

“인터넷 실명제”의 위헌성*

헌법학연구 제15권 제3호(2009. 9)

1)

박 경 신**

<국문초록>

현행 정보통신망법은 인터넷에서는 정보의 확산이 매우 폭넓고 빠르게 이루어질 수 있다는 점에 착안하여 다른 매체에서는 부과하지 않는 실명제의 한 형태인 제한적본인확인제를 실시하여 인터넷 상의 ‘악플’ 및 불법정보에 대한 피해구제의 용이성을 확보하고 이를 통하여 ‘악플’과 불법정보의 유통을 억제하려고 하고 있다. 그러나 이와 같은 제도는 다음과 같은 이유로 위헌이다.

첫째 외국의 선진사례들에서 볼 수 있듯이 익명으로 말할 자유는 권력자의 보복이나 사회의 편견을 피하여 자유롭게 자신의 의견을 개진하기 위해 필수불가결하였으며, 표현의 자유의 핵심은 권력이나 주류사회에 무해한 표현을 할 자유가 아니라 이들에 대해 비판적인 표현이었다는 점에서 익명으로 말할 자유는 헌법 제21조의 표현의 자유의 본질적인 부분이며 실명제는 이를 침해한다. 뿐만 아니라, 온라인글쓰기를 한다는 이유만

* 이 글의 일부는 2008년10월1일 언론광장 월례토론회 (프레스센터 19층) 발표문 및 2008년11월14일 IT정치학회(정보사회진흥원) 월례토론회 발표문, 2008년12월3일 국회 전병헌 의원 초청 사이버인권법 제정 세미나, 2009년6월19일 헌법학회 발표회에 포함된 바 있다.

** 고려대학교 법학전문대학원 부교수

으로 어떤 법적의무를 부과하는 것은 기본권을 행사하였다는 이유로 제재를 받아서는 안된다는 헌법적 명령을 정면으로 위반하는 것이 된다. 이 법적의무는 표현의 내용에 관계없이 그리고 온라인글쓰기의 부수적인 효과나 영향에 관계없이 부과되는 것이어서 이를 내용규제로도 방법적규제로도 정당화할 공익은 없다.

둘째 온라인글쓰기를 하려는 자에게 부과되는 법적의무의 내용을 살펴보면 자신의 신원을 공개하라는 내용이다. 한 사람의 신원은 자발적으로 공개하기 전까지는 사생활의 영역이며 그러므로 불합리한 압수수색으로부터 자유롭다. 즉 본인확인정보의 강제적 공개는 불법의 개연성(probable cause)나 최소한 형사소송법 제215조의 형사소송에의 필요성이 있는 경우에만 헌법적으로 용인된다. 우리나라의 제한적본인확인제는 특정 게시물의 불법의 개연성과 무관하게 일률적으로 신원공개를 요구한다는 점에서 헌법 제17조의 사생활의 자유의 침해이다.

셋째 다른 매체에는 적용되지 않는, 헌법 제11조를 위반하는 불평등한 규제이다. 넷째 위와 같은 헌법상 기본권의 침해를 정당화할 수 있는 공익적 필요는 없다. 즉 아이디어와 비밀번호만 알면 명의도용을 할 수 있는 사이버커뮤니티의 특성 상 불법정보에 대한 수사는 결국에는 IP주소와 피의자의 위치를 확인해야하기 때문에 수사를 더욱 용이하게 하는데 일조하지 못하고 있으며, 불법게시물을 줄이는 효용은 틀림없이 있지만 그만큼 합법적인 게시물들도 헌법적으로 금기시되는 '위축' 및 '자기검열'효과에 의해 줄어들어든다는 점을 감안해야 한다. 정보통신망법과 관련없이 자발적으로 실명제로 운영되는 웹사이트에서 악플과 불법게시물이 많이 보이지 않는다는 사실은 운영자와 가입자들이 그와 같은 '위축'과 '자기검열'효과를 감수하겠다는 합의

의 결과물이므로 헌법적 문제가 없어 정보통신망법 상의 강제적실명제의 평가에 영향을 미치지 않는다.

다섯째 도리어 제한적 본인확인제를 통해 주민번호라는 중요한 개인정보가 집중적으로 축적되면서 사회 전체적으로는 개인정보 대량유출사고의 위험을 정보통신서비스 제공자 입장에서는 그와 같은 사고를 막기 위한 비용을 감수해야 하고, 위와 같은 개인정보의 대량유출사고는 아이러니하게도 사이버명의로용을 더욱 쉽게 하여 인터넷게시물의 신뢰성을 떨어뜨리고 이와 같이 신뢰성이 떨어진 환경은 다시 제한적본인확인제의 도입목적이었던 언어순화에 도리어 역행하는 결과를 초래하고 있다.

여섯째, 언어순화 및 불법게시물의 억제에 필요한 것은 책임제이지 실명제가 아니다. 즉 국가가 주도하는 책임제가 아니라 다른 네티즌들이 자발적으로 불법게시물이나 악플을 올린 네티즌에게 보복을 자유롭게 또 익명으로 가하도록 함으로서 네티즌들이 책임을 통렬히 느끼도록 하는 것이 더 중요하다.

일곱째, 더욱이 우리나라는 전기통신사업법 제54조제3항을 통하여 수사기관이 영장없이 그리고 이용자에게 아무런 통보없이 제한적본인확인제를 통하여 취득된 각 인터넷게시물의 게시자의 이름 및 주민번호를 취득할 수 있도록 하고 있는데 위의 법조항은 헌법 제12조제3항의 영장주의의 침해에 해당되며 이는 제한적본인확인제의 헌법적 평가에 있어 중요하게 고려되어야 한다.

주제어: 표현의 자유, 인터넷실명제, 제한적본인확인제, 사생활의 자유, 영장주의

目次

- I. 헌법적 평가
- II. 정책적 평가
- III. 전기통신사업법 제54조제3항의 헌법 제12조3항 영장주의의 침해
- IV. 결론

정보통신망이용촉진및정보보호에관한법(이하, “정보통신망법”)에 의하면, 이 법이 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 한다.1) 최근까지는 시행령에 의하여 이 법이 적용되는 인터넷사업자는 일일평균이용자 수 30만 명 이상의 포털서비스업자, 20만명 이상의 인터넷언론서비스업자 및 30만명 이상의 UCC서비스업자들의 웹사이트로 한정되어 있었으나2) 정부는 2009년 1월 위 법 시행령의 전부개정을 통하여 이

1) 정보통신망법 제44조의5 (게시판 이용자의 본인 확인) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 게시판을 설치·운영하려면 그 게시판 이용자의 본인 확인을 위한 방법 및 절차의 마련 등 대통령령으로 정하는 필요한 조치(이하 "본인확인조치"라 한다)를 하여야 한다. 1. 국가기관, 지방자치단체, 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제5조제3항에 따른 공기업·준정부기관 및 「지방공기업법」에 따른 지방공사·지방공단(이하 "공공기관등"이라 한다) 2. 정보통신서비스 제공자로서 제공하는 정보통신서비스의 유형별 일일 평균 이용자 수가 10만명 이상이면 대통령령으로 정하는 기준에 해당되는 자 ② 방송통신위원회는 제1항제2호에 따른 기준에 해당되는 정보통신서비스 제공자가 본인확인조치를 하지 아니하면 본인확인조치를 하도록 명령할 수 있다. ③ 정부는 제1항에 따른 본인 확인을 위하여 안전하고 신뢰할 수 있는 시스템을 개발하기 위한 시책을 마련하여야 한다. ④ 공공기관등 및 정보통신서비스 제공자가 선량한 관리자의 주의로써 제1항에 따른 본인확인조치를 한 경우에는 이용자의 명의를 제3자에 의하여 부정사용됨에 따라 발생한 손해에 대한 배상책임을 줄이거나 면제받을 수 있다.[전문개정 2008.6.13]

2) 정보통신망법 시행령 제30조 (정보통신서비스제공자 중 본인확인조치의무자의 범위) [일부 개정 2008. 7.29. 대통령령 제20947호] [본문 생략]

제도의 적용범위를 일일평균 사용자 10만명 이상의 사이트로 확대하였으며³⁾ 이렇게 하여 Daum, 네이버, 구글은 물론이고 오마이뉴스와 같은 인터넷언론 뿐만 아니라 싸이월드 등의 대부분의 영리 웹사이트에 적용되도록 되었다.⁴⁾

이와 같이 인터넷에 글이나 기타 콘텐츠를 올리려는 사람은 반드시 자신의 신원을 확인할 수 있는 정보(예를 들어, 이름 또는 주민등록번호, 이하 ‘본인확인정보’)를 올리도록 하는 것을 “실명제”라고 한다면, 본인확인정보가 콘텐츠의 열람자들에게 그대로 보여지는 순수실명제와 달리 그 콘텐츠가 게시되는 정보통신서비스제공자에게만 제공되는 제도는 “제한적 본인확인제”라고 부른다.⁵⁾ 이와 같이 수집된 본인확인정보는 경찰이나 검찰이 인터넷 상에서 수사대상 게시물을 발견하고 그 게시자의 신원확인을 정보통신서비스제공자에게 요청하면 이를 요청한 수사기관에 전달된다.

제한적본인확인제의 직접적인 수범대상은 정보통신서비스제공자

3) 정보통신망법 시행령 제30조 (정보통신서비스 제공자 중 본인확인조치의무자의 범위 <개정 2009.1.28>) ① 법 제44조의5제1항제2호에서 "대통령령으로 정하는 기준에 해당되는 자"란 전년도 말 기준 직전 3개월간의 일일평균 이용자수가 10만명 이상인 정보통신서비스 제공자를 말한다. <개정 2009.1.28> ② 방송통신위원회는 법 제44조의5에 따른 본인확인조치에 필요한 준비기간, 적용기간 및 제1항에 해당하는 자 등을 인터넷 홈페이지에 게시하는 방법으로 공시하여야 한다. <개정 2009.1.28>

4) 기존의 37개 사이트에서 153개로 확대되었다는 기사. <http://www.kija.org/sub_read.html?uid=37§ion=sc2>

5) 네이버측에서는 “제한적”이라는 수식어가 일일이용자 숫자가 특정 수준 이상인 서비스에만 적용되기 때문에 붙었다고 설명하고 있다. <http://help.naver.com/service/svc_index.jsp?selected_nodeId=NODE0000000163>. 하지만 이렇게 설명되면 “개별 사업자가 제한적 본인확인제를 시행한다”라는 표현을 사용하기가 어색하다. 예를 들어, 모든 법과대학에 로스쿨정원배정이 되지 않았다고 하여 ‘OO대학교가 “제한적 로스쿨”을 시행하고 있다’고 말하는 것이 어색한 것과 마찬가지로이다. 도리어 여기서 “제한적”이라는 말은 true anonymous(순수익명제)와 pseudo-anonymous(의사익명제) 사이의 간극과 비슷하게 본인추적가능성의 정도에 따라서 붙여진 수식어로 보는 것이 맞다. 같은 이유로 Daum측에서 “제한적”의 의미가 게시판서비스에만 본인확인 의무가 적용되기 때문이라는 설명도 옳지 않은 것으로 보인다.

들이지만 인터넷이용자들도 많은 사람들이 볼 수 있는 웹사이트(예컨대, 일일 이용자수 10만명 이상인 웹사이트)에 글이나 동영상 올리려면 반드시 자신의 실명 및 주민번호를 정보통신서비스제공자들에게 그리고 궁극적으로는 검찰이나 경찰이 취득할 수 있도록 제공해야 한다는 의미에서 인터넷이용자들도 제한적본인확인제의 수범대상이라고 할 수 있다.

이 글이 다루고자 하는 것은 실명제가 아니라 ‘강제적 실명제’임을 분명히 해두고자 한다. 실명제는 여러 가지 형태를 띠 수 있으며 여러 웹사이트들이나 게시판들이 운영자들의 자발적인 선택에 의해 다양한 형태의 실명제로 운영될 수 있으며 많은 인터넷 이용자들이 역시 자발적인 선택에 의해 이 웹사이트 및 게시판에 가입하여 실명을 공개하며 이용하고 있다. 또 정보통신망법 상의 제한적본인확인제 실시의무가 적용되는 서비스제공자들 중에는 이 법적 의무와 관련 없이 제한적본인확인제를 자발적으로 실시하는 경우도 있을 것이며 이용자들 중에도 역시 많은 이들은 본인확인 의무에 개의치 않는 사람도 있을 것이다. 이 글의 목표는 국가가 제한적본인확인제를 상위 인터넷사업자들에게 의무화함으로써 이들의 서비스를 통해 타인들과 소통하고자 하는 인터넷이용자들에게 본인확인 의무를 강제하고 있는 점을 헌법적으로 평가하고자 하는 것이다. 제한적본인확인제가 상위 인터넷사업자들에게 의무화되는 한, 인터넷이용자들이 상위 인터넷사업자들의 서비스를 통해 타인들과 익명으로 소통할 자유가 공권력에 의한 제한되며, 여기서 헌법적 논점이 발생하는 것이며, 인터넷이용자들과 사업자들이 자발적으로 게시판과 웹사이트를 실명제로 운영하고 이용하는 것은 전혀 헌법적 논점을 발생시키지 않는다. 물론 이와 같이 자발적으로 어떠한 제도를 따를 수 있다고 하여 그 제도가 강제되는 것이 헌법적인 논점이 없어지는 것이 아님은 다언을 필

요로 하지 않는다. 예를 들어 간통죄의 위헌성 여부는 많은 사람들이 자발적으로 간통을 자제하고 결혼생활에 충실하고 있는가와는 관련이 없는 문제이다.

구글(Google)은 2009년1월 제한적본인확인제의 적용범위가 확대되면서 새로이 적용범위에 해당되자, 구글의 대표적 게시판인 유튜브(Youtube)의 게시 기능을 없애면서까지 실명제 적용을 거부하였다. 이에 대해 제한적본인확인제에 대한 논란이 진행되었고 이 논란에서 제한적본인확인제에 대한 원칙적인 반대로서 제기되고 있는 구호인 ‘익명성이 웹의 정신’이라는 말로는 이 제도에 대한 명쾌한 헌법적 평가가 이루어지기 힘들다. 많은 카페나 웹사이트들이 이용자들 사이의 자발적인 약속에 따라 실명제로 운영되고 있다. 그리고 이 사이트에서는 욕설이나 불법게시물이 많이 눈에 띄이지 않는 것이 사실이다. 즉 익명성이 보장되지 않은 사이트도 인터넷의 장점이 발휘될 수 있다는 것이다. 우리나라 제한적본인확인제의 문제는 강제적으로 시행되는 것이 문제이다.

잠시 용어정리를 하자면, 우리나라에서는 실명제가 제한적본인확인제의 형태로 이행되고 있으며, 그러한 이유로 일반인들은 우리나라의 정보통신망법 상의 강제적 제한적본인확인제를 ‘실명제’라는 더 넓은 용어로 지칭하고 있다. 일반인들의 용어사용법을 따라서 이 글에서도 정보통신망법 상의 강제적 제한적본인확인제를 문맥에 따라 ‘실명제’라고 지칭할 것이다. 같은 의미에서 제한적본인확인제의 ‘본인확인 의무’ 역시 즉각적으로 본인확인정보가 수사기관에 제공되지는 않지만 추후에 수사기관에 제공될 목적으로 본인확인정보가 축적되는 것이므로 일반인들이 더욱 이해하기 쉬운 ‘신원공개의무’라는 용어로 대체되는 경우도 있을 것이다.

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 있다. 인터넷실명제는 ‘악성댓글’ 및 법령 위반자의 색출 및 추적을 용이하게 하여 ‘악성댓글’의 게시자는 자신의 정체성이 공개될 때 느끼게 될 수치심에 대한 공포 그리고 불법게시물 게시자는 자신의 정체성이 공개될 때 당하게 될 법적 책임에 대한 공포를 느끼도록 하여 언어순화는 물론 법준수를 강화하겠다는 취지로 설명된다.⁶⁾

I. 헌법적 평가

1. 헌법 제21조 언론·출판의 자유 침해

(1) 외국사례

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

미국의 독립 후에는 국가조직에 대한 토론을 위해 Alexander Hamilton을 비롯한 연방주의자들은 Federalist Papers을 Publius라는 익명으로 출간하였다. 이것은 정부의 감시의 눈을 피하기 위해서보다는 실명의 인지에서 발생하는 예단의 피해를 막기 위해서이다. 가장 대표적인 예로 ‘폭풍의 언덕’의 저자 에밀리 브론테

⁶⁾ 상기 7월 31일 100분 토론 녹취록의 한나라당 진성호 의원, 정경오 변호사의 발언 참조

는 여성작가들에 대한 편견을 피하기 위해 Acton Bell이라는 필명을 사용하였다.

이외에도 시대의 편견과 권력의 감시를 피하여 자유로운 비평과 예술활동을 하기 위해 필명을 사용한 자들은 “몰리에르”, “볼테르”, “줄라”, “트로츠키”, “조지 오웰” 그리고 벤자민 프랭클린, 사드 백작, “오헨리”, “조르쥬 상드”, 심지어는 아이작 뉴턴도 있다.⁷⁾

이와 같은 전통 속에서 미국에서는 구체적으로 1996년 조지아주 의회가 제정한 인터넷실명법이 ACLU대Miller사건에서 연방지방법원에 의해 위헌결정을 받은 바 있다.⁸⁾

이 결정은 매우 당연시 되었는데 왜냐하면 이에 앞서 미연방대법원이 1995년에 McIntyre대Ohio사건에서 선거홍보자료에 실명을 표기할 것을 의무화한 오하이오주 선거법을 위헌처분하면서 이때 익명권(right to anonymity)을 표현의 자유의 한 부분으로서 확립하였기 때문이다.⁹⁾ 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'¹⁰⁾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

7) <http://www.compulsivereader.com/html/index.php?name=News&file=article&sid=1215>

8) *ACLU v. Miller*, 977 F. Supp. 1228 (N.D. GA) (1997)

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

10) 영어원문. No person shall write, print, post, or distribute ... any ... form of general publication which is designed to ... promote the adoption or defeat of any issue ... unless there appears on such form of publication in a conspicuous place or is contained within said statement the name and residence ... [of] the person who issues, makes, or is responsible therefore.

McIntyre대법원이 익명권을 침해한다며 위헌을 선언한 것이다.

흥미로운 것은 McIntyre사건에서 미연방대법원이 익명권을 도출해낸 법원(法源)이다. 미연방대법원은 60년대의 NAACP대 Alabama사건들¹¹⁾과 80년대의 Brown대Socialist Workers사건에서¹²⁾ 이미 공권력이 인권단체 및 진보정당에 구성원 명단을 요구한 것에 대해 위헌판단을 내린 적이 있었다. 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 것이다. 그렇다면 전자가 이미 위헌 판정을 받았으므로 당연히 오하이오주 선거법이 ‘실명’을 요구하는 것 역시 위헌이라고 볼 수 있었던 것이다. 인터넷실명제가 90년대에 위헌판정을 받게 된 법리의 원천이 60년대 및 80년대의 인권단체들과 진보정당의 활동을 보호하기 위한 판례들이었다는 점은 익명권이 가지고 있는 민주주의와의 내밀한 관계를 다시금 시사한다.¹³⁾

11) NAACP v. Patterson, 357 U.S. 449, 78 S.Ct. 1163(1958); ; NAACP v. Alabama, 360 U.S. 240, 79 S.Ct.1001 (1959) (법원이 피고당사자인 단체의 명단공개를 명령하였는데 이 명단공개 명령에 대해 위헌이라고 선언하고 명령위반에 대해 법원모독(civil contempt) 과태료 부과도 위헌이라고 선언함. 이 사건은 특히 중요한데 법률이 일률적으로 공개한 것이 아니라 실제 재판진행에 의하 필요한 명단공개임에도 불구하고 위헌판정을 받았기 때문이다.)

12) Brown v. Socialist Workers '74 Campaign Commission (Ohio), 459 U.S. 87, 103 S.Ct. 416(1982) (사회주의노동자당이라는 군소단체에 대해서도 모든 당에 적용되는 정치자금 기부자 공개를 요구한 것은 위헌이라는 판결).

13) 이외에도 미국연방대법원이 익명권을 보호한 경우는 다음과 같다. Watchtower Bible & Tract Society of New York, Inc. v. Village of Stratton, 536 U.S. 150, 153 (2002) (ordinance requiring permit for door-to-door advocacy unconstitutional “not only as it applies to religious proselytizing, but also to anonymous political speech and the distribution of handbills”); Buckley v. American Constitutional Law Found., 525 U.S. 182, 200 (1999) (holding unconstitutional a state statute requiring initiative petitioners to wear identification badges); Talley v. California, 362 U.S. 60, 65 (1960) (holding unconstitutional a statute that prohibited distribution of anonymous handbills).

익명권에 대한 제한이 없는 것은 아니다. 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 내렸다.¹⁴⁾ 하지만 이것은 표현물의 발화 자체를 익명으로 한 것에 대해 문제삼은 것이 아니라 이미 다른 이유로 불법임이 확인된 표현물에 대한 사법절차의 한 부분으로 이루어진 것이다.

둘째 오프라인 상의 익명권은 행위를 동반할 수 있기 때문에 제약될 수 있다. 독일과 미국의 몇몇 주에서는 오래 전부터 복면 착용금지법을 제정하여 Ku Klux Klan가 같이 과격한 인종주의 단체들이 공공장소에서 자신들의 인종혐오를 표명하는 것을 통제하기 위해 자신의 정체를 숨기기 위해 가면 등을 쓰는 행위를 금지하여왔다.¹⁵⁾ 그러나 이와 같은 행위는 익명권의 행사와는 다르

¹⁴⁾ Verizon Internet Services, Inc., Subpoena Enforcement Matter, 240 F.Supp.2d 24 (D.D.C. 2003); In re Verizon Internet Services, Inc., Subpoena Enforcement Matter, 257 F.Supp.2d 244, 2003 WL 1946489 (D.D.C. Apr. 24, 2003)

¹⁵⁾ Hernandez v. Superintendent, 800 F. Supp. 1344 (E.D. Va. 1992); State v. Miller, 398 S.E.2d 547, 549 (Ga. 1990); 독일연방법에 대해서는 필자가 독일어에 무지한 관계로 인용을 할 수가 없어 관련조항의 전문과 번역문을 게재한다. Gesetz über Versammlungen und Aufzüge (Versammlungsgesetz) VersammlG Ausfertigungsdatum: 24.07.1953 Vollzitat: "Versammlungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. November 1978 (BGBl. I S. 1789), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 24. März 2005 (BGBl. I S. 969)" § 17a ... (2) Es ist auch verboten, 1.an derartigen Veranstaltungen in einer Aufmachung, die geeignet und den Umständen nach darauf gerichtet ist, die Feststellung der Identität zu verhindern, teilzunehmen oder den Weg zu derartigen Veranstaltungen in einer solchen Aufmachung zurückzulegen(위와 같은 행사에 신원을 확인하는 것을 방해하는 데 적합하고 또 상황에 따라 그와 같은 용도로 사용될 수 있는 복장을 한 채 참여하거나 위와 같은 행사장으로 가는 길을 그와 같은 복장을 한 채 가는 것은 금지된다). 2.bei derartigen Veranstaltungen oder auf dem Weg dorthin Gegenstände mit sich zu führen, die geeignet und den Umständen nach dazu bestimmt sind, die Feststellung der Identität zu verhindern(위와 같은 행사에서 또는 그 행사에 참여하려 가는 도상에서 신원의 확인을 방해하는 데 적합하고 또 상황에 따라 그러한 용도로 사용될 수 있는 물건을 소지하는 것은 금지된다)(번역- 정태호, 경희대학교 법과대학).

다. 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 심대해진다. 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 통해 서만 어떠한 효과를 기대할 수 있는 표현을 익명으로 발화하는 것과는 차원이 다르다. 미국에서 인터넷 상의 익명권에 대한 제한을 주장하는 학자들도 대부분 인터넷의 게시물 보다는 스팸메일과 같이 개인의 영역을 침범하는 행위성 표현에 대한 우려 때문에 이와 같은 견해를 표명하였던 것으로 보인다.¹⁶⁾ 도리어 이들 학자들의 견해 표명 이후에 나온 McIntyre 대법원 판결은 익명권이 절대적으로 보호되어야 할 표현의 자유의 한 부분임을 명확히 하였다.¹⁷⁾

실제로 다른 나라들에서도 본인확인제 (real name registration) 도입을 시도하였으나 필자의 조사에 의하면 중국을 제외하고 제대로 도입한 주요 국가는 없는 것으로 보인다. 프랑스는 2000년도에 인터넷 상의 익명권을 확정한 법률(The Law on the Freedom of Communication of September 30, 1986, as amended on June 16, 2000)을 제정하였다.¹⁸⁾

¹⁶⁾ Noah Levine, “Establishing Legal Accountability for Anonymous Communication in Cyberspace”, 96 Colum. Law. Review. 1526 (1996); Trotter Hardy, “The Proper Legal Regime for ‘Cyberspace’”, 55 U. PITT. L. REV. 993, 1051 (1994)

¹⁷⁾ 그 이후에 한 로스쿨학생이 '적용범위가 정교하게 차단된 실명제에 대해서 대법원 판결이 바뀔 수도 있다'라는 취지의 주장을 하고 있다. George du Pont, “The Criminalization of True Anonymity in Cyberspace”, 7 Mich. Telecomm. Tech. L. Rev. ____ (2001). 하지만 실제 McIntyre 판결을 읽어보면 그 판결에서의 위헌판결은 실명제의 적용범위의 정교함과 무관하게 이루어진 판단임을 알 수 있다.

사실 외국의 예를 들먹이지 않아도 일제강점기와 군사독재정권 시절 탄압을 피해 독립과 자유를 주장한 수많은 익명의 글들을 보라. “편집부”라는 이름으로 발간된 수많은 책들이 떠오른다. 사실 표현의 자유가 핵심적으로 보호하려는 것은 권력자나 다수로부터 핍박받는 표현이지 누구에게나 사랑받는 표현이 아닐 것이다. 그렇다면 익명은 시대의 편견이나 권력자의 탄압을 피하기 위해 동원되는 것일진대 익명으로 말할 자유는 표현의 자유라는 규범이 보호해야 할 대상 중에서 가장 핵심적이고 가장 가치있는 것이 아닐지 감히 생각해본다.

(2) 헌법 제21조 상의 평가

위의 입법례나 판례들은 표현에 대해 신원공개의무를 부과하는 규제에 대해 다른 나라들의 헌법적 평가가 어떠했는가를 보여준다. 우리나라는 미국연방대법원과 달리 대법원이나 헌법재판소가 익명으로 말할 자유를 헌법 제21조의 언론 출판의 자유의 한 부분으로 규정한 적은 없었다. 실명제는 사전적으로 그 내용을 공개할 것으로 요구하는 것도 아니므로 우리나라 헌법재판소가 절대적으로 금기시하고 있는 ‘사전검열’에 해당하지도 않는다. 또 실명제는 게시자가 신원을 공개할 의무만을 규정할 뿐 게시글의 내용을 규제하는 것도 아니므로 표현의 자유를 제한하는 규제들 중에서 헌법적으로 더욱 금기시되는 내용규제에 해당하지 않는다.

하지만 바로 실명제가 모든 게시물에 일괄적으로 적용된다는 점에서 위헌적인 요소를 찾을 수 있다. 우리는 표현의 자유 보호의 한계를 헌법 제21조제4항의 다음과 같은 명령에서 찾는다.¹⁹⁾

¹⁸⁾ Caroline Goemans, “Anonymity on the Internet: concept and legal aspects”, Workshop APES, April 19, 2001. <www.law.kuleuven.be/icri/documents/58anonymity.ppt> 2009년6월19일 방문. 이 법의 art. 43-6-4.II는 인터넷콘텐츠를 익명으로 접속할 권리를 확인하고 있음.

¹⁹⁾ 헌법 제21조 ① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.

즉 ‘언론 출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다’는 것이다. 그런데 실명제는 게시물이 타인의 명예, 권리, 도덕 및 윤리를 침해하는가에 상관없이 신원 공개의무를 부과한다. 실명제는 평소에는 신원공개의무를 가지고 있지 않은 사람들에게 그 사람이 인터넷 상에 글을 올린다는 이유만으로 그 내용에 관계없이 이전에는 적용되지 않았던 신원공개의무를 부과한다. 이러한 의미에서 어떻게 보면 내용규제 보다 더욱 심대하게 표현의 자유를 제약하는 것이다. 예를 들어 명예훼손, 업무방해, 모욕죄 등에 대한 법규는 그 법규들이 보호하고자 하는 공익이 있고 그 공익의 보호와 관련된 특정한 내용만이 규제된다는 의미에서 표현의 자유에 대한 침해가 정당화될 여지가 있다. 하지만 실명제는 이렇게 정당화될 여지가 없으며 이 점은 타인의 명예, 권리, 도덕 및 윤리를 전혀 침해하지 않는 게시물을 올리려는 사람의 입장에서 보면 더욱 명확해진다. 즉 헌법으로 보호되는 표현행위를 행사한다는 이유로 이전에 부과되지 않았던 법적 의무가 부과되는 것은 그 표현행위에 대한 심대한 제한이 된다.

실명제는 표현의 자유에 대한 방법 상의 규제로서도 정당화되기 어렵다. 방법 상의 규제가 내용규제에 비해 헌법적으로 더 널리 허용되는 이유는 어떤 방법을 통한 표현의 발화가 제약되더라도 항상 다른 방법을 통해 해당 표현이 발화될 수 있기 때문이다. 결국 한편으로는 해당 방법규제가 성취하려고 하는 공익적 목적과, 다른 한편으로는 표현의 발화자가 다른 방법을 통해 해당 포

②언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.

③통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다.

④언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.

현을 발화해야 할 때 감수하는 비용과 불편을, 이익형량하여 방법규제의 정당성이 평가되어야 할 것이다. 그런데 실명제를 방법규제로서 정당화하는 공익적 필요가 없다. 실명제 찬성론자들이 언급하는 침해구제의 용이성 및 이를 통한 불법 및 악성게시글의 억제라는 공익적 필요는 불법 및 악성게시글에만 적용되는 것이지 모든 게시물에 적용되는 것이 아니다. 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 것이다.

물론 혹자는 모든 게시글은 잠재적으로 타인의 명예나 권리를 침해하는 글이 될 수 있으며 그러한 잠재성은 모든 게시물에 대해 존재하므로 모든 게시물에 대해 침해구제의 용이성을 담보하는 신원확인정보의 확보를 강제하는 것은 합목적적이라고 할지 모른다. 그러나 헌법 제21조 1항의 ‘언론·출판의 자유’라는 문구가 조금이라도 의미를 가진다면 바로 언론·출판이라는 행위 자체가 잠재적인 범죄행위로 간주되어서는 안된다는 것 아닐까? 헌법이 X라는 행위가 보장된다고 명시하고 Y라는 행위는 명시적으로 보장하지 않는다고 가정하자. X라는 행위를 한다는 이유만으로 어떤 법적 의무가 부과되며 Y라는 행위에는 법적 의무가 부과되지 않는다면 도대체 헌법이 X라는 행위를 보호한다는 것은 무슨 의미가 되는가?

결국 모든 게시글을 잠재적 불법게시물로 간주하는 것이 헌법적으로 금지된 이상 불법게시물에 대한 피해구제수단의 확보는 실명제를 방법적인 규제로서 정당화하는 공익적 필요가 될 수 없다.

오직 한 가지 설득력이 있을 수 있는 주장은 헌법 제37조제2항

에 근거한 것으로서 ‘불법 및 악성게시물의 빈도 수가 매우 높거나 불법 및 악성게시물이 발생시키는 피해가 매우 크기 때문에 불법게시물에 대한 피해구제수단의 확보라는 필요만으로도 모든 게시물에 대해 게시자신원공개 의무를 부과하는 것은 정당화된다는 것이다.

하지만 이와 같은 주장이 실제로 설득력을 얻기 위해서는 헌법 제37조제2항이 담고 있는 과잉금지의 원칙의 명령을 준수해야 할 것이다. 즉 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장 질서유지 또는 공공복리를 위해 제한할 수 있지만 그 제한의 대상이 헌법이 명시적으로 보호하는 기본권(여기서는 헌법 제21조의 언론 출판의 자유)일 경우 과잉금지의 원칙의 명령은 훨씬 더 엄격하게 적용된다. 또 아래에서 더 자세히 밝히겠지만 실명제는 언론 출판행위에 법적 의무를 부과함으로써 언론 출판행위를 제한하면서 그 법적 의무의 내용이 또 다른 기본권인 헌법 제17조의 사생활의 자유를 침해하고 있어 과잉금지의 원칙은 더욱더 엄격하게 적용되어야 한다. 그리고 과잉금지의 원칙이 엄격하게 적용된다는 의미는 기본권제한의 공익적 필요가 실증적으로 체계적으로 입증되어야 함을 의미한다. 예컨대 불법 및 악성게시물의 빈도나 그 피해가 피해구제수단의 확보를 위해 신원공개를 의무화하는 다른 제도들이 규율하는 대상들에서 나타나는 빈도나 피해규모에 준하거나 이를 초과하는 위험성이 있어야 할 것이다.

실제 과잉금지의 원칙 상의 이익형량은 피해구제의 용이성 등을 직접 거론하면서 아래에서 수행할 것이나 여기서는 과잉금지의 원칙이 매우 엄격하게 적용되어야 한다는 점을 언급하고자 한다.

(3) 소결

미국 프랑스 등지에서는 익명으로 말할 자유는 표현의 자유의 일부분으로 오랫동안 보호되어왔으며 실명제는 이 자유를 침해한다.

우리나라에서도 헌법 제21조는 언론 출판의 자유를 보호하며 실명제는 온라인글쓰기라는 언론출판행위를 하려는 사람에게 언론출판행위를 한다는 이유 만으로 법적의무를 부과함으로써 이 자유를 정면으로 침해한다. 헌법 제21조제4항은 ‘타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리’를 침해하지 않는 언론출판행위만이 보호받는다고 하고 있지만 실명제는 그러한 침해여부에 관계없이 모든 언론출판행위에 법적 의무를 부과하므로 위 조항의 예외에 해당되지 않는다. 또 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 없다. 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 된다.

물론 온라인에 올라오는 게시물이 불법 및 악성게시글의 빈도와 그로 인한 피해가 게시물들 전체에 대해 게시자신원확인을 강제할 만큼 심대하다면 정당화될 수 있겠지만 과연 표현의 자유와 사생활의 자유라는 두 개의 기본권을 동시에 침해하는 실명제를 정당화할 정도로 그렇게 심대한지는 매우 의심스럽다.

2. 헌법 제17조의 사생활의 자유 침해²⁰⁾

20) 이와 비슷한 입장을 보인 논자는 박경신, 2009년4월27일 한겨레 “온라인글쓰기가 온전만큼 위험한가?”

실명제는 표현의 자유를 행사할 때 그 행사자에게 특별한 의무를 부과함으로써 표현의 자유를 제약한다. 그런데 그 의무의 내용을 살펴보면 신원공개를 의무로 하고 있으며 신원은 신원의 주체가 자발적으로 밝히기 전까지는 사생활의 자유에 포함되어 있는 것이다. 결국 실명제는 표현의 자유를 침해할 뿐만 아니라 침해의 수단으로서 사생활의 자유 침해를 동반하고 있다.

국민은 자신의 개인정보를 국가에게 공개하지 않을 사생활의 자유를 가지고 있다.²¹⁾ 물론 사생활의 자유도 물론 한계가 있으면 공익적인 필요에 의해 제한될 수 있다. 공익적인 필요 중의 하나는 바로 국가에 의한 범죄수사일 것이며 우리는 형사소송법 상의 사생활침해범위를 살펴보면 어떤 경우에 사생활의 자유가 제약될 수 있는지 한계를 설정할 수 있을 것이다. 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 것이다.²²⁾

그렇다면 사람의 신원공개에의 강제가 가장 헌법적으로 용이하게 용납되는 경우는 언제인가. 형법 제215조²³⁾에 따르면 “범죄수사에의 필요성”과 같은 특별한 공익이 있는 경우에만²⁴⁾ 사생활 및 사적인 정보의 공개 즉 압수수색이 강제될 수 있다. 이것은 신원 공개에도 똑같이 적용된다. 신원확인도 불심검문을 통해 이루어지

21) **헌법 제17조** 모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.

22) 미국헌법이 국가행위가 영장을 필요로 하는 수색(search)인가를 판단하는 기준이 프라이버시의 합리적인 기대(reasonable expectation of privacy) 범위임은 이미 공지의 사실이다.

23) **형사소송법 제215조 (압수, 수색, 검증)** ①검사는 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다. <개정 1980.12.18> ②사법경찰관이 범죄수사에 필요한 때에는 검사에게 신청하여 검사의 청구로 지방법원판사가 발부한 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다.<개정 1980.12.18> [전문개정 1973.1.25]

24) 조국, “압수수색의 합법성 기준 재검토”, 비교형사법연구 제5권제2호, 745-781쪽.

는데 불심검문은 경찰관직무집행법 제3조에 따라 “합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유”가 있을 때만 가능하다.

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

혹자는 위의 범죄수사관련 법규는 국가에 의한 정보취득만을 제어할 뿐 사인이 사인에게 공개하는 과정을 제어하지 않는다고 주장할지 모른다. 하지만 우리나라는 전기통신사업법 제54조제3항에 따라 포털들이 모든 게시글에 붙어 있는 실명을 영장도 없이, 게시자에 대한 고지도 없이 수사기관들에 넘겨주고 있어, 실명이 스크린에 떠있지만 읽을 뿐 글쓰기를 할 때마다 실명을 국가에 등록하는 것과 같다고 봐야 하며 이러한 취지에서 위의 형사소송법이나 경찰관직무집행법과 비교하는 것이 타당하다.

물론 사생활의 자유에도 한계는 있다. 강제적 실명제를 통한 사전적인 신원공개가 필요하고 정당화될 때도 있다. 하지만 그것은 이를 정당화하는 공익이 있을 때로 한정된다. 부동산실명제와 금융실명제는 사기 및 탈세의 위험성 때문이다. 자동차에 번호판을 달도록 하는 것은 자동차의 파괴성과 이동성 때문이다. 청소년유해물을 보는 사람에게 성인 인증을 위해 주민번호를 강제하는 것도 이를 청소년이 보았을 때의 유해성 때문이다.

그렇다면 글쓰기가 자동차 운전, 금융거래, 부동산거래 또는 청소년의 음란물열람처럼 위험한 행위인가. 그렇지 않다는 것에 대부분 동의할 것이다. 위에서 말하였듯 익명의 글쓰기는 도리어 사상의 전파라는 공익적 역할을 수행해왔기 때문에 ‘위험’이 있더라

도 보호되어 왔다. 그리고 바로 이러한 이유로 대부분의 자유민주주의국가의 헌법이 표현의 자유를 명시적으로 보호하고 있는 것이다.

물론 글쓰기는 틀림없이 명예훼손, 저작권침해 등 다양한 위험을 내포하고 있다. 하지만 그러한 위험이 존재한다고 해서 글쓰기를 하는 모든 사람들에게 사생활의 자유를 포기하고 본인확인정보를 등록하도록 요구하는 것이 헌법이 표현의 자유를 보호하고 있음을 무시하는 일이 될 것이다. 헌법이 특정 행위를 보호한다는 의미는 그 행위를 한다는 것 자체를 불법의 개연성이나 공익의 훼손과 등치하여 사생활의 자유 제약의 근거로 삼는 것은 매우 신중해야 함을 의미한다. 사생활의 자유 제약의 근거로 삼는 것이 절대적으로 금지되지는 않을 것이다. 예를 들어 헌법에 영업의 자유가 보장된다고 하여 영업의 자유에 포함되는 행위 중에서 특별한 위험을 내재하고 있는 행위를 하는 사람들에게 본인확인 의무를 부과하는 것은 허용될 것이기 때문이다. 바로 부동산실명제와 금융실명제가 그러한 예이다.

표현에 내재한 위험이 부동산거래나 금융거래에 내재하는 위험만큼 과연 사생활의 자유를 일괄적으로 포기할 필요가 있을 만큼 상당한 것인가에 관한 논의가 필요하다. 그리고 이 논의는 정책자가 처해 있는 시대적 역사적 문화적 배경에 따라 달라질 수 있으며 현대사회에서 미치는 여러 가지 악영향에 대한 실증적 조사가 필요한 것은 사실이다. 하지만 지금까지 밝혀진 것만으로는 사생활의 자유의 제약을 요구할 만큼 위험성을 가진 것으로는 보이지 않는다.

결론적으로, 다른 법에서는 죄를 저질렀다고 믿을만한 이유가 있거나 금융실명제나 자동차번호판제도처럼 방지해야 할 명백한 피해들이 있을 때만 강제하는 신원공개 및 본인확인을 온라인글

쓰기를 한다는 이유만으로 인터넷이용자에게 강제하는 것은 헌법 제17조의 사생활의 자유를 아무런 이유없이 침해하는 것이다. 이 논의는 위의 장에서 살펴보았듯이 표현의 자유 침해와 깊은 관련이 있지만 조금은 다른 것이며 별도의 위헌근거로 다루어져야 한다. 즉 위에서는 표현의 자유를 본인확인 의무(즉 개인정보의 공개)라는 수단을 통해 제약하는 것의 위헌성에 대해 살펴보았다면 이번에는 사생활의 자유를 제약함에 있어 표현의 자유라는 기본권의 행사를 이유로 제약하는 것에 관한 것이다. 즉 전장에서는 표현의 자유라는 기본권의 행사가 다른 기본권제한의 사유가 된다는 것의 위헌성을 다뤘다면 이번에는 그러한 사유로 해서 사생활의 자유라는 기본권이 제한된다는 것의 위헌성을 다루는 것이다.

이 장의 논의는 실명제찬성론자들의 가장 흔한 논거에 답변한다. 즉 ‘떴떴하면 왜 실명 등록을 못하는가’라고 다그치는 실명제 찬성자들도 길거리를 걷는다는 이유만으로 신원공개를 요구당하면 ‘내가 뭘 잘못했는데?’라고 불쾌해할 것이다. 바로 이 기분이 사생활의 자유의 핵심이며 인터넷실명제 반대자들의 심정이 바로 그런 것이다.

물론 위의 논의에 있어서도 혹자는 불법게시물 및 악성게시물의 빈도나 그로부터 발생하는 피해가 자동차운전이나 금융거래만큼 크다고 주장할지 모른다. 과연 그러한지에 대한 논의는 바로 아래에서 다룰 과잉금지의 원칙 상의 이익형량과 다르지 않으므로 아래에서 다루기로 한다.

3. 헌법 제11조의 평등권²⁵⁾침해

25) 헌법 제11조 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별 종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다(편집자 강조).

다른 매체에서는 어떤 형태로든 실명제로 운영되고 있지 않다. 출판계에서는 필명을 마음대로 쓸 수 있고 심지어는 무명으로도 출판이 이루어진다. 신문사설도 엄밀히 말하면 익명이다. 방송에서도 하고 싶은 말이 있으면 모자이크 및 음성변조를 통해 익명으로 인터뷰를 할 수도 있다. 그리고 출판사나 방송국이 저자나 출연자의 실명이나 주소 등 개인정보를 보관하도록 의무화되어 있지 않다. 결국 방통위의 새로운 계획은 인터넷이라는 매체를 다른 매체에 비해 차별적으로 규제하는 것인데 인터넷에만 적용되는 특별한 이유는 무엇인가? 출판 및 방송은 최소한 자신의 연락처 및 위치 정도는 출판사 및 방송국 등에 노출을 시켜야만 출판 및 방송이 이루어지지만 인터넷은 거의 완전한 익명성이 보장이 되기 때문일 것이다. 하지만 그렇다고 하여 현재 우리나라 법이 출판사나 방송국이 누군가의 글이나 말을 출판 및 송출할 때는 반드시 그 사람의 연락처나 위치를 확보해야만 할 것을 강요하지 않는다.

익명의 글쓰기가 인터넷 상에서 이루어진다고 해서 즉 불법적인 게시물이 올라오면 아주 빠른 속도로 확산된다는 이유가 다른 매체와의 차별화를 정당화하는 공익이라고 볼 수 있을까? 온라인의 글은 수십만 수백만 명이 볼 수 있거나 퍼 나를 수 있지만, 이것은 게시자의 통제 밖의 일이며 방송과 달리 독자들의 자발적인 선택에 의한 것이다. 독자의 반응이 폭발적이라고 하여 실명등록의 부담을 지우는 것은 어떤 장르의 책이 잘 팔린다고 해서 갑자기 그 장르의 저자들은 모두 실명 등록을 해야 한다는 것과 마찬가지로 터무니없다.

4. 헌법 제37조제2항 과잉금지의 원칙 위반

위에서 언급한 헌법적 권리들 - 즉 표현의 자유와 사생활의 자유 - 의 침해도 이를 정당화하는 공익적 필요가 있다면 허용된다. 다시 말하면 정당한 목적을 수행하기 위한 적절한 방법으로서 그 목적을 이루는 공익에 비례성을 이루는 법률은 그 법률에 의해 침해되는 사익이 최소화되는 이상 정당화된다는 헌법 제37조 2항의 과잉금지원칙으로 원용될 수 있는 주장으로 보인다. 그러한 공익으로서 첫째 실제 불법게시물이 발견된 이후에 불법게시물에 의한 피해구제의 용이성과 둘째 이와 같은 피해구제의 용이성과 관련되어, 게시판이 실명제로 운영되면 불법게시물과 악성댓글이 줄어들 것이라는 경험칙 상의 예측이 논의가 되고 있다.

물론 이미 위의 헌법적 권리에 대한 논의에서 이미 위의 공익들을 염두에 둔 것이긴 하다. 과잉금지의 원칙 상의 형량은 허공에서 이루어지는 것이 아니며 결국 사생활의 자유, 언론출판의 자유, 영장주의 등의 실제적인 권리를 내용으로 하여 이루어진다. 여기서는 위에서 거론된 공익적 필요의 상당성 자체를 평가해보기로 한다.

첫째 **피해구제의 용이성**은 설득력이 없다. 그리고 특정 아이디 하에 위법게시물이 게시되었다고 하더라도 어차피 그 아이디 소유자가 관련 게시물을 게시했다는 증명은 별도로 이루어져야 한다. 왜냐하면 아이디는 항상 도용될 수 있기 때문이다. 결국은 IP 추적을 통해 정확히 어떤 컴퓨터에서 게시가 되었는지 게시 시점에 아이디소유자는 어디에 있었는지를 별도로 증명해야 하는 것이다. 그리고 인터넷 상의 언사는 모두 기록이 남기 때문에 수사가 오히려 다른 매체에 비해 더욱 편리한 점이 있기 때문에 이 공익의 상당성은 많이 완화된다고 보아야 한다.

더욱 중요한 것은 피해구제의 용이성은 범죄 행위의 개연성이 있는 사람에 대하여는 의미가 있지만 범죄 행위의 개연성이 전혀

없는 사람(즉 온라인글쓰기를 막 시작하려는 사람)에게 적용되는 것은 위에서 말하였듯이 사생활의 침해이므로 헌법적으로 그 효용을 인정할 수 없다. 즉 본인확인정보의 등록을 요구받는 자가 실제로 범죄를 저지를 목적인지에 관계없이 국가가 신원확인을 요구하기 때문이다. 정리하자면, 피해구제의 용이성은 불법적인 게시물에만 적용되는 것인데 실명제는 합법적 게시물의 게시자를 포함하여 모든 게시자에게 적용되는 것이므로 이와 같은 침해를 정당화할만한 공익이 되지 못한다.

둘째 실명제가 불법게시물과 악플을 줄인다는 경험칙에 대해 살펴보자.

우선 악플과 불법게시물을 구분하였을 때 단순한 악플이 줄어드는 것이 사회적으로 바람직한 일일까? 악플도 의견과 감정의 표현으로서 헌법상 권리를 행사한 결과물이다. 물론 모욕죄 위반과 악플을 구별하기는 쉽지 않다. 하지만 모욕죄는 그 위헌성과 함께 논의가 되어야 한다.²⁶⁾

그렇다면 인터넷실명제 하에서는 불법게시물이 조금이라도 줄어들까? 어차피 의도적으로 불법게시물을 올릴 사람들의 대부분은 자신의 실명과 번호를 사용하지 않을 것이다. 그리고 의도하지 않고 불법게시물을 올리는 자들은 어차피 영향을 받지 않을 것이다. 물론 불법게시물을 의도적으로 올리는 자가 타인의 실명과 주민번호를 취득하기가 번거로워지므로 이들에 대해서는 예방효과가 있다고 볼 수 있다.

하지만 이와 함께 합법적인 게시물을 쓰려는 사람들의 글쓰기가 줄어들 것이다. 왜냐하면 본인이 합법적이라고 믿는 게시물이라고 할지라도 수사기관이 불법이라고 판단했을 때 받게 되는 번거로움을 고려해야 하기 때문이다.

26) 최근에는 모욕죄 자체의 위헌성을 다투는 시도도 있었다. 박경신, “모욕죄의 위헌성과 친고죄 조항 폐지에 대한 정책적 고찰”, 고려법학 52호, 2009년, 263-299쪽.

이것은 자발적인 실명제 사이트에서 불법게시물이 줄어드는 것과는 완전히 다른 문제이다. 자발적으로 운영되는 실명제에 자발적으로 가입하는 사람들은 위와 같은 위축효과를 감수하겠다는 결정을 하고 이용을 하는 사람들이다. 이들은 ‘자제’를 선택한 것이다. 그러나 실명이 강제되어서 발생하는 ‘자제’가 아니라 ‘위축’이며 ‘자기검열’이다.

강제적인 실명제사이트에서는 불법게시물이 줄어든 것이지만 이와 함께 합법적인 게시물도 같이 줄어들 것이며 이 두 가지는 서로 상쇄관계에 있다. 길거리 범죄를 막겠다고 길을 걷는 사람들 모두에게 명찰과 주민번호를 달고 다니도록 강제했을 때 사람들의 반응을 생각해 보라. 길에 나가기 자체를 꺼려할 것이다. 그렇게 되면 길거리 범죄는 많이 줄어들 것이지만 합법적으로 목적으로 길을 걷는 사람들도 줄어들 것이다. 누구도 이와 같은 ‘길건기 실명제’가 위험판정을 받을 것임을 의심하지는 않을 것이며 제한적 본인확인제도 같은 맥락에서 바라보아야 한다.

실제로 우리나라는 제한적본인확인제를 2007년 7월22일에 도입했는데 이 제도가 적용된 웹사이트에서 욕설이 없어진다거나 의미있게 줄어들지 않았다.²⁷⁾ 선거용 게시판에서는 욕설이나 비방이 많이 줄어든 것처럼 보이지만 선거용 게시판은 인터넷 전체에 비하면 매우 제한된 공간이며 한시적으로 사용되는 곳이다. 그러나 필자가 여기에서 중요하게 보는 것은 제한적본인확인제에 의해 실제로 욕설이 줄어들지 않았다는 점이 아니라, 욕설이 조금 줄어들기는 하였는데 그보다 게시물의 숫자도 같이 줄어들었다는 점이다.

27) 2007년 10월 4일 국정브리핑을 통해 정보통신부는 2007년 7월 22일에 제한적 본인 확인제가 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 해명하였다(2007년 10월 11일 미디어오늘).

즉 위에서 말한 ‘위축’ 및 ‘자기검열’ 효과가 나타나는 것이다. 표현의 자유 분야에서 말하는 ‘위축효과(chilling effects)’는 일반적인 의미와는 다르며 어떠한 공권력의 행사로 인하여 국민들이 객관적으로는 합법적인 표현물의 발화를 자발적으로 자제하는 것을 말한다. 다른 기본권분야에서는 위축효과는 그다지 큰 문제가 아니지만 표현의 자유 분야에서의 위축효과는 매우 강하게 금기 시된다. 예컨대 판례법국가로서 죄형법정주의와 이에 따른 명확성의 원칙이 적용되지 않는 미국에서조차 표현의 자유 분야에서는 void-for-vagueness 또는 overbreadth 원칙들에 의하여 애매 모호한 표현의 자유 규제조항들이 위헌판정을 받는 이유도 불법성의 기준이 애매모호한 경우 수범자들이 합법적인 표현물의 발화를 자제하는 상황이 발생하기 때문이다. 우리나라에서도 헌법재판소는 ‘위축’이나 ‘자기검열’에 대해서는 이미 헌법적으로 금기시됨을 여러 차례 밝힌 바 있다.²⁸⁾

정리하자면, 피해구제의 용이성은 실질적으로 형사수사에서는 IP추적이 필요하기 때문에 위에서 언급한 기본권 침해를 정당화하는 공익이 될 수 없으며, 불법게시물의 억제라는 공익은 합법적 게시활동도 같이 억제한다는 폐해와 서로 상쇄관계에 있음이 고려되어야 하며 실명제가 강제로 운영되고 있는 상황에서 이와 같은 합법적 게시활동의 억제는 자제가 아니라 헌법이 금기시키고 있는 ‘위축’이며 ‘자기검열’이다. 결론적으로 피해구제의 용이성이나 불법게시물의 억제는 위에서 언급한 기본권침해를 정당화하는 공익이 될 수 없다.

²⁸⁾ 헌재 2001.08.30, 2000헌가9, 영화법 제21조 제4항 위헌제청 [위헌] 판례집 제13권 2집, 134, 153쪽; 헌재 2008.7.30, 2007헌가4 영화진흥법 제21조 제3항 제5호 등 위헌제청 [헌법불합치] 판례집 20권 2집 상 20~49; 헌재 1998.04.30, 95헌가16, 판례집 제10권 제1집, 327 출판사및인쇄소의등록에관한법률 제5조의2 제5호 등 위헌제청.

5. 기존의 사법적 학술적 평가

제한적 본인확인제나 여타의 형식의 인터넷실명제에 대해서는 우리나라에서는 아직 아무런 법적 판단이 없고 단지 한 하급심법원이 공직선거법 상의 실명제²⁹⁾에 대하여 다음과 같은 취지로 위헌제청을 기각한 바 있다.³⁰⁾

한국은 세계최고 수준의 초고속정보통신망을 갖추고 있으며, 국민의 인터넷 이용률도 세계에서 가장 높은 축에 속한다. 한국 네티즌들 사이에서는 이른바 게시판·대화방 댓글 문화가 상당히 발달하였는데, 특히 선거철에는 게시판·대화방 등에 각종 비방과 흑색선전이 난무하는 혼탁한 양상이 전개되는 경우가 많다. 인터넷이 모든 참여자의 동등하고 공평한 표현의 자유를 보장하는 여론형성 및 의견개시의 장이라고 하더라도 헌법의 테두리 내에서만 그러한 권리를 보장받을 수 있음은 당연하다. . . . 이 사건 대상 법률조항들이 실명확인 기간과 관련하여 ‘**선거운동기간 중**’에만 실명확인 조치를 하도록 한정하고, 실명확인요건과 관련하여 ‘**정당 후보자에 대한 지지 반대의 글을 게시할 수 있도록 하는 경우**’에만

실명확인 조치를 하도록 하고 있으며, 인터넷언론사는 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에서 글을 게시하고자 하는 자에게 주민등록번호를 기재할 것을 요구하여

29) 공직선거법 제82조의6 (인터넷언론사 게시판 대화방 등의 실명확인) ①인터넷언론사는 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. (2008.2.29 법률 제8852호로 개정되기 전의 것)

30) 서울서부지방법원 2008카기681 위헌심판제청 2009년 2월 16일 선고.

서는 아니된다고 규정하고 있는 점, 실명확인조치가 사전적 내용심사로써 헌법이 금지하는 검열제도라고 보기는 어려운 점, 인터넷의 익명성으로 인하여 특정후보에 관한 각종 비방과 흑색선전이 난무함으로써 공정하고 깨끗한 선거를 어렵게 할 수 있으므로, 신문·방송 등 각종 미디어를 통한 선거운동을 확대하면서 이 사건 대상 법률조항들을 신설한 입법취지 등에 비추어 볼 때, 위 법률조항들이 명확성의 원칙 및 포괄위임입법금지의 원칙 등에 위반된다거나 표현의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 평등권, 언론의 자유, 직업의 자유 등을 과도하게 침해한다고는 볼 수 없다. (김장구 판사- 편집자 강조)

위의 판사에서 눈에 띄는 것은 “선거운동기간 중에만” 실명인증의무가 적용된다는 것과 “정당후보자에 대한 지지 반대의 글을 게시하는 경우”에만 실명인증의무가 적용된다는 것 그리고 위와 같은 실명인증의무부과를 통하여 달성하려는 공익이 “공정하고 깨끗한 선거”라는 상당히 중요한 공익이라는 점 등으로 논의되고 있다는 점이다.

이에 비해 정보통신망법 상의 제한적 본인확인제는 언제 어떤 글을 게시하더라도 반드시 적용되는 것으로서 이 의무를 통해 달성하려는 공익도 불분명하다. 단순히 ‘악플’을 줄인다는 것은 ‘악플’에 대한 아무런 정의없이 명백한 공익의 정의라고 볼 수 없다. ‘악플’을 형법 제311조 상의 모욕죄에 해당되는 글로 제한한다고 하더라도 모욕죄 자체의 정의가 매우 불분명하며 위헌적인 요소를 가지고 있으므로 ‘악플’을 줄이는 것이 상당한 공익이 되기 어렵다.

물론 목표공익을 불법게시물을 줄이는 것으로 좁게 해석할 수

도 있다. 하지만 그렇게 해석할 경우 그 방법으로서의 제한적본인 확인제는 게시자가 불법적인 게시물을 올릴 개연성에 대한 아무런 판단도 없이 모든 사람들 즉 100% 합법적인 게시물을 올릴 사람들에게도 본인확인 의무를 부과한다는 의미에서 최소침해금지의 원칙, 방법의 적정성 등 과잉금지의 원칙의 여러 요소들을 위반하는 방법이 될 것이다.

실명제에 대한 본격적인 학술적 논의는 많지 않으며 특히 제한적본인확인제가 실제로 시행된 이후의 논의는 거의 없다. 황성기의 논의³¹⁾가 독보적인데 황성기는 게시판 개념정의가 너무 포괄적이라는 점, 익명표현의 자유를 침해한다는 점, 정보통신서비스 제공자의 영업의 자유 침해, 개인정보보호의 문제점, 본인확인방법의 문제점(주민등록번호의 도용문제), 자기책임의 원리 위반(주민번호 도용에 의한 피해에 대해 사업자가 책임을 지는 문제) 등의 여섯가지 헌법적 문제점을 지적하고 있다.

그러나 게시판 개념정의는 법에 의해서 일일사용자 10만명 이상으로 제한되기 때문에 광범성의 문제는 해소가 된다. 정보통신서비스제공자의 영업의 자유는 불법게시물의 억제와 같은 공익에 비교하면 그 제약의 양태 등을 고려할 때 영업의 자유를 제약하는 것은 헌법적으로 설득력이 있다. 개인정보보호의 문제점 역시 하나의 문제점이며 개인정보보호를 강화함으로써 해결될 수 있는 것으로서 제한적본인확인제의 헌법적 평가와는 거리가 있다. 물론 개인정보보호의 문제점은 아래에서 나오겠지만 제한적본인확인제의 정책적 평가에 있어서는 중요하게 고려되어야 한다. 본인확인 방법으로 제시되는 주민등록번호가 쉽게 도용될 수 있다는 문제점 역시 ‘모든 법은 완벽할 수 없다’는 항변에 취약하다. 헌법은 모든 법률이 완벽하길 요구하지는 않으며 과잉하게 기본권을 침

31) “인터넷 실명제에 관한 헌법학적 연구”, 『법학논총』 제25집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2008. 3, 7-37면

해하지 않길 요구할 뿐이다. 자기책임의 원리 위반 역시 제한적본인확인제와는 별개의 내용으로서 사업자의 이용자명의로용에 대한 책임 문제는 제한적본인확인제의 헌법적 평가의 핵심을 건드리지 못한다.

마지막으로 익명표현의 자유의 침해는 위에서 살펴보았듯이 매우 강력한 위헌논거이다. 단지 필자는 이것만으로는 제한적본인확인제의 위헌성에 대한 충분한 논의가 되지 않는다고 생각한다. 예컨대 제한적본인확인제는 표현의 내용을 규제하지 않는 일종의 방법적 규제에 여겨질 수가 있어 이익형량의 대상이 될 수 있다는 합헌논거가 존재하기 때문이다.³²⁾

필자는 위의 표현의 자유 논거에 부가하여 헌법 제17조의 사생활의 침해를 거론하고, 또 헌법 제37조제2항 상의 이익형량이 가능하다는 가정 하에 실제로 제한적본인확인제의 공익적 목표로 제시되는 피해구제의 용이성 및 불법게시물의 억제라는 공익이 실제로 실현가능한 것인지 또는 실현가능하더라도 이를 상쇄시키는 다른 해악은 없는지를 위에서 살펴보았다.

II. 정책적 평가

1. 제한적 본인확인제의 역효과 - 대형 개인정보유출사고 및 예방비용

우리나라의 실명제는 제한적본인확인제의 방식으로 추진되고 있는데 이는 또다른 위험을 안고 있다. 즉 실명을 직접 사용할 필요

32) 예를 들어 문재완, “익명 표현의 자유에 관한 연구”, 『언론과 법』 제4권 제2호, 한국언론법학회, 2005. 12, 149-162면을 보라. 문재완은 제한적본인확인제가 모든 인터넷 이용자가 아니라 일부의 인터넷이용자에게만 적용된다면 위헌이 아니라는 입장을 가지고 있으나 현재와 같이 153개의 웹사이트로 확대적용된 상황에서는 위헌이라는 입장을 가질 것으로 필자는 판단하고 있다.

는 없지만 포털측에 실명을 추적할 수 있는 정보를 접수시키도록 한 것이다. 하지만 이렇게 모여진 개인정보는 매년 반복된 대형유출사고에 노출되어 있다. 즉 주민등록번호 등 사이버 상의 명의도용을 가능케 하는 개인정보들을 한군데에 대량으로 축적되도록 하여 현재 거의 매달 터지고 있는 대형개인정보 유출사고를 유발하고 있는 측면이 있다.

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 있다. 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 보인다. 이 조치를 통해 맥스무비의 영화평점은 참여자가 대폭 줄어 신뢰도는 높아졌을지 모르나 통계의 보편성 또는 대표성은 줄게 되었다. ‘실명제에 대한 몰입’이 아이러니하게도 사이버인격의 대량도용을 부추기며 ‘사이버 무책임’을 확산시켜 인터넷을 기반으로 한 다양한 문화산업이 더욱 선진화될 수 있는 길을 막고 있는 것이다. 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 더욱 더 인터넷의 댓글들의 품격을 저하시킬 뿐이다.

뿐만 아니라 제한적 본인확인제는 해당 인터넷서비스업자들이 원치않는 개인정보를 관리하면서 위와 같은 유출사고를 예방해야 하기 때문에 추가비용을 들여야 한다.³³⁾

2. 책임인가 실명인가³⁴⁾

도리어 실명제를 전혀 사용하지 않는 미국의 웹사이트를 보면 욕설이 많이 보이지 않는데 왜 그럴까. 이용자의 분신인 사이버인격에 책임을 지도록 하기 때문이다. 즉 익명제 하에서도 게시물은 특정 아이디와 결부되어 올려지는데 사이버 상의 언행에 대해서는 그 아이디가 대표하는 사이버인격이 책임을 지게 할 수 있다. eBay를 보면 잘 알 수 있다. eBay에 물건을 사고 팔기위해 실명을 쓰지 않는다. 각 아이디를 통해 이루어진 거래내역에 대해 신뢰성에 대한 등급이 매겨진다.

그리고 그 등급은 eBay의 다른 사용자들에 의해 투표로 매겨지는데 중요한 것은 이와 같은 소비자들의 평가 역시 익명으로 이루어진다는 점이다. 이렇게 되면 등급이 낮은 아이디와는 소비자들이 거래를 피하게 된다. 실명제 없이도 사이버인격에게 거래에 대한 책임을 지우는 것으로 실제인물에 책임을 지우게 되는 것이다. 물론 이와 같은 시스템이 우리나라 상황에서 욕설을 막는데 그대로 이용될 수는 없을 것이다. 그러나 중요한 것은 확실하다. 욕설을 줄이는 방법은 욕을 한 사이버인격의 실명을 아는 것이 아니라 그 욕설에 대해 책임을 사이버인격에 지우는 것이다. 그리고 그 책임을 사이버인격에 가장 빨리 효과적으로 지우는 길은 다른 네티즌들이 자유롭게 논평을 할 수 있도록 하는 것이고 이를 위해서는 익명성이 필수불가결하다.

33) 천정배의원은 2008년 9월28일 정부가 추진중인 '인터넷 본인확인제 확대'가 시행되면 대상에 새로 포함되는 23개 웹사이트들은 월평균 380만원의 비용을 추가 부담하게 될 것으로 분석했다.

34) 이와 비슷한 주장으로 Bruce Schneier, "Anonymity Won't Kill the Internet", 2006년 1월12일, Wired News. <<http://www.schneier.com/essay-104.html>> 2009년6월19일 방문.

III. 헌법 제12조3항 영장주의의 침해³⁵⁾ - 전기통신사업법 제54조제3항

우리나라의 수사기관들은 위의 제한적본인확인제에 의해 취득된 개인식별정보를 현재 영장이나 일체의 사법적 통제 없이 취득하고 있다.³⁶⁾ 이 절차는 수사기관이 인터넷에 공개된 게시물들 중에서 범죄와 연관된 것으로 보이는 게시물이 있을 경우 그 게시물의 작성자가 누구인지 신원을 확인하기 위해 광범위하게 이용되고 있다. 이용자가 글, 그림 등을 게시하기 위해서는 자신의 주민등록번호와 실명을 입력하도록 되어 있고 게시판서비스제공자가 이를 보관하고 있다가 수사기관이 전기통신사업법 제54조 상의 요청을 하게 되면 영장이나 일체의 법원허가가 사전 사후적으로 전혀 없어도 포털측은 정보를 제공하고 있는 것이다.

이는 영장주의에 대한 심각한 침해이다. 프라이버시는 프라이버시 주체의 신원도 포함된다. 그것은 특정 행위나 통신내용이 공개되어 있다고 할지라도 마찬가지이다. 이것은 모두에게 공개되어

35) 헌법 제12조3항 ③체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.

36) **전기통신사업법 제54조**(통신비밀의 보호) ①누구든지 전기통신사업자가 취급중에 있는 통신의 비밀을 침해하거나 누설하여서는 아니된다.

②전기통신업무에 종사하는 자 또는 종사하였던 자는 그 재직중에 통신에 관하여 알게 된 타인의 비밀을 누설하여서는 아니된다.

③전기통신사업자는 법원, 검사 또는 수사관서의 장(군 수사기관의 장, 국세청장 및 지방국세청장을 포함한다. 이하 같다), 정보수사기관의 장으로부터 재판, 수사(「조세범처벌법」 제11조의2제1항, 제4항 및 제5항의 범죄 중 전화, 인터넷 등을 이용한 범죄사건의 조사를 포함한다), 형의 집행 또는 국가안전보장에 대한 위해를 방지하기 위한 정보수집을 위하여 다음 각호의 자료의 열람이나 제출(이하 "통신자료제공"이라 한다)을 요청받은 때에 이에 응할 수 있다.<개정 2002.12.26, 20! 07.1.3>

1. 이용자의 성명
 2. 이용자의 주민등록번호
 3. 이용자의 주소
 4. 이용자의 전화번호
 5. 아이디(컴퓨터시스템이나 통신망의 정당한 이용자를 식별하기 위한 이용자 식별부호를 말한다)
 6. 이용자의 가입 또는 해지 일자
- <이하생략>

있는 공공장소를 걸어다니는 사람도 국가기관이 그 사람의 신원을 확인하기 위해서는 영장을 받아와야 하는 것과 마찬가지로의 이치이다. 왜냐하면 신원을 확인하기 위한 신분증도 본인이 자발적으로 제출하지 않는 한 자신의 프라이버시에 해당되기 때문이다. 즉 제한적 본인확인제를 통해 자신의 주민등록번호와 실명을 게시판서비스제공자에게 위탁할 때는 이 정보는 위탁자의 개인정보이며 이를 취득하기 위해서는 영장이 필요한 것이다.

통신자 당사자의 신원도 역시 프라이버시로 보호된다는 것은 통신비밀보호법이 “통신사실확인자료”를 정의하여 통신의 발신처와 수령처 식별정보를 이 범주 안에 포함시키고 이를 취득하기 위해서는 법원허가를 요구하고 있는 것만 보아도 알 수 있다.³⁷⁾ 그리고 사실 전기통신사업법의 “통신사실자료”와 통신비밀보호법

37) **통신비밀보호법 제2조 제11호** "통신사실확인자료"라 함은 다음 각목의 어느 하나에 해당하는 전기통신사실에 관한 자료를 말한다.

- 가. 가입자의 전기통신일시
- 나. 전기통신개시·종료시간
- 다. 발·착신 통신번호 등 상대방의 가입자번호
- 라. 사용도수
- 마. 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 전기통신역무를 이용한 사실에 관한 컴퓨터통신 또는 인터넷의 로그기록자료
- 바. 정보통신망에 접속된 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 발신기지국의 위치추적자료
- 사. 컴퓨터통신 또는 인터넷의 사용자가 정보통신망에 접속하기 위하여 사용하는 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 접속지의 추적자료

통신비밀보호법 제13조 (범죄수사를 위한 통신사실 확인자료제공의 절차<개정 2005.5.26>) ①검사 또는 사법경찰관은 수사 또는 형의 집행을 위하여 필요한 경우 전기통신사업법에 의한 전기통신사업자(이하 "전기통신사업자"라 한다)에게 통신사실 확인자료의 열람이나 제출(이하 "통신사실 확인자료제공"이라 한다)을 요청할 수 있다.

②제1항의 규정에 의한 통신사실 확인자료제공을 요청하는 경우에는 요청사유, 해당 가입자와의 연관성 및 필요한 자료의 범위를 기록한 서면으로 관할 지방법원(보통군 사법원을 포함한다. 이하 같다) 또는 지원의 허가를 받아야 한다. 다만, 관할 지방법원 또는 지원의 허가를 받을 수 없는 긴급한 사유가 있는 때에는 통신사실 확인자료제공을 요청한 후 지체 없이 그 허가를 받아 전기통신사업자에게 송부하여야 한다. <개정 2005.5.26> <중략>

[본조신설 2001.12.29]

의 “통신사실확인자료”은 서로 중복되는 정의이며 같은 사안에 대해 법령이 상충되는 명령을 하고 있는 상황이다.³⁸⁾ 즉 전기통신사업법은 법원허가나 이용자에게의 통지 없이 신상정보를 제공하도록 요구하고 있고 통신비밀보호법은 법원허가와 이용자에게의 통지를³⁹⁾ 모두 요구하고 있다.

물론 인터넷에 올라온 내용이 이미 공개된 익명의 통신에 대하여 그 통신의 당사자를 확인하는 것은 통신비밀보호법이 염두에 두었던 상황과는 사뭇 다르다. 원래 통신비밀보호법은 수사대상자가 정해진 후 그 사람의 통신사실을 확인하는 기록들을 요청하거나 통신내용을 감청하는 상황을 상정한 것이었다.⁴⁰⁾

하지만 통신비밀보호법과 관계없이 일반적인 영장원칙에 따르면 내용이 공개된 통신의 통신당사자의 신원을 확인하는 것은 인터넷서비스 이용자가 서비스제공자에게 위탁한 개인정보의 내용을 취득하는 것으로 보아 일반영장요건이 적용되어야 할 것이다. ‘내용이 공개된 통신’이라고 하더라도 자신의 실명을 공개하지 않은 익명의 통신은 자신의 정체를 알리지 않겠다는 의지의 결과물이다. 내용의 공개된 익명의 통신의 발신자를 추적하는 것은 기본적으로 다른 사람들은 그 내용의 통신을 하지 않았다는 것을 확인

38) 이에 대해 최근 한나라당 이정현 의원은 2009년 6월 현재 전기통신사업법을 개정하는 안을 제출한 바 있다.

39) **통신비밀보호법 제13조의3** (범죄수사를 위한 통신사실 확인자료제공의 통지) ①제13조의 규정에 의하여 통신사실 확인자료제공을 받은 사건에 관하여 공소를 제기하거나, 공소의 제기 또는 입건을 하지 아니하는 처분(기소중지결정을 제외한다)을 한 때에는 그 처분을 한 날부터 30일 이내에 통신사실 확인자료제공을 받은 사실과 제공요청기관 및 그 기간 등을 서면으로 통지하여야 한다. ②제1항에 규정된 사항 외에 통신사실 확인자료제공을 받은 사실 등에 관하여는 제9조의2(동조제3항을 제외한다)의 규정을 준용한다. [본조신설 2005.5.26]

40) 수사기관들이 익명의 통신의 발신지를 확인하여 수사대상을 특정하려 하는 것이 아니고, 수사대상을 특정하고 이 수사대상자의 통신사실확인자료를 통신비밀보호법 상에 요청하는 경우도 많이 있는 것으로 보인다. 이와 같은 요청에 대해서도 문제를 제기하는 사업자들이 있는 것으로 확인되고 있는데 이에 대해 문제를 제기하는 것은 무리가 있다.

하는 것과 등가이다. 즉 익명의 통신의 발신자를 확인하는 것은 통신의 내용을 확인하는 것과 등가라는 것이다. 이것은 마치 범행 현장에 남겨진 피가 누구의 것인지 확인하기 위해 어느 마을의 모든 주민들의 혈액DNA를 검사해보는 것과 마찬가지로이다. 이 경우 이를 위해 수사기관은 당연히 이와 같은 혈액DNA검사를 위해서는 일반영장을 취득해야 할 것이다.

정리하자면, 제한적 본인확인제를 통해 게시판서비스제공자가 보관하고 있는 본인확인정보를 국가기관이 범죄수사를 위해 취득할 때는 반드시 범죄와의 관련성에 대해 법원을 설득시켜 영장을 받아와야만 할 것이다. 그렇지 않고 국가기관이 범죄수사를 위해 영장도 없이 모든 게시물에 대해 게시자 신원확인을 할 수 있다는 것은 바꿔 말하면 인터넷게시판에 글을 올리는 사람들은 반드시 실명과 주민번호를 국가에 공개하고서야 글을 쓸 수 있다는 것인데 이는 온라인글쓰기를 하는 사람들을 모두 잠재적인 범죄자로 취급하는 것과 다를 바 없다.⁴¹⁾

물론 전기통신사업법 제54조제3항 상의 정보제공제도는 정보통신망법 제44조의5 상의 제한적본인확인제와는 다른 제도이다. 그러나 제한적본인확인제를 통해 포털에 등록된 정보가 추후에 어

41) 통신자의 신원이 아니라 **통신의 발신지정보(예를 들어 특정 게시물의 업로드 발신지 컴퓨터의 IP주소)**를 요청하는 것은 별도의 문제이다. 즉 인터넷게시물의 발신 IP주소를 요청하는 것과 그 게시물에 대해 이용자가 게시판서비스제공자에게 위탁한 본인확인정보를 요청하는 것은 다르다. 이미 통신의 내용이 공개되었다고 하여도 통신사실확인자료는 그 성격이 바뀌는 것은 아니며 Smith판결에서 pen register나 trap and trace 기구에 접수된 번호에 대해 프라이버시가 없다고 결정한 판시의 적용 범위를 벗어나지 못한다. 그렇다면 이는 이론적으로 매우 재미있는 문제를 발생시킨다. 즉 비밀통신이 아니고 내용이 이미 공개된 통신에 대한 통신확인사실자료도 비밀통신의 통신사실확인자료와 똑같이 프라이버시를 해주어야 할 것인가. 업로드 발신 컴퓨터의 IP주소는 통신이 성립하기 위하여 네트워크시스템에 ‘공개’되어야 하는 정보라는 면에서 게시물에 부착된 실명 및 주민번호라는 이용자가 포털에 위탁한 “개인정보”와는 완전히 다른 차원의 문제이다. 잠정적인 결정을 내리자면 현재의 세계적인 추세는 비밀통신과 내용이 이미 공개된 통신을 구별하지 않고 통신사실확인 자료에 대해서도 모두 최소한의 프라이버시를 인정해주고 있는 것으로 보인다.

떻게 이용되는가도 중요한 요소이며 그 이용이 영장주의를 침해하는 방식으로 이루어진다는 것은 제한적본인확인제에 대한 헌법적 평가에서 중요하게 다루어져야 한다.

IV. 결론

정리하자면, 현행 정보통신망법은 인터넷에서는 정보의 확산이 매우 폭넓고 빠르게 이루어질 수 있다는 점에 착안하여 다른 매체에서는 부과하지 않는 실명제의 한 형태인 제한적본인확인제를 실시하여 인터넷 상의 ‘악플’ 및 불법정보에 대한 피해구제의 용이성을 확보하고 이를 통하여 ‘악플’과 불법정보의 유통을 억제하려 하고 있다. 그러나 이와 같은 제도는 다음과 같은 이유로 위헌이다.

첫째 외국의 선진사례들에서 볼 수 있듯이 익명으로 말할 자유는 권력자의 보복이나 사회의 편견을 피하여 자유롭게 자신의 의견을 개진하기 위해 필수불가결하였으며, 표현의 자유의 핵심은 권력이나 주류사회에 무해한 표현을 할 자유가 아니라 이들에 대해 비판적인 표현이었다는 점에서 익명으로 말할 자유는 헌법 제 21조의 표현의 자유의 본질적인 부분이며 실명제는 이를 침해한다. 뿐만 아니라, 온라인글쓰기를 한다는 이유만으로 어떤 법적의무를 부과하는 것은 기본권을 행사하였다는 이유로 제재를 받아서는 안된다는 헌법적 명령을 정면으로 위반하는 것이 된다. 이 법적의무는 표현의 내용에 관계없이 그리고 온라인글쓰기의 부수적인 효과나 영향에 관계없이 부과되는 것이어서 이를 내용규제로도 방법적규제로도 정당화할 공익은 없다.

둘째 온라인글쓰기를 하려는 자에게 부과되는 법적의무의 내용

을 살펴보면 자신의 신원을 공개하라는 내용이다. 한 사람의 신원은 자발적으로 공개하기 전까지는 사생활의 영역이며 그러므로 불합리한 압수수색으로부터 자유롭다. 즉 본인확인정보의 강제적 공개는 불법의 개연성(probable cause)나 최소한 형사소송법 제 215조의 형사소송에의 필요성이 있는 경우에만 헌법적으로 용인된다. 우리나라의 제한적본인확인제는 특정 게시물의 불법의 개연성과 무관하게 일률적으로 신원공개를 요구한다는 점에서 헌법 제17조의 사생활의 자유의 침해이다.

셋째 다른 매체에는 적용되지 않는, 헌법 제11조를 위반하는 불평등한 규제이다. 넷째 위와 같은 헌법상 기본권의 침해를 정당화할 수 있는 공익적 필요는 없다. 즉 아이디와 비밀번호만 알면 명의도용을 할 수 있는 사이버커뮤니티의 특성 상 불법정보에 대한 수사는 결국에는 IP주소와 피의자의 위치를 확인해야하기 때문에 수사를 더욱 용이하게 하는데 일조하지 못하고 있으며, 불법게시물을 줄이는 효용은 틀림없이 있지만 그만큼 합법적인 게시물들도 헌법적으로 금기시되는 '위축' 및 '자기검열'효과에 의해 줄어든다는 점을 감안해야 한다. 정보통신망법과 관련없이 자발적으로 실명제로 운영되는 웹사이트에서 악플과 불법게시물이 많이 보이지 않는다는 사실은 운영자와 가입자들이 그와 같은 '위축'과 '자기검열'효과를 감수하겠다는 합의의 결과물이므로 헌법적 문제가 없어 정보통신망법 상의 강제적실명제의 평가에 영향을 미치지 않는다.

다섯째 도리어 제한적 본인확인제를 통해 주민번호라는 중요한 개인정보가 집중적으로 축적되면서 사회 전체적으로는 개인정보 대량유출사고의 위험을 정보통신서비스 제공자 입장에서는 그와 같은 사고를 막기 위한 비용을 감수해야 하고, 위와 같은 개인정보의 대량유출사고는 아이러니하게도 사이버명의도용을 더욱 쉽

게 하여 인터넷게시물의 신뢰성을 떨어뜨리고 이와 같이 신뢰성이 떨어진 환경은 다시 제한적본인확인제의 도입목적이었던 언어순화에 도리어 역행하는 결과를 초래하고 있다.

여섯째, 언어순화 및 불법게시물의 억제에 필요한 것은 책임제이지 실명제가 아니다. 즉 국가가 주도하는 책임제가 아니라 다른 네티즌들이 자발적으로 불법게시물이나 악플을 올린 네티즌에게 보복을 자유롭게 또 익명으로 가하도록 함으로서 네티즌들이 책임을 통렬히 느끼도록 하는 것이 더 중요하다.

일곱째, 더욱이 우리나라는 전기통신사업법 제54조제3항을 통하여 수사기관이 영장없이 그리고 이용자에게 아무런 통보없이 제한적본인확인제를 통하여 취득된 각 인터넷게시물의 게시자의 이름 및 주민번호를 취득할 수 있도록 하고 있는데 위의 법조항은 헌법 제12조제3항의 영장주의의 침해에 해당되며 이는 제한적본인확인제의 헌법적 평가에 있어 중요하게 고려되어야 한다.

참고문헌

- ACLU v. Miller*, 977 F. Supp. 1228 (N.D. GA) (1997)
- McIntyre v. Ohio Campaign Commission*, 514 U.S. 334, 115 S.Ct. 1511 (1995)
- NAACP v. Alabama*, 357 U.S. 449, 78 S.Ct. 1163(1958)
- NAACP v. Alabama*, 360 U.S. 240, 79 S.Ct.1001 (1959)
- Brown v. Socialist Workers '74 Campaign Commission (Ohio)*, 459 U.S. 87, 103 S.Ct. 416(1982)
- Noah Levine, "Establishing Legal Accountability for Anonymous Communication in Cyberspace", 96 Colum. Law. Review. 1526 (1996)
- Trotter Hardy, "The Proper Legal Regime for 'Cyberspace'", 55 U. PITT. L. REV. 993, 1051 (1994)
- George du Pont, "The Criminalization of True Anonymity in Cyberspace", 7 Mich. Telecomm. Tech. L. Rev. ____ (2001)
- Caroline Goemans, "Anonymity on the Internet: concept and legal aspects", Workshop APES, April 19, 2001.
<
www.law.kuleuven.be/icri/documents/58anonymity.pdf
>
- 박경신, 2009년 4월 27일 한겨레 "온라인글쓰기가 운전만큼 위험한가?"
- 조국, "압수수색의 합법성 기준 재검토", 비교형사법연구 제5권제 2호, 745-781쪽
- 박경신, "모욕죄의 위헌성과 친고죄 조항 폐지에 대한 정책적 고

찰”, 고려법학 52호, 2009년

서울서부지방법원 2008카기681 위헌심판제청 2009년2월16일 선고
황성기, “인터넷 실명제에 관한 헌법학적 연구”, 「법학논총」 제25

집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2008. 3

문재완, “익명 표현의 자유에 관한 연구”, 「언론과 법」 제4권 제2
호, 한국언론법학회, 2005. 12,

Bruce Schneier, "Anonymity Won't Kill the Internet", 2006년1
월12일, Wired News.

<<http://www.schneier.com/essay-104.html>>

<Abstract>

Unconstitutionality of Internet Real Name System

42)

Park Kyung Sin^{*}

Korea's Law Regarding Promotion of Use of Information Communication Network and Protection of Information has implemented a mandatory limited identity verification system on the internet in order to provide deterrence against illegal contents or abusive remarks which can spread very quickly and broadly on the internet. However, this system is unconstitutional for the following reasons. Firstly, in other countries, one's right to advocate his or views anonymously and thereby without fear of the authorities' oppression or social prejudices has been protected as a core part of freedom of speech, which is also protected under Article 21 of the Korean Constitution. The mandatory identity verification system also imposes a legal obligation (to verify their identities) on people for the sole reason that they engage in on-line writing, and thereby directly contradicts the mandate that one should not be penalized for exercising a right guaranteed by the Constitution (namely, freedom of speech). It imposes the obligation regardless of the contents or any incidental effects of the writing, and therefore lacks any justification either as a

* Associate Professor, Korea University Law School

content regulation or a time, place or manner regulation. It provides for a penalty against the act of on-line writing pure and simple and is therefore unconstitutional.

Secondly, the very obligation imposed on and thereby penalizing the person about to exercise the free speech right is an obligation to disclose one's identity. One's identity is private information until it is voluntarily disclosed by the owner of that identity and is therefore entitled to freedom from unreasonable search and seizure. In other words, compulsory disclosure of one's identity verification information is constitutionally permitted only upon the showing of probable cause. Now, Korea's mandatory identity verification system requires verification from all writings even the ones that have no likelihood of carrying an illegal content. Therefore, it violates Article 17 Freedom of Private Life.

Thirdly, the identity verification requirement constitutes a discriminatory measure applied only against the internet and not against any other medium, and therefore discriminates against those intending to communicate through the internet. Fourthly, there seem to be no public necessities that justify the infringement on the basic rights discussed above. Supporters of the mandatory identity verification system point to facilitating the track-down of the authors of illegal content and deterring illegal content as the main justifications. However, the names and resident registration numbers, which are currently used as identity verification

information, are used frequently for various other purposes and therefore obtainable by a non-frivolous number of people, who masquerade on-line as the holders of the names and numbers. Therefore, a proper track-down of the authors of illegal content inevitably requires IP-tracking, and therefore is not made easier by the system requiring registration of the identity verification information. Also, the system may appear to suppress illegal content but it also suppresses legal content, the authors of which may censor themselves from posting even legal content in fear of retaliation or prejudices, resulting in an unconstitutional 'chilling' effect.

Fifthly, the mandatory identity verification system results in accumulation of resident registration numbers coupled with names, which is exposed to the continuing risk of mass-scale leakages, which in turn makes possible massive identity thefts, which will then increase the posting of illegal content and abusive remarks, the goal that the system has tried to fight against. Sixthly, the system interferes with a proper accountability regime in the cyberspace, which can be made possible only by allowing all participants to comment on others freely and therefore anonymously as in the case of eBay. Seventhly and finally, Korea's real name system is particularly infringing upon people's freedom from unreasonable search and seizure. The identity verification information thus collected can be obtained by law enforcement authorities without warrant

and without notification to the owners of that information.

Key Words: Freedom of Expression, Internet Real Name System, Limited Identity Verification System, Right of Privacy, Search and Seizure by Warrant

