

익명성 규제에 대한 헌법적 평가 및 2015년 선거법 공선법실명확인제 합헌결정에 대한 평석

박경신 | 고려대학교

+ 국문요약 +

익명성 규제 중의 하나인 인터넷실명제는, 익명으로 자신의 의사를 개진하지 못하도록 하여 헌법상 보장되는 익명표현의 자유를 제약하며 특히 시대의 편견과 억압을 피하여 자신의 의사를 개진하려는 중요한 표현들을 금지시키므로 해악이 크고, 사람들이 범죄의 의심을 받지 않는 경우에도 자신의 신원정보를 사전제출하도록 강제하기 때문에 사생활의 비밀과 자유를 제약하며 특히 개인식별정보가 축적되면 유출의 위험이 높아져 해악이 크고, 사전에 신원정보를 충분히 제출하지 않는 한 표현물의 게시를 금지함으로써 표현에 대한 사전검열로써 기능하는 측면이 있고, 똑같은 게시물이 온라인에 올랐다는 이유만으로 신원확인 의무가 부과되므로 불합리한 차별이기도 하다.

이와 같이 여러 기본권이 제약되는 것에 비해 실명제가 달성하려는 불법정보 예방과 구제는 명의도용의 가능성 때문에 실제로 달성되기 어려워 방법의 적절성 측면에서도 문제가 있고 소수의 불법정보 예방과 구제를 위해 글을 쓰려는 모든 사람에게 본인확인의 의무를 부과한다는 측면에서 법익의 비례성 측면에 있어서도 문제가 있다. 불법정보의 예방과 구제가 목적이려면 익명으로 글을 올린 경우 가중처벌하는 규제방식도 있기 때문에 침해의 최소성 측면에서도 문제가 있다.

실제로 2012년 우리나라 현재는 위 주장의 상당 부분을 받아들이면서 ‘익명표현의 자유’의 정치적 중요성을 강조하고 ‘게시판실명제’가 사전검열은 아니나 표현의 ‘사전제한’에 해당하기 때문에 규제의 목표가 ‘명백한 공익’을 달성하였는지 엄격히 살펴보아야 한다고 하면서, 실제로 주민등록번호의 도용 및 법의 영향이 미치지 않는 외국의 정보통신망을 통한 우회가능성 때문에

불법정보의 예방이나 구제효과는 입증되지 않은 반면 소수의 불법정보를 예방 및 구제하기 위해 모든 게시판이용자에게 신원확인 의무를 부과하여 ‘잠재적 범죄자’ 취급을 하는 것은 과잉 규제라고 하여 위헌판정을 하였다.

위 결정에 비추어 보면 선거법 실명제는 모든 기간 모든 게시물에 적용되는 게시판실명제와는 달리 선거후보자에 대해 선거운동기간에 게시된 글에만 적용되기는 하나, 1일 방문자가 10만 명이 되지 않는 인터넷언론사들에 모두 적용되고 전체 표현의 자유에서 가장 가치있다고 볼 수 있는 선거후보자에 대한 게시물에 적용된다는 면을 생각해 보면 위헌의 가능성이 높다고 하겠다. 특히 2011년 헌재결정을 통해 인터넷상에서는 사전선거운동금지 규정이 적용되지 않게 되어 후보자비방죄나 허위사실공표죄에 해당하는 불법정보만이 예방 및 구제대상으로 남아 있는 이상 더욱 선거법 실명제로 달성할 수 있는 공익은 이로 인해 발생하는 기본권침해를 정당화하지 못한다.

I. 서론

공직선거법상에는 ‘선거운동기간 중’ ‘인터넷언론사 홈페이지의 게시판·대화방’ 등에 ‘정당·후보자에 대한 지지·반대의 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보’를 게시할 수 있도록 하는 경우에 한하여 인터넷언론사가 ‘실명을 확인받도록 하는 기술적 조치’를 하도록 하면서(제82조의6 제1항), 실명확인을 받은 정보 등은 ‘실명인증’ 표시가 나타나도록 하고 ‘실명인증’의 표시가 없는 지지·반대의 정보 등이라도 일단 게시는 가능하게 하고 사후에 삭제의 대상이 되도록 하였다(같은 조 제4항, 제6항, 제7항)¹⁾ 이 조항의 입법취지

1) 공직선거법(2008.2.29 법률 제8879호로 개정된 것) 제82조의6(인터넷언론사 게시판 및 대화방 등의 실명확인)

- ① 인터넷언론사는 선거운동기간 중 당해 인터넷홈페이지의 게시판 및 대화방 등에 정당 및 후보자에 대한 지지 및 반대의 글을 게시할 수 있도록 하는 경우에는 행정자치부장관... 이 제공하는 실명인증방법으로 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 하여야 한다... 다만, 인터넷언론사가 <정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률> 제44조의5에 따른 본인확인조치를 한 경우에는 그 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 한 것으로 본다. <중략>
- ⑥ 인터넷언론사는 당해 인터넷홈페이지의 게시판 및 대화방 등에 “실명인증”의 표시가 없는 정당이나 후보자에 대한 지지 및 반대의 글이 게시된 경우에는 지체없이 이를 삭제하여야 한다.
- ⑦ 인터넷언론사는 정당 후보자 및 각급선거관리위원회가 제6항의 규정에 따른 글을 삭제하도록 요구하는 경우에는 지체없이 이를 따라야 한다.

는 “선거운동기간 중 인터넷언론사 홈페이지의 게시관·대화방 등에서 후보자에 대한 인신공격과 흑색선전이 난무하는 경우가 많고, 부당한 선거운동이나 소수에 의한 여론 왜곡으로 선거의 평온과 공정이 위협받을 가능성이 있기 때문에, 그로 인한 사회경제적 손실과 부작용을 방지하고 선거의 공정성을 확보하기 위한 것”이다.²⁾ 위와 같은 규제는 개인이 익명으로 생활을 영위할 권리를 제약한다는 면에서 익명성 규제의 일종이라고 할 수 있고 익명성 규제는 사전적으로 자신의 신원정보를 사전제출하도록 하여 자신의 신원이 잠재적으로 드러날 수 있는 상태에 놓이도록 강제하는 이른바 ‘인터넷실명제’와 사후적으로 의심스러운 익명의 정보 및 행위의 관련자의 신원을 확인하는 ‘인터넷신원확인제도’로 나눌 수 있다(편의상 이하 ‘실명제’ 또는 ‘신원확인제’).

공직선거법상 실명확인제는 국가가 인터넷언론사들에게 타인들과 선거후보자들의 장단점에 대해서 익명으로 소통하고자 하는 인터넷이용자들로부터 신원정보를 사전에 제출받도록 강제하는 ‘실명제’의 일종이며 그 측면을 헌법적으로 평가하고자 하며 그와 같은 평가에 따라 위 공직선거법상 실명확인제에 대해 합헌결정을 내린 2015년 헌법재판소결정³⁾을 평가하고자 하는 것이다.

〈표 1〉 익명성 규제의 분류

익명성 규제	인터넷실명제(사전적)	정보통신망법상 “게시관실명제”
		공직선거법상 실명확인제
		게임진흥법상 “인터넷게임” 본인확인제
		청소년보호법상 “성인물” 본인인증제
	인터넷신원확인제(사후적)	전기통신사업법상 “통신자료제공”제도
		공직선거법상 정보제공제도

제261조(과태료의 부과및징수 등) ①제82조의6(인터넷언론사 게시관 및 대화방 등의 실명확인) 제1항의 규정을 위반하여 기술적 조치를 하지 아니한 자는 1천만 원 이하의 과태료에 처한다.

2) 공직선거법 제8조의5(인터넷선거보도심의위원회) ①중앙선거관리위원회는 인터넷언론사「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제23조(정의)제4호에 따른 인터넷신문사업자 그 밖에 정치·경제·사회·문화·시사 등에 관한 보도·논평·여론 및 정보 등을 전파할 목적으로 취재·편집·집필한 기사를 인터넷을 통하여 보도·제공하거나 매개하는 인터넷홈페이지를 경영·관리하는 자와 이와 유사한 언론의 기능을 행하는 인터넷홈페이지를 경영·관리하는 자를 말한다. 이하 같다의 인터넷홈페이지에 게재된 선거보도(사설·논평·사진·방송·동영상 기타 선거에 관한 내용을 포함한다. 이하 이 조 및 제8조의6(인터넷언론사의 정정보도 등)에서 같다의 공정성을 유지하기 위하여 인터넷선거보도심의위원회를 설치·운영하여야 한다. <개정 2005.8.4., 2009.7.31.>

3) 공직선거법 제82조의6 제1항 등 위헌확인(헌재 2015.7.30. 2012헌마734, 2013헌바338(병합)) 결정.

이때 실명제에 대한 헌법적 평가는 2010년에 헌법재판소가 선거법 실명확인제에 대해 평가하면서 처음 익명표현의 자유도 보호대상으로 선언하였고⁴⁾ 2012년에 다시 헌법재판소가 정보통신망이용촉진및개인정보보호에관한법상의 소위 ‘게시판실명제’에 대해 위헌 결정을 내리는 변화를 겪었고⁵⁾ 2015년에는 선거법 실명확인제에 대해서 재차 합헌결정이 내려졌다. 이에 따라 제2절에서는 실명제 일반에 대한 헌법적 평가를 해보고 제3절에서는 또 다른 실명제인 소위 “게시판실명제”에 대한 2012년 헌법재판소 결정을 다루고 이에 비추어 선거법 실명확인제를 평가해보고 학계의 반응을 정리해본다.

II. 인터넷실명제 일반에 대한 헌법적 평가⁶⁾

1. 헌법 제21조 언론·출판의 자유 침해

1) 익명표현의 자유

헌법재판소는 선거법 실명확인제 결정에서 이미 “헌법 제21조에서 보장하고 있는 표현의 자유는, 전통적으로는 사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미하는 것으로써, 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하며 국민주권을 실현하는 데 필수불가결한 것이고, 종교의 자유, 양심의 자유, 학문과 예술의 자유 등의 정신적인 자유를 외부적으로 표현하는 자유이다(헌재 1989. 9. 4. 88헌마22, 판례집 1, 176, 188; 헌재 1992. 11.12. 89헌마88, 판례집 4, 739, 758-759). 이러한 ‘자유로운’ 표명과 전파의 자유에는 자신의 신원을 누구에게도 밝히지 아니한 채 익명 또는 가명으로 자신의 사상이나 견해를 표명하고 전파할 익명표현의 자유도 그 보호영역에 포함된다고 할 것이다”라고 판시한 바 있다.⁷⁾

4) 헌재 2010.2.25 2008헌마324 공직선거법 제82조의6 제1항 등 위헌확인 2009헌바31(병합) 공직선거법 제82조의6 제1항 등 위헌소원.

5) 헌법재판소 2010 헌마 47(병합) (2012).

6) 이 장의 내용은 필자가 2010 헌마 47 게시판실명제 사건에서 참고인으로서 제출한 의견서의 내용을 요약하되 실제 당해사건의 결정의 내용도 언급하고 있다.

7) 헌재 2010. 2. 25 2008헌마324 공직선거법 제82조의6 제1항 등 위헌확인 2009헌바31(병합) 공직선거법 제82조의6 제1항 등 위헌소원.

또 위 결정의 소수의견은 이와 같은 익명표현의 자유의 타당성에 대해 다음과 같이 판시하였다. “정치적 보복이나 차별의 두려움 없이 자신의 생각과 사상을 자유롭게 표출하고 전파하여 권력에 대한 비판을 가능하게 하며 이를 통해 정치적 약자나 소수자의 의사를 국가의 정책결정에 반영되도록 한다는 점에서 표현의 자유의 핵심에 해당한다.”

익명표현의 자유의 헌법적 위상에 대해서는 학계에서도 확립되어 있으며⁸⁾ 현재의 이와 같은 판시는 비교법적으로도 보편타당하다. 인류 역사 속에서 익명권이 보장되어야 민주주의가 필요로 하는 진정한 토론이 보장된다는 논리 아래 익명권은 표현의 자유의 한 부분으로서 보호되어 왔다. 처음 미국 독립의 아이디어를 활자화한 Thomas Payne의 *Common Sense*는 영국 정부의 탄압을 피해 *An English Man*이라는 익명으로 출간되었다. 미국의 독립 후에는 국가조직에 대한 토론을 위해 Alexander Hamilton을 비롯한 연방주의자들은 *Federalist Papers*를 *Publius*라는 익명으로 출간하였다. 이것은 정부의 감시의 눈을 피하기 위해서라기보다는 실명의 인지에서 발생하는 예단의 피해를 막기 위해서이다. 이와 비슷한 예로 ‘폭풍의 언덕’의 저자 에밀리 브론테는 여성작가들에 대한 편견 때문에 자신의 원고가 수차례 출판사에서 거부당하자 Acton Bell이라는 필명을 사용하여 간신히 출판에 성공하게 된다. 이외에도 시대의 편견과 권력의 감시를 피하여 자유로운 비평과 예술활동을 하기 위해 필명을 사용한 자들은 “몰리에르”, “볼테르”, “졸라”, “트로츠키”, “조지 오웰” 그리고 “벤자민 프랭클린”, “사드 백작”, “오헨리”, “조르주 상드”, 심지어는 “아이작 뉴턴”도 있다.⁹⁾

이에 따라 미국에서는 미연방대법원이 1960년에 Talley 대 California¹⁰⁾에서 기망적이거나 명예훼손적인 선거전단을 규제하기 위해 익명의 전단배포를 전면적으로 금지한 제도에 대하여 “신원확인과 보복의 두려움은 중요한 공적 사안에 대한 완전히 합법적이고 평화로운 토론을 위축시킬 것이라는 문제 때문에 과거에 판결¹¹⁾을 내린 바 있으며 이 [캘리포니아] 법도 똑같은 문제가 있다.”¹²⁾며 위헌판정을 내렸다. 이 판결에서는 익명성이

8) 권혜령, “정치적 익명표현의 자유—강제적 신원공개 법률에 대한 미연방대법원 판례를 중심으로,” 『세계헌법연구』 제19권 제2호(국제헌법학회, 2013); 김중세, “인터넷실명제의 헌법적 의미와 과제—헌법재판소 2010헌마47, 252(병합)결정을 중심으로,” 『법학연구』 제50집(한국법학회, 2013); 문재완, “익명표현의 자유에 관한 연구,” 『언론과 법』 제4권 제2호(한국언론법학회, 2005); 황성기, “인터넷실명제에 관한 헌법학적 연구,” 『법학논총』 제25집 제1호(한양대학교 법학연구소, 2008); 박경신, “인터넷 실명제의 위헌성,” 『헌법학연구』 제15권 제3호(한국헌법학회, 2009), pp.86-87.

9) <http://www.compulsivereader.com/html/index.php?name=News&file=article&sid=1215>

10) Talley v. California, 362 U.S. 60, 65(1960).

11) NAACP 대 Alabama판결.

12) 영어원문. The reason for those holdings was that identification and fear of reprisal might deter

표현의 자유에 포함되는가에 대해 명확히 판시하지는 않았었다.

연방대법원은 1995년에야 McIntyre 대 Ohio사건에서 선거홍보자료에 실명을 표기할 것을 의무화한 오하이오주 선거법을 위헌처분하면서 이때 익명권(right to anonymity)을 표현의 자유의 한 부분으로서 명확히 확립하였다.¹³⁾ McIntyre사건에서 오하이오주 선거법은 ‘특정 이슈의 채택이나 배제를 주장하기 위해 일반배포를 위한 간행물을 작성하는 자는 누구나 그 간행물의 잘 보이는 곳에 자신의 성명과 주소를 기입하여야 한다’¹⁴⁾라고 규율하였고, 교육재정확충을 위한 새로운 세금제도에 대해 피고가 의견을 표명하기 위해 “관심있는 부모들과 납세자들(concerned parents and tax payers)”의 명의로 홍보지를 만들어 배포하자 위 선거법 조항이 적용되는 것에 대해 대법원이 익명권을 침해한다며 위헌을 선언한 것이다.

흥미로운 것은 Talley사건과 McIntyre사건에서 미연방대법원이 익명권을 도출해낸 법원(法源)이다. 이를 이해하면 다른 실명제를 평가함에 있어서도 중요한 교훈을 얻을 수 있다. 미연방대법원은 1959년의 NAACP 대 Alabama사건¹⁵⁾과 80년대의 Brown 대 Socialist Workers사건에서¹⁶⁾ 이미 공권력이 인권단체 및 진보정당에게 구성원 명단을 요구한 것에 대해 위헌판단을 내린 적이 있었다. 특히 Alabama사건에서는 주법원이 피고당사자인 단체의 명단공개를 명령하였는데, 이 명단공개 명령에 대해 연방대법원은 위헌이라고 선언하고 주법원이 다시 명령위반에 대해 법원모독(civil contempt) 과태료를 부과하자 과태료부과명령마저도 결사의 자유를 제약한다면서 위헌이라고 선언하였다. 법률이 일률적으로 공개를 의무화한 것이 아니라 재판진행에 필요하기 때문에 법원이 명단 공개를 의무화한 것임에도 불구하고 위헌판정을 받았다는 점은 유의해볼 필요가 있다.

결국 McIntyre판결과 Talley판결을 위의 판결들과 비교해볼 때 정당이나 단체의 이름

perfectly peaceful discussions of public matters of importance. This broad Los Angeles ordinance is subject to the same infirmity.

13) *McIntyre v. Ohio Campaign Commission*, 514 U.S. 334, 115 S.Ct. 1511(1995).

14) 영어원문. No person shall write, print, post, or distribute ... any ... form of general publication which is designed to ... promote the adoption or defeat of any issue ... unless there appears on such form of publication in a conspicuous place or is contained within said statement the name and residence ... [of] the person who issues, makes, or is responsible therefore.

15) *NAACP v. Patterson*, 357 U.S. 449, 78 S.Ct. 1163(1958); *NAACP v. Alabama*, 360 U.S. 240, 79 S.Ct.1001(1959).

16) *Brown v. Socialist Workers '74 Campaign Commission*(Ohio), 459 U.S. 87, 103 S.Ct. 416(1982) (사회주의노동자당이라는 군소단체에 대해서도 모든 당에 적용되는 정치자금 기부자 공개를 요구한 것은 위헌이라는 판결).

〈표 2〉 비밀결사의 자유와 익명성의 관계

NAACP 대 Alabama	McIntyre판결과 Talley판결
결사의 자유	표현의 자유
단체	가명 또는 익명
명단	실명

을 그 정당이나 단체의 구성원들이 공동으로 사용하고 있는 ‘가명’의 역할을 하고 있다고 보았을 때, 구성원 명단을 요구하는 것은 정당 및 단체의 이름 뒤에 숨은 사람의 ‘실명’을 요구하는 것과 같다고 본 것이다. 그렇다면 전자가 이미 위헌 판정을 받았으므로 당연히 오하이오주 선거법이 ‘실명’을 요구하는 것 역시 위헌이라고 볼 수 있었던 것이다.

실명제가 60년대와 90년대에 각각 위헌판정을 받게 된 법리의 원천이 60년대 및 80년대의 인권단체들과 진보정당의 활동을 보호하기 위한 판례들이었다는 점은 2010년 실명확인제 결정의 소수의견이 지적했듯이 익명권이 가지고 있는 민주주의와의 내밀한 관계를 다시금 시사한다.¹⁷⁾ 사실 외국의 예를 들먹이지 않아도 일제강점기와 군사독재정권 시절 탄압을 피해 독립과 자유를 주장한 수많은 익명의 글들을 보라. “편집부”라는 이름으로 발간된 수많은 책들이 떠오른다. 사실 표현의 자유가 핵심적으로 보호하려는 것은 권력자나 다수로부터 핍박받는 표현이지 누구에게나 사랑받는 표현이 아닐 것이다. 그렇다면 익명은 시대의 편견이나 권력자의 탄압을 피하기 위해 동원되는 것일진대 익명으로 말할 자유는 표현의 자유라는 규범이 보호해야 할 대상 중에서 가장 핵심적이고 가장 가치있는 것이 아닐지 감히 생각해본다.

그리고 이어서 1996년 ACLU 대 Miller사건에서 연방지방법원은 조지아주 의회가 인터넷상에서 자신의 신원을 잘못(false) 표시하는 것을 금지하는 법에 대하여 McIntyre판결을 인용하며 위헌결정을 내렸다.¹⁸⁾ 프랑스는 2000년도에 인터넷상의 익명권을 확정한 법률(The Law on the Freedom of Communication of September 30, 1986, as

17) 이외에도 미국연방대법원이 익명권을 보호한 경우는 다음과 같다. Watchtower Bible & Tract Society of New York, Inc. v. Village of Stratton, 536 U.S. 150, 153(2002)(가정방문을 통한 정치적 또는 종교적 내용의 익명의 홍보활동을 금지하는 법에 대하여 위헌 선언); Buckley v. American Constitutional Law Found., 525 U.S. 182, 200(1999)(주민발의안 발의에 필요한 주민서명을 받기 위해 돌아다니는 활동가들이 반드시 신원확인용 배지를 달도록 의무화한 법에 대해 위헌 선언).

18) ACLU v. Miller, 977 F. Supp. 1228(N.D. GA)(1997).

amended on June 16, 2000)을 제정하였다.¹⁹⁾

2) 익명표현의 자유에 대한 내재적 제한

우리는 표현의 자유 보호의 한계를 헌법 제21조제4항의 다음과 같은 명령에서 찾는다.²⁰⁾ 즉 ‘언론 출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다’는 것이다. 그렇다면 익명권 역시 타인의 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하는 경우에는 제한될 수 있다. 즉, 불법성이 있는 표현물에 대해서는 저자의 신원을 확인함으로써 익명표현의 자유를 제한할 수 있다.

예를 들어, 저작권침해, 명예훼손, 음란물 등과 같이 표현의 발화자를 확정하지 않고도 이미 위법성이 명백한 경우에 이 표현의 발화자를 확인하기 위해 인터넷서비스 제공자에 대해 문서제출명령을 신청한 것에 대해 DC지구연방항소법원은 인용결정을 내렸다.²¹⁾ 실명의 공개는 사법부가 불법의 개연성을 영장 등의 문서를 통해 인정한 표현물에 대해서만 이루어질 수 있다.²²⁾

또, 물리적 행위를 동반하는 표현은 그 익명성이 제약될 수 있는 것으로 보인다. 독일과 미국의 몇몇 주에서는 오래전부터 복면착용금지법을 제정하여 Ku Klux Klan과 같이 과격한 인종주의 단체들이 공공장소에서 자신들의 인종혐오를 표명하는 것을 통제하기 위해 자신의 정체를 숨기기 위해 가면 등을 쓰는 행위를 금지하여왔다.²³⁾ 그러나 이와 같은

19) Caroline Goemans, “Anonymity on the Internet: concept and legal aspects,” Workshop APES, April 19, 2001, www.law.kuleuven.be/icri/documents/58anonymity.ppt(2009년 6월 19일 방문). 이 법의 art. 43-6-4.II는 인터넷콘텐츠를 익명으로 접속할 권리를 확인하고 있음.

20) 헌법 제21조 ① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.

② 언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.

③ 통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다.

④ **언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다.** 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.

21) Verizon Internet Services, Inc., Subpoena Enforcement Matter, 240 F.Supp.2d 24(D.D.C. 2003); In re Verizon Internet Services, Inc., Subpoena Enforcement Matter, 257 F.Supp.2d 244, 2003 WL 1946489(D.D.C. Apr. 24, 2003).

22) George du Pont, “The Criminalization of True Anonymity in Cyberspace,” 7 Mich. Telecomm. Tech. L. Rev. _____(2001).

23) Hernandez v. Superintendent, 800 F. Supp. 1344(E.D. Va. 1992); State v. Miller, 398 S.E.2d 547, 549(Ga. 1990); 독일연방법에 대해서는 필자가 독일어에 무지한 관계로 인용을 할 수가 없어 관련 조항의 전문과 번역문을 게재한다. Gesetz über Versammlungen und Aufzüge(Versammlungsgesetz) VersammlG Ausfertigungsdatum: 24.07.1953 Vollzitat: “Versammlungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. November 1978(BGBl. IS. 1789), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 24.

행위는 익명권의 행사와는 다르다. 과격한 인종주의 단체들이 공공장소에서 시위나 행진을 할 때는 이들의 시위나 행진 자체가 공공의 심리적 안정에 위협이 될 수 있으며 이와 같은 위협은 이들이 자신의 정체를 숨길 수 있게 되면 더욱 용이하게 폭력들을 행사할 수 있다는 인식 때문에 더욱 심대해진다. 즉, 마스크를 쓰고 밖에 나오는 자체가 ‘싸움을 거는 말(fighting words)’과 비슷한 행위이며 바로 그 공공장소에 나와 있는 시민은 폭력의 피해자가 될 수 있기 때문에 익명성이 제약될 수 있는 것이지, 타인에게 그 자체로 어떤 물리적·심리적 영향을 주지 않고 타인의 설득을 통해서만 어떠한 효과를 기대할 수 있는 표현을 익명으로 발화하는 것과는 차원이 다르다. 미국에서 인터넷상의 익명권에 대한 제한을 주장하는 학자들도 익명의 스팸메일과 같이 개인의 영역을 침범하는 ‘행위’에 대한 우려 때문에 이와 같은 견해를 표명하였는데 이 역시 스팸메일을 하나의 ‘물리적 행위’로 보기 때문이다.²⁴⁾

평가해보건대, 위의 내재적 제한들은 실명제의 평가에 직접적인 영향을 미치지 않는 다. 우선, 이미 불법의 개연성이 확인된 표현물에 대한 사법절차의 한 부분으로 이루어진 것으로서 사전에 익명표현물의 발화를 원천적으로 제한하는 제도와는 다르다. 사전규제는 성격상 표현물의 내용을 모르는 상태에서 적용될 수밖에 없고 불법과 합법에 관계없이 모든 게시물이 실명확인 상태에서 게재되도록 강제한다는 면에서 위 내재적 제한이 실명확인제를 정당화하지는 않는 것으로 보인다. 둘째, 실명제는 스팸과 같은 침범적인 글 또는 기타 행위에 적용되는 것이 아니라 선거후보자에 대한 표현에 적용된다.

3) 실명제에 대한 비교법적 분석

여기서 위 판례들에 비추어 실명제를 평가해보도록 한다.

März 2005(BGBI. I S.969)“§ 17a ... (2) Es ist auch verboten, 1.an derartigen Veranstaltungen in einer Aufmachung, die geeignet und den Umständen nach darauf gerichtet ist, die Feststellung der Identität zu verhindern, teilzunehmen oder den Weg zu derartigen Veranstaltungen in einer solchen Aufmachung zurückzulegen(위와 같은 행사에 신원을 확인하는 것을 방해하는 데 적합하고 또 상황에 따라 그와 같은 용도로 사용될 수 있는 복장을 한 채 참여하거나 위와 같은 행사장으로 가는 길을 그와 같은 복장을 한 채 가는 것은 금지된다). 2.bei derartigen Veranstaltungen oder auf dem Weg dorthin Gegenstände mit sich zu führen, die geeignet und den Umständen nach dazu bestimmt sind, die Feststellung der Identität zu verhindern(위와 같은 행사에서 또는 그 행사에 참여하러 가는 도상에서 신원의 확인을 방해하는 데 적합하고 또 상황에 따라 그러한 용도로 사용될 수 있는 물건을 소지하는 것은 금지된다)(번역: 정태호, 경희대학교 법과대학).

24) Noah Levine, “Establishing Legal Accountability for Anonymous Communication in Cyberspace,” 96 Colum. Law. Review. 1526(1996); Trotter Hardy, “The Proper Legal Regime for ‘Cyberspace,’” 55 U. PITT. L. REV. 993, 1051(1994).

(1) McIntyre판결과의 비교

McIntyre판결에서 다루어진 법률규정의 입법목적은 사기(fraud), 명예훼손(libel), 또는 잘못된 광고(false advertising)를 포함하고 있는 선거문건을 배포하는 사람의 신원을 확인하기(identify) 위한 것이었다. 연방대법원은 심판대상이 된 오하이오주 선거법률규정을 위헌선언하면서 다음과 같이 논증하였다.

첫째, **익명으로 출판할 자유(freedom to publish anonymously)**는 수정 제1조에 의해 **보호를 받으며**, 익명 또는 필명출판이 오랫동안 시행되어 왔던 문학영역뿐만 아니라 정치적 문제의 의견표명도 이 보호범위에 포함된다. “[정치적 의사표현에 있어서의 익명성의 전통은 보복의 두려움없이 자신의 양심에 따라 투표할 수 있다는 어렵게 쟁취한 비밀투표의 권리가 아마 가장 좋은 예일 것이다.”²⁵⁾ 사실 이전의 Talley판결에서는 익명권은 간접적으로 언급만 되었을 뿐 Talley판결은 주로 실명표시제의 사전검열성에 초점이 맞추어져 있었다.

둘째, 당해 오하이오주 법률규정은 핵심적인 정치적 의사표현(core political speech)의 내용(content)에 대한 규제에 해당하기 때문에, 이러한 규제에는 엄격심사(strict scrutiny)²⁶⁾가 적용되고, 따라서 국가의 이익을 달성하기 위해 **엄밀하게 설계된(narrowly tailored) 경우에만 그 합헌성이 인정된다**. 연방대법원은 저자의 이름도 저자가 표현물 내에 포함할 수도 있고 배제할 수도 있는, 표현물의 내용에 포함된다면서 익명성을 제한하는 규제는 내용규제(content regulation)에 해당되어 엄격한 심사를 받아야 한다고 하였다.²⁷⁾

셋째, 위와 같은 엄격심사를 해본 결과, (가) 사기성이 있거나 혹은 명예훼손적인 표현을 방지하려는 오하이오주의 이익 그리고 (나) 유권자에게 관련 정보가 최대한 신뢰성을 갖추어 제공되도록 하려는 오하이오주의 이익은 실명공개를 요구하고 익명표현을 금지하는 당해 법률규정을 정당화할 만큼 충분하지 못하다.

연방대법원은 우선 (가)에 대해서는, 위 규제가 입법목적과는 어긋나게 모든 선거홍보물에 적용된다면서 “왜 잘못을 저지른 사람들 중에서 그 잘못을 은폐하기 위해 가명을 쓴 사람을 규제하는 것보다 모든 익명의 저자들을 규제하는 것이 더 용이한 방법인지

25) 영어원문. This tradition is perhaps best exemplified by the secret ballot, the hard-won right to vote one's conscience without fear of retaliation.

26) “엄격심사(strict scrutiny)”의 의미에 대해서는 박경신, “이익형량에 대한 환원주의적인 접근의 사례: 미국의 단계심사와 한국의 과잉금지 원칙,” 『법철학연구』 11권 1호(2008년 4월).

27) McIntyre판결, p.346.

설명이 되지 않았다(필자 강조)”라고 판시하였다. 즉, 우선 불법적인 선거홍보물을 포착한 후에 그 저자들을 찾아서 가명사용에 대해 처벌을 할 수도 있는데 왜 처음부터 모든 가명의 사용을 금지하는가를 묻는 것이며 이는 과잉금지의 원칙에 있어서 침해의 최소성과 법익의 비례성의 결여에 대응된다고 하겠다.

그리고 (나)에 대해서는 연방대법원은 “보통사람을 과소평가하지 마라. 사람들은 익명 문서의 ‘출처’를 평가할 줄 안다. 익명은 익명으로 보고 익명으로서 이해한다. 문서의 내용을 익명성과 함께 음미할 것이다. 문서를 읽을 수 있도록 허용만 해준다면 말이다. 그렇게 한 후 무엇이 ‘책임’이고 무엇이 가치있고 무엇이 진실인지를 판단할지는 그들의 몫이다”²⁸⁾라고 한 주법원판결²⁹⁾을 인용하며 실명을 의무화함으로써 내용의 신뢰성이 높아지기 어렵거나 높아지더라도 실명의무화를 정당화할만큼 높아지지 않는다고 보았다. 과잉금지의 원칙에 비하자면 법익의 비례성이 결여된 것이다.

이에 대해 Thomas대법관과 Rehnquist대법관이 반대의견을 내지만 주로 실증주의적인 입장에서 ‘익명권’이 미국법제사에서 근거를 찾을 수 없다는 내용과 선거토론의 질을 높이기 위해서는 필요하다는 입장을 제시하였다.

(2) Miller판결과의 비교

ACLU 대 Miller판결에서 연방지방법원은 인터넷상에서 ‘자신의 신원을 틀리게(falsely) 밝힌 경우’ 형사처벌하는 법을 위헌판정한 것이다. 이에 대해 법원은 우선 위 법은 내용규제이므로 엄격심사를 해야 한다고 한 후 위 법의 불명확성에 초점을 맞춘다.

위 법원은 “틀리게(falsely)”의 의미가 (i) 사기 등의 목적으로 실제 신원을 실존하는 타인의 그것으로 속인다는 의미인지, (ii) 편견이나 탄압을 피하기 위해 실명과는 다른 이름을 사용하는 모두 경우를 포함하는 것인지가 불분명하다면서 후자로도 해석될 수도 있다고 보았다. (i)로 해석된다면 합헌이지만, (ii)로 해석되면 McIntyre에 의거하여 위헌이라고 하면서 형법조항이 이와 같이 불명확성을 띠고 있어서는 안 된다면 조항 전체가 위헌이라고 한 것이다.

28) McIntyre판결 각주11번. Don't underestimate the common man. People are intelligent enough to evaluate the source of an anonymous writing. They can see it is anonymous. They know it is anonymous. They can evaluate its anonymity along with its message, as long as they are permitted, as they must be, to read that message. And then, once they have done so, it is for them to decide what is 'responsible,' what is valuable, and what is truth.

29) New York 대 Duryea, 351 N.Y.S.2d 978, 996(1974).

표면적으로는, 해당 조지아주 법이 불명확하기 때문에 위헌으로 되었지만 그 바탕에는 가명사용 자체를 금지하는 규제가 위헌적이라는 법원의 확신이 있기 때문이다. 즉 가명사용의 자유는 인정되는 상황에서 이를 제약하려면 분명한 공익의 창출(예를 들어, 사기에 방)이 있는 경우로 한정되어야 하는데 그렇게 한정되어 해석될 수 있는지 불분명하다는 것이다.

이 판례는 실명을 표시하도록 한 제도에 대한 위헌성만을 언급한 것이며 실명제는 실명이 표시될 것을 요구하지는 않는다. 즉, Miller판결은 가명표시를 금지할 수 있으므로 위헌이라고 한 것이지만, 우리나라 실명확인제는 본인확인을 하기만 하면 가명표시를 금지하지는 않으므로 위 판결이 적용되지 않는다. 그러나 가명표시허용 또는 실명표시 여부가 관건이 아니다. 익명표현의 자유가 추구하는 가치는, 표현의 주체인 화자가 누구인지가 드러나지 않은 상태 또는 **화자가 이름으로든 다른 무엇으로든 누구인지를 제3자가 알지 못하는 상태에서 진정한 자유로운 의사표현이 가능하다**는 믿음에 근거하는 것이므로 이름이 나타나거나 나타나지 않는가는 결정적이지 않다.

4) 소결

표현의 자유가 익명표현의 자유를 포함하며 실명제가 익명표현의 자유를 제한한다는 2010년 헌재결정은 미국의 대법원 판결들 및 관련 연방지법 판결에 비추어 타당하다. 또 인터넷실명제는 물리적 행위를 동반하거나 불법의 개연성이 있는 내용에만 적용되지 않고 모든 합법적인 게시물에 적용되므로 익명표현의 자유의 내재적 한계로도 정당화되지도 않는다.

미연방대법원은 실명제를 익명표현의 자유에 대한 제한 즉, 표현물에 저자의 이름을 표시하도록 하는 것은 내용규제(content restriction)로 분류하고 이에 따라 엄격심사(strict scrutiny)를 요구한다. 실명제를 통해 창출하는 공익 즉 불법행위의 예방 및 구제와 실명제가 침해하는 사익 즉, 위축효과에 의해 자제되는 익명표현 사이에 비교형량에 있어 엄격한 비례성을 요구하는데, 소수의 불법행위자 예방이나 색출을 위해 선거에 관련된 모든 글에(McIntyre) 또는 인터넷에 올리는 모든 글(Miller)에 대해 신원정보제출을 요구하는 것은 비례성에 어긋날 가능성이 높다. 특히 익명표현의 자유는 시대의 편견과 억압을 피해 역사발전을 이끌어온 다양한 표현의 매개물이었으며 실명제의 과잉금지원칙상의 평가에 있어서 고려되어야 한다.

아래에서 다시 밝히겠지만, 선거법상 실명확인제에 대한 평가에 있어서도 흑색선전의 예방 및 불법선거운동의 구제가 목표라고 할지라도 모든 후보자에 대한 글에 대해 이와

같은 잣대를 적용하는 것은 비례성이 어긋날 소지가 크다.

2. 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유 침해

실명제는 표현의 자유를 행사할 때 그 행사자에게 특별한 의무를 부과하는 형태로 되어 있는데 바로 신원정보 제출을 의무로 하고 있다. 그런데 신원은 신원의 주체가 자발적으로 밝히기 전까지는 사생활의 비밀에 포함되어 있는 것이다. 결국 실명제는 표현의 자유를 행사한 자에게 사생활의 비밀을 일부 포기할 것을 강요함으로써 사생활의 비밀과 자유라는 기본권의 침해를 동반하고 있다.

1) 신원정보와 사생활의 비밀

국민은 자신의 개인정보를 국가에게 공개하지 않을 사생활의 비밀과 자유를 가지고 있다.³⁰⁾ 물론 사생활의 비밀과 자유도 물론 한계가 있으며 공익적인 필요에 의해 제한될 수 있다. 공익적인 필요 중의 하나는 바로 국가에 의한 범죄수사일 것이며 우리는 형사소송법상의 사생활침해범위를 살펴보면 사생활의 자유의 한계를 설정할 수 있을 것이다. 범죄수사에의 필요성은 아마도 가장 강력한 공익이 될 것이며 이와 같은 공익이 정당화되는 범위 내에서만 사생활의 자유를 인정한다면 아마도 백보를 양보하여 가장 최소한으로 좁혀진 사생활의 자유가 도출될 것이다.³¹⁾

그렇다면 사람의 신원공개에의 강제가 가장 헌법적으로 용이하게 용납되는 경우는 언제인가. 형법 제215조³²⁾에 따르면 “범죄수사에의 필요성”과 같은 특별한 공익이 있는 경우에만³³⁾ 사생활의 공개 즉 압수수색이 강제될 수 있다. 이것은 신원 공개에도 똑같이 적용된다. 신원확인도 불심검문을 통해 이루어지는데 불심검문은 경찰관직무집행법 제3조에 따라 “합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상

30) 헌법 제17조 모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.

31) 미국헌법이 국가행위가 영장을 필요로 하는 수색(search)인가를 판단하는 기준이 프라이버시의 합리적인 기대(reasonable expectation of privacy) 범위임은 이미 공지의 사실이다.

32) 형사소송법 제215조(압수, 수색, 검중) ①검사는 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원판사에게 청구하여 발부 받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검중을 할 수 있다. <개정 1980.12.18> ②사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검중을 할 수 있다. <개정 1980.12.18> [전문개정 1973.1.25].

33) 조국, “압수수색의 합법성 기준 재검토,” 『비교형사법연구』 제5권 제2호(2003), pp.745-781.

당한 이유"가 있을 때만 가능하다. 주민등록법 제26조도 “범죄의 혐의가 있다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에 한정”하여 신원이나 거주관계를 밝힐 것을 요구하도록 하고 있다. 결국 개별 국민의 신원 자체는 자신이 자발적으로 공개하기 전에는 헌법 제17조의 사생활의 비밀에 의해 보호되는 것이다.

2) 실명제의 특성: 범죄의 개연성 확인 없는 일괄적인 신원정보 제출

신원정보도 사생활의 비밀로 보호되기 때문에 국가기관이 신원확인을 할 때도 특별한 공익적 요건이 충족될 때만 할 수 있음을 확인하였다. 하지만 실명제는 특정 규모의 게시판을 통해 온라인에 글을 올리는 모든 사람들에게 그 글이 불법게시물일 개연성을 불문하고 모두 신원을 미리 제출할 것을 요구하고 있다. 즉, 위의 형사소송법과 경찰관직무집행법이 구체화하는 헌법 제17조의 사생활의 비밀의 보호범위를 침해하고 있는 것이다.

물론 위의 범죄수사관련 법규는 국가에 의한 정보취득만을 제어할 뿐 사인(즉, 이용자)이 사인(포털사업자)에게 공개하는 과정을 제어하지는 않는다. 하지만 실명제는 보통 신원정보를 사업자에게 제출하는 것에서 끝나지 않고 그 정보를 국가기관이 취득할 수 있도록 하는 조항들 즉, 신원확인제도들과 연계되어 있다. 그렇다면 실명제를 평가할 때도 실명제 자체가 정보를 직접 국가기관에 제공하도록 강제하지는 않지만, 그와 같은 국가기관 제공의 첫 단계를 구성한다는 점을 고려해야 한다. 예를 들어 우리나라는 전기통신사업법 제83조3항 또는 공직선거법 제272조의3에 따라 국가기관의 요청이 있을 경우 게시판실명제와 선거법 실명확인제를 통해 각각 수집된 신원정보를 별다른 요건 없이 수사기관에 제공하도록 하고 있다.

실제로 헌법재판소도 2012년 게시판실명제에 대해 위헌 결정을 내리면서 게시판실명제를 통해 수집된 신원정보가 전기통신사업법 조항에 따라 수사기관에 공개된다는 점도 게시판실명제에 대한 평가에서 유의미하다고 보았다. 이는 이와 비슷한 조항을 두고 있는

〈표 3〉 사업자의 사전정보수집과 국가의 사후신원확인 법제

국가에 의한 사생활의 비밀 침해 = (1) 사업자의 정보수집 + (2) 국가에의 정보제공		
	(1) 사업자의 정보수집	(2) 국가에의 정보제공
정보통신망법 실명제	정보통신망법 제44조의5	전기통신사업법 제83조의 3
선거법 실명확인제	공선법 제82조의6	공선법 제272조의3

선거법상 실명확인제에도 똑같이 적용되어야 한다. 심지어 현재는 전기통신사업법 조항이 임의조항임에도 서비스제공자가 이용자에게 아무런 법적 책임도 지지 않고 이용자들의 개인정보를 수사기관에 제공하도록 “허용”하고 있다는 점이 그 정보의 수집단계를 규율하는 게시판실명제의 평가에서 고려되어야 한다고 하였는데 선거법상 실명확인제의 짝을 이루는 선거법 제272조의3은 국가기관에의 정보제출을 “강제”하고 있기 때문에 선거법상 실명확인제의 평가에 있어서는 더욱 비중있게 고려되어야 한다.

전반적으로, 실제로 포털들이 게시자에 대한 고지도 없이 개인의 신원정보를 수사기관들에 넘겨주도록 하는 것은, 실명이 스크린에 떠 있지만 앓을 뿐 글쓰기를 할 때마다 실명을 국가에 등록하도록 하는 것과 같다고 봐야 하며, 이러한 취지에서 위의 형사소송법이나 경찰관직무집행법과 비교평가하는 것이 타당하다.

더욱 심각한 것은 실명제로 수집된 정보를 수사기관이 취득할 때 영장이나 일체의 사법적 통제 없이 취득하고 있다는 점이다.³⁴⁾ 이 절차는 수사기관이 인터넷에 공개된 게시물

34) **전기통신사업법 제83조**(통신비밀의 보호) ①누구든지 전기통신사업자가 취급 중에 있는 통신의 비밀을 침해하거나 누설하여서는 아니된다.

②전기통신업무에 종사하는 자 또는 종사하였던 자는 그 재직 중에 통신에 관하여 알게 된 타인의 비밀을 누설하여서는 아니된다.

③전기통신사업자는 법원, 검사 또는 수사관서의 장(군 수사기관의 장, 국세청장 및 지방국세청장을 포함한다. 이하 같다), 정보수사기관의 장으로부터 재판, 수사(「조세범처벌법」 제11조의2제1항, 제4항 및 제5항의 범죄 중 전화, 인터넷 등을 이용한 범죄사건의 조사를 포함한다), 형의 집행 또는 국가안전보장에 대한 위해를 방지하기 위한 정보수집을 위하여 다음 각 호의 자료의 열람이나 제출(이하 “통신자료제공”이라 한다)을 요청받은 때에 이에 응할 수 있다. <개정 2002.12.26, 2007.1.3>

1. 이용자의 성명
 2. 이용자의 주민등록번호
 3. 이용자의 주소
 4. 이용자의 전화번호
 5. 아이디(컴퓨터시스템이나 통신망의 정당한 이용자를 식별하기 위한 이용자 식별부호를 말한다)
 6. 이용자의 가입 또는 해지 일자
- <이하생략>

공직선거법 제272조의3(통신관련 선거범죄의 조사) ①각급선거관리위원회(읍·면·동선거관리위원회를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)직원은 정보통신망을 이용한 이 법 위반행위의 혐의가 있다고 인정되는 상당한 이유가 있는 때에는 당해 선거관리위원회의 소재지를 관할하는 고등법원(구·시·군선거관리위원회의 경우에는 지방법원을 말한다) 수석부장판사 또는 이에 상당하는 부장판사의 승인을 얻어 정보통신서비스제공자에게 당해 정보통신서비스 이용자의 성명(이용자를 식별하기 위한 부호를 포함한다)·주민등록번호·주소(전자우편주소·인터넷 로그기록자료 및 정보통신망에 접속한 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 자료를 포함한다)·이용기간·이용요금에 대한 자료의 열람이나 제출을 요청할 수 있다. <개정 2005.8.4.>

<중략> ③ 제1항 및 제2항 또는 다른 법률에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자료의 열람이나 제출을 요청하는 때에는 제1항 또는 제2항에 따른 승인이 필요하지 아니하다. <신설 2012.2.29.>

1. 인터넷 홈페이지 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등을 게시하거나 전자우편을 전송한 사람의 성명·주

들 중에서 범죄와 연관된 것으로 보이는 게시물이 있을 경우 그 게시물의 작성자가 누구인지 신원을 확인하기 위해 광범위하게 이용되고 있다. 이용자가 글, 그림 등을 게시하기 위해서는 자신의 본인확인을 위한 정보를 입력하도록 되어 있고 게시관서비스제공자가 이를 보관하고 있다가 수사기관이 전기통신사업법 제83조의3항 또는 선거법제272조의3상의 요청을 하게 되면 영장이나 일체의 법원허가가 사전 사후적으로 전혀 없어도 포털 측은 정보를 제공하고 있는 것이다.

그렇다면 국가기관이 게시물의 불법성에 관계없이 모든 게시자에게 신원정보를 제출하도록 강제하고 다시 추후에 국가기관이 범죄수사를 위해 영장도 없이 모든 게시물에 대해 게시자 신원확인을 할 수 있다는 것은 바꿔 말하면 인터넷게시판에 글을 올리는 사람들은 반드시 실명과 주민번호를 국가에 제공하고서야 글을 쓸 수 있다는 것인데 이는 온라인글 쓰기를 하는 사람들을 모두 잠재적인 범죄자로 취급하는 것과 다를 바 없다. 이 신원확인제는 실명제와는 다른 제도이다. 그러나 실명제를 통해 포털에 등록된 정보가 추후에 어떻게 이용되는가는 실명제에 대한 헌법적 평가에서 중요하게 다루어져야 한다. 실명제를 통한 정보의 수집이 향후에 사생활의 비밀과 자유 침해에 어떻게 영향을 주는지 보여주기 때문이다. 아래에서 다시 밝히겠지만 실제로 2012년 게시관실명제 위헌결정 역시 “잠재적 범죄자”라는 표현을 쓰면서 이 문제를 지적하였다.

3) 사생활의 비밀과 자유의 내재적 한계: 실명제와 관련하여

사생활의 비밀에는 범죄의 개연성 외에도 또 다른 한계가 있다. 즉, 범죄발생의 개연성이 없는 경우에서도 일괄적으로 신원정보의 제출을 요구하는 경우가 있다. 이때는 강제적 실명제를 통한 사전적인 신원공개가 필요하고 정당화될 때이다. 하지만 그것은 이를 정당화하는 공익이 있을 때로 한정된다. 부동산실명제와 금융실명제는 사기 및 탈세의 위험성 때문이다. 자동차에 번호판을 달도록 하는 것은 자동차의 파괴성과 이동성 때문이다. 독일에서 집회참가 시의 복면을 금지하는 것 역시 나치시대라는 치욕의 역사가 남긴 특별한 독일인들의 감수성 때문이다.

그렇다면 글쓰기가 자동차 운전, 금융거래, 부동산거래처럼 위험한 행위인가. 그렇지 않다. 우선 자동차 운전, 금융거래, 부동산거래는 표현-행위 이분법하에서는 행위에 포함

민등록번호·주소 등 인적사항

2. 문자메시지를 전송한 사람의 성명·주민등록번호·주소 등 인적사항 및 전송통수

④제1항부터 제3항까지에 따른 요청을 받은 자는 지체없이 이에 응하여야 한다. <개정 2012.2.29.> <이하 생략>.

되는 반면 글쓰기는 표현이다. 표현은 대부분의 자유민주주의 헌법에서 명시적으로 그리고 우선적으로 보장받는다. 표현은 사상의 전파라는 공익적 역할을 수행하는 한편 타인에게 물리적이거나 재산적인 피해를 주지 않는 반면 행위는 그와 같은 공익적 역할은 없는 반면 물리적이거나 재산적인 피해를 주기 때문이다.

물론 글쓰기도 틀림없이 명예훼손, 저작권침해 등 다양한 위험을 내포하고 있다. 하지만 그러한 위험이 존재한다고 해서 글쓰기를 하는 모든 사람들에게 그 글의 내용에 관계 없이 사생활의 비밀과 자유를 포기하고 본인확인정보를 등록하도록 요구할 정도로 과연 그 위험이 자동차운전이나 금융거래, 부동산거래의 그것에 견줄 만한 것인가 우리는 생각해보아야 한다.

헌법이 특정 행위를 보호한다는 의미는 그 행위를 한다는 것 자체를 불법의 개연성이나 공익의 훼손과 등치하여 사생활의 비밀 제약의 근거로 삼는 것은 매우 신중해야 함을 의미한다. 물론 헌법이 보호한다는 행위를 한다고 해서 사생활의 비밀 제약의 근거로 삼는 것이 절대적으로 금지되지는 않을 것이다. 예를 들어, 헌법에 영업의 자유가 보장된다고 하여 영업의 자유에 포함되는 행위 중에서 특별한 위험을 내재하고 있는 행위를 하는 사람들에게 본인확인의 의무를 부과하는 것은 금지되는 것은 아닐 것이기 때문이다. 바로 부동산실명제와 금융실명제가 영업의 자유를 제한하기는 하지만 사기 탈세와 같은 해악이 특별히 염려가 되는 금융거래와 부동산거래에만 적용되는 것과 같은 이치이다.

그렇다면 표현에 내재한 위험이 부동산거래나 금융거래에 내재하는 위험 만큼 과연 사생활의 자유를 일괄적으로 포기할 필요가 있을 만큼 상당한 것인가에 관한 논의가 필요하다. 그리고 이 논의는 정책자가 처해 있는 시대적·역사적·문화적 배경에 따라 달라질 수 있으며, 현대사회에서 미치는 여러 가지 악영향에 대한 실증적 조사가 필요한 것은 사실이다. 하지만 지금까지 밝혀진 것만으로는 사생활의 비밀의 제약을 요구할 만큼 위험성을 가진 것으로는 보이지 않는다.³⁵⁾

4) 정보유출의 위험성 증폭

실명제는 또 다른 위험을 안고 있다. 포털 측이 실명을 추적할 수 있는 정보를 수많은 사람들에게 대해서 축적하게 되면 해커들의 공격에 쉽게 노출된다. 실제로 이렇게 모여진 개인정보는 매년 반복된 대형유출사고에 노출되어 있다. 특히 우리나라는 주민등록번호의 소유 여부가 다양한 공적·사적 거래 및 관계에서 본인확인을 대신하기 때문에 주민등

35) 이번 사건 유지숙의 의견서.

록번호를 포함하는 모든 개인정보데이터베이스는 명의도용 범죄자들에게 매우 매력적인 타깃이 된다. 실명제는 주민등록번호를 포함한다면 더욱 개인정보들을 한군데에 대량으로 축적되도록 하여 대형개인정보 유출사고를 유발하고 있는 측면이 있다.³⁶⁾

또 아이러니하게도 이 유출사고를 통해 다수의 주민등록번호들이 개인정보 암시장을 통해 유통되면서 명의도용이 더욱 쉽게 이루어지고 이에 따라 불법정보의 게시도 더욱 책임없이 이루어질 수 있게 되어 결국 실명제의 입법목적인 불법 신뢰성이 도리어 악화되는 결과를 낳고 있다.

아래에서 밝히겠지만 2012년 게시판실명제 위헌결정에서도 게시판실명제가 개인정보의 축적을 강제하여 개인정보의 유출을 유발한다며 개인정보자기결정권에 대한 침해를 언급하였다.

5) 소결

결론적으로, 다른 법에서는 죄를 저질렀다고 믿을만한 이유가 있거나 금융실명제나 자동차번호판제도처럼 방지해야 할 명백한 피해들이 있을 때만 강제하는 신원공개 및 본인 확인을 온라인글쓰기를 한다는 이유만으로 인터넷이용자에게 강제하는 것은 헌법 제17조의 사생활의 비밀을 아무런 이유없이 침해하는 것이다. 이 논의는 위의 절에서 살펴보았듯이 표현의 자유 침해와 깊은 관련이 있지만 조금은 다른 것이며 별도의 위헌근거로 다루어져야 한다.

즉, 위에서는 표현의 자유를 본인확인 의무(즉 개인정보의 공개)라는 수단을 통해 제약하는 것의 위헌성에 대해 살펴보았다면, 이번에는 사생활의 자유를 제약함에 있어 표현의 자유라는 기본권의 행사를 이유로 제약하는 것에 관한 것이다. 즉, 앞의 절에서는 표현의 자유라는 기본권의 행사가 다른 기본권제한의 사유가 된다는 것의 위헌성을 다뤘다면, 이번에는 그러한 사유로 해서 사생활의 자유라는 기본권이 제한된다는 것의 위헌성을 다

36) 한윤형 발표문, “개인정보보호의 이해 및 안전한 관리—개인정보의 의의 및 처리 실태”(2012.11.21.), 정보화진흥원.

2008.2 옥션 1,800만 명(해킹); 2008.4 하나로 텔레콤 600만 명(자사 고객 개인정보를 텔레마케팅업체에 제공); 2008.9 GS 칼텍스 1,150만 명(자회사 직원이 유출); 2010.3 신세계물 등 25개 업체 2,000만 건(해킹); 2011.4 현대캐피탈 175만 건(해킹 및 내부 관리 소홀); 2011.5 리딩투자증권 12,000건(홈페이지 해킹); 2011.5 세티즌 140만 명(홈페이지 해킹); 2011.6 대부업체, 저축은행, 채팅사이트 등 1,900만 건(해커가 여러 사이트의 고객정보 유출 후 인터넷에서 거래); 2011.7 SK컴즈(네이트, 싸이월드) 3,560만 명(해커가 관리자 ID/비밀번호를 탈취); 2011.8 삼성카드 47만 건(자사 직원이 유출); 2011.11 넥슨 1,320만 건(해킹); 2012.5 EBS 400만 건(해킹); 2012.7 KT 870만 건(해킹).

루는 것이다.

부연하자면, 이 절의 논의는 실명제찬성론자들의 가장 흔한 논거에 답변한다. 즉 ‘떴떴 하면 왜 실명 등록을 하고 글을 쓰지 못하는가’라고 다그치는 실명제 찬성자들도 길거리를 걷는다는 이유만으로 신원공개를 요구당하면 ‘내가 뭘 잘못했는데?’라고 불쾌해할 것이다. 바로 이 기분이 사생활의 비밀과 자유의 핵심이며 실명제 반대자들의 심정이 바로 그런 것이다.

3. 헌법 제21조 사전검열금지원칙의 위반

1) 사전검열의 헌법적 의의와 게시자 신원의 사전제출의무: 위축효과

우리나라 헌법 제21조는 표현의 자유에 대한 ‘검열과 허가’를 금지하고 있으며³⁷⁾ 우리나라 헌법재판소는 검열을 행정권이 주체가 된 사전심사절차에 표현물을 제출하여 이 심사를 통과하지 않으면 그 표현물의 유통이 금지되는 제도로 정의하고 있다.³⁸⁾ 실명제는 사전적으로 게시물의 내용을 제출할 것으로 요구하는 것도 아니므로 우리나라 헌법재판소가 절대적으로 금기시하고 있는 ‘사전검열’에 해당하지 않는 것처럼 보인다. 그러나 사전검열이 금지되는 이유는 두 가지인데 하나는 표현물이 사상의 자유시장에 도달하지 못하게 하는 원천적인 차단의 위험이 있다는 것과 또 하나는 ‘위축효과’이다.³⁹⁾

즉 합법적인 표현물임에도 불구하고 막강한 권력을 가진 정부기관에게 그 표현물의 제출을 통해 자신의 비판적인 내심의 의사가 공개되었을 때 탄압을 받을 수 있다는 두려움 때문에 그 표현물의 발화 자체를 억제하게 되는 효과를 말한다.

그런데 이 두 가지 이유는 실명제에도 똑같이 적용된다.

첫째, 실명제는 익명의 글을 사전에 차단하기 때문에 실명으로 글을 게시할 수 있는

37) 헌재결 2001.5.31, 2000헌바43, 52(병합) 합헌).

38) 헌법재판소는 검열을 다음과 같이 4개의 요건을 매개로 정의하고 있다. 첫째, 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무(헌재결 2001.5.31, 2000헌바43, 52(병합) 합헌), 둘째, 행정권이 주체가 된 사전심사절차(헌재결 2001.8.30, 2000헌바36 합헌), 셋째, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지(헌재결 1996.10.4, 전원재판부, 93헌가13, 91헌바10(병합)), 넷째, 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단(헌재결 1995.10.4, 93헌가12, 91헌바10(병합)) 등이다.

39) 사전검열이 금지되는 헌법적 이유에 대해서는 박경신, “미국의 사전제재법리와 2002년 불온통신규제 결정의 재발견,” 『헌법실무연구』 제9권(2008), pp.503-533; 박경신, “방송통신심의위원회의 인터넷내용심의의 위헌성,” 『법학논총(한양대학교)』 제27권 제2호(2010.06), pp.65-100.

기회를 원천적으로 봉쇄한다. 글의 내용을 타깃으로 하여 배제하는 것은 아니고 저자의 실명만 제공된다면 같은 내용의 글이 사상의 자유시장에 도달할 수 있으므로 그 해악이 덜하다고 볼 수 있다. 하지만 익명의 글은 틀림없이 실명의 글과는 다른 ‘내용’이며—위의 Talley판결과 McIntyre판결을 보라—그 내용의 공개가 원천적으로 배제된다는 점에는 변함이 없다.

둘째, 국가기관에 내심을 사전에 고지하면서 발생하는 탄압의 위험은 제출된 내용이 익명으로 제출된다면 발생하지 않을 것을 고려해야 한다. 그렇다면, 실명제가 표현물의 내용을 사전제출하도록 하지는 않지만 표현물의 저자신원을 사전제출하도록 함으로써 똑같은 위축효과를 발생시킨다.

사전검열이 금지되는 헌법적 이유인 위축효과는 작성자 신원의 공개와 불가분의 관계에 있다는 점은 위에서 살펴보았듯이 1960년도 Talley판결에서 미국연방대법원에 의해 이미 인지되었다. 그 판결에서 연방대법원은 기망적, 명예훼손적 표현물을 단속하기 위하여 일괄적으로 익명의 전단배포를 금지한 법에 대하여, 입법목적과는 어긋나게 실명의무는 “모든 전단에 적용된다”고 하며 이렇게 실명의무가 모든 전단에 적용되어 합법적인 게시물마저도 위축시키는 것은 사전검열과 비슷하다고 하며 다음과 같은 적시와 함께 위헌을 선언하였다.

“익명의 … 문헌은 인류의 발전에 중요한 역할을 하였다. 영국의 추악한 출판허가 (press licensing)제도가 식민지에도 전이되었던 것은 … 저자의 실명을 공개하면 정부에 비판적인 문헌들의 유통을 줄일 수 있음을 알았기 때문이다.”⁴⁰⁾ 실제로 Talley법원이 판결문에서 주로 인용하고 의지한 판결은 바로 전형적인 허가제도를 위헌판결하였던 Lovell 대 Griffin판결이었다.⁴¹⁾

물론 ‘내심의 사전제출’ 효과는 작성자 신원의 사전제출만으로는 발생하지 않고 내용도 같이 제출되어야 발생한다. 하지만 신원제출 이후 내용의 공개가 비로소 이루어졌을 때 그 내용이 국가기관의 입맛에 맞지 않는 내용일 경우 기 제출된 신원정보를 매개로 탄압이 더 수월하게 이루어진다는 점을 고려한다면 신원정보의 사전제출의무 역시 독립적으로 ‘위축효과’를 발생시킨다는 점에서 틀림이 없다.

또 형식론적으로도 McIntyre판결은 틀림없이 작성자의 신원은 ‘내용’이지 ‘시간, 장소,

40) 영어원문. The obnoxious press licensing law of England, which was also enforced on the Colonies was due in part to the knowledge that exposure of the names of printers, writers and distributors would lessen the circulation of literature critical of the government.

41) Lovell v. City of Griffin, 303 U.S. 444(1938).

방법'이 아니라고 하였다. 사전심사가 내용에 대한 심사일 경우에만 사전검열의 범위에 포함되며 시간, 장소, 방법에 대한 사전심사는 사전검열에 해당되지 않지만⁴²⁾ 작성자의 신원은 전자에 해당한다는 것이다. 그렇다면 실명제는 표현이 발화되기 전에(즉, 게시글을 인터넷에 올리기 전에) 작성자의 신원이라는 일부 '내용'을 사전제출하도록 하고, 그 제출내용이 성공적일 때만(실명과 주민등록번호가 매치된다거나 기타 본인확인이 이루어진 경우에만) 표현을 발화할 수 있다는 면에서 사전검열에 해당하게 된다.

2) 실명제에 대한 평가

그렇다면 사전검열금지원리가 보호법익으로 삼고 있는 위축효과는 실명제에서도 발생한다고 볼 수 있다. 실제로 위헌판정을 받은 게시판실명제 사건에서 제출된 자료를 보더라도 정보통신사업자들 대부분은 실명제의 효과는 '사후적'이 아니라 '사전적'이라고 말하고 있다. 즉, 실제 불법적인 게시물이 발견되었을 때 그 작성자를 추적하는 데에 게시판 본인확인제가 유용하기(27.5%)보다는 불법적인 게시물을 올리는 사람을 위축시키는 효과가 더욱 크다는 것이다.⁴³⁾

아래에서 밝히겠지만 2012년 게시판실명제 결정에서 헌법재판소가 게시판실명제가 "내용"의 사전심사를 요구하지 않으므로 사전검열은 아니라고 하였지만 "사전적인 제한" 이므로 "명백한 공익"을 입증해야 한다고 판시하였는데 이 역시 같은 맥락이다.

3) 결론

실명제는 작성자의 신원을 '사전제출'토록 하여 신원확인이 되어야만 글을 해당 게시판에 올릴 수 있게 한다는 면에서 헌법 제21조가 금지하는 사전검열에 해당된다. 사전검열 금지법리의 근거가 되는 위축효과는 게시물의 내용과 게시자의 신원을 동시에 제출할 때 발생하는 것이다. 그러므로 내용의 사전심사가 있을 경우에만 사전검열금지법리가 적용되는 것이 아니라 게시자의 사전신원확인이 있을 경우에도 강도는 다르더라도 사전검열 금지법리가 적용된다고 보아야 한다. 2012년 현재의 게시판실명제 결정 역시 이 맥락에서 '사전제한'에 대한 엄격한 심사기준을 설정하였다.

42) 헌재결 1998. 2. 27, 96헌바2 옥외광고물등관리법 제3조 합헌, 헌재결 1997. 8. 21, 93헌바51 정기간행물의 등록등에관한법률 제7조 제1항.

43) 배영 외 2인, "본인확인제 영향평가를 위한 인식도 조사보고서"의 2010.3.31 요약문(한국조사연구학회), 2009.12.

4. 헌법 제11조의 평등권⁴⁴⁾ 침해

실명제는 다른 매체에서는 운영되고 있지 않다. 출판계에서는 필명을 마음대로 쓸 수 있고 심지어는 무명으로도 출판이 이루어진다. 신문사설도 엄밀히 말하면 익명이다. 방송에서도 하고 싶은 말이 있으면 모자이크 및 음성변조를 통해 익명으로 인터뷰를 할 수도 있다. 그리고 출판사나 방송국이 저자나 출연자의 실명이나 주소 등 개인정보를 보관하도록 의무화되어 있지 않다.

물론 출판사나 방송국의 입장에서 보면 여러 가지 이유로 대부분 저자나 출연자의 신원을 확인하고 출판 및 방송하는 것이 관행이므로 출판 방송에 대해 신원확인이 의무화되지 않은 것이 인터넷과 큰 차이가 없다고 생각할지 모른다.

그러나 익명을 유지하고자 하는 저자나 출연자의 입장에서 생각해 보면 만약 신원확인이 법적으로 의무화되어 있다면 방송사나 출판사에게 자신의 신원을 알리지 않고 출연 또는 출판할 수 있는 기회는 원천적으로 차단된다. 그러한 의미에서 그와 같은 원천적 차단은 인터넷이라는 매체에 대한 차별이라고 볼 수 있다.

물론 이와 같은 차별은 이를 정당화하는 공익이 존재한다면 합헌적으로 인정된다. 그렇다면 출판 및 방송은 최소한 자신의 연락처 및 위치 정도는 출판사 및 방송국 등에 노출을 시켜야만 출판 및 방송이 이루어지고 탈육체화된 인터넷은 거의 완전한 익명성이 보장이 되며 인터넷에 대해서는 게시물의 불법성에 대해 더욱 경계할 공익적 필요가 있을까? 그렇지 않다. 출판 및 방송도 동영상을 전달하거나 얼굴을 처음부터 가리고 촬영실에 입장하는 방식으로 완전히 탈육체화된 상태에서 이루어질 수 있다.

또는 인터넷에서는 불법적인 게시물이 올라오면 아주 빠른 속도로 확산된다는 것이 다른 매체와의 차별화를 정당화하는 공익적 이유라고 볼 수 있을까? 역시 그렇지 않다. 온라인의 글은 수십, 수백만 명이 볼 수 있거나 퍼나를 수 있지만, 이것은 게시자의 통제 밖의 일이며 방송과 달리 독자들의 자발적인 선택에 의한 것이다. 독자의 반응이 폭발적이라고 하여 실명 등록의 부담을 지우는 것은 어떤 장르의 책이 잘 팔린다고 해서 갑자기 그 장르의 저자들은 모두 실명 등록을 해야 한다는 것과 마찬가지로 취약한 주장이다. 실제로 헌법재판소는 2011년 인터넷선거운동 허용 결정에서 정보수용자의 “적극적인” 행위가 있을 경우에만 소통이 이루어지는 매체이기 때문에 금권선거의 위험이 약하다고 판

44) 헌법 제11조 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별 종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다(편집자 강조).

시한 바 있다.⁴⁵⁾ 즉 인터넷에서는 게시물의 확산속도는 수용자의 판단에 달려 있기 때문에 게시자에게 그 책임을 물을 수는 없다는 것이다. 뿐만 아니라 혹시 인터넷에서 불법적인 정보가 그렇게 빨리 널리 퍼진다면 그 정보에 대한 반론 역시 그렇게 빨리 널리 퍼진다고 볼 수는 없을까?

5. 헌법 제37조 제2항 과잉금지의 원칙 위반

헌법 제37조 제2항은 국가행위는 (1) 그 목적이 정당해야 하며, (2) 그 목적을 성취하기 위한 적절한 수단이어야 하며, (3) 그 목적의 성취도와 그 법률에 의해 제약되는 기본권 사이에 비례성이 성립되어야 하며, (4) 똑같은 목적을 성취하더라도 기본권 침해를 최소화해야 한다는 소위 “과잉금지원칙”으로 해석된다.

실명제의 목적은 크게 첫째, 실제 불법게시물이 발견된 이후에 해당 게시물에 의한 피해구제의 용이성과 둘째 이와 같은 피해구제의 용이성 때문에 게시판이 실명제로 운영되면 불법게시물과 악성댓글이 줄어들도록 한다는 것이다.

실명제에 의해 침해되는 사익은 위에서 살펴보았듯이 익명표현의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 사전검열금지의 원칙, 평등권이 있다. 실명제는 이렇게 여러 기본권을 제약하고 있기 때문에 법익의 비례성을 충족하기 위해서는 기본권제한의 공익적 필요 즉, 실명제의 목적의 성취도가 충분히 입증되어 위의 여러 기본권제약을 정당화시킬 수 있어야 한다. 예컨대 불법 및 악성게시물의 빈도나 그 피해가 피해구제수단의 확보를 위해 신원공개를 의무화하는 다른 제도들이 규율하는 대상들에서 나타나는 빈도나 피해규모에 준하거나 이를 초과하는 위험성이 있어야 할 것이다. 또 이에 대한 대응으로서의 실명제의 합목적성 역시 매우 엄격하게 검토되어야 할 것이다.

1) 목적의 정당성

우선 실명제의 목적인 불법정보의 규제 및 예방은 정당한 목적으로 보인다.

단 실명제 찬성론자들이 자주 입법목적으로 내세우고 있는 “익명성의 폐해 근절”은 정확한 근거가 없는 막연한 발상이다. “인터넷 공간에서 익명성을 방패로 상대에 대한 무차별 인신공격과 악성루머 유포는 불능의 위험 수위에 달했다는 게 일반적인 평가”라거나

45) 헌재 2011. 12. 29. 2007헌마1001 등, 공직선거법 제93조 제1항 등 위헌확인.

“익명의 공간을 통하여 사람들은 사회적 규범이나 구속으로부터 해방감을 느끼고 이 비실재감을 바탕으로 범죄 또는 비행에 아무런 죄의식이나 일탈의식 없이 저지르게 되는 가능성을 야기하고 이를 관련된 사이버 공간에서 보편적인 것으로 일반화한다”는 등의 표현⁴⁶⁾은 사람들의 기본권을 제한하기 위한 규제를 설정할 수 있을 만큼의 사회과학적 근거를 가진 명제라고 볼 수 없다.

2) 방법의 적정성

실명제가 과연 악플 및 불법정보 예방의 적절한 방법인지를 살핀다.

(1) 불법정보 예방에 미치는 영향

우선 실명을 사용하게 하거나, 닉네임을 사용하긴 하되 본인의 신원을 확인할 수 있도록 조치할 경우에, 익명이 보장될 경우와 비교해 보았을 때 과연 이용자의 행태에 긍정적 효과가 나타나는지에 대한 충분한 경험적 연구가 없다. 이는 게시판실명제에 대한 데이터에 비춰서 미뤄 짐작할 수 있다. 방송통신위원회는 게시판실명제에 대해 그러한 연구가 있는 것처럼 주장했지만, 아래에서 밝히듯이 잘못된 주장이다. 오히려 인터넷에서의 부정적 발언은 익명성보다 개인적인 특성에 더 영향을 받는 것으로 나타난다는 연구 결과가 훨씬 더 많았다.⁴⁷⁾ 도리어 선거법상 실명확인제에 대해 선거관리위원회는 폐지입장을 2011년 이후 줄곧 해온 것⁴⁸⁾도 그런 이유이다.

방송통신위원회는 본인확인제 제도 도입 초기의 조사 결과에 따르면 악성댓글이 15.8%에서 13.9%로 1.9% 줄어들었다고 밝혔으나⁴⁹⁾(이하, “**방통위 2007년 조사**”) 이 정도의 감소 효과를 제도 도입에 따른 유의미한 감소라고 보기는 어렵다. 도리어 당시 조사의 대상이 되었던 게시판을 운영하던 한 사업자는 “... HIT 갤러리의 댓글 수 자체가 줄어든 상태이며, 제한적 본인확인제 이후 악성 댓글 수가 감소했다는 것은 어폐가 있다”고 밝혔다. 또 “정보통신부의 발표 내용은 어떤 것을 악성 댓글로 볼 것인지에 대한 판단 또한 주관적일 뿐 아니라, ‘디시인사이드’ 자체적으로 관리팀 인원을 보강하고 악성 댓글

46) 게시판실명제 사건 방송통신위원회 의견서.

47) 우지숙, “인터넷 게시판 실명제의 효과에 대한 실증 연구,” 『행정논총』 48권 1호(2009년 12월), p. 78.

48) 중앙선거관리위원회, 공직선거법 개정의견, 2012년 8월 29일(의안번호 ZZ19014); <http://ddaily.co.kr/news/article.html?no=94506> 2011년부터 인터넷실명제 폐지의견 제출.

49) (주)메트릭스코퍼레이션, 「제한적 본인확인제 효과분석을 위한 조사보고서」, 2007년 10월 정보통신부 용역보고서.

을 즉각 삭제하는 등 관리를 더 철저하게 한 부분을 간과한 것 같다”며, “어떤 자료를 토대로 악성 댓글이 감소했다고 분석한 것인지 그 결과에 대한 근거가 부족하다”는 의견을 전했다. 또 “제한적 본인확인제 시행 전,후를 비교했을 때 악성 댓글의 수는 큰 변화가 없는 대신 페이지 뷰는 오히려 감소했다”고 밝혔다.⁵⁰⁾

그리고 더욱 중요한 것은 이는 제도 도입 초기의 조사결과일 뿐이라는 것이다. 방송통신위원회는 제도실행 1년 만인 2008년 8월에 다시 비슷한 조사(이하, “**방통위 2008년 조사**”)⁵¹⁾를 실행하였고 조사결과를 악플의 비율은 그다지 줄지 않았으며 전체 댓글의 숫자는 크게 감소된다는 것이었다. 악플의 비율은 2007년 5월의 15.8%에서 2008년 8월의 13%로 그다지 줄지 않았지만, 도리어 전체 댓글은 10,924개에서 8,380개로 줄어든 것을 알 수 있다. 또 인터넷 실명제 시행 직후인 2007년 8월과 비교했을 때 이들 사이트 전체 댓글 1만 3,472개 중 1,867개(13.9%)이던 악성 댓글은 1년 뒤 13%로 큰 변화가 없었다. 반면 이들 사이트의 전체 댓글은 2007년 8월 1만 3,472개에서 2008년 2월 1만 1,587건, 2008년 8월 8,380건으로 급감했다.

더욱이 실명제가 정착되었다고 볼 수 있는 2008년 2월과 2008년 8월 사이의 변화를 비교해보면 더욱 놀라운 상황을 발견할 수 있다. 악성댓글의 비율이 오히려 더 증가한 결과를 확인할 수 있다. 인터넷 포털 ‘다음’ 아고라의 경우 2008년 2월 8.3%이던 악성 댓글 비중은 2008년 8월 14.1%로 2배 가까이 증가했다. ‘머니투데이’와 ‘디시인사이드’ 게시판 악성댓글 비율도 같은 기간 각각 8.6%와 9.9%에서 12.4%와 16.2%로 증가했다. 만약 본인확인제의 시행에 따라 악성댓글이 줄어드는 효과를 보이고 있다면 게시판 실명제가 정착될수록 악성댓글은 줄어들어야 할 것이나 감소와 증가를 넘나드는 경향을 보이고 있어 본인확인제 효과를 입증할 수 없다 할 것이다.⁵²⁾

도리어 가장 최근에 게시판실명제의 효과에 대해 광범위한 문헌조사를 실시한 결과⁵³⁾ 하나의 연구조사(제외)를 제외하고는 모든 연구조사⁵⁴⁾에서 익명성과 게시된 글의 불법성

50) 뉴스와이어(2007.10.09), 제한적 본인확인제, “과연 악성 댓글 감소됐나?” <http://www.newswire.co.kr/?job=news&no=287451>; 이성희(2007.10.11), “정통부, 본인확인제로 악플 감소? 천만의 말씀!” 『경향닷컴』.

51) 배영 외 3인, “2008년도 본인확인제 효과분석,” 숭실대학교 산학협력단 및 (주)메트릭스코퍼레이션, 2008.11.

52) “인터넷실명제 강화로 악플 비중 늘어,” http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=200910070301525&code=940100, 『경향신문』(2009.10.7).

53) 우지숙, “인터넷게시판 실명제의 효과에 대한 실증연구,” 『행정논총』 48권 1호(2009).

54) 김경년·김재영, “『오마이뉴스』 독자의견 분석: “난장으로서의 공론장” 가능성 탐색.” 『한국방송학보』(2005), 19(3): 41-35; 이시원·민병익, “지방자치단체 온라인 주민참여 실명제 도입의 영향분석.” 『한국행정학보』(2002), 36(2): 205-229; 최영·이종민·김병철, “인터넷 신문의 공론장 역할에 관한 연구: 토론 참여자의 익명성과 토론 매개자의 신분이 토론에 미치는 영향을 중심으로,” 『언론과학연구』(2002) 2(2): 115-158; 박인우·김

이나 악플성 사이에 상관관계가 없거나 있을 경우 개인의 성향, 인터넷 문화의 건전성을 제고하려는 서비스제공자의 자정노력, 사회적으로 비난을 받을 만한 사회적 이슈의 출몰 여부에 좌우되었다.

위의 논의들은 더욱이 모든 악플을 불법정보로 간주하고 조사를 한 것이다. 실명제 도입 근거로 자주 논의되는 악플을 불법행위와 구분할 필요가 있다. 악플도 의견과 감정의 표현으로써 헌법상 권리를 행사한 결과물이다. 물론 모욕죄 위반이기는 하지만 그 위헌성과 함께 논의가 되어야 한다.⁵⁵⁾ 이런 주장까지 고려한다면 실제로 불법정보를 위화하는 효과는 더욱 줄어든다.

불법정보의 예방에 미미한 영향을 미치는 이유는 불법정보를 의도적으로 적극적으로 게시하는 자의 경우 항상 명의도용을 할 것이기 때문에 실명제가 위화력을 갖지 않기 때문으로 보인다.

(2) 불법정보 구제에 미치는 영향: IP추적의 필요성

실명제가 피해구제의 용이성을 성취하리라는 주장은 설득력이 없다. 그리고 특정 아이디하에 위법게시물이 게시되었다고 하더라도 어차피 그 아이디 소유자가 관련 게시물을 게시했다는 증명은 별도로 이루어져야 한다. 왜냐하면 아이디는 항상 도용될 수 있기 때문이다. 결국은 IP추적을 통해 정확히 어떤 컴퓨터에서 게시가 되었는지 게시 시점에 아이디 소유자는 어디에 있었는지를 별도로 증명해야 하는 것이다. 그리고 인터넷상의 언사는 모두 기록이 남기 때문에 수사가 오히려 다른 매체에 비해 더욱 편리한 점이 있기 때문에 이 공익의 상당성은 많이 완화된다고 보아야 한다.

3) 법익의 균형성

법익의 균형성에 있어서는 두 가지 즉, 국가행위에 의해 창출되는 공익과 국가행위에 의해 제약되는 사익(기본권) 사이에 비례성이 있는가를 살펴야 한다. 그렇다면 우리는 이미 위에서 각각 표현의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 사전검열금지원리, 평등권이 어떻

미향, “동기적 가상토론에서 익명성이 토론 내용의 논증과 부정적 발언에 미치는 영향,” 『교육공학연구』(2000), 16(4): 91-106; 성동규·김도희·이윤석·임성원, “청소년의 사이버폭력 유발요인에 관한 연구,” 『사이버커뮤니케이션 학보』(2006), 19: 70-129; 이성식, “사이버공간의 익명성이 청소년언어폭력에 미치는 영향,” 『한국청소년연구』(2005), 16(1): 77-107.

55) 최근에는 모욕죄 자체의 위헌성을 다루는 시도도 있었다. 박경신, “모욕죄의 위헌성과 친고죄 조항 폐지에 대한 정책적 고찰,” 『고려법학』 52호(2009), pp.263-299.

게 제약되는가에 대해서 살펴보았다. 또 위에서 실명제의 목표인 불법정보의 예방과 구제가 제대로 실현되고 있지 않다는 점도 이미 확인하였다.

그렇다면 양쪽을 견주어 보고 공익이 기본권의 침해를 정당화시킬 만큼 충분한지를 살펴본다. 익명의 공간에서는 실명의 공간에서보다 불법행위가 더 많을 것이라는 예측은 선형적으로 설득력이 있다. 위에서 게시판실명제하에서 불법정보의 비율이 줄어들지 않았다고 경험적으로 판명되었지만 본인확인기능이 완벽하다면 불법정보의 비율이 줄어들었을 수 있다. 바로 이 때문에 많은 이들이 ‘인터넷의 익명성’을 불법성의 원인으로 지적하기도 한다.

그러나 오프라인 공간도 한정적인 의미에서는 이미 익명의 공간이지만 실명제로 규제하지 않는다. 길거리에 나가면 사람들의 얼굴을 보지만 그 사람이 누구인지 알 길은 없으며 그 사람에게 물어본다고 하여 상대가 알려줄 의무도 없다. 그렇다면 소매치기가 가능한 것은 행위자가 피해자에게 접근해도 이렇게 행위자의 신원을 알 수 없다는 사실을 소매치기들이 이용하기 때문이다. 그렇다고 하여 과연 이와 같은 한정적 익명성을 소매치기의 원인이라고 할 수 있을까. 그것을 원인이라고 한다면 우리는 ‘길거리 보행자들은 모두 명찰을 달도록 강요하는’ 법을 만들어야 할 것이다.

감시의 부재를 어떤 문제의 원인으로 보는 논리에는 끝이 없다. 악플이나 불법정보뿐만 아니라 모든 범죄를 예방하는 가장 좋은 방법은 ‘믿을 수 없는’ 우리 자신을 상시감시체제에 두는 것이다. 소매치기를 막기 위해서는 보행실명제를 운영하면 되고 성매매나 간통을 막기 위해서는 숙박업소와 유흥주점을 실명제로 운영하면 된다.

하지만 우리가 그렇게 하지 않는 이유는 그렇게 숨막히는 방식의 불법행위 예방이나 구제는 우리가 불법행위로부터 보호하려고 하는 것이 무엇인지 의구심을 갖도록 만들기 때문이다.

바로 그런 숨막힘으로 인해 합법적인 게시물을 쓰려는 사람들의 글쓰기가 줄어들 것이다. 본인이 합법적이라고 믿는 게시물이라고 할지라도 실명으로 쓰게 되면 수사기관이 불법이라고 판단했을 때 자신을 번거롭게 할 것이기 때문이다. 실제로 우리나라는 게시판실명제를 2007년 7월 22일에 도입했는데 이 제도가 적용된 웹사이트에서 욕설이 없어진다고나 의미 있게 줄어들지 않았을 뿐만 아니라 전체 게시물의 숫자도 같이 줄어들었다.⁵⁶⁾

이것은 자발적인 실명제 사이트에서 불법게시물이 줄어드는 것과는 완전히 다른 문제이다. 자발적으로 운영되는 실명제에 자발적으로 가입하는 사람들은 위와 같은 위축효과

56) 위의 디씨인사이드 측의 해명 기사.

를 감수하겠다는 결정을 하고 이용을 하는 사람들이다. 이들은 ‘자제’를 선택한 것이다. 그러나 그와 같은 실명상황이 강제되어서 발생하는 것은 ‘자제’가 아니라 ‘위축’이며 ‘자기검열’이다.

강제적인 실명제 사이트에서는 불법게시물이 줄어들 것이지만 이와 함께 합법적인 게시물도 같이 줄어들 것이다. 길거리 범죄를 막겠답시고 길을 걷는 사람들 모두에게 명찰과 주민번호를 달고 다니도록 강제했을 때 사람들의 반응을 생각해 보라. 길에 나가기 자체를 꺼려할 것이다. 그렇게 되면 길거리 범죄는 많이 줄어들 것이지만 합법적으로 목적으로 길을 걷는 사람들도 줄어들 것이다. 누구도 이와 같은 ‘길걷기 실명제’가 위헌판정을 받을 것임을 의심하지는 않을 것이며 실명확인제도 같은 맥락에서 바라보아야 한다.

우리 헌법재판소는 ‘위축’이나 ‘자기검열’에 대해서는 이미 헌법적으로 금기시됨을 여러 차례 밝힌 바 있다.⁵⁷⁾ 다른 기본권분야에서는 위축효과(chilling effects)는 그다지 큰 문제가 아니지만 표현의 자유 분야에서의 위축효과는 매우 강하게 금기시된다. 예컨대 관례법국가로서 최형법정주의와 이에 따른 명확성의 원칙이 적용되지 않는 미국에서조차 표현의 자유 분야에서는 “애매하여 무효(void-for-vagueness)” 원칙들에 의하여 애매모호한 표현의 자유 규제조항들이 위헌판정을 받는 이유도 불법성의 기준이 애매모호한 경우 수범자들이 합법적인 표현물의 발화를 자제하는 상황 즉 위축효과가 발생하기 때문이다.

정리하자면, 합법적인 수많은 게시물이 함께 위축되어 사라질 것을 고려한다면 일부 범죄행위를 막기 위해 인터넷에 글쓰기를 하는 모든 사람에게 본인확인 의무를 부과하는 것은 균형잡힌 규제라고 보기 어려운 측면이 있다.

4) 침해의 최소성

침해를 최소화할 수 있는 다양한 방법들이 있다. 첫째 McIntyre판결에서 언급하였듯이 자발적으로 실명으로 하도록 하고 추후에 익명게시물이 불법으로 판단된 경우 가중처벌하는 등의 방법이 있다. 즉 익명으로 한 것에 대해서 ‘위계’의 의도를 유추하여 가중처벌하는 것인데, 이렇게 할 경우 규제의 적용은 불법정보를 올린 사람에게 적용되므로 침해의 최소성이 충족될 수 있다.

둘째 익명을 도리어 보장함으로써 게시글의 수준을 높일 수 있다. 실명제를 전혀 사용

57) 헌재 2001.08.30, 2000헌가9, 영화법 제21조 제4항 위헌제청 [위헌] 관례집 제13권 2집, p.134, 153; 헌재 2008.7.30, 2007헌가4 영화진흥법 제21조 제3항 제5호 등 위헌제청 [헌법불합치] 관례집 20권 2집 상 20~49; 헌재 1998.04.30, 95헌가16, 관례집 제10권 제1집, 327 출판사및인쇄소의등록에관한법률 제5조의2 제5호 등 위헌제청.

하지 않는 미국의 웹사이트를 보면 욕설이 많이 보이지 않는데 왜 그럴까.⁵⁸⁾ 이용자의 분신인 사이버인격에 책임을 지도록 하기 때문이다. 즉, 익명제하에서도 게시물은 특정 아이디와 결부되어 올려지는데 사이버상의 언행에 대해서는 그 아이디가 대표하는 사이버인격이 책임을 지게 할 수 있다. eBay를 보면 잘 알 수 있다. eBay에 물건을 사고 팔기 위해 실명을 쓰지 않는다. 각 아이디를 통해 이루어진 거래내역에 대해 신뢰성에 대한 등급이 매겨진다.

그리고 그 등급은 eBay의 다른 사용자들에 의해 투표로 매겨지는데 중요한 것은 이와 같은 소비자들의 평가 역시 익명으로 이루어진다는 점이다. 이렇게 되면 등급이 낮은 아이디와는 소비자들이 거래를 피하게 된다. 실명제 없이도 사이버인격에게 거래에 대한 책임을 지우는 것으로 실제인물에 책임을 지우게 되는 것이다. 물론 이와 같은 시스템이 우리나라 상황에서 욕설을 막는 데 그대로 이용될 수는 없을 것이다. 그러나 중요한 것은 확실하다. 욕설을 줄이는 방법은 욕을 한 사이버인격의 실명을 이는 것이 아니라 그 욕설에 대해 책임을 사이버인격에 지우는 것이다. 그리고 그 책임을 사이버인격에 가장 빨리 효과적으로 지우는 길은 다른 네티즌들이 자유롭게 논평을 할 수 있도록 하는 것이고 이를 위해서는 익명성이 필수불가결하다.

위와 같은 대안의 규제가 존재함을 고려해볼 때 이 사건의 본인확인제는 최소한의 규제라고 할 수 없다.

5) 소결

헌법 제37조의2상의 과잉금지 원칙상의 검토를 해볼 때, 실명제는 불법정보 예방 및 구제의 용이성이라는 공익을 목표로 하지만 실제 불법정보는 도용된 명의하에 확산되기 때문에 적절한 방법이 아닐 가능성이 높다. 소수의 불법정보 유포자를 위축시키거나 추적하기 위해서 모든 게시자에게 자신의 신원정보를 사전제출하도록 하는 것은 실제로 ‘위축 효과’를 발생시켜 합법적인 게시글의 총량을 감소시키는 반면, 별다른 근거없이 모든 게시자의 사생활의 비밀과 자유를 제약하는 것이라서 법익의 비례성 측면에서도 문제가 있다. 그 외에도 불법정보를 예방할 수 있는 다른 규제방식이 존재하여 최소침해적 규제라고 하기도 어렵다.

58) 이와 비슷한 주장으로 Bruce Schneier, “Anonymity Won’t Kill the Internet,” 2006년 1월 12일, Wired News, <http://www.schneier.com/essay-104.html>(2009년 6월 19일 방문).

6. 결론

익명성 규제 중의 하나인 인터넷실명제는, 익명으로 자신의 의사를 개진하지 못하도록 하여 헌법상 보장되는 익명표현의 자유를 제약하며 특히 시대의 편견과 억압을 피하여 자신의 의사를 개진하려는 중요한 표현들을 금지시키므로 해악이 크고, 사람들이 범죄의 의심을 받지 않는 경우에도 자신의 신원정보를 사전제출하도록 강제하기 때문에 사생활의 비밀과 자유를 제약하며 특히 개인식별정보가 축적되면 유출의 위험이 높아져 해악이 크고, 사전에 신원정보를 충분히 제출하지 않는 한 표현물의 게시를 금지함으로써 표현에 대한 사전검열로써 기능하는 측면이 있고, 똑같은 게시물이 온라인에 올랐다는 이유만으로 신원확인 의무가 부과되므로 불합리한 차별이기도 하다.

이와 같이 여러 기본권이 제약되는 것에 비해 실명제가 달성하려는 불법정보 예방과 구제는 명의도용의 가능성 때문에 실제로 달성되기 어려워 방법의 적절성 측면에서도 문제가 있고 소수의 불법정보 예방과 구제를 위해 글을 쓰려는 모든 사람에게 본인확인 의무를 부과한다는 측면에서 법익의 비례성 측면에 있어서도 문제가 있다. 불법정보의 예방과 구제가 목적이려면 익명으로 글을 올린 경우 가중처벌하는 규제방식도 있기 때문에 침해의 최소성 측면에서도 문제가 있다.

III. 게시판실명제 위헌결정

1. 결정의 구조

우리나라 익명성 규제는 2012년도에 규제에 대한 평가의 틀이 확립되는 큰 변화가 있었는데 바로 게시판실명제에 대한 헌법재판소의 결정이다.⁵⁹⁾ 헌법재판소는 1일 평균 방문자 10만 명 이상의 웹사이트 운영자는 그 사이트의 일반적으로 공개된 장소(소위 “게시판”)에 글을 쓰는 모든 사람들로부터 그 사람의 본인확인정보를 수집할 것을 요구하고 있던 정보통신망이용촉진및정보보호에관한법률 제44조의5의 위헌성을 심사하였다. 당시

59) 헌법재판소 2010 헌마 47(병합)(2012).

헌법소원은 본인확인정보를 수집하고 보관해야 하는 의무를 가진 웹사이트 운영자와 본인확인정보를 제출하지 않고는 글을 올릴 수 없는 이용자 입장에서 모두 제기되었는데 현재 결정은 주로 이용자의 입장에 치중하였다.

(1) 헌법재판소는 게시판실명제는 글을 쓰려는 사람에게 반드시 사전에 신원을 밝힐 것을 요구하므로 “표현의 자유를 사전에 제한한다”고 지적하며 “표현의 자유는 민주주의 근간이 되는 중요한 헌법적 가치이므로 표현의 자유의 사전 제한을 정당화하기 위해서는 그 제한으로 인하여 달성하려는 공익의 효과가 명백하여야 한다(밑줄 필자 강조)”고 하여 합헌 여부를 엄격하게 심사할 것을 천명하였다.

이는 매우 괄목할 만한 판시인데 이 사건 청구인 측 참고인은 미국 연방대법원의 McIntyre 대 Ohio판결이 표현물의 저자 신원도 표현물의 “내용”에 해당하며 신원을 밝혀야만 선거표현물을 발행할 수 있도록 한 법제에 대해서 “내용규제”라고 판시하였던 점에 천착하여 게시판실명제가 ‘표현물의 내용에 저자 신원이 포함되어 있지 않는 한 그 표현물은 온라인에 게시될 수 없다’는 점에서 우리 헌법이 절대적으로 금기시하고 있는 ‘사전 검열’이라는 주장을 강하게 한 바 있다.⁶⁰⁾ 헌법재판소는 이에 화답하듯이 ‘사전검열’은 아니나 ‘사전제한’에 해당한다고 하여 사전검열에 적용되는 절대적 금지는 아니나 엄중한 경계심의 대상이 된다는 점을 확실히 하었다고 볼 수 있다.

(2) 헌법재판소는 이렇게 심사의 수위를 확립한 후 실명제의 공익의 효과가 명백한지를 살핀다. 실명제가 목표했던 공익은 위에서 말했듯이 불법정보의 위화이다. 그런데 헌법재판소는 실명제로 달성하려는 공익이 명백하지 못함을 다음과 같은 문단으로 실시한다.

“우리 법상의 규제가 규범적으로 현실적으로 적용되지 아니하는 통신망이 존재하고 그에 대한 인터넷 이용자의 자유로운 접근이 가능함에도 … 본인확인제를 규정함으로써 국내 인터넷 이용자들의 해외사이트로의 도피, 국내 사업자와 해외 사업자 사이의 차별 내지 자의적 법집행의 시비로 인한 집행 곤란의 문제를 발생시키고 있는 바 … 인터넷은 전 세계를 망라하는 거대한 컴퓨터 통신망의 집합체로서 개방성을 그 주요한 특징으로 하므로 외국의 보편적 규제와 동떨어진 우리 법상의 규제는 손쉽게 회피될 수 있고, 그 결과 우리 법상의 규제가 의도하는 공익의 달성은 단지 허울좋은 명분에 그치게 될 수 있음을 간과한 것”(밑줄 필자 강조)

60) 참고인 의견서.

“우리 법상의 규제가 규범적으로 현실적으로 적용되지 아니 하는 통신망”은 바로 외국 정보통신서비스 제공자를 말하는 것이다. 즉, 국내포털을 아무리 규제해도 똑같은 소통을 해외포털을 통해 할 수 있으니 규제가 현실적으로 무의미하다는 것이다. 법적용이 현실상 어려운 경우 그 난점을 보상하기 위해 항상 더 강한 규제를 만들려는 것이 보통 규제당국의 습성이고, 우리나라 사법부는 그런 습성에 제재를 거는 과감함을 잘 보여주지 않았는데 이번에는 “현실을 인정하자”는 목소리가 들린다.

위 문단을 짧게 요약하자면 ‘세계성 있는 인터넷에 갈라파고스 규제를 적용하려는 것은 부작용만 있을 뿐 성취하는 공익은 없다’는 것이다. “외국의 보편적인 규제와 동떨어진 우리 법상의 규제”는 바로 갈라파고스 규제를 풀어쓴 것이다. 바로 게시판실명제를 중국의 웨이보 등이 채택하기 전까지⁶¹⁾ 전 세계에서 유일하게 우리나라만 있는 제도임을 지적한 것이다.

국가가 달성하고자 하는 공익적 목표가 불분명함은 물론 실제로 공익은 달성되지 못하는 것으로 평가한다. “방송통신위원회가 제시한 자료⁶²⁾에 의하더라도 본인확인제 이후에 명예훼손, 모욕, 비방의 정보의 게시가 표현의 자유의 사전제한을 정당화할 정도로 의미 있게 감소하였다는 증거는 찾아볼 수 없다.”

(3) 반면 실명제에 의해 국민에게 끼치는 기본권 침해의 정도는 심대하다. 헌법재판소는 익명표현의 자유의 중요성에 대해 다음과 같이 판시하였다.

“인터넷공간에서 이루어지는 익명표현은 인터넷이 가지는 정보전달의 신속성 및 상호성과 결합하여 현실 공간에서의 경제력이나 권력에 의한 위계구조를 극복하여 계층, 지위, 나이, 성 등으로부터 자유로운 여론을 형성함으로써 다양한 계층의 국민 의사를 평등하게 반영하여 민주주의가 더욱 발전되게 한다. 따라서 비록 인터넷 공간에서의 익명표현이 부작용을 초래할 우려가 있다 하더라도 그것이 갖는 헌법적 가치에 비추어 강하게 보호되어야 한다.”(밀줄 필자 강조)

위에서 “부작용을 초래할 우려가 있더라도”와 같은 표현은 우리나라의 사법부에서 많이 보지 못했던 과감한 표현으로써 익명표현의 자유의 정치적 중요성에 대한 강한 긍정이다.

61) <http://journal.kiso.or.kr/?p=501>(2013년 11월 30일 방문).

62) 권현영 외 6인, “인터넷게시판 정책현황 분석 및 실효성 확보방안,” 한국인터넷진흥원 발주 한국전자정부 수탁 연구용역 보고서, 2009.12., p.26.

(4) 익명표현의 자유에 대한 제약의 범위가 실제 입법목적에 비해 너무 광범위한 것을 문제로 지적한다.

본인확인이라는 방법으로 게시판 이용자의 표현의 자유를 사전에 제한하여 의사표현 자체를 위축시키고 그 결과 헌법으로 보호되는 표현까지도 억제함으로써 민주주의의 근간을 이루는 자유로운 여론 형성을 방해한다 ... 이 사건 본인확인제는 ... 표현의 내용을 불문하고 주요 인터넷 사이트의 대부분의 게시판 이용과 관련하여 본인확인을 요구하고 있다. 이는 정보 등을 게시하고자 하는 자가 무엇이 금지되는 표현인지 확신하기 어려운 상태에서 본인의 이름, 주민등록번호 등의 노출에 따른 규제나 처벌 등 불이익을 염려하여 표현 자체를 포기하게 만들 가능성이 높고, 인터넷을 악용하는 소수의 사람들이 존재하고 있다는 이유로 대다수 시민의 정당한 의사표현을 제한하는 것으로서 익명표현의 자유에 대한 과도한 제한이라 할 것이다 ... (밀줄 필자 강조)

(5) 침해당하는 기본권은 표현의 자유만이 있는 것이 아니라 프라이버시도 있다.

본인확인제는 ... 모든 게시판 이용자의 본인확인정보를 수집하여 장기간 보관하도록 함으로써 개인정보가 유출될 위험에 놓이게 하고 다른 목적에 활용될 수 있도록 하며, 수사편의 등에 치우쳐 모든 국민을 잠재적 범죄자와 같이 취급하는 바 ...

본인확인정보 보관의무 부과로 인하여 ... 수사기관 등이 정보통신서비스제공자에게 이용자의 개인정보 제출을 요청(전기통신사업법 제83조 제3항)하는 경우 발생할 수 있는 본인확인정보의 보관목적 외 사용 우려에 비추어 보면, 개인정보자기결정권의 제한 역시 중대함을 부인할 수 없다.(밀줄 필자 강조)

2010년 1월 소제기 전후로 지난 5년간 대형개인정보유출사태가 여럿 발생했다.⁶³⁾ 헌재도 이 개인정보유출의 위험을 그다지 길지 않은 결정문에서 2회나 언급한 것으로 보아 영향을 받았을 것으로 추측된다.

정리하자면, 게시판실명제 위헌결정의 기본구조는 다음과 같다. (1) 표현의 자유에 대한 “사전제한”은 공익적 효과가 명백해야 하는데, (2) 실명제는 명의도용의 가능성 및 외국서버를 통한 소통가능성때문에 ‘불법정보 위화’라는 공익적 효과가 명백하지 않은 반면, (3) 익명표현의 자유는 민주주의를 위해 매우 중요한 기본권인데, (4) 소수의 불법정보의

63) 전게서, 한윤형.

〈표 4〉 2012년 인터넷실명제 위헌결정의 구조

(1) 표현의 자유에 대한 “사전제한”	심사기준의 확정	엄격한 심사
(2) 불법정보 위화 효과 불분명	국가가 성취한 공익	크지 않음
(3) 익명표현의 자유 중요	국가가 침해한 기본권의 질적 중요성	큼
(4) 소수 색출을 위해 모두에게 실명 표현 요구	국가가 침해한 기본권의 양적 중요성 및 공익과의 비례성	과도한 제약이라서 비례성이 없음
(5) 개인정보 보관에 의한 사생활의 비밀 침해	국가가 침해한 기본권 (프라이버시)	큼
결론: 공익성취 << 사익침해 → 위헌		

게시자를 적발하기 위해 표현의 내용을 불문하고 모든 국민에게 본인확인 의무를 부과하는 것은 표현의 자유를 과도하게 침해하는 것이며, (5) 본인확인을 위해 개인정보가 보관 및 유통되기 때문에 이용자들의 사생활의 비밀을 침해한다는 것이다. 위 구조를 도식화하자면 〈표 4〉와 같이 조망해볼 수 있다.

2. 평가

게시판실명제의 위헌결정의 위와 같은 구조는 앞의 I절에서 제시했던 실명제 일반에 대한 헌법적 평가의 상당 부분과 부합함을 알 수 있다. (1) 실명제가 사전검열로 기능할 수 있다는 주장(II.3)에 대응하여 ‘사전검열은 아니나 사전제한에 해당한다’고 하여 엄격한 심사기준을 적용하였다. (2) 실명제의 경우 완벽한 신원확인이 어려워 명의도용을 불사하는 적극적인 범죄자의 경우 위화력이 없다는 논리(II.5.나)도 수용하였으며, (3) 실명제가 제약하는 익명표현의 자유가 정치적으로 매우 중요하다는 점(II.1)도 인정하였으며, (4) 실명제가 개인정보가 소수의 불법정보 예방 및 색출을 위해 모든 사람에게 신원확인 의무를 부과하여 과도하다는 점(II.5.다)도 수용하였고, (5) 실명제는 개인정보의 수집 및 보관을 동반하여 사생활의 비밀과 자유를 제약한다는 점(II.2)도 받아들였다.

그렇다면, 우리는 선거법 실명제에 대한 평가에 있어서도 게시판실명제 결정과의 비교는 매우 유의한 틀이 될 것이다.

IV. 공직선거법상의 실명확인제에 대한 결정 및 평가

1. 헌법재판소 결정의 요지⁶⁴⁾

헌법재판소는 선거운동기간 중 인터넷언론사 게시판·대화방 등의 실명확인 의무를 규정한 구 공직선거법(2010.1.25. 법률 제9974호로 개정되고, 2013.3.23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제82조의6(인터넷언론사 게시판·대화방 등의 실명확인)에 대하여 선거운동기간 중 인터넷언론사 게시판 등을 통한 흑색선전이나 허위사실이 유포될 경우 언론사의 공신력과 지명도에 기초하여 광범위하고 신속한 정보의 왜곡이 일어날 수 있으므로, 실명확인 조항은 이러한 인터넷언론사를 통한 정보의 특성과 우리나라 선거문화의 현실 등을 고려하여 입법된 것으로 선거의 공정성 확보를 위한 것으로 입법목적의 정당성을 인정하였다.

또한 실명확인 조항은 실명확인이 필요한 기간을 ‘선거운동기간 중’으로 한정하고, 그 대상을 ‘인터넷언론사 홈페이지의 게시판·대화방’ 등에 ‘정당·후보자에 대한 지지·반대의 정보’를 게시하는 경우로 제한하고 있는 점, 인터넷이용자는 실명확인을 받고 정보를 게시할 것인지 여부를 선택할 수 있고 실명확인에 별다른 시간과 비용이 소요되는 것이 아닌 점, 실명확인 후에도 게시자의 개인정보가 노출되지 않고 다만 ‘실명인증’ 표시만이 나타나는 점 등을 고려하면, 이 사건 법률조항이 과잉금지 원칙에 위배되어 게시판 이용자의 정치적 익명표현의 자유, 개인정보 자기결정권 및 인터넷언론사의 언론의 자유를 침해한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

헌법재판소는 「공직선거법」상 실명확인제는 실명확인이 필요한 기간을 비교적 짧은 ‘선거운동기간 중’으로 한정하고, 그 대상을 ‘인터넷언론사 홈페이지의 게시판·대화방’ 등에 ‘정당·후보자에 대한 지지·반대의 정보’를 게시하는 경우로 제한하고 있어, 실명확인 조항이 청구인들의 기본권을 과도하게 제한하고 있다고 단정할 수 없다고 보았다.

헌법재판소는 선거기간은 선거의 공정성이 가장 절실하게 요구되는 시기로 인터넷언론사 홈페이지의 게시판·대화방을 통한 흑색선전이나 허위사실이 유포될 경우 신속하고도 광범위한 정보의 왜곡이 일어날 수 있을 뿐만 아니라 그 기간 내에 이를 치유하기란 지극히 어렵고, 사후적 구제수단만으로는 선거에서 당선을 목적으로 하는 정당·후보자에 대

64) 공직선거법 제82조의6 제1항 등 위헌확인(헌재 2015. 7. 30. 2012헌마734, 2013헌바338(병합)) 결정.

한 실질적인 권리구제가 이루어지기 어렵다고 판단하였다.

또한 헌법재판소는 선거운동기간 중에 인터넷언론사 홈페이지의 게시판·대화방 등에 선거 관련 정보가 게시되는 경우에는 선거의 공정성 확보를 위해 그에 상당한 조치를 취해야 할 필요성이 더욱 크다는 점, 실명확인방법은 「공직선거법」의 개정으로 인터넷언론사가 스스로 이용자의 성명과 주민등록번호의 일치 여부를 확인하는 것에서 행정안전부장관이 제공하는 실명인증방법으로 실명을 확인받도록 하는 것으로 변경되었고, 실명확인을 받는 기관에 신용정보업자도 추가되어 이원화되는 등 편의성이 향상된다는 점, 인터넷 이용자가 인터넷언론사 홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 정보를 게시하는 경우에도 실명확인을 받고 정보를 게시할 것인지 여부는 게시자가 선택할 수 있다는 점, 실명확인에 별다른 시간과 비용이 소요되는 것이 아니며, 실명확인을 거치지 않은 정보가 정당·후보자에 대한 지지·반대의 정보인 경우에는 인터넷언론사에 의해 사후적으로 삭제될 뿐이라는 점도 고려되었다. 또한 실명확인 후에도 게시자의 실명이나 성별, 나이 등과 같은 개인정보가 노출되는 것이 아니라 단지 ‘실명인증’이라는 표시만 나타난다는 점을 이 사건 실명확인제가 침해의 최소성 요건을 충족하는 논거로 들었다.

헌법재판소는 또한 인터넷언론사 홈페이지의 게시판·대화방을 이용한 허위사실유포 등으로 인하여 선거의 공정성의 훼손, 후보자의 인격권 침해 및 여론 왜곡 등의 피해 방지라는 실명확인조항으로 얻는 공익이, 인터넷언론사의 이용자가 실명확인 과정에서 겪는 불편함이나 글 등을 게시하면서 겪게 될 수 있는 주저함, 인터넷언론사의 기술적 조치에 따른 비용 발생 또는 이용자 수의 감소 등의 사익보다 훨씬 크다 할 것이므로, 실명확인조항은 법익의 균형성도 갖추었다고 보았다.

2. 선행평석

게시판실명제가 위헌판정을 받은 2012년 이후의 선행연구가 유의미할 것으로 보아 이에 대해서만 살핀다. 우선 모든 논자들이 선거법실명제에 대해서 위헌 의견을 보이고 있다. 장선미·성기용은 2012년 게시판실명제 결정에서 헌재가 실명제에 대해 “수단의 적합성”을 인정할 것을 패착으로 보고 이 패착 때문에 선거법실명제에 대해서도 위헌결정을 내리지 못한 것으로 보고 있다.⁶⁵⁾

65) 장선미·성기용, “익명표현의 자유에 대한 헌법적 검토,” 이화여자대학교 법학연구소, 『법학논집』 Vol.20,

김현귀는 이전에 선거법실명제가 합헌판정을 받은 반면, 2012년 게시관실명제가 위헌 판정을 받은 것은 그 사이에 대형개인정보유출사고가 발생하였고 이에 대한 현재의 개인 정보보호에 대한 감수성이 작동한 것이라고 분석하고 있다.⁶⁶⁾ 상당히 유용한 분석이긴 하나 2014년 1월에 다시 3개 카드사가 1억 개 이상의 개인정보를 유출하는 사고를 겪은 후에 2015년에 다시 선거법실명제에 대해 합헌결정이 내려졌다. 김종세는 역시 “국민들은 최근 들어 지속적으로 발생하고 있는 해킹 등 개인정보 유출사고의 근본적인 원인 중 하나로 인터넷 실명제를 지적해 왔다”고 하며 실명제와 개인정보침해와의 연관성에 주목한다.⁶⁷⁾

김송옥⁶⁸⁾은 “실명인증제는 익명의 이익을 침해하는 치명적인 절차적 문제점을 안고 있는데, 이용자가 실명인증제를 통해 밝힌 신원정보를 정부가 언제든지 제공받고 이용할 수 있도록 되어 있는 것이다. 즉, 공직선거법 제82조의6 제3항은 “행정안전부장관 및 신용정보업자는 제1항 및 제2항의 규정에 따라 제공한 실명인증자료를 실명인증을 받은 자 및 인터넷홈페이지별로 관리하여야 하며, 중앙선거관리위원회가 그 실명인증자료의 제출을 요구하는 경우에는 지체 없이 이에 따라야 한다”고 규정하고 있다. “정부나 선거관리위원회의 선거법 위반이라는 자의적 판단에 의해 언제든지 이용자의 신원이 밝혀질 가능성이 있다”고 지적하며 역시 개인정보침해 위험을 지적하고 있다. 이 주장에는 동의하지만 관련 법조는 제272조의3이 되어야 할 것이다. 이에 대해서는 아래에 다시 설명한다.

김현귀·김종세·김송옥의 주장은 선거법실명제에 대해 유용한데 현재가 주로 선거법 실명제의 합헌성을 논증할 때 적용기간이 짧다는 점에 천착하지만 개인정보침해는 적용기간에 관계없이 그 위험이 상시적으로 도사리고 있다는 점이 고려되어야 하기 때문이다.

3. 평석

위의 표에서 확인한 게시관실명제 위헌결정의 기본구조를 공직선거법상 실명확인제에 대해서 적용해보자면 다음과 같이 판시해 볼 수 있었을 것이다.

No.42016(2015), pp.175-205.

66) 김현귀, “인터넷 실명제의 도입과 헌법재판소 결정,” 『헌법판례연구』 14(2013), 157-192.

67) 김종세, “인터넷 실명제의 헌법적 의미와 과제,” 『법학연구』 50(2013), 189-212.

68) 김송옥, “인터넷실명제에 대한 헌법적 평가와 전망,” 『공법학연구』 14(1)(2013), 163-194.

- (1) 실명확인제는 표현의 자유에 대한 “사전제한”으로써 공익적 효과가 명백해야 함에도 불구하고,
- (2) 명의도용의 가능성 및 외국서버를 통한 소통가능성때문에 불법정보 위화의 공익적 효과가 명백하지 않고,
- (3) 선거에 관한 익명표현의 자유는 민주주의의 형성에 매우 중요한 반면⁶⁹⁾ (특히 선거에서 중요한 진실의 발견을 위해서는 사상의 자유시장이 왕성하게 작동해야 하므로),
- (4) 소수의 불법정보의 게시자를 적발하기 위해 모든 국민에게 본인확인 의무를 부과하는 것은 표현의 자유를 과도하게 침해하는 것이며,
- (5) 본인확인을 위해 보관 및 유통되는 개인정보가 이용자들의 사생활의 비밀을 침해한다고 판시할 수 있다.

그러나 실제 헌법재판소의 합헌결정문과 비교해보면 다음과 같은 대조점들이 포착된다.

1) 심사기준의 문제: 실명확인 의무의 강제성

첫째, 심사기준의 확정에 영향을 주는 ‘사전제한’ 문제를 보건의대 선거법상 실명확인제가 게시관실명제와 다른 점은 적어도 법적으로는 이용자가 게시물을 올릴 때 반드시 본인확인을 하도록 해야 하는 것은 아니며 사업자가 추후에 본인확인이 되어 있지 않은 “후보지지 또는 반대글”을 삭제하는 것으로도 족하다는 면에서 ‘사전제한’으로서의 강제성이 다소 완화되어 있는 것처럼 보인다. 실제로 헌법재판소는 “인터넷이용자가 인터넷언론사 홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 정보를 게시하는 경우에도 실명확인을 받고 정보를 게시할 것인지 여부는 게시자가 선택할 수 있다”고 하였다. 또 사전검열금지법리를 근거로 한 실명제 관련 주장이 이루어진 바 있는 ‘2010년 선거법 실명제’ 결정⁷⁰⁾에서 현재는 합헌결정을 내리면서 다음과 같이 판시하였다. “이용자로서는 스스로의 판단에 따라 자신이 게시하려는 글이 지지 및 반대의 글에 해당하면 실명확인 절차를 거쳐 ‘실명확인’의 표시가 나타나게 게시하는 것이 가능하므로, 이러한 제한이 사

69) 사실 익명표현의 자유가 헌법상 보장되는 기본권임을 처음 확인한 것은 헌법재판소였다. 헌법재판소 2010.02.25. 선고 2009헌바31 등. 현재는 익명표현의 자유는 보장되지만 선거의 공정성을 위해 선거운동기간이라는 짧은 기간 동안에만 이를 제한하는 것은 합헌이라고 판시하였다.

70) 현재 2010.2.25 2008헌마324 공직선거법 제82조의6 제1항 등 위헌확인 2009헌바31(병합) 공직선거법 제82조의6 제1항 등 위헌소원.

전검열금지의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.”

그러나 공직선거법 제82조의6 제6항은 “인터넷언론사는 당해 인터넷홈페이지의 게시관 및 대화방 등에 “실명인증”의 표시가 없는 정당이나 후보자에 대한 지지 및 반대의 글이 게시된 경우에는 지체없이 이를 삭제하여야 한다”라고 되어 있고 이를 지키지 않는 언론사는 과태료 300만 원에 처해진다.⁷¹⁾ 이를 보면 틀림없이 신원제출을 절대적인 의무로 만들고 있다. 즉 실명인증이 되지 않으면 사전에 차단되지 않아도 사후라도 즉시 삭제되는 것이다.

뿐만 아니라 대부분의 사업자들은 사후적으로 게시글을 관리하기가 어렵기 때문에— 실명확인되지 않은 후보지지반대글이 올라온 후 신속하게 삭제한다는 것이 매우 어렵기 때문에— 선거운동기간에 모든 글에 대해서 실명확인 의무를 부과하고 있다(〈그림 1〉 참조).⁷²⁾

물론 현재는 “또한 위와 같은 인터넷언론사의 의무내용을 종합할 때, 청구인이 주장하는 바와 같이 당해 인터넷언론사가 내용과 상관없이 먼저 실명확인의 절차를 거치지 아니하면 글을 게시조차 못하게 하였다고 하더라도, 이는 자신의 홈페이지 관리의 편의를 위한 사실상의 조치일 뿐 이 사건 법률조항들로 인하여 생기는 법률효과는 아니라고 할 것이다”라고 지적한다.

그러나 제82조의6 법조문을 살펴보면 ‘후보지지 반대의 글을 게시할 수 있도록 하는 경우에는’ 기술적 조치를 하도록 해야 하며 예외는 없다. 즉 이 사건 소수의견 4인도 지적

〈그림 1〉 사업자의 선거법 실명제상의 의무

선거운동기간 실명확인

6개 도읍말

전체 조회순 만족순

다음 뉴스 댓글 작성 시 갑자기 실명인증을 받으라고 하는데 왜 받아야 하는 건가요? ×

공직선거법 제82조의6에 따라, 인터넷언론사는 선거운동기간 중 게시판 등에 정당, 후보자에 대한 지지, 반대의 정보를 게시할 수 있도록 하는 경우에는 법에서 요구하는 실명인증 방법으로 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 하여야 할 의무가 있으므로, 다음 뉴스에서도 댓글 작성 시 실명인증을 받도록 하고 있습니다.

71) 제261조(과태료의 부과·징수 등).

72) <http://cs.daum.net/faq/63/18303.html#35708>(2016년 11월 5일 최종방문).

했듯이 이용자가 어떤 글을 쓸지 미리 알 수가 없으니 후보지지 반대글이 올라올 가능성이 있는 모든 게시판에는 모두 실명확인을 사전요건으로 둘 수밖에 없다. 뿐만 아니라 이를 사업자들이 선택했던 사업자들에게 강제되었던 이용자 입장에서는 틀림없이 실명확인이 강제되는 것이고, 그와 같은 상황을 초래한 것은 그 강제성에 대해 이론이 있을 수 있으나 제82조의6의 기술적 조치 의무임에는 틀림이 없다. 그렇다면 현재가 그렇게 쉽게 ‘법률’의 문제가 아니라 ‘사실적 조치’의 문제로 치부할 수는 없는 것이다.

2) 국가가 성취하는 공익의 문제: 불법게시물 위화의 효과

둘째, 국가가 성취하는 공익 즉 불법선거게시물의 위화라는 측면을 보건대, 2012년 12월 헌법재판소가 인터넷상의 선거운동 및 정치적 표현에 대한 공직선거법상의 규제 즉, 선거법 제93조의1항에 대해 위헌결정함으로써⁷³⁾ 인터넷에 올라올 것으로 예상되는 선거법상 ‘불법정보’의 양을 대폭 줄여버렸다. 즉 과거에 헌법재판소가 공직선거법상 실명제에 대해 합헌 결정⁷⁴⁾을 여러 차례 내렸을 때의 불법정보는 두 가지 유형이었다. 하나는 사전 선거운동금지 또는 선거 전 180일간 후보지지만대 금지 등의 기간제한위반형이고, 다른 하나는 표현의 내용 자체가 허위이거나 비방인 불법내용형이었는데, 전자가 후자보다 압도적으로 많았다. 예를 들어 18대 국회의원선거에서 인터넷상 선거법위반행위에 대해 중앙선거관리위원회는 총 10,623건을 적발했는데 비방·흑색선전 5.6%(600건), 사전선거운동 89.2%(9,475건), 기타 5.2%(548건)이었다.⁷⁵⁾ 그렇다면 2012년 12월 위헌결정 전에는 모든 후보지지만대글 또는 선거운동용글이 기간제한을 위반하면 공직선거법 제93조와 제254조에 의거하여 불법이 될 우려가 있었고, 이에 따라 많은 양의 불법정보를 위화해야 할 공익이 본인확인제도를 상대적으로 정당화할 수 있었다. 그러나, 2012년 12월 위헌결정 후에는 이제 전체 선거법상 불법정보의 5~10%만을 차지하는 허위사실공표, 후보자비방글들만이 불법이 되므로 이런 소수의 글을 잡기 위해서 유권자다수에게 족쇄를 씌우는 것은 위헌 가능성이 더욱 높아지게 되었다.

현재는 오히려 선거기간은 “선거의 공정성이 가장 절실하게 요구되는 시기”라는 이유로 선거법 실명확인제를 통해 불법정보 위화의 필요성을 옹호하고 있는데 익명표현의 자유가 탄압을 피해 권력자를 고발하려는 사람들의 언로를 열었던 역사를 생각하면 선거법

73) 헌법재판소 2011.12.29. 2007헌마1001 공직선거법 제93조 제1항 등 위헌확인.

74) 헌법재판소 2010.02.25. 선고 2009헌바31 등.

75) 제18대 국회의원선거총람.

실명확인제 때문에 이용자들이 위축되어 선거후보자에 대한 비리가 묻혀버려 선거의 공정성이 훼손될 것에 대해서 논의하지 않은 점은 안타깝다. 4인 소수의견(재판관 이정미·김이수·이진성·강일원)은 다음과 같이 이 점을 실시하였다. “투표 전에 이루어지는 정치적 의사표현에 있어서도 의사표현자의 신원에 대한 비밀이 보장될 필요가 있다. 따라서 선거운동에 있어서 정치적 익명표현의 자유는 비밀선거 원칙을 규정한 헌법정신에 비추어도 그 보호 필요성이 인정된다.” 익명표현의 자유가 보장되어야 선거후보자에 대한 비리를 자유롭게 고발할 것이고 선거가 더 공정해질 것이라는 이야기이다.

3) 국가에 의해 침해당하는 사익의 문제: 기간제한 및 규제대상내용의 범위

셋째, 국가에 의해 침해당하는 사익 면을 보건대, 이 사건에서 현재가 지적하듯이 선거법 실명확인제는 게시판실명제와 달리 선거운동기간에 한하여 ‘정당·후보자에 대한 지지·반대’ 글을 쓸 때만 본인확인을 거치도록 의무화하고 있다. 글을 쓰려면 본인확인을 해야 한다는 점에서 이미 위헌판정을 받은 게시판실명제와 같지만 적용기간(2주 혹은 3주 동안의 공식선거운동기간)은 더 좁고 적용범위도 선거 관련 글로 한정되어 있다.

하지만, 우선 일견 짧아보이는 선거기간이지만 이는 우리나라 선거규제의 특성을 살펴보면 기간이 짧다고 해서 너그러울 이유가 없다. 왜냐하면 평상시에 유권자들의 입을 묶어 놓기 때문에 선거기간 동안에 후보자 지지반대의 목소리가 집중적으로 터져 나올 수밖에 없기 때문이다. 즉 기간은 짧지만 그 기간에 제약되는 표현의 자유의 양을 생각한다면 결코 적다고 볼 수 없다. 또 ‘민주주의의 꽃은 선거’라는 표현에 비추어볼 때 선거기간의 표현의 자유는 평상시의 표현의 자유보다 10배, 100배의 가치를 가진다고도 볼 수 있다. 4인 소수의견이 “선거운동기간이 정치적 표현의 자유를 행사함에 있어 가장 긴요한 시기”라고 강조한 것이 설득력이 있다.

적용범위가 ‘정당·후보자에 대한 지지·반대’ 글이어서 게시판실명제에 비해 좁다고도 볼 수 없다. 위에서 설명했듯이 사업자들은 게시글 관리의 어려움 때문에 모든 게시글에 대해 실명확인제를 적용하기 때문이다. 어느 글이 “정당 및 후보에 대한 반대 지지” 글이 될지 포털이 미리 예측을 할 수 없기 때문에 결국 선거운동기간에는 모든 글의 게시자들에 대해서 본인확인을 할 수밖에 없게 된다는 것이다. 결국 선거법 하나 때문에 선거와 무관한 모든 인터넷을 통한 게시글에서 익명성이 추방되는 결과가 나올 수밖에 없게 된다. 실제로 대부분의 인터넷언론사들은 실명확인조치를 취하는 데 소요되는 비용을 감당하지 못해 아예 댓글기능을 폐쇄하였음(〈그림 2〉 참조)을 생각하면 표현의 자유 전체에 미치는 제약은 상당하다.

〈그림 2〉 사업자의 선거법상 의무



이 사건 헌재가 범한 또 한 가지 오류는 ‘인터넷언론사 홈페이지의 게시판·대화방’ 등에 한정하여 적용되는 점을 합헌의 근거로 제시하였는데 사실은 반대로 2011년 당시 게시판 실명제 위헌결정 당시 게시판실명제가 적용되던 사이트는 150여 개였던 반면,⁷⁶⁾ 2015년 헌재 인터넷언론사로 지정된 회사는 3천 개가 넘기 때문에⁷⁷⁾ 사실은 규제대상이 게시판실명제보다 더욱 늘어났다.

4. 소결

위의 내용을 표로 정리해보자면 다음의 〈표 5〉와 같다.

결국 게시판실명제 위헌결정에 비추어 볼 때 선거법 실명확인제는 귀중한 익명표현의 자유에 대한 ‘실질적인 사전제한’에 해당하므로 동일하게 엄격하게 심사되어야 한다. 또 선거법 실명확인제가 위화하려는 대상인 불법선거 관련 게시글은 2011년 헌재결정을 통해 대폭 줄어들어 이를 통해 달성하려는 공익은 매우 줄어들었다. 반면 선거법 실명확인제가 제약하는 사익 면에서는 게시판실명제에 비해 적용기간이 짧은 하지만 표현의 자유의 핵심이라고 할 수 있는 정치적 표현이 집중적으로 분출하는 기간임이 고려되어야 할 것이다. 특히 사업자들이 실질적으로는 모든 게시글에 대해서 실명확인제를 적용할 수밖

76) <http://www.boannews.com/media/view.asp?idx=25192&page=1281&kind=3&search=title&find=>

77) 선거관리위원회 홈페이지(<https://www.iendc.go.kr/library/library02.php>), 2016년 3월 당시 2,903개.

〈표 5〉 2012년 실명제 위헌결정에 비춘 공선법 실명제에 대한 평가

	게시판실명제		선거법실명제
심사기준의 확정	(1) 표현의 자유에 대한 “사전제한”	엄격한 심사	동일함. 실명확인 안 된 글은 즉시 삭제
국가가 성취한 공익	(2) 불법정보 위화 효과 불분명	크지 않음	더 적음. 2011년 헌재결정에 따라 인터넷상 사전선거운동이 허용됨에 따라 위화 필요 글 게시글이 대폭 줄어들었음
국가가 침해한 사익(표현의 자유)	(3) 익명표현의 자유 중요	큼	더 큼. 선거기간의 표현의 자유는 더욱 중요함
국가가 침해한 사익(표현의 자유)	(4) 소수 색출을 위해 모두 에게 실명표현 요구	크며 과도함	동일. 적용기간은 더 짧으나 선거 관련 표현 이 집중적으로 나오는 기간이며 정치적 표현 의 중요성을 고려해야 함. 적용범위도 후보 지지반대글로 한정되나 실질적으로는 모든 글에 적용되어 비례성 없음
국가가 침해한 사익(프라이버시)	(5) 개인정보 보관에 의한 사생활의 비밀 침해	큼	동일
결론	공익성취 < 사익침해 → 위헌		공익성취 <<< 사익침해 → ??

에 없는 점을 생각하면, 선거 관련 게시글을 위해서 모든 게시글에 대해 실명 의무가 부과되는 법익의 불균형성도 고려되어야 한다.

V. 결론

익명성 규제 중의 하나인 인터넷실명제는, 익명으로 자신의 의사를 개진하지 못하도록 하여 헌법상 보장되는 익명표현의 자유를 제약하며 특히 시대의 편견과 억압을 피하여 자신의 의사를 개진하려는 중요한 표현들을 금지시키므로 해악이 크고, 사람들이 범죄의 의심을 받지 않는 경우에도 자신의 신원정보를 사전제출하도록 강제하기 때문에 사생활의 비밀과 자유를 제약하며 특히 개인식별정보가 축적되면 유출의 위험이 높아져 해악이 크고, 사전에 신원정보를 충분히 제출하지 않는 한 표현물의 게시를 금지함으로써 표현에 대한 사전검열로써 기능하는 측면이 있고, 똑같은 게시물이 온라인에 올랐다는 이유만으로

로 신원확인 의무가 부과되므로 불합리한 차별이기도 하다.

이와 같이 여러 기본권이 제약되는 것에 비해 실명제가 달성하려는 불법정보 예방과 구제는 명의도용의 가능성 때문에 실제로 달성되기 어려워 방법의 적절성 측면에서도 문제가 있고 소수의 불법정보 예방과 구제를 위해 글을 쓰려는 모든 사람에게 본인확인 의무를 부과한다는 측면에서 법익의 비례성 측면에 있어서도 문제가 있다. 불법정보의 예방과 구제가 목적이라면 익명으로 글을 올린 경우 가중처벌하는 규제방식도 있기 때문에 침해의 최소성 측면에서도 문제가 있다.

실제로 2012년 우리나라 현재는 위 주장의 상당 부분을 받아들이면서 ‘익명표현의 자유’의 정치적 중요성을 강조하고 ‘게시관실명제’가 사전검열은 아니나 표현의 “사전제한”에 해당하기 때문에 규제의 목표가 “명백한 공익”을 달성하였는지 엄격히 살펴보아야 한다고 하면서, 실제로 주민등록번호의 도용 및 법의 영향이 미치지 않는 외국의 정보통신망을 통한 우회가능성 때문에 불법정보의 예방이나 구제효과를 입증되지 않은 반면, 소수의 불법정보를 예방 및 구제하기 위해 모든 게시판이용자에게 신원확인 의무를 부과하여 “잠재적 범죄자” 취급을 하는 것은 과잉한 규제라고 하여 위헌판정을 하였다.

위 결정에 비추어 보면 선거법 실명제는 모든 기간 모든 게시물에 적용되는 게시관실명제와는 달리 선거후보자에 대해 선거운동기간에 게시된 글에만 적용되기는 하나, 1일 방문자가 10만 명이 되지 않는 인터넷언론사들에 모두 적용되고 전체 표현의 자유에서 가장 가치있다고 볼 수 있는 선거후보자에 대한 게시물에 적용되어 고발을 위축시킨다는 면을 생각해보면 위헌의 가능성이 높다고 하겠다. 특히 2011년 현재결정을 통해 인터넷상에서는 사전선거운동금지 규정이 적용되지 않게 되어 후보자비방죄나 허위사실공표죄에 해당하는 불법정보만이 예방 및 구제대상으로 남아 있는 이상 더욱 선거법 실명제로 달성할 수 있는 공익은 이로 인해 발생하는 기본권침해를 정당화하지 못한다.

참·고·문·헌

- 권현영 외 6인. 2009. “인터넷게시판 정책현황 분석 및 실효성 확보방안.” 한국인터넷진흥원 발주 한국전자정부 수탁 연구용역 보고서(2009. 12), 26쪽.
- 권혜령. 2013. “정치적 익명표현의 자유—강제적 신원공개 법률에 대한 미연방대법원 판례를 중심으로.” 『세계헌법연구』 제19권 제2호. 국제헌법학회.
- 김경년·김재영. 2005. “『오마이뉴스』 독자의견 분석: “난장으로서의 공론장” 가능성 탐색.” 『한국방송학보』 19(3): 41-35.
- 김송옥. 2013. “인터넷실명제에 대한 헌법적 평가와 전망.” 『공법학연구』 14(1). 163-194.
- 김중세. 2013. “인터넷실명제의 헌법적 의미와 과제—헌법재판소 2010헌마47, 252(병합)결정을 중심으로.” 『법학연구』 제50집. 한국법학회.
- 김현귀. 2013. “인터넷 실명제의 도입과 헌법재판소 결정.” 『헌법판례연구』 14. 157-192.
- 문재완. 2005. “익명표현의 자유에 관한 연구.” 『언론과 법』 제4권 제2호. 한국언론법학회.
- 박경신. 2008. “미국의 사전제재법리와 2002년 불온통신규제 결정의 재발견.” 『헌법실무연구』 제9권. 503-533면.
- _____. 2008. “이익형량에 대한 환원주의적인 접근의 사례: 미국의 단계심사와 한국의 과잉금지 원칙.” 『법철학연구』 11권 1호(2008년 4월).
- _____. 2009. “인터넷 실명제의 위헌성.” 『헌법학연구』 제15권 제3호. 86-87면. 한국헌법학회.
- _____. 2010. “방송통신심의위원회의 인터넷내용심의의 위헌성.” 『법학논총』 제27권 제2호(2010.06). 65-100면. 한양대학교.
- 박인우·김미향. 2000. “동기적 가상토론에서 익명성이 토론 내용의 논증과 부정적 발언에 미치는 영향.” 『교육공학연구』 16(4): 91-106.
- 배 영 외 2인. 2009. “본인확인제 영향평가를 위한 인식도 조사보고서”의 2010.3.31. 요약문. 한국조사연구학회(2009.12).
- 배 영 외 3인. 2008. “2008년도 본인확인제 효과분석.” 숭실대학교 산학협력단 및 (주)메트릭스 코퍼레이션.
- 성동규·김도희·이윤석·임성원. 2006. “청소년의 사이버폭력 유발요인에 관한 연구.” 『사이버커뮤니케이션 학보』 19: 70-129.
- 우지숙. 2009. “인터넷 게시판 실명제의 효과에 대한 실증 연구.” 『행정논총』 48권 1호(2009년 12월). 78면.
- 이성식. 2005. “사이버공간의 익명성이 청소년언어폭력에 미치는 영향.” 『한국청소년연구』 16(1): 77-107.
- 이시원·민병익. 2002. “지방자치단체 온라인 주민참여 실명제 도입의 영향분석.” 『한국행정학보』 36(2): 205-229.
- 장선미·성기용. 2015. “익명표현의 자유에 대한 헌법적 검토.” 『법학논집』 Vol.20, No.42016,

- pp.175-205. 이화여자대학교 법학연구소.
- 조 국. 2003. “압수수색의 합법성 기준 재검토.” 『비교형사법연구』 제5권 제2호. 745-781쪽.
- (주)메트릭스코퍼레이션. 「제한적 본인확인제 효과분석을 위한 조사보고서」. 2007년 10월 정보통신부 용역보고서.
- 최 영·이종민·김병철. 2002. “인터넷 신문의 공론장 역할에 관한 연구: 토론 참여자의 익명성과 토론 매개자의 신분이 토론에 미치는 영향을 중심으로.” 『언론과학연구』 2(2): 115-158.
- 한윤형 발표문. 2012. “개인정보보호의 이해 및 안전한 관리—개인정보의 의의 및 처리 실태.” (2012.11.21). 정보화진흥원.
- 황성기. 2008. “인터넷실명제에 관한 헌법학적 연구.” 『법학논총』 제25집 제1호. 한양대학교 법학연구소.

접수일자: 2016년 10월 12일, 심사일자: 2016년 10월 18일, 게재확정일: 2016년 11월 7일

[Abstract]

Constitutional Review of Anonymity Regulation and Review of 2015 Constitutionality Decision on Election Internet Real Name Law

Park, Kyung Sin | Korea University Law School

Internet real name law, one of the anonymity regulations, restricts the right to anonymity by prohibiting people from expressing their thoughts anonymously, especially extirpating dissident opinions seeking shelter from prejudices and oppression. It also requires all innocent speakers to submit their identification information, thereby limiting their right to privacy, and require the identification data to be stored, thereby increasing the risk of data breach by creating easy and attractive targets. It also acts like a prior censorship for any speech whose author has not been sufficiently identified will be banned. It also discriminates against online speech for off-line speech of the same content is not subject to the identification requirement.

While all these rights are being restricted, the public interest goals of deterring or tracking down unlawful material are difficult to achieve due to identity thefts, and it is difficult to justify imposing a blanket requirement on all those writing online regardless of the likelihood of writing unlawful.

In 2012, the Constitutional Court struck down a general Internet real name law, accepting the aforesaid arguments but has failed to do so on the election Internet real name law in 2015 even though the latter concerns the core political speech, e.g., commenting on election candidates.

-
- **Keyword:** Internet real name law, election Internet real name law, chilling effects, right to anonymous expression, privacy