

『공직선거법』  
개정법률안에 대한 의견서

2018. 8.

사단법인 오픈넷



주소: (06650) 서울 서초구 서초대로50길 62-9, 402호 (서초동, 한림빌딩)  
Tel: 02)581-1643 Fax: 02)581-1642 Email: master@opennet.or.kr

# 1. 인터넷 실명확인제 폐지 관련 개정안에 대한 의견

## 가. 관련 개정안 개요

- 유승희의원안(1579), 윤소하의원안(2173), 박주민의원안(2315)은 인터넷 언론사의 게시판, 대화방 등의 실명확인 의무를 규정한 제82조의6과 이를 위반할 경우의 과태료 부과규정을 삭제하는 내용을 담고 있음.

## 나. 검토의견

- 헌법재판소는 인터넷게시판을 설치, 운영하는 정보통신서비스제공자에게 본인확인조치의무를 부과하고 있는 정보통신망법 규정에 대하여 인터넷 게시판 이용자의 표현의 자유, 개인정보자기결정권 등을 침해하고 있음을 이유로 위헌결정을 내린바 있음(헌재 2012. 8. 23. 2010헌마47). 이 결정에서 헌법재판소는 “특히 익명이나 가명으로 이루어지는 표현은, 외부의 명시적·묵시적 압력에 굴복하지 아니하고 자신의 생각과 사상을 자유롭게 표출하고 전파하여 국가권력이나 사회의 다수의견에 대한 비판을 가능하게 하며, 이를 통해 정치적·사회적 약자의 의사 역시 국가의 정책 결정에 반영될 가능성을 열어 준다는 점에서 표현의 자유의 내용에서 빼놓을 수 없는 것이다. 그리고 인터넷 공간에서 이루어지는 익명표현은 인터넷이 가지는 정보전달의 신속성 및 상호성과 결합하여 현실 공간에서의 경제력이나 권력에 의한 위계구조를 극복하여 계층·지위·나이·성 등으로부터 자유로운 여론을 형성함으로써 다양한 계층의 국민 의사를 평등하게 반영하여 민주주의가 더욱 발전되게 한다. 따라서 비록 인터넷 공간에서의 익명표현이 부작용을 초래할 우려가 있다 하더라도 그것이 갖는 헌법적 가치에 비추어 강하게 보호되어야 한다...(중략)... 그런데 이 사건 본인확인제는 정보 등을 게시하고자 하는 자가 무엇이 금지되는 표현인지 확신하기 어려운 상태에서 본인의 이름, 주민등록번호 등의 노출에 따른 규제나 처벌 등 불이익을 염려하여 표현 자체를 포기하게 만들 가능성이 높고, 인터넷을 악용하는 소수의 사람들이 존재하고 있다는 이유로 대다수 시민의 정당한 의사표현을 제한하는 것으로서 익명표현의 자유에 대한 과도한 제한”이라고 판시함.
- 정치적 표현은 다른 일반적 표현물보다 더욱 고양된 보호를 받으며, 특히

민주주의의 꽃인 공직선거에 있어서는 후보자에 대한 검증 및 의견 교환이 보다 더 자유롭고 활발하게 이루어져야 함. 즉, 선거기간 중 이루어지는 국민의 정치적 표현의 자유는 더욱 강하게 보장되어야 함. 한편, 선거기간 중 실명제를 강제하는 경우에는 정치적 소수자들이 선거가 끝난 후 집권자들로부터의 억압과 불이익을 염려하여 표현을 스스로 억제하게 되어 정치적 소수의 목소리가 위축될 우려와 부작용이 더욱 큼. 따라서 선거에 있어서 표현의 익명성 보장은 오히려 더욱 긴절하게 필요한 것임.

- 또한 위 결정에서 헌법재판소는 “표현의 자유는 민주주의의 근간이 되는 중요한 헌법적 가치이므로 표현의 자유의 사전 제한을 정당화하기 위해서는 그 제한으로 인하여 달성하려는 공익의 효과가 명백하여야 한다…(중략)… 본인확인제 이후에 명예훼손, 모욕, 비방의 정보의 게시가 표현의 자유의 사전 제한을 정당화할 정도로 의미 있게 감소하였다는 증거는 찾아볼 수 없다. 현행 형사법 및 정보통신망법에 의하더라도 불법정보 등 게시에 대한 제재수단이 이미 마련되어 있고, 현재의 기술수준에서 사후적으로 불법정보 등 게시자의 신원을 확인하는 것이 불가능한 것도 아니다. 본인확인제 이외의 여러 규제조항들의 엄정한 집행을 통하여 불법정보 등 게시의 단속 및 처벌이 실질적으로 이루어진다면 본인확인제의 실시 이상의 높은 일반예방 효과를 기대할 수 있을 것으로 여겨진다.”는 이유로 본인확인제의 강제가 침해의 최소성을 위반한다고 판시한 바 있음.
- 인터넷을 통하여 후보자에 대한 허위사실을 유포하는 등의 공직선거법 위반 행위 역시 처벌규정에 따라 유포자를 엄격히 수사·처벌함으로써 해결해야 할 문제이며, 실명인증으로 이를 예방할 수 있다는 근거는 명확하지 않음. 그럼에도 실명인증을 강제하고 있는 본 제도는 과잉금지원칙을 위반하여 국민의 표현의 자유와 개인정보자기결정권, 영업의 자유 등을 침해하는 위헌적 제도로서 폐지되는 것이 바람직함.

## 2. 선관위의 위법게시물 삭제요청권 폐지 관련 개정안에 대한 의견

### 가. 관련 개정안 개요

- 유승희의원안(1579)은 선거관리위원회가 선거법을 위반하는 인터넷 게시물에 대하여 정보통신서비스제공자에게 삭제 등의 조치를 요청할 수 있고, 해당 요청을 받은 정보통신서비스제공자는 지체없이 이에 응해야 하며, 이행하지 않을 경우 과태료 혹은 형사처벌 대상이 되도록 하고 있는 공직선거법 제82조의4 제5항 제6항을 삭제하는 것을 내용으로 하고 있음.

## 나. 검토의견

- 행정안전위원회 공직선거법 일부개정법률안 검토보고서(2018. 2.) 자료에 따르면 본 제도로 삭제되는 게시물은 선거마다 급격히 증가하고 있음. 2016년 제20대 총선에서만 약 17,000여건, 2017년 19대 대선에서는 약 40,000여건에 이르는 등 방대한 양의 국민의 온라인상 표현물이 본 제도로 삭제되고 있음.
- 참여연대가 본 제도에 따라 2016년 제20대 총선에서 선관위가 삭제 요청한 게시물을 분석한 자료에 따르면, 선관위가 선거법을 과도하게 적용하여 후보자에 대하여 언론기사에 기초한 의혹을 제기하는 글이나 풍자, 희화화한 게시글에 대해서도 삭제 결정을 내린 사례가 다수 발견됨.<sup>1)</sup> 공직선거법 자체에 표현의 자유를 지나치게 제한하고 있는 규정이 많아 후보자에 대한 비판적 게시물이란 대부분 선거법 위반 정보로 판단되어 삭제 대상이 될 수 있음.
- 게시물 삭제와 같이 표현의 자유를 제한하는 처분은 원칙적으로 해당 표현물이 불법이라는 사법부의 판단에 의하여 이루어져야 함. 후보자에 대한 검증과 자유로운 의견 교환이 어느 때보다도 자유롭고 활발히 이루어져야 할 선거기간에, 단순한 가치판단이나 의견 표현, 후보자들에 대한 자질 검증을 위한 다양한 비판 및 의혹을 제기하는 표현물들에 대하여 사법기관의 선거법 위반 여부 판단이 내려지기도 전에 선관위의 판단만으로 일방적으로 삭제할 수 있도록 하고 있는 본 제도는 유권자의 정치적 표현의 자유와 알 권리를 침해할 위험이 크므로 폐지되는 것이 바람직함.

1) 이슈리포트, '선관위의 인터넷 게시물 삭제 내역 조사보고서', (2016. 10. 4)  
[http://www.peoplepower21.org/PSPD\\_press/1451830](http://www.peoplepower21.org/PSPD_press/1451830)

### 3. 허위사실공표죄 및 후보자 비방죄 완화 또는 폐지 관련 개정안에 대한 의견

#### 가. 관련 개정안 개요

- 유승희의원안(1579)은 허위사실공표죄(제250조)의 형량을 대폭 하향 조정하고, 당내 경선 과정에서의 허위사실공표죄를 삭제하며, 후보자비방죄(제251조)를 삭제하는 내용을 담고 있음.
- 박주민의원안(2315)은 정보통신망을 이용한 허위사실유포와 후보자비방을 금지하고 있는 제82조의4 제1항과 제110조를 삭제하고, 후보자비방죄(제251조)를 삭제하는 내용을 담고 있음.

#### 나. 검토의견

- 공직선거법은 본래 “선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행하여지도록” 하기 위해 제정된 것임에도, 오히려 후보자에 대한 정당한 의혹 제기나 사실에 근거한 낙선운동 등을 처벌하는 근거로 작용하여 유권자의 자유로운 의사 형성을 방해하고 있음. 특히, 허위사실공표죄와 후보자비방죄는 유권자의 후보자 검증과 비판을 막는 족쇄로 악용되고 있음. 사단법인 오픈넷의 지원으로 박경신 교수와 유종성 교수가 공동수행한 '1995 - 2015년 선거법상 허위사실공표죄·후보자비방죄 전수조사' 연구에 의하면 이들 죄에 대한 검찰의 기소와 처벌이 정치적 편향성을 보인다는 사실이 드러나기도 함.<sup>2)</sup>
- 세계적으로도 허위의 사실을 적시한 경우를 포함하여 ‘명예훼손’ 개념을 비범죄화하는 것이 국제적 기준으로 자리잡고 있음. UN 인권위원회나 유럽평의회(Council of Europe)는 명예훼손의 비형사범죄화를 추구하고 있으며, 이에 따라 세계의 많은 나라들은 형사상 명예훼손죄를 폐지하거나 폐지 논의를 하고 있음. 영미법계의 입법례를 보아도 명예훼손은 대부분 민사적인 방법에 의하여 해결하고 있으며, 미국의 경우 개별 주법상 존재했던 명예훼손에 대한 형사적 처벌 관련 규정들도 표현의 자유 위축 및

2) <https://opennet.or.kr/13177>

피고인의 입증 부족으로 인한 유죄판결의 부당성 등을 이유로 위헌으로 판결되어, 현재 4개의 주법만이 명예훼손에 대한 형사처벌 규정을 두고 있음. 또한 명예훼손죄를 두고 있는 독일, 프랑스 등 유럽의 몇몇 나라 역시, 적시된 사실이 ‘진실’인 경우에는 처벌을 면할 수 있는 규정을 두고 있음.

- UN 인권위원회 표현의 자유에 대한 일반논평 34호에서는, 공공의 인물이 단순히 모욕을 받고 있다는 사실만으로 처벌이 정당화 되지 아니하며, 공공의 인물은 비판과 정치적인 반대의 당연한 대상이 되기에 명예훼손을 이유로 한 형사처벌이 이루어져서는 안 된다는 원칙을 확인하고 있으며 (38항), 그리고 과실로 행한 허위의 진술, 공익성을 근거로 한 진술에 대해서는 명예훼손처벌의 방어요건이 되어야 한다는 원칙적인 점, 국가가 명예훼손의 비범죄화를 고려하여야 함을 명시하고 있음(47항).<sup>3)</sup> 유엔 자유권 규약 위원회(2015)<sup>4)</sup>와 유엔 표현의 자유 특별보고관(2011)<sup>5)</sup>은 대한민국 정부에 명예훼손의 비형사범죄화를 권고한 바 있음.
- 특히 선거시기 표현의 자유의 보장은 민주주의의 핵심적인 요소임. 유럽안보협력기구(Organization for Security and cooperation in Europe) 소속의 민주적 제도와 인권을 위한 사무소(Office for Democratic Institutions and Human Rights)에서 펴낸 선거법 검토 지침서에는 “후보자를 비방하거나 명예를 훼손하는 발언에 대해 형사처벌을 해서는 안 된다”고 강조하고 있음. 또한 ‘공인’이나 ‘공적 존재’에 대한 표현의 경우에는 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 제한되어서는 안 된다는 것이 우리 판례의 태도임(대법원 2003. 7. 8. 선고 2002다64384 판결, 2003. 7. 22. 선고 2002다62494 판결, 2003. 9. 2. 선고 2002다63558 판결 등 참조).

3) UN Human Rights Committee, “International Covenant on Civil and Political Rights, General comment No. 34” (CCPR/C/GC/34), 12 September 2011

4) Human Rights Committee, “Concluding observations on the fourth periodic report of the Republic of Korea”, Adopted by the Committee at its 115th session (19 October–6 November 2015).

“47. The State party should consider decriminalizing defamation, given the existing prohibition in the Civil Act , and should in any case restrict the application of criminal law to the most serious defamation cases, bearing in mind that imprisonment is never an appropriate penalty . It should ensure that the defence of the truth is not subject to any further requirements . It should promote a culture of tolerance regarding criticism, which is essential for a functioning democracy.”

5) Frank La Rue (2011), “Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Mission to the Republic of Korea”(A/HRC/17/27/Add.2), UN Human Rights Council, 21 March 2011

- 공직선거법상의 허위사실공표죄나 후보자비방죄는 모두 공직후보자, 즉 ‘공적 인물’에 대한 표현이자 정치적 표현을 형사범죄화하고 있는 조항들로서, 위 국제법 기준 및 헌법원칙에 부합하지 않음. 따라서 본 죄들은 폐지되는 것이 바람직하며, 특히 ‘진실’을 적시한 경우에도 처벌하고 있는 ‘후보자비방죄’는 반드시 폐지되어야 함. ‘허위사실공표죄’의 경우 최소한 형량을 완화하거나 ‘허위임을 알면서’ 등의 고의 요건을 추가하는 방향으로 개정될 필요가 있음.

#### 4. 선관위의 통신자료 제공 규정 폐지 또는 사후제재조치 마련 관련 개정안들에 대한 의견

##### 가. 관련 개정안 개요

- 선거관리위원회 직원의 요청으로 개인의 정보를 열람 또는 자료 제공할 수 있도록 한 제27조의3 제3항에 대하여, 유승희의원안(2191)은 이를 삭제하는 것을 내용으로 하고 있고, 김정재의원안(3833)은 정보주체에 대한 통지 의무와 종료시 파기 의무를 규정하고 있으며, 이은권의원안(11403)은 법원의 사전 승인을 요건으로 하고, 이용자에 대한 통지 의무 및 대장 작성, 점검 의무 부과 등을 내용으로 하고 있음.

##### 나. 검토의견

- 전기통신사업법상의 일반 통신자료제공 제도 역시 수사기관 등의 요청만으로 ‘법원의 승인 없이’ 정보통신서비스제공자로부터 이용자의 신원정보를 제공받을 수 있다는 면에서 통신비밀의 자유와 개인정보자기결정권 침해 등 위헌성이 높다는 비판이 있음.
- 이에 더하여, 「전기통신사업법」상 통신자료제공을 요청할 수 있는 자는 “법원, 검사 또는 수사관서의 장, 정보수사기관의 장” 등 수사기관의 장인 반면에, 「공직선거법」상 통신자료제공 요청 주체는 “각급 선거관리위원회 직원”이라는 점, 「전기통신사업법」은 전기통신사업자가 통신자료제공을 한 경우 해당 통신자료제공 사실 등을 기재한 자료를 갖추도록

하고, 통신자료제공을 한 현황 등을 연 2회 미래창조과학부장관에게 보고하도록 하는 등, 오남용을 견제하기 위한 규정을 두고 있는 반면에, 「공직선거법」에서는 이러한 규정이 없다는 점 등에 비추어 본 제도는 위헌성이 보다 더 심각함. 따라서 본 제도는 폐지되는 것이 바람직함.

## 5. ‘가짜뉴스’ 규제 관련 개정안에 대한 의견

### 가. 관련 개정안 개요

- 주호영의원안(6807)은 ‘가짜뉴스’를 ‘특정 개인이나 집단이 정치적 이익을 목적으로 허위의 사실임을 알면서도 의도적으로 허위의 내용이 포함된 기사의 형식으로 포장해 다중에게 뉴스로 오인시킬 목적으로 작성해 유통시키는 것’으로 정의하고, ‘가짜뉴스로 인하여 피해를 받는 자가 각급선거관리위원회에 가짜뉴스임을 표시하여 줄 것을 요청하면, 각급선거관리위원회는 이를 확인한 후 정보통신서비스제공자 등에게 통보하고, 통보를 받은 자는 가짜뉴스임을 알리는 표시를 하여야’ 한다고 규정하고 있음. 또한 누구든지 정보통신망 등을 이용하여 가짜뉴스를 유포하는 것을 금지하되, 가짜뉴스를 최초 유포자에게는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금을 부과하고 단순 유포자에게는 과태료를 부과하는 등의 규정을 신설하고 있음.

### 나. 검토의견

- ‘허위’, ‘진실’ 여부의 판단은 역사적으로 달라질 수 있기 때문에 표현의 ‘허위성’을 이유로 함부로 규제해서는 안 됨. 대다수의 사실은 존재 자체를 증명하기 어렵거나 조작, 은폐되어 증명하지 못하는 경우가 많음에도, 사실을 주장하는 자가 당시까지 그 사실의 존재를 증명하지 못하면 ‘허위’로 분류되어 규제될 위험이 큼. 예를 들면 특정 정치인에 대한 범죄 의혹을 제기하는 표현물이 해당 범죄 혐의가 증거불충분으로 무혐의, 무죄 판단을 받았다는 이유로 ‘가짜뉴스’로 분류되어 차단될 수 있음.
- 나아가 위 개정안은 구체적인 선거와 무관하게 단순히 ‘정치적 이익을 목적으로’ 한 가짜뉴스 유포를 규제 대상으로 규정하고 있는데, 이는 구체



적인 선거에서의 공정성 확보를 목적으로 하는 ‘공직선거법’ 및 ‘선거관리위원회’의 목적 범위를 유월하고 있음. 또한 선거와 관련한 허위사실유포는 이미 제250조의 후보자에 대한 허위사실공표죄와 제82조의4를 통해 이미 규율되고 있으며, 실제로 선관위는 이를 근거로 단속을 시행하고 있음.

- 형사처벌 규정과 관련하여, 헌법재판소는 일명 ‘허위사실유포죄 위헌 결정’의 보충의견에서, “‘허위사실’이라는 것은 언제나 명백한 관념은 아니다. 어떠한 표현에서 ‘의견’과 ‘사실’을 구별해내는 것은 매우 어렵고, 객관적인 ‘진실’과 ‘거짓’을 구별하는 것 역시 어려우며, 현재는 거짓인 것으로 인식되지만 시간이 지난 후에 그 판단이 뒤바뀌는 경우도 있을 수 있다. 이에 따라 ‘허위사실의 표현’임을 판단하는 과정에는 여러 가지 난제가 뒤따른다. 나아가 객관적으로 명백한 허위사실의 표현임이 인정되는 때에도, 그와 같은 표현이 언제나 타인의 명예·권리를 침해하는 결과를 가져온다거나, 공중도덕·사회윤리를 침해한다고 볼 수는 없으며, 행위자의 인격의 발현이나, 행복추구, 국민주권의 실현에 전혀 도움이 되지 않는 것이라 단언하기도 어렵다…(중략)…허위사실의 표현으로 인한 논쟁이 발생하는 경우, 문제되는 사안에 관한 사회적 관심을 높이고 참여를 촉진할 수도 있으므로 반드시 공익을 해하거나 민주주의의 발전을 저해하는 것이라고는 볼 수 없고, 행위자가 주관적으로 공익을 해할 목적이 있는 경우에도 실제로 표현된 내용이 공익에 영향을 미칠 수 없는 사적인 내용이거나 내용의 진실성 여부가 대중의 관심사가 아닌 때, 내용의 허위성이 공지의 사실인 경우 등에는 그로 인한 사회적 해악이 발생하기 어렵다. 이와 같이 허위의 통신 자체가 일반적으로 사회적 해악의 발생으로 연결되는 것은 아님에도 ‘공익을 해할 목적’과 같은 모호하고 주관적인 요건을 동원하여 이를 금지하고 처벌하는 국가의 일률적이고 후견적인 개입은 그 필요성에 의문이 있다. 어떤 표현이나 정보의 가치 유무, 해악성 유무가 국가에 의하여 1차적으로 재단되어서는 아니되며, 이는 시민사회의 자기교정기능과 사상과 의견의 경쟁메커니즘에 맡겨져야 한다. 세계적인 입법례를 살펴보아도 허위사실의 유포를 그 자체만으로 처벌하는 민주국가의 사례는 현재 찾아보기 힘들다”(헌법재판소 2010. 12. 28. 결정 2008헌바157, 2009헌바88)고 판시한 것을 고려할 필요가 있음. 본 개정안 역시 특정 후보자의 인격권 침해 등과 무관하게 ‘정치적 이익을 목적으로’와 같이 모호하고 주관적인 요건을 기준으로 허위사실을 유포하는

것을 형사처벌하려는 것으로써, 죄형법정주의의 명확성 원칙 위반 및 과잉금지원칙에 위반하는 위헌적 조항으로 평가됨.

## 6. 포털사이트의 실시간 검색어 조작, 뉴스배열조작 등에 대한 통제 관련 개정안들에 대한 의견

### 가. 관련 개정안 개요

- 김명연 의원안(7579)은 ‘누구든지 선거기간 중 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 정보검색서비스를 통하여 제공되는 검색내용이나 검색순위 또는 검색어와 연관된 문구 등(정보검색결과)을 변경하거나 순위를 바꾸는 등의 조작행위를 하여서는 아니된다.’, ‘정보검색서비스를 제공하는 정보통신서비스제공자 중 일일평균 이용자 수 등 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 기준에 해당하는 자는 선거기간 중에 정보검색결과가 조작되지 아니하도록 기술적 조치를 하여야 한다.’는 내용으로 규정하고 있음.
- 박성중 의원안(12341)은 ‘누구든지 예비후보자등록을 신청하는 날부터 선거일까지 예비후보자 또는 후보자를 당선되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 인터넷뉴스서비스의 정보검색서비스에서 제공되는 실시간 검색결과 순위 또는 인터넷뉴스서비스에서 제공되는 기사의 댓글 순위를 조작하거나 조작하게 하여서는 아니된다.’고 규정하고 위반시 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있음.
- 박성중 의원안(12353)은 ‘인터넷뉴스서비스사업자는 예비후보자등록을 신청하는 날부터 선거일까지 독자적으로 생산하지 아니한 예비후보자 또는 후보자에 관한 기사를 특정 예비후보자 또는 후보자에게 불리하거나 유리하도록 재배열하거나, 예비후보자 또는 후보자에 관한 기사의 제목·내용 등을 수정하여 제공하거나 매개하여서는 아니된다.’고 규정하고 있음.
- 박완수 의원안(13154)은 ‘누구든지 특정 후보자를 당선되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 인터넷뉴스서비스사업자 홈페이지 게시물의 조회 수·검색 순위·댓글 순위·추천 순위 등을 조작하거나 조작하게 하여서는 아니된다’고 규정하고, 위반시 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에

처한다고 규정하고 있음. 또한 ‘인터넷뉴스서비스사업자는 해당 홈페이지 게시물의 조회 수·검색순위·댓글 순위·추천 순위 등이 조작되지 않도록 기술적인 조치를 하여야 한다’고 규정하고 있음.

- 김성태 의원안(13190)은 ‘당선되거나 당선되지 아니하게 할 목적으로 정보통신서비스제공자 또는 인터넷 신문 사업자가 제공하는 인터넷뉴스서비스 게시글을 작성하거나 조작한 자는 7년 이하의 징역 또는 500만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처한다’고 규정하고 있음.
- 김정재 의원안(13399)은 ‘누구든지 특정후보자를 당선되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 인터넷뉴스서비스를 제공하는 인터넷홈페이지에 게시된 게시물의 조회 수, 검색순위, 기사 및 댓글 순위 등을 조작하는 행위를 하거나 하도록 하여서는 아니된다. 누구든지 제1항의 행위를 한 대가로 금품 등을 제공하여서는 아니된다’고 규정하고 있음.
- 함진규 의원안(14573)은 ‘일정 규모 이상의 포털사는 실시간 검색 순위나 기사의 댓글 순위가 조작되지 않도록 기술적 조치를 하도록 하고, 선거운동기간 중에 부정적 검색어 또는 비정상적 트래픽이 급증하는 것을 발견한 때에는 지체 없이 조작 여부 확인 및 임시조치 등의 필요한 조치를 하고 관련 정보를 즉시 중앙선거관리위원회 홈페이지에 공개하여야 한다’고 규정하고 있음.

## 나. 검토의견

### (1) 포털 등 인터넷뉴스서비스사업자에 대한 각종 의무 부과 부분

- 근본적으로 정보검색서비스나 뉴스서비스는 그 자체가 다양한 기술과 지식으로 구성된 하나의 상품임. 이러한 상품 즉, 서비스의 구성과 제공은 서비스제공자들의 사업적 판단에 따른 제공과 소비자(이용자)의 선택으로 형성되는, 시장 경제 질서에 맡겨야 하는 사적 영역임. 이러한 영역에 대하여 특정한 조치 의무를 부과하거나 각종 작위·부작위 의무를 부과하는 등 국가의 강제적 규제로 일원화시키는 것은 과도한 국가의 개입이며, 이는 다양한 형식의 검색어 서비스, 뉴스 서비스의 발전을 저해하고 결국 이용자인 국민이 다양한 서비스를 접하고 선택할 수 있는 기회의 박탈로

이어짐.

(2) ‘조작’ 금지 의무 부과 부분

- 헌법상 법률유보원칙, 죄형법정주의, 명확성의 원칙 등에 따라, 금지·형벌 규범의 구성요건은 명확한 용어로 규정함으로써 적용대상자에게 장래의 행동지침을 제공하고, 집행자에게는 객관적인 판단지침을 제공하여 차별적이거나 자의적인 집행을 예방할 수 있어야 함. 그러나 ‘조작’이란 개념은 추상적이고 명확하지 않아 ‘다소의 과장적, 집단적 행위’나 ‘일체의 인위적인 개입’이 모두 포섭될 위험이 있음.
- 선거와 관련하여 이루어지는 국민의 표현물은 대부분 후보자나 정당에 대한 지지·반대 의사를 함축하고 있고, 이는 ‘선거에 영향을 미치기 위하여’, ‘후보자를 당선되게 하거나 되지 못하게 할 목적’, ‘후보자에게 불리하거나 유리하도록’ 하기 위한 목적을 가지고 있다고 해석할 수 있음. 그런데 본 개정안들은 이러한 목적과 의사에 기반하여 이루어지는 국민들의 각종 온라인상 표현 행위를 과도하게 규제할 우려가 있음. 예를 들면 특정 후보의 여러 지지자들이 결집하여 해당 후보에게 유리한 정보검색결과나 실시간 급상승 검색어를 띄우기 위해 일명 ‘좌표찍기’ 운동을 도모하는 것도 금지 대상으로 해석될 수 있는데, 이를 규제하는 것은 지지자들의 표현의 자유를 과도하게 침해할 수 있음.
- 또한 서비스제공자들은 소비자들의 편의를 위해 기계적 알고리즘을 변경하는 경우가 있고, 오히려 기계적 알고리즘의 맹점을 악용하는 것을 막기 위해 사람의 인위적인 개입이 필요한 경우도 있음. 이러한 경우 결과적으로 각 후보자에게 불리하거나 유리하게 되는 부수적 결과가 생길 수 있음. 예를 들면 단순히 최신 기사를 상위에 올리는 알고리즘을 가진 뉴스서비스의 맹점을 이용하여 특정 후보자 캠프에서 자신에게 쏟아지고 있는 부정적 기사를 밀어내기 위해 긍정적인 보도자료를 대량으로 유포하여 상위에 랭크시킨 경우, 서비스제공자가 국민의 알 권리, 기사의 다양성과 균형성을 위해 해당 후보에 대한 부정적 기사를 다시 상위로 재배치하고자 하는 결정을 내릴 수 있음. 그러나 이러한 행위 역시 인위적 개입으로 해당 후보자에게 불리한 결과를 가져오는 ‘조작’으로 해석되어 처벌될 위험이 있음.

- 한편, 신문사는 특정한 정치적 성향에 따른 논조를 갖추고 기사를 생산하고 배열할 자유가 보장되는 반면 방송사는 논란이 되는 이슈에 대해서는 양쪽에 균형잡힌 보도를 할 소위 “공정성”의무가 부과되는 상황에서 포털 특히 시장지배적 지위를 갖추고 스스로 중립성을 표방하는 포털의 검색서비스에 대해서는 어떤 의무를 부여할지는 진지한 토론의 대상임에는 틀림없음. 그러나 단순히 ‘조작’금지규정으로 처벌한다는 것은 일종의 기망행위를 처벌하겠다는 것인데 신문사이든 방송사이든 결과적으로 자신들이 표면적으로 내세우는 가치나 주장과 달리 특정 후보나 정당에게는 유리하고, 타 후보나 정당에게는 불리한 기사를 생산하는 경우는 많지만 이를 여론 ‘조작’으로 처벌하지는 않음. 이러한 뉴스를 유통하는 포털에게만 일체의 인위적 개입을 배제시키는 조작 방지 의무를 부과하는 것은 부당함.
- 또한 ‘조작’ 개념 자체가 불명확성으로 인하여, ‘조작되지 아니하도록 하는 기술적 조치’가 무엇인지도 불분명함. 예를 들면, 조회수, 순위 등은 이용자의 클릭수를 기반으로 하는 경우가 많은데, 한 사람이 여러 번 클릭하는 것도 금지 대상인지, 한 기기, 한 ID당 클릭수를 제한하는 것인지, 자동화 프로그램을 이용한 클릭만을 금지 대상으로 할 것인지, ID 위임의 경우에는 마케팅 업체나 여러 사람들의 조직적인 활동까지 탐지하라는 것인지 등이 명확하지 않음. 또한 서비스제공자가 이를 탐지할 수 있는 시스템을 구축하도록 강제하거나, 1인 1ID 서비스, 혹은 본인확인제의 시행을 강제하는 결과로 이어질 수 있다는 면에서도 위헌성이 있음.
- 결론적으로, ‘조작’이란 개념은 지나치게 추상적이고 불명확하여, 수범자들이 어떤 행위가 금지되는 행위인지 알 수가 없어 헌법상 보호받을 수 있는 행위도 스스로 억제하게 되고 집행자들은 과도하게 규제할 수 있음. 또한 판단자의 주관에 따라 자의적으로 해석되어 남용될 위험도 높음. 따라서 ‘조작’을 금지규범, 형벌규범의 구성요건으로 삼고 있는 본 개정안들은 헌법상의 명확성 원칙에 위반하는 위헌적인 법률로 평가됨.

### (3) 형사처벌 규정 부분

- 한편 표현이 가지는 가치는 물리적, 기계적으로 수량화할 수 없고, ‘여론’ 역시 일의적으로 고정되는 개념이 아니기 때문에, ‘조작’되었는지 여부 자

체를 판단하기 곤란함. 따라서 ‘조작’이 의심되는 당해 행위로 인하여 발생한 실질적 해악의 ‘결과’가 있는지, ‘인과관계’가 있는지도 명백하게 파악할 수 없음.

- 즉, 각종 정보검색결과나 검색어 등의 순위, 기사 댓글, 기사 배치 등에 있어서 다소의 왜곡을 줄 수 있는 행위가 있다고 하여도, 이것이 선거 결과를 좌우하거나 선거의 공정성을 해칠 정도로 여론 형성에 영향을 미쳤는지, 결과적 해악이 존재하는지와 행위 사이에 인과관계가 있는지가 명백하지 않음. 이러한 행위에 대하여 함부로 형사처벌을 규정하는 것은 죄형법정주의와 과잉금지원칙에 위반하는 위헌적 법률이라 평가됨.

## 7. 선관위의 조사권 강화 관련 개정안에 대한 의견

### 가. 관련 개정안 개요

- 장제원의원안(5983)은 각급 선거관리위원회에 선거현장 및 통신상에서 선거범죄에 사용되었거나 사용되었다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 디지털 증거자료의 수거권을 부여하고, 이에 응하지 아니한 자에 대한 제재규정을 신설하며, 디지털 증거자료를 조작·과과·은닉한 사람을 5년 이하의 징역에 처하도록 하는 것을 내용으로 하고 있음.

### 나. 검토의견

- ‘디지털증거자료’는 대부분 통신기기로, 선거범죄와 무관한 개인의 모든 일상 및 프라이버시를 파악할 수 있는 내용이 저장되어 있는 물건이며, 이에 대하여 광범위한 처분권을 주는 것은 개인의 프라이버시권, 통신의 비밀, 표현의 자유를 심대하게 침해함.
- 개정안은 각급 선거관리위원회가 “법원의 승인이 없이도” 통신내용을 포함한 ‘디지털증거자료’를 수거할 수 있도록 규정하고 있음. 선거관리위원회가 행하는 선거범죄의 조사는 수사기관의 수사와는 구분되는 행정조사에 불과함. 현행 「통신비밀보호법」은 수사기관이 수사를 하는 경우에도 엄격한 영장주의를 규정하고 있음에도, 행정조사권 밖에 없는 선거관리위

원회가 디지털기기 등에 포함된 자료를 무차별적으로 수거할 수 있도록 하는 것은 헌법상 영장주의에도 위배되는 위헌적 조항임. 끝.