

02

선거보도에서의 표현의 자유

— 공직후보자 언론활동에 관한
최근 위헌결정례를 포함하여

손형섭 경성대 법정대학 교수



출처: 헌법재판소 안내 책자

1. 후보자의 언론 활동에 대한 규제와 자유

공직선거법은 선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하는 법으로(동법 제1조), 언론보도의 공정성 확보를 위한 선거 보도 심의기구를 제도화하여 선거기사심의위원회, 선거방송심의위원회, 인터넷선거보도심의위원회가 심의 기능을 수행하고 있다.¹⁾ 인터넷선거보도심의위원회는 공직선거법에 따라 설치되어 정당 및 후보자의 선거보도에 의한 피해를 구제하고 인터넷언론의 공정한 선거보도를 유도하는 역할을 하고 있다.²⁾ 2004년 3월 12일 창설된 인터넷선거보도심의위원회는 제17대 국회의원 선거를 시작으로 지금까지 16년 동안 활동해 왔다.³⁾

2019년 11월 28일 헌법재판소는 인터넷언론사에 대해 공직선거 후보자 명의의 칼럼 게재를 제한하는 구 '인터넷 선거보도 심의기준 등에 관한 규정' 제8조 제2항⁴⁾이 재판관 6대3의 결정으로 헌법에 위반된다고 결정했다. 현재는 해당 조항은 선거일 전 90일부터 선거일까지 개별 선거보도(칼럼)가 불공정하지 구체적으로 판단하지도 않은 채 일률적으로 불공정한 보도라고 간주, 선거 공정성을 해치지 않는 보도까지 광범위하게 제한할 수 있다고 지적했다. 그리고 이러한 표현의 자유 제한으로 인해 달성되는 공익 수준은 그리 높지 않다고 평가했다.

그동안은 이 규정에 따라 선거일 전 90일부터 선거일까지 공직선거후보자 명의의 칼럼 게재가 원칙적으로 불가능했는데, 현재 결정으로 인터넷언론에 게재되는 후보자 명의의 칼럼은 구체적인 판단을 거쳐 허용하게 되었다. 이 위헌결정은 선거와 표현의 자유에 관한 헌법재판소의 입장을 보여주는 사례이다. 다수의견과 소수의견 그리고 보충의견까지 제시된 사건으로 헌법재판소 재판관들 사이에서도 견해가 갈렸다. 인용의견 6인, 반대의견 3인으로 양측 모두 타당성이 있는 논거가 있었고, 선거규제에 있어서 이론적인 면과 현실적인 측면을 어느 정도로 고려할 것인지에 따라 의견이 달라졌다고 볼 수 있다.⁵⁾

1) 이화행 (2015). 선거보도 심의기구의 역할에 대한 탐색적 연구: 인터넷선거보도심의위원회를 중심으로. <지역과 커뮤니케이션>, 19(3), 170.

2) 앞의 이화행 (2015), 175.

3) 인터넷선거보도심의위원회 (<http://www.iendc.go.kr/introduction/introduction02.php>)

4) 헌법재판소에서 위헌으로 결정한 대상 규정(인터넷선거보도 심의기준 등에 관한 규정 제8조 제2항)은 "인터넷언론사는 선거일 전 90일부터 선거일까지 후보자 명의의 칼럼, 논평, 기고문, 저술 등을 게재하여서는 아니 된다."는 것이다. 그런데 이 규정(제8조 제2항)은 2017. 12. 8. 개정된 것으로 개정 전에는 "인터넷언론사는 선거일 전 90일부터 선거일까지 후보자명의의 칼럼이나 저술을 게재하는 보도를 하여서는 아니 된다. 다만, 선거일 전 180일 전부터 계속 연재하였고 후보자의 명이가 드러나지 않는 저술의 경우에는 그러하지 아니하다."라고 규정되어있었다. 현재에서 위헌으로 결정한 대상 부분은 개정 전 제8조 제2항 본문과 개정 후 제8조 제2항으로서 개정 전 제8조 제2항 본문에 관하여는 구 '인터넷 선거보도 심의기준 등에 관한 규정'이라고 표시했고 개정 후 제8조 제2항은 '인터넷 선거보도 심의기준 등에 관한 규정'이라고 표시했다. 그런데 현재 결정 이후인 2019. 12. 30. 해당 규정 제8조 제2항은 "인터넷언론사는 선거일 전 90일부터 선거일까지 특정 정당이나 후보자에게 유리 또는 불리한 영향을 미칠 수 있는 후보자 명의의 칼럼, 논평, 기고문, 저술 등을 게재하여서는 아니 된다."라고 다시 개정되었다. 그러므로 현재는 2017. 12. 8. 개정된 제8조 제2항 역시 구(舊) 규정이 되었으므로 구 '인터넷 선거보도 심의기준 등에 관한 규정'이라고 표기한다.

5) 전학선 (2019, 12, 30). 공직선거에서 인터넷언론을 이용한 표현의 자유 확대. <법률신문>. URL: <https://m.lawtimes.co.kr/Content/Opinion?serial=158447>

이 글에서 필자는 해당 위헌 결정례 및 관련 판례 분석을 통해 '선거와 표현의 자유'에 관한 의미를 다시 생각해보고자 한다. 구체적으로는 인터넷선거보도심의기준규정 위헌 결정의 내용과 주요 판단기준, 법정의견과 소수의견의 주요 내용, 선거 관련 표현의 자유에 대한 규제가 일반 표현의 자유와 달리 접근되어야 하는 이유 등을 검토한다. 또한 이 사건에 나타난 선거 공정성과 표현의 자유의 충돌에 대한 헌법재판소의 입장을 비판적으로 해석하고 의견을 제시하고자 한다.

2. 선거에 임박한 후보자 칼럼 등에 대한 규제

가 사건 개요

인터넷언론사 <허핑턴포스트 코리아>는 저명인사인 하승수 변호사에게 블로그를 개설하게 하여 기사를 생산하고 있었는데, 하 변호사는 녹색당의 공동 운영위원장으로, 해당 블로그 활동을 하다가 2016년 1월 11일 제20대 국회의원선거에 출마하기 위해 모 선거구에 예비후보로 등록했다. 인터넷선거보도심의위원회는 하 변호사 명의의 2016년 1월 20일자 및 29일자 칼럼이 선거일 전 90일부터 제한하고 있는 후보자 명의의 칼럼을 게재한 것에 해당해 공직선거법 제8조의5(인터넷선거보도심의위원회)⁶⁾와 구 '인터넷선거보도 심의기준 등에 관한 규정' 제8조 제2항⁷⁾을 위반하였다는 이유로 청구인에게 공정보도 협조요청을 했다. 인터넷선거보도심의위원회가 하 변호사의 2016년 4·13 총선 출마를 이유로, <허핑턴포스트 코리아> 측에 칼럼 게재를 중단하도록 통보했기 때문에, 결국 하 변호사는 칼럼 연재를 중단했다. 이후 청구인인 하 변호사는 위와 같은 인터넷언론사에 후보자 명의의 칼럼 등을 제한한 공직선거법 제8조의5 제6항 및 구 '인터넷선거보도 심의기준 등에 관한 규정' 제8조 제2항이 청구인의 표현의 자유를 침해한다고 주장하며, 2016년 2월 2일 이 사건 헌법소원을 낸 것이다.⁸⁾

2019년 11월 28일 현재는 구 '인터넷선거보도 심의기준 등에 관한 규정'⁹⁾ 제8조 제2항 본문(2017년 개정 이전 규정) 및 구 '인터넷선거보도 심의기준 등에

6) 공직선거법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제8조의5(인터넷선거보도심의위원회) ⑥ 인터넷선거보도심의위원회는 인터넷 선거보도의 정치적 중립성·형평성·객관성 및 권리구제 기타 선거보도의 공정을 보장하기 위하여 필요한 사항을 정하여 이를 공표하여야 한다.

7) 구 '인터넷선거보도 심의기준 등에 관한 규정'(2017. 12. 8. 인터넷선거보도심의위원회 훈령 제10호로 개정된 것) 제8조(시기에 따른 특별제한) ② 인터넷언론사는 선거일 전 90일부터 선거일까지 후보자 명의의 칼럼, 논평, 기고문, 저술 등을 게재하여서는 아니 된다.

8) 녹색당 홈페이지 입장문 (2019. 11. 28). [논평] 녹색당이 제기한 헌법소원에 대한 현재의 위헌결정을 환영한다.

9) 2011. 12. 23. 인터넷선거보도심의위원회 훈령 제9호로 제정되고, 2017. 12. 8. 인터넷선거보도심의위원회 훈령 제10호로 개정되기 전의 것.



관한 규정¹⁰⁾ 제8조 제2항(2017년 개정 규정)이 후보자 명의의 칼럼, 논평, 기고문, 저술 등의 게재를 제한하는 것이 헌법에 위반된다고 결정했다.

심판의 대상이 된 인터넷선거보도심의위원회 훈령인 심의 기준은 “인터넷언론사는 선거일 전 90일부터 후보자 명의의 칼럼이나 저술을 게재하는 보도를 해서는 안 된다”고 규정하고 있었다. 현재는 “공직선거에 언론기관이 미치는 영향력이 크기 때문에 선거보도에 대한 규율이 필요하다는 점을 인정하면서도 관련 제도가 선거보도의 자유를 폭넓게 보장하면서 선거보도의 공정성도 보장하는 방식으로 조화를 이루도록 형성되어 있는 점을 중요하게 고려한 결정”이라고 설명했다.¹¹⁾

나 다수의견

이 사건 시기제한조항으로 인하여 청구인이 인터넷언론사에 청구인 명의의 칼럼 등을 게재하는 데 제한을 받게 되었으므로, 이 조항은 청구인의 표현의 자유를 제한한다. 따라서 이 사건의 쟁점은 이 사건 시기제한조항이 법률유보원칙과 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 표현의 자유를 침해하는지 여부이다. 다음은 결정문에 나타난 다수의견을 요약한 것이다.

10) 2017. 12. 8. 인터넷선거보도심의위원회 훈령 제10호로 개정된 것.

11) 박수연 (2019. 11. 28). 선거 前 90일간 후보자 인터넷언론사 칼럼 게재 금지는 위헌. <법률신문>. URL: <https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=157635>



1) 법률유보원칙 위반 여부

공직선거법 조항은 “인터넷선거보도심의위원회는 인터넷 선거보도의 정치적 중립성·형평성·객관성 및 권리구제, 기타 선거보도의 공정을 보장하기 위하여 필요한 사항을 정하여 이를 공표하여야 한다”라고 규정하여 이 사건 심의위원회가 인터넷 선거보도의 공정을 보장하기 위하여 필요한 사항에 대해 직접 정하도록 위임하고 있다. 또한 공직선거법 제8조의5 제9항은 “인터넷선거보도심의위원회의 구성·운영, 위원 및 상임위원의 대우, 사무국의 조직·직무범위, 기타 필요한 사항은 중앙선거관리위원회규칙으로 정한다”고 규정하고 있고, 이에 따라 이 사건 심의위원회 규칙 제17조는 “선거보도의 심의는 관련 법규 및 심의위원회가 정하는 심의기준 등에 따른다”고 규정하고 있다. 따라서 이 사건 시기제한조항은 위와 같은 공직선거법과 이 사건 심의위원회 규칙 조항의 위임에 따라 제정된 것으로서 법률에 근거를 두고 있다. 공직선거법은 선거일 전 90일을 기준으로 다양한 규제를 부과하고 있다. 그러므로 이 사건 시기제한조항은 법률유보원칙에 반하여 청구인의 표현의 자유를 침해하지 않는다.

2) 과잉금지원칙 위반 여부

공직선거법은 언론기관이 선거에 부당한 영향을 미치는 것을 방지하기 위하여 다양한 행위를 금지하고 이를 위반하는 경우 처벌하는 규정을 두고 있으며, 언론기관이 해당 매체나 그 영향력을 이용하여 선거운동에 나서거나 선거에 개입하는 행위를 할 경우 그 행위 태양에 따라 다수의 규정에 따라 처벌될 수 있다. 나아가 인터넷언론사가 불공정한 선거보도를 한다면 결국 독자로부터 외면받아 퇴출당할 수밖에 없다. 인터넷의 특성상 독자들은 수동적으로 인터넷 선거보도를 받아들이는 데 그치지 않고 적극적으로 기사를 선택하여 읽고 판단하며 반응하고, 매체 자체의 잘못된 보도에 대한 반론과 토론·교정이 이루어질 수 있다.¹²⁾ 따라서 이 사건 시기제한조항에 따라 표현의 자유를 제한하는 방법을 사용하지 않더라도 다른 법적 규제 등을 통해 입법목적을 충분히 달성할 수 있다. 그러므로 이 사건 시기제한조항은 침해의 최소성원칙에 반한다.¹³⁾

이 사건 심의위원회가 제20대 국회의원선거에 관한 인터넷 선거보도에 대해 조치를 명한 사례 중 약 30%가 이 사건 시기제한조항 위반을 이유로 한 것으로 가장 큰 비중을 차지하고 있다. 그러므로 이 사건 시기제한조항으로 인해 발생하는 기본권제한이 이 사건 시기제한조항이 달성하고자 하는 공익보다 더 크다고 할 것이므로, 이 사건 시기제한조항은 법익의 균형성원칙에도 반한다.¹⁴⁾

다 반대의견¹⁵⁾

선거에 관한 국민의 여론이 구체적으로 형성되고 투표권 행사가 이루어지는 매우 민감한 시기인 선거일 전 90일부터 선거일까지의 기간 동안에는 인터넷언론에 후보자 명의의 칼럼이나 저술 등의 게재를 일률적으로 금지하여야 할 필요성이 있다. 특히 선거일에 임박할수록 이러한 불공정한 영향력은 커질 수밖에 없는데, 이를 막을 수 없다는 점에서 과연 법정외견에서 제시하는 기준으로 인터넷 선거보도의 공정성이 확보될 수 있을지 의문이다.¹⁶⁾

12) 헌재 2016. 10. 27. 2015헌마1206 등.

13) 헌재 2019. 11. 28. 2016헌마90, 공보 제278호, 1321 [위헌각하], 1329면.

14) 헌재 2019. 11. 28. 2016헌마90, 공보 제278호, 1321 [위헌각하], 1329면.

15) 재판관 이선애, 재판관 이종석, 재판관 이영진의 반대의견.

16) 헌재 2019. 11. 28. 2016헌마90, 공보 제278호, 1321 [위헌각하], 1331면.



인터넷 환경에서는 특정 성향의 인터넷언론사에서 특정 후보자의 칼럼이나 저술 등만을 게재하는 경우 그로 인하여 나타나는 후보자 간의 기회 불균등 문제를 다른 매체를 통한 게재만으로 과연 해결할 수 있는지도 의문이고, 선거를 앞둔 길지 않은 기간 내에 반론이나 토론 등과 같은 자율적인 방법에 의한 교정이 가능한지에 대해서도 의문이다.

특정 정당이나 후보자의 정견·주장·공약 등을 일방적으로 지지 또는 반대하거나 계속적·반복적으로 게재하는 보도, 특정 정당이나 후보자에게 유리 또는 불리한 영향을 미칠 수 있는 칼럼·기고 등의 반복적 보도, 선거와 관련하여 인터뷰하거나 인용함에 있어서 유권자 등의 상반된 견해나 반응을 균형 있게 다루지 않은 보도 등과 같이 이 사건 심의기준 규정에서 불공정한 보도를 규제하는 조항이 과연 후보자가 직접 작성한 칼럼이나 저술 등의 게재를 규율할 수 있는지도 의문이다. 더 나아가 위에서 본 바와 같이 후보자 명의의 칼럼이나 저술 등이 선거와 관련이 없는 것이라도 인터넷언론사를 통하여 게재된다면 불균등한 후보자 노출로 인하여 인터넷 선거보도의 불공정한 영향력의 문제를 발생시킬 수 있는데, 법정의견이 제시하고 있는 공직선거법 규정과 이 사건 심의기준 규정만으로 인터넷 선거보도에 있어서 공정성을 확보할 수 있는지에 대해서도 깊은 의문을 가지지 않을 수 없다.

“침해의 최소화”에 관해서도 이 사건 시기제한조항은 ‘인터넷언론사에 후보자 명의의 칼럼이나 저술 등을 게재하는 것을 금지하고 있을 뿐이다. 인터넷언론사가 아닌 다른 인터넷 공간, 즉, 후보자 개인이 개설한 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 칼럼이나 저술 등을 게시하는 것은 금지되지 않는

다(공직선거법 제59조). 기간의 측면에서 보더라도 ‘선거일 전 90일부터 선거일 까지의 기간 동안만 금지하고 있을 뿐이다. 선거에 관한 국민의 여론이 구체적으로 형성되고 국민의 투표권 행사가 이루어지는 매우 민감한 시기에 인터넷선거보도의 공정성을 확보하기 위해서는 인터넷언론에 후보자 명의의 칼럼과 저술 등의 게재를 일률적으로 금지하는 외에 동일한 수준으로 입법목적 달성을 할 수 있는 다른 대안을 상정하기 어렵다.

“법익의 균형성”에 대해서도, 이 사건 시기제한조항으로 인하여 후보자가 받는 제약은 선거에 민감한 영향을 줄 수 있는 일정한 기간 동안 인터넷언론사를 통하여 자신의 칼럼이나 저술 등을 게재하지 못하는 것일 뿐, 인터넷언론사가 아닌 후보자 개인의 인터넷 홈페이지 등에서는 얼마든지 시기의 제한 없이 자신의 칼럼이나 저술 등을 게재할 수 있으므로, 이 사건 시기제한조항이 달성하고자 하는 공익에 비하여 제한되는 사익이 더 크다고 보기 어렵다. 따라서 법익의 균형성 원칙에도 위배되지 않는다.

㉠ 판결의 의미와 해설

1) 최근 선거 관련 위헌 결정

최근 헌법재판소는 일련의 선거 관련 위헌 결정을 내린 바 있다. 헌법재판소는 2019년 12월 ‘광역자치단체장’ 선거의 예비후보자를 후원회지정권자에서 제외하고 있는 정치자금법 제6조 제6호 부분이 청구인들의 평등권을 침해한다는 이유로 정치자금법 제6조를 헌법불합치결정하였다.¹⁷⁾

같은 날 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제79조 제3항 제2호 중 ‘시·도지사 선거’ 부분, 같은 항 제3호 및 공직선거법 제216조 제1항에 대해서는 청구인의 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 침해한다는 이유로 잠정적용 헌법불합치결정하였다. 선거운동을 위한 확장장치를 허용할 공익적 필요성이 인정된다고 하더라도 평온한 생활환경이 보장되어야 할 주거 지역에서 사용시간과 사용지역에 따른 수인한도 내에서 확장장치의 최고출력 내지 소음 규제기준에 관한 규정을 두어야 한다는 것이다. 그럼에도 불구하고 관련 규정을 두지 않은 것은, 국민이 건강하고 쾌적하게 생활할 수 있도록 양호한 주거환경을 위하여 노력하여야 할 국가의 의무를 부과한 헌법 제35조 제

17) 해당 규정은 2021년 12월 31일을 시한으로 잠정적용되도록 했다. 헌재 2019. 12. 27. 2018헌마301 등, 공보 제279호, 227 [헌법불합치].



3항에 비추어, 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하지 않아 국가의 기본권 보호의무를 과소하게 이행한 것이라 판단했다.¹⁸⁾

2019년 5월에는, 자기 또는 특정인을 새마을금고의 임원으로 당선되게 하거나 당선되지 못하게 할 목적으로 정관으로 정하는 기간 중에 회원을 호별로 방문하는 행위 등을 한 자를 처벌하는, 새마을금고법 제85조 제3항 중 제22조 제2항 제5호에 관한 부분이 죄형법정주의에 위배된다고 위헌결정을 했다.¹⁹⁾

2018년 4월, 총장후보자에 지원하려는 사람에게 지원서 접수 시 1,000만 원의 기탁금을 납부하도록 하고, 기탁금 납입 영수증을 제출하도록 한 '전북대학교 총장임용후보자 선정에 관한 규정' 제15조 제1항 제9호 및 같은 조 제3항이 청구인의 공무담임권을 침해한다고 판단하여, 이 사건 기탁금조항에 관한 부분은 헌법에 위반된다는 이유로 위헌결정을 했다.²⁰⁾

2018년 2월, 한국철도공사 상근직원의 지위와 권한에 비추어볼 때, 특정 개인이나 정당을 위한 선거운동을 한다고 하여 그로 인한 부작용과 폐해가 일반 사기업 직원의 경우보다 크다고 보기 어려우므로, 직급이나 직무의 성격에 대한 검토 없이 일률적으로 모든 상근직원에게 선거운동을 전면적으로 금지하고 이를 위반한 경우 처벌하는 것은 선거운동의 자유를 지나치게 제한하는 것이라는 이유로 위헌결정했다.²¹⁾

18) 헌재 2019. 12. 27. 2018헌마730, 공보 제279호, 237 [한법불합치].

19) 헌재 2019. 5. 30. 2018헌가12, 판례집 31-1, 594 [위헌].

20) 헌재 2018. 4. 26. 2014헌마274, 판례집 30-1상, 647 [위헌각하].

21) 헌재 2018. 2. 22. 2015헌바24, 판례집 30-1상, 216 [위헌].

2018년 1월, 지역구 국회의원선거 예비후보자의 기탁금 반환 사유로 예비후보자가 당의 공천심사에서 탈락하고 후보자등록을 하지 않았을 경우를 규정하지 않은 공직선거법 제57조 제1항 제1호 다목 중 지역구 국회의원선거와 관련된 부분이 청구인의 재산권을 침해한다는 이유로 헌법불합치결정을 했다.²²⁾

이상과 같이 최근 내려진 일련의 결정을 보면, 헌법재판소는 선거의 자유와 의사표현의 자유 보호 및 공정성 확보를 위한 균형점을 찾기 위해 노력하고 있음을 알 수 있다.

2) 선거의 자유와 규제

우리나라는 헌법 제21조 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유에 따라 정치적 표현의 자유를 보장²³⁾하며, 평등의 원칙에 의거하여 부당한 차별로부터 보호를 받을 수 있다.²⁴⁾ 또 헌법 제116조 제1항은 “선거운동에 대한 균등한 기회 보장”을 규정하고, 동조 제2항에서 “선거에 관한 경비는 법률이 정하는 경우를 제외하고는 정당 또는 후보자에게 부담시킬 수 없다”는 선거공영제를 규정하고 있다.²⁵⁾

민주국가에서 여론의 중요성은 특별한 의미를 가진다.²⁶⁾ 국민은 선거보도를 통해 중요한 선거쟁점이나 후보자의 정책, 정치이념 등을 파악하여 선거권을 행사하게 된다. 따라서 선거보도의 자유는 민주주의를 유지·발전시키기 위한 토대가 되므로 최대한 보장되어야 한다.²⁷⁾ 입법자는 어떠한 선거보도를 불공정하다고 볼 것인지에 대해 공직선거법에 자세히 규정하기보다는, 각 선거보도심 의위원회로 하여금 세부적인 기준을 정하여 공표하도록 함으로써²⁸⁾, 선거보도의 자유를 폭넓게 보장하면서 선거보도의 공정성을 중립적인 위치에서 심의하여 교정하도록 하였다.²⁹⁾ 이러한 규정을 따라 각 심의위원회는 선거보도에 대한 심의 결과 선거보도의 내용이 공정하지 않다고 인정되는 때에는 당해 인터넷언론사에 대하여 해당 선거보도의 내용에 관한 정정보도문의 게재, 경고문 게재, 경고, 주의 등 필요한 조치를 취하도록 명하여야 한다.³⁰⁾

22) 해당 규정은 2019년 6월 30일을 시한으로 잠정적용되도록 했다. 헌재 2018. 1. 25. 2016헌마541, 판례집 30-1상, 173 [헌법불합치].

23) 미국은 수정헌법 제1조에서 이를 보장한다.

24) 손형섭 (2010), 인터넷 선거운동의 자유화에 관한 법적 연구—Condorcet의 배심정리를 적용하여 —, <세계헌법연구>, 제16권 제3호.

25) 손형섭 (2016), 선거표현의 자유와 공정성 확보를 위한 다층적 법적 대응 연구, <언론과 법>, 제15권 제2호.

26) 헌재 1995. 7. 21. 92헌마77등 참조.

27) 헌재 1995. 7. 21. 92헌마77등 참조.

28) 공직선거법 제8조의2 제4항, 제8조의3 제6항, 제8조의5 제6항

29) 헌재 2019. 11. 28. 2016헌마90, 공보 제278호, 1321 [위헌각하], 1324면.

30) 공직선거법 제8조의6 제1항, 이 사건 심의위원회 규칙 제20조 제1항.

선거와 다수결 민주주의의 상관관계에 대한 이론 중 필자가 국내에 소개한 이론으로 “Condorcet의 배심정리”가 있는데 이에 따르면 “올바른 선택을 할 수 있는 개연성 혹은 능력을 50% 이상 가진 투표자 집단이 다수가 될수록 그 집단의 판단이 올바른 선택이 될 개연성이 높아진다.” 즉, 선거운동은 ①투표를 통한 다수의 의사가 올바른 판단이 되기 위해서, 유권자에게 올바른 판단을 할 수 있는 충분한 정보를 제공하여 유권자의 올바른 선택을 할 수 있는 능력을 50% 이상으로 높이고, ②올바른 판단을 할 수 있는 유권자의 더 많은 다수가 선거에 참가하여 투표하도록 기여해야 다수결 민주주의가 정답을 찾는 절차가 될 수 있다는 것이다.³¹⁾ 따라서 다음에서는 이 사건의 법률유보원칙 위반과 과잉금지원칙 위반에 대한 판단을 이러한 관점에 따라 다시 검토해본다.

3) 훈령에 의한 표현의 자유 제한

먼저, 국민의 기본권은 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 이를 제한할 수 있다. 여기서 기본권 제한에 관한 법률유보원칙은 ‘법률에 근거한 규율’을 요청하는 것이므로, 그 형식이 반드시 법률일 필요는 없다고 하더라도 법률상의 근거는 있어야 한다. 따라서 모법의 위임범위를 벗어난 하위법령은 법률의 근거가 없는 것으로 법률유보원칙에 위반된다.³²⁾

다수의견에서도 “이 사건 공선법조항과 관련 규정은 이 사건 심의기준 규정에 규정될 내용에 대해 다소 포괄적으로 위임하고 있다.”고 인정하고 있다. 이 사건 관련 규정은 규칙³³⁾도 아니며 ‘인터넷선거보도 심의기준 등에 관한 규정’³⁴⁾으로 훈령에 해당하는 규정이다. 이 판결에서는 법률유보의 원칙에 위배되지 않는다는 결정을 내렸지만, 후보자명의 칼럼 등의 선거일 전 90일부터의 제한은 명백한 표현행위의 제한인데 이를 공직선거법에 직접 규정하지 않고 인터넷선거보도 심의기준 규정에 규정하는 것은 분명 문제가 있다고 생각한다.³⁵⁾

31) Bernard Grofman and Scott L. Feld, “Rousseau’s General Will: A Condorcetian Perspective,” *American Political Science Review*, Vol. 82, No. 2 (Jun., 1988), pp.567–576.

32) 현재 2016. 4. 28. 2012헌마630 참조.

33) 인터넷선거보도심의위원회의 구성 및 운영에 관한 규칙(2016.1.15. 중앙선거관리위원회규칙 제444호로 일부개정된 것).

34) 2017. 12. 8. 인터넷선거보도심의위원회 훈령 제10호로 개정된 것.

35) 해당 훈령 규정은 2019. 12. 30.의 개정으로 예외규정 없이 “인터넷언론사는 선거일 전 90일부터 선거일까지 특정 정당이나 후보자에게 유리 또는 불리한 영향을 미칠 수 있는 후보자 명의의 칼럼, 논평, 기고문, 저술 등을 게재하여서는 아니 된다”고 개정되었다.



청구인도 “이 사건 공선법 조항은 국민의 기본권 제한에 관한 사항을 인터넷 선거보도심의위원회에 포괄적으로 위임하여 헌법 제37조 제2항의 한계를 넘어 표현의 자유를 침해하고 포괄위임금지원칙에도 위배된다”고 주장했다. 이 훈령 규정이 청구인의 표현의 자유를 직접 침해함을 주장한 것이며, 헌법 제75조의 “구체적으로 범위를 정하여”라는 취지에 따라 구체적인 제한을 둔 것이라고 보기 어렵다는 것이다. 공직선거법 제8조의 공정보도 의무는 “구체적인 제한을 둔 것”이 아닌, 일반적이고 추상적인 것이고 훈령에서 선거일 전 90일부터 후보자명의 칼럼 등의 보도를 금지한 것이 구체적이다. 여기서 그동안 헌법재판소가 세운 ‘예측가능성’의 유무라는 기준에 비추어 볼 때, 공직선거법 제8조의 규정만으로 칼럼 등 금지를 위임했다고 보기 어려운 것이다.

물론, 다수의견은 “공직선거법은 다음과 같이 선거일 전 90일을 기준으로 다양한 규제를 부과하고 있다. 입후보하려는 공무원 등은 선거일 전 90일까지 그 직을 그만두어야 한다(공직선거법 제53조 제1항). 누구든지 선거일 전 90일부터 선거일까지 정당 또는 후보자의 명의를 나타내는 저술 등을 공직선거법이 허용하는 방법 외로 광고할 수 없고, 후보자는 방송 등의 광고에 출연할 수 없다(공직선거법 제93조 제2항). 누구든지 선거일 전 90일부터 선거일까지 후보자와 관련 있는 저서의 출판기념회를 개최할 수 없다(공직선거법 제103조 제5항). 국회의원 또는 지방의회의원은 선거일 전 90일부터 선거일까지 인터넷홈페이지 등에 게시하는 등의 방법을 제외하고 의정활동을 보고할 수 없다(공직선거법 제111조 제1항). 정당이 선거일 전 90일부터 당원집회를 개최하는 때에

는 관할 선거관리위원회에 신고한 후 공개된 장소에서 개최하여야 한다(공직선거법 제141조 제2항).”라고 하며 “선거일 전 90일을 기준으로 규제를 부과하는 것은 입법자가 위 기간이 선거에 임박하여 선거의 공정성을 담보하기 위하여 일정한 규제가 필요한 기간이라고 판단하였기 때문”이라고 보고 있다. 그런데 이 사건 훈령에 있는 선거일 전 90일 칼럼 등 금지 규정이 공직선거법에 있는 규제와 동일한 수준의 규제라고 할 수는 없다. 공직선거법에서 선거일 전 90일을 기준으로 다양한 규제를 부과하고 있다고 하지만 문제가 된 칼럼 게재 금지는 아니기에, 이러한 훈령에 의한 새로운 규제가 모법에 근거할 수 있다고 보기는 어렵다. 기본권을 실질적으로 제한하는 훈령 규정과 관련해 법률 위임의 근거와 그 한계에 대하여 엄격하게 판단하지 않고 이를 너무 쉽게 인정한 문제점이 있다고 본다.

해당 훈령이 위임범위 내에서 심사 기준을 정했다고는 하지만, 법과 규칙을 뛰어 넘어 헌법이 보장하는 표현의 자유를 제한하고 있다. 거듭 말하지만, 칼럼 금지 규정은 직접 공직선거법의 위임을 받은 것이 아니다. 단지 심사기준을 정하면서 새로운 제한을 규정하는 방식은 헌법이 요구하는 법률유보의 원칙의 범위 내에 있지 아니하다. 따라서 필자는 헌법재판소가 공직선거법처럼 국민의 기본권과 관련성이 높은 법률에서 훈령에 의해 기본권을 제한하는 근거를 두는 규정의 문제점에 대해 경종을 울리며 법률유보원칙 금지로 위헌을 결정하는 것이 보다 타당했다고 평가한다.

4) 내용규제와 내용중립규제

이 사건의 시기제한조항이 규제하는 입장에서는 명백한 규제 기준이 되어 편리한 점이 없지 않다. 그런데 “이 사건 시기제한조항이 선거보도의 공정성 여부를 구체적으로 판단하지 않고 일률적으로 제한하는 것은, 선거보도의 자유를 폭넓게 보장하는 대신 인터넷 선거보도 심의 제도를 통해 선거보도의 공정성을 심의하여 사후적으로 교정하는 공직선거법의 규율체계에도 부합하지 않는다.”라는 법정의견에 따라 결국 선거보도의 공정성을 개별 선거보도 내용에 근거하여 규제하는 문제점을 발생시킨다. 즉, 보도의 구체적인 내용을 가지고 위법성 여부를 판단해야 하는 문제가 남는 것이다.

이러한 우리 헌법재판소의 입장은 미국과 일본의 내용규제와 내용중립규제에 대한 이해와 다소 다른 것으로 보인다. 미국은 표현의 자유를 미국연방헌법 수정1조에 규정하고 있고 그 핵심은 정부가 언론을 그 내용에 기하여 규제

할 수 없다는 것이다.³⁶⁾ 미국연방법원에서는 표현의 내용에 근거한(content-based) 규제는 무효로 추정된다. 따라서 표현의 내용에 근거한 규제는 보다 엄격한 심사기준 즉, ①정말 어쩔 수 없는(compelling) 정부의 규제목적이 존재하는가, ②규제가 당해 목적의 필요최소한도의 달성 수단으로 엄밀하게 설정되어 있는가(narrowly tailored)를 정부 측에서 입증하도록 요구하는 것이다.³⁷⁾

내용 중립적(content-neutral) 규제는 중간심사기준(intermediate scrutiny)만 충족시키면 된다.³⁸⁾ 내용중립규제는 표현의 내용과는 관계없이 표현의 시간, 장소, 방법에 관한 심사 기준을 적용한다는 점에서 내용규제와 구별된다. 이는 경제적 자유의 규제입법에 일반적으로 적용되는 “합리적 기준”보다는 엄격하지만 내용규제보다는 엄격하지 않은 중간심사기준이다.³⁹⁾ 중간심사기준인 ‘오브라이언(O’Brien) 테스트’에 의하면, ①정부의 규제가 중요한 정부의 이익을 촉진하고 있고, ②표현의 자유에 대한 부수적 제약이 당해 정부 이익의 촉진에 필요한 한도를 넘지 않는 것을 정부 측이 입증할 필요가 있다.⁴⁰⁾⁴¹⁾ 오브라이언 테스트의 ②에는 당해 규제가 목적 달성을 위하여 보다 덜 제한적(the least restrictive)인 수단이 아닌 한 위헌이라는 엄격한 해석을 적용할 여지가 있지만, 미국 연방법원은 보다 덜 제한적인 수단에 의하면 당해 규제는 정보이익이 효과적으로 실현할 수 없다는 것을 입증하면 위헌이 아니라는 보다 유연한 적용을 하고 있다.⁴²⁾

언론을 규제하는 법률이 그 언론이 전달하고자 하는 메시지에 관계없이 모든 언론에 적용된다면 그 법률은 내용중립적이다. 그리고 만일 정부가 불가피하게 내용에 근거한 제한을 선택해야 하는 상황에서는 정부의 관점이 중립적이어야 한다.⁴³⁾ 내용규제를 보다 엄격하게 심사하는 이유는 해당 규제가 사상의 자유시장을 왜곡할 가능성이 크기 때문이다.

재판관 이은해는 보충의견에서 “선거보도의 공정성” 여부를 판단하여 규제하여야 하고, 단지 특정 후보자 명의의 칼럼 등에 해당하는지 여부로 규제할 것은 아니다”라고 했다. 즉, 이 사건 시기제한조항은 선거보도의 공정성 여부를

36) Chemerinsky, Erwin, *Constitutional Law – Principles and Policies*, Aspen, 2002, at 902.

37) 長谷部恭男, 『憲法第4版』, 新世社 (2014), 205면.

38) Erwin Chemerinsky, *op.cit.*, at 902.

39) 長谷部恭男, 前掲書, 206면.

40) *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

41) 長谷部恭男, 前掲書, 206면.

42) 長谷部恭男, 前掲書, 206면.

43) Erwin Chemerinsky, *op.cit.*, at 910. *Board of Regents of the University of Wisconsin System v. Southworth*, 529 U.S. 217 (2000).



구체적으로 판단하거나 인터넷언론의 특성을 고려하지 않고 청구인의 표현의 자유를 일률적으로 광범위하게 제한하기 때문에 침해의 최소성 원칙에 반한다는 것이다. 이는 이 사건 시기제한조항의 표현의 자유 제한 효과가 크다고 판단했다는 것을 의미한다. 이 결정으로, 앞으로는 관련 규제를 하게 될 때에는 구체적으로 선거에 부정적인 영향을 주는지에 대한 판단이 필요하고, 인터넷선거 보도심의위원회와 중앙선거관리위원회는 이에 대한 이의신청 등에 대비한 적극적인 입증책임을 요한다. 이러한 규제가 없어져서 후보자의 표현의 자유는 더욱 신장되었다. 다만 이것으로 유권자의 알 권리와 후보자에 대한 올바른 판단이 더욱 가능하게 되었는지, 그리고 시기제한기간 동안의 칼럼 등의 게재 자유가 유권자의 선거 참여를 더욱 독려하게 될 것인지도 함부로 판단하기 어렵다. 이러한 사항들을 종합해 볼 때 이 결정은 해당 기관에게 “공정한 관점”으로 이 사건 시기의 칼럼 등에 대해 검토·판단·입증해야할 과제를 남겼다.


3. 맺으며

헌법재판소는 공직선거에 언론기관이 미치는 영향력으로 인해 선거보도에 대한 일정한 규율이 필요하다는 점을 인정하면서도, 표현의 매체에 따른 특수성 및 규제의 실질적 효과 등을 함께 고려하여 선거과정에서 표현의 자유에 대한 제한이 필요최소한의 범위에서 이루어져야 함을 강조했다. 특히 인터넷선거보도 심의제도는 헌법 제21조 제2항의 취지에 따라 특정보도를 사전적으로 금지하는 것이 아니라 인터넷언론사로 하여금 공정한 선거보도가 이루어지도록 자

발적으로 심의기준을 준수하고 사후적으로 교정하도록 운용되어야 하는데, 이와 같은 규율체계를 벗어난 전면적인 게재금지도 표현의 자유뿐만 아니라 언론의 자유, 국민의 알 권리에도 부정적인 영향을 미칠 수 있다는 점을 지적하였다.⁴⁴⁾ 후보자가 일반적으로 칼럼을 계속 낼 수 있는 위치에 있다는 것은 다른 후보자에 비하여 유리한 이점을 가진다는 점은 인정할 수 있다. 유권자에게 필요한 정보를 제공하여 후보자에 대하여 정확한 판단기회를 제공한다는 점에서 볼 때 해당 후보자에 대해서는 더 많은 것을 알게 되지만 다른 경쟁 후보자에 대해서는 알 기회를 상대적으로 잠탈당할 우려도 없지 않다.

필자는 이 결정을 분석하면서, 이 사건의 훈령조항이 법률유보원칙을 위배했다는 점에서 위헌결정을 내리고, 이후 입법자가 공직선거법상 칼럼 등의 게재 금지를 선거기간으로 한정하는 입법을 하는 방법이 좋지 않은가 하는 생각을 해보았다. 법정의견도 “이와 같이 선거일 전 90일을 기준으로 규제를 부과하는 것은 입법자가 위 기간이 선거에 임박하여 선거의 공정성을 담보하기 위하여 일정한 규제가 필요한 기간이라고 판단하였기 때문이다”라고 그 규제의 필요성은 인정했다.

이 결정에서 훈령에 의한 시기제한 규제이지만 이 규제가 선거에서 표현의 자유를 제한하지 않으면 후보자 간의 기회불균형 문제를 발생시킬 것인지, 이러한 불공정한 영향력을 시기제한 없이 막을 수 있다고 보는지에 따라 소수의 견과 법정의견의 판단이 달라졌다. 어떠한 판단이 타당한지는 앞으로 공직선거법을 운용하는 과정에서 입증될 것이다.

이미 헌법재판소가 이 사건 훈령규정을 과잉금지원칙 위반으로 위헌 결정한 이상, 앞으로 인터넷선거보도심의위원회는 선거 관련 인터넷보도에 대하여 우선 그 보도 내용을 검토하여 그 공정성에 대한 “내용에 의한 규제”를 해야 하는 상황이 되었고, 앞으로 심의위원회는 “중립적인 관점”에서 칼럼 등의 내용을 검토하여 판단해야 하는 과제를 수행해야만 한다. 

44) 손인혁 (2020, 1, 16). [2019년 분야별 중요판례분석] 1. 헌법. <법률신문>. URL: <https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=158766>