

# 선거운동기간 동안의 익명표현의 자유에 대하여

## — 헌재 2021. 1. 28. 선고 2020헌마406(병합) 판결 분석

장윤미 법무법인 원앤원 변호사



### 1. 사건의 개요

인터넷언론사 A법인은 20대 국회의원 선거운동기간(2016. 3. 31.~ 4. 12.) 동안 언론사 홈페이지 게시판에 정당, 후보자에 대한 지지, 반대의 정보를 게시할 수 있도록 하면서 게시물 작성자에 대한 실명인증 조치를 취하지 않았다. 공직선거법은 인터넷언론사가 선거운동기간 중 자신의 홈페이지에 정당 또는 후보자에 대한 지지, 반대에 관한 의견을 게시할 수 있도록 하는 경우, 작성자가 실명 인증을 받도록 기술적 조치를 하여야 한다고 규정하고(제82조의6 제1항), 위반 시 인터넷언론사에 1,000만 원 이하의 과태료를 부과하도록 정하고 있었다(제261조 제3항). 서대문구 선거관리위원장은 공직선거법 위반을 이유로 A법인에 과태료 950만 원을 부과하였다.

A법인은 과태료 처분을 받은 이후에도 19대 대통령 선거운동기간(2017. 4. 17.~ 5. 8.) 동안 동일한 형태의 게시판을 운영하면서 실명인증 조치를 하지 않았고, 서대문구 선거관리위원장은 A법인에 과태료 1,000만 원을 부과하였다. A법인은 선관위가 내린 두 건의 과태료 처분에 대해서 이의를 제기하였고, 재판 계속 중 공직선거법 제82조의6 제1항 및 동법 제261조 제3항에 대한 위헌법률심판제청을 신청하였다.

A법인 이외에 2018년도에 실시된 6.13 지방선거의 유권자 B, 인터넷언론사 C법인 및 21대 총선의 유권자 D(C와 D는 함께 청구) 등도 위 공직선거법 규정이 기본권을 침해한다고 주장하며, 헌법소원심판을 청구하였다. 위 유권자 B, C법인 등은 공직선거법 제82조의6 제1항 이외에도 △ '실명인증' 표시가 없는 정당이나 후보자에 대한 지지·반대의 게시물 삭제의무를 인터넷언론사에 부과한 공직선거법 제82조의6 제6항, △ '실명인증' 표시가 없는 게시물에 대해 정당, 후보자, 각급 선관위가 삭제를 요구할 경우 인터넷언론사가 지체 없이 이에 따라야 한다고 규정한 동법 제82조의6 제7항 등도 기본권을 침해한다며 헌법소원심판을 청구하였다.

헌법재판소는 이들이 청구한 위헌법률심판과 헌법소원의 결론이 동일할 것이 명백하다며 A, B, C, D의 청구를 전부 병합하여 심리하였다. 위 사건에서 쟁점은 △ 공직선거법 제82조의6 제1항 등의 '인터넷언론사' 및 '지지·반대'가 그 뜻이 모호하여 헌법상 명확성의 원칙에 반하는지, △ 익명표현의 자유는 어디까지 허용되는지, △ 특히 선거운동기간 중이라는 특수성과 익명표현의 자유의 제한은 어떻게 연관되는지 등이었다.

### 2. 쟁점의 정리

#### 가. '인터넷언론사', '지지·반대'라는 문언이 명확성의 원칙에 반하는지

현재는 기본권을 제한하는 입법의 경우 법적 안정성 확보와 집행 기관의 자의적 집행 방지를 위하여 수범자에게 무엇이 금지되는 행위이고, 무엇이 허용되는 행위인지 알 수 있도록 하여야



한다는 원칙을 견지하고 있다(헌재 2002. 1. 31. 헌가8 등 참조). 특히 표현의 자유를 제한하는 입법의 경우, 명확성의 원칙이 더 엄격하게 적용된다는 입장이다. 헌재는 표현의 자유가 민주사회에서 국민주권주의 실현에 불가결한 요소임을 감안해, 표현의 자유를 제한하는 입법의 경우 규제되는 표현의 개념을 더욱 명확하게 하는 것이 헌법적으로 요구된다고 판시하고 있다(헌재 2016. 2. 25. 헌바111 등 참조).

헌재는 이러한 견지에서 판단하더라도 ‘인터넷언론사’, ‘지지·반대’라는 문언에 명확성의 원칙 위반은 없다고 보았다. △ 실명확인 조항의 적용을 받는 ‘인터넷언론사’의 경우 중앙선관위가 설치·운영하는 ‘인터넷선거보도 심의위원회’가 심의대상 언론사를 결정해 선거운동기간 전에 그 명단을 공개한다는 점이 명확성의 원칙 위배가 아니라는 본 판단의 근거가 되었다. △ ‘지지·반대’라는 표현의 경우 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이면 자신의 글이 실명확인 조항의 규율대상인 정당, 후보자에 대한 ‘지지·반대’의 정보 등을 게시하는 행위인지 알 수 있어 명확성의 원칙에 반하지 않는다고 판단하였다.

## 나. 선거운동기간 중 익명표현의 자유에 대하여

### (1) 심판대상조항 관련 핵심 기본권

헌재는 위헌판단의 대상이 된 공직선거법 관련 조항(이하 ‘심판대상조항’)에서 문제가 되는 기본권은 △ 인터넷언론사 게시판 이용자들의 익명표현의 자유, △ 언론의 자유, △ 언론의 직업선택의 자유라고 보았다. 헌재는 언론사의 기본권인 ‘언론의 자유’와 ‘언론의 직업선택의 자유’ 가운데 이 사건과 밀접한 관계가 있으면서 침해의 정도가 큰 주된 기본권은 언론의 직업선택의 자유보다 언론의 자유라고 판단하였다. 그리고 헌재는 이 사건에서 언론의 자유 제한은 게시판 이용자의 정치적 익명표현의 자유 제한에 수반되는 결과이기 때문에 ‘언론의 자유’보다는 ‘개인의 익명표현의 자유’ 침해 여부가 심판대상조항의 위헌여부를 가를 핵심 기본권이라고 판단하였다.

그렇다면 선거운동기간 중 인터넷언론사 게시판에 글을 쓸 때 실명으로만 정당 내지 정당 후보자에 대한 지지 내지 반대 의사를 표명하도록 한 심판대상조항은 익명표현의 자유를 침해한 것으로 위헌인 것일까. 헌재 다수의견(6명)은 그렇다는 결론을 내렸다.

### (2) 익명표현의 자유와 그 규제의 한계

헌재 다수의견은 심판대상조항의 ‘목적의 정당성’과 ‘수단의 적합성’은 인정된다고 보았다. 헌재는 △ 심판대상조항은 선거운동 기간 중 인신공격과 흑색선전이 난무하는 것을 막고 부당한 선거운

동이나 여론 왜곡을 방지하여 선거의 평온과 공정을 지켜 사회경제적 손실과 선거의 공정성을 확보하는데 목적이 있으므로 위 조항의 ‘목적의 정당성’은 인정된다고 판단하였다. △ 또한 게시판 이용자 등의 실명 확인을 거쳐 행정안전부장관, 신용정보업자에게 그 실명인증자료를 보관·관리하게 하여, 후보자 등에 대한 인신공격과 흑색선전 방지를 가능하게 하는 것은 ‘수단의 적합성’도 인정된다고 보았다.

그러나 헌재는 심판대상조항이 ‘침해의 최소화’ 원칙에 위배된다고 판단하였다. 익명표현은 표현의 자유를 행사하는 하나의 방법으로, 그 자체로 규제되어야 하는 것이 아니라 부정적 효과가 발생할 것이 예상되는 경우에 한하여 규제되어야 하는데, 심판대상조항의 경우 익명표현을 규제할 경우 위법한 표현행위가 감소할 것이라는 ‘추상적인 가능성’에 의존해 모든 익명표현을 사전적, 포괄적으로 규율한다는 것이다. 영국의 경우처럼 익명 게시판을 허용 하되 해당 게시판은 거짓 정보일 가능성이 높다는 경고문을 게시하는 방법 등이 있음에도 실명 글만을 게시하도록 허용하는 것은 지나치다는 판단도 내렸다.

또한 헌재는 익명 게시글을 허용할 경우 부작용이 발생할 것이라는 전제 자체에 대해서도 의문을 표하였다. 익명표현으로 야기되는 부정적 효과라는 것은, 익명성 외에도 정치적 표현행위를 규제하는 관련 제도, 정치적, 사회적 상황의 여러 조건들이 아울러 작용해 발생하는 것이므로 특정 익명표현으로 인해 부정적 효과가 발생할 것인지를 구분하는 명확한 기준을 세우는 것은 거의 불가능하다고 판단한 것이다.

이러한 헌재의 판단은 선거기간 중 익명게시판을 허용할 때 야기되는 각종 부작용(허위사실의 게시 등)은 그것이 익명성의 보장에서만 기인하는 것이 아니라 다른 여러가지 정치적 배경이나 요인 등에 따른 것이라고 본 것이다. 이러한 견지에서 헌재는 익명게시판에 글을 쓸 때 실명인증을 강제하는 것은 부작용에 대한 적절한 예방적 수단이 될 수 없다고 판단하였다.

### (3) 익명표현의 자유와 ‘선거운동기간’이라는 특수성

헌재는 심판대상조항이 ‘선거운동기간’의 표현의 자유를 침해한 점을 위헌의 근거로 삼았다. 헌재는 심판대상조항의 기본권 제한의 심각성은 ‘선거운동 기간 중’의 표현의 자유를 규율한다는 데 있다고 보고, ‘선거운동 기간 중’에는 그 어느 때보다 표현의 자유가 더 적극적으로 보장되어야 하는데 오히려 선거운동 기간이라는 이유에서 표현의 자유를 제약하는 것은 허용되지 않는다고 판단하였다.

이와 관련해 헌재는 공직선거법은 선거운동 기간 중 국민의 선거운동 자유를 폭넓게 제한하고 있어 적어도 선거운동기간 중에는 정치적 표현의 자유를 최대한 보장할 필요가 있다고 판단하였다. 그리고 짧은 선거운동기간 중의 허위사실이나 흑색선전이 유포될 경우 치유가 사실상 불가능

하다는 우려는 선거법이 선거운동기간을 지나치게 짧게 규정해 생기는 문제이지 익명표현의 자유를 허용해 생기는 문제는 아니라고 보았다.

### 3. 판결의 의미 및 검토

표현의 자유는 민주주의의 핵심 가치이다. 제한하더라도 필요최소한의 범위에서 매우 제한적으로만 허용하는 것이 타당하다. 정치적 익명표현을 규제할 경우 이용자들이 자기검열을 할 것이 우려된다는 점, 더구나 비실명 게시글의 경우 삭제까지 가능하도록 한 심판대상조항은 자유로운 여론형성에 방해가 되는 점에 대해서는 이론이 없어 보인다.

다만 현재 다수 의견이 판단한대로 선거운동기간 중에 익명게시판을 허용하였을 때 불거질 수 있는 부작용이 단순히 '추상적인 가능성'에 불과하다고 할 수 있는 것인지는 의문이다. 공직선거법 제33조에 따르면 선거운동기간은 대통령선거의 경우 23일, 국회의원선거와 지방자치단체의 의회 의원 및 장의 선거의 경우 14일로 선거운동기간은 2~3주에 불과하다. 그 기간 동안 허위사실, 흑색선전이 난무할 가능성은 결코 낮다고 할 수 없을 것이다. 더구나 선거가 임박한 상황에서 유통되는 거짓정보는 선거 전에 사실관계를 바로잡는 것이 사실상 불가능하다고 보아야 한다. 규제의 필요성은 오히려 선거운동기간이 아닌 때보다 선거운동기간 중에 더 높다고 볼 수 있는 것이다.



심판대상조항은 △ 허위사실 내지 흑색선전이 유통될 가능성이 객관적으로 높은 선거운동기간에 한하여, △ 정당 및 후보자에 대한 찬반 의견을 개진한 때로 한정해, △ 실명을 밝히고 게시글을 올릴 수 있도록 규정하였다. 이러한 심판대상조항이 침해최소성의 원칙에 위배되었다고 볼 수 있는지 의문이다. 더구나 심판대상조항에서 말하는 인터넷언론사는 인터넷매체들 뿐만 아니라 종이 신문의 인터넷사이트, TV방송의 인터넷사이트를 포함하고 있어 허위정보가 게시될 때 그 접근성과 전파가능성이 매우 높고, 피해자에게 회복불가능한 손해가 초래될 가능성 또한 높다.

표현의 자유는 결코 훼손되어서는 안 될 헌법상 기본권임은 분명하지만 표현의 자유를 빙자한 허위사실, 가짜뉴스 등이 유통되고 있는 것 또한 현실이다. 이러한 부분을 규제하기 위한 입법논의가 계속되고 있는 상황에서 이번 현재 결정이 표현의 자유에 대한 하나의 지침을 제시한 것으로 보인다. 하지만 앞으로도 표현의 자유 보장과 그 규제의 적정선과 균형점은 계속 찾아나가야 할 것이라는 생각이다. 🇰🇷