

American Civil Liberties Union v. Reno 판결¹⁾

林智奉

(建國大學校 法科大學 助教授)

< 目 次 >

I. 서 론

II. American Civil Liberties Union v. Reno 판결 全文

1. 배경

2. 분석

III. 결 론

I. 서 론

2000년 펜실베이니아주 소재 미국연방항소법원은 그 유명한 'ACLU 對 Reno'사건의 판결을²⁾ 선고했다. 동 사건 판결이 '온라인상의 표현의 자유'나 '미성년자들의 음란물로부터의 보호'라는 헌법적 관점에서 가지는 중요성에 비추어 다음에서 동 사건 판결문을 全文 번역해 보았다. 물론 동 판결문도 그 안에 많은 각주를 가지고 있었는데, 판결문 본문의 번역에 더 치중하여 판결문의 큰 내용적 줄기를 잡는다는 목적에 입각하여 대부분의 각주는 그 번역을 피했다. 다만, 판결문의 내용 이해를 위해 필수불가결한 각주는 선별적으로 혹은 몇 개를 합쳐서 번역자의 '역자주'에 다른 역자주들과 - 판결문 원문에는 없지만 내용 이해를 위해 필자가 번역자로서 추가한 각주들 - 함께 포함시켰다. 그리고 판결문 앞부분의 양측 소송대리인 소개부분은 생략하였다. 또한 판결문 원문을 보지 않고 이 번역문만으로 직접 동 판결문을 인용할 수 있게 하기 위해 해당부분의 판례집상의 페이지를 '*'표시로 시작하는 이탤릭체로 표시해 두었다. 아무쪼록 본 번역이 동 판결의 올바른 이해를 위해, 그리고 '표현의 자유와

1) 영어제목: American Civil Liberties Union v. Reno Case 필자 영어 이름: Lim, Jibong

2) American Civil Liberties Union v. Reno 217 F.3d 162 C.A.3 (Pa.), 2000.

음란성의 문제'에 관한 한국에서의 연구를 위해 유용하게 쓰여질 수 있기를 바란다.

II. American Civil Liberties Union v. Reno 판결全文

* 165³⁾ 연방항소법원⁴⁾ 판사인 Garth판사가 이 판결문을 집필하였다.

이 항소심사건은 “이 사회에서 가장 귀중한 시민의 권리들 중 하나인 표현의 자유와 정부의 가장 중대한 책무인 미성년자의 보호의 충돌에 관한 것”이다.⁵⁾ 정부는 연방지방법원이 예비적 금지명령(preliminary injunction)을⁶⁾ 발한 것에 이의를 제기하는데 이 예비적 금지명령은 1998년 10월에 제정된 ‘온라인상의 청소년 보호법(Child Online Protection Act, 공법 105-277, 연방의회제정법집 112장 2681조부터(1998년), 연방법령집 47장 231조부터 규정됨, 일명 COPA)’에 관한 것이다. 상업적 목적으로 웹상에 고의적으로 게재된, ‘동시대 공동체기준(contemporary community standards)’에 의했을 때 ‘有害한 표현물’들로부터 미성년자들을 보호하기 위해 제정된 COPA의 합헌성이 이 사건의 주된 쟁점이다.

*166 ACLU의 COPA의 합헌성에 대한 공격은 본안판단에서 성공할 것으로 보이기 때문에 우리는 연방지방법원이 예비적 금지명령을 발한 것을 인용한다. 웹상에 올라온 표현물들은 전세계의 인터넷 사용자들에 의해 접근가능하기 때문에, 그리고 현 기술수준은 웹발행자로 하여금 각각의 특정 인터넷 사용자의 지리적 위치에 근거해 그 접근을 제한할 수 없기 때문에, COPA는 본질적으로 법에 의해 모든 웹발행자들이 형사책임을 면하기 위해서는 가장 제한적이고 보수적인 州의 지역공동체기준을 지킬 것을 요구한다. 따라서, 어떤 표현물이 ‘청소년들에게 해로운가’의 여부를 판단하는 COPA의 기준은 동시대 지역공동체 기준에 기반해 있고 이것은 그 사이트 방문자의 지리적 위치에 근거함으로써 웹발행자들로 하여금 그 사이트 방문자들의 그들 웹사이트에의 접근을 제한할 수 없게 만들고 따라서 그 자체 본질적으로 수정헌법 제1조에 의해 헌법적으로 보호되는 표현에 허용될 수 없는 부담을 지우는 것이 된다.

연방지방법원의 판결을 인용하면서, 우리는 현재로서는 기술적 한계 때문에 웹상의 유해한

3) “*”와 함께 따라오는 이 숫자들은 본문에서 밝힌 대로, 이 판결문이 실린 원 판례집인 F. 3d 판례집 217권에서 실제로 이 부분이 나오는 페이지 번호이다. Westlaw상으로 판결문을 다운로드 받아 직접 번역했으므로 이것이 가능했음을 밝혀둔다. 영어 원문과의 비교에 도움이 되리라 생각이 되어, 그리고 원문을 보지 않고 직접 이 판결문을 인용할 수 있게 하기 위하여 일부러 이 원 판례집상의 페이지를 살려두었다.

4) 연방항소법원은 “U.S. Court of Appeals” 혹은 “U.S. Circuit Court”라 표현되는 것들로 “U.S. Court of Appeals”의 직역인 “연방항소법원”이라는 번역 이외에도 “U.S. Circuit Court”의 직역인 “연방순회재판소” - 이 경우 “몇 순회재판소”의 “몇”에 해당하는 말들이 추가된다 - 혹은 그 심급에 주목한 “연방이심법원” 등의 번역이 사용될 수 있다.

5) American Booksellers v. Webb, 919 F.2d 1493, 1495 (11th Cir.1990).

6) 우리의 ‘가치분결정’과 유사한 것으로 이해하면 이해가 쉬울 것이다.

표현물들을 헌법적으로 제한할 수단이 없으며, 급속하게 발전하는 기술적 진보를 고려하건대 지금은 헌법적으로 통제불능한 그것이 멀지 않은 장래에는 가능하게 될 수 있음을 확인한다.

1. 배경

COPA는 1998년 10월 21일에 제정되었다. 미성년자에게 유해한 표현물을 배포하는 행위를 규율하는 법률에 의해 통제를 받는 상업적 웹발행자들은 COPA에 의해, 미성년자들이 그들의 웹상의 유해한 표현물에 접근하지 못함을 보장하도록 요구받았다. COPA는 웹상에서 미성년자들에게 외설적인 표현물들이 유포되는 것을 통제하려는 미연방의회의 두 번째 시도이다. 미연방대법원은 앞서 수정헌법 제1조에 근거하여 연방의회의 이에 관한 첫 번째 시도였던 통신품위법(Communications Decency Act, 일명 CDA)을 위헌판결을 통해 무효화시켰었는데, 통신품위법은 연방의회가 1996년의 전기통신법(Telecommunications Act of 1996)의 일부로서 통과시킨 것이었다.⁷⁾ COPA에 관한 지금의 이 도전을 가장 잘 이해하기 위해 우리는 CDA를 간략히 살펴볼 필요가 있다.

(1) CDA

CDA는 인터넷 사용자들이 동시대 지역공동체기준 하에서 18세 미만 청소년들에게 명백히 공격적인 성묘사라고 생각될 수 있는 표현물을 인터넷을 통해 주고받는 것을 금했다.⁸⁾ 그렇게 인터넷 사용자들의 인터넷 사용을 제한하면서 CDA는 두 가지 적극적인 기소면제사유들도 규정했는데, 첫째, 신용카드나 *167 다른 연령증명시스템, 둘째, 미성년자에 의한 접근을 제한하려는 善意의 노력이 그것이다. CDA가 수정헌법 제1조를 위반했다고 판시하면서, 미연방대법원은 그 법률이 주요 용어들을 정의함이 없이 막연하게 규정되어 있어 위헌이라고 설명했다. 더구나, 대법원은 일례로 CDA규정들의 적용이 상업적 표현행위나 상업적 주체들에 한정되지 않고 오히려 동법의 포괄적 금지규정들은 점잖치 못한 메시지를 게재한다거나 그것들을 그들 자신의 컴퓨터에 올리는 모든 비영리 주체와 개인들까지도 포함하는 등, CDA의 규정범위가 前例없이 全적으로 광범위하다는 점을 지적했다.⁹⁾

더 나아가, 인터넷에 적용되는 것과 같이 여기서의 공동체 기준은, 모든 인터넷상의 의사 전달이 전세계의 사람들을 대상으로 하기 때문에 전달된 메시지의 내용은 그 내용에 의해 감정을 상하게 되는 그 지역공동체의 기준들에 의해 판단되어진다는 것을 의미한다고 대법

7) 이에 관해서는 Reno v. ACLU, 521 U.S. 844, 117 S.Ct. 2329, 138 L.Ed.2d 874 (1997) (일명 "Reno II") 참조.

8) Reno II, 521 U.S. 859-60, 117 S.Ct. 2329 참조.

9) 위의 판결문 877, 117 S.Ct. 2329 참조.

원은 설명했다.¹⁰⁾ 끝으로, CDA가 인정하는 적극적 기소면제사유들에 대해, 대법원은 그러한 기소면제사유들이 대부분의 비상업적 웹발행자들에게는 경제적으로 불가능한 것이며 심지어는 상업적 발행자들에게도 현재의 技術이 미성년자들을 유해한 표현물로부터 보호하는데 효과적이라는 것이 증명되지 않았다고 결론지었다.¹¹⁾ 결과적으로, 대법원은 CDA가 '미성년 보호'라는 정부의 중대한 이익을 달성할 정도로 좁게 규정되지 않았으며 CDA는 어떤 법이 표현의 내용을 규제할 때 수정헌법 제1조가 요구하는 법규정의 명확성을 결하고 있다고 지적했다.¹²⁾

(2) COPA

지금 문제가 된 법인 이 COPA는, CDA를 위헌무효화 시킴에 있어 대법원에 의해 제기된 특별한 근심을 나타내려 한다.¹³⁾ COPA는 개인이나 단체가 월드와이드웹에 의해 州間 통상 혹은 외국과의 통상에서 그 표현물의 성격을 알고 고의적으로 미성년자에게 도달될 수 있고 미성년자에게 유해한 상업적 목적의 의사소통행위를 하는 것을 금지한다.¹⁴⁾ CDA에서 발견되는 헌법적 문제점들을 치유하기 위한 노력의 일환으로 연방의회는 COPA의 대부분의 주요 용어들을 정의하려 했다. 예를 들어 COPA는 대체로 인터넷상의 표현물보다는 웹상의 표현물에 동 법의 적용범위를 한정하려 했고 '상업적 목적'으로 행해지는 웹상의 의사소통에만 표적을 맞추었다. COPA하에서, 웹상의 표현물이 '미성년자들에게 유해한가'하는 것은 3영역 심사에 의해 결정되는데 유죄가 인정되기 위해선 각각의 영역 심사를 통과해야 한다.

*168 그 3영역은 (A)동시대 지역공동체기준을 적용해 봤을 때 평균인이라면 그 표현물을 전체로서 봤을 때 미성년자들에게 그들의 호색적 흥미에 호소하기 위해 혹은 그들의 호색적 흥미에 영합하려고 만들어졌다고 생각될 경우, (B)미성년자들의 관점에서 명백히 그들의 감정을 상하게 할 수 있는 방법으로, 실제적인 혹은 가상의 성적 행위나 성적 접촉, 실제적인 혹은 가상의 정상적인 혹은 변태적인 성적 행위, 혹은 성기나 사춘기를 지난 여성 가슴의 추잡한 노출을 묘사하거나 보여주는 것, (C)전체적으로 보아 미성년자들에¹⁵⁾ 대해 중대한 문학적, 예술적, 정치적, 과학적 가치를 缺할 것이다.

소송당사자들은 구두변론에서 이 '동시대 지역공동체 기준'심사가 미합중국내의 지역공동

10) 위 판결문 877-78면 참조.

11) 위의 판결문 881면 참조.

12) 위의 판결문 874면 참조. 또한 *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 529 U.S. 803, 120 S.Ct. 1878, 146 L.Ed.2d 865(U.S. 2000)도 참조.

13) H.R. REP. NO. 105-775(1998) 12면과 S.R. REP. NO. 105-225(1998) 2면 참조.

14) 47 U.S.C. 231(a)(1)(필자의 강조가 두어짐).

15) COPA가 규정하는 미성년자는 17세미만의 청소년을 말한다. 47 U.S.C. 231(e)(7) 참조.

체들에 적용되는 것이고 외국의 공동체들에게는 적용되지 않는다는 점을 인정했다. 따라서 암스테르담의 진보적 지역공동체의 기준이나 테헤란의 보수적 제한적인 지역공동체 기준은 COPA하에서 그 표현물이 '미성년자들에게 유해한가'의 분석에 영향을 미치지 않는 것이다.

COPA는 또한 그 법의 규율을 받는 웹발행자들에게 방어무기들도 제공한다. 만약 웹발행자가 "청소년들에게 유해한 표현물에서의 청소년들의 접근을 신용카드, 借邊계좌, 성인접근코드, 성인증명번호, 나이를 증명하는 디지털 증명서의 사용을 통해, 혹은 현재 기술수준 하에서 이용가능한 다른 합리적인 수단들을 통해 제한해 왔다면"¹⁶⁾ 어떤 미성년자가 그럼에도 불구하고 COPA에 의해 접근이 금지된 표현물들에 접근한다 하더라도 웹발행자에게는 어떤 책임도 따르지 않는다. COPA를 위반한 자들은 형사처벌(최고 \$50,000 벌금이나 최장 6개월의 징역 혹은 둘다)과 민사상의 처벌(위반의 날마다 최고 \$50,000의 벌금)을 받는다.¹⁷⁾

(3) 인터넷과 월드와이드웹에 대한 전반적 검토

최근 몇 년 동안에 인터넷과 웹의 사용은 주류사회에서 나날이 증가해왔다. 그럼에도 불구하고, 이러한 새로운 전자미디어들의 독특한 성격이 오늘날의 우리의 의견형성에 중요한 영향을 끼치기 때문에, 우리는 그 관련요소들에 대해 개략적으로 살펴본다.¹⁸⁾

인터넷은 전세계의 컴퓨터들과 컴퓨터 네트워크들을 연결하는 反集中的, 自運營的 네트워크 시스템이고 또한 신속히 의사교환을 전달할 수 있는 능력을 갖추고 있다.¹⁹⁾ 비록 인터넷이 사용자들의 관점에서는 '하나의 통합된 시스템'으로 보이지만, 사실상 인터넷을 컨트롤하는 기구나 단체는 없다.²⁰⁾ 결과적으로, 개인적인 웹사이트들이나 웹서비스들이 웹으로부터 차단될 수 있는 중앙집권적인 頂點이 존재하지 않는다. 인터넷의 빠른 성장 때문에 평가하기가 *169 힘들기는 하지만, 최근의 평가에 의하면 인터넷은 세계 159개국 1억 9백만 명 이상의 인터넷 사용자들에게 연결되고 있다고 한다.²¹⁾

월드와이드웹은 그 사이트를 만든 사람에 의해 제공된 텍스트, 이미지들, 삽화들, 비디오,

16) 47 U.S.C. 231(c)(1).

17) 고의적으로 COPA를 위반한 자는 또한 이에 더하여 위반일 당 최고 \$50,000의 추가 벌금을 내야 한다. 47 U.S.C. 231(a)(2) 참조.

18) 인터넷과 웹에 관한 더 상세한 설명은 예를 들어 Reno I, 929 F.Supp. 824, 830-45; Reno II, 521 U.S. 844, 117 S.Ct. 2329, 138 L.Ed.2d 874; American Libraries Ass'n v. Pataki, 969 F.Supp. 160, 164-67 (S.D.N.Y.1997); Hearst Corp. v. Goldberger, 1997 WL 97097 *1 (S.D.N.Y. Feb. 26, 1997)에서 인용된 판례들 등을 참조.

19) American Libraries Ass'n v. Pataki, 969 F.Supp. 160, 164 (S.D.N.Y.1997); ACLU v. Reno, 31 F.Supp.2d 473, 481 (E.D.Pa.1999) (일명 "Reno III") 참조.

20) ACLU v. Reno, 929 F.Supp. 824, 838 (E.D.Pa.1996) (일명 "Reno I"); Reno III, 31 F.Supp.2d 484면 참조.

21) ACLU v. Johnson, 194 F.3d 1149, 1153 (10th Cir.1999) 참조.

만화나 소리들과 같은 정보를 담은 수백만의 개인 웹사이트들로 이루어진 발행 포럼이다.²²⁾ 이 웹사이트들의 일부는 성적으로 노골적인 표현들을 담고 있다.²³⁾ 하나의 발행 포럼으로서, 웹은 온라인상에서 정보를 교환하는 최상의 방법으로 알려져 있다. 발행자의 컴퓨터를 인터넷에 연결함에 의해 정보가 다른 사람들에게 획득 가능한 것이 되자마자 정보는 웹상에서 발행되어진다고 이야기된다.²⁴⁾ “정보가 모든 웹방문자들에 의해 접근 가능한 하나의 지식체계의 일부가 되도록” 하는 어떤 통신규약에 의해 각각의 사이트는 인터넷에 연결된다.²⁵⁾ 이 통합된 지식체계의 한 일부로서, 웹페이지들은 모두 함께 연결이 되어 있어서 인터넷 사용자들은 “링크”를 클릭함으로써 한 웹페이지로부터 다른 웹페이지로 자유롭게 옮겨갈 수 있다. “인터넷은 국제적이고 지리적으로 국경이 없는 특성을 가지고 있기 때문에, 적절한 소프트웨어만 가지면 모든 웹사이트는 세계의 모든 다른 인터넷 사용자들에게 접근할 수 있다.”²⁶⁾ 참으로 인터넷은 “외면적 형태를 부정한다... 인터넷은 기본적으로 심히 반공간적(anti-spatial)이다. 당신은 낯선 사람에게 인터넷이 어디에 있는지를 말해줄 수 없고 그것의 형태나 크기를 묘사해 줄 수도 없으며 그것에 당도하는 방법도 알려줄 수 없다. 그러나, 당신은 인터넷이 어디에 있는지를 모르면서도 그 안에서 정보들을 발견할 수 있다. 인터넷은 공기처럼 존재한다. 특정한 곳에 존재하는 것은 아니지만 동시에 모든 곳에 존재한다.”²⁷⁾

현 기술 하에서 웹발행자들이 “그들 사이트의 내용이 어떤 지리적 공동체에 들어가는 것을 금할” 수 없다는 점에 주목하는 것은 매우 중요하다.²⁸⁾ 그와 같이, 웹발행자들이 어떤 지역의 인터넷 사용자들이 그들의 사이트에 접근하는 것은 막을 수도 없다. 사실상 그 웹발행자는 그의 사이트에 들어오는 방문자들의 지리적 위치조차도 파악할 수 없다.²⁹⁾ 이와 유사하게, 웹발행자는 다른 지역의 사람들이 그 사이트의 일정부분에만 들어올 수 있게 하려고 그 사이트의 내용을 변경할 수도 없다. 따라서, 일단 웹상에 게재되면, 현재의 기술수준 하에서는 게재된 표현물이 특정 州나 특정국가에만 제한적으로 접근 가능하게 할 수는 없다.

(4) 본 사건의 소송과정

COPA가 제정된 다음날인 1998년 10월 22일에, 미국인권연합(American Civil Liberties

22) American Libraries, 969 F.Supp. 166면 참조.

23) Reno III 판결, 31 F.Supp.2d 484면 참조.

24) Reno I, 929 F.Supp. 844면; Reno III, 31 F.Supp.2d 483면 참조.

25) American Libraries, 969 F.Supp. 166면; Reno III, 31 F.Supp.2d 483면 참조.

26) American Libraries, 969 F.Supp. 166면; Reno I, 929 F.Supp. 837면; Reno III, 31 F.Supp.2d 483-84면 참조.

27) Doe v. Roe, 191 Ariz. 313, 955 P.2d 951, 956 (1998) 참조.

28) Reno III, 31 F.Supp.2d 484면 참조.

29) American Libraries, 969 F.Supp. 171면 참조.

Union, 약칭해서 ACLU)은 COPA가 위헌이며 따라서 그 시행을 금지해야 한다고 주장하면서 '펜실베이니아주 동부지역을 관할하는 연방지방법원(United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania)'에 소송을 제기했다. *170 이에 연방지방법원은 1998년 11월 20일에 동 법의 시행을 잠정적으로 금하는 명령을 내렸고 광범위한 증거조사를 포함한 공판을 연 후에 1999년 2월 1일에 정부가 COPA를 시행하는 것을 금하는 예비적 금지명령을 내렸다.

(5) 연방지방법원의 사실판단

일련의 法廷證言 후에, 연방지방법원은 인터넷, 웹, 그리고 비교적 새로운 표현전달매체상의 표현행위에 가해지는 COPA의 영향에 관한 67가지의 사실판단을 내렸다.³⁰⁾ 양측 소송당사자들 모두 이 연방지방법원의 사실판단(인터넷과 웹에 대한 묘사를 포함하여)을 다투지 않고 또 명백한 오류가 있다고 이의를 제기하지도 않는다. 따라서 본 법원은 연방지방법원의 이 사실판단들을 받아들인다.

연방지방법원은 처음에 인터넷이라고 알려진 표현전달매체에 관한 사실판단을 하였는데, 그것은 많은 다른 의사전달수단들로 구성되어 있으며 그 의사전달수단들 중의 하나가 월드 와이드웹이라고 보았다.³¹⁾ 연방지방법원은 일단 정보 제공자(provider)가 인터넷상에 내용을 올리고 모든 이들에게 그것이 접근 가능하게 해 놓으면, 어떤 지역적 공동체가 그 내용에 접근하는 것을 막을 수 없게 된다고 이해했다.

연방지방법원은 그리고 나서 COPA가 웹발행자나 COPA가 금하는 사이트들에 접근하고자 하는 성인들에 가하게 되는 비용이나 부담들에 관한 사실판단을 내렸다.³²⁾ 앞에서 살펴본 바와 같이, 同法은 웹발행자들에게 제한된 수의 방어수단들을 제공한다(47 U.S.C. 231(c)).³³⁾ 기술적인 문제의 하나로서 연방지방법원은 현재 이용 가능한 유일한 적극적 기소면제의 방어수단은 신용카드나 연령확인시스템의 시행이라고 보았다. 왜냐하면 현재로서는 실제로 기능하는 디지털 인증서나 연령을 확인할 수 있는 합리적인 다른 수단들이 존재하지 않기 때문이다.³⁴⁾

30) Reno III, 31 F.Supp.2d 482-92면 참조.

31) Reno III, 31 F.Supp.2d 482-83면 참조.

32) Reno III, 31 F.Supp.2d 482-492면 참조.

33) 동규정은 다음과 같이 규정하고 있다. "피고가 다음의 방법으로 善意에서 미성년자들에게 유해한 표현물들에 미성년자의 접근을 제한했다면 적극적인 기소면제사유가 된다. (A)신용카드, 데빗카드(debit account, 은행예금의 인출·예입을 직접할 수 있는 카드), 성인접근코드(adult access code), 혹은 성인신원확인번호(adult personal identification number)를 요구하는 것, (B)나이를 확인하는 디지털 인증서(digital certificate)를 받는 것, 혹은 (C)원 기술 수준하에서 이용가능한 다른 합리적인 방법들을 이용하는 것."

34) Reno III, 31 F.Supp.2d 487면 참조.

신용카드를 사용하는 방법과 관련하여, 연방지방법원은 웹발행자들이 그로 인해 부담하게 될 비용이 300달러에서 수 천 달러에 - 각각의 확인작업에서 발생하는 거래요금을 제외하고도 - 이를 수 있다고 보았다. 연방지방법원에 따르면 이 비용은 웹발행자들이 그러한 시스템을 시행하는데 요구되는 노동이나 에너지 비용도 제외한 것이었다. 이 노동과 에너지 비용은 미성년자들에게 유해한 것으로 생각되는 표현물이 신용카드나 다른 연령확인시스템을 거친 후에만 접근 가능하도록 하기 위해 특정 웹사이트를 재구성하는 비용도 포함하는 것이다. 이런 생각을 가지고, 법원은 주로 性的이지 않은 표현으로 이루어졌을 뿐만 아니라 미성년자들에게 유해한 내용으로도 이루어진, 글로 된 표현물도 또한 그러한 연령확인시스템의 확인을 거쳐야 한다고 보았다.

연령확인시스템과 관련해서는, 연방지방법원의 사실발견이 더 낙관적이다. 연방지방법원은 웹발행자가 성인수표 비밀번호를 얻기 위해 그런 서비스를 제공하는 성인수표(Adult Check) 구매에 공짜로 서명할 수 있으며 웹사이트 운영자도 그 사용자들에 의해 발생된 요금의 50%에서 60%에 해당하는 수수료를 받을 수 있다고 보았다. 연방지방법원은 또한 웹상에서 미성년자들에게 해로운 표현물에 접근하려는 개개인들에 의해 발생하는 비용(가격과 에너지 兩者에서 모두)을, 성인수표 암호가 \$16.95의 저렴한 가격으로 쉽게 구입될 수 있다는 이유로 중요시하지 않았다. *171 물론, 위에서 언급한 특정 웹사이트 재구성에 관한 똑같은 부담도 비밀번호를 연령확인을 위해 사용하려는 웹발행자들에게 똑같이 적용된다.

연방지방법원에 의하면, 양 시스템 중 하나는 웹발행자들에게 다른 여분의 혹은 간접적인 중요한 부담들을 부과한다. 가장 중요하게는, 신용카드와 연령확인시스템은 둘다 그것이 없다면 성인들에게 접근이 허락되는 표현물에 접근하려는 개개인들에게 人的 사함을 공개하도록 요구한다. 많은 성인들이 이러한 私의 사함들을 드러내지 않으려 할 것이므로, 그렇지 않았으면 자주 그 웹사이트들을 방문했을 사람들은 "소통의 상실(a loss of traffic)"을 경험할 것이다. 이 소통의 상실은 다시 특정 웹사이트에 "경제적 손실"을 끼칠 것이고 따라서 COPA가 부과한 부담은 증가될 것이다.

마지막으로, 연방지방법원은 부모에 의한 자발적인 성인물차단 혹은 성인물여과 소프트웨어가 웹상의 유해한 표현물들로부터의 미성년자보호라는 정부의 강력한 목적을 이루기 위한 덜 제한적인 수단이나 여부를 고려했다. 연방지방법원은 그러한 기술이 사용자의 컴퓨터에 대략 40달러의 가격에 다운로드되고 설치될 수 있다고 보았다. 그러나 동 법원은 그러한 소프트웨어가 차단하고 여과하는 표현물의 범위에 있어 그 소프트웨어들은 그 범위가 너무 넓거나 너무 좁아서 완전한 것이 되지 못한다는 점도 또한 인정했다.

(6) 연방지방법원의 법률판단에 있어서의 결론

[1] 처음에, 연방정부는 연방지방법원에게 ACLU의 소송에 대한 각하신청을 냈다. ACLU가 대표하고자 하는 개인과 단체들은 COPA하에서 기소될 위험이 없는 자들이어서 ACLU에게 원고적격이 없다는 것이 그 이유였다. 특히, 원고들의 웹사이트에 올라온 표현물은 미성년자들에게 유해한 것이 아니었고 원고들 각자는 상업적 목적으로 그러한 표현물을 올리는 사업에 종사하지는 않았다고 연방정부는 주장했다.

연방지방법원은 비록 전부는 아니더라도 미성년자들에게 유해한 일부 표현물들을 포함한 웹사이트들로부터 수익을 얻는 웹발행자들에게 책임을 지우기 위해 COPA가 존재한다고 보았다. 따라서, 연방지방법원은 그 성질상 性的인 표현물을 그 웹사이트가 포함하고 있기 때문에 원고들은 기소될 수도 있다고 결론을 내렸다. 원고의 원고적격을 인정된 후 - 본 재판부가 동의하는 분석이었음 - 연방지방법원은 수정헌법 1조를 해석했는데, COPA가 미성년자들에게 유해한 표현물을 게재하는 것을 금하는 한에 있어서 그 금지는 일단 무효로 추정되고 합헌성에 대한 엄격심사를 받아야 하는, 언론에 대한 내용규제가 된다고 본 것이³⁵⁾ 그것이다. 이 엄격심사에 따라 연방지방법원은 COPA가 표현의 자유로 보호될 수 있는 표현에까지 너무 큰 부담을 지웠다고 판시했다. 특히, 법원은 웹발행자들이 연령확인을 행하는데서 입게 될 높은 경제적 비용이 그들로 하여금 그런 표현물의 게재를 중단케 하리라고 보았으며, 나아가 미성년자에게 유해한 표현물을 정확히 걸러내는데 따른 어려움이 웹발행자들로 하여금 필요이상으로 많은 표현물들을 자체 검열하게 하리라고 보았다. *172 더우기, 연령확인시스템 사용의 필요성 때문에 성인들이 이런 사이트들에 접근하는 것을 꺼리게 되고 이 결과 발생하는 웹 사용 빈도의 감소는 미래에 그런 정보들을 제공하는 웹발행자의 능력에 영향을 줄 것이라고 연방지방법원은 믿었다.

그리고 나서 법원은 COPA가 정부의 긴절한 목적을 달성하기 위한 가장 덜 제한적이고 제한의 범위가 가장 좁은 수단이라는 점을 정부가 입증할 수 있는지 여부를 고려했다. 정부측은 COPA가 미성년자들에게 유해한 표현물의 배포와 전시를 금하는 것이 아니라 미성년자들에게 그러한 표현물이 도달하지 않도록 하기 위해 이를 판매하는 자들에게 이를 고치게끔 요구할 뿐이므로 이러한 요건을 충족시킨다고 주장한다. 그러나, 법원은 비록 COPA가 시행된다 하더라도 유해한 표현을 담고있는 외국의 웹사이트들에 미성년자들이 접근할 수 있다고 결론지었다. 즉, “어떤 미성년자들은 적법하게 신용카드를 소유하고 따라서 미성년자들의 접근을 제한하는 이 적극적 제한장치들의 효율성을 떨어뜨린다”거나 “COPA는 성인산업에 의해 ‘성적 자극물들(teasers)’로 가장 자주 사용되어지는 그림, 이미지, 그림이미지 파일들에 그 제한대상의 범위를 제한하는 대신에, 모든 형태의 내용을 금지한다”고 보면서 “부모에 의한 음란물 제어·여과 기술들은 언론·출판의 자유에도 더 적은 헌법적 제한을 가하면서도

35) R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377, 381, 112 S.Ct. 2538, 120 L.Ed.2d 305 (1992); Sable Comm. of Calif. v. FCC, 492 U.S. 115, 126, 109 S.Ct. 2829, 106 L.Ed.2d 93 (1989); United States v. Playboy Entertainment Group, Inc., 529 U.S. 803, 120 S.Ct. 1878, 146 L.Ed.2d 865 (2000) 참조.

COPA만큼 효과적이다. 따라서, 연방지방법원은 COPA가 미성년자를 유해한 표현물로부터 보호하려는 정부의 긴절한 목적을 정부가 달성하는데 가장 기본권 침해의 정도가 경미한 방법은 아니다.”라고 결론을 지었다³⁶⁾. 그 결과, ACLU는 COPA의 위헌성을 본안심사에서 입증하는데 실질적으로 성공한 것 같다고 판시했다.

결론에 있어, 연방지방법원은 잠시일지라도 수정헌법 1조의 자유를 잃는 것은 복구할 수 없는 손해를 낳게 된다고 판시했다. 그리고 예비적 금지명령을 발하기 위해 관련된 이익들을 형광함에 있어, 연방지방법원은 정부가 위헌인 법률을 시행할 정부의 이익은 없기 때문에 법의 저율이 ACLU 승소 쪽으로 기운다고 결론 내렸다. ACLU가 예비적 금지명령을 위한 입증책임을 만족시켰으므로 연방지방법원은 이를 받아들였다.

2. 분석

[2][3] 예비적 금지명령을 발할 것인가를 결정함에 있어, 우리는 다음의 사항들을 고려해야만 한다. (1)신청인이 본안 승소의 합리적 가능성을 보여주었는지 여부, (2)예비적 금지명령의 거부로 인해 신청인이 복구불가능한 해를 입게 될 것인지 여부, (3)예비적 금지명령이 피신청인에게 훨씬 더 큰 해를 초래할 것인지 여부, (4)예비적 금지명령을 발하는 것이 공익과 연관이 있는지 여부가 그것이다.

우리는 연방지방법원의 예비적 금지명령 결정을 三部分基準(three-part standard)에 따라 심사한다. 법적 기준은 다시 심사되고, 사실발견에 관해 명백한 하자가 없었으나 심사되며, 예비적 금지명령을 발할 것인지 여부에 관한 최종적 결정에 관해서는 재량권의 남용이 있었느냐가 검토된다.

(1) 본안 승소의 합리적 가능성 *173

[4][5] 이 사건에서 우리는 예비적 금지명령 발부여부에 대한 심사에 있어 가장 중요한 심사기준에 - 즉, COPA가 연방 수정헌법 제1조상의 권리를 침해했음을 증명함으로써 ACLU가 본안 승소의 합리적 가능성을 보여줄 입증책임을 다했는가 - 대해 살펴봄으로써 우리의 분석을 시작하고자 한다. 우선, 언론에 대한 내용규제로서 COPA가 무효로 추정될 수 있고 엄격심사의 대상이 된다고 한 연방지방법원의 결정을 받아들인다. 합헌성의 엄격심사를 행하는 모든 분야들에서 처럼, 정부는 그 법규정이 긴절한 정부이익을 위해 좁게 만들어졌고 私人的의 기본권제한에 있어서는 가장 덜 제한적인 방법을 택했음을 입증해야만 한다.³⁷⁾ 이러한

36) 이 부분에서 *Hohe v. Casey*, 868 F.2d 69, 72-73 (3d Cir.1989) 인용.

37) *Schaumburg v. Citizens for a Better Environment*, 444 U.S. 620, 637, 100 S.Ct. 826, 63 L.Ed.2d 73 (1980); *Sable*

원칙은 연방대법원의 가장 최근 판결인 *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 529 U.S. 803, 120 S.Ct. 1878, 146 L.Ed.2d 865 (2000)에서도 재차 강조된 바 있는데, 동 판결에서 연방대법원은 케이블방송의 근접 채널로의 교신에 의한 장애(bleeding)와 관련하여 1996년 원거리통신법(Telecommunications Act of 1996) 제505조가 수정헌법 제1조 위반으로 위헌이라고 판시했다.³⁸⁾

성인기준에서는 음란하지 않더라도 미성년자들에게는 유해한 표현물들로부터 미성년자들을 보호하려는 긴절한 정부이익이 존재한다는 데에 異論은 없다.³⁹⁾ 여기서 문제가 되는 것은 이 긴절한 정부이익을 달성하는데 있어 연방의회가 성인들에게 인정되는 표현의 자유를 제한함이 없이 그 목적을 달성할 합리적 수단들을 규정했느냐는 것이다. 위에서 본 바와 같이, 연방지방법원은 연방의회가 그렇게 하지 못했다고 판시했다. COPA가 엄격심사 적용시 위헌이 되는 것이다.

[6] 그러나 우리는 COPA의 위헌성 결정의 근거를 미성년자들에게 유해한 표현물들을 골라내기 위한 웹상의 전자적 표현매체의 문맥에서의 '동시대 지역공동체기준'에서 찾는다. '동시대 지역공동체기준'조항의 적용에 있어 '미성년자들에게의 유해성'에 대한 COPA 정의의 지나친 광범성은 우리들로 하여금 다른 규정들을 살펴볼 필요도 없이 - 비록 당사자들과 法廷助言者(Amicus Curiae)들의 *174 의견서에 의해 실제로 무시되었으나 본 재판부에 의해 구두변론에서 제기된 - 각각의 COPA의 이런 면이 전체 COPA규정의 위헌판시 가능성에 이르게 한다고 생각해 한다. 따라서, 비록 연방지방법원은 여러 다른 근거들을 이유로 들었지만 우리는 이 조항의 위헌성의 근거를 全적으로 여기에 둔다.

우리는 COPA의 '동시대 지역공동체기준'의 면을 고수하면서도 연방지방법원에 의해 강조된 것과 다른 근거에서 연방지방법원의 판결을 인용한다. 이미 살펴본 바와 같이 COPA를 통과시키면서 연방의회는 CDA를 위헌판결한 연방대법원이 제기한 모든 문제점들을 해결하

Comm of Calif. v. FCC, 492 U.S. 115, 126, 109 S.Ct. 2829 (1989).

38) 연방대법원은 각각의 표현매체가 그 표현매체의 규제를 정당화하는 특별한 규제 정당화의 근거들을 가질 수 있음을 인지해 왔다. 이에 관해서는 *Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad*, 420 U.S. 546, 557, 95 S.Ct. 1239, 43 L.Ed.2d 448 (1975); *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367, 89 S.Ct. 1794, 23 L.Ed.2d 371 (1969); *FCC v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726, 98 S.Ct. 3026, 57 L.Ed.2d 1073 (1978) 참조. 예를 들어, 방송매체는 그 광범위한 정부규제의 역사, 그 '침투적(invasive)' 성격, 그 초기단계에서의 가용주파수의 희소성 때문에 다른 표현매체보다 더 강화된 규제를 받아왔다. 예를 들어 *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622, 637-38, 114 S.Ct. 2445, 129 L.Ed.2d 497 (1994); *Sable Communications of Cal., Inc. v. FCC*, 492 U.S. 115, 128, 109 S.Ct. 2829, 106 L.Ed.2d 93 (1989); *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 529 U.S. 803, 120 S.Ct. 1878, 146 L.Ed.2d 865 (2000) 참조. 그러나, 연방대법원은 방송매체에 대한 강한 규제를 정당화하는 이러한 요인들이 사이버공간에서는 존재하지 않는다는 점도 또한 인정해왔다. *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844, 868, 117 S.Ct. 2329, 138 L.Ed.2d 874 (1997). 인터넷은 역사적으로 규제의 대상이 아니었고 가용주파수의 희소성과 같은 요인들의 제약도 받지 않는다. 따라서, 연방대법원은 "이 사이버공간의 표현매체에 수정헌법 제1조 위배의 엄격심사기준을 적용할 근거는 존재하지 않는다"고 판시했다. *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844, 868, 117 S.Ct. 2329.

39) *Reno III*, 31 F.Supp.2d 495번(*Sable*, 492 U.S. 126, 109 S.Ct. 2829 (1989) 인용부분); *Ginsberg v. New York*, 390 U.S. 629, 639-40, 88 S.Ct. 1274, 20 L.Ed.2d 195 (1968).

려 노력했다.

본 연방대법원이 한 가지 염려한 바는 CDA의 적용과 관련하여 선판례가 전혀 없는 부분들 중의 하나인데, 그것은 지역공동체기준을 인터넷에 적용한다는 것은 전국 국민들이 접할 수 있는 표현이라면 그것은 그 메시지에 의해 가장 많이 상처받을 수 있는 지역공동체의 기준에 의해 판단되어야 하는가 하는 점이다. 우리는 '지역공동체기준'에 관한 연방대법원의 염려가 COPA 제정에서 연방의회에 의해 충분히 치유되었다고 보지 않는다. 전에, 캘리포니아주 음란규제법을 위반한 性的 표현물의 원치 않는 우편배달을 다룬 사건에서 연방대법원은 "평균인이 동시대 지역공동체기준을 적용했을 때 그 표현물이 전체적으로 호색적 흥미에 호소하는가"를⁴⁰⁾ 기준으로 사실판단이 이루어져야 한다고 판시했다. CDA에 대한 연방대법원의 비난에 대한 응답으로, 연방의회는 이 Miller심사기준을 COPA에 구체화시키면서 이제 COPA가 Miller v. California, 413 U.S. 15, 93 S.Ct. 2607, 37 L.Ed.2d 419 (1973)에서 수정되고 Ginsberg판결에서 정형화된 기준들에 부합하게 되었다고 설명했다. 심지어 그렇게 함에 있어, 연방의회는 웹상의 표현들에 대한 지역공동체기준의 적용에는 논란의 여지가 있다는 사실을 인지하게 되었다. 그럼에도 불구하고 COPA의 Miller심사기준 사용이 합헌이라 하면서, COPA에 의하면 그러한 유해한 표현물들의 상업적 유포는 벽돌과 회반죽으로 된 배출구가 아니라 온라인을 통해 발생한다는 사실에 주목한다.

[7] 그러한 정부측 주장에도 불구하고, 각각의 표현매체는 그 표현매체만의 특수한 문제들을 가질 수 있기 때문에 각각의 표현매체에 적합한 기준들에 의해 수정헌법 제1조의 목적들 하에서 평가되어야만 한다. 웹상의 새롭고 기술집약적인 표현매체상의 *175 의사표현에 영향을 미치는 독특한 요소들을 고려함에 있어 우리는 벽돌과 회반죽으로 이루어진 배출구와 수정헌법 1조의 표현의 자유와 관련한 분석에 극적인 영향을 끼치는 온라인 웹 사이에 중요한 차이점들이 존재한다는 점에 설득당했다. 특정한 지리적 위치를 가진 "벽돌과 회반죽의 배출구"와 달리, 그리고 Miller사건에서와 같이 지리적으로 한 지점에서 다른 지점에서의 표현물의 자발적이고 실제적인 우송과는 달리, 웹은 지리적인 제약을 받지 않는다는 점에는 논란의 여지가 없다.⁴¹⁾

연방지방법원이 실시한 바와 같이 웹발행자들이 특정 인터넷 사용자들의 지리적 위치에 근거해 결코 그들 사이트들에의 접근을 제한할 수는 없다는 것이 사실이고 또 극도로 중요하다. 어떤 정보가 웹사이트에서 발행되자마자, 그 정보는 모든 다른 웹방문자들에게 접근 가능한 것이 된다. 현재의 기술수준은 웹발행자들로 하여금 특정 관할권들을 우회하거나 혹

40) Miller v. California, 413 U.S. 15, 24, 93 S.Ct. 2607, 37 L.Ed.2d 419 (1973) (Kois v. Wisconsin, 408 U.S. 229, 230, 92 S.Ct. 2245, 33 L.Ed.2d 312 (1972)을 인용하면서).

41) Reno III, 31 F.Supp.2d 482- 92면; American Libraries, 969 F.Supp. 169면 참조. 그러나, "지리적"이라는 말은 인터넷상에서는 실제로 무의미하다.

은 어떤 특정한 지리적 지역공동체에 들어감으로써 그들 사이트의 내용을 제한하는 것을 방지하게 한다. 이 중요한 차이점은 지리적 경계가 없는 표현매체에서 동시대 지역공동체기준들이 무엇을 의미해야만 하는지 혹은 무엇을 의미할 수 있는지를 결정하려함에 있어 이 중요한 차이점은 우리의 분석에 반드시 영향을 미치게 된다.

선판례가 전혀 없는 CDA의 넓은 범위에 걸친 표현 규제에 대한 염려를 표현함에 있어, 우리 연방대법원은 이미 다음의 사항을 지적한 바 있다.⁴²⁾ 즉, 지리적 공간과 무관하다는 사이버공간의 특성 때문에 '지역공동체기준' 심사는 본질적으로 각각의 모든 웹상의 의사표현이 가장 제한적인 지역공동체의 기준들을 준수하도록 요구할 것이다. 이와 유사하게 COPA하의 책임을 회피하기 위해, 동 법에 영향을 받는 웹발행자들은 그들의 표현을 심하게 자체 검열할 필요성을 느끼거나, 혹은 연령이나 신용카드인증시스템을 시행할 필요성을 느낄 것이다. 이 때 가장 청교도적인 지역공동체가 유해하다고 판단할 수 있는 어떤 표현물은 이 연령인증시스템이나 신용카드인증시스템에 의해 차폐되고 보호받을 수 있다. 인증시스템들로 그러한 광범한 양의 표현물을 차폐하는 것은 필요한 연령 확인절차들 없이 17세 이상의 성인들이 접근할 수 있었던 표현물들에의 접근을 막을 것이다. 더우기, 그것은 17세 미만 미성년자들이 그들이 위치한 각각의 지역공동체에서 그들에게 有害한 것으로 판단되어 접근이 차단되었을 그러한 표현물들의 미성년자들의 접근도 또한 완전히 막을 것이다.

정부는 웹발행자들을 지역에 따라 변화무쌍한 지역공동체기준에 맞추려는 것은 헌법적으로 문제가 없고 흔히 있을 수 있는 일이라 이야기한다. 행위 발생지에 따라 그 변화무쌍한 지역공동체기준을 같은 행위에 적용해 온 판결들이 이미 많이 있음을 정부는 지적한다. 예를 들어, 연방대법원은 "원고에 의해 음란물이라 주장되어지는 표현물들의 반포자들은 그 표현물들이 유포되는 여러 연방사법관할권역 하에서 변화되는 지역공동체기준들의 적용을 받을 수 있으며 그 여러 연방사법관할권역은 음란의 전국적 기준 적용시 그 음란규제법이 위헌이라는 이유로 그 법에 대해 위헌판결을 내리지 않는다."⁴³⁾ 이야기한 바 있다.

이와 유사하게 정부는 '포르노전화서비스(dial-a-porn)'판결들을 인용하는데, 이 사건들에서 연방대법원은 비록 "그 독자나 청중들이 다른 지역적 기준의 다른 지역공동체로 구성되어 있다 하더라도" 음란한 표현물을 제공하는 회사는 "궁극적으로 각 지역공동체의 각각의 기준 하에서 음란한 메시지 금지에 따라 부담을 지게 된다."⁴⁴⁾ 밝힌 바 있다. 그러나 이 사건들은 본 사건과는 쉽게 구별되어질 수 있다. 이 사건들 각각에서 피고들은 논란이 많은 표현물들이 유포될 *176 지역공동체와 관련하여 그 표현물들의 유포를 규제할 권한을 가지고 있었다. 따라서, 피고들은 특히 제한적인 기준들을 가진 지역공동체들을 회피함으로써 그들이 법적 책임에 노출되는 것을 제한할 수 있었고 보다 더 자유로운 정신을 가진 지역공동체

42) Reno II, 521 U.S. 877-78, 117 S.Ct. 2329 참조.

43) Hamling v. United States, 418 U.S. 87, 106, 94 S.Ct. 2887, 41 L.Ed.2d 590 (1974).

44) Sable Comm. of California v. F.C.C., 492 U.S. 115, 125-26, 109 S.Ct. 2829, 106 L.Ed.2d 93 (1989).

에는 그들의 논란 많은 표현물들을 계속해서 제공할 수 있었다. 예를 들어, Hamling사건에서 포르노 제작자는 어떤 지역에는 성적으로 노골적인 표현물을 원치 않는 이들에겐 우편으로 보내지 않고 대신 다른 지역공동체에겐 보내는 방법을 채택할 수 있었다. 이와 유사하게 전화 포르노제작자들은 Sable사건에서 그들에게 걸려오는 전화통화들을 심사하고 나서 그 전화발신자가 그들 포르노 전화메시지의 내용을 수용하는 곳일 경우만 그 전화신청을 받아들였다.

반대로 웹발행자들은 그러한 컨트롤을 할 수 없다. 웹발행자들은 그들 사이트를 방문하는 인터넷 사용자들에게 그들의 지리적 위치를 이유로 사이트에의 접근을 제한할 수 없다. 사실상, "인터넷 사용자는 그 접근을 통제할 수 없다...어떤 주로부터의 접근을 막거나 다른 사법 관할지역에 다른 버전의 표현물을 보낼 수 없다... 인터넷 사용자는 어떤 특정 州를 우회하고 피해갈 수도 없다."⁴⁵⁾ 그 결과, 전화포르노제작자나 우편포르노제작자들과는 달리 미성년자들에게 유해할 수 있는 표현물들을 발행하는 웹발행자들은 "가장 엄격한 기준의 州에 의해 부과된 기준을 준수해야만 하거나 혹은 全적으로 웹발행자를 기소하게 하거나 기소하지 않게 할 수 있는 메시지의 인터넷 표현을 미리 고려해야만 한다."⁴⁶⁾ 일반 웹발행자들과 미성년자들에게 유해한 표현을 담은 모든 다른 형태의 표현들 사이의 구별을 최소화하기 위해, 정부는 연방 제6 항소법원의 한 판결을⁴⁷⁾ - 현재로서 전자적 표현매체에 대해 법원이 '지역공동체기준'을 적용한 유일한 사건 - 인용한다. Thomas사건을 판시한 Thomas법원은 피고인의 전자게시판에 게시된 표현물이 유해한 것인가 여부는 비록 문제의 표현물을 받은 지역공동체의 기준들이 지역에 따라 다르고 그 표현물이 발송된 지역공동체에서는 용납될 수 있는 것이라 하더라도 그 표현물을 받은 지역공동체기준에 의해 판단되어야만 한다고 보았다. 전자게시판이 발견되어지는 '전자적 표현매체'에도 불구하고, 전화나 일반우편과 벽돌·회반죽 배출구들처럼 전자게시판들이 전체적으로 웹과는 다르다고 볼 수 있는 한, Thomas판시 내용은 적절치 않다. Thomas판결 그 자체는 이 차이를 인지했었고 따라서 그 판결의 효력을 제한함으로써 정부의 주장을 완전히 물리쳤고 이에 관해 아래와 같이 판결문에 적었다.

"피고들과 그들을 대표한 法廷助言者는 여기에서 사용된 컴퓨터기술이 지역공동체에 대한 새로운 개념정의, 즉 형사소송의 연방사법권역의 지리적 위치보다는 사이버공간상의 사람들 사이에서 넓은 범위의 연결에 근거한 定義를 요구한다고 주장한다... 따라서, 그들은 가장 제한적인 기준을 가진 지역공동체기준에 저촉되지 않도록 하기 위해 게시판 발행자들이 그들의 표현물을 자체 검열하지 않을 수 없을 것이라고 주장한다. 그러나 피고의 수정헌법 제1조 이슈는 이 사건의 사실에 관련되어있지 않다. 이것은 게시판 운영자가 몰랐거나 표현물들이

45) American Libraries Ass'n v. Pataki, 969 F.Supp. 160 (S.D.N.Y.1997).

46) Id.

47) United States v. Thomas, 74 F.3d 701 (6th Cir.1996).

다운로드나 출력을 위해 표현물들이 배포될 관할권을 통제하는 그러한 상황은 아니다. 피고들의 게시판에의 접근은 제한적이다. 회원자격이 필요했고 *177 패스워드가 주어지고 표현물들이 배포되기 이전에 신청서가 제출되고 이 신청서에 대한 검사가 이루어졌다. 따라서, 피고들은 캘리포니아에서 보다 음란물로 판단될 위험이 더 큰 관할권에서의 사용자 접근을 제한할 방법을 가지고 있었다... 만약 피고들이 그들 자신을 음란판단에 덜 관용적인 기준을 가진 사법관할권역의 법적 책임에 예측시키기를 원치 않는다면, 그들은 그 지역 회원들에게 패스워드를 제공할 것을 거부했을 수 있었을 것이다... 따라서 이 사건의 사실관계 하에서는 법원이 전자게시판과 관련한 음란죄 기소를 위해 '지역공동체'의 새로운 定義를 받아들일 필요가 없다. 이 법원의 결정은 연방법원들을 규율하는 주요원칙들 중의 하나, 사건의 사실관계에 의해 정면으로 제시되지 않은 헌법문제는 다루지 않는다는 원칙에 의해 유도되어진다."⁴⁸⁾

따라서 Thomas판결이 정부측 입장을 지지하지 않았다는 점은 명확하다. 참으로, 웹/인터넷상의 표현물에 대해 변화무쌍한 지역공동체기준의 관점에서 위헌심사를 할 수 있는지에 관해 어떤 연방법원의 판례도 아직 성립되지 않았다. 그 표현물이 미성년자들에게 유해한가 여부를 결정하는 Miller의 '동시대 지역공동체기준'의 COPA의 채택에 관한 우리의 관심은 웹표현매체상의 그것의 과도광범성(overbreadth)에 관한 것이다. 웹발행자들이 그 책임을 회피할 수 있는 기술이 현재까지는 존재하지 않기 때문에, 그들은 그들의 표현물이 다른 모든 지역공동체들에서는 미성년자들에게 유해하지 않다고 생각될지라도 현실적으로는 그것에 의해 자극받을(offended) 개인성이 가장 큰 지역공동체기준들을 반드시 준수하지 않을 수 없게 될 것이다. 더욱이, 덜 자유주의적인 지역공동체들의 더 엄격한 기준들을 만족시킬 수 있도록 그들의 표현을 제한함으로써, 헌법상의 권리들이 그들에게 그런 표현물들을 볼 수 있게 하는 그런 성인들은 그 헌법상의 권리들을 침해받게 되어 위헌이 될 것이다. 따라서 이 결과는 헌법이 보호하는 언론에 과도한 부담과 제한을 가하는 것이다.

[8] 어떤 법규정이 지나치게 넓게 규정되었다는 이유로 그 규정을 위헌무효로 하는 것은 "강력한 처방약(strong medicine)"임을 우리는 인정한다.⁴⁹⁾ 것처럼, 어떤 법규정이 지나치게 넓게 규정되어 위헌이라 결정을 내리기 전에, 우리는 그 규정이 "좁은 해석으로는 합헌이 될 수 있느냐 여부를 먼저 결정해야 한다...법원이 어떤 법을 합헌을 만들기 위해 다시 쓰지는 않을 것이기 때문이다."⁵⁰⁾

48) 위의 판결문 711-12면.

49) Broadrick v. Oklahoma, 413 U.S. 601, 613, 93 S.Ct. 2908, 37 L.Ed.2d 830 (1973).

50) Virginia v. American Booksellers' Ass'n, 484 U.S. 383, 397, 108 S.Ct. 636, 98 L.Ed.2d 782 (1988) (Erznoznik v. City of Jacksonville, 422 U.S. 205, 95 S.Ct. 2268, 45 L.Ed.2d 125 (1975)을 인용한 부분). 또한 Broadrick, 413 U.S. at 613, 93 S.Ct. 2908; Forsyth County v. Nationalist Movement, 505 U.S. 123, 130, 112 S.Ct. 2395, 120 L.Ed.2d 101 (1992); Shea, 930 F.Supp. 939면 참조.

[9] COPA 해석을 제한하는 두 가능한 방법들은 (a)그 규정에 쓰인 말들에 좁은 의미를 부여하는 방법 (b)그 규정에서 위헌인 부분만 삭제하고 그 나머지 부분들은 건드리지 않는 방법이다.⁵¹⁾ 따라서 여기서 우리는 두 방법 중 한 가지를 여기에 적용할 수 있는지에 주목한다. *178 이 구조 메카니즘의 첫 번째 방법을 사용하려 함에 있어 정부는 우리가 어떤 한 '지역'의 관점에서가 아니라 '성인'의 관점에서 '동시대 지역공동체기준'으로 COPA상의 언어들 좁게 해석해야 한다고 주장한다. 의회보고서(House Report)는 '지역공동체 기준들'을 CDA의 해석에 사용함에 있어 연방대법원에 의해 제기된 헌법적 문제들을 이러한 해석이 회피할 수 있게 한다고 주장한다. 연방의회는 다음과 같이 설명했다.

“위원회는 음란성과 미성년자들에의 유해성에 대한 Ginsberg와 Miller판결의 개념에 필적하는 개념정의를 시도한다... 본질적으로, 위원회는 미성년자들을 위해 '유동적인 음란(variable obscenity)' 기준을 받아들여야 한다. 웹의 문맥에 지역공동체기준들을 적용하는 것이 논란은 많지만 '지리적' 기준보다 '성인'기준에서 그것을 이해하고 미성년자들에게 적합하고 미국의 성인들 사이에서 합리적으로 일관된 것임을 인정한다.” 따라서, 표현물을 올리는 사람은 州間 통상에 종사하게 되는 것이고 오늘날 음란규제법이 적용되는 것과 유사한 방법으로 모든 지역공동체 관할권에 복종하게 되는 것이다.

연방의회는 법정조언자 의견서에서 다음과 같이 말함으로써 바로 이 입장을 되풀이했다. “COPA는 미성년자들에의 유해성 심사에서 성적 노골성과 공격성 판단에 지리적 공동체기준이 아니라 성인연령 공동체기준을 채택했다.”⁵²⁾ COPA의 이 조항을 위헌이 되지 않게 하기 위한 정부의 노력에도 불구하고 우리는 미국 전역의 성인들이 무엇이 미성년자들에게 유해한가를 결정할 똑같은 기준을 가진다고 볼 어떠한 증거도 제공받지 못했다. 반대로, 판례법을 통해 지역공동체기준들이 항상 통일적이지 않게 지역적 기준으로 해석되어 왔다는 점이 우리에게 중요하다.⁵³⁾(그러나 법원은 오래 동안 미국전역에 적용될 수 있는 하나의 통일된 공동체기준은 존재하지 않는다고 보았다. 따라서, 모든 50개의 주들은 뉴욕 음란규제법의 축약적 복사적인 법을 제정했고 인터넷 사용자들은 여전히 한결같지 않은 불일치의 책임들에 지배당하게 되었다.)

사실상, 정부가 '지역공동체기준' 개념을 끌어내는 바로 그 판결인 Miller판결은 지역공동체기준들이 지역의 지리적 문맥에서 해석될 수 있다는 점을 분명히 했다. “다른 州의 사람들은 취미나 태도에서 다르고 이 다양성은 주어진 절대적 통일성에 의해 묵살되어서는 안 된다.”⁵⁴⁾ 심지어 훨씬 더 직접적으로 연방대법원은 Miller판결에서 “본 법원이 무엇이 명백히 공격적인가의 기준들이 모든 50개 州를 위해 하나의 공식으로 표현될 수 있다고 합리적으로

51) 예를 들어 *Brockett v. Spokane Arcades, Inc.*, 472 U.S. 491, 502, 105 S.Ct. 2794, 86 L.Ed.2d 394 (1985); *Shea*, 930 F.Supp. 939면 참조.

52) 의회위원들의 법정조언서 16면.

53) 예를 들어 *American Libraries Ass'n v. Pataki*, 969 F.Supp. 160, 182-83 (S.D.N.Y.1997).

54) *Miller* 413 U.S. 33, 93 S.Ct. 2607.

기대할 수 있기에는 우리나라는 너무 크고 다양하다... 어떤 주로 하여금 전국적 공동체기준의 증거를 통한 음란규제 절차를 만들도록 요구하는 것은 무익한 시도이다. 따라서 우리는 '동시대 지역공동체기준'의 해석은 지리적 기준보다는 성인기준의 좁은 해석이 더 적절하다."고⁵⁵⁾ 보았다.

[10][11] 두 번째 구조 메카니즘과 관련하여, 같은 규정에서도 어떤 부분은 합헌이고 어떤 부분은 위헌일 수 있으며 "만약 그 부분들이 전적으로 서로 독립적이라면 위헌인 부분은 거부될 것이지만 합헌인 부분은 살아남을 것이라는 것이 기본적 원칙이다."⁵⁶⁾ 그 결과, 법원이 그 법규정에서 위헌인 특정부분을 확인해낼 수 있다면, 그 부분만을 무효화시킴으로써 법원은 나머지 부분들을 손대지 않고 그대로 둘 수 있고 연방의회의 의도 내에서 *179 그렇게 할 수 있었다. 그러나 여기서 "COPA에 '동시대 지역공동체기준'을 적용하는 것이 COPA를 합헌으로 살려내는 방법이 될 수 있을 것 같지는 않다. 이 기준은 그 법규정 전체에 침투하고 영향을 주는 매우 중요한 부분이기 때문이다. 우리는 - 판결에는 이르지 않고 잠시 COPA규정의 나머지 부분들이 합헌결정을 받는다고 가정할 때 - 합헌적 부분으로부터 위헌적 요소를 떼어낼 어떤 수단도 가지고 있지 않다. 이것은 무엇이 미성년자들에게 유해한가의 결정기준으로 COPA가 세운 그 기준이 위헌판결을 받지 않을 가능성보다는 받을 가능성이 더 높다는 사실을 생각해 봤을 때, 예비적 금지명령의 발부와 관련해서는 특히 그렇다.

[12][13] 앞에서 본 바와 같이 규정을 좁게 해석하거나 위헌적 요소를 제거하는 방법으로 COPA가 합헌적으로 되는 것이 반드시 가능한 것은 아니다. 우리는 제2 항소법원의 "언론의 자유에 대한 제한이 그 제한으로부터 얻어지는 이익들과 이익형량될 때 가장 덜 제한적인 규제수단들이 여전히 불합리하다고 판명이 나면 州는 그러한 규제를 가할 수 없다."⁵⁷⁾ 여기서 현재의 기술수준 하에서는 그 규제가 불합리하기 때문에, 우리는 우리의 예비적 금지명령 결정 분석의 첫 번째 기준과 관련하여 COPA가 본안에서 위헌의 소지가 없지 않다고 결론 내린다.

그러나, 비록 COPA가 웹의 상업적 내용을 규제하지만, 그것은 상업적 선전에 대한 제한도 아니고 통상적인 상업적 문맥에서 발생하는 활동의 규제에 이르지도 않는다. 이미 우리가 살펴본 바와 같이, 웹은 평균인이 비교적 적은 자본투자로 상업적 목적의 내용을 올릴 수 있게 하는 새로운 유형의 매체다. 웹사이트들이 제공하는 표현은 Bates사건이나 Central Hudson Gas사건 같이 상업적 목적의 표현이 문제될 경우보다 정부의 규제에 의해 침해될 위험이 훨씬

55) Id.

56) Brockett v. Spokane Arcades, Inc., 472 U.S. 491, 502, 105 S.Ct. 2794, 86 L.Ed.2d 394 (1985) (Allen v. Louisiana, 103 U.S. 80, 83-84, 26 L.Ed. 318 (1880) 인용).

57) Carlin Communications, Inc. v. FCC, 837 F.2d 546, 555 (2d Cir.1988).

썬 더 크다. 이미 연방대법원이 분명히 한 바와 같이, 문제된 규정에 의해 얻어진 이익들이 또한 상업적 표현에 가해진 불이익보다 더 커야만 한다.⁵⁸⁾ 연방대법원은 성인의 표현의 자유가 미성년자들이 읽을 수 있는 것만 읽을 수 있게 하는 것 때문에 줄어들 수는 없다고 반복해서 이야기해 왔다.⁵⁹⁾ 따라서, COPA가 너무 광범하다는 우리의 입장과 과도광범성 분석을 어떤 유형의 상업적 표현에 적용할 것을 거부하는 일련의 선판례들 사이에 부조화가 존재하는 것은 아니다.

*180 우리의 판시는 '동시대 지역공동체기준'과 관련하여 결코 어떤 점에서건 Miller판결의 일반적 적용을 무시하거나 거기에 의문을 제기하는 것은 아니다. 우리는 Miller판결의 지역공동체기준 심사가 현재의 기술수준 하에서는 인터넷이나 웹 이외의 문맥들에서 계속해서 유용하고 이용 가능한 도구라는 사실에 만족한다. Miller판결 자체는 발행자가 그 표현물을 받는 지역공동체가 어디인가를 컨트롤할 수 있는 캘리포니아주법에 위반하여 원치 않는 성적 표현물을 우편배달한 경우에 대해 이야기하고 있다. 그러나 Miller판결은 웹발행자들이 현재까지 그들 표현 수령자의 지리적 범위를 컨트롤할 수 없는 인터넷과 웹에는 적용할 수 없다.⁶⁰⁾

(2) 구제 거부로 인한 치유불능한 유해성

[14] 우리의 예비적 금지명령 결정 분석의 두 번째 꼭지는 우리에게 “신청인이 구제 거부로 치유불가능하게(irreparably) 해를 입느냐”를⁶¹⁾ 고려할 것을 요구한다. 일반적으로, “수정헌법 제1조 침해여부를 따지는 사건에서, 예비적 금지명령 결정 심사의 첫 번째 꼭지를 만족시키는 원고는 거의 확실히 두 번째 꼭지도 만족시킨다. 왜냐하면 치유불가능한 침해는 보통 언론자유 침해에서 일어나기 때문이다.”⁶²⁾ 이 사건도 예외는 아니다.

[15] 예비적 금지명령이 발해될 수 없다면, COPA에 영향 받은 웹발행자들은 확실히 치유불능한 해를 - 헌법이 보장하는 표현의 자유의 제한 - 입게 될 것이다. 연방대법원이 분명히 말해온 것처럼, “수정헌법 제1조의 자유의 상실은 심지어 최소한의 시간동안 지속될지라도 의심의 여지없이 치유불가능한 해를 입히게 된다.”⁶³⁾ 따라서 우리는 예비적 금지명령 결

58) *Elrod v. Burns*, 427 U.S. 347, 363, 96 S.Ct. 2673, 49 L.Ed.2d 547 (1976); *Greater New Orleans Broad. Ass'n, Inc. v. United States*, 527 U.S. 173, 188, 119 S.Ct. 1923, 144 L.Ed.2d 161 (1999) 참조. 특히 이 판결들에서 상업적 표현을 규제함에 있어 그 규제가 정부의 목적과 무관하거나 비효율적인 것일 뿐이라면 그 규제는 합헌일 수 없다고 밝혔다.

59) *Bolger v. Youngs Drug Prods. Corp.*, 463 U.S. 60, 74-75, 103 S.Ct. 2875, 77 L.Ed.2d 469 (1983); *Sable*, 492 U.S. 127, 109 S.Ct. 2829 참조.

60) *Reno II*, 521 U.S. 889, 117 S.Ct. 2329.

61) *Allegheny Energy, Inc. v. DQE, Inc.* 171 F.3d 153, 158 (3d Cir.1999).

62) *Reno I*, 929 F.Supp. 824, 866.

63) *Elrod v. Burns*, 427 U.S. 347, 373, 96 S.Ct. 2673, 49 L.Ed.2d 547 (1976).

정 분석의 이 요인은 충족되었다고 결론을 내린다.

(3) 손해가 해보다 더 크다.

[16] 예비적 금지명령 결정 분석의 세 번째 꼭지는 우리에게 "예비적 금지명령의 구제를 주는 것이 피신청인에게 결과적으로 훨씬 더 큰 해를 끼치는지를"⁶⁴⁾ 고려할 것을 요구한다. 우리는 양당사자들의 각각의 이익들을 형량함에 있어 헌법이 보호하는 자유로운 표현에 가해지는 COPA의 위협적 제한은 이 예비적 금지명령의 발부 거부에 의해 부여되는 손해보다 훨씬 더 크다고 믿는다. 우리는 또한 예비적 금지명령이 내려지지 않는다면 COPA의 적용을 받는 웹발행자들은 즉시 성인들에게 허락되는 헌법이 보호하는 표현에 대해 자체 검열을 실시하거나, COPA상의 적극적 면책사유들을 충족시키기 위해 상당한 경제적 비용을 감수하게 된다는 사실을 안다. 따라서, 우리는 원고가 예비적 금지명령 분석의 세 번째 꼭지를 충분히 충족시켰다고 본 연방지방법원 판결을 인용한다.

(4) 公的 이익

[17] 예비적 금지명령 분석의 네 번째이자 마지막 요소로서, 우리는 "예비적 금지명령 구제 부여가 공적 이익인가 여부"⁶⁵⁾를 고려한다. 헌법이 보호하는 표현을 제한하는 것은 공적 *181 이익을 증진시키지 않을 것이고, "보통 정부도 公衆도 어떤 위헌적인 법률의 시행에서 이익을 주장할 수는 없다."⁶⁶⁾ 우리의 예비적 금지명령 분석의 최종적 요소를 충족시켰기 때문에, 연방지방법원은 ACLU의 예비적 금지명령 신청을 받아들였다.

III. 결 론

현재의 기술상의 한계 때문에, COPA는 - 월드와이드웹에서 유해한 표현물로부터 청소년들을 보호하려는 긴절한 목적을 달성하려는 연방의회의 칭찬할만한 시도는 - 본안에서 과도 광범성을 이유로 위헌판결을 받을 확률이 없지 않다. ACLU가 예비적 금지명령을 얻어내기 위한 모든 네 개의 필요한 요소들을 충족시켜 왔고 연방지방법원은 예비적 금지명령을 발할 재량을 적절히 행사했기 때문에, 우리는 연방지방법원의 결정을 인용한다.

그렇게 인용함에 있어, 연방지방법원에 의해 적절히 지적된 생각들에 찬성하며 다음과 같

64) *Allegheny Inc. v. DQE, Inc.*, 171 F.3d 153, 158 (3d Cir.1999).

65) *Allegheny Inc. v. DQE, Inc.*, 171 F.3d 153, 158 (3d Cir.1999).

66) *Reno I*, 929 F.Supp. 866 참조.

이 반복한다; “때때로 우리는 우리가 좋아하지 않는 결정을 내려야만 한다. 우리는 그 결정들이 옳기 때문에 그런 결정들을 내린다. 법과 헌법이 우리가 관찰하듯이 그러한 결과를 강요한다는 의미에서 옳다는 것이다.”⁶⁷⁾ 우리는 또한 발전하는 기술수준이 지역공동체기준 소송들을 곧 ‘구체적 사건성이 없게(moot)’ 만들며, 그것으로 인해 웹에서 유해한 표현물로부터 미성년자들을 보호하려는 의회의 규제를 합헌적이고 실제적인 것이 되게 하리라는 우리의 확신을 자신있게 표한다. 참으로, 케이블 전송 장애를 방지할 기술을 다루는 *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 529 U.S. 803, 120 S.Ct. 1878, 1883, 146 L.Ed.2d 865 (2000)사건 판결에서 연방대법원은 우리가 하듯이 기술은 언젠가 다른 해결책을 제공할 수 있다는 점을 승인한다.

따라서, 우리는 예비적 금지명령을 발하는 1999년 2월 1일자 연방지방법원의 결정을 인용한다.

67) *Reno III*, 31 F.Supp.2d 498면. “표현의 자유의 민감한 문제들이 미성년자의 취약성의 이미지와 충돌할 때 그리고 선과 악의 싸움을 통해 배대를 잡아갈 때, 심지어 선한 의도의 사람들도 기본적인 헌법상의 원칙들을 보지 못 할 수 있다.” Catherine J. Ross, *Anything Goes: Examining the State's Interest in Protecting Children from Controversial Speech*, 53 VAND. L. REV. 427, 521 (2000).