<특집> 연세대학교 BK21 정보법학사업팀 연구논문

인터넷 공간과 민주주의 그리고 표현물 규제

- 미국의 통신품위법, 아동온라인보호법 판결을 중심으로 -

李 啓 溢*

◈ 목 차 ◈

1. 서론

2. 표현의 자유의 이념과 민주주의

3. 민주주의의 역사적 전개와 공공영역
 1) 근대 초기 민주주의의 전개와 공공영역
 2) 후기 자본주의 공공영역의 재봉건화와 민주주의 위축
 3) 근대 민주주의의 원론적 기능 회복 방안
 4) 인터넷 공공영역의 등장과 민주주의 재구축의 가능성
 5) 소결

4. 미연방대법원 판결과 인터넷 표현물 규제 법리
 1) 청소년 보호와 표현의 자유의 충돌
 2) 인터넷 표현물 규제에 대한 심사법리
 3) 통신품위법 판결과 엄격심사의 모델 채택
 4) 아동온라인보호법 판결과 비판적 검토

5. 결어-민주주의 원리의 현실적 기능 회복의 모색

1. 서론

헌법재판소는 지난 6월 전기통신사업법 제53조에 대해 위헌 결정을 내렸다.[1] 이 결정은 한 대학생의 헌법소원에서 비롯된 것으로 청구인은 1999년 6월 15일 '나우누리'에 개설되어있는 '찬우물'이라는 동호회의 '속보란'게시판에 "서해안 총격전, 어설프다 김대중!"이라는 제목의 글을 게시하였는데, '나우누리' 운영자가 같은 달 21일 정보통신부장관의 명령에 따라 위 게시물을 삭제하고 청구인

* 연세대학교 대학원 법학과 석사과정, 연세대학교 BK21 정보법학사업팀 연구원. 연세대학교 법학사(2001).

1) 헌재결 2002. 6. 27. 99헌마480 참조.

에 대하여 '나우누리' 이용을 1개월 중지시켰다. 이에 대해 청구인이 정보통신부장관의 위와 같은 명령의 근거조항이 헌법상 보장된 표현의 자유 등을 침해하는 위헌조항이라고 주장하면서 헌법소원심판을 청구한 것이다.

이 사안이 주목받는 부분은 한 시민이 인터넷에 통치권자에 대한 비판적 글을 남긴데 대해 정보통신부 장관이 삭제 명령을 내리고 해당 통신망 이용을 1개월간 중지시키는 명령을 발했다는 사실이다. 사실 인터넷이라는 매체가 없었더라면 이런 글이 사회 내에 배포된다는 것이 힘들었을 것이다. 평범한 시민이 주류 매스미디어에 글을 싣기가 쉽지 않을 뿐 아니라 심지어 통치권자에 대한 비판의 글을 싣는 것은 애당초 생각하기 힘든 일이기 때문이다. 현재 인터넷에 게시되는 표현물의 내용을 불문하고 그리고 종종 언급되는 인터넷 표현물의 각종 폐해에도 불구하고 인터넷이 민주주의의 근간인 시민 상호간의 의사소통 공간을 마련해주고 기존의 권력 혹은 주류 매스미디어가 장악하고 있는 현실공간과는 다른 역학관계를 가진 공간을 시민들에게 제공해주었다는 점은 부인할 수 없을 것 같다. 그런데 이러한 새로운 가능성을 보여주던 공간에 국가권력이 작동하여 통치권자에 대한 비판의 글을 삭제시키고 제동을 걸었다는 점에 위 사안의 상징성이 있는 것이다. 물론 인터넷이라는 공간이 실정법이 개입해서는 안되는 특수공간일 수 없다. 따라서 실정법이 적용되게 됨은 물론이나 이를 규제하는 해당 법규를 어떻게 설정하고 이를 어떤 식으로 해석해야 될 지에 대해서는 인터넷 공간의 사회에서의 특수한 위상을 고려한 다각도의 고찰이 필요하다. 우리보다 먼저 인터넷 공간의 표현물 규제에 대한 문제가 대두되었던 미국에서 인터넷상의 통신행위를 규제하는 통신품위법의 위헌 여부를 놓고 논란이 벌어졌을 때 어떤 심사기준을 채택해야 할 지, 어떤 판결을 내려야 하는지에 대해 많은 논란이 있었던 점은 인터넷 표현물 규제의 이러한 다면성 때문이었다.

따라서 인터넷상의 표현의 문제를 다루게 될 때 유의해야 할 점은 인터넷의 특성, 사회적 역할, 근본적으로는 민주주의 원리 등 사회를 구성하는 기본원리의 문제를 반드시 염두에 두어야 한다는 점이다. 그리고 위의 게시판 사안에서 볼 수 있듯이 인터넷 표현물 규제의 문제는 권력의 문제와 관련을 맺기 때문에 특히 민주주의의 원리에 대한 천착이 필요하고 따라서 민주주의 원리의 역사적 분석과 현 시기 민주주의 위기의 문제 그리고 문제의 해결에 있어 인터넷의 민주주의에 대한 보충적 가능성의 문제가 적절히 고려되어야 한다고 본다.

따라서 이 글은 민주주의 원리와 그에 대한 인터넷 공간의 가능성의 문제를 역사적으로 분석하고 인터넷 공간의 민주주의에 대한 보충성이라는 각도에서 미국의 판례를 중심으로, 인터넷 규제 법리의 심사가 어떤 모델에 의해 이루어지는 것이 타당한지, 그리고 인터넷 규제 법리의 해석에 있어서 표현물 규제의 방법으로 확립되어 있는 선례를 어떻게 해석하는 것이 바람직한 것인지를 살펴보려고 한다. 특히 해당 판례로는 미국 통신품위법과 그 뒤를 이은 아동온라인보호법에 대한 연방대법원의 판결을 주 텍스트로 삼을 것이다.

2. 표현의 자유의 이념과 민주주의

이 글의 주제인 인터넷상의 표현물 규제에 관한 문제를 바로 보기 위해서는 표현의 자유를 어떻게 바라보아야 할 것인지에 대한 배경적 고찰이 선행되어야 한다고 본다. 일반적으로 표현의 자유는 민주주의 사회에서 중심적인 전제요소이며 사회의 동화적 통합을 위한 여론 형성의 촉진 수단이고 개인의 존엄성 구현을 위한 개성신장의 수단이라는 핵심적인 성격을 갖는다고 한다.[2] 또 표현의 자유는 사상의 시장에서 진리발견을 가능하게 하며, 민주정치에서 자기 지배의 참된 토대이고, 자치와 자아실현의 수단이라고 해석되는 체계적 가치를 지닌다고도 한다.[3] 헌법재판소는 표현의 자유와 그 제한에 대해 다음과 같이 판시한 바 있다.

> "언론·출판의 자유는 민주체제에 있어서 불가결의 본질적 요소이다. 사회구성원이 자신의 사상과 의견을 자유롭게 표현할 수 있다는 것이야말로 모든 민주사회의 기초이며, 사상의 자유로운 교환을 위한 열린 공간이 확보되지 않는다면 민주정치는 결코 기대할 수 없기 때문이다. 따라서 **민주주의는 사회 내 여러 다양한 사상과 의견이 자유로운 교환과정을 통하여 여과 없이 사회 구석구석에 전달되고 자유로운 비판과 토론이 활발하게 이루어질 때에 비로소 그 꽃을 피울 수 있게 된다.** 또한 언론·출판의 자유는 인간이 그 생활 속에서 지각하고 사고한 결과를 자유롭게 외부에 표출하고 타인과 소통함으로써 스스로 공동사

2) 허영, 한국헌법론, 511쪽, 박영사, 2000
3) 조소영, 표현의 자유의 제한방법론에 관한 연구, 연세대학교박사학위논문, 2000, 12~19쪽 참조

회의 일원으로 포섭되는 동시에 자신의 인격을 발현하는 가장 유효하고도 직접적인 수단으로서 기능한다. 아울러 언론·출판의 자유가 보장되지 않는다면, 사상은 억제되고 진리는 더 이상 존재하지 않게 될 것이다. 문화의 진보는 한때 공식적인 진리로 생각되었던 오류가 새로운 믿음에 의해 대체되고 새로운 진리에 자리를 양보하는 과정 속에서 이루어진다. 진리를 추구할 권리는 우리 사회가 경화되지 않고 민주적으로 성장해가기 위한 원동력이며 불가결의 필요조건인 것이다. 요컨대, 헌법 제21조가 언론·출판의 자유를 보장하고 있는 것은 이 같은 헌법적 가치들을 확보하기 위한 전제조건을 마련하기 위한 것이다."[4]

위에서 언급되듯이 민주주의는 사회 내 여러 다양한 사상과 의견이 자유로운 교환과정을 통하여 여과 없이 사회 구석구석에 전달되고 자유로운 비판과 토론이 활발하게 이루어질 때에 비로소 그 꽃을 피울 수 있게 된다. 이로써 민주주의와 표현의 자유가 밀접한 관계임을 알 수 있다. 그런데 문제는 현대 사회 메커니즘이 사회 내 다양한 사상과 의견이 자유롭게 교환되지 못하고 있는 구조로 고착화 되어가고 있다는 점이다. 주류 매스미디어의 경우 사회 일각에 편중된 보도를 하는 경우가 일반적이고 한편으로 국가적 경쟁의 와중에서 거대자본에 예속화 되어가고 있다. 이러한 사회적 상황에 대한 고려 없이 단순히 사상이 사회 속에서 자유로이 경쟁될 수 있다는 것을 전제하고 표현의 자유를 논의한다면 의미가 반감된다고 하지 않을 수 없다. 따라서 이러한 문제의 해결을 위해서는 표현의 자유의 바탕이 되는 사회의 공론의 장이 어떻게 역사적으로 변천되어왔고 현재 어떠한 상황인지, 그리고 다양한 사상과 의견이 올바르고 경쟁적으로 논의될 수 있는 사회의 여건 조성을 위해 무엇을 할 수 있고, 어떠한 규범과 그 적용법리를 형성·적용해야 할지를 생각해 볼 필요가 있다.

정리하면, 표현의 자유의 문제는 곧 민주주의의 문제이다. 그리고 앞으로 논의하겠지만 인터넷 표현물 규제에 관한 문제는 더욱 더 민주주의의 문제와 밀접한 관계가 있다. 따라서 다음 장은 민주주의의 역사적 전개와 그 위기의 문제 그리고 인터넷 공간의 민주주의에 대한 보충적 가능성의 문제를 살펴보게 될 것이다.

4) 1998. 4. 30. 95헌가16, 인용 중 굵은 글씨는 필자에 의한 것임

3. 민주주의의 역사적 전개와 공공영역

이 장에서는 현 시대 누구나 사회의 이상적 목표로 생각하고 있으며 많은 사회 이론의 중심부에 위치한 '민주주의 원리'가 위기를 맞고 있는 현실을 역사적으로 살펴보려고 한다. 민주주의 원리에 대한 당위적 설명은 우리 법학계에도 많이 이루어져 있으나 그 역사적 전개와 현 시대 민주주의 원리의 위기에 대한 역사적·이론적 고찰은 아직 부족하다고 본다. 따라서 본 장에서는 이 부분에 대한 설득력 있는 분석을 하고 있는 하버마스의 이론을 빌려 이 문제에 접근해보고자 한다.[5]

1) 근대 초기 민주주의의 전개와 공공영역

우선 하버마스는 근대 민주주의의 발전을 설명하는데 '공공영역'이라는 개념을 논의의 중심에 놓는다. 그는 이 공공영역의 정상적인 작동에서 근대 민주주의의 시작과 원활한 기능이 가능하다고 보는데 우선 공공영역[6]의 개념은 공시적 수준에서 개인 생활, 노동, 가족 등 친밀한 인간관계를 의미하는 사적영역과

5) 이 글에서 필자가 언급하려는 민주주의론이 칼 슈미트 류의 동일성민주주의론을 주장하는 것은 아니다. 그러나 일정 부분 하버마스의 민주주의론이 칼 슈미트의 이론과 동일한 궤도를 달리고 있지 않는가에 대한 의문이 학계에서 논의되고 있음은 사실이다.(특히 엘렌 케네디의 하버마스의 민주주의론 비판은 상당한 논쟁을 불러일으켰다. 이에 대한 소개와 비판으로는 국순옥, 위르겐 하버마스와 좌파 슈미트주의, 민주법학 통권 22호, 2002 참조), 이는 바이마르 공화국 시절 칼 슈미트의 민주주의론이 일정부분 나찌 독재로의 귀결에 영향을 주었다고 보지 않을 수 없는 역사적 사실에 연유한다. 그러나 이 글에서 논의하고 있는 부분은 우리 헌법상 용인 가능한지의 여부가 있는 직접 민주주의적 요소의 대폭적 수용을 주장하고 있는 것도 아니고 대의 민주주의를 부정하는 것도 아니다. 헌법이 규정하고 있는 민주주의 원리가 원활히 작동될 수 있는 사회적 전제조건을 역사적으로 살펴본 것이다. 또한 민주주의의 역사적 전개라는 이 장의 주제 외에 하버마스가 그의 광범위한 사회철학이론을 어떻게 전개하고 있는지는 이 글의 주제가 아니다.

6) 독일어로 'Öffentlichkeit'로 표현되어 논의되기 시작한 이 개념은 상당히 추상적이어서, 우리말로는 공공영역, 공론장, 공개장, 공개성, 공중(公衆), 여론 등으로 번역된다. 이에 비해 영어번역어인 'public sphere'는 보다 물리적인 공간의 뉘앙스가 강한 편이다. 본문에서는 장소, 관계, 과정을 모두 의미할 수 있는 '공공영역'으로 사용하도록 한다.

는 구분되는 초개인적으로 구조화된 사회적 행위와 의사소통 관계의 영역으로 개념화되고 통시적 수준에서 서구 근대민주주의 정치질서의 조직원리로 설정된다. 즉, 역사적으로 공공영역을 국가와 사회가 통합되어 있었던 봉건사회에서는 볼 수 없었던 근대사회가 등장하면서 나타난 특유한 산물로 간주하는 것이다.

이러한 공공영역은 정부로부터 독립적이고 또한 당파적인 경제 세력으로부터도 자율성을 누리는 공론의 장으로서, 그 곳을 통해 합리적 논쟁에 일반 시민들이 자유롭게 참여할 수 있으며 동시에 그들에 의해 검열을 받았던 영역이다. 근대적 의미의 비판적 여론이 형성되기 시작한 곳은 바로 이러한 공공영역이다.[7]

이러한 공간의 발생은 봉건적 관계를 지속하려는 교회와 국가에 대하여 투쟁하여 그로부터 독립할 수 있을 정도로 충분히 부를 축적하게 된 신흥자본가들이 문화적 '교양'을 바탕으로 전통적인 권력으로부터 분리된 비판의 영역을 형성하게 된 것에 기원한다.[8]

하버마스는 이러한 정치적 공공영역이 영국[9]에서는 18세기 초, 프랑스[10]에서는 1789년 대혁명 이후에 그리고 독일에서는 19세기에 이르러 구축되었다고 한다.[11] 즉, 근대적 공공영역은 봉건제를 넘어선 자본주의 전개와 결부된 역사적 현상이자 구체제를 넘어서려는 새로운 집단적 주체들에 의한 사회적 현상이었

---

7) 하버마스(한승완 역), 공론장의 구조 변동, 나남출판, 2001, 135쪽 이하 참조

8) 하버마스, 위의 책, 143쪽; 영국의 체계적 야당은 정치비판을 시작한 <크래프츠맨>이라는 매체의 영향으로 1727년에 이르러서야 탄생한다. 정치적 반대 정파는 기득권 정파에 반대하는 공론을 형성할 수 있는 매체가 등장해야 성립이 가능함을 보여주는 실례이다.

9) 하버마스, 위의 책, 137~140쪽; 1670년대에 영국정부는 커피하우스에서 대화를 나누는 것이 공공여론을 발생시키는 위험성을 깨닫고 커피하우스에서 대화를 나누는 것을 금지하는 포고령을 내리기도 했다. 또한 영국에서는 의회심의내용의 출판이 1681년에야 인색하게나마 허락되었고 한동안 출판물 자체에 대해 접근하는 것이 쉽게 허락되지 않았다. 1730년 이후에야 야당이 의회토의를 보도하는 것이 가능했고 그 과정에서 1738년 회기 중 의회의 토의를 출판하는 것은 심의 비밀의 특권 침해로 처벌할 수 있다고 하여 의회 토의의 과정이 공개되는 것이 금지되기도 했다. 이러한 금지는 1771년에야 법적으로는 아니지만 실질적으로 무효화된다.

10) 하버마스, 위의 책 151~153쪽; 프랑스의 경우에 정치적으로 논의하는 공중은 18세기 이후 출현하지만 어떤 출판물도 검열관의 동의 없이는 한 줄도 인쇄될 수 없었다. 영국의 경우 한 세기 동안의 지속적인 발전이 출판의 자유를 가능하게 했지만 프랑스는 프랑스 혁명에 의해서야 그 자유를 쟁취할 수 있었다.

11) 하버마스, 위의 책, 154~156쪽 참조

다. 이와 같이 그는 근대 자본주의의 전개와 함께 공공영역이 출현한 것이고 근대의 민주주의는 이러한 공공영역의 문제와 밀접하게 연관된다고 본다. 그리고 그 주요 특징은 공개적 논쟁, 비판적 검토, 완전한 보도, 확장된 접근성, 국가통제 및 조야한 경제적 이해로부터 행위자의 자율성 등이라고 볼 수 있다.[12]

이러한 공공영역의 사회 속에서의 역학구도를 살펴보기 위해 근대 공공영역의 구조를 도식화하면 다음과 같다.

<근대 초기 공공영역의 형성구조>

시민사회 (상품교환과 사회적 노동영역)	정치적 공공영역 문학적 공공영역 (클럽, 신문)	국가('경찰'의 영역)
소가족공간 (부르주아 지식인)	(문화상품시장) '도시'	궁정(귀족 궁정사회)
사적 영역		공적 지배영역

여기서 '도시'는 경제적으로 시민사회 삶의 중심지였을 뿐만 아니라 궁중과는 문화적-정치적으로 대조를 이루었던 곳이다. 이러한 도시의 커피하우스와 살롱, 토론 공동체를 통하여 신흥 부르주아들은 먼저 문학적 공공영역을 형성했고, 신문이나 저널 같은 다양한 언론매체가 보급되고 당시의 시민혁명의 영향 등으로 점차 정치적 문제로 토론 주제가 옮겨가게 되면서 정치적 공공영역이 형성되었다. 구텐베르크의 인쇄혁명 이후 공중에 의해 향유되는 공개적이고 대중적인 언론이 우후죽순처럼 생겨났던 것이 이 근대적 공공영역의 가장 두드러진 풍경이었다. 즉 최초의 매스미디어는 구체제와 대결하는 대항미디어이자 대안미디어였던 셈이다.[13]

나아가 이러한 정치적 공공영역은 시민이 정치적 의사결정에 참여하는 국가

12) 하버마스, 위의 책, 137~139쪽

13) 빅토리아 시대 영국의 경우 수백 개의 좌파 급진 언론들이 사실상 가장 대중적이고 영향력 있는 미디어였다. 제임스 커런, 진 시튼(서경주 역), 미디어와 권력, 한울아카데미, 1997

와 시민사회의 통로로서 기능하게 되었고, 부르주아 질서가 확립된 이후에는 근대적 법치국가의 조직원리가 되었다.

이러한 정치적 공공영역을 통해 형성된 여론이 정치체계 내에 Input되고 Output되는 과정 즉 국민의 의사가 형성, 투입되고 이를 바탕으로 국가 결정이 산출되는 것을 가정한 것이 근대민주국가의 작동원리이다. 그리고 이를 바탕으로 복수정당제도, 선거제도, 국민투표제도, 다수결원칙 등의 기본적 제도가 기획된다.[14]

즉, 근대 민주주의는 자본주의 국가가 태동하면서 발전된 근대적 공공영역의 정상적인 작동을 근간으로 해서 형성, 운영된 것이다.

2) 후기 자본주의 공공영역의 재봉건화와 민주주의 위축

그러나 19세기 후반 이래 이러한 공공영역은 내적인 모순과 아래로부터의 저항에 직면하고 다른 한편 독점 자본주의의 형성에 의해 심대한 구조적 변화를 일으킨다. 하버마스는 특히 20세기 중반부터 말기 사이에 공공영역은 쇠퇴일로에 접어들었으며 사실상 '재봉건화'되었다고 한다.[15]

이는 우선 사유재산과 공공영역이 지속적으로 상호 침투하다가 자본주의의 지속적인 확대로 인해 균형추가 사유재산 쪽으로 급속히 기울었기 때문이다. 그 결과 탄생한 독점 자본주의 국가는 사유재산 추종자들의 사적인 지도 감독과 로비에 이용되었고 공공영역의 자율성은 감소하게 되었다. 말하자면 현대 사회 질서의 담지자로 등장한 근대국가가 이제 공공 영역을 매개하지 않고 직접적으

14) 헌법학계에서 논의되는 헌법국가의 기본적인 제도와 작동구조에 대한 일반론적 설명은 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 1995, 204~215쪽 참조. 한편 권영성 교수는 '민주주의는 국민주권의 원리를 실현하기 위한 수단이므로 민주주의에 있어서는 국민이 직접·간접으로 국정에 참여할 수 있어야 한다. 그리고 자유는 민주주의의 최고이념으로 간주되기 때문에 민주주의에 있어서는 언론·출판 및 집회·결사의 자유 등 정치적 자유가 보장됨으로써 국민적 여론이 국정에 충실히 반영될 수 있어야 한다...민주주의는 상술한 국민의 정치참여를 실질적으로 보장하는 제도적 장치가 마련되어야한다. 현대 민주국가에서는 국민이 선거·국민투표·정치활동·정책비판·여론형성 등의 방법을 통하여 정치에 참여하게 되므로, 정치적 기본권이 보장되고 선거제도·정당제도·지방자치제 등이 정비되고 존중되어야만 민주주의는 구현될 수 있다.'고 말한다. 권영성, 헌법학원론, 법문사, 1999, 151쪽 참조

15) 하버마스, 앞의 책, 317쪽 참조

로 시민사회에 개입하게 되고, 거대한 사회조직들은 그들의 이익을 위해서 가능한 한 공공영역을 배제하고 국가와 서로간의 정치적 타협에 주력하게 된다는 것이다.[16]

다른 한편, 공공영역의 재봉건화의 또 다른 요인은 매스커뮤니케이션 체계의 내부 변화에 또 하나의 중요한 요인이 있었다. 20세기 동안 매스미디어는 대자본을 바탕으로 한 기업조직으로 발전하였고 그 성격상 비판적 여론의 형성보다 여론 관리의 기능을 수행하게 된다. 매스미디어의 발전이 처음에는 공공영역을 확장시키는데 기여했지만, 자본주의의 고도화와 함께 오히려 미디어가 공공영역의 비판적 기능을 점차 약화시키고 여론의 편향적 형성에 중요한 역할을 담당하게 된 것이다.[17]

그 결과 근대민주국가의 기본원리인 민주주의 원리는 크게 굴절된다. 사회의 왜곡되지 않은 공론 형성과 정치사회로의 Input이 정치영역의 정상적인 작동을 가능하게 하는데 정치영역은 시민의 의사와는 달리 오히려 자본과 직접적인 연결고리를 맺고 여론은 정치 권력이나 경제 권력에 유착된 매스미디어에 의해 왜곡되기 때문에 선거, 국민투표, 정당의 여론수렴기능 등 민주주의를 위한 제 기제 자체가 제대로 작동되지 않게 되는 것이다.

3) 근대 민주주의의 원론적 기능 회복 방안

위에서 논의한 하버마스의 근대 민주주의의 탄생과 재봉건화에 대한 실증적 설명을 바탕으로 생각하면 이러한 상황의 원론적 극복의 방안은 왜곡되지 않은 공공영역의 회복이다.[18] 이는 공공영역의 재봉건화를 야기한 국가-자본 관계에

16) 하버마스, 위의 책, 286~292쪽 참조

17) 하버마스, 위의 책, 268~285쪽 참조, 하버마스는 문화를 논하는 공중에서 문화를 소비하는 공중으로 바뀌게 되었다고 말한다.

18) 하버마스가 상정한 부르주아 공공영역에 대한 비판으로는 김호기, '공중과 의회민주주의의 구조변동', 연세사회학 10·11 합본호, 103쪽 참조; 하버마스의 정치적 공공영역 회복의 해법은 근대적 의회민주주의의 재건의 문제로 모아진다는 태생적 한계를 갖는다는 견해도 존재한다. 그의 해법은 결국 참여민주주의의 확대와 여론정치의 재건 정도이라는 것이다. 앞의 김호기 교수의 글에서 네그트와 클루게의 발언을 재인용하면 이들은 부르주아 헤게모니에 대항하여 프롤레타리아 대항헤게모니를 담지하는 역사적 블록을 구성해나가는 장구한 과정 자체가 곧 정치적 공공영역을 회복하는 과정이라고 주장한다.

대한 적절한 견제와 정치·자본에 유착된 매스미디어의 기능회복을 필요로 한다. 그러나 현대사회 매스미디어는 국가단위의 경쟁에서 살아남기 위해서 견실한 자본력을 필요로 하기 때문에 사실상 자본과 결합하지 않은 새로운 매스미디어가 기존 공간에 진입하여 공공영역을 다원화하기는 어렵다.[19] 국가-자본의 관계를 적절히 견제하고 공공영역의 원활한 기능회복을 모색해 줄 대안언론의 상정이 어려운 가운데 민주주의의 기능회복을 상정하는 것은 쉽지 않다. 또한 대안적 언론이 부재한 상황은 국가권력을 견제할 시민들의 비판적 여론 형성과 표출을 힘들게 한다. 이러한 상황을 극복하기 위해 학계에서 공공영역의 재구축이라는 시각에서 다양한 시민사회이론을 정립하고 시민사회에 다양한 시도들이 이루어지고 있으나[20] 근대사회가 봉건사회를 극복하기에 필요로 했던 대안 언론 혹은 대항언론의 재구축, 비판적 여론 형성의 어려움 때문에 일정한 한계를 드러내고 있다.

4) 인터넷 공공영역의 등장과 민주주의 재구축의 가능성

이러한 상황 속에서 근래에 우리는 인터넷이라는 매체를 통해 여러 예기치 못했던 현상들을 목격하게 되었다. 이러한 사건들은 우리에게 인터넷 공간, 달리 표현하면 '인터넷 공공영역'이라는 공간을 통한 민주주의 재구축의 가능성을 모색하게 해주는데 그러한 가능성을 보여주는 예들은 시민들의 자발적인 의견표출과 비판적 여론의 형성, 대안 언론 구축 등의 특징적인 모습을 보여주고 있다.

국외적 차원의 대표적인 인터넷 대안언론보도의 예는 1999년 시애틀 케이스인데 한국 사회가 IMF 구제금융체제와 구조조정을 받아들이며 사회 안전망 구축을 강조하고 있던 1999년 말엽, 인터넷은 우리에게 시애틀에 운집한 세계화 반대 시위대가 진압경찰에 맞서 '이게 허울 좋은 민주주의의 모습이다(This is

19) 최근 벌어지고 있는 주류 신문사들의 치열한 경품제공과 시장판촉, 무한한 지면확대는 자본력이 열악한 주변부 신문사가 기존 시장에 끼어든다는 것이 얼마나 힘든 일인지를 여실히 보여주고 있다.

20) 이에 대한 각 이론을 실은 국내의 저서로는 유팔무·김호기 편, 시민사회와 시민운동, 한울, 1995 와 유팔무, 김정훈 편, 시민사회와 시민운동 2 : 새로운 지평의 탐색, 한울, 2001 참조

what Democracy looks like)'라고 외치는 다소 의외적인 장면을 보여주었다. 신문이나 공중파 방송 같은 주류 미디어가 전혀 신자유주의에 입각한 구조조정에 대한 문제점을 거론하지 않을 때 인터넷이 우리에게 그 문제점을 지적하는 시애틀 시위대의 주장을 전달했던 것이다. 사실 문제가 된 시애틀의 WTO라운드 논의는 그 보다 몇 해 전 선진국 로비스트와 정부관료 사이에서 밀실협상으로 이루어지던 다자간투자협정(MAI)의 진행상황이 그 또한 인터넷에 알려지면서 세계 시민사회단체들의 격렬한 항의로 협정 성립이 좌초되어 시애틀로 그 논의가 넘어가게 되면서 이루어지게 된 회의였다. 이러한 일련의 과정은 인디미디어 센터(www.indymedia.org) 등 해외대안언론들의 활동에 의한 것이었다.

국내의 경우를 보면 작년 초 새로이 정계에 진입한 세칭 386세대 국회의원들의 망월동 참배 후 술자리 사건이 알려진 것도 인터넷이었고, 지난 4·13 국회의원선거 당시 총선시민연대의 활동도 인터넷을 통한 정보공개와 조직화가 큰 역할을 했음을 상기할 수 있다. 민주당 대통령 후보 경선 그리고 대통령 선거 과정에서 세칭 '노사모'의 활약도 인터넷에 힘입은 바 크다.

이러한 활동의 중심에 있는 인터넷 대안미디어의 형태로는 이미 확고하게 네티즌들에게 자리를 잡은 '오마이뉴스'(http://www.ohmynews.co.kr)[21], '프레시

21) 오마이뉴스는 홈페이지에 자신들의 발간의의를 다음과 같이 적고있다.
① 뉴스의 공급-수요 문화의 민주주의를 이룩해낸다.
OhmyNews는 출발부터 20세기의 뉴스 공급-수요문화를 실천적으로 혁파해나간다. 20세기 신문문화와의 철저한 결별을 통해 언론문화의 민주주의를 이룩해낸다. 특종은 출입처가 아닌 취재현장과 보통사람들의 삶속에서 나온다는 것을 보여준다. 더불어 출입처문화를 몸으로 개혁해나간다. 생활인이 기사의 소비뿐 아니라 생산의 주역이 되게 한다.
② 'NEWS연대'를 만든다.
참여연대가 시민운동가들의 연대라면 OhmyNews는 새소식으로 새 세상을 만들고자 하는 이들의 연대다. 참여연대가 NGO라면 OhmyNews는 제2의 NGO (News Guerrilla Organization)이다.
③ 언론권력을 교체한다.
NEWS연대 등을 통해 조선일보, 중앙일보, 동아일보 등의 보수연합을 버금가는 언론권력을 만든다. 우리나라 언론의 영향력은 보수와 진보가 8:2 정도다. 그것이 5:5가 되는 세상을 만드는 것이 언론권력의 교체다. (http://www.ohmynews.co.kr/ohmynews.asp); 한편 오마이뉴스는 11월 22일 1천124만2천139회의 페이지뷰를 기록했으며 11월 26일과 27일에도 1천만 페이지

안'(http://www.presian.com) 같은 경우가 대표적이라고 할 수 있고 이러한 인터넷 신문이나 웹진 같은 텍스트미디어 외 현재 정기 프로그램을 송출하고 있는 인터넷 방송[22]들도 이미 상당수 이르고 있다.

민주언론운동시민연합의 인터넷 방송팀을 모체로 한 '대안TV'(http://www.daean.org), 인터넷매체로는 처음으로 제12회 민주언론상을 수상한 '민중의소리'(http://voiceofpeople.org), 그 외 '참세상방송국'(http://cast.jinbo.net)[23], '노동의 소리'(http://nodong.com), 오마이TV(http://www.ohmytv.co.kr)[24] 등은 그 대표적 매체들이다.

이런 상황들로 인해 현대사회 정치와 민주주의의 문제에서 이 새로운 공간, 즉 인터넷 영역은 이미 큰 관심사가 되고 있다. 이론적인 견지에서 본다면 이러한 사례들이 이른바 근대 초기 공공영역의 역할을 보완할 '인터넷 공공영역'의 구축 가능성에 대하여 관심을 갖게 하는 것이다.

그렇다면 우리는 이론적으로 인터넷 공간에 등장한 이 새로운 영역을 기존의 공공영역 개념에 비교 · 적용할 수 있을까? 먼저 공공영역에 물질적 · 공간적 기반이 되었던 '도시'라는 장소적 개념과 비교가 가능할 것이다. 공공영역의 개

뷰를 넘어섰다고 밝힌바 있다. (11월 29일 인터넷 한겨레에서 발췌)

22) 인터넷방송은 음악이나 영상을 디지털 포맷으로 압축하고 이 파일을 인터넷을 통해 실시간으로 전송하는 방식이나 작업을 통칭한다. 몇 가지 파일형식 중 리얼네트워크에서 개발한 '리얼미디어'가 가장 광범하게 사용되며, 국내외의 대다수 인터넷 방송들도 이 형식을 채택하고 있다. 멀티미디어 PC를 사용하고 인터넷에 접속할 수 있는 이라면 누구나 쉽게 즐길 수 있을 뿐만 아니라, 그 제작과 송출도 상대적으로 아주 적은 비용으로 가능하다는 것에 이 방식의 매력이 있다. 또한 전국은 물론 세계 어느 곳에서나 접속할 수 있고 지나간 프로그램까지 들을 수 있다는 것 역시 대안적 매체로서 관심을 끄는 이유이다.

23) '인터넷이라는 새로운 통합미디어 구현체를 발견하고 주목한 것은 대안미디어의 모색 즉 점차 미디어로부터 소외되어가는 이들에 적합한 미디어공간을 창출해냄으로써 사회에서 자본과 권력으로부터 자유로운 공간을 확보함으로써 그들의 권리를 획득해나가기 위한 것이었다. 이러한 과정은 대안미디어 즉 기존 사회의 권력지형에 대항하여 새로운 영역을 개척하고 힘을 실어나가기 위한 모든 미디어체들의 고유영역이라고 할 수 있다'고 참세상방송국은 그들의 입장을 소개하고 있다. '참세상방송국'(http://cast.jinbo.net) introduction에서 발췌.

24) 인터넷신문 오마이뉴스는 지난 4월 오프라인신문 '주간 오마이뉴스'를 창간한 데 이어 11월 22일 인터넷방송국 '오마이TV' 를 개국하였다.

념에 있어 도시는 경제적으로 시민사회 삶의 중심지였을 뿐만 아니라 궁중과는 문화적-정치적으로 대조를 이루었던 곳이었다. 이는 상업화되고 자본화된 현재의 주류 매스미디어와 다른, 인터넷의 공유공간과 유사함을 생각해볼 수 있다. 또 근대 초 공공영역이 문학적 공공영역이 먼저 생긴 후 정치적 공공영역으로 발전한 점도 비교하여 이야기할 수 있다. 인터넷 역시 사이버펑크 같은 문학작품과 사이버 반문화운동이 먼저 융성한 후 토론그룹 등 정치적 공공영역이 발전하고 이어서 인터넷 사회운동이 형성된 과정과 상통한다. 그렇다면 소위 인터넷 공공영역의 존재를 상정하는 것도 무리가 없어 보인다. 앞서 하버마스의 모델을 인터넷 공공영역에 유비하여 그려 본다면 다음과 같다.

<인터넷 공공영역의 형성구조>

인터넷 스페이스	정치적 공공영역 (인터넷 민주주의)	현대 민주 국가
	문학적 공공영역 (인터넷 언론)	
네티즌, 유저그룹	네트의 도시 (전자시장과 아고라)	기성 매스미디어
사적 영역		공적 지배 영역

물론 이 모델에는 애초 하버마스 모델의 제한성이 감안될 필요가 있다. 즉 부르주아 공공영역과 프롤레타리아 공공영역의 대립 등 변화된 공공영영의 다차원성과 복합성이 고려되어야 한다. 또한 현대 복지 국가 체제와 독점자본주의 경제 속에서 공·사 구분이 매우 상대화되었다는 점 역시 언급되어야 한다. 따라서 사적 영역과 공적 지배영역을 18세기에서처럼 구분하는 것은 곤란하다. 하지만 공개성과 공론의 대중적 생산과 향유, 그리고 이를 통한 대항적 이데올로기의 활성화와 같은 근대 공공영역의 성격과 기본구조는 인터넷 공공영역에서도 다르지 않다. 이와 같이 인터넷 공간이 다양한 생각과 의사 표현의 전달을 담당하는 새로운 공간으로 부상하는 이유는 ① 전 세계적 전달범위, ② 값싼 비용, ③ 검열 없는 자기주장, ④ 다른 사용자와의 쌍방향통신이라는 특징 때문이다.

즉, 인터넷의 새로운 기술적, 사회적 특징들이 네티즌에게 새로운 공공영역을 창출할 수 있는 공간과 계기를 제공해 주었다고 할 수 있다.[25] 이러한 인터넷은 이미 인간의 중요한 삶의 양식의 하나가 되었고 갈수록 중요한 삶의 공간으로 등장하고 있다. 따라서 인터넷 미디어와 커뮤니케이션의 존재, 혹은 인터넷 시민사회의 존재를 기존 공공영역의 확장 내지 재활성화로 보아 거시적으로 공공영역의 구조를 개편·확장하는 계기로 삼는다면 현대사회를 파악하는 데에 더 유용한 틀을 얻을 수 있을 듯 하다.

5) 소결

현재까지 인터넷 공간은 정보가 공개적으로 유통되며 일대일, 다대일, 다대다의 영역을 모두 포괄하는 미디어로서 보기 드물게 대항적, 공론적 공공영역으로 존재한다.

이와 같은 인터넷 공공영역의 특성은 전래의 공공영역이 가졌던 폭넓은 의사소통의 가능성, 자본과 권력에 매이지 않는 공론 형성, 더 나아가 그로 인한 올바른 여론의 확산을 통해 19세기 말 이래로 한쪽으로 치우친, 혹은 배제된 공공영역의 재활성화를 이루고 민주주의 실현을 위한 장치인 선거제, 국민투표, 정당의 여론 수렴 등이 정상적으로 작동할 수 있는 새로운 가능성을 보여주고 있다.

문제는 이러한 인터넷의 민주주의에 대한 보충가능성의 측면을 일반 법규 제정과 해석의 문제에 어떻게 반영시킬 수 있을 것인지의 문제이다.

기본적으로 이 글은 우리 헌법의 '합헌적 법률해석론' 을 적극적으로 이해하는 입장[26], 혹은 독일에서 논의되는 헌법의 방사효(파급효)에 근거한 '헌법정향

---

25) 마크 포스터(김성기 역), 뉴미디어의 철학, 민음사, 1994 참조

26) 법률에 대한 합헌적 해석 내지 합헌적 법률해석이란 법률해석의 한 기술로서 헌법학에서는 "외형상 헌법에 어긋나는 것으로 보이는 법률이라 할 지라도 그것이 헌법정신에 맞도록 해석될 여지를 조금이라도 간직하고 있는 경우에는 이를 함부로 위헌이라고 판단하지 않고 헌법정신과 조화될 수 있는 방향으로 해석·적용해야 한다는 법률의 해석지침"을 말한다. 허영, "합헌적 법률해석의 본질과 한계 : 우리 헌법판례의 내용과 문제점", 헌법논총 3집(1992. 12), 175 - 176쪽 ; 위와 같이 법률의 합헌적 해석은 엄밀한 의미에서는 헌법해석의 문제가 아닌 법률해석의 문제로 인식된다. 법률의 합헌적 해석을 소극적인 의미로 이해하는 경우에는 합헌적인 소

적 해석론(verfassungsorientierte Auslegung)'[27]에 따라 사법결정과정에서 해석의 여지가 있는 규범을 해석하고 적용함에 있어 헌법의 기본적 결정이 존중되어야 한다고 보고 따라서 헌법의 기본적 원리의 하나인 민주주의 원리를 보충할 수 있는 인터넷의 역할 역시 법률해석에서 충분히 고려되어야 한다는 입장을 견지한다. 이는 헌법이 갖는 최고규범성으로 인해 헌법의 규정이 입법에 대하여는 입법의 한계를 규정하는 한계규정으로 작용하고, 사법에 대하여는 법의 해석 및 집행에 있어서 따라야 할 원리라는 뜻을 포함한다는 점, 우리나라 헌법이 제103조에서 "법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다."고 규정하고 있다는 점에서 인정될 수 있다고 본다.

그래서 다음 장에서는 위에서 언급한 인터넷의 민주주의 원리에 대한 보충적 기능을 법적 문제와 관련시켜 그 적용이나 고려가능성을 살펴보기 위하여 인터넷 표현물 규제의 대표적인 케이스인 미국의 통신품위법 위헌판결과정과 그 뒤를 이어 논란이 된 아동온라인보호법을 살펴보려고 한다. 우선 논의의 전제로 인터넷 표현물 규제법규를 심사하는데 적용될 수 있는 세 가지 심사 모델을 살펴보고 통신품위법 판결과정을 통해서 논란이 된 법률조항들을 심사하는데 어떤 심사 모델이 적용되었는지, 그리고 그러한 적용이유와 당위성에 대해 검토해 볼 것이다. 다음으로는 온라인아동보호법 판결과정과 연방대법원 판결문을 검토하며 선례, 상위법규에 어긋나지 않는 경우라면 인터넷의 매체적 특성과 그 민주주의에 대한 보충성의 원리를 감안한 해석이 필요하지 않았는지 비판적으로 검토해보려고 한다.

지를 조금이라도 간직하고 있는 법률의 효력을 그대로 지속시켜야 된다는 점을 강조하게 된다. 그러나 법률의 합헌적 해석을 적극적인 의미로 이해하는 경우에는 법률의 효력을 단순히 지속시킨다는 차원을 넘어서, 법률의 내용을 헌법정신에 맞도록 적극적으로 형성하는 것을 허용하게 된다. 이러한 의미에서 법률의 합헌적 해석은 헌법이 일종의 '해석규칙(Auslegungsregel)'으로서 기능하는 경우라고 할 수 있다. 허영, 앞의 논문, 176쪽

27) 계희열, 헌법학(상), 박영사, 1995, 80쪽 ; 합헌적 법률해석을 적극적 의미로 이해한다면 합헌적 법률해석은 헌법정향적 해석과 매우 유사하다. 위와 같은 측면에서 합헌적 법률해석은 헌법적인 측면 뿐만 아니라 법률해석적인 측면에서 다시 조명해 볼 수 있는 개념이라고 생각된다. 손창완, 법해석에 대한 비판적 연구, 연세대학교 석사학위논문, 2002, 139~140쪽

4. 미연방대법원 판결과 인터넷 표현물 규제 법리

1) 청소년 보호와 표현의 자유의 충돌

인터넷 공공영역이 사회의 민주주의 재구축을 위한 보충적 대안을 제시해주고 있음은 위에서 설명한 바와 같다. 그리고 공공영역 작동의 근간이 '말', 즉 각 인간의 의사의 표현임을 고려할 때 민주주의의 보충적 기제로서 인터넷 공공영역의 활성화를 위해서는 다른 어떤 권리보다 표현의 자유의 충분한 보장이 전제되어야 한다. 그러나 표현의 자유는 헌법이 예정하고 있듯이 결코 무제한적인 자유가 아니다. 따라서 헌법재판소의 표현을 빌리면 '표현의 자유가 보장된다고 해서 그로 인해 공동체의 존립 자체가 파괴되거나 공동체에 소속되어 있는 다른 구성원들의 인간성과 인격이 파괴되는 것까지 허용하는 것은 아니다.'[28] 우리 헌법의 경우를 보더라도 제21조 제4항에서 "언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다"고 하여 표현의 자유에 대한 한계를 분명히 선언하고 있고 제37조 제2항도 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 언론·출판의 자유를 제한할 수 있도록 하고 있다. 하지만 유의해야 할 점은 우리 헌법재판소가 국가의 표현의 자유에 대한 제한이 다른 기본권의 제한보다 더욱 억제되어야 함을 다음과 같이 명시하고 있다는 점이다.

> "...특히 언론·출판의 자유영역에 있어서는 국가의 개입이 더욱 제한적으로 이루어져야 할 몇 가지 특수상황이 존재한다. 첫째, 위에서 살핀 언론·출판의 자유가 지니는 헌법적 가치들은 입헌민주체제에서 반드시 확보되어야 할 중요한 가치라는 점이다. 둘째, 언론·출판은 인격의 발현으로서 사상과 견해를 외부에 표출하는 것인데, 어떤 사상이나 견해가 옳고 가치있는 것인지를 판단하는 절대적인 잣대가 자유민주체제에서는 존재할 수 없다는 사실이다. 만약 국가 또는 사회의 다수가 그러한 절대적인 잣대를 가지고 사상과 견해를 재단하려 한다면, 그것이야말로 자유민주헌법이 가장 경원시하고 경계해야 할 것이 아닐 수 없다. 셋째, 언론·출판에 대한 규제는 통상 그 언론·출판으로 말미암은 해악을 시정하고 방지하기 위한 것이고 국가의 노력은 정당하고 필요한 것이기는

28) 헌재결 1998. 4. 30. 95헌가16 참조

하나, 국가의 개입에 앞서 그 해악을 해소시킬 수 있는 1차적 메커니즘, 즉 사상의 경쟁 메커니즘이 시민사회 내부에 존재한다는 사실이다. 그리하여 만일 시민사회 내부에서 서로 대립되는 다양한 사상과 의견들의 경쟁을 통하여 유해한 언론·출판의 해악이 자체적으로 해소될 수 있다면 국가의 개입은 최소한도에 그쳐야 할 것이다. 입헌민주국가에서 언론·출판의 자유를 거론할 때 견해의 다양성과 공개토론이 강조되는 소이가 여기에 있는 것이다. 결국 언론·출판의 영역에서 국가는 단순히 어떤 표현이 가치 없거나 유해하다는 주장만으로 그 표현에 대한 규제를 정당화시킬 수는 없다. 대립되는 다양한 의견과 사상의 경쟁 메커니즘에 의하여 그 표현의 해악이 해소될 수 없을 때에만 비로소 국가의 개입은 그 필요성이 인정되는 것이다. 따라서 언론·출판의 영역에 있어서 국가의 개입은 원칙적으로 2차적인 것이다..."[29]

위에서 헌법재판소가 언급하고 있듯이 표현의 자유는 다른 기본권들보다 더 우월적인 면이 있음이 사실이나 동시에 다른 기본권 혹은 공익과의 갈등 시 적절히 규제될 필요가 있음도 부인할 수 없다. 그런데 인터넷은 위에서 언급한 민주주의 실현의 보충성이라는 순기능 외에 하드코어 포르노그라피를 포함하여 청소년에게 유해하다고 하는 수많은 표현물들이 범람하고 있는 것도 사실이다. 그리고 한 보고서에 따르면 웹상에는 28,000여개 이상의 성인 싸이트가 존재하고 있는 것으로 확인되고 있기도 하다.[30] 그리고 인터넷은 그 특성상 집, 학교, 도서관 등 어디서든지 쉽게 접속이 가능하고 청소년들은 의도적으로 또는 우연히 유해 매체물에 접하게 될 확률이 크다. 그리고 컴퓨터에 대한 약간의 지식과 브라우저를 움직일 줄 알고 단순한 단어 몇 개 타이핑할 수 있는 능력이 있으면 어떤 청소년도 인터넷상의 수많은 성적 표현물에 쉽게 접할 수 있다. 그리하여 인터넷 상 유해물로부터의 청소년 보호라는 중대한 사회적 주장이 등장하게 됐으며 이러한 주장은 법률을 통한 국가 규제 방식으로 나아가 미국의 경우 통신품위법(Communication Decency Act, 1996 : 이하 CDA)이 제정되기에 이르렀다. 그런데 문제는 이러한 법률 등이 인터넷 공공영역의 근간인 표현의 자유를 위축시킬 수 있다는 점이다. 필연적으로 인터넷 공공영역을 지켜내려는 이들과 청소년을 유해 매체물로부터 보호해야 한다는 것은 국가의 당연한 의무이고

29) 헌재 同 결정문 (각주 29) 참조
30) H.R. Rep. No. 105-775, 7쪽 (1998) 참조

이에는 인터넷 공간 역시 예외일 수 없다는 이들의 치열한 법리 논쟁이 통신품위법의 위헌 문제를 둘러싸고 촉발됐으며 이는 현재 통신품위법의 위헌판결을 지나 그 위헌적 문제점을 보완했다고 하는 아동온라인보호법(Child Online Protection Act, 1998 : 이하 COPA)의 위헌성을 둘러싸고 계속해서 치열하게 전개되고 있다. 이와 같은 일련의 전개에 있어 문제는 민주주의 재구축 가능성으로서의 인터넷 공간의 표현의 자유를 위축시키지 않으면서 청소년 보호라는 법규의 제정목적을 달성할 수 있을 것인가의 문제일 것이다.

2) 인터넷 표현물 규제에 대한 심사법리

표현의 자유라는 기본권이 어떤 법익에 의해서도 침해불가능한 절대적인 기본권이 아님은 물론이다. 따라서 위에서도 언급했듯이 국가가 보호해야 할 '청소년 보호'와 같은 다른 법익이 등장했을 때 표현의 자유에 대한 제한 방법과 그 정도가 문제된다. 우리의 경우 과잉금지의 원칙에 의해 기본권 제한 방법과 정도를 평가하는데 미국의 경우는 기본권 제한 시 근본적인 권리(fundamental rights)여부에 따라 소위 다단계심사[31]를 하기 때문에 문제가 된 법률의 심사기준을 정하는 것이 중요하다. 이 장에서는 미국에서 확립된 표현의 자유 제한 방

31) 우리가 앞으로 나누어 살펴보게 될 인터넷 표현의 자유 제한의 심사기준이 될 모델들은 미연방대법원의 다단계심사기준을 전제로 한 것이다. 미연방대법원의 다단계심사는 우리에게서도 활용될 수 있는 헌법 심사의 방법론이다. 다단계 심사의 중심에는 심사척도의 개념이 있다. 즉, 특정 국가행위의 정당성을 평가함에 있어서 그 국가행위에 연루된 수많은 사실들 속에서 중대한 영향과 의미를 가지는 사실들을 포착하여 이를 근거로 심사척도를 달리한 후 나머지 사실들을 이 심사척도에 따라 형량함으로써 심사에 일관성을 기한다는 것이다. 이는 경험과학적 성향을 띄는 것으로 형이상학적인 논증을 통한 당위의 도출은 회피하되 경험적으로 효력을 가지고 있다고 판단되는 개념 및 이론은 최대한 사용해 보겠다는 사고에 근거해 있다. 미연방대법원의 다단계심사는 주로 3단계로 구성된다. 엄격심사는 "강력한 공익 달성을 위해 필수불가결해야 한다." 중도심사는 "중요한 목적 달성에 상당한 인과관계를 가지고 있어야 한다." 합리성 심사는 "단지 정당한 목적을 달성할 것이라는 합리적 근거가 있어야 한다." 어떤 심사척도를 사용할지는 얼마나 중요한 권리가 얼마나 침해되는가가 복합적으로 고려되어 정해진다. 박경신, "미연방대법원의 다단계심사의 도입과 제대군인 가산점제도 결정", 헌법판례연구 [2], 한국헌법판례연구회 편, 196~197쪽, 204쪽; 앞으로 살피게 될 방송매체모델은 엄격심사와 합리성 심사의 사이에 위치한 중도심사에 포함될 수 있을 것이다.

법론[32] 중 인터넷공간의 표현의 자유를 제한하는 법률에 대해 그 합헌성을 심사할 수 있는 세 가지 심사 기준을 살펴보고 미국 연방대법원은 CDA나 COPA에서 어떤 심사 기준을 채택했고 그 이유를 어떻게 밝히고 있는지, 그리고 특히 COPA의 경우 그 위헌성 여부에 있어 어떤 법리상의 갈등이 있는지 알아보도록 하겠다. 이를 통해 이 글은 위에서 언급한 민주주의 원리의 재구축이라는 견지에서 인터넷 표현의 규제에 있어 엄격심사모델의 적용이 필요하며 인터넷의 경우 법리해석에 있어 선례나 법규의 철저한 문언적 해석보다 상위의 원리를 일체적으로 고려한 해석 혹은 매체의 특수성을 충분히 고려한 법규 적용의 필요성을 주장할 것이다. 우선 인터넷 제한법규의 최선의 심사기준을 살펴보기 위해 우선 가능한 세 가지 심사모델 즉, 엄격심사모델(strict scrutiny test)과 방송매체모델(broadcast standard), 그리고 합리성심사모델(the rational basis test)을 검토해보려고 한다.

① 엄격심사모델 (strict scrutiny test)

엄격심사모델은 신문이나 잡지 등과 같은 전통적인 표현의 수단에 대해 내용규제(content-based)적으로 그 표현을 제한할 때 적용되는 심사방법이다.[33] 이 방법은 음란하지는 않으나 저속한 전화 통신에 대한 법적 제한이 정당한지에

---

32) 미국에서 확립된 표현의 자유제한방법론은 표현의 자유의 절대적 보호론, 개별적 이익형량론, 광의의 유형별 이익형량론 등이 있으나 표현의 자유의 일부 특권성에도 불구하고 그런 권리조차 현대 사회에서 제한되거나 규제 받아야만 하는 상황이 존재한다는 점에서 절대적 보호론은 불합리한 점이 인정되고 있으며 개별적 이익형량론은 구체적인 타당성을 달성한 반면에 명확성과 안정성을 놓치고 만다는 단점이 있어서 광의의 유형별 이익형량론이 수정헌법 1조에 의해 보호되는 표현의 범위를 확대하고 그 보호의 정도도 높여가려는 미국 사회의 현실 추세와 가장 부합하면서 가장 설득력 있는 이론으로 지지를 받고 있다. 특히 이 방법론은 절대적 보호론의 장점인 명확성의 측면과 개별적 이익 형량론이 가지는 구체적 타당성이라는 측면을 결합하는 구조적 성격을 지니고 있는 장점을 가지고 있다. 조소영, 표현의 자유의 제한 방법론에 관한 연구, 연세대학교 박사학위논문, 2000, 207~208쪽. 인터넷 상의 표현의 자유 제한 법규에 적용될 심사모델들은 광의의 유형별 이익형량론에 포섭된다고 볼 수 있을 것이나 매체의 특성에 따라 다른 심사 기준을 가지고 있다.

33) 그래서 흔히 엄격심사기준이 적용되는 표현매체모델을 '인쇄매체모델'이라고 부른다.

관한 판결에 적용된 바 있다.[34] 엄격심사가 적용될 때 법원은 그 법규가 정부의 필요불가결한 이익(compelling interest)을 위한 것인지 정부 목적을 달성하기 위한 수단이 그 목적 달성의 범위에서 '좁게 재단되고 있는지'(narrowly tailored), 그리고 그 이익을 달성하기 위해 최소침해의 수단(the least restrictive means)을 사용하고 있는지 심사하게 된다. 또한 그것이 취급하는 해악에 상응하여 '합당하게'(reasonably) 제한되고 있는지도 검토된다. 예를 들면, 미성년자 보호라는 목적에 대하여 연방대법원은 '법규가 헌법적으로 보호되는 권리의 민감한 영역 내에서 적용될지라도' 그 목적이 청소년의 정신적, 심리적 보호를 위한 법규라면 '필요불가결한 이익'(compelling interest)임을 인정한 바 있지만[35] 정부가 청소년 보호라는 이유를 제시하는 것만으로 그 법규의 합헌성이 인정되는 것이 아니라 '해악을 추정하는 것으로 충분하지 않고 그 해악이 실재한다는 것을 입증해야만 한다'고 판시한 바 있다.[36]

엄격심사의 기준[37]을 세부적으로 살펴보면 정부의 목적이 필요불가결함이 입증될지라도 그 법규는 엄격심사의 기준을 통과하지 못할 수 있다. 우선, 첫 번째로 규제가 정부의 입법목적을 달성하는데 성공적인가의 여부를 따져야 한다. 표현물 규제에 있어 이 요건적용의 예는 Denver Area v. FCC(1996)판결에서 케네디 판사의 반대의견에서 나타난 바 있는데 대법원은 케이블 TV 시스템 운영자(Cable system operator)로 하여금 해당채널임차인이 '명백하게 혐오스

34) Sable Communication of Cal., v. FCC, 492 US 115 (1989)

35) NewYork v. Ferber, 458 U.S. 747 (1982)

36) Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC, 512 U.S.____,129 L. Ed. 2d 497, 114 S. Ct. 2448, 531쪽(1994)

37) 이 심사기준이 적용되는 경우 법률의 합헌성이 추정되지 않으며, 입법자가 실제로 고려한 목적만이 심사대상이 된다. 그에 따라 ①입법자는 합리성심사의 경우보다 규율을 명확히 만들어야 한다. ②적합한 수단만이 아니라 필요한 수단만을 사용하여야 한다. 그에 따라 덜 제한적인 수단의 존부심사, 과도한 광범성이론이 적용될 수 있다. ③행정편의는 엄격심사의 대상이 되는 사례에서는 기본권 침해를 충분히 정당화할 수 있는 근거가 되지 못한다. ④입법의 동기에 대한 심사는 입법절차에 대한 통제에 이르지만 오히려 법률의 객관적 통제방식에 비하여 입법자의 형성의 여지를 확보해주는 기능을 한다. 따라서 입법 동기에 대한 심사를 엄격심사에 귀속시키는 것은 문제가 없지 않다. ⑤입법절차전체를 대상으로 하는 심사는 물론 엄격심사의 경우에도 행해지지 않는다. 정태호, "미국과 독일의 규범통제에서의 심사도구 비교", 헌법실무연구 제2권(2001), 헌법실무연구회 편, 박영사, 514쪽

런'(patently offensive)방송을 방영하는 것을 배제할 수 있게 하는 연방법에 합헌판결을 내렸음에 반해 케네디 판사는 엄격심사기준을 적용하여 케이블 TV운영자가 불쾌한 방송물을 막는 것을 선택하지 않는 지역이라면 청소년들이 여전히 그 방송물들을 볼 수 있기 때문에 이 법률은 부분적으로만 정부의 입법목적을 달성(partial service of a compelling interest)할 수 있어서 엄격심사에 통과할 수 없고 표현의 자유위반이라고 주장했다.[38]

두 번째로 위에서도 언급했던 표현의 자유를 가장 덜 침해하는 수단의 선택여부이다. 예를 들면 연방대법원은 Sable v. FCC(1989)판결에서 저속한 상업적 전화 서비스(dial-a-porn) 금지 법규가 청소년들이 그 내용물에 접근하지 못하도록 하기 위해 반드시 필요한 것은 아니라고 하면서 성인의 표현의 자유를 덜 침해할 수 있는 방법으로 신용카드나 엑세스 코드 등을 사용하게 하는 방법이 있을 수 있다고 지적하였다. 추가적으로 이러한 대안적 장치를 사용하는 것이 비효율적이라는 이유라고 주장해서는 안되며 모험심 있는 청소년들이 그 방법들을 우회할 수 있다는 것에 대해서는 정부가 그 입증책임을 져야 한다고 판시하였다.[39]

세 번째로 엄격심사는 법규가 정한 수단에 의한 표현의 자유 제한이 규제의 목적 달성에 비해 과도하지 않은가를 따져야 한다. Bertler v. Michigan(1957) 사건에서 연방대법원은 청소년에게 유해한 영향을 줄 가능성이 있는 자료를 일반공중에게 배포하는 것을 금지하는 법규를 전원일치로 위헌판결내렸다. 대법원은 성인들에게 오직 청소년들에게 읽힐 수 있는 것만을 읽도록 허락하는 것은 성인들의 표현의 자유를 부인하는 것이라고 하였다. 이 사안에서 프랑크푸르터 재판관은 이를 "빈대 잡으려다 초가삼간 태우는 격"(burning the house to roast the pig) 이라고 비유하였다.[40]

② 방송매체모델 (the broadcast standard)

법규가 표현의 자유를 규제하는데 있어서 엄격심사가 아닌 더 가벼운 심사를

38) Denver Area Educational Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC, 518 U.S., 135 L. 2d 888, 116 S. Ct. 2374, 943쪽 (1996)
39) Sable Communication of Cal., v. FCC, 492 U.S. 115 (1989)
40) Bertler v. Michigan, 352 U.S. 380, 383쪽 (1957)

받을 수 있는 가능성을 보여주는 판례는 소위 '방송매체모델'(the broadcast standard)[41]을 보여주고 있는 FCC v. Pacifica Foundation(1978)판결이다. 이 판결에서 연방대법원은 낮 2시에 방송된 조지 카를린의 "Filthy Words"라는 라디오 프로그램에 대해 연방통신위원회(Federal Communication's Commission)가 제재조치를 취할 수 있는 권한을 인정했다. 이 사안은 아들과 차를 타고 가다가 그 방송을 듣게 된 한 시민이 FCC에 문제를 제기함으로써 발단이 됐다. 그 방송의 내용은 법적으로 "음란"한 것은 아니었지만 소위 "저속"한 것이었다.[42]

이 판결에서 대법원은 방송의 내용을 규제하는 법규를 검토하는 특정 심사기준을 밝히지는 않고 대신 정부가 방송매체의 저속물을 규제하는 데에 더 큰 권한을 가질 수 있는 두 가지의 이유를 지적하였는데 첫째는 소위 '침투성'(pervasiveness)의 문제이다.[43] 방송 시청자가 사전적으로 스스로 유해한 내용물을 선택할 수 있기보다 스위치를 틀면 유해한 내용물에 우연히 접하게 될 확률이 높다는 점이다. 마음에 들지 않는 방송물을 듣게 될 경우 라디오를 끄면 된다는 반대논거에 대해 다수의견은 이를 배척하면서 이를 '한방 때리고 도망

41) 일반화하면 방송매체모델은 중도심사기준에 해당될 것이다. 이 기준은 '중요한 목적'과 수단사이에 느슨한 연관보다는 높아야 하지만 필연적일 필요는 없는 정도의 연관이 존재할 것을 요구한다. ①비례성심사는 행해지지 않는다. ②이러한 방식으로 심사되는 규율은 합헌성 추정도 위헌성의 추정도 받지 않는다. 다른 두단계와는 달리 심사결과를 확실히 예측할 수 없다. ③실제로 입법적 결정의 기초가 되고 표출된 생각만이 고려되며, 이로써 가설적 또는 사후적으로 행해지는 정당화는 가능하지 않다. ④전반적인 절차통제는 행해지지 않는다. ⑤행정편의는 입법의 정당화근거가 될 수 없다. 정태호, "미국과 독일의 규범통제에서의 심사도구 비교", 헌법실무연구 제2권(2001), 헌법실무연구회 편, 박영사, 514~515쪽

42) 연방대법원은 Sable판결에서 음란(obscene)과 저속(indecent)을 구분, 저속물은 표현의 자유 영역에서 보호받는다는 점을 분명히 하고 있다.(Sable v. FCC, 1989) 음란물은 표현의 자유의 영역에서 제외되고 미국 형사법 기타 연방형사법규로 처벌받는다. 우리헌법재판소도 "저속한 간행물"은 "음란한 간행물"과 구별되는 것으로서 헌법의 보호영역안에 있다고 판시하고 있다. (헌재결 1998. 4. 30. 95헌가16), 다만 '음란'과 '저속'의 판단기준은 미국법원과 우리법원의 경우 상이하다. 미국에서 하드코어포르노와 아동포르노 등이 아닌 소프트코어포르노는 일반적으로 음란물이 아닌 저속물에 포함된다. 반면 우리의 경우 음란물의 범위는 형법 또는 대법원 판례상 훨씬 넓게 인정되어있다. 영미의 음란성 판단기준에 관해서는 이건호, 성표현물의 음란성 판단기준에 관한 연구(II), 한국형사정책연구원, 2001 참조

43) FCC v. Pacifica Foundation, 438 U.S. 726, 748쪽 (1978),

가는'(to run away after the first blow)격이라고 비유했다.[44] 두 번째로 법원은 방송의 경우 미성년자들에 대한 '높은 접근가능성'(accessibility)을 지적했다. 적어도 미성년자들이 깨어 있는 낮 시간대라도 저속한 방송물을 규제하는 것은 아이들을 보호하려는 부모들을 위해서나 미성년자들의 건전성을 위해 필요하다는 것이다.[45]

한편 방송매체에 대한 정부 규제를 정당화해 온 전통적인 논리는 '자기 주파수의 희소성' 논리였다. 이론적으로 보았을 때 누구나 자신의 견해를 전파시키기 위하여 인쇄 매체에 접근하는 것이 가능하지만 방송매체의 경우 그 특성상 오로지 제한된 숫자의 목소리만이 단 한번만 공중으로 전파될 수가 있는 관계로 접근이 한정될 수 밖에 없다는 것이다. 따라서 정부는 제한된 숫자의 개인에게 방송에 접근할 수 있는 권리를 보장하면서 동시에 방송되는 의견의 다양성을 유지해야하기 때문에 교통경찰로서의 역할을 충실히 해야 한다는 것이다.[46]

---

44) FCC v. Pacifica Foundation, 438 U.S. 726, 748~749쪽 (1978)

45) FCC v. Pacifica Foundation, 438 U.S. 726, 749쪽 (1978); 한편 공중파 방송이 청소년이 쉽게 접근할 수 있다는 논리에 근거하여 1980년대 후반기 FCC는 공중파 방송매체에서 외설표현을 완전히 금지하는 규제법률을 제정하였다. D.C 항소법원은 위와 같은 방송금지의 집행을 정지시켰다. 그리고 법원은 24시간 방송금지는 외설표현물에 접근하기를 원하는 사람들이 가지는 제1차 개정헌법상의 권리를 침해하기 때문에 헌법에 위배되는 것으로서 무효라고 판시하였다(Action for Children's Television v. FCC, 1988, 1991). 법원은 말하고 들을 수 있는 자유와 선택권을 최고 가치중의 하나로 삼는 헌법 질서를 존중하는 방향으로만 외설표현물을 규제할 수 있다고 판시하였다. 법원의 판결이 함축하고 있는 바는 정부는 청소년에게까지 적정한 수준으로만 공공 여론을 축소시켜서는 안 된다는 것이다. 그러나 청소년의 행동을 통제할 수 있는 정부의 권한이 그의 권한 범위를 초월하는 것이라 하여도 외설표현물에 대하여 청소년이 보지 않을 것이라고 여겨지는 늦은 밤에는 방송될 수 있다는 등의 몇 가지 허용 사항을 판시하였다. 최근에 법원은 외설표현물이 방송될 수 있는 시간을 오후 10시에서 오전 6시까지로 한정하였다. Action for Children's Television v. FCC, 58 F.3d 654 (1995)

46) 그러나 주의해야할 점은 자기주파수의 희소성은 오로지 의견의 다양성을 증가시키는 방향으로만 규제하는 것을 정당화한다는 점이다. 반대로 외설표현을 삭제하는 규제는 희소성 논리에 의하여 정당화되어 질 수 없다. 왜냐하면 표현의 기회를 박탈하는 규제는 필연적으로 견해의 범위를 제한시키기 때문이다. 이미 언급하였듯이 공중파 방송을 통하여 교환되는 외설표현의 방송금지는 침투성과 용이한 접근가능성 때문에 인정되어져 온 것이다.

그러나 전통적으로 인정되어 오던 공중파방송의 규제에 대한 희소성 논리는 비판의 목소리가 증가하여 대법원은 방송을 규제하는데 있어서 희소성 원리를 더 이상 유효한 정당화 논리로 사용할 수 없다고 판시하였다.[47]

방송매체모델이 엄격심사와 다른 점은 법규가 정한 수단에 의한 표현의 자유 제한이 규제의 목적 달성에 비해 과도하지 않은가를 심사통과의 중요한 요소로 고려하지 않는다는 점이다. 위 사안의 다수의견에서 보여지듯 자신에게 불쾌한 방송으로부터 시청자가 '완전하게'(completely) 보호될 수 있는지가 더 중시되고 일단 표현의 자유에 대한 제한이 규제의 목적 달성에 비해 과도하지 않다고 간주된다. 다시 말하면 위 프로그램에서 방송인들의 표현권과 이를 기꺼이 들으려는 청취자의 권리는 그 방송을 듣고 싶지 않은 시청자를 보호하려는 법규의 규제 목적과 동등하게 취급되지 않는다.

또한 방송매체모델이 적용될 때 엄격심사모델과는 달리 규제의 대안이 성공적이지 못할 것이라는 입증책임을 법규 입안자가 져야할 필요가 없다. 즉, FCC v. Pacifica Foundation사안에서 보여지듯이 규제의 대안들이 실패할 것이라고 간주되는 것이다. 따라서 정부는 방송시 주의메시지를 띄우는 것이 대부분의 미성년자들이 저속하거나 불쾌한 방송을 듣는 것을 막지 못할 것이라고 입증을 해야 할 의무가 없었다.

③ 합리성 심사 모델

합리성 심사모델[48]은 일반적으로 헌법상 보호받는 표현에 관한 내용규제(content-based)를 심사할 때 사용되지 않고 헌법상 보호받지 못하는 음란물

47) FCC v. League of Women voters, 468 U.S. 364 (1984)

48) 이 기준은 심사대상이 된 법률의 합헌성 추정과 결합되고, 또 사실확인을 위한 장치는 법률의 합헌성 입증을 위해 가동된다. 그 결과 ①법률규정에 의한 차별이 과도하게 광범위하거나 협소한 것으로 밝혀지더라도 위헌으로 선언되지 아니하며, 또 입법개선의무도 존재하지 않는다. ②입법자에 대한 이와 같은 사법적 자제는 행정편의우위론에 의하여 더욱 강화된다. ③이는 입법자가 실험을 하는 경우에도, 즉 입법자가 그 규율의 실제효과를 예측할 수없고 또 관련자에 대한 그 효과와 관련하여 대안이 보다 나은 경우에도 타당하다. ④입법절차에 대한 통제는 하지 않는다. 정태호, "미국과 독일의 규범통제에서의 심사도구 비교", 헌법실무연구 제2권(2001), 헌법실무연구회 편, 박영사, 513~514쪽

(obscenity)과 같은 저급한 표현물에 대한 규제법규를 심사할 때 사용된다. 이 모델을 이용하는 재판부는 대개 표현의 자유 제한의 필요성, 선택된 규제방법의 적절함에 대하여 일반적으로 입법적 결정을 존중할 것이다. 일례로 Paris Adult Theatre I v. Slaton(1973)판결에서 연방대법원은 음란물의 전시를 금지하는 Georgea법에 합헌을 선언했다. 재판부는 극장에서 음란물을 보는 것에 동의하는 성인들이 이를 보지 못하게 하는 데에 있어서 이러한 규제에 대한 국가이익을 엄격하게 심사하지 않고 반사회적 행동과 음란물 사이의 결정적 증거가 아직 없더라도 Georgea 주 의회는 그런 연관성이 있을 것이라는 것을 합당하게 추정할 수 있다고 판시하였다.[49] 엄격심사는 추정에 근거하여 표현의 자유를 제한하는 것을 허용하지 않지만[50] 합리성 심사의 모델은 추정에 근거한 표현의 자유 제한법규를 허용할 수 있다.

그렇다면 어떤 심사모델의 적용이 인터넷 표현의 규제모델로서 적합할 것인가? 이에 대한 판단을 내리기 앞서 인터넷 규제 법률의 위헌성여부를 놓고 한때 초미의 관심사가 됐던 미연방통신품위법(CDA) 위헌소송에 있어 미연방대법원이 어떤 결정을 내리고 어떤 심사 기준을 적용했는지 살펴보도록 한다.

3) 통신품위법 판결과 엄격심사의 모델 채택

① CDA의 조문내용

Communication Decency Act(CDA)의 문제가 되는 핵심 조항을 간추리면 다음과 같다.

> §223(a)(1) 인터넷이나 온라인 서비스 등 전기통신장치를 사용하여 고의로 18세 미만의 미성년자에게 **"음란한(obscene)"** 또는 **"품위없는(indecent)"** 비평, 요구, 제안, 건의, 이미지, 또는 다른 자료를 전송(transmission)하거나 전시(display)하는 행위
>
> 223(d)(1) **"현재의 지역사회기준(contemporary community standards)"**에서 판단할 때 **"명백하게 혐오스럽게(patently offensive)"** 성행위나 성기를 묘사, 서

49) Paris Adult Theatre I v. Slaton, 413 U.S. 49, 60~61쪽 (1973)

50) Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC, 512 U.S.___,129 L. Ed. 2d 497, 114 S. Ct. 2448 (1994)

술한 내용을 고의로 18세 미만의 미성년자에게 전송하거나 전시하는 행위

223(a)(2),223(d)(2) 누구든지 위의 행위를 한 자는 미합중국 법전 제18편에 의한 벌금, 또는 2년 이하의 징역에 처하거나 징역과 벌금형을 병과(竝科)한다.

② 연방대법원의 판결 내용

이에 대해 연방대법원은 통신품위법은 청소년들이 유해한 표현에 접근하지 못하게 하기 위해 "표현의 자유를 제한할 때 수정헌법 1조가 요구하는 명확성을 결하고 있으며 성인들이 헌법적 권리를 가지고 서로 주고 받을 수 있는 광범위한 표현의 자유를 제약한다"고[51]하여 위헌 결정을 내렸다.

이에 대한 논거로 연방대법원은 다음과 같은 논거를 들고 있다.

첫째, 현재의 기술이 전송자가 성인들의 접근권을 제한하지 않고서 인터넷에서 청소년이 컴퓨터 통신에 접근하지 못하게 하는 효과적인 방법을 갖고 있지 못하다.[52]

둘째, 통신품위법의 범위가 전례가 없이 광범위한데다 상업적인 표현물들 뿐만 아니라 비상업적인 표현물들까지 제한하고 한편으로는 청소년이 있으면 자기 컴퓨터에 저속한 메시지를 부치지도 전시하지도 못하게 하는 결과를 초래한다.

셋째, 우리가 인터넷 상의 표현의 자유를 문제삼게 될 때 핵심이 되는 **"저속하고", "명백하게 혐오스런"이란 표현을 정의하고 있지 않기 때문에** 진지한 교육적 혹은 그 이외의 가치를 가진 비포르노그래피까지 제한하게 될 우려가 있고[53] 결국 검열자의 자의에 따라 그 내용으로 어떠한 것들이 포함될 것인지 판단될 여지가 많아 수정헌법 제1조의 표현의 자유를 제한할 수 있다. 그리고 문제가 된 CDA조항들은 내용물 자체를 규제하는 것이어서 법규정의 모호함이 곧바로 표현의 자유를 위축시키는 부정적 효과를 가져올 수 있으며 또한 최고 2년의 징역형을 내릴 수 있는 형사처벌을 가지고 있어 법문의 모호함으로 인해 어떤 행위가 처벌받는 것인지 판단하기 어려운 상태에서 전송자가 처벌을 피하기 위해 스스로 인터넷 사용을 자제하게 될 우려가 있다. 그리고 이는 인터넷의

51) Reno v. ACLU, 521 U.S. 844, 874쪽 (1997)
52) Reno v. ACLU, 521 U.S. 844, 876쪽 (1997)
53) Reno v. ACLU, 521 U.S. 844, 877쪽 (1997)

가장 큰 장점인 다양성을 저해하고 정보유통비용을 높일 수 있다.

넷째, 인터넷은 방송과 동일시해 규제해서는 안 되며, 오히려 인쇄매체와 마찬가지로 최대한 표현의 자유를 보장받아야 하는 매체로 인정해야 한다. 인터넷은 방송처럼 소수의 사람들만이 사용할 수 있는 전파를 이용하는 것도 아니고, 방송처럼 사용자들이 쉽게 접할 수 있는 것도 아니기 때문에 방송과 동일하게 취급되어서는 안 된다. 법원이 방송의 저속한 내용을 규제하도록 허용한 것은 라디오나 텔레비전의 속성상 스위치를 켬과 동시에 예상치 못한 저속한 내용이 시청자들에게 전달 될 수 있어 이로부터 청소년들을 보호하기 위한 것이지만 인터넷은 컴퓨터를 켠 후 접속하기까지 비교적 복잡한 절차를 거쳐야하기 때문에 그럴 염려가 없다.

다섯째, 통신품위법의 적극적인 항변사유(affirmative defence)는 명백하게 위헌인 조항을 살려낼 수 있는 '좁은 재단'(narrow tailing)을 하고 있지 않다.[54]

따라서 연방대법원은 통신품위법이 엄격한 기준에 의한 심사에 살아남을 수 없고 따라서 수정 헌법1조에 위반된다고 위헌 결정을 내렸다.[55]

③ 엄격심사모델의 채택과 명확성의 원칙

결국 연방대법원은 인터넷 영역의 표현의 자유를 제한하는 데에 있어 기존의 표현의 자유를 제한하는데 사용되어오던 여러 법리(엄격심사모델, 방송매체 모델, 합리성심사모델 등) 중에 가장 제한적인 엄격심사모델을 채택한 것이다.

이에 대한 법원의 논거는 대략 다음과 같이 요약할 수 있겠다. 우선, 방송매체모델의 경우 표현의 자유 제한을 위한 중요한 논거였던 소위 침투성의 문제가 인터넷 영역에서는 해당하지 않기 때문에 방송과 인터넷은 구별되어야 한다. 즉, 방송매체와 달리 인터넷은 이용자를 유해한 내용물에 우연히 노출시키거나 원하지 않아도 프라이버시까지 침입하면서 표현물이 게제되는 구조가 아니다. 대부분은 사전경고가 있음에도 불구하고 의도적으로 접근하는 사람에게 유해한 정보가 제공되는 구조를 가지고 있다. 그리고 방송매체 규제입법의 정당화 논거로 한 때 적용됐던 희소성의 논리 역시 인터넷은 컴퓨터를 사용할 줄 아는 사람은 누구나 표현물을 올릴 수 있기 때문에 희소성의 원리가 적용되기 어렵다.

54) Reno v. ACLU, 521 U.S. 844, 882쪽 (1997)
55) Reno v. ACLU, 521 U.S. 844, 883쪽 (1997)

따라서 인터넷에 방송매체모델을 적용하는 것은 타당하지 않다.

한편 합리성심사모델은 대개 형사적으로 처벌대상인 음란물에 적용되며 이 모델이 적용되는 경우에 입법자에게 광범한 재량권이 인정되기 때문에 법률의 합헌성이 강하게 추정되며 입증책임이 위헌을 주장하는 측에 있으므로 표현의 자유를 과도하게 제한할 우려가 있어 역시 적용이 타당하지 않다.

결국 대법원은 인터넷의 영역에 있어 그 규제의 입법목적이 일견 설득력이 있더라도 인터넷의 위와 같은 구별점 때문에 엄격심사보다 규제가 용이한 모델을 채택할 이유가 없다고 판단한 것이다.

한편으로 연방대법원이 표현의 자유 제한에 있어 **명확성의 원칙의 확실한 준수를 특히 강조**한 점은 판결의 핵심 논점이기도 하려니와 모두에서 언급한 개정전 우리 전기통신사업법 53조 위헌논란과 관련되기 때문에 특히 주목할 필요가 있다.

4) 아동온라인보호법 판결과 비판적 검토

① 등장배경과 조문내용

통신품위법이 위헌판결을 받은 이후에도 인터넷 유해매체를 청소년들로부터 격리시키기 위한 시도는 계속되어 의회는 통신품위법(CDA) 위헌결정의 논지와 이에 적용된 엄격심사를 고려하여 온라인아동보호법(Child Online Protection Law)을 통과시킨다.

우선 온라인아동보호법(Child Online Protection Act)의 주요 처벌조항의 내용은 다음과 같다.

> §231(a)(1) 고의로 그리고 **"상업적 목적으로" "월드와이드웹을 통하여" "미성년자에게 해로운" 자료를 포함하는 통신행위**를 미성년자와 한 자는 5.000$이하의 벌금 또는 6개월 이하의 징역에 처하거나 징역과 벌금형을 병과한다.

그리고 **미성년자에게 해로운 자료**를 다음과 같이 정의하고 있다.

> §231(e)(6) **미성년자에게 해로운 자료**라 함은 **"음란"** 하거나
>
> (A)평균인이 **"현재의 지역사회기준"**으로 그 자료를 전체적으로 보아 미성년

자에게 호색적인 취미를 일으키도록 의도된 또는

(B)미성년자에게 **"명백하게 혐오스런 방법으로"** 사실 혹은 가상의 정상·도착적인 성행위, 성관계 또는 성기나 여성 가슴의 음란한 형태를 묘사, 서술, 재현한 통신, 그림, 이미지, 그래픽 이미지 파일, 기사, 레코딩, 글 그리고 그 외의 자료를 말한다.

(C)그리고 이는 전체적으로 진지하게 미성년자에 있어 문학적, 예술적, 정치적, 과학적 가치를 결한 것이어야 한다.

② CDA와 COPA의 상이점

COPA는 위 규정과 같이 CDA와 달리 월드와이드웹을 통하여 전시된 자료에 한하여 적용되며 상업적 목적을 위해 이루어진 통신행위와 미성년자에게 해로운 자료만을 그 규제 대상으로 삼는다. 그리고 미성년자에게 해로운 자료를 정의함에 있어서 Miller v. California[56] 판결에서 확립된 음란성 판단기준을 끌어들여 '현재의 지역사회 기준'을 적용하게 하고 있다. 이는 CDA 위헌판단의 논거였던 개념의 명확성의 정도(CDA는 '저속하고', '명백하게 혐오스런'의 표현을 정의하고 있지 않지만 COPA는 '미성년자에게 해로운 자료'로 범위를 한정하고 그에 대한 정의도 이미 대법원에서 음란성 판단기준으로 내놓은바 있는 '현재의 지역사회기준'을 적용한다는 것을 명시하고 있다)를 좀 더 구체화한 것이고 비상업적 목적의 표현물까지 제한했던 CDA와는 달리 상업적 목적으로 그 목적을 한정하고 월드와이드웹 상의 통신에 한정하여 성인들의 표현의 자유 침해 가능성을 조금 더 축소시킨 것이다.

그러나 COPA의 보호대상 자체가 미성년자이기 때문에 COPA는 음란을 제외한 나머지, 즉 저속한 표현물 규제에 초점이 맞추어질 수밖에 없고 따라서 위헌 시비에 대한 타당성은 CDA와 똑같은 맥락에서 파악될 수 있다. 그리하여 COPA가 실시되기 전에 ACLU를 비롯한 일련의 단체들은 COPA역시 수정헌법 1조에 보장된 성인들의 표현의 자유를 침해한다고 그 위헌성을 제기했다. 정부의 목적 달성을 위해 표현의 자유를 제한하는 수단이 최소 침해의 수단을 사용하고 있지 않고 제한의 범위가 여전히 광범위하다는 것이다.

---

56) Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973)

③ 연방지방법원, 연방항소법원의 판결과정

이 법률에 대해서 1998년 11월 20일자로 미합중국 지방법원 펜실베니아 동부 지구의 Reed판사에 의해, 최종적인 위헌여부판결이 날 때까지 그 집행이 정지되는 '잠정적 금지명령(temporary restraining order)'[57]이 내려졌고, 보다 광범위한 심리를 거친 후에 1999년 2월 1일에는 Reed판사에 의해 '예비적 금지명령(preliminary injunction)'[58]이 내려졌다.[59]

Reed판사가 온라인아동보호법의 집행을 금지하는 '예비적 금지명령'을 발하면서 지적한 온라인아동보호법의 문제점은 기본적으로 다음과 같다.

첫째, 인터넷의 성격상 한번 표현물을 게시하게 되면, 특정한 주나 특정한 지역의 거주자만이 당해 표현물에 대해서 접근할 수 있도록 하는 통제가 현재의 기술상 불가능하므로, 결국 웹 상에서 표현물을 제공하고자 하는 자는 가장 보수적인 지역의 기준에 맞게 그 내용을 조정할 수밖에 없다는 점이다.

둘째, 온라인아동보호법이 규정하고 있는 '적극적 항변사유(affirmative defense)'로서의 각종 기술적 방법들의 비용과 부담을 분석한 결과, 온라인아동보호법은 웹상에서 헌법상 보호되는 표현물을 전송하는 자에게 너무 과중한 경제적 부담을 지움으로써 결국 전송자로 하여금 표현물 제공을 포기하게 만들거나 필요 이상의 자기검열을 유발하게 한다는 점이다.[60]

그리고 2000년 6월 22일에는 제3연방항소법원이 이러한 하급심의 금지명령을 지지하는 판결을 내렸다.[61] 제3연방항소법원은 특히 '지역사회기준'을 적용하고 있는 '미성년자에게 해로운 자료'의 개념정의가 너무 광범위하기 때문에, 결국

57) Civil Action No. 98-5591.

58) ACLU v. Reno, 31 F. Supp. 2d 473(E. D. Pa. 1999). 예비적 금지명령에 대한 Reed 판사의 결정문은 http://www.aclu.org/court/acluvrenoⅡ_pi_order.html(1999.2.4) 참조

59) 연방지방법원은 위헌여부를 직접 판단한 것이 아니고 민사소송법상 일종의 가처분 소송에서 필요한 법적 요건인 '회복불가능한 피해'가 발생하게 되고 아무리 짧은 기간동안 표현의 자유가 상실되더라도 이것은 곧 '회복불가능한 피해'가 된다는 논리를 들어 잠정적 금지명령, 예비적 금지명령을 한 것이다. 방석호, 사이버 스페이스에서의 검열과 내용규제, 사이버커뮤니케이션 학보 통권 제3호, 1998, 244쪽

60) 이 부분은 황성기, 해외 인터넷내용규제의 양상과 시사점, "정보통신윤리위원회와 인터넷내용등급제, 무엇이 문제인가" 토론회 자료집(2002. 6), 13쪽 참조.

61) ACLU v. Reno, 217 F. 3d 162(2000)

온라인아동보호법 전체가 위헌선언될 가능성이 매우 높다는 점을 지적하였다. 즉 제3연방항소법원은 미성년자에게 해로운 자료인지의 여부에 대한 판단에 있어서 지역사회기준을 적용하고 있는 온라인아동보호법의 태도에만 근거하여 그 위헌가능성을 지적하면서 하급심의 금지명령을 지지하였던 것이다.

④ **연방대법원의 판결내용**[62]

연방대법원이 판단을 한 것은 '지역사회기준'의 적용이 위헌인지의 여부이다. 인터넷과 표현의 자유의 주제 아래에서 이는 상당히 부분적인 주제이지만 우리는 이 판결의 구체적인 내용을 살펴봄으로써 인터넷이 사법의 영역에서 문제가 될 때 마주치게 되는 핵심적인 문제를 접하게 된다. 즉 철저히 선례를 따르고 법규의 문언적 해석에 충실히 따라서 판결을 할 것인가 아니면 인터넷의 매체적 특성을 충분히 고려한 법리를 취할 것인가의 문제이다.[63]

연방대법원은 '미성년자에게 해로운 자료'를 판단하는데 사용되는 지역사회기준이 **그 자체로는** 온라인아동보호법이 위헌일 정도로 광범위하다고 볼 수는 없다고 판시하였다.

이미 항소법원은 지역사회기준에 의할 경우 배심원들이 지역에 따라 다른 기준을 적용할 것이고 웹 상의 표현자들은 현재로서는 특정한 주나 특정지역의 거주자가 당해 표현물에 접근하는 것을 막을 수 있는 기술이 없으므로 COPA의 지역사회기준은 웹 상의 모든 표현자들이 가장 도덕적으로 엄격한 지역의 기준을 따르게 할 것이고 이는 헌법상 보장된 표현의 자유에 대한 과도한 부담과 제약이 되는 것이라고 위헌의 이유를 판시한 바 있다.[64] 특히 해당 선례로

62) 통신품위법에 대한 위헌결정내용, 온라인아동보호법에 대한 지방법원, 연방항소법원의 판결내용은 여러지면을 통해 소개되었으나 온라인아동보호법의 연방대법원의 판결내용(Ashcroft v. ACLU, 535 U.S. 564)은 아직 충분히 소개된 지면이 없다. 특히 연방대법원은 '지역사회기준'의 광범위함에 대해서만 위헌여부를 검토하였지만 연방항소법원과는 달리 그 위헌성을 부인하고 사안을 다시 항소법원에 되돌려 보냈기에 인터넷 내용규제 법률과 표현의 자유의 영역에 있어 우리에게 중요한 참고가 될 수 있다. 따라서 이 글에서는 대법원의 판결내용에 대해서 자세히 다루도록 한다.

63) 후자는 정책 논거에 의해 법을 해석하자는 견해일 수 있지만 위에서 언급한 민주주의 재구축의 가능성이라는 측면에서 보면 민주주의 원리라는 실정법규 상위의 원리논거에 의해 법을 일체적으로 해석하자는 견해로 볼 수도 있다.

64) ACLU v. Reno, 217 F. 3d 162, 175쪽 (2000)

앞서 위헌판결을 받은 CDA를 들고 있는데 CDA판결에서 대법원은 "인터넷에 지역사회기준이 적용된다는 것은 지역을 뛰어넘어 국가적 규모로 접할 수 있는 통신행위라면 어떤 통신행위든지 그 내용에 의해 가장 많은 해를 입는 지역의 기준에 의해 판단된다는 것을 의미한다"[65]고 한 바 있고 항소법원은 연방대법원이 지적한 CDA에 있어 지역사회기준적용의 문제점이 COPA에 있어 아직 설득력있게 치유되지 않았다고 지적했다.[66]

그러나 COPA위헌여부 판단에서 연방대법원은 CDA가 지역사회기준을 사용한 것은 그 법규가 전례없이 광범위하고 모호한 점에 결부된 것일 뿐만 아니라 지역사회기준이 확립된 Miller v. California판결의 음란물 판단 3가지 기준[67]중 오직 두 번째 기준과 유사할 뿐 그 내용물을 호색적인 흥미를 위한 것에 한정시키지도 않았고 진지한 문학적, 예술적, 정치적, 과학적 가치를 결한 내용물일 것이라는 기준도 없었다고 하면서 이에 반해 COPA는 CDA만큼 광범위한 내용물에 적용되지 않을 뿐 아니라 '미성년자에게 유해한 표현물'을 정의함에 있어 Miller 판례의 음란물 정의와 유사한 방식을 사용하고 있고 COPA의 적용범위에 들기 위해서는 '미성년자와 관련하여 호색적인 흥미를 일으키도록 의도되거나 명백하게 혐오스런 방식으로 특정 성행위를 묘사해야 할 뿐 아니라', '미성년자에게 있어 진지한 문학적, 예술적, 정치적, 과학적 가치를 결해야 한다'고 규정하고 있기 때문에 CDA의 지역사회기준의 문제성이 COPA에 그대로 원용될 수 없다고 하였다. 특히 '진지한 가치'를 지닌 표현물의 배제가 중요한데 이는 '명백히 혐오스런', 혹은 '호색적인 취미에 영합하는' 등의 조항에 의한 '지역사회기준'의 적용이 가능하게 할지 모르는 표현물의 광범위한 제한을 법원이 '진지한 가치' 기준을 적용하여 일정하게 통제할 수 있게 해주기 때문이라고 한다.[68]

---

65) Reno v. ACLU, 521 U.S. 844, 877~878쪽 (1997)

66) ACLU v. Reno, 217 F. 3d 162, 174쪽 (2000)

67) miller판결의 기준은 첫째, 현재의 지역사회기준을 적용할 때 평균인이 그 표현물을 전체적으로 보아 호색적인 관심에 호소하는 것이라고 판단할 수 있을 것 둘째, 그 표현물이 주 법률이 구체적으로 규정한 성행위를 명백히 노골적인 방법으로 묘사하거나 서술하고 있을 것 셋째, 전체적으로 그 표현물이 중대한 문학적, 예술적, 정치적, 과학적 가치를 지니지 못 하였을 것이다. Miller v. California, 413 U.S.15, 24쪽, (1973)

68) 물론 이에 대한 스티븐스 대법관의 반대의견이 존재한다. 첫 번째는 '호색적인 취미' 조항이 실질적으로 COPA적용을 받는 내용물의 범주를 좁히지 못한다는 것이

즉, COPA의 '지역사회기준'은 이미 확립된 Miller 판례의 기준에 부합하게 적용하고 있기 때문에 CDA의 '지역사회기준'과는 같이 평가될 수 없다는 것이다.

다음으로 대법원은 CDA와는 달리 COPA가 '호색적인 취미', '진지한 가치' 조항에 의해 음란물의 범위를 충분히 좁혀 주기 때문에 국가적 범위의 수신자에게 표현을 하는 이들에게 다양한 지역사회기준을 준수하라고 하여도 수정헌법1조를 침해하지 않는다고 한다. 대법원은 이를 정당화하기 위해 Hamling v. United States(1974)판례를 원용한다.[69] 이 사안에서 대법원은 음란물을 배포하는 것을 금지하는 연방법[70]의 음란물 정의에 지역사회기준을 적용하는 것에 대한 위헌성을 검토하는데 대법원은 반대의견이 있었음에도, 해당 표현물의 배포자가 자신이 발송하려는 지역들의 다양한 지역사회기준을 고려하게 하는 것이 해당 연방 법규를 위헌으로 하지 않는다는 사실을 명시했다.[71] 물론 반대의견은 이는 표현물 배포자로 하여금 자기 물건이 돌아다니는 모든 곳을 고려해야 하는 것이 되어 자기 검열을 유발케 하고 이는 표현의 자유위반이라는 논지였다. 연방대법원은 또 다른 선례로 Hamling v. United States 사안을 재확인한 Sable v. FCC판례를 드는데 이 판례는 '지역사회기준'을 이용하여 전화 이용자가 상업적 목적으로 음란한 통화를 하는 것을 금지하는 법률의 합헌성을 확인했다.[72] 이 판례에서 소위 일부법률이 위헌임을 주장한 음란전화서비스운영자는 음란성 판단기준으로 '지역사회기준'을 적용한 해당 법률이 필연적으로 메시

다. 논란의 여지가 있는 누드 묘사같은 경우는 어느 정도는 미성년자들에게 에로틱한 것이 될 수 있다는 주장이다. 둘째, '진지한 가치' 조항도 진지한 가치를 지닌 모든 표현물을 보호하는 것이 아니라 **미성년자에게** 진지한 가치가 있는 것을 보호하는 것이기 때문에 규제되는 표현물의 범위를 좁혀주지 못한다는 것이다. 물론 이에 대한 다수의견의 반론도 존재한다. Ashcroft v. ACLU, 1711쪽

69) Ashcroft v. ACLU, 1711~1712쪽

70) 해당 법규가 음란물을 정의하고 있지는 않았지만 '호색적인 취미', '사회적 가치를 만회하지 못하는'등의 음란성 판단기준이 포함된 선례에 따라 Hamling측은 기소되었었다. Hamling v. United States, 418 U.S. 87, 99쪽, (1974)

71) Hamling v. United States, 418 U.S. 87, 106쪽, (1974)

72) 주의할 점은 대법원이 이 법률에 대해 전반적으로 합헌을 결정한 것은 아니고 최종적으로 위헌결정을 내렸으나 상업적인 음란한 통화에 '지역사회기준'을 적용한 것은 위헌사항이 아니라고 명시적으로 언급했다는 점이다. Sable Communication of Cal., Inc. v. FCC, 492 U.S. 115, (1989)

지 발신자가 가장 엄격한 지역의 기준에 맞춰 자신의 메시지를 재단하게 된다고 주장했으나[73] 대법원은 Hamling선례를 원용하여 "다른 지역에서는 음란하지 않을지라도 Miller기준을 적용하여 특정지역기준으로 그 지역에서 음란한 표현을 금지하는 것을 막을 헌법적 장벽은 없다"고 판시하였다.[74]

그런데 특기할 점은 연방대법원과 달리 연방항소법원은 Hamling판례와 Sable판례를 COPA사안과는 구별되는 판례로 결론지었다는 점이다. 그 이유는 "두 사안 모두 배포될 수 있는 특정지역의 기준으로 봤을 때 논란의 여지가 있는 표현물을 통제할 수 있는 능력을 배포자들이 가지고 있었음에 반하여 웹상의 표현자들은 전혀 그런 통제력을 소유하고 있지 못하다"는 것이다.[75]

이는 연방항소법원이 인터넷의 특성을 적절히 고려한 것이다. Hamling판례나 Sable판례의 표현 수단은 우편물, 전화였다. 우편물과 전화는 개인이 특정 표현을 할 때 발신지 혹은 통화자를 정할 수 밖에 없다. 그런데 인터넷은 발신지 혹은 통화자를 특정하게 정할 수 있는 매체가 아니다. 웹 상에 띄우면 지역을 떠나, 심지어 국가를 넘어 어디서 누가 표현물을 보게 될지 알 수가 없다. 따라서 인터넷에 '지역사회기준'을 적용하게 될 때 표현자는 웹상에 글 자체를 못 올리거나 미성년자에게 문제의 소지가 없는 사항만을 올리게 되는 극히 조심성을 가지게 될 수 밖에 없다. 따라서 연방항소법원은 Hamling판례와 Sable판례를 COPA사안과 구별지은 것이다. 물론 이에 대해 연방대법원은 반론을 편다. 철저히 선례와 문언에 충실한 해석이다. Hamling사안에서 특정지역으로의 배포를 제한할 수 있는 가능성은 전혀 고려되지도, 언급되지도 않았다는 것이다.[76] Sable 사안 역시 음란전화서비스운영자가 특정지역에서 걸려오는 전화를 선별할 수 있는 가능성 역시 논의되지 않았다. 특히 대법원은 Sable사안을 강조하는데 음란전화서비스운영자가 국가를 넘어 수천의 다른 지역사회에서 걸려오는

73) Sable Communication of Cal., Inc. v. FCC, 492 U.S. 115, 124쪽, (1989)
74) Sable Communication of Cal., Inc. v. FCC, 492 U.S. 115, 125~126쪽, (1989)
75) ACLU v. Reno, 217 F. 3d 162, 175~176쪽 (2000)
76) Hamling사안에서 역시 문제가 된 법률 하에서 피고는 우편물 발송인이 그의 우편물이 그가 의도한 수신지로 가는 경로를 통제할 능력이 분명히 결여되어 있었기에 음란한 우편물이 목적지로 가는 와중에 거치게 되는 특정지역에서 기소될 수 있었음을 대법원은 연방항소법원의 논거에 대한 반론으로 지적한다. Ashcroft v. ACLU, 1712쪽

전화에 대해 부담하게 되는 짐을 법원은 전혀 고려하지 않고 단지 회사 자체에 법률에 따라 지역사회기준을 따를 책임을 부담시켰다는 것이다.

이에 대해 반대논지를 편 스티븐스 대법관은 이러한 다수의견에 반박한다. Sable판결에서 법원이 국가적 미디어에 지역사회기준의 적용을 지지한 것은 음란전화서비스운영자가 특정지역과의 통화를 통제한다는 것이 불가능하지 않다는 사실이 전제되어 있었기 때문이라는 것이다.[77]

이에 대해 다수의견은 Sable사안의 결론은 결코 그러한 통제가능성에 의거한 것이 아니고 법원은 음란전화서비스운영회사가 그들의 표현물을 특정지역으로 보냈다는 이유 그 자체로 그 특정한 지역들의 기준을 따라야 한다는 사실을 판시한 것이라고 스스로의 의견을 재확인한다.[78] 또한 케네디 대법관과 스티븐스 대법관이 인터넷에 지역사회기준의 법리를 적용하는 것에 의문을 제기하지만 다수의견은 '미디어의 독특한 성격'이 '확립된 판례'를 근거로 하지 않고 다른 해석기준을 적용하는 것을 정당화하지 않는다고 하며[79] 다음과 같이 말한다. "표현자가 자신의 표현물이 자신이 원하는 지역기준에 의해서만 판단되고 싶다면 그 표현물이 그 지역으로만 보내어질 수 있는 매체를 이용하는 간단한 방법을 취하면 된다."[80]

그리고 COPA의 조항이 너무 광범위(overbroad)해서 국가적으로 많은 지역에서 허용되는 표현물을 연령 확인 등의 문제 때문에 게시하지 못하게 될 것이라는 주장에 대해서는 그와 같은 위헌성을 주장하려면 COPA가 실제로 그 때문에 표현의 자유를 제한하는지에 관한 구체적인 증거를 제시해야 하는데 전혀 그런 증거가 제시되고 있지 않다고 하면서 굳이 찾자면 스티븐스 대법관의 여

77) Ashcroft v. ACLU, 1725쪽

78) 대법원은 "Sable회사의 상대방들은 수많은 특정지역기준을 가진 수많은 지역들로 구성되었지만 Sable은 결국 음란한 내용물의 금지법규에 상응하는 부담을 져야 한다"(Sable Communication of Cal., Inc. v. FCC, 492 U.S. 115, 126쪽)는 판시사항을 강조하며 인터넷의 표현물 역시 예외일 수 없음을 주장한다. Ashcroft v. ACLU, 1713쪽

79) 특히 대법원의 다음과 같은 판시사항은 그들의 주장에 있어 핵심적이다. "표현자가 아방가르드 문화가 규범인 지역에만 스스로의 표현물을 보내고 싶어한다고 할지라도 그것이 지역사회기준에 반하는 지역에 전파된다면 그것은 표현자의 책임이다." Ashcroft v. ACLU, 1713쪽

80) Ashcroft v. ACLU, 1713쪽

러 추정적 예화(anecdotes)들이 있지만 그런 예화들을 직접 본 사안에 입증의 증거로 채택하기에는 의문의 여지가 있으며 연방법을 위헌선언하기에는 충분치 않다고 언급한다.[81] 즉, 위헌소송을 제기한 측은 추정(speculation)에 의한 주장이 아닌 실질적(substancial) 증거를 제시해야 한다는 것이다.[82]

위와 같은 일련의 논거를 제시하면서 대법원은 "미성년자에게 해로운 자료"를 판단하는데 사용되는 지역사회기준이 **그 자체로는** 온라인아동보호법이 위헌일 정도로 광범위하다고 판단할 수 없다고 결론을 내린다.[83] 그러나 대법원은 COPA가 대법원 심사의 사유가 된 항소법원의 '지역사회 기준의 위헌성' 외 그 외의 이유 즉, '조항 자체가 너무 모호한지(vague)' 혹은 'COPA가 엄격심사를 통과할 수 없을 것이라고 판단한 지방법원의 판단이 옳은지'는 어떤 의견도 내놓지 않는다고 명시적으로 표명하면서 이는 항소법원이 대법원에 앞서 판단해야 할 문제라고 그 이유를 밝혔다. 그리고 지방법원이 발한 '예비적 금지명령'은 지방법원이나 항소법원이 다른 조치를 취하기 전까지는 유효하고 법원의 심급 상 항소법원이 그 문제를 먼저 다루어야 하기 때문에 대법원은 그에 앞서 이 문제를 검토할 수 없다고 밝혔다. 그리고 대법원은 '예비적 금지명령'을 파기하도록 청구받지도 않았다는 점을 지적했다.[84] 즉, **대법원은 COPA에 대해 전면적 합헌을 선언한 것은 아니다.** 그러나 인터넷 표현물 규제에 있어 CDA를 거쳐 COPA에 대한 연방항소법원의 판결에 이르기까지 계속된 위헌결정에 연방대법원이 한정된 부분이나마 합헌을 선언했다는 점에서 인터넷 표현물 규제 지지자들에게는 의미있는 결정이라고 하겠다.

⑤ COPA 대법원 판결에 대한 비판적 검토

선례에 입각하여 판결을 하는 것은 중요하다. 그러나 선례 자체가 문제가 되는 사안과 똑같지 않은 상황에서는 어느 정도 선례에 적합하게 해석할 것인가에 대한 판단이 요구된다. 상당한 정도 선례와 적합하다면 재판부는 판결 방법에 있어 두 가지 중 하나를 택할 수 있다. 하나는 더욱더 선례에 정확히 틀어

81) Ashcroft v. ACLU, 1714쪽
82) Ashcroft v. ACLU, 1714쪽
83) 대법원은 고등법원의 결정을 파기, 환송했다.(Ashcroft v. ACLU, 1715쪽)
84) Ashcroft v. ACLU, 1714쪽~1715쪽

맞추는 것이고 다른 하나는 재판부가 생각하기에 실체적으로 타당하여 그 사회의 헌법적·정치공동체적 원리를 더 잘 증진시켜준다고 생각되는 해석을 찾는 것이다.[85]

연방대법원은 본 사안에서 전자를 택한 듯 보이고 대법원과 다른 결론을 내린 항소법원은 선례에의 적합성 비중을 대법원보다는 낮게 평가한 듯 보인다. 그런데 대법원은 CDA판결 시부터 어느 정도 고려되었던 인터넷의 매체적 특성과 그 민주주의 보충적 성격을 충분히 고려하지 않은 듯 하다. 필자는 이 글의 앞부분에서 밝혔듯이 인터넷에 있어서의 표현의 문제를 고려할 때 민주주의의 역사적 전개와 현 시대 민주주의 위기의 문제, 그리고 (현재 많은 부작용도 있지만) 민주주의 원리 실현에 대한 인터넷 공간이 상당한 정도 기여하고 있는 그 보충적 역할이 고려되어야 한다고 본다. 혹자는 민주주의 원리 내부에 정착되어 있는 법적 구현기제와 인터넷이라는 단순한 매체와는 분명한 구분이 이루어져야 하므로 판결 시에 이러한 부분에 대한 고려는 부분적일 수 밖에 없다고 강조할는지 모른다. 그러나 민주주의 원리 자체의 위기가 심화되어갈 때 법적 실현기제라고 하는 것도 상당한 난관에 봉착하게 될 수 밖에 없음을 고려하면 민주주의 원리에 대한 인터넷공간의 보충적 기능을 법이 경원시할 수만은 없다고 본다. 오히려 원리의 관점에서 긍정적 기능은 충분히 포용하는 것이 타당하다고 생각한다. 따라서 COPA 판결 시 대법원은 위의 다수의견논지에서 보았듯이 선례에의 과도한 적합성만을 강조하기보다 선례에 어느 정도 부합했을 때 위에서 언급한 '인터넷에서의 표현'이라고 하는 것이 보충할 수 있는 법규 상위의 원리적 견지를 선례와 일체적으로 고려했어야한다고 본다.

혹자는 본 사안이 '청소년에게 유해한 표현물'의 문제이므로 민주주의 원리와는 관련이 없다고 생각할는지 모른다. 그러나 첫째 위의 판례는 표제적으로 향후 인터넷공간의 표현의 자유 문제를 다룬 사안이 될 것이고 대법원이 Hamling 판례와 Sable판례를 선례로서 철저히 적용하려 했던 것처럼 이는 향후 인터넷 공간의 표현물 규제에 상당한 영향을 미칠 것이라는 점이다. 둘째 현대사회에서 표현물의 가치를 정치적인 것/비정치적인 무가치한 것으로 확연히 구분할 수 없다는 점이다. 오히려 비정치적으로 무가치해 보이는 표현물이라도 사회의 지

85) Ronald Dwokin, "Natural law revisited", University of Florida Law Review, vol.34(1982), 165ff 참조

배적 문화담론 더 나아가 사회구조적인 면까지 변동시킬 수 있는 잠재적인 힘을 가지고 있음을 인지해야 할 것이다. 현대 사회 정치이론분야와 아울러 문화이론분야에 대한 연구가 활성화되고 있음은 이러한 점에 대한 철학적·사회학적 인식이 심화된 결과들인 것이다. 따라서 본 사안에서 민주주의 원리의 적용이 필요하지 않다고 생각하는 주장은 사회·문화적 작동기제와 변동원리를 간과하고 있다는 생각이다. 따라서 미국연방대법원은 선례와 원리를 일체적으로 고려하고 항소법원 판단의 연장선에서 본 사안을 충분히 고민했어야 하며 그랬다면 설령 동일한 위헌결정을 했더라도 그 판결논거는 지금과 상당부분 차이가 있었을 것이라고 생각한다. 물론 이는 상당부분 미국과 같은 판례법 국가에 더 적합한 주장이고 우리의 경우와 같이 해당 법률 혹은 헌법 조문의 정확한 해석이 훨씬 중요시되는 법체계에서는 조금은 다른 논의가 이루어져야 함은 부인할 수 없겠다. 하지만 우리 법체계의 경우에도 소위 판결하기 어려운 사안이 상당히 존재함을 고려할 때 위 COPA사안과 그 결정에 대한 평가가 우리와 무관한 사실만은 아닐 것이다.

5. 결어-민주주의 원리의 현실적 기능회복의 모색

앞에서 살펴본 미국 표현의 자유를 둘러싼 각개 법률의 위헌 판결과정은 우리에게 다음과 같은 시사점을 안겨준다.

첫째, 인터넷 표현의 규제에 있어서 그 심사모델 선택 시 표현의 규제를 광범위하게 가능하게 하는 다른 심사모델보다 엄격심사모델을 적용하는 것이 타당하다. 그리고 이것이 우리가 이 글의 전반부에 언급한 민주주의 재구축의 보충적 가능성의 장으로서의 인터넷의 성격에 적합한 심사모델이라고 본다.

우리 식으로 표현한다면 과잉금지의 원칙에 있어 강화된 비례성의 요건이 적용되야 함을 의미한다고 할 수 있겠다.

둘째, 인터넷 규제 법률에 한정된 문제는 아니지만 인터넷 표현의 규제에 있어서는 매체의 특성상 더욱더 명확성의 원칙이 고려되어야 한다. 자의적 심사가능성의 여부는 표현의 자유의 사상적 배경 상 철저히 배제되어야 하기 때문이다.

셋째, COPA에 있어 연방항소법원과 연방대법원의 판결의 상이에서 드러나듯

인터넷이라는 매체의 규제에 있어 우리는 철저히 선례와 문언에 따른 해석을 따를 것인가 민주주의의 가능성에 대한 보충적 역할이라는 법규 상위의 원리적 견지를 고려한 해석, 혹은 매체의 특성과 사회적 효용성을 충분히 고려한 해석을 할 것인가라는 선택의 문제에 봉착하게 된다. 이 경우 선례, 문언 이외에 사회적 상황, 매체적 특성, 법규 상위 원리의 실현 가능성의 여부가 충분히 고려되어야 하고 최소한 도외시되어서는 안 된다는 것이 필자의 생각이다. 특히 위의 판례들을 통해 표현의 자유에 있어 인터넷 매체의 특성이 충분히 드러났고 향후 관련 문제가 드러났을 때 위 판시들에서 언급된 특성들이 유용하게 이용될 수 있을 것이라는 점은 우리에게 외국의 판례이지만 중요한 자산으로 남을 것이다.

네 번째 결론을 대신하여 필자는 통신품위법 판결 시 항소법원의 달젤 판사의 견해를 인용하고 싶다. 달젤 판사는 인터넷이 원하는 모든 사람들에게 자신이 원하는 표현들의 다양한 주제에 대해서 참여, 토론하게 해준다고 지적했다. 또한 인터넷을 통해 시민들은 자신들과 관련한 문제를 전 세계 사람들과 함께 토론할 수단을 갖게 되어 진정한 의미의 표현의 자유가 실현될 수 있게 되었다고 하였다.[86] 한편 인터넷이 통신품위법과 같은 방식으로 규제된다면 인터넷의 가장 큰 장점인 다양성을 파괴하고 정보유통 비용을 높여 결국 지금의 신문과 방송처럼 자본가들이 언론매체를 독점하는 현상이 반복될 것이라고 한다. 우리는 인터넷의 여러 가지 폐해에도 불구하고 달젤 판사가 지적하는 이 점을 놓쳐서는 안 될 것이다. 이는 **민주주의의 원리 그 자체와 관련된 문제**이기 때문이다.

자유주의적인 입장에서 바라보는 민주주의는 사회의 다원성와 각 개인의 가치에 대한 상호 대등성 그리고 이러한 다양한 입장들의 사회 내에서의 편중되지 않은 상호의견개진과 원활한 의견 공유의 가능성, 개인의 자율적 의사선택가능성에 기초한다. 이러한 기본적인 요소의 가능성에 대한 '가정적' 인정 하에 제반 선거제와 대의제, 정당제의 제도적 토대들이 성립·운영된다. 이에 반해 자유주의가 아닌 다른 형태의 민주주의론을 주장하는 이들은 자유주의적 민주주의의 위와 같은 암묵적 가정에 대해 비판적 태도를 취한다. 권력화된 사회에서

86) ACLU v. Reno, 929 F. Supp. 824 (E.D. Pa. 1996) 877쪽

는 사회의 자율적인 의사소통이라는 환상과는 달리 사회의 구성원들의 의식 전에 이미 정보들의 배제와 선택이 이루어지고 있으며 사회에 내놓아진 편중된 정보와 의견들마저 불평등하게 취급된다는 것이다. 혹은 사회 공동체에 이미 선재화되어 있는 입장과 가치들에 의해 사회화된 혹은 사회적·역사적으로 시대가 규정지은 가치들에 자율성이 상당히 제한당할 수 밖에 없는 개인들에게 자유주의가 상정하는 자율적 의사결정이라는 것은 허구적 환상일 수 밖에 없다는 것이다. 즉, 개인은 이미 '구조화'된 개인이라는 것이다.

이러한 비판 속에서 자유주의적 민주주의를 내세우는 현대헌법국가가 관심을 가져야만 하는 최대의 문제 중의 하나는 사회 속에서 가능한 한 편중되지 않은 정보들과 표현들이 유통되고 평등하게 논의될 수 있도록 최대한의 노력을 경주하는 것이다. 이는 국가의 정책적 문제임과 동시에 입법과 사법에 있어서 법률가들의 이에 대한 철저한 인식이 뒷받침되야 하는 문제이기도 하다. 특히 이는 기본권의 문제로 파악했을 때 표현의 자유와 가장 밀접한 관계를 가지게 된다. 법의 해석이라는 것은 입법 당시의 의도나 선례와 문언에 입각한 해석에 한정될 수 없다. 표현의 자유 등 국민의 기본권과 참다운 민주주의 원리의 실현을 위해서는 해당법규, 상위법령에 저촉되지 않는 범위 내에서 가장 기본적인 우리 사회의 근본원리를 고려한 법률해석·적용이 이루어져야할 것이다.

그런 각도에서 우리가 살펴본 근대민주주의의 역사적 전개와 인터넷 공간의 출현 그리고 인터넷 표현의 자유를 둘러싼 법리논쟁은 향후 우리에게 민주국가의 기본원리와 관련된 법률문제에 있어 훌륭한 시사점을 줄 수 있을 것이라고 생각한다.

<Abstract>

Internet Space, Democracy and the Regulation of Free speech

- concentrated on decisions of CDA and COPA from U.S. Supreme Court -

Kye-Il Lee
Master's Degree Course
Graduate School
Yonsei University

In this article, I treat with the problem of free speech in the internet space. Especially to examine how we approach the problem of conflict between the duty of child protection and the right of free speech in the internet space and to know what the internet space means in relation with the principle of democracy I analyze the history of democracy using the concept of Habermas' 'public sphere' and I inquire the possibility of reconstruction of democracy in the 'internet public sphere'.

And to apply the potential power of internet space to interpret law, I analyze the adjudicative processes and decisions of Communication Decency Act(CDA) and Child Online Protection Act(COPA).

In the analysis of CDA's decision, it is argued we must use the strict scrutiny test and pay serious attention to the principle of clarity and characteristics of internet medium when we regulate the free speech of internet. In the analysis of COPA's decision, it is argued we need to interpret law with integration considering fully the principle of democracy which is the basic right in the constitution.

In the last, the critisisms of liberal democracy are reflected. And to meet these criticisms it is maintained that prior arguments must be considered in

the process of law's planning and adjudication

주제어 : 민주주의 원리, 인터넷 공공영역, 통신품위법, 아동온라인보호법, 엄격 심사, 명확성