

인터넷 ‘본인확인제’ 조항에 대한 헌법재판소의  
위헌결정 연구: 2010헌마47, 252(병합) 결정을 중심으로  
A Research on the Korean Constitutional Court’s Decision about  
‘Internet Real-Name Policy’: Focus on 2010HunMa47, 252(combined)

김 경 호\* · 이 서 현\*\* · 현 성 미\*\*\*  
Kim, Gyong-Ho · Lee, Seo-Hyeon · Hyun, Sung-Mi

목 차

- I. 서론
- II. 인터넷 실명제와 선행연구 분석
- III. 현재 2010헌마47, 252(병합) 결정 분석
- IV. 인터넷 실명제 위헌결정의 함의 및 논의
- V. 결론

국문초록

인터넷 실명제가 게시판 이용자의 표현의 자유를 사전에 제한하여 의사표현을 위축시키고 그 결과 헌법으로 보호되는 표현까지도 억제함으로써 민주주의의 근간을 이루는 자유로운 여론 형성을 방해하여 청구인의 표현의 자유, 개인정보자기결정권, 언론의 자유 등 기본권을 침해한다는 것이 현재 결정의

논문접수일 : 2012.12.24

심사완료일 : 2013.01.22

게재확정일 : 2013.01.24

\* 제주대학교 언론홍보학과 교수(연구책임자)

\*\* 제주대학교 언론홍보학과 박사과정(공동연구자)

\*\*\* 제주대학교 언론홍보학과 석사과정(공동연구자)

요지이다.

본 연구는 인터넷 '본인확인제'에 대한 헌법재판소의 위헌결정이 갖는 온라인 표현의 자유 측면에서의 함의를 분석하고자 한다. 구체적으로 인터넷 실명제에 대한 현재의 결정을 포함하여 현재가 어떠한 기준을 적용하여 위헌결정에 이르렀는지 살펴보고, 이를 바탕으로 온라인상에서의 표현의 자유에 미치게 될 영향을 연구한다.

익명표현은 국가권력이나 다수의 의견에 대한 비판적 사상이나 의견을 보복의 두려움 없이 표현할 수 있게 하는 표현의 자유의 핵심이다. 실명제가 온라인상의 익명표현으로 인한 폐해를 줄이고자 하는 정당한 목적을 갖고 있다 하더라도 익명표현의 기회를 제한하는 것은, 현재의 결정에서 볼 수 있는 것처럼, 과잉금지 원칙을 위반하여 헌법상 용인될 수 없다.

**주제어** : 인터넷 실명제, 표현의 자유, 익명표현의 자유, 과잉금지 원칙, 헌법 재판소, 공직선거법, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률

## 1. 서론

국내 유튜브(You Tube) 게시판이 3년만에 복원됐다. 지난 2009년 인터넷 실명제가 시행되자 이를 거부하면서 게시판을 폐지했던 구글(Google)이 인터넷 실명제에 대한 헌법재판소의 위헌결정이 내려진 이후 게시판을 바로 복원한 것이다. 구글의 조치로 인해 국내 이용자들은 실명확인 없이 한국 계정으로 동영상이나 댓글을 게시할 수 있게 되었고,<sup>1)</sup> 이 사건은 현재의 위헌결정으로 인한 변화의 상징적 사건으로 받아들여지고 있다. 이보다 앞서 현재는 인터넷 실명제가 게시판 이용자의 표현의 자유를 사전에 제한하여 의사표현을 위축시키고 그 결과 헌법으로 보호되는 표현까지도 억제함으로써 민주주의의 근간을 이루는 자유로운 여론형성을 방해하여 표현의 자유, 개인정보자기결정권, 언론

1) 한민욱, "구글, 국내 유튜브 게시판 3년만에 복원", 『디지털 타임스』, 2012. 9. 6.

의 자유 등 기본권을 침해한다는 이유로 위헌결정을 내린 바 있다.

하지만 문제는 위헌결정이 내려진 '정보통신망이용촉진 등 정보보호 등에 관한 법률' 이외에 '공직선거법', '전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률', '개인산업진흥에 관한 법률', '청소년보호법' 등에서 실명인증제가 유효하게 적용되고 있다는 것이다.<sup>2)</sup> 이에 따라 현재의 위헌결정 취지에 부합하도록 위의 법률 조항들을 개정해야 한다는 주장들이 제기되고 있고, 더 나아가 다원적 가치표현 매체인 인터넷 공간에서 실명제와 같은 규제수단이 반드시 필요한 것인지에 대한 근본적인 질문도 제기되고 있다.

본인확인제에 대한 현재의 결정이 내려진 뒤, 인터넷 실명제의 위헌 취지를 반영한 '공직선거법' 개정안이 의원 발의되었고,<sup>3)</sup> 중앙선거관리위원회도 현재의 위헌결정에 따라 선거운동 기간 동안 인터넷 홈페이지에 정당이나 후보자에 대한 지지 혹은 반대의 글을 게시할 경우, 실명을 확인받도록 하는 '공직선거법' 제82조의6을 삭제한 개정안을 국회에 제출했다. '공직선거법'상 실명확인 조치가 '정보통신망법'상 실명제와 마찬가지로 이용자들의 표현의 자유와 개인 정보자기결정권은 물론 정보통신 서비스 제공자의 언론의 자유를 침해한다는 판단에 따른 것이다. 또한 소셜미디어(Social Network Service)를 통한 선거운동이 상시 허용되고, SNS에서 본인임을 확인받지 않더라도 선거관련 정치적 표현과 정보의 게시가 가능하기 때문에, 선거운동기간 동안 인터넷 표현에 대해 실명을 확인하도록 하는 제도는 이미 그 실효성을 상실했다는 의견도 개정안에 포함된 것으로 볼 수 있다.

하지만, 중앙선거관리위원회가 제출한 개정안은 입법에 반영되지 않았고, 지난 제18대 대통령선거에서 선거관리위원회는 인터넷 실명제에 대한 현재의 위헌결정이 심판대상 조문에 한정된다는 것을 강조하면서 인터넷 실명제 위반에 대한 단속을 벌인 것으로 나타났다. '공직선거법'상 인터넷 실명제가 여전히 유효하게 적용되고 있음을 확인할 수 있는 부분이다. 그러나 빠르게 진화하고 있는 미디어와 함께 표현매체가 다양해지면서 향후 온라인상에서의

2) 김유향·심우민, "인터넷 실명제 위헌결정과 향후 과제", 『이슈와 논점』, 제524호, 국회입법조사처, 2012.

3) '공직선거법' 일부 개정 법률안(의안번호 1577), 진선미 의원 외(2012. 9. 5).

정치적 표현의 자유에 대한 논란은 지속될 것으로 판단된다.

이에 따라 본 연구는 인터넷 '본인확인제'에 대한 헌법재판소의 위헌결정이 갖는 온라인 표현의 자유 측면에서의 함의를 분석하고자 한다. 구체적으로 현재가 어떠한 기준을 적용하여 인터넷 실명제를 위헌이라 결정하였는지를 살펴보고, 이를 바탕으로 이 결정이 온라인상에서의 표현의 자유 전반에 미치게 될 영향을 연구하고자 한다. 더불어 표현의 자유의 핵심으로서의 익명 표현의 중요성과 '공직선거법'상 인터넷 실명제 폐지의 필요성에 대해서도 논의하고자 한다.

## II. 인터넷 실명제와 선행연구 분석

### 1. 인터넷 실명제의 도입

인터넷 실명제는 이용자의 본인 확인이 이루어져야 인터넷 게시판에 의견을 표명할 수 있도록 하는 규제제도를 일컫는다. 정보통신 서비스 제공자는 본인 인증을 위한 기술적 조치를 취해야 하며, 본인인증을 거치지 않은 자의 인터넷 이용을 차단하여야 한다. 이러한 작위의무를 위반할 시 제재를 받게 된다. 인터넷 실명제는 2004년 3월 「공직선거 및 선거부정방지법」에 처음으로 도입되었다.<sup>4)</sup> 이용자가 인터넷 언론사 게시판에 선거와 관련된 의견을 게시하고자 할 경우에 인터넷 언론사는 이용자의 성명과 주민등록번호를 확인한 후 의견을 게시할 수 있도록 기술적 조치를 취해야 하고, 타인의 명의로 게시글을 게재할 경우에는 정보통신 서비스 제공자가 이를 삭제하도록 하였다. 2005년 8월 「공직선거 및 선거부정방지법」은 「공직선거법」으로 전면 개정되었고, 선거운동 기간 동안에만 본인확인조치를 취하도록 하는 의무를 부과했다. 이후 2010년 1월 부분개정을 통해 규제대상의 범위가 정당이나 후보자를 지지하거나 반대하는 '글'에서 '문자·음성·화상 또는 동영상 등'으로 확대되었다.<sup>5)</sup>

4) 2002년 대통령선거에서 인터넷이 후보자의 당락에 영향을 미친다는 사실을 발견한 정치권이 관련법 개정을 통해 인터넷 실명제를 도입한 것이다(황성기, 2008).

한편, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(이하 '정보통신망법'이라 함)에는 2007년 1월 인터넷상의 역기능을 방지하고 정보통신 서비스 제공자와 공공기관의 책임성을 강화하기 위한 수단으로 인터넷 실명제를 도입하였다.<sup>6)</sup> '정보통신망법' 제44조의5 제1항에서는 인터넷 게시판 운영자로 하여금 이용자의 본인확인 절차를 요구하고 있는데, 실명제 적용대상에는 일일 방문자수 30만명 이상의 포털 사이트와 20만명 이상의 인터넷 언론 등이 포함되었으나, 2009년 4월 개정을 통해 10만명 이상인 모든 유형의 인터넷 서비스 운영자로 확대<sup>7)</sup>되어 다음, 네이버, 구글과 같은 포털 사이트와 오마이뉴스, 미디어오늘 등의 인터넷 언론, 그리고 싸이월드 등의 영리 웹사이트가 적

- 5) 제82조의6(인터넷 언론사 게시판·대화방 등의 실명확인) ① 인터넷언론사는 선거운동기간 중 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보(이하 이 조에서 "정보 등"이라 한다)를 게시할 수 있도록 하는 경우에는 행정안전부장관 또는 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 제2조제4호에 따른 신용정보업자(이하 이 조에서 "신용정보업자"라 한다)가 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.<개정 2008.2.29, 2010.1.25> ②정당이나 후보자는 자신의 명의로 개설·운영하는 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 정보 등을 게시할 수 있도록 하는 경우에는 제1항의 규정에 따른 기술적 조치를 할 수 있다.<개정 2010.1.25> ③ 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.<개정 2008.2.29> ④인터넷언론사는 제1항의 규정에 따라 실명인증을 받은 자가 정보 등을 게시한 경우 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 "실명인증" 표시가 나타나도록 하는 기술적 조치를 하여야 한다.<개정 2010.1.25> ⑤인터넷언론사는 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에서 정보 등을 게시하고자 하는 자에게 주민등록번호를 기재할 것을 요구하여서는 아니된다.<개정 2010.1.25> ⑥인터넷언론사는 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 "실명인증"의 표시가 없는 정당이나 후보자에 대한 지지·반대의 정보 등이 게시된 경우에는 지체 없이 이를 삭제하여야 한다.<개정 2010.1.25> ⑦인터넷언론사는 정당·후보자 및 각급선거관리위원회가 제6항의 규정에 따른 정보 등을 삭제하도록 요구한 경우에는 지체 없이 이에 따라야 한다.<개정 2010.1.25>
- 6) 조소영, "인터넷 실명제의 의의와 한계", 「언론과 법」, 제10권 제2호, 한국언론법학회, 2011, 39-82쪽.
- 7) 제44조의5(게시판 이용자의 본인 확인) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 게시판을 설치·운영하려면 그 게시판 이용자의 본인 확인을 위한 방법 및 절차의 마련 등 대통령령으로 정하는 필요한 조치(이하 "본인확인조치"라 한다)를 하여야 한다. 2. 정보통신 서비스 제공자로서 제공하는 정보통신 서비스의 유형별 일일 평균 이용자 수가 10만명 이상이면 대통령령으로 정하는 기준에 해당되는 자.

용대상이 되었다.

시행령 제29조<sup>8)</sup>와 제30조<sup>9)</sup>에서도 ‘정보통신망법’ 제44조의5 제1항에서와 같이 일일 평균 이용자가 10만명 이상인 인터넷 게시판을 운영하는 자는 게시판 이용자가 본인임을 확인할 수 있는 방안을 마련하고, 본인확인정보의 유출을 방지하도록 하고 있으며, 정보게시 종료 후 그 정보를 6개월간 보관할 것을 규정하고 있다.

## 2. 선행연구 분석

### 가. 인터넷 실명제에 관한 논의

인터넷 실명제는 도입 초기부터 찬반 의견이 극명하게 나뉘며 논의되어 왔다. 표현의 자유에 수반되는 책임을 중시하는 찬성 측 입장에서는 인터넷 실명제가 인터넷상 역기능을 감소시켜 건전한 공론장을 활성화시킬 것이라고 주장한다. 인터넷은 다양한 의견들을 개진하게 함으로써 공론장을 형성하기도 하지만 익명성을 앞세운 즉각적이고 단정적인 언어표현으로 인해 오히려 이용자의 의견표현을 제한하기도 한다.<sup>10)</sup> 특히 피해가 발생할 경우, 인터넷의 신속한 전파성으로 인해 사후구제가 어렵기 때문에 타인의 권리가 침해되지 않도록 사전에 예방하고 언론·출판의 자유의 남용을 방지하기 위한 방안으로써 인터넷 실명제가 필요하다고 본다.<sup>11)</sup> 또한 인터넷 실명제의 실시로 악성댓글

8) 제29조(본인확인조치) 법 제44조의5제1항 각 호 외의 부분에서 “대통령령으로 정하는 필요한 조치”란 다음 각 호의 모두를 말한다. <개정 2009.1.28> 1. 「전자서명법」 제2조제10호에 따른 공인인증기관, 그 밖에 본인확인서비스를 제공하는 제3자 또는 행정기관에 의뢰하거나 모사전송·대면확인 등을 통하여 게시판이용자가 본인임을 확인할 수 있는 수단을 마련할 것 2. 본인확인 절차 및 본인확인정보 보관시 본인확인정보 유출을 방지할 수 있는 기술을 마련할 것 3. 게시판에 정보를 게시한 때부터 게시판에서 정보의 게시가 종료된 후 6개월이 경과하는 날까지 본인확인정보를 보관할 것.

9) 제30조(정보통신 서비스 제공자 중 본인확인조치의무자의 범위) ① 법 제44조의5 제1항 제2호에서 “대통령령으로 정하는 기준에 해당되는 자”란 전년도 말 기준 직전 3개월간의 일일 평균 이용자가 10만명 이상인 정보통신 서비스 제공자를 말한다. <개정 2009.1.28>

10) 지성우, “현행 인터넷상 본인확인제에 대한 헌법적 평가”, 『성균관법학』, 제23권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2011, 27-45쪽.

글이나 허위사실 유포 등 익명성을 앞세워 나타나는 피해를 현저하게 감소시킬 수 있으며, 실명으로 정당한 주장을 내세울 경우, 건전한 여론을 형성할 수 있다고 강조한다.<sup>12)</sup>

반면, 반대 측에서는 인터넷 실명제가 인터넷의 매체적 특수성을 고려하지 않아 표현의 자유를 침해한다고 주장한다. 글의 게시에 앞서 게시자의 신원 공개를 요구하는 행위 자체가 표현의 자유를 심각하게 침해하는 것이며,<sup>13)</sup> 본인 확인 절차상 필요한 주민등록번호를 부여받지 못하는 청소년, 외국인, 재외동포 등의 표현의 자유를 원천적으로 제한한다고 본다.<sup>14)</sup> 더 나아가 본인확인이라는 절차상의 번거로움과 자신의 개인정보가 사이트에 남겨지는데 대한 거부감이 글의 게시를 꺼리게 하여 결과적으로 공론장을 위축시킨다고 판단한다.<sup>15)</sup> 이외에도 인터넷 실명제가 개인정보 유출로 인한 오남용의 증대 등 개인정보자기결정권을 침해하고,<sup>16)</sup> 외국사업자와의 역차별로 인하여 서비스 사업자의 영업자유를 침해할 수 있다는 점을 지적한다.<sup>17)</sup> 최근에는 소셜미디어의 등장으로 인해 인터넷 실명제의 실효성을 담보할 수 없다는 지적도 제기되고 있다.<sup>18)</sup>

이처럼 인터넷 실명제에 대한 찬반의견이 극명하게 나뉘면서 인터넷 실명제 도입 이후 인터넷 공론장에서 나타나는 영향에 대한 연구들이 진행되고 있다. 그러나 문제는 이들 연구들이 상반된 결과를 제시하고 있다는 점이다.

- 11) 황창근, "정보통신망법 본인확인제에 대한 공법적 고찰", 『세계헌법연구』, 제14권 2호, 국제헌법학회 한국학회, 2008, 315-344.
- 12) 김동현·박형준·이용모, "규제정책의 설계와 사회적 형성이론: 제한적 본인확인제 규제형성 사례를 중심으로", 『규제연구』, 제20권 제2호, 한국경제연구원, 2011, 119-149.
- 13) 박경신, "인터넷 실명제의 위헌성", 『헌법학연구』, 제15권 제3호, 한국헌법학회, 2009, 75-112.
- 14) 김경호, "인터넷(포털) 규제 정책의 현안과 대안 모색", 미디어공공성포럼 1차 쟁점 토론 "이명박 정부와 미디어 공공성, 무엇이 문제인가" 세미나 발표문, 2008. 10. 11-16.
- 15) 박경신, 앞의 논문, 96쪽.
- 16) 임규철, "정보통신망법의 인터넷 실명제에 관한 비판적 고찰", 『법학연구』, 제19집, 한국법학회, 2012, 71-94.
- 17) 김여라, "인터넷 실명제 관련 법령 리뷰", 『의정연구』, 제14권 제2호, 한국의회발전연구회, 2008, 191-199.
- 18) 김은주, "인터넷 규제의 거버넌스적 접근에 관한 연구: 뉴미디어 시대 표현권과 인격권 법익을 중심으로", 박사학위논문, 성균관대학교 대학원, 2012, 1-252.

먼저 인터넷 실명제 이후 악성댓글과 허위사실 유포가 감소했다고 밝힌 연구들<sup>19)</sup>은 인터넷 실명제를 통해 기대했던 효과가 나타났다고 주장한다. 인터넷 실명제 도입 이후 악성댓글의 비중이 감소했을 뿐만 아니라 악성댓글의 수위가 낮아졌으며, 인터넷 실명제를 피해 동 제도가 적용되지 않는 사이트로 이동하는 위축효과가 나타나지 않았다는 것이다.<sup>20)</sup>

반대로 인터넷 실명제 도입 이후 게시글과 댓글의 숫자 및 게시판 참여자의 숫자가 감소하는 등 게시판 내 글쓰기 행위가 위축되었으며, 게시글의 비방과 욕설 사용이 줄어들지 않았다는 결과를 내놓은 연구도 있다.<sup>21)</sup> 인터넷 실명제 이후 이용자들은 본인확인 절차를 의식한 나머지 그들 스스로 표현행위를 통제하고 있는 것으로 나타났다.<sup>22)</sup> 이밖에 익명성과 사이버범죄 간의 인과관계를 분석한 연구에서는 사이버범죄와 자기통제가 익명성 이외에도 개인의 특성이나 커뮤니케이션 상황에 의해서 영향을 받는다는 것을 밝혀냈다.<sup>23)</sup>

일부 이용자들은 자신의 의견을 표현하기 위해 실명제가 적용되지 않는 해외 사이트로 이동하거나 소셜미디어를 이용하여 글을 게시하고 있는 것으로 조사됐다.<sup>24)</sup> 이는 방송통신위원회<sup>25)</sup>가 블로그나 개인 홈페이지뿐만 아니라 페이스북, 트위터 등 SNS를 사적 소통의 영역으로 간주하여 실명제를 적용하지 않겠다고 결정함에 따라 본인확인을 받지 않더라도 게시글 작성이 가능해졌기 때문인 것으로 분석된다. 그러나 소셜미디어에 본인확인제를 적용하지

19) 이시원·민병익, “지방자치단체 온라인 주민참여 실명제 도입의 영향분석”, 『한국행정학보』, 36권 2호, 한국행정학회, 2002, 205-229; 이현창·원순우·김승택·김문수·주영환, 「제한적 본인확인제 효과분석을 위한 조사보고서」, 한국인터넷진흥원, 2007.

20) 정보통신부, “제한적 본인확인제 시행으로 악성댓글 감소”, 정보통신부 보도자료, 2007. 10. 4.

21) 우지숙·나현수·최정민, “인터넷 게시판 실명제의 효과에 대한 실증 연구: 제한적 본인확인제 시행에 따른 게시판 내 글쓰기 행위 및 비방과 욕설의 변화를 중심으로”, 『행정논총』, 제48권 1호, 서울대학교 행정대학원, 2010, 71-96.

22) 김은주, 앞의 논문, 214쪽.

23) 최희재·이준기·김정원, “온라인 커뮤니티에서 기술적, 사회적 익명성이 자기통제에 미치는 영향에 관한 연구”, 『한국 인터넷 정보학회』, 1권 1호, 한국인터넷정보학회, 2009, 63-74.

24) 한혜경·김유정, “인터넷실명제와 우회로의 선택: 인터넷 공론장 참여자들의 자기검열과 우회로 선택의향을 중심으로”, 『한국언론정보학보』, 55호, 한국언론정보학회, 2011, 50-73.

25) 방송통신위원회, “2011년 본인확인제 적용대상 사업자 선정”, 방송통신위원회 보도자료, 2011. 3. 9.



않는 것 자체가 본인확인제에 대한 차별적 규제라는 논란이 제기되면서 본인 확인제의 실효성에 대한 논의가 재점화 되기도 하였다.<sup>26)</sup>

인터넷 실명제는 사이버상에서의 역기능을 예방하고 건전한 인터넷 문화 조성을 위해 도입되었지만, 이 법률이 인터넷 이용자의 표현의 자유를 침해하는지 여부를 놓고 찬반의견이 대립되어 왔고, 이 논쟁은 여전히 현재진행형임을 확인할 수 있다.

#### 나. 익명표현의 자유에 관한 논의

익명표현의 자유에 대한 논의는 익명표현의 자유를 표현의 자유를 보장하기 위한 최소한의 필요조건으로 보는 입장과 기본권이 다른 기본권과 충돌할 경우 최소한의 범위에서 제한받는 것처럼 익명표현의 자유 또한 제한될 수 있다는 입장으로 전개되어 왔다.

익명표현의 자유를 보장해야 한다는 입장에서는 표현행위를 익명 혹은 실명으로 할 것인지의 여부는 개인의 자유영역이라고 주장한다. 표현방식이나 표현방법은 의사표현자의 선택에 관한 문제로<sup>27)</sup> 이름을 밝힐 것인지의 여부는 표현자의 자유에 속하는 문제이기 때문에 익명에 의한 표현행위를 규제하는 것은 정당하지 않다는 것이다.<sup>28)</sup> 여기에서의 익명은 단순한 실명의 반대를 의미하는 것이 아니라 신원을 확인받지 않거나 본인임을 드러내지 않는 경우를 포함하며, 익명표현의 자유는 온라인에서 더욱 보호되어야 한다는 논리이다.<sup>29)</sup> 특히 실명표현을 전제하거나 신원확인 이후에만 의사표명의 기회를 부여하는 강제성은 의사표현을 위축하게 만들어 결과적으로 표현의 자유의 본

26) 이미라·강경철·이상우, “제한적 본인확인제 적용 유무에 따른 댓글 유형 차이가 댓글 문화 형성에 미치는 영향에 대한 분석: 일반댓글과 소셜댓글의 자기통제 정도의 차이를 중심으로”, 『사이버커뮤니케이션학보』, 제28권 3호, 사이버커뮤니케이션학회, 2011, 5-42.

27) 장성호, “한국의 인터넷 실명제 갈등: 전개과정과 특성”, 『한국동북아논총』, 제59호, 한국동북아학회, 2011, 99-118; 정준현, “인터넷실명제의 법정정책 과제”, 『법학연구』, 27호, 전북대학교 법학연구소, 2008, 101-117

28) 황창근, 앞의 논문, 324쪽.

29) 황성기, “인터넷 실명제에 관한 헌법학적 연구”, 『법학논총』, 제25권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2008, 7-37.

질적인 내용을 침해하기 때문에 익명성은 표현의 자유를 보장하기 위해 필수적으로 보장되어야 한다는 것이다.

또한 익명으로 말할 자유는 권력자의 보복이나 사회적 편견으로부터 자유롭게 자신의 의견을 표명하기 위해서 반드시 보호되어야 한다.<sup>30)</sup> 표현의 자유의 핵심이 권력이나 주류사회에 대한 비판이라는 점에서 익명표현의 자유는 표현의 자유의 본질적인 부분이기 때문이다. 이는 온라인에서의 익명성이 사람들로 하여금 반대의견을 피력할 수 있도록 촉진시킴으로써 2011년 아랍 세계의 민주화 시위를 주도한 사례에서 찾아볼 수 있다.<sup>31)</sup> 그러나 인터넷 실명제는 그 행위 자체가 사전검열에 해당되어 표현의 자유를 침해하고, 더 나아가 언론기관을 통한 토론과 의견 수렴을 제한하여 언론의 자유를 침해한다. 따라서 인터넷 실명제가 표현의 자유의 본질적 내용으로서 익명표현의 자유를 침해한다고 보는 것이다.<sup>32)</sup>

한편, 사상의 자유시장(marketplace of ideas), 자가지배(self-governance), 개인의 자치(autonomy) 이론을 근거로 익명표현의 자유를 보호해야 한다는 주장도 있다.<sup>33)</sup> 진리는 사상의 자유로운 교환을 통해 나오며, 익명성은 성별, 계층 등에 구속받지 않은 상태에서 주류의견에 대한 반대의견을 자유롭게 표명할 수 있게 한다. 또한 익명으로 자신의 의견을 피력함으로써 스스로 만족을 느낀다면 이를 제한할 이유가 없다는 것이다.

이와는 달리, 과도한 익명표현의 보장이 사이버 상에서의 욕설, 인신공격, 명예훼손 등 개인의 기본권을 침해할 수 있기 때문에 일정 정도 규제해야 된다는 입장도 있다. 익명표현의 자유로 인한 사회적 비용이나 폐해가 표현의 자유를 보장하는 이익보다 클 때, 일정한 범위 내에서 제한이 가능하다는 논리이다.<sup>34)</sup> 표현의 자유가 절대적 기본권이 아닌 이상, 익명표현이 타인의 명예를 훼손하거나 권리를 침해할 경우 이를 처벌하지 않을 수 없으며, 그러한 행위를 한 자

30) 박경신, 앞의 논문 85쪽.

31) 임규철, 앞의 논문, 84쪽.

32) 장성호, 앞의 논문, 107-108쪽.

33) 문재완, "인터넷 실명제와 익명 표현의 자유", 『인권과 정의』, 제352권, 2005, 39-63.

34) 권영준, "인터넷상 표현의 자유와 명예의 보호", 『저스티스』, 제91호, 한국법학원, 2006, 5-25; 장성호, 앞의 논문, 106쪽; 황창근, 앞의 논문, 325쪽.

의 신분은 실명확인을 통해서만 가능한데 권리침해적인 온라인 표현을 규제하기 위해서는 실명을 통한 신분확인 방법은 허용되어야 한다는 것이다.<sup>35)</sup>

전술한 바와 같이, 익명표현의 자유에 대한 다수설은 성별, 연령, 직업과 같은 개인적인 속성을 배제한 채 의견을 표명하고 전파하게 한다는 점에서 의견표현 자체를 중시하고 있음을 알 수 있다. 개개인을 식별할 수 없는 익명성으로 인해 사람들은 보다 솔직하게 자신의 의견이나 사상을 표현하고, 이러한 행위가 공론장의 활성화로 이어진다고 본 것이다. 반면, 소수설에서는 표현물에 대한 표현자의 책임이 수반되어야 하기 때문에 익명표현의 자유가 절대적으로 행사될 수 없다고 보았다. 이는 표현자의 표현의 자유보다 부적절한 표현행위로 인한 타인의 권리침해 방지를 더욱 강조한 것이라 볼 수 있다.

### III. 헌재 2010헌마47, 252(병합) 결정 분석

헌재 2010헌마47과 2010헌마252는 인터넷 게시판 이용시 본인확인조치에 대한 헌법소원이 청구된 사건이다. 2010헌마47 사건은 청구인이 인터넷 사이트 게시판에 익명으로 댓글 등을 게시하려 하였으나 본인확인을 거쳐야만 게시판에 게시글을 작성할 수 있도록 한 '정보통신망법' 제44조의5 제1항 제2호와 같은 법 시행령 제30조 제1항이 표현의 자유 등을 침해한다며 헌법소원심판을 청구한 경우이다.

2010헌마252 사건은 '미디어오늘'이 2010년 4월 1일부터 방송통신위원회가 본인확인조치 의무를 수행하라는 공시에 대해 '정보통신망법' 제44조의5 제1항 제2호와 동법 시행령 제29조, 제30조 제1항이 자신의 기본권을 침해한다며 헌법소원심판을 청구한 사건이다.

#### 1. 표현의 자유와 익명·표현의 자유

헌재는 본인확인제가 표현의 자유를 제한하는 것인지를 판단하면서 헌법이

35) 장성호, 앞의 논문, 106쪽.

보장하는 표현의 자유는 의사의 자유로운 표명(발표의 자유)과 의사의 자유로운 전달(전달의 자유)을 포함하고 있고, 표현의 자유에는 신원을 밝히지 않고 익명으로 자신의 사상이나 의견, 견해 등을 표현할 익명표현의 자유까지를 포함하고 있다며 표현의 자유의 중요성을 강조했다. 이 때 의사표현은 어떤 매체라도 가능하며, 인터넷 게시판은 의사를 형성하고 전파하는 역할을 하고 있어서 이러한 게시판에서의 표현은 의사표현으로 인정된다는 것이다. 재판부는 “본인확인제는 게시판 이용자가 게시판에 정보를 게시함에 있어 본인확인을 위하여 자신의 정보를 게시판 운영자에게 밝히지 않을 수 없도록 함으로써 표현의 자유 중 게시판 이용자가 자신의 신원을 누구에게도 밝히지 아니한 채 익명으로 자신의 사상이나 견해를 표명하고 전파할 익명표현의 자유를 제한한다. 동시에, 그러한 게시판 이용자의 표현의 자유에 대한 제한으로 말미암아 게시판 이용자의 자유로운 의사표현을 바탕으로 여론을 형성·전파하려는 정보통신 서비스 제공자의 언론의 자유 역시 제한되는 결과가 발생한다.”고 실시했다.<sup>36)</sup>

또한 현재는 게시판 운영자에게 이용자의 본인확인정보를 수집하도록 강제하는 것은 이용자의 개인정보결정권을 제한하는 것이라고 밝혔다. “본인확인정보는 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 정보로서 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보에 해당하고, 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당하므로, 본인확인제는 게시판 이용자가 자신의 개인정보에 대한 이용 및 보관에 관하여 스스로 결정할 권리인 개인정보자기결정권을 제한한다.”<sup>37)</sup>는 판단이다.

## 2. 과잉금지 원칙의 위반

현재는 ‘정보통신망법’의 본인확인제가 과잉금지 원칙을 위반하는지 판단하

36) 현재 2010헌마47, 252(병합), 공보 제191호, 1636. 이와 관련하여 재판부는 현재 2010. 2. 25. 2008헌마324 결정을 인용하였다.

37) 현재 2010헌마47, 252(병합), 공보 제191호, 1636.

면서 '입법목적의 정당성', '수단의 적합성', '침해의 최소성', '법익의 균형성' 원칙을 적용하여 구체적으로 검토하였다.

#### 가. 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성

입법목적의 정당성과 수단의 적합성에 대해서 현재는 건전하고 책임 있는 공론장이 되도록 인터넷 게시판을 활성화하기 위해 실시한 본인확인제의 입법취지가 정당하다고 판단했다. 인터넷의 발달과 더불어 익명을 통한 폭력적이고 권리침해적인 정보들의 유통이 증가하고 있는 점을 감안한다면 이러한 표현물들을 규제함으로써 건전한 인터넷 문화를 조성하겠다는 취지는 정당성을 갖는다는 것이다. 또한 해당 조항은 게시판 이용자가 법령으로 규제하는 유형의 정보를 게시할 경우, 법적 제재를 당할 수 있다는 점을 인식시켜 "표현내용에 신중을 기하고 불법정보 등의 게시를 자제"하도록 하는 목적을 달성하기에 적합한 수단임이 인정된다는 것이다.

#### 나. 침해의 최소성

침해의 최소성 원칙과 관련해서는 "법령조항들이 표방하는 건전한 인터넷 문화의 조성 등 입법목적은 인터넷 이용자의 표현의 자유나 개인정보자기결정권을 제약하지 않는 다른 수단에 의해서도 충분히 달성할 수 있다"<sup>38)</sup>며 다음과 같은 이유로 최소성 원칙을 위반하고 있다고 밝혔다.

첫째, 본인확인제가 아니더라도 손해배상과 형사처벌 등 다른 법에 의하여 불법정보 게시에 대한 제재를 가할 수 있다는 것이다. 게시판 이용자가 불법정보를 게시하여 타인에게 피해를 주었을 경우, 인터넷 주소 추적 등 일반적인 수사방법으로 이를 해결할 수 있고, 정보통신 서비스 제공자가 불법정보를 삭제하고 임시조치를 취할 수 있으며, 불법이라고 판단되는 정보를 게시하지 못하도록 제한함으로써 불법정보의 게시를 차단할 수 있다고

38) 헌재 2010헌마47, 252(병합), 공보 제191호, 1637.

판단하였다.

둘째, 본인확인제가 목적 달성에 필요한 범위를 넘어서는 과도한 규제라는 것이다. 본인확인제는 '정보의 게시자'와 '정보의 열람자'를 포함한 '게시판 이용자'를 적용대상으로 삼고 있다. 그러나 정보만 열람하는 '정보의 단순 열람자'는 타인의 권리를 침해할 가능성이 없기 때문에 본인확인 조치를 취할 필요가 없다. 이러한 관점에서 방송통신위원회는 '게시판 이용자'를 '정보의 게시자'만을 의미하는 것으로 축소 해석하여 본인확인조치 의무를 부과하고 있다. 그러나 국내 서비스를 이용하는 외국인이나 국외 거주 한국인을 '이용자 수'에 포함하고 있는지 분명하지 않고, 동일인이 특정 게시판을 하루 동안 수차례 이용할 경우에 이를 어떻게 산정할 것인지에 대해서도 명확한 기준이 없다. 따라서 현재는 이용자 수 산정기준이 정확하지 않음에도 이를 기준으로 정보통신 서비스 제공자의 범위를 정하는 것이 법 집행자에게 자의적 판단의 여지를 준다고 보았다. 이밖에도 현재는 정보통신 서비스 제공자가 이용자의 본인확인정보를 게시물 삭제 후 6개월이 경과하는 날까지 보관하게 되어 있으나 게시물이 삭제되지 않을 경우, 이용자의 본인확인정보는 무기한으로 보관되는 결과가 발생할 수 있다고 판단했다.

결과적으로 본인확인제는 다른 수단을 통해 그 입법목적 달성을 달성할 수 있음에도 불구하고 이용자의 본인확인정보 수집으로 인하여 개인정보의 유출 위험을 갖고 있으며, 모든 이용자를 잠재적 범죄자와 같이 취급하는 등 과도한 제한을 하고 있어 침해의 최소성에 위배된다는 판단이다.

#### 다. 법익의 균형성

현재는 본인확인제가 표현의 자유를 제한함으로써 달성하고자 했던 공익의 효과가 아래와 같은 이유로 명백하게 나타나지 않기 때문에 법익의 균형성을 충족시키지 못한다고 보았다.

첫째, 표현의 자유를 제한함으로써 얻고자 하는 공익적 효과가 크지 않다는 것이다. 표현의 자유를 사전에 제한하기 위해서는 제한을 통해 얻고자 하는 공익적 가치가 명백해야 한다. 그러나 본인확인제는 국내 인터넷 이용자들을

해의 사이트로 도피시키고, 국내·외 사업자 간 법 집행 시비 등의 문제를 발생시켰다. 또한 본인확인제로 인하여 명예훼손, 모욕, 비방과 같은 사이버 범죄가 감소할 것으로 기대했으나 그렇다는 증거가 나타나지 않아 표현의 자유를 제한함으로써 기대했던 공익적 효과가 달성되지 못했다는 것이다.

둘째, 익명표현의 자유에 대한 제한이 자유로운 여론형성을 저해한다는 것이다. 일반적으로 사람들은 익명을 사용함으로써 외부의 압력없이 의견을 표명하고 전달하여 자유롭게 여론을 형성한다. 따라서 현재는 어떤 표현을 하는지에 관계없이 이용자의 신원을 확인하고 있다는 데 문제가 있다고 보았다. 특히 개인정보가 노출되기 때문에 게시글로 인한 불이익을 피하고자 게시 자체를 포기하게 만들 가능성이 높고, 익명표현의 자유를 악용하는 소수를 막기 위해 다수의 표현의 자유를 제한하는 것은 과도하다는 것이다. 또한 주민등록번호가 없는 외국인이나 재외국민은 국내 사이트에서 게시글을 작성하지 못하기 때문에 그들의 표현의 자유를 원천적으로 박탈하고 있다는 것도 문제가 된다고 하였다.

셋째, SNS 등 새로운 의사소통 수단과의 경쟁이 정보통신 서비스 제공자의 언론의 자유를 침해한다는 것이다. 현재는 모바일 게시판이나 SNS 등에서는 본인임을 확인받지 않더라도 글을 게시할 수 있다는 점에서 본인확인제를 적용받는 정보통신 서비스 제공자가 경쟁적으로 불리한 위치에 놓이게 된다는 점을 들었다.

넷째, 게시판 이용자의 개인정보를 보관하는 것이 개인정보자기결정권을 제한하는 요소가 된다는 것이다. 현재는 정보통신 서비스 제공자가 이용자의 본인확인정보를 보관하도록 규정하는 본인확인제로 인해 이용자의 개인정보가 유출되거나 불법으로 이용될 가능성이 있고 결과적으로 개인정보자기결정권을 제한한다고 보았다.

결과적으로 본인확인제는 기본권의 제한을 통해 기대했던 공익이 인터넷 게시판 이용자와 정보통신 서비스 제공자가 얻게 되는 불이익보다 크다고 할 수 없기 때문에 법익의 균형성이 인정되지 않는다는 것이다.

## N. 인터넷 실명제 위헌결정의 합의 및 논의

### 1. 표현의 자유의 핵심으로서의 익명표현의 자유

정보사회에서 표현의 자유가 갖는 가치는 산업사회에서보다 훨씬 더 크다고 할 수 있다. 이는 시민 스스로가 자신의 사상이나 의견 혹은 정보들을 자유롭게 전송하고 표현할 수 있는 매체를 갖게 되었기 때문이라고 단정해도 과언은 아니다. 전통적 미디어 환경에서 수동적 수신자로만 여겨졌던 시민들이 인터넷을 통해 외부의 제약을 받지 않고 자신이 원하는 시간에 자신의 목소리를 표현할 수 있다는 점은 과거 어느 미디어에서도 볼 수 없었던 혁명적 기능이다. 이처럼 인터넷은 영향력 면에서 기존의 미디어를 추월하여 포털을 중심으로 여론형성의 핵심 미디어로 받아들여지고 있으며, 보다 최근에는 한 차원 업그레이드 된 소셜미디어가 새로운 소통의 방식으로 커뮤니케이션 양식을 틀 지우며 빠르게 진화하고 있다. 또한 인터넷의 등장으로 개인이 활용할 수 있는 표현매체는 기하급수적으로 증가했고, 온라인상에서의 표현 또한 그만큼 신장되었다. 그러나 표현의 양적 증가만큼 표현의 자유도 더불어 신장했는지에 대해서는 회의적인 견해들이 적지 않다.

이러한 관점에서 에머슨(1963) 교수<sup>39)</sup>가 제시한 표현의 자유의 가치, 즉, '개인의 자기실현'(individual self-fulfillment), '진리에의 도달'(attainment of truth), '정책결정과정의 참여'(participation in decision-making), '안정과 변화의 균형'(balance between stability and changes)의 의미를 다시 한 번 상기해 볼 필요가 있다. "표현의 자유는 개인의 자기실현을 보장하고 진리에 도달하는 수단으로서 기능하며, 자유로운 의사소통을 통해 개인이 정책결정과정에 참여하는 방안을 마련하고, 사회적 변화에서 안정을 유지하는 수단"<sup>40)</sup>으로 기

39) Emerson, T. I., Toward a general theory of the First Amendment. *Yale Law Journal*, 72(5), 877-956.

40) 김경호, "정치표현의 자유와 선거운동 규제에 대한 헌법재판소 결정 연구", 언론과학연구, 제8권 2호, 한국지역언론학회, 2008, 5-50.



능한다. 따라서 국민 개개인이 민주주의 국가를 형성하고, 그 국가는 개인의 자유로운 의견표현과 참여를 통해 민주주의 가치를 구현한다는 점에서 표현의 자유가 갖는 가치는 헌법상 최상의 보호를 부여받게 되는 것이다.

헌법재판소도 이러한 표현의 자유의 가치와 보호의 중요성에 대해 여러 차례 언급한 바 있다. 표현의 자유는 의견의 자유로운 표명과 그 의견을 전파할 자유를 의미하는 것으로, 개인적 차원에서는 “개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하고 국민주권을 실현하는데 필수불가결한 것이고, 종교의 자유, 양심의 자유, 학문과 예술의 자유 등의 정신적인 자유를 외부적으로 표현하는 자유”이며,<sup>41)</sup> 국가와 사회적인 차원에서는 “민주주의 국가와 사회의 존립과 발전에 필수불가결한 기본권”이다.<sup>42)</sup>

표현의 자유에는 자신의 신분을 밝히지 않고 익명이나 혹은 가명으로 자신의 의견이나 사상을 표현하고 전파할 자유도 포함된다.<sup>43)</sup> 이는 헌법이 보장하는 표현의 자유의 영역에 실명으로 표현할 자유뿐만 아니라 익명표현의 자유도 포함된다는 것을 의미한다. 익명표현을 보호하고 옹호하는 것은 민주사회 구현에 있어 소중한 가치로 여겨졌으며 역사적으로 볼 때, 익명으로 출판된 저서들이 사회의 변화와 발전에 결정적인 요소로 작용한 경우들이 다수 발견되고 있다.<sup>44)</sup> 우리나라에서도 “일제식민통치와 권위주의 정부 시절, 정치적 탄압을 피하기 위해 이루어진 익명의 의사표현은 권력에 대한 자유로운 비판 및 내부고발을 가능하게 함으로써 국가와 사회의 자정과 발전에 이바지해 왔다.”<sup>45)</sup>고 평가된 바 있다. 또한 소수자나 약자에게 있어 익명표현은 효과적인 의사전달의 수단이 될 뿐만 아니라 그들에게 가해지는 편견에 맞서 사회를 향해 발언할 수 있도록 용기를 북돋워 주는 방패의 역할을 해왔다. 무엇보다도 익명표현은 외부로부터의 유·무형의 정치적 보복이나 차별에 대한 두려움 없이 자신의 생각과 사상을 자유롭게 표출하고 전파하여 국가권력이나 사회

41) 헌재 1989. 9. 4. 88헌마22, 판례집 1, 176, 188; 헌재 1992. 11. 12. 89헌마88, 판례집 4, 739, 758-759; 헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324.

42) 헌재 2012. 8. 23. 2010헌마47.

43) 헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324.

44) McIntyre v. Ohio Election Commission, 115 S.Ct. 1511(1995).

45) 헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324(재판관 김종대, 재판관 송두환 반대의견).

의 다수의견에 대한 비판을 가능하게 하며, 이를 통해 “정치적 약자나 소수자의 의사를 국가의 정책결정에 반영되도록 한다는 점에서 표현의 자유의 핵심에 해당한다고 할 수 있다.”<sup>46)</sup>고 평가되고 있다.

이러한 관점에서 볼 때, 인터넷상의 표현 역시 헌법의 테두리 안에서 두텁게 보호될 필요성이 제기된다. 이를 위해서는 기존의 전통매체와 분명하게 다른 인터넷의 매체적 특성을 명확하게 이해할 필요가 있다. 인터넷은 이용자 개개인이 네트워크로 연결되어 자신의 의견을 자유로이 표현하고 정보를 공유하며 여론을 형성할 수 있는 미디어이다. 현재는 이러한 인터넷의 특성을 감안하여 ‘가장 참여적인 시장’ 내지 ‘표현 촉진적 매체’라고 정의한 바 있다. 정도의 차이는 있겠으나 인터넷이 “개인의 표현의 자유 확대에 기여할 뿐만 아니라, 공론의 장으로써 참여자들이 자유로운 토론과 대화를 통하여 여론을 형성할 수 있도록 기능하고, 표현의 자유 확대와 민주적 의사결정 과정에의 능동적 참여를 유도하고 있다”<sup>47)</sup>는 점에서 사회적 공감대가 형성된 것으로 보인다. 헌법재판소는 온라인상의 익명표현의 자유가 외부로부터 제약을 받지 않는 상태에서 보호되어야 할 헌법적 권리임을 분명하게 강조하였다. 인터넷의 특성으로 인해 시민들은 기존의 위계질서에 구애받지 않고 자유롭게 공론장에 참여하여 자신의 의사를 표현하고 여론을 형성할 수 있게 되었고, 따라서 이를 가능케 하는 익명표현은 당연히 보호되어야 할 권리라는 것이다.

결과적으로 현재는 인터넷 실명제가 자신의 의견을 개진하기에 앞서 신원을 확인받도록 하는 행위가 자신이 누구인지를 밝히지 않은 채 자유롭게 의견을 표현하고 전파할 수 있는 익명표현의 자유를 제한할 뿐만 아니라 이용자의 의견표명의 기회를 위축시킨다고 판단하였다. 따라서 현재는 이용자의 신원확인이 타인의 명예를 훼손하는 등의 온라인상 역기능을 차단하는 것보다 게시자의 신상정보 노출로 인한 보복이나 피해를 입을 것이 두려워 표현의 자유를 억압하는 위축효과를 발생시킨다는 점을 더욱 큰 문제라고 본 것이다. 이러한 현재의 결정은 익명으로 자신의 의견이나 사상을 자유롭게 표명

46) 헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324(재판관 김종대, 재판관 송두환 반대의견); 헌재 2012. 8. 23. 2010헌마47.

47) 김경호, 앞의 논문, 8쪽.

하게 하여 보다 다양한 의견을 형성할 수 있도록 촉진시킴으로써 민주주의의 중요한 헌법적 가치인 표현의 자유를 이행할 수 있는 환경을 조성했다는 점에서 매우 중요한 의의가 있다.

## 2. '공직선거법'상 인터넷 실명제에 대한 헌재의 결정

'정보통신망법'상 인터넷 실명제에 대한 위헌결정과는 달리 헌법재판소는 선거기간 동안 선거와 관련된 의견을 표명하기 위해서 본인인증을 강제하도록 하는 '공직선거법'상 실명제를 합헌이라고 판시했다.

헌재 2008헌마324, 2009헌바31(병합) 사건은 선거운동기간 중 인터넷 언론에 선거 관련 의견을 게시하고자 하였으나 본인임을 인증받지 않았다는 이유로 게시를 차단당한데 대해 표현의 자유 등을 침해하였다며 헌법소원을 청구한 사건과 인터넷신문이 게시자의 실명확인을 위한 기술적 조치를 이행하지 않아 과태료 처분을 받는데 대하여 헌법소원을 청구한 사건이다.

헌재는 '인터넷 언론사'의 개념이 '공직선거법' 제8조의5(인터넷 선거보도심 의위원회)에 명확하게 명시되어 있고, 그 범위를 '당해 인터넷홈페이지'의 게시판·대화방으로 제한하여 카페나 블로그 등은 '인터넷 언론사'에 해당되지 않아 실명확인조치를 이행할 의무가 없다고 판단했다. 또한 '지지·반대의 글'은 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 목적으로 한 글과 '정당 혹은 후보자에 동조하거나 거스르는 글'을 포함하는 것으로 일반적인 법 감정을 가진 사람이라면 충분히 인식할 수 있기 때문에 명확성 원칙에 위배되지 않는다고 보았다. 이어 실명확인제가 의견표명에 앞서 행정권이 심사하고 선별하여 발표내용을 금지하는 사전검열금지 원칙을 위반하지 않는다고 판시했다.

이 사건의 경우, 인터넷 언론사는 실명확인과 '실명확인 표시'를 위한 기술적 조치, '실명확인'을 표시하지 않은 게시글의 삭제의무를 가지며, 이용자가 특정 후보를 지지하거나 반대하는 게시글을 작성할 경우에만 '실명확인'을 표시하게 하고 있어 실명확인제가 사전검열금지 원칙에 위배되지 않는다는 것이다. 또한 실명을 확인하고 게시글을 작성하게 한 것은 홈페이지 관리의 편의를 위한 것일 뿐, 이 사건의 법률조항으로 인한 효과는 아니며, 인터넷 언론

사의 삭제의무 위반에 대한 과태료는 선거관리위원회의 삭제명령의 불응에 따라 부과된 것이므로 상시적인 자기검열 의무가 없다고 덧붙였다.

과잉금지 원칙 위배의 여부에 대해서는 선거기간 중 인터넷홈페이지 게시판 등에서 흑색선전이나 부당한 선거운동 등을 방지함으로써 선거의 공정성을 확보한다는 점에서 목적의 정당성이 인정되고, 실명확인을 선거기간 동안 '정당·후보자에 대한 지지·반대의 글'에 한정하여 '실명확인'만 표시하도록 하고 있어 침해의 최소성을 위반하지 않았다고 판단했다. 또한 실명확인으로 인한 불편함이나 글을 게시함에 있어 발생할 수 있는 주저함, 인터넷 언론사의 비용발생과 이용자 수의 감소 등으로 인해 발생하는 사익보다 허위사실 유포 등으로 인한 후보자의 인격권 침해와 소수에 의한 여론 왜곡 등의 피해 방지 등과 같은 공익이 크기 때문에 법익의 균형성도 인정된다고 결론지었다.

이 밖의 양심의 자유 및 사생활 비밀의 자유 침해 주장에 대해서는 게시판 등에서 특정 정당이나 후보자에 대한 지지·반대의 글을 게시하는 행위가 실명확인 절차를 거친다고 하더라도 단순한 의견표현에 불과하여 양심의 자유나 사생활 비밀의 자유에 의해 보호되는 영역이라고 할 수 없어 그 침해 여부에 대해서는 판단하지 않았다고 실시했다. 또한 개인정보자기결정권 침해와 관련해서는 실명제가 개인정보의 수집을 목적으로 하는 것이 아니라 '공직선거법' 위반행위가 적발될 경우에만 이용자의 개인정보에 대한 열람이나 제출을 요청하는 것이기 때문에 개인정보자기결정권을 제한하는 것이 아니라고 보았다.

하지만, '공직선거법' 제93조 제1항에 대한 헌재의 한정위헌 결정<sup>48)</sup>은 실명확인제에 대한 헌재의 입장변화를 조심스럽게 가늠해 볼 수 있는 판결이라 할 수 있다. 이 사건은 선거일 전 180일부터 선거일까지 UCC나 게시글, 트위터(Twitter) 등을 통해 특정 후보나 정당에 대하여 지지 혹은 반대하는 내용을 공개한 행위가 표현자의 정치적 의사표현의 자유를 침해한다는 이유로 헌법소원이 제기된 사건이다.

헌재는 선거법상 인터넷 실명제가 자유로운 개인매체라는 인터넷의 속성과 다양한 선거의 순차적 발생을 고려하지 않은 채 인터넷 이용자의 정치적 표

48) 헌재 2011. 12. 29. 2007헌마1001, 2010헌바88, 2010헌마173, 2010헌마191(병합).

현의 자유를 과잉하여 침해하고 있다고 판시했다. 인터넷을 통한 정치적 표현 자체가 정치에 대한 유권자의 관심과 열정을 표명하는 것이기 때문에 이를 부정적으로만 판단할 수는 없으며, 불법선거 혹은 금권선거 근절을 위한 것이라고 하더라도 유권자의 표현의 자유를 제한하는 것은 그 수단이 적절하지 않다는 것이다. 특히 선거일 전 180일부터 선거일까지 모든 정치적 표현을 제한하는 것은 대통령선거, 국회의원선거 등 다양한 선거가 연속적으로 치러지고 있는 상황에서 기본권에 대한 제한기간이 지나치게 길어 정치적 표현의 자유를 과잉하여 제한한다는 것이다. 결론적으로 인터넷상에서의 정치적 의견의 표현을 금지함으로써 얻어지는 실익은 명확하지 않은 반면, 장기간 동안 의견의 표현을 금지함으로써 생기는 불이익과 피해가 커 법익의 균형성을 위배하며, 인터넷 홈페이지나 게시판·대화방의 게시글이나 동영상 등을 전자우편으로 전송하는 방법을 '공직선거법' 제93조 제1항의 '기타 이와 유사한 것'에 포함되는 것으로 해석하는 것은 과잉금지 원칙을 위배하여 위헌이라고 판단했다.

선거의 공정성을 담보하기 위한 수단으로서의 '공직선거법'상 실명제와 건전한 인터넷 환경 조성을 위한 수단으로서의 '정보통신망법'상 실명제는 도입 목적에서 그 맥락이 같다고 할 수 있다. 그러나 표현의 자유에 대한 범위의 설정에 있어서는 일관된 기준과 원칙이 확립되지 못하였음을 보여주고 있다. 특히 '공직선거법'상 인터넷 실명제에 대한 현재의 합헌결정은 선거의 공정성을 위한다는 측면에서 선거 관련 표현에 대한 실질적 구속력을 갖지만, 제93조 제1항에 대한 한정위헌 결정은 인터넷 상에서의 정치적 표현의 자유의 중요성을 확인하는 것으로 이를 규제하는 법률은 엄격한 합헌성 기준을 통과해야 함을 재차 강조한 것이라는 점에서 현재 결정의 의의가 있다 할 것이다.

## V. 결론

국가가 실명제라는 강제력을 동원하여 본인임이 확인된 사람에게만 의사표현의 기회를 부여하는 것은 표현의 자유에 대한 위축효과를 불러와 온라인상에서의 자유로운 의사표현을 불가능하게 하여 결국 표현의 자유를 심각하게

침해하게 된다. 때문에 인터넷 실명제에 대한 헌법재판소의 위헌결정은 온라인상에서의 표현의 자유를 신장시키는 중요한 결정으로 받아들여지고 있다. 특히 익명의 표현의 자유까지도 헌법이 보장하는 표현의 자유의 범위에 두어야 한다는 결정은 익명성의 부정적인 측면에 초점을 맞추고 비판적 익명표현을 규제하려는 국가의 의도에 쐈기를 박는 것이라 할 수 있다.

인터넷 실명제가 인터넷의 특성을 전혀 고려하지 않은 채 마련된 조항이었음은 이 제도의 도입과 관련한 논란에서 이미 확인된 바 있다. 국가의 지리적 경계를 초월한 개인과 개인이 컴퓨터 네트워크로 연결되면서 형성된 인터넷은 전통적 미디어와는 전혀 다른 특성을 지닌 커뮤니케이션 매체이다. 인터넷은 소수의 언론인만이 누리던 '글을 쓸 수 있는 자유'를 일반 시민들에게도 제공하였으며, 더 나아가 시민들의 참여를 바탕으로 공론장 역할을 수행할 뿐만 아니라 여론 형성의 주된 매체로 기능하고 있다. 더불어 대의민주주의의 한계를 극복하고 참여민주주의를 실현할 수 있는 가능성을 지닌 대안 미디어로서도 인정받고 있다. 인터넷이 갖는 이러한 매체적 특성에 따라 표현의 자유의 허용 범위를 설정하는 것은 지극히 타당한 것이며, 방송, 통신, 신문으로 3분할하여 표현의 자유의 허용범위(규제 정도)를 결정했던 이론과 논리에도 부합한 것이다. 현재도 인터넷의 특성에 따른 표현의 자유가 폭넓게 허용되어야 함을 여러 차례 언급한 바 있으며, 인터넷 실명제에 대한 위헌결정의 법리에도 이러한 인터넷의 차별화된 특성을 인정해야 한다는 점이 분명하게 드러나 있다.

물론 충분히 숙고되지 않고, 정화되지 않은 표현들이 인터넷에 넘쳐나고 있다는 점은 부인할 수 없다. 사회상규에 어긋나는 표현들과 명예훼손, 사생활 침해 등 개인의 인격적 권리를 침해하거나, 때로는 일반인들이 감내하기 힘든 역겨운 표현들이 게시되고 유통되기도 한다. 그러나 인터넷 실명제가 이러한 표현들을 규율하는 효율적인 제도가 되지 못한다는 점은 익히 증명되었고, 이는 현실세계에서 명찰을 패용해야만 의견을 표현할 수 있도록 강제하는 것과 다를 바 없다. 익명표현은 국가권력이나 다수의 의견에 대한 비판적 사상이나 의견을 보복의 두려움 없이 표현할 수 있게 하는 표현의 자유의 핵심이다. 따라서 실명제가 온라인상의 익명표현으로 인한 피해를 줄이고자 하는 정당한 목적을 갖고 있다 하더라도 익명표현의 기회를 제한하는 것은, 현재의 결정에

서 제시한 것처럼 과잉금지 원칙을 위반하여 헌법상 용인될 수 없다.

'공직선거법'상 본인확인제의 경우도 정치적 표현의 자유를 제한한다는 비판과 함께 그 유효성에 대한 논란이 비등하다. 정치적 표현의 자유가 표현의 자유의 요체임에도 불구하고 실명확인조치를 통해 선거기간 동안 정치적 표현을 규제하는 것은 정치적 비판과 의견에 재갈을 물리는 것일 수밖에 없다. 또한 '공직선거법'상 실명확인조치에 대한 현재의 2010년 합헌 결정은 '정보통신망법'상 실명제에 대한 위헌결정과 선거일 전 180일부터 선거일까지 모든 정치적 표현을 금지한 '공직선거법' 제93조 제1항에 대한 한정위헌 결정과도 법리적으로 모순된다. 인터넷을 기반으로 한 SNS를 주요한 정보유통과 의사표현의 매체로 인정하고, 이를 통한 상시 선거운동을 허용하고 있는 상황에서 인터넷 언론과 인터넷상에서의 정치적 표현에 대해서만 실명제 이행을 강제하는 것은 법리적 자가당착일 수밖에 없다. 따라서 '공직선거법'상 실명제에 대한 현재의 전향적인 입장의 변화가 필요하며, 익명표현의 자유를 포함한 표현의 자유를 제한하는 법률에 대해서는 엄격한 합헌성 판단 기준의 적용이 요청된다 할 것이다.

## 참고문헌

- 김경호, "정치표현의 자유와 선거운동 규제에 대한 헌법재판소 결정 연구", 언론과학연구, 제8권 2호, 2008, 5-50.
- 김경호, "인터넷(포털) 규제 정책의 현안과 대안 모색", 미디어공공성포럼 1차 쟁점 토론 "이명박 정부와 미디어 공공성, 무엇이 문제인가" 세미나 발표문. 2008. 10.
- 김동현·박형준·이용모, "규제정책의 설계와 사회적 형성이론: 제한적 본인확인제 규제형성 사례를 중심으로", 『규제연구』, 제20권 제2호, 한국경제연구원, 2011, 119-149.
- 김여라, "인터넷 실명제 관련 법령 리뷰", 『의정연구』, 제14권 제2호, 한국의회발전연구회, 2008, 191-199.

- 김유향·심우민, “인터넷 실명제 위헌결정과 향후 과제”, 『이슈와 논점』, 제524호, 국회입법조사처, 2012.
- 김은주, “인터넷 규제의 거버넌스적 접근에 관한 연구: 뉴미디어 시대 표현권과 인격권 법익을 중심으로”, 박사학위논문, 성균관대학교 대학원, 2012, 1-252.
- 권영준, “인터넷상 표현의 자유와 명예의 보호”, 『저스티스』, 제91호, 한국법학원, 2006, 5-25.
- 문재완, “인터넷 실명제와 익명 표현의 자유”, 『인권과 정의』, 제352권, 2005, 39-63.
- 박경신, “인터넷 실명제의 위헌성”, 『헌법학연구』, 제15권 제3호, 한국헌법학회, 2009, 75-112.
- 방송통신위원회, “2011년 본인확인제 적용대상 사업자 선정”, 방송통신위원회 보도자료, 2011. 3. 9.
- 우지숙·나현수·최정민, “인터넷 게시판 실명제의 효과에 대한 실증 연구: 제한적 본인확인제 시행에 따른 게시판 내 글쓰기 행위 및 비방과 욕설의 변화를 중심으로”, 『행정논총』, 제48권 1호, 서울대학교 행정대학원, 2010, 71-96.
- 이미라·강경철·이상우, “제한적 본인확인제 적용 유무에 따른 댓글 유형 차이가 댓글 문화 형성에 미치는 영향에 대한 분석: 일반댓글과 소셜댓글의 자기통제 정도의 차이를 중심으로”, 『사이버커뮤니케이션학보』, 제28권 3호, 사이버커뮤니케이션학회, 2011, 5-42.
- 이시원·민병익, “지방자치단체 온라인 주민참여 실명제 도입의 영향분석”, 『한국행정학보』, 36권 2호, 한국행정학회, 2002, 205-229.
- 이현창·원순우·김승택·김문수·주영환, 『제한적 본인확인제 효과분석을 위한 조사보고서』. 한국인터넷진흥원, 2007.
- 임규철, “정보통신망법의 인터넷 실명제에 관한 비판적 고찰”, 『법학연구』, 제19집, 한국법학회, 2012, 71-94.
- 장성호, “한국의 인터넷 실명제 갈등: 전개과정과 특성”, 『한국동북아논총』, 제59호, 한국동북아학회, 2011, 99-118.



- 정보통신부, “제한적 본인확인제 시행으로 악성댓글 감소”, 정보통신부 보도자료, 2007. 10. 4.
- 정준현, “인터넷실명제의 법정책적 과제”, 『법학연구』, 27호, 전북대학교 법학연구소, 2008, 101-117.
- 조소영, “인터넷 실명제의 의의와 한계”, 『언론과 법』, 제10권 제2호, 한국언론법학회, 2011, 39-82.
- 지성우, “현행 인터넷상 본인확인제에 대한 헌법적 평가”, 『성균관법학』, 제23권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2011, 27-45.
- 최희재·이준기·김정원, “온라인 커뮤니티에서 기술적, 사회적 익명성이 자기통제에 미치는 영향에 관한 연구”, 『한국 인터넷 정보학회』, 1권 1호, 한국인터넷정보학회, 2009, 63-74.
- 한민욱, “구글, 국내 유튜브 게시판 3년만에 복원”, 『디지털 타임스』, 2012. 9. 6.
- 한혜경·김유정, “인터넷실명제와 우회로의 선택: 인터넷 공론장 참여자들의 자기검열과 우회로 선택의향을 중심으로”, 『한국언론정보학회』, 55호, 한국언론정보학회, 2011, 50-73.
- 황성기, “인터넷 실명제에 관한 헌법학적 연구”, 『법학논총』, 제25권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2008, 7-37.
- 황창근, “정보통신망법 본인확인제에 대한 공법적 고찰”, 『세계헌법연구』, 제14권 2호, 국제헌법학회 한국학회, 2008, 315-344.

Emerson, T. I., Toward a general theory of the First Amendment. *Yale Law Journal*, 72(5), 877-956.

- 헌재 2012. 8. 23. 2010헌마47, 252(병합).
- 헌재 2011. 12. 29. 2007헌마1001, 2010헌바88, 2010헌마173·191(병합).
- 헌재 2010. 2. 25. 2008헌마324, 2009헌바31(병합).
- 헌재 2010. 5. 27. 2008헌마663.
- 헌재 1992. 11. 12. 89헌마88.
- 헌재 1989. 9. 4. 88헌마22.

McIntyre v. Ohio Election Commission, 115 S.Ct. 1511(1995).

[Abstract]

**A Research on the Korean Constitutional Court's Decision about  
'Internet Real-Name Policy': Focus on 2010HunMa47, 252(combined)**

**Kim, Gyong-Ho**

*Professor, Department of Journalism & Public Relations*

**Lee, Seo-Hyeon**

*Ph.D. student, Department of Journalism & Public Relations*

**Hyun, Sung-Mi**

*M.A. student, Department of Journalism & Public Relations*

Korean Constitutional Court ruled that the real-name policy severely chills users' constitutional rights of freedom of expression by forcing them to give up their right to speech anonymously. The Court further said that anonymous expression is guaranteed under the constitutional right of freedom of expression. The policy not only hinders the building of public opinions but also infringes individual's right to control their personal information, the Court added.

The article analyzes the Constitutional Court's decision and draws a meaning of the ruling with the perspective of online freedom of expression. Particularly, it studies the rationale behind the ruling by examining the standards the Court applied. The study finally attempts to measure the influence of the decision to online freedom of expression in general.

As the essence of freedom of expression, anonymous expression allows

individuals, especially political minorities, to express critical opinions or thoughts against state power or majority opinions. Even though the real-name policy has a legitimate purpose to reduce harmful consequences in cyberspace steamed from anonymity, the restriction to express anonymously is substantially overbroad and therefore is unconstitutional.

**Key words** : Real-name Policy, Freedom of Expression, Constitutional Court, Political Expression, Anonymity, Electronic Basic Law, Election Law

