

인터넷 실명제의 헌법적합성에 관한 연구

황성기 교수
(한림대학교 법학부)

인터넷 실명제의 헌법적합성에 관한 연구

황성기(한림대학교 법학부 부교수)

I. 들어가는 말

2004년 3월 12일 법률 제7189호로 개정된 공직선거및선거부정방지법(이하 ‘공직선거법’이라 한다)에 소위 ‘인터넷 실명제(보다 구체적으로는 선거계시관 실명제)’가 도입된 이후, 시민사회를 중심으로 한 인터넷 실명제에 대한 반발이 본격화되었다. 특히 시민단체를 중심으로 공직선거법상의 선거계시관 실명제에 대한 헌법소원이 헌법재판소에 청구되기도 하였다. 선거계시관 실명제의 형태를 띠고 있는 공직선거법상의 인터넷 실명제는 2004년 공직선거법의 개정을 통해서 우리나라에 처음으로 제도화되었지만, 사실 2003년 상반기에 이미 정보통신부장관이 노무현 대통령에 대한 업무보고에서 일반적인 인터넷 실명제를 공공기관부터 실행하고, 궁극적으로 법제화를 통해서 민간영역에까지 적용될 수 있도록 추진하겠다는 계획을 밝힌 적이 있었다. 물론 이러한 정보통신부장관의 계획에 대해 시민단체들은 일제히 반발한 적이 있었고, 결국 정보통신부는 인터넷 실명제의 도입을 백지화한 적이 있다. 하지만 인터넷 실명제에 대한 정치권의 현실정치적인 요구 때문에, 공론화 내지 위헌 여부에 대한 검증과정을 생략한 채, 정치권에서는 급박하게 선거계시관 실명제를 공직선거법에 도입하였고, 이러한 공직선거법상의 선거계시관 실명제는 2005년 8월 4일 법률 제7681호로 일부개정된¹⁾ 공직선거법에서 일부 수정되기도 하였다.

사실 지난 2002년 대통령선거에서는 소위 ‘인터넷선거’로 비유될 정도로 인터넷의 위력이 막강했다. 따라서 선거에 있어서의 당락에 인터넷이 미치는 영향을 절감한 정치권은 2004년 4·15총선이 실시되기 이전에 공직선거법을 개정해서 선거계시관 실명제를 도입하게 되었다고 할 수 있다. 공직선거법이 도입한 선거계시관 실명제 이외에 인터넷상에서 유포되는 ‘패러디’에 대해서도 경찰 및 검찰 등 법집행기관이 공직선거법상의 허위사실공표죄(공직선거법 제250조) 등을 적용하여 규제하려는 움직임이 논란을 빚은 적이 있다.

위와 같은 선거계시관 실명제의 도입이라든지 혹은 패러디에 대한 공직선거법의 적용이 표방하는 대의명분은 ‘선거의 공정성’이라고 할 수 있다. 즉 공직선거법이 추구하는 기본적인 목적인 선거의 공정성을 위해서 표현의 자유를 제한하는 것으로 이해될 수 있다. 물론 선거의 공정성은 국민의 대표를 선출하는 선거에 있어서 가장 핵심적인 요소이지만, 현재의 공직선거법상의 선거계시관 실명제라든지 패러디에 대한 공직선거법의 적용 등은 헌법적 관점에서 많은 문제점들을 갖고 있는 것으로 보인다.

그런데 인터넷 실명제에 대한 논의 내지 제도화가 단순히 선거의 공정성을 위한 선거제도개선의 일환으로만 이루어지는 것이 아니라, 2005년도에 들어와서부터는 소위 ‘개똥녀 사건’과 ‘연예인 X파일 사건’을 계기로 다시 악성 루머나 인신공격 등 언어폭력을 통한 사생활 침해나 명예훼손과 같은 인권침해적인 역기능 방지 차원에서, 인터넷 실명제를 인터넷전반에 확대하려는 시도를 정부가 추진하고 있으며, 그에 따라 인터넷 실명제에 대한 찬반 양론이 대립하면서, 그 적절성 여부에 대한 논의가 다시 공론화되고 있는 실정이다.

결국 이 글은 헌법적 관점에서 인터넷 실명제의 적절성 여부를 분석하는 것을 목적으로 한다. 이에 따라 먼저 인터넷 실명제에 관한 기본개념 및 인터넷 실명제의 유형을 살펴보고, 공직선거법

1) 이번 개정에서 법률명칭 자체도 공직선거및선거부정방지법에서 공직선거법으로 바뀌었다.

상의 선거게시판 실명제의 위헌성 여부를 분석하고자 한다. 더 나아가서 공직선거법상의 선거게시판 실명제를 넘어서서 최근에 논의되고 있는 ‘일반게시판 실명제’의 위헌성 여부도 검토하기로 한다.

II. 인터넷 실명제의 유형

현재 인터넷 실명제를 둘러싼 우리 사회의 논란의 이면에는 인터넷 실명제에 대한 개념정의의 부재가 혼란상을 야기시키는 원인으로 작용하고 있다. 즉 인터넷 실명제가 과연 어떠한 것인가에 관한 명확한 개념정의 없이 논의가 진행되고 있는 것이다. 현재까지 제도화되었거나 추진되었던 인터넷 실명제의 유형들을 분석함으로써, 인터넷 실명제의 개념을 정리해 보기로 한다. 우선 현재까지 제도화되었거나 추진되었던 인터넷 실명제의 유형들로는 다음과 같은 것들을 들 수 있다.

첫째, 공직선거법 제82조의 6이 규정하고 있는 ‘선거게시판 실명제’를 들 수 있다. 인터넷언론사가 운영하는 사이트의 게시판에 선거에 관한 의견이나 정당후보자에 대한 지지반대의 글을 게시하는 경우에는 주민등록번호나 혹은 기타 실명인증방법을 이용하여 신원이 확인된 자에 대해서만 의견이나 글의 게시가 가능하게 하고, 이를 실현하기 위한 기술적 조치의무 및 신원이 확인되지 않은 자의 의견이나 게시에 대한 삭제의무를 인터넷언론사에 대해서 부과하며, 이러한 의무 위반시 인터넷언론사에 대해서 제재조치를 부과하는 방식이다.

둘째, 현재 정보통신부가 추진 중인 ‘일반게시판 실명제’를 들 수 있다. 이는 영리목적의 일정 규모 이상의 웹사이트 등은 항상 이용자의 본인 여부를 확인해야 할 의무를 지게 되고, 이러한 의무를 위반하는 경우에는 제재가 가해지며, 본인 여부가 확인된 이용자만이 당해 웹사이트 등에 자신의 글을 올릴 수 있게 되는 방식이다. 일반게시판 실명제는 인터넷언론사 이외의 일반 웹사이트를 그 적용대상으로 설정하고 있다는 점에서, 궁극적으로 공직선거법상의 선거게시판 실명제보다는 적용대상의 범위가 확대된 형태의 실명제라고 할 수 있다.

셋째, ‘일반적 인터넷 실명제’²⁾를 들 수 있다. 이것은 적용대상의 면에 있어서 인터넷언론사나 혹은 영리목적의 일정 규모 이상의 웹사이트만을 대상으로 하는 것이 아니라, 또한 그 내용에 있어서도 게시판에서의 의견게시만을 대상으로 설정하는 것이 아니라, 인터넷 이용 혹은 정보통신서비스 이용 자체를 신원이 확인된 자에게만 허용하는 방식이다.

과거 및 현재까지 논의되고 있거나 혹은 제도화된 실명제의 유형은 크게 위와 같이 세 가지로 분류할 수 있는데, 이들의 공통점과 차이점은 다음과 같이 정리될 수 있을 것이다.

먼저 공통점으로는 그 적용대상이나 내용의 차이를 불문하고, ‘본인인증시스템의 강제적 구축을 통한 의사표현의 통제’가 기본적인 목적으로 설정되어 있다는 점이다. 즉 본인으로 확인된 자만이 일정한 서비스를 이용할 수 있고, 그 방식도 자율적 방식이 아닌 제재조치에 의한 담보되는 법적 강제방식을 채택하고 있다는 점이다. 여기서 본인인증방법은 주민등록번호를 이용하거나 기타의 실명인증방법을 채택할 수 있다.

차이점으로는 그 적용대상이 인터넷언론사에 국한하느냐, 영리 목적의 일정 규모 이상의 웹사이트

2) 1998년 정보통신부가 발안하였던 통신실명제가 이러한 유형의 실명제에 해당한다. 즉 이 당시에 정보통신부가 발안하였던 통신실명제는 통신과정에서의 어떠한 방식의 ID를 사용하는가에 관계없이 정보통신서비스를 게시하는 그 순간에 자신의 실제의 신원을 밝히고 이에 의거하여 정보통신서비스를 이용하도록 강제하는 방안이다. 이 당시 통신실명제의 내용과 문제점에 관해서는 한상희, “음란물 규제법제와 통신실명제”, 「정보법학」 제3호, 한국정보법학회, 1999, 370-374면 참조.

트까지 확장하느냐, 아니면 모든 웹사이트에 적용되느냐가 우선적으로 지적될 수 있고, 내용에 있어서도 선거관련 게시판에 있어서의 선거 및 정당·후보자에 대한 의견제시에 대해서만 실명제를 적용하느냐, 일반게시판에 대해서까지 확장하느냐, 아니면 모든 인터넷 서비스의 이용에 적용하느냐가 또한 지적될 수 있다.

결국 위와 같은 인터넷 실명제의 유형 및 공통점·차이점을 고려할 때, 인터넷 실명제는 다음과 같이 개념정의될 수 있을 것이다. 즉 인터넷 실명제란 “주민등록번호 혹은 기타의 기술적인 실명 인증방법을 통해서 본인으로 확인된 자만이 일정한 정보통신서비스를 이용할 수 있고, 당해 정보통신서비스를 제공하는 자는 본인인증을 위한 기술적 조치를 구축해야 할 법적 의무 뿐만 아니라 본인인증이 이루어지지 않은 자에 의해 게시된 의견이나 글을 삭제하거나 본인인증이 이루어지지 않은 자에 의한 당해 정보통신서비스의 이용을 차단해야 할 법적 의무를 지게 되며, 이러한 법적 의무를 위반한 자에 대해서는 제재조치가 부과되는 제도”라고 정의될 수 있다.

Ⅲ. 공직선거법상의 선거게시판 실명제의 내용 및 헌법적 문제점

1. 공직선거법상의 선거게시판 실명제의 변천과정

(1) 2004년 3월 12일 개정된 공직선거법상의 선거게시판 실명제

2004년 3월 12일 개정된 공직선거법상에서 최초로 도입된 선거게시판 실명제의 내용은 다음과 같다.

공직선거법 제82조의 6은 ‘인터넷언론사 게시판·대화방 등의 실명확인’이라는 제목을 갖고 있는 바, 제1항은 인터넷언론사가 당해 인터넷사이트의 게시판대화방 등에 선거에 관한 의견을 게시할 수 있도록 하는 경우에는 의견게시를 하고자 하는 자가 기입하는 성명과 주민등록번호의 일치 여부를 확인한 후 일치하는 경우에 한하여 의견게시를 할 수 있도록 하는 기술적 조치를 하도록 함으로써, 인터넷언론사에게 이용자의 본인확인을 위한 기술적 조치의 의무를 부과하고 있다. 동조 제2항은 이것을 정당후보자 및 예비후보자가 자신의 명의로 개설운영하는 인터넷 홈페이지의 게시판대화방 등에도 적용하되, 이 경우에는 의무적 형태가 아닌 임의적 형태로 부과하고 있다. 그리고 제3항과 제4항은 성명과 주민등록번호의 일치여부를 각각 행정자치부장관과 신용정보의이용 및보호에관한법률상의 신용정보업자으로 하여금 주민등록전산자료에 의하여 확인하여 줄 수 있도록 규정하고 있다. 더 나아가서 제5항은 인터넷언론사로 하여금 의견게시자가 허무인 또는 타인의 명의를 이용한 것이 확인된 때에는 즉시 그 허무인 또는 타인 명의의 아이디(이용자식별부호)로는 의견게시를 할 수 없도록 하고 있으며, 그 아이디로 게시된 의견을 삭제하도록 하고 있다. 또한 공직선거법 제261조 제1항은 인터넷언론사가 위에서 언급한 기술적 조치를 하지 아니한 경우에는 1천만원 이하의 과태료에 처하도록 규정하고 있고, 부칙 제11조는 인터넷언론사로 하여금 공직선거법 시행 후 30일 이내에 기술적 조치를 하도록 요구하고 있다.

(2) 2005년 8월 4일 개정된 공직선거법상의 선거게시판 실명제

2005년 8월 4일 개정된 공직선거법상의 선거게시판 실명제의 내용은 다음과 같다.

2005년 8월 4일 개정된 공직선거법 제82조의 6 제1항은 인터넷언론사로 하여금 선거운동기간 중 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을 게시할 수 있도록 하는 경우에는 행정자치부장관이 제공하는 실명인증방법으로 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 하도록 인터넷언론사에 대해 의무를 부과하고 있다. 그리고 동조 제2항은 정당·후보자가 자신의 명의로 개설·운영하는 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 대해서도 적용하되, 이 경우에는 임의적 형태로 규정하고 있다. 제3항은 행정자치부장관으로 하여금 제1항 및 제2항의 규정에 따라 제공한 실명인증자료를 실명인증을 받은 자 및 인터넷홈페이지별로 관리하도록 하고 있으며, 중앙선거관리위원회가 그 실명인증자료의 제출을 요구하는 경우에는 지체 없이 이에 따르도록 하고 있다. 제4항은 인터넷언론사로 하여금 실명인증을 받은 자가 글을 게시한 경우 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 '실명인증' 표시가 나타나도록 하는 기술적 조치를 하도록 하고 있고, 제6항은 인터넷언론사로 하여금 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 '실명인증'의 표시가 없는 정당이나 후보자에 대한 지지·반대의 글이 게시된 경우에는 지체 없이 이를 삭제하도록 요구하고 있으며, 제7항은 인터넷언론사로 하여금 정당·후보자 및 각급선거관리위원회가 제6항의 규정에 따른 글을 삭제하도록 요구한 경우에는 지체 없이 이에 따르도록 하고 있다. 마지막으로 제5항은 인터넷언론사로 하여금 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에서 글을 게시하고자 하는 자에게 주민등록번호의 기재를 요구하지 말도록 규정하고 있다. 한편 공직선거법 제261조 제1항은 제82조의 6 제1항의 규정을 위반하여 기술적 조치를 하지 아니한 자에 대해서는 1천만원 이하의 과태료를, 동조 제2항 제3호는 제82조의 6 제6항의 규정을 위반하여 실명인증의 표시가 없는 글을 삭제하지 아니한 자에 대해서는 300만원 이하의 과태료를 부과하고 있다.

2. 공직선거법상의 선거게시판 실명제의 내용적 특징

2004년 3월 12일 개정된 공직선거법상에서 최초로 도입된 선거게시판 실명제의 내용과 2005년 8월 4일 개정된 공직선거법상의 선거게시판 실명제의 내용을 비교하면 다음의 표와 같다.

	2004.3.12. 공직선거법상의 선거게시판 실명제	2005.8.4. 공직선거법상의 선거게시판 실명제
기본구조	실명확인 후 의견게시가 가능하도록 하는 기술적 조치 의무를 인터넷언론사에게 부과	실명확인 후 의견게시가 가능하도록 하는 기술적 조치 의무를 인터넷언론사에게 부과
의무화 대상	인터넷언론사	인터넷언론사
실명제 적용 대상 서비스	인터넷언론사 인터넷사이트의 게시판·대화방 등	인터넷언론사 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등
실명제 적용 대상 표현	선거에 관한 의견	선거운동기간 중 정당·후보자에 대한 지지·반대의 글
실명확인방법	·의견게시자가 기입하는 성명과 주민등록번호의 일치 여부 확인 ·성명과 주민등록번호의 일치 여부는 행정자치부장관과 신용정보의이용및보호에관한법률상의 신용정보업	·행정자치부장관이 제공하는 실명인증방법 ·행정자치부장관은 제공한 실명인증자료를 실명인증을 받은 자 및 인터넷홈페이지별로 관리해야 함.

	자가 보유하고 있는 주민등록전산자료에 의하여 확인	·인터넷언론사는 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에서 글을 게시하고자 하는 자에게 주민등록번호의 기재를 요구할 수 없음.
실명확인이 되지 않은 경우의 조치 방법	인터넷언론사는 의견게시자가 허무인이거나 또는 타인의 명의 이용시, 그 허무인 또는 타인 명의의 아이디로는 의견게시 불가능하게 할 의무 및 그 아이디로 게시된 의견의 삭제 의무	·인터넷언론사는 실명인증을 받은 자가 글을 게시한 경우 ‘실명인증’ 표시가 나타나도록 하는 기술적 조치 의무 ·인터넷언론사는 ‘실명인증’ 표시가 없는 정당이나 후보자에 대한 지지·반대의 글이 게시된 경우 지체 없이 삭제 의무 ·인터넷언론사는 정당·후보자 및 각급선거관리위원회가 ‘실명인증’ 표시가 없는 글을 삭제하도록 요구한 경우 지체 없이 삭제 의무
의무 위반시 제재 조치	인터넷언론사가 실명확인의 기술적 조치 의무 위반시 1천만원 이하의 과태료	·인터넷언론사가 실명확인의 기술적 조치 의무 위반시 1천만원 이하의 과태료 ·인터넷언론사가 실명인증의 표시가 없는 글의 삭제 의무 위반시 300만원 이하의 과태료

위와 같은 공직선거법상의 규정내용을 살펴 볼 때, 선거게시판 실명제란 신원이 확인된 사람에 대해서만 게시판에 글을 게시할 수 있는 권한을 부여하는 제도라고 볼 수 있다. 오프라인의 예를 들면 일정한 전단이나 인쇄물을 통해서 자신의 의견을 개진하려고 하는 사람은 반드시 자신의 실명을 밝혀야지만 의견개진이 가능하다는 이야기이다. 따라서 자신의 실명을 밝히려고 하지 않는 사람은 출판사나 인쇄소를 이용하여 전단이나 인쇄물을 제작할 수 없게 만드는 것이다.

3. 공직선거법상의 선거게시판 실명제의 헌법적 문제점

공직선거법상의 선거게시판 실명제는 다음과 같은 점에서 헌법적 문제점이 제기될 수 있다.

첫째, 가장 우선적으로 검토되어야 할 사항은 표현의 자유의 침해 여부이다. 즉 선거게시판 실명제라는 것은 신원이 확인된 사람에 대해서만 게시판에 글을 게시할 수 있는 권한을 부여하는 제도이기 때문에, 신원이 확인되지 않은 사람은 게시판에 글을 게시할 수 없게 되는 결과를 초래한다. 따라서 자신의 의견이나 사상을 자유롭게 표현할 수 있는 권리인 표현의 자유의 침해 여부가 가장 핵심적인 헌법적 쟁점이 된다.

둘째, 인터넷언론사의 영업의 자유의 침해 여부도 쟁점이 될 수 있다. 공직선거법 제8조의 5는 인터넷언론사를 “신문등의자유와기능보장에관한법률 제2조 제7호의 규정에 따른 인터넷신문사업자 그 밖에 정치·경제·사회·문화·시사 등에 관한 보도·논평·여론 및 정보 등을 전파할 목적으로 취

제·편집·집필한 기사를 인터넷을 통하여 보도·제공하거나 매개하는 인터넷홈페이지를 경영·관리하는 자와 이와 유사한 언론의 기능을 행하는 인터넷홈페이지를 경영·관리하는 자”로 정의내리고 있다.³⁾ 그런데 인터넷신문사업자 및 그밖에 인터넷언론으로서의 기능을 수행하는 홈페이지 경영·관리자가 사업경영 및 영업정책의 일환으로 비회원제방식이라든지 비실명확인제방식을 채택하고 있는 경우에는, 공직선거법상의 선거게시관 실명제는 이들 인터넷언론사의 사업수행방식에 일정한 제한을 부과하는 것이므로, 영업의 자유의 침해 여부도 헌법적 쟁점이 될 수 있다.

셋째, 자기정보관리통제권이라고 하는 기본권의 보장 차원에서 선거게시관 실명제는 분석될 필요가 있다. 왜냐하면 본인 여부의 확인을 위해서는 결국 개인정보를 활용하여야 할 것이고, 따라서 개인정보의 이용에 있어서의 헌법적 한계의 문제가 등장할 수밖에 없기 때문이다.

위와 같은 세 가지 핵심쟁점 이외에도 평등권의 침해 여부도 문제가 될 수 있고, 더 나아가서 선거게시관 실명제에 관한 공직선거법상의 관련조항의 구조적 문제점이라고 할 수 있는 포섭범위의 과도한 광범성의 문제도 제기될 수 있다. 이하에서는 이들 각각의 헌법적 쟁점들을 중심으로, 공직선거법상의 선거게시관 실명제의 위헌 여부를 구체적으로 검토하기로 한다.

IV. 공직선거법상의 선거게시관 실명제의 위헌 여부

그런데 공직선거법상의 선거게시관 실명제는 헌법적 관점에서 다음과 같은 문제점을 지니고 있다.

1. 익명표현의 자유의 침해

우선 ‘익명표현의 자유’의 관점에서 문제가 제기될 수 있다. 우리 헌법이 보장하고 있는 표현의 자유에는 ‘익명표현의 자유’가 보장되어 있다고 보아야 한다. 왜냐하면 표현의 자유가 완전히 구현되기 위해서는 자신의 의사를 ‘자유롭게’ 표현할 수 있어야 하는데(그렇다고 해서 타인의 권리를 침해해도 무방하다는 의미는 아니다), 이러한 자유로운 의사표현은 익명성이 보장되는 경우에만 가능하기 때문이다. 물론 의견을 개진하고자 하는 자는 실명으로 자신의 의사를 표현할 수 있다. 문제는 국가가 강제력을 동원하여 ‘실명으로’만 의사를 표현하도록 하거나 혹은 본인임이 확인된 사람에 대해서만 의사표현의 기회를 부여하는 방식은 안된다는 것이다. 국가가 강제력을 동원하여 ‘실명으로’만 의사를 표현하도록 하거나 혹은 본인임이 확인된 사람에 대해서만 의사표현의 기회를 부여하는 경우에는, 그 ‘위축효과(chilling effect)’로 인하여 ‘자유로운’ 의사표현이 불가능할 것이기 때문이다. 공직선거법이 선거게시관 실명제를 도입한 목적이 후보자나 정당에 대한 일방적인 비방적 주장이 선거에 미치는 영향을 방지함으로써 선거의 공정성을 유지하려는 것으로 보이지만, 이러한 목적은 다른 제도 예컨대 명예훼손법이라든지 특히 공직선거법 제251조상의 후보자비방죄 등에 의해서도 충분히 규제될 수 있다. 따라서 선거의 공정성을 확보하기 위해서 이미

3) 원래 공직선거법 제8조의 5는 인터넷언론사를 “정치경제사회문화시사 등에 관한 보도·논평 및 여론 등을 전파할 목적으로 취재·편집·집필한 기사를 인터넷을 통하여 보도·제공하거나 매개하는 인터넷 홈페이지를 경영·관리하는 자와 이와 유사한 언론의 기능을 행하는 인터넷 홈페이지를 경영·관리하는 자”로 정의하고 있었다. 그런데 2005. 8. 5.의 공직선거법 개정을 통해서 기존의 인터넷언론사의 개념정의에 신문등의 자유와 기능보장에 관한 법률(이하 ‘신문법’이라 한다)상의 인터넷신문사업자를 추가하게 된다. 한편 신문법 제2조 제5호는 인터넷신문을 “컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치와 통신망을 이용하여 정치·경제·사회·문화·시사 등에 관한 보도·논평·여론 및 정보 등을 전파하기 위하여 간행하는 전자간행물로서 독자적 기사 생산과 지속적인 발행 등 대통령령이 정하는 기준을 충족하는 것”으로 정의내리고 있다.

존재하는 규제수단 이외에 선거게시관 실명제를 추가적으로 적용하는 것은 중첩적이고도 과도한 제한으로서, 헌법상 기본권제한의 한계원리인 과잉금지의 원칙에 반한다고 할 수 있다.

2. 정치적 표현의 자유의 침해

공직선거법상의 선거게시관 실명제는 ‘정치적 표현의 자유’의 관점에서 문제가 제기될 수 있다. 일반적으로 언론의 자유는 개인이 언론 활동을 통하여 자기의 인격을 형성하는 개인적 가치인 자기실현의 수단임과 동시에 사회 구성원으로서 정치적 의사결정에 참여하는 사회적 가치인 자기통치(self-government)를 실현하는 수단이다. 특히 개인의 언론 활동이 ‘정치적 표현(political speech)’에 해당되는 경우에는 상당한 정도의 보호를 받아야 한다. 왜냐하면 정치과정과 관련된 정보는 개인의 인격형성과 자기실현에 기여함은 물론, 정치적 의사형성과정에 참여하는 자기통치를 실현하는 수단으로서의 공적 성격도 아울러 갖고 있기 때문이다. 즉 정치에 대한 감시와 권력에 대한 자유로운 비판을 보장하며, 정치적 언론이 숨쉬는 열린 공간에서 여론을 수렴하여 그것을 다수의사로 결집·형성하는 과정을 갖는 것은 민주사회의 참된 모습이자 현대 민주제의 필수불가결한 본질적 요소라고 할 수 있다. 또한 선거라고 하는 것은 대의제의 원리상 국민의 대표자를 선출하는 제도이다. 따라서 선거과정에서의 의사표현은 정치적 표현 중의 핵심으로서 대의제가 성공하기 위해서도 필수적이다.

이렇게 표현의 자유, 특히 정치적 표현의 자유가 갖는 의미라든지 선거의 의미를 염두에 둔다면, 선거에 관한 의견개진이라든지 혹은 선거운동기간 중 정당·후보자에 대한 지지·반대의 글은 기타의 언론활동 예컨대 상업적 언론이라든지 개인적 언론에 비해서 상당한 정도로 보호받아야 한다. 현행 공직선거법이 ‘선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시’를 선거운동으로 보지 아니하여(제58조 제1항 제1호), 선거운동에 대한 공선법상의 각종 규제장치들을 적용하지 않는 이유도 바로 이러한 맥락에서 이해될 수 있다. 더 나아가서 선거운동기간 중 정당·후보자에 대한 지지·반대의 의사표시가 선거운동에 해당한다고 하더라도, 현행 공직선거법이 원칙적으로 선거운동의 자유를 보장하고 있는 점(제58조 제2항)을 염두에 둘 때, 현행 공직선거법상의 각종 선거운동 규제장치들 이외에 추가적으로 선거게시관 실명제를 적용하는 것은 과도한 제한이라 하지 않을 수 없다.

결국 공직선거법상의 선거게시관 실명제는 신원이 확인된 사람만 선거에 관한 의견을 개진하거나 혹은 선거운동기간 중 정당·후보자에 대한 지지·반대의사를 표명할 수 있게 제한함으로써, 사실상의 ‘위축효과’로 인해 정치적 표현이 상당한 정도로 위축될 수밖에 없을 것이고, 결과적으로 볼 때, 우리 정치의 후진성을 단적으로 보여주는 사례라고 할 수 있다.

3. 영업의 자유의 침해

현행 공직선거법상의 선거게시관 실명제의 적용대상이 되는 인터넷신문사업자 및 그밖에 인터넷언론으로서의 기능을 수행하는 홈페이지 경영·관리자가 사업경영 및 영업정책의 일환으로 비회원제방식이라든지 비실명확인제방식을 채택하고 있는 경우에는, 공직선거법상의 선거게시관 실명제는 이들 인터넷언론사의 사업수행방식에 일정한 제한을 부과하는 것이므로, 영업의 자유의 관점에서 문제가 제기 가능하다.

비회원제방식이라든지 비실명확인제방식을 채택하고 있는 인터넷언론은 오히려 정치적 표현이 보다 원활하고도 자유롭게 개진될 수 있도록 이러한 방식을 영업방법의 일환으로 일부러 채택하

는 경우라고 볼 수 있다. 특히 선거와 관련된 의사표현은 위에서 언급한 것처럼 정치적 표현 중에서도 핵심적인 부분이라고 할 수 있다. 그런데 공직선거법상의 선거게시관 실명제는 영업정책의 일환으로 비회원제방식이라든지 비실명확인제방식을 채택하고 있는 인터넷언론사에 대해서 이러한 영업정책을 포기하도록 강제하는 것이므로, 영업의 자유의 침해 가능성도 존재한다.

4. 개인정보보호의 문제점

개인정보보호의 관점에서 문제가 제기될 수 있다. 2004년 3월 12일 개정된 공직선거법상의 선거게시관 실명제는 성명과 주민등록번호의 일치 여부를 통해서 신원확인을 하도록 규정하고 있다. 주민등록번호는 엄연히 개인정보에 해당하는 것으로서, 수집목적에 한해서만 사용되어야 하고, 그러한 목적 이외의 목적에 활용될 경우에는 본인의 동의를 얻어야 하는 것이 개인정보보호에 관한 기본원칙이다. 그런데 현재 행정자치부가 운영하는 주민등록전산망은 공개되어 있지 않고 있어서, 결국 인터넷언론사는 신용정보업자의 주민등록전산자료를 활용할 수밖에 없는데, 공직선거법상의 선거게시관 실명제를 위한 주민등록번호의 활용이 신용정보의이용및보호에관한법률이 허용하고 있는 주민등록번호의 활용목적에 부합하는지는 의문이다.

위와 같은 문제점 때문에, 2005년 8월 4일 개정된 공직선거법상의 선거게시관 실명제는 주민등록번호를 이용한 실명인증방법을 금지하고 있다. 하지만 '본인인증시스템의 강제적 구축을 통한 의사표현의 통제'가 인터넷 실명제의 기본목적이라고 한다면, 본인인증시스템을 구축하기 위해서는 궁극적으로 개인정보를 활용할 수밖에 없다. 따라서 주민등록번호를 직접적으로 활용하든 간접적으로 활용하든 개인정보의 활용이 반드시 전제될 수밖에 없다면, 개인정보보호의 문제점은 여전히 남게 된다. 물론 2005년 8월 4일 개정된 공직선거법상의 선거게시관 실명제는 구체적인 실명인증방법을 적시하고 있지 않아서, 법률 차원에서는 이 문제가 곧바로 제기되지는 않겠지만, 구체적으로 적용될 실명인증방법의 개발에 있어서 이 문제는 중요한 문제로 부각될 수 있다.

5. 평등권의 침해

'평등 및 비용'의 관점에서 문제가 제기될 수 있다. 이 문제는 특히 2004년 3월 12일 개정된 공직선거법상의 선거게시관 실명제에 적용된다. 위에서 언급한 것처럼, 행정자치부가 운영하는 주민등록전산망이 공개되지 않는 경우, 인터넷언론사는 신용정보업자의 주민등록전산자료를 활용해야 하는데, 신용정보업자의 주민등록전산자료에 등록되어 있지 않은 사람의 입장에서는 자신의 정치적 의사를 개진할 수 있는 기회가 원천적으로 차단당할 수 있다. 또한 인터넷언론사의 입장에서는 신원확인때마다 지불해야 할 비용 때문에, 처음부터 아예 선거에 관한 게시판이나 대화방 등을 운영하는 것을 포기할 수도 있는 것이다. 이것은 성인인증의 방법으로 제기되는 신용카드번호확인 방법이 갖는 문제점과 동일하다고 할 수 있다.

6. 포섭범위의 과도한 광범성

마지막으로 '선거게시관 실명제의 적용대상의 범위'의 관점에서 문제가 제기될 수 있다. 인터넷 선거보도심의위원회에 관한 규정인 공직선거법 제8조의 5는 인터넷언론사를 "신문등의자유와기능보장에관한법률 제2조 제7호의 규정에 따른 인터넷신문사업자 그 밖에 정치·경제·사회·문화·시사 등에 관한 보도·논평·여론 및 정보 등을 전파할 목적으로 취재·편집·집필한 기사를 인터넷을 통하

여 보도·제공하거나 매개하는 인터넷홈페이지를 경영·관리하는 자와 이와 유사한 언론의 기능을 행하는 인터넷홈페이지를 경영·관리하는 자”로 정의하고 있다. 이러한 개념정의에 따르면, 사실 기존의 언론기관이 운영하는 사이트뿐만 아니라 인터넷상의 대부분의 포털사이트들도 인터넷언론사에 해당하게 된다. 더 나아가서 어떤 특정한 주제에 대한 여론형성이나 정보제공을 목적으로 운영되는 홈페이지나 사이트들도 인터넷언론사에 해당될 수 있다. 결국 공직선거법상의 인터넷언론사의 개념정의는 규제대상의 범위설정에는 있어서 그 범위를 너무 포괄적으로 규정하고 있다는 문제점이 또한 지적될 수 있다.

V. 일반게시판 실명제의 위헌 여부

1. 일반게시판 실명제의 내용

2003년부터 사회적 논란의 대상이 되어 왔던 인터넷 실명제의 실체가 2005. 9. 12. 정보통신부 주최의 토론회에서 어느 정도 모습을 드러냈다. 토론회에서 인터넷 실명제와 관련하여 정부에 권장된 사항들을 보면 다음과 같다.⁴⁾

2. 본인확인 절차와 관련하여 정부는 사업자에 대해 아래 사항을 준수하도록 하여야 한다.

가. 정부는 공개적이거나 전파성이 강한 인터넷 표현공간에 대하여 본인확인절차를 채택하도록 권장하여야 한다.

나. 정부는 본인확인을 위한 신뢰할 수 있는 시스템을 개발해야 한다.

다. 정부는 특히 영리를 목적으로 회원수 또는 일일방문자수가 일정 규모 이상으로 전파가능성이 크고 따라서 인터넷 폐해가 특히 우려되는 게시판, 웹사이트 등에 대해서는 본인확인절차를 의무화하는 방안을 검토하여야 한다. 본인확인 의무화가 필명, 가명 등에 의한 표현을 배제하는 것을 의미하는 것은 아니다.

라. 정부는 본인확인 수단의 불법적인 이용을 막기 위해 대책을 강구하여야 한다.

마. 신뢰할 수 있는 수단으로 본인확인 절차를 의무화한 사업자는 본인 확인수단을 악용한 불법이용자에 대한 책임이 면제된다.

위에서 본인확인 의무화가 필명, 가명 등에 의한 표현을 배제하는 것을 의미하는 것이 아니라는 점에서 현재 추진되고 있는 실명제는 소위 ‘제한적 실명제’라고 부르기도 한다. 그리고 영리목적의 일정 규모 이상의 웹사이트 등에 대해서는 본인확인절차가 의무화된다는 점에서 결국 현재 정통부가 추진하고 있는 인터넷 실명제는 ‘제한적 실명제 의무화방식’이라고 할 수 있다. 즉 제한적 실명제 의무화방식은 게시판 이용자가 게시판에 글을 쓰고자 할 때는 사전에 그 사람이 누구인지 확인된 경우에만 글을 쓸 수 있고, 여기서 본인확인방법은 자발적 방식이 아닌 의무화방식이다. 그리고 본인확인 의무는 사업자에게 부과된다. 이러한 의무에 위반하는 경우에는 행정벌인 과태

4) 정보통신부 주최, 「의명성에 의한 폐해 최소화 및 피해구제의 실효성 확보 대책 토론회 자료집」, 2005. 9. 12. 3면.

료가 부과될 것으로 예상된다. 보다 쉽게 이야기하면 영리목적의 일정 규모 이상의 웹사이트 등은 항상 이용자의 본인 여부를 확인해야 할 의무를 지게 되고, 이러한 의무를 위반하는 경우에는 제재가 가해진다. 그리고 본인 여부가 확인된 이용자만이 당해 웹사이트 등에 자신의 글을 올릴 수 있게 되는 제도이다.

또한 여기서 주목할 점은 본인확인을 위한 구체적인 기술 및 방법과 관련하여, 정부가 본인확인을 위한 신뢰할 수 있는 시스템을 개발할 선언적 의무를 지게 되고, 신뢰할 수 있는 수단으로 본인확인 절차를 의무화한 사업자는 본인확인수단을 악용한 불법이용자에 대한 책임이 면제된다.

2. 일반계시판 실명제의 헌법적 문제점

제한적 실명제 의무화방식의 헌법적 문제점은 다음과 같다.

첫째, 게시판 이용자의 익명표현의 자유를 침해한다. 익명표현의 자유는 표현의 자유의 일 내용으로서 말 그대로 익명을 이용해서 자신의 의사나 의견을 자유롭게 표명할 수 있는 자유를 말한다. 이러한 익명표현의 자유는 특히 정치적 표현과 관련될 때는 상당한 정도로 보장된다고 보아야 한다. 왜냐하면 정치적 표현의 특성이라든지 지금까지의 역사적 경험에 비추어 볼 때, 특정 정부나 정치세력에 대한 비판은 익명의 형태로 행해지는 것이 일반적이었고, 또한 원활하게 이루어지기 때문이다. 물론 익명표현의 자유가 절대적인 권리는 아니어서 일정한 공익을 위해서 제한할 수 있지만, 이러한 제한은 기존의 민형사수단에 의해서도 충분히 이루어지고 있다. 즉 제한적 실명제 의무화방식을 추진하려는 입법목적이 명예훼손이나 언어폭력, 개인정보침해 등 익명성을 이용한 타인의 인격권침해행위에 대해서는 기존의 민형사수단에 의해서도 충분히 규율될 수 있다. 따라서 기존의 민형사수단 이외에 새로운 규제수단을 채택하는 것은 과도한 제한으로서 과잉금지의 원칙에 반한다. 뿐만 아니라 이용자의 표현의 자유에 대한 ‘위축효과(chilling effect)’로 말미암아, 그 위헌성을 면할 수가 없다. 즉 외형적으로는 사업자에 대한 의무화방식을 취하고 있지만, 내용적으로는 본인확인을 거치지 않은 이용자의 표현의 자유를 직접적으로 제한하고 있고, 본인확인절차가 갖는 자유로운 표현에 대한 위축적인 효과는 분명하기 때문이다.

둘째, 사업자의 직업의 자유를 침해한다. 제한적 실명제 의무화방식은 사업자에게 이용자의 본인 여부 확인의무를 부과하고 있다. 일반적으로 인터넷상에서 이용자의 본인 여부 확인은 이용자가 입력한 이름과 주민등록번호와의 일치 여부를 통해서 할 수밖에 없다. 그런데 이용자가 입력한 이름과 주민등록번호와의 일치 여부를 확인하기 위해서는 사업자가 이용자에 관한 개인정보를 별도로 갖고 있어야 가능하다. 물론 행정자치부가 보유하고 있는 주민등록번호 DB를 이용하게 되면, 사업자가 이용자에 관한 개인정보를 별도로 갖고 있을 필요가 없다. 즉 이용자가 입력한 이름과 주민등록번호와의 일치 여부를 행정자치부에 의뢰해서 일치 여부에 관한 답변만 들으면 되기 때문이다. 그런데 현재 정통부가 추진하고 있는 제한적 실명제 의무화방식을 행자부의 주민등록번호 DB를 활용한다는 이야기가 없고, 단지 신뢰할 수 있는 본인확인시스템의 개발에 관한 선언적 의무만 규정하고 있다. 만약 정통부가 본인확인시스템을 개발하지 않고, 사업자에 대한 본인확인 의무만 부과하는 경우에는, 사업자는 이 의무를 준수하기 위해 별도의 개인정보 DB를 구축할 수밖에 없다. 물론 현재 대부분의 포털 등 웹사이트에서는 회원가입시 일정한 개인정보를 요구하여 그 DB를 구축하고 있다. 하지만 이러한 회원가입절차를 별도로 갖고 있지 않아서 회원에 대한 개인정보 DB를 갖고 있지 않은 웹사이트의 경우에는 본인확인 의무를 준수할 수 있는 방법이 없다.

결국 이 의무를 준수하기 위해서 기존에는 자신의 사업정책으로 채택하고 있지 않던 회원가입정책을 새롭게 채택해서 개인정보 DB를 구축해야 하는 현실적 부담이 사업자에게는 생기는 것이다. 이것은 결국 사업자의 직업수행의 자유 혹은 영업의 자유를 침해한다고 할 수 있다. 왜냐하면 회원가입방식을 채택할지 안할지 여부는 전적으로 영업방식의 일환이기 때문이다.

셋째, 기존의 개인정보보호정책 및 개인정보보호의 이념에 반한다. 개인정보를 가장 잘 보호하는 방법은 개인정보의 수집과 활용을 가능한 억제하는 것이다. 물론 기존의 정보통신망법상의 개인정보보호시스템이 존재하기는 하지만, 이러한 개인정보보호시스템이 적용되는 상황을 만들지 않는 것이 개인정보를 가장 잘 보호하는 것이다. 그런데 위에서 언급한 것처럼, 이용자의 본인 여부 확인의무를 사업자에게 부과하고, 본인확인시스템을 정부가 개발해 주지 않는 경우에는, 사업자는 자신에게 부과된 의무를 수행하기 위해 개인정보를 수집, 활용할 수밖에 없게 되는데, 결국 제한적 실명제 의무화방식의 채택으로 인해, 개인정보의 수집과 활용이 촉진되는 상황을 유발하게 된다. 더 나아가서 원하지도 않는데도 불구하고 사업자로 하여금 정보통신망법상의 개인정보보호시스템의 적용대상이 되게 만들고, 정보통신망법상의 개인정보보호의무를 지게 만들기도 한다.

넷째, 자기책임의 원리에 반한다. 위에서 언급한 것처럼 인터넷상에서 이용자의 본인 여부 확인은 이용자가 입력한 이름과 주민등록번호와의 일치 여부를 통해서 할 수밖에 없다. 즉 본인 여부의 확인절차의 기본전제는 이용자가 ‘자신’의 이름과 주민등록번호를 입력할 것이라는 점에 대한 기본적인 신뢰에 있다. 만약 이러한 기본적인 신뢰가 침해되는 경우에는, 아무리 훌륭하고도 신뢰할 수 있는 본인확인시스템이 존재한다고 하더라도, 본인확인시스템을 적용하는 기본취지가 부인된다. 그리고 본인의 이름과 주민등록번호를 입력하는 것은 이용자 본인의 책임이다. 따라서 다른 사람의 이름과 주민등록번호를 도용하는 것에서부터 비롯되는 결과에 대해서는 이용자 본인이 원칙적으로 책임을 질 일이지, 사업자가 책임을 질 수 없다. 만약에 사업자가 책임을 진다면, 이것은 헌법상의 자기책임의 원리에 반할 뿐만 아니라, 예측가능성이 전혀 보장되지 않기 때문에, 사업자에 대한 너무나도 과도한 부담이 된다.⁵⁾

그런데 현재 정통부가 추진하고 있는 제한적 실명제 의무화방안 중의 하나로 “신뢰할 수 있는 수단으로 본인확인 절차를 의무화한 사업자는 본인 확인수단을 악용한 불법이용자에 대한 책임이 면제된다”라는 부분이 있다. 본인확인수단을 악용한 불법이용자에 대한 책임을 사업자는 원칙적으로 지지 않는다. 왜냐하면 본인확인수단을 악용한 불법행위에 대한 책임은 그 행위를 한 이용자가 지는 것이기 때문이다. 따라서 본인확인수단을 악용한 불법행위에 대한 책임을 사업자에게 지우는 것은 자기책임의 원칙에 반하게 된다. 결국 ‘면제’라는 용어가, 사업자의 책임을 전제로 하는 개념으로 사용하고 있다면, 이 부분은 분명히 헌법상의 자기책임의 원리에 정면으로 반한다고 할 것이다.

5) 현재 2004. 6. 24. 2002헌가27, 지방세법 제225조 제1항 등 위헌제정: “헌법 제10조가 정하고 있는 행복추구권에서 파생되는 자기결정권 내지 일반적 행동자유권은 이성적이고 책임감 있는 사람의 자기의 운명에 대한 결정·선택을 존중하되 그에 대한 책임은 스스로 부담함을 전제로 한다. 자기책임의 원리는 이와 같이 자기결정권의 한계논리로서 책임부담의 근거로 기능하는 동시에 자기가 결정하지 않은 것이나 결정할 수 없는 것에 대하여는 책임을 지지 않고 책임부담의 범위도 스스로 결정한 결과 내지 그와 상관관계가 있는 부분에 국한됨을 의미하는 책임의 한정원리로 기능한다. 이러한 자기책임의 원리는 인간의 자유와 유책성, 그리고 인간의 존엄성을 진지하게 반영한 원리로서 그것이 비단 민사법이나 형사법에 국한된 원리라기보다는 근대법의 기본이념으로서 법치주의에 당연히 내재하는 원리로 볼 것이고 헌법 제13조 제3항은 그 한 표현에 해당하는 것으로서 자기책임의 원리에 반하는 제재는 그 자체로서 헌법위반을 구성한다고 할 것이다”(이 사건은 특수용도에 제공된 담배를 담배도매업자 내지 소매업자가 당해 용도에 사용하지 아니한 경우, 면세된 산출세액에 해당하는 담배소비세 및 가산세를 면세담배의 용도 외 사용 여부에 관하여 관리·감독권 내지 의무가 없는 담배제조자에게 부과하는 것이 위헌이라고 판시한 사례임).

V. 결론

결과적으로 현재 공직선거법을 통해서 제도화된 ‘선거계시관 실명제’와 현재 정통부가 확대 추진하고 있는 ‘일반계시관 실명제’는 한마디로 말해서 ‘빈대를 잡기 위해서 초가삼간을 불태우는 것’과 같다. 실제로 익명성이라는 요소가 선거계시관 실명제나 일반계시관 실명제의 도입을 정당화하는 여러 가지 역기능과의 직접적인 관련성이 분명하지 않은 상황에서, 표현의 자유를 직접적으로 침해하거나 혹은 그 위축효과로 인한 표현의 자유에 대한 사실상의 제한효과를 유발하는 선거계시관 실명제나 일반계시관 실명제는 과도한 제한수단이 아닐 수 없다. 역기능을 방지하거나 규제하는 기존의 법제도가 존재하고 있다는 것 자체도 선거계시관 실명제나 일반계시관 실명제의 과도한 수단성을 증명해 준다.

역사적으로 볼 때, 사회 및 역사의 진보를 이끌었던 혁명이라든지 사회운동들이 성공한 이면에는 익명에 의한 구 체제 및 기존 질서에 대한 비판과 민중들을 대상으로 하는 계몽이 가장 중요한 밑거름으로 작용하였다. 표현의 자유가 추구하는 가치들도 익명에 의한 표현의 가능성이 완전히 보장될 때에만 비로소 실현될 수 있는 것들이다. 따라서 선거계시관 실명제든 일반계시관 실명제든간에 인터넷 실명제는 이러한 역사의 교훈들과 우리 헌법이 표현의 자유를 보장하고 있는 이념 및 목적들을 망각하는 것이라 할 수 있다. 결론적으로 현행 공직선거법상의 선거계시관 실명제는 폐지되어야 하고, 현재 정통부가 추진하고 있는 일반계시관 실명제도 도입되어서는 안된다.