

헌법소원심판청구서

청구인 1. 주식회사 미디어오늘

서울 영등포구 당산로47길 19

대표이사 이정환

2. 추OO

위 청구인들의 대리인 변호사 손지원

서울 서초구 서초대로50길 62-9 402호, 법률사무소 이음

전화 : 02-581-1643

청구취지

“공직선거법 제82조의6 제1항, 제3항, 제4항, 제6항, 제7항과 제261조 제3항 제4호, 제6항 제3호는 헌법에 위반된다”라는 결정을 구합니다.

침해된 권리

헌법 제21조 표현의 자유, 언론의 자유, 제10조 및 제17조 개인정보자기결정권, 제15조 직업수행의 자유

침해의 원인

공직선거법 제82조의6 제1항, 제3항, 제4항, 제6항, 제7항과 제261조 제3항 제4호, 제6항 제3호

청구 이유

1. 심판대상조항

위 청구인들이 위현확인을 구하는 심판대상은 공직선거법 제82조의6 제1항(이하 '이 사건 실명확인조항'이라 합니다), 제3항, 제4항, 제6항, 제7항과 제261조 제3항 제4호, 제6항 제3호(이하 이 심판대상조항들을 통칭하여 '이 사건 법률조항'이라 합니다)이며, 그 내용은 다음과 같습니다.

공직선거법 제82조의6(인터넷언론사 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 "정보등"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.

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.

- ④ 인터넷언론사는 제1항의 규정에 따라 실명인증을 받은 자가 정보등을 게시한 경우 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 "실명인증" 표시가 나타나도록 하는 기술적 조치를 하여야 한다.
- ⑥ 인터넷언론사는 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 "실명인증"의 표시가 없는 정당이나 후보자에 대한 지지·반대의 정보등이 게시된 경우에는 지체 없이 이를 삭제하여야 한다.
- ⑦ 인터넷언론사는 정당·후보자 및 각급선거관리위원회가 제6항의 규정에 따른 정보등을 삭제하도록 요구한 경우에는 지체 없이 이에 따라야 한다.

공직선거법 제261조 (과태료의 부과·징수 등) ③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자에게는 1천만원 이하의 과태료를 부과한다.

- 4. 제82조의6제1항을 위반하여 기술적 조치를 하지 아니한 자
- ⑥ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 300만원이하의 과태료를 부과한다.
- 3. 제82조의6제6항을 위반하여 실명인증의 표시가 없는 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보를 삭제하지 아니한 자

2. 이 사건 청구의 적법요건

가. 청구인의 지위 및 기본권 침해의 자기관련성, 직접성

- 1) 청구인 주식회사 미디어오늘은 '신문 등의 진흥에 관한 법률'에 의하여 '인터넷신문'으로 등록된 '미디어오늘' 인터넷 홈페이지를 운영하고 있는 법인입니다(첨부서류 2, 이하 '청구인 미디어오늘'이라 합니다). 청구인 미디어오늘은 '미디어오늘' 인터넷 홈페이지의 각 기사의 댓글창을 이용자가 익명

으로 이용할 수 있도록 운영하고 있으며, 선거운동기간을 불문하고 지속적으로 댓글창을 이와 같이 운영하고자 하나, 2020. 2. 13. 영등포구선거관리위원회로부터 2020. 4. 15. 실시될 제21대 국회의원 선거와 관련하여 이 사건 법률조항에 따른 ‘인터넷언론사’로서 선거운동기간 중인 2020. 4. 2.부터 2020. 4. 14.까지 위 ‘미디어오늘’ 인터넷 홈페이지의 게시판·대화방 등에 실명확인 조치를 취할 것을 요청 받았습니다(첨부서류 3, 4).

청구인 미디어오늘은 이 사건 법률조항으로 인하여 다가오는 제21대 국회의원 선거의 선거운동기간동안 ‘미디어오늘’ 인터넷 홈페이지의 댓글창, 게시판 등의 서비스 이용자에 대한 실명확인조치의무 등을 부담하게 됨으로써, 이용자들의 자유로운 의사표현을 바탕으로 여론을 형성·전파하려는 인터넷언론사의 언론의 자유 및 직업수행의 자유를 침해받게 됩니다. 이로써 청구인 미디어오늘의 기본권 침해의 자기관련성 및 직접성이 인정됩니다.

청구인 추OO은 2020. 4. 15. 실시 예정인 제21대 국회의원 선거의 유권자로서, 위 선거의 선거운동기간 중 미디어오늘을 비롯한 인터넷언론사들의 게시판, 댓글창 등에 익명으로 특정 정당 및 후보자에 대한 지지나 반대의 정보를 게시하고자 하는 자입니다. 그러나 이 사건 법률조항으로 인하여 인터넷언론사들이 게시판 등에 실명확인조치를 취할 의무를 부담함에 따라, 청구인은 실명확인절차를 거치지 아니하면 글을 게시할 수 없거나 삭제당하게 됨으로써 익명표현의 자유와 개인정보자기결정권을 침해받게 됩니다. 이로써 청구인 추OO의 자기관련성과 직접성이 인정됩니다.

이 사건 법률조항과 동일한 내용의 구 조항에 대한 지난 헌법재판소 결정(헌법재판소 2015. 7. 30. 결정, 2012헌마734)에서도, 인터넷언론사 및 인터넷언론사 이용자의 헌법소원심판청구의 적법성이 인정된바 있습니다.

나. 청구기간, 현재성, 권리보호이익

청구인 미디어오늘은 2020. 2. 13. 영등포구선거관리위원회로부터 위와 같은 공문을 받고 2020. 4. 15. 실시 예정인 제21대 국회의원 선거와 관련하여 선거운동기간 중 실명확인조치를 취할 의무가 있음을 알게 되었습니다. 청구인 추OO은 위 선거의 선거운동기간 중에 인터넷언론사 게시판 및 댓글창에 익명으로 특정 정당 및 후보자에 대한 지지나 반대의 정보를 게시하고자 계획하였으나, 2020. 2. 14. 이 사건 법률조항으로 인하여 인터넷언론사가 선거운동기간 중 실명확인조치를 시행하거나 익명 게시판, 댓글창 시스템을 폐쇄하게 되어 자기의 기본권이 침해되리라는 사실을 알게 되었습니다. 따라서 위 각 날짜로부터 90일이 경과하기 전인 2020. 3. 17. 제기하는 이 사건 심판청구는 헌법재판소법 제68조 제1항의 청구기간을 준수하고 있습니다.

이 사건 법률조항으로 인하여 주기적으로 반복하여 시행되는 매 선거의 선거운동기간마다 청구인들의 기본권이 제한되고 있으므로 침해의 현재성이 인정되며, 이 사건 법률조항이 위헌으로 결정될 경우 청구인들은 도래하는 제21대 국회의원 선거 및 추후 시행될 선거에서 위와 같은 권리침해상태를 벗어날 수 있으므로 권리보호이익도 인정됩니다. 만일 위 청구인들의 기본권이 실제로 침해되는 시기(始期)를 제21대 국회의원 선거운동기간의 시기인 2020. 4. 2.부터로 보더라도, ‘기본권 침해가 장래에 발생하더라도 그 침해가 틀림없을 것으로 현재 시점에서 확실히 예측’되는 경우로써 침해의 현재성을 충족한다고 할 것입니다(헌법재판소 2002. 7. 18. 선고 2001헌마605, 현재 2007.5.31. 2003헌마422 등).

3. 이 사건 법률조항의 내용 및 관련 헌법재판소 결정

가. 이 사건 법률조항의 내용 및 적용범위 개관

이 사건 법률조항은 인터넷언론사가 선거운동기간 중 당해 홈페이지의 게시판 등에 게시자의 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 취하도록 하는 이른바 ‘선거운동기간 중 인터넷 실명확인제’를 강제하는 내용입니다.

이 사건 법률조항의 적용대상인 ‘인터넷언론사’는 공직선거법 제8조의5 제1항에 따라 “「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조 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 자”를 말합니다. (이 ‘인터넷언론사’ 기준의 불명확성, 광범성에 대하여는 후술하도록 하겠습니다.)

또한 정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을 일반 이용자들이 ‘게시할 수 있도록 하는 경우’, 즉, 지지, 반대의 글이 게시될 ‘가능성’만 있으면 실명확인 조치를 취하도록 하고 있는바, 사실상 일반 이용자가 글을 게시할 수 있도록 하는 게시판, 댓글창 등의 공간이라면 모두 그 대상이 됩니다.

이와 같은 일명 ‘실명확인제’는 ‘게시자 신원의 추적가능성’을 높임으로써 이용자가 정보를 게시하는 경우 향후 신원확인을 통하여 형사처벌 또는 손해 배상책임을 부담할 수도 있다는 점을 인식하게 하여 표현 내용에 신중을 기하고 불법정보의 게시를 자제하는 등 책임있는 글쓰기를 유도한다는 것이 가장 근본적인 입법목적이라 할 것입니다.

나. 관련 헌법재판소 결정

인터넷 게시판에 본인확인조치의무를 부과하여 게시판 이용자로 하여금 본

인확인절차를 거쳐야만 게시판을 이용할 수 있도록 하는 본인확인제를 규정했던 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의5 제1항 제2호 (이하 ‘인터넷 게시판 본인확인제’)에 대하여, 헌법재판소는 과잉금지원칙에 위배하여 인터넷게시판 이용자의 표현의 자유, 개인정보자기결정권 및 인터넷게시판을 운영하는 정보통신서비스 제공자의 언론의 자유를 침해함을 이유로 위헌결정을 내린바 있습니다(헌법재판소 2012. 8. 23. 결정, 2010헌마 47). 결정요지에서는, “이 사건 법령조항들이 표방하는 건전한 인터넷 문화의 조성 등 입법목적은, 인터넷 주소 등의 추적 및 확인, 당해 정보의 삭제·임시조치, 손해배상, 형사처벌 등 인터넷 이용자의 표현의 자유나 개인정보자기결정권을 제약하지 않는 다른 수단에 의해서도 충분히 달성할 수 있음에도, 인터넷의 특성을 고려하지 아니한 채 본인확인제의 적용범위를 광범위하게 정하여 법집행자에게 자의적인 집행의 여지를 부여하고, 목적달성에 필요한 범위를 넘는 과도한 기본권 제한을 하고 있으므로 침해의 최소성이 인정되지 아니한다. 또한 이 사건 법령조항들은 국내 인터넷 이용자들의 해외 사이트로의 도피, 국내 사업자와 해외 사업자 사이의 차별 내지 자의적 법집행의 시비로 인한 집행 곤란의 문제를 발생시키고 있고, 나아가 본인확인제 시행 이후에 명예훼손, 모욕, 비방의 정보의 게시가 표현의 자유의 사전 제한을 정당화할 정도로 의미 있게 감소하였다는 증거를 찾아볼 수 없는 반면에, 게시판 이용자의 표현의 자유를 사전에 제한하여 의사표현 자체를 위축시킴으로써 자유로운 여론의 형성을 방해하고, 본인확인제의 적용을 받지 않는 정보통신망상의 새로운 의사소통수단과 경쟁하여야 하는 게시판 운영자에게 업무상 불리한 제한을 가하며, 게시판 이용자의 개인정보가 외부로 유출되거나 부당하게 이용될 가능성이 증가하게 되었는바, 이러한 인터넷게시판 이용자 및 정보통신서비스 제공자의 불이익은 본인확인제가 달성하려는 공익보다 결코 더 작다고 할 수 없으므로, 법익의 균형성도 인정되지 않는다.”고 판시하였습니다.

한편, 이 사건 법률조항과 동일한 내용의 구 조항에 대해서 헌법재판소는 2015년 합헌 결정을 내린바 있습니다(헌법재판소 2015. 7. 30. 결정, 2012헌마 734, 이하 ‘지난 현재 결정’이라 합니다). 위 결정요지에서 헌법재판소는 ‘선거운동기간 중 인터넷언론사 게시판 등을 통한 흑색선전이나 허위사실이 유포될 경우 언론사의 공신력과 지명도에 기초하여 광범위하고 신속한 정보의 왜곡이 일어날 수 있으므로, 실명확인조항은 이러한 인터넷언론사를 통한 정보의 특성과 우리나라 선거문화의 현실 등을 고려하여 입법된 것으로 선거의 공정성 확보를 위한 것이다. 실명확인조항은 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 과잉금지원칙에 위배되어 게시판 이용자의 정치적 익명표현의 자유, 개인정보자기결정권 및 인터넷언론사의 언론의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.’고 판시하였습니다. 즉, 이 사건 법률조항은 ‘선거의 공정성’ 확보가 주요한 입법목적인 점, ‘인터넷언론사’, ‘선거운동기간’에 적용범위를 한정하고 있다는 점에서 위헌결정을 받은 정보통신망법상 인터넷 게시판 본인확인제와 본질적인 차이가 있다고 보고 있습니다¹⁾.

4. 이 사건 법률조항으로 제한되는 기본권

가. ‘인터넷언론사 이용자’의 표현의 자유 및 개인정보자기결정권

1) “선거운동기간 중 인터넷언론사 홈페이지의 게시판, 대화방 등에서 후보자에 대한 인신공격과 흑색선전이 난무하는 경우가 많고, 부당한 선거운동이나 소수에 의한 여론 왜곡으로 선거의 평온과 공정이 위협받을 가능성성이 있기 때문에, 그로 인한 사회경제적 손실과 부작용을 방지하고 선거의 공정성을 확보...”

1) 익명 표현의 자유의 중요성

표현의 자유는 사상이나 의견을 외부에 표현하는 자유로서 ‘현대 자유민주주의의 존립과 발전에 필수불가결한 기본권이며 이를 최대한도로 보장하는 것은 헌법의 기본원리의 하나’(현재 1992.6.26.90헌가23)입니다. 민주주의는 사회 내 여러 다양한 사상과 의견이 자유로운 교환과정을 통하여 여과 없이 사회 곳곳에 전달되고 자유로운 토론과 비판이 활발하게 이루어질 때에 비로소 가능하기 때문입니다. 또한 표현의 자유는 인간이 자신의 생각을 타인과 소통함으로써 스스로 공동체의 일원이 되는 동시에 자신의 인격을 발현하는 가장 적절하고도 직접적인 수단으로서 기능합니다. 이러한 표현의 자유는 현대 정보화 사회에서 특히, 사전검열금지, 알 권리 등으로 구체화되어 더욱 중요시되고 있습니다.

그 중 자신의 신원을 밝히지 않은 채 익명 또는 가명으로 자신의 사상이나 견해를 표명하고 전파할 자유인 ‘익명표현의 자유’는 억압적이고 권위주의적인 정부규제나 사회규범 아래에서 그 빛을 발하게 되며, 사회적 약자나 소수자에게 있어서 익명표현의 자유는 그들의 존립에 필수불가결한 매우 중요한 기본권입니다. 특히 온라인에서 익명표현의 자유는 흔히 오프라인 세계에서 엘리트 연사가 담론을 지배하는 것을 가능하게 해주는 여러 신분정표들, 예를 들면 인종, 계층, 성, 출신민족, 지역, 나이, 학력 등을 숨길 수 있도록 하여 누구나 사회적 담론을 주도할 수 있는 가능성을 열어줍니다.

위와 같은 ‘익명 표현의 자유’의 가치와 중요성을 보다 구체적으로 살펴보겠습니다.

첫째, 익명표현은 소수자나 약자가 그들에게 드리워진 편견에 맞서 사회를 향해 발언할 수 있도록 용기를 북돋워 주는 방패의 역할을 해 왔습니다. 사

회의 진보는 다수의 의견에 대한 끊임없는 문제제기 속에서 발전하게 됩니다. 이런 소수의 문제제기는 사회구성원들로 하여금 현재의 제도나 질서에 의문을 갖게 만듦으로써 변화와 발전을 촉진합니다. 따라서 소수의 의견은 사회의 변화에 조응하여 사회가 발전해 나가는 데 꼭 필요한 사회발전의 촉매제 역할을 합니다. 이런 소수의 의견이 다수와 기득권으로부터의 차별과 사회적 불이익의 위험 앞에서 위축되지 않고 발표되어 사상의 시장에 유통되도록 하는 데 익명표현은 절대적인 역할을 합니다.

둘째, 익명표현은 청자로 하여금 표현주체에 대한 편견을 배제하게 하여 효과적인 의사전달의 수단이 될 수 있습니다. 발언은 발언의 내용보다 발언자의 사회적 지위를 반영하여 의미가 해석되고 신뢰도가 결정되는 경향이 있는데, 이 경우 익명표현은 발언의 진의가 왜곡되지 않고 정확하고 평등하게 전달될 수 있게 하는 수단이 됩니다.

셋째, 익명표현은 발언자가 자신의 발언 때문에 받을 수도 있는 정치·경제·사회·문화적인 불이익을 두려워하지 않고 소신껏 발언을 할 수 있게 해 주는 역할을 합니다. 예를 들어 내부고발이나 거대 권력에 대한 비리 폭로와 같이 사회적으로 매우 중요한 기능을 하는 표현 행위는 익명표현이 보장되지 않는다면 이루어지기 어려울 것입니다.

이런 이유로 진정한 비판의 자유는 익명으로 표현할 수 있는 자유가 보장되어야만 비로소 완전해집니다. 이름을 밝히기 어려운 내부자에 의한 고발은 사회의 부정과 비리를 청산하는 데 기여했고, 익명의 제보는 역사의 실체적 진실에 대한 접근을 가능하게 했습니다. 미국의 독립, 나아가 프랑스 혁명 등 근대혁명을 태동케 한 역사적인 글인 토마스 페인의 ‘상식(Commons)’은 ‘한 영국인’이라는 필명으로 발표되었으며, 그 외에 역사를 바꾼 수많은 글들이 익명표현물들이었습니다. 따라서 익명표현이 필연적으로 무책임하거나 비

겁한 글쓰기라는 인식은 잘못된 것이며, 오히려 적극적으로 보장되어야 할 중요한 기본권인 것입니다.

특히 가장 참여적인 시장이며 표현촉진적인 매체라는 인터넷의 특징은 인터넷의 접근성과 익명성이라는 열린 구조에서 기인하는 것이므로, ‘익명 표현의 자유’가 더욱 중요하다고 할 수 있습니다. 유럽평의회(Council of Europe)의 각료위원회(Committee of Minister)는 2003년 5월 28일 위 「유럽인권협약」 제10조에 근거해서 「인터넷에서의 커뮤니케이션의 자유에 관한 선언(Declaration on Freedom of Communication on the Internet)」²⁾을 제정하여 회원국들이 준수해야 할 7개 원칙을 선언하였는데, 그 중 제7원칙은 ‘온라인에서의 익명성 보장’입니다³⁾. 정보와 사상의 자유로운 유통을 강화하기 위하여 자신의 신원을 공개하지 않으려는 인터넷 이용자들의 의사를 존중하여야 한다는 것입니다. 프랑스의 경우에는 2000년 인터넷상의 익명권을 확정한 법률 (The Law on the Freedom of Communication of September 30, 1986, as amended on June 16, 2000)을 제정하였습니다.

그런데 표현주체가 인터넷상에 글을 게시하기 위해 자신의 신원정보를 누군가에게 밝히지 않을 수 없도록 하고 있는 ‘실명확인제’는 이렇듯 중요한 익명표현의 자유를 제한합니다. 이 사건 법률조항 역시 인터넷언론사 이용자가 인터넷언론사에게 의무화된 실명확인조치를 거쳐야만 게시판에 글을 쓸 수 있거나 실명확인조치를 거치지 않은 글은 삭제 대상이 되도록 함으로써 인터넷언론사 이용자의 ‘익명 표현의 자유’를 중대하게 제한하고 있습니다.

2) 선거시기 정치적 표현의 자유

2) <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=37031> (2019.11.13. 최종접속)

3) 제7원칙 (익명성) : 온라인감시(online surveillance)를 받지 않는다는 보장을 확실히 하기 위하여 그리고 정보와 사상의 자유로운 유통을 강화하기 위하여, 회원국들은 자신들의 신원(identity)을 공개하지 않으려는 인터넷 이용자들의 의사를 존중하여야 한다. 이 원칙은 회원국들이 범죄행위에 책임이 있는 자들을, 국내법과 유럽인권협약 그리고 기타 사법(司法)과 경찰 분야의 국제협정에 따라, 추적하기 위하여 조치를 취하고 협력하는 것을 막는 것은 아니다.

민주주의 국가는 표현의 자유 중에서도 정치적 표현의 자유를 가장 고도로 보장하고 있습니다. 이처럼 가장 고도로 보장되고 있는 정치적 표현의 자유가 더욱 더 고도로 보장되어야 할 때가 있는데, 그 때가 바로 선거시기입니다. 즉, 선거시기에 보장되는 선거와 관련된 정치적인 표현의 자유는 그야말로 모든 표현의 자유 중에서도 가장 고도로 보장되어야 하는 것입니다. 국민의 정치적 표현의 가장 궁극적인 목적은 국민의 의사가 국가의 정책결정에 반영되도록 하기 위함이며, 이를 실현하는 것이 바로 선거를 통한 대의기관의 형성이기 때문입니다. 또한 특히, ‘선거’에 있어 ‘익명’ 표현의 자유는 정치적 다수, 정치적 기득권으로부터의 불이익이나 외압에 대한 두려움 없이 정치적 소수가 진정한 의사를 표현할 수 있는 최후의 보루로서 더욱 중요하다 할 것입니다. 이는 마치 ‘비밀투표의 원칙’이 선거에서의 가장 중요한 원리인 것과 같은 이치라고 할 수 있습니다.

이 사건 법률조항은 특히 선거운동시기에 정치적 의견을 효과적으로 타인에게 전달할 수 있는 창구인 인터넷언론사의 웹사이트에서 실명인증이라는 절차를 요구하고 실명확인이 된 후에 그 게시판을 글을 쓸 수 있도록 함으로써, 인터넷언론사 이용자의 정치적 표현의 자유를 중대하게 제한합니다.

3) 개인정보자기결정권

개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 어떻게 그리고 어느 범위까지 타인에게 전달되고 이용될 수 있는지를 정보주체가 자율적으로 결정할 수 있는 권리입니다.

실명확인정보는 개인의 동일성을 식별할 수 있는 정보로서 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보에 해당하고, 실명인증자료가 공직선거법

제82조의6 제3항에 따라 행정안전부장관 및 신용정보업자에 의하여 실명인증을 받은 자 및 인터넷홈페이지별로 수집·관리되고, 중앙선거관리위원회의 요구에 따라 제출된다는 점에서 인터넷언론사 이용자의 개인정보자기결정권도 제한하고 있습니다.

나. ‘인터넷언론사’의 언론의 자유와 직업의 자유

1) 이용자의 익명표현의 자유 제한으로 인한 인터넷언론사의 언론의 자유 제한

독자 또는 이용자와 토론하고 그 의견을 수렴하여 보도에 반영하는 활동은 의제를 설정하고 여론을 형성하는 언론기관의 본질적 기능입니다. 또한 어떤 사안에 대한 기사와 함께 이에 대한 독자들의 반응 및 의견 등을 다른 독자들에게 보여주는 것 자체도 하나의 언론활동이라 할 수 있습니다. 특히, 온라인 언론의 경우에는 인터넷 공간의 익명성의 보장된다는 특성과 실시간의 쌍방향적인 소통이 가능하다는 점으로 인해 독자의 참여율이 훨씬 더 넓고 역동적이라 할 수 있습니다.

그런데, 인터넷언론 이용자의 ‘익명표현의 자유’가 제한됨으로써, 익명 표현을 포함한 이용자의 자유로운 의사표현을 바탕으로 여론을 형성·전파하려는 이러한 인터넷 언론사의 언론의 자유도 함께 제한됩니다.

청구인 미디어오늘과 같은 언론사는 독자들에게 익명표현의 자유를 보장함으로써 사회적, 정치적 소수자를 포함한 여러 독자와의 더욱 자유롭고 활발한 소통을 통해 다양한 여론을 형성·전파하는 것을 큰 가치로 추구하고 있습니다. 이에 따라 익명표현이나 익명으로 표현하고자 하는 독자들을 무책임하다거나 가치없는 것으로 낙인찍는 듯한 실명확인 시스템을 운영하는 것을

원치 않습니다. 더군다나 실명인증을 하지 않은 독자들의 의견이 공론장의 영역에서 배제되는 것 자체가 저널리즘의 가치 저하로 이어질 수 있습니다. 실명확인제는 필연적으로 정치적, 사회적 소수자의 의견 표출의 위축을 가져오고, 그에 반해 다수집단, 기득권 집단의 의견은 상대적으로 더욱 활발하게 표출되도록 하는 불균형한 결과를 가져오기 때문입니다. 또한 실명인증의 번거로움, 개인정보 노출의 우려 등으로 일반 대중의 참여율 자체가 적어져 다양한 의견들이 대표되지 못하고, 오히려 가장 극단적인 표현의지에 기반한 의견들만이 표출될 위험도 있습니다. 즉, 실명확인제를 취하면 진정한 여론을 수렴하고 반영하기가 더욱 어려워지는 것입니다.

그러나 이 사건 법률조항은 인터넷언론사에게 선거운동기간 중 실명확인조치를 강제함으로써, 인터넷 언론사의 이러한 언론의 자유를 중대하게 제한하고 있습니다.

2) 직업 수행의 자유

직업의 자유란 자신이 원하는 직업을 자유로이 선택하고 이에 종사하는 등 직업에 관한 종합적이고 포괄적인 자유를 의미하는바, 직업의 자유는 개인의 자유권 및 인격과 개성의 실현이라는 의미를 가짐과 동시에 시장경제질서의 불가결의 요소라 할 것입니다. 그리고 영업의 자유는 직업수행의 자유의 일환으로 직업의 자유에 당연히 포함된다 할 것입니다.

이 사건 법률조항은 웹사이트의 게시글 서비스에 이용자의 실명확인조치를 취하는 것을 원치 않는 인터넷언론사의 직업수행의 자유를 제한합니다. 또한 인터넷언론사로 하여금 행정안전부장관이나 신용정보사업자가 제공하는 실명인증수단을 이용할 의무를 부담하게 하고 있어, 일정한 기술기준에 따른 조치를 취해야 하므로 이를 위해 필요한 인력과 비용을 감수하도록 강제하

고 있습니다(첨부서류 4). 실명인증수단을 채용하지 않는 경우에는 이 사건 법률조항에 따른 과태료 부과 처분을 피하기 위해 선거운동기간에 댓글이나 게시판 서비스 운영을 중단해야 합니다. 기술적, 비용적 부담으로 인하여 실명확인 시스템을 적용하기 어렵거나, 혹은 독자들의 익명표현의 자유 보장을 중시하는 다수의 인터넷언론사는 실제로 선거운동기간 중에 댓글이나 게시판의 운영을 아예 중단하고 있습니다. 실명제를 취하는 경우나 댓글창이나 게시판의 운영을 중단하는 경우 모두 이용자의 참여율이나 독자의 반응성이 줄어들기 때문에 웹사이트의 트래픽도 감소하게 되는 실질적 불이익도 받게 됩니다.

따라서 이 사건 법률조항은 인터넷언론사의 직업 수행의 자유 역시 중대하게 제한하고 있다고 할 것입니다.

5. 이 사건 법률조항의 기본권 침해 여부

가. 명확성의 원칙 위반

1) 헌법상 명확성 원칙이란 법률을 명확한 용어로 규정함으로써 적용대상자에게는 장래의 행동지침을 제공하고, 집행자에게는 객관적인 판단지침을 제공하여 차별적이거나 자의적인 집행을 예방할 수 있어야 한다는 원칙입니다. 이러한 명확성의 원칙은 표현의 자유를 제한하는 법률에서 특히 더욱 중요한 의미를 갖습니다. 현대 민주사회에서 표현의 자유가 국민주권주의 이념의 실현에 불가결한 것인 점에 비추어 볼 때, 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축효과를 수반하고, 그로 인해 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 가능케 하여 이러한 표현들이 상호 견증을 거치도록 한다는 표현의 자유의 본래의 기능을 상실케 하기 때문입니다. 즉, 불명확한 규범에 의하여 표현의 자유를 규제하게 되면 헌법상 보호받아

야 할 표현까지 망라하여 필요 이상으로 과도하게 규제하게 되기 때문에, 표현의 자유를 규제하는 법률은 명확성의 요구가 보다 강화되어, 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 요구됩니다⁴⁾.

2) 규제 대상인 ‘인터넷언론사’의 기준에 대하여, 공직선거법 제8조의5 제1항은 ‘인터넷언론사’란 첫째, 「신문 등의 진흥에 관한 법률」(이하 ‘신문법’) 제2조 제4호에 따른 인터넷신문사업자, 둘째, 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 ‘매개’하는 인터넷 홈페이지를 경영·관리하는 자, 셋째, 이와 유사한 언론의 기능을 행하는 인터넷홈페이지를 경영·관리하는 자를 말합니다.

신문법에 의해 그 범위가 정해지는 위 첫째 범주의 인터넷언론사는 신문법이 인터넷신문의 ‘등록제’를 취하고 있으므로 비교적 명확하게 그 대상을 특정할 수 있으나, 위 둘째와 셋째에 해당하는 인터넷언론사는 그 범위를 특정하는 것은 거의 불가능합니다. 오늘날 누구나 정치·경제·사회·문화·시사 등에 관한 사안을 취재·편집·집필하여 인터넷에 올리고 이를 전파할 수 있는 속칭 ‘1인 미디어’ 시대에는, 개인블로그 등을 포함한 거의 모든 웹사이트가 이에 포함될 수 있습니다. 실제로, 정치·사회·문화·시사 등에 관하여 정기적·지속적으로 보도·논평·정보 전달을 하는 인터넷 개인방송 등 1인 미디어도, 독자적인 기사 생산·지속적인 발행 등 기준을 충족하는 것으로써 ‘인터넷신문’으로 보아야 한다는 해석이 언론중재위원회 등의 국가기관에서 제기되고 있습니다⁵⁾. 나아가 기사를 직접 취재·편집·집필하는 언론사뿐만 아니라 이를 ‘매개’한 경우에도 인터넷언론사로 보기 때문에, 뉴스서비스를 제공하는 포털사이트부터, 기사를 단순히 펴나르기하는 수많은 개인 웹사이트

4) 현재 1998. 4. 30 결정 95헌가16, 현재 2002. 06. 27. 결정 99헌마480 등 참조

5) 뉴스1, “가짜뉴스 온상..."유튜브 1인 방송도 언론중재법상 언론으로 포함해야", (2019. 09. 24)

<https://www.news1.kr/articles/?3727431>

도 인터넷언론사에 포함되게 하여 그 외연이 무한정 확장됩니다⁶⁾. 실제로 선거관리위원회가 지정⁷⁾한 ‘인터넷언론사’만해도, 국내 대부분의 포털사이트 및 국내 모든 언론사의 웹사이트, 이른바 ‘UCC 동영상’을 매개하는 ‘판도라TV’를 포함하여 다수의 인터넷 이용자를 보유하고 있는 국내 대부분의 주요 인터넷 웹사이트를 포함하고 있습니다. 국내 인터넷 이용량의 80~90퍼센트를 점유하고 있는 인터넷 포털사이트가 ‘인터넷언론사’에 포함되어 있다는 사실만으로도 이 사건 법률조항이 국내 인터넷 웹사이트의 대부분에 적용되고 있다고 볼 수 있습니다. 더욱이 위 셋째 범주의 인터넷언론사의 경우는 ‘이와 유사한 언론 기능’이라고 하여 그 범위를 더욱 불명확하고 광범위하게 만들고 있습니다⁸⁾.

3) 또한 이 사건 법률조항은 실명확인을 해야 할 게시판으로 ‘정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을 게시할 수 있도록 하는 경우’에 실명을 확인받도록 하는 기술조치를하도록 하고 있는데, ‘지지·반대의 글을 게시할 수 있도록 하는 경우’가 무엇을 의미하는 것인지 구체적인 기준을 제시하지 않고 있습니다. 따라서 사실상 이용자들의 표현물이 게시될 수 있는 모든 공간에 실명확인조치를 시행하게 함으로써 필연적인 과잉규제를 불러오고 있습니다. 실제로 인터넷언론사는 선거운동기간이 되면 웹사이트 내 모든 게시판의 이용자에게 실명확인을 요구할 수밖에 없으며, 중앙선거관리위원회 역시 ‘인터넷언론사’가 운영하는 게시판이라면 그 성격을 구분하지 않고 모든 게시판에 대해 실명확인을 위한 기술조치를 취할 것을 요구하고 있습니다. 즉, 선거운동기간 중 실명인증시스템은 정치, 선거 관련 기사만이 아닌 모든 기사에 적용되고 있으며, 선거운동과 무관한 과거에 올라온 기사에 대해서도 댓글을 쓰기 위해서는 실명인증이 요구됩니다.

6) 황성기. 2008. “인터넷 실명제의 헌법적합성에 관한 연구”. (법학논총 제25집 제1호, 한양대학교 법학연구소)

7) 선거관리위원회의 지정으로 이 사건 법률조항의 적용대상인 ‘인터넷언론사’가 확정되는 것은 아닙니다.

8) 중앙선거관리위원회의 ‘주요 심의대상 인터넷언론사의 관리 등에 관한 규정’ 제2조 제4호도 ‘그 밖에 위 각 호의 어느 하나에 해당하지 아니하는 경우로서 심의위원회가 인터넷언론사로 결정한 인터넷홈페이지’가 인터넷언론사의 범위에 포함될 수 있도록 하고 있습니다.

이러한 불명확성으로 인한 구체적인 문제 사례는 2007년 대통령 선거운동기간 중에 발생한 ‘차별금지법’ 논란을 들 수 있습니다. 정치나 선거와 직접 관련이 없는 이 사안에 대해 성소수자를 비롯한 장애, 이주노동자, 청소년, 비혼자 등 사회적 약자와 소수자들은 강력한 문제의식을 갖고 반대운동을 벌였으나, 정작 이 문제를 다룬 인터넷언론의 기사에 댓글을 달거나 토론을 할 수 없었습니다. 실명을 확인받고 댓글을 달거나 토론을 할 경우 자신이 성소수자이거나 이주노동자라는 사실이 알려진 가능성이 있었기 때문입니다.

4) 소결

이렇듯, 이 사건 법률조항은 명확성 원칙에 위반하여 그 규제 대상의 범위를 확정할 수 없어 위헌입니다. 또한 이렇듯 수범자인 인터넷언론사에게 불명확한 조치의무를 부과하는 규제는 필연적으로 이용자의 표현의 자유에 대한 과잉규제로 이어져 아래에서 더 논의할 바와 같이 과잉금지원칙 위반으로도 이어집니다.

나. 과잉금지원칙 위반

1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성 위반

가) 지난 현재 결정의 다수의견은, ‘실명확인조항은 선거운동기간 중 인터넷 언론사 홈페이지의 게시판·대화방 등에서 후보자에 대한 인신공격과 흑색 선전이 난무하는 경우가 많고, 부당한 선거운동이나 소수에 의한 여론 왜곡으로 선거의 평온과 공정이 위협받을 가능성이 있기 때문에, 그로 인한 사회 경제적 손실과 부작용을 방지하고 선거의 공정성을 확보하기 위한 것이므로 목적의 정당성이 인정된다. 인터넷이용자가 인터넷언론사 홈페이지의 게시판

• 대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 정보를 게시할 수 있도록 하는 경우에는 실명확인을 거치도록 함으로써 후보자에 대한 인신공격이나 각종 흑색선전이 줄어들 수 있고, 이로 인하여 선거의 공정성의 확보 효과를 거둘 수 있음이 예상되므로 수단의 적합성도 인정된다.'고 판시하였습니다.

나) 그러나 '선거의 공정성'을 목적으로 유권자인 일반 국민의 정치적 표현의 자유를 제한하는 것은 적합한 수단이 될 수 없습니다.

지난 현재 결정에서는 당시 이미 위현으로 결정된 구 정보통신망법상 인터넷 게시판 본인확인제도와 달리 이 사건 실명확인조항의 입법목적은 '선거의 공정성'이라는 점에서 본질적인 차이가 있다고 강조하고 있습니다.

그러나 '선거의 공정성'은 국민의 선거의 자유와 선거운동 등에 있어서의 기회의 균등이 담보되는 것을 의미하고, 이는 선거제도를 관리·운영하는 국가 기관이 국민의 선거의 자유와 선거운동 등에 있어서의 균등한 기회를 보장함으로써, 즉, 국민의 기본권을 '보장'함으로써 확보해야 하는 목적이지, 유권자인 국민의 선거의 자유나 표현의 자유와 같은 기본권을 '제한'함으로써 확보할 수 있는 목적으로 볼 수 없습니다.

'선거의 공정성'은 선거의 공정한 집행 및 비용이 적게 드는 선거운동의 보장, 이를 통한 선거운동의 기회균등 보장, 즉, 선거운동의 '기회의 불균형성', '불투명성', '고비용성'의 제거를 의미합니다. 선거의 공정성과 관련된 헌법조항인 헌법 제116조 제1항은 "선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리하에 법률이 정하는 범위 안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야 한다."고 규정하고 있습니다. 선거의 공정성은 본래 후보자 측의 부당한 선거운동을 제한하기 위한 근거였으며, 즉, 선거운동의 부당한 경쟁, 즉, 금권, 관권, 폭력 등에 의한 타락선거 및 후보자들 간의 경제력 차이에 따른 불균형이라는 폐해

를 막는다는 것입니다(현재 2001. 8. 30. 99헌바92등 참조)⁹⁾. 이는 주로 입후보자 내지 피선거인의 행위에 대한 폐해의 우려이며, 따라서 선거의 공정성은 주로 선거제도를 운영·관리하는 국가기관이나 후보자 측의 행위에 의하여 달성이 좌우되는 공익이라 할 것입니다. 이러한 헌법 제116조 제1항이 규정하고 있는 선거운동의 제한에 대한 입법형성권 및 선거의 공정성의 내용에 비추어 보았을 때, 후보자나 정당의 선거운동과 일반국민의 정치적 표현행위는 구분되어야 하며(후보자와 일반국민의 차별화명제), 선거의 공정성을 이유로 한 선거운동에 대한 규제가 일반 국민의 정치적 표현의 자유에 대한 규제로 변질되는 것은 국민주권 원리나 선거의 헌법적 의미에 반할 수 있음을 유념해야 합니다¹⁰⁾.

또한 선거의 궁극적인 목적은 국민의 정치적 의사를 대의기관의 구성에 정확하게 반영하는 데 있습니다. 선거의 공정성은 정치적 표현을 주고받는 과정에서 형성된 국민의 의사가 선거를 통해 구현되기 위하여 보장되어야 하는 것입니다. 즉, 선거의 공정성은 국민의 정치적 의사를 정확하게 반영하는 선거를 실현하기 위한 ‘수단’으로서 추구하여야 할 가치이지, 그 자체가 실체적인 헌법적 목표가 될 수는 없다고 할 것입니다. 한편, 국민의 정치적 표현의 자유는 현대 자유민주주의의 존립과 발전에 필수불가결한 기본권이자, 국민의 의사가 선거를 통해 구현되기 위해 반드시 최대한으로 보장되어야 할 기본권으로서, 선거의 공정성을 전제로 인정되거나 선거의 공정성이 한계로 작용하여야 할 기본권으로 볼 수 없습니다. 따라서 “국민의 기본권인 정치적 표현의 자유 자체가 선거의 공정성을 전제로 인정된다”는 명제는 주객이 전도된 표현이라 할 수 있습니다(현재 2014. 4. 24. 2011헌바17의 반대의견 참

9) “금권, 관권, 폭력 등에 의한 타락선거를 막고 무제한적이고 과열된 선거운동으로 말미암아 발생할 사회경제적 손실과 부작용을 최소화하며 국민의 진정한 의사를 제대로 반영하기 위하여 선거의 공정이 보장되어야 한다... 선거운동에 금력 등에 의한 부정을 유인할 우려가 있는 행위를 억제하고 후보자간의 실질적인 기회균등을 기할 수 있도록 선거운동의 주체, 기간, 방법 등에 대하여 일정한 제한.. 선거의 공정한 집행 및 비용이 적게 드는 선거운동의 보장, 이를 통한 기회균등의 보장이라는 공익을 도모하기 위한 것” (현재 2001. 8. 30. 99헌바92등 참조).

10) 송석윤, 황성기, 김도협, 김주영, 2011. “선거운동의 자유와 선거의 공정성”, 헌법재판소 정책개발연구용역보고서, p85.

조).

따라서 선거의 공정성 확보와 질서의 유지를 위한 규제가 일반 국민의 정치적 표현의 자유를 포괄적으로 금지하는 규제가 되어서는 안 되며, ‘선거의 공정성’을 목적으로 유권자인 일반 국민의 정치적 표현의 자유를 제한하는 것은 적합한 수단이 될 수 없습니다.

헌법재판소는 소위 “인터넷 선거운동” 사건에서 사전선거운동을 금지하는 공직선거법 조항이 인터넷에 적용되는 것은 위헌이라고 선언한 바 있습니다¹¹⁾. 결정요지에서는, “인터넷은 누구나 손쉽게 접근 가능한 매체이고, 이를 이용하는 비용이 거의 발생하지 아니하거나 또는 적어도 상대적으로 매우 저렴하여 선거운동비용을 획기적으로 낮출 수 있는 정치공간으로 평가받고 있고, 오히려 매체의 특성 자체가 ‘기회의 균형성·투명성·저비용성의 제고’라는 공직선거법의 목적에 부합하는 것이라고도 볼 수 있는 점, 후보자에 대한 인신공격적 비난이나 허위사실 적시를 통한 비방 등을 직접적으로 금지하고 처벌하는 법률규정은 이미 도입되어 있고 모두 이 사건 법률조항보다 법정형이 높으므로, 결국 허위사실, 비방 등이 포함되지 아니한 정치적 표현만 이 사건 법률조항에 의하여 처벌되는 점, 인터넷의 경우에는 정보를 접하는 수용자 또는 수신자가 그 의사에 반하여 이를 수용하게 되는 것이 아니고 자발적·적극적으로 이를 선택(클릭)한 경우에 정보를 수용하게 되며, 선거과정에서 발생하는 정치적 관심과 열정의 표출을 반드시 부정적으로 볼 것은 아니라는 점 등을 고려하면, 이 사건 법률조항에서 선거일전 180일부터 선거일까지 인터넷상 선거와 관련한 정치적 표현 및 선거운동을 금지하고 처벌하는 것은 후보자 간 경제력 차이에 따른 불균형 및 흑색선전을 통한 부당한 경쟁을 막고, 선거의 평온과 공정을 해하는 결과를 방지한다는 입법 목적 달성을 위하여 적합한 수단이라고 할 수 없다.”고 판시하였습니다. 즉,

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

특히 ‘인터넷’ 공간에서의 정치적 표현의 자유 보장은 오히려 ‘선거의 공정성’ 확보에 기여하는 것인데, ‘선거의 공정성’을 이유로 인터넷 공간에서의 정치적 표현의 자유를 제한하는 것은 수단의 적합성을 위반하여 헌법적으로 용인될 수 없음을 천명한 것입니다. 이러한 헌법재판소의 견해에 비추어 보더라도, 선거기간 인터넷 실명확인제는 ‘선거의 공정성’이라는 불명확하고 구체적이지 않은 공익으로는 정당화될 수 없다고 할 것입니다.

다) 실명확인제는 후보자에 대한 인신공격이나 흑색선전을 막을 수 있는 적합한 수단이 아닙니다.

위현으로 결정된 구 정보통신망법 인터넷 게시판 본인확인제 역시 이 사건 법률조항과 같은 취지, 즉, 인터넷상의 명예훼손 등 인신공격성 불법정보의 폐해가 인터넷의 익명성에 있다고 보고 이의 폐해를 방지한다는 명목으로 도입된 것이었습니다. 그러나 이와 관련한 연구나 자료에서는 인터넷에서의 부정적 발언은 익명성 여부보다 개인적인 특성에 더 영향을 받는 것으로 나타났으며, 본인확인제 실시 이후 명예훼손, 모욕, 비방의 정보의 게시가 본인확인제 실시 전에 비하여 의미있게 감소하지 않은 것으로 나타났습니다¹²⁾¹³⁾. 정부기관(당시 정보통신부)의 2007년, 2008년 조사에서도, 일명 ‘악플’의 비율은 2007년 5월의 15.8%에서 2008년 8월의 13%로 그다지 줄지 않았다는 결과가 나왔습니다¹⁴⁾. 한편 또 본인확인제 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 없었습니다¹⁵⁾. 더욱이 놀라운 것은, 본인확인제가 정착되었다고 볼 수 있는 2008년 2월과 2008년 8월 사이의 변화를 비교해보면

12) 우지숙, 나현수, 최정민, ‘인터넷 게시판 실명제의 효과에 대한 실증 연구’, 행정논총 제48권1호 (2010)

13) 한겨례, ‘인터넷실명제 뒤 악성댓글 감소 미미’ (2009-10-06)

http://www.hani.co.kr/arti/politics/politics_general/380468.html

14) 이 역시 댓글 수 자체가 줄었기 때문이라는 분석, 정보통신부가 어떤 것을 악성 댓글로 보았는지 기준이 불분명하다는 논란이 있었습니다.

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

악성댓글의 비율이 오히려 더 증가한 결과를 확인할 수 있습니다. 2009년 방송통신위원회의 ‘2008년 본인확인제 효과 분석’ 자료에 따르면 인터넷 포털 ‘다음’ 아고라의 경우 2008년 2월 8.3%이던 악성 댓글 비중은 2008년 8월 14.1%로 2배 가까이 증가했고, ‘머니투데이’와 ‘디시인사이드’ 게시판 악성댓글 비율도 같은 기간 각각 8.6%와 9.9%에서 12.4%와 16.2%로 증가했습니다¹⁶⁾. 만약 본인확인제의 시행에 따라 악성댓글이 줄어드는 효과를 보이고 있다면 본인확인제가 정착될수록 악성댓글은 줄어들어야 할 것이나 감소와 증가를 넘나드는 경향을 보이고 있어 본인확인제가 의욕하는 효과가 전혀 달성되고 있지 않다고 할 것입니다. 본인확인제와 관련한 대부분의 연구조사에서는 익명성과 게시된 글의 불법성이나 악플성 사이에 상관관계가 없거나, 있다고 하더라도 개인의 성향이나 사회적으로 비난 가능성이 높은 사회적 이슈의 출몰 여부에 의해 좌우된다는 결론을 내리고 있습니다¹⁷⁾. 위 정보통신망법 조항에 대한 헌법재판소 결정에서도, “이해관계인인 방송통신위원회가 제시한 자료에 의하더라도 본인확인제 이후에 명예훼손, 모욕, 비방의 정보의 게시가 표현의 자유의 사전 제한을 정당화할 정도로 의미 있게 감소하였다는 증거는 찾아볼 수 없다.”며 실효성이 없다는 것을 위헌의 이유 중 하나로 설시한바 있습니다.

실명확인제로 인하여 책임있는 글쓰기가 유도되는 것이 아니라는 사실은 현재의 인터넷 환경을 보아도 알 수 있습니다. 사실상 우리나라의 주요 포털사이트는 현재도 회원가입시 간접적인 본인확인절차를 거치도록 하고 로그인을 하여야만 글을 게시할 수 있도록 하고 있어, 이미 자율적으로 준(準)실

16) 경향신문, “인터넷실명제 강화로 악플 비중 늘어,” (2009.10.7).

http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?art_id=200910070301525

17) 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 ·김미향, “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.

명확인제를 시행하고 있다고 보아야 하며, 요즘 이용량이 가장 많은 소셜네트워크서비스(SNS)는 보통 이용자들이 자신의 인적 정보를 거의 다 노출하고 활동합니다. 그럼에도 악플 등의 문제는 실명 노출이나 추적 가능성 여부와 무관하게 끊임없이 지적되고 있는, 상존할 수밖에 없는 문제입니다. 즉, 실명확인제를 시행하고 있지 않기 때문에 악성 게시글의 폐해가 발생하는 것도 아니고, 실명확인제를 시행함으로써 악성 게시글이 근절되는 것도 아닙니다.

선거에 있어 후보자에 대한 인신공격이나 흑색선전 역시 표현주체의 ‘익명성’ 때문에 발생하는 것이 아닙니다. 선거결과에 가장 크게 영향을 줄 수 있는 대부분의 악의적인 흑색선전은 주로 상대 후보자, 언론사의 기사, 최근에는 구독자 수가 많은 1인 미디어 등을 통해 발원 및 유통되고 있다고 지적되고 있습니다. 그런데 이들은 모두 실명으로, 공적 자리에서 표현행위를 하고 있다는 공통점이 있습니다. 이 사실만 보아도 흑색선전과 익명성은 무관하다는 것을 알 수 있습니다. 지난 현재 결정의 반대의견에서도, ‘선거운동기간 중에 인터넷 게시판 등에서 이루어지는 실명확인제가 흑색선전을 막기 위한 실효성 있는 수단이라고 볼 수 있는지도 의문’이라고 하며, ‘선거후보자에 대한 흑색선전은 단순한 후보자 비판의 문제가 아니라 치밀한 사전계획에 입각하여 조직적으로 이루어지는 것이 일반적이므로, 인터넷 실명제로 막기 어려운 불법행위이다. 공정한 선거를 해치는 악의적 의사표현은 선거를 둘러싼 정치적·사회적 상황의 여러 조건들이 변수로 작용하여 나타나는 것 이지, 익명표현을 허용함에 따라 발생하는 문제라고 볼 수 없다.’고 설시한바 있습니다.

라) 실명제는 ‘선거의 공정성’이라는 목적 달성을 오히려 장애가 되는 수단입니다.

지난 현재 결정의 다수의견은 ‘선거에 있어서 유권자에게 전달되는 정치적 정보나 의견이 허위 또는 왜곡되거나 균형을 잃은 경우에는, 유권자가 올바른 선택을 할 수 없게 되어 민의를 왜곡하는 결과를 초래하게 된다’고 설시한바 있습니다. 그러나 선거기간 중 실명제를 강제하게 되는 경우, 정치적 소수자들은 선거가 끝난 후 집권자들로부터의 정치적·사회적 보복의 우려 때문에 유력한 정당이나 후보자에 대한 비판적 표현이나 의혹제기를 스스로 억제하게 되어 정치적 소수의 목소리는 위축되는 한편, 유력한 정당과 후보자에 유리한 정보는 더욱 널리, 대량으로 유통되게 되어, 이는 대세를 따르고자 하는 대중들의 심리와 맞물려 더한 ‘편승 효과 (밴드웨건 효과)’를 선거에 불러오는 결과를 만듭니다. 즉, 정치적 표현에 있어서 실명제를 강제하는 것은 정보의 편향성과 불균형, 이에 따른 민의의 왜곡, 선거운동 기회의 불평등을 불러일으킬 가능성이 더욱 크고, 실명제의 입법목적인 ‘선거의 공정성’을 해칠 가능성이 오히려 더욱 높은 것입니다.

선거에 있어 자유와 공정은 상충관계가 아니라 서로 보완하는 기능도 가지고 있습니다(현재 1994. 7. 29. 93헌가4 등). 즉, 유권자인 일반 국민의 선거운동 등 정치적 표현의 자유가 최대한 보장되어야, 민의를 정확하게 반영하기 위한 선거의 공정도 담보될 수 있다는 것입니다. 지난 현재 결정의 반대의견에서도, ‘정당한 익명표현과 유해한 익명표현을 구분하는 명확한 사회적 합의를 도출하기 어려운 상황에서, 책임 있는 의견이 개진되거나 위법한 표현 행위가 감소될 것이라는 추상적 가능성만으로 유해한 익명표현뿐만 아니라 유익한 익명표현까지 사전적·포괄적으로 규제하는 것은 정치적 의사표현을 위축시켜 선거의 공정이라는 입법목적 달성을 오히려 장애가 된다.’고 설시한바 있습니다.

2) 침해의 최소성 위반

가) 이 사건 법률조항에 의해 달성하고자 하는 입법목적은 인터넷 이용자와 인터넷언론사의 표현의 자유와 개인정보자기결정권을 과도하게 제약하는 실명확인제가 아닌 다른 수단에 의해서도 얼마든지 달성될 수 있습니다.

실명확인제는 게시판 이용자가 불법정보를 게시할 경우 향후 신원 확인을 통하여 형사처벌 또는 손해배상책임을 부담할 수도 있다는 점을 인식하게 하여 표현내용에 신중을 기하고 불법정보 등의 게시를 자제하도록 함과 아울러, 게시판 이용자의 위와 같은 행위로 실제로 범죄 혐의가 확인되는 경우에는 범죄혐의자를 특정할 수 있는 기초자료를 확보함으로써 책임있는 글쓰기를 유도한다는 것이 근본적 목적입니다.

그러나 지난 정보통신망법 인터넷 게시판 본인확인제 위헌결정에서도 판시한 바와 같이, 불법정보를 게시한 범죄혐의자의 특정은 인터넷 주소 등의 추적 및 확인 등을 통하여 현행 수사기술로 얼마든지 가능합니다. 인터넷 이용자들은 이용하고 있는 컴퓨터의 IP주소, 쿠키 정보 등에 의해 항상 혼적을 남기기 때문에 사후적으로 불법행위로 판단되는 경우 얼마든지 추적하는 것이 가능하며, 인터넷을 이용한 각종 범죄 혐의자들이 이와 같은 수사방식을 통해 검거되고 있습니다. 이렇듯 현재의 우리나라 인터넷 환경에서는 (오히려 ‘익명성’의 보장이 부족하다고 지적될 정도로) 인터넷 이용자의 신원을 추적하는 것은 항상 가능하고, 인터넷 이용자들은 이러한 신원 추적 가능성을 이미 인지하고 표현행위를 하는 것이기에 ‘실명확인’을 별도로 요구할 실익이 없습니다.

한편, 인터넷을 이용한 선거범죄에 대하여도, 우리나라의 공직선거법은 과도하다고 비판될 정도로 선거운동에 대한 금지 규정, 허위사실공표죄, 후보자비방죄 등 여러 제재수단이 이미 충분히 마련되어 있습니다. 후보자에 대한 악의적이고 무분별한 인신공격이나 흑색선전은 이들 규정에 의한 처벌 가능

성으로 인해 일반적으로 예방될 수 있습니다. 또한, 공직선거법 제82조의4는 각급선거관리위원회는 공직선거법에 위반되는 정보가 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 게시되거나 전송되는 사실을 발견한 때에는 당해 정보가 게시된 인터넷 홈페이지를 관리·운영하는 자에게 해당 정보의 삭제를 요청하거나 정보통신서비스제공자에게 그 취급의 거부, 정지, 제한을 요청할 수 있고, 요청을 받은 자는 지체없이 이에 따라야 하며, 이에 응하지 않을 경우 처벌을 받도록 규정하고 있습니다¹⁸⁾. 이 규정에 따라 선거관리위원회는 법원의 판단을 받기도 전에 일종의 긴급조치로 정보통신서비스제공자 등에게 게시물 삭제 명령을 내려 후보자에 대한 허위사실공표, 후보자비방 등 선거법 위반으로 판단되는 정보들을 신속하게 처리하고 있으며, 이로써 선거운동기간 중의 인터넷을 통한 신속하고 광범위한 정보 왜곡이 방지되고 있습니다¹⁹⁾.

즉, 현행 형사법 및 공직선거법상 이 사건 법률조항의 입법목적인 선거에 부당한 영향을 미칠 수 있는 흑색선전 등의 표현행위를 억제하고 제재하기 위한 수단은 이미 충분히 마련되어 있고, 현재의 기술수준에서 사후적으로 불법정보 등 게시자의 신원을 확인하는 것이 불가능한 것도 아닙니다. 이러한 여러 규제조항들의 엄정한 집행을 통하여 단속 및 처벌이 실질적으로 이루어진다면 높은 일반예방 효과를 기대할 수 있습니다²⁰⁾.

18) 공직선거법 제82조의4

③ 각급선거관리위원회(읍·면·동선거관리위원회를 제외한다) 또는 후보자는 이 법의 규정에 위반되는 정보가 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 게시되거나, 정보통신망을 통하여 전송되는 사실을 발견한 때에는 당해 정보가 게시된 인터넷 홈페이지를 관리·운영하는 자에게 해당 정보의 삭제를 요청하거나, 전송되는 정보를 취급하는 인터넷 홈페이지의 관리·운영자 또는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제3호의 규정에 의한 정보통신서비스제공자(이하 "정보통신서비스제공자"라 한다)에게 그 취급의 거부·정지·제한을 요청할 수 있다. 이 경우 인터넷 홈페이지 관리·운영자 또는 정보통신서비스 제공자가 후보자의 요청에 따르지 아니하는 때에는 해당 후보자는 관할 선거구선거관리위원회에 서면으로 그 사실을 통보할 수 있으며, 관할 선거구선거관리위원회는 후보자가 삭제요청 또는 취급의 거부·정지·제한을 요청한 정보가 이 법의 규정에 위반된다고 인정되는 때에는 해당 인터넷 홈페이지 관리·운영자 또는 정보통신서비스 제공자에게 삭제요청 또는 취급의 거부·정지·제한을 요청할 수 있다.

④ 제3항에 따라 선거관리위원회로부터 요청을 받은 인터넷 홈페이지 관리·운영자 또는 정보통신서비스제공자는 지체없이 이에 따라야 한다.

19) 행정안전위원회 공직선거법 일부개정법률안 검토보고서(2018. 2.)와 한국인터넷투명성보고서 자료에 따르면 본 제도로 삭제되는 게시물은 선거마다 급격히 증가하고 있습니다. 2016년 제20대 총선에서만 약 17,000여 건, 2017년 19대 대선에서는 약 40,000여건에 이르는 등 방대한 양의 국민의 온라인상 표현물이 본 제도로 삭제되고 있습니다. 본 제도에 대해서도 지나치게 국민의 정치적 표현의 자유를 제한한다는 비판도 있습니다.

이처럼 (긴급조치에 준하는 선관위의 삭제 명령 제도를 포함한) 사후적 규제 수단이 충분히 마련되어 있음에도 불구하고, 수사편의 및 선거관리의 효율성이라는 기술적 편리성에만 치우쳐 실명확인이라는 사전적·예방적 규제를 통하여 익명표현 자체를 제한하고 국민을 잠재적 범죄자로 취급하는 것은 침해의 최소성 원칙에 위반된다고 보지 않을 수 없습니다.²¹⁾

만일 백번 양보하여 기존의 규제 외에 다른 규제가 필요하다고 하더라도, 실명확인제와 같이 익명표현의 자유를 원천적으로 제한하지 않는 방안도 충분히 상정할 수 있습니다. 인터넷 게시판을 실명방과 비실명방으로 구분하거나, 혹은 실명인증을 원하는 이용자가 실명인증을 거친 게시물만 따로 실명 인증 표시가 뜨게 함으로써, 익명표현 자체는 금지하지 않고 수신자가 게시글을 읽기 전에 그 게시물이 실명글인지 익명글인지 미리 알 수 있도록 하면, 게시물의 신뢰도와 영향력을 높이고자 하는 사람은 실명확인을 거쳐 글을 게재하게 될 것이고, 수신자는 게시글에 대한 신뢰도를 달리 하게 되어 민의가 왜곡되는 결과를 방지할 수 있습니다. 더 나아가 비실명 게시판이나 게시글은 진지성과 신빙성이 부족하여 유권자에게 거짓 정보를 제공할 가능성이 있다는 취지의 경고문을 게시하거나 혹은 문제성 게시글에 대하여 후보자측이나 다른 이용자로부터 공직선거법 위반 소지가 있다고 신고되었다는 표시를 뜨게 하는 등의 방법 역시 허위정보에 따른 유권자의 의사 왜곡을 막을 수 있는 방안일 것입니다(지난 현재 결정의 반대의견 참조).

나) 실명확인제와 같이 익명 표현의 자유를 사전적, 원천적, 포괄적으로 제한하는 규제는 어떠한 경우에도 최소침해의 원칙을 충족할 수 없습니다.

헌법재판소는 “선거운동 등 정치적 표현의 자유는 그 제한이 과도하여 선거

20) 헌법재판소 2012. 8. 23. 결정, 2010헌마47 참조

21) 헌법재판소 2012. 8. 23. 결정, 2010헌마47 참조

권 및 피선거권의 행사나 선거의 기능을 지나치게 제약하거나 왜곡하여서는 안 되고, 기본권 보장의 헌법이념과 헌법상의 제반원칙에 합치되도록 최대한 보장되어야 하나, 선거운동 등 정치적 표현의 자유가 선거의 공정성을 훼손할 경우에는 이를 제한하는 것이 헌법적으로 정당화될 수 있다”고 하였습니다. (지난 현재 결정 및 현재 2014. 4. 24. 2011헌바17 등 참조)

선거의 공정성을 이유로 선거운동 등 정치적 표현의 자유가 제한될 수 있는 경우는 특정한 표현이 선거의 공정성을 ‘실제로 훼손할 경우’에 한정되어야 합니다. 즉, 제한되어야 하는 표현은 선거의 공정성을 해하는 표현이지, 이에 이르지 아니하는 표현이 제한되는 결과가 발생한다면 이는 필연적인 ‘과잉규제’입니다. 과거 헌법재판소 역시 “선거의 공정을 해칠 우려가 있는 것은 무분별한 흑색선전, 진실을 왜곡한 의혹제기, 편파적 의견이나 부당한 표현, 허위사실유포나 비방 등의 표현으로, 선거의 공정성은 이러한 표현을 규제하는 다른 입법적 조치를 통해 담보되는 것이다.”(현재 2011. 12. 29. 2007헌마1001 등)라고 설시한바 있습니다. 문제는 ‘익명성’이 아니라 ‘흑색선전’, ‘허위사실 공표’와 같은 표현이고, 이러한 문제점은 흑색선전에 대한 처벌 등 다른 수단으로 대처하여야지, 모든 유권자의 익명표현의 자유 자체를 제한하는 방식으로 대처하는 것은 최소 침해의 원칙을 위반한다는 것입니다.

이 사건 법률조항과 같은 실명확인제는 익명 표현이 선거의 공정성을 훼손할 것이라는 잘못된 전제나 가정 혹은 선거의 공정성을 훼손하는 표현물이 게시될 수 있다는 추상적, 미래적 가능성에만 터잡아, 실명확인조치를 거치도록 하면 선거의 공정성을 훼손하는 표현물이 줄어들 것이라는 막연한 ‘예상’에 기반하여, 본인의 실명을 밝힌 이후에야 표현을 허용하는 사전적인 표현의 자유 제한이자 실질적인 사전 검열로 기능하는 제도이며, 그 결과 선거 기간 국민의 정치적 익명 표현의 자유를 사실상 박탈하는 제도로써, 어떠한 경우에도 최소 침해성 원칙을 충족할 수 없다고 할 것입니다.

다) 일반적·상시적 인터넷 게시판 본인확인제와 비교하여, 이 사건 법률조항은 기간과 공간을 한정하고 있으므로 침해의 최소성을 충족하고 있다고 설시한 지난 현재 결정은 부당합니다.

지난 현재 결정의 다수의견은, “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 바, 실명확인조항이 청구인들의 기본권을 과도하게 제한하고 있다고 단정할 수 없다.”고 하며 침해의 최소성 원칙에 위반된다고 할 수 없다고 판시한바 있습니다.

그러나 이는 이미 위헌으로 결정된 정보통신망법상의 일반적·상시적 인터넷 게시판 본인확인제와 비교했을 때 기간과 대상이 한정되어 있는 점에만 집중하여 침해를 최소화하고 있다고 보고 있는 것에 불과합니다. 위에서 이미 검토한 바와 같이 ‘실명확인제’가 아닌 다른 덜 침익적인 수단을 통해서 입법목적을 달성할 수 있다면, 실명확인제가 기간의 장단이나 대상을 한정하고 있는지 여부를 불문하고 실명확인제 자체가 침해의 최소성 원칙에 위반된다고 보아야 합니다.

나아가 이 사건 법률조항의 적용기간이나 대상이 기본권에 대한 침해를 최소화하고 있다고도 볼 수도 없습니다.

(1) 공직선거법은 선거의 공정을 위하여 선거운동기간을 정하고 그 기간 외에는 선거운동을 원칙적으로 금지함으로써, 일반 국민의 선거운동의 자유를 이미 폭넓게 제한하고 있습니다. 그렇다면 적어도 선거운동기간 동안만은 국민의 정치적 의사표현의 자유를 최대한 보장할 필요가 있는데도, 이 사건 법

률조항은 정치적 의사표현을 자유롭게 할 수 있는 핵심적 기간이라 볼 수 있는 선거운동기간 중에 익명표현의 자유를 제한하고 있어, 사실상 선거에 영향을 미칠 수 있는 익명의 의사표현을 모두 불가능하게 하고 있습니다. 이렇듯 선거운동기간 자체를 매우 짧게 만들어놓고 그 기간 전체에 걸쳐 선거운동과 상호작용해야 할 인터넷상 정치적 표현에 대해 실명확인의무를 부과한 것은 이미 과잉금지원칙에 위반하는 것이며, 그 기간이 아무리 짧더라도 이는 실명확인제에 의한 기본권 침해의 정도를 감소시키는 요소가 되지 못합니다.

(2) 또한, 이 사건 법률조항에 의해 이용자의 실명확인의무를 부담하는 ‘인터넷언론사’의 범위가 제한적이라는 오해를 하기 쉬우나, 앞서 명확성 원칙 위반 부분에서 이미 논한 바와 같이 이 사건 법률조항의 규제대상인 ‘인터넷언론사’의 범위가 모호하고 광범위하기 때문에 공간적 한정성이 침해를 최소화하고 있다고도 보기 어렵습니다. 다시 한번 강조하자면, ‘인터넷 언론사’란 ① 신문법상의 인터넷신문사업자, ② 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 자, ③ 혹은 이와 유사한 언론의 기능을 행하는 인터넷홈페이지를 경영·관리하는 자를 말합니다(공직선거법 제8조의5 제1항). 그런데 누구나 사회적 관심사항을 지속적으로 인터넷에 올리고 전파하여 1인 미디어로 기능할 수 있고, 모든 웹사이트가 ‘매개’의 기능을 수행하고 있는 오늘날의 정보통신망 문화 및 환경을 고려할 때, 개인 블로그부터 대형 포털사이트까지 거의 모든 웹사이트들이 규모와 형식을 불문하고 이 사건 법률조항의 규제 대상인 인터넷언론사에 해당될 수 있습니다. 따라서 지난 현재 결정에서 ‘선거운동기간 중 인터넷언론사 게시판 등을 통한 흑색선전이나 허위사실이 유포될 경우 언론사의 공신력과 지명도에 기초하여 광범위하고 신속한 정보의 왜곡이 일어날 수 있으므로,’ 인터넷언론사에 대한 강화된 규제가 정

당하다는 취지는 개인 블로그나 웹페이지까지 인터넷언론사로 해석될 수 있는 실상과 전혀 맞지 않습니다. (또한 ‘인터넷언론사’ 명의의 표현이나 기사가 아닌 이용자가 작성한 표현물이 언론사의 공신력과 지명도에 기초하여 여론을 왜곡시킬 수 있다는 설지도 이해하기 어렵습니다)

한편, 위현으로 결정된 인터넷 게시판 본인확인제가 적용되었던 웹페이지는 (2011년 기준) 150여 개였던 반면²²⁾, 현재 인터넷언론사로 지정된 웹사이트는 3,080개로 집계되고 있어²³⁾, 그 대상 범위는 오히려 더욱 광범위하게 늘어났다고 볼 수 있습니다. 또한 네이버, 다음 등 국내 인터넷 이용량의 90퍼센트 이상의 점유율을 차지하는 대형 포털 사이트도 ‘인터넷언론사’에 포함되어 있어, 사실상 모든 인터넷 공론장에 실명확인제가 적용되며 선거운동기간 중 국민의 정치적 익명표현의 자유가 박탈당하고 있다고 할 것이어서, 한정적 기준으로 침해를 최소화하고 있다고 볼 수 없습니다.

(3) 또한, 인터넷 게시판과 대화방은 개설자에 의하여 용도가 제한되어 있는 것이 아닌 이상, 게시판 등 이용자는 어떤 내용의 의사표시도 할 수 있는 것이 원칙입니다. 그런데 실명 확인을 받아야 하는 경우로 이 사건 법률조항은 법문언상 지지·반대의 글을 “게시할 수 있도록 하는 경우”로 되어 있고, 이에 따라 정당이나 후보자에 대한 지지·반대의 글이 게시될 ‘가능성’만 있으면 모두 규제대상이 될 수 있도록 하고 있습니다. 그렇다면 사실상 모든 게시판 및 대화방이 규제대상이 되므로 규제의 공간적 범위가 지나치게 넓다고 할 수 있습니다(지난 현재 결정의 반대의견 참조).

이와 관련하여 지난 현재 결정의 다수의견은 “인터넷이용자가 인터넷언론사 홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 정보를 게시하는 경우에도 실명확인을 받고 정보를 게시할 것인지 여부는 게시자

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

23) 인터넷선거보도심의위원회 ‘인터넷언론사 현황’ (<https://www.iendc.go.kr/library/library02.php>)

가 선택할 수 있고 실명확인에 별다른 시간과 비용이 소요되는 것이 아니며, 실명확인을 거치지 않은 정보가 정당·후보자에 대한 지지·반대의 정보인 경우에는 인터넷언론사에 의해 사후적으로 삭제될 뿐이다”라고 하고 또 “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 법률 효과는 아니라고 할 것이다”²⁴⁾라고 설시하였습니다. 즉, 인터넷언론사가 ① 모든 이용자에 대한 실명확인이 아니라 정당이나 후보자에 대한 지지·반대의 글을 게시하고자 하는 이용자들이 선택적으로 실명확인을 할 수 있는 기술적 조치를 제공하고, ② 이용자가 실명확인을 선택하지 않고 정당이나 후보자에 대한 지지·반대의 글을 게시한 경우에는 자체없이 삭제하는 것으로 법적 의무를 충족할 수 있다고 본 것입니다.

그러나 우선 제261조 제1항 제1호의 ‘기술적 조치’의 부재에 대해 과태료가 부과되는 이상 위와 같은 법률적 해석이 타당한지 의문입니다. 또한 제261조 제6항 제3호는 실명인증 표시가 없는 정당이나 후보자에 대한 지지·반대의 글을 ‘자체없이 삭제’할 의무를 위반하는 경우에도 과태료가 부과되도록 규정하고 있습니다. 그런데 인터넷언론사가 웹사이트 내에 모든 게시글의 내용을 인지할 수 없고, 언제, 어떠한 내용의 글이 게시되는지 상시적으로 알 수가 없는 상황²⁵⁾에서 인터넷언론사가 ‘자체없는 삭제’ 의무를 용이하게 충족하는 것은 물리적으로 불가능합니다. 결국 인터넷언론사는 위 조항들이 부과하는 의무를 이행하거나 과태료 부과의 위험을 회피하기 위하여 모든 게시판에 실명인증을 요구하거나 혹은 모든 게시판 서비스 자체를 중단할 수밖에 없으며, 이것이 위 조항들의 필연적인 법률효과라 할 것입니다.

24) 현재 2010.2.25 2008헌마324 공직선거법 제82조의6 제1항 등 위헌확인 2009헌바31(병합) 공직선거법 제82 조의6 제1항 등 위헌소원.

25) 국가가 온라인 서비스 제공자로 하여금 서비스 내에 정보(게시글)을 상시적으로 감시하도록 의무화하는 이른 바 ‘일반적 감시(general monitoring) 의무의 부과’는 국제인권기준에 위반하는 것으로 확립되어 있습니다. Council of Europe, Declaration of Committee of Ministers on Freedom of Communication on the Internet, (2003년 5월 28일)

(4) ‘정당이나 후보자에 대한 지지·반대 의견’이 ‘선거에 관한 단순한 의견’과 구별될 수 있는지도 불분명하여, 인터넷 언론사의 삭제조치나 법집행기관의 과태료 부과 등에 있어서도 명확한 기준을 제시하지 못하고 있습니다. 그 의미가 명확하다고 보더라도, 정당이나 후보자에 대한 지지·반대 의견은 선거과정에서 이루어지는 정치적 의사표현의 핵심이라는 측면에 비추어 보면, 이 사건 법률조항은 정치적 의사표현에 대한 익명표현의 자유를 사실상 박탈하는 조항입니다. 특히 후보자 등에 대한 ‘지지의 글’은 비방이나 명예훼손의 우려가 적은데도, 반대의 글과 마찬가지로 실명인증을 요구하는 것은 비방이나 명예훼손 등의 선거범죄를 예방하고자 하는 입법목적에도 부합하지 않을 뿐만 아니라, 익명표현의 자유를 과잉제한하는 것이라 아니할 수 없습니다(지난 현재 결정의 반대의견 참조).

라) 또 나아가 실명확인제는 위에서 검토한바와 같이 인터넷언론사 이용자의 개인정보자기결정권까지 제한하고 있는 방식입니다.

지난 현재 결정은 인터넷 이용자가 실명확인을 받고 정보를 게시할 것인지 여부를 선택할 수 있고, 실명확인에 별다른 시간과 비용이 소요되는 것이 아닌 점, 실명확인 후에도 게시자의 개인정보가 노출되는 것이 아니라 ‘실명인증’이라는 표시만 나타나는 점 등에 비추어 침해의 최소성 원칙을 충족했다고 보았습니다.

그러나 앞서 논한 바와 같이, 이 사건 법률조항이 게시판을 운영하는 인터넷 언론사에게 실명확인을 위한 기술적 조치를 취할 것을 의무화하고 있어 인터넷 언론사의 게시판을 이용하고자 하는 이용자에게 선택권이 있다고 볼 수 없습니다. 이렇듯 이용자로 하여금 인터넷 언론사가 채택한 시스템을 이용하여 이용자의 주민등록번호와 이름 등의 신원정보를 제공하도록 하는 것

자체로 개인정보자기결정권의 제한이 발생하는 것이며, 나아가 행정안전부장관 및 신용정보업자에 의하여 실명인증을 받은 자 및 인터넷홈페이지별로 수집·관리되고, 중앙선거관리위원회의 요구에 따라 제출되게 되는데, 이용자들은 국가기관과 사기업에 의해 자신의 신원정보와 사상이 연계되어 수집·관리된다는 점만으로 중대한 개인정보자기결정권의 침해를 받는 것입니다. 따라서 실명확인절차의 편의성이나 실제 개인정보가 불특정 다수의 이용자들에게 노출되는지 여부는 개인정보자기결정권에 대한 침해가 최소화되었는지를 판단하는 기준이 될 수 없습니다.

마) 소결

선거의 공정성을 훼손할 수 있는 표현물이 유통될 수 있다는 추상적 가능성, 소수가 익명성을 악용할 수 있다는 가능성만을 가지고 모든 국민을 잠재적 범죄자로 취급하여 익명 표현의 자유를 사전적, 포괄적으로 침해하고 개인정보자기결정권을 침해하는 이 사건 법률조항은 침해의 최소성 원칙에 명백히 위반하는 것입니다.

3) 법익의 균형성 위반

가) 표현의 자유는 개인의 인격발현과 민주주의의 근간이 되는 중요한 기본권으로, 표현의 자유의 사전 제한을 정당화하기 위해서는 그 제한으로 인하여 달성하려는 공익의 효과가 명백하여야 합니다(헌법재판소 2012. 8. 23. 결정, 2010헌마47). 그러나 이 사건 법률조항이 달성하려는 공익은 실명확인절차를 거치면 책임있는 의견이 개진되거나 위법한 표현행위가 감소될 것이라는 ‘추상적 가능성’에만 기대고 있는 것일 뿐, 공익의 효과가 매우 불분명합니다.

위 수단의 적합성 부분에서 이미 검토한 바와 같이, 본인확인 혹은 실명확인으로 책임있는 의견이 개진되거나 위법한 표현행위가 의미있게 감소하였다 는 증거는 전혀 없으며, 오히려 유의미하게 감소하지 않았다는 통계 및 연구 결과가 제시되고 있습니다. 위 정보통신망법 인터넷 게시판 본인확인제에 대한 헌법재판소 결정에서도 “이해관계인인 방송통신위원회가 제시한 자료에 의하더라도 본인확인제 이후에 명예훼손, 모욕, 비방의 정보의 게시가 표현의 자유의 사전 제한을 정당화할 정도로 의미 있게 감소하였다는 증거는 찾 아볼 수 없다.”며 달성할 수 있는 공익의 효과가 불분명하다는 것을 법익균 형성 위반의 이유 중 하나로 설시한바 있습니다.

또한 이 사건 법령조항들의 경우, 우리 법상의 규제가 규범적으로 또는 현실적으로 적용되지 아니하는 통신망이 존재하고 그에 대한 인터넷 이용자의 자유로운 접근이 가능함에도 외국의 입법례에서 찾아보기 힘든 실명확인제를 규정함으로써 국내 인터넷 이용자들의 해외 사이트로의 도피, 국내 사업자와 해외 사업자 사이의 차별 내지 자의적 법집행의 시비로 인한 집행 곤란의 문제를 발생시키고 있는바, 결과적으로 당초 목적과 같은 공익을 실질적으로 달성하고 있다고 보기 어렵습니다. 인터넷은 전세계를 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 달성을 단지 허울 좋은 명분에 그치게 될 수 있음을 간파하고 있는 것입니다(헌법재판소 2012. 8. 23. 결정, 2010헌마47 참조).

한편, 공직선거법 실명확인제는 2004년에 처음 신설되었는데, 당시 실명확인제를 통해 억제하려 했던 대상에는 당시 법으로는 금지 대상으로 해석되었던 인터넷상 사전선거운동에 해당하는 게시글이 포함되어 있었습니다. 2008년 18대 국회의원선거에서 인터넷상 선거법 위반 행위에 대해 중앙선거

관리위원회는 총 10,623건을 적발했는데²⁶⁾ 이 중에서 사전선거운동 위반 게시글이 89.2%(9,475건)에 이를 정도로 비방 및 흑색선전 5.6%(600건)에 비하여 압도적이었습니다²⁷⁾. 그러나 위에서 언급한 바와 같이, 2011년 헌법재판소가 사전선거운동 금지 규정을 인터넷상 표현물에 적용하는 것을 위헌으로 선언하면서 인터넷상 사전선거운동은 허용되었습니다. 그렇다면 적어도 연혁상 본래 공직선거법상 실명확인제로 달성하고자 했던 공익의 상당부분, 즉 인터넷상 사전선거운동의 억제가 헌법적 의미를 상실하였다는 점 역시 법의 비례성에서 고려할 필요가 있습니다.

나) 그 반면 이 사건 법률조항의 실명확인제에 따른 표현의 자유 침해의 정도는 매우 중대합니다.

표현의 자유는 국민 개인적인 차원에서는 자유로운 인격발현의 수단임과 동시에 합리적이고 건설적인 의사형성 및 진리발견의 수단이 되며, 국가와 사회적인 차원에서는 민주주의 국가와 사회의 존립과 발전에 필수불가결한 기본권입니다. 특히 익명이나 가명으로 이루어지는 표현은, 외부의 명시적·묵시적 압력에 굴복하지 아니하고 자신의 생각과 사상을 자유롭게 표출하고 전파하여 국가권력이나 사회의 다수의견에 대한 비판을 가능하게 하며, 이를 통해 정치적·사회적 약자의 의사 역시 국가의 정책결정에 반영될 가능성을 열어 준다는 점에서 표현의 자유의 내용에서 빼놓을 수 없는 것입니다. 인터넷 공간에서 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 합니다. 따라서 비록 인터넷 공간에서의 익명표현이 부작용을 초래할 우려가

26) 제18대 국회의원선거총람

27) 실제로 헌법재판소의 “인터넷선거운동” 결정이 내려지고 처음 치러진 총선인 2012년 제19대 국회의원선거에서는 인터넷상 선거법 위반행위의 조치대상에서 사전선거운동 게시물이 제외되면서 조치건수가 제18대 선거의 약 10분지 1 수준인 1,237건으로 줄어들었습니다.

있다 하더라도 그것이 갖는 헌법적 가치에 비추어 강하게 보호될 필요가 있습니다(헌법재판소 2012. 8. 23. 결정, 2010헌마47). 나아가 정치적 표현의 자유는 자유민주적 기본질서의 구성요소로서 다른 기본권에 비하여 우월한 효력을 가진다고 볼 수 있고(현재 2004. 3. 25. 2001헌마710), 정치적 표현의 자유가 억압당하는 경우에는 국민주권과 민주주의 정치원리는 공허한 메아리에 지나지 않습니다. 따라서 정치적 표현의 자유를 제한하는 입법에 대하여는 엄격한 심사기준이 적용되는 등 더욱 고양된 보호를 받는 기본권입니다(현재 2004. 3. 25. 2001헌마710; 현재 2011. 12. 29. 2007헌마1001 등).

또 특히 정치적 표현에는 정치적 보복이나 차별의 위험이 따르기 때문에 다른 표현보다 익명표현의 자유는 더욱 강하게 보호받아야 하는 것입니다. 역사적으로도 정부나 정치세력에 대한 비판은 익명의 형태로 행하여져 왔습니다. 즉, 정치적 보복이나 차별의 두려움 없이 자신의 생각과 사상을 자유롭게 표출하고 전파하여 권력에 대한 의혹제기와 비판을 가능하게 할 수 있으면 익명이나 가명으로 하는 표현은 더욱 자유롭게 허용되어야 합니다. 이는 투표나 선거와 같은 대의민주주의의 가장 기본적인 의사표현은 익명성의 보장을 핵심으로 하고 있다는 점만 보아도 알 수 있습니다. 지난 현재 결정의 반대의견에서도, ‘대의민주제 하에서 주권자인 국민이 대의기관을 선출할 때 국민의 정치적 의사표출이 집중적으로 이루어지는데, 이때 권력에 의한 외압 가능성이 커질 수 있다. 따라서 자유로운 정치적 의사표현이 가능하기 위해서는 비밀투표가 보장되어야 한다. 그렇지 않다면, 남의 눈이 두려워 자신의 정치적 의사를 거짓으로 표출하는 유권자가 나올 수 있고, 이에 따라 국민의 의사가 왜곡되어 선거에 반영될 수 있기 때문이다. 이에 우리 헌법은 국회의원 선거와 대통령 선거에서 비밀선거 원칙을 선언하고 있으며, 이는 입법자가 입법형성권을 행사할 때 당연히 준수하여야 한다. 이와 같이 헌법이 비밀선거 원칙을 규정한 취지에 비추어 보면, 투표 시 뿐만 아니라 투표 전에 이루어지는 정치적 의사표현에 있어서도 의사표현자의 신원에 대한 비

밀이 보장될 필요가 있다. 정치적 외압 가능성은 투표 행위에 대해서만 존재하는 것이 아니며, 선거와 관련한 여론 형성을 일정한 방향으로 왜곡하거나 유도하기 위해 나타날 수도 있기 때문이다. 따라서 선거운동에 있어서 정치적 익명표현의 자유는 비밀선거 원칙을 규정한 헌법정신에 비추어도 그 보호 필요성이 인정된다.'고 판시한바 있습니다. 즉, 선거에 있어서 표현의 익명성 보장은 오히려 더욱 긴절하게 필요한 것입니다.

비단 정치적 보복 염려뿐만 아니라, 사회적 소수자들이 추후 본인의 신원이 공개·노출되어 사회적 차별이나 불이익을 받을 것을 염려하여 표현을 자제하게 되고, 결과적으로 그들의 의사가 여론을 형성하여 선거에 반영될 수 있는 기회를 지속적으로 상실하게 되는 결과가 나타날 위험도 높습니다. 예를 들면 성소수자의 경우, 선거운동기간에 성소수자에 대한 혐오 및 차별을 선동하는 발언을 한 후보자에 대한 반대의사를 표명하고 싶어도, 누군가에게 실명 등 신원정보를 제공해야 글을 게시할 수 있는 현실에서는 추후 자신의 신원이 공개·노출되어 강제로 원치 않는 캐밍아웃을 당할 것을 우려하여 표현을 자제하게 될 우려가 높습니다. 반면 실명확인으로 불이익을 입을 염려가 적은 사회적·정치적 다수자·기득권인 집단의 구성원들은 더욱 활발하게 본인들에게 유리한 후보자에 대한 지지의사 등을 표시하여 여론을 형성하고 선거에 영향을 미칠 수 있게 됩니다. 즉, 실명확인제는 사회적, 정치적 소수자들의 표현을 위축시킴으로써 이들의 정치적 의사가 선거를 비롯한 정치 과정에서 지속적으로 배제될 수 있다는 심각한 위험을 안고 있습니다.

또한 선거시기에 선거와 관련된 정치적인 표현의 자유는 그야말로 모든 표현의 자유 중에서도 가장 고도로 보장되어야 하는 것입니다. 선거 자체가 국민의 정치적 의사를 국가의 정책결정에 반영되도록 한다는 대의민주주의를 가장 직접적으로 실현하는 수단이며, 이는 국민의 자유로운 정치적 의사표현의 보장을 전제로 하는 것이기 때문입니다. 또한 선거운동기간은 제대로 된

정당 및 후보자를 선출하기 위하여 그에 대한 의혹제기와 검증, 의견 교환이 어느 때보다 더 자유롭고 활발하게 이루어져야 하는 시기입니다. 선거준비과정에서 축적된 정당과 후보자에 대한 정보, 공약 등을 바탕으로 국민들의 평가가 제대로 이루어질 수 있는 시기이며, 선거에 임박할수록 정당이나 후보자의 캠프에서 당선을 위한 극단적인 행태를 보일 가능성도 높기 때문에 이에 대한 내·외부의 감시, 고발, 평가가 이루어져야 하는 시기이기도 합니다. 즉, 선거운동기간은 국민이 정치적 표현의 자유를 행사함에 있어 가장 긴요한 시기로, 이 기간 중 이루어지는 국민의 정치적 표현의 자유는 더욱 강하게 보장되어야 하며, 실명확인절차 등을 거치도록 함으로써 표현행위에 조건을 붙이는 등 위축시키는 방향으로 가서는 안 됩니다.

또한 실명확인제는 익명표현의 자유 뿐 아니라, 이용자의 표현의 자유를 사전에 제한하여 다수 국민의 일반적인 의사표현 활동 자체를 위축시키고 자유로운 여론의 형성을 방해한다는 폐해도 있습니다. 실명확인제는 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 높습니다(헌법재판소 2012. 8. 23. 결정, 2010헌마47). 실제로 인터넷 게시판 본인확인제 실시 이후 게시판에 글을 올린 참여자 수가 약 1/3로 대폭 감소하여 이용자 간의 대화나 소통량 자체가 줄어들었다는 연구결과가 있습니다.²⁸⁾ 실명제를 도입한 지방자치단체의 온라인 주민참여에 관한 연구 결과에 의하면, 실명제를 도입한 이후 주민들의 참여가 감소하였고²⁹⁾, 2007년 제17대 대통령 선거운동기간 중에는 2002년 제16대 대통령 선거운동기간과 비교하여 현저하게 인터넷 이용자의 참여

28) 우지숙, 나현수, 최정민, ‘인터넷 게시판 실명제의 효과에 대한 실증 연구’, 행정논총 제48권1호

29) 이시원, 민병익, “지방자치단체 온라인 주민참여 실명제 도입의 영향분석”, 한국행정학보 제36권 제2호, 2002., 216, 217쪽.

이 연구결과에 의하면, 진주시의 경우 실명제로 운영되는 ‘열린시장실’과 비실명제로 운영되는 ‘시민토론팡’을 비교해 본 결과, ‘열린시장실’의 경우 실명제 도입 이전인 2001년 4월 230건, 5월 331건, 6월 374건으로 상승하다가 실명제를 도입한 2001년 7월 이후에는 133건, 142건, 135건으로 급격하게 떨어진 반면, ‘시민토론팡’의 경우 2001년 2월 83건, 4월 68건, 5월 64건, 6월 34건으로 저조하였으나, 실명제 도입 후인 2001년 7월 236건, 8월 184건, 9월 197건으로 급격히 증가하였다는 것이다

가 줄어들었다는 보고³⁰⁾ 등도 있습니다. 위에서 언급한 방송통신위원회의 각 조사에서도, 악플의 비율은 그다지 줄지 않은 반면, 전체 댓글의 숫자가 크게 감소되었다는 결과가 나왔습니다³¹⁾.

즉, 실명확인제는 이렇듯 인터넷을 악용하는 소수의 사람들이 존재하고 있다는 이유로 대다수 시민의 정당한 의사표현을 과도하게 제한하고 위축시키며, 이 사건 법률조항은 선거운동기간 중 유권자들의 활발한 선거 관련 표현 행위를 제약하는 결과만 가져올 뿐입니다.

지난 현재 결정은 ‘인터넷언론사 홈페이지의 게시판·대화방을 이용한 허위 사실유포 등으로 인하여 선거의 공정성의 훼손, 후보자의 인격권 침해 및 여론 왜곡 등의 폐해 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’고 하며 법익균형성을 갖추었다고 판시하였습니다. 그러나 이는 익명표현이 필연적으로 책임의식이 결여된 유해한 표현이라는 인식하에, 이 사건 법률조항으로 규제되는 표현들이 이미 선거의 공정을 해하는 흑색선전 등의 불법표현물임을 전제하고 이 사건 법률조항으로 달성할 수 있는 공익과 침해되는 사익을 비교형량하고 있는 오류를 범하고 있는 것입니다. 그러나 앞서도 논했듯 이 사건 법률조항이 규제하는 것은 선거의 공정을 해하는 표현물 그 자체가 아니며, 표출되지도 않은 국민의 표현의 자유를 사전에 제한하고 있는 것입니다. 선거의 공정성의 훼손, 후보자의 인격권 침해 및 여론 왜곡 등의 폐해 방지라는 공익은 추상적 가능성에 기반한 불분명한 것인 반면, 침해되는 사익은 실명확인절차에 따른 단순한 불편함·주저함이 아닌, 민주주의 사회에서 가장 중요하게 보장되어야 할 정

30) 대선미디어연대 주최로 2007.12.12 개최된 “인터넷 실명제와 선거 담론 실종의 관계”에 관한 토론회 발표문
31) 배영 외 3인, “2008년도 본인확인제 효과분석,” 충실대학교 산학협력단 및 (주)메트릭스코퍼레이션, 2008.11.

치적 익명표현의 자유라는 점이 고려되어야 합니다.

다) 나아가 이 사건 법률조항은 위 4.에서 이미 검토한 것과 같이 인터넷언론사 이용자의 개인정보자기결정권 및 인터넷언론사의 언론의 자유, 직업 수행의 자유도 중대하게 제한하고 있어, 침해되는 사익은 더욱 크다고 할 것입니다.

라) 소결

선거운동기간이 정치적 표현의 자유를 행사함에 있어 가장 긴요한 시기라고 볼 수 있는 점과 표현의 자유 보장이 민주주의의 근간이 되는 중요한 헌법적 가치라는 점을 고려할 때, 익명표현의 자유를 제한하는 데 따르는 불이익이 선거의 공정성 유지라는 공익보다 훨씬 크다고 할 것입니다. 결국 이 사건 법률조항은 달성될 수 있는 공익은 분명하지 않은 반면, 표현의 자유, 개인정보자기결정권 및 직업 수행의 자유를 과도하게 제한하고 있는 제도로써 법의 균형성을 심대하게 위반하고 있습니다.

6. 보론

해외 사례를 보아도, 주요 국가들 중 정보통신서비스제공자에게 실명확인조치를 의무화하는 규제를 시행하고 있는 나라는 찾아볼 수 없습니다. 이 사건 법률조항과 유사한 규제와 관련하여 보건대, 미국의 경우, 1960년에 연방대법원은 *Talley v. California* 사건³²⁾에서 기망적이거나 명예훼손적인 선거전단을 규제하기 위해 익명의 전단배포를 전면적으로 금지하고 전단배포자의 신원확인을 강제한 제도에 대하여 “신원확인과 보복의 두려움은 중요한 공적 사안에 대한 완전히 합법적이고 평화로운 토론을 위축시킬 것”이라며 표

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

현의 자유를 침해하는 것으로 판단하였습니다. 또한 1995년 *McIntyre v. Ohio* 사건³³⁾에서는 선거 유인물을 발행하는 사람이나 선거본부의 이름과 주소가 명기되지 않은 경우에 그 유인물의 배포를 금지하고 실명을 표기할 것을 의무화한 오하이오주 선거법에 대해 익명권 침해이자 내용규제에 해당하여 수정헌법의 핵심을 이루는 정치적 언론에 대한 제한이라고 하여 위헌으로 선언하였습니다. 이들 판결은 실명제를 통해 창출할 수 있는 공익 즉 불법행위의 예방 및 구제와 실명제가 침해하는 사익, 즉, 위축효과를 수반하는 익명표현 사이에 비교형량에 있어 엄격한 비례성을 요구하고 있고, 소수의 불법행위자 예방이나 색출을 위해 선거에 관련된 모든 글에 대해 신원확인을 요구하는 것은 비례성에 어긋난다는 판시를 하고 있는 것으로써, 이 사건 법률조항에도 그대로 적용될 수 있다고 할 것입니다³⁴⁾.

2015년 5월 22일, 유엔 표현의 자유 특별보고관 데이비드 케이(David Kaye)는 ‘암호화와 익명성(encryption and anonymity)’에 대한 보고서를 발표했습니다³⁵⁾. 이 보고서에서 그는 “암호화와 익명성은 디지털 시대 표현의 자유권 행사를 위해 필요한 프라이버시와 보안을 제공한다”고 주장하며, 각 국가는 암호화와 익명성을 증진해야 하며, 이를 제한하지 말 것을 권고하고 있습니다. 특히 “국가는 디지털 커뮤니케이션 및 온라인 서비스에 접근하는 조건으로 이용자의 식별을 요구해서는 안 된다”고 권고하고 있습니다.

앞서 2011년 채택된 ‘프랭크 라 르 (FrankLa Rue)’ UN 표현의 자유 특별보고관 (UN Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression)이 작성한 ‘한국의 의사와 표현의 자유의 권리에 대한 보고서’에서는 명시적으로 이 사건 법률조항에 대

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

34) 박경신, 익명성 규제에 대한 헌법적 평가 및 2015년 선거법 공선법 실명확인제 합헌결정에 대한 평석, 『선거연구』 2016, vol.1, no.7, pp. 83-129

35) David Kaye (2015), Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression
http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session29/Documents/A.HRC.29.32_AEV.doc

한 개정 권고를 하고 있습니다³⁶⁾. 본 보고서에는 이 사건 법률조항을 언급하고³⁷⁾, “인터넷 실명제가 익명성을 기반으로 하는 표현의 자유에 영향을 미칠 것을 우려한다. 정부에 비판적인 사람들은 자신의 견해를 밝힘으로써 받게 되는 형사상 제재 위협으로 인하여 의견 표명을 꺼리는 경향을 보일 것이다. 인터넷을 통해 자행되는 범죄와 그러한 범죄자의 신원을 밝혀야 할 정부의 책임과 관련하여 제기되는 우려가 합당한 측면도 있으나, 특별보고관은 대한민국 정부가 신원 확인을 위한 다른 수단을 고려하고 그러한 수단도 신원 확인 대상자가 이미 범죄를 저질렀거나 저지르려고 한다는 상당한 근거나 합리적인 의심이 있는 경우에 한하여 사용할 것을 권고한다.”고 한 바 있습니다³⁸⁾. 대한민국은 UN 인권이사회 회원국이자 ‘UN 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(자유권 규약)’의 당사국으로써, UN 인권이사회에서 채택된 보고서의 권고를 준수할 국제 규약상의 의무가 있음에도, 이를 준수하지 않고 국제법과 헌법에 반하는 이 사건 법률조항을 방치하고 있는 것입니다³⁹⁾.

36) Frank La Rue (2011), “Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Mission to the Republic of Korea”(A/HRC/17/27/Add.2), UN Human Rights Council, 21 March 2011

37) Frank La Rue (2011),

56. 나아가, 앞서 실명인증제와 관련해 언급했듯이, 개인이 정당이나 후보자에 대한 지지 또는 반대를 표시하는 글을 게재하는 경우, 모든 “인터넷 언론사”는 해당 개인의 실명을 확인하여야 할 의무가 있으며, 이를 위반하는 경우에는 천만 원 이하의 벌금이 부과될 수 있다. (56. Additionally, as mentioned in the section concerning the real-name identification system, if an individual posts messages or comments expressing support or opposition towards a political party or a candidate, every “Internet press agency” is required to identify that person’s real name, and failure to do so is punishable by a fine of up to 10 million won.

38) 52. The Special Rapporteur is concerned about the impact of such identification systems to the right to freedom of expression, which is rooted in anonymity. Additionally, individuals may be less inclined to express their opinions, particularly those that are critical of the Government, given the threat of criminal sanctions for doing so. In this regard, he notes the decision adopted by the NHRCK in February 2004, which stated that the realname identification “learly qualifies as pre-censorship, restricts freedom of Internet-based expression rooted in anonymity, and contravenes freedom of expression” While there are legitimate concerns regarding crimes perpetrated via the Internet and the responsibility of the Government to identify such persons, the Special Rapporteur recommends that the Government consider other means to identify a person and only if there is probable cause or reasonable doubt that the person to be identified has committed or is about to commit a crime.

94. Given that the real-name registration system restricts the exercise of the right to freedom of Internet-based expression rooted in anonymity, the Special Rapporteur recommends that the Government consider other means to identify a person and only if there is probable cause or reasonable doubt that the person to be identified has committed or is about to commit a crime.

39) 국회에서도 여러차례 이 사건 법률조항을 폐지하는 내용의 법안이 발의되었으나 통과되지 못하였습니다.

한편, 2004년 국가인권위원회는 이 사건 법률조항의 도입과 관련하여 “인터넷 언론사 선거개시판 실명제는 선거개시판에 의견을 게시하고자 하는 모든 국민을 허위정보 및 타인에 대한 비방을 유포하는 자라는 사전적인 예단을 전제로 하는 것으로, 명백한 사전검열에 해당하며 익명성에서 기인하는 인터넷상의 표현의 자유와 여론형성의 권리를 제한하여, 세계인권선언 제19조와 헌법 제21조의 표현의 자유에 반”한다고 의견을 밝힌바 있습니다⁴⁰⁾.

공직선거법의 집행을 담당하는 중앙선거관리위원회 역시 2012년 “「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의5에 따른 ‘본인확인제’에 대한 헌법재판소의 위헌 결정의 취지를 고려하고, 국민의 표현의 자유를 제고”하기 위하여, 이 사건 법률조항을 폐지하는 내용의 공직선거법 개정 의견을 국회에 제출한바 있습니다⁴¹⁾.

이 사건 법률조항과 같은 이를바 ‘인터넷 실명제’는 전세계적으로도 입법례를 찾기 어려운 가장 극단적인 형태의 표현의 자유 제한입니다. 이렇듯 국내 국가기관과 국제사회 모두가 헌법과 국제기준에 명백히 어긋난다고 지적하고 있는 이 사건 법률조항은 하루 속히 폐지되어야 합니다.

7. 결론

이상 검토한 바와 같이 이 사건 법률조항은 명확성의 원칙, 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 표현의 자유, 언론의 자유, 개인정보자기결정권, 직업 수행의 자유를 침해하므로, 이 사건 법률조항에 대한 위헌 결정을 내려주시기를 바랍니다.

40) 국가인권위원회, “정치관계법 개정에 대한 국가인권위원회의 의견” (2004)

41) 중앙선거관리위원회 공직선거법 개정의견 (2012. 8.)
<https://www.nec.go.kr/portal/bbs/view/B0000236/8554.do?menuNo=200180&searchOption1=&searchOption2=&searchWrd=&searchCnd=&pageIndex=1>

첨 부 서 류

1. 소송위임장
2. ‘미디어오늘’ 인터넷신문사업 등록증
3. 영등포구선거관리위원회, ‘선거기간 중 인터넷설명확인제 시행에 관한 협조요청’
4. 영등포구선거관리위원회, ‘설명확인서비스 이용 매뉴얼’
5. 국가인권위원회, ‘정치관계법 개정에 대한 국가인권위원회 의견’ (2004)
6. 중앙선거관리위원회, ‘공직선거법 개정의견’ (2012)

2020. 3. 17.

위 청구인들의 대리인
변호사 손지원

헌법재판소 귀중