



KNSI 특별기획 제21-2호

현행 선거법이 가지는 참여제한의 문제

-인터넷에서의 선거운동을 중심으로

박주민

(법무법인 한결 변호사/ 참여연대 공익법센터 운영위원)

- I. 우리나라 선거관리의 경향과 문제점
- II. 18대 총선의 최대 이슈-인터넷에서의 선거자유
- III. 외국의 예
- IV. 결론- 선거법개정의 방향

I. 우리나라 선거관리의 경향과 문제점

1. 선거관리의 바람직한 원칙

(1) 선거자유 보장

대의민주제를 채택하고 있는 민주국가에 있어서 공직자의 선거는 주권자인 국민이 그 주권을 행사하는 행위이므로 국민이 선거에 참여하여 그 의사를 표현할 기회와 자유는 최대한 보장되어야 한다. 이를 위한 자유선거의 원칙은 비록 우리 헌법에 명문으로 규정되어 있지는 않지만 민주국가의 선거제도에 내재하는 법 원리로서, 국민주권의 원리, 의회민주주의의 원리 및 참정권에 관한 규정에서 그 근거를 찾을 수 있다. 이러한 자유선거의 원칙은 선거의 전과정에 요구되는 선거권자의 의사형성의 자유를 뜻한다. 이 중 선거운동의 자유는 널리 선거과정에서 자유로이 의사를 표현할 자유의 일환이므로 표현의 자유의 한 태양이기도 하다.

(2) 선거의 공정성 유지

민주적 의회정치의 기초인 선거는 자유로운 동시에 공정하게 행하여지지 않으면 아니된다. 금권, 관권, 폭력 등에 의한 타락선거를 막고 무제한적이고 과열된 선거운동으로 말미암아 발생할 사회경제적 손실과 부작용을 최소화하며 국민의 진정한 의사를 제대로 반영하기 위해서는 선거의 공정성이 보장되어야 한다. 선거의 공정 없이는 진정한 의미에서의 선거의 자유도 선거운동의 기회균등도 보장되지 아니한다. 이 점에서 선거의 공정성 확보를 위해서는 어느 정도 선거운동에 대

한 규제가 행하여지지 아니할 수 없다.

(3) 소결

결국 선거관리는 선거의 자유와 공정성이 균형있게 유지될 수 있도록 이루어져야 한다. 만일 어느 한쪽으로 치우치게 되면 선거가 가지고 있는 본연의 기능을 수행할 수 없을 것이기 때문이다. 그런데 이는 곧 선거운동의 자유를 제한하는 셈이 되므로 다른 기본권과 마찬가지로 헌법 제 37조 제2항에 따라 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로 제한할 수 있되, 그 경우에도 선거운동의 자유에 대한 본질적 내용은 침해할 수 없을 것이다.¹

2. 우리나라 현행 선거법의 문제점

(1) 규제중심의 선거법

후보자들 입장에서의 선거운동은 유권자들에게 자신을 알리려는 노력이라고 정의할 수 있을 것이다. 반대로 유권자들 입장에서의 선거운동은 자기들이 원하는 바를 표를 매개로 후보자에게 알리는 것이다. 결과적으로 선거운동이란 후보자들의 선거운동과 유권자의 선거운동이라는 서로 다른 방향의 선거운동을 총칭한다고 할 수 있다.²

그러나 현행 선거법은 이러한 정치적 상호 소통의 수단을 엄격하게 제한하고 있다. 선거법 규정을 보면 제한, 금지의 내용을 담고 있는 조항들이 무척 많다는 사실을 알 수 있다. 특히 선거운동을 규정한 부분 가운데 제84조부터 제110조까지 무려 26개의 연이은 조항이 모두 금지, 제한의 내용을 담고 있다.³ 이렇게 규제 중심적인 법규가 만들어진 것은 과거 선거운동의 어두운 기억과 정치인들에 대한 불신 때문이라 할 것이다.

(2) 새로운 현실의 미반영

①인터넷 등 새로운 방식의 출현

또한 현행 선거법은 동원선거, 물량선거 등 전통적인 선거방식을 염두에 둔 법 규정들이라서 유권자들의 자발적인 의사표현과 조직 활동이 이루어지는 매스 미디어나 인터넷을 이용한 새로운



방식의 선거를 반영하지 못하고 있다.

② 자발적 참여자들의 형성

그리고 2002년 대통령 선거 과정을 거치면서 과거와는 달리 노사모, 창사랑 등 자발적으로 조직된 정치인 지지자 집단이 등장하기 시작했고 2007년 대선을 앞두고도 박사모, 명박사랑 등 다양한 정치인 지지 집단이 생겨나고 있으며, 특히 뉴라이트전국연합과 같이 이념적으로나 정책적으로 선호하는 후보의 당선을 위해 선거운동에 간여하려는 집단도 나타나고 있다. 우리 정치에서 정당이나 후보자간 이념적 차별성이 커지고 있는 만큼, 과거에 보지 못한 ‘자발적인 선거 운동원’은 앞으로도 더욱 활발해질 것으로 보인다. 그러나 2002년 노무현 후보 지지자들이 벌인 ‘희망돼지’ 모금 건에서 보듯이 지지자들이 자발적으로 모금 운동을 전개하는 등 선거운동에 참여하면 불법이 되는 것이 현실이다.

(3) 소결-현행 선거법이 선거현실에 미치는 악영향

이전과 비교할 때 한국의 선거문화가 많이 개선되었고 정치적 상황도 크게 변화했다. 그러나 아직 우리나라에서의 선거는 새로운 정치 지도자를 뽑는 축제나 잔치로 자리 매김되고 있지 못하고 있다. 선거법 자체가 잔치를 벌이기 보다는 일탈 행위를 막으려는 통제의 시각에서 출발하고 있기 때문이다. 선거운동에 대한 지나친 엄숙주의로 선거의 흥을 느끼기 어렵게 만들고 있다. 사실 선거운동 과정에서 표출되는 유권자의 의사표현을 바라보는 선거법의 시각은 모두가 돈에 의해 동원되었다는 것을 전제로 하고 있는 것으로 보인다. 그러나 이러한 편협한 시각이 지지자들의 자발적인 참여를 막고 선거를 유권자를 배제한 후보자들만의 행사로 만들어 버리고 있다.

II. 18대 총선의 최대 이슈-인터넷에서의 선거자유

지난 대선과 이번 18대 총선 공간에서, 특히 유권자들의 선거운동의 측면에서 가장 이슈가 되고 있는 것은 바로 인터넷에서의 표현의 자유에 대한 제한이라고 할 수 있다. 아래에서는 이에 대해 구체적으로 살펴도록 하겠다.



1. 인터넷을 통한 의사표현의 의의

헌법재판소는 인터넷의 매체성을 판단했던 결정에서 '인터넷은 공중파방송과 달리 가장 참여적인 시장, 표현촉진적인 매체로서 진입장벽이 낮고 표현의 쌍방향성이 보장된다'라고 한 바 있고(헌법재판소 2006. 6. 27. 결정 99헌마480), 미군 연방대법원도 '인터넷은 세계를 하나로 전달해 낼 수 있는 유일하고 전적인 새로운 매체다'라고 평한바 있다(Reno v American Civil Liberties Union, 521 U.S. 844,850)

이러한 인터넷이 선거운동과정에서 사용되면 오프라인 상에서 이루어졌던 모든 선거운동 수단을 많은 비용을 들이지 않고 온라인 공간상에서 해낼 수 있어⁴ 선거비용의 문제를 해결할 수 있고, 결국 자금력이 약한 후보들에게도 공정한 선거운동의 기회를 제공할 수 있게 될 것이다. 또한 인터넷상은 어떤 사람의 정치적 의사에 대해 거의 실시간으로 대응이 이루어질 수 있는 '사상의 완전경쟁 시장'으로서 어느 견해가 가질 수 있는 피해를 자연적으로 치유할 수 있는 특성을 가지고 있어 일방성만을 가지는 일반적인 매체에 비하여 공정한(반론이 보장된) 여론이 형성될 수 있을 것이다. 따라서 현행 선거법이 금권선거나 타락선거를 막기 위해 과도하게 규제중심적일 수밖에 없다는 점을 심분 이해한다고 하더라도, 위와 같은 특성을 가진 인터넷에서의 선거운동을 오프라인에서의 선거운동과 동일한 기준과 잣대로 제한할 수는 없을 것이다.

2. 인터넷에서의 의사표현의 제한

그런데 최근 선거를 둘러싼 상황과 분위기는 전혀 그렇지 않았다. 지난 대선이 진행되고 있던 10월 30일 기준으로 선관위가 선거법을 근거로 인터넷의 글 삭제를 요청한 건수는 6만 건에 달하고, 그 중에 수사 대상에 오른 경우는 561건(618명)으로 전체 선거법 위반 사건(827건)의 68%에 해당한다고 한다. 삭제된 건수만 보면, 2002년에 비해 6배에 달하고 있다. 단속건수나 삭제건수가 이렇게 많은 이유는 후보 스스로가 인정했거나 언론이 보도한 사실에 기초해 정치토론을 하는 것을 포함한 일상적인 블로그 활동을 모두 선거운동으로 의율하였기에 때문이다.



3. 인터넷에서의 표현의 자유제한 원인-공직선거법 제93조의 추상성

국민의 기본권을 제한하는 것이 가능하다 하더라도 명확한 내용의 법률로써 제한하여야만 하는데, 공직선거법 제93조 제1항의 입법목적, 공직선거법에 규정된 다른 규제 조항들과의 전체적 구조, 같은 법 조항의 내용 등을 고려하여 해석하더라도 "선거에 영향을 미치게 하기 위하여"라는 부분은 그 의미에 있어서 불명확한 요소가 있고 광범위한 해석의 여지가 있다. 이는 그 인정에 있어서 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 것이지만, 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위와 당선되거나 당선되게 하거나 당선되지 못하게 하는 행위는 결국 행위자의 내심의 추상적인 의사에 의하여 구별될 수밖에 없기 때문이다.

예를 들어 동일하게 단순한 의견 개진과 의사표시를 포함하고 있는 UCC를 만들어 어떤 사람은 선거에 영향을 미치기 위해 게재하고, 다른 어떤 사람은 선거에 영향을 미칠 의사없이 게재하였다면 이를 명확히 구별할 수 있지 않을 것이다. 선관위나 대법원은 이를 구별하기 위하여 반복적으로 게재하였는지를 살피고 있는데, 이 반복성의 기준이 무엇인지도 전혀 정해져 있지 않아, 판단하는 사람에 따라 3번 이상이 반복이 될 수도 있고, 100번 이상이 되어야 비로소 반복이 될 수도 있을 것이다. 이처럼 위 조항은 그 내용이 매우 불명확하여 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이 문리적으로 해석할 때, 선거에 영향을 미치게 하기 위한 의사 하에 이루어지는 행위와 선거와 관계없이 단순한 의사표현으로서 이루어지는 행위를 구분하는 것이 쉽지 않다. 이렇기 때문에 위 법조항을 적용함에 있어서도 자의가 허용될 소지는 많은 것이다.

그렇다면, 공직선거법 제93조 제1항은 "선거에 영향을 미치기 위하여"라는 주관적 구성요건을 그 요소로 하고 있는데, 주관적 구성요건 요소와 관련하여 그 의미가 불분명하므로 기본권을 제한하는 법률이 가져야 하는 명확성을 가지지 못하고 있다고 할 것이다.



Ⅲ. 외국의 예

미국, 독일, 영국 등 대부분의 선진국들은 인터넷을 이용한 선거운동을 제한하는 규정을 두고 있지 아니하므로, 인터넷을 이용한 선거운동을 자유롭게 할 수 있을 것으로 보인다. 특히 미국은 비록 후보자로부터 유권자에게로 라는 방향성이 강하지만, 인터넷을 통하여 정보제공, 네트워크 활동, 후보자의 특색을 겨냥한 선택적 선거운동, 유권자의 동원과 자원봉사자의 참여 유인활동, 선거자금모금활동이 활발하게 진행되고 있다.

Ⅳ. 결 론-선거법개정의 방향

사이버공간을 활용한 정치활동과 선거운동 기회의 확대, 발전은 이전의 정치상황과 비교해서 상대적으로 민주주의의 확대와 정치비용의 절감이라는 효과를 가져올 것이다. 즉, 인터넷은 후보자나 정당에게는 엄청난 돈을 들이지 않고도 유권자에게 쉽게 다가갈 수 있으며 여론동향을 실시간으로 파악할 수 있게 하는 반면에 시민단체나 유권자들에게는 정보공개의 효과를 향유할 수 있는 환경을 조성하기 때문이다. 또한 인터넷은 정치에 부정적이거나 무관심한 젊은 세대들을 유인하는 좋은 계기가 될 수 있을 것이다. 따라서 원칙적으로 선거법은 인터넷을 통한 선거운동의 자유를 적극 보장하는 것으로 개정되어야 할 것이다. 다만, 쌍방향성이라는 인터넷의 특성과는 상관 없는 일방적인 E-MAIL송부, 즉 비방성, 명예훼손성 전자메일의 송부는 제한되고 처벌되어야 할 것이다.

이제 선거법은 ‘포괄적 규제에서 선택적 제한으로, 소극적 최소기회 부여에서 적극적 최대기회 부여로, 그리고 행정적 단속 위주에서 사법적 처벌강화로’ 방향을 바꿔야 한다. 이를 위해서는 무엇보다 규제 중심의 현행 선거법을 대폭 개정해야 한다. 인터넷에서의 선거운동의 자유보장이 아마 그 첫걸음이 되지 않을까 한다.(2008/05/14)





<각주>

1) 헌재 1995. 4. 20. 92헌바29; 헌재 1995. 5. 25. 95헌마105

2) 이러한 양방향의 선거운동간의 커뮤니케이션이 원활하게 이루어지는 것을 선거라는 정치적 절차의 성공기준으로 삼을 수 있을 것이다.

3) 미국, 영국, 독일 등 서구에서라면 유권자들이 자신이 지지하는 후보의 이름이나 얼굴을 새긴 티셔츠를 자유롭게 만들어 입고 다니지만, 우리나라에서는 심지어 같은 색의 옷이나 모자를 입은 3인이 함께 다녀도 선거법 위반이다 (105조). 후보자의 얼굴의 특징이나 성격 등을 재미있게 묘사한 인형이나 마스크트 등의 상징물도 우리나라에서는 사용할 수 없다. 이 역시 선거법 위반이다. 정당의 입장을 간명하고 눈길을 끌도록 표현한 정치광고를 담은 간판, 선전탑, 애드벌룬 등도 우리나라에서는 사용할 수 없다. 선거법에서 이를 금지하고 있기 때문이다 (90조). 이처럼 유권자들의 흥미를 끌 수 있는 수단은 모두 법으로 금지해 놓고, 기껏 허용하는 선거운동 방식은 명함, 선거공보 (책자형, 전단형), 선전벽보, 현수막, 어깨띠 등이다. 더욱이 현행 선거법에서는 어깨띠의 개수나, 현수막의 크기, 신문 광고의 횟수 및 규격, 색도까지도 상세하게 규정하고 있다. 위와 같은 지나친 행정적 규제가 정치가 담아내야 하는 역동성과 재미를 죽이고 있다. 이런 방식으로는 선거운동이 축제나 잔치의 느낌을 주도록 하는 재미를 결코 줄 수 없다. 선거 운동에 대한 지나친 엄숙주의라고 할 것이다.

4) 메신저나 이메일, 혹은 개인 홈페이지 등을 이용한 면대면 방식의 선거운동이나 다수를 대상으로 동시에 뿌릴 수 있는 이메일의 우편 방식도 가능하며 포털 사이트의 배너 광고뿐만 아니라 패러디 등에서 보듯이 보다 효과적인 새로운 ‘플래카드 혹은 포스터’의 방식도 활용할 수 있을 것이다.