

사회의 변화에 따른 음란개념의 변화와 향후의 입법형성의 방향

The definition of obscene with the change of social circumstances
and its prospect in the area of legislative action

최우정*

Choi, Woo-Jeong

목 차

- I. 문제의 제기
- II. 우리나라의 법체계
- III. 비교법적 검토
- IV. 현행 법체계의 변경요인과 향후의 개선점

국문초록

표현의 자유는 개인의 건전한 사적, 공적 의사형성을 가능하게 하고 이를 통해 사회 전체의 민주적 기본질서의 형성에 필수불가결한 기본권이다. 표현의 자유에 대한 규제는 사회의 폐쇄화와 독단적이고 전횡적인 국정행의 수행으로 이어질 개연성이 크기에 이에 대한 최대한의 보장은 민주주의의 실현과 직접적인 연관성을 가진다. 그러나 표현의 자유도 절대적인 기본권이 아니기에 국가안전보장, 질서유지를 위해 제한이 가능하다. 표현의 자유에 대한 가장 대표적인 국가의 제한이 국가안보와 관련된 이적표현물 및 음란물이다.

음란물에 대한 국가의 규제는 동서를 불문하고 규제되어 왔다. 그러나 사회환경의 변화와 구성원의 의식변화로 인해 그 판단기준은 점차 개방적인 모습으로 변해왔고

논문접수일 : 2009.12.30

심사완료일 : 2010.1.29

게재확정일 : 2010.2.1

* 계명대학교 법경대학 경찰학부 교수

현재 독일과 미국을 비롯한 세계 각국은 음란물에 대한 다양하고 다단계화 된 규제를 하고 있다. 그러나 우리나라는 현재 획일적이고 단편적인 음란물규제만을 하고 있어 이에 대한 향후의 입법개정이 요구된다. 특히 방송과 통신의 융합화, 다양한 기본권주체간의 기본권의 실현, 열린사회에서의 시민중심적인 판단기준의 설정 그리고 현실적이고 실효성 있는 법적 규제의 필요성이 요구되고 있어 향후 이러한 점을 고려한 입법형성이 이루어져야 할 것이다.

주제어 : 음란물, 표현의 자유, 융합화, 청소년보호, 유해매체물, 방송법

1. 문제의 제기

성과 성에 대한 표현물의 문제는 사회속에서 항상 논쟁의 대상이 되어 왔다.¹⁾ 성에 대한 표현물의 적극적인 표현을 주장하는 측과 도덕적, 윤리적 및 종교적인 의식에서 엄격규제를 주장하는 측과의 갈등은 해묵은 갈등이기도 하지만 미래의 사회에 있어서도 쉽게 해결될 수 없는 문제이기도 하다. 일부 국가에서는 청소년보호를 위해 청소년유해물에 대해서는 엄격규제를 하되 그 외의 성인들에게는 상당히 완화된 규제를 지향하는 법체계를 도입하기도 한다. 또한 이와 반대로 선량한 사회풍속이라는 가치질서를 위해 포괄적이고 전적인 엄격규제를 지향하는 법체계를 형성해 유지하는 국가도 있다.

사회의 가치질서를 유지하는 것을 지향하는 법은 성에 대한 표현물에 대해 외면할 수는 없으며 때론 강경한 규제로 입법형성하기도 하고, 때론 완화된 규제로 그 방향을 전환하기도 한다. 법이란 그 사회의 문화의 반영으로 형성되기 때문에 입법자가 살고 있는 시대의 사회상을 반영하여 성에 대한 표현물에 대해 강경론 및 완화론을 적용해 그 형성이 이루어지고 있다. 이런 측면에서 볼 때 성적 표현물에 대한 입법자의 입법규제는 절대적인 가치의 지향이 아닌 시대의 상황에 따른 상대적인 가치추구라는 성격을 가진다는 것이다.

그러나 그렇다고 해서 성에 대한 표현물을 전적으로 상대적인 가치로 판단해 입법자의 전적인 자유재량으로 판단하는 것은 곤란하다. 왜냐하면 법이란 비록 상대적인 것이기는 하지만 그 시대 법주체들의 공감대적인 가치를 획득하는 상황에서 최선의 입

1) 독일, 일본과 미국에서의 논쟁에 대해서는, 박미숙, "성표현물의 음란성 판단기준에 관한 연구(Ⅰ) - 독일, 일본에서의 논의를 중심으로" -, 2001; 이건호, "성표현물의 음란성 판단기준에 관한 연구(Ⅱ) - 영미의 논의를 중심으로" -, 2001; 문재완, 「언론법」, 2008 참조.

법형성과 그에 따른 규제를 해야 하는 입법자의 의무가 존속하기 때문이다. 특히 헌법 제21조에서 규정하는 표현의 자유는 건전한 민주적 기본질서의 형성에 전제적인 성격을 가지는 기본권이기에 이것을 확대 보장하는 것은 그 만큼 사회의 민주화를 촉진시키고 궁극적으로는 사회구성원의 개인적인 인격적 발전을 지향한다는 측면에서 입법자는 단순히 입법형성의 재량에 국한되는 것이 아니라 적극적인 법제도와 이를 철저히 보장하기 위한 각종 장치를 모색해야 하는 법적인 의무를 가지게 된다. 이러한 측면에서 볼 때 성에 대한 표현물, 특히 성에 대한 표면물이 그 정도에 있어서 반사회적인 음란물이라고 판단되어 사회에서 포괄적 및 전적인 금지의 대상으로 분류되는 것이 타당한가에 대한 의문이 든다. 특히 최근 헌법재판소가 과거 음란물이 헌법 제21조의 표현의 자유의 보호영역에 포섭되지 않는다는 결정을 반복해 음란물 그 자체도 헌법 제21조의 표현의 자유의 보호영역에 포함된다는 결정을 내려 향후 음란물에 대한 입법적 규제의 방향변화가 논의될 수 있을 것이다.²⁾ 이러한 측면에서 이 논문에서는 현재 우리나라의 음란물에 대한 법제와 판례를 살펴보고(Ⅱ) 이들에 대한 개선점의 파악을 위한 전제조건으로 다른 외국의 경우는 어떤지를 살펴보기로 한다(Ⅲ). 이러한 연구를 통해 궁극적으로 현재 우리나라의 법제의 구체적인 문제점을 분석하고 문제의 개선을 위한 개선방안을 제시해보기로 한다(Ⅳ).

Ⅱ. 우리나라의 법체계

1. 우리나라 법체계의 일반론

1) 법체계

우리나라는 전통적으로 음란물에 대해 상당히 엄격한 규제를 하고 있다. 음란물의 반포, 판매, 임대 그리고 공연한 전시 및 상영은 형법에서 전면적으로 금지하고 있고 음란물의 정도에 이르지 않은 외설물의 경우에도 청소년보호를 위해 청소년보호법 및 영상매체관련법, 예를 들어 방송법, 전기통신사업법 등에서 규제를 하고 있다.

2) 규제대상으로서의 음란의 개념

음란의 개념을 획일적으로 정의하기는 어렵다. 대법원은 음란의 개념을 "일반 보통

2) 따라서 이 논문에서는 단순히 과거의 논문에서 다루었던 음란물에 대한 판단기준을 중점으로 다루지 않고 향후의 음란물에 대한 향후의 입법형성의 방향을 중심으로 전개하고자 한다.

인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 말하고, 표현물의 음란 여부를 판단함에 있어서는 당해 표현물의 성에 관한 노골적이고 상세한 묘사·서술의 정도와 그 수법, 묘사·서술이 그 표현물 전체에서 차지하는 비중, 거기에 표현된 사상 등과 묘사·서술의 관련성, 표현물의 구성이나 전개 또는 예술성·사상성 등에 의한 성적 자극의 완화 정도, 이들의 관점으로부터 당해 표현물을 전체로서 보았을 때 주로 그 표현물을 보는 사람들의 호색적 흥미를 돋우느냐의 여부 등 여러 점을 고려하여야 하며, 표현물 제작자의 주관적 의도가 아니라 그 사회의 평균인의 입장에서 그 시대의 건전한 사회 통념에 따라 객관적이고 규범적으로 평가하여야 한다.”고 파악하고 있다.³⁾ 헌법쟁판소도 음란의 개념을 인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것으로 파악하고 있다.⁴⁾

그러나 음란개념의 파악에 있어 그 판단의 곤란성은 여전히 존재한다. 대법원의 결정에서 파악할 수 있듯이 불확정개념으로서의 음란의 개념파악에서 평균인의 입장에서 사회통념을 고려한 객관적, 규범적인 판단을 전제로 하고 있지만 실제에 있어 종국적인 유권적 해석은 여전히 법관에 맡겨져 있다. 따라서 법관에 의해, 보다 구체적으로는 법관의 음란물에 대한 주관적인 가치관에 의해 그 보호영역의 범위가 달라질 수 있는 것이다. 특히 현행 사법제도는 관료화의 요소를 무시할 수 없어 결국 사회적으로 성적 표현물에 의해 보수적일 수밖에 없는 구조를 가지고 있다. 특히 현행 법체계가 성적 표현물에 대해 음란인가의 여부만을 결정해 일반 대중에 대한 공개의 가부(可否)만을 결정하게 되어 있고 이 결정에 대한 최종적인 판단이 보수적인 사법부에 맡겨져 있다는 것이 성적 표현물에 대한 보호영역의 범위를 축소시키는 역할을 수행하고 있다.

2. 음란물에 대한 개별법적인 법체계

1) 일반적인 규제로서의 형법

형법 제22장에서는 성풍속에 관한 죄를 규정하고 있다. 형법 제243조에는 음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처하는 규정이 있다. 또한 형법 제244조는 제243조의 행위에 공할 목적으로 음란한 물건을 제조, 소지, 수입 또는 수출한

3) 대판 2006. 4. 28. 선고 2003도4128 판결.

4) 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16.

자는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다라고 규정하고 있다. 이 조항은 청소년보호만이 아니라 일반인에 대한 음란물의 반포, 임대, 전시 그리고 상연을 금지하고 있다.⁵⁾ 이처럼 우리나라는 기본적으로 음란물에 대해 일반적이고 포괄적인 금지를 규정하고 있다.

2) 방송법상 규정

방송법에서는 단순히 법적으로 절대금지인 음란물의 방송금지를 규정하는 것이 아니라 음란물의 상영을 통한 국민의 건전한 성풍속 보호라는 가치를 위하여 방송법에서는 음란물만이 아니라 음란의 정도에 이르지 않은 성 표현물에 대한 규제규정을 두고 있다. 특히 방송법에서의 성 표현물에 대한 규제는 일반 성인만이 아니라 청소년보호에 많은 중점을 주고 있다.

현행 우리나라의 방송의 형태는 지상파, 케이블, 위성 그리고 DMB(Digital Multimedia Broadcasting)를 통한 방송의 형태를 취하고 있으며 이에 대한 기본적인 규제의 범률은 2009년 7월 31일 일부 개정된 방송법이다. 이 방송법에서는 방송에 대한 일반적인 사항(총칙)과 방송사업자에 대한 규정(방송법 제8조 내지 동법 제19조), 방송통신위원회의 소속 위원회에 관한 규정(제31조 내지 제41조), 한국방송공사에 관한 규정(동법 제43조 내지 동법 제68조), 방송사업의 운영(제69조 내지 제85조) 그리고 시청자의 권익보호(동법 제86조 내지 동법 제91조), 지역방송의 발전(제92조 내지 제97조) 그리고 보칙·벌칙에 관한 규정(동법 제92조 내지 동법 제109조)을 두고 있다. 이러한 방송법에는 청소년보호와 관련해 음란물에 대한 규제를 하고 있다.

방송법 중 청소년보호와 관련된 것은 구체적으로 방송프로그램의 내용편성을 통해 문제가 되는데⁶⁾ 기본적으로 방송법은 청소년보호와 관련하여 방송법 제5조 제5항에서 “방송은 건전한 가정생활과 아동 및 청소년의 선도에 나쁜 영향을 끼치는 음란·퇴폐 또는 폭력을 조장하여서는 아니 된다”고 규정하여 방송의 공적책임을 강조하고 있고

5) 물론 이 조항에 음란한 프로그램의 방송금지가 허용되는지에 대한 법리해석의 여지는 남아 있지만 음란물의 반포 등에 관한 죄가 공연성에 그 초점이 있다고 했을 때 영화관에서의 상영만이 아니라 방송개념이 가지는 특성상 공연성은 더 크다고 이해한다는 측면에서 음란물의 방송금지는 물론해석의 원칙상 충분히 인정된다고 볼 수 있다.

6) 앞에서 언급한 것처럼 음악방송에서의 인디밴드의 성기노출사건, K-1 또는 Pride와 같이 스포츠 전문 방송채널을 통한 과도한 폭력적인 내용의 방송프로그램, 제리 스프링거쇼(Jerry Springer Show) 또는 치터스(Cheaters)와 같은 부부간의 성생활에 대한 문제점을 내용으로 하는 프로그램 등이 직접적으로 청소년의 도덕적, 정신적 그리고 육체적인 건전한 성장과 직접적인 관계를 가진다.

이에 따라 현행 방송법상 방송프로그램의 심의규정을 형식적으로 이원화하고 있다. 방송프로그램의 심의는 1차적으로 방송사업자의 자체심의와 2차적으로 방송위원회의 심의로 이루어지고 있다.

우선 방송사업자는 방송법 제33조 제3항의 규정에 근거해 아동과 청소년을 보호하기 위하여 방송프로그램의 폭력성 및 음란성의 유해정도, 시청자의 연령들을 감안하여 방송프로그램의 등급분류와 관련하여 이를 방송 중에 표시하여야 한다는 규정과 이를 구체화한 방송통신심의위원회의 '방송심의에관한규정' 제6조에 의해 자체심의를기구를 두고 방송되기 전에 자체방송심의에 의해 방송통신심의위원회의 '방송프로그램의 등급분류 및 표시 등에 관한 규칙'을 준수해 등급표시를 해야 한다.⁷⁾

2차적인 방송심의는 방송통신심의위원회가 담당한다. 기본적으로 일반방송에 대해 방송통신심의위원회는 광고방송을 제외한 방송·중계방송 및 전광판방송의 내용과 기타 전기통신회선을 통하여 공개를 목적으로 유통되는 정보 중 방송과 유사한 것은 방송통신심의위원회가 매체별·채널별 특성을 고려해 사후심의 한다.

청소년보호와 관련해서는 방송법 제33조 제2항 제3호의 규정에서 방송통신심의위원회의 방송프로그램에 대한 심의사항에서 '아동 및 청소년의 보호와 건전한 인격형성에 관한 사항'을 방송프로그램의 심의에서 고려해야하고 이에 대한 구체적인 내용은 방송통신심의위원회의 규칙으로 제정·공포하여야 한다. 이에 따라 방송통신심의위원회는 규칙으로 '방송심의에관한규정'을 제정하고 있고 이 '방송심의에관한규정'은 방송프로그램에 공정성, 객관성, 권리침해금지, 윤리적 수준, 소재 및 표현기법 등에 관한 규정을 두고 있으며 어린이·청소년보호와 관련해서는 동 심의규정 제43조 내지 45조에서 규정하고 있다. 그러나 이 심의규정에서는 어린이와 청소년의 정서함양, 내용수준 그리고 방송에 있어서의 어린이와 청소년의 출연에 대한 심의규정을 두고 있으나 그 내용은 구체적이지 않고 단지 추상적인 내용만을 담고 있다.

한편 방송통신심의위원회는 방송사업자의 방송프로그램에 대한 등급분류와 방송중의 표시를 위하여 위원회규칙으로 그 기준을 정하여야 하는데 이에 따라 방송위원회는 '방송프로그램의 등급분류 및 표시 등에 관한 규칙'을 제정하고 있고 이에 따라 동 규칙 제3조에서는 연령에 따른 등급에서 '모든연령시청가', '7세이상 시청가', '12세이상

7) 방송사업자는 방송위원회의 '방송프로그램의등급분류및표시등에관한규칙'에 구속이 되는데 이 심의규정위반에 대해서 방송위원회는 방송법 제100조에 근거해 시청자에 대한 사과, 해당 방송프로그램의 전정·중지, 방송편성책임자 또는 해당 방송프로그램의 관계자에 대한 징계와 등급표시를 하지 않은 경우에는 3000만원 이하의 과태료에 처하도록 하고 있다(방송법 제108조 제1항 3호).

시청가, '15세이상시청가' 그리고 '19세이상 시청가'로 나누고 있다.

또한 방송통신심의위원회는 방송프로그램 등급분류와 관련하여 방송매체와 방송분야별 특성 등을 고려하여 차등을 둘 수 있다고 해서 기술의 발전에 따른 매체특성별 입법규제의 차별성을 인정하고 있다(방송법 제33조 제4항).

3) 청소년보호법상의 규정

청소년의 도덕적, 정신적 그리고 육체적 건전한 인격체로서의 성장을 위해 청소년보호법은 청소년유해물의 방송 등을 통한 전파와 유통을 금지하고 있다. 청소년보호법 제10조는 청소년에게 성적인 욕구를 자극하는 선동적이거나 음란한 것, 폭악성이나 범죄의 충동을 일으킬 수 있는 것, 성폭력을 포함한 각종 형태의 폭력행사와 약물의 남용을 자극하거나 미화하는 것, 청소년의 건전한 인격과 시민의식의 형성을 저해하는 반사회적·비윤리적인 것 그리고 이외의 청소년의 정신적·신체적 건강에 명백히 해를 끼칠 수 있는 우려가 있는 것을 청소년보호위원회와 각 심의기관은 청소년유해매체물로 결정하여야 하고 이런 결정을 받은 청소년유해매체물중 방송프로그램은 청소년시청보호시간대⁸⁾에는 방송하지 못한다.

3. 판례의 경향

음란물에 관한 현행 우리나라의 법체계가 일반적 및 포괄적인 금지를 규정하고 있어 음란물은 절대적인 금지사항으로 되어 있었다. 따라서 헌법재판소는 초기에 음란의 개념과 저속의 개념을 구별하여 저속한 표현은 헌법 제21조의 표현의 자유의 보호영역에 속한다고 파악하고 있으나 음란한 표현은 헌법 제21조의 표현의 자유의 보호영역밖에 있다고 판단하였었다.⁹⁾ 그러나 2009년 헌법재판소는 종래의 결정을 번복하여 음란한 표현 역시 헌법 제21조의 표현의 자유의 보호영역에 속한다고 결정하였다. 이 결정에

8) 청소년보호법 제18조에 의하면 청소년시청보호시간대는 평일의 경우에는 오후 1시부터 오후 10시까지로 하며, 관공서의 공휴일과 청소년위원회가 고시하는 초등학교·중학교·고등학교의 방학기간 동안에는 오전 10시부터 오후 10시까지를 의미한다.

9) 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16. "음란"이란 인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 지나친 성표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것으로서, 사회의 건전한 성도덕을 크게 해칠 뿐만 아니라 사상의 경쟁메커니즘에 의해서도 그 해악이 해소되기 어려워 언론·출판의 자유에 의한 보장을 받지 않는 반면, "저속"은 이러한 정도에 이르지 않는 성표현 등을 의미하는 것으로서 헌법적인 보호영역안에 있다.

서 헌법재판소는 음란표현이 언론·출판의 자유의 보호영역에 해당하지 아니한다고 해석할 경우 음란표현에 대하여는 언론·출판의 자유의 제한에 대한 헌법상의 기본원칙, 예컨대 명확성의 원칙, 검열 금지의 원칙 등에 입각한 합헌성 심사를 하지 못하게 될 뿐만 아니라, 기본권 제한에 대한 헌법상의 기본원칙, 예컨대 법률에 의한 제한, 본질적 내용의 침해금지 원칙 등도 적용하기 어렵게 되는 결과, 모든 음란표현에 대하여 사전 검열을 받도록 하고 이를 받지 않은 경우 형사처벌을 하거나, 유통목적이 없는 음란물의 단순소지를 금지하거나, 법률에 의하지 아니하고 음란물출판에 대한 불이익을 부과하는 행위 등에 대한 합헌성 심사도 하지 못하게 됨으로써, 결국 음란표현에 대한 최소한의 헌법상 보호마저도 부인하게 될 위험성이 농후하게 된다는 점을 간과할 수 없다는 점을 고려하여 음란한 표현물도 헌법 제21조의 보호영역에 속한다고 결정하였다.¹⁰⁾

이 결정은 과거 음란한 표현물 그 자체가 헌법적 보호가치가 없다는 것을 뒤집어 음란한 표현물이라고 하더라도 그것이 법질서에서 금지하고 있는 반사회적 가치일 경우 인지를 심사한 후에 법으로 금지하겠다는 다소 전향적인 결정을 내려서 과거의 판단에서 진일보한 것으로 판단할 수 있다.

Ⅲ. 비교법적 검토

1. 비교법적 검토의 의미

법학이라는 학문에 대한 접근은 다양한 방면에서 가능하다. 규범에 근거한 해석학적인 접근, 법사회학적인 접근 법 주체의 심리를 중심으로 접근 그리고 각 국가의 사회 상황 및 규범을 비교하고 검토하여 장래의 타당한 입법방향을 모색하는 방법이 가능할 것이다. 그러나 다른 연구방법론보다 음란물과 이에 대한 규제의 연구에 있어서는 비교법적인 검토를 통한 연구방법론이 우리의 미래의 입법형성에 도움이 되지 않을까 한다. 왜냐하면 법이란 문화의 소산이고 그 문화는 사회공동체의 공동체구성원의 의식에 입각한 즉자적인 참가에 의해 형성되기 때문이다. 특히 음란물과 이에 대한 규제의 문제는 특히 이를 규제하는 사회의 영향력에 크게 영향을 받는다. 따라서 외국의 음란물과 이에 대한 규제를 통하여 우리의 입법형성에 참조를 할 수 있을 것이다. 또 한 가지 비교법적인 검토가 요구되는 것은 사회변화의 보편성이다. 이미 세계는 기술의

10) 헌재 2009.5.28. 선고 2006헌바109,2007헌바49,57,83,129(병합).

발달을 통하여 개별국가의 고립적인 문화의 형성이 불가능하다. 오히려 인터넷을 통한 실시간의 문화전파와 이를 통한 공통적인 유대감을 형성하면서 개별 국가의 문화를 형성하게 된다. 이러한 현실에서 독일과 미국에서 음란물을 규제하는 입법은 지나치게 엄격한 우리의 입법의 향후 전개방향에 대한 좋은 시사점을 줄 것으로 판단한다.

2. 독일

1) 법체계 일반론

독일은 음란물과 관련하여 전통적으로 보수주의와 자유주의의 대립을 거쳐 현재의 입법형성에 이르게 되었다. 1960년대까지 연방대법원은 가벌성확장이란 의미에서 음란물을 판단하였지만 1969년의 파니힐 사건을 계기로 음란물에 대해 자유주의적인 입장을 취하게 되었다. 그 후 1973년의 제4차 형법개정을 통해 음란물에 대한 단계화된 입법형성을 하게 되었다. 이러한 음란물에 대한 법적 규제는 단지 형법에만 국한되는 것이 아니라 다른 개별법에도 규정되게 되었다.¹¹⁾

독일의 경우 음란물에 대한 규제는 형법과 방송법, 청소년미디어보호에 관한 주간협약 등에 규정되어 있다. 연방국가의 특성상 입법권한의 분배문제로 형법은 연방법으로 제정되어 있고 청소년보호와 관련되어 오프라인(필름, 비디오, 카세트테이프, 시디롬 등)에 대한 입법권한을 갖는 연방차원에서의 '청소년보호법(Jugendschutzgesetz: JuSchG)'이 2002년 7월 23일 공고되어 시행되고 있고 온라인매체(소위 Telemedien)과 방송(Rundfunk)에 관해서는 각 란트(Land)가 입법권한을 가지고 있어 2003년 4월 1일 '청소년미디어보호에 관한 주간 협약(Staatsvertrag über den Schutz der Menschenwürde und den Jugendschutz in Rundfunk und Telemedien : Jugendmedienschutz-Staatsvertrag - JMstV)¹²⁾'이 제정되어 2005년 2월 25일 개정되어 현재 시행되고 있다.¹³⁾ 방송상 청소년보호와 관련해서 과거 방송법(Rundfunkstaatsvertrag)상 규정되어 있던 청소년보호조항은 청소년미디어보호법에서 통합적으로 규정하게 됨에 따라 폐지되고 현재 청

11) 박미숙, "성표현물의 음란성 판단기준에 관한 연구(I)" - 독일, 일본에서의 논의를 중심으로 -, 2001, 19면 이하.

12) 이하에서는 청소년미디어보호법이라 약칭한다.

13) 특히 독일에서의 청소년보호법(Jugendschutzgesetz)과 청소년미디어보호법(Jugendmedienschutz-Staatsvertrag)은 2002년 4월 26일 에르푸르트(Erfurt)시 구텐베르크고등학교(Gutenberg-Gymnasium)에서 발생한 고등학생의 총기난사사건으로 인해 학생, 교사 등 16명이 사망한 것에 기인해 급속도로 개정된 연혁을 가지고 있다. 이에 대해서는, J. Ukrow, Jugendschutz, 2004, S. 24ff.

소년미디어보호법 제8조 이하에서 규정하고 있다.

독일 청소년미디어보호법은 방송과 방송외의 텔레미디어를 그 규제대상으로 하고 있는데 방송과 텔레미디어의 매체특성을 고려한 입법적 태도를 취하고 있다. 이에 따라 기본적으로 청소년미디어보호법은 방송과 텔레미디어를 통해 청소년에 대한 제공이 금지되는 내용물과 원칙적 금지사항이나 텔레미디어에 대한 예외의 규정(§4 Abs. 1 und 2 JMStV, §184, 184c StGB)¹⁴⁾, 청소년유해물에 대한 방송시간의 규제문제, 청소년유해물에 대한 방송상 등급표시제로 크게 대별하여 규정하고 있다.

2) 형법의 규정

독일 형법의 경우 음란물의 방송에 대해 이원적인 태도를 취하고 있다. 독일 형법은 기본적으로 인간을 목적으로서가 아니라 하나의 성적도구로의 전락을 의미하는 하드코어적인 포르노그래피에 대해서는 절대적인 금지를 규정하고 있는 반면 소프트코어적인 포르노그래피에 대해서는 기술적 또는 다른 예방적인 방법으로 청소년의 접근이 금지되어 운영될 수 있는 경우에는 허용하고 있고 방송 또한 가능하다고 규정하고 있다(독일 형법 184조, 184c조). 이러한 독일 형법의 규정은 성인의 성적자기결정권과 청소년보호라는 두 가지 헌법적 가치의 보호라는 실질적 조화를 위한 입법규정으로 파악될 수 있다.

3) 청소년미디어보호법상의 규정

(1) 청소년에 대한 원칙적 제공불가의 내용물과 그 예외

청소년미디어보호법(JMStV) 제4조는 원칙적으로 방송과 방송외의 텔레미디어에 적용될 수 없는 내용물에 관한 규정을 두고 있다.¹⁵⁾ 이 규정에 따르면 독일 형법 제86조, 제86a조 등에 규정된 자유민주주의질서에 반하는 선전물, 헌법에 반하는 조직체의 표시, 민족적·인종적·종교적인 단체에 대한 혐오의 표현, 국가사회주의의 영향아래 나

14) 청소년미디어보호법은 방송과 방송이외의 텔레미디어를 그 규제대상으로 하고 있는데 청소년미디어보호법 제4조 제1항은 방송과 텔레미디어에서 금지되는 프로그램을 규정하고 있고 동조 제2항에서는 방송과 텔레미디어의 매체특성을 고려한 텔레미디어에 있어서의 예외사항을 규정하고 있다.

15) 독일의 기본적인 언론매체물에 대한 법제는 방송에 관해서는 방송법(Rundfunkstaatsvertrag), 방송의 개념에 속하지 않는 매체물에 대해서는 미디어법(Mediendienst-Staatsvertrag)으로 규율이 되어 있어 방송과 방송외의 개념구별이 하나의 법적인 문제다. 이에 대해서는, 최우정, "헌법상 개념으로서의 방송", 「공법학연구」, 제5권 제3호, 2004, 269면 이하 참조.

오는 행위들, 인간에 대한 잔인한 폭력물, 전쟁선동적인 행위, 인간이 고통 받는 것을 통해 인간의 존엄성을 해하는 내용, 비정상적인 성에 대한 강조를 청소년에게 하는 내용, 청소년을 대상으로 하는 포르노그래피와 폭력적인 내용 및 사람과 동물의 성행위에 대한 내용 그리고 청소년보호법 제18조상의 B, C, D에 속하는 내용물과 그 내용상 본질적으로 동일한 내용물을 들 수 있는데 이런 내용의 프로그램은 방송과 텔레미디어를 통해 전파되지 못한다.¹⁶⁾

다만 이에 대한 예외가 있는데 텔레미디어 사업자가 제공자의 입장에서 성인에게만 접근이 가능한 확실한 보장책을 마련해 놓았을 때 즉 소위 폐쇄된 사용자(geschlossene Benutzergruppe)에게 제공되는 경우에는 적용이 없다. 이에 관해서 텔레미디어 사업자에 대해서는 청소년미디어보호법 제4조 제2항 제2문에서 규정하고 있다. 한편 방송에 대해서는 청소년미디어보호법에서 규정하고 있는 것이 아니라 형법에서 규정하고 있는데 단지 소프트웨어적인 포르노그래피의 경우 독일형법 제184c에서 예외적으로 허용되고 있다.¹⁷⁾¹⁸⁾

(2) 청소년유해물에 대한 방송시간의 규제문제

절대적으로 방송이 금지되는 내용물이 아니라 청소년의 도덕적, 정신적 그리고

16) 이에 대한 위반 중 고의범은 1년 이하의 징역이나 벌금형에 처하고 과실범의 경우는 6개월 이하의 징역 또는 180일에 해당하는 일당이하의 벌금형에 처한다(§ 23 JMStV).

17) 독일 형법의 이 규정의 특성은 일차적으로 포르노그래피의 법익을 과거에는 건전한 성에 관한 풍속을 그 보호법익으로 했으나 기술의 발전과 다양한 국가구성원의 기본권발현이란 의미에서 성인들의 원하지 않는 음란물에의 조우의 금지와 청소년보호라는 보호법익으로 바뀌고 있다. 이에 대해서는, T. Lenckner/P. Cramer/A. Eser/ W. Stree, Strafgesetzbuch Kommentar, 23 Aufl., §184 Rn. 1

18) 또한 여기서 문제되는 것은 과연 청소년에 대한 접근금지가 어느 정도 확실하게 보장되어 있는가 하는 문제이다. 이 문제에 대해 독일의 경우 현재 많은 논의가 있는데 독일의 한 판례는 청소년이 인터넷상의 포르노그래피 사이트에 대한 접근의 문제에 있어서 어느 정도의 선에서 사업자가 확실한 청소년접근금지방지책을 마련해 놓아야 할 것인가에 대해서 단순한 주민등록번호의 입력, 신용카드의 번호의 입력 그리고 포르노그래피를 이용한 대가를 전화요금계산서에 부가해 청구한다는 것만으로는 청소년보호에 충분하지 못하다고 판단하고 있다. OLG Düsseldorf, Urteil vom 17. 02. 2004, K&R 2004, S. 398ff.; 한편 방송의 형식 중 주문자비디오방식유사(Near-video-on-demand)의 방송에서는 방송제공자가 단순히 비밀번호만을 입력해서 시청할 수 있는 경우 청소년보호규정을 충족되지 못한다고 판단했다. VG München, Urteil vom 19. September 2002, K&R 2003, S. 92ff.; 독일의 청소년보호에 관한 일반적인 자료에 대해서는, www.jugendschutz.net 참조; 한편 우리나라에서는 이에 대한 논의가 활발하지 않고 현재 한국디지털위성방송인 SkyLife에서 일부 성인프로그램에 대해 비밀번호입력이라는 방법을 청소년보호의 방법으로 이용하고 있다.

육체적 건전한 성장에 영향을 미칠 수 있는 내용물인 청소년유해물(§ 5 JMStV: Entwicklungsbeeinträchtigende Angebote)의 경우에는 전면적으로 금지되는 것이 아니라 방송시간대를 조정하여 규제하고 있다. 청소년유해프로그램을 방송에 제공하려면 방송사업자는 청소년의 건전한 인격형성을 위해 프로그램의 방송시간대를 고려해야 하고 또한 기술적, 그 외의 방법으로 청소년의 유해물에 대한 접근을 불가능하게 하거나 본질적으로 어렵게 만들 때 방송사업자는 그 의무를 기본적으로 다하게 되는 것이고 동법 제5조 4항에서 규정하고 있는 프로그램 방송시간의 제한규정에 부합되게 방송을 할 때 방송사업자의 의무는 다하게 되는 것이다. 동법 제5조 제4항에서는 청소년유해적인 방송프로그램에 대해서는 기본적으로 23시부터 오전 6시까지만 방송이 가능하고 16세 이하의 청소년에게 유해한 방송프로그램의 경우 22시에서 오전 6시까지만 방송이 가능하다고 규정하고 있다.¹⁹⁾ 또한 본 방송프로그램만이 아니라 본방송에 대한 음향과 동영상도 포함된 예고프로그램까지 적용이 있다.²⁰⁾ 영화필름의 방송에 있어서 청소년보호법 제14조 제2항이 규정하고 있는 12세 미만의 청소년관람가의 영화의 경우에 있어서는 청소년의 보호를 위한 충분한 고려가 행해져야 한다.²¹⁾ 그러나 방송프로그램이 보도프로그램이든지 정치적인 시사사건 프로그램에 대해서는 청소년보호를 위한 시간적인 제한을 받지 않는다(§ 5 Abs. 6 JMStV).²²⁾

(3) 청소년유해물에 대한 방송상 등급표시제

앞서 언급한 청소년유해적인 방송프로그램에 대해서는 기본적으로 방송시간제한을 통한 규제를 하고 있는 반면 이에 대한 보완책으로 청소년미디어보호법 제10조 제2항은 16세 미만의 청소년의 도덕적, 정신적 그리고 육체적인 건전한 성장을 저해하는 방송프로그램에 대해서는 시청연령미만자에게는 적합하지 않다는 내용을 반드시 음성적인 표지를 통해 알리든지 또는 전체 방송시간 내내 시각적인 방법을 통해 알려야 한다고 규정하고 있다. 이에 대한 위반의 경우에는 500000유로 이하의 벌금형에 처할 수 있게 하고 있다.²³⁾

19) 독일 청소년보호미디어법의 보호대상으로서의 청소년은 독일 민법에서 규정하고 있는 성인연령인 18세 미만의 청소년이 그 대상이고 따라서 기본적인 방송시간의 규제인 23시부터 오전 6시까지의 방송시간의 제한은 18세 미만을 위한 규정이다.(§ 2 BGB, § 2 JMStV)

20) § 10 Abs. 1 JMStV

21) § 5 Abs. 4 JMStV

22) 방송시간제한규정에 대한 위반은 500000유로 이하의 벌금형에 처한다(§ 24 Abs. 3 JMStV).

23) § 23 Abs. 1 Nr.11-12, Abs. 3

3. 미국

1) 미국에서의 음란에 대한 일반론

음란물에 대한 평가는 미국에서도 상당히 많이 논란의 대상이 되었다. 미국수정헌법 제1조의 경우 음란물은 그 보호영역에서 제외되고 그 외의 표현물은 수정헌법 제1조의 보호영역에 속하게 된다는 것이 지속적인 미국연방대법원의 결정이다. 따라서 중요한 문제는 과연 음란물의 개념을 어떻게 정의할 것인가의 문제인데 이 문제에 대해서는 많은 논란이 있었으나 아직 그 구체적인 개념정의는 이루어지지 않고 있다. 이러한 가운데 미국 연방대법원판사였던 포터 스투어트는 “음란물인지의 여부는 보면 안다”라고 표현하여 음란물의 개념정의는 구체적으로 하지 않기도 했다.²⁴⁾

특히 이러한 문제는 출판업자, 영화제작자, 신문업자 등에서 논란의 대상이 되었으며 구체적인 문제로 과연 음란물(obscenity)과 음란의 정도에 미치지 못하는 외설(indecent)의 구별을 어떻게 할 것인가에 대한 문제도 등장한다. 이에 대해 미국연방대법원은 음란물이 아니고 외설물이라면 인쇄매체나 방송에서 사전제한을 하면 안된다는 견해를 피력하고 있으며 미국연방통신국(FCC)은 의회의 영향하에서 통신품위법을 만들어 음란물과 외설물을 통제하려고 하였으나 이 법은 연방대법원에 의해 많은 규정이 위헌결정 되었다.²⁵⁾

미국에서 음란에 대한 기준은 NEA(National Endowment for the Arts)에서 제시하는 기준에 의해 결정되며 이 기구에서 제시하는 기준은 연방대법원에 의해 위헌이 아니라는 결정을 받았다.²⁶⁾

미국에서의 이런 문제는 한편으로는 포르노그래피의 허용에 대한 찬반의 허용논란으로 이어졌다. 현재 미국은 50개주에서 음란물에 대한 금지를 입법화하였고 연방차원에서 음란물에 대해서는 규제를 하고 있다. 미국연방 모범 형법전 section 251.4에서 음란의 개념정의를 하고 있는데 음란이란 “전체적으로 볼 때 그것의 주요한 목적이 나체, 섹스 또는 배설에 대한 호색적인 관심(puriant, interest), 즉 수치스럽거나 병적인 관심에 대해서 호소하려는 것인 경우 및 더 나아가 그러한 것들을 서술하거나 표현함에 있어서 공평무사의 통상적인 한계를 현저하게 넘어선 것인 경우라”고 정의하고 있으며 동조 제2항에서는 음란물과 관계된 판매, 송달 또는 제공행위, 음란한 공연행위,

24) W. Overbeck, Major rinciples of media law, 2003Ed. p. 392.

25) W. Overbeck, Major rinciples of media law, 2003Ed. p. 392.

26) W. Overbeck, Major rinciples of media law, 2003Ed. p. 393: National Endowment for the Arts v. Finley (524 U. S. 569).

출판, 전시, 상업적인 판매목적의 소지 등의 범죄유형들을 규정하고 있다.²⁷⁾ 연방법은 이에 대해 중한 벌금과 장기형을 규정하고 있고 상업적인 이용에 대해서는 그 재산의 몰수와 몰수된 음란물에 대한 폐기까지 규정하고 있고²⁸⁾ 각 주법도 이와 유사한 규정을 두고 있다.²⁹⁾

그러나 이에 대해 자유론자들은 이러한 입법자체를 비판하며 격렬한 논쟁으로 이끌고 있다.³⁰⁾ 한편 법적판단을 해야 하는 연방대법원은 1957년 이후로 음란의 개념에 대해 정의를 내리고 있지 않다.³¹⁾

2) 초기의 미국의 포르노그래피문제

초기에 미국은 영국의 보통법(common law)을 법원재판의 기준으로 적용했다. 1800년대 중반에 음란물에 대한 규제목적의 제정법이 제정되었으며 1857년 요금법(the tariff act)이 최초의 음란물규제에 대한 연방법이며 이 법에 의해 모든 음란물과 외설성을 가지고 있는 프린트, 그림, 조각 등의 수입을 금지하게 되었다.³²⁾ 1865년에는 연방법에 의해 우편으로 음란물과 외설물을 보내는 것을 범죄로 취급하는 법이 만들어졌다.

1857년 영국에서는 음란물에 대한 기준이 되는 판결이 나왔는데 흔히 히클린(Hicklin) 기준이라고 하는데 이 기준은 작품의 특정문구가 사람들에게 민감하게 영향을 끼칠 수 있을 경우에 음란물로 결정하였다.³³⁾ 이 히클린기준에 따르면 작품의 전체에 대한 평가가 아니라 부분부분에 대한 평가로서 음란물의 결정이 가능해 문학작품이라고 하더라도 음란물로 판정될 가능성을 가지고 있어 시대사조인 도덕적 십자군(moral crusade)으로 희귀하는 문제를 일으켰다.³⁴⁾ 이후 도덕을 강조하는 기준은 컴스톡법(comstock

27) 이건호, "성표현물의 음란성 판단기준에 관한 연구(Ⅱ) - 영미의 논의를 중심으로 -", 2001, 39면.

28) W. Overbeck, Major rinciples of media law, 2003Ed. p. 393.

29) 그러나 음란에 대한 구체적인 개념정의와 사법판단은 법원 특히 연방대법원을 통해 이루어졌으며 연방대법원의 음란개념에 대한 판례의 변경은 음란에 대한 미국의 사회변화를 의미한다.

30) 자유론자들은 성에 대한 관심은 자연스러운 것이며 사람들이 포르노그래피를 보는 것은 사회의 규범이나 질서를 파괴하는 것이 아니라 자연스럽고 정당한 것이라고 주장하면서 포르노그래피를 개인의 권리의 영역에서 판단되어야 한다고 주장한다. 상세한 것은, 이건호, "성표현물의 음란성 판단기준에 관한 연구(Ⅱ) - 영미의 논의를 중심으로 -", 2001, 29면 이하 참조.

31) W. Overbeck, Major rinciples of media law, 2003Ed. p. 394.

32) W. Overbeck, Major rinciples of media law, 2003Ed. p. 394.

33) Regina v. Hicklin (L. R. 3 Q. B. 360, 1868); W. Overbeck, Major rinciples of media law, 2003Ed. p. 395.

Act : 공식적으로는 1873년 반음란물법(federal Anti-Obscentity Act of 1873)이라고 한다.)으로 나아갔으며 이 기준에 의하면 결국 체신국에 전적으로 음란물에 대한 판단이 전적으로 유보되어 있어 결국 국가기관에 의한 음란물의 결정이 전적으로 판단되게 되었다.³⁵⁾ 이러한 경향은 1900년대 초까지 지속되었다.

3) 1900년대 이후의 기준의 변화

1920년대는 시대상황과 함께 법도 변화를 맞게 되었다. 가장 큰 특징은 음란물의 판단 기준이 히클린 기준에 의해 작품의 일부에 대한 평가에서 작품전체에 대한 평가로 변화되었고 음란성보다는 질적인 비판을 더 고려하는 방향으로 전개가 되었다는 것이다.³⁶⁾

획기적인 판단은 제임스 조이스의 작품인 율리시스의 음란성판결에서 나왔는데 율시 판사는 작품은 가장 민감한 사람이 아니라 평균인이 느낄 수 있는 정도로 판단되어야 하고 작품의 세부적인 부분 부분에서 음란성이 결정되어야 하는 것은 아니고 작품 전체로서 평가되어야 한다고 했다.³⁷⁾ 1934년 항소심판결(U. S. court of Appeals)에서³⁸⁾ 율시 판사의 견해는 그대로 유지되었고 음란성판단에 대한 하나의 기준으로 정착하였다.

이러한 견해는 연방대법원에 의해 더욱더 발전하였다. 연방대법원은 1967년 버틀러 대 미시건사건(Buttler v. Michigan)에서³⁹⁾ 청소년의 순결함 보호를 위해 성인들의 어느 정도의 의성 및 음란성을 가지고 있는 작품에 대한 접근을 전적으로 금지하는 것은 허용되지 않는다고 결정하였다. 이 판결을 계기로 히클린 기준을 제거하는 작업이 시작되었다.⁴⁰⁾

버틀러사건 4달 후 연방대법원은 음란성판단에 있어서 획기적인 판결은 로트판결(Roth case)⁴¹⁾을 내게 되었다. 로트판결에서 연방대법원은 음란물 그 자체는 수정헌법 제1조의 보호영역이 아니라고 결정하면서도 음란물의 판단에 있어서는 “보통사람이 주어진 현재의 사회공동체의 기준속에서 그에게 주어진 작품의 주제가 전적으로 음란

34) W. Overbeck, Major rinciples of media law, 2003Ed. p. 395.

35) W. Overbeck, Major principles of media law, 2003Ed. p. 395; 실제로 우정국은 자신의 권한을 적극적으로 행사하여 160톤의 문학작품을 폐기처분하였다.

36) W. Overbeck, Major rinciples of media law, 2003Ed. p. 395.

37) W. Overbeck, Major rinciples of media law, 2003Ed. p. 396.

38) One book Entitled 'Ulysses' V. U. S., 72 F.2d. 705.

39) Buttler v. Michigan 352 U. S. 380.

40) W. Overbeck, Major rinciples of media law, 2003Ed. p. 396.

41) Roth v. U. S. 354 U. S. 476, 1957.

또는 호색적인 것으로 판단되어질 때: 음란물의 성격을 가진다고 결정하였다. 물론 이 결정에 대해 더글러스판사와 블랙판사는 음란물이라고 하더라도 수정헌법 제1조의 보호 대상이라는 반대견해를 밝히기도 했지만 연방대법원의 전체의견을 뒤집지는 못했다. 이러한 로트판결은 결국 음란물의 영역에서의 자유의 보장이라는 방향으로 전개되었다.

그러나 로트판결에서 몇 가지 점은 여전히 의문의 상태로 남아있다.

우선 사회공동체의 기준(community standards)이 무엇인가에 대한 물음이다. 이 문제에 대해 연방대법원은 *Manual Enterprise v. Day* 사건에서 음란물로 보호를 받지 못하기 위해서는 단순히 누드차원을 떠나서 외설스러움으로 인한 이익과 저적권적으로 침해적인 것이어야 한다는 견해를 밝혔다. 브레넌 판사의 경우 미국의 각 주를 공통으로 관장하는 음란의 개념을 정립하고자 하였으나 많은 비판과 반대를 받았고 오히려 워렌 판사에 의해 각 주마다의 고유한 개념에 의한 음란의 개념을 정리하는 것이 오히려 더 다양성의 확보라는 차원에서 더 타당하다고 하는 견해가 더욱더 미국을 지배했다.⁴²⁾

4) 화니힐과 사회적 가치

1966년에는 미국연방대법원의 화니힐 사건⁴³⁾에서 종전의 음란성기준에서 더 나아가 전적으로 사회적 무가치의 외설물에 대해서는 음란물이라고 판단하고 사회적 가치가 부여되는 작품의 경우에는 결국 수정헌법 제1조의 보호영역에 속한다고 결정하고 있다.

이후에 미국연방대법원은 음란물판단의 기준에 대한 다양한 기준을 찾고 있다. 우선 *긴즈버그 사건*에서⁴⁴⁾ 음란물의 판단은 단순히 작품의 내용에서 판단하지 않고 판매자의 행위에 기초해 판단하기도 하고 이후의 사건인 *Redrup v. New York* 사건⁴⁵⁾에서 3가지의 기준을 제시했다. 첫째 성적인 제목의 물건을 청소년에게 파는 것, 둘째 성적인 제목의 물건을 의도하지 않은 자에게 강제적으로 노출되어 사적으로 판매되는 행위, 셋째 포주와 같은 형식(pandering fashion)으로 판매되는 것일 때에는 음란한 것으로 판단되었다.⁴⁶⁾ *Redrup* 사건의 결과 미국에서는 하드코어적인 포르노그래피만 금지되게 되었다. 또한 후기의 *긴즈버그 사건*⁴⁷⁾에서는 가변적인 음란성개념을 도입해 청소년과

42) W. Overbeck, Major rinciples of media law, 2003Ed. p. 398.

43) *Memoiors v. Massachusetts* 383 U. S. 413; W. Overbeck, Major rinciples of media law, 2003Ed. p. 398.

44) *Ginzburg v. U. S.* (383 U. S. 463).

45) *Redrup v. New York*, 386 U. S. 767, 1967.

46) W. Overbeck, Major principles of media law, 2003Ed. p. 400.

47) *Ginsburg v. New York*, 390 U. S. 629, 1968. 이 사건의 Ginsburg는 Sam Ginsburg이며 이전 사건인 *Ralph Ginsburg*와는 구별된다.

성인에 대한 음란의 개념을 달리하고 있다.

5) 워렌법원의 음란의 기준정리

대법원장인 워렌이 퇴직하고 난 후 마샬 판사는 스탠리사건에서⁴⁸⁾ 음란물이라고 하더라도 개인의 집에서 보장된 사생활용이라면 금지되지 않고 수정헌법 제1조의 보호에 속한다는 판결을 내렸다. 그러나 이후 미국연방대법원판사의 보수적인 성향으로 인해 음란물에 대한 기존의 판례는 변하기 시작했다. 연방대법원은 1971년의 U. S. v. Reidel 사건⁴⁹⁾과 U. S. v. Thirty-seven Photographs 사건⁵⁰⁾에서 기존의 스탠리사건의 기준을 파괴했다. 물론 이 사건에서 스탠리판례가 전적으로 파괴된 것은 아니지만 점차 보수적으로 흘렀고 궁극적으로는 닉슨대통령에 의해 임명된 4명의 연방대법원판사의 성향이 보수적인 인사로 이루어져 결국 미국연방대법원은 보수적인 길을 걸을 수밖에 없었다.

6) 보수주의판사에 의한 음란물기준에 관한 새로운 판례의 형성

닉슨대통령에 의해 임명된 보수주의 성향의 판사들은 과거 로트판결의 내용을 부분적으로 변경을 했는데 그중 가장 중요한 것은 로트판결에서 음란물의 평가에서 사회적 가치가 있는 것은 음란물의 개념에서 배제된다는 것인데 이것이 밀러판결⁵¹⁾에서 다소 완화되었다. 즉 밀러판결에서 보수주의자에 의해 제기된 다수의견은 과거 사회적 가치에서 “진지한 문학적, 예술적, 정치적 또는 과학적인 가치”를 가질 경우에만 음란물의 범주에서 벗어난다는 견해를 밝혀 보다 더 쉽게 음란물을 인정하게 되었다.⁵²⁾

7) 포르노와 청소년

미국에서의 음란물에 대한 문제는 그 기준의 설정에 관해 주와 연방간의 논란이 대상이 되고 있으나 청소년보호와 관련하여서는 비록 음란물에 해당하지 않는다고 하더라도 청소년유해물을 팔거나 제조하는 자에 대해 처벌하는 법을 1980년대 초에 연방정부와 20개의 주에서 입법화하였다. 1982년의 New York v. Ferber 사건⁵³⁾에서 이러한 입법은 과도한 표현의 자유를 막고 사회적으로 중요한 작품의 제작을 방해한다는 이

48) Stanly v. Georgia 394 U. S. 557.

49) U. S. v. Reidel, 402 U. S. 351.

50) U. S. v. Thirty-seven photograph, 402 U. S. 363.

51) Miller v. California 413 U. S. 15.

52) W. Overbeck, Major principles of media law, 2003Ed. p. 402.

53) New York v. Ferber 458 U. S. 747.

유로 연방대법원에 주장되었으나 연방대법원은 이에 대해 인정하지 않았다.⁵⁴⁾

1990년에도 연방대법원은 Osborne v. Ohio 사건⁵⁵⁾에서 이러한 견해를 유지하는 견해를 피력했다. 이 사건에서 연방대법원은 종래 음란물이라고 하더라도 개인적인 소장은 처벌의 대상이 되지 않는다고 판단한 Stanley v. Georgia 사건의 견해에서 비록 개인소장용인 음란물이라고 하더라도 어린아이가 그 내용으로 되어 있는 내용물일 경우에는 처벌의 대상이라고 결정하였다. 즉 일반 성인이 음란물의 객체인 것과 청소년이 음란물의 객체인 것을 구별해서 청소년보호에 더 치중하고 있다.⁵⁶⁾

청소년 스스로 자신의 나이를 속이고 성인용 비디오물에 출연한 경우 그 비디오물의 제작자를 처벌할 수 있는가에 대해 연방대법원은 제작자가 확실히 속았다는 것을 입증할 경우에는 면책된다고 결정하였다.⁵⁷⁾

아동포르노에 대해서는 단순히 아동이 성적표현물의 이미지로 나타난 것만이 아니라 아동이 성적표현의 대상으로 된 것에 대해서도 처벌을 하며 또 단순히 제작자만 처벌하는 것이 아니라 소지자를 또한 처벌하고 있다.⁵⁸⁾

또한 영화제작에 있어서 동일배우가 이중역할을 수행하면서 청소년기의 성적표현을 하는 것 역시 위법한 것이다.

한편 컴퓨터작업을 통한 가상적인 이미지의 경우 청소년의 실질적인 인물을 파악할 수 없기 때문에 허용되어야 한다는 주장에 대해서도 청소년의 경우 가상적인 인물에 의해서도 실질적인 음란물과 같은 영향을 미치기 때문에 허용되지 않는다고 한다.⁵⁹⁾

그러나 이러한 견해는 2002년 연방대법원의 Ashcroft v. Free speech Coalition 사건에서 어느 정도 정리가 되었는데 이때 주요쟁점은 어린이를 실제모델로 하지 않는 경우의 가상의 표현과 음란물에 해당하지 않는 경우에는 처벌하지 않는다는 결정을 하였다. 그러나 실제로 컴퓨터 기술의 발달로 인해 어린이를 실제모델로 하지 않고도 성적표현물로 제작이 가능하기 때문에 과연 어느 정도 실질적인가에 대해서는 회의적이다.⁶⁰⁾

54) W. Overbeck, Major principles of media law, 2003Ed. p. 405. 특히 이법의 위헌성을 주장하는 자들은 택시드라이버와 같은 작품도 제작이 되지 못한다는 비판을 제기한다.

55) Osborne v. Ohio 495 U. S. 103.

56) W. Overbeck, Major principles of media law, 2003Ed. p. 405.

57) W. Overbeck, Major principles of media law, 2003Ed. p. 406.

58) W. Overbeck, Major principles of media law, 2003Ed. p. 406.

59) W. Overbeck, Major principles of media law, 2003Ed. p. 406.

60) W. Overbeck, Major principles of media law, 2003Ed. p. 407.

IV. 현행 법체계의 변경요인과 향후의 개선점

1. 법체계의 변경요인

1) 다양한 기본권 주체의 인격권 발현을 지향

헌법의 기본원리중의 하나인 민주주의원리의 실현은 사회공동체 구성원의 자발적이고 적극적인 자기결정에 따른 참여로 이루어진다. 따라서 사회구성원의 정치, 경제, 사회 그리고 문화적인 측면에서의 참여보장에 필요한 전제조건을 구축은 헌법상 기본원리의 실현을 위해 필수적인 것이다. 이러한 필수적인 전제조건중의 하나가 사회구성원인 개별 국민의 헌법상 기본권의 최대한 보장인 것이다. 특히 헌법 제21조상의 표현의 자유는 그 자체가 목적인 성격이라기보다는 수단적 및 다른 기본권 실현을 위한 전제적인 성격을 가지고 있기 때문에 이에 대한 보장은 궁극적으로는 기본권 주체의 헌법상 다른 기본권실현으로 직접 연계되어 있다. 따라서 국가는 국민의 기본권실현을 위한 기본적인 인프라확보를 위해 노력해야할 의무를 가지고 있다.

국민의 기본권실현을 위한 각종 법 및 제도와 관련된 인프라구축의 의무는 확일적이고 단순한 것을 의미하지 않는다. 사회를 구성하는 다양한 구성원의 기본권실현을 위한 구체적인 내용형성을 그 내용으로 해야 한다. 성인의 경우 일반적 행동결정권에 근거한 성적자기결정권을 최대한 확보하는 방향으로 그 내용이 형성되어야 하며 신체 및 정신적으로 발달과정에 있는 청소년의 경우 청소년의 건전한 성장을 위한 방향으로 법제도의 내용이 형성되어야 한다. 이러한 확정된 범위에서 입법형성을 해야 하는 것은 입법자의 의무이다⁶¹⁾.

이러한 기본적인 논리를 음란물의 영역에서 적용하면 독일의 입법체제는 우리에게 시사하는 바가 크다 하겠다. 인간을 목적인 존재가 아니라 수단적인 존재로 전락시켜 하나의 도구로 파악하는 음란물 즉 하드코어적인 포르노그래피의 경우 절대적 금지를 하는 반면 이에 해당되지 않을 때 성인의 성적자기결정권을 최대한 존중해 성인에게는 소프트코어적인 포르노그래피의 경우 허용하는 입법태도는 성인의 기본권실현을 위해 바람직한 입법형성의 방향이다. 특히 청소년보호를 위해서 음란물이 청소년에게 노출되는 것을 방지하기 위한 각종 방어적인 제도를 구축한 것은 상이한 기본권주체간의 기본권실현을 위한 파레토최적을 지향하는 입법형성인 것이다.

61) 상이한 기본권 주체간의 기본권발현에 대해서는, 최우정, "방송법연구 I", 2006, 201면 이하 참조.

2) 기술의 발달에 따른 융합화와 법체계 변화의 필요성

전통적으로 음란물은 그 속성상 정상적인 유통경로를 가지기 못하고 지하경로를 통해 판매, 전시 등이 이루어지며 종래에는 글 및 사진 등을 통한 오프라인을 통한 유통이 대부분을 차지했다. 그러나 인터넷기술의 발달은 사이버스페이스라는 새로운 공간을 형성했으며 기존에 음란물이 오프라인을 중심으로 유통되는 것을 온라인 유통으로 그 패러다임을 변경하였다.⁶²⁾ 특히 방송과 통신의 융합이라는 시대의 거대한 흐름은 종전의 개별매체적인 규제의 법적 성격을 향후 어떻게 전개할 것인가에 대한 화두를 던져주고 있다. 따라서 음란물에 대한 향후의 입법형성의 전개는 사이버스페이스라는 새로운 공간과 융합화라는 시대의 화두에 부합되는 방향으로 이루어져야 한다. 특히 오프라인과 온라인상의 기술적인 특성을 고려한 입법형성이 이루어져야 한다. 오프라인의 경우 출판물이나 영상물의 제공은 일반적인 접근이 가능하다는 성격을 가지는 반면 온라인의 경우 일정한 기술적인 뒷받침으로 개별적 및 특정인만이 접근가능한 구조로 만들 수가 있다. 따라서 입법형성에도 이러한 점들이 고려되어야 한다.

3) 국가중심의 판단기준에서 사회 및 개인중심의 판단기준으로 전환

표현의 자유에 대한 규제는 그 역사 초기부터 국가에 의해 이루어졌다. 왕과 국가에 대한 비판과 비난, 국가정책에 대한 비판 등에 대해 국가가 규제를 했고 국민의 자유로운 행동의 자기결정권까지도 국가가 규제를 했었다. 이러한 국가의 규제는 결국 국가를 전체주의, 전체주의국가로 나아가게 했고 국민의 사상을 국가중심적인 사고로 귀결시켰다. 따라서 개인의 자유와 권리의 보장보다는 국가와 공공의 안전이 국가목적이 되었으며 국민은 단지 피치자의 입장으로 전락하게 되었다.

그러나 이러한 사고는 현대 민주주의 국가에서는 극복되어야 할 과제다. 현대국가에 있어서 국가와 국민의 관계는 과거처럼 전체주의적인 국가를 의미하지는 않는다. 물론 그렇다고 해서 야경국가의 개념처럼 단순히 소극적인 국가를 의미하는 것은 더 더욱 아니다. 현대국가에서 국가는 국민의 기본권실현을 위해 제도과 절차 그리고 법을 형성해야 할 수단적인 존재이고 그 목적의 범위 내에서 존립의 정당성을 가지는 것이다. 국민의 국가영역 내에서의 생활에 있어서도 마찬가지다. 국가는 과거의 주도적인 입장에서 탈피하여 국민이 중심이 되고 국민의 자율적인 판단에 따른 행동결정권을 존중해주며 그 행동결정권을 실현시키는 인프라의 구축의무를 지닌다. 국가가 주도적인 역할을 수행하며 국민의 행동결정의 기준을 결정하는 것은 민주화로 나아가는 사회공동

62) 가상공간에서의 표현의 자유에 대해서는, 박선영, “가상공간에서의 성표현의 자유와 법적 제한”, 2002 참조.

체의 지향점과는 상반되는 것이다. 이러한 의미에서 볼 때 현재 우리의 법체계에서 음란이라는 불확정개념의 판단을 경찰, 검찰 그리고 보수화된 사법부에 유보시키는 것은 시대 역행하는 것이며 이에 따라 전면적인 구조의 새로운 변화가 필요하다.

4) 준법가능성을 전제로 한 법규범의 정립

법이라는 규범은 의무적으로 해야만 하는 당위규범으로 존재하는 것이 아니라 사회공동체의 유지 및 타인의 권리침해 방지를 위해 최소한의 해야 할 행위 즉 선천적으로 당위규범으로 주어지는 것이 아니라 사회유지와 타인의 권리침해 방지를 위해 할 수 있는 규범을 의미한다. 따라서 법규범의 속성상 인간이 할 수 있는 행위를 전제로 하고 있다.

이와 같은 법의 속성은 음란물과 관련한 영역에서 몇 가지를 시사한다.

먼저 음란물에 대한 접근이 과연 인간본능과 상반되는 것인가의 문제이다. 인간의 본능을 종족번식이라는 측면을 기준으로 본다면 음란물에 대한 접근은 마약과 재물의 탈취와 같은 반사회적인 행위와는 달리 인간 그 자체에 내생적인 속성이 강한 것이다. 즉 본능적인 요소를 가지고 있는 것이다. 과연 인간 본능적인 것을 법이라는 강제규범으로 획일적이고 포괄적으로 규제하는 것이 타당한가에 대한 의문이 발생하는 것이다.

다음으로 고려해야 할 문제는 기술화된 사회, 예를 들어 단순히 오프라인만이 아니라 온라인의 세계에서 음란물에 대한 규제가 기술적으로 가능한가의 문제이다. 과거 온라인이 특정 서버가 중심이 된 네트워크에서는 규제가 가능할지 모르지만 현재와 같이 하나의 중심이 되는 서버없이 모든 개인용 컴퓨터가 서버의 역할을 하면서 상호작용적으로 연결된 네트워크에서 과연 모든 음란물에 대한 실질적인 규제가 가능한가의 문제가 발생한다. 특히 이러한 네트워크가 하나의 국가에 국한되는 것이 아니라 국제적으로 연결된 네트워크이기 때문에 단순히 한 국가의 입법적인 문제로는 해결이 되지 않는다. 이러한 규제의 곤란성 때문에 과거 미국 연방대법원의 산드라 데이 오코너 판사가 통신품위법의 위헌결정에서 기술적으로 불가능한 것을 법으로 규제하는 것은 잘못된 것이라고 판단한 것과 같은 맥락이다.⁶³⁾

5) 사회구성원의 인식변화에 따른 음란물 기준의 설정

음란물 판단의 기준은 이미 헌법재판소와 대법원이 결정했듯이 당해 표현물을 전체로서 보았을 때 주로 그 표현물을 보는 사람들의 호색적 흥미를 돋우느냐의 여부 등을

63) 로렌스 레식/김정오.(역), 「코드:사이버 공간의 법이론」, 2005, 81면.

그 사회의 평균인의 입장에서 그 시대의 건전한 사회 통념에 따라 객관적이고 규범적으로 평가하여야 한다는 점에서 그 사회 구성원의 규범적인 가치판단에 맡겨져 있는 듯하나 실제로는 유권해석을 내리는 법관에 유보되어 있다. 물론 사법국가를 지향하는 점에서 불확정개념에 대한 최종적인 판단을 사법부에 맡겨두는 것이 잘못된 것은 아니나 사법부의 속성이 기존의 사회질서를 유지하고자 하는 보수적인 성향을 띄고 있다는 점에서 사회구성원의 인식변화를 충분히 반영하기에는 어려움이 있다. 따라서 향후에는 시대상황의 변화에 따른 사회구성원의 음란물에 대한 인식변화가 반영되는 법체계의 정비가 필요할 것이다.

2. 법체계개정의 방향

시대의 변화에 따른 음란물과 관련된 법체계의 정비에 있어서는 현행 음란물과 관련된 법체계의 변화요인을 감안하여 개정되어야 할 것이다.

첫째, 기본권주체인 사회구성원의 다양한 기본권의 실현을 위한 입법형성이 이루어져야 한다. 성인의 경우 성적자기결정권이 존중되어야 하고 청소년의 경우 영육간의 성장이 건전하게 이루어질 수 있도록 충분한 청소년보호의 방어제도를 마련한 입법형성이 이루어져야 한다. 이러한 측면에서 앞서 살펴본 독일의 현행 법체계가 상당한 시사점을 줄 것으로 판단된다.

둘째, 온라인과 오프라인의 특성을 고려한 입법형성이 이루어져야 한다. 이 문제는 특히 융합화의 시기에 있어서 매체의 특성을 고려한 입법형성과 상호 관련되어 있다. 예를 들어 방송이라는 매체의 경우 일반성을 가지는 반면 온라인상의 통신은 개별성을 내포하고 있다. 방송이 일반인이 제한없이 그 정보에 접근 가능한 반면 통신의 경우 폐쇄적인 구조에 의해 접근인의 개별적인 인식을 통해 가능한 것이다. 물론 방송과 통신의 융합이라는 현상에 의해 일반성과 개별성의 경계가 희석되어가는 측면이 없지 않지만 현시점의 단계에서는 여전히 방송과 통신은 각각 매체고유의 특성을 가지고 있다. 따라서 음란물과 관련된 법체계의 형성에 있어서 일반인과 청소년이 제한없이 접근 가능한 영역(방송의 영역)에서는 엄격한 규제를 필요로 하는 반면 접근인이 성인 그리고 청소년임을 명백히 구별할 수 있고 그 접근자의 개별성에 의해 접근이 가능한 온라인상의 음란관련 표현물에 대해서는 상대적으로 완화된 입법형성이 이루어져야 한다.

셋째, 반사회적인 음란물의 판단주체에 대해 기존의 사법부가 중심이 된 국가중심의 유권해석에서 벗어나 자율적인 사회적 기구에 의한 판단으로 변화되어야 한다. 물론 음란과 관련된 표현물의 최종적인 형사적인 판단을 사법부에서 배제시키는 것을 의미

하는 것은 아니다. 현재 방송물의 경우 방송통신심의위원회가, 방송 아닌 영상물의 경우 영상물등급위원회가 그 음란성 여부를 결정해 방송의 경우에는 사후적인 규제를 영상물의 경우는 영상물에 대한 등급여부를 결정하고 있다. 그러나 방송통신위원회나 영상물등급위원회의 경우 모두 국가행정위원회의 성격을 가지고 있어 조직의 인적, 물적 독립이 이루어져 있지 않다. 따라서 그 판단에 있어서 국가의 직접적 및 간접적인 영향력으로부터 자유롭지 못하다. 이러한 점을 시정하기 위해서 인적 및 물적으로 국가로부터 독립된 민간자율적인 기구에 의한 판단이 이루어져야 할 것이다. 음란적인 내용이 포함된 표현물인가의 문제에 대해서 국가기관 또는 국가기관의 성격을 가지는 행정위원회가 아니라 자율적인 민간기구에 의해 판단이 이루어져야 할 것이다.

넷째, 음란물규제와 관련된 입법형성에 있어 그 법의 실현가능성을 고려해야 한다. 입법형성의 취지와 목적이 좋다고 해서 그 법이 실효성을 가지는 것이 아니라 실질적으로 그 법의 집행가능성을 고려해야 한다. 인터넷에 산재되어 있는 음란물관련 표현물에 대한 실질적인 규제의 가능성이 없음에도 불구하고 이것을 규제한다고 입법형성을 하는 것은 객관적인 법집행을 보장하는 것이 아니라 무작위에 의한 표본성 규제로 전략하고 결국 자의적인 법집행으로 전략할 위험을 안고 있다. 따라서 이러한 측면을 고려한 입법형성이 이루어져야 할 것이다.

참 고 문 헌

- 로렌스 레식/김정오,(역), 「코드:사이버 공간의 법이론」, 2005.
- 박미숙, “성표현물의 음란성 판단기준에 관한 연구(I) - 독일, 일본에서의 논의를 중심으로 -”, 2001.
- 박선영, “가상공간에서의 성표현의 자유와 법적 제한”, 2002.
- 문재완, 「언론법」, 2008.
- 이건호, “성표현물의 음란성 판단기준에 관한 연구(II) - 영미의 논의를 중심으로 -”, 2001.
- 최우정, “헌법상 개념으로서의 방송”, 「공법학연구」, 제5권 제3호, 2004.
- 최우정, “방송법연구 I”, 2006.
- T. Lenckner/P. Cramer/A. Eser/ W. Stree, Strafgesetzbuch Kommentar, 23 Aufl.
- W. Overbeck, Major rinciples of media law, 2003 Ed.
- J. Ukrow, Jugendschutz, 2004.

[Abstract]

**The definition of obscene with the change of social circumstances
and its prospect in the area of legislative action**

Choi, Woo-Jeong

Professor of Keimyung University

The freedom of expression is an essential element for the social democratic development through the personal private and public growth of ideas. The strong legal regulation to freedom of expression leads to the closed and not flexible society. So it is our duty to promote the freedom of expression for the democratic development of society.

There are two aspect to legal regulation in concerning in the freedom of expression in general. One is the material with the national security, the other is the material with the obscene. With the obscene expression, korean criminal law has forbidden any of materials, which contains some of obscene and the jury has the titled the final conclusion which is an obscene material or not.

But the coming of convergence between broadcasting and communication and social changes has influenced to the legal revision in the area of obscene. Especially the korean constitutional court has upset the former its decision which has sentenced that the obscene material is not protected with the Article 21 korean constitution. The korean constitutional court has sentenced in its latest decision that the obscene is also protected with the freedom of expression in article 21 korean constitution at first, and the legal regulation to obscene material is another legal problem at second.

With this decision of korean constitutional court throws, as I think, a legal revision in the area of obscene. So it is recommended that the social changes, the convergence of broadcasting and communication, the equal achievement of different subject of fundamental right and the practical possibility of regulation with the obscene is considered in the revision of korean criminal and related statues in korean legal system.

Key words : convergence, obscene, legal regulation, freedom of expression, fundamental right.