

외설적이거나 저속한 내용을 18 세미만의 청소년들에게
온라인으로 전송하는 행위에 대하여 형사적 책임을 부과하도록 규정하고 있는
"통신품위법"의 규정들은 미연방 수정헌법 제 1 조에 위반된다.

Reno v. American Civil Liberties Union ("ACLU"),
25 Med. L. Rptr. 1833 (미연방대법원 1997.6. 26. 선고)
오관석(수원지방법원 판사) 역

판시요지

외설적(obscene)이거나 저속한(indecent) 내용을 18 세 미만의 청소년들에게 인터넷 온라인으로 전송하는 행위에 대하여 형사적 책임을 부과하도록 규정하고 있는 1996 년 제정의 미연방법률인 "통신품위법"(Communications Decency Act : "CDA")의 규정(47 USC 223 (a) (1) and(d))들은 미연방 수정헌법 제 1 조(First Amendment ; 이른바 표현의 자유인 Freedom of Speech 의 보장을 말함)에 위반되고, 따라서 위법 규정의 시행(enforcement)을 정지하는 처분(Preliminary Injunction)을 발령한 하급법원인 펜실베이니아주 동부지역을 관할하는 미연방지방법원(the U.S. District Court for the Eastern District of Pennsylvania)의 결정은 타당하여 이를 유지(affirmed)하여야 하므로 그 번복을 구하는 정부측의 상고(위 판결표시의 상고인으로 표기된 Reno 는 공적으로 미국정부를 대표하는 미연방검찰총장의 이름임)는 이유없어 이를 기각한다.

사실내용

...클린턴 행정부가 재선을 기대하는 대통령선거를 앞두고 있었던 1996 년, 대통령의 강력한 후원과 보수파들의 지지 하에 미의회는 하나의 의심스러운 법률을 통과시켰고, 그 상대는 시대적 총아로서 상업성과 시대성을 동시에 상징하고 있는 인터넷이라고 하는 괴물이었다. 인터넷의 폭발적 인기와 대중성은 그 나름대로의 편리함과 장점, 그리고 이를 맹종하는 추종자들을 거느리게 되었지만 현실적으로 인터넷을 통한 음란물의 범람은 대단히 통제하기 곤란한 상황국면을 조성하였다. 이를 발견한 미행정부와 의회는 그 규제를 둘러싸고 고심한 끝에 위 법, 즉 CDA 를 일반적인 미국의 법률 제정 절차에 비추어 볼 때 다소 이례적으로 입법을 추진하였다. 그 취지는 인터넷을 통한 음란정보나 표현물로부터 18 세 미만의 청소년들을 보호하여 전통적 가치를 유지보호하고, 청소년들의 인격함양에 기여함과 동시에 인터넷의 품위를 유지하여 보수적이고도 전통가치적인 사람들로부터 인터넷이라고 하는 괴물이 외면당하지 않게 하고자 함에 있었다고 해석된다. 그러나 CDA 가 의회를 통과 하자마자 인터넷옹호론자, 표현자유론자, 사법심사적극주의자 등이 법원에 그 위헌의 사법심사를 하고자 대기하고 있었고, 이는 21 세기의 목전에 선 이른바 정보통신의 시대(Information Age)에 있어서 미국의 수정헌법 제 1 조가 규정하는 표현의 자유와 정부규제의 다소 진부하고도 전통적인 법리와의 결투가 임박하여 있음을 의미하는 것이었다.(이상은 역자의 설명임)

1996 년 제정된 통신품위법의 두 조항은 인터넷의 유해한 내용물로부터 청소년들을 보호함에 그 목적이랄까 취지가 있음은 분명하다. 그 중 한 조항인 47 USC 223 (a) (1) (B) (ii)는 '외설적이거나 저속한 (obscene or indecent)' 메시지를 18 세 미만의 상대방에게 고의로 보내는 것을 형사처벌의 대상으로 삼고 있고, 233(d)는 '동시대의 집단기준에 비추어 재단할 때, 명백히 공격적으로 보이는 (patently offensive) 바의, 성적 또는 배설행위적인 행위, 또는 성기를 묘사하거나 기술하는' 내용의 메시지를 18 세 미만의 사람에게 고의로 보내거나 전시하여 열람하게 하는 것을 금지하고 있다. 그런데 이러한 금지에 위반되었음이 문제될 경우 항변할 수 있는 사항으로서 CDA 가 규정하고 있는 것(즉 사전적 항변사항)으로는, 그러한 금지된 통신에 대한 청소년들의 접근, 접속을 제한하는 '신의성실에 의한 효과적인 조치'를 취했음을 입증하는 것이고(223(e)(5)(A)에 규정되었음), 또 다른 하나는 승인된 크레딧 카드나 성인증명번호와 같은 어떤 미리 지정되어진 연령증명장치를 그 수용자들에게 요구함으로써 그러한 메시지에의 접근을 제한하였음을 입증하는 것이다. (이는 223(e) (5) (B)에 규정되었음)

그런데 CDA 가 위와 같은 내용으로 제정되자마자 위헌성을 문제 삼아 수많은 소송이 제기되었다. 하급심인 미연방지방법원의 판단은 CDA 의 규정 적용대상자가 너무 포괄적(overbroad)이라 미연방 수정헌법 제 1 조에 위반되고, 또한 위 법의 규정이 지나치게 모호하여(vague) 미연방 수정헌법 제 5 조에 위반된다는 것으로서, 위와 같은 일종의 효력정지 가처분으로써 CDA 의 시행을 정지하는 결정을 한 것이다.

이에 대하여 정부측의 미연방 대법원에의 직접 상고는 CDA 의 위헌성에 관한 사법심사(judicial review on the constitutionality of the Congress enacted law)의 신속성을 위해 CDA 가 미리 예정하여 규정하고 있던 특별사법심사절차에 관한 규정에 따른 것이다. 그 상고논지는 미연방지방법원의 판단은 잘못되어 그 시정을 구한다는 것인데, 미연방대법원은 그 상고논지를 이유없다고 배척하고 한편으로는 그 하급심의 결정을 옳다고 유지하였다. 그 판시 논거의 핵심은 CDA 의 '저속한 전송'(indecent transmission), '명백히 공격적인 전시행위'(patently offensive display)라고 하는 규정들은 미연방수정헌법 제 1 조에 의하여 보호, 보장되는 표현의 자유(the Freedom of Speech)를 제한(abridgement)한다는 것이다. 이에 대한 미연방대법원의 판시 근거를 다음과 같이 요약한다.

판결이유 (요약)

1. CDA 의 모호성(vagueness) 심사는 미연방수정헌법 제 1 조의 포괄성(overbreadth) 심사와 관련있는 것이라 함은 사실이다. 그러나 이 사건에서는 수정헌법 제 1 조의 포괄성 심사단계에서 이미 그 위헌성에 관한 의심이 충분하므로 수정헌법 제 5 조의 모호성심사여까지 나아갈 필요도 없이 하급심 결정은 유지되어야 한다.

2. 정부측이 상고논거로 제시하는 여러 선례들, 예컨대 Ginsberg v. New York, 390 U.S.중 629 : FCC v Pacifica Foundation, 438 U.S. 726 ; Renton Y. Playtime Theatres, Inc. , 475V.S. 41 등은 CDA 의 합헌성에 관한 의문을 경감하기는 커녕 오히려 이를 증폭시키고 있고, 또한 위 선례들은 CDA 를 합헌 판정하는데도 타당하지 않다.

3. 미연방대법원의 선례들 중 방송매체에 대한규제를 정당화하는 결론을 제시하는 몇몇 선례들을 보면, 예컨대 Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 395 U.S. 367 에서는 방송에 대한 정부의 광범위한 규제에 역사를 그 규제의 정당화 사유로 들고 있고, 또 예컨대 Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC, 512 U.S. 622 에서는 시초에서부터의 사용가능한 주파수의 희소성을 그 규제의 정당화 사유로 들고 있으며, 또 예컨대 Sable Communications of Call., Inc. v. FCC, 492 U.S. 115 에서는 방송매체의 일방침투적 성격을 그 규제의 정당화사유로 들고 있는데, 한편 이러한 위 여러 방송규제의 근거내지는 정당화 사유들은 본 사건에서 문제되고 있는 인터넷의 가상공간(Cyberspace)에서는 존재하지 아니하는 것이다. 따라서 위 선례들은 인터넷에서 적용되어야 할 미연방 수정헌법 제 1 조의 사법심사수준을 제약하는 어떤 근거로도 삼을 수 없음이 분명한 것이다.

4. CDA 가 미연방 수정헌법 제 1 조를 위반할 정도로 모호한 것인가에 대한 여부의 검토와 관계없이, 위 법의 위 규정의 여러 표현들은 그 의미의 다양성(ambiguity)이 있다 할 것이고, 이는 수정헌법 제 1 조가 보장하는 바의 목적, 취지와 관련하여 볼 때 문제를 일으키게 하는 것(problematic)이라고 하지 않을 수 없다. 즉 예컨대 '저속'(indecent)이나 '명백히 공격적인'(patently offensive)과 같은 미리 정의되지 아니한 용어의 사용은 어떻게 두 기준이 서로 관계하고 또 무엇을 위 두 용어가 정확히 의미하는지 여부에 관하여 논란을 불러일으키고 따라서 그것은 통신이용자들 간에 불확실성을 초래하게 될 것이다. 그러한 내용에 관련된 정부규제의 모호성은 형사책임규정으로서의 억제적 효과(detorrent effect)와 수반하여 특별한 수정헌법 제 1 조에서의 관심을 야기시키는데, 이는 그러한 규정들은 표현의 자유에 있어서 명백한 'chilling effect'(표현의 자유를 규제하는 정부규제의 과도함 때문에 무서워서 표현의 자유의 행사가 포기되거나 위축되는 효과)가 있다 할 수 있기 때문이다. 이러한 점으로 볼 때 위 CDA 의 모호성은 동법이 청소년들을 잠재적으로 유해한 내용으로부터 보호한다고 하는 의회의 입법목적에 알맞게 재단되어 입법된 것일 것이라고 하는 개연성을 오히려 잠식, 훼손하는 계기가 된다 할 것이다.

5. CDA 는 의회입법이 표현의 내용을 규제할 때 위 수정헌법 제 1 조가 요구하는 그 정밀성의요건(the requirement of precision)을 결여하고 있다고 볼 수 있다. 동법에 의할 때 성인용 표현(adult speech)이라고 하여 법에 의하여 승인, 합법화되는 그 증명을 위한 입증의 부담은 그 정도가 비교적 무겁다 할 것이고, 따라서 어떤 덜 규제적인 대안(less restrictive alternative)이 보다 효과적이라고 한다면 이 법원에서는 그러한 대안이 있는 상황에서 상대적으로 더 규제적 내지는 과도하게 규제적인 CDA 의 문제되는 규정을 승인하여 그 합헌성을 인정할 수는 없는 노릇이라 할 것이다.

그런데 정부측은 이 사건에서 보다 덜 규제적인 대안의 부존재를 입증하지 못하였다고 본다. 오히려 하급심의 판결이유에 의하면 최근의 사용가능한 이용자 베이스 (user-based)의 소프트웨어의 개발에 의하면, 부모가 부모들이 판단하여 볼 때 부적절하다고 생각되는 내용에 자녀들이 접근을 하는 것을 억제할 수 있는 상당히 효과적인 방법이 개발되어 있다는 것이고 이것이 장차 광범위하게 보급될 것이라는 지적에 이 법원은 유념하여 이것이 위에서 언급한 보다 덜 규제적인 대안의 하나라고 생각할 수 있다고 본다. 또한 이 법원에서 제시되고 있는 정부측의 주장 중 일부에 의하더라도 그러한 가능한 덜 규제적인 대안이 있을 수 있는데 그것은 그러한

저속한 표현물들에 대하여 일종의 꼬리표(tag)를 붙여,부모의 감독을 원활하게 하고 인터넷의 메시지들 중 일부분만을 다른 여타의 것과는 달리 취급하여 규제하게 되는 것으로서 이 경우도 다만 예술적, 교육적 가치가 있는 메시지에 관하여서는 예외를 설정하여 부모들의 선택에 관용성을 부여 하는 그러한 아이디어가 있을 수 있다.

한편 CDA 의 입법절차에도 문제가 발견된다. 즉 CDA 의 제정과정에 있어서 의회의 어떠한 자세한 보고서도 작성되지 못한 것으로 보이고, 또한 법률의 특별한 문제점을 지적하는 여하한 청문절차도 거치지 못하였다는 점이 지적될 수 있는 바, 이러한 점에 주목하여 볼 때 이 법원은 아무래도 CDA 가 수정헌법 제 1 조, 표현의 자유 보장 목적, 취지에 부합하기 위하여 입법상 정밀한 재단이 가하여졌고 그러한 재단과정을 거쳐 입법화되었다고 하는 점을 부정하는 쪽으로 기울게 된다.

6. 정부측의 다음과 같은 CDA 의 합헌성을 유지하게 하는 동법에 내재하는 세가지 규정에 기초한 논리의 제시를 이 법원은 받아들일 수 없다 할 것이다.

즉 첫째, CDA 가 적극적이고 광범위한 '선택 가능한 우회채널'을 마련하고 있다고 하는 점에서 법이 위헌을 피할 수 있다고 하는 정부측의 주장은 받아들일 수 없는데, 그 이유는 CDA가 표현의 자유에 있어서 표현의 내용 그 자체를 기준으로 하여 규제하는 성격의 규제법률이므로, 표현의 자유의 규제 법리에 있어서 하나의 텍스트인 '시간, 장소, 방법'에 의한 분석은 적용되어질 여지가 없기 때문이다. 이러한 의미의 법리를 이미 분명히 밝힌 이 법원의 선례로서는 Consolidation Edison Co. of New York v. Public Serv. Comm'n of New York, 447 U.S. 530 이 있다.

둘째, 정부측이 주장하는 바 CDA 의 '고의성' 요건과 '특정범위내의 사람' 요건은 곧 법의 적용가능한 대상을 '메시지 전송자가 18 세 미만으로 인식하고 있는 사람에게로의 통신'으로만 그 범위를 제한하고 있으므로 합헌이라고 하는 주장 또한 그 설득력이 없다 할 것인데, 그 이유는 인터넷의 속성상 인터넷을 통한 대화의 장은 모든 사람들에게 신규참가가 가능하도록 개방되어 있고, 아무리 '특정범위의 사람'이라고 하는 요건을 엄격하게 해석, 시행한다고 하더라도 저속된 표현의 반대론자들에게 이를 규제하는 광범위한 검열권을 부여하는 결과는 피할 수 없게 되기 때문이다.

그리고 마지막으로 CDA 의 전체 규정을 자세히 읽어보아도 과학적, 교육적 또는 다른 어떤 상쇄하는 사회적 가치가 있는 표현물들에 대하여 관용하여 그 적용을 배제시키는 규제 완화규정이 전혀 발견되지 않기 때문에 위와 같은 정부측의 논리적 근거는 이유가 없다 할 것이다.

7. 위 법률 223(e)(5)의 항변조항 내지는 면책조항이 존재한다고 하더라도 그것은 '입법의 정밀한 고려'라고 평가될 정도로는 충분하지 못하여서 위 CDA 의 위헌성을 구제할 정도는 못된다고 하겠다. 즉 정부측의 주장과 같이 메시지의 전송자들이 그들의 전송통신에 꼬리표를 붙임과 같은 선의의 성실한 보호책을 활용하여 그들이 발송한 통신내용에 관하여 인식가능한 표시의 부착으로 그러한 정보 메시지의 잠재적 수용자들로 하여금 적절한 소프트웨어를 사용하여서 그 접속에 의한 수용을 봉쇄할 수 있도록 한다고 하는 것과 같은 주장은 일종의 환상, 신기루와 같은 것으로서 기대할 수 없는 것이라고 본다. 그러한 인색한 평가의 이유는 그 가능성 내지는 기대가 현실화되기 위하여서는 전송자들의 조치가 '효과적' (effective)이어야 하는데 정부측의 위 주장에서 기대되는 바와 같은 검열기능적 소프트웨어는 한편 현재 존재하지 않기도 하거니와 또한 만일 존재한다고 하더라도 저속한 표현정보물들의 잠재적 수용자들이 그

내용물들을 현실적으로 봉쇄시키는가 여부에 관하여 이를 외부에서 인식할 수 있는 기술적 방법이 없기 때문이다.

정부측은 또한 CDA 중 위 223(b)(5)에서 말하는 연령인증항변이 CDA 의 성인표현물의 입증의 어려움을 상당부분 감소, 완화시킬 것이라고 하는 점에 관하여 충분히 설득력있는 증명을 이 사건에서 다하지 못하고 있다. 비록 그러한 연령확인장치가 성적인 포르노 방송물의 상업적 제공자들에 의하여 현재 실제로 이용되고 있고, 또 이를 인정한다 하더라도 문제는 남아있다. 왜냐하면 이미 하급심의 사실판단에서 이미 밝혀진 바와 같이 그러한 장치는 대부분의 비상업적 인터넷 이용자들이 활용하기에는 현실적으로 너무 비싸서 경제적인 이용가능성 (economic feasibility)이 희박하기 때문이다.

8. 마지막으로 정부측의 주장에 의하면, 정부는 인터넷의 성장을 육성, 함양하는 데에 중대한 관심을 갖고 있고, 또 그것은 CDA 라고 하는 인터넷의 규제법률의 합헌성을 승인하는 어떤 개별적이고 독립적인 기초가 될 수 있다고 하는 것이다. 그러나 이는 그 자체 주장만으로는 다른 상황, 논리의 보충이나 증거가 없이는 설득력이 없는 것이라 아니할 수 없다. 정부측의 논리, 즉 인터넷 상에 규제되지 않는 저속하고도 명백히 공격적인 정보표현물들의 범람으로 건전한 미국인으로 하여금 인터넷에서 환멸을 느껴 멀어져 가도록 하고 있다고 하는 것인데, 이것은 오히려 오늘날 인터넷이라고 하는 새로운 대화광장의 극적인 팽창, 확산의 현실에서 비추어 조망하여볼 때 이미 모순된 사실관계의 인식을 기초로 하고 있어서 받아들일 수 없는 논리라고 아니할 수 없는 것이다.

9. 위와 같은 논거에 기초한 다수의견의 작성자는 Stevens 미연방 대법원 판사이고, 이러한 다수의견에 가담한 6 인의 대법원판사의 이름을 열거하자면, Scalia, Kennedy, Souter, Thomas, Ginsburg, Breyer 이다. 반면에 미연방대법원을 구성하는(다른 한 사람은 위 다수의견에 동참한 Ginsburg 이다.) 두 명의 여자대법원판사 중의 선임인 O'Connor는 일부 개별의견 및 일부 반대의견을 제시하였고 여기에는 대법원장인 Rehnquist가 가담하였는데, O'Connor는 CDA를 근본적으로 의회가 인터넷상에 성인구역(adult zones)을 설정하는 시도에 다름아닌 입법이라고 파악하면서, 미연방대법원의 판례에 의하면 그러한 성인구역의 설정 자체는 헌법적으로 그 합헌성을 승인할 수 있는 것이로되, 다만 그러함에도 불구하고 위 CDA의 규정들은 위헌이라고 판단할 수밖에 없는데 그 이유는 다소 수사적으로 표현할 때 위 도시구획설정(zoning)에 관한 법리들에 관하여 지금껏 미연방대법원이 발전시켜 온 합헌성 심사의 청사진 내지는 설계도(blueprint)의 그림과는 위 CDA의 문제되는 규정들이 너무 멀리 떨어져 있기 때문이라는 것이다.