현안분석 2002-14

디지털경제법제⑩

가상공간에서의 성표현의 자유와 법적 제한

朴 宣 映

한국법제연구원

가상공간에서의 성표현의 자유와 법적 제한

A Study on the Freedom of Sexual Expression in the Cyberspace

研究者 : 朴宣映(서울대 법대 법학연구소 연구교수)
Park, Sun-Young

2002.

한국법제연구원

목 차

제 1 장 가상공간과 성표현물 5

제 1 절 정보통신기술의 발달과 법리의 변화 5

제 2 절 가상공간과 성표현물 7

제 3 절 연구목적과 연구방법 11

제 2 장 가상공간과 표현의 자유 13

제 1 절 기본권으로서의 표현의 자유 13

제 2 절 표현의 자유에 대한 제한법리 15

1. 사전 제한 15

2. 사후 제한 16

제 3 절 가상공간에서의 표현의 자유 17

제 3 장 가상공간에서의 성표현물에 대한 규제 논의 19

제 1 절 표현의 자유로서의 성표현 20

제 2 절 성표현물의 개념 22

1. 음 란 22

2. 포르노그라피 24

3. 저 속 27

제 3 절 청소년 보호 30

제 4 장 성표현물에 대한 규제 입법과 판례 35

제 1 절 비교법적 고찰 ····· 35
1. 미 국 ····· 37
2. 독 일 ····· 52
제 2 절 국내 입법과 판례 ····· 56
1. 가상공간에서의 음란물규제입법 ····· 57
2. 사법부의 입장 ····· 63
제 5 장 성표현물의 규제방안 ····· 73
제 1 절 공적규제보다는 자율규제로 ····· 73
제 2 절 자율규제시스템의 비교 ····· 74
1. 미 국 ····· 77
2. 유 럽 ····· 80
3. 국제적 공조 ····· 81
제 6 장 자유롭고 책임있는 가상공간을 위한 제언 ····· 83
참고문헌 ····· 87

제 1 장 가상공간과 性表現物

제 1 절 정보통신기술의 발달과 法理의 변화

과거에는 정보가 생산자에서 중간자를 거쳐 소비자에게 전달되는 획일적이고도 도식적인 과정을 거쳤던 데 비하여, 오늘날에는 전자매체의 발달로 인하여 생산자에서 바로 소비자에게 정보가 전달되고 소비자가 그 정보를 이용·가공하여 자신의 정보와 함께 제3자에게 재송출하는 정보생산자의 역할을 함에 따라, 표현매개체와 정보생산자, 정보소비자에 대한 기본개념이 혼동되고 있으며, 그 결과 표현의 자유의 주체와 객체 그리고 그에 따른 규제법리에 혼란을 야기하고 있다.[1]

우리 헌법 제21조가 규정하고 있는 표현의 자유는 전통적으로 '사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미하는 것'으로 인식되고 있고,[2] 그 의사표현의 매개체는 어떠한 형태이든 제한이 없기 때문에 신문, 방송, 연극, 영화 등 고전적인 언론매체 뿐만 아니라, 20세기 후반 인터넷(internet)[3]이 발달하면서 새롭게 등장한 새로운 성격의 전자매체들, 예컨대 인터넷방송, 전자신문, 인터넷잡지(web-zine), 전자게시판 등도 모두 의사표현의 매개체로서의 지위를 누린다.[4]

---

1) 拙著, 언론정보법연구I-21세기 표현의 자유-, 법문사, 2002, 469쪽.

2) 헌재결 1992.2.25. 89헌가104.

3) 인터넷은 인류 역사상 최초의 대륙간 해저 통신망으로 1858년에 설치된 Atlantic Cable이 그 시초로 기록되고 있지만 기술적으로는 실패한 것이었고, 1969년 美 국방부에 의해 인터넷이 도입되었지만 그 이용이 군사적·학술적 부문에 제한되었을 뿐 일반인의 사용은 허용되지 않다가 1991년에 음성과 정지화상, 동화상을 동시에 전달할 수 있는 World Wide Web(이하 www라 함)이 개발되면서 비로소 일상화되었다. www는 hypertext 와 인터넷 프로토콜(Internet protocols(IPs))이 결합된 것으로서, Hypertext는 순서에 구애받지 않고 컴퓨터가 읽을 수 있는 전자문서이고, IPs는 전세계 컴퓨터 네트워크를 하나로 연결시킴으로써 획기적인 정보혁명을 가능하게 했다. 1981년 유럽에서 CERN(Center European pour la Recherche Nucleaire)이 세계 최초로 인터넷 프로토콜을 사용하면서 가장 큰 인터넷 사이트가 되었고, 이 CERN은 유럽과 전세계적으로 인터넷이 확산되는데 큰 공헌을 하였다. 그런데 CERN이라는 명칭은 핵(nucleaire)이라는 용어의 삽입이 적절치 않다는 여론에 따라 후에 European Laboratory for Particle Physics로 바뀌었다. Michael Rustad & Cyrus Daftary, *E-Business Legal Handbook*, 2002 ed., 3~5쪽.

4) 拙著, 주1)의 책, 3~4쪽.

인터넷이 만들어내는 허구의 공간인 가상공간(cyberspace)[5]도 사람들이 만나고 말하고 일하는 곳이므로 그 곳에서 인터넷 이용자들이 마땅히 지키고 따라야할 법규(legal rule) 내지는 규범(norm)이 있으며, 그 규범에 대한 위반행위 및 일탈(deviance)로 인해 빚어지는 현상에 대해서는 일련의 제재와 규제가 가능하다. 그러나 얼굴을 마주하지 않고 익명 또는 가명 등의 ID로 국경을 초월하여 동시에 빠른 전파력을 갖고 정보를 교환하는 인터넷의 특성상 인터넷을 통하여 유통되는 내용물을 규제하기란 대단히 어려운 일이다. 게다가 인터넷을 이용하는 네티즌(netizen)[6]들의 심리적 상태나 사회적 환경 등 여러 가지 요인들이 복합적으로 어우러져 독특한 일탈현상[7]을 보이고 있기 때문에 과거와 같은 지역주의적 국내법으로는 해결할 수 없는 문제점들이 산재해 있다.[8]

정보통신기술의 새로운 변화는 언론·정보 환경에 커다란 변화를 가져왔으며, 이러한 변화는 결국 정보의 역할과 성질, 사용, 타당성 등은 물론 정보를 규제하는 법리를 달리하게 만든다.[9] 특히 이들 새로운 정보기술은 단순히 통신수단이나 발명품의 수준에 머무는 것이 아니라, 언론과

---

5) 가상공간이란 서로 연결된 여러 컴퓨터들의 네트워크와 이를 통하여 확보된 통신공간(Communicationspace)를 말하며, 네트워크로 연결되어 있는 컴퓨터, 네트워크를 통해 전달되는 정보, 네트워크를 사용하는 사람들로 구성된다. 가상공간이라는 용어는 1984년 William Gibson이 그의 소설 Neuromancer라는 책에서 처음으로 사용한 이래 컴퓨터 안에서 이루어지는 각종 정보전달의 공간을 의미하는 보통명사로 자리를 굳혔다. Cees J. Hamelink, *The Ethics of Cyberspace*, 2000, Sage Publications, London, 9쪽; David R. Koepsell, *The Ontology of Cyberspace*, Open Court, Chicago, 2000, 16쪽; G. David Garson, *Social Dimensions of Information Technology: Issues for the new Millenium*, Idea Group Pu. Hershey, 2000, 88쪽; James Slevin, *The Internet and Society*, Polity Press, Oxford, 2000, 5쪽; 拙著, 주1)의 책, 346쪽.

6) 네트워크(network)로 연결되는 인터넷을 사용하는 자를 네티즌(netizen)이라고 한다. Michael Rustad & Cyrus Daftary, 주3)의 책, 3쪽.

7) 가상공간에서의 일탈행위는 대체로 인터넷을 통한 도박과 게임, 경마 등에 중독되는 현상과 명예훼손, 음란물 유포, 사생활·저작권 침해, 해킹, 바이러스 유포, ID 도용, 사이버 성폭력, 사이버 스토킹을 비롯하여 매매춘 알선, 폭력물 게재 및 배포 등 대단히 다양하다.

8) 박용상, 표현의 자유, 현암사, 2002, 10~12쪽; Jan Samoriski, *Issues in Cyberspace Communication, Technology, Law, and Society on the Internet Frontier*, 2002, Allyn and Bacon, 2쪽.

9) 구체적인 언론정보환경의 발전양태는 拙著, 주1)의 책, 345~505쪽 참조.

정보분야에서 그것을 사용하는 사람의 위치와 수준, 책임을 완전히 탈바꿈시키는 새로운 문화영역을 구축하면서 그 변화를 예고할 뿐만 아니라, 그에 상응하여 기존의 입법체계의 변환을 요구하고 있다는 점에서 대단히 중요한 법적·정책적 연구대상이 되고 있다.[10]

예컨대, 15세기 후반 인쇄기기가 발명되면서 대중매체가 형성된 이후 검열법을 시작으로 각종 출판관련법들이 제정되었으며, 20세기에는 라디오와 TV라는 방송매체가 출연하자 이들에 대한 새로운 규제법리가 개발되었다.[11] 같은 맥락에서 인터넷이 가장 중요한 정보매체로 자리를 잡으면서 개인과 사회, 정치, 경제, 문화생활의 변화를 가져오게 된 21세기에는 이 국제적인 전자매체에 대하여 과연 어떠한 법리를 적용할 것인가에 관한 논란이 분분하다.[12] 또한 앞으로 전자기술은 지금까지보다도 훨씬 더 빠른 속도로 변화에 변화를 거듭할 것이며, 국민주권주의와 직접민주주의를 확고하게 실현시켜 줄 전자민주주의도 곧 도래할 것이다.

제 2 절 가상공간과 性表現物

우리나라에서의 인터넷 역사는 1983년 서울대학교와 한국전자기술연구소(KEIT)간에 TCP/IP를 이용하여 구축한 System Development Network(SDN)이 개통되면서부터 시작되었고, 상용화되기 시작한 것은 1994년 6월 한국통신이 KORNET를 구축하면서부터니까 채 10년이 되지 않지만, 2002년 3월 현재 국내 컴퓨터통신 가입자수가 약 2,500만 명에 달하고, 인터넷신문을 제외한 순수한 인터넷방송채널만도 600개를 넘어서고 있으며, 이들 방송이 뿜어내는 채널 수가 평균 5개가 넘는 폭발

10) Cees J. Hamelink, 주5)의 책, 17~21쪽.
11) 拙著, 주1)의 책, 7쪽.
12) Cass Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech*, The Free Press. N.Y. 1993; Cass Sunstein, *republic.com*, Oxford, 2001, 23~50쪽; David R. Koepsell, *The Ontology of Cyberspace*, Open Court, Chicago, 2000, 33~42쪽; James Slevin, *The Internet and Society*, Polity Press, London, 1999; 11~54쪽; 拙稿, "가상공간에서의 표현의 자유 : 인터넷을 중심으로", 사이버커뮤니케이션학보, 제6호(2000-2), 5~32쪽. Kagan, E. Private Speech, "Public Purpose: The Role of Governmnetal Motive in First Amendment Doctrine", Univ. Chicago Law Rev. 63, 413~517.

적인 현상을 보이면서,[13] 가상공간의 무한한 확대가 계속 진행되고 있다.[14] 이렇게 인터넷이 우리 생활에 깊숙이 들어오면서 인터넷방송·온라인게임·화상채팅 등 신유형의 정보통신서비스의 이용이 급격히 늘고 있고, 그에 따른 콘텐츠의 음란성과 폭력성이 날로 그 심각성을 더해 가고 있다.[15] 나아가, 인터넷이 갖는 특성, 즉 급속한 전파성과 익명성(anonymity), 가명성(pseudonymity) 등으로 인하여 인격권 및 사생활의 침해 등이 심각한 사회 문제로 대두하고 있으며,[16] 기존 기술의 응용이나 신기술[17]의 등장으로 인해 불법정보 내지는 불건전정보가 다양한 형태로 유통되고 있다.[18] 그 가운데서도 性表現物(sexual representation)의 유통이 심각한 사회문제로 부상하고 있는바, 특히 外見上 性에 대한 보수적 견해가 팽배해 있는 우리 사회에서 전자매체의 이용이 활성화되면서 가장 심각한 사회문제로 대두하고 있는 것이 바로 가상공간에서의 성표현물이다.

음란물은 근대 입헌주의 이래 종교적·도덕적 견지에서 처음부터 헌법의 보호를 받지 못하는 영역으로 치부되어 왔지만, 이는 지나치게 보수적이고도 시대착오적인 도덕지상주의의 발로인 동시에 인간의 본능적인 욕구표현이라는 측면을 무시한 규제만능주의라는 주장 또한 성담론의 개방화추세와 맞물려 만만치 않게 대두하고 있는 것이 오늘날 우리의 현실이다.[19] 반면 PC보급률이 급격히 늘고 초고속인터넷망이 대중화되면서 지

13) 자료제공: 정보통신윤리위원회.

14) 따라서 그 동안 주파수의 희소성을 이유로 방송매체를 인쇄매체와 구별하여 법을 달리 적용하고 해석했던 법제와 판례는 수정되지 않을 수 없게 되었다.

15) 예컨대 가상공간에서 음란성과 관련하여 사회적 큰 물의를 일으켰던 사건으로는 1999년 3월의 O양 사건과 2000년 11월의 백지영사건, 2000년 7월의 누드모델 이슬희사건 등을 들 수 있으나, 이슬희사건의 경우에만 저작권법위반으로 약식기소되어 벌금형을 받았을 뿐 나머지 사건은 모두 법적으로 유야무야되고 말았다.

16) Lilian Edwards & Charlotte Waelde(ed.), *Law and the Internet: Regulating Cyberspace*, Oxford, 1998, 183~222쪽; Anne Wells Branscomb, "Anonymity, Autonomy, and Accountability: Challenges to the First Amendment in Cyberspaces", 104 Y.L.J., 1639(1995); Lawrence Lessig, "The Path of Cyberlaw", 104 Y.L.J., 1743(1995).

17) 최근 등장한 인터넷응용프로그램(채팅S/W 등)이 그 예이다.

18) Jan Samoriski, 주8)의 책, 30~36쪽.

19) 拙著, 주1)의 책, 9~11쪽.

나친 성표현물로부터 청소년을 보호하여야 한다는 주장도 강하게 일고 있다. 현재 우리나라에 개설되어 있는 인터넷 성인사이트 가운데 사진과 소설 중심의 성인사이트 중 한 달 동안 방문자수가 100만 명 이상인 곳이 11개를 넘고 있어 아시아 국가 중 1위를 차지하고 있으며, 한 달에 한 번 이상 성인사이트를 방문한 네티즌 수는 1천만명 이상으로 추정되고 있다. 게다가 접속률 상위 3개의 인터넷 성인사이트 방문자를 연령대로 보면, 10대가 24.8%로 40대의 8.2%, 30대의 21.4%보다 훨씬 높게 나타나고 있으며, 인터넷성인방송에는 10대의 접속률이 더 높아서 접속자의 27.2%가 10대로 나타나고 있다. 다시 말해 미성년자인 10대가 가상공간에서 음란물을 접촉하는 대다수의 연령층을 차지하고 있다는 분석이 가능한 것이다.[20]

현대 정보화사회에서 표현의 자유가 아무리 필수불가결한 원초적인 기본권(Urgrundrecht)으로서 우월적인 지위(preferred position)을 누린다 하더라도, 음란한 성표현물(음란물)은 헌법의 보호영역 밖에 위치하고 있음은 주지의 사실이다.[21] 우리 헌법도 '언론 출판은 ... 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다'(제21조 제4항)고 하여 공중도덕이나 사회윤리를 침해하는 음란물을 규제할 수 있는 헌법적 근거를 마련해 놓고 있다. 물론 공중도덕이나 사회윤리의 개념 자체가 확정적인 개념이 아니기 때문에 이들 기준을 사용한다 하더라도 음란의 의미내용을 확정짓는 것이 용이한 일은 아니지만, 음란한 표현물은 헌법에 위배되는 것으로 보는 것이 우리 학계의 통설로 되어 있고,[22] 판례는 "음란이란 인간의 성욕을 자극하여 흥분시키고 일반인의 정상적인 성적 정서와 선량한 사회풍속을 해칠 가능성이 있는 것"[23]이라고 판시하고 있다.

---

20) IT조선, 2001년 2월 13일자 참조.

21) 물론 역사적으로 살펴보면 고대 그리스·로마시절에는 현대보다도 훨씬 더 노골적이고 구체적인 성묘사물이 존재했으며, 중세시대에는 음란물이 성직자나 정치가에 대한 비판수단으로 작용했을 뿐 도덕적 측면에서 음란이 사회적인 문제로 대두하지는 않았다. 그러나 인쇄기기의 발달과 보급을 계기로 음란물이 급속히 전파되기 시작한 19세기말부터 음란물은 법적 규제대상이 되었고, 개별입법도 등장하기 시작했다. Marc A. Franklin, *Cases and Materials on Mass Media Law*, 3rd ed., Foundation Press, 1987, 460쪽.

22) 권영성, 憲法學原論, 법문사, 2002, 477~478쪽; 성낙인, 憲法學, 법문사, 2002, 397쪽.

23) 헌재결 1998.4.30. 95헌가16. 대판 2000.10. 237. 98도679; 2000.10.13. 2000

위와 같은 학설과 판례에 따라 制憲 이후 지금까지 우리나라에서는 고야(Goya)의 '나체의 마야'[24]를 비롯해 소설 '叛奴'[25]와 '즐거운 사라'[26], '내게 거짓말을 해 봐'[27], 아미티스타[28], 연극 '미란다'[29], 연예인 누드집,[30] 영화 '사방지' 포스터,[31] 잡지 폴레이보이[32] 등이 "일반인의 정상적인 정서와 선량한 사회풍속을 해칠 가능성이 있는 것"[33]으로서 음란판정을 받은 바 있다.[34]

최근 논란이 되고 있는 인터넷상의 성표현물과 관련하여서는 미국이 1996년 통신품위법(Communication Decency Act)과 어린이온라인보호법(Children's Online Protection Act), 아동포르노방지법(The Child Pornography Prevention Act of 1996) 등을 제정하여 인터넷상에서의 음란물을 규제하려 했으나, 1997년과 2002년에 연방대법원으로부터 위헌판결을 받았고,[35] 독일과 프랑스 등 유럽에서는 청소년보호와 관련하여 가상공간에서의 음란물을 규제하고 있으며, 우리나라에서는 형법의 음화반포·제조죄(제243-244조)와 공연음란죄(제245조)를 기

도3346; 1997.12.26. 97누11287; 1995.6.16. 94도2413; 1991.9.10. 91도1550. 同旨의 외국판례로는 Sable Communications of Cal. Inc. v. FCC, 492 U.S. 115(1989); Arcara v. Cloud Books, Inc., 478 U.S. 697(1986); U.S. v. 37 Photographs, 403 U.S. 363(1971); Roth v. U.S., 354 U.S. 476(1957); Jacobellis v. Ohio, 378 U.S. 184(1964); Miller v. California, 413 U.S. 15(1973); L'ordre public et la divulgation de la vie privee, Court d'appel de Paris, 1972.1.21. 등이 있다.

24) 대판 1970.10.30. 70도1879.

25) 대판 1975.12.9. 74도976.

26) 대판 1995.6.16. 94도2413.

27) 서울지법판 1997.5.30. 97고단172.

28) 대판 1997.12.26. 97누11287.

29) 대판 1996.6.11. 96도980.

30) 대판 1995.6.29. 94누2558; 1997.8.22. 97도937.

31) 대판 1990.10.16. 90도1485.

32) 서울고법판 1998.7.29. 97구41274.

33) 대판 1991.9.10. 91도1550.

34) 대판 1991.9.10. 91도1550; 1995.6.16. 94도1758.

35) American Civil Liberties Union v. Janet Reno, 117 S. Ct 2329(1997); Aschcroft, Attorney General, etal. v. Free Speech Coalition etal., certiorari to the united states court of appeals for the ninth circuit, No. 00795, decided April 16, 2002.

본으로 방송법(제32-33조, 제100조 제1항, 제106조 제2항), 전기통신사업법(제53조), 청소년보호법(제10조), 청소년의성보호에관한법률(제2조 제3호), 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률(제14조), 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률(제42조, 제64-65조) 등의 입법을 통해 음란물과 저속한 표현물 등 일련의 성표현물을 '불온통신' 또는 '유해매체물'이라는 이름으로 금지하거나 제한하고 있다.[36]

제 3 절 연구목적과 연구방법

本稿는 전자매체의 발달로 인해 언론·정보분야의 환경이 급변하고 있는 가운데 가상공간에서 유통되고 있는 성표현물의 법적 한계를 연구함을 그 목적으로 한다. 인간의 가장 원초적인 욕구인 성적 표현의 자유로서의 성표현물이 향유할 수 있는 법적 권리의 의미와 범위와, 그리고 공공복리 또는 청소년보호를 위해 규제가 가능하고 또 필요하다면 어느 정도까지 규제할 수 있는지, 그 한계에 관하여 고찰을 하고자 한다. 이를 위해 외국의 관련 입법과 판례, 기본정책의 틀을 살펴본 후에 우리나라의 입법실태와 판례를 비판적으로 비교·검토하고, 발전적인 측면에서 앞으로의 정책적 방향을 점검해 보고자 한다. 그리고 이러한 논의를 전개하는 전제로서 일반적인 표현의 자유에 관한 법리를 도입부에서 먼저 살펴본다.

本稿의 기본적인 연구방법은 문헌과 인터넷을 통한 **書誌調査**를 기본으로 한다.

36) 이 가운데 전기통신사업법 제53조는 지난 6월 27일 헌법재판소로부터 위헌결정을 받았다. 헌재결 2002.6.27. 99헌마480.

제 2 장 가상공간과 표현의 자유

제 1 절 기본권으로서의 표현의 자유

흔히 언론·출판의 자유로 불리는 표현의 자유는 전통적으로 사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미하는 것으로서, 오늘날 민주국가에서 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하며 국민주권을 실현함에 있어서 필수불가결한 요소로 인식되고 있다.[37] 민주정치에 있어서 정치활동은 사상, 의견의 자유로운 표현과 교환을 통하여 이루어지는 것이므로 언론·출판의 자유가 보장되지 않는 상황에서 민주주의는 시행될 수 없으며, 표현의 자유가 보장되어 있지 아니한 나라는 엄격한 의미에서 민주국가라 하기 어렵다. 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.[38] 따라서 민주주의는 사회 내 여러 다양한 사상과 의견이 자유로운 교환과정을 통하여 표현될 때에 비로소 그 꽃을 피울 수 있게 된다.[39]

표현의 자유는 민주사회에 있어서 필수불가결한 기본권으로서의 가치를 지니는바, 전통적인 의미에서의 언론의 자유가 특히 국가로부터 부당한 간섭을 받지 않고 누구든지 자유롭게 말하고 쓰고 발표할 자유를 의미했다면, 정보수용자의 지위에 관한 인식에 새롭게 눈뜨기 시작한 후 언론사의 일방적인 정보제공에서 문제점을 발견하게 된 오늘날의 정보화사회에서는 언론의 자유가 공정성과 다원성(다양성)의 확보, 국민의 알권리

37) Judith Lichtenberg, "Foundations and Limits of Freedom of the Press" in *Democracy and the mass Media*, Cambridge University Press, N.Y., 1990, 105쪽; Cass Sunstein, 주12)의 책, 141~166쪽; 拙著, 주1)의 책, 7쪽.

38) Sanford J. Unger, "The Role of a Free Press in Strengthening Democracy", in Judith Lichtenberg ed., *Democracy and the mass Media*, Cambridge University Press, N.Y., 1990, 368~398쪽; 拙著, 言論情報法硏究 Ⅱ-방송의 자유와 법적 제한-, 법문사, 2002, 2~3쪽.

39) 헌재결 1992.2.25. 89헌가104; 1992.11.12. 89헌마88; 1998.4.30. 95헌가16.

보장, 정보의 요구권 등을 포함하는 개념으로 확대되었다.[40] 또한 현대 정보화사회에 있어서 언론의 자유는, '개인이 언론활동을 통하여 자신의 인격을 형성하는 自我실현(개인적 가치)의 수단일 뿐만 아니라, 민주시민이라고 하는 사회구성원으로서 평등한 배려와 존중을 기본원리로 공생·공존관계를 유지하고, 정치적 의사결정에 참여하는 자기통치(사회적 가치)를 실현하는 수단'[41]이라는 二重的 性格을 지닌다는 점에 특징이 있다.[42] 뿐만 아니라 자신의 사상과 의견을 자유로이 표명할 때 인간은 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 자유로운 인격발현을 할 수 있다는 점에서 민주사회에 있어서 언론의 자유는 인간의 정신적 활동에 관한 原初的인 基本權(Urgrundrecht)으로 인정되고 있기 때문에 다른 기본권에 비해 우월적인 지위(preferred position)도 누린다.[43] 이렇게 이중적 성격과 우월적 지위를 누리는 언론의 자유도 무제한의 절대적인 자유는 아니어서, 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 안 된다. 때문에 우리 헌법은 다원화된 현대 정보산업사회에서 언론이 가지는 사회적 의무와 책임에 관하여 규정하고 있을 뿐만 아니라(제21조 제4항), 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로써 제한할 수 있음을 분명히 하고 있다(제37조 제2항). 따라서 對國家的인 언론이 아닌 對私人的인 언론인 경우 외설적 표현과 공격적 언어, 명예훼손 등은 헌법상 보호되지 아니한다.[44]

---

40) J. Borman, *Deliberative Democracy*, The MIT Press, 1977, Cambridge, Mass., 321~348쪽; Löffler/Ricker, *Handbuch des Presserecht*, 3. Aufl., C.H.Beck, München, 1994, 16~25쪽; David Kelley & Roger Donway, "Liberalism and Free Speech", in Judith Lichtenberg ed., *Democracy and The Mass Media*, Cambridge University Press, N.Y., 1990, 66~101쪽; 拙著, 주1)의 책, 32쪽.

41) 헌재결 1999.6.24. 97헌마265.

42) 권영성, 주22)의 책, 465쪽; 성낙인, 주22)의 책, 382쪽.

43) Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, Verlag C.H.BECK, 1999, Art. 5 Abs. Ⅰ, Ⅱ, Randnummern 49~117; T. Barton Carter, Marc A. Franklin & Jay B. Wright, *The First Amendment and the Fifth Estate*, Foundation Press, 1999, N.Y., 31~32쪽; 헌재결 1991.9.16. 89헌마165.

44) Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc., 472 U.S. 749 (1985).

제 2 절 표현의 자유에 대한 제한법리

원초적 기본권, 궁극적 기본권으로서의 표현의 자유는 그 자체로서 자유권적 성격과 청구권적 성격, 제도적 보장의 성격을 모두 지닌다.[45] 다시 말해 표현의 자유는 현대 정보화사회에 있어서의 민주정치를 지탱해 주는 최후의 보루로서 고도의 공공적 가치를 가지므로 최대한 보장되어야 하지만, 헌법 제21조 제4항 상의 내재적 한계에서 오는 제한의 법리와 헌법 제37조 제2항 상의 법률적 유보조항에 의한 제한을 동시에 받는다. 다만 표현의 자유를 제한하는 법리는 표현행위 이전에 이루어지는 것인가, 사후에 적용되는 것인가에 따라 각기 다른 기준이 제시된다.

1. 사전 제한

(1) 허가제 금지

현행 헌법 제21조 제2항은 언론·출판에 대한 허가를 금지하고 있다.

언론에 대한 허가제는 원래 자연권에 속하는 언론의 자유를 일단 일반적으로 금지한 후에 특정한 경우에 한해 그 금지를 해제해 주는 행정처분으로서 이는 표현의 자유에 대한 본질적인 내용을 침해하는 것이기 때문에 헌법이 금지하고 있다.

(2) 검열제 금지

현행 헌법 제21조 제2항은 언론·출판에 대한 검열도 금지하고 있다.

검열은 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사·선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉 허가 받지 않고는 발표할 수 없도록 금지하는 제도를 말한다.[46] 이렇게 헌법이 언론·출판에 대하여 사전검열을 명문으로 금지하는 까닭은 사전검

45) 권영성, 주22)의 책, 465쪽.

46) 헌재결 1998.12.24. 96헌가23; 2001.8.30. 2000헌가9.
교과서의 검인정도 사전검열에 속하지만 이는 국가의 교육정책에 관한 재량권의 행사로 해석된다(헌재결 1992.11.12. 89헌마88).

열이 허용될 경우 국민의 표현활동의 독창성과 창의력을 침해하여 정신생활에 미치는 위험이 크고, 행정기관이 집권자에게 불리한 내용의 표현을 사전에 억제함으로써 이른바 관제의견이나 지배자에게 무해한 여론만이 허용되는 결과를 초래할 염려가 있기 때문이다.[47]

2. 사후 제한

(1) 일반적 법률유보에 의한 제한

현행 헌법 제37조 제2항은 기본권제한에 관한 일반원칙으로서의 법률유보조항을 두고 있다. 즉, 표현의 자유를 제한하는 방식은 형식적 의미의 법률로써 해야 하고, 그 제한의 목적은 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위한 것이어야 하며, 제한의 정도는 필요최소한에 그쳐야 할뿐만 아니라, 제한하더라도 본질적인 내용까지는 침해할 수 없다. 다만 헌법 제76조와 제77조의 규정에 따라 대통령이 긴급명령을 발한 때 또는 비상계엄이 선포된 때에는 법률이 아닌 명령이나 계엄사령관의 포고령에 의한 제한을 받게 되는바, 이는 어디까지나 예외적이고도 특별한 조치에 불과하다.

그 밖에 공무원이나 군인, 수형자 등 특수한 신분관계에 있는 자는 실질적(substantial)인 합리성이 인정되는 한, 일반국민에 비해 표현의 자유를 제한 받을 수 있다.[48]

(2) 표현의 자유에 관한 합헌성 판단 기준

표현의 자유는 헌법이 보장하고 있는 다른 어떤 기본권보다도 우월적인 지위를 지니므로 그 제한의 기준도 경제적 기본권이나 사회적 기본권에 적용되는 합헌성 판단 기준보다 엄격한 심사기준(strict scrutiny standard)이 적용된다.

---

47) 이와 같은 이유에서 영화사전심의제와 등급분류보류제, 음반·비디오물 및 게임물에 대한 사전심의제도 헌법재판소로부터 각각 위헌결정을 받았다. 헌재결 2001.8.30. 2000헌가9; 2000.2.24. 99헌가17; 1998.12.24. 96헌가23; 1997.3.27. 97헌가1; 1996.10.31. 94헌가6; 1996.10.4. 93헌가23; 1996.8.29. 94헌바15.

48) 성낙인, 주22)의 책, 395쪽.

합헌성판단기준은 주로 미국에서 발달한 이론을 중심으로 논해지는바, 표현의 자유를 규제하는 법령은 그 용어 및 제한의 범위가 명확해야 한다는 '명확성의 이론(void for vagueness)'을 비롯하여, 과도한 제재를 금지하는 '과잉금지의 원칙(less restrictive alternative)', 보호할 법익과 제한할 법익의 균형을 요구하는 '이익형량의 원칙(balancing theory)', 위험이 명백하고 현존하는 때에만 제한이 가능하다고 하는 '명백하고도 현존하는 위험의 원칙(clear and present danger theory)' 등이 중요한 합헌성 판단 기준으로 이용되고 있다.[49]

제 3 절 가상공간에서의 표현의 자유

앞에서 살펴본 표현의 자유에 관한 일반이론은 가상공간에서도 그대로 적용되는 것이 원칙이다. 다만, 가상공간이 갖는 기술적·사회적·특성적 차이점이 인정되는 부분에서만 예외적으로 차별적인 법리가 도출될 뿐이다.

인터넷은 時·空을 초월한 자유공간, 즉 가상공간을 창출해 낸다.[50] 오늘날 이 가상공간은 네티즌들이 정보의 수신과 발신, 대화와 토론에 주체적으로 참여함으로써 개인적 효용을 극대화시킬 수 있고, 그로 인해 진리를 발견할 수 있다고 하는 사회적 효용도 높일 수 있으며, 결국에는 국민주권주의와 직접민주정치를 공고히 할 수 있다는 점에서 개인적·사회적·국가적으로 無限價値를 창출해 내는 공간으로 인식되고 있다.[51] 이처럼 가상공간은 '정보의 바다', '의견교환의 장', '정보의 초고속도로(superhighway)'로서의 역할을 성실히 수행한다고 하는 점에서 긍정적인 면을 갖고 있기도 하지만, 이 정보의 바다는 상호작용적인 쌍방향성을 가장 큰 기술적인 특징으로 함과 동시에 탈중앙집권성, 匿名性을 그 외형적인 특징으로 하고 있기 때문에 그 과정에서 일어나는 逆機能 또한 간과할 수 없는 상황이다. 예컨대, 인터넷상에서 실명이 아닌 가명으로 얼굴을

49) Michael Gurevitch & Jay G. Blumler, "Political Communication Systems and Democratic Values", in Judith Lichtenberg ed., *Democracy and The Mass Media*, Cambridge University Press, N.Y., 1990, 270쪽.
50) Jan Samoriski, 주8)의 책, 52~53쪽.
51) *Lawrence Lessig, Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, 1999, 101쪽.

보지 않고 만난다는 점에서 훨씬 홀가분한 자유감을 만끽할 수도 있지만, 아이디(ID)에 의한 만남을 일상화시킴으로써 인간관계를 왜곡시키고 사회로부터 개인을 소외시키는 자기격리(Self-Insulation)와 그로 인한 사회분열(Balkanization)이라고 하는 부정적인 결과를 가져오기도 한다. 더구나 그러한 결과가 오랜 시간이 경과한 후에야 비로소 드러나기 때문에 문제의 심각성이 피부에 직접적으로 와 닿지 않는다는 것이 더욱 큰 문제이다.[52]

그런데 앞에서도 언급한 바와 같이 우리 헌법 제21조가 규정하고 있는 표현의 매체에는 아무런 제한이 없기 때문에 가상공간에서의 표현의 자유에 대해서도 헌법상 인정되는 일반적인 법리가 그대로 적용되어야 하는 바, 가상공간은 정치·경제·사회·문화적 상호작용을 위한 일종의 공론의 장(public sphere, public forum)으로서의 성격을 띠고 있기 때문에, 그 공간을 소유하고 이용하는 자들의 표현의 자유를 최대한 보장해야 한다는 점에서 문제의 심각성이 야기된다. 다시 말해 인터넷은 탈중앙통제성, 개방성, 접근 용이성 등과 같은 매체의 특성 때문에 기존 매체에 비해 표현의 자유의 범위가 더 크게 인정되어야 한다는 데에는 異論이 없으나, 인터넷이 정보공유를 위한 도구로 유용하게 활용되는 데 그치지 않고, 지나친 상업성과 무책임한 표현의 자유가 남용됨으로 인해 야기되는 문제점을 해결하기 위한 시책 또한 시급한 실정이다.

52) 拙著, 주1)의 책, 349~350쪽.

제 3 장 가상공간에서의 性表現物에 대한 규제 논의

문자는 물론 음성과 동영상에 이르는 거의 모든 유형의 커뮤니케이션이 무한대로 가능한 인터넷을 이용하는 者(네티즌)가 급증하면서, 기존의 다른 매체와 마찬가지로 음란물이 대량으로 유통되고 타인의 명예훼손이나 사생활, 저작권 등이 침해되는 등 그 역기능 또한 만연하고 있다. 그러나 인터넷은 위에서 설명한 바와 같은 독특한 기술적·기능적 특성 즉, 정보를 불특정 다수에게 쌍방향적으로 동시에 전달함으로써 단시간 내에 여론을 형성하고 주도하며 지금까지 인류가 발전시킨 그 어떤 매체보다도 가장 자율적인 성격을 갖는 매체라는 특징으로 인해 그 사회적 파급효과가 대단히 크기 때문에 국가나 행정부에 의한 公的 規制보다는 이용자 스스로 자율적으로 자정노력을 기울이는 私的 規制가 훨씬 바람직하다.[53]

한편 인터넷은 인쇄매체와 방송과 통신 등 기존의 매체를 통합한 멀티미디어의 형태로 발전했기 때문에 현실적으로 기존의 규제모델을 적용하기 어렵고, 특정국가의 국경을 넘나들며 정보가 유통되는 인터넷의 초국경적 특성으로 인해 국가간의 입법이나 관습이 달라 개인이나 국가 또는 사업자간에 분쟁이 발생한다 하더라도 현실적으로 기존 국가의 법률을 적용하기도 힘들뿐만 아니라, 재판관할권조차 행사할 수 없는 심각한 문제점이 발생하기도 한다. 때문에 인터넷에 관한 한 국제적인 공조의 필요성이 제기되고 있다. 즉, 가상공간에서 발생하는 제반 불법적인 행태에 대해서 특정 국가의 재판관할권과 국내법으로는 가상공간을 실효성 있게 규제할 수 없는 것이 작금의 현실이다.

특히 다른 어떤 분야보다도 각국이 처해 있는 정치적·경제적·문화적·역사적·종교적 배경에 따라 그 규제의 범위와 한계가 현저히 다를 수밖에 없는 성표현물이 아무런 제한 없이 국경을 초월하여 가상공간을 遊泳하게 되면서 성표현물에 대한 규제수준과 방법이 각국마다 중요한 논제로 대두하고 있다.

---

53) Jan Samoriski, 주8)의 책, 15~16쪽.

제 1 절 표현의 자유로서의 性表現

性에 대한 호기심과 표현이 인간의 원초적인 본능이라는 데에는 異論이 없다.[54] 때문에 古代의 문학작품이나 미술 작품 등에서도 대단히 노골적이고 구체적인 성적 묘사가 등장하는 것을 찾아볼 수 있으나, 현대는 과거보다 사회의 개방화 속도가 가속화되고 대중매체의 종류가 다양해지면서 성에 대한 욕구와 해소뿐만 아니라 성에 대한 인식이나 역할 등, 성의 본질(sexuality)에 대한 논의가 공개적으로 활발히 전개되고 있고, 동시에 온갖 종류의 성 표현물들이 우리 삶의 주변 도처에 넘쳐나고 있다. 굳이 앨빈 토플러의 역설을 인용하지 않더라고 현대인은 정보수용의 한계를 훨씬 넘는 엄청난 정보의 홍수 속에서, 특히 음란물의 과부하상태 하에서 살고 있다고 해도 과언이 아니다.[55] 따라서 어느 정도까지 성 표현물의 제작과 발표, 유통을 허용할 것인가의 문제를 두고 그 어느 때보다도 의견이 첨예하게 갈리고 있는 것이 각국의 공통된 현상이다.

법적으로는 그 표현의 정도가 노골적인 성행위를 묘사하거나 성적 흥미를 유발하여 성적 수치심을 자극하는 경우에는 음란물(obscenity)이 되어 보호받지 못한다. 특히 청소년층이 인터넷과 PC통신 등 성표현물이 자유롭게 유통되는 새로운 매체를 이용하는 주고객층이 되면서 청소년 보호를 위한 규제방법과 범위도 대단히 중요하고 시급한 문제로 떠오르고 있다. 학자에 따라서는 노골적인 성표현물은 청소년 보호를 위해서만이 아니라 개인과 사회의 도덕성 보호를 위해 당연히 법으로 금지시켜야 한다는 주장을 하기도 하고(보수주의적 규제론),[56] 자연스러운 인간의 본능

54) Adam Winkler, Dennis J. Mahoney & John G. West, Jr., *Encyclopedia of the American Constitution* Vol. 4, 2nd ed., Macmillan Reference USA, N.Y., 2000, 1965~1966쪽; *Encyclopedia of Applied Ethics*, Vol. 3, Academic Press, 1998, 605~606쪽.

55) Alvin Toffler, *Future Shock*, Pan Books, London, 1970; 拙著, 법학개론, 동현출판사, 2001, 517~532쪽.

56) 이는 주로 도덕재무장(Moral Re-Armament)을 주장하는 청교도적 사고방식과 공동체주의(communitarianism)에서 발원한다. Adam Winkler, Dennis J. Mahoney & John G. West, Jr., 주54)의 책, 1965~1966쪽.

적 욕구라는 점에서 성표현 또한 존중되어야 한다고 주장하는 학자들도 있으며(자유주의적 보장론), 원칙적으로는 성표현의 자유를 보장하되 아직은 인격형성 중에 있는 청소년의 접근만 제한하자는 주장을 하기도 한다(청소년보호론).[57]

성표현물을 사회·윤리적 시각에서만 판단하고자 하는 보수주의적 규제론은 인간의 원초적인 성적 욕망을 무시하는 동시에 성표현물이 법적으로 허용되는 예술작품에서부터 폭력적이거나 아동학대를 다룬 포르노그라피까지 대단히 다양하다는 것을 간과하는 면이 있다. 자유주의적 보장론자들은 주장내용에 따라 급진적인 경향과 진보적인 경향으로 나누어볼 수 있는바, 급진주의자들은 포르노그라피가 사회병리해독작용을 한다며 규제철폐를 주장하기도 하고, 진보주의자들은 포르노그라피의 해악성이 입증되지 않은 현 상태에서 전면규제는 위헌이라고 주장한다. 그러나 이들은 사회적 유해성이라는 것이 수치적으로 입증될 수 없는 것임에도 불구하고 경험적·구체적인 기준만을 요구하는 편협함을 드러내고 있다는 점에서 비판을 받고 있다.[58] 비교법적인 입장에서 볼 때 회교 등 특정 종교에 편향되어 있거나 사회주의 헌법을 가진 국가 외의 대부분의 선진국에서는 대체로 폭력적이거나 인간의 존엄성을 말살하는 내용의 포르노그라피는 금지하되, 나머지 음란물에 대해서는 청소년보호와 관련하여 성표현물을 제한하고자 하는 입장을 견지하고 있다.

57) 최근에는 이상과 같은 시각 외에도 여성주의적 시각에서 음란물을 파악하고 그 해악을 논해야 한다고 주장하는 학자들도 있는바, 이들 학자들도 입장에 따라 다시 보수주의적 규제론과 자유주의적 보장론으로 나뉜다. 즉, 포르노그라피를 가부장적으로 형성된 성관념의 표현이라고 보는 입장에서는 포르노그라피의 제작 자체를 반대하는 보수주의적 입장을 표하는가 하면, 진보주의자들은 여성이 갖는 성에 대한 인식은 여성의 성해방을 위해 사용되어야 한다며 포르노그라피에 대한 규제의 철폐를 주장하기도 한다. 그러나 이러한 여성주의적 입장은 포르노그라피에 대한 개념을 여성주의적 시각에서만 분석하고 있을 뿐 아니라, 여성비하적인 성표현물과 기타의 성표현물을 동일시한다는 비판을 변하기 어렵다. 여성주의적 관점에서 본 성표현물에 대한 연구는 곰미혜, "포르노그라피, 페미니즘, 성정치학", 한국성폭력상담소 주최 토론회자료집; 심영희, "포르노그라피의 법적 규제와 페미니즘", 한국여성학, 1994년 참조.

58) Jan Samoriski, 주8)의 책, 266~270쪽.

제 2 절 性表現物의 개념

성표현물의 개념과 그 규제에 대해서는 개인이나 사회, 국가의 개별적인 입장 차이가 기본적으로 존재하기 때문에 시대와 사회의 문화적인 흐름에 따라 항상 찬반 논쟁이 있기 마련이다. 성표현물의 규제범위와 방법을 논하기 위해서는 우선 성표현물이라고 일컬어지는 용어부터 엄밀하게 정의하여야 하는바, 일반적으로 성표현물의 개념에는 포르노그라피와 음란, 저속한 표현물 등이 포함된다.[59]

사전적인 의미상 또는 사회학이나 심리학, 의학, 여성학 등의 학문분야에서는 음란과 포르노그라피, 저속이라는 용어가 각각 구분되어 사용되고 있고, 비교법적으로도 미국이나 독일, 프랑스 등이 모두 음란과 포르노그라피라는 용어를 법률용어로서 각각 구분하여 사용하면서 방송이나 청소년 보호와 관련해서만 저속이라는 용어를 별도로 사용하고 있으나, 우리나라의 경우에는 법률상 '음란'과 '저속'이라는 용어만 사용하고 있을 뿐, 법률적으로는 포르노그라피라는 용어는 사용하지 않는다. 따라서 비교법적인 연구를 위해서나 앞으로의 입법적·정책적 제안을 위해 세 용어의 의미를 정확히 해 둘 필요가 있는바, 이하에서는 사전적 의미를 전제로 법률적 의미에서의 용어의 차이점과 이를 바탕으로 한 제한의 법리를 간단히 살펴본다.

1. 음 란

무엇이 음란인가에 관하여는 수세기를 두고 논란을 거듭해 왔음에도 불구하고 아직도 논쟁의 대상이 되고 있다. 비록 미국 연방대법원이 음란성 판단의 기준에 관하여 ①호색적인 흥미를 불러일으키는가, ②성적인 행동을 묘사하는가, ③문학적, 예술적, 정치적 또는 과학적 가치를 가지지 못하는가 등을 제시하였지만,[60] 음란성 여부의 판단은 그리 쉬운 일이 아니다. 그러한 어려움 때문에 미국 연방대법원의 스튜어트(Stewart)

59) Adam Winkler, Dennis J. Mahoney & John G. West, Jr., 주54)의 책, 605~606쪽; Jan Samoriski, 주8)의 책, 266쪽.

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

판사는 "음란을 한 마디로 정의하기란 대단히 어려운 일이지만, 그러나 그것을 보는 순간 나는 그것이 음란하다는 것을 안다"[61]라는 유명한 말을 남길 정도로 그 개념정의가 쉽지 않은 것이 사실이다.

전세계적으로는 음란의 개념에 관하여 미 연방대법원이 Miller 판결[62]에서 내린 '그 시대의 평균인 기준'이라는 개념이 가장 많이 사용되고 있고, 우리 대법원이나 헌법재판소의 입장도 대체로 이와 유사하다.[63] 즉 "지역사회의 평균인의 입장에서 건전한 사회통념에 비추어 봤을 때 그것이 공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고, 노골적인 성행위를 묘사하거나 기술함으로써, 보통인의 성적 수치심을 해하고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것으로서, 전체적으로 보아 예술적 가치가 결여되어 있으면 그것은 곧 음란물"[64]이라는 것이다. 이러한 음란의 기준은 개인의 윤리관이나 종교관, 인생관에 따른 개별적인 입장의 차이와 시대와 사회의 가치관이나 도덕적 기준까지 작용하는 규범적 성질을 가진 것이어서, 그 사회의 풍속과 윤리, 종교와도 밀접한 관계를 가지며 그 시대를 사는 사람들의 총체적인 문화관에 따라서 달리 판단할 수밖에 없는 상대적인 개념으로 인식되고 있다.

게다가 "오늘날 세계적인 성표현 자유화경향의 영향으로 성에 관한 우리나라의 인식도 현저히 변화하고 있는 점"[65]이 고려되어, 엄격했던 과거의 음란기준은 성담론의 개방화추세 또는 성인의 알권리의 요구와 함께 점차 완화되고 있다.

---

61) Jacobellis v. Ohio, 378 U.S. 184, 197(1964)(동조의견).

62) Miller v. California, 413 U.S. 15(1973). Miller판결 이외에도 미국에서 음란이 문제되었던 판례로는 Roth v. U.S., 354 U.S. 476(1957); Manual Enterprises Inc., et al. v. Day, Postmaster General, 370 U.S. 478(1962); Jacobellis v. Ohio, 378 U.S. 184(1964); Memoirs v. Messachusetts, 383 U.S. 413(1966); Paris Adult Theatre v. Slaton, 413 U.S. 49(1973); Jenkins v. Georgia, 418 U.S. 153(1974) 등이 있다. 음란에 관한 최근의 논의로는 임지봉, "출판물과 연극·영화·비디오물에 대한 미국판례법상의 음란성 판단의 기준", 법조, 통권525호(2000.6.), 114~145쪽 참조.

63) 拙著, 주38)의 책, 85~87쪽.

64) 대판 2000.10.23. 98도679; 2000.10.13. 2000도3346; 1997.12.26. 97누11287; 1995.6.16. 94도2413; 1991.9.10. 91도1550.

65) 대판 1995.6.29. 94누2558.

요컨대 음란의 개념은 '사회의 시대적·문화적 배경에 따라 유동적일 수 있다(contemporary local community standards)'[66]는 전제 아래, '그 시대의 일반인의 성적 수치심을 해하고 성적 도의관념에 반하는 것'이라고 정의할 수 있으나, "결국 그 구체적인 판단에 있어서는 사회통념상 일반 보통인의 정서를 그 판단의 규준으로 삼는다 할지라도 이는 법관이 일정한 가치판단에 의하여 내릴 수 있는 규범적인 개념이므로, 그 최종적인 판단의 주체는 어디까지나 당해 사건을 담당하는 법관이 될 수밖에 없다."[67] 이렇게 음란의 개념은 그 나라의 사회·문화·종교적인 배경에 따라 다를 뿐만 아니라 시대에 따라서도 가변적이기 때문에, 음란성 여부를 한마디로 가린다는 것은 불가능한 일이다. 따라서 이러한 음란의 판단은 엄격한 기준에 따라 법원에 의하여 인정 여부가 결정되며, 일단 음란물로 인정되면 헌법상 보호를 받지 못하고 그 유통은 형법상 처벌의 대상이 된다.[68]

2. 포르노그라피(pornography)

우리의 입법현실에서는 사용되지 않지만, 외국에서 음란과 구별하여 사용하는 포르노그라피라는 용어는 음란물보다 훨씬 더 노골적인 성행위의 표현이나 성행위의 再現을 의미한다.[69] 즉 위에서 정의한 음란물 가운데도 '성적 흥분이나 자극을 목적으로 性器를 드러내며 명백하고도 노골적

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

67) 대판 1995.2.10. 94도2266.

68) Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc., 472 U.S. 749(1985); Arcara v. Cloud Books, Inc., 478 U.S. 697(1986). 물론 음란물도 그 내용에 따라 완전히 금지되는 것(hard-core pornography)과 연령대와 전달매체, 공연장소 등 관리조건을 제한한 후 허용되는 것(soft-pornography)이 있다. 일반적으로 선진국에서는 전자만이 법적으로 금지영역에 속하는 것으로 되어 있으나, 급진적이든 진보적이든 자유주의적 입장에서는 학자들은 前者의 경우에도 그것이 폭력적이거나 수간, 근친상간, 아동포르노 등 인간의 존엄을 해하는 것이 아닌 한, 음란표현물이 갖는 사회병리적 역할을 강조하며 금지하여서는 아니 된다는 견해를 밝히기도 한다. 이와 같은 입장의 차이는 여성학적 입장에서도 그대로 나타난다. 오경진, "포르노그라피에 대한 규범적 담론연구", 2000년도 서울대학교 법과대학 박사학위청구논문 75~120쪽.

69) Jan Samoriski, 주8)의 책, 266쪽.

으로 성행위를 표현한 책이나 그림, 사진, 영상 등'을 말한다. 결국 음란이 포르노그라피를 포함하는 보다 넓은 개념이라고 할 수 있다(음란>포르노그라피).

이러한 개념정의를 語源의 측면에서 살펴보면, 포르노그라피는 그리스어의 pornographos로 창녀(porn)에 관하여 쓰여진 것(graphos)을 뜻하는데, 이는 후에 영어의 obscence, 즉 음란문학을 지칭하게 되었기 때문에 그 뿌리는 동일하다고 할 수 있다.[70] 언어학적으로 obscence의 原義는, scene(무대) 밖, 즉, 무대에서는 보여줄 수 없는 것을 뜻하므로 그 자체로 '허용될 수 없는 표현물'이라는 의미를 담고 있어, 그 동안 '음란'이라는 이름으로 수많은 예술작품이 무대에 오르지 못하거나 출판되지 못하는 등 금지대상이 되어왔다.

역사적으로 보면 포르노그라피가 처음부터 금지영역은 아니었는바, 인쇄매체가 등장한 15세기 후반부터 19세기까지 유럽에서는 포르노그라피를 주로 종교적·정치적 권위에 대한 비판수단으로 사용하였다.[71] 따라서 17-8세기에 걸쳐 영국 법원에서는 성표현물에 대한 판례가 거의 없었고, 미국에서도 성표현물에 대한 규제가 그리 심하지 않아, 18세기에는 '포르노그라피의 황금시대'라고 일컬어질 정도로 일부귀족과 부르주아들 사이에 유행하다가, 19세기에 이르러서야 사회문제로 대두하기 시작하였다. 그 까닭은 19세기에 이르러 인쇄기술과 사진술이 대중화되면서 대량복제가 가능해짐으로써 포르노그라피가 대량으로 유통되기 시작한 데다가 도시화와 산업화가 진행되면서 중산계급에서도 비로소 책을 읽을 능력과 경제력을 가지게 되자 당국에서는 여자와 아이들이 성적인 것에 접촉되지 않도록 해야 한다는 외형상의 이유로 검열을 하기 시작한 것이다. 그러나 사실은 일반 시민들이 왕족과 귀족, 성직자들을 비판의 대상을 하고 있는 포르노그라피를 읽고 보지 못하도록 그에 대한 접근을 막고자 한 목적이 더 컸다.[72]

---

70) 출처: 두산세계대백과 EnCyber

71) Jan Samoriski, 주8)의 책, 267~268쪽.

72) Adam Winkler, Dennis J. Mahoney & John G. West, Jr., 주54)의 책, 1965~1966쪽; *Encyclopedia of Applied Ethics*, Vol. 3, Academic Press, 1998, 605~606쪽.

그러나 포르노그라피가 보다 큰 사회문제로 비화하기 시작한 것은 그 표현기법이 훨씬 다양해지고 세밀해진 20세기에 들어오면서부터이다. 근 4세기동안 책과 사진 등 인쇄매체로만 표현되고 유통되던 포르노그라피가 20세기 이후 라디오와 TV 등 방송매체와 영화 등의 영상매체가 발전하면서 인간의 육체에 대한 생생한 묘사가 가능해졌고, PC통신이나 인터넷 등 전자매체가 등장한 20세기 후반부터는 포르노그라피의 생산과 유통이 대량화·산업화·무역화·가상화(virtual)되면서 그 내용과 표현수법 또한 다양해졌을 뿐만 아니라, 새로운 매체에 대한 적응력이 기성세대보다도 신세대 즉, 청소년층에서 훨씬 빠르게 진행되면서 청소년이 포르노그라피에 접근할 가능성이 그만큼 많아졌기 때문이다.

포르노그라피는 그 표현기법과 내용정도에 따라 하드코어(hardcore) 포르노그라피, 소프트코어(softcore) 포르노그라피, 프렌지(frenzy) 포르노그라피로 나뉜다. 하드코어 포르노그라피란 性交를 노골적으로 명백하게 묘사하거나 재현하는 것을 말하며, 소프트코어 포르노그라피는 직접적인 성기의 노출이나 명백한 성교장면은 없으나, 그 표현이 성적 흥미를 유발하고 성적 수치심을 자극하는 것을 말한다. 이에 비해 프렌지 포르노그라피는 그 표현이 폭력적·인종차별적이거나 그 내용이 근친상간, 아동포르노(child pornography), 獸姦 등 異常性愛를 표현한 성표현물을 의미한다.[73]

미국이나 영국, 독일, 프랑스 등 선진국에서는 소프트코어 포르노그라피를 음란물과 동일한 것으로 인식하고 있고, 통상 포르노그라피라고 하면 하드코어 포르노그라피를 지칭하는 것으로 되어 있다. 하드코어 포르노그라피는 교육용이나 치료용으로만 활용이 가능하고, 소프트코어 포르노그라피는 전달매체의 방식과 공연성의 정도에 따라 제한을 가할 뿐 그 제작과 유통 소유가 가능하다. 즉 소프트코어 포르노그라피는 기본적으로 연령별에 따라 접근이 제한되는바(연령등급제), 방송매체 또는 전자매체의 경우에는 성인인증제도 등에 따라 청소년이나 미성년자의 접근이 제한된다. 물론 성인의 경우에도 자신이 동의하지 않는 한, 그러한 성적 표현물에 노출되지 않을 권리를 가진다. 요컨대 소프트코어 포르노그라피는 시

73) Jan Samoriski, 주8)의 책, 266쪽.

간, 방법, 장소 등의 제한 속에 성인에게만 접근이 허용되는 관리대상 성표현물이다. 이에 비해 프렌지 포르노그라피의 경우에는 인간의 존엄성을 파괴하는 것으로서 그 제작과 상영, 유통 자체가 금지되는 금지대상 성표현물이다. 그러나 우리나라는 모든 종류의 포르노그라피가 음란물이라는 이름 아래 금지대상으로 규정되어 있으며(형법 제243-244조), 회교도국가나 사회주의국가 등에서는 최소한의 성적 표현도 금기시 하고 있다.

3. 저 속

저속(indecency)이란 반드시 음란하지는 않지만 그 표현이 외설스러워 청소년보호를 위해 매체의 특성에 따라 그 표현과 유통을 제한하는 성표현물을 말한다.[74] 즉, 음란보다는 상당히 넓은 개념으로서 회교국가나 사회주의 국가를 제외하고는 기본적으로 헌법상의 보호를 받는 표현영역이다. 다만 방송과 같이 영향력이 강한 특정매체에서만 일정한 연령대를 기준으로 저속한 표현에의 접근이 제한될 따름이다. 그러나 현실적으로는 주로 언어에 의한 성적 묘사를 저속이라고 하는 경향이 있기 때문에 성적으로 음란하고 불경스러운 언어, 다시 말해서 선정적이거나 품위가 없는 언어로 성적인 표현을 하는 것을 저속이라고 한다.[75]

따라서 음란과 저속의 구별기준에 관하여는 국가간·학자간에 異論이 있고, 법원간에도 견해가 갈리고 있다. 예컨대 우리 대법원은 "음란 또는 저속한 간행물이란 性에 관련된 의미에 있어서는 '음란'이라는 개념으로 포괄할 수 있고, 간행물의 음란성을 판단함에 있어서는 당해 간행물의 성에 관한 노골적이고 상세한 표현의 정도와 그 수법, 성에 관한 표현이 간행물 전체에서 차지하는 비중 및 관련성, 간행물의 구성이나 전개 또는 예술성·학문성 등에 의한 성적 자극의 완화 정도, 이들의 관점으로부터 당해 간행물을 전체로서 보았을 때 주로 독자의 호색적 흥미를 돋우는 것"[76]이라고 하여 음란과 저속을 동일한 개념으로 보고 있다. 또 실정법

74) 拙著, 주38)의 책, 87쪽.
75) Jan Samoriski, 주8)의 책, 271쪽.
76) 대판 1997.12.26. 97누11287.

도 법률에서는 음란만 규정하고 있는 경우가 많으나,[77] 하위법령이나 심의기준에서는 저속의 개념을 도입하고 있는 경우도 많아 혼란을 야기하고 있다. 반면 우리 헌법재판소는 음란과 저속의 구별을 명확히 하고 있다. 즉 "'음란'이란 인간 존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성표현물로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것으로서, 사회의 건전한 성도덕을 크게 해칠 뿐 아니라 사상의 경쟁매커니즘에 의해서도 그 해악이 해소되기 어려워 언론·출판의 자유에 의한 보장을 받지 않는 반면, '저속'은 이러한 정도에 이르지 않는 성표현 등을 의미하는 것으로서 헌법적인 보호영역 안에 있다"[78]고 하여, 음란은 불법적인 내용이지만 저속은 보호받는 내용이라는 것을 분명히 밝혔다. 그 이후에도 헌법재판소는 미성년자보호를 위한 '불량'만화 단속규정에 대해서 "'미성년자보호법에 음란성 또는 잔인성을 조장할 우려가 있거나 미성년자들에게 범죄충동을 일으킬 수 있게 하는 만화'로 규정되어 있는 불량만화 개념은 지나치게 모호하고 막연한 개념으로 위헌"[79]이라는 결정을 하였고, 가상공간에서 '불온통신'이라는 명칭으로 '미풍양속'에 반하는 정보를 제한하던 전기통신사업법 제53조에 대해서도 명확성의 원칙과 과잉금지의 원칙위반이라는 이유로 위헌결정을 내림으로써,[80] 성표현물을 제한하는 용어의 정확한 개념과 기준을 설정하고자 노력하는 중이다.

비교법적으로 보면 미국에서는 매체에 따라서 저속한 표현물도 음란 이외의 제한사유로서 금지되고,[81] 청소년 보호와 관련해서는 음란성의 범

77) 우리 형법은 성풍속과 관련하여 음란이라는 용어만을 사용하고 있다. 즉 음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 전시 또는 상영한 자에게 음화반포죄(제243조)를, 동일한 물건을 제조, 소지, 수입 또는 수출한 자에게 음화제조죄(제244조)를, 그리고 공연히 음란한 행위를 한 자에게 공연음란죄(제245조)를 적용하고 있다. 또 출판사및인쇄소의등록에관한법률도 등록취소와 관련하여 '음란한 간행물이나 아동에 유해한 만화 등'이라고 규정하고 있다(제5조의 2).

78) 헌재결 1998.4.30. 95헌가16.

79) 헌재결 2002.2.28. 99헌가8.

80) 헌재결 2002.6.27. 99헌마480.

81) U.S. Criminal Code, 18 U.S.C. Section 1464; Marc A. Franklin, 앞의 책, 832쪽; FCC v. Pacifica Foundation, 438 U.S. 726(1978); Illinois Citizens Committee for Broadcasting v. FCC, 15 F. 2d 397(1975); Roth v.

위가 상당히 넓게 인정되어 저속의 기준이 통용되고 있는바,[82] 헌법적인 입장에서 볼 때 '저속'은 비록 가치 있는 표현은 아니지만 분명히 보호영역 안에 들어오는 개념이라고 할 수 있다. 미국에서는 "어린이가 시청할 수 있는 위험이 있는 시간대에 성적 또는 배설 행위나 성기 또는 배설기관을 방송매체에 대한 현대 지역사회의 기준으로 볼 때 매우 불쾌한 방식으로 설명 또는 묘사한 표현"을 저속이라고 하여 방송을 금하고 있으나, 분명히 헌법의 보호를 받는 표현으로 인정되고 있고,[83] 앞에서 살펴본 바와 같이 우리 헌법재판소도 저속을 "음란의 정도에 이르지 않는 성표현 등을 의미하는 것으로서 헌법적인 보호영역 안에 있는 것"[84]이라고 한 것도 같은 맥락이다.

다시 말해 저속한 표현은 음란한 표현과는 달리 일정한 사회적 가치를 지니고 있기 때문에 헌법적 표현의 자유의 보호를 받는 저속한 표현에까지 전면적으로 무단 금지시키는 것은 그 목적이 아무리 청소년 보호를 위한 것이라고 하더라도 성인의 접근을 근본적으로 차단한다면 그것은 과도한 기본권의 제한으로서 위헌무효가 된다.[85] 그런 점에서 볼 때 저속과 관련하여 방송위원회와 정보통신윤리위원회가 적용하고 있는 심의기준인 '선정성'이 또한 문제로 될 수 있는바, 선정성이란 일종의 외설을 자극하는 성격이라는 의미로서 음란과는 분명히 다른 개념인데, 방송매체와 전자매체에 있어서의 콘텐츠의 유통을 선정적이라는 이유로 금지하는 것은 표현의 자유에 대한 심각한 침해라고 볼 수 있다. 음란은 헌법상 보호받지 못하는 금지영역의 불법 성표현물이지만, 저속이나 선정적인 표현은 관리영역의 성표현물로서 이는 청소년의 접근만이 문제되기 때문이다. 헌법 제

U.S., 354 U.S. 476(1957); Attorney General ex rel McWhirter v. IBA, QB 629(1973).

82) Robert Abelman, "Television and Chidren", Journal of Broadcasting & Electronic Media, Vol. 31, No. 2, 222~224쪽; Clyde Osborne v. Ohio, 110 S. Ct. 1691(1990); Bentam Books, Inc. v. Sullivan, 372 U.S. 58 (1963); Butler v. Michigan, 352 U.S. 380(1957); BVerfGE 90, 1; Dame Vivien et autres c. Bellanger et autre, Gazette du Palais, 1993, 1er sem.; C.N.C.L. c. LA AINQ, Conseil d'Etat, 1988.10.20.

83) Jan Samoriski, 주8)의 책, 268쪽.

84) 헌재결 1998.4.30. 95헌가16.

85) 拙著, 주38)의 책, 89쪽.

21조 제4항이 규정하고 있는 공중도덕이나 사회윤리의 개념 자체도 확정적인 개념이 아니기 때문에 이들 기준을 사용한다 하더라도 음란과 저속의 의미내용을 확정짓는 것이 결코 용이한 일은 아니라고 할 것인바, 그 외에 또 다시 저속과 선정성을 근거로 표현물을 규제하는 입법은 앞으로도 위헌논란에서 벗어나기 힘들 것으로 보인다.

제 3 절 청소년 보호

음란과 저속의 구별은 기본적으로 그것이 불법인가, 아닌가의 구별기준이 되는 것이지만, 구별의 실익은 첫째, 매체에 따른 관리영역을 어떻게 할 것인가 하는 문제[86]와, 둘째, 청소년을 보호하기 위해서이다.[87]

아직은 형성중인 인격체인 청소년으로부터 음란물을 차단하고자 노력하는 것은 대체로 각국의 공통된 현상이며,[88] 청소년 보호를 위해 음란물이나 포르노그라피로부터 청소년의 접근을 제한하여야 한다는 데에는 보수주의적 규제론자들이나 자유주의적 보장론자들이나 견해의 일치를 보이고 있다.[89] 이는 청소년이 신체적·정신적으로 미약하고, 외부자극에 민감하며, 사물에 대한 변별력이 부족하고, 이성적인 판단력이 부족한 까닭에 음란물이나 광의의 포르노그라피에 노출될 경우 성범죄를 유발할 수 있고, 왜곡된 성의식을 가질 수 있다고 하는 일반적인 인식이 확산되어 있기 때문이다.[90] 다만, 청소년을 보호한다고 할지라도 그 보호목적과 범위, 방법, 기준은 각 국가의 문화적·사회적·경제적 환경과 여건에 따라 상이하다.[91] 예컨대, 우리 헌법의 경우 청소년 보호를 명문으로 규정하고

86) Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 395 U.S. 367(1969).

87) U.S. v. Reidel, 402 U.S. 351(1971); Paris Adult Theatre I et al. v. Slaton, District Attorney, et al., 413 U.S. 49(1973); Renton v. Playtime Theaters, Inc., 475 U.S. 41(1986).

88) 권영성, "청소년보호법에 의한 유해매체물의 유통규제", 고시연구, 1997.11., 110~114쪽.

89) Jan Samoriski, 주8)의 책, 274~307쪽.

90) 이에 따라 우리 헌법재판소도 다양한 사건에서 청소년의 보호를 인정해야 할 당위성을 밝히고 있다. 헌재결 1995.4.20. 92헌마264; 1996.2.29. 94헌마13; 1996.2.29. 94헌마213; 1997.3.27. 94헌마196; 2001.1.18. 99헌마555.

91) Jan Samoriski, 주8)의 책, 306~307쪽.

있지는 않지만, 연소자의 근로보호(제32조 제5항), 청소년의 복지향상(제34조 제4항)에 관한 조문 외에도 자녀에게 교육을 받게 할 의무(제31조 제2항) 등을 규정해 놓고 있어 헌법이념과 해석상 청소년 보호는 당연한 것으로 해석된다. 또 우리나라가 가입·비준하고 있는 '아동의 권리에 관한 협약(Convention on the Rights of the Child)'과 세계인권선언(제25조) 등에 비추어 볼 때 국제법상의 원리라는 측면에서도 청소년 보호를 위한 국가의 의무는 명약관화하다고 할 수 있다.[92]

이와 같은 헌법이념과 국제법상의 원리로부터 청소년 보호를 위한 개별입법들이 제정되어 존속하는바, 예컨대, 우리나라의 경우 청소년유해매체물제도를 시행하고 있고 방송이나 음반·비디오·게임물·영화 등에서는 연령대에 따른 접근권을 제한하고 있듯이, 외국의 경우에도 매체의 종류에 따라 청소년의 권리를 일정부분 유보하고 있다.[93] 특히 다른 매체에 비해 침투력과 영향력이 큰 전파매체의 경우[94] 청소년들이 쉽게 들을 수 있는 시간대에 '혐오스럽고 저속한 비어(offensive indecent words)' 사용조차 금지하는 것도 합헌판정을 받는 등[95] 매체에 따른 차별적 법적용도 인정되고 있다. 요컨대, '성에 관하여 노골적인 내용을 담고 있는 표현물(sexually explicit materials)은 성인에게는 합법적이지만 미성년자에게는 곧 음란물이 되어 관리대상이 된다'[96]는 것이 각국의 공통된 입법현실이다.[97]

---

92) 심지어 우리 헌법재판소는 담구장을 학교정화구역 내에 설치하지 못하도록 규정한 학교보건법(제6조 제1항)에 대해서 '아직 변별력 및 의지력이 미약한 초·중·고등학생들은 담구장의 유해환경으로부터 나쁜 영향을 받을 위험성이 크다'는 이유로 합헌판결을 내린바 있다. 헌재결 1997.3.27. 94헌마196·225, 97헌마83 병합. 동지의 헌재결정으로는 헌재결 2001.1.18. 99헌마555; 1993.5.13. 92헌마80.

93) 拙著, 주1)의 책, 93~120쪽.

94) Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 395 U.S. 3367(1969); Turner Broadcasting Systems Inc. v. FCC, 512 U.S. 622(1994).

95) Pacifica v.: Sable Communications of California Inc. v. FCC, 492 U.S. 115(1989); 拙著, 주38)의 책, 87쪽.

96) Ginsburg v. N.Y., 390 U.S. 629(1968).

97) 물론 음란물로부터 청소년을 보호하기 위해 '안전구역(Safe harbor)'을 마련하기 위한 각국의 노력이 인터넷의 확산과 함께 실패로 끝났다는 판단에 따라 더 이상 청소년 보호를 이유로 저속개념을 사용해서는 아니된다는 진보적인 주장도 나오고 있다. Jan Samoriski, 주8)의 책, 276쪽.

그런 반면, 이를 반대 해석하면 청소년에게만 금지되는 유해한 표현물을 일반 성인에게까지 금지하는 것은 위헌이 된다.[98] 우리 헌법재판소가 밝힌 바와 같이 '음란은 헌법적 보호밖에 있지만, 저속은 일정한 연령을 기준으로 차단효과를 가져오면 표현할 수 있다'[99]는 것이다. 우리나라에서는 비록 선언적인 결정문만 게시되었을 뿐, 이와 관련된 직접적인 사건의 판례가 존재하지 않지만, 미국의 경우에는 판례를 통해 성인에게는 저속한 내용이 청소년에게는 '가변적인 음란성(variable obscenity)'이 되어 규제대상이 되고 있다.[100] '가변적인 음란성'이란 음란성이 명백하게 인정되지는 않지만 아직 인격적으로 성숙하지 못한 미성년자에게는 저속한 내용도 신체적·정신적 평온(well-bing)을 해치기 때문에 음란물로서의 규제가 정당화되는 것이다. 즉 성인에게는 불법적인 표현물(음란)이 아니지만, 아직 미성숙단계에 있는 미성년자에게는 신체적, 정신적 평온(well-being)을 보호하기 위해 유해물질(harmful materials)을 특별히 관리해야 한다는 것이다.[101] 다만 그 관리방법은 명확한 용어로 최소한의 규제방식(least restrictive manner)에 따라 이루어져야 함은 물론이다.[102] 1997년부터 시행되기 시작한 청소년보호법에서는 그러한 유

98) Butler v. Michigan, 352 U.S. 380(1957).

99) 그럼에도 불구하고 현행 청소년법은 음란이라는 용어만 사용하고 있다. 즉 청소년유해매체물이라는 용어에 '청소년에게 음란한 행위를 조장하는....'이라는 설명을 하여 음란과 저속, 유해물을 구분하지 않고 있으며, 심의기준에서 '청소년에게 성적인 욕구를 자극하는 선정적인 것이거나 음란한 것'이라고 하여 '선정 또는 음란'을 그 기준으로 하고 있다(제10조).

100) Ginsberg v. N.Y., 390 U.S. 629(1968).

101) 방석호, "인터넷 내용물 규제와 청소년보호법", 사이버커뮤니케이션학보, 창간호(1997, 가을), 사이버커뮤니케이션학회, 61쪽.

102) Sable Communications of California Inc. v. FCC, 492 U.S. 115(1989). 그러나 예외적으로 특정 연령 이하의 어린이를 성적 대상으로 하고 있거나 특정한 성행위를 시각적으로 묘사한 경우에는 위의 음란성 기준을 따지지 아니하고 바로 제재할 수 있다(Ginoberg v. N.Y., 390 U.S. 629(1968); N.Y. v. Ferber, 458 U.S. 747(1982); Massachusetta v. Douglas O'n, 491 U.S. 576(1989); Clyde Osborne v. Ohio, 110 S.Ct. 1691(1990)). 이른바 아동포르노물(child porn)로서 이는 미성년자가 '성행위에 가담하는 것'뿐만 아니라, '성적 표현물에 미성년자가 등장하는 것(pornographic subjects)', 즉 미성년자를 시각매체를 통해 성적 표현물에 등장시키는 것 자체도 포함하는 개념이다(Ginsburg v. N.Y., 390 U.S. 629(1968); Stanley v. Georgia, 349 U.S. 557(1969); Osborn v. Ohio, 495

해물질에 대하여는 표시·포장·격리의무를 규정하고 있으며, 방송법과 영화진흥법, 음반·비디오물및게임물에관한법률 등에서도 시청시간대와 시청가능 연령을 표시하는 방법 등을 사용하고 있다.

그런데 인터넷은 모든 매체가 통합되고 융화된 결과로 나타나기 때문에 매체의 특성에 따른 어떤 특정한 기준을 적용할 수가 없다. 다시 말해 인터넷은 방송과는 달리 원하지 않음에도 불구하고 콘텐츠에 노출되거나 본인의 의사에 관계없이 침투해 들어오는 매체가 아니다. 즉 불청객이 아니라, 초대받은 손님이 되는 것이다.[103] 게다가 실시간으로의 전송과 송출도 가능하지만, 언제 어느 때라도 본인이 원하는 컨텐츠에 접근할 수 있다는 점에서 시간과 장소에 따른 규제가 아무런 의미가 없게 된다. 결국 방법의 문제만 남게 된다는 점에서 기존의 법을 그대로 적용할 수 없는 어려운 문제가 발생한다.

또한 청소년 보호가 헌법적·국제법적 원리와 이념상 인정된다고 하더라도 청소년의 보호연령과 인접한 개념, 즉 아동, 어린이, 유아, 미성년자, 연소자 등의 범위가 개별입법마다 다르게 나타나 그 개념이 지나치게 가변적이라는 점은 청소년 보호와 관련된 입법의 가장 근본적인 문제점으로 지적될 수 있다. 예컨대 청소년기본법은 만 9세 이상 24세 미만으로 규정하고 있으며, 청소년보호법은 19세 미만, 아동복지법은 18세 미만, 소년법은 20세 미만, 근로기준법은 18세, 민법상 성년은 20세로 규정하고 있는데다가, 영화·음반·게임물·방송 등에 적용되는 등급분류는 7세, 12세, 15세, 18세, 19세 등으로 대단히 세분화하고 있어 과연 청소년의 보호영역을 어떻게 설정할 것인가 하는 것이 대단히 복잡하고 어려운 법적 문제를 야기한다.[104] 최근 대법원은 청소년보호법과 음반·비디오물및게임물에관한법률상의 청소년의 나이를 혼동해 출입을 허용한 비디오방 업주들에 대해 '법률의 착오'(형법 제16조)가 인정된다며 무죄를 확정하기도 하였다.[105]

U.S. 103(1990)). 이와 같은 아동포르노물에 대해서는 음란성기준을 적용하지 않고 바로 금지시키는 것 또한 전세계적으로 공통된 현상이다.

103) 방석호, 주101)의 논문, 73~74쪽.

104) 同志: 박용상, 주8)의 책, 292~293쪽.

105) 대판 2002.5.17. 2001도4077.

아무튼 청소년의 건전한 심성을 보호하기 위해 음란한 성표현이나 지나치게 폭력적이고 잔인한 표현 등을 규제할 필요성은 분명히 존재하고 또 필요한 일이지만,[106] 청소년 보호를 위해 저속한 표현을 규제하는 경우 그 보호 대상은 보호를 필요로 하는 연령대에 제한적으로 적용되어야 하고, 규제수단 또한 청소년에 대한 유통을 금지하는 방향으로 좁게 설정되어야 하며, 청소년 보호라는 명목으로 성인이 보고 듣고 읽을 수 있는 알권리와 사생활의 자유까지 전면 금지 내지 제한한다면 이는 성인을 청소년의 수준으로 하향조정할 것을 국가가 강요하는 결과가 되어 위헌이라고 할 수밖에 없다.

106) 헌재결 1998.4.30. 95헌가16.

제 4 장 性表現物에 대한 규제 입법과 판례

제 1 절 비교법적 고찰

대부분의 입헌주의국가에서는 국민의 언론·출판·집회·결사의 자유로 대변되는 표현의 자유를 헌법에 명문으로 규정하고 있지만, 특정 국가의 역사적·문화적·전통적 배경에 따라서는 형식적 헌법을 갖고 있지 않거나 헌법에 개별 기본권조항을 두지 아니함으로써 해석론의 방법으로 표현의 자유를 구현하기도 한다. 또한 민주사회에 있어서 필요불가결한 여론형성의 매체로서 표현의 자유를 헌법상의 다른 기본권과 어떻게 조화시키고 보호 범위를 어느 정도로 설정할 것인가 하는 문제와 그에 따른 法理의 양태가 각국의 헌법이념과 실정법의 태도, 문화적 유산에 따라 각기 다른 양상을 띠면서 지난 1세기 동안 변화, 발전하여 왔다.[107]

따라서 성표현물에 대한 외국의 입법례와 판례를 살펴보기에 앞서 각국의 헌법이념을 상기할 필요가 있다. 기본적으로 표현의 자유에 있어서도 철저하게 자유주의를 적용하고 있는 미국의 경우에는 수정헌법 제1조에서 표현의 자유를 통합적으로 보장하고 있지만, 실정헌법이 존재하지 아니하는 영국은 물론 제2차 세계대전 당시 나치의 壓政에 언론매체가 도구화되었던 독일 등 유럽의 경우에는 다양한 법에 분산되어 있는 경우가 많다. 물론 같은 유럽이라고 해도 영국이나 프랑스, 독일은 각기 역사와 전통, 헌법이념과 헌법현실이 다르기 때문에 동일한 기준에서 인터넷 관련 입법과 정책을 논하기에 적절치 않다. 2000년부터 유럽인권법이 발효되었으므로 표현의 자유라고 하는 기본권 보장에 관한 한 원론적인 부분에서는 동일한 법을 적용 받게 되어 공통점이 존재한다고 볼 수 있으나,[108] 유럽인권법은 그 파급효과가 대단히 느리고 축적된 결과물이 아직

107) 구체적으로 미국의 경우에는 수정헌법 제1조가 채택된 이후 언론의 자유에 관한 이론과 법리가 축적되기 시작한 1900년대 초반까지, 그리고 프랑스의 경우에는 1789년 대혁명 당시 제정된 '시민과 인간의 권리선언' 이후 언론법이 제정된 1881년까지 평균 100년 정도가 걸렸다. Vicki C. Jackson & Mark Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, foundation Press, 1999, N.Y., 1248~1249쪽.

108) 유럽인권법상의 표현의 자유는 제10조에 규정되어 있는데 그 내용은 다음과 같다.

은 별로 없어 논의의 대상으로 삼기에는 시기상조이다.[109] 다만 인터넷은 기본적으로 개인의 비밀을 중시하는 통신기술을 매개로 해서 이루어지는 것이므로 국내의 관련법이 어떻게 규정되어 있느냐에 따라 각기 다른 모습을 보이는바,[110] 특히 1992년의 마스트리히트조약이 체결되고 난 이후, 유럽연합법이 각국의 상위법으로 그 효력을 발휘하게 되었고, 유럽연합의 통신에 관한 협정에 따라 각국이 1995년부터 통신서비스시장을 개방하면서 각종 데이터의 안전, 안전한 정보의 권리 등이 통일적인 가이드라인을 통해 법률적 보호를 받고 있다.[111] 그런가 하면 호주나 싱가포르 같은 나라는 적극적으로 국가가 나서서 인터넷산업을 장려하는 동시에 규제도 국가 주도로 행하고 있다.

한편 미국, 영국, 프랑스, 독일 등 선진국 가운데 표현의 자유에 관한 입법과 법리에 관한 한 우리나라에 가장 큰 영향을 미친 나라가 바로 미국이고, 성표현물에 관한 한 가장 보수적인 입법과 판례의 경향을 보이는 나라가 바로 미국이다. 또 역사적으로 우리나라는 독일법을 계수한 까닭에 지난 반세기동안 법 전반에 걸쳐 독일의 실정법과 판례, 학설로부터 많은 영향을 받았고, 특히 최근에는 청소년보호와 관련해서 직접적인 영향을 받았다. 따라서 성표현물에 대한 규제입법과 판례에 관한 비교법적 고찰을 함에 있어서는 먼저 두 나라의 예를 중심으로 살펴보고 이어서 우리나라의 경우를 살펴본다.

제10조: 1. 만인은 표현의 자유를 누린다. 이 권리는 정부와 국경에 관계없이 의견을 갖고 정보와 사상을 주고받을 수 있는 자유를 포함한다. 2. 표현의 자유의 실행은 의무와 책임을 수반하기 때문에 입법과 민주적 사회 유지의 필요성(국가안전보장, 국가통합, 공공질서, 무질서나 범죄 방지, 건강과 도덕의 보호, 타인의 명예와 권리 보호, 비밀누설방지, 사법권의 권위와 공정성 등)에서 나오는 형식, 조건, 처벌에 따라 제한된다.

109) 拙著, 주38)의 책, 6쪽.

110) David B. Winn, *European Community and International Media Law*, Graham & Trotman, London, 2001, 66~70쪽.

111) 99/387/EWG(1999.6.28), 95/388/EWG(1995.10.10), 92/44/EWG (1992.6.5.), 95/62/EWG(1995.12.13.). 자세한 내용은 Catherine Elliott & Frances Quinn, *English Legal System*, 3rd ed., Longman, 2001, 59~73쪽; Jeffry Jowell & Dawn Oliver, *The Changing Constitution*, 4th ed., Oxford, 2001, 61~166쪽; Liberty(ed.), *Liberating Cyberspace: Civil Liberties, Human Rights and the Internet*, Pluto Press, London, 1999 참조.

1. 미 국

(1) 표현의 자유에 관한 일반론

미국에 있어 표현의 자유는 수정 헌법 제1조의 철학적·정신적 지주이다.[112]

일반적으로 미국의 법문화는 영국의 영향을 가장 많이 받아, 아직도 식민지 시대에 繼受된 자연법사상과 보통법(common law), 형평법(law of equity), 판례법의 전통이 강하게 남아 있어 법적 안정성과 예측가능성을 가장 큰 장점으로 하고 있다.[113] 그러나 영국과 기본적으로 다른 점은 영국이 실정헌법을 갖고 있지 않은 데 비해, 미국은 자유를 찾아 대륙으로 건너온 미국 초기의 건국이념이 1791년에 삽입된 수정헌법 제1조에 그대로 녹아 있어 언론의 자유에 관한 확고부동한 조항으로서 존재할 뿐만 아니라, 各 州에도 언론의 자유를 보장하는 개별 헌법들과 행정법규(administrative rules) 등 각종 제정법(statutory law)들이 존재한다.[114]

수정헌법 제1조가 언론의 자유를 절대적 권리로 선언한 것은 아니라는 데 학설과 판례가 일치하고 있지만,[115] '의회는 언론의 자유를 사전적으로 제한하는 어떠한 법률도 제정하지 못한다[116]라고 하는 文言上 다른 어떤 나라에서도 찾아보기 어려울 정도의 상당히 단호한 어조로 언론의 자유를 보장하고 있는 것만은 분명하다.

---

112) Jan Samoriski, 주8)의 책, 51~53쪽.

113) T. Barton Carter, Marc A. Franklin & Jay B. Wright, *The First Amendment and the fifth Estate*, Foundation Press, 2000, 1~2쪽.

114) 언론의 자유를 인정하는 州의 헌법(1776년 버지니아주 헌법)이 연방헌법보다도 먼저 제정되었던 것도 미국만의 독특한 상황이라고 할 수 있다.

115) 물론 언론의 자유를 '절대적 권리(absolutist-liberalist)'라고 주장하며 이론을 발전시킨 학자와 연방대법원 판사(Douglas, Black 등 1970년대 초에 활동했던 대법관들)도 있었으나, 이들의 주장은 기본권 충돌의 이론에 따라 주류를 형성하지 못하였다.

116) The First Amendment: "Congress shall make no law...abridging the freedom of speech, or of the press. ..."

따라서 판례도 이와 같은 미국적 전통과 역사를 그대로 반영하여, 건국 이후 지금까지 언론의 자유를 우월적인 지위로 인정하면서 다양한 법리를 발전시켜 왔다. 즉, 판례는 사전억제(prior restraint)금지의 이론,[117] 위험한 경향의 원칙(Danger tendency rule),[118] 명백하고도 현존하는 위험의 원칙(clear and present danger rule),[119] 이익형량의 원칙(balancing test)[120] 등의 이론개발을 통해 언론의 자유를 신장시켜 왔고, 그 결과 언론의 자유는 '사상과 의견의 자유로운 발표'라고 하는 고전적인 의미로부터 '자유로운 정보의 유통'이라고 하는 현대적인 의미로 확장되는 전기가 마련되었다. 나아가 언론의 자유를 제한하는 법률은 일단 합헌성이 배제된다고 하는 '합헌성 배제의 원칙'에 따라 내용 규제(content-based regulation)를 엄격히 제한해 온 '엄격 심사'(strict scrutiny) 또한 민주사회에 있어서 다양성을 보장하는 중요한 기틀이 되었다. 그 결과 언론의 내용 자체를 문제삼아 규제하는 것이 아니라 그 언론이 행해진 시간과 장소 및 방법만을 문제삼아 규제하는 내용중립적 규제(content-neutral regulation)[121]가 오늘날까지도 미국에서 언론을 규제하는 중요한 기준이 되고 있다. 시간과 장소, 방법(Time, Place, Manner, TPM)에 의한 제한이란 내용에 대한 제한이나 통제가 아니라 표현의 방법을 통제하려는 것으로서 정당한 TPM규제가 되기 위해서는 첫째, 표현에 대한 규제가 내용중립적(content-neutral)이어야 하고 둘째, 제한을 정당화할 수 있는 필요불가결한(compelling) 정부의 이익이 입증되어야 하며 셋째, 代案이 있어야 할뿐만 아니라, 그 제한이 이익형량의 원칙(adhoc balancing theory)과 과잉금지의 원칙에 부합하여야

117) Near v. Minnesota, 283 U.S. 697(1931).

118) Gitrow v. N.Y., 268 U.S. 652(1925).

119) Schenck v. U.S., 249 U.S. 47(1919); Bridges v. California, 314 U.S. 252(1941); Abrams v. U.S., 250 U.S. 616(1919); Schaefer v. U.S., 251 U.S. 46691920); Whitney v. California, 274 U.S. 35791927); Dennis v. U.S., 341 U.S. 494(1951).

120) American Communications v. Doubs, 339 U.S. 382(1950); Uphaus v. Wyman, 360 U.S. 72(1959); Barenblatt v. U.S., 360 U.S. 109(1959); Konigsburg v. California, 366 U.S. 36(1961); Robel v. U.S., 389 U.S. 258(1967). 자세한 것은 Carter 외, 주 113)의 책, 69~76쪽 참조.

121) Chaplinsky v. New Hampsher, 315 U.S. 568(1942).

한다. 내용규제는 그 자체로서 언론의 활동을 위축시키지만(chilling effect), 특히 공적 논쟁(public debate)에 있어서 내용을 근거로 규제하는 경우에는 심각한 왜곡효과(distorting effect)를 낳기 때문에 민주사회의 여론형성에 치명적인 영향을 미치게 된다.[122]

(2) 가상공간에서의 표현의 자유의 法理

1) 논의의 전개

기본적으로 이상과 같은 법리가 가상공간에도 그대로 적용되지만, 그러나 가상공간은 기술적으로 기존의 매체와는 다른 공개성과 자율성, 상호작용성, 동시성, 越境性 등의 특성을 가지므로 규제를 하지 않고 시장기능에 맡기고자 하는 非規制政策(unregulation)을 견지하고자 하는 것이 미국의 입법과 정책태도이다.[123]

짧은 기간 동안이었지만, 가상공간에서의 표현의 자유 문제를 어떻게 해결할 것인가에 관해 미국에서 진행되었던 법리의 변화를 간단히 살펴보면, 새로운 정보기술의 발전이 과연 수정헌법 제1조의 해석과 적용에 어떤 변화를 가져올 것인가 하는 점에 관한 논의가 본격적으로 시작된 것은 1990년대 초부터였다.[124] 학자에 따라서는 새로운 매체에 대한 새롭고 다른 기준은 결국 정부의 간섭을 초래했을 뿐이라며 또 다른 규범 정립에 반대하면서, 기존의 언론에 대한 입법과 대법원의 판례를 그대로 유지하면 될 것이라고 주장하기도 했고,[125] 실제로 법원은 1991년 가상공간에서 일어난 명예훼손사건에 기존이론을 그대로 적용하는 판례를 남기

122) T. M. Scanlon, Jr., "Content Regulation Reconsidered", in Democracy and The Mass Media, Cambridge University Press, N.Y., 1990, 331~354쪽.

123) Cees J. Hamelink, 주5)의 책, 139쪽.

124) Carter 외, 주113)의 책, 954쪽.

125) Thomas G. Krattenmarker and L. A. Powe, Jr., "Converging First Amendment Principles for Converging Communications Media", 104 Y. L.J. 1719(1995); Cass R. Sustein, *The First Amendment in Cyberspace, First Amendment Law Handbook*(James L. Swanson ed.), 1997, Clark Boardman Callaghan, N.Y.

기도 했으며,[126] 연방대법원도 케이블TV에 대해 기존 입장을 재확인하기도 했다.[127]

그러나 많은 학자들은 가상공간에는 기존의 매체들과는 분명히 다른 차이점이 존재한다며 새로운 이론의 정립과 그 필요성을 역설하였다. 즉, 쌍방향적 상호작용과 탈중앙적인(decentralized) 접근이 가능한 이들 새로운 매체들은 우선 기존매체와는 달리 접근이 용이하고(open-access), 사용자가 바로 내용을 통제할 수 있기 때문에 기존의 방송이나 인쇄매체, 통신매체와도 다른 특성이 분명히 인정될 뿐만 아니라, 새로운 정보기술은 일반인의 언론비용을 엄청나게 격감시켰고, 많은 사람들이 자신의 목소리를 낼 수 있는 다양한 기회를 가지게 되었으므로 새로운 법질서의 창조가 불가피하다는 것이다.[128] 그런가 하면 변화의 혁명적 성격을 인식하고는 있지만 그 잠재적 가능성을 예견한다는 것이 아직은 불가능한 일이므로 새로운 시대에 법이 보다 유연하게 대처하기 위해서는 매체의 발전추이를 좀 더 지켜보고, 그 결과가 수정헌법 제1조에 미치는 파급효과와 영향을 심사숙고해 보자는 觀望派가 존재한다는 것도 위에서 언급한 바와 같다.

그런데, 신기술이 가져다 준 새로운 매체 중 특히 인터넷이 그 기술적·본질적 특성상 외형적인 다양성을 증진시키고 있는 것은 사실이나, 각자가 자신의 기호와 취미, 특성에 맞는 사이트만 골라 다니며 정보를 흡수한다는 점에서 내면적으로는 오히려 편협한 지식과 견해가 가져올 다양성의 부족을 새로운 이론의 필요성을 역설하는 未來學派나 심사숙고를 주장하는 觀望派나 모두 우려하고 있었다.[129] 또한, 접근이 용이하고 중앙통

126) Cubby, Inc. v. CompuServe Inc., 776 F. Supp. 135(S.D.N.Y.). 이 사건에서 법원은 명예훼손에 대한 책임은 편집통제권(editoral control)의 인정 여부에 달려 있다는 기존의 입장을 재확인했다. 이 사건에서는 컴퓨서브측이 명예훼손적인 글의 내용을 사전에 인지하지 못했다는 이유로 책임을 인정하지 않았다. 자세한 내용은 Ann Wells Branscomb, 주16)의 글, 1648~1650쪽.

127) Turner Broadcasting Sys., Inc. v. FCC, 114 S. Ct. 2445(1994).

128) 이들을 미래학파라고 하기도 한다. 자세한 내용은 Jerry Berman and Daniel J. Weitzner, "Abundance and User Control: Renewing the Democratic Heart of the First Amendment in the Age of Interactive Media", 104 Y.L.J. 1619(1995) 참조.

129) Cass Sunstein, 주12)의 책, 5쪽.

제장치가 없다는 인터넷의 장점도 조금만 그 세계를 자세히 들여다보면, 평범한 일반인들의 의견보다는 정치적으로 극단적이거나 성격상 과격하고 칩요한 사람들의 의견이 훨씬 더 많이 자주 올라옴으로써 '사상의 자유시장론'이 또 다시 위기를 맞았다.[130]

요컨대, 새로운 정보기술이 가져다 준 뉴미디어, 특히 인터넷에 관한 한, 미국에서의 논의는 표현의 자유에 관한 뿌리 깊은 논쟁인 사상의 자유시장론(free market of ideas)이냐, 공적 숙고론(public deliberation)이냐 하는 자유언론의 전통 논쟁으로 귀결된 것이다. 다시 말하면, 연방대법원판사였던 홈즈(Holmes)판사가 주창한 잘 기능하는 언론시장(well-funtioning speech market)[131]에 모든 것을 맡길 것이냐,[132] 아니면 '정부는 다양한 의견을 증진시킬 의무가 있고 공적 문제에 관심을 갖도록 해야 한다'고 주장한 메디슨(James Madison)의 견해를 따를 것이냐[133] 하는 선택의 문제라고 할 수 있다. 물론 시장론을 지지하는 학자도 정부가 아무런 규제를 해서는 안된다고 주장하지는 않는다. 즉 검열이 아닌 내용중립적(content-neutral)인 정부규제는 받을 수 있으며, 기본적으로 수정헌법 제1조가 보호하지 않는 음란, 허위보도, 명예훼손 등은 규제되어야 한다는 입장이다. 따라서 가상공간에서도 음란과 폭력, 과롭

130) 실제로 미국에서는 CATV상의 공공접근채널(public-access channel)을 백인우월주의를 주장하는 KKK단(Ku Klux Klan)이 이용하여 인종차별적인 방송을 계속하자 시당국이 당해 CATV의 모든 채널을 폐쇄시켜버린 사건이 있었다. Missouri Knights of the KKK v. Kansas City, 723 F. Supp. 1347.

131) 이는 제한받지 않는 수요와 공급이라는 경제이론을 언론에 도입한 것으로서, 홈즈판사가 1919년 Abrams v. U.S., 250 U.S. 616사건에서 반대의견을 통해 주장한 이론으로 그 후 1974년 인쇄매체에 있어서의 반론권을 무효화시킨 Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo, 418 U.S. 241사건과 1987년 미연방통신위원회(FCC)가 공정성원칙을 폐기처분한 Syracuse Peace Council v. Television Station WTVH, 2f F.C.C.R. 5043사건에서 인용되었다.

132) 이에 동조하는 대표적인 학자는 Thomas G. Krattenmaker and L.A. Powe, Jr., 주 125)의 글 1719쪽.

133) 이는 1927년 Whitney v. California, 274 U.S. 357사건에서 '자유에 관한 가장 강력한 위협은 사람을 아둔하게 만드는 것'이라고 주장한 브랜다이스(Brandeis)판사의 견해에서 유래한다. 이 견해는 그 후 1964년의 설리반사건(N.Y.T. v. Sullivan, 376 U.S. 254)과 1969년의 레드라이온사건(Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 395 U.S. 367)에서 재확인되었다. 학자에 따라서는 이 주장을 메디안論이라고도 한다.

힘, 협박, 명예훼손적인 표현은 당연히 규제의 대상이 된다는 것이다.[134]

반면 공적 숙고론을 주장하는 학자들은 미국의 건국이념이나 민주적 이념, 민주적 목적, 민주적 정당성, 미국헌법의 탄생과정 등을 고려해 볼 때 "제대로 기능하는 민주주의는 시민의 참여를 필요로 하며, 이는 곧 정보의 정도에 달려 있으므로 공공문제에 대해서는 다양한 견해와 의견이 표출될 수 있도록 정부가 고려하여야 한다"[135]고 주장한다. 인터넷에서는 더 이상 희소성의 이론이 적용될 수 없지만, 인터넷의 저질화와 선정주의의 만연, 지각없는 프로그램의 범람 등을 생각해 볼 때 잘 기능하는 시장론에 회의를 느낀다는 것이다.

여기서 새로운 정보기술이 펼치는 문제점과 현상을 기존의 이론으로는 설명하지도 규제할 수도 없어 회의를 느끼던 학자들은 시장이론과 공적 숙고론에 이어 터너모델(Turner Model)을 제3의 이론으로 제시한다. 터너모델이란 연방통신위원회(FCC)와 케이블TV방송사인 터너社間에 있었던 사건[136] 이름에서 따온 이론이다. 시청자의 접근권을 보장하고 지방방송사를 보호하기 위해 연방통신위원회가 케이블방송사에 대해 요구한 must-carry rule이 문제가 된 사건에서, 연방대법원은 "정부가 시청자의 접근을 위해 새로운 언론매체를 규제할 수 있으며, 무료TV프로그램의 접근을 위해서만이 아니라 지역관심의 문제를 교환하고, 다양한 정보원에 접근하기 위해서도 일정한 규제를 할 수 있다"고 판시하면서 합헌판결을 내렸다.[137] 이러한 터너모델은 시청자의 들을 권리, 말할 권리, 접근권 등을 인정하면서 동시에 다양성 증진을 강조했다는 점에서 '자유시장이론'을 택하지 않고 '공적 숙고론'을 택했다고 볼 수도 있지만, 면밀히 살펴보면 기존의 매체와는 다른 새로운 매체의 특성을 대법원이 명백히 인정하고 반영한 판례라는 점에서 학자들은 이를 제3의 이론이라고 부른 것이다.[138]

---

134) Cass R. Sunstein, 주12)의 책, 39~42쪽.

135) Cass R. Sunstein, 주12)의 책, 7쪽.

136) Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC 114 S. Ct. 2445(1994).

137) 미연방대법원은 또 이 판결에서 CATV의 기술적 성격으로 인해 방송사가 프로그램에 대한 접근을 통제할 수 있는 병목(bottleneck)권한 내지 문지기(Gatekeeper)로서의 권한, 즉 통제자로서의 권한을 행사할 수 있음에 주목하였다.

138) Cass R. Sustein, 주12)의 책, 17쪽.

2) 非規制立法과 정책

터너모델에 따른 몇 차례의 사법적 결정[139]이 있은 후, 전세계 인터넷 산업과 시장을 주도하고 있는 미국은 인터넷의 발전이 투자와 경쟁 등 아주 기초적인 시장의 힘으로 가능했다는 판단에 따라 인터넷이 더 발전할 수 있도록 비규제(unregulation)환경을 조성하는 경향을 보이고 있다.

인터넷이 출현하기 전까지 강력한 매체로 영향력을 발휘했던 방송에 대해서는 희소성, 영향력, 침투력, 국민신탁재산 등의 이론을 창출하여 각종 규제를 가하던 미국이 이제는 방송에 대해서도 탈규제(deregulation)정책을 취하게 되면서 새로운 매체인 인터넷에 대해서는 아예 각종 규제를 거의 철폐하고 있다.[140] 방송과 통신정책을 담당하고 있는 연방통신위원회의 기본입장이 데이터 서비스를 제공할 수 있는 안전하고 적당한 가격의 전화시스템을 보편적으로 이용할 수 있도록 텔레커뮤니케이션 네트워크의 개발을 촉진하고, 네트워크를 통해 제공되는 컴퓨터응용프로그램(application)을 규제하지 않기로 결정함으로써 인터넷이 규제 받지 않고 발전할 수 있도록 하고 있는 것이다.[141] 반면 입법부는 인터넷에 대한 규제를 가하고자 하였으나, 법원이 일관되게 위헌판결을 냄으로써 연방통신위원회의 입장을 지지하고 있다.[142]

가상공간에서의 표현의 자유를 제한하는 일련의 입법들에 대해 미 연방대법원이 위헌판결[143]을 내린 이후에 인터넷에 대한 규제는 거의 사라지고 오히려 지원정책으로 돌아섰는바, 사업자에게 직접책임을 지우지 않는 디지털 저작권법(Digital Millennium Copyright Act of 1998)[144]

---

139) Cubby, Inc. v. CompuServe, 776 F. Supp. 135(S.D.N.Y. 1991); Stratton Oakmont Inc. v. Prodigy Service Co., 23 Media L. Rep.(BNA) 1794 (N.Y. Sup. Ct., May 24, 1995).

140) 拙著, 주1)의 책, 420~441쪽.

141) 방송조사자료 2000-1, 해외 인터넷 콘텐츠 규제동향, 방송위원회, 2000, 133쪽.

142) 拙著, 주1)의 책, 492~493쪽.

143) Reno v. America Civil Liberties Union, 521 U.S. 844(1997); Aschcroft, Attorney General, etal. v. Free Speech Coalition etal., certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, No. 00795, decided April 16, 2002.

144) 관련판례로는 Religious Technology Center v. Netcom On-Line Com-

과 인터넷비과세법(Internet Tax Freedom Act of 1998) 등이 그 대표적인 예라고 할 수 있다. 특히 명예훼손에 대한 정보통신사업자의 책임에 관하여 초기에는 저자(writer)[145]로서의 지위를 인정하여 책임을 지우던 것에서 점차 그 책임이 적어지는 발행인(publisher)으로, 그리고 배포자(distributor)에서 일반수송자(common carrier)의 지위로 그 법적 책임을 경감시켰다.[146] 이와 같은 법원의 태도는 음란물에 대해서도 동일하게 적용되고 있다.[147]

일반적인 음란물규제는 형법(18 USC of 1998) 제1470조에서 16세 미만의 청소년에게 음란물을 제공하는 행위를 금하고 있고, 인터넷상의 음란물로부터 청소년을 보호하기 위한 노력은 다음과 같은 일련의 입법을 통해 시도되고 있으나, 최근까지도 위와 같은 입법은 위헌판결을 받는 등 법적 논란을 불러일으키고 있다.

(3) 가상공간에서의 성표현물에 대한 제한입법과 판례

미국에 있어서 인터넷 관련 법률이 적극적으로 입법화되기 시작한 것은 클린턴행정부의 후반부, 그러니까 1990년대 중반 이후부터의 일이지만, 인터넷에 제공되는 컨텐츠에 대해 직접적으로 내용을 규제하는 구체적인 입법은 현재로서는 성표현물과 저작권법에 한정되어 있다고 해도 과언이 아니다.

미국 의회는 처음부터 가상공간에서 일어나는 타인에 대한 명예훼손이나 저작권 보호는 가능하면 기존의 실생활상의 법리를 적용하고자 했으나, 인터넷의 특성상 곤란하다는 점을 인식하고, 명예훼손에 관한 한은

---

munications Service, Inc, 907 F. Supp. 1361(N.D. Cal. 1995); Jessica Litman, *Digital Copyright*, Prometheus Books, N.Y., 2000, 166~170쪽 참조.

145) Stratton Oakmont v. Prodigy Service Co. 1995. N.Y. Misc LEXIS 229(N.Y.Supp. Ct. 1995).

146) Zeran v. American On-Line Inc., 1997 WL 701309(4th Cir. Nov. 12, 1997).

147) Doe v. AOL Inc., 1997 WL 374223(Fla. Cir. Ct. 1997). 자세한 것은 G. David Garson, *Social Dimensions of Information Technology: Issues for the New Millenium*, Idea Group Pu. Hershey, 2000, 212~276쪽 참조.

사업자의 책임을 경감해 주는 입법을 하였다. 그러나 성표현물의 경우는 미성년자 보호라고 하는 국가적인 책무와 바로 연결되기 때문에 청소년을 보호하기 위한 입법이 적극적으로 시도되었는바, 1996년의 통신품위법(Communications Decency Act of 1996; CDA)과 아동포르노방지법(Child Pornography Prevention Act of 1996; CPPA), 그리고 1998년에 제정된 아동온라인보호법(Children's Online Protection Act of 1998)이 대표적인 것들이다.[148]

1) 통신품위법(Communications Decency Act of 1996; CDA)

통신품위법은 가상공간에서의 명예훼손사건에서 미 연방대법원이 사업자에게 편집자로서의 책임을 부과한 것에 반발하여 1996년에 제정된 법률로서, 노골적인 성표현물로부터 청소년을 보호하기 위한 내용을 담고 있는 동시에 명예훼손의 경우 서비스제공자 또는 사업자의 책임의 한계를 다루고 있다. 그러나 통신품위법이 일반인에게 널리 알려지고 법리적인 측면에서도 많은 논란을 불러일으켜 온 부분은 바로 음란물로부터 청소년을 보호하기 위한 제223조이다.

역사적으로 볼 때 통신매체에서 성표현물을 없애고자 하는 미국의 노력은 1934년에 제정되어 지금까지도 효력을 발하고 있는 연방통신법(The Federal Communications Act of 1934)으로부터 기원하지만(18 U.S.C. § 1464), 수세기를 두고 무엇이 음란인가에 관한 기준 논란이 계속되고 있는 바가 입증하듯이 그 제한방법과 범위는 법조계의 오랜 숙원사업이었다.[149] 비록 1973년에 미 연방대법원이 내린 Miller판결[150]이

148) 가상공간에서의 성표현물을 규제하기 위한 본격적인 입법은 1996년의 통신품위법이라고 할 수 있지만, 그 이전에도 인터넷상의 성표현물에 관한 판례는 여러 건 있었다. 미국의 경우에 연방단위의 실정형법이 존재하기는 하지만, 불문법국가로서 판례가 갖는 중요성이 그 어떤 나라에 비해서도 클 뿐만 아니라, 이후의 입법에도 지대한 영향을 미쳤으므로 간단히 살펴보면, 가상공간에서의 성표현물 유통과 관련된 첫 사건은 Thomas 사건{USA v. Robert Alan Thomas and Carleen Thomas(1996)}이다. 이 사건은 1991년, Thomas 부부가 인터넷게시판을 통해 성표현물이 담긴 테이프를 판매·우송하다가 기소되었는데, 법원은 "인터넷상의 성적 표현이 담긴 이미지 파일은 비록 무형이라 해도 하드카피로 출력이 가능하다는 점에서 음란물로 볼 수 있다"고 전제한 뒤, "성표현물을 전송받은 지역의 주법에 따라 판단하여야 한다"고 하여 非地域性을 지니는 인터넷에 대해 적용해야 할 준거법을 명시한 사건이다.

149) 미국은 실로 오랜 기간동안 성표현물에 대한 판단기준을 시도해왔는바, 1868년에

정의한 '동시대의 지역사회기준(contemporary local community standards)'을 채택하고는 있으나, 청소년 보호와 관련하여 매체에 따라 시간·방법·장소에의 제한을 가할 뿐 그 내용이 폭력적이거나 근친상간, 수간, 아동포르노적인 내용을 담은 프렌지 포르노그라퍼가 아닌 한 사실상 음란물의 제작과 공표 자체에 대한 규제를 하지는 않는다.[151] 이러한 미국의 입법과 판례의 태도에도 불구하고 인터넷이 일상화되면서 음란물이 범람하자 의회는 청소년 보호를 위하여 새로운 입법을 하게 되었는바, 그것이 바로 통신품위법이다.

연방통신법을 개정하면서 삽입된 동법은 인터넷과 같은 정보통신망을 통하여 미성년자에게 음란(pornographic)·저속(indecent)·현오적(patently offensive)인 유해(harmful)정보를 의도적으로 제작·전송·제공하는 자에 대하여 2년 이하의 징역 또는 25만 달러의 벌금에 처하도록 규정하고 있었다[47 U.S.C. §223(a)와 (d)].[152] 한 마디로 동법은 미성년자를 가상공간의 성표현물로부터 보호하고자 제정된 법이다. 그러나 시민단체들은 동조항이 표현의 자유와 평등권에 위배된다며 입법

는 영국 판례의 영향을 받아 Hicklin 기준이라고 하여 부도덕한 영향을 받기 쉬운 민감한 사람에게 미치는 사회적 유해성을 기준으로 음란물을 판단하였고, 1873년에는 미 의회가 최초로 콤스톡법(Comstock Act)이라고 불리는 음란법을 만들어 우편을 이용한 음란물유통을 금지시켰으나, 본격적으로 음란물이 규제대상이 되기 시작한 것은 20세기에 들어와서부터의 일이다. 그러나 1957년 미 연방대법원은 Roth 판결{Roth v. U.S., 354 U.S. 476(1957)}을 통해 전체적인 주제가 평균인의 호색적 흥미에 호소하는가를 기준으로 판단하여야 한다고 판시하여 음란물을 포르노그라퍼의 수준으로 끌어올림으로써 상대적으로 표현의 자유의 폭을 넓혀 놓았다. 그 후 1973년 Miller 판결{Miller v. California, 413 U.S. 15(1973)}을 통해 미연방대법원은 동시대인, 지역공동체를 기준으로 전혀 문학적·예술적·정치적·과학적 가치를 전혀 갖고 있지 못한 것을 음란물이라고 함으로써 프렌지 포르노그라퍼가 아닌 한 폭넓은 표현의 자유를 함유하게 되었다.

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

151) 졸고, "인터넷상의 음란물규제에 관한 법적 고찰", 2002.5.29. 한국법제연구원 전문가 워크샵, 45쪽.

152) 47 U.S.C. §223(a)와 (d)는 전기통신장치를 이용하여 수신자가 18세 이하인 것을 알면서 음란 또는 외설스러운 논평이나 영상을 요청, 시도, 유통하거나 고의로 허락하는 자(a) 및 '동시대의 지역사회기준에서 보아 명백히 도발적인 性的인 행위 또는 배설행위나 그 기관을 묘사 또는 기술하는 논평, 암시, 영상을 요청·제안·송신·이용하거나 하게 하는 자(d)에 대하여 2년 이하의 징역 또는 25만달러 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있었다.

직후부터 위헌적인 법률임을 주장하였고, 동법은 제정되던 해인 1996년 필라델피아 연방법원으로부터 위헌판결과 함께 시행정지명령을 받았다.[153] 즉, 필라델피아 연방법원은 "음란의 개념이 모호하여 언론의 자유를 침해할 가능성이 높으며, '저속정보(indecent materials)'는 언론의 자유에 속하는 것으로 헌법에 의해 보호받는 가치범위에 속한다"며 위헌판결의 이유를 밝혔고,[154] 그 다음 해인 1997년에는 연방대법원도 가상공간에서 범람하는 성표현물로부터 청소년을 보호한다는 입법목적이 정당하기는 하지만, '저속' '명백히 혐오적인'(patently offensive), '유해'(harmful) 등의 용어가 대단히 모호하고 과도광범하기 때문에(void for vague and overbreadth) 표현의 자유를 위축시킬 수 있으며(chilling effect), 청소년의 신원 확인을 위하여 신용카드만을 사용하도록 하는 것은 신용카드를 가지지 못한 자의 볼 권리를 부당하게 침해한다는 이유로 위헌결정을 내림으로써,[155] 동법은 1년만에 효력을 잃고 말았다.

2) 아동포르노방지법(Child Pornography Prevention Act of 1996; CPPA)

통신품위법이 제정직후부터 위헌논란에 휩싸이게 되자 의회는 포르노물의 제작과 유통에 청소년들이 악용되는 것을 막기 위한 법을 고안하게 되었는바, 기존의 아동포르노(child pornograph)법[156]을 개정하고 아동포르노의 개념을 매체환경의 변화에 맞게 확대하여 가상공간에도 적용할 수 있도록 한 것이 바로 아동포르노방지법이다.[157] 동법은 실제 아동

153) ACLU v. Reno, 929 F. Supp. 824(1996).

154) ACLU et al. v. Janet Reno, Attorney General of the U.S.(Civil Action No. 96-963); U.S. v. Thomas, 74 F. 3d 701(6th Cir. 1996).

155) Reno v. America Civil Liberties Union, 521 U.S. 844(1997).

156) 미국에서는 기존의 아동포르노법으로도 음란물이나 아동 포르노의 규제가 가능하다. 즉 성행위에 대한 시각적인 표현물을 제작하기 위한 목적으로 미성년자에게 성행위를 하도록 시키는 것은 범죄행위에 해당되며 초범에 대해서는 10만 불의 벌금형이나 10년의 징역형을 병과할 수 있도록 되어 있다. 또 포르노그라피의 제작자는 출연자의 연령을 반드시 입증해야 하므로, 제작자가 출연자의 연령이 18세 미만이란 사실을 미처 몰랐다고 해서 법적인 책임을 면할 수 없도록 되어 있다.

157) 미국은 아동포르노 방지와 관련된 판례를 많이 축적하고 있는바, Ferber 판결과 Osborne 판결이 대표적이다. 1982년의 Ferber판결(N.Y. v. Ferber, 45 U.S.

을 이용하여 만들어진 필름, 비디오, 사진 등의 영상뿐만 아니라 미성년자처럼 어려 보이는 성인을 이용해 만들어진 포르노와 컴퓨터를 이용해 아동으로 묘사된 가상화면(virtual graphic image)의 포르노를 제작·소유·반포·조장·광고 등의 행위를 하는 자를 모두 처벌할 수 있도록 규정하였다[18 U.S.C. 2251, 2256(8)].

동법이 제정되자 사회 일각에서는 표현의 자유에 대한 지나친 억압이라는 주장이 일기 시작했고, 자유언론연합(The Free Speech Coalition)은 가상화면에 대한 부분[18 U.S.C. 2256(8)(B)]과 어려 보이는 성인 사용 포르노 부분[18 U.S.C. 2256(8)(D)]에 대해 위헌소송을 제기하였다. 이에 대해 1심 법원(Northern California District Court)은 청구를 기각하였으나, 항소법원(The United States Court of Appeals for the Ninth Circuit)은 위헌이라고 판결하였고, 연방대법원도 항소심판결을 그대로 인정하여 위헌판결을 내렸다.[158]

연방대법원은 동법이 Miller기준[159]에 따라 음란물을 규제하는 것도 아니며, 가상의 아동포르노는 본질적으로 아동의 성적 학대와는 관련이 없기 때문에 Ferber기준[160]을 충족시키지도 않을 뿐만 아니라,[161] 그 용어의 개념이 지나치게 광범위하며 모호하고 애매하여 文面上 無效(invalid on its face)라고 판시하였다. 다시 말해 '정부는 가상 이미지(visual depiction)가 실제로 아동에 대한 성적 학대나 착취를 유발 내지는 조장할 것이라고 주장하지만, 우연한 유발은 우발적이고도(contingent) 간

747(1982)}은 Miller기준과는 상관없이 아동포르노 배포를 규제할 수 있음을 명백히 밝힌 획기적인 판례이다. 아동포르노는 아동을 성적으로 착취·학대하기 때문에 인간의 원초적인 욕구를 표현하기 위해 성인이 출연하는 일반 포르노그라피와는 본질적으로 다르다는 것을 분명히 하였다. Osborne판결{Osborn v. Ohio, 495 U.S. 103(1990)}은 이보다 한 걸음 더 나아가 아동포르노를 관람하거나 소유하는 것도 금지할 수 있음을 밝힌 판례이다.

158) Aschcroft, Attorney General et. v. Free Speech Coalition et., certiorari to the United States Court of Appeals for Ninth Circuit No. 00795. decided April 16, 2002.

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

160) New York v. Ferber, 458 U.S. 747(1982).

161) 아동포르노를 금지하는 것은 아동을 포르노그라피에 출연시킬 경우 아동이 성적으로 착취 또는 학대되기 때문이다.

접적인 결과일 뿐 직접적인 동기유발을 입증하지 못하며, 아동을 성적으로 학대할 것이라고 하는 해악(harm) 또한 그러한 표현물로부터 필연적으로 수반되는 것이 아니라 잠재적에 의존한 것이기 때문에 [그럴 것]이라는 잠재적 위험만으로는 형사제재를 가할 수 없다'는 것이다.

이와 같은 다수의견에 대해 Thomas판사가 동조의견을 내고, Rehnquist판사는 피고인에게 '확정적 방어권(affirmative defense)'을 인정하는 한 동조문들은 합헌이라는 반대의견을 냈으며, 이 반대의견에 Scalia판사와 OConnor판사가 부분동조·부분반대의 견해를 밝히는 등 다양한 견해가 제시되었으나, '범죄 예방은 법 위반자에 대한 교육과 처벌로 달성될 수 있는 것이지 언론의 자유를 제한함으로써 달성될 수 있는 것이 아니다'라는 견해가 절대 우위를 차지하여 동법은 위헌판결을 받았다.

3) 아동온라인보호법(Children's Online Protection Act of 1998)

통신품위법이 위헌판결을 받은 바로 그 다음 해(1998년)에 의회는 13세 미만의 아동으로부터 정보를 수집할 수 없도록 금지하는 아동온라인보호법(Children's Online Protection Act of 1998, Pub. L. No. 105-277, 112 Stat. 2681-728; COPA)을 제정하였는바, 동법은 일명 제2의 통신품위법(CDA II)이라고도 불린다.

아동온라인보호법은 5만명 이상의 고객을 가진 인터넷서비스업체에 대하여 3년 이내에 음란물의 접근을 원천적으로 봉쇄하는 차단소프트웨어를 설치하도록 하고, 인터넷등급제의 인터넷보조금을 받고 있는 공립학교와 공공도서관에서는 이를 의무적으로 사용하도록 하며, 연방정부는 일정한 정부보조금을 지원하도록 하는 내용을 담고 있다. 동법은 '사업자로 하여금 검열을 하도록 하는 결과를 초래함으로써 검열을 금지하는 수정헌법 제1조에 위배되며, 결과적으로 언론의 자유를 제한하여 위축효과(chilling effect)를 초래한다'는 위헌논란에 휩싸이다가, 1999년에 법원이 엄격심사기준을 적용하면서 "필요불가결한(compelling) 정부이익을 증진시키기 위해 가장 덜 제한적인 방법(the least restrictive means)을 사용해야 하는데, 동법은 그렇지 못하다"라는 이유로 금지명령(injunction)을

내림으로써 효력이 정지되었었다.[162] 그러나 2002.5.13. 연방대법원이 최종적으로 합헌판결을 내림으로써 그 동안의 위헌논란에 종지부를 찍었다.[163] 즉 '아동온라인보호법은 통신품위법과는 달리 가상공간에서 유통되는 성표현물에 아동이 접근하지 못하도록 금지하는 것으로서 이와 같은 금지행위에는 국가의 정당한 이익이 인정된다'는 것이다. 다시 말해 아동에게 유해한 음란정보의 기준을 판단함에 있어서 그 사회의 기준(community standard)을 적용하는 것은 그 기준 자체를 광범위(overbroad)하다고 볼 수 없기 때문에 위헌은 아니라는 것이다. 결국 통신품위법과는 달리 아동온라인보호법은 인터넷상에서 단지 상업적 목적으로 유통되는 정보 가운데 아동에게 해로운 음란정보[47 U.S.C. 231(a)]에 대해서만 엄격하게 적용되며, 음란의 판단은 그 사회의 평균인을 기준으로 한다는 점에서 과도광범성의 기준 적용으로부터 벗어날 수 있었다.

그러나 동 판결은 Stevens재판관의 명백한 반대의견 외에도 다수의견에서도 Rehnquist, OConnor, Scalia, Breyer, Kennedy 재판관 등 5명이 다양한 동조의견을 표명하는 등 가상공간에서의 내용 규제에 관한 법리와 기준 적용에 아직까지도 異論이 많음을 여실히 드러냈다.

(4) 小 結

위에서 언급한 연방사건 외에도 州 단위에서의 입법과 이를 둘러싼 법적 논쟁이 수 차례 있었는바, 2000.8.11.에는 버지니아주에서 1999년에 제정한 인터넷청소년보호법[164]이 연방법원으로부터 위헌판결을 받았다.[165]

---

162) American Civil Liberties Union, et al. v. Janet Reno, CIV. Act. No. 98-5591, 1999 U.S. Dist. Lexis & 35(X.D. Pa., Feb. 1. 1999).

163) Aschcroft, Attorney General v. American Civil Liberty Union etal., certiorari to the United States Court of Appeals for the third circuit, No. 001293 decided May 13, 2002.
同판결에 대해서는 Stevens 판사만이 '과도광범하므로 위헌'이라는 반대의견을 개진했다.

164) 同法은 청소년에게 해로우면서(harmful to minors) 성적으로 노골적인 내용의 화면이나 글을 팔거나 어떤 형태로든 제공하는 행위를 범죄로 규정하고 있었다.

165) http://news. findLaw. com/legalnews/s/20000811.html.

연방과 주 단위의 법원이 이렇게 잇달아 위헌판결을 내린 것은 가상공간에 대해서는 기존의 규제원리를 그대로 적용할 수 없다는 입장을 명백히 밝힌 것으로 해석된다.[166] 즉, 표현의 자유를 제한하고 위축시킬 수 있는 내용을 근거로 한 규제는 당연히 금지될 뿐만 아니라, 새로운 기술적 특성이 인정되는 분야에 대해서는 성급하게 규제논리를 개발하지 않음으로써 뉴미디어였던 방송에 대한 제반 입법과 정책이 저질렀던 과오를 되풀이하지 않겠다는 의지가 확고하게 담겨있다고 볼 수 있다.[167] 예컨대 가상공간에서의 컨텐츠 삭제를 허용한 명령이 취소되었으며, 아예 인터넷에서는 내용을 근거로 한 규제(content-based regulation)를 인정할 수 없다는 판결도 나왔다.[168] 비록 그 내용이 영업비밀에 해당하는 것이어서 그 내용 공표가 설사 현행법에 위배되는 내용을 담고 있다고 하더라도 내용 삭제는 인정될 수 없다는 것이다.[169] 그 까닭은 삭제행위가 수정헌법 제1조가 금지하고 있는 내용 규제에 해당하기 때문이라는 것이다.[170]

결론적으로 미국에서는 방송과 통신정책을 주도하고 있는 연방통신위원회는 물론이고 법원도 새로운 기술(인터넷)에 기존의 규제를 자동적으로 적용할 수는 없을 뿐만 아니라 규제를 하지 않겠다(unregulation)는 것이 기본적인 입장인 것으로 보인다. 뿐만 아니라 인터넷이 기존의 신문과 방송의 서비스를 대체하게 되면, 새로운 서비스(인터넷)를 규제하는

166) 자세한 것은 拙稿, 사이버스페이스에서의 표현의 자유에 대한 재고찰, 사이버커뮤니케이션학회, 2000 춘계학술대회, 93~110쪽 참조.

167) 拙著, 주1)의 책, 409~413쪽.

168) CPC International, Inc. v. Skippy Incorperated and Joan Crosby Tibbetts, No. 99-2318(4th Cir., June 2, 2000).

169) Ford Motor Company v. Robert Lane Warner Publications, Case No. 99-74205, 1999 U.S. Dist. Lexis 13736(E.D. Mich., September 7, 1999). 그 밖에 인터넷통신에서의 假名 사용과 허가 없이 하이퍼링크에서 상표나 로고를 사용하는 것을 금지한 조지아(Georgia)州法도 막연하고 광범위하다는 이유로 위헌판결을 받았다(American Civil Liberties Union of Georgia, et al., v. Zell Miller, et al., 977 F. Supp. 1228(N.D. Ga., 1997)).

170) 그 밖에 최근의 인터넷의 음란 관련 판례로, 도서관에서 모든 도서관 이용자에게 어린이포르노가 포함된 외설, 음란이 들어있는 인터넷 사이트에 접근하지 못하도록 한 도서관정책은 위헌이라고 판시한 것이 있다. Mainstream Loudoun, et al. v. Board of Trustees of the Loudoun County Library, et al., No. CV 97-2049-A(E.D. Va. November 23, 1998).

대신 기존 매체(방송)에 대한 규제도 철폐해 나감으로써(deregulation) 표현의 자유 영역을 보다 확대해 나가겠다는 것이다.

2. 독 일

(1) 독일 기본법상의 표현의 자유

독일은 제2차 세계대전 당시의 언론이 나치정권에 적극 협력하여 정보를 통제하고 여론을 조종하였다는 역사적 사실 때문에 패전 이후에는 언론의 사회적 역할과 공적 책임을 그 어느 나라보다도 강도 높게 요구하는 입장을 취하고 있다. 게다가 오랜 전통상의 지방분권주의 때문에 언론매체를 규제하는 연방 차원의 법조차 존재하지 아니할 정도로 언론의 역할에 대한 평가가 그 어느 나라보다도 높다고 할 수 있다.[171] 따라서 오늘날 독일에 있어서의 언론의 자유는 민주사회에 있어서 여론형성에 필수적인 국민의 알 권리에 봉사하여야 하는 기본권으로 인식됨으로써 비교법적으로 볼 때 특이하게도 기본법(독일 헌법)에서 정보의 자유를 직접적으로 규정하고 있다(제5조 제1항 제1문).[172] 나아가 언론의 자유는 개인이 갖는 主觀的 公權인 동시에 제도적 보장(institutionelle Garantien)으로서 客觀的인 價値秩序를 형성하는 價値決定的 原則規範이라고 하는 기본권의 二重的 性格이 인정되고 있다.

한편 독일에 있어서도 언론의 자유는 절대적 권리는 아니므로 청소년 보호, 개인의 명예 보호를 위해서는 제한될 수 있으며(기본법 제5조 제2항), 제한의 법리로는 조화의 원칙(Prinzip der praktischen Konkordanz),[173] 개별적 이익형량의 원칙(situationsbezogene Güter- und Interessenabwägung), 침해 회피의 원칙(Ausweichsprinzip), 상호

171) 언론의 기능과 역할을 의회의 대체물로까지 인정하고 있으나, 주(Land)의 경계를 넘나드는 전파의 특성상 방송의 경우에는 연방과 주 사이의 협약(Rundfunkstaatsvertrag)을 통해 문제를 해결해 나가고 있다. 拙著, 주1)의 책, 37쪽.

172) C. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20 Aufl. 1995, C.H. BECK, 170쪽; Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, 1999, C.H. BECK, Art. 5.

173) BVerfGE 42, 143.

제한론(Wechselwirkungslehre), 인격영역론(Sphärentheorie der Persönlichkeit)[174] 등이 제시되고 있고,[175] 개인적 법익은 일반적 인격권(allgemeine Persönlichkeitsrecht)의 법리에 의하여 보호하고 있다. 일반적 인격권은 인간의 존엄과 자유로운 인격발현권을 근거로 인정되고 있는바, 그 내용으로서 명예권 외에도 성명권과 초상권, 저작인격권, 음성권 등이 광범위하게 인정되고 있다.[176]

(2) 정보통신서비스법

원래 독일에서 방송은 州(Land)의 소관인 반면에, 우편·전신 및 전화 등 통신매체는 연방의 전속관할에 해당한다. 그러나 세계적으로 방송 및 통신환경이 급격하게 변함에 따라 기술발전에 부응하는 새로운 법적 장치가 필요하게 되어 1997년, 「정보통신서비스의기본조건의규율에관한법률」(Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste)을 제정하여 1998년부터 시행하고 있다. 동법은 「정보통신서비스법」(Das Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz: IuKDG) 또는 「멀티미디어법」(Multimedia-Gesetz)이라고도 불리는데, 정보 및 통신서비스를 위한 통일적인 경제적 기본조건들을 확립하기 위해 제정되었으므로(Art. 1 § 1)[177] 本稿에서는 정보통신서비스법이라 약칭한다.

정보통신서비스법은 인터넷 관련 산업의 발전을 돕고 인터넷상에서 유통되는 불법적이고도 해로운 정보의 유통을 방지하려는 데 주안점을 두고 있다. 동법은 인터넷서비스제공자(이하 ISP라 한다)의 책임과 의무를 명문으로 규정하고 있는바(동법 제5장), ISP는 기본적으로 일반법에 의한 책임을 지지만, ISP가 불법적이거나 해로운 정보가 유통되고 있다는 것

174) 인격영역론은 개인의 인격을 영역별로 私的 領域, 사회적 영역, 공개적 영역으로 나누고, 사적 영역은 다시 내밀영역(Intimsphäre)과 비밀영역(Geheimsphäre) 등으로 세분화하여 그 보호범위와 취급의 정도를 달리 적용하는 이론이다. 자세한 것은 박용상, 언론과 개인법익, 조선일보사, 1997, 113~115쪽.

175) BVerfGE 7, 198; 42, 143.

176) BVerfGE 13, 334.

177) 황승흠, "청소년유해매체물제도에 관한 법적 고찰", 청소년보호제도에 관한 심포지움, 2002.5.24., 7쪽.

을 인지하고 있고, 그것을 차단할 수 있는 방법이 기술적으로 가능하고 또 그러한 차단조치가 합리적으로 기대될 수 있는 경우에 한하여 제3자가 게재한 인터넷정보내용에 대하여 ISP가 책임을 진다고 규정하고 있다. 또 연방통신법상 통신비밀보호규정(제85조)을 준수하는 중에도 불법적인 내용의 유통을 인지하였고 그 내용을 기술적으로 차단할 수 있으며, 그러한 차단이 합리적으로 기대되는 범위에서도 ISP는 불법내용차단의무를 준수하여야 한다. 그러나 제3자가 올린 정보를 이용자들이 단지 이용할 수 있도록 매개역할만 할 경우에는 이와 같은 책임을 부담하지 아니한다.[178]

(3) 가상공간에서의 청소년 보호

독일은 표현의 자유의 한계와 제한기준으로서 청소년 보호를 헌법에 명문으로 규정(제5조 제2항)하고 있는 나라답게 청소년 보호를 위해 정보통신서비스법 제6장에서도 청소년 보호(Jugendschutz)를 별도로 규정하고 있다. 동 규정은 청소년 보호와 관련된 다양한 입법 가운데 인터넷상에서의 청소년 보호를 직접적으로 규정하고 있다는 점에서 청소년유해저작물및매체내용반포에관한법(Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften und Medieninhalte, 이하 청소년매체법이라 약칭함)이라고도 불린다. 청소년매체법은 어떤 매체를 통해 나온 문서나 영상, 정보이든 그것이 청소년에게 유해하다고 생각되면 제공자가 사전에 등급을 자율적으로 분류하여 표시·포장·격리하도록 규정하고 있고, 그러한 사전 등급분류가 적절치 못할 경우에는 직권조사나 신고 등을 통해 연방심사국(Bundesprüfstelle)이 심사를 한 후 청소년유해물목록에 게재하도록 규정하고 있다(제8조).

178) 이상과 같은 법규정에 따라, 1998.6.15. 뮌헨군법원에서 아동포르노물에 대하여 적당한 조치를 취하지 아니한 독일 컴퓨서브의 경영자(Somm, Felix Bruno)에게 유죄판결이 선고되었으나, ISP가 단순접속중개속자였다는 사실이 인정되어 항소심에서 무죄가 선고되어 확정되었는바, 자세한 내용은 Norbert Wimmer & Gerhard Michael, *Der Online-Provider im neuen Multimediarecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1998; www.kuner.com/data/reg/somm.html 참조.

연방국가의 특성상 매체에 관해서는 과거에 '국가와 州間의 미디어협약(Staatsvertrag der Mediendienste)'이나 '텔레서비스이용에관한법(Gesetz über die Nutzung von Telediensten)'에서 적용하던 관례에서 벗어나 동법은 정보 및 커뮤니케이션서비스 全領域으로 연방의 관할범위를 확대하여 음반, 영상물, 도화 등 각종 표현물 외에 데이터저장장치(Datenspeicher) 등이 청소년에게 유해한 내용을 담고 있는 경우 청소년유해물임을 표시할 의무를 서비스제공자에게 부과하고 있는 것이다. 다만 방송의 경우에는 州의 고유사무로 되어 있기 때문에 동법의 적용을 받지 아니한다. 또 학부모나 보호자, 교사, 집단생활의 지도자 등이 그 표시에 관하여 서비스제공자에게 건의 내지는 상담할 수 있도록 규정하는 동시에 이용자에 대한 자문과 교육의 권리도 인정하고 있다. 위의 청소년보호조항은 우리 입법에 미친 영향이 대단히 커서, 우리나라 청소년보호법에 청소년유해매체물제도가 도입되는 직접적인 계기가 되었다.

청소년 보호 외에도 독일은 과거 나치정권의 참극을 토대로 인종갈등을 조장하는 정보통신에 대해서도 엄격한 법적 제재를 가하고 있다.[179]

(4) 小 結

결국 독일도 미국이나 유럽의 다른 나라와 마찬가지로 인터넷상에서 유통되는 정보 가운데 내용을 근거로 제한을 하는 것은 인종차별금지 또는 청소년 보호를 위한 목적일 때에만 예외적으로 인정한다고 할 수 있다. 우리와 다른 점이 있다면 우리는 주로 성표현물이 규제의 대상이 되고 있는 데 반해, 독일은 폭력물과 전쟁찬양, 인종차별 등이 주요 규제대상이라는 점, 그리고 청소년의 범위가 14세 이상 18세 미만으로 되어 있어 상대적으로 우리보다는 규제의 폭이 좁다는 점등이다. 물론 그렇다 하더라도 가상공간에서 청소년유해물을 어떻게 표시·포장·격리하는가 하는 문제가 역시 독일에서도 관건인바, 전자기술적 예방책(technische Vor-

179) 1998년 만하임(Manheim) 검찰당국은 인터넷상에 '나치에 의한 유태인 학살은 존재하지 않았다'라는 정보가 유포되자 독일텔레콤(Deutch Telecom, 전신전화회사)의 자회사인 티온라인(T-Online)과 미국의 컴퓨서브(Compuserve)의 독일법인 온라인서비스 2개 회사에 대해 시민선동방조 혐의로 수사를 벌였었다.

kehrungen)을 통해 청소년의 접근을 차단하는 방법을 택하고 있는데, 기술적 예방책의 종류와 범위는 사업자의 자율선택에 맡겨져 있다. 다만 유럽연합이 매체에 관한 국제간의 규범에 대하여는 그 기준을 설정하고 있기 때문에 기본적으로는 그 틀 안에서 규제와 조정이 이루어지고 있다.

제 2 절 국내 입법과 판례

서론에서 밝힌 바와 같이 표현의 자유가 아무리 민주사회에서 원초적이고도 궁극적인 기본권으로서 우월적 지위를 누린다고 하더라도 절대적인 기본권은 아닌 까닭에 우리 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 법률유보조항에 따라 그 내용이 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 법률로써 제한할 수 있으며, 그 제한의 방식과 원리는 표현의 자유를 제한하는 각종 법리에 적합하여야 한다. 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 제한의 사유 가운데 음란물을 규제할 수 있는 '공공복리'라고 하는 기준의 내용과 범위가 무엇인가에 관하여도 논란이 있는데, 설사 공공복리를 '공익'이라고 이해한다고 하더라도 공익을 근거로 음란물을 규제하는 것은 지나치다는 주장을 하는 학자들도 있다. 즉, 음란물은 일종의 생활방해(nuisance, environmental harms)로서 그것에 노출되는 사람에 따라 침해의 정도(the extent of offense)가 다르게 나타날 뿐만 아니라, 얼마든지 회피할 수 있는 가능성(avoidability standard)도 있어, 그 접근이 자발적(volenti standard)이기 때문이다.[180] 더욱이 음란물로 인한 해악이 입증되지 아니한 상태에서 공익을 이유로 음란물의 제작과 유통, 접근을 국가가 나서서 규제하는 것은 지나치게 국가가 국민에 대해 후견적인 입장에 서고자 하는 것이라고 비판한다.[181] 다시 말해 공익을 이유로 한 음란물규제는 위헌이며, 단지 표현의 자유의 제한근거로 현행헌법 제21조 제4항이 제시하고 있는 타인의 명예나 권리를 침해한 경우, 다시 말해 음란물의 제작과 유통과정에서 타인의 사생활

180) R. Dworkin, "Pornography: An Exchange", N.Y. Rev. Books, March 3, 1994., 48~49쪽.
181) 오경진, 주68)의 논문, 96~102쪽.

의 권리, 저작권 등 제반권리나 명예 등 인격권이 침해된 경우에 한해 제한하여야 한다는 것이다.

그런데 우리나라에서 현재 음란물을 규제하고 있는 개별입법들에서는 현행헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 공공복리의 기준 외에 미풍양속(외국간행물수입배포에관한법률, 전기통신사업법, 옥외광고물등관리법 등)이라는 용어도 사용하고 있는바, 이하에서는 음란물의 규제와 방법의 문제점을 살펴본다.

1. 가상공간에서의 음란물규제입법

(1) 입법현황

우리 헌법 제21조가 규정하고 있는 표현의 자유와 그 한계, 그리고 제37조 제2항이 규정하고 있는 기본권 제한의 근거와 방법론에 따라 국가안전보장, 질서유지, 공공복리, 공중도덕, 사회윤리 및 타인의 권리와 명예를 침해하는 표현은 적법절차에 따라 규제하게 된다.

최근 7-8년 동안 날로 늘어나는 인터넷상의 성표현물을 규제하기 위하여 정부는 그 동안 형법 등 각종 법률을 개정하거나 제정하는 등 다각적인 노력을 기울였으나, 컴퓨터 보급률과 이용자수가 급속히 늘어나면서 성표현물의 유통이 더욱 다양화·전문화·고도화되고 있어, '정보의 바다'가 음란물이 표류하는 '불법의 바다'로 변모하고 있다고 해도 과언이 아닐 정도로 가상공간에서의 성표현물의 제작과 유통이 날이 갈수록 그 도가 심해지고 있다.

반면 이에 대처하는 법리의 개발을 위한 노력은 아직 미약한 실정이다.[182] 우리나라에서 인터넷상의 컨텐츠가 성표현물을 담고 있다는 이유로 그 내용을 제한할 수 있는 입법으로는 형법, 전기통신사업법, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률(이하 '정보통신망법'이라 약칭함), 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률(이하 '성폭력법'이라 약칭함), 청소년보호법, 청소년의성보호에관한법률(이하 '청소년성보호법'이라 약칭함),

182) 이에 관한 본격적인 우리 학계의 논의에 대해서는 정진명, "가상공간에서 있어서의 법형성의 문제", 사법행정, 1998., 5~6쪽 참조.

음반·비디오물및게임물에관한법률(이하 '음비게법'이라 약칭함), 방송법 등을 들 수 있다.

현행 형법은 인터넷상에서 일어날 수 있는 내란·외환·국교·통화·성풍속에 관한 죄 등 일련의 국가적·사회적 범죄를 일률적으로 규제할 수 있으므로 음란물에 관한 한 형법상의 음화반포죄(제243조)와 음화제조죄(제244조), 공연음란죄(제245조) 등이 기본적으로 적용된다. 그리고 성표현물이 청소년과 관련되는 경우에는 청소년보호법과 청소년성보호법이, 방송내용에 대해서는 방송법이, 그리고 음반이나 비디오·게임물 등에 대해서는 음비게법이 적용될 수 있지만, 인터넷상에서 유통되는 성표현물 관련행위에 대해 보다 직접적으로 적용할 수 있는 법률은 전기통신사업법과 전기통신망법이다. 전기통신사업법은 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용의 통신을 '불온통신'이라 하여 금지하면서 그러한 불온통신에 대해서는 전기통신사업자로 하여금 그 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 규정하고 있었으나(제53조), 최근 헌법재판소로부터 위헌결정[183]을 받아 현재 그 효력이 정지되어 있는 상태이다.

성폭력법은 자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 전화·우편·컴퓨터 기타 통신매체를 통하여 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말이나 음향, 글이나 도화, 영상 또는 물건을 상대방에게 도달하게 한 자를 통신매체이용음란죄로 1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있으며(제14조), 청소년성보호법은 청소년의 수치심을 야기시키는 신체의 전부 또는 일부 등을 노골적으로 노출하여 음란한 내용을 표현한 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터 기타 통신매체를 통한 영상을 '청소년이용음란물'로 규정하고(제2조 제3호), 이러한 청소년이용음란물을 제작·수입·수출한 자는 5年 이상의 유기징역에, 영리를 목적으로 판매·대여·배포하거나, 소지·운반, 공연히 전시 또는 상영한 자는 7년 이하의 징역에, 그리고 청소년을 청소년이용음란물의 제작자에게 알선한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처하며, 미수범도 처벌하도록 규정하고 있다(제8조).

183) 헌재결 2002.6.27. 99헌마480.

이와 같은 청소년성보호법의 규정을 가상공간에서 실현하는 규정이 정보통신망법인 바, 동법은 일반 음란물죄(정보통신망을 통하여 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공연히 전시한 자에 대한 1년 이하의 징역 또는 1천 만원 이하의 벌금)와는 별도로 청소년보호조항을 두고 있다. 즉, 제41조와 제42조는 청소년유해매체물이라는 제목으로 '정보통신망을 통하여 유통되는 음란·폭력정보 등의 유해한 정보로부터 청소년을 보호하기 위해 청소년유해매체물의 표시'를 규정하면서[184] 청소년유해매체물임을 표시하지 아니하고 영리를 목적으로 제공한 자에게 2년 이하의 징역 또는 1천 만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다(제64조).[185] 또 외국에서 제작·발행된 매체물로서 청소년에게 음란성, 폭력성 또는 잔인성을 조장할 우려가 있거나 기타 청소년으로 하여금 범죄의 충동을 일으킬 수 있게 하는 '외국매체물'을 청소년에게 번역·번안·편집·자막삽입 등의 방법으로 유통시키거나 그와 같은 목적으로 소지할 수 없도록 하는 특별규정을 두고 있으며(제23조의 2), 이에 위반할 경우 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다(제50조).

그 밖에 방송법은 '방송이 아동 및 청소년의 선도에 나쁜 영향을 끼치는 음란·퇴폐 또는 폭력을 조장하여서는 아니 된다'는 방송의 공적 책임을 강조하면서(제5조 제5항), 정보의 내용이 공정성과 공공성을 유지하고 있는지의 여부와 공적 책임을 준수하고 있는지의 여부를 방송 또는 유통된 후 심의·의결할 수 있도록 하고 있고(제32조 제1항), 방송사업자는 아동과 청소년을 보호하기 위하여 방송프로그램의 폭력성 및 음란성 등의 유해정도, 시청자의 연령 등을 감안하여 방송프로그램의 등급을 분류[186]

184) 유사한 입법으로서 전기통신기본법은 '전기통신업무를 이용해 음란물을 임대 또는 전시한 자'에게 1년 이하의 징역 또는 1천 만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있었으나(제48조 제2항), 2001.1.16. 삭제되었다.

185) 이에 비해 청소년보호법에서 규정하고 있는 청소년유해매체물은 청소년보호위원회가 청소년에게 유해한 것으로 결정하거나 확인하여 고시한 것(제2조, 제8조, 제10조, 제12조)으로서, 음악·무용·연극·연예·국악·곡예 등 예술적 관람물도 청소년보호법 제10조의 기준에 의한 연소자 유해 공연물과 선전물을 설치·배포·부착·권유할 수 없도록 규정하고 있다(제5조).

186) 등급분류는 영화의 경우에도 행해지고 있다(영화진흥법 제 21조).

하고 이를 방송 중에 표시하도록 하고 있으나(제33조 제3항), 위의 내용은 주로 지상파방송이나 CATV, 위성방송 등에 적용되고 예외적으로 지상파방송사업자가 운영하는 인터넷방송에 대해서만 적용된다는 점에서 다른 입법에 비해 가상공간에 직접적으로 적용되는 법률이라고 하기에는 일반성이 떨어진다고 할 수 있다. 또 음비게법은 폭력·음란 등의 과도한 묘사로 미풍양속을 해치거나 사회질서를 문란하게 할 우려가 있는 음반·비디오·게임물의 등록을 보류하거나 판매·수입을 금지할 수 있도록 규정하고 있어(제20조 제4항, 제21-22조), 이 역시 가상공간에서의 성표현물을 규제하는 입법으로 기능하고 있다.

이상과 같은 국내입법을 토대로 이루어지는 가상공간에 있어서의 성표현물에 대한 규제는 주로 독립위원회별로 이루어지는바, 인터넷에 관하여는 앞에서 살펴본 정보통신윤리위원회, 방송에 관하여는 방송위원회(방송법 제20조), 청소년 보호와 관련해서는 청소년보호위원회(청소년보호법 제27조), 음반·비디오·게임물 등에 관하여는 영상물등급위원회(음비게법 제5조)가 각각 맡고 있다.

(2) 입법의 문제

1) 매체구분론의 모순과 한계

위에서 언급한 가상공간에 적용 가능한 법률들은 대부분 그 표현물을 어떤 매체를 통해 발표·게재·반포·상영하느냐 하는 매체구분론에 따라 각기 다른 내용과 처벌을 규정해 놓고 있다. 예컨대, 동일한 행위가 인쇄매체를 통해 행해지는 경우와 방송이나 음반 등 전파매체나 영화·게임물·비디오 등 영상매체, 인터넷 등 전자매체를 통해 행해지는 경우 그 적용범위와 처벌이 다르게 되어 있다.

그러나, 그로 인해 지적될 수 있는 평등권의 문제와 과잉처벌의 문제는 논외로 하더라도, 매체가 융화되고 통합되어 가는 21세기 정보화사회에서 과연 이와 같은 매체구분론이 타당성을 가질 수 있는가 하는 문제가 지적된다. 대표적인 인쇄매체인 신문도 인터넷이라는 수단을 통해 가상공간에 올려지는 순간, 단순히 읽는 신문에서 듣고 보는 신문으로 전환될 뿐만

아니라, 방송도 라디오와 TV의 구분이 없어지고 있으며, 전자잡지(web-zine)와 전자책(e-book)의 법적 성격은 현재의 실정법으로는 판단할 수 없는 영역이 되어 있다. 게다가 실생활에서 연령대에 따른 구분에 따라 시간적·공간적 접근이 제한되던 표현물들이 가상공간에서는 별다른 제한 없이 접근 가능할 뿐만 아니라 스스로 정보제공자도 될 수 있다[187]는 점에서 기존 법률의 제정목적과 처벌규정을 무색하게 만들고 만다.

물론 정보통신망법에서 '청소년유해매체물'의 표시를 의무화하고 있지만(제41-42조), 인터넷컨텐츠에 대한 구분·격리·연령확인의무 등에 관한 입법적 미비 내지는 흠결로 인하여 실효를 거두지 못하고 있다. 인터넷은 실시간으로 동시다발적인 정보교환과 접근이 가능한 매체인데, 정보통신윤리위원회가 심의·지정한 것을 다시 청소년보호위원회에서 고시하여 數週日이 지난 후에 규제한다는 것도 시대착오적인 발상이며, '외국매체물'에 대한 특례(청소년보호법 제23조의2) 또한 국경을 넘나드는 전자매체의 특성을 무시한 입법이라고 하지 않을 수 없다. 외국매체물에 대한 특례는 단순·명백한 인쇄매체에는 적용될 수 있으나, 국제적으로 통용되는 인터넷컨텐츠, 더구나 동일한 내용의 인터넷 게재에 대해서도 동 조항을 적용한다면 인터넷 이용자들의 대부분이 자유로울 수 없게 되는 결과를 초래하게 될 것이다. 따라서 매체구분론에 따른 획일적이고도 일방적인 규제방식은 법치주의를 확립하고 국민의 준법정신을 고양한다는 측면에서도 반드시 재고되어야 한다.

또 이상의 관련법들은 대체로 고소·고발 등을 거쳐 사법적인 판단에 따라 적용되는 것으로서, 비록 동일한 행위라 하더라도 개별입법에 따라 그 적용범위와 형벌규정이 다르다는 점에서 그 동안 평등권의 문제와 과잉처벌이라는 문제가 제기되었고 여러 가지 법적 쟁송을 야기해왔다.[188] 특히 음란이라는 용어의 개념 자체가 多義的인데다가 그 규제용어 또한 대단히 애매하고 광범위할 뿐만 아니라, 전기통신사업법, 방송법, 외국간행물법 등은 행정기관에 의해 발행(배포·반포) 정지·내용 삭제·취급거부 등의 제한을 가할 수 있도록 규정하고 있어 행정청 또는 준행정기관

187) 1997년의 '빨간 마후라' 사건은 대표적인 경우이다.
188) 헌재결 2001.11.29. 2001헌가16.

이 헌법에 보장된 언론·출판의 자유(제21조)와 예술의 자유(제22조)를 본질적·직접적으로 제한할 수 있다는 점에서 여러 가지 문제점을 야기해 왔다.[189] 그 결과 최근에 헌법재판소는 이와 같은 문제점을 지적하면서 전기통신사업법 제53조와 동법 시행령 제16조에 대해 위헌결정을 내린 바 있다.[190]

2) 공적 규제의 문제점

인터넷에 대한 규제는 크게 공권력에 의한 공적 규제와 사업자나 민간인에 의한 사적 규제 즉, 자율규제로 나누어 볼 수 있는바, 우리나라의 입법의 대부분은 공적 규제의 틀에서 벗어나지 못하고 있다. 인터넷상의 음란물을 폭넓게 규제하는 통칭 '불온통신'에 대한 현행법상의 규제는 정보통신부장관에 의해서 이루어지는 행정적 규제로서 공적 규제에 속한다. 왜냐하면 전기통신사업법 제53조 제3항은 정보통신부장관이 전기통신사업자로 하여금 불온통신의 취급을 거부, 정지 또는 제한하도록 명할 수 있고, 이에 불응하는 경우에는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있기 때문이다(동법 제71조 제7호). 비록 동법 제53조와 그 시행령 제16조가 헌법재판소로부터 위헌결정을 받기는 하였으나, 기본적으로 헌법재판소의 결정은 법률용어의 명확성과 과잉금지의 원칙이 준수되지 않았음을 지적한 것일 뿐, 동법이 규정하고 있는 인터넷상에서의 표현의 자유에 관한 내용규제를 담당할 기관이나 규제방법, 제재절차 등 공적 규제의 기본 틀에 관하여는 전혀 언급하지 않았기 때문에 앞으로의 법개정 작업에서도 이러한 공적 규제의 기본골격은 당분간 유지될 것으로 보인다.

그러나, 이와 같은 법제는 정보통신기술이 발전하면서 인터넷이 단순한 통신수단이 아니라 의견과 사상을 표현하는 매체로서의 성격을 지니고 있어 표현의 자유와 관련하여 많은 문제점을 야기한다. 역사적·비교법적으로 볼 때 매체에 따라 다소 차이를 보이기는 했으나, 전반적으로 음란물을 제외하고는 국가안보에 관련되거나 혐오언론 등 극히 예외적인 경우가

189) 자세한 것은 拙著, 주1)의 책, 372~394쪽 참조.
190) 헌재결 2002.6.27. 99헌마480.

아니면 매체는 공적 규제의 대상이 되지 아니하였다.[191] 또한 표현의 자유에 대한 제한법리도 합리성의 원칙보다 엄격한 이중기준의 원칙이 적용되어,[192] 명확성의 원칙[193]과 과잉금지의 원칙,[194] 이익형량의 원칙,[195] 실재적 조화의 원칙, 명백하고도 현존하는 위험의 원칙,[196] 합헌성추정배제의 원칙,[197] 입증책임전환의 원칙, 당사자적격 완화 등의 이론이 오랜 세월에 걸쳐 발달해왔는바,[198] 이에 위배되는 법률들은 법리적인 측면에서 많은 문제점을 야기해 왔으며, 결과적으로 전기통신사업법 제53조와 동법 시행령 제16조가 위헌결정을 받게 되었고, 기타 정보통신망법과 청소년성보호법 등도 위헌논란을 불러일으킴에 따라 현재 헌법재판소에 관련사건들이 多數 계류되어 있는 실정이다.

2. 사법부의 입장

가상공간에서의 표현의 자유에 관한 법리도 실생활에서 적용되는 법의 일반원칙과 제한의 법리에 합치되어야 한다는 것이 우리 사법부의 일관된 입장이다. 이는 유럽의 입장과 대단히 유사하기는 하지만, 미국의 입법태도 및 사법부의 판단과 비교해 보면 많이 다르다는 것을 알 수 있다.

이하에서는 그 차이점을 보다 극명하게 비교·고찰하기 위해 최근에 있었던 우리 헌법재판소와 대법원의 판결을 살펴본다. 그러나 아직은 가

191) 拙著, 주1)의 책, 485~486쪽.

192) Massachusetts v. Douglas, 491 U.S. 576(1989).

193) 헌재결 1990.4.2. 89헌가113; 1996.8.29. 94헌바15; 1996.11.28. 96헌가15; Superior Films Inc. v. Department of Education, 346 U.S. 587(1954).

194) 헌재결 1999.4.29. 98헌바66.

195) 헌재결 1999.6.24. 97헌마265; 대판 1988.10.11. 85다카29; 서울고법판 1994. 1.21. 93나22236; BVerGE 42, 143.

196) Schenck v. U.S., 249 U.S. 47(1919); Gitro v. N.Y., 268 U.S. 652 (1925); Hern Don v. Lowry, 301 U.S. 242(1937); Thornill v. Alabama, 310 U.S. 88(140).

197) Rabeck v. N.Y., 391 U.S. 462(1968).

198) 권영성, 주22)의 책, 483~487쪽; C.C. 16 janvier 1982; C.C. 20 janvier 1984; BVerfGE 77, 354; BVerfGE 66, 134; BVerfGE25, 304; Garvey J. & Schauer, F., *The First Amendment*, 2nd ed., West, St. Paul. MN(1996); Post, R., "Recuperating First Amendment Doctrine", Stanford Law rev. 47(1995), 1249~1281.

상공간에서의 성표현물의 자유 문제가 법적 소송으로 제기된 사건이 많지 않으므로 본격적인 비교를 하기에는 무리가 있음을 전제한다.

(1) 헌법재판소의 입장

1) 헌재결 2002.6.27. 99헌마480

이 결정은 인터넷상에서의 이른바 '不穩通信'을 규제하는 전기통신사업법 제53조와 동법 시행령 제16조에 대한 헌법소원사건에 대해 내려진 것이다.

전기통신사업법 제53조는 공공의 안녕질서와 미풍양속을 해하는 내용을 불온통신으로 규정하면서도(제1항), 불온통신의 범위와 내용을 전혀 언급하지 않은 채 그 대상을 대통령령에 위임하고(제2항), 그러한 불온통신에 대해 정보통신부장관이 전기통신사업자로 하여금 그 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 규정하고 있다(제3항).

그런데 이 사건은 1998년 9월 14일, 당시 대학생이었던 ㄱ씨가 (주)나우콤에서 운영하는 종합컴퓨터 통신망인 '나우누리'에 개설되어 있는 '찬우물'이라는 동호회에 '이의제기'라는 ID(이용자명)로 "서해안 총격전, 어설프다 김대중!"이라는 제목의 글을 게시하면서 발생했다. 이 게시물에 대해 나우누리운영자는 정보통신부장관(이하 장관이라 한다)의 명령에 따라 같은 해 9월 21일 위 게시물을 삭제하고 ㄱ씨에 대해 나우누리 이용을 1개월 중지시켰고, ㄱ씨는 장관명령의 근거조항인 법 제53조와 시행령 제16조가 헌법이 보장하고 있는 표현의 자유는 물론 학문과 예술의 자유, 적법절차 및 과잉금지의 원칙에 위배된다며 헌법소원심판을 청구하였다.

ㄱ씨의 청구에 대해 헌법재판소는 현대민주사회에서 표현의 자유가 국민주권주의 이념실현에 불가결하다는 점에 비추어볼 때, 불명확한 규범에 의한 표현의 자유 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축효과를 가져온다고 전제하고, "법이 정하고 있는 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 '불온통신'의 개념은 너무나 불명확하고 애매할 뿐만 아니라, '공공의 안녕질서'와 '미풍양속'은 추상적인 언어의 동어반복이라고 해도 좋을 정도로 전혀 구체화되어 있지 아니하여, 헌법상 보호받아야 할 표현까지

필요이상으로 과도하게 규제하게 되므로 과잉금지원칙에도 위배되며, '불온통신'의 범위를 모법에서 전혀 구체화하지 아니한 채 전적으로 행정입법에 맡겨 놓은 것은 포괄위임금지의 원칙에도 위배된다"고 판시하였다.

그러나 하경철, 김영일, 송인준 등 3인의 재판관은 "표현의 자유의 영역에서 그 위반에 대한 제재수단이 형벌일 경우에는 어떤 영역보다도 명확성의 요구 정도가 강하지만, 이 사건과 같이 위반의 제재수단이 비교적 경미하여 형벌 또는 이와 유사한 강도의 것이라고 보기 어려운 때에는 단지 문제되는 영역이 표현의 자유라는 이유만으로 명확성의 원칙 내지는 포괄위임금지의 원칙과 관련하여 특별히 엄격한 심사기준이 채택되어야 한다고 보기는 어렵다"며 반대견해를 밝혔다.

이 사건의 결정문에 나타난 헌법재판소의 입장을 종합해보면, 비록 인터넷상에 문제의 소지가 있는 표현물들이 범람한다고 해도 그 표현에 대한 제재는 기본적으로 일상생활에서 적용되는 법의 일반원칙, 즉 검열금지·적법절차·명확성의 원칙·과잉금지의 원칙 등 표현의 자유에 대한 제한의 법리가 법치주의원칙에 따라 준수되어야 한다는 것을 천명한 것으로 분석할 수 있다. 즉, "종래 전통적인 전신, 전화 등의 통신은 통신의 비밀보장과 관련하여 전달되는 정보의 내용에 대한 개입은 원칙적으로 허용되지 아니하였지만, 통신산업의 발전으로 전신, 전화 등이 사적인 커뮤니케이션을 담는 데 그치지 않고 불특정 다수인에 대한 정보전달매체로서의 기능을 갖게 됨에 따라 그 영향력에 대한 규제가 불가피하게 되었음"을 전제하고, "가상공간에서의 '불온통신'에 대한 규제가 불가피하다고 하더라도 표현의 자유의 제한법리인 명확성의 원칙과 과잉금지의 원칙 등은 반드시 지켜져야 한다"는 것이 헌법재판소의 기본적인 입장이라고 할 수 있다. 이는 새로운 매체가 우리에게 '장미빛 미래'와 함께 '암울한 예단'을 동시에 던지고 있는 징표로서, 그 혼돈을 헌법적인 논리로 슬기롭게 헤쳐 나가야 한다고 하는 명제를 우리에게 암시해 주고 있다고 할 수 있다.[199]

---

199) Eugene Volokh, "Cheap Speech and What It Will Do", 104 Y.L.J. 1805, 1843~1805쪽.

2) 헌재결 2002.4.25. 2001헌가27

앞의 사건이 가상공간에서 유통될 수 있는 일반적인 정보에 대해 적용할 수 있는 표현의 자유의 제한 법리 중 최소한의 기준을 제시한 것이라면, 이 사건은 청소년 보호와 관련된 청소년유해매체물에 관한 사건으로서 보다 본격적인 성현물의 유형과 한계를 다루고 있다는 점에서 주목된다.

중학교 미술교사인 ㄱ씨는 자신의 홈페이지에 남녀의 성기나 성행위 장면을 묘사한 그림 4개와 본인 부부의 나체사진 1개를 게시한 행위가 舊 전기통신기본법 제48조의2에 해당한다는 이유로, 또 만화주인공인 청소년이 발기된 성기를 내놓고 주먹을 불끈 쥐고 있는 그림 1개를 게시한 행위가 청소년성보호법 제2조 제3호 및 제8조 제1항의 '청소년이용음란물' 제작에 해당한다는 이유로 불구속 기소되어 재판을 받게 되었는바, 담당 재판부는 청소년성보호법 제2조 제3호 및 제8조 제1항이 죄형법정주의상의 명확성의 원칙에 위배되어 표현의 자유를 침해할 뿐만 아니라, 일반 음란물에 대한 동종의 행위보다 가중처벌하는 것은 평등의 원칙에도 위배된다며 직권으로 위헌법률심판을 제청하였다.

이 제청에 대해 헌법재판소는 이례적으로 청소년보호법의 입법취지와 동기·목적·개정과정 등에 관하여 상세히 서술하면서, 同法의 제정이유가 "소위 '원조교제'라는 형태의 성인과 청소년간의 금전을 매개로 한 성관계와 함께 청소년을 대상으로 한 성범죄 또는 청소년을 이용한 음란물의 제작 및 인터넷 등 컴퓨터를 이용한 음란물의 제작·배포 등이 사회문제화되면서 이에 대처하기 위하여 특별히 청소년의 성을 보호하기 위한 새로운 입법이 필요했기 때문이고", 법의 기본취지는 "성적 학대 또는 성적 착취로 인한 청소년피해자를 보호하는 한편 청소년에 대하여 위와 같은 성적 행위를 한 자를 엄중히 처벌함으로써 청소년 또는 아동의 성을 보호하는 것"이라고 밝히면서 '청소년이용음란물'은 실제인물인 청소년을 이용하여 음란한 내용을 표현한 것을 가리키는 것이므로 명확성의 원칙에 위배되지 아니한다고 하였다. 또 '청소년이용음란물 역시 의사형성적 작용을 하는 의사의 표현·전파의 형식 중 하나이므로 표현의 자유를 보장받아야 할 부분이기는 하지만, 그 제작 등의 행위에 대하여 형사상 중

한 처벌을 가하는 것이 표현의 자유를 다소 제한하는 결과가 된다고 하더라도 이는 공공복리를 위하여 필요한 제한으로서 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 반하지 아니하는 것으로서, 입법목적의 정당성과 수단의 적정성, 침해의 최소성 및 법익균형성에 합치된다'며 합헌결정을 내렸다.[200]

(2) 대법원의 입장(대판 2001.9.7. 2001다36801)

가상공간에서의 표현의 자유와 관련된 대법원의 판례는 대판 2001.9.7. 2001다36801이 대표적이지만, 이 사건은 명예훼손을 다룬 것이어서 성표현물과는 외형상 직접적인 관련은 없는 것처럼 보인다. 그러나 가상공간에는 정보를 직접 제공하는 자만 있는 것이 아니라 그 공간을 매개하고 관리하는 자 즉, 인터넷서비스제공자(Internet Service Provide, 이하 ISP라 한다)가 존재하는바, 이 사건은 ISP의 책임과 그 한계를 다루고 있다고 하는 점에서 가상공간에 성표현물이 게재되는 경우, 직접 그 컨텐츠를 제공한 자 외에 ISP의 책임을 어디까지 인정할 수 있느냐, 하는 문제를 가늠할 수 있기 때문에 주요한 판례로 꼽히고 있다.

사건의 내용은 다음과 같다. 하이텔 가입자 ㅇ씨는 하이텔의 공개게시판에 가수 ㅂ씨를 비방하는 글을 올렸고, ㅂ씨의 팬클럽 회원인 ㅎ씨는 그 내용이 명예훼손적이라는 경고문을 올렸다. 그 후 ㅇ씨는 동일 공간에 ㅎ씨를 비방하는 글을 여러 차례 올렸고, 이에 ㅎ씨는 게시판 담당자에게 삭제를 요청하였으나 거절당했다. 이에 ㅎ씨는 정보통신윤리위원회에 삭제를 요청하였고, 정보통신윤리위원회도 하이텔에 시정조치를 요구하였으나, 하이텔측은 경고메일만 발송했을 뿐 관련 글들을 5-6개월간 방치하였다.

이에 ㅎ씨는 ㅇ씨를 모욕혐의로 고소하였으나 수원지방검찰청으로부터 기소유예처분을 받았고, 이어 손해배상소송을 제기하여 1심에서는 기각판결을, 항소심에서는 일부승소판결을 받았으며, 그것이 대법원에서 상고기각되어 확정되었다.[201]

---

200) 이에 관한 자세한 평석은 졸고, 가상공간에서의 표현의 자유와 청소년보호, 2002. 10.11. 헌법실무연구회 발표자료 참고. 자료는 헌법재판소 홈페이지에서 받아 볼 수 있다.

201) 이에 관한 자세한 과정은 拙著, 주1)의 책, 359~370쪽 참조.

이 사건에서 대법원은 "전자게시판을 설치·운영하는 전기통신사업자는 그 이용자에 의하여 타인의 명예를 훼손하는 글이 전자게시판에 올려진 것을 알았거나 알 수 있었던 경우에 이를 삭제하는 등의 적절한 조치를 취해야 할 의무가 있을 뿐만 아니라, 하이텔의 정보서비스약관 제21조에 '다른 이용자 또는 제3자를 비방하거나 중상모략으로 명예를 손상시키는 내용인 경우 등에는 회사가 이용자에게 사전통지 없이 게시물을 삭제'할 수 있고, 원고와 위원회의 시정조치요구에 따라 그러한 글들이 게시판에 게재된 것을 알았거나 알 수 있었음에도 불구하고 무려 5-6개월 동안이나 이를 삭제하는 등의 적절한 조치를 취하지 아니한 채로 방치함으로써 원고에게 정신적 고통을 겪게 하였으므로 손해배상책임을 져야 한다"고 판시하였다.

(3) 小 結

이상의 헌법재판소와 대법원의 판례는 크게 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 헌법재판소의 결정은 사이버공간에 있어서의 일반적인 표현의 자유의 제한법리를 다룬 것과 청소년보호에 관한 것이었고, 대법원의 판례는 ISP의 책임과 그 한계에 관한 것이었다.

그러나 미국과 같이 판례가 축적되어 있지 아니한 상황에서 위의 세 판례만으로 가상공간에 있어서의 성표현물의 법적 문제를 우리 법원이 어떻게 보고 있느냐 하는 법리적인 측면을 추론해 낸다는 것은 결코 쉬운 일이 아닐 뿐만 아니라 성급하기까지 한 일이다. 다만 헌법재판소가 청소년이용음란물 사건에서 청소년을 원조교제나 포르노 제작 등 각종 성범죄로부터 보호하기 위한 법익이 합리적으로 판단해 볼 때 다른 법익보다 우선하므로 일반 음란물죄에 비해 가중처벌하는 것은 평등권에 위배되지 아니한다고 판단한 점은 이해가 되나, 전기통신기본법 제2조 제3호의 규정이 명확하지 않다고 하면서도 입법동기와 목적 등을 근거로 죄형법정주의에 위배되지 아니한다고 판시한 점은 법리적인 측면에서 볼 때 다소 석연치 않다. 청소년을 보호하기 위한 필요성이 아무리 크다고 하더라도 표현의 자유를 제한하기 위해서는 합리성의 기준이 아닌 보다 엄격한 심사

기준이 적용되어야 하며, 그 법률용어는 당연히 명확해야 하고 제한의 범위 및 방법은 엄격하게 재단(narrowly tailored)되어야 하기 때문이다. 물론 헌법재판소의 이러한 입장은 한 달 후에 이어진 전기통신사업법 제53조에 대한 헌법소원사건(99헌마480)에서 엄격한 명확성의 원칙을 적용함으로써 가상공간에 있어서의 표현의 자유 문제를 넓게 보장하고자 하는 입장을 취하기는 하였지만, 청소년 보호와 관련해서 앞으로도 2001헌가27과 같은 합리성의 법리를 계속 적용·유지할 수 있을지 지켜볼 일이다.

헌법재판소 결정에 비해 대법원 판결은 앞으로의 우리 입법이나 판례를 가늠해볼 수 있는 좋은 사건이라고 할 수 있다. 가상공간에서 컨텐츠를 유통시키는 행위자를 추적하는 일이 결코 쉽지 아니한 상태에서 ISP가 어디까지 책임을 지느냐 하는 문제를 정면으로 다루고 있을 뿐만 아니라, 이 부분에 대한 입법이 현재로서는 국내에 없기 때문이다. 즉 입법의 미비 내지는 흠결을 先判例로써 보완하고 있다는 점에서 그 의미가 多大하다고 할 수 있다. 그러나 대법원이 밝힌 대로 ISP가 '그러한 (불법적인) 컨텐츠가 올라온 것을 알았거나 알 수 있었고, 기술적으로 가능했을 때' 작위의무가 발생한다고 하더라도 '알 수 있었던 때'의 기준을 어떻게 정하느냐에 따라 ISP에 대한 규제 정도는 상당히 달라질 수 있다는 점에서 앞으로의 입법과 후속판례가 기대된다. 또한 ISP가 작위의무에 따라 일정한 작위를 한 경우 그 결과에 대한 책임은 누가 부담할 것인가의 문제와 컨텐츠제공자에 대한 권리 보장 문제 또한 입법적으로 해결하여야 할 부분이다.

가상공간에서의 일반적인 표현의 자유 문제를 포괄적으로 제한할 수 있도록 규정하고 있는 현행 정보통신사업법 제53조가 비록 위헌결정을 받기는 하였으나, 이는 용어의 명확성이 결여되어 있고 포괄위임입법금지의 원칙에 위배된다는 이유에서 나온 것이지 인터넷서비스제공자의 작위의무에 대한 것은 아니기 때문에, 앞으로도 정보통신부장관이나 정보통신윤리위원회의 명령 또는 요청에 따라 ISP는 일정부분 작위의무와 그에 따른 책임을 부담하게 되기 때문에 위에 지적한 부분은 빠른 시일 내에 해결되어야 할 문제이다.

익명성(가명성)과 탈중앙집권성, 쌍방향성, 급속한 전파성 등으로 인하여 인터넷상에서의 불법행위자를 적발·처벌한다는 것이 현실적으로 대단히 어려운 데 비하여, 사업자는 그가 발행자(publisher)이든, 배포자(distributor)이든, 일반수송자(common-carrier)이든, 불법행위를 감독할 의무가 있으며(대위책임, vicarious liability), 사업자는 시설기반 제공(기여책임, contributory liability) 등으로 인하여 이득을 보고 있다는 점(직접책임, direct liability) 등 때문에 사업자책임을 인정하고 있으나,[202] 어떤 이론을 근거로 제시하든 자신이 제작하고 게시·유통시킨 정보가 아닌, 이용자가 인터넷에 올린 내용물에 대하여 고의나 과실을 불문하고[203] 사업자에게 행정규제로서 정보통신부장관이 그 취급을 거부, 정지, 제한할 것을 명령할 수 있을 뿐만 아니라 이에 불응하는 경우에 행정형벌을 부과한다는 것은 곧 행정청에 의한 내용규제로서 위헌이라는 비난을 면하기 어렵다.[204] 정보통신윤리위원회 또한 정부출연기관으로서 준행정기관이고, 준행정기관이 표현의 당부를 결정하는 것은 곧 검열을 의미하며,[205] 작위의무가 없는 사업자에 대해 부작위를 이유로 형사처벌을 한다는 것은 법원칙상 인정되기 어렵기 때문이다. 물론 작위의무라는 것이 반드시 실정법상의 의무일 필요는 없고 신의성실의 원칙이나 사회상

202) 이러한 이론은 미국에서 있었던 일련의 판례와 판례평석 등을 통해 발전해 왔다. Schiavone Constr. Co. v. Time, Inc., 735 F. 2d 94(1989); Lewis v. Time, Inc., 83 F.R.D. 455(1979), aff'd 710 F. 2d 549(1983); Anderson v. New York Telephone Co., 35 N.Y. 2d 746(1974); Cubby, Inc. v. Compuserve, 776 F. Supp. 135(1991); Stratton Oakmont v. Prodigy, 1995 WL 323710 (N.Y. Supp. 1995); Zeran v. America Online, Inc., 129 F. 3d 327(1997), cert. denied 118 S.Ct. 2341(1998).

203) Smith v. California, 361 U.S. 147(1959).

204) 인터넷상에서는 물론이고 어떤 매체에 있어서도 내용규제(content regulation)는 표현의 자유와 관련하여 헌법적 논란을 야기한다. 우리나라에서도 지난 해 정보통신부가 정보통신망이용촉진등에관한법률을 개정하여 인터넷상에서의 내용등급제를 시행하고자 했을 때, 정부는 표현의 자유 보장과 청소년 보호라는 목적을 위해 필요한 제도라고 개정의 이유를 밝혔으나, 진보네트워크를 비롯한 시민단체들은 정부에 의한 검열시도라는 이유로 강하게 반발하여 무산된 경험이 있다.

205) 검열은 일반적으로 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, 행정권이 주체가 된 사전심사절차, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단 등의 요건을 갖춘 경우에만 이에 해당하는 것이다. 헌재결 1996.10.4. 93헌가13등.

규 혹은 조리상 기대되는 경우도 있지만,[206] 그것이 형법상 부작위범이 되기 위해서는 법이 금지하고 있는 법익 침해의 결과 발생을 방지할 법적인 작위의무를 지고 있는 자가 그 의무를 행함으로써 결과 발생을 쉽게 방지할 수 있음에도 불구하고 그 결과의 발생을 용인하고 이를 방관한 채 그 의무를 이행하지 아니한 경우에, 그 부작위가 작위에 의한 법익 침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 그 범죄의 실행행위로 평가될 만한 것일 때 비로소 작위에 의한 실행행위와 동일하게 부작위범으로 처벌할 수 있는 것이다.

이렇게 볼 때 전기통신사업법에서와 같이 사업자의 고의, 과실은 물론 기술적·경제적·방법적 가능성을 전혀 묻지 아니한 채 책임만 부과하는 것은 그 자체로서 정보의 원활한 유통을 저해할 뿐만 아니라, 명세성을 벗어나지 못하고 있는 대부분의 사업자에게 결과적으로 경제적 타격을 가하게 되며, 사업자로서는 개별 표현물들이 불법적이라거나 관리대상인지의 여부를 판단할 능력이 없을 뿐만 아니라, 지금과 같이 과도한 감시와 통제의무를 부과한다면 일반인의 표현의 자유를 심각하게 침해하고 위축시킬 우려가 높다는 점을 지적하지 않을 수 없다. 이와 같은 점에서 앞으로의 입법과 관련법들의 개정작업이 주목된다.

결론적으로 ISP에게 면책을 인정하고 있는 미국의 입법과 판례에 비해 우리 대법원은 일정한 경우에 한하여 책임을 인정하고자 한다는 점에서, 개인의 인격권 보호와 표현의 자유와의 조화를 모색하고 있다고 볼 수 있으며, 이는 전적으로 유럽, 특히 독일의 입법태도와 유사한 모습을 보이고 있다고 할 수 있다. 이는 기본적으로 우리의 헌법이 자유주의적 헌법관을 전제하고 있는 미국과는 달리 사회국가적 원리를 채택하고 있는 독일이나 프랑스 등 유럽과 대동소이하기 때문으로 분석된다.

206) 대판 1996.9.6. 95도2551.

제 5 장 性表現物의 규제방안

제 1 절 공적규제보다는 자율규제로

앞에서 살펴보았듯이 20세기말부터 전세계경제와 인터넷산업을 주도하고 있는 미국의 경우 인터넷 관련 입법과 판례가 많이 축적되어 있는 데 비해, 유럽의 경우에는 주로 통신에 관한 관리차원에서의 입법과 청소년 보호를 위한 관련 법률의 재정비작업이 이루어졌을 뿐, 상대적으로 미국에 비해 본격적인 입법이나 판례의 축적이 빈약하다. 그러나 인터넷 관련 입법이 많은 미국이든 상대적으로 적은 유럽이든 간에 가상공간에서의 내용규제는 거의 하지 않고, 단지 청소년 보호를 위한 경우에 그것도 시간과 방법, 장소에 따른 최소한의 규제를 하고 있다. 이는 기본적으로 표현의 자유에 대한 제한은 명확성의 원칙이나 과잉금지의 원칙 등 엄격심사기준이 적용되기 때문에 필요최소한의 범위 내에서 가장 덜 제한적인 대체조치(least restrictive alternative)로 이루어져야 한다고 하는, 표현의 자유에 관한 off-line 상의 제한의 법리가 on-line 상에도 그대로 적용되기 때문이다. 그런데 우리나라의 경우에는 위에서 지적한 바와 같이 정부(행정청 또는 준행정기관)가 직접적으로 내용규제를 시도하고 있다는 점에서 문제가 있다.

인터넷은 공개성과 자율성과 자유성에 기초하고 있는 전자매체이기 때문에 그에 대한 규제도 그것이 설혹 내용규제라 할지라도 이러한 특성이 최대한 반영되어야 한다.[207] 때문에 미국이나 독일·프랑스·영국 등 대다수의 나라들도 비록 공적 규제의 틀은 각국의 정치·경제·문화·역사적 배경에 따라 조금씩 다른 양상을 보이지만, 가상공간에서의 공적 규제는 최소한에 그치고 자율규제를 최대한 유도·장려·도입해야 한다는 입장을 고수하고 있는 것이다.

자율규제는 제작자, 유통자 등 사업자단체가 민간차원에서 자율적으로 행하는 방식으로서 윤리강령을 정하고 이에 위반했을 때 협회가 벌과금이나 영업정지, 축출 등의 방식으로 제재를 가하는 방식이며, 이에 대한

207) Jan Samoriski, 주8)의 책, 338~339쪽.

감시 역시 시민단체 등 민간단체에 의해 이루어져야 한다는 것이다. 이와 같은 자율규제는 사적 자치에 가장 부합하는 방식인 동시에 급변하는 기술 및 시장상황에 유연하게 대처할 수 있다는 점에서 높은 평가를 받고 있으나, 다만 자율규제가 제대로 시행되기 위해서는 성숙한 시민의식과 법치주의의 실현의지가 전제되어야만 한다는 점에서 각 사회의 특수성이 고려되어야 한다.

물론 정보제공자나 사업자의 자율규제만으로는 인터넷상에서 넘쳐나는 음란물이나 명예훼손적 표현 등 불법물을 규제하기 어려운 것이 우리의 현실이다. 따라서 어떤 방식으로든 사업자에게 책임을 부과할 필요가 있는바, 사업자가 음란물이 게재되었음을 어떠한 경로로든 알았거나 알 수 있었고, 또 기술적으로 대처를 충분히 할 수 있었음에도 불구하고 조치를 취하지 아니한 경우에 한하여 책임을 물어야 할 것이다. 즉, 사업자가 이용자의 법 침해행위를 적극적으로 야기하였거나, 우연한 기회 또는 권리자로부터의 고지를 통하여 이용자의 음란물의 게공을 인식하고도 이를 방치한 경우, 또는 이들이 침해행위를 통제할 권리와 충분한 기술적 능력이 있고 그 침해행위로부터 직접적인 재산상의 이익을 얻는 경우 등과 같이 이용자의 직접적인 침해행위와 동일하게 평가할 수 있을 만한 특별한 사정이 있는 경우에만 그 책임을 인정하여야 한다.[208]

또한 청소년유해매체물의 운영은 인터넷이라고 하는 매체의 특성에 맞는 표시의무·격리의무가 정보제공자에게 적용 가능하도록 법을 개정 내지 정비하여야 하며, 법조문도 법치주의원칙에 맞도록 명확성을 기해야 한다. 아무리 입법목적과 취지·배경·동기 등이 정당하다 하더라도 법조문의 용어나 개념정의가 불명확하고 피해자의 권리구제가 적법절차에 따라 보장되어 있지 아니하다면 그것은 최형법정주의에 위배되는 위헌적인 입법이라고 하지 않을 수 없기 때문이다.

제 2 절 자율규제시스템의 비교

위에서 살펴 본 바와 같이 인터넷 내용에 대한 정부의 직접적인 규제는 인터넷상에서의 표현의 자유를 부당하게 침해할 수 있기 때문에 위헌

208) 서울지법판 1999.12.3. 98가합111554.

적인 요소를 많이 함유하게 된다. 그러나 인터넷콘텐츠 가운데에는 인격 형성중인 청소년에게 해로운 정보가 대단히 많이 포함되어 있기 때문에 성인의 정보선택권과 불 권리를 보호하면서도 불법·유해물로부터 청소년을 효과적으로 보호할 수 있는 방안으로 각국에서 선호되고 있는 것이 정부와 인터넷사업자, 관련 기관, 시민단체, 정보이용자 등에 의한 자율규제시스템[209]이다. 이 자율규제시스템은 특히, 인터넷의 특성상 국경을 기준으로 하는 기존의 국내법과 국내의 재판관할권이 효과적으로 그 효력을 발휘할 수 없기 때문에 이를 극복할 수 있는 방안으로 국제적 공조방안이 모색되고 있다.[210]

인터넷에서 유통되는 불법·유해물로부터 청소년을 보호하기 위해 고안된 자율규제의 방법으로는 遮斷(blocking)과 選別(filtering), 등급제(rating) 등이 있다.[211] 차단방법은 차단목록에 의하는 것(black list blocking)과 허용목록에 의하는 것(white list blocking)로 나누어 볼 수 있는바,[212] 차단목록에 따라 시행하게 될 경우에는 인터넷감시시스템의 발동으로 아예 해당 사이트(site)에 접속조차 할 수 없게 만든다는 점에서 제3자가 아닌 국가가 주체가 되어 시행할 때에는 사전검열이 될 수 있다.[213] 또, 이용자가 스스로 내용을 선별하는 방법은 콘텐츠에 맞게 등

209) 자율규제라고 하더라도 그 규제가 정부와 어떤 관계를 유지하고 있느냐에 따라 그 성격과 방법이 완전히 달라지는바, 대체로 위임적 자율규제, 승인적 자율규제, 강제적 자율규제, 자발적 자율규제 등 4가지로 나누어 볼 수 있다. 위임적 자율규제(mandated self-regulation)란 민간영역이 정부가 규정하는 영역 안에서 규범을 만들고 그것을 강제하도록 분명하게 요구받는 것을 말하고, 승인적 자율규제(sacntioned self-regulation)는 민간영역에서 자발적으로 규제하고 정부의 승인을 받는 것, 강제적 자율규제(coerced or enforced self-regulation)는 민간영역에서 우선적·자발적으로 규제하되 그것이 성공적이지 못할 경우 정부가 어떤 식으로든 규제를 가하는 것을 말한다. 이에 비해 자발적 자율규제(voluntary self-regulation)는 정부가 일체의 관여를 하지 않고 순수하게 민간단체들이 주도하는 것을 말한다. 대체로 미국과 유럽에서 진행하고 있는 자율규제는 마지막 유형인 자발적 자율규제이다.

210) Marc L. Caden & Stephanie E.Lucas, "Comment, Accidents on the Information Superhighway: On-Line Liability And Regulation", 2 RICH. J. L. & TECH. 391996); <http://www.urich.edu/~jolt/v2il.caden-lucas.html>.

211) Jan Samoriski, 주8)의 책, 340~341쪽.

212) 황철중, "통신망을 통한 음란물규제"(인터넷과 법률, 정상조 엮음), 현암사, 2000, 198~199쪽.

213) 대표적인 차단프로그램으로는 미국 Microsystems Software사의 Cyber Patrol

급을 부여하여 이용자가 보고 싶지 않은 내용들을 사전에 걸러 낼 수 있다는 장점은 있으나, 부적절한 선별이 되었을 경우에 발생하게 될 문제점과 그로 인한 책임소재가 새로운 법적 문제로 대두할 수 있다.[214]

자율규제시스템 가운데 각국에서 가장 선호하는 것이 학부모와 교사 등 청소년보호자 층이 청소년의 인터넷 이용을 효과적으로 지도할 수 있는 제도적·기술적 장치(parental control tool)를 개발·보급·이용하는 방법 즉, 인터넷내용등급제라고 할 수 있다. 인터넷내용등급제는 인터넷 정보내용에 등급을 부여함으로써 기존의 심의 위주의 규제의 한계를 극복할 수 있으며, 유해정보로부터 청소년을 보호하는 동시에 성인정보이용자의 정보선택권을 강화할 수 있어 다양한 사회적 요구를 만족시킬 수 있는 것이다. 또한 이 방안은 자율규제를 지향하고 있어 정보이용자 및 인터넷 산업 양자에 친화성이 높으며, 국제적으로 인터넷 내용규제의 표준안으로 되어가고 있는 시점에서 국제적 협력관계 구축을 통한 청소년 유해정보에 대한 합리적인 규제[215] 방안이라고 할 수 있다. 인터넷내용등급제는 영화등급제[216]와 흡사하여 내용이 차단되지는 않으나, 정보제공자가 일정 기준에 따라 정보내용에 등급을 표시하면 정보이용자가 내용등급을 참고해 사전에 경고를 받게 되는 방법을 의미한다. 그런데 이 방법은 현재 미국이나 유럽 등에서 선호되고 있지만, 등급의 공신력 확보도 문제고 또 높은 등급 부여가 오히려 청소년들의 호기심을 자극하는 자석과 같은 역할을 하지 않을까 우려되기도 한다. 또한 같은 등급제라 하더라도 각국의 문화나 법제, 사회제도에 따라 각기 다른 기준을 적용할 수밖에 없기 때문에 그 실시내용 또한 차이를 보이고 있다.

Proxy나 Secure Computing사의 Web Track 등을 들 수 있으며, 국내에서 개발된 차단프로그램으로는 한국전산원에서 만든 NCApatrol과 PLUSTECH가 만든 수호천사 등이 있다.

214) 拙著, 주1)의 책, 381~383쪽.

215) 정부규제의 근거는 일반적으로 경제적 측면에서의 독과점, 정보의 불확실성 등의 시장실패(market faliure)에 근거한다고 할 수 있으며, 세계적 추세는 국가경쟁력 증대를 위한 경제규제 완화와 환경, 정보 등 국민보호 강화라는 2가지 축으로 제기되고 있다.

216) 영화등급제는 대체로 모든 연령시청가, 7세 이상 시청가, 13세 이상 시청가, 16세 이상 시청가, 19세 이상 시청가, 등급판정불가 등으로 되어 있다.

이상에서 언급한 자율규제방안은 그 효율성과 융통성, 규제에 따르는 사회적 비용의 절감, 표현 영역에 있어서 정부의 간섭 최소화 등의 장점이 있어 대단히 이상적이나, 사회 저변에 민주적 요소나 시민의식이 성숙되어 있지 아니한 상태에서는 그 성과를 전혀 기대할 수 없을 뿐만 아니라, 자율규제를 실행하고 수용하기 위해서는 사회적 비용 또한 엄청나게 많이 든다는 점에서 쉽게 시행하기 어려운 측면도 있다.

문제는 누가 어떤 양태의 자율규제를 시행할 것이며, 그에 대한 책임과 감독은 누가 질 것인가 하는 점이다. 이러한 점에 주목하여 각국의 자율규제시스템을 간단히 살펴본다.

1. 미 국

전세계의 인터넷시장을 주도해 나가면서 연간 3천억 달러 이상의 수익을 내고 있는 미국은 경제적인 차원에서 인터넷을 통한 각종 활동에 정부가 적극적인 후원을 하고 있으며,[217] 같은 맥락에서 인터넷에 대한 언론매체로서의 규제도 거의 찾아보기 어렵다. 방송을 비롯한 유사매체에 대한 종합적인 정책을 수립하면서 準立法權과 準司法權까지 행사하고 있는 연방통신위원회는 1990년대 초반부터 방송에 대해 실시해 온 전반적인 탈규제(deregulation)정책의 연장선상에서 인터넷에 대해서도 정부차원의 규제를 하지 않고 있는바, 이는 가히 탈규제를 넘어 비규제(unregulation)의 수준이라고 할 수 있다. 이와 같은 일반적인 표현의 자유 보장은 인터넷상에서의 청소년 보호라는 측면에서도 그대로 나타나는바, 위에서 살펴본 입법과 판례의 경향에서도 나타났듯이 인터넷에 대한 정부의 규제를 최피하고 가능하면 自由市場論(free market place of ideas)에 따른 민간주도의 자율규제로 인터넷의 역기능을 방지하고 해결해 나간다는 기본입장 아래 정부의 관여가 필요한 경우, 예견가능하고 최소한의 일관된 법적 환경을 유지·강화할 목적으로만 개입한다는 입장

217) 특히 클린턴행정부는 글로벌한 전자상거래를 촉진하기 위하여 조세와 관세, 전자결제시스템, 商事法制, 지적재산권법제, 소비자 보호와 소기업 문제, 인터넷에의 접근과 開途國 問題, 統一州法 制定 등에 적극적으로 나섰다.

을 보이고 있다. 따라서 인터넷상에서의 청소년 보호와 타인의 권리 침해를 미연에 방지하기 위해서도 네티켓(netiqutte)[218]에 관한 가이드라인을 제시하면서 통일적인 자율규제를 도모하고 있으며,[219] 내용등급도 중립적인 방식으로 각 업체들이 개발·보급하고 있다. 예컨대 15개 전자통신회사들이 주축이 되어 만든 W3 Consortium이 자율적으로 개발한 PICS[220]와 SafeSurf, RSACi[221]는 다양한 환경에 적용 가능한 융통성과 보안성을 제공해주었다.[222] 이들 업체들은 1994년 인터넷게임에 적용할 수 있는 모델도 개발하였으나, 아직 실효성이 높지 않아 계속 개발중에 있으며, 주로 소프트웨어개발업체들이 중심이 되어 인터넷내용등급협회[223]를 구성, 등급기준을 만들고 배포하는 작업을 진행시키고 있다.[224]

그러나 이러한 모델들은 엄격한 의미에서 볼 때 내용등급제라기보다는 차단목록과 단어검색을 이용한 선별방법에서 조금 더 발전한 자율등급기준(self-rating standard)의 형태라고 할 수 있고, 미국의 내용등급제가 다른 나라와 다른 점은 그 모델 개발과 보급에 정부나 시민단체가 아닌 전기통신업체 또는 소프트웨어개발업체 등 컴퓨터 관련 업계가 적극적으로 나서서 등급표시방법을 표준화하고 있다는 점이다. 그만큼 자율성이 높이 평가되고 있기는 하나, PICS작업에 참여하지 아니한 회사의 제품 또는 차단소프트웨어나 웹브라우저에서 등급시스템을 지원하지 않

218) 네티즌들이 지켜야할 指導로서의 최소한도의 관례를 네티켓이라 한다. 拙稿, 인터넷신문·방송과 반론권, 언론중재, 2000. 봄, 38~39쪽.

219) http://sunsite.cnlab-switch.ch/ftp/doc/standard/rfc/18xx/1855; http://www.isoc.org/ internet/history/brief.html.

220) Platform for Internet Content Selection. PICS는 웹사이트운영자나 제3자가 일정한 기준에 따라 사이트에 등급을 매길 수 있도록 고안된 장치(protocol)라고 할 수 있다.

221) Recreation Software Advisory Council on the Internet. http://www.rsac.org/homepage.asp.

222) 황철중, 주212)의 글, 200쪽.

223) 처음에는 Software Publishers Association에 의해 창설된 RSAC (Recreational Software Advisory Council)에 의해 인터넷등급시스템이 만들어졌으나, 2000년 들어 효율성을 높이기 위해 RSAC가 ICRA(Internet Content Rating Association)로 확대·개편되어 작업을 진행하고 있다.

224) 拙著, 주1)의 책, 385~387쪽.

거나 등급표시가 안된 사이트에서는 이용자가 내용등급에 의한 선별방법을 전혀 적용 받을 수 없다는 단점이 있다. 따라서 현재 미국에는 웹사이트의 99% 이상이 등급표시가 없이 유통되고 있는 실정이어서, 실용성이라는 측면에서는 효용이 거의 전무한 상황이라고 해도 지나치지 않을 것이다.

이처럼 등급제를 위한 기술개발과 보급에 컴퓨터 관련 업계가 끊임없이 노력함에도 불구하고 실용적인 면에서 등급제 사용이 저조한 것은 미국의 시민단체들이 인터넷의 모든 차단방법이나 선별방법, 등급제 등에 대하여 격렬히 반대하고 있기 때문이다. 일련의 인터넷입법에 대한 위헌소송을 주도한 바 있는 全美自由聯盟(American Civil Liberties Union, ACLU) 등 시민단체들은 인터넷에 대한 이러한 모든 제도들이 결국에는 정부의 검열로 이어질 것이며, 여과된 내용은 표현의 자유를 제한하여 민주사회에 악영향을 미칠 것이라고 주장하고 있다.[225]

그러나 인터넷상에서의 불법·유해물로부터 청소년을 보호하고자 하는 민간단체의 활동도 끊이지 않고 이어지고 있는바, 1998년에 만들어진 이후 계속해서 아동포르노물에 대한 민간감시활동을 펴고 있는 CyberTipline와 CyberAngels, Wired Kids를 비롯하여, PICS의 이용을 적극 권장한 RSAC(Recreational Software Advisory Council), AOL·IBM·Microsoft 등 인터넷관련사업자들이 모여서 만든 ICRA(Internet Content Rating Association)[226] 외에도 각 주별로 사업자단체들이 결성되어 자율규제노력을 하고 있다.[227] 다만 CyberTipline와 ICRA 외에는 아직 별다른 가시적인 성과가 나타나지 않고 있다.

---

225) American Civil Liberties Union, "Fahrenheit 451.2: Is Cyberspace Burning? How Rating and Blocking Proposals May Torch Free Speech on the Internet", in *Filters and Freedom Free Speech Perspectives on Internet Content Controls*, Electronic Privacy Information Center, Washington, DC., 1999, 1~20쪽.

226) 이는 현재 RSAC까지 합류한 상태이다.

227) 예컨대 텍사스州의 TISPA(Texas Internet Service Provider Association)와 플로리다州의 FISPA(Florida Internet Service Providers Association) 등이 있는바, 이들 단체는 모범규약을 제정하고 사업자윤리강령을 제정하는 등 자율규제를 수행하고 있다.

2. 유 럽

영국, 프랑스, 독일 등 유럽은 기본적으로 인터넷산업과 소프트웨어개발을 비롯한 경제적인 측면뿐만 아니라 가상공간에서의 모든 정보도 미국을 중심으로 유통되고 주도되고 있다는 점에서 심각한 위기의식을 느끼고 있으며, 정보화 자체가 미국에 비해 많이 뒤져 있고, 인터넷 이용자도 미국과는 비교가 되지 아니할 정도로 적은 실정이어서[228] 나라마다 정도의 차이는 있어도 정부가 주도적으로 인터넷정책을 펼쳐 나가고자 부심하고 있다.[229]

이와 같은 노력의 일환으로 유럽을 중심으로 한 여러 나라들은 인터넷상에서의 유해하고 불법적인 컨텐츠 문제와 그로부터 청소년을 보호하기 위해 민간차원의 베텔스만재단(Bertelsmann Foundation)을 설립하고 15개월 동안 연구한 끝에 지난 2000년에 보고서를 발표했다.[230] 이 베텔스만 보고서는 앞으로 유럽 각국의 법제와 정책을 예견할 수 있다는 점에서 중요한 시사점을 던져주고 있을 뿐만 아니라 앞으로 우리 입법에도 참고가 될 수 있으리라 생각된다.

보고서의 내용은 위에서 살펴 본 미국의 법제나 판례와는 상당히 다른 모습을 보이는바, 기본적으로 정부나 감독기관의 직접적인 개입에 반대하는 입장은 유사하지만, 인터넷서비스를 제공하는 ISP나 IP, ICP 등이 일정부분 사회적 책임을 져야 한다는 것이다. 즉, 미국에서는 인터넷상에 올려진 문건의 내용이 설사 현행법에 위배되는 내용을 담고 있다고 하더라도 그 내용을 절대로 삭제할 수 없다는 입장인데 비해, 베텔스만 보고서는 "그 내용이 불법이라는 사실을 실제로 알고 있고, 그러한 불법 콘텐츠를 삭제하는 일이 기술적으로 가능하며 마땅히 삭제해야 하는 경우에는 삭제책임을 져야 한다"는 것이고, 이러한 입장은 독일의 정보통신서비스

228) 인터넷접속률은 미국이 전 인구의 70%를 차지하는데 비해 독일은 15%, 영국은 28%로 나타나고 있다. 방송위원회, 해외인터넷콘텐츠규제동향, 방송자료조사 2000-1, 2000, 95쪽.

229) 이에 관한 자세한 논의는 拙著, 주1)의 책, 439~446쪽 참조.

230) Bertelsmann Foundation Publisher, *Protecting our children on the Internet*, 2000. 이에 대한 개략적인 내용은 방송위원회에서 발간한 '해외인터넷콘텐츠규제동향'이라는 책 속에 발췌·번역되어 있다.

법에 그대로 현실화되었다. 또 베텔스만 보고서는 인터넷콘텐츠업체와 인터넷서비스업체가 사회적 책임감을 지닐 수 있도록 행동강령(code of conduct)을 채택할 것을 강조하고 있으며, 행동강령에 따라 각 업체는 불법적인 내용물이 있다는 통지를 받았을 때 즉각 삭제할 것을 요구하고 있다.

이 보고서는 그 밖에 자율규제시스템 및 인터넷 이용자에 대한 건의안의 핵심사항인 '자율'이 바로 인터넷콘텐츠의 등급 및 선별의 바탕이 되어야 한다고 전제하고, 이용자가 자율등급제(self-rating)와 여과장치(fitering system) 중에서 자신들이 그 모델을 직접 선별할 수 있도록 전세계 콘텐츠업체들은 자신들의 콘텐츠에 라벨을 붙여 분류해야 한다는 결론을 내리고 있다. 그리고 인터넷 이용자들이 문제가 있다고 생각하는 인터넷상의 콘텐츠에 대하여 의견을 제시할 수 있는 기술적이고도 조직적인 커뮤니케이션장치로서 일종의 고발통로인 '핫라인'의 설치를 권유하기도 한다.

베텔스만 재단의 국제적인 노력 외에도 각국마다 자율규제에 주력하는 시민단체들의 활동이 활발한바, 영국에서는 인터넷사업자와 교육자, 소비자대표 등으로 구성된 IWF(Internet Watch Foundation)와 Childnet International이 청소년 보호를 위해 불법정보신고와 사법당국에의 조치요구를 주된 업무로 하고 있고, 프랑스의 Council of Wise Man과 AFA(Association des Fournisseurs d'Acces et de Services Internet) 등은 음란·폭력물의 규제는 물론 인종차별이나 나치찬양 등의 내용규제에도 적극 나서고 있으나, 보다 본질적인 활동목적은 영어문화권으로부터 자국의 언어와 문화를 지키고자 하는 것이다. 독일에서는 청소년 보호를 위해 설립된 Jugendschutz.net라는 단체와 사업자 중심으로 결성된 FSM(Freiwillige Selbstkontrolle Mutimedia-Diensteanbiter)가 청소년 보호를 위한 차단작업과 선별작업 등을 보조하고 있다.

3. 국제적 공조

인터넷상의 음란물과 폭력물 등에 대한 국제적인 공조가 국경을 초월하여 이루어지고 있다. 처음에는 UNESCO가 주축이 되어 어린이 성표현물을 막기 위해 Innocence in Danger라는 프로젝트를 수행하였으나,[231]

231) 동 프로젝트는 WiredKids라는 단체가 어린이들을 위한 인터넷접근법과 사용법,

각 나라마다 문화가 다르고 입법정책과 실정법이 달라 현재는 목적에 따라 인접국가별로 대응하고 있다.[232] 가상공간에서 일어나는 각종 불법행위를 방지하고 청소년을 불법·유해정보로부터 보호하기 위한 국제적 차원의 법 제정이나 정책 수립은 각국마다 인터넷 사용 인구와 기술적 발전 추이 정도가 달라 아직까지는 합의를 도출해 내기 어려운 상태이기 때문이다.[233] 설사 비슷한 수준의 인터넷 사용인구가 있다고 하더라도 각국마다 현저하게 다른 법적·문화적 제도와 관습, 경제적 수준과 도덕적 기준·사회적 인식의 차이 등으로 인해 전세계를 획일적인 잣대로 규제한다는 것이 현실적으로 거의 불가능한 실정이다. 게다가 인터넷산업을 적극 장려하면서 주도하고 있는 미국과, 그로 인한 언어 종속과 문화 종속이라는 피해의식을 가지고 있는 유럽 사이의 보이지 않는 자존심 싸움까지 가세하여 문제가 더욱 복잡하게 전개되고 있는데, 현재 상태에서 보면, 미국은 인터넷콘텐츠에 대해 규제를 거의 하지 않는 비규제정책(un-regulation)으로 나아가고 있고, 반면에 유럽이나 아시아는 off-line에서 불법인 것은 on-line에서도 불법이라는 입장 아래 어떠한 형태로든 불법물(illegal material)[234]을 규제하고자 안간힘을 쏟고 있는 실정이다. 특히 유럽의 경우 통신과 방송은 뿌리 깊은 공공성의 논리와 公的 소유 전통에 의해 독점사업으로 분류되어 있어, 인터넷상의 불법적 유해내용물에 대한 규제도 상대적으로 엄격하다고 할 수 있다. 그리하여 유럽의회내의 집행위원회를 중심으로 전자상거래상의 不法物 賣買禁止를 주요 내용으로 하는 전자무역법규(Electronic Commerce Directive)를 마련하고, 2000년 8월 17일부터 시행에 들어갔다.[235]

안전한 이용교육을 위한 활동을 함께 추진하고 있다. 자세한 것은 UNESCO, *The Internet and some international regulatory issues relating to content*, Australian Broadcasting Authority, Sydney, 1997 참조.

232) Cees J. Hamelink, 주5)의 책, 146~150쪽; 155~156쪽.

233) Jan Samoriski, 주8)의 책, 345~347쪽; Marcus Franda, *Launching into Cyberspace Internet Development and Politics in Five World Regions*, Lynne Rienner Publishers, London, 2002, 227~228쪽.

234) 불법물이란 단순한 음란물만이 아니라 인종차별적인 내용이나 모임 안내, 테러활동의 찬양과 방법론, 안내서 송부 등이 이에 속한다.

235) 이 전자무역법규는 모든 전자상거래가 포함되나, 특히 음란물의 유통도 포함된다. 인터넷방송 관련 이슈도 역시 음란물이 주를 이루고 있어, 이 법규는 인터넷방송의 경우 음란물과 관련된 부분을 다루고 있다.

제 6 장 자유롭고 책임있는 가상공간을 위한 제언

이상에서 살펴본 바와 같이 인터넷이라고 하는 기술의 특성상 인터넷컨텐츠에 대한 정부 주도의 강제적인 내용 규제는 그것이 비록 노골적인 성표현을 담고 있다고 하더라도 행정청에 의한 규제 자체가 표현의 자유를 현저히 침해할 뿐만 아니라, 위축효과(chilling effect)까지 초래하는 위헌적이기 것이기 때문에 가장 바람직한 방법은 민간주도로 자율규제를 하되 국제적인 공조를 도모하는 것이다. 즉, 인터넷컨텐츠 제작자와 이용자 등 인터넷상에서 정보가 유통되는 모든 과정에 참여하는 자 모두가 자신이 중심이 되어 접근하는 참여적 접근(participation-centered approach) 방안이 가장 이상적이며, 직관적이고 유연한 모델이라고 할 수 있다.[236] 그를 위해서는 우선, 각계의 전문가와 이해관계자들이 참여하여 방법 모색에 총력을 기울여야 한다. 또한 새로운 규제모델이 필요한 경우 위에서 언급한 참여적 접근방법에 따라 합리적이고도 적절한 대응조치를 마련하여야 한다.

이러한 모델은 계획하고 수행하기 힘든 경험적 조사를 구체적으로 진행해야 할 필요성을 사전에 제거시켜 주며, 비교법적 검토의 필요성과 유용성이 바로 이런 점에서 입증되는 것이다. 특히 인터넷과 관련된 문제에 있어서 네티즌들이 적극적인 의사 결정 주체로서 활약할 수 있는 참여적 접근방식은 국민주권주의와 직접민주주의를 가장 효율적으로 가능하게 하는 요소라는 점에서 21세기 정보화사회의 새로운 법적 패러다임 추구를 가능하게 하기도 한다. 그것이 국가 내적인 일이든 국제적인 일이든 간에 이해관계를 가진 모든 집단이 서로를 배려하고 그들의 의견을 수렴해 이루어낸 결정은 그 자체로서 자발적 강제력과 민주적 정당성이 충분하기 때문에 높은 효과와 실질적인 성과를 거둘 수 있을 뿐만 아니라 예상될 수 있는 각종 법적 갈등을 해소할 수도 있고, 합의에 따라서는 새로운 법규(legal rule)를 창출해 낼 수도 있다. 따라서 참여적 접근방식은 어설픈 경험적 연구 없이도 훌륭한 성과와 설득력 있는 결론을 도출해 낼 수 있다.

236) Cees J. Hamelink, 주5)의 책, 165쪽.

또한 급속한 정보환경변화에 대응하기 위해서는 강제적이고도 부정적·획일적·권위주의적인 입법보다는 예견가능하면서도 유연하고 여러 가지 誘引效果를 거둘 수 있는 긍정적인 법(positive law)을 제정해야 한다. 냉엄한 경제적·기술적 정보통신환경에서도 기본적으로 法制는 인간의 존엄과 가치를 유지·향상·발현할 수 있도록 제반환경을 조성해 줄 수 있어야 하기 때문이다. 물론 세계화시대에 국제적인 수준에 조화되는 법적 환경(legal environment)을 지향하면서 다른 나라와 조화를 이룰 수 있는 입법과 정책도 마련해야 한다. 그러면서도 지금까지 우리나라가 보존해 온 여러 가지 긍정적인 사회가치를 유지·향상시킬 수 있는 방안이 동시에 모색되어야 한다. 가상공간에서 국경을 초월하여 유통되는 정보가 인간의 성적 욕구를 담은 성표현물이라고 해서 달리 보아서는 아니 된다. 정보화시대에 있어서 정보는 그 내용이 무엇을 담고 있든 중요한 상품이기 때문에 입법자와 정책결정자는 정보가 지식을 창조하고 교육적·사회적·정치적 言事로서의 중요하고도 본질적인 전제가 된다는 사실을 잊어서는 아니 된다.

인터넷컨텐츠에 대한 내용규제는 철저히 기술중립적이고도 내용중립적인 방법(content-neutral model)으로 이루어져야 한다. 가상공간은 그것을 어떻게 활용하는가에 따라 그 기능과 효과가 전혀 달라질 뿐만 아니라, 새로운 기술은 다양한 견해와 경험의 공유 및 정책과 원칙에 대한 근본적인 논의에 대한 엄청난 기회들을 창출하기 때문이다. 따라서 인터넷이 갖고 있는 역기능적인 면을 적절히 제어하면서 개인의 표현의 자유를 최대한 신장시킬 수 있는 기반을 구축해 주는 것이 입법과 정책의 궁극적인 목표가 되어야 한다.

또한 최소한의 정부규제로 모든 사람들이 최대한 인터넷컨텐츠를 자유롭게 이용하고 발전시키기 위해서는 가상공간 이용에 따른 교육과 그에 따른 효과를 적극 홍보하여야 한다. 그것은 '정보의 바다'라고 하는 가상공간에서 노골적인 성표현물이 넘쳐남으로써 가상공간이 '불법의 바다'로 변질되지 않도록 시장의 잘못된 기능을 사전에 방지하는 동시에 거래비용의 역효과라고 하는 일부의 편견을 방지할 수 있는 훌륭한 事前的 誘引效果를 낼 수도 있을 뿐만 아니라, 급격한 정보통신기술의 발달로 인해

많은 정보가 규격화(canned)될 수밖에 없는 21세기 정보화사회에서 법이 숨쉴 수 있는 공간(space to breathe for law)도 가상공간에서는 절대적으로 필요하기 때문이다. 인쇄매체 시대에 적용되던 '지역사회의 평균인 기준'이라고 하는 음란에 대한 20세기적 판단기준이 전자매체 시대를 살고 있는 21세기에는 더 이상 적용될 수 없다고 하는 사실을 하루빨리 인식하여야 할 것이다.

참고문헌

국내도서

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2002

박선영, 법학개론, 동현출판사, 2002

_____, 言論情報法硏究I-21세기 표현의 자유, 법문사, 2002

_____, 言論情報法硏究II-방송의 자유와 법적 제한, 법문사, 2002

박용상, 표현의 자유, 현암사, 2002

_____, 언론과 개인법익, 조선일보사, 1997

성낙인, 헌법학, 법문사, 2002

정상조, 인터넷와 법률, 현암사, 2000

방송위원회, 방송조사자료 2000-1, 해외인터넷 콘텐츠 규제동향, 2000

국내논문

공미혜, "포르노그라피, 페미니즘, 성정치학", 한국성폭력상담소 주최 토론회자료집

권영성, "청소년보호법에 의한 유해매체물의 유통규제", 고시연고, 1997.11

박선영, "가상공간에서의 표현의 자유:인터넷을 중심으로", 사이버커뮤니케이션학보, 제6호(2000-2)

_____, "가상공간에서의 표현의 자유와 청소년보호", 헌법실무연구회 2002. 10. 11. 발표자료

_____, "인터넷상의 음란물규제에 관한 법적 고찰", 한국법제연구원 전문가 워크샵, 2002. 5. 29

방석호, "인터넷내용물규제와 청소년보호법", 사이버커뮤니케이션학보, 창간호, 1997. 가을

심영희, "포르노그라피의 법적 규제와 페미니즘", 한국여성학, 1994년

오정진, "포르노그라피에 대한 규범적 담론연구", 2000년도 서울대학교 법과대학 박사학위청구논문

임지봉, "출판물과 연극·영화·비디오물에 대한 미국판례법상의 음란성 판단의 기준", 법조, 통권525호, 2000. 6

정진명, "가상공간에서 있어서의 법형성의 문제", 사법행정, 1998

황승흠, "청소년유해매체물제도에 관한 법적 고찰", 청소년보호제도에 관한 심포지움, 2002. 5. 24(청소년위원회주최)

황철중, "통신망을 통한 음란물규제", 인터넷와 법률(정상조 엮음), 현암사, 2000

외국도서

Adam Winkler, Dennis J. Mahoney & John G. West, Jr., Encyclopedia of the American Constitution Vol. 4, 2nd ed., Macmillan Reference USA, N.Y., 2000

Alvin Toffler, Future Shock, Pan Books, London, 1970

American Civil Liberties Union, Filters and Freedom Free Speech Perspectives on Internet Content Controls, Electronic Privacy Information Center, Washington, DC., 1999

Bertelsmann Foundation Publisher, Protecting our children on the Internet, 2000

C. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20 Aufl., C.H. BECK, 1995

Cass Sunstein, Democracy and the Problem of Free Speech, The Free Press, N.Y. 1993

_____, republic.com, Oxford, 2001

_____, The First Amendment in Cyberspace, First Amendment Law Handbook(James L. Swanson ed.), 1997, Clark Boardman Callaghan, N.Y.

Catherine Elliott & Frances Quinn, English Legal System, 3rd ed., Longman, 2001

Cees J. Hamelink, The Ethics of Cyberspace, Sage Publications, London, 2000

David B. Winn, European Community and International Media Law, Graham & Trotman, London, 2001

David R. Koepsell, The Ontology of Cyberspace, Open Court, Chicago, 2000

Encyclopedia of Applied Ethics, Vol. 3, Academic Press, 1998

G. David Garson, Social Dimensions of Information Technology: Issues for the new Millenium, Idea Group Pu. Hershey, 2000

Garvey J. & Schauer, F., The First Amendment, 2nd ed., West, St. Paul. MN, 1996

J. Borman, Deliberative Democracy, The MIT Press, Cambridge, Mass. 1977

James Slevin, The Internet and Society, Polity Press, Oxford, 2000

Jan Samoriski, Issues in Cyberspace Communication, Technology, Law, and Society on the Internet Frontier, Allyn and Bacon, 2002

Jeffry Jowell & Dawn Oliver, The Changing Constitution, 4th ed., Oxford, 2001

Judith Lichtenberg ed., Democracy and the Mass Media, Cambridge University Press, N.Y., 1990

Lawrence Lessig, Code and Other Laws of Cyberspace, Basic Books, 1999

Liberty(ed.), Liberating Cyberspace: Civil Liberties, Human Rights and the Internet, Pluto Press, London, 1999

Lilian Edwards & Charlotte Waelde(ed.), Law and the Internet: Regulating Cyberspace, Oxford, 1998

Löffler/Ricker, Handbuch des Presserecht, 3. Aufl., C.H.Beck, München, 1994

Marc A. Franklin, Cases and Materials on Mass Media Law, 3rd ed., Foundation Press, 1987

Marcus Franda, Launching into Cyberspace Internet Development and Politics in Five World Regions, Lynne Rienner Publishers, London, 2002

Maunz-Dürig, Grundgesetz Kommentar, Verlag C .H. BECK, 1999

Michael Rustad & Cyrus Daftary, E-Business Legal Handbook, 2002

Norbert Wimmer & Gerhard Michael, Der Online-Provider im neuen Multimediarecht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1998

T. Barton Carter, Marc A. Franklin & Jay B. Wright, The First Amendment and the Fifith Estate, Foundation Press, 2000, N.Y.

Vicki C. Jackson & Mark Tushnet, Comparative Constitutional Law, foundation Press, 1999, N.Y.

UNESCO, The Internet and some international regulatory issues relating to content, Australian Broadcasting Authority, Sydney, 1997

외국논문

American Civil Liberties Union, "Fahrenheit 451.2: Is Cyberspace Burning? How Rating and Blocking Proposals May Torch Free Speech on the Internet", in Filters and Freedom Free Speech Perspectives on Internet Content Controls, Electronic Privacy Information Center, Washington, DC., 1999

Anne Wells Branscomb, "Anonymity, Autonomy, and Accountability: Challenges to the First Amendment in Cyberspaces", 104 Y.L.J., 1639, 1995

David Kelley & Roger Donway, "Liberalism and Free Speech", in Judith Lichtenberg ed., Democracy and The Mass Media, Cambridge University Press, N.Y., 1990

Eugene Volokh, "Cheap Speech and What It Will Do", 104 Y.L.J. 1805

Jerry Berman and Daniel J. Weitzner, "Abundance and User Control: Renewing the Democratic Heart of the First Amendment in the Age of Interactive Media", 104 Y.L.J. 1619, 1995

Judith Lichtenberg, "Foundations and Limits of Freedom of the Press" in Democracy and the mass Media, Cambridge University Press, N.Y., 1990

Kagan, E. Private Speech, "Public Purpose: The Role of Governmnetal Motive in First Amendment Doctrine", Univ. Chicago Law Rev. 63, 413-517

Lawrence Lessig, "The Path of Cyberlaw", 104 Y.L.J., 1743, 1995

Michael Gurevitch & Jay G. Blumler, "Political Communication Systems and Democratic Values", in Judith Lichtenberg ed., Democracy and The Mass Media, Cambridge University Press, N.Y., 1990

Post, R., "Recuperating First Amendment Doctrine", Stanford Law rev. 47, 1995

Robert Abelman, "Television and Chidren", Journal of Broadcasting & Electronic Media, Vol. 31, No. 2

Sanford J. Unger, "The Role of a Free Press in Strengthening Democracy", in Judith Lichtenberg ed., Democ-

racy and the mass Media, Cambridge University Press, N.Y., 1990

T. M. Scanlon, Jr., "Content Regulation Reconsidered", in Democracy and The Mass Media, Cambridge University Press, N.Y., 1990

Thomas G. Krattenmarker and L. A. Powe, Jr., "Converging First Amendment Principles for Converging Communications Media", 104 Y.L.J. 1719, 1995