



특집 02

# 제한적 본인확인제 위한 결정과 인터넷윤리 법제에서의 시사점

황창근 (홍익대학교)

---

목 차 »	1. 서 론
	2. 결정 요지
	3. 위헌 결정에 대한 평가와 교훈
	4. 결 론

---

## 1. 서 론

제한적 본인확인제에 대하여 헌법재판소는 2012. 8. 23. 동 제도가 헌법상 과잉금지원칙에 위배하여 표현의 자유 및 언론의 자유를 침해한다는 이유로 위헌을 선고하였다. 헌법재판소의 위헌 결정으로 그동안 인터넷상의 익명 표현의 자유의 제한 즉 인터넷실명제를 둘러싼 논란은 일단락되었다. 이 제도는 원래 인터넷 게시판운영자가 인터넷 게시판을 이용하는 자의 불법적인 정보의 게재를 방지하기 위하여 게시판 이용시에 본인임을 확인토록 하는 제도로써 2007. 1. 26. 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(이하 정보통신망법이라 함) 개정시에 도입되었다(제44조의5). 이 제도는 모든 인터넷웹사이트를 대상으로 하는 것이 아니라, 일정한 규모 이상의 웹사이트, 일정한 서비스를 제공하는 웹사이트, 게시행위가 가능한 게시판을 설치·운영하고 있는 웹사이트를 대상으로 하기 때문에 ‘제한적 본인확인제’라고 불렀다. 제한적 본인확인제

는 게시판의 게시행위에 대한 규제의 측면에서 ‘게시판 본인확인제’라고도 불리운다.

이 제도는 인터넷 게시행위의 역기능을 예방하고 제한하기 위한 제도로써 우리나라 인터넷윤리법제의 대표적인 것으로서 세계적으로도 유례를 찾아보기 어렵다. 이 제도에 대하여는 도입 초기부터 위헌론과 수정론, 합헌론 등의 다양한 견해가 제기되는 등 인터넷규제의 대표적인 법제도로써 많은 논란을 불러일으켰다. 특히 위헌론은 인터넷실명제라는 관점에서, 이것이 표현에 대한 사전검열에 해당되고 인터넷의 자유로운 소통을 제한하는 것으로써 국제적으로 유례를 찾아보기 어려운 야만적인 입법이고, 무엇보다도 본인확인제를 통하여 수집되는 이용자의 개인정보에 대한 보안의 어려움 및 개인정보 유출의 위험성을 제기하였다. 한편 수정론적 입장에서는 이 제도가 가지는 입법취지의 정당성은 긍정하면서도 입법기술적으로 신원확인수단이 미흡한 외국인에 대한 본인확인방법의 난점, 외국에 서버를 둔 웹사이트에 대한 적용이 어려워 그 결과 국내업자와

차별을 함으로써 사이버망명을 초래하고 있다는 점, 이용자수의 산정 등 대상 웹사이트에 대한 선정의 난점 등의 위험적 요소가 제거되어야 한다는 의견이 제시되었다.

헌법재판소의 위헌 결정으로 제한적 본인확인제에 대한 논란은 일단락되었으나, 이를 통하여 향후 인터넷 게시행위에 대한 정책 방향 나아가 우리나라 인터넷윤리 법제의 입법방향성에 대한 몇 가지 시사점을 얻을 수 있다.

## 2. 결정 요지[헌재 2012. 8. 23. 2010헌마47, 252(병합)]

### 2.1 사실관계

<2010헌마47 사건>에 대하여 보면, 청구인들은 2009. 12. 30.과 2010. 1. 17. 인터넷 사이트인 ‘유튜브(kr.youtube.com)’, ‘오마이뉴스(ohmynews.com)’, ‘와이티엔(ytn.co.kr)’의 게시판에 익명으로 댓글 등을 게시하려고 하였으나, 위 게시판의 운영자가 게시자 본인임을 확인하는 절차를 거쳐야만 게시판에 댓글 등을 게시할 수 있도록 조치를 함으로써 댓글 등을 게시할 수 없었는데, 이에 이 제도가 표현의 자유 등을 침해한다고 주장하면서 헌법소원심판을 청구하였다.

<2010헌마252 사건>에 대하여 보면, 청구인 미디어오늘은 2005. 11. 7.부터 인터넷 언론사인 ‘인터넷 ○○(www.○○.co.kr)’을 운영하여 왔는데, 방송통신위원회가 2010. 2. 2. 위 인터넷 언론사를 2010년도 본인확인조치의무 대상자로 공시함으로써 2010. 4. 1.부터 본인확인조치의무를 부담하게 되었다. 이에 청구인은 정보통신서비스 제공자에 대한 본인확인조치의무 부과 및 그 위반 시 제재를 규정한 정보통신망법의 각 규정이 자신의 기본권을 침해한다고 주장하면서 헌법소

원심판을 청구하였다.

### 2.2 결정의 주요 내용

위헌결정의 주요 요지는 헌법상 과잉금지원칙을 위배하여 청구인의 표현의 자유, 개인정보자기결정권, 언론의 자유 등 기본권을 침해하였다는 것이다. 다만 본인확인제가 인터넷상에서 자유로운 의견표명을 사전에 제한하는 실질적인 사전검열이라는 청구인의 주장에 대하여 헌법재판소는 이 제도가 정보통신서비스 제공자의 삭제의무를 규정하고 있지도 않고 의견발표 전에 국가기관에 의하여 그 내용을 심사, 선별하여 일정한 사상표현을 저지하는 사전적 내용심사로는 볼 수도 없으므로 사전검열금지원칙에 위배되는 것은 아니라고 판단하였다.

#### 2.2.1 본인확인제 입법목적과 수단의 정당성

헌법재판소는 제한적 본인확인제의 입법목적 및 수단은 정당하다고 인정하고 있는바 즉 “본인확인제는 인터넷게시판에 타인의 명예를 훼손하는 등의 불법정보를 게시하는 것을 억제하고 불법정보 게시로 피해가 발생한 경우 가해자를 특정할 수 있는 기초자료를 확보함으로써 건전한 인터넷문화를 조성하기 위한 것으로서 그 목적의 정당성과 수단의 적합성을 인정할 수 있다”고 판시하고 있다. 다만 침해의 최소성과 법익의 균형을 갖추지 못하여 과잉금지 원칙을 위배하였다고 판시하고 있다.

#### 2.2.2 침해의 최소성 위반

헌법재판소는 본인확인제가 추구하는 입법목적인 인터넷의 건전한 문화 조성은 본인확인제 이외에도 다른 수단에 의하여도 충분히 달성할 수 있고, 목적달성에 필요한 정도를 넘어서는 과

도한 규제를 하고 있으며, 개인정보인 본인확인 정보를 사실상 무기한 보관토록 하고 있는 등 침해의 최소성이 인정되지 않는다고 판시하고 있다.

첫째, 본인확인제 이외의 다른 방법으로 가해자의 특정과 피해자의 구제가 충분히 이루어질 수 있다는 것을 근거로 침해의 최소성 요건을 충족하지 못하고 있다고 판단하고 있다. 즉 불법정보 게시로 인한 피해가 발생한 경우 가해자 특정은 인터넷 주소 등의 추적 및 확인 등을 통하여, 피해자 구제는 정보통신망법상 정보통신서비스 제공자에 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 등을 통하여 충분히 할 수 있다는 것이다.

둘째, 게시판 본인확인제의 적용범위에 대한 결정 방법이 합리적이지 못하여 자의적인 집행 여지를 주어 침해의 최소성 요건을 충족하지 못한다는 것이다. 즉 본인확인 대상인 게시판 이용자에는 정보의 게시자 뿐만 아니라 불법행위를 할 가능성이 전혀 없는 일반적인 정보 열람자까지 포함하고 있으며, 본인확인제 적용 대상인 정보통신서비스제공자 선정의 지표인 이용자수의 산정이 정확하지 않고 기준도 불분명한 점 등 본인확인제의 적용대상인 이용자, 정보통신서비스 제공자 선정이 인터넷의 특성을 고려하지 않은 채 광범위하게 적용되게 함으로써 자의적인 법집행의 여지가 있다는 것이다.

셋째 본인확인 결과에 따라 정보통신서비스 제공자가 보관하는 ‘본인확인정보’의 보관기간을 6개월로 정하고 있지만 그 보관기간이 정보게시자가 종료한 날로부터 기산하게 되어 정보를 삭제하여 그 게시를 종료하지 않는 한 본인확인정보는 무기한으로 정보통신서비스제공자에게 보관

되는 결과가 발생할 수 있다는 문제점을 지적하고 있다.

### 2.2.3 법익의 불균형성

헌법재판소는 제한적 본인확인제가 이 시행으로 인하여 게시판 이용자 및 정보통신서비스제공자가 입게 되는 불이익이 본인확인제가 달성하려는 공익보다 결코 더 작다고 할 수 없어 법익 균형성을 갖추지 못하고 있다고 판시하고 있다.

헌법재판소는 표현의 자유에 대한 사전적 제한은 공익의 효과가 명백하여야 하는데, 본인확인제가 달성하려는 공익이 의도한 만큼 실현되지도 명백하지도 않다고 한다. 구체적으로 본인확인제 시행 이후에 명예훼손 등의 불법정보 게시가 의미있게 감소하였다는 증거를 찾아볼 수 없다는 점을 지적하고 있고, 또한 본인확인제 시행 이후 국내 인터넷 이용자들이 해외의 사이트로 이동하고 국내 사업자가 해외사업자에 대하여 차별을 받거나 자의적으로 법집행이 이루어진다는 시비하에서 집행의 곤란이 이루어지고 있는 점도 지적한다. 또한 새로운 인터넷서비스 즉 모바일 인터넷 게시판, 소셜네트워크 서비스 등에 대하여는 본인확인제가 적용되지 않는 등 제한적으로 공익이 실현되고 있다는 것이다.

한편, 본인확인제의 시행으로 인하여 인터넷 이용자가 입는 불이익이 증가하게 됨을 지적하고 있다. 즉 인터넷 이용자가 신원 노출에 따른 규제나 처벌 등을 염려하여 표현 자체를 포기할 가능성이 높아지고, 사실상 본인확인이 주민등록번호에 의하여 이루어지고 있는 현실에서 주민등록번호가 부여되어 있지 아니한 외국인이나 재외국민의 경우에는 처음부터 인터넷게시판의 이용이 봉쇄되는 결과가 되며, 위에서 본 바와 같이 새롭게 등장하는 인터넷서비스에 대하여 기존의 게시판 서비스가 경쟁상 불리한 제한을 당하고 있으며,

본인확인정보의 보관으로 인하여 개인정보의 유출의 위험성이 높아지고 있다는 것이다.

### 3. 위헌 결정에 대한 평가와 교훈

#### 3.1 위헌 결정의 효력과 향후 방향

이건 위헌 결정의 대상이 되는 게시판은 정보통신망법 제44조의5 제1항 제2호의 “정보통신서비스 제공자로서 제공하는 정보통신서비스의 유형별 일일 평균 이용자 수가 10만 명이상이면서 대통령령으로 정하는 기준에 해당되는” 게시판이다. 따라서 동조 제1호의 “국가기관, 지방자치단체, 「공공기관의운영에 관한 법률」 제5조 제3항에 따른 공기업·준정부기관 및 「지방공기업법」에 따른 지방공사·지방공단”은 심판 대상이 아니므로 위헌결정의 효력이 미치지 않는다. 이에 대하여 공공게시판에도 위 위헌결정의 취지를 적용하여 향후 본인확인제를 폐지하여야 한다는 견해와 명시적으로 위헌결정의 대상이 되지 않는 이상 본인확인제의 입법취지에 따라 그대로 유지하는 것이 타당하다는 견해의 대립이 있다. 생각건대 위 헌법재판소의 결정에서 보듯이, 인터넷 공간에서 익명표현이 가지는 헌법적 가치를 고려하면 그 보호는 강하게 이루어져야 하는바 다시 말하면 그를 제한하기 위하여는 달리 다른 방법을 찾을 수 없어야 하고, 이를 통하여 달성하려는 공익이 침해받는 사익보다 훨씬 커야 한다는 점 등을 고려하면 공공게시판에서 발생하는 문제가 위헌 심판의 대상이 된 민간 게시판의 경우와 크게 달라지는 것이라고 보기 어렵다는 점에서 현 시점에서 유지의 실익을 찾기는 어렵다고 본다. 원래 「청원법」이나 「민원사무처리에 관한 법률」에서 공공기관에 대한 공적인 의견이나 견해를 표시하기 위하여는 익명을 제한하는 제도를 마련

하고 있는 이상, 공공게시판에서 그와 달리 익명에 의한 자유로운 의사표시를 허용하더라도 해당 공공단체의 설립목적에 반하는 이용행위가 빈발할 것으로 보이지 않는다. 더욱이 이 헌법재판소의 위헌 결정이 나오기 전에 방송통신위원회의 대통령보고에서 향후 본인확인제의 폐지 논의가 있었던 점을 보면, 사실상 존치는 무의미하고 하루 빨리 공공기관의 게시판 본인확인제도를 폐지하는 것이 타당하다고 할 것이다.

앞의 헌법재판소의 결정에서 보듯이, 헌법재판소는 인터넷공간에서의 불법정보의 유통, 명예훼손, 언어폭력 등을 예방하고, 사후적으로 피해구제를 원활하기 위하여 도입된 본인확인제의 입법 목적과 수단이 정당함을 명시하고 있는 점을 주목하여야 한다. 또한 이 제도가 본질적으로 표현 이전에 검열을 통하여 표현을 억제하는 사전검열이 아님을 지적한 것도 의미가 있다. 이러한 입장은 이 결정에 앞서 선고하였던 공직선거법상 실명확인제의 합헌결정<sup>1)</sup>과 같은 맥락이라고 하겠다. 익명표현의 자유가 표현의 자유의 하나로서 인정이 되고, 특히 인터넷공간에서의 제약은 인터넷의 특성을 고려할 때 강하게 보호되어야 한다는 헌법적 당위를 인정한다고 하더라도, 표현의 자유가 절대적 기본권이 아닌 것처럼 필요한 경우에는 엄격한 원칙에 따라 법률에 따라 제한

1) 헌법재판소는 공직선거법상 실명확인제에 대하여, “이 사건 법률조항은 소수에 의한 여론 왜곡으로 선거의 평온과 공정이 위협받아 발생하는 사회경제적 손실과 부작용을 방지하고 선거의 공정성을 확보하기 위한 것이므로 목적의 정당성이 인정되고 그 수단의 적합성 또한 인정되며, 인터넷의 특성상 후색선전이나 허위사실이 빠르게 유포되어 정보의 왜곡이 쉬운 점, 짧은 선거운동기간 중 이를 치유하기 불가능한 점, 인터넷이용자의 실명이 표출되지 않고 다만 ‘실명확인’ 표시만이 나타나는 점을 고려하면, 피해를 최소화하기 위한 요건도 갖추었다.”고 판시하여 합헌결정을 하였다. 헌재 2010.2.25, 2008헌마324, 2009헌바31(병합) 결정

이 가능한 것이다. 그러면 현재 상태에서 헌법재판소가 지적인 침해의 최소화, 법익의 불균형성의 문제를 해소하면 다시 도입함에 문제가 없는 것인가 의문이 제기될 수 있으나, 위에서 본 법리적 가능성에도 불구하고 인터넷공간의 자유로운 의사표현의 특성을 감안하고 다른 인터넷 역기능을 해소하고 예방할 수 있는 다양한 제도가 있는 실정을 고려하면 새롭게 익명표현의 자유를 제한하는 내용의 제도를 도입하는 것은 신중하여야 한다. 비록 헌법재판소의 결정이 인터넷상 역기능을 해소하기 위한 제도로서 도입되었다는 입법목적과 수단의 정당성을 인정하기는 하였지만, 그 목적을 위하여 정보통신망법상 임시조치제도, 수사기능 등 다양한 정책수단이 존재하는 이상 이 제도는 존재가치가 없다는 점을 실시한 것으로 해석하여야 한다.

### 3.2 인터넷윤리 법제 도입의 신중성

이건 제한적 본인확인제에 대한 위헌결정은 다른 인터넷윤리 법제에 많은 시사점을 던지고 있다.

첫째, 인터넷공간에 대한 깊은 이해를 바탕으로 한 정책 설계가 필요하다는 점이다. 인터넷의 역사에서 인터넷이 자유로운 소통과 개방, 참여의 공간이라면 그 특성을 살린 대응방안이 우선시되었어야 함에도 불구하고 인터넷에서 발생한 다양한 역기능의 폐해에 대하여는 편리성과 실효성 때문에 정책적 대응에 함몰되어 여기에 지나치게 집중하였던 것으로 보인다. 인터넷공간이 현실의 공간과 다른 점은 그곳은 보다 평등하고 보다 자유롭고 보다 표현친화적인 매체라는 점이다. 이와 같은 인터넷공간의 특성을 감안한다면 오프라인공간에서의 윤리법제와는 차원이 다른 규제법제의 개발이 필요하다. 사실 제한적 본인

확인제의 방식인 익명표현의 제한은 오프라인 법제에서도 흔한 것이 아니다. 어떤 매체에 표현을 할 때 반드시 본인 또는 실명을 확인하여야 하고, 그 매체사가 이를 보장할 것을 강제하는 입법례는 찾아보기 어렵다. 이러한 법원칙이 인터넷공간에서 보다 강화되고 준수되었어야 할 것인데도, 명예훼손이나 모욕 등 불법정보의 유통을 방지하고자 하는 일념으로 성급하게 도입된 것이라는 점을 반성하지 아니할 수 없다. 법제도란 것은 일단 도입되면 사실상 합헌적인 것으로 간주될 수밖에 없어 폐지보다는 개정의 방식이 우선되는 입법현실을 감안하면 처음부터 입법에 신중을 기하는 것이 무엇보다도 중요하다.

둘째, 국제적인 규범기준이나 사례와 동떨어진 입법은 지양하여야 한다는 점이다. 우리나라의 인터넷 게시판 문화의 특징 즉 대부분의 웹페이지가 게시판이라는 일반 네티즌의 게시행위를 조장 허용하는 공간을 마련하고 있는 점, 네티즌이 적극적인 게시행위를 선호하고 댓글과 덧글이라는 독특한 문화가 형성되고 있는 점으로부터 인터넷 게시행위를 통제할 필요성이 있다는 주장도 상당한 설득력을 가지고 국제적으로도 건전한 인터넷공간을 지켜나가기야 한다는 점에 대하여는 대부분 견해가 일치되고 있다. 그렇지만 일반적으로 규제방법으로 국가에 의한 규제보다는 민간자율규제가 선호되고 있으며 특히 이권과 같이 게시판에 대한 적극적이고 사전적인 규제방안을 시행하고 있는 나라는 찾기 어려운 사정 등에 대한 외국의 입법례나 사례가 충분히 고려되어야 한다. 앞선다고 모두 좋은 것이 아님을 이번 제한적 본인확인제의 위헌 결정이 알려준다. 이러한 점에서 볼 때 최근 도입되거나 논의되는 인터넷윤리 법제도는 보다 신중하게 접근하는 것이 바람직한 것으로 본다.

셋째, 인터넷윤리법제가 인터넷매체를 대상으

로 한다는 점에서 인터넷 서비스의 발전속도와 성숙정도에 부합할 수 있도록 과학적인 근거를 갖추는 것이 요구된다. 이 결정에서 헌법재판소가 적절히 지적한 바와 같이 본인확인제 실시 이후에 명예훼손 정보의 유통이 유의미하게 감소하였다는 데이터를 증명하지 못하였다. 이 제도가 위헌 결정을 받은 결정적인 이유 중의 하나이다. 이 과학적·통계적인 데이터에 의한 증명은 제도의 성과와 직결되고, 근본적으로 제도의 도입에 반드시 필요한 요소라고 할 것이다. 본인확인제의 도입 당시 이 제도를 시행하면 명예훼손정보 등의 유통이 감소 내지 제어될 것이라는 추정만 있었을 뿐이지 과학적인 근거를 가지지 못하였던 것으로 짐작이 된다. 왜냐하면 시행 이후에도 계속적인 조사를 수행하였지만 결정적인 근거를 내세우지 못한 것을 보면 그렇다. 인터넷공간은 계속 변화하고 있으며 상상하지 못하였던 새로운 서비스가 계속적으로 등장하는 ‘유동적이고 불확정적인’ 공간이라는 점에서 우리의 선형에 터잡은 일반적인 윤리나 법의식으로 이를 정확하게 짚어내기란 쉽지 않다. 최근 논란이 되었던 청소년에 대한 게임셧다운제에 대하여 이를 대입하여 보면, 전체 게임시간을 고려하지 아니한 특정 야간시간의 게임이용이 보다 유해한 것인지, 16세 이상과 16세 미만의 연령상의 유해성의 차이가 있는지, 게임이 다른 오락이나 스포츠에 비하여 또 게임을 인터넷으로 이용하는 것이 다른 방식으로 하는 것보다 보다 유해한 것인지, 유해한 놀이를 강제로 중단시키는 방법 이외에 다른 방법이 없는지 등에 대한 과학적이고 객관적인 근거를 제시할 수 있는가 하는 점이 결국 위헌판단의 중요한 요소가 될 것이다.

## 4. 결론

제한적 본인확인제에 대한 헌법재판소의 위헌 결정은 인터넷실명제에 대한 논란을 일단락시키는 역할을 하였다. 나아가 이는 단순히 본인확인제라는 하나의 제도에 국한되는 것이 아니라, 인터넷공간에 대한 우리나라 정책에 대한 교훈을 준 것이라고 본다. 그동안 인터넷공간의 역기능에 대한 대응책으로 실효성과 편의성에 집중한 나머지 법제도에 치중한 면이 없지 않고, 인터넷공간에 걸맞는 민간자율규제의 중요성이 상대적으로 간과되었던 것으로 본다. 이 결정이 그러한 고민에 대한 하나의 전환점이 된 것으로 평가한다.

여기서 인터넷 윤리법제의 정책적 대응과 관련하여 몇 가지 교훈을 되새기고자 한다. 인터넷의 특성에 적합한 정책 개발에 노력하여야 하고, 국제적인 기준과 사례와 어긋나는 정책의 시행에는 신중을 기하여야 하고, 인터넷공간에 적용되는 인터넷윤리 법제도의 경우에는 달리 선형적인 정책근거가 존재하기 어려운 사정이므로 오프라인의 경우보다는 더욱 신중한 접근이 요청된다고 본다. 즉 인터넷윤리 법제의 개발과 시행은 신중하면 신중할수록 시행착오의 위험성이 낮아지고, 이와 같은 신중한 접근이 인터넷윤리 법제의 실효성과 정당성을 제고하게 된다. 최근 인터넷게임이나 인터넷의 유해성으로부터 청소년을 보호하기 위한 각종 윤리법제에 대한 입법이 성행하고 있지만, 새로운 제도 이외에는 기존의 윤리법제로 대응이 불가능한지, 입법의 필요성으로서 과학적인 근거를 갖추고 있는지, 국제적 규범에 어긋나 동떨어진 것은 아닌지, 인터넷특성에 걸맞는 규제체계인지 등에 대한 충분하고도 신중한 입법고려가 요청된다.

## 저 자 약 력



황 창 근

이메일 : wolgam@hongik.ac.kr

- 연세대학교 법과대학 및 동 대학원 졸업
- 법학박사, 변호사
- 현재 홍익대학교 법과대학 교수