

# 헌법소원심판청구서

청 구 인      별지 1 기재와 같음

대 리 인      법무법인 덕수

담당변호사 송 호 창

## 청 구 취 지

“공직선거법(2007. 1. 19. 법률 제8244호) 제93조 제1항 및 제255조 제2항 제5호는 헌법에 위반된다”라는 결정을 구합니다.

## 침 해 된 권 리

헌법 제21조 표현의 자유

## 침 해 의 원 인

공직선거법(2007. 1. 19. 법률 제8244호) 제93조 제1항 및 제255조 제2항 제5호

# 청 구 이 유

## 1. 사건의 개요

청구인들은 2007. 12. 19. 실시되는 대통령 선거를 앞두고 주권자이자 유권자인 국민의 한 사람으로서 이번 대통령 선거와 관련하여 자신들이 지지하거나 반대하는 후보자 또는 정당에 대한 지지·추천·반대 등의 내용을 담은 의사를 UCC(User-Created Contents, 즉 청구인들이 직접 만든 다양한 소재의 콘텐츠를 일컫는 말로서 댓글달기, 사진올리기, 게시물 펴, 동영상 등을 뜻함)에 담아 이를 각종 포털사이트 또는 미니홈피, 블로그 등 인터넷 상에 직접 올리고자 하는 사람들입니다.

그런데 최근 중앙선거관리위원회(이하 '선관위'라 함)는 공직선거법(2007. 1. 19. 법률 제8244호) 제93조 제1항 및 제255조 제2항 제5호(이하 '이 사건 법률조항'이라 함)에 의거, 대통령 선거일전 180일부터 선거일까지 후보자 또는 정당에 대한 지지, 추천, 반대의 내용을 담거나 정당의 명칭이나 후보자의 성명을 나타내는 UCC를 인터넷에 올리는 경우 그것이 단순한 의견개진의 정도를 넘어서 선거에 영향을 미치기 위한 것으로 인정될 경우 규제 대상이 될 수 있음을 청구인들을 비롯한 인터넷 이용자들에게 경고하는 '선거 UCC 운용기준(이하 '이 사건 운용기준'이라 함)'을 발표하였습니다(선관위는 단순한 의견개진에 해당하는 내용이라도 반복적이고 지속적인 의견개진일 경우 선거에 영향을 미칠 의도가 있는 것으로 볼 수 있음을 강조하고 있음). 이 사건 운용기준은 위 이 사건 법률조항에 대한 해석을 통해 마련된

행정기관 내부의 운영지침이고, 이에 따라 선관위는 선거기간 동안의 UCC를 규제하게 됩니다.

결국 청구인들은 이 사건 법률조항과 이 사건 운용기준으로 인하여 이번 대통령 선거와 관련한 각종 형태의 UCC를 인터넷상에 올림으로써 선거과정에서 있어서의 자신들의 정치적인 의사를 표현하는 것을 제약당하고 있다고 할 것입니다.

이 사건 법률조항의 내용은 다음과 같습니다.

○ 제93조 (탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지)

① 누구든지 선거일전 180일(보궐선거 등에 있어서는 그 선거의 실시 사유가 확정된 때)부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의하지 아니하고는 정당(창당준비위원회와 정당의 정강·정책을 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 또는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 기타 이와 유사한 것을 배부·첨부·살포·상영 또는 게시할 수 없다. 다만, 선거운동기간 중 후보자가 제60조의3(예비후보자 등의 선거운동) 제1항 제2호의 규정에 따른 명함을 직접 주거나 후보자가 그와 함께 다니는 자 중에서 지정한 1인과 후보자의 배우자(배우자 대신 후보자가 그의 직계존·비속 중에서 신고한 1인을 포함한다)가

그 명함을 직접 주는 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 1997.11.14, 1998.4.30, 2002.3.7, 2004.3.12, 2005.8.4>

○ 제255조 (부정선거운동죄)

① 생략

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 1995.12.30, 1997.11.14, 1998.4.30, 2000.2.16, 2002.3.7, 2004.3.12, 2005.8.4, 2007.1.3>

1.~4. 생략

5. 제93조(탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지)제1항의 규정에 위반하여 문서·도화 등을 배부·첩부·살포·게시·상영하거나 하게 한 자, 같은 조제2항의 규정에 위반하여 광고 또는 출연을 하거나 하게 한 자 또는 제3항의 규정에 위반하여 신분증명서·문서 기타 인쇄물을 발급·배부 또는 징구하거나 하게 한 자

6.~8. 생략

③ 생략

④ 생략

## 2. 이 사건 법률조항 중 제93조 제1항의 위헌성

### 가. 기본권 침해

## (1) 표현의 자유 침해

### (가) 표현의 자유

우리 헌법 제21조가 국민의 기본권의 하나로 규정하고 있는 표현의 자유는 사상이나 의견을 외부에 표현하는 자유로서, '현대 자유민주주의의 존립과 발전에 필수불가결한 기본권이며 이를 최대한도로 보장하는 것은 자유민주주의 헌법의 기본원리의 하나'(헌법재판소 1992. 6. 26. 90헌가23 참조)라고 할 것입니다.

민주주의는 사회 내 여러 다양한 사상과 의견이 자유로운 교환과정을 통하여 여과 없이 사회 곳곳에 전달되고 자유로운 토론과 비판이 활발하게 이루어질 때에 비로소 가능하다 할 것인바, 인간이 자신의 생각을 타인과 소통함으로써 스스로 공동체의 일원이 되는 동시에 자신의 인격을 발현하는 가장 적절하고도 직접적인 수단으로서 기능하는 '표현의 자유'야말로 위와 같은 민주주의의 기본전제이자 요체가 되는 기본권이라고 할 것입니다.

### (나) 표현의 자유의 정치적 발현인 선거운동의 자유

자유선거의 원칙<sup>1)</sup>의 한 내용으로서의 선거운동의 자유는 널리 선거

---

1) 자유선거의 원칙은 비록 우리 헌법에 명시되지는 아니하였지만 민주국가의 선거제도에 내재하는 법원리인 것으로서 국민주권의 원리, 의회민주주의의 원리 및 참정권에 관한 규정에서 그 근거를 찾을 수 있고, 이러한 자유선거의 원칙은 선거의 전과정에 요구되는 선거권자의 의사형성의 자유와 의사실현의 자유를 말하며, 구체적으로는 투표의 자유, 입후보의 자유 나아가 선거운동의 자유를 뜻한다고 할 것입니다(헌법재판소 1995. 4. 20. 92헌바29 등 참조).

과정에서 자유로이 의사를 표현할 자유의 일환이라고 할 수 있는바, 표현의 자유, 특히 정치적 의사표현의 자유는 선거과정에서의 선거운동을 통하여 국민이 정치적 의견을 자유로이 발표·교환함으로써 비로소 그 기능을 다하게 된다 할 것이므로 선거운동의 자유는 헌법에 정한 언론, 출판, 집회, 결사의 자유 보장 규정에 의한 보호를 받는다고 할 것입니다(헌법재판소 1995. 5. 25. 95헌마105 등 참조).

#### (다) 선거에 있어서 표현의 자유의 중요성

이러한 표현의 자유는 선거과정에서는 정치적인 의사표현의 자유로 발현되는바, 민주정치는 주권자인 국민이 되도록 정치과정에 참여하는 기회가 폭 넓게 보장될 것을 요구한다는 점, 대의제 민주주의를 채택하고 있는 민주국가에 있어서 선거과정에서의 참여행위는 국민의 주권 행사 내지 참정권 행사의 의미를 갖는다는 점 등에 비추어 볼 때, 국민이 선거에 참여하여 그 의사를 표현할 기회와 자유는 최대한으로 보장되어야 할 것입니다.

더군다나 공직자를 선출하는 여러 가지 선거 중 국민들의 가장 큰 관심의 대상이 될 수밖에 없는 대통령 선거를 앞두고 있는 시점에서 정당이나 후보자 등과 관련된 정치적인 의사 표현의 자유는 그야말로 모든 표현의 자유 중에서도 가장 고도로 보장되어야 할 것입니다. 국민의 정치적 의사표현이 분출하는 선거 시기에 유권자들에게 좀더 정확하고 풍부한 판단자료를 제공하는 것은 바로 선거를 통한 대의민주주의 실현에 기여하는 것일 뿐만 아니라, 국민의 의사가 국가의 정책결정에 반영되도록 함으로써 진정한 참여

민주주의를 구현하는 방법이 되기 때문입니다.

#### (라) 인터넷과 표현의 자유

청구인들을 비롯한 인터넷 사용자들은 세계 최대 규모의 컴퓨터 통신망인 인터넷을 통하여 전자 우편, 뉴스·정보검색, 인터넷 대화와 토론, 전자 게시판, 온라인 게임 등 다양한 서비스를 이용하고 있습니다. 인터넷은 이와 같은 다양한 서비스와 풍부한 자원 때문에 이를 이용하는 '개인의 표현의 자유 확대에 기여할 뿐만 아니라, 정치적 공론의 장에서 사용자들이 서로 자유로운 토론과 대화를 통하여 여론을 형성할 수 있도록 함으로써 국민주권과 민주주의 실현에 이바지하는 도구'로 작용하고 있습니다.

인터넷상에서의 이와 같은 표현의 자유 확대와 민주적 의사결정 과정에의 능동적 참여는 여타의 언론매체들과는 다른 인터넷만이 가지는 특징에 기인한다고 해도 과언이 아닐 것입니다. 즉 인터넷은 '가장 참여적인 시장', '표현촉진적인 매체'로서 진입장벽이 낮고, 표현의 쌍방향성이 보장된다는 특성을 갖고 있다고 할 수 있습니다(헌법재판소 2002. 6. 27. 99헌마480 참조).

#### (마) 선거과정에서의 인터넷을 통한 정치적 의사표현의 중요성

이렇듯 대의제 민주주의를 천명하고 있는 현대 민주국가에서 표현의 자유는 헌법이 보장하는 국민의 기본권에 그치는 것이 아니라 민주주의의

근간을 이루는 기본전제가 된다고 할 수 있습니다.

대의제 민주주의를 직접 실현케 하는 선거에 있어서 선거운동, 즉 정당이나 후보자 등에 대한 지지, 반대 등의 의사표현은 그 자체가 선거과정에 적극적으로 참여하는 행위로서 선거의 공정을 해하지 않는 한 최대한으로 보장되어야 할 것입니다.

선거과정에서 가장 간편하고 저렴한 비용으로 정치적 의사를 표출할 수 있을 뿐만 아니라 주권자이자 유권자인 국민들 사이에서 자신들이 지지하거나 반대하는 정당 또는 후보자 등에 대한 정치적 의사를 교환함으로써 선거와 관련한 여론을 자연스럽게 형성할 수 있는 공간인 '인터넷'에서의 정치적 의사표현 역시 가능한 최대한으로 보장되어야 할 것입니다.

#### (바) 소 결

그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항 중 제93조 제1항 본문은 “누구든지 선거일전 180일(보궐선거 등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의하지 아니하고는 정당(창당준비위원회와 정당의 정강·정책을 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 또는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 기타 이와 유사한 것을 배부·첩부·살포·상영 또



는 게시<sup>2)</sup>할 수 없다”고 규정하고 있는바, 이는 우리 헌법이 보장하고 있는 표현의 자유, 특히 인터넷 UCC를 통한 정치적 의사표현의 자유<sup>3)</sup>를 명백히 침해하고 있어 ‘위헌’이라고 할 것입니다.

## 나. 기본권 제한 원칙의 위배

### (1) 엄격한 심사기준의 적용 필요성

선거과정에서의 표현의 자유는 주권자인 국민의 주권행사의 일환일 뿐만 아니라 정치적 의사표현의 자유의 한 형태로서 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 요소이므로 그 제한입법에 있어서도 엄격한 심사기준이 적용되어야 할 것입니다(헌법재판소 1995. 4. 20. 92헌바29 참조).

따라서 선거과정에서의 표현의 자유를 제한하고 있는 이 사건 법률조항 중 제93조 제1항 본문에 대한 위헌심사에 있어서도 법률의 합헌성 추정은 철저히 배제되어야 할 것이고, 조금이라도 표현의 자유를 침해하고 있는 것으로 해석되거나 적용·집행될 여지가 있는 것으로 판단될 경우에는

2) 이미 대법원은 “공직선거법 제93조 제1항에 규정된 문서 등을 인터넷 홈페이지의 자유게시판 등에 올려놓음으로써 그 홈페이지에 접속하는 사람이면 누구나 열람할 수 있게 하였다면 이는 위 조항 소정의 ‘게시’에 해당한다”고 판시한 바 있어(대법원 2005. 7. 29. 선고 2005도1425 판결), 실제로도 선거일전 180일부터 선거일까지의 기간동안 인터넷 이용자가 인터넷 UCC를 통하여 정당이나 후보자에 대한 지지·추천·반대 등의 정치적 의사를 표현할 경우 이 사건 법률조항에 의거 금지될 수 있다고 할 것입니다.

3) 덧붙여 우리 헌법은 참정권의 내용으로서 모든 국민에게 법률이 정하는 바에 따라 선거권을 부여하고 있는바(제24조), 이러한 선거권이 제대로 행사되기 위하여는 후보자에 대한 정보의 자유로운 교환이 필연적으로 요청된다 할 것이므로, 선거권 행사의 전제이자 선거권의 핵심 내용이라고 할 수 있는 정치적 의사표현의 자유에 대한 침해는 선거권, 곧 참정권에 대한 침해로도 볼 수 있습니다.

위헌임을 면치 못한다고 해야 할 것입니다.

## (2) 명확성 원칙의 위배

### (가) 명확성 원칙의 의의

명확성의 원칙이라 함은 주지하다시피 표현의 자유를 규제하는 법률에 대하여 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것을 요청하는 헌법상의 원칙을 의미합니다(헌법재판소 2002. 6. 27. 99헌마480 참조).

무엇이 금지되는 표현인지가 불명확한 경우 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권 주체로서는 대부분 규제대상이 될 것을 우려한 나머지 표현행위에 앞서 자기검열을 하게 되고 결국 표현행위 자체를 스스로 억제하게 될 수도 있습니다. 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 명확성의 원칙이 특별히 중요한 의미를 가지는 것은 바로 여기에 있다 할 것입니다.

### (나) 이 사건 법률조항 중 제93조 제1항 본문의 경우

그런데 이 사건 법률조항 중 제93조 제1항 본문은 누구든지 선거일 전 180일부터 선거일까지 '선거에 영향을 미치게 하기 위한 의도 내지 목적'으로 정당이나 후보자를 지지·추천 또는 반대하는 내용이 담긴 문서 등을 게시할 수 없도록 규정하고 있어, 청구인들을 비롯한 인터넷 이용자들이 하

여금 자신의 정치적 의사를 담은 UCC를 인터넷상에 게시하는 것이 이 사건 법률조항에 의해 금지되는 것인지 여부를 확실히 인식할 수 없도록 하고 있습니다.

한편 공직선거법은 '선거운동'을 '당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위'라고 정의하고 있고, 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시 그리고 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시는 이를 선거운동으로 보지 않는 것으로 규정하고 있습니다(공직선거법 제58조 제1항 참조).

위와 같은 공직선거법 소정의 선거운동의 정의 및 선거운동으로 보지 아니하는 예외적인 경우 등까지 함께 고려할 경우 이 사건 법률조항의 수범자인 청구인들로서는 인터넷 UCC를 이용하여 인터넷상에서 선거에 관한 의사를 표현하는 행위, 예컨대 특정 정당이나 유력한 대선 후보 주자에 대하여 지지·추천 또는 반대의 의사를 표현하는 것이 선거운동이 아닌 단순한 의견개진으로 보여져 얼마든지 자유롭게 할 수 있는 표현행위인지 아니면 자신의 위와 같은 의사표현이 선거에 영향을 미치기 위한 것으로 비취 짐으로써 이 사건 법률조항에 의하여 금지되는 표현행위인지를 판단하기가 매우 어렵다 할 것입니다.

주권자로서 그리고 유권자인 국민의 한 사람으로서 대선을 180일 앞두고 있는 시점에서 자신의 선거에 관한 의사표현, 즉 정당이나 후보자에 대한 지지·반대의 의사를 인터넷상에서 표현하는 행위가 이 사건 법률조항에

위배되는 표현행위인지 아닌지를 수범자 스스로 판단할 수 없을 만큼 이 사건 법률조항 소정의 '선거에 영향을 미치게 하기 위하여'라는 부분의 의미가 모호하고 불명확하다면, 이는 우리 헌법이 표현의 자유를 제한하는 입법에 있어 요구하고 있는 '명확성의 원칙'에 명백히 위배되는 것이라고 해야 할 것입니다.

요컨대 '선거에 영향을 미치게 하기 위한 의사 아래 이루어지는 행위'와 '선거와는 무관하게 국민의 정치적 의사형성에 영향을 미치기 위한 단순한 의사표현으로서 이루어지는 행위'가 문리적으로는 전혀 다른 의미의 행위라 할지라도 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람 어느 누구도 이 사건 법률조항만으로는 이 두 가지 행위를 명백히 구별할 수 없다는 점에서 이 사건 법률조항은 표현의 자유를 제한하는 입법에 대하여 헌법이 요구하고 있는 명확성의 원칙을 충족시키지 못하고 있다고 할 것입니다.

### (3) 과잉금지원칙의 위배

#### (가) 과잉금지원칙의 의의

헌법 제37조 제2항에 의하면 국민의 기본권을 법률로써 제한하는 것이 가능하다 하더라도 그 본질적인 내용을 침해할 수 없고 또한 과잉금지의 원칙에도 위배되어서는 안 된다고 할 것인바, '과잉금지의 원칙'이라 함은 국민의 기본권을 제한함에 있어서 국가작용의 한계를 명시한 것으로서 목적의 정당성, 수단의 상당성, 피해의 최소화성, 법익의 균형성 등을 의미하고 그 어

는 하나에라도 저촉이 되면 위헌이 된다는 헌법상의 원칙을 말합니다(헌법재판소 1997. 3. 27. 95헌가17 참조).

위와 같은 요건이 충족될 때 국가의 입법작용에 비로소 정당성이 인정되고 그에 따라 국민의 수인의무가 생겨나는 것으로서, 이러한 요구는 오늘날 법치국가의 원리에서 당연히 추출되는 확고한 원칙으로서 자리하고 있다고 할 것입니다.

#### (나) 입법목적의 정당성 및 수단의 상당성

이 사건 법률조항의 입법목적은 ‘헌법 제116조 선거운동의 기회균등 원칙에 입각하여 선거운동의 부당한 경쟁 및 후보자들 간의 경제력 차이에 따른 불균형이라는 폐해를 막고, 무분별한 흑색선전으로 인하여 선거의 평온과 공정을 해하는 결과의 발생을 방지함으로써 선거의 자유와 공정을 도모하기 위함’에 있다고 할 것입니다.

그리고 이 사건 법률조항은 위와 같은 입법 목적을 달성하기 위하여 누구든지 선거일전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 목적 내지 의도를 가지고 정당이나 후보자에 대한 지지·추천·반대의 내용을 담은 문서 등의 배부·게시 등의 행위를 금지하는 수단을 채택하고 있습니다.

위와 같이 선거에 있어서 자유와 공정을 도모하고자 하는 이 사건

법률조항의 입법목적은 지극히 정당하고, 후보자들 간의 경제력 차이에 따른 불균형을 막고 무분별한 흑색선전이 난무하는 폐해를 막기 위하여 이 사건 법률조항이 채택하고 있는 수단 역시 달리 효과적인 수단을 상정하기 어렵다는 점에서 그 적절성(상당성)을 인정할 수 있다 할 것입니다.

(다) 피해의 최소성 원칙 위배

그러나 이 사건 법률조항은 '입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 한다'는 피해의 최소성 원칙에 저촉된다고 할 것입니다.

이 사건 법률조항의 입법목적이 선거운동의 부당경쟁, 기회균등의 원칙에 입각하여 후보자들 간의 경제력 차이에 따른 불균형 방지 등을 통해 선거의 공정성을 기하는데 있다면, 이 사건 법률조항의 적용을 받는 주체를 '후보자나 정당 또는 이와 직접적인 관계를 맺고 있는 자'에 한정하는 것으로 충분할 것입니다.

그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항은 주체의 제한 없이 '누구든지'라고 규정하고 있어 '후보자나 정당 또는 이와 직접적인 관계를 맺고 있는 자'가 아닌 일반 유권자의 정치적 의사표현의 자유까지 과도하게 제한하고 있는 바, 이는 위 법률조항의 입법목적에도 부합하지 않으면서 유권자의 기본권을 과도하게 제한, 침해하는 결과를 초래하는 것입니다.

설혹 위와 같은 일반 유권자들의 인터넷상의 정치적 의사표현행위로 인하여 흑색선전이 난무하고 나아가 선거의 평온과 공정성이 위협받게 되는 사례가 발생한다고 하더라도 이는 공직선거법상 다른 규제수단(제250조 허위 사실공표죄<sup>4)</sup>, 제251조 후보자비방죄<sup>5)</sup> 등)으로도 충분히 방지할 수 있다는 점만 보더라도 이 사건 법률조항은 필요한 정도를 넘어 표현의 자유를 제약하고 있다고 할 것입니다.

#### (라) 법익의 균형성 원칙 위배

나아가 이 사건 법률조항으로 인하여 보호되는 선거의 공정과 자유

##### 4) 제250조 (허위사실공표죄)

① 당선되거나 되게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)에게 유리하도록 후보자, 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매의 출생지·신분·직업·경력등·재산·인격·행위·소속단체 등에 관하여 허위의 사실[학력을 게재하는 경우 제64조(선전벽보)제1항의 규정에 의한 방법으로 게재하지 아니한 경우를 포함한다]을 공표하거나 공표하게 한 자와 허위의 사실을 게재한 선전문서를 배포할 목적으로 소지한 자는 5년이하의 징역 또는 3천만원이하의 벌금에 처한다. <개정 1995.12.30, 1997.1.13, 1997.11.14, 1998.4.30, 2000.2.16, 2004.3.12>

② 당선되지 못하게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 후보자에게 불리하도록 후보자, 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매에 관하여 허위의 사실을 공표하거나 공표하게 한 자와 허위의 사실을 게재한 선전문서를 배포할 목적으로 소지한 자는 7년 이하의 징역 또는 500만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 1997.1.13>

③ 당내경선과 관련하여 제1항(제64조제1항의 규정에 따른 방법으로 학력을 게재하지 아니한 경우를 제외한다)에 규정된 행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 6백만원 이하의 벌금에, 제2항에 규정된 행위를 한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. 이 경우 "후보자" 또는 "후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다)"는 "경선후보자"로 본다. <신설 2005.8.4>

##### 5) 제251조 (후보자비방죄)

당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 공연히 사실을 적시하여 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다), 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매를 비방한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.

라는 공익, 구체적으로는 후보자들 간의 경제력 차이에 따른 불균형 해소 및 선거의 평온과 공정이라는 공익보다도 이 사건 법률조항으로 인해 일반 유권자의 인터넷상의 정치적 의사표현의 자유가 침해되는 정도와 범위가 훨씬 크다고 할 것인바, 이 사건 법률조항은 '그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야한다'는 법익의 균형성 원칙에도 위배된다 할 것입니다.

#### (마) 소 결

결국 이 사건 법률조항은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 반하여 청구인들과 같은 일반 유권자들이 선거일전 180일부터 선거일까지 후보자 또는 정당에 대한 지지·추천·반대의 의사를 표현하는 것을 금지함으로써 정치적 의사표현의 자유가 적어도 위 기간동안은 무의미해지거나 형해화된다고 할 것이므로 표현의 자유의 본질적인 내용을 침해한다고 할 것입니다.

다. 선관위의 UCC 운용기준과 이 사건 법률조항의 한정위헌

#### (1) 해석의 한정위헌

앞서 말한 바와 같이 최근 중앙선거관리위원회에서는 대선 180일을 앞둔 시점에서 인터넷상에서 사전선거운동이 이뤄지거나 탈법방법에 의한 선거운동이 횡행하는 것을 염려하여 '선거 UCC 운용기준'을 발표한 바 있습



니다. 위 운용기준에서 선관위는 선거에 관한 단순한 의견개진은 선거운동이 아니므로 얼마든지 자유롭게 인터넷상에서 표현할 수 있다고 하면서 한편으로 단순한 의견개진일지라도 그것이 1회성의 의견개진에 그치지 않고 반복적으로 계속될 경우 '선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위'로 보아 이 사건 법률조항에 의거 규제되고 처벌될 수 있음을 일반에 경고하고 있습니다.

그러나 이 사건 법률조항을 위 '선거 UCC 운용기준'에서와 같이 "선거에 관한 단순한 의견개진이라 할지라도 그 표현행위가 반복적·계속적으로 행해질 경우에는 (선거에 영향을 미치게 하기 위한 의도 내지 목적이 있는 것으로 보아) 이 사건 법률조항 소정의 탈법방법에 의한 문서 등의 게시행위에 해당할 수 있다"고 해석하는 한, 이 사건 법률조항은 청구인들의 정치적 의사표현의 자유를 과도하게 제약하는 것으로서 헌법에 위반된다고 할 것입니다<sup>6)</sup>. 이 사건 법률에서 '단순한 의견개진'은 '선거운동에 영향을 미칠 의도, 목적'이라는 주관적 요건이 없기 때문에 선거운동이 아니고, 따라서 아무런 제한없이 적법한 정치적 의사표현행위로서 보장하고 있습니다. 그런데 위 '선거 UCC 운용기준'은 이 사건 법률에 대한 해석을 하면서, '단순한 의견개진'이라도 반복적, 계속적으로 행해질 경우'에는 위법한 것으로 규정하여 '단순한 의견개진'을 통한 정치적 의사표현의 자유를 제한하고 있는 것입니다.

6) 이 사건 법률조항 중 '선거에 영향을 미치게 하기 위하여' 부분과 관련하여 대법원은 이미 "선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위인지를 판단함에 있어서는 피고인의 사회적 지위, 피고인과 후보자·경쟁 후보자 또는 정당과의 관계, 행위의 동기 및 경위와 수단 및 방법, 행위의 내용과 태양, 행위 당시의 사회상황 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 할 것"이라고 밝힌 바 있듯이(대법원 2005. 6. 23. 선고 2004도8969 판결 참조), 선관위의 위와 같은 해석은 허용되는 정치적 의사표현의 범주를 좁히고 오히려 금지되는 범주를 넓히는 해석이라는 점에서 표현의 자유에 관한 최대보장의 원칙에 배치되는 위헌적인 해석이라고 할 것입니다.

이 사건 운용기준이 '단순한 의견개진을 통한 의사표현의 자유'를 제한하는 방법 또한 문제입니다. 이 사건 법률에서 '단순한 의견개진'은 '선거에 영향을 미칠 의도, 목적'이라는 주관적 요건이 없다는 점에서 '선거운동' 또는 '탈법행위에 의한 문서 등 배부행위'와 구별되는 것인데, 이 사건 운용기준과 같이 이 사건 법률조항을 해석함으로써 '단순한 의견개진'이라도 계속적 반복적으로 행해지면 선거에 영향을 미칠 주관적 요건이 '발생'하는 것으로 의제하는 것이 바로 그것입니다. 이러한 논리는 어떤 행위를 계속, 반복적으로 행한다는 객관적인 요건으로 인해 주관적인 요건이 발생한다는 논리적으로 전혀 앞뒤가 맞지 않는 것입니다.

결국 위 운용지침같이 해석할 경우 선거운동이 아닌 '선거에 관한 단순한 의견개진'이 법집행자의 자의적인 해석에 의해 '선거에 영향을 미치게 하기 위한 표현행위'로 둔갑하게 되어 선거과정에서 자유롭게 허용되어야 할 표현행위가 오히려 금지되는 표현행위가 되는 것입니다.

## (2) 적용의 한정위헌

전술한 바와 같이 이 사건 법률조항의 입법목적은 헌법 제116조 제1항의 선거운동 기회균등의 원칙에 입각하여 선거운동의 부당한 경쟁 및 후보자들 간의 경제력 차이에 따른 불균형이라는 폐해를 막고, 선거의 평온과 공정을 해하는 결과의 발생을 방지함으로써 선거의 자유와 공정을 도모하기 위한 것이라 할 것입니다. 즉 이 사건 법률조항은 후보자들 간의 치열한 경쟁이 전개되는 선거현실에서 문서 등의 무제한적인 제작, 배부 등을 허용할

경우 선거운동의 과열경쟁을 초래하여 후보자들 간의 경제력의 차이에 따른 불균형이 두드러지게 될 뿐만 아니라 무분별한 흑색선전으로 인하여 선거의 평온과 공정성이 심각한 위협을 받게 될 것을 우려하여 마련한 입법임에 틀림 없습니다(헌법재판소 2007. 1. 17. 2004헌바82 참조).

좀더 구체적으로 이 사건 법률조항의 입법취지를 살펴보면, 이 사건 법률조항에서는 탈법방법으로 ‘광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프’를 예시하고 있는바, 이는 이 사건 법률조항이 위와 같은 문서 등을 후보자 또는 정당이 비용을 들여 제작하여 배부 등을 함으로써 선거에 영향을 미치는 것을 규제하고자 입법된 것임을 의미한다고 할 것입니다<sup>7)</sup>. 이 사건 법률조항에 대하여 일찍부터 헌법재판소가 그 입법취지를 밝히면서 ‘헌법 제116조 제1항 선거운동의 기회균등의 원칙’이나 ‘후보자들 간의 경제력의 차이에 따른 불균형’을 언급했던 이유가 바로 여기에 있다 할 것입니다. 요컨대 이 사건 법률조항의 입법취지는 후보자나 정당의 과당 경쟁을 막기 위한 것이지 일반 유권자의 표현의 자유를 규제하는 것이 아닌 것입니다.

그러나 앞서 밝힌 바와 같이 인터넷은 가장 시장참여적이고 표현촉진적인 매체라고 할 수 있는데 이러한 인터넷이 현대 민주국가에서 주권자이자 유권자인 국민이 정치적인 견해를 자유롭게 표현하고 의사를 교환할

---

7) 이 사건 법률조항에서는 ‘누구든지’라고 하고 있어 주체의 제한을 두고 있지는 않지만, 이와 같은 입법취지에 천착해보면, 정당이나 후보자와는 아무런 직·간접의 이해관계를 갖지 않는 일반 유권자들이 UCC를 이용하여 인터넷상에서 선거에 관한 의사를 표현하는 행위를 규제하는 것은 이 사건 법률조항이 예정하고 있지 않았음이 분명하다 할 것입니다.

수 있는 쌍방향 의사표현이 가능한 공간으로 기능할 수 있는 것은 바로 누구나 저렴한 비용으로 인터넷상의 무한한 의사표현공간을 이용할 수 있기 때문이라 할 것입니다.

따라서 이 사건 법률조항의 입법취지에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항을 UCC를 이용한 인터넷상의 선거에 관한 의사표현행위에 적용하는 것은 그 자체로 이 사건 법률조항의 입법목적을 벗어나는 것일 뿐만 아니라 우리 헌법이 보장하고 있는 정치적 의사표현의 자유를 과도하게 제약하는 것이 되어 헌법에 위반된다고 할 것입니다.

### 3. 이 사건 법률조항 중 제255조 제2항 제5호의 위헌성

이 사건 법률조항 중 제255조 제2항 제5호는 제93조 제1항 위반행위에 대하여 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있습니다. 그러나 앞서 본 바와 같이 이 사건 법률조항 중 제93조 제1항은, 공직선거법상 아무런 규제를 받지 않고 자유롭게 허용될 수 있는 '선거에 관한 단순한 의견개진'을 '선거에 영향을 미치게 하기 위한 의도 내지 목적'이 있음을 이유로 탈법방법에 의한 문서 등의 배포·개시 등의 행위로 규제할 수 있도록 함으로써 주권자이자 유권자인 청구인들의 선거과정에서의 참여 행위, 즉 정치적 의사표현의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다고 할 것인바, 이에 대한 형사처벌을 규정하고 있는 제255조 제2항 제5호 역시 같은 이유로 헌법에 위반된다고 할 것입니다.

#### 4. 심판청구요건 준수 여부 등

청구인들은 이 사건 법률조항으로 말미암아 위와 같이 표현의 자유라는 자신의 기본권을 침해당하였고, 구체적인 집행행위를 기다리지 않고 법률 그 자체에 의하여 자유가 제한되고 의무가 부과되며(헌재 1992. 11. 12. 91헌마192), 집행행위가 존재하는 경우라도 그 집행행위를 대상으로 하는 구제절차가 없거나 법령이 일의적이고 명백한 경우 및 집행행위 이전에 이미 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이어서 국민의 권리관계가 확정된 상태인 경우에 해당하고(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363), 위 기본권이 현재 침해를 받고 있으므로, 기본권침해의 자기관련성·현재성·직접성 요건이 모두 충족되었다 할 것입니다.

그리고 이와 같은 법령에 대한 헌법소원은 이를 소송물로 하여 제소하는 길이 없어 구제절차가 있는 경우가 아니므로 보충성의 예외에 해당한다 할 것입니다. 또한 이 사건 법률조항에 의하여 청구인들의 기본권에 대한 침해가 계속되고 있으므로 권리보호의 이익이 있으며, 시행된 사실을 안 날로부터 90일 이내에, 법령이 시행된 날로부터 1년 이내에 청구했으므로 모든 심판청구의 요건을 구비하였다고 할 것입니다.

#### 5. 결론

민주정치는 선거를 바탕으로 유지, 발전되는 것이고, 선거는 국민의

자유로운 의사결정과 후보자들의 공정한 경쟁을 통하여 훌륭한 대표자를 선출하는 것을 그 이상으로 한다고 할 것입니다. 따라서 입법자는 선거에 관한 입법을 함에 있어서 위와 같은 선거의 이상이 실현될 수 있도록 선거의 공정성을 크게 해치지 아니하는 한 국민의 선거운동의 자유를 최대한 보장하여야 하고, 그 시대에 있어서의 국민총체의 정치, 사회발전단계, 민주시민의식의 성숙도, 종래에 있어 왔던 선거풍토 기타 제반 상황을 종합하여 자유, 공정의 두 이념이 슬기롭게 조화되도록 정하여야 할 것입니다.

나아가 선거는 국민주권의 행사방법이므로 국민들이 선거의 주체로서 주권을 올바르게 행사하기 위하여 스스로 선거운동하는 자유도 국민주권의 내용에 포함된다고 보아 적극적으로 보장하여야 할 것입니다. 후보자나 선거운동원이 아닌 국민들의 선거운동을 허용하면 선거가 과열되기 쉽다고 하지만, 오히려 선거의 중요성을 고양시키기 위하여 주권행사의 기회와 분위기를 고조시킬 필요가 있다고 보아야 할 것입니다. 이런 점에서 이 사건 법률조항이 모든 국민을 수범자(受範者)로 하여 인터넷상의 정치적 의사표현의 자유를 제한하고 있는 부분은 재검토되어야 할 것입니다. 오늘날 가장 거대하고, 주요한 표현매체의 하나로 자리를 굳힌 인터넷상의 표현에 대하여 질서위주의 사고만으로 규제하려고 할 경우 표현의 자유의 발전에 큰 장애를 초래할 수 있기 때문입니다(헌법재판소 2002. 6. 27. 99헌마480 결정 참조).

요컨대 이 사건 법률조항은 명확성의 원칙에 위배되어 헌법에 위반될 뿐만 아니라 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위배되어 청구인들의 정치적 의사표현의 자유를 과도하게 침해하고 있어 헌법에 위반된다 할 것

입니다.

## 첨 부 서 류

1. 소송위임장
2. 담당변호사지정서

2007. 9. 4 .

위 청구인들 대리인 법무법인 **덕 수**

담당변호사 최 병 모

담당변호사 송 호 창

헌법재판소 귀중