

헌법소원심판청구서

- 청 구 인 1. 손
2. 천
3. 이

위 청구인들의 대리인 **법무법인 정 물**

담당변호사 전 중 원

서울 강남구 대치동 889-11 대치빌딩 13층

전화 : 02) 2183 - 5706, 팩스 : 02) 2183 - 5566

청 구 취 지

“정보통신망이용촉진및정보보호에관한법률 제44의5 제1항 제2호와 정보통신망이용촉진및정보보호에관한법률시행령 제30조 제1항은 헌법에 위반된다.”

라는 결정을 구합니다.

침해된 권리

헌법 제21조 언론□출판의 자유, 제17조 사생활의 자유, 제11조 평등권,

침해의 원인

정보통신망이용촉진및정보보호에관한법률 제44의 5 제1항 제2호, 정보통신망이용촉진및정보보호에관한법률시행령 제30조 제1항

청 구 이 유

I. 사건의 개요

1. 청구인의 지위

청구인들은 2009. 12. 30., 2010. 1. 17.경 구글코리아(kr.youtube.com), 오마이뉴스(ohmynews.com), 그리고 와이티엔(ytn.co.kr) 등의 인터넷 게시판에 자신의 인적사항을 등록하지 않고 댓글 또는 게시글의 형태로 자신의 의견을 개진하고자 하였으나, “정보통신망이용촉진및정보보호에관한법률 제44의5 제1항 제2호와 정보통신망이용촉진및정보보호에관한법률시행령 제30조 제1항(“이 사건 법조항들’이라 합니다.)”에 의하여 이러한 권리를 침해받고 있는 사람들입니다.

2. 사건의 경과

가. 청구인들은 2009. 12. 30.과 2010. 1. 17. 구글코리아가 운영하는 사이트인 유튜브(kr.youtube.com) 게시판에 자신의 인적인 사항을 드러내지 않은 채 댓글 형식으로 의견을 개진하려고 시도하였습니다.

청구인들은 유튜브 게시판에 글을 올리기 위해서는 로그인을 하여야 하고, 로그인을 하기 위해서는 회원가입을 하여야 하지만 회원가입을 하기 위하여 반드시 자신의 실명이나 주민등록번호 등을 기입할 필요가 없는 것으로 알고 있었습니다.

그런데, 청구인들이 회원가입을 한 후 글을 쓰려고 하자 “본인확인제로 인하여 한국 국적 설정시 동영상/댓글업로드 기능을 자발적으로 비활성화 합니다. We have voluntarily disabled this functionality on kr.youtube.com. because of the Korean real name verification law.”라는 메시지가 뜨면서 청구인들은 글을 올리거나 의견을 개진할 수 없었습니다.

나. 한편, 청구인들은 2009. 12. 30.과 2010. 1. 17.에 오마이뉴스 (ohmynews.com)와 와이티엔(ytn.co.kr) 등의 기사를 읽고 자신의 의견을 반영하기 위하여 익명으로 글을 올리고자 하였으나, 위 두 사이트는 로그인을 하여야만 글을 올릴 수 있도록 되어 있고, 로그인을 하기 위하여는 실명으로 자신의 이름과 주민등록번호를 등록하여야만 하기 때문에 자신의 실명을 등록하지 않고서는 의견을 개진하거나 댓글을 달

수가 없었습니다.

다. 구글 코리아가 운영하는 유튜브 사이트에 본시 익명으로 의견을 개진함에 있어서 아무런 제한이 없었습니다. 그런데, '이 사건 법조항들'로 인하여 제한적 본인확인제의 대상 웹사이트가 확대됨에 따라 로그인에 실명을 요구하지 않던 구글 코리아는 기존의 로그인 시스템으로는 게시판에 글을 올릴 수 있는 기능을 더 이상 유지할 수 없게 되었으며, 이로 인하여 결국 청구인들은 익명으로 자신의 의견을 개진할 수 없게 되었던 것입니다.

한편, 오마이뉴스와 와이티엔의 경우, '이 사건 법조항들'로 인하여 로그인을 위하여는 이름과 주민등록번호 등의 인적사항을 기재하도록 하고, 게시판에 글을 올리거나 의견을 피력하기 위하여는 로그인을 하여야 하는 형태로 운영되는 것을 강제 받게 되어 '이 사건 법조항들'이 존재하는 한 청구인들이 위 두 사이트에 익명으로 글을 올릴 수 있는 가능성은 전무하다고 할 것입니다.

본시 2009. 1. 28. '이 사건 법조항들' 중 시행령이 개정되기 이전까지는 위 세 개의 웹사이트는 실명제의 대상이 되지 않았는데, 시행령 개정으로 인하여 제한적 본인확인제의 대상이 확대됨에 따라 위 세 개의 웹사이트들은 게시판에 글을 올리거나 하는 사람의 인적인 사항(성명, 주민등록번호)을 확인하여야 할 의무를 부담하게 되어 필연적으로 청구인들의 권리가 침해되게 된 것입니다.

II. 헌법소원심판의 요건

1. 관련 규정 - 공권력의 행사

가. 정보통신망이용촉진및정보보호에관한법률 제44조의 5 제1항 제2호의 규정

제44조의 5(게시판 이용자의 본인확인) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 게시판을 설치·운영하려면 그 게시판 이용자의 본인 확인을 위한 방법 및 절차의 마련 등 대통령령으로 정하는 필요한 조치(이하 "본인확인조치"라 한다)를 하여야 한다.

2. 정보통신서비스 제공자로서 제공하는 정보통신서비스의 유형별 일일 평균 이용자 수가 10만명 이상이면서 대통령령으로 정하는 기준에 해당되는 자

나. 동법 시행령 제30조의 규정

제30조 (정보통신서비스 제공자 중 본인확인조치의무자의 범위) ① 법 제 44조의5제1항제2호에서 "대통령령으로 정하는 기준에 해당되는 자"란 전년도 말 기준 직전 3개월간의 일일평균 이용자수가 10만명 이상인 정보통신 서비스 제공자를 말한다.

다. 시행일

위 법률조항은 2007. 1. 26. 공포되어 부칙에 의하여 6개월 후인 2007. 7. 26.부터 시행되고 있으며, 동법 시행령 제30조 제1항은 2009. 1. 28.부터 시행되고 있습니다.

2. 참고 결정례 - 99헌마480

가. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 전기통신사업법(1991. 8. 10. 법률 제4394호로 전문 개정된 것) 제53조, 같은 법 제71조 제7호(1996. 12. 30. 법률 제5220호로 개정된 것) 중 제53조 제3항 부분 및 같은 법 시행령(1991. 12. 31. 대통령령 제13558호로 전문개정된 것) 제16조이였습니다. 이 중 제53조 제3항의 규정은 아래와 같습니다.

“정보통신부장관은 제2항의 규정에 의한 통신에 대하여는 전기통신사업자로 하여금 그 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있다.”

나. 헌법심판의 요건에 대한 판단

헌법재판소는 전기통신사업법 제53조 제3항에 대한 헌법소원에 대하여 다음과 판시하였습니다.

“전기통신사업법 제53조 제3항은 정보통신부장관이 전기통신사업자로 하여금 불온통신의 취급을 거부, 정지 또는 제한하도록 명할 수 있다고 규정하고 있어, 이 조항으로 인한 기본권의 침해는 정보통신부장관의 명령이라는 집행행위를 매개로 하여 발생하게 된다. 그런데 이 조항으로 인해 실질적으로 표현의 자유를 규제받는 자는 청구인과 같은 이용자임에도 불구하고, 정보통신부장관의 명령의 상대방인 전기통신사업자가 아닌 제3자라는 이유로 행정소송의 제기를 통한 권리구제를 받지 못할 가능성이 있다. 그러므로 예외적으로 이 조항을 직접 헌법소원의 대상으로 삼을 수 있다고 봄이 상당하다.”

다. 검토

전기통신사업법 제53조 제3항의 규정은 ‘정보통신부 장관’이 ‘전기통신사업자’에게 시정을 명할 수 있도록 하고 있습니다. 동 규정을 문구대로 해석한다면 명령 및 처벌의 객체는 전기통신사업자입니다.

그럼에도 불구하고 헌법재판소는 실질적으로 표현의 자유를 제한받는 객체는 전기통신사업자가 아니라 제3자인 일반인이기 때문에 전기통신사업자가 아닌 전기통신을 이용하고자 하는 사람이 청구인이 될 수 있다는 전제하에서 위 헌법소원심판 청구를 적법한 것이라고 판시하였던 것입니다. 즉, 헌법소원심판 청구의 요건을 가림에 있어서 형식적인 문구가 아니라

청구인의 실질적인 기본권이 제한되는 것인지, 다른 구제절차가 있는지를 감안하여야 할 것입니다.

3. 이 사건 청구의 요건에 대한 검토

가. 기본권 침해의 자기관련성□현재성

청구인들은 ‘이 사건 법조항들’로 인하여 구글코리아(kr.youtube.com), 오마이뉴스(ohmynews.com), 그리고 와이티엔(ytn.co.kr) 등의 인터넷 게시판에 익명으로 글을 게재할 수 있는 권리를 현재 침해당하고 있습니다.

‘이 사건 법 조항들’은 실명확인 의무를 정보제공게시판운영자에게 부과하고 있으나 실명을 공개하고 확인받아야 하는 실질적인 의무는 그 이용자에게 부과되므로, 그 규제의 법적 구조는 법 규정 정보제공게시판운영자 이용자의 삼각구도로 짜여 있어, 명령 및 처벌의 대상자는 정보제공게시판 운영자이나 그로 인하여 실질적으로 표현의 자유를 침해받는 자는 이용자가 되는 구조입니다.

게시판 제공자들이 게시판에 글을 올리도록 하는 사람의 본인확인조치를 하여야 하는 것과 게시판에 글을 올리도록 하는 사람이 익명으로 글을 올릴 수 없는 것은 동전의 양면과 같은 것으로 누구의 관점에서 보느냐의 차이에 불과할 뿐입니다. 따라서, 동법 제44조의 5 제1항의 규정의 형식적

인 문구에도 불구하고 청구인의 자기관련성은 인정된다고 할 것입니다.

헌법재판소는 “공권력 행사 또는 불행사의 직접적인 상대방만이 이에 해당한다고 할 것이고, 공권력의 작용에 단지 간접적□사실적 또는 경제적 이해관계가 있을 뿐인 제3자인 경우에는 자기관련성은 인정되지 않는다.”고 하나, 이는 기본권 침해가 아닌 사실상의 불이익을 당하는 경우를 이르는 것으로 이 사건 심판청구의 자기관련성과는 궤를 달리하는 것입니다.

나. 직접성

법률 또는 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 되기 위해서는 그 법률 또는 법률조항에 의하여 구체적인 집행행위를 기다리지 않고 법률 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우여야 합니다. 따라서, 대부분의 조세관련 법령과 같이 집행행위를 매개하고 있다면 그 집행행위에 의하여 기본권을 침해받았다고 할 것이지만, 집행행위를 매개하지 않는 법령은 그 법령 자체에 의하여 국민의 권리□의무가 영향을 받으므로 헌법소원의 대상이 된다고 할 것입니다.

헌법소원심판의 대상이 될 수 있는 법률은 그 법률에 기한 다른 집행행위를 기다리지 않고 직접 국민의 기본권을 침해하는 법률이어야 하나, 구체적인 집행행위가 존재하는 경우라고 하여 언제나 반드시 법률자체에 대한 헌법소원심판청구의 적법성이 부정되는 것은 아니며, 예외적으로 집행행위가 존재하는 경우라도 그 집행행위를 대상으로 하는 구체절차가 없거나

구제절차가 있다고 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없고, 다만 기본권 침해로 인한 청구인에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것밖에 되지 않는 경우 등으로서 당해 법률에 대한 전제관련성이 확실하다고 인정되는 때에는 당해 법률을 헌법소원의 직접 대상으로 삼을 수 있다(헌재 1992. 4. 14. 90헌마82, 판례집 4, 194, 203; 헌재 1997. 8. 21. 96헌마48, 판례집 9-2, 295, 303-304)고 할 것입니다.

‘이 사건 법조항들’은 게시판 제공자들에게 게시판에 글을 올리고자 하는 사람이 누구인지 이를 확인할 의무를 부과하고 있습니다. 이는 곧 청구인들과 같이 익명으로 게시판에 글을 올리고자 하는 사람의 권리를 제한하는 것입니다. 게시판 제공자들의 거부행위는 위 법조항에 의하여 직접적으로 이루어진 것으로 어떠한 집행행위도 중간에 개입되어 있지 않습니다. 또한, 게시판 제공자들의 거부행위를 별개의 집행행위로 볼 수도 없을 것입니다. 결국, 청구인들은 위 법조항에 의하여 직접적으로 기본권을 침해당하고 있다 할 것입니다.

다. 보충성

헌법재판소법 제68조 제1항 후단은 “다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 거친 후가 아니면 청구할 수 없다.”라고 규정하고 있는데, 이 사건 법률조항의 위헌여부를 다투는 본 심판청구에 있어서 일반법원에 소를 제기하여 구제받을 수 있는 절차가 존재하지 않는다고 할 것입니다.

라. 권리보호이익

청구인들은 이 사건 법률조항으로 인하여 게시판에 익명으로 글을 쓰고, 의견을 피력할 권리를 침해당하고 있는 바, 위 조항들이 위헌으로 결정될 경우 청구인은 위와 같은 권리의 제한에서 벗어날 수가 있으므로 이 사건 심판청구는 권리보호이익이 있다 할 것입니다.

마. 청구기간

헌법재판소법 제69조 제 1항은 “제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다.”하여 청구기간에 대하여 규정하고 있습니다.

법령에 대한 헌법소원의 청구기간은 그 법령의 시행과 동시에 기본권을 침해당한 자는 그 법령이 시행된 시점을 기준으로, 법령이 시행된 후 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 경우에는 그 사유가 발생한 시점을 기준으로 하여야 할 것이며, 법령시행일을 청구기간 기산일로 하는 것이 기본권구제의 측면에서 부당하게 청구기간을 단축하는 결과가 되거나, 침해가 확실히 예상되는 때로부터 기산한다면 오히려 기산일을 불확실하게 하여 청구권의 유무를 불안정하게 하는 결과를 가져올 경우 등에는, 법령시행일이 아닌 법령이 적용될 해당사유가 발생하여 기본권침해가 비로소 현실화된 날부터 기산함이 상당하다고 할 것입니다.

청구인들은 2009. 12. 30.과 2010. 1. 17. 유튜브, 오마이뉴스, 와이티엔 등의 웹사이트에 익명으로 글을 올리고자 하였으나 '이 사건 법조항들'로 인하여 자신의 권리가 제한받고 있다는 것을 알게 되었습니다. 따라서, 청구인들이 자신의 기본권이 침해되고 있다는 사실을 안 날로부터 90일이 경과하지 않았으므로 이 사건 청구는 청구기간을 준수한 것입니다.

한편, 이 사건 심판청구에 있어서 동법 제44조의 5 제1항 제2호와 동법 시행령 제30조 제2항은 일체로서 청구인의 권리를 제한하는 공권력의 행사에 해당한다고 할 것입니다. 위 조항들이 하나의 규범으로 작용하여 청구인의 권리를 제한하고 있다 할 것이므로, 위 조항들을 분리하여 논할 수는 없는 것입니다. 따라서, 동법 시행령 제30조 제2항이 시행된 2009. 1. 28.부터 기산하여도 이 사건 심판 청구는 침해의 원인이 발생한 날로부터 1년을 경과하지 않았으므로 청구기간을 준수한 것입니다. 결국, 이 사건 심판 청구는 어느 모로 보나 청구기간을 준수한 것입니다.

바. 소 결

이 사건 심판 청구의 규제의 구조는 헌법재판소가 2002. 6. 7. 99헌마480 사건에서 위헌을 선언한 '전기통신사업법 제53조'의 '불온통신' 규정의 규제 구조와 동일합니다. 즉, 명령 및 처벌의 객체와 표현의 자유를 제한당하는 객체가 분리될 뿐 궁극적으로는 처벌의 담보 하에 표현의 자유에 대한 규제가 행하여지고 있는 것입니다. 또한 게시판 이용자는 위 '불온통신'

사건에서와 마찬가지로 규제조치의 상대방이 아닌 제3자이기 때문에, 절차에의 참여, 소송의 제기 등 권리구제의 면에서 어려움을 겪게 되는 구조로 되어 있습니다. 위 헌법재판소 결정례에 의할 경우에도 이 사건 심판청구는 자기관련성, 직접성 등의 요건을 충족한 것이라고 할 것이며, 그 밖에 현재성, 보충성, 권리보호의 이익, 청구기간 등의 요건을 모두 갖추어 이 사건 심판청구는 적법하다 할 것입니다.

III. 제한적 본인확인제의 의미

1. 이 사건 법 조항들의 입법취지

가. 동법 제44조의 5 제1항 제2호의 입법취지

과학기술정보통신위원장 2006. 12. 21. 제안된 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 일부개정법률안(대안)’은 동법 제44조의 5의 신설이유를 “정보통신망을 이용한 신규서비스의 보급 및 이용 확산 등 정보통신 환경의 변화에 따라 새롭게 등장하는 개인정보침해 문제에 적극 대처하기 위하여 개인정보의 수집□이용□제공 등에 관한 절차를 강화하고, 정보통신망의 특성상 익명성 등에 따라 발생하는 역기능 현상에 대한 예방책으로 사회적 영향력이 큰 정보통신서비스제공자와 공공기관의 책임성을 확보□강화하기 위하여 제한적인 본인확인제도를 도입하며,”라고 하고

있습니다.

나. 동법시행령 제30조 제1항의 개정취지

한편, 동법 시행령(대통령령 제21278호) 제30조의 개정문에서는 개정이유를 “본인확인조치 의무대상 사업자를 확대하여 제한적 본인확인제의 실효성을 높일 수 있도록 하는 등 현행 규정의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것임”이라고 하고 있습니다. 덧붙여 “1) 현행 본인확인제는 포털, 인터넷언론, 전문손수제작물매개서비스(UCC) 등의 특정 서비스 유형에 한정적으로 시행하고 있어, 인터넷 게시판을 통한 익명성으로 인한 역기능이 서비스 유형에 관계없이 모든 게시판에서 발생하고 있는 점을 고려할 때 본인확인제도의 실효성이 떨어지는 문제가 있음. 2) 본인확인조치 의무자의 범위를 전년도 말 기준 직전 3개월간의 일일평균 이용자수가 10만명 이상인 정보통신서비스 제공자로 확대함. 3) 본인확인조치 의무자의 범위가 확대됨에 따라 건전한 인터넷 게시판 이용문화의 조성을 도모하고, 이용자의 자기책임성이 높아질 것으로 기대됨.”이라고 기술하고 있습니다.

2. ‘제한적’ 본인확인제

정보통신망이용촉진및정보보호에관한법률 제44조의 5에 의하면, 동법이 정하는 인터넷사업자는 자신의 게시판에 이용자가 댓글을 포함한 모든 종류의 콘텐츠를 올릴 때 반드시 이용자의 실명을 포함하여 이용자의 신원을

확인할 수 있는 정보를 이용자로부터 취득하여 보관하여야 합니다.

최근까지는 시행령에 의하여 이 법이 적용되는 인터넷사업자는 일일평균 이용자 수 30만명 이상의 포털서비스업자, 20만명 이상의 인터넷언론서비스업자 및 30만명 이상의 UCC서비스업자들의 웹사이트로 한정되어 있었으나 정부는 2009년 1월 위 법 시행령의 전부개정을 통하여 이 제도의 적용범위를 일일평균 사용자 10만명 이상의 사이트로 확대하였습니다. 이렇게 하여 청구인들이 글을 게재하고자 시도하였던 유튜브, 오마이뉴스, 와이티엔 등을 비롯하여 Daum, 네이버, 오마이뉴스와 같은 인터넷언론 뿐만 아니라 싸이월드 등의 대부분의 영리 웹사이트에 실명제가 적용되게 되었습니다.

이와 같이 웹사이트에 글이나 기타 콘텐츠를 올리려는 사람은 반드시 자신의 신원을 확인할 수 있는 정보를 올리도록 하는 것을 “실명제”라고 한다면, 본인확인정보가 콘텐츠의 열람자들에게 그대로 보여지는 순수실명제와 달리 그 콘텐츠가 게시되는 정보통신서비스제공자에게만 제공되는 제도는 “제한적 본인확인제”라고 부릅니다.

이와 같이 수집된 본인확인정보는 경찰이나 검찰이 인터넷상에서 수사대상 게시물을 발견하고 그 게시자의 신원확인을 정보통신서비스제공자에게 요청하면 이를 요청한 수사기관에 전달될 가능성을 가지고 있는 것입니다.

3. ‘강제적’ 본인확인제

실명제는 여러 가지 형태를 띌 수 있으며 여러 웹사이트들이나 게시판들이 운영자들의 자발적인 선택에 의해 다양한 형태의 실명제로 운영될 수 있으며 많은 인터넷이용자들이 역시 자발적인 선택에 의해 이 웹사이트 및 게시판에 가입하여 실명을 공개하며 이용하고 있습니다. 또 이 사건 법조항들에 의하여 제한적 본인확인제 실시의무가 적용되는 서비스제공자들 중에는 이 법적 의무와 관련 없이 제한적 본인확인제를 자발적으로 실시하는 경우도 있을 것이며 이용자들 중에도 역시 많은 이들은 본인확인 의무에 개의치 않는 사람도 있을 것입니다.

국가가 제한적본인확인제를 상위 인터넷사업자들에게 의무화함으로써 이들의 서비스를 통해 타인들과 소통하고자 하는 인터넷이용자들에게 본인 확인의무를 강제하고 있다는 것 또한 큰 문제라고 할 것입니다. 제한적 본인확인제가 상위 인터넷사업자들에게 의무화되는 한, 인터넷이용자들이 상위 인터넷사업자들의 서비스를 통해 타인들과 익명으로 소통할 자유가 공권력에 의한 제한되는 것입니다.

IV. 익명표현의 자유 침해

1. 익명 표현의 자유의 의의

가. 익명 표현의 자유의 역사적 배경

역사 속에서 익명권 그리고 자신의 이름을 자유롭게 지을 수 있는 권리는 표현의 자유의 한 부분으로서 보호되어 왔습니다. 익명권이 보장되어야 민주주의가 필요로 하는 진정한 토론이 보장된다고 할 수 있습니다. 처음 미국독립의 아이디어를 활자화한 Thomas Payne의 Common Sense는 영국정부의 탄압을 피해 An English Man이라는 익명으로 출간되었습니다.

미국의 독립 후에는 국가조직에 대한 토론을 위해 Alexander Hamilton을 비롯한 연방주의자들은 Federalist Papers을 Publius라는 익명으로 출간하였습니다. 이것은 정부의 감시의 눈을 피하기 위해서보다는 실명의 인지에서 발생하는 예단의 피해를 막기 위해서입니다. 가장 대표적인 예로 '폭풍의 언덕'의 저자 에밀리 브론테는 여성작가들에 대한 편견을 피하기 위해 Acton Bell이라는 필명을 사용하였습니다.

이외에도 시대의 편견과 권력의 감시를 피하여 자유로운 비평과 예술활동을 하기 위해 필명을 사용한 자들은 "몰리에르", "볼테르", "졸라", "트로츠키", "조지 오웰" 그리고 벤자민 프랭클린, 사드 백작, "오헨리", "조르주 상드", 심지어는 아이작 뉴턴도 있습니다.

나. 익명표현의 자유와 관련한 미국법원의 판결

미국에서는 구체적으로 1996년 조지아주 의회가 제정한 인터넷실명법이 ACLU 대 Miller사건에서 연방지방법원에 의해 위헌결정을 받은 바 있습

니다. 이 결정은 매우 당연시 되었는데 그 이유는 이에 앞서 미연방대법원이 1995년에 McIntyre 대 Ohio사건에서 선거홍보자료에 실명을 표기할 것을 의무화한 오하이오주 선거법을 위헌처분하면서 이때 익명권(right to anonymity)을 표현의 자유의 한 부분으로서 확립하였기 때문입니다.

McIntyre사건에서는 오하이오주 선거법은 '특정 이슈의 채택이나 배제를 주장하기 위해 일반배포를 위한 간행물을 작성하는 자는 누구나 그 간행물의 잘 보이는 곳에 자신의 성명과 주소를 기입하여야 한다.'라고 되어 있었고 피고는 학교재정확충을 위한 새로운 세금제도에 대해 의견을 표명하기 위해 "관심있는 부모들과 납세자들(concerned parents and tax payers)"의 명의로 홍보지를 만들어 배포하였었고 이에 대해 McIntyre대법원이 익명권을 침해한다며 위헌을 선언한 것입니다.

미연방대법원은 60년대의 NAACP 대 Alabama사건들과 80년대의 Brown 대 Socialist Workers사건에서 이미 공권력이 인권단체 및 진보정당에 구성원 명단을 요구한 것에 대해 위헌판단을 내린 적이 있었습니다. 즉 McIntyre법원은 정당이나 단체의 이름을 그 정당이나 단체의 구성원들이 공동으로 사용하고 있는 '가명'의 역할을 하고 있다고 보았을 때 구성원 명단을 요구하는 것은 정당 및 단체의 이름의 뒤에 숨은 사람의 '실명'을 요구하는 것과 같다고 본 것입니다. 전자가 이미 위헌 판정을 받았으므로 당연히 오하이오주 선거법이 '실명'을 요구하는 것 역시 위헌이라고 볼 수 있었던 것입니다.

인터넷실명제가 90년대에 위헌판정을 받게 된 법리의 원천이 60년대 및 80년대의 인권단체들과 진보정당의 활동을 보호하기 위한 판례들이었다는 점은 익명권이 가지고 있는 민주주의와의 내밀한 관계를 시사한다고 할 것입니다.

다. 익명 표현의 자유 제한의 모습

익명권에 대한 제한이 없는 것은 아닙니다.

첫째 저작권침해, 명예훼손, 음란물 등과 같이 표현의 발화자를 확정하지 않고도 이미 위법성이 명백한 경우에 이 표현의 발화자를 확인하기 위해 인터넷서비스 제공자에 대해 문서제출명령을 신청한 것에 대해 DC지구연방항소법원은 인용결정을 내렸습니다. 하지만 이것은 표현물의 발화 자체를 익명으로 한 것에 대해 문제 삼은 것이 아니라 이미 다른 이유로 불법임이 확인된 표현물에 대한 사법절차의 한 부분으로 이루어진 것입니다.

둘째 오프라인 상의 익명권은 행위를 동반할 수 있기 때문에 제약될 수 있습니다. 독일과 미국의 몇몇 주에서는 오래 전부터 복면착용금지법을 제정하여 Ku Klax Klan과 같이 과격한 인종주의 단체들이 공공장소에서 자신들의 인종혐오를 표명하는 것을 통제하기 위해 자신의 정체를 숨기기 위해 가면 등을 쓰는 행위를 금지하여왔습니다. 그러나 이와 같은 행위는 익명권의 행사와는 다릅니다.

과격한 인종주의 단체들이 공공장소에서 시위나 행진을 할 때는 이들의 시위나 행진 자체가 공공의 심리적 안정에 위협이 될 수 있으며 이와 같은 위협은 이들이 자신의 정체성을 숨길 수 있게 되면 더욱 용이하게 폭력들을 행사할 수 있다는 인식 때문에 더욱 심대해집니다. 즉 마스크를 쓰고 밖에 나오는 자체가 '싸움을 거는 말(fighting words)'과 비슷한 행위이며 바로 그 공공장소에 나와 있는 시민은 폭력의 피해자가 될 수 있기 때문에 익명성이 제약될 수 있는 것이지 타인에게 그 자체로 어떤 물리적 심리적 영향을 주지 않고 타인의 설득을 통해서만 어떠한 효과를 기대할 수 있는 표현을 익명으로 발화하는 것과는 차원이 다르다 할 것입니다.

미국에서 인터넷상의 익명권에 대한 제한을 주장하는 학자들도 대부분 인터넷의 게시물 보다는 스팸메일과 같이 개인의 영역을 침범하는 행위성 표현에 대한 우려 때문에 이와 같은 견해를 표명하였던 것으로 보입니다. 도리어 이들 학자들의 견해 표명 이후에 나온 McIntyre 대법원 판결은 익명권이 절대적으로 보호되어야 할 표현의 자유의 한 부분임을 명확히 하였던 것입니다.

라. 입법례

실제로 외국의 다른 나라들에서도 본인확인제(real name registration) 도입을 시도하였으나 중국을 제외하고 제대로 도입한 주요 국가는 없습니다. 오히려 프랑스는 2000년도에 인터넷상의 익명권을 확정된 법률(The Law on the Freedom of Communication of September 30, 1986, as amended on June 16, 2000)을 제정하였습니다.

마. 익명표현의 자유의 헌법적 근거

표현의 자유는 사상이나 의견을 외부에 표현하는 자유로서 ‘현대 자유민주주의의 존립과 발전에 필수불가결한 기본권이며 이를 최대한도로 보장하는 것은 헌법의 기본원리의 하나’(헌재 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.

자신의 신원을 밝히지 않은 채 익명 또는 가명으로 자신의 사상이나 견해를 표명하고 전파할 자유, 즉 ‘익명 표현의 자유’는 우리 사회에 그렇게 익숙한 주제는 아니나, ‘익명 표현의 자유’가 헌법에 의해 보호되는 권리라는 점에 다른 의견은 없는 것으로 보입니다.

바. 익명표현의 자유의 가치

사실 외국의 예를 들먹이지 않아도 일제강점기와 군사독재정권 시절 탄압을 피해 독립과 자유를 주장한 수많은 익명의 글들을 보면, “편집부”라는

이름으로 발간된 수많은 책들이 떠오릅니다. 사실 표현의 자유가 핵심적으로 보호하려는 것은 권력자나 다수로부터 핍박받는 표현이지 누구에게나 사랑받는 표현이 아닐 것입니다. 그렇다면 익명은 시대의 편견이나 권력자의 탄압을 피하기 위해 동원되는 것일진대 익명으로 말할 자유는 표현의 자유라는 규범이 보호해야 할 대상 중에서 가장 핵심적이고 가장 가치있는 것이라고 할 수도 있는 것입니다.

‘익명 표현의 자유’는 억압적이고 권위주의적인 정부규제나 사회규범 아래에서 그 빛을 발하게 되며, 사회적 약자나 소수자에게 있어서 익명표현의 자유는 중요한 의미를 지닙니다. 또한 온라인에서 익명표현의 자유는 흔히 오프라인 세계에서 엘리트연사가 담론을 지배하는 것을 가능하게 해주는 여러 신분징표들, 예를 들면 인종, 계층, 성, 출신민족, 나이 등을 숨길 수 있도록 하여 누구나 사회적 담론을 주도할 수 있는 가능성을 열어줍니다.

위와 같은 ‘익명 표현의 자유’의 가치와 중요성을 보다 구체적으로 살펴보면,

첫째, 익명표현은 소수자나 약자가 그들에게 드리워진 편견에 맞서 사회를 향해 발언할 수 있도록 용기를 북돋워 주는 방패의 역할을 해 왔습니다. 사회의 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 조용하여 사회가 발전해 나가는 데 꼭 필요한 사회발전의 촉매제 역할을 합니다. 이런 소수의 의견이 다수의 힘과 편견 앞에

서 주목되지 않고 발표되어 사상의 시장에 유통되도록 하는 데 익명표현은 절대적인 역할을 합니다.

둘째, 익명표현은 효과적인 의사전달의 수단이 되기도 합니다. 발언은 발언의 내용보다 발언자의 사회적 지위에 의해서 의미가 해석되기 쉬운데, 이 경우 익명표현은 발언의 진의가 왜곡되지 않고 가장 정확하게 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 내부고발은 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 청산하는데 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 익명표현물은 규제되어야 할 비겁한 글쓰기가 아니라, 옹호되어야 할 민주주의의 전통인 것입니다.

특히 가장 참여적인 시장이며 표현촉진적인 매체라는 인터넷의 특징은 인터넷의 접근성과 익명성이라는 열린 구조에서 기인하는 것이므로, '익명 표현의 자유'는 더욱 중요하다고 할 수 있습니다.

2. 익명표현의 자유의 침해

가. 서 설

'이 사건 법조항들'은 인터넷 게시판 이용자가 그 게시판에 글을 쓰기 위해서는 반드시 '본인확인조치'를 받도록 하고 있어 청구인들의 '익명 표현의 자유'를 제한하고 있음은 명확하다고 할 것입니다. 그렇다면, 이 사건 법률조항의 익명 표현의 자유에 대한 제한이 과잉금지의 원칙에 위배되는지가 문제된다고 할 것입니다.

나. 제한적 본인확인제의 목적

현재 인터넷실명제를 지지하는 사람들은 그 근거로서 인터넷에 수없이 올라오는 소위 '악성댓글' 또는 '악플' 및 실제로 게시물 자체가 법적 처벌대상에 이르는 명예훼손, 저작권침해 등을 일으키는 경우들을 언급하고 있습니다. 인터넷실명제는 '악성댓글' 및 법령 위반자의 색출 및 추적을 용이하게 하여 '악성댓글'의 게시자는 자신의 정체가 공개될 때 느끼게 될 수치심에 대한 공포 그리고 불법게시물 게시자는 자신의 정체가 공개될 때 당

하게 될 법적 책임에 대한 공포를 느끼도록 하여 언어순화는 물론 법준수를 강화하겠다는 취지로 설명됩니다.

다. 방법의 적절성 여부

제한적 본인확인제 또는 인터넷 실명제의 실시가 불법게시물을 줄이는 효과적인 방법인지가 문제된다고 할 것입니다.

실제로 우리나라는 제한적 본인확인제를 2007년 7월22일에 도입했는데 이 제도가 적용된 웹사이트에서 욕설이 없어진다거나 의미있게 줄어들지 않았습니다. 2007년 10월 4일 국정브리핑을 통해 정보통신부는 2007년 7월 22일에 제한적 본인확인제가 실시된 이후로 악성댓글이 15.8%에서 13.9%로 줄었다는 것이 유일한 연구결과인데 이마저도 조사의 대상이었던 디시인사이드 측은 조사대상 게시판이 외부적인 이유로 댓글 자체가 18% 줄어든 것이지 악성댓글의 비율이 줄어든 것이 아니라고 해명하였습니다(2007년 10월 11일 미디어오늘).

도리어 실명제를 전혀 사용하지 않는 미국의 웹사이트를 보면 욕설이 많이 보이지 않는데 그 이유는 이용자의 분신인 사이버인격에 책임을 지도록 하기 때문입니다. 즉 익명제 하에서도 게시물은 특정 아이디와 결부되어 올려지는데 사이버 상의 언행에 대해서는 그 아이디가 대표하는 사이버인격이 책임을 지게 할 수 있는 것입니다. eBay를 보면, eBay에 물건을 사고 팔기위해 실명을 쓰지 않습니다. 각 아이디를 통해 이루어진 거래내역에 대해 신뢰성에 대한 등급이 매겨지고, 그 등급은 eBay의 다른 사용자

들에 의해 투표로 매겨지는데 중요한 것은 이와 같은 소비자들의 평가 역시 익명으로 이루어진다는 점입니다. 이렇게 되면 등급이 낮은 아이디와는 소비자들이 거래를 피하게 되는 것입니다. 실명제 없이도 사이버인격에게 거래에 대한 책임을 지우는 것으로 실제인물에 책임을 지우게 되는 것과 동일한 효과를 볼 수도 있는 것입니다. 확실한 것은 욕설을 줄이는 방법은 욕을 한 사이버인격의 실명을 아는 것이 아니라 그 욕설에 대해 책임을 사이버인격에 지우는 것입니다. 그리고 그 책임을 사이버인격에 가장 빨리 효과적으로 지우는 길은 다른 네티즌들이 자유롭게 논평을 할 수 있도록 하는 것이고 이를 위해서는 익명성이 필수불가결하다고 할 것입니다.

구글(Google)은 2009년 1월 제한적 본인확인제의 적용범위가 확대되면서 새로이 적용범위에 해당되자, 구글의 대표적 게시판인 유튜브(Youtube)의 게시 기능을 없애면서까지 실명제 적용을 거부하였습니다. 이에 대해 제한적 본인확인제에 대한 논란이 진행되었고, 이 논란에서 제한적 본인확인제에 대한 원칙적인 반대로서 제기되고 있는 구호인 ‘익명성이 웹의 정신’이라는 말까지 나왔습니다.

먼저, 실명확인제를 시행한다고 하여 “책임있는 의견”이 개진되거나 위법한 표현행위가 감소할 것이라고 기대할 수 없고 실제로 실명확인제를 시행한 이후 시행 이전에 비하여 책임있는 의견이 늘었다거나 위법한 표현행위가 감소하였다는 근거는 전혀 없습니다.

다음으로, 실명확인제는 위법한 표현행위자를 사후에 추급하는데 거의 실효가 없습니다. 가장 대표적으로 타인의 주민등록번호를 도용한 이용자의

경우 실명확인제는 아무런 대책이 없고, 이 때문에 오히려 타인의 주민등록번호 도용행위를 조장하는 결과를 가져올 뿐입니다.

정보보호진흥원의 발표에 의하면, 2005년 18,206건의 개인정보침해 신고건수 중 9810건인 54%의 신고가 주민등록번호 도용에 관한 것이었으며, 같은 기관이 2004년 초에 발표한 자료에 따르면 인터넷 이용자 2명 중 1명은 타인의 주민등록번호를 도용했던 경험이 있으며 이들 중 절반 이상이 계속 타인의 주민등록번호를 사용하겠다는 의사를 밝혔다고 합니다. 여기서 타인의 주민등록번호를 도용하는 가장 주된 이유가 자신의 주민등록번호의 유출을 우려해서라는 점도 시사하는 바가 크다고 할 것입니다.

라. 침해의 최소성 원칙 위반여부

(1) 실질적인 사전 검열이거나 '기본권의 사전제한'인 본인확인제

'이 사건 법조항들'은 표현의 내용에 대한 규제가 아닌 표현 방법에 관한 규제의 형식을 띠고 있지만, 실명을 확인받은 후에야 그 의사를 표현해야 하는 이용자는 스스로 조심하는 자기검열을 할 수밖에 없어, 실질적으로는 자유로운 의견표명을 사전에 제한하는 '실질적인 사전검열'로 기능한다고 보아야 합니다.

실사 이 사건 법률조항을 헌법이 금지하는 검열로 볼 수 없다고 하더라도,

앞에서 지적한 것처럼, 이 사건 법률조항은 표현 방법에 대한 규제인 듯한 외양을 띠고 있으나, 자유로운 의견표명을 사전에 제한하는 ‘표현의 자유에 대한 사전 제한’이라고 할 것이며, 인터넷언론의 게시판에 글을 쓰기 위해서는 자신의 실명을 반드시 확인받아야 한다는 의미는 곧 자신의 실명을 등록한 연후에 의견을 제시할 수 있다는 의미에서 일종의 ‘등록제’라 할 것이므로, “합리적인 공익상의 이유로 폭넓은 제한이 가능한 표현의 방법에 대한 규제”가 아니라 “중대한 공익의 실현을 위하여 불가피한 경우에 한하여 엄격한 요건하에 허용되는 표현내용에 대한 규제”로 보아야 할 것입니다.

(2) 모든 게시물에 강제적으로 적용되는 점

우리는 표현의 자유 보호의 한계를 헌법 제21조제4항의 ‘언론 출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다’는 것에서 찾고 있습니다. 그런데 실명제는 게시물이 타인의 명예, 권리, 도덕 및 윤리를 침해하는가에 상관없이 신원공개의무를 부과하고 있습니다.

실명제는 평소에는 신원공개의무를 가지고 있지 않은 사람들에게 그 사람이 인터넷 상에 글을 올린다는 이유만으로 그 내용에 관계없이 이전에는 적용되지 않았던 신원공개의무를 부과합니다. 이러한 의미에서 어떻게 보면 내용규제보다 더욱 심대하게 표현의 자유를 제약하는 것이라 할 것입니다.

예를 들어 명예훼손, 업무방해, 모욕죄 등에 대한 법규는 그 법규들이 보

호하고자 하는 공익이 있고 그 공익의 보호와 관련된 특정한 내용만이 규제된다는 의미에서 표현의 자유에 대한 침해가 정당화될 여지가 있습니다. 하지만 실명제는 이렇게 정당화될 여지가 없으며 이 점은 타인의 명예, 권리, 도덕 및 윤리를 전혀 침해하지 않는 게시물을 올리려는 사람의 입장에서 보면 더욱 명확해진다고 할 것입니다. 즉 헌법으로 보호되는 표현행위를 행사한다는 이유로 이전에 부과되지 않았던 법적 의무가 부과되는 것은 그 표현행위에 대한 심대한 제한이 될 수밖에 없는 것입니다.

(3) 기간제한 없는 제한

공직선거법 제82조의6 (인터넷언론사 게시판 대화방 등의 실명확인) 제1항은 “인터넷언론사는 선거운동기간 중 당해 인터넷홈페이지의 게시판 대화방 등에 정당 후보자에 대한 지지 반대의 글을 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.”고 규정하고 있어 익명표현의 자유와 정치적 의사 표현의 자유를 상당부분 제한하고 있습니다.

그런데, ‘이 사건 법조항들’은 위 법조항 보다 익명표현의 자유에 대한 제한의 정도가 훨씬 더 강화되어 있습니다. 위 법조항은 ‘선거운동기간 중에

만, 그리고 “정당후보자에 대한 지지 반대의 글을 게시하는 경우”에만 실명인증의무가 적용되고 있습니다. 이에 반하여 ‘이 사건 법률조항들’은 언제라도 어떠한 글을 게재하는 경우라도 반드시 본인확인절차를 거치도록 하고 있어 제한의 정도가 지나치게 과도하다고 할 것이어서 침해의 최소성 원칙에 반한다고 할 것입니다.

(4) 거의 모든 인터넷 웹사이트에 적용

이 사건 법률조항에 의해 실명확인 의무를 부담하는 ‘인터넷언론’의 범위가 제한적이라는 오해를 하기 쉽습니다. 하지만, 앞에서 지적했듯이, ‘인터넷언론’의 범위는 무척 광범위하며, 실제로 중앙선관위가 지정한 ‘인터넷언론’은 국내 대부분의 ‘포털사이트’, 국내 모든 언론사의 웹사이트, 이른바 ‘UCC동영상’을 매개하는 ‘판도라TV’를 포함하여 다수의 인터넷 이용자를 보유하고 있는 국내 대부분의 주요 인터넷 웹사이트를 포함하고 있으므로, 국내 인터넷 이용량의 80~90퍼센트를 장악하고 있을 것으로 추정되는 인터넷 포털사이트가 ‘인터넷언론’에 포함되어 있다는 사실만으로도 이 사건 법률조항이 국내 인터넷 웹사이트의 대부분에 적용되고 있다고 해도 틀린 지적은 아닙니다.

이렇듯, 이 사건 법률조항은 위법한 표현행위가 다수 발생할 수 있는 최소한의 범위에 해당되는 인터넷 웹사이트를 그 대상으로 하지 않고 있다는 점에서 표현의 자유를 제한하는 규제수단의 경우 최소한의 침해를 가져오는 수단을 선택해야 한다는 최소성의 원칙에 반합니다.

(5) 인터넷 IP 주소 등을 통한 추적의 가능

현재의 인터넷 환경에서 부족한 것은 오히려 ‘익명성’이라고 해야 할 정도로 인터넷 이용자를 추적하는 것은 항상 가능하기 때문에 ‘실명확인’을 별도로 요구할 실익은 거의 없습니다. 인터넷 이용자는 이용하고 있는 컴퓨터의 IP주소, 쿠키 정보 등에 의해 항상 흔적을 남기기 때문에 사후에 문제가 발생할 경우 얼마든지 추적하는 것이 가능하므로, ‘실명확인’이 ‘이 사건 법조항들’의 입법목적은 달성하기 위하여 필수적인 수단은 아니라고 할 것입니다.

마. 이익형량의 원칙

(1) 합법적인 글쓰기의 감소

어차피 의도적으로 불법게시물을 올릴 사람들의 대부분은 자신의 실명과 번호를 사용하지 않을 것입니다. 그리고 의도하지 않고 불법게시물을 올리는 자들은 어차피 영향을 받지 않을 것입니다. 일부 효과가 있을지는 모르겠지만, 오히려 합법적인 게시물에 쓰려는 사람들의 글쓰기가 줄어드는 것은 명약관화한 것이라고 할 것입니다. 왜냐하면 통상적으로 정상적인 사람의 경우, 본인이 합법적이라고 믿는 게시물이라고 할지라도 수사기관이 불법이라고 판단했을 때 받게되는 번거로움을 고려해야 하기 때문입니다.

강제적인 실명제사이트에서는 일부 불법게시물이 줄어들어 효과가 나타날지 모르겠으나 이와 함께 합법적인 게시물도 같이 줄어들 것이며 이 두가지는 서로 상쇄관계에 있다고 할 것입니다. 길거리 범죄를 막겠다는 길을 걷는 사람들 모두에게 명찰과 주민번호를 달고 다니도록 강제했을 경우에는 길거리 범죄는 줄어들어 효과가 나타날 수는 있을 것입니다. 하지만, 사람들은 길에 나가는 것 자체를 꺼려할 것입니다. 그렇게 되면 길거리 범죄는 많이 줄어들 것이지만 합법적으로 목적으로 길을 걷는 사람들도 줄어들 것입니다. 누구도 이와 같은 '길걷기 실명제'가 위헌판정을 받을 것임을 의심하지는 않을 것이며 제한적 본인확인제도 같은 맥락에서 바라보아야 한다고 할 것입니다.

(2) 제한적 본인확인제의 역효과 - 대형 개인정보유출사고 및 예방비용

우리나라의 실명제는 제한적 본인확인제의 방식으로 추진되고 있는데 이는 또 다른 위험을 안고 있다 할 것입니다. 제한적 본인확인제는 실명을 직접 사용할 필요는 없지만 포털측에 실명을 추적할 수 있는 정보를 접수시키도록 한 것입니다. 그런데, 이렇게 모여진 개인정보는 매년 반복된 대형유출사고에 노출되어 있습니다. 즉 주민등록번호 등 사이버 상의 명의도용을 가능케 하는 개인정보들을 한 군데에 대량으로 축적되도록 하여 현재 거의 매달 터지고 있는 대형개인정보 유출사고를 유발하고 있는 측면이 있다는 것을 부인할 수 없을 것입니다.

아이러니하게도 이 유출사고를 통해 다수의 주민등록번호들이 개인정보

암시장을 통해 유통되고 수많은 댓글 및 게시물들이 이들 주민등록번호들을 입수한 자들이 고용한 ‘알바’들에 의해 올려지면서 결국 인터넷게시물의 신뢰성이 도리어 악화되는 결과를 낳고 있습니다. 예를 들어, 영화관람권 판매사이트인 맥스무비가 자신의 사이트에서 관람권을 구매하지 않으면 영화에 대한 평점을 올리지 못하도록 한 것은 상당수 영화평점들이 다수의 사람들의 명의를 도용할 수 있는 개인정보를 입수한 ‘알바’들에 의해 올려졌다는 판단 때문인 것으로 보입니다. 이 조치를 통해 맥스무비의 영화평점은 참여자가 대폭 줄어 신뢰도는 높아졌을지 모르나 통계의 보편성 또는 대표성은 줄게 되었습니다.

‘실명제에 대한 몰입’이 아이러니하게도 사이버인격의 대량도용을 부추기며 ‘사이버 무책임’을 확산시켜 인터넷을 기반으로 한 다양한 문화산업이 더욱 선진화될 수 있는 길을 막고 있는 것입니다. 이와 같은 ‘사이버 무책임’ 현상은 양적 팽창에 비해 고급정보를 찾기가 어려운 우리나라의 인터넷이 빠져있는 무의식적 자기비하를 심화시키며, 인터넷의 꿈인 ‘박리다매식 유료화’는 점점 요원해지는 것은 물론 더욱더 인터넷의 댓글들의 품격을 저하시킬 뿐입니다. 뿐만 아니라 제한적 본인확인제는 해당 인터넷서비스업자들이 원치 않는 개인정보를 관리하면서 위와 같은 유출사고를 예방해야 하기 때문에 추가비용까지도 들여야 하는 것입니다.

(3) 공익과 사익의 형량

제한적 본인확인제가 달성하려는 공익적 목적과 표현의 발화자가 다른 방

법을 통해 해당 표현을 발화해야 할 때 감수하는 비용과 불편을 이익형량하여 정당성이 평가되어야 할 것입니다.

그런데 제한적 본인확인제를 정당화하는 공익적 필요는 존재하지 않습니다. 실명제 찬성론자들이 언급하는 침해구제의 용이성 및 이를 통한 불법 및 악성게시글의 억제라는 공익적 필요는 불법 및 악성게시글에만 적용되는 것이지 모든 게시물에 적용되는 것이 아닙니다. 예를 들어, 타인의 평온권을 보호하기 위해 집회에서 특정 소음기준 이상의 확성기를 사용하지 못하도록 하는 것은 집회의 내용에 관계없이 모두 적용되는 공익적 필요가 되지만 바로 그러한 공익적 필요가 존재하지 않는다는 것입니다.

그리고 인터넷 상의 언사는 모두 기록이 남기 때문에 수사가 오히려 다른 매체에 비해 더욱 편리한 점이 있기 때문에 이 공익의 상당성은 많이 완화된다고 보아야 할 것입니다. 더욱 중요한 것은 피해구제의 용이성은 범죄 행위의 개연성이 있는 사람에 대하여는 의미가 있지만 범죄 행위의 개연성이 전혀 없는 사람에게 적용되는 것은 헌법적인 정당성을 가질 수 없는 것입니다. 본인확인정보의 등록을 요구받는 자가 실제로 범죄를 저지를 목적인지에 관계없이 국가가 신원확인을 요구하고 있는 것입니다. 정리하자면, 피해구제의 용이성은 불법적인 게시물에만 적용되는 것인데 실명제는 합법적 게시물의 게시자를 포함하여 모든 게시자에게 적용되는 것이므로 이와 같은 침해를 정당화할만한 공익이 되지 못하는 것입니다.

바. 결 론

우리나라에서도 헌법 제21조는 언론 출판의 자유를 보호하며 제한적 본인 확인제는 온라인글쓰기라는 표현을 하려는 사람에게 표현을 한다는 이유만으로 법적의무를 부과함으로써 위 헌법 조항을 정면으로 침해한다 할 것입니다. 헌법 제21조제4항은 '타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리'를 침해하지 않는 언론출판행위만이 보호받는다고 하고 있지만 제한적 본인확인제는 그러한 침해여부에 관계없이 모든 언론출판행위에 법적 의무를 부과하므로 위 조항의 예외에 해당되지 않는다 할 것입니다.

실명제에 대한 공익적 필요로서 불법 및 악성게시글에 대한 피해구제수단 확보가 거론되고 있지만 이 공익적 필요는 실제 불법 및 악성게시글에만 적용되는 것으로서 모든 게시글에 법적 의무를 부과하는 실명제를 정당화하는 공익적 필요가 될 수 없습니다. 물론 모든 게시글은 잠재적으로 불법 및 악성게시글이 될 수 있지만 글을 올리는 행위 자체를 잠재적인 범죄행위로 보는 것은 헌법적으로 용납될 수 없으며 이는 헌법이 표현의 자유를 보호한다는 명제 자체를 부인하는 것이 됩니다.

'이 사건 법조항들'은 불확실한 입법목적을 실현하기 위하여 그다지 실효성도 없고 불분명한 방법으로, 그리고 그 입법목적을 달성하기 위한 다른 수단이 있음에도 불구하고, 인터넷 이용자와 인터넷언론사의 표현의 자유를 과도하게 제약하고 있어 익명표현의 자유를 침해하고 있다고 할 것입니다.

V. 인터넷언론의 자유 침해

최근 등장하여 인터넷 이용자의 대화와 토론의 공간으로 자리잡고 있는 '블로그'는 인터넷언론의 새로운 현상입니다. 개인들이 웹사이트를 열어 글을 올리면, 인터넷 이용자들이 답글을 달고, 평을 하고, 인용을 하면서 인터넷의 여론을 형성해 나가고 있는데, 이를 '블로그'라고 부릅니다. 이 경우 블로그를 개설한 개인들은 하나의 작은 언론기관이며, 게시판은 쌍방향의 지면이 되는 것입니다. 이 사건 법률조항은 청구인들의 인터넷 상의 언론의 자유를 제한하고 있는 것입니다. 이 사건 법률조항은 익명표현의 자유를 침해함과 동시에 같은 이유로 인터넷언론의 자유를 침해하고 있다 할 것입니다.

VI. 사생활의 비밀과 자유 침해

1. 사생활의 비밀과 자유의 제한

본인확인제는 표현의 자유를 행사할 때 그 행사자에게 자신의 인적 사항을 공개할 의무를 부과하고 있습니다. 개개인의 인적 사항은 그 주체가 자발적으로 밝히기 전까지는 사생활의 자유에 포함되어 보호되어야 하는 것입니다. 청구인들의 경우, 게시판에 글을 올리기 위해서는 하는 수없

이 자신의 인적사항을 기재하여 회원가입을 하여야 할 수밖에 없는 상황입니다. 결국, 청구인들로 하여금 원하지 않는 자신의 인적사항을 공개되도록 강요하고 있어 사생활의 자유를 제한하고 있다고 할 것입니다.

2. 과잉금지 원칙에 위배

국민은 자신의 개인정보를 국가에게 공개하지 않을 사생활의 자유를 가지고 있습니다. 물론 사생활의 자유도 물론 한계가 있으면 공익적인 필요에 의해 제한될 수 있습니다.

공익적인 필요 중의 하나는 바로 국가에 의한 범죄수사일 것인데, 형사소송법상의 사생활침해범위를 살펴보면 어떤 경우에 사생활의 자유가 제약될 수 있는지 한계를 설정할 수 있을 것입니다. 특히 범죄수사에의 필요성은 아마도 가장 강력한 공익이 될 것이며 이와 같은 공익이 정당화되는 범위 내에서만 사생활의 자유를 인정한다면 아마도 백보를 양보하여 가장 최소한으로 좁혀진 사생활의 자유가 도출될 것입니다.

형법 제215조에 따르면 “범죄수사에의 필요성”과 같은 특별한 공익이 있는 경우에만 사생활 및 사적인 정보의 공개 즉 압수수색이 강제될 수 있도록 규정하고 있습니다. 이것은 신원 공개에도 똑같이 적용된다고 할 것인데, 신원확인 은 불심검문을 통해 이루어지는데, 불심검문은 경찰관직무집행법 제3조에 따라 “합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유”가 있을 때만 가능합니다.

하지만 제한적 본인확인제는 특정 규모의 게시판을 통해 온라인에 글을 올리는 모든 사람들에게 그 글이 불법게시물일 개연성에 불문하고 모두 신원을 미리 공개할 것을 요구하고 있습니다. 즉 위의 형사소송법과 경찰관직무집행법으로부터 도출되는 헌법 제17조의 사생활의 자유의 보호범위를 침해하고 있는 것입니다.

더군다나 전기통신사업법 제54조제3항은 포털들이 모든 게시글에 붙어 있는 실명을 영장도 없이, 게시자에 대한 고지도 없이 수사기관들에 넘겨주고 있어, 실명이 스크린에 떠있지만 앓을 뿐 글쓰기를 할 때마다 실명을 국가에 등록하는 것과 같다고 봐야 하며 이러한 취지에서 위의 형사소송법이나 경찰관직무집행법과 동일한 논리가 적용될 수 있을 것입니다.

사생활의 자유에도 한계는 있으며, 강제적 실명제를 통한 사전적인 신원공개가 필요하고 정당화될 때도 있을 것입니다. 하지만 그것은 이를 정당화하는 공익이 있을 때로 한정되는 것입니다. 이를테면, 부동산실명제와 금융실명제는 사기 및 탈세의 위험성이 있기 때문이며, 자동차에 번호판을 달도록 하는 것은 자동차의 파괴성과 이동성이 있기 때문입니다. 청소년유해물을 보는 사람에게 성인 인증을 위해 주민번호를 강제하는 것도 이를 청소년이 보았을 때의 유해성 때문입니다.

그런데, 글쓰기는 자동차 운전, 금융거래, 부동산거래 또는 청소년의 음란물열람처럼 위험한 행위는 아닙니다. 익명의 글쓰기는 도리어 사상의 전파

라는 공익적 역할을 수행해왔기 때문에 ‘위험’이 있더라도 역사적으로 보호되어 왔으며, 바로 이러한 이유로 대부분의 자유민주주의 국가의 헌법이 표현의 자유를 명시적으로 보호하고 있는 것입니다.

3. 결 론

다른 법에서는 죄를 저질렀다고 믿을만한 이유가 있거나 금융실명제나 자동차번호판제도처럼 방지해야 할 명백한 피해들이 있을 때만 강제하는 신원공개 및 본인확인을 온라인글쓰기를 한다는 이유만으로 인터넷이용자에게 강제하는 것은 과잉금지의 원칙에 위배하여 헌법 제17조의 사생활의 자유를 제한하는 것으로 헌법에 위반된다고 할 것입니다.

VII. 자기정보통제권의 침해

1. 자기정보통제권의 제한

자신에 관한 정보가 언제 어떻게 그리고 어느 범위까지 타인에게 전달되고 이용될 수 있는지를 정보주체가 자율적으로 결정할 수 있는 권리인 자기정보통제권이 헌법에 의해 부여된 권리라는 점에 이론은 없습니다. 이 사건 법률조항은 인터넷언론 이용자에게 가장 핵심적인 개인정보라 할 수 있는 이름과 주민등록번호를 제공하지 않고서는 인터넷언론의 게시판에

자신의 의견이나 주장을 게시할 수 없도록 금지합니다.

인터넷언론 이용자는 언제 어느 곳에서 유출될 지 알 수 없으며, 인터넷언론사에 의해 어느 범위에서 저장되고, 저장된 이후 어떻게 이용될 지 알 수 없는 상태에서, 이름과 주민등록번호라는 가장 핵심적인 개인정보를 제공하지 않을 수 없으므로, 사생활의 비밀과 자유 규정에 의해 보장되는 자기정보통제권을 제한받습니다.

2. 과잉금지의 원칙에 위배

인터넷언론 이용자는 자신의 정보가 언제 어느 곳에서 유출될 지, 인터넷언론사에 의해 어느 범위에서 저장되고, 저장된 이후 어떻게 이용될 지 알 수 없는 상태에서, 이름과 주민등록번호라는 가장 핵심적인 개인정보를 제공하지 않을 수 없으므로, 사생활의 비밀과 자유 규정에 의해 보장되는 자기정보통제권을 제한받고 있음은 앞서 본 바와 같으며, 자기정보통제권을 제한함에 있어서 헌법 제37조 제2항의 원칙을 벗어난 것으로 헌법에 위반된다고 할 것입니다.

VIII. 헌법 제11조의 평등권침해

1. 차별의 존재

인터넷 매체가 아닌 다른 매체에서는 어떤 형태로든 실명제로 운영되고 있지 않습니다. 출판계에서는 필명을 마음대로 쓸 수 있고 심지어는 무명으로도 출판이 이루어집니다. 신문사설도 엄밀히 말하면 익명이며, 방송에서도 하고 싶은 말이 있으면 모자이크 및 음성변조를 통해 익명으로 인터뷰를 할 수도 있습니다. 그리고 출판사나 방송국이 저자나 출연자의 실명이나 주소 등 개인정보를 보관하도록 의무화되어 있지도 않습니다. 이 사건 법률조항은 인터넷이라는 매체에 글을 쓰고자 하는 사람을 다른 매체를 이용하여 글을 쓰는 사람에 비하여 차별하고 있음은 명확하다 할 것입니다.

2. 합리적 차별인지 여부

헌법 제11조는 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별 종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적 경제적 사회적 문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”고 규정하고 있습니다. 인터넷상에 글을 올리려는 사람을 다른 매체를 통하여 글을 쓰려는 사람과는 달리 본인확인을 하여 실명을 등록하도록 하는 것이 과연 합리적인 차별인지가 문제가 됩니다.

익명의 글쓰기가 인터넷 상에서 이루어진다고 해서 즉 불법적인 게시물이 올라오면 아주 빠른 속도로 확산된다는 이유가 합리적인 차별인지에 대하여 살펴보면, 이는 게시자의 통제 밖의 일이며 방송과 달리 독자들의 자발

적인 선택에 의한 것입니다. 단순히 과급이 용이하고 반응이 폭발적이라는 것 때문에 실명 등록의 부담을 지우는 것은 어떤 장르의 책이 잘 팔린다고 해서 갑자기 그 장르의 저자들은 모두 실명 등록을 해야 한다는 것과 마찬가지로 논리로서 합리적인 근거가 없다고 할 것입니다.

3. 결 론

기타 차별을 합리화시킬 요소들은 찾기 힘든바 이 사건 법률조항은 입법 형성권의 한계를 벗어나 헌법에 위반된다고 할 것입니다.

IX. 기타 헌법위반의 점

청구인들과 직접적인 관계는 없지만, 이 사건 법률조항은 그밖에도 헌법적으로 다음과 같은 문제가 있습니다.

1. 직업수행의 자유 침해

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 시장 경제질서의 불가결의 요소라 할 것입니다. 그리고 영업의 자유는 직업수행의 자유의 일환으로 직업의 자유에 당연히 포함된다 할 것입니다.

그런데, '제한적 본인확인제'를 이용할 의무를 부담하는 정보제공게시판 운영자들은 일정한 기술기준에 따라 필요한 조치를 취해야 하므로 일정한 인력과 비용을 감수하지 않을 수 없습니다. 또한 본인확인을 거부하는 청구인과 같은 이용자들이 웹사이트를 더 이상 이용하지 못하게 함으로써 직업수행의 자유가 제한됩니다.

2. 영장주의 위반

전기통신사업법 제54조 제3항은 수사기관이 영장없이 그리고 이용자에게 아무런 통보없이 제한적 본인확인제를 통하여 취득된 각 인터넷게시물의 게시자의 이름 및 주민번호를 취득할 수 있도록 하고 있는데 위의 법조항은 헌법 제12조제3항의 영장주의의 위반에 해당될 여지가 크다고 할 것입니다. 동법 제54조 제3항이 영장주의 위반이 될 수 있는 것은 이 사건 법률조항을 통하여 개인의 정보가 수집되어 진다는 것을 전제로 하고 있는 것으로 비록 청구인들과 직접적인 관련은 없지만 영장주의 위반이 문제될 수 있다고 할 것입니다.

X. 결 론

‘이 사건 법조항들’은 청구인들의 익명표현의 자유, 인터넷언론의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 자기정보통제권, 평등권을 침해하여 헌법에 위반됨이 명백하다고 할 것입니다.

첨 부 서 류

1. 유튜브 캡처 화면
2. 오마이뉴스 캡처 화면
3. 와이티엔 캡처 화면
4. 2008. 실명제 적용대상 웹사이트
5. 2009. 실명제 적용대상 웹사이트

2010. 1. .

위 청구인들의 대리인

법무법인 정 들

담당변호사 전 중 원

헌법재판소

귀 중