

사이버상의 음란

하루 70% 이상 음란성 e메일 ‘방치할 것인가’

- 연재순서
1. 사이버스페이스의 정체
 - ▶ 2. 사이버상의 음란
 3. 사이버상의 명예훼손
 4. 사이버상의 프라이버시
 5. 사이버상의 저작권
 6. 디지털콘텐츠의 유통과 관련된 법적 문제

사이버스페이스에 음란물이 홍수처럼 밀려들면서 전통적인 법과 규제의 한계를 드러내고 있다. 인터넷을 통한 O양과 B양의 비디오 파문은 이를 단적으로 보여주는 사건이다. 사이버스페이스에서의 이러한 음란물은 법적으로 윤리적으로 보호할 가치가 없으므로 마땅히 규제의 대상이라는 주장과 이것 역시 보호되어야 하는 표현의 자유라는 일부의 주장을 어떻게 조화롭게 대처할 것인가는 21세기 사이버스페이스 시대가 해결해야 할 새로운 문제로 부각되고 있다. 자유와 책임이 동전의 양면관계로 대립하는 음란한 표현은 사이버스페이스에서도 선악의 한계로 서로 밀고 당기면서 오늘에 이르고 있다. 이런 음란의 문제를 관련 법과 판례를 중심으로 고찰하면서 새로운 사이버스페이스에서의 대책과 합리적 체계는 무엇인가를 살펴보자.

글 / 성선제 가톨릭대 법학부 교수

I. 음란 왜 문제인가

매일 아침 열어보는 e메일의 70% 이상이 성 또는 음란에 대한 것이라는 놀라운 통계는 지금 우리가 어떤 시대에 살고 있으며 무엇이 문제인지를 단적으로 보여주는 것이다. 지난 수 천년동안 동서고금을 막론하고 성은 악의 상징처럼 여겨져 왔으며 음란이 부정적인 가치를 지닌 것으로 평가된 것은 부인할 수 없는 사실이다. 그래서 대부분의 경우 성과 음란은 그야말로 ‘암흑’에서 짙고 어두운 곳에서만 존재하는 것으로 치부하는 경향이 다분히 있었다. 그런데 20세기말 사이버스페이스의 익명성과 IT는 성과 음란의 문제를 암흑 속에서 양지로 끌어내는데 커다란 기여를 했다. 20세기 최고의 발견이자 IT의 최대 업적으로 지칭되는 사이버스페이스는 오늘날 한편으로는 표현의 자유를 증진하는 순기능을 하고 있지만 다른 한편 도처에 음란을 유포시키는

역기능도 함께 가지고 있는 가치 중립적 도구라고 할 수 있다.

오락적 수단으로서의 성 그 자체는 육체적 욕망을 해소하기 위해 쾌락을 즐기려는 것이다. 따라서 쾌락으로서의 성에 윤리적 의미를 부여하는 어떠한 요구나 명령도 부적절하다는 견해도 존재한다. 사이버스페이스에서의 성과 음란은 비대면성, 즉시성, 쌍방향성, 익명성 등의 특성을 가지고 있다. 그러므로 적당히 자신을 감춘 채 관능적인 성적 쾌락을 공유할 수 있으므로 때로는 무제한적 표현의 자유를 누릴 수도 있다. 그러나 바로 이러한 사이버스페이스의 특성은 전통적인 법과 규제만으로 그의 역기능을 제어할 수 없다는 것을 여실히 보여주고 있으며 사이버스페이스에 적합한 새로운 유형의 규제에 대한 필요가 더욱 절실히 요구되고 있다.

송신자와 수신자 구분이 모호한 쌍방향의 사이버스페이스에서 음란문제는 국경을 초월하는 사이버스페이스의 기술적 특성

으로 말미암아 관할권의 충돌이 발생하는 등 많은 난제를 포함하고 있다. 최근 무차별적으로 확산되는 성인 음란 사이트와 아동 포르노(child pornography)는 기존의 법과 규제만으로 규율하기에는 분명히 한계가 있다. 음란에 관한 위법성이 판단의 주체와 시공의 요인에 의해 달라질 수 있으며 이러한 요소들이 체계적으로 정리되지 않은 상태에서 매체의 특성이나 수용자의 논리는 간과되기 쉽다. 현실적으로 위법성 판단의 기준이 모호하고 책임의 한계가 불분명한 상황에서 실정법의 적용이란 무의미해 질 수밖에 없으며 이러한 복합적인 문제를 어떻게 조화롭게 해결할 것인가가 바로 사이버스페이스에서의 음란문제의 핵심이라고 할 수 있다.

II. 음란

1. 음란의 의의

표현의 자유와 음란은 서로 동전의 양면과 같은 관계로서 자주 충돌하고 때로는 서로 그 영역의 한계를 밀고 당기면서 오늘에 이르고 있다. 음란처럼 불확정적이고 시대와 장소에 따라 그 의미가 다르게 해석되는 것은 아마도 없을 것이다. 즉 어느 것이 음란한가에 관하여는 각 나라의 사회·문화·종교적인 배경에 따라 다를 뿐만 아니라, 시대에 따라서도 가변적이기 때문에 한마디로 음란 여부를 판단하는 것은 불가능한 일이다. 그래서 미국 연방대법원의 스투어트(Stewart) 대법관은 “음란을 한 마디로 정의하기란 대단히 어려운 일이다. 하지만 그것을 보는 순간 나는 그것이 음란하다는 것을 안다”라고 음란에 대한 정의가 얼마나 어려운가를 토로한 바 있다.

★ 음란의 정의 ★

음란은 일반적으로 자극적이고 노골적인 성행위를 묘사해 성적 수치심을 유발시킴으로써 성도덕을 왜곡시키고 성 본능을 자극해 심대한 해악을 끼치는 표현을 말한다. 일찍이 미국에서는 음란의 정의에 대하여 수많은 논의와 판례가 집적됐으며 그 결과 연방대법원은 음란의 기준을 다음과 같이 제시하고 있다.

- ① 색정적인 흥미를 불러일으키는가?
- ② 성적인 행동을 묘사하는가?
- ③ 문학적, 예술적, 정치적 또는 과학적 가치를 결여하고 있는가?

위에서 살펴본 바와 같이 음란을 정의하는 것이 상당히 어려움에도 불구하고 이를 규제하기 위해서는 어떤 형식으로든지 음란에 대한 개념 정립을 해야만 한다.

우리 헌법재판소는 음란을 “인간의 존엄성 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성 표현으로서 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 경쟁 메커니즘에 의해서도 그 해악이 해소되기 어려워 언론·출판의 자유에 의한 보호를 받지 않는다”고 미국의 판례에 나타난 것과 유사하게 정의하고 있다. 사이버스페이스에서의 음란의 정의도 이와 다르지 않다.

2. 음란의 기준

가. 부패 타락의 기준 - Hicklig 판결

1868년 영국의 히클링 판결은 쉽게 영향을 받을 수 있는 사람이 어떠한 음란물에 노출될 경우, 부패 타락하게 되는지 그 기준을 제시했다. 즉 주관적으로 감수성이 예민하고 건전하며 지적인 판단을 할 수 없는 자를 기준으로 하고 있으며, 대상 표현 매체 중 문제되는 부분만을 판단 대상으로 하여 음란의 기준을 설정했다. 그런데 음란에 관한 초기의 판결인 이것의 한계는 직접적인 성적 표현이 없는 경우에도 음란이 적용 가능하다는 점이였다.

나. 보호되지 않는 표현으로서 음란 - Roth 대 U.S. 판결

1957년 영리를 목적으로 도색잡지를 우송한 혐의로 처벌된 당시 65세의 노인 Roth에 대한 판결에서 연방대법원은 음란은 수정헌법 제1조의 보호범위가 아니라고 판시했다. 연방대법원은 음란이 보호돼야 하는 언론 및 출판의 영역에 속하는 것이냐의 관점에서 이 문제를 다뤘으며 수정헌법 제1조의 역사에 의하면 음란은 보호돼야 할 만큼 사회적 중요성이 없다고 했다.

Roth 판결에서 연방대법원은 성과 음란은 동의어가 아니며 음란은 성을 오로지 색정적 흥미로만 다루는 것으로 판단했다. 여기에서 연방대법원은 음란함을 “욕정을 도발하는 경향을 지닌 것”이라고 정의하면서 음란의 기준을 제시했다. 즉 음란은 언론·출판의 자유 영역 밖에 있으며 평균인의 기준으로, 당대의 지역 사회 기준으로, 작품의 전체를 대상으로 판단해야 한다는 점을 분명히 했다.

이 판결은 음란의 기준을 색정적 흥미를 일으키는 표현의 수법을 적용해 성에 민감한 청소년과 성인에게 차별적인 잣대를 제시했다. 즉 이 판결은 음란과 성을 명확히 구별해 음란은 성을

색정적인 흥미를 북돋우는 수법으로 다른 것이라고 확연하게 구별했다. 즉 예술, 문학, 사회, 과학적으로 가치를 지니고 있다면 그 작품 속에 부분적으로 성적인 표현이 있다는 사실만으로 음란이라 단정할 수 없다는 것을 밝히면서 자극적인 성의 묘사에 음란성을 부여했다.

그런데 이 판결의 한계는 어떤 가치를 내포한 큰 작품의 한 부분이 색정적이고 자극적인 성의 표현 수법이 있었다면 그것이 유죄인지 무죄인지 판단하기 어렵다는데 있다. 1964년 연방대법원의 스튜어트 대법관은 프랑스 영화 ‘연인들 (The Lovers)’의 음란성을 다른 사건에서 하드코어 포르노에 대하여 Roth 기준으로는 판단하기 어렵다고 실토하면서 “그것을 직접 보면 알 수 있다(I know it when I see it)”고 했다.

Roth 판결 이후 연방대법원은 음란은 수정헌법 제1조에 의해 보호되지 않는다고 재차 확인했다. 예를 들면 Paris Adult Theater I 대 Slaton 사건에서 연방대법원은 외설적인 포르노 영화가 그들이 동의하는 성인들에게만 상영됐다고 해서 정부의 규제로부터 헌법적 면책을 받아야 한다는 이론에 명확히 반대했다. 그리고 상업적 음란의 파도를 막기 위한 정당한 정부의 권리가 존재하며 청소년이나 행인들에게 노출되는 것에 대한 효과적인 방어책을 도모하는 것도 가능하다고 판시한 바 있다.

음란이 보호대상이 아니라는 의견에 반대하는 자들은 Roth 판결에서 사용된 음란의 정의는 사상(thought)에 초점을 맞춘 것이므로 이는 정부가 판단할 일이 아니라고 주장한다. 이들은 자신의 성적 내용을 표현, 또는 그러한 의사소통의 청중이 될 자가 개인에게 있어서 기타의 의사소통 내용을 결정할 자유만큼 가치 있는 것이라고 주장한다.

이에 대하여 음란 규제를 찬성하는 자들은 첫째, 공동체는 그 도덕적 기준과 환경을 스스로 결정할 수 있어야 한다고 주장한다. Paris Adult Theater I 사건에서 연방대법원은 이 논거를 음란을 규제하는 정당화 사유로 삼아 삶의 질과 전체 공동체의 환경에 대한 공공의 이익을 지적한 바 있다. 그러나 반대론자들은 정부는 무엇이 도덕인지 결정할 수 없으며 도덕을 고양시키지 않는 표현이라고 하더라도 이를 억압할 수 있어서는 안 된다고 주장한다. 채털리 부인의 사랑을 다룬 Kingsley International Pictures Corp. 대 Regents 판결에서 연방대법원은 다른 견지를 보여준 적이 있는데, 정부는 자신이 비도덕적이라 생각한 사고를 고양시킨다는 이유만으로 표현을 금지할 수 없다고 판시한 바 있다. 이와 같은 논쟁은 사이버스페이스 상에서 더욱 더 치열하게 전개되고 있다. 공공의 장소에 게시하는 것도 아니고 순전히 개인의 성적 취향의 만족을 위해 사이버스페

이스에서 유통되는 것을 국가를 비롯한 공동체가 규제할 권한이 있느냐 하는 문제이다.

음란 규제의 그 다음 논거는 그것이 반사회적 행위를 야기하며 특히 여성에 대한 폭력을 도모한다는 것이다. Paris Adult Theater I 판결에서 연방대법원은 음란이 공공의 안전 자체를 위협에 빠뜨릴 수 있으며 적어도 음란물과 범죄 사이에는 논쟁의 여지는 있지만 상관관계가 있음을 지적했다. 그러나 다른 이들은 이러한 연구들과 음란이 반사회적 행위를 증가시킬 것이라는 점에 동의하지 않고 있다. 이 문제 역시 사이버스페이스가 여성에 대한 폭력을 조장하는지 아니면 범죄의 대응으로 유용한 기능을 하고 있는지 단언하기 어려운 입장이다.

다. 음란의 정의 - Miller 대 California

연방대법원이 음란을 수정헌법 제1조의 보호대상에서 제외하는 한 음란에 대한 정의는 불가피하다. Roth 판결 이후 연방대법원의 음란 정의 노력은 Miller 대 California 사건에서 정점에 이르렀다. 1973년 Miller는 캘리포니아주의 한 레스토랑에 노골적인 음란 책자와 음란 필름을 우송했는데 이를 개봉한 음식점 지배인이 요구하지도 않은 사람에게 음란 팸플릿이 우송됐다고 신고함으로써 사건은 시작됐다. 주 당국의 처벌에 이어 Miller는 연방대법원에 상고했으나 재판부는 새로운 기준을 적용해 유죄를 확정했다. 이 판결에서 연방대법원은 음란물은 수정헌법 제1조에 의해서 보호되지 않는다는 것을 재차 확인했고 지속적으로 사용될 음란에 대한 심사기준을 제시했다.

★ 밀러 테스트 ★

- ① 배심원들이 판단할 때 동시대, 지역사회 기준으로 보아 평균인인 작품 전체를 평가해 색정적인 흥미가 그 지역사회의 윤리규범으로 용인할 수 있는지의 여부.
- ② 문제의 작품이 주법을 명백히 위반하여 현저히 자극적인(Patently offensive) 방법으로 묘사하고 있는가의 여부.
- ③ 문제의 작품을 전체적으로 보아 문학적(Literary), 예술적(Artistic), 정치적(Political), 또는 과학적(Scientific) 가치를 결여하고 있는지 여부.

이러한 기준을 Miller 테스트라고 부른다. Miller 테스트의 세 번째 기준의 첫 글자를 따서 LAPS 가치 기준이라 하기도 하는데 이러한 음란의 기준은 과거의 기준보다 구체적인 개념으로 발전한 것으로 현재까지 미국의 음란 기준이 되고 있으며 여타의 국가에 영향을 미쳐 우리의 음란 기준도 이와 유사하다는 것

을 앞에서 밝힌 바 있다.

각각의 요건을 좀더 구체적으로 살펴보자. 첫째, 그 대상이 동시대, 공동체의 기준을 적용할 때 보통 사람들에게 색정적 관심을 끄는 것이어야 한다. 여기서 문제는 무엇이 '색정적 관심'인가를 정의하는 것이다. 위에서 언급했듯이 색정적 관심은 욕정 혹은 색정적인 생각을 일으키는 것을 뜻한다. 연방대법원은 이 의미를 명확히 하지 않았다. Brockett 대 Spokane Arcades, Inc. 판결에서 연방대법원은 성에 대한 '정상적' 관심과 '수치심을 갖는' 혹은 '병적인' 관심을 구분하지 않은 워싱턴주의 음란법을 위헌이라고 선언한 바 있는데 연방대법원은 후자만이 음란한 관심이라고 했으나 어떻게 그 구분을 하는가는 각자의 추측에 맡겼다.

또한 '색정적 관심'은 지역 공동체의 기준으로 결정된다. 이것은 문제된 대상이 성적 흥분을 야기할 것인지 여부가 지역에 따라 다를 수 있기 때문에 혼란스럽고 어렵다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 연방대법원은 음란한 관심은 지역 공동체의 기준으로 결정돼야 한다는 견해를 바꾸지 않고 있다. 예를 들면 연방대법원은 연방의 음란법을 적용하는 배심원은 음란한 관심을 공동체의 관점에서 정해야 한다고 판시하고 있다. 하지만 사이버스페이스는 특정 지역을 전제로 하는 것이 아니므로 지역 공동체 기준을 유지하기가 상당히 어려움에 봉착했다.

둘째, 어느 것이 음란물이 되기 위해서는 공공연하게 불쾌한 것이어야 한다. 예를 들면 이것은 공공연하게 불쾌한 표현 혹은 변태적인, 가상적인 지나친 성행위의 묘사, 공공연하게 불쾌한 표현 혹은 자위행위나 배설기능의 표현 및 성기의 음란한 노출이라고 정의할 수 있다. 하지만 법이 공공연하게 불쾌한 성행위의 포괄적 일람표를 제공할 필요는 없다.

마지막으로 어느 것이 음란물이 되기 위해서는 전체적으로 그것이 진지한 예술적, 문학적, 정치적 혹은 과학적 가치를 결여하고 있어야 한다. Pope 대 Illinois 판결에서 연방대법원은 사회적 가치는 한 공동체의 기준이 아닌 전국적 기준으로, 즉 그 작품이 전국적으로 어떻게 평가될 것인지로 결정된다고 판시한 바 있다. 한 작품의 가치는 공동체마다 다르지 않으며 이의 적합한 기준은 합리적인 인간이 그 작품의 가치를 인정할 것인지의 여부다.

위에서 살펴보았듯이 미국에서는 음란과 관련해 수많은 문제들이 법원의 판단을 받으며 발전했다. 음란과 관련된 연방대법원의 입장은 다음과 같이 요약할 수 있다. 우선 정부가 수정헌법 제1조를 가지고 성적 표현을 규제할 수 있느냐의 문제이다. 음란은 수정헌법 제1조에 의하여 보호되지 않는 영역이다. 둘째, 아

동 포르노는 비록 그것이 음란의 범주에 속하지 않더라도 수정헌법 제1조에 의하여 보호되지 않는다. 셋째, 비록 수정헌법 제1조상 보호되지 않는 음란이나 아동 포르노가 아닐 경우에도 정부는 성적 표현을 규제할 폭넓은 재량을 가지고 있다. 예를 들면 성인 서적이거나 영화관의 위치를 제한하는 도시계획 조례도 허용되며, 누드 댄싱을 금지하는 것도 허용된다. 넷째, 허가제로부터 음란규제법 위반으로 유죄로 인정된 영업 재산의 소유를 금지하는 것까지, 정부가 성적 표현물을 규제함에 있어서 사용할 수 있는 수단을 광범위하게 인정하고 있다. 마지막으로, 불경스럽고 상스러운(Profane and indecent) 언어도 일반적으로 허용되나 방송이나 학교 내에서는 제한될 수 있다.

Ⅲ. 포르노그래피

1. 포르노의 정의

음란물은 법적으로 금지되고 있지만 저속한(indecent) 표현은 성인을 대상으로 할 경우 표현의 자유라는 보호영역 안에 위치하고 있다. 마찬가지로 성적인 표현과 관련해 법적 논의가 활발한 미국에서는 포르노(Pornography) 자체는 법적 금지의 대상이 아니며, 수정헌법 제1조에 의하여 보호를 받고 있다. 포르노가 불법으로 취급되기 위해서는 음란물 또는 아동 포르노로 판명돼야 한다.

★ 포르노의 정의 ★

포르노는 고대 그리스어의 매춘을 의미하는 porne와 쓴다는 것을 의미하는 graphein에서 유래한 개념으로 성적 흥분이나 자극을 유발하기 위해 정상인의 성적 수치심을 일으키고, 선량한 도의관념에 반하는 인쇄매체, 영상매체 등을 통한 성적 표현물로서 음란보다 넓은 개념이다. 포르노는 적법한 것뿐만 아니라 불법적인 것도 포함하고 있다.

포르노의 종류에는 하드코어(Hardcore) 포르노와 소프트코어(Softcore) 포르노가 있다. 하드코어 포르노란 순전히 육체적 효과를 나타내기 위해 고안된 것으로서 정신적 자극보다는 본질상 육체적인 자극이라고 할 수 있다. 이것은 실제적인 성행위를 묘사하는 것으로 헌법상 보호받지 못하는 금지 영역의 성표현물이다. 이것은 법적으로 제조나 반포를 전면적으로 금지하고 있다. 이에 반해 소프트코어 포르노란 단순히 나체 또는 선정적인 모습을 묘사하는 것으로 성인에 대하여는 일반적으로 허용되지만 청소년에게 해를 미치거나 이에 동의하지 않은 성인에게 혐오감을 주는 경우에는 규제의 대상이 된다.

미국의 경우 포르노에 대해 음란물로 판명되기 전에는 보호되는 표현물이기 때문에 포르노를 금지해 포르노 가게의 문을 닫게 해서는 안 된다고 판시한 바 있다. 또한 New York 대 Ferber 판결에서 포르노에 아동의 성을 이용하는 것을 학대(abuse)로 간주하며, 아동 포르노는 성인이 출연하는 포르노와는 차원이 다르며 음란물과 마찬가지로 보호되지 않는 표현물이라고 판시한 바 있다.

2. 포르노는 금지 대상인가

최근 포르노는 여성에 대한 성차별의 한 형태로서 수정헌법 제1조의 새로운 예외가 돼야 한다는 주장이 새롭게 제기되고 있다. 즉 포르노는 영상 또는 말로써 여성을 성적으로 종속시키는 것에 불과하다는 주장이다. 이의 대표자인 매키논(MacKinnon) 교수는 포르노는 사회에서 여성에 대해 해로운 태도와 행위를 초래하고 있기 때문에 포르노의 제한은 여성에 대한 평등을 증진시킨다고 주장하고 있다. 그녀는 나아가 여성은 포르노의 제작에 강요되므로 그러한 여성을 보호하기 위해서는 포르노의 전면적 금지가 필요하다고 주장하면서, 음란은 전체적으로 고찰돼 섹정적 흥미에 초점을 맞춘 것이므로 성적인 것에 대한 접근방법으로는 적절하지 않다고 설명하고 있다.

매키논 교수의 접근법에 대해 비판자들은 미국 수정헌법 제1조의 보호대상에서 제외되는 포르노가 어떤 것이 될 것인지가 애매하고 너무 광범위하다고 반박하고 있다. 에머슨(Emerson) 교수는 매키논식 규제의 광범위성에 놀라움을 표시하며 만일 포르노가 여성에 대한 정치적 의미를 담고 있다는 매키논의 견해가 옳다면, 이것은 사실상 허용될 수 없는 특정한 관점에 기초해 표현의 자유를 제한하게 되는 것이라고 반박하고 있다.

포르노에 관한 논쟁은 미국 수정헌법 제1조에 대하여 본질적 질문을 던져주고 있다. 즉 평등을 실현하기 위해 정부가 여성이

취급되거나 묘사되는 포르노를 제한할 수 있는가의 문제라고 할 수 있다. 현재 표현의 자유를 보호하는 관점에서 특별히 여성이 취급되거나 묘사되는 포르노 전체를 금지하고 있지는 않다.

3. 아동 포르노

New York 대 Ferber 판결에 의해 정부는 아동 포르노가 비록 음란의 기준에 맞지 않는다 해도 그 전시, 판매, 배포를 금지할 수 있도록 했다. 뉴욕 주법은 16세 이하 아동에 의한 성적 행위를 묘사하는 모든 매체를 판매, 홍보, 지시, 전시하지 못하도록 규정하고 있다. 동법은 그 성적 행위를 “실제적 혹은 가상적 성교, 비정상적 성교, 수간(獸姦), 자위행위, 매조키즘과 새디즘에 의한 성행위, 혹은 성기의 음란한 전시”로 정의했다. 소년이 자위행위를 하는 영상물을 판매했다는 이유로 처벌된 사건에서 연방대법원은 전원일치로 이를 지지했다.

★ 아동 포르노에 대한 확고한 입장 ★

연방대법원은 미성년자의 육체적, 심리적 안녕을 보호해야 하는 정부의 입장은 당연한 것이라고 이해하며, 아동을 포르노의 대상으로 이용하는 것은 그 아동의 심리적, 감정적, 정신적 건강에 해롭다고 판시하고 있다. 연방대법원은 아동을 포르노에 개입했다는 기억으로 인하여 해를 입고 포르노 제작에 착취되는 것이므로 아동 포르노는 아동 학대(child abuse)에 해당한다고 판시하고 있다.

아동 포르노가 금지되기 위하여 음란에 대한 기존의 Miller 기준을 갖출 필요도 없다. 즉 아동 포르노에 대한 심사기준은 Miller 판결에서 언급된 음란 기준과 별개이다. 아동 포르노에서 Miller 기준은 다음과 같이 조정된다. 사실의 판단자는 문제된 것이 평균인의 음란한 관심을 끄는지를 판단할 필요가 없으며, 묘사된 성적 행위가 공공연하게 불쾌한 방법으로 이뤄졌는지에 대한 판단을 할 필요도 없다. 또한 문제된 것을 일부가 아닌 작품 전체로서 고려할 필요도 없다.

4. 포르노와 성범죄의 연관성

과연 음란물이 성범죄에 영향을 미치는가? 미친다면 어느 정도 영향을 미치는가? 이에 대하여 일치된 견해는 없다.

우선 규제에 대한 반대론을 살펴보면 1970년 미국의 음란과 포르노에 관한 국가위원회(National Commission on

Obscenity and Pornography, 일명 존슨위원회)는 독립적인 연구프로젝트를 수행해 음란물 접촉과 성범죄와는 거의 관계가 없다는 사실을 밝혀내고 연방, 주, 지방의 입법이 음란물을 구하려는 성인의 권리에 개입하거나 간섭하지 않아야 한다고 권고한 바 있다. 1967년 덴마크의 쿠친스키(Kutchinsky)는 포르노가 비범죄화된 후 성범죄가 오히려 감소했다는 사실을 밝혀내고 이것은 포르노를 접촉하는 것이 오히려 잠재적 성범죄자들에게 안전판으로 작용할 수 있다고 주장했다.

한편 찬성론의 입장을 보면, 각 국의 조사에서 포르노 잡지의 소비와 강간율의 정비례적인 관계에 있고 포르노에 노출된 사람들이 여성에 대한 성범죄를 유발할 가능성이 많다는 사실이 밝혀졌다고 주장하고 있다. 레이건 행정부의 포르노에 관한 법무장관 위원회 (Attorney General's Commission on Pornography, 일명 미즈위원회)는 성폭력을 묘사하는 포르노에 대한 접촉은 성폭력을 유발한다고 권고하고 있으며, 1973년 데이비스(K. Davis) 등은 포르노의 노출과 성범죄는 강한 상관관계가 있다는 사실을 밝혀낸 적이 있다.

여성에 대한 차별 형식으로서 포르노를 새로운 보호대상에서 제외할 것을 주장하는 메키논 교수는 실험적 연구에서 남성이 포르노에 노출되면 즉각적으로 여성에 대해 공격적인 마음을 증가시키며, 그것은 또한 강간과 연관된다고 주장하고 있다.



IV. 외국의 음란 규제제도

1. 미국

가. 사적소유 금지

미국에서 사이버스페이스의 음란 규제는 음란물에 대한 개념 규정, 아동보호, 그리고 표현의 자유와의 조화를 중심으로 논의돼 왔다. 그 요지는 비록 아동 포르노의 사적 소유는 불법이지만 정부는 모든 음란물의 사적 소유를 금지하거나 처벌할 수는 없다는 것이다. Stanley 대 Georgia 판결에 의하면 음란물의 단순한 사적 소유는 헌법적으로 범죄가 아니다. 개인은 자신의 집에서 무엇을 읽을 것인지 그리고 무엇을 볼 것인지를 결정할 권리가 있다. 마셜(Marshall) 대법관은 “만일 수정헌법 제1조가 의미가 있다면, 그것은 정부는 개인이 자신의 집에 앉아서 어떤 책을 읽든지, 어떤 영화를 보든지 관여할 수 없다는 것”이라고 강조한 바 있다.

비록 Stanley 판결이 정면으로 번복된 바는 없지만 연방대법원은 이를 확대하는 것을 꺼리고 있는 입장이다. 보다 적극적인 판결도 있는데, Osborne 대 Ohio 판결에 의하면 정부는 아동 포르노의 사적 소지를 금하고 처벌할 수 있다. 정부는 아동 보호를 위해서 아동 포르노 시장을 억압하는데 중요한 이익을 가지고 있으며 따라서 심지어 사적 소유도 처벌할 수 있다.

나. 사전 억제

음란물의 사전 억제는 허용될 수 있다. 음란물의 사전 억제는 여러 형태가 있을 수 있다. 전통적 형태인 법원에 의한 표현행위 중지 명령 및 허가제와 같은 사전 억제가 음란을 통제하는 데 유용하게 사용될 수 있다. Paris Adult Theater 판결에 의해 음란물의 전시를 예방하기 위해 법원이 가처분명령을 발하는 것도 허용되고 있다. 헌법적으로 보호되지 않는 음란만이 금지되며 또한 절차적으로 보호 장치가 있기 때문에 사전 억제는 수정헌법 제1조의 위반이 아니다.

또한 영화의 상영을 위해서 허가를 강제할 수도 있다. 그러나 영화의 허가제는 한때 통용되기는 했지만 현재는 거의 사라졌다. 연방대법원은 만일 그러한 허가제가 있다면 절차적으로 강한 보호 장치가 있어야 한다고 판시한 바 있다. Freedman 대 Maryland 판결에 의하면 허가제는 검열의 위험을 제거하기 위해 절차적으로 강한 보호 장치가 있을 때만 허용될 것이며 절차적 보호 장치의 입증 책임은 정부에 있으며, 허가신청에 대한 신속한 결정 및 그 거부에 대한 즉각적인 사법 심사가 존재해야 한

다고 밝혔다.

법원의 명령과 허가제 외에 다른 형태의 사전 억제도 있다. 압수가 대표적인 것이다. 만일 정부가 출판물이나 영상물의 모든 것을 압수한다면, 이는 법원의 금지명령이나 허가제보다도 훨씬 강한 사전 억제책이 될 것이다. 보다 적극적인 사례도 있는데 Alexander 대 United States 판결에 의하면 정부는 음란법 위반으로 유죄가 확정된 사업체의 자산을 압수해 폐기할 수도 있다.

IT로 말미암아 문제가 된 최근의 FCC 대 Pacifica Foundation 판결에 의해 정부는 텔레비전과 라디오에서 불온한 언어의 사용을 금지하고 처벌할 수 있다. 방송매체는 각 가정에 매우 광범위하게 전파되고 일방적이므로 방송을 통해 제공되는 명확하게 공격적이고 불온한 표현은 공익을 위해서뿐만 아니라 방해받지 않고자 하는 프라이버시 권리 보호를 위해서도 규제가 필연적이라고 할 수 있다.

최근에 사이버스페이스와 관련된 매우 중요한 문제는 음란하고 저속한 표현을 금지하는 연방법의 합헌성에 관한 것이다. 궁극적으로 이 문제는 인터넷 역시 방송과 마찬가지로 가정에 침해적이고 아동들이 접근할 수 있기 때문에 Pacifica 판결을 인터넷에도 적용시킬 수 있는가 하는 문제와 직결되고 있다. 다른 한편, 인터넷은 '전화상의 포르노(dial-a-porn)'에 더 유사하고 덜 제약적인 방법이 있기 때문에 어린이 보호를 이유로 인터넷상의 불온한 표현을 금지할 수 없다는 의견도 있다.

다. 입법례

사이버스페이스에서 음란한 표현 및 저속하고 명백히 불쾌한 표현을 규제하기 위하여 통신품위법(Communications Decency Act)이 제정됐다. 하지만 연방지방법원은 "저속하고 명백히 불쾌한 표현"은 규제대상으로 하는 정보의 범위가 불명확하고 헌법상 보장돼 있는 표현의 자유를 침해할 소지가 있으므로 정부에 대하여 통신품위법에 의한 수사, 경고, 기소 등을 업무정지명령으로 대체하도록 결정했다. 그리고 1997년 6월 연방대법원도 대체 결정을 지지했다.

통신품위법은 정보통신서비스제공자에게 면허를 조건으로 영업을 허용하며, 비밀 준수 의무를 부과하고 있다. 그러나 수사기관에 대한 정보제공의 의무는 부과하지 않고 있다. 동시에 정보통신서비스제공자는 자신의 통신설비가 음란정보의 전달에 이용될 경우에는 처벌받을 수 있다고 규정하고 있다. 동법이 연방대법원에 의해 위헌판결을 받자 의회는 인터넷으로부터 청소년을 보호하기 위한 입법을 시도해 온라인아동보호법(Online Child Protection Act)을 제정했다. 하지만 이 법도 1998년 법

원에 의해 예비적 금지명령이 내려졌다.

미국의 사이버스페이스 음란물 규제를 위한 특징적인 법으로는 인터넷 학교 불건전정보 차단법(Internet School Filtering Act)이 있다. 이 법은 인터넷 보조금을 받고 있는 학교와 도서관 등에서 청소년이 음란물 등 불건전한 정보에 접근하는 것을 방지하기 위하여 필터링 소프트웨어의 사용을 의무화하는 법이다.

이와 함께 미국은 표현의 자유도 중시하여 정부에 의한 타율적인 규제보다는 정보제공자와 정보통신서비스제공자의 정보내용등급표시제를 중심으로 자율규제가 이뤄지고 있다. 1999년 미국 내 15개 인터넷관련업체가 인터넷상에 Parent's Protection Page를 만들어 정보통신서비스제공자의 자율에 의한 청소년보호 공동대응의 기틀을 마련함은 물론, 미국과 유럽의 관련업체를 중심으로 인터넷내용등급협회를 결성해 관련업체의 자율에 의한 정보내용등급표시제의 발전을 꾀하고 있으며, 미국적 여건에 적합한 소프트웨어를 개발보급하고 있는 실정이다. 그러나 현재 사이버스페이스에서의 음란물에 대한 법적 규제는 국경이 없다는 점에서 관할권의 문제가 첨예하게 대두되고 있다.

2. 영국

영국은 1959년에 현실 공간상에서 음성기록, 필름, 영상 등의 음란물 공표를 금지할 목적으로 음란물 출판법(Obscene Publication Act)을 제정했다. 사이버스페이스의 문제를 대처하기 위해 1994년 형사사법과 공공질서법(Criminal Justice and Public Order Act)을 제정해 음란물의 개념에 전통적인 매체 외에 컴퓨터를 이용한 자료 전달 매체까지 포함시켰다.

또한 1978년 아동을 소재로 한 음란물을 방지하기 위해 제정된 아동보호법(Protection of Children Act)은 아동의 음란성 기준을 위반하는 광범위한 활동을 규제하고 있다. 현실공간에서 아동을 소재로 한 음란물을 배포할 목적으로 제작, 전시, 소지하는 것을 처벌하고 있을 뿐만 아니라, 인터넷 등 사이버 공간에서 아동을 소재로 한 음란물을 보관, 전송, 제작하는 것을 모두 처벌하고 있다.

최근 컴퓨터 그래픽기술의 발달로 인해서 현존하는 영상을 조작하는 유사음란물이 등장하고 있는데, 이에 대해서 형사사법과 공공질서법은 유사음란물에 관한 규정만을 따로 뒀지만 아동보호법에서는 음란물과 유사음란물에 관한 규정을 통합해 규정하고 있다.

영국의 사이버스페이스 음란물 규제의 특징으로는 1996년부터 영국정부와 경찰의 후원으로 정보통신서비스제공자협회와

런던 인터넷상거래협회의 주관 하에 인터넷 감시재단 (Internet Watch Foundation)이 설립된 것이다. 이 단체는 정보내용등급표시제의 도입을 위한 안전한 인터넷 사업 등을 추진하여 자율규제를 강화하고 있다.

3. 일본

1999년 풍속영업등의규제및업무의적정화등에관한법률(이하 “풍속적정화법”이라 한다)이 시행되기 전 현실공간에서 청소년에게 유해한 음란물을 보여주는 경우에는 현행법상 처벌이 가능했으나, 사이버스페이스를 이용해 음란물을 보여주는 영업에 대해서는 규제할 방법이 없었다. 이를 규제하기 위해서 사이버스페이스를 이용해 음란물을 보여주는 영업에 대한 규제를 신설했다. 이 법에서 영상송신형성풍속특수영업은 인터넷 등 사이버스페이스를 이용해 청소년에게 유해한 음란물을 보여주는 영업으로서 정보통신서비스제공자는 신고제를 의무화하고 광고제한구역에서 광고물 부착이나 전단배포 등을 금지하고, 18세 미만인 청소년을 고객으로 하는 행위를 금지하고 있다. 또한 정보통신서비스제공자가 음란영상을 인지한 경우 당해 영상의 송신을 방지하기 위한 노력의무를 규정하고 있으며 이를 이행하지 않는 경우에는 공안위원회가 우정대신과 협의한 후 경고조치를 취하도록 하고 있다.

또한 일본은 1999년 아동매춘아동포르노에관계되는행위등의 처벌및아동의보호에관한법률(아동매춘·아동포르노처벌법)을 제정해 시행하고 있다. 이 법에 따라 18세 미만의 아동에 대해서 아동매춘 및 아동포르노에 관계되는 행위를 한 자를 처벌할 수 있는 법적 근거를 마련했다. 이 법은 아동포르노의 매체 성격을 사진, 비디오테이프, 기타 물건이라고 정의하고 있어, 현실공간의 아동포르노 관련행위를 처벌할 수 있는 법적 근거를 마련했지만, 사이버스페이스를 이용한 아동포르노의 전송, 게시 등의 행위를 처벌하는 데는 한계가 있어 풍속적정화법에 의해 처벌하고 있다.

이와 함께 90개 이상의 전기통신업자로 구성된 전자네트워크협의회(Electronic Network Consortium)는 인터넷 차단 소프트웨어를 개발, 보급하고 있으며, 1997년 정보통신서비스제공자 윤리강령과 정보이용자 윤리강령을 제정해 시행하고 있다.



V. 우리나라의 음란규제

1. 입법현황

음란물을 사이버스페이스에 게시한 자는 원칙적으로 민법 또는 특별법에 의해 민사상, 형사상의 책임을 진다. 또한 사이버스페이스는 기본적으로 통신매체로서의 성격도 가지고 있으므로 전기통신기본법, 전기통신사업법, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률, 통신비밀보호법 등의 통신법 체계에 속하는 법령에 의하여도 기본적인 규제를 받고 있다.

사이버스페이스 음란물을 규정하고 있는 특별법으로는 정보통신망이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 ‘정보통신망법’이라 한다) 제65조 제1항 제2호, 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제14조, 청소년의 성보호에 관한 법률 제8조 등이다. 이들 법률 중 정보통신망법이 사이버스페이스에 관한 기본적 법률의 성격을 가지고 있다.

핵심포인트

사이버스페이스에서의 음란 관련법

정보통신망이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제65조 제1항 제2호
성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제14조
청소년의 성보호에 관한 법률 제8조 등

정보통신망법 제65조 제1항 제2호는 정보통신망을 통해 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포, 판매, 임대하거나 공연히 전시한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하고 있다.

성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률 제14조는 자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 전화·우편·컴퓨터 기타 통신매체를 통해 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말이나 음향, 글, 도화, 영상 또는 물건을 상대방에게 도달하게 한 자를 1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처하고 있다.

또한 청소년의성보호에관한법률 제8조 제2항은 영리를 목적으로 청소년을 이용 음란물을 판매·대여·배포하거나, 이를 목적으로 소지·운반하거나, 공연히 전시 또는 상영하는 것을 처벌하고 있다. 여기서 청소년 이용 음란물이란 청소년의 수치심을 야기시키는 신체의 전부 또는 일부 등을 노골적으로 노출해 음란한 내용을 표현한 것으로서, 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터 기타 통신매체를 통한 영상 등의 형태로 된 것을 말한다.

■ 과연 이것은 불법인가요(?)

▶양모씨(21세, 대학생)는 창업자금을 벌기 위해 부모님으로부터 500만원을 빌려 미국의 웹 서버 컴퓨터를 임대해 음란사이트를 개설하고, 1년여 동안 150여종의 음란 동영상을 게시해 6,000여 명의 회원으로부터 지금까지 2억 3000만원의 이용료를 받았다. 그는 외국의 웹 서버를 이용하면 국내법의 적용을 받지 않는 것으로 알고 있었다.

명판결 - 양모씨는 사이버 법률에 저촉되는 행위를 했다. 양모씨는 정보통신망을 통해 음란한 부호 문언 음향 화상 또는 영상을 배포 판매 임대하거나 공연히 전시했으므로 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제65조 제1항에 의하여 1년 이하의 징역 또는 1000만원 이하의 벌금형을 받을 수 있다.

▶김모씨(25세, 대학휴학생)는 등록금을 마련하기 위하여 청소년들에게 수신 거부가 되지

않는 다량의 음란 스팸 메일을 1개월간 지속적으로 발송했다.

명판결 - 정보통신부는 스팸 메일 처벌을 강화한 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률시행령을 개정해 영리목적의 광고성 정보를 전송하는 자는 수신거부용 무료전화서비스 등을 당해 정보에 명시해 수신자에게 이를 제공하도록 의무화하고 있다. 김모씨는 이를 위반했으므로 형사 고발될 수 있고 과태료 처분을 받을 수 있다.

▶이모씨(24세, 남성)는 화상채팅으로 만난 여성과 같이 대화를 나누던 중 성적인 대화를 주고받게 되었고, 그것을 계기로 신체의 특정 부위를 보여 줬다. 서로 성인이고 합의 하에 보여준 것이라 해도 법적으로 처벌받을 여지가 있는 것인가.

명판결 - 둘 만의 사이에서 합의 하에 신체의 특정부위를 보여줬다면 음란의 구성요건 중 공연에 해당하지 않지만 인터넷 화상채팅의 경

우 자택의 침실처럼 타인이 엿볼 가능성이 없는 것이 아니라 새로운 기술로 인해 타인도 엿볼 수 있는 가능성이 있으므로 처벌의 대상이 될 수 있다.

▶B, O 양 등의 유명 연예인의 사적인 성생활이 담긴 비디오테이프가 인터넷을 통해 보급됐고, 인터넷의 특성으로 인해 그러한 동영상 이 삽시간에 퍼졌다. 처음부터 올린 사람이 아니라, 이것을 친구들이나 아니면, 모르는 사람들과 공유하기 위해 공유폴더에 올려놓았다면 이것만으로도 음란물 반포 죄가 성립되는가.

명판결 - 형법상의 공연음란죄나 음란물 반포죄는 성립하지 않지만 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 위반으로 처벌의 대상이 될 수 있다. 또한 처음으로 인터넷에 올린 사람뿐만 아니라 이것을 다운받아 모르는 제3자와 공유하기 위해 공유폴더에 올려 놓은 자도 처벌의 대상이 될 수 있다.

청소년보호법 제2조에서 19세 미만의 자를 청소년으로 규정하고 있으므로 아동은 당연히 청소년에 포함되며 아동 포르노는 청소년의성보호에관한법률에 의해 당연히 금지된다.

또한 정보통신부장관은 정보통신서비스사업자에 대해 음란물 취급을 거부·정지 또는 제한하는 명령을 발할 수 있다. 즉 정보통신부는 전기통신기본법 제53조를 개정해 정보통신윤리위원회를 설치하고 이 위원회에서 내용을 사전심의하고 있는데 미풍양속을 해치는 내용, 음란한 내용 등 많은 부분을 심의하고, 정보통신부장관은 위에 해당하는 통신에 대하여는 전기통신사업자로 하여금 그 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있다. 같은 법 제53조의 2, 같은 법 시행령 제16조의4에서는 그러한 불온통신을 억제하기 위해 정보통신윤리위원회가 이에 대한 심의를 할 수 있고 전기통신사업자에 대해 이용자에 대한 경고나 해당 정보의 삭제 등 시정요구를 할 수 있도록 규정하고 있다.

또한 정보통신망법은 제44조에서 ① 정보통신망을 이용해 일반에게 공개를 목적으로 제공된 정보로 인하여 법률상 이익이 침해된 자는 해당 정보를 취급한 정보통신서비스제공자에게 당해 정보의 삭제 또는 반박내용의 게재를 요청할 수 있다. ② 정보통신서비스제공자는 제1항의 규정에 의한 당해 정보의 삭제

등의 요청을 받은 때에는 지체 없이 필요한 조치를 취하고 이를 즉시 신청인에게 통지할 것을 규정하고 있다.

위 법률은 추상적으로나마 인터넷서비스제공자들에게 음란물 내용으로 하는 통신행위를 하지 말아야 할 주의 의무를 부과함과 동시에 음란한 게시물에 대한 통지를 받은 경우 이를 방지할 의무를 부과하고 있다. 다만 그 구체적 내용은 법해석을 통해 정립될 수 있을 것이다.

2. 형법상 음란규제(?)

음란의 개념설정과 기준에 혼란을 주는 몇 가지 요인은 불분명한 보호법익과 음란행위와 음란물의 혼동이 주된 요인으로 작용하고 있다. 공연성을 전제로 한 음란행위는 단순한 성행위까지도 음란성을 인정하게 되는데, 이는 문서나 그림 등에 의한 음란의 표현보다 더 실감이 난다는 점을 반영한 것이라 할 수 있다. 우리나라 형법상 음란규제의 논란은 사이버스페이스의 음란영상과 자료 등을 어떤 범주로 분류할 것인가로부터 시작된다.

형법 제243조는 음란한 문서·도화·필름 기타 물건을 반포, 판매, 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자를 처벌하고

있다. 즉 음란물 관련 범죄의 일반적인 처벌규정이라고 할 수 있다. 그런데 이 규정이 사이버스페이스상의 음란물에도 적용되는가 하는 문제는 상당한 논의를 필요로 한다. 컴퓨터 프로그램은 이 조항에서 규정하고 있는 문서·도화·필름 기타 물건에 해당한다고 볼 수 없으므로 음란한 영상 화면을 수록한 컴퓨터 프로그램 파일을 컴퓨터 통신망을 통해 전송하는 방법으로 판매한 행위는 형법 제243조의 규정을 적용 받지 않는다. 물론 정보통신망법 제 65조와 같은 별도의 법률을 적용할 수는 있을 것이다.

우리 형법은 인간행위를 전제로 한 ‘공연음란죄’와 음란한 물건의 유통을 억제하기 위한 ‘음화반포 및 제조 등의 죄’로 구성돼 있다. 그렇다면 사이버스페이스 상에서의 음란영상이나 전자적인 내용을 과연 행위로 볼 것인지 아니면 물건으로 인정해야 하는지의 결정이 애매모호하다. 실제로 수수료를 받고 음란정보나 음란영상을 전송한 사안에 대해 대법원은 컴퓨터 프로그램 파일은 문서나 도화 필름 기타 물건에 해당한다고 볼 수 없다고 해 ‘음화반포 및 제조 등의 죄’를 적용할 수 없음을 분명히 했다. 즉 대법원은 음란물의 개념을 명확히 유체물에 한정시켜 해석하고 있다.

이 문제에 대한 주목할 만한 일본의 다이얼 Q2 판례는 남녀의 성행위시 유발되는 음란한 음성정보를 녹음해 유료전화망을 통해 제공한 사건에서 녹음기나 테이프 등 음성정보 수록매체를 음란물로 간주하고 행위 자체를 우리 형법의 전시나 상영에 해당하는 진열로 판시한 바 있다.

3. 판례

가. 음란

‘음란한 행위’라 함은 ‘주관적으로 성욕의 흥분 또는 만족 등의 성적 목적이 있어야 성립하는 것이 아니고 그 행위의 음란성에 대한 의미의 인식이 있으면 족하다’는 것이 대법원의 일관된 해석이다. 그로 인해 교야의 ‘나체의 마야’ 사건을 비롯해 소설 ‘반노’와 ‘즐거운 사라’, 연극 ‘미란다’, 소설 ‘내게 거짓말을 해봐’, 연예인 누드집, 영화 ‘사방지’ 포스터 등은 양적으로 많은 부분이 가학 및 피화적인 성행위로서, 주인공이 변태적인 성을 탐닉하는 내용은 왜곡된 성이며, 일반인의 정상적인 정서와 선량한 사회풍속을 해칠 가능성이 있는 것으로 판단돼 음란 판단이 내려졌다.

그러나 오늘날 세계적인 성 표현 자유화 경향의 영향으로 성에 관한 인식이 현저히 변화하고 있고 사이버스페이스의 보편화로 엄격했던 과거의 음란 기준은 성담론의 개방화 추세 또는 성

인의 알 권리의 요구와 함께 점차 완화되고 있는 추세이다.

나. 누드로 나타난 미술선생님

2000년 중학교 미술교사 김모씨는 자신의 인터넷 홈페이지에 자신의 부인과 함께 찍은 전라 사진을 게시했다. 김교사는 2001년 5월 ‘청소년의 성보호에 관한 법률’ 위반 혐의로 긴급 체포됐다. 김교사의 체포를 두고 예술단체들을 중심으로 탄원이 빗발쳤으며 인터넷과 언론에서도 찬반격돌이 이어졌다. 결국 두 번에 걸친 재판 끝에 상업적 목적이 없음을 이유로 무죄가 선고됐다. 이 사건은 사이버스페이스에서의 음란과 표현의 자유의 대립을 단적으로 보여주는 계기가 됐으며 앞으로 사이버스페이스를 제외하고 음란을 언급하는 것은 불가능한 사회가 됐음을 알리는 서막이었다.

다. 사이버음란물의 링크 행위와 형사책임

링크는 인터넷을 상호 연결해 새로운 웹사이트 주소를 검색하지 않고도 직접 다른 웹사이트로 이동할 수 있는 기술적 방법이다. 인터넷은 하이퍼링크, 이미지링크, 그리고 프레임 등을 통해 제3자의 사이트에 쉽게 연결될 수 있다는 점에서 강력한 정보전달 수단이다. 2003년 7월 대법원은 인터넷 홈페이지에 음란물 사이트를 링크만 해봐도 형사처벌 대상이라고 판시한 바 있다. 인터넷 이용자가 마우스 클릭이라는 간단한 방법으로 다른 문서나 웹페이지에 손쉽게 접근할 수 있게 한 것은 음란물을 직접 전시하는 행위와 다를 바 없다고 해석한 것이다. 이런 해석은 링크 기술의 활용과 효과를 극대화하는 초고속정보통신망 제도를 전제로 한 법의 입법 취지에도 합치하는 것이다. 이것은 음란사이트 링크 행위를 위법으로 판단한 대법원의 첫 판례로서 앞으로 귀추가 주목된다.



■ 함께 토론해봅시다

음란사이트 접속차단은 부당(?) - 인터넷 매체 <딴지일보>는 최근 허씨 등 원고 20명을 모아 '메가패스' 서비스 사업자인 KT와 국가를 상대로 1인당 100만원씩의 손해배상 청구 소송을 서울지법 남부지원에 제기했다. 허씨 등은 소장에서 "정보통신윤리위원회가 미풍양속을 해친다는 이유로 KT에 지시해 특정 사이트의 접속을 차단한 것은 언론의 자유나 행복추구권 등을 부정한 것"이라며, "매월 통신망 사용료를 내는 성인들의 음란물 접근을 제한하는 것은 부당하다"고 주장하고 있다. 여러분이라면 미풍양속을 위해 음란사이트 접속을 차단하는 것이 정당화된다고 봅니까?
 청소년 보호위해 기사에 사진 게재도 안돼(?)

- 2000년 김모 교사 누드사건 공개 때 김교사의 처벌을 문제시 삼았던 인터넷 신문 딴지 일보를 상대로 학부모가 강하게 고소를 주장했었다. 그 이유는 전라의 김교사 부부사진을 언론에서 기사를 핑계로 다시 한번 공개했다는 것인데, 이럴 경우 기사를 위해 쓰여진 사진도 처벌의 대상이 되나요?
 누드집 제작과 판매는 법적으로 정당한 것인지(?) - 최근 권민중, 김완선, 이혜영 등 많은 여성 연예인들이 자신의 젊은 시절 아름다운 모습을 남겨놓고 싶다는 이유로 외국에 나가 누드집을 만들어오고 있다. 이것이 단지 개인 앨범으로 남는 것으로 그치는 것이 아니라 시중에 판매되고 있는데, 인터넷에서는 해킹으로 인해 법적 소유권이 없는 음란 사이트 등에서 정식 판매에 앞서 미리 공급을 하고 있다.

이것과 관련해서 우선, 사이버스페이스 문제를 떠나서 여자 연예인들의 이런 움직임이 법적으로 정당한 것인지, 음란 사이트에 대한 법적 제재는 가능한지, 더불어 다음이나 야후·씨네·필 등 많은 수의 회원확보로 믿음(?)이 가는 포털 사이트 등에서도 '누구누구의 누드'라는 식으로 공개가 되는데 이것은 과연 법적 정당성을 가진 것인지, 나아가 누드집에 대한 소유권을 가진 - 연예인 당사자든 소속사 등 - 쪽에서 직접 유료 공개 사이트를 운영하거나, 다른 사이트에 돈을 받고 파는 것은 정당한 것인가. 덧붙여서 자신의 홈페이지에 야한 동영상을 찍어 올리는 것(자신)은 분명히 김모 교사와는 달리 예술성을 목적으로 하는 것이 아니라고 볼 수 있는데, 이런 경우 제재 대상이 될까요?

Ⅵ. 표현의 자유와 사이버스페이스

밀턴은 표현의 자유가 인간의 자유 중에 가장 소중하며, 인간이 양심에 따라 아무런 거리낌 없이 자유로이 사유·발표·토론하는 가운데 진리는 발견된다고 주장했다. 이는 오늘날 학자들이 얘기하는 존 스튜어트 밀의 '사상의 자유시장(marketplace of ideas) 이론'의 원천이 됐으며 미국에서는 밀턴의 '표현의 자유' 사상이 미국 수정헌법 제1조의 철학적인 바탕이 됐다고 할 수 있다.

"진리로 하여금 허위와 투쟁하게 하라. 자유롭고 공개된 싸움에서 당연히 진리가 승리한다." 밀턴이 쓴 '아레오파기티카(Areopagitica)'의 한 구절이다. 제퍼슨식 자유주의(Jeffersonian Liberalism)는 민주주의의 다른 어떤 가치보다도 "사상과 표현의 자유"를 우선시하고 있다. 이처럼 제퍼슨식 자유주의 철학과 가치관을 신봉하는 자들은 사이버스페이스에 대한 최소한의 규제도 반대할 것이다.

그러나 사이버스페이스가 더 이상 추상적·비현실적·기하학적인 공간이 아니라는 점을 감안한다면, 이 사이버스페이스가 곧 현실의 세계로 전이되고 파급된다는 엄연한 현실 앞에서 사이버스페이스의 질서유지는 현실세계의 그것과 똑 같은 고민을 던져주고 있다. 따라서 사이버스페이스의 질서유지를 위한 우리의 노력은 핵심적인 도덕적 가치들을 최대한 지키려는 방향으로

이뤄져야 한다. 그리고 이러한 보편적인 가치들이 어떻게 보존되고 존중되느냐 하는 것은 곧 사이버스페이스에서 우리 행복의 유지와도 직·간접적인 연관을 가지고 있다.

사이버스페이스의 특성으로 인해 음란은 그 전과 비교할 수 없을 정도로 폭발적으로 증가하고 있으나 전통적인 기준과 규제에 의해 음란 및 포르노에 대처하기는 미흡한 것이 실정이다. 그러므로 성 담론화의 세계적 추세에서 어느 정도의 성 개방을 인정해 음란의 범위를 현실에 맞게 축소하고 대신 이를 위반할 경우 불법 수익을 철저히 박탈하고 강력한 경제적 제재를 가하는 등의 강력한 법 집행이 필요한 시점이다. 

