

참고 문헌

- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2010
- 김종철, “공직선거법상 인터넷언론규제에 대한 비판적 고찰”, 『언론과 법』 제8권 제2호, 한국언론법학회, 2009. 12
- 조소영, “인터넷 선거운동(E-Campaigning)에 대한 헌법적 고찰”, 『헌법학연구』 제11권 제2호, 한국헌법학회, 2005. 6.
- 황성기, “언론매체규제에 관한 헌법학적 연구-방송·통신의 융합에 따른 언론매체 규제제도의 개선방안”, 서울대학교 법학박사학위논문, 1999. 8.
- Rob Kling, Ya-ching Lee, Al Teich & Mark S. Frankel, “Anonymous Communication Policies for the Internet: Results and Recommendations of the AAAS Conference”, in Robert M. Baird, Reagan Ramsower & Stuart E. Rosenbaum(ed.), Cyberethics: Social & Moral Issues in the Computer Age, Prometheus Books, 2000

익명표현의 자유와 인터넷 실명제¹⁾

이규홍*

1. 표현의 자유 그리고 인터넷

의미

익명표현의 자유에 대한 논의는 선행론으로 표현의 자유가 헌법에서 차지하는 위상에 대한 검토를 요구한다. 표현의 자유가 오늘날의 대의민주주의가 제대로 기능하기 위해 반드시 확보되어야 할 가장 중요한 기본권 중 하나임에는 이문이 없는데, 다른 사람의 사상과 의견에 접근할 수 있는 기회를 마련해 주는 외에 자기의 사상과 의견을 형성해 이를 다른 사람에게 전파할 수 있게 해 준다는 점에서 특히 현대 정보화 사회에서는 개인의 자기성취 및 자아실현에도 이바지할 수 있는 자유로서의 의미도 크다.

그런데 표현의 자유는 각 국가의 역사 및 발전과정에 따라 다양한 위상을 보여주고 있어, 식민지 통치에서 벗어나 국민의 자기지배에 기초한 민주주의 국가를 건설한 미국에서는 표현의 자유가 가장 중요한 헌법적 가치로 여겨지고 있음에 반해, 전제주의 정권을 경험한 독일에서는 인간의 존엄성을 최고의 가치로 설정하고 표현의 자유는 다른 기본권과 마

*부정판사, 시법연구회 교수

찬가지로 인간의 존엄성을 실현하기 위한 수단으로 이해되고 있다. 우리나라는 헌법 제21조 제4항에서 언론·출판으로 하여금 타인의 명예나 권리, 공중도덕이나 사회윤리를 침해해서는 안 된다고 규정하고 있어 상대적으로 그 권리에 관해 어떤 제한 규정도 두고 있지 아니한 미국 수정 헌법 제1조와 구별되고, 더 나아가 헌법 제37조 제2항에서 법률로써 제한할 수 있다고 규정하고 있는 등 미국보다 독일의 유형에 가깝다고 평가되는데 이러한 점은 표현의 자유와 다른 기본권의 충돌 시 또는 인터넷에서의 표현의 자유 전반에 관련된 논의의 시 유의미할 것이다.

표현의 자유에 대한 헌법적 정당성의 근거로는 전통적으로 '사상의 자유시장(marketplace of ideas)' 이론, '국민의 자가지배(self-governance)' 이론, '시민의 자기만족(self-fulfillment)' 이론 등이 제기되어 왔는데 오랜 논의의 결과 그 근거는 어느 하나의 이론에 의해 완결적으로 설명될 수 없는 것임이 밝혀졌고, 각국의 실무도 다양한 이론의 복합적 접근방법을 취하면서 표현의 자유에 대한 해석을 구체화하고 있는 실정이다.

인터넷에서의 표현의 자유

이러한 논의에 인터넷이라는 매체를 통해, 특히 최근 TGIF(트위터, 구글, 아이폰, 페이스북) 등 소셜네트워크서비스(SNS)의 등장으로 일찍이 경험한 바 없는 사회적 발언 환경의 변화가 이루어지고 있는 최근 정보사회에서는 그 특징을 반영한 설명이 추가적으로 필요하다.

즉 누구든지 하고 싶은 말을 할 수 있고 다양한 문화 형성에 참여할 수 있다는 면에서 그간 주변적인 것으로 치부되던 '대중문화(Pop Culture)'가 일약 핵심으로 떠오르게 되어, 표현의 자유의 보호근거가 '민주주의의 발전(promotion of democracy)'보다는 '민주적 문화의 활성화(promotion of a democratic culture)'로 변화되어야 한다고 설명²⁾되기도 하는데, 이는 결국 표현의 자유의 수혜자 폭이 실질적으로 확대된 것을 의

미하고, 그 결과 기존에 정립된 표현의 한계도 도전받을 수 있음을 시사하는 것이기도 하다.

즉 평범한 일반시민도 인터넷을 통해 때때로 일상적인 업무처리나 개인적 사용을 넘어서 사회적 의제를 제시할 수 있고, 이러한 의견이 모여 예컨대 2011년 튀니지에서 시작된 재스민 혁명이 인터넷을 통해 이집트와 리비아 등의 오프라인 활동으로 확대된 것에서 보듯이 현실사회를 변혁시키는 기능에까지 이르게 된 것으로, 이러한 점은 인터넷에서의 표현의 자유의 한계에 대한 정치적·사회적 제검토의 필요성을 제기하고 있다.

특히 한국의 경우 인터넷의 대중화 속도가 매우 빠르고 오프라인 활동과 쉽게 연계되는 경향이 있어, 2008년 미국산 쇠고기 수입반대 촛불 시위나 최근 소위 '나꼼수' 현상에서 보듯이 폭발적인 영향력을 선보인 바 있고, 역으로 각종 유언비어의 출처로 의심받는 빌미가 되기도 했다. 이렇듯 우리 사회는 IT강국답게 일찍이 인터넷과 관련된 남다른 경험을 했고 이러한 점은 세계 최초로 인터넷상의 표현의 자유의 부정적인 면을 규제하기 위한 '실명제' 도입 논의의 촉발제가 되기도 했다.

이와 같이 SNS, 인터넷게시판 등을 통해 발현되는 개인의 의견은 원래 개인 간의 순수한 통신형태, 즉 사생활의 비밀의 영역에 속한 것이었지만, 그 게시자가 의도하건 의도하지 않건 간에 그 영역을 뛰어넘어 종종 상당한 영향력을 발휘하고 있는 것이 현실이다.

헌법재판소도 인터넷은 개방성, 상호작용성, 탈중앙통제성, 접근의 용이성, 다양성 등을 기본으로 하는 사상의 자유시장에 가장 근접한 매체이고 이러한 특성으로 인해 인터넷을 국민주권의 실현 및 민주주의 강화에 유용한 수단으로 평가한 바 있다.³⁾

2. 익명성, 익명표현의 자유 그리고 인터넷

익명표현의 자유의 역사와 의미

‘떴떴하게 이름을 밝히고 글을 쓰라’ 혹은 ‘익명성은 비겁하다’라는 주장은 최소한의 도덕적인 자기책임성을 내포하고 있다는 점에서 단순하지만 쉽사리 배척하기 어려운 것이고, 특히 익명으로 비판적인 표현을 하려는 사람에게 스스로 부담을 지우는 강력한 무기이기도 하다. 그러나 인류 역사를 되짚어 보면, ‘익명 글쓰기’만 보아도 대표적으로 미국 헌법 제정 당시 헌법을 지지하는 85개 논문을 모은 ‘연방주의자논집(Federalist Papers)’은 뉴욕시의 신문들에 당시 생존의 문제까지 달린 극단적인 정치적 대립 상황에서 알렉산더 해밀턴 등이 ‘Publius’라는 익명을 써서 출판한 것을 모은 것이다. 또 이러한 현상은 한국에도 있었는데 조선시대에 익명으로 자신의 주장을 널리 알리는 방문(榜文)을 써서 붙이는 일이 종종 있었고 왕에게 한 상소도 익명으로 이루어지는 경우가 있었다고 한다.⁴⁾

그 후 일제강점기의 문인인 이육사·심훈 등도 모두 본명을 사용하지 아니한 바 있고, 근래 들어 권위주의 정부 시절에는 익명의 저자에 의한 저술이 그 내용의 참신성과 강한 비판정신으로 주목을 받았다. 이렇듯 동서고금을 막론하고 익명의 글쓰기는, 자기만족 등 특수한 경우를 제외하면 정치적 탄압이나 사회적 편견을 피하기 위해 있어 왔고 그에 대한 역사적인 평가는 부정적이지 않다. 즉 익명성이 권력에 대한 자유로운 비판 및 내부고발을 가능하게 함으로써 국가와 사회의 자정과 발전에 이바지해 왔음을 부인할 수 없으며, 다수에 의해 정립된 사회적 규율이 강하게 이견 표명을 억제하는 사회일수록 익명표현이 더욱 정당화되었음을 알 수 있다.

그렇다면 ‘익명성은 비겁하다’는 주장은 역사적·시대적으로 당·부당

이 결정되어야 하는 결코 단순하지 않은 명제일 것이다. 권위주의적 정치상황하에서는 자신에 대한 비판을 수용할 자신이 없는 정치적·사회적 강자의 무기로 사용되겠지만(실제로 조선 초기에는 익명투서의 효력에 관해 정충의 소명자료나 형사법상 증거로 법적 효력을 부여하지 아니했고 익명문서는 소각해야 한다고 정하고 있는데 이는 고대 중국에서 내려오는 일종의 관습물이라고 한다⁵⁾), 민주화가 상당한 정도로 진행된 건전한 사회에서는 오히려 의사표현 방식 중 하나로 이해되고, 익명성의 지나친 악용은 사회적 평가를 통해 도태되는 구조가 형성되는 것이 아닐까 한다. 그런 면에서 본고에서 논의할 인터넷 실명제 관련 문제점은 우리 사회의 현실적인 민주화 정도와 인터넷 공간의 활용방법 등에 대한 진단 및 평가와 맞물려 이해되어야 할 것으로 결국 우리 사회에서 익명성에 의한 사회적 맥락의 탈락이라는 요소가 가려울 긍정적·부정적 측면의 균형점이 어디인지를 발견하는 작업으로 귀결되어야 하는 것이다.

표현의 자유에서 ‘익명성’의 위치

1) 성명표시권과의 관계

헌법재판소는 헌법 제21조에서 보장하고 있는 표현의 자유에는 익명 또는 가명으로 자신의 사상이나 견해를 표명하고 전파할 익명표현의 자유도 그 보호영역에 포함된다고 명시했다.⁶⁾ 그런데 이러한 익명표현의 자유와 저작권법 제12조가 정한 성명표시권의 관계를 살펴볼 필요가 있다. 저작자가 자신이 그 저작물의 창작자임을 주장할 수 있는 권리인 성명표시권은 실명이나 이명을 표기할 권리뿐만 아니라 무명(無名)으로 할 권리도 포함한다고 일반적으로 설명되고, 특히 일본 저작권법 제19조 1항은 이를 명문으로 규정하고 있다. 그러므로 무기명 저작물에 제3자가 저작자의 실명이나 이명을 임의로 표시하는 것은 성명표시권의 침해가 된다.

그리고 이론적·역사적으로 저작권재산권과 저작인격권의 관계, 저작인격권과 민법상 포괄적인 인격권과의 관계에 관한 논의 중 우리나라의 통설인 저작권이원론·일체설의 입장에서 보면 저작인격권은 헌법 제10조에서 도출되는 일반적 인격권의 하나로 보게 되므로, 익명표현물 중 완전한 복제물(인터넷상의 '펍글')이어서 저작(인격)권의 대상이 되지 않는 경우를 제외한 익명표현물은 인격권인 성명표시권을 통해 법적으로도 그 익명성을 유지할 수 있도록 보호받아야 할 것이다.

결국 문화의 향상·발전에 이바지함을 목적으로 하는 성명표시권과, 자기의 사상과 의견을 형성해 이를 다른 사람에게 전파할 수 있게 해 준다는 점에서 개인의 자기성취 및 자아실현에 이바지하고 최종적으로 민주적 문화의 활성화를 목표로 하는 표현의 자유 중 익명표현의 자유는 그 한도에서 보호범위 및 보호목적이 중첩된다.

즉 표현의 자유의 보호범주(익명표현의 자유는 '펍글' 같은 불법복제물에 대해서도 그 행위 자체를 보호한다는 면에서 범위가 넓다)에 속하는 저작권의 보호대상에 관해서는 그 중첩한도에서 저작권과 표현의 자유가 보완적으로 같은 목표를 달성하는 수단으로 작용해, 저작권과 표현의 자유 사이는 충돌과 긴장관계가 있다는 일반적인 이해와는 사뭇 양상이 다르고, 결국 익명표현의 자유는 이미 저작권법상의 성명표시권을 통해 부분적으로 구현되고 있다고 볼 수 있다. 그런 면에서 저작인격권(성명표시권) 자체를 인정하지 않고 있는 미국에서는 익명표현의 자유가 그러한 역할을 수행하고 그 때문에 익명표현의 자유에 헌법적 지위까지 보장하는 것으로 설명되기도 한다.⁷⁾ 이렇듯 성명표시권이 적극적인 권리로 이를 포기할 수 있는 것이라면 뒤에 볼 실명확인제를 규정한 법률은 공익적 필요 등을 이유로 성명표시권을 제한(포기권의 박탈)하는 결과가 될 것이므로 그에 대한 법적 판단에는 표현의 자유 침해론 외에 인격권 침해론이 포함되어야 할 것이다.

2) 미국에서의 논의

연방대법원은 화자의 신원(speaker's identity)은 화자가 자유롭게 포함시키거나 배제할 수 있는 문서의 내용적 요소와 다르지 않다고 보아 이미 Talley v. California 사건⁸⁾에서 익명표현의 권리(right to anonymous speech)를 인정했고 McIntyre v. Ohio Elections Commission 사건⁹⁾ 이후로는 이를 헌법상 권리로 인정하고 있다. 특히 McIntyre 사건은 선거용 문서에 그 책임자의 이름을 기재하도록 의무를 부과하는 법률이 있는 오하이오 주에서 '학부모 및 납세자(parents and tax payers)'라는 이름만으로 교육세 관련 유인물을 배포한 McIntyre에게 벌금이 부과된 사례인데, 연방대법원은 익명으로 발표할 자유는 수정헌법 제1조에 의해 보호되는데 그 보호범위는 문학에서 정치적 의견표명에까지 미치고, 오하이오 주법은 정치적 의사표현의 핵심에 대한 규제에 엄격심사기준에 의하면 수정헌법 제1조 위반이라고 판시했다.

결국 구체적인 심사기준에 있어 실명 표현을 강제하는 법규를 표현의 시기·장소·방법에 대한 규제[소위 TPM(Time, Place, Manner) 규제]로 보지 않고 내용규제로 보아 엄격심사기준을 적용하고 있고 특히 정치적 의사를 제한할 우려가 있는 경우 더욱 엄격하게 심사하는 것으로 볼 수 있다. 다만, 이러한 미국에서의 익명표현의 자유에 대한 논의는 스스로 익명표현에 의한 해악을 제거할 수 있는 합리적인 대중(rational audiences)의 존재와 '표현은 많을수록 좋다(more is better)'라는 전제에서 이루어지고 있다고 설명된다.¹⁰⁾

3) 우리나라의 경우

현재는 저자의 실명이 표현의 내용이 되는 것인지, 표현의 방법이나 형식에 불과한 것인지에 관해서는 명확한 언급 없이 과잉금지원칙에 의한 심사를 하고 있다.¹¹⁾ 그런데 저자의 실명이 그 '내용'에 속한다면 그

에 대한 규제는 표현의 내용에 대한 규제로 원칙적으로 엄격심사기준이 적용될 것이지만, 소위 TPM에 해당한다면 그 규제에 대해서는 상대적으로 완화된 심사기준의 적용에 그치게 될 가능성이 클 것이므로¹²⁾ 논의의 의미가 적지 않다.

이와 관련해 앞서 본 성명표시권이 동일성 유지권과 구별되는 권리라는 점을 근거로 저자의 이름을 표시하는 것은 표현의 내용이 아니고 저자에게 귀속되는 표현을 이루는 한 형식에 불과하다는 전제하에 익명성을 표현 형식의 일종으로 파악해, 결국 익명표현의 자유는 의무가 없는 특권의 성격을 강하게 띠고 있다고 보아 회피 불가능하도록 법적으로 강제되지 아니하는 한 침해가 이루어질 수 없다는 견해가 있다.¹³⁾ 그러나 동일성 유지권이 저작물의 내용·형식·제호의 동일성을 유지할 권리를 의미하고, 이는 주로 저작물의 창작성이 있는 부분에 개변을 가한 경우에 문제되는 것이므로, 창작성이 논의될 수 없는 성명 부분을 이에 포함시킬 수 없어 별도의 지분권(성명표시권)으로 규정하고 있는 것으로 보아야 할 것이어서 이러한 저작권법 특유의 요건에 기한 개별권리 분류가 익명성이 표현의 내용과 무관한 것으로 이해되는 근거가 될 수는 없다고 할 것이다. 나아가 실질적으로 보아도 독자들은 어떠한 글을 이해함에 있어 표시된 저자의 실명을 통해 그의 개인적인 특성, 다른 글 혹은 경력을 참조하게 되므로 넓게 보면 저자의 이름 자체가 그의 글의 내용의 일부(혹은 그 글을 제대로 이해하는 단서)가 된다고도 볼 수 있을 것이다. 또한 익명성의 보장은 주류 의견에 대한 반대의견이 제기되기 쉽게 하고 또 그 내용이 보다 풍부해지고 과감해질 수도 있게 한다는 면에서 분명히 표현의 내용에 영향을 미치는 것이다. 그러므로 문리적 의미에서 이를 표현의 '내용'에 해당한다고 보아야 할 것이고, 설사 그렇지 않더라도 그 보호의 정도는 '내용'에 대한 규제와 동등한 정도로 이루어져야 익명성이 비로소 본래의 가치를 발휘할 수 있다고 생각한다. 익명표현을

전면 금지하는 것은 표현의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것이고, 방법상 제한이라도 표현의 자유를 위축시키는 효과를 야기하는 경우에는 내용상의 제한이라고 보아야 한다는 의견,¹⁴⁾ 이를 투표에서의 비밀투표 보장과도 같은 것으로 보아 선거를 공개적으로 실시하면 단순히 선거방법의 선택이 아니라 선거내용에 영향을 줄 수 있는 것이라는 의견¹⁵⁾도 같은 맥락이라고 생각한다.

인터넷에서의 익명표현의 자유

앞서 본 바와 같은 논의에도 불구하고 오프라인에서의 익명의 글은 전파가 어려웠고, 이는 현재도 정도의 차이가 있을 뿐 본질적으로 마찬가지다. 즉, 인쇄술이 일반화되기 이전은 말할 필요도 없고 근대에 들어서도 출판사·언론사 등이 신뢰성과 상업성을 보장할 수 없다는 이유로 익명의 글을 아예 출판하려 하지 않았고, 한정된 지식인층과 공개된 정보량이 현재와 비교해 매우 적은 점 때문에 몇 단계만 거치면 신원이 파악되었으며, 설사 전파되어도 의도적인 평가절하 논리를 통해 특히 비판적인 익명의 글은 비판받는 대상들에 의해 어렵지 않게 제압되곤 했다.

그러나 인터넷은 앞서 보았듯이 누구든지 하고 싶은 말을 할 수 있다는 '민주적 문화의 활성화'라는 측면에서 주류적 미디어를 거칠 필요 없이 쉽게 익명으로 글을 올리고 급속하게 전파할 수 있는 여건을 제공했다. 그러한 특징은 일반적으로 다양한 정보의 제공을 통한 민주적 문화의 활성화에 기여한다는 면에서 긍정적인 것으로 수긍되고 있으나, 반면 명예훼손, 사생활침해의 글(소위 '악플', '신상털기글') 혹은 근거 없이 사회적 혼란을 야기하는 유언비어 역시 빠르게 전파된다는 점에서 일찍이 경험하지 못한 심각한 규모의 부작용을 종종 수반하고 있다. 이러한 부작용의 원인은 여러 가지로 분석되지만 뒤에서 보듯이 실명확인제 등의 입법근거에서는 '자기통제의 해소현상(disinhibition, 脫禁制라고도 번역한다)'¹⁶⁾

의 토대인 '익명성'이 주된 원인으로 지목되고 있다. 그런데 여기에는 실증적 근거가 부족하다는 반론도 적지 않고, 나아가 몸짓·표정 등 다른 경로로 의미를 전달할 수 없는 인터넷의 특성상 표현이 과격해지는 것은 어쩔 수 없다는 동정적 반론도 있다.

그러나 인터넷 공간에서 이루어지는 익명표현이 현실공간에서의 경제력이나 권력에 의한 위계구조를 해체하고, 인터넷이 가지는 정보전달의 신속성 및 상호성, 쌍방향성과 결합해 다양한 계층의 국민 의사를 반영한 다원주의 실현 및 민주주의 발전을 용이하게 했다¹⁷⁾는 점에는 이론이 없을 것이므로 무엇보다 인터넷에서 익명표현의 자유가 가지는 의미에 대한 논의에서 주객이 전도되는 일은 없어야 할 것이라고 생각한다.

참고로 외국에서의 관련 논의를 살펴보면 우선 미국에서 인터넷에서의 익명표현의 자유와 관련된 판례의 기본 입장은 오프라인에서와 마찬가지로, 구체적으로는 첫째, 인터넷에서도 익명표현의 자유는 인정되고 둘째, 인터넷 사용에 있어 실명을 의무화하는 것은 위헌이며 셋째, 인터넷 게시자의 신원을 밝히는 소환장과 관련된 사건에서는 이익형량을 하는 데 표현의 내용이 정치적 의사표현이거나 사회적 비리의 고발인 경우는 공익성으로 보호받기 쉬우나 저작권 침해와 같은 경우는 사익의 침해가 크다고 보아 보호받기 어렵고 넷째, 공인이나 회사의 비리를 고발하는 익명의 게시물이 올라올 경우 인터넷서비스제공자(Online Service Provider, 이하 'OSP')로 하여금 게시자의 신원을 밝히도록 하는 소송이 늘어나고 있고 이를 사이버상 전략적 봉쇄소송(CyberSLAPP)이라고 하는 바 언론자유 주장 측의 심한 반발을 사고 있다고 한다.¹⁸⁾ 유럽은 2003년 5월 28일 유럽회의의 각료위원회(Committee of Ministers)에서 채택된 '인터넷상에서의 커뮤니케이션의 자유에 관한 선언(Declaration on freedom of communication on the Internet)'에서 인터넷상에서의 커뮤니케이션과

관련해 회원국들이 준수해야 할 7가지 원칙을 제시하고 있는데 가장 마지막으로 제시되고 있는 원칙이 익명성(anonymity)에 관한 것이다. 이는 온라인 감시로부터의 보호와 정보 및 사상의 자유로운 표현을 신장시키기 위해 회원국들은 자신의 정체성을 공개하지 않으려는 인터넷 이용자의 의사를 존중해야 한다는 점을 천명한 것인데 물론 이것이 회원국들이 범죄행위를 저지른 사람들을 추적하기 위한 적절한 조치를 취하는 것을 막는 것은 아니라는 점도 부가하고 있다.¹⁹⁾

3. 인터넷 실명제의 의미와 쟁점

대한민국 인터넷 문화와 규제

앞서 보았듯이 한국은 세계 최고 수준의 초고속정보통신망을 갖추고 있으며, 게시판·대화방·댓글 등 인터넷 문화가 매우 발달해 사회적 쟁점이 있을 때나 선거철이 되면 각종 모욕, 명예훼손, 악플, 마녀사냥식 흑색선전이 난무하는 혼탁한 양상이 전개되는 경우가 유달리 많고, 특히 뉴스에 직접 댓글을 달 수 있게 하는 시스템 등이 이런 현상을 부채질하고 있다. 이에 수년 전부터 대책을 마련해야 한다는 논의가 이어져 오다가 '인터넷 선거'라고 불릴 정도로 선거문화가 변화하고, 소위 '개똥녀 사건', '최진실 사건' 등을 거치면서 친규제적인 여론이 형성되자 규제조치가 현실화되게 되었다.

이렇듯 한국 인터넷 문화의 부정적인 면에 대해 무언가 대책이 필요하다는 점에 공감대가 형성된 것은 인정되지만 정작 규제방식에는 논란이 적지 않다. 인터넷 포털사이트들의 자율적 문제점 시정 노력이 큰 역할을 할 수 있을 것으로 기대했으나, 광고 등 상업적 이유로 가시적인 성과를 보이지 못하고 있어 그에 대한 기대보다는 제도적인 규제조치

도입이 불가피한 것으로 기울게 되었다. 결국 규제와 관련된 논의는 규제대상[OSP, 이용자(저자)], 규제시기(사전적, 사후적)로 정리할 수 있을 것이다.²⁰⁾

규제대상 \ 규제시기	사전적	사후적
OSP	① 모니터링 의무	② OSP의 책임론
이용자(저자)	③ 실명제	④ 민형사 책임

우선 OSP와 이용자(저자)에 대한 사후적인 규제방식의 경우 일반적으로 수용할 수 있는 것이자 오프라인에서의 규제와 별반 다를 것이 없는 것으로 평가되는데, ④는 기존의 법제도로 충분히 논의가 가능하고(다만, 인터넷 모욕죄 신설 등 논란이 있었다), OSP와 관련해 ②는 각국의 간접침해책임론으로 논의되고 있는데 우리나라에서는 방조책임으로 논의가 개략적으로 정리된 것으로 보인다(상세는 OSP책임론에서 논의할 사항이다. 다만 대법원은 소위 자살홈페이지 사건(대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 판결)에서 인정된 책임론을 저작권침해 사안에도 그대로 적용하고 있는데(대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다4343 판결) ①과 관련해 논의의 여지가 있다고 본다).

문제는 사전적인 규제방식인데 ①에서 OSP에게 일반적 모니터링 의무가 없음은 세계적으로 인정된 원칙이고 저작권법 제102조 제1항도 이를 직접 규정하고 있어 최소한 이론적 논의는 정리되었으나, 본고의 쟁점이기도 한 ③은 세계적으로 그 예가 없는 것으로 일반국민들의 익명 표현의 자유와 관련해 논란이 집중될 수밖에 없다. 이하에서 비교법적 고찰 이후 살펴볼 공직선거법과 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 '정보통신망법')상의 각 실명 관련 제도가 그것으로 헌법적 시각에서 살펴보기로 한다.

비교법적 고찰²¹⁾

1) 미국과 유럽연합

미국의 경우 표현의 자유와 관련된 연방대법원의 입장이 앞서 본 바와 같이 실명제를 강제하는 입법 같은 적극적인 정책을 통한 사전규제는 이루어지지 않고 있다.²²⁾

유럽연합의 경우 인터넷 역기능에 대한 규제가 미국보다 강한 편으로 정부규제와 자율규제의 절충 형식을 취하고 있는데, 인터넷 게시판에 대한 규제보다는 안전한 인터넷 환경구축과 불법·유해 콘텐츠에 대처하는 등의 정책을 지향하고 있다. 특히 개인정보보호와 프라이버시권 보장 등을 목적으로 EU 회원국 간의 상이한 법체계를 정비해 국가 간 공조를 통해 온라인 명예훼손 등의 문제에 대응하고 있는바, 구체적으로 프랑스는 '국가정보자유위원회(La Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés)'가 인터넷과 관련해 익명성을 개인의 자기정보통제권을 보호하기 위한 수단으로 권장하고 있고, 각종 신문사에서 운영하는 사이트에서 본인확인을 거치지 않고 의견을 남길 수 있는 등 본인확인제는 실시되고 있지 않다. 독일의 '정보커뮤니케이션위원회(Bundesbeauftragten für den Datenschutz)' 또한 익명성은 오로지 최초로 개인 데이터가 생성될 때만 침해된다고 규정하면서 사이버공간에서의 익명성을 보장하고 있어 연방정보보호법, 전기통신서비스정보보호법, 정보 및 통신서비스법 등에도 본인확인제를 요구하는 규정이 없다. 영국의 '정보보호법(Data Protection Act, 1998)'도 개인정보를 공정하고 명확하게, 지나치지 않게 수집하도록 하는 원칙을 통해 익명성을 보장하고 있다.²³⁾

2) 일본

인터넷 실명제라는 직접적 방법이 아닌 홈페이지 개설자에게 메일주소를 표시할 수 있도록 함으로써 사실상 유사한 효과를 기대하고 있고,

일본의 입법안(第171回 國會 衆法 164回 40号 公職選舉法等の一部を改正する法律案: 제142조의 3 이하를 신설)에는 인터넷 선거운동을 가능하게 하면서, 선거운동을 하는 사람에 대해 이름·메일·주소의 표시를 의무화하는 내용을 두고 있다.²⁴⁾

3) 중국

반면 중국의 경우 거의 모든 분야에서 인터넷 실명제를 시행하고 있는데, 특히 대학 교육 네트워크에서 실명제를 강화하고 있다. 중국 광둥성 교육부는 관내 모든 대학 학생들이 네트워크를 통해 게시판에 접근시 실명 및 개인정보를 기입하도록 하는 본인확인제를 실시하고 있으며, 2006년부터는 블로그의 실명제 등록을 추진하고 있는 등 온라인에서의 검열을 강화하고 있는 추세다.

인터넷 실명제의 의미와 도입 경위

일반적으로 논의되는 '인터넷 실명제²⁵⁾'는 다양하게 분류²⁶⁾할 수 있으나, 현행법에는 인터넷 글쓰기와 관련해 온라인상에서 실명인증 과정을 거친 후 실명이 확인된 경우에만 인터넷 게시판에 특정한 내용의 글을 올릴 수 있도록 하는 제도(2004년 개정된 공직선거법상의 선거게시판이용 '실명확인제')와 영리를 목적으로 하는 일정 규모 이상의 정보통신서비스제공자인 포털사이트와 공공기관 등이 설치·운영하는 게시판을 이용하는 자를 대상으로 하는 것으로 상업성 또는 공공성을 지닌 웹사이트의 방문자가 게시판을 이용하려면 상시 본인여부를 확인받아야 자신의 글을 게시할 수 있는 제도(2007년 개정된 정보통신망법상의 일반게시판이용 '본인확인제': 필명·가명에 의한 표현을 배제하는 것은 아니고, 영리 목적의 일정 규모 이상의 웹사이트에 대해서만 본인확인 절차가 의무화되어 있다는 점 등을 고려해 '제한적 본인확인제'라고도 한다)로 나눌 수 있다.

우선 '실명확인제'는 2003년 상반기부터 대통령 업무보고에서 논의되다가 백지화된 적이 있었지만 그 무렵 각종 선거에서 인터넷이 강력한 위력을 보이자 현실정치적 요구에 힘입어 공론화 내지 위헌성에 대한 논의를 거의 생략한 채 2004년 공직선거법에 도입된 것으로, 그 도입 직전에 국가인원위원회가 제시한 반대의견을 보면 그 쟁점들이 현재의 그것과 크게 다르지 않아²⁷⁾ 결국 위 제도는 도입 전부터 부작용이 예정된 것이었다. 그런데 이렇듯 '선거의 공정성'이라는 목표를 지향하며 최초로 도입된 실명확인제는 2005년 들어 소위 '개똥녀사건' 등을 기화로 분출된 여론을 업고 2007년 정보통신망법상의 '본인확인제' 도입을 통해 인터넷 전반으로 확대되게 된다. 이렇듯 인터넷 실명제는 선거제도에 한정되어 도입되었다가 '본인확인 절차를 통한 의사표현의 통제'를 위해 정보통신망법에 일반조항으로 규정되게 되었는데 그 첫 시행 후 10년 가까운 기간이 경과된 현시점은 그 시행 결과를 객관적으로 평가해 향후 존치·개정 혹은 폐지 여부를 논의할 때라고 생각한다.

한편 현행법에는 위 양제도 외에도 청소년보호법상 성인인증 제도, 게임법상 연령확인 제도, 영리 목적의 광고성 정보를 전자우편의 형태로 전송할 경우 전송자의 명칭 및 연락처를 반드시 밝히도록 하고 있는 정보통신망법 제50조 등 어떤 식으로든 사용자의 신원을 드러낼 것을 요구하고 있는 제도들이 있고, 이들 모두 익명성 규제 논의의 대상이 될 수 있을 것이다. 그러나 이러한 제도들은 모두 그 목적상 차이가 존재하고, 규제방법에 있어서도 각기 상이한 점이 있어 일의적으로 인터넷 실명제라는 큰 틀에서 합헌성을 논의하기는 적당하지 않아 이하에서는 위 제도들을 각별로 분석하기보다는 현재 결정이 내려진 공직선거법과 정보통신망법만을 다루어 나머지 제도들을 논할 때 갖대로 사용하게 하는 것이 적절할 것으로 보인다.

기술적 운용현황

흔히 오해하는 것이 인터넷에서는 완전한 익명성이 보장될 것이라는 점으로, 인터넷의 기술적 특성[TCP/IP에 기초한 인터넷 문서는 반드시 그 출처를 표기하는 패킷헤더(packet header)를 수반한다]을 살펴보면 인터넷에서는 사용자가 별도의 조치를 취하지 않으면 접속위치(IP)가 정확하게 드러나고, 또 이를 회피하기 위한 별도의 조치도 한계가 있어 기술적으로는 오프라인에서보다 오히려 익명성을 유지하기 어려운 면이 있다.

그렇다면 현재 어떤 방식으로 본인(실명)확인을 하고 있는가를 보아야 할 것인데 오프라인에서처럼 본인이 신분증을 지참해 직접 대면하는 방식이 사실상 사용될 수 없다는 점에서 본인(실명)확인 은 본질적으로 간접적일 수밖에 없다. 즉 '본인만이 배타적으로 지배하는 정보(저식기반의 암호, 소지기반의 인증서, 생체정보 등)를 제시하도록 요구하고, 그 요구에 대한 응답을 기초로 확인'하는 방법 외에 온라인 교신에서 가능한 것은 없다고 할 것이므로²⁸⁾, 본인(실명)확인을 위해 현재 사용되고 있는 제도들의 운용현황을 살펴보는 것은 인터넷 실명제가 예상대로 잘 기능해 목적인 결과가 효과적으로 달성되고 있는지 아니면 회피수단에 의해 바라는 효과는 잘 드러나지 않고 오히려 역효과가 더 강한 것은 아닌지를 판단할 수 있는 중요한 기초판단 자료가 될 것이다.

구체적으로 살펴보면, 공직선거법 제82조의 6 제1항은 '행정안전부장관 또는 신용정보업자가 제공하는 실명인증 방법으로 실명을 확인하도록 하는 기술적 조치'를 요구하되, 다만 인터넷언론사가 정보통신망법 제44조의 5에 따른 본인확인 조치를 한 경우에는 기술적 조치를 한 것으로 본다고 규정하고 있고, 정보통신망법 시행령 제29조 1호는 본인확인 조치에 관해 "전자서명법 제2조 제10호에 따른 공인인증기관, 그 밖

에 본인확인 서비스를 제공하는 제3자 또는 행정기관에 의뢰하거나 모사전송·대면확인 등을 통해 게시판 이용자가 본인임을 확인할 수 있는 수단을 마련할 것"이라고 규정하고 있다. 여기서 1일 10만 명 이상의 접속자가 있는 사이트에서 모사전송·대면확인을 하는 일은 거의 없을 것이므로 결국 디지털 공인인증서에 의한 본인확인 방법과 본인확인 서비스를 제공하는 제3자 또는 행정기관에 의뢰하는 방법이 현실적으로 사용될 것이다.

이에 대해 살펴보면 첫째, 공직선거법에서 말하는 실명인증은 사용자가 입력한 이름이 허무인의 이름이 아닌, 같은 이름으로 주민등록번호가 부여된 적이 있음을 확인하는 것일 뿐 실명인증을 요청한 행위자가 바로 그 사람인지는 전혀 담보되지 않는다. 결과적으로 제한의 강도 면에서 비교적 약한 수준의 것이라고 평가될 수는 있을 것이나 역으로 회피의 가능성이 높을 수 있음을 의미하기도 하는 것으로 그로 인한 효과와 부작용이 비교 분석되어야 할 것이다.

둘째, 정보통신망법에서 말하는 본인확인제 중 ①디지털 공인인증서에 의한 본인확인 에 관해서는 한국의 공인인증서제도가 IE 웹브라우저 전용 플러그인(ActiveX Control)만에 기반한 세계적으로 유일한 방식을 취하고 있어 그간 많은 비판의 대상이었으나 아직 해결되지 않고 있다.²⁹⁾ 다음 ②본인확인 조치로 본인확인 서비스를 제공하는 제3자 또는 행정기관에 의뢰하는 방법이 있으나 우선 법령은 '본인확인'이 무엇인지도 명확히 정의하고 있지 않다. 특히 공직선거법상에서는 '본인확인 조치'를 하면 '실명확인'을 한 것으로 본다고 규정해 본인확인이 보다 더 심도 있는, 실명확인이 포함된 넓은 것으로 상정하고 있음에 비추어 보면 그 조치내용에 무언가 차이가 있어야 할 것으로 보이는데, 현실적으로는 양자를 같은 것으로 취급하고 있다. 다만, 본인확인 조치로 '아이핀(I-Pin)'제도를 이용하는 것이 가능한데, 익명표현의 자유에 대한 침해여

부 논의와는 별도로 아이핀은 표준적 웹기술에 기반한 것으로서 기술적으로 타당한 것으로 평가되고 있지만 여러 이유로 이용빈도가 적은 것이 현실이다.³⁰⁾

그러나 정보통신망법상의 본인확인제 도입 시기인 2007년경에는 SNS 댓글 서비스가 등장하기 이전으로 SNS 댓글 기술은 기존의 기술과는 완전히 상이한 것으로, API(Application Programming Interface)가 없어 공인인증서나 아이핀 인증에 의한 정보통신망법상의 본인확인이나 공직선거법상의 실명확인 방법을 소셜 댓글과 연동시키는 것은 불가능하다고 한다.³¹⁾ 그러므로 방송통신위원회가 행정력으로 이를 강제할 수 없는 것이 되어 본인확인제나 실명확인제는 기술적으로도 그 존립이 어려운 새로운 국면을 맞이하게 된 것으로 보인다.

공직선거법상의 실명확인제의 쟁점

1) 개요

선거의 공정성을 내세우며 2004년 공직선거법에 최초로 도입된 실명확인제는 '선거에 관한 의견을 게시하는 경우' 사전에 '성명과 주민등록번호의 일치여부를 확인한 후 일치하는 경우에 한해' 의견게시를 할 수 있도록 하고 실명확인기간은 특별한 제한이 없었지만, 위 2008헌마324 결정의 심판대상인 실명확인제는 위헌성 논란을 의식해 '선거운동기간 중' 당해 인터넷 홈페이지의 게시판·대화방 등에 '정당·후보자에 대한 지지·반대의 글'을 게시할 수 있도록 하는 경우에 한해 '실명을 확인받도록 하는 기술적 조치'를 하도록 하면서, 실명확인을 받은 글은 '실명확인' 표시가 나타나도록 하고 '실명확인' 표시가 없는 지지·반대의 글이라도 일단 게시는 가능하게 하고 사후에 삭제의 대상이 되도록 적용 범위를 축소 개정한 조항이었다. 그리고 그 후 개정을 통해 현행법은 정당·후보자에 대한 지지·반대의 '문자·음성·화상 또는 동영상 등

의 정보'로 그 대상을 넓혔다. 현재는 위 2008헌마324 결정의 대상인 실명확인제에 관해 합헌선고를 하였는바 이하에서는 그 법정의견과 반대 의견에 나타난 쟁점을 중심으로 살펴본다.

2) 익명표현의 자유 침해 여부

위헌심사 기준으로 과잉금지의 원칙 위반 여부가 주된 쟁점인데 그중 수단의 적절성에 관해서 보면, 정당한 목적을 달성하기 위한 적합한 수단이라 함은 최선의 방법일 것을 요하지 않고 유일한 수단일 것을 요하지 않으므로 일반적으로 전혀 부적합한 수단이 아닌 이상 수단의 적합성 요건은 문제되지 않는다는 주장과, 이에 반해 해악적인 의사표현은 익명표현을 허용함에 따라 필연적으로 발생하는 문제라 볼 수 없고 정당한 익명표현과 해악적 익명표현을 구분하기 위해 해악의 범위를 가늠할 수 있는 명확한 사회적 합의도 도출하기 어려운 상황에서 책임 있는 의견이 개진되거나 위법한 표현행위가 감소될 것이라는 추상적인 가능성만으로 해악적 익명표현 뿐만 아니라 유익한 익명표현까지 사전적이고 포괄적으로 규제하는 것은 정치적 의사표현을 위축시켜 선거의 공정이라는 입법목적 달성에 오히려 장애가 된다는 반론(위 2008헌마324 결정의 반대의견)이 있다.

그리고 침해의 최소성 부분에 대해 인터넷의 특성상 혹색선전이나 허위사실이 빠르게 유포되어 정보의 왜곡이 쉬울 뿐만 아니라 특히 짧은 선거운동기간 중 이를 치유하기란 불가능하므로 결국 선거결과에 왜곡 우려가 크다는 점에서, 현행법상 명예훼손에 관한 법리 같은 사후적 구제수단만으로는 선거에 있어 당선을 목적으로 하는 정당·후보자의 실질적인 권리구제가 이루어질 수 없고, 같은 이유로 삭제명령 또는 삭제 조치 전에 이용자에 대해 이의신청 등의 절차를 두기도 어려운바, 이와 같은 사정과 실명확인 기간을 '선거운동기간 중'으로 한정된 점, 대상을

‘정당·후보자에 대한 지지·반대의 글’에 한정한 점, 인터넷 이용자의 실명이 표출되지 않고 다만 ‘실명확인’ 표시만이 나타나는 점을 함께 고려하면 위 조항은 피해를 최소화하기 위한 요건을 갖추었으며 달리 탈 제약이면서도 같은 효과를 달성할 수 있는 수단이 명백히 존재한다고 볼 수도 없으므로 침해의 최소성이 인정된다고 볼 수도 있을 것이나, 위 제시된 문제점들은 현행 선거법이 선거운동기간을 지나치게 짧게 규정함에 따른 문제이지 익명성에 의해 필연적으로 발생하는 구체적 위협으로 볼 수 없다는 의견도 수긍할만하다.

나아가 법의 균형성과 관련해 법정 의견은 침해되는 사익을 ‘인터넷 언론사 이용자가 실명확인 과정에서 겪는 불편함이나 글을 게시하면서 겪게 될 수 있는 주저함’으로 파악하고 있는데 특히 ‘주저함’ 부분은 위축 효과와 깊이 연관된 것이므로 이를 사익의 하나로 간단히 치부하기에는 위험성이 크다고 생각된다. 특히 이 부분은 인터넷언론사가 내용과 상관없이 먼저 실명확인 절차를 거치지 아니하면 글을 게시조차 못하게 하거나, 선거운동기간 동안 게시판 자체를 폐쇄한 인터넷언론사가 적지 않았던 점과 연관 지어 보면 모두 명백하게 개인의 의사표현 자체를 위축시키고, 의사표현의 공간마저 축소시키는 문제를 유발하는 것으로 자유로운 여론 형성을 전제로 하는 선거과정에서 민주주의에 대한 중대한 제한이라고 할 것인바, 이러한 제반현상을 ‘자신의 홈페이지 관리의 편의를 위한 사실상의 조치일 뿐 이 사건 법률조항들로 인해 생기는 법률 효과는 아니라’고 간단히 평가한 법정 의견은 쉽게 수긍하기 어렵다.³²⁾

정보통신망법상의 (제한적) 본인확인제의 쟁점

1) 개요

정보통신망법상 관련 규정들의 입법취지는 정보통신망의 특성상 익명성 등에 따라 발생하는 역기능 현상에 대한 예방책으로 사회적 영향

력이 큰 정보통신서비스제공자와 공공기관의 책임성을 확보·강화하는 것에 있다. 즉 관련 규정들은 근본적으로 인터넷의 역기능을 야기하는 여러 가지 원인 가운데 ‘익명성에 의한 자기책임성의 결여’에 주된 혐의를 두고 본인확인제 외에 대안이 마땅하지 않다는 점에서 2007년 신설되었고 일부 자구 수정이 된 이외에 현재까지 큰 변화가 없다. 다만 관련 규정이 적용되는 정보통신서비스제공자의 범위를 구체화한 시행령 조항의 개정에 따라 관련 규정의 적용범위도 크게 달라지게 되었는데, 본인확인제도가 처음 도입되었을 당시의 구 정보통신망법 시행령은 예컨대 일일평균 이용자수 30만 명 이상의 포털서비스 제공자 등을 적용대상자로 정해 2008년 총 37개 웹사이트가 대상이었으나, 2010년에는 167개, 2011년에는 146개 웹사이트에 적용되어 그 적용범위가 상당히 확대된 상태인데 이러한 확대가 당초의 취지에 부합하는지 논란이 있다.

하여간 현재 본인확인제는 전년도 말 기준 직전 3개월간의 일일평균 이용자가 10만 명 이상인 정보통신서비스제공자가 게시판을 설치·운영하려면, 게시판 이용자가 본인임을 확인할 수 있는 수단을 마련하고, 본인확인 절차 및 본인확인 정보 보관 시 본인확인 정보 유출을 방지할 수 있는 기술을 마련해야 하며, 게시판에 정보를 게시한 때부터 게시판에서 정보의 게시가 종료된 후 6개월이 경과하는 날까지 본인확인 정보를 보관해야 하는 것을 골자로 하는데 구체적인 본인확인 방법은 앞서 본 바와 같다. 현재는 이에 관한 2010헌마47등 사건에서 2012년 8월 23일 전원일치의견으로 위헌결정을 하였는바 이를 중심으로 살펴본다.

2) 익명표현의 자유 침해 여부

본인확인제 관련 조항이 익명표현의 자유를 침해하는지에 관해 과잉금지 원칙에 의한 심사를 하게 되면, 우선 앞서 본 익명성의 폐해, 한국

사회에서 인터넷이 갖는 부정적인 여파의 심각성에 비추어 입법 목적의 정당성은 인정될 것이나 수단의 적절성에는 논란이 있을 수 있다. 그러나 정보통신망법 결정은 이용자 수가 많은 인터넷 사이트의 게시판 이용 시 본인확인을 요구함으로써 명예훼손이나 비방 등이 줄어들 수 있고, 이로 인해 사이버 폭력 등이 사전예방될 수 있어 관련 규정들의 목적 달성에 기여하므로 수단의 적절성이 긍정된다는 입장인 데 반해, 수단의 적절성이 긍정되기 위해서는 사이버 폭력의 발생 및 그 심각성이 익명성에 기인하는 것이라고 전제되어야 할 것인데 실명이 드러나지 않는다고 해도 IP주소가 드러나는 사이버공간에서의 의사표현의 경우 오프라인에서의 익명 투서 등에 비해 오히려 가해자의 정보가 드러나기 쉬운 구조라는 점을 고려하면, 익명성이 사이버 폭력 발생의 주요 요인이 된다고 보기 어렵고, 설사 그렇지 않다 하더라도 관련 규정들이 '익명성'을 효과적으로 제거하고 그 결과 원하는 효과가 나타나야 수단의 적절성을 인정할 수 있을 것인데, 아직 익명성이 커뮤니케이션에 미치는 영향에 대해 일관된 결론이 도출되지는 못한 것으로 보여(특히 최근 한 연구결과³³⁾에서도 그 효과가 일부 인정되기는 하나 그 원인이 복잡적이고 위축효과 정도를 명확하게 논증하기는 어렵다고 하고 있다) 이를 인정할 수 없다는 입장이 있다. 결국 우선 앞서 살핀 바와 같이 본인확인 조치는 기술적으로 실명화인에 그치고, 본인확인의 기능을 제대로 하기 어려운 것이어서, 관련 규정은 익명성 완화에 기여하는 것이라고 보기도 어렵고, 관련 규정이 '언젠가 신분이 드러날 수 있다는 불안감'을 주어 간접적으로 '익명성' 완화에 기여할 여지는 있으나, 이는 이용자의 본인확인 정보가 사이버 폭력 등의 발생 이후에 수사자료 등으로 제공될 수 있다는 점에 주로 기인하는 것으로, 관련 규정의 직접효과라고 보기 어렵다.

나아가 피해의 최소성에 이르면 형사처벌 등의 사후적 규제조치 등은

관련 규정의 입법목적 달성에 충분한 수단이라고 보기 어렵고 달리 덜 제약적이면서도 같은 효과를 달성할 수 있는 수단이 명백하게 존재한다고 보기 어려운 데다, 모든 정보통신서비스제공자에 대해 적용되는 것이 아니라, 이용자 수가 많아 사이버 폭력 발생 시 큰 피해가 예상되는 경우에 한정해 적용되고, 이용자의 익명 글쓰기 자체는 금지하지 아니하므로 기본권 제한을 최소화하기 위한 장치라는 주장도 있으나 이 사건 결정은 전전한 인터넷 문화의 조성 등 입법목적은 인터넷 이용자의 표현의 자유나 개인정보자기결정권을 제약하지 않는 다른 수단에 의해서도 충분히 달성할 수 있는바, 현행 형사법 및 정보통신망법에 의하더라도 불법정보 등 게시에 대한 제재수단(정보통신서비스제공자에 의한 당해 정보의 삭제·임시조치, 게시판 관리·운영자에 대한 불법정보 취급의 거부·정지 또는 제한명령 등으로 불법정보의 유통 및 확산을 차단하거나 사후적으로 손해배상 또는 형사처벌 등의 방법이 있다)이 이미 마련되어 있고, 현재의 기술수준에서 사후적으로 불법정보 등 게시자의 신원을 확인하는 것이 불가능한 것도 아니라고 하고 있고, 나아가 본인확인제는 위와 같이 입법 목적을 달성할 다른 수단이 있음에도 불구하고 모든 게시판 이용자(문리해석상 '정보의 단순 열람자'도 포함되는바 방통위가 이를 '정보의 게시자'만이 해당하는 것으로 축소 해석해 온 것은 이 사건 법령조항의 적용범위가 광범위함을 단적으로 보여 준다고 한다. 또한 이용자 수 산정의 부정확성도 지적하고 있다)의 본인확인 정보를 수집해 장기간 보관하도록 함으로써 본래의 입법목적과 관계없이 개인정보가 유출될 위험에 놓이게 하고 다른 목적에 활용될 수 있도록 하며, 수사편의 등에 치우쳐 모든 국민을 잠재적 범죄자와 같이 취급하는바, 목적달성에 필요한 범위를 넘는 과도한 제한을 하는 것으로서 침해의 최소성이 인정되지 아니한다고 실시하고 있다.

법익의 균형성에 대해서도 공직선거법 결정에서와는 달리 상당량을 할애해 의도된 공익이 달성되고 있지 않고, 오히려 이용자들이 표현 자

체를 포기한다거나, 주민등록번호가 없는 외국인(재외국민)의 경우 아예 이용이 봉쇄되는 효과가 있는 등 사익의 침해가 크다고 판단하고 있다.

3) 개인정보자기결정권의 침해 여부

구 공직선거법 제82조의 6 제3항은 “행정안전부 장관은 제1항 및 제2항의 규정에 따라 제공한 실명인증 자료를 실명인증을 받은 자 및 인터넷 홈페이지별로 관리해야 하며, 중앙선거관리위원회가 그 실명인증 자료의 제출을 요구하는 경우에는 지체 없이 이에 따라야 한다”고 규정하고 있고, 정보통신망법 시행령 29조 3호는 ‘게시판에 정보를 게시한 때부터 게시판에서 정보의 게시가 종료된 후 6개월이 경과하는 날까지 본인확인 정보를 보관할 것’을 규정하고 있다.

이에 관해 우선 공직선거법 결정에서 법정 의견은 제82조의 6 제3항은 중앙선거관리위원회가 개별 인터넷언론사의 실명확인 조치의무의 이행 현황을 파악하고 지도·감독을 위해 필요한 자료를 행정자치부 장관으로부터 제출받기 위한 것일 뿐, 개인의 인적 정보를 수집할 목적으로 규정된 조항은 아니므로 개인정보를 대상으로 한 개인정보자기결정권에 대한 제한은 아니라고 할 것이고, 오히려 선거관리위원회는 인터넷언론사의 게시판·대화방에서의 공직선거법 위반행위의 혐의가 있는 경우에는 제82조의 6 제3항이 아니라 제272조의 3 제1항에 따라서만 개인정보 자료를 취득할 수 있다고 할 것이며, 특히 제82조의 6 제5항이 인터넷언론사의 이용자에 대한 정보수집을 금지하고 있으므로 이 사건 법률조항으로 인한 개인정보자기결정권의 제한 가능성은 없다고 설시하고 있다. 그러나 공직선거법 사건은 행정안전부 장관의 자료제출에 관한 부분이 대상인 반면 정보통신망법의 경우는 정보통신서비스제공자의 본인확인 정보 보관의무가 본인확인 조치의 한 내용으로 사인에게 개인정보의 수집·보관을 강제하는 입법이라는 점에서 이용자의 개인

정보자기결정권에 대한 제한이 논의될 필요가 있었다. 이에 대해 정보통신망법 결정에서는 적절하게도 “정보통신서비스제공자에 대한 본인확인 정보 보관의무 부과로 인해 게시판 이용자의 개인정보가 외부로 유출되거나 부당하게 이용될 가능성이 증가함에 따라 게시판 이용자가 입는 불이익 및 수사기관 등이 정보통신서비스제공자에게 이용자의 개인 정보 제출을 요청하는 경우 발생할 수 있는 본인확인 정보의 보관 목적 외 사용 우려에 비추어 보면, 개인정보자기결정권의 제한 역시 중대함을 부인할 수 없다”고 설시하고 있다.

소결론

이상에서 인터넷 규제론 중 이용자에 대한 사전규제로서의 실명(본인)확인제를 현실적 필요성과 입법경위, 비교법적 고찰, 또 이미 내려진 헌재 결정상의 쟁점을 중심으로 살펴보았다.

그 결과 우리나라의 실명(본인)확인제에 대한 전반적인 평가는 위험 쪽으로 완전히 기울 것을 볼 수 있고 이제 남은 과제는, 위 두 결정들에 대한 결론의 차이가 보여주듯이 각 법률마다 갖는 입법목적, 수단의 정립 과정에서 최대한 위험성을 완화시켜 경계선 안쪽(합헌)에 들도록 입법 혹은 개정작업을 하는 것임을 알 수 있다.

이때 위 두 결정의 차이점은 여러 가지 형태의 실명제에 대한 장래 개정 혹은 관련 입법과정에서 참고가 될 것인데, 이때에 인터넷에서의 ‘익명성’은 일반적으로는 환상일 뿐 ‘비대면성’에 대한 착각에 불과해 정작 범죄를 하려고 주도면밀하게 준비한 소수의 사람들(정작 실명제를 통해 제한하려고 하는 아주 악의적인 글을 쓰는 사람들)만이 이를 획득할 수 있고, 극단적인 경우 실명제를 취하면 대다수 사람들은 자신의 신원입력 행위를 통해 자기검열과 표현행위가 위축되는 효과만 발생하게 될 수도 있을 것이라는 현실적인 이용현황이 반드시 고려되어야 할 것이다.

4. 대안과 미래

규제 필요성의 재검토와 대안

이상에서 전통적인 표현의 자유의 의미에서 논의를 시작해 '인터넷'에서의 '익명'표현의 자유에 대한 일반론과 그에 관한 구체적인 (인터넷) 규제입법의 문제점을 비교법적 고찰을 곁들여 검토했는데 결국 익명성의 부작용과 그에 대한 극복방법으로 제시된 실명(본인)확인제의 효용성이 주된 쟁점이었다. 특히 어느 제도에 대한 긍정적 평가는 그 제도의 도입 취지(입법목적), 도입 수단의 적절성을 그 제도의 현실적인 시행결과에 비추어 재검토한 결과가 여전히 수긍할 수 있을 때 완성된다고 보아야 할 것이고, 그 과정에서 덜 침해적인 대안의 존재는 그 제도의 존립을 위해 넘어야 할 큰 산이 아닐 수 없다.

우선 앞서 본 바에 의하면, 역사적으로 익명표현의 자유가 법적인 쟁점이 된 일이 거의 없었고 또 조선시대 이래 익명의 문서에 낮은 사회적 가치를 부여한 전통이 있는 한국에서 갑자기 붓물처럼 터진 인터넷에서의 다양한 종류의 표현, 특히 익명 표현물에 대해 어떠한 법적 평가를 해야 할 것인가에 대해, 우선 이론적·비교제도적으로 익명표현의 자유는 인정되어야 하고 이를 표현의 자유 중 내용규제의 일종으로 취급해야 할 것으로, 헌법재판소도 이를 기본권으로 인정한 바 있다.

그렇다면 초점은 익명표현의 자유에 대한 제한이 불가피할 경우 그 규제입법의 합헌성에 관한 논의로 모아질 것인데 기본적으로 실명(본인)확인제 자체의 위헌성을 주장하는 입장에서부터 현행 제도 정도까지는 수용할 수 있다는 입장으로 대별될 수 있을 것인바, 앞서 본 두 결정들이 그 심판대상 법률의 구조, 규제방법의 차이점에 비추어 상이한 결론에 이른 것이라 하더라도 공직선거법 결정에 대해 앞서 살펴본 바에 의

하면 여러 문제점이 지적될 수 있다는 점, 정보통신망법 결정이 실명(본인)확인제의 일반조항에 대한 것이라 할 수 있는 점 등에 비추어 보면 기본적으로 공직선거법 관련 규정에 대한 개정 논의가 불가피하다고 보인다.³⁴⁾ 게다가 개인정보자기결정권의 측면에서 보았을 때도 본인확인제는 인터넷에 상시 감시체제가 구축될 수 있는 위험성이 커 더욱 그러하다.

또한 정보통신망법 결정의 침해의 최소성, 법익의 균형성 판단에서 본 바와 같은 여러 문제점에 막대한 수의 이름·주민등록번호가 이미 유출되어 있음을 고려하면 범죄의사가 있는 자에게 위 조치는 실효성이 없고 오히려 정직한 사용자들의 의견개진을 위축시키는 효과만 있을 것이라는 점 등의 지적에 비추어 익명성의 역기능에 대한 판단과 별도로, 실명확인제 자체의 역기능에 대한 판단이 위 결정과 같이 내려진 것은 불가피한 것으로 생각된다.

나아가 공직선거법 사건의 반대의견이 제시한 바와 같은 영화의 등급 분류 심사처럼 표현의 자유는 보장하되, 이용자로 하여금 실명확인이 된 글과 익명의 글에 대해 구분해 접근할 수 있게 하는 방안(만약 글에 대한 신뢰감을 주어 게시물의 영향력을 높이하고자 하는 자는 실명확인을 거쳐 실명 게시판에 글을 게재하면 될 것이다)이 실행 가능한 대안이라고 할 것이다. 나아가 인터넷 포털의 댓글 달기 시스템의 변경을 주장하는 견해도 있고, 임시조치와 불복절차 등을 규정한 정보통신망법과 같이 인터넷의 고유한 속성을 해치지 않는 절차를 개발하자는 주장 등도 있어 전체적인 규제 관련 논의가 정리단계에 이르기에는 가야 할 길이 멀어 보인다.

미래의 정책

최근 방송통신위원회가 국외 SNS 확산 등 소통환경 변화로 국내 기

업의 역차별과 정보기술 강국 이미지 저해 우려로 표현의 자유 등 침해 논란을 통해 폐지 여부 논의를 거쳐 온 본인확인제를 2012년 사실상 폐지하기로 방침을 정했다고 발표했는데 이는 2009년 4월 구글 유튜브가 본인확인제에 반발해 한국 국적 사용자들의 업로드 기능을 폐쇄한 사건과 앞서 보았듯이 SNS가 확산되면서 규제의 실효성이 사실상 상실된 점, 그리고 제한적 본인 확인제가 과도한 개인정보 수집·보관 및 유출의 주범으로 지목된 점이 기여한 것으로 보인다. 그러나 그 후 여러 가지 이유로 본인확인제 폐지조치가 지연되고 있었는데 정보통신망법 결정에 의해 그 운명이 정해졌다. 이제 남은 과제는 앞서 본 고질적인 인터넷 문화의 개선을 위한 대안의 제시라 할 것인데 여기에는 정보통신망법 결정들의 취지가 최대한 반영되어야 할 것이다.

결국 역사적으로 익명성이 민주주의 발전에 기여했다는 것은 그에 대한 수용자(시민)들의 판단을 어느 정도 신뢰할 것을 전제로 하는 것이므로, 의회와 법원은 국제적 동향 등을 참작해 불가피한 익명성과 화자로서의 책임성 사이의 갈등을 줄이고 익명성의 부작용을 최대한 완화시킬 수 있는 입법과 법률해석의 가이드라인을 제시해야 할 책임이 있고, 이를 통해 사생활의 비밀과 자유를 존중하려는 국민들의 의식과 그에 따른 업계의 자율규제 수준을 '업그レード'하는 방향의 정책수립을 유도하는 것이 최선의 최종 해결책이라고 생각한다.

주

- 1) 본 주제에 대한 상세한 논의는 김종대 헌법재판관 퇴임기념논문집(2012.9.)에 실릴 줄고, "소위 '인터넷 실명제'와 익명표현의 자유에 관한 소고: 구 공직선거법 제82조의 6 제1항 등에 관한 헌법재판소 2010. 2. 25. 선고 2008헌마324 등 결정을 중심으로"를 참조.
- 2) Jack M. Balkin, "Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression For The Information Society", 79 N.Y.L.Rev. 1, 2004, pp33~42.
- 3) 헌재 2011. 12. 29. 선고 2007헌마1001 등 결정.
- 4) 설민수, "익명으로 이루어진 인터넷상 글쓰기에 대한 규제와 그 문제점", 『사법논집』 48집, 2009, 265면.
- 5) 연정열, 『한국법제사상사』, 한성대학교출판부, 2007, 133면.
- 6) 헌재 2010. 2. 25. 선고 2008헌마324, 2009헌바31(병합) 결정, 2012. 8. 23. 선고 2010헌마47, 252(병합) 결정
- 7) Lyrissa B. Lidsky · Thomas F. Cotter, "Authorship, Audiences, and Anonymous Speech", 82 Notre Dame L. Rev., 2007, 1570면.
- 8) 362 U.S. 60 (1960).
- 9) 514 U.S. 334, 360 (1995).
- 10) Lyrissa Barnett Lidsky · Thomas F. Cotter, "Authorship, Audiences, and Anonymous Speech"(주 6), 1588면.
- 11) 위 2008헌마324 등, 2010헌마47 등 결정(주 5). 완화된 심사기준을 적용한 것으로는 보이지 않는다.
- 12) 헌재 2002. 12. 18. 선고 2000헌마764 결정.
- 13) 설민수, "익명으로 이루어진 인터넷상 글쓰기에 대한 규제와 그 문제점"(주 3), 277~290면.
- 14) 문재완, 『언론법: 한국의 현실과 이론』, 늘봄, 2008, 697면.
- 15) 위 2008헌마324 등 결정(주 5)의 반대의견 참조.
- 16) 대면적 상황에서는 함부로 말할 수 없는 자신의 생각과 의견을 사이버 공간에서의 익명성에 힘입어 쉽게 표현하고 구속감을 적게 느끼면서 보다 개방적인

태도를 취하게 되는 현상을 의미한다.

- 17) 위 2008헌마324 등 결정(주 5)의 반대의견 참조.
- 18) 문재완, 『언론법: 한국의 현실과 이론』(주 13), 708면.
- 19) 1992년 캐나다의 통신 프라이버시 원칙, 미국과학발전협회(American Association for the Advancement of Science)의 1997년 11월 '학술의 자유, 책임 그리고 법'이라는 주제로 개최된 회의에서 제시된 원칙 등도 유사하다. 상 세는 최용호, "공직선거법 제82조의6 제1항 등 위헌확인 등", 헌법재판소결정 해설집, 2010, 56면.
- 20) 설민수, "익명으로 이루어진 인터넷상 글쓰기에 대한 규제와 그 문제점"(주 3), 269~270면.
- 21) 일본을 제외한 국가들에 대해서는 김여라, "인터넷실명제 쟁점", 현안 보고서 제3호, 국회입법조사처, 2008.8.28., 12~13면을 주로 참조했다.
- 22) 미국에서는 정부기관은 물론이고 언론사, 일반 기업들 역시 인터넷 게시판을 설치해 국민들의 의견을 수렴하고 있는데, 가입 시 특별히 실명이나 사회보장 번호 등을 수집하지 않고 있어 게시글이나 댓글의 게시가 비교적 자유로운 데 다 게시글 등을 달기 위해 아이디, 성명, 이메일 등을 기입해 회원으로 가입해 야 하는 불편을 해소하기 위해 페이스북 등의 아이디로 별도의 회원가입 없이 해당 게시판에 글을 올릴 수 있는 'Third-party account'를 활용하는 사이트 가 점차 증가하고 있다.
- 23) 영국은 상대적으로 강한 규제를 하고 있는데 예컨대, BBC나 영국 정부 사이트의 경우 의견을 게시하거나 댓글을 달 때 공공적으로 합당한 글인지를 확인 하고 걸러내는 과정인 'moderation process'를 거친 후 글이 사이트에 나타 나게 된다.
- 24) 일본은 적극적인 비판을 드러내지 않고 일탈행동을 용납하지 않는 사회분위 기상 게시판 댓글문화 발달이 저조하므로 그에 대한 규제도 논의가 많지 않고, 독일도 유사한 것으로 보인다.
- 25) 인터넷상에 '실명'으로 글을 쓰는 것은 아니므로 단순히 '인터넷 실명제'라고 함은 오해의 소지가 없지 않으나 실질적인 효과나 그 의도 등에 비추어 그와 같은 용어가 부당한 것으로 생각되지 않는다.
- 26) 황창근, "정보통신망법상 본인확인제에 대한 공법적 고찰", 『세계헌법연구』 제14권 2호, 2008, 318~320면.

- 27) 당시의 찬반론과 국가인권위원회의 의견은 황성기, "인터넷 실명제에 관한 헌 법학적 연구", 『법학논총』 25집 1호, 한양대학교, 2008, 8면.
- 28) 김기창, "정통망법상 본인확인제도의 한계와 문제점", 『안암법학』 35호, 2011.5., 372면에서는 기존의 관련 글들에서 설명되지 않고 있는 실명확인제의 실제 운영현황과 기술적인 문제점들에 관해 논의하고 있어 이하에서도 그 부 분을 참조했다.
- 29) 상세는 김기창, 『한국웹의 불편한 진실』, 디지털미디어리서치, 2009. 김인성, 『한국 IT산업의 멸망』, 북하우스, 2011, 43~67면. 이와 관련해 제기된 손해배 상소송은 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다28998 판결로 원고청구 기각된 바 있다.
- 30) 2011. 2. 기준으로 아이핀 발급건수는 300만 건에 불과한바, 이는 최초 발급절 차가 불편해 웹사이트가 아이핀 제도를 채택할 경우 사용자들이 서비스를 이 탈할 가능성이 있기 때문이라고 한다. 김기창, "정통망법상 본인확인제도의 한 계와 문제점"(주 27), 391면.
- 31) 김기창, "정통망법상 본인확인제도의 한계와 문제점"(주 27), 395면. 연합뉴스 스 2011. 5. 30. 기사는 '국내 실명인증제는 올해 초 방송통신위원회가 SNS를 활용한 소셜 댓글을 규제대상에서 제외하면서 이미 사문화의 길로 접어들었 다'고 보도하고 있다. 또 이에 따라 SNS를 통한 실명제 우회 댓글 방식도 이미 등장했다.
- 32) 위 2007헌마1001 결정(주 2) 등 참고(위 결정에서는 "대의제 민주주의하에 서 민주주의를 구현하는 원동력은 일반유권자의 자발적인 정치 참여에 있는바, 오늘날 선거 참여율이 갈수록 낮아지는 현상으로 대의제 민주주의의 정당성이 약화되고 있는 점 등을 고려할 때, 일반유권자의 정치적 표현의 자유를 진작하 는 것은 중대한 공공적 법익에 해당한다 할 것이다"라고 실시하고 있다)
- 33) 우지숙·나현수·최정민, "인터넷 게시판 실명제의 효과에 대한 실증 연구: 제한적 본인확인제 시행에 따른 게시판 내 글쓰기 행위 및 비방과 욕설의 변화 를 중심으로", 『행정논총』 제48권 1호, 서울대 행정대학원, 2010, 78면.
- 34) 중앙선관위는 공직선거법 관련 조항 폐지를 추진하기로 했으며 청소년보호법 등 다른 법 영역의 유사제도에 대해서도 제검토가 필요하게 되었다.

- 김기창, “정통방법상 본인확인제도의 한계와 문제점”, 『안암법학』 35호, 2011.
- 김충운, “사이버상 공직선거운동 규제 개선방향”, 연세대 행정대학원 석사학위논문, 2008.
- 설민수, “익명으로 이루어진 인터넷상 글쓰기에 대한 규제와 그 문제점”, 『사법논집』 48집, 2009.
- 문재완, 『언론법: 한국의 현실과 이론』, 늘봄, 2008.
- 조소영, “인터넷실명제의 의의와 한계”, 사단법인 한국언론법학회 2011.9. 학술세미나 자료집
- 지성우, “현행 인터넷상 본인확인제에 대한 헌법적 평가”, 『헌법실무연구』 12권, 2011
- 최용호, “공직선거법 제82조의6 제1항 등 위헌확인 등”, 『헌법재판소결정해설집』, 2010
- 황성기, “인터넷 실명제에 관한 헌법학적 연구”, 『법학논총』 25집 1호, 한양대, 2008. Lyrissa B. Lidsky · Thomas F. Cotter. “Authorship, Audiences, and Anonymous Speech”, 82 Notre Dame L. Rev., 2007

온라인서비스제공자의 책임

박준석*

1. 들어가는 글

현재 우리 저작권법을 둘러싼 환경은 내외적으로 그 어느 때보다 급격한 변화를 맞고 있다. 그중에서도 온라인서비스제공자의 책임에 관해서는 더욱 그러하다. 이에 관해 미국에서는 2012년 상반기에 중요한 판결이 있었고, 한편 한국에서는 비교적 근래에 미국의 입법을 상당부분 수용해 더욱 복잡한 내용으로 저작권법 제102조 등이 수정된 상황이다.

우선 미국에서는 2012년 4월 5일 다시 한 번 온라인서비스제공자의 책임을 둘러싼 중요한 변수가 발생했다. 그것은 거대 미디어 업체인 바이컴(Viacom) 등이 구글의 유튜브(Youtube)를 피고로 삼아 제기했던 저작권침해소송에서 생겼는데, 2심인 미연방 제2항소법원이 1심 판결의 입장을 일부 파기한 판결¹⁾을 내린 것이다. 온라인서비스제공자, 즉 피고 유튜브의 일방적인 승리였다고 해도 좋았던 1심 판결과 달리 2심 판결에서는 몇 가지 면에서 원고의 손을 들어주었다. 가령 피고 유튜브 측이 그 이용자들에 의한 직접적인 저작권 침해행위가 이루어진다는 구체적인 사실을 알았을 수도 있으므로, 이 점에 관해 다시 사실심리를 해보도

*교수, 서울대학교