

# 공직선거법상 인터넷 관련 규제에 대한 헌법적 검토

曹小永\*

## ▶ 목 차 ◀

- I. 들어가는 말
- II. 인터넷과 선거운동의 변화
- III. 현행 공직선거법상 인터넷 관련규제에 대한 헌법적 검토
- IV. 맺음말

## I. 들어가는 말

인류 역사에서 유래 없는 속도와 파장 속에서 인터넷이 사용되고 대중에게 받아들여지고 있다. 인터넷으로 해서 마음에 품게 될지도 모르는, 또 어떤 방면에서는 실제로 마음에 품은 꿈 중에는 인간 역사상 이제껏 도모한 그 어떤 것보다 훨씬 더 표현과 그에 대한 통제로부터의 자유로운 세계에 대한 꿈이 있다. 적지 않은 사람들을 인터넷이 강력한 민주적 도구가 될 수 있을지도 모른다는 생각으로 이끈 것은 인터넷의 무엇인가. 우리가 인터넷이라는 매체의 특성과 그 기능을 아는 것이 현대사회에서의 민주주의를 이해하는 데에, 주권자로서의 제 자리 찾기를 실현하는 데에 의미를 가질 것이라고 생각할 수 있는 충분한 이유가 있는 것인가. 민주주의의 전제 조건은 역사적이고 강력한 것이어서 이에 대한 연구는 항상 진행되어 왔고, 여전히 연구의 가치를 갖는다. 현대국가질서에서 민주주의의 방법론으로 선택된 대의민주주의의 실현수단으로서의 선거제도에 대한 연구도 그 중의 한 내용이며, 선거제도에 수용된 인터넷 규제에 대한 검토도 이러한 맥락에서 여전히 의미를 인정할 수 있다. 선거는 선거인이 다수의 후보자 중에서 일정한 선거절차에 따라 특정인을 대표자로 결정·선출하는 행위<sup>1)</sup>이며, 국민

\* 부산대학교 법과대학 교수

1) K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 제1권 제2판(München: C.H. Beck,

의 대의기관을 구성하는 민주적 방법인 동시에 통치기관의 민주적 정당성을 확보하는 대의민주주의의 실현 수단이다<sup>2)</sup>. 하지만 마련된 선거제도가 어떤 내용을 가지고 있는가에 따라 당해 선거제도가 ‘민주적 방법’인가를 고민해야 한다는 점에서 모든 선거가 반드시 민주적인 것이 아님은 물론이고 따라서 합리적인 선거제도를 마련하는 것은 대의민주주의의 전제조건이다. 동시에 마련된 선거제도가 어떻게 운영되는가에 따라 선거가 단순한 기관구성기술로 전락하게 될 수도 있는 것이어서 선거제도를 공정하게 운영하는 것은 또 하나의 대의민주주의의 전제조건이 된다<sup>3)</sup>.

우리 헌법은 국민주권원리의 실현과 통치권의 민주적 정당성을 확보하기 위하여 모든 국민에게 참정권을 보장하고, 민주적 선거법의 기본원칙을 명문으로 규정하면서 대통령선거제도, 국회의원선거제도, 지방자치를 위한 선거제도 등을 마련해 놓고 있다. 이러한 헌법정신은 ‘**「대한민국헌법」과 「지방자치법」에 의한 선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하고, 선거와 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 발전에 기여함을 목적<sup>4)</sup>**’으로 하는 공직선거법<sup>5)</sup>에서도 구현되어야 한다. 적어도 문면상으로 공직선거법은 자유로운 선거와 공정한 선거의 보장을 목적으로 하고 있고, 선거운동의 수단으로 인터넷 매체를 인정하여 제도화하고 있다. 하지만 그 규정내용의 속내를 들여다보면 공정 선거의 보장이 자유로운 선거의 헌법적 의미를 제한하는 구도로 구조화되어 있기 때문에, 이 글은 선거의 공정성과 선거의 자유, 이 두 가지 가치간의 관계를 기준으로 하여, 2000년 16대 총선 이래로 우리나라에서도 본격적으로 진행되고 있는 인터넷을 도구로 하는 선거운동에 관한 논의를 진행해 보고자 한다.

## II. 인터넷과 선거운동의 변화

인터넷은 매체에의 접근이 용이하다는 점과 특정인에 의한 독점이 배제되는 분산력이 있다는 점에서 다른 형태의 대중매체들과는 뚜렷한 차이점을 갖는다<sup>6)</sup>. 왜냐하면 누구나 개인적인 컴퓨터 시스템을 이용하여 인터넷을 사용할 수 있는 반면에 어느 누구도 완전하게 인터넷을 관리한다거나 기존의 매체에서와 같이

1984), 302면 이하.

2) 허영, 한국헌법론(서울: 박영사, 2007), 714면; 정종섭, 헌법연구1(서울: 박영사, 2001), 256면.

3) 헌재결 1989. 9. 8, 88헌가6, 판례집 제1권, 199-273면.

4) 공직선거법 제1조.

5) 일부개정 2007.6.1 법률 제8496호, 시행일 2008.1.1.

6) 조소영, 인터넷 선거운동에 대한 헌법적 고찰, 헌법학연구 제11권 2호(2005), 418면.

지속적인 중심세력으로 기능할 수 없기 때문이다. 헌법재판소도 인터넷의 매체성을 판단했던 결정에서, “인터넷은 공중파방송과 달리 “가장 참여적인 시장”, “표현촉진적인 매체”이다. 공중파방송은 전파자원의 희소성, 방송의 침투성, 정보수용자 측의 통제능력의 결여와 같은 특성을 가지고 있어서 그 공적 책임과 공공성이 강조되어, 인쇄매체에서는 볼 수 없는 강한 규제조치가 정당화되기도 한다. 그러나 인터넷은 위와 같은 방송의 특성이 없으며, 오히려 진입장벽이 낮고, 표현의 쌍방향성이 보장되며, 그 이용에 적극적이고 계획적인 행동이 필요하다는 특성을 지닌다<sup>7)</sup>.”라고 하여 매체로서의 인터넷의 특성을 인정한 바 있고, 미국 연방대법원도 “인터넷은 세계를 하나로 전달해 낼 수 있는 유일하고 전적인 새로운 매체”<sup>8)</sup>라고 평가한 바 있다.

정보통신기술 발달의 대표적인 상징인 인터넷의 선거 도구로서의 등장은 기존의 선거환경에 커다란 변화를 가져올 새로운 변수이며, 인터넷이 선거정치를 개혁시킬 수 있는 엄청난 가능성을 잠재한 수단이라는 점에 대부분의 사람들이 동의한다<sup>9)</sup>. 이는 인터넷의 매개체로서의 능력에 기인한 것인데, 매개체로서의 인터넷은 시간과 공간의 제약을 초월할 수 있고 정보생산자와 수요자 모두 물리적 위치에 구애받음 없이 방대한 양의 정보를 빠른 시간 내에 전달하고 전달받을 수 있게 해 준다. 또한 과거 선거운동에서의 정보가 주로 후보자에게서 유권자로, 정당이나 언론 등의 매개집단에게서 개별 유권자로 전달되었던 반면에 그 반대 방향의 정보흐름은 상대적으로 희소했지만, 인터넷의 이용으로 정보의 흐름이 쌍방향성을 띠게 됨으로써 유권자로부터의 정보 투입이 급격하게 증대될 수 있게 되었을 뿐만 아니라 후보자들도 유권자들과 직접적인 의사교환을 할 수 있게 되었다<sup>10)</sup>. 그리고 인터넷의 중요한 또 하나의 능력은 협송전달(narrow casting) 능력이다. 이질적이고 불특정한 다수를 상대로 해야 했던 기존의 선거운동과 달리 소수의 동질성을 가진 특정계층만을 상대로 할 수 있는 협송전달이 가능하게 됨으로써, 필요한 정보를 원하는 수요자에게만 전달할 수 있게 되었으며 정보 수요자도 자신이 필요한 정보만을 선별적으로 획득할 수 있게 되었다<sup>11)</sup>. 이는 비슷한 관심을 가진 개인들이 필요한 정보를 서로 교환하고 관련 주제에 관해

7) 헌재결 2002. 6. 27, 99헌마480, 판례집 제14권 1집, 632면.

8) *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844, 850 (1997).

9) 신봉기, 정보통신법제와 선거, 공법학연구 제8권 2호(2007, 6); 윤성이, 인터넷과 17대 총선, 시민정치학회보(2006), 21면; 유병길, 인터넷 선거운동 규제의 문제점과 개선방안, 선거논단(2005), 4-5면; 황용석, 김재영, 정연정, 인터넷시대의 새로운 정치환경, 커뮤니케이션북스(2000); Greg Miller & Esther Schrader, *Internet's Role in Campaigns Still Limited*, L.A. Times, Oct. 28, 1998.

10) 김형준, 미디어와 인터넷 선거운동에 대한 평가, 2003년 한국정치학회 춘계학술회의 자료집, 96면.

11) 김형준, 위의 글, 97면.

활발하게 토론할 수 있게 하는 여건을 만들어 주게 되었고, 이러한 상황들은 후보자·정당·시민단체 등과 같은 선거참여주체들이 적극적인 선거운동원(activist) 체제를 구축하는 데 일조했다는 평가<sup>12)</sup>를 받는다. 그리고 무엇보다도 선거에서 후보자들이 선거운동을 하는 과정에서 저렴한 선거비용<sup>13)</sup>으로 선거활동을 할 수 있게 하는 획기적인 수단으로 활용되어 오고 있다. 현재 선거과정에서 후보자가 인터넷과 블로그를 이용한 선거운동을 하는 것이 기본적인 선거운동 유형으로 파악되고 있음도 이러한 인터넷의 매체적 기능에 기인하는 것이며, 이러한 이유들 때문에 앞으로도 정치적이고 민주적인 수단으로서 인터넷의 가치는 계속 증대되어 갈 것이고, 따라서 인터넷은 철저한 헌법정신의 전제하에 법제도 안으로 수용하고 발전시켜야 하는 현대 문명의 대표적인利器라고 볼 것이다.

헌법재판소도 인터넷의 법제도화에 관하여, “오늘날 가장 거대하고, 주요한 표현매체의 하나로 자리를 굳힌 인터넷상의 표현에 대하여 질서위주의 사고만으로 규제하려고 할 경우 표현의 자유의 발전에 큰 장애를 초래할 수 있다. 표현매체에 관한 기술의 발달은 표현의 자유의 장을 넓히고 질적 변화를 야기하고 있으므로 계속 변화하는 이 분야에서 규제의 수단 또한 헌법의 틀 내에서 다채롭고 새롭게 강구되어야 할 것<sup>14)</sup>”임을 확인하였다. 실제로 각국의 선거상황과 우리나라의 선거결과에서 보여 주듯이, 선거과정에서의 인터넷 매체의 활용은 보다 능동적인 유권자들의 역할을 유도하고, 의사소통의 비동기성이라는 특성상 투표의 순간까지 각 후보자들에 대한 정보의 획득을 가능하게 하거나 그에 대한 다른 사람들의 의견이나 정보들을 지득할 수 있게 하는 장점을 갖는다. 때문에 인터넷 선거운동의 합리적인 제도화는 인터넷이 대의제 선거제도의 한계를 많은 부분에서 극복할 수 있는 유효한 장치로 기능하게 하는 것<sup>15)</sup>이다. 물론 이러한 발전된 정보통신기술의 선거과정에서의 도입은 선거과정이 쌍방향적 의사소통이 가능한 행태로 변환되어야 하고 이에 의한 시민들의 능동적 정치참여가 이루어질 수 있어야 하며 참여자들의 토론과 심의에 기한 선거과정이 확보되어야 한다는 것이

12) Mark S. Bonchek, *Grassroots in Cyberspace: Using Computer Networks to Facilitate Political Participation*, Working Paper 95-2.2: Midwest Political Science Association, April 6, 1995, Sections 5.1-5.3.

13) Gary W. Selnow, ELECTRONIC WHISTLE-STOPS: THE IMPACT OF THE INTERNET ON AMERICAN POLITICS, 81 (1998).

14) 헌재결 2002. 6. 27, 99헌마480, 판례집 제14권 1집, 632면.

15) 오늘 날 전자민주주의는 전통적인 대의제민주주의의 한계를 극복하는 대안으로 제시된다. 정보통신기술이 사회의 억압적 권력구조를 해체시키고 개인들로 하여금 자신의 문제를 결정할 수 있는 실질적인 힘을 부여하게 되며, 이러한 정보통신기술의 탈권력적 성격을 이용함으로써 전자 아고라(electronic agora)와 같은 보다 완전한 형태의 제퍼슨식 민주주의를 실현할 수 있다고 보기 때문이다. 즉 정보화장치로서의 인터넷은 시민들을 정치적으로 사회화하고 정치과정에 참여할 수 있는 능력과 의지를 갖게 하는 체제를 구축하는 가장 유효한 도구로 이해되고 있는 것이다.

원칙적인 전제이다. 우리 선거관련법제에도 이 같은 시대의 변화는 반영되어 왔고, 선거과정에서 제도적으로 인터넷의 활용을 수용하고 있다. 법제도의 개선이 환경의 변화로 인한 경우에 가장 중요한 것은 그 원인의 특성을 제대로 반영함으로써 법과 제도의 실효성을 확보해야 한다는 점이다. 동시에 특히 정책입안자나 입법기관들은 현행 선거법이 이러한 새로운 방법이나 신기술력에 의해 발생하는 제반의 문제들을 적절하게 해결해 낼 수 있는가를 염두에 두어야 한다. 이에 다수의 학자들은 현행 관련법률이 이러한 상황에 부적절한 부분이 있다면 민주사회를 강화하는 새로운 매개체로서의 인터넷의 잠재력과 가능성을 인정하고 수용할 수 있는 법적인 제도들을 발전시켜야 한다고 역설한다<sup>16)</sup>. 하지만 현행 우리 공직선거법상의 인터넷 관련 규정들은 선거의 공정과 부정선거행위의 방지에 더 골몰하여 인터넷의 매체적 특성을 간과함으로써, 인터넷으로 인하여 기본권 주체들이 향유할 수 있는 표현권의 증대를 오히려 지나치게 제한하는 문제점을 보여주고 있다<sup>17)</sup>.

### Ⅲ. 현행 공직선거법상 인터넷 관련규제에 대한 헌법적 검토

#### 1. 서 설

초기의 인터넷 선거운동이 대중 집회나 TV 등을 통한 선거전에서 추가적이고 보조적인 역할을 했다고 한다면, 지금의 인터넷 선거운동은 선거과정에서 필수적이고 중요한 수단으로 자리 잡아 가고 있다<sup>18)</sup>. 인터넷이 선거운동에서 중요한 수단으로 기능하는 것은 특히 보다 많은 정보를 유권자에게 제공하고 있는 점이나 젊은 유권자들의 정치참여를 더 많이 유도해내고 참여자로서의 역할분담을 수행케 하고 있다는 점 등에서 긍정적으로 평가되어야 하지만, 그와 동시에 익명성을 이용한 상대방 후보에 대한 허위비방이나 흑색선전이 손쉽게 그러나 때로는 치명적으로 발생된다는 점과, 인터넷을 이용하지 않는 자 또는 인터넷을 사용하지 못하는 자, 이른바 세대간·계층간·지역간의 정보격차(digital divide)가 정보집

16) Jeffrey M. Ayres, *From the Streets to the Internet: The Cyber-Diffusion of Contention*, 566 *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 132, 138-139(1999); Ryan Z. Watts, *Independent Expenditures on the Internet: Federal Election Law and Political Speech on the World Wide Web*, 8 *CommLaw Conspectus* 149, 159-160(2000); David Stevenson, *Note, A Presumption Against Regulation: Why Political Blogs Should Be(Mostly) Left Alone*. 13 *Boston University of Science & Technology Law* 74, 80-81(2007).

17) 성낙인, 인터넷시대의 언론매체 관련법제의 제문제, 인터넷·언론·법, 한국법제연구원(디지털경제법제 5, 2002), 39면.

18) 김용철, 한국의 인터넷 선거운동과 법적 규제, 국제평화 제2권 2호(2005. 12), 246-247면.

근이나 획득에 있어서의 불평등을 초래하고 결국에는 그들의 정치적 소외를 결과하게 된다는 점은 인터넷이 선거과정에서 주된 수단이 됨으로써 발생하고 있는 어두운 면이다.

인터넷 선거운동과 관련한 법규정이 법률의 형태로 등장하기 시작한 것은 1997년 11월 당시의 선거법 제82조의 3(컴퓨터통신을 이용한 선거운동)으로, PC 통신을 이용한 선거운동을 선거운동기간 중에 한하여 허용하기 위한 규정이었다. 그리고 그 이후로 인터넷의 급속한 확산과 이용의 증가를 배경으로 적실성 있는 선거법제의 마련을 위한 노력이 진행되어 왔다. 하지만 이러한 법제화의 과정 속에서 인터넷이라는 매체의 특성이 제대로 반영되어 온 것인지, 부작용에 대응하기 위한 법규정들이 규제의 대상이 되고 있는 보호이익과의 헌법적 균형성을 지키고 있는지에 대한 고려는 常時的인 것이어야 했으며, 이하에서는 현행 공직선거법(이하에서는 공선법이라 한다)상의 인터넷 관련 규정에 대한 헌법적인 검토를 통하여 그 문제점들을 들추어 보기로 하겠다.

## 2. ‘누구나’에게 허용된 정보통신망을 이용한 선거운동

### (1) 선거의 공정성 확보와 선거의 자유 보장의 자리매김

공선법과 동법을 기준으로 하여 선거과정을 감시하고 운영하는 선거관리위원회는 선거의 공정성을 목표로 하고 있다. 하지만 이 목표는 현행 공선법 규정만에 의해 판단해 본다면 선거과정 속에서 후보자들의 공정성 확보장치에 무게의 중심이 옮겨져 있다고 보인다. 선거의 공정성 확보인가 선거의 자유 보장인가의 문제는 적어도 헌법원리상으로는 당연히 선거의 자유가 우위에 놓여져야 하는 구조이다. 이는 헌법원리상으로 선거의 공정성 확보가 중요하지 않다는 게 아니라, 선거의 공정성을 확보해야 하는 궁극적인 당위성이 선거의 자유를 실현하기 위한 것임을 망각해서는 안 된다는 의미이다. 즉 국민이 자기를 대표할 후보자와 정당을 결정하는 선거에서 국민의 의사가 그대로 정직하게 선거결과로 나타날 수 있는 선거절차가 마련되고 보장되지 못한다면 주권적인 권력주체로서의 국민의 개념은 공허한 환상 또는 불필요한 가설에 지나지 않게 될 것<sup>19)</sup>이기 때문에 선거과정상의 공정성 확보의 문제는 가치적인 의미를 갖는 것이기 때문이다. 따라서 이러한 수단적 원리가 그 상위 원리인 선거의 자유와 동일시되거나 그 서열이 뒤떨어져서는 안 될 일이다. 누구에 의한 강제도 아닌 국민 자신의 판단과 의견에 따른 결정, 그리고 그 결정의 표현이 굴절이나 왜곡 없이 전달되고 반영

19) Vgl. darüber K. Loewenstein(FN 231), S.274.

되는 것, 이러한 것들이 주권자인 국민이 당연히 누려야 할 선거의 자유의 내용인 점을 확인한다면, 주권자의 올바른 결정에 필요한 모든 정보들을 공평하게, 공정하게 제공해 주기 위한 제도들과 주권자의 의사들을 왜곡 없이 선거결과에 반영하기 위한 장치들은 선거의 공정성 확보와 관련된 방법적이고 절차적인 문제들이기 때문이다. 그러므로, 공선법에 규정된 제도와 장치들이 가장 주목해야 하는 헌법적 사항은 선거의 공정성 확보의 면 보다 선거의 자유의 본질적인 부분을 침해하는 면이 있는가에 관한 것이어야 한다.

## (2) ‘누구나’에서 소외되는 一部の 헌법적 의미

현행 공선법은 ‘선거운동을 할 수 있는 자이면 누구나’ 선거운동기간 중에 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조(정의) 제1항 제1호의 규정에 의한 정보통신망(이하 “정보통신망”이라 한다)<sup>20)</sup>을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 선거운동을 위한 내용의 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법으로 선거운동을 할 수 있음을 규정<sup>21)</sup>하고 있다. 따라서 이 규정에 대한 문리적인 해석에 의하면, 선거운동을 할 수 있는 자이기만 하면 누구든지 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방·전자우편 등을 통해 무제한적으로 선거운동을 할 수 있는 것이 된다. 그러나 공선법은 동시에 오프라인상의 선거운동에 대해서는 장소와 선전벽보·현수막·연설회 등에 대해 구선거법에 비하여 상대적으로 제한을 하고 있다. 다시 말해서 선거운동방법으로 인터넷을 제도화하고 있다는 점은 시대의 흐름과 현실에 부응하는 발전된 면인 것이지만, 17대 총선에서 볼 수 있었던 것처럼 인터넷 이용자가 일반적으로 중산층, 지식층, 젊은 세대가 주된 주체였음<sup>22)</sup>을 생각할 때, 인터넷 중심의 선거운동만을 고려한 입법은 세대간 그리고 계층간의 갈등을 발생시키게 될 위험성을 안고 있다고 할 수 있다. 비교법적으로 선거법을 비롯한 IT 관련법제를 정비함에 있어서 다른 국가들은 기존의 종이문서 또는 직접적인 접촉의 방식 등 오프라인상의 행위형태들에 대해서도 이러한 상황을 고려하는 충분한 배려를 하고 있다<sup>23)</sup>.

인터넷 이용률을 보면 대략적으로 20, 30대의 94.5%가 인터넷 접속을 통해 정

20) 제2조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다. <개정 2004.1.29, 2007.1.26>

1. “정보통신망”이라 함은 「전기통신기본법」 제2조제2호의 규정에 따른 전기통신설비를 이용하거나 전기통신설비와 컴퓨터 및 컴퓨터의 이용기술을 활용하여 정보를 수집·가공·저장·검색·송신 또는 수신하는 정보통신체제를 말한다.

21) 공선법 제82조의4 제1항.

22) 김형준, 앞의 글, 104면.

23) 중앙선거관리위원회, 각국의 선거관계 언론법제(2004) 참조.

보를 습득하는 반면에 50대는 22.8%, 60대 이상은 5.2% 만이 인터넷에 접근할 수 있다고 한다<sup>24)</sup>. 그리고 이러한 정보격차는 통계적으로 연령 뿐만 아니라 학력별·소득별·거주지별 차이를 보이는데<sup>25)</sup>, 구체적으로 50대 이상, 중졸이하, 100만원 미만의 소득층, 소도시나 농촌지역 거주자들인 유권자의 대다수가 인터넷을 통한 선거관련 정보에의 접근이 문제되는 것이다. 선거과정에서 정부가 그리고 선거관리위원회가 보다 더 치중해야 하는 부분은 이러한 세대간·지역간·계층간 정보의 격차를 해결하기 위한 방법의 강구여야 한다. 주권자인 국민의 권리가 제대로 행사될 수 있는 구조인가가 당연히 선거법의 중심점이 되어야 하는 것이고, 그렇지 못하거나 취약한 부분이 있다면 가장 선결되어야 할 문제의 영역으로 취급되어야 했던 것임에도 본의 아니게 혹은 외부적 요소로 인해 주권자로서의 판단과 그에 기인한 정치적 결정이 색바랜 의미로 전락될 수도 있는 정보격차로 인한 정치적 소외의 문제가 말로 국가기관이 해결책을 찾아야 하는 급선무인 것이다. 인터넷에 친하지 않은 유권자나 후보자에게는 인터넷 중심적인 선거법제가 정보부재와 정보전달 기회의 박탈로 다가설 것이고 이로 인해 선거의 결과적인 불공정성과 불평등이라는 헌법적 문제가 발생할 수 있기 때문이며, 이러한 결과적 현상은 유권자가 보장받아야 하는 선거의 자유에 대한 본질적인 침해가 되는 것이다. 유권자로서 알아야 하는 그리고 원하는 모든 선거관련 정보들에 대한 접근과 획득이 적어도 본의에 의한 것이 아니라면 제한받지 않아야 하는 것이며, 그러한 전제적 여건이 충족되는 경우라야만 유권자의 선거의 자유권이 평등하게 실현될 것이기 때문이다.

### (3) 헌법이 허용하는 ‘그들’에 대한 국가의 역할론

국민의 적극적 자유란 자신의 존재에 대해 스스로 주인이 될 수 있는 능력을 의미한다<sup>26)</sup>. 적극적 자유로서 자기지배 또는 자치는 자아의식과 자신에 대한 지식의 개발을 전제로 하기 때문에 표현의 자유는 적극적 자유의 실현에 있어서 필수적인 요소이다. 민주주의의 운용이라는 측면에서 주권자인 국민들은 표현의 자유를 통해 자신의 권리행사에 필요한 다양한 정보를 접함으로써 민주주의적 자치를 실현할 수 있게 되는 것이므로, 국민들의 적극적 자유의 보호 및 민주주의적 자치를 위한 국가의 개입에 타당성을 부여할 수 있게 된다. 특히 민주주의 운용의 측면에서 국가의 개입은 국민들이 최대한의 선택의 가능성과 이슈에 관

24) 연세대 동서문제연구원·서강대 국제지역연구소, 제17대 국회의원선거 평가와 정책제안(2004), 268면 이하.

25) 한국인터넷진흥원, 2005년도 상반기 정보화실태조사(2005), 16-22면 참조.

26) Isaiah Berlin, *Two Concepts of Liberty*, in *FOUR ESSAYS ON LIBERTY*(1969), pp. 118-172.



련된 모든 정보를 가지고 지적이고 자유롭게 투표할 수 있게 하기 위한 것<sup>27)</sup>이기 때문이다. 그러므로 표현의 자유에 대한 국가의 개입은 사회적 차원의 ‘思考의 과정(thinking process)’을 훼손하는 것으로부터의 보호를 뜻하는 것<sup>28)</sup>으로 해석되어야 하고, 이는 일견 국가에게는 정책적 의무의 출발점이 되어 줄 것이다. 물론 이러한 경우에도 국가의 개입을 내용으로 하는 일련의 정책에 대해서 국가 개입의 경우에 준수되어야만 하는 한계의 논리<sup>29)</sup>는 여전히 발동됨을 전제한다. 국가의 발전과정 속에서 국가의 적극적인 역할이 필요한 영역으로 인정되어 온 것은 급부행정영역과 정보국가의 정착영역이었다. 하지만 두 영역에서 필요로 하는 국가의 역할은 각기 다른 성격을 가져야 한다. 왜냐하면 급부영역에서는 보다 더 적극적인 성격을 띠고 행해져야 하는 반면에, 정보국가 영역에서의 국가의 역할수행은 윤곽형성과 베이스구축을 내용으로 하는 것으로서 상대적으로 소극적인 성격으로 수행되어야 하기 때문이다.

### 3. 공선법상의 ‘인터넷 언론사’

#### (1) 개념 구분을 위한 판단기준의 불명확성

공선법은 인터넷선거보도심의위원회의 설치·운영에 관한 규정<sup>30)</sup>에서 인터넷언론사에 대한 개념정의를 내리고 있는데, “「신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률」 제2조(용어의 정의)제7호의 규정에 따른 인터넷신문사업자<sup>31)</sup> 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”라고 한다.

27) 조성민, 신문법과 표현의 자유: 적극적 자유와 국가 개입 논리의 한계, 정보법학 제9권 제2호(2006), 194면.

28) Alexander Meiklejohn, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, in *POLITICAL FREEDOM: THE CONSTITUTIONAL POWERS OF THE PEOPLE*(1960), p.3.

29) 조성민, 앞의 글, 199-201면 참조.

30) 제8조의5(인터넷선거보도심의위원회) 제1항 <개정 2005.8.4>.

31) 신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률

제2조(용어의 정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

5. "인터넷신문"이라 함은 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 것을 말한다.

7. "인터넷신문사업자"라 함은 인터넷신문을 전자적으로 발행하는 자를 말한다.

우선 인터넷언론사에 대한 개념과 관련한 검토사항으로는, 이러한 정의가 많은 부분에서 오프라인 상의 신문 등 정기간행물에 대한 규정의 개념과 동일<sup>32)</sup>하다는 점과 그 개념규정이 요건상 언론사의 보도나 논평 등의 내용적 속성을 강조하고 있는 반면에 운영형태나 주체에 대한 명확한 기준은 제시되어 있지 않다는 점이다. 인터넷 언론의 형태는 포털사이트·언론사닷컴·인터넷 신문·블로그 등으로 다양하며<sup>33)</sup>, 무엇을 언론으로 보는가 혹은 어떤 경우에 해당 인터넷 홈페이지가 언론적 기능을 하는 것으로 판단될 수 있을 것인가의 문제는 정의하는 방식이나 사과의 기준에 따라 다를 수 있기 때문에 적잖은 문제점을 야기할 수 있다. 때문에 이런 식으로 정의되는 개념은 그 적용 범위가 인터넷을 통한 취재, 인터넷상에 나타나는 새로운 형태의 뉴스 서비스, 더 나아가 게시판 또는 공공문제를 다루는 토론방 등과 같이 정보공간에서 이루어지는 대다수의 정보교환행위까지 포괄하는 우산 개념(umbrella concept)이 된다는 점에서 그 광범위성이 비판의 대상이 된다<sup>34)</sup>. 정확한 개념정의나 아니면 적어도 예상이 가능한 범위의 설정이 긴요한 이유는, 공선법상 인터넷 언론사에 대해서는 각종 의무가 부과되고 있고 그러한 의무이행확보수단으로 규정된 의무불이행의 경우에 가해지는 각 처벌규정의 대상이 될 것인가의 여부가 달라지기 때문이다.

게다가 인터넷선거보도심의위원회 구성 및 운영에 관한 규칙 제2조가 동법상의 인터넷 언론으로부터 배제되는 범위를 규정한 것에 따르면, 심의위원회가 인터넷 홈페이지의 게시내용, 운영 및 이용양태 등을 고려하여 인터넷언론사로 인정하지 않는 인터넷홈페이지는 배제된다고 한다. 그런데 그 판단의 기준이 게시물의 내용을 주된 대상으로 하고 있는 것이어서 표현물의 내용적 규제라는 우선적인 혐의를 받게 될 것이다. 의사가 표현된 표현물을 규제대상으로 삼는데에는 일정한 헌법적 한계가 인정되어 왔으며, 그 제한의 대상이 시간, 방법, 장소 등에 대한 것이 아니라 표현물의 내용인 경우에는 당해 제한의 위헌성 여부에 대하여는 가장 엄격한 심사를 행한다. 물론 인터넷 언론사에 해당되는 것 자체가 바로 표현물에 대한 제한이 되는 것은 아니지만, 상술하였듯이 인터넷 언론사에 해당되는가의 여부가 각종 의무를 부담해야 하는 존재인가의 확정상황이 되는 것이기 때문에 그 여부를 판단하기 위한 좀더 구체적인 기준이 정립되어야 할 필요성이 있다. 더군다나 선거의 시기에 사실상 대부분의 사회적 담론들이 선거와 직

32) 강경근, 인터넷언론과 선거, 헌법학연구 제9권 제3호(2003), 126-127면.

33) 최낙진, 인터넷신문: 정보화사회의 저널리즘과 인터넷 신문의 생존전략, 세계사(2000).

34) 황용석, 인터넷 언론의 법제화에 따르는 개념정의와 유형화의 문제, 언론재단 세미나 발표문, 8면.

간접적인 관련성이 있을 수 있고, 현실적으로 그 구분이 어렵다는 점<sup>35)</sup> 등을 고려한다면, 이러한 포괄적이고 불명확한 규정에는 분명한 헌법적 문제점이 내재되어 있다.

## (2) 개념 규정의 포괄성

또 한 가지 문제점은 신문법<sup>36)</sup>과는 달리 공선법 규정에서는 기사를 ‘매개’하는 경우까지 인터넷 언론사의 개념에 포함하고 있다는 점이다. 따라서 실제로 기사를 취재·편집·생산하는 인터넷신문사업자와 생산된 기사를 단순 매개하는 인터넷 뉴스 서비스 제공자를 동일한 인터넷 언론사로 간주하고, 기사내용을 수정하거나 그 내용의 진위 여부를 판단하기 어려운 매개사업자에 대해서도 실제로 기사 작성 등을 한 인터넷 신문사업자와 동일한 징계조치의 대상이 되도록 하였을 뿐만 아니라 매개사업자의 경우에 제공받은 기사 수만큼의 누적적인 징계조치가 가능하도록 함으로써 실제 기사를 작성·생산한 자보다 더 많은 징계처분의 대상이 될 수 있게 하고 있다<sup>37)</sup>. 이러한 개념범위의 확대는 결과적으로 인터넷언론의 공표로 피해를 입은 자에게 구제의 기회가 확대된다는 측면에서는 바람직하지만, 언론의 고유기능이 여론형성에 있음을 고려하면 취재·편집·집필이 없는 인터넷상의 정보유통에 대해 언론기능을 부여할 것인가에 대한 신중한 고찰의 필요성을 제기한다<sup>38)</sup>. 왜냐하면 이 문제는 다시 인터넷서비스제공업자(ISP)의 책임 범주 문제가 되기 때문이다. 인터넷서비스제공자의 법적인 책임 유무의 판단은 그 서비스제공자가 자신의 정보통신망에서 제공되는 정보내용에 대하여 ‘편집권’이나 ‘심의권’을 보유하고 그러한 권한을 행사하였느냐를 기준으로 해야 한다<sup>39)</sup>는 것에 대한 적잖은 논의들이 있다. 즉 뉴스를 생산하는 인터넷 언론사와 뉴스의 유통을 단순히 매개하는 사업자의 역할이 서로 다름에도 불구하고 이를 구분하지 않음으로써 그 역할에 맞는 규제가 되지 못하는 것이며, 뉴스의 생산자와 뉴스의 유통 매개자를 동일하게 취급하여 원본의 진위확인·정정·삭제 등의 권한이 없는 뉴스매개사업자에 대해서도 이를 생산한 자와 동일한 책임을 지게

35) 황용석, 위의 글, 6면.

36) 신문법 제2조 제5호.

37) 2007년 4월 16일자, 인터넷 선거보도심의위원회 결정 참조.

38) 황성기, 인터넷신문의 법제화와 언론중재, 언론중재(2005, 여름), 9면.

39) 정윤식, 인터넷 언론의 자유와 규제: 인터넷 언론의 규범과 법적 지위 문제를 중심으로, 강원대학교 사회과학연구 제42집(2003), 147면.

하는 것은 법원칙으로서의 ‘자기책임의 원리’에도 부합되지 않는다는 것, 그리고 아웃링크로만 뉴스를 제공하는 경우와 같이 단순히 검색된 뉴스의 링크목록만을 제공하는 경우와 같은 새로운 형태의 뉴스서비스까지도 포함되게 되는 문제점을 갖는다고 하는 것이다<sup>40)</sup>.

미국 연방대법원은 인터넷 운영자 또는 인터넷 언론사가 단순히 인터넷 서비스 제공업자로서 정보를 받아서 실어 주는 역할만 하느냐 아니면 그 내용에 대해 통제권을 행사하느냐에 따라서 가상공간에서의 표현행위에 대한 책임문제는 다르다고 보았다<sup>41)</sup>. 즉 문제가 되는 표현의 문제점, 예를 들어 음란한 표현이거나 명예훼손적인 표현과 같은 것들에 대한 실제적인 악의(actual knowledge)가 인정된다면 게시판 운영자 등의 정보매개자도 서점주인과 같이 법적으로 2차 책임자가 될 수 있지만, 단순히 장소를 제공하여 정보를 게재해 주었을 뿐 표현물의 내용에 대한 실제적 악의가 없다면 우편배달부나 트럭 운전사와 같이 일반운송인의 지위에 기하여 그 내용에 관한 일체의 책임을 지지 않는다고 본 것이다. 그리고 일정한 기준과 지침을 가지고 그 전달하는 정보의 내용을 관리하고 점검하는 것 뿐 아니라 일정한 사유에 해당되는 경우에 그것을 차단하는 기술적 통제제도를 두고 운영하는 경우에는 ISP도 편집자로서의 책임을 져야 한다고 하였다. 물론 이러한 미국 연방대법원의 결정에 대해서는 인터넷 세계에서 규제가 자율적 규제에 정화되어야 한다는 면에서 불건전한 정보를 감시하고 통제하는 ISP의 역할을 지원하고 보호해야 할 것인데, 오히려 그러한 자율적 통제와 감시를 책임 있게 수행하는 ISP에 대해서는 편집자로서의 무거운 법적 책임을 부담하게 하고 반면에 무책임하게 불건전한 정보의 유통을 방관한 ISP는 단순 유통 전달자로서 법적 책임이 면제되는 식의 현실적인 모순점이 발생할 가능성이 문제점으로 지적되기도 한다<sup>42)</sup>.

위에서 살펴 본 미국 연방대법원 판례의 내용은 우리에게도 생각할 여지를 제공한다. 공선법 체계 자체가 제한법규인 점을 감안한다면 그 규제는 규제의 목적

40) 한창민, OSP와 공직선거법 규제의 문제점, 민주사회를 위한 변호사모임 주최 토론회 자료집 (2007. 6. 14), 36-37면.

41) *Cubby Inc v. CompuServe Inc*, 776 F Supp 135 (SDNY 1991); *Stratton Oakmont Inc v. Prodigy Services Co*, 23 Media L Rep (BNA) 1794 (NY S Ct, Nassau Cty 1995) 등.

42) R. Hayes Johnson, Jr., *Note, Defamation in Cyberspace: A Court Takes a Wrong Turn on the Information Superhighway in Stratton Oakmont, Inc. v. ProdigyServices Co.*, 49 ARK. L. REV. 589, 622 (1996); Brian C. McManus, *Notes, Rethinking Defamation Liability For Internet Service Providers*, 35 Suffolk University. L. Rev. 647, 664-666(2001); 정윤식, 위의 글, 148면; 황성기, 인터넷에서의 표현의 자유, 사이버커뮤니케이션학보 제3호(1998) 참조.

과 그 기대하는 결과의 형량에 있어서 합리적인 것이어야 할 뿐 아니라 필요한 최소한도가 되어야 할 것이다. 따라서 매개라는 전달행위를 그 제한의 범주에 포함시킬 것인가, 포함시킨다면 어느 범위 까지 포함할 것인가 그리고 포함되는 경우에도 인터넷 신문사업자 등 보도·논평·여론 및 정보 등을 전파할 목적으로 취재·편집·집필한 기사를 인터넷을 통하여 보도·제공하는 자 등과 매개자의 구분된 역할에 따른 책임과 규제를 부과할 것인가는 再論이 필요한 문제라고 할 것이다.

#### 4. 정치적 표현행위의 場인 선거공간에서 ‘나를 밝히기’: 인터넷 실명제<sup>43)</sup>의 문제

##### (1) 익명성의 헌법적 의미

익명성이란 정체성의 부재<sup>44)</sup> 혹은 어떤 개인이 발언을 했을 때 다른 사람이 그 발언으로부터 그 개인에 관한 어떤 정보도 얻을 수 없는 상태로서, 발언자의 신원을 숨겨서 남이 알 수 없도록 하는 것을 말한다<sup>45)</sup>. 보통의 경우, 익명성이 주어져 자신을 외부에 대해 숨길 수 있게 되면 발언자는 심리적인 부담이 줄어들기 때문이다. 따라서 익명성은 외부의 압력을 피해 자신의 솔직한 발언을 가능하게 하며, 내가 원하는 내용을 마음껏 표현하도록 촉진시키는 것으로 평가된

43) 제82조의6 (인터넷언론사 게시판·대화방 등의 실명확인)

① 인터넷언론사는 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 하여야 한다. ② 정당·후보자는 자신의 명의로 개설·운영하는 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을 게시할 수 있도록 하는 경우에는 제1항의 규정에 따른 기술적 조치를 할 수 있다. ③ 행정자치부장관은 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 글을 게시한 경우 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 "실명인증" 표시가 나타나도록 하는 기술적 조치를 하여야 한다. ⑤ 인터넷언론사는 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에서 글을 게시하고자 하는 자에게 주민등록번호를 기재할 것을 요구하여서는 아니된다. ⑥ 인터넷언론사는 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 "실명인증"의 표시가 없는 정당이나 후보자에 대한 지지·반대의 글이 게시된 경우에는 지체 없이 이를 삭제하여야 한다. ⑦ 인터넷언론사는 정당·후보자 및 각급선거관리위원회가 제6항의 규정에 따른 글을 삭제하도록 요구한 경우에는 지체 없이 이에 따라야 한다.[전문개정 2005.8.4]

44) L. Detweiler, IDENTITY, PRIVACY, AND ANONYMITY ON THE INTERNET(1993), § 3.1 ; <http://www.rewi.huberlin.de/jura/proj/dsi/Netze/privint.html>

45) Group Foxtrot, FREEDOM OF SPEECH ON THE INTERNET, Korea Advanced Institute of Science and Technology, 9면.

다<sup>46</sup>). 미국 연방대법원은 실명제의 문제를 표현의 자유의 문제로 보고, 헌법 제정 전부터 익명이나 가명에 의한 팜플렛은 정치 뿐만 아니라 사회문화적 이념을 주도해 왔고 지금까지도 각종 언론보도에서 그 정보원을 고위층이나 X 등 익명화된 형식으로 표기하는 관행이 존재하는 것을 감안한다면 익명성이 표현의 자유에서 차지하는 비중은 작지 않다고 하면서, 익명의 팜플렛이나 전단, 브로슈어 또는 책자 등은 인류의 진보에 중요한 역할을 수행해 왔다고 판시<sup>47</sup>)한 바 있다.

익명으로 표현할 자유는 표현의 자유의 한 내용이다. 표현의 자유가 민주주의 질서에서의 가장 기본적이고 핵심적인 자유권이라면, 익명적인 표현의 자유는 소수자나 약자들을 위한 것으로서 그들에 대한 다수의 편견에 맞서서 자신들의 의견을 개진할 수 있는 용기를 진작해 주는 방패의 역할을 해온 것이다. 그리고 이러한 소수의 문제제기는 다수의 의사가 반영된 제도나 사회질서에 숙고와 검토와 의문을 갖게 함으로써 사회발전의 촉매제 역할을 해 왔다<sup>48</sup>). 또한 대개의 경우 표현자의 사회적 지위나 신분 등이 표현에 대한 해석의 배경이 되는 반면에 익명표현은 표현자의 부차적인 상황이 공개되지 않음으로써 오히려 왜곡이나 오역 없이 표현의 진의를 정확하게 전달할 수 있게 해 줄 뿐 아니라 표현자도 자신의 표현으로 말미암은 불이익에 대한 두려움 없이 소신껏 자신의 의견을 표현할 수 있게 해 준다. 때문에 민주사회에서 진정한 다양성과 영구적인 절대적 다수가否認되는 변화의 가능성을 보장하기 위한 방충제로서의 비판의 자유는 익명표현의 자유가 인정되어야만 비로소 완전해질 수 있다고 하는 것이다<sup>49</sup>). 표현의 자유에 있어서 익명성의 보장은 다수 위주의 사회질서 내에서 소수의 가장 강력하고 유용한 도구로서의 의미를 갖는 것이며, 따라서 익명성으로 인한 폐해를 시정하기 위한 법제도 속에도 이러한 익명성의 헌법적 의미와 역할은 반드시 제고되어 투영되어야만 한다.

46) Jennifer B. Wieland, *Note: Death of Publius: Toward a World Without Anonymous Speech*, 17 *Journal of Law & Politics* 589, 591-593(2001).

47) *Tally v. California*, 362 U.S. 60, 64(1960).; *McIntyre v. Ohio Elections Comm'n*, 514 U.S. 334, 341(1995); *Buckley v. Am. Constitutional Law Found., Inc.*, 525 U.S. 182(1999); Amy Constantine, *Note, What's in a Name? McIntyre v. Ohio Elections Commission: An Examination of the Protection Afforded to Anonymous Political Speech?*, 29 *Connell L. Rev.* 459, 460(1996) 등.

48) Saul Levmore, *The Anonymity Tool*, 144 *University of Pennsylvania L. Rev.* 2191, 2193 (1996); Sharon K. Santern, *In for a Calf is Not Always in for a Cow: An Analysis of The Constitutional Right of Anonymity as Applied to Anonymous E-Commerce*, 29 *Hastings Const. L.Q.* 527, 541 (2002).

49) 이은우, 익명으로 말할 권리는 민주사회의 소중한 가치, *국회보*(2004. 6), 73면.

그런데 이러한 전통적이고 고전적인 익명성의 문제 보다 인터넷상에서의 익명성 보장의 문제가 더 많은 논란거리가 되는 이유는 무엇인가. 단순히 말하자면 오프라인에서보다 익명성의 실현이 상대적으로 손쉬운 반면에 그 파급효과는 광범위하여 남용되거나 오용되는 익명성 수단의 부작용으로 인한 폐해가 더 크게 부각되기 때문일 것이다<sup>50)</sup>. 하지만 공공기관의 인터넷게시판에서의 실명제 도입이나 일반적인 실명제 문제와는 달리 선거운동과 관련된 실명제도에 대해서는 다른 차원의 논의가 필요하다. 전자는 개인의 프라이버시권이 관련된 사적 영역의 문제가 중심인 반면, 선거운동에서의 실명제 문제는 공공영역에서의 정치적 의사표현의 자유와 그에 대한 책임이 문제되는 것이다. 기본권 주체에게 표현의 자유가 보장되어야 한다는 문제의식의 출발점이 사회구성원이자 국가구성원인 국민의 정치적 공간에서의 표현을 보장해 주기 위함이었음을 회고한다면, 국민에 의한 지배가 실제적 내용성을 가지고 실현되기 위한 기초적 권리로서의 정치적 표현의 자유는 어느 경우보다도 민주질서 속에서 제 가치대로 보장되어야 할 것이기 때문이다.

## (2) 선거에서의 인터넷 실명제

인터넷을 통한 선거운동과정에서 선거인의 정치적 표현의 자유와 그 표현에 대한 책임의 문제를 조화시키는 것은 결코 쉽지 않은 무거운 과제이다. 선거마다 상대에 대한 조직적인 비방과 흑색선전 등 불법적인 선거상황이 존재했던 우리의 선거현실을 고려한다면 이상론적으로 정치적 표현의 자유에 대한 보장만을 우선이라 할 수 없을 것이기 때문이다. 정당이나 후보자 • 예비후보자 등이 인터넷상의 게시판이나 대화방을 이용하는 때에 반드시 실명을 사용하도록 하는 것은 그들의 정치적 책임과 공적인 역할을 감안할 때, 입후보자들로 하여금 유권자에게 올바른 선거정보를 전달케 하는데 기여할 뿐만 아니라 그릇된 정보 유포의 폐단을 시정에 도움이 되는 것으로서 수용할 만한 것이다. 하지만 일반인에 대한 실명의 강제는 인권침해의 혐의를 쉽게 벗을 수 없다. 왜냐하면

50) Anne W. Branscomb, *Anonymity, Autonomy, and Accountability: Challenges to the First Amendment in Cyberspaces*, 104 *Yale L.J.* 1639 (1995); A. Michael Froomkin, *Anonymity and Its Enmities*, 1995 *J. Online L.* art. 4 (1995); I. Trotter Hardy, *The Proper Legal Regime for "Cyberspace,"* 55 *U. Pitt. L. Rev.* 993 (1994); Lawrence Lessig, *The Path of Cyberlaw*, 104 *Yale L.J.* 1743 (1995); George P. Long III, *Comment, Who Are You?: Identity and Anonymity in Cyberspace*, 55 *U. Pitt. L. Rev.* 1177 (1994) 등.

실명제의 강제는 자칫 선거과정 속에서 처벌을 각오한 자들의 일색적인 난장을 조장함으로써, 정치적 표현의 자유를 보장받아야 하는 일반인들의 자유로운 표현행위를 위축되게 하거나 의기저하를 초래할 수 있는 위험성이 존재하기 때문이다. 특정 선거나 특정 후보자와 관련이 없는 ‘일반인’이 선거법 위반으로 처벌되는 사례는 PC 통신 등의 전자통신매체의 발달로 ‘일반인’이 직접 선거나 후보자에 대한 자신의 견해를 표명할 수 있게 되면서부터 발생되고 있으며, 더군다나 PC 통신시절과 비교할 수 없을 정도로 확대된 표현의 장과 동영상 등으로 다양화되고 증가된 표현수단을 제공하는 인터넷 시대인 현재는 선거법상의 규제조치들이 ‘일반인’인 국민들의 일상생활에까지 구체적인 영향을 미치는 규범이 되고 있음<sup>51)</sup>을 볼 때, 그러한 우려는 결코 기우가 아님을 실감할 수 있게 된다.

미국 연방대법원도 예외적으로 정치적 표현에 있어서의 인터넷상의 익명표현의 자유가 수정헌법 제1조에 의한 자유권을 보장받아야 하는 영역임에는 틀림없지만, 그렇다 해도 전통적으로 수정헌법 제1조의 보호범위로 인정되어 온 다른 표현영역들에서 문제되었던 익명성의 경우와 비교한다면 그 보호의 정도와 범위가 반드시 동일한 것은 아님을 인정한 바 있다<sup>52)</sup>. 선거에 있어서 아주 예외적인 경우에는 익명표현에 대한 제한을 함으로써 유권자에게 올바른 선거정보를 전달하는데 기여하고 흑색선전 메일을 우송하거나 지지도를 조작하는 허위선전을 함으로써 유권자를 현혹하는 것을 방지하고자 하는 정부의 규제이익이 우선할 수 있음을 인정했던 것이다. 그러나 그러한 경우라 할지라도 익명의 표현자를 확인하지 않고서는 효과적인 소송수행을 할 수 없다는 점을 입증할 수 있는 경우에만 익명의 권리가 제한될 수 있고, 그러한 제한을 위해서는 엄격한 심사기준<sup>53)</sup>에 의해 허용 여부를 판단해야 한다<sup>54)</sup>고 하는 것이 다수의 견해이다.

51) 김기중, 공직선거법상 인터넷 표현행위에 대한 규제 제도와 그 문제점, 민주사회를 위한 변호사모임 토론회 자료집(2007. 6. 14), 20면.

52) First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 U.S. 765(1978); 박정순, 익명성의 문제와 도덕구범의 구속력, 정보통신정책연구원 연구보고서(2004. 2), 86면.

53) 엄격한 4단계의 기준이 채택되었는데, 첫째 익명 표현자를 확인하기 위한 자료의 제출명령영장이 신의에 기하여 발부되었으며 다른 부당한 목적을 위한 발부가 아닐 것, 둘째 제출을 명한 신상정보가 핵심적인 주장이나 항변과 관련이 있을 것, 셋째 그 신상정보가 주장이나 항변에 직접 그리고 실질적으로 관련된 것일 것, 넷째 주장이나 항변을 입증 또는 부인하기 위한 충분한 정보를 다른 출처로부터는 구할 수 없을 것이라는 특별히 엄격한 제한기준을 명시하였다(박정순, 위 보고서, 87-88면).

54) Dendrite International Inc. v. John Doe, 775 A. 2d. 756, 760(N.J. Super Ct. App. Div., 2001).



익명성의 권리는 절대적인 권리가 아니며 표현의 자유의 실현을 위한 견련적 권리성을 갖는다. 또한 익명성의 권리는 중대한 반증이나 예외의 필요가 있지 않는 한 인정되어야 하는 우선적인 조건부 권리(*prima facie right*)이다<sup>55)</sup>. 이처럼 익명성의 권리가 절대적 권리가 아니라는 점에서 익명표현의 자유를 인정하는 범위와 정도는 원칙적으로는 그 형량의 상대가치로 등장하는 다른 이익들의 중대성과의 저울질에 의하여 결정될 수 있는 공공정책의 영역이라고 할 수 있을 것이다. 하지만 익명성의 헌법적 의미는 최소한 익명성의 문제가 온라인과 오프라인 모두에서 동일한 해결방식과 방법론을 채택해야 한다는 것을 주장<sup>56)</sup>하는 것에 대한 이론적 근거가 된다고 하겠다. 또한 인터넷 실명제의 강제적 이행이 실명제를 통해 사전에 문제되는 내용을 검열하겠다는 것인지 아니면 단순히 차후에 문제되는 내용에 대한 법적 책임을 묻기 위한 제도인가에 대한 진지한 검토가 있어야 할 것이며, 이러한 검토는 민주주의의 기본가치에 의한 요청이라고 하겠다. 따라서 인터넷 실명제는 당연히 최후적인 방법론이 되어야 할 것이고 이러한 강제조치 보다는 우회적인 방법론들을 모색해야 할 것이다. 이미 선거법제 속에 규정된 별칙조항들을 적극적으로 활용한다면, 게시판이나 대화방등을 유형화하여 실명과 익명의 차이를 인정하는 등의 방법들도 그 한 예가 될 수 있다.

#### IV. 맺음말

인터넷의 등장은 우리 생활 속에 굉장한 파장을 일으켜서 많은 변화를 이루었다. 하지만 그러한 인터넷의 영향력이 우리의 정치상황과 그 발전과정에서는 어느 정도의 모습이 될 것인지 어떠한 지위를 차지하게 될 것인지에 대해서는 작지 않은 변혁을 결과하게 될 것이라는 예측 외에는 아직도 결론을 내릴 수 없는 미지수이다. 인터넷은 기본권주체들에게 저렴한 비용과 노력만으로도 필요한 정보에의 용이한 접근을 가능하게 하고 직접적인 정치참여를 활성화함으로써 대의제의 폐해를 시정하고 보완하는 기능을 하기도 하지만, 그 반면에 정보과부화와 인터넷 이용 가부에 따른 정보격차의 심화·정보전달자의 익명성과 불특정성에 따른 다양한 기본권 침해의 우려 등의 요인이 그 한

55) 박정순, 위 보고서, 95-96면.

56) Caroline Goemans, *Anonymity on the Internet: concept and legal aspects*, WORKSHOP APES, April 19(2001), p 19.

계점으로 지적된다.

사이버공간을 활용한 정치활동과 선거운동 기회의 확대·발전은 일면으로 민주주의의 확대와 정치비용절감의 효과를 가져 왔다. 인터넷이라는 새로운 매체를 이용한 선거운동이나 사회참여는 정치권뿐만 아니라 시민운동관계자 모두의 역량을 강화해 주었다. 정치권, 특히 후보진영은 큰 비용 없이도 유권자에게 손쉽게 접근할 수 있게 되었으며 여론의 동향 또한 실시간으로 파악할 수 있게 되었고, 시민단체나 유권자들에게는 정보공개효과를 향유할 수 있는 환경 조성의 기능을 하고 있기 때문이다<sup>57)</sup>. 또한 사이버공간을 이용한 선거운동이나 정치활동의 확대는 정치에 부정적인 인터넷세대가 정치에 참여할 수 있도록 유인하는 좋은 기제가 된 반면에 예비후보자들의 불특정다수 유권자들에 대한 일방적 전승으로 인한 정보공개나 흑색 또는 허위선전, 비방 내용의 광범위한 유포 등 부정적인 측면도 발생되고 있다.

인터넷 선거운동을 법제도 속에 수용한 현행 공직선거법의 입법방향은 결코 작지 않은 의미를 갖는다. 비교법상 다른 국가들은 인터넷 선거운동을 제도화함에 있어서 제도의 내용을 결정하는 데에는 신중한 태도로 임한다. 속의 민주주의(deliberate democracy)를 구현하는 도구로서의 인터넷 매체의 정치적 의사형성 수단으로서의 순기능을 보장하고 그 역기능을 최소화할 수 있는 방법론의 연구는 여전히 절실한 과제로 남아 있다. 바람직한 선거법의 자세는 정치적 매체로서의 인터넷의 성장과 발전을 왜곡하는 모든 법적 규제들로부터 인터넷을 해방해주는 것이어야 한다. 때문에 인터넷에 대한 제한이 행해진다면 그것은 후보자나 공공기관에 부정적이고 퇴폐적인 영향을 미치는 인터넷 활동에만 국한되어야 할 것이다. 말하자면 민주주의의 정치적 도구로서 인터넷이 제 역할을 하면서 발전되기 위해서는 원칙적으로 인터넷을 이용한 정치적 표현행위들을 제한으로부터 자유로운 상태로 두되, 부정부패행위를 억제하고 축소하기 위한 필요성이 있는 경우로 국한하여 제한의 예외를 인정해야 한다. 인터넷 선거운동에 대한 규제를 예외적인 현상으로 설정하고 자제한다면 이러한 바탕은 대의제에 식상하거나 변형된 유전자를 발현하는 기형적인 대의제의 모습을 단절해 낼 수 있게 함으로써 민주정치사회를 활기 있게 소생시킬 수 있는 새로운 방법이나 수단을 배양하게 될 것이다. 현실이 적실성 있게 반영되지 못한 법제의 입안은 가장 심각하고 근본적인 문제들을 초래하게 된다. 정책입안자나 입법기관들은 현행 선거법이 새로

57) 인터넷을 통한 정보공개와 원활한 의사소통, 대규모 사이버집단행동 등이 시민단체의 선거참여를 더욱 활성화시키는 요인이 되었었다는 점이 16대, 17대 총선의 가장 큰 특징이었다고 할 것이다.

이 등장한 표현방법이나 새로운 기술력에 의한 전자통신매체의 발달에 따라 발생하게 되는 제반의 문제들을 적절하게 해결해 낼 수 있는가를, 그러한 새로운 형태의 매체에 대한 국민적 합의를, 그리고 인터넷이라는 매체가 지니는 헌법적 가치를 염두에 두어야 한다.

▶ 주 제 어 ◀

공직선거법, 인터넷 선거운동, 인터넷 언론사, 인터넷 실명제, 정치적 표현의 자유

## 참고문헌

- 강경근, 인터넷언론과 선거, 헌법학연구 제9권 제3호(2003)
- 김기중, 공직선거법상 인터넷 표현행위에 대한 규제 제도와 그 문제점, 민주사회를 위한 변호사모임 토론회 자료집(2007. 6. 14)
- 김용철, 한국의 인터넷 선거운동과 법적 규제, 국제평화 제2권 2호(2005. 12)
- 김형준, 미디어와 인터넷 선거운동에 대한 평가, 2003년 한국정치학회 춘계학술회의 자료집
- 박정순, 익명성의 문제와 도덕규범의 구속력, 정보통신정책연구원 연구보고서(2004. 2)
- 성낙인, 인터넷시대의 언론매체 관련법제의 제문제, 인터넷·언론·법, 한국법제연구원(디지털경제법제 5, 2002)
- 신봉기, 정보통신법제와 선거, 공법학연구 제8권 2호(2007, 6)
- 연세대 동서문제연구원·서강대 국제지역연구소, 제17대 국회의원선거평가와 정책제안(2004)
- 유병길, 인터넷 선거운동 규제의 문제점과 개선방안, 선거논단(2005)
- 윤성이, 인터넷과 17대 총선, 시민정치학회보(2006)
- 이은우, 익명으로 말할 권리는 민주사회의 소중한 가치, 국회보(2004. 6)
- 정윤식, 인터넷 언론의 자유와 규제: 인터넷 언론의 규범과 법적 지위 문제를 중심으로, 강원대학교 사회과학연구 제42집(2003)
- 조성민, 신문법과 표현의 자유: 적극적 자유와 국가 개입 논리의 한계, 정보법학 제9권 제2호(2006)
- 조소영, 인터넷 선거운동에 대한 헌법적 고찰, 헌법학연구 제11권 2호(2005)
- 한국인터넷진흥원, 2005년도 상반기 정보화실태조사(2005)
- 한창민, OSP와 공직선거법 규제의 문제점, 민변 주최 토론회 자료집(2007. 6. 14)
- 황성기, 인터넷에서의 표현의 자유, 사이버커뮤니케이션학보 제3호(1998)
- , 인터넷신문의 법제화와 언론중재, 언론중재(2005, 여름)
- 황용석, 인터넷 언론의 법제화에 따르는 개념정의와 유형화의 문제, 언론재단 세미나 발표문
- Amy Constantine, Note, What's in a Name? McIntyre v. Ohio Elections Commission: An Examination of the Protection Afforded to Anonymous Political Speech?, 29 Connell L. Rev. 459(1996)

- Anne W. Branscomb, Anonymity, Autonomy, and Accountability: Challenges to the First Amendment in Cyberspaces, 104 *Yale L.J.* 1639(1995)
- A. Michael Froomkin, Anonymity and Its Enmities, 1995 *J. Online L. art.* 4(1995)
- Brian C. McManus, Notes, Rethinking Defamation Liability For Internet Service Providers, 35 *Suffolk University. L. Rev.* 647(2001)
- Caroline Goemans, Anonymity on the Internet: concept and legal aspects, WORKSHOP APES, April 19(2001)
- David Stevenson, Note, A Presumption Against Regulation: Why Political Blogs Should Be(Mostly) Left Alone. 13 *B. U. Science & Technology Law* 74(2007)
- George P. Long III, Comment, Who Are You?: Identity and Anonymity in Cyberspace, 55 *U. Pitt. L. Rev.* 1177(1994)
- Greg Miller & Esther Schrader, Internet's Role in Campaigns Still Limited, *L.A. Times*, Oct. 28, 1998
- I. Trotter Hardy, The Proper Legal Regime for "Cyberspace," 55 *U. Pitt. L. Rev.* 993(1994)
- Jeffrey M. Ayres, From the Streets to the Internet: The Cyber-Diffusion of Contention, 566 *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 132(1999)
- Jennifer B. Wieland, Note: Death of Publius: Toward a World Without Anonymous Speech, 17 *Journal of Law & Politics* 589(2001)
- Lawrence Lessig, The [Path of Cyberlaw](#), 104 *Yale L.J.* 1743 (1995)
- Mark S. Bonchek, Grassroots in Cyberspace: Using Computer Networks to Facilitate Political Participation, Working Paper 95-2.2: Midwest Political Science Association, April 6, 1995
- R. Hayes Johnson, Jr., Note, Defamation in Cyberspace: A Court Takes a Wrong Turn on the Information Superhighway in *Stratton Oakmont, Inc. v. ProdigyServices Co.*, 49 *ARK. L. REV.* 589(1996)
- Ryan Z. Watts, Independent Expenditures on the Internet: Federal Election Law and Political Speech on the World Wide Web, 8 *CommLaw Conspectus* 149(2000)
- Saul Levmore, The Anonymity Tool, 144 *University of Pennsylvania L. Rev.* 2191(1996)

- Sharon K. Santern, *In for a Calf is Not Always in for a Cow: An Analysis of The Constitutional Right of Anonymity as Applied to Anonymous E-Commerce*, 29 *Hastings Const. L.Q.* 527(2002)
- 정중섭, *헌법연구1*(서울: 박영사, 2001)
- 최낙진, *인터넷신문: 정보화사회의 저널리즘과 인터넷 신문의 생존전략*, 세계사(2000)
- 황용석, 김재영, 정연정, *인터넷시대의 새로운 정치환경*, 커뮤니케이션북스(2000)
- 허영, *한국헌법론*(서울: 박영사, 2007)
- Alexander Meiklejohn, *POLITICAL FREEDOM: THE CONSTITUTIONAL POWERS OF THE PEOPLE*(1960)
- Gary W. Selnow, *ELECTRONIC WHISTLE-STOPS: THE IMPACT OF THE INTERNET ON AMERICAN POLITICS*(1998)
- Isaiah Berlin, *FOUR ESSAYS ON LIBERTY*(1969)
- K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 제1권 제2판(1984)
- Group Foxtrot, *FREEDOM OF SPEECH ON THE INTERNET*, Korea Advanced Institute of Science and Technology
- L. Detweiler, *IDENTITY, PRIVACY, AND ANONYMITY ON THE INTERNET*(1993)

## 국문초록

기존의 선거환경에 커다란 변화를 가져온 새로운 변수로 등장한 인터넷의 매체적 특성과 기능상의 이유들로 인해 앞으로도 정치적이고 민주적인 수단으로서 인터넷의 가치는 계속 증대되어 갈 것이고, 따라서 인터넷은 철저한 헌법정신의 전제하에 법제도 안으로 수용하고 발전시켜야 하는 현대 문명의 대표적인利器이다. 인터넷 선거운동의 합리적인 제도화는 인터넷이 대의제 선거제도의 한계를 극복할 수 있는 유효한 장치로 기능하게 하는 것이지만, 현행 우리 공선법상의 인터넷 관련 규정들은 선거의 공정과 부정선거행위의 방지에 더 골몰하여 인터넷의 매체적 특성을 간과함으로써, 인터넷으로 인하여 기본권 주체들이 향유할 수 있는 표현권의 증대를 오히려 지나치게 제한하는 문제점을 보여주고 있다. 이러한 문제의식을 바탕으로 하여 이 글에서는 현행 공선법상의 인터넷 관련규제 규정에 대하여, 첫째, ‘누구나’에게 허용된 정보통신망을 이용한 선거운동의 면에서 ‘누구나’에서 소외되는 一部の 헌법적 의미와 헌법이 허용하는 ‘그들’에 대한 국가의 역할론을 논의하고, 둘째 공선법상의 ‘인터넷 언론사’ 규정에 있어서 개념 구분을 위한 판단기준의 불명확성과 개념 규정의 포괄성의 문제로 나누어 검토하며, 셋째 인터넷 실명제의 문제와 관련하여 익명성의 헌법적 의미를 전제로 하여 선거에서의 인터넷 실명제 강제규정에 관한 헌법적 검토를 하였다.

## ABSTRACT

The U.S. Supreme Court characterized the internet as “a unique and wholly new medium of worldwide human communication” with no single individual or organization in control. Unlike broadcast media, the internet is more akin to a group of individuals sitting in a room talking; anyone with computer can put a message online. The internet and other interactive services should remain unfettered by regulation to preserve the competitive free market that exists there. The notion is that internet, in order to reach its full capability as a medium for information transfer, must be free from most obstruction. The internet, for the most part, has remained free of encumbrances.

I took an active approach to the applicability of existing election law and regulations to internet activities related election campaign. Most candidates in elections now have Web sites to provide information and communicate with supporters. In addition, many individuals create and maintain politically motivated Web sites to advocate issues that are close to their hearts. But the internet as an informational medium allowing mass communication of political speech present a complex puzzle in the election process. So this existing Election Law, through its regulations, should provide maximum protection for election-related fairness. The free expression made possible by the internet is a valuable tool for individuals to voice their opinions on issues and candidates. Any regulations that make it more difficult(or impossible) to take part in this exchange of ideas and opinions violate the Constitution. The internet will forever be a part of political activity and elections. Therefore, Internet related rulings in Public Office Election Law should be reasonable and deliberate method in consideration of characteristic of Internet as a new medium.

► **key words** ◀

Election Law, E-campaign, Internet as a Informational medium, Political Speech, Internet press