

01

디지털 시대 선거보도 규제 법제의 쟁점과 진단

: 헌법재판소 관련 결정의 취지를 중심으로

이승선 충남대 언론정보학과 교수



1. 선거보도의 의의와 주요 규제 장치

대한민국은 민주공화국이다. 대한민국헌법 제1조 제1항에 명토 박았다. 국민이 주권자라는 것인데, 제1항의 선언만으로 모자랐는지 제2항에서 거듭 확인하고 있다. “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다”. 정작 국민은 자기가 이 나라의 주인이라는 것을 실감하기 쉽지 않다. 선거시기에 ‘주권자 국민’ 구호가 휘날리면 그나마 대접받는 기분에 잠길 수 있다. 또 정당에 가입하지 않았더라도 일부 국민들은 특정 정당의 공직후보자 선정과정에 참여하기도 한다. 따라서 현실적으로, 공직선거는 국민이 자기 주권을 행사하도록 유권자에게 주어진 ‘거의 유일한’ 기회라고 할 수 있다.

대의민주주의를 원칙으로 하는 민주정치에서 선거는 국민의 참여가 필수적이다.¹⁾ 선거는 통치기관을 구성하고 그에 정당성을 부여하는 한편, 국민 스스로 정치적 의사형성 과정에 참여하여 국민주권과 대의민주주의를 실현하는 핵심적 수단이다.²⁾ 선거는 국민을 정치적으로 통합하는 중요한 방식인데, 선거 결과는 여론의 실체인 국민의 의사가 표명된 것이므로 민주주의 국가에서 여론의 중요성은 특별한 의미를 갖는다.³⁾ ‘선거와 여론’에 대해 짚어볼 점들이 몇 가지 있다.

첫째, 자아실현은 물론 민주주의의 유지·발전을 위해 표현의 자유를 확실히 보장해야 한다. 더욱이 정치적 표현의 자유는 민주주의 유지·발전의 요체라는 점에서 더 강하게 보호되어야 한다. 선거시기에 정치적 표현 자유의 중요성과 그 보장은 더 말할 나위 없다. 헌법재판소에 따르면, 정치적 표현의 자유는 피치자가 스스로 지배기구에 참가한다고 하는 자치정체(自治政體)의 이념을 근간으로 하며, 정치적 표현의 자유가 억압당하는 경우 국민주권과 민주주의 정치원리는 공허한 메아리에 지나지 않는다.⁴⁾ 선거와 관련해 국민이 정당이나 후보자에 대한 지지·반대 의사를 포함, 선거 정책이나 후보자 행적 등에 대해 다양한 견해를 표시하는 것은 정치적 표현의 한 유형이며, 국민주권 행사의 일환이자 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 중요한 요소다.⁵⁾

둘째, 언론기관이 감당하는 선거보도의 중요성이다. 언론기관은 국민이 정

1) 헌재 2011.12.29. 2007헌마001 등

2) 헌재 1994.7.29. 93헌가4등; 헌재 2011.12.29. 2007헌마001등; 헌재 2014.4.24. 2011헌바7등; 헌재 2022.7.21. 2018헌바164

3) 헌재 2019.11.28. 2016헌마90

4) 헌재 2004.3.25. 2001헌마710; 헌재 2011.12.29. 2007헌마001등; 헌재 2022.7.21. 2018헌바164

5) 헌재 2022.7.21. 2018헌바164

치적 의사를 형성하는 데 필요한 정보를 제공하고, 공적인 담론을 제시함으로써 여론의 형성에 결정적인 영향을 미친다. 국민은 언론의 선거보도를 통해 중요한 선거쟁점이나 후보자의 정책, 정치이념 등을 파악해 선거권을 행사한다. 따라서 언론기관 선거보도의 자유는 민주주의를 유지·발전시키기 위한 토대가 되므로 최대한 보장되어야 한다.⁶⁾

셋째, 선거의 공정성 확보, 특히 언론기관의 선거보도 공정성 확보는 매우 중요하다. 언론기관의 정치적·사회적 영향력이 강력하므로 언론의 선거보도가 공정성과 객관성을 상실할 경우 여론의 심각한 왜곡이 발생할 수 있다. 따라서 언론기관이나 언론인의 부당한 선거개입을 차단하되, 필요하고도 적절한 선거보도를 통해 충분한 정보가 유권자들에게 제공될 수 있어야 한다.

위와 같은 고려사항에 대한 법적 대응은 대부분 현행 「공직선거법」 체계 내에 구비돼 있지만, 명예훼손법이나 언론중재법 등을 통해 이뤄지기도 한다. 몇 가지 유형으로 대별해 볼 수 있다. 첫째, 언론기관의 공정보도 의무와 심의기구에 의한 선거보도 규율이다. 현행 「공직선거법」은 언론기관의 공정보도 의무를 규정하고 있고, 여러 조문을 통해 선거보도의 공정성을 심의해 사후에 교정하는 장치를 두고 있다. 선거방송심의위원회, 선거기사심의위원회, 인터넷선거보도심의위원회의 설치·운영이 그러한 예에 속한다. 둘째, 공정한 선거를 위해 언론기관·언론인의 행위를 제한하는 장치다. 「공직선거법」은 언론기관 종사자들의 선거와 관련한 금품·향응, 기타 이익의 수혜를 금지하고, 후보자 등의 연설을 불공평하게 중계하거나 토론회 등을 무단으로 편집해 중계방송하지 못하도록 했다. 탈법적인 광고, 통상적인 방법 외의 배부 등도 금지된다. 셋째, 언론으로 하여금 허위논평·보도, 객관적 자료 제시 없이 선거 결과를 예측하지 못하도록 금지하고 위반하면 방송·신문 등 부정이용죄로 처벌하고 있다. 허위사실공표죄나 후보자비방죄로 처벌될 수도 있다. 넷째, 선거시기에 이뤄진 언론보도라고 하더라도 통상의 절차에 따라 언론중재법상 조정신청이나 명예훼손법을 적용해 민형사상 대응을 할 수 있다. 언론중재 조정절차가 비교적 간이하고 신속한 데다 명예훼손에 따른 형사상 처벌은 최고 7년 이하의 징역형까지 선고될 수 있기 때문이다.

그 외 다양한 규제 장치가 더 마련돼 있다. 대부분 기존 개별 선거법에 있던 내용들이 1994년 제정된 「공직선거 및 선거부정방지법」, 일명 통합선거법

6) 헌재 1995.7.21. 92헌마477등; 헌재 2019.11.28. 2016헌마90

에 반영됐고 현행 「공직선거법」에 계수되었다. 선거보도와 관련한 주요 규제 체계는 사반세기 이전에 구축되었다. 선거보도 심의 시스템은 1997년(선거방송심의위원회), 2000년(선거기사심의위원회), 2004년(인터넷선거보도심의위원회) 도입돼 큰 변화 없이 유지되고 있다. 설치·운영 기간, 운영 주체, 관할하는 대상 언론과 콘텐츠의 범위, 제재의 방법, 수위도 제각각이다.

이 글은 선거보도와 관련한 규제 법제의 쟁점을 살펴보는 데 목적이 있다. 헌법재판소는 인터넷선거보도심의를 있어서 ‘인터넷언론’ 정의 규정의 위헌성이나 심의규정 운영 등 법률적 근거에 대한 위헌성을 부정한 바 있고,⁷⁾ 「공직선거법」의 허위사실공표죄나 후보자비방죄 등의 위헌성에 대해서도 이를 부인했다.⁸⁾ 한편, 선거보도심의제도의 쟁점이나 운영상 문제점, 개선방향에 대한 논의도 상당히 축적돼 있다.¹⁰⁾ 그럼에도 현 시점에서 심의제도의 틀을 넘어선 선거보도 규제 법제에 대한 고찰은 여전히 필요해 보인다. 선거보도 환경의 변화와 몇 가지 규제 쟁점이 뚜렷해 보이기 때문이다.

2. 선거보도 규제를 둘러싼 환경 변화와 헌법재판소 결정의 함의

선거운동이나 일반적인 선거관련 표현이 아니라 ‘선거보도’에 대한 규제는 ‘언론’을 통해 생산·유통된 정보를 대상으로 한다. 선거보도 규제의 틀은 두 가지를 축으로 한다. 하나는 3개의 심의기구를 중심으로 언론의 공정한 선거보도를 유도하는 선거보도 심의규제이고, 다른 하나는 허위사실공표나 허위논평, 허위보도, 후보자 비방 등 ‘허위나 비방 표현’을 형사 처벌하는 제재다.

이러한 선거보도 규제의 틀은 오래전에 구축되었다. 언론의 공정보도의무를 축으로 한 선거보도심의 시스템은 1992년 「대통령선거법」에 단초가 마련되고,¹¹⁾ 1994년 「공직선거 및 선거부정방지법」 제정 때 제8조로 규정됐다. 이

7) 헌재 2019.11.28. 2016헌마90

8) 헌재 2023.7.20. 2022헌바299; 2017.7.27. 2015헌바219; 2010.3.25. 2009헌바121; 2009.9.24. 2008헌바168; 2009.3.26. 2007헌바72

9) 헌재 2013.7.25. 2012헌바112; 헌재 2013.6.27. 2011헌바75

10) 이률테면 권은정 외 (2021). 인터넷선거보도 심의기준 개정방안 연구. 한국언론법학회·인터넷선거보도심의위원회 주최 (인터넷선거보도 심의제도 개선방안 세미나); 김재영·이승선 (2016). 공정성을 중심으로 한 20대 총선 인터넷 선거보도 심의 평가와 제도 개선. <언론과 법>, 제15권 3호, pp.31-62.; 안영규 (2020). 선거보도심의제도 운영의 실제와 입법·정책적 제언. <언론중재>, 2020년 봄호(통권 154호), pp.40-59.; 이동훈·반현 (2012). 국내 선거보도 심의제도의 쟁점과 개선 방향. <언론과 법>, 제11권 2호, pp.71-105.; 이승선 (2012). 선거보도 심의제도의 현황 및 개선방향. <언론중재>, 2012년 여름호(통권 123호), pp.30-45.; 최승민·이호규 (2023). 매체별로 분리된 선거보도 심의기구의 제도적 개선 방안 연구. <언론과 법>, 제22권 2호, pp.155-208; 최진호·이재진 (2016). 선거보도 심의 및 심의기구에 대한 제도적 개선방안 연구. <언론과법>, 제15권 제2호, pp.1-35.

11) 1992.11.11. 법률 제4495호로 개정, 시행된 「대통령선거법」은 제4조의2(언론기관의 공정보도 의무)를 신설해 “방송·신문·잡지 기타 간행물을 경영·편집·취재·집필·보도하는 자가 선거에 관해 보도·논평을 하는 때는 표현의 자유를 남용해 선거의 공정을 해치면 안 된다”는 내용을 규정했다.

후 1997년부터 2004년 사이에 선거방송심의위원회, 선거기사심의위원회, 선거보도에 대한 반론보도청구, 인터넷선거보도심의위원회, 인터넷언론사의 정정보도 등 규정이 속속 마련됐다.

선거관련 허위나 비방 표현을 형사처벌하는 규제는 그보다 역사가 더 오래 되었다. 허위사실공표죄는 1952. 7. 18. 법률 제247호로 제정·시행된 「대통령·부통령선거법」에 도입되었다. 동법 제88조는 신문이나 잡지, 연설 등 방법을 불문하고 당선되거나 당선되게 하거나, 당선되지 못하게 할 목적으로 후보자의 신분·직업·경력에 관해 허위의 사실을 공표하거나 공표하게 한 자를 6월 이하의 징역, 혹은 50만 원 이하의 벌금으로 처벌했다. 현행 「공직선거법」 제250조의 ‘허위사실공표죄’와 큰 차이가 없다. 현행 규정이 2005년 당내 경선에 이 조항을 확대 적용하고 2023년 12월 28일 딥페이크영상상에 의한 허위사실공표죄를 처벌하는 규정을 도입한 것이 1952년 규정과 달라진 내용이라고 보아도 무방하다. 즉 선거보도에 대한 규제의 틀은 멀게는 1950년대와 비교해도, 가깝게 2000년대 초반과 비교할 때 큰 변화가 없다. 그러나 선거보도를 둘러싼 규제의 환경은 대단히 크게 바뀌었다. 미디어 이용 행태 변화와 정치적 표현의 자유에 대한 헌법재판소의 인식 변화를 보자.

첫째, 매체 환경 변화에 따라 시민들의 언론기관 이용 행태가 바뀌었다. 이는 매체별 광고비 집행의 변화로 이어진다. 1991년 한국의 총광고비는 2조 3천 297억 원이었다. 신문은 43.7%, 텔레비전은 27.7%를 차지하는 등 4대 매체 광고비는 전체 광고비의 82.0%였다. 2021년 한국의 총광고비 규모는 13조 9천 889억 원이었다. 신문은 10.1%, 지상파 텔레비전은 9.8% 등 4대 매체 광고비는 3조 2천억여 원으로 전체 광고비의 23.2%이다. 30년 만에 4대 매체 광고비 비중은 82%에서 23.2%로 떨어졌다. 반면 1997년 0.7%에 불과하던 온라인 광고비는 2021년 이미 전체 광고비의 53.7%를 차지했다. 전체 ‘광고비 추이’에서 해당 매체의 광고비 규모나 점유율이 줄어든 것은 해당 매체를 접촉, 소비하는 이용자들의 ‘시간’이 줄어들었다는 것, 동시에 해당 매체의 영향력이 그만큼 줄어들었다는 것을 의미한다. 또 등록된 언론사의 숫자가 줄어들지 않고 오히려 대폭 증가한 한국적 상황을 감안하면 언론 매체간의 내부 경쟁은 훨씬 더 격화되었다는 것을 알 수 있다. 이는 저널리즘 품질의 하락을 의심케 하는 근거다.¹²⁾ 실제 2021년 서울시장 보궐선거와 관련한 조

12) 이승선 (2023). 1인 미디어 범람 속 레거시 미디어의 책무. <한국방송기자클럽 세미나 발표논문>.

사에서, 유권자의 절반 정도는 언론의 선거보도를 신뢰하지 않았다고 응답했다. 선거보도가 후보 선택에 도움을 주지 못했다는 응답은 59%, 선거보도가 오히려 사회 갈등을 유발했다는 응답도 61%였다.¹³⁾

한국언론진흥재단의 언론수용자 조사에 따르면, 1993년 87.8%였던 종이신문 이용률은 2023년 10.2%에 불과했다. 라디오나 잡지 이용률도 대폭 하락했다. 반면 온라인 이용률은 2011년 67.5%에서 2023년 90.5%로 증가했다. 4대 매체와 온라인을 통한 뉴스 이용률의 변화도 유사한 경향을 보였다. 뉴스나 시사정보를 이용한 경로로 텔레비전(44.5%)과 인터넷포털·검색엔진(37.9%)이 주로 활용된 반면 종이신문(2.0%)을 비롯한 다른 전통 매체의 존재감은 미미했다.¹⁴⁾ 연령별 차이가 커서 특히 20~30대 이용자들은 텔레비전을 비롯한 다른 매체보다 주로 온라인을 통해 뉴스나 시사정보를 획득하는 것으로 나타났다. 온라인 동영상 플랫폼 이용률의 경우 2018년 33.6%에서 2023년 72.2%로 늘어났는데, 유튜브(YouTube) 이용률은 71.9%였다. 두 번째로 높은 비중을 차지한 네이버NOW의 경우 6.5%에 불과했다. 이용자 대상 플랫폼별 이용률의 99.6%를 유튜브가 차지한 셈인데, 온라인 동영상 플랫폼별 이용자의 뉴스 이용률 역시 유튜브가 98.8%를 점유하고 있었다.¹⁵⁾ 와이즈앱에 따르면 2024년 1월 한국인의 유튜브 앱(App) 이용은 평균 40시간으로 역대 최고치를 기록했다. 2019년 1월 1인당 평균 21시간에서 5년 사이에 90% 증가한 것으로 조사됐다.¹⁶⁾

둘째, 최근 헌법재판소는 선거운동의 자유와 정치적 표현의 자유를 확대하는 결정을 여러 차례 선고하고 있다. 이를테면, 현재는 2022년과 2023년에 집중적으로 시설물설치 등의 금지를 규정한 「공직선거법」 제90조 제1항 중 그 밖의 광고물, 현수막, 표시물 등과 관련해 헌법불합치 결정을 선고했다. 또 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등을 금지한 제93조 제1항 중 회환, 인쇄물 살포, 벽보, 광고, 문서·도화의 첩부·게시 등에 대해서도 헌

13) 김위근 (2021). 선거보도 및 선거여론조사 보도에 대한 시민 인식. 〈Media Issue〉, 제7권 2호, 서울: 한국언론진흥재단

14) 김위근에 따르면 2021년 서울시장 보궐선거의 경우 선거관련 뉴스 및 정보 획득 경로로 '텔레비전'을 이용했다는 응답은 70.6%, '포털뉴스' 69.3%인 반면 '종이신문'은 13.6%, '라디오'는 9.8%였다. 김위근 (2021). 앞의 글 참조.

15) 한국언론진흥재단 (2023). 〈2023 언론수용자 조사〉.

16) 와이즈앱 자료(<https://www.wiseapp.co.kr/insight/detail/512?>, 검색일 2024.3.13.). 한편 정원엽에 따르면 2019년 8월 기준 50대 이상의 유튜브 사용시간은 1,206분으로 30~40대보다 더 길었다. 이는 이들 연령층에게 유튜브는 선거정보의 대안으로 작용할 수 있다는 점을 시사한다(정원엽 (2020). 유튜브 선거 운동과 21대 총선 콘텐츠 양상. 〈언론중재〉, 2020년 봄호(통권 154호), p.7).

법불합치 위헌 결정했다. 이들 결정에서 헌법재판소는 선거의 공정성을 추구하는 궁극적인 목적은 민주정치의 발전에 기여하고자 함을 분명히 했다. 선거 공정성은 그 자체가 헌법적 목표가 아니고 국민의 정치적 의사를 정확하게 반영하는 선거를 실현하기 위한 수단적 가치라고 보았다. 선거 공정성은 정치적 표현의 자유에 대한 전면적이고 포괄적인 제한을 정당화하는 공익이라고 볼 수 없고, 정치적 표현의 자유를 보장하는 전제조건이 되는 것도 아니라고 판시했다. 선거의 공정성을 이유로 선거에서 표현의 자유가 과도하게 제한되면 안 된다는 것이다.¹⁷⁾

현재는 집회의 금지는 공공의 안녕질서에 대한 직접적인 위협이 명백하게 존재하는 경우에 한해 허용될 수 있다며, 「공직선거법」 제103조 제3항의 집회금지 규정에 대해 위헌을 선고했다. 해당 규정이 선거의 평온과 공정을 심각한 위협으로부터 방지하기 위한 부득이하고 필수적인 수단이 아니라는 것이다. 더불어 이와 달리 헌법에 위반되지 않는다고 판단한 현재 2001.12.20. 2000헌바96등 결정을 변경했다.¹⁸⁾

〈표 1〉 2011년 이후 공직선거법상 선거보도 관련 헌법재판소 주요 결정

선고일	사건	심판대상	결정	주요내용	비고
2023.7.20.	2022헌바299	허위사실공표죄	합헌	명확성원칙○, 과잉금지원칙×	허위사실 (8:0)
2023.6.29.	2023헌가12	제93조제1항중	헌법불합치	화환 (과잉금지원칙×)	재판관 전원
2023.3.23.	2023헌가4	제93조제1항중	헌법불합치	인쇄물 살포 (과잉금지원칙×)	재판관 전원
2022.11.24.	2021헌바301	제90조제1항중	헌법불합치	그밖의 광고물 게시	위헌확인 결정
2022.7.21.	2017헌가100등	제90조제1항중	헌법불합치	현수막, 그밖의 광고물 설치, 게시	선례 변경 재판관 전원
		제90조제1항중	헌법불합치	그밖의 표시물 착용	
		제93조제1항중	헌법불합치	벽보 게시, 인쇄물 배부·게시	
		제91조제1항	합헌	확성장치사용 금지	
2022.7.21.	2017헌가1,3등	제90조제1항	헌법불합치	그밖의 광고물 설치, 진열, 게시	기존 결정 변경 재판관 전원
		제90조제1항	헌법불합치	그밖의 표시물 착용	

17) 현재 2023.6.29. 2023헌가12; 현재 2023.3.23. 2023헌가4; 현재 2022.11.24. 2021헌바301; 현재 2022.7.21. 2017헌가100등; 현재 2022.7.21. 2017헌가1,3등; 현재 2022.7.21. 2017헌가4; 현재 2022.7.21. 2018헌바357, 2021헌가7 등 참조

18) 현재 2022.7.21. 2018헌바357; 현재 2022.7.21. 2018헌바64

2022.7.21.	2017헌가4	제225조제1항중	헌법불합치	어깨띠,모자,웃 등 소품	재판관 전원
2022.7.21.	2018헌바357 2021헌가7	제103조제3항중	위헌	그밖의 집회나 모임을 개최	6:3
		제90조제1항중	헌법불합치	현수막, 그밖의 광고물 게시	재판관 전원
		제93조제1항중	헌법불합치	광고, 문서·도화 첨부·게시	재판관 전원
		제91조제1항	합헌	확성장치사용 금지	재판관 전원
2022.7.21.	2018헌바164	제103조제3항중	위헌	그밖의 집회나 모임을 개최	6:3 (선례 변경)
2022.3.31.	2019헌바509	제250조제1항등	합헌	후보자가 되고자 하는 자	재판관 전원
2022.2.24.	2018헌바146	제59조,254조2항	위헌	개별적으로 대면하여 말로 하는 선거운동	7:2 (선례 변경)
2021.1.28.	2018헌마456등	제82조의6 제1항등	위헌	인터넷언론홈피 게시판 실명확인 기술조치	6:3
2019.12.27.	2018헌마730	제79조제3항등	헌법불합치	자동차부착 확성장치 과소보호금지원칙 위반	7:2
2019.11.28.	2016헌마90	제8조의5제6항등	위헌	선거일 전 90일부터, 후보자칼럼,저술게재금지	6:3
2018.4.26.	2017헌가2	제93조제1항중	합헌	문서·도화, 인쇄물 배부·살포 (선례변경×)	4:5 (위헌 다수)
2017.7.27.	2015헌바219	제250조제1항중	합헌	경력	재판관 전원
2016.9.29.	2016헌마287	제93조제1항중	위헌	배우자가 지정한 1인 명함교부	7:2 (평등권침해)
2016.6.30.	2013헌가1	제60조제1항중	위헌 ¹⁹⁾	대통령령으로 정한 언론인의 선거운동금지	7:2
2015.7.30.	2013헌가8	제8조의3 제3항중	위헌	사과문 게재와 위반시 형사처벌	8:1
2013.11.28.	2011헌마267	제60조의3 제2항중	위헌	배우자가 지정한 1인 명함교부, 지지호소	7:2
2011.12.29.	2007헌마 1001등	제93조제1항등	한정위헌 ²⁰⁾	기타 이와 유사한 것에 인터넷 포함	6:2

19) 제청법원의 위헌법률심판제청 이유에 따르면, 심판대상법률조항은 과잉금지원칙에 위반돼 언론인인 청구인들의 선거운동의 자유를 침해하고, 합리적 이유 없는 차별로서 평등원칙에 위반되며, 현대사회에서 '언론'과 '언론인'의 범위와 한계가 모호해졌으므로 금지조항의 예측가능성이 없어 최형법정주의의 명확성원칙 및 포괄위임금지원칙에 위반된다. 헌법재판소는 이 결정에서, 명확성원칙과 포괄위임금지원칙을 병렬적으로 판단할 필요 없이 금지조항이 포괄위임금지원칙에 위반되는지 여부 심사를 통해 위헌성을 판단하기로 쟁점을 정리하고, 언론인과 공무원, 공직기관 구성원은 차별취급을 논할 비교집단이 되지 못한다는 이유로 평등원칙 위반 여부는 별도로 판단하지 않기로 했다. 이 결정에서 법정의견은 금지조항이 구체적으로 언론인의 범위를 정하지 않고 포괄적으로 대통령령에 입법을 위임해 포괄위임금지원칙을 위반했다고 판단했다. 또 언론인의 범위가 지나치게 광범위하고 폐해를 시정하기 위한 조항들이 충분히 규정돼 있다는 점에서 침해의 최소성원칙에 위반되고, 법익의 균형성도 충족하지 못한다고 판단했다(헌재 2016.6.30. 2013헌가1).

20) 이 결정에서 이강국·김종대·민형기·목영준·송두환·이정미 재판관 등 6인은 위헌의견을, 이동흙·박한철 2인의 재판관은 반대의견을 냈다.

선거보도 관련 ‘인터넷’ 규제에 대한 헌법재판소의 위헌 결정은 각별한 의미를 갖는다. 2011년 12월 헌재는 「공직선거법」 제93조 제1항의 ‘기타 이와 유사한 것에 인터넷을 포함’하는 것에 대해 ‘한정위헌’을 선고했다. 헌재는 심판 대상 법률조항 중 ‘기타 이와 유사한 것’에 ‘정보통신망을 이용해 인터넷 홈페이지 또는 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법’이 포함되는 것으로 해석하고 이를 금지하고 처벌하는 것은 과잉금지원칙에 위배돼 청구인들의 선거운동의 자유 내지 정치적 표현의 자유를 침해한다고 판단했다. 또 종전에 이와 다르게 판단한 헌재 2009.7.30. 2007헌마718 결정을 변경했다.

2019년 11월 헌재는 인터넷언론사에 대해 선거일 전 90일부터 선거일까지 후보자 명의의 칼럼이나 저술을 게재하는 보도를 제한하는 규정에 대해서도 위헌을 선고했다. 이 결정에서 헌재는 인터넷 언론의 특성과 영향력을 고려할 때 인터넷 언론에 대해서는 자율성을 최대한 보장하고 언론의 자유에 대한 제한을 최소화 하는 것이 바람직하며, 변화의 특성을 감안해 규제 수단 또한 헌법의 틀 안에서 새롭고 다채롭게 강구해야 한다고 판시했다.²¹⁾ 이는 ‘질서 위주의 사고’로 인터넷신문을 지나치게 규제할 경우 언론의 자유 발전에 큰 장애를 초래할 수 있다고 판시한 2016년 10월 헌재 결정의 취지와 같다. 해당 결정에서 헌재는 인터넷신문의 인력 고용 조항 등에 대해 위헌을 선고했다.

헌법재판소는 2021년 1월 인터넷언론사 게시판의 ‘실명확인제’에 대해 위헌을 선고했다. 헌재는 인터넷을 이용한 선거범죄에 대해서는 명예훼손죄나 후보자비방죄 등 여러 가지 사후적 제재 수단이 존재한다며, 정치적 의사표현

21) 청구인은 제20대 국회의원선거 출마를 위해 예비후보자로 등록했다. 인터넷선거보도심의위는 인터넷언론사 00에 게재된 청구인 명의 칼럼이 「공직선거법」 제8조와 ‘인터넷선거보도심의위원회의 구성 및 운영에 관한 규칙’ 제2조의2 제1항을 위반했다며 ‘공정보도 협조요청’을 했다. 청구인은 칼럼게재를 중단하고 「공직선거법」 제8조의6 제6항 및 ‘인터넷선거보도 심의기준 등에 관한 규정’ 제8조 제2항이 청구인의 표현의 자유를 침해한다며 헌법소원심판을 청구했다. 「공직선거법」 조항은 기본권제한에 관한 사항을 인터넷선거보도심의위에 포괄적으로 위임해 헌법 제37조 제2항의 한계를 넘어 표현의 자유를 침해하고 포괄위임금지원칙에도 위배되며, 시기 제한조항은 선거와 직접 관련이 없거나 선거에 영향을 미치는 내용이 없는 기고문 게재까지 제한하는 등 과잉금지원칙에 위배돼 표현의 자유를 침해한다고 주장했다. 헌법재판소는 이 결정에서 쟁점을 ‘시기제한조항’이 법률유보원칙과 과잉금지원칙에 반해 청구인의 표현의 자유를 침해하는지 여부라고 정리했다. 그리고 기본권 제한에 관한 법률유보원칙은 ‘법률에 근거한 규율’을 요청하는 것이므로, 그 형식이 반드시 법률일 필요는 없으나 법률상의 근거는 있어야 하며, 모법의 위임범위를 벗어난 하위 법령은 법률의 근거가 없는 것으로 법률유보원칙에 위반된다고 판시했다. 다만 심판대상 조항의 경우 법률유보원칙에 반하지 않는다고 판단했다(밀줄 연구자).

22) 헌재 2016.10.27. 2015헌마206등



이 가장 긴요하고 핵심적인 선거운동 기간 중에 구체적인 위협에 기초한 것이 아니라 추상적인 가능성에 의거해 모든 익명 표현을 사전적·포괄적으로 규제하는 것은 행정편의와 단속편의를 우선한 것이라고 판단했다. 인터넷 이용자의 표현의 자유나 개인정보자기결정권을 제약하지 않고도 허위정보로 인한 여론 왜곡을 방지해 선거의 공정성을 확보하는 새로운 수단을 도입할 수도 있다며, 심판대상 조항은 과잉금지원칙에 반하여 이용자의 익명표현의 자유, 개인정보자기결정권 그리고 인터넷언론사의 언론의 자유를 침해한다고 판단했다.²³⁾

한편 현재는 2015년 7월 선거기사심의위원회로 하여금 불공정한 선거보도에 대해 '사과문 게재' 제재조치를 결정하고 이를 이행하지 않을 때 형사처벌하는 「공직선거법」 제8조의3 제3항 등에 대해 위헌이라고 선고했다. 이 결정에서 현재는 선거에서 국민들의 주권 행사가 올바르게 되기 위해서는 선거 후보자에 관한 바른 정보가 충분히 제공되어야 하고, 따라서 선거에 관한 언론사의 활동도 충분히 보장되어야 한다고 판시했다. 그리고 비록 언론사의 보도가 '공정하지 못하다'라는 결론에 이르더라도, 언론사 스스로 인정하거나

²³⁾ 이 결정과 관련한 선례로 현재는 2010.2.25.선고 2008헌마324등 결정에서 「공직선거법」상 인터넷게시판 실명 확인제가 명확성원칙, 사전검열금지원칙, 과잉금지원칙에 위배되지 않아 익명표현의 자유, 언론의 자유 등을 침해하지 않는다고 결정했다. 또 2015.7.30. 2012헌마734 등 결정에서 같은 규정이 명확성원칙, 익명표현의 자유 등 기본권을 침해하지 않는다고 판단했다. 한편 현재는 2012.8.23.선고 2010헌마47등 결정에서, 정보통신망법상 인터넷게시판 본인확인제에 대해 과잉금지원칙을 위배해 인터넷게시판 이용자의 표현의 자유, 개인정보자기결정권 및 인터넷게시판을 운영하는 ISP의 언론의 자유를 침해한다고 판단했다.

형성하지 않은 윤리적·도덕적 판단의 표시를 강제하는 것은 언론사의 인격권을 침해하는 것이라고 판단했다. 언론에 대한 신뢰가 무엇보다 중요한 언론사에 대해 그 사회적 신용이나 명예를 저하시키고 인격의 자유로운 발현을 저해한다고 보았다.²⁴⁾

선거 관련 정치적 표현의 자유, 선거보도의 자유를 확장한 이러한 결정과 달리, 헌법재판소는 「공직선거법」 제251조의 후보자비방죄, 제250조의 허위사실공표죄에 대해 합헌이라는 태도를 유지해 왔다. ‘후보자비방죄’의 경우 1994년 이전 개별 선거법에서는 ‘후보자에 대한 비방’만을 규제해 왔으나 1994년 통합 선거법을 제정하면서 ‘후보자’ 외에 ‘후보자가 되고자 하는 자’에 대한 비방행위까지 처벌하도록 규정되어 현재에 이르고 있다. 2013년 6월 현재의 5인 재판관은 ‘후보자가 되고자 하는 자’에 예비후보자등록을 마친 자외의 사람을 포함하는 것은 과잉금지원칙에 위반된다는 의견을 제시했으나 위헌 정족수 6인에 미치지 못했다.²⁵⁾

‘허위사실공표죄’의 경우에도 ‘후보자가 되고자 하는 자’, ‘방송으로 허위의 사실을 공표한 자’, ‘경력’ 등 심판대상 조항에 대한 위헌소송이 몇 차례 제기되었으나 현재는 이 규정이 명확성의 원칙이나 과잉금지원칙에 위반되지 않는다고 판단해 왔다. 현재에 따르면 공표된 사실의 내용 전체의 취지를 살펴 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되면 세부적으로 진실과 약간의 차이가 있거나, 다소 과장되더라도 허위의 사실이라고 볼 수 없다.^{26) 27)} 허위사실 적시 명예훼손죄에 대한 형사처벌 조항에 대해 현재는 2021년 2월, 2021년 3월에 잇따라 합헌을 선고한 바 있다. 허위사실 표현에 의한 명예훼손은 심각한 인격권 침해 뿐만 아니라, 여론의 형성을 왜곡해 공론의 장에 대한 신뢰를 붕괴시키고, 반론과 토론을 통한 자정작용을 사실상 어렵게 만들 수 있다고 보았다. 헌법재판소는 민주주의 사회의 자유로운 여론 형성을 위한 공론의 장이 제 기능을 다할 수 있도록 허위사실 적시 명예훼손을 형사처벌할 필

24) 현재 2015.7.30. 2013헌가8

25) 현재 2013.6.27. 2011헌바75. 이 결정에서 4명의 재판관은 ‘후보자가 되고자 하는 자’ 부분까지도 정치적 표현의 자유를 다소 제한하긴 하지만 심판대상 조항은 명확성원칙이나 과잉금지원칙에 위배되지 않는다고 판단했다.

26) 현재 2023.7.30. 2022헌바299; 현재 2022.3.31. 2019헌바509; 현재 2021.2.25. 2018헌바223; 현재 2017.7.27. 2015헌바219; 현재 2010.3.25. 2009헌바21; 현재 2009.9.24. 2008헌바168; 현재 2009.3.26. 2007헌바72; 현재 2000.11.30. 99헌바95

27) 대법원에 따르면 ‘허위의 사실’이란 진실에 부합하지 않은 사항으로서 유권자로 하여금 후보자에 대해 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 사실을 의미하고, 단순한 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 불과한 경우에는 이에 해당하지 않는다(대법원 2018.9.28. 2018도10447판결).

요가 있다고 판단했다. 허위의 사실임을 인식하고서 타인의 명예를 훼손하는 것은 개인의 인격 가치 실현이나 자기 정체 이념의 실현이라는 사회적 가치 달성에 기여한다는 점을 수긍하지 않았다. 사안에 따라 공적 인물이나 공적 사안에 대한 명예훼손 책임을 면책하고 있다는 점도 합헌 결정의 근거로 제시했다.²⁸⁾

3. 선거보도 규제 쟁점의 해소 방향

선거보도 심의기구의 통합 운영이나 상설화를 제안하고, 선거보도 심의 규정을 명확성의 원칙에 부응하게 정비해야 한다고 지적하거나, 심의기구 간의 일관적이지 못한 심의 제재나 동일한 선거보도에 대해 중복적인 심의 제재가 이뤄지고 있다고 지적하는 것은 새삼스럽지 않다. 이 글에서도 비중있게 다루지 않았다. 이미 상당한 정도의 학술적, 실무적 논의가 진행됐고, 쟁점 해소의 방향이나 절차도 분명하게 제시돼 있기 때문이다.

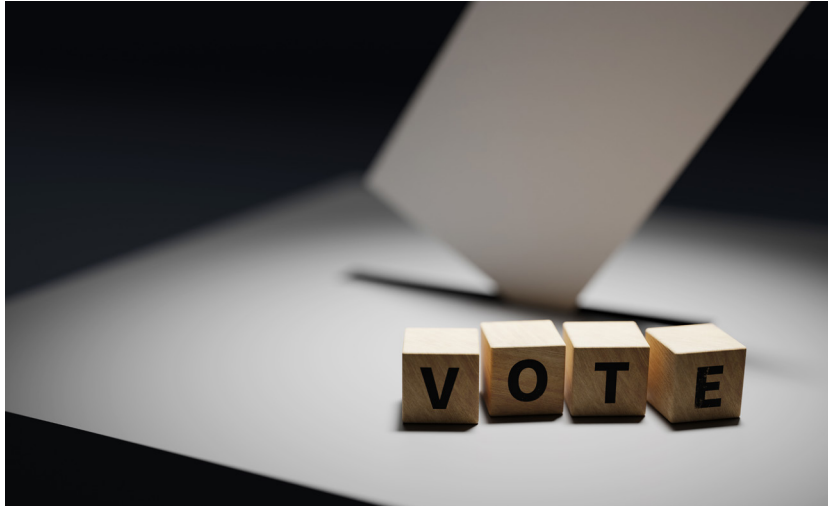
이를테면 이승선은 2012년 선거보도 심의와 관련한 논의에서, 지나치게 광범하고 모호한 공정성을 내세워 선거관련 보도의 활성화를 억제하고 위축시키는 규정을 제거해야 한다고 주장했다. 특히 일반 보도기사는 물론 사설과 논평, 광고, 그 밖의 선거와 관련한 내용으로 선거보도의 범위가 확장될 수 있는 규정을 문제 삼았다. 더불어 사과문 게재와 같은 제재조치의 위헌성, 정정보도의 청구를 심의위원회가 단심 절차에 의해 처리하고 그 게재를 명령하는 것의 문제를 지적하고, 절차적 정당성이나 직무처리의 효율성, 전문성 등을 감안할 때 선거관련 심의기구, 반론보도청구의 처리를 통합해서 운영하는 것이 합리적이라고 제안했다.²⁹⁾ 김춘식도 뉴스의 생산, 유통, 이용 등 저널리즘 생태계의 특성을 고려해 분리된 심의기구를 통합해서 운영하는 것이 바람직하고, 더불어 전문성을 갖춘 평가인력을 충원해야 한다고 제안했다.³⁰⁾ 정민영도 구체적 사안에 대한 심의위별 판단이 상이할 경우 선거보도심의의 신뢰성을 확보하기 어렵다며, 세 기구의 통합 논의를 진행할 필요가 있다고 지적했다.³¹⁾ 안명규는 인터넷선거보도심의위원회처럼 선거방송심의위, 선거기사심의위도 상설화하는 것이 필요하되, 동시에 심의기구의 통합 문제와

28) 헌재 2021.2.25. 2016헌바84; 헌재 2021.3.25. 2015헌바438등

29) 이승선 (2012). 앞의 글

30) 김춘식 (2021). 선거 저널리즘, 공정정보의무와 뉴스 편향. <언론중재>, 2021년 겨울호(통권 161호), pp.4-15.

31) 정민영 (2020). 제21대 국회의원 선거보도와 표현의 자유에 관한 고찰. <언론중재>, 2020년 여름호(통권 162호), pp.52-57.



함께 검토해야 한다는 의견을 제시했다.³²⁾ 최승민·이호규 역시 심의기구 상설화와 심의기구 통합 그리고 디지털 미디어 플랫폼 시대에 부응한 선거보도 심의제도의 전면적인 개편을 역설했다.³³⁾


위에서 본 것처럼 디지털 선거보도 환경이 심화되지 않은 상황에서도, 분리된 세 심의기구를 통합해야 한다는 주장이 지속적으로 제기되었다. 저널리즘이나 언론광고 시장이 디지털로 재편된 작금에 선거보도 심의기구의 상설화와 통합 운영은 더욱 불가피해 보인다. 심의규정의 정비와 일관성 있는 적용, 중복심의 문제나 선거보도 사각의 해소와 같은 문제 해결을 위해서도 그러하다.

이러한 맥락에서 유튜브를 통해 생산·유통되는 선거정보도 지혜롭게 다뤄야 한다. 현재 유튜브에 대한 선거보도 심의는 사각지대다. 언론사 홈페이지에 연동돼 있는 유튜브 채널의 경우 인터넷선거보도심의위원회가 심의에 개입하고 있으나, 연동이 안 된 언론사 유튜브 채널을 비롯해 대부분의 선거관련 유튜브 채널에 대한 심의는 제대로 진행되지 못하고 있다. 언론중재위원회는 평소 언론사의 유튜브 채널에 대해 언론중재위원회의 업무 범위 내에서 다루고 있지만, 선거보도의 심의는 예외다. 정원업에 따르면, 선관위는 유튜브를 따로 심의하지 않고 특정 영상에 대한 고발이나 제보가 접수된 후 비로소 심의 절차에 들어간다. 문제는 단속하더라도 처벌 대상은 유튜브가 아

32) 안명규 (2020). 앞의 글

33) 최승민·이호규 (2023). 앞의 논문

닌 영상 제작자인데, 해외 사업자인 유튜브에 대해 선관위가 직접 콘텐츠 삭제 지시를 할 수 없고 ‘협조 요청’을 해야 한다며, 선관위 등의 유튜브 관리는 영상이 유통된 후 사후적으로 취해지는 조치로 선제적인 대응이 불가능하다고 지적한다.³⁴⁾ 심영섭 역시 유튜브나 SNS에서 전달하는, 혹은 자칭 취재를 통한 탐사보도에 대해 명확하게 관할권을 가진 선거관련 심의위원회는 없고, 「공직선거법」에 따른 유권해석을 통해 인터넷선거보도심의위원회가 유튜브를 비롯한 온라인 공간의 선거관련 내용심의를 담당하지만, 명확한 근거법령에 따른 심의라고 볼 수 없다고 진단했다.³⁵⁾ 하승태는 더 나아가 디지털 기반의 신생 뉴스 서비스에 「공직선거법」과 선거보도 심의제도는 아예 적합하지 않다고 지적했다. 이에 따라 신생 뉴스 서비스가 생산하는 선거 콘텐츠의 공정성 확보와 규제가 필요한지에 대한 논의가 필요하다고 제안했다.³⁶⁾

헌법재판소가 선거운동을 제한하던 여러 규정을 위헌이라고 판단하고 정치적 표현의 자유를 확대하는 것은 바람직하다. 헌재가 선거의 공정성을 명분삼아 선거시기 정치적 표현을 억제하려는 시도가 타당하지 않다고 지적한 것도 옳바르다. 선거보도를 규제하는 법제의 정비 방향은 헌법재판소의 그와 같은 판시를 존중해 이뤄져야 한다. 한편, 비록 헌법재판소가 「공직선거법」상 후보자비방죄와 허위사실공표죄에 대해 위헌선언을 하지 않았으나 여전히 ‘후보자가 되고자 하는 자’ 부분이나 ‘비방’, ‘허위’ 등과 관련한 명확성원칙, 해당 규정의 과잉금지원칙의 문제는 지속적으로 풀어야 할 과제다. 더불어 선거방송토론회와 같은 정보 생산 통로를 확대해 정치 신인이나 소수 정당의 후보자들에게도 문호를 더 활짝 열어줄 필요가 있다. 현행 선거보도 규제의 문제를 해소하는 방안의 하나라고 생각한다. 선거시기의 정치적 표현의 자유를 보장하는 것이 중요한 것은 물론이거니와 평상시 언론의 자유, 정치적 표현의 자유를 억압하려는 어떠한 시도도 민주주의를 위해 결코 이롭지 못하다는 평범한 진리를 확인하는 것은 더욱 더 중요하다. 그래야 일상과 선거시기의 선거보도가 제 기능을 다할 수 있을 것이다. 

34) 정원엽 (2020). 앞의 글

35) 심영섭 (2021). 미디어 플랫폼 진화에 따른 새로운 선거 관련 정보유통과 무질서. <언론중재>, 2021년 겨울호(통권 161호), pp.28-43.

36) 하승태 (2015). 신생 뉴스 플랫폼과 선거보도 공정성의 딜레마. <언론중재>, 2015년 겨울호(통권 137호), pp.28-35.