

2022년도 연구용역보고서

선거여론조사 관련 법제 개선방안 연구

2022. 11

한국행정학회

제출문

중앙선거여론조사심의위원회 귀하

본 보고서를 “선거여론조사 관련 법제 개선방안 연구” 용역과제의 최종보고서로 제출합니다.

2022년 11월

책임연구원: 이진수 교수(서울대)

공동연구원: 나종민 교수(서울대)

공동연구원: 박건우 교수(영남대)

연구보조원: 송현호 (서울대 박사과정)

이 연구는 중앙선거여론조사심의위원회의 연구용역사업으로 수행되었으며, 보고서의 내용은 연구용역사업을 수행한 연구자의 개인 의견으로, 중앙선거여론조사심의위원회의 공식 견해가 아닙니다.

목 차

제1장 서론	1
1. 문제의 제기	1
2. 연구의 범위 및 내용	3
(1) 「공직선거법」 상 여론조사의 정의 및 규율대상 선거여론조사 범위 규정 도입 · 3	
(2) 비공표용 선거여론조사 시 표본의 대표성 규정 적용 배제 검토	4
(3) 선거여론조사 관련 형벌 및 과태료 규정의 재조정	4
(4) 가상번호 목적 외 사용 관련 규정 개정안	5
제2장 「공직선거법」 규율대상 ‘선거여론조사’의 정의 및 범위 규정 방안	7
1. 관련규정 검토	7
(1) 선거여론조사심의위원회 관련 규정	8
(2) 여론조사 기관·단체의 등록 등	9
(3) 허위논평·보도 등 금지	10
(4) 여론조사의 결과공표금지 등	11
1) 여론조사 결과공표금지	14
2) 여론조사 방법의 제한	15
3) 여론조사 실시의 신고	15
4) 선거여론조사 실시의 준수사항	18
5) 자료제출의 요구	23
6) 시간적 제한	23
(5) 선거여론조사를 위한 휴대전화 가상번호의 제공	24
2. 대법원 판례 및 헌법재판소 결정례 검토	25
3. 외국 주요 국가의 입법례 검토	33

(1) 미국	33
(2) 독일	34
(3) 프랑스	34
4. 구체적 규정 마련의 필요성	35
5. 구체적 방안의 검토	36
(1) “공표·보도”를 중심으로 선거에 관한 여론조사로 법률 적용 범위 한정 방안	36
(2) 선거에 관한 여론조사 자체의 개념 축소 정의	37
1) 현재 사용 중인 ‘선거여론조사’의 개념	37
2) 선거여론조사 개념화를 위한 검토요건	38
3) 구별개념 검토	41
4) 여론조사 개념의 불명확성	45
5) 검토	46
(3) 기간제한 규정의 활용	50
6. 「공직선거법」 제8조의8 제8항에 대한 검토	51
제3장 비공표용 선거여론조사시 표본의 대표성 확보 규정 적용 배제 검토 ..	53
1. 선거여론조사시 표본의 대표성 확보 어려움 증가	54
(1) 불완전한 표본추출틀	55
(2) 저조한 응답율	57
(3) 온라인 여론조사의 활용 증가	58
2. 비공표용 선거여론조사시 표본의 대표성 확보 규정 적용배제 검토	60
(1) 관련규정	60
(2) 현황 및 문제점	62
(3) 비공표용 선거여론조사시 표본의 대표성 확보 규정 적용배제에 대한 타당성 검토	64
3. 표본의 대표성 확보 규정 적용배제의 구체적 허용범위	69

제4장 선거여론조사 관련 형벌 및 과태료 구분의 부과기준 명문화	76
1. 선거여론조사의 규제	76
(1) 내용적 규제	76
(2) 절차적 규제	77
2. 현행 공직선거법상 형벌 및 과태료 조항의 중복	78
(1) 현황	78
1) 3년 이하의 징역 또는 600만원 이하의 벌금형(법 제256조 제1항)	78
2) 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금형(법 제256조 제3항)	79
(2) 선거여론조사방식 위반과 제재의 중복	80
(3) 형벌과 과태료 이중부과의 문제점	82
3. 형벌과 과태료 부과대상의 구별 기준 설정	85
(1) 이론상 구별기준	85
(2) 법제처 법령입안심사 기준상의 구별기준	86
(3) 제재의 경계 설정에서 고려하여야 할 기준	88
1) 이론적 관점	88
2) 죄형법정주의의 관점	89
3) 귀책사유	90
4) 제재의 실효성	90
(4) 입법 개선례	91
1) 「약사법」 개정사례	91
2) 「연구실 안전환경 조성에 관한 법률」 개정 사례	92
(5) 선거여론조사의무 위반과 제재의 경계 설정	93
1) 위반행위 유형별로 분류하는 방안	93
2) 주관적 구성요건표지를 기준으로 분류하는 방안	94
3) 형벌 조항의 적용대상을 과태료 부과대상에서 제외하는 방안	95
4. 미등록 공표행위에 대한 처벌규정의 흠결	97

제5장 가상번호 목적외 사용 금지규정 개선안	99
1. 가상번호 목적외 사용 규제의 구조	99
2. 가상번호를 목적외로 사용한 선거여론조사 의뢰인의 처벌 흠결	99
참고문헌	102

제1장 서론

1. 문제의 제기

현대 민주주의 국가에서 선거에 미치는 여론조사의 영향을 고려할 때 선거와 관련된 여론조사의 중요성은 더 강조할 필요가 없을 정도로 크다고 할 수 있다. 우리나라의 「공직선거법」은 선거여론조사와 관련하여 여러 규정을 두고 있고, 선거여론조사심의위원회를 두고 「선거여론조사기준」을 공포하게 하고 이를 준수하도록 하고 있다. 또한, 선거여론조사에 관한 사항을 위반한 경우에는 일정한 형사처벌 또는 과태료 처분을 하도록 규정하고 있다.

그런데 선거여론조사의 개념과 범위는 법령상 명확하지 않다. ‘선거여론조사’라는 용어는 「공직선거법」에서 제108조의2에 처음 등장한다. ‘선거여론조사’라는 용어가 사용된 관련 규정으로는 선거여론조사심의위원회, 선거여론조사기관, 선거여론조사기준 등의 조항이 있다. 뒤에서 상세히 살펴보겠지만, 선거여론조사 기준 등은 형사처벌의 기준이 되거나(법 제256조 제1항 제1호), 과태료 부과 요건이 되는 것으로 규정되어 있다(법 제261조 제1항 제2호, 제3호, 제5호).

「공직선거법」상 선거여론조사와 관련하여서는 선거여론조사심의위원회 관련 규정(제8조의8), 여론조사의 결과공표금지 관련 규정(제108조), 선거여론조사를 위한 휴대전화 가상번호의 제공(제108조의2) 등의 규정이 있다. 여론조사의 결과공표금지를 규정한 「공직선거법」 제108조 제1항을 위반하는 경우에는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처하도록 규정되어 있고(제256조제3항 참조), 여론조사의 방법을 규정한 제108조 제5항을 위반한 경우에는 3년 이하의 징역 또는 600만원 이하의 벌금에 처하도록 규정되어 있다(제256조제1항 참조). 그럼에도 법률상 선거여론조사의 명확한 정의 규정이 없어 그 개념과 범위와 관련하여 법 적용에 혼란이 발생하고 있는바, 선거여론조사에 관한 명확한 개념정의 규정과 범위 규정을 둘 필요가 있다. 특히, 2016년 12월 「공직선거법」 개정으로 ‘선거일 전 180일부터 선거일의 투표마감시각까지 정당에 대한 지지도나 당선인을 예상하게 하는 여론조사’로 한정되었던 선거여론조사의 범위가 ‘선거에 관한 여론조사’로 확대되었고, 한편 ‘조사대상의 전계층을 대표할 수 있도록 피조사자를 선정’하도록 하여 표본의 대표성을 확보하도록 규정되어 있어서, 선거여론조사의 개념과 범위를 확정하기가 특별히 어려운 것으로 보인다.

여론조사는 다양한 피조사자층을 대상으로 다양한 정치적 의사를 묻고 그 결과를 통하여 국민의 의사를 정치과정에 반영하여 민주적 의사결정을 도모할 수 있다는 점에서 민주주의에 있어 필수적인 장치라고 할 수 있다. 그런데, 여론조사 특히 정치적 의사에 관한 여론조사 및 그 공표 또는 보도에 관하여 규정하는 관련 법률이 없는 상태에서, 관련되는 별도의 법률이 아닌 「공직선거법」을 통하여 모든 형태의 정치적 여론조사를 규율하는 것에는 한계가 있다.

주지하다시피, 「공직선거법」의 목적은 동 법률 제1조에 규정되어 있는데, 그 내용은 다음과 같다.

제1조(목적) 이 법은 「대한민국헌법」과 「지방자치법」에 의한 선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하고, 선거와 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 발전에 기여함을 목적으로 한다.

즉, 동 법률은 모든 종류의 정치적 의사결정에 적용되는 것이 아니라, 「대한민국헌법」과 「지방자치법」에 의한 선거를 그 대상으로 한다. 구체적으로 동 법률의 적용범위는 대통령선거, 국회의원선거, 지방의회의원 및 지방자치단체장 선거에 한정된다(공직선거법 제2조). 이러한 선거의 공정성을 제고하는 것이 중요한데, 여론조사가 가지는 선거에 대한 영향을 생각하면 여론조사에 대한 규율은 필연적이라고 할 수 있다. 그런데, 「공직선거법」에 따른 여론조사는 그 정의가 무엇인지, 적용범위는 어떻게 되는지에 관하여 일률적인 규정이 없는 상황이다. 특히, 조사시기, 조사방법, 피조사자의 규모·특성 등에 대한 제한 없이 ‘선거를 동기로 하거나 빌미로 하는 내용’의 조사라면 선거여론조사에 해당하는 것으로 운용되고 있어 그 범위가 지나치게 광범위하다는 평가를 받고 있기도 하다. 또한, 선거여론조사에 해당하지 않는 것으로 정한 예외 규정(공직선거법 제8조의8제8항) 역시도 명확하지 못하다는 지적도 있다.¹⁾

1) 이에 관하여는 뒤에서 상세하게 검토할 것인데, 대략의 문제점은 다음과 같다.
(제2호) ‘정책·공약 개발을 위하여 실시하는 여론조사’ 관련 실시 주체를 명시하고 있지 않아, 정당이나 후보자(입후보예정자 포함) 이외의 제3자가 실시하는 경우의 포함 여부
(제3호) 국회의원·지방의회의원의 의정활동과 관련한 여론조사는 시기를 두어 규율대상에서 제외하고 있는바, 이와 유사한 광역·기초자치단체(장)의 직무 관련 여론조사의 포함 여부
(제4호) ‘정치, 선거 등 분야에서 순수한 학술·연구 목적의 여론조사’의 구체적 범위(국가 또는 지방단체의 학술연구용역 포함 여부 등)
(제5호) ‘단체의 의사결정을 위하여 그 구성원만을 대상으로 하는 여론조사’에서 단체의 범위 및 단체의 의사결정을 대체하기 위한 여론조사 외 의사결정에 참고하기 위한 의견수렴 목적의 여론조사 포함

2. 연구의 범위 및 내용

이러한 문제의식을 기초로 하여 본 연구에서는 다음의 사항에 관하여 검토하고자 한다.

(1) 「공직선거법」 상 여론조사의 정의 및 규율대상 선거여론조사 범위 규정 도입

「공직선거법」 상 선거여론조사 심의제도의 취지, 규제 실익과 더불어 조사목적과 내용, 조사방법, 피조사자의 규모·성격, 의뢰자의 신분 등을 종합적으로 고려하여 ‘여론조사’ 및 ‘선거에 관한 여론조사’ 정의규정 등 명문화 방안을 검토한다. (모의)투표, 의견수렴, 정성적 조사(FGI 등), 소규모 모집단(국회의원 등) 조사, 모집단의 범위가 불분명한 표집조사(정치평론가, 오피니언 리더 그룹 대상 등), 유권자 외 중·고등학생 대상 조사 등을 「공직선거법」 규율대상 여론조사로 삼을지 여부 및 그에 따른 구체적인 세부규율 방안을 검토한다.

또한, 「공직선거법」 제8조의8 제8항 각호에 규정되어 있는 선거여론조사 예외 규정을 구체화한다. 법 제8조의8 제8항 각호에 규정된 여론조사는 정책·공약개발의 활성화, 정치·선거 관련 학술연구의 진흥, 단체 의사결정의 자율성 보장 등 개별 조사목적이 규제 실익보다 커 규율대상 예외로 인정하고 있지만, 그 규정이 구체적이지 않아 확대해석에 따른 법 취지의 형해화 우려가 있다. 이러한 예외규정을 보다 구체화하는 정비방안을 검토한다.

이를 위해서 우리나라의 법령, 판례, 선행연구 등을 검토한다. 그런데, 우리나라의 선행연구 검토 결과, 선거여론조사에 관한 연구논문은 다수이고 주로, 헌법학, 정치학 분야 논문인데, 상당수의 논문을 검색·분석한 결과, 선거여론조사의 기능 등을 설명한 논문은 많았으나 선거여론조사가 무엇인지 개념 정의를 한 논문은 찾기 어려웠다.

현재 우리나라는 실무상 ‘선거를 동기로 하거나 빌미로 하는 모든 여론조사’를 ‘선거

여부

여론조사'로 보고 있다. 그런데 이러한 개념정의는 너무 광범위하다. 외국의 입법례에도 그러한 경우는 발견하기 어려웠다. 본 연구에서는 현행 법령, 관례, 외국 입법례 등을 감안하여 일정한 범위로 제한하는 개념화가 필요하다는 전제에서 제한적 개념화를 시도해보려 한다.

(2) 비공표용 선거여론조사 시 표본의 대표성 규정 적용 배제 검토

「공직선거법」 제108조 제5항은 조사대상 전체층을 대표할 수 있는 피조사자 선정 의무를 규정하고 있고, 「공직선거법」 제108조 제12항은 정당·후보자 실시 조사결과 공표·보도 금지를 규정하고 있다.

이와 관련하여, 비공표용 조사의 경우에 대표성 적용을 완화할 필요성에 관하여 검토하고자 한다. 정당 및 후보자가 내부 선거전략 수립 등을 위해 여론조사를 실시하는 경우 선거에 미치는 영향이 크지 않은 점을 고려할 때, 공표용-비공표용 여론조사 간의 대표성 차등 적용이 필요하다. 또한, 공표 여부를 불문하고 실시신고 의무를 부여하여, 표본의 크기·편향된 질문구성 여부 등 사전심사를 통해 여론조사 명목의 선전행위 등 선거운동을 차단하고 있으므로, 비공표용 조사도 공표용 조사와 동일한 표본의 대표성을 요구하는 것은 제한의 실익이 불분명하다는 시각도 존재한다. 후보자 의뢰 조사는 휴대전화 가상번호를 사용할 수 없어 특히 지방선거와 같은 소규모 지역 조사의 경우 무선전화조사가 사실상 불가능한 점 등을 고려할 때, 비공표용 조사에서 표본의 대표성에 대하여 완화된 규정을 적용할 필요가 있다. 관련하여, 비공표용 선거여론조사시 표본의 대표성 확보 규정 적용 완화 내지 배제의 타당성을 검토한다.

(3) 선거여론조사 관련 형벌 및 과태료 규정의 재조정

「공직선거법」상 형벌 및 과태료 규정과 관련하여 다음의 쟁점을 검토한다. 첫째, 동일 행위에 대한 형벌과 과태료 중복 규정 문제이다. 현행 규정체계상 응답 강요·유도, 피조사자의 의사 왜곡 등 일부 위반행위는 법 및 기준에 각 형벌 및 과태료

부과 대상으로 중복 규정되고 있다. 또한, 「공직선거법」상 매수죄, 기부행위죄는 금품수수액 100만원 초과여부를 기준으로 형벌과 과태료를 구분하고 있으나, 선거 여론조사 관련 범죄도 동일한 기준 적용 가능한지 논란이 있다.

둘째, 형벌 대상 위반행위와 과태료 대상 위반행위의 불균형 문제이다. 중앙심의회 원회 홈페이지에 결과를 미리 등록하지 않은 채로 공표하는 행위는 형벌 대상인 편향된 어휘사용, 의사왜곡 및 결과 조작 여부조차 객관적으로 확인할 수 없어 그 죄질이 결코 가볍지 않음에도 과태료 부과에 그치고 있어 형벌체계상 적절성 논란이 있다.

이러한 문제인식 하에 본 연구에서는 여론조사 관련 범죄 특성을 고려한 형벌/과태료 부과 대상 행위를 재조정하고자 한다. 형벌과 과태료 병과에 대하여 논란이 있으므로 이를 구별하는 입법적 해결방안이 필요하다.

(4) 가상번호 목적 외 사용 관련 규정 개정안

「공직선거법」 제108조의2는 형식상 법 제57조의8 제9항을 준용하여 가상번호 수령자에게 목적외사용을 금지하면서도(법 §108의2⑤) 가상번호 수령자는 의뢰자를 제외한 채 선거여론조사기관에 한하고 있다. 가상번호 사용 여론조사를 완료했으나 의뢰자의 변심, 조사 미비 등 사유로 그 결과를 공표하지 않기로 하는 경우 ‘법 제108조의2 제1항에 따른 여론조사가 아닌 목적’에 해당하는지 여부가 불분명하다.

< 제57조의8 및 제108조의2 조문비교 >

구 분	제57조의8	제108조의2
사용신청권자	정당 (제1항)	선거여론조사기관 (제1항·제2항)
사용 목적	당내경선 경선선거인 모집, 당내경선 여론조사 실시, 기타 정당활동을 위한 여론수렴	공표·보도를 목적으로 한 선거여론조사 실시
가상번호 최초 수령자	정당 (제5항)	선거여론조사기관 (제1항·제2항)
가상번호 수령자가 여론조사기관등 제공	근거규정 있음. (제8항)	근거규정 없음. (최초 수령자가 선거여론조사기관)

목적외사용 금지 주체	가상번호를 제공받은 ① 정당 ② 여론조사기관·단체 (제9항)	가상번호를 제공받은 ① 의뢰자(명문규정 없음) ② 선거여론조사기관 (제5항) §57의8⑨ 준용
	※ 정당,(선거)여론조사기관·단체 등은 대표자·구성원 포함	
차별규정	제256조제1항제2호	

본 연구에서는 가상번호사용 여론조사 완료 후 의뢰자의 변심, 조사 미비 등 사유로 그 결과를 공표하지 않기로 하였으나 당초부터 공표할 목적이 없었음을 입증하기 어려운 사안의 경우 제재방안을 검토한다. 그리고 의뢰인이 공표할 목적이 없었음에도 공표용 조사를 하는 것으로 여론조사기관을 기망하여 가상번호를 사용하게 한 경우 제재방안을 검토한다.

제2장 「공직선거법」 규율대상 ‘선거여론조사’의 정의 및 범위 규정 방안

1. 관련규정 검토

현행 「공직선거법」상 ‘선거여론조사’에 관한 개념 정의 조항은 존재하지 않는다. 다만, 실무적으로는 ‘선거를 동기로 하거나 빌미로 하는 모든 여론조사’를 ‘선거여론조사’의 개념으로 설명하고 있는 것으로 보인다.²⁾ ‘선거여론조사’의 개념과 범위는 법령상 명확하지 않다. ‘선거여론조사’라는 용어가 사용된 관련 규정으로는 선거여론조사심의위원회, 선거여론조사기관, 선거여론조사기준 등의 조항이 있다.

현재 「공직선거법」상 ‘선거여론조사’의 개념으로 생각해볼 수 있는 조항은 두 개가 있는 것으로 보인다. 먼저, 「공직선거법」 제108조 제1항에는 “선거에 관하여 정당에 대한 지지도나 당선인을 예상하게 하는 여론조사(模擬投票나 人氣投票에 의한 경우를 포함)”라는 내용이 있다. 다음으로 「공직선거법」 제8조의8 제6항 및 제108조 제3항에서 규정하는 “선거에 관한 여론조사”라는 내용이 있다.

한편, ‘선거여론조사’가 무엇인가에 대한 개념 정의가 없음에도 불구하고 「공직선거법」 제8조의8 제8항에서는 선거에 관한 여론조사로 보지 않는 여론조사를 규정하고 있다. 여기에는 ① 정당이 그 대표자 등 당직자를 선출하기 위하여 실시하는 여론조사, ② 후보자(후보자가 되려는 사람을 포함한다)의 성명이나 정당(창당준비위원회를 포함한다)의 명칭을 나타내지 아니하고 정책·공약 개발을 위하여 실시하는 여론조사, ③ 국회의원 및 지방의회의원이 의정활동과 관련하여 실시하는 여론조사(다만, 제60조의2제1항에 따른 해당 선거의 예비후보자등록신청개시일부터 선거일까지 실시하는 여론조사는 제외), ④ 정치, 선거 등 분야에서 순수한 학술·연구 목적으로 실시하는 여론조사, ⑤ 단체 등이 의사결정을 위하여 그 구성원만을 대상으로 실시하는 여론조사 등이 포함된다.³⁾

2) 실제로 중앙선거관리위원회에서 제공하는 ‘선거여론조사, 제대로 알기’ 영상자료에서도 선거여론조사를 ‘선거를 동기로 하거나 빌미로 하는 모든 여론조사’로 설명하고 있다.

해당 영상은 <https://www.youtube.com/watch?v=w-t0sgYmdUs> 참조.

3) 「공직선거법」 제8조의8 ⑧ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 여론조사는 이 법에 따른 선거에 관한 여론조사로 보지 아니한다.

1. 정당이 그 대표자 등 당직자를 선출하기 위하여 실시하는 여론조사

2. 후보자(후보자가 되려는 사람을 포함한다)의 성명이나 정당(창당준비위원회를 포함한다)의 명칭을 나타내지 아니하고 정책·공약 개발을 위하여 실시하는 여론조사

정리하면, 「공직선거법」에서는 ‘선거에 관한 여론조사’와 ‘여론조사’가 혼용되고 있는 것으로 보이고, 「공직선거법」상 ‘여론조사’라는 용어의 사용례를 종합적으로 검토할 필요가 있을 것으로 보인다.

아래는 「공직선거법」상 ‘선거여론조사’, 또는 ‘여론조사’ 관련 조항을 정리하였는데, 아래의 조항에서 ‘선거에 관한 여론조사’ 또는 ‘여론조사’가 어떠한 의미로 사용되고 있는지를 확인하고, 실제로 ‘선거를 동기로 하거나 빌미로 하는 모든 여론조사’의 의미로 사용되고 있는지 확인할 필요가 있을 것으로 생각된다. 이러한 과정을 거쳐 각 조항별로 ‘선거여론조사’ 또는 ‘여론조사’의 개념을 유형화하여 ‘선거여론조사’라는 개념의 명확한 정의와 범위를 도출해보고자 한다.

(1) 선거여론조사심의위원회 관련 규정

<p>제8조의8(선거여론조사심의위원회) ① 중앙선거관리위원회와 시·도선거관리위원회는 선거에 관한 여론조사의 객관성·신뢰성을 확보하기 위하여 선거여론조사심의위원회를 각각 설치·운영하여야 한다.</p> <p>⑦ 선거여론조사심의위원회의 직무는 다음 각 호와 같다.</p> <p>2. 선거에 관한 여론조사가 이 법 또는 선거여론조사기준을 위반하였는지 여부에 대한 심의 및 조치</p> <p>⑧ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 여론조사는 이 법에 따른 선거에 관한 여론조사로 보지 아니한다.</p> <p>1. 정당이 그 대표자 등 당직자를 선출하기 위하여 실시하는 여론조사</p> <p>2. 후보자(후보자가 되려는 사람을 포함한다)의 성명이나 정당(창당준비위원회를 포함한다)의 명칭을 나타내지 아니하고 정책·공약 개발을 위하여 실시하는 여론조사</p> <p>3. 국회의원 및 지방의회의원이 의정활동과 관련하여 실시하는 여론조사. 다만, 제60조의2제1항에 따른 해당 선거의 예비후보자등록신청개시일부터 선거일까지 실시하는 여론조사는 제외한다.</p> <p>4. 정치, 선거 등 분야에서 순수한 학술·연구 목적으로 실시하는 여론조사</p> <p>5. 단체 등이 의사결정을 위하여 그 구성원만을 대상으로 실시하는 여론조사</p> <p>⑩ 선거여론조사심의위원회는 선거에 관한 여론조사가 이 법 또는 선거여론조사기준을 위반하였다고 인정되는 때에는 그 위반행위를 한 자에게 시정명령</p>
--

3. 국회의원 및 지방의회의원이 의정활동과 관련하여 실시하는 여론조사. 다만, 제60조의2제1항에 따른 해당 선거의 예비후보자등록신청개시일부터 선거일까지 실시하는 여론조사는 제외한다.

4. 정치, 선거 등 분야에서 순수한 학술·연구 목적으로 실시하는 여론조사

5. 단체 등이 의사결정을 위하여 그 구성원만을 대상으로 실시하는 여론조사

· 경고· 정정보도문의 게재명령 등 필요한 조치를 하되, 그 위반행위가 선거의 공정성을 현저하게 해치는 것으로 인정되거나 시정명령· 정정보도문의 게재명령을 불이행한 때에는 고발 등 필요한 조치를 하여야 하고 이를 관할 선거구선거관리위원회에 통보하여야 한다.

중앙선거관리위원회와 시·도선거관리위원회에 선거여론조사심의위원회를 각각 설치하여 운영하는데, 선거여론조사심의위원회는 선거에 관한 여론조사가 「공직선거법」 또는 「선거여론조사기준⁴⁾」을 위반하였는지 여부에 대한 심의 및 조치 업무를 주로 담당하게 된다. 선거여론조사심의위원회는 선거에 관한 여론조사가 「공직선거법」 또는 「선거여론조사기준」을 위반하였다고 인정되는 때에는 그 위반행위를 한 사람에게 시정명령· 경고· 정정보도문의 게재명령 등 필요한 조치를 하되, 그 위반행위가 선거의 공정성을 현저하게 해치는 것으로 인정되거나 시정명령· 정정보도문의 게재명령을 불이행한 때에는 고발 등 필요한 조치를 하여야 하고 이를 관할 선거구선거관리위원회에 통보하여야 한다.

그런데, 중앙선거여론조사심의위원회 고시인 「선거여론조사기준」 제1조에는 “이 기준은 「공직선거법」 제8조의8 제6항에 따라 중앙선거여론조사심의위원회(이하 ‘중앙심의위원회’라 한다)가 공표 또는 보도를 목적으로 하는 선거에 관한 여론조사의 객관성·신뢰성 확보를 위하여 필요한 사항 등을 정하는 데 목적이 있다.”라고 규정하고 있다. 동 조항을 살펴보면, 선거여론조사심의위원회의 심의 대상인 선거에 관한 여론조사는 모든 여론조사가 아니라 “공표 또는 보도를 목적으로 하는 선거에 관한 여론조사”로 한정된다는 점을 확인할 수 있다. 중앙선거여론조사심의위원회 인터넷 홈페이지에서도 「선거여론조사기준」에 관하여 “중앙심의위원회가 공표 또는 보도를 목적으로 하는 선거여론조사의 객관성·신뢰성을 확보하기 위하여 필요한 사항을 정하여 공표한 기준”이라고 설명하고 있다.⁵⁾

(2) 여론조사 기관·단체의 등록 등

제8조의9(여론조사 기관·단체의 등록 등) ① 여론조사 기관·단체가 공표 또는 보도를 목적으로 선거에 관한 여론조사를 실시하려는 때에는 조사시스템, 분석전문인력, 그 밖에 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 요건을 갖추어 관할

4) 중앙선거여론조사심의위원회 고시의 형태로 제정된다.

5) <https://www.nesdc.go.kr/portal/content/view.do?menuNo=300001> 참조.

선거여론조사심의위원회에 서면으로 그 등록을 신청하여야 한다.

⑤ 선거여론조사기관(그 대표자 및 구성원을 포함한다)이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 관할 선거여론조사심의위원회는 해당 선거여론조사기관의 등록을 취소한다. 이 경우 제3호에 해당하여 등록이 취소된 선거여론조사기관은 그 등록이 취소된 날부터 1년 이내에는 등록을 신청할 수 없다.

3. **선거에 관한 여론조사**와 관련된 죄를 범하여 징역형 또는 100만원 이상의 벌금형의 선고를 받은 경우

「공직선거법」 제8조의9에서는 여론조사기관 또는 단체의 등록 등에 관하여 규정한다. 여론조사 기관·단체가 공표 또는 보도를 목적으로 선거에 관한 여론조사를 실시하려는 때에는 조사시스템, 분석전문인력, 그 밖에 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 요건을 갖추어 관할 선거여론조사심의위원회에 서면으로 그 등록을 신청하여야 한다(동조 제1항 참조). 여론조사기관 또는 단체는 공표 또는 보도를 목적으로 선거에 관한 여론조사를 실시하려는 때에 등록대상이 되는 것으로 볼 수 있다.

또한, 선거에 관한 여론조사와 관련된 죄를 범하여 징역형 또는 100만원 이상의 벌금형의 선고를 받은 경우에는 해당 선거여론조사기관의 등록을 취소한다. 등록취소는 등록을 전제로 하는 것이고, 등록은 공표 또는 보도의 목적이 있는 경우에 하도록 규정되어 있으므로, 결국 제3호의 ‘선거에 관한 여론조사’ 역시 공표 또는 보도의 목적이 있는 경우에 적용되는 것으로 볼 수 있을 것이다.

(3) 허위논평·보도 등 금지

제96조(허위논평·보도 등 금지) ① 누구든지 **선거에 관한 여론조사** 결과를 왜곡하여 공표 또는 보도할 수 없다.

② 방송·신문·통신·잡지, 그 밖의 간행물을 경영·관리하는 자 또는 편집·취재·집필·보도하는 자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 수 없다.

1. 특정 후보자를 당선되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 선거에 관하여 허위의 사실을 보도하거나 사실을 왜곡하여 보도 또는 논평을 하는 행위
2. **여론조사결과** 등과 같은 객관적 자료를 제시하지 아니하고 선거결과를 예측하는 보도를 하는 행위

누구든지 선거에 관한 여론조사결과를 왜곡하여 공표 또는 보도할 수 없다(공직선거법 제96조 제1항). 선거에 관한 여론조사를 공표 또는 보도하는 경우에 그 결과를

왜곡하는 행위를 금지하는 것이다. 그리고 「공직선거법」 제96조 제1항을 위반한 경우에는 5년 이하의 징역 또는 300만원 이상 2천만원 이하의 벌금형을 받을 수 있다(동법 제252조 제2항 참조). 해당 조항이 금지하는 행위는 선거에 관한 여론조사 결과를 왜곡하여 공표 또는 보도하는 행위이다. 따라서 동 조항은 선거에 관한 여론조사가 공표 또는 보도되는 경우에만 적용된다고 할 수 있다.

(4) 여론조사의 결과공표금지 등

<p>제108조(여론조사의 결과공표금지 등) ① 누구든지 <u>선거일 전 6일부터 선거일의 투표마감시각까지 선거에 관하여 정당에 대한 지지도나 당선인을 예상하게 하는 여론조사(模擬投票나 人氣投票에 의한 경우를 포함한다. 이하 이 條에서 같다)의 경위와 그 결과를 공표하거나 인용하여 보도할 수 없다.</u></p> <p>② 누구든지 <u>선거일전 60일(선거일전 60일 후에 실시사유가 확정된 보궐선거 등에서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 선거일까지 선거에 관한 여론조사를 투표용지와 유사한 모형에 의한 방법을 사용하거나 후보자(候補者)가 되고자 하는 者를 포함한다. 이하 이 條에서 같다) 또는 정당(創黨準備委員會를 포함한다. 이하 이 條에서 같다)의 명의로 선거에 관한 여론조사를 할 수 없다. 다만, 제57조의2제2항⁶⁾에 따른 여론조사는 그러하지 아니하다.</u></p> <p>③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 제외하고는 누구든지 <u>선거에 관한 여론조사</u>를 실시하려면 여론조사의 목적, 표본의 크기, 조사지역·일시·방법, 전체 설문내용 등 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 사항을 여론조사 개시일 전 2일까지 관할 선거여론조사심의위원회에 서면으로 신고하여야 한다.⁷⁾</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 제3자로부터 여론조사를 의뢰받은 여론조사 기관·단체(제3자의 의뢰 없이 직접 하는 경우는 제외한다) 2. 정당[창당준비위원회와 「정당법」 제38조(정책연구소의 설치·운영)에 따른 정책연구소를 포함한다] 3. 「방송법」 제2조(용어의 정의)에 따른 방송사업자 4. 전국 또는 시·도를 보급지역으로 하는 「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조(정의)에 따른 신문사업자 및 「잡지 등 정기간행물의 진흥에 관한 법률」 제2조(정의)에 따른 정기간행물사업자 5. 「뉴스통신 진흥에 관한 법률」 제2조(정의)에 따른 뉴스통신사업자 6. 제3호부터 제5호까지의 사업자가 관리·운영하는 인터넷언론사 7. 전년도 말 기준 직전 3개월 간의 일일 평균 이용자 수 10만명 이상인 인터넷

언론사

- ④ 관할 선거여론조사심의위원회는 제3항에 따른 신고 내용이 이 법 또는 **선거 여론조사기준**을 충족하지 못한다고 판단되는 때에는 여론조사 실시 전까지 보완할 것을 요구할 수 있다. 이 경우 보완요구에 이의가 있는 때에는 관할 선거여론조사심의위원회에 서면으로 이의신청을 할 수 있다.
- ⑤ 누구든지 **선거에 관한 여론조사**를 하는 경우에는 피조사자에게 질문을 하기 전에 여론조사 기관·단체의 명칭과 전화번호를 밝혀야 하고, 해당 조사대상의 전체층을 대표할 수 있도록 피조사자를 선정하여야 하며, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.
1. 특정 정당 또는 후보자에게 편향되도록 하는 어휘나 문장을 사용하여 질문하는 행위
 2. 피조사자에게 응답을 강요하거나 조사자의 의도에 따라 응답을 유도하는 방법으로 질문하거나, 피조사자의 의사를 왜곡하는 행위
 3. 오락 기타 사행성을 조장할 수 있는 방법으로 조사하거나 제13항에 따라 제공할 수 있는 전화요금 할인 혜택을 초과하여 제공하는 행위
 4. 피조사자의 성명이나 성명을 유추할 수 있는 내용을 공개하는 행위
- ⑥ 누구든지 **선거에 관한 여론조사**의 결과를 공표 또는 보도하는 때에는 선거 여론조사기준으로 정한 사항을 함께 공표 또는 보도하여야 하며, 선거에 관한 여론조사를 실시한 기관·단체는 조사설계서·피조사자선정·표본추출·질문지작성·결과분석 등 조사의 신뢰성과 객관성의 입증에 필요한 자료와 수집된 설문지 및 결과분석자료 등 해당 여론조사와 관련있는 자료일체를 해당 선거의 선거일 후 6개월까지 보관하여야 한다.
- ⑦ **선거에 관한 여론조사** 결과를 공표·보도하려는 때에는 그 결과의 공표·보도 전에 해당 여론조사를 실시한 선거여론조사기관이 선거여론조사기준으로 정한 사항을 중앙선거여론조사심의위원회 홈페이지에 등록하여야 한다. 이 경우 선거여론조사기관이 제3자로부터 의뢰를 받아 여론조사를 실시한 때에는 해당 여론조사를 의뢰한 자는 선거여론조사기관에 해당 여론조사 결과의 공표·보도 예정일시를 통보하여야 하며, 선거여론조사기관은 통보받은 공표·보도 예정일시 전에 해당 사항을 등록하여야 한다.
- ⑧ 누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.
1. 제7항에 따라 중앙선거여론조사심의위원회 홈페이지에 등록되지 아니한 **선거에 관한 여론조사** 결과를 공표 또는 보도하는 행위
 2. 선거여론조사기준을 따르지 아니하고 공표 또는 보도를 목적으로 **선거에 관한 여론조사**를 하거나 그 결과를 공표 또는 보도하는 행위
- ⑨ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 해당 여론조사를 실시한 기관·단체에 제6항에 따라 보관 중인 여론조사와 관련된 자료의 제출을 요구할 수 있으며, 그 요구를 받은 기관·단체는 지체 없이 이에 따라야 한다.

1. 관할 선거구선거관리위원회가 공표 또는 보도된 여론조사와 관련하여 이 법을 위반하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있다고 판단되는 때
2. 선거여론조사심의위원회가 공표 또는 보도된 여론조사결과의 객관성·신뢰성에 대하여 정당 또는 후보자로부터 서면으로 이의신청을 받거나 제8조의8제7항제2호에 따른 심의를 위하여 필요하다고 판단되는 때
 - ⑩ 누구든지 야간(오후 10시부터 다음 날 오전 7시까지를 말한다)에는 전화를 이용하여 선거에 관한 여론조사를 실시할 수 없다.
 - ⑪ 누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.
 1. 제57조의2제1항에 따른 당내경선을 위한 여론조사의 결과에 영향을 미치게 하기 위하여 다수의 선거구민을 대상으로 성별·연령 등을 거짓으로 응답하도록 지시·권유·유도하는 행위
 2. 선거에 관한 여론조사의 결과에 영향을 미치게 하기 위하여 둘 이상의 전화번호를 착신 전환 등의 조치를 하여 같은 사람이 두 차례 이상 응답하거나 이를 지시·권유·유도하는 행위
 - ⑫ 누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 선거에 관한 여론조사의 결과를 해당 선거일의 투표마감시각까지 공표 또는 보도할 수 없다. 다만, 제2호의 경우 해당 선거여론조사기관에 대하여 불송치결정 또는 불기소처분이 있거나 무죄의 판결이 확정된 때에는 그러하지 아니하다.
 1. 정당 또는 후보자가 실시한 해당 선거에 관한 여론조사
 2. 제8조의8제10항에 따라 고발되거나 이 법에 따른 여론조사에 관한 범죄로 기소된 선거여론조사기관이 실시한 선거에 관한 여론조사
 3. 선거여론조사기관이 아닌 여론조사기관·단체가 실시한 선거에 관한 여론조사
 - ⑬ 선거에 관한 여론조사에 성실하게 응답한 사람에게는 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 바에 따라 전화요금 할인 혜택을 제공할 수 있다. 이 경우 전화요금 할인에 소요되는 비용은 해당 여론조사를 실시하는 자가 부담한다.
 - ⑭ 여론조사의 신고, 이의신청, 자료제출 요구 절차, 그 밖에 필요한 사항은 중앙선거관리위원회규칙으로 정한다.

- 6) 제57조의2(당내경선의 실시) ① 정당은 공직선거후보자를 추천하기 위하여 경선(이하 “당내경선”이라 한다)을 실시할 수 있다.
 - ② 정당이 당내경선(당내경선(여성이나 장애인 등에 대하여 당헌·당규에 따라 가산점 등을 부여하여 실시하는 경우를 포함한다)의 후보자로 등재된 자(이하 “경선후보자”라 한다)를 대상으로 정당의 당헌·당규 또는 경선후보자간의 서면합의에 따라 실시한 당내경선을 대체하는 여론조사를 포함한다)을 실시하는 경우 경선후보자로서 당해 정당의 후보자로 선출되지 아니한 자는 당해 선거의 같은 선거구에서는 후보자로 등록될 수 없다. 다만, 후보자로 선출된 자가 사퇴·사망·피선거권 상실 또는 당적의 이탈·변경 등으로 그 자격을 상실한 때에는 그러하지 아니하다. <개정 2018. 4. 6.>
 - ③ 「정당법」 제22조(발기인 및 당원의 자격)의 규정에 따라 당원이 될 수 없는 자는 당내경선의 선거인이 될 수 없다.
- 7) 공직선거관리규칙 제48조의4(여론조사의 신고 등) ① 법 제108조제3항에 따른 여론조사신고에 대한 관할 선거여론조사심의위원회는 다음 각 호와 같다. <신설 2014. 2. 13., 2017. 2. 24.>

1) 여론조사 결과공표금지

「공직선거법」 제108조에서는 여론조사의 결과공표금지 등에 관하여 규정하고 있다. 먼저, 여론조사 결과의 공표나 인용 보도가 금지되는 기간이 제1항에 규정되어 있다. 즉, 누구든지 선거일 전 6일부터 선거일의 투표마감시각까지 선거에 관하여 정당에 대한 지지도나 당선인을 예상하게 하는 여론조사(模擬投票나 人氣投票에 의한 경우를 포함)의 경위와 그 결과를 공표하거나 인용하여 보도할 수 없다. 동조의 ‘여론조사’는 다른 조항에 비하여 더 구체적이고 제한적이다. 제108조 제1항에서 규율하는 여론조사는 선거에 관한 여론조사 중에서 정당에 대한 지지도 또는 당선인을 예상하게 하는 내용의 여론조사라고 할 수 있다. 이러한 여론조사는 선거일 전 6일부터 선거일의 투표마감시각까지 그 경위와 결과의 공표 또는 인용 보도가 금지된다. 이를 위반한 사람은 「공직선거법」 제256조 제3항 제1호 과목에 의하여 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금형을 받게 된다.⁸⁾ 따라서 「공직선거법」 제108조 제1항의 선거에 관한 여론조사는 결국 공표 또는 보도의 대상이 되는 선거여론조사를 규율하는 것이라고 할 수 있다.

-
1. 전국 또는 2 이상 시·도의 선거구민을 대상으로 하는 여론조사 : 중앙선거여론조사심의위원회
 2. 하나의 시·도의 선거구민을 대상으로 하는 여론조사: 관할 시·도선거여론조사심의위원회
 3. 삭제 <2017. 2. 24.>
 - ② 법 제108조제3항에 따른 여론조사신고는 별지 제33호서식에 따른다. 이 경우 신고 후 신고내용을 변경하려는 때에는 변경사항을 여론조사실시 전까지 다시 신고하여야 한다. <개정 2012. 3. 2., 2014. 2. 13.>
 - ③ 선거구위원회가 법 제108조제9항제1호에 따라 여론조사와 관련된 자료의 제출을 요구하는 때에는 요구근거, 제출할 자료 및 제출기한 등을 기재한 서면으로 한다. <신설 2012. 3. 2., 2014. 2. 13.>
 - ④ 선거에 관한 여론조사를 실시하는 자가 법 제108조제13항에 따라 전화요금 할인 혜택을 제공하는 경우 해당 여론조사에 관한 질문에 모두 응답한 사람에게 1회 응답 시 1천원의 범위에서 전화요금 할인 혜택을 제공할 수 있다. 이 경우 피조사자에게 질문을 하기 전에 전화요금 할인 혜택을 제공할 수 있다는 사실을 알려야 한다. <신설 2017. 2. 24.>
 - ⑤ 전화요금 할인 혜택 제공에 관한 구체적인 절차 및 그 밖에 필요한 사항은 선거에 관한 여론조사를 실시하는 자와 「전기통신사업법」 제2조제8호에 따른 전기통신사업자가 협의하여 정한다. <신설 2017. 2. 24.>

[본조신설 2010. 1. 25.]

[제목개정 2012. 3. 2.]

- 8) 제256조(각종제한규정위반죄) ③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 선거운동과 관련하여 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자

파. 제108조제1항을 위반하여 여론조사의 경위와 그 결과를 공표 또는 인용하여 보도한 자. (후략)

2) 여론조사 방법의 제한

다음으로, 선거에 관한 여론조사의 방법에 관한 제한이 있다. 누구든지 선거일전 60일(선거일전 60일 후에 실시사유가 확정된 보궐선거등에서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 선거일까지 선거에 관한 여론조사를 투표용지와 유사한 모형에 의한 방법을 사용하거나 후보자(候補者가 되고자 하는 者를 포함) 또는 정당(創黨準備委員會를 포함)의 명의로 선거에 관한 여론조사를 할 수 없다(제108조 제2항). 「공직선거법」 제108조 제2항의 선거여론조사는 그 문언상으로는 결과공표 또는 보도를 전제로 하는 것이 아니라 선거에 관한 여론조사를 하는 방법에 있어서 투표용지와 유사한 모형에 의한 방법을 사용하거나, 후보자 또는 정당의 명의로 하는 방법에 따르는 선거여론조사를 금지하는 것으로 보인다. 그리고 이러한 제한을 위반한 경우에는 제1항의 경우와 마찬가지로 「공직선거법」 제256조 제3항 제1호 과목에 의하여 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금형을 받게 된다.⁹⁾

3) 여론조사 실시의 신고

법률에서 정한 일정한 경우에 해당하는 사람¹⁰⁾을 제외하고는 누구든지 선거에 관한 여론조사를 실시하려면 여론조사의 목적, 표본의 크기, 조사지역·일시·방법, 전체 설문내용 등 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 사항을 여론조사 개시일 전 2일까지 관할 선거여론조사심의위원회에 서면으로 신고하여야 한다(공직선거법 제108조 제3항). 이 경우에는 법문상으로는 결과공표 또는 보도의 목적과 관계없이 선거에 관한 여론조사에 해당하면 신고의 대상이 된다.

여론조사의 신고에 관하여는 「공직선거관리규칙」 제48조의4에 상세한 규정이 있다.

9) 제256조(각종제한규정위반죄) ③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 선거운동과 관련하여 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자

파. 제108조제1항을 위반하여 여론조사의 경위와 그 결과를 공표 또는 인용하여 보도한 자, 같은 조 제2항을 위반하여 여론조사를 한 자. (후략)

10) 제3자로부터 여론조사를 의뢰받은 여론조사 기관·단체(제3자의 의뢰 없이 직접 하는 경우는 제외한다), 정당(창당준비위원회와 「정당법」 제38조(정책연구소의 설치·운영)에 따른 정책연구소를 포함한다), 「방송법」 제2조(용어의 정의)에 따른 방송사업자, 전국 또는 시·도를 보급지역으로 하는 「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조(정의)에 따른 신문사업자 및 「잡지 등 정기간행물의 진흥에 관한 법률」 제2조(정의)에 따른 정기간행물사업자, 「뉴스통신 진흥에 관한 법률」 제2조(정의)에 따른 뉴스통신사업자, 제3호부터 제5호까지의 사업자가 관리·운영하는 인터넷언론사, 전년도 말 기준 직전 3개월 간의 일일 평균 이용자 수 10만명 이상인 인터넷언론사 등이 여기에 해당한다.

먼저, 전국 또는 2 이상 시·도의 선거구민을 대상으로 하는 여론조사는 중앙선거여론조사심의위원회에, 하나의 시·도의 선거구민을 대상으로 하는 여론조사는 관할 시·도선거여론조사심의위원회에 신고한다(동조 제1항 참조). 신고사항은 신고인 인적사항(성명, 생년월일, 주소, 전화번호, 공직선거법상 신분), 조사기관·단체[기관·단체명, 대표자 성명, 사무소 소재지(주소, 전화번호)], 조사목적, 조사방법 등(조사 지역, 조사일시, 조사방법, 표본의 크기, 피조사자 선정방법, 선거여론조사 결과의 공표·보도 여부), 전체 설문내용(표적집단면접조사의 경우 조사의 주제 등을 말한다) 등이다(선거여론조사기준 제8조 제1항 참조). 이 경우에 “선거여론조사 결과의 공표·보도 여부”도 신고사항에 해당하므로, 법문상으로는 「공직선거법」 제108조 제3항의 여론조사 실시의 신고 대상인 선거여론조사는 공표 또는 보도 목적인 조사에 한정되는 것은 아님을 확인할 수 있다.¹¹⁾

「공직선거법」 제108조 제3항을 위반하여 관할 선거여론조사심의위원회에 신고하지 아니하거나 신고내용과 다르게 여론조사를 실시하는 경우에는 1천만원 이하의 과태료 부과대상이 된다(공직선거법 제261조 제3항 제5호¹²⁾ 참조).

관할 선거여론조사심의위원회는 제3항에 따른 신고 내용이 「공직선거법」 또는 「선거여론조사기준」을 충족하지 못한다고 판단되는 때에는 여론조사실시 전까지 보완할 것을 요구할 수 있다. 이 경우 보완요구에 이의가 있는 때에는 관할 선거여론조사심의위원회에 서면으로 이의신청을 할 수 있다(공직선거법 제108조 제4항). 보완요구에 따르지 않고 보완사항을 보완하지 아니하고 여론조사를 실시하는 경우에는 제3항 위반의 경우와 마찬가지로 1천만원 이하의 과태료 부과대상이 된다(공직선거법 제261조 제3항 제5호 참조).

「공직선거법」 제108조 제3항은 여러 차례 개정을 거쳐 변경되어 왔으므로, 그 연혁을 살펴볼 필요가 있다. 동 조항은 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 신설되었다. 신설 조항은 다음과 같다.

③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 제외하고는 **누구든지 선거일 전**

11) 중앙선거여론조사심의위원회도 선거여론조사를 실시할 경우 공표·보도를 목적으로 하지 아니하는 때에도 신고하여야 하는 것으로 설명하고 있다. 선거여론조사 가이드북 2022년, 30면 참조.
 12) 제261조(과태료의 부과·징수 등) ③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자에게는 1천만원 이하의 과태료를 부과한다.
 5. 제108조제3항을 위반하여 관할 선거여론조사심의위원회에 신고하지 아니하거나 신고내용과 다르게 여론조사를 실시하거나 같은 조 제4항을 위반하여 보완사항을 보완하지 아니하고 여론조사를 실시한 자

180일부터 선거일의 투표마감시각까지 선거에 관하여 정당에 대한 지지도나 당선인을 예상하게 하는 여론조사(공표·보도를 목적으로 하지 아니하는 여론조사를 포함한다)를 실시하려면 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 바에 따라 여론조사의 목적, 표본의 크기, 조사지역·일시·방법, 전체 설문내용 등을 여론조사 개시일 전 2일까지 해당 선거구선거관리위원회에 서면으로 신고하여야 한다. <신설 2010. 1. 25.>

현행 조문과 비교하면, “선거일 전 180일부터 선거일의 투표마감시각까지”라는 시간적 제한이 있었다는 점, 선거에 관하여 “정당에 대한 지지도나 당선인을 예상하게 하는” 여론조사라는 제한이 있었다는 점, 그리고 괄호 안에 “공표·보도를 목적으로 하지 아니하는 여론조사를 포함한다”라는 규정이 있다는 점 등이 다르다는 것을 알 수 있다.

동 조항은 2015. 12. 24. 법률 제13617호로 개정된 법률에 따라 개정되면서 시간적 제한 부분이 삭제되고, “정당에 대한 지지도나 당선인을 예상하게 하는” 여론조사에 한정되지 않고 “선거에 관한 여론조사”에 적용되는 것으로 변경되었다.

③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 제외하고는 누구든지 선거에 관한 여론조사(공표·보도를 목적으로 하지 아니하는 여론조사를 포함한다)를 실시하려면 여론조사의 목적, 표본의 크기, 조사지역·일시·방법, 전체 설문내용 등 선거여론조사기준으로 정한 사항을 여론조사 개시일 전 2일까지 관할 선거관리위원회에 서면으로 신고하여야 한다. <신설 2010. 1. 25., 2014. 2. 13., 2015. 12. 24.>

그 후, 2017. 2. 8. 법률 제14556호 개정으로 현재의 규정과 같게 되었다. 이때에는 괄호 안의 규정 즉, “공표·보도를 목적으로 하지 아니하는 여론조사를 포함한다”라는 규정을 삭제하였다. 당시 개정 법률의 제안이유 중 관련 부분을 살펴보면 다음과 같다.

제안이유: 공표·보도를 목적으로 선거여론조사를 실시하려는 기관·단체에 대하여 등록제를 도입하고, 현행 「공직선거법」상의 ‘안심번호’라는 용어를 ‘휴대전화 가상번호’로 변경하면서 선거여론조사에도 ‘휴대전화 가상번호’를 활용할 수 있도록 하는 한편, 선거여론조사의 적용범위를 명확히 하고, 예비후보자와 후보자의 각 2회를 초과한 여론조사비용을 선거비용에 산입하도록 하는 등 선거여론조사와 관련된 제도를 개선하려는 것임.

당시 「공직선거법」 개정 내용 중에서 “공표·보도를 목적으로 하지 아니하는 여론조사를 포함한다”라는 규정을 삭제하는 것 외에 선거여론조사의 적용 범위와 관련된 개정 조항이 없었다는 점을 고려하면, 당시 해당 부분의 삭제는 공표·보도를 목적으로 하지 아니하는 여론조사는 「공직선거법」 제108조 제3항의 여론조사에서 제외하려는 입법 취지가 있었을 것으로 추측해 볼 수도 있을 것으로 생각된다.

「공직선거법」 제108조 제4항의 규정 역시 이러한 해석을 뒷받침한다고 볼 수도 있을 것이다. 동조 제4항은 “관할 선거여론조사심의위원회는 제3항에 따른 신고 내용이 이 법 또는 「선거여론조사기준」을 충족하지 못한다고 판단되는 때에는 여론조사 실시 전까지 보완할 것을 요구할 수 있다. 이 경우 보완요구에 이의가 있는 때에는 관할 선거여론조사심의위원회에 서면으로 이의신청을 할 수 있다.”라고 규정한다. 여기에서는 제3항에 따른 신고 내용이 「공직선거법」 또는 「선거여론조사기준」을 충족하지 못한다고 판단될 때 보완요구를 할 수 있다고 규정한다. 주지하다시피, 「선거여론조사기준」은 모든 선거에 관한 여론조사가 적용 대상이 아니라, 공표 또는 보도를 목적으로 하는 선거에 관한 여론조사에 적용되는 것이다. 이러한 취지는 「공직선거법」 제8조의8 제6항에도 분명하게 드러나고 있다.

법 제8조의8 ⑥ 중앙선거여론조사심의위원회는 **공표 또는 보도를 목적으로 하는 선거에 관한 여론조사**의 객관성·신뢰성을 확보하기 위하여 필요한 사항(이하 “선거여론조사기준”이라 한다)을 정하여 공표하여야 한다.

4) 선거여론조사 실시의 준수사항

① 여론조사의 방법 및 피조사자 선정

누구든지 선거에 관한 여론조사를 하는 경우에는 피조사자에게 질문을 하기 전에 여론조사 기관·단체의 명칭과 전화번호를 밝혀야 하고, 해당 조사대상의 전체층을 대표할 수 있도록 피조사자를 선정하여야 한다(공직선거법 제108조 제5항).

또한, 선거에 관한 여론조사를 하는 경우에 하여서는 아니되는 행위로는 다음의 사항이 규정되어 있다.

1. 특정 정당 또는 후보자에게 편향되도록 하는 어휘나 문장을 사용하여 질문하

- 는 행위
2. 피조사자에게 응답을 강요하거나 조사자의 의도에 따라 응답을 유도하는 방법으로 질문하거나, 피조사자의 의사를 왜곡하는 행위
 3. 오락 기타 사행성을 조장할 수 있는 방법으로 조사하거나 제13항에 따라 제공할 수 있는 전화요금 할인 혜택을 초과하여 제공하는 행위
 4. 피조사자의 성명이나 성명을 유추할 수 있는 내용을 공개하는 행위

「공직선거법」 제108조 제5항의 문언상, 동 조항의 “선거에 관한 여론조사”는 공표 또는 보도를 목적으로 하는 여론조사에 한정되는 것이 아닌 것으로 보인다. 이와 관련하여 「선거여론조사기준」 제4조¹³⁾에서는 선거여론조사의 신뢰성과 객관성을 확보하기 위한 방안을 규정한다. 즉, 누구든지 선거여론조사를 실시할 때에는 조사대상 전체에 대한 대표성을 확보할 수 있도록 피조사자를 선정하여야 하고, 피조사자 선정과정을 거치지 아니한 조사대상자가 자발적 의사에 따라 응답자로 참여하는 조사방법을 사용해서는 아니 된다(제4조 제2항 및 제3항 참조). 그런데, 「선거여론조사기준」은 제1조에서 정하는 바와 같이 모든 선거여론조사가 아니라 “공표 또는 보도를 목적으로 하는 선거에 관한 여론조사”를 대상으로 하고 있기 때문에, 제108조 제5항의 해석상 문제가 발생할 소지가 있는 것으로 보인다.

입법 연혁을 살펴보면, 동 조항은 1997. 11. 14. 법률 제5412호로 신설된 것이다. 당시에는 현재의 조항과는 달리 “공표 또는 보도를 목적으로 선거에 관한 여론조사를 하는 경우”에 적용되는 조항이었다. 당시의 조항은 다음과 같다.

제108조(여론조사의 결과공표금지등) ③ 누구든지 **공표 또는 보도를 목적으로 선거에 관한 여론조사를 하는 경우**에는 피조사자에게 여론조사기관·단체의 명칭, 주소 또는 전화번호와 조사자의 신분을 밝혀야 하고, 당해 조사대상의 전체층을 대표할 수 있도록 피조사자를 선정하여야 하며, 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다. <신설 1997·11·14>

13) 「선거여론조사기준」 제4조(신뢰성과 객관성) ① 선거여론조사는 그 결과에 대한 신뢰성을 확보하기 위하여 객관적이고 공정하게 이루어져야 한다.
 ② 누구든지 선거여론조사를 실시할 때에는 조사대상 전체에 대한 대표성을 확보할 수 있도록 피조사자를 선정하여야 한다.
 ③ 누구든지 선거여론조사를 실시할 때에는 피조사자 선정과정을 거치지 아니한 조사대상자가 자발적 의사에 따라 응답자로 참여하는 조사방법을 사용해서는 아니 된다.
 ④ 누구든지 특정 정당(창당준비위원회를 포함한다. 이하 같다) 또는 특정 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 같다)에게 유리하거나 불리한 결과를 가져올 수 있는 표본추출틀을 사용하여서는 아니 된다.
 ⑤ 누구든지 후보자가 구축하거나 제공한 데이터베이스를 표본추출틀로 사용하여서는 아니된다.

1. 특정 정당 또는 후보자에게 편향되도록 하는 어휘나 문장을 사용하여 질문하는 행위
2. 피조사자에게 응답을 강요하거나 조사자의 의도에 따라 응답을 유도하는 방법으로 질문하거나, 피조사자의 의사를 왜곡하는 행위
3. 오락 기타 사행성을 조장할 수 있는 방법으로 조사하는 행위
4. 피조사자의 성명이나 성명을 유추할 수 있는 내용을 공개하는 행위

그런데 동 조항은 2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정되면서, 그 대상이 공표 또는 보도를 목적으로 하는 선거에 관한 여론조사에 한정되지 않고, “선거에 관한 여론조사”로 개정되었다. 당시 국회의 입법 관련 자료를 살펴보면, 회의록, 검토의견서, 국회 법제사법위원회 검토서 등에서 특별히 동 조항의 개정에 관한 이유가 자세하게 설명되어 있지는 않으므로 그 입법목적은 쉽게 파악하기는 어려운 것으로 생각된다. 2012년 개정 법률의 조항은 아래와 같다.

- ④ 누구든지 **선거에 관한 여론조사를 하는 경우에는** 피조사자에게 여론조사기관·단체의 명칭, 주소 또는 전화번호와 조사자의 신분을 밝혀야 하고, 해당 조사대상의 전체층을 대표할 수 있도록 피조사자를 선정하여야 하며, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다. <신설 1997. 11. 14., 2010. 1. 25., 2012. 2. 29.>
1. 특정 정당 또는 후보자에게 편향되도록 하는 어휘나 문장을 사용하여 질문하는 행위
 2. 피조사자에게 응답을 강요하거나 조사자의 의도에 따라 응답을 유도하는 방법으로 질문하거나, 피조사자의 의사를 왜곡하는 행위
 3. 오락 기타 사행성을 조장할 수 있는 방법으로 조사하는 행위
 4. 피조사자의 성명이나 성명을 유추할 수 있는 내용을 공개하는 행위

정리하면, 법률개정 과정에서 “공표 또는 보도를 목적으로 하는 선거에 관한 여론조사”가 “선거에 관한 여론조사”로 개정되었는데, 선거의 공정성 제고라는 취지는 충분히 공감되지만, 기존에 공표 또는 보도를 목적으로 하는 선거에 관한 여론조사를 중심으로 제도화된 선거여론조사제도와 충돌을 일으키고 있는 것으로 보인다. 전술한 바와 같이 「선거여론조사기준」은 여전히 공표 또는 보도를 목적으로 하는 선거에 관한 여론조사를 대상으로 하고 있다는 점에서, 이 부분이 제도개선의 핵심

이 되어야 할 것으로 생각된다.¹⁴⁾

② 여론조사 자료의 홈페이지 공개 등

2012년 법률 개정 당시에 법률 제108조 제6항이 신설되었는데, 그 조항은 현재의 제108조 제6항의 내용 중 일부와 같다. 즉, 선거에 관한 여론결과를 공표 또는 보도하는 경우에는 해당 여론조사를 실시한 기관·단체는 해당 여론조사의 조사설계서·피조사자선정·표본추출·질문지작성·결과분석 등 조사의 신뢰성과 객관성의 입증에 필요한 자료를 자신의 인터넷 홈페이지에 공개하여야 한다는 것이다. 그리고 이러한 방법에 위반하여 여론조사를 하는 경우에는 3년 이하의 징역 또는 600만원 이하의 벌금에 처하도록 하는 종전의 규정을 그대로 적용하였다(구 공직선거법 제256조 제1항 제2호 참조).

당시 구 「공직선거법」 제108조 제4항이 공표 또는 보도를 목적으로 선거에 관한 여론조사를 하는 경우에서 그러한 제한 없는 선거에 관한 여론조사로 확대 적용되도록 개정되면서, 한편으로는 선거에 관한 여론조사를 선거에 관한 여론결과를 공표 또는 보도하는 경우에는 해당 여론조사를 실시한 기관·단체는 해당 여론조사의 조사설계서·피조사자선정·표본추출·질문지작성·결과분석 등 조사의 신뢰성과 객관성의 입증에 필요한 자료를 자신의 인터넷 홈페이지에 공개하여야 한다는 내용이 함께 신설된 것이다.

구 공직선거법[법률 제11374호, 2012. 2. 29., 일부개정] 제108조 ⑥ 선거에 관한 여론조사결과를 공표 또는 보도하는 경우에는 해당 여론조사를 실시한 기관·단체는 해당 여론조사의 조사설계서·피조사자선정·표본추출·질문지작성·결과분석 등 조사의 신뢰성과 객관성의 입증에 필요한 자료를 자신의 인터넷 홈페이지에 공개하여야 한다. <신설 2012. 2. 29.>

③ 「선거여론조사기준」 공표 또는 보도

다음으로, 누구든지 선거에 관한 여론조사의 결과를 공표 또는 보도하는 때에는 「선거여론조사기준」으로 정한 사항을 함께 공표 또는 보도하여야 하며, 선거에

14) 이에 관하여는 다음 장에서 상세하게 논의한다.

관한 여론조사를 실시한 기관·단체는 조사설계서·피조사자선정·표본추출·질문지작성·결과분석 등 조사의 신뢰성과 객관성의 입증에 필요한 자료와 수집된 설문지 및 결과분석자료 등 해당 여론조사와 관련있는 자료일체를 해당 선거의 선거일 후 6개월까지 보관하여야 한다(공직선거법 제108조 제6항).

동 조항은 선거에 관한 여론조사의 결과를 공표 또는 보도하는 경우에 적용되는 것이다. 「공직선거법」 제108조 제6항을 위반하여 「선거여론조사기준」으로 정한 사항을 함께 공표 또는 보도하지 아니한 자에게는 3천만원 이하의 과태료를 부과한다(공직선거법 제261조 제2항 제2호 참조).

④ 「선거여론조사기준」 홈페이지 등록

다음으로, 선거에 관한 여론조사 결과를 공표·보도하려는 때에는 그 결과의 공표·보도 전에 해당 여론조사를 실시한 선거여론조사기관이 「선거여론조사기준」으로 정한 사항을 중앙선거여론조사심의위원회 홈페이지에 등록하여야 한다. 이 경우 선거여론조사기관이 제3자로부터 의뢰를 받아 여론조사를 실시한 때에는 해당 여론조사를 의뢰한 자는 선거여론조사기관에 해당 여론조사 결과의 공표·보도 예정일시를 통보하여야 하며, 선거여론조사기관은 통보받은 공표·보도 예정일시 전에 해당 사항을 등록하여야 한다(공직선거법 제108조 제7항 참조). 「공직선거법」 제108조 제7항을 위반하여 「선거여론조사기준」으로 정한 사항을 등록하지 아니한 자에게는 3천만원 이하의 과태료를 부과한다(공직선거법 제261조 제2항 제3호 참조).

⑤ 그 밖의 금지행위

「공직선거법」 제108조 제8항에는 여론조사 실시의 경우에 금지되는 행위들이 열거되어 있다. 「공직선거법」 제108조 제7항에 따라 중앙선거여론조사심의위원회 홈페이지에 등록되지 아니한 선거에 관한 여론조사 결과를 공표 또는 보도하는 행위 및 「선거여론조사기준」을 따르지 아니하고 공표 또는 보도를 목적으로 선거에 관한 여론조사를 하거나 그 결과를 공표 또는 보도하는 행위가 여기에 해당한다. 이러한 금지행위를 위반하여 여론조사를 실시하거나 그 결과를 공표 또는 보도한 자에게는 3천만원 이하의 과태료를 부과한다(공직선거법 제261조 제2항 제4호 참조).

5) 자료제출의 요구

「공직선거법」 제108조 제9항에 따르면 다음 중 어느 하나에 해당하는 때에는 해당 여론조사를 실시한 기관·단체에 「공직선거법」 제108조 제6항에 따라 보관 중인 여론조사와 관련된 자료의 제출을 요구할 수 있으며, 그 요구를 받은 기관·단체는 지체 없이 이에 따라야 한다. 관할 선거구선거관리위원회가 공표 또는 보도된 여론조사와 관련하여 이 법을 위반하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있다고 판단되는 때 또는 선거여론조사심의위원회가 공표 또는 보도된 여론조사결과의 객관성·신뢰성에 대하여 정당 또는 후보자로부터 서면으로 이의신청을 받거나 제8조의8제7항제2호에 따른 심의를 위하여 필요하다고 판단되는 때가 여기에 해당한다. 「공직선거법」 제108조 제9항을 위반하여 정당한 사유 없이 여론조사와 관련된 자료를 제출하지 아니한 자에 대하여는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금형에 처한다(공직선거법 제256조 제3항 제1호 파목 참조).

6) 시간적 제한

누구든지 야간(오후 10시부터 다음 날 오전 7시까지를 말한다)에는 전화를 이용하여 선거에 관한 여론조사를 실시할 수 없다(공직선거법 제108조 제10항). 이를 위반하여 여론조사를 한 경우에는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금형에 처한다(공직선거법 제256조 제3항 제1호 파목 참조). 동 조항의 선거에 관한 여론조사는 반드시 공표 또는 보도의 목적인 여론조사일 필요는 없는 것으로 보인다.

다음으로, 누구든지 정당 또는 후보자가 실시한 해당 선거에 관한 여론조사, 「공직선거법」 제8조의8 제10항에 따라 고발되거나 「공직선거법」에 따른 여론조사에 관한 범죄로 기소된 선거여론조사기관¹⁵⁾이 실시한 선거에 관한 여론조사, 또는 선거여론조사기관이 아닌 여론조사기관·단체가 실시한 선거에 관한 여론조사 중 어느 하나에 해당하는 선거에 관한 여론조사의 결과를 해당 선거일의 투표마감시각까지 공표 또는 보도할 수 없다(공직선거법 제108조 제12항 참조). 이를 위반하여 선

15) 해당 선거여론조사기관에 대하여 불송치결정 또는 불기소처분이 있거나 무죄의 판결이 확정된 때에는 그러하지 아니하다.

거에 관한 여론조사의 결과를 공표·보도한 자에 대하여는 3년 이하의 징역 또는 600만원 이하의 벌금에 처한다(공직선거법 제256조 제1항 제5호 참조).

(5) 선거여론조사를 위한 휴대전화 가상번호의 제공

<p>제108조의2(선거여론조사를 위한 휴대전화 가상번호의 제공) ① 선거여론조사기관이 공표 또는 보도를 목적으로 전화를 이용하여 선거에 관한 여론조사를 실시하는 경우 휴대전화 가상번호를 사용할 수 있다.</p> <p>② 선거여론조사기관이 제1항에 따른 여론조사를 실시하는 경우에는 관할 선거여론조사심의위원회를 경유하여 이동통신사업자에게 휴대전화 가상번호를 제공하여 줄 것을 요청할 수 있다.¹⁶⁾</p> <p>③ 제2항에 따라 휴대전화 가상번호를 사용하고자 하는 선거여론조사기관은 해당 여론조사 개시일 전 10일까지 관할 선거여론조사심의위원회에 휴대전화 가상번호 제공 요청서를 제출하여야 하고, 관할 선거여론조사심의위원회는 해당 요청서의 기재사항을 심사한 후 제출받은 날부터 3일 이내에 해당 요청서를 이동통신사업자에게 송부하여야 한다.</p> <p>④ 선거여론조사기관이 제2항에 따른 요청을 하는 경우에는 휴대전화 가상번호 제공 요청서에 다음 각 호에 따른 사항을 적어야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 여론조사의 목적·내용 및 기간 2. 여론조사 대상 지역 및 대상자 수 3. 이동통신사업자별로 제공하여야 하는 성별·연령별·지역별 휴대전화 가상번호 수. 이 경우 제공을 요청할 수 있는 휴대전화 가상번호의 총수는 제2호에 따른 대상자 수의 30배수를 초과할 수 없다. 4. 그 밖에 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 사항 <p>⑤ 선거에 관한 여론조사를 위한 휴대전화 가상번호 제공에 관하여는 제57조의 8제4항부터 제7항까지 및 제9항부터 제11항까지의 규정을 준용한다.</p> <p>⑥ (생략)</p>
--

선거에 관한 여론조사에서 휴대전화 가상번호를 사용하는 것은 선거여론조사기관이

16) 공직선거관리규칙 제48조의5(선거여론조사를 위한 휴대전화 가상번호의 제공 요청) ① 법 제108조의 2제2항에 따른 휴대전화 가상번호 제공 요청서는 별지 제15호의2서식의(라)에 따른다.

② 법 제108조의2에 따른 관할 선거여론조사심의위원회는 다음 각 호와 같다.

1. 전국 또는 2 이상 시·도의 선거구민을 대상으로 하는 여론조사: 중앙선거여론조사심의위원회

2. 하나의 시·도의 선거구민을 대상으로 하는 여론조사: 관할 시·도선거여론조사심의위원회

③ 선거에 관한 여론조사를 위한 휴대전화 가상번호 제공에 관하여는 제25조의4(제1항·제2항을 제외한다)·제25조의5·제25조의6(제2항을 제외한다)·제25조의7(제3호마목을 제외한다)·제25조의8(제4항을 제외한다)·제25조의9를 준용한다.

[본조신설 2017. 2. 24.]

[종전 제48조의5는 제48조의6으로 이동 <2017. 2. 24.>]

공표 또는 보도를 목적으로 전화를 이용하여 선거에 관한 여론조사를 실시하는 경우이다. 즉, 공표 또는 보도의 목적이 있는 경우에만 문제되는 조항이라고 할 수 있을 것이다.

2. 대법원 판례 및 헌법재판소 결정례 검토

공직선거법령상 여론조사 관련 내용을 검토하였다. 이하에서는 대법원 판례 및 헌법재판소 결정례에서 '선거에 관한 여론조사'에 관하여 판단한 사항들을 살펴보기로 한다.

- ① 헌법재판소 2015. 4. 30 자 2014헌마360 결정 [공직선거법 제108조 제3항 제4호 등 위헌확인]

위 사건은 시·군·구를 보급지역으로 하는 신문사업자 및 일일 평균 이용자 수 10만 명 미만인 인터넷언론사가 선거일 전 180일부터 선거일의 투표마감시각까지 선거여론조사를 실시하려면 여론조사의 주요 사항을 사전에 관할 선거관리위원회에 신고하도록 한 공직선거법(2014. 2. 13. 법률 제12393호로 개정된 것) 제108조 제3항 제4호 및 제7호가 청구인들의 언론·출판의 자유를 침해하는지 여부에 관한 것이었다. 또한, 위 조항이 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부도 쟁점이 되었다. 이에 대하여 헌법재판소는 다음과 같이 판단하였다.

심판대상조항은 선거여론조사의 실시에 대한 효과적인 관리 및 감독을 가능하도록 함으로써 선거여론조사가 특정 후보자의 선거운동 수단으로 악용되는 것을 방지하고 선거여론조사의 공정성, 정확성 및 신뢰성을 확보하고자 하는 것으로서, 그 입법목적의 정당성이 인정된다. 심판대상조항에 따라 신고하여야 하는 사항은 여론조사의 공정성, 정확성 및 신뢰성을 판단할 수 있는 기초적이고 필수적인 자료이다. 신고를 받은 선거관리위원회가 보완요구권을 갖는 점을 감안하더라도, 신고의무의 부과가 청구인들에게 큰 부담이 된다고 보기는 어렵다. 선거여론조사결과를 등록하는 것만으로는 여론조사 실시단계에서 발생하는 문제들을 예방할 수 없다. 여론조사결과가 공표·보도된 이후에는 선거여론조사공정심의위원회가 사후심의를 할 수 있고, 형벌, 과태료의 사후적 제재도 가능하나, 여론조사결과가 일단 공표·보도되면 매우 빠른 속도로 유권자의 의사에 영향을 미쳐 선거를 왜곡할 수 있으므로, 위와 같은 사

후적 조치만으로는 불공정·부정확한 여론조사의 폐해를 실효적으로 제거하기 어렵다. 따라서 심판대상조항은 청구인들의 언론·출판의 자유를 침해하지 아니한다.

또한, 시·군·구 또는 그 이하의 지역단위에서는 지역신문 이외에 해당 지역의 여론을 형성하는 기관이 거의 없고, 여론을 형성하는 집단의 규모가 작아서 선거여론조사 과정에서 특정한 방향으로 여론을 조작하기도 상대적으로 수월하다. 후보자들 역시 인지도가 대체로 낮기 때문에 자신을 홍보하는 수단으로 선거여론조사를 실시하고자 하는 유인도 상대적으로 크다. 따라서 심판대상조항이 시·군·구 또는 그보다 좁은 단위의 지역을 보급지역으로 하는 신문사들에게만 신고의무를 부과하는 것이 현저히 자의적이거나 불합리하다고 볼 수 없다. 또한, 군소 인터넷언론사들 중 상당수는 검증되지 않은 여론조사기관들에게 여론조사를 의뢰하고 그 결과를 공표·보도하여 왔다는 점에서, 인터넷언론사의 일일 평균 이용자수를 기준으로 선거여론조사 실시에 대한 신고의무의 부과여부를 달리하는 것 역시 현저히 불합리하다고 볼 수 없다. 따라서 심판대상조항은 청구인들의 평등권을 침해하지 아니한다.

② 대법원 2021. 6. 24 선고 2019도13687 판결 [공직선거법위반]

위 사건은 다음의 사항에 관하여 판단하였다. 첫째, 선거에 관한 여론조사결과를 왜곡하여 공표하는 행위 등을 금지·처벌하는 「공직선거법」 제96조 제1항, 제252조 제2항의 취지, 둘째, 「공직선거법」 제96조 제1항의 행위 태양인 '공표'의 의미 및 공표의 요건인 전파가능성에 관한 증명책임 소재(=검사)와 증명 정도, 셋째, 「공직선거법」 제96조 제1항에 따라 공표 등이 금지되는 '왜곡된 여론조사결과'의 내용 및 전파가능성을 이유로 개별적으로 한 사람에게 알리는 행위가 '왜곡된 여론조사 결과의 공표' 행위에 해당하기 위한 요건 등이다. 이에 관한 대법원 판결요지는 다음과 같다.

공직선거법 제96조 제1항은 “누구든지 선거에 관한 여론조사결과를 왜곡하여 공표 또는 보도할 수 없다.”라고 규정하고, 제252조 제2항은 “제96조 제1항을 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 300만 원 이상 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정하고 있다. 이는 여론조사의 객관성·공정성에 대한 신뢰를 이용하여 선거인의 판단에 잘못된 영향을 미치는 행위를 처벌함으로써 선거의 공정성을 보장하려는 규정이다.

공직선거법 제96조 제1항의 행위태양인 '공표'는 불특정 또는 다수인에게 왜곡된 여론조사결과를 널리 드러내어 알리는 것을 말한다. 비록 개별적으로 한 사람에게만 왜곡된 여론조사결과를 알려더라도 그를 통하여 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다면 이 요건

을 충족하나, 전파될 가능성에 관하여서는 검사의 엄격한 증거가 필요하다.

한편 공직선거법 제96조 제1항의 입법 취지에 비추어 공직선거법 제96조 제1항에 따라 공표 또는 보도가 금지되는 '왜곡된 여론조사결과' 선거인으로 하여금 객관성·공정성을 신뢰할 만한 수준의 여론조사가 실제 이루어진 결과에 해당한다고 믿게 할 정도의 구체성을 가지는 정보로서 그것이 공표 또는 보도될 경우 선거인의 판단에 잘못된 영향을 미치고 선거의 공정성을 저해할 개연성이 있는 내용일 것을 요한다. 따라서 전파가능성을 이유로 개별적으로 한 사람에게 알리는 행위가 '왜곡된 여론조사결과'의 공표' 행위에 해당한다고 하기 위해서는 그 한 사람을 통하여 '왜곡된 여론조사결과'로 인정될 수 있을 정도의 구체성이 있는 정보가 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다는 점이 인정되어야 한다.

③ 대법원 2019. 10. 31. 선고 2019도8815 판결 [공직선거법위반]

위 판결에서 대법원은 다음과 같이 판단하였다.

공직선거법 제8조의8 제8항에서는 “다음 각호의 어느 하나에 해당하는 여론조사는 이 법에 따른 선거에 관한 여론조사로 보지 아니한다.”라고 규정하면서 ‘당내경선을 위한 여론조사’는 공직선거법에 따른 선거에 관한 여론조사에서 제외하고 있지 않다. 이러한 공직선거법의 규정 내용과 선거에 관한 여론조사와 관련된 공직선거법의 관련 규정의 개정 경위와 내용, 여론조사가 특정 후보자의 선거운동 수단으로 악용되는 것을 방지하고 여론조사의 공정성, 정확성 및 신뢰성을 확보한다는 공직선거법의 여론조사 관련 규제 조항의 입법 취지 등을 고려하면, 공직선거법 제108조 제5항, 제11항의 ‘선거에 관한 여론조사’에는 ‘당내경선과 관련된 여론조사’도 포함된다고 보아야 한다.

④ 대법원 2018. 11. 29 선고 2017도8822 판결 [공직선거법위반]

위 사건에서 대법원은 다음의 사항에 관하여 판단하였다. 첫째, 선거에 관한 여론조사결과를 왜곡하여 공표하는 행위 등을 금지·처벌하는 공직선거법 제96조 제1항, 제252조 제2항의 취지, 둘째, 여론조사결과를 왜곡하는 행위에 실제 여론조사가 실시되지 않았음에도 마치 실시된 것처럼 결과를 만들어 내는 행위가 포함되는지 여부, 셋째, 타인이 여론조사결과를 왜곡한 것을 그러한 사정을 알면서 그대로 전달받아 공표하는 행위가 여론조사결과를 왜곡하여 공표한 경우에 해당하는지 여부 및 위와 같은 인식은 미필적인 것으로도 족한지 여부 등이다. 이에 관한 대법원 판결

의 요지는 다음과 같다.

공직선거법 제96조 제1항은 “누구든지 선거에 관한 여론조사결과를 왜곡하여 공표 또는 보도할 수 없다.”라고 규정하고, 제252조 제2항은 “제96조 제1항을 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 300만 원 이상 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정하고 있다. 이는 여론조사의 객관성·공정성에 대한 신뢰를 이용하여 선거인의 판단에 잘못된 영향을 미치는 행위를 처벌함으로써 선거의 공정성을 보장하려는 규정이다.

‘왜곡’의 사전적 의미는 ‘사실과 다르게 해석하거나 그릇되게 함’이고, ‘그릇되다’의 사전적 의미는 ‘어떤 일이 사리에 맞지 아니하다’이다. 사실에 대한 왜곡은 일부 사실을 숨기거나 허위의 사실을 덧붙이거나 과장, 윤색하거나 조작하여 전체적으로 진실이라 할 수 없는 사실을 표현하는 방법으로 이루어진다. 공직선거법은 ‘허위의 사실’과 ‘사실의 왜곡’을 선택적인 것으로 규정하기도 하고(제96조 제2항), 허위를 배제하지 않는 의미로 ‘왜곡’을 사용하기도 한다(제8조의6 제4항). 이와 같은 왜곡의 의미와 용법에 앞에서 본 공직선거법 제96조 제1항, 제252조 제2항의 입법목적을 종합하여 보면, 여론조사결과를 왜곡하는 행위에는 이미 존재하는 여론조사결과를 인위적으로 조작·변경하거나 실시 중인 여론조사에 인위적인 조작을 가하여 그릇된 여론조사결과를 만들어 내는 경우 뿐만 아니라 실제 여론조사가 실시되지 않았음에도 마치 실시된 것처럼 결과를 만들어 내는 행위도 포함된다고 보는 것이 타당하다.

한편 타인이 위와 같이 여론조사결과를 왜곡한 것을 그러한 사정을 알면서 그대로 전달받아 공표하는 경우도 여론조사결과를 왜곡하여 공표한 경우에 해당하고, 위와 같은 인식은 미필적인 것으로도 족하다.

⑤ 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결

위 사건은 전원합의체판결인데, 구 「공직선거법」상 선거운동의 의미와 금지되는 선거운동의 범위를 판단하는 기준에 관하여 판단하였다. 다수의견은 다음과 같이 판단하였다.

선거운동의 자유와 공정 및 기회균등을 꾀하고, 정치인의 통상적인 정치활동을 보장할 필요성, 최형법정주의 원칙에서 파생되는 형벌법규의 엄격해석의 원칙, 구 공직선거법(2014. 1. 17. 법률 제12267호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘공직선거법’이라고 한다)의 전체적인 체계에서 선거운동이 차지하는 위치 및 다른 개별적 금지규정의 내용 등에 비추어 볼 때, 공직선거법상 선거운동의 의미와 금지되는 선거운동의 범위는 다음과 같은 구체적인 기준에 따라

판단하는 것이 타당하다.

‘선거운동’은 특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 행위를 말하는데, 이에 해당하는지는 행위를 하는 주체 내부의 의사가 아니라 외부에 표시된 행위를 대상으로 객관적으로 판단하여야 한다. 따라서 행위가 당시의 상황에서 객관적으로 보아 그와 같은 목적의사를 실현하려는 행위로 인정되지 않음에도 행위자가 주관적으로 선거를 염두에 두고 있었다거나, 결과적으로 행위가 단순히 선거에 영향을 미친다거나 또는 당선이나 낙선을 도모하는 데 필요하거나 유리하다고 하여 선거운동에 해당한다고 할 수 없다. 또 선거 관련 국가기관이나 법률전문가의 관점에서 사후적·회고적인 방법이 아니라 일반인, 특히 선거인의 관점에서 행위 당시의 구체적인 상황에 기초하여 판단하여야 하므로, 개별적 행위들의 유기적 관계를 치밀하게 분석하거나 법률적 의미와 효과에 치중하기보다는 문제 된 행위를 경험한 선거인이 행위 당시의 상황에서 그러한 목적의사가 있음을 알 수 있는지를 살펴보아야 한다.

위와 같은 목적의사는 특정한 선거에 출마할 의사를 밝히면서 그에 대한 지지를 부탁하는 등의 명시적인 방법뿐만 아니라 당시의 객관적 사정에 비추어 선거인의 관점에서 특정 선거에서 당선이나 낙선을 도모하려는 목적의사를 쉽게 추단할 수 있을 정도에 이른 경우에도 인정할 수 있다. 위와 같은 목적의사가 있었다고 추단하려면, 단순히 선거와의 관련성을 추측할 수 있다거나 선거에 관한 사항을 동기로 하였다든 사정만으로는 부족하고 특정 선거에서의 당락을 도모하는 행위임을 선거인이 명백히 인식할 만한 객관적인 사정에 근거하여야 한다. 그러한 목적의사를 가지고 하는 행위인지는 단순히 행위의 명목뿐만 아니라 행위의 태양, 즉 행위가 행하여지는 시기·장소·방법 등을 종합적으로 관찰하여 판단하여야 한다. 특히, 공직선거법이 선거일과의 시간적 간격에 따라 특정한 행위에 대한 규율을 달리하고 있는 점과 문제가 된 행위가 이루어진 시기에 따라 동일한 행위라도 선거인의 관점에서는 선거와의 관련성이 달리 인식될 수 있는 점 등에 비추어, 행위를 한 시기가 선거일에 가까우면 가까울수록 명시적인 표현 없이도 다른 객관적 사정을 통하여 당해 선거에서의 당선 또는 낙선을 도모하는 의사가 있다고 인정할 수 있으나, 선거가 실시되기 오래전에 행해져서 시간적으로 멀리 떨어진 행위라면 단순히 선거와의 관련성을 추측할 수 있다는 것만으로 당해 선거에서의 당락을 도모하는 의사가 표시된 것으로 인정될 수는 없다.

선거운동은 대상인 선거가 특정되는 것이 중요한 개념표지이므로 문제 된 행위가 특정 선거를 위한 것임이 인정되어야만 선거운동에 해당하는데, 행위 당시의 상황에서 특정 선거의 실시에 대한 예측이나 확정 여부, 행위의 시기와 특정 선거일 간의 시간적 간격, 행위의 내

용과 당시의 상황, 행위자와 후보자의 관계 등 여러 객관적 사정을 종합하여 선거인의 관점에서 문제 된 행위가 특정 선거를 대상으로 하였는지를 합리적으로 판단하여야 한다. 한편 정치인은 누구나 기회가 오면 장래의 적절한 선거에 출마하여 당선될 것을 목표로 삼고 있는 사람이고, 선거운동은 특정한 선거에서 당락을 목표로 하는 행위이므로, 문제 된 행위가 특정 선거를 위한 것이라고 인정하려면, 단순히 어떤 사람이 향후 언젠가 어떤 선거에 나설 것이라는 예측을 할 수 있는 정도로는 부족하고, 특정 선거를 전제로 선거에서 당락을 도모하는 행위임을 선거인이 명백히 인식할 수 있는 객관적 사정이 있어야 한다.

정치인이 일상적인 사회활동과 통상적인 정치활동의 일환으로 선거인과 접촉하여 자신의 인격에 대한 공감과 정치적 식견에 대한 찬성과 동의를 구하는 한편, 그들의 의견을 청취·수용하여 지지를 받을 수 있는 정책을 구상·수립하는 과정을 통하여 이른바 인지도와 긍정적 이미지를 제고하여 정치적 기반을 다지는 행위에도 위와 같은 판단 기준이 그대로 적용되어야 한다. 따라서 그와 같은 일상적인 사회활동과 통상적인 정치활동에 인지도와 긍정적 이미지를 높이려는 목적이 있다 하여도 행위가 특정한 선거를 목표로 하여 선거에서 특정인의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의사가 표시된 것으로 인정되지 않는 한 선거운동이라고 볼 것은 아니다.

문제 된 행위가 단체 등을 통한 활동의 모습으로 나타나는 경우에는 단체 등의 설립 목적과 경위, 인적 구성, 활동의 시기, 방법, 내용과 규모 등을 추가적으로 고려하여 활동이 특정 선거에서 특정인의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의사에 따라 행해진 것이라는 점이 당해 선거인의 관점에서 객관적으로 인정되는지를 살펴보아야 한다. 단체 등의 목적 범위 내에서 통상적으로 행해지는 한도에서는 특별한 사정이 없는 한 그러한 활동이 특정인의 당선 또는 낙선을 목적으로 한 선거운동이라고 보아서는 아니 되고, 단체의 목적이나 활동 내용이 정치 이외의 다른 전형적인 사회활동을 하는 단체가 갖는 특성에 딱 들어맞지 않는다는 이유만으로 단체의 활동을 선거운동에 해당한다고 단정하여서도 아니 된다.

위 판결은 선거운동의 범위를 명확하게 정하였다는 점에서 대단히 의미가 크다고 할 수 있다. 본 연구에서는 선거에 관한 여론조사의 개념 및 범위를 규정하고자 하는데, 위 판결문의 판시는 그 기준 설정에 있어서 상당한 시사점을 준다고 할 수 있다.

우선, 선거운동에 관하여 범위를 명확하게 하였다. 선거운동에 관하여는 현 「공직선거법」에도 정의규정이 있다. 동법 제58조에서는 선거운동을 “당선되거나 되게

하거나 되지 못하게 하기 위한 행위”로 정의한다(동조 제1항 참조). 그리고 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시, 입후보와 선거운동을 위한 준비행위, 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시, 통상적인 정당활동, 설날·추석 등 명절 및 석가탄신일·기독탄신일 등에 하는 의례적인 인사말을 문자 메시지(그림말·음성·화상·동영상 등을 포함)로 전송하는 행위 등은 선거운동에 포함되지 않는 것으로 본다.

이에 대하여 대법원은 선거운동의 범위를 더욱 명확하게 제한하는 해석을 하였다. 즉, ‘선거운동’은 특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 행위를 말하는 것으로 정의하였다.

그리고 이에 해당하는지는 행위를 하는 주체 내부의 의사가 아니라 외부에 표시된 행위를 대상으로 객관적으로 판단하여야 한다고 하였다.

따라서 어떠한 행위가 당시의 상황에서 객관적으로 보아 그와 같은 목적 의사를 실현하려는 행위로 인정되지 않음에도 행위자가 주관적으로 선거를 염두에 두고 있었다거나, 결과적으로 행위가 단순히 선거에 영향을 미친다거나 또는 당선이나 낙선을 도모하는 데 필요하거나 유리하다고 하여 선거운동에 해당한다고 할 수 없다고 판단하였다.

다음으로, 후보자 등의 목적의사의 판단기준을 제시하였다. 대법원에 따르면, 목적의사는 특정한 선거에 출마할 의사를 밝히면서 그에 대한 지지를 부탁하는 등의 명시적인 방법뿐만 아니라 당시의 객관적 사정에 비추어 선거인의 관점에서 특정 선거에서 당선이나 낙선을 도모하려는 목적의사를 쉽게 추단할 수 있을 정도에 이른 경우에도 인정할 수 있다고 한다. 위와 같은 목적의사가 있었다고 추단하려면, 단순히 선거와의 관련성을 추측할 수 있다거나 선거에 관한 사항을 동기로 하였다는 사정만으로는 부족하고 특정 선거에서의 당락을 도모하는 행위임을 선거인이 명백히 인식할 만한 객관적인 사정에 근거하여야 한다는 것이다. 위 판시의 핵심은 목적의사는 막연한 선거의 당선이 아니라, 특정 선거를 전제로 하고 있다는 점이다.

대법원은 이 점을 분명히 하고 있다. 관련하여 다음의 판시가 중요하다.¹⁷⁾

17) 이에 대하여는 반대의견이 개진되었는바, 그 내용은 다음과 같다. “선거일부터 멀리 떨어진 시기에 이루어진 ‘정치인’으로서의 통상적인 정치활동을 곧바로 선거운동에 해당한다고 볼 수 없음을 당연하고, 그와 같은 행위가 단순히 ‘정치인’으로서의 인지도를 높이려는 목적에서 비롯되었더라도 이를 선거운동으로 단정할 수는 없다. 다만 행위가 이루어진 시기가 선거일부터 상당한 시간적 간격을 두고 행하여졌더라도 행위자가 ‘후보자가 되고자 하는 자’, 즉 선거에 입후보할 의사를 가진 것을 객관적으로 인식할 수 있을 정도에 이른 사람에게 해당하고 문제 되는 행위가 ‘후보자가 되고자 하는 자’로서 선거에서의 당선 또는 낙선을 목적으로 자신의 인지도를 높이기 위하여 다수의 선거인들을

선거운동은 대상인 선거가 특정되는 것이 중요한 개념표지이므로 문제 된 행위가 특정 선거를 위한 것임이 인정되어야만 선거운동에 해당하는데, 행위 당시의 상황에서 특정 선거의 실시에 대한 예측이나 확정 여부, 행위의 시기와 특정 선거일 간의 시간적 간격, 행위의 내용과 당시의 상황, 행위자와 후보자의 관계 등 여러 객관적 사정을 종합하여 선거인의 관점에서 문제 된 행위가 특정 선거를 대상으로 하였는지를 합리적으로 판단하여야 한다. 한편 정치인은 누구나 기회가 오면 장래의 적절한 선거에 출마하여 당선될 것을 목표로 삼고 있는 사람이고, 선거운동은 특정한 선거에서 당락을 목표로 하는 행위이므로, 문제 된 행위가 특정 선거를 위한 것이라고 인정하려면, 단순히 어떤 사람이 향후 언젠가 어떤 선거에 나설 것이라는 예측을 할 수 있는 정도로는 부족하고, 특정 선거를 전제로 선거에서 당락을 도모하는 행위임을 선거인이 명백히 인식할 수 있는 객관적 사정이 있어야 한다.

정치인이 일상적인 사회활동과 통상적인 정치활동의 일환으로 선거인과 접촉하여 자신의 인격에 대한 공감과 정치적 식견에 대한 찬성과 동의를 구하는 한편, 그들의 의견을 청취·수용하여 지지를 받을 수 있는 정책을 구상·수립하는 과정을 통하여 이른바 인지도와 긍정적 이미지를 제고하여 정치적 기반을 다지는 행위에도 위와 같은 판단 기준이 그대로 적용되어야 한다. 따라서 그와 같은 일상적인 사회활동과 통상적인 정치활동에 인지도와 긍정적 이미지를 높이려는 목적이 있다 하여도 행위가 특정한 선거를 목표로 하여 선거에서 특정인의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의사가 표시된 것으로 인정되지 않는 한 선거운동이라고 볼 것은 아니다.

이러한 선거운동의 개념은 선거여론조사의 개념을 명확하게 하는 데에 있어 일정한 기준을 제공할 수 있다고 본다. 이에 관하여는 뒤에서 보다 자세히 논하기로 한다.

⑥ 대법원 2007. 6. 14. 선고 2007도2741 판결 [공직선거법위반]

여론조사의 공표 방법에 관한 「공직선거법」 제108조 제4항은 선거와 관련된 여론조사의 결과를 공표함에 있어서 그 객관성과 신뢰성을 유지할 수 있도록 하기 위한 것으로서, ‘누구든지 선거에 관한 여론조사의 결과를 공표 또는 보도하는 때에는’이라고 규정하여 그 행위 주체에 아무런 제한을 두고 있지 아니하므로, 위 규정이 여

접촉한 것이라면, 이러한 행위는 이미 통상적인 정치활동의 범주를 벗어난 것으로서 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의사가 객관적으로 확인될 수 있고, 행위의 태양에 따라 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의지를 수반하는 행위로서 선거운동에 해당할 수 있다.”

론조사의 결과를 최초로 공표 또는 보도하는 자에 한하여 적용된다고는 할 수 없다고 한다.

3. 외국 주요 국가의 입법례 검토

다음으로, 선거여론조사의 개념 및 범위와 관련하여 해외 주요 국가의 입법례를 검토하였다. 검토대상 국가는 미국, 독일, 프랑스 등이다. 미국, 영국 등 주요 국가들은 여론조사의 실시 및 보도에 관하여 국가가 규제하거나 심의하지 않고, 자율적인 규제, 즉 민간단체나 방송사가 윤리강령을 만들어 지키도록 하고 있지만 강제성은 없다고 한다.¹⁸⁾

(1) 미국

선행연구에 따르면 미국 연방법은 선거여론조사의 방법, 공표, 관련 보도에 관한 규제 및 제한 등의 사항을 규율하지 않는다고 한다. 많은 연구에서 소개되고 있는 입법사례는 주 정부 법률에서 선거여론조사와 관련된 조항이 존재하고, 그 예시로 웨스트버지니아주 선거법이 대표적으로 소개되고 있는 것으로 보인다.

동 법률의 내용은 아래와 같다.

웨스트버지니아주 선거법(WEST VIRGINIA ELECTION CODE) 3-8-9 (10)

<p>§3-8-9. Lawful and unlawful election expenses; public opinion polls and limiting their purposes; limitation upon expenses; use of advertising agencies and reporting requirements; delegation of expenditures.</p> <p>(a) No financial agent or treasurer of a political committee may pay, give, or lend, either directly or indirectly, any money or other thing of value for any election expenses, except for the following purposes:</p> <p>(10) For conducting public opinion poll or polls. For the purpose of this section, the phrase “conducting of public opinion poll or polls” shall mean and be limited to the gathering, collection, collation, and evaluation of information reflecting public opinion, needs, and preferences as to any candidate, group of</p>

18) 최인숙, 프랑스 여론조사제도에 관한 연구, 4면 참조.

candidates, party, issue, or issues. No such poll may be deceptively designed or intentionally conducted in a manner calculated to advocate the election or defeat of any candidate or group of candidates or calculated to influence any person or persons so polled to vote for or against any candidate, group of candidates, proposition, or other matter to be voted on by the public at any election: Provided, That nothing herein may prevent the use of the results of any such poll or polls to further, promote or enhance the election of any candidate or group of candidates or the approval or defeat of any proposition or other matter to be voted on by the public at any election;

그런데 위 조항의 내용을 살펴보면, 위 조항은 ‘선거여론조사’의 개념, 범위, 요건 등을 규율하는 조항이라기보다는 선거비용 보전에 관한 조항이라고 보는 것이 더 적절할 것이다.

미국의 경우에는 표현의 자유를 중시하기 때문에, 선거여론조사의 범위 또는 그에 대한 제한 자체가 거의 존재하지 않는 것으로 보인다.

(2) 독일

선행연구에 따르면, 독일은 법률에서 선거여론조사와 관련된 보도를 규제하는 입법례는 없다고 하고, 다만, 연방 선거법에는 선거여론조사와 관련된 규제조항은 선거 당일 실시되는 출구조사의 결과 발표 시점에 대한 규제만 존재하고 있다고 한다. 대신, 독일 특유의 자율규제 형태로 방송국가협약 등 방송사들의 협약으로 선거와 관련된 여론조사를 공표하는 경우에는 대표성이 있는지 여부를 명시적으로 제시하도록 규정하고 있다고 한다. 자율규제수단인 ‘독일 언론강령’을 통하여 해당 사항을 규율하고 있다고 한다.

(3) 프랑스

선행연구에 따르면, 프랑스의 경우 「여론조사 공표 및 전파에 관한 1977년 12월 31일 법률」에서 선거여론조사에 관하여 규율하고 있다고 한다. 그리고 동 법률은 2016년에 개정되면서, 여론조사에 관한 개념 정의로 볼 수 있는 규정이 포함되었다

고 한다. 동 법률 제1조의 내용은 다음과 같다.¹⁹⁾

여론조사는 양적 정보를 줄 목적으로 특정한 날 한 표본을 대상으로 질문을 하여 모집단의 행동이나 태도, 염원, 의견 등을 측정하는 통계조사이다.
국민투표, 대통령선거 또는 선거법에 규정된 모든 선거 및 유럽의회 의원 선거에 직·간접적으로 관련 있는 모든 여론조사의 공개·배포는 본 법의 적용대상이 된다. 여론조사를 바탕으로 이루어지는 모의투표도 본 법의 적용을 받는다.

해당 법률에는 여론조사위원회, 여론조사 공표·전파 금지기간 등의 규정이 있다는 점에서 우리의 「공직선거법」과 유사하다. 동 법률은 선거법에 명시된 모든 종류의 선거에 직·간접적으로 관련이 있는 모든 여론조사를 대상으로 한다. 다만, 이러한 여론조사가 공개 또는 배포되는 경우에 동 법률의 적용대상이 되는 것이라고 한다. 이러한 점은 우리 「공직선거법」상 여론조사 개념 범위의 한정에 중요한 시사점을 준다고 할 수 있다. 공표 또는 보도 목적을 중심으로 하여 개념 정의를 시도하는 것이 현재의 우리나라 「공직선거법」상 여론조사의 개념의 불명확성을 줄이는 방법이 될 수 있을 것이다.

프랑스 여론조사법 정도가 외국의 사례 중에서 우리가 참고할 수 있는 입법례라고 할 수 있을 것이다.

4. 구체적 규정 마련의 필요성

「공직선거법」상 선거여론조사와 관련하여서는 선거여론조사심의위원회 관련 규정(제8조의8), 여론조사의 결과공표금지 관련 규정(제108조), 선거여론조사를 위한 휴대전화 가상번호의 제공(제108조의2) 등의 규정이 있다. 여론조사의 결과공표금지를 규정한 「공직선거법」 제108조 제1항을 위반하는 경우에는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처하도록 규정되어 있고(제256조제3항 참조), 여론조사의 방법을 규정한 제108조 제5항을 위반한 경우에는 3년 이하의 징역 또는 600만원 이하의 벌금에 처하도록 규정되어 있다(제256조제1항 참조). 그럼에도 법률상 선거여론조사의 명확한 정의 규정이 없어 그 개념과 범위와 관련하여 법적용에 혼란이 발생하고 있는바, 선거여론조사에 관한 명확한 개념정의 규정과 범위 규정을 둘 필요가

19) 최인숙, 프랑스 여론조사제도에 관한 연구, 110면 참조.

있을 것으로 생각된다.

「공직선거법」에 ‘여론조사’ 또는 ‘선거여론조사’에 대한 정의 규정이 없어서, 투표(찬반투표, ARS투표 등)·설문조사·여론 수렴 등과 구별이 어려운 문제가 있다. 실제 실무에서는 여론조사의 시기나 방법, 피조사자의 규모·특성 등과 관계없이 ‘선거를 동기로 하거나 빌미로 하는 내용’의 조사라면 모두 ‘선거여론조사’에 해당하는 것으로 운영하고 있어, 자의적인 법집행의 우려도 존재한다. ‘선거를 동기로 하거나 빌미로 하는 모든 여론조사’를 「공직선거법」에 따른 선거여론조사로 볼 경우에는 그 범위가 지나치게 넓어서 개별 법조항별로 입법 취지에 맞는 법적용을 하기 어렵게 되는 문제가 있게 된다.

이에, 「공직선거법」상 여론조사의 정의 및 규율대상 선거여론조사 범위 규정 도입방안을 검토할 필요가 있다. 「공직선거법」상 선거여론조사 심의제도의 취지, 규제의 실익과 더불어 조사목적과 내용, 조사방법, 피조사자의 규모·성격, 의뢰자의 신분 등을 종합적으로 고려하여 ‘여론조사’ 및 ‘선거에 관한 여론조사’ 등 정의규정을 명문화하는 방안을 검토하여야 한다.

또한, 선거여론조사의 범위를 명확하게 하여야 한다. 이를 위해서는 현재 예외를 규정하고 있는 「공직선거법」 제8조의8 제8항을 보다 구체화하여 선거여론조사의 범위를 분명하게 정비하고, 더 나아가 선거여론조사에 해당하는 요건과 범위를 적극적으로 규정할 필요가 있을 것으로 보인다.

5. 구체적 방안의 검토

선거여론조사의 개념이 법률상 명확하지 않아서 여러 혼란이 발생하고 있는 상황의 해결을 위해 다음의 방향으로 법률 정비가 필요할 것으로 생각된다.²⁰⁾

(1) “공표·보도”를 중심으로 선거에 관한 여론조사로 법률 적용 범위 한정 방안

앞에서 살펴본 바와 같이, 공표 또는 보도를 목적으로 하는 선거에 관한 여론조사

20) 다만, 아래에서 제시하는 방안들은 선택적으로 적용하는 것도 가능하다.

를 「공직선거법」 및 「선거여론조사기준」이 적용되는 여론조사로 명확하게 정리하는 방안을 검토할 필요가 있다. 「공직선거법」상 선거에 관한 여론조사 관련 규정들은 주로 공표 또는 보도를 목적으로 하는 선거에 관한 여론조사에 관한 것이거나, 공표 또는 보도의 목적이 없더라도 실제로 공표 또는 보도되는 경우에 적용되는 것으로 정리하는 것이 적절할 것으로 보인다.

만약, 공표 또는 보도를 목적으로 하는 선거에 관한 여론조사의 기준을 준수하지 않은 여론조사를 보도 또는 공표하는 경우에는 그에 대한 제재를 강화하는 방법으로 제한할 수 있을 것으로 본다.

프랑스의 입법례를 살펴보면 역시 공개, 배포되는 여론조사가 법률의 적용대상임을 알 수 있다.

현행 「공직선거법」 제108조 제3항의 입법 연혁을 볼 때에도, 동 조항에 “공표 또는 보도를 목적으로”라는 규정을 추가하는 것이 적절할 것으로 보인다.

③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 제외하고는 누구든지 공표 또는 보도를 목적으로 선거에 관한 여론조사를 실시하려면 여론조사의 목적, 표본의 크기, 조사지역·일시·방법, 전체 설문내용 등 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 사항을 여론조사 개시일 전 2일까지 관할 선거여론조사심의위원회에 서면으로 신고하여야 한다.

(2) 선거에 관한 여론조사 자체의 개념 축소 정의

공표 또는 보도 관련 규정을 논외로 하고, ‘선거에 관한 여론조사’의 개념을 명확하게 하는 것도 검토가 필요할 것으로 본다. ‘선거를 동기로 하거나 빌미로 하는 모든 여론조사’를 ‘선거여론조사’로 보는 것은 지나치게 넓고, 외국의 입법례에도 그러한 경우는 발견하기 어렵다는 점은 앞에서 지적한 바와 같다. 현행 법령, 판례, 외국 입법례 등을 감안하여 일정한 범위로 제한하는 개념화가 필요하다고 할 것이다.

1) 현재 사용 중인 ‘선거여론조사’의 개념

현재 실무상 사용되고 있는 선거에 관한 여론조사의 개념은 대법원 2003. 9. 26. 2003도2230 판결²¹⁾을 근거로 하는 것으로 보인다. 여기에서 “선거에 관하여”라는 문구의 의미는 “당해 선거를 위한 선거운동이 되지 않더라도 당해 선거를 동기로

하거나 비밀로 하는 등 당해 선거와 관련이 있는 경우”를 말하는 것이라고 한다.²²⁾ 그런데 동 판결은 ‘선거운동’에 관한 것이고 ‘선거여론조사’에 관한 것은 아니라는 점에서 동 판결의 판시를 맹목적으로 따르는 것은 문제가 있다고 여겨진다. 또한, 동 판결은 2003년에 선고된 것이고, 앞에서 살펴본 바와 같이 「공직선거법」, 특히 동법 제108조 제3항은 2010년에 신설된 후에 여러 차례 개정되어 온 것이라는 점에서, 동 판결의 개념 정의를 현재의 「공직선거법」상의 ‘선거여론조사’ 개념에 곧바로 적용하는 것은 적절하지 않다고 판단된다.

만약, 위 판결의 정의를 사용한다고 하더라도 판결의 취지를 살펴보면 장차 치러질 모든 선거를 대상으로 하는 것이 아니라 ‘당해’ 선거를 대상으로 하고 있다는 점, 즉 특정한 선거를 대상으로 하고 있다는 점에서, 선거에 관한 여론조사의 개념은 반드시 명확하게 축소되어야 할 것으로 생각된다.

2) 선거여론조사 개념화를 위한 검토요건

이를 뒷받침하기 위해 「공직선거법」에 ‘선거여론조사’의 개념을 두는 것도 필요할 수 있다. 현재는 선거여론조사에 해당하지 않는 경우만을 규정하고 있다(법 제8조의 8 제8항²³⁾ 참조).

① ‘선거’에 관한 여론조사

우선, 선거에 관한 여론조사는 ‘선거’를 전제로 한다는 점이 중요하다. 정치에 관한 여론조사 또는 정치인에 관한 여론조사가 아닌 ‘선거’에 관한 여론조사라는 점을 분명하게 하여야 한다. 「공직선거법」이 적용되는 ‘선거’란 대통령선거·국회의원선거·지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거를 말한다(동법 제2조). 선거라는 것

21) 동 판결은 대법원 종합법률정보 홈페이지, 대법원 법고을 프로그램 등에서 검색되지 않는다.

22) 선거여론조사 가이드북, 30면 참조.

23) ㉔ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 여론조사는 이 법에 따른 선거에 관한 여론조사로 보지 아니한다. <신설 2017. 2. 8.>

1. 정당이 그 대표자 등 당직자를 선출하기 위하여 실시하는 여론조사
2. 후보자(후보자가 되려는 사람을 포함한다)의 성명이나 정당(창당준비위원회를 포함한다)의 명칭을 나타내지 아니하고 정책·공약 개발을 위하여 실시하는 여론조사
3. 국회의원 및 지방의회의원이 의정활동과 관련하여 실시하는 여론조사. 다만, 제60조의2제1항에 따른 해당 선거의 예비후보자등록신청개시일부터 선거일까지 실시하는 여론조사는 제외한다.
4. 정치, 선거 등 분야에서 순수한 학술·연구 목적으로 실시하는 여론조사
5. 단체 등이 의사결정을 위하여 그 구성원만을 대상으로 실시하는 여론조사

은 선거구와 후보자를 전제로 한다. 따라서, 선거를 전제로 하지 않는 여론조사, 단순히 정치인에 대한 호감도 조사, 정치인에 대한 지지 여부 등에 관한 조사²⁴⁾는 선거에 관한 여론조사에서 제외하는 것이 적절할 것으로 본다. 선거에 입후보할 가능성이 전혀 없는 사람에 대한 지지도 또는 호감도, 비호감도 조사 역시 선거에 관한 여론조사로 보기는 어려울 것이다. 예를 들어 전직 대통령은 더 이상 선거에 입후보할 수 없기 때문에 전직 대통령에 대한 선호도, 지지도, 호감도, 비호감도, 신뢰도 등의 조사는 선거와는 전혀 관련 없는 것이라 할 것이어서 선거에 관한 여론조사로 보기 어려울 것이다. 가장 존경하는 전직 대통령 또는 가장 존경하지 않는 전직 대통령을 묻는 조사 등은 선거와는 관련이 없기 때문에 선거에 관한 여론조사에 포함되지 않을 것이다. 마찬가지로 현직 대통령에 대한 선호도, 지지도, 호감도, 비호감도, 신뢰도 등의 조사도 그러하다. 현직 대통령은 선거에 입후보할 수 없고 입후보의 가능성도 없다. 따라서 현직 대통령에 대한 지지도, 선호도, 신뢰도 등의 조사는 선거에 관한 여론조사로 보기 어려울 것이다.²⁵⁾ 이러한 여론조사가 신뢰하기 어렵다면, 그에 관한 별도의 규율을 만들어야 할 것이지만, 「공직선거법」상의 선거여론조사로 억지로 포함시킬 것은 아니라고 여겨진다.

2003년 대법원 판결에서도 모든 선거를 전제로 한 것이 아니라 ‘당해’ 선거, 즉 특정 선거를 전제로 하고 있다는 점을 감안하면, 선거와 무관한 정치인, 정치이슈, 정책 등에 관한 여론조사는 선거에 관한 여론조사에서 제외하는 것이 적절할 것이다.

② 선거의 ‘당선’ 또는 ‘낙선’과 관련이 있는 여론조사

다음으로, 선거는 당선 또는 낙선을 전제로 한다. 선거의 당선 또는 낙선과 관련이 있는 여론조사여야 선거에 관한 여론조사에 해당한다고 할 수 있을 것이다. 정당의 경우에는 당선, 낙선의 개념이 없으므로, 정당투표가 허용되는 국회의원선거, 지방의원선거의 경우에 정당 지지도가 당선, 낙선의 개념에 포함될 수 있을 것이다.

관련하여, 「공직선거법」상의 ‘선거운동’의 개념을 살펴볼 필요가 있다. 동법 제58

24) 예를 들어, 우리나라 역대 대통령 중에서 최고 또는 최악의 대통령을 묻는 조사, 특정한 선거 또는 당선직과 관계없이 가장 신뢰가 가는 정치인은 누구인가? 등의 조사는 선거에 관한 여론조사에 포함될 수 없을 것이다.

25) 대통령의 국정운영에 관한 여론조사는 행정부의 업무수행에 대한 국민의 평가나 의견을 표명한 것으로 현행 대통령 단임제 하에서 선거 관련성을 인정하기 어려우며, 국정여론조사를 선관위에서 관리하는 것이 헌법에서 규정한 직무범위(선거·국민투표관리, 정당사무처리)에 포함되는지 여부에 대해서도 의문이 있을 수 있다고 여겨진다.

조26)에서는 선거운동을 정의하고 있다. 이에 따르면 선거운동은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다고 한다. 그리고 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시 등은 선거운동에 해당되지 않는 것으로 본다. 앞에서 살펴본 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결은 선거운동의 개념을 명확하게 정의해주고 있다. 동 판결에 따르면, ‘선거운동’은 특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 행위를 말한다. 또한, 동 판결은 선거운동은 대상인 선거가 특정되는 것이 중요한 개념표지이므로 문제된 행위가 특정 선거를 위한 것이 인정되어야만 선거운동에 해당한다고 보았다. 또한, 정치인은 누구나 기회가 오면 장래의 적절한 선거에 출마하여 당선될 것을 목표로 삼고 있는 사람이고, 선거운동은 특정한 선거에서 당락을 목표로 하는 행위이므로, 문제된 행위가 특정 선거를 위한 것이라고 인정하려면, 단순히 어떤 사람이 향후 언젠가 어떤 선거에 나설 것이라는 예측을 할 수 있는 정도로는 부족하고, 특정 선거를 전제로 선거에서 당락을 도모하는 행위임을 선거인이 명백히 인식할 수 있는 객관적 사정이 있어야 한다는 판단기준을 제시하였다. 이러한 기준에 따라 정치인이 일상적인 사회활동과 통상적인 정치활동의 일환으로 선거인과 접촉하여 자신의 인격에 대한 공감과 정치적 식견에 대한 찬성과 동의를 구하는 한편, 그들의 의견을 청취·수용하여 지지를 받을 수 있는 정책을 구상·수립하는 과정을 통하여 이른바 인지도와 긍정적 이미지를 제고하여 정치적 기반을 다지는 행위는 일상적인 사회활동과 통상적인 정치활동으로 보고, 그러한 행위에 인지도와 긍정적 이미지를 높이려는 목적이 있다 하여도 행위가 특정한 선거를 목표로 하여 선거에서 특정인의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의사가 표시된 것으로 인정되지 않는 선거운동이라고 볼 것은 아니라고 하였다.

정리하면, 선거는 특정한 선거, 선거구, 후보자, 정당, 당선, 낙선 등을 중요한 개념

26) 공직선거법 제58조(정의 등) ① 이 법에서 “선거운동”이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 선거운동으로 보지 아니한다. <개정 2000. 2. 16., 2012. 2. 29., 2013. 8. 13., 2020. 3. 25.>

1. 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시
 2. 입후보와 선거운동을 위한 준비행위
 3. 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시
 4. 통상적인 정당활동
 5. 삭제 <2014. 5. 14.>
 6. 설날·추석 등 명절 및 석가탄신일·기독교탄신일 등에 하는 의례적인 인사말을 문자메시지(그림말·음성·화상·동영상 등을 포함한다. 이하 같다)로 전송하는 행위
- ② 누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다.

요소로 하기 때문에, 선거에 관한 여론조사 개념 역시도 이러한 요소들을 충분히 고려하여야 할 것이다.

3) 구별개념 검토

관련하여, 구별이 필요한 개념으로 ‘정치에 관한 여론조사’ 또는 ‘정책에 관한 여론조사’를 살펴보아야 할 것이다. 앞에서 언급한 바와 같이 특정 선거와 관련이 없는 한 정치 또는 정책에 관한 여론조사는 선거에 관한 여론조사로 보기는 어려울 것으로 보인다. 우리나라의 여러 법률은 ‘정치운동’ 또는 ‘정치활동’과 ‘선거운동’을 개념적으로 구분하고 있다.

① 정치운동 또는 정치활동에 관하여 규정한 입법례

‘정치운동’에 관하여는 다음의 법률들에 규정이 있다. 법률에서 ‘정치운동’을 금지하는 입법례는 10여 개인데, 「예비군법」 제12조, 「검찰청법」 제43조, 「감사원법」 제10조, 「민방위기본법」, 「지방공무원법」, 「공익신고자 보호법」, 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」 제33조, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제63조, 「국가공무원법」 제65조, 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」 제137조, 제138조 등이 그것이다. 위의 법률 이외에도 「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」 제32조, 「금융위원회의 설치 등에 관한 법률」 제7조, 「한국은행법」 제19조, 「국가인권위원회법」 제10조, 「법원조직법」 제49조, 「예금자보호법」 제9조의2, 「노동조합 및 노동관계조정법」 제2조, 「사립학교법」, 「병역법」 제90조의2 등에도 정치운동 관련 규정이 있다.

대표적인 규정은 「국가공무원법」 제65조이다.

국가공무원법 제65조(정치 운동의 금지) ① 공무원은 정당이나 그 밖의 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없다.

② 공무원은 선거에서 특정 정당 또는 특정인을 지지 또는 반대하기 위한 다음의 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 투표를 하거나 하지 아니하도록 권유 운동을 하는 것
2. 서명 운동을 기도(企圖)·주재(主宰)하거나 권유하는 것
3. 문서나 도서를 공공시설 등에 게시하거나 게시하게 하는 것

- 4. 기부금을 모집 또는 모집하게 하거나, 공공자금을 이용 또는 이용하게 하는 것
- 5. 타인에게 정당이나 그 밖의 정치단체에 가입하게 하거나 가입하지 아니하도록 권유 운동을 하는 것
- ③ 공무원은 다른 공무원에게 제1항과 제2항에 위배되는 행위를 하도록 요구하거나, 정치적 행위에 대한 보상 또는 보복으로서 이익 또는 불이익을 약속하여서는 아니 된다.
- ④ 제3항 외에 정치적 행위의 금지에 관한 한계는 대통령령등으로 정한다. <개정 2015. 5. 18.>

「국가공무원법」에서는 정치운동을 금지하면서, 정당이나 정치단체의 결성에 관여하거나 가입하는 행위, 선거에서 특정 정당 또는 특정인을 지지 또는 반대하기 위한 행위를 여기에 포함되는 것으로 규정하고 있다. 전자는 정치운동에 해당하나 선거운동에는 해당하지 않는 것이고, 후자는 선거운동에 해당하는 것이다. 즉, 정치운동은 선거운동을 포함하는 개념으로, 선거운동보다는 넓은 개념이라고 할 수 있다. 「국가공무원 복무규정」 제27조에서는 정치적 행위를 구체적으로 정하고 있다.

- 국가공무원 복무규정 제27조(정치적 행위) ① 법 제65조의 정치적 행위는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정치적 목적을 가진 것을 말한다.
1. 정당의 조직, 조직의 확장, 그 밖에 그 목적 달성을 위한 것
 2. 특정 정당 또는 정치단체를 지지하거나 반대하는 것
 3. 법률에 따른 공직선거에서 특정 후보자를 당선하게 하거나 낙선하게 하기 위한 것
- ② 제1항에 규정된 정치적 행위의 한계는 제1항에 따른 정치적 목적을 가지고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 것을 말한다.
1. 시위운동을 기획·조직·지휘하거나 이에 참가하거나 원조하는 행위
 2. 정당이나 그 밖의 정치단체의 기관지인 신문과 간행물을 발행·편집·배부하거나 이와 같은 행위를 원조하거나 방해하는 행위
 3. 특정 정당 또는 정치단체를 지지 또는 반대하거나 공직선거에서 특정 후보자를 지지 또는 반대하는 의견을 집회나 그 밖에 여럿이 모인 장소에서 발표하거나 문서·도서·신문 또는 그 밖의 간행물에 실는 행위
 4. 정당이나 그 밖의 정치단체의 표지로 사용되는 기(旗)·완장·복식 등을 제작·배부·착용하거나 착용을 권유 또는 방해하는 행위
 5. 그 밖에 어떠한 명목으로든 금전이나 물질로 특정 정당 또는 정치단체를 지지하거나 반대하는 행위
- [전문개정 2011. 7. 4.]

「국가공무원 복무규정」 제27조에서 금지하는 ‘정치적 행위’ 중에서 제1항 제2호 “특정 정당 또는 정치단체를 지지하거나 반대하는 것” 및 제2항 제3호 중 “공직선거에서 특정 후보자를 지지 또는 반대하는 것”이 선거운동에 해당할 수 있다. 나머지 행위들은 선거운동에는 해당하지 않지만, 정치적 행위 또는 정치운동에는 해당하는 것으로 볼 수 있다.

「국가공무원 복무규정」 제27조와 같은 규정은 「선거관리위원회 공무원 규칙」 제233조²⁷⁾에도 규정되어 있다.

② 선거운동에 관하여 규정한 입법례

다음으로, ‘선거운동’에 관하여는 앞에서 살펴본 「공직선거법」 제58조의 규정 외에도 몇 개의 입법례가 존재한다.

공직선거법 제58조(정의 등) ①이 법에서 “선거운동”이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에

27) 선거관리위원회 공무원 규칙 제233조(정치적 행위) ① 법 제65조의 규정에 있어서의 정치적 행위는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정치적 목적을 가진 것을 말한다. <개정 2007. 12. 5.>

1. 정당의 조직·조직의 확장 기타 그 목적달성을 위한 것
2. 특정정당이나 정치단체를 지지 또는 반대하는 것
3. 법률에 의한 공직선거에 있어서 특정의 후보자를 당선하게 하거나 낙선하게 하기 위한 것
- ② 제1항에 규정된 정치적 행위의 한계는 전항의 규정에 의한 정치적 목적을 가지고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 함을 말한다. <개정 2007. 12. 5.>
 1. 시위운동을 기획·조직·지휘하거나 이에 참가 또는 원조하는 것
 2. 정당 기타 정치단체의 기관지인 신문 및 간행물을 발행·편집·배부하거나 이와 같은 행위를 원조하거나 방해하는 것
 3. 특정정당 또는 정치단체를 지지 또는 반대하거나 공직선거에 있어서 특정후보자를 지지 또는 반대하는 의견을 집회 기타 다수인이 모인 장소에서 발표하거나 문서·도서·신문 기타의 간행물에 게재하는 것
 4. 정당 기타 정치단체의 표지로 사용되는 기·완장·복식등을 제작 또는 배부하거나 이를 착용·착용권유 또는 착용을 방해하는 행위등 기타 명목 여하를 불문하고 금전 또는 물질로 특정정당 또는 정치단체를 지지 또는 반대하는 것
- ③ 제1항 및 제2항 외에 공무원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 것은 법 제65조제4항에 따른 금지되는 정치적 행위에 해당된다. <신설 2009. 11. 20.>
 1. 최근 5년간 공직선거(교육의원선거 및 교육감선거를 포함한다. 이하 이 항에서 같다)에 있어 특정 정당이나 후보자(후보자가 되려는 자를 포함한다. 이하 이 항에서 같다)를 지지·반대한 단체에 가입하는 행위
 2. 공직선거에 있어 특정 정당이나 후보자를 지지·반대하거나 할 것을 표방한 단체에 가입하는 행위
 3. 정당을 설립할 것을 표방하거나 특정 정당 또는 후보자와 정책·선거 연대를 하는 등 정치적으로 중립적이지 아니한 단체에 가입하는 행위
 4. 제1호부터 제3호까지 해당하는 단체의 조직 및 활동에 관여하거나 그 단체의 운영·활동에 필요한 재원을 제공하는 행위
 5. 제1호부터 제3호까지의 단체에 이미 가입되어 있거나, 가입되어 있는 단체가 제1호부터 제3호까지의 단체에 해당하게 된 때에 지체없이 그 단체에서 탈퇴하지 아니하는 행위

해당하는 행위는 선거운동으로 보지 아니한다. <개정 2000. 2. 16., 2012. 2. 29., 2013. 8. 13., 2020. 3. 25.>

1. 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시
 2. 입후보와 선거운동을 위한 준비행위
 3. 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시
 4. 통상적인 정당활동
 5. 삭제 <2014. 5. 14.>
 6. 설날·추석 등 명절 및 석가탄신일·기독탄신일 등에 하는 의례적인 인사말을 문자메시지(그림말·음성·화상·동영상 등을 포함한다. 이하 같다)로 전송하는 행위
- ②누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다.

「공직선거법」 외에 「공공단체등 위탁선거에 관한 법률」 제23조²⁸⁾에서는 「공직선거법」과 마찬가지로 선거운동을 “당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위”로 정의하고 있다. 이외에도 「염연초생산협동조합법」 제19조의2, 「염업조합법」 제28조, 「소비자생활협동조합법」 제33조, 「교육공무원법」 제24조의2, 「새마을금고법」 제22조, 「신용협동조합법」 제53조, 「중소기업협동조합법」 제53조, 「협동조합 기본법」 제37조, 「산림조합법」 제40조, 「농업협동조합법」, 「수산업협동조합법」 등에 선거운동 관련 규정이 있다.

최근 대법원은 앞에서 살펴본 바와 같이 선거운동의 개념을 명확하게 하는 판결을 선고한 바 있다. 대법원 2022. 3. 17. 선고 2021도16335 판결에서 대법원은 선거운동에 관하여 다음과 같이 판단하였다.

공직선거법 제255조 제1항 제2호, 제60조 제1항, 제254조 제2항에 규정된 ‘선거운동’은 공직선거법 제58조 제1항에서 “당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위”라고 정의하고 있다. 여기에서 말하는 선거운동은 특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적이고 계획적인 행위를 말하고(대법원 2018. 11. 29. 선고 2017도2972 판결 등 참조), 특정 정당을 지지한다는 취지의 행위가 그

28) 제23조(선거운동의 정의) 이 법에서 "선거운동"이란 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 선거운동으로 보지 아니한다.

1. 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시
2. 입후보와 선거운동을 위한 준비행위

정당 소속 후보자들의 당선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적 행위라면 그러한 행위는 선거운동에 해당된다(대법원 2006. 7. 28. 선고 2004도6168 판결, 대법원 2007. 9. 6. 선고 2005도4199 판결 등 참조).

이에 해당하는지를 판단함에 있어서는 단순히 행위자가 행위의 명목으로 내세우는 사유뿐만 아니라 그 행위의 시기·장소·동기·방법의 구체적인 내용 등을 종합적으로 관찰하여 그것이 위 조항에서 금지하고 있는 특정 정당 또는 후보자를 지지 혹은 반대하기 위한 목적의지를 수반하는 행위인지를 판단하여야 하고(대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도2209 판결 등 참조), 단순히 장래의 선거운동을 위한 내부적·절차적 준비행위에 해당하는 통상적인 정당활동인지, 이와 구별되는 선거운동인지 판단함에 있어서도 마찬가지이다(대법원 2005. 10. 14. 선고 2005도301 판결, 대법원 2009. 3. 12. 선고 2009도445 판결 등 참조). 그리고 여기서 말하는 ‘특정 후보자’는 반드시 한 명의 후보자만을 가리키는 것에 한정되거나 그 명칭이 표시되어야 할 필요가 있는 것은 아니고, 문제 된 발언이 이루어진 경위, 발언의 전체 맥락, 표현방법 등에 비추어 그 대상이 누구인지 구체적으로 특정할 수 있는 경우도 이에 해당한다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도8118 판결).

공직선거법이 비례대표국회의원선거에 있어 지역구국회의원선거와는 별도로 정당에 대한 투표권을 인정하여 각 정당이 얻은 득표율에 따라 비례대표국회의원 의석을 배분하는 이른바 ‘정당명부식 비례대표제’와 정당의 비례대표국회의원후보자 명부상의 순위가 처음부터 정당에 의하여 고정적으로 결정되는 이른바 ‘고정명부식 비례대표제’를 채택하고 있다. 그러므로 선거에 참여한 선거권자들의 정치적 의사표명에 의하여 직접 결정되는 것은 어떠한 비례대표국회의원후보자가 비례대표국회의원으로 선출되느냐의 문제라기보다는 비례대표국회의원을 할당받을 정당에 배분되는 비례대표국회의원의 의석수이며 **비례대표국회의원선거는 인물에 대한 선거가 아닌 정당에 대한 선거로서의 성격**을 갖는다(헌법재판소 2013. 10. 24. 선고 2012헌마311 전원재판부 결정 참조). 비례대표국회의원선거에서 특정 정당을 지지한다는 취지의 행위가 공직선거법 제255조 제1항 제2호, 제60조 제1항, 제254조 제2항에 규정된 선거운동에 해당하는지는, 특정 정당 소속 후보자들의 당선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적 행위로 인정되는지에 따라 판단하여야 하고, 반드시 그 정당 소속 후보자들이 개별적으로 특정되어야 한다고 볼 수 없다.

다만 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시, 통상적인 정당 활동은 위 금지되는 선거운동에 해당하지 않는다(공직선거법 제58조 제1항 제3호, 제4호).

4) 여론조사 개념의 불명확성

여론조사의 사전적 의미는 “개별적인 면접이나 질문서 따위를 통하여 국가나 사회

의 여러 가지 문제에 대한 사회 대중의 공통된 의견을 조사하는 일”을 말한다. 우리나라의 법령상 ‘여론조사’에 관하여는 약 47개 정도의 사용례가 있다. 공직선거법, 공직선거관리규칙, 선거여론조사심의위원회의 구성 및 운영에 관한 규칙, 지방자치단체 선거관리경비규칙 등 선거와 관련된 법령 이외에 행정규제기본법, 초·중·등교육법 시행령, 전자정부법, 행정절차법 시행령, 개인정보 보호법 시행령 등에 등장한다. 그런데 여론조사의 개념을 정의한 규정은 없고, 선거 관련 법령 외에는 주로 의견수렴 방법의 하나로 예시되고 있을 뿐이다. 정리하면, 여론조사의 개념·요건 등에 관하여는 법적 규정이 없는 상황이다.

5) 검토

이상의 논의를 종합하면, 다음과 같은 방향으로 ‘선거에 관한 여론조사’를 개념화해 볼 수 있을 것이다.

첫째, 선거와의 관련성이다. 반드시 어떠한 선거라고 특정될 필요는 없다고 하더라도 선거와의 관련성이 인정되어야 할 것이다. 막연하게 정치인, 정치적 이슈에 대한 여론조사라고 하여 모두 선거에 관한 여론조사가 될 수는 없을 것으로 본다.

둘째, 선거는 선거구와 후보를 전제로 하기 때문에, 완전하게 특정되지는 않더라도 선거, 선거구, 그리고 후보자가 어느 정도는 특정될 수 있어야 한다.

셋째, 조사대상은 여론조사가 대상으로 하는 선거에 따라 다를 것이다. 대통령 선거의 경우에는 전국을 선거구로 하기 때문에 문제가 없을 것이다. 국회의원 선거의 경우 지역구는 해당 선거구, 비례대표는 전국을 단위로 볼 수 있다. 이러한 선거구의 유권자를 조사한 것을 선거에 관한 여론조사로 보아야 할 것이다.

넷째, 정당의 경우 국회의원 선거와 지방의원 선거에서 비례대표선거는 정당지지도를 기준으로 하기 때문에 정당의 지지도 조사는 선거에 관한 여론조사에 해당할 가능성이 매우 높다고 볼 수 있을 것이다.

이상의 개념 요소를 종합하면, 다음과 같은 개념화가 가능할 것이다. ‘선거여론조사’란 선거에서 후보자의 당선 또는 낙선과 관련하여 후보자 또는 정당의 지지도, 선호도 등에 관한 해당 선거구 유권자들의 의견을 조사하는 것으로 정의할 수 있을 것이다.²⁹⁾

29) 이러한 개념화는 현재 중앙선거관리위원회 여론조사심의위원회에서 운용하고 있는 기준과 크게 차이

특히, 이러한 개념화를 통하여 ‘선거에 관한 여론조사’의 개념정의가 법률상 명확하지 않을 경우에 ‘선거에 관한 여론조사’를 ‘선거와 관련있는 여론조사’가 아니라 ‘선거에 영향을 주는 여론조사’로 지나치게 확대·적용될 여지를 줄이도록 하여야 할 것으로 생각된다.

위와 같은 개념정의를 토대로 하여, 문제될 수 있는 사안들에 대한 적용례를 검토해본다.

[참고] 위 개념에 따른 적용례 검토

1. (투표의향) 귀하께서는 이번 국회의원선거에 투표하시겠습니까?

○ 단순한 투표 의향을 묻는 내용으로, 특정 후보자나 정당에 대한 지지와 무관하기 때문에 선거에 관한 여론조사로 보기 어려움

2. (선거관심도) 귀하께서는 이번 국회의원선거에 얼마나 관심이 있으십니까?

○ 선거에 대한 관심을 묻는 내용으로, 특정 후보자나 정당에 대한 지지와 무관하기 때문에 선거에 관한 여론조사로 보기 어려움

3. (공약평가)

3-1. 귀하께서는 이번 국회의원선거와 관련하여 ○○정당 또는 □□□ 후보자의 공약에 대해서 어떻게 생각하십니까?

○ 특정 선거와 관련하여, 정당 또는 후보자의 지지 여부와 관련되므로, 선거에 관한 여론조사에 해당하는 것으로 볼 수 있음

3-2. 귀하께서는 어떤 정당 또는 어떤 후보자의 공약이 더 마음에 드십니까?

○ 특정 선거와 관련하여, 정당 또는 후보자의 지지 여부와 관련되므로, 선거에 관한 여론조사에 해당하는 것으로 볼 수 있음

3-3. □□□ 후보자의 10대 공약에 대해 평가하신다면 0점부터 100점까지 점수 중에서 몇 점을 주시겠습니까?

○ 특정 선거와 관련하여, 정당 또는 후보자의 지지 여부와 관련되므로, 선거에

가 나지 않는다. 여론조사심의위원회는 선거여론조사에 관하여, 선거에 관한 사항을 동기로 하여야 하고(주관적 요건), 여론조사 내용도 선거와 관련되어야 하는 등(객관적 요건) 주관적·객관적으로 선거와의 관련성이 충족되어야 한다는 기준을 제시한 바 있다. 앞에서 살펴본 바와 같이, 이러한 운용기준은 현행 공직선거법의 해석상 적합한 것으로 생각된다. 향후 공직선거법 개정을 통하여 선거 여론조사 개념을 새로이 정의하는 경우에는 이러한 운용기준이 우선적인 기준이 되는 것이 적절할 것으로 생각된다.

관한 여론조사에 해당하는 것으로 볼 수 있음

3-4. “임기 중 주택공급을 확대하고 투기 억제를 위한 세금제도를 도입하겠다”는 □□□ 후보자의 공약입니다. 귀하께서는 □□□ 후보자가 이 공약을 정말로 실행할 것이라고 예상하십니까?

○ 특정 선거와 관련하여, 정당 또는 후보자의 지지 여부와 관련되므로, 선거에 관한 여론조사에 해당하는 것으로 볼 수 있음

4. (현역 국회의원 재신임 여부) 귀하 거주지의 현 국회의원이 이번 국회의원선거에 재출마하는 것에 찬성하십니까 반대하십니까?

○ 특정 선거와 관련하여, 정당 또는 후보자의 지지 여부와 관련되므로, 선거에 관한 여론조사에 해당하는 것으로 볼 수 있음

5. (특정지역 보궐선거에 대한 전국 조사) 올해 4월에 치러지는 서울시장과 부산시장 보궐선거에서 어느 정당 후보자가 당선되는 것이 좋다고 생각하십니까?

○ 특정 선거와 관련하여, 정당 또는 후보자의 지지 여부와 관련되므로, 선거에 관한 여론조사에 해당하는 것으로 볼 수 있음

○ 유권자 범위를 제한하는 개념정의를 하는 경우, 해당 지역의 유권자가 포함되는 경우에는 선거에 관한 여론조사로 보는 것이 적절할 것

6. (지지후보 변경가능성)

6-1. 귀하께서는 지금 지지하고 있는 후보를 계속 지지하실 것 같으신가요? 아니면 다른 후보로 바꿀 수도 있으신가요?

○ 특정 선거와 관련하여, 정당 또는 후보자의 지지 여부와 관련되므로, 선거에 관한 여론조사에 해당하는 것으로 볼 수 있음

6-2. 귀하께서는 지금 지지하고 있는 후보자를 지지하는 이유가 그 후보자가 좋아서입니까? 다른 후보자가 싫어서입니까?

○ 특정 선거와 관련하여, 정당 또는 후보자의 지지 여부와 관련되므로, 선거에 관한 여론조사에 해당하는 것으로 볼 수 있음

7. (당선가능성) 귀하의 지지 여부와 관계없이 누가 당선될 것 같습니까?
- 특정 선거와 관련하여, 정당 또는 후보자의 당선 또는 낙선 여부와 관련되므로, 선거에 관한 여론조사에 해당하는 것으로 볼 수 있음
8. (투표결정 시기) 귀하께서는 일주일 뒤에 치러지는 국회의원선거에 투표하실 후보를 결정하십니까? 아직 결정하지 못하셨다면 언제쯤 결정하실 예정입니까?
- 특정 선거와 관련하여, 정당 또는 후보자의 지지 여부와 관련되므로, 선거에 관한 여론조사에 해당하는 것으로 볼 수 있음
 - 특히 선거가 임박한 상황이므로, 선거와의 관련성을 더욱 높게 판단하여야 할 수 있음
9. (투표결정 요인) 귀하께서는 이번 국회의원선거에서 투표하실 후보를 결정하시는 데 가장 중요하게 생각하시는 사항은 무엇입니까?
- 특정 선거와 관련하여, 정당 또는 후보자의 지지 여부와 관련되므로, 선거에 관한 여론조사에 해당하는 것으로 볼 수 있음
10. (투표영향 선거이슈) 귀하께서는 이번 국회의원선거에 가장 큰 영향을 미친 선거이슈는 무엇이라고 생각하십니까?
- 특정 선거와 관련하여, 정당 또는 후보자의 지지 여부와 관련되므로, 선거에 관한 여론조사에 해당하는 것으로 볼 수 있음
11. (선거이슈에 대한 후보자의 견해) □□□ 후보자가 이번 선거에서 대두된 ◆◆◆이슈에 대해 강경대응을 주장하였습니다. 귀하께서는 □□□ 후보자의 주장에 동의하십니까?
- 특정 선거와 관련하여, 정당 또는 후보자의 지지 여부와 관련되므로, 선거에 관한 여론조사에 해당하는 것으로 볼 수 있음
 - 다만, 특정 선거와 관련되지 않고 단순히 정책 의제에 대한 선호를 묻는 것이라면 해당되지 않을 수 있음

12. (선거 전 정계개편) 이번 국회의원선거에 승리하기 위해서는 야당의 정계개편이 반드시 이루어져야 한다는 주장이 있습니다. 귀하께서는 이러한 주장에 대해 찬성하십니까? 반대하십니까?

- 특정 선거와 관련하여, 정당 또는 후보자의 지지 여부와 관련되므로, 선거에 관한 여론조사에 해당하는 것으로 볼 수 있음
- 선거와 무관하게 단순히 정치 사안에 대한 의견을 묻는 것이라면 해당되지 않을 수 있음

13. (선거제도) 귀하께서는 국회에서 논의되고 있는 연동형 비례대표제 도입에 대해 어떻게 생각하십니까?

- 정당 또는 후보자의 당선, 낙선, 지지 등과 무관하므로, 해당되지 않는 것으로 볼 수 있음

14. (선거프레임) 귀하께서는 이번 국회의원선거 결과가 어떠해야 한다고 생각하십니까?

- ① 정권안정을 위해 여당이 다수당이 되어야 한다.
- ② 정부를 견제하기 위해 야당이 다수당이 되어야 한다.
- 특정 선거와 관련하여, 정당 또는 후보자의 지지 여부와 관련되므로, 선거에 관한 여론조사에 해당하는 것으로 볼 수 있음

(3) 기간제한 규정의 활용

선거와의 관련성을 고려할 때, 선거에 관한 여론조사에 관한 규정을 정리함에 있어서 선거와의 관련성이 높은 여론조사일수록 선거에 임박한 시기에는 제한을 강화하고 선거에 임박하지 않은 시기에는 제한을 완화하는 입법방안도 장기적으로는 검토할 수 있을 것으로 생각된다.

중전의 「공직선거법」 제108조 제3항에서는 “선거일 전 180일부터 선거일의 투표 마감시각까지”라는 시간적 제한이 있었다는 점도 참고가 될 수 있을 것이다.³⁰⁾

30) ③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 제외하고는 누구든지 선거일 전 180일부터 선거일의

6. 「공직선거법」 제8조의8 제8항에 대한 검토

- ⑧ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 여론조사는 이 법에 따른 선거에 관한 여론조사로 보지 아니한다.
1. 정당이 그 대표자 등 당직자를 선출하기 위하여 실시하는 여론조사
 2. 후보자(후보자가 되려는 사람을 포함한다)의 성명이나 정당(창당준비위원회를 포함한다)의 명칭을 나타내지 아니하고 정책·공약 개발을 위하여 실시하는 여론조사
 3. 국회의원 및 지방의회의원이 의정활동과 관련하여 실시하는 여론조사. 다만, 제60조의2제1항에 따른 해당 선거의 예비후보자등록신청개시일부터 선거일까지 실시하는 여론조사는 제외한다.
 4. 정치, 선거 등 분야에서 순수한 학술·연구 목적으로 실시하는 여론조사
 5. 단체 등이 의사결정을 위하여 그 구성원만을 대상으로 실시하는 여론조사

「공직선거법」 제8조의8 제8항의 내용은 앞에서 살펴본 ‘선거에 관한 여론조사’의 개념이 「공직선거법」에서 어떻게 정의되는지에 따라 규율 범위가 달라질 것이다. 선거에 관한 여론조사의 범위를 제한적으로 정의한다면, 위 조항의 개정은 별도로 필요하지 않을 수도 있다.³¹⁾ 문제되는 사안들을 살펴보면 다음과 같다.

[참고] 제8조의8 제8항의 적용과 관련된 쟁점

- (제2호) ‘정책·공약 개발을 위하여 실시하는 여론조사’ 관련 실시 주체를 명시하고 있지 않아, 정당이나 후보자(입후보예정자 포함) 이외의 제3자가 실시하는 경우의 포함 여부
 - 현재의 공직선거법 해석으로는 제3자는 포함되지 않는 것으로 볼 수 있을 것임
 - 법률 개정의 경우에는, 제3자가 실시하는 정책·공약 개발을 위하여 실시하는 여론조사는 선거와의 관련성이 없다면 선거에 관한 여론조사에 당연히 포함되지 않을 수 있을 것임
- (제3호) 국회의원·지방의회의원의 의정활동과 관련한 여론조사는 시기를 두어 규율대상에서 제외하고 있는바, 이와 유사한 광역·기초자치단체(장)의 직무 관련 여론조사의 포함 여부

투표마감시각까지 선거에 관하여 정당에 대한 지지도나 당선인을 예상하게 하는 여론조사(공표·보도를 목적으로 하지 아니하는 여론조사를 포함한다)를 실시하려면 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 바에 따라 여론조사의 목적, 표본의 크기, 조사지역·일시·방법, 전체 설문내용 등을 여론조사개시일 전 2일까지 해당 선거구선거관리위원회에 서면으로 신고하여야 한다. <신설 2010. 1. 25.>

- 현행법의 해석상 광역·기초단체장은 해당되지 않는 것으로 보아야 할 것임
- 법률 개정의 경우에는 광역 또는 기초단체장 포함 여부에 대하여 논의의 필요성이 있을 것으로 생각됨
- (제4호) ‘정치, 선거 등 분야에서 순수한 학술·연구 목적의 여론조사’의 구체적 범위(국가 또는 지방단체의 학술연구용역 포함 여부 등)
 - 학술연구용역의 해당 여부는 해석의 문제
 - 동 조항의 개정 필요성은 크지 않을 것으로 생각됨
- (제5호) ‘단체의 의사결정을 위하여 그 구성원만을 대상으로 하는 여론조사’에서 단체의 범위 및 단체의 의사결정을 대체하기 위한 여론조사 외 의사결정에 참고하기 위한 의견수렴 목적의 여론조사 포함 여부
 - 동호의 ‘단체’에는 ‘정당’은 해당되지 않는 것으로 해석함이 적절할 것으로 보임
 - 단체의 의사결정에 참고하는 의견수렴 목적의 여론조사는 앞에서 살펴본 선거에 관한 여론조사의 개념정의에 해당되지 않는다면 별도로 규율할 필요성은 크지 않을 것으로 판단

제3장 비공표용 선거여론조사시 표본의 대표성 확보 규정 적용 배제 검토

우리나라 「공직선거법」 제1조(목적)에 선거는 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하여야 한다고 규정하고 있다. 선거에 관한 여론조사는 정당 및 후보자가 유권자의 민심을 비교적 정확히 파악하여 선거의 승리를 위한 효과적인 내부 선거전략 수립하는 등 매우 유용하게 활용될 수 있어 다양하게 실시되고 활용되고 있다. 하지만 대의민주주의의 실현을 위해 가장 핵심적으로 보장되어야 하는 유권자의 자유로운 의사결정과 투표행위에도 직·간접적인 영향을 줄 수 있어 매우 신중하게 이루어져야 한다.

따라서 「공직선거법」은 선거에 관한 여론조사시 그 공표여부를 불문하고 사전에 관할 선거여론조사심의위원회에 서면으로 신고하여야 하는 의무를 부여 (단, 예외적인 기관 및 단체들은 「공직선거법」 제108조제3항 각 호에 명시되어 있음)하여 여론조사의 목적, 표본의 크기, 조사지역·일시·방법, 편향된 질문구성 여부 등을 사전 심사하고 선거여론조사 명목의 선전행위 등 부적절한 선거운동을 차단하고 있다. 특히 공표·보도를 목적으로하는 선거여론조사의 경우는 유권자들의 투표와 관련된 인식과 행위에 직·간접적인 영향을 줄 수 있어 보다 엄격하게 그 객관성·신뢰성을 확보할 필요가 있고, 따라서 「공직선거법」과 선거여론조사심의위원회가 공표하는 「선거여론조사기준」을 엄격히 따르도록 규정하고 있다. 그 중에서도 표본의 대표성 확보는 전체 모집단의 의사를 정확히 추론하는데 가장 핵심적인 전제조건이므로 「공직선거법」 제108조제5항과 「선거여론조사기준」 제4조제2항은 결과의 공표여부에 상관없이 누구든지 선거에 관한 여론조사를 하는 경우에는 해당 조사대상의 전체층을 대표할 수 있는 피조사자를 선정할 것을 직접적으로 명시하고 있다. 그러나 이하에서 논의하는 바와 같이 현대사회의 선거와 관련된 대부분의 여론조사에서 표본의 대표성을 확보하는 것은 여러 가지 이유로 사실상 매우 어려우며 따라서 이에 대해 선거여론조사 실시 사전·사후에 선거여론조사위원회에서 이를 일일이 엄정하게 심사하여 판단하는 것에 대한 실효성 및 실현가능성에 의문이 제기된다.

따라서 본 연구는 「공직선거법」 제108조 제5항과 「선거여론조사기준」 제4조에

서 선거에 관련된 모든 여론조사에 대해 조사대상 전계층을 대표할 수 있는 피조사자 선정하도록 의무를 부과하고 있는 것은 다소 비현실적이고 과도한 규제이며, 향후 이에 대한 문제제기시 사실상 선거여론조사심의위원회에서 이를 정확히 검증하고 판단할 객관적·과학적인 방법이 부족함을 인식하고 해당 조문들을 완화하거나 삭제하는 방향으로 개정해야 할 필요성에 대해 검토해 보고자 한다.

1. 선거여론조사시 표본의 대표성 확보 어려움 증가

선거여론조사는 확률이론이나 통계이론에서 가정하는 모든 조건과 상황들이 현실에서 이상적으로 충족되고 실현될 경우 대표성있는 일부 표본에 대한 조사를 통해 전체 모집단 유권자들의 투표의사를 비교적 정확하게 추론하고 예측할 수 있어 (강원택 2007; Gallup & Rae 1940; Keeter et al. 2000; Lynn & Jowell 1996; Verba 1996) 정당 및 후보자가 선거의 승리를 위한 내부적인 선거전략을 수립하는데 많은 도움을 줄 수 있을 뿐만 아니라 당대표 및 최고위원 선출, 대선후보자 선출, 공천대상자 선정 등 실질적으로 선거결과에 지대한 영향을 미칠 수 있는 주요 의사결정에도 직·간접적인 근거로 활용될 수 있어 매우 신중하게 이루어져야 한다. 아울러 선거여론조사 결과는 언론과 미디어를 통해서 실시간으로 일반 유권자들에게 전파되어 국민들의 알권리 충족과 더불어 실제 투표의사와 행태에도 직·간접적으로 영향을 미칠 수 있으므로 대의민주주의의 실현과 발전에 지대한 역할을 한다.

하지만 역사적으로 우리나라뿐만 아니라 해외 주요 선진국가들에서도 선거여론조사를 통한 결과예측의 정확성이 현격히 떨어지는 사건들이 지속적으로 발생해 왔고, 특히 최근들어 실시된 각국의 주요 선거에서 결정적인 선거결과의 예측실패 사례들 (예: 2015년 5월 7일 실시된 영국의 총선거³¹⁾ 2016년 6월 23일 실시된 영국의 브렉시트 탈퇴관련 국민투표³²⁾, 2016년 11월 8일 실시된 미국의 대선³³⁾)이 전 세계에 생중계되며 선거여론조사의 타당성과 신뢰성에 대한 회의적인 시각들이 더욱 확산되고 있다.

31) 당시 대부분의 선거여론조사 결과들은 보수당과 노동당간의 박빙의 승부를 예측했으나 실제 총선 이후의 결과는 보수당의 대승으로 나타났다.

32) 당시 많은 선거여론조사기관들은 영국이 유럽연합에 남게 될 것이라고 예측했지만 유권자들의 실제 투표결과는 52%가 유럽연합을 떠나는데 찬성한 것으로 드러났다.

33) 대부분의 선거여론조사 결과들은 힐러리 클린턴 후보의 낙승을 예상했으나 대선투표결과 도널드 트럼프 후보가 실제로 승리하였다.

선거여론조사와 관련된 이론과 기술의 지속적인 발전과 그 예측의 정확도 및 신뢰도를 제고하기 위한 다양한 법제도적 규제강화로 인해 (조진만 외 2021, p.11) 과거에 비해서 더욱 정교한 여론조사가 가능해야 함에도 불구하고 왜 이러한 부정확한 선거결과 예측이 지속적으로 발생하는 것일까? 다양한 이유가 있지만 근본적으로는 최근들어 선거여론조사를 적시성이나 효율성 극대화 차원에서 유무선 전화나 온라인 조사에 주로 의존할 수밖에 없는 현실적인 한계에 대부분 기인한다고 볼 수 있다.

따라서 본 연구의 목적인 비공표용 선거여론조사시 표본의 대표성 확보 규정 배제를 검토하기에 앞서 우선 비공표용 여론조사뿐만 아니라 공표 또는 보도를 목적으로 2017년부터 도입된 여론조사전문기관 등록제에 의해 보다 공신력있는 기관에 의해 수행되어 비교적 타당성과 신뢰성이 확보된다고 평가받는 주요 선거여론조사들조차도 실제로 표본의 대표성을 확보하는 데에는 근본적인 한계가 있음을 우선 논의해보고자 한다.

(1) 불완전한 표본추출틀

지금으로부터 100여년전인 1906년 Bowley는 이미 모집단과 매우 유사한 샘플을 통해 모집단의 특성을 추정하기 위해 무작위 표본추출방법을 제시하여 표본의 대표성을 확보하려 시도하였으며 원래 의도한 대로 제대로 시행되면 모집단의 유권자 전체로부터 자료를 수집하지 않고도 불편성 (unbiasedness)을 충족하는 매우 정확한 모수의 예측치를 제공할 수 있음을 제시하였고 1936년 Neyman은 그 예측의 정확도까지도 신뢰구간 (Confidence Interval)을 통해 구체적으로 제시할 수 있음을 보여주었다. 하지만 이러한 대표성있는 샘플을 확보하기 위해서는 우선 모집단에 속해있는 유권자들 모두가 표본에 뽑힐 수 있는 가능성이 우선 전제되어야 하고 그 확률도 모든 유권자들이 모두 동일해야함을 전제로 한다. 이러한 전제가 충족되지 않을 경우 예측의 정확성을 높이기 위해 가장 일반적이고 효과적인 방법으로 알려진 표본크기의 증가를 통해서도 심각한 예측의 오류는 여전히 발생할 수 있음에 유의해야 한다. 예를 들어 1936년에 실시된 Literary Digest지의 대선예측은 무려 2.4백만명의 유권자들을 직접 인터뷰하는 방식으로 실시되었음에도 불구하고 루즈벨트

대통령의 당선을 예측하는데 실패하였다. 그 주요원인으로 선거여론조사의 표집틀을 전체 유권자가 아닌 자동차와 전화 소유자의 명단을 이용하여 보수당을 지지하는 유권자들이 표본에 과대 표집되고 수많은 하위계층의 유권자들이 조사에서 원천적으로 배제되었기 때문임이 밝혀졌다. 즉, 표본의 대표성이 심각하게 훼손될 경우 그러한 표본을 통한 모수의 통계적 추정치는 정확성과 신뢰성이 현격히 떨어지게 된다는 것이다.

문제는 우리나라를 포함한 대부분의 국가들은 최근들어 모바일 기기 중심으로 정보통신환경이 급격히 변화하며 유권자들이 더 이상 유선전화를 이용하지 않고 있는 현실에서 유권자 모집단 전체를 빠짐없이 포함하고 있는 표집추출틀을 찾기가 매우 힘들다는데 있다. 기존에 유선전화에 의존할 때는 불완전하지만 그나마 대부분의 유선전화 가입자들의 명단이 포함되어 있는 전화번호부라도 이용이 가능해서 이를 표집추출틀로 활용하였지만 최근들어 많은 유권자들이 유선전화 가입 및 이용을 중단함으로써 인해 KT에서도 2008년 이후 더 이상 유선전화에 기초한 전화번호부를 생산하지 않고 있다.

이에 대응하여 우리나라는 세계에서 유일하게 2017년 2월에 도입된 휴대전화 가상번호제를 통하여 대표성 있는 표본을 추출하기 위한 기반을 마련하였으며³⁴⁾, 같은 해에 실시된 선거여론조사기관 등록제를 통하여 일정 조건을 충족시킨 조사업체만이 선거여론조사심의위원회에 조사기관으로 등록하고 선거여론조사를 실시할 수 있도록 하였다.

이런 측면에서 볼 때 매우 간편하고, 비용이 저렴하며 신속하게 필요한 데이터를 수집할 수 있다는 장점 때문에 최근 그 활용이 급증하고 있는 온라인 여론조사는 더욱 심각한 문제점을 내포하고 있다. 온라인 여론조사의 경우 가장 이상적인 표집추출틀을 구성하는 방법은 모든 유권자의 이메일주소를 사전에 빠짐없이 확보하는 것이라고 할 수 있는데 이는 현실적으로 불가능하다. 따라서 대부분의 경우 사전에 여론조사기관별로 확보한 소위 ‘온라인패널’을 표집추출틀로 활용하여 목표한 표본수가 확보될 때까지 반복적으로 대체표본을 선정하며 성별, 연령별, 지역별로 층화된 확률표본을 추출하는 방식으로 대표성을 제고하려고 노력하고 있다. 하지만 이

34) 선거여론조사에 활용하기 위하여 조사기관은 통신 3사로부터 휴대전화 가상번호(안심번호)와 해당 사용자의 거주지역, 성별, 연령에 대한 정보도 함께 제공받아 휴대전화 사용자의 개인정보의 노출에 대한 우려 없이도 층화확률 표본추출에 가까운 무선전화 조사를 시행할 수 있게 되어 표본의 대표성을 확보할 수 있는 획기적인 계기가 마련된 것이다 (곽은선, 김영원, 2022, pp. 132-133).

러한 온라인 패널들은 애초에 모집단에서 무작위 추출방식에 의해 선정되는 것이 아니라 정기적으로 이루어지는 다양한 여론조사에 자발적으로 참여하기를 희망하는 사람들에 국한되어 다양한 모집방법에 의해 구성되므로 근본적으로 그 대표성이 떨어진다고 의심해 볼 수 있다.

(2) 저조한 응답율

미국의 대표적인 여론조사기관인 Pew Research Center에 의하면 가장 많이 활용되고 있는 유선전화 여론조사의 응답률은 1997년 36%에서 2018년에 이미 6% 이하로 떨어졌으며 현재는 이보다 더 심각한 수준인 것으로 보고되고 있다. 우리나라의 경우도 조진만과 그의 동료들이(2021) 제21대 국회의원선거를 앞두고 실시된 1,589건의 여론조사를 분석한 결과, 국제 기준 응답률은 평균 3.5%에 불과하였으며 조사방법별로는 무선전화 면접조사 5.6%, 유선전화 면접조사 3.8%, 무선 ARS 3.0%, 유선 ARS 1.3%의 응답률에 그치는 것으로 드러났다.

앞서 논의된 불완전한 추출틀에서 발생하는 보다 근본적인 문제와 더불어 이러한 저조한 응답율은 표본의 대표성을 저해하는 가장 중요한 원인으로 지적되고 있다. 선거여론조사의 비응답자들도 무작위 표본이라고 가정할 수 있는 아주 극히 예외적인 경우를 제외하고 대부분의 경우 비응답자와 응답자간에는 조사결과에 영향을 미치는 다양한 특성에 대해 통계적으로 유의미한 차이가 발생하기 마련이므로 응답율이 낮은 표본에 기초한 모수추정 역시 앞서 살펴본 불완전한 표본추출틀에서의 문제와 같이 표본의 크기에 관계없이 예측오류를 필연적으로 수반하기 마련인 것이다. 유·무선 전화(특히 ARS이용)에 대부분 의존하고 있는 현행 선거여론조사에서 그 응답율을 표본의 대표성에 큰 지장을 초래하지 않는 정도의 수준으로 높이는 것은 현실적으로 매우 힘들거나 불가능하기 때문에 표본의 대표성의 확보는 늘 여론조사기관들이 극복해야할 난제로 여겨지고 있으며 저조한 응답율에 기초한 예측결과의 정확성을 높이기 위해 다양한 사후보정의 방법들이 현재 도입되어 광범위하게 활용되고 있다.

하지만 할당표집제나 가중치를 적용한 모델링을 통한 사후보정의 방식으로 이러한 표본의 비대표성을 보정하는데 한계가 있음은 여러 연구에서 이미 보고되고 있다. 그 결과 선거여론조사의 타당성과 신뢰성을 높이는데 가장 바람직한 방법이 무엇인

지에 대한 의견은 여전히 분분한 실정이다.

(3) 온라인 여론조사의 활용 증가

기존의 대면이나 전화에 의한 여론조사 방식에 비해 매우 간단하고 신속하며 응답률도 비교적 높은 온라인 여론조사는 그 표집틀에 포함된 유권자들이 전체 모집단의 유권자들의 특징과 일치하지 않는 대표성이 결여된 유권자들로 구성되어 모집단의 선거의도를 예측하는데 편향이 발생할 수밖에 없다는 근본적인 한계를 가지고 있다.

따라서 선거여론조사결과의 정확성과 신뢰성을 높이려는 다양한 법제도적 장치의 마련에도 불구하고 애초에 대표성이 결여될 수밖에 없는 온라인 여론조사의 활용 증가는 「공직선거법」 제108조 제5항과 「선거여론조사기준」 제4조에서 요구하는 ‘누구든지’ 선거여론조사를 실시할 때에는 조사대상 전체에 대한 대표성을 확보할 수 있도록 피조사자를 선정하여야 한다는 다소 이상적인 규정들의 실효성을 의심하게 한다.

<참고: 미국의 사례>

- 서구의 민주주의 국가들은 선거여론조사의 공표에 대해 매우 다양하게 규정하고 있다.
- 유럽의 경우 “Sixteen of the twenty-seven European Union countries, for example, ban reporting of polls, although timeframes range from a full month to just 24 hours before election day. Only three countries - Italy, Slovakia and Luxembourg - have bans of more than seven days. In many of the EU countries, legal challenges in recent years have reduced the time period over which the ban applies”
- 하지만 미국의 경우 “Meanwhile in the United States media coverage of opinion polls is regarded as an integral part of free speech in elections and publication is allowed at any time.”

(출처: <https://aceproject.org/ace-en/topics/me/mea/mec03c>)

- 그럼에도 불구하고, 2016에 실시한 미국 대선에서 힐러리 클린턴 후보가 낙승하

리라던 선거여론조사 결과와는 달리 트럼프 후보가 실제 대통령으로 당선되는 결과로 이어지는 역사적인 사건이 발생하면서 전미 여론조사협회는 즉각 Task force를 구성하여 그 원인을 파악하려는 노력을 기울였다. 특히 동 위원회는 주 단위에서 발생하는 예측오류를 분석하는데 집중하였으며 그 결과물로 일련의 방법론적인 보안사항들을 제시하였다 (Kennedy et al. 2018).

- 하지만 그러한 노력에도 불구하고 2020에 실시된 선거여론조사에서도 전국적으로 또는 주별로 실시된 대부분의 여론조사결과들이 바이든후보가 큰 표차로 트럼프 후보에게 압승하리라고 예측했던 것과는 달리 2020. 11. 3. 투표결과 실제 집계된 양 후보간의 표차이는 그리 크지 않았으며 특히 세 개 주에서는 5만표 이내의 아주 근소한 차이만을 보이는 결과를 낳았다. 최종적으로 Electoral College에서의 나타난 306 대 232의 승리는 선거여론조사에 의한 예측보다 훨씬 근소한 차이임이 드러났다. 이에 대해 동 위원회는 표본추출틀의 불완전성에서 비롯된 포함오류(coverage error)와 무응답 (non-response)으로 인한 오류가 가장 큰 원인으로 생각되지만 사실상 그 외에 크고 작은 다양한 원인들로 인해 심각한 오류가 발생할 수 있고 이들은 서로 결합하여 선거결과 예측의 정확성을 크게 훼손할 수 있음을 시사하였다 (Clinton et al. 2022).
- 무엇보다도 동 위원회들의 연구결과는 과거에는 (예: 2008, 2012) 비교적 정확했던 여론조사의 예측들이 달리 앞으로는 그렇지 않을 수 있으며 그 예측오류의 원인들조차 특정하기가 매우 어려울 수 있음을 지적하는 등 여론조사의 타당성과 신뢰성에 대해서 매우 비관적인 결론을 내리고 있다 (예: “It is difficult to interpret the accuracy of individual polls: individual polls may have low error for arbitrary reasons and their current good performance may not necessarily indicate future success”: Clinton et al. 2022, p.73) 아울러 개별 여론조사에서 파악된 오류들은 대부분 조사당시에만 한정된 특수한 상황적인 요인들에 좌우되는 경향이 있어 이를 일반화하여 보다 종합적이고 체계적으로 대처하기가 매우 힘들다는 점도 지적했다.

2. 비공표용 선거여론조사시 표본의 대표성 확보 규정 적용배제 검토

(1) 관련규정

비공표용 선거여론조사에 한하여 표본의 대표성 확보 규정에 대한 적용배제를 검토하기 위하여 관련규정을 검토한 결과 「공직선거법」과 「선거여론조사기준」에 의하면 누구든지 선거에 관한 여론조사를 실시하고자 할 때 반드시 표본의 대표성을 확보해야 함이 다음과 같이 직·간접적으로 규정되어 있다.

* 「공직선거법」 제8조의8(선거여론조사심의위원회)

① 중앙선거관리위원회와 시·도선거관리위원회는 선거에 관한 여론조사의 객관성·신뢰성을 확보하기 위하여 선거여론조사심의위원회를 각각 설치·운영 <개정 2015. 12. 24., 2017. 2. 8.>

⑥ 중앙선거여론조사심의위원회는 공표 또는 보도를 목적으로 하는 선거에 관한 여론조사의 객관성·신뢰성을 확보하기 위하여 필요한 사항(이하 “선거여론조사기준”이라 한다)을 정하여 공표하여야 한다. <개정 2015. 12. 24., 2017. 2. 8.>

* “선거여론조사기준” (중앙선거여론조사심의위원회고시 제2021-2호) 제4조(신뢰성과 객관성)

① 선거여론조사는 그 결과에 대한 신뢰성을 확보하기 위하여 객관적이고 공정하게 이루어져야 함.

② 누구든지 선거여론조사를 실시할 때에는 조사대상 전체에 대한 대표성을 확보할 수 있도록 피조사자를 선정하여야 한다. (개정 2021.12.15.)

* 「공직선거법」 제108조(여론조사의 결과공표금지 등)

③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 제외하고는 누구든지 선거에 관한 여론조사를 실시하려면 여론조사의 목적, 표본의 크기, 조사지역·일시·방법, 전체 설문내용 등 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 사항을 여론조사 개시일 전 2일까지 관할 선거여론조사심의위원회에 서면으로 신고하여야 한다. <신설 2010. 1. 25.,

2014. 2. 13., 2015. 12. 24., 2017. 2. 8.>

1. 제3자로부터 여론조사를 의뢰받은 여론조사기관·단체(제3자의 의뢰없이 직접하는 경우 제외)
2. 정당[창당준비위원회와 「정당법」 제38조(정책연구소의 설치·운영)에 따른 정책연구소를 포함한다]
3. 「방송법」 제2조(용어의 정의)에 따른 방송사업자
4. 전국 또는 시·도를 보급지역으로 하는 「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조(정의)에 따른 신문사업자 및 「잡지 등 정기간행물의 진흥에 관한 법률」 제2조(정의)에 따른 정기간행물사업자
5. 「뉴스통신 진흥에 관한 법률」 제2조(정의)에 따른 뉴스통신사업자
6. 제3호부터 제5호까지의 사업자가 관리·운영하는 인터넷언론사
7. 전년도 말 기준 직전 3개월 간의 일일 평균 이용자 수 10만명 이상인 인터넷언론사

④ 관할 선거여론조사심의위원회는 제3항에 따른 신고내용이 이 법 또는 선거여론조사기준을 충족하지 못한다고 판단되는 때에는 여론조사실시 전까지 보완할 것을 요구할 수 있다.

⑤ 누구든지 선거에 관한 여론조사를 하는 경우에는 피조사자에게 질문을 하기 전에 여론조사 기관·단체의 명칭과 전화번호를 밝혀야 하고, 해당 조사대상의 전체층을 대표할 수 있도록 피조사자를 선정하여야 함

⑥ 누구든지 선거에 관한 여론조사의 결과를 공표 또는 보도하는 때에는 선거여론조사기준으로 정한 사항을 함께 공표 또는 보도하여야 하며, 선거에 관한 여론조사를 실시한 기관·단체는 조사설계서·피조사자선정·표본추출·질문지작성·결과분석 등 조사의 신뢰성과 객관성의 입증에 필요한 자료와 수집된 설문지 및 결과분석자료 등 해당 여론조사와 관련있는 자료일체를 해당 선거의 선거일 후 6개월까지 보관하여야 한다. <신설 1997. 11. 14., 2010. 1. 25., 2012. 2. 29., 2014. 2. 13., 2015. 12. 24.>

⑦ 선거에 관한 여론조사 결과를 공표·보도하려는 때에는 그 결과의 공표·보도 전에 해당 여론조사를 실시한 선거여론조사기관이 선거여론조사기준으로 정한 사항을 중앙선거여론조사심의위원회 홈페이지에 등록하여야 한다. 이 경우 선거여론조사기관이 제3자로부터 의뢰를 받아 여론조사를 실시한 때에는 해당 여론조사를

의뢰한 자는 선거여론조사기관에 해당 여론조사 결과의 공표·보도 예정일시를 통보하여야 하며, 선거여론조사기관은 통보받은 공표·보도 예정일시 전에 해당 사항을 등록하여야 한다. <개정 2015. 12. 24., 2017. 2. 8.>

⑫ 누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 선거에 관한 여론조사의 결과를 해당 선거일의 투표마감시각까지 공표 또는 보도할 수 없다. 다만, 제2호의 경우 해당 선거여론조사기관에 대하여 불송치결정 또는 불기소처분이 있거나 무죄의 판결이 확정된 때에는 그러하지 아니하다. <신설 2017. 2. 8., 2021. 3. 23.>

1. 정당 또는 후보자가 실시한 해당 선거에 관한 여론조사

2. 제8조의8제10항에 따라 고발되거나 이 법에 따른 여론조사에 관한 범죄로 기소된 선거여론조사기관이 실시한 선거에 관한 여론조사

3. 선거여론조사기관이 아닌 여론조사기관·단체가 실시한 선거에 관한 여론조사

* 「공직선거법」 제108조의2(선거여론조사를 위한 휴대전화 가상번호의 제공) ① 선거여론조사기관이 공표 또는 보도를 목적으로 전화를 이용하여 선거에 관한 여론조사를 실시하는 경우 휴대전화 가상번호를 사용할 수 있다.

(2) 현황 및 문제점

앞서 살펴본 바와 같이 선거에 관한 여론조사를 실시할 때 표본의 대표성을 확보할 것을 요구하는 다양한 규정들이 존재하고 있으며 이를 한마디로 요약하자면 누구든지 선거여론조사를 실시할 때는 조사대상 전체에 대한 대표성을 확보할 수 있도록 피조사자를 선정해야 한다는 의무를 직·간접적으로 명시하고 있다고 해석될 수 있다.

하지만 관련 규정들을 종합적으로 검토할 때 이는 선거여론조사에 대한 다소 과도한 규제라는 지적이 있을 수 있을 것이다. 예를 들어, 「공직선거법」 제8조의8 제6항에서는 중앙선거여론조사심의위원회는 공표 또는 보도를 목적으로 하는 선거에 관한 여론조사의 객관성·신뢰성을 확보하기 위하여 “선거여론조사기준”을 정한다고 규정하고 있으나 이에 근거하여 중앙선거여론조사심의위원회가 고시한 선거여론조사기준은 제4조제2항에서 누구든지 선거여론조사를 실시할 때에는 조사대상 전

체에 대한 대표성을 확보할 수 있도록 피조사자를 선정해야 한다라고 표본의 대표성 확보 의무 범위에 대해 과도하게 확대하여 규정하고 있어 결국 공표·보도 목적에 상관없이 모든 선거여론조사에서 표본의 대표성을 확보해야하는 의무를 부과하는 것으로 해석될 여지가 있다.

아울러 「공직선거법」 제108조 제3항과 제4항을 동시에 고려할 때에도 결국 누구든지 선거에 관한 여론조사를 실시하려면 공표·보도 여부에 상관없이 신뢰성과 객관성을 담보하기 위해서 선거여론조사기준에 따라서 조사대상 전체에 대한 대표성을 확보할 것을 간접적으로 요구하고 있다고 해석될 수 있다. 「공직선거법」 제108조제3항은 “누구든지 선거에 관한 여론조사를 실시하려면 여론조사의 목적, 표본의 크기, 조사지역·일시·방법, 전체 설문내용 등 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 사항을 여론조사 개시일 전 2일까지 관할 선거여론조사심의위원회에 서면으로 신고하여야 한다”고 규정하고 동법 제108조제4항은 “제3항에 따른 신고내용이 법 또는 선거여론조사기준을 충족하지 못한다고 판단되는 때에는 여론조사 실시 전까지 보완할 것을 요구할 수 있다”고 규정하고 있다. 결국 공표·보도 목적에 상관없이 선거에 관한 여론조사를 실시하려면 누구든지 선거여론조사기준을 따라야 함을 규정하고 있는 것이며 「선거여론조사기준」은 제4조제2항에서 누구든지 선거여론조사를 실시할 때에는 조사대상 전체에 대한 대표성을 확보할 수 있도록 피조사자를 선정해야 한다라고 규정하고 있으므로 사실상 모든 선거여론조사에 표본의 대표성 의무를 부여하고 있는 것이라고 해석될 수 있고, 그 결과 선거여론조사심의위원회가 사전신고된 모든 선거여론조사를 심의할 때에도 표본의 대표성 확보 여부에 대해 일일이 검토하지 않을 수 없는 현실이다.

특히, 앞에서 살펴본 바와 같은 관련 규정들의 종합적인 해석을 통한 논의와는 별개로 「공직선거법」 제108조 제5항에서는 아예 명시적이고 직접적으로 “누구든지 선거에 관한 여론조사를 하는 경우에는 공표·보도 여부에 상관없이 해당 조사대상의 전체층을 대표할 수 있도록 피조사자를 선정해야한다”라고 규정하고 있다. 결국, 동 규정을 계속 유지하게 되면 앞서 논의된 (1) 공표 또는 보도를 목적으로 하는 선거에 관한 여론조사의 객관성·신뢰성을 확보하기 위해 고시하는 것이 「선거여론조사기준」이므로 동 기준에서도 표본의 대표성 확보 의무를 공표·보도의 경

우에 국한되도록 제한하자는 논의나 (2) 선거에 관한 여론조사의 사전신고시 공표· 보도용과 비공표·비보도용에 대해서 표본의 대표성 확보의무를 포함한 다른 세부기준들을 차별적으로 적용하는 것이 필요하다는 논의 등은 사실상 무의미해질 수도 있다.

마지막으로 「공직선거법」 제108조의2 제1항은 선거여론조사기관이 **공표 또는 보도를 목적으로** 전화를 이용하여 선거에 관한 여론조사를 실시하는 경우에 한해서 휴대전화 가상번호를 사용할 수 있다고 규정하고 있어 **후보자 의뢰 조사**는 휴대전화 가상번호를 사용할 수 없고 그 결과 표본의 대표성을 확보하는데 근본적인 제약이 있으므로 **후보자가** 선거전략 수립 등을 위해 해당 선거에 관한 **비공표·비보도용 여론조사를 실시**하는 경우까지도 표본의 대표성 확보를 강제하는 것은 매우 과도하고 현실성이 떨어지는 규제라는 비판이 있다.

(3) 비공표용 선거여론조사시 표본의 대표성 확보 규정 적용배제에 대한 타당성 검토

과거에 정당과 선거후보자들이 선거에 관한 여론조사를 사전선거운동으로 악용하는 사례들이 다양하게 보고되면서 정치권과 중앙·시도선거관리위원회는 선거여론조사의 객관성·신뢰성을 확보하기 위한 다양한 노력을 지속적으로 기울여 왔으며 가장 대표적인 사례들로는 선거여론조사심의위원회를 설치·운영하여 세부적인 「선거여론조사기준」을 사전에 공표하게 하고 누구든지 선거에 관한 여론조사를 실시하려면 서면으로 동 위원회에 사전 신고하도록 하고 있으며, 특히 자의적인 여론조사 대상자 선정으로 인한 결과의 객관성·신뢰성이 훼손되는 것을 방지하기 위해서 표본의 대표성 확보에 대한 의무를 보다 강화하고 있는 것 등을 들 수 있다.

하지만 기본적으로 비공표·비보도용 선거여론조사에 대해서는 선거의 공정성을 해하거나 선거의 결과에 미치는 영향이 사실상 크지 않으므로 그 객관성과 신뢰성을 확보하기 위해 규정된 「선거여론조사기준」과 “표본의 대표성 확보 의무”를 공표·보도용과 같은 수준으로 엄격히 그리고 일괄적으로 적용하는 것은 선거여론조사심

의위원회가 이를 매년 일일이 확인할 실익이 떨어지며 그에 따른 행정부담도 가중되고 있어 개선이 필요하다는 의견이 제기되고 있다.

특히, 정당 또는 후보자가 내부 선거전략 수립 등을 위해 실시한 해당 선거에 관한 여론조사 결과는 「공직선거법」 제108조 제12항 (정당·후보자 실시 조사결과 공표·보도 금지)에 의해 원천적으로 공표 및 보도가 금지되어 있어 일반 유권자들이 언론이나 미디어를 통해서 그 결과를 직·간접적으로 알 수 없어 유권자의 합리적인 의사선택을 방해하여 선거의 공정성을 심하게 해하거나 선거의 결과에 직·간접적으로 미치는 영향이 크지 않음에도 불구하고 「공직선거법」 제108조제5항 (조사대상 전계층을 대표할 수 있는 피조사자 선정의무)은 “**누구든지 선거에 관한 여론조사를 하는 경우에는 - 공표 및 보도 여부와 상관없이 - 해당 조사대상의 전계층을 대표할 수 있도록 피조사자를 선정**해야 한다고 명시하고 있어 선거여론조사에 대한 과도한 규제이라는 지적이 있다. 비공표·비보도용 선거여론조사의 경우 정당 또는 후보자가 악의적으로 표본의 대표성을 저해하여 (예: 특정 사업체의 전화번호, 특정 정당의 당원명부, 특정 후보자 지지자 등이 혼합된 표본추출틀 사용, 피조사자의 성별, 연령, 지역 등을 묻는 질문을 고의로 누락, 입후보예정자의 후원회장 또는 자원봉사자 등으로부터 전달받은 특정후보 지지자들의 전화번호를 사용, 특정 인터넷 사이트를 방문하는 불특정다수인들을 대상, 행인을 대상으로 거리에서 면접방식으로 조사 등) 선거여론조사시 특정 정당 또는 후보에게 유리한 결과를 도출하기 위하여 과정을 조작하고 결과를 왜곡하려는 시도를 하려는 유인이 사실상 매우 적다고 할 수 있다. 무엇보다도 정당이나 후보자가 그러한 시도를 할 경우 잘못된 추론에 기초한 심각한 판단오류로 인해 효과적인 내부선거전략의 수립에 실패해서 실제 선거에서 패배할 확률이 높아지기 때문인 것이다.

따라서 선거여론조사의 실시 및 그 결과의 공표·보도에 관하여 일반적으로 준수하여야 할 사항을 규정한 「공직선거법」 과 보다 구체적이고 세부적인 사항을 규정하기 위해 동법 제8조의8제6항에 따라 중앙선거여론조사심의위원회가 제정한 「선거여론조사기준」 등에서 향후 일관되게 “**공표 또는 보도를 목적으로 하는 선거에 관한 여론조사**”에 대해서만 그 객관성·신뢰성을 확보하기 위하여 표본의 대표성 확보를 의무화하도록 관련 규정들을 개정할 필요성이 제기되고 있다.

즉, 「공직선거법」 제108조 제12항에 의해 원천적으로 공표·보도가 금지되어 있는 정당 및 후보자가 실시하는 선거여론조사는 그 성격상 정당 및 후보자가 유권자의 정치적 성향이나 정책선호도 등을 적시에 파악하여 효과적인 내부 선거전략을 수립하는 것이 주요 목적이므로 중앙선거여론조사심의위원회가 제정한 「선거여론조사 기준」을 엄격히 적용할 필요성이 다소 떨어지고 특히 「공직선거법」 제108조제5항에서 규정하는 조사대상 전계층을 대표할 수 있는 피조사자 선정의무도 완화하거나 배제하는 것이 필요하다는 것이다.

다만 현행 「공직선거법」 제108조제3항은 공표여부를 불문하고 “**선거여론조사를 실시하고자 하는 자는 누구든지 신고하여야 한다**”라고 규정하고 있어 비공표용 선거여론조사에 대해서도 해당 조사의 객관성 및 신뢰성 유지를 위해 표본의 대표성 확보, 표본의 크기 규정, 결과를 왜곡하는 조사 및 분석방법 금지(예: 특정 정당 또는 후보자에게 편향된 질문지 작성 등) 등의 준수사항을 이행할 것을 요구하고 있으므로 정당이나 후보자가 선거여론조사를 빌미로 정책홍보 또는 후보자 인지도 제고 등의 사전 선거운동으로 악용하려는 시도는 얼마든지 최소화 할 수 있다.

특히 표본의 대표성과 관련해서 최근 들어 1인 가구의 증가와 유선전화의 급격한 사용감소로 인해 표본의 대표성 확보를 위한 피조사자 선정방법으로 가장 많이 활용되고 있는 휴대전화 가상번호를 이용한 선거여론조사는 이용자의 휴대전화번호가 노출되지 않도록 통신사에서 가상의 전화번호 형태로 변환하여 여론조사기관에 표본추출틀을 제공하여 여론조사 응답자의 개인정보노출이 없이도 성별, 연령별, 지역별 대표성을 확보할 수 있다는 장점으로 인해 2016년 당내경선 등에 최초로 도입된 제도이다. 하지만 이러한 유권자의 가상번호가 담긴 표본추출틀은 “**선거여론조사기관이 공표 또는 보도를 목적으로 전화를 이용하여 선거에 관한 여론조사를 실시하는 경우**”에만 이동통신사업자로부터 제공을 요청하여 사용가능하므로 (법 제108조의2 제1항) 「공직선거법」 제108조제12항에 의해 **원천적으로 공표·보도가 금지되어 있는 후보자 실시 여론조사의 경우 휴대전화 가상번호를 사용할 수 없어** (단, 동법 제57조의8에 의하여 **정당**이 당내경선을 위한 여론조사를 실시하거나 그밖에 정당활동을 위하여 여론수렴이 필요한 경우에는 휴대전화 가상번호의 제공요청 가능함) 현실적으로 표본의 대표성을 확보하기 어려워 「공직선거법」 제108조제5항

의 “누구든지 선거에 관한 여론조사를 하는 경우에는 피조사자에게 질문을 하기 전에 여론조사기관·단체의 명칭과 전화번호를 밝혀야 하고, 해당 조사대상의 전체층을 대표할 수 있도록 피조사자를 선정해야 한다”고 명시된 조사대상 전체층을 대표할 수 있는 피조사자 선정의무를 준수할 수 없는 근본적인 어려움을 더욱 가중시키고 있다.

아울러 휴대전화 가상번호를 이용하지 않는 대부분의 전화 및 온라인 선거여론조사의 경우 (이때는 앞서 논의된 바와 같이 모집단 전체를 포함하는 표본추출틀의 확보가 어려워 표본의 대표성 확보가 어려움) 또는 조사의 목적이 애초에 전체 유권자를 대상으로 하지 않고 전체 모집단에 대한 완전한 표본추출틀의 확보 자체가 사실상 불가능한 특정인이나 집단(예: 정치평론가, 오피니언 리더 등 전문가들)을 대상으로 하여 의도적으로 표본의 비대표성을 전제로 하는 여론조사이거나, 아니면 아예 정량적 (quantitative)인 통계적 추정 (statistical inference)을 전제로 하지 않는 정성적(qualitative) 조사의 경우 모집단에 대한 대표성이 확보되지 않는 편향된 표본추출틀을 활용한 조사를 할 수밖에 없다는 현실에 비추어 볼 때 「공직선거법」 제108조제5항에서와 같이 모든 선거여론조사에 대해 표본의 대표성을 요구하는 것은 실현가능성이 매우 떨어지고 불합리하다는 점에 주목해야 한다.

그렇다고해서 후보자가 실시하는 비공표·비보도용 여론조사를 휴대전화 가상번호가 아닌 일반 유선전화나 대면조사로만 실시할 것을 요구하는 것도 형평성이나 적시성 측면에서(통상 몇주에서 몇 달까지도 걸림) 바람직하지 않다. 물론 표본의 대표성이 보다 확보된다고 알려진 휴대전화 가상번호를 이용하는 선거여론조사의 경우에도 현실적으로 낮은 응답율로 인한 표본대체 및 사후보정 과정에서 편향이 필연적으로 발생할 수 밖에 없으므로 이에 대해 선거여론조사심의위원회에서 일관성있는 기준을 제시하여 일일이 객관적이고 엄격하게 규율하고 사전·사후에 이를 통제하는 것은 사실상 불가능하다고 할 수 있다.

따라서 특히 비공표·비보도용 선거여론조사에 대해서는 현실적으로 그 실현이 어렵거나 불가능한 표본의 대표성 확보에 대한 의무를 일괄적으로 엄격히 요구하는 것 보다는 해당 규정을 완화하고 차라리 그 결과물의 사용에 대해 보다 엄격한 규제를

하고 감독하는 방식으로 접근할 필요가 있다. 예를 들면 “불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다면 공표의 요건을 충족한다”는 대법원 판결을 준용하여 (대법원 2011. 12. 22. 선고 2008도11847 판결) 공표 또는 보도 목적의 선거여론조사에 대해서는 표본의 대표성 확보에 대해 기존과 같은 엄격한 규제를 하고 사전 실시신고 (공직선거법 제108조제3항) 및 사후 결과공표시 포함내용 및 결과등록 (공직선거법 제108조제6항 및 제7항)을 의무화하며 “「선거여론조사기준」”을 철저히 따르도록 모니터링하되 정당 및 후보자가 실시하는 비공표용 선거여론조사에 대해서는 표본의 대표성 확보 규정은 배제하고 다만 그 여론조사결과를 정당 및 후보자가 내부 참고용으로만 사용할 수 있을 뿐 절대로 사전 선거운동의 목적으로 이용하거나 유권자나 언론에 직·간접적으로 알려져 유권자의 의사결정에 부당한 영향을 미치지 않도록 규제할 필요가 있다. 아울러 동일한 이유로 차제에 이러한 비공표용 여론조사를 후보자 선정 등 정당내 주요 의사결정에도 활용할 수 없도록 금지하도록 규정할 필요가 있다.

즉, 공표용 선거여론조사의 경우 유권자의 알권리와 여론조사자 및 언론사의 정치적 표현의 자유 등을 보장하기 위해서 현행대로 엄격히 표본의 대표성을 확보할 것을 요구하여 그 정확성과 신뢰성을 담보해야 할 것이나 비공표용 조사의 경우 그 목적과 필요에 따라서 보다 탄력적이고 효율적이며 자유롭게 실시하도록 규정하고 다만 그 결과의 공표 및 구체적인 활용범위를 보다 엄격히 제한할 필요가 있다. 과거에는 어떻게 하면 모든 선거여론조사에 대해 보다 높은 표본의 대표성을 확보하여 조사결과의 정확성과 신뢰성을 높일 것인가에 주로 관심과 노력을 기울여왔다면 (예: 최소 표본크기, 응답률, 유·무선 전화 혼합비율, 가중값 배율 등에 대한 세부적인 규정) 앞으로는 표본의 대표성을 이상적으로 높이는 데는 근본적인 한계가 있음을 인식하고 편향이 있을 수밖에 없는 여론조사결과를 어떤 범위내에서 어떠한 방식으로 활용하는 게 바람직한지에 대한 논의도 병행하여 이루어져야 한다는 것이다.

3. 표본의 대표성 확보 규정 적용배제의 구체적 허용범위

앞선 논의를 토대로 선거여론조사시 표본의 대표성 확보규정 적용배제의 구체적인 허용범위를 제시하면 다음과 같다.

첫째, 정당 및 후보자가 내부 선거전략 수립 등을 위해 실시하는 비공개 여론조사에 대해서는 원칙적으로 표본의 대표성 확보의무에 대한 배제가 가능하며 다만 이를 부당한 사전선거운동으로 악용하려는 시도를 방지하기 위한 보다 구체적인 허용범위들은 아래의 관련 질의회시 사례들을 참조하여 지속적으로 도출해 나가야 할 것으로 사료된다.

- ✓ 국회의원 및 지방의회의원이 의정활동과 관련하여 실시하는 여론조사는 「공직선거법」 제8조 제8항 제3호에 의거하여 선거에 관한 여론조사에 해당되지 않으나 동법 제60조의2 제1항에 따른 해당 선거의 예비후보자등록신청개시일부터 선거일까지 실시하는 여론조사는 선거에 관한 여론조사에 해당되므로, 선거구민의 의견과 여론을 수렴하여 의정활동에 반영하기 위하여 비공표용으로 한정된 이해관계인을 대상으로 설문조사를 하는 경우. 다만, 그러한 설문조사를 실시함에 있어서 후보자가 되고자 하는 자를 지지·선전하는 행위가 있어서는 아니될 것임 (2009. 5. 15. 중앙선거관리위원회위원장 회답)
- ✓ 국회의원의 지방선거 관련 출마예상자에 대한 여론조사. 무소속 국회의원의 지역사무소에서 지방선거의 판세나 지원할 후보를 판단하기 위하여 특정 입후보예정자의 선거운동에 이르거나 「공직선거법」 제108조의 규정에 위반되지 아니하는 방법으로 여론조사를 실시하는 것은 무방할 것임 (2006. 2. 22. 회답).
- ✓ 국회의원의 탈당관련 여론조사: 국회의원이 소속정당으로부터의 탈당을 결정하기 위하여 지역주민들을 대상으로 여론조사하는 경우 후보자가 되고자 하는 자의 선거운동에 이르거나 「공직선거법」 제108조의 규정에 위반되지 아니하는 방법으로 여론조사를 실시하는 것은 무방할 것임 (2007. 7. 25. 회답).
- ✓ 입후보예정자의 인지도 여론조사 등: 예비후보자들의 인지도를 파악하는 여론조사는 특정 예비후보자의 인지도를 높이기 위하여 필요 이상으로 자주하거나 통

상의 표본크기를 벗어나 여론조사를 하는 것이 아니라면 「공직 선거법」 제108조의 규정을 준수하여 하는 것은 무방할 것임 (2008. 3. 7. 회답).

✓ 1인만의 인지도 조사를 위한 비공표용 여론조사

둘째, 유권자의 알권리 충족을 위한 목적으로 시행되어 외부 공개를 전제로 한 선거여론조사에 대해서는 어떠한 경우에도 표본의 대표성에 대한 의무를 부과해서 그 결과의 객관성과 신뢰성을 확보해야 할 것이다.

- ✓ 유권자의 합리적 의사결정에 영향을 미치는 선거여론조사과정이나 결과를 조작, 왜곡하여 특정후보에 유리하게 유도가능하여 선거결과에 직·간접적인 영향을 미칠 수 있는 경우
- ✓ 조사에 불성실한 응답자의 답변, 설정된 결과를 향한 유도 질문, 편파적 표본추출 등에 의한 조사과정과 결과의 왜곡이 가능한 경우
- ✓ 이로 인해 유권자 자신이 원래 선호하는 후보자나 정책에 소신껏 투표하는 것이 아니라 소위 언더독 또는 밴드왜건 효과를 이끌어 내어 선거 결과를 왜곡할 수 있는 경우 (선거여론조사는 단순히 선거에 대한 민심을 파악하는 도구에 그치지 않고 소위 ‘밴드왜건 효과’ 통해 ‘대세론’ 또는 ‘후보단일화’를 이끌어내는 주요 근거가 되기도 하거나 반대로 특정 후보를 견제하는 심리를 촉발하여 뒤처지고 있는 후보자들에게 오히려 유리하게 작용되는 소위 ‘언더독 효과’로 이어지기도 하기 때문임).
- ✓ 특히 언론에 수시로 발표되는 여론조사는 후보자에 특별한 관심이나 정보가 없는 부동층의 표심을 움직이는 역할을 할 수도 있으므로 더욱 주의가 요구됨 (강미은, 2000; 김현정, 이수범, 김남이, 2012; 박정의, 2001; Pan, Abisaid, Paek, Sun & Houden, 2006; Traugott & Lavrakas, 2008).³⁵⁾
- ✓ 단, 주의할 점은 선거여론조사 보도가 실제로 사람들의 태도나 의견, 행동에 영향을 미치는지에 대한 선행연구들을 살펴보면, 그 결과가 사실상 일관적이지 않음에 유의해야 함. (de Vreese & Semetko, 2002). 예를 들어, 앞서 언급한 소위 밴드왜건 효과(bandwagon effect)와 언더독 효과(underdog effect)는 여론조사

35) 과거 한 여론조사기관이 발표한 결과에 따르면 여론조사가 지지후보 선택에 영향을 미친다는 의견이 50.8%에 달하는 것으로 나타나기도 했다 (2012년 10월 15일 실시된 대선 정례/기획조사 결과, 모노리서치)

효과 연구에서 가장 많이 다루어진 효과들이지만, 어떤 연구에서는 여론조사 결과에 따른 밴드왜건 효과가 강하게 나타난 반면 또 다른 연구에서는 언더독 효과가 더 유의하기도 하며, 밴드왜건 효과나 언더독 효과 모두 거의 나타나지 않은 연구 결과도 다수 있음(박성희·박은미, 2007; Lang & Lang, 1984; Mendelsohn & Crespi, 1970; Navazio, 1977; Traugott, 2004; Traugott & Lavrakas, 2008).

- ✓ 또한 유권자들의 투표 참여율을 높이는 정치적 동원 효과가 있다는 주장에 대해서도, 선거여론조사 결과가 실제로 유권자들의 투표참여에 동원 효과를 가진다는 연구 결과가 있는 반면 오히려 여론조사결과의 보도가 낮은 참여율로 이어진다는 연구 결과도 있음 (Faas, Mackenrodt & Schmitt-Beck, 2008). 일부 학자들은 이러한 맥락에서 선거여론조사의 보도 효과에 대해 사실상 과대평가가 이루어져 왔으며, 실제로는 그다지 큰 효과가 없는 것일 수도 있다는 의견을 제시하기도 함(Hardmeier, 2008).
- ✓ 그럼에도 불구하고 비공개를 전제로 단순한 내부 참고용이 아닌 유권자의 알권리 충족을 위한 목적으로 시행되는 공개를 전제로 한 선거에 대한 여론조사시에는 얼마든지 편파적 표본 추출 또는 원하는 응답을 유도하는 설문 조작에 의해 여론조사결과를 얼마든지 조작할 수 있고, 의도적이 아니더라도 조사기법의 숙련도나 시간, 경비 등의 차이, 조사기간, 조사대상의 범위, 표본추출방법, 자료수집방법, 질문방식 등에 따라 그 결과가 각기 달리 나타나거나 정확도에서 많은 차이가 날 수도 있으므로(헌재 1995. 7. 21. 92헌마177 등; 헌재 2015. 4. 30. 2014헌마360, 판례집 27-1하, 131, 137 참조). 최대한 엄격하게 표본의 대표성 확보를 요구해야 할 필요가 있음.

* 참고로 과거에 실시되었던 「공직선거법」 개정의 취지를 살펴보면,

- ▶ 이러한 취지로 이미 1997년 「공직선거법」에 공표나 보도 목적 선거여론조사자의 의무 및 조사방식을 규율하여 선거여론조사의 객관성과 공정성을 보장할 것을 강조하면서 제108조 제3항 및 4항을 신설하여 ‘공표나 보도목적 선거여론조사자의 의무’ 및 ‘전 계층을 대표할 피조사자 선정 의무와 질문내용의 공정성 의무’를 부과하면서 선거여론조사방식도 엄격히 규율하였음을 다시 한번 상기하여야 한다. 또한 선거여론조사 결과 공표나 보도 시 규정된 내용 및 선거여론의 신뢰

성 및 객관성 입증 자료보관 의무도 규정하였다.

- ▶ 아울러 동일한 취지로 2010년 개정된 「공직선거법」은 제108조 제3항에 ‘선거일 전 180일부터 선거에 관한 모든 여론조사 실시’에 대한 ‘서면신고’를 하도록 하였다. 이에 따라 공표나 보도를 목적으로 하지 않는 모든 선거여론조사가 서면신고 대상이 되었다. 또한 중앙선거관리위원회규칙에 따라 조사의 목적, 표본의 크기, 조사지역·일시·방법, 전체 설문내용 등을 ‘여론조사 개시일 전 2일까지 해당 선거구선거관리위원회에 서면으로 신고’하도록 하였으며, 다만 제3자로부터 의뢰받은 여론조사 기관·단체, 정당, 방송사업자, 신문사업자 및 인터넷신문사업자 등이 행하는 여론조사에 대해서는 신고 의무를 배제하였다. (하지만 앞서 논의한 바와 같이 앞으로는 이러한 사전서면신고는 공표나 보도목적 선거여론조사에만 한정되어야 한다는 의견임)
- ▶ 또한 같은 취지로 선거여론조사공정심의위원회 설치 및 지역·인터넷 군소언론사 신고의무부과, 선거일 전 180일부터 공표·보도 목적 여론조사결과 중앙선거관리위원회 홈페이지 등록의무를 부여하였음. 이는 ‘선거여론조사 서면 신고제’ 도입에도 불구하고 2014년 지방선거과정에서 지역 언론과 여론조사기관들의 여론조작에 따른 선거 폐해에 대한 문제가 제기되었고, 이에 2014. 2. 13. 「공직선거법」 개정을 통해 중앙 및 시·도 선거관리위원회 산하에 ‘선거여론조사공정심의위원회’를 신설하고, ‘중앙선거여론조사공정심의위원회’가 ‘선거일 전 200일’까지 ‘선거여론조사기준’을 정하여 공표하도록 하였음. 또한 선거여론조사 실시에 대한 신고의무의 면제대상이었던 지역 및 인터넷 군소언론사에게도 신고의무를 부과하였고, ‘신고한 여론 조사의 결과를 선거일 전 180일부터 선거일까지 공표·보도하려는 때’에는 선거여론조사기준으로 정하는 사항을 ‘중앙선거여론조사공정심의위원회 홈페이지에 등록하도록 하는 ‘결과등록제’를 도입하였다(제108조 제7항)
- ▶ 그럼에도 불구하고 2016년 20대 국회의원 선거에서 언론의 선거여론조사 결과 발표와 투표 결과는 많은 차이가 있었고 특히 부실조사업체의 부실 조사와 표본 대표성과 신뢰성이 다시 문제되어 2017년 2월 「공직선거법」 개정으로 이어지게 되었다.

단, 비공표용이라 할지라도 정당대표 및 최고위원 선출, 대통령선거 후보자 선출 등의 당내 주요 의사결정을 위한 여론조사시에는 불가능하다고 규정하는 것이 타당하

다고 생각된다. 이러한 주장은 본 용역연구의 취지와는 다소 동떨어지기는 하지만 아래의 다양한 연구결과들을 참조하여 향후 적극적으로 검토하고 고려해 볼 필요가 있다.

- ✓ 선거를 준비하고 캠페인을 기획하기 위해 선거여론조사를 활용하는 모습은 대부분 국가들에게서 공통적으로 나타나지만(Berinsky 1999; Jacobs & Shaprio 2000; Verba 1996; Weissberg 2002), 민주주의 선진국들에서는 공직후보를 선정·선출하는 과정에 선거여론조사 결과를 정량화시켜 반영하지 않는다(강원택 2007; 김래영 2012; 이동윤 2020; 이재명 2016; 윤정인 2019). 후보자 경선회에서 선거여론조사를 활용하는 방식에 대한 선행연구에서 선거여론조사 결과의 예측실패, 조사방식이나 설문방식에 따른 조사결과의 차이를 제시하는 방식으로 선거여론조사에 내재한 방법론적 한계에 대한 실증자료들도 적지않다(강원택 2007; 김래영 2012; 이동윤 2020; 이재명 2016; 윤정인 2019). 그러나 2000년 초반 이후 선거여론조사는 여전히 정당후보자 결정과정에서 결정적 역할을 수행하고 있으며(구본상 2017; 하세헌 2011), 이는 지난 2022년 대통령 선거과정에서도 반복되었다.
- ✓ 사실 한국은 선진 민주주의 국가 가운데 정당의 후보선정 과정에 여론조사를 직접적으로 사용하는 매우 예외적 국가³⁶⁾이며 현재 우리 정당들이 선거후보자 공천 및 중요 정치 의사결정을 진행함에 있어 지나치게 여론조사에 의존하고 있는 현상에 대한 비판이 제기됨 (이준웅, 2014).
- ✓ 최근 연구결과에 의하면 국내 주요정당의 선거여론조사에 기반한 공천과정이 정치 고관여자의 목소리를 과잉 반영하게 되어 조사의 대표성을 확보하기 어려우며, 그 결과 전체 유권자의 의사결정을 대표하는데 한계가 있음을 지적하며 정당의 후보선정 과정에 여론조사를 직접적으로 사용하는 것에 대한 주의를 촉구

36) 민주당의 경우 당대표 및 최고위원 선출에 있어 전국대의원대회 대의원의 투표소 투표, 권리당원 ARS 투표, 국민.일반당원 선거인단 여론조사를 채택하고 있으며(당규 제4호 당직선출규정 제43조 참조), 국민의 힘도 당 대표 당선인 결정은 선거인단의 유효투표결과 70%, 여론조사결과 30%를 반영하여 최다득표한 자를 당 대표로 결정하고(대표 및 최고위원 선출 규정 제43조 참조), 대통령후보자 결정 역시 대통령 선거인단 유효투표결과 50%, 여론조사 결과 50%를 반영하여 당선인을 결정함(대통령후보자 선출 규정 제44조 참조).

함 (장경은, 김선호, & 백영민, 2022).

- ✓ 또한 정당후보 선정 과정에서 여론조사가 직접적으로 사용되기 때문에 선거철이 되면 일시적으로 여론조사를 실시하는 기관들이 난립하는 큰 여론조사 시장이 형성되며 이들이 만들어 내는 여론조사 결과들은 유권자들로 하여금 후보선택에 필요한 정보를 제공한다기보다 정확성과 신뢰성이 현격히 떨어지는 상호 배치되는 예측결과를 양산하여 민심이 무엇인가에 대한 혼란을 오히려 가중시키는 경향이 있음.
- ✓ 사실 ‘공직자의 선출과 공직자의 의사결정에 영향력을 행사하려는 시민의 행동’(Verba & Nie 1972, p. 2; 또한 Delli, Carpini et al. 2004 참조)이라는 정치참여에 대한 정의를 고려할 때, 국내 정치상황에서 후보자 공천과정에 직접적 영향을 미치는 선거여론조사 의뢰에 호응하여 자신이 지지하는 후보(혹은 자신이 선호하지 않는 후보)에 대한 의견을 피력하는 것을 정치참여의 일종으로 간주해도 무방할 것임. 게다가 선거여론조사를 활용하려는 정당의 결정은 선거여론조사의 대표성을 훼손시키며 여론조사 불신으로 이어질 수 있음.
- ✓ 결국, 선거여론조사가 공식적 정치과정과 별개로 진행되는 다른 국가들과 달리, 우리나라의 선거여론조사는 공식적 정치과정에 종속되면서 조사결과의 대표성이 훼손될 위험에 처해 있다. 정당의 후보자 결정과정에 선거여론조사가 활용됨에 따라 선거여론조사는 ‘조사’가 아닌 ‘동원’으로 변질되면서, ‘조사응답자(표본)’가 ‘일반유권자(모집단)’를 대표하지 못할 가능성이 점점 높아지고 있다(윤종빈 · 박병훈 2011). 만약 한국의 일반시민들이 선거여론조사 응답을 정치참여의 일환으로 받아들이고 있다면 선거여론조사 결과의 대표성은 크게 훼손될 수밖에 없다. 혹자는 현재 국내 조사업체들은 성별이나 연령, 소득이나 지역 등을 층화변수(stratification variable)로 채택하는 할당표집(quota sampling) 기법을 사용하고 있으며 아울러 사후층화 가중기법(post-stratification weighting) 등을 이용한 통계적 조정과정을 통해 선거여론조사 결과의 대표성이 확보될 수 있다는 반론을 제기할지 모른다. 그러나 인구총조사 통계치를 기반으로 한 할당표집이나 가중기법으로는 인구통계학적 특징에서 비롯되는 참여의 불평등성은 어느 정도 조정

할 수 있을지 모르지만, 시민의 정치참여에 보다 결정적인 영향을 미치는 정치이념성향이나 이념성향강도, 정치효능감이나 냉소주의 등과 같은 정치심리적 특성으로 인한 참여의 불평등은 통계적 조정이 사실상 불가능에 가깝다(Kennedy et al. 2018; Lynn & Jowell 1996; Matthew 2020. 11.10.).

- ✓ 정당의 공천과정이나 후보자 단일화 과정에 선거여론조사 결과를 포함하는 것이 앞서 언급한 바와 같은 법리적·규범적 문제와 조사과정에서 발생하는 표집·비표집 오차와 같은 방법론적 한계들을 가지고 있음에도 불구하고, 우리나라에서 선거여론조사는 제도적으로 선거과정에 이미 깊숙하게 자리 잡았다(구본상 2017; 하세헌 2011).
- ✓ 20여 년 전 국내 주요정당들이 선거여론조사 결과를 후보자 단일화나 공천과정에 반영하고자 할 때 내세웠던 명분은 후보자 선출과정에서 일반 국민의 선호와 의사를 반영하는 것이었다(성치훈·진영재 2016; 하세헌 2011). 그러나 선거여론조사 결과에 따라 정치인의 운명이 뒤바뀌는 경선사례들이 등장하면서 선거여론조사를 둘러싼 갈등과 잡음들이 지속적으로 터져 나왔다(양범수 2021.11.5; 윤종빈·박병훈 2011). 특히 소셜 미디어를 중심으로 한 열성적 지지자들의 ‘좌표찍기(raiding)’, ‘역선택(adverse selection)’ 등의 용어들은 당내 경선 관련 언론보도에서 이미 친숙하게 등장하고 있으며, 심지어 정당공천을 받기 위해 선거여론조사에 직접적으로 개입한 사례들도 발생하고 있다(성한용 2021.2.7; 홍연주 2021.9.2.).
- ✓ 이러한 선거여론조사를 둘러싼 갈등과 사고들이 발생하면서 선거여론조사에 대한 일반시민들의 불신도 점차 증가하고 있으며, 이러한 불신이 지속적으로 하락하는 선거여론조사 협조율의 원인일 가능성을 배제하기 어렵다.

제4장 선거여론조사 관련 형벌 및 과태료 구분의 부과기준 명문화

1. 선거여론조사의 규제

「공직선거법」(이하 ‘법’)은 선거여론조사의 객관성과 공정성을 확보하기 위하여 여론조사의 내용과 방식을 규제하고 있다. 연혁적으로 당초 우리나라의 선거법제는 사실상 선거여론조사 자체를 원칙적으로 금지하다가, 점차 선거여론조사를 허용하되 선거기간 중 선거여론조사 결과 공표를 금지하는 등 여론조사의 방식을 규제하는 방식으로 개정되어 왔다.³⁷⁾

(1) 내용적 규제

현행법상 선거여론조사 규제는 크게 ① 조사 내용과 방식에 대한 내용적 규제와 ② 위와 같은 내용적 규제를 관철하기 위한 절차적 규제로 대별하여 볼 수 있다. 먼저 내용적 규제의 주요한 내용을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 여론조사 방식과 관련하여, 누구든지 선거에 관한 여론조사를 하는 경우에는 피조사자에게 질문을 하기 전에 여론조사 기관·단체의 명칭과 전화번호를 밝혀야 한다(법 제108조 제5항). 또한 야간에는 전화를 이용하여 선거에 관한 여론조사를 실시할 수 없다(같은 조 제10항). 또한 누구든지 선거일전 60일전부터 선거일까지 선거에 관한 여론조사를 투표용지와 유사한 모형에 의한 방법을 사용하거나 후보자 또는 정당의 명의로 선거에 관한 여론조사를 할 수 없다(같은 조 제2항).

둘째, 여론조사의 대상과 관련하여, 해당 조사대상의 전계층을 대표할 수 있도록 피조사자를 선정하여야 한다(법 제108조 제5항).

셋째, 여론조사의 내용과 관련하여, 특정 정당 또는 후보자에게 편향되도록 하는 어휘나 문장을 사용하여 질문하거나(법 제108조 제5항 제1호), 피조사자에게 응답을 강요하거나 조사자의 의도에 따라 응답을 유도하는 방법으로 질문하거나, 피조사자의 의사를 왜곡하여서는 안 된다(같은 항 제2호). 중앙선거여론조사심의위원회는 공표 또는 보도를 목적으로 하는 선거에 관한 여론조사의 객관성·신뢰성을 확보하기

37) 우리나라 공직선거법상 선거여론조사 규제의 개정 연혁에 관하여는 이노홍, “공직선거법상 선거여론조사 규제에 관한 헌법적 검토”, *홍익법학* 제20권 제1호, 2019, 222면 이하 참조.

위하여 공표한 「선거여론조사기준」(법 제8조의8 제6항)을 준수하여야 한다. 법 제8조의8 제6항의 수권 규정에 따라 「선거여론조사기준」에서는 선거여론조사에 있어 준수하여야 할 사항을 상세히 정하고 있다.

넷째, 그 밖에 공직선거법령이 규정하고 있는 각종 제한을 위반하여서는 안 된다. 오락 기타 사행성을 조장할 수 있는 방법으로 조사하거나 법 제13항에 따라 제공할 수 있는 전화요금 할인 혜택을 초과하여 제공하여서는 안 되고(같은 항 제3호), 피조사자의 성명이나 성명을 유추할 수 있는 내용을 공개하여서는 안 된다(같은 항 제4호).

다섯째, 선거에 관한 여론조사결과를 왜곡하여 공표 또는 보도하여서는 안 된다(법 제96조).

(2) 절차적 규제

현행법은 선거여론조사의 객관성과 신뢰성을 확보하기 위한 내용적 규제를 관철시키기 위하여 몇 가지 절차적 통제방식을 두고 있다. 선거여론조사에 대한 절차적 규제는 크게 (i) 선거여론조사를 실시하는 주체인 여론조사기관·단체의 등록제와 (ii) 선거여론조사의 사전신고제, (iii) 여론조사 결과 공표·보도 전 등록제의 세 가지로 요약할 수 있다.

「공직선거법」은 선거여론조사규제기관으로서 선거여론조사심의위원회를 두고(법 제8조의8)³⁸⁾ ① 객관성·전문성이 결여된 선거여론조사기관의 난립과 선거여론조사를 빙자한 선거운동을 방지하기 위하여 여론조사 기관·단체가 공표 또는 보도를 목적으로 선거에 관한 여론조사를 실시하려는 때에는 조사시스템, 분석전문인력, 그 밖에 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 요건을 갖추어 관할 선거여론조사심의위원회에 서면으로 사전에 등록을 신청하도록 하였다(제8조의 9).

② 또한 제3자로부터 여론조사를 의뢰받은 여론조사 기관·단체와 정당, 방송사업자, 전국 또는 시·도를 보급지역으로 하는 신문사업자 및 정기간행물사업자, 뉴스통신사업자, 일정규모 이상의 인터넷언론사 등을 제외하고는 선거에 관한 여론조사를 실시하려면 여론조사의 목적, 표본의 크기, 조사지역·일시·방법, 전체 설문내

38) 2014. 2. 13. 공직선거법 개정으로 도입된 선거여론조사규제기관의 명칭은 ‘선거여론조사공정심의위원회’였다. 2017. 2. 공직선거법개정을 통하여 현행과 같은 ‘선거여론조사심의위원회’로 개칭되었다.

용 등을 관할 선거여론조사심의위원회에 사전에 서면으로 신고하도록 규정한다(법 제108조의1 제3항).

③ 선거에 관한 여론조사 결과를 공표·보도하려는 때에는 그 결과의 공표·보도 전에 해당 여론조사를 실시한 선거여론조사기관이 「선거여론조사기준」으로 정한 사항을 중앙선거여론조사심의위원회 홈페이지에 미리 등록하여야 한다. 이 경우 선거여론조사기관이 제3자로부터 의뢰를 받아 여론조사를 실시한 때에는 해당 여론조사를 의뢰한 자는 선거여론조사기관에 해당 여론조사 결과의 공표·보도 예정일시를 통보하여야 하며, 선거여론조사기관은 통보받은 공표·보도 예정일시 전에 해당 사항을 등록하여야 한다(법 제108조 제7항).

2. 현행 공직선거법상 형벌 및 과태료 조항의 중복

(1) 현황

「공직선거법」은 이상에서 개관한 선거여론조사에 관한 의무 이행의 실효성 확보를 위하여 의무위반행위에 대한 제재 규정을 두고 있다. 현행 「공직선거법」상 제재 규정을 형벌조항과 과태료 조항으로 나누어 보면 다음과 같다.

1) 3년 이하의 징역 또는 600만원 이하의 벌금형(법 제256조 제1항)

1. 제57조의8제7항제3호(제108조의2제5항에서 준용하는 경우를 포함)를 위반하여 이용자의 정보를 제공한 자, 같은 항 제4호(제108조의2제5항에서 준용하는 경우를 포함한다)를 위반하여 해당 정당 또는 선거여론조사기관 외의 자에게 휴대전화 가상번호를 제공한 자, 같은 항 제5호(제108조의2제5항에서 준용하는 경우를 포함한다)를 위반하여 명시적으로 거부의를 밝힌 이용자의 휴대전화 가상번호를 제공한 자 또는 같은 항 제6호(제108조의2제5항에서 준용하는 경우를 포함한다)를 위반하여 휴대전화 가상번호를 생성하여 제공한 자

2. 제57조의8제9항제1호(제108조의2제5항에서 준용하는 경우를 포함한다)를 위반하여 휴대전화 가상번호를 제57조의8제1항에 따른 여론조사·여론수렴 또는 제108조

의2제1항에 따른 여론조사가 아닌 목적으로 사용하거나 제57조의8제9항제2호(제108조의2제5항에서 준용하는 경우를 포함한다)를 위반하여 다른 자에게 제공한 자

3. 제57조의8제10항(제108조의2제5항에서 준용하는 경우를 포함한다)을 위반하여 유효기간이 지난 휴대전화 가상번호를 즉시 폐기하지 아니한 자

5. 제108조제5항을 위반하여 여론조사를 한 자, 같은 조 제9항에 따른 요구를 받고 거짓의 자료를 제출한 자, 같은 조 제11항제1호를 위반하여 지시·권유·유도한 자, 같은 항 제2호를 위반하여 여론조사에 응답하거나 이를 지시·권유·유도한 자 또는 같은 조 제12항을 위반하여 선거에 관한 여론조사의 결과를 공표·보도한 자

2) 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금형(법 제256조 제3항)

1. 선거운동과 관련하여 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자

과. 제108조제1항을 위반하여 여론조사의 경위와 그 결과를 공표 또는 인용하여 보도한 자, 같은 조 제2항을 위반하여 여론조사를 한 자, 같은 조 제6항을 위반하여 여론조사와 관련 있는 자료일체를 해당 선거의 선거일 후 6개월까지 보관하지 아니한 자, 같은 조 제9항을 위반하여 정당한 사유 없이 여론조사와 관련된 자료를 제출하지 아니한 자 또는 같은 조 제10항을 위반하여 여론조사를 한 자

하. 제57조의8제7항제1호(제108조의2제5항에서 준용하는 경우를 포함한다)를 위반하여 휴대전화 가상번호에 유효기간을 설정하지 아니하고 제공하거나 휴대전화 가상번호를 제공하는 날부터 당내경선의 선거일까지의 기간, 여론수렴 기간 또는 여론조사 기간을 초과하는 유효기간을 설정하여 제공한 자 또는 같은 항 제2호(제108조의2제5항에서 준용하는 경우를 포함한다)를 위반하여 요청받은 휴대전화 가상번호 수를 초과하여 휴대전화 가상번호를 제공한 자

3) 과태료 조항(3천만원 이하의 과태료)(법 제261조 제2항)

1. 제8조의8제10항에 따른 시정명령·정정보도문의 게재명령을 통보받고 이를 이행하지 아니한 자
2. 제108조제6항을 위반하여 선거여론조사기준으로 정한 사항을 함께 공표 또는 보도하지 아니한 자
3. 제108조제7항을 위반하여 선거여론조사기준으로 정한 사항을 등록하지 아니한 자. 이 경우 해당 여론조사를 의뢰한 자가 여론조사 결과의 공표·보도 예정일시를 통보하지 아니하여 등록하지 못한 때에는 그 여론조사 의뢰자를 말한다.
4. 제108조제8항을 위반하여 여론조사를 실시하거나 그 결과를 공표 또는 보도한 자

(2) 선거여론조사방식 위반과 제재의 중복

행정법학에서 넓은 의미의 ‘행정벌’은 행정법상 의무위반행위에 대해 일반 통치권에 근거하여 사인에게 과하는 제재이고, 제재의 내용을 기준으로 크게 행정형벌과 행정질서벌(과태료)로 구별된다.³⁹⁾ 행정형벌은 형법상의 형벌을 과하는 경우를 의미하고, 행정질서벌은 과태료가 과하여지는 행정벌이다.⁴⁰⁾

현행 「공직선거법」상 선거여론조사에 관한 의무위반행위에 대한 행정벌의 규정체계를 살펴보면 형벌의 부과대상과 과태료 부과대상이 일부 중복되는 문제점이 발견된다. 특히 행정형벌을 규정하고 있는 법 제256조 제1항 제5호는 “제108조 제5항을 위반하여 여론조사를 한 자”를 3년 이하의 징역 또는 600만원 이하의 벌금형의 대상으로 규정하고 있다. 위 처벌 조항이 구성요건으로 삼고 있는 제108조 제5항을 옮기면 아래와 같다.

39) 김동희, 行政法 I(제19판), 박영사, 2013, 460, 461면 참조.

40) 박균성, 行政법강의(제19판), 박영사, 2022, 427면 참조.

법 제108조(여론조사의 결과공표금지 등) ⑤ 누구든지 선거에 관한 여론조사를 하는 경우에는 피조사자에게 질문을 하기 전에 여론조사 기관·단체의 명칭과 전화번호를 밝혀야 하고, 해당 조사대상의 전계층을 대표할 수 있도록 피조사자를 선정하여야 하며, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 특정 정당 또는 후보자에게 편향되도록 하는 어휘나 문장을 사용하여 질문하는 행위
2. 피조사자에게 응답을 강요하거나 조사자의 의도에 따라 응답을 유도하는 방법으로 질문하거나, 피조사자의 의사를 왜곡하는 행위
3. 오락 기타 사행성을 조장할 수 있는 방법으로 조사하거나 제13항에 따라 제공할 수 있는 전화요금 할인 혜택을 초과하여 제공하는 행위
4. 피조사자의 성명이나 성명을 유추할 수 있는 내용을 공개하는 행위

그런데 이와 동시에, 행정질서벌을 규정하고 있는 법 제261조 제2항이 3천만원 이하의 과태료 부과대상으로 규정하고 있는 행위로 “제108조제8항을 위반하여 여론조사를 실시하거나 그 결과를 공표 또는 보도한 자”가 규정되어 있다.

법 제108조(여론조사의 결과공표금지 등) ⑧ 누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 제7항에 따라 중앙선거여론조사심의위원회 홈페이지에 등록되지 아니한 선거에 관한 여론조사 결과를 공표 또는 보도하는 행위
2. 선거여론조사기준을 따르지 아니하고 공표 또는 보도를 목적으로 선거에 관한 여론조사를 하거나 그 결과를 공표 또는 보도하는 행위

이 중 앞서 언급한 형벌 조항의 구성요건과 중복될 수 있는 행위는 법 제108조 제8항 제2호의 “선거여론조사기준을 따르지 아니하고 공표 또는 보도를 목적으로 선거에 관한 여론조사”를 하는 행위이다. 본 조에서 규정한 ‘선거여론조사기준’은 중앙

선거여론조사심의위원회가 공표 또는 보도를 목적으로 하는 선거에 관한 여론조사의 객관성·신뢰성을 확보하기 위하여 필요한 사항을 정하여 공표한 행정규칙이다(법 제8조의8 제6항 참조).

현행 「선거여론조사기준」은 선거여론조사의 내용과 관련하여 상세한 규제를 담고 있는데, 우선 피조사자 선정과 관련하여, ① 조사대상 전체에 대한 대표성을 확보할 수 있도록 피조사자를 선정할 것(기준 제4조 제2항), ② 특정 정당이나 후보자에게 유리하거나 불리한 결과를 가져올 수 있는 표본추출틀의 사용 금지(같은 조 제4항), ③ 후보자가 구축하거나 제공한 데이터베이스를 표본추출틀로 사용 금지(같은 조 제5항)와 같은 의무를 규정하고 있다. 조사방법과 관련하여서는 ① 피조사자에게 응답을 강요하거나 조사자의 의도에 따라 특정 응답을 유도하는 방법으로 질문하거나 피조사자의 의사 왜곡 금지(같은 조 제7항), ② 결과를 왜곡할 수 있는 조사방법이나 분석 방법 사용 금지(같은 조 제8항), ③ 조사 질문지 작성에 있어 특정 정당 또는 후보자에게 편향될 수 있는 내용으로 질문지를 작성하거나 질문을 하는 것을 금지하고 있다(기준 제6조). 또한 조사대상자의 권리 보호를 위해서 선거여론조사를 실시할 때에는 선거여론조사기관의 명칭과 전화번호를 밝히도록 하고 있으며(기준 제7조 제1항), 선거여론조사를 실시할 때 조사대상자의 수치심을 유발하게 하거나 모욕하는 행위를 금지하고(같은 조 제2항), 조사대상자의 성명이나 성명을 유추할 수 있는 내용을 공개하는 행위를 금지하고 있다(같은 조 제3항).

이상과 같이 「선거여론조사기준」이 조사기관의 의무로 규정하고 있는 사항들은 「공직선거법」이 규정하고 있는 선거여론조사기관의 의무를 구체화하여 규정하고 있는 경우가 많기 때문에, ‘~~선거여론조사기준을 따르지 아니하고 「선거여론조사기준」을 따르지 아니하고~~ 공표 또는 보도를 목적으로 선거에 관한 여론조사를 하는 행위’는 ‘법제108조 제5항을 위반하여 여론조사를 한 자’와 상당부분 중복된다. 위와 같이 규범의 적용범위가 중첩되는 의무위반행위에 대해서는 사실상 형벌 조항과 과태료 조항이 중복 적용될 수 있는 가능성이 존재하고 있다.

(3) 형벌과 과태료 이중부과의 문제점

현재의 대법원 관례에 따르면 동일한 위반행위에 대해 제재 부과의 목적과 기능이 다른 경우에는 과태료를 부과한 행위에 대해 다시 형벌인 벌금을 부과하더라도 현

법상 금지되는 일사부재리 또는 이중처벌에 해당하지는 않는다(대법원 1996. 4. 12. 선고 96도158 판결, 2000.10.27., 2000도3874 판결). 헌법재판소 결정례 역시 아래와 같이 형벌과 과태료의 이중부과가 직접 헌법 위반의 문제를 야기하지 않음을 확인한 바 있다.

헌법재판소 1994. 6. 30. 92헌바38 결정

헌법 제13조 제1항이 정한 “이중처벌금지의 원칙”은 동일한 범죄행위에 대하여 국가가 형벌권을 거듭 행사할 수 없도록 함으로써 국민의 기본권 특히 신체의 자유를 보장하기 위한 것이므로, 그 “처벌”은 원칙으로 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌을 의미하는 것이고, 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익 처분을 모두 그에 포함된다고 할 수는 없다.

즉 제재 부과 목적과 기능이 다른 경우, 동일한 의무위반행위에 대하여 형벌과 과태료가 병과 가능성이 있더라도 곧바로 헌법 위반의 문제가 발생하지 않는다. 다만 실제로 제재처분을 받는 상대방은 이중의 처벌이라는 인식을 가질 수밖에 없고, 위반행위의 사회적 영향력이나 비난가능성이 크지 않은 경우는 벌금과 과태료를 병과하는 것은 행정목적과 제재 수단의 선택이 적절하다고 할 수 없다. 무엇보다도 동일한 유형의 의무위반행위에 대하여 규제 당국의 선택에 따라 어떤 경우에는 형벌을 부과하고 어떤 경우에는 질서벌을 부과할 수 있도록 하는 것은 자의(恣意)금지를 본질로 하는 법치국가원리상 바람직한 규범 상태라고 할 수 없다. 양자 모두 과거의 위반행위에 대한 제재의 성격을 가지고 있으므로 동일한 위반행위에 대해 형벌인 벌금과 질서벌인 과태료를 중복 부과하는 것은 동일한 과거의 위반행위를 두 번 이상 평가하고 제재하는 것으로 입법권 남용으로 평가될 여지가 있다.⁴¹⁾

위 헌법재판소 92헌바38 결정의 이유에서도 “다만, 행정질서벌로서의 과태료는 행정상 의무의 위반에 대하여 국가가 일반통치권에 기하여 과하는 제재로서 형벌(특히 행정형벌)과 목적·기능이 중복되는 면이 없지 않으므로, 동일한 행위를 대상으로 하여 형벌을 부과하면서 아울러 행정질서벌로서의 과태료까지 부과한다면 그것은 이중처벌금지의 기본정신에 배치되어 국가 입법권의 남용으로 인정될 여지가 있음을 부정할 수 없다.”라고 하여 이 점을 지적하고 있다. 따라서 현행 「공직선거법」

41) 안승철, “과태료·과징금 합리화 방안에 대하여”, 법제, 2010. 3. 57면 참조.

상 형벌과 과태료의 이중부과가능성은 비록 직접적으로 위헌 문제를 야기하지 않더라도 헌법적으로 결코 바람직하다고는 할 수 없으므로, 입법정책적으로는 개선을 요한다.

다른 입법례를 보면, 「산업안전보건법」상의 벌칙규정은 크게 ① 행정의무위반으로 인하여 근로자의 생명을 침해하는 결과를 야기한 경우 형벌로 처벌하는 규정(제167조), ② 그 밖에 행정법상의 의무위반을 형벌로 처벌하는 규정(제168조 내지 제172조), ③ 행정질서별로 과태료를 부과하는 규정(제175조)으로 구성되어 있다.

특히 ①의 의무위반행위는 「산업안전보건법」상의 안전·보건조치의무위반으로 인해 근로자의 사망이라는 결과를 야기한 경우를 중한 형벌로 처벌함으로써, 형사특별법적 규정에 해당된다. ②의 유형에서는 제168조부터 제172조까지 다양한 행정법상 의무위반행위의 경중에 따라 법정형의 상한을 구별하여 규정하고 있다. ③ 유형은 앞의 ① 또는 ② 유형과 비교하여 상대적으로 그 위반의 정도나 법익 침해가 경미하다고 판단되는 의무위반행위에 대하여 과태료를 부과하고 있는 규정이다.

「여객자동차운수사업법」 제95조, 「식품위생법」 제102조, 「부동산등기 특별조치법」 제11조 1항에서는 과징금을 부과받은 자에게는 동일한 위반행위에 대하여 과태료를 부과할 수 없다는 취지의 규정을 두고 있다.

「여객자동차운수사업법」

제95조(과태료 규정의 적용 특례) 제94조의 과태료 규정을 적용할 때 제88조에 따라 과징금을 부과 받은 자에게는 그 위반행위에 대하여 과태료를 부과할 수 없다.

「식품위생법」

제102조(과태료에 관한 규정 적용의 특례) 제101조의 과태료에 관한 규정을 적용하는 경우 제82조에 따라 과징금을 부과한 행위에 대하여는 과태료를 부과할 수 없다. 다만, 제82조제4항 본문에 따라 과징금 부과처분을 취소하고 영업정지 또는 제조정지 처분을 한 경우에는 그러하지 아니하다.

「부동산등기 특별조치법」

제11조(과태료) ① 등기권리자가 상당한 사유없이 제2조 각항의 규정에 의한 등기신청을 해태한 때에는 그 해태한 날 당시의 부동산에 대하여 「지방세법」 제

10조 및 제10조의2부터 제10조의6까지의 과세표준에 같은 법 제11조제1항의 표준세율(같은 법 제14조에 따라 조례로 세율을 달리 정하는 경우에는 그 세율을 말한다)에서 1천분의 20을 뺀 세율(같은 법 제11조제1항제8호의 경우에는 1천분의 20의 세율)을 적용하여 산출한 금액(같은 법 제13조제2항·제3항·제6항 또는 제7항에 해당하는 경우에는 그 금액의 100분의 300)의 5배 이하에 상당하는 금액의 과태료에 처한다. 다만, 부동산실권리자명의등기에관한법률 제10조제1항의 규정에 의하여 과징금을 부과한 경우에는 그러하지 아니하다.

3. 형벌과 과태료 부과대상의 구별 기준 설정

(1) 이론상 구별기준

행정형벌은 원칙적으로 공법상 의무이행확보수단으로서 최후적이고 보충적으로 이용되어야 한다. 즉 행정의무위반행위에 대하여 형벌을 과하는 것은 불가피한 경우에 한정되어야 한다.

행정질서벌인 과태료는 행정법규 위반의 정도가 비교적 경미하여 간접적으로 행정목적 달성에 장애를 줄 위험성이 있는 정도의 단순한 의무태만에 대해 과하는 일종의 금전벌이다(대법원 1969. 7. 29. 69마400 참조). 반면 행정형벌은 직접적으로 행정 목적이나 사회법익을 침해하는 의무위반행위를 대상으로 부과한다는 점에서 과태료와 차이가 있다. 과태료는 형벌이 아니므로 형법 총칙의 규정이 자동적으로 적용되지는 않는다. 또한 과태료를 부과받더라도 전과로 되지 않으며 다른 형벌과 누범관계가 생기지 않는다.⁴²⁾

이론적으로 행정형벌과 질서벌의 부과 대상의 구분은 직접적으로 행정목적을 침해하는 행위에 대해서는 행정형벌이 과하여지고, 간접적으로 행정목적의 달성에 장애를 가져올 위험성이 있는데 그치는 행위에 대해서는 행정질서벌의 대상이 된다는 구별 기준이 일반적이다.⁴³⁾ 이와 같은 전통적 견해에 따르면 행정법상 의무부과를 통하여 달성하고자 하는 행정목적의 내용이 확정되기만 한다면 양자의 구분은 비교적 용이하다. 그러나 입법목적 또는 행정목적은 기본적으로 추상적이고 불확정적인 개념이기 때문에 현행법상 형사벌인 벌금, 과료 및 범칙금의 대상과 과태료의 대상

42) 법제처, 법령 입안 심사 기준, 2021. 593면.

43) 박균성, 앞의 책, 427면 참조.

이 되는 행위는 그 성질상 본질적인 구분이라기보다는 그 실질이 ‘입법정책적’인 것이라는 점을 부인하기 어렵다.⁴⁴⁾ 또 경우에 따라서는 그 내용의 설정도 행정에 의해 결정될 수 있는 여지가 있어 현실적으로는 구분기준으로서 명확하지 못한 경우가 많을 것이다.

최근에는 형벌을 통한 제재를 가능한 한 한정하려는 의도에서 제재대상인 의무위반행위가 형벌을 과할만한 고도의 위법성과 유책성을 가지는 행위인가, 아니면 행정법규의 시행을 실효성 있게 하기 위한 수단에 그치는 것인가를 기준으로 구별하여야 한다는 견해⁴⁵⁾가 있고, 당해 위반행위가 형벌의 대상으로 삼을만큼 사회상규에 벗어난 비난을 받을 만한 행위인가(형벌 적용의 타당성)에 더하여, 규제 효과와 보충성을 기준으로 하는 견해⁴⁶⁾도 제시되고 있다.

(2) 법제처 법령입안심사 기준상의 구별기준

법제처의 법령입안심사 기준에서는 학설상의 구별기준보다는 보다 더 구체화된 구별 기준을 제시하고 있다. 법령입안심사기준은 행정 목적 달성에 지장이 적은 경미한 의무위반행위에 대해서는 지나친 형사처벌을 억제하여 다수 국민이 전과자가 되는 것을 막고, 동일하거나 유사한 의무위반행위에 대한 벌칙의 불균형을 해소하기 위해 행정 목적 달성에 지장이 적은 것으로 보이는 다음과 같은 유형의 의무위반에 대해서는 가능하면 과태료를 부과하도록 한다.⁴⁷⁾

위 기준에 따르면 ① (인허가 등) 특정 영업이나 행위에 필요한 행정청의 인허가, 승인, 지정, 등록 등에 대한 의무 위반행위, ② (신고) 특정 영업이나 행위를 하기 위해 법령에 따라 행정청에 문서로 제출해야 하는 의무를 위반하는 행위, ③ (보고) 법령의 적용을 받는 개인, 법인이나 행정기관의 위임이나 위탁을 받은 단체 등이 특정한 사항의 보고의무나 자료제출 의무를 불이행하는 행위, ④ (행정상 명령) 행정청이 특정인에게 부과하는 일정한 법률상의 작위, 부작위, 또는 수인 의무 등을 불이행하는 행위, ⑤ (조사) 행정 목적을 달성하기 위해 행정기관의 직원이 그 감독을 받는 사업장, 공장, 창고 등에 출입하여 장부·서류를 조사하는 등을 기피하거나

44) 정준현, “행정상 금전제재와 그 실효성 확보방안”, 법조 제577호, 2004, 146면 참조.

45) 井戸田侃, “行政法規違反と犯罪”, 犯罪と刑罰(上), 有斐閣, 1968, 158頁 참조.

46) 平野龍一, “現代における刑法の機能”, 刑法の基礎, 93頁 참조.

47) 법제처, 법령 입안 심사 기준, 594면.

방해하는 행위, ⑥ (계획) 업무수행을 위해 자체적으로 계획, 대책, 규정, 기준 등을 수립·작성하고 이를 보고할 의무를 이행하지 않거나 수립한 계획 등을 이행하지 않는 행위, ⑦ (유사명칭) 법률상 특정 자격을 갖춘 자가 아님에도 해당 자격명칭을 사용하거나 법률에 따라 설립 또는 구성된 특정 기관의 명칭을 그 기관 외의 자가 사용하는 행위, ⑧ (교육) 법률상 일정한 교육을 이수할 의무가 있는 사람이 불이행하거나 관리자 등이 교육 대상자에 대해 교육을 시키지 않거나 교육 참가를 허용하지 않는 행위, ⑨ (강제보험) 의무보험에 가입할 의무를 이행하지 않는 경우, 보험자가 보험계약의 체결을 거부하거나 보험사고 시 보험금 지급을 거절하는 행위, ⑩ (게시) 법령에 따른 자격이 있음을 나타내는 증명서나 요금 등의 정보를 영업소, 사업장 등에 게시하지 않는 행위, ⑪ (보존) 법령에 따라 기록·보존되어야 할 사항을 작성하지 않거나 보존하지 않는 행위와 장부를 비치하거나 열람에 제공하지 않는 행위, ⑫ (통지) 특정 사실을 당사자 또는 이해관계인에게 통지, 통보, 설명할 의무를 위반하거나 일반인이 알 수 있도록 외부에 공지·공시할 의무를 위반하는 행위, ⑬ (인력배치) 업무상 특정 인력을 배치하도록 규정하고 있음에도 해당 인력을 선임, 지정, 배치하지 않는 행위, ⑭ (인증) 사용이나 판매를 위해 사전에 검증이나 인증을 받아야 할 의무를 이행하지 않는 행위로서 그 대상의 특성에 따라 형식승인, 검정, 형식검정, 형식등록 등 다양한 명칭으로 표현됨, ⑮ (검사) 안전 등을 위해 정기적으로 또는 필요시 받아야 하는 검사나 점검을 받지 않는 행위, ⑯ (표시) 상품이나 서비스 제공 수단에 법령에서 정한 특정사항을 표시하지 않거나 표시 방법을 위반하는 행위, ⑰ (토지출입) 행정청이나 사업시행자 등 권한 있는 자가 공사, 조사, 측량 등을 위하여 타인의 토지에 출입하는 것을 거부·방해·기피하는 행위나 공무원 등이 토지 출입 시에 지켜야 할 의무를 위반하는 행위, ⑱ (기타) 준수사항 위반, 검직금지 등으로 분류하고 있다.⁴⁸⁾

그러나 위와 같은 기준은 법령 입안에 참고할 수 있는 일응의 기준을 제시한 것이고, 실정법에서 위와 같은 위반행위를 모두 과태료 부과대상으로 하는 것은 물론 아니다. 실정법상 위와 같은 의무위반행위에 대하여 행정목적과 의무 위반의 정도를 고려하여 형벌의 부과 대상으로 하는 경우도 많다. 왜냐하면 행위의 유형이 동일하더라도 그것이 각 개별 법률의 영역에서 사용되는 의미와 중요성은 다를 수 있으며, 또 다른 의무와 연관되어 있는 경우도 있기 때문이다. 특히 신고나 보고의무

48) 법제처, 법령 입안 심사 기준, 595-596면.

위반 등은 다른 의무위반행위와 연결될 수 있는데, 예컨대 신고는 영업 진입과 관련된 다른 의무, 보고는 영업 통제와 관련된 다른 의무와 연결될 가능성이 있다. 특히 미신고 행위의 의미는 행정청의 수리를 요하지 않는 자기 완결적 신고와 수리를 요하는 신고로 나누어 그 의무위반행위의 의미를 별도로 검토하여야 한다. 후자의 경우 그 신고는 변형된 허가제 또는 강화상 허가에 준하는 성질을 가지고 있어 그 의무위반을 단순히 과태료 대상으로 전환하기에는 무리가 있다.⁴⁹⁾ 따라서 행위유형 별로 분류한 위와 같은 기준은 과태료를 부과할 수 있는 의무위반행위를 일응 예시한 것에 불과하다고 보아야 한다.

위 심사기준에서도 위와 같은 유형에 속하더라도 ① 단순한 행정질서 위반이라도 이와 관련성이 깊은 범죄를 예방하는 데에 필요한 사항, ② 행정질서 위반이 결과적으로 위생과 안전의 확보를 크게 저해하는 사항, ③ 정부의 역점 정책에 관련되는 사항, ④ 제도의 목적 자체를 침해하는 사항(신고영업의 경우 영업신고 등), ⑤ 그 밖에 제도의 목적 달성을 위해 반드시 형벌로 처벌해야 할 사항 등은 형벌의 대상이 된다고 하고 있다.⁵⁰⁾

(3) 제재의 경계 설정에서 고려하여야 할 기준

1) 이론적 관점

「공직선거법」상 선거여론조사에 관한 의무위반에 대한 제재를 형벌과 과태료의 중복 없이 개정한다고 가정할 경우, 어떠한 위반행위를 형벌의 대상으로 할 것인지 과태료로 할 것인지를 정하는 경계 설정은 쉬운 일이 아니다.

우선 전통적인 이론상 구별기준을 적용할 경우 선거여론조사에 관한 각종 의무 규정의 입법 목적부터 도출하여야 한다. 선거여론조사에 관한 의무규정의 궁극적 목적은 일응 ‘공표 또는 보도를 목적으로 하는 선거에 관한 여론조사의 객관성·신뢰성을 확보’하는 것이라고 할 수 있다(법 제8조의8 제6항 참조). 전통적 견해에 따르면 직접적으로 선거에 관한 여론조사의 객관성·신뢰성을 훼손하는 의무위반행위는 형벌의 대상으로, 간접적으로 위 목적의 달성에 장애를 가져올 위험성이 있는데 그

49) 이호용/박수희, “행정형벌의 과태료 전환의 이유와 기준에 관한 연구”, 한양법학 제19권 제3호, 2008. 10. 359-360면 참조.

50) 법제처, 법령 입안 심사 기준, 596면.

치는 경우에는 과태료의 대상에 해당한다는 기준을 도출할 수 있으나, 무엇이 직접적으로 여론조사의 객관성·신뢰성을 훼손하는 것인지를 행위 유형별로 일률적으로 판단하기에는 한계가 있다. 다만 입법목적에 대한 직접적 침해라는 전통적 기준에 더하여, 의무위반행위의 사회적 비난가능성이라고 하는 관점을 추가하여 나름의 판단 기준을 제시할 수 있다.

2) 죄형법정주의의 관점

입법론에 있어 우선적으로 중요하게 고려하여야 할 점은 형사책임의 한계를 구성하는 헌법상 원리인 죄형법정주의의 원칙이다. 법률에 의한 처벌법규의 위임은 그 요건과 범위가 보다 엄격하게 제한적으로 적용되어야 한다. 따라서 처벌법규를 위임하는 경우에는 첫째, 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우로 한정되어야 하고, 둘째 이러한 경우에도 법률에서 범죄의 구성요건을 처벌 대상 행위가 어떠한 것일 것이라고 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하며, 셋째 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하되 위임입법의 위와 같은 예측 가능성의 유무를 판단할 때에는 해당 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단한다(헌법재판소 1997. 9. 25. 96헌가16 결정; 1997. 5. 29. 94헌바22 결정 참조).

예컨대 법률에서 제조업자 및 수입자의 준수사항을 위반하면 처벌하도록 하면서 준수사항을 “부령(총리령)으로 정한다”고 한다면, 구체적인 내용을 포괄적, 전면적으로 하위법령으로 위임하는 것이 되어 법률만으로는 그 내용을 예측할 수 없다. 이러한 내용이 형사처벌의 구성요건이 되는 경우라면 그 대강을 법률에 규정해야 하고 입법기술적 측면에서 준수사항을 일일이 법률에 규정할 수 없다면 그 핵심이 되는 사항을 법률에 규정하고 보다 구체적인 사항은 부령·총리령으로 정하도록 하는 것이 타당하다(헌법재판소 2010. 3. 25. 2008헌가5 결정). 범죄의 구성요건을 하위법령에 위임하려는 때에는 하위법령에서 정해질 구성요건의 대강을 예측할 수 있도록 위임 법률에 구체적이고 명확한 기준을 정해야 하고, ‘공공의 안녕질서’, ‘미풍양속’과 같은 추상적이거나 불명확한 개념을 사용해서는 안 된다(헌법재판소 2002. 6. 27. 99헌마480 결정).

3) 귀책사유

형벌은 원칙적으로 고의범을 대상으로 부과하는 것을 원칙으로 하고, 법률이 과실범을 처벌하는 규정을 두는 경우에는 과실범도 처벌할 수 있으나 귀책사유가 전혀 없는 경우까지 처벌 대상으로 삼을 수 없다. 반면, 과태료는 종래 판례 법리상 위반 행위자의 귀책사유 존부에 관하여 비교적 자유롭게 제재를 부과할 수 있는 영역으로 인식되어 왔다. 즉, 과태료와 같은 행정질서벌은 행정질서유지를 위한 의무의 위반이라는 객관적 사실에 대해 과하는 제재이므로 반드시 현실적인 행위자가 아니라도 법령상 책임자로 규정된 자에게 부과되고 원칙적으로 위반자의 고의·과실을 요하지 아니하나, 위반자가 그 의무를 알지 못하는 것이 무리가 아니었다고 할 수 있어 그것을 정당시킬 수 있는 사정이 있을 때 또는 그 의무의 이행을 그 당사자에게 기대하는 것이 무리라고 하는 사정이 있을 때 등 그 의무 해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 때에는 이를 부과할 수 없다(대법원 2000. 5. 26. 98두5972 판결 참조).

4) 제재의 실효성

끝으로 선거여론조사의 의무위반행위에 대한 제재의 실효성을 고려하여야 한다. 현행법은 법 제108조 제5항을 위반하여 여론조사를 한 행위에 대하여 3년 이하의 징역 또는 600만원의 벌금형이라는 법정형을 규정하고 있지만(법 제256조 제1항), 형사재판실무의 운용에 따라서는 가벼운 벌금형이 선고되어 제재의 실효성이 낮을 수 있다. 선거여론조사에 관한 의무위반행위로 인하여 얻게 되는 재산적 이익보다 벌금형을 통한 제재의 수위가 낮은 경우 의무이행확보수단으로서의 기능은 발휘되지 못한다. 또한 경우에 따라서는 3천만원 이하의 과태료라는 행정질서벌과의 제재역전 현상이 발생할 가능성도 존재한다. 만약 형벌의 대상으로 규정되어 있는 선거여론조사에 관한 각종 의무위반행위에 대하여 징역형이 선고되는 사례가 거의 존재하지 않는다면, 벌금형의 하한(과태료 상한 이상)을 규정하든지 또는 벌금형의 법정형을 상향하여 현실적으로 제재의 실효성을 확보할 수 있는 방안을 함께 검토하여야 한다.

(4) 입법 개선례

1) 「약사법」 개정사례

유사한 경우의 국내 입법 개선 사례 역시 참고할 필요가 있다고 판단된다. 형벌과 과태료의 중복 부과로 인한 유사한 문제점은 2012년 2월 개정 전 「약사법」에도 존재하고 있었다. 동법 제69조 제1항은 약국개설자 등에게 일정한 보고의무를 규정하고 있었다. 이 규정에 따르면 보건복지부장관, 식품의약품안전청장, 시·도지사, 시장·군수·구청장은 약국개설자, 의료기관 개설자, 의약품등의 제조업자·품목허가를 받은 자·수입자 또는 판매업자, 그 밖에 의약품등을 취급하는 업무에 종사하는 자에게 필요한 서류나 그 밖의 자료 제출의 요구할 수 있고, 관계 공무원으로 하여금 약국·의료기관, 의약품등을 제조·저장 또는 취급하는 공장·창고·점포나 사무소, 그 밖의 의약품등을 취급하는 업무를 하는 장소에 출입하여 그 시설 또는 관계 장부나 서류, 그 밖의 물건의 검사 또는 관계인에 대한 질문할 수 있으며, 물품·의약품등의 품질 검사를 위하여 필요한 최소 분량의 물품을 수거할 수 있다.

그런데 위 「약사법」 제69조 제1항에 따른 보고 등의 명령을 위반한 자는 200만원 이하의 벌금형의 대상으로 규정된 동시에(동법 제96조 제6호), 100만원 이하의 과태료를 부과할 수 있는 대상으로도 규정되어 있었다(동법 제98조 제1항 제8호).

약사법(2011. 6. 7. 법률 제10788호로 일부개정된 것)

제96조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 200만원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 제30조제2항을 위반한 자에 대해서는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

6. 제69조제1항, 제72조부터 제75조까지의 규정에 따른 보고·공표·검사·개수·변경 등의 명령을 위반한 자

제98조(과태료) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 100만원 이하의 과태료를 부과한다.

8. 제69조제1항을 위반하여 보고를 하지 아니한 자

이와 같은 벌금형과 과태료의 이중 부과 문제를 개선하기 위하여 2012. 2. 1. 법

를 제11251호로 일부개정된 「약사법」에서는 보고의무 위반행위에 대한 과태료 부과 규정을 삭제하고, 벌금만을 부과하는 것으로 규정하였다(개정법률 제94조제1항제11호, 개정전 법률 제98조 제1항 제8호 삭제).

2) 「연구실 안전환경 조성에 관한 법률」 개정 사례

또한 2011. 7. 개정 이전의 「연구실 안전환경 조성에 관한 법률」은 연구주체의 장이 연구실에 대한 안전점검을 실시하지 않아 연구실에 중대한 손괴를 야기하여 공중의 위험을 발생하게 한 경우 형사처벌(5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금)과 과태료(1천만원 이하)를 중복 부과할 수 있도록 규정하고 있었다.

연구실 안전환경 조성에 관한 법률(2011. 3. 9. 법률 제10446호로 일부개정된 것)

제22조(벌칙) ①다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제8조 및 제9조의 규정에 따른 안전점검 또는 정밀안전진단을 실시하지 아니하거나 성실하게 실시하지 아니함으로써 연구실에 중대한 손괴를 야기하여 공중의 위험을 발생하게 한 자

제25조(과태료) ①다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자는 2천만원 이하의 과태료를 과한다.

1. 제9조제1항의 규정에 따른 정밀안전진단을 실시하지 아니하거나 성실하게 수행하지 아니한 자
2. (생략)

②다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자는 1천만원 이하의 과태료를 과한다.

1. 제8조제1항의 규정에 따른 안전점검을 실시하지 아니하거나 성실하게 수행하지 아니한 자

위와 같은 중복 제재를 개선하기 위하여 2011. 10. 22. 법률 제10874호로 개정된 「연구실 안전환경 조성에 관한 법률」은 제25조제1항제1호 중 “수행하지 아니한 자”를 “수행하지 아니한 자(제22조제1항제1호에 따라 벌칙을 부과받은 경우는 제외한다)”로 개정하고, 같은 조 제2항제1호 중 “수행하지 아니한 자”를 “수행하지 아니한 자(제22조제1항제1호에 따라 벌칙을 부과받은 경우는 제외한다)”로 개정하였다.

위 규정의 개정이유에서는 “중한 결과가 발생한 위반행위를 한 자에게 과태료와

형벌을 중복적으로 부과하는 것은 동일한 위반행위에 대한 중복평가로 헌법상 이중 처벌금지의 기본정신에 배치되므로 동일한 행위에 과태료와 형벌을 중복하여 부과되지 아니하도록 하는 한편, 과태료 부과·징수에 관한 일반법인 「질서위반행위규제법」이 제정됨에 따라 과태료 부과·징수에 관한 절차적인 규정을 정비하려는 것임.”이라고 하고 있다.

(5) 선거여론조사의무 위반과 제재의 경계 설정

1) 위반행위 유형별로 분류하는 방안

「공직선거법」상 선거여론조사의무 위반에 대한 제재 규정을 개선하는 입법방식으로 상정해 볼 수 있는 첫 번째 방안은 의무위반행위를 행위유형별로 분류하여 선거에 관한 여론조사의 객관성·신뢰성을 훼손하는 의무위반행위는 형벌의 대상으로, 간접적으로 위 목적의 달성에 장애를 가져올 위험성이 있는데 그치는 행위라고 평가되는 경우에는 과태료의 대상으로 규정하는 것이다. 이는 범익침해의 결과를 중심으로 제재 대상을 분류하는 것으로, 현행 「공직선거법」상 매수죄(법 제230조 제1항, 제261조 제9항) 및 기부행위죄(제257조 제2항, 제261조 제9항)은 이와 같은 관점에서 금품수수액이 일정 금액을 초과하는지 여부를 기준으로 형벌 부과 대상과 과태료 부과 대상행위를 분류하고 있다.

그런데 수액으로 위반행위를 분류할 수 있는 금품수수행위와는 달리, 선거여론조사의무 위반행위는 그 의무의 내용이 “전계층을 대표할 수 있도록 피조사자를 선정하여야 할 의무”, “특정 정당 또는 후보자에게 편향되도록 하는 어휘나 문장을 사용하여 질문하지 아니하여야 할 의무”, “피조사자에게 응답을 강요하거나 조사자의 의도에 따라 응답을 유도하는 방법으로 질문하거나 피조사자의 의사를 왜곡하지 아니하여야 할 의무”, “오락 기타 사행성을 조장할 수 있는 방법으로 조사하지 아니하여야 할 의무”와 같이 계량화·수량화하기 어려운 질적·평가적인 개념을 포함하고 있다. 설령 위반행위의 건수를 수량화하더라도 위반의 ‘정도’는 여전히 평가의 영역이기 때문에 제재수단 간의 경계 설정은 여전히 문제로 남는다. 위반행위의 수가 많더라도 경미한 정도의 편향이 개입될 수 있고, 상대적으로 적은 수량의 조사를 실시하더라도 편향의 정도가 심하다면 여론조사의 객관성·신뢰성에는 심각한 오염

를 일으킬 수 있기 때문이다. 따라서 제재수단의 선택에 있어서는 의무위반의 정도 역시 고려하지 않을 수 없는데, 예컨대 형벌의 대상으로는 ‘특정 정당 또는 후보자에게 명백히 편향되도록 하는 어휘나 문장을 사용하는 질문한 경우’를 규정하고, 과태료의 대상으로는 단순히 ‘특정 정당 또는 후보자에게 편향되도록 하는 어휘나 문장을 사용하는 질문을 한 경우’를 규정하는 경우 처벌의 대상으로 삼는 구성요건의 의미 내용이 객관적이고 명백하다고 볼 수 없어 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반된다는 헌법적 문제가 제기될 수 있다. ‘중대한 편향’, ‘심각한 의사의 왜곡’과 같은 구성요건표지에 대해서도 동일한 문제가 발생한다. 물론 “제공할 수 있는 전화요금 할인 혜택을 초과하여 제공하는 행위”와 같이 수량화·객관화를 통한 차등 분류가 가능한 의무위반행위의 유형도 간혹 존재하지만, 현행법이 제재의 대상으로 삼고 있는 의무위반행위가 조사대상자 선정단계부터 질문지 작성, 질문하는 방식, 조사결과 공표에 이르기까지 매우 다양한 외연을 가지고 있어 위반의 정도와 법익 침해의 수준을 일정 수준 미만과 초과라는 하나의 기준선으로 차등화하기가 매우 어렵다. 이러한 입법기술상의 한계 때문에 현행법도 형사처벌의 대상으로 삼고 있는 의무위반행위를 제108조 제5항에서 열거하고, 「선거여론조사기준」을 따르지 아니하고 공표 또는 보도를 목적으로 선거에 관한 여론조사를 하거나 그 결과를 공표 또는 보도하는 행위를 포괄하여 과태료를 부과할 수 있는 제재대상으로 규정하고 있는 것으로 추측된다. 선거여론조사의무 위반행위를 포괄적으로 제재하고자 하는 현행법의 기본 골격을 유지하는 이상, 의무위반행위를 법익 침해의 정도에 따라 일일이 형벌의 대상과 과태료의 대상으로 분류하는 것은 불가능하다고는 할 수 없지만 이 경우에는 성질이 상이한 여러 가지 의무위반행위의 제재간의 형평을 고려하여야 하기 때문에 입법기술적으로 매우 어려운 작업이 될 것으로 예상된다.

2) 주관적 구성요건표지를 기준으로 분류하는 방안

다음으로 고려할 수 있는 입법적 대안은 단순한 의무위반행위는 원칙적으로 과태료 부과대상으로 규율하고, 형벌 부과 대상으로는 의무위반행위자에 대한 사회적 비난가능성이 더 높은 행위만을 포함시키는 방식이다. 즉 형벌의 대상으로는 의무위반사실 이외에 “특정 정당 또는 후보자에게 편향되도록 할 목적”과 같은 주관적 구성요건표지를 추가로 규정하고, 위와 같은 주관적 구성요건 표지가 존재하지 않

는 단순한 의무위반행위는 과태료의 부과대상으로 분류하는 방안이다. 이렇게 하면 단순한 선거여론조사위반행위는 원칙적으로 과태료 부과대상으로 편입되고, 위반행위의 종류와 규모 등의 사정을 종합하여 의무위반행위자에게 여론조사의 객관성과 신뢰성을 훼손할 직접적인 의도가 인정되는 경우에만 형사처벌의 대상이 되도록 함으로써 형벌의 보충성 원칙에 상대적으로 더 부합하는 제도 운용이 가능해진다고 평가할 수 있다.

그러나 벌칙 규정을 두려면 형벌의 보충성 또는 최후 수단성을 고려하여 형벌 외적인 수단으로 행정법규의 목적을 달성할 수 있는지를 고려해야 하는 것 이외에도 현실적으로 형사정책상 예상되는 문제점, 수사 실무상의 애로와 문제점, 벌칙 부과로 야기될 수 있는 부작용 등을 함께 검토하여야 한다.⁵¹⁾ 주관적 구성요건표지를 갖춘 경우만을 형벌 부과 대상으로 규정할 경우에는 실제로 선거여론조사에 관한 의무위반행위에 있어 행위자의 의도나 목적과 같은 구성요건을 수사기관이 입증하기 위한 부담과 입증의 난이도를 아울러 고려하여야 한다. 뿐만 아니라 실제 조사담당자 외에 여론조사기관 자체의 주관적 의도를 입증하는 것은 현실적으로 매우 어렵기 때문에, 이와 같은 방식의 입법을 시도하는 경우 행위자 이외에 법인이나 사업주를 동시에 처벌하는 양벌 규정의 도입과 규정 방식을 검토하여야 한다.

3) 형벌 조항의 적용대상을 과태료 부과대상에서 제외하는 방안

세 번째로 형벌 조항의 적용대상이 되는 의무위반행위를 과태료 부과대상에서 제외하도록 명시하는 방안이다. 이는 「연구실 안전환경 조성에 관한 법률」의 개정 사례에서 채택된 방안이다.

제재 중복의 가장 큰 문제점 중 하나는 의무위반행위가 발생할 경우 국가기관의 입장에서 형벌과 과태료 중 어느 하나의 제재수단을 선택할 수 있는 일종의 재량이 생기고, 의무위반행위자는 행위시에 어떠한 제재를 받게 될지 예측할 수 없게 된다는 점이다. 이는 법적안정성과 자의 금지라는 법치국가원리에 비추어 헌법적 문제를 야기한다. 현행법은 제108조 제8항 제2호에서 “선거여론조사기준을 따르지 아니하고 공표 또는 보도를 목적으로 선거에 관한 여론조사를 하거나 그 결과를 공표 또는 보도하는 행위”를 일단 포괄하여 과태료의 제재대상으로 삼고, 다시 제108조

51) 법제처, 법령 입안 지침, 559면.

제5항에서는 “1. 특정 정당 또는 후보자에게 편향되도록 하는 어휘나 문장을 사용하여 질문하는 행위, 피조사자에게 응답을 강요하거나 조사자의 의도에 따라 응답을 유도하는 방법으로 질문하거나, 피조사자의 의사를 왜곡하는 행위, 3. 오락 기타 사행성을 조장할 수 있는 방법으로 조사하거나 제13항에 따라 제공할 수 있는 전화요금 할인 혜택을 초과하여 제공하는 행위, 4. 피조사자의 성명이나 성명을 유추할 수 있는 내용을 공개하는 행위”와 같이 형벌의 구성요건에 해당하는 의무위반행위를 특정하고 있어 제재 수단의 선택 가능성이 발생하고 있다.

「선거여론조사기준」은 「공직선거법」의 위임을 받아 중앙선거여론조사심의위원회는 공표 또는 보도를 목적으로 하는 선거에 관한 여론조사의 객관성·신뢰성을 확보하기 위하여 필요한 사항을 정하여 공표하는 행정규칙이다(법 제8조 제8항). 죄형법정주의의 원칙상 형벌의 대상이 되는 구성요건적 행위는 법률 그 자체에 규정되거나, 하위법령에 위임할 경우에는 적어도 법률 그 자체로서 하위법령에 규정될 내용이 예측될 수 있어야 하므로, 「공직선거법」 그 자체로서는 예측할 수 없는 내용의 의무인데 「선거여론조사기준」에만 규정되어 있는 의무의 위반을 처벌의 대상으로 삼을 수는 없다.

그러므로 형벌과 과태료의 제재대상을 명확하게 확정하기 위하여 과태료 부과대상인 제108조 제8항 제2호를 현행 “선거여론조사기준을 따르지 아니하고 공표 또는 보도를 목적으로 선거에 관한 여론조사를 하거나 그 결과를 공표 또는 보도하는 행위”에서 “법 제108조 제5항 위반행위 이외에 선거여론조사기준을 따르지 아니하고 공표 또는 보도를 목적으로 선거에 관한 여론조사를 하거나 그 결과를 공표 또는 보도하는 행위”로 개정하는 방안이 있다.

이렇게 규정할 경우 조사지역 전체 유권자의 성별, 연령대별, 지역별 구성 비율을 기준으로 한 가중값 배율을 밝히지 아니한 선거여론조사(기준 제5조), 과도한 표본을 조사한 경우(기준 제4조 제6항), 조사대상자의 수치심을 유발하거나 모욕하는 행위(기준 제7조 제2항)와 같이 「공직선거법」이 직접 처벌대상으로 삼고 있는 의무위반행위 이외에 「선거여론조사기준」이 독자적으로 정하고 있는 의무위반행위만이 과태료의 부과대상이 되어 형벌과 과태료의 선택적 부과 가능성의 문제점이 해소된다. 다만, 이렇게 할 경우 특정 후보자에게 편향되도록 하는 어휘나 문장을 사용하거나 응답을 유도하는 행위 등 대부분의 의무위반행위가 과태료 부과 대상이 아닌 벌금형의 대상이 됨으로써 비형벌화 추세에 맞지 않는다는 비판이 가능하다.

또는 의무위반행위 당시의 행위자의 제재에 대한 예측가능성 측면에서는 앞의 방안에 비하여 좋은 방식이라고 할 수 없지만 최소한 이중제재의 가능성을 막기 위하여 「연구실 안전환경 조성 관련 법률」의 개정 사례와 유사한 개정 방식을 검토할 수 있다. 이는 과태료 조항인 법 제261조 제2항 제4호를 개정하여 “제108조제8항을 위반하여 여론조사를 실시하거나 그 결과를 공표 또는 보도한 자(제256조제1항제5호에 따라 벌칙을 부과받은 경우는 제외한다)”와 같은 형태로 괄호 부분을 추가하는 것과 같은 방식이다.

4. 미등록 공표행위에 대한 처벌규정의 흠결

선거에 관한 여론조사 결과를 공표·보도하려는 때에는 그 결과의 공표·보도 전에 해당 여론조사를 실시한 선거여론조사기관이 「선거여론조사기준」으로 정한 사항을 중앙선거여론조사심의위원회 홈페이지에 등록하여야 한다. 이 경우 선거여론조사기관이 제3자로부터 의뢰를 받아 여론조사를 실시한 때에는 해당 여론조사를 의뢰한 자는 선거여론조사기관에 해당 여론조사 결과의 공표·보도 예정일시를 통보하여야 하며, 선거여론조사기관은 통보받은 공표·보도 예정일시 전에 해당 사항을 등록하여야 한다(법 제108조 제7항). 이는 선거여론조사의 객관성과 신뢰성을 확보하기 위한 내용적 규제를 관철시키기 위하여 도입한 절차적 통제방식이다. 선거여론조사심의위원회는 선거에 관한 여론조사가 「공직선거법」 또는 「선거여론조사기준」을 위반하였다고 인정되는 때에는 그 위반행위를 한 자에게 시정명령·경고·정정보도문의 게재명령 등 필요한 조치를 취할 수 있다(법 제8조의8 제10항). 「선거여론조사기준」으로 정한 사항을 조사결과의 ‘공표·보도’ 이전에 등록하도록 한 것은 명백히 위법한 조사결과에 대해서는 선거여론조사심의위원회가 사전에 시정을 명할 수 있도록 하기 위한 입법자의 의도를 내포하고 있다.

현행법은 사전등록의무위반과 선거여론조사에 관한 의무 위반이 동등하게 과태료 부과대상인 것처럼 규정하고 있지만(법 제108조 제8항 제1호 및 제2호, 법 제261조 제2항), 실제 선거여론조사에 관한 의무 위반행위는 대부분 별도로 처벌 규정을 통하여 형사처벌의 대상으로 삼고 있다(제108조 제5항, 제256조 제1항 제5호). 따라서 현행법상 특정 정당 또는 후보자에게 편향되도록 하는 어휘나 문장을 사용하여 질문하는 행위, 피조사자에게 응답을 강요하거나 조사자의 의도에 따라 응답을 유도

하는 방법으로 질문하거나, 피조사자의 의사를 왜곡하는 행위 등은 형사처벌의 대상이 된다.

선거여론조사심의위원회로 하여금 선거여론조사에 형사처벌의 대상이 되는 의무위반행위가 포함되어 있는지 여부조차 확인할 수 없도록 사전등록의무를 위반하고 선거여론조사결과를 공표한 행위는 선거여론조사의 객관성과 신뢰성 확보라는 법익 침해의 측면에서 위와 같은 의무위반행위에 비하여 더 가볍다고 할 수 없음에도 단순히 과태료 부과 대상으로 규정하고 처벌 규정을 두지 않고 있는 것은 제재의 대상과 법익 침해의 정도에 비추어 보면 균형에 맞지 않다. 현행 「공직선거법」상 선거여론조사 결과를 등록하지 않고 공표하는 행위에 대한 처벌 규정이 존재하지 않는 것은 일종의 숨은 흠결이라고 할 수 있다.

제5장 가상번호 목적외 사용 금지규정 개선안

1. 가상번호 목적외 사용 규제외 구조

선거여론조사에서 휴대전화 가상번호의 활용은 유선전화 가입자 수의 급격한 감소로 인하여 선거여론조사의 표집틀의 대표성이 떨어지면서, 여론조사 결과의 정확성과 신뢰도를 높이기 위하여 도입되었다.⁵²⁾ 당초 2016년 「공직선거법」에서는 정당 경선용 및 정당 정책 연구를 위한 여론조사에만 휴대전화 가상번호를 사용할 수 있도록 하였으나, 점차 휴대전화 가상번호를 사용한 여론조사의 허용범위를 넓혀 선거여론조사에도 휴대전화 가상번호를 사용할 수 있도록 개정되었다. 이러한 연혁적인 이유로 현행 「공직선거법」은 선거여론조사를 위한 휴대전화 가상번호의 제공에 관한 규제를 제108조의2에서 규정하면서도, 가상번호 제공 및 사용에 관한 세부적인 규제 내용은 정당이 당내경선 경선선거인 모집이나 여론조사 실시, 기타 정당 활동을 위한 여론수렴 목적외 여론조사에서 휴대전화 가상번호를 사용하는 경우 관련 제57조의8의 규정을 준용하도록 하는 규율 구조를 가지고 있다(제108조의2 제5항).

가상번호는 전화조사에서 사용된 표집틀의 모집단 포함률 및 응답율 향상을 통하여 여론조사의 객관성과 신뢰성을 높이기 위하여 도입된 제도이므로, 가상번호의 목적외 사용(예컨대 선거 홍보 또는 상업적 활용 등)은 조사환경을 심각하게 오염시킬 수 있다. 따라서 가상번호를 그 사용 목적외 여론조사에만 사용하도록 엄격히 제한하는 제도적 장치가 필수적으로 요청된다.⁵³⁾ 현행법이 가상번호의 유효기간을 최단으로 설정하도록 하고, 목적외 사용을 처벌하도록 하고 있는 것도 이와 같은 제도적 장치의 일종이다.

2. 가상번호를 목적외로 사용한 선거여론조사 의뢰인의 처벌 흠결

문제는 현행법이 정당 경선용 및 정당 정책 연구를 위한 여론조사에 대한 휴대전화 가상번호 사용 규제를 선거여론조사의 경우에 준용하다 보니 실질적으로 가별성

52) 한국조사연구학회, 휴대전화 가상번호(안심번호) 및 등록제 도입방안연구, 중앙선거여론조사공정심의위원회 2016년 연구용역과제보고서, 2016, 9면 참조.

53) 한국조사연구학회, 앞의 보고서, 27면 참조.

이 있는 목적외 사용행위에 대한 처벌 흠결이 발생할 수 있다는 점이다.

현행법은 정당 경선용 및 정당 정책 연구를 위한 여론조사의 경우 휴대전화 가상번호를 제공받은 ①‘정당’ 또는 ②‘여론조사기관·단체’에 대해서는 제공받은 휴대전화 가상번호를 여론조사 목적 이외에 다른 목적으로 사용하는 행위와 제공받은 가상번호를 다른 자에게 제공하는 행위를 금지하고 있다(법 제57조의8 제9항).

그리고 선거여론조사를 위한 휴대전화 가상번호의 제공에 있어서는 제108조의2 제5항에서 ‘선거에 관한 여론조사를 위한 휴대전화 가상번호 제공에 관하여는’ 법 제57조의8 제9항의 규정을 준용하도록 하고 있다. 위 각 의무 위반은 법 제256조 제1항 제2호에서 처벌의 대상으로 규정한다.

법 제256조(각종제한규정위반죄) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 600만원 이하의 벌금에 처한다.

2. 제57조의8제9항제1호(제108조의2제5항에서 준용하는 경우를 포함한다)를 위반하여 휴대전화 가상번호를 제57조의8제1항에 따른 여론조사·여론수렴 또는 제108조의2제1항에 따른 여론조사가 아닌 목적으로 사용하거나 제57조의8제9항제2호(제108조의2제5항에서 준용하는 경우를 포함한다)를 위반하여 다른 자에게 제공한 자

위와 같은 준용 구조상 언뜻 보기에는 선거여론조사에 있어서도 정당 경선용 여론조사의 의뢰인인 ‘정당’에 해당하는 ①‘선거여론조사 의뢰인’과 실제 여론조사를 실시하는 ②‘여론조사기관’에 대하여 모두 조사 목적 외 가상번호 사용과 제공받은 가상번호의 제3자 제공행위를 처벌할 수 있을 것처럼 보인다. 그러나 처벌규정의 문언상 선거여론조사를 의뢰한 의뢰인은 위와 같은 의무위반을 하더라도 처벌 대상이 되지 않는다고 해석될 가능성이 높다. 선거여론조사를 위한 휴대전화 가상번호의 제공을 규율하는 법 제108조의2는 행위 주체로 ‘선거여론조사기관’만을 규정하고 있어(같은 조 제1항, 제2항, 제3항, 제4항), 유독 준용규정인 제5항에 있어서만 의무의 주체를 ‘조사 의뢰인’과 ‘선거여론조사기관’으로 확대하여 해석할 근거가 마땅치 않고, 통상 준용규정 말미에서 두는 “이 경우 ‘정당’은 ‘의뢰인’으로 본다”와 같은 규정을 부가하지도 않았기 때문이다. 특히 죄형법정주의 원칙상 처벌의 대상이 되는 구성요건 규정은 엄격하게 해석하여야 한다는 관례 법리를 고려하여 보면 위와 같은 해석의 가능성은 더욱 높아진다.

형법 제33조 본문은 “신분관계로 인하여 성립될 범죄에 가공한 행위는 신분관계가 없는 자에게도 전3조의 규정을 적용한다”고 규정하여 신분 없는 자가 단독으로 신분범의 정범이 될 수는 없지만 기능적 행위지배가 있는 경우에는 신분자와 함께 공동정범이 될 수 있고, 신분자를 교사나 방조한 경우에는 교사범이나 방조범이 될 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 판례는 매도, 매수와 같이 2인 이상의 대향적 협력에 의하여 성립되는 필요적 공범은 구성요건이 수인의 협력에 의하여 비로소 성립하며 각자에게 적용될 형벌도 각칙에 별도로 규정되어 있으므로 내부참가자 사이에는 임의적 공범을 전제로 하는 형법총칙의 공범에 관한 규정은 적용될 여지가 없다고 하면서 약사범위범죄의 방조범에 대한 공소사실 중 정범의 판매목적의 의약품 취득 범행과 대향범관계에 있는 정범에 대한 의약품 판매행위에 대하여는 형법총칙상 공범이나 방조범 규정의 적용이 있을 수 없어 정범의 범행에 대한 방조범으로 처벌할 수 없다고 한다(대법원 2001. 12. 28. 선고 2001도5158 판결 참조). ‘휴대전화 가상번호의 목적외 제공’은 이를 이동통신사로부터 전달받아 의뢰인에게 목적 외로 제공하는 여론조사기관과 조사를 의뢰한 의뢰인이 이른바 필요적 공범관계에 있다고 볼 수 있는데, 여론조사기관의 누설행위는 처벌할 수 있는 이상, 조사를 의뢰한 의뢰인의 목적에 정보 수령행위는 처벌할 수 없다고 해석될 수 있다. 또한 의뢰인이 이미 휴대전화 가상번호를 선거여론조사 이외의 목적으로 수령한 후에 제3자에게 이를 제공하거나 실제 목적외로 사용하는 행위는 더 이상 선거여론조사기관의 행위에 대한 가담으로 평가하기 어렵고 독립된 행위라고 볼 수 있으므로, 공범 규정이 적용되기도 어렵다는 한계가 있다.

참고문헌

<국문>

- 강미은 (2000). 선거 여론조사 결과 발표가 투표의향에 미치는 영향에 관한 연구: 개인의 정보처리 동기와 능력을 중심으로. 한국언론학보, 44권 2호, 5-39
- 강원택. (2009). 당내 공직 후보 선출 과정에서 여론조사 활용의 문제점. 동북아연구, 14, 35-63.
- 강현철, 김석호, 김옥태, 이성건. (2016). 휴대전화 가상번호(안심번호) 및 등록제 도입방안연구. 중앙선거여론조사공정심의위원회 2016년 연구용역과제보고서.
- 곽은선, 김영원. (2022). 현행 선거여론조사 방법의 정확성과 선거결과 예측 가능성. 조사연구, 23(1), 131-153.
- 구분상. (2017). ARS 조사방식과 젊은 연령대 여성 표집의 실패: 정치적 의견이 강한 유권자들 비율에서의 성별 차이를 중심으로. 조사연구, 18(1), 31-60.
- 김동희. 行政法 I(제19판), 박영사, 2013.
- 김래영. (2012). 개정 공직선거법의 문제점과 개선방안. 공법학연구, 13(2), 3-36.
- 김현정, 이수범, & 김남이. (2013). 텔레비전 선거 여론조사 보도의 영향에 대한 수용자 인식이 정치적 행동의향에 미치는 영향. 한국언론정보학보, 159-178.
- 류성진. (2020). 자유로운 선거와 공정한 선거-공직선거법상 여론조사 결과 공표 금지를 중심으로. 공법학연구, 21(2), 273-300.
- 박균성. 행정법강의(제19판), 박영사, 2022.
- 박성희, 박은미. (2007). 인터넷 공간에서의 이슈 유형별 여론지각과 의견표명에 관한 연구: 인터넷 여론 조사와 게시판을 중심으로. 한국언론정보학보 39(3)
- 박원호, 송병권, 하상응. (2020). 선거여론조사 신뢰성 제고를 위한 인센티브 제공 활성화 방안: 제21대 국선 선거여론조사 인센티브 제공이 응답률 및 조사품질에 미치는 영향을 중심으로. 2020년도 중앙선거여론조사심의위원회 연구용역 결과보고서
- 박인호, 임종호, 박민규. (2014). 선거여론조사의 신뢰성과 객관성 확보. 해외연구관 지정과제 제2014-1호.
- 박인호, 임종호, 박민규. (2019). 선거여론조사의 객관성·신뢰성 제고를 위한 조사방법론 개선방안 연구. 2019년도 중앙선거여론조사심의위원회 연구용역보고서.
- 박정의. (2001). 다 매체 시대의 매체별 신뢰도 분석: 온라인과 전통 매체의 변별요소-뉴스의 사회성. 한국방송학보, 15(3), 129-154.
- 백승목. (2012). 긴급시론: 법제도 (法制度) 사각 (死角) 지대에 방치된 선거여론조사는 여론조작 흉기 (凶器). 한국논단, 270, 42-47.
- 법제처. (2021). 법령 입안 심사 기준, 2021.
- 성치훈, & 진영재. (2016). 한국정당의 국민참여경선제 도입 적실성과 보완점: '제도'와 '유권자문화'를 중

- 심으로. 의정연구, 22(3), 83-115.
- 송진미. (2021). 최근의 선거여론조사제도 개선을 위한 [공직선거법] 개정안 논의. 의정연구, 64, 189-196.
- 안승철. (2010). 과태료·과징금 합리화 방안에 대하여. 법제
- 윤정인. (2019). 정당공천의 기준으로서 여론조사 활용의 헌법적 문제점. Pöphak Non'go: 187-217.
- 윤종빈, & 박병훈. (2011). 당내 후보선출과정의 갈등과 여론조사: 최근 선거 사례를 중심으로. 분쟁해결 연구, 9(2), 167-192.
- 윤형석. (2019). 선거여론조사결과 공표금지 조항의 위헌성 및 입법적 대안. 언론과법, 18(3), 81-108.
- 이노홍. (2019). 공직선거법상 선거여론조사 규제에 관한 헌법적 검토. 홍익법학, 20(1), 217-247.
- 이동윤. (2020). 한국의 정당공천제도: 정당의 국회의원 후보는 누가 결정하는가?. 정치정보연구, 23(2), 265-290.
- 李載明. (2016). 정당의 공직선거후보자추천을 위한 당내경선에 대한 헌법적 검토. 중앙법학, 18(3), 101-134.
- 이준웅. (2014). 선거여론조사공정심의위원회와 여론 환경의 정상화. 중앙선거여론조사 공정심의위원회 선거여론조사 전문가 토론회 자료집.
- 李熙勳. (2008). 선거여론조사의 결과공표금지구정에 대한 헌법적 고찰-알 권리의 침해를 중심으로. 공법 연구, 36(3), 249-280.
- 이호용, & 박수희. (2008). 행정형벌의 과태료 전환의 이유와 기준에 관한 연구. 한양법학, 24, 357-384.
- 장경은, 김선호, & 백영민. (2022). 선거여론조사 응답자는 어떤 시민인가? 정치참여로서의 선거여론조사 응답과 여론조사의 대표성 위기. 조사연구, 23(3), 29-64.
- 정준현. (2004). 행정상 금전제재와 그 실효성 확보방안. 법조, 53(10), 122-162.
- 曹小永. (2005). 選舉輿論調查를 解放시키기 위한 憲法的 檢討. 공법학연구, 6(3), 135-163.
- 조진만·장승진·구본상·강우창. (2021). 선거여론조사기준 개정방안 연구. 2021년도 중앙선거여론조사심의위원회 연구용역보고서.
- 하세현. (2011). 2010 년 지방선거에 있어 당내 후보경선의 실태와 문제점. 한국지방자치연구, 13(1), 135-155.

<영문>

- Berinsky, A. J. (1999). The two faces of public opinion. *American Journal of Political Science*, 1209-1230.
- Clinton, J., Agiesta, J., Brennan, M., Burge, C., Connelly, M., Edwards-Levy, A., ... & Wlezien, C. (2020). Pre-Election Polling: An Evaluation of the 2020 General Election Poll. Report of a Task Force, 1-105.
- De Vreese, C. H., & Semetko, H. A. (2002). Public perception of polls and support for restrictions on the publication of polls: Denmark's 2000 Euro referendum. *International Journal of Public Opinion Research* 14, 367-390.
- Delli Carpini, M. X., Cook, F. L., & Jacobs, L. R. (2004). Public deliberations, discursive participation and citizen engagement: A review of the empirical literature. *Departmental Papers (ASC)*, 64.
- Faas, T., Mackenrodt, C., & Schmitt-Beck, R. (2008). Polls that mattered: Effects of media polls on voters' coalition expectations and party preferences in the 2005 German parliamentary election. *International Journal of Public Opinion Research*, 20(3), 299-325.
- Gallup, G., & Rae, S. F. (1940). *The pulse of democracy: the public-opinion poll and how it works*.
- Hardmeier, S. (2008). The effects of published polls on citizens. In W. Donsbach, & M. W. Traugott (Eds.). *The sage handbook of public opinion research* (pp. 504-513). Los Angeles: Sage.
- Jacobs, L. R., & Shapiro, R. Y. (2000). *Politicians don't pander: Political manipulation and the loss of democratic responsiveness*. University of Chicago Press.
- Keeter, S., Miller, C., Kohut, A., Groves, R. M., & Presser, S. (2000). Consequences of reducing nonresponse in a national telephone survey. *Public opinion quarterly*, 64(2), 125-148.
- Blumenthal, M., Clement, S., Clinton, J. D., Durand, C., Franklin, C., Miringoff, L., ... & Witt, G. E. (2017). *An evaluation of 2016 election polls in the US*.
- Lang, K., & Lang, G. E. (1984). The impact of polls on public opinion. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 472(1), 129-142.
- Lynn, P., & Jowell, R. (1996). How might opinion polls be improved?: The case for probability sampling. *Journal of the Royal Statistical Society: Series A (Statistics in Society)*, 159(1), 21-28.
- Matthews, D. (2020). One pollster's explanation for why the polls got it wrong. *Election results: Why the polls got it wrong-Vox*.
- Mendelsohn, H. A., & Crespi, I. (1970). *Polls, television, and the new politics*. Scranton: Chandler Publishing Company.
- Navazio, R. (1977). An experimental approach to bandwagon research. *Public Opinion Quarterly*, 41(2), 217-225.
- Pan, Z., Abisaid, J. L., Paek, H. J., Sun, Y., & Houden, D. (2006). *Exploring the perceptual*

- gap in perceived effects of media reports of opinion polls. *International Journal of Public Opinion Research*, 18(3), 340-350.
- Traugott, M. W. (2004). Do polls give the public a voice in a democracy. *Polls and Politics. The Dilemmas of Democracy*, 77-94.
- Michael W.. Traugott, & Paul J.. Lavrakas. (2008). *The voter's guide to election polls*. Rowman & Littlefield.
- Verba, S. (1996). The citizen as respondent: sample surveys and American democracy presidential address, American Political Science Association, 1995. *American Political Science Review*, 90(1), 1-7.
- Nie, N. H. (1972). *Participation in America: Political democracy and social equality*. Harper & Row.
- van den Burg, S., Clayton, T., Glencross, A., Karlsson, M., Kleine, D., Ajenjo, N., ... & Savage, V. R. (2004). *Polling, Policy and Public Opinion: The Case against Heeding the "Voice of the People"*, Paris: Capital of Modernity, the Federalist: The Essential Essays, Health Economics: An International Perspective, Social Movements and Democracy, Social Policy Reform and Market Governance in Latin America, the Nature and Development of the Modern State, Dependent on DC: The Rise of Federal Control over the Lives of Ordinary Americans, Dialogue among Civilizations: Some Exemplary Voices.