인터넷상 음란물 규제의 법률적 기준에 관한 소고

진광명*

요 약

일반적인 음란성 표현에 대한 규제 법리와 인터넷상에서 나타나고 있는 성적 표현물에 대한 음란성의 한계를 어디까지로 정할 것인가에 관하여 여러 관련 법제를 통하여 살펴보기로 한다. 그리고 이미 이러한 문제에 관하여 논의를 거친 미국의 경우를 통신품위법과 연방법원 판례를 통하여 함께 고찰해 본다. 또한 이를 통해 우리의 현실에 있어 보다 합리적인 규제의 기준 및 방안을 검토해 보기로 한다. 현재 우리나라에서는 인터넷상 음란물에 관한 규제에 관해서 형법, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률, 전기통신사업법, 청소년보호법, 청소년성보호등에관한법률, 윤리행위방지법 등을 이용하여 규제할 수 있다. 그러나 이들 법령의 계속되는 개정에도 불구하고 아직까지 그 규제기준이 명확하지 않아 헌법상 기본권 침해 문제도 야기될 수 있다. 특히 폭증하는 인터넷상의 음란물을 효과적으로 규제하고 이들로부터 청소년을 보다 안전하게 보호하기 위해서는 인터넷상의 음란물 규제를 위한 통합법의 제정도 고려해야 할 것이다.

A Study on the Standards for Regulating Obscenity on the Internet

Kwangmyoung Jin*

ABSTRACT

Korea also has tried to regulate the obscenity which is floating on the Internet in order to protect mainly minors. There are many statutes enacted to prohibit circulating pornographies to minors. However, there were minors who independently disseminate the pornographies to other minors. In the end, I can tell that existing statutes have not at least effectively regulate the obscenity on the Internet. Therefore, this article examines a possible limit of pornography on the Internet for the protection of minors, reviewing the CDA and the U.S. Courts' decisions. This article also examines the existing statutes' standard for regulating obscenity on the Internet in Korea. In addition, the article also tries to make a proposal to Korean legal systems that govern the obscenity on the internet.

Key words : Obscenity, Pornographies, Statutes, Cyber, Internet

접수일(2014년 5월 4일), 수정일(1차: 2014년 5월 15일), 게재확정일(2014년 5월 16일)

* 중부대학교 경찰행정학과 부교수

Ⅰ. 서 론

이미 지난 2001년 경제협력개발기구와 국제전기통신연합은 우리나라를 초고속 인터넷 보급률 세계 1위로 인정하고, 우리나라 인터넷 이용자의 한 달 평균 이용시간은 19시간 20분으로 세계 최고를 기록한 바 있다.[1)]

이러한 와중에 중학생의 절반 이상이 주 1회 이상 인터넷을 통해 음란물을 접속하고 있으며,[2)] 인터넷을 통한 성폭력은 매년 급증하고 있다.[3)] 이러한 음란정보는 그 유통형태 및 방법도 매우 다양하여, 음란 게시글이나 음란소설 등 문자의 형태나 사진, 그림, 만화, 애플릿 등 영상은 물론 음란동영상, 음란게임, 음란채팅, 음란사이트 배너광고, 음란물 판매광고 등이 인터넷을 통하여 급속히 전파되고 있다. 이미 주지하는 바와 같이 이러한 음란정보는 성인뿐만 아니라 10세 안팎의 어린이는 물론 청소년에게도 무분별하게 유통되고 있는 실정이다. 결국 인터넷을 통한 음란물의 무제한 접속 가능성은 우리 청소년들로 하여금 음란물에 대한 개념은 물론 그 유해성에 대해서 생각해 볼 겨를도 없이 음란물의 홍수에 빠져들게 하였다. 사실 음란물에 대한 규제는 오래 전부터 계속되어 왔으며, 음란물을 규제하는 근거는 주로 음란한 표현물이 선량한 풍속을 해친 다거나 그 사회의 도덕성을 훼손한다는 이유에서였다.

우리나라 형법은 제243조와 제244조에서 이러한 "음란성"과 관련한 규정을 두고 이를 규제하고 있다. 즉 형법 제243조는 "음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다"고 규정하고, 동법 제244조는 "제243조의 행위에 공할 목적으로 음란한 물건을 제조, 소지, 수입 또는 수출한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다"고 규정하여 음란물에 대한 규제를 하고 있다. 그러나 이상의 형법조문을 살펴보면 그 범죄행위의 객체는 "음란한 물건"이고, 따라서 음란물의 유체성을 전제로 하기 때문에 인터넷상의 전자적 음란물에 대하여는 직접적으로 적용하지 못한다.[4)] 특히 성도덕 내지 성풍속은 더 이상 형법상의 보호가치가 아니기 때문에 이를 형법으로만 해결할 수는 없다는 목소리도 형법학자들 사이에서는 이견이 없다고 한다.[5)] 다만 "음란"의 개념을 확정함에 있어 판단준거로 작용할 수는 있다. 따라서 "음란한"의 의미가 무엇이냐 하는 것이 이 조문을 이해하는 가장 중요한 요소가 되고 있다. 그러나 여기서 우리가 조금만 더 심각하게 이 문제를 생각하게 되면 이러한 "음란성"의 문제는 단지 형법상의 문제만이 아니고 바로 헌법상의 개념임을 또한 인식할 수 있다. 즉 "음란성"을 "표현"한다는 것은 바로 헌법상 중요한 기본권인 표현의 자유와 밀접한 관련이 있음을 알 수 있는 것이다. 따라서 종래 "음란성"의 판단기준을 중심으로 "음란성"의 개념을 어떻게 정립할 것인가에 대해서 헌법상 보장된 표현의 자유와 관련하여 많은 연구가 있었으며, 이러한 헌법상 표현의 자유를 들어 인터넷상에서의 음란성 표현의 정당성을 주장하는 목소리도 상대적으로 높은 것이 현실이다. 그러나 이러한 정보통신망을 이용한 음란물의 규제는 헌법상 기본권 및 형법상 음란물에 관한 규제기준 이외에 소위 인터넷 등 사이버 공간상의 IT 관련 법제를 통하여 규제하는 것이 보다 현실적인 규제효과를 나타낼 수 있을 것으로 본다.

따라서 여기서는 우리나라에서 이루어지고 있는 일반적인 음란성 표현[6)]에 대한 규제 법리와 인터넷상에서 나타나고 있는 성적 표현물에 대한 음란성의 한계를 어디까지로 정할 것인가, 즉 인터넷을 통한 음란성 표현의 법률적 제한기준에 대하여 헌법 및 형법과 기타 관련 법제를 통하여 살펴보고, 이미 이러한 문제에 관하여 논의를 거친 미국의 경우를 1996년 통신품위법과 연방법원 판례를 통하여 함께 고찰해

1) 정진홍, 기고: "넷덤(Netdom)"을 꿈꾸며, 조선일보(2001,10.15)
2) 임종인, 중학생의 인터넷 음란물 접속과 성의식의 관계, 석사학위논문(한국교원대, 2003) 참조.
3) 서울 연합뉴스 이정내 기자, 인터넷 성폭력 명예훼손 급증, 조선일보(2003. 5.7) 참고.
4) 대판 1999.2.24. 98도3140.
5) 박미숙, 음란물의 위기에서 본 형법적 규제와 기본방향, 형사정책 제14권 제1호(한국형사정책학회, 2002), 263면; 김영환, 이경재, 음란물의 법적 규제 및 대책에 관한 연구, 한국형사정책연구원(1992), 65~66면.
6) 본 글에서는 대부분 인터넷상의 "음란성 표현"을 인터넷상의 "음란물"과 같은 의미로 사용한다.

보며, 아울러 이를 통해 우리의 현실에 있어 보다 합리적인 규제의 기준 및 방안을 검토해 보기로 한다.

Ⅱ. 한국법상 규제기준

1. 각종 법률

인터넷상의 음란성 표현에 대하여 규제하는 구체적인 법규로는 형법, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률, 전기통신사업법, 청소년보호법, 청소년성보호등에관한법률, 윤리행위방지법 등이 있는데, 여기에서는 그 규제에 관한 이론적 기초가 되는 법규를 중점적으로 고찰하기로 한다.

2. 헌법

대한민국 헌법은 제21조에서 언론·출판의 자유를 보장하고 있으며, 특히 제22조에서는 학문과 예술의 자유를 보장하고 있다. 그러나 헌법은 이러한 국민의 언론·출판의 자유 및 학문과 예술의 자유를 포함한 모든 기본권은 국가의 안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다고 규정하고 있으므로(헌법 제37조 제2항) 성 표현물은 국가의 안전 또는 사회질서를 문란하게 하거나 공공복리의 침해를 이유로 규제할 수 있는 근거가 마련되어 있다. 이러한 헌법적 근거에 바탕을 두고 우리나라에서는 각종법규를 통해 성표현물을 규제하고 있는데, 공중도덕이나 사회질서, 즉 사회의 도덕성을 침해하는 성 표현물은 소위 음란물로 대표되고 있다.

3. 형법

형법은 '성풍속에 관한 죄'라는 제목 아래에 음란물이 사회도덕 및 윤리성을 침해하였을 경우에 이를 처벌하는 규정을 두고 있다. 이 중에서도 특히 제243조는 "음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 대여하거나 공연히 전시 또는 상영"하는 행위를 그리고 제244조는 "그러한 행위에 공할 목적으로 음란한 물건을 제조, 소지, 수입 또는 수출하는" 행위를 처벌한다고 규정하고 있다. 결국, 일단 음란물로 판단되는 이상 그것을 표현하는 매체가 인쇄매체, 방송매체, 인터넷 매체를 불문하고 그 생산과 유통이 전면적으로 금지되고 있다.

4. 전파법

위의 형법규정과는 별도로 음란한 표현물이 특히 전파나 방송을 통해 반포되는 것을 방지하기 위해서 따로 개별법규에서 이를 규제하여 위반 시 형사적인 처벌을 받도록 하고 있다. 즉, 우리 전파법 제85조는 "무선설비 또는 통신설비에 의하여 음란한 통신을 발한 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다"고 규정하고 있다.

5. 인쇄매체관련법

음란물은 그 자체가 공중도덕이나 사회도덕을 침해하는 것으로 간주되고 있는데 인쇄매체에 대한 음란물 통제규정을 보면 쉽게 이해할 수 있다. 즉, 음란한 내용의 정기간행물을 발행하거나(정기간행물등의 등록에관한법률 제12조 제2항), 음란한 내용을 노골적으로 묘사하여 사회의 건전한 성도덕을 뚜렷이 해치는 간행물의 출판 및 인쇄는(출판인쇄진흥법 제19조의 1항, 동법시행령 제9조) 모두가 공중도덕이나 사회윤리 및 건전한 성 윤리를 침해한 것으로 간주하고 있다. 결국 당해 간행물 등이 음란한 것으로 인정되기만 하면 그것이 진실로 공중도덕이나 사회질서 및 사회성윤리를 침해했는지의 여부는 그리 중요하게 다루어지고 있지 않다. 다만 정기간행물 등록 등에 관한 법률 제12조 2항의 문언상 "현저하게" 사회윤리를 침해한 때라고 하여 그 침해한 정도가 현저함에 미치지 못한 때에는 법률상 규제를 할 수 없다고 보아야 하겠으나 현저한 정도를 판단함에 있어 그 구체적인 기준이 우선 정립되어야 할 것이다.

6. 기타 행정법

행정기관에 의한 통제도 다양하게 이루어지고 있다. 문화체육관광부장관은 음란한 내용의 정기간행물을 발행한 자에게는 6월 이하의 발행정지 및 법원에 정기간행물의 등록취소의 심판을 청구 할 수 있고(정

기간행물등록에관한법률 제12조 제2항), 음란한 간행물을 출판한 자에 대해서 그 배포를 중지할 수 있다(출판인쇄진흥법 제19조의 1항, 동법시행령 제9조). 미래창조과학부장관은 건전한 사회질서를 해하거나 우편물의 안전한 송달을 해치는 물건(음란물등)은 이를 고시하고 그러한 우편금제품에 대해서는 우편역무의 제공을 거절하거나 제한할 수 있다(우편법 제17조). 옥외광고물의 경우에도 음란한 내용으로 미풍양속을 해할 우려가 있는 경우 시·도지사는 당해 광고물을 표시하거나 설치한 자, 그 광고물 등을 관리하는 자, 광고주, 또는 옥외광고업자에 대하여 그 광고물 등을 제거 기타 필요한 조치를 명하고, 그러한 광고물 등의 허가를 취소할 수 있다(옥외광고물등관리법 제5조 제2항 제2호; 제10조, 제1항; 제13조, 제2호). 방송에 대해서는 최근 그 관계법령을 제정하고,[7] 방송위원회로 하여금 심의규정을 마련하여 운용하도록 하였으며,[8] 특히 방송사업자는 아동과 청소년을 보호하기 위하여 방송프로그램의 폭력성 및 음란성 등의 유해정도, 시청자의 연령 등을 감안하여 방송프로그램의 등급을 분류하고 이를 방송 중에 표시하도록 하였다(방송법 제33조 제3항).

6. 인터넷 관련법

청소년들에게 파급효과가 가장 큰 인터넷 등과 관련하여 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률은 정보통신망을 통하여 '음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공연히 전시한 자'는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처할 수 있도록 규제하고 있다(제65조 제1항 제2호). 이는 구 전기통신기본법 제48조의 2를 삭제하고 신설한 규정이다. 또한 전기통신을 이용하여 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공연히 전시하는 내용의 불법통신은 전기통신사업자로 하여금 그 취급을 거부·정지 또는 제한을 명할 수 있으며, 이러한 명령을 위반하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처해진다(전기통신사업법 제53조 제2항, 제71조). 이는 과거 소위 "공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용"의 불온통신[9] 개념의 추상적이고 애매한 개념을 보다 명확하고 단순하게 "음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상"이라고 함으로써 그것이 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 지의 여부를 묻지 않고 그저 음란성만을 충족하면 제한기준이 인정되는 보다 구체적인 기준을 마련한데 의의가 있다고 본다. 결국 인터넷 등과 같은 정보통신망을 이용한 성 표현물은 그것이 음란한 표현물이라면 그 자체로서 규제의 대상이 되는 것으로 이해할 수 있다고 전제한다.[10]

7. 판례

우리나라에 있어서 음란성 표현의 제한기준의 최초 판결이 바로 '마야판결'[11]이라고 할 수 있다. 이는 고야의 명화 '나체의 마야'를 인쇄하여 판매한 것이 음화제조·판매에 해당한다고 하여 기소된 사건으로서 대법원은 예술·문학·교육 등 공공의 목적이 아닌 '영리의 목적'이 음란성 판단에 있어서 중요한 기준이 된다고 하였다. 그 후, 소위 '즐거운 사라판결'[12]에서 대법원은 음란성에 대한 판단에 있어 "문서의 음란성의 판단에 있어서는 당해 문서의 성에 관한 노골적이고 상세한 묘사 서술의 정도와 그 수법 묘사 서술이 문서 전체에서 차지하는 비중, 문서에 표현된 사상 등과 묘사 서술과의 관련성, 문서의 구성이나 전개 또는 예술성, 사상성 등에 의한 성적 자극의 완화의 정도, 이들의 관점으로부터 당해 문서를 전체로서 보았을 때 주로 독자의 호색적 흥미를 돋우는 것으로 인정되느냐의 여부 등의 여러 점을 검토하는 것이 필요하고, 이들의 사정을 종합하여 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 그것이 공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한 보통인의 정상적인 성적 수치심을

7) 정부는 "방송법"을 지난 2000년 1월 12일, 법률 제6139호로 제정하여 시행하고 있다. 특히 방송법 제5조는 '방송의 공적책임'을 규정하고 있으며, 특히 동조 제5항에서 "방송은 건전한 가정생활과 아동 및 청소년의 선도에 나쁜 영향을 끼치는 음란·퇴폐 또는 폭력을 조장하여서는 아니 된다"고 규정하고 있다.

8) 방송위원회의 심의규정에 포함되어야 하는 사항은 방송법 제33조 2항 참조.

9) 구 전기통신사업법 시행령 제16조 3호에서는 선량한 풍속 기타 사회질서를 해하는 내용의 전기통신 불온통신이라고 정의한 바 있다.

10) Rule 10b5-1(c)(1)(ⅱ), 17 C.F.R.§240.10 b5-1(c)(1)(ⅱ).

11) 대판 1970.10.30. 70도1879.

12) 대판 1987.12.22. 87도2331.

해하고, 선량한 성적 도의관념에 반하는 것이라고 할 수 있는가의 여부에 따라 결정되어야 한다"고 하였다. 한편, 사이버공간에서의 성표현물에 대한 대표적인 판결은 소위 "이승희누드사진판결"[13]이 있다. 이는 삭제된 전기통신기본법 제48조의2를 적용한 판결로서, 이는 인터넷에 누드모델 이승희씨의 누드사진을 게재한 혐의로 불구속 기소된 노모씨에게 전기통신기본법 위반죄를 적용한 것으로 음란성은 인정하였으나, "컴퓨터 영상에 대해서는 음란한 문서, 도서, 필름 등을 음란물로 규정하고 있는 형법으로 처벌할 수 없고, 대신 음향이나 영상물까지 포함해 처벌토록 한 전기통신기본법을 적용할 수 있다"고 판결한 것이다.

Ⅲ. 미국법상 규제기준

1. 통신품위법 (Communications Decency Act of 1996)

1990년대 이후 세계적으로 인터넷 사용자가 폭증하였으며, 그 주요 이용 대상자인 청소년들의 새로운 문화의 장으로 자리매김 하였음은 물론 교육의 매체로도 그 역할을 충분히 수행하고 있다. 그러나 인터넷이 청소년을 위한 문화, 교육, 오락 등의 분야에서 많은 기여를 하고 있는 것은 사실이지만 외설, 협박, 프라이버시 침해, 또는 자살을 유도하는 등 남용되는 경우가 많다. 이러한 인터넷의 부작용 중에서도 특히 포르노업자 등이 인터넷을 통하여 음란한 사진이나 동영상을 유통시키고, 감수성이 예민하고 호기심이 많은 청소년들이 인터넷을 통하여 음란한 표현물들을 아무런 여과 없이 접하게 되는 것은 청소년들의 정서는 물론 사회적으로도 많은 폐해가 된다는 우려가 끊임없이 지적되었다. 이러한 우려로 인해 미국에서는 인터넷상에서 음란한 표현물들이 18세 이하의 청소년들에게 아무런 여과 없이 전달되는 것을 막기 위해서 지난 1996년 통신품위법(Communications Decency Act of 1996)이 제정되어, 소위 저속하거나, 음란한 표현물, 즉 포르노와 같은 음란물을 고의로 청소년에게 전달하는 행위를 금지하고 있으며,[14] 고의로 명백히 모욕적인 내용의 표현물을 청소년에게 전송하거나 전시하는 행위 또한 규제하고 있다.[15] 통신품위법을 위반하는 사람들은 최고 2년 이하의 징역과 25만 달러의 벌금형이 부과된다. 그러나 인터넷상에 포르노물과 같은 음란물을 게시하는 경우라도 청소년들이 이러한 음란물에 접근하는 것을 방지하는 적절하고 효과적인 방법을 사용하거나, 신용카드번호나 은행거래번호, 그리고 성인전용 비밀번호 등을 사용하여 청소년들로 하여금 접근하지 못하도록 적절한 조치를 취하는 경우에는 그 처벌을 면할 수 있다.[16]

통신품위법은 호기심 많은 청소년들이 인터넷을 통하여 포르노와 같은 음란물을 쉽게 접근하고 있는 현실을 우려한 많은 미국인들의 우려 속에서 탄생하게 되었으나, 통신품위법이 제정된 직후부터 많은 시민인권단체와 온라인 발행인들에 의해서 통신품위법에 대한 위헌성을 문제 삼은 소송이 끊이지 않고 제기되었다. 즉 1996년 당시 빌 클린턴 대통령이 통신품위법에 서명한 직후 미국시민자유연합(American Library Association)을 비롯한 27개 단체가 통신품위법의 위헌성을 문제 삼아 소를 제기하기에 이르렀다.[17]이 중에서 특히 1997년 7월, 미국 대법원에 의한 르노(Reno)[18] 사건은 통신품위법이 수정헌법 제1조의 정신, 즉 국민의 표현의 자유를 침해하는 법률을 제정하는 것을 위헌으로 규정하고 그러한 법규제정을 엄격하게 금지하는 정신에 위반한다고 결정한 최초의 판례로써 그 의의가 매우 크다.[19] 르노(Reno) 사건에 있어서 대법원은 헌법상 보장된 표현의 자유를 보호한다는 확고한 취지아래 통신품위법의 위헌성을 결정하였다. 그러나 이러한 대법원의 결정에도 불구하고 인터넷의 사용과 관련해 사회 일각에서는 아직도 통신품위법과 같은 법률이 인터넷의 사용을 제한하고 있음을 지적하면서 다음과 같이 인터넷의 효용성을 강조한 바 있다. 즉, 정부가 음란한 표현물로

13) 서울지법 1998.9.29. 98고단206.

14) 47 U.S.C. §223(a) (Supp.1997) 참조.
15) 47 U.S.C. §223(a) (Supp.1997) 참조.
16) 47 U.S.C. §§223(e)(5)(A) and (B) (Supp. 1997) 참조.
17) Reno v. American Civil Liberties Union, 521 U.S. 844, 177 S. Ct. 2329 (June 26, 1997), 2339면 참조.
18) 521 U.S. 844, 177 S. Ct. 2329 (1997).
19) 117 S.Ct. 2329(1997),2348,2351면 참조.

부터 아이들을 보호하는 것이 매우 가치 있는 일임에는 틀림없으나 그러한 제한이 헌법상 표현의 자유가 보장하는 어른들의 권리를 침해하는 것을 정당화하기에는 충분하지 못하다고 지적한 것이다.[20]

그러면 통신품위법의 어떠한 내용이 수정헌법 제1조에서 보장하는 표현의 자유에 위반하는 것일까? 종래 미국의 대법원은 음란성을 판단하고 그것을 규제하는데 있어 일원적인 기준을 제시하지 않고 매체별 접근방식이라 하여 출판물 등의 인쇄매체와 공중파TV, 케이블TV 등의 방송매체가 각기 가지는 특성에 따라 음란물에 대한 규제를 달리 하고 있다. 따라서 인쇄매체를 중심으로 하는 수정헌법 제1조상의 표현의 자유 법리를 그대로 방송매체에 적용하는 것은 형평에 어긋난다는 것이다. 즉, 방송은 전파사용의 공공성과 침투성, 즉 정보를 수용하는 측에서 그 정보를 통제할 수 있는 가능성이 매우 결여되어 있다는 이유로 인쇄매체 등과 비교하여 그 음란성의 범위를 넓게 인정하고 수정헌법 제1조에서 보장하는 표현의 자유의 보호범위를 좁게 보아 방송에서의 음란성에 대해서는 정부의 규제를 넓게 인정하고 있는 것이다. 그러나 인터넷상의 성적 표현물에 대한 음란성을 판단함에 있어서 그 기준을 방송매체와 동일하게 적용할 수 있는지가 문제가 된다. 즉, 인터넷과 같은 컴퓨터 통신은 인쇄매체와 방송매체의 특성을 동시에 포함하고 있기 때문이다. 그러니까 인터넷은 방송과 달리 누구나 원하는 사람들이 이용할 수 있으며, 한편으로는 방송과 마찬가지로 불특정 다수에게 동시에 정보를 제공할 수 있는 것이다. 이 때문에 통신품위법에 대한 위헌문제가 제기 되었을 때 연방법원의 주요 임무 중에 하나가 인터넷을 어느 매체로 분류할 것인가에 집중되기도 하였다.

2. 판례

비록 표현의 내용을 직접적으로 제한하는 것에 한해서 위헌성을 고려한다는 원칙에도 불구하고 연방대법원은 수정헌법 제1조에 의해서도 보호받지 못하는 몇몇 표현의 범주를 규정한 바 있다. 즉, 모욕적인 언행 또는 즉각적인 불법을 자행할 것을 선동하는 언행,[21] 명예훼손,[22] 음란물,[23] 그리고 허위와 과장된 상업광고 등이 그것이다. 이 중에서 인터넷상에서의 음란성 판단 기준을 제시해 주고 있는 르노(Reno) 사건과 관련해서 우리가 살펴볼 필요가 있는 것이 바로 음란물에 관한 것인데, 음란물은 전통적으로 수정헌법 제1조의 표현의 자유법리로도 보호받지 못한다는 것이다. 그 이유 중의 하나가 바로 음란물은 사회적 가치가 전무하고, 사회 구조 속에서 사상의 상호교환, 즉 표현의 교환을 통해 조화로운 사회질서를 창조한다는 기본적인 원칙과도 아무런 관련이 없기 때문이다.[24] 그러면 무엇이 음란물에 속하는 것인가. 이에 대해 미국의 경우 1957년의 로T(Roth) 판결과 그 후에 나타난 몇몇 판결들에 의해서 그 기준을 정립하였다.

(1) 로쓰(Roth) 사건

1957년 미국 연방 대법원은 음란성을 판단하는 기준에 대해 처음으로 그 기준을 정비하게 되었는데, 그 판결이 바로 로쓰(Roth) 사건에 대한 판결이다.[25] Roth 사건에 있어서의 주된 쟁점은 바로 수정헌법 제1조의 표현의 자유가 음란한 표현물, 즉 음란물도 그 보호대상으로 하는가 이다. 다수 의견을 집필한 브레넌 판사는 수정헌법 제1조가 보장하는 표현의 자유는 모든 표현을 조장하는 것이 아니라 미국 국민들에 의한 갈망되는 정치적, 사회적 변화를 가져올 수 있는 자유로운 사상의 상호교환을 위해 규정된 것이라고 정의하고, 음란물은 이러한 사상의 교환을 보충할 만한 아무런 가치도, 사회적 중요성도 없음을 강조함으로써 음란물은 수정헌법 제1조에서 보장하는 표현의 자유의 보호법리 범위 밖에 있음을 분명히 하였다.[26] 특히 브레넌 판사는 음란물에 대한 정의를

20) 117 S. Ct. 2329 (1997), 2346면 참조.

21) Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942); Brandenberg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969) 참조.

22) New York Times v. Sullivan, 376 U.S 254 (1964) 참조.

23) Miller v. California, 413 U.S. 15 (!973) 참조.

24) 이러한 연방 대법원의 견해는 Chaplinsky v. New Hampshire 사건의 판결이 있은 1942년 이래로 대법원이 계속해서 견지하고 있는 태도이다. Roth v. United States, 354 U.S. 476 (1957), 481면 참조.

25) Roth v. United States, 354 U.S 476 (1957).

26) 354 U.S. 476 (1957), 481면 참조.

명확히 하고 있는데 음란물이란 “호색적 관심 또는 순수하지 못한 성적 욕망에 호소하는 방식으로 성교를 다루는 매체물”이라고 정의하였다.

(2) 메모이어wm(Memoirs) 사건

로T(Roth) 판결이 있은 지 9년 후인 1966년에는 음란성을 판단하는 획기적인 기준을 제시한 메모이어즈(Memoirs) 판결이 내려졌다.[27] 이번 판결을 통해 대법원은 Roth 판결에서 보여준 음란성의 개념으로부터 보다 진전된 기준을 제시하였다. 브레넌 판사는 로쓰(Roth) 판결에서 정의된 음란성 개념을 전제로 다음과 같은 세 가지 기준들을 모두 만족시켜야만 음란성이 인정된다고 하였다. 세 가지 기준은 다음과 같다. 즉, 첫째, 그 표현물을 전체적으로 보았을 때 전체의 지배적인 주제가 성에 대한 호색적 관심에 호소하는 것이어야 하고, 둘째, 성적 문제의 표현과 관련하여 당시의 공동체기준을 위반하는 “명백히 저속한 것” 이어야 하며, 셋째, 그 표현물은 “사회적 가치에 전혀 도움이 되지 않는 것”이어야 한다는 것을 들었다.[28] 메모이어wm(Memoirs) 판결은 로쓰(Roth) 판결에서 제시되었던 음란성의 판단 기준 중에서 구체적인 기준으로 제시되지는 않았던 “사회적 중요성을 보충할 수 없는 것”이라는 요소를 “사회적 가치를 보충하지 않는 것”으로 표현을 바꾸어 이 세 번째 기준이 음란성의 증명을 위해서는 확실히 적극적으로 만족되어야 한다는 점을 강조하였다.

(3) 밀러(Miller) 사건

어떠한 표현이 음란한 것인지 아닌지를 판단하는데 있어 현재 미국에서는 밀러(Miller) 사건에서[29] 대법원이 채택한 3가지 원칙이 사용되고 있다. 1973년 밀러(Miller) 사건에서 피고인 밀러(Miller)는 자신이 판매하는 성인잡지를 홍보하기 위하여 그 홍보 전단지를 우편을 통해 대량으로 살포하였다. 홍보 전단지에는 성행위를 묘사하는 다양한 사진 이외에 그룹 섹스를 벌이고 있는 다수의 남녀를 묘사하는 사진들을 포함하고 있어서 그 자체로서 음란물로 판단될 수 있는 것이었다. 특히 이러한 홍보 전단지는 그 성인잡지를 신청하지 않는 사람들에게까지도 배달되었다. 따라서 밀러(Miller)는 고의적으로 음란물을 유포하는 것을 금지하는 법률위반으로 유죄판결을 받았다. 밀러(Miller) 판결이 제시한 세 가지 음란성 판단의 기준은 다음과 같다.[30] 첫째, 현시대의 평균인이 그 표현물을 전체적으로 이해했을 때, 그것이 호색적 흥미에 호소하는 것으로 받아들여지는가이다. 둘째, 그 표현물이 적용 가능한 주법에 구체적으로 정의된 대로 성적 행위를 명백히 공격적인 방법으로 묘사하는 가이며, 마지막으로 전체적으로 보아 그 표현물이 중대한 문학적, 예술적, 정치적 혹은 과학적 가치를 결하고 있는가 하는 것이다. 이에 따라 어떠한 표현물이 이상의 세 가지 기준들을 만족시킨다면, 즉 만약 어떤 표현물이 이 음란성의 기준을 만족시키고 있다면, 그 표현물은 음란물로서 정의되어지고 그 음란물이 배포방식에 있어 그것을 원하지 않는 사람들에게까지 배달이 되거나 청소년들에게도 노출시킬 위험을 발생시키고 있다면 그것은 배포될 수 없는 것이다. 이러한 밀러(Miller) 판결에서 채택된 세 가지 음란성 판단기준이 현재 가장 유력한 미국 판례법상 음란성 판단기준이 되고 있다.

Ⅳ. 결 론

옛날부터 음란물 규제는 계속되어 왔으나, 최근에는 음란물 규제 취지가 주로 음란물로부터 청소년을 어떻게 보호할 것인가에 초점이 맞추어져 있다. 결국 음란물의 논쟁의 핵심은 바로 청소년보호문제이다. 지금까지 앞에서 논의했던 음란성의 기준이라던가, 인터넷상에서의 음란성 표현에 대한 한계문제도 결국 그러한 음란물로부터 청소년을 어떻게 보호할 것인가 하는 기본적인 문제에서 출발한 것이다. 이는 청소년은 아직까지 덜 성숙하여 정신적으로나 육체적으로나 완전하지 않은 존재로서 성인보다는 감수성이 예민하고 외부 자극에 민감하게 반응하며 스스로 판단하고

27) A Book named "John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure"(Fanny Hill) v. Attorney General of Massachusetts, 383 U.S. 413 (1966).
28) 383 U.S. 413 (1966), 418면 참조.
29) Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973).
30) id.

통제할 수 있는 능력이 상대적으로 부족하기 때문이다. 그러나 이러한 상황아래에서 현재 가장 감수성이 예민한 6-19세의 청소년의 인터넷 이용률이 가장 높으며, 더구나 인터넷이 음란물을 포함한 성 표현물의 최대 유통공간이라는 사실이다. 이미 살펴본 바와 같이 현재 우리나라에서는 인터넷상 음란물에 관한 규제에 관해서 형법, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률, 전기통신사업법, 청소년보호법, 청소년성보호등에관한법률, 윤리행위방지법 등을 이용하여 규제할 수 있으나, 이들 법령의 계속되는 개정에도 불구하고 아직까지 그 규제기준이 명확하지 않아 헌법상 기본권침해 문제도 야기될 수 있다. 특히 폭증하는 인터넷상의 음란물을 효과적으로 규제하고 이들로부터 청소년을 보다 완벽하게 보호하기 위해서는 인터넷상의 음란물 규제를 위한 통합법의 제정도 고려해야만 한다고 본다.

참고문헌

[1] 권창국, 음란물의 형법적 규제에 관한 문제점 검토: 음란성판단기준 및 Internet에 의한 음란정보 유통을 중심으로, 한국 공안행정학회보 제13호(한국공안행정학회, 2002).

[2] 권헌영, 미국의 사이버법죄 대응 정책동향, 정책동향 제12권 제6호 (한국정보통신정책 연구원, 2002).

[3] 김문혼, 개인정보의 보호에 관한 일고, 법학논총 제8집 (국민대, 1996).

[4] 김영환, 청소년유해매체관리 규제를 위한 장치연구,형사정책연구 제8권 제1호 (1997).

[5] 김영환, 이경재, 음란물의 법적 규제 및 대책에 관한 연구, 한국형사정책연구원(1992).

[6] 박미숙, 음란물의 위기에서 본 형법적 규제의 기본방향, 형사정책 제14권 제1호(한국 형사정책학회, 2002).

[7] 오병철, “정보통신망 이용촉진 등에 관한 법률”의 의의와 문제점, 과학기술법연구 제4집(한남대, 1998).

[8] 이형규, 전자상거래에서의 개인정보 보호, 법학논총 제16집(한양대, 1999).

[9] 임종인, 중학생의 인터넷 음란물 접속과 성의식의 관계, 석사학위논문(한국교원대, 2003).

[10] 정진홍, 기고: 넷덤(Netdom)을 꿈꾸며, 조선일보 (2001, 10.15).

[11] 정찬모 외, 사이버스페이스 법제의 법이론적 특성과 체계정립, 연구보고 01-23(한국정보통신정책연구원, 2001).

[12] 조병인 외, 사이버범죄에 관한 연구, 한국형사정책연구원(2000).

[13] April Bailey Cole, Indecency on the Internet: Reno and the Communications Decency Act of 1996, 27 Cap. U. L. Rev. 607(1999).

[14] Laurence H. Tribe, American Constitutional Law 2d de.(1998).

[15] A Book named "John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure"(Fanny Hill) v. Attorney General of Massachusetts, 383 U.S.413(1966).

[16] Albert v. California, 354 U.S. 476(1957).

[17] Brandenberg v. Ohio, 395 U.S. 444(1969).

[18] Central Gas & Elec. v. Public Serv. Comm'n of New York(1980), 447 U.S. 557.

[19] Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568(1942).

[20] Cohen v. California, 403 U.S. 15(1971).

[21] Debs v. United States, 249 U.S. 211(1919).

[22] Kovacs v. Cooper, 336 U.S. 77(1949).

[23] Miller v. California, 413 U.S. 15(1973). New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254(1964).

[24] Perry Education Association v. Perry Local Educator's Association, 460 U.S. 37 (1983).

[25] Police Dept. of Chicago v. Mosley, 408 U.S. 92 (1972).

[26] Roth v. United States, 354 U.S. 476(1957).

[27] Sable Communication v. FCC, 492 U.S. 115(1989).

[28] Schnider v. State, 308 U.S. 147(1939).

[30] The Electronic Frointier: The Challenge of Unlawful Conduct Involving the Use of the Internet, A Report of the President's Working

Group on Unlawful Conduct on the Internet(March 2000).
[31] Virginia State Bd. of Pharmacy v.Virginia Consumer Council, 425 U.S. 748(1976).

[저 자 소 개]

진 광 명 (Kwangmyong JIN)

1985년 2월 청주대학교 학사
1988년 2월 한국외국어대학교 석사
1995년 8월 한국외국어대학교 박사

email: newhope21@joongbu.ac.kr