자의 선거운동 허용, 인터넷을 통한 선거운동 허용(공직선거법 제59조 제3호) 등을 비롯하여 선거운동방법이 다양화된 점을 고려하여, 헌법재판소는 시설물설치 금지조항이 침해의 최소성이나 법익의 균형성 원칙에 위배되어 선거운동 등 정치적 표현의 자유를 침해한다고 볼 수 없으므로 헌법에 위반되지 아니한다고 판단하였다.

4. 입법론적 제언

시설물설치 금지조항은 후보자·정당뿐 아니라 일반 선거권자 모두를 대상으로 선거일 전 180일부터 시설물 설치를 일률적으로 규제하고 있다. 공직선거법은 후보자나 정당에게 다양한 방법으로 광고할 수 있는 기회를 마련해주고 있는 반면에, 일반 선거권자의 경우에는 매우 제한하고 있다. 그런 점에서 이 조항은 후보자 등에게는 탈

전체적 과정에 비추어 그에 해당하는지 여부를 가릴 수가 있으므로, 명확성원칙에 위반되지 않는다. (헌재 2001. 8. 30. 99헌바92등; 헌재 2007. 1. 17. 2004헌바82 참조)"

259) 이에 관한 헌재 2001. 12. 20. 2000헌바96등(병합) 결정의 요지는 다음과 같다. "공직선거및선거부정방지법 제90조 전문은 선거일 전 180일부터 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 법정의 방법 이외의 방법으로 시설물설치 등을 하는 것을 금지한 규정으로서, 이는 선거의 부당한 과열경쟁으로 인한 사회경제적 손실을 막고 후보자 간의 실질적인 기회균등을 보장함과 동시에 탈법적인 선거운동으로 인하여 선거의 공정과 평온이 침해되는 것을 방지하고자 일정 범위의 선거운동방법에 대하여는 그 주체, 시간, 태양을 불문하고 일률적으로 이를 금지하는 것인바, 위와 같은 목적 달성을 위하여 달리 효과적인 수단을 상정할 수가 없고, 제한되는 자유의 범위도 예상되는 다양한 선거운동의 방법 중에서 특히 중대한 폐해를 초래할 우려가 크다고 인정되는 특정의 선거운동방법과 내용에 국한되는 것이며, 선거일 전 180일부터는 이미 사실상 선거운동의 준비작업이 시작되었다고 볼 수 있으므로, 이러한 제한은 폐해방지에 필요한 최소한의 정도를 넘지 아니하여 표현의 자유 등을 침해한다고 할 수 없다."

법방지규범이지만, 일반 선거권자에게는 일반적 금지규범으로 작용하고 있다.[260]

흔히 시설물설치 금지조항의 입법취지로 경제적 차이에 따른 선거운동의 불균형방지를 들고 있으나, 일반 선거권자에게는 이러한 입법취지가 적절하지 않다. 후보자의 경제력 차이에 따른 선거운동의 불균형 방지는 후보자의 선거운동을 규제하는 정당한 입법목적이 될 수는 있으나, 일반 선거권자의 정치적 표현의 제한에 대해서는 합리적인 사유가 되지 못한다. 일반 선거권자들은 후보자와 관계없이 자신의 정치적 의견을 개진하기 위하여 광고물이나 상징물 등을 활용할 수 있는데, 이러한 표현까지 경제력 차이를 이유로 규제하는 것은 타당하지 않다.[261]

물론 후보자가 선거권자를 빙자하거나 선거권자와 은밀히 결탁함으로써 각종 후보자에 대한 선거법상 규제를 잠탈할 수도 있다. 그러나 공직선거법은 적어도 선거관리위원회나 수사기관에 의하여 후보자가 선거권자를 빙자하였거나 은밀히 결탁하였음이 드러나는 경우, 후보자 측이 공직선거법상 선거비용제한의 규제를 잠탈하지 못하도록 규정하고 있다. 즉 누구든지 후보자 측과 통모하여 해당 후보자의 선거운동을 위하여 지출한 비용과 기부행위제한 규정을 위반하여 지출한 비용(제119조 제4호)도 선거비용에 포함된다.

따라서 후보자 외에 일반 선거권자의 정치적 표현의 자유를 보장하기 위해서 비용이 적게 드는 방법으로 광고물 등의 설치 등을 할 수 있도록 하는 것이 필요하다고 본다. 예컨대 선거운동을 할 수 있는 사람은 누구든지 선거운동기간 중에 자신의 집이나 자동차에 선거운동을 위한 표시물을 부착·게시하는 것을 허용할 필요가 있다.

또한 선거에 직접 영향을 미치지 않는 시설물 설치의 규제를 다소 완화하는 방안도 고려할 수 있다. 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거 관련 시설물 등이 미치는 영향력을 고려하여 선거에 영향을 미칠 목적의 시설물 설치 등을 금지하는 현행 규정을 유지하더라도, 시설물 등에 정당의 명칭이나 후보자의 성명·사진 또는 그 명칭·성명을 유추할 수 있는 내용이 있으면 선거에 영향을 미치게 하기 위한 것으로 간주하는 규정을 삭제함으로써, 선거와 무관한 시설물 설치 등에 대한 규제를 완화하는 것도 필요하다고 본다.

---

260) 공직선거법 제90조 제2항은 후보자·정당에게 일정한 유형의 광고물이나 광고시설물 설치, 표찰 기타 표시물의 착용, 상징물의 제작 등을 허용하고 있다. 이외에도 후보자는 선거운동을 위하여 당해 선거구 안의 읍·면·동마다 1매의 현수막을 게시할 수 있으며(제67조 제1항), 후보자와 그 배우자 등은 선거운동기간 중 후보자의 사진·성명·기호 등을 게재한 어깨띠나 일정한 규격의 윗옷(上衣), 표찰, 수기, 마스코트 등을 붙이거나 입거나 지니고 선거운동을 할 수 있다(제68조). 한편 문서에 의한 선거운동방법도 상세하게 규정되어 있다. 후보자는 선거운동기간 중 공직선거법에 따라 선전벽보(제64조)의 첩부, 선거공보(제65조) 및 선거공약서(제66조, 대통령선거 및 지방자치단체의 장선거의 후보자에 한함)의 배부, 신문광고(제69조)의 게재를 할 수 있고, 명함을 직접 줄 수 있다(제93조 제1항 단서 제1호). 제60조의2에 따라 등록한 예비후보자와 관련자 등은 명함을 직접 주거나 예비후보자홍보물의 우편발송이 가능하다(제60조의3).

261) 헌재 2015. 4. 30. 2011헌바163의 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대의견 참조.

III. 탈법방법에 의한 문서 · 도화의 배부 · 게시 등 금지

1. 개관

공직선거법 제93조 제1항은, 누구든지 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 정당 또는 후보자를 지지 · 추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서 · 도화, 인쇄물이나 녹음 · 녹화테이프 그 밖에 이와 유사한 것을 배부 · 첩부 · 살포 · 상영 또는 게시하는 것을 원칙적으로 금지하고 공직선거법이 규정한 바에 따라서만 이를 할 수 있도록 하고 있다.

이와 같이 법정 홍보물만을 허용하고 탈법방법에 의한 문서 · 도화의 배부 · 게시 등을 금지하는 이 조항은 1958.1.25. 법률 제470호로 제정된 「민의원의원선거법」에 규정된 이래 선거관련 법률에 계속 존치되어 왔다. 그런데 현행법과 같이 '선거일 전 180일부터 선거일까지' 탈법방법에 의한 관련행위를 금지 · 처벌한 것은 1994.3.16. 법률 제4739호로 제정된 「공직선거 및 선거부정방지법」에서 선거일을 법정(法定)하면서 처음 도입되었다. 이처럼 선거운동기간 이전부터 상당한 기간 동안 다양한 문서 및 도화 등의 배부 등을 금지하게 된 것은 당시 야당이었던 민주당이 집권당인 민주자유당의 막강한 조직력과 자금력을 제약하기 위한 의도에 기인한 것이라고 한다.

이처럼 오랜 역사를 가진 까닭에 이 조항은 지금까지 수차례에 걸쳐 헌법재판소의 검토 대상이 되었다. 이에 대하여는 이 조항이 포괄적 금지에 해당하여 지나치게 광범위하고 불명확하다는 이유에서 위헌론이 끊임없이 제기되어 왔다. 금지기간이 상대적으로 길고, 금지되는 행위유형이나 표현매체가 포괄적이며, 규제의 대상이 되는 수범자(受範者)가 후보자뿐 아니라 일반 선거권자를 포함하여 일반적인 까닭에 이 조항이 명확성원칙, 과잉금지원칙, 과도한 광범성(廣範性) 법리(overbreadth doctrine) 등에 위배된다는 것이다.[262]

이 조항에 의하여 규제되는 행위유형에는 후보자나 후보자가 되고자 하는 자의 오프라인 상의 선거운동에서부터 일반 선거권자의 인터넷 상 정치적 표현까지 모두 포함되는 것으로 이해되었다. 그런데 2007헌마1001등(병합) 결정(2011.12.29.)의 한정위헌판단에 의하여, 정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판 · 대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 것은 이 조항의 규율

262) 예컨대 윤영미, "선거의 공정성에 관한 검토-공직선거법 제93조 제1항 문서 등 배부 금지규정에 대한 과도한 광범성 법리에 따른 위헌성 검토를 중심으로-", 헌법학연구 제16권 제3호, 2010; 강태수, "선거운동의 자유에 대한 제한의 문제점과 개선방향", 세계헌법연구 제14권 제2호, 2008.

대상이 아닌 것으로 해석되었다. 그래서 2012.2.29. 개정된 공직선거법에 의하여, 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판 · 대화방 등에 글이나 동영상 등을 게시하거나 전자우편(컴퓨터 이용자끼리 네트워크를 통하여 문자 · 음성 · 화상 또는 동영상 등의 정보를 주고받는 통신시스템을 말한다)을 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 것은 선거일을 제외하고는 언제든지 할 수 있게 되었다(제59조 단서 제3호). 따라서 현재 이 조항은 오프라인 상으로 이뤄지는 문서 · 도화의 배부 · 게시 등을 금지하는 것으로 해석되고 있다.

2. 외국의 입법례

(1) 서

인쇄물을 이용한 선거운동 방식에 대하여는 국가마다 입법례가 상이하다. 스페인, 캐나다, 브라질, 호주 등의 경우, 선거법에 인쇄물에 관한 별다른 규제가 없으므로 선거운동에서 인쇄물을 이용할 수 있다고 본다. 한편 스위스와 스웨덴은 선거법에 선거운동에 관한 별도의 규정을 아예 두고 있지 않다.

인쇄물을 이용하는 것과 관련하여 선거법에 자세한 규정을 둔 입법례도 있다. 프랑스, 이탈리아, 일본, 필리핀 등은 인쇄물의 규격, 매수 등을 상세히 규정하고 있다.

다수 외국 입법례에서 인쇄물을 이용하는 것과 광고물·광고시설을 설치하거나 표찰·그 밖의 표시물을 착용하는 것을 함께 규율하기도 한다. 따라서 앞의 시설물설치 등에 관한 외국 입법례를 함께 참조할 필요가 있다.

(2) 영국

의회의원선거 후보자는 선거홍보문을 무료로 발송할 수 있다(1983년 국민대표법 제91조). 우편국규칙에 따라 후보자는 중량 2온스(60그램)을 초과하지 않는 범위 내에서 선거에 관한 사항만을 포함하는 우편통신물을 선거인 1인에 대하여 1통씩을 무료로 발송할 수 있다. 한편, 선거운동용 문서 및 도화의 경우는 그 규격이나 매수에 제한이 없다.

그런데 선거 인쇄물에 관하여는 그 내용에 일정한 규제를 가하고 있다. 정당·선거 및 국민투표법(The PPERA 2000) 제143조는 선거 인쇄물에 인쇄자와 발행인의 성명과 주소를 기입하도록 규정하였던 국민대표법(The RPA 1983) 제110조를 보완하여, 대리인(이익단체나 노동조합과 같은 제3자)의 성명과 주소도 인쇄물에 포함하도록 규

정하고 있다. 선거운동 인쇄물의 게재 내용은 일반 법규(the criminal law & the law on civil liability)의 규제 대상이 되므로, 상호 비방 또는 명예훼손의 내용을 포함하지 않아야 한다. 또한 공공질서법(Public Order Act 1986)에 의거하여 인종차별을 부추기는 비방, 악용, 모욕의 행위는 처벌 대상이 된다. 허위 게재 내용에 대한 규제는 더욱 엄격해 위반행위의 정도에 따라 당선 취소나 일정기간 투표 자격 박탈 및 공직사퇴도 가능하다(1983년 국민대표법 제106조).

(3) 프랑스

선거운동과 관련하여 주로 이용되는 것으로는 포스터와 홍보물이 있다. 이에 대하여 선거법 시행규칙이 상세히 규율하고 있다.

선거용 포스터는 선거기간 중 시·읍·면이 설치하는 공영포스터게시장으로 지정된 장소 이외의 곳 또는 다른 후보자를 위하여 마련된 장소에는 게시할 수 없다. 각 포스터 게시장은 각 후보자에게 균일한 면적으로 할당된다.

포스터의 규격을 규율하고 있는데, 594㎜×841㎜ 이내의 선거용 포스터는 2매 이내, 297㎜×420㎜ 이내의 선거집회 고지용 포스터는 2매 이내로 허용된다(선거법 시행규칙 제26조). 특이한 점은 색상과 관련하여, 3색 사용을 금지하는 규정이다. 선거의 목적 또는 성격을 갖는 포스터에 청·백·적의 3색을 혼합하여 사용할 수 없다(선거법 시행규칙 제27조). 왜냐하면 청·백·적의 3색은 프랑스 국기의 색상이기 때문이다. 또한 설치장소의 수를 일정하게 규율하고 있다(선거법 시행규칙 제28조). 선거인 500명 이하의 시·읍·면은 5개소, 기타의 시·읍·면은 10개소, 선거인 5,000명 이상의 시·읍·면에서는 선거인 2,000명 초과할 경우에 시마다 1개소씩 증가할 수 있다.

한편, 홍보물(circulaire)과 관련하여 후보자는 선거 전에 210㎜×297㎜ 이내의 홍보물 1종을 인쇄하여 선거인에게 송부할 수 있다(선거법 시행규칙 제29조). 홍보물은 선거운동위원회에 의뢰하여 선거구내 전체 선거인에게 송부하도록 할 수 있다.

(4) 독일

선거운동을 위한 선전벽보는 각 주법에 위임된 도로법 내지 도로규칙(Strassenverkehrsordnung)에 따라 일반 광고와 동일하게 규제되고 있다. 따라서 벽보의 크기 제한은 주나 시마다 약간 차이가 있다.

선거에 관한 벽보는 공공건물, 교량, 도강용(渡江用) 선박뿐 아니라 사유건물 및 사유지에도 붙일 수 없다. 노트라인 베스트팔렌의 경우, 벽보광고는 선거일 3개월 전

부터 원칙적으로 허용된다.

뮌헨의 경우, 벽보규정(Plankatierungsverordnung)에 따라 도시미관과 자연경관의 보호를 위하여 입간판은 뮌헨시에서 허가한 공간에서만 설치되어야 한다(제1조 제1항). 선거와 주민투표, 주민소환 이외의 정치적 행사에 대한 벽보나 부착물은 행사 3주 전부터 1주 후까지 부착이 가능하다(제2조 제2항). 벽보광고는 교차로, 교량, 철도교량, 곡선도로의 안쪽에는 게시가 금지된다. 벽보광고는 도로교통규칙 제33조 제2항에 따라 게시장소 및 방법, 색상이 도로표지판이나 교통시설물과 혼동되게 해서는 아니 된다. 벽고광고를 위해서는 교통안전을 저해할 것을 대비하기 위하여 도로교통규칙 제45조에 규정된 과할 도로교통관리청에 통지하여야 한다.

(5) 이탈리아

선거에 참여하는 정치단체나 정당의 홍보 또는 해당 정치단체나 정당의 단일 후보가 참여하는 인쇄물과 벽보 및 선거선전 포스터의 부착은 각 자치시가 지정한 바에 따라 적정공간에서 제한적으로 시행된다(1956.4.4 법 선거선전에 관한 규범 제212호 제1조).

후보자 선택의 결정에 직접적인 영향을 미치는 인쇄물·벽보·선거선전 포스터의 부착을 위하여, 선거과정에 참여하는 후보자들이나 정치단체·정당에 동일하게 공간과 횟수가 할당된다(1956.4.4 법 선거선전에 관한 규범 제212호 제1조). 거주자 10,000명의 자치시의 경우에는 높이 2미터 × 너비 4미터, 거주자 10,001～30,000명의 자치시 경우에는 높이 2미터 × 너비 6미터, 거주자 30,001명 이상의 자치시 또는 도청 소재지 경우에는 높이 2미터 × 너비 8미터이다.

인쇄물 등의 내용에는 선거 목적의 정치 집회 및 연설 공고가 포함된다. 그런데 인쇄물 등을 도로변, 둑, 제방, 울타리 등에 붙이면 안 된다(1956.4.4 법 선거선전에 관한 규범 제212호 제1조).

(6) 일본

선거운동에 사용될 수 있는 대표적인 문서·도화로는 통상엽서, 선거운동용 전단, 팜플렛, 서적 등이 있다. 이에 대하여 공직선거법 제142조 및 제142조의2가 규율하고 있다.

공직선거법 제142조는 통상엽서와 선거운동용 전단에 관하여 상세히 규정하고 있다. 중의원 소선거구선출의원 또는 참의원 선거구선출의원선거의 공직후보자는 정령

이 정하는 방법과 금액의 범위 안에서 통상엽서와 전단을 무료로 작성할 수 있다(선거공영제). 반면에 중의원 소선거구선출의원선거 후보자제출정당이 작성·배부하는 엽서는 유료이다. 통상엽서의 각 선거별 허용 매수는 아래와 같다.

- 중의원소선거구선출의원선거 : 후보자 1인당 3만5천매
  ※ 후보자제출정당은 2만매×도·도·부·현 내의 추천후보자수
- 참의원선거구선출의원선거 : 후보자 1인당 3만5천매, 단, 당해 도·도·부·현구역 내에 중의원소선거구선출의원 선거구수가 1을 초과할 때마다 선거구마다 2,500매를 더함.
- 참의원비례대표선출의원선거 : 후보자(명부등재자) 1인당 15만매
- 도·도·부·현 지사선거 : 참의원선거구선출의원선거와 동일
- 도·도·부·현 의회의원 선거 : 후보자 1인당 8천매
- 지정도시 시장선거 : 후보자 1인당 3만5천매
- 지정도시 의회의원선거 : 후보자 1인당 4천매
- 지정도시 이외의 시장선거 : 후보자 1인당 8천매
- 지정도시 이외의 의회의원 선거 : 후보자 1인당 2천매
- 정·촌장 선거 : 후보자 1인당 2천500매
- 정·촌 의회의원 선거 : 후보자 1인당 800매

선거운동용 전단의 배부는 신문 삽입 등 정령(政令)으로 정한 방법으로 하되, 해당 선거사무를 관리하는 선거관리위원회가 교부하는 증지(證紙)를 부착하여야 한다. 전단에는 배포책임자·인쇄자의 성명·주소 기재, 제출 정당의 명칭, 법적 근거 등을 함께 기재해야 한다. 전단의 선거별 허용 매수는 아래와 같다.

- 중의원소선거구선출의원선거 : 후보자 1인당 2종 이내의 7만매
  ※ 후보자제출정당은 4만매×도 · 도 · 부 · 현 내의 후보자 추천 수
- 중의원비례대표선출의원선거 : 공직후보자인 참의원명부 등재자 1인당 2종 이내의 전단 25만매
  ※ 전단은 선거구마다 4만매 이내로 배부되어야 하고 그 이상은 배부(살포 제외)할 수 없음
- 참의원선거구선출의원선거 : 2종 이내의 10만매, 단 중의원소선거구수가 1을 초과할 때마다 1만5천매를 추가한 매수(30만매를 초과하는 경우에는 30만매)
- 도·도·부·현 지사선거 : 참의원선거구선출의원선거와 동일

선거운동용 전단의 규격은 아래와 같다.

- 중의원소선거구선출의원선거 및 참의원선거구선출의원선거 : 길이 29.7㎝×너비 21㎝이내

- 중의원소선거구선출의원선거 후보자제출정당 등 : 길이 42㎝×너비 29.7㎝이내

한편, 팜플렛 또는 서적의 배포에 관하여는 공직선거법 제142조의2가 규정하고 있다. 중의원의원 총선거 또는 참의원의원 통상선거의 경우, 후보자를 제출한 정당이 직접 발행하는 팜플렛, 서적 또는 국정의 관한 중요정책과 이를 실현하기 위한 기본적인 방침을 표시한 1종의 팜플렛, 서적을 배포할 수 있다(살포 금지).

팜플렛·서적의 배포가 가능한 장소는 후보자 제출 정당 사무소, 정당연설회 혹은 정당등 연설회 회장내, 가두연설 장소와 후보자 선거사무소, 개인 연설회장내, 가두연설 장소이다.

팜플렛 또는 서적에는 중의원의원 총선거 혹은 참의원의원 통상선거의 공직에 있는 후보자의 이름 혹은 그 이름이 유추 가능한 사항이 적혀 있어서는 안 된다. 반면에 팜플렛 혹은 서적의 표지에는 해당 후보자의 신고 정당 또는 중의원 명부 신고 정당 또는 참의원 명부신고 정당 등의 명칭, 배포책임자 및 인쇄자의 성명(법인의 경우는 명칭) 및 주소, 팜플렛 또는 서적임을 표시하는 기호를 기재하여야 한다.

3. 문서 · 도화의 배부 · 게시 등에 대한 규제의 타당성

(1) 쟁점

종래 제93조 제1항에 관한 쟁점은 크게 두 가지로 정리될 수 있다. 하나는, 동 조항에 예시로 명문화된 행위유형이 문제되었을 때 동 조항의 규정이 명확성원칙이나 과잉금지원칙에 위배되는가의 여부이다. 다른 하나는, 동 조항에 예시로 명문화되지 않은 행위유형이 문제되었을 때 그것이 동 조항의 규율대상에 해당하는가의 여부이다. 즉 공직선거법 제93조 제1항의 “그 밖에 이와 유사한 것”을 해석함에 있어서, 문제되는 표현매체가 이에 해당하느냐가 핵심쟁점이었다.

첫째, 헌법재판소는 일관되게 이 조항의 규정이 명확성원칙이나 과잉금지원칙에 위배되지 않는다고 판단하고 있다. 헌법재판소는 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’(1997. 11. 14. 법률 제5412호로 개정된 것) 제93조 제1항에 대한 헌법소원사건(헌재 2001. 8. 30. 99헌바92등)에서 합헌결정을 선고한 이래, 다수의 헌법소원사건[263]에서 “공직선거법 제93조 제1항에 의한 제한은 선거의 자유와 공정을 보장하기

263) 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마193; 헌재 2001. 12. 20. 2000헌바96등; 헌재 2002. 5. 30. 2001헌바58; 헌재 2006. 5. 25. 2005헌바15; 헌재 2007. 1. 17. 2004헌바82; 헌재 2008. 10. 30. 2005헌바32; 헌재 2009. 2. 26. 2006헌마626; 헌재 2009. 5. 28. 2007헌바24; 헌재 2014.4.24. 2011헌바17; 헌재 2015. 4. 30. 2011헌바163; 헌재 2016. 3. 31. 2013헌바26.

위한 제도적 장치로서, 선거운동 내지 의사표현에 있어서의 특정한 수단, 특히 폐해의 우려가 크다고 인정되는 인쇄물, 녹음 등의 배부, 살포 등 특정한 선거운동방법에 국한되는 것이므로, 과잉금지원칙에 위반하여 선거운동의 자유 등을 제한하거나 그 본질적 내용을 침해하지 않는다."는 이유로 합헌결정을 하였다. 최근 2016.12.29.에 내린 결정인 2015헌마509·2015헌마1160(병합) 사건에서도 헌법재판소는 이 조항이 목적의 정당성, 수단의 적합성 및 침해의 최소성에 위반되지 않으며, "우리의 헌법 현실을 고려할 때, 문서·인쇄물 배부·게시조항에 의하여 보호되는 선거의 실질적 자유와 공정성의 확보라는 공익은 국민적 열망을 담고 있는 것으로서 특히 높은 가치를 가지는 것이라고 할 것인바, 이러한 공익과 인터넷에 의한 선거운동 등이 상시 허용되는 상황에서 문서와 인쇄물을 이용한 선거운동 등을 금지함으로써 제한되는 선거운동의 자유 내지 정치적 표현의 자유는 현저한 불균형이 있다고 볼 수 없어 법익의 균형성 원칙에도 위반되지 않는다."고 판시하였다.

둘째, 헌법재판소는 사건마다 사뭇 다른 입장을 취하곤 하였으나, 동 조항이 원칙적으로 헌법에 합치된다고 보면서 특정 유형의 행위를 동 조항의 규율대상에서 배제되는 것으로 해석하였다. 그 대표적인 예가, "정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법"은 이 조항의 "그 밖에 이와 유사한 것"에 해당되지 않는다고 판단한 것이다.[264]

제93조 제1항에 관한 판단 중 가장 주목할 만한 결정의 하나에 해당하는 2007헌마1001 등(병합) 사건에서, 헌법재판소는 표현매체의 특성에 따라 금지의 여부가 결정된다고 보았다. 문서·인쇄물 등 오프라인 상의 표현수단은 작성 내지 제작·배포에 상당한 비용과 노력이 소요되고 이를 통한 정보의 전달 및 수용도 일방적·수동적으로 이루어지는 데 반해, 인터넷은 쌍방향 의사소통이 가능하고 자체적인 교정의 가능성이 있어 선거의 공정성과 평온에 미치는 영향이 확연히 다르다는 점을 고려하였다. 그래서 문제가 되는 행위유형의 금지가 이 조항의 정당한 입법목적(선거운동의 부당한 경쟁과 후보자들 간의 경제력 차이에 따른 불균형을 막고 선거의 평온과 공정을 해하는 결과를 방지함으로써, 선거의 자유와 공정을 도모하여 선거구민 내지 국민 전체의 공동이익을 달성하는 것)을 구현하는 수단으로 적절하지 않다는 점을 들었다. 그리고 이를 뒷받침하기 위하여 피해의 최소성, 법익균형성을 추가적으로 검토하였다.

그런데 여기서 주의할 점은 헌법재판소가 제93조 제1항 조항 중 인터넷이 아닌 오

264) 헌재 2011. 12. 29. 2007헌마1001 등(병합). 그러나 일찍이 휴대전화 문자메시지 전송의 금지규정에 대해서는 4(합헌):5(위헌)의 판단으로 합헌결정(헌재 2009. 5. 28. 2007헌바24)을 내렸고, 일반 선거권자가 선거운동기간 이전에 UCC를 배포하는 것의 금지에 대해서는 3(합헌):5(위헌)의 판단으로 합헌결정(헌재 2009. 7. 30. 2007헌마718)을 내린 바 있었다.

프라인 상의 표현 수단인 문서 · 도화, 인쇄물이나 녹음 · 녹화테이프 등을 이용한 선거운동 등에 대해서 합헌으로 결정한 기존의 선례를 변경한 것은 아니라는 사실이다. 따라서 앞으로도 새로운 표현매체나 행위유형이 등장함에 따라 이 조항의 위헌성을 묻는 일이 계속 반복될 것이며, 이 조항을 둘러싼 해석론의 수고가 거듭될 것이다.

(2) 검토[265]

제93조 제1항의 위헌성을 판단함에 있어서 견해가 갈리는 가장 큰 이유는 선거(운동)의 자유와 선거의 공정성, 그리고 정치적 표현의 자유에 관한 개념적 이해의 차이와, 이들의 가치에 대한 우선순위결정의 차이에 기인한다고 본다. 또한 동 조항이 수범자(受範者)를 '누구든지'로 규정하고 있는 까닭에 후보자(후보자로 되고자 하는 자 포함)와 일반 국민(당원을 포함한 선거권자)을 같은 차원에서 취급함에 따른 차원적 혼동(dimensional confusion)에 기인한다고 본다. 동 조항이 처음 제정된 1958년 이래, 문서 · 도화 등을 사용하여 선거운동 내지 정치적 표현을 하는 주체나 행위유형이 매우 다양해졌음에도 불구하고 이를 동일하게 규율함으로써 규제의 적실성이 문제된 것이다.

생각건대, 제93조 제1항의 위헌성을 판단함에 있어서 후보자와 일반 국민을 구분할 필요가 있다고 본다. 선거과정에서 후보자 및 일반 국민의 역할과 그에 대한 규범(기준)이 다를 수 밖에 없다. 후보자는 국민의 지지를 획득하기 위한 경쟁자인 반면에, 국민은 후보자 중에 자신의 대표자를 선출하는 주권자이다. 따라서 후보자의 경우에는 정치적 경쟁기회의 균등성을 의미하는 선거의 공정성을 전제로 하여 선거운동의 자유를 논하는 것이 타당하다. 반면, 일반 국민의 경우에는 정치적 표현의 자유의 보장이라는 측면에서 검토하는 것이 타당하다. 오늘날 선거과정에서 국민은 단지 선거정보의 수령자에 그치지 않는다. 때로는 자신의 정치적 입장을 밝힘으로써 대표선출과정에 참여하고 있는바, 이러한 모습은 선거민주주의의 발전에 바람직하다고 본다.

따라서 동 조항이 후보자의 선거운동 자유와 국민의 정치적 표현 자유를 각각 「적절하게 제한」하는지, 아니면 「지나치게 침해」하는지를 구별해서 판단하여야 할 것이다. 그렇다면 동 조항에 대한 판단은 네 가지의 경우로 나타날 것이다. 후보자의 선거운동 자유와 국민의 정치적 표현 자유를 모두 침해하거나, 또는 모두 침해하지 않거나, 아니면 둘 중 하나를 침해하는 경우이다.

따라서 공직선거법 제93조 제1항을 해석함에 있어서 차원적 혼동을 피하기 위하여 수범자를 후보자와 일반 국민으로 구별할 필요가 있다고 본다. 후보자의 경우, 지금까

265) 음선필, "소수정당과 선거운동", 입법학연구 제13집 제1호, 2016, 106-107면.

지의 우리 선거문화와 선거비용관리체계를 고려한다면, 제93조 제1항에 의한 제한은 선거의 자유와 공정을 보장하기 위한 제도적 장치로서, 선거운동 내지 의사표현에 있어서의 특정한 수단, 특히 폐해의 우려가 크다고 인정되는 인쇄물·녹음 등의 배부·살포 등 특정한 선거운동방법에 국한되는 것이므로, 과잉금지원칙에 위반하여 선거운동의 자유 등을 제한하거나 그 본질적 내용을 침해하지 않는다고 본다.

한편, 일반 국민의 경우, 선거가 정치세력에 대한 국민의 정치적 통제에 해당하기 때문에 선거정보의 공유 차원에서 정치적 표현의 자유를 최대한 존중하여야 할 것이다. 그러한 점에서 현행 조항과 같은 수준의 기간 및 행위태양의 제한은 지나치다고 본다. 예컨대 선거권자가 많은 돈으로 신문에 정치광고를 하는 경우와 공원에 있는 나무게시판에 특정 정당에 반대하는 글을 붙여놓아 지나가는 사람들에게 읽게 하는 경우를 동일하게 평가하는 것은 무리(無理)라고 본다. 다양한 유형의 행위를 동일하게 평가하는 것은 지나친 단순화라 할 것이다.

4. 입법론적 제언

헌법재판소가 제93조 제1항의 포섭범위를 해석론으로 좁게 새기고 있으나, 이를 입법으로 보다 명백하게 하는 것이 바람직하다. 즉 제93조 제1항에 의한 제한이 선거의 자유와 공정을 보장하기 위한 제도적 장치로서 여전히 유의미하다고 보되, 그 제한의 대상을 폐해의 우려가 객관적으로 명백하다고 인정되는 표현매체로 선명히 국한시키는 것이 필요하다. 그러한 점에서 "선거에 영향을 미칠 수 있다는 이유로 인쇄물 등의 배부·게시 등을 금지하는 것은 정치적 표현의 자유를 지나치게 제한한다는 비판이 끊임없이 제기되어 왔으므로, 그 주관적 요소를 축소하여 선거운동의 목적의 인쇄물 등 배부·게시 등만 규제하되, 비용이 많이 들고 선거에 미치는 영향이 큰 광고는 현행과 같이 계속 규제"하는 중앙선거관리위원회의 개정의견(2013.6)이 타당하다고 본다.

그러나 제93조 제1항의 규제에 따른 문제점의 근본적인 해결책은 선거운동에 관한 방식규제를 폐지하고 비용규제로 전환하는 것이다. 즉 선거비용의 총액을 정하고 그 범위 내에서 선거운동의 방식, 횟수 등을 자율적으로 정하게 하는 것이 바람직하다. 그런데 이는 선거비용의 관리가 투명할 것을 전제로 한다. 그래서 이 조항의 폐지 여부는 선거비용의 투명성 확보에 달려있다고 하겠다.[266]

한편, 후보자·정당에 대한 사실상의 선거운동으로서 일반국민의 정치적 표현을

266) 선거비용 내지 정치자금의 투명성 확보에 관하여는 음선필, "정당 정치자금의 투명성 강화방안", 홍익법학 제13권 제4호, 2012, 특히 164-171면.

보장할 경우, 경제력의 차이에 따라 선거의 공정성을 저해하는 문제가 나타날 수 있음을 주의할 필요가 있다. 특히 거대정당을 위하여 경제력 있는 지지자가 동원될 경우 소수정당에게는 선거 공정성이 침해될 우려가 매우 크다고 하겠다. 이를 해결하기 위해서는 정치적 표현에 드는 비용의 다과(多寡)를 고려하여, 일정 금액 이상의 비용이 드는 표현행위를 일종의 기부행위로 간주할 수 있다고 본다. 이에 따라 일정 금액 이상의 비용이 드는 정치광고는 제한될 수 있을 것이다. 미국에서는 정치자금의 기부를 정치적 표현의 일종으로 보아 이에 대한 규제를 표현의 자유에 준하여 취급하고 있다.[267] 그러나 우리의 경우에는 일정 금액 이상의 비용이 드는 정치적 표현(예컨대 정치광고)을 정치자금법상 기부행위로 보아, 이에 준하여 취급하는 것이 필요하다고 본다.

IV. 호별방문의 제한

1. 개관

공직선거법 제106조는 제1항 및 제3항에서 누구든지 선거운동을 위하여, 선거기간 중 입당의 권유를 위하여 또는 선거기간 중 공개장소에서의 연설·대담의 통지를 위하여 호별로 방문할 수 없다고 규정하고 있다. 이와 같이 선거운동을 하고자 하는 자가 극히 자연스러운 생활의 일부로서 호별방문하는 것을 규제하는 이 조항이 선거운동의 자유를 지나치게 규제함으로써 위헌이라는 주장이 제기되어왔다.[268]

그런데 공직선거법 제106조는 제2항에서 선거운동을 할 수 있는 자가 "관혼상제의 의식이 거행되는 장소와 도로·시장·점포·다방·대합실 기타 다수인이 왕래하는 공개된 장소"에서 정당 또는 후보자에 대한 지지를 호소할 수 있음을 허용하고 있다. 입법의 연혁을 살펴보면, 호별방문 '금지'는 1951년 국회의원선거법 개정으로 채택되었으나, 1991.12.31. 동법의 개정으로 "선거운동을 할 수 있는 자는 제1항의 규정에 불구하고 관혼상제의 의식이 거행되는 장소와 도로·시장·점포·다방·대합실 기타 다수인이 왕래하는 공개된 장소에서 정당 또는 후보자에 대한 지지를 호소할 수 있다."는 규정이 신설됨으로써 호별방문의 '제한'으로 완화되었다. 그래서 1994.3.16. 제정된 「공직선거및선거부정방지법」(법률 제4739호)에서는 해당 조항의 제목 자체가

267) 이에 관한 최근 연구로는 성중탁, "헌법상 정치적 표현의 자유와 정치자금규제에 관한 소고-최근 미국 연방대법원 관련 판결을 중심으로-", 법학연구 제18집 제2호, 2015.

268) 예컨대 정만희, "선거운동의 자유와 호별방문금지", 동아법학 제3호, 1986; 송석윤, "선거운동 규제 입법의 연원", 법학(서울대학교) 제46권 제4호, 2005.

호별방문의 “금지”에서 호별방문의 “제한”으로 변경되었다.

종래 헌법재판소가 공직선거법 제106조를 직접 다룬 사건은 없었으나, 헌재 2016.12.29. 2015헌마509·2015헌마1160(병합) 사건에서 처음으로 이 조항에 대하여 합헌결정을 내린 바 있다.

2. 외국의 입법례

호별방문에 관한 외국 입법례는 드물다. 예컨대 영국, 미국, 캐나다 등에서는 선거운동에 있어서 호별방문에 대한 제한이 없으므로 자유롭게 이루어지고 있다. 이를 잘 보여주는 입법례로 캐나다 선거법 제81조(거주지역 유세)를 들 수 있다.

제1항 아파트, 분양아파트 기타 다세대 주거건물 또는 출입구 공동체의 관리자는 후보자 또는 그 대리인의 다음 행위를 방해해서는 안 됨

a. 오전 9시부터 오후 9시까지 상기 주거지역에서 호별로 유세하는 행위

b. 다중주거지역의 공동구역에서 오전 9시부터 오후 9시까지 캠페인

제2항 제1항은 이 조에 따른 호별방문을 통한 선거운동 또는 캠페인으로 인하여 육체적·정신적 복리를 침해당하는 거주자에게는 적용되지 않음

이에 반하여 호별방문은 명문으로 금지한 입법례로 일본을 들 수 있다. 사실 일본의 입법례는 우리의 입법의 원조에 해당한다. 일본에서는 호별방문이 금지되며, 다만 개인면접을 이용한 선거운동은 허용된다. 여기서 개인면접이란 상점, 병원 등에서 그곳의 점원·의사 등이 방문자에게 투표를 독려하거나 길을 가다가 또는 버스, 전철, 백화점 안에서 아는 사람들에게 투표를 독려하는 행위를 의미한다.

3. 호별방문 제한의 타당성

(1) 쟁점

공직선거법 제106조를 종합적으로 이해하면, 누구든지 관혼상제의 의식이 거행되는 장소와 도로 · 시장 · 점포 · 다방 · 대합실 기타 다수인이 왕래하는 공개된 장소에서 정당 또는 후보자에 대한 지지를 호소하는 선거운동을 할 수 있으나[269], 그렇지 않은 장소즉 호별방문의 대상이 되는 ‘호(戶)’에는 선거운동 · 선거기간 중 입당의 권유 · 선

269) 또한 후보자 추천을 받기 위한 호별방문은 후보자가 되고자 하는 자뿐 아니라 그 가족, 지지자 등 누구에게든지 허용되고 있다(헌재 2009. 9. 24. 2008헌마265).

거기간 중 공개장소에서의 연설·대담의 통지를 위하여 방문할 수 없다. 이를 위반하여 호별로 방문하거나 방문하게 한 자는 3년 이하의 징역 또는 600만원 이하의 벌금에 처한다(제255조 제1항 제17호). 이처럼 제255조 제1항 제17호의 처벌조항과 결부하여 제106조 제1항 및 제3항이 범죄의 구성요건을 규정하게 됨으로써 호(戶)와 호별방문의 개념을 어떻게 파악하느냐가 해석론의 주된 논점이 되었다.

첫째, 대법원은 공직선거법 제106조의 규정 형식, 선거운동을 위하여 공개되지 아니한 장소에서 선거권자를 만날 경우 생길 수 있는 투표매수 등 불법·부정선거 조장 위험 등을 방지하고자 하는 호별방문죄의 입법 취지[270]와 보호법익에 비추어 호의 개념을 파악하고 있다. 이에 따르면, 일상생활을 영위하는 거택은 물론이고 널리 주거나 업무 등을 위한 장소 혹은 그에 부속하는 장소라면 공직선거법 제106조 제1항의 '호'에 해당하나, 다만 '호'에 해당하더라도 일반인의 자유로운 출입이 가능하여 다수인이 왕래하는 공개된 장소라면 같은 조 제2항에 따라 선거운동 등을 위하여 방문할 수 있다고 해석된다.[271] 그리고 일반인의 자유로운 출입이 가능하도록 공개된 장소인지 여부는 그 장소의 구조, 사용관계와 공개성 및 접근성 여부, 그에 대한 선거권자의 구체적인 지배·관리형태 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.[272] 그래서, 법원의 판례에 의하면, 호는 거택뿐 아니라 피방문자가 일시적으로 거주하는 경우라도 불특정·다수인의 자유로운 출입이 제한된 비공개적인 장소도 포함하는 것으로 본다.

둘째, 호별방문죄는 연속적으로 두 호 이상을 방문함으로써 성립하는 범죄로서, 연속적인 호별방문이 되기 위해서는 각 방문행위 사이에 어느 정도의 시간적 근접성은 있어야 하지만 반드시 각 호를 중단 없이 방문하여야 하거나 동일한 일시 및 기회에 방문하여야 하는 것은 아니므로, 해당 선거의 시점과 법정 선거운동기간, 호별방문의 경위와 장소, 시간, 거주자와의 관계 등 제반 사정을 종합하여 단일한 선거운동의 목적으로 둘 이상 조합원의 호를 계속해서 방문한 것으로 볼 수 있으면 그 성립이 인정된다.[273]

---

270) 법원이 파악한 호별방문 제한의 입법취지는, 첫째 일반 공중의 눈에 띄지 않는 장소에서의 대화가 의리나 인정 등 다분히 정서적이고 비본질적인 요소에 치우쳐 선거인의 냉정하고 합리적인 판단을 방해할 우려가 있고, 둘째 비공개적인 장소에서의 만남을 통하여 매수 및 이해유도죄 등의 부정행위가 행하여질 개연성이 상존하며, 셋째 선거인의 입장에서는 전혀 모르는 후보자측의 예기치 않는 방문을 받게 되어 사생활의 평온이 침해될 우려가 있고, 넷째 후보자측의 입장에서도 필요 이상으로 호별방문의 유혹에 빠지게 됨으로써 경제력이나 선거운동원의 동원력이 뛰어난 후보자가 유리하게 되는 등 후보자 간의 선거운동의 실질적 평등을 보장하기 어려운 폐해가 예상되므로 이를 방지하기 위함이다(대구고등법원 2007. 3.15. 선고 2007노38 판결).

271) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2014도17290 판결.

272) 대법원 2010. 7. 8. 선고 2009도14558 판결. 이외에도 호별방문에서 '호'의 개념에 관한 판결로는 대법원 2015. 9. 10. 선고 2014도17290 판결; 대법원 2015. 11. 26. 선고 2015도9847 판결 참조.

273) 대법원 2010. 7. 8. 선고 2009도14558 판결. 이외에도 호별'방문'의 개념에 관한 판결로는 대법원 1999. 11. 12. 선고 99도2315 판결; 대법원 2000. 2. 5. 선고 99도4330 판결; 대법원 2007. 6. 14.

한편, 헌법재판소는 호별방문 제한조항이 선거운동의 자유, 정치적 표현의 자유, 나아가 정당활동의 자유를 제한하지만, 과잉금지원칙을 위반하여 선거운동의 자유 등을 침해하는 것으로 볼 수 없다고 판단하였다.[274]

첫째, 해당 조항은 선거운동을 위하여 공개되지 않은 장소에서 선거권자를 만날 경우 생길 수 있는 투표매수 등 불법·부정선거 조장 위험을 방지함으로써, 선거의 공정 및 선거권자의 사생활의 평온을 확보하기 위한 것이므로, 그 목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다.

둘째, 우리나라의 정치적 현실과 상황에서, 비공개된 사적 공간에서 선거권자와 후보자가 은밀하게 접촉할 기회를 제공할 수 있는 호별방문에 의한 선거운동이 금전선거 내지 불법선거를 조장하거나, 선거권자에게 합리적 판단에 기초한 선택이 아닌 정리(情理)에 기반한 선택을 하도록 유도한다는 비판과 우려로부터 자유로울 수 없다는 것도 사실이다. 또한 호별방문에 의한 선거운동을 허용하면 모든 정당과 후보자가 가능한 최대의 인원을 동원하여 최대한 많은 세대를 방문하고자 하는 과정에서 주민 또는 다른 후보자와 갈등이 유발되는 등 경쟁이 과열되거나 선거내용이 혼탁해질 가능성이 크다. 선거권자들로서는 사적 공간인 주거에서조차도 선거운동기간 동안 자신들의 의지와 상관없이 선거운동에 노출될 수 있고, 그로 인하여 적지 않은 불안감이나 긴장감, 거부감 등을 느낄 수 있다.

한편, 각 가정을 실제 방문하여 개별 선거권자를 접촉하는 방법이 아니더라도 후보자 개인과 정당이 선거권자에게, 반대로 선거권자가 후보자 개인과 정당에게 각종 정보 및 정치적 의견 등을 알릴 수 있는 다양한 방법들이 마련되어 있으므로, 여러 가지 심각한 문제 발생이 우려되는 호별방문에 의한 선거운동을 허용하지 않는다고 하여 국회의원후보자나 정당이 정치적 의사형성과정에 참여하고 선거권자와 소통을 하는 데에 지나친 제한이 가해진다고 할 수 없다. 그러한 점에서 호별방문의 제한규정이 침해의 최소성에 위반된다고 할 수 없다.

셋째, 해당 조항이 선거운동 등을 위한 호별방문을 금지하는 것은 선거의 공정과 사생활의 평온을 위한 것이고, 대의민주주의를 채택하고 있는 우리나라에서 이러한 공익은 매우 크고 중요하다. 반면, 국회의원후보자와 그 소속 정당으로서는 각 국회의원선거에 적합한 선거운동방법을 통하여 선거권자에게 후보자 개인 및 정당에 대하여 효과적으로 홍보하는 것 이외에 직접 호별방문을 할 필요성이 크다고 보기 어렵고, 이를 금지함으로써 제한되는 기본권 제한의 정도가 공익에 비하여 크다고 할 수 없다. 따라서 호별방문금지조항은 법익의 균형성 원칙에도 위반되지 않는다.

선고 2007도2940 판결 참조.

274) 헌재 2016.12.29. 2015헌마509 등(병합).

(2) 검토

호별방문에 의한 선거운동이 별도의 자본 투입 없이 가장 쉽고 간단하게 할 수 있는 선거운동방법이라는 장점을 가지고 있음에도 불구하고, 언제든지 선거의 공정과 선거권자의 사생활의 평온을 깨뜨릴 수 있는 가능성을 내포하고 있다. 그러므로 그 허용 여부에 대해 신중하게 접근할 필요가 있다고 본 헌법재판소의 판단은 매우 타당하다. 특히 선거운동의 자유 등을 제한함에 있어 그 한계로서 논의되는 침해의 최소성 원칙을 판단할 때에 우리나라 선거문화의 역사성, 선거 및 정치 문화의 특수성, 정치적·경제적·사회적 환경, 선거와 관련된 국민의식의 정도와 법 감정 등을 종합적으로 고려하여야 한다.[275]

이와 관련하여 비공개적인 장소에서의 만남을 통한 금전선거사범의 발생가능성을 지적하지 않을 수 없다. 지난 몇 년간 선거사범의 유형을 살펴보면[276], 2014년만을 제외하고는 금전선거사범이 가장 많은 비율을 차지하였음을 알 수 있다. 2009년에는 전체 선거사범 중에서 금전선거사범이 66.2%, 2010년에는 44.1%, 2011년에는 43.4%, 2012년에는 31.1%, 2013년에는 41.1%, 2014년에는 24.0%, 2015년에는 54.8%를 차지하였다. 여기서 시간이 흐를수록 그 정도가 줄어든다는 점을 주목할 필요가 있는데, 이러한 사실이 공직선거법상 강력한 제재와 선거권자의 인식 변화에 따른 긍정적 신호인지의 여부는 좀 더 지켜볼 필요가 있다. 그런데 2015년에 다시 금전선거의 발생비율이 대폭 증가한 것을 주목할 필요가 있다(전체 1,521건의 선거사범 중 834건). 이러한 사실은 금전선거사범을 강하게 규제하는 현행 제도가 "당분간" 존속될 필요가 있음을 잘 보여준다. 따라서 금전선거사범으로 연결될 개연성을 지니고 있는 선거운동방식에 대한 규제가 여전히 유용하다고 볼 것이다. 그런 점에서 사실상 선거운동을 목적으로 하는 호별방문의 제한은 이러한 입법취지를 구현하기 위한 적절한 수단이라고 본다. 앞으로 선거권자의 시민의식이 발달하여 금전선거사범의 우려가 충분히 해소된다면, 호별방문의 제한은 자연스럽게 사라지게 될 것이다.

요컨대 불특정 · 다수인의 자유로운 출입이 제한된 비공개적인 장소인 호(戶)를 제외하고는 누구든지 선거권자를 방문하여 선거운동을 할 수 있기 때문에, 현행법상 호별방문의 제한이 선거운동의 자유를 침해하는 것은 아니라고 본다.

---

275) 헌재 2009.5.28. 2007헌바24; 헌재 2014.4.24. 2011헌바17등 참조.
276) 법무연수원, 『범죄백서 2015』, 2016, 144면; 법무연수원, 『범죄백서 2016』, 2017, 151면.

4. 입법론적 제언

오늘날 선거운동방식으로서 호별방문의 효용성은 드넓은 지역선거구에 선거권자가 산재해 있는 시골지역에서 나타날 수 있다. 호별방문 자체는 돈이 들지 않는 선거운동방식이기 때문에 소수정당에게 매력적인 수단으로 여겨진다. 또한 호별방문은 선거권자에게 직접 영향을 미칠 수 있는 효과적인 선거운동방식이며 투표율 하락 문제를 개선할 수 있는 방안으로 설명되기도 한다.[277] 따라서 금전선거사범의 개연성을 방지하면서도 시골지역에서 선거정보를 효과적으로 전달할 수 있는 선거운동방식을 고안할 필요가 있다고 본다. 예컨대 선거관리위원회가 시골지역에 한하여 소규모로 후보자 · 정당을 초청하는 대담 · 토론회를 수시로 개최하는 방안을 모색할 수 있다. 그리고 이러한 토론회 개최의 공지도 선관위가 담당하면 될 것이다. 이러한 방안은 '기회의 균등한 제공'이라는 선거공정성의 차원에서도 요구된다고 하겠다.

V. 소결

1) 민주정치과정에서 정치적 경쟁은 당연히 보장되어야 한다. 선거를 통한 정치적 경쟁과 정치적 통제에 적합하게 선거운동이 이뤄지기 위해서는 정확한 정보를 자유로이 전달할 수 있는 기회가 균등하게 보장되어야 할 것이다. 따라서 선거운동에 대한 규율은 정보의 정확성, 자유로운 전달, 용이한 획득가능성, 제공기회의 균등성을 부당하게 침해하지 않는 범위 내에서 이뤄져야 한다. 특히 비용이 적게 드는 효과적인 선거운동방식이 후보자뿐 아니라 일반 선거권자에게도 허용되는 것을 막지 않도록 하여야 할 것이다. 선거운동을 통하여 보장되어야 할 정치적 표현의 자유나 알권리는 선거의 공정성을 저해하지 않은 한, 후보자·정당뿐 아니라 일반 선거권자에게 최대한 보장되어야 할 것이다. 자유롭지 못한 선거운동은 자칫 불완전하기 쉬운 정치적 선택인 선거를 더욱 수동적으로 만드는 결과를 초래하기 때문이다. 그러한 점에서 선거운동 규제입법은 엄격한 심사의 대상이 되어야 한다.

사회적 평온과 관련하여 규제의 대상이 된 주요 선거운동은 시설물설치(제90조), 문서·도화의 배부·게시(제93조), 호별방문(제106조) 등이다. 이러한 규제조항에 대하여 헌법재판소는 모두 합헌결정을 내린 바 있다. 각 조항의 입법취지와 우리 정치적 경

277) 예컨대 한국선거학회, 공직선거법상 선거운동방법의 실효성 및 제도개선 방안 학술연구, 중앙선거관리위원회 연구용역보고서, 2012; 이갑윤, 투표율저하 원인과 제고방안 분석, 중앙선거관리위원회 연구용역보고서, 2008.

험 및 현실을 고려한다면 타당한 판단이라고 본다. 그러나 향후 정치적 발전을 기하기 위해서는 보다 전향적인 개선방안을 강구할 필요가 있다.

첫째, 후보자 외에 일반 선거권자의 정치적 표현의 자유를 보장하기 위해서 비용이 적게 드는 방법으로 광고물 등의 설치 등을 허용하는 것이 필요하다고 본다. 예컨대 선거운동을 할 수 있는 사람은 누구든지 선거운동기간 중에 자신의 집이나 자동차에 선거운동을 위한 표시물을 부착·게시하는 것을 허용할 필요가 있다.

또한 선거에 직접 영향을 미치지 않는 시설물 설치의 규제를 다소 완화하는 방안도 고려할 수 있다. 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거 관련 시설물 등이 미치는 영향력을 고려하여 선거에 영향을 미칠 목적의 시설물 설치 등을 금지하는 현행 규정을 유지하더라도, 시설물 등에 정당의 명칭이나 후보자의 성명·사진 또는 그 명칭·성명을 유추할 수 있는 내용이 있으면 선거에 영향을 미치게 하기 위한 것으로 간주하는 규정을 삭제함으로써, 선거와 무관한 시설물 설치 등에 대한 규제를 완화하는 것도 필요하다고 본다.

둘째, 제93조 제1항의 위헌성을 판단함에 있어서 후보자와 일반 국민을 구분할 필요가 있다고 본다. 후보자의 경우, 아직까지의 우리 선거문화와 선거비용관리체계를 고려한다면 제93조 제1항에 의한 제한은 선거의 자유와 공정을 보장하기 위한 제도적 장치로서, 선거운동에 있어서의 특정한 수단, 특히 폐해의 우려가 크다고 인정되는 인쇄물 · 녹음 등의 배부 · 살포 등 특정한 선거운동방법에 국한되는 것이므로, 과잉금지원칙에 위반하여 선거운동의 자유 등을 제한하거나 그 본질적 내용을 침해하지 않는다고 본다.

일반 국민의 경우, 선거가 정치세력에 대한 국민의 정치적 통제에 해당하기 때문에 선거정보의 공유 차원에서 정치적 표현의 자유를 최대한 존중하여야 할 것이다. 그러한 점에서 현행 조항에 따른 기간 및 행위태양의 제한은 지나치다고 본다.

한편, 입법론의 입장에 보면, 제93조 제1항에서 규제대상이 되는 선거운동의 표현매체를 구체적으로 명시하는 것이 필요하다. 또한 일반 국민의 정치적 표현을 최대한 허용하되, 일정 금액 이상의 비용이 드는 표현행위는 일종의 기부행위로 간주하여 취급하면 될 것이다.

셋째, 우리의 현실을 고려할 때, 현행법상 호별방문 제한은 당분간 유용성을 갖는다고 본다. 특히 시골지역의 효과적인 선거정보의 전달을 위하여 선거관리위원회가 주관하는 소규모의 토론회를 수시로 개최할 필요가 있다고 본다.

2) 선거운동에 대한 적절한 규제방식이 무엇인가를 고민하여야 할 것이다. 즉 선거운동을 규제함에 있어서 개별적인 행위를 규제하는 직접규제방식이 나은 것인지, 아

니면 선거비용의 최고한도를 정하는 간접규제방식이 나은 것인지를 판단하여야 할 것이다. 생각건대 규제의 방식은 그 취지와 대상에 따라 달라져야 할 것이다. 규제 목적이 공정성의 확보이고 규제대상의 행위 자체가 공정성을 침해할 경우에는 직접규제방식이 필요하다. 이러한 경우 헌법재판소는 그 필요성을 적극적으로 인정하여야 할 것이다. 실제로 헌법재판소는 후보자에 대한 비방행위를 규제하는 것이 후보자 등에 대한 과도한 인신공격을 방지하여 후보자 등의 명예를 보호하고 나아가 선거인들로 하여금 후보자에 대하여 올바른 판단을 하게 함으로써 선거의 공정을 보장하기 위한 것으로 정치적 표현의 자유를 침해하는 것이 아니라고 판단하고 있다.[278]

그러나 규제를 통해 달성하고자 하는 목적이 선거비용의 절감이라면 개별 행동을 규제하기보다는 차라리 선거비용의 최고한도를 지킬 것을 요구하는 것이 더 낫다고 본다. 즉 정당·후보자의 개별적인 선거운동 행위 및 그 수단이나 방법에 대한 규제보다는 선거비용을 규제하는 것이 더 효율적이라고 본다.[279] 왜냐하면 이러한 간접규제방식은 후보자·정당으로 하여금 각자 더 효율적이라고 생각되는 선거운동 방법이나 수단을 채택하게 함으로써 선거운동의 자유를 보장하면서도 전체적으로 공정함을 유지할 수 있게 하기 때문이다. 따라서 선거운동의 주체나 기간을 제한하기보다 방식을 규제하는 것이 바람직하고, 더 나아가 비용을 제한하는 것이 낫다. 즉 간접규제방식이 더 우월하다고 할 수 있다.

요컨대, 선거운동의 자유를 최대한 보장하기 위해서는 선거운동규제의 패러다임을 방식규제에서 비용규제로 전환하여야 할 것이다. 선거비용의 총액 내에서 소수정당으로 하여금 선거운동의 효과를 고려해서 그 방식을 자율적으로 선택하게 하는 것이 바람직하다. 이를 위해서는 정치자금공개제도의 보완이 절대적으로 요청된다. 이 부분에 대해서 상세히는 제6장에서 이어서 살펴보도록 하겠다.

278) 헌재 2010. 11. 25. 2010헌바53.

279) 이와 관련한 좋은 예로 쓰레기종량제를 들 수 있다. 쓰레기종량제는 쓰레기 배출과 관련하여 구체적인 행위(어떠한 쓰레기를 얼마나 배출할지)를 지시하기보다는 쓰레기배출권을 금액화함으로써 그 배출량에 따라 경제적 부담을 지우는 방식이다. 그 결과, 쓰레기종량제는 간접적이지만 확실하게 소비행태와 생산방식의 커다란 변화를 이끌어내었다.

제6장 선거운동 규제의 축소와 선거비용 내지 정치자금의 투명성 강화

I. 선거비용 내지 정치자금의 양면성

1. 정치자금법의 개정연혁

선거비용 또는 정치자금은 민주정치의 발전의 물질적 기초를 이루게 된다는 점에서 긍정적인 의미를 가지면서도, 이에 대한 적절한 통제가 이루어지지 않을 경우에는 정경유착으로 인한 폐해, 선거부정 등을 낳을 수 있다는 점에서 양면성을 가지고 있다고 볼 수 있다. OECD에서도 이러한 정치자금의 양면성에 대해서 지적하고 있다. 정치자금은 정치적 경쟁의 과정을 형성하며, 정책형성에 영향을 미치는데, 이러한 맥락에서 정치자금을 두 개의 날을 가진 칼이라고 볼 수 있다는 것이다. 정치적인 참여에 있어서 정치자금은 연결하지만, 편향적일 수도 있다. 정치적 경쟁에 있어서는 정차지금은 경쟁을 가능토록 하지만, 경쟁에서 배제시킬 수도 있다. 정책형성에 있어서 영향을 미칠 수도 있지만, 부패시킬 수도 있다는 것이다.[280]

정치자금법 제1조에서는 “이 법은 정치자금의 적정한 제공을 보장하고 그 수입과 지출내역을 공개하여 투명성을 확보하며 정치자금과 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 건전한 발전에 기여함을 목적으로 한다”라고 규정하고 이러한 정치자금의 양면성을 고려하고 있음을 잘 보여주고 있다.

최근의 정치자금법 개정연혁을 보면 위와 같은 정치자금의 양면성을 고려한 개정이 지속적으로 이루어져왔음을 볼 수 있다. 2012년 2월 29일에 개정된 정치자금법에서는 정치자금의 투명성을 강화하기 위하여 당비 및 후원금의 영수증 교부기한을 단축하고, 선거비용의 수입과 지출에 관한 자료를 허위로 제출하는 경우에는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처하도록 하였다. 또한 대통령선거경선후보자가 경선이 종료되어 그 신분이 상실됨으로 인하여 후원회가 해산하는 경우 등을 후원회의 해산신고 대상에서 제외하고, 반환받은 기탁금과 보전받은 선거비용을 정당 또는 공익법인에 인계하는 기한을 통일하였다.

2016년 1월 15일에 개정된 정치자금법에서는 정치자금 모금의 투명성을 제고하기 위하여 후원회가 부득이하게 연간 모금한도액을 초과하여 모금한 경우에도 연간 모금한도액의 20퍼센트를 넘을 수 없도록 초과 모금한도액을 명확히 규정하고, 이를 다음

280) OECD, *Money in Politics: Sound Political Competition and Trust in Government*, 2013, p. 41.

연도의 연간 모금한도액에 포함하도록 하였다. 또한 중앙당의 대표자뿐만 아니라, 각 정당의 조직형태와 관계없이 당헌으로 정하는 중앙당의 최고 집행기관에 대한 당내경선후보자도 후원회를 통해 선거경비를 조달할 수 있도록 하였으며, 여성·장애인 추천 선거보조금의 배분에 있어서 보조금제도의 도입취지를 보다 더 잘 구현할 수 있도록 그 배분기준을 조정하여 현행의 정당별 국회의석수 비율, 국회의원선거 득표수 비율과 함께 여성·장애인 추천비율도 반영하도록 하였다.

2004년 정치개혁의 일환으로 정당후원회가 폐지되어 정치자금에 대한 통제가 강화됨으로써 회계투명성이 어느 정도 제고되었으나, 개인의 정치적 표현의 자유를 제한하고 정치자금 기부를 위축시켜 정당의 국고의존도를 심화시키는 등 부작용이 야기되었다. 정당에 대한 재정적 후원을 금지하고 위반시 형사처벌하는 구 정치자금법(2008. 2. 29. 법률 제8880호로 개정되고, 2010. 1. 25. 법률 제9975호로 개정되기 전의 것) 제6조, 정치자금법(2010. 1. 25. 법률 제9975호로 개정된 것) 제6조 및 정치자금법(2008. 2. 29. 법률 제8880호로 개정된 것) 제45조 제1항 본문의 '이 법에 정하지 아니한 방법' 중 제6조에 관한 부분이 정당의 정당활동의 자유와 국민의 정치적 표현의 자유를 침해하는지가 문제된 사안에서 헌재는 다음과 같이 헌법불합치 결정을 내린 바 있다.

"이 사건 법률조항은 정당 후원회를 금지함으로써 불법 정치자금 수수로 인한 정경유착을 막고 정당의 정치자금 조달의 투명성을 확보하여 정당 운영의 투명성과 도덕성을 제고하기 위한 것으로, 입법목적의 정당성은 인정된다.

그러나 정경유착의 문제는 일부 재벌기업과 부패한 정치세력에 국한된 것이고 대다수 유권자들과는 직접적인 관련이 없으므로 일반 국민의 정당에 대한 정치자금 기부를 원천적으로 봉쇄할 필요는 없고, 기부 및 모금한도액의 제한, 기부내역 공개 등의 방법으로 정치자금의 투명성을 충분히 확보할 수 있다.

정치자금 중 당비는 반드시 당원으로 가입해야만 납부할 수 있어 일반 국민으로서 자신이 지지하는 정당에 재정적 후원을 하기 위해 반드시 당원이 되어야 하므로, 정당법상 정당가입이 금지되는 공무원 등의 경우에는 자신이 지지하는 정당에 재정적 후원을 할 수 있는 방법이 없다. 그리고 현행 기탁금 제도는 중앙선거관리위원회가 국고보조금의 배분비율에 따라 각 정당에 배분·지급하는 일반기탁금제도로서, 기부자가 자신이 지지하는 특정 정당에 재정적 후원을 하는 것과는 전혀 다른 제도이므로 이로써 정당 후원회를 대체할 수 있다고 보기도 어렵다.

나아가 정당제 민주주의 하에서 정당에 대한 재정적 후원이 전면적으로 금지됨으로써 정당이 스스로 재정을 충당하고자 하는 정당활동의 자유와 국민의 정치적 표현의 자유에 대한 제한이 매우 크다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항은 정당의 정당활동의 자유와 국민의 정치적 표현의 자유를 침해한다."[281]

이러한 헌재의 헌법불합치결정에 따라 2017년 6월 30일에 개정된 정치자금법에서는 정당 운영에 필요한 정치자금의 원활한 조달을 도모하고, 국민의 정치적 의사표현의 자유를 보장하기 위하여 정당후원회를 허용하되, 2004년 정당후원회를 폐지한 정치개혁의 취지를 고려하여 정당의 중앙당에만 후원회를 설치하도록 하고, 후원회의 모금·기부한도액과 후원인의 연간 기부한도액을 정당후원회 폐지 전보다 낮추어서 규정하였다.

위와 같은 지속적인 개혁노력에도 불구하고 한편으로는 정치자금의 투명성의 정도가 여전히 불충분하다는 비판이 이루어지고 있으며, 다른 한편으로는 정치활동의 자유가 지나치게 제한되고 있는 견해도 제시되고 있다. 이와 같은 견해 및 이에 대한 평가는 뒤에서 보다 상세하게 살펴보도록 한다.

2. 정치자금법 개혁의 관점

'민주주의 및 선거지원기구'(Institute for Democracy and Electoral Assistance: IDEA)에서는 정치자금규제의 개혁과 관련해서는 크게 세 가지 요소를 고려해야 한다고 밝히고 있다. 1) 정치적 목표(political goal), 2) 맥락(context), 3) 현행규제(current regulation)가 그것이다. 그리고 이에 4) 비교법적 검토를 하는 것이 추가로 필요하다. 이를 상세하게 살펴보면 다음과 같다.

(1) 정치적 목표

각국에서 정치적으로 바람직하다고 보는 목표가 다를 수 있고, 이에 따라 정치자금규제의 방향도 달라질 수 있다는 것이다. 예를 들어 스웨덴에서는 민주주의에서 정당이 핵심적인 역할을 담당하기 때문에, 정당들의 자금조달이나 지출에 대해서 거의 제한을 두면 안 된다고 전통적으로 보아왔다. 그러나 이러한 정당의 정치적 자유만을 중시하는 목표가 수정됨에 따라 정치자금에 대한 규제입법이 마련되었다. 이러한 상황은 정치적 목표에 따라 정치자금규제의 모습이 달라질 수 있음을 보여준다.[282]

OECD에서는 앞선 언급한 바와 같이 정치자금의 양면성을 고려하면서, 규제와 관련해서 해결해야 될 문제점들과 이를 극복하는 수단을 연결하여 다음과 같이 표로 제시하고 있다.

---

281) 헌재 2015. 12. 23. 2013헌바168 결정.

282) IDEA, *Funding of Political Parties and Election Campaigns: A Handbook on Political Finance*, 2014, p. 13-14.

[표1] 정치자금 규제가 해결하고자 하는 문제점과 추구하는 목표[283]

	문제점/목표	대응수단
경쟁	행정적 자원의 남용	공공기관에 의한 자금조달의 금지 피선거권자의 임기제한 국영미디어의 활용규제 정부광고에 대한 규칙 공무원개혁
	선거에 영향을 미치는 대기업의 기부	민간으로부터의 정치자금조달의 금지와 제한 민간에 의한 기부를 대체할 수 있는 국고보조금 민간에 의한 기부 대한 비난 조직된 이익집단을 포함한 권력의 균형
	정당시스템의 형성과 공정한 경쟁의 촉진	지출의 한도설정 분배의 기준: 평등, 과거의 성과, 시장
	국고보조금을 통한 카르텔화	최저한도의 폐지 시장메커니즘을 통한 국고지원
참여	당비가 결여된 정당조직	기부에 대한 세금감면 매칭펀드 시민 바우처 기술적 지원 법적인 틀
	정당조직의 강화	정당의 특정기관에 대한 보조금 지원 투명성 요건 자금조달에 대한 인센티브
영향	신뢰의 회복	민간기부에 대한 금지와 제한 시장에 따른 국고보조금의 기획(카르텔화의 방지) 민간기부에 대한 공중의 감독 권력의 균형(조직된 이익집단)
	정치기부를 통한 부패	공공부문개혁 공무원에 대한 정치적 영향력의 제한 정치적 임명의 제한 취약분야의 개혁(조달, 세입, 국채)

283) OECD, *Money in Politics: Sound Political Competition and Trust in Government*, 2013, p. 42-43.

감독	국가의 감독	독립성의 강화 조사를 하고 제재를 적용할 수 있는 권한 충분한 자원 감사(audit)기술의 증진
	시민사회	정치자금개혁을 어젠다로 유지 국가의 감독과 정당의 준법에 대해 압력을 행사 선거권자들에게 선거자금의 흐름에 관한 정보를 제공
	보고와 공개	포괄적이고, 구체적인 보고의 규칙을 기획 적시에, 접근가능하고, 이해할 수 있는 공개를 하도록 압력을 행사 선거데이타에 대한 기준

위의 표를 보면 정치자금의 개혁을 위한 매우 포괄적인 내용이 담겨있음을 볼 수 있다. 정치자금법에만 제한하지 않고 공무원에 대한 개혁, 취약분야에 대한 개혁 등까지 포함하고 있기 때문이다. 이는 정치자금의 개혁을 위해서는 다양한 법제를 고려한 종합적인 접근이 필요함을 잘 보여준다. 그리고 위의 내용을 보면 선거권자들에게 선거자금의 흐름에 관한 정보를 제공하고, 적시에, 접근가능하고, 이해할 수 있는 공개하는 등 정치자금의 투명성이 매우 강조되고 있음을 볼 수 있다.

(2) 맥락

각국이 처한 맥락을 고려해야 한다는 점이다. 여기에서는 크게 두 가지를 들 수 있는데, 하나는 '전체적인 정치시스템'(political system as a whole)이다. 선거제도, 대통령제(presidentialism) 또는 의회제(parliamentarism) 등 정치시스템이 정차자금 규제에 미치는 영향을 고려해야 한다. 다른 하나는 정치자금과 관련해서 겪고 있는 문제점들이다. 여기에는 부자계층의 강력한 영향력, 불공정한 경쟁시스템, 개혁을 이루어내기 위한 정치적 의지의 결여, 범죄네트워크의 존재 등이 해당한다.[284]

실제로 각국은 정치자금에 대한 접근방식의 차이에 따라 다양한 규제수준을 보이고 있다. 미국 및 영국의 경우, 기부행위 등에 대하여 폭넓은 자유를 허용하는 대신, 회계보고와 공개에 있어서는 전자보고시스템과 인터넷 공개를 원칙으로 투명성을 최대한 보장하고 있다. 프랑스 및 일본의 경우 기부한도제한, 법인·단체의 기부제한 등

284) IDEA, *Funding of Political Parties and Election Campaigns: A Handbook on Political Finance*, p. 15.

엄격한 통제를 시행하는 반면, 공개 측면에 있어서 부분적인 인터넷 공개 등 상대적으로 느슨한 수준의 제도를 운영하고 있다. 독일에서는 정당의 재정을 매우 엄격히 관리하고 연방의원의 고액기부 수령내용도 공개하고 있지만, 후보자의 선거자금에 대한 체계적인 감시시스템은 가지고 있지 않다.[285]

(3) 현행규제

정치자금과 관련한 현행 규제를 검토해야 한다. 정치자금개혁이 성공하기 위해서는 현행 규제를 철저하게 분석하는 것이 필요하다. 정치자금개혁을 한다는 것은 이미 존재하는 규제에 새로운 규제를 더하는 것만을 의미하는 것이 아니라는 점이 강조되고 있다. 지나친 규제로 인해 정치적 경쟁이 오히려 저해되고 있는 경우에는 정당들의 부담을 오히려 줄여주는 것이 필요할 수도 있고, 다른 한편으로는 규제가 많음에도 불구하고 제대로 시행되지 않는 것보다는 보다 적은 제한을 하면서 투명성에 초점을 맞추는 것이 필요할 수도 있다는 것이다.[286]

이처럼 현행규제를 검토함에 있어서는 규제유형에 대한 분석이 필요하다. 다양한 규제유형 가운데 우리나라가 어떠한 규제유형을 선택하고 있는지를 비교·검토를 해야 우리나라의 현행규제를 보다 정확하게 분석할 수 있기 때문이다. 예를 들어 '민주주의 및 선거지원기구'(IDEA)에서는 정치자금의 투명성과 관련하여 각국이 취하고 있는 규제유형을 비교분석하여 다음과 같이 표로 제공하고 있는데, 이는 우리나라의 관련 현행규제를 분석하는 데에 도움을 줄 수 있다.

[표2] 각국의 정치자금의 투명성관련 규제유형[287]

부문	규제유형	코멘트
정치자금 관련보고의 주기/시점 (다수의 국가들은 두 가지 유형을 모두 취하고 있음	주기적 보고	선거와 선거 사이에 정당이 활발하게 활동을 하는 국가에서는 일상적인 정치자금의 수입과 지출이 중요함. 그렇지 않은 국가의 경우에도 선거기간 동안에만 보고서를 요구할 경우에는 정당들이 선거 이전에 수하게 되어서 모금과 지출을 하는 방식으로 규제를 회피하는 문제가 발생할 수 있음.

285) 이현출·임채진, 주요국의 정치자금 투명성 관리제도, 국회입법조사처, 2013, 46면.
286) IDEA, Funding of Political Parties and Election Campaigns: A Handbook on Political Finance, 2014, p. 15.
287) IDEA, Funding of Political Parties and Election Campaigns: A Handbook on Political Finance, p. 29-30.

	선거보고	정당들이 매년 정치자금의 수입과 지출을 보고하도록 하는 경우에는 선거에 대한 비용지출에 대한 정보가 선거를 마친 훨씬 이후에도 입수가 불가능할 수 있음. 선거기간 중에 보고를 하도록 하는 것을 통해 선거권자들에게 소중한 정보를 제공할 수 있으나, 인적 자원이 한정되어 있는 국가의 경우에는 이러한 유형을 선택하는 것이 불가능할 수 있음.
보고의무를 부담하는 기관(대부분의 국가들은 복수의 유형을 동시에 채택하고 있음)	정당	많은 국가들의 경우 후보자들이 대부분의 정치자금을 모금하고 지출할 수 있으나, 정당의 정치자금에 대한 정보는 투명성을 위해 핵심적임.
	후보자	선거시스템이 정당에 전적으로 초점을 맞추는 경우, 후보자들은 보통 재무보고서를 제출할 것을 요구받지 않음. 이것이 합리적일 수도 있으나, 이는 투명성을 약화시킬 수 있고, 금지와 제한을 회피하는 것을 허용할 수 있음.
	제3자	제3자의 정치자금을 보고하도록 하는 것은 투명성을 높이고 허점을 막는 데에 도움을 줄 수 있음. 그러나 때때로 제3자 지출이 무엇인지를 정의하는 것이 어려울 수 있음.
보고되어야 하는 사항(대부분의 국가들은 복수의 유형을 동시에 채택하고 있음)	수입	정당과 선거자금의 재원은 선거권자들이 정당과 후보자의 독립성을 판단하는 데에 중요함.
	지출	대부분의 국가들은 지출에 대한 보고의무를 부여하고 있는데, 이는 지출한도에 대한 통제를 촉진시키며, 선거권자들로 하여금 정당들이 정치자금을 지혜롭게 지출을 하는지 여부를 판단하는 것을 촉진시킴.
	자산과 부채	자산과 부채에 대한 정보는, 잠재적인 이해상충이 존재하는지 여부를 판단하는 데에, 그리고 선출된 공무원이 선거 사이에 재산이 증가하였는지를 판단하는 데에 소중한 자료가 됨.
공개대상인 정보	비공개	일부국가의 경우, 보고된 내용은 이를 받은 기관에 의해서 기밀이 유지됨. 이를 통해 프라이버시는 보호할 수 있지만, 투명성을 제고하는 데에는 도움을 주지 못함.
	요약본공개	다수의 국가들이 요약본만을 공개하고 있으나, 이는 자주 투명성을 약화시키는 결과를 낳고 있음.
	모든 보고된 정보	이 유형은 최대한의 투명성을 제공하게 되지만, 한편으로는 소액기부자의 프라이버시를 보호할 필요성이 존재함.

(4) 비교법적 검토

우리나라 정치자금규제의 개선방안을 찾기 위해서는 비교법적 검토를 해보는 것이 필요하다. 이하에서는 정치자금의 투명성과 관련한 규제를 국제적으로 선도하고 있는 독일법의 내용을 좀 더 상세하게 살펴보도록 한다.

1) 정치자금 투명성의 헌법적 근거

독일의 경우에는 헌법(Grundgesetz, 이하 기본법)에서 정치자금의 투명성에 관한 규정을 두고 있다.(기본법 제21조 제1항 4문) 이러한 정치자금의 투명성요청(Transparenzgebot)은, 정당조직의 민주성요청(기본법 제21조 제1조 3문), 자유민주적 기본질서를 제하하는 정당의 금지(기본법 제21조 제2항)과 함께 정당의 자유를 제한하는 3가지 사유 중의 하나이다.[288)289)]

정치자금의 투명성요청은 '정당외부적'(parteiexterne) 목적과 '정당내부적'(parteiinterne) 목적, 이렇게 두 가지의 목적을 가지고 있다. 정당외부적으로는 정치적 이해와 경제적 이해사이의 연결관계를 공개함으로서 정당의 재정적 상황에 대한 필요한 정보를 시민들이 가질 수 있게 하는 목적을 가지고 있다. 정당내부적으로는 정치자금분배의 조작에 의해서 당내에서의 의사형성절차가 왜곡되는 현상을 방지하는 것을 목적으로 한다.[290)]

2) 정당법상 정치자금 투명성 관련규정의 발전사

위와 같은 독일기본법상의 정치자금의 투명성요청규정은, 기본법 제정당시(1949년)에는 자유민주적 기본질서를 위반하는 정당에 대한 금지규정에 비해서 덜 관심을 받았다. 이러한 이유로 기본법이 제정된 지 상당한 시간이 흐른 뒤인 1967년에 가서야 기본법상의 정치자금의 투명성요청을 구체화한 규정을 정당법(Parteiengesetz)에 두었다. 그럼에도 불구하고 상당기간동안 정치자금 투명성규정의 위반행위에 대해서 제

288) 독일기본법 제21조 (정당)
① 정당은 국민의 정치적 의사형성에 참여한다. 정당의 설립은 자유이다. 정당의 내부질서는 민주적 원칙에 부합해야 한다. 정당은 그 자금의 출처와 사용에 관하여 그리고 그 재산에 관하여 공개적으로 보고해야 한다.
② 그 목적이나 추종자의 행태에 의할 때, 자유민주적 기본질서를 제한 또는 제거하거나 독일연방공화국의 존립을 위태롭게 하려고 하는 정당은 위헌이다. 위헌성의 문제에 관하여는 연방헌법재판소가 판단한다.

289) Shirvani, Foroud, Das „scharfe Schwert" des parteienrechtlichen Transparenzgebots, NVwZ 2017, S. 1322.

290) Shirvani, Foroud, 위의 글, S. 1322-1323.

재가 이루어지지 못하다가, 1980년대 초반에 들어서면서부터 정치자금 스캔들이 발생하면서 정치자금 투명성규정 위반행위에 대한 제재를 강화하기 시작했다.[291]

2002년 독일 정당법이 개정되면서 허위회계보고에 대한 제재를 담은 별도의 장(제6장)을 두게 되었다. 이에 따르면 정당 기여금이 정확하지 않다고 입증되고, 이를 근거로 국고보조금액 부정확하게 확정된 경우에는 국고보조금이 환수된다.(정당법 제31a조 제1항) 회계보고가 허위기재된 것을 확인하면, 정당의 허위기재로 지급된 보조금의 2배를 환수한다.(동법 제31b조) 정당이 후원금을 수수하고도 이를 보고하지 않은 경우 불법 수수 후원금액의 3배에 해당하는 금액을 납부하여야 한다.(동법 제31c조) 의도적으로 정당의 수입과 지출, 자산을 숨기거나, 회계보고서 공개를 회피한 자는 경우 3년 이하의 금고형이나 벌금형에 처한다.(동법 제31d조)

2016년 1월 1일부터 시행된 개정 정당법에서는 정당법 제정 이래 처음으로 '정당의 정의'에 관한 규정을 개정했다. 이에 따르면 결사체가 정당법에 따른 회계공개 의무를 어기고 6년이상 회계보고서를 공개하지 않은 경우에는 정당으로서의 지위를 상실한다.(정당법 제2조 제2항 2문) 그런데 이처럼 정치자금의 투명성요청을, 정당의 지위 상실과 연결시킨 것은 정당의 정치적 자유, 특히 소수정당의 정치적 자유를 현저하게 저해한다는 점에서 비판이 제기되고 있다.[292]

위와 같은 독일법의 내용을 보면 정치자금의 투명성을 높이기 위한 노력을 지속적으로 기울여왔음을 알 수 있다. 이를 위해서 허위의 회계보고에 대한 제재를 강화하는 한편, 회계보고의무의 불이행을 정당의 지위박탈과 연계시키기까지 한 것을 볼 수 있다. 후자의 경우 정당의 자유에 대한 지나친 제한이라는 비판이 나올 정도이다. 이러한 독일의 사례는, 정치자금의 투명성이 여전히 취약하다는 평가가 많은 우리나라와 비교할 때 맥락은 다르지만 여러 가지 시사점을 제공해주는 것으로 볼 수 있다. 좀 더 상세하게 살펴보면 다음과 같다.

3) 회계보고서의 공개의무

독일 정당법 제23조 이하에서는 독일기본법 제21조 제1항 4문의 내용을 구체화하여 회계보고서의 공개의무에 관해서 규율하고 있다. 우선 당 집행위원회는 성실하게

---

291) Shirvani, Foroud, 위의 글, S. 1323. 플릭 스캔들(Flick Scandal)이 대표적이다. 플릭은 백만장자 가문으로 바이마르 시기부터 나치를 거쳐 서독에 이르기까지 지속적으로 정치자금을 제공해왔다. 이 사실은 1975년 국세청 조사과정에서 기민련(CDU)이 유령회사를 통해 리히텐슈타인을 거치는 비밀계좌로 기부금을 받았고, 여러 독일회사들이 불법적으로 세금면제를 받은 사실이 밝혀지면서 시작되었다. 이에 관해 상세히는 문수현, "독일 정치자금 관련 법규들과 기민련(CDU)의 재무구조", 이화사학연구 제52호, 2016, 151-154면 참조.

292) Shirvani, Foroud, 위의 글, S. 1324.

정당의 수입과 지출, 자산을 담은 회계보고서를 연말(회계연도말)까지 공개하여야 한다. 회계보고서는 연방하원 의장에게 제출되기 전에 당 집행위원회의 검토를 거쳐야 한다. 집행위원회와 주당 또는 그에 상응하는 지역조직의 집행위원회는 각자의 회계장부 작성의 책임이 있다. 재정담당 집행위원은 회계보고서가 자기가 알고 있는 사실에 부합하게 작성되었다는 것을 서명으로 보증한다.(제23조 제1항) 개정된 정당법 제23조 제1항에서는 이처럼 당 집행위원회의 책임을 강조하고 있다는 것이 특징이다. 재정담당집행위원이 성실한 보고의무를 다하지 않은 경우에는 형사처벌을 받을 수 있다.(제31d조 제1항)[293]

회계보고서는 회계사나 회계법인이 감사를 하여야 한다. 소수정당[294]의 경우에는 계리사나 계리법인의 감사를 받아야 한다. 회계보고서는 연방의회 의장에게 제출되고, 이는 연방의회 공보로 공개한다. 소수정당의 경우 회계연도의 수입과 자산을 통한 수입이 5,000유로를 넘지 않는 경우, 감사를 거치지 않은 보고서를 제출할 수 있다.(제23조 제2항) 소수정당의 경우에는 회계사를 고용할 여건이 되지 않는다는 점을 고려하여 투명성 요구의 정도를 완화시켜 준 것으로 볼 수 있다.[295]

연방의회 의장은 회계보고서가 정당법의 규정에 부합하는 지를 검토한다. 연방의회 의장은 격년으로 당의 재정과 회계보고서에 관한 보고서를 연방 의회에 제출한다. 추가로 당의 수입과 지출, 자산현황에 관한 약식 연차보고서도 준비한다. 보고서는 연방의회 공보로 회람한다.(제23조 제3항, 제4항)

위와 같은 회계보고서는 국고보조금의 확정과도 밀접한 관련이 있다. 연방의회 의장은 2월 15일까지 청구권이 있는 정당의 해당 연도 국고보조금액을 확정한다. 의장은 회계보고서에 근거해 국고보조금을 확정 지급한다. 국고보조금의 지급액은 청구권이 있는 해 12월 31일까지 실시된 최근 유럽의회 선거와 연방의회 선거, 주의회 선거에서 청구권을 가진 정당의 득표수와 이전 연도 회계보고서에 공개한 기여금에 기초해 산정한다.(제19a조 제1항, 제2항)

정당은 다음해 9월 30일까지 연방의회 의장에게 해당 회계연도 회계보고서를 제출하여야 한다. 의장은 회계보고서 제출시한을 3개월까지 연장할 수 있다. 정당이 회계보고서를 기한내에 제출하지 못하면, 기여금에 따른 국고보조금의 수급권을 상실하며, 회계연도 다음해 12월 31일까지 회계보고서를 제출하지 않으면 최종적으로 국고보조금 수급권을 상실하게 된다.(제19a조 제3항)

---

293) Morlock, Martin, Parteiengesetz, 2.Auflage, München, 2013, §23 Rn.1.

294) 직전 유럽의회 선거나, 연방의원 선거의 정당명부투표에서 0.5% 이상 득 표하거나, 주의회 선거 정당명부 투표에서 1 % 이상 득표한 정당에게 국고보조급 수급권이 주어진다.(정당법 제18조 제4항) 소수정당은 이러한 국고보조금 수급권이 부여되지 않는 정당을 말한다.

295) Morlock, Martin, Parteiengesetz, 2.Auflage, München, 2013, §23 Rn.3.

4) 회계보고서의 내용

회계보고서는 이 법의 규정에 따른 수입, 지출 내역에 기초한 결산보고서와 이와 연계된 자산현황, 그리고 해설부분으로 구성하여야 한다. 회계보고서는 규정에 부합하는 부기의 원칙들을 준수하여, 실제 사실에 부합하도록 정당 자금의 출처와 사용처 및 자산현황에 대한 정보를 제공한다.(정당법 제24조 제1항)

수입내역(Einnahmerechnung)에는 1) 당비, 2) 직책분담금, 3) 개인 후원금, 4) 법인 후원금, 5) 영리활동 수입, 5a) 배당금 수입, 6) 기타 자산 수입, 7) 행사와 당보 및 출판물에 의한 수입급과 기타 수익을 내는 활동에 의한 수입금, 8) 공공 재정, 9) 기타 수입, 10) 당조직 기여금 등이 포함되어야 한다. 지출내역(Ausgaberechnung)에는 1) 인건비, 2) 운영비, 3) 지역조직 교부금 등이 포함되어야 한다. 자산현황내역(Vermögensbilanz)에는 1) 물적 자산과 금융자산 등의 고정자산, 2) 지역조직에게 받을 금액, 국고보조금으로 받을 금액, 현금자산 등 유동자산 등의 자산내역과 1) 준비금, 2) 부채 등의 부채내역 등이 포함되어야 한다.(동법 제24조 제4항, 제5항, 제6항)

정당은 후원금을 받을 수 있다. 1,000 유로까지는 현금으로 받을 수 있다. 그러나 1회 후원금액 500 유로를 넘고, 기부자를 확인 할 수 없거나, 익명의 제3자가 전달하도록 한 기부금은 받을 수 없다.(동법 제25조 제1항, 제2항) 중앙당은 기여자가 하나 또는 여러개의 지역조직에 낸 기부금과 당비 및 직책분담금이 1년(회계연도)에 10,000 유로가 넘으면, 기여자의 이름과 주소, 기여총액을 회계보고서에 첨부하여야 한다. 1회 기부금이 50,000 유로가 넘는 경우 지체없이 연방의회 의장에게 통보하여야 한다.(동법 제25조 제3항)

상속 및 증여받은 금액이 10,000 유로가 넘으면 금액과 증여자의 이름 및 주소를 회계보고서에 기록하여야 한다. 또한 개별 자산획득액이 (부가세 포함) 5,000 유로가 넘는 경우 자산 현황에 포함하여야 한다.(동법 제27조 제2항, 제28조 제1항)

(5) 소결

우리나라의 경우에도 정치자금법의 개혁을 위해서는 위와 같은 네 가지 점을 모두 고려할 필요가 있다. 우선 정치자금규제의 정치적 목표와 관련해서는 정치자금법 제1조에서 규정하고 있는 동법의 목적을 살펴볼 필요가 있다. 여기에서는 1) 정치자금의 적정한 제공을 보장하고, 2) 수입과 지출내역을 공개하여 투명성을 확보하며, 3) 정치자금과 관련한 부정을 방지함으로써, 4) 민주정치의 건전한 발전에 기여함을 목적으

로 한다고 규정하고 있다. 이 중에서 4)는 정치자금법의 궁극적인 목표라고 볼 수 있고, 1), 2), 3)는 4)의 목표를 달성하기 위한 세부적인 목표라고 할 수 있다. 그리고 2)와 3)은 서로 긴밀한 연관성을 갖고 있다고 할 수 있다. 정치자금법의 개혁을 추구함에 있어서는 이러한 궁극적인 목표와 세부적인 목표가 제대로 반영될 수 있도록 하는 것이 중요하다.

다음으로 우리나라가 처한 정치현실을 충분히 고려하는 것이 필요하다. 우리나라는 대통령제를 채택하고 있으면서 당·정간에 긴밀한 관계가 형성되어 있어서 권력의 집중이 이루어지기 쉬운 구조라고 할 수 있다. 최근의 헌법개정논의과정에서도 대통령에게 집중된 권력을 어떻게 분산할 것인지가 주요한 과제로 논의된 바 있다. 이러한 정치현실은 권력의 집중을 견제할 수 있는 정치자금법의 개혁이 매우 긴요함을 잘 보여준다고 할 수 있다. 우리나라는 재벌을 중심으로 한 경제구조를 가지고 있어서 정경유착의 위험성이 크다는 점도 고려되어야 할 중요한 정치현실이라고 할 수 있다.

또한 정치자금법을 중심으로 한 현행 규제에 대한 철저한 분석이 필요하다. 정치자금법상을 보면 다양한 규제가 존재하는데 특히 투명성을 확보하기 위한 다양한 규제가 존재한다. 회계책임자가 회계장부를 비치하고 모든 정치자금의 수입과 지출에 관한 사항을 기재하도록 한다든지, 회계책임자가 정치자금을 수입·지출하는 경우에는 영수증 그 밖의 증빙서류를 구비하도록 하는 것 등이 그것이다. 각급 선거관리위원회 위원·직원은 선거비용의 수입과 지출에 관하여 확인할 필요가 있다고 인정되는 때에는 회계장부 그 밖의 출납서류를 보거나, 정당, 공직선거의 후보 등에 대해서 조사할 수 있으며, 보고 또는 자료의 제출을 요구할 수 있다.(제37조, 제39조, 제43조)

그런데 위와 같은 투명성 관련 규제에도 불구하고 정치자금의 투명성의 확보가 충분히 이루어지지 못하고 있다는 평가가 많다. 특히 정치자금의 공개와 관련하여, 공개의 시기적절성, 제한된 공개내용 및 공개기간, 이용상의 불편성 등이 지적되고 있다.[296] 정치자금의 투명성 확보를 위해서 위와 같은 문제점을 극복하는 것이 필요하다.

비교법적으로 보면 독일의 정치자금 투명성 법제는 우리나라에 여러 가지 시사점을 제공해준다고 할 수 있다. 정치자금의 투명성을 확보하기 위해서 회계보고의 공개의무를 부과하면서도 소수정당의 경우 의무의 수준을 완화시켜줌으로써 정당간 경쟁을 활성화하려고 노력하고 있는 점, 회계보고의 정확성을 확보하기 위한 여러 가지 장치를 두고 있는 점 등이 그것이다.

이상에서의 논의를 토대로 수입(조달), 지출, 회계보고 및 공개로 나누어서 구체적인 개선방안을 제시해보도록 한다.

---

296) 이현출·임채진, 주요국의 정치자금 투명성 관리제도, 국회입법조사처, 2013, 1면.

II. 조달의 투명성 관련 규제

1. 개관

정치자금법에서는 정치자금 조달의 투명성을 확보하기 위한 다양한 규정을 두고 있다. 정치자금법에 의하여 1회 120만원을 초과하여 정치자금을 기부하는 자는 수표나 신용카드·예금계좌입금 그 밖에 실명이 확인되는 방법으로 기부하여야 한다. 단, 후원인은 1회 10만원 이하, 연간 120만원 이하의 후원금은 이를 익명으로 기부할 수 있다.(제2조 제4항, 제11조 제3항) 이는 정치자금 기부의 프라이버시를 일정범위에서 보호함으로써 정치자금 모금을 활성화하기 위한 취지로 볼 수 있다.

정당의 회계책임자는 당비를 납부받은 때에는 당비를 납부받은 날부터 30일까지 당비영수증을 당원에게 교부하고 그 원부를 보관하여야 한다. 후원회가 후원금을 기부받은 때에는 후원금을 기부받은 날부터 30일까지 정치자금영수증을 후원인에게 교부하여야 한다.(제5조 제1항, 제17조 제1항)

정치자금법은 연간모금한도액을 정해두고 있는데, 예를 들어 대통령후보자등후원회·대통령선거경선후보자후원회는 각각 선거비용제한액의 100분의 5에 해당하는 금액이 연간모금한도액이다. 후원회가 부득이하게 연간 모금한도액을 초과하여 모금한 경우에도 연간 모금한도액의 20퍼센트를 넘을 수 없도록 초과 모금한도액을 명확히 규정하고, 후원회가 모금한 후원금이 연간 기부한도액을 초과하는 때에는 다음 연도에 이월하여 기부할 수 있도록 하고 있다.(제12조 제1항, 제3항)

2. 조달의 투명성 문제 및 개선방안

(1) 조달규제의 전반적인 개선방향

현행 정치자금 조달규제에 대해서는 '강력한 규제'와 '미흡한 투명성'을 특징으로 하고 있어서 장기적으로 대의민주주의의 발전을 제약할 가능성이 있다는 지적이 있다. 정당에의 기부금지는 기부를 통한 정치참여의 통로를 제한하고 정당간 경쟁성을 약화시키는 측면이 있으며, 대통령후보자에 대해서 선거비용제한액의 100분의 5로 모금한도를 제한하고 있는 것은 정치적 표현수단으로서의 기부행위의 의미를 무색하게 하는 수준이며, 한 이익단체가 '쪼개기' 후원금을 제공하여 문제가 된 이른바 청목회 사건에서 보듯이, 규제 일변도의 정책은 당사자들이 법적 규제를 회피하는 부작용을 가져올 수 있다는 것이다.[297] 이러한 비판은 기본적으로 타당한 것으로 볼 수 있다.

뒤에서 보는 바와 같이 회계보고 및 공개제도의 개선을 통해 투명성을 제고하는 전제 하에서 연간모금한도액을 현실화하는 것이 바람직하다.

(2) 법인·단체의 정치자금 기부의 개선방안

다음으로 정치자금의 조달과 관련해서는 법인·단체의 정치자금 기부의 허용여부가 주요한 쟁점이 된 바 있다. 정치자금법 제31조 제2항에서는 "누구든지 국내·외의 법인 또는 단체와 관련된 자금으로 정치자금을 기부할 수 없다"라고 되어 있는데 이 규정의 합헌여부에 대해서 헌법재판소는 다음과 같이 합헌결정을 내린 바 있다.

"이 사건 기부금지 조항은 단체의 정치자금 기부금지 규정에 관한 탈법행위를 방지하기 위한 것으로서, 단체의 정치자금 기부를 통한 정치활동이 민주적 의사형성과정을 왜곡하거나, 선거의 공정을 해하는 것을 방지하고, 단체 구성원의 의사에 반하는 정치자금 기부로 인하여 단체 구성원의 정치적 의사표현의 자유가 침해되는 것을 방지하는 것인바, 정당한 입법목적 달성을 위한 적합한 수단에 해당한다. 한편 단체의 정치적 의사표현은 그 방법에 따라 정당·정치인이나 유권자의 선거권 행사에 심대한 영향을 미친다는 점에서 그 방법적 제한의 필요성이 매우 크고, 이 사건 기부금지 조항은 단체의 정치적 의사표현 자체를 금지하거나 그 내용에 따라 규제하도록 한 것이 아니라, 개인과의 관계에서 불균형적으로 주어지기 쉬운 '자금'을 사용한 방법과 관련하여 규제를 하는 것인바, 정치적 표현의 자유의 본질을 침해하는 것이라고 볼 수 없다. 또한, 개인의 정치적 의사형성이 온전하게 이루어질 수 있는 범위에서의 자금모집에 관한 단체의 관여를 일반적·추상적으로 규범화하여 허용하는 것은 입법기술상 곤란할 뿐만 아니라, 개인의 정치적 기본권 보호라는 입법목적 달성에 충분한 수단이라고 보기 어렵고, 달리 덜 제약적 수단이 존재함이 명백하지 않은 이상 이 사건 기부금지 조항이 침해의 최소성원칙에 위반된다고 보기 어렵다. 나아가 이 사건 기부금지 조항에 의한 개인이나 단체의 정치적 표현의 자유 제한은 내용중립적인 방법 제한으로서 수인 불가능할 정도로 큰 것이 아닌 반면, 금권정치와 정경유착의 차단, 단체와의 관계에서 개인의 정치적 기본권 보호 등 이 사건 기부금지 조항에 의하여 달성되는 공익은 대의민주제를 채택하고 있는 민주국가에서 매우 크고 중요하다는 점에서 법익균형성원칙도 충족된다. 따라서 이 사건 기부금지 조항이 과잉금지원칙에 위반하여 정치활동의 자유 등을 침해하는 것이라 볼 수 없다."[298]

법인·단체의 정치자금 기부금지와 관련해서는 다양한 의견이 제시되고 있다. 우선 위 헌재의 태도를 긍정하는 입장에서 법인·단체의 정치활동의 자유, 정치적 표현의 자

297) 이현출·임채진, 위의 글, 39면.
298) 헌재 2010. 12. 28. 2008헌바89 결정.

유의 한 내용으로서 장치자금 기부의 자유에 대한 제한은 헌법적으로 정당화될 수 있으며, '법인·단체와 관련된 자금'의 규제와 처벌을 목적으로 한 입법자의 형성의 자유와 재량권의 실현은 헌법정신과 헌법원리에 부합하는 입법권의 행사라고 평가될 수 있다는 견해가 제시되고 있다.[299]

다음으로 우리의 정치문화, 특히 정치자금의 제공과 관련한 의식수준을 고려한다면 법인·단체 기탁금 허용을 비롯한 정치자금의 조달확대는 정치자금의 투명성이 제대로 확보되어야만 가능하다는 견해가 제시되고 있다. 이 견해에서는 법인·단체의 기탁금 기부를 허용한다면 지정기탁금제를 도입하는 것이 더 합리적이라고 보고 있다.[300]

또한 대의제 민주주의 큰 틀을 훼손하지 않는 수준에서 우리나라 정당제 민주주의의 조화로운 발전을 함께 모색할 필요가 있다고 보면서, 법인·단체의 정치자금 기부를 단계적으로 완화하는 방안을 고민할 경우, 개인정치인에 대한 기부유형보다는 정당에 대한 기부유형을 우선적으로 허용할 필요가 있다는 견해가 제시되고 있다.[301]

이상과 같은 견해들을 종합적으로 볼 때 정치적 자유의 확대를 위해서 법인·단체의 정치자금 기부금지규제를 완화한다고 하더라도 정치자금의 투명성을 확보하기 위한 노력이 함께 기울여질 필요가 있다고 할 수 있다. 이러한 관점에서 보면 예를 들어 지정기탁금제도를 도입하는 것은 위와 같은 두 가지 목표를 함께 달성할 수 있는 현실적인 방안이 될 수 있다.

(3) 정치자금위반 적발의 활성화방안

다음으로 중앙선거관리위원회는 불법 정치자금을 제공한 자가 관할 선거관리위원회 또는 수사기관에 자수한 때에는 공직선거법에 규정된 선거범죄신고자에 준하여 보호하고 그 형을 감경 또는 면제하도록 하는 견해를 제시한 바 있다.[302] 이러한 자수자보호제도는 불법 정치자금의 적발을 보다 용이하게 할 수 있다는 점에서 장점이 있다고 할 수 있다.

현재 정치자금법은 제45조 이하에서 정치자금법 위반행위에 대해서 다양한 벌칙규정을 두고 있다. 이러한 형사적 제재가 정치자금규제의 실효성을 발휘하기 위해서는 위반행위에 대한 적발과 조사가 용이하게 이루어질 필요가 있는데, 위와 같은 자수자보호제도는 여기에 기여할 수 있다는 장점이 존재한다.

---

299) 홍완식, "법인·단체의 정치자금 기부금지", 세계헌법연구 제17권 제11호, 2011, 127면.
300) 음선필, "정치자금 기탁제도의 합리화 방안", 홍익법학 제16권 제3호, 2015, 200면.
301) 기현석, "법인·단체의 소액기부 허용적실성에 대한 고찰 – 정치자금법상 법인·단체의 정치자금 기부금지조항에 대한 비판적 고찰", 법학논집 제40권 제2호, 2016, 185면.
302) 중앙선거관리위원회, 정치관계법 개정의견, 2016. 8, 70면.

이와 유사한 제도로 비교해볼 만한 것으로 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제22조의 2에서 규정하고 있는 담합행위에 대한 자진신고자에 대해서 과징금을 감경 또는 면제하여 주는 제도를 들 수 있다.[303] 이러한 리니언시 프로그램은 공정거래법 위반행위의 적발이 활성화하는 데에 성공적으로 기여한 것으로 평가되고 있다. 이러한 유사사례를 보면 정치자금법 위반행위를 자진신고를 한 자에 대해서 일정한 인센티브를 부여하는 것은 앞서 살펴 본 '스마트 규제이론'의 맥락에서도 정당화를 하는 것이 가능할 것으로 보인다.

III. 지출의 투명성 관련 규제

1. 개관

정치자금법에서는 정치자금 지출의 투명성을 확보하기 위한 규정도 두고 있다. 선거비용 외의 정치자금은 50만원, 선거비용은 20만원을 초과하여 정치자금을 지출하는 자는 수표나 신용카드·예금계좌입금 그 밖에 실명이 확인되는 방법으로 기부 또는 지출하여야 한다. 다만, 현금으로 연간 지출할 수 있는 정치자금은 연간 지출총액의 100분의 20(선거비용은 선거비용제한액의 100분의 10)을 초과할 수 없다.(제2조 제4항) 보조금의 용도를 인건비, 사무용 비품 및 소모품비, 사무소 설치·운영비, 공공요금, 정책개발비, 당원 교육훈련비, 조직활동비, 선전비, 선거관계비용 등으로 제한하고 있는 것(제28조 제1항)도 지출의 투명성을 확보하기 위한 규정이라고 할 수 있다.

또한 정치자금은 정치활동을 위하여 소요되는 경비로만 지출하여야 하며, 사적 경비로 지출하거나 부정한 용도로 지출하여서는 아니된다. 이 경우 '사적 경비'라 함은 1) 가계의 지원·보조, 2) 개인적인 채무의 변제 또는 대여, 3) 향우회·동창회·종친회, 산악회 등 동호인회, 계모임 등 개인간의 사적 모임의 회비 그 밖의 지원경비, 4) 개인적인 여가 또는 취미활동에 소요되는 비용 중 어느 하나에 해당되는 경우를 의미한다.(제2조 제3항) 이러한 규정을 위반한 경우에는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금이 부과된다.(제47조 제1항 제1호)

---

303) 보통 리니언시(leniency) 프로그램으로 부른다.
공정거래법 제22조의2(자진신고자 등에 대한 감면 등) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에 대하여는 제21조(是正措置)의 규정에 의한 시정조치 또는 제22조(課徵金)의 규정에 의한 과징금을 감경 또는 면제할 수 있고, 제71조(고발)에 따른 고발을 면제할 수 있다.
1. 부당한 공동행위의 사실을 자진신고한 자
2. 증거제공 등의 방법으로 조사에 협조한 자

공직선거법에서도 선거비용 지출의 투명성을 확보하기 위한 규정들을 두고 있다. 당해 선거구안에 있는 자등에 대해서 금전·물품 기타 재산상 이익을 제공하는 것(기부행위)가 금지되고 있다. 후보자의 기부행위 뿐만 아니라 정당 및 후보자의 가족, 제3자의 기부행위가 모두 제한된다.(공직선거법 제112조, 제113조, 제114조)

2. 지출의 투명성 문제 및 개선방안

(1) 사적 용도 사용의 규제방안

정치자금 지출의 투명성과 관련해서는 다음과 같은 문제점이 지적되고 있다. 정치자금이 정치활동의 명목으로 사적 경비 또는 부정한 용도로 지출되는 경우가 끊임없이 발생하고 있는데, 이에 대응하여 중앙선거관리위원회를 정치자금 지출기준을 법령에 보다 명확하게 규정하는 것이 필요하며, 정치자금의 사적·부정사용 발견시 7일 이내에 해당 금액을 자신의 정치자금계좌로 반환하도록 하고, 기한까지 반환하지 아니하는 경우 선거관리위원회가 이를 징수하여 국고에 귀속하도록 하는 것이 바람직하다는 개정의견을 제시한 바 있다. 또한 정치자금을 사적·부정한 용도로 지출한 경우 법정형량을 현행 2년 이하 징역, 400만원 이하 벌금으로 되어 있는 것을, 3년 이하 징역, 600만원 이하 벌금으로 상향하는 것이 필요하다는 견해도 제시하였다.[304]

그런데 지출기준의 불명확성이 이러한 문제가 지속적으로 발생하는 주된 원인이라고 볼 수 있는지는 의문이며, 법정형량을 높이는 것이 이러한 문제를 해결하는 데에 실효적일 것인지도 의문이다. 사적 사용에 대한 적발이 보다 효율적으로 이루어지는 것이 오히려 필요하며, 이를 위해서는 「공익신고자보호법」에 의한 공익신고자보호제도 등을 도입하여 사적 사용에 대한 공익신고를 활성화하는 것이 바람직할 것으로 보인다.

(2) 국고보조금 지출의 공정성 강화방안

다음으로 정당 국고보조금에 대한 감사가 제대로 이루어지고 있지 않다는 비판이 있다. 이 문제를 해결하기 위해서는 정당 국고보조금 부당집행 사례에 대해서 현행보다 더 높은 가중처벌로 재발방지의 필요성이 요구되며, 국고보조금 전용이나 회계조작, 허위보고 등 방만한 운영을 방지하기 위해 회계검사를 강화하여 투명성을 높이는 것이 시급하다는 지적이 있다.[305]

---

304) 중앙선거관리위원회, 정치관계법 개정의견, 2016. 8, 69면.

국고보조금의 부당집행시 보조금의 반환이 이루어지고(제30조), 보조금용도제한 위반죄로 처벌이 이루어지는 등(제47조 제4호) 보조금 규제의 실효성을 확보할 수 있는 장치들이 존재하지만 이것으로 충분치 않은 상태이다. 국고보조금의 부당집행은 정당 국고보조금에서만 발생하는 문제는 아니며, 국고보조금 전반에서 발생하는 문제라고 할 수 있는데, 이와 관련하여 보조금의 부당집행이 있은 이후에 이루어지는 사후적인 실효성 확보수단만이 아니라 보조금의 부당집행을 예방하는 사전적인 실효성 확보수단의 중요성이 강조되고 있다.[306]

정당 국고보조금의 경우 기존에 사후적인 실효성 확보수단만이 강조된 측면이 있는데, 사전적인 실효성 확보가 보다 강조될 필요가 있다. 현재 정당 국고보조금은 의석수, 득표율 등의 기준으로 일률적으로 배분되는 모습을 취하고 있는데(제27조), 보조금 부당집행을 막을 수 있는 시스템의 구축정도 등의 요소를 추가적으로 고려하여 차등적으로 국고보조금을 지급하는 등의 노력을 기울일 필요가 있다.[307]

IV. 회계보고 및 공개

1. 회계보고

회계책임자는 일정한 기한까지 관할 선거관리위원회에 정치자금의 수입과 지출에 관한 회계보고를 하여야 한다. 정당의 경우 매년 1회(선거 관련 별도 보고), 후보자 후원회는 선거후 1회, 국회의원 후원회는 매년 2회 보고하도록 하고 있다.(정치자금법 제40조 제1항)

이에 대해서는 보고시기를 세분하여 정당 및 후원회의 재정상황이 보다 빠르게 일반에 공개되도록 할 필요가 있다고 지적되고 있다.[308] 보고시기를 보다 세분화하는 것은 정치자금의 흐름에 대한 투명성을 높이는 데에는 분명히 장점이 있다고 할 수 있으나, 인적 자원이 충분치 못한 정치조직의 경우에는 부담으로 작동할 수 있다. 이러한 점에서는 보고시기의 세분화보다는 열람기간 등 공개의 정도를 강화하는 것이 보다 바람직하다고 볼 수 있다. 독일의 경우에도 정당의 수입과 지출, 자산을 담은

305) 김대근, 정치자금 투명성 제고방안 연구, 한국형사정책연구원 이슈페이퍼, 2015, 7면.
306) 공모에 의한 보조사업자선정이 사전적 실효성 확보수단의 예로 설명되고 있다. 정해방, "국고보조금의 법적 성격과 집행의 실효성확보 강화방안에 대한 고찰", 일감법학 제19호, 2011, 14-15면.
307) 이와는 다른 맥락이기는 하지만 중앙선거관리위원회는 당비 납부액 및 납부비율에 연동하여 국고보조금을 지급함으로써 진성당원 중심의 정당운영 기반을 조성하는 것이 필요하다는 개정의견을 제시한 바 있다. (중앙선거관리위원회, 정치관계법 개정의견, 2016. 8, 64-64면) 이처럼 국고보조금의 지급기준을 개선하는 것은 정치자금규제의 효과성을 제고하는 데에 매우 효과적인 수단이 될 수 있다.
308) 이현출·임채진, 위의 글, 40면.

회계보고서를 연말까지 공개하도록 함으로써(정당법 제23조 제1항) 보고시기의 세분화보다는 공개강화에 초점을 맞추고 있음을 볼 수 있다.

정당이나 후원회의 회계책임자의 경우 회계보고를 해야 하는 사항은 1) 재산상황, 2) 정치자금의 수입내역, 3) 회계장부에 기재하는 지출의 상세내역 등이다. 특히 수입내역과 관련해서는 1회 30만원 초과 또는 연간 300만원[309]을 초과하여 수입을 제공한 자의 경우에는 성명·생년월일·주소·직업·전화번호와 수입일자 및 그 금액을, 그 이하 금액의 수입을 제공한 자의 경우에는 일자별로 그 건수와 총금액을 보고하도록 하고 있다. 또한 회계보고를 함에 있어서는 1) 정치자금의 수입과 지출명세서, 2) 영수증 그 밖의 증빙서류 사본, 3) 정치자금을 수입·지출한 예금통장 사본 등이 첨부되어야 한다.(정치자금법 제40조 제3항, 제4항)

정치자금법에 따른 회계보고서에 보고되지 아니하거나 허위로 보고된 비용은 보전하지 아니한다. 선거비용을 보전함에 있어서 선거사무소의 회계책임자가 정당한 사유없이 정치자금법에 따른 회계보고서를 그 제출마감일까지 제출하지 아니한 때에는 그 비용을 보전하지 아니한다.(공직선거법 제122조의 2, 제135조의 2)

정당의 경우에는 회계보고 제출 전 공인회계사의 감사를 거치도록 하고, 선거후보자 등의 경우에는 자체감사의견서를 제출하는 것으로 대신하고 있다.(제41조) 회계보고에 대한 검증과정을 보다 충실히 하기 위해서는 선거후보자도 회계보고 전에 공인회계사를 통한 외부 감사를 거치도록 하고 있는 일본 및 프랑스의 사례를 참고할 필요가 있다는 지적이 있다.[310] 이러한 지적은 신중하게 접근할 필요가 있을 것으로 보인다. 선거후보자 중 정당소속이 아닌 자의 경우 공인회계사의 감사까지 거치도록 하는 것이 지나친 부담이 될 수 있고, 이것이 정치적 경쟁의 활성화의 취지에 맞지 않는 상황이 발생할 수 있기 때문이다.

2. 공개

회계보고에 대해서는 사본교부와 열람이 가능하다. 회계보고를 받은 관할 선거관리위원회는 회계보고 마감일부터 7일 이내에 그 사실과 열람·사본교부기간 및 사본교부에 필요한 비용 등을 공고하여야 한다. 관할 선거관리위원회는 보고된 재산상황, 정치자금의 수입·지출내역 및 첨부서류를 그 사무소에 비치하고 공고일부터 3월간 누구든지 볼 수 있게 하여야 한다. 다만, 선거비용에 한하여 열람대상 서류 중 수입과 지출명세서를 선거관리위원회의 인터넷 홈페이지를 통하여 공개할 수 있되, 열람기간이

309) 대통령후보자등후원회·대통령선거경선후보자후원회의 경우에는 500만원이다.
310) 이현출·임채진, 위의 글, 45면.

아닌 때에는 이를 공개하여서는 아니된다.(정치자금법 제41조 제1항, 제2항)

이에 대해서 중앙선거관리위원회는 정당, 후원회, 후원회를 둔 국회의원 및 후보자의 회계책임자는 정치자금의 수입·지출이 있는 경우 각각 48시간 이내에 선거관리위원회 인터넷 홈페이지를 통하여 공개하도록 하도록 하는 개정의견을 제시한 바 있다. 또한 중앙선거관리위원회는 회계책임자는 회계보고 자료를 중앙선거관리위원회가 정하는 전자적 파일 형태로 회계보고 시 함께 제출하도록 하고, 중앙선거관리위원회는 이를 정보시스템에 탑재하여 누구든지 상시조회할 수 있도록 하는 것이 바람직하다는 의견도 제시하였다.[311] 현행과 같은 사본교부의 방식은 지나치게 소극적인 공개방식이라고 하지 않을 수 없다. 투명성의 실효적으로 제고하기 위해서는 현행 사본교부의 대상이 되는 것에 대해서 전반적으로 인터넷 공개가 가능하도록 할 필요가 있다.

다음으로 정치자금 공개기간은 공고일로부터 3개월로 설정하고 있고, 이의신청도 열람기간 중에만 가능하도록 규정하고 있는데, 선거비용의 공개시기나 기간도 통상적인 정치자금의 경우와 동일하게 적용되고 있으며, 3개월간 열람 기간 이후에는 공개할 수 없도록 하고 있다. 선거비용에 관한 정보는 유권자들의 후보자 선택에 큰 영향을 미칠 수 있는 사항이지만 현행 체계에서는 선거 후 30일 이상이 지나서야 공개되고 있어, 선거비용에 관한 정보가 해당 선거에 제대로 반영되지 못하고 있는 점도 문제점으로 지적되고 있다.[312]

열람기간의 제한에 대해서는 국민의 알 권리를 침해한다는 문제제기가 있었으나, 헌법재판소는 선거후 법률관계의 조기안정화, 선관위의 업무부담 등을 고려하여 제한규정의 합헌성을 인정한 바 있다.[313] 열람기간의 제한에 대해서 바로 위헌성을 인정하는 것은 곤란하더라도, 입법정책적으로 보면 열람기간의 제한을 폐지하는 것이 알 권리를 보다 충실하게 보장하는 것이 된다. 무엇보다 일반시민에 의한 감시가 제대로 이루어지기 위해서는 공개기간을 현재보다 장기로 할 필요성이 크다고 할 수 있다.

위와 같은 정치자금 지출 및 수입내역에 대한 기간의 제한 없는 상시 인터넷 공개는, 정치자금의 투명성을 높이기 위해서 지속적으로 지적되고 있는 내용이라고 할 수 있다. 그럼에도 이러한 제도가 도입되지 못하고 있는 것은 정당이나 후보자의 업무처리부담이 지나치게 가중된다는 점, 경쟁자에 의한 회계정보의 악용 등 부작용이 존재한다는 점 등에 기인한 것으로 보인다. 그러나 이러한 논리들은 규제이론에서 언급한 '포획이론'이 작동하는 전형적인 예라고 보아야 한다. 정치자금의 지출과 수입 내역의 투명성을 확보하는 것은 시민에 의한 감시를 용이하게 하여, 정치권력의 남용을 견제하는 수단이 된다는 점에서 매우 긴요한 과제라고 하겠다.

---

311) 중앙선거관리위원회, 정치관계법 개정의견, 2016. 8., 65면.
312) 김대근, 위의 글, 7면.
313) 헌재 2010. 12. 28. 2009헌마466 결정.

후원회에 연간 300만원 이하를 기부한 자의 인적 사항과 금액은 이를 공개하지 아니한다.(정치자금법 제42조 제4항) 중앙선거관리위원회는 기탁금을 배분·지급하는 때에는 1회 300만원을 초과하여 기탁한 자의 성명 등 인적 사항을 공개하여야 한다.(정치자금법 제23조 제2항) 두 가지 모두 투명성과 프라이버시를 조화시키기 위한 규정으로 볼 수 있다.

정치자금법이 연간 300만원을 공개기준으로 하고 있는 것에 대해서는 외국과 비교할 때 상대적으로 고액기부 공개기준을 높게 정하고 있는 국가로 분류할 수 있다는 평가가 있다.[314] 정치자금의 투명성을 제고하기 위해서는 이전과 비슷한 수준(연간 120만원)의 엄격한 기준을 적용하는 것이 바람직하다는 의견이 제시되기도 하지만, 기부위축의 문제를 고려하면 현재 수준을 유지하는 것이 바람직할 것으로 보인다.

누구든지 회계보고서, 정치자금의 수입·지출내역과 회계보고서에 대한 첨부서류에 대한 사본교부를 관할 선거관리위원회에 서면으로 신청할 수 있는데, 영수증과 통장사본은 교부신청대상에서 제외되어 있다.(정치자금법 제42조 제4항) 영수증과 통장사본이 정치자금의 수입·지출에 관한 당해 회계보고의 진실 여부를 판단할 수 있는 대표적인 근거자료임에도 불구하고, 사본교부 신청 대상 항목에서 이들 자료들이 제외되고 있는 것은 문제라는 점이 지적되고 있다.[315] 이러한 문제점을 해결하기 위해서는 사본교부 신청의 대상을 이들 자료까지 포함하는 것으로 확대하거나, 또는 이들도 상시공개의 대상으로 포함시키는 방안을 모색해볼 필요가 있다.

---

314) 이현출·임채진, 위의 글, 41면. 미국의 경우 연간 200달러(약 21만원), 일본은 5만엔(약 53만원),독일은 1만 유로(약 1,429만원), 영국은 1,500파운드(약 255만원) 이상의 기부를 공개대상으로 하고 있다.

315) 김대근, 위의 글, 7면.

제7장 결론

지금까지 정치관계법상 주요 규제에 해당하는 선거운동 및 정치자금에 대한 규제의 타당성에 대해서 살펴보았는데, 이를 정리해보면 다음과 같다.

1) 선거민주주의는 민주주의의 최소한으로서, 대규모 선거인이 참여하는 정기적 선거에서 선거인의 지지를 얻고자 하는 정치지도자 그룹간의 경쟁을 통하여 민주주의가 실현되는 것을 의미한다. 따라서 선거민주주의는 국민에게 정치적 책임을 지는 대표자를 경쟁을 통해 선출하는 방식을 강조하게 되는데, 경쟁적 민주체제에서 경쟁적 선거는 단순한 국가기관의 구성을 넘어 정치적 신임의 수여, 정책의 우선순위 결정 및 정치적 통제 기능의 수행을 의미한다. 이에 경쟁적 선거의 전제조건은 선거참여자의 정치적 기본권 보장과 함께 선거의 기본원칙인 보통·평등·직접·비밀·자유선거 원칙 준수뿐만 아니라 선거의 공정성 확보가 되어야 할 것이다.

선거의 공정성이란 선거과정에서 후보자 및 정당간의 공정한 경쟁을 의미하고 선거권자의 정치적 지지를 획득하고자 하는 경쟁이 금력, 권력 등에 의해 제한됨으로써 특정 정당·후보자에게 치우치지 않아야 함을 의미한다. 선거의 공정성에 대한 요청은 규제로 이어지고 선거의 자유, 무엇보다 선거운동의 자유와 상호 대립적인 개념으로 이해되기 쉽다. 그렇지만 양자는 동일 차원의 대립적인 개념이 아니라 차원이 다른 보완적 개념으로 보아야 한다. 왜냐하면 선거의 공정성은 궁극적으로 선거권자의 다양한 의사를 정확하게 반영하기 위한 것으로, 진정한 선거의 운동의 자유가 선거참여자에게 동등하게 보장될 것을 요구하기 때문이다. 따라서 선거의 공정성을 위하여 제한되는 것은 일반적인 선거운동의 자유가 아니라 국민의 자유로운 선택을 방해하고 기회균등을 침해하는 선거운동임을 유의하여야만 한다.

그러나 선거 공정성을 위해 정치적 경쟁을 제한하는 규제가 국회의 입법을 통하여 보편적 규제형식을 취하더라도 이는 자칫 국회의 다수세력의 정치적 이해관계에 따라서 실질적으로 유권자의 사실상 기존세력의 기득권을 보호하고 새로운 정치세력의 진입을 방해할 위험성도 존재한다. 때문에 선거의 공정성 확보를 목적으로 하는 규제입법이 혹시라도 보이지 않는 차별을 유발하고 진입장벽을 설치하게 된다면 규제폐지와 함께 정치적 독과점을 방지하고 완화하는 제도적 장치가 마련되어야 할 것이다. 따라서 정치적 경쟁을 제한하는 선거운동 규제 법리는 공정한 게임규칙이 충실히 적용되어야 하며 이는 입법단계에서부터 선거법의 엄정한 집행, 그리고 최종적으로는 중립적인 사법부에 의한 감시가 그 어떤 분야보다 더욱 요청되는 중요한 영역이라 할 수 있다.

2) 선거운동 규제에 관한 법리를 모색함에 있어 그동안 참정권, 표현의 자유의 실현과 그 한계, 선거공영제의 구현 등 헌법적 관점이 주를 이루어왔고 규제의 정당성을 검토하는 기준으로 법률유보의 원칙, 포괄위임금지의 원칙, 명확성의 원칙, 과잉금지의 원칙, 평등의 원칙, 신뢰보호의 원칙 등의 헌법적인 기준이 적용되어 왔다. 그렇지만 이와 함께 규제이론(regulation theory)의 시각에서도 선거운동 규제입법의 적정성 및 합리성을 검토해 볼 필요가 있다. '포획이론'(capture theory), '스마트규제이론'(smart regulation theory), '대응규제이론'(responsive regulation theory) 등은 선거규제를 봄에 여러 가지 시사점을 제공해줄 수 있다.

선거운동규제는 규제의 양태에 따라서 행태규제와 비용규제로 나누어서 볼 수 있고, 규제의 시점에 따라서는 사전적 규제와 사후적 규제로 나누어 볼 수 있으며, 규제의 법적 성질에 따라서는 선거운동규제를 형사적 제재, 행정적 제재로 나누어서 볼 수 있다. 기존의 선거운동규제는 행태규제, 사전적 규제, 형사적 규제에 초점을 맞춘 측면이 있다. 그러나 스마트규제이론에 입각하여 볼 때 자율규제 등을 적정한 범위 내에서 사용하는 한편, 포획이론에 따른 부작용을 제어하기 위해서 규제의 투명성을 제고할 필요성이 크다.

3) 최근 매체환경의 급격한 발전과 변화에 따른 선거운동 현상은 다채로운 양상을 띠며 선거과정에서 긍정적 기능과 함께 새로운 형태의 선거 공정성 침해를 유발하는 문제들이 제기되면서 이를 대응하는 현재 규제들에 대한 적정성 및 타당성의 검토가 필요하다.

오늘날 정보통신기술의 발달은 유권자가 선거과정에서 정보의 생산 및 유통에 적극적인 참여를 할 수 있는 가능성을 확대하였으나 그 뒷면에는 왜곡된 정치정보가 과거보다 더 빠르고 넓게 유통될 위험성을 증대시켰다. 이에 정당이나 후보자에 대한 선거운동과는 구별되는 단순지지자로서 유권자의 선거운동을 보다 두텁게 보장하기 위한 방안 모색과 함께 왜곡된 거짓 정치정보의 유통으로 인한 유권자의 피해를 예방할 규제의 필요성도 대두되었다.

이와 같은 시대 상황적 요청에 따라 도입된 주요한 규제 중 하나는 선거운동기간 중 인터넷 실명제라 할 수 있다. 헌법재판소는 실명확인조항은 인터넷언론사를 통한 정보의 특성과 우리나라 선거문화 현실을 고려하여 선거의 공정성 확보를 위한 조치이며 '선거운동기간 중'으로 한정되어 있고 그 대상을 제한하고 있으며 실명확인 후에도 게시자 정보가 노출되는 것이 아니라 실명인증 표시만 나타난다는 점 등을 근거로 합헌결정을 내렸다. 그렇지만 온라인 상 선거운동과 관련된 규제는 정치정보의 공급

자로서 유권자의 권리를 보호해야 한다는 관점에서 볼 때, 비록 선거기간에만 한정된다 하더라도 익명표현의 자유가 배제될 수 있기에 바람직하지 않은 면이 있다.

또한 매체환경의 변화로 상대적으로 비용이 적게 드는 인터넷을 이용한 정치광고의 허용여부도 문제되는데 현재 공직선거법은 선거기간 중 유권자의 정치광고를 금지하고 있다. 헌법재판소는 탈법방법에 의한 광고 배부 금지를 규정한 공직선거법 제93조 제1항에 대해 광고의 파급효과 및 경제력에 따른 매체 이용 가능성 차이 등에 따른 선거 공정성 훼손우려를 근거로 합헌결정을 내렸지만, 인터넷 정치광고 등은 상대적으로 비용이 적게 들고 군소정당이나 일반 유권자의 정치광고의 기회를 보다 넓게 인정할 필요성도 있다. 물론 선거기간 중 인터넷 실명제의 폐지나 유권자의 정치광고 허용 등을 내용으로 하는 법 개정은 자칫 유권자의 선거운동을 가장한 후보자 측의 탈법적인 선거운동의 가능성을 배제하기 어렵다. 따라서 유권자의 정치적 자유를 확대하는 관련 법 개정 시 반드시 탈법적인 제3자 선거운동의 문제에 대비할 수 있는 보완 입법이 필요할 것이다.

최근 SNS의 확산에 따라 가짜뉴스의 심각성이 확대되고 있지만 현행법상 인격권 등의 개인적 법익이 아닌 사회적 법익을 침해하는 뉴스는 규제대상에서 제외된다는 점에서 법적 공백이 문제되고 있다. 가짜뉴스의 유통경로는 몇몇 독과점을 이룬 플랫폼이 활용되고 있고 이는 가짜뉴스의 생산자가 아닌 플랫폼에 대한 국가의 규제 내지 플랫폼의 자율규제가 효과적일 수 있음을 시사하는 것이라고도 볼 수 있다. 현행법상으로도 개인적 법익을 침해하는 뉴스와 관련 규제는 주로 정보통신사업자에게 많은 책임을 부과하는 것으로 이뤄져 있다는 점에 비추어볼 때, 사회적 법익을 침해하는 가짜뉴스에 대한 추가적인 규제입법을 고려할 때에도 정보통신사업자에 대한 책임을 강조하는 것이 보다 효과적이라고 할 수 있다.

4) 선거여론조사는 국민의 알권리를 충족시키면서 유권자의 표심의 향방에 영향을 미치기에 정당과 후보자의 여론조사에 대한 의존성과 영향력이 커져가고 있다. 그러나 여론조사는 질문방식, 표본의 편파적 추출, 조사대상과 범위 등에 따라 정확도가 크게 차이나고, 여론조사 과정과 결과 왜곡은 유권자의 합리적 의사선택을 방해하여 선거의 공정성을 해칠 위험이 있다. 이에 공직선거법은 부실 여론조사기관에 의한 부정확하거나 조작된 여론조사로 인한 폐해를 방지하기 위해 '선거여론조사심의위원회'를 설치하고 여론조사기준을 정립함과 동시에 '공표나 보도목적의 선거여론조사기관 등록제', '여론조사 실시 사전신고제', '선거여론조사 결과 사전등록제', '여론조사결과 공표 금지기간' 등과 같은 세밀한 여론조사 규제입법을 두고 있다.

물론 선거여론조사기관들의 자율규제 도입이 이상적일 수도 있겠지만 오늘날 여론

조사의 영향력 및 중대성에 비추어 볼 때 선거여론조사와 관련된 직접적 이해당사자들에 의한 무조건적 자율 규제가 적절하다고만 보기는 어렵다. 특히 공표나 보도 목적 선거여론조사의 경우, 선거여론조사기관의 전문성, 신뢰성 담보가 우선적으로 요구되므로 '공표나 보도목적의 선거여론조사기관 등록제' 도입은 그 필요성이 인정된다고 할 것이다. 다만, 그 등록기준이 신생업체의 진입을 실질적으로 배제해서는 안 되고 오늘날 인터넷근무환경에 있어 전문성을 확보할 수 있는 등록기준의 지속적 검토가 이루어져야 할 것이다.

또한 현재 공직선거법은 '누구든지 선거에 관한 여론조사'를 실시하려면 선거기간과 상관없이 '여론조사 개시일 전 2일까지' 관할 심의위원회에 서면으로 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 사항을 사전에 신고하도록 규정하고 있다. 개정 전 사전신고제는 '선거일 전 180일부터 선거일의 투표마감시각까지' 이루어지는 '선거에 관하여 정당에 대한 지지도나 당선인을 예상하게 하는 여론조사'에 대한 '사전신고제'로 사전신고 대상을 한정하였지만, 현행 법률은 상시 '선거에 관한 여론조사' 모두를 사전신고대상자로 하면서 거대 언론사의 경우는 이런 신고의무를 면제해주고 있다. 이는 추상적 위험성을 근거로 군소 언론사의 선거여론조사만을 차별하는 것이 될 위험성이 있고 무엇보다 '선거에 관한 여론조사'의 내용도 불명확하다는 점에서 재검토가 필요하다고 본다.

2005년 이후 공직선거법은 여론조사결과 공표 금지기간을 선거일 전 6일로 규제하고 있다. 헌법재판소는 세 차례의 합헌결정을 내렸지만 그 주된 근거로 결정 당시 여론조사를 통제 감시하는 기관 설치 및 조사 기준 등이 없었다는 점을 설시하였다. 그렇지만 현재 여론조사의 공정성 확보를 위해 선거여론조사심의위원회를 두고 있으며 선거여론조사의 공정성 확보를 위한 많은 규제입법이 존재하기에 입법 미비시대의 기준을 근거로 규제를 지속하는 것은 문제가 있다. 선거여론조사 정보는 중요한 정치정보이고 국민의 알권리 보장을 위해 최대 보장되어야 한다는 근거 하에 많은 국가들이 선거여론조사 공표금지기간의 제한을 폐지하거나 규제 입법에 대한 위헌결정이 내려졌다는 점에 비추어 볼 때 공표 금지기간의 축소가 요청된다고 할 것이다.

5) 선거운동을 위하여 선거에 참여하는 자들은 점차 더 많은 자유를 요구하고 있으며 선거운동의 주체, 시기, 방법, 도구, 비용 등의 영역에서 최대한 가용자원을 활용하기를 원하고 있다. 그런데 선거운동을 통하여 유통되는 선거관련 정보는 정확하여야 하며, 선거운동의 기회는 후보자 등에게 공평하게 보장되어야 한다. 그래야만 주권자의 의사에 합한 선거결과를 담보할 수 있기 때문이다. 사회적 평온은 선거과정에서 나타나기 쉬운 지나친 정치적 경쟁을 방지함으로써 사회질서가 혼란하거나 개인의

자유·권리가 침해되지 않은 상태에서 확보될 수 있다.

대의제가 정상적으로 작동하고, 국민이 합리적인 의사에 의하여 대표자를 올바르게 선출할 수 있도록 하기 위하여 요구되는 선거의 평온과 공정은 선거제도의 유지와 본래적 기능의 발현을 위한 전제조건이라 할 수 있다. 이를 위한 규제 사례로 공직선거법 제90조 제1항은 누구든지 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 법정의 방법 이외의 방법으로 시설물 설치 등을 하는 것을 금지하고 있다. 시설물설치 금지조항의 입법취지는 선거의 부당한 과열경쟁으로 인한 사회경제적 손실을 막고 후보자 간의 실질적인 기회균등을 보장함과 동시에 탈법적인 선거운동으로 인하여 선거의 공정성과 평온이 침해되는 것을 방지하기 위한 것이다.

이에 대해 헌법재판소는 시설물설치 금지조항이 침해의 최소성이나 법익의 균형성 원칙에 위배되어 선거운동 등 정치적 표현의 자유를 침해한다고 볼 수 없으므로 헌법에 위반되지 아니한다고 판단하였다. 시설물설치 금지조항은 후보자·정당뿐 아니라 일반 선거권자 모두를 대상으로 선거일 전 180일부터 시설물 설치를 일률적으로 규제하고 있다. 그런데 공직선거법은 후보자나 정당에게 다양한 방법으로 광고할 수 있는 기회를 마련해주고 있는 반면, 일반 선거권자의 경우에는 매우 제한하고 있어 문제가 된다. 그런 점에서 이 조항은 후보자 등에게는 탈법방지규범이지만, 일반 선거권자에게는 일반적 금지규범으로 작용하고 있다고 할 수 있다. 흔히 시설물설치 금지조항의 입법취지로 경제적 차이에 따른 선거운동의 불균형방지를 들고 있으나, 일반 선거권자에게는 이러한 입법취지가 적절하지 않다. 일반 선거권자들은 후보자와 관계없이 자신의 정치적 의견을 개진하기 위하여 광고물이나 상징물 등을 활용할 수 있는데, 이러한 표현까지 경제력 차이를 이유로 규제하는 것은 타당하지 않다.

또한 공직선거법 제93조 제1항은, 누구든지 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 정당 또는 후보자를 지지ㆍ추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서ㆍ도화, 인쇄물이나 녹음ㆍ녹화테이프 그 밖에 이와 유사한 것을 배부ㆍ첩부ㆍ살포ㆍ상영 또는 게시하는 것을 원칙적으로 금지하고 공직선거법이 규정한 바에 따라서만 이를 할 수 있도록 하고 있다. 현재 이 조항은 오프라인 상으로 이뤄지는 문서ㆍ도화의 배부ㆍ게시 등을 금지하는 것으로 해석되고 있다. 물론 제93조 제1항의 위헌성을 판단함에 있어서 견해가 갈리는 가장 큰 이유는 선거(운동)의 자유와 선거의 공정성, 그리고 정치적 표현의 자유에 관한 개념적 이해의 차이와, 이들의 가치에 대한 우선순위결정의 차이에 기인한다. 또한 동 조항이 수범자를 '누구든지'로 규정하고 있는 까닭에 후보자(후보자로 되고자 하는 자 포함)와 일반 국민(당원을 포함한 선거권자)을 같은 차원에서 취급함에 따른 차원적 혼동에 기인한다고 본다. 헌법재판소는

제93조 제1항의 포섭범위를 좁게 해석하고 있으나, 이를 입법으로 보다 명백하게 하는 것이 바람직하다. 이에 제93조 제1항에 의한 제한이 선거의 자유와 공정을 보장하기 위한 제도적 장치로서 여전히 유의미하다고 할 수 있지만, 그 제한의 대상을 폐해의 우려가 객관적으로 명백하다고 인정되는 표현매체로 선명히 국한시키는 것이 필요할 것이다.

공직선거법 제106조는 제1항 및 제3항에서 누구든지 선거운동을 위하여, 선거기간 중 입당의 권유를 위하여 또는 선거기간 중 공개장소에서의 연설·대담의 통지를 위하여 호별로 방문할 수 없다고 규정하고 있다. 헌법재판소는 호별방문 제한조항이 선거운동의 자유, 정치적 표현의 자유, 나아가 정당활동의 자유를 제한하지만, 과잉금지원칙을 위반하여 선거운동의 자유 등을 침해하는 것으로는 볼 수 없다고 판단하였다. 그러나 호별방문 자체는 돈이 들지 않는 선거운동방식이기 때문에 소수정당에게 매력적인 수단일 수 있고, 선거권자에게 직접 영향을 미칠 수 있는 효과적인 선거운동방식이며, 투표율 하락 문제를 개선할 수 있는 방안으로 설명되기도 한다. 따라서 금전선거사범의 개연성을 방지하면서도 지방 소지역에서 선거정보를 효과적으로 전달할 수 있는 선거운동방식을 고안할 필요가 있다.

6) 정치자금(선거비용 포함)은 민주정치의 발전의 물질적 기초를 이루게 된다는 점에서 긍정적인 의미를 가지면서도, 이에 대한 적절한 통제가 이루어지지 않을 경우에는 정경유착으로 인한 폐해, 선거부정 등을 낳을 수 있다는 점에서 양면성을 가지고 있다. 정치자금규제의 개혁을 함에 있어서는 정치적 목표(political goal), 맥락(context), 현행규제(current regulation), 비교법(comparative law)을 고려하는 것이 필요하다.

현행 정치자금조달(수입)의 규제는 '강력한 규제'와 '미흡한 투명성'을 특징으로 하고 있어서 장기적으로 대의민주주의의 발전을 제약할 가능성이 있으므로 회계보고 및 공개제도의 개선을 통해 투명성을 제고하는 전제 하에서 연간모금한도액을 현실화하는 것이 필요할 것이다. 또한 정치적 자유의 확대를 위해서 법인·단체의 정치자금 기부금지규제를 완화하는 것이 필요할 수 있는데, 이 경우 정치자금의 투명성을 확보하기 위해서 지정기탁금제도를 도입하는 것이 현실적인 방안이 될 것이다. 정당 국고보조금규제의 경우 기존에 사후적인 실효성 확보수단만이 강조된 측면이 있는데, 사전적인 실효성 확보가 보다 강조될 필요가 있다. 현재 정당 국고보조금은 의석수, 득표율 등의 기준으로 일률적으로 배분되는 모습을 취하고 있는데, 보조금 부당집행을 막을 수 있는 시스템의 구축정도 등의 요소를 추가적으로 고려하여 차등적으로 국고보조금을 지급하는 등의 노력을 기울일 필요도 존재한다.

회계보고 및 공개와 관련해서 정치자금 지출 및 수입내역에 대한 기간의 제한 없는 상시 인터넷 공개가 필요하다. 이에 대한 반대논리로 정당이나 후보자의 업무처리 부담이 지나치게 가중된다는 점, 경쟁자에 의한 회계정보의 악용 등 부작용이 존재한다는 점 등이 지적될 수 있으나, 그러나 이러한 논리들은 규제이론에서 언급한 '포획이론'이 작동하는 전형적인 예라고 보아야 한다. 정치자금의 지출과 수입 내역의 투명성을 확보하는 것은 시민에 의한 감시를 용이하게 하여, 정치권력의 남용을 견제하는 수단이 된다는 점에서 매우 긴요한 과제이다.

7) 민주주의의 핵심내용인 선거민주주의는 선거의 공정성과 경쟁의 형평성이 전제된 가운데 선거의 자유의 최대 보장을 통해 완성될 수 있다. 선거의 공정성이 전제되지 않은 선거의 자유는 진정한 자유라 할 수 없기에 선거 공정성 확보를 위한 선거의 자유제한은 불가피하다고 할 것이다. 이에 우리의 정치관계법상 선거운동 및 정치자금에 관한 규제들 역시 선거 공정성 확보를 위한 노력의 산물이라고 볼 수 있다. 그러나 오늘날 정보통신사회라는 사회 현실에 있어 과거의 시대적 요청에 따라 고안된 일부 규제들은 때로는 과도하고 불합리한 규제가 되기도 하고, 다른 한편 새로이 발생하는 선거 공정성 훼손 사태들이 방치되는 입법 부재 현상이 발생하기에 규제의 적정성과 합리성에 대한 지속적인 검증이 필요하다.

8) 본 연구는 정치관계법상 선거 운동 및 정치자금과 관련된 주요 규제들의 타당성 평가와 개선 입법의 제안 등을 통해 현 시대 상황과 선거 환경변화를 반영할 수 있는 합리적 규제 방안을 모색해보았다. 본 연구가 국민의 선거권 및 표현의 자유를 최대로 보장하면서 이와 함께 선거민주주의의 완성에 한 걸음 더 나아갈 수 있는 법제도의 발전에 기여하길 기대한다.

참고문헌

1. 국내문헌

(1) 단행본

강원택, 『정치개혁의 과제와 전망: 정당·선거·정치자금』, 정보통신정책연구원, 2004.
권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2011.
김민배, 『정치자금과 법제도』, 인하대학교출판부, 2004.
김범식, 『정치자금관련 범죄에 관한 비교법적 연구』, 한국형사정책연구원, 2004.
김유환, 행정법과 규제정책 (개정증보판), 삼원사, 2017.
라파엘 로페즈 핀터(Rafael López Pinter), 『국가기구로서의 선거관리기관(Electoral Bodies as Institutions of Governance)』, 중앙선거관리위원회, 1999.
민경국, 『신정치경제학-정치·관료시스템의 기능-』, 석정, 1993.
법무연수원, 『범죄백서 2015』, 2016.
법무연수원, 『범죄백서 2016』, 2017.
성낙인, 『헌법학』, 제12판, 법문사, 2018.
성승환, 『헌법과 선거관리기구』, 경인문화사, 2015.
심지연·김민전. 『한국정치제도의 진화경로: 선거·정당·정치자금제도』, 백산서당, 2006.
안청시·백창재 편, 『한국정치자금제도-문제와 개선방안-』, 서울대학교출판부, 2003.
엄기홍, 『정치자금 지출구조에 대한 실태 분석: 최적 정치자금 지출모델에 따른 평가』, 중앙선거관리위원회, 2011.
정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2015.
중앙선거관리위원회, 『각국의 선거관리기관』, 2003.
중앙선거관리위원회, 헌법상 선거관리제도 연구자료(Ⅰ), 2008.
중앙선거관리위원회, 주요 국가의 선거관리기관, 2013.
중앙선거관리위원회, 『선거관리위원회의 헌법적 역할과 과제에 관한 연구』, 2014.
중앙선거관리위원회, 『각국의 선거제도 비교연구』, 2015.
중앙선거관리위원회, 『선거의 질적 평가와 한국의 선거』, 2017.
헌법재판소, 『선거운동의 자유와 선거의 공정성』, 2011.

(2) 논문·연구보고서 외

강태수, “선거운동의 자유에 대한 제한의 문제점과 개선방향”, 세계헌법연구 제14권 제2호, 2008.

고문현, “정치자금에 대한 비교분석 - 일본과의 비교를 중심으로 -”, 토지공법연구 제61집, 2013.

권혁남, “국회의원 선거운동 수단으로서 정치광고 활성화 방안”, 한국언론학회 봄철 학술발표대회 발제문, 2000.

기현석, “영국의 선거제도 개혁논의와 다수제 민주주의 ”, 세계헌법연구 제16권 제3호, 2010.

기현석, “공직선거법에 대한 헌법재판소의 판결성향분석”, 세계헌법연구 제17권 제3호, 2011.

기현석, “공직선거법상 투표독려운동 규제조항의 개선방향에 대한 연구”, 공법연구 제40집 제3호, 2012.

기현석, “법인·단체의 소액기부 허용적실성에 대한 고찰 – 정치자금법상 법인·단체의 정치자금 기부금지조항에 대한 비판적 고찰”, 법학논집 제40권 제2호, 2016.

김경호, “정치표현의 자유와 선거운동 규제에 대한 헌법재판소 결정연구”, 언론과학연구 제8권 제2호, 2008.

김대근, 정치자금 투명성 제고방안 연구, 한국형사정책연구원 이슈페이퍼, 2015.

김대근·임석순·유진, 가짜뉴스 등 허위사실 유포로 인한 사이버상 유권자의사 왜곡 방지에 관한 연구, 중앙선거관리위원회 연구용역보고서, 2017.

김대인, “방송통신융합에 있어서 규제집행제도의 정비방안”, 경제규제와 법 제1권 제1호, 2008.

김대인, “산업단지 관련법제에 대한 규제법적 고찰”, 지방자치법연구 제16권 제2호, 2016.

김도협, “선거운동에 관한 규제와 그 개선방안에 관한 고찰”, 세계헌법연구 제18권 제1호, 2012.

김도협, “정치자금법상의 쟁점과 개선방안에 관한 고찰”, 인권과 정의 통권 제468호, 2017.

김동윤·홍하윤, “정치참여 수단으로서 댓글의 역할과 의미, 그리고 한계”, 사이버커뮤니케이션 학보 제32권 제1호, 2015.

김래영, “선거여론조사결과공표금지조항의 위헌성 여부에 관한 연구”, 변호사 제33집, 2003.

김래영, “개정 공직선거법의 문제점과 개선방안”, 공법학연구 제13권 제2호, 2012.
김민배, “정치자금과 정치헌금의 법적 규제-영국을 중심으로-”, 공법연구 제29집 제2호, 2001.
김선화, “미국 정치자금규제의 현황과 헌법적 쟁점”, 세계헌법연구 제15권 제2호, 2008.
김영래, “정치부패와 정치자금 투명성 개선방안 연구”, 한국동북아논총 제22집, 2002.
김영일, “우리나라 선거여론조사제도의 개선방안”, 입법조사연구 제24호, 1998.
김용철, “한국 선거운동의 민주적 품질: 자유와 공정의 관점에서”, 의정연구 제17권 제3호, 2011.
김용호, “고비용 정당구조와 정치자금제도 개선방안”, 대한정치학회보 제10집 제2호, 2002.
김유향·심우민, 「공직선거법」상의 SNS선거규제조항에 대한 입법영향분석, 국회입법조사처, 2012.
김유향, 미 대선 시기 가짜뉴스(Fake News) 관련 논란과 의미, 국회입법조사처, 2016.
김일환·홍석한, “선거운동 규제에 관한 비교법적 고찰”, 미국헌법연구 제25권 제1호, 2014.
김재선, “공직선거제도에서 여성후보추천할당제의 타당성 검토 – 공직선거법 개정방안을 중심으로”, 세계헌법연구 제16권 제1호, 2010.
김재선, “트위터(Twitter)를 이용한 선거운동의 공직선거법 적용방안에 관한 공법적 연구”, 고려법학 제62호, 2011.
김재선, “미국 연방선거법상 기업의 정치적 독립지출 허용의 의미와 시사점”, 외법논집 제36권 제1호, 2012.
김재선, “공직선거법과 선거운동의 자유에 관한 공법적 고찰”, 고려법학 제80호, 2016.
김종서, “인터넷 선거운동의 주요 쟁점 검토”, 헌법학연구 제18권 제2호, 2012.
김종철, “영국 지방선거에서의 공정선거 확보방안”, 유럽헌법연구 제7권, 2010.
김주영, “새로운 커뮤니케이션 환경하에서의 선거운동”, 『선거제도 개선과 선관위의 역할연구』, 선거연수원, 2012.
나달숙, “정치관계법의 현황과 쟁점”, 법학논총 제41권 제3호, 2017.
문수현, “독일 정치자금 관련 법규들과 기민련(CDU)의 재무구조”, 이화사학연구 제52호, 2016.
박경신, “드루킹 ‘댓글조작’처벌에 대한 헌법적 고찰”, 선거법의 최근 이슈들, 한국헌

법학회·서울시립대학교 법학연구소 공동학술대회 자료집, 2018. 7. 13.
박이석, “한국선거의 선거운동 자유 증대를 위한 입법제도에 관한 연구”, 입법과 정책 제7권 제1호, 2015.
박정원·이성흠, “인터넷 악성 댓글에 대한 법적 규제와 표현의 자유”, 홍익법학 제10권 제3호, 2009.
박주민, “인터넷을 통한 선거운동과 공직선거법”, 법학연구 제15권 제1호, 2012.
선거연수원, 선거여론조사의 신뢰성과 객관성 확보방안, 2014.
성낙인, “시대변화에 순응한 공직선거법제의 정립”, 헌법학연구 제18권 제2호, 2012.
성중탁, “헌법상 정치적 표현의 자유와 정치자금 규제의 관계에 관한 소고”, 법학연구 제18권 제2호, 2015.
성중탁, “한국의 정치자금법제 개선방안 - 법인, 단체의 정치자금 기부허용과 사후 투명성강화를 중심으로 -”, 법학논집(이화여대) 제19권 제4호, 2015.
송경재, “한국의 웹 캠페인 규제와 <선거법> 개정의 정치적 해석”, 정보화정책 제22권 제3호, 2015,
송경재, “2017년부터 논란이 되고 있는 가짜뉴스와 댓글조작의 문제”, 가짜뉴스 혐오·차별표현 댓글조작 어떻게 할 것인가 포털·SNS 정책 토론회 자료집, 신경민·박광온 의원실, 2018.
송석윤, “선거운동 규제입법의 연원”, 법학(서울대학교) 제46권 제4호, 2005.
신두철, “정치자금의 투명성에 관한 연구”, 한국시민윤리학회보 제23집 제2호, 2010.
오일석·지성우·정운갑, “가짜 뉴스에 대한 규범적 고찰”, 미국헌법연구 제29권 제1호, 2018.
유현종, “선거운동 규제의 제도적 변화와 지속성 – 국회의원 선거운동관련 제도를 중심으로”, 한국정치학회보 제45집 제1호, 2011.
윤성이, “SNS 정치참여 연구 동향”, 정보화정책 제20권 제2호, 2013.
윤영미, “선거의 공정성에 관한 검토 : 공직선거법 제93조 제1항 문서 등 배부 금지 규정에 대한 과도한 광범성 법리에 따른 위헌성 검토를 중심으로”, 헌법학연구 제16권 제3호, 2010.
윤재현, “선거여론조사 문제점 및 개선방안”, 선거여론조사 개선방안을 위한 공청회 자료집 2016.
음선필, “선거의 정치적 통제기능”, 한국헌법학의 현황과 과제(금랑 김철수교수 정년기념논문집), 박영사, 1998.
음선필, “국고보조금제도의 헌법적 검토”, 헌법학연구 제14권 제2호, 2008.
음선필, “한국 지방선거에서의 공정선거 확보방안”, 유럽헌법연구 제7호, 2010.

음선필, “선거과정과 헌법재판소”, 홍익법학 제12권 제1호, 2011.
음선필, “정당 정치자금의 투명성 강화방안”, 홍익법학 제13권 제4호, 2012.
음선필, “선거의 완전성”, 홍익법학 제15권 제3호, 2014.
음선필, “한국 정치의 경쟁규칙은 공정한가?”, 제도와 경제 제9권 제1호, 2015.
음선필, “정치자금 기탁제도의 합리화 방안”, 홍익법학 제16권 제3호, 2015.
음선필, “소수정당과 선거운동 – 입법론적 검토 –”, 입법학연구 제13권 제1호, 2016.
이갑윤, 투표율저하 원인과 제고방안 분석, 중앙선거관리위원회 연구용역보고서, 2008.
이관희, “독일에 있어서 기업헌금의 헌법논의”, 『정당과 헌법질서』(심천 계희열 박사 화갑기념논문집), 박영사, 1995.
이노홍, “미국 신문산업 규제와 수정헌법 제1조”, 홍익법학 제10권 제1호, 2009.
이노홍, “상업적 광고규제와 표현의 자유 보호론 재검토”, 홍익법학 제17권 제1호, 2016.
이상현·전흥식, “사이버선거운동의 자유화 및 사이버선거범죄에 대한 공직선거법상 형사제재의 대응: SNS를 중심으로”, 법학연구 제46호, 2012.
이수범·김용준, “인터넷과 SNS 선거법제의 현황과 개선방안 모색”, 선거연구 제7호, 2016.
이욱한, “선거운동규제의 법리”, 공법연구 제28집 제4호 제1권, 2000.
이현출·임채진, 주요국의 정치자금 투명성 관리제도, 국회입법조사처, 2013.
이태희, “선거여론조사결과 공표금지에 대한 비판적 분석”, 중앙법학 제16집 제1호, 2014,
이희훈, “선거여론조사의 결과공표금지규정에 대한 헌법적 고찰”, 공법연구 제36집 제3호, 2008.
임성학, “정치자금 선진화방안: 정개특위 정치자금법 논의대상 주요법률안을 중심으로”, 『정보화와 정치관계법의 변화방향』, 국회입법조사처, 2009.
임성학, “17대 대선을 통해 본 정치자금제도의 문제점과 개선방안”, 한국정치외교사논총 제31집 제2호, 2010.
임성학, “선거비용 및 정치자금제도의 적용과 형평성 평가: 제5회 전국 지방선거”, 한국정치외교사논총 제33집 제1호, 2011.
임성호, “규제중심 선거관리의 패러독스: 18대 총선과 한국 대의민주주의”, 현대정치연구 제1권 제2호, 2008.
임종훈, “인터넷 선거운동과 공직선거법 : 인터넷 선거운동의 상시 자유화에 대한 고찰을 중심으로”, 홍익법학 제8권 제2호, 2007.

임지봉, “미국헌법상의 정치적 표현의 자유와 선거운동의 규제”, 미국헌법연구 제21권 제2호, 2010.
임채진, 정치자금 인터넷공개제도 개선방안, 이슈와 논점 제714호, 국회입법조사처, 2013.
임채진, 「정치자금법」에 대한 중앙선관위 개정의견과 개선과제, 이슈와 논점 제1201호, 국회입법조사처, 2016.
장철준, “정치광고와 유권자의 표현의 자유”, 언론과 법 제10권 제2호, 2011.
전용주·서영조, “개정 정치자금법에 대한 비판적 논의와 정책 대안: 정치자금 기부규제를 중심으로”, 국가전략 제11권 제1호, 2005.
전학선, “프랑스의 선거 여론조사 법제”, 최신법제정보, 한국법제연구원, 2014.
전희락, “언론 자유의 관점에서 본 공직선거법의 선거여론조사 규제의 한계”, 정치커뮤니케이션연구 제48호, 2018,
정만희, “선거운동의 자유와 호별방문금지”, 동아법학 제3호, 1986.
정병기, “독일 정당의 온라인 활동과 인터넷 선거운동 : 당내민주주의와 참여민주주의의 발전을 위한 전략”, 한국정치연구 제12권 제2호, 2003.
정영철, “기업의 정치적 표현과 언론의 자유－최근 미국 연방대법원 판결이 한국에 주는 시사점－”, 언론과 법 제9권 제2호, 2010.
정해방, “국고보조금의 법적 성격과 집행의 실효성확보 강화방안에 대한 고찰”, 일감법학 제19호, 2011.
장휘일, “가짜뉴스의 심각성과 법적 대응방안－한국의 19대 대통령 선거를 중심으로”, KHU 글로벌 기업법무 리뷰 제10권 제1호, 2017.
조성대, “한국의 현행 정치자금법의 쟁점과 정책대안”, 입법과 정책 제4권 제1호, 2012.
조소영, “공직선거법상 인터넷 관련 규제에 대한 헌법적 검토”, 세계헌법연구 제13권 제1호, 2007.
조소영, “기업의 정치자금기부 규제에 관한 헌법적 검토”, 공법학연구 제17권 제4호, 2016.
조진만, “선거여론조사 제도의 장점과 개선방안”, 선거연구 제5호, 2014.
중앙선거관리위원회, 정치관계법 개정 토론회 자료집, 2011. 3. 25.
중앙선거관리위원회, 정치관계법 개정의견, 2013. 6.
중앙선거관리위원회, 정치관계법 개정의견, 2015. 2.
중앙선거관리위원회, 정치관계법 개정의견, 2016. 8.
중앙여론조사심의위원회, 선거여론조사 가이드북, 2017.

지영환·전현욱, “SNS上의 선거운동에 대한 형사법적 규율”, 경희법학 제48권 제4호, 2013.
차재권, “인터넷 규제와 소셜미디어 선거운동의 영향력: 한국, 미국, 유럽 사례의 비교”, 국가안보와 전략 제13권 제2호, 2013.
천영석, “‘드루킹’ 사건에 대한 공직선거법 적용과 한계”, 선거법의 최근 이슈들, 한국헌법학회·서울시립대학교 법학연구소 공동학술대회 자료집, 2018. 7. 13.
최유성 외, 행정적 규제의 유형 분류 및 실태 분석에 관한 연구, 한국행정연구원, 2014.
최진용, 인터넷 댓글 규제의 현황과 입법적 검토 과제, 이슈와 논점 제1457호, 국회입법조사처, 2018.
최희경, “정치적 표현에 관한 헌법적 고찰: 선거운동의 자유를 중심으로”, 법학논집 제15권 1호, 2010.
최희경, “미국의 정치자금규제에 관한 헌법적 고찰”, 세계헌법연구 제18권 제2호, 2012.
한국선거학회, 공직선거법상 선거운동방법의 실효성 및 제도개선 방안 학술연구, 중앙선거관리위원회 연구용역보고서, 2012.
한국조사연구학회, 제6회 지방선거 여론조사 실태 분석을 통한 여론조사의 객관성·신뢰성 제고방안 연구, 중앙선거여론조사공정심의위원회 연구용역보고서, 2014.
한국조사연구학회, 휴대전화 가상제도(안심번호) 및 등록제 제도 도입에 관한 연구, 중앙선거여론조사심의위원회 연구용역보고서, 2016.
허성욱, “경제규제행정법이론과 경제적 효율성”, 법학(서울대학교) 제49권 제4호 2008.
허진성, “선거운동 규제의 개선방안에 관한 몇 가지 고찰 - 자유의 확대와 개방적 경쟁의 관점에서 - ”, 헌법학연구 제22권 제4호, 2016.
홍석한, “선거운동의 자유와 규제에 관한 헌법적 고찰 - 헌법재판소 판례에 대한 평가를 중심으로-”, 헌법학연구 제19권 제4호, 2013.
황성기, “한국에서의 인터넷 자율규제 활성화를 위한 제도적 방안”, KISO 저널 제1호, 2009.
황성기, “인터넷과 선거운동”, 언론과 법 제9권 제1호, 2010.
홍완식, “법인·단체의 정치자금 기부금지”, 세계헌법연구 제17권 제11호, 2011.
황용석·권오성, “가짜뉴스의 개념화와 규제수단에 관한 연구-인터넷서비스사업자의 자율규제를 중심으로”, 언론과 법 제16권 제1호, 2017.
황창근, “인터넷 선거운동에 관한 공직선거법의 규제체계 연구”, 홍익법학 제13권 제

1호, 2012.

2. 외국문헌

(1) 단행본

ACE Electoral Knowledge Network, *Blackout Period for Release of Opinion Poll Results*, 2015.

Alexander, Herbert (ed.), *Comparative Political Finance in the 1980s*, Cambridge University Press, 1989.

Bignami, Francesca and Zaring, David (ed.), *Comparative Law and Regulation*, Edward Elgar, 2018.

Dahl, Robert, *A Preface to Democratic Theory*, The University of Chicago Press, 1956.

Dahl, Robert, *Polyarchy*, Yale University Press, 1971.

Dahl, Robert, *On Democracy*, Yale University Press, 1998 [R. Dahl, 김왕식 외 (공역), 민주주의, 동명사, 1999].

Dahl, Robert, *On Political Equality*, Yale University Press, 2006.

Deutscher Bundestag, *Unterrichtung durch den Präsidenten des Deutschen: Bundestages Bekanntmachung von Rechenschaftsberichten politischer Parteien*, 2018.

für das Kalenderjahr 2016 (1. Teil - Bundestagsparteien)

Downs, Anthony, *An Economic Theory of Democracy*, Addison-Wesley, 1957.

Drahos, Peter (ed.), *Regulatory Theory: Foundations and Applications*, Australian National University Press, 2017.

The Electoral Knowledge Network, *The ACE Encyclopedia: Electoral Integrity (3rd Rev.)*, 2013.

Ellis, Andrew, *Australian Political Finance Law in International Perspective*, Electoral Regulation Research Network/Democratic Audit of Australia Joint Working Paper Series, 2013.

ESOMAR and World Association for Public Opinion Research, *Guideline on Opinion Polls and Published Survey*, 2014.

European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Code of Good Practice in Electoral Matters: Guidelines and Explanatory Report*, 2002.

European Parliament, *Party Financing and Referendum Campaigns in EU Member States*, 2015.

Gannett Newspaper Division, *Principles of Ethical Conduct for Newsrooms*, 1999.

Global Commission on Elections, *Democracy and Security, Deepening Democracy: A Strategy for Improving the Integrity of Elections Worldwide*, International IDEA and the Kofi Annan Foundation, September, 2012.

Goodwin-Gill, Guy S., *Free and Fair Elections: International Law and Practice*, Inter Parliamentary Union, 1994.

IDEA (International Institute for Democracy and Electoral Assistance), *Code of Conduct for the Ethical and Professional Observation of Elections*, 1997.

IDEA (International Institute for Democracy and Electoral Assistance), *International Electoral Standards : Guidelines for Reviewing the Legal Framework of Elections*, Bulls Tryckeri, 2002.

IDEA (International Institute for Democracy and Electoral Assistance), *Political Finance Regulations Around the World: An Overview of the International IDEA Database*, 2012.

IDEA (International Institute for Democracy and Electoral Assistance), *Funding of Political Parties and Election Campaigns: A Handbook on Political Finance*, 2014.

Inter-Parliamentary Union, *Declaration on Criteria for Free and Fair Elections*, 1994.

Morlock, Martin, Parteiengesetz, 2.Auflage, München, 2013.

Nohlen, Dieter, *Wahlrecht und Parteiensystem*, 4.Auf., Leske+Budrich, 2004.

Norris, Pippa, *Why Electoral Integrity Matters*, Cambridge University Press, 2014.

Norris, Pippa, Frank, Richard W. and i Coma, Ferran Martínez, *Advancing Electoral Integrity*, Oxford University Press, 2014.

Norris, Pippa, Frank, Richard W. and i Coma, Ferran Martínez, *The Expert Survey of Perceptions of Electoral Integrity*, February 2014.

OECD, *Money in Politics: Sound Political Competition and Trust in Government*, 2013.

OECD, *Financing Democracy: Funding of Political Parties and Election Campaigns and the Risk of Policy Capture*, 2016.

Ohman, Magnus, *Controlling Money in Politics: An Introduction*, IFES, 2013.

OSCE, *Federal Republic of Germany: Elections to the Federal Parliament (Bundestag)*, 2017.

Piccio, Daniela R. *The State of Political Finance Regulations in Western Europe*, International IDEA Discussion Paper, 2016.

Powell, G. Bingham, Jr., *Elections as Instruments of Democracy*, Yale University Press, 2000.

Schumpeter, Joseph. *Capitalism, Socialism, and Democracy*, Harper, 1947.

Society of Professional Journalists, *Code of Ethics for Journalists*, 1996.

Smilov, Daniel, *Dilemmas for a Democratic Society: Comparative Regulation of Money and Politics*, DISC Working Paper Series, 2008.

Teorell, Jan et al., *Measuring Electoral Democracy with V-Dem Data: Introducing a New Polyarchy Index*, Working Paper Series 2016:15, V-Dem Institute, 2016.

Transparency International, *Lobbying in Germany*, 2014.

V-Dem Institute, *V-Dem Annual Report 2017: Democracy at Dusk?*, 2017.

Wall, Alan (ed.), *Electoral Management Design: The International IDEA Handbook*, 2006.

(2) 논문

Beetham, David, "Freedom as the Foundation," *Journal of Democracy* 15(4), 2004.

Coppedge, Michael et al., *A New Approach to Conceptualizing and Measuring Democracy* (Paper presented at the 3rd International Conference on "Democracy as Idea and Practice", University of Oslo, Norway, 12-13 Jan. 2012).

Elklit, Jorgen and Svensson, Palle, "What Makes Elections Free and Fair?"

Journal of Democracy 8(3), 1997.

Janson, Nils J., Staatliche Politikfinanzierung in Bewegung – Keine Fraktionszuwendungen für „Verfassungsfeinde“?, *NVwZ* 2018, 288.

Norris, Pippa, “The New Research Agenda Studying Electoral Integrity”, *Special issue of Electoral Studies* 32(4), 2013.

Norris, Pippa, Ferran Martinez I Coma and Richard Frank, “Assessing the Quality of Elections”, *Journal of Democracy* 24(4), 2013.

Norris, Pippa, “Electoral Integrity and Political Legitimacy”, Lawrence LeDuc, Richard Niemi and Pippa Norris, *Comparing Democracies* (4th ed), Sage, 2014.

Orr, Graeme and Levy, Ron, Regulating Opinion Polling: A Deliberating Democratic Perspective, *39 UNSW L. J. 1* (2016).

Pinto-Duschinsky, Michael, “Financing Politics: A Global View”, *Journal of Democracy* 13(4), 2002.

Saliger, Frank, Parteienuntreue durch schwarze Kassen und unrichtige Rechenschaftsberichte, *NStZ* 2007, 545.

Scarrow, Susan, “Political Finance in Comparative Perspective”, *Annual Review of Political Science* 10(1), 2007.

Shirvani, Foroud, Das „scharfe Schwert“ des parteienrechtlichen Transparenzgebots, *NVwZ* 2017, 1321.