

# 「공직선거법」 상 인터넷 선거운동 규제의 개선방안에 관한 연구

- 매체의 특성을 고려하여 -

이나현\* · 임효준\*\*

## • 목 차 •

I. 들어가며	-중앙선관위의 지침을 중심으로
II. 인터넷의 특성과 완화된 규제의 필요성	IV. 개선방안
III. 현행 규제의 구체적 검토	1. 인터넷 매체를 이용한 선거운동 일반
1. 공선법상 인터넷과 선거운동 규제 관련 조항들	2. SNS를 이용한 선거운동
2. SNS를 이용한 선거운동에 대한 규제	V. 맺음말

## I. 들어가며

현대 사회에서 정보는 막강한 재화의 성격을 가진다고 할 수 있다. 따라서 정보의 유통을 제한하는 것은 매우 신중하게 접근할 필요가 있으며, 국민의 알 권리와 표현의 자유에 대한 헌법적 보호는 더욱 절실한 시점이다. 더욱이 공직선거에서 정보는 이른바 ‘공공재’의 성격을 가진다고 할 수 있는바(이호규 2004, 71-78), 그렇다면 정보에 대한 접근이 더욱 자유롭게 허용되어야 할 것이다. 하지만 한편으로 알 권리와 표현의 자유는 공개 대상의 사생활의 자유 내지 명예 등의 가치와 상충되기도 하므로 경우에 따라서 제한이 불가피한 기본권이라고 할 수도 있으며, 특히 공직선거에 있어서는 ‘공정한 선거’라는 공익개념 하에 정보의 유통을 일반적인 경우보다 더욱 제한하는 것이 정당하다는 입장을 견지할 수도 있다.

\* Lee, Na-Hyeon, 서울대학교 법과대학 법학부 4학년 재학 중.

\*\* Im, Hyo-Jun, 서울대학교 법과대학 법학부 4학년 재학 중.

그렇다면 바람직한 선거법의 자세는 어떤 것인가. 정치적 자유를 충분히 보장하기 위한 정보의 공개와 공정한 선거를 위한 규제 사이에서 양자를 조화시킬 방법은 없는 것인가. 어느 한쪽을 보장하기 위해 다른 한쪽이 양보할 수밖에 없는 관계라면, 선거법은 둘 중 어느 지점에 위치하는 것이 바람직한 것인가. 선거란 민주적 대의기관을 구성한 민주적 방법이자 그 기관의 민주적 정당성을 확보하는 실현 수단인 점에서, 선거의 공정성 확보는 합리적으로 마련된 선거제도와 더불어 대의민주주의의 전제조건이라고 할 수 있을 것이고(조소영 2007, 42), 그렇게 본다면 선거의 공정성 확보를 위한 제도적 규율은 불가피하다고 할 수 있다.

그러나 선거의 공정성은 어디까지나 궁극적으로 선거운동의 자유를 실현하기 위한 수단적 원리이기 때문에, 선거의 공정성 확보를 이유로 선거운동의 자유를 침해하는 선거법은 결코 바람직하다고 할 수 없을 것이다(조소영 2007, 46; 김종철 2009, 4; 황성기 2010, 179).

이 논문은 이러한 점을 전제로 현재 「공직선거법」(이하 공선법)을 중심으로 하는 선거운동 규제 방식의 문제점에 대해 논의해보고자 한다. 특히 그중에서도 인터넷 매체를 이용한 선거운동에 대한 규제에 대해 집중적으로 살펴볼 것인데, 그 이유는 우선 인터넷 매체-특히 흔히 SNS(Social Network Service)라 불리는 마이크로블로그<sup>1)</sup>-를 통한 선거운동이 정치계에서 많은 관심을 끌고 있음에도 불구하고 아직 공선법에서는 그와 관련한 직접적인 조항이 부존재하기 때문이며, 둘째로 최근 발표한 트위터에 관한 중앙선거관리위원회(이하 '중앙선관위')의 지침은 비교적 상세한 편이나 중앙선관위가 과연 인터넷 매체가 기존의 언론 매체와 근본적으로 차이점이 있다는 점을 제대로 반영하고 있는지가 의문이기 때문이고, 마지막으로 이와 관련하여 학계에서 문제점을 지적하는 몇몇 논문들이 발표되고 있음에도 불구하고 아직까지 구체적인 입법방안을 제시하는 논문은 미미하기 때문이다.

따라서 이하에서는 선행연구들을 참조하여, 인터넷의 매체적 특성을 파악하고 인터넷 매체를 활용한 선거운동을 규율하고 있는 현행 공선법과 중앙선관위 태도의 헌법적 문제점을 검토한 다음, 구체적 개선 방안-특히 SNS를 이용한 선거운동의 규율을 중심으로-에 대한 견해를 제시함으로써, 현행 공선법의 발전 방안을 제시하고 선행연구들이 가졌던 한계를 조금이나마 극복해보고자 한다.

1) '페이스북(facebook)', '트위터(twitter)', '네이버 미투데이(me2DAY)', '다음 요즘(yozm)' 등 블로그와 메신저기능이 결합된 것으로서 긴 블로그 대신 짧고 즉각적인 메시지를 포스팅하는 서비스로서, 최근 모바일의 상정으로 부각된 '스마트폰'과 결합하여 많은 이용자 수를 확보하고 있다(황성기 2010, 178).

## II. 인터넷의 특성과 완화된 규제의 필요성

인터넷 매체를 이용한 선거운동 규제방안의 타당성을 검토하기 위해서는 우선적으로 인터넷 매체와 그것을 이용한 선거운동의 양태 및 그 특성을 검토할 필요가 있다. 매체의 구조적 특성은 당해 매체에 대한 규제의 기준과 정도를 결정하기 때문이다(황성기 2010, 183).

인터넷은 본질적으로 개방성, 상호작용성, 탈중앙통제성, 접근의 용이성, 정보의 다양성 등의 특징을 지니고 있다(황성기 2010, 183). 헌법재판소도 전기통신사업법 제53조에서 규정했던 불온통신 규제제도의 부당성을 지적한 ‘헌재 2002.6.27.선고, 99헌마480 결정’에서 ‘인터넷은 공중파방송과 달리 “가장 참여적인 시장”, “표현촉진적인 매체”라고 지적하면서, ‘공중파방송은 전파자원의 희소성, 방송의 침투성, 정보수용자 측의 통제능력의 결여와 같은 특성을 가지고 있어서 그 공적 책임과 공익성이 강조되므로 인쇄매체에서는 볼 수 없는 강한 규제조치가 정당화되기도 하지만, 인터넷은 이와 같은 방송의 특성이 없으며, 오히려 진입장벽이 낮고 표현의 쌍방향성이 보장되며 그 이용에 적극적이고 계획적인 행동이 필요하다는 특성을 지닌다’고 밝히고 있다.

따라서 이와 같은 인터넷 매체를 이용한 선거운동의 경우 유권자에게로 정보가 일방적으로 전달되었던 기존 매체와 달리 유권자로부터의 정보 투입이 가능하다는 큰 특성을 가지며, 이러한 점은 선거운동 규제에 있어서 공급자 중심의 규제를 고집하는 것이 더 이상 타당하지 않을 수 있음을 시사한다. 또한 적은 양의 필요한 정보만을 소수의 수요자에게만 전달하여 수요자가 원하는 정보를 선별적으로 획득할 수 있도록 하는 ‘협송 전달능력(narrow casting)’이 인터넷의 또 다른 특징인 점(조소영 2007, 43) 역시, 기존 방송에서와 같은 엄격한 규제가 인터넷에서도 필요한가에 대해 의문의 여지를 남긴다. 이처럼 인터넷이 기존 언론 매체와는 근본적으로 다른 특성을 가진다는 것은 (그리고 그 특성이 사상의 자유 시장을 더 보장하는 측면을 가진다면) 이는 기존의 언론 매체에 대한 규제보다는 완화된 기준과 덜 엄격한 정도의 규제시스템이 적용되어야 한다는 것을 의미한다. 헌법재판소도 위 결정에서 “오늘날 가장 거대하고, 주요한 표현매체의 하나로 자리를 굳힌 인터넷상의 표현에 대하여 질서위주의 사고만으로 규제하려고 할 경우 표현의 자유의 발전에 큰 장애를 초래할 수 있다. 표현매체에 관한 기술의 발달은 표현의 자유의 장을 넓히고 질적 변화를 야기하고 있으므로 계속 변화하는 이 분야에서 규제의 수단 또한 헌법의 틀 내에서 다채롭고 새롭게 강구되어야 할 것이다.”라고 밝힌 바 있다.

특히, 정치적 표현의 자유와 선거운동의 자유 측면에서는 인터넷 매체에 대한 완화된 규제시스템이 더욱 필요하다고 할 것이다. 인터넷이 후보자에게 가장 저비용·고효율의

선거운동을 보장하는 수단이라는 점과 유권자가 정치적 의견을 표명하기 수월한 매체라는 점은 부인할 수 없기 때문이다. 따라서 서두에서 언급하였던 ‘선거의 공정성은 선거운동의 자유를 보장하기 위한 수단적 원리에 불과하다’는 명제가 더욱 강조되어야 하며, 그 결과 선거의 공정성을 이유로 후보자 측이 아닌 일반인의 정치적 표현 행위까지 제한하는 법안은 결코 타당하다고 할 수 없을 것이다. 선거운동의 자유와 정치적 표현의 자유는 구별되는 개념이기 때문에 “선거과정에서의 정치적 표현 행위를 선거운동으로 간주할 수는 없다는 점”<sup>2)</sup>을 주지한다면 더욱 그러하다고 하겠다.

### III. 현행 규제의 구체적 검토

#### 1. 공선법상 인터넷과 선거운동 규제 관련 조항들

1997년 11월 인터넷 선거운동에 관한 규제 조항이 최초로 입법화된 이래<sup>3)</sup>, 인터넷의 급속한 확산과 이용의 증가를 배경으로 공선법상의 인터넷 매체 관련 법제화의 노력은 계속되어 왔다(조소영 2007, 46). 그러나 과연 이러한 규정들에 인터넷의 매체적 특성이 제대로 반영된 것인지, 이러한 규정들이 오히려 부작용을 낳고 있는 것은 아닌지에 대한 논란 역시 계속되고 있다. 따라서 이하에서는 개선안을 찾기 위한 우선적 시도로서, 현행 공선법상 인터넷 선거운동 규제 법안들의 헌법적 문제점을 -선행연구들이 가장 심각하게 지적하고 있는 사항들을 바탕으로- 구체적으로 검토해보기로 한다.<sup>4)</sup>

- 2) 선거운동의 자유는 대의제도를 채택할 때 인정되는 것이지만, 정치적 표현의 자유는 대의제도의 채택 여부 이전에 인정되는 기본권이다. 이것은 선거운동의 자유와 정치적 표현의 자유와의 관계, 헌법 116조 제 1항이 규정하고 있는 선거운동의 제한에 대한 입법형성권 및 선거의 공정성에 비추어 보았을 때, 선거운동에 대한 규제가 정치적 표현의 자유에 대한 규제로 변질되어서는 안 된다는 것을 의미한다(황성기 2010, 186).
- 3) PC 통신을 이용한 선거운동을 선거운동기간 중에 한하여 허용하기 위해, 공직선거 및 선거부정방지법 제 82조의3(컴퓨터 통신을 이용한 선거운동)이 신설되었다.
- 4) 이하에서 논의한 사항 이외에도, 현행 공선법이 ‘선거운동기간 중에 선거운동을 할 수 있는 자의 선거운동’을 규율하면서 인터넷 홈페이지 또는 게시판·대화방·전자우편 등을 통한 선거운동은 무제한 허용함에 반해(공선법 제82조의4 등), 오프라인상의 선거운동에 대해서는 장소나 선전벽보·현수막·연설회 등에 대한 제한을 하고 있음(공선법 제64, 67, 101조 등)에 대하여, 인터넷 이용자가 일반적으로 중산층, 지식층, 젊은 세대가 주된 주체인 점에 비추어볼 때, 세대 간 그리고 계층 간의 갈등을 발생시킬 위험성을 안고 있는 입법이라고 지적하는 의견도 있다(조소영 2007, 49). 그러나 현재 인터넷 이용은 상당히 범국민적인 것으로 변화하여 인터넷 매체가 더 이상 소수계층에 국한되는 것이라고 보기는 어려우며, 설사 인터넷 이용 계층과 비이용 계층 간 격차가 벌어진다고 하더라도 그것은 일종의 반사적 이익으로 인한 격차라고 보아야 하고 공선법이 특정 계층을 차별하고 있다고 할 수는 없을 것이다. 또한 기본적으로 선전벽보와 현수막, 연설회 등을 이용하는 선거운동은 소음이나 기타 주변 환경에 대한 배려 등을 고려할 수밖에 없기 때문에, 인터넷 미디어를 활용한 선거운동과는 합리적인 기준에 따른 차별적 규제가 가능하다고

## 1) 과도한 광범위성과 불명확성으로 인한 헌법적 문제점

### (1) ‘인터넷 언론사’의 개념의 광범위성과 불명확성

공선법 제8조의5 제1항에서는 인터넷 언론에 대해 “「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조(정의)제4호에 따른 인터넷신문사업자 그 밖에 정치·경제·사회·문화·시사에 관한 보도·논평·여론 및 정보 등을 전파할 목적으로 취재·편집·집필한 기사를 인터넷을 통하여 보도·제공하거나 매개하는 인터넷홈페이지를 경영·관리하는 자와 이와 유사한 언론의 기능을 행하는 인터넷홈페이지를 경영·관리하는 자”로 정의하고 있다. 이와 관련해서는 언론사의 개념이 지나치게 광범위하고 불명확하다는 지적이 다수 나오고 있다(조소영 2007, 49-51; 김종철 2009, 15-20; 황성기 2010, 201-205)<sup>5)</sup>

이 조항에 따른 인터넷 언론 개념이 광범위하고 불명확한 이유는, 우선 ‘정치·경제·사회·문화·시사 등에 관한 보도·논평·여론 및 정보 등을 전파할 목적으로 취재·편집·집필한 기사를 인터넷을 통하여 보도·제공하는 인터넷 홈페이지’라는 개념에, 인터넷 신문 기능을 수행하는 홈페이지 이외에도, 특정 주제에 대한 여론형성이나 정보제공을 목적으로 운영되는 홈페이지들 역시 포함될 수 있기 때문이다(황성기 2010, 203). 특히 오늘날처럼 많은 국민들이 개인 홈페이지나 블로그를 운영하고 SNS 서비스를 이용하는 등 인터넷에 개인적인 의견들을 자유로이 표현하는 소위 ‘1인 미디어 시대’에서는 일반 국민들이 역시 위 규정의 수범자가 될 수 있다고 할 것인데, 이렇게 수범자 영역을 과도하게 확대하는 것이 과연 타당한 것인지 의문이 든다.

또한 ‘기사를 매개하는 인터넷 홈페이지’라는 개념도, 기사에 대한 검색 기능만을 제공하는 인터넷 포털 사이트나 검색엔진까지 포함하는 것인지, 나아가 개인이용자의 ‘펼칠’<sup>6)</sup>이라는 활동 역시 이에 해당하는 것인지 애매하다(황성기 2010, 203). 단순한 인터

보아야 할 것이므로, 이와 관련하여서는 헌법적으로 문제가 된다고 할 수는 없어 보인다. 결국 이 의견의 취지는 인터넷 선거운동에 대한 규제가 충분히 완화되어 있다는 것이 아니라, 오프라인상에서의 선거운동에 대한 규제도 완화해야 한다는 것으로 이해하여야 할 것이다. 비교법적으로 오프라인상의 선거운동 규제 수준을 인터넷상의 선거운동과 비슷한 수준으로 완화하고 있는 추세다.

5) 이러한 문제점을 인식하여 ‘인터넷선거보도심의위원회의 구성 및 운영에 관한 규칙’ 제2조에서는 “정당 또는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다)가 설치·운영하는 인터넷 홈페이지, 선거운동을 하는 기관·단체가 설치·운영하는 인터넷 홈페이지, 기타 심의위원회가 인터넷 홈페이지의 게시내용·운영 및 이용양태 등을 고려하여 인터넷 언론사로 인정하지 아니하는 인터넷 홈페이지를 공선법 제8조의5 제1항의 규정에 의한 인터넷 언론사로 보지 아니한다.”라고 규정하고 있으나, 밑줄 친 부분에 대한 명확한 실체적인 판단기준이 없기 때문에 이 규칙에 의해서도 인터넷 언론사 개념의 광범위성의 문제는 해결되지 않았다고 볼 수 있다(김종철 2009, 16; 황성기 2010, 204). 한편 그 판단의 기준이 게시물의 내용을 주된 대상으로 하고 있는 것이어서 이는 표현물의 내용적 규제라는 우선적인 혐의를 받게 될 것이기 때문에, 당해 제한이 위헌적인지는 시간, 방법, 장소 등에 대한 규제와 달리 가장 엄격한 심사를 통해 판단해야 할 것이라는 견해도 존재한다(조소영 2007, 50).

넷 포털 사이트나 검색엔진도 포함된다고 한다면 인터넷을 통한 ‘정보 전달’ 자체를 봉쇄하거나 검열하는 것까지 가능한 셈이 되는 바, 이는 국민들이 공권력으로부터 여과된 정보만을 제공받을 수밖에 없는 것이라고까지 해석될 수 있다. 뿐만 아니라 인터넷 이용자가 기존 언론기관이 보도한 선거관련 기사나 동영상을 자신의 홈페이지나 블로그 등에 게시하는 경우도 ‘기사의 매개’에 해당한다고 한다면, 이는 국민 일반의 정치적 의사 표현의 자유를 과도하게 제한하는 것을 넘어, 정보 수집의 자유와 일반적 행동의 자유까지 제한하는 결과를 초래할 수 있다고 할 것이다.

그리고 이와 같은 애매한 개념은 구체적인 사례에 본 조항을 적용할 때, 어떠한 사이트는 규제를 하고 어떠한 사이트는 규제하지 않는 경우와 같은 불평등, 불합리한 결과를 초래할 수도 있다. 예를 들어 중앙선관위 ‘주요 심의 대상 인터넷언론사의 관리 등에 관한 규정’ 제2조 제3호는 인터넷 포털 사이트에 대해 규정하고 있는데, 규정 방식상으로는 인터넷 뉴스서비스를 제공하지 않는 포털 사이트와 단순히 기사에 대한 검색기능만 제공하는 검색엔진도 포함될 여지가 있음에도 불구하고, 인터넷선거보도심의위원회 홈페이지에서 예시하는 인터넷언론사의 현황에서는 ‘구글’을 제외하고 있는바, 이것이 단순한 검색엔진은 인터넷언론사의 범위에 포함시키지 않는다는 의미에서 그러한 것인지 ‘구글’이 외국계 회사이기 때문에 그러한 것인지 또한 불분명하다(황성기 2010, 203).

한편 ‘이와 유사한 언론의 기능을 행하는 인터넷 홈페이지’라는 규정 역시 마찬가지로의 문제점을 갖고 있다. ‘유사성’의 판단 기준이 도대체 무엇인지 적시되어 있지 않아, 자의성과 예측불가능성을 동반할 수밖에 없기 때문이다. 이와 같은 불명확한 인터넷 언론의 개념은, 그 적용 범위가 인터넷상에 나타나는 새로운 형태의 뉴스 서비스에서부터 단순한 정보의 제공행위와 토론방 등과 같은 공간에서 이루어지는 대다수의 정보교환행위, 그리고 개인의 정보 수집 및 표현 행위에 이르기까지 매우 광범위하여 소위 ‘우산 개념(umbrella concept)’이라는 비판을 받고 있다(조소영 2007, 50). 명확성의 원칙이나 미연방 대법원이 강조해 온 ‘과도한 광범성 무효의 법리’<sup>7)</sup>를 굳이 들먹이지 않더라도, 선거운동의 자유는 물론이고 일반 국민의 알 권리와 표현의 자유를 침해할 소지가 있는 분명한 것이다.

더 나아가 이러한 인터넷 언론사 정의규정의 포괄성과 광범위성의 문제는 인터넷 언론사에 대해 부과되는 각종 의무와 의무이행확보수단으로서의 형사 처벌<sup>8)</sup> 적용 범위,

6) 다른 사람이 작성한 콘텐츠를 수정함이 없이 그대로 다른 사이트로 ‘퍼 나르느’ 행위.

7) 미국 헌법판례상 발전된 표현의 자유에 대한 보장 법리로, 헌법이 예정하고 있는 표현의 자유에 대한 제한범위보다 상당히 넓은 범위의 표현행위를 규제하는 경우에 위헌이 된다는 법리이다(김종철 2009, 14).

8) 공선법 제256조 제2항 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처한다.” 제3호 “다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 통보를 받고 지체없이 이를 이행하지 아니한 자.” 라목 “제8조의6(인터넷언론사의 정정보도 등) 제1항 또는 제3항의 규정에 의한 조치 또는 동조 제6

그리고 인터넷 언론에게 보장되는 대담(공선법 제82조) 등의 개최 거부 등 수많은 부수적인 문제들과도 연관되는바(김종철 2009, 16) ‘인터넷 언론사’의 개념 정의는 일의적이지는 않더라도 적어도 예상 가능한 범위로 제한될 필요가 있다.<sup>9)</sup>

## (2) 처벌규정의 광범성 및 불명확성

공선법상 처벌규정의 광범성·불명확성은, 앞서 제시한 처벌 대상(즉, 인터넷 언론의 개념)의 광범성·불명확성에 한정되지 않고, 규제 대상 행위의 경우에도 문제가 된다. 공선법 제8조의5 제1항에서는 “인터넷홈페이지에 게재된 선거보도[사설·논평·사진·방송·동영상 기타 선거에 관한 내용]”를 규제 대상 행위로 규정하고 있는데, ‘기타 선거에 관한 내용’이라는 열린 규정을 사용함으로써 그 의미하는 바가 자의적으로 확대될 수 있는 여지를 남기고 있기 때문이다. 또한 단순한 사실보도 뿐만 아니라, 논평이나 의견 까지도 공정성 판단의 대상으로 삼는 것은, 본질적으로 주관적이고 가치 편향적일 수밖에 없는 대상에 대해 과도한 제한을 하고 있는 것이라는 의심을 불러일으킨다(김종철 2009, 17).

위반 시 형사 처벌이 가능하다는 것은 죄형법정주의의 명확성의 원칙을 충족시켜야 한다는 것을 의미한다. 물론 “법문언이 해석을 통해서, 즉 법관의 보충적인 가치판단을 통해서 그 의미내용을 확인해낼 수 있고, 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성의 원칙에 반한다고 할 수[는] 없다.”(헌재 1998.4.30.선고, 95헌가16 결정) 그러나 공선법에서는 “불공정”, “왜곡”, “사실이나 의견의 과장·축소·은폐”의 하한이 정해져 있지 않고, ‘인터넷선거보도심의위원회의 심의 기준’ 역시 제7조 제1항에서 단순히 “인터넷언론사는 유권자의 판단에 영향을 미칠 수 있는 중요한 사실을 과장·부각 또는 축소·은폐하는 등으로 왜곡하여 보도하거나 허위 사실을 보도하여서는 아니된다.”라고만 규정하고 있을 뿐이어서 여전히 인터넷 언론사 내지는 인터넷 홈페이지를 운영하고자 하는 자는 어느 정도로 자신의 표현 내용을 조절해야 하는지 예측할 수 없다. 이 역시 과도한 광범성의 범리, 죄형법정주의 명확성의 원칙에 위반하여 선거운동의 자유와 정치적 표현의 자유를 침해하는 위헌적인 규정이라고 할 수 있는 것이다(김종철 2009, 18-19).

### 항의 규정에 한 반론보도의 결정

9) 공선법상 인터넷 언론의 개념은 매체의 특성과 효과에 따른 연구결과를 반영한 것이 아니라 규제의 효율성의 위해 급조된 것이라는 비판은 수용하면서도 인터넷 언론의 개념규정과 선거공정성 확보를 위한 심의대상의 범위를 설정하는 문제는 차원이 다른 문제로서 인터넷 언론에 대한 광범위한 개념설정 자체가 문제가 되는 것은 아니라는 견해(안명규 2005, 69; 안명규 2009, 12-61)도 있으나, 개념설정 자체가 명확성 원칙이나 과도한 광범성 무효의 원칙과 같은 헌법원칙 위반 여부를 심사하는 대상이 된다는 점에서 양자를 분리된 문제로 볼 수 없다는 지적(김종철 2009, 17)이 타당하다고 본다.

## 2) 인터넷선거보도심의위원회 및 정정보도제도의 문제점

공선법 제8조의5가 규정하는 인터넷선거보도심의위원회 제도와 공선법 제8조의6이 규정하는 정정보도제도는 앞서 서술한 관련 개념의 광범위성 및 불명확성뿐만 아니라 제도 자체가 문제점을 가진다고 지적되는 바, 몇 가지 정리해보면 다음과 같다.

우선 인터넷선거보도심의위원회는 상설기구로 설치·운영되고 있는 바, 이는 선거방송심의위원회(공선법 제8조의2)와 선거기사심의위원회(공선법 제8조의3)가 선거기간에만 설치·운영되는 임시기구라는 점과 비교했을 때 형평성이라는 관점에서 문제가 될 수 있다. 유달리 인터넷 언론만을 항상적으로 규율할 합리적인 이유가 없다면, 이는 인터넷 언론사의 평등권과 언론의 자유를 침해하는 것이기 때문이다(황성기 2010, 205-206).

다음으로 정정보도제도나 반론보도제도는 법원이 아닌 인터넷선거보도심의위원회의 판단으로 형사 처벌까지 강제할 수 있다는 점에서 위헌의 소지가 있다. 우선 일상적인 언론보도에 대해서 적용되는 언론중재법상의 정정보도제도나 반론제도는 형사 처벌에 의해 강제적으로 적용되는 것이 아니라는 점과 비교했을 때<sup>10)</sup>, 또한 공선법 자체가 허위사실공표죄(제250조), 후보자 비방죄(제251조) 등의 규제 장치를 별도로 두고 있다는 점에 비추어보았을 때, 인터넷 언론사의 표현의 자유를 과도하게 규제하는 것이라 할 수 있기 때문이다(황성기, 2010 207-209).

마지막으로 인터넷 포털 사이트가 제공하는 인터넷뉴스서비스의 경우에는 선거방송심의위원회와 선거기사심의위원회의 업무와 중복되는 문제가 발생할 여지가 있다. 인터넷 언론의 범위를 협소하게 해석함으로써 인터넷 언론이 오프라인 신문, 잡지, 방송을 통해 제공되지 않은 것들만을 인터넷홈페이지를 통해 제공하는 것으로 이해한다면 업무 중복의 문제가 발생하지 않을 수 있으나, 앞서 언급한 바와 같이 인터넷 언론에는 검색 엔진이나 인터넷 포털 사이트 등도 충분히 포함될 여지가 있기 때문에 심의대상 중복의 문제는 필연적으로 발생할 수밖에 없다. 이러한 업무중복의 문제는 과도한 규제일 뿐만 아니라 제도 운영의 효율성이라는 측면에서도 문제가 되며, 따라서 업무중복의 문제가 발생하지 않도록 하는 조정하는 개정이 필요하다고 하겠다(황성기 2010, 205-206).

10) 물론 선거의 공정성이라는 국가적 법익을 보호하기 위한 공선법은 언론중재법과 근본적으로 입법 목적에 있어서 차이가 있다. 그러나 '선거보도의 내용이 공정하지 아니하다고 인정되는 경우' 사법부가 아닌 기관에 의한 판단에 의존하여 형사처벌 여부가 결정되도록 하는 것이 과연 타당한지, 그만큼의 비난가능성이 큰 범죄인지에 관해 의문을 제기할 수 있다. 또한 인터넷선거보도심의위의 준사법적인 판단에 대해 이의신청이나 법원에의 소송제기절차가 마련되어 있지 않으며, 오히려 그 불이행에 대해 형사 처벌을 부과하는 것인 만큼 적법절차의 원리에도 반할 수 있다는 지적이 있다(강경근 2004, 30; 황성기 2010, 208).

### 3) 정보통신망이용 선거운동의 허용 및 규제에 관한 제82조의4

공선법 제82조의4 제3-6항에서는 인터넷에 공선법 위반 정보가 유통되는 것을 막기 위하여 ‘각급선거관리위원회가 인터넷 홈페이지 관리자 등에게 해당 정보를 삭제하도록 요청하거나 그 취급을 거부·정지·제한하도록 요청’할 수 있도록 하고 있다. 그리고 공선법 제256조 제2항 제1호 마목에 따르면 ‘각급선거관리위원회의 요청을 이행하지 아니한 자는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금’에 처하도록 되어 있다. 이 조항들에 대해서는 불법 정보에 대해 각급선거관리위원회의 삭제요청 또는 취급거부·정지·제한요청에 그치지 않고 형사 처벌까지 규정하고 있다는 점에서, 헌법적 타당성이 문제되고 있다.

우선 정보의 불법성 여부는 중국적으로 그 판단권이 사법부에 있다는 점에 비추어 이 규정은 본질적으로 헌법에 위반된 것이 아닌가 하는 지적을 할 수 있다. 물론 경찰행정 법리상 사법부에 의해 불법성 여부가 판단되기 이전에 행정기관이나 기타 사법부가 아닌 국가기관이 일정한 규제조치를 부과할 수 있는 경우가 존재하기는 한다. 그러나 표현의 자유가 여타의 기본권에 비해 우월적 지위를 지닌다는 점에서, 그 대상이 표현의 자유에 의한 보호를 받는 경우에도 이러한 법리를 그대로 적용하는 것이 과연 타당한지는 의문이다. 또한 표현물이나 정보라는 것은 그 내용 판단에 있어서 이념적·가치적 요소가 개입될 여지가 크다는 점, 그리고 공선법 위반 여부에 대한 판단에 있어서는 자의적인 판단의 가능성을 제어할 수 있는 제3의 기관이 개입하는 것이 바람직하다는 비추어 보면, 표현물이나 정보에 대한 불법성 여부는 사법부의 판단에 맡기는 것이 합당할 것이다(황성기 2010, 209-211).

뿐만 아니라 형사 처벌을 담보로 하여 실제로 인터넷 홈페이지의 관리·운영자 및 정보통신서비스제공자에 의해 삭제조치 등이 이루어진다면, 이는 실질적으로 사전검열과 다를 바 없기 때문에 표현의 자유를 심히 제한하게 되어 위헌의 소지가 있다고 할 것이다. 설사 이러한 조치가 신속성·과급성이라는 인터넷 매체의 특수성을 감안하여 필요하다고 하더라도, 규정 자체가 ‘이 법의 규정에 위반되는 정보’라는 포괄적 형태를 띠고 있기 때문에, 현행 규정과 같이 제도를 운영하는 것은 일반 국민들의 정치적 의사표현의 자유를 과도하게 제한할 위험성을 가지고 있다고 할 것이다(황성기 2010, 211-212).

### 4) 인터넷언론사 게시판·대화방 등의 실명확인제를 규정한 제82조의6의 타당성 여부

공선법 제82조의6은 제1항에서 “인터넷언론사는 선거운동기간 중 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에…정당·후보자에 대한 지지·반대의…정보를 게시할 수 있

도록 하는 경우에는...실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 하여야 한다”, 제6항에서 “인터넷언론사는...”실명인증”의 표시가 없는 정당이나 후보자에 대한 지지·반대의 정보 등이 게시된 경우에는 지체 없이 이를 삭제하여야 한다”고 하여 ‘실명확인제’를 규정하고 있다.<sup>11)</sup>

이 규정에 대해 헌법재판소는 2차례 합헌 결정을 내린 바 있는데, 인터넷 매체의 파괴력과 인터넷상의 표현으로 인한 침해는 회복이 어렵다는 점, 규정 연혁상 실명확인제 적용범위와 대상이 줄어들었다는 점, 그리고 선고 시점에는 이미 선거가 종결되어 권리 보호이익이 없다는 점 등에 비추어 보았을 때, 공선법상의 두 이념 중 한 축인 ‘선거의 공정성’상 합헌성을 인정할 수 있는 제도임을 주된 논거로 들고 있다(헌재 2007.12.27. 선고, 2004헌마218; 헌재 2010.2.25. 선고, 2008헌마324 · 2009헌마31(병합)).

그러나 이에 대해서는 ‘실명확인제가 범죄행위나 불법행위에 대한 억제기능보다 적법한 의사표현을 통제하는 효과를 낳는다’는 실증 연구결과를 원용하며 지나친 표현의 자유 제한이라고 비판하는 견해가 존재한다(조소영 2011). 표현의 자유 중에서도 선거와 관련된 정치적 표현의 자유는 가장 폭넓게 보호받아야 하는 것인데, 범죄행위나 불법행위를 저지르는 소수 때문에, 다수의 사람들이 위축효과(chilling effect)에 의해서 정치적 언동을 마음대로 할 수 없게 되었다는 것이다. 공선법상 실명확인제는 주민등록번호와 성명이 일치하기만 하면 정보 게시가 허용되는 것이기 때문에, 반드시 본인임이 확인되어야 정보 게시가 가능한 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’ 제44조의5에서 규정하는 ‘본인확인제’보다는 -공선법 제82조의6 제1항 단서에서도 규정하는 바와 같이- 표현의 자유 제약의 정도가 더 낮기는 하지만(조소영 2011), ‘용기 있는 사람만이 표현할 수 있도록’ 만든다는 점에서는 동일하기 때문에, 표현의 자유의 한 영역인 익명 표현의 자유를 침해하고 있는 분명하다.

또한 현행 실명확인제는, 수사기관에 한정하여 일정한 요건이 갖추어져야만 통신사실 확인자료에 대한 접근이 가능한 통신비밀보호법과 비교해 보았을 때, 헌법상 비밀투표의 원칙까지 훼손시킬 수 있는 소지도 있다고 하겠다(문재완 2005, 140-165; 황성기 2008, 15-37).

##### 5) 소위 UCC 이용 선거운동방법의 처벌에 관한 제93조 제1항

2007년 대선을 기점으로 선거에서 UCC가 갖는 특수성 및 그 중요성은 극대화되고 있지만, 아직까지 공선법에 선거 UCC에 대한 특별한 규정을 두고 있지는 않다. 대신 중앙

11) 이 조항은 2004년 도입된 이래, 2005년 개정을 통해 적용기간이 ‘선거운동기간’으로, 적용대상이 ‘정당·후보자에 대한 지지·반대’로 축소되어 현재까지 존속되고 있다.

선관위가 2007년 1월 24일 발표한 『선거 UCC 운용기준』에 의거하여 규율되고 있는 것이 현실인데, 이에 의하면 “원칙적으로 선거 UCC를 이용한 선거운동은 가능하나, 그 제한 및 금지와 관련해 공선법 제60조의3 제1항 제3호와 공선법 제82조의4 제1항, 제2항 등이 적용되고, 이를 위반한 선거 UCC 활용 선거운동은 공선법 제93조 제1항 위반으로 일정한 제재를 받을 수 있다. 또한 ‘판도라TV’, ‘곰TV’ 등의 동영상 전문 포털 사이트는 인터넷 언론사로 지정되는데, 이에 따라 공선법 제8조의5 인터넷선거보도심의위원회의 심의대상이 된다. 현재 대부분의 선거법위반 UCC에 대해서는 삭제요청이 내려지고 있으나, 법적 조치가 행해지는 경우는 1%에도 미치지 못하고 있다(주승희 2007, 57-62).

이러한 UCC 이용 선거운동방법의 규제에 관해서는 크게 3가지의 문제점을 지적해 볼 수 있다. 첫 번째는 UCC에 대해 포괄적 정의를 내리는 중앙선관위의 태도이다. 『선거 UCC 운용기준』에서는 UCC를 “User Created Contents”로 파악하면서 “네티즌들이 직접 만든 다양한 소재의 콘텐츠(댓글 달리, 사진 올리기, 게시물 펴, 동영상 등)를 포털 사이트나 미니홈피, 블로그 등 인터넷상에 직접 올리는 것”이라고 규정하고 있다. 흔히 생각하는 동영상 콘텐츠뿐만이 아닌 네티즌이 생산하는 모든 텍스트를 통합한 개념으로 UCC를 사용함으로써, 포괄적인 영역에서 네티즌의 선거관련 콘텐츠 생산의욕을 꺾고 있는 것이다(최민재 2010, 48). 또한 이러한 포괄적 규정 때문에 단순한 의견개진과 선거운동의 구별도 모호해져 사실만을 알려도 규제의 대상이 되는 바, 그 결과 『선거 UCC 운용기준』 배포 이래 1600여명의 인터넷 이용자가 경찰 조사를 받은 것과 같은 문제점도 나타나고 있다(조희정 2010, 37).

두 번째는 동영상 전문 포털 사이트를 기존의 인터넷 언론사와 동일하게 파악하고 있다는 점이다. 아무리 인터넷 언론사라고 하더라도 ‘언론사’인 이상 언론사 홈페이지에서 제공되는 콘텐츠들은 댓글 등 일부 기능을 제외하고는 해당 언론사가 생산해 내는 것들이다. 즉, 기존의 매스미디어에서 보였던 1:多의 커뮤니케이션 방식이 적용되는 것이다. 그런데 동영상 전문 포털 사이트의 경우, 해당 포털은 콘텐츠를 생산해 내는 것이 아니라 이용자들이 생산한 동영상을 다른 이용자들이 소비할 수 있게끔 이를 매개해 주는 역할만 한다. 해당 홈페이지에서는 多:多의 커뮤니케이션 방식이 이루어지고 있는 것이다. 따라서 후자에 전자의 규제를 동일하게 적용한다는 것은 기본적으로 한계를 지닐 수밖에 없으며, 비효율적 규제라고 할 수 있다. 또한 공선법 제8조의6상의 정정보도와 반론보도는 구체적으로 어떠한 방식으로 이루어져야 할 것이며, 가능하다고 하더라도 포털과 동영상 게시자 중 누가 이를 행해야 하는 것인지를 짐작할 수 없는 등 이와 같이 애매한 부분이 한둘이 아니다.

세 번째는 외국 인터넷서비스업체를 이용한 UCC의 규제 문제이다. 외국에 비해 규제가 엄격한 우리나라 공선법을 무리하게 적용하려다 보니, ‘유튜브’를 소유한 ‘구글’은 국

내에서의 동영상 업로드(upload)를 차단하는 방식으로 본 법규의 적용을 거부했다. 즉 선거운동기간 동안에는 우리나라 국민들만 해당 사이트 이용에 일정 제한을 받은 것이다. 인터넷을 기반으로 하는 선거운동이 증가하고 있는 상황에서, 국내 상황과 맞는 규제의 실효성을 달성하면서도 외국 인터넷서비스업체에 대한 경쟁력을 확보할 수 있는 방향으로 기존 오프라인 중심의 선거법을 정비해 나가야 한다는 주장(최민재 2010, 55)은 바로 이러한 문제점을 지적한 것이라 할 수 있다.

그런데 이러한 문제점들이 내포되어 있음에도 불구하고 헌법재판소는 공선법 제93조 제1항의 “기타 (문서)와 유사한 것”에 근거하여 UCC(이용자제작콘텐츠)의 배포를 금지하는 것에 대해 합헌결정을 내린 바 있다(헌재 2009.7.30.선고, 2007헌마718 결정).<sup>12)</sup> 사실 헌법재판소는 그동안 꾸준히 위헌성이 제기되어 온 공선법 제93조 제1항에 대하여 일관되게 합헌결정을 내려 왔는데,<sup>13)</sup> 그 대체적인 논거는 ‘후보자들 간의 치열한 경쟁이 전개되는 선거의 현실에서 문서 등의 무제한적인 제작, 배부 등을 허용할 경우 선거운동의 과열 경쟁을 초래하여 후보자들 간의 경제력<sup>z</sup>의 차이에 따른 불균형이 두드러지게 될 뿐 아니라 선거의 평온이 심각한 위협을 받게 되는 등의 폐해가 발생할 우려가 크다’는 것이었다.

그러나 이에 대해서는 크게 비용이 들지 않는 UCC가 후보자의 경제력에 따른 불균형을 야기하지 않으며, 특별히 후보자 간 공정성을 해치거나 선거의 평온을 깨뜨린다고 보기는 어렵다는 것이 학계의 일반적인 입장인 것으로 보인다(박종보 2010, 227-228). UCC 배포 금지와 함께 문제되었던 휴대전화 문자메시지 전송 금지의 경우, 합헌결정(헌재 2009.5.28.선고, 2007헌바24 결정)에도 불구하고, 2010년 공선법 개정으로 제82조의 4 제1항 제3호에서 일정 요건 하에 전송을 허용한 만큼, UCC에 대한 입법적 조치도 하루빨리 이루어져야 할 것이다.

#### 6) 정보통신망을 이용한 선거운동에 관한 제82조의4와 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지에 관한 제93조의 체계부정합성

공선법 제82조의4 제1항(이하 ‘a조항’)에서는 “선거운동을 할 수 있는 자는 선거운동기간 중에…정보통신망을 이용하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법으로 선거운동을 할 수 있다.” 라고 하면서 “1. 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 선거운동을 위한 내용의 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법, 2. 전화를 이용하여

12) 다만, 재판관 5인의 반대 의견이 존재하였다는 점에서는 고무적이라 할 것이다.

13) 헌재 2001.8.30.선고, 99헌바92; 2001.10.25.선고, 2000헌마193; 2001.12.20.선고, 2000헌바96; 2002.5.30.선고, 2001헌바58; 2006.5.25.선고, 2005헌바15; 2007.1.17.선고, 2004헌바82 결정 등.

송·수화자 간 직접 통화하는 방식으로 선거운동을 하는 방법, 3. 문자메시지를 이용하여 선거운동정보를 전송하는 방법”을 열거하고 있는데, 여기서 열거하는 방법들이 제93조 제1항(이하 'b조항') “누구든지 선거일전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 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·살포·상영 또는 게시할 수 없다.”에서의 “그 밖에 이와 유사한 것”에 해당될 가능성이 커 양 규정 간의 체계부정합성 문제가 발생하고 있다. 이를 자세히 살펴보면 다음과 같다.

b조항이 적용되기 위해서는 ‘선거에 영향을 미치게 하기 위한’이라는 주관적 구성요건과 ‘정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용’ 또는 ‘정당의 명칭 또는 후보자의 성명’, ‘이와 유사한 것’이라는 객관적 구성요건에 해당하는 경우라야 할 것인데, 중앙선관위는 선거에 관한 단순한 의견개진이나 의사표시라 할지라도 이를 반복하여 다수의 인터넷 사이트에 계속 게시하거나 퍼나르기로 유포시키는 행위는 선거에 영향을 미치기 위한 의도로써 선거운동에 해당되어 규제를 받게 된다고 한 바(중앙선거관리위원회 2010, 6), 실질적으로 -주관적 구성요건이 고려되기 보다는- ‘이와 유사한 것’에 해당하기만 한다면, b조항의 규제 대상에 해당할 가능성이 매우 높다.

그런데 a조항은 위와 같은 행위를 ‘선거운동기간 중’에 ‘할 수 있다’고 언급하고 있는 반면, b조항은 누구든지 ‘선거일전 180일부터 선거일까지’ ‘할 수 없다’고 한다. 선거운동기간은 공선법 제59조에 따라 ‘선거기간 개시일부터 선거일 전일까지’이고 선거기간 개시일은 공선법 제33조 제3항에 따라 ‘대통령선거는 후보자등록마감일의 다음 날부터, 국회의원선거와 지방자치단체의 의회의원 및 장 선거는 후보자등록마감일 후 6일부터’이며, 후보자등록은 공선법 제49조 제1항에 따라 ‘대통령선거는 선거일 전 24일부터 2일간, 그 외 선거는 선거일 전 20일부터 2일간’ 실시되므로 후보자등록 마감일은 각각 ‘선거일 전 23일, 선거일 전 19일’이 된다. 이렇게 본다면 a조항에서 말하는 선거운동기간은 대통령선거의 경우에는 ‘선거일 전 22일부터 선거일 전일까지’이고, 그 외 선거의 경우에는 ‘선거일 전 18일부터 선거일 전일까지’일 것인데, 이는 b조항에서 이야기하는 ‘선거일전 180일부터 선거일까지’에 포함되는 시기이다. 이 ‘겹치는 시기’에 대해서 두 조문 사이에 모순되는 점이 생기고, 이를 어떻게 해결해야 하는가의 문제가 발생하게 된다는 것이다.

두 조문을 별개로 보아 중첩 적용이 가능한 조문으로 해석하는 경우, a조항에 의해 허용되는 선거운동기간 중이라 하더라도 b조항이 ‘선거일전 180일부터 선거일까지’로 폭넓게 규제하고 있기 때문에 일반국민의 정치적 의사표현행위 내지 정치활동이 사실상 금지될 가능성이 높다는 문제가 생긴다. 그리고 b조항은 포괄적으로 선거일 전 180일부

터 선거일까지 행위를 금지하는 것이고 a조항은 선거일 전 22일부터 선거일 전일까지 ‘선거운동을 할 수 있는 자’에 대해 예외적으로 행위를 허용하는 특별법적 규정이라고 해석하는 경우에도 문제가 발생하는 바, b조항에 따르면 ‘선거일 전 180일이 되는 시점이전’에는 허용되는 행위가, 특별규정인 a조항이 우선적으로 적용됨에 따라 ‘선거운동기간 이전에는 그 기간에 상관없이’ 사실상 전면 금지되는 효과가 생기기 때문이다(황성기 2010, 193-194).

## 2. SNS를 이용한 선거운동에 대한 규제-중앙선관위의 지침을 중심으로

### 1) 규제현황

#### (1) 관련 법률 조항 및 중앙선관위 지침

현행 공선법에 SNS를 명시하여 규율하는 조항은 아직 존재하지 않으며, 중앙선관위가 2010년 2월 12일 배포한 『공선법상 트위터에 대하여』라는 안내 책자를 통해, 선거운동으로서 허용되는 또는 허용되지 않는 SNS 행위가 규율되고 있을 뿐이다.

중앙선관위는 트위터를 SNS의 예로 들어<sup>14)</sup> “자신의 트위터에 글을 게시하는 행위는 공선법 제59조 3호에 따른 인터넷 홈페이지에 글을 게시하는 행위”로, “지지자에게 전송하는 행위는 공선법 제60조의3 1항 3호에 따른 전자우편”으로 유권 해석하고 있다. 전자의 경우 공선법 제82조의4의 규율이, 후자의 경우 공선법 제82조의5 제2항의 규율이 적용된다는 것이다. 또한 “선거운동기간 중 타인이 보낸 선거운동정보를 받은 팔로어가 자신의 또 다른 팔로어에게 후보자의 선거운동정보를 RT(retweet)<sup>15)</sup>하는 것은 허용”되지만, “선거운동기간 전 예비후보자가 보낸 선거운동정보를 받은 팔로어가 자신의 또 다른 팔로어에게 예비후보자의 선거운동정보를 RT하는 것은 허용되지 않”는다는 입장을 보이고 있다. 다만 “지지자가 휴대전화 문자메시지로 수신하는 행위는 지지자의 수신동의 및 통신요금부담에 의하여 휴대폰 문자메시지로 수신하는 것이므로, 공선법 제60조의3 규정에 의한 횟수 5회 제한, 공선법 제82조의5에 의한 제한 규정은 적용되지 아

14) 이 책자에서는 트위터를 “이용자들끼리 서로 관계(following, follower)를 맺고 컴퓨터, 휴대폰 등을 이용하여 실시간 의사소통이 가능한 일종의 사회관계망서비스(SNS)”로 정의하면서, “트위터를 사용하는 입후보예정자(following)가 자신의 트위터 계정(미니홈피, 블로그와 유사)에 글을 게시하면 정보시스템에 의하여 지지자(follower)의 트위터 계정에 실시간으로 자동 전송되고, 지지자(follower)의 수신동의 및 통신요금 부담에 의하여 입후보예정자(following)의 게시글을 휴대전화 문자메시지로도 실시간 수신할 수 있다”라고 그 기능을 설명하고 있다.

15) 자신이 받은 글을 수정함이 없이 그대로 자신의 팔로어에게 재전송하는 기능.

니”한다고 한다(중앙선거관리위원회 2010, 4-8).

이와 같은 규율을 위반한 글에 대해서는, “사이버자동검색시스템을 통해 실시간 검색”하여 “게시자에게 자진 삭제하도록”하고, 비방, 허위사실을 게시하거나 자진삭제 요구에 응하지 않은 경우, “국내서비스 게시물은 관리, 운영자에게 삭제를 요청”하고 “국내법이 미치지 아니하는 트위터 게시물은 최초 게시자의 팔로어에게 해당 게시물이 공선법에 위반되는 내용임을 알려 RT하지 못하도록 안내함과 동시에 자진 삭제요구에 불응한 위반게시물이 게시된 트위터 계정에 대해서는 공선법 제82조의4 제3항 규정에 의거하여 정보통신서비스제공자를 통해 국내 네티즌이 접근하지 못하도록 차단을 요청”한다. 이러한 글을 올린 자에 대한 형사 처벌은 앞서 살펴 본 공선법 제93조 제1항 위반의 명목으로 행해지는데, “이 규정은 의사전달의 성질이나 기능을 가진 매체, 수단을 포괄적으로 규정하고 있어, 정보통신망으로 전달되는 전자정보에 해당되는 트위터 역시 ‘이와 유사한 것’에 포함된다”는 것이 중앙선거관위의 공식 입장이기 때문이다(중앙선거관리위원회 2010, 9).

## (2) 규제 사례

위 안내 책자가 배포된 이래 실제로 후보자 언급 SNS글은 현격하게 줄어들었으며, 중앙선거관위의 유권 해석에 위배되는 글 게시로 각급 선거관리위원회의 징계나 조사, 경찰의 조사를 받는 사례도 증가하고 있다. 대표적으로 2011년 4월 순천시 선거관리위원회가 자신의 ‘페이스북’에 4·27 순천 국회의원 보궐선거와 관련한 글을 올리는 과정에서 특정 정당을 비판하고, 경쟁 후보 진영을 지지한 전남도청 서기관급(4급) 공무원에 대해 경고 처분을 내린 바 있고, 충청북도에서도 투표 참가를 독려하는 광고성 글을 올린 한 트위터 이용자가 선거관리위원회의 조사대상에 오르기도 했다(송창현 2011).

최근에는 정식 재판에 회부되어 벌금형에 처해진 경우도 2차례나 있었다. 부산지방법원은 부산광역시 교육감 선거의 후보자 ‘이병수’의 중학교 동창이 팔로어가 217명인 자신의 트위터 계정에 “이병수가 1등으로 달리고 있네요”라는 글을 게시하고, 이병수의 트위터 계정으로부터 “그냥 미치면 바보가 되지만 비전에 미치면 신화가 된다고 합니다. 여러분의 비전 때문에 신화를 만드는 한 주가 되기를 빕니다. 사랑합니다.”라는 글을 전송받은 뒤 RT하는 등 16회에 걸쳐 이병수를 지지하거나 홍보하는 내용의 글을 게시하였다는 이유로 공선법 제93조 제1항 등의 위반을 들어 벌금 120만원 형을 선고하였고(부산지방법원 2010.7.6.선고, 2010고합293 판결), 전주지방법원은 한국방송공사(KBS)에 근무하고 있는 상근직원이 자신의 트위터 계정에 “비겁한 오세훈 자식 표로 심판합시다”라는 내용의 글을 비롯하여 총 39회에 걸쳐 한명숙, 진보신당, 민노당, 광노현, 김두

관을 지지하고 오세훈을 반대하는 내용의 글을 게시하는 방법으로 선거운동을 하였다는 이유로 역시 공선법 제93조 제1항 등의 위반을 들어 벌금 100만원 형을 선고하였다(전주지방법원 2011.5.3.선고, 2010고합234 판결).<sup>16)</sup> 이 두 판결은 서로 다른 지방법원에서 내려졌음에도 불구하고, 양형이유로서 “인터넷이라는 매체가 가지는 강력한 전파력, 다중에 대한 공개성 등에 비추어 선거의 공정성을 해칠 위험성이 적지 아니”하다는 점, “건전한 선거문화의 정착과 적법한 선거질서의 확립을 위해서 공직선거법에 위반한 행위들에 대하여는 엄정히 처벌할 필요가 있”다는 점을 - 문구조차 거의 동일하게- 공통적으로 적시하고 있어 주목해 볼 만하다.

## 2) 규제의 문제점

### (1) 입법의 흠결

현행 공선법상의 SNS와 관련된 규율의 가장 큰 문제점은 SNS에 대한 별도의 규정이 마련되어 있지 않다는 점이다. 인터넷과 관련된 조항만 하더라도 제82조의6 이외에는 다른 매체들과 별도로 분리되어 규율되어 있지 않은데, 이에 따라 선거와 관련된 새로운 인터넷 매체상의 분쟁도 오프라인에서 발생하는 행위를 중심으로 규제하고 있는 기존 공선법에 의해 다루어지면서 많은 문제점이 발생하고 있는 것이다.

새로운 매체가 등장할 때마다 이에 맞는 시기적절한 입법이 행해지지 않음으로 인하여 중앙선관위는 안내 책자를 내기 급급했고, 이 안내 책자 역시 법 형성 기능을 할 수 없는 중앙선관위가 발행한 것이라는 한계로 인해 공선법상 규정된 기존의 매체와 동일한 틀 내에서 규율하도록 기술할 수밖에 없었던 것이 사실이다. SNS 역시 예외는 아니었는데, SNS의 홍수로 일컬어지는 시기가 도래하기까지 이 매체에 대한 충분한 이해를 바탕으로 한 입법 조치는 이루어지지 않았고 이에 중앙선관위가 무리하게 기존의 공선법상의 규율체계에 SNS를 집어넣다 보니 다음과 같은 구체적 문제점들이 생기기 시작한 것이다.

### (2) 국경, 연령 규제의 한계

먼저 공선법은 국내 거주민과 국내 기업에 한해 적용되는 것이 원칙이다. 그런데 최

16) 첫 번째 사건은 1심 판결에 대해 검사와 피고인 모두 항소를 포기하여 확정되었으나, 두 번째 사건은 1심 판결에 대해 검사와 피고인 모두 항소하여 양측 항소 모두를 기각하는 2심 판결이 내려졌으며(광주고등법원 2011.7.5.선고, 2011노84 판결) 이에 양측이 다시 상고하여 현재 대법원에서 사건이 진행되고 있다.

근 활성화되고 있는 SNS들은 대부분 외국기업이 운영하고 있는 서비스들이고 국내에는 지사도 없는 경우가 많다(최민재 2010, 55). 더구나 이러한 해외 서비스들은 가입 시에 개인정보를 요구하지 않는 특성을 가지고 있기 때문에, 어느 계정을 어느 나라 국적의 사람이 사용하고 있는지 파악하기도 쉽지 않다. 이러한 상황에서 SNS에 기존의 공선법 잣대를 들이치는 것이 효율적인 규율 방법이 될 수 없음은 너무나 자명해 보인다. 중앙선관위 역시 해외 서비스에 기반 한 트위터 계정에 불법선거운동 글이 올라온 경우 최초 작성자가 아닌 팔로어에 대한 제재를 취하겠다는 입장인데(중앙선거관리위원회 2010, 9), 최초 작성자 트위터 계정의 팔로어가 무수히 많은 경우 일일이 제재 조치를 할 수 있을지 쉽게 상상이 가지 않는다.

또한 현행 공선법에서는 제60조 제1항 제2호에서 만 19세 미만의 자는 선거운동을 할 수 없는 것으로 규정이 되어 있는데, 이 역시 SNS에 그대로 적용될 수 있을지 의문이다. 대부분의 SNS 서비스는 상세한 개인정보를 요구하지 않고 있기 때문에 어느 계정의 사용자 연령이 어떠한 지 파악하기란 불가능하며, 만 19세 이상의 자가 올린 선거운동정보 글을 만 19세 미만의 자가 단순히 RT했을 때 또는 그 반대의 경우에 만 19세 미만의 자가 선거운동을 한 것으로 보아야 하는지 역시 불분명하기 때문이다. 온라인 선거규제가 처음 제시되었던 인터넷의 초창기시대에는 기존의 오프라인 선거를 중심으로 규제를 논의하였기 때문에 연령제한이 제시될 수 있었지만, 개인의 정보습득권력이 활성화된 현재로서는 변화된 환경을 중심으로 사용자 제한의 문제에 대해 진지하게 고려할 필요가 있다(조희정 2010, 42).

### (3) 단순한 의견개진과 선거운동의 구별 모호

공선법 제58조 제1항에서는 “당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위”를 선거운동으로 규정하면서, 동항 제1호에서는 “선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시”를, 또 동항 제3호에서는 “정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지, 반대의 의견개진 및 의사표시”를 선거운동이 아닌 것으로 규정하여 공선법의 규제를 받지 않도록 하고 있다. 그러나 사적 공간과 공적 공간 모두로 활용이 가능한데다 게시 가능한 글의 글자 수 제한이 있는 SNS에서는<sup>17)</sup>, 단순한 의견개진과 선거운동의 구별이 매우 모호해 질 수밖에 없다. 하나의 사례로 2010년 3월, ‘doax’라는 계정을 쓰는 트위터 사용자가 트위터의 연결서비스인 트윗폴(tweetpoll)을 사용하여 서울시장과 경기도지사에게 대한 트위터 사용자들의 의견을 조사하자 중앙선관위가 이 글을 선거운동으로 판단하여 게시글 자진

17) 대표적으로 트위터는 140자의 제한이 있다.

삭제와 경찰 출두를 명령한 바 있는데, 이에 대한 법적 논란은 계속되고 있는 실정이다 (조희정 2010, 38-42).

단순한 의견개진과 선거운동 구분에 관한 기존의 판결들도 그 기준이 모호하기는 마찬가지이다. “구체적으로 어떠한 행위가 선거운동에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 단순히 그 행위의 명목뿐만 아니라 그 행위의 태양, 즉 그 행위가 행하여지는 시기·장소·방법 등을 종합적으로 관찰하여 그것이 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의지를 수반하는 행위인지 여부를 판단하여야 한다”는 대법원의 입장(대법원 2010.6.24. 선고, 2010도3935 판결)은 단순한 의견개진과 선거운동의 구분을 주관적 요건인 ‘목적의지’ 유무에 의존하고 있고, 그마저도 “시기, 장소, 방법 등의 행위의 태양”으로 간접적으로 판단하도록 하고 있어, 판단에 주관적 요소가 개입될 여지가 많다. 앞서 언급한 두 지방법원의 판결들도 이러한 문제점들을 내포하고 있음은 당연하다.

먼저 전주지방법원은 “① 트위터는 다른 사람들과 대화하고 불특정 다수인에게 자신의 의견이나 생각을 적극적으로 전달하는 기능을 가지고 있어 이를 단순히 사적인 공간이라고만 볼 수는 없는 점, ② 피고인이 트위터에 올린 글들은 모두 서울시장 후보인 오세훈을 객관적인 근거 없이 악의적으로 비난 또는 비하하는 내용이거나 “1번(오세훈 후보)은 전쟁, 2번(한명숙 후보) 평화”, “서울 시장 2번, 교육감 7번(곽노현 후보) 평화를 사랑하는 후보 강추합니다”, “경기도 비례대표는 민노당과 진보신당으로 몰아주십시오”, “김두관님 당선되셔야 합니다. 6. 2. 쓰레기 대청소일입니다” 등 누가 보더라도 2010. 6. 2. 전국동시지방선거에서 한명숙, 곽노현, 김두관 후보 및 민노당과 진보신당을 지지하고 선거에서 위 후보들 및 정당에 투표하자는 뜻으로 해석될 만한 내용인 점, ③ 피고인이 위 전국동시지방선거 일주일 전부터 선거 전날까지 집중적으로 39회에 걸쳐 트위터에 위와 같은 글들을 올린 점”을 들어 피고인의 글이 선거운동이라 파악하였는데, ① 불특정 다수인에게 자신의 생각을 전달하는 기능은 모든 인터넷 공간이 그러하므로 인터넷에 올린 글은 모두 선거운동이 되어야 한다는 문제점이 있고, ② “1번(오세훈 후보)은 전쟁, 2번(한명숙 후보) 평화”, “김두관님 당선되셔야 합니다”와 같은 글까지 과연 “누가 보더라도” “당선되게 하거나 되지 못하게 하는 행위”에 해당한다고 할 것인지 의문이 없지 않으며, ③ 트위터는 기존의 휴대전화 문자메시지와 유사한 기능을 하는 것인데 통상인이라면 일주일동안 39회 이상의 문자메시지는 전송할 것이라는 점 등을 고려해보면 애매한 곳이 한두 군데가 아니다. 부산지방법원 역시 <표 1>에 명시한 글들을 모두 선거운동으로 파악하였는데, “이병수교수가 1등으로 달리고 있네요.”, “이병수 교수 인터뷰 감명받았습니다”, “존경합니다” 등의 글을 과연 선거운동으로 볼 수 있는지 의문스럽다.

<표 1> 부산지방법원 2010.7.6.선고 2010고합293 판결의 범죄일람표

연번	게시일	게시시각	게시글
1	2010-03-13	00:52	이병수교수가 1등으로 달리고 있다네요.
2	2010-03-17	23:47	한겨레신문을 보니 전국 교육감 예비후보들의 여론조사를 발표했네요. 부산은 이병수교수가 선두인데 김진성교장이 뒤를 쫓네요.
3	2010-03-19	19:35	부산일보에 실린 이병수교수 인터뷰 감명받았습니다.
4	2010-03-23	22:18	RT@bs21ee: 누군가 그렇게 말했다고 합니다. '그냥 미치면 바보가 되지만 비전에 미치면 신화가된다'고 합니다. 여러분의 비전때문에 신화를 만드는 한주가 되기를 빕니다. 사랑합니다.
5	2010-03-23	23:58	@bs21ee 교육감이 되셔도 트위터문화에 지속적 관심 당부 ㅎㅎ
6	2010-03-25	00:36	@bs21ee 장애인교육에도 관심을 많이 가져 주시고 계속 1등 하십시오!
7	2010-03-25	15:26	RT@bs21ee:#busan 날씨가 차갑습니다. 감기 조심하세요. 부산의 천사같은 학생들이 좋은 교육을 받을 수 있도록 사랑을 보내 주십시오. 감사합니다.
8	2010-03-26	01:10	@bs21ee 이병수교수님? 영어, 불어, 독일어, 그리스어, 라틴어, 히브리어, 헬라어 7개 외국어를 아주 잘 하신다고 하는데 존경합니다!
9	2010-03-27	16:53	@bs21ee 열심히 하는 모습 보기 좋습니다. 부산의 교육발전, 특히 방과후교실에 대한 연구는 너무 멋졌습니다.
10	2010-03-29	04:26	@bs21ee 부산시민이 자랑할 수 있는 청렴한 교육감이 되셔서 깨끗한 교육문화의 초석을 놓아 주십시오.
11	2010-03-29	04:26	RT@bs21ee: 교육자의 한사람으로써 교육 비리를 꼭 바로 잡겠습니다. 부산 교육을 변화시키겠습니다. 부산당 여러분 사랑합니다#busan
12	2010-03-29	18:27	RT@bs21ee: 조금전 학원교사들 모임에 다녀왔습니다. 사교육이 가지는 순기능도 생각할 필요가 있다는 것을 알았습니다. 예를 들면 예체능교육은 꼭 필요하다고 생각합니다. 화이팅#busan
13	2010-03-29	18:27	@bs21ee 부산교육의 한단계 업그레이드를 위해 열심히 노력해 주십시오.
14	2010-03-29	18:34	RT@Agathakim88: 예체능은 꼭 필요하다고 생각합니다! RT@bs21ee: 조금전 학원교사들 모임에 다녀왔습니다. 사교육이 가지는 순기능도 생각할 필요가 있다는 것을 알았습니다. 예를 들면 예체능교육은 꼭 필요하다고 생각합니다. 화이팅...
15	2010-04-02	21:54	RT@bs21ee: 오늘 오전10시 부산일보에서 부산시 교육감 예비후보 정책토론회가 있었습니다. 고한주호준위원의 정신을 이어가는 교육감이 되겠습니다.#busan
16	2010-04-05	15:00경	RT@bs21ee: 부산교육의 내실화를 증진시키기 위해 좀 더 노력하는 교육감이 되겠습니다.#busan

위와 같은 문제점들로 인해 트위터 글의 직접적인 규제 조항이 되는 공선법 제93조 제1항의 ‘기타 이와 유사한 부분’이라는 문구에 대해서는 정치적 표현의 자유를 과도하게 제한한다는 지적이 계속되었고, 급기야 2010년 2월 국회의원, 지방선거 출마자 및 트위터 이용자, 파워블로거(power blogger), 일반 네티즌 등으로 구성된 147명의 ‘국민 청구인단’은 이 조항에 대한 헌법소원을 제기하였다.<sup>18)</sup> 청구인단은 “트위터 규제는 우리 사회가 학연, 지연 등으로 폐쇄된 상황에서 수평적이고 열린 상황으로 갈 수 있는 길을 가로 막는 것이며, 헌법이 보장하고 있는 국민의 기본권인 의사표현의 ‘자유’를 박탈하는 것이기 때문에 위헌판결이 내려져야 마땅하다”고 강조하면서, ‘공선법 93조는 범위와 한계가 불명확해 자의적 해석과 적용이 우려된다. 이를 활용해 트위터를 단속하겠다는 것은 표현의 자유를 제한하겠다는 것’이라는 입장을 보였다(양원보 2010; 이정훈 2010; 황의영 2010).

#### (4) 매체적 특성 파악 미비

지금까지 지적한 문제점들이 나타나는 근본적인 원인은 -꾸준히 언급한 바와 같이- SNS라는 새로운 매체의 특성을 충분히 파악하지 못했기 때문이라 할 것이다. 이 문제점은 크게 두 가지로 나누어 살펴볼 필요가 있는데, 첫째는 SNS 글을 ‘전자우편’으로 파악하는 것의 문제점이고, 둘째는 SNS 글의 규제 가능성 자체에 대한 판단의 문제점이다.

먼저 앞서 살펴본 바와 같이, 중앙선관위는 SNS 글을 ‘전자우편’, 즉 ‘이메일’로 간주하고 있는데,<sup>19)</sup> 문자나 이메일과 달리 SNS는 원칙적으로 자신이 수신인을 지정할 수 없다는 점에서 차이가 존재한다. -비공개 글을 작성하지 않는 이상- 수신인을 특정하지 않은 채 자신의 계정에 글을 올리기만 해도, 자신의 계정을 팔로워한 팔로워들에게 자동적으로 글이 전송되기 때문이다. 더구나 중앙선관위의 안내 책자에서는 RT 역시 자신의 계정에 새로이 글을 올리는 것과 동일하게 취급하고 있는데, 다른 사람이 작성한 글을 재전송하는 것은 자신이 직접 글을 작성함으로써 자신의 생각을 표현하는 것과는 다른 것이기 때문에, 이 둘의 차이를 두지 않고 규율하는 것은 부당한 측면이 있다. 정리하면, SNS에서는 수신자와 발신자 혹은 공급자와 수용자의 구분이 매우 어려워지고 있음에도, 현행 규율은 기존 매체에 적용하였던 공급자 중심적 규제에서 벗어나지 못하고 있다는 것이다. 이미 SNS 전문가의 65%도 유사한 근거를 들어 트위터 선거규제에 대한 부정적인 입장을 밝힌 바 있다(조희정 2010, 39).

두 번째 문제점은 SNS에 대한 사전, 사후 규제가능성이 매우 낮다는 말로 요약될 수

18) 현재 2010헌마191 사건으로 헌법재판소에서 심리 중이다.

19) 물론 팔로어가 아무도 없는 사람이 자신의 계정에 쓰는 글은 ‘홈페이지에 글을 게시하는 것’과 동일하다고 보고 있지만, SNS의 본질상 그러한 경우는 상정하기 어렵다.

있을 것이다. 먼저 SNS의 연결성은 매우 급속도로 확대되고 있는 중이므로, 아무리 법적으로 문제가 되는 글이라 하여도 블로그(blog)의 트랙백(trackback), 댓글, 링크(link), RSS 등의 대표적인 연결 기능을 모두 제한한다는 것은 비용이나 기술적으로 소모적인 규제가 될 확률이 매우 높다. 결국 SNS에 사전 규제를 한다는 것은 사실상 서비스 이용을 금지시키는 것과 마찬가지라는 것이다(조희정 2010, 42-43). 사후 규제 역시 SNS의 실시간성과 일상성에 비추어 보았을 때 그 실효성을 확보하기 어려움을 알 수 있다. 일상의 대화처럼 SNS에 글을 올리고 올려진 글이 수분내로 전 세계적인 범위에서 퍼지는 시대에, 그 글을 일일이 감시한다는 것은 불가능하고, 감시하여 삭제조치를 취한다면 이미 광범위한 사람들이 그 글을 접했을 것이기 때문이다.

## IV. 개선방안

### 1. 인터넷 매체를 이용한 선거운동 일반

#### 1) ‘인터넷 언론사’ 관련 규정의 개선방안

우선 현재의 공선법은 ‘선거에 직접적으로 참여하는 후보자나 정당에 대한 규제’와 ‘일반국민’에 대한 규제를 ‘포괄적’으로 규제함으로써, 일반국민의 정치적 표현의 자유를 과도하게 제한하고 있으므로, 규율 대상을 구분하는 방향으로 개정될 필요가 있다. 인터넷 언론사나 인터넷 포털 사이트 등을 규제하는 다양한 조항들에 대해 과도한 광범위성, 불확성이 제기되고 있는 것도 바로 이러한 규율 대상의 혼재에서 기인하는 면이 크기 때문이다. 따라서 ‘누구든지’를 그 주체로 언급하고 있는 제93조 제1항과 ‘선거운동을 할 수 있는 자<sup>20)</sup>’를 주체로 하고 있는 제82조의4 제1항은 그 주체를 ‘선거에 직접적으로 참여하는 후보자나 정당(그와 동일시할 수 있는 후보자의 가족이나 정당원 포함)’과 ‘선거운동을 할 수 있는 일반인’으로 구분한 뒤, 전자와 관련하여서는 형사 처벌로 이어지는 조항을 존치시키되 후자와 관련하여서는 형사 처벌로 이어지는 조항을 폐기하거나 적어도 과태료 등을 부과하는 정도로 개정하여야 할 것이다.

이와 동시에, ‘인터넷 언론사’의 개념도 정확히 적시해야 한다. 인터넷 언론사에 대한

20) 공선법에서는 선거운동을 할 수 있는 자를 협의적으로 규정하지 않고 제60조에서 선거운동을 할 수 없는 자에 대해 규정함으로써 그 외의 자는 선거운동을 할 수 있는 자로 취급하도록 하기 때문에, 제60조에서 언급하는 대한민국 국민이 아닌 자나 미성년자, 규정에 언급된 공무원들 등의 특별한 사유가 없는 일반국민은 선거운동을 할 수 있는 자에 해당된다고 할 것이다.

정의 규정을 신설할 당시만 해도 선거운동을 할 수 있는 인터넷 사이트들은 적은 수에 불과하였고 그 특성 또한 많은 유사성을 띄고 있었기 때문에 하나의 정의로 포괄될 수 있었을지 모르나, 선거운동이 가능한 인터넷 사이트들의 유형이 매우 다양해진 현재로서는 하나의 정의 규정만으로 모든 유형의 사이트에 동일한 규제를 적용한다는 것은 어불성설이다. 따라서 기존에 인터넷 언론으로 분류되었던 사이트들의 특성을 모두 수집하여 재유형화한 뒤 각각의 유형에 맞는 조항을 신설하는 작업이 필요하다고 하겠다. 대표적으로 검색엔진과 인터넷 포털 사이트들도 편집권이나 심의권을 보유·행사하는지 여부를 기준으로 구분하여 이러한 권한이 없는 것들은 인터넷 언론의 범주에서 제외하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

## 2) ‘실명확인제’ 관련 규정의 개선방안

인터넷 실명제의 일종인 실명확인제를 일률적으로 강제하는 것은 표현의 자유를 보장하고자 하는 사상에 반하는 것인바, 인터넷에서 익명게시판과 실명게시판을 나누어서 운영하도록 하여야 한다. 대신 익명게시판에서는 해당 정보가 허위일 가능성을 쉽게 인식할 수 있도록 이를 공지하여야 할 것이며, 익명게시판에 올라온 글들은 운영자가 통보 없이 삭제할 수 있도록 함으로써 실명게시판과 운영 방법에 있어서 차등을 두어야 할 것이다(조소영 2007, 57). 현재 2010.2.25.선고, 2008헌마324·2009헌바31(병합) 결정의 반대의견에서도 실명확인제의 과잉금지원칙 위반을 논하면서 “인터넷 게시판을 실명방과 비실명방으로 구분하여 유형화하고, 비실명방의 경우 경고문을 게재하는 등의 방법”이 있다는 점을 침해의 최소성 부정 논거로 사용한 바 있다.

## 3) ‘UCC를 이용한 선거운동’ 관련 규정의 개선방안

UCC를 이용한 선거운동에 관해서는 별도의 입법을 하는 것이 급선무이다. 그러나 이미 국가인권위원회에서 ‘운용기준의 판단이 명확하지 않아 자의적 집행가능성이 크다’고 지적한 바 있는 만큼, UCC에 관한 현행 중앙선관위 지침 내용 그대로 입법을 하는 것은 바람직하지 않다고 할 것이다. 우선 앞서 지적한 바와 같이, 중앙선관위 지침은 UCC를 네티즌이 생산하는 모든 텍스트를 통합한 개념으로 사용하는 문제가 있으므로, 댓글과 같은 네티즌의 의견표명과 동영상 UCC와 같은 콘텐츠를 분리하여 그 영향력이 큰 후자의 경우만 보다 엄격한 규제를 하는 분리 규율이 필요성이 크게 대두된다. 예를 들어 전자의 경우는 형사 처벌 조항은 삭제하는 대신, 후자의 경우는 제작자의 선거관련 여부를 표명하도록 하는 것이다.<sup>21)</sup>

#### 4) ‘체계부정합성’ 관련 규정의 개선방안

공선법 제82조의4 제1항(a조항)과 공선법 제93조 제1항(b조항) 사이의 체계부정합성 문제는 단순히 조문의 완성도 측면에서 접근할 것이 아니라, 자칫 일반 국민의 정치적 표현 의사표현행위 내지 정치활동을 봉쇄할 가능성을 낳을 수 있다는 관점에서 접근해야 한다. 따라서 조문간 충돌이 없도록 두 조문이 적용되는 기간을 새로이 설정하는 등의 입법적인 개선이 시급히 필요하며, 이러한 개선이 이루어지기 전까지는 a조항의 규율 대상에 대한 b조항의 적용을 제한하는 경과규정 등의 신설이 필요하다. 이러한 입법적 조치가 있기 전이라 하더라도 중앙선관위나 사법부가 UCC나 SNS처럼 조문에 명시되어 있지 않은 매체들에까지 이들 규정의 적용범위를 넓히려는 시도를 하는 것은 자제함이 바람직하다고 할 것이다.

## 2. SNS를 이용한 선거운동

### 1) 개선방향

앞에서 지적한 바와 같이 SNS를 이용한 표현에 규제를 가하려는 시도는, 규율 대상 확정의 어려움, 표현 내용 성질의 모호성, 일정한 규제 메커니즘을 구축해 볼 수 있었던 기존 매체와는 완전히 다른 특성 등으로 인해, 무위로 돌아갈 가능성이 큰 것으로 보인다. 물론, 규제의 효과가 없다고 규제를 포기하여서는 안 되는 것은 당연하다. 그러나 다음에서 살펴보는 공선법의 이념에 비추어서도 SNS를 규율하는 입법은 최대한 완화되어야 할 것이다.

우리나라 공선법이 “돈은 묶고 입은 풀다”는 원칙하에 ‘선거의 자유’와 ‘선거의 공정성’이라는 대립되는 양 가치의 균형을 토대로 제정되었음은 자명한 사실이다. SNS를 이용한 선거운동의 규제처럼 일정한 선거운동의 주체, 기간, 방법을 제한하는 것은 이 중 후자, 즉 선거의 공정성을 기하기 위한 것이다. 이 ‘공정성’의 주된 골자는 선거운동에 금권·관권·폭력·부정의 개입을 방지하고, 과잉 선거운동으로 인한 불필요한 사회적 비용을 최소화하여, 후보자간의 실질적인 기회균등을 보장하기 위한 것이라 할 수 있는데(이동훈 외 2009, 174), 이는 ‘선거운동에 있어서 기회의 불균형성, 불투명성, 고비용성의 제거’를 의미한다고 정리해 볼 수 있다. 따라서 특정 매체를 활용한 선거운동에 대한

21) 비교법적으로 볼 때, 실제로 UCC에 관한 아무런 규제를 실시하지 않고 있는 미국에서도 후보자 측에서 제작하거나 후보자의 지원에 의해 제작되는 UCC의 경우 이를 명백히 표기해야 하는 규정이 존재한다(최민재 2010, 49-50).

규제는, 그 매체의 특성을 ‘불균형성, 불투명성, 고비용성’의 기준에 비추어 보아 차등적으로 이루어짐이 바람직하다. 예를 들어, 당해 매체의 특성과 본질 그 자체가 ‘기회의 균형성, 투명성, 저비용성의 제고’라는 선거운동규제의 목적에 부합한다고 한다면, 당해 매체를 활용한 선거운동의 규제는 여타의 매체보다 ‘완화된 기준과 덜 엄격한 정도의 수준’으로 이루어져야 한다.

따라서 인터넷은 앞서 살펴본 바와 같이, 그 본질상 개방성, 상호작용성, 탈중앙통제성, 용이성, 정보의 다양성 등을 특성으로 갖고 있으므로, 여타의 매체를 활용한 규제보다는 완화된 기준으로 규제가 이루어져야 한다. 위에서 살펴본 지방법원판결들에서는 “인터넷이라는 매체가 가지는 강력한 전파력, 다중에 대한 공개성”을 “선거의 공정성을 해칠 위험성이 적지 아니”하다는 논거로 사용하였다. 그러나 이러한 특성들은 오히려 인터넷이 선거 운동에 있어서 후보자간의 평등과 공정성을 기할 수 있는 매체임을 시사한다. 중앙선거관리위원회에서도 이미 2003년 ‘인터넷상의 단순한 지지, 반대의 글이나 동영상 올리는 행위를 선거기간과 관련 없이 허용하자’는 개정의견을 제출한 이래 ‘선거 참여를 이끌어내고 정책 선거를 만들기 위해서는 인터넷 규제를 풀어야 한다’는 공식적인 입장을 꾸준히 견지해 오고 있다(중앙선거관리위원회 2010, 45-49).

특히 SNS의 경우 계정 창설이 용이하고 활용할 수 있는 표현 수단도 단문의 글에 제한되고 있으므로, 인터넷 언론사를 활용하거나 UCC를 제작하여 행하는 선거운동들에 비해서도 개인의 재력이나 매체에의 접근력 등의 차이가 거의 존재하지 않는다. 즉, SNS를 활용한 선거운동에 있어서는 신문, 방송으로 대변되는 기존의 매체를 이용한 선거운동 규제에 있어서의 근거가 되었던 ‘불균형성, 불투명성, 고비용성’의 문제는 더 이상 제기되지 않는다는 말이다. SNS를 규제할 근거가 사라졌다고 해도 과언이 아닌 셈이다.<sup>22)</sup>

그러나 최근의 공선법 개정 의안이나, 중앙선거관위의 규제 동향을 보면 아직은 우리 사회가 급격한 탈규제를 받아들이는 어려워 보인다. 때문에 규제를 최소화하는 방향으로, 탈규제보다는 완화된 형태의, 개선이 필요하다고 할 것이다. 이에 아래에서는 이와 관련된 개정 발의안, 외국의 입법례 등을 살펴보고, 나름대로의 구체적인 개정안을 제시해 보려 한다.

## 2) 발의된 개정안 및 외국의 입법례

### (1) 발의된 개정안

현재 SNS 규제에 관해서는 2개의 개정안이 발의된 상태이고, 모두 계류 중에 있다.

22) 이러한 상황에서 기존 매체를 규율하던 법제에 SNS를 편입시켜 규제하려는 것은, 조희정(2010, 38)이 지적한 바와 같이, “고무신과 막걸리”에서 ‘IT 강국’으로의 변화를 제대로 반영하지 못한 채 ‘제도적 갈라파고스’에 이르는 자충수를 두고 있”는 것으로 평가할 수밖에 없다.

2010.2.26. 발의된 개정안(의안번호: 1807753, 이하 '1안')에서는 “선거비용이 거의 들지 않는 블로그, UCC, 트위터 등 인터넷상에서 이루어지는 의사표현을 제한하는 것은 ‘돈은 묶고 말은 푼다’는 선거법 본래 취지와도 모순되며, IT강국으로서의 위상과도 맞지 않는 시대착오적인 것으로서 개정이 시급히 요구”된다는 점을 지적하면서, “공선법 제93조 제1항에 정보통신망을 이용한 인터넷상에서의 의사표현 행위가 상시 가능하도록 하는 조항을 신설”하도록 하였다.<sup>23)</sup> 2011.7.27. 발의된 개정안(의안번호: 1812732, 이하 '2안')에서는 “SNS는…실시간으로 다양한 정보의 유통과 의견교환을 가능하게 하여 선거에 있어서 합리적 선택을 할 수 있도록 도와 줄 뿐 아니라 선거비용도 거의 들지 않아 종전의 다른 선거운동 방법보다 경제력 차이에 따른 선거의 불공정 폐단이 적은 등 많은 장점을 가지고 있음”을 지적하면서 “인터넷을 통한 선거운동을 상시 가능하도록 하고, 최근 들어 많이 사용하는 SNS 등 인터넷 소통매체의 해석이 명확하도록 관련 조항을 정비”할 필요가 있음을 지적하였다.<sup>24)</sup>

이 두 안은 인터넷을 통한 선거운동을 상시 가능하도록 하는 취지는 동일하지만, 1안의 경우 공선법 제93조 제1항을 개정함으로써 공선법 전반의 규제에서 탈피시키는 것을 추구하고 있는 반면, 2안의 경우 사전선거운동 규제에서만 탈피시키는 것을 지향하고 있다는 차이점이 존재한다. 또 SNS 개념을 직접 범상에 등장시키지 않은 점은 동일하

23) <표 2> 1안의 주요내용

현행	개정안
第93條(脫法方法에 의한 文書·圖畫의 배부·게시 등 금지) ①누구든지...게시할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 그러하지 아니하다. 1.·2. (생략) <신설>	第93條(脫法方法에 의한 文書·圖畫의 배부·게시 등 금지) ① (현행과 같음) 1.·2. (현행과 같음) 3. 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호에 따른 정보통신망을 이용한 인터넷상에서의 의사표현 행위(다만, 문자 발송은 이 법 제60조의3제1항에 따르도록 한다)

24) <표 3> 2안의 주요내용

현행	개정안
第59條(選舉運動期間) 選舉運動은 후보자등록마감일의 다음날부터 選舉日前日까지에 한하여 이를 할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. 1. (생략) <신설> 3. 후보자, 후보자가 되고자 하는 자가 자신이 개설한 인터넷 홈페이지를 이용하여 선거운동을 하는 경우	第59條(選舉運動期間) (현행과 같음) 1. (현행과 같음) 2. 제82조의4제1항에 따른 인터넷소통서비스를 이용하여 선거운동을 하는 경우 <삭제>
제82조의4(정보통신망을 이용한 선거운동) ① 선거운동을 할 수 있는 자는 선거운동기간 중에 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호에 따른 정보통신망(이하 “정보통신망”이라 한다)을 이용하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법으로 선거운동을 할 수 있다.	제82조의4(정보통신망을 이용한 선거운동) ① 선거운동을 할 수 있는 자는 언제든지 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등 그 밖에 이와 유사한 방법으로 인터넷에서 소통을 도와주는 서비스(이하 이 장에서 “인터넷소통서비스”라 한다)를 이용하여 선거운동을 할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법으로 선거운동을 하는 경우에는 선거운동기간 중에만 할 수 있다.

지만, 1안의 경우 기존의 인터넷상 의사표현 행위에 이를 포함시켜 규율한 반면, 2안의 경우 기존 인터넷 매체와 SNS를 통합하여 ‘인터넷소통서비스’라는 용어를 사용하여 규율한 점에서 차이를 보이고 있다.

## (2) 외국의 입법례

선거운동 규제에 관한 문헌들에서 항상 지적하듯이, 일본<sup>25)</sup>과 우리나라를 제외한 다른 나라의 선거법제는 영미법계이든 대륙법계이든 그 매체를 불문하고 선거운동의 자유를 조금이라도 더 보장하려는 방향으로 입법화되어 있다.

미국의 경우 선거운동 기간이나 방법을 규제하지 않고 선거비용만을 규제하고 있다. 이에 따라 자연스럽게 인터넷을 이용한 선거운동이 보편화되어 있어 ‘유튜브’ 등이 선거결과에 큰 영향력을 행사하고 있다. 영국의 경우도 인터넷 매체에 대해서는 별다른 규제조항을 가지고 있지 않으며, 프랑스의 경우도 선거운동기간은 정해져 있지만 인터넷을 영상커뮤니케이션매체와 인쇄매체의 중간범주로 분류하고 있다. 독일의 경우 인터넷을 이용한 선거운동에 있어서는 미디어서비스국가협정에서 공정한 정보제공을 의무화하고 있고 인터넷을 비롯한 유사방송매체도 방송, 인쇄매체의 범주에 포함시키고 있기는 하나, 이는 정치 영역에 인터넷이 이용되기 시작한 것이 상대적으로 더디기 때문에 나타난 현상에 불과하다. 실제로 선거운동의 기간, 방법에 대해 특별히 법적 규제를 가하지 않고 있고, 정당간의 협정을 통해 자율적으로 규제하고 있다(중앙선거관리위원회 2005, 260-353).

이처럼 인터넷에 대해서는 선거운동 규제로부터 자유로운 나라가 많기 때문에, 2008년 미국 대선에서 이미 SNS 선거운동이 본격화되어, 2010년 영국 총선에서는 정점에 이르는 등 SNS를 활용한 정치적 의사표현이 활발히 이루어지고 있으며, 이는 바람직한 선거 문화 조성에도 기여하고 있다. 주요 정당들이 이용하기 쉽고 다양한 SNS와 연결될 수 있는 플랫폼들을 개발함으로써 시민의 참여와 정치에의 관심 및 대표성 강화를 위해 노력하는 모습을 보이기 시작했다.

이러한 외국의 사례들은 오늘날 우리나라의 상황에 주는 시사점이 크다. 서구에서 SNS 선거운동에 대해 탈규제를 채택한 배경 두 가지가, 최근의 우리나라에서도 그대로 나타나고 있기 때문이다. 그 배경이라 함은, 첫째, 정부 차원에서 미국의 시티즌 서비스,

25) 일본의 선거운동 규제입법 연원과 우리나라 법제로의 유입에 관해서는 송석윤(2005, 28-53) 참조. 다만, 일본도 최근에는 선거법상의 규제-특히 언론을 통한 선거운동 규제-가 완화되는 형태로 발전하고 있다. 김정기(1992, 42)는 일본의 경우 법적으로나 관행적으로 폐쇄적인 규제에서 벗어났는데도 불구하고, 우리나라 선거법상의 규제는 여전히 한 세대 전 일본의 구공직선거법을 모델로 하고 있어 선거와 같은 중요한 정치참여와 관련해 정치 정보의 공개시장 원칙이 파행적으로 역행되고 있음을 지적한다.

영국의 넘버 10, 덴마크의 디지털 라이저 등과 같은 개방적 플랫폼의 인터넷 서비스를 제공하게 된 것(Davy 2010; Hinsliff 2010), 그리고 둘째, 정당 차원에서 -단순한 정보제공 차원을 넘어- 지지자를 결집하는 커뮤니티와 이들을 연결하는 교량자본(bridging capital)을 형성하는 수단으로 SNS를 활용하게 된 것(Putnam 2009, 23)을 일컫는다. 그런데 최근 우리나라에서도 정책제안이나 민원처리에 있어 세계적 수준의 전자 정부 서비스가 구축되었고(조희정 2010, 34), 정당을 중심으로 한 SNS 네트워크가 실제 선거에 영향을 미친다는 실증적 연구 결과도 나오고 있다(장덕진 2011, 80-107). 그만큼 SNS 선거운동을 둘러싼 환경들이 다른 나라와 유사하게 흘러가고 있다는 것이다. 따라서 규제체계에 있어서도 이들 사례를 적극적으로 수용할 필요가 있다는 주장이, 보다 힘을 얻고 있는 실정이다.

### 3) 구체적인 개선방안

장기적 관점에서는 미국의 예처럼 SNS를 이용한 선거운동 규제는 모두 철폐함이 옳을 수 있으나 앞서 언급한 바와 같이, 현재 우리나라의 사회적 상황에서는 급격한 탈규제는 수용하기 어려울 것이다. 따라서 프랑스처럼 영상매체와 인쇄매체 중간범주로 분류하는 등 그 매체적 특성을 파악하여 나름의 독자적인 규율체계를 만드는 것이 바람직하다. 같은 맥락에서, 현재 발의되어 있는 2개의 안 중 공선법상의 모든 규제를 철폐하는 1안보다는 2안의 현실화 가능성이 좀더 크다고 할 것이다. 그러나 2안도 SNS를 규율하는 조항과 관련해서는 그 명칭만이 ‘인터넷소통서비스’로 바뀌었을 뿐, 기존의 인터넷 매체들과 동일한 조항이 적용된다는 한계점을 가지고 있다.

권현영(2011)이 지적한 바와 같이, SNS는 과도한 개별성과 즉시성 때문에 블로그나 미니홈피로 대변되는 기존의 인터넷 기반 1인 미디어와는 또 다른 미디어로 보아야 한다. SNS는 마치 일상 대화를 나누는 것과 같이 쌍방향 소통이 즉각적으로 이루어지는 데다가, -작성자의 의사와는 관계없이- 작성된 글을 접한 사람의 의사에 따라 순식간에 작성자의 의견이 전 세계의 사람들에게 공유되는 시스템을 갖추고 있기 때문이다. 따라서 이를 인터넷 매체에 적용되는 현행 규정에 포함시켜 그대로 규율하기에는 무리가 있다고 하겠다.

결국 SNS만을 규율하는 별도의 조항이 마련되어야 한다는 것인데, 그렇다면 이러한 조항들은 서두에서부터 언급했다시피 기존의 ‘공급자 중심적 관점’을 벗어난 ‘사용자 중심적 관점’을 취해야 할 것이다. 이는 다시 말해, SNS에 대한 정부 주도의 직접적인 생산 규제를 할 것이 아니라, 사용자들의 자율적인 소비 규제를 해야 한다는 것이고,<sup>26)</sup> 정보의 신뢰성을 높이려는 자율적 규제와 사회적 감시 등의 부작용을 막기 위한 노력을

하도록 하여 바람직한 선거문화를 정착시키는 방향으로 규제가 이루어져야 한다는 것을 의미한다. 그 대표적인 방안으로 선거관리위원회에서 -불법 선거운동 정보를 규정하여 이를 감시할 것이 아니라- 모범 선거운동 정보를 선별하여 이를 작성한 자에게 표창 등 일정한 보상을 한다든지, 그 자가 후보자라면 선거운동 기간 중에 이를 공표하여 그에 대한 긍정적인 정보가 될 수 있도록 한다든지 하는 방식을 생각해 볼 수 있다.

또 현행 규정상으로는 SNS 선거운동을 규율하는 조직으로 '사이버선거부정감시단'(공선법 제10조의3)만이 존재하는데, 이 기구는 사이버 공간에서 이루어지는 모든 행위에 대해 포괄적으로 규율하도록 되어 있어 전문성이나 시간·비용의 측면에서 한계점이 있을 수밖에 없으므로, SNS 관련 전문기구를 새로이 창설할 필요가 있다고 하겠다. 좀 더 넓게 바라보면, 휴대전화 문자메시지에서 UCC, 그리고 SNS에 이르기까지, 기술이 발전함에 따라 선거운동에 활용될 수 있는 새로운 매체들이 끊임없이 도입되고 있는 현실을 직시해 보았을 때, 새로운 매체가 선거운동에 활용되기 전에 한 발 앞서 그 매체의 특성 및 영향력에 대해 파악해 보는, 뉴미디어 연구 분과를 마련할 필요성도 함께 제기된다고 할 것이다. 이 때 기존의 선거운동 감시 기구와 중복 심사하는 경우가 생기지 않도록 규율 범위에 있어서 조정을 행해야 할 것은 물론이다.

## V. 맺음말

그동안 공선법이 기술의 발달을 적극 수용하여 법제화한 것은 매우 발전적인 변화로 평가할 수 있다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 현행 공선법상의 규제는 인터넷 매체의 특수성을 제대로 반영하지 못한 과도한 것으로, 이러한 법제는 오히려 인터넷을 이용한 선거운동이 지니는 가능성, 즉, 대의제 민주주의의 단점을 보완하고 참여민주주의의 실현에 기여할 수 있다는 긍정적인 기능을 축소시키고 있는 것이라 할 수 있다. 또한 SNS를 이용한 선거 운동의 규제 역시, 시기적절한 입법이 이루어지지 않은 상태에서 기존 매체의 규제에 편입되어 이루어짐에 따라, 매체의 특성에 전혀 부합하지 않는 과도한 규율이 이루어지고 있는 실정이다. 규율 대상인 현실을 적실성 있게 반영하지 못한 법제의 입안은 가장 심각하고 근본적인 문제들을 초래하게 되므로, 정치적 의사형성의 수단으로서 기능하여 속의 민주주의(deliberate democracy)를 구현하는 도구가 될 수 있는 인터넷 매체의 순기능을 보장하는 방향으로 현행 법제를 변화시킬 필요성이 절실한 상황이라고 하겠다(조소영 2007, 58).

26) 앞서 언급한 바와 같이, SNS의 유통 규제는 불가능에 가까워 현실성이 떨어지므로, 논외로 하였다.

앞서 꾸준히 언급한 바와 같이, 민주주의의 정치적 도구로서 인터넷 매체가 제 역할을 수행하며 발전하기 위해서는, 원칙적으로 이를 이용한 정치적 표현행위들을 자유롭게 허용하되, 예외적으로 부정부패한 선거 운동 행위를 억제하고 축소하기 위해 꼭 필요한 경우에만 제한하여야 할 것이다(조소영 2007, 58). 인터넷상의 네트워크 구조는 정형화된 실체가 있는 것이 아니라라는 점에서(이호규 2004, 71)<sup>27)</sup>, 또 인터넷상의 의사표시에 대해서는 다른 의견을 가진 네티즌들의 즉각적 대응이 가능하다는 점에서, 규제보다는 조정(coordination)이 원활히 이루어질 수 있도록 하는 제도적 장치를 마련하는 것이 바람직하기 때문이다. 제도규제모델을 채택하고 있는 우리나라와 달리 대다수 나라의 경우에는 그동안 자율규제의 효율성 강화방안을 고민해 왔다는 점 역시 맥락을 같이 한다.<sup>28)</sup>

결국 인터넷 매체 자체가 본질적으로 무정부적인 특징을 가지고 있다는 점, 그리고 입법이나 중앙선관위 지침을 통한 규제는 기술의 변화 속도와 규제안 사이의 괴리를 해결하는 데에 한계가 있을 수밖에 없다는 점을 고려할 때, 선거운동에 있어서 궁극적으로 바람직한 규제는 정부의 몫이 아니라 시민의 몫이라고 해야 할 것이다. 따라서 현행의 규제 입법은, 인터넷 매체 이용자들의 자율적 규제가 가능하도록 하는 최소한의 제도적 장치만을 존속시키는 입법으로 개선되는 것이 타당하다고 할 수 있다. 물론 이러한 변화의 기반으로 가장 절실히 요구되는 것은, 인터넷 시대에서 소통과 이해를 통한 자율적 문제 해결이 성공할 수 있도록 인터넷 이용자들 상호간의 협력 태도를 시대의 ‘문화’로서 정립해나가야 된다는 점일 것이다.

27) 규제는 개인과 조직들에게 강제적으로 행위를 요구 또는 금지하는 것이라면, 제도적 장치는 개인들 혹은 조직들이 독립적·자율적으로 서로 거래하는 규칙들을 의미한다.

28) 대표적으로 캐나다 대법원은 1998.5.29. “사회과학적으로 캐나다 유권자들이 여론조사자나 그 결과를 공표하는 미디어에 영향을 받는다는 사실은 입증되지 않았다. 오히려 캐나다 유권자들은 경험으로부터 터득하고 선거정보의 특정 소스의 가치를 독자적으로 판단할 수 있는 합리적인 시민이라고 가정하여야만 할 것이다. ...유권자들은 선거기간 중 항상 여론조사결과를 알 수 있고, 부정확한 어느 특정 여론조사결과는 곧바로 감지되어 적절히 무시될 것이다.”라고 하여 선거여론조사결과공표금지기간을 선거일 전 3일로 한 규정조차 위헌으로 선언한 적이 있다. 헌법 원리상으로는 선거운동의 자유에 우월한 효력을 인정하면서도 실제로는 선거의 공정성 등을 이유로 선거법상의 광범위한 제한을 모두 합헌으로 보고 있는 우리 헌법재판소의 태도와 대조되는 입장이라고 할 수 있다(김래영 2010, 28).

참고문헌

- 주승희. 2007. 『불법 선거 UCC의 규제 현황 및 실효적 대응방안 연구』. 서울: 한국형 사정책연구원.
- 중앙선거관리위원회. 2005. 『외국의 선거제도 비교분석집』. 서울: 중앙선거관리위원회.
- \_\_\_\_\_. 2007. 『선거 UCC 운용기준』. 서울: 중앙선거관리위원회.
- \_\_\_\_\_. 2010. 『공직선거법상 트위터에 대하여』. 서울: 중앙선거관리위원회.
- Putnam, Robert D. 2000. Bowling alone : the collapse and revival of American community. New York : Simon & Schuster.
- 강경근. 2004. “인터넷언론의 선거보도와 법적·제도적 쟁점.” 『언론과 법』 3-1. 7-35.
- 권현영. 2011. “인터넷상의 표현행위에 대한 ISP의 책임범위 및 한계.” 한국언론법학회 학술세미나. 9월.
- 김래영. 2010. “공직선거법상 표현행위 규제법리에 대한 헌법적 검토.” 『언론중재』 30-2. 8-29.
- 김정기. 1992. “일본 공직선거법과 정치언론에 관한 소고.” 한국언론학회 <쟁점과 토론> 포럼. 3월.
- 김종철. 2009. “공직선거법상 인터넷언론규제에 대한 비판적 고찰.” 『언론과 법』 8-2. 1-27.
- 문재완. 2005. “익명 표현의 자유에 관한 연구.” 『언론과 법』 4-2. 135-167.
- 박종보. 2010. “사회 변화와 헌법재판소의 역할: 선거운동 규제를 중심으로.” 『저스티스』 121. 211-229.
- 송석윤. 2005. “선거운동 규제입법의 연원 :1925년 일본 보통선거법의 성립과 한국 분단체제에의 유입.” 『서울대학교 법학연구』 46-4. 28-53.
- 안명규. 2005. 인터넷 선거보도 심의제도에 관한 시론적 고찰-제도적 문제점과 공정성 적용의 한계에 관하여.” 한국언론학회 봄철정기학술대회. 서울. 5월.
- \_\_\_\_\_. 2009. “인터넷선거보도 심의의 현실과 법제에 관한 고찰.” 『언론과 법』 8-2. 49-82.
- 이동훈 외. 2009. “인터넷 선거 캠페인 관련 개인미디어 규제법률의 문제점 연구.” 『사이버커뮤니케이션학보』 26-3. 159-200.
- 이호규. 2004. “공공재와 사유재산, 시장과 공동체의 조화 가능성.” 『여의도 저널』 5. 70-91.
- 장덕진. 2011. “트위터 공간의 한국 정치 : 정치인 네트워크와 유권자 네트워크.” 『언론정보연구』 48-2. 80-107.

- 조소영. 2007. “공직선거법상 인터넷 관련 규제에 대한 헌법적 검토.” 『세계헌법연구』 13-1. 41-64.
- \_\_\_\_\_. 2011. “인터넷 실명제의 의의와 한계.” 한국언론법학회 학술세미나. 서울. 9월.
- 조희정. 2010. “SNS를 통한 정치적 표현행위에 대한 규제의 개선방향.” 『언론중재』 30-2. 30-44.
- 최민재. 2010. “선거콘텐츠로서 동영상 UCC의 미래.” 『언론중재』 30-2. 45-56.
- 황성기. 2008. “인터넷실명제에 관한 헌법학적 연구.” 『한양논총』 25-1. 7-37.
- \_\_\_\_\_. 2010. “인터넷과 선거운동.” 『언론과 법』 9-1. 177-229.
- 송창현. 2011. “‘트위터 이어 페이스북마저’…SNS 과잉 규제.” 『뉴시스』 . 4-26.
- 양원보. 2010. “국민청구인단, 선거법 93조 헌법소원 제기.” 『세계일보』 . 3-25
- 이정훈. 2010. “정동영, ‘트위터 선거운동 규제’ 헌법소원.” 『연합뉴스』 . 3-25.
- 황의영. 2010. “정동영 등 국민 청구인단, ‘트위터 제한 선거법’ 헌법소원.” 『뉴시스』 . 3-25.
- Davy, Steven. 2010. “How Technology Changed American Politics in the Internet Age.” MediaShift. 4-6.
- Hinsliff, Gaby. 2010. “Web 2.0 : the new election superweapon.” The Guardian. 4-11.
- 헌법재판소 1998.4.30.선고, 95헌가16 결정.
- 헌법재판소 2002.6.27.선고, 99헌마480 결정.
- 헌법재판소 2007.12.27.선고, 2004헌마218 결정.
- 헌법재판소 2009.5.28.선고, 2007헌마24 결정.
- 헌법재판소 2009.7.30.선고, 2007헌마718 결정.
- 헌법재판소 2010.2.25.선고, 2008헌마324 · 2009헌마31(병합) 결정.
- 대법원 2010.6.24.선고, 2010도3935 판결.
- 부산지방법원 2010.7.6.선고, 2010고합293 판결.
- 전주지방법원 2011.5.3.선고, 2010고합234 판결.
- 광주고등법원 2011.7.5.선고, 2011노84 판결.

### 〈국문초록〉

「공직선거법」(이하 ‘공선법’)은 ‘선거의 공정성’을 이유로 매체 이용 선거운동을 일정 정도 제한하고 있다. 그러나 기존 매체와 다른 특성을 지닌 인터넷에까지 이러한 규율을 그대로 적용하는 것이 타당한지, 표현의 자유와 참여 민주주의의 관점에서 의문이 제기되고 있다. 특히 최근에는 SNS가 새로운 매체로 등장하면서 이에 대한 상세한 논의 역시 필요한 실정이다.

우선 인터넷 매체 일반을 규율하는 공선법 조항들의 문제점을 지적해 보면 다음과 같다. 첫째, ‘인터넷 언론사’의 개념이 명확성 원칙에 반하며, 일반인들의 정치적 표현의 자유까지 과도히 제한한다. 둘째, ‘실명확인제’는 불법행위를 하는 소수 때문에 다수의 익명 표현의 자유를 침해한다는 문제가 있다. 셋째, ‘선거 UCC물’에 대해 중앙선거관리위원회(이하 ‘중앙선관위’)의 지침이 마련되어 있으나, UCC의 정의가 너무 포괄적이고, 동영상 포털사이트를 인터넷 언론사와 동일시하며, 외국 업체에 대한 규율의 실효성이 없다는 비판이 제기된다. 넷째, 공선법 제82조의 4 제1항과 제93조 제1항 상호간에 체계부정합성이 존재하여 해석 및 적용에 혼란을 야기하고 있다.

이러한 문제점들은 인터넷 등장 초기에 마련된 조항들이 현재까지 지속되고 있어 발생한 것이므로, 최근의 특성을 고려하여 개선방향을 설정할 필요가 있다. 따라서 ‘인터넷 언론사’에 포함되는 여러 사이트들은 유형별로 세분화하여야 하며, 후보자와 일반인에 적용되는 조항들도 구분하여야 한다. 또 실명계시판과 익명계시판을 별도 운영할 필요가 있으며, ‘UCC물’ 역시 여러 층위로 분류한 입법이 이루어져야 한다. 체계부정합적 조항들은 개정 전까지 적용에 신중을 기해야 한다.

한편 SNS를 이용한 선거운동에 대해서는 현행법상 규정이 없어 중앙선관위의 지침으로 규율이 이루어지고 있다. 이 지침이 배포된 이래 SNS 선거운동은 현격히 줄었으며, 벌금형의 판결도 2차례 내려졌다. 그러나 이 지침에 대해서는 적절한 입법조치가 흠결된 점, 국경과 연령 기준의 기존 규제를 적용하기 어려운 점, 단순한 의견개진과 선거운동의 구별이 모호한 점, ‘전자우편’과는 차이가 있는 SNS의 매체적 특성을 제대로 파악하지 못한 점 등이 문제점으로 지적된다.

이처럼 SNS 선거운동은 그 규제가 거의 불가능하다고 할 것인데, 오히려 이러한 규제를 철폐하는 것이 ‘기회균형성, 투명성, 저비용성’이라는 SNS의 특성상 ‘선거의 공정성’ 이념에도 부합하는 것이라 할 수 있다. 따라서 장기적 관점에서는 대다수 나라처럼 SNS 선거운동에 대한 규제를 완전히 철폐해야 한다. 다만 이는 급격히 이루어지기 힘든 바, 기존 매체와 구별되는 일상대화적 속성과 사용자 중심적 속성을 고려한 규제방안을 모색해 보는 것이 현실적일 것이다. 이 점에서 현재 발의된 공선법 개정의안에 따르기 보다는, 바람직한 선거문화를 정착시킬 수 있는 자율적 규제 방식을 택하는 것이 옳다고 할 수 있다. 또한 최근 들어

새로운 미디어가 끊임없이 창출되고 있으므로, 이에 대비한 연구 분과와 SNS를 전담하는 기구의 창설 역시 필요하다고 하겠다.

**주제어** : 공직선거법, 인터넷과 선거, 선거운동 규제, SNS(소셜네트워크서비스), 정치적 표현의 자유, 중앙선거관리위원회  
Public Official Election Act, internet and election, election campaign regulation, SNS(Social Network Service), political freedom of expression, National Election Commission