

사이버空間上의 表現의 自由와 그 規制에 관한 研究

2002. 12.

憲法裁判所

憲法裁判所에서는 1989년부터 매년 學術團體 등에 研究
用役을 의뢰하여 憲法裁判制度에 관한 研究를 하여 왔습
니다. 이 책자는 2002년도 研究계획에 의하여 韓國公法學
會로부터 제출받은 研究報告書로서 憲法裁判制度研究에
활용되도록 하고자 발간한 것입니다.

머 리 말

오늘날 정보통신기술의 비약적 발전은 새로운 언론매체의 등장과 그 활용을 가져오고 있다. 특히 인터넷 등 온라인매체의 발달은 사람들의 의사소통과 표현행위에 있어서 지대한 영향을 보여주고 있다. 이러한 매체기술의 발달은 이른바 사이버공간에서의 표현행위의 자유를 신장시키고 있다. 그러나 한편으로는 표현행위로 인하여 침해될 수 있는 다른 법익의 보호를 위하여 적절한 규제와 필요성도 발생된다.

사이버공간상의 표현의 자유의 보장과 그 규제에 관한 문제는 기존의 법리 내지 규제의 모델로 해결될 수 있을 것인지 아니면 새로운 법리나 모델을 요구하는지 하는 것은 선진 각국에서처럼 우리에게도 첨예한 논의의 과제가 되고 있다. 이러한 논의는 법이론상의 고찰에 그치지 않고 우리나라의 헌법재판소에서 관련사건이 제기되어 사법심사상의 실제적인 중요한 문제로 나타나고 있는 것이 지금의 실정이다.

이처럼 법이론적 연구의 필요성 뿐 아니라 현실적인 수요에 부응하기 위하여 헌법재판소의 의뢰로 한국공법학회의 연구자들이 사이버공간상의 표현의 자유와 그 규제에 관한 법적 문제에 대한 중요한 연구를 수행하게 되었다. 사이버공간상의 법적 문제에 관한 논문들이 비교적 최근에 발표되고 있던 하나 이번 연구는 사이버공간상의 표현의 자유에 관한 법적 문제들을 종합적으로 다루고자 하였다.

이번 연구를 수행한 연구자들은 우리나라에서의 법적 문제를 다루기 위하여 주요 선진국들에서의 법제현황, 판례, 연구논문, 자료 등을 조사·분석하였고 우리 법에서의 기존의 문제와 나아가 앞으로 발생할 수 있을 문제들에 대해서도 연구자들간의 토론을 거쳐 다각적인 연구를 수행하고자 하였다. 저희 연구진은 이러한 조사와 논의를 바탕으로 사이버공간상의 표현의 자유와 그 규제의 문제를 체계적으로 분석, 정리하였고 나아가 온라인매체에 관련한 현행 언론법제에서의 헌법적 문제점들을 진단하였으며 헌법재판소에서 그 위헌성여부가 논란이 될 경우에 그 심사를 위한 기준 내지 심사방법에 관한 구체적인 이론이나 방향을 제시하고자 하였다. 따라서 이번 연구는 헌법학연구와 헌법재판실무에도 중요한 기여를 할 수 있으리라 본다.

그동안 우리나라에서 헌법재판의 활성화는 괄목할 만한 것이고 그것에 힘

입어 헌법판례와 헌법이론도 발전해가고 있다. 국민의 신뢰를 더욱더 쌓아가야 하는 헌법재판소의 노력에 부응하여 학계에서도 이론에 머무는 연구가 아니라 실무에 적응하는 연구를 수행하여야 할 의무를 강하게 느끼고 있다. 이번 연구가 부디 헌법재판의 발달에 기여하고 헌법학계의 의무의 일부를 수행하는 보람을 가질 수 있도록 실무에서 많은 활용이 있기를 기대해 본다.

이번 연구를 위하여 지원을 아끼지 않으시고 독려해주신 헌법재판소 운영철 재판소장님, 박용상 사무처장님과 강운원 심판자료국장님, 김하열 헌법연구관님, 그리고 심판자료국의 여러 직원선생님들께 감사의 말씀을 드린다. 이 연구를 위하여 田正煥, 李仁皓, 林智奉, 黃性基 네분 교수님들께서는 여름방학도 잊은 채 연구에 진력하셨고, 2학기 들어서 강의의 바쁜 일정에도 불구하고 여러 차례 연구모임에 임하셔서 활발한 논의를 해주셨으며 집필에 각고의 노력을 기울여 주신 헌신 덕분에 오늘의 연구가 빛을 보게 되었다. 이 자리를 빌어 이 분들께 연구책임자로서 학계를 대신하여 심심한 사의를 표한다.

2002. 10.

共同研究責任者 鄭 在 晃

<목 차>

제1편 연구의 목적, 범위 및 방법	1
I. 연구의 목적	1
II. 문제 상황과 연구의 방향	2
III. 연구의 범위와 내용 및 방법	3
1. 연구의 범위와 내용	3
2. 연구의 방법	4
 제2편 총론	6
제1장 표현 매체의 역사적 발전과 사이버공간의 기술적 구성원리	6
제1절 역사적 발전에 따른 표현매체의 정보환경적 특성	6
1. 音聲言語와 情報流通의 迅速性	6
2. 手記媒體와 情報流通의 擴張	6
3. 印刷媒體와 情報의 大衆化	7
(1) 情報의 大量生産과 大量普及	7
(2) 情報의 信賴性	8
(3) 情報構成의 體系的 構造	9
4. 아날로그 전자매체와 중앙집권적·폐쇄적 커뮤니케이션 구조	9
5. 디지털 전자매체와 분권적·개방적 커뮤니케이션 구조	10
(1) 情報의 디지털화(digitalization)	11
(2) 情報의 映像化(visualization)	11
(3) 情報의 네트워크화(networking)	12
(4) 情報傳達의 相互作用性	13
(5) 情報構成의 聯想的 構造 : 하이퍼텍스트(Hypertext)	13
제2절 인터넷의 기술적 구성원리	14
1. 인터넷의 개념과 현황	14
2. 인터넷의 기술적 구성요소	15
(1) 개요	15
(2) 패킷교환기술	16
(3) 통신규약(protocol)	17
(4) TCP/IP	18
(5) 클라이언트/서버 기술	19
(6) IP 주소와 도메인이름체계(DNS)	20
(7) URL (Uniform Resource Locator)	22
3. 인터넷의 네트워크 구조	22
4. 인터넷에서의 커뮤니케이션 방식	24
(1) 전자우편(e-mail)	25
(2) Usenet	25
(3) 텔넷(Telnet)	26
(4) 파일전송서비스 (FTP: File Transfer Protocol)	26

(5) 고퍼(Gpher)	27
(6) 월드와이드웹(WWW)	28
(7) 개인간 파일공유서비스(P2P)	29
5. 인터넷 관리기구	29
(1) ISOC (Internet Society)	30
(2) IAB (Internet Architecture Board)	30
(3) IETF (Internet Engineering Task Force)	30
(4) 인터넷주소관리기구 : IANA와 ICANN	30
(5) World Wide Web Consortium (W3C)	31
제2장 표현의 자유에 관한 일반이론	32
제1절 표현의 자유의 역사적·철학적 기초	32
1. 인쇄시대 초기의 검열법	32
2. 인쇄개화기와 언론자유 헌법적 수용: 역사적 교훈	33
3. 언론자유 철학적 기초 : 사상의 자유시장론	35
4. 시청각커뮤니케이션의 자유에서의 多元主義	37
(1) 프랑스에서의 언론의 자유에서의 다원주의보장에 관한 이론	37
(2) 多元主義의 성격과 효력(역할) : ‘憲法的 效力의 目標’로서의 다원주의원칙	38
(3) 多元主義의 具現을 위한 制度	40
제2절 헌법 제21조의 보호범위	41
1. 보호표현과 비보호표현의 구분	41
2. 예술표현과 정치적 표현의 보호수준	44
제3절 매체별 언론모델 : 전통적인 3분할 모델	47
1. 인쇄모델 : 탈규제모델	47
(1) 서언	47
(2) 검열금지의 원칙	48
(3) 표현내용에 대한 사후심사의 원칙적 부인	48
(4) 진입장벽의 철폐	49
(5) 편집권제한의 부인	49
(6) 소유제한의 철폐	50
(7) 인쇄모델의 적용영역	50
2. 통신모델 : 중립모델	50
3. 방송모델 : 구조적 규제모델	51
(1) 방송 커뮤니케이션 구조의 특징	51
(2) 진입장벽으로서의 허가제	52
(3) 편집권의 제한	53
(4) 소유 및 경영의 제한	53
(5) 방송내용에 대한 규제의 예외적 허용	54
4. 사이버공간의 적용모델	55
제3장 디지털시대의 정보법질서와 표현의 자유	57
제1절 서언	57
제2절 정보법질서와 정보환경의 상관관계	57

1. 정보는 권력의 원천이자 자유의 조건이다	57
2. 정보법질서와 정보환경의 상관관계	58
제3절 현행 헌법상의 정보법질서의 기본이념	60
제4절 정보기본권들의 상호관계	62
1. 통신비밀의 보장은 언론자유와 전제조건이다.	62
2. 언론의 자유와 인격권은 이념적으로 충돌하지 않는다	65
3. 자유로운 정보유통의 이념과 지적재산권의 헌법적 한계	67
제5절 디지털시대 정보기본권의 재구성	70
1. 인터넷과 언론자유와 보장	70
2. 익명표현의 자유와 보장	73
3. 암호표현의 헌법적 보장	75
4. 개인정보자기결정권의 보장	76
(1) 기본권 생성의 사회적 배경	76
(2) 개인정보자기결정권의 의의와 위상	78
(3) 개인정보자기결정권의 보호범위	79
(4) 개인정보자기결정권의 보호객체: 개인정보의 개념	79
(5) 개인정보자기결정권의 구체적 내용	80
1) 익명거래의 자유	81
2) 정보처리금지청구권과 정보처리의 원칙	81
3) 정보열람 및 정보갱신청구권	82
5. 정보참여권의 효율적 보장	83
제6절 소결	84
제3편 각론	86
제1장 음란 등 불법정보의 규제와 표현의 자유	86
제1절 미국에서의 음란 등 불법정보의 규제와 표현의 자유	86
I. 음란물과 표현의 자유	86
II. 전통적인 표현매체에서의 음란성 판단	86
1. 주요 판례의 분석	86
(1) Roth 판결 - 음란성 판단기준을 제시한 최초의 판결	87
1) 사실관계	87
2) 다수의견의 논점과 추론	87
3) Roth 판결의 의미	88
(2) Memoirs 판결 - 소설의 음란여부	88
1) 사실관계	88
2) 상대적 다수의견의 논점과 추론	89
3) Memoirs 판결이 가지는 의미	89
(3) Miller 판결 - 현재의 음란성 판단 기준	89
1) 사실관계	90
2) 다수의견의 논점과 추론	90
3) Miller 판결의 의미	91

(4) Paris Adult Theatre 판결 - 음란물을 규제하는 州의 이익	92
1) 사실관계	92
2) 다수의견의 논점과 추론	92
3) 반대의견	93
4) Paris Adult Theatre 판결의 의미	93
(5) Jenkins 판결 - “명백히 거슬리는” 하드코어 포르노그래피의 사례	94
1) 사실관계	94
2) 다수의견의 논점과 추론	94
3) Jenkins 판결의 의미	95
2. 음란성 판단에 대한 미국 판례의 변천과 그 경향	95
3. Miller 판결의 음란성 판단기준과 후속판결들에 의한 Miller 판결 기준의 구체화	96
4. 미국 판례법상의 음란성 판단기준이 가지는 한계	99
5. 소결	101
III. 전통적인 음란기준이 사이버공간에도 적용되는가?	102
IV. 아동포르노와 표현의 자유	102
1. 개관	102
2. Aschcroft v. Free Speech Coalition 판결	103
(1) 사실관계	103
(2) 다수의견의 논점과 추론	104
(3) 판결의 의미	106
제2절 독일에서의 음란 등 불법정보의 규제와 표현의 자유	106
I. 형법	106
1. 단순 음란문서(제184조 제1항)	106
2. 절대금지음란문서(제184조 제3항 및 제4항)	108
3. 제184조와 온라인상 음란문서에의 적용	108
II. 질서위반법	109
제3절 프랑스에서의 음란 등 불법정보의 규제와 표현의 자유	110
I. 논의대상 : 인터넷사용과 아동보호	110
1. 불법정보의 범위	110
2. 규제입법의 개관	110
II. 포르노적 불법정보에 대한 규제	110
1. 보호되어야 할 영역	110
2. 포르노적인 성격의 표현물의 접근가능성에 대한 규제	111
(1) 프랑스 형법 제227-24조에 의한 처벌 - 개관	111
(2) 처벌요건	111
1) 포르노적인 것의 개념	111
2) 메시지(message)의 개념	112
3) 수단	112
4) 처벌대상행위	112
5) 보여지거나 수령될 수 있는 상태일 것(고의 내지 주의결여)	112
6) 처벌요건(가벌성인정기준)에 관한 판례	113

(3) 법인에 대한 형사책임	114
3. 미성년이 출연하는 포르노적 표현물에 대한 규제	114
(1) 포르노적 성격의 미성년 이미지·표현물의 유포에 대한 처벌 : 프랑스 형법 제227-23조	114
(2) 처벌대상행위의 객체	116
1) 이미지 또는 묘사(표현)	116
2) 이른바 가상적 미성년 포르노 문제	116
3) 포르노적 이미지 : 아동포르노의 개념	116
(3) 처벌대상행위	117
(4) 고의성요건	118
(5) 처벌대상행위의 장소 및 인적 범위	118
1) 처벌의 인적, 장소적 범위의 확대	118
2) 법인에 대한 적용	119
(6) 통신사업자에 대한 책임문제	119
(7) 민사책임 : 손해배상책임 등	119
4. 불법정보의 유통 등의 행위에 대한 부가형	119
Ⅲ. 폭력적 성격, 인간존엄침해적 성격 등의 표현물에 대한 규제	119
1. 폭력적 성격의, 인간존엄성의 침해 성격의 표현물 - 형법 제227-24조	119
2. 인종적 증오 등의 유발행위에 대한 언론·출판법의 처벌 규정	120
Ⅳ. 인터넷사업자의 책임 문제	120
1. 문제제기	120
2. 인터넷정보유제공자와 인터넷접속서비스업자의 정보작성자 등의 신원확인자료보관의무	121
3. 인터넷정보편집자의 공지의무	121
4. 인터넷정보보유제공자에 대한 민·형사상 책임	122
5. 자율적 규제	123
제4절 우리 나라에서의 음란 등 불법정보의 규제와 표현의 자유	124
Ⅰ. 음란 등 불법정보의 규제에 관한 현행 법제의 내용	124
1. 형법상의 음란물죄	124
2. 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률상의 정보통신망이용음란죄	125
3. 성폭력범죄의처벌및피해자보호에관한법률상의 통신매체이용음란죄	127
4. 청소년의성보호에관한법률상의 청소년이용음란물죄	127
5. 전기통신사업법상의 불온통신규제제도	129
(1) 불온통신에 대한 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령제도	129
(2) 불온통신에 대한 정보통신윤리위원회의 심의 및 시정요구제도	132
Ⅱ. 음란 등 불법정보의 규제에 관한 현행 법제 및 판례의 문제점	135
1. 정보통신망이용음란죄에 대한 헌법적 분석	135
(1) 매체의 특성과 음란성 판단기준	135
(2) 오프라인에서의 음란성 판단기준에 관한 법원의 입장	136
1) 마야판결	136
2) 반노판결	136

3) 반노판결 이후 즐거운사라판결 이전	137
4) 즐거운사라판결	137
5) 산타페판결	138
6) 이후의 판결	139
7) 매체의 특성과 음란물의 범위	139
(3) 오프라인에서의 음란성 판단기준에 관한 헌법재판소의 입장	140
(4) 사이버공간에서의 음란성 판단기준	141
(5) 정보통신망이용음란죄의 문제점	142
2. 청소년이용음란물죄에 대한 헌법적 분석	142
(1) 청소년이용음란물의 의미	142
(2) 청소년이용음란물에 대한 형사적 제재의 헌법적 문제점	143
3. 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령제도에 대한 헌법적 분석	145
(1) 불온통신 위헌결정의 의의와 문제점	145
1) 위헌결정의 의의	145
2) 위헌결정의 문제점	146
(2) 입법예고안 제53조의 내용	147
(3) 개정 전기통신사업법 제53조의 내용	148
(4) 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령제도의 헌법적 문제점	149
4. 정보통신윤리위원회의 심의 및 시정요구제도에 대한 헌법적 분석	153
(1) 정보통신윤리위원회 및 시정요구권한의 법적 성격	153
(2) 정보통신윤리위원회의 심의 및 시정요구제도의 헌법적 문제점	157
제2장 청소년유해정보의 규제와 표현의 자유	159
제1절 미국에서의 청소년유해정보의 규제와 표현의 자유	159
I. 통신품위법(CDA) 위헌판결	159
1. CDA의 입법배경 및 내용	159
2. ACLU v. Reno판결	160
3. Reno v. ACLU판결	162
II. COPA(CDA II) - American Civil Liberties Union v. Reno판결	163
1. 사실관계	163
2. 다수의견의 논점과 추론	164
3. 판결의 의미	165
III. 공공도서관 차단소프트웨어 설치 위헌판결	165
1. 사건의 개요	165
2. 판결의 요지	166
IV. 청소년인터넷보호법(CIPA)상의 차단소프트웨어 설치의무조항 위헌판결	167
1. 사건의 개요와 심판대상	167
2. 법원에 의한 사실판단	168
(1) 개요	168
(2) 인터넷과 월드와이드웹	169
(3) “공개색인가능 웹”과 “숨은 웹”의 규모·성장률·변경속도	170
(4) 인터넷상의 노골적인 성표현물의 양적 규모	171

(5) 차단소프트웨어의 과다차단(overblocking)과 과소차단(underblocking)의 문제	172
3. 본안 판단의 요지	173
V. 폭력게임물 규제조례에 대한 집행금지가처분 결정	175
1. 사건의 개요	175
2. 판시내용	177
제2절 독일에서의 청소년유해정보의 규제와 표현의 자유	183
Ⅰ. 서설	183
Ⅱ. 형법	184
Ⅲ. 청소년보호법	184
1. 서설	184
2. 공중이용장소에서의 청소년보호	185
3. 영화 및 게임프로그램의 연령표시	186
4. 청소년유해매체목록의 등록제도	186
5. 연령등급 및 제공자표시의 고시제도	189
6. 청소년보호를 위한 광고제한	190
Ⅳ. 청소년미디어보호국가조약	190
1. 서설	190
2. 허용되지 않은 제공물	191
3. 발달침해적인 제공물에 대한 텔레미디어제공자의 의무	193
4. 광고와 텔레쇼핑에서 청소년보호	193
5. 청소년보호담당자제도	194
6. 텔레미디어제공자의 표시의무	194
7. 청소년미디어보호위원회	195
8. 텔레미디어에서 청소년보호를 위한 주의 관청	195
9. 자율규제기구	195
10. 텔레미디어제공자에 대한 감독	196
11. 텔레미디어제공자의 정보제공의무	196
V. 미디어서비스 국가조약(MDStV)	197
1. 미디어서비스의 개념	197
2. 허용되지 않은 미디어서비스	197
3. 청소년보호를 위한 광고제한	197
4. 감독관청의 폐쇄 및 금지명령권	198
(1) 폐쇄 혹은 금지조치의 수범인	199
(2) 폐쇄와 금지의 실질적 조건	199
(3) 외부 제공물의 폐쇄	199
(4) 외부 제공물의 폐쇄 조건	200
제3절 프랑스에서의 청소년유해정보의 규제와 표현의 자유	200
Ⅰ. 개관	200
Ⅱ. 視聽覺高等評議會에 의한 규제	200
1. 시청각고등평의회의 임무	200
2. 시청각고등평의회의 감시, 금지, 중단 등의 조치	200

Ⅲ. ‘성범죄예방 및 처벌과 미성년보호에 관한 법률’에 의한 규제	201
1. 규제대상	201
(1) 규제대상에 대한 定義	201
(2) 행정입법에 의한 구체화	202
2. 규제방법	202
(1) 제시, 교부, 임대, 판매 등의 금지	202
(2) 광고의 금지	202
(3) 병과	202
(4) 포르노적인 영화, 폭력조장 영화를 재생하는 매체물에 대한 규제	202
1) 필요적 금지	203
2) 광고금지조치	203
3) 해제요구	203
(5) 표시의무	203
3. 규제위원회	204
(1) 조직	204
1) 구성	204
2) 위원장과 위원	204
3) 임기	204
(2) 운영	205
(3) 권한	205
4. 처벌 및 몰수에 관한 규정	205
5. 법인에 대한 처벌	205
Ⅳ. 필터링 등에 관한 법제 - 인터넷접속서비스업자의 접속제한에 관한 의무	206
제4절 우리 나라에서의 청소년유해정보의 규제와 표현의 자유	206
Ⅰ. 청소년보호를 위한 표현물 규제시스템의 헌법적 의미	206
1. 청소년보호의 헌법적 의미	206
2. 청소년보호를 위한 표현물 규제시스템의 기본요소	208
(1) 청소년보호를 위한 표현물 규제시스템과 표현의 자유	208
(2) 불법표현물과 청소년유해표현물의 구분	209
(3) 성인/청소년의 차별적 접근통제	210
1) 청소년연령확인 의무	211
2) 표시의무, 포장의무, 구분 및 격리의무	212
3. 청소년보호를 위한 표현물 규제시스템의 헌법적 한계	213
(1) 청소년/부모/국가의 3면관계의 고려 - 부모의 교육·양육권의 고려	213
(2) 과잉금지의 원칙	214
(3) 명확성의 원칙	214
(4) 매체특성론	214
Ⅱ. 청소년유해정보의 규제에 관한 현행 법제의 내용	215
1. 개관	215
2. 청소년보호법상의 청소년유해매체물제도	217
3. 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률상의 청소년유해매체물의 전자적 표시제도	

4. 음반·비디오물및게임물에관한법률상의 음란물차단프로그램의 설치의무제도	221
5. 온라인게임에 대한 사전심의 및 사전등급분류제도	222
Ⅲ. 청소년유해정보의 규제에 관한 현행 법제 및 판례의 문제점	223
1. 청소년유해매체물의 전자적 표시제도에 관한 헌법적 분석	223
(1) 청소년유해매체물제도와 청소년유해매체물의 전자적 표시제도의 관계	223
1) 청소년유해매체물제도의 의미 및 청소년보호법상의 표시의무제도	223
2) 청소년유해매체물제도와 청소년유해매체물의 전자적 표시제도의 관계	225
(2) 인터넷 내용등급제와 청소년유해매체물의 전자적 표시제도의 관계	226
1) 인터넷 내용등급제의 내용 및 의미	226
2) 자율등급시스템	227
3) 등급시스템을 반대하는 입장	232
4) 인터넷 내용등급제와 청소년유해매체물의 전자적 표시제도의 관계	233
(3) 현행 청소년유해매체물의 전자적 표시제도에 관한 헌법적 분석	234
1) 과잉금지의 원칙 위반 여부	234
2) 위임입법의 한계 위반 여부	235
3) 특정한 기술이나 특정한 전자적 표시방법을 국가가 강제할 수 있는가?	237
2. 음란물차단프로그램의 설치의무제도에 관한 헌법적 분석	239
3. 온라인게임에 대한 사전심의 및 사전등급분류제도의 문제점	241
(1) 청소년보호와 사전제한과의 논리적 관련성	241
(2) 온라인게임에 대한 사전등급분류제도 적용의 법적 근거의 문제점	241
(3) 온라인게임에 대한 이용불가결정제도와 등급분류보류결정제도의 문제점	242
제3장 사이버공간에서의 명예보호와 표현의 자유	244
제1절 미국에서의 명예보호와 사업자의 책임	244
제2절 독일에서의 명예보호 법제의 내용	245
Ⅰ. 서설	245
Ⅱ. 형법상 개인의 명예보호	246
1. 모욕죄(형법 제185조)	246
2. 사실적시에 의한 명예훼손(형법 제186조)	247
3. 허위사실적시에 의한 명예훼손(형법 제187조)	247
4. 연방대통령의 모독 등	247
Ⅲ. 미디어서비스 국가조약상의 반론권	248
1. 반론청구인	249
2. 반론평청구인	250
3. 반론의 반포	251
4. 반론에 대한 응답	251
5. 제척기간	251
6. 민사소송법의 준용	251
Ⅳ. 명예훼손과 특별법상 인터넷서비스관련자의 책임	251
1. 서설	251
2. 내용제공자	252

3. 접속중계자	252
4. 서비스제공자	254
1) 적극적인 인지	255
2) 기술적인 조치가능성과 기대가능성	255
5. 접속중계자와 서비스제공자의 정보차단의무	256
6. 이용자	257
V. 유포된 내용에 대한 책임자의 표시제도	258
제3절 프랑스에서의 명예보호 법제의 내용	258
I. 개관	258
1. 프랑스의 관련 법제의 개관	259
2. 인터넷 등에 의한 표현행위예의 적용	259
3. 개념	259
II. 명예훼손과 모욕의 성립요건	259
1. 행위유형	259
2. 피해자	260
(1) 피해자의 식별(동일성 확인), 개인성 문제	260
(2) 자연인과 법인	260
3. 행위자	260
4. 내용 및 내용의 구체성	260
5. 계속중인 재판과 명예훼손	261
6. 훼손의 결과	261
7. 고의의 요건	261
8. 모욕행위의 성립요건	262
III. 특수한 경우	262
1. 국가원수, 외국원수, 외교사절 등에 대한 명예훼손	262
2. 死者의 기억에 대한 명예훼손의 문제	263
IV. 형사책임과 공소 등	263
1. 면책	263
(1) 명예훼손죄에 대한 면책	263
1) 議會에 관한 면책(immunité parlementaire)	263
2) 司法的 면책(immunité judiciaire)	264
(2) 모욕죄에 있어서의 면책	264
2. 가중처벌의 경우 : 인종 등과 관련한 명예훼손에 대한 가중처벌	264
3. 인터넷 사업자의 책임문제	264
4. 공소가능기간	264
V. 反論權	265
1. 개념	265
2. 적용영역	266
3. 주체	266
4. 이유(les motifs) - 청구의 전제	266
5. 반론권행사의 요건과 방법	266

(1) 청구	267
1) 제척기간	267
2) 청구방식	267
3) 청구내용	267
(2) 보존의무	267
(3) 반론보도	267
1) 응답기간	267
2) 반론내용과 방식, 비용 등	267
(4) 권리구제	268
제4절 우리 나라에서의 명예보호와 표현의 자유	268
Ⅰ. 명예훼손의 규제에 관한 현행 법제의 내용	268
1. 형법상의 명예훼손죄	268
2. 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률상의 사이버 명예훼손죄	269
3. 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률상의 정보통신서비스제공자에 대한 삭제청구권 및 반박문게시청구권제도	270
Ⅱ. 명예훼손의 규제에 관한 현행 법제 및 판례의 문제점	270
1. 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률상의 사이버 명예훼손죄에 관한 헌법적 분석	271
(1) 매체의 특성과 명예훼손의 법리	271
(2) 온라인매체와 명예훼손의 법리	273
(3) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률상의 사이버 명예훼손죄의 헌법적 문제점	274
2. 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률상의 정보통신서비스제공자에 대한 삭제청구권 및 반박문게시청구권제도에 관한 헌법적 분석	275
(1) 인터넷사업자의 법적 책임의 의미	275
(2) 우리나라에 있어서의 인터넷사업자의 법적 책임에 관한 입법례	276
(3) 우리나라에 있어서의 인터넷사업자의 법적 책임에 관한 판례	276
1) 대법원 1998. 2. 13. 선고 97다37210판결	276
2) 수원지방법원 1999. 8. 20. 선고 98고단6633, 10456(병합)판결	277
3) 서울지방법원 1999. 12. 3. 선고 98가합111554판결	279
(4) 정보통신서비스제공자에 대한 삭제청구권 및 반박문게시청구권제도의 문제점	280
제4장 스팸메일규제와 광고표현의 자유	283
제1절 미국에서의 스팸메일규제와 표현의 자유	283
Ⅰ. 상업적 표현에 대한 판례의 태도	283
1. CENTRAL HUDSON GAS & ELECTRIC CORP. v. PUBLIC SERVICE COMMISSION 판결	283
(1) 사실관계	283
(2) 판결이유와 판시사항	283
2. POSADAS DE PUERTO RICO ASSOCIATES v. TOURISM CO. OF PUERTO RICO판결	284
(1) 사실관계	284

(2) 판결이유와 판시사항	285
3. FLORIDA BAR v. WENT FOR IT, INC.판결	286
(1) 사실관계	286
(2) 판결이유 및 판시사항	286
4. 종합적 평가	286
II. 스팸메일 규제입법	287
1. 연방법률	287
(1) 원치않은 상업성 전자우편법(Unsolicited Commercial Electronic Act of 2001)	287
(2) 전자우편 프라이버시법(Inbox Privacy Act of 1999)	288
(3) 스팸메일금지법(Can Spam Act of 1999)	288
(4) 소결	289
2. 주법	289
3. 관련판례	290
(1) Cyber Promotion Inc. v. American Online Inc.판결	290
1) 사실관계	290
2) 판시사항과 판결이유	290
3) 판결의 의미	290
(2) CompuServe Inc. v. Cyber Promotion판결	291
1) 사실관계	291
2) 판시사항 및 판결이유	291
3) 판결의 의미	291
제2절 유럽연합(EU)의 스팸메일규제	291
제3절 일본의 스팸메일규제	293
제4절 프랑스의 스팸메일규제	294
제5절 우리 나라의 스팸메일의 규제와 광고표현의 자유	295
I. 현행 법제의 내용	295
II. 스팸메일의 규제에 대한 현행 법제 및 판례의 문제점	299
1. 스팸메일에 대한 규제방식	299
2. 스팸메일과 광고표현의 자유	300
3. 스팸메일 규제방식에 대한 헌법적 평가 및 현행 법제의 문제점	301
제5장 인터넷방송에 대한 규제의 법리	303
I. 인터넷방송의 규제에 대한 현행 법제의 내용	303
1. 인터넷방송사업자의 정보보관의무제도	303
2. 유사방송에 대한 방송위원회의 사후심의제도	304
II. 인터넷방송의 규제에 대한 현행 법제 및 판례의 문제점	305
1. 인터넷방송에 대한 규제시스템의 본질적 문제	305
2. 인터넷방송사업자의 정보보관의무제도의 헌법적 분석	306
3. 유사방송에 대한 방송위원회의 사후심의제도의 헌법적 분석	307
<참고문헌>	309

제1편 연구의 목적, 범위 및 방법

I. 연구의 목적

과학기술, 특히 정보통신기술의 발달은 인간의 의사 표현과 정보 교환을 가능하게 하는 언론매체에도 지대한 영향을 미쳤는데, 인터넷 등 온라인 매체도 바로 그러한 산물이라고 할 수 있다. 그런데 온라인 매체를 통하여 구축되는 이른바 사이버공간에서 표현의 자유가 어떻게 보장되어야 할 것인지의 문제가 최근 새롭게 조명되고 있다. 이 문제의 본질적인 부분은 종래의 법이론으로 충분할 것인가 아니면 새로운 패러다임을 요구한다고 볼 것인가 하는 문제서부터 제기될 수 있다.

역사적으로 보더라도 표현의 자유의 보장 문제에는 표현의 자유에 대한 규제를 어떻게 엄격히 한정하여야 할 것인가 하는 문제와 연관되어 있기도 하였다. 그런데 오늘날 나날이 발달되고 있는 정보통신기술로 인해 인터넷 등 온라인 매체상의 법적 문제의 유형도 달리 나타날 수 있으며 이에 관한 규제의 필요성 문제도 다른 양상을 보여줄 수 있다. 사이버공간에서 어느 사람의 표현 행위가 다른 사람들의 권리를 제약 또는 침해하여 그 규제 내지 조절이 필요한 경우에, 표현의 자유에 관한 기존의 법리 내지 규제 모델로 과연 이를 해결할 수 있을 것인가의 문제가 선진 각국을 비롯하여 우리 나라에서도 첨예하게 논란이 되고 있다. 사실 온라인 매체가 과학기술 발달의 결과로서 표현의 자유를 보다 확대하여 보장하는데 기여하는 수단으로 자리잡고 있다고 보면서도, 반면에 규제의 필요성이 나타난다면 사이버공간에서 표현의 자유의 한계가 어떠하며 그 표현의 자유를 최대한 보장하기 위하여 과연 그 규제의 폭을 어느 정도로 허용하여야 할 것인가 하는 보다 거시적인 문제도 제기될 수 있을 것이다. 이는 표현 매체의 변화에 따른 표현 행위의 행태변화에 대한 고찰을 전제적으로 요하고 그러한 고찰 등을 바탕으로 기본 원칙의 설정 등에 대한 보다 근본적인 논의가 이루어질 것을 요구하는 것이라고 할 수 있다.

한편 인터넷 등 사이버공간에서의 법적 문제는 이론상의 문제들로 그치는 것이 아니라 실제로 헌법재판사건으로 실무에서 그 해결을 요청 받는 구체적 문제들로 등장될 수 있다. 근래에 우리 헌법재판소는 인터넷과 관련한 사건들에 대하여 판결을 내린 바 있고, 그 외에도 인터넷 등 온라인 매체를 통한 표현의 자유와 관련된 사건들이 헌법재판 등으로 제기되어 위헌 심사와 관련하여 실제적인 문제로 나타나고 있는 실정이고, 앞으로도 소송 사건으로 나타날 것이다. 본 연구 과제가 한국공법학회에 의뢰되었던 중요한 동기도 바로 이러한 실무상의 필요성 때문에 있기도 하였다고 볼 것이다. 본 연구는 이처럼 실무적인 문제들에 대한 필요성에 응하는 현실 문제를 다루어야 하는 것이기도 하다.

이러한 실무상의 문제해결 요구는 구체적인 법리의 구성을 요한다는 의미를 가지기도 한다. 그러나 구체적인 현실적 문제도 구체적 타당성의 고려도 있어야 하겠지만, 보다 근본적인 기본권의 법리에 비추어 분석되어야 할 것이다.

따라서 사이버공간상의 표현의 자유와 그 규제의 법적 문제를 기본적인 법리에서부터 출발하여 체계적으로 분석, 정리하고, 나아가서 온라인 매체와 관련된 현행 언론 법제에 헌법적 문제점은 없는지를 중요한 문제들을 두고 구체적으로 살펴보아야 할 것이다.

그리고 헌법재판소에서 어느 법령이나 공권력 작용에 대한 위헌성 여부가 논란이 되어 그 심사를 담당할 경우에 그 심사 기준 내지 심사 방법과 관련하여 구체적인 방향이나 기준을 제시할 필요가 있다.

II. 문제 상황과 연구의 방향

사이버공간상의 표현의 자유에 관한 연구에 있어서 그 주제가 자리잡고 있는 상황을 먼저 짚어 볼 필요가 있는데, 이는 그 문제 상황의 특수성을 고려하여야 할 것을 의미하는 것이기도 하다. 여하튼 아래에서 이러한 문제 상황이나 특수성을 고려하여 그 연구의 방향을 설정함이 필요할 것이다.

첫째, 사이버공간에서는 인터넷 등 통신 기술의 발달에 힘입어 의사 소통이 이루어진다는 점에서 그 기술적 변화가 법제에 영향을 미치기도 한다. 바로 이 때문에 그 법제에 대한 이해도 경우에 따라서는 기술적인 이해를 필요로 하기도 한다.

둘째, 사이버공간상의 표현의 자유에 관한 구체적인 문제들은 사실상 개별 법분과에서 보다 구체적으로 다루어지기도 한다. 예를 들어 사이버공간의 매체들에 대한 행정법적 규제는 행정법 이론에 의해, 명예훼손과 같은 불법행위의 문제에는 민법 이론에 의해, 그리고 그 처벌의 문제들에 대해서는 형법의 이론들이 적용되기도 한다.

헌법 규범이 다른 개별 법분과에서 보다 구체화되는 영역들이 있다. 이들 영역들에서는 헌법 이론이 개별 법이론과 연관되고 있다.¹⁾ 여하튼 행정법이 헌법의 구체화법이라고 하고 있듯이 헌법 규범이 다른 법분과에서 구체화되고 관련성을 맺고 있다.

사실 개별 기본권들에서 다루는 대상들이 기존에 분류되고 있는 개별 법분과들에서 다루어지기도 한다. 예컨대 재산권의 보장에 대해서는 민법에서, 근로자의 권리 보장의 문제는 노동법에서, 직업의 자유 내지 경제적 자유의 문제 또한 상사법에서, 신체의 자유의 문제는 형사법에서 보다 구체적으로 다루어지고 있다.²⁾ 이러한 연관성은 특히 전문적인 법영역에 있어서의 여러 법분과들간의 學際的 이해의 요구를 의미하기도 한다고 볼 것이다.³⁾

위에서 언급한 대로 개별 기본권들에 관한 법리가 개별 법분과에서 보다 구체적으로 다루어진다고 한다면 별도의 기본권론이라는 연구 분과가 필요할 것인가 하는 ‘기본권론’의 正體性(?) 문제가 제기될 수 있을 것이다. 그러나 기본권은 체계적인 이해가 필요하다는 견해가 일반적이다. 각 개별 법이 기본권의 보장에 관련하고 있다고 하더라도 그 개별 법의 연구로 기본권에 관한 전반적인 시각을 반드시 가지게 되는 것은 아닐 것이라는 지적도 있다.⁴⁾ 개별 법의 연구와 더불어 기본권전반을 관류하는 기본 원리와 기본 시각을 정립할 필요가 있고 이는 기본권론이 담당하여야 할 것이다.⁵⁾

1) 물론 헌법 외의 다른 법분과들 간에서도 연관성이 있을 수 있다.

2) 프랑스의 자크 로베르(Jacques Robert)교수는 기본권론이 여러 법분과와 관련되고 있음을 상징적으로 표현하여, 기본권론을 ‘科學의 交叉路’(Science-carrefour)라고 부르고 있다. J. Robert(avec la collaboration de J. Duffar), *Droits de l'Homme et Libertés fondamentales*, 6^e éd., Montchrestien, Paris, 1996, p.6.

3) 기본권론에 있어서의 학제적 성격에 대한 지적으로, J.-J. Israel, *Droit des libertés fondamentales*, L.G.D.J., Paris, 1998, p.8 이하 참조.

4) L. Richer, *Les Droits d'Homme et du Citoyen*, Economica, Paris, 1982, p.1 참조.

5) 인권의 문제가 1789년 인권선언을 전후하여 오래도록 논의되어 온 역사를 가진 프랑스의 경우기본권론은 주로 ‘公的 自由權’(libertés publiques)이란 명칭으로 별도로 다루어지고 있다. 이는 헌법만이 기본권과 관련되는 것이 아니라 여러 법분과들, 특히 공법 분과들에 관련이 많기에 별도의 분과로 독립되어 있기도 하다. 그런데 프랑스에서 기본권론 내지 공적 자유권의 강의가 대학에서 자리잡은 것이 그리 오래되지 않는다. 그러나 오늘날 필수과목으로 자리잡고 있다. 즉 1954년 이전에는 ‘일반공법론’이라는 제목으로 선택 과목이었다가 1954년의 교과목 개혁 이래로 공법 분야를 전공으로 하는 학생들에게는 필수과목으로 바뀌었으며 1962년부터 ‘公的 自由權’은 법학사과정 3년차에 있는 학생들에게 필수과목으로 이수하도록 바뀌었다. 이처럼 점차 그 위상이 강화되어 오늘날 공적 자유권론은 법학사의 자격을 갖기 위한 필수이수 과목이다. 이는 기본권 이론이 그 독자적 존립의

개별 법이 기본권에 관한 규정을 두는 것은 헌법의 기본권을 더욱 잘 보장하기 위한 그 구체적 실현을 위한 것이다. 따라서 별도의 기본권론이 하나의 분과를 이루어 다루어진다고 하여 개별법의 영역을 부정하는 것이 아닐 뿐만 아니라 기본권론이 개별 법영역의 도움을 받아 그 이론도 포함하여 기본권보장의 문제를 살피는 것을 막는 것도 아니다. 이처럼 개별 법분야는 헌법의 근거 하에 보다 기본권을 충실히 하고 그 현실적 보장을 담보하는 구체적 방법들을 마련하는 중요한 역할을 하여야 한다는 점에서 앞으로 개별 법의 기본권 관련 이론도 보다 구체적 법이론으로서 더욱 발달되어야 할 것이다. 기본권론과 개별 법분과의 이론이 서로 相補的 關係를 형성하도록 하여야 할 것이다.⁶⁾

사회적, 경제적, 기술적 변화에 따라 기존의 개별 법분과에서 그 대상으로 하지 않았던 영역의 기본권들이 나타날 수도 있는데 그리하여 이 영역의 기본권들은 어느 개별 법분과에 포함하여 다루기 곤란하다면 기본권론에서 다루어야 할 것이라는 지적도 있다.⁷⁾ 바로 인터넷과 같은 새로운 언론 매체에 의한 표현의 자유도 그러한 영역들 중의 하나라고 볼 수도 있을 것이다.

요컨대 다른 법분과의 이론들의 학제적 도움을 받으면서 기본 원리와 기본 시각을 정립하는 헌법의 기본권론 이론이 기초를 이루고 일관성 있게 관류하는 중심을 잡은 역할을 하는 가운데의 연구 수행이 이루어질 필요가 있을 것이다.

셋째, 권리 구제의 실효성까지 논의되는 연구가 요구된다고 할 것이다. 예를 들어 위헌적인 사이버공간상의 통신 행위가 이미 공개되고 유포된 뒤에 과연 위헌 판결이 권리 구제의 실효성을 가지는 것인지 하는 문제 등도 논의가 되어야 하지 않을까 한다. 또한 부작위의 상태가 위헌이라고 판단하였을 때 적극적인 작위로(처분으로) 나아가도록 강제할 필요가 있을 것이다.⁸⁾ 이를 위한 제도 마련까지 가능한 논의를 할 필요가 있을 것이다.

III. 연구의 범위와 내용 및 방법

1. 연구의 범위와 내용

먼저 총론적 연구로서 사이버공간의 기술적 원리들에 대해 살펴보게 된다. 이는 II.에서 본대로 기술적 측면에 대한 이해의 필요 때문이기도 하다. 이러한 기술적 원리에 관한 문제에 대해서는 아날로그 체제에서 디지털 체제로의 변화, 인터넷의 구성원리 등을 중심 대상으로 하여 살펴보게 된다.

총론적 연구의 또 다른 문제로 중요한 것은 표현의 자유에 관한 기존의 이론들을 다시 검토하는 것이다. 언론 자유의 역사적·철학적 기초 이론에서 출발하여 우리 헌법 제21조의 보

필요성을 가진다는 것을 의미하기도 한다. 기본권론의 正體性에 문제에 대해서는 정재황, 「기본권 연구 I」, 길안사 1999, 22면 이하 참조.

6) 이러한 이론적인 상보 관계의 문제는 법학 교육에 있어서도 논의될 문제이기도 하다. 이러한 법학 교육에서의 기본권론의 교육 문제에 대하여, 즉 타 법분야와의 관련 등, 법학에서 기본권을 어떻게 교육할 것인가 하는 문제 등에 대해서는, 정재황, “헌법학교육의 방법론 - 무엇을 어떻게 교육할 것인가? -”, 연세대학교 법학연구소 주최 세미나, 법학방법론 - 법과대학에서 무엇을 어떻게 가르칠 것인가?, 「법학연구」, 연세대학교 법학연구소, 제12권 제2호[통권 제15호], 2002.6., 3면 이하 참조.

7) 비슷한 입장에서 기본권론의 독자성을 인정해야 한다는 견해로, J. Morange, *Droits de l'homme et Libertés publiques*, 4^e éd., P.U.F., Paris, 1997, p.17 등 참조.

8) 예를 들어 이러한 문제에 대한 논의로, 정재황, 「헌법재판개론」, 박영사, 2001, 843면 참조.

호 범위 문제, 매체별 규제 모델 등에 대해 살펴보려고 한다.

각론의 문제로는 음란 등 불법 정보의 규제 문제를 두고 외국의 입법례 및 판례들에 대해 살펴보고, 음란 등 불법 정보의 규제에 관한 우리 나라의 현행 법제의 내용 즉, 형법상의 음란물죄, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률상의 정보통신망이용음란죄, 청소년의 성보호에관한법률상의 청소년이용음란물죄 등에 대해 살펴보고, 전기통신사업법상의 불온통신규제제도로서 불온 통신에 대한 정보통신부장관의 취급 거부·정지·제한명령제도의 위헌성 여부, 불온 통신에 대한 정보통신윤리위원회의 심의권한 및 시정요구권한의 헌법적 문제점 등에 대해 논의해 보고자 한다.

또 다른 각론의 중요한 문제로 청소년 보호를 위한 청소년유해정보의 규제 문제를 분석해 보고자 하는데, 외국의 입법례를 보고 청소년유해정보의 규제에 관한 우리 현행 법제의 내용 및 문제점, 즉 청소년 보호를 위한 표현물 규제 시스템의 문제점, 특히 청소년보호법상의 청소년유해매체물제도에 있어서 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률상의 전자적 표시제도 등에 대해 검토해 보고자 한다.

또 다른 각론의 문제로 익명 표현의 자유에 대한 제한과 한계의 문제를 살펴보고, 사이버 공간에서의 명예 보호와 표현의 자유의 문제에 대해 외국의 입법례를 보고 명예훼손의 규제와 그 구제에 관한 우리 나라의 현행 법제의 내용 및 문제점들을 검토하고자 한다.

그 외에 광고 표현과 스팸메일규제에 관한 문제라든지 인터넷방송에 대한 규제 문제 등에 대해서도 고찰하고자 한다.

이상의 각론의 문제들은 오늘날 정보현대사회에서 사이버공간상의 표현의 자유와 그 규제에 관한 문제들을 비교적 망라하는 것들이라고 본다.

그동안 인터넷 내지 사이버공간상의 문제들에 대하여 적지 않은 연구들이 우리 나라에서도 발표되곤 있지만 이러한 여러 문제들을 다루는 본 연구는 총괄적인 연구로서의 소임을 하고자 한다.

끝으로 논의된 분석과 방안들을 종합적으로 정리하고 전반적인 결론을 요약하고자 한다.

2. 연구의 방법

본 연구는 일단 먼저 문헌분석적 작업을 시작으로 하되 우리의 실무상의 문제점들을 먼저 거론하는 토의 내지 검토에서부터 출발하였다. 그러한 검토에서 걸러진 문제점들을 중심으로 외국의 예들을 참조하였고 우리의 현행 법제들이 가질 수 있는 헌법적 문제점들을 검토하고 그 대안을 모색하고자 하였다.

본 연구는 법해석적 검토뿐만 아니라 법이론적 검토도 하고자 하였다. 예컨대 사이버공간상의 표현의 자유의 일반적 내지 기초적 원리 등 총론의 문제에 대해서는 법해석적 검토뿐 아니라 법이론적인 검토도 행하고자 하였다. 나아가 필요한 영역에서는 그리고 가능한 범위 내에서 법정책학적 고찰도 병행하고자 하였다.

인터넷 등의 활용을 통한 표현 행위의 자유에 관련되는 문제점들을 두고 판단한 판례들에 대한 분석이 필수적임은 두말할 나위가 없을 것이다. 다른 기본권들에서도 그러하겠지만 표현의 자유의 보장과 규제에 있어서 여러 법익들간에 어떻게 조절이 이루어질 수 있는지에 대한 구체적 사례가 판례를 통해 나타나게 되고 그 이전에 보장과 규제의 기본적인 판례법리가 무엇인지를 파악함이 필요하다. 본 연구에서는 헌법재판소의 결정례들 뿐 아니라 대법원 및 각급 법원의 판례들에 대해서도 관련성이 있는 범위에서 살펴보려고 하였다.

위의 II.에서 문제 상황을 보면서 사이버공간에서의 표현의 문제는 그 학제적 연구가 필

요함을 인식하고 헌법 외의 다른 법분야에서의 이론에 대한 고찰도 가능한 한 아울러 이루어질 수 있도록 시각을 넓히고 다른 법분야의 연구성과를 참조하고자 한다. 이러한 참조는 앞서 언급한 대로 헌법과 기본권의 근본적 원리와 기본시각에 비추어 체계적인 관점에서 이루어지게 된다.

본 연구는 사이버공간이 인터넷 등의 정보 기술에 힘입어 구축된다는 점에서 기술적 측면을 고려하는 연구를 가능한 한 할애하고자 한다. 총론에서 사이버공간의 기술적 원리를 살펴봄에 있어서 이러한 측면이 많이 고려되었다고 하겠다.

본 연구에서는 비교법적인 연구도 수행하였다. 이러한 비교법적 연구는 시각의 다양화와 개선 방안의 모색에 있어서 기초자료를 제공받기 위함임은 물론이다. 그 비교대상 국가들은 미국, 독일, 프랑스 등이었다. 이러한 선택은 인터넷의 활용도와 法系 등을 고려한 것이기도 하였다. 외국의 단순한 평면적인 비교에 그치지 않도록 노력하였다. 우리 나라의 실정에 비추어 외국법에서의 참조에 한계를 두어야 할 것이다. 그러면서도 아직 우리의 법제에서 문제되지 않은 사항들이라도 앞으로 우리에게 다가올 수 있는 문제나 법리에 대해서도 넓게 외국의 예를 살펴보기도 하였다. 또한 어느 부분에서는 우리의 법제와 차이가 있는 측면이 있더라도 그 해당 외국의 법제를 전반적으로 이해할 수 있게 표현의 자유와 관련되는 중요 법리들을 개관하기도 하였다. 외국법의 참조에 있어서는 실정법의 해석과 이론을 먼저 보고 가능하다면 관련 판례들을 고찰하고자 하였다.

연구보고서의 작성은 위와 같은 방법으로 분석, 조사, 토의 등을 거친 뒤 개별주제별로 나누어 각 연구자별로 분담하여 집중적인 집필로 초안을 마련하도록 하였고 그 초안을 두고 여러 차례의 중간검토를 거쳤으며 중간검토에서 논의된 바를 다시 연구자들의 상호 논의와 토의를 거쳐 종합적인 의견을 반영하고 정리한 뒤 집필하는 과정으로 이루어졌다.

제2편 총론

제1장 표현 매체의 역사적 발전과 사이버공간의 기술적 구성원리

제1절 역사적 발전에 따른 표현매체의 정보환경적 특성

100만년의 인류역사에 걸쳐 발전해 온 정보전달을 위한 커뮤니케이션 매체들을 대별하면, 말(speech), 글(writing), 인쇄(print), 그리고 전자매체(electronic media)의 넷으로 나누어지고, 전자매체는 다시 아날로그(analog) 전자매체에서 디지털(digital) 전자매체로 발전하고 있다. 아래에서는 이들 각 매체가 지닌 속성의 차이 및 그 차이가 사회 내 커뮤니케이션 환경구조를 어떻게 변화시키는지에 대해 간략히 살핀다.

1. 音聲言語와 情報流通의 迅速性

인류의 100만년 역사상 인간 특유의 음성 커뮤니케이션, 즉 언어가 나타나기 시작한 것은 10만년 전의 일이다.⁹⁾ 인간은 언어를 갖기 시작하면서 왜, 언제, 어느 정도, 무엇을, 어떻게 등과 같은 생각을 하고 이들 정보를 전달할 수 있게 되었다.

문자 사용 이전의 口傳社會에서는 그 사회의 규모가 아주 작았을 뿐만 아니라 커뮤니케이션 수단은 전적으로 말에 의존하였기 때문에 집단 내 중요한 정보는 아주 빠르게 구성원들 사이에 교환될 수 있었다. 따라서 의도적인 정보통제는 사실상 거의 불가능하였다. 그리고 신속한 정보유통은 집단적 관심을 촉진시키고 개별적 관심을 드러내는 행위를 억제시켰으며, 설령 갈등이 발생하는 경우에도 신속한 의사소통의 결과 용이하게 해소될 수 있었다. 그러나 많은 양의 자료를 저장하거나 기억하는 것은 어려운 일이었다. 일단 정보가 기억 속에 저장되면, 그것을 타인에게 정확히 전달하는 것은 대단한 노력을 필요로 하는 일이었다. 따라서 정보의 저장과 전달과정에 全 文化的 努力을 기울이는 상황에서 그 과정에 어떤 변화를 일으키고자 하는 시도는 기대될 수도 없었으며 오히려 그러한 행위는 철저히 금기시되었다. 한편 말이 지니는 정보전달의 한계로 인해 다른 사회와의 접촉은 사실상 불가능하였으며, 따라서 內部者와 外部者의 구분은 분명하게 그어져 있었다.

2. 手記媒體와 情報流通의 擴張

언어가 생긴 이후 그것을 기록이 가능한 언어로 나타내게 된 것은 그로부터 9만년 이상이 걸렸다. 즉 文字의 발명은 불과 5-6천년 전에 이루어졌다. 실로 문자의 발명은 새로운 문명을 탄생시켰다.¹⁰⁾ 문자의 발명으로 과거 기억력에만 의존하던 커뮤니케이션에서 벗어났으며, 음성이 들리는 거리에서만 가능하던 커뮤니케이션에서 벗어나 먼 거리에까지 정보전달이 가능하게 되었다. 그리하여 얼굴을 맞대지 않고도 자신의 생각이나 느낌을 교환할 수 있게 된 것이다. 그 결과 사회의 규모는 확대될 수 있었지만, 사회 내 중요한 정보를 주고 받는 속도는 떨어졌다. 手記는 시간을 소요하였으며, 그리고 문서의 전달은 운송양식에 의존하였다.

9) 이러한 음성언어는 오랜 기간을 두고 생성·성장·소멸을 거듭해오면서, 지금까지 생겨났다가 없어진 死語는 4,000개에 달하며, 현재까지 사용되고 있는 活語는 3,500개 정도로 추산되고 있다. 이상철, 『언론발달사』, 일지사, 1992, 179면.

10) 이상철, 위의 책(각주 1), 184면.

정보저장의 면에 있어서 글은 기억에 비해 보다 많은 용량을 제공해 주었다. 그러나 수기매체 또한 여전히 중요한 문제를 안고 있었다. 수기되어지는 정보는 기억되어야 하는 것에 비해 대체로 그 양이 늘어났으며, 손으로 수기하는 것은 거의 항상 실수가 있게 마련이었다. 그러므로 수기는 실제로는 기억을 완벽하게 하고 말을 통한 정보전달을 용이하게 하기 위한 여러 가지 도구들을 가지고 있었던 구전사회에 비해 보다 더 부정확한 사본을 만들어 내었다.¹¹⁾ 따라서 수기된 정보는 그다지 믿을만한 것이 못되었으며, 책이 필사되면 될수록 그 신뢰성은 더욱 약화되어 갔다.¹²⁾ 이는 마치 소문이 입을 통해 퍼져나갈 때 마지막으로 들은 사람의 정보내용과 처음에 말한 사람의 정보내용이 정반대가 되는 정보왜곡현상과 유사한 것이었다. 이러한 조건 속에서 진보의 관념이 생겨나는 것을 기대하기란 어려운 일이었다.

3. 印刷媒體와 情報의 大衆化

7세기 말에 중국에서 최초의 목판인쇄가 발명되고 11세기 중엽(1041- 1048년)에 동활자가 발명되었으며, 1241년에 고려에서 세계 최초의 금속활자가 발명되었다. 그러나 그것의 사용은 보편화되지 못하였다. 1446년에 한글이 발명되었으나 인쇄는 한글이 아닌 한자에 국한되는 등 금속활자의 활용은 극히 저조하였고 일반화되지 못하였다.

한편, 서구에서는 1456년 구텐베르크(Gutenberg)가 마인쯔(Mainz)에서 보다 편리한 활판인쇄(typography)를 이용하여 성경을 인쇄하기 시작하면서부터 인쇄기술이 전 유럽에 보급되어 그 사용이 보편화되었다. 서구에서 구텐베르크의 인쇄발명과 근대 입헌민주국가의 성립 사이의 300여 년의 기간 동안에 형성된 새로운 커뮤니케이션 환경은 이전의 수기시대의 그것과는 완전히 다른 것이었다. 18세기 후반의 시민들은 15세기초의 사람들과 비교할 때, 정보를 얻고 생산하며 전달함에 있어서 실로 엄청난 혜택을 향유하였다. 이는 전적으로 수기매체와 인쇄매체의 특성상의 차이에 연유하는 것이다. 그리고 그러한 특성상의 차이는 사회 내 커뮤니케이션 양식을 현저하게 변화시켰다. 인쇄시대에 있어서 변화된 커뮤니케이션 양식의 특징을 살펴보면 다음과 같다.

(1) 情報의 大量生産과 大量普及

유럽에서 활판인쇄의 발명 이후 가장 두드러진 변화는 책의 생산량과 입수가능성의 폭발적인 증대였다. 인쇄는 역사상 최초의 大衆媒體였던 것이다. 유럽의 경우 1500년 이전에 인쇄된 책은 1200만 내지 2000만 권이었으며, 16세기에는 1억 5000만 내지 2억만 권이 인쇄되었던 것으로 추산되고 있다.¹³⁾ 한편, Hirsh에 따르면, 15세기에는 4만의 타이틀에 책의 총수는 약 1000만 권, 16세기 중엽에는 15만 타이틀에 6000만 권 이상의 책이 인쇄된 것으로 추산된다.¹⁴⁾ Clapham은 이 같은 인쇄된 책의 대량생산을 이전의 필경사들에 의한 책

11) Eric Havelock, *Preface to Plato*, Cambridge, Mass.: Harv. Univ. P., 1963; Jonathan Spence, *The Memory Palace of Matteo Ricci*, New York: Viking, 1984; Frances Yates, *The Art of Memory*, London: Routledge and Kegan Paul, 1966.

12) Hay, "Fiat Lux", in: *Printing and the Mind of Man* (J. Carter & P. Muir eds., 1967), p. xix.

13) L. Febvre & H. Martin, *The Coming of the Book*, London: NLB, 1976, p.262.

14) Rudolph Hirsch, "Printing and the Spread of Humanism: The Example of Albrecht Von Eyb", in: *The Printed Word*, ed. Rudolph Hirsch, London: Variorum Reprints, 1978, p.25.

의 생산량과 비교하여 이렇게 말하고 있다. “콘스탄티노플(동로마제국)이 멸망한 해인 1453년에 태어난 사람이 50년이 지난해에 자기 인생을 돌아보면 그 기간동안 약 800만 권의 책이 인쇄되었음을 알 수 있을 것이다. 이것은 아마도 A.D. 330년에 콘스탄티누스 대제가 그 도시를 세운 이후 전 유럽의 필경사들이 생산해 낸 책의 양보다 더 많은 것이다.”¹⁵⁾

책을 출판하는 인쇄소는 15세기말까지 유럽에 약 1천 개가 생겨났으며, 연간 4만권 이상의 책을 출판하였다.¹⁶⁾ 이전에는 필경사 1인이 1년에 2권을 필사하는 정도였으나, 인쇄로는 그 초기에도 하루에 1권의 인쇄가 가능하였다.¹⁷⁾ 그리고 책의 출판비용도 과거와는 비교가 되지 않을 정도였다. 예컨대, 1470년경 프랑스에서 성경 1권을 인쇄하는 비용은 필사비용에 비해 15분의 1도 되지 않았다.¹⁸⁾

이 같은 책의 대량생산과 비용하락은 정보에의 접근(access to information)을 크게 향상시켰다. 예컨대, 도서관은 그 규모 면에서 급속히 신장되었다.¹⁹⁾ 15세기 영국의 케임브리지에 있는 도서관의 소장도서는 500권에 불과하였지만, 1550년경에는 개인이 500권의 장서를 소장하는 것이 드문 일이 아니었다.²⁰⁾ 이러한 책의 대량생산과 대량보급, 그리고 문자해독율의 증대로 인해 종래 소수의 특권계층에서만 유통되던 지식과 정보를 일반대중도 쉽게 접근할 수 있게 되었다.

(2) 情報의 信賴性

이용가능한 책의 급격한 증대에 더하여, 인쇄는 정보이용자들에게 통일되고 표준화된 사본을 제공해 주었다. 이것은 대단히 의미 있는 변화였다. 이전의 수기시대에는 하나의 원본에 수많은 사본이 있었으며, 그 사본들은 모두 동일하지 않았다. 그리하여 원저자가 쓴 것이 어떤 것인지를 정확히 확인하는 것은 거의 불가능하였다.²¹⁾ 그러나 인쇄는 음성언어나 수기매체와 같은 불확실한 전통적 커뮤니케이션 형태를 안정적이고 확실하며 지속적인 커뮤니케이션 형태로 대체시켰다. 역사상 처음으로 독자들은 자신들이 똑같은 텍스트를 읽고 있으며, 자신들이 읽고 있는 것이 정확히 동일한 저자에 의하여 쓰여진 것임을 확인할 수 있었다. 그 결과, 인쇄된 말은 수기시대에는 불가능하였던 높은 수준의 권위와 신뢰성을 획득하였다.

그리고 수기시대에는 필사과정에서의 실수나 의식적인 왜곡으로 인해 책의 최신판보다는 구판이, 그것도 오래되면 오래될수록 더욱 높은 신뢰와 권위를 인정받았다. 이러한 조건의 정보환경에 있어서는 어떤 텍스트가 미치는 사회적·정치적 영향력이란 미약할 수밖에 없었다. 왜냐하면, 그 텍스트의 출처의 眞正性(authenticity)에 대해 항상 의심이 있었기 때문이다.²²⁾ 이에 반해, 인쇄는 동일한 수천 개의 사본을 유통시킴으로써 이러한 문제를 해결하

15) Clapham, "Printing", in: *A History of Technology: From the Renaissance to the Industrial Revolution*, C. Singer, E. Holmyard, A. Hall & T. Williams eds, 1957, p.377.

16) 차하순, 『역사의 이해』, 탐구당, 1987, 124면.

17) 원우현, 『현대미디어이론』, 나남출판, 1988, 134면. 인쇄속도는 1456년 동활자가 1795년에 금속활자(metal press)로 바뀌고, 1800년에는 동력활자(power press)로 바뀌었으며, 1811년에는 윤전기(rotary press)로 바뀌면서 점차 빨라지게 되었다.

18) 원우현, 위의 책(각주 9), 135면.

19) S. H. Steinberg, *Five Hundred Years of Printing*, Baltimore: Penguin Books, 1959, p.185.

20) L. Febvre & H. Martin, op. cit., p.263.

21) Ithiel de Sola Pool, *Technologies of Freedom*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, p.213; Ithiel de Sola Pool/원우현(역), 『자유언론의 테크놀로지』, 전예원, 1985, 282면.

22) M. T. Clanchy, *From Memory to Written Record*, Cambridge, Mass.: Harvard University

었는데, 책의 텍스트에 信賴性을 안겨줌으로써 인쇄된 말의 힘과 영향력이 발휘될 수 있도록 해주었으며 아울러 책의 저자에게는 새로운 사회적 위상을 안겨 주었다.²³⁾ 이는 또한, 새로운 정보는 낡은 정보에 비해 개선된 것이며, 진보는 개선과 개정의 과정을 거쳐 이루어질 수 있는 것이라는 신념을 촉진시키는 데에 기여하였다. 다시 말해서, 인쇄는 사회를 과거의 안정된 기반 위에서 한 단계 한 단계씩 발전시켜 나갈 수 있다는 믿음을 심어주었던 것이다.²⁴⁾

(3) 情報構成의 體系的 構造

인쇄된 책은 필사된 책에 비해 정보량과 정보의 신뢰성을 현저히 증대시켰을 뿐만 아니라 이용하기에도 훨씬 편리하였다. 필사된 책과는 달리, 인쇄된 책은 색인이 작성되었고 페이지가 매겨졌으며 또한 표제지(a title page)가 삽입되었다. 그리고 철자(spelling)는 점차 표준화되어 갔다. 또한 인쇄된 문장은 자기완결적이고, 가시적이며, 신뢰할 만한 것이었다. 이 같은 정보구성의 양식은 독자들에게 공통된 인용의 기준을 제공해 주었다. 인쇄된 책의 새로운 속성들은 독자들의 사유를 ‘체계의 정신’(esprit de systeme)으로 재구성하는데 기여하였다.²⁵⁾

한편 수기된 책과 인쇄된 책은 일정한 물리적 표면 위에 비슷한 상징을 사용하기 때문에 그 知覺的 訴求力이 동일하고 따라서 독자의 인지태도에 동일한 영향과 효과를 미칠 것이라고 단순하게 생각하기 쉽다. 그러나 인쇄 이전 시대의 수기된 책은 개인이 혼자서 조용히 눈으로 보기보다는 여러 사람이 집단적으로 소리내어 읽고 귀로 듣는 매체였다는 점에 유의할 필요가 있다. 인쇄발명 이후에야 비로소 책을 읽는다는 것은 소리 없는 혼자만의 행위가 되었다. 이러한 인쇄매체의 특성은 近代法秩序의 형성에 대단히 중요한 의미를 지니는 것이었다. 즉 인쇄된 문장은 수기와는 달리 종이 위의 말과 관련해서 새로운 사유습관을 촉진시킬 수 있었으며, 또한 고래의 관습, 구전되어 오는 전통 그리고 법을 “인간의 가슴속에 각인되어 있는” 그 어떤 무엇으로 바라보는 중세의 시각 등에 더 이상 관심을 집중시키지 않도록 촉구하였다.²⁶⁾

그리하여 인쇄는 보통 최초의 “大衆”媒體(mass medium)로 인정되고 있지만, 식자층의 확대와 새로운 읽는 습관은 동시에 그것을 최초의 효율적인 “個人”媒體(individual medium)가 되게 하였다. 여러 가지 점에서 인쇄는 이전의 수기사회에서는 불가능했던 개인에 대한 관심을 촉발시켰다.

Press, 1979, pp.208-14.

23) M. Ethan Katsh, "The First Amendment and Technological Change: The New Media Have a Message," 57 *Geo. Wash. L. Rev.* 1459, 1463(1989).

24) 16, 17세기에 일어난 새로운 과학적 지식의 증대는 당시 인쇄업자들이 의욕적으로 구판을 계속해서 개정하고 거기에 새로운 자료와 정보를 추가시켜 나갔던 사실에 부분적으로 기인하는 것이라는 점은 흔히 지적되고 있는 바이다. 16세기에 백과사전이 수많은 판을 거듭하면서 새로운 정보를 추가시켜 나갔던 사실과 인쇄업자들의 새로운 정보수집방법에 대해서는 Elizabeth Eisenstein, *The Printing Press as an Agent for Change*, New York: Cambridge University Press, 1979, pp.109-110 참조.

25) Ibid., pp.105-106.

26) G. Strauss, *Law, Resistance and the State: The Opposition to Roman Law in Reformation Germany*, 1986, p.39.

4. 아날로그 전자매체와 중앙집권적·폐쇄적 커뮤니케이션 구조

1844년 모르스(Morse)가 최초로 전신 메시지를 보내는데 성공한 이후, 1876년 벨(Bell)이 최초로 전선을 통해 인간의 목소리를 멀리까지 전달하였다. 이어 1920년 미국의 KDKA 라디오 방송국이 그해의 대통령선거 결과를 최초로 라디오로 방송하였으며, 1939년 마침내 텔레비전 전파가 뉴욕시에서 130마일 떨어진 웨넥타디까지 전송하는데 성공함으로써 1942년 최초의 상업 TV방송이 개시되었다.²⁷⁾ 이후 여러 다양한 유·무선의 미디어가 생겨났다.

이렇게 인간이 역사상 최초로 電子的으로 커뮤니케이션을 할 수 있게 됨으로써 비로소 커뮤니케이션과 교통이 상호 분리되기 시작하였다. 이러한 텔레커뮤니케이션(telecommunication)은 이전의 운송수단에 의존했던 커뮤니케이션의 물리적 한계를 역사상 처음으로 극복하게 해주었다. 텔레커뮤니케이션이 인간문화와 정치, 경제 그리고 사회영역에 미친 영향과 효과는 결코 과소평가될 수 없음은 분명하다. 특히 20세기 초반에 보급되기 시작한 TV나 영화와 같은 영상매체는 종래 인쇄매체 중심의 커뮤니케이션 환경에 커다란 변화를 가져옴으로써 인쇄를 중심으로 한 近代法秩序의 패러다임이 변화되는 과정에 있어서 그 단초를 제공하였다고 하겠다.

그러나 아날로그 전자매체는 정보신호가 아날로그(analogue) 방식, 즉 시간에 따라 연속적으로 전압과 전류를 변화시켜서 음성과 영상을 송신하는 방식이기 때문에 정보의 저장, 처리 및 전달에 일정한 한계를 지니고 있다. 특히 지금까지 아날로그방식의 라디오와 텔레비전은 그 속성상 중앙화된 수직적이고 폐쇄적인 커뮤니케이션 환경을 낳았으며 그 결과 근대의 “매스”(mass) 패러다임의 부정적인 측면을 더욱 심화시켰다고 해도 과언이 아니다. 그리하여 이들 언론매체에 대하여 사회적 책임이론이 강조되고, 법의 영역에서도 언론매체의 접근권 내지 반론권이나 시청자의 권리 등의 요구가 생겨나게 된 것은 바로 아날로그 전자매체가 지닌 특성에 기인하는 것이다. 요컨대, 아날로그 전자매체로서는 정보유통채널의 부족과 정보병목현상을 극복할 수 없으며 또한 수용자측에 정보통제권을 부여할 수도 없기 때문에 “매스” 패러다임의 근본적 변화는 기대할 수 없다고 하겠다. 이러한 변화는 바로 다음에서 살피는 디지털 전자매체의 성숙을 기다려야 했다.

판단컨대, 아날로그 전자매체 시대와 디지털 전자매체 시대의 초기는 “매스” 패러다임과 近代法秩序의 패러다임이 근본적으로 변화되는 과정에 있어서 요구되는 「조정기간」이라고 생각된다. 이러한 조정기간은 인쇄발명 이후 근대시민사회와 近代法秩序가 생성되기까지 300여 년에 걸친 조정기간이 소요되었다는 역사적 사실로 미루어 볼 때 어찌면 불가피한 것이라고 하겠다. 다만 앞으로의 조정기간은 이전보다 길지는 않을 것이다.

5. 디지털 전자매체와 분권적·개방적 커뮤니케이션 구조

20세기 중반 이후에 일어난 디지털 情報革命은 실로 500여 년 전의 인쇄발명에 맞먹는 변화이다. 이 혁명은 지금까지의 매스미디어 혁명을 거꾸로 뒤집어놓을 정도로 정보를 주고받는 방식을 급진적으로 변화시키고 있다. 지금까지 매스미디어를 중심으로 한 커뮤니케이션 환경이 「中央化된 垂直的・閉鎖的 構造」를 특징으로 하고 있다면, 21세기 情報社會의 커뮤니케이션 환경은 「分權化된 水平的・開放的 構造」를 그 특징으로 할 것으로 전망된다. 이러한 변화는 컴퓨터와 통신기술의 발전 및 양자의 융합에 따른 다음과 같은 몇 가지 기술적

27) 원우현, 『현대미디어이론』, 나남, 1991, 142-149면.

및 정보환경적 특성에 바탕하고 있다.

(1) 情報의 디지털화(digitalization)

디지털화란 0과 1의 연산체계, 즉 비트(bit)로 정보를 부호화하는 것을 가리킨다. 다시 말해서, 디지털화란 글자나 그림의 실제의 모습을 수많은 부분들로 분해하여 각 부분에 수적인 값을 할당하는 과정을 말한다. 문자, 소리, 그림, 동화상 등 모든 정보는 아날로그 방식이 아닌 정보의 DNA라 할 수 있는 비트로 저장되고 전달될 수 있다.²⁸⁾ 예컨대, 그림은 총체적인 단일의 이미지로 다루어지는 것이 아니라 수천 내지는 수백만의 작은 점(dot)들로 다루어지고, 각 점들은 숫자에 의해 확인되어질 뿐이다. 그리고 이렇게 값이 매겨진 숫자는 전기적 신호로 바뀌어 전달되고 이를 전달받은 단말기에서는 그 반대의 과정이 이루어져 마침내 모니터상에 수많은 점들로 이루어진 그림의 상이 재현되게 된다.

情報가 디지털화된다는 것은 정보의 재생능력이 무한히 확대되며, 빛의 속도로 전달될 수 있다는 것을 의미한다. 따라서 전세계 누구나 원할 경우 시간과 공간의 제약을 거의 받지 않고 정보에 접근하는 것이 가능해지게 된다.²⁹⁾ 그리고 디지털방식은 정보를 완벽하게 복제할 수 있다.³⁰⁾ 또한 디지털방식은 정보를 능동적으로 처리하고 조작할 수 있게 한다. 예컨대, 사용자는 직접적으로 텍스트, 소리, 이미지 등을 자유롭게 재생하고 전진과 후진, 증폭, 에러수정, 요약, 축약, 암호화 등을 자유롭게 할 수 있다. 아날로그 커뮤니케이션은 기껏해야 녹음된 대로 재생될 수 있을 뿐이다.³¹⁾

또한 디지털방식은 기본적으로 컴퓨터기술이다. 그리고 모든 기술에 컴퓨터기술의 응용이 필수적으로 도입됨에 따라 컴퓨터에 접속되는 情報處理 및 傳達樣式을 취하기 위해서 모든 정보는 디지털신호로 통일되어 갈 것으로 전망되고 있다. 즉, 신문, TV 프로그램, 영화, 전화송수신, 컴퓨터자료, 은행거래나 쇼핑 등의 상업적 서비스 그리고 기타 모든 형태의 정보 및 커뮤니케이션은 모두 단일의 형식, 즉 디지털 비트로 통합될 것이다. 바로 이 점이 모든 미디어의 통합을 가능하게 하는 기술적 요인인 것이다.³²⁾ 미디어의 통합은 이미 시작되고 있다.

(2) 情報의 映像化(visualization)

모든 정보가 디지털화되고 미디어간의 통합이 이루어짐에 따라 텍스트, 음성, 음향, 그림, 동화상, 기호 등 지각적 소구력이 각기 다른 情報形態들이 스크린을 통해 영상화된 정보전달형태로 전환해가고 있다. 이러한 변화는 지금까지의 텍스트 중심의 사유습관에 중대한 변화를 가져다주는 사건이라고 하겠다.

컴퓨터도 초기에는 인쇄에 비해 훨씬 더 텍스트 중심적이었다. 그러나 컴퓨터의 성능이 더욱 강력해지고 컴퓨터 네트워크간의 전송속도가 증가하면서 커뮤니케이션과 표현을 위한

28) Nicholas Negroponte/백육인(역), 상계서, 13면.

29) 산업사회가 「자원의 회소성」에 기반을 두에 따라 물질적 자원의 속성에 따른 「통제」에 기초한 권력의 계층구조를 탄생시켰다고 한다면, 디지털혁명은 이러한 계층구조를 제거할 수 있는 기술적 가능성을 열어 주고 있다고 하겠다. 박재창(편), 『정보사회와 정치과정』, 비봉출판사, 1993, 107면.

30) Nicholas Negroponte/백육인(역), 전계서, 16면.

31) W. Russell Neuman/전석호(역), 전계서, 106면.

32) “비트는 손쉽게 혼합된다. 비트는 뒤섞여 함께 사용되거나 독립적으로 사용된다. 오디오, 비디오를 포함한 데이터의 혼합을 멀티미디어(multimedia)라 부른다. 대단히 복잡한 것처럼 들리지만 사실은 비트를 섞어 놓은 것에 불과하다.” Nicholas Negroponte/백육인(역), 전계서, 19면.

그래픽 기능도 함께 확장되었다. 물론 기존의 TV는 사람들에게 보다 더 시각적인 자료를 볼 수 있는 기회를 제공해 주기는 했으나 그 자료를 가지고 작업을 할 수 있게 해 주지는 못했다. 이제 컴퓨터라는 새로운 매체는 폭넓은 상호작용적 그래픽 도구를 제공해 주며, 이들 그래픽 도구를 사용하여 정보와의 상호작용을 하는 일을 조장한다. 그리하여 개인, 집단, 기관 모두에게 있어서 이들 그래픽 도구는 설득, 설명, 표시, 특징 묘사 그리고 기타 커뮤니케이션 과정의 다른 목적들을 위한 새로운 시각적 선택대안들을 제공해주고 있다. 이제 디지털매체의 역동성은 애니메이션화된 다차원의 모형, 복잡한 것을 시각적으로 보고 이해할 수 있는 새로운 기회, 그리고 새로운 방식의 행위패턴과 정보패턴 및 새로운 관계설정을 가능하게 하고 있는 것이다.

(3) 情報의 네트워크화(networking)

사이버공간(cyberspace)³³⁾, 즉 컴퓨터 온라인의 세계는 빠른 속도로 보다 더 인간이 거주하기에 적합한 장소로 변해가고 있다. 물론 아직도 인간이 거주하기에는 기대만큼 그렇게 쾌적한 곳은 아니다. 그러나 현재 전 세계를 네트워크화하고 있는 인터넷(Internet)은 전례 없는 빠른 성장을 보이고 있다.

컴퓨터 네트워크는 정보유통을 과거 운송형태에 의존하던 과정에서 전자의 속도로 정보가 이동하는 과정으로 변화시킨다. 비행기나 철도와 같은 교통수단으로 인한 정보유통의 시간적 제약은 극복되었다. 그러나 컴퓨터 네트워크로 인한 가장 현저한 변화는 시간적인 차원 보다는 공간적인 차원에 대한 것이라고 할 것이다. 과거에는 접근할 수가 없어 공간적으로 멀리 있다는 이유로 가치를 지니지 못했던 많은 정보들이 이제는 컴퓨터 네트워크의 덕택으로 얼마든지 접근할 수 있게 되었고, 따라서 그 정보의 유용성과 가치도 한층 증대되기에 이르렀다. 이와 마찬가지로, 이전에는 원격적인 관계밖에 유지할 수 없었던 사람들도 이제는 서로 효과적인 相互作用을 할 수 있는 동료가 되었다.

사람들이 과거에는 고립되고 분리되어 있던 정보를 이제는 마치 한 곳에 있는 정보인양 공유하고 사용하게 되고, 이전에는 서로 떨어져 있었던 사람들도 과거보다 더 자주 의사교환을 하게 되면서, 새로운 인간관계와 제도가 형성되고 있다. 이제 情報流通을 방해할 수 있는 국경이나 영토상의 경계도 그 중요성이 줄어들었으며, 전반적으로 보아 커뮤니케이션에 있어 이제는 「거리」의 문제가 그다지 중요하지 않게 된 것이다. 실로 집밖으로 나서지 않고서도 세계를 방랑하는 것이 가능하게 된 것이다.³⁴⁾

33) 사이버공간(cyberspace)이라는 말은 1980년대 초 William Gibson이라는 당시 그다지 알려지지 않았던 소설가가 발표한 『Neuromancer』라는 공상과학소설에서 처음으로 사용된 후 오늘날 일반적인 용어로 정착되고 있다. 이 소설은 정부를 대체한 대기업들과 보안자료를 놓고 전쟁을 벌이는 컴퓨터 해커(hackers)들을 다룬 것으로, 그 줄거리의 대부분이 유형의 물질적 존재라고는 전혀 없는 컴퓨터 네트워크상의 가상의 무대배경에서 이루어지고 있는데, Gibson은 이러한 무대배경을 “cyberspace”라고 명명하였던 것이다. Edward A. Cavazos & Gavino Morin, *Cyberspace and the Law: Your Rights and Duties in the On-Line World*, Cambridge, Mass.: MIT Press, 1994, p.1.

34) 예컨대, 미 의회도서관은 그 소장 자료의 일부를 전자적으로 이용할 수 있도록 해 놓고 있다. Library of Congress World Wide Web Home Page(주소: <http://marvel.loc.gov/>). 또한 미 의회도서관은 하원과 협동으로 토마스 제퍼슨을 기려 그의 이름을 붙인 “Thomas”라는 웹사이트를 통해 계류 중인 법안들에 접근할 수 있게 하고 있다. THOMAS: Legislative Information on the Internet(주소: <http://thomas.loc.gov/>). 이 서비스는 원격지에 있는 사람들에게 의회 도서관이 물리적으로는 제공할 수 없는 정보를 제공해 준다. 그리하여 전세계의 사람들은 미 의회도서관에 물리적으로 존재하는 것보다 더 확산적이고 분산적이며 규모가 큰 그러한 정보의 원천을 자신의 책상

(4) 情報傳達의 相互作用性

종래의 매스 미디어는 대체로 단방향(one-way) 미디어로서, 똑같은 메시지를 담은 복사본을 많은 사람들에게 배포하는 것이었다. 인쇄물은 한가지 작업물의 똑같은 사본을 많이 만들어 배포할 수 있는 최초의 매체였기 때문에 최초의 매스 미디어였다. 라디오·TV와 같은 방송매체의 경우도 사정은 마찬가지였다. 그러나 컴퓨터를 이용한 커뮤니케이션, 특히 네트워크를 통한 정보전달은 그 대부분이 쌍방향(two-way)이다. 컴퓨터 네트워크상에서 스크린상에 나타난 정보를 읽는 행위는 그 이용자가 같은 지역내의 또는 보다 원격지의 컴퓨터에게 전자적 정보와 메시지를 보내고 받는 지속적인 과정에 참여한다는 것을 의미한다. 이 점에서 그 행위는 단순히 인쇄물 한 페이지를 읽는 행위와는 다르다. 키보드를 누르는 행위가 인쇄물의 페이지를 넘기는 행위와 같은 것이라고 할 수 없다. 키보드를 누르는 행위에는 책을 읽는 독자에게서는 찾아볼 수 없는 雙方向의 相互作用이 이루어지고 있기 때문이다. 온라인 서비스 이용자는 어떤 행위가 이루어질 때마다 매번 자신의 컴퓨터로 들어오는 정보를 모두 알 수도 있고 아니면 그 일부만을 알 수도 있다. 독서는 책을 읽는 독자를 변화시킬지언정 독서의 대상, 즉 정보 그 자체를 변화시키지는 못한다. 그러나 컴퓨터 이용자는 컴퓨터를 통한 상호작용으로 정보의 양방향 흐름을 촉발시킨다.

흔히 컴퓨터에 의한 전자적 정보를 다루는 과정을 “自動化(automation)”라고 부르는 경우가 있으나, 이는 전자적 정보를 다루는 일의 상호작용성과 역동성을 정확히 인식하지 못하고 붙인 이름이다. 자동화는 기계가 인간의 노동을 대체하는 과정을 뜻하는 것으로 폐쇄적이거나 단방향의 모형을 암시한다. 이와는 대조적으로 정보기술을 어떤 환경으로 끌어들이는 일은 그 시스템을 외부에 드러내거나 공개하는 경향을 띤다. 정보기술은 인간활동을 구역화(compartmentalization)하거나 엄격하게 통제할 수 있는 효과적인 수단은 결코 아니다. 정보의 흐름을 규제하는 기술은 동시에 정보의 창출을 촉진하기 때문이다. 어떤 사람이 일정한 정보를 원한다고 했을 때, 그 정보의 상당 부분은 고의로든 우연으로든 유출될 수 있는데, 그것은 정보가 사용, 복사, 분석, 조작, 다른 데이터와의 결합, 전송 등이 아주 용이한 형태로 이루어져 있기 때문이다.³⁵⁾

이처럼 정보를 하나의 「事物」(thing)에서 「過程」(process)으로 새로이 정의하는 것은 우리들의 정보중심적 활동이 갖는 성질의 보다 일반적인 변화를 나타내 준다. 네트워크로 연결되는 컴퓨터가 많아지면서 우리가 상호작용하게 되는 컴퓨터의 수도 늘어나게 된다. 따라서 우리는 이전에 비해 더 많은 정보를 입수하지만 동시에 우리는 그 과정에서 자신들에 대해 더 많은 것을 드러내게 된다. 이처럼 情報獲得은 보다 더 정확하게 서술하자면 일종의 情報去來(information transaction)가 되어 버리고, 정보 획득에 따른 대가는 바로 일정한 개인정보를 공개하는 것인 경우가 대부분이다.³⁶⁾

위에서 확보하고 있는 것이다.

35) 하버드 경영대학원의 Shoshana Zuboff 교수는 전자 미디어 분야에 대한 새로운 용어를 만들어야 한다고 제안한 바 있다. 그는 “자동화한다(automate)”는 용어 대신에 “정보화한다(informate)”는 용어를 사용해야 한다고 주장한다. “정보화한다”는 용어에는 보다 적극적인 의미가 담겨 있으며 어떤 과정이 규제되는 동시에 새로운 정보가 생겨난다는 점을 암시한다는 것이다. Shoshana Zuboff, *In the Age of the Smart Machine*, New York: Basic Books, 1988, p.10.

36) M. Ethan Katsh, “Rights, Camera, Action: Cyberspatial Settings and the First Amendment”, 104 *Yale L. J.* 1681, 1697(1995).

(5) 情報構成의 聯想的 構造 : 하이퍼텍스트(Hypertext)

인쇄된 책에 담겨 있는 정보는 본질적으로 선형적 조직 구조(a linear mode of organization)를 가질 수밖에 없다. 책에는 시작과 끝이 있으며, 책의 내용은 저자가 설계하고 선호하는 방식대로 배열되기 마련이다. 저자의 역할이라는 것은 단순히 내용을 구성하는데 그치는 것이 아니라 그 주장의 구조와 방향선을 제시하는 데까지 나아간다. 목차라는 것만 하더라도 저자가 제시하는 길의 성격을 요약하는 장치에 불과한 것이다.

「하이퍼텍스트」 내지 「하이퍼미디어」라는 말은 이용자나 독자가 다양한 방식으로 스크린상의 정보 속을 이동하거나 그 정보를 넘어서 이동할 수 있도록 배열되어 있는 화면상의 정보를 가리킨다. 하이퍼텍스트는 정보들 사이를 자유로이 항해할 수 있고 인쇄로는 불가능했거나 적어도 아주 힘들었던 그런 방식으로 정보를 이용할 수 있도록 해 주는 새로운 도구인 것이다.³⁷⁾

하이퍼텍스트는 제본된 자료에서 가능했던 것 보다 훨씬 더 유연한 방식으로 정보가 같은 작업장 내에 있는, 또는 네트워크 상에 있는 다른 정보와 연결될 수 있도록 해 준다. 하이퍼텍스트는 이용자가 제본으로 인한 제약을 벗어날 수 있게 해 줌으로써 커뮤니케이션을 위한 촉매의 역할을 한다. 연결장치는 단일 텍스트 내의 여러 부분들 사이에, 또는 상이한 위치에 존재하는 서로 다른 텍스트들의 부분들 간에 설치할 수 있다. 요컨대, 하이퍼텍스트는 “이용자가 관련된 사상들 사이를 신속하게 이동할 수 있도록 텍스트의 단위부분들이 상호 연결되도록 한다.”³⁸⁾ 결국 하이퍼텍스트는 디지털매체가 지닌 相互作用的 機能의 확장으로 이해할 수 있다. 이에 따라 이용자는 인쇄 매체를 사용하는 경우보다 고를 수 있는 선택대안을 더 많이 가질 수 있게 된다.

인쇄된 책은 분명한 공간에 존재하고 선형적인 방식으로 읽혀지도록 설계되었다. 페이지 수, 목차, 그리고 그보다 더 중요한 색인 등이 책에는 있다. 이러한 장치들은 결국 독자가 관심 있는 정보의 소재를 파악할 수 있게 하기 위한 것이다. 그러나 하이퍼텍스트는, 특히 네트워크로 연결되어 있는 환경 하에서는 이를 훨씬 넘어서, 독자가 자신이 읽고 있는 대상물의 순서를 재배열할 수 있게 함은 물론, 서로 물리적으로 떨어져 있는 자료의 출처들로부터 입수한 정보들이 담긴 자기만의 개별화된 자료집을 만들어 낼 수도 있게 하여 준다.

제2절 인터넷의 기술적 구성원리

1. 인터넷의 개념과 현황

인터넷(Internet)은 전세계적으로 서로 연결된 컴퓨터들로 이루어진 네트워크(network)의 집합체, 즉 “네트워크들의 네트워크”(network of networks)이다. 얼마나 많은 컴퓨터와 네트워크들이 인터넷에 연결되어 있는지는 누구도 정확히 알지 못한다. 그렇지만 그 수가 급속히 증가하고 있다는 것은 확실하다.

국내 인터넷 이용자수(6세 이상 월평균 한번 이상 인터넷을 이용하는 사람)는 2002년 6

37) 하이퍼텍스트(hypertext)라는 말은 Theodor Nelson이 만들어 낸 신조어로서, 그는 하이퍼텍스트를, “불연속적인 글(non-sequential writing), 즉 여러 갈래로 뻗어 나가 독자에게 다양한 선택을 제공하며 상호작용적 화면에서 읽기에 가장 적합한 글이다. 그것은 독자에게 여러 가지 경로를 제공해 주는 연결장치(link)로 연결된 내용물의 연속”이라고 정의했었다. Theodor H. Nelson, *Literary Machines*, 1981, p.2.

38) V. Mital & L. Johnson, *Advanced Information Systems for Lawyers*, 1992, p.143.

월 현재 2,565만명(58%)으로서 2001년 말 2,438만명(56.6%)에서 127만명(1.4%) 증가하였다. 정보통신부 조사에 따르면, 초고속 인터넷 가입자 수는 2002년 6월 말 기준으로 921만명에 이르며, 이는 전국 1,450만 가구 기준으로 64%, 4,700만 인구 비율로는 20%에 해당된다. 그리고 국내 홈페이지는 2000년말 약 40만개 수준에서 2002년 6월 현재 약 88만개로 증가하고 있다.³⁹⁾

한편, 2002년 7월 24일 KOTRA(대한무역투자진흥공사)가 일본의 노무라경제연구소를 인용하여 발표한 바에 의하면, 우리나라의 인터넷 보급률이 아시아에서 가장 높은 것으로 조사되었다. 2001년 말 현재 한국의 인터넷 보급률은 51.5%로 미국(53.9%)에 비해 낮았으나 홍콩(39.3%), 일본(37.8%), 대만(35.1%), 싱가포르(29.9%)보다는 높았다는 것이다. 특히 ADSL 등 인터넷 고속접속망의 세대 보급률(100가구당 가입자)은 한국(48.7%)이 홍콩(29.4%), 싱가포르(18%), 대만(17.9%), 미국(7.4%), 일본(6.4%) 등에 비해 단연 높은 것으로 나타났다.⁴⁰⁾

인터넷을 관리하는 중앙의 규제기구나 통치기구(governing body)는 존재하지 않는다. 자원을 공유하기 위하여 통신망으로 연결된 대학, 연구소, 기업, 정부기관 등에 의하여 공동으로 관리된다고 할 수 있다. 다만, IETF(Internet Engineering Task Force)라는 위원회는 인터넷의 기술표준을 수립하고 있다. 인터넷 구축을 위한 비용은 처음에는 미국의 국방성과 미국의 과학재단에서 부담하였지만, 지금은 인터넷을 사용하기 위하여 이를 운영하는 상업적인 회사 및 단체, 그리고 이를 사용하는 개인들이 이를 부담하고 있다.

2. 인터넷의 기술적 구성요소

(1) 개요

인터넷은 원래 미국과 소련의 냉전체제하에 있던 1969년에 미국 국방부가 시작한 “ARPANet”⁴¹⁾이라고 불리는 군사용 프로젝트가 발전되어 생긴 결과이다. ARPANet은 군부대, 군수업자, 그리고 국방관련연구를 수행하는 대학들이 운영하는 컴퓨터들이 설령 전시에 그 네트워크의 일정 부분이 파괴되더라도 다른 여분의 채널을 통하여 상호 통신할 수 있도록 하기 위하여 고안된 것이었다. ARPANet은 처음에는 4대의 컴퓨터를 연결한 네트워크였지만, 이후 다른 정부기관, 대학, 기타 연구기관들이 구축한 여러 네트워크들이 ARPANet에 연결되었다.

그러나 인터넷이 진정 오늘날과 같은 성숙한 모습의 전지구적 정보고속도로(global information superhighway)로 그 첫발을 내디딘 것은 1989년 Timothy Berners-Lee에 의해 전자문서를 직접적으로 서로 연결해 주는 하이퍼텍스트(Hypertext)의 개념이 생겨나면서부터이다. 문서간의 직접적인 링크가 이루어지자 그 결과 1990년대 초 월드와이드웹(World Wide Web; WWW; Web)이 탄생하게 되었다. ‘세계적으로 펼쳐 있는 거미줄’이라는 뜻의 월드와이드웹은 제네바에 있는 유럽입자물리학연구소(CERN; European Particle Physics Institute)의 Berners-Lee라는 연구원에 의해 최초로 개발되었다. 이 서비스는 주로 문자(text)를 기반으로 전송하던 다른 인터넷 서비스들과는 달리 윈도우의 그래픽 사용

39) 『인터넷통계 월보 2002년 6월』 (한국인터넷정보센터) <http://stat.nic.or.kr/stat_report.html>.

40) 『인터넷통계 월보 2002년 7월』 (한국인터넷정보센터) <http://stat.nic.or.kr/stat_report.html>.

41) 미국 국방부(Department of Defense)의 고도연구기획단(Advanced Research Project Agency: DARPA)이 개발한 네트워크(Network)의 머리글자이다.

자 인터페이스(GUI)를 최대한 살려 사진과 그래픽, 음성과 동영상 등을 하이퍼텍스트라는 편리한 방법으로 검색할 수 있게 해준다. 하이퍼텍스트 문서들은 HTML(Hypertext Markup Language)이라는 표준언어와 그 밖의 여러 변형언어를 사용하여 표현되며, 이러한 문서들은 HTTP(Hypertext Transfer Protocol: 하이퍼텍스트전송규약)라는 통신규약을 사용하여 전송된다.

이렇게 월드와이드웹이 개발됨에 따라 인터넷의 상업적 가능성이 보이기 시작했고, 이런 상업적 가능성은 많은 기업들로 하여금 인터넷으로 눈을 돌리게 하였다. 이렇게 기업의 자본이 투입된 인터넷은 기하급수적으로 발전하게 되었다.⁴²⁾ 그러나 인터넷이 진정한 의미의 전지구적 정보고속도로로 발전해가기 위해서는 아직도 결정되어야 할 수많은 기술표준들이 산적해 있다. 아직도 인터넷은 불안정한 청소년기에 머물러 있다. 따라서 인터넷으로 대표되는 지금의 사이버공간은 아직 미성숙의 공간이고, 기술과 규범이 끊임없이 변화하고 진화하게 될 불안정한 사회이다.

인터넷을 작동시키는 기술적 구성요소는 기본적으로 세 가지 기술이다. 패킷교환(packet switching) 전송기술, TCP/IP라고 불리는 통신규약, 그리고 클라이언트/서버 기술(Client/Server technology)이 그것이다. 이에 더하여 IP 주소와 도메인이름체계(DNS) 및 URL에 대하여 이해할 필요가 있다.

(2) 패킷교환기술

ARPANet에서의 정보전송은 당시 새로운 전송기술인 패킷교환(packet switching) 방식으로 수행되었다. 패킷교환방식에서, 각 컴퓨터는 보내고자 하는 특정 메시지 또는 파일을 여

42) 인터넷의 역사는 다음과 같다. <<http://web2.kwangju.ac.kr/~jonhlee/html/글/컴퓨터강좌/인터넷.html>>

- 1969.9.2 ARPANet(Advanced Research Projects Agency : ARPA) 개통.
: 스탠포드연구소(SRI)-UC 산타바바라-UCLA-Utah 대학.
- 1972 E-mail 프로그램 개발. Telnet 표준안.(RFC 318)
- 1973 FTP 표준안.(RFC 454)
- 1977 Mail 표준안.(RFC 733)
- 1979 Usenet (User's Network) 시작.
- 1982 TCP/IP 도입.(인터넷 개념 정립)
- 1983 ARPANet이 ARPANet과 MILNet으로 분리. 인터넷 시작.
- 1984 DNS(Domain Name System) 제시.
- 1986 NNTP(Network News Transfer Protocol) 개발.
- 1988 IRC(Internet Relay Chat) 개발.
- 1990 ARPANet 폐지. Archie시작. Hytelnet 시작.
- 1991 Wais 시작. Gopher 시작.
- 1992 WWW(World Wide Web) 시작. Veronica 시작.
- 1993 InterNIC 창설. Mosaic 개발.(인터넷의 폭발적인 증가의 원인)

<국내 인터넷 역사>

- 1982 서울대-KIET(전자통신기술연구소의 전신)간 TCP/IP로 SDN
(System Development Network: 하나망 전신) 구축.
- 1983-84 미국, 유럽에 UUCP 연결 사용.
- 1987-89 교육연구망 구성.(ARPANet, BITNet 연결)
- 1990-91 연구망에서 인터넷 연결.(HANA/SDN : 56Kbps)
- 1994 상용망 서비스(ISP : Internet Service Provider) 시작

러 개의 패킷(packets)으로 나누어 전송한다. 분할된 각 패킷에는 연속적인 일련번호와 수신컴퓨터의 네트워크 주소(IP Address)가 첨가된다.⁴³⁾ 이들 패킷은 각각 인터넷상에서 다른 경로를 통해 목적지로 전송되고, 처음에 보내진 순서와 목적지에 도착하는 순서도 다를 수 있다. 네트워크상의 각 게이트웨이(gateway)⁴⁴⁾는 패킷을 어느 곳으로 전달해야 할지를 알기 위해 목적지의 주소를 확인하고, 주어진 상태에서 최선의 경로를 지정한다. 그렇게 해서 목적지에 패킷들이 모두 도착하면, 원래의 메시지나 파일로 재조립된다.

이러한 패킷교환방식은 중요한 이점을 가지고 있다. 첫째, 많은 이용자가 동시에 같은 통신선로를 이용할 수 있다. 모든 패킷이 반드시 한꺼번에 이동할 필요는 없기 때문이다. 이는 인터넷을 매우 유연성 있는 네트워크로 만들어준다. 만약 특정한 통신선로가 끊기거나 또는 통신량이 많을 때에는 패킷의 흐름을 제어하는 컴퓨터가 쉽게 다른 대체경로를 찾도록 한다. 둘째, 패킷이 잘못 전송되었을 때 전체 메시지를 다시 보낼 필요 없이 해당 패킷만 다시 전송하면 된다는 점이다. 이것은 인터넷 전체의 전송속도를 향상시킨다. 셋째, 이러한 유연성들이 인터넷에 높은 신뢰성을 보장한다.⁴⁵⁾

(3) 통신규약(protocol)

프로토콜(protocol)은 원래 외교상의 언어로서 국가와 국가간의 교류를 원활하게 하기 위한 외교에 관한 의례나 국가간에 약속을 정한 의정서이다. 이것을 통신에 적용한 것이 통신프로토콜 또는 통신규약(communication protocol)이다. 즉 통신프로토콜은 어떤 시스템이 다른 시스템과 통신을 원활하게 수행하도록 해주는 합의사항이라고 하겠다.

전화통신의 경우를 예로 들면, 처음에 수화기를 들고 전화를 하여 상대방이 나오는 것을 기다린다. 상대방이 나오면 “여보세요, 000네 집입니까?”, “네 그렇습니다”, “저는 000입니다”라고 상대를 확인한 후 용건에 들어간다. 이때 두 사람이 서로 다른 언어를 사용하면 의사소통이 될 수가 없다. 그러나 인간의 대화에서는 말의 전후관계, 상대방의 표정들을 통해 어느 정도 문법에 맞지 않아도 서로간에 내용을 전달할 수 있다. 이것은 인간이 분석하고 추론하는 능력을 가지고 있기 때문이다. 그러나 컴퓨터의 경우에는 인간의 경우처럼 융통성이 없으므로, 미리 규칙을 정해놓고 이 규칙을 따르지 않으면 통신이 불가능하다. 따라서 컴퓨터가 관여하는 통신에서는 규칙, 즉 프로토콜의 확립이 필수적이다.

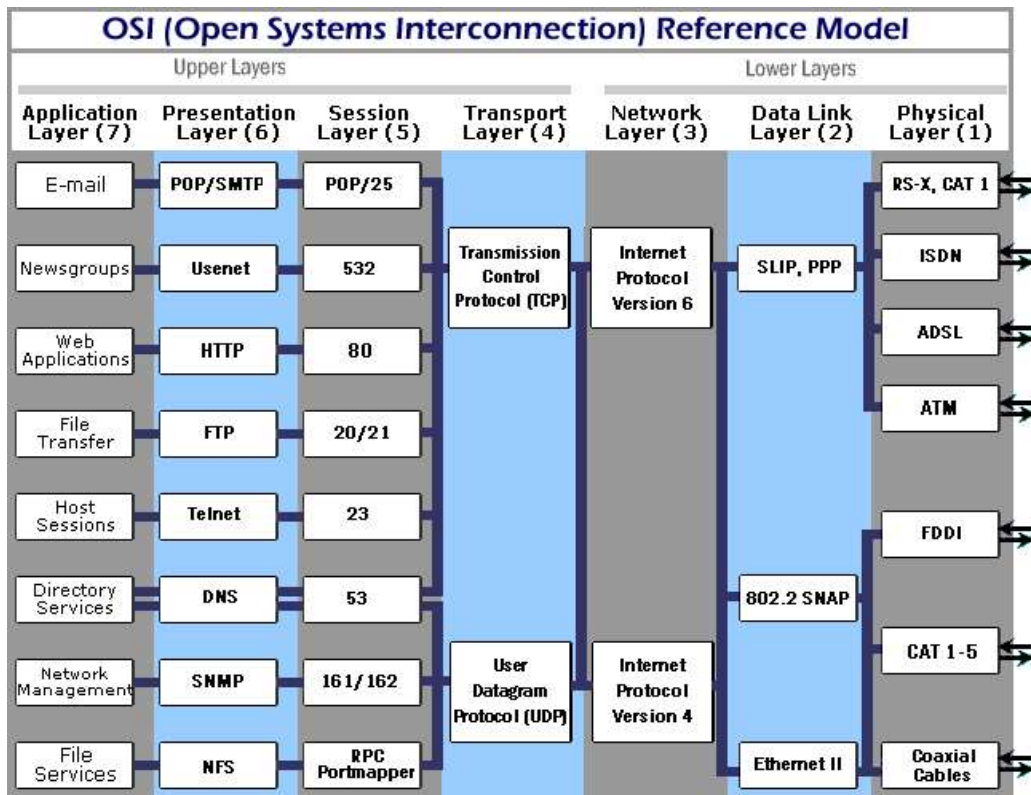
모든 형태의 통신에서 프로토콜(protocol)이 규정되어 있다. 그렇지만 프로토콜이 본격적으로 의식되기 시작한 것은 컴퓨터를 사용한 온라인 시스템이 등장한 때부터이며, 보다 구

43) 이처럼 패킷은 마치 우체국에서 취급하는 소포를 적당한 크기로 분할해서 행선지를 표시하는 꼬리표를 붙인 형태에 비유될 수 있다.

44) 게이트웨이(gateway)란 다른 네트워크로 들어가는 입구 역할을 하는 네트워크상의 노드(node: 연결점)를 말한다. 라우팅(routing)의 관점에서 보면, 인터넷은 많은 “게이트웨이 노드”들과 “호스트 노드”들로 구성된 네트워크라 할 수 있는데, 네트워크 사용자들의 컴퓨터들 및 웹페이지와 같은 콘텐츠를 제공하는 컴퓨터들이 바로 호스트 노드들이며, 일반 회사의 네트워크 내에서 흐름을 통제하는 컴퓨터들이나, 가정의 경우에는 인터넷서비스제공자(ISP)들의 컴퓨터가 바로 게이트웨이 노드들이다. 한 회사나 기관의 네트워크에서는 게이트웨이 노드 역할을 하는 컴퓨터가 프락시서버나 방화벽서버의 역할을 함께 수행하는 경우도 종종 있다. 게이트웨이는 라우터(router) 및 스위치(switch)와 결합되어 있다.

45) 패킷교환 방식과 대비되는 것이 회선교환(circuit switching) 방식이다. 이는 전통적인 음성 전화망과 같은 형태의 네트워크에서 적용되는 전송방식으로서, 통화를 위한 통신회선이 설정되면 그 시간 동안에는 통화에 관련된 사람들에게만 배타적으로 회선이 할당되게 되고, 정보는 연속적으로 이어져서 전송된다. 다만, 최근에는 음성전화에 인터넷의 패킷교환방식을 사용하는 것도 가능하다. 이 경우 양측의 대화내용은 패킷으로 나뉘어져 전송되고, 그 패킷들은 반대편에서 재조립되게 된다.

체화된 것은 컴퓨터 네트워크가 등장한 1970년대이다. ARPANet에서 패킷교환방식을 사용하면서 분산 처리를 위한 각종 프로토콜이 개발되었다. 특히 운영체제(operating system)⁴⁶⁾가 다른 컴퓨터 상호간에 자유롭고 효율적인 통신을 하기 위해서는 통일된 프로토콜의 표준화가 이루어져야 한다. 네트워크구성을 위한 표준화작업은 원래 통신레벨에서는 CCITT(Consultative Committee on International Telephone and Telegraphy)가 주관하고, 정보처리레벨에서는 ISO(국제표준화 기구)가 별도로 진행하여 왔지만, 현재는 공동으로 표준화작업이 이루어지고 있다. 다른 운영체제의 컴퓨터 상호간에 통신을 가능하게 하기 위한 네트워크구성의 표준으로 개방시스템상호 접속(OSI: Open System Interconnection)이 발표되었다. OSI는 먼저 통신의 모든 기능을 몇 개의 계층으로 분류해서 표준화 줄거리를 결정하고 다음 각각의 줄거리 내에서 상세 부분을 결정해 가는 방법을 취하고 있다. 아래 그림은 표준화된 OSI 7계층모델이다.



(4) TCP/IP

인터넷상의 모든 컴퓨터들은 TCP/IP(Transmission Control Protocol/Internet Protocol)라고 불리는 통신규약을 사용하여 정보를 주고받는다. ARPANet 시스템에서 원래의 프로토

46) 운영체제는 부트스트랩 프로그램에 의해 컴퓨터 내에 최초로 적재된 후에, 컴퓨터 내의 다른 프로그램들을 관리하는 프로그램(program)이다. 여기서 다른 프로그램이란 응용프로그램들을 말한다. 응용프로그램들은 정의되어 있는 응용프로그램 인터페이스(API)를 통해 서비스를 요청함으로써 운영체제를 이용한다. 그 외에도, 사용자들은 명령어와 같은 인터페이스를 통하여 운영체제와 직접 대화한다. 모든 컴퓨터는 적어도 하나 이상의 운영체제가 필요하다. 유닉스, 리눅스, 윈도우98, DEC의 VMS, IBM의 OS/2, AIX 그리고 OS/390 등이 모두 운영체제들이다.

콜이었던 HHP(Host-to-Host Protocol)는 그 시스템에서 상호 통신할 수 있는 컴퓨터의 수를 제한하고 있었기 때문에 한계가 있었다.

그리하여 TCP/IP라는 새로운 프로토콜이 개발되었는데, 오늘날의 인터넷은 이 프로토콜을 기본적인 통신규약으로 사용하고 있다. 이용자가 인터넷에 접속하기 위해 자신의 컴퓨터를 설정할 때 TCP/IP 프로그램이 설치되며(“소켓”socket이라고 부름), 이를 통하여 역시 같은 TCP/IP 프로토콜을 쓰고 있는 다른 컴퓨터 이용자와 메시지 또는 파일을 주고받게 된다. TCP/IP는 위에서 살펴본 OSI 7계층 모델 중 2개의 계층으로 이루어진 프로그램이다. 즉, IP는 OSI의 3번째 계층인 네트워크계층(network layer)에, TCP는 4번째 계층인 트랜스포트계층(Transport layer)에 위치한다. 상위계층인 TCP는 메시지 또는 파일을 작은 단위의 패킷으로 나누고, 각 패킷에 일련번호와 인터넷주소 및 에러검출용 정보를 첨가시킨다. 하위계층인 IP는 이들 각 패킷을 멀리 떨어진 목적지의 수신컴퓨터에게로 전송하는 일을 수행한다. 수신컴퓨터에서는 IP로 패킷을 받아서 이를 상위 TCP로 보내고 TCP가 패킷을 받아서 에러를 점검하고, 에러가 발생하면 그 패킷을 다시 보내라고 요청하며, 모든 패킷을 정확히 받았으면 일련번호를 사용하여 원래 메시지로 재구성하게 된다.⁴⁷⁾

(5) 클라이언트/서버 기술

클라이언트/서버(Client-Server)는 두 개의 컴퓨터 프로그램 사이에 이루어지는 역할관계를 나타내는 것이다. 클라이언트는 다른 프로그램에게 서비스를 요청하는 프로그램이며, 서버는 그 요청에 대해 응답을 해주는 프로그램이다. 클라이언트/서버 개념은 단일 컴퓨터 내에서도 적용될 수 있지만, 네트워크 환경에서 더 큰 의미를 가진다. 네트워크 상에서 클라이언트/서버 모델은 여러 다른 지역에 걸쳐 분산되어 있는 컴퓨터상의 프로그램들을 연결시켜주는 편리한 수단을 제공한다. 이 모델의 이점은 서버 컴퓨터와 클라이언트 컴퓨터가 서로 다른 운영체제를 사용할 수 있다는 점이다.

클라이언트/서버 모델을 이용하여 거래내용을 처리하는 것은 매우 보편적인 일이다. 예를 들어, 누군가 자신의 은행계좌 내역을 조회하려고 하는 경우, 먼저 자신의 PC에 있는 클라이언트 프로그램이 은행에 위치한 거래 서버에 그 요구사항을 전송하게 되고, 거래 서버는 다시 계좌내역을 검색해주는 일을 하는 데이터베이스 서버에 그 요구사항을 보내게 된다. 데이터베이스 서버가 계좌내역을 검색하여 그 내용을 거래 서버에 보내면, 거래 서버는 다시 그 내용을 계좌 내역을 요구한 PC의 클라이언트 프로그램으로 보냄으로써, 최종적으로 화면에 나타나게 된다.⁴⁸⁾

클라이언트/서버 모델은 네트워크 컴퓨팅의 주요 개념이 되었다. 오늘날 만들어지고 있는 대부분의 업무용 프로그램들은 클라이언트/서버모델을 적용하고 있으며, 인터넷의 주요 프로그램인 TCP/IP 또한 마찬가지다. 월드와이드웹의 경우를 예로 들면 웹브라우저⁴⁹⁾는 인터넷상의 어딘가에 위치한 웹서버에게 웹 페이지나 파일의 전송을 요구하는 클라이언트 프로그램이다. 일반적인 클라이언트/서버 모델에서는 보통 데몬(daemon)이라 불리는 서버프로

47) TCP/IP를 이용하는 상위계층 응용프로토콜에는 월드와이드웹(WWW)에서 사용되는 HTTP를 비롯하여, 멀리 떨어져 있는 원격지의 컴퓨터에 로그인(log on)할 수 있게 해주는 Telnet(Telnet Protocol), 그리고 파일전송에 사용되는 FTP(File Transfer Protocol)와 메일 전송에 사용되는 SMTP(Simple Mail Transfer Protocol) 등이 있다.

48) <http://terms.co.kr>.

49) Microsoft사의 익스플로러(Explorer)와 Netscape Communications사의 넷스케이프(Netscape)가 대표적인 웹브라우저(Web Browser)이다.



그럼이 먼저 활성화된 상태에서 클라이언트의 요구사항을 기다린다. 이 데몬은 평상시에는 휴면상태로 있다가 클라

이언트로부터 요청이 있을 때에만 활성화되어 클라이언트의 요구에 응답하고, 응답이 끝난 후에는 다시 휴면상태로 있게 된다.

(6) IP 주소와 도메인이름체계(DNS)

인터넷에 연결된 모든 컴퓨터가 다른 컴퓨터와 통신을 하기 위해서는 각각의 컴퓨터의 주소에 해당하는 전화번호와 같은 숫자로 표현된 주소, 즉 IP 주소(Internet Protocol address)나 이것을 쉽게 알아볼 수 있도록 영문자로 변환시킨 주소, 즉 도메인이름(Domain Name)을 가지고 있어야 한다.

숫자로 표현된 인터넷주소
165.194.61.10
구분자

IP 주소는 왼쪽 그림과 같이 점으로 구분되어 4단계로 표시되는데, 점으로 구분된 각 숫자에는 0 ~ 255까지의 숫자를 사용할 수 있으며, 전세계적으로 중복되지 않도록 사용해야 한다. 따라서 IP 주소는 전세계적으로 유일하다. 그리하여 IP 주소는 인터넷과 같은

TCP/IP 기반의 네트워크에 연결되어 있는 각 컴퓨터를 특정하기 위한 확인자(identifier)로서 기능한다.

그러나 인터넷 이용자들이 다른 컴퓨터와의 통신을 위해 숫자로 표현된 주소를 사용하게 되면, 인간이 숫자로 된 것을 기억하기 어렵고 틀리게 입력하기 쉽다는 단점이 있다. 따라서 숫자로 표현된 주소 대신에 영문자로 표현된 주소를 사용할 수 있도록 하였는데, 이것을 도메인이름체계(DNS: Domain Name System)라고 부른다.

영문자로 표현된 인터넷주소
law.cau.ac.kr
3 단계 2 단계 1 단계

도메인이름은 왼쪽 그림과 같이 점으로 구분되어 여러 단계로 구성된다. 각 단계는 오른쪽 맨 마지막에서부터 1단계, 2단계, 3단계 등으로 불리며, 전세계적으로 중복되지 않는 고유한 이름이 부여된다. 이를 인터넷 도메인이름이라고 하는데, 인터넷 도메인이름은 인

터넷에 연결된 전세계의 어떠한 컴퓨터와도 통신을 가능하게 해준다. 도메인이름에서 1단계, 즉 가장 오른쪽의 하위도메인을 최상위도메인(TLD: Top Level Domain)이라고 부르고, 여기에는 기관도메인과 국가도메인의 두 형식이 있다.⁵⁰⁾

50) 기관도메인은 당해 컴퓨터를 보유하고 있는 기관의 성격(예컨대, .com은 회사, .edu는 교육기관, .gov는 정부기관, .org는 비영리기관, .net는 네트워크기구, .mil은 군사기관 등)을 나타내는 것으로, 이 기관도메인을 최상위도메인으로 사용하는 나라는 인터넷의 원조이자 도메인이름체계를 최초로 도입한 미국이다. ARPANet의 초기 몇 년 동안에는 이 네트워크는 국제적으로 연결되어 있지 않았기 때문에, 국가명을 표시하는 최상위도메인을 사용할 필요를 느끼지 않았다. 이후 인터넷이 국제적인 네트워크가 되면서, 미국을 제외한 국가들의 경우에는 국가별 최상위도메인을 사용하게 되었다. 국가별 최상위도메인은 국제표준화기구의 ISO-3166에서 정의된 2자리 문자로 된 국가코드를 의미한다.

기관을 나타내는 최상위 도메인

도메인	내 용	신규 도메인	내 용
com, co	기 업 체	firm	사업,회사
edu, ac	교육기관	shop	상품 판매 사업
gov, go	정부기관	web	WWW 관련기관
int	국제기구	arts	문학,예술 기관
mil	군 대	rec	오락,연예 기관
net, nm	네트워크기관	info	정보서비스 기관
org, or	비영리 단체	nom	개인,학명 도메인

신규 도메인은 98년부터 시행하는 새로운 도메인 이름.

지역을 나타내는 최상위 도메인의 예

도메인	나라이름	도메인	나라이름
au	Australia	il	Israel
be	Belgium	it	Italy
ca	Canada	jp	Japan
de	Germany	kr	Korea
dk	Denmark	ru	Russian Federation
fr	France	tw	Taiwan
in	India	uk	United Kingdom

한편, 인터넷에서 전송되는 패킷에는 여전히 IP 주소가 사용되기 때문에, 인터넷 이용자가 도메인 이름을 입력하면 이것을 IP 주소로 전환시켜주어야 하는데 이를 담당하는 서버를 “DNS 서버”라고 부른다. 이 DNS 서버는 도메인 이름과 이에 대응하는 IP 주소에 관한 데이터베이스를 유지하고 있다가 원하는 컴퓨터에게 제공한다. DNS 서버는 효율성을 위해 기관별 체계에 따라 인터넷의 도처에 분산되어 존재한다.

IP 주소는 특정 컴퓨터에 고정적으로 미리 할당되기도 하고, 또는 인터넷에 접속할 때 인터넷서비스제공자(ISP)에 의해서 그때그때 할당되기도 한다. 단일의 세계적인 통합기구⁵¹⁾가 일정한 범위의 IP 주소를 인터넷서비스제공자 또는 직접 인터넷에 접속하는 기관에게 할당하고 있다.⁵²⁾

그런데 이 IP주소는 현재 “IP버전4”(IPv4)라고 하는 주소체계로 이루어져 있으며, 이 IPv4를 통하여 할당할 수 있는 IP주소의 크기는 32비트로 지정되어있기 때문에 IPv4가 가질 수 있는 주소의 양은 2의 32승개, 429467296개로 현재 IP주소는 포화상태가 되었다. 이를 해결하기 위해 “IP버전6”(IPv6)이라는 새로운 주소체계가 시행에 앞서 시험 중에 있다. IPv6은 128비트 체계로서 이것이 생성할 수 있는 주소의 수는 2의 128제곱 개로 이 수치는 매초마다 10억대의 컴퓨터가 새로이 인터넷에 연결되어도 거의 영원히 가깝도록 사용할 수 있는 용량이며, 사실상 무한대에 가까워 주소자원의 부족 문제를 원천적으로 해결할 수 있다. 또한, IPv6은 IPv4와 다른 세 가지 큰 특징을 가지고 있다. 첫째, IP address 규모의 대폭적인 확장, 둘째, 실시간 멀티미디어(real-time multimedia) 처리기능, 셋째, IP 자체의 보안성 확대이다. 그러나 일부에서는 DACP(Dynamic Host Configuration Protocol), CIDR(Classless Internet Domain Routing) 등 IP주소의 고갈 문제를 해결할 수 있는 기술들이 개발되고 있어 굳이 IPv6을 도입할 필요가 있느냐는 주장도 제기되고 있다. IPv6이 언제쯤 표준으로 정착될지는 아직 알 수 없다. IPv6의 최종 버전은 이미 나온 상태이지만, ATM등 새로운 네트워크 기술과 장비들이 속속 개발되고 있고, 기존의 IPv4를 사용하고 있는 구세대 컴퓨터들과의 호환성에도 의문이 있기 때문이다.

51) 미국의 비영리법인인 ICANN(Internet Corporation for Assigned Names and Numbers)이 전 세계의 IP 주소를 할당하는 책임과 권한을 가지고 있다(<http://www.icann.org>).

52) 우리나라의 인터넷주소자원관리기관은 한국인터넷정보센터(KRNIC)이다. <<http://www.nic.or.kr>> 한국인터넷정보센터는 전세계 인터넷 주소자원을 총괄적으로 관리하는 ICANN 아래 아·태지역을 담당하는 APNIC(Asia Pacific Network Information Center)의 국가인터넷등록기관(NIR: National Internet Registry)으로서 우리나라의 인터넷 주소자원(.kr)을 총괄적으로 관리한다.

한편, 인터넷 일반 이용자들은 모뎀과 dialup ISP 계정을 통해서 인터넷에 접속한다. 모뎀이 ISP 컴퓨터에 연결되면, 이용자는 ID와 비밀번호를 입력하게 되고, 그 ID와 비밀번호는 ISP의 고객데이터베이스에 수록된 상세한 개인정보와 연결된다. ISP는 그 ID와 비밀번호를 이용하여 계정을 가진 올바른 이용자인지를 확인한다. 이 확인과정이 끝나면 ISP는 그 이용자에게 ISP가 할당받은 IP 주소 중의 하나를 배당한다.

이러한 주소배당은 온라인 이용자의 신원을 확인하기 위해 사용될 수 있다. 배당받은 IP 주소는 당해 이용자가 정보를 주고받는 모든 서버 컴퓨터에 의해 확인되기 때문이다. IP 주소는 그것을 할당받은 ISP를 드러내주고 있고, 그 ISP의 고객정보데이터베이스를 통해 특정 인터넷 이용자의 신원은 얼마든지 확인 가능하다. 한편, 현재 우리나라의 ISP들은 이용자의 클릭흐름정보(clickstream data)와 신원확인정보를 통합하여 관리하고 있는 것으로 보인다.

(7) URL (Uniform Resource Locator)

URL(Uniform Resource Locator)은 인터넷에서 접근가능한 자원의 주소를 일관되게 표현할 수 있는 형식을 말한다. 여기서 말하는 자원의 형태는 인터넷에서 사용되는 E-mail, FTP, Usenet, WWW등의 인터넷 프로그램들을 말하며, 이런 해당 프로그램들은 각각의 프로그램에 해당하는 통신규약(protocol)을 가지고 있고, 인터넷 응용 프로토콜에 따라 URL이 달라진다. 즉 월드와이드웹(WWW)의 프로토콜인 HTTP(Hypertext Transfer Protocol)를 사용하는 경우, 자원이란 HTML페이지, 이미지 파일, CGI나 자바 애플릿과 같은 프로그램, 기타 HTTP가 지원하는 다른 파일들이 될 수 있다.

URL은 자원에 접근하는데 필요한 해당 프로토콜의 이름, 인터넷에서 특정한 컴퓨터를 식별하기 위한 도메인이름, 그리고 컴퓨터 파일의 위치를 계층적으로 나타낸 경로명 등으로 구성된다. 웹에서 URL의 예를 하나 들어보자.

`http://law.cau.ac.kr/kor`

여기서 http는 이것이 월드와이드웹(www)이라는 것, 즉 웹브라우저로 읽을 수 있는 웹페이지를 나타내고 있다. law.cau.ac.kr은 도메인 이름이 되며, /kor 은 그 컴퓨터 내의 디렉토리를 말하는데, 그 하부에 파일 이름을 적지 않으면 그 디렉토리의 기본 페이지를 보여지게 된다(대개 기본 페이지는 index.html 또는 index.htm이다). URL은 홈페이지뿐만 아니라 어떠한 웹페이지도 지칭할 수 있으며, 심지어 1개의 파일을 나타내는 것도 가능하다.

URL의 몇 가지 예를 들어보면, <http://law.cau.ac.kr/main.gif>는 1개의 그림파일을 가리키도록 설정한 것이며, <http://law.cau.ac.kr/board/board.cgi?db=board>는 게시판 CGI와 같은 프로그램의 URL이다.

한편, 다른 인터넷 응용프로그램들의 URL의 예를 들어 보면, 아래는 ftp 프로토콜을 이용하여 어떤 파일을 다운로드 받기 위한 URL로 다음과 같이 표현된다.

<ftp://law.cau.ac.kr/program/program.exe>

3. 인터넷의 네트워크 구조

1970년대 말에서 1980년대 초에 걸쳐 미국의 국방부 외에도 많은 조직들이 컴퓨터 네트워크를 구축하기 시작하였다. 이더넷(Ethernet) 방식의 근거리통신망(LAN)은 여러 조직들

이 네트워크를 통해 자신들의 컴퓨팅 능력을 극대화하기 위한 가장 보편적인 통신망이 되었다. 이러한 컴퓨터 네트워크를 적극적으로 추진해나간 최초의 조직은 물론 대학들이었다. 또한 미국의 국립과학재단(National Science Foundation)도 일찍부터 네트워크 전략을 수립하였고, 이 국립과학재단의 네트워크 시스템은 당시 개발 중에 있던 대학들의 네트워크 시스템과 상호 연결하였다. 1980년대 말, 국립과학재단은 5개 지역에 슈퍼컴퓨터센터를 설립하고, 이들을 네트워크로 통합시켰으며, 미국 전역의 대학들에게 이 슈퍼컴퓨터시스템에 자유로이 접속할 수 있도록 하였다. 이것은 ARPANET과는 별도의 네트워크 시스템이었다.

처음에, 국립과학재단의 슈퍼컴퓨터 네트워크는 56kbps의 전송속도를 가진 전화선로를 통하여 연결되었다. 그러나 엄청난 통신량은 이 네트워크에 사용된 전화선로로서는 감당하기 어려웠다. 그리하여 1987년에 MCI, IBM, 그리고 Merit Network 회사가 컨소시엄을 구성하여 국립과학재단의 네트워크를 지원하는 통신기반시설을 업그레이드하였다.

1980년대 말에 와서 오늘날의 인터넷의 일반적인 구조가 자리를 잡게 되었다. 이 구조는 기본적으로 세 부분으로 구성되어 있다. 즉, 근거리통신망(local networks), 중간급통신망(mid-level networks), 그리고 전국 단위의 백본망(backbone networks)으로 구성된다. 근거리통신망은 대부분의 이용자들이 인터넷에 접속할 수 있는 수단으로 기능한다. 중간급통신망은 규모가 큰 조직들(예컨대, 대학, 정부기관, 대기업 등)을 위한 인터넷 접속을 제공한다. 현재 미국에는 약 20개의 중간급통신망이 있다(예컨대, SURAnet, NYSErnet, 그리고 BARRnet).⁵³⁾ 1995년 이전에는 국립과학재단의 통신망인 NSFNet가 백본망 기능을 하였다. 그러다가 1995년에 NSFNet은 단계적으로 철거되고, 여러 상업용 인터넷서비스제공자(ISP: Internet Service Provider)들에 의해 대체되었다. 이들 ISP에는 BBN, MCI, Apex Global Information Services(AGIS), America Online의 ANS unit, PSI, Sprint, 그리고 UUNet Technologies가 포함된다. 이들 ISP가 집합적으로 여러 중간급통신망들을 연결시킴으로써 미국의 백본망을 제공하고 있다. 백본망의 통신시설에는 고속의 전송속도, 예컨대 DS3급(약 45Mbps) 또는 OC3급(약 144Mbps)의 속도를 지원하는 라우터(router)들이 장착되어 있다.

일반적으로 인터넷 접속은 세 가지 방식으로 이루어진다:

- ① host 컴퓨터를 통한 접속
- ② 직접적인 네트워크 접속(direct network access)
- ③ gateway access

호스트 컴퓨터들은 인터넷에 직접 연결되어 있다. 대부분의 개인 이용자들은 그들의 개인 PC를 호스트 컴퓨터에 연결함으로써 이 호스트 컴퓨터를 통해 인터넷에 접속하게 된다. 한편, 컴퓨터 네트워크들은 단일의 연결로 직접 인터넷에 연결되어 있다(network access). 마지막으로, 인터넷과 양립할 수 없는 컴퓨터 네트워크들은 gateway, 즉 그들 네트워크에서 나오는 데이터를 인터넷의 표준과 양립할 수 있게 해 주는 컴퓨터를 사용함으로써 인터넷 접속을 할 수 있게 된다.

대학이나 회사 등 대부분의 기관들은 백본망에 직접 접속하는 전용회선(통상 56 Kbps 또는 1.5Mbps(T1급))을 임차한다. 가정에서는 전통적인 전화선(구리선)을 이용하여 dial-up

53) Rita Tehan, *CRS Report for Congress: Welcome to Cyberia: An Internet Overview*, 1996. 3. 12., pp.2-3.

방식으로 인터넷에 접속하거나, CATV회선·멀티 DSL·광대역가입자망(BWLL/WLL)·ISDN 등 고속의 인터넷접속서비스를 이용할 수 있다.⁵⁴⁾

컴퓨터들이 정보를 공유하기 위해서는 서로 연결되어 있어야 한다. 이러한 상호연결은 다양한 통신선로(예컨대, 구리선, 동축케이블, 광섬유, 마이크로웨이브, 또는 통신위성)에 의해 이루어진다. 지역적으로 근접하여 여러 컴퓨터들이 상호 연결되어 있는 네트워크를 ‘근거리 통신망’(LAN: Local Area Network)⁵⁵⁾이라고 하고, 보다 넓은 지역에 걸쳐 컴퓨터들이 상호 연결되어 있는 네트워크를 ‘광역통신망’(WAN: Wide Area Network)이라고 부른다.⁵⁶⁾ 인터넷은 이들 수많은 근거리통신망들과 광역통신망들이 전지구적으로 서로 연결되어 있는 것이다.⁵⁷⁾

4. 인터넷에서의 커뮤니케이션 방식

- ① 1 대 1 메시지교환 (예컨대, "e-mail")
- ② 1 대 다 메시지교환 (예컨대, "listserv")
- ③ 분산 메시지 데이터베이스 (예컨대, "USENET newsgroups")
- ④ 실시간 커뮤니케이션 (예컨대, "Internet Relay Chat")
- ⑤ 실시간 원격컴퓨터 이용(예컨대, "telnet")
- ⑥ 원격 정보검색 (예컨대, "ftp," "gopher," 그리고 "World Wide Web")
- ⑦ 개인간 파일공유서비스(P2P)

인터넷에 접속할 수 있는 사람이라면 누구나 다양한 형태의 통신서비스 및 정보검색서비스를 이용할 수 있다. 이들 커뮤니케이션 방식은 계속해서 발전하고 있어서 그것을 정확히 분류하는 것이 용이하지 않다. 그러나 현재 이용되고 있는 것으로, “전자우편”(electronic mail : “e-mail”이라고 불림), “자동우편주소목록서비스”(automatic mailing list services : “mail exploders” 또는 때때로 “listservs”라고 불림),⁵⁸⁾ “뉴스그룹”(newsgroups), “대화방”(chat rooms), 그리고 “월드와이드웹”(World Wide Web), “P2P” 등이 있다. 이 모든 통신방식들은 문자(text)를 전송하기 위하여 이용될 수 있고, 그 대부분은 소리, 그림, 및 동

54) 2002년 7월 기준으로 우리나라 ISP 서비스별 가입자 현황을 보면, LAN과 전용회선을 통하여 인터넷에 접속하는 서비스에 가입한 기관수는 85,006개이며, CATV망을 이용한 초고속인터넷서비스 가입자수는 350만명, 멀티 DSL 가입자수는 588만명, 광대역무선가입자망(BWLL/WLL) 가입자수는 39,464명, ISDN 가입자수는 98,185명, Dial-Up 가입자수는 502,850명, 위성인터넷은 6,271명이다. 『인터넷통계 월보 2002년 7월』 (한국인터넷정보센터) <http://stat.nic.or.kr/stat_report.html> 참조.

55) LAN은 컴퓨터 사이의 전류나 전파신호가 정확히 전달될 수 있는 거리(300m 이하), 예컨대 한 기관의 빌딩 내에 설치된 컴퓨터 장비들을 직원들이 가장 효과적으로 공동 사용할 수 있도록 연결된 고속의 통신망이다.

56) 보통 LAN의 범위는 1개의 빌딩이나 학교, 연구소 및 생산공장 등의 일정 구역 내인 것에 반해, WAN은 넓은 지역을 연결하는 네트워크를 지칭하는 것으로 지방과 지방, 국가와 국가, 또는 대륙과 대륙 등과 같이 지리적으로 완전하게 떨어져 있는 장거리 지역 사이를 연결하고 있는 통신망이다.

57) 국내 인터넷망 구축현황의 상세는 <<http://stat.nic.or.kr/network.html>> 참조.

58) 하나의 전자우편을 동시에 여러 명에게 전달하기 위한 전자우편서비스 방법의 한 가지로서, mailing list에는 여러 주소들이 등록되어 있는데, 이곳에 전자우편을 전달하면, 이곳에 등록된 모든 주소로 전자우편이 전달된다.

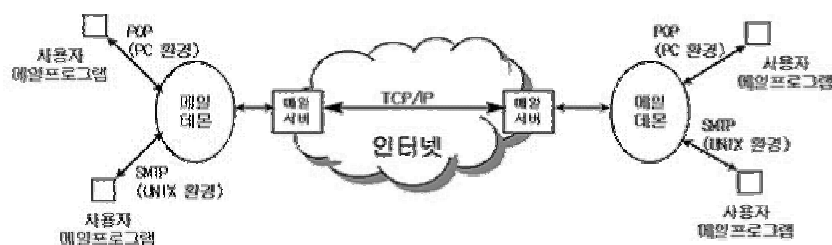
화상을 전송할 수 있다. 이들 통신수단은 함께 어우러져 그 이용자에게는 사이버스페이스(cyberspace)라고 알려진 완전히 새로운 매체, 즉 어떤 특정한 지리적 장소에 위치하지 않으면서 그러나 인터넷에 접속하는 사람이면 누구나 전세계 어디에서든지 이용할 수 있는 매체가 되고 있다.

(1) 전자우편(e-mail)

전자우편(e-mail)은 개인이 전자메시지 - 보통은 엽서나 편지에 유사함 -를 다른 개인이나 또는 집단에게 보낼 수 있도록 하여 준다. 이때 그 메시지는 통상 전자적으로 저장되고, 때로는 수신컴퓨터가 자신의 “편지함”(mailbox)⁵⁹⁾을 검사(check)⁶⁰⁾하는 동안 기다리기도 하며, 그리고 때로는 그 도착을 알리기 위하여 화면상에 일정한 문자표시를 하기도 한다. 자동우편주소목록서비스(mail exploder)는 일종의 집단전자우편이다. 가입자들은 자신들의 메시지를 단일의 공동 전자우편주소(e-mail address)⁶¹⁾에 보낼 수 있고, 그러면 거기에서 그 메시지를 그 집단의 다른 가입자들에게 전송하게 된다.

전자우편에서는 다른 응용프로그램들과 달리 두 개의 통신규약(protocol)이 사용된다. 하나는 전자우편을 보낼 때 사용되는 SMTP(Simple Mail Transfer Protocol)이고, 다른 하나는 전자우편을 받을 때 사용되는 POP3(Post Office Protocol 3)이다. 이 두 개의 프로토콜로 전자우편을 주고받게 된다.

그리고 전자메일을 통하여 여러 사람이 하나의 주제에 해당하는 그룹을 만들고 그룹 구성원들간의 정보를 공유할 수 있는 인터넷 프로그램이 있는데, 이를 “메일링 리스트”라고 부른다. 이 메일링 리스트는 “List Server”라는 프로그램을 통하여 제공되기 때문에 “listserv”라고 부르기도 한다.



(2) Usenet

뉴스그룹(newsgroups)도 또한 미리 정해진 참여자집단을 위한 것인데, 그렇지만 여기에 올려진 게시물(postings)은 그밖에 다른 사람들도 읽을 수 있다. 현재 인터넷상에는 수천개의 뉴스그룹들이 있으며, 각 뉴스그룹은 어떤 특정 주제, 이를테면 바그너의 음악에서부터 발칸지역의 정치, 에이즈 예방, 시카고 불스에 이르기까지 온갖 주제에 관한 정보나 의견의 교환을 촉진시키는데 기여하고 있다. 매일 약 10만 건의 새로운 메시지들이 이 뉴스그룹의 게시판에 올려지고 있다. 대부분의 뉴스그룹에 있어서 올려진 게시물들은 일정한 시간간격

59) 전자우편시스템을 통하여 다른 컴퓨터에서 전달된 메시지들이 일시 보관되어 있는 기억장소.

60) 메시지 전송과정에서 오류로 인하여 잘못 전송된 자료를 찾아내는 작업.

61) 인터넷에서 전자우편을 보낼 때 전자우편을 수신하는 상대방 호스트를 지칭하기 위해 사용되는 주소를 가리킨다. 통상 전자우편주소의 구성은 상대방 호스트의 주소와 이 호스트를 사용하는 이용자의 계정의 조합으로 이루어진다. 예를 들어 sun.ac.kr이라는 컴퓨터에서 kim이라는 계정을 만들어 사용하는 사람의 전자우편주소는 kim@sun.ac.kr이 된다.

을 두고 정기적으로 자동 삭제되고 있다. 나중에 읽을 수 있도록 메시지를 게시하는 외에, 보다 즉시로 통신을 하고자 하는 두 명 이상의 개인들은 대화방(chat room)에 들어가 실시간 대화(real time dialogue), 바꿔 말하면 자신의 컴퓨터화면에서 메시지를 타이핑하면 그 메시지가 다른 사람들의 컴퓨터화면에 거의 즉시로 나타나는 식으로 대화를 할 수 있다. 인터넷상의 내용은 실로 인간의 생각만큼이나 다양하다는 것은 결코 과장이 아니다.

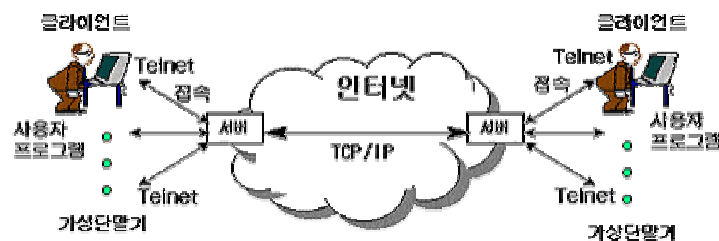
또한 이런 자원들이 상당한 양의 정보를 가지고 있기 때문에 이를 통한 정보의 검색도 다양하게 이루어지고 있다. 대표적인 뉴스그룹 검색엔진으로 데자뉴스(dejanews)가 있으며, 현재 데자뉴스는 구글검색엔진의 <http://groups.google.com/>를 통해 서비스되고 있다.



(3) 텔넷(Telnet)

텔넷은 자신이 사용권한을 가지고 있다는 전제하에 다른 사람의 호스트 컴퓨터를 원격지에서 액세스할 수 있도록 해주는 방법이다. 좀더 기술적으로 말한다면, 텔넷이란 원격지 컴퓨터를 액세스하기 위한 사용자 명령어들과 TCP/IP 기반의 프로토콜을 말한다.

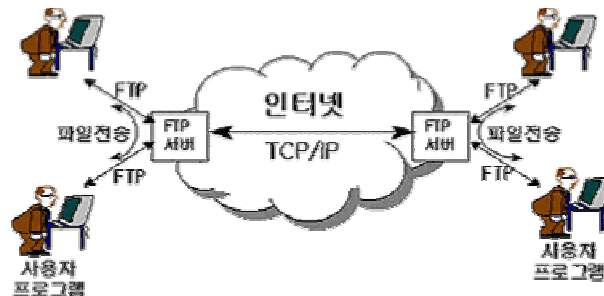
웹 서비스를 해주는 HTTP 프로토콜과, FTP 프로토콜은 원격지 컴퓨터에 특정 파일을 요구하기 위한 것이지만, 실제로 그 컴퓨터의 사용자가 되어 로그인하는 것은 아니다. 그러나, 텔넷을 이용하면 정식 사용자로서 로그인하여, 자신에게 부여된 권한에 따라 그 컴퓨터 상에 있는 특정한 응용프로그램이나 데이터를 이용할 수 있다. 텔넷은 프로그램 개발자나 특정한 호스트 컴퓨터에 있는 응용프로그램이나 데이터를 사용할 필요가 있는 사람들에게 주로 사용된다.



(4) 파일전송서비스 (FTP: File Transfer Protocol)

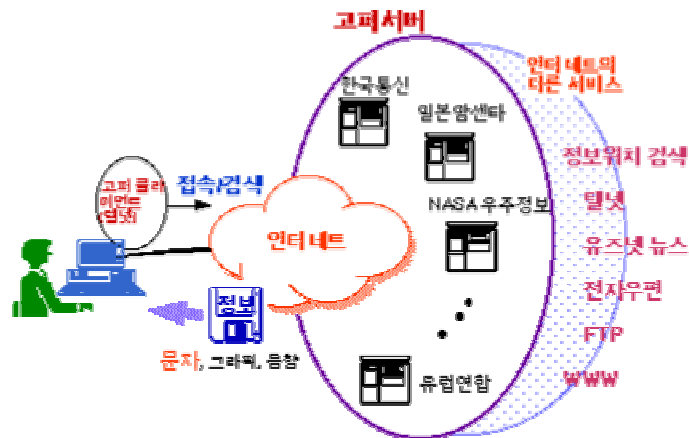
FTP는 인터넷상의 컴퓨터들간에 파일을 교환하기 위한 표준 프로토콜로서 가장 간단한 방법이기도 하다. 화면에 표시할 수 있는 웹 페이지와 관련 파일들을 전송하는 HTTP (Hypertext Transfer Protocol), 전자우편을 전송하는 SMTP(Simple Mail Transfer Protocol)등과 같이, FTP도 역시 인터넷의 TCP/IP 응용 프로토콜 중의 하나이다. FTP는 웹 페이지 파일들을 인터넷상에서 모든 사람이 볼 수 있도록 하기 위해 저작자의 컴퓨터로부터 서버로 옮기는 과정에서 사용된다. 또한, 다른 서버들로부터 자신의 컴퓨터로 프로그램이나 파일들을 내려받는(download) 데에도 많이 사용된다.

사용자 입장에서는 간단한 명령어를 통하여 FTP를 쓰거나, 또는 그래픽 사용자 인터페이스(GUI)를 제공하는 상용 프로그램을 쓸 수도 있다. 보통은 웹 브라우저도 웹 페이지로부터 선택한 프로그램을 다운로드 하는데 FTP를 사용한다. FTP를 사용하여 서버에 있는 파일을 지우거나 이름을 바꾸거나 옮기거나 복사하는 등 갱신작업을 할 수도 있다. FTP 서버에는 로그온을 해야 하지만, 익명의 FTP(Anonymous FTP)를 사용하여 모든 사람들에게 공개된 파일들을 쉽게 접근할 수 있도록 하고 있다. FTP는 보통 TCP/IP에 함께 딸려오는 일련의 프로그램 속에 포함되어 있고, 이러한 FTP서버와 위치를 검색하는 것을 아치(archie)라고 한다.



(5) 고퍼(Gopher)

고퍼는 웹서비스가 개발되기 이전까지는 인터넷의 가장 쉬운 인터페이스로 사용되었다. 고퍼는 정보의 내용을 주제별 또는 종류별로 구분하여 메뉴로 구성함으로써, 인터넷에 익숙하지 않은 사람도 쉽게 정보를 찾아볼 수 있게 만들었다. 또, 고퍼는 인터넷의 다른 기능들, 즉 원격접속(telnet), 파일전송(ftp), 뉴스(news)등의 기능을 고퍼 메뉴 속에서 실행할 수 있고, 고퍼서버들끼리 서로 연결되어 있어서 여러 개의 고퍼 서버를 이동하면서 자신이 필요로 하는 정보를 쉽게 찾을 수 있다. 미국 미네소타 대학에서 1991년에 개발된 것으로, 고퍼란 이름은 미네소타주의 별명이 "고퍼"라는 데에서 유래되었다. 현재는 월드와이드웹이 일반화되면서 고퍼를 거의 사용하지 않고 있다. 이런 고퍼서버를 검색하는 것으로는 베로니카(veronica)가 있다.



고퍼를 이용한 정보 검색, 접속 및 기타서비스 접속

(6) 월드와이드웹(WWW)

인터넷상에서 가장 잘 알려진 통신방법은 월드와이드웹(WWW)이다. 이것은 이용자들이 멀리 떨어진 컴퓨터들에 저장된 정보를 검색할 수 있도록 할 뿐만 아니라, 또 어떤 경우에는 지정된 사이트(sites)로 바로 돌아올 수 있게 하여 준다. 월드와이드웹은 전세계의 다른 컴퓨터들에 저장된 엄청난 수의 문서(documents)들로 구성되어 있다. 이들 문서 중 일부는 단순히 정보를 담고 있는 파일들이다. 그러나, 통상 “웹 페이지”(Web pages)라고 불리는 보다 정교하고 복잡한 문서 또한 보편화되어 있다. 이 웹 페이지는 그 자신의 주소 - 전화번호와 유사함 -를 가지고 있다. 웹 페이지는 흔히 정보를 담고 있으며 때로는 접속자(viewer)가 그 페이지(또는 “사이트”)의 저자와 통신할 수 있도록 하고 있다. 또한 웹 페이지는 그 사이트의 저자가 작성해 놓은 다른 문서나 또는 다른 관련된 사이트로 연결시켜주는 “링크”(links)들을 가지고 있는 것이 보통이다. 대체로 이들 링크는 푸른색의 문자나 밑줄 친 문자, 또는 때때로 영상으로 표시된다.

웹을 항해하는 것은 비교적 수월하다. 이용자는 알고 있는 페이지의 주소를 직접 타이핑하거나 또는 관심주제에 관한 사이트를 찾기 위한 노력의 일환으로 상업적인 “검색엔진”(search engine)에서 하나 또는 그 이상의 주요단어(keyword)를 입력할 수도 있다. 어느 특정의 웹 페이지는 “surfer”에 의해 찾은 정보를 가지고 있거나 아니면 그 페이지상의 링크를 통해 인터넷상의 어딘가에 위치하는 다른 문서에 이르는 길을 제공해주기도 한다. 이용자들은 통상 웹 페이지상의 그림문자(icons) 또는 링크 위에 컴퓨터 마우스를 클릭함으로써 특정의 웹페이지를 탐험하거나 또는 다른 웹페이지로 이동해간다. 대부분의 웹페이지는 그 접속이 무료이지만, 어떤 웹페이지는 상업적 제공자로부터 권리를 구입한 사람들에게만 접속을 허용하기도 한다. 그리하여 독자(정보수용자)의 관점(reader's viewpoint)에서 볼 때, 웹은 쉽게 접근이 가능하고 색인이 되어 있는 수백만권의 출판물을 소장하고 있는 거대한 도서관 내지는 상품이나 서비스를 제공하는 길게 늘어진 상점가에 비견될 수 있는 것이다.

한편 정보제공자의 관점에서 볼 때, 웹은 전세계 수백 수천만의 독자, 시청자, 정보탐색자, 그리고 구매자들에게 정보를 보내고 또 그들로부터 정보를 받는 하나의 거대한 승강장

이다. 누구든지 또는 어떤 단체든지 인터넷에 접속된 컴퓨터를 하나라도 가지고 있으면 정보를 “출판”(publish)할 수 있다. 정부기관, 교육기관, 회사, 시민단체, 그리고 개인 모두가 출판업자(publishers)에 해당된다.⁶²⁾ 이들 출판업자는 자신들의 자료를 인터넷 이용자 전원이 이용할 수 있도록 하거나 아니면 정보이용료를 내고자 하는 한정된 집단에게만 접근을 제한할 수도 있다. 어느 조직도 웹상에서 자기 회원 중의 단 한 명도 통제하지 못하며, 또한 개별 웹사이트나 웹서비스를 웹으로부터 차단시킬 수 있는 어떤 중앙통제소도 존재하지 않는다.

(7) 개인간 파일공유서비스(P2P)

최근 우리 나라에서 저작권법위반혐의로 법정논쟁이 벌어지고 있는 “소리바다” 서비스가 P2P방식의 파일공유서비스이다. P2P(Peer to Peer)는 클라이언트/서버 방식이 아닌 개인과 개인의 PC를 직접 연결하여 서로간에 파일이나 정보를 공유하는 것을 말한다. P2P기술은 “클라이언트들간의 상호작용을 조정하고 관리하는데 있어서, 관리서버 없이, 혹은 단일한 관리서버를 통해서 클라이언트가 다른 클라이언트와 직접 연결할 수 있는 분산 컴퓨팅 기술”⁶³⁾이라고 정의된다.

P2P 방식에는 “혼성P2P방식”과 “순수P2P방식”이 있다. 혼성P2P로서 대표적으로 냅스터(Napster)사의 MP3파일 공유서비스를 들 수 있다. 냅스터 웹사이트에서 냅스터 프로그램을 내려받기 하여 실행하면 자신이 서비스할 파일의 위치를 입력한 후에 냅스터 서버에 로그인하는 과정을 거친다. 로그인 과정에서 공유폴더가 생성되고 냅스터는 이용자의 하드디스크에서 MP3파일을 검색해서 그 목록을 검색에 용이한 구조로 데이터베이스화하여 저장하고, 이용자가 새로 접속할 때마다 목록을 갱신한다. 이후에 회원들로부터 검색요구가 들어오면 저장된 목록으로부터 검색한 결과와 그 목록을 제공한 회원의 접속여부, 회선속도 등을 바탕으로 원하는 파일목록을 제공한다. 즉 냅스터의 서버에는 MP3파일이 하나도 없지만, 회원들의 사이트에 어떤 파일이 있는지를 관리하면서 회원이 원하는 파일의 위치정보를 제공하는 과정에서 냅스터의 중앙서버가 개입하게 된다. 그러나 실제로 원하는 파일을 내려받기 할 때에는 중앙서버를 거치지 않고, 파일을 가지고 있는 이용자의 PC와 직접 연결하게 된다.⁶⁴⁾

한편, 순수P2P방식은 중앙서버를 필요로 하지 않는데, 그 대표적인 것으로 그누텔라(Gnutella)를 들 수 있다. 냅스터가 중앙서버에서 파일목록을 관리하는 것과는 달리, 그누텔라는 중앙에서 관리하는 데이터를 가지고 있지 않다. 그누텔라는 프로그램 자체에 검색엔진이 내장되어 있어서 해당 컴퓨터에 직접 연결하여 자료를 찾아낸다.⁶⁵⁾

62) 웹출판(Web publishing)은 수천의 개인 이용자와 소규모 단체들이 웹을 이용하여 자신들의 홈페이지(home pages)를 출판하고 있을 정도로 대단히 간편한 작업인데, 이 홈페이지는 그 개인이나 단체에 관하여 나름의 특성과 기호에 맞게 만들어지는 회보(newsletter)에 상당하는 것으로서 웹에 접속하는 사람이면 누구나 이를 받아볼 수 있다.

63) 오세현, “P2P 방식의 파일공유서비스: 현황과 전망”, 『KISDI IT FOCUS』, 정보통신정책연구원, 2000년 11월호, 4면.

64) 오세현, 위의 글, 5면.

65) 오세현, 위의 글, 7면.

5. 인터넷 관리기구

인터넷에서의 행위를 규율하는 단일의 기구는 존재하지 않는다. 각 국가의 네트워크는 그 나라의 법과 정책에 따라 관리·운영된다. 이것은 인터넷의 가장 큰 장점이기도 하고 한편으로는 주된 약점이기도 하다. 그러나 인터넷상의 네트워크들 사이의 기술적 규약(rules and protocols)은 세계적으로 합의되어야 한다. 물론 이러한 합의는 일방적인 것이 아니고, 수많은 관련 기관이나 전문가에 의하여 제안, 시험운영, 끊임없는 토론의 과정을 거쳐 합의에 이르게 된다. 이러한 합의과정에 주도적인 역할을 하는 주요한 국제기구들이 있다.

(1) ISOC (Internet Society)⁶⁶⁾

Internet Society는 인터넷의 바람직한 사용과 관심 및 발전을 촉진시키기 위한 국제 비영리기구이다. 1992년에 설립되었으며, 미국 버지니아주의 레스톤(Reston)에 자리 잡고 있다. ISOC는 182개국에서 150개 이상의 기관 회원(기업체, 정부기관, 재단법인 등)⁶⁷⁾과 11,000명 이상의 개인 회원들로 구성된 전문가집단이다.

Internet Society는 기술 및 기타 문제를 감독하는 IAB를 지원한다. IAB의 활동 중에서, TCP/IP의 진화를 감시하는 IETF가 있다. 또다른 IAB 활동들에는 네트워크 기술에 관해 작업을 하는 IRTF(Internet Research Task Force), IP 주소를 할당하는 IANA, 그리고 도메인 이름 시스템을 관장하는 Internet Registry 등이 포함된다.

(2) IAB (Internet Architecture Board)⁶⁸⁾

IAB는 ISOC의 기술자문그룹으로서, 인터넷에서 사용되는 기술규약(protocols)과 절차의 전반에 대해 감독하며, IETF 의장을 임명하는 등 IETF의 활동을 감독하고, 기술표준의 부당한 집행에 대해 이의제기가 있는 경우 그에 대해 심사한다. 또한 RFC(Requests for Comments)의 출판을 책임진다.

(3) IETF (Internet Engineering Task Force)⁶⁹⁾

IETF는 TCP/IP와 같은 인터넷 운영 프로토콜의 표준(standard)을 정의하는 주체이다. IETF는 IAB의 감독을 받으며, IETF 구성원은 Internet Society의 개인 또는 단체회원들로부터 선발된다. 표준들은 RFC(Requests for Comments)의 형태로 나타내어진다.

(4) 인터넷주소관리기구 : IANA와 ICANN⁷⁰⁾

IANA (Internet Assigned Numbers Authority)는 ISOC의 IAB 하부에 있는 조직으로서, 미국 정부와의 계약 하에 인터넷서비스제공자(ISP)들의 IP 주소 할당 업무를 관장해 왔었다. IANA는 또한 인터넷 운영을 위한 "고유한 매개변수들과 프로토콜 값들"의 등록에 관한 책임이 있었는데, 이러한 것들에는 포트번호, 문자셋, 그리고 마임 미디어 액세스 형식 등이 포함된다. 인터넷은 이제 세계적인 네트워크이기 때문에, 미국 정부는 미리 IANA와 계약을 통해 인터넷 감독에서 어느 정도 뒤로 물러났으며, 새로 만들어진 전세계적인 비정부기구인

66) <http://www.isoc.org>.

67) 예컨대, 한국전자통신연구원(ETRI)은 IOC의 전문가회원으로 가입되어 있다.

68) <http://www.iab.org>.

69) <http://www.ietf.org>.

70) <http://www.icann.org>.

ICANN을 지원한다.

ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers)은 인터넷 주소 할당, 프로토콜 매개변수 할당, 도메인이름시스템의 관리, 그리고 루트서버시스템⁷¹⁾의 관리기능 등, 이전에 IANA에 의해 수행되었던 각종 서비스들에 대한 책임을 갖고 있는 비정부, 비영리 기관이다.

ICANN의 초창기 멤버들은 IANA의 대표였던 고(故) 조나단 포스텔 박사에 의해 선정되었다. IANA는 ARPANet에 자금을 댔던 미국 정부와의 계약으로부터 자신들의 권위를 이끌어내었다. 미국정부는 인터넷의 통일을 국제화해야 할 필요성에 따라, 계속 발전해야 할 인터넷 시스템과 프로토콜을 관리하기 위한 ICANN을 범세계적인 비정부 기구로 설립하도록 권유하였다. 비록 도메인 이름 등록은 일정 기간동안 미국정부와의 계약 하에 Network Solutions, Inc.에 의해 계속 수행되었지만, 미국 정부는 본질적으로 인터넷의 통제권을 ICANN에 넘기고 있다.

(5) World Wide Web Consortium (W3C)⁷²⁾

월드와이드웹 컨소시엄(W3C)은 월드와이드웹의 완전한 잠재 가능성을 실현하기 위해 존재한다. W3C는 웹의 진화를 위한 표준, 그리고 각종 규격들과 참고용 소프트웨어의 생산을 통한 WWW 제품들 간의 호환성의 증진을 추구하는 산업계의 조합이다. 비록 W3C는 산업계의 회원사들에 의해 자금을 지원 받지만, 특정 공급사에 대해 중립적이며, 이곳에서 만들어지는 제품들은 모두에게 자유로이 공유된다.

이 컨소시엄은 미국에서는 MIT 컴퓨터과학연구소가, 그리고 유럽에서는 지역지원 및 핵심 개발을 수행하는 INRIA가 공동으로 주관하는 세계적인 조직이다. W3C는 처음에는 웹이 시작된 CERN의 협력과, DARPA 및 European Commission의 지원 아래 설립되었다.

71) 루트서버시스템(root server system)은 .com, .net, .org, 그리고 각국의 국가코드 등과 같은 최상위 도메인의 공식적인 원본 목록이 유지되고 활용될 수 있도록 하는 방법이다. 이 시스템은 13개의 파일서버로 구성된다. 흔히 "A" 서버라고 불리는 중앙 서버는 현재 도메인이름 등록을 관리하는 회사인 NSI에 의해 운영되며, 최상위도메인 원본 목록은 A서버에 유지된다. 이 목록은 다른 지역에 흩어져 있는 12개의 파일서버에 매일매일 복제된다. 인터넷 라우팅 시스템은 라우팅 테이블을 갱신하기 위해 가장 가까이 있는 루트 서버를 사용한다.

72) <http://www.w3.org>.

제2장 표현의 자유에 관한 일반이론

제1절 표현의 자유의 역사적·철학적 기초

1. 인쇄시대 초기의 검열법

1456년 독일의 구텐베르크가 처음으로 활판인쇄(typography)를 이용하여 성경을 출판한 이래 유럽 전역에 걸친 인쇄의 보급은 기존의 권력기관의 권위를 무너뜨리는 새로운 커뮤니케이션 환경을 창출하였다. 그때까지 手記된 말의 통제를 통해 자신들의 권력을 유지하여 온 교회권력과 세속권력이 인쇄라는 새로운 미디어를 통제하는 것이 사실상 어려워짐에 따라 자신들의 권력기반 또한 약화되기 시작하였다. 그러나 권력기반의 약화를 우려한 권력층의 반동적인 대응은 많은 검열법의 제정을 초래하였으며, 그 결과 무수한 재판과 처벌이 행하여졌다. 그리하여 16세기 말, 인쇄된 말에 대한 검열은 전 유럽에 걸쳐 교회권력과 세속권력 모두에게 있어서 보편적인 현상으로 자리잡아 갔다.⁷³⁾

먼저 印刷에 대한 검열조치는 교회권력에 의해 취해졌다. 1501년 교황 알렉산더 6세는 책의 무허가 인쇄를 금하는 칙령을 공포하였으며, 1559년에는 금서목록이 처음으로 나타났다. 또한, 비슷한 시기에 세속의 권력도 유사한 조치를 강구하였다. 예컨대, 독일에서는 1529년에 검열제도가 도입되었으며, 1557년에는 영국의 국왕이 선동적이고 이단적인 서적을 억제하기 위하여 서적출판업 조합에 특허장을 부여하고 그 조합의 구성원에 한해 인쇄의 특권을 인정하였다. 프랑스에서는 인쇄업에 대한 억압이 강화되었는데, 1546년 인쇄업자 Etienne Dolet의 화형사건이 원인이 되어 많은 인쇄공들이 네덜란드로 도피하는 사태까지 발생하였다. 영국에서는 1637년에 활자의 주조 자체를 규제하였다.

출판업자들은 이러한 권력의 억압에 항거하였다. 영국에서는 出版許可制의 도입에 대해 1644년 John Milton이 언론자유 고전이 된 소책자 『Areopagitica』에서 강력하게 항의하였다. 1693년경에는 허가제가 폐지되고, 그 후 출판에 대한 억압의 주요수단은 과세로 바뀌게 되었는데, 1712년부터 1세기 반 동안 과세를 통해 출판물을 통제하였다. 세금은 신문인쇄, 광고, 그리고 신문 자체에도 과세되었다. 또한 영국정부는 정부를 비판하는 자를 文書名譽毀損罪(criminal libel)로 소추하는 등 출판을 억압하는 정책을 계속 유지하였다.

여기서 우리는 왜 인쇄의 보급 직후에 이토록 종교권력과 세속권력이 이전에는 볼 수 없었던 검열체계를 구축하고 인쇄된 말에 대한 통제를 강화하게 되었는가 하는 질문을 던지지 않을 수 없다. 그 대답은 어렵지 않다. 그것은 인쇄매체가 야기한 커뮤니케이션 환경이 기성의 권력에 위협적인 존재로 드러났기 때문이었다. 즉, 확대되는 정보유통에 통제를 가함으로써 기성의 권력을 유지하고자 했던 것이다.⁷⁴⁾ 바야흐로 사회 내 정보유통의 사회적

73) S. H. Steinberg, *Five Hundred Years of Printing*, 3rd ed., Baltimore: Penguin Books, 1974, p.260.

74) 중세의 교회에 대한 대부분의 중대한 도전이 印刷發明 직후에 일어났다는 것은 결코 우연이 아니다. 만약 인쇄의 발명이 없었다면 종교개혁은 일어나지 않았을 것이라는 점은 일반적으로 승인되고 있다. 1519년에 마르틴 루터가 카톨릭교회에 대한 자신의 불만을 적은 쪽지(Ninety-Five Theses)를 자신이 교수로 있던 독일의 대학도시 Wittenberg의 교회대문에 붙였는데 그의 메시지가 수만장의 사본으로 인쇄되어 독일 전역에 빠르게 유포됨으로써 종교개혁의 불을 당기게 되었던 것은 주지하는 바이다. 당시 그의 행동은 그 자체 결코 혁명적인 것은 아니었다고 한다. 당시에는 신학교수가 면죄부와 같은 쟁점에 대해 토론을 제기하는 것은 일상적이고 전통적인 것이었으며, 중세에서 교회의 대문은 전형적인 공표의 장소였다. 루터 자신이 그로부터 6개월 후 교황 레오 6세에게 보낸 편지에서, 어떻게 해서 자신의 테제가 그토록 많은 지역으로 퍼져나갔는지를 자신도 알

힘과 권력의 정보통제 사이의 근대적 투쟁이 시작된 것이다. 그러나 투쟁의 초기에는 정보유통의 사회적 힘은 기성권력의 정보통제에 대항해서 그것을 능가할 만큼 충분히 강하지는 못하였다. 근대정신이 완전히 발화되기까지 인쇄매체의 사회적 힘은 아주 조금씩 그리고 아주 서서히 퍼져 나아갔던 것이다.

이처럼 인쇄의 보급 직후인 16, 17세기의 권위주의적 풍토 속에서 인쇄매체는 오늘날과 같은 언론매체의 개념을 전혀 담고 있지 않았다. 인쇄는 권력의 수중에 있는 권력의 도구로 간주되고 이용되었다. 당시 진리라는 것은 국민 대중으로부터 나오는 것이 아니라, 그들을 지도하고 명령하는 지위에 있는 소수의 현인들이 만들어 내는 것이라고 여겨졌다. 당시의 정치 지배자들은 백성이 알아야 할 사항이라고 자신들이 생각한 것과 백성의 지지를 받아야 할 것이라고 생각한 정책들을 백성들에게 알리기 위하여 인쇄매체를 이용하였다. 인쇄라는 언론매체의 소유는 정부의 특별허가가 있는 경우에 한해서 허용되었으며, 이 특허는 정부의 정책을 지지한다는 의무에 충실하지 않다고 판단되었을 때에는 언제든지 취소되도록 되어 있었던 것이다.⁷⁵⁾ 따라서 이 당시의 언론개념에는 오늘날 언론의 보편적인 기능의 하나로 되어 있는 정부견제기능이 존재하지 않았음은 물론이다. 결국 오늘날의 언론개념과 언론자유의 보장은 보다 성숙된 커뮤니케이션 환경을 기다려야만 했다.

2. 인쇄개화기와 언론자유의 헌법적 수용: 역사적 교훈

인쇄의 발명 이후 새로운 커뮤니케이션 환경이 야기한 가장 두드러진 변화는 책의 생산량과 구입가능성의 폭발적인 증대였다. 그리하여 인쇄는 이전에 비해 개인이 훨씬 먼 거리의 보다 많은 다른 개인들과 의사소통하는 것을 가능하게 하여 주었다.⁷⁶⁾ 그 결과 인쇄의 발명과 보급은 실로 종래 볼 수 없었던 정보유통이라는 사회적 힘과 정보통제라는 국가권력 사이에 있어서의 최초의 근대적 투쟁을 야기하였다. 인쇄 초기의 검열법의 존재는 불만을 가진 개인들이 이전에는 실로 불가능하였던 방식으로 동지를 발견하거나 또는 다른 사람에게 의사를 전달할 수 있는 능력을 가지게 된 새로운 커뮤니케이션 환경에 대한 권력측의 대응으로 나타난 것으로 이해되어야 할 것이다. 결국, 이러한 검열법의 역사는 곧 이들 법에 구현된 국가의 권력이 새로운 미디어의 힘과 치열하게 싸우고 있었다는 사실을 보여 주는 것이다.

결국 양자의 싸움은 17세기말에 이르러 인쇄매체의 승리로 귀결된다. 당시 권력당국에 있어 가장 어려운 문제는 검열법의 집행이 점차 어려워졌다는 사실이었다. 인쇄매체를 통제하고자 하는 권력당국의 노력과 시도는 15세기에서 18세기까지 계속해서 해적판의 증대를 촉진시켰으며, 따라서 거대한 책의 지하시장을 형성시켰다.⁷⁷⁾ 갈수록 비밀스러운 정보

수 없는 미스테리라고 하면서, 그 테제는 전적으로 자신의 교구에서만 통용시키려는 의도였었다고 적었다. Elizabeth Eisenstein, *The Printing Press as an Agent for Change*, New York: Cambridge University Press, 1979, pp.306-307.

75) F. S. Siebert, T. Peterson & W. Schramm/강대인(역), 『언론의 4이론』, 나남, 1993, 17면.

76) “인쇄기는 시골 구석 구석에까지 보급되었으며, 논객들의 주장이 아주 작은 소책자의 형태로 전역에 배포되었다. 실로 모든 것이 인쇄되었으며, 즉각적으로 표절되어 회람되곤 하였다. 친구나 동료 사상가에 대한 모든 칭찬이나 찬사도 활자화되었으며, 개인적인 앙심이나 원한도, 구절편지도, 그리고 모든 항변도 인쇄되어 배포되었다.” Richard Friedenthal, *Luther: His Life and Times*, New York: Harcourt, Brace & World, 1967, pp.109-110.

77) L. Febvre & H. Martin, *The Coming of the Book*, London: NLB, 1976, p.144.

유통은 더욱 늘어났으며 검열법 위반은 더욱 증대하여 갔다. 불법적인 출판에 대해 형사처벌은 빙산의 일각에 불과하였다. 그리하여 프랑스의 경우 18세기에 이르면 엄청난 지하출판 및 국외에서의 출판 등으로 인해 결국은 인쇄된 말을 통제하고자 했던 정부의 검열관, 경찰 그리고 독점적인 서적상조합의 통합적 노력은 마침내 무산되고 말았다.⁷⁸⁾

우리는 여기서 왜 근대의 言論自由의 概念이 17세기에 생겨났고, 어찌해서 言論(speech)과 出版(press)의 보호가 근대 입헌주의 헌법전 속에 수록되게 되었는지를 위해하기 위해서는, 헌법제정권력자의 의지나 헌법기초자의 의사 또는 언론자유를 주장한 사상가들의 저서 등을 검토하기에 앞서 그러한 법리가 생겨나게 되는 사회적 힘과 배경에 주목할 필요가 있다. 법이란 현실의 형성자이면서 동시에 현실을 반영하고 있는 존재이기 때문이다. 특히 그 법에 내재하면서 법을 작동시키는 법이념이나 정신은 그 시대 그 사회의 현실적 토대 위에서 생성되고 유지되는 것이라는 점에 유의할 필요가 있다. Siebert는 영국에서 검열법이 완화되게 된 배경을 이렇게 말하고 있다. “자유언론의 유용성에 관한 어떤 철학적인 결론 때문이 아니라, 일차적으로는 원하는 결과를 달성할 수 있는 집행가능한 규제체계를 고안해낼 수 없었다는 사실에 기인한다.”⁷⁹⁾

한편, 미국에서 言論出版의 자유에 대한 헌법적 보장이 이루어지게 된 것도 헌법제정 당시 단순히 헌법제정자들의 설득력 있는 논변이나 이상, 철학 등에만 기인하는 것이 아니라, 18세기 후반 미국에서 전개되고 있었던 커뮤니케이션 환경과 그 속에서의 憲法制定者들의 현실경험에 크게 기인하는 것이었음이 지적되고 있다.⁸⁰⁾ 즉, 미연방헌법 증보 제1조(언론자유조항)는 단순히 식민모국의 언론통제에 대한 대응으로서 나타났다고 하기보다는 당시 헌법제정자들에게 익숙해 있었던 고도의 적극적이고 억제되지 않은 사실상의 커뮤니케이션 환경의 반영이었다고 하겠다. “식민지주민들은 혁명 전 수십 년 동안 적극적이고 공격적인 신문과 잡지를 출판하고 있었다. 증보 제1조의 제정 무렵에는 미국인들은 선동죄의 이념과는 양립할 수 없을 정도의 보편적인 자유주의적 언론이념을 형성하고 있었다. 이 같은 이론적 전망은 휘그당의 사상과 계몽사상 뿐만 아니라 자유언론의 실제경험으로부터 나온 것이었다.”⁸¹⁾ 또한 P. M. Garry도 언론자유와 보장과 커뮤니케이션 환경과의 관계를 이렇게 지적하고 있다: “미연방헌법 증보 제1조는 식민지 당시 정보유통을 검열하고 통제하고자 한 그 수많은 노력에도 불구하고 정보유통을 극적으로 변화시켰던 커뮤니케이션 환경으로부터 나온 것이었다. 영국으로부터의 독립 이전부터 식민지에 있어서의 출판은 세계 유통이 없을 정도로 정치적으로 대단히 적극적이고 참여적인 매체로 발전하였다.”⁸²⁾

요컨대, 초기 미국의 역사에 있어서 言論自由의 헌법적 보장은 당시 인쇄매체가 확보하였던 커뮤니케이션 환경의 구조적 특성과 그에 바탕을 둔 자유언론의 현실경험에 크게 기인한 것이었다.⁸³⁾ 그렇다면 언론자유와 물적 토대였던 당시의 커뮤니케이션 환경의 구조적

78) Robert Darnton, *The Literary Underground of the French Regime*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1982, pp. v-vi.

79) Frederick S. Siebert, *Freedom of the Press in England, 1476-1776*, Urbana: University of Illinois Press, 1952, p.260.

80) M. Ethan Katsh, "The First Amendment and Technological Change: The New Media Have a Message", 57 *Geo. Wash. L. Rev.* 1459, 1470(1989).

81) Jeffrey Smith, *Printers and Press Freedom*, New York: Oxford University Press, 1988, p.13.

82) Patrick M. Garry, *Scrambling for Protection: the New Media and the First Amendment*, Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1994, p.12.

83) “정부와 언론매체 사이의 관계란 일정한 거리를 유지하는 적과 같은 것이라는 20세기의 견해는 미국 헌법기초위원들의 생각에서 나온 것이 아니다. 언론의 중요성에 대한 이들의 믿음은 국회에

특성은 어떤 것이었던가? 이에 대해 Jerry Berman과 Daniel J. Weitzner는 이렇게 대답한다: “당시 인쇄매체의 정보환경은 대규모의 정부개입 없이도 어떻게 정보원의 다양성이 확보될 수 있는지를 보여주는 좋은 예이다. 모든 매체에 있어서 정보원의 다양성을 확보할 수 있는 열쇠는 탈중앙화된 개방적 네트워크 구조(decentralized open architecture)이다. 예컨대, 당시 종이의 생산은 쉽고 값싼 것이었다. 그리고 우편제도는 인쇄된 정보가 해안 도시에서 육지의 오지에, 또는 그 반대방향으로 그리고 넓은 지역에 걸쳐 광활하게 분산되어 있던 이주지역들 상호간에 유통될 수 있도록 하여 주었다. 바로 이러한 탈중앙화된 정보환경 하에서 인쇄매체는 언론출판의 자유가 담고 있는 견해의 다양성의 가치를 실현할 수 있었던 것이다. 매일 또는 매주의 간격으로 수백 개의 신문이 제공하는 정보의 유통과 수집은 당시로서는 완전히 새로운 정보구성 및 배분방식이었다. 신문의 생산과 보급은 그 어떤 때보다 용이하였기 때문에, 공적이든 사적이든 그 어떠한 기관도 이러한 정보유통의 과정을 통제할 수 없었다. 바로 이같은 정보환경의 脫中央化는 초기 미국의 민주주의를 기초지우는 초석이 되었다.”⁸⁴⁾

이상의 역사적 고찰에서 우리는 다음과 같은 교훈을 얻을 수 있을 것으로 생각된다. 즉 새로운 커뮤니케이션 매체인 인쇄는 이전의 수기매체에 비해 통제가 보다 어렵다는 사실 및 그러한 뉴미디어가 야기시키는 새로운 정보환경은 결과적으로 정부와 뉴미디어 사이의 정보유통과 정보통제를 둘러싼 줄다리기의 시합의 구조와 성격을 변화시키면서, 새로운 정보환경을 받아들이도록 법에 압력을 가한다는 사실이다. 다시 말해서, 인쇄는 권력당국을 자극하여 검열법을 제정하도록 만들었지만, 결국 인쇄의 특성을 기반으로 하는 새로운 규범 질서가 발전되어 나간 것은 어쩌면 피할 수 없는 일이었던 것이다. 이는 앞으로의 새로운 정보환경의 전개와 그에 따른 言論自由의 法理의 전개방향을 가늠해 볼 수 있는 중요한 역사적 교훈을 제시해주는 것이라고 하겠다.

3. 언론자유와 철학적 기초 : 사상의 자유시장론

이상과 같은 개방적이고 분권적인 커뮤니케이션 환경을 토양으로 하여 언론의 자유는 근대 입헌민주국가에서 헌법적 보장의 지위를 획득하게 되었을 뿐만 아니라⁸⁵⁾ 오늘날까지 입헌민주체제의 불가결의 본질적 요소로 평가되고 있다. 사회구성원이 자신의 생각과 의견을 자유롭게 표현할 수 있다는 것이야말로 모든 民主社會의 기초이자 생명선이 아닐 수 없다. 실로 표현의 자유가 결여된 민주정치란 상상조차 하기 어려운 일일 것이다. 왜냐하면, 사상의 자유로운 교환을 위한 열린 공간이 확보되지 않고서 민주정치는 결코 기대할 수 없기 때문이다. 민주정치를 가장 고전적인 개념규정에 있어서 ‘자기통치(self-government)’라고 이해할 때, 사회 내 여러 다양한 의견과 사상이 자유로운 교환과정을 통해 여과없이 사회구석구석에 전달될 때에만 비로소 피치자에 의한 정치과정에서의 능동적인 참여가 가능하게

대해 언론자유를 박탈하는 법을 통과시켜서는 안된다는 주장을 낳았고 또한 언론을 지원하도록 설득했다.” Ithiel de Sola Pool/원우현(역), 『자유언론의 테크놀로지』, 전예원, 1985, 132면.

84) Jerry Berman & Daniel J. Weitzner, "Abundance and User Control: Renewing the Democratic Heart of the First Amendment in the Age of Interactive Media", 104 *Yale L. J.* 1619, 1627(1995).

85) 1776년 미국 버지니아주 권리선언 제12조; 1789년 프랑스의 「인간과 시민의 권리선언」 제11조; 1791년 미연방헌법 증보 제1조 등. 이들 조문 내용은 성낙인, “표현의 자유”, 『기본권의 개념과 범위에 관한 연구』 (헌법재판연구 제6권, 1995), 172-3면.

되고, 그러한 조건의 성숙 하에서만 제 이름에 값하는 민주정치가 실현될 수 있음은 물론이다.⁸⁶⁾

그런데 이러한 언론자유는 18세기 후반에 그 제도적 표현을 획득하였지만, 그 사상적 기초는 이미 17세기에 전개되었다. 특히 존 밀턴은 1644년에 출판한 『아레오파지티카』에서 당시의 권위주의적 언론통제에 대해 항변하는 가운데 오늘날 언론자유에 중요한 이론적 토대인 이른바 ‘사상의 자유시장론(free trade in ideas)’을 제시하였다: “眞理와 虛僞가 대결하게 하라. … 모든 사람으로 하여금 자유롭게 말할 수 있게 하라. 그러면 진리의 편이 반드시 생존하고 승리한다. 허위와 불건전은 思想의 公開市場(the open market place of ideas)에서 다투다가 마침내는 패배하리라. 權力은 이러한 선악의 싸움에 일체 개입하지 말라. 설혹 허위가 일시적으로 득세하는 일이 있더라도 선악과 진위가 자유롭게 싸워 간다면 마침내 선과 진이 자기교정과정(self-righting process)을 거쳐 궁극적인 승리를 얻게 되리라.”⁸⁷⁾ 밀턴의 이 사상은 미국에서 Holmes 대법관에 의하여 새로이 꽃을 피우게 되었고⁸⁸⁾, 오늘날 자유민주국가에 있어서 언론자유에 법리전개에 그 이론적 토대가 되고 있음은 물론이다.

사상의 자유시장론에 따르면, 어떤 사상과 견해가 옳고 그른지, 또는 가치있고 가치없는 것인지를 평가하고 결정하는 것은 ‘정부’가 아니라 ‘사상의 공개시장’이라는 것이다. 설령 유해한 사상이나 표현이라 하더라도 그 해악의 교정은 사상의 공개시장에서 대립되는 사상이나 표현에 의한 경합을 통해 이루어져야 한다는 믿음인 것이다. 이처럼 어떤 사상이나 표현의 가치를 평가하는 주체는 결코 국민의 대리인인 정부가 될 수 없으며 오직 사상의 공개시장, 즉 국민 스스로일 뿐이라는 생각이야말로 언론자유에 이념적 바탕이 아닐 수 없다.

헌법재판소도 음란물출판사등등록취소사건⁸⁹⁾에서, “국가는 단순히 어떤 표현(내용)이 가치 없거나 유해하다는 주장만으로 그 표현에 대한 규제를 정당화시킬 수는 없다.”고 판시하면서, 그 논거로 사상의 경쟁메커니즘이 시민사회 내부에 존재하고 있다는 점을 제시하고 있음에 주목할 필요가 있다. 즉, “언론·출판에 대한 규제는 통상 그 언론·출판으로 말미암은 해악을 시정하고 방지하기 위한 것이고 이러한 국가의 노력은 정당하고 필요한 것이기는 하나, 국가의 개입에 앞서 그 해악을 해소시킬 수 있는 1차적 메커니즘, 즉 사상의 경쟁메커니즘이 시민사회 내부에 존재한다는 사실이다. 그리하여 만일 시민사회 내부에서 서로 대립되는 다양한 사상과 의견들의 경쟁을 통하여 유해한 언론·출판의 해악이 자체적으로 해

86) 우리 헌법도 제21조 제1항에서 표현의 자유를 보장하고 있고, 이에 더 나아가 제2항에서는 특별히 표현에 대한 검열 또는 허가의 금지를 선언하고 있는 것도 바로 이러한 이유 때문인 것임은 두말할 필요도 없다. 그리고 헌법재판소도 “표현의 자유가 보장되어 있지 않은 나라는 엄격한 의미에서 민주국가라 하기 어려운 것이다.”라고 분명히 밝히고 있다. 헌재 1992. 11. 12. 89헌마88, 판례집 4, 758.

87) John Milton, *Areopagitica: A Speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England*, 1644. 인용은 김동민(편), 『언론법제의 이론과 현실』, 한나래, 1993, 15면에서.

88) Holmes 대법관은 *Abrams v. U.S.* 사건(1919)의 반대의견에서 다음과 같이 이를 표현하였다: “요망되는 궁극적인 선은 사상의 자유로운 교환에 의해 더 잘 이루어질 수 있다는 것 - 즉, 진리의 가장 올바른 기준은 시장에서의 경쟁 속에서 자신을 수용시킬 수 있는 사상의 힘에 있는 것이며, 또한 그 진리야말로 인간의 소망이 안전하게 실현될 수 있는 유일한 터전인 것이다.” *Abrams v. U.S.*, 250 U.S. 616 (1919).

89) 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327.

소될 수 있다면 국가의 개입은 최소한도에 그쳐야 할 것이다. 입헌민주국가에서 언론·출판의 자유를 거론할 때 견해의 다양성과 공개토론이 강조되는 소이가 여기에 있는 것이다.”⁹⁰⁾고 판시하고 있다.

결국, 사상의 자유시장론은 사상의 공개경쟁을 통해서만 선과 진, 그리고 사회진보가 확보될 수 있다는 신념을 전제로 하고 있고, 다시 그 밑바탕에는 인간이성에 대한 무한한 신뢰가 깔려 있다고 하겠다. 이제 인간은 지도받고 명령받는 예속적 존재가 아니라, 서로 대립되는 증거에 직면하거나 어느 한 편을 선택할 필요에 놓일 경우에는 진실과 허위, 좋은 것과 나쁜 것을 분간할 수 있는 이성적 존재라고 여겨진다. 따라서 진리는 이제 권력의 전유물이 아니게 된다. 오히려 진리를 탐구하는 권리는 인간의 불가양의 권리라고 여겨진다.

헌법재판소도 언론의 자유와 진리추구의 관계를 문화진보의 관점에서 이렇게 설명하고 있다: “언론·출판의 자유가 보장되지 않는다면, 사상은 억제되고 진리는 더 이상 존재하지 않게 될 것이다. 문화의 진보는 한때 공식적인 진리로 생각되었던 오류가 새로운 믿음에 의해 대체되고 새로운 진리에 자리를 양보하는 과정 속에서 이루어진다. 진리를 추구할 권리는 우리 사회가 경화되지 않고 민주적으로 성장해가기 위한 원동력이며 불가결의 필요조건인 것이다.”⁹¹⁾

이러한 진리추구의 권리가 실질적으로 보장되기 위해서는 인간은 아무런 제약 없이 다른 사람의 사상이나 사고에 접근할 수 있어야 한다. 바로 여기에서 언론매체(인쇄)는 단순한 정부의 도구가 아니라 진리탐구의 협력자로 간주되게 된다.⁹²⁾ 즉 언론매체는 정부로부터 분리되어 중립적인 결정자인 국민의 판단을 위한 자료나 증거 또는 쟁점을 제공하는 기관인 것이다. 정부는 어떤 논쟁의 결과에 있어서 직접적인 이해를 갖는 당사자이기 때문에 반대하는 측의 주장 발표를 방해하는 권한을 가져서는 안되고, 따라서 언론매체가 정부의 통제나 그 영향으로부터 자유로워야 한다는 것은 당연한 요청인 것이다.

이상과 같은 자유주의 언론이론이야말로 모든 근대 입헌민주국가의 헌법에서 채택된 자유주의 언론관이 아닐 수 없다. 사실 이 자유주의 언론이론은 입헌국가 초기 인쇄매체를 중심으로 하는 커뮤니케이션 환경에서부터 시작하여 20세기 중반 방송매체를 중심으로 하는 매스미디어시대를 거쳐 멀티미디어에 의한 새로운 커뮤니케이션 환경이 바야흐로 전개되는 오늘날에 이르기까지 언론의 자유 및 언론매체에 대한 정부규제의 한계를 둘러싼 모든 헌법이론적 논쟁의 핵심에 놓여 있다고 하겠다.

4. 시청각커뮤니케이션의 자유에서의 多元主義

(1) 프랑스에서의 언론의 자유에서의 다원주의보장에 관한 이론

언론에 있어서의 多元主義란 국민이 다양한 정보와 思想(견해)에 접할 수 있도록 또 그리하여 다양한 사상을 형성하고 표현할 수 있도록 하여야 한다는 것을 내포하는 것으로 볼 수 있을 것이다.⁹³⁾ 이 원칙은 프랑스에서의 言論, 시청각커뮤니케이션에 관한 기본 원칙 중의

90) 판례집 10-1, 327, 340-341.

91) 판례집 10-1, 327, 338.

92) F. S. Siebert, T. Peterson & W. Schramm/강대인(역), 『언론의 4이론』, 나남, 1993, 18면.

93) 다원주의에 대하여 프랑스의 憲法辭典은 다원주의란 시민사회에서 사상(견해)의 다양성, 이해관계의 다양성, 그리고 그 집단들의 다양성을 특별히 보호하고(privilégie) 그 다양성의 보장을 자유의 한 조건이 되게 하는 정치적, 법적 차원의 개념이라고 정의하고 있다[P. Bouretz, Pluralisme, in

기본 원칙이다. 이 다원주의의 원칙은 아래에서 살펴보듯이, 예컨대 방송의 독과점금지 등 방송에 대한 여러 法制의 기초를 이루고 있다고 할 수 있다.⁹⁴⁾

언론의 자유는 최대한 보장되어야 하고 아울러 다양한 사상들이 자유롭게 개진되도록 하여야 함은 물론이다. 어느 특정 사상이나 사조만을 절대적인 것으로 인정하게 되면 다양한 사상의 시장의 형성이 어렵다. 그러한 점에서 커뮤니케이션에서의 다원주의의 실현은 언론의 자유에 대한 제한의 원리가 될 수 있을 것이다. 그러나 그러한 제약은 다원주의가 보다 폭넓은 사상의 자유시장을 형성하게 하기 위한 것이라는 점에서 언론, 커뮤니케이션의 자유를 실질적으로 더욱 보장하는 순기능을 하는 것이라고 볼 것이다. 이하에서는 커뮤니케이션에서의 다원주의원칙에 대한 프랑스의 헌법판례를 보고자 한다.

(2) 多元主義의 성격과 효력(역할) : ‘憲法的 效力의 目標’로서의 다원주의원칙

프랑스의 헌법재판소(Conseil constitutionnel)는 시청각매체에 의한 커뮤니케이션의 자유에 있어서의 다원주의원칙에 헌법적 효력을 가짐을 밝히고 있는데 이러한 법리는 프랑스에서 放送에 대한 국가의 독점원칙을 깨고 방송의 자유를 인정하여 私營放送의 허가제를 도입하기 시작한 1982년 7월 29일의 視聽覺媒體에 관한 법률에 대하여 1982년 7월 27일에 선고한 결정⁹⁵⁾에서 명백히 하고 있다.⁹⁶⁾⁹⁷⁾ 한편 프랑스 헌법재판소는 신문출판의 경우에도 헌법적 효력의 목표로서 다원주의원칙을 천명하고 있는데 1984년 10월 10-11일의 신문출판의 자유의 법률에 대한 결정에서 이를 천명한 바 있다.⁹⁸⁾

Dictionnaire constitutionnel(publié sous la dir. de O. Duhamel et Y. Mény), P.U.F., Paris, 1992, p.756 참조].

94) 방송에 관한 기본원칙으로는 다원성원칙 외에도 여러 원칙들을 들 수 있을 것이다. 예컨대, Ch. Debbasch 교수는 公役務(service public)로서의 방송을 지배하는 기본적인 원리들로는 客觀性的의 原則, 平等性的의 原則, 繼續性的의 原則, 適應的의 原則 등을 들고 있다(Ch. Debbasch, *Droit de l'audiovisuel*, 2e éd., Dalloz, Paris, 1991, 284-287면 참조).

95) 프랑스 헌법재판소(Conseil constitutionnel) 1982년 7월 27일 선고, 시청각커뮤니케이션법(loi sur la communication audiovisuelle)에 대한 결정(Décision n°82-141 DC). 이 1982년 결정에 대해서는, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*(프랑스 헌법재판소 판례집. 통상 ‘Rec.’ 略記함), p.48 ; Ch. Debbasch, *Les Grands Arrêts du Droit de l'Audiovisuel*, Sirey, Paris, 1991, p.198 이하 ; R.D.P., 1983, p.333 이하 등 참조.

96) 결정일자(법률공포일자)보다 빠른 이유는 프랑스의 違憲法律審査는 법률이 의회에서 통과된 뒤 공포되기 전에 행해지는 事前審査이기 때문이다. 프랑스의 事前的 위헌법률심사제에 대해서는, 拙稿, “事前的·豫防的 違憲法律審査制度의 導入에 관한 立法論”, 「憲法裁判의 理論과 實際」(琴浪金哲洙 教授華甲記念論文), 博英社, 1993, 335면 이하 참조.

97) 이 1982년 7월 27일 결정 이전에 나온 1981년 10월 30-31일 결정에서 프랑스 헌법재판소는 多元性保障에 관하여 언급하였으나 다원주의를 헌법적 효력의 목표라고 밝힌 바는 없다. 1981년 10월 30-31일 결정은 1982년 7월 29일의 법률로 방송의 國家獨占原則이 종식되기 전에 과도기적으로 어느정도 국가독점을 풀기 위하여 국가독점에 대한 예외로서 私營地域電波라디오放送을 事前許可로 허용할 수 있도록 일부 개방한 1981년 11월 9일의 법률에 대한 결정이었다(프랑스 헌법재판소 1981년 10월 30-31일 선고, no 81-129 DC 결정. 이 결정에 대해서는, *Rec.*, 35면 ; Ch. Debbasch, 앞의 책, p.186 이하 ; D., 1982, p.557 이하 등 참조).

98) 이 결정에서 프랑스 헌법재판소는 정치적이고 일반적인 정보를 보도하는 日刊新聞의 多元性은 그 자체가 하나의 헌법적 목표라고 판시한 다음, 1789년 인간 및 시민의 권리선언 제11조에 의해 보장되는 思想과 意見의 자유로운 교환은 만약 이러한 일간신문들이 향해지는 大衆이 다양한 경향과 성격의 충분한 수의 출판물을 다룰 수 있기조차 못한다면 실효적이지 않고, 결국 실현해야 할 목표는 1789년 인권선언 제11조에 의해 선언된 자유권의 주요 향유자들에 속하는 독자들이 私的 이익이나 공권력이 그들 고유의 결정을 대신함이 없이, 또 그 결정들을 거래의 대상으로 할 가능성이 없이 자유로운 선택을 행할 수 있기도 하여야 한다는 사실이라고 판시하였다(프랑스 헌법재판소

프랑스 헌법재판소는 그 뒤 커뮤니케이션의 자유에 관한 1986년 9월 30일 법률에 대해 1986년 9월 18일에 선고한 결정⁹⁹⁾에서도 放送의 多元主義를 적용하여 판시를 하였다. 이 1986년 9월 30일 법률은 제정이래 몇 차례 개정되었으나 여전히 그 골격을 유지하는 현재 프랑스의 방송, 시청각매체에 관한 기본법이다. 이 결정에서 헌법재판소는 “社會文化的인 思潮의 多元主義(le pluralisme des courants d'expression socioculturels)는 하나의 憲法的 效力의 目標(un objectif de valeur constitutionnel)이고 다원주의의 준수는 民主主義의 조건들 중의 하나”라고 선언하였다. 즉 1789년 인간 및 시민의 권리선언 제11조에 의해 보장되는 思想과 의견의 자유로운 커뮤니케이션은 視聽覺媒體手段이 향해지는 公衆(public)이 공영부문에서 뿐 아니라 私營部門에서도 정보의 공정성 요구의 준수가 이루어지는 가운데 상이한 성격의 경향들의 표현을 담보하는 프로그램들을 다룰 수 있기조차 못하다면 실효적이지 못하다고 판시하였다. 그리하여 결국 구현해야 할 목표는 1789년 인권선언 제11조에 의해 선언된 자유권의 주요 향유자들에 속하는 청취자와 시청자가 私的 이익이나 공권력이 그들 고유의 결정을 대신함이 없이, 또 그 결정들을 거래의 대상으로 할 가능성이 없이 자유로운 선택을 행할 수 있기도 하여야 한다는 사실이라고 판시하였다.

여기서 “憲法的 效力의 目標(un objectif de valeur constitutionnel)”란 앞서 언급한 대로 1982년 7월 29일의 결정에서부터 나타난 違憲審査基準이다.¹⁰⁰⁾ 헌법적 효력의 목표는 아직 명확하지 못한 면이 있는 헌법규범이라고 한다.¹⁰¹⁾ 헌법적 효력의 목표는 헌법적 효력의 권리와 규범들이 조절되게 하는 기능을 하는바 이로써 입법자가 기본권에 제한을 가하게 허용하는 효과를 가지나 그 목표의 실현을 위한 조절이 권리의 본질 자체를 훼손하는 결과를 가져와서는 아니된다고 한다.¹⁰²⁾ 또한 이 헌법적 효력의 목표는 입법자를 통제하는 기능을 한다. 통제의 두 가지 기능을 들 수 있는데, 법률의 위헌성이 헌법적 효력의 목표의 위반에서 나올 수 있다는, 즉 입법자가 입법권의 행사에 있어서 이 목표를 침해해서는 아니된다는 효과의 통제기능과 법률은 헌법적 효력의 목표를 실현시키지 못하는 경우 제재를 받게 된다는, 즉 입법자가 이 목표를 충분히 실현시킬 의무를 지게 하는 통제기능을 가진다고 본다.¹⁰³⁾

이처럼 프랑스의 헌법재판소는 多元主義原則을 언론의 영역에서의 기본적인 토대의 원칙

1984년 10월 10-11일 선고, n° 84-181 DC 결정. 이 결정에 대해서는, L. Favoreu et L. Philip, *Les Grandes Décisions du Conseil constitutionnel*, 8° éd., Dalloz, Paris, 1995, 574면 이하 등 참조.

99) 프랑스 헌법재판소 1986년 9월 18일 선고, n° 86-217 DC 결정. 이 결정에 대해서는 *Le Journal Officiel de la République française*(프랑스관보. 통상 'J.O.'라고 약기함), 1986년 9월 10일자, p.11294 ; Ch. Debbsch, 앞의 책, p.245 이하 ; *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*(이하 "R.D.P."로 略記함)R.D.P., 1987년, p.212 이하 등 참조.

100) 이 헌법적 효력의 목표가 신분확인에 관한 규정에 대한 1981년 1월 19-20일 결정(n° 80-127 DC)이 “범죄행위자의 수색과 공공질서의 예방은 헌법적 효력을 가지는 원칙과 권리들의 실현에 필요한 것”이라고 판시한 것을 두고 이 때부터 나타나기 시작했다고도 보나 명시적으로는 1982년 결정이라고 본다.

101) B. Faure, “Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ?” *Revue Française de Droit Constitutionnel*이하 'R.F.D.C.'로 略記함), 1995, p.55. 지금까지 프랑스 憲裁가 밝힌 헌법적 효력의 목표로는, 개인적 자유의 보존, 공공질서의 유지, 시청각매체의 자유에서의 多元主義, 脫稅의 퇴치, 整頓된 住居를 獲得할 권리 등이다(X. Prétot, “Bloc de constitutionnalité”, *Éditions du Juris-Classeur, Administratif*, Fascicule 1418, 1996, p.13, №54 참조).

102) B. Faure, 위의 글, p.66.

103) 이와 같은 취지로 B. Faure, 위의 글, pp.66-71 참조. 비슷한 취지로 입법에 대한 이러한 통제기능을 입법에 대한 헌법적 효력 목표의 二重의 구속성이란 말로 설명하고 있는 견해로, X. Prétot, 앞의 글, 같은 면, №59 참조.

으로서 확고히 설정해 놓고 있고 이 다원주의원칙에 헌법적 효력을 부여하고 있다.

이 다원주의는 언론기업 등에 대한 제한요소가 될 수 있고¹⁰⁴⁾, 1986년 9월 30일 법 자체도 그 제1조 제2항에서 시청각매체의 자유는 이러한 多元主義의 존중을 위해서 제한을 받을 수 있다고 규정하고 있다.

앞서 본 1982년 7월 27일의 결정에서부터도 나타나고 있는 바이지만 시청각커뮤니케이션에서의 이러한 다원주의의 원칙의 구현을 위한 조절은 입법자의 몫이라는 것이 프랑스 헌법재판소의 판례이론이다. 이러한 법리는 최근에도 표명되고 있는데 2000년 7월 27일의 결정¹⁰⁵⁾에서도 나타나고 있는데 이 결정에서 헌법재판소는 “기술에 대한 지배와 일반적 이익의 경제적 필요성의 상태에서 한편으로 1789년 인권선언 제11조에서 나오는 커뮤니케이션의 자유권 행사를, 한편으로는 시청각커뮤니케이션수단과 그 운영 기기의 속성상 가지는 技術的 制約 및 다른 한편으로는 공공질서의 유지, 타인의 자유존중, 그 커뮤니케이션방식들이 그 지대한 영향으로 인해 침해할 수 있는 社會文化的 表現思潮의 多樣(多元)性保護(la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels)라는 憲法的 效力의 目標들(les objectifs de valeur constitutionnelle)과 조절할 권한이 있다”라고 판시하고 있다.

우리 헌법에서는 다원주의를 헌법규정 자체에서 끌어낼 수 있는지, 있다면 어느 규정인지 논의될 수 있겠다.¹⁰⁶⁾ 다원주의가 위 프랑스 판례에서도 언급되고 있듯이 民主主義의 조건들 중의 하나라고 한다면 언론의 자유에만 적용되는 것은 아닐 것이다.

(3) 多元主義의 具現을 위한 制度

프랑스 헌법재판소는 위에서 본 1986년 9월 18일 결정에서 다원주의가 구체적으로 구현되도록 하기 위하여 1986년 법이 규정한 조항들이 그 내용상 불명확하고 그 적용 범위가 불충분하다는 提請議員들¹⁰⁷⁾의 주장에 대하여 심사를 하였다. 이러한 심사에서 다원주의의 구현을 위한 제도들에 대해 논의된 바 있으므로 이 결정을 통해 그 제도들을 파악해 볼 수 있다. 헌법재판소는 公營部門과 私營部門으로 나누어 판시하였다.

公營部門¹⁰⁸⁾에 있어서는 이 결정은 1986년 법이 다원성 보장을 위해 설정한 제도들에 대해 먼저 언급하고 있다. 선거운동 기간 중의 라디오·텔레비전방송의 공공서비스에 대한 정치단체의 접근권의 보장, 정부의 국영방송사들을 통한 성명 발표에 대한 반박권의 인정, 의회중계방송을 議會議長團의 통제하에 두는 것, 상·하원의 정치단체, 노동단체, 종교단체에 대

104) 다원성원칙은 오늘날 언론·출판의 자유에 있어서 발신자, 표현자의 자유 뿐만 아니라 표현을 받아들이는 受信者의 권리도 중시되고 있는 점에 부응하는 것이기도 하다고 한다.

105) 프랑스 헌법재판소 2000년 7월 27일 선고, 1986년 9월 30일 커뮤니케이션자유법을 개정하는 법률(loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication)에 대한 위헌심판사건, n°2000-433 DC 결정.

106) “다원적인 국민각계각층의 다양한 의사를 표현할 수 있도록 언론계를 조직해야 한다는 자유민주주의 헌법의 요청에 의하면 언론계 역시 다양성 이론에 의존하지 않을 수 없고 특정이익 또는 집단의 언론계 席卷을 방지하기 위하여 언론계의 권력분립과 상호견제의 체제가 유지될 것을 요한다”(朴容相, 「言論法制論」, 교보문고, 1988, 서울, 302면).

107) 프랑스의 위헌법률심사의 제청권자는 대통령, 수상, 상원의장, 하원의장, 60인 이상의 上院議員, 60인 이상의 下院議員들이다(프랑스 헌법 제61조 제2항). 그런데 의회의원들에 의한 제청이 활발하고 빈번하다. 이 사건도 의원들에 의한 제청이었기에 “提請議員”이라고 표시한 것이다.

108) 公營이란 용어는 행정법학에서는 지방자치단체가 주체가 되는 경영을 의미하는데 사실 우리의 현실에서는 방송에서의 공영이란 용어는 국영을 포함하거나 오히려 국영의 의미가 추가 되는 개념으로서 사용되고 있다고 볼 것이다.

한 방송시간할당¹⁰⁹⁾ 등이 그것이다.

또한 1986년 법 제13조 제1항이 國家커뮤니케이션自由委員會(Commission nationale de la communication et des libertés 이하 줄여서 C.N.C.L.이라고 함. 1989년부터는 視聽覺高等評議會인 “Conseil supérieur de l'audiovisuel”로 대체됨. 줄여서 C.S.A.라고 함)가 국영방송사의 프로그램과 특히 정치적 기사보도방송을 위한 프로그램에서 이러한 다원성원칙이 준수되는지를 그의 勸告(recommandations) 제도에 의해 감독하도록 규정하고 있는데, 프랑스 헌법재판소는 이러한 제13조 제1항의 규정은 위원회가 법률에 의해 부과 받은 임무를 수행할 구속을 받고 이와 관련하여 위원회가 내리는 勸告는 強制的 性格을 띠며 권고처분에 대해서는 위원회의 권한행사 거부에 대한 것처럼 越權訴訟의 대상이 될 수 있다는 것을 의미한다고 보았다. 아울러 국영방송사와 시청각매체 관련 공공단체들에 대한 임무들은 法規命令으로 정해지는 放送指針에 상세히 규정되는데 이 지침은 사전에 C.N.C.L.에 제출되어야 하고 C.N.C.L.은 그것에 대한 理由附記가 된 의견을 공개하는데, 프랑스 헌법재판소는 이 지침이 公共서비스(service public 公役務, 또는 公共業務)의 기본원칙, 특히 평등원칙과 평등원칙의 필연적 귀결원칙인 공공서비스의 중립성원칙에 부합되어야 한다고 보았다.

그리하여 헌법재판소는 이러한 여러 규정들이 시청각커뮤니케이션의 公共部門에서 다원주의의 목표가 준수되는 것을 담보할 수 있게 한다고 판시하여 제청의원들의 주장을 배척하였고 결국 1986년 법이 공영부문에서 설정해 놓은 다원성 보장규정들은 모두 합헌으로 선언되었다.¹¹⁰⁾

私營部門에 있어서는 1986년 법이 私營放送에 있어서 다원주의의 실현을 위하여 설정한 중요한 제도로 私營放送社의 설립에 있어서 하나의 법인격 주체에 대한 자본소유한도제한, 복수허가의 제한, 정기간행물기업 간의 兼營制限 등의 제도를 두고 있다. 이는 자본집중 내지 언론시장의 獨寡占을 방지함으로써 다양한 언론기업으로부터 수신자인 일반국민이 다양한 정보를 접할 수 있게 하여 종국적으로 다원화를 실현하여야 하기 때문이다. 프랑스 헌법재판소는 이러한 자본집중, 독과점금지에 관한 1986년 법의 규정들에 대해 그 불충분성을 이유로 위헌으로 선언하였다.¹¹¹⁾

제2절 헌법 제21조의 보호범위

1. 보호표현과 비보호표현의 구분

헌법 제21조 제4항은 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다.”고 하여 표현의 자유의 헌법적 한계를 선언하고 있다. 이와 관련하여 헌법재판소는 음란물출판사등록취소 사건¹¹²⁾에서 모든 표현이 헌법상 보호를 받는 것이

109) 이는 소위 放送利用權(le droit à l'antenne)이다. 이러한 방송이용권도 다원주의의 구현을 위한 것이라고 보는 것이 프랑스의 이론이다. 이 방송이용권에 대해서는, Ch. Debbasch, *Droit de l'Audiovisuel*, 4^e éd., Dalloz, 1995, p.411 이하 참조.

110) 한편 다원성원칙은 公營部門에서는 의견과 신앙에 대한 중립성요구 때문에 제한되고 절제되어 나타난다고 보는 견해도 있다. 이러한 취지의 견해로, J. Morange, *Droits de l'Homme et Libertés publiques*, 3^e éd., P.U.F., Paris, 1995, p.299 참조.

111) 이 위헌결정에 대한 자세한 것은, 줄고, “방송의 다원주의보장과 방송규제기관의 권한에 관한 헌법판례 -프랑스의 경우를 중심으로-”, 「한국헌법학의 현황과 과제」, 금량 김철수교수정년기념논문집, 1998.10 참조.

112) 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327.

아님을 분명히 하였다. 즉, 음란표현은 언론자유조항의 보호영역에 속하지 않는 반면, 저속한 표현은 헌법의 보호영역에 속한다고 판시하였다.¹¹³⁾

이 사건에서 헌법재판소는 어떤 표현이 헌법의 보호영역에서 배제되는지를 판단하는 기준을 사상의 자유시장론에 입각해서 다음과 같이 제시하고 있다. 즉 “그 표현의 해악이 대립되는 사상의 자유경쟁에 의한다 하더라도 아예 처음부터 해소될 수 없는 성질의 것이거나 또는 다른 사상이나 표현을 기다려 해소되기에는 너무나 심대한 해악을 지닌 표현”은 헌법의 보호밖에 있다는 것이다. 그리고 음란표현은 “성도덕을 크게 해쳐” 심대한 해악을 지닌 표현이고 또 “사상의 경쟁 메커니즘에 의해서도 그 해악이 해소되기 어렵”기 때문에 이 기준에 포함된다고 판단하였다.¹¹⁴⁾

미국 연방대법원은 1957년의 Roth 사건¹¹⁵⁾에서 음란한 언론과 출판이 연방헌법 증보 제1조(First Amendment)의 보호대상이 되는가를 핵심쟁점으로 다루었다. 이 사건에서 Brennan 대법관이 집필한 다수의견은 다음과 같은 논리로 음란은 헌법적 보호의 대상이 아니라고 판시하였다. 즉, “음란한 표현은 헌법에 의해 보호받는 언론·출판의 범위밖에 있다. 연방헌법 증보 제1조는 모든 표현을 보호하기 위한 것이 아니라,¹¹⁶⁾ 미국 국민들에 의해 갈망되는 정치적·사회적 변화를 가져올 수 있는 자유로운 사상의 상호 교환을 보장하기 위해 규정된 것이다. 미 수정헌법 제1조의 역사를 보더라도, ‘사회적 중요성에 의해 그 흠이 전혀 별충될 수 없는(utterly without redeeming social importance)’ 음란한 표현물의 거부는 당연히 암시된 것이다.”¹¹⁷⁾

113) 헌법재판소는 이미 영화검열사건(헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등)에서 방론이긴 하지만 “헌법상 보호되지 않는 의사표현”의 존재를 인정하는 듯한 취지로 서술한 바 있었다(판례집 8-2, 224).

114) 위 기준이 다소 불명확하긴 하지만 앞으로 어떤 표현이 이 기준에 해당될 수 있는지는 구체적 사건에서 해명될 수밖에 없을 것이다. 미연방대법원은 전통적으로 헌법상 보호되지 않는 표현으로서, 음란(obsenity), 명예훼손(defamation), 욕지거리(fighting words), 기망적인 왜곡표사(fraudulent misrepresentation), 불법행위의 선동(advocacy of imminent lawless behavior) 등을 제시하고 있다.

한편, 권영성 교수는 언론·출판의 한계에 해당되는 표현유형으로 ① 타인의 명예훼손 ② 타인의 사생활의 비밀과 자유의 침해 ③ 공중도덕 또는 사회윤리에의 위배(특히 외설) ④ 선동(범죄나 공공질서의 교란 또는 국가질서파괴의 선동)을 들고 있고(권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2002, 477면), 허영 교수는 ① 명예훼손 ② 청소년보호와 교육에 역행하는 언론·출판 ③ ‘전통적인 문화국가’의 정신에 어긋나는 언론·출판 ④ 남녀동권에 바탕을 둔 혼인·가족제도에 반하는 언론·출판(위의 ②③④는 헌법 제21조 제4항 소정의 “공중도덕”과 “사회윤리”의 구체적 내용) ⑤ 민주적 기본질서를 부인하거나 파괴하려는 언론·출판을 제시하고 있다(허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2001, 536면). 또한 성낙인 교수는 ① 국가기밀 ② 명예훼손 ③ 사생활의 비밀 ④ 음란 ⑤ 공중도덕과 사회윤리 ⑥ 선동을 예시하고 있다(성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2002, 395면). 그러나 언론·출판의 자유가 지니는 헌법적 가치의 중요성을 고려할 때 그 기준의 적용은 매우 신중하고 엄격히 이루어져야 할 것이다.

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

116) 이미 1942년의 Chaplinsky사건에서 “음란한 표현(obsenity)”은 “명예훼손(defamation)”이나 “싸움을 거는 말(fighting words)”과 함께 수정헌법 제1조에 의해 보호받지 못하는 표현의 한 유형으로 열거된 바 있다. Chaplinsky사건은 歩道上에서 시 경찰서장을 “빌어먹을 험잡꾼(goddamned racketeer),” “빌어먹을 파시스트(a damned fascist)”라 부르며 그와 싸움을 한 여호와의 증인 신도인 Chaplinsky의 州刑法 규정(“어느 누구도 거리나 다른 공적 장소에 합법적으로 있는 타인에게 공격적이거나 조롱하는 혹은 성가시게 하는 말을 하지 못한다.”는 규정)위반 여부를 다툰 사건으로, “싸움을 거는 말(fighting words)”은 “음란한 표현(obsenity)”이나 “명예훼손(defamation)”과 함께 수정헌법 제1조에 의해 보호받지 못하므로 그에 대한 유죄결정은 합헌이라는 판결이 내려졌다.

117) 임지봉, “출판물과 연극·영화·비디오물의 음란성 판단기준에 관한 연구- 미국 판례법상 음란성

이렇게 헌법재판소나 미연방대법원이 음란표현을 헌법의 보호영역에서 제외한 것은 형법 등의 법률에서 음란물의 제작, 반포 또는 판매를 불법화하고 형사처벌하는 것의 정당성을 뒷받침하여 준다고 하겠다. 왜냐하면 만약 음란표현이 헌법상 보호되는 표현이라고 한다면, 그것의 제작·반포 등을 전면 금지시키고 그 위반을 이유로 형사처벌을 가하는 것은 헌법적으로 용납될 수 없기 때문이다. 다시 말해서, 헌법상의 보호표현을 청소년보호 등을 이유로 부분적으로 제한하는 것은 가능하지만, 일체의 표현행위를 전면 금지시키는 것은 그 자체 표현의 자유를 무의미하게 만드는 것으로서 헌법 제37조 제2항의 본질내용침해금지조항에 위반된다고 할 것이다.¹¹⁸⁾

그런데 최근의 청소년이용음란물 사건¹¹⁹⁾에서 헌법재판소 다수의견은 이와는 다른 논리를 전개하고 있어 주목된다. 즉 이 결정의 다수의견(8인)은 청소년의성보호에관한법률이 청소년이용음란물의 제작 및 배포 자체를 형사처벌하고 있는 것과 관련하여, 청소년이용음란물도 “의사형성적 작용을 하는 의사의 표현·전파의 형식 중 하나임이 분명하므로 언론·출판의 자유에 의하여 보호되는 의사표현의 매개체라는 점에는 의문의 여지가 없다”고 설시하면서, 이렇게 보호대상이 되는 표현이지만 그 제작 등의 행위를 형사처벌하는 것은 언론·출판의 자유를 “다소 제한하게 되는 결과가 된다 하더라도, 이는 공공복리를 위하여 필요한 제한으로서 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 반하지 아니한다 할 것이다.”고 판시하고 있다.¹²⁰⁾ 이러한 논리전개는 헌법재판소가 이전의 음란물출판사등록취소 결정(전원일치)에서 음란표현을 헌법의 보호대상에서 처음부터 배제시킨 것과는 논리적으로 일치하지 않는 것으로 판단된다.

아무튼 헌법상 보호받지 못하는 일정한 성표현이 있고, 그것을 “음란”이라는 개념으로 포섭한다 하더라도, 어떤 표현이 음란에 해당하는지의 판단기준은 엄밀하게 설정하여야 한다. 그렇지 않은 경우에는, 헌법상 보호되는 성표현까지도 무분별하게 보호영역 밖으로 밀쳐내는 것이 되어 표현의 자유를 심각하게 침해하게 될 것이다.

한편 이와는 다른 맥락에서, 비록 음란표현이 언론·출판의 자유로서는 보호되지 않는다 하더라도 헌법 제10조의 행복추구권의 한 내용으로서는 보호되어야 할 것이다. 따라서 음란

판단기준을 중심으로 -”, 『법조』 제525호, 법무부, 2000. 6., 118-119면.

118) 그러나 최근 청소년이용음란물 사건(헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27, 공보 68, 364)에서 헌법재판소 다수의견은 이와는 다른 논리를 전개하고 있어 주목된다. 즉 이 결정의 다수의견(8인)은 청소년의 성보호에관한법률이 청소년이용음란물의 제작 및 배포 자체를 형사처벌하고 있는 것과 관련하여, 청소년이용음란물도 “의사형성적 작용을 하는 의사의 표현·전파의 형식 중 하나임이 분명하므로 언론·출판의 자유에 의하여 보호되는 의사표현의 매개체라는 점에는 의문의 여지가 없[다]”고 설시하면서, 이렇게 보호대상이 되는 표현이지만 그 제작 등의 행위를 형사처벌하는 것은 언론·출판의 자유를 “다소 제한하게 되는 결과가 된다 하더라도, 이는 공공복리를 위하여 필요한 제한으로서 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 반하지 아니한다 할 것이다.”고 판시하고 있다(공보 68, 364, 370). 이러한 논리전개는 헌법재판소가 이전의 음란물출판사등록취소 결정(전원일치)에서 음란표현을 헌법의 보호대상에서 처음부터 배제시킨 것과는 논리적으로 일치하지 않는 것으로 판단된다.

한편 이와는 다른 맥락에서, 비록 음란표현이 언론·출판의 자유로서는 보호되지 않는다 하더라도 헌법 제10조의 행복추구권의 한 내용으로서는 보호되어야 할 것이다. 따라서 음란표현을 사회 내 커뮤니케이션의 영역에 끌어들이지 않는 한 음란표현의 제작과 소지는 행복추구권의 한 내용으로서 보호된다고 할 것이다. 헌법재판소도 음란물출판사등록취소 결정에서 이 점을 인정하고 있는 것으로 보인다. “설령 음란표현이 행복추구권의 한 내용으로서 인정된다 하더라도 . . .”(판례집 10-1, 327, 344).

119) 헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27, 공보 68, 364.

120) 공보 68, 364, 370.

표현을 사회 내 커뮤니케이션의 영역에 끌어들이지 않는 한 음란표현의 제작과 소지는 행복추구권의 한 내용으로서 보호된다고 할 것이다. 헌법재판소도 음란물출판사등록취소 결정에서 이 점을 인정하고 있는 것으로 보인다: “설령 음란표현이 행복추구권의 한 내용으로서 인정된다 하더라도 . . . ”(판례집 10-1, 327, 344).

2. 예술표현과 정치적 표현의 보호수준

헌법재판소는 일찍이 음반등록시설요건 사건¹²¹⁾에서 예술자유조항(헌법 제22조 제1항)이 보호하는 내용으로서 예술창작의 자유, 예술표현의 자유, 예술적 집회 및 결사의 자유를 제시하고, 예술창작의 자유는 외부의 간섭 없이 창작소재, 창작형태 및 창작과정 등을 자유로이 결정할 수 있는 권리이기 때문에 음반 또는 비디오물로써 창작활동을 하는 행위도 당연히 여기에 포함되며, 나아가 창작한 예술품을 일반대중에게 전시·공연·보급할 수 있는 예술표현의 자유에는 음반제작자 등 예술품보급을 목적으로 하는 예술출판자의 출판·보급행위도 그 보호대상이 된다고 판시하였다.¹²²⁾

그러나 이러한 예술의 자유에 대한 헌법적 보호의 정도와 범위는 구체적으로 어디까지인가? 예술의 이름으로도 허용될 수 없는 창작 및 표현활동이 있는가? 있다면 그 범위는 어디까지인가? 국가안보, 공중도덕, 청소년보호, 그리고 타인의 명예와 인격의 보호를 위해 예술창작 및 표현활동은 어디까지 제한될 수 있는가?

이러한 문제제기는 예술의 자유가 절대적인 것일 수 없음을 전제로 한다. 예술의 이름으로 무대 위에서 살인행위를 하는 것이 허용될 수 없음은 자명하다. 과거 예술이 권력에 의한 억압의 대상 내지 권력의 선전도구로 이용되던 권위주의체제를 벗어나, 예술의 헌법적 가치가 올바르게 평가되기 시작하는 현 시점에 있어서도, 예술의 자유와 다른 헌법적 가치들의 충돌을 조화롭게 조정하는 문제는 회피할 수 없는 어려운 법적 과제이다. 창조성, 혁신성, 고도의 주관성이라는 예술의 본질과 특징으로 인해 예술의 자유는 끊임없이 기성의 질서와 필연적으로 긴장관계에 놓이게 된다. 그리하여 일반적으로 모든 기성의 정부와 사회는 예술활동과 예술표현에 간섭하고자 하는 경향을 띠게 된다.

사실 독일과 미국의 경우에도 예술의 자유가 헌법상의 기본권으로 보장되어 왔지만, 그 보호의 정도는 완전한 것이 못되었다. 독일의 경우 연방헌법재판소에 의한 1971년의 메피스토 결정에 와서야 예술의 자유와 가치를 적극적으로 인정하기 시작했다고 할 수 있다. 이 결정에서 연방헌법재판소는 예술자유조항(연방헌법 제5조 제3항 제1문)을 개인에게 자유권을 인정해주는 가치결단적인 근본규범이라고 규정하고, 예술의 본질을 창조적 형성(schöpferische Gestaltung)에서 찾으며, 예술자유조항의 보호범위를 예술창작행위(Werkbereich)뿐만 아니라 예술작품의 전시, 보급 및 대중전달(Wirkbereich)의 전과정을 포함하는 것으로 이해하는 등 예술의 개방성을 적극적으로 인정하였다. 이후 연방헌법재판소는 1984년의 시대착오적 행렬사건¹²³⁾, 1990년의 연방국가 사건¹²⁴⁾, 무첸바하 사건¹²⁵⁾ 등을 통해 적극적인 예술보호의 입장을 보여주고 있다.¹²⁶⁾

121) 헌재 1993. 5. 13. 91헌바17, 판례집 5-1, 275.

122) 판례집 5-1, 275, 283.

123) BVerfGE 67, 213 (1984. 7. 17).

124) BVerfGE 81, 278 (1990. 3. 7).

125) BVerfGE 83, 130 (1990. 11. 27).

126) 이들 결정에 대한 소개는 명재진, “예술의 자유에 대한 독일 연방헌법재판소 판례의 변화”, 『판례

한편, 미국의 경우 오늘날 예술표현이 언론자유조항인 연방헌법 증보 제1조에 의해 보호된다는 점에 대해서는 이론이 없지만, 예술표현은 정치적 표현에 비해 낮은 헌법적 지위를 가지는 것으로 평가된다. 심지어 미연방대법원은 1952년의 *Burstyn, Inc. v. Wilson* 판결¹²⁷⁾ 이전까지는 예술표현에 대한 헌법적 보호를 아예 인정하지 않았다.¹²⁸⁾ 예컨대, 1915년의 *Mutual Film Corporation v. Industrial Commission of Ohio* 판결¹²⁹⁾에서 연방대법원은 만장일치로 영화는 헌법의 보호를 받는 “출판”(press)이 아니며, 따라서 주의 영화검열법은 헌법상 보호되는 표현의 자유를 침해하지 않는다고 판단하였다. 그리하여 1952년까지 주와 지방자치단체들은 영화에 대한 사전검열의 권한을 아무런 헌법적 제약 없이 행사하여 왔던 것이다.

그리다가 1952년의 *Burstyn* 판결에서 예술표현이 어느 정도 언론자유조항의 보호를 받는다는 것을 인정하기 시작한 이후 예술표현에 대해 헌법적 보호를 부여하고 있다.¹³⁰⁾ 그러나 *Burstyn* 판결에서 연방대법원이 전개한 영화에 대한 헌법적 보호의 논리는, 영화가 대중에게 정보를 전달하는 여론형성기관(organs of public opinion)이 되기 때문이라는 것이었다. 그리하여 미연방대법원은 예술표현이 사상(ideas)을 위한, 특히 정치적 사상(political ideas)을 위한 수단이 되는 한도 내에서만 보호하는 경향을 보이고 있다.¹³¹⁾

이러한 입장은 언론의 자유에 관한 많은 이론들이 민주주의와의 연관에서 정치적 표현에 초점을 맞추어 이론구성을 하고 있는 것과 그 맥을 같이 한다. 예컨대, Cass R. Sunstein 교수는 예술표현(artistic speech)은 그것이 정치적 내용을 가지는 한도 내에서 보호된다는 주장을 펼치고 있다.¹³²⁾ Harry Kalven, Jr.도 예술적 커뮤니케이션은 정치과정과 무관하며 따라서 전통적인 증보 제1조의 보호를 받을 자격이 없다는 평가를 하고 있다.¹³³⁾

이와 관련해서, Sheldon Nahmod 교수는 연방대법원이 증보 제1조의 법리에서 예술표현을 “2등급의 지위”(second class status)로 취급하는 원인으로, 언론자유이론들이 정치적 표현을 그 이론의 중심에 놓고 있기 때문이라고 진단하면서, 특히 사상의 자유시장이론(the marketplace of ideas theory)은 예술표현의 非認知的 側面(noncognitive aspects of artistic expression)을 적절히 설명하지 못한다고 비판하고 있다.¹³⁴⁾

『월보』 제328호 (1998년 1월호), 65-68면 참조.

127) 343 U.S. 495 (1952).

128) John Wertheimer, “Mutual Film Reviewed: The Movies, Censorship, and Free Speech in Progressive America”, 37 *Am. J. Legal Hist.* 158 (1993) 참조.

129) 236 U.S. 230 (1915).

130) 예컨대, *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781, 790 (1989) (“표현의 한 형태로서 음악은 증보 제1조의 보호를 받는다.”); *Schad v. Mount Ephraim*, 452 U.S. 61, 65 (1981) (나체쇼와 같은 연예도 증보 제1조에 의해 보호된다.; *Doran v. Salem Inn, Inc.*, 422 U.S. 922, 932 (1975); *California v. LaRue*, 409 U.S. 109, 118 (1972).

131) Marci A. Hamilton, “Art Speech”, 49 *Vand. L. Rev.* 73, 103-106 (1996); Sheldon Nahmod, *Artistic Expression and Aesthetic Theory: The Beautiful, the Sublime, and the First Amendment*, 1987 *Wis. L. Rev.* 221, 221 (1987) 참조.

132) Cass R. Sunstein, 『Democracy and the Problem of Free Speech』, Free Press, 1993. 이러한 Sunstein 교수의 주장에 대해 William Marshall, “Free Speech and the “Problem” of Democracy”, 89 *Nw. U. L. Rev.* 191, 199-200 (1994)은 강한 비판을 제기하고 있다.

133) Harry Kalven, Jr., “The Metaphysics of the Law of Obscenity”, 1960 *Sup. Ct. Rev.* 1, 15-16. 또한 Kim M. Shipley, “Comment, The Politicization of Art: the National Endowment for the Arts, the First Amendment, and Senator Helms”, 40 *Emory L. J.* 241, 258, 263, 265 (1991)도 참조.

그러나 우리의 경우에는 이러한 미국의 헌법해석론들이 그대로 적용될 수 없다. 우리 헌법은 언론자유조항과는 달리 별도로 예술자유조항을 두고 있기 때문이다. 즉, 예술의 자유는 헌법 제22조에서 헌법적 유보 없이 보장되고 있는 반면, 언론·출판의 자유는 헌법 제21조에서 보장하면서(제1항), 검열금지의 원칙을 선언하고 있는 한편(제2항), 언론·출판이 “타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다.”는 헌법적 한계를 규정하고 있다(제4항). 이러한 헌법규정상 차이로 인해 예술표현의 보호범위 내지 보장의 정도가 일반적인 언론·출판과 다른지 아니면 같은지가 문제될 수 있다.

우선, 예술의 자유 중 예술창작의 자유는 예술표현의 자유보다 더 보호되어야 한다는 것이 통설적 입장인 것으로 판단된다.¹³⁵⁾ 한편, 예술표현이 정치적 표현과 비교해서 어느 정도 헌법적 보장을 받는 것인지는 문제에 학자들에 의해 특별히 조명되고 있지 않는 것으로 보인다. 다만, 장영수 교수는 “예술표현의 자유는 예술의 특성상 일반적 표현의 자유와 다른 특별한 법적 취급 내지 보호가 필요하다고 인정되어 특별한 헌법적 보장을 받는 것이다.”¹³⁶⁾고 설명하고 있는 점에 비추어 예술표현이 더 우월적 보호를 받는다는 입장에서 있는 것으로 추정된다. 그러나 한편 권영성 교수는 “예술의 자유가 다른 기본권에 비하여 특별한 헌법적 보장을 받는다 하더라도 결코 무제한적인 것은 아니고, 영화·연극 등에 대해서는 그 대중성·오락성·직접성 때문에 질서유지를 위하여 보다 강력한 규제를 받는다.”¹³⁷⁾고 설명하고 있다.

판단컨대, 창조성·혁신성·고도의 주관성이라는 예술의 특성과 자유민주체제에서 예술의 자유신장 및 진리발견기능을 고려할 때, 예술표현의 자유를 일반적인 표현의 자유 혹은 정치적 표현의 자유보다 낮은 지위를 갖는 것으로 이해할 수는 없다고 생각된다. 헌법재판소가 제시한 헌법 제21조의 언론자유조항이 수행하는 기능 4가지¹³⁸⁾는 모두 예술의 자유보장에 의해서도 동시에 수행되며, 특히 인격발현과 사회진보의 기능은 예술의 자유에 의해서

134) Sheldon Nahmod, “Artistic Expression and Aesthetic Theory: The Beautiful, the Sublime, and the First Amendment”, 1987 *Wis. L. Rev.* 221, 222-23, 262-63.

135) 허영 교수는 독일연방헌법재판소의 판결을 소개하면서(BVerfGE 30, 173), “예술창작의 자유는 특별한 보호를 받는다고 보아야 한다. 따라서 예술형태·예술내용·예술경향 등에 대한 국가의 간섭주의는 예술의 자유의 본질적 내용의 침해가 된다.”고 주장하고 있다(허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2001, 411면). 김철수 교수는 “예술창작의 자유는 절대적 자유이나 예술작품의 진시는 상대적 자유이다.”고 주장하고 있다(김철수, 『헌법학신론』, 박영사, 2001, 396면). 성낙인 교수도 “예술의 자유는 최대한 보장되어야 한다는 취지에 비추어 본다면, 예술창작의 자유는 절대적 기본권의 수준으로 보호되어야 한다.”고 주장한다(성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2002, 373면). 그러나 장영수 교수는 “예술창작의 자유에 대한 헌법적 보장도 절대적인 것은 아니기 때문에 타인의 기본권 또는 그 밖의 법익과 충돌될 경우에는 제한될 수 있다.”고 보고 있다(장영수, “예술의 자유에 대한 헌법적 보장과 그 한계”, 『고시연구』 1993년 5월호, 43면).

136) 장영수, 앞의 논문(“예술의 자유”), 43면.

137) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2002, 503면.

138) 헌법재판소는 음란물출판사등록취소 결정(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327)에서, 언론·출판의 자유가 지니는 가치와 기능을, 첫째, 견해의 다양성과 공개토론을 가능하게 함으로써 민주체제에 있어서 자기통치(self-government)의 기본적 수단이라는 것, 둘째, 개인이 타인과의 커뮤니케이션을 통해 공동사회의 일원으로 기능하게 한다는 것, 셋째, 개인이 자신의 인격을 발현하는데 있어 가장 유효하고 직접적인 수단이라는 것, 넷째, 진리의 확보를 통해 문화 및 사회의 진보를 가능하게 한다는 것의 4가지로 제시하였다. 특히 헌법재판소는 “문화의 진보는 한때 공식적인 진리로 생각되었던 오류가 새로운 믿음에 의해 대체되고 새로운 진리에 자리를 양보하는 과정 속에서 이루어진다. 진리를 추구할 권리는 우리 사회가 경화되지 않고 민주적으로 성장해가기 위한 원동력이며 불가결의 필요조건인 것이다.”고 실시하였다(판례집 10-1, 338).

더욱 신장될 수 있기 때문이다. 그러므로 예술을 단순한 오락이나 연예로 취급하거나 또는 그 대중성 내지 영향력을 이유로 예술의 자유를 낮게 평가하는 것은 예술의 헌법적 기능과 가치를 올바르게 평가하는 것이라고 볼 수 없다.

바로 그렇기 때문에 헌법재판소도 지금까지 여러 결정에서 드러난 바와 같이 예술표현의 자유를 일반적인 표현의 자유와 비교해서 달리 차별적으로 취급하지 않고 있는 것으로 분석된다. 오히려 표현의 자유에 관한 몇몇 선구적인 결정들은 예술표현과 관련된 것이었고, 이들 결정에서 예술표현의 자유와 언론·출판의 자유를 구별하지 않고 동일한 법리를 전개하고 있다. 예컨대, 음반등록시설요건 사건¹³⁹⁾, 영화사전심의 사건¹⁴⁰⁾, 음반사전심의 사건¹⁴¹⁾ 등에서 헌법재판소는, 언론자유조항이 보장하는 의사표현은 그 매개체가 어떠한 형태이건 제한이 없이, “담화·연설·토론·연극·방송·음악·영화·가요 등과 문서·소설·시가·도화·사진·조각·서화 등”이 모두 보호의 대상이며, 이들 중 예술표현의 수단이 동시에 “의사형성적 작용”을 하는 경우에는 언론자유조항과 예술자유조항에 의해 모두 보호받는다 고 판시하고 있다.¹⁴²⁾ 나아가, 영화나 음반의 예술표현에 대해서 헌법 제21조 제2항의 검열 금지원칙을 그대로 적용하고 있다.

요컨대, 우리 헌법재판소는 예술표현과 정치적 표현에 대해 동등한 헌법적 보장을 인정하고 있다고 하겠다. 이 점은 예술표현의 제한과 그 한계를 논함에 있어 특히 유의할 필요가 있다. 즉 예술표현을 제한하는 입법에 대해서는 헌법 제21조의 엄격한 법리가 그대로 적용된다고 할 것이다.

제3절 매체별 언론모델 : 전통적인 3분할 모델

1. 인쇄모델 : 탈규제모델

(1) 서언

커뮤니케이션 환경이라는 물적 토대와 언론자유법의 규범구조 사이에는 깊은 상관관계가 있다. 종래 전통적으로 미디어규제정책과 그에 대한 헌법적 평가를 함에 있어 적용되어야 할 분석방법으로서 이른바 “매체특성론적 접근방법(a medium-specific analysis)”이 제시되어 왔다.¹⁴³⁾ 이것은 정보의 흐름과 통제에 있어서 그 특성이 서로 다른 매체에 따라 언론매체의 규제에 관한 법적 원리가 달라야 한다는 것이다.

사실 헌법이 보장하는 언론의 자유의 가치와 기능은 정부에 의한 악의적인 개입만 없다면 인쇄매체가 형성하는 「분권적이고 개방적인 커뮤니케이션 구조」 속에서 잘 발휘될 수 있다. 즉, 이러한 정보환경에서는 언론자유를 실현하기 위하여 달리 정부가 규제를 통해

139) 헌재 1993. 5. 13. 91헌바17, 판례집 5-1, 275.

140) 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등, 판례집 8-2, 212.

141) 헌재 1996. 10. 31. 94헌가6, 판례집 8-2, 395.

142) 이 점과 관련해서, 허영 교수는 “예술활동의 소산인 언론·출판은 예술의 자유에 의해서 보호되기 때문에 언론·출판의 자유의 규제대상에서 제외된다. 예컨대, 순수한 예술적인 의사표시는 ‘의사표시의 자유’로서가 아니고 예술활동의 자유로서 보호된다.”고 설명하고 있다(허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2001, 397면).

143) 이러한 접근방법에 입각하여 언론매체규제를 분석한 연구서로는, 황성기, 『언론매체규제에 관한 헌법학적 연구』(서울대학교 박사학위논문, 1999)를 들 수 있다.

사상의 자유시장에 개입할 이유가 거의 존재하지 않는다. 인쇄매체의 특성으로 인해 사상의 자유시장이 구조적으로 형성될 수 있기 때문이다. 이것이 바로 그 동안 헌법상의 언론의 자유를 소극적 관점, 즉 정부규제로부터의 자유 내지는 침해배제청구권으로 이해했던 까닭이다. 또한 같은 맥락에서, 도서·신문과 같은 인쇄매체에 의한 표현의 자유를 최대한 보장하기 위한 구체적인 법리들이 형성되었다. 검열금지의 원칙, 내용규제에 대한 엄격심사, 진입장벽의 철폐, 편집권제한의 부인, 소유제한의 철폐 등이 그것이다. 이러한 탈규제모델을 보통 인쇄모델(print model)¹⁴⁴⁾ 또는 시장모델(market model)¹⁴⁵⁾이라고 부른다. 물론 이 인쇄모델의 철학적 및 이론적 기초는 위에서 살핀 사상의 자유시장론에 있다.

(2) 검열금지의 원칙

형사처벌과 같은 사후제한은 일단 표현행위가 행하여진 다음에 가해지는 것인 데 반하여, 사전제한은 표현행위 자체를 불가능하게 함으로써 일정한 표현에 대한 공중의 평가의 기회를 아예 봉쇄해버리고 기존의 사상과 대립되는 새로운 사상의 표출을 억압한다는 점에서 사상의 자유시장의 성립 자체를 불가능하게 하는 것이다. 헌법재판소는 영화검열사건¹⁴⁶⁾에서 헌법 제21조 제2항의 검열금지의 원칙을 절대적인 원칙, 즉 검열을 수단으로 한 제한은 법률로써도 허용되지 않는다고 해석하였다.¹⁴⁷⁾

(3) 표현내용에 대한 사후심사의 원칙적 부인

어떤 사상과 견해가 옳고 그른지, 또는 가치 있고 가치 없는 것인지를 평가하고 결정하는 것은 ‘정부’가 아니라 ‘사상의 공개시장’이기 때문에 정부는 표현내용을 심사하여 선별적인 취급을 함으로써 사상의 경쟁질서를 왜곡해서는 아니 된다. 설령 유해한 사상이나 표현이라 하더라도 그 해악의 교정은 사상의 공개시장에서 대립되는 다른 사상이나 표현과의 경합을 통해 이루어져야 한다.

다만, 대립되는 표현과의 경합을 통해서도 그 해악이 해소될 수 없는 일정한 표현유형 - 음란(obscenity), 명예훼손(defamation), 욕지거리(fighting words), 기망적 허언(fraudulent misrepresentation), 불법행위의 선동(advocacy of imminent lawless behavior) 등 -에 대한 사후규제는 용인될 수 있다.¹⁴⁸⁾

따라서 특정 표현의 해악을 해소할 수 있는 경쟁메커니즘의 수단이 존재하는 이상 표현내

144) Thomas G. Krattenmaker & L. A. Powe, Jr., "Converging First Principles for Converging Communications Media", 104 *Yale L. J.* 1719, 1721 (1995).

145) Cass R. Sunstein, "The First Amendment in Cyberspace", 104 *Yale L. J.* 1757, 1759 (1995).

146) 헌재 1996. 10. 4 93헌가13등, 판례집 8-2, 212 (1996).

147) 이 결정은 “검열”의 개념을 좁게 설정함으로써 ① 검열에 해당하는 사전제한 ② 검열에 해당하지 않는 사전제한 ③ 사후제한의 3단계 구분을 시도하고 있다. 이에 대한 비판은, 이인호, “표현의 자유와 검열금지의 원칙”, 『법과 사회』 제15호 (‘법과사회’이론연구회 편, 1997년 하반기) 참조. 그밖에 헌법 제21조 제2항에 대한 또 다른 해석론으로는 박선영, “영화에 대한 사전심사의 위헌 여부”, 『법조』 (제483호, 1996. 12); 양건, “헌법상 검열금지규정의 해석”, 『한국헌법학의 현황과 과제』 (금강김철수교수정년기념논문집, 1998) 참조.

148) 헌법재판소는 음란물출판사등록취소사건에서 “그 표현의 해악이 대립되는 사상의 자유경쟁에 의한다 하더라도 아예 처음부터 해소될 수 없는 성질의 것이거나 또는 다른 사상이나 표현을 기다려 해소되기에는 너무나 심대한 해악을 지닌 표현”은 헌법의 보호밖에 있다고 하면서, 음란표현은 “성도덕을 크게 해쳐” 심대한 해악을 지닌 표현이고 또 “사상의 경쟁메커니즘에 의해서도 그 해악이 해소되기 어렵”기 때문에 이 기준에 포함된다고 판단하였다. 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327.

용에 대한 차별적 규제를 통해 사상의 경쟁질서를 왜곡하는 정부규제는 위헌추정을 받으며, 따라서 이에 대한 합헌성심사는 엄격하게 이루어져야 한다.¹⁴⁹⁾

(4) 진입장벽의 철폐

인쇄매체는 유한자원이 아니기 때문에 누구나 원하는 자는 인쇄매체를 자신의 표현수단으로 이용할 수 있다. 따라서 정부가 인쇄의 커뮤니케이션 시장에 진입장벽을 설치하는 것은 허용될 수 없다. 예컨대, 출판산업에 있어서 허가제는 용납될 수 없다. 우리 헌법 제21조 제2항이 출판에 대한 허가제를 금지하고 있는 것도 같은 맥락이다.

헌법재판소는 정기간행물등록제사건¹⁵⁰⁾에서 정기간행물을 발행하고자 하는 경우 일정한 시설을 갖추어 등록을 하게 하는 것 자체는 헌법에 위반되지 않으나, 운전기와 부수인쇄시설을 자기소유로 할 것을 등록요건으로 하는 것은 허가제와 유사한 제한을 가할 우려가 있어 위헌이라고 판시하였다. 그러나 인쇄시설이 자기소유이든 임차에 의한 것이든 그 인쇄시설을 직접 구비하고 있어야 한다는 등록요건을 합헌으로 본 점에서는 문제가 있다.¹⁵¹⁾

한편, 진입이 자유로운 만큼 출판업자들은 정부의 보조를 받지도 않으며, 면허제와 같은 특별한 세금을 부과받지도 않는다. 또한 출판업자는 어떠한 종류의 공익적 서비스의 의무를 부과받지도 아니 한다. 이러한 종류의 의무는 표현의 자유를 억압하는 내용통제로 이어질 수 있기 때문이다.

(5) 편집권제한의 부인

출판업자들은 정보의 내용과 전송을 모두 통제할 수 있는 완전한 편집재량권을 가진다. 그럼에도 불구하고 인쇄의 커뮤니케이션 시장에서는 일부 신문산업을 제외하고 수직적 결합이 거의 나타나지 않는다. 콘텐츠 생산자인 저자들은 출판사에 대해 독립적으로 활동하며, 출판사는 인쇄기를 가지고 있을 필요가 없다. 또 서점이나 가판대 같은 출판물의 분배창구가 출판사 소유인 경우도 거의 없다.

이처럼 인쇄 커뮤니케이션 시장 자체가 분권화된 개방적 구조를 가지고 있기 때문에 견제의 다양성 확보라는 언론자유 가치를 실현하기 위해 인위적으로 출판사의 편집권을 제한하는 것은 허용되지 않는다.

미국의 경우 이러한 출판사의 편집권을 철저히 보장한 대표적인 판결이 플로리다주의 반론권법을 위헌선언한 *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo* 판결이다.¹⁵²⁾ 이 판결에서 연방대법원은 공직후보자에 대한 신문의 비판에 대해 반론을 제기할 수 있는 지면을 제공하도록 요구하는 플로리다주의 반론권법이 신문의 출판의 자유를 침해하였다고 판결하였다. 연방대법원은 신문이 독점화되어 있고 그 결과 사회내 일정한 표현을 자신의 지면으로부터 배제하는 일종의 사적 통제권을 가지고 있음을 인정하면서도, 액세스권의 요구보다 신문의 편집자유를 우위를 인정하였던 것이다.¹⁵³⁾

149) 미연방대법원은 전통적으로 내용규제(content-based regulation)에 대해서는 이른바 엄격심사기준(strict scrutiny test)을 적용하고 있는데, 이 기준을 통과하기 위해서는 첫째, 표현에 대한 제한의 목적이 ‘압도적인 국가이익’(compelling state interest)을 달성하기 위한 것이라는 점, 둘째, 그 목적달성을 위해 채택된 제한조치가 ‘불가피한 수단’(necessary means) 내지는 ‘최소한의 침해’를 가져오는 수단’(least restrictive means)이라는 점을 정부측이 모두 입증해야만 한다.

150) 헌재 1992. 6. 26. 90헌가23, 판례집 4, 300.

151) 정재황, “정기간행물의등록등에관한법률 제7조 제1항의 위헌심판결정”, 법률신문 1992. 11. 30자.

152) 418 U. S. 241 (1974).

특히 연방대법원은 그 논거로서 인쇄매체에 대한 정부규제로 인해 위협받게 되는 언론자유와 보호이익들을 다음과 같이 제시하였다: 첫째, 이 사건에서의 정부규제는 무엇을 보도하고 무엇을 보도하지 않을 것인지를 결정하는 발행인의 편집통제와 판단(editorial control and judgment)을 간섭하게 된다. 둘째, 경제적 및 기타의 여러 요인으로 인해 신문지면의 총수는 제한되어 있기 때문에 발행인에게 일정한 표현을 출판하도록 강요하는 것은 사실상 발행인이 출판하고자 하는 기사를 차단시키고 그것을 강요된 언론으로 대체하는 것이다. 셋째, 반론권과 같은 규제는 발행인에게 반론의 공간을 제공할 의무를 부과시킴으로써 사실상 論爭的 言論(controversial speech)을 불리하게 만든다. 다시 말해서, 반론권 규제로 인해 신문은 반론권을 촉발시킬 수 있는 주제를 가급적 피하고자 할 것이고 이는 결과적으로 공적 문제에 관한 왕성한 보도를 오히려 위축시키게 될 것이다. 그밖에 특정 표현의 강요된 출판은 마치 발행인의 동의를 얻고 있는 것처럼 보일 수 있기 때문에, 발행인은 자신이 동의하지 않는 언론에 강제로 연루되게 되고 이는 곧 그 자신의 언론의 자유에 포함되어 있는 ‘말하지 않을 자유’를 제약하는 결과가 될 것이다.¹⁵⁴⁾

요컨대, 출판매체의 경우 미연방대법원은 반론권의 요구보다 신문사측의 언론자유에 보다 높은 가치를 두고 있는 것이다. 그러나 미연방대법원은 뒤에서 살피는 바와 같이 방송에 있어서의 반론권에 대해서는 인쇄매체와는 다른 접근방식을 보여 주고 있다.

(6) 소유제한의 철폐

인쇄의 커뮤니케이션 시장은 그 특성상 분권화된 개방적 구조를 띠기 때문에 단일 미디어에 대한 소유제한을 둘 필요가 없다. 소유의 제한은 집중화된 커뮤니케이션 시장에서 사상과 견해의 독점을 방지하여 정보원의 다양성을 확보하기 위한 것이기 때문이다.

(7) 인쇄모델의 적용영역

이상의 인쇄모델은 방송을 제외한 기타의 매체시장에 모두 적용된다. 즉 정기간행물의등록등에관한법률상의 신문·통신·잡지·기타 간행물, 출판사및인쇄소의등록에관한법률상의 간행물, 음반·비디오물및게임물에관한법률상의 음반·비디오물·게임물, 공연법상의 음악·무용·연극·연예·국악·곡예 등의 공연물, 영화진흥법상의 영화가 이에 해당한다. 또한 700번 서비스와 같이 전기통신역무를 이용하여 자신이 정보내용을 편집하고 이를 제공하는 서비스도 인쇄모델의 적용대상이라고 보아야 할 것이다.

2. 통신모델 : 중립모델

통신모델은 효율적인 커뮤니케이션의 확보라는 사회·경제적 목표를 달성하기 위하여 그 전송수단을 대상으로 하는 규제모델이다. 이에는 우편, 전신, 전화 등이 그 적용대상이 된다. 이 모델에서는 기술적 및 경제적 효율성을 위해 독점을 인정하는 대신 통신사업자는 비용 대비 수익이 큰 지역이든 적은 지역이든 상관없이 보편적 서비스(universal services)를

153) 반론권법의 지지자들은 현재의 신문의 소유집중이 사회내 견해의 다양성을 방해하고 있으며 따라서 정부에 의한 적극적 조치만이 이러한 상황을 시정할 수 있다고 주장하였다.

154) 바로 이 논거는 Pacific Gas & Electric Co. v. Public Utilities Comm'n. of California, 475 U.S. 1 (1986) 사건의 주된 판결 이유가 되었다. 이 사건에서 연방대법원은, 공익사업체의 요금정책에 반대하는 이용자단체의 견해를 당해 공익사업체의 요금청구서 봉투에 넣어 함께 발송할 것을 요구하는 이용자단체 측의 권리를 부인하였다.

제공할 의무를 진다. 이 통신모델에서 보편적 서비스의 구현은 중요한 정책적 목표이다.¹⁵⁵⁾ 그리하여 통상 이를 위한 수단으로서, 음성전화서비스의 경우 시내전화요금을 원가 이하로 유지시키고, 저소득층에 대해서는 보조금을 지급하거나 할인정책을 실시한다. 아울러 사업자에게는 전국적 서비스제공, 전국적인 균일요금 부과, 이용자별 균일요금 부과 등의 의무 및 통신역무제공의무¹⁵⁶⁾를 부과하게 된다.

그러나 서비스제공에 소요되는 비용, 서비스에 대한 수요의 탄력성, 수익성 등은 지역별 및 이용자별로 다르기 때문에 보편적 서비스정책은 자원배분의 효율성을 저해할 수도 있다. 그렇지만 언론자유의 가치를 실현하기 위해서는 불가피한 것이다.

그리고 통신사업자의 기본 업무는 통신서비스, 즉 타인간의 통신(communications)을 매개하는 것이기 때문에¹⁵⁷⁾ 통신내용에 대한 편집권을 가질 수 없을 뿐만 아니라 통신내용을 검열할 수 없다. 통신시스템은 사회적 커뮤니케이션의 중계소이기 때문에 그 시스템 운영자가 만약 통신내용을 검열하게 된다면 정보 흐름의 길목에서 그 내용을 쉽게 통제할 수 있게 될 것이고, 이때의 위험성은 발신지나 수신지에서 개별적으로 통제하는 것과 비교할 수 없을 정도로 크다. 이 경우 언론·출판의 자유는 질식되고 말 것이다.

한편, 이처럼 통신내용에 대한 중립의무가 유지되는 한, 통신사업에의 진입을 허가제로 하든 등록제로 하든 그것은 헌법 제21조의 문제를 담고 있지 않다고 하겠다.

3. 방송모델 : 구조적 규제모델

(1) 방송 커뮤니케이션 구조의 특징

라디오와 텔레비전의 아날로그 방송은 그 주파수의 희소성과 소유 및 경영에 거액의 자금이 소요되는 특성으로 인해 몇몇의 소수만이 이들 매체를 장악하고 정보유통의 길목에서 정보의 흐름을 제어할 수 있게 된다. 방송 커뮤니케이션 시장은 인쇄 커뮤니케이션 시장에서와 같이 여러 다양한 견해를 대표하는 작은 규모의 인쇄매체가 다수 존재하면서 정보수용자에게 다양한 선택가능성을 제공해주는 형태는 더 이상 전형적인 형태가 아니게 된다. 이러한 방송매체가 구축하고 있는 커뮤니케이션 환경의 구조적 특성은 한 마디로 ‘중앙집권적인 폐쇄적 구조’로 특징지을 수 있다. 이 구조는 근본적인 기술적 제약으로 인해 “정보유통채널의 부족”과 “정보수문장의 존재”라고 하는 특징과 “수용자측 통제능력의 결여”라는 기본특징을 가지고 있다.

지금까지의 아날로그 방송매체는 한정된 수의 채널을 전제로 해서 몇몇 소수의 시스템운영자가 방송정보의 생산 및 유통을 장악하여 왔으며, 누가 특정의 채널을 사용할 것인지를 결정하여 왔다. 그리하여 독립된 정보제공자, 즉 프로그램공급자나 일반 시민들은 자신을 표현하고자 함에 있어서 사실상의 구조적인 장벽에 부딪혀 왔다. 그리고 네트워크 상에서 정보제공자와 정보수용자가 상호 작용하는 연결점이 충분히 개방적이고 탈중앙화되지 못하

155) 전기통신사업법 제3조의2 제1항은 “모든 전기통신사업자는 보편적 역무의 제공에 기여할 의무가 있다”고 규정하고 있다.

156) 전기통신사업법 제3조는 전기통신사업자가 정당한 사유없이 전기통신역무의 제공을 거부하지 못하도록 하고 있다.

157) 전기통신기본법 제2조 제7호는 “전기통신역무”를 “전기통신설비를 이용하여 타인의 통신을 매개하거나 전기통신설비를 타인의 통신용으로 제공하는 것”이라고 정의하고, 제8호에서는 “전기통신사업”을 “전기통신역무를 제공하는 사업”이라고 정의하고 있다.

였다. 부족한 정보유통의 통로와 중앙화된 정보유통 네트워크는 정보병목현상을 초래하게 된다. 그리하여 방송 커뮤니케이션 시장에서 방송시스템 운영자는 중앙의 정보통제관으로서 기능하여 왔다.

이 같은 중앙집권적인 폐쇄적 커뮤니케이션 환경에서는 언론자유 존재이유인 사상의 자유시장, 즉 대립되는 다양한 견해 사이의 자유롭고 공정한 경쟁의 장이 형성되기 어렵다. 그리하여 언론자유 핵심가치인 민주적 자기통치를 실현하기 위한 견해의 다양성 확보와 공공토론의 활성화는 요원해지게 된다. 이제 정부로부터 언론매체의 자유를 지키는 것만으로는 언론자유 가치를 확보하기 어렵게 되었기 때문에 견해의 다양성을 확보하기 위한 정부에 의한 구조적 개입은 불가피하게 되었다. 그리하여 방송시스템 운영자는 사회적 이슈의 모든 측면을 공정하게 제공하고 대중이 의사결정에 필요한 충분한 정보를 얻도록 두루 살펴야 할 사회적 책임을 요구받게 된 것이다. 방송법 제5조 소정의 ‘방송의 공적 책임’과 제6조 소정의 ‘방송의 공정성과 공익성’ 개념은 이에 기초하고 있다. 아울러 방송매체 내부의 언론자유 문제가 제기되는 것도 같은 맥락에서이다.¹⁵⁸⁾

한편 위와는 다른 측면에서, 아날로그 방송매체가 구축하는 커뮤니케이션 구조는 ‘정보수용자측 통제능력의 결여’라는 특징을 가지고 있다. 가정에 직접 침투해 들어오는 방송전파는 가정에서 무심결에 채널을 돌리는 어린이에게 여과과정 없이 직접 전달된다. 이러한 특성으로 인해 방송내용으로부터 어린이를 보호하기 위한 정부의 내용적 규제는 어린이보호라는 정당한 목적을 위한 필요한 수단으로서 쉽게 헌법적으로 정당화된다. 인쇄모델에서 내용적 규제가 허용되지 않는 것과 대조적이다. 그러나 유의할 점은, 방송모델에서의 내용적 규제는 성인을 포함한 일반적인 정보수용자(시청자)를 보호하고자 하는 것이 아니라 청소년보호에 초점이 맞추어져 있다는 점이다.

요컨대, 방송매체에 대해서는 ‘정보유통채널의 부족’과 ‘정보수문장의 존재’ 및 ‘정보수용자측 통제능력의 결여’라는 특성으로 인해 인쇄모델과는 다른 언론자유 법리가 적용된다. 이것을 방송모델(broadcast model)¹⁵⁹⁾ 또는 매디슨주의모델(Madisonian model)¹⁶⁰⁾이라고 부른다. 방송모델의 구체적인 법리로서는, 진입장벽으로서 중립적인 허가제의 인정, 편집권의 제한, 소유 및 경영의 제한, 방송내용에 대한 예외적 허용 등을 들 수 있다.

(2) 진입장벽으로서의 허가제

방송주파수의 희소성은 방송매체를 통해 자신의 견해를 표현하고자 하는 자에게 무한정으로 이를 허용할 수 없게 만든다. 이 경우 일정한 허가기간을 설정하고 그 기간 내에 방송주파수를 사용할 수 있게 하는 허가제는, 다른 대안이 없는 것은 아니라 하더라도,¹⁶¹⁾ 헌법적으로 용인될 수 있다. 다만, 방송내용에 대한 선별적 심사를 통한 허가제는 헌법 제21조 제2항의 허가제에 해당할 것이다.

한편 방송모델에서는 명확성의 원칙이나 포괄위임금지의 원칙이 엄격히 요구되지 않는다

158) 언론사의 내적 자유에 관한 제외국의 비교법적 분석 및 우리나라에서의 논의에 대한 분석과 평가에 대해서는 박용상, 『표현의 자유』, 현암사, 2002, 722-874면 참조.

159) Thomas G. Krattenmaker & L. A. Powe, Jr., op. cit., p.1721.

160) Cass R. Sunstein, op. cit., p. 1759.

161) 미국의 일부 학자들은 방송주파수의 배분이 허가제가 아닌 재산권의 메커니즘에 의해 이루어질 수 있다고 하면서, 허가제의 논거인 주파수의 희소성논거를 비판하고 있다. 이에 대한 자세한 소개는, 황성기, 『언론매체규제에 관한 헌법학적 연구』(서울대학교 대학원 박사학위논문, 1999), 61-68면 참조.

고 하겠다. 미국의 경우 허가권한을 부여하는 법률인 연방통신법은 연방통신위원회가 “공공의 이익, 편의 또는 필요(public interest, convenience, and necessity)”라는 광범위한 기준에 따라 허가 여부를 결정하도록 포괄적으로 위임하고 있다.¹⁶²⁾

(3) 편집권의 제한

견해의 다양성을 확보하기 위한 방송시스템 운영자의 편집권을 제한하는 것은 원칙적으로 허용된다. 미국에서 이 문제가 정면으로 다루어진 사건은 방송에서의 이른바 공정성원칙(fairness doctrine)¹⁶³⁾을 만장일치로 합헌이라고 선언한 Red Lion Broadcasting Co. v. FCC 사건¹⁶⁴⁾이다.

이 판결에서 연방대법원은 견해의 다양성과 공적 문제에 대한 관심을 촉진시키고자 하는 정부의 노력은, 설령 그러한 노력이 방송매체의 운영자들에 대한 규제적 통제를 결과한다 하더라도, 언론자유 원칙과 양립된다는 점을 분명히 하였다. 연방대법원은 “보다 우위에 있는 것은 방송인의 (말할) 권리가 아니라 시청자·청취자의 (다양한 견해를 받을) 권리이다.”¹⁶⁵⁾고 지적하면서, 견해의 다양성확보라는 가치로부터 ‘다양한 사상과 견해를 받을 수 있는 시청자 및 청취자의 권리’를 언론자유 한 내용으로 확인하였다.¹⁶⁶⁾

(4) 소유 및 겸영의 제한

주파수의 희소성으로 소수만이 방송언어를 가질 수 있다는 사실과 방송언어가 갖는 커다란 사회적 영향력은 견해의 다양성의 확보라는 언론자유 원칙의 민주적 가치와 양립할 수 없다. 방송매체에 대한 소유제한의 근거는 여기에 있다. 즉, 소유의 다양성은 견해의 다양성을

162) 이와는 달리 인쇄매체인 신문의 보급과 관련한 허가제와 관련해서 연방대법원은 행정청에게 포괄적인 허가제량을 부여하는 것은 위헌이라고 판시한 바 있다. 즉 City of Lakewood 사건에서 연방대법원은 시의 공공재산인 도로변 위에 신문자동판매대의 설치허가를 거부할 수 있는 무제한의 제량을 시장에게 준 시의 신문판매조례는 검열을 허용하지 않는 헌법정신을 무시한 것이라고 하면서 위헌 선언하였다. City of Lakewood v. Plain Dealer Publishing Co., 486 U.S. 750 (1988).

163) 공정성원칙(fairness doctrine)은 연방통신위원회가 공공의 이익(public interest)을 위한 포괄적인 권한에 기초하여 설정한 방송사업자에 대한 의무기준을 가리킨다. 이는 다음의 두 가지 내용을 담고 있다. 첫째, 방송사업자는 공적으로 중요한 논쟁적 이슈에 관한 견해들을 방송하는 과정에서, 특정 개인이나 집단의 정직성, 성격, 정체성 기타 인격적인 속성에 대한 공격이 이루어진 경우에는 당해 피공격자에게 1주일 이내에 합리적인 반론의 기회를 제공해 주어야 한다(personal attacks). 둘째, 방송사업자는 자신의 논설에서 선거의 특정 입후보자를 지지하거나 또는 반대하는 의견을 표명한 경우에는, 24시간 이내에 상대방 입후보자 또는 다른 입후보자에게 합리적인 반론의 기회를 제공해 주어야 한다(political editorials). 395 U.S. 367, 373 (1969) 참조.

164) 395 U.S. 367 (1969).

165) 395 U.S. 367, 390 (1969).

166) 다만 80년대 후반에 들어 미연방통신위원회는 방송에 있어서 공정성원칙을 폐기하기에 이르렀는데(Syracuse Peace Council v. Television Station WTVH, 2 F.C.C.R. 5043, 5055(1987)), 이 결정에서 연방통신위원회는 수요와 공급의 힘(the forces of supply and demand)의 작용에 대해 언급하면서, 이러한 힘이야말로 최적의 만족할만한 선택을 낳을 것이라는 견해를 밝힌 바 있다. 공정성원칙의 폐기과정에 관해서는 박운희, 「반론권에 관한 비교헌법학적 고찰」, 서울대 박사학위논문, 1995, 128-129면 참조.

물론 이러한 통신위원회의 입장변화는 기술발전의 결과 방송채널의 수가 확대되어가는 커뮤니케이션의 환경변화에 대응하는 것이라고 하겠다. 앞으로 뉴미디어의 발전은 이러한 기초를 더욱 강화시킬 것으로 보인다. 이 점에 대해서는, Thomas G. Krattenmaker & L. A. Powe, Jr., “Converging First Principles for Converging Communications Media”, 104 Yale L. J. 1719 (1995) 참조.

중대시킬 것이라는 논리이다.¹⁶⁷⁾ 모든 국가의 방송법이 단일 방송매체의 소유지분을 제한하거나 이중 또는 동종의 매체사업자간 일정 범위의 상호 겸영이나 지분소유를 제한하는 것도 이러한 이유이다.

미국의 연방대법원도 FCC v. National Citizens Comm. for Broadcasting 사건¹⁶⁸⁾에서 견해의 다양성의 가치에 기초하여 동일 지역 내에 방송국과 신문사의 공동소유를 금지하는 규제를 지지한 바 있다.

그러나 기술발전에 의해 주파수의 희소성이라는 제약이 제거되는 정도에 비례해서 소유제한의 근거는 약화될 수밖에 없고, 대신에 ‘방송의 산업성’의 논리가 부각되게 된다. 위성방송이 도입되고 그 규제체계를 입법화하는 과정에서 대기업·신문사·통신사업자에게 위성방송사업에의 참여를 인정할 것인지 여부를 놓고 벌어졌던 갈등과 대립은 결국 견해의 다양성 확보라는 ‘방송의 공익성’논리와 주파수의 희소성이 부분적으로 극복된 위성방송의 ‘산업성’논리가 충돌한 상황이었다.¹⁶⁹⁾ 결과적으로 2000년의 신 방송법은 소유제한을 완화하는 방향으로 나아갈 수밖에 없었던 것이다.¹⁷⁰⁾

나아가 방송신호가 전면적으로 디지털화되는 시점에 이르면 매체간 겸영제한이나 소유제한의 규제를 통해 견해의 다양성을 확보하는 접근방식은 설득력이 더욱 약화될 것이다. 최근 선진국에서는 매체간 겸영금지 보다는 시청점유율규제를 통해 특정매체 및 자본의 여론독점을 방지하는 접근방식을 취하고 있다.¹⁷¹⁾

(5) 방송내용에 대한 규제의 예외적 허용

어떤 사상과 견해가 옳고 그른지, 또는 가치 있고 가치 없는 것인지를 평가하고 결정하는 것은 정부가 아니라 사상의 공개시장이며, 설령 유해한 사상이나 표현이라 하더라도 그 해악의 교정은 사상의 공개시장에서 대립되는 사상이나 표현에 의한 경합을 통해 이루어져야 한다는 사상의 자유시장의 논리는 방송에도 동일하게 적용된다. 따라서 음란과 같은 헌법 제21조의 보호를 받지 않는 표현을 제외하고, 정부가 방송내용을 선별적으로 심사하여 특정 표현에 대한 好·不好를 판단하는 것은 원칙적으로 금지된다.

다만, 방송내용에 대한 규제가 인정되는 예외적인 상황은 정보수용자측 통제능력의 결여라는 특성에 기초해서 무분별한 방송언어로부터 청소년을 보호하고자 할 경우뿐이다. 그러나 이 경우에도 청소년보호라는 명목으로 성인의 알권리를 부인하거나 지나치게 제약해서는 안 된다. 방송내용에 대한 규제가 오직 청소년보호에 있다는 점을 인식하는 것은 대단히 중요하다. 우리의 현행 방송심의제도를 비롯하여 심의정책과 관련한 언론학에서의 많은 논의를 분석해 보면 그 기저에는 마치 방송심의의 목적이 성인을 포함한 모든 시청자의 보호에 있는 것으로 전제하고 있다는 인상을 지울 수 없다. 동일한 표현이 인쇄된 방송이든 전기통

167) 소유의 다양성은 독점금지정책의 관점에서는 공공의 경제적 이익을 촉진시키는 것이지만, 언론의 자유와의 연관에 있어서는 견해의 다양성이 그 중심적인 정책적 관심인 것이다.

168) 436 U.S. 775 (1978).

169) 이에 대해서는, 권영철, “위성방송의 법제와 헌법문제-공공성과 산업성의 조화를 위한 법제와 법리-”, 『방송연구』 통권 제43호, 방송위원회, 1996년 겨울 참조.

170) 방송법(2000. 1. 12. 법률 제6139호) 제8조 참조.

171) 시청점유율규제란 특정 자본이 지상파방송, 케이블방송, 위성방송, 신문 등 전체 매체시장 점유율을 기준으로 소유상한을 정하여 규제하는 방식을 가리킨다. 예컨대, 영국은 1개 사업자가 지상파, 케이블, 위성 등 전체 방송시장 점유율의 15%를 초과하여 방송사업권을 소유하거나 통제권을 행사할 수 없도록 하고 있고, 독일은 1개 사업자가 방송시장에서 전체 시청율 30% 초과를 금지시키고 있으며, 매체 집중을 심사할 집중심사위원회(KEK) 설치하고 있다.

신이든 그 전달되는 매체에 따라 성인이 규범적으로 볼 수 있는 정도가 달라지는 것은 아니다. 단지, 청소년보호를 위해서만 매체의 특성에 따라 성인의 알권리가 제약될 뿐이다. 그리고 그 제약의 논거는 방송의 침투성과 정보수용자측 통제능력의 결여이며, 방송의 사회적 영향력이나 방송의 공공성 개념은 그 논거가 될 수 없다.

참고로, 미국의 연방대법원은 *Pacifica* 사건¹⁷²⁾에서 인쇄매체의 경우에는 인정되지 않는 정부의 내용규제가 방송의 경우에는 청소년보호를 위해 인정될 수 있음을 인정하고, 일반적인 내용규제에 적용되는 엄격심사기준을 적용하지 않았다. 물론 그 논거는 방송의 침투성과 수용자측 통제능력의 결여였다.¹⁷³⁾ 그러나 한편으로 연방대법원은 *Sable* 사건¹⁷⁴⁾에서 전화섹스서비스(dial-a-porn)나 900번서비스(900-number services)와 같은 저속한 음성서비스에 대한 내용규제에 대해 엄격심사기준을 적용하여 위헌판결을 하였다. 이 사건에서 연방대법원은 위 *Pacifica* 사건에서 저속표현에 대한 내용규제를 합헌으로 인정한 논거는 지상파 방송 이외의 다른 매체에는 적용될 수 없다고 선언하면서,¹⁷⁵⁾ 엄격심사기준을 적용하였던 것이다.¹⁷⁶⁾

4. 사이버공간의 적용모델

이상에서 방송모델에 있어서는 일정한 정부규제가 불가피하게 허용된다는 점을 논증하였다. 그러나 여기서 주의할 것은, 이 방송모델이 인쇄모델과 그 이념적 기초를 달리하는 것이 결코 아니라는 사실이다. 오히려 방송모델은 인쇄모델의 이념적 기초에 그 토대를 두고 있다. 즉 달라진 정보환경에서 본래의 언론자유 가치인 사회 내 견해의 다양성 확보와 공개토론의 활성화를 위해 방송표현자의 언론자유를 부분적이고 한정적으로 제약하는 것일 뿐이다.

여기서 방송의 공공성 및 공익성과 방송표현자의 언론의 자유를 조화시켜야 하는 어려운 문제가 제기된다. 그러나 양자를 조화시키는 과정에서 우리가 분명히 인식하여야 할 점은, 방송의 공공성 또는 공익성이라는 명분으로 방송표현자의 언론의 자유를 무의미하게 만들어서는 안 된다는 점이다. 방송표현자의 언론의 자유는 그 자체 헌법 제21조(언론자유조항)의 보호영역에 본래적으로 속하는 것으로서 원칙적으로 최대한의 헌법적 보장을 받고 있는 것이지만, 방송의 공공성 또는 공익성은 예외적인 제한논리에 불과하기 때문이다. 그렇기 때

172) *FCC v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726 (1978).

173) 이 판결에서 연방대법원은 코미디언 George Carlin이 라디오방송에서 7가지 卑俗語(shit, piss, fuck, cunt, cocksucker, motherfucker, tits)를 반복해서 사용하는 것을 금하는 FCC의 규칙은 비록 그들 표현이 음란(obscene)하지 않고 단순히 저속한(indecent) 표현이라 하더라도 헌법적으로 허용된다고 판단하였다. 즉 방송매체의 특성을 전제로 할 때 FCC의 결정을 보다 존중하는 것이 타당하다는 것이다. 연방대법원은 다음의 두 가지 인정사실에 기초하여 FCC규칙을 승인하였다: ① 라디오는 그 방송의 내용이 국민의 가정 내로 밀고 들어가는 “굉장히 강력한 침투력”(uniquely pervasive presence)을 가지고 있다. ② 불건전한 내용으로부터 어린이를 보호하는 유일한 방법은 그것을 아예 방송을 타지 못하게 하는 것이다. 438 U.S. at 748-50.

174) *Sable Communications of California, Inc. v. FCC*, 492 U.S. 115 (1989).

175) 연방대법원은 전화음성서비스와 공중파방송의 차이를 다음과 같이 인정하였다. “라디오방송에서의 예기치 않은 돌발적인 청취와는 달리, 전화섹스서비스에 전화를 거는 사람이 받게 되는 메시지는 갑작스럽게 밀어닥친 것이 아닌 만큼 듣기를 원치 않는 청취자가 그러한 메시지에 무단히 노출될 위험은 없다.” 492 U.S. at 128.

176) 이 사건에 대한 간략한 소개는, 이인호, 『정보환경의 변화와 법의 패러다임』, 중앙대학교 대학원 박사학위논문, 1996, 207-210면 참조.

문에 방송에 대한 규제근거인 ‘정보유통채널의 부족’과 ‘정보수문장의 존재’ 및 ‘정보수용자측 통제능력의 결여’에 대한 정확한 이해가 필요한 것이다. 방송의 공공성 또는 공익성은 이러한 방송의 구조적 특성 때문에 인정되는 규제논리이기 때문이다. 특히 정보수용자측 통제능력의 결여 때문에 인정되는 방송매체에 대한 내용적 규제는 성인을 포함한 일반적인 정보수용자(시청자)를 보호하고자 하는 것이 아니라 청소년보호에 초점이 맞추어져 있다는 점에 유의하여야 한다. 때문에 청소년보호라는 명목으로 성인의 알권리를 전면적으로 거부하거나 심각하게 제한하는 것은 헌법적으로 승인되기 어려운 것이다.

요컨대, 방송매체에 대한 제한적인 정부규제가 헌법적으로 승인되는 것은 그 동안의 아날로그 방송매체가 지니고 있던 구조적 특성에 기인한 것이었다. 그러므로 이러한 구조적 특성이 소멸하는 디지털매체, 즉 인터넷의 사이버공간에서 방송모델을 적용하려는 시도는 그 헌법적 정당성을 상실한다고 하겠다. 인터넷에는 탈규제모델인 인쇄모델이 적용되어야 할 것이다. 오히려 사이버공간에서 형성되는 커뮤니케이션 구조는 인쇄가 제공해 주었던 것보다 훨씬 더 「분권적이고 개방적인 커뮤니케이션 환경」을 구축하고 있음에 유의하여야 한다.

제3장 디지털시대의 정보법질서와 표현의 자유

제1절 서언

20세기 후반에 일어난 디지털 정보혁명은 실로 500여년 전의 인쇄혁명보다 더 놀라운 정보혁명이다. 이 혁명은 인쇄혁명이 그러했듯이 단순히 사회 내 정보를 주고받는 방식을 변화시키는 데에 그치지 않고, 우리의 삶의 방식과 양식을 총체적으로 변화시킬 것으로 평가되고 있다. 디지털혁명으로 정보유통이 가히 혁명적으로 증대하면서, 정보의 의미와 기능이 현저히 달라지고, 개인들이 맺는 사회적, 경제적, 정치적 관계도 사이버공간에서 새롭게 형성되어 가고 있다.

이러한 과정에서 정보유통과 정보통제 사이의 갈등과 대립이 국가 대 국가 차원에서, 국가 내부의 정부와 시민사회 사이에서, 그리고 시민사회 내부의 기업과 개인, 개인과 개인 사이에서 인류 역사상 유례없이 첨예하게 나타나고 있다. 여기서 사회의 대립을 조정하고 질서를 형성하는 법의 기능과 역할이 강조되지 않을 수 없게 되었다. 이러한 관점에 입각해서 디지털시대의 정보법질서를 총체적으로 모색해 볼 필요가 있다. 다만, 이하에서는 총론적인 관점에서 디지털시대에 적용되어야 할 정보법질서의 기본이념이 무엇인지를 자유민주적 가치질서를 지향하는 현행 헌법 하에서 밝혀내는 데에 초점을 맞추고자 한다.

제2절 정보법질서와 정보환경의 상관관계

1. 정보는 권력의 원천이자 자유의 조건이다

‘아는 것이 힘이다’라는 베이컨(1561-1626)의 고전적 명제는 원래 그가 사용했던 것보다 훨씬 더 보편적인 의미를 지니고 있다. 베이컨의 이 명제는 경험과학적 지식을 통해 인간이 자연에 도전하고 그것을 정복한다고 하는 제한된 전략적 함의를 가지고 제시되었었다.¹⁷⁷⁾ 그러나 이 명제는 情報의 지배와 權力의 상관관계를 설명하는 보다 확대된 의미로 재구성될 수 있다. 즉 「정보통제는 곧 권력이다」. 이 명제는 중세시대 라틴어로만 쓰인 경전을 성직자만 읽고 해석할 수 있었다는 사실 그 자체가 곧 교회권력을 유지하는 필수 조건이었음을 상기하는 것으로 충분히 이해될 수 있다.

실로 정보는 단순한 데이터나 지식이 아니라 그 자체가 곧 힘(power)인 것이다. 일정한 정보를 누가 받고 누구는 받지 못하게 조정할 수 있을 때 그의 권력은 강화되게 마련이다. 따라서 정치공동체 내에서 정보를 누가 얼마만큼 장악하고 지배하느냐는 그 공동체의 권력구조 및 개인의 자유를 결정하는 핵심조건이 아닐 수 없다. 다시 말해서, 정보의 지배는 권력의 원천이자 자유의 조건인 것이다. 문제는 누가 정보를 지배하느냐에 있다.

예를 들면, 오늘날의 정보사회에서 개인정보의 지배는 그 정보주체에게는 인격의 존엄과 자유의 불가결한 조건이 되지만, 동시에 타자(정부나 기업체)에 의한 개인정보의 지배는 정보주체를 통제할 수 있는 권력의 기초가 된다. 최근에 정보사회로 진입하면서, 개인정보를 중심으로 한 자유와 권력의 이항대립이 정부 대 시민사회 사이에서, 그리고 시민사회 내부

177) 미셸 푸코는 近代社會에서 ‘과학’이 중세의 신을 대신하는 권위를 지니고 인간의 의식과 행태를 통제하기 위한 권력의 주요한 원천임을 규명하고 있다. Christopher Arterton/한백연구재단(편역), 『텔레데모크라시』, 거름, 1994, 11면.

에서 첨예하게 나타나고 있다. 개인정보의 지배권을 누가 장악하느냐에 따라 종래의 국가권력과 시민사회의 관계는 재조정될 것이며, 동시에 시민사회 내부에서는 새로운 권력관계가 형성될 수도 있다. 이는 자유민주주의체제의 운명을 결정지을 중대한 사안이다. 자유민주제체는 한 마디로 개인의 존엄과 자유의 조건을 확보하는 체제이기 때문이다. 개인정보보호의 문제를 단순히 인격보호의 관점에서만 바라볼 수 없는 이유가 여기에 있다. 한편, 정보사회에서 무한한 정보자원에 접근할 수 없는 사람들에게 그것은 단순한 지식의 결여만을 의미하는 것이 아니라 곧 권력과 자유의 조건을 상실한다는 것을 의미한다. 오늘날 정보격차(digital divide)의 문제가 단순히 복지차원의 문제로 그칠 수 없는 이유도 또한 여기에 있다.

2. 정보법질서와 정보환경의 상관관계

이러한 정보와 권력, 그리고 자유의 상관관계는 비단 오늘날의 정보사회에서만 의미를 가지는 것이 아니다. 산업사회와 그 이전 사회에 있어서도 타당한 명제이다. 역사상 어떤 정치적 공동체에 있어서도 공동체내 정보의 유통과 통제를 규율하는 암묵적이거나 명시적인 메커니즘이 설정되어 있기 마련이다. 예컨대, 근대 입헌민주국가에서는 정보유통과 정보통제에 초점을 맞추고 있거나 또는 간접적으로 그에 영향을 미치는 많은 명시적인 준칙과 법원칙들이 존재한다. 이들 정보유통과 정보통제에 관한 현상을 규율하는 법체계를 한 마디로 “정보법질서”라고 말할 수 있을 것이다.¹⁷⁸⁾

그런데 이러한 정보법질서는 역사적으로 고찰해 볼 때 어떤 고정된 실체로 확립되어 있는 것이 아니라, 정보유통 구조의 변화에 따라 그 성격과 구조가 변화하여 왔음을 볼 수 있다. 그리고 이러한 정보법질서의 변화는 기본적으로 정보유통과 정보통제의 두 가지 상반된 가치 사이에 벌어지는 줄다리기 시합과 같은 형국을 드러내면서 전개되어 왔으며, 이 과정에서 ‘새로운’ 정보법질서는 그때까지의 정보유통과 정보통제 사이에 균형이 깨어지면서 서서히 그 모습을 드러내기 시작하였다. 한편, 사회 내 정보의 유통체계 내지 정보환경은 그 사

178) 이러한 情報法秩序를 체계적으로 연구하는 학문을 “情報法學”이라고 할 수 있다. 물론 정보법 또는 정보법학이라고 하는 것은 우리 나라에서 아직은 새로운 법영역이며, 다른 나라에 있어서도 사정은 마찬가지로 보인다. 그러나 최근 국가 및 사회의 정보화가 더욱 진전되고 정보유통환경이 급변함에 따라 정보의 사회적·경제적·정치적 가치가 더욱 커지게 되었으며, 그에 따라 정보유통과 정보통제를 둘러싼 사회적 긴장과 대립이 증폭되어 가고 있다. 그리고 그 대립과 갈등은 국가 대 국가, 국가 대 시민사회, 그리고 시민사회 내부의 전 영역에서 대단히 복잡하게 전개되고 있다. 바로 이러한 배경 하에서 기존의 언론법이나 미디어법 또는 매스커뮤니케이션법 등의 개별적인 연구영역을 넘어서서 정보를 둘러싼 전반적인 법현상을 연구대상으로 하여 하나의 체계적인 법이념이나 법원리를 탐구하고자 하는 노력이 정보법 내지 정보법학으로 나타나고 있다고 하겠다. 예컨대, 독일의 Gallwas 교수는 정보를 둘러싼 다양한 법적 관계를 “정보헌법”이라는 기본틀 속에서 헌법적으로 구성해내는 시도를 하고 있음을 볼 수 있다. Gallwas, NJW 1992, S. 2785 ff.; 홍준형, “정보공개청구권과 정보의 자유 - 독일에서의 논의를 중심으로 -”, 『헌대법의 이론과 실제』, 김철수교수학감기념논문집, 1993, 540-41면 참조. 그밖에 정보법체계에 관한 시론적 고찰은, 강경근 “정보화사회에서의 정보법의 의의와 내용”, 『정보화사회에 대한 법적 대응』, 숭실대 법학연구소, 1990, 107-137면 참조.

이처럼 정보법 내지 정보법학이라는 말은 최근의 정보사회의 대두와 더불어 생겨나기 시작한 법적 인식이지만, 정보유통과 통제에 관한 규율체계로서의 情報法秩序는 결코 오늘날의 현상이 아님에 유의할 필요가 있다. 즉, 그 실체는 인류 역사에 있어서 정치적 공동체가 형성되기 시작한 이후부터 있어 왔다고 하겠다. 따라서 여기서는 정보유통과 통제에 관한 규율체계 일반을 가리키는 의미로 情報法秩序라는 용어를 사용하기로 한다.

회의 주된 커뮤니케이션 매체(media)가 무엇이냐에 따라 결정되게 마련이다. 그리하여 인쇄 이전 사회의 정보법질서는 인쇄사회의 정보법질서와 같지 아니하며, 마찬가지로 정보사회의 정보법질서 또한 급격한 정보유통체계의 변화에 따라 새로운 모습을 띠지 않을 수 없을 것이다.

오늘날 우리들은 흔히 법이란 사회 내 일정한 정보유통을 보호할 것인가 아니면 제한할 것인가의 여부를 결정짓는 기본요소라고 생각하고 있다. 실제로 근대 입헌민주국가에서는 사회 내 정보유통의 정도를 결정하는 많은 정보관련법들이 존재하고 있고, 또 그러한 법들이 실효성을 가지면서 집행되고 있다. 그러나 이러한 사실에만 주목하는 경우에는 다음의 사실을 인식하지 못하는 우를 범할 수 있다. 즉, 특정 사회의 정보관련법은 그 사회의 정보유통환경에 의해 크게 영향을 받으며 오히려 그것에 의해 좌우된다는 사실이다. 다시 말해서, 우리들은 흔히 법을 정보유통을 제약하거나 보호하는 하나의 수단으로서 바라보고 있고, 그 결과 우리가 현재 가지고 있는 법과 우리가 향유하는 자유의 정도가 현재 우리가 가지고 있는 주된 커뮤니케이션 매체가 무엇이냐에 크게 의존하고 있다는 사실을 충분히 인식하지 못하고 있는 것이다.

한 사회 내 정보유통의 정도는 그 사회의 법질서의 파생물이기도 하지만, 그 보다는 그 사회의 주된 커뮤니케이션 매체와 그를 중심으로 구축된 정보환경의 결과이기도 하다. 즉, 법이 단기적으로는 사회 내 정보유통의 정도를 결정한다고 할 수 있지만, 장기적인 관점에서 보면 오히려 기술발전에 따른 정보환경의 변화가 정보유통의 정도를 결정하며 그에 따라 기존의 정보법질서가 재조정되게 된다는 사실에 유의할 필요가 있다. 예컨대, 정보관련법의 집행은 정보를 주고받는 방식의 변화에 의해 상당히 영향을 받는다. 그리고 무엇보다 중요한 점은 사회 내 정보를 주고받는 방식이 어떠한가에 따라 정보의 의미와 가치가 영향을 받으며, 그리하여 규제의 필요성에 관한 사회의 인식을 규정짓는다는 점이다.

전적으로 말에만 의존했던 口傳社會에서는 자유로이 말할 수 있는 권리를 보장하는 법체계가 없었음에도 불구하고 상당히 높은 정도의 표현의 자유가 실현되고 있었다. 그리고 문자의 발명 이후에도 검열법과 같은 정보통제법은 여전히 존재하지 않았다. 그렇지만 구전사회와는 달리 정보유통은 보다 제한적이 되었다. 그리고 인쇄 발명 직후에는 검열법이 자주 제정되었지만, 그럼에도 불구하고 실제적으로는 검열법이 없었던 시대보다 훨씬 더 많은 정보유통이 이루어졌다. 결국 인쇄의 성숙에 따른 사실상의 정보유통의 확산이 언론자유 의 상을 낳았으며 검열법을 폐기시키는 결과를 초래하였다. 근대법질서에서 언론자유 의 법리는 바로 이처럼 인쇄기술의 발전에 따른 사실상의 자유로운 정보유통의 결과라고 해도 과언이 아니다.¹⁷⁹⁾ 사실 近代法秩序에서의 정보통제의 법리들, 예컨대 프라이버시, 저작권, 음란 등은 인쇄 이전 시대에서는 존재하지 않았다.

이러한 현상은 다음과 같이 설명될 수 있을 것이다. 즉, 이들 사회에서 사용된 각 커뮤니케이션 매체는 정보유통을 억제하거나 촉진시키는 내재적 속성을 지니고 있으며, 각각의 매체는 정보의 성격 및 정보를 사용하는 방식 등에 각기 다른 영향을 미침으로써, 기존에 유지되어 왔던 정보유통과 정보통제 사이의 균형을 깨뜨리고, 이어서 균형의 회복을 위해 새로운 정보법질서의 창출에 대한 압력을 가중시킨다.¹⁸⁰⁾

179) “언론자유에 관한 현재의 판례법은 구텐베르크 혁명에 의해 탄생된 제개념을 반영하고 있다.” William Kuhns, “The First Amendment Meets the Information Society”, in: *Telecommunications: Issues and Choices for Society*, ed. Jerry Salvaggio, New York: Longman, 1983, p.85.

그런데 오늘날 디지털 전자매체의 발전은 사회 내 정보유통의 환경을 새롭게 변화시키고 정보에 대한 통제능력을 변화시키고 있다. 또한 우리 사회에서 정보의 의미와 가치 및 성격을 변화시키고 있으며, 시민과 시민, 시민과 정부 사이에 정보를 둘러싼 새로운 법적 관계의 설정을 요구하고 있다. 그에 따라 지금까지의 정보법질서는 일정한 변용을 겪을 것으로 보인다. 디지털매체는 정보통제의 법리들을 효과적으로 운용하고 집행하는 것을 어렵게 만드는 속성을 가지고 있기 때문이다.¹⁸¹⁾ 요컨대, 새로운 매체의 등장과 그에 따른 정보유통의 구조변화는 지금까지의 정보유통과 정보통제 사이의 균형을 깨뜨리면서 재조정을 요구하고 있는 것으로 판단된다. 새로운 정보환경에서는 아마도 정보유통을 촉진시키는 언론자유 가치의 실현은 보다 더 큰 가능성을 가지게 될 것이며, 반대로 정보유통을 통제하고자 하는 법리들은 점차 그 목적달성이 어렵게 될 것이다.

제3절 현행 헌법상의 정보법질서의 기본이념

자유민주주의를 지향하는 현행 헌법상의 정보법질서는 자유로운 정보유통의 이념에 입각하여, 정보유통에 대한 통제권을 각기 다른 차원에서 개인에게 부여함으로써 개인의 자유와 민주주의를 확보하고자 하는 기본정책을 표방하고 있다.

헌법은 제21조 제1항에서 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 보장하고, 제2항에서 검열금지의 원칙을 선언하고 있으며, 제22조 제1항에서는 학문의 자유¹⁸²⁾와 예술의 자유¹⁸³⁾, 제26조는 청원권, 제27조 제3항은 공개재판을 받을 권리, 제31조는 교육을 받을 권리와 대학의 자율성을 보장하고 있다. 그리고 제45조는 국회의원의 면책특권을 보장하고, 제50조에서는 국회의원회의의 공개의 원칙, 제109조는 재판의 심리·판결의 공개원칙을 선언하고 있으며, 나아가 제127조에서는 국가의 정보개발의무를 규정하고 있다. 이들 헌법규정에는 사회 내 자유로운 정보유통이 촉진되어야 한다는 기본정책이 담겨 있다. 이에 더 나아가, 정부가 보유하는 정보에 대한 접근권인 정보공개청구권의 헌법적 보장의 확인¹⁸⁴⁾ 및 이를

180) 오늘날 새로운 人權으로서 활발히 논의되고 있는 개인정보의 보호를 위한 개인정보자기결정권 내지 정보자기결정권이나 투명한 정부(open government)의 실현을 위한 정보공개청구권 내지 알 권리 등은 모두 시민사회와 정부 사이에 정보를 둘러싼 힘의 균형을 재조정하기 위한 노력의 산물이라고 보아야 할 것이다.

181) 오늘날 개인의 사적 생활영역에 관한 정보의 유통을 통제하는 사생활비밀의 법리와 창조적 결과물의 유통을 통제하는 저작권법 등은 디지털 정보혁명으로 인해 그 집행에 있어서 상당히 많은 어려움에 봉착하고 있다. 심지어 매사추세츠 공대의 미디어랩 소장인 네그로폰테는 현재의 저작권법에 대해 이렇게 주장하고 있다. “저작권법은 완전히 시대에 뒤떨어졌다. 그것은 구텐베르크의 유물이다. 저작권법은 반동적인 태도이기 때문에 고치기보다는 완전히 폐기해야 마땅하다.” Nicholas Negroponte/백옥인(역), 『디지털이다』, 박영률출판사, 1995, 57면.

182) “학문의 자유는 진리를 탐구하는 자유를 의미하는데, 그것은 단순한 진리탐구에 그치지 않고 탐구한 결과에 대한 발표의 자유 내지 가르치는 자유 등을 포함하는 것이다.”(헌재 1992. 11. 12. 89헌마88, 판례집 4, 739, 756). 이러한 학문의 자유에는 진리탐구에 필요한 정보의 자유로운 수집과 탐구결과의 자유로운 전파라고 하는 자유로운 정보유통의 이념이 내재되어 있다.

183) “예술의 자유의 내용으로서는 예술창작의 자유, 예술표현의 자유, 예술적 집회 및 결사의 자유가 포함된다.”(헌재 1993. 5. 13. 91헌마17, 판례집 5-1, 275, 283).

184) 헌법재판소는 일찍이 정보공개청구권이 헌법상의 기본권적 성격을 가지고 있다는 점을 인정해 바 있다. 헌재 1989. 9. 4. 88헌마22, 판례집 1, 176; 헌재 1991. 5. 13. 90헌마133, 판례집 3, 234. 이후 이들 결정에서 제시된 정보공개청구권의 헌법적 근거 및 이론구성에 대해 상당한 비판이 제기되었다. 예컨대, 강경근, “국민의 정보공개청구권”, 법률신문 제1881호, 1989. 10. 16; 홍준형, “정보

구체화하는 공공기관의정보공개에관한법률은 자유로운 정보유통의 이념을 보다 적극적으로 구현하고 있는 것이다. 결국 이들 기본권과 원칙들은 “公的 性格의 情報”을 정부가 독점하거나 지배하지 못하도록 함으로써 사회와 개인의 권력과 자유를 확보하는 기능을 수행한다.

그러나 반면에, 현행의 정보법질서는 특정한 목적을 위해 일정한 정보에 대해서는 위와 같은 헌법상의 개인의 통제권을 박탈하거나 제한함으로써 자유로운 정보유통을 억제하기도 한다. 예컨대, 헌법 제21조 제4항은 타인의 명예·권리 및 공중도덕의 보호를 위한 언론·출판의 한계를 밝히고 있고, 이에 따라 형사 및 민사의 명예훼손법은 타인의 명예를 훼손하는 정보의 유통을 금지시키며, 음란처벌법 및 미성년자 보호를 위한 규제입법들은 일정한 표현내용의 제작 또는 유통을 금지시키고 있다. 이 외에도 국가안보를 위협하는 정보나 기업비밀에 해당하는 정보의 유통을 금지하는 여러 입법들이 존재한다. 또 헌법 제22조 제2항은 저작자·발명가·예술가 등의 권리를 인정함으로써 그 보호범위에 드는 정보의 유통에 대한 통제권을 그 정보생산자에게 부여하고 있고, 그 한도 내에서 자유로운 정보유통은 제한을 받게 된다.

그렇지만, 이러한 정보유통의 억제는 결코 그 자체가 목적이 될 수 없다. 단지, 국가안보나 타인의 권리보호 또는 기술혁신과 사회진보의 달성이라고 하는 정당하고도 구체적인 목적을 위해서 예외적으로 허용되는 수단으로서의 성격을 가진다는 점에 유의하여야 한다. 그러므로 예외적인 정보유통의 억제수단이 헌법적으로 정당화되기 위해서는 비례의 원칙과 법률유보의 원칙을 준수하여야 한다. 즉 정당하고도 구체적인 목적이 존재하여야 하고, 그 목적 달성을 위해 필요한 최소한의 범위 내에서 정보유통을 억제하여야 한다(비례의 원칙). 또 그러한 억제정책은 민주적 정치과정인 입법절차에 의해 명확하게 표명되어야 한다(법률유보의 원칙).

한편 이와는 다른 차원에서, 헌법은 “私的 性格의 情報”에 대한 통제권을 당해 정보주체에게 줌으로써 정부나 타인의 자의적인 지배가능성으로부터 정보주체의 권력과 자유를 확보하고자 한다. 예컨대, 헌법 제12조 제1항의 압수·수색·심문의 법정주의, 동조 제2항의 불리한 진술거부권, 동조 제3항의 압수·수색의 영장주의, 제16조 제2문의 주거에 대한 압수·수색의 영장주의, 제17조의 사생활비밀의 보장, 제18조의 통신비밀의 보장 등이 그것이다. 나아가, 최근에 논의되고 있는 개인정보자기결정권은 타인(정부 또는 사기업체)이 축적·처리하고 있는 개인정보에 대해 정보주체에게 그 수집, 이용 및 유통에 대한 통제권을 부여함으로써 더욱 적극적으로 개인의 자유를 확보하고자 하는 것이다.

물론 이 경우에도 국가안보나 형사사법의 집행 등 정당하고도 구체적인 목적을 위해 정보주체의 통제권을 제한함으로써 사적 성격의 정보의 유통을 예외적으로 허용할 수 있다. 그러나 그것은 어디까지나 예외적으로 채택되는 수단적 성격의 것이기 때문에, 그것이 헌법적으로 정당화되기 위해서는 비례의 원칙과 법률유보의 원칙, 그리고 일정한 경우에는 영장주의를 준수하여야 한다.

이상을 요약하면, 현행의 정보법질서는 자유로운 정보유통의 이념 하에 公的 性格의 情報에 대해서는 “모든 개인”에게 그 유통에 대한 통제권을 인정함으로써 개인의 존엄과 자유의

공개청구권과 정보의 자유”, 『헌대법의 이론과 실제』, 김철수교수화갑기념논문집, 1993; 경건, 『정보공개청구제도에 관한 연구』, 서울대 법학박사학위논문, 1998 등 참조. 그러나 긍정적 평가도 없지 않았다(이승우, “국민의 알권리에 관한 헌법재판소 결정의 평석”, 『사법행정』 1990년 4월호). 이들 결정에 대한 최근의 예리한 분석으로는, 전광석, “정보화사회의 헌법구조”, 『헌법학연구』 제5권 제2호, 한국헌법학회, 1999, 289-301면 참조.

조건을 확보하고 동시에 민주적 정치과정을 촉진하고자 하는 기본정책을 채택하고 있다. 한편, 私的 性格의 情報에 대해서는 “당해 정보주체”에게 그 유통에 대한 통제권을 부여함으로써 개인의 존엄과 자유의 조건을 확보하고자 하고 있는 것이다. 이 두 가지 방향의 기본정책은 개인의 존엄과 자유를 보장하고 민주적 정치과정을 확보하고자 하는 모든 자유민주국가에서 그 정보법질서의 근간을 이루는 것이라고 할 것이다.

제4절 정보기본권들의 상호관계

이 절에서는 위에서 살핀 정보기본권 상호간의 관계를 보다 구체적으로 해명해 보고자 한다. 정보기본권에 대한 올바른 이해를 위해 필요한 일이라고 생각된다.

1. 통신비밀의 보장은 언론자유와 전제조건이다.

흔히 언론·출판의 자유 및 집회·결사의 자유를 보장하는 헌법 제21조는 표현행위를 포함함으로써 민주적 기능을 수행하는 것이고, 통신의 비밀을 보장하는 제18조는 사생활영역을 보호하는 기능을 수행하는 것으로 이해될 수 있다.¹⁸⁵⁾ 그러나 이것은 일면적 이해에 불과하다. 통신비밀의 보장은 언론자유와 불가결한 전제조건으로서 자유로운 정보유통의 이념을 구체화하는 기본권으로 이해되어야 한다. 자칫 사생활보호를 목적으로 하는 기본권으로 이해하는 경우, 헌법 제18조가 마치 자유로운 정보유통을 억제하는 기능을 수행하는 것으로 오해될 여지가 있다. 그러나 헌법 제18조의 본질은 사생활보호에 있는 것이 아니라 언론자유와 핵심적 기능을 보장하는 데에 있다고 보아야 한다. 특정된 사람들과의 정보교환(통신)은 이미 자기만의 사적 영역을 벗어나 있는 것이다. 그렇기 때문에 순수한 의미의 사생활보호가 그 본질이라고 보기 어렵다. 이 점은 다수의 특정인이 통신으로 동시에 정보교환을 하는 경우를 상정하면 더욱 분명해진다. 물론 그 목적은 집회·결사를 전제로 하는 정보교환이거나 아니면 이를 전제하지 않는 단순한 의견교환일 수 있다. 어떤 경우이든 당연히 통신비밀의 보장을 받지만, 이 때에는 이미 사생활보호의 관점은 거의 무의미해진다고 할 것이다.¹⁸⁶⁾

통신비밀의 보장이 언론자유와 불가결한 전제조건임은 역사적으로도 확인된다. 위에서 살핀 바와 같이, 입헌민주국가에서 보장되는 언론의 자유는 유럽에서 인쇄기술이 충분히 성숙되어 사회 전반에 그 혜택이 퍼져나간 17·8세기의 이른바 ‘분권화된 개방적 커뮤니케이션

185) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2002, 442면은 통신의 비밀보장(“통신의 자유”라고 지칭하고 있음)을 사생활의 비밀과 자유, 주거의 자유, 거주·이전의 자유와 함께 사생활자유권의 한 내용으로 분류하고 있고, 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2001, 372면은 통신의 비밀을 사생활의 비밀과 자유, 주거의 자유와 함께 사생활영역을 보호하는 기본권으로 분류하고 있다. 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2002, 436면도 통신의 비밀보장(“통신의 자유”라고 지칭하고 있음)을 사생활의 안전과 자유의 한 내용으로 분류하고 있다. 다만, 이들 모두 통신비밀의 보장이 표현행위의 기초 또는 의견교환의 촉진수단이라는 점을 인정하고 있음에 유의하여야 한다(권영성, 443면; 허영, 373면; 성낙인, 437면 참조). 한편, 헌법재판소는 “통신의 자유를 기본권으로서 보장하는 것은 사적 영역에 속하는 개인간의 의사소통을 사생활의 일부로서 보장하겠다는 취지에서 비롯된 것이라 할 것이다.”(헌재 2001. 3. 21. 2000헌바25, 판례집 13-1, 652, 658)고 단정하고 있다.

186) 헌법전의 조문구성상 통신비밀조항(제18조)이 주거자유조항(제16조)과 사생활보호조항(제17조)에 뒤 이어 편성되어 있기 때문에 그 본질에 대한 이해에 혼란을 초래하는 측면이 있다. 그러나 한편으로 언론자유조항(제21조)에서 통신이 언급되고 있는 점에 유의하여야 할 것이다.

환경'하에서 비로소 꽃을 피울 수 있었다. 인쇄매체는 개인매체이면서 동시에 최초의 대중매체였다. 인쇄는 자신의 생각과 사상을 멀리 떨어져 있는 공중에게 대량으로 전파하는 것을 가능하게 해 주었던 것이다. 아울러 인쇄매체와 더불어 당시의 개방적 커뮤니케이션 환경을 가능케 한 또 다른 물적 조건으로서 값싸고 쉬운 종이의 생산과 효율적이고 중립적인 통신시스템(communications system), 즉 우편제도를 들어야 할 것이다. 만약 인쇄된 말을 전달하는 통신시스템의 운영자가 이를 검열한다면 그는 사회 내 커뮤니케이션 과정의 중간에서 정보를 통제하는 수문장(gatekeeper)으로서 기능하는 것이 되고, 이러한 정보수문장의 존재는 언론자유의 이념과 양립될 수 없다고 하겠다.

그렇기 때문에 타인간의 정보교환(통신)을 매개하는 통신사업자¹⁸⁷⁾는 통신내용에 대한 편집권을 가질 수 없을 뿐만 아니라 통신내용을 검열할 수 없다. 통신시스템은 사회적 커뮤니케이션의 중계소이기 때문에 그 시스템 운영자가 만약 통신내용을 검열하게 된다면 정보 흐름의 길목에서 그 내용을 쉽게 통제할 수 있게 될 것이고, 이때의 위험성은 발신지나 수신지에서 개별적으로 통제하는 것과 비교할 수 없을 정도로 크다. 이 경우 언론의 자유는 질식되고 말 것이다.¹⁸⁸⁾

요컨대, 통신비밀의 보장은 언론자유의 불가결한 전제조건으로서 자유로운 정보유통의 이념을 구체화하는 중요한 정보기본권이라고 하겠다. 이 정보기본권은 정부에 의한 침해 배제할 뿐만 아니라, 통신사업자에 대해서도 직접 그 효력을 주장할 수 있는 권리라고 보아야 한다.¹⁸⁹⁾ 헌법상의 통신비밀조항과 언론자유조항에 의하여 통신사업자의 중립의무가 직접 도출되기 때문이다. 동시에 통신사업자는 이러한 헌법상의 중립의무에 근거해서 만약 정부가 중립의무위반을 강제하는 경우 그것을 다룰 수 있는 헌법소원의 청구인적격을 가진다고 보아야 할 것이다.

그리고 비밀보장의 대상이 되는 통신정보에는 비단 '통신내용'뿐만 아니라 '통신내역정보'도 당연히 포함된다. 그러나 현행법상 통신내용의 비밀과 통신내역정보의 비밀은 차등보호를 받고 있다. 통신내용의 감청에 대해서는 통신비밀보호법에 의해 법원의 허가절차를 밟도록 하고 있으나, 통신내역정보의 개시는 달리 법원의 허가절차 없이 통신사업자의 임의에 맡기고 있다. 그리고 통신내역정보의 개시절차는 2001년 12월 29일 통신비밀보호법이 개정되기 전에는 전기통신사업법에 의해서만 규율되고 있었으나, 현재는 통신내역정보를 이원화하여 '통신자료'의 개시절차는 전기통신사업법에 의해, '통신사실확인자료'의 개시절차는 통신비밀보호법에 의하여 규율되고 있다. 그러나 이들의 개시절차는 내부절차상의 차이가 있긴 하지만, 개시 여부를 통신사업자의 임의에 맡기고 있는 점에서 동일하다.

즉, 2000년 1월 28일 개정된 전기통신사업법 제54조 제3항은 “전기통신사업자는 검사 또는 수사관서의 장(군 수사기관을 포함한다. 이하 같다), 정보수사기관의 장으로부터 수사 또는 형의 집행, 국가안전보장에 대한 위해를 방지하기 위한 정보수집의 필요에 의하여 이용자의 성명, 주민등록번호, 주소, 가입 또는 해지일자에 관한 자료의 열람이나 제출(이하 “통신자료제공”이라 한다)을 요청받은 때에는 이에 응할 수 있다.”고 규정하고,¹⁹⁰⁾ 동조 제4

187) 전기통신기본법 제2조 제7호는 “전기통신역무”를 “전기통신설비를 이용하여 타인의 통신을 매개하거나 전기통신설비를 타인의 통신용으로 제공하는 것”이라고 정의하고, 제8호에서는 “전기통신사업”을 “전기통신역무를 제공하는 사업”이라고 정의하고 있다.

188) 이처럼 통신내용에 대한 중립의무가 유지되는 한, 통신사업에의 진입을 허가제로 하던 등록제로 하던 헌법 제21조 제2항의 검열금지의 원칙이 적용될 여지가 없는 것이다.

189) 성낙인, 『언론정보법』, 나남출판, 1998, 602-603면.

190) 개정 전의 전기통신사업법 제54조 제3항은 “전기통신사업자 또는 전기통신사업자로부터 전기통

항 내지 제9항을 신설하여 일정한 내부절차를 정하고 있다.¹⁹¹⁾ 한편, 2001년 12월 29일 개정된 통신비밀보호법(법률 제6546호, 2002년 3월 30일 시행) 제13조 제1항은 “검사 또는 사법경찰관은 수사 또는 형의 집행을 위하여 필요한 경우 전기통신사업법에 의한 전기통신사업자에게 통신사실확인자료¹⁹²⁾의 열람이나 제출을 요청할 수 있다.”고 규정하고 동조 제2항은 “정보수사기관의 장은 국가안전보장에 대한 위해를 방지하기 위하여 정보수집이 필요한 경우 전기통신사업자에게 통신사실확인자료제공을 요청할 수 있다.”고 규정하고 있다. 그리고 동조 제3항 내지 제8항은 전기통신사업법보다는 다소 강화된 내부절차를 정하고 있다.¹⁹³⁾

그러나 그 동안의 경험과 관행에 비추어 볼 때 이러한 내부절차만으로는 통신비밀이 충분히 보장되기 어렵다. 수사기관의 공개 요청에 대해 통신사업자가 임의로 그 공개 여부를 결정할 수 있도록 하는 것은 통신비밀을 보장하는 헌법정신과 일치하지 않는 것으로 보인다. 적어도 공개 여부는 법원의 사법절차에 의해 정보수집의 필요성 여부를 엄격히 심사한 이후에 결정되어야 할 것이다.¹⁹⁴⁾ 특히 인터넷상의 커뮤니케이션과 관련한 로그파일(log file) 등이 공개되었을 경우 그 위험성은 이전의 단조로운 전화 등의 통신자료와는 비교할 수 없을 정도로 크다는 점을 유의하여야 한다.

나아가, PC통신이나 인터넷은 그 본질이 표현매체라고 보아야 하고, 단순한 통신매체라고 이해해서는 안 된다. 헌법재판소는 ‘통신’이 갖는 속성으로 ‘당사자간의 동의’, ‘비공개성’, ‘당사자의 특정성’의 세 가지를 들면서, 헌법의 통신비밀조항(제18조)의 ‘통신’의 의미를 “비공개를 전제로 하는 쌍방향적인 의사소통”이라고 개념규정한 바 있다.¹⁹⁵⁾ 이에 따른다면, PC통신이나 인터넷은 통신의 속성을 거의 가지고 있지 않다. 단지 인터넷상의 다양한 커뮤니케이션 방식 중 이메일(e-mail)만이 통신의 성격을 가지고 있을 뿐이다. PC통신이나 인터넷이야말로 인류의 커뮤니케이션 역사상 가장 분권적이고 개방적인 표현매체인 것이다. 그럼에도 불구하고, 개정된 통신비밀보호법과 시행령은 PC통신과 인터넷의 로그기록 등에 대한 개시여부를 법원의 허가절차 없이 통신사업자의 임의에 맡기고 있다. 이것은 통신비밀조항의 위반 여부를 넘어서서 언론의 자유를 심각하게 침해하는 것이 아닐 수 없다.

신업무의 일부를 수탁하여 취급하는 자는 수사상 필요에 의하여 관계기관으로부터 전기통신업무에 관한 서류의 열람이나 제출을 서면으로 요구받은 때에는 이에 응할 수 있다.”고만 규정하고 있었다.

191) 신설된 내부절차의 내용은 ① 원칙적인 서면요청(제4항), ② 전기통신사업자의 관련자료 비치의무(제5항) ③ 전기통신사업자가 통신자료제공현황을 연2회 정보통신부장관에게 보고할 의무(제6항) ④ 전기통신사업자가 이용자의 통신비밀업무를 담당하는 전담기구를 설치·운영할 의무(제8항) 등이다.

192) ‘통신사실확인자료’라 함은 “가입자의 전기통신일시, 전기통신개시·종료시간, 발·착신 통신번호 등 상대방의 가입자번호, 사용도수 그 밖에 대통령령으로 정하는 전기통신사실에 관한 자료를 말한다.”(동법 제2조 제11호). 그리고 시행령은 그 밖에 ① PC통신·인터넷의 사용자가 전기통신업무를 이용한 사실에 관한 PC통신·인터넷의 로그기록 ② 정보통신망에 접속된 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 발신기지국 위치 추적 자료 ③ PC통신·인터넷의 사용자가 정보통신망에 접속하기 위하여 사용하는 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 접속지 추적자료를 여기에 포함시키고 있다(시행령 제3조의2).

193) 내부절차의 내용으로는, ① 검사 또는 사법경찰관의 요청시 관할지방검찰청 검사장의 사전승인을 원칙적으로 받도록 하고(제3항) ② 서면요청을 원칙으로 하며(제4항) ③ 자료제공을 받은 때에는 관련자료를 소속기관이 비치하여야 하며(제5항) ④ 전기통신사업자는 자료를 제공한 때에는 제공현황을 연2회 정보통신부장관에게 보고하고, 관련자료를 7년간 비치하여야 한다(제7항).

194) 박용상, 『표현의 자유』, 현암사, 2002, 719면도 같은 취지.

195) 헌재 2001. 3. 21. 2000헌바25, 판례집 13-1, 652, 661-662.

2. 언론의 자유와 인격권은 이념적으로 충돌하지 않는다

헌법상 언론의 자유(제21조 제1항 및 제2항)는 자유로운 정보유통의 이념을 표방하고 있는 중추적인 기본권이다. 반면에, 사생활의 비밀보장(제17조)과 명예보호(제21조 제4항)는 사적 성격의 정보가 유통되는 것을 억제함으로써 인격적 이익을 보호하고자 한다. 그리하여 흔히 언론의 자유와 인격권은 이념적으로 긴장관계에 있는 것으로 이해될 수 있다. 전자는 정보유통의 촉진, 후자는 정보유통의 억제라고 하는 상반된 목적과 기능을 가지고 있기 때문이다.

그러나 이 양자가 이념적으로 긴장관계에 있는 것은 아니다. 그리고 양자는 그 규율범위가 논리적으로 상호 중첩되거나 충돌하지 않는다는 점을 이해할 필요가 있다. 우선, 언론의 자유는 “公的 性格의 情報”에 대한 통제권을 모든 개인에게 부여함으로써 이들 정보를 정부가 독점하거나 지배하지 못하도록 하고, 그럼으로써 개인의 권력과 자유를 확보하고 민주적 정치과정을 촉진시키는 기능을 수행한다. 한편, 사생활비밀과 명예 등 인격적 이익의 보호는 “私的 性格의 情報”에 대한 통제권을 당해 정보주체에게 줌으로써 정부나 타인의 자의적인 지배가능성으로부터 정보주체의 권력과 자유를 확보하고자 하는 것이다. 그리고 인격적 이익의 보호를 통한 정보주체의 자유를 확보하는 것은 곧 민주적 정치과정을 촉진시키는 기능을 수행한다. 개인의 사생활, 즉 사적 성격의 정보가 만천하에 공개되거나 또는 정부가 그러한 정보를 장악하는 경우 그의 인격과 자율성은 온전하게 유지될 수 없을 것이며 정치적 의사형성과정이 쉽게 왜곡되고 말 것이기 때문이다.

요컨대, 언론의 자유와 인격권은 개인의 자유와 민주적 정치과정을 확보하고자 하는 자유민주체제의 공통된 가치를 구현하는 핵심적 기본권이다. 그리고 인격적 이익의 보호에 직결되는 사적 성격의 정보는 언론의 자유에 의한 유통의 대상이 될 수 없는 것이다. 따라서 논리적으로는 언론의 자유에 의해 유통될 수 있는 공적 성격의 정보와 인격권에 의해 유통될 수 없는 사적 성격의 정보는 상호 중첩되지 않는다. 다시 말해서, 인격권에 의해 유통이 금지되는 정보는 아예 처음부터 언론자유 보호영역에 속하지 않는 것이다.

다만, 인격적 이익과 관련되는 정보라고 해서 모두 유통될 수 없는 사적 성격의 정보라고 이해되어서는 안 된다. 오히려 사회공동체가 정상적으로 유지되기 위해서는 타인에 대한 일정한 정보가 자유롭게 수집·이용·유통되어야 한다. 타인에 대한 평가를 전제로 하지 않는 사회공동체는 유지될 수 없기 때문이다. 특히 근대국가는 국가공동체를 형성·유지하기 위하여 세금의 징수, 재산등록 또는 출생, 결혼, 사망 등에 관한 개인정보를 등록·관리하여 왔다. 그리고 이 때의 개인정보의 수집·처리는 사회통제의 수단인 동시에 한편으로 사회참여권을 보장하는 수단이라는 측면도 아울러 가지고 있었다. T. H. Marshall의 견해에 의하면, 관료적 민족국가의 개인 감시체계는 개인을 통제하기 위한 억압적 기제가 아니라 시민적 자유(civil liberty)에 대한 열망의 산물이라고 할 수 있다는 것이다. 즉 국가가 모든 개인을 평등하게 대하려면 그들의 신원파악이 되어 있어야 하고, 또 개인이 투표권을 행사하고 복지수당을 신청하기 위해서는 그들의 정보가 국가기록에 문서화되어 있어야 한다는 것이다.¹⁹⁶⁾

결국 인격적 이익과 관련되는 개인정보는 매우 폭넓은 스펙트럼을 가지고 있다. 즉 유통이 절대적으로 금지되는 순수한 사적 성격의 정보에서부터 유통이 전면적으로 허용되는 정

196) T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class*, 1950, p.11.

보에 이르기까지 다양한 성격을 가지고 있다. 문제는 이러한 스펙트럼에서 유통이 금지되는 사적 성격의 정보와 유통이 허용되는 공적 성격의 정보를 구분하는 선을 어느 지점에서 그을 것인가 하는 것이다. 이 문제는 추상적인 차원에서 해결될 수 있는 문제가 아니며, 구체적이고 복잡한 법리의 전개가 필요하다. 따라서 이 글에서 다루기에는 부적합하다. 다만, 여기서는 추상적 수준에서 언급될 수 있는 몇 가지 논점을 제시하고자 한다.

첫째, 사생활가치는 구체적인 공동체에 따라 동일하지 않다. 사실, 사생활의 가치를 법적으로 보호하기 시작한 것은 미국에서도 그리 오래된 것이 아니다. 주지하다시피, 근대 프라이버시권의 기원은 1880년에 Thomas Cooley 판사가 민사상의 손해배상(Tort)에 관한 저서¹⁹⁷⁾에서 “홀로 있을 권리”(the right to be let alone)라는 의미로 프라이버시권을 제시하고, 1890년에 Warren과 Brandeis가 이를 보다 상세히 분석한 한 논문¹⁹⁸⁾에서 '프라이버시권은 진보된 문명세계에서 살고 있는 개인에게 필수적인 것'이라고 주장한 것에서 유래한다.

이 프라이버시권의 주장은 당시 인쇄매체인 황색신문들의 남용에 대한 법적 대응의 한 형식이었는데, 그 사회적 배경을 보면 사생활비밀의 가치에 대한 새로운 관념이 사회적으로 형성된 결과였다. 18세기까지의 삶이란 공동체적 삶이었고 따라서 공개적 삶이었기 때문에, 사생활비밀의 가치를 법적으로 보호해야 한다는 관념은 형성되지 못하였다.¹⁹⁹⁾ 그러나 19세기 후반 미국에서 황색신문들이 유명인의 사생활을 들추어내어 그것을 상업적으로 악용하는 사례가 빈번해짐에 따라 이에 대한 통제장치로서 인정된 것이 프라이버시권이었다.²⁰⁰⁾

이상의 역사적 사실에 비추어 볼 때, 사생활가치를 지나치게 절대화하는 것도 경계하여야 할 것이다. 우리 사회의 사생활가치에 대한 일반적인 평가에 기초해서 언론자유와의 긴장관계를 합리적으로 고려하여 구분선을 그어야 할 것이다.²⁰¹⁾

둘째, 사생활보호와 명예보호는 언론자유와의 관계에서 분리되어 이해되어야 한다. 두 법익은 모두 일반적 인격권의 한 내용이지만, 구체적인 보호목적이 동일하지 않기 때문에 언론자유와의 관계에서 이익형량을 함에 있어서 다른 법리가 적용되기 때문이다.

셋째, 우리의 현행 명예훼손법은 언론자유 가치보다는 외적 명예의 보호에 치우쳐 있는 것으로 판단된다. 현행의 명예훼손법을 헌법적인 관점에서 재검토할 필요가 있다고 생각된다.²⁰²⁾ “명예훼손의 영역에 보태지는 모든 것은 자유로운 토론의 영역에서 빼앗아 온 것이

197) Thomas C. Cooley, *Laws of Torts*, 1st ed., 1880, Sec. 29.

198) Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, "The Right to Privacy", 4 *Harv. L. Rev.* 193, 195 (1890); 이에 관한 상세는 서주실, "Warren·Brandeis의 「The Right to Privacy」", 『미국헌법연구』 제6호, 미국헌법학회, 1995, 45면 이하 참조.

199) M. Ethan Katsh, *The Electronic Media and the Transformation of Law*, New York: Oxford Univ. P., 1989, p.190.

200) 미국의 판례법상 불법행위(Tort)로 인정되는 프라이버시 침해유형은 통상 Prosser 교수의 분류에 따라 ① 內密的 사실의 공개(disclosure of private facts) ② 安穩침범(intrude upon seclusion) ③ 誤認的 記述(portrayal in a false light) ④ 商業的 專用(appropriation for commercial purposes)의 네 가지로 나누어진다. 이에 관한 소개는 강경근, “프라이버시권의 의의와 구성요소”, 『고시연구』 1999년 9월호, 25-35면 참조.

201) 프라이버시와 언론자유 관계를 분석한 유익한 글로서는, 박용상, 『언론과 개인법익』, 조선일보사, 1997, 59-104면; 성낙인, 『언론정보법』, 나남출판, 1998, 481-589면 참조.

202) 이 점에 대한 분석은 이인호, “犯罪報道와 免責事由의 適用”, 『언론중재』 제19권 제3호, 언론중재위원회, 1999년 9월호 참조. 또한 헌법재판소의 강원일보김정일편지보도 사건(헌재 1999. 6. 24. 97헌마265, 판례집 11-1, 768) 참조. 그 밖에 언론보도와 명예훼손의 관계를 상세히 분석하고 있는 최근의 유익한 글로서는, 박선영, 『언론정보법연구 I - 21세기 표현의 자유 -』, 법문사, 2002, 155-342

다”²⁰³⁾라는 미국 Edgerton 판사의 언명은 명예훼손법을 적용함에 있어 언제나 되새겨 보아야 할 것이다.

3. 자유로운 정보유통의 이념과 지적재산권의 헌법적 한계

헌법 제22조 제2항은 “저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.”고 규정하고 있다. 이 지적재산권조항의 목적은 지식, 과학, 예술을 촉진하는 데에 있다. 이 목적을 위해 헌법은, 지식·과학·예술을 촉진시키는 유용한 정보를 처음으로 생산한 자(창작자)가 그 창작된 정보의 유통을 배타적으로 통제할 수 있는 사적 권리를 창설하는 권한을 입법자에게 주고 있는 것이다. 따라서 이러한 지적재산권, 즉 창작된 정보의 이용 및 유통에 대한 배타적 통제권이 그 창작자에게 부여되는 범위만큼, 그 정보를 자유로이 이용하고 유통시킬 수 있는 다른 모든 사람의 언론의 자유는 제한된다. 이렇게 볼 때, 헌법상의 지적재산권조항과 언론자유조항은 일정한 긴장관계를 가지고 있다.

그러나 근본적으로 추구하고자 하는 이념의 차원에서는 양자는 서로 충돌하지 않는다. 지적재산권을 보호하는 목적은 창작자의 지적 활동을 경제적으로 보상함으로써 지식·과학·예술활동을 촉진시키고, 그 지적 창작의 결과를 공중이 널리 이용하고 공유함으로써 궁극적으로 진리의 발견과 문화의 진보를 달성하고자 하는 데에 있다. 이러한 진리발견과 문화진보는 또한 언론자유조항의 핵심적인 목적이자 이념인 것이다.²⁰⁴⁾ 우리 헌법상의 지적재산권조항과 유사한 조항을 이미 215년 전인 1787년에 연방헌법전에 수록하였던 미국의 경우²⁰⁵⁾, 연방대법원은 이러한 지적재산권조항과 언론자유조항(연방헌법 증보 제1조)의 관계에 대해 양자가 충돌하는 것으로 이해하는 것은 잘못된 것이라고 판시하고 있다. 즉, “연방헌법의 제정자들은 저작권(copyright) 자체를 표현의 자유를 위한 수단으로 의도하였다. 어떤 사람의 표현(expression)에 대해 판매가능한 권리를 확립함으로써, 저작권은 아이디어(ideas)를 생산해내고 전파할 수 있는 경제적 인센티브를 제공한다.”는 것이다.²⁰⁶⁾

이처럼 헌법상의 언론자유조항과 지적재산권조항은 상호 이념적으로 충돌하는 것이 아니며, 오히려 후자는 전자의 이념을 촉진하는 수단적 성격을 갖는 것으로 이해되어야 한다.

면 참조.

203) “Whatever is added to the field of libel is taken from the field of free debate.” 이 문구는 1942년에 콜롬비아특별구 항소법원이 선고한 Sweeney v. Patterson 판결(76 U.S. App. D. C. 23, 24, 128 F. 2d 457, 458)에서 Edgerton 판사가 쓴 법정의견에서 실시된 표현이다. 영문 인용은 New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 272(1964)에서. 우리말 번역은 한위수, “미국에 있어서의 중립보도면책특권”, 『외국사법연수논집』 재판자료 제65집, 법원행정처, 1994, 53면에서 인용.

204) 헌법재판소는 진리의 추구하고 문화의 진보가 언론자유에 중요한 목적임을 다음과 같이 설명한 바 있다: “언론·출판의 자유가 보장되지 않는다면, 사상은 억제되고 진리는 더 이상 존재하지 않게 될 것이다. 문화의 진보는 한때 공식적인 진리로 생각되었던 오류가 새로운 믿음에 의해 대체되고 새로운 진리에 자리를 양보하는 과정 속에서 이루어진다. 진리를 추구할 권리는 우리 사회가 경화되지 않고 민주적으로 성장해가기 위한 원동력이며 불가결의 필요조건인 것이다.”(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 338).

205) 미국 연방헌법 제1조 제8항 제8호 : “연방의회는 저작자와 발명가에게 그들의 저작과 발명에 대해 한정된 기간 동안 배타적 권리를 보장해 줌으로써, 과학과 유용한 기술의 발전을 촉진시킬 권한을 가진다.”(The Congress shall have power to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries).

206) Harper & Row, Publishers, Inc., v. Nation Enters., 471 U.S. 539, 558 (1985).

이렇게 이해할 때, 헌법 제22조 제2항의 “저작자 . . . 의 권리는 법률로 정한다.”는 헌법문언의 의미를 적정하게 파악할 수 있다.

우선, 이 조항과 헌법 제23조의 재산권조항이 어떤 관계에 있는가 하는 점이 문제될 수 있다. 판단컨대, 양 조항은 분리되어 이해되어야 한다고 생각된다. 제23조가 보장하는 재산권은 전통적으로 천부인권으로 인정되어 왔다. 물론 20세기 이후 사회 내 경제적 불균형이 심각해지는 사회현실에서 재산권의 사회적 기속성이 강조되고, 이에 따라 우리 헌법도 그 점을 명시하고 있긴 하지만, 그럼에도 불구하고 여전히 재산권의 천부인권성은 쉽게 부정되기 어렵다. 헌법 제23조 제1항 제1문이 “모든 국민의 재산권은 보장된다.”고 우선적으로 선언하고 있기 때문이다. 또한 그렇기 때문에, 제23조 제1항 제2문이 “그 내용과 한계는 법률로 정한다.”고 했을 때, 그것은 입법자에게 재산권 형성에 대한 절대적이고 무한정한 권한을 수권한 것이라고 볼 수 없다.²⁰⁷⁾

그러나 반면에, 헌법 제22조 제2항의 “저작자 . . . 의 권리는 법률로 정한다.”는 규정은 저작자등의 권리가 천부인권성을 가진다는 것을 전제로 하고 있지 않다. 이 헌법조항은 “모든 국민의 재산권은 보장된다.”고 하는 제23조 제1항과는 다른 규범구조를 가지고 있기 때문이다. 그러므로 제22조 제2항의 “권리”는 제23조 제1항의 “재산권”과 그 본질이 같지 않으며, 제22조 제2항의 권리는 법률에 의해서 비로소 형성되는 권리인 것이다.²⁰⁸⁾ 그리고 그만큼 입법자는 이 권리를 창설함에 있어 보다 넓은 입법형성권을 가지는 것이다.

그렇지만, 입법자는 이 권리를 창설함에 있어 언론자유조항에 의한 헌법적 한계를 가지고 있다. 지적재산권조항은 언론자유조항의 이념, 즉 자유로운 정보유통의 가치를 궁극적으로 실현하기 위한 수단적 성격의 것이기 때문이다. 진리의 발견과 문화의 진보를 촉진하기 위한 수단으로서의 지적재산권의 창설이 오히려 그 궁극적인 목적의 달성을 저해하는 방향으로 이루어져서는 안 될 것이다.²⁰⁹⁾ 정보, 지식, 그리고 문화를 생산한다는 것은 시간과 공간을 넘어선 창조적인 인간들 상호간의 대화를 의미한다. 과도한 지적재산권을 창설함으로써 그 대화를 방해하는 것은 근본적으로 우리들의 사회적 및 문화적 복지를 위협하게 될 것이다.²¹⁰⁾

207) 최근 헌법재판소는 일련의 재산권 관련 결정에서 이른바 ‘분리이론’을 채택하여 재산권 제한입법에 대해 비례의 원칙을 엄격하게 적용시키고 있다. 예컨대, 그린벨트사건(헌재 1998. 12. 24. 89헌마 214, 판례집 10-2, 927), 택지소유상한제사건(헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289), 도시계획시설결정미집행사건(헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383)을 들 수 있다. 분리이론에 대한 상세한 분석은, 최갑선, “헌법 제23조 제1항 제2문에 의거한 재산권의 내용- 및 한계규정”, 『공법학의 현대적 지평』, 심천계회열박사화갑기념논문집, 1995, 271-298면 참조.

208) 널리 통용되고 있는 “지적재산권”이라는 용어표현은 이 권리의 본질을 오도하는 측면이 있다. 헌법 제22조 제2항이 “지적재산권”이라는 용어를 사용하지 않고, “저작자 . . . 의 권리”라고 표현하고 있는 점에 유의하여야 한다.

209) 이시우, “지적재산권의 헌법적 의미에 관한 소고”, 『저작권』 제34호, 1996년 여름호, 12면이 지적재산권 보장의 의미는 “불법적인 저작물의 이용을 금지시킬 수 있다는 데에 있는 것이 아니라, 오히려 더 많은 경우에는 그 저작물에 대한 공공의 이해 때문에, 일괄적인 보상을 받음을 통하여 사회에 양도하는 권리로서의 의미에 국한되는, 일종의 의무와도 같은 그런 뜻을 내포하고 있다는 데에 있다”고 하고 있는 것도 유사한 입장에 서 있는 것이 아닌가 추정된다.

210) 미국 연방헌법의 지적재산권조항(제1조 제8항 제8호)이 “진보”(Progress)라는 개념을 사용하고 있는 것은 이러한 맥락에서 이해되어야 하며, 그것은 현 세대가 미래 세대의 참여를 희생시키면서 이러한 대화의 상당 부분을 독점하는 것을 막고자 하는 것이다. Yochai Benkler, “Constitutional Bounds of Database Protection: The Role of Judicial Review in the Creation and Definition of Private Rights in Information”, 15 *Berkeley Tech. L. J.* 535, 569-574 (2000) 참조.

여기에 바로 지적재산권의 보호가 무한히 확장될 수 없는 한계가 놓여 있는 것이다. 예컨대, 우리의 저작권법 제2조 제1호가 명시하고 있듯이,²¹¹⁾ 입법자는 창작물(original works)에 대해서만, 그리고 일정한 기간에 한해서만 창작자에게 정보유통에 대한 배타적인 통제권을 부여할 수 있을 뿐이다. 그러므로 입법자는 이미 공중이 이용하고 있는 정보나 지식에 대한 접근을 봉쇄하거나 부담을 주는 형태로 그러한 권리를 창설할 수 없다고 하겠다. 그리고 입법자는 의견이나 사실(ideas or facts)을 통제할 수 있는 배타적 권리를 부여할 수 없다.

미연방대법원은 이러한 지적재산권의 한계를 일찍부터 인정해 오고 있다. 즉 연방의회는 인간지식의 寶庫에 독창적으로 기여하는 것을 보호하기 위해서만(only to protect original contributions to the wealth of human knowledge) 지적재산권을 창설할 수 있는 입법 권한을 행사할 수 있다는 것이다.²¹²⁾ 독창성 내지 창작성(originality)은 정보가 배타적 권리의 객체가 될 수 있기 위한 선결요건인 것이다. 이 기본법리는 이후 만장일치 또는 거의 만장일치로 연방대법원에 의해서 지금까지 지지되어 오고 있다.²¹³⁾ 또한 미연방대법원은 *Graham v. John Deere Co.* 사건²¹⁴⁾에서, 특허권과 관련하여 연방의회는 (a) 배타적 권리를 연장하는 것이 “기술혁신, 진보를 촉진시키고, . . . 유용한 지식의 창고에 보탬이 될 경우에만” 입법적 조치를 취할 수 있고, (b) “그 효과가 기성의 지식을 공공의 영역(public domain)으로부터 제거하거나, 또는 이미 이용되고 있는 정보에 자유로이 접근하는 것을 제한하는 것일 때에는” 배타적 권리를 인정해서는 안 된다고 판시하였다.

나아가, 1991년에도 연방대법원은 저작권과 관련해서 이러한 법리를 만장일치로 재확인하였다.²¹⁵⁾ 연방의회가 사실(facts)에 대한 배타적인 사적 권리를 인정하는 것은 헌법적으로 허용되지 않는다는 것이다. “독창성은 저작권보호를 위한 헌법적으로 명령된 전제조건이다.”²¹⁶⁾ 따라서 사실(facts)은 헌법적으로 저작권보호의 객체가 될 수 없다는 것이다. ‘사실(facts)은 인간이 그것들에 대해 언급하기 전에 이미 존재하고 있다’는 개념의 전제하에, 일련의 사실들을 제일 먼저 기술했다고 해서 그로 인해 그 사람이 그 사실의 창작자가 되는 것은 아니라는 논리이다. 이로써 연방대법원은 입법자가 배타적인 사적 권리를 창설함으로써 기성의 정보와 사실들을 인클로저(enclosure)해서는 안 된다는 헌법적 한계를 제시한 것이라고 하겠다. 그리하여 창작자의 독창적인 표현에 대해 권리를 보장해 줌과 동시에, 다른 사람들이 그 창작물이 전달하는 아이디어(ideas)와 정보에 기초해서 자유로이 의견을 내세우도록 고무하기 위한 헌법적 틀을 마련한 것이다.²¹⁷⁾ 연방대법원은 3년 뒤 다시 만장일치로 이러한 입장을 재확인하면서, 이번에는 독창성뿐만 아니라, 일정한 형태의 “공정사용”(fair use)을 헌법적 한계로 제시하고 있다.²¹⁸⁾ 이러한 연방대법원의 태도는 우리들에게

211) 저작권법 제2조 제1호는 “저작물”의 개념을 “문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물을 말한다”고 규정하고 있다.

212) *Trade-Mark Cases*, 100 U.S. 82 (1879).

213) *Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., Inc.*, 499 U.S. 340, 346-47 (1991); *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, 489 U.S. 141, 146 (1989); *Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co.*, 376 U.S. 225, 230-31 (1964); *Compco Corp. v. Day-Brite Lighting, Inc.*, 376 U.S. 234, 237-38 (1964).

214) 383 U.S. 1 (1966).

215) *Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340 (1991).

216) *Id.* at 351.

217) *Yochai Benkler*, op. cit., p.545.

218) *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 575(1994).

시사하는 바가 크다고 하겠다.

요컨대, 우리 헌법상의 지적재산권조항은 언론자유조항의 이념, 즉 자유로운 정보유통을 궁극적으로 촉진하기 위한 수단적 성격을 가지며, 그러한 의미에서 양 조항은 이념적으로 충돌관계에 있지 않다. 동시에 바로 그렇기 때문에 지적재산권의 입법적 형성은 언론자유조항에 의한 헌법적 한계를 가지게 되는 것이다. 구체적인 입법형성이 그 헌법적 한계를 일탈했는지 여부는 세밀한 이익형량판단을 통해 결정되게 될 것이다.

제5절 디지털시대 정보기본권의 재구성

1. 인터넷과 언론자유 보장

역사적으로 볼 때, 새로운 미디어의 출현에 대해 정보통제의 주체인 정부는 그 새로운 미디어가 지니는 언론자유 함축을 충분히 인식하지 못하여 왔다. 오히려 새로운 커뮤니케이션 기술에 대한 두려움과 의혹은 이들 신기술에 대한 규제를 불러오는 원인이 되었다. 이는 언론의 자유가 가장 신장되어 있는 미국에 있어서도 예외는 아니었다. Donald Lively가 지적하듯이, “새로운 미디어의 해악가능성에 대한 두려움은 그 미디어에 대해 미연방헌법 증보 제1조의 보호를 부인하거나 제한하는 일관된 논거가 되어 왔다.”²¹⁹⁾ 물론 새로운 미디어의 출현에 대한 정부측의 이 같은 반응은 역사적으로 볼 때 특별한 것은 아니었다. 위에서 살핀 바와 같이, 초기 인쇄매체의 출현에 대해 당시의 권력당국이었던 교황청과 세속정부는 가혹한 검열과 통제로 일관하였던 것이다.

실제로 19세기 후반에서 20세기초에 전신, 전화, 라디오, 텔레비전, 영화 등의 아날로그 전자매체가 출현하였을 때에 미국의 연방대법원과 연방의회는 이들 새로운 미디어에 대해 언론자유 가치를 충분히 고려하지 않은 채 소극적인 태도를 취하였다.²²⁰⁾ 예컨대, 미연방헌법 증보 제1조상의 “출판”(press)의 개념을 인쇄매체에만 좁게 한정시킴으로써 새로운 언론매체를 헌법상의 보호범위 안에 포함시키지 않는 결과를 낳았다.²²¹⁾ 그리하여 전신법은 19세기 철도법의 규제모델을 따른 것이었다. 따라서 초기의 전신과 관련된 사건에서 연방헌법상의 언론자유조항에 대한 고려는 거의 전적으로 배제되었다. 즉 미연방대법원은 언론자유 가치를 전혀 고려하지 않은 채, 전신을 철도와 마찬가지로 통상조항(Commerce Clause)의 문제로 다루었던 것이다.²²²⁾ 전신에 대한 이 같은 태도는 신문의 경우와는 현저히 대조를 이룬다. 즉 신문도 州경계를 넘나드는 상거래 품목에 해당되는 것이었지만, 州와 州사이의 商去來를 규제하는 연방정부의 권한은 신문의 규제를 위해 부여된 것으로는 인식하지 않았던 것이다. 요컨대, 법원은 이 새로운 커뮤니케이션 기술을 인쇄된 말의 연장으로 간주하지 않았던 것이다. 그리고 이 같은 법적 태도는 초기의 전화에 대해서도 계속되었다. 즉 전화라는 새로운 기술에 대해서도 미연방대법원과 의회는 이것을 인쇄매체의 계승자로

219) Donald E. Lively, "Fear and the Media: A First Amendment Horror Show", *Minnesota L. Rev.* 69, No. 5 (May 1985), p.1075.

220) 이 점에 관한 상세는, Patrick M. Garry, *Scrambling for Protection: the New Media and the First Amendment*, Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1994, pp.138-141 참조. 또한 Donald E. Lively, "Fear and the Media: A First Amendment Horror Show", 69 *Minnesota L. Rev.* 1075 (1985) 참조.

221) Patrick M. Garry, op. cit., p.137.

222) *Pensacola Telegraph Co. v. Western Union Telegraph Co.*, 96 U.S. 1, 24 L. ed. 708 (1878).

보지 않았던 것이다.²²³⁾

나아가, 영화가 도입된 직후인 1915년에 미연방대법원은 *Mutual Film Corp. v. Industrial Comm'n* 사건에서 영화는 “이 나라의 출판(press)의 일부로서 간주될 수 없다”고 하면서 출판의 자유의 헌법적 보장을 부여하지 않았는데, 여기서 연방대법원은 영화의 해악가능성에 초점을 맞추었다. 즉 “해악의 가능성은 인쇄매체보다 영화가 훨씬 더 크다.”고 결론지었던 것이다.²²⁴⁾ 또한, 방송이라는 새로운 커뮤니케이션 기술도 이와 비슷한 운명을 겪었다. 1900년대 초반의 약 20여년 동안 미연방대법원은 방송규제의 불가피성과 언론 자유의 개념 사이에서 딜레마에 빠졌다. 그러나 스펙트럼의 부족이라는 기술적 이유와 독占到에 대한 고려는 언론자유 가치를 압도하였다. 그 결과 1934년의 통신법은 전신과 전화에 대한 규제와 마찬가지로, 헌법상의 통상조항에 기초를 두고 제정되었다.²²⁵⁾ 그리고 1940년 연방대법원은 헌법상의 언론자유조항에 대한 하등의 언급 없이 1934년의 통신법의 합헌성을 인정하였던 것이다.²²⁶⁾ 또한 미연방의회는 1996년에 통신품위법(*Communications Decency Act*)을 제정하여 인터넷의 특성을 충분히 고려하지 않은 채 내용규제를 시도하였으나, 인터넷의 언론자유 가치를 인정한 연방대법원에 의해 위헌결정을 받았다.

이상의 역사적 현상은 인터넷이라는 새로운 매체에 대해 최근 우리 입법자가 그 대응으로 내어 놓은 여러 규제체제에서도 재현되고 있다. 예컨대, 디지털기술이 종래 아날로그 전자매체가 가지고 있던 “정보유통채널의 부족”과 “수용자측 통제능력의 결여”라는 구조적 특징을 해소시키고 있음에도 불구하고, 2000년의 신 방송법은 이 점을 고려하지 않은 채 오히려 방송의 개념을 더욱 확장함으로써 전통적인 지상파방송에 적용되는 규제모델인 방송모델을 더욱 확대하고 있고, 심지어 인터넷방송(webcasting)까지 규제의 그물 속에 포함시키고 있다.²²⁷⁾ 또 이인규 교사 사건이나 유명가수 섹스비디오유포사건²²⁸⁾에 대해 보여 주었던 검찰과 법원의 즉각적인 대응, 불온통신규제시스템, 그리고 최근의 인터넷내용등급제 등의 시도도 같은 맥락에 서 있는 것으로 보인다.

이러한 규제의 논거는 한 마디로 새로운 미디어인 인터넷의 해악가능성에 대한 두려움이라고 하겠다. 그러나 우리의 경우에는 이에 더하여 지난 수십년 동안 표현매체를 바라보는 왜곡된 언론관이었던 소위 “가부장적 언론관” 내지 “권위주의적 언론관”이 이러한 규제체제의 배면에 함께 작용하고 있는 것으로 판단된다.²²⁹⁾ 특히 성적 표현과 관련해서, 나는 보아

223) Patrick M. Garry, op. cit., p.138.

224) 236 U.S. 230, 244 (1915). 그 후 연방대법원은 1948년에 스스로 판례변경을 하였다. “영화는 ... 증보 제1조에 의해서 보장되는 출판(press)에 포함된다.” *United States v. Paramount Pictures, Inc.*, 334 U.S. 131, 166 (1948). 이 판례변경은 4년 뒤에 재확인되었다. “영화가 사상의 커뮤니케이션을 위한 중요한 매체임은 의심의 여지가 없다.” *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson*, 343 U.S. 495, 501 (1952).

225) Patrick M. Garry, op. cit., p. 138.

226) *FCC v. Pottsville Broadcasting Co.*, 309 U.S. 134 (1940). 여기서 Frankfurt 대법관은 “만약 공익을 위한 정부의 통제가 없다면 방송계에서는 독점적 지배현상이 만연할 것이다”라고 경고하면서, “의회는 방송의 공익성을 보호하기 위하여 동일하고도 광범위한 규제체계를 라디오산업계에 행사해야 할 것이다”고 판시하였다. Pool/원우현(역), 전거서, 181면.

227) 이에 대한 분석과 비판은, 이인호, “방송·통신의 융합과 언론의 자유”, 『공법연구』 제28집 제4호 제1권, 한국공법학회, 2000. 6., 261-270면 참조.

228) 이 사건에 대한 분석과 비판은, 이인호, “명예훼손과 음란의 법리에 대한 비판적 고찰 -유명가수 섹스비디오유포사건을 중심으로-”, 『인권과 정의』, 대한변호사협회, 2001년 5월호, 108-119면 참조.

229) 예컨대, 7-80년대의 만화심의에서는 범인을 쫓는 경찰이 “경찰이다. 서라.”고 외쳤는데도 서지 않고 달아나는 장면이 ‘공권력의 권위를 실추시킨다’는 이유로 삭제되는가 하면, 경찰의 체포시 피

도 그 해악을 자체적으로 해소할 수 있어서 괜찮으나 너는 그런 능력이 없기 때문에 보아서 안 된다는 식이다. 우리 법질서에서 성인을 불문하고 제작 및 유통이 전면적으로 금지되는 표현인 “음란”의 개념을 그 동안 대법원이 대단히 넓게 이해하여, “일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것”이라고 규정하고 있는 것도 이러한 가부장적 언론관에 기초한 것이다.²³⁰⁾ 이 개념에서 지시된 정도의 성적 표현이라면 오히려 정상적인 성인의 시민이 형성하는 사상의 자유시장에서 얼마든지 그 해악이 해소될 수 있다고 보아야 한다. 만약 우리 시민사회의 보통의 성인 시민이 “성적 흥분을 유발하고 성적 수치심”을 초래하는 표현에 접하여 이를 자체적으로 해소할 수 없다고 판단하는 것이라면, 이는 정부가 시민사회의 자율성을 모독하는 것이며 ‘시민’이 아닌 ‘백성’으로 취급하는 것에 다름 아니다.²³¹⁾ 다행히 헌법재판소가 최근의 결정에서 대법원과는 달리 음란개념을 엄격하게 좁히고 있음은 긍정적으로 평가되어야 할 것이다.²³²⁾

최근의 디지털 전자매체는 기존의 아날로그 전자매체가 형성시켰던 중앙집권적이고 폐쇄적인 커뮤니케이션 환경을 다시 분권적이고 개방적인 구조로 변화시키고 있다. 탈중앙화된 분배구조와 정보수문장의 부존재, 무한한 정보생산능력과 정보유통채널의 존재, 정보전달에 있어서 시간과 공간의 극복, 매우 저렴한 정보생산과 유통의 비용, 정보전달의 쌍방향성, 정보구성의 연상적 구조(Hypertext), 상대적 익명성, 암호도구의 사용 등의 특성으로 인해, 인터넷은 인류역사상 유례없이 사상과 정보의 자유로운 교환을 가능하게 하는 놀라운 표현매체로 등장하였다.²³³⁾

사이버공간의 이 같은 분권적이고 개방적인 커뮤니케이션 구조야말로 입헌민주헌법의 언론자유조항이 사실상 담고 서 있는 물적 토대의 가장 이상적인 모델인 것이다. 인쇄매체의 출현으로 형성되었던 분권적이고 개방적인 커뮤니케이션 구조가 500여년이 지나 인터넷매체에 의해 진정 그 참모습이 드러나게 된 것이다.²³⁴⁾ 그러므로 이 사이버공간이야말로 언론

의자가 “잡아도 소용없어. 나는 돈이 많아 좋은 변호사를 고용할테니까”라는 표현은 ‘위화감을 조성한다’는 이유로 삭제되곤 하였다.

230) 최근까지도 대법원의 이러한 음란개념은 그대로 유지되고 있다. 예컨대, 대법원 1997. 8. 22. 선고 97도937 판결 (공1997하, 2968) 참조.

231) 2000년 4월 27일 정보통신윤리위원회는 (주)비엘커뮤니티가 운영해 온 인터넷상의 성인 사이트인 “베드 러브”에 대해 폐쇄명령을 내렸다. 그러나 이 사이트는 음란 사이트가 분명 아니었으며, 성인들에게는 싱겁게 느껴질 수 있는 내용이 대부분이었다. 그리고 성인만을 대상으로 했고 청소년에게는 회원가입이 허용되지 않았다. 다만, 청소년에 대한 접근차단이 엄밀하지 못했을 뿐이다. 그런데도 위원회측은 “내용이 성인에게 유익하지 않다”는 점을 폐쇄 이유 중의 하나로 거론했다고 한다.

232) 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 343(“음란이란 인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것”). 이 결정에 대한 상세한 평석은 이인호, “음란물출판사등록취소사건”, 『헌법실무연구』 제1권, 헌법실무연구회, 2000, 31-61면 참조.

233) 전기통신사업법상의 불온통신규제를 위헌선언한 헌법재판소의 다수의견(6인)은 인터넷을 “가장 참여적인 시장”, “표현촉진적인 매체”라고 규정하고, 1961년 구 전기통신법 제6조에 의하여 도입될 당시의 모습에서 크게 벗어나지 않은 현재의 불온통신 규제제도는 인터넷의 사이버공간에서는 더 이상 유지될 수 없는 낡은 규제체제라고 판시하고 있음을 주목할 필요가 있다. 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 공보 70, 559, 567.

234) 미국 사이버법학의 선두주자들 중의 한 사람인 로렌스 레식(Lawrence Lessig) 교수는 이러한 초기인터넷의 구조야말로 언론자유를 진정한 보호자이며, 그 자체가 곧 진정한 “사이버공간의 수정헌법 제1조”라고 역설하고 있다(The architecture of cyberspace is the real protector of speech; it is the real "First Amendment in cyberspace"). Lawrence Lessig, *Code and Other Laws of*

자유 의 헌법적 가치가 진정으로 꽃필 수 있는 공간이며, 따라서 이 표현매체에 대한 정부의 내용적 및 구조적 규제는 헌법적으로 쉽게 용인되어서는 안 되며, 고도의 엄격심사를 통해 언론자유 의 헌법적 가치가 실현될 수 있도록 헌법해석을 해야 할 것이다.²³⁵⁾

2. 익명표현의 자유의 보장

자신의 신원을 밝히지 않은 채 익명 또는 가명으로 자신의 사상이나 견해를 표명하고 전파할 자유가 있는가? 이 문제는 아직 우리 사회에서 법적 쟁점이 된 적이 없는 주제이다. 그러나 분권적이고 개방적인 커뮤니케이션 구조에서 언론자유 의 가치가 전면적으로 실현되기 위해서는 익명표현의 자유가 언론자유 의 핵심적인 내용으로 인정되어야 한다.

익명표현의 자유는 특히 억압적이고 권위주의적인 정부규제나 사회규범 아래에서 그 빛을 발하게 된다. 특히 사회적 약자나 소수자에게 있어서 익명표현의 자유는 중요한 의미를 지닌다. 자신의 신원이 밝혀져 보복이나 괴롭힘 또는 차별에 대한 두려움 없이 소수자로서 또는 새로운 사상가로서 일반대중에게 익숙하지 않은 자신의 생각과 사상을 자유롭게 표출하고 전파할 수 있을 때에 다수가 강요하는 부당한 진리와 사상이 교정될 수 있는 가능성이 열리는 것이다. 또한 온라인 익명은 흔히 오프라인 세계에서 엘리트연사가 담론을 지배하는 것을 가능하게 해주는 여러 신분징표들, 예컨대 인종, 계층, 성, 출신민족, 그리고 나이 등을 숨길 수 있도록 하여 줌으로써 누구나 사회적 담론을 주도할 수 있는 가능성을 열어 준다.²³⁶⁾

아직 우리 사회에서는 이 주제에 대한 법적 평가가 내려진 바가 없기 때문에, 익명표현의 자유를 광범위하게 인정하고 있는 미국의 판례들이 큰 참고가 된다. 간략하게 이들을 소개한다.

미연방대법원은 전통적으로 기본권으로서의 익명표현의 자유를 인정하고 있다. 일찍이 1960년에 연방대법원은 *Talley v. California* 사건²³⁷⁾에서 전단배포자의 신원확인을 강제하는 것은 익명표현의 권리(right to anonymous speech)를 침해하는 것이라고 결정하였다. 1995년의 *McIntyre v. Ohio Elections Comm'n*, 사건²³⁸⁾에서는, 선거유인물을 발행하는 사람이나 선거본부의 이름과 주소가 명기되지 않은 경우에 그 유인물의 배포를 금지시킨 Ohio주 법률을 위헌 선언하였다. 1999년에도 *Buckley v. American Constitutional Law Foundation, Inc.* 사건²³⁹⁾에서 연방대법원은 익명표현의 자유를 인정하였다. 올해 6월에도 연방대법원은 *Watchtower Bible and Tract Society of New York Inc. v. Village of Stratton* 사건²⁴⁰⁾에서, 팜플렛의 발행인들로 하여금 그들의 이름을 시에 제출하도록 요구한 시조례가 증보 제1조에 뿌리를 두고 있는 “익명의 이익”(anonymity interests)을 침해한다

Cyberspace, Basci Books, 1999, pp. 166-167; 최근 이 책은 연세대학교의 김정오 교수에 의해 훌륭하게 번역되었다. 로렌스 레식/김정오(역), 『코드: 사이버공간의 법이론』, 나남출판, 2002, 376면.

235) 최근 전기통신사업법상의 불온통신규제제도가 명확성의 원칙과 과잉금지의 원칙에 반하여 언론의 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다고 선언한 헌법재판소의 결정은 이러한 점에서 높이 평가되어야 할 것이다. 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 공보 70, 559.

236) Lyrissa Barnett Lidsky, "Silencing John Doe: Defamation and Discourse in Cyberspace", 49 *Duke L. J.* 855, 896 (Feb. 2000).

237) 362 U.S. 60 (1960).

238) 514 U.S. 334 (1995).

239) 525 U.S. 182 (1999).

240) 122 S.Ct. 2080 (2002).

고 선언하였다. 한편, 연방하급심 법원들도 인터넷에서의 익명표현의 자유를 잇달아 인정하는 판결을 내리고 있다.²⁴¹⁾

물론, 익명표현의 자유가 절대적인 것은 아니다. 익명으로 명예훼손을 하거나, 저작권을 침해하거나, 불법정보인 음란물이나 아동포르노를 배포하는 권리는 인정되지 않는다.²⁴²⁾ 그럼에도 불구하고, 미국의 법원들은 “익명은 한번 상실되면 다시 회복할 수 없다”는 점을 강조하고 있다. 그렇기 때문에, 표현자의 익명성을 훼손하기에 앞서, 불법행위의 주장이 어떤 무게를 싣고 있는지 여부를 미리 결정하는 것이 필수적이라는 입장을 취하고 있다. 캘리포니아주 법원은 *Rancho Publications v. Superior Court* 사건²⁴³⁾에서, 명예훼손이라고 주장되는 표현을 담은 신문광고를 낸 사람들의 신원에 대한 증거개시(discovery)를 차단시켰다. 이러한 입장의 기본취지는 단순한 주장만으로는 헌법상의 권리를 소멸시켜 더 이상 회복할 수 없도록 하기에는 충분하지 못하다는 것이다.

예컨대, 상표권침해 사건인 *Columbia Ins. Co. v. SeesCandy.com*, 185 F.R.D. 573 (N.D.Cal. 1999)에서, 법원은 익명의 인터넷 표현자를 위해 필요한 보호수단에 대해 깊이 검토를 하였는데,²⁴⁴⁾ 법원은 가처분(temporary restraining order)을 내릴 것인지를 결정해야 하는 상황에서 딜레마에 봉착하였다. 즉, 위반자라고 하는 사람은 신원확인이 되지 않았고, 따라서 그는 송달도 받지 못하였다. 여기서 법원은 피고의 익명을 전제로 해서 다음과 같이 판시하였다. “피해당사자에게 권리구제를 위한 절차를 제공할 필요성은 온라인포럼에 익명으로 참여할 수 있는 정당하고 소중한 권리와 균형을 맞추어야 한다. . . . 자신의 신원에 대한 모든 사실들을 다른 사람이 알고 있다는 부담 없이 자신의 생각을 표현할 수 있다는 것은 열린 커뮤니케이션과 왕성한 토론(open communication and robust debate)을 촉진시킬 수 있다. 나아가, 그것은 사람들로 하여금 곤혹스러움의 두려움 없이 민감하거나 내밀한 상황에 관한 정보를 얻을 수 있도록 하여 준다. 불법을 저지르지 않은 사람들은, 자신들을 곤혹스럽게 하거나 괴롭히고자 하는 다른 누군가가 사소한 소송을 제기하여 자신들의 신원을 공개하도록 요구하는 법원의 명령을 얻을 수도 있다는 두려움 없이, 온라인에 참여할 수 있어야 한다.”²⁴⁵⁾ 법원은 이어서 한 쪽 당사자가 익명의 인터넷 표현자의 신원을 밝히고자 하는 경우에 적용되어야 할 제한원리들을 제시하고 있다.

한편, New Jersey주 항소법원은 최근에 명예훼손소송에서 익명의 인터넷 표현자의 권리에 관련된 판결을 내렸다.²⁴⁶⁾ 여기서 법원은, 원고가 표현자를 확인하지 않고서는 효과적인

241) 예컨대, *ACLU of Georgia v. Zell Miller*, 977 F. Supp. 1228, 1230 (N.D. Ga. 1997) (인터넷에서 익명 또는 가명으로 커뮤니케이션을 할 수 있는 헌법상의 권리를 인정함); *ACLU v. Johnson*, 4 F. Supp. 2d 1029, 1033 (D.N.M. 1998), *aff'd* 194 F. 3d 1149 (10th Cir. 1999) (인터넷상에서 익명으로 통신할 수 있는 증보 제1조의 권리를 인정함); *ApolloMedia Corp. v. Reno*, 19 F. Supp 2d 1081 (C.D.Cal. 1998), *aff'd* 526 U.S. 1061 (1999); *Anderson v. Hale*, 2001 U.S.Dist. LEXIS 6127 (N.D.Ill. 2001) (반대자그룹(dissident group)의 익명의 회원은 증보 제1조하에서 자신들의 이메일주소 및 온라인계정정보에 대한 제출명령영장(subpoena)을 취소할 수 있는 특권을 주장할 수 있다) 등 참조.

242) 윤명선, “사이버스페이스와 표현의 자유”, 『인터넷·언론·법』, 한국법제연구원, 2002, 28-29면도 익명성의 보장은 표현자의 프라이버시 보호와 언론의 활성화를 위한 중요한 수단임을 인정하면서도, 익명성을 절대적 권리로 인정할 수 없다고 설명하고 있다.

243) 68 Cal. App. 4th 1538, 1540-41 (1999).

244) 기밀비밀(trade secrets)을 침해했다고 주장되고 있는 익명의 인터넷 표현자의 신원을 알고자 법적 구제를 청구한 것을 다른 유사한 사건으로는 *Prepaid Legal Services Inc., et al. v. Gregg Sturtz, et al.*, California Superior Court, CV 798295이 있다.

245) 185 F.R.D. 573, 578 (N.D.Cal. 1999).

소송수행을 할 수 없다는 점을 입증할 수 있을 때에만 익명표현의 권리가 소멸될 수 있음을 보장하기 위해서, 4단계의 심사기준을 채택하고 있다. 또한, In re Subpoena Duces Tecum to America Online, Inc. 사건²⁴⁷⁾에서, 법원은 익명의 인터넷 표현에 기본적으로 헌법적 차원의 보호가 주어지는 것임을 인정하였다: “증보 제1조상의 익명표현의 자유가 인터넷상의 통신에 확장되어야 한다는 점을 인정하지 않는 것은 본 법원으로 하여금 미연방대법원의 선례 또는 21세기의 언론 현실을 무시하라고 하는 것일 것이다.” 이 사건에서 법원은 온라인상에서 명예훼손적 표현을 한 것으로 주장되는 익명의 피고들의 신원을 요구하는 제출명령영장(subpoena)을 심사하였는데, 문제의 제출명령영장이 집행되어야 할 것인지 여부를 판단하기 위해 2단계 심사기준을 적용하였다. 그에 따르면, 첫째 법원은 제출된 소장과 증거자료에 의해, 제출명령영장을 구하는 신청인이 그 신청에 대한 정당하고 신뢰성 있는 근거(a legitimate, good-faith basis)를 가지고 있음을 확신하여야 한다. 둘째, 제출명령의 대상이 되는 신원정보가 당해 사건의 판단에 핵심적인 것이어야 한다.

그 밖에 연방지방법원은 Doe v. 2TheMart Inc. 사건²⁴⁸⁾에서, 증권법을 위반한 것으로 주장되는 인터넷 표현자의 신원정보를 구하는 당사자에게 엄격한 책임을 지우고 있다. 즉, 소송당사자가 아닌 익명의 인터넷 이용자의 신원정보를 구하는 당사자는 다음을 입증하여야 한다는 것이다: (1) 제출명령영장(subpoena)이 신의에 좇아(in good faith) 발부되었으며, 달리 부당한 목적을 위해 발부된 것이 아니라는 점 (2) 구하는 신상정보가 핵심적인 주장 또는 항변과 관련이 있다는 점, (3) 구하는 신상정보가 주장 또는 항변에 직접 그리고 실질적으로 관련된 것이라는 점, (4) 주장 또는 항변을 입증하거나 또는 부인하기에 충분한 정보가 어떤 다른 출처로부터는 얻을 수 없다는 점. 이렇게 연방지방법원은 소송의 당사자가 아닌 제3자의 신원을 공개하도록 요구할 수 있는 기준은 특별히 엄격하며, 제3자의 신원공개는 예외적인 사건에서만 타당할 뿐이라는 점을 강조하였다.

익명표현의 자유를 소중하게 생각하는 이러한 미국 법원의 태도와 입장은 우리들에게 시사하는 바가 크다고 하겠다. 판단컨대, 우리 헌법 제18조가 특별히 통신의 비밀을 보장하고 있고, 통신비밀의 보장은 곧 언론자유와 전제조건이라는 점을 고려할 때, 익명표현의 자유는 이미 우리 헌법에서도 깊이 내장되어 있는 기본권이라고 보지 않을 수 없다.

3. 암호표현의 헌법적 보장

암호란 권한 없는 제3자가 통신내용을 알아볼 수 없도록 암호화하여(encoding or scrambling) 오직 정당한 수신자만이 그것을 해독할 수 있도록 하는 수학적 방법을 말한다. 암호기술은 인터넷상의 정보유통의 안전을 확보하는 핵심기술로 간주되고 있다. 전자상거래의 발전은 소비자의 민감한 신용카드정보나 금융정보를 보호할 수 있는 강력한 암호기술에 달려 있고, 일반 인터넷 이용자들도 인터넷에서의 상업적 거래나 개인적 거래에 있어서 자신의 사생활비밀이 보다 더 강력히 보호되기를 요구하고 있다.

그러나 한편으로 강력한 암호기술은 또한 범죄집단이나 테러리스트들에 의해 이용될 경우 법집행에 커다란 장애요인이 된다. 이 때문에 미국을 비롯한 대부분의 국가는 암호기술에 대해 통제하고자 한다. 미국 정부는 일찍부터 암호소프트웨어를 군수품(munition)으로 취급

246) Dendrite International v. Does, 342 N.J. Super 134, 141-142 (N.J. Super AD. 2001).

247) 52 Va Cir. 26, WL 1210372 (Va. Cir. Ct. 2000).

248) 140 F. Supp. 2d 1088 (W.D. Wash. 2001).

하여 허가를 받아 수출을 할 수 있도록 하여 왔다. 그리고 인터넷상에 게시되는 정보는 일반적으로 전세계 어디에서든 접근할 수 있기 때문에, 미국 정부는 암호소프트웨어의 소스코드(source code)를 인터넷에 게시하는 것은 “수출”(export)로 취급하여 왔다.²⁴⁹⁾

그런데, 이러한 상황이 샌프란시스코에 있는 연방 제9항소법원(the Ninth Circuit Court of Appeals)에 의해 새로운 변화를 맞이하게 되었다. Bernstein v. Dep't of Justice 사건²⁵⁰⁾에서, 동 항소법원은 암호소프트웨어 소스코드를 게시하는 것을 언론자유조항(증보 제1조)의 보호범위에 포함시킨 것이다. 동 법원은 컴퓨터 소스코드도 연방헌법 증보 제1조가 보호하는 표현(speech)에 해당하며, 암호 소스코드에 대한 정부의 규제는 위헌적인 사전제한(unconstitutional prior restraint)라고 판시하였다. 이 판결에서 법원은 사이버공간에서 통신과 거래의 비밀을 보호하는 것이 매우 중요함을 강조하고 있다.

우리의 현행 전자거래기본법²⁵¹⁾은 제14조 제1항에서 “전자거래사업자는 전자거래의 안전성 및 신뢰성을 확보하기 위하여 암호제품을 사용할 수 있다.”고 규정하면서도, 제2항에서는 “정부는 국가안전보장을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 암호제품의 사용을 제한하고, 암호화된 정보의 원문 또는 암호기술에의 접근에 필요한 조치를 할 수 있다”고 규정하고 있다. 그런데 암호표현이 헌법상의 기본권으로 보장된다고 전제한다면, 이렇게 포괄적인 규제권한을 정부에게 수권하는 입법은 헌법적으로 문제될 수 있다.

4. 개인정보자기결정권의 보장

(1) 기본권 생성의 사회적 배경

디지털 정보기술과 통신기술의 결합에 따른 새로운 정보환경의 변화는 개인정보의 수집·처리와 관련한 사생활보호라는 전혀 새로운 차원의 헌법적 문제를 던져 주고 있다.

정보가 디지털화된다는 것은 정보의 저장 및 재생능력이 무한히 확대되며, 빛의 속도로 전달될 수 있다는 것을 의미한다. 디지털방식은 정보를 완벽하게 복제할 수 있으며 또한 정보를 능동적으로 처리하고 조작할 수 있게 한다. 그리고 정보의 디지털화는 미디어의 통합을 가져온다. 결국 정보의 디지털화와 미디어의 통합은 앞으로 개인이 그 어떤 방식을 통해 정보활동을 수행한다 하더라도 그 수행과정에서의 모든 개인정보가 손쉽게 그리고 무한대로 축적되고 처리될 수 있음을 의미한다. 그리고 정보의 네트워크화와 정보전달의 상호작용성으로 인하여 결국 정보사회에서 개인은 자신을 드러내지 않고서는 사회적 관계를 맺을 수 없게 되었다. 즉 정보활동을 위해 컴퓨터의 키보드를 누르는 행위 자체가 곧 내 자신을 드러내는 행위인 것이다. 그리고 그 행위는 사이버공간의 어딘가에 디지털화된 형태로 흔적을 남긴다.

이처럼 정보사회로 진전되면 될수록 개인의 행위 하나 하나는 모두 디지털화되어 일정한 데이터베이스에 수록된다. 오늘날 모든 공·사의 기관들은 여러 가지 이유에서 개인에 대한 수많은 자료들을 디지털화된 형태로 가지고 있다. 인구학적 기본통계, 교육, 재정, 의료, 신

249) Ryan Christopher Fox, "Old Law and New Technology: The Problem of Computer Code and the First Amendment", 49 *UCLA L. Rev.* 871 (February, 2002) 참조.

250) Bernstein v. United States Dep't of Justice, 974 F. Supp. 1288 (N.D. Cal. 1997); 176 F.3d 1132 (9th Cir. 1999).

251) 2002. 1. 19 법률 제6615호로 전면개정. 2002. 7. 1 시행.

용정보, 고용, 납세, 출입국, 치안관련자료, 사회복지, 군복무, 자동차관리, 백화점, 사회단체, 금융 등과 관련한 개인정보는 일부에 지나지 않는다. 사실 사회가 정보화된다는 것은 모든 사회활동이 디지털화된다는 것을 의미한다.

이러한 정보사회에서 개인정보의 지배는 그 정보주체에게는 인격의 존엄과 자유의 불가결한 조건이 되지만, 동시에 타자(정부나 기업체)에 의한 개인정보의 지배는 정보주체를 통제할 수 있는 권력의 기초가 된다. 디지털 정보혁명으로 촉발된, 이러한 개인정보의 지배를 둘러싼 자유와 권력의 이항대립은 이미 우리 사회에 두드러진 현상이 되고 있다.

그런데 이러한 대립 속에는 결코 무시할 수 없는 개인정보처리의 이익과 가치가 그 위세를 떨치고 있음을 부인하기 어렵다. 현대의 국가는 단순히 물질적 생산조건의 확보라는 기능을 넘어서서 복지나 사회정책 등 사회적 재생산조건을 보장하기 위한 기능을 담당하게 되었고, 이러한 기능을 효율적으로 수행하기 위해서는 무엇보다 개인정보의 수집과 처리가 불가결한 요소가 되고 있다. 특히 최근에는 정보기술의 활용을 통하여 대국민 고객지향성의 이념 하에 작고 효율적인 시민위주의 질 좋은 행정서비스를 제공한다고 하는 전자정부의 개념이 구체화되고 있다.²⁵²⁾ 이 전자정부의 핵심요소 중의 하나는 개인정보를 포함한 행정정보의 공동이용이다.²⁵³⁾ 한편, 시장에 있어서도 기업에 의한 고객의 개인정보처리는 자원배분의 효율성을 극대화할 뿐만 아니라 정보주체에게는 달콤한 이익을 안겨줄 수도 있다.

그러나 개인정보처리가 가져다 줄 이익과 가치 못지 않게 그 위험성 또한 무시할 수 없을 정도로 커서 이른바 사이버 원형감옥(Cyber-Panopticon)의 우려를 낳고 있다.²⁵⁴⁾ 사이버 원형감옥에서의 국민은 국가과정에 적극적으로 참여하는 능동적 시민으로서의 국민이 아니라, 국가가 구축하는 개인정보처리시스템에 의해 국가작용의 내용과 형식이 결정되어지는 소외된 수동적 시민으로서의 국민으로 전락하게 될 것이다.²⁵⁵⁾

여기서 바로 힘의 균형을 재조정하기 위한 헌법적 개입이 불가피하게 되었고, 그것은 곧 개인에게 자신에 관한 정보를 통제할 수 있는 이른바 “개인정보자기결정권”(informational privacy²⁵⁶⁾; informationelle Selbstbestimmung²⁵⁷⁾)이라는 새로운 기본권을 승인하는 것이

252) 전자정부의 이념을 구체화하는 입법으로 전자정부구현을위한행정업무등의전자화촉진에관한법률(이하 “전자정부법”이라 한다)이 2001년 3월 28일 법률 제6439호로 공포되고 2001년 7월 1일부터 시행되고 있다. 이 법에서 “전자정부”라 함은 “정보기술을 활용하여 행정기관의 사무를 전자화함으로써 행정기관 상호간 또는 국민에 대한 행정업무를 효율적으로 수행하는 정부”를 말한다(법 제2조 제1호).

253) 2000. 8. 30. 현재 중앙행정기관, 지방자치단체, 정부투자기관 등 전체 4,373개의 공공기관이 모두 452종, 8,421개의 개인정보화일을 보유하고 있고, 그 속에 담긴 개인정보의 전체량은 실로 엄청나다.

254) 사이버 원형감옥의 기술적 요소인 프라이버시침해기술(PITs)에 대한 소개는, 이인호, “온라인 프라이버시침해기술과 보호기술의 법적 함축”, 『법학논문집』 제25집 제2호, 중앙대학교 법학연구소, 2001, 53-76면 참조.

255) 한상희, “국가감시와 민주주의”, 『개인정보의 국가등록·관리제도의 문제점』, 프라이버시보호네트워크 제2차 공동토론회 요지집, 2001. 8. 22, 1-2면.

256) 미국에서 사적 영역의 보호를 위한 기본권은 통상 “프라이버시(privacy)”라는 용어로 포괄하여 이해하고 있다. 그러나 이 개념의 다의성으로 인하여 많은 학자들이 개념규정을 시도하여 왔으나 그러한 시도는 아직 성공을 거두지 못하고 있는 것으로 보인다. Colin J. Bennett, *Regulating Privacy : Data Protection and Public Policy in Europe and the United States*, Ithaca : Cornell University Press, 1992, p.25. 다만, 고전적인 개념규정으로서 “홀로 있을 권리”(right to be let alone)라는 의미로 Cooley 판사에 의해 최초로 제시되었고, 이후 미연방대법원은 “사적인 사항의 공표를 거부할 권리”(right to avoid disclosure of personal matters)와 “사생활자기결정권”(right to autonomy)을 여기에 포함시켰다. 그리고 오늘날 개인정보자기결정권이라는 의미로 사용할 때에는 통상 “정보적 프라이버시”(informational privacy or information privacy)라고 부른다.

다.

(2) 개인정보자기결정권의 의의와 위상

개인정보자기결정권이란 자신에 관한 정보가 언제 어떻게 그리고 어느 범위까지 타인에게 전달되고 이용될 수 있는지를 그 정보주체가 자율적으로 결정할 수 있는 권리를 의미한다.²⁵⁸⁾ 이 기본권은 종래 사생활보호를 위한 헌법상의 보호장치, 즉 압수·수색에 있어서의 영장주의(헌법 제12조 제3항 및 제16조 제2문), 주거의 자유보장(헌법 제16조 제1문), 사생활의 비밀과 자유보장(헌법 제17조), 그리고 통신비밀침해금지(헌법 제18조) 등의 사생활권과는 그 외연과 내포를 다소 달리하는 법적 개념이다. 물론 개인정보자기결정권이 보호하고자 하는 가치는 인간존엄과 민주적 참여라고 하는 자유민주체제의 핵심적 가치로서, 종래의 사생활권의 보호가치와 일정 부분 중복되기도 한다.

그러나 개인정보자기결정권이 인정되는 사회적 연관은 전혀 다르다. 즉 이 기본권에 대한 요구는 디지털화된 개인정보가 정보주체도 인식하지 못한 채 타인의 수중에서 무한대로 수집·축적·처리·가공·이용·제공될 수 있는 새로운 정보환경, 나아가 분산된 개인정보들을 단일의 기록파일에 의해 언제든지 통합관리함으로써 실존인격과 분리된 또 하나의 가상인격이 디지털화된 상태로 존재할 수 있는 정보환경에서 생겨난다. 그리하여 이 타인의 수중에 있는 디지털화된 가상인격에 의해 실존인격이 규정됨으로써 실존인격에 가해질 위험성이 극도로 높아지는 상황, 특히 정부나 민간에 의해 개인정보통합관리시스템이 구축됨으로써 개인이 정부나 기업 앞에 알몸으로 드러날 수 있는 상황에서 요구되는 기본권이다.

이처럼 개인정보자기결정권은 정보사회에서 실존인격의 존엄과 자유민주체제의 근간이 총체적으로 훼손될 가능성을 사전에 차단하기 위해 절대적으로 필요한 최소한의 헌법적 보장장치이며 정보사회에서 가장 핵심적인 기본권 중의 하나로 확립되어야 한다.²⁵⁹⁾

개인정보자기결정권은 포괄적인 의미의 사생활권의 일종이라고 볼 수 있다. 그러나 전통적인 사생활권이 개인의 사적 영역을 외부의 침입이나 개입으로부터 소극적으로 보존하고자 하는 데에 초점이 맞추어져 있었다면, 개인정보자기결정권은 타인에 의한 개인정보의 무분별한 수집·축적·처리·가공·이용·제공에 대해 정보주체에게 적극적인 통제권을 부여하

257) 독일의 “정보적 자기결정권”(Recht auf informationelle Selbstbestimmung)은 연방헌법재판소가 1983년에 내린 인구조사판결(BVerfGE 65, 1)에서 처음으로 인정되었다. 이 판결의 법리에 대한 상세하고 유익한 분석은 정태호, “현행 인구주택총조사의 위헌성 -독일의 인구조사판결(BVerfGE 65, 1)의 법리분석과 우리의 관련법제에 대한 반성-”, 『법률행정논총』 제20집, 전남대학교 법률행정연구소, 2000, 202-218면; 김일환, “독일연방헌법법원의 인구조사판결”, 『김계환교수회갑기념논문집』, 1996, 66면 이하 참조.

258) 우리의 경우 이 개념을 나타내는 용어가 통일되어 있지 않다. 예컨대, “자기정보관리통제권 또는 개인정보자기결정권”(권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2001, 427면); “자기정보에 대한 통제권”(성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2001, 439면); “자기정보통제권”(차맹진, “프라이버시보호와 자기정보통제권”, 인하대 박사학위논문, 1991); “정보자기결정권”(김일환, “정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호에 관한 연구”, 『공법연구』 제29집 제3호, 한국공법학회, 2001); “정보의 자결권”(정태호, 위의 글) 등 다양하게 용어를 쓰고 있다.

259) 개인정보자기결정권의 헌법적 기능으로서 인간존엄 보장기능, 자유민주적 기본질서 유지기능, 다른 기본권의 보호기능을 들 수 있다. 이에 대한 상세는 이인호, “정보사회와 개인정보자기결정권”, 『중앙법학』, 창간호, 중앙법학회, 1999, 62-67면 참조. 한편, 필자와 비슷한 맥락에서 기존의 사생활권의 한계를 지적하고, 개인정보자기결정권을 디지털시대에 국민주권을 실질화하는 핵심적인 기본권으로 인식해야 한다는 주장과 그 논거에 대해서는, 김종철, “憲法의 基本權으로서의 個人情報統制權의 再構成을 위한 試論”, 『인터넷법률』, 제4호, 법무부, 2001년 1월, 23-44면 참조.

고자 하는 데에 그 핵심이 있다.²⁶⁰⁾ 즉 종래의 사생활권이 “은둔으로서의 사생활보호”(privacy as seclusion)에 그 중심이 있었다면, 개인정보자기결정권은 “참여로서의 사생활보호(privacy as participation)”라는 가치를 담고 있다고 하겠다. 정보주체는 자신에 관한 정보가 누구에 의해 어떤 목적으로 어떻게 이용되는지를 명확하게 인식하고 그러한 정보 처리의 과정에 함께 참여할 수 있어야 한다. 이러한 참여로서의 사생활보호 모델은 특히 정부 또는 사적 권력이 개인정보처리의 남용을 통해 개인을 감시하고 통제하고자 하는 위험을 차단시키는 역감시의 기능을 수행한다.

(3) 개인정보자기결정권의 보호범위

개인정보자기결정권이 미치는 효력범위는 어디까지인가? 다시 말해서, 정보주체는 타인의 어떠한 개인정보처리에 대해 통제권을 행사할 수 있는가? 예컨대, 우편배달부가 새로 이사 온 이웃사람의 이름을 물어보는 경우에도 개인정보자기결정권의 효력이 미치는가?

개인정보자기결정권은 개인인격의 구성요소들이 전자적 형태로 기록화됨으로써 정보주체의 총체적인 인격상이 타인의 수중에 들어가는 위험성을 사전에 차단하기 위해 요구되는 기본권이다. 따라서 이 같은 위험성이 없는 개인정보의 수집·처리에 대해서는 개인정보자기결정권의 효력이 미치지 않는다고 보아야 한다. 우선, 인간의 기억에 의해 입력·처리되는 경우와 같이 기록화되지 않는 개인정보의 수집은 효력범위에서 제외된다. 기록화되는 경우에도 다른 기록된 개인정보와 통합될 가능성이 없는 단편적인 기록화는 효력범위에서 제외된다고 보아야 할 것이다. 따라서 위 예에서처럼 우편배달부가 이웃사람의 이름을 단순히 물어보거나 메모하는 경우에는 개인정보자기결정권에 대한 제한 자체가 없다고 보아야 하고 따라서 이러한 수집에 대해서는 법률유보의 원칙이 적용될 여지가 없다.²⁶¹⁾

그러나 기록방식이 수기방식이라 하더라도 그것이 다른 수기기록 또는 전자기록과 통합될 가능성이 있는 경우에는 개인정보자기결정권의 효력이 미친다. 이 경우 통합가능성은 그 수집목적과 처리방법 등을 기준으로 결정될 수 있을 것이다.

이러한 통합가능성이 있는 한, 정보주체로부터의 직접적인 수집·처리가 아니더라도 효력이 미치며, 또한 이미 공개된 개인정보를 수집·처리하는 경우에도 개인정보자기결정권의 효력이 미친다고 하겠다.

(4) 개인정보자기결정권의 보호객체: 개인정보의 개념

개인정보자기결정권의 보호객체는 “개인정보”, 즉 “신원을 확인할 수 있는 개인에 관한 일체의 정보”이다. 따라서 신원을 확인할 수 없는 형태로 수집·처리되는 어떤 개인에 관한 정보는 여기의 개인정보에 해당하지 않는다. 그러나 이 같은 비신원확인정보라도 그 속에 개인의 신상정보가 담겨 있고, 다른 개인정보들과 결합하여 쉽게 신원확인이 가능한 경우가 많다. 그러므로 다른 개인정보들과 결합하여 쉽게 신원확인이 가능한 비신원확인정보도 개인정보자기결정권의 보호대상이 된다고 할 것이다. 예컨대, 인터넷상에서 비실명의 ID에 의한 기록파일은 그 ID가 다른 신상정보(주민등록번호, 이름 등)와 쉽게 연결될 수 있는 경우

260) 성낙인, “행정상 개인정보보호”, 『공법연구 제22집 제3호』, 한국공법학회, 1994, 288면.

261) 김연태, “행정상 개인정보보호”, 『저스티스, 제34권 제5호』, 한국법학원, 2001. 10, 208면은 국가에 의한 모든 개인정보의 수집·처리에 대하여 법적 근거가 필요한 것은 아니고, “법적으로 의미 있는, 정보의 자기결정권에 대한 침해로 가져오는 정보수집·처리의 경우에 법적 근거가 요구되는 것이다.”고 하고, 독일 문헌을 인용하면서 위 우편배달부의 경우 정보의 자기결정권에 대한 “침해”가 아니라고 설명하고 있다.

에 그 기록파일은 개인정보에 해당된다.

이 같은 맥락에서 공공부문의 개인정보보호에 관한 일반법이라고 할 수 있는 공공기관의 개인정보보호에관한법률 제2조 제2호가 “개인정보”의 개념을 “생존하는 개인에 관한 정보로서 당해 정보에 포함되어 있는 성명·주민등록번호등의 사항에 의하여 당해 개인을 식별할 수 있는 정보(당해 정보만으로는 특정 개인을 식별할 수 없더라도 다른 정보와 용이하게 결합하여 식별할 수 있는 것을 포함한다)”²⁶²⁾라고 정의하고 있는 것은 일응 타당하다고 하겠다.

또한 1차 수집된 자료들을 분석하여 얻은 개인에 관한 2차 정보도 당연히 개인정보자기결정권의 효력이 미치는 개인정보에 해당된다.

한편, 개인정보자기결정권의 보호대상인 “개인정보”는 개인의 “비밀”정보만이 해당되는 것이 아니다. 여기의 개인정보는 헌법 제17조의 “사생활비밀의 불가침”조항 및 제18조의 “통신비밀의 불가침”조항에서 보호하는 개인의 “비밀”보다 넓은 개념이다.²⁶³⁾ 공개된 장소에서 개최되는 정치적 집회 등에 참여하는 경우와 같이 공개적으로 이루어지는 개인의 행동에 관한 정보도 국가에 의하여 지속적이고 체계적으로 수집·처리되고 나아가 이들 정보가 다른 개인정보들과 결합되는 경우 개인의 전체적인 인격상이 쉽게 드러날 수 있기 때문이다.

여기서 사생활비밀의 불가침조항(제17조), 통신비밀의 불가침조항(제18조), 그리고 개인정보자기결정권의 관계설정이 문제된다. 개인의 사생활비밀과 통신비밀은 모두 개인정보자기결정권의 보호대상이기도 하다. 그러나 사생활비밀과 통신비밀에 해당하는 개인정보에 대해서는 그 수집단계에서부터 더욱 철저한 보호가 요구된다는 것을 헌법이 천명한 것이라고 하겠다.²⁶⁴⁾ 중대한 국가이익의 보호를 위해 불가피하게 요구되는 경우 엄격한 절차적 보장 하에서만 사생활비밀과 통신비밀에 대한 수집이 허용될 수 있을 뿐이다. 특히 개인의 인격실현에 중대한 침해를 야기할 수 있는 일정한 비밀정보에 대해서는 수집 자체가 금지되어야 할 것이다. 공공기관의 개인정보보호에관한법률 제4조 본문이 “사상·신조 등 개인의 기본적인 권을 현저하게 침해할 우려가 있는 개인정보”의 수집 자체를 금지하고 있는 것은 일견 타당하다고 하겠다.²⁶⁵⁾

262) 이 개념규정 중 괄호 안의 이른바 ‘결합에 의한 식별정보’란 예컨대 성명이나 주민등록번호가 기록되지 않은 파일이라도 생년월일이 기록되어 있다면 생년월일 순으로 검색한 후 그 결과를 주민등록번호와 성명이 기록되어 있는 파일과 대조할 경우 정보주체를 식별할 수 있는 경우 등을 의미한다. 총무처, 『축조해설 개인정보보호법』, 1994, 34면.

263) 정태호, 위의 글(“현행 인구주택총조사의 위헌성”), 206면도 같은 취지에서 헌법 제17조의 “사생활비밀”을 해석하고 있는 것으로 판단된다. 그는 “제17조의 조문에 충실하게 그 조문의 내용을 해석할 때 제17조를 통해서 미국에서 논의되는 프라이버시권이나 독일에서 논의되는 일반적 인격권을 우리 헌법에 모두 수용하는 데는 실패했다.”고 평가하고 있다.

264) 한편, 사생활비밀과 통신비밀의 관계는 일반법과 특별법의 관계로 이해된다. 후자는 “통신”, 즉 “비공개를 전제로 한 정보의 송신 또는 수신 과정”을 제3자의 침해로부터 특별히 보호하고자 하는 것으로서, 그 통신내용·통신형태·통신내역이 특별히 “비밀”로 취급된다는 것을 헌법이 선언한 것이다.

265) 그렇지만 ‘사상·신조 등’의 예시가 너무 제한적이고 ‘기본적 인권을 현저하게 침해할 우려’의 개념이 불명확하다는 비판이 제기되고 있다(최영규, “공공기관의 정보관리와 개인정보보호”, 『경남법학』 제13집, 경남대학교 법학연구소, 1998, 49면). 또한 그 단서에서 “다른 법률에 수집대상 개인정보가 명시되어 있는 경우”에는 예외를 널리 인정하고 있어 본문의 원칙이 크게 퇴색되고 있다고 하겠다.

(5) 개인정보자기결정권의 구체적 내용

개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 어떻게 그리고 어느 범위까지 타인에게 전달되고 이용될 수 있는지를 그 정보주체가 스스로 결정하는 것을 기본적인 내용으로 한다. 따라서 위 효력범위에 속하는 개인정보의 수집·이용·제공이 정보주체의 결정권이 무시된 채 이루어지는 경우 개인정보자기결정권에 대한 제한이 있게 된다.

물론 이 기본권은 절대적인 것이 아니다. 타인이 행하는 정보의 수집·이용·제공에 대해 정보주체가 어느 정도 관여할 수 있을 것인지는 수집목적·이용형태·처리방식에 따르는 위험성의 정도에 따라 다를 수 있을 것이다. 그러나 적어도 정보주체의 인격적 요소인 개인정보가 타인에 의해 마음대로 처리·조작되어서는 안된다는 것이 개인정보자기결정권의 기본 정신이다. 그러므로 종래 국가 등이 법적 근거 없이 개인정보를 자유롭게 수집·처리해 온 관행은 개인정보자기결정권의 보장체계에서는 더 이상 용납되지 않는다.

이러한 정보주체의 자기결정권이 완전하게 실현되기 위해서는 정보주체에게 다음과 같은 파생적 자유와 권리, 즉 익명거래의 자유, 정보처리금지청구권, 정보열람 및 갱신청구권이 보장되어야만 한다.

1) 익명거래의 자유

익명거래의 자유 또는 익명권은 정보주체가 국가 등의 타자와 온라인 교섭 또는 거래를 할 때 불필요하게 자신의 신원을 밝히지 않고 거래할 수 있는 자유를 말한다. 이 익명권이야말로 개인정보자기결정권의 헌법정신을 실현함에 있어 가장 전제되는 기본권이라고 하겠다. 오늘날 빠르게 발전하는 정보통신기술들은 정치적 및 시장의 요구와 필요에 따라 점차 모든 거래에 있어 놀라운 정도로 거래당사자의 신원확인을 가능하게 하는 방향으로 나아가고 있다. 이는 매우 우려할 사태이다. 이러한 신원확인의 흐름에 제동을 거는 헌법적 장치로서 익명거래의 자유가 보장되어야 한다.²⁶⁶⁾

2) 정보처리금지청구권과 정보처리의 원칙

정보처리금지청구권은 기본적인 정보처리원칙이 충족되지 않는 경우에 개인정보의 수집·이용·제공 등의 정보처리를 금지하도록 요구할 수 있는 권리이다. 이러한 정보처리금지청구권의 인정 여부를 판단하기 위한 기준이 되는 정보처리원칙으로서 4가지 원칙을 들 수 있다.

첫째, 수집제한의 원칙이 요구된다. 개인정보자기결정권의 보장은 수집 단계에서부터 이루어져야 한다. 이것은 매우 중요한 출발점이다. 수집제한의 원칙이란 ‘(i) 정당한 수집목적에 (ii) 필요한 범위 내에서 (iii) 공정하고 합리적인 방식으로 (iv) 정보주체의 분명한 인식 또는 동의 하에 수집되어야 한다’는 원칙이다. 수집목적의 정당성, 수집범위의 필요최소성, 수집방식의 합리성²⁶⁷⁾, 정보주체의 인식명확성²⁶⁸⁾ 요건의 판단은 관련되는 이익의 형량을

266) 1994년 12월 6일 채택된 오스트레일리아의 프라이버시헌장(Privacy Charter) 제10조(익명의 거래)는 “사람들은 거래를 할 때 자신의 신원을 밝히지 않을 선택권을 가져야 하고, 이 선택권은 압도적인 공익 또는 사익에 의해 정당화되는 경우에 한하여 제한을 받는다.”고 선언하고 있음에 주목할 필요가 있다. 이에 대해서는

<<http://www.anu.edu.au/people/Roger.Clarke/DV/PrivacyCharter.html>> 참조.

267) 예컨대, 수집되는 개인정보에 기초해서 당해 정보주체에게 불이익한 행정결정이 내려질 수 있는 경우에는 가능한 한 당해 정보주체로부터 직접 수집되어야 한다.

268) 자신에 관한 정보가 어떤 법적 근거 하에서 어떤 목적을 위하여 어떤 기관에 의해 어떻게 이용

통해 결정되어야 할 것이다. 다만, 수집에 있어서의 동의권은 반드시 절대적일 수는 없다. 수집동의권의 인정 여부는 수집되는 개인정보의 민감성, 수집목적과 처리방식(예컨대, 분산 관리나 통합관리나 등)에 따라 달라질 수 있을 것이다.

둘째, 목적구속의 원칙이 요구된다. 목적구속의 원칙이란 ‘개인정보를 수집하는 목적은 (i) 수집 당시에 명확히 특정되어 있어야 하고(목적의 특정성), (ii) 그 후의 이용은 이 특정된 수집목적과 일치되어야 한다(목적일치성)’는 원칙이다.²⁶⁹⁾ 이 원칙에서의 “이용”에는 “제3자 제공”은 포함되지 않고, 수집기관 내부의 자체 이용만을 의미한다. 제3자 제공의 경우에는 수집제한의 원칙과 목적구속의 원칙이 별도로 적용된다고 할 것이다.²⁷⁰⁾

셋째, 시스템공개의 원칙이 요구된다. 시스템공개의 원칙이란 ‘개인정보처리시스템의 설치 여부, 설치목적, 정보처리방식, 처리정보의 항목, 시스템운영책임자, 처리시스템에 의한 자동 결정이 이루어지는지 여부 등이 일반에게 투명하게 공개되어야 한다’는 원칙이다. 비밀리에 운용되는 개인정보처리시스템은 그 자체 개인정보자기결정권에 위협적인 요소가 되기 때문이다. 그리고 이 시스템공개의 원칙은 정보주체의 열람청구권과 갱신청구권 행사의 전제가 된다.

넷째, 정보분리의 원칙이 보장되어야 한다. 이 원칙은 특정 목적을 위해 수집된 개인정보는 다른 기관에서 다른 목적을 위해 수집된 개인정보와 원칙적으로 통합되지 않고 분리된 상태로 유지되어야 한다는 요청이다. 이에 따르면, 데이터베이스의 물리적인 통합뿐만 아니라 컴퓨터결합(computer matching)²⁷¹⁾ 또는 컴퓨터프로파일링(computer profiling)²⁷²⁾의 기법에 의한 정보통합은 필요불가결한 경우가 아닌 한 원칙적으로 허용되어서는 안 된다는 것이다.

이것은 실존인격과 분리된 개인의 총체적인 인격상이 타인의 수중에 들어가는 것을 방지하기 위한 것이다. 이러한 총체적인 인격상을 보유한 자는 당해 정보주체에게 무한한 권력을 행사하는 것이 가능하게 되기 때문이다. 그러므로 국가가 포괄적인 개인정보통합관리시

될 것인지를 당해 정보주체가 명확하게 인식할 수 있어야 한다. 독일에서는 이것을 연방헌법재판소의 결정(BVerfGE 65, 1)에 따라 일반적으로 규범명확성의 원칙이라고 표현하고 있다. 김일환, “개인정보보호법의 개정필요성과 내용에 관한 연구”, 『공법연구』 제26집 제2호, 한국공법학회, 1998, 235면.

269) 독일에서도 “목적구속의 원칙”으로 불리어진다. 김일환, 위의 글, 235면; 김연태, 위의 글(“행정상 개인정보보호”), 210면 참조.

270) 김연태, 앞의 글(“행정상 개인정보보호”), 212면도 “정보제공의 경우에도 목적구속의 원칙이 적용되어야 함은 분명하다”고 설명하고 있다.

271) 컴퓨터결합(computer matching)이란 2개의 서로 다른 기록시스템속에 동일한 기록이 있는 것을 발견하기 위하여 행하여지는 컴퓨터처리에 의한 데이터비교를 가리킨다. 이것은 통상 정부를 속이고자 하는 자를 찾아내기 위한 목적에서 행하여진다. 예컨대, 미국의 경우 무권리자가 복지혜택을 받는 것을 조사하기 위하여 복지수급자, 식량전표(food stamp)수급자, 국민의료수급자(medicaid)의 기록이 인사위원회의 기록과 결합되며, 보충적 사회보장(SSI) 수급자의 기록은 국세청(IRS)의 기록과 결합되어 있다. 그러나 통합정보관리시스템에 의하여 정보를 공동활용하게 되면 이러한 컴퓨터 연결은 보다 용이하고 간편하게 이루어질 수 있게 되고, 거의 모든 분야에서 다양한 용도로 활용될 수 있다. 박홍윤, 『한국의 통합정보관리체계에서 개인정보 프라이버시 보호에 관한 연구』, 서울대 행정학 박사학위논문, 1994, 161면.

272) 컴퓨터 프로파일링(computer profiling)이란 컴퓨터에 의하여 미리 결정된 특성이나 불법행위의 모형에 특정한 개인이 얼마나 가까운지를 평가하기 위하여 여러 개의 분리된 데이터항목을 상호연결시키는 것을 말한다. 이것은 통계적으로 비슷하게 나타난 다른 사람의 과거 행태를 기초로 특정한 개인을 판단하는 것인데, 과거의 조사에만 사용되지 않고 예방적인 차원 및 감시활동에 이용될 수 있다.

시스템을 구축하는 것은 이러한 정보분리의 원칙에 반하는 것으로서 헌법적으로 허용되지 않는다고 하겠다.

3) 정보열람 및 정보갱신청구권

정보주체에게는 정보열람 및 정보갱신청구권이 인정되어야 한다. 이것은 타인에 의해 처리되고 있는 개인정보의 내용에 대해 정보주체가 이를 열람하여, 그 정확성과 최신성 및 완전성을 유지하도록 요구할 수 있는 권리이다. 개인의 일거수 일투족에 관한 상세한 정보가 쉽고 값싼 비용으로 무한대로 저장·처리될 수 있고, 그러한 가상인격에 기초해서 실존인격에 영향을 미치는 결정이 이루어질 수 있는 정보사회에서 특히 위험한 요소는 한번 입력된 정보가 자동으로 지워지지 않는다는 사실에 있다. 낡고 틀린 정보가 지워지지 않은 상태로 계속 존재하면서 실존인격에 영향을 미칠 수 있는 가능성을 차단하기 위해서는 이 같은 정보열람청구권과 정보갱신청구권이 확실하게 보장되어야 한다.

5. 정보참여권의 효율적 보장

정보사회는 정보 및 정보기술의 이용과 활용이 모든 사회적, 경제적, 정치적 관계형성의 기본조건이 되는 체제이다. 사이버공간은 놀라운 속도로 현실공간에서의 인간관계들을 확장시키고 있다. 수 없이 다양한 취미와 관심을 가진 사람들이 사이버공간에서 다양한 형태로 사회적 관계를 맺고 있고, 상품과 서비스 시장의 상당 부분이 사이버공간으로 이동했으며, 또한 정치적 토론과 전자투표 등 수많은 정치적 활동이 사이버공간에서 활발하게 전개되고 있다.

이러한 정보사회에서 정보자원과 정보기술에 접근할 수 없는 사람들에게 그것은 단순한 지식의 결여만을 의미하는 것이 아니라, 곧 사회적·경제적·정치적 참여의 박탈을 의미한다. 이는 민주체제의 존립과 직결되는 문제이다. 오늘날 정보격차(digital divide)의 문제가 단순히 복지차원의 문제로 그칠 수 없는 이유가 바로 여기에 있다. 그러므로 누구나 정보활동을 통한 관계형성에 참여할 수 있는 이른바 “정보참여권”(right to digital participation) 내지 “정보접근권”(right to digital access)이 정보사회의 기본적 인권으로 인정되어야 할 당위성도 여기로부터 나온다.

이러한 정보참여권은 몇 가지 차원에서 구체적으로 실현되어야 한다. 첫째, 사이버공간이라고 하는 정보활동을 통한 새로운 관계형성의 장이 존재한다는 사실 및 그것의 유익함을 알 수 있어야 한다. 변화하는 정보기술과 정보문화를 알지 못하는 사람들에게 있어서 정보혁명은 무의미한 것이다. 교육과 홍보를 통해 정보문화를 확산시켜야 할 정부의 책무가 여기에서 나온다.

둘째, 어떤 지역의 사람이든지 사이버공간에 용이하고 효율적으로 접근할 수 있도록 충분한 정보통신기반시설이 확보되어야 하고, 또한 신체적 장애를 가진 사람들도 쉽고 편하게 사이버공간에 접근할 수 있도록 정보기술의 응용²⁷³⁾이 이루어져야 한다. 이를 위해 기반시설의 확충 및 응용기술의 개발을 위한 정부투자 및 정책개발이 시급하게 이루어져야 할 것

273) 예컨대, 시각장애인을 위해 텍스트를 음성으로 전환시켜 출력하는 기술이라든지, 움직일 수 없는 장애인을 위해 말을 텍스트로 전환시켜 입력하는 기술 등을 들 수 있을 것이다. 이에 대해서는 장연건, “시각장애인을 위한 웹 접근성과 사용성 제고방안”, 『정보통신접근성향상표준화포럼, 창립총회 주제발표문(2002년 5월 23일)』 참조.

이다.²⁷⁴⁾

셋째, 누구나 언제 어디서나 적정한 요금으로 사이버공간에 접속할 수 있어야 한다. 따라서 보편적 의무(universal service) 개념이 초고속인터넷에도 원칙적으로 적용되어야 할 것이다. 현행 전기통신사업법 제3조의2는 모든 전기통신사업자에게 보편적 의무를 제공하거나 그 제공에 따른 손실을 보전할 의무가 있다고 규정하고 있다. 그러나 통신시장이 완전 민간 경쟁체제로 바뀌는 현재의 상황에서 보편적 의무 제공의무를 집행하는 것이 현실적으로 쉬운 일은 아니다. 지난 2002년 7월 30일 정보통신부는 현행의 보편적 의무제도²⁷⁵⁾에 대한 개선안을 새로이 마련하고, 초고속인터넷을 보편적 의무에 포함시키겠다는 방침을 발표한 바 있다. 기본방향은 올바르게 설정되었다고 평가된다. 지속적으로 제도개선과 정책개발을 추진해 나가야 할 것이다.

그 동안 정부는 정보격차해소사업을 주도적으로 추진하고 있는 한국정보문화센터²⁷⁶⁾를 중심으로 주부인터넷, 빈곤층에 대한 PC보급, 농어촌정보화, 교도소정보화, 소년소녀가장에 대한 PC 보급, 장애인정보화사업의 실시, 그리고 빈민지역과 정보화소외지역에 지역정보센터를 설립하고 정보화교육을 실시하는 등 여러 정책을 의욕적으로 추진해 왔음은 긍정적으로 평가되어야 할 것이다. 다만, 이제는 정책의 추진목표가 양적 팽창에서 질적 향상으로 전환되어야 할 때라고 생각된다.

넷째, 정보참여권은 단순히 인터넷서비스를 쉽게 제공받을 수 있고, 이용능력을 향상시킨다는 관점에서만 바라보아서는 안 된다. 다시 말해서, 정보소외계층을 단순한 정보소비자로 이해해서는 안 되며, 그들이 진정한 정보의 생산자로서 그 표현능력을 제고하는 방향으로 정보참여권이 실현되어야 한다.²⁷⁷⁾ 향후의 정보격차해소정책에서 깊이 고려되어야 할 요소이다.

제6절 소결

디지털기술은 “자유 기술”인가, 아니면 “통제 기술”인가?

초기의 디지털기술은 “자유 기술”로서 출발하였고, 그에 따라 형성된 분권적이고 개방적인 정보환경이 제공해 줄 무한한 잠재력으로 인해 많은 사람들은 그것을 사실로 받아들였다. 자유의 신천지가 새로이 펼쳐진 듯 하였다. 이 신천지에서 전통적인 국가개념은 소멸할

274) 정부는 2001년 12월에 「장애인, 노인 등의 정보통신접근성 향상을 위한 권장지침」을 마련하여, 향후 민간기업들이 장애인 등 정보소외계층의 정보활용능력을 높이기 위한 서비스나 단말기의 개발에 관심을 갖도록 촉구하였으며, 2002년 5월에는 그 일환으로 장애인 등을 위한 접근성 관련 기술의 표준화 및 정책방향을 제시하기 위하여 「정보통신접근성향상 표준화포럼(IABF)」을 창립하였다. 실질적이고 내실있는 활동을 기대한다.

275) 현행의 보편적 의무제도는 2년마다 시내전화, 공중전화, 도서무선, 선박무선 등 서비스 제공에 비용이 과다하게 드는 보편적 의무를 제공하는 통신사업자를 정보통신부장관이 지정하고 발생손실을 총 매출액 50억원을 초과하는 기간통신사업자들이 일정 비율에 따라 분담하도록 하고 있다. 그리하여 보편적의무사업자로 지정된 KT가 2000년에 7599억원의 손실을 봤으며 이 중 10.6%인 803억원을 14개 손실분담사업자로부터 보전받았다. 손실보전율이 10% 남짓이기 때문에 KT에게는 과도한 부담이 아닐 수 없다. 전자신문 2002년 7월 31일자.

276) <<http://www.icc.or.kr/>>.

277) Dean Colby, "Conceptualizing the Digital Divide: Closing the Gap by Creating a Postmodern Network that Distributes the Productive Power of Speech", 6 *Comm. L. & Pol'y* 123 (2001, Winter) 참조.

듯이 보였다.

그러나 역설적으로 무정부상태에 대한 우려는 이 신천지에 다시 국가개념을 소생시켰다. 사이버공간에 ‘강제된 질서’의 의미가 새로이 부각되고 그에 따른 요청이 쇄도하고 있는 것이다. 이에 따라 사이버공간에 적용되는 디지털기술은 초기의 출발점이었던 “자유 기술”에서 점차 “통제의 기술”로 변이되고 있다. 사이버공간을 구성하는 기술적 코드는 점차 신원확인을 용이하게 하는 방향으로 전환되고 있으며, 그에 따라 초기의 익명성은 점차 소실되어 가고 있다.

여기서 우리는 왜 기술적 코드가 이렇게 변이되고 있는지 그 본질을 이해해야 한다. 기술적 코드 그 자체의 자연적 진화라고 이해되어서는 안 될 것이다. 기술은 그것이 처음에 생겨날 때에는 중립적인 관점에서 그 사회에서 채택되지만, 그것이 발전해가는 과정에서 새로운 사회적 의미를 창출하기 때문에 일정한 단계부터는 초기의 중립성을 유지하기 어렵다. 앞서 살핀 인쇄기술의 사회적 의미가 변화되어 가는 과정 또한 그러하였고, 지금의 디지털 기술도 동일한 과정을 겪고 있다고 판단된다. 이제 사이버공간을 구성하는 기술적 코드를 설계하고 배치하는 데에는 현실공간을 구성하는 사회적·경제적·정치적 요인이 의도적이거나 또는 암묵적으로 작용하고 있는 것이다.

이러한 변이의 주된 요인으로 우선 법집행의 효율성이라고 하는 결코 무시할 수 없는 사회적 및 정치적 요청을 들 수 있을 것이다. 예컨대, 범죄자를 색출하기 위해서 정부는 불법적 행동을 추적할 수 있어야 하고 그 행위자의 신원을 파악할 수 있어야만 한다. 더구나 해커 등의 공격에 따르는 사이버 피해가 커질수록, 이러한 요구는 폭발적으로 증대할 수밖에 없을 것이다. 또 이에 더하여, 또는 이 보다 더 중요한 요인으로서, 사이버공간이 원래 의도하지 않았던 바인 상거래와 시장의 형성을 들 수 있다. 전자상거래가 사이버공간의 중요 부분을 차지하게 되면서, 시장의 논리가 기술적 코드의 설계와 배치에 무시할 수 없는 요인으로 작용하고 있는 것이다. 예컨대, 신원확인 및 인증을 위한 기술은 전자상거래의 필수적인 요소이고, 또한 광범위한 개인정보의 축적·처리하는 시장의 효율성과 자원배분을 극대화할 수 있기 때문이다.

이러한 요인들은 물론 정당한 것이다. 이것을 부정하는 것은 무책임한 일이다. 문제는 이러한 정당한 목적이 초기의 디지털기술이 담고 있던 자유의 이념을 질식시키지 않도록 하는 데에 있다. 정부와 시장의 정당한 요청을 자유의 이념과 조화시키는 실로 어려운 과제가 우리들에게 맡겨진 것이다. 그러나 이 어려운 과제를 해결하는 단초는 이미 우리 헌법질서 내에 장착되어 있다. 그것은 곧 자유민주체제를 선언하고 있는 헌법 제1조와 국가의 인간존엄과 기본권의 보장 의무를 천명하고 있는 제10조이며, 그리고 이러한 자유민주이념의 구체적 발현형태인 제21조의 언론·집회·결사의 자유의 기본원칙, 즉 자유로운 정보유통의 원칙을 사이버공간에서 구현해 내는 것이다. 그리고 그 구현을 위한 방책으로 헌법이 제시해주고 있는 것이 다름 아닌 제37조 제2항의 이른바 “비례의 원칙”이다. 헌법을 집행하는 입법부와 법원 및 헌법재판소는 엄격한 기준으로 이 비례의 원칙을 적용시켜야 할 것이다.

제3편 각론

제1장 음란 등 불법정보의 규제와 표현의 자유

제1절 미국에서의 음란 등 불법정보의 규제와 표현의 자유

I. 음란물과 표현의 자유

음란물에 대한 규제는 오래 전부터 있어 왔다. 그 규제의 근거는 주로 음란한 표현물이 선량한 풍속을 해한다거나 그 사회의 도덕성을 훼손한다는 이유였다. 그런데 과연 어떤 표현물이 음란한 표현물인가에 대한 판단의 기준은 어느 시대 어느 사회에서나 예외없이 매우 추상적이었고, 또 구체적 음란성의 판단도 시대와 사회에 따라 달랐다. 어떤 시대나 사회에서는 음란한 표현물로 판단되어 선량한 풍속이나 사회의 도덕성을 해한다는 미명하에 금지되고 억압되던 것이, 다른 시대나 사회에 가면 표현의 자유의 우산 속에서 性을 소재로 한 표현의 하나로 보호되기도 했다. 똑같은 표현물이 어떤 시대나 사회에서는 음란물로 규제되고 어떤 시대나 사회에서는 음란물이 아닌 하나의 표현으로서 보호되었던 것이다. 그것은 바로 음란성의 판단이 시대나 사회 등의 배경적 요소에 크게 영향을 받으며, 또한 어느 시대나 사회에도 다 통용되는 음란성의 확고한 개념은 존재하지 않는다는 것을 反證한다.

한국에서는 심심찮게 몇몇 性을 소재로 한 소설들이 음란물인가 여부를 놓고 사회적 이목을 집중시킨 적이 종종 있었다. 70년대의 소설 “叛奴”가 그랬고 가깝게는 마광수 교수의 “즐거운 사라”가 그랬다. 최근에는 장정일의 소설 “내게 거짓말을 해봐”에 대한 음란성 시비가 일었고, 이에 대해서도 우리 대법원에 의해 그 음란성이 인정되어 이 소설 제작 행위는 형법 제243조에 의해 이 소설 판매 행위는 형법 제244조에 의해 처벌받았다.

두 형법조문에 있어서 행위의 객체는 “음란한 물건”이고 따라서 “음란한”의 의미가 무엇이나 하는 것은 이 사건의 판결에 있어 가장 중요한 요소이다. 여기에서, 어떤 사람들은 음란성이라는 것이 순수하게 형법상의 개념이라고 생각하게 된다. 그러나 사실 어떤 표현물의 “음란성”은 표현의 자유라는 헌법상의 중요한 기본권을 떠나서는 규명될 수 없기 때문에, 그것은 형법상의 개념이자 더 중요하게는 헌법상의 개념이다. 또 헌법상의 개념이기 때문에 이익형량 등을 통해 위에서 본 바와 같이 시대와 사회에 따라 달라질 수 있는 可變的 개념이 되는 것이다.

이러한 점에 착안하여, 미국의 헌법재판기관인 미 연방대법원의 판례를 중심으로 첫째, 미국에서는 출판물과 연극·영화·비디오물 등 기존의 전형적인 표현매체상의 성적 표현들에 있어 그 “음란성” 개념이 어떻게 받아들여졌으며, “음란성 판단의 기준”으로 어떤 것들이 제시되었고, 그 기준은 어떤 변천의 과정을 겪었으며, 지금은 어떤 기준이 통용되고 있고, 그 기준의 실제사례에의 적용은 어떤 식으로 이루어지고 있으며, 그 기준이 가지는 한계는 무엇인가를 살펴보고, 둘째, 이러한 기존의 전형적인 표현매체가 아닌 “방송”이나 오프라인상의 표현물들에는 어떤 음란성 판단기준이 적용되고 있는지를 살펴본다.

II. 전통적인 표현매체에서의 음란성 판단

1. 주요 판례의 분석

일반적으로 이야기해서 “음란한(obscene)” 표현은 미 수정헌법 제1조에 의해 보호받지 못한다. 미 대법원은 미 수정헌법 제1조와 관련하여 그러면 어떤 표현들이 “음란한” 것으로 처벌받을 수 있는지에 대한 구체적 가이드라인을 제시하기 위해 오래 전부터 노력해 왔다. 하지만, 이러한 노력의 어떠한 결과물들도 입법자들이나 하급심법원의 판사들에게 무슨 표현이 “음란한” 표현에 해당하는지에 관한 정확하고 신뢰할 만한 가이드라인을 제시하지 못했다. 이런 이유로 미 대법원 자신조차도 각각의 사건에서의 표현이 “음란한” 것인가의 여부를 “사례에 따라(case by case)” 해결할 수밖에 없었다.

(1) Roth 판결 - 음란성 판단기준을 제시한 최초의 판결

미 대법원이 음란성의 문제를 미 수정헌법 제1조의 표현의 자유와 관련하여 처음 본격적으로 다룬 사건이 Roth v. United States(1957)사건이다.²⁷⁸⁾ 이것은 “음란하거나 외설적인(obscene or indecent)” 물건을 그 판매를 위해 소지한 자를 처벌한 캘리포니아주 형법의 위헌성 여부를 묻은 Alberts v. California(1957) 사건과²⁷⁹⁾ 병합되어 심리된 사건이다. Roth사건에 있어서의 주된 이슈는 미 수정헌법 제1조가 과연 “음란한” 언론과 출판물 그 보호대상으로 하는가 하는 것이었다.

1) 사실관계

연방음란법(federal obscenity statute)은 “음란한, 추잡한, 음탕한, 불결한 혹은 그 외 다른 외설적인 성격의 출판물(obscene, lewd, lascivious, or filthy or other publication of an indecent character)”의 우편우송을 연방범죄로서 처벌하고 있었고 그 범죄는 “알면서(knowingly)” 그러한 행위를 한 자에 한정되고 있었다. 또한 캘리포니아주 형법은 “음란하거나猥褻的인(obscene or indecent)” 물건을 그 판매나 광고를 목적으로 소지하는 것을 벌하고 있었고, 그때 그 금지된 행위는 “계획적이거나 추잡하게(willfully or lewdly)” 행해지는 것에 한했다. 同 事件의 피고인 Roth는 뉴욕의 출판업자였는데 그는 위의 연방음란법 위반으로 기소되었고 유죄의 판결을 받았으며 병합된 사건의 피고인 Alberts는 캘리포니아주 우편 판매상(mail-order seller)으로서 위의 캘리포니아주 형법 위반으로 기소되고 유죄의 판결을 받았다. Roth와 Alberts는 자기들을 처벌하려는 연방음란법과 캘리포니아주 형법이 “표면상의 이유로 또 공허하고 아무 알맹이 없는 기준으로(on their faces and in a vacuum)” 미 연방헌법상의 표현의 자유와 명확성의 원칙(definiteness requirements)을 침해한다는 이유로 연방대법원에 상고하였다.

2) 다수의견의 논점과 추론

Brennen대법관에 의해 집필된 대법원의 다수의견은 미 수정헌법 제1조가 과연 “음란한” 언론과 출판물 그 보호대상으로 하는가에 부정적인 태도를 취했다. 다음이 그 요지이다.

음란한 표현은 헌법에 의해 보호받는 언론·출판의 범위밖에 있다. 미 수정헌법 제1조는 모든 표현을 보호하기 위한 것이 아니라,²⁸⁰⁾ 미국 국민들에 의해 갈망되는 정치적·사회적

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

279) Albert v. California, 354 U.S. 476 (1957).

280) 이미 1942년의 Chaplinsky사건에서 “음란한 표현(obscenity)”은 “명예훼손(defamation)”이나 “싸움을 거는 말(fighting words)”과 함께 수정헌법 제1조에 의해 보호받지 못하는 표현의 한 유형으로 열거된 바 있다. Chaplinsky사건은 歩道上에서 시 경찰서장을 “빌어먹을 험잡꾼(goddamned racketeer),” “빌어먹을 파시스트(a damned fascist)”라 부르며 그와 싸움을 한 여호와의 증인 신도

변화를 가져올 수 있는 자유로운 사상의 상호교환을 보장하기 위해 규정된 것이다. 미 수정 헌법 제1조의 역사를 보더라도, “전혀 사회적 중요성으로 그 흠이 벌충될 수 없는(utterly without redeeming social importance)” 음란한 표현물의 거부는 당연히 암시된 것이다. “性”과 “음란”은 동의어가 아니며 음란한 표현물이란 “호색적²⁸¹⁾ 흥미에 호소하는 방법으로 性을 다루는 것(material which deals with sex in a manner appealing to prurient interest)” 혹은 “음탕한 생각을 불러일으키는 경향이 있는 표현물(material having a tendency to incite lustful thoughts)”을 의미한다.

다른 한편으로, 性에 관한 책들은 위급상황에 직면한 사회 구성원들에게 필요한 것이 될 수도 있다. 책이나 그림 혹은 출판물이 음란한가 여부를 심사하는 배심원들은 “그 공동체사회에서의 평균인(the average person in the community)”에 미칠 영향을 기준으로 음란여부를 판단해 달라는 판사의 결정지침에 따를 수도(may be instructed) 있다. 따라서 음란여부의 판단은 “현재를 기준으로 한 공동체의 공통된 양심을 훼손하는가(whether it offends the common conscience of the community by present-day standards)”의 문제가 된다.

결국, 음란법규 조문상의 용어들이 정확한 뜻을 갖고 있지 않더라도, 적법절차의 목적과 취지를 살리기 위해 헌법에 의해 요구되는 全部는, 그 조문상의 용어가 통상인들의 이해와 현실에 비추어 봤을 때 무엇이 금지된 행위인가에 대한 충분히 명확한 경고를 하고 있느냐 하는 것이다. 그러므로, 前審法院의 유죄결정을 확정한다.

3) Roth 판결의 의미

대체로 많은 헌법학자들이 지적한 바와 같이 Roth판결은 그것이 해결한 것만큼이나 많은 미해결의 문제들을 남겼다. “호색적 흥미에 호소하는 방법인지의 여부,” “현재를 기준으로 한 공동체사회의 평균인의 양심 훼손여부”를 심사하는 二段階審査가 구체적인 사실관계를 다룸에 있어서는 거의 아무런 가이드라인을 제공하지 못한다는 점이 그 대표적인 것이다.

(2) Memoirs판결 - 소설의 음란여부

1) 사실관계

Roth판결이 내려진지 9년 후인 1966년에 Memoirs v. Massachusetts판결이²⁸²⁾ 내려졌다. 당시 매사추세츠주 형법은 음란물의 제작과 배포를 금지·처벌하고 있었는데 “쾌락의 여

인 Chaplinsky의 州刑法 규정(“어느 누구도 거리나 다른 공적 장소에 합법적으로 있는 타인에게 공격적이거나 조롱하는 혹은 성가시게 하는 말을 하지 못한다.”는 규정)위반 여부를 다툰 사건으로, “싸움을 거는 말(fighting words)”은 “음란한 표현(obscenity)”이나 “명예훼손(defamation)”과 함께 수정헌법 제1조에 의해 보호받지 못하므로 그에 대한 유죄결정은 합헌이라는 판결이 내려졌다.

281) 동 판결에서 미 대법원의 다수의견은 “호색적(prurient)”의 의미에 대해 “음탕한 생각을 불러일으키는 경향이 있는 표현물(material having a tendency to incite lustful thoughts)”이라고 부연설명을 달고 있지만, 그 후의 판결들에서 미 대법원은 비록 “음탕한 생각을 불러일으키는 경향이 있는 표현물”일지라도 “정상적이고 건강한 性的 욕구만(only normal, healthy sexual desires)”을 자극하는 표현물은 “호색적(prurient)” 흥미에 호소하는 표현물에서 제외하고 있다. Brockett v. Spokane Arcades, Inc., 472 U.S. 491(1985) 참조. 하지만 Brockett 판결은 “정상적이고 건강한 性的 욕구만(only normal, healthy sexual desires)”을 자극하는 표현이 어떤 것인지에 대해서는 定義를 내리지 않았다.

282) A Book named “John Cleland’s Memoirs of a Woman of Pleasure”(Fanny Hill) v. Attorney General of Massachusetts, 383 U.S. 413 (1966).

인에 대한 존 클러랜드의 회고록(John Cleland's *Memoirs of a Woman of Pleasure*)" - 일명 파니 힐(Fanny Hill) - 이라는 소설이 음란하다고 판단되어지면서 이 법에 위반된다는 이유로 매서쉴즈주 검찰총장에 의해 기소되었고, 이에 그 기소를 면해보고자 대법원에 이 책의 음란성 여부에 대한 헌법적 판단을 묻게 되었다.

2) 상대적 다수의견의 논점과 추론

동 판결에서 미 대법원은, 비록 3인의 대법관에 의한 상대적 다수의견(plurality opinion)이긴 했지만, Roth판결의 음란개념으로부터 뚜렷이 방향을 틀었고 음란성 심사의 새로운 기준을 제시했다. Brennan대법관에 의해 집필된 상대적 다수의견은, Roth판결의 음란성에 관한 定義하에서는 그 후속판결들에 명시된 바와 같이 세 가지 기준들의 만족이 다 합체되어야(coalesce)²⁸³⁾ 음란성이 인정된다고 하면서, 세 가지 기준으로, 첫째, 그 표현물을 전체로 봤을 때 전체의 주제가性に 대한 “호색적 흥미에 호소하는 것”이어야 하고, 둘째, 性的 문제의 표현과 관련하여 현시대의 공동체기준에서도 문제가 많다는 의미에서 “명백히 거슬리는 것”이어야 하며, 셋째, 그 표현물은 “사회적 가치를 전혀 벌충할 수 없는 것(utterly without redeeming social importance)”이어야 한다는 것을 들었다. Roth판결에 있어서는 세 번째의 “사회적 중요성을 전혀 벌충할 수 없는 것”은 음란성의 판단기준으로 단지 暗示되었을 뿐 구체적인 기준으로 제시되지는 않았지만, *Memoirs*판결은 이 세 번째 기준이 음란성의 증명을 위해서는 확실히 적극적으로 만족되어야 한다는 점을 강조했다. 그러면서 상대적 다수의견은 소설 “파니 힐”을 “사회적 중요성을 전혀 벌충할 수 없는 것”으로 추정하는 것은 적절치 못하므로 첫 번째와 두 번째 기준은 만족시켰으나 세 번째 기준을 만족시키지 못하여 음란성이 부정되며 수정헌법 제1조에 의해 보호된다고 판시하였다.

3) *Memoirs*판결이 가지는 의미

비록 Roth판결에서의 용어들을 일부 반복하기는 했지만, *Memoirs*판결의 3인 다수의견은 크게 변화된 음란성의 판단기준을 제시했으며, 그 세 번째 기준은 검사들로 하여금 그 표현물이 “사회적 가치를 전혀 벌충하지 못한다”는 점을 입증해야만 하게 하였고, 그것은 미국의 형사사건의 입증책임의 기준 하에서는 - 합리적 의심을 넘어서는 유죄(guilty beyond a reasonable doubt) - 실제로 그 입증이 불가능한 것이었다.²⁸⁴⁾

(3) *Miller*판결 - 현재의 음란성 판단 기준

1973년의 *Miller v. California*(1973)사건에²⁸⁵⁾ 대한 판결에서 다섯 명의 미 대법원은 판사들은 “음란성”에 대한 새로운 定義에 동의했는데, 그 새로운 定義는 Roth판결에서 주장된 음란성에 관한 定義에 기초하는 것이면서도 몇몇 부가적인 이슈들을 해결할 수 있는 것이었다. 이 사건에 있어서의 주된 쟁점은 그 표현물들이 “사회적 가치의 벌충과는 전혀 관련이 없는 것”이어야만 한다는 위의 *Memoirs*판결의 음란성 판단기준이 적절한 헌법적 기준인가 하는 것이었다.

283) “합체되어야(coalesce)”의 의미는 각각의 기준을 개별적으로 모두 충족시켜야 한다는 의미이다.

284) William B. Lockhart, Yale Kamisar, Jesse H. Choper, Steven H. Shiffrin, *Constitutional Law: Cases, Comments, Questions*, 7th ed., St. Paul, Minnesota/ West Publishing Co., 1991, p.742.

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

1) 사실관계

피고인 Miller는 성인잡지의 판매를 광고하기 위해 대량의 우편 판매촉진운동을 벌였다. 광고 부로쉬는 그룹섹스를 하고 있는 다수의 남녀를 묘사하는 그림들을 담고 있어서 그 자체가 음란성이 문제될 수 있는 것이었다. 이 부로쉬들은 그 성인잡지를 신청하지 않은 사람들에게까지도 배달되었다. 이에 Miller는 고의적으로(knowingly) 음란한 표현물을 유포하는 것을 금지하는 법률의 위반을 이유로 유죄 판결을 받았다.

2) 다수의견의 논점과 추론

Burger대법원장에 의해 쓰여진 다수의견은 표현물들이 사회적 가치의 별충과는 전혀 관련이 없는 것이어야만 한다는 Memoirs판결의 음란성 판단기준이 적절한 헌법적 기준이 아니라는 결론을 내리고 있다. 그 요지는 대체로 다음과 같다.

음란성 여부를 판단하는 적절한 기준은, 첫째, 현시대의 지역공동체 기준들(contemporary local community standards)을 적용해서 평균인이 느끼기에 “그 표현물이 - 그 표현물을 전체적으로 이해했을 때(taken as a whole) - 호색적 흥미(prurient interest)에 호소하는 것으로 받아들여지는가,” 둘째, 그 표현물이 적용가능한 州法에 구체적으로 定義된 대로 性的 행위를 “명백히 거슬리는 방법으로(in a patently offensive way) 묘사하는가,” 셋째, 전체적으로 보아 그 표현물이 “중대한 문학적, 예술적, 정치적 혹은 과학적 가치(serious literary, artistic, political or scientific value)를 缺하는 것인가” 하는 세 가지 이다. 만약 어떤 표현물이 이 음란의 定義를 만족시킨다면, 그 표현물의 배포방식이 그 표현물의 배달을 원치않는 사람들에게까지²⁸⁶⁾ 배달이 되어 그들의 마음에 상처를 주고 그 표현물을 청소년들에게도 노출시킬 위험을 결과적으로 발생시키는 것이라면, 州는 그것의 배포를 금지할 수 있다.

州를 위해 구체적인 음란의 규제요건을 제시하는 것이 우리 대법원의 기능이 아님을 우리는 강조한다. 그러나, 두 번째 음란성 판단의 기준인 “명백히 거슬리는 방법으로”의 기준 하에서 무엇을 州刑法이 규제대상으로 규정할 수 있는지의 몇몇 쉬운 예를 보여주는 것은 가능하다고 생각한다. 예를 들어, 첫째, 정상적이거나 性倒錯的인, 실제의 혹은 가상의, 성행위 그 자체에 대한 명백히 거슬리는 묘사, 둘째, 자위행위, 배설행위, 남녀 性器의 추잡한(lewd) 노출에 관한 명백히 거슬리는 묘사가 그것이다.²⁸⁷⁾

위의 세 번째 음란성 판단기준으로서 중대한 문학적, 예술적, 정치적, 사회적 가치를 가짐으로써 수정헌법 제1조의 보호를 받는 것의 예로는, 인체 해부에 관한 생생한 설명과 묘사를 담고있는 의사나 그 유사직종 종사자들의 교육을 위한 의학서적들을 들 수 있다.

표현물들이 사회적 가치의 별충과는 전혀 관련이 없는 것이어야만 한다는 Memoirs판결

286) 뒤에 보게 될 동종유사사건(companion case)인 Paris Adult Theatre I v. Slaton, 413 U.S. 49(1973)사건에서 같은 기준을 “원하는 성인들(consenting adults)”에 제한된 배포에도 적용하였다.

287) 뒤에서 곧 보게 될 Jenkins v. Georgia, 418 U.S. 153(1974)사건의 대법원 판결은 “性愛(Carnal Knowledge)”라는 영화가 바로 이 두 번째 기준을 충족시키지 못하므로 음란하지 않다고 판시했다. 즉, “최후의 성행위를 포함한 성행위가 벌어지고 있다고 이해될 장면들이 있지만, 카메라는 그 장면들에서 배우들의 몸에 초점을 맞추지 않는다. 이 장면들에 있어 배우들의 성기 노출과 같은 음탕한 장면은 없다. 간혹 나체장면이 있기는 하지만 단지 나체장면만으로 Miller판결의 음란성 기준하에서 그 표현물이 음란하다고 이야기할 수는 없다.”가 그것이다. Ward v. Illinois, 431 U.S. 767(1977)사건의 판결에서 대법원은 “입법부나 법원이 음란하다고 판단되어질 수 있는 성행위의 남김없는 목록을 제공할 필요는 없다”고 판시했다. 법원이 Miller판결에 나타난 예들을 채택하는 것으로 충분하다는 것이다.

의 음란성 판단기준의 충족여부에 대한 입증책임은 실제로 검사가 이를 만족시키기가 불가능한 것이며 따라서 이 기준은 포기되어야만 한다. 그 기준은 단지 한때 세 명의 대법관들에 의해서만 지지되어졌을 뿐 그 후에는 그 이상의 지지를 얻지 못한 것이기도 했다.²⁸⁸⁾

“호색적 흥미(prurient interest)”나 “명백히 거슬리는(patently offensive)”이 무엇을 의미하는지에 관해 확정된 “全國的 기준(national standard)”은 없으며 세 기준 중 앞의 이 두 기준들은 현시대 지역공동체기준(local community standard)을 적용함으로써 배심원들이 결정해야할 사실확정단계의 문제이다. 왜냐하면 이들 두 기준들은 본질적으로 “사실의 문제들(questions of fact)”이며 본 법원이 그러한 기준들이 50개의 州에 적용될 하나의 공식으로 존재할 수 있다고 믿기에는 미합중국이 너무 크고 너무 다양하다. 수정헌법 제1조의 어떠한 요건도, 배심원이 어떤 표현물들이 사실판단의 단계에서 음란한가의 여부를 판단하려할 때, 가설적이고 불확정적인 “全國的 기준들”을 고려해야만 한다고 요구하지는 않는다. Maine주나 Mississippi주의 주민들이, 라스베가스 혹은 뉴욕시에서나 받아들여질 수 있는 성행위의 공개적인 묘사를 받아들이기를 수정헌법 제1조가 요구하는 것이라고 동조함을 해석하는 것은 현실적이지도 않고 헌법적으로 바람직하지도 않다. 다른 州의 주민들은 그 취향과 태도가 다르고 이 다양성은 “주어진 일체성이라는 절대주의(absolutism of imposed uniformity)”에 의해 목살되어서도 안된다.

3) Miller 판결의 의미

Miller판결의 음란성 판단기준이 현재의 미국판례법상의 음란성 판단기준이다. 만약 세 가지 기준들을 만족시킨다면, 문제가 된 표현물은 “음란한” 것이며 미 수정헌법 제1조의 보호범위 밖에 있게 된다. Miller판결은 여러 측면에서 Memoirs판결로부터 일종의 큰 방향전환을 한 것이었다.

즉, 첫째, Memoirs판결의 기준은 그 충족여부를 증명하기가 너무 어려운 것이었으며, Memoirs판결은 상대적 다수의견(plurality opinion)이었기 때문에 하급심 법원들에게 명쾌한 가이드라인으로서의 역할을 하지 못했다.

둘째, 미 대법원은 배심원의 권한을 더 강화하기 위해 지역공동체기준(local community standards)을 채택하기로 결정했다. 따라서 세 가지 음란성 판단의 기준들 중 앞의 두 기준인 “호색적 흥미에의 호소”나 “명백한 공격성”의 충족여부는 그 표현물에 대해 기소권이 행사된 그 지역의 지역공동체 기준에 따라 그 배심원들에 의해 판단되게 되었다. 모든 음란성의 문제는 헌법적 문제였기 때문에 미 대법원은 대법원이라는 기구가 부담해야할 제도상의 압력을 - 미 대법원이 헌법적 문제들을 다 해결해야 한다는 중압감에서 오는 - 느끼기 시작하고 있었던 것이다. 그러므로, Miller판결은 미 대법원에 의한 결정권한의 분산(to decentralize decision making) 시도였다.

셋째, Miller판결은 州가 “하드코어(hard-core)” 성행위의 묘사만 음란한 것으로 금지할 수 있다는 원칙을 세웠다. 州는, 무엇이 금지되는가에 관한 “정당한 통고(fair notice)”를 요하는 수정헌법 제1조상의 필요를 충족시키고 표현행위에 위축효과(chilling effect)가 초

288) 후에 Hamlington v. United States, 418 U.S. 87(1974)사건에서 피고측은 “사회적 가치를 전혀 별충하지 못하는”이라는 기준이 막연하기 때문에 헌법적으로 무효이며 그것이 Miller판결에서 확인되었다는 주장을 폈으나 미 대법원은 그 주장을 받아들이지 않고 검사측에게 동 기준이 실질적으로 이행이 불가능할 정도로 어려운 입증책임을 지우는 것이기 때문에 그 기준을 버렸음을 다시 한번 분명히 했다. William B. Lockhart, Yale Kamisar, Jesse H. Choper, Steven H. Shiffrin, 전게서, p.743 각주 7 참조.

래되는 것을 회피하기 위해, 어떤 성행위가 하드코어 성행위로서 금지되는지를 州法에서 미리 밝혀야 했기 때문에, 미 대법원은 그 묘사가 금지되는 하드코어 성행위의 몇 가지 예를 위에서도 같이 제시했다.

넷째, Miller판결은 “전혀 사회적 가치를 벌충하지 못하는”의 기준을 “문학적, 예술적, 정치적 혹은 과학적으로 중대한 가치를 가지는”의 기준으로 대체했다. 이것은 Miller판결에서 나타난 음란규제에 관한 가장 중요한 혁명이다. 중대한 가치를 가지는 문학작품은 “호색성(prurience)”과 “거슬림(offensiveness)”의 기준을 충족시키더라도 보호받을 수 있는 것이다. 이것은 지역공동체에 따라 달라질 수 있는 것이 아니라 “全國的 기준(national standard)”이다. 이 새 기준이 이런 식으로 기능할 수 있는 것이라면, 이 기준에 대한 구체적인 설명이 뒤따라야 할 것이며 “중요한 가치”의 의미가 명확하게 확정되어야 할 것이다.²⁸⁹⁾

(4) Paris Adult Theatre판결 - 음란물을 규제하는 州의 이익

미 대법원에 의해 Miller판결이 내려진 바로 그날 Paris Adult Theatre v. Slaton(1973)판결이²⁹⁰⁾ 내려졌다. 이 판결의 주된 쟁점은 상업적 영화관(commercial theatre)에서의 음란한 영화의 상영은, 그 영화의 성격에 대한 公共에의 “필요한 경고(requisite warning)”와 미성년자의 관람을 막는 내용의 문구가 영화관 주위에 게시된다면, 州의 규제로부터 헌법적으로 보호받을 수 있는지는 것이었다.

1) 사실관계

조지아주는 “파리성인극장(Paris Adult Theatre)”에서 상영된 두 편의 영화가 음란한 것으로 선언될 것과 그 상영이 금지될 것을 구하는 시민소원(civil complaints)을 제기했다. 그 두 편의 영화는 “性的 묘사가 덜 노골적인(soft-core)” 性映畵였다. 그 성영화 상영 극장에의 출입은 관습적으로 통상 있는 일이었고(conventional), 영화의 내용을 알리는 그림 간판도 없이 “아틀란타에서 가장 질 높은 성인특작영화들(Atlanta's Finest Feature Films)”이라는 거슬리지 않는(inoffensive) 게시문구가 극장주위에 붙어 있었다. 그리고 극장의 현관문에는 “성인극장 - 당신은 21세 이상이고 그것을 증명할 수 있어야 함. 나체를 보는 것이 비위에 거슬리면 들어오지 마시오.”라는 문구가 붙어 있었다. 一審法院인 사실심법원은 그 시민소원을 기각했지만 조지아주 대법원은 그것을 뒤집었다. 이에 피고인 파리성인극장이 상고했다.

2) 다수의견의 논점과 추론

Burger대법원장에 의해 집필된 다수의견은, 상업적 영화관(commercial theatre)에서의 음란한 영화의 상영은, 그 영화의 성격에 대한 公共에의 “정당한 경고”와 미성년자의 관람을 막는 내용의 문구가 영화관 주위에 게시된다 하더라도, 州의 규제로부터 헌법적으로 보호받을 수 없다고 판시했다. 다음은 그 요지이다.

州는, 음란물의 상거래와, 미성년자의 출입을 막는 소위 성인영화관을 포함한 공공 접객업소(public accommodation)에서의 음란물의 展示를 규제할 적법한 공익적 차원의 이익을

289) “Consider Clor, Obscenity and the First Amendment: Round Three,” 7 *Loy. L. A. L. Rev.* 207, 210, 218 (1974).

290) *Paris Adult Theatre v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973).

가진다. 이 州의 이익은 음란물과 범죄, 음란물과 비도덕적 행위 사이의 상관관계에 대한 분분한 논쟁보다 더 우월하다. 州는 또한 “점잖은 사회(decent society)”를 유지할 권리를 가진다. 개인에게 “공개된 그러나 분리된 장소(in a public, albeit discrete place)에서” 음란한 영화를 볼 권리를 주는 것은 다른 프라이버시들을 침해한다. 조지아주는 음란물의 상업적 전시가 사회를 부패시키고 타락시키는 경향을 가지며 결국은 反社會的 행위를 조장한다고 결론을 내렸고 또 그 결론은 일견 타당하다.²⁹¹⁾

3) 반대의견

Roth판결의 다수의견을 집필했던 Brennan대법관은 이 사건에서는, Roth판결이 음란성은 명확히 정의되어질 수 있고 수정헌법 제1조의 가치들을 손상시키지 않아 금지될 수 있다고 가정한 것은 잘못되었다며 그의 입장을 바꾸었고, 반대의견을 냈다. 그 요지는 다음과 같다.

표현물의 규제에 적용될 수 있는 명확한 기준을 법원이 만들 수 없다는 사실은 적절한 경고의 문제와 자유로운 언론활동을 위축시킬 수 있다는 문제를 일으킬 뿐만 아니라 주와 연방의 사법부에 과중한 부담을 지운다는 문제를 발생시킨다. 하급심법원에서 음란성 여부에 대해 어떠한 결정을 내리든 그 결정은 연방대법원인 본 법원이 최종적이고 독립적인 판단을 내릴 때까지 불확정의 상태로 남게 된다. 음란성은 “호색적 흥미”나 “중대한 문학적 가치”와 같은 불명확한 개념들에 의해 정의되어져 왔다. 그것은 이러한 개념을 정의하는 사람의 경험, 사고방식, 개성에 의존하는 것이며 또한 표현의 뉘앙스와 표현전달의 배경에 의존하는 것이다. 대법원의 접근에 의하면, 약간의 사회적 가치를 가지는 표현작품들도, 주가 - 구체화되지 못한 몇몇 기준에 의해 결론을 내리듯이 - 헌법적 보호를 받기에는 그 사회적 가치가 충분히 “중대하지” 않다는 결론을 내리면 음란물로 치부되어 금지된다. 비록 도덕을 규제하는데 있어서의 州의 이익은 하찮거나 不存在하는 것은 아니지만, 그러한 州의 이익들이, “동의하는 성인들(consenting adults)”에게의 보호할 가치없는 표현물들의 유포를 금지하려는 州의 노력으로부터 불가피하게 초래되는 헌법적 권리의 중대한 침해를 정당화할 수는 없다. 본 사건과 관련하여, 음란물을 금지함으로써 도덕을 규제하는 州의 이익이라는 것은 본질적으로 본 논의의 초점을 벗어난 것이며 잘못 定義된 것이다. 인간행위, 도덕, 性, 종교에 관한 증명되지 않은 가정들에 기초를 둔 음란억제의 노력은 수정헌법 제1조의 가치를 중대하게 훼손하는 州法을 유효한 것으로 만들 수 없다.

4) Paris Adult Theatre 판결의 의미

본 판결의 다수의견은 처음으로, 음란물의 판매나 전시를 금지하는 州政府 권한을 정당화하는 州의 이익이 어떤 것이냐를 밝혔다. 그것은 첫째, 음란성과 성범죄의 상관관계이다. 음란물과 성범죄의 발생이 상관관계가 있다는 몇몇 증거가 있다. 미 대법원은 음란한 표현물이 그 관객이나 독자들이 성범죄를 저지르도록 유발하거나 적어도 “性的으로 부도덕한 행동”을 하게 할 가능성이 있다고 주장한다.

둘째, 공동체 삶의 質이다. 州는 상거래에 대해서도 이익을 가지지만 州의 공동체내에서의 삶의 질의 유지에도 이익을 가진다. 성인서적을 파는 서점이나 성인영화관을 포함한 음란물에 대한 상업적 거래는 이러한 州의 이익들과 조화될 수 없다. 셋째, 도덕적 분위기이다. 州政府는 사회의 도덕적 분위기를 유지하는데 일정한 州의 이익을 가진다. 우리가 포르

291) 이러한 다수의견에도 불구하고 미 대법원은 Miller판결의 기준에 따라 이 사건을 다시 고려해보라면서 시민소원을 받아들인 州大法院의 판결을 파기하고 환송했다.

노그래피를 읽고 보느냐 여부에 관계없이, 다른 사람들에게 흔히 읽혀지고 보여지고 들려지고 다른 사람들에 의해 행해지는 것은 우리가 원하는 않든, 우리 모두에게 영향을 준다는 것이다. 본 판결에서는 2인의 대법관이 동조한 Brennen대법관의 반대의견이 유명하고 또 다수의견 못지 않게 중요하다. 그는 위의 반대의견 요지에서 본 바와 같이 음란성판단의 어떤 기준도 “막연함(Vagueness)”의 문제점을 수용가능한 단계로까지 약화시키지 못한다고 보았고 이 해결할 수 없는 막연함의 문제점은 자유로운 언론을 위축시킨다고 보았다. 특히 그는 다수의견이 이야기하고 있는 卅의 이익이라는 것이 매우 근거가 박약한 것임을 강조했다. 卅에게 공동체의 도덕성을 보호하기 위해 어떤 행동을 취할 권리가 있는 것은 확실하지만, 음란물을 억제함으로써 도덕을 보호하려는 그 이익은 이 논의의 초점을 벗어난 것이고, 잘못 정의된 것이며, 가상적인 것이라는 주장이 그것이다. 따라서 Brennen대법관은 적어도 청소년에게 유포되거나 동의하지 않는 성인들에게 떠넘기기식으로 유포되지 않는 한, 수정헌법 제1조와 수정헌법 제14조는 주정부나 연방정부가 性的 표현물을 그들이 법에 규정하고 있는 추상적인 음란성의 기준으로 억압하는 것을 금지한다고 보았다. 그러나 그도 性的 표현물 자체가 아니라 그 유포방식에 관한 일정한 제한은 허용된다고 보았다.

(5) Jenkins판결 - “명백히 거슬리는” 하드코어 포르노그래피의 사례

Jenkins v. Georgia(1974)사건²⁹²⁾ 판결의 주요쟁점은, 비록 “호색적 흥미”에의 호소나 “명백한 공격성”에의 문제가 사실확정의 문제이더라도, 과연 배심원들이 무엇이 명백히 공격적이냐를 판단함에 있어 “구속받지 않는 재량(unbridled discretion)”을 가지느냐 하는 것이다.

1) 사실관계

Jenkins는 “성애(Carnal Knowledge)”라는 영화를 상영하던 조지아주 소재의 한 극장의 매니저였다. 그는 그 영화와 관련한 음란한 표현물을 유포한 죄로 조지아주 하급법원에서 유죄판결을 받았다. 조지아주 대법원은 이 유죄판결을 확정했으며 이에 Jenkins는 대법원에 상고했다.

2) 다수의견의 논점과 추론

Rehnquist 現 大法院長에 의해 집필된 다수의견은 비록 “호색적 흥미”에의 호소나 “명백한 공격성”에의 문제가 사실확정의 문제이더라도 배심원들이 무엇이 명백히 공격적이냐를 판단함에 있어 “구속받지 않는 재량(unbridled discretion)”을 가지지는 않는다는 결론을 내리고 있다. 다수의견의 요지는 다음과 같다.

Miller판결의 既判力은 아직도 살아있고 따라서 그 판시사항은 아직도 힘이 있다(controlling). Miller판결은 수정헌법 제14조를 통해 卅에도 적용되며,²⁹³⁾ 수정헌법 제1조상의 표현의 자유는 표현물들이 명백히 공격적이고 “성묘사가 노골적인(hard-core)”²⁹⁴⁾ 성행위를 묘사하고 있지 않은 한, 그 표현물을 팔거나 전시했다는 이유로 기소되지 않게 하고 있다. “성애(Carnal Knowledge)”라는 영화는 비록 배심원들은 다르게 평결을 내렸지만

292) Jenkins v. Georgia, 418 U.S. 153 (1974).

293) 수정헌법 제14조는 국민의 기본권을 보장해야할 주체로서 “卅(State)”를 규정함으로써 헌법에 보장된 기본권들이 연방뿐만 아니라 卅에 대해서도 적용되는 통로로서의 구실을 하고 있다.

294) 판례와 학설은 성묘사가 노골적인 표현물을 “hard-core”라 하면서 “soft-core”와 구별하고 있다.

Miller 판결의 음란성 판단기준인 “명백히 거슬리는” 방법으로 성행위를 묘사하지 않았으므로 그것은 수정헌법 제1조와 수정헌법 제14조의 보호범위 밖에 있지 않다. 즉, “최후의 성행위를 포함한 성행위가 벌어지고 있다고 이해될 장면들이 이 영화에는 있지만, 카메라는 그 장면들에서 배우들의 몸에 초점을 맞추지 않는다. 이 장면들에 있어 배우들의 性器 노출과 같은 음탕한 장면은 없다. 간혹 나체장면이 있기는 하지만 단지 나체장면만으로 Miller 판결의 음란성 기준하에서 그 표현물이 음란하다고 이야기할 수는 없다”²⁹⁵⁾ 것이다. 따라서 조지아주 대법원의 판결을 과기한다.

3) Jenkins 판결의 의미

Jenkins판결은 Miller판결에 의해 확정된 음란성 판단의 세 가지 기준 중 두 번째 기준인 “명백히 거슬리는 방법으로 하드코어 성행위를 묘사하는(to depict or describe patently offensive "hard-core" sexual conduct)”의 의미가 무엇이며 그 포섭범위가 어디까지인가를 구체적인 사실확정을 통해 보여주었으며, 그 사실확정에 있어서 배심원들에게 全的인 재량이 주어지는 것이 아니므로 연방 대법원이 그 사실확정을 통제할 수 있음을 보여주었다. 즉, 미 대법원을 포함한 사실심법원의 상급법원들은 배심원들에 의한 사실심법원의 사실확정을 검토할 수 있고, 그 사실확정이 합리적인 배심원(reasonable jury)에 의해 내려진 것이 아니라고 판단되면 그것을 뒤집을 수도 있다는 것이다.

2. 음란성 판단에 대한 미국 판례의 변천과 그 경향

1942년의 Chaplinsky판결이 일찍이 “음란한 표현”은 “명예훼손”이나 “싸움을 거는 말”과 함께 미국 수정헌법 제1조에 의해서도 보호받지 못하는 표현의 유형이라고 지적한 이후로 1957년이 되어서야 그 “음란한 표현”이 무엇이나에 대한 본격적인 미 연방대법원 판결이 나왔는데 그것이 Roth판결이다. 이 Roth판결에서는 두 개의 음란성 판단기준이 제시되었는데, 그 표현물이 “호색적 흥미에 호소하는 방법으로 행해지는지의 여부,” “현재를 기준으로 한 공동체사회의 평균인의 양심을 훼손하는지의 여부”가 그것이다. 물론 “사회적 중요성을 벌충하는지의 여부”도 Roth판결에서 분명 이야기되어졌지만 그것은 음란성 판단의 기준을 끌어내기 위한 추론과정에서 이야기되어졌을 뿐 음란성 판단의 두 가지 기준에서는 빠져있기 때문에, 그 표현물이 “사회적 중요성을 벌충하는” 효과를 약간 가지고 있더라도 그 표현물이 “음란”하지 않게 되는 것은 아니었다. 그리고 Harlan대법관의 반대의견이 잘 지적하고 있는 바와 같이, Roth 판결의 다수의견이 제시한 음란성 판단의 기준은 너무 일반적이고 추상적이어서 특정한 표현물이 음란한가의 판단은 실제로 별 명백한 기준도 없이 “사실심 법원(trial court)”에 남겨지게 되는 한계를 지니고 있었다.

1957년의 Roth 판결 이후로 1973년의 Miller판결이 있기까지 약 16년 동안, 사실상 추상적인 Roth판결의 음란성 판단기준을 구체화시킬 수 있는 어떤 뚜렷한 기준이 밝혀져서 법원의 다수의견이 된 적은 한번도 없었다. 이 시기에 있어 대법관들은 음란성 판단에 있어 다수의 지지를 획득하지 못하는 그들 나름의 구체적 음란성 판단기준들을 내놓았으며 그것은 “음란성”에 대한 개념정의가 그만큼 어렵다는 것을 반증하는 것이기도 했다. 그 가장 유명한 예가 1964년의 Jacobellis사건 판결에서의²⁹⁶⁾ Stewart대법관의 동조의견이다. 그는

295) Jenkins v. Georgia, 418 U.S. 153, 156(1974).

296) Jacobellis v. Ohio, 378 U.S. 184 (1964).

同意見에서, 그의 판단으로는 Roth판결의 원칙하에서 금지될 수 있는 유일한 표현물이 “성 묘사가 노골적인 포르노그래피(hard-core pornography)”인데 이것을 그는 도저히 명쾌하게 정의 내릴 수 없다고 고백했다. 그러면서 그는 어떤 표현물이 음란한 하드코어 포르노그래피인가는 “그것을 보면 알 수 있다(I know it when I see it)”는 유명한 말을 남겼고 동 사건에서 문제된 영화는 그의 이 기준을 적용시켜 봤을 때 음란한 하드코어 포르노그래피가 아니라는 결론을 내렸다.

3. Miller판결의 음란성 판단기준과 후속판결들에 의한 Miller판결 기준의 구체화

드디어 1973년에 이르러 Miller판결에 의해 보다 잘 다듬어진 음란성 판단의 세 가지 기준이 제시되었고, 그 세 가지 기준이 가지는 의미와 내용은 그 후의 많은 후속판결들에 의해 보다 더 구체화되면서 현재의 미국 판례법상의 음란성 판단기준으로 자리잡게 되었다. Miller판결이 제시한 세 가지 음란성 판단의 기준은 첫째, 현시대의 지역공동체 기준들(contemporary local community standards)을 적용해서 평균인이 느끼기에 그 표현물이 - 그 표현물을 전체적으로 이해했을 때(taken as a whole) - “호색적 흥미”에²⁹⁷⁾ 호소하는 것으로 받아들여지는가, 둘째, 그 표현물이 적용가능한 州法에 구체적으로 정의된 對性的 行위를 “명백히 거슬리는 방법으로” 묘사하는가, 셋째, 전체적으로 보아 그 표현물이 “중대한(serious) 문학적, 예술적, 정치적 혹은 과학적 가치를 缺하는 것”인가 이다. 이 세 가지 기준을 모두 만족시켜야 “음란한 표현물”이 되어 수정헌법 제1조의 보호를 받지 못하게 되며 州는 그것의 배포를 금지할 수 있다. 이 세 가지 기준은 다음과 같이 많은 후속판결들에 의해 그 의미와 내용이 구체화되고 세련되어져 갔다.

Miller판결에 나타난 음란성 판단의 첫 번째 기준인 “호색적 흥미”와 관련해서 “pandering”이 문제되었다. 그 표현물이 주로 “호색적 흥미”에 호소하는가의 문제는 그 표현물이 광고되어지는 방법에 영향을 받을 수 있다는 것이다. 예를 들어, Ginsburg v. U.S.(1966)판결에서, 피고가 그 표현물을 보내는 우편봉투에 “Middlesex N.J.”라는 소인을 찍는 등 그 표현물의 “性 도발적인 성격(the sexually provocative nature of materials)”을 강조했다라는 사실은, 비록 그 표현물 자체는 그것이 홍보된 방법과 분리시켜 생각했을 때 음란한 것이 아니더라도, 그 피고를 음란물을 우송한 것으로 만들기에 충분하다는 것이다. 그 표현물의 성 도발적 성격을 강조하는 홍보를 종종 “pandering”이라 부른다.

Miller 판결의 첫 번째와 두 번째 기준과 관련되는 “지역공동체기준”에 대해 그 의미를 구체화시키는 많은 판결들이 뒤따랐다.

첫째, 법원은 “호색적 흥미에의 호소”나 “명백한 공격성”의 의미 해석에 자신들의 주관적 기준을 적용하는 지역공동체 배심원들의 권리에 일정한 한계를 부여하고 있다. 예를 들면, 위에서 Brockett(1985)사건의 판결에서 본 바와 같이 “호색적 흥미”의 의미는 “단지 정상적이고 건강한 性的 욕구(only normal, healthy sexual desire)”를 포함하지는 않는다. 즉,

297) Brockett v. Spokane Arcadesm Inc., 472 U.S. 491(1985)사건의 판결은 “호색적 흥미에의 호소”는 성에 대한 “정상적인(normal)” 흥미에의 호소를 포함하는 것으로 간주될 수 없다고 판시했다. 즉, 단지 “성에 대한 치욕적이고 병적인 흥미”에의 호소만이 음란하다는 것이다. 이처럼, 비록 미대법원이 “성에 대한 좋은, 舊式的, 건강한 흥미들(good, old fashioned, healthy interests in sex)”에 대한 호소는 헌법적으로 보호된다는 데에 확고한 입장을 견지하고 있지만, 미 대법원은 얼마나 “정상적인” 性이 “치욕적”이거나 “병적인” 성과 구별되는 정상적인 성인지에 관해 더 이상의 구체화를 하지 않았다.

지역공동체의 배심원들이라 할지라도, 단지 정상적이고 건강한 성적 욕구를 자극할 뿐 그 이상의 성적 반응을 유도하지 않는 표현물을 “호색적”이거나 “공격적”이라고 판단할 수는 없는 것이다.

또한, 둘째, 지역공동체기준이 적용되다 보니, 어디에서 사실심 재판을 여느냐 하는 “裁判籍(venue)의 선택”이 음란성 판단에 중요한 요소로 등장했다. 보수적인 농촌지역의 음란성 판단에 대한 지역공동체기준과 진보적인 도시지역의 그것이 다를 수 있기 때문이다. 따라서 재판적의 선택은 州檢事나 연방검사들에게 큰 관심사였는데, 검사들은 그 표현물이 통과하는 지역들 중 어느 한 지역을 裁判籍으로 선택할 수 있었다. 예를 들어 음란한 표현물의 우편우송을 금지하는 연방법률 위반사건에 대한 재판은 “그 우송된 표현물이 통과하는 경로를 따라 위치하는 어느 지역에서든(anywhere along the route that the mailed material travels)” 열릴 수 있었다.

셋째, Jenkins판결(1974)에서 본 바와 같이 지역공동체의 배심원들에 의한 “명백한 공격성” 기준의 충족여부에 대한 사실확정 결정은, 합리적인 배심원들에 의해 내려진 결정이 아니라고 상급법원이 판단할 경우에는 얼마든지 뒤집어질 수 있는 한계를 지니는 것이기도 하다.

넷째, 표현물이 그 독자나 관객의 “호색적 흥미에 호소”하는지의 여부를 결정함에 있어 법원은 지역공동체 구성원 전부가 아니라 그 표현물이 타겟(target)으로 하는 “특수집단(special group)”의 반응을 고려할 수도 있다. 예를 들어 1966년의 Mishkin사건에서²⁹⁸⁾ 법원은 변태성욕자집단(deviant sexual groups)을 주된 타겟으로 하는 가학 피학성 변태성욕, 일반적 변태성욕, 동성애에 관한 책들(sadomasochistic, fetishist and homosexual books)의 판매에 대한 유죄판결을 확정한 바 있다. 지역공동체 구성원 전부는 아닐지라도 이러한 변태성욕자집단의 구성원들은 호색적 흥미의 반응을 보였을 것이기 때문에 “호색적 흥미”의 기준은 만족되었다고 본 것이다. 이것을 “可變的 음란성의 원칙(variable obscenity doctrine)”이라고 부른다.

두 번째 기준에 의해 음란물로 판단되어지는 “하드코어 성행위”의 의미와 관련하여 미 대법원은 1991년의 Barnes판결의²⁹⁹⁾ 4인 소수의견에서³⁰⁰⁾ 단순히 나체(nudity)를 보여주는 것만으로는 음란한 것이 아니라는 점을 지적했다.

세 번째 기준인 “중대한 문학적, 예술적, 정치적 혹은 과학적 가치를缺하는 것인가”와 관련하여, 이 기준은 다른 두 기준과는 달리 그 재판이 열리는 지역공동체가 아니라 全國的 단위의 “합리적 인간(reasonable person)”을 그 기준으로 한다.³⁰¹⁾ 즉, 합리적인 사람에 의해 그 표현물이 전체적으로 보아 중대한 문학적, 예술적, 정치적 혹은 과학적 가치를

298) Mishkin v. New York, 383 U.S. 502 (1966).

299) 인디애나주의 “公共猥褻法(public indecency statute)”은 공공장소에 나체의 상태로 나타나는 것을 경범죄로 처벌하고 있었다. 여성이 공공장소에 pasties(유두가리개)나 G-string을 입지않고 나타나면 동범은 그것을 나체로 보았다. 이 사건에서의 원고는 완전나체춤을 선보이기를 원하는 두 댄스클럽과 나체춤을 추기를 원하는 몇몇 댄서들이었다. 판결에서 5인의 다수의견은 인디애나주법이 pasties와 G-string을 요구하는 것으로 해석되어지는 한 수정헌법 제1조 위반이 아니라고 판시했고 4인의 소수의견은 나체춤은 수정헌법 제1조에 의해 보호받는 표현행위라고 보았다. Barnes v. Glen Theatre, Inc., 501 U.S. 560 (1991).

300) 그 후의 판결들에서는 5인의 다수의견이 아니라 4인의 이 소수의견이 받아들여지게 됨으로써, 이 Barnes사건의 4인 소수의견이 미 판례법상의 원칙으로 확립되었기 때문에 이 4인의 소수의견이 중요한 것이다.

301) 이것은 1987년에 Pope v. Illinois, 481 U.S. 497(1987)에서 확인된 바 있다.

는 것이라 판단되어질 수 있는 것이라면, 그 표현물은 이 세 번째 기준을 충족시키지 못해 음란물이 되지 않는다.

이 세 번째 기준과 관련하여, “주제가 있는 음란(thematic obscenity)”이 문제된다. 미 대법원은 일찌기 음란과 “일정한 성행위 표현의 보호(advocacy of certain types of sexual conduct)”를 구별했다. “주제가 있는 음란(thematic obscenity)”으로 간혹 불리워지기도 하는 이 일정한 성행위 표현의 보호는 사상의 표현(expression of ideas)으로 취급되며 따라서 수정헌법 제1조에 의해 보호된다. 예를 들어, *Kingsley International Pictures Corp. v. Regents*(1959) 판결에서 미 대법원은 간통이나 사통을 받아들일 수 있는 행동으로 묘사한 어떤 영화도 결과적으로 금지하고 있던 뉴욕 영화검열법을 위헌 무효화 시켰다.³⁰²⁾ 그 영화검열법은 “어떤 사상의 주장(advocating an idea)”에 대한 검열도 허락하는 것이었으며 따라서 수정헌법 제1조하에서는 더 이상 유효할 수 없었던 것이다.

그런데 출판물과 연극·영화·비디오물의 음란성 판단기준과 관련하여 위의 기준이 확일적으로 적용되는 것은 아니다. 즉, 미 대법원은 위의 이 기준은 성인을 상대로 한 성적 표현물의 음란성 판단기준으로 한정짓고 미성년자들을 상대로 한 성적 표현물의 음란성 판단은 그 기준을 달리 함으로써 성적 표현물로 부터의 “미성년자의 특별보호”를 꾀하고 있다. 그 방법은 두 가지의 측면에서 나타나고 있는데 그 첫 번째가 독자나 관객으로서의 미성년자의 특별보호이다. 성인들에게 배포되었을 때 위의 기준을 충족시키지 못해 음란하지 않은 표현물이 될지라도, “성에 대해 노골적인 내용을 담고있는 표현물(sexually explicit materials)”이기만 하면 미성년자에게는 그것이 “음란물”이 되어 그것의 청소년에의 배포를 州法이 금지할 수 있게 하고 있다. 이는 1968년의 *Ginsberg*판결에서³⁰³⁾ 일찍이 판시된 바 있다. 두 번째가 “性的 표현물에서의 등장자(pornographic subjects)”로서의 미성년자의 특별보호이다. 즉, 州는 어떤 성적 표현물이 위의 세 기준으로 보아 음란하지 않더라도 “성행위에 가담하는 미성년자”를 보여주는 표현물이면 음란물로 보아 그 배포를 금지할 수 있는 것이다. 이는 1982년의 *Ferber*사건의 판결에서³⁰⁴⁾ 상세히 다루어졌다. 물론 이 때의 표현은 “미성년자의 시각매체를 통한 표현(visual depictions of children)”에 국한되고 성행위에 가담하는 미성년자의 글로서의 묘사는 음란물로 규제되지 않는다. 이는 미성년자와 관련해서는 수정

302) 이 법에 의해 그 유명한 “차탈레부인의 사랑(Lady Chatterley’s Lover)”도 상영이 금지되었다.

303) 뉴욕주법은 미성년자에의 “topless pictures”의 배포를 금지하고 있었다. 피고인 *Ginsberg*는 16세 소년에게 “girlie(아가씨)”라는 이름의 잡지를 팔았고 이 잡지가 “topless pictures”를 담고 있어서 이 州法 위반으로 기소되어 주법원에서 유죄판결을 받았고 이에 *Ginsberg*가 동 사건을 미 대법원에 상고했다. 판결에서 미 대법원은 주법원의 유죄판결을 확정했다. 즉, topless pictures라는 이유만으로 성인들에게 음란한 표현물이 되는 것은 아니어서 그 잡지의 배포가 수정헌법 제1조의 보호를 전혀 받지 못하는 것은 아니지만, 그것이 미성년자들에게 배포될 때에는 음란물이 되어 배포가 금지될 수 있다는 것이다. 왜냐하면, 이익형량을 통해, 미성년자를 보호하는 州의 중대한 이익이 미성년들에게 그 표현물을 배포할 출판자의 표현의 자유보다 우선하기 때문이라는 것이다. 그러나 이때에도 州는 그 표현물의 배포가 “미성년자에게만” 금지될 수 있도록 그 규제를 “좁게 정해야(narrowly tailor)” 한다고 한다. 왜냐하면, 그 규제가 성인들의 그 표현물에서의 접근을 “실질적으로 방해하지 않아야(not substantially impair)” 하기 때문이다. *Ginsberg v. New York*, 390 U.S. 629 (1968) 참조.

304) 이 사건의 판결에서 미대법원은 음란물에 등장하는 “미성년자에 대한 성적 착취와 학대(the sexual exploitation and abuse of children)”를 막으려는 州의 “중대한 이익(compelling, surpassingly important interest)”을 그 표현물 제작자나 배포자의 표현의 자유보다 우선시켰다. 그 근거는 미성년자가 그 표현물의 제작과정에서 육체적으로나 정신적으로 돌이킬 수 없는 해를 입기 때문이라고 보았다. *New Yo가 v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982) 참조.

헌법 제1조의 표현의 자유에 의해서도 “보호받지 못하는 새로운 영역(new unprotected category)”이 있음을 의미하는 것이다. 특히 1969년의 Stanley판결³⁰⁵⁾ 이후 음란물이더라도 그 “私的 所持(private possession)”는 괜찮고 그 사적 소지를 규제하면 위헌이라는 확고한 판례법상의 원칙이 서 있었지만, “성행위에 가담하는 미성년자”를 보여주는 시각적 표현물의 경우는 Osborne판결³⁰⁶⁾ 이후 그 私的 所持마저도 처벌받게 되었다.

4. 미국 판례법상의 음란성 판단기준이 가지는 한계

Warren대법원장은 일찍이 음란성(obscenity)을 미국 연방대법원이 다룬 이슈들 중 가장 어려운 것이라고 고백한 적이 있다. 그 근거로 그는 음란성 여부를 심판하기 위해 법원은 두 개의 헌법상의 권리들을 이익형량해야 하기 때문이라고 설파했다. 그는 “州政府和 연방 정부는 점잖은(decent) 사회를 유지할 권리가 있다. 그러나 반면에 미합중국의 국민은 수정헌법 제1조상의 권리를 가지는 것이다”³⁰⁷⁾라고 말했고, “음란성에 관한 사건들은 점잖은 사회를 유지할 정부의 권리를 침해함이 없이 미국 수정헌법 제1조의 권리가 어느 정도까지 보호될 수 있는지의 문제를 야기시킨다”고 했다.

Warren대법원장의 이러한 고백에서도 알 수 있듯이 “음란성” 여부의 판단은 어떤 萬古不變의 개념적 기준에 의해 一刀兩斷적으로 해결할 수 있는 것은 아니다. 이 음란성 판단은 그 “시대와 사회”에 따라 달라질 수 있는 것이다. 그리고 음란성 판단 가변성의 통로역할을 하는 것이 바로 Warren이 말한 이익형량(balancing test) - 점잖은 사회를 유지할 州政府和 연방정부의 이익, 즉 공익과, 국민 개개인이 수정헌법 제1조에 기한 표현의 자유를 만끽할 이익 사이의 이익형량 -이라고 필자는 믿는다. 점잖은 사회를 유지할 州政府和 연방정부의 이익, 즉 공익이 이익형량을 통해 더 우선시 되는 시대와 사회에서는 음란성이 넓게 인정되어 많은 개인의 표현물들이 음란물로 취급되어 금지의 대상이 되었으며, 국민 개개인의 표현의 자유의 만끽이 가져올 이익을 중시하는 시대와 사회에서는 음란성이 좁게 인정되어 많은 개인의 표현물들이 금지의 그물을 뚫고 자유롭게 제작되고 유포되는 역사를 반복해왔던 것이다. 특히 시대적으로 현대에 이르면 이를수록, 그 사회가 개방적이면 개방적일수록 후자의 경향이 더 강화되는 추세에 있다는 점도 지적될 수 있겠다.

미국 판례법상의 음란성 판단에 관한 세 기준의 적용도 결국은 이익형량의 문제로 귀결될 수 있다는 것이, 이 판단기준이 가지는 한계를 솔직히 시인하는 것이 될 수 있을 것이다. 세 기준 중 지역공동체기준의 평균인의 입장에서 판단하는 “호색적 흥미에의 호소”와 “명백한 공격성이 있는 하드코어 성행위의 묘사”라는 첫 번째와 두 번째의 판단기준에는 이익형량이 개입할 여지가 별로 없다. 왜냐하면, 첫째, 무엇이 “호색적 흥미에의 호소”인가는 지역공동체의 평균인의 기준으로 봤을 때, Roth판결이 일찌기 밝히고 있는 바와 같이 “음탕한 생각을 불러일으키는 경향이 있는 표현물”이면서 Brockett판결이 밝혔듯이 “단지 정상적이고 건강한 性的 욕구”를 자극하는 것에 불과하지 않거나, Ginsburg판결이 지적하고 있는 바와 같이 그 표현물 자체는 “음탕한 생각을 불러일으키는 경향”이 없더라도 그 홍보가 표현물의 성 도발적 성격을 강조하는 것이면 지역공동체 평균인의 “호색적 흥미에 호소”하는 것이 된다. 둘째, 무엇이 “명백한 공격성이 있는 하드코어 성행위의 묘사”인가는, Barnes판

305) Stanley v. Georgia 349 U.S. 557 (1969).

306) Osborne v. Ohio, 495 U.S. 103 (1990).

307) M. Landsberg, *A Conversation with Chief Justice Earl Warren*, 1969, p.6.

결의 4인 소수의견이 지적하듯이 단순한 나체를 보여주는 것을 넘어서서, Miller판결이 제시한 예에 해당하거나 그에 준하는 행위이면 되는 것이다.

그러나, 세 번째 음란성 판단기준인 “중대한 문학적, 예술적, 정치적, 혹은 과학적 가치를缺하는 것인가”의 여부에는 이익형량의 개입을 부정할래야 부정할 수 없다. 여기에서의 이익형량은 Pope v. Illinois판결이 밝혔듯이 “전국적 단위의 합리적 인간”을 기준으로 한다. “지역공동체의 평균인”을 기준으로 하는 것보다 우선 주정부나 연방정부의 “점잖은 사회의 유지”라는 공익을 그 형량의 대상으로 하기가 더 용이해진다. 그리고 여기에서 말하는 “중대한 문학적, 예술적, 정치적, 혹은 과학적 가치”라는 것도 표현물이 그 사회에 가져올 수 있는 공익인 것이다. 그런데 여기서 “중대한(serious)”라는 것은 그야말로 애매한 말이기 때문에 하찮은 미량의 문학적, 예술적, 정치적, 혹은 과학적 가치도 일단 “점잖은 사회의 유지”라는 州政府나 연방정부의 이익과 이익형량의 대상이 되는 것이다.

그 표현물의 문학적, 예술적, 정치적, 혹은 과학적 가치와 이익형량이 되는 “점잖은 사회의 유지”라는 州政府나 연방정부의 이익에도 문제가 있다. Paris Adult Theatre판결에서 보았듯이 이 이익은 음란물이 성범죄와 非道德的·反社會的 행위를 유발시키고 공동체 삶의 質을 떨어뜨리며 사회의 도덕적 분위기를 훼손한다는 가정에 기초하고 있다. 그러나 Paris Adult Theatre사건의 반대의견에서 Brennan대법관이 잘 지적하고 있듯이 그 가정이 옳음을 뒷받침하는 충분한 연구성과물도 없다. 오히려 자유주의자들의 연구결과인 자유주의적 이론(liberal theory)에³⁰⁸⁾ 의하면, 많은 심리학자나 사회학자들의 실험결과에는³⁰⁹⁾ 거슬리는 내용의 포르노그래피가 강간 등의 성범죄를 유발시키는 것이 아니라 그 사회를 더욱 건강하게 만들어 사회적으로 유용성을 가진다고 반박한다.

결국, 미국 판례법상의 음란성 판단의 세 번째 기준을 통해 이익형량이 이루어지고 이 이익형량이 사실상 음란성 판단의 결정적 기준으로 작용하게 되는 것이다. 나머지 “호색적 흥미의 호소”나 “명백한 공격성의 하드코어 성행위 묘사”의 기준은, 현대와 같이 성이 고도로 상품화되고 성문화가 범람하는 미국사회에서는 웬만한 성적 표현물들은 다 충족시키기 때문이다. 따라서 미국 판례법상의 음란성 판단기준을 가장 단순화시켜 이해하면, 그것은 세 번째 기준인 “중대한 문학적, 예술적, 정치적, 혹은 과학적 가치”의 기준을 통한 이익형량에 다름아닌 것이며, 결국은 이 음란성 판단기준은 구체적이고 정확한 기준이 아니라, 그 실체는 “사안별로의(case by case) 이익형량”에 불과하다는 한계를 노정시키게 된다. 이러한 점은 청소년에게 배포되거나 청소년을 성행위에 등장시키는 시각적 표현물의 경우 그 음란성 판단기준이 달라져 음란물의 범위가 넓어지고 표현의 자유의 보호가 좁아진다는 데에

308) 포르노그래피에 대한 접근에는 세 부류의 각기 다른 표준이론들(normative theories)이 있다. 보수적 도덕주의자 이론(The Conservative Moralistic Theory), 자유주의적 이론(The Liberal Theory), 女權主義者 이론(The Feminist Theory)이 그것이다. 앞의 Roth판결이 보수적 도덕주의자 이론에 기초한 보수적 판결이라면, Memoirs판결과 Jenkins판결은 자유주의적 이론에 기초한 진보적 판결이었으며, 1985년의 Hudnut판결(American Booksellers Association, Inc. v. Hudnut, 771 F.2d 323, 7th Cir., 1985)로 위헌이 선언된 인디애나폴리스시 조례는 여권주의자 이론에 입각하여 포르노그래피를 이해한 조례였다. 세 이론의 주장과 그 과학적 근거에 관해 자세히는 Daniel Linz & Neil Malamuth, *Pornography*, Newbury Park, London, New Delhi/ Sage Publication, Inc., 1993, pp.16-56 참조.

309) 영국과 미국에서는 1960년대부터 1980년대까지 포르노그래피와 그것이 사회에 미치는 영향에 대해 국가의 주도로 심리학자나 사회학자들을 중심으로 한 많은 포르노그래피위원회(Pornography Commission)가 만들어졌다. 이 위원회들의 활동과 포르노그래피를 보는 견해에 대해 자세히는 윤명선·박영철, “淫亂의 基準과 그 制限”, 『경희법학』 제31권 제1호(1996년 12월) 참조.

서도 알 수 있다. 이 때에도 미 대법원은 위에서 밝힌 것처럼 이익형량을 했고 이를 통해 미성년자를 보호하려는 州의 이익이 표현자의 표현의 자유보다 더 무겁고 후자에 우선한다고 보았기 때문이다.

5. 소결

음란성이라는 것은 위에서 애써 강조한 바와 같이 시대에 따라 또 “사회”에 따라 그 판단이 다를 수 있는 것이기 때문에 미국 대법원 판례를 중심으로 미국에서 확립된 음란성 판단의 기준을 한국사회에서의 성적 표현물에 대한 음란성 판단에 그 잣대로 들이대는 데에는 문제가 있다. 하지만, 이 역시 위에서 보았듯이, 미국 판례법상의 음란성 판단기준이라는 것도 사실은 이익형량을 위한 도구로서의 역할을 하는 것에 지나지 않으므로, 그 기준이 미국 사회의 특수성을 반영하는 것이 아니라 그 기준에의 적용이 - 더 정확하게는 이익형량이 - 미국 사회의 특수성을 반영할 뿐이므로 음란성 판단의 미국판례법상의 기준을 한국 사회의 한국소설에 음란성 판단의 한 도구(tool)로서 적용해 보는 것도 과히 무의미한 일은 아니라고 생각한다.

이 소설 등 기존의 전형적 표현매체상의 성적 표현물에 대한 음란성 판단을 위해서는, 우선 첫째, 이것이 한국사회라는 공동체의³¹⁰⁾ 평균인이 느끼기에 “호색적 흥미에 호소”하는 즉, “단지 정상적이고 건강한 성적 욕구”를 제외한 “음탕한 생각”을 불러일으키는 경향이 있는 표현물인가를 결정해야 한다. 그리고 그렇지 않더라도 그 표현물의 홍보가 성 도발적 성격을 강조하는 것이었느냐도 살펴야 할 것이다.

둘째, “명백한 공격성이 있는 하드코어 성행위의 묘사”인가는 그것이 단순히 나체를 묘사한 것을 넘어서서, 정상적이거나 성도착적인, 실제의 혹은 가상의 성행위 그 자체에 대한 명백히 거슬리는 묘사이거나, 자위행위, 배설행위, 남녀 성기의 추잡한 노출에 관한 명백히 거슬리는 묘사 혹은 이에 준하는 묘사인가로 따져야 할 것이다.

셋째, “중대한 문학적, 예술적, 정치적, 혹은 과학적 가치를 결하느냐”에 있어서는 그 소설이 과연 이러한 사회적 가치를 조금이라도 가지느냐를 소설전체의 내용을 통해 판단하고, 가진다면 이 이익을 “점잖은 사회를 유지할” 한국정부의 이익과 형량을 해야 할 것이다. 그런데 한 가지 여기서 지적해둘 것은, 위에서 본 바와 같이 “점잖은 사회를 유지할 이익”의 기초가 되는 음란물과 성범죄, 음란물과 부도덕한 행위, 음란물과 공동체 삶의 질의 저하, 음란물과 사회의 도덕적 분위기의 훼손 사이의 상관관계는 반드시 존재한다고 보기도 힘들다. 따라서 표현물을 억압함으로써 얻어지는 한국정부의 “점잖은 사회를 유지할 이익”도 그 근거가 매우 약한 것이 된다. 더우기 이 대목에서는 현재의 한국 사회의 현실도 고려되어야 한다. 소설 등 기존의 전형적 표현매체가 아니더라도 현 한국 사회에는 “호색적 흥미에 호소”하고 “명백히 공격적으로 하드코어 성행위를 묘사”하는 많은 표현물들이 범람하고 있다. 우선 인터넷을 보더라도, 인터넷에는 많은 음란 사이트들이 창궐하고 있고 이 소설보다 더 “호색적 흥미에 호소”하고 더 “명백히 공격적으로 하드코어 성행위를 묘사”하는 표현물들이 규제를 피해 넘쳐나고 있다. 그런 현실하에서 이 소설 등 기존 표현매체상의 표현물의 음란성에 대한 인정과 그 저자에 대한 처벌은 공평성의 문제를 일으킬 수 있고, 또 이미 이러한

310) 한국은 미국과 같이 넓은 나라도 아니고 또 형사사건 유·무죄의 사실확정에 배심원제도를 취하고 있지 않으므로 “호색적 흥미에 호소 여부”와 “명백히 거슬리는 하드코어 성행위 묘사 여부”의 “지역공동체”라 하면 한국 사회 전체를 생각하면 된다고 본다.

음란한 표현물의 범람으로 인해 “점잖지 못하게 된” 한국사회에는, 이 소설의 규제를 통해 얻게 될 “점잖은 사회의 유지”라는 이익이 극히 적을 수밖에 없다고 생각한다. 어쨌든 이 세 번째의 기준에서는, 성의 표현과 관련된 한국사회의 모든 현실적 요소들이, “형량되는 이익”의 무게를 변화시키는 막강한 힘을 발휘하며, 이 기준은 이 모든 요소들을 녹여내고 담아내는 용광로의 구실을 한다고 믿는다.

III. 전통적인 음란기준이 사이버공간에도 적용되는가?

이상의 서술은 출판물과 연극·영화·비디오물 등 기존의 전형적인 오프라인상의 표현물들에 있어서의 음란성 판단기준에 관한 것이었다. 그럼, 방송이나 Cyberspace상의 표현물에 대한 음란성 판단에도 이 기존 표현매체의 표현물에 대한 음란성 판단기준에 적용되는가? 미국 대법원은 오늘날 性的 표현물에 대해 異元的인 규제기준을 적용한다. 즉, 매체별 접근 방식이라 하여 출판물, 전화, 공중파TV, 케이블TV 등의 매체가 각기 가지는 특성에 따라 성적 표현물의 규제를 달리 한다. 이는 20세기초에 등장한 새로운 대중전달매체인 방송(broadcasting)에 대해, 출판물, 즉, 인쇄매체를 중심으로 형성된 수정헌법 제1조상의 표현의 자유 법리를 그대로 적용하는 것은 무리라는 생각에서 출발했다. 특히 3분할이론은 대중매체를 전화 등을 포함하는 일반적 전달매체(common carrier), 인쇄매체(press), 방송(broadcasting)으로 나누고 “방송”에 대해서는 그 “주파수의 희소성”이나 “침투성(즉, 정보 수용자측의 통제가능성 결여)”을 이유로 본 연구에서 다루는 인쇄매체나 일반적 전달매체에 비해 “음란물”의 범위를 넓게 잡고 표현의 자유의 보호범위를 좁게 잡아 이에 대한 정부의 규제를 넓게 인정하고 있다. 그 후 Cyberspace상의 성적 표현물에 대한 음란성 판단기준이 문제가 되었는데, 미 대법원은 “인터넷”은 “주파수의 희소성”이나 “침투성”이 없으므로 “방송”과 다르다는 입장을 취하면서 “인터넷”에서의 음란성 판단기준을 “방송”에서의 그것과 달리 하고 있다. 즉, “방송”보다 음란물의 범위를 좁게 보고 표현의 자유를 넓게 인정하여 “인터넷”에서의 성적 표현물에 대한 정부의 규제를 좁게 인정하고 있다.³¹¹⁾

그 후 “사이버스페이스상의 성적 표현물에 대한 음란성 판단기준”이 미대법원에서 문제가 되었는데, 미대법원은 인터넷의 개념과 특성에 관해 법적 관점에서 자신의 최초의 공식적인 입장을 표명한 1997년 6월의 Reno판결(Reno v. ACLU, 117 S.Ct 2329, 1997)에서, “인터넷”은 “주파수의 희소성”이나 “침투성”이 없으므로 “방송”과 다르다는 입장을 취하면서 “인터넷”에서의 음란성 판단기준을 “방송”에서의 그것과 달리 하고 있다. 즉, “방송”에서보다 음란물의 범위를 좁게 보고 표현의 자유를 넓게 인정하여 “인터넷”에서의 성적 표현물에 대한 정부의 규제를 좁게 인정하고 있다. 이는 “인터넷”상의 성적 표현과 관련해서는 다시 출판물 등에 관한 Miller판결상의 음란성 판단기준으로의 회귀를 의미하는 것이기도 했다.

IV. 아동포르노와 표현의 자유

1. 개관

311) Cyberspace상에서의 음란성의 판단기준은 1997년 6월의 Reno v. American Civil Liberties Union사건의 판결에서 깊이있게 다루어졌으며 이 판결의 내용과 그 분석에 대해 자세히는 황승흠, “인터넷과 기본권”, 『헌법학연구』 제5권 제2호(1999년 10월), 28-35면 참조.

기존 표현매체상의 성적 표현이 음란성판단의 세 기준 중 어느 하나의 기준이라도 만족시키지 못한다면 성인에게는 “음란물”이 아니게 된다. 하지만, 청소년에 대해서는 음란성 판단의 기준이 달라져, “성에 대해 노골적인 내용을 담고 있는 표현물”이기만 하면 음란물이 되고 청소년에의 배포가 금지될 수 있다는 점에도 유의해야 한다. 예를 들어 어느 소설의 여주인공이 미성년자이기 때문에, 이 소설이 “성행위에 가담하는 미성년자”를 묘사하는 것이어서 음란물이 될 수 있다고 생각할 수도 있으나, 위에서 본 것처럼 “性的 표현물”에의 등장자로서의 미성년자의 특별보호”는 시각매체를 통한 표현에 국한되고 책에서의 글로의 묘사는 이에 포함되지 않으므로, 여주인공이 미성년자라는 이유로 본 소설이 음란물이 될 수는 없다.

물론 여기서의 등장 배우가 미성년자인가 아닌가는 그 배우의 “그 표현물에서 이야기되어지는 나이”가 아니라 “실제 나이”를 기준으로 한다. 왜냐하면, 위에서 본 바와 같이, 이러한 미성년자에 대한 특별보호를 하는 이유가, 미성년자는 그 표현물의 제작과정에서 육체적으로나 정신적으로 돌이킬 수 없는 해를 입기 때문에 성적 표현물에 등장하는 미성년자에 대한 성적 착취와 학대를 막으려는 州의 중대한 이익을 표현의 자유에 우선시키는 데에 있으므로, 그 나이는 등장 배우의 실제 나이가 기준이 되어야 하는 것이다. 미국 판례법상의 이 기준을 적용시켜 보면, 최근 한국에서는 별 문제 없이 극장에서 상영되고 있는 “춘향전”이라는 영화가 미국에서는 음란물이 될 소지가 있다. 왜냐하면, 춘향의 역으로 등장하는 여배우의 실제 나이를 봤을 때 그 배우는 미성년자이고, 이 영화는 몇몇 장면에서 성행위에 가담하는 미성년자를 보여주고 있기 때문이다. 따라서, 한국에서는 음란물이 아니라고 생각되는 이 영화가 오히려 우리보다 표현의 자유를 더 넓게 인정한다고 생각되는 미국에서는 음란물이 될 수 있는 것이다. 미국 대법원은 음란성 판단의 세 기준을 적용하여 음란물의 범위를 좁게 인정하고 표현의 자유를 넓게 인정함으로써 일반적인 음란성 판단에서는 표현자에게 너그러운 태도를 취하지만, 청소년과 관련해서는 음란성 판단의 기준이 달라지면서 표현자에게 엄한 태도로 변한다. 즉, 일반적으로는 표현의 자유를 중시하지만, 이 표현의 자유도 청소년 보호라는 이익 앞에서는 희생되는 것이다. 이에 비해 한국의 음란성 판단에 대한 종전의 일반적 기준은 음란물의 범위를 미국보다 넓게 인정하고 표현의 자유를 좁게 인정함으로써 음란성 판단에서 표현자에게 상대적으로 엄한 태도를 취하지만, 그 기준이 성인과 청소년에 대해 공통된 것이어서, 청소년과 관련해서는 오히려 미국에 비해 상대적으로 표현자에게 너그러운 태도를 취하고 있는 것이 된다.

2. Aschcroft v. Free Speech Coalition 판결³¹²⁾

(1) 사실관계

1996년에 제정된 아동포르노예방법(Child Pornography Prevention Act of 1996, 이후로는 CPPA)은 아동포르노에 대한 연방법률의 금지범위를 실제 미성년자를 등장시켜 만든 포르노³¹³⁾ 뿐만이 아니라 사진, 필름, 비디오, 그림, 컴퓨터 혹은 컴퓨터가 만든 이미지나 그림으로 性的 행위에 가담하는 청소년이 등장하거나 등장하는 것처럼 보이는 것,³¹⁴⁾ 그리

312) 판결문 全文은 <http://caselaw.lp.findllaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=000&invol=02-04-22>. 참조.

313) 18 U.S.C. 2256(8)(A).

314) 18 U.S.C. 2256(8)(B).

고 노골적인 성행위에 가담하는 미성년자를 광고, 장려, 제시, 모사 혹은 이를 배포하는 행위로³¹⁵⁾ 까지 확대했다. 이 중, 2256(8)(B)항은 미성년자를 묘사하지만 실제로는 미성년자를 쓰지 않고 어려 보이는 성인을 쓰거나 컴퓨터를 사용한 이미지를 사용해 만들어진 표현물까지 범주에 넣고 있어 논란이 되었다. 물론 2256(8)(D)항은 아동포르노그래피로 광고된 포르노물의 제작이나 광고를 막는 것을 목표로 제정되었다. CPPA가 그들의 활동을 위협할 것을 두려워한 성인물거래연합 등의 자유언론연대 등은 이 법규정이 그 규제범위가 너무 광범하고 규정자체가 애매하며 수정헌법 제1조의 표현의 자유가 보호하는 표현물의 제작을 위축시킨다고 주장하며 소송을 제기했다.

연방지방법원은 이러한 자유언론연대의 주장을 받아들이기를 거부하고 정부측에 승소판결을 내렸으나 연방 제9순회재판소는 이를 뒤집었다. 동법원은 포르노그래피가 Miller기준에³¹⁶⁾ 의해 음란물에 해당될 때에만 금지될 수 있으나, 실제의 미성년자를 묘사하는 포르노그래피는 그 생산과정에서 착취당하는 미성년자를 보호하고 그러한 성적 착취를 행하는 이들을 기소하려는 州의 이익 때문에 그 이미지가 음란한가에 관계없이 이를 금지할 수 있다고³¹⁷⁾ 보았다. 연방 제9순회재판소는 CPPA가 Miller기준 하에서 음란하지도 않고 Ferber에서처럼 실제 미성년자를 등장시키며 성적으로 착취하여 만들어진 것도 아니기 때문에 실질적으로 너무 광범하게 규정되었음을 인정하면서 CPPA가 文面上 위헌이라고 판시했다. 이에 대법원에 상고되었고, 대법원은 사건이송명령장을 연방 제9순회재판소에 발부해 보냄으로써, 본 사건을 本案에서 심리하게 되었다.

(2) 다수의견의 논점과 추론

Kennedy대법관에 의해 집필된 다수의견은 CPPA의 문제된 조항들이 위헌이라고 판시했다.

첫째, 2256(8)(B)는 Ferber와 Miller에서 인정된 규제의 범주들을 넘어서는 것이고, 정부가 언론의 자유 제한의 근거로 드는 것들이 연방대법원의 선판례들에서 그 정당성을 찾을 수 없고 수정헌법 제1조의 법리에도 맞지 않는다고 보았다. 따라서, 동조항들이 적법한 언론에 종사할 자유를 상당부분 침해하여, 규정의 광범성으로 인해 위헌이라 판시했다. 그 추론과정은 대략 다음과 같다.

우선, 동조항의 지나친 ‘광범성’을 문제삼았다. 헌법은 수정헌법 제1조의 표현의 자유에 의해 보호될 수 있는 언론마저도 위축시키는 광범하게 규정된 법률로부터의 표현의 보호를 규정한다. 이러한 관점에서 보았을 때, CPPA는 상당한 양의 보호되는 표현들을 금하는 것이어서 文面上 위헌이다.

Miller기준을 적용해 보더라도 동조항은 Miller의 규제범위를 넘어서고 있다. Miller기준에 의해 음란물이 되기 위해서, 정부는 전체적으로 봤을 때 지역공동체기준에서 그 표현물이 호색적 흥미에 호소하고 명백히 거슬리는 하드코어 포르노그래피이며, 중대한 문학적, 예술적, 정치적 혹은 과학적 가치를 결하고 있음을 입증해야 한다.³¹⁸⁾ 그러나, CPPA는 Miller기준과 무관하게 성적 행위에 가담하는 미성년자를 묘사하는 것으로 보이는 이미지에 까지 그 규제범위를 확대하고 있다. 그 표현물들은 호색적 흥미에 호소할 필요도 없다. 명

315) 18 U.S.C. 2256(8)(D).

316) Miller v. California 413 US 15 (1973).

317) New York v. Ferber, 458 US 747, 758.

318) Miller v. California 413 US 15, 24 (1973).

백히 성적인 활동의 어떠한 묘사라도 그것의 표현형식과 관계없이 금지된다. CPPA는 성적 학대의 공포를 묘사하는 영화뿐만이 아니라 심리학 교재 속의 그림에도 적용된다. 더욱이 그 이미지가 명백히 거슬리는 것일 필요도 없다. 명백히 성적 활동에 가담하는 17세 미성년자로 보이는 청소년이 나오는 그림들은 지역공동체기준에 모든 경우에 있어 위배되는 것도 아니다. CPPA는 언론을 그것의 중대한 문학적, 예술적, 정치적 혹은 과학적 가치에도 불구하고 금지한다. 그러나, 성적 행위에 가담하는 미성년자에 대한 시각적 묘사는 현대 사회에서는 다반사로 일어나는 것이었고 오랜 동안 문학과 예술의 테마 중 하나였다. 윌리엄 셰익스피어의 명작 “로미오와 줄리에트”에서도 줄리에트는 13세의 미성년자였지만 性的 사랑에 등장하고 있다. 작년 아카데미상 최우수작품상 후보에 올랐던 영화 “Traffic”이나 재작년의 최우수작품상 수상작이었던 “American Beauty”도 성적 행위에 가담하는 미성년 소녀에 대해 묘사하고 있다. 이 법조항은 그 작품의 중대한 문학적, 예술적, 정치적 혹은 과학적 가치라는 별충적 가치를 고려치 않고 그 필름의 소지자까지 가혹하게 처벌하는 것이어서 Miller 판결의 세 번째 기준에도 맞지 않는다.

Ferber판결이 아동포르노의 제작뿐만 아니라 그것의 유포나 판매까지 금한 것은 이러한 행위들이 아동의 성적 학대에 두 가지 면에서 내재적 관련을 가지고 있기 때문이다. 즉, 아동학대의 영구적인 기록으로서 그 표현물의 계속적이 유포 자체가 가담 청소년에게 유해한 것이 된다는 점, 아동포르노의 생산과 유통은 원래 경제적인 동기에서 비롯된 것이므로 州는 그것의 유통을 차단시킬 주정부의 이익을 가진다는 점이 그것이다. 그러나, Ferber판결의 기준도 이 사건에 적용시킬 수 없다. Ferber에서의 표현이 그 표현 자체가 성적 학대의 기록이었다면, CPPA는 범죄의 기록이 아닌 표현을 금하고 그것의 제작으로 어떤 희생자도 만들어내지 않고 있기 때문이다. 가상의 아동포르노는 Ferber판결에서와는 달리 아동에 대한 성적 학대에 내재적으로 관련되어 있지 않다. 정부의 주장에 의하면 그 이미지들이 실제의 아동학대를 유발할 수 있다고 하지만, 그 이미지와 아동학대 발생 사이의 인과관계는 간접적이며 우발적이다. 그 해악은 반드시 그 표현으로부터 발생하는 것이 아니라 그 후의 형사적 범죄행위들의 몇몇 확정할 수 없는 잠재요인들에 의존하는 것이다. 정부측은 Ferber판결이 지적한 바와 같이 이러한 간접적 해악만으로 규제의 이유가 충분하다고 주장하지만, 이러한 주장은 두 가지의 결함을 가진다. 즉, 아동포르노에 관한 Ferber판결은 그 표현물이 어떤 의사전달을 하느냐가 아니라 그 표현물이 어떻게 만들어 졌느냐에 근거하고 있다는 점, Ferber는 아동포르노가 그 개념상 무가치한 것이라 판시한 것은 아니며 이 범주의 몇몇 표현물들이 중대한 가치를 가질 수 있음을 인정했고 CPPA에 의해 금지된 것과 같은 바로 그 가상의 이미지들을 허용가능한 代案的 표현수단으로 인정했다는 점이 그것이다.

Miller와 Ferber기준 이외에 정부측은 CPPA의 합헌주장의 다른 근거로, 아동에 대한 異常性慾者들이 아동들을 유혹하기 위해 가상의 아동포르노를 사용할 수 있다는 점을 든다. 언론자유와 보장과 관련하여, 연방대법원은 말과 행위 사이를 그리고 생각과 행위 사이를 철저히 구분해 왔다. 가상의 포르노그래피에는 성행위에의 선동, 유혹, 공모가 없다. 정부측은 성적 충동을 불러일으킬 수 있는 표현과 그 결과로서의 아동학대 사이에 긴밀한 인과관계가 존재함을 입증해내지 못했다. 더 강하고 직접적인 인과관계가 존재치 않는다면, 정부는 그 표현이 아동변태성욕자들을 불법적 행위에 가담하게 할 수 있다는 것을 근거로 그 표현을 금지할 수는 없다. 정부측은 또 가상 이미지가 실제 이미지와 구분될 수 없으며 兩者

는 같은 시장에서 유통되고 종종 상호교환되기도 한다는 점을 합헌의 근거로 주장한다. 그러면서 兩者를 다 금해야 한다고 주장한다. 그러나, 이러한 주장은 본질적으로 보호되는 언론도 보호되지 못하는 언론을 금지하기 위한 수단의 하나로서 금지될 수 있다는 것이며, 이러한 주장은 수정헌법 제1조의 법리를 뒤흔드는 것이다. 정부는 불법적 언론을 제한하기 위해 합법적 언론을 억누를 수 없다. 보호되는 언론은 단지 보호되지 않는 언론과 닮았다는 이유로 보호되지 않는 언론이 될 수 없다. 헌법은 그 반대를 요구한다. 보호되는 언론이 보호받지 못하게 될 가능성이 초래할 해악은 보호되지 못할 언론이 처벌되지 않고 허락될 가능성이 초래할 해악보다 우선한다. 따라서, 정부측의 이러한 주장도 정당화될 수 없다.

둘째, 피항고인측은 동법의 2256(8)(D)에 대해서도 다투고 있다. 동조항은 위에서 본 바와 같이, 성행위에 가담하는 청소년이 등장한다는 인상을 주는 방법으로 노골적인 성묘사가 행해지고 이것이 유포되는 것 등을 금하고 있다. 정부측의 주장에 의하면, 2256(8)(A)와 2256(8)(D)의 차이는 前者가 배심원단이 그 표현이 제시된 관점에서 그 표현물을 평가하는데 있다고 한다. 그러나 정부측은 이 경우에도 배심원측의 결정은 여전히 그 표현물의 내용에 주로 의존한다고 주장한다. 그러나, 이러한 주장은 잘못된 것이며 2256(8)(D)는 내용과는 무관하다. 2256(8)(D)하에서 필름이 미성년자의 성행위에 관한 내용을 담고 있지 않다고 하더라도, 제목과 예고편이 그러한 장면을 영화 속에서 발견할 수 있다는 인상을 준다면 아동포르노로 취급될 수 있는 것이다. 이 때 아동포르노인가의 결정은 그 표현물이 무엇을 표현했느냐가 아니라 어떻게 표현되었느냐에 따라 이루어진다. 이러한 표현물의 소지와 관련해서도, 동조항에 의하면 소지자는 그 영화의 등급표시가 잘못 되어 있다는 것을 알고 있는 경우에도 그 소지가 불법이 된다. 수정헌법 제1조의 표현의 자유는 더 정확한 제한을 요구한다. 이런 이유로 2256(8)(D)는 너무 광범하고 따라서 수정헌법 제1조에 위배되어 위헌이다.

(3) 판결의 의미

이 판결은 특히 가상의 미성년자 등장 of 아동포르노에 관한 2256(8)(B)항의 위헌심사와 관련하여 Miller기준, Ferber기준을 하나하나 적용한 뒤, 청소년대상 변태성욕자들이 아동들을 유혹하기 위해 가상의 아동포르노를 사용할 수 있다는 정부측의 주장에 대해서도 반박해나갔다. 이러한 자세한 논증을 통해, 연방대법원은 극히 최근인 2002년 4월에 동판결을 통해, 실제의 청소년 등장시키는 것이 아닌 가상의 아동포르노에 관한 정부의 규제에 대해 Miller판결이나 Ferber판결 이래로 유지되어 온 종래의 입장을 그대로 적용시키며 이에 대해 수정헌법 제1조의 표현의 자유 침해를 이유로 위헌결정을 내렸다. 이 판결도 표현의 자유를 다른 어떤 기본권이나 정부이익보다 우선 시키며 이를 두텁게 보호하는 미국 연방대법원의 입장을 확인시켜준 판결들 중의 하나라고 평가할 수 있겠다.

제2절 독일에서의 음란 등 불법정보의 규제와 표현의 자유

I. 형법

1. 단순 음란문서(제184조 제1항)

독일 형법 제184조 제1항³¹⁹⁾은 단순 음란문서³²⁰⁾에 대하여 규정하고 있다. 동 제1항은 청소년들에게 단순 음란문서의 내용을 인식할 수 있게 하는 구체적·추상적 가능성이 주어지지 않도록 음란문서를 청소년에게 제공하거나 청소년이 출입하는 장소에 전시·게시·상영 기타 접근을 용이하게 하는 행위 등을 금지하고 있다.

형법 제184조 제1항의 구체적인 내용을 보면 음란문서를 청소년에게 직접 접근을 용이하지 않게 하기 위하여 18세 미만의 자에게 음란문서를 제공, 양여 또는 접근을 용이하게 하는 행위(제184조 제1항 1호), 청소년이 출입할 수 있거나 열람할 수 있는 장소에서의 전시, 게시, 상영, 또는 기타 접근을 용이하게 하는 행위(제184조 제1항 2호), 또한 영업장소 이외에서의 개별적 거래, 매점 또는 다른 판매장소 등 고객의 출입이 잦지 않은 장소, 그리고 통신판매, 도서대여점 또는 독서회 등의 일정한 영업형태로 타인에게 음란문서를 제공, 양여하는 행위(제184조 제1항 3호), 18세 미만자의 출입 또는 그 열람이 불가능한 점포를 제외한 영업적 임대 또는 이와 유사한 영업적 사용보장도 고객의 연령과 상관없이 금지된다(제184조 제1항 3호a). 뿐만 아니라 통신판매의 방법으로 음란문서를 반입하는 행위(제184조 제1항 4호), 청소년이 출입·열람할 수 있는 장소에서 공연히 문서의 반포를 통하여 음란문서를 양여, 광고, 선전하는 행위(제184조 제1항 5호), 타인의 요청없이 음란문서를 타인에게 송부하는 것도 금지된다(제184조 제1항 6호).³²¹⁾ 영화관예매소에서 연령통제가 확보될 수 없기 때문에 공개적인 포르노그래피 영화상영도 기본적으로 금지하고 있다(제184조 제1항 7호). 음란문서 또는 이를 통하여 취득한 정보를 위에서 언급한(제1호 내지 7호) 방법으로 사용하거나 타인의 사용을 가능하게 하기 위하여 제조, 취득, 인도, 보관 또는 수입하는 행위(제184조 제1항 8호), 해당 국가의 형벌법규에 위반하여 음란문서 또는 이로부터 취득한 정보를 외국에 반포하거나 공연히 전달하거나 또는 그와 같은 사용을 가능하게 하기

319) 형법 제184조 【음란문서반포】 ① 음란문서(제11조 제3항)에 관하여 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 한 자는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

1. 18세 미만자에게 제공, 양여하거나 그 접근을 용이하게 하는 행위
2. 18세 미만자가 출입하거나 열람할 수 있는 장소에 전시, 게시, 상영하거나 기타 접근을 용이하게 하는 행위
3. 영업장소 이외에서 소매로, 매점 또는 고객의 출입이 잦지 아니한 기타의 판매소에서, 통신판매에 의하여 또는 영업적 도서대여점이나 독서회에서 타인에게 제공하거나 양여하는 행위
- 3의a. 18세 미만자가 출입 또는 그 열람이 불가능한 점포를 제외한 영업적 임대 또는 이와 유사한 영업적 사용보장에 의하여 타인에게 제공하거나 양여하는 행위
4. 통신판매의 방법으로 반입을 기도하는 행위
5. 18세 미만자가 출입 또는 열람할 수 있는 장소에서 공연히 또는 해당 상점과의 영업거래 이외에서 문서의 반포를 통하여 양여, 광고, 선전하는 행위
6. 타인의 요청없이 이를 타인에게 송부하는 행위
7. 그 전부 또는 주요부분이 상영을 조건으로 한 대가를 받고 필름을 공개 상영하는 행위
8. 음란문서 또는 이를 통하여 취득한 정보를 제1호 내지 제7호의 방법으로 사용하거나 타인의 사용을 가능하게 하기 위하여 제조, 취득, 인도, 보관 또는 수입하는 행위
9. 해당 국가의 형벌법규에 위반하여 음란문서 또는 이로부터 취득한 정보를 외국에 반포하거나 공연히 전달하거나 또는 그와 같은 사용을 가능하게 하기 위하여 이를 수출하는 행위.

320) 단순음란문서란 소위 하드 또는 조건부 포르노그래피, 즉 폭력성, 아동의 성적 학대 또는 동물을 그 대상으로 하는 성행위를 묘사한 포르노그래피 이외의 것을 의미한다.

321) 제184조 제1항 6호는 기본적으로 음란문서에 노출되는 것을 원하지 않는 자의 보호를 목적으로 하지만 동시에 이러한 금지를 통하여 음란문서의 광고물이 무차별적으로 청소년의 손에 들어가지 않도록 하는 것도 그 목적으로 한다(형사정책연구원, 성표현물의 음란성판단기준에 관한 연구(I), 연구보고서 01-08, 2001, 67면).

위하여 이를 수출하는 행위도 금지된다(제184조 제1항 9호).

동 조항의 보호법익은 두 가지 사항을 근거로 하고 있다. 첫째로 정신적으로 아직 미성숙한 청소년들이 성표현물을 접하고 성적 비행이나 성범죄를 저지를 위험성이 있기 때문에 단순 음란문서가 그들에게 반포 혹은 제공되는 것을 금하는 것이고, 둘째로 성인이라 하더라도 성표현물에 혐오감을 느낀 자들이 이런 성표현물에 직접 노출되기를 꺼리는 경우 이들의 성적 자기결정권을 보호하는데 있다.³²²⁾ 따라서 독일에서는 단순 음란문서는 원칙적으로는 허용되고 예외적으로만 처벌하고 있다.

2. 절대금지음란문서(제184조 제3항 및 제4항)

형법 제184조 제3항³²³⁾ 및 제4항³²⁴⁾에 따르면 특히 아동포르노그래피를 제작, 반포하는 것은 처벌된다. 또한 동 제5항³²⁵⁾에서는 아동포르노그래피의 경우 단순 소지나 제공도 처벌하도록 되어 있다.

제184조 제3항은 청소년에게 유해한 매체뿐만 아니라, 사회적으로 유해한 매체, 즉 성인도 이용하도록 하면 범죄로 취급하는 이른바 하드코어 포르노그래피를 정의하고 있다. 하드코어 포르노그래피란 아동을 대상으로 한 성행위, 동물과의 성교, 폭력적 성행위를 묘사한 것이다. 이처럼 하드코어 포르노그래피는 청소년의 성적 발달에 결정적인 영향을 미친다는 점에서 절대적 제조 및 반포금지를 규정한 것이다.

제184조 제4항 및 제5항은 특별한 처벌근거로서 실제로 행위하거나 실제와 유사하게 묘사한 아동학대를 그 대상으로 하는 포르노그래피를 규정하고 있다. 원래 독일 형법 제184조 제4항과 제5항은 연방정보통신서비스법이 시행되기 전까지는 실제행위를 묘사한 경우만을 규정하고 있었으므로 소위 ‘실연포르노그래피’에 대하여만 적용되었다. 그러나 최근 컴퓨터 테크닉의 발전에 의하여 실제와 유사한 행위를 구분할 수 없다는 인식 하에 아동포르노그래피 규제조항인 제4항과 제5항의 구성요건이 공동화될 가능성이 커짐에 따라 실제와 유사한 행위라는 구성요건을 도입한 것이다. 따라서 사실상의 학대를 묘사한 것인지 여부가 의심스러운 경우에도 아동포르노그래피임을 배제할 수 없을 정도인 경우에는 처벌될 수 있

322) 형사정책연구원, 성표현물의 음란성판단기준에 관한 연구(I), 연구보고서 01-08, 2001, 54면.

323) 제184조 (음란문서반포) ③ 폭력행위, 아동에 대한 간음·추행, 수간 등을 그 내용으로 하는 음란문서(제11조 제3항)에 관하여 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 한 자는 그 음란문서가 아동에 대한 간음·추행을 내용으로 하는 때에는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처하고, 기타의 경우에는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

1. 반포행위

2. 공연히, 전시, 제시, 상영하거나 기타 그 접근을 용이하게 하는 행위

3. 위 문서 또는 이를 통하여 취득한 정보를 제1호 또는 제2호의 방법으로 사용하거나 타인의 사용을 가능하게 하기 위하여 제조, 취득, 인도, 보관, 공여, 광고, 선전, 수입 또는 수출하는 행위.

324) 제184조 (음란문서반포) ④ 제3항의 경우에 음란문서(제11조 제3항)가 아동에 대한 간음·추행을 대상으로 하여 그 행위를 실제 그대로 또는 실제와 유사하게 묘사하고 있고, 행위자가 영업적으로 또는 동 범죄를 목적으로 구성된 범죄단체의 구성원으로서 행위한 때에는 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

325) 제184조 (음란문서반포) ⑤ 아동에 대한 간음·추행을 대상으로 하는 음란문서를 취득하거나 타인으로 하여금 취득하게 한 자는 그 문서가 행위를 실제 그대로 또는 실제와 유사하게 묘사하고 있는 때에는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. 제1문에 기재한 문서를 소지한 자도 동일한 형에 처한다.

음을 의미한다. 이들 구성요건은 실제 아동포르노그래피와 마찬가지로 실제와 유사한 형태의 포르노그래피가 거래되는 것을 저지하는데 그 목적을 두고 있다.³²⁶⁾

3. 제184조와 온라인상 음란문서에의 적용

독일 형법 제184조는 음란문서에 관하여 규정하고 있다. 기본적으로 음란문서의 유형은 형법 제11조 제3항의 개념해석에 의한다. 여기서 온라인기술의 등장으로 이들 새로운 기술적인 현상이 제11조 제3항의 문서개념에 포함될 수 있는가 하는 것이 문제된다. 형법 제11조 제3항은 ‘이 조항을 원용하는 규정이 있는 경우 음성·영상매체에 의한 기록, 전자기록, 도화 및 기타의 표현물은 문서로 본다’ 라고 규정하고 있다. 동 조항에서 언급하고 있는 전자기록은 1997년 6월 13일의 독일 연방정보통신서비스법(IuKDG)에 의하여 형법상의 문서개념에 추가된 것이다. 온라인상 포르노그래피의 반포에 이용되는 저장매체(여기서는 서버의 하드디스크)는 형법 제11조 제3항의 전자기록으로서 문서개념에 포함된다. 따라서 독일 형법 제11조 제3항의 문서개념에는 사실상 그 시대에 이용되는 모든 정보매체가 포함된다고 하겠다.

II. 질서위반법

질서위반법 제119조 제1항 2호, 제2항, 제3항의 내용에 따르면 특히 과태료 조항에서 조야하게 불쾌감을 유발하는 방법으로 성적 행위 혹은 성적 사용에 기여하는 수단 그리고 대상을 제공하는 것은 금지되고 있다.

질서위반법 제119조(조야하게 불쾌한 및 방해적인 행위) ① 다음에 해당하는 자는 질서위반으로 취급한다.

2. 문서, 음성 혹은 영상매체에 의한 기록, 도화 또는 표현물을 통하여 혹은 전자기록의 공적 접근을 용이하게 하여 조야하게 불쾌감을 유발하는 방법으로 성행위에 대한 기회를 공여, 광고, 선전 혹은 그 내용 설명을 공개하는 자

② 제1항에서 언급한 방법으로 성적 사용에 기여하는 수단 혹은 대상을 공여, 광고, 선전 혹은 그 내용 설명을 공개하는 자는 질서위반으로 취급한다.

③ 더구나 공연히 문서, 음성 혹은 영상매체에 의한 기록, 전자기록, 도화 또는 성적 내용의 표현물을 어떤 장소에서 조야하게 불쾌감을 유발하도록 전시, 게시, 상영하거나 기타 접근을 용이하게 하는 자는 질서위반으로 취급한다.

이 조항은 특히 주언론법에서 인쇄물, 텔레서비스법에서 텔레서비스 그리고 미디어서비스 국가조약에서 미디어서비스에 적용된다. 이 조항은 비례성의 원칙과 관련한 우려가 제기되기도 한다.³²⁷⁾ 또한 성적 행위와 성적 사용에 기여하는 대상은 일반적으로는 금지되어 있지 않기 때문에 견해가 특별한 의사소통의 금지가 문제된다. 따라서 질서위반법 제119조 제1

326) 형사정책연구원, 성표현물의 음란성판단기준에 관한 연구(I), 연구보고서 01-08, 2001, 78-79면.

327) Vgl. Determann, Lothar, *Kommunikationsfreiheit im Internet*, 1999, S.551.

항 2호는 일반법이 아니며, 그것이 청소년보호를 위해서 필요한 경우에만 독일기본법 제5조 제2항³²⁸⁾과 합치된다고 할 것이다. 이것은 질서위반법 제119조 제3항에 대해서도 적용된다. 따라서 어떤 장소에서 조야하게 불쾌감을 유발하도록 “성적 내용의…전자기록”을 접속할 수 있도록 하는 것은 질서위반이다. “장소”라는 개념을 “그 장소에서 이 정보가 조야하게 불쾌감을 유발하는”이라는 제한적인 가치와 결부되는 것은 인터넷 혹은 온라인서비스 안에 지정하는 것을 의미하는 것만이 아니라, 예컨대 교회와 같은 특별히 보호가치 있는 장소에서 화면으로 불쾌감을 유발하는 내용의 공개도 의미한다는 것을 암시한다.³²⁹⁾

제3절 프랑스에서의 음란 등 불법정보의 규제와 표현의 자유

I. 논의대상 : 인터넷사용과 아동보호

1. 불법정보의 범위

프랑스에서도 인터넷 등의 온라인 매체에서 가장 중요하게 논의되는 법적 문제가 바로 포르노그래피나 폭력적인 표현물로부터의 청소년을 보호하는 문제이다. 즉 인터넷상의 표현의 자유는 공공질서를 침해해서는 안되고 공공질서의 유지에 있어서 가장 중요한 문제는 바로 미성년(청소년)보호의 문제라고 본다.³³⁰⁾

프랑스에서는 인터넷 등의 매체에서의 불법정보(contenu illicite)로 미성년에 대한 포르노그래피, 미성년이 등장하는 포르노그래피, 인간존엄성존중을 해치는 내용의 표현물, 폭력적 성격의 표현물 등을 들고 있다.³³¹⁾

이하에서는 프랑스에서 인터넷 등에서의 불법정보에 관한 규제의 문제를 다룸에 있어서 포르노그래피에 대한 규제 뿐 아니라 폭력적 성격, 인간존엄성침해적인 표현물 등에 대한 규제도 살펴본다.

2. 규제입법의 개관

프랑스에서는 미성년의 도덕성의 보호는 무엇보다도 부모의 의무이다. 한편 그 안전과 도덕에 있어서의 아동의 보호에 관한 규정인 민법 제371-2조에 의거하여 교육책임이 일차적으로 부모에게 부여되어 있다. 그러나 인터넷 등 전기통신망에 순환되고 있는 정보의 광대성과 다양성 때문에 부모의 의무가 제대로 이행되기가 쉽지 않다.

청소년의 정신적 도덕성을 해치는 불법정보의 유통으로부터 청소년을 보호하기 위하여 프랑스에서도 형사법적인 처벌규정들을 두고 있다. 즉 프랑스에서는 현재 형법전에 불법정보의 유통, 주로 미성년보호를 위한 포르노그래피의 유통 등에 대한 처벌을 하는 중요한 규정들을 두고 있다.

또한 1881년 7월 29일 언론·출판법(*la loi sur la presse*)은 인종적 증오 등을 유발하는 표현행위를 시청각커뮤니케이션에 의한 방법으로 행한 경우에 처벌하는 규정을 두고 있기도

328) 독일기본법 제5조(자유로운 의사표현의 권리) ② 이 권리는 일반법률의 조항과 청소년보호를 위한 법률규정에 의하여 그리고 개인의 명예권에 의하여 제한된다.

329) Determann, Lothar, *aa.O.*, S.553.

330) 이러한 취지로, C. Féral-Schuhl, *Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'internet*, 3^e éd., Dalloz:Dunod, Paris, 2002, p.106 참조.

331) F.-J. Pansier et E. Jez, *La criminalité sur internet*, Que sais-je ?, 2^e éd., P.U.F., Paris, 2001, p.79 이하 등 참조.

하다.

II. 포르노적 불법정보에 대한 규제

1. 보호되어야 할 영역

인터넷 등을 통하는 시청각매체상의 포르노적인 불법정보와 관련한 미성년보호의 문제는 두 가지 경우로 나누어 볼 수 있다고 한다. 그 하나는 청소년이 인터넷 등을 통하여 성인 포르노그래피에 접근하고 그것의 수령자가 될 수 있다는 가능성에 대처하여야 할 경우이고 다른 하나는 소년성애도착(pédophilie)과 같이 아동이 직접 내용물에 등장되어 희생물이 될 수 있다는 가능성에 대처하여야 할 경우이다. 바로 이러한 두 가지 경우로 그 보호되어야 할 영역이 구분된다고 보는데 이러한 구분은 유럽연합이사회가 제안한 바 있는 것이다.³³²⁾

프랑스에서도 이러한 구분 하에서 형법전에 그 규율하는 규정들을 두고 있는바, 이하에서도 이러한 구분에 따라 나누어 살펴본다.

2. 포르노적인 성격의 표현물의 접근가능성에 대한 규제

(1) 프랑스 형법 제227-24조에 의한 처벌 - 개관

포르노그래피에 관련된 미성년의 보호 문제는 앞서도 언급한 대로 포르노적인 성격의 메시지를 미성년이 접근, 수령하는 경우와 미성년이 포르노그래피의 내용에 등장하는 경우로 나누어진다.

먼저 전자의 경우를 보자. 프랑스 형법 제227-24조 제1항은 “어떠한 형태의 수단이든 어떠한 형태의 지원이든 그 수단, 지원에 의해 폭력적 또는 포르노적인(pornographique) 성격의 또는 인간존엄성에 중대한 침해를 가져올 성격의 메시지를 제작, 전달, 유포하는 행위 또는 그러한 메시지를 상업대상으로 하는 행위”는 “그 메시지가 미성년에 보여지거나 수령될 수 있는 상태일 경우에” 처벌되도록 규정하고 있다. 또한 제227-24조 제2항은 본조에 규정된 위와 같은 위법행위들이 출판이나 시청각적인 방법으로 범해졌을 때에는 형사처벌을 받을 책임자의 결정은 관련되는 법률들의 개별규정들에 의해 정해지도록 규정하고 있다.

이러한 형법규정은 인터넷상 또는 인터넷을 통하여 포르노적인 성격의 메시지의 유포 등의 행위를 처벌대상에 포함하기에 실제로 충분히 넓은 규정이라고 지적되고 있다. 포르노그래피를 어떠한 형태의 지원, 수단에 의한 것이든지간에 처벌하도록 규정하고 있는 것이다.

프랑스 형법 제227-24조는 1810년 구 형법 제283조를 1992년에 대체하여 개정된 것인데 구 형법 제283조는 그 처벌대상을 포르노적인 메시지라고 규정하지 않았고 양속(bonnes mœurs)에 반하는 이미지 등의 전시 또는 유포 등을 한 행위를 처벌하도록 규정하고 있었다. 그런데 풍속의 변화로 실제 이러한 양속 위반으로 처벌되는 예는 그리 많지 않았다고 한다. 아래의 포르노의 개념에 대해 보듯이 구 형법의 양속의 개념 보다 포르노의 개념은 더 좁은 의미의 개념이라고 본다.

(2) 처벌요건

332) *Livre vert sur la protection des mineurs et de la dignité humaine dans les services audiovisuels et d'information*, le 16 octobre 1966, COM(96) p.483. C. Féral-Schuhl, 앞의 책, p.106에서 재인용.

1) 포르노적인 것의 개념

포르노적이란 개념은 한 시대의 性的自由와 풍속에 밀접하게 연관되어 있는데 프랑스법은 포르노적인 것을 선량한 풍속(bonnes mœurs)처럼 한 시대의 관례와 풍속(us et coutumes)에 따라 판단하려는 입장이나 포르노적이란 애정적인 본능을 드러내는 에로티시즘과는 분명히 구별된다고 보는 것은 변함이 없다고 한다.³³³⁾ 이처럼 프랑스에서는 포르노적이란 양속이란 개념 보다 좁은 개념이라고 보고 나체나 에로티시즘 등은 포르노적인 것으로 처벌되지 않는다고 본다.³³⁴⁾ 포르노적인 표현물은 사랑의 행위에서 모든 애정감정을 없앴으로써 단지 생리적 기교만을 묘사하고 탈선을 좇아 풍속을 타락시키는 표현물을 의미한다고 본다. 즉 포르노적인 표현물은 그 두드러진 비속함 속에 성적 교제행위를 표현하는 것으로 이해되어야 할 것이라고 본다.³³⁵⁾ 요컨대 포르노적인 것의 프랑스에서의 개념은 애정의 감정이 배제된 순전히 성적 교제행위인지를 중요한 지표로 보고 있는 것으로 이해된다.³³⁶⁾ 프랑스에 있어서도 포르노적이라는 개념은 일반적인 저속이나 관능성 보다 그 인정범위가 좁혀지는 개념이라고 파악될 수 있을 것이다.

2) 메시지(message)의 개념

여기서의 메시지란 일상적인 넓은 개념의 표현물을 의미한다고 볼 것이다. 즉 서신, 전화, 컴퓨터통신 등을 포함하고 가상의 작품, 회화작품 등이 포함되며 따라서 모든 인간의 산출품으로 구성될 수 있다고 본다.³³⁷⁾

3) 수단

프랑스 형법 제227-24조 제1항은 포르노적인 성격의 메시지를 제작, 전달, 유포하는 행위의 수단이나 지원 방법에 제한을 두고 있지 않다. 따라서 서적, 신문 등의 인쇄물이나 그림, 만화, 판화 등 그리고 노래, 디스크, 비디오카세트, 필름 등을 포함하고 전기통신, 컴퓨터통신에 의하는 것을 모두 포함한다.³³⁸⁾

4) 처벌대상행위

포르노적인 성격의 메시지를 제작, 전달, 유포하는 행위가 처벌되는 행위이다. 그런데 또한 포르노적인 성격의 메시지를 상업대상으로 하는 행위도 처벌하고 있다. 따라서 그러한 메시지의 제작에 비용을 부담하는 행위 뿐 아니라 직접 그러한 메시지를 제작 등의 행위에 간여하지 않고 그 메시지의 활용의 혜택을 누린 자도 처벌된다고 본다.³³⁹⁾ 유포행위에는 임대, 게시, 전시, 서신발송 등의 행위가 해당된다고 본다.³⁴⁰⁾

333) F.-J. Pansier et E. Jeze, 앞의 책, p.89 참조.

334) J. Languier et A.-M. Languier, *Droit pénal spécial*, 11^e éd., Dalloz, Paris, 2000, p.279 참조.

335) F.-J. Pansier et E. Jeze, 앞의 책, p.89 참조.

336) 프랑스에서의 포르노그래피에 관한 형법판례에 대해서는, 백원기, “성풍속을 해치는 음란성 처벌의 한계와 그 판단기준 - 프랑스의 사례와 소위 ‘거짓말 소설’ 사건을 중심으로-”, 「판례실무연구」, 비교법실무연구회, 박영사, 2001, 115면 이하 참조.

337) M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial, Infractions des et contre les particuliers*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 1999, p.539 참조.

338) *Juris-Classeur Pénal Code*, 2., Art. 227-23 et 227-24, Éditions du Juris-Classeur, Paris, 1996, 2., p.10 36. 참조.

339) 이러한 취지로, M.-L. Rassat, 앞의 책, p.540 참조.

5) 보여지거나 수령될 수 있는 상태일 것(고의 내지 주의결여)

프랑스 형법 제227-24조 제1항은 포르노적인 성격의 메시지가 “미성년에 보여지거나 수령될 수 있는 상태일 경우에” 처벌되도록 규정하고 있다. 따라서 두 가지의 경우, 즉 그 하나는 미성년에게 그 메시지가 미성년에게 의도적으로 유포된 경우이고(즉 미성년에게 유포한다는 의도가 있었던 경우) 다른 하나는 미성년에게 접근을 피하기 위하여 취하여야 할 주의를 하지 않은 경우이다. 전자의 경우에는 큰 문제가 없으나 주로 후자의 경우에는 문제가 있다. 어떤 장소에서나 기계, 생산품 포장에 미성년에 대한 금지의 표시를 한 것으로는 충분하지 않고 조작이나 개인카드, 회원번호 등에 의하여 코드화되는 접근방식들로도 충분하지 않다고 보기도 한다.³⁴¹⁾

미성년에 보여지거나 수령될 가능성이 있으면 요건이 충족되고 실제 미성년이 수령하거나 보았을 것을 요하지 않는다. 판례는 미성년이 포르노적 표현물을 보았을 수 있었음을 검사가 입증하여야 한다고 본다.³⁴²⁾

미성년의 접근금지가 이루어지고 있는 장소에서의 유포는 가능하다고 본다. 인터넷에 의한 유포는 오늘날 인터넷의 세계화의 현상으로 실제 통제가 어렵다.

6) 처벌요건(가벌성인정기준)에 관한 판례

위에서 미성년에 대한 포르노그래피의 유포행위에 대한 처벌의 요건들을 살펴보았는데 그 실제적 적용을 파악하기 위하여 이에 관한 판례를 살펴볼 필요가 있다고 할 것이다. 미성년에 대한 포르노그래피 유포 자체에 관한 판례는 적지 않으나 사실 아직까지 인터넷을 통한 미성년 대상 포르노그래피의 유포행위에 대한 판례는 드물다. 인터넷을 통한 미성년 대상 포르노그래피 유포행위에 대하여 유죄를 인정한 판례가 있는데 이 판례는 인터넷을 통하여 미성년에 유해한 포르노적 성격의 표현물을 유포한 행위에 대한 가벌성인정의 기준에 관한 법리를 표명하고 있기에 그 판례를 살펴볼 필요가 있고 그럼으로써 처벌요건의 문제를 파악해 보고자 한다. 그 판례는 파리고등법원이 인터넷상에 동물교접(獸姦, zoophile)적인 성격을 가진 메시지와 사진을 유포시키도록 한 피고인에 대해 유죄를 인정한 판결이다. 이 사건의 사건개요와 경과를 보면, 피고인이 수간행위에 관한 서적, 카세트테이프, CD롬에 관한 광고메시지를 인터넷상에 전파하기 위하여 두 개의 인터넷사업자와 이용예약을 하였고 동물들과 성적 관계를 가지는 인간의 영상을 보여주기 위하여 인터넷 서비스(토론광장)를 실제로 이용하였다. 피고는 동물과의 인간의 성교행위가 포르노에 있어서 가장 강한 정도의 단계의 것이라는 점을 원심법원의 심리에서 시인하였다.

파리고등법원의 위 사건에 대한 판례는 앞서도 언급한 대로 인터넷상의 미성년에 유해한 포르노적 표현물의 유포행위의 처벌에 관한 법리를 보여주는 의미 있는 판례이므로 판례의 법리를 분석할 필요가 있다. 따라서 이 판례가 인터넷에 의한 미성년에 대한 포르노적 표현물 유포행위에 대해 취한 심사(판단)의 기준에 관한 법리를 정리하면서 이 판례의 요지를 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 문제의 메시지가 비도덕적이어야 한다. 유포된 정보의 충격적이고 비도덕적 성격에 대한 판단에 있어서 법관에게 폭넓은 판단권이 주어져 있는데 이 충격적이고 비도덕적인 성격은 주로 시대적인 환경(l'air du temps)에 따라 판단된다.

340) J. Languier et A.-M. Languier, 앞의 책, p.280 참조.

341) 이러한 취지로, M.-L. Rassat, 앞의 책, 같은 면 참조.

342) J. Languier et A.-M. Languier, 앞의 책, p.281 참조.

둘째, 미성년자에 의한 메시지의 수신에 잠재적 가능성이 있는 것만으로 동법의 요건을 충족한다. 따라서 인터넷을 사용하는 미성년이 유포된 매체물을 실제로 보았다는 악의의 증거가 요구되는 것은 아니다. 즉 미성년자들이 실제 보았는지에 대한 여부는 관계없이 범죄가 성립된다는 것이다. 파리고등법원은 법률의 문언상 그러한 메시지가 보여질 가능성이 있는 것으로 족하므로 유포된 메시지들이 미성년자들에게 실제로 보여진 사실이 드러나지 않는다는 주장은 받아들일 수 없다고 보았다.

셋째, 고등법원은 포르노적인 성격 메시지를 전파하는 사람이 미성년자에 의하여 보여질 수 없도록 하기 위해 모든 필요한 조치들을 취할 의무가 주어지고 미성년자에 대한 접근불가성을 보장하는 것이 기술적으로 권한이 없거나 물리적으로 불가능하다고 판단할 때에는 한층 더 주의를 다하거나 그 유포를 중지하였어야 했다고 보았다. 인터넷사이트제공자와의 계약으로 미성년자 보호를 위한 일정한 의무들이 그 제공자에게 부과된다는 이유로 피고인의 의무가 면제된다고 볼 수는 없다고 보았다. 고등법원은, 조사에 따르면 현재로서는 사용되고 있는 여러 프로그램이나 프로토콜이 각 메시지의 개별적 내용에 대한 유효한 여과(filtrage efficace)를 가져올 수 없고 인터넷 토론광장의 이용자는 누구나 통제를 받음이 없이 메시지 전체에 접근할 수 있다는 사실이 나타난다고 보았다. 이러한 여과차단의 어려움 때문에 피고인의 유포중지의 책임이 더 요구된다는 것으로 이해된다.

넷째, 이 판례에서는 고의의 요소가 유포의 동기와 구분되는 것이고 미성년에 보여지거나 수신될 가능성이 있는 포르노적 성격의 메시지를 유포한다는 의식만으로도 고의의 요소가 성립된다고 보는 입장인 것으로 이해된다. 고등법원은 피고인은 그가 1심 재판관들에게 “나는 누구든지 이 사이트에 접근할 수 있음을 인정한다”라고 시인하였기에 이러한 상황을 인식하지 못하지는 않았다고 보았다. 그럼에도 불구하고 상업적 필요 때문에 그의 의무를 고의적으로 저버린 것은 범죄의 심적 구성요건을 이루고 있는 것이라고 보고 그리하여 고등법원은 피고인의 행위가 형법 제227-24조에 규정된 범죄의 사실적 뿐 아니라 고의적인 측면에서의 구성요건들을 갖춘 것으로 보았다.³⁴³⁾

이러한 고등법원의 판례에 대해서는 그 준거가 너무 모호하다는 실무가들의 비평이 없지 않았다.

여하튼 이러한 판례의 입장은 인터넷의 특성에 따라 고려할 때 의미가 있고 참고가 된다. 인터넷에 의한 범죄는 인터넷의 전파성만으로도 처벌의 필요가 있다고 보는 것으로 참고가 될만하다고 할 것이다.

인터넷 서비스제공자에게 사이트 접근 이전에 연령이 확인되어야 접근이 가능하도록 차단을 해 놓은 것이 별로 유용하지 않은 것으로 나타나고 있다. 미성년이 연령을 속일 수 있기 때문이다.

(3) 법인에 대한 형사책임

포르노적인 성격의 표현물을 제작, 전달, 유포한 행위에 관하여 프랑스형법 제227-28-1 조는 법인도 형사책임을 지을 수 있도록 규정하고 있다.

3. 미성년이 출연하는 포르노적 표현물에 대한 규제

343) 이 판례는 파리고등법원(CA. Paris) 11부 1998년 5월 13일 선고, M.-B. G.../ministère public 사건 판결이었다. 이 판결에 대해서는, Gazette du Palais, 1999년 7월 23/24일자, 46면 이하 참조.

(1) 포르노적 성격의 미성년 이미지·표현물의 유포에 대한 처벌 : 프랑스 형법 제227-23조

미성년이 포르노적 성격의 표현물에 등장되는 행위자가 될 수 있다. 즉 위에서 본 바 있듯이 미성년자에게 포르노적 표현물이 유포되는 행위대상으로서의 미성년자가 아니라 미성년이 어느 포르노적 표현물에 행위자로 나타날 수 있는데 그러한 표현물의 유포가 프랑스에서는 금지되고 있는바 소년성애도착(pédophilie)적인 그림이나 내용의 유포가 금지되고 있다.³⁴⁴⁾ 사실 소년성애의 이미지의 유포에 대한 문제는 인터넷 사용 이전에도 나타났던 것인바 인터넷의 사용이 그 소년성애의 영상등의 교환을 용이하게 한다는 점에 오늘날 문제의 주안이 있는 것이라고 볼 것이다.

프랑스 형법 제227-23조는 포르노적인 성격을 보여주는 미성년의 이미지 등을 유포, 부착, 저장 그리고 전달하는 행위를 처벌하고 있다. 이 규정은 주로 소년성애도착적인 이미지에 대한 처벌을 염두에 둔 것인데 이 규정을 적용하여 처벌한 판례를 보면, 공무원이 자기의 업무장소에서 컴퓨터에 상당한 양의 소년성애도착적인 그림들을 담은 행위에 대해 처벌한 예가 있다.³⁴⁵⁾

프랑스 형법 제227-23조는 구 형법 제283조를 대체하여 개정된 것인데 구 형법 제283조는 처벌대상을 포르노적인 메시지라고 규정하지 않았고 양속(bonnes mœurs)에 반하는 이미지 등의 노출 또는 유포한 행위를 처벌한다고 규정하고 있었다. 그런데 풍속의 변화로 실제 이러한 양속 위반으로 처벌되는 예는 그리 많지 않았다고 한다.

위 프랑스형법 제227-23조는 ‘성범죄의 예방과 처벌 및 미성년보호에 관한 1998년 6월 17일의 법률’에 의해 보완되었다. 즉 1998년 6월 17일의 법률에 의해 개정된 프랑스형법 제227-23조는 제1항이 “어느 미성년의 이미지 또는 미성년에 대한 묘사(표현)이 포르노적인 성격을 보일 때 이를 유포하기 위하여 그 이미지, 묘사표현물을 부착, 저장, 전달하는 행위는 3년의 징역과 45000유로의 벌금으로 처벌된다”고 규정하고 있다.

동조 제2항은 그러한 이미지, 묘사표현물을 어떠한 방법에 의해서든 유포하는 행위, 수입, 수출하는 행위, 수입, 수출을 하도록 하게 하는(시키는) 행위도 처벌하도록 규정하고 있다.

동조 제3항은 미성년의 그러한 이미지, 묘사표현물을 불특정의 公衆을 대상으로 하여 유포하기 위하여 전기통신망(un réseau de télécommunication)을 이용한 때에는 5년의 징역과 75000유로의 벌금으로 처벌하도록 규정하고 있다. 즉 인터넷 등 전기통신망을 이용하여 포르노적인 성격의 미성년의 이미지, 묘사표현물을 유포한 경우에는 가중처벌하도록 하고 있다.

제227-23조 제4항은 미성년의 포르노적인 성격의 이미지, 묘사표현물을 소지하는 행위에 대해서도 처벌하고 있다.

또한 어느 사람의 육체적 모습이 미성년의 것으로 보이는 포르노적인 이미지에도 위 처벌 규정이 적용된다. 즉 위 프랑스형법 제227-23조 제5항이 그러한 처벌을 규정하고 있다. 동조 동항 단서는 다만, 그 사람의 연령이 그 이미지가 만들어지거나 저장된 날에 18세인 것

344) 2001년 11월 23일의 유럽의회의 사이버범죄에 관한 협정(Convention sur la cybercriminalité) 제9조는 아동에 관한 포르노물에 관련되는 범죄에 대해 형사처벌할 것을 협정서명국들에 강제하고 있다.

345) Procureur de la République/Philippe H., TGI du Mans, jugement correctionnel du 16 février 1998. 이 판결에 대해서는 아래 부분을 참조.

이 증명되는 경우에는 처벌대상이 되지 않는다고 규정하고 있다.

한편 프랑스형법 제227-28조는 미성년의 포르노적인 성격의 이미지, 묘사표현물의 유포 등을 한 행위가 출판이나 시청각적인 방법으로 이루어졌을 때에는 형사처벌을 받을 책임자의 결정은 관련되는 법률들의 개별규정들에 의해 정해지도록 규정하고 있다.

(2) 처벌대상행위의 객체

1) 이미지 또는 묘사(표현)

처벌되는 행위의 대상, 즉 객체로 프랑스 형법 제227-23조는 미성년의 이미지(image) 또는 미성년의 묘사(표현)(représentation)이라고 규정하고 있다. 사진이나 영화 등이 이에 해당될 것임은 물론이다. ‘image’ 외에 ‘représentation’이라는 용어를 추가하였는데 후자의 ‘représentation’이라는 용어는 특히 포르노적인 성격의 가상적인 이미지(les images virtuelles)를 겨냥하는 것이라고 한다.³⁴⁶⁾ 즉 실제의 미성년의 사진 등이 아닌 미성년을 가상으로 묘사한 영상 등도 처벌행위의 객체에 포함된다고 보는 것이다.

2) 이른바 가상적 미성년 포르노 문제

직접 어떤 실제의 미성년의 사진을 포르노적으로 표현한 경우에만 처벌대상인가 아니면 미성년을 연상하게 하는 포르노적인 표현도 처벌대상인가가 논란된다.

미성년의 가상적 포르노를 두 가지 경우로 나누어 본다면, 즉 미성년이 등장하지 않고 만화, 그래픽 등으로 가상적인 미성년의 모습이 포르노적으로 묘사되는 경우와 실제의 포르노이면서 등장인물이 미성년이 아닌 성년이되 미성년처럼 가장하여 나타나는 경우라고 한다.

전자의 가상적 미성년 포르노에 대해서 보면, 프랑스에서는 위에서 본대로 실제의 미성년의 모습을 담은 포르노적인 메시지의 유포 뿐 아니라 미성년의 포르노적인 가상적 이미지(les images virtuelles)의 유포에 대해서 처벌할 것을 예정하고 있다.

후자의 경우, 즉 실제 미성년이 아닌 자를 미성년인 것으로 포르노에 등장시킨 경우를 보면, 위에서도 보았듯이 프랑스형법 제227-23조 제5항은 어느 사람의 육체적 모습이 미성년의 것으로 보이는 포르노적인 이미지의 경우에 그 사람의 연령이 그 이미지가 만들어지거나 저장된 날에 18세, 즉 성년인 것이 증명되는 경우 외에는 그 이미지를 유포, 부착, 저장 그리고 전달하는 행위에 대해 처벌된다고 규정하고 있다. 이 규정에 의하면 성년인 사람이 그 외관상 미성년의 육체의 외관을 보인 경우에는 그 사람이 성년이라는 사실이 입증된다면 처벌이 되지 않는다는 것이다. 이 규정은 미성년 나이에 기초한 방어 사유를 피하기 위한 목적의 유죄추정, 즉 반대증거로 깨어질 수 있는 유죄추정을 규정한 것이라고 본다.³⁴⁷⁾ 즉 미성년이 아니라는 주장으로 처벌을 면하려는 것을 막기 위한 유죄추정 규정을 둔 것이라고 이해된다. 여하튼 미성년이 아닌 성년임이 입증된 경우에는 미성년의 육체의 이미지로 나타나는 경우에는 처벌이 안된다고 보는 것이므로 미성년이 아닌 자가 미성년인 것으로 나타나는 경우의 가상 미성년포르노에 대해 프랑스에 있어서는 처벌을 하지 않는 것으로 이해된다고 하겠다.

가상 미성년 포르노물에 대한 처벌이 우리 나라에서나 미국에서 논란되고 있으나 우리의

346) *Juris-Classeur Pénal Code*, 2., à jour au 1^{er} mai 2000, Art. 227-23 et 227-24, Éditions du Juris-Classeur, Paris, 2000. 8., p.1 참조.

347) M.-L. Rassat, 앞의 책, p.538 참조.

경우에 미풍양속의 문제도 있거니와 미국과는 다른 입장, 여건에 있다는 점을 고려하여야 한다.

3) 포르노적 이미지 : 아동포르노의 개념

앞서도 언급한 대로 여기서의 이미지의 포르노적인 성격이란 양속의 개념 보다 좁은 개념이다. 그러나 양속에 대한 것처럼 포르노그래피에 대한 인식도 변화되어 갈 수 있는 것이라고 본다.³⁴⁸⁾ 앞서도 언급하였듯이 프랑스 형법 제227-23조는 포괄적으로 양속(bonnes mœurs)에 반하는 이미지의 유포행위 등을 처벌하도록 규정하고 있었던 구 형법 제283조를 대체하여 개정된 것이라는 점에서 양속에 반하는 성적 표현이라는 개념 보다 포르노적인 성적 표현이 가지는 개념이 더 좁은 개념이라고 볼 것이라고 한다.

성적으로 드러내는 것일 수 있는 단순한 나체는 포르노적인 성격의 것으로 볼 수 없다는 것이 일반적인 이론이고 따라서 아동의 벌거벗은 사진은 그 사진에 아무런 사실이 첨가되지 않은 이상에는 포르노그래피의 정의에 포함되지 않는다고 보고, 포르노적인 이미지는 그 사진에 나타난 아동의 특별한 태도나 다른 미성년 또는 성년들 곁에서 이루어지는 그 아동의 어떠한 역할모습, 또는 이미지의 전체적인 모습 등에 의해 형성되는 것으로 판단될 수 있는 것으로 본다.³⁴⁹⁾ 결국 여기서의 포르노적이라는 개념은 단순한 나체사진이 아니라 일정한 성적 행위와의 관련이 있는 미성년의 행동(태도)이 나타나는 이미지로서 보여지는 것을 의미한다고 볼 것이다.

프랑스 형법 제227-23조가 규율하는 대상, 즉 미성년이 등장하는 불법표현물에는 동 형법 제227-24조가 규율하는 대상, 즉 미성년에 대하여 유포되는 불법내용의 표현물이 포르노적인 것 외에도 폭력적인 표현물 등도 포함하는 것과는 달리 포르노적인 것만 해당된다는 점에 차이가 있다.

(3) 처벌대상행위

위 프랑스형법 제227-23조 제1항은 포르노적인 미성년 이미지, 묘사표현물을 부착, 저장, 전달하는 행위를 처벌하도록 규정하고 있는데 이러한 행위는 “유포하기 위하여” 이루어지는 부착, 저장, 전달 행위이다.

유포의 개념은 모든 형태의 전달(파)행위를 포괄한다. 즉 판매, 구매 뿐 아니라 무료제공, 그리고 암거래에 의한 판매, 대여하는 행위도 포함되며 그 전파행위는 특정한 개인이 다른 특정한 개인에게 보내는 사신의 성격을 가지지 않는 서신행위, 사신의 형식이나 원하는 사람들 모두에게 보내는 서신행위를 포함하고 전신나 게시행위도 포함된다고 본다.³⁵⁰⁾ 프랑스 형법 제227-23조 제3항은 불특정한 공중에 대한 이러한 유포를 위하여 전기통신망을 이용한 경우에는 가중처벌하고 있다. 따라서 인터넷 등을 이용한 유포의 경우에도 가중처벌받게 된다.

프랑스형법 제227-23조 제2항은 어느 미성년의 이미지 또는 묘사표현물을 수입, 수출하는 행위도 처벌하도록 규정하고 있는데 수출하는 행위란 그 이미지를 발송하는 행위를 의미하므로 그 구성요건의 인정에 있어서 그리 어려운 문제가 없으나 수입의 행위에 대해서는 문제가 기술적인 측면에서 제기된다. 즉 수입자의 이메일 등으로 수령자가 직접 정해져 들

348) M.-L. Rassat, 위의 책, p.533 참조.

349) M.-L. Rassat, 위의 책, 같은 면 참조.

350) M.-L. Rassat, 위의 책, p.535 참조.

어오는 경우에는 수입이 되겠으나 그런 경우가 아니라 이러한 이미지가 수록되어 있는 웹사이트에 누구나 들어가 그 이미지를 볼 수 있는 상태인 경우 그것을 수입이라고 할 수 있느냐 하는 문제가 제기된다. 이러한 문제에 대해서는 형법규정은 엄격하게 해석하여야 한다는 원칙에 따라야 할 것이고 이러한 단순한 방문은 그 이후 방문자의 컴퓨터의 기억장치의 안정된 자리에 저장되는 파일로 보존하는 행위가 없는 한 이를 사실상 처벌할 수 없다고 보는 것이 적절하다고 한다.³⁵¹⁾

동조 동항은 수입, 수출을 하게 한(시킨) 행위에 대해서도 처벌하도록 규정하고 있다.

한편 프랑스 형법 제227-22조는 미성년자에 대한 비행교사를 처벌하고 있는데 포르노적인 미성년 이미지의 제작, 유포를 처벌하는 위 형법 제227-23조와 병합될 수 있다고 본다.

(4) 고의성요건

포르노적인 성격의 미성년 이미지의 부착, 저장, 전달, 유포하는 행위에 대한 처벌을 위해서는 고의성을 요한다고 본다. 문제의 이미지가 공중에 대해 해를 끼친다는 것을 인식하는 것으로 고의가 성립하는데 충분하다고 본다. 1998년 개정된 구 형법은 현행 형법 제227-23조의 전신인 구 형법 제283조의 양속 위반에 관한 판례는 그러한 경향을 보여주었다. 즉 일반적으로 고의(intention)는 행위자로 하여금 그 행위를 하도록 결심하게 만든 동 의(mobile)와는 구별되고 가학성 변태 성욕에 의한 것이든 이득을 위한 것이든 심지어 자기 주장의 예술적 취향에 의한 행위라고 하든 그 동기가 중요하지 않고 공중에 해악을 준다는 사실을 인식하는 것으로 충분하다고 보는 경향이였다.³⁵²⁾

위의 판례의 경향에 비추어 인터넷에 의한 미성년포르노에 이러한 고의성의 문제를 접목 해 볼 때, 고의성이 없이 컴퓨터의 잘못된 조작이나 위 법률규정이 금지하고 있는 파일을 무의식적으로 다운로드 받은 경우 등에는 처벌대상이 아니라고 볼 것이다.

인터넷을 통하여 위 범죄를 행한 행위에 있어서의 고의성에 관한 판례를 살펴보면, 인터넷을 통하여 수령한 소년성애도착적인 영상을 보유한 행위에 대해 프랑스에서 처음으로 유죄판결을 내린 Mans지방법원의 1998년 2월 16일의 한 판결³⁵³⁾이 그러한 고의성의 개념에 관해서 참조할 만하다. 이 판결은 Sarthe道の 의회의장의 보좌관실의 실장은 의회 비서실의 컴퓨터를 이용하여 미성년의 강간장면이 담긴 소년성애도착적인 이미지들을 신고 있는 사이트를 인터넷상에서 접속하고 그 이미지들을 몇 가지 정도가 아니라 수천 개의 이러한 이미지들을 받아 보고 디스켓에 저장한 바 있으며 비서가 그의 컴퓨터의 하드디스크에 이러한 이미지들로 가득 채워져 있는 것을 불과 몇 달 뒤에 발견하여 놀랐고 의회의 정보국에 그 내용을 알렸는데 재판부는 피고인이 6달 동안 모두 5610프랑을 사이트 이용료로 소모한 사실이 인정된다고 하면서 그러나 그 이미지들은 매우 불쾌한 것들이고 그 많은 수는 정신을 타락시키는 단순한 호기심을 이상임을 보여주는 것이고 그 비용의 지불로 피고가 그 소년성 애도착적인 사이트의 유지에 기여하였으며 그의 교육이나 책임의 수준은 그로 하여금 처벌 될 성격의 사안임을 아동들에 대한 파괴적 효과를 다른 사람들에 비해 더욱 인식하게 한다고 보아 유죄로 판결하였다.³⁵⁴⁾

351) F.-J. Pansier et E. Jeze, 앞의 책, p.90 참조.

352) M.-L. Rassat, 앞의 책, p.536 참조.

353) Tribunal de grande instance du Mans Jugement correctionnel du 16 fevrier 1998, Monsieur le Procureur de la Republique / Philippe H. 사건 판결.

354) 이 판결에 대해서는, <http://www.legalis.net/jnet> 참조.

(5) 처벌대상행위의 장소 및 인적 범위

1) 처벌의 인적, 장소적 범위의 확대

1998년 6월 17일의 법률은 프랑스형법에 제227-27-1조를 신설하였는데 이 조문은 위에서 본 포르노적인 성격의 미성년 이미지, 묘사표현물의 유포행위 등이 해외에서 프랑스인에 의하여 행해진 경우 또는 프랑스 영역에서 통상적으로 거주하는 사람들에 의해 행해진 경우에도 위 제227-23조가 적용되도록 하여 처벌대상으로 하고 있다. 즉 그 처벌의 대상행위가 이루어진 장소가 확대되었고 대상의 인적 범위도 확대되었다.

2) 법인에 대한 적용

역시 1998년 6월 17일의 법률은 프랑스형법에 법인이 포르노적인 성격의 미성년 이미지, 묘사표현물을 유포한 행위 등에 대해 벌금형 등 형사책임을 질 수 있음을 규정하는 제227-28-1조를 신설하여 현재 프랑스형법에는 법인에 대한 적용규정을 두어 처벌하고 있다.

(6) 통신사업자에 대한 책임문제

위에서 보았듯이 법인에 대한 적용을 명시하는 규정을 두었으나 판례는 중앙서버의 경영자에까지 책임을 확대하는 것은 거부하였다.

(7) 민사책임 : 손해배상책임 등

미성년 포르노 이미지에 등장한 미성년은 이러한 이미지의 유포 등으로 손해가 발생한 경우, 주로 정신적 손해가 발생한 경우에는 부모의 명이나 미성년의 명의로 부모가 손해배상을 청구할 수 있다.³⁵⁵⁾

4. 불법정보의 유통 등의 행위에 대한 부가형

포르노적인 표현물이나 폭력적 성격의 표현물, 인간존엄성침해적인 표현물을 미성년에 제작, 전달, 유포하거나 미성년이 등장하는 포르노적인 표현을 부착, 저장, 전달, 유포하는 행위 등에 대해서는 위에서 살펴본 바 있는데 이러한 행위들에 대해서 프랑스형법 제227-29조는 형벌 외에 부가형(peines complémentaires)을 부과하도록 규정하고 있다. 즉 공민권, 민사적 권리, 가족적인 권리의 행사금지, 5년 이상 운전면허의 정지, 5년 이내의 신규 운전면허의 신청을 금지하면서 운전면허를 취소하는 것, 5년 이상 프랑스의 영역에서의 출국금지, 범행을 위한 물건 또는 범행의 산출물에 대한 몰수, 영구적으로 또는 10년 이상의 기간으로 미성년과 통상적인 접촉을 수반하는 직업적 또는 자원봉사적 활동의 금지 등의 부가처벌을 가할 수 있도록 규정하고 있다.

또한 프랑스형법 제227-31조는 보호관찰제도를 적용할 수 있도록 규정하고 있다.

III. 폭력적 성격, 인간존엄성침해적 성격 등의 표현물에 대한 규제

1. 폭력적 성격, 인간존엄성의 침해 성격의 표현물 - 형법 제227-24조

355) M.-L. Rassat, 앞의 책, p.536 참조.

위에서 본 포르노그래피의 유포 등의 행위를 처벌하고 있는 프랑스 형법 제227-24조 제1항은 포르노그래피 외에 “어떠한 형태의 수단이든 어떠한 형태의 지원이든 그 수단, 지원에 의해” “폭력적 성격의” 또는 “인간존엄성에 중대한 침해를 가져올 성격의 메시지를 제작, 전달, 유포하는 행위 또는 그러한 메시지를 상업대상으로 하는 행위”는 “그 메시지가 미성년에 보여지거나 수령될 수 있는 상태일 경우에” 처벌되도록 규정하고 있다. 즉 포르노그래피와 병합적으로 폭력적 성격 또는 인간존엄성침해적인 메시지의 제작, 전달, 유포의 행위에 대한 처벌을 규정하고 있다.

뉴스정보의 전달에 있어서 어느 사건, 예컨대 범죄행위의 보도의 내용 중 폭력적인 장면을 내보내는 것도 이 처벌규정의 적용대상에 해당될 수도 있을 것이다. 정보를 전달할 것이 요구되어 정보를 전달해야 할 의무에 따라 그러한 장면의 보도가 허용된다는 봄으로써 모든 사건에서의 모든 사실의 보도들을 정당화한다고 볼 수는 없다. 특히 만약 전달되는 사실이 문제의 사건의 이해에 절대적으로 필수불가결한 것이 아닐 때에는 정당성을 가지지 못하는 것으로 볼 것이라고 한다.³⁵⁶⁾

2. 인종적 증오 등의 유발행위에 대한 언론·출판법의 처벌 규정

프랑스의 1881년 7월 29일 언론·출판법(*la loi sur la presse*)은 인종적 증오를 유발하는 언론에 대해 범죄로 규정하여 처벌하는데 1985년 12월 13일 법률은 그 행위방법에 모든 시청각커뮤니케이션수단에 의한 방법을 추가하였는데 이러한 수단은 인터넷사이트도 포함된다고 본다.³⁵⁷⁾ 따라서 인터넷에 의한 이러한 범죄에 대해서도 처벌이 가능하게 되었다.

이렇게 개정된 1881년 언론·출판법의 제24조는 한 사람 또는 일단의 사람들의 집단에 대하여 그들의 출신(혈통)을 이유로, 또는 어느 특정한 민족, 국민, 인종, 종교에 속하거나 속하지 않는다는 이유로 차별, 증오 또는 폭력을 유발하는 행위에 대해 처벌하도록 규정하고 있다.³⁵⁸⁾

동법 제24 bis조는 모든 시청각커뮤니케이션의 방법(인터넷 등)에 의한 표현행위로서 반인간적인 범죄(*les crimes contre l'humanité*)의 존재를 인정하지 않으려는 표현행위에 대해 처벌하도록 규정하고 있다. 동 조문은 반인간적 범죄의 정의에 대해 1945년 8월 8일의 런던조약에 부가된 뉘렌베르그 국제군사법정(설립된 2차대전 전범들을 처벌하기 위한 법정)의 규정 제6조에 따른다고 규정하고 있다.

1990년 7월 13일의 Gayssot 법률은 1881년 법을 강화하여 유대인 강제수용소의 존재, 수백만명이 희생당한 가스실의 존재에 대해 부정하는 표현행위에 대해 처벌하는 규정들을 두고 있다.

1999년 8월 27일 스트라스부르그 지방법원은 인터넷포럼을 통해 아랍과 이민자들에 대하여 증오와 차별의 글을 유포시킨 행위에 대하여 유죄를 인정한 바 있다.

IV. 인터넷사업자의 책임 문제

356) 비슷한 취지로 M.-L. Rassat, 위의 책, p.540 참조.

357) F.-J. Pansier et E. Jez, 앞의 책, p.81 참조.

358) 프랑스에서 이러한 증오에 대한 형사소추사건들로 유대인공동체나 이슬람공동체에 관련된 것이 많다. F.-J. Pansier et E. Jez, *La criminalité sur internet*, 7^e éd., Que sais-Je ?, P.U.F., Paris, 2001, p.81 참조.

1. 문제제기

포르노그래피라든지 폭력적인 또는 인간존엄성침해 성격인 표현물이 유포된 데 대한 책임의 문제가 그러한 유포행위가 인터넷을 통하여 이루어진 경우에는 당장 그 표현물의 저작자, 제작자 뿐 아니라 그 표현물을 제공하거나 전달한 인터넷관련 사업자들에게는 책임이 없는가, 책임이 있다면 어떠한 그리고 어느 정도의 책임을 지는가 하는 문제 등을 제기한다.

인터넷을 통한 불법정보의 유포에 대한 책임은 그 과정에 인터넷정보제공자, 인터넷정보유제공자와 인터넷접속서비스업자 등 여러 단계의 행위자나 사업자들이 개입하게 되므로 그 책임의 규명이나 책임의 소지자를 결정하기가 쉽지 않다. 더구나 계속해서 많은 양의 정보, 특히 외국에서 직접 흘러 들어오는 정보에 있어서는 그 어려움이 크다.³⁵⁹⁾

프랑스에서는 불법정보가 유통된 결과에 대한 형사책임 외에 아래의 2.에서 보듯이 자료보관 의무 등의 책임이 인정되고 있다.³⁶⁰⁾

2. 인터넷정보유제공자와 인터넷접속서비스업자의 정보작성자 등의 신원확인자료보관 의무

2000년 8월 1일 법률로 추가된 1986년 9월 30일 커뮤니케이션법 제43-9조 제1항은 인터넷접속서비스업자와 인터넷정보유제공자에 대하여 자신들이 제공하는 정보서비스의 정보내용의 작성(창작)에 기여한 모든 사람들의 신원을 확인할 수 있게 하는 자료들을 보관하도록 의무를 지우고 있다.

이러한 자료들에 대한 정의와 그 보관의 기간 및 방법에 대해서는 국가정보자유위원회(Commission nationale de l'informatique et des libertés, 줄여서 'CNIL'이라고 함)의 자문을 거친 뒤 제정되는 최고행정법원(Conseil d'Etat)에서의 명령(décret)로 정하도록 하고 있다.

동법 동조 제3항은 司法機關에게 인터넷접속서비스업자와 인터넷정보유제공자에 대하여 위의 자료를 요구할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 이 자료의 취급에 있어서 전자적으로 처리되는 記名情報에 대한 보호를 위한 형법전의 처벌규정들이 적용된다. 즉 전자적으로 처리되는 기명정보의 변형 등이 되지 않을 주의의무를 하지 않아 안전성을 유지 못한 경우나 법에서 정한 정보취급목적을 일탈하여 정보를 활용한 경우, 기명정보의 주체의 허가 없이 공개하여 그 주체의 평판을 해치거나 사생활을 공개하는 행위에 대해 처벌하는 형법전 제226-17조, 제226-21조, 제226-22조의 적용을 받게 된다.

이러한 신원확인 의무규정에 대해서는 다음과 같은 문제 제기가 있다.³⁶¹⁾ 즉 토론광장(forums de discussion)과 같은 경우에 그 토론에 참여하는 네티즌들(internautes)은 분명 정보 내용의 작성에 기여함에도 인터넷접속서비스업자와 인터넷정보유제공자와 아무런 계약적 구속관계에 있지 않다. 그럼에도 인터넷접속서비스업자와 인터넷정보유제공자가 이 토론에 참여하는 네티즌들의 신원확인을 가능하게 하는 자료들을 보관할 의무를 지게 되는지 하는 의문이 있다. 둘째, 이 보관의무를 준수하지 않는 경우에 대한 제재를 법률이 규정

359) André Bertrand et Thierry Piette-Coudol, *Internet et le droit*, Que sais-je ?, P.U.F., Paris, 1999, p.78 참조.

360) 아래에서 보는 인터넷사업자의 책임은 비단 불법정보에 관련하여서만 적용되는 것은 아니나 본 보고서의 서술의 편의상 여기서 다루어 보았다.

361) 이하 C. Féral-Schuhl, 앞의 책, p.156 참조.

하고 있지 않으므로 그 실효성에 의문이 제기된다.

3. 인터넷정보편집자의 공지의무

2000년 8월 1일 법률로 추가된 1986년 9월 30일 커뮤니케이션법 제43-10조는 私信이 아닌 인터넷정보를 편집하는 사람에 대해 일정한 사항을 公衆에 公知하도록 하고 있다. 이러한 공지의무는 직업적인 편집자의 경우와 비직업적인 편집자의 경우를 구분하여 달리 규정되고 있다. 직업적인 편집자에 대해서는 그 공지사항이 자연인인 경우에는 姓名과 주소, 法人인 경우에는 법인의 명칭 또는 회사명, 소재지를, 그리고 발행책임자 또는 공동발행책임자의 姓, 경우에 따라서는 편집책임자의 성, 그리고 인터넷정보보유제공자의 성, 법인명, 회사명, 주소이다. 한편 인터넷접속서비스업자와 인터넷정보보유제공자는 인터넷정보편집자가 이러한 공지의무(동법 제43-10조)를 이행할 수 있게 하는 기술적 수단들을 제공할 의무를 진다(동법 제43-9조 제2항).

반면에 비직업적인 편집자에 대해서는 그의 익명성을 보장하기 위해 인터넷정보보유제공자에게 편집자 자신의 신원에 관한 사항들(姓名과 주소, 법인의 명칭 또는 회사명, 소재지, 발행책임자 또는 공동발행책임자의 姓, 경우에 따라서는 편집책임자의 성)을 알린 것을 조건으로 인터넷정보보유제공자의 姓, 법인명 또는 회사명과 주소만을 공지할 수 있다. 즉 인터넷정보보유제공자에게 편집자의 신상에 관한 사항을 알린다는 조건으로 편집자 자신에 대한 사항을 공지하지 않고 정보보유제공자의 신원사항만을 공지할 수도 있다는 것이다. 직업적 편집자와 비직업적 편집자의 공지의무상의 이러한 차이를 둔 것은 비직업적 편집인의 생활의 존중과 공공질서유지간에 타협을 찾기 위한 고심에서 나온 것이라고 본다.³⁶²⁾

4. 인터넷정보보유제공자에 대한 민·형사상 책임

인터넷정보보유제공자(fournisseurs d'hébergement)는 그가 인식하지 못하고 정보보유를 제공하는 것에 그친 인터넷정보의 내용에 대해서는 책임을 부담하지 않는다는 것이 일반적인 이론이었다.³⁶³⁾ 그런데 2000년에 문제의 정보에 대하여 법원의 개입이 있는 경우에 접속차단을 할 의무를 지우는 규정을 신설하였다.

즉 2000년 8월 1일 법률로 추가된 1986년 9월 30일의 커뮤니케이션법 제43-8조에 이러한 규정을 두고 있다. 동조는 “무료로 또는 유상으로 공중의 이용에 제공하기 위하여 신호, 문장, 이미지, 소리, 또는 이러한 서비스에 의하여 접근 가능한 모든 형태의 메시지들의 직접적이고 지속적인 저장(stockage direct et permanent)을 맡아서 보장하는 자연인 또는 법인은 법원의 금지명령이 있음에도 이에 따르지 않고 문제의 내용에 대한 접속 차단을 신속히 하지 않은 경우에는 민, 형사상의 책임을 진다고 규정하고 있다.

그런데 원래 2000년 8월 1일의 법률은 의회를 통과한 당시에는 또다른 규정을 두고 있었다. 즉 위의 자연인, 법인이 민사상, 형사상 책임을 지게 되는 또다른 사유로 그 자연인 또는 법인이 보유하고 있는 내용이 불법적인 내용인 것이라고 생각하거나 또는 피해를 입히는 것이라고 생각하는 제3자로부터 고소를 제기 받은 경우에도 적절한 신속한 조치를 취하지 않은 경우를 규정하고 있었다. 그러나 이 규정에 대해서는 프랑스 헌법재판소(Le

362) 이러한 취지로, C. Féral-Schuhl, 위의 책, p.154 참조.

363) 프랑스 최고행정법원(Conseil d'Etat, Section du rapport et des études)의 보고서 '*Internet et les réseaux numériques*' 참조. 이 보고서에 대해서는 <http://www.internet.gouv.fr/francais/textesref/rapce98/rap3.htm#1> 참조.

Conseil constitutionnel)가 위헌으로 결정하였다.³⁶⁴⁾ 이 결정에서 프랑스 헌법재판소는 먼저 입법자(의회)의 권한에 관하여 실시하고 있다. 즉 입법자는 자신의 권한으로서 한편으로 커뮤니케이션의 자유와 다른 한편으로 타인의 자유의 보장 및 공공질서의 보호간에 조절을 수행하는데 입법자는 이 조절의 범위 내에서 불법적 내용이 저장된 경우에 정보작성자과 편집자와의 책임제도와 다른 정보보유제공자의 특별한 형사책임제도를 설정할 수 있다고 보았다. 프랑스의 헌법재판소는 이처럼 언론출판의 자유를 타인의 권리, 공공질서보호이익과 조절하는 것은 입법자의 권한인데 이러한 권한의 범위 내에서 정보제공자에 대한 특별한 형사책임제도를 둘 수 있다는 것이다. 그러나 헌법재판소는 이는 범죄와 형벌에 관한 적법성원칙과 중죄와 경죄의 규정 및 그 형벌에 관한 법원칙은 법률이 정한다고 규정하고 있는 헌법 제34조의 규정들을 준수하는 조건하에서라고 밝혀 그 권한행사의 조건을 설정하고 있다. 그리하여 헌법재판소는 심판대상규정에서 말하는 제3자의 고소제기에 있어서 그 형식에 관한 요건들을 설정하는 것을 입법자가 누락하였고 입법자는 또한 관계자들의 형사책임을 지우게 하는 범법행위의 본질적 특색(지표)을 확정하지 않음으로써 헌법 제34조에서 나오는 자신의 권한을 제대로 인식하지 못하여 위헌이라고 판단하였다. 요컨대 제3자가 법원에 어떠한 방식으로 고소를 행하는 경우를 말하는지 그 요건이 명확하지 않고 형사책임을 가져오는 구성행위가 명확하게 규정되지 않았다는 점에서, 즉 너무 일반적이고 불명확하다고 하여³⁶⁵⁾ 그 위헌성이 인정된 것으로 이해된다. 이러한 프랑스 헌법재판소의 결정은 한국의 헌법재판소가 형사법 규정에 있어서 명확성의 원칙의 준수를 요구하고 있는 것과 비슷한 취지를 보여준다고 할 것이다.

위와 같은 위헌결정으로 문제의 규정은 삭제되고 결국 위에서 언급한 사유가 있는 때에만 민사상, 형사상 책임이 정보보유제공자에게 주어지도록 현행법은 규정하고 있는 것이다.

프랑스법에서의 정보보유제공자의 책임에 관한 법리는 그 책임의 인정에 사법적 판단이 개재되는 것을 전제로 한다는 점에 주목할 만한 점을 가지고 있다고 할 것이다.

5. 자율적 규제

먼저 인터넷사용자가 자신의 정보선택에 책임을 지는 것이 필요하다고 본다. 이를 위하여 인터넷사용자의 예의범절(Netiquette)을 일반화하거나 필터링 프로그램의 활용, 인터넷 관련자들의 모임에 의한 사이트 분류, 즉 음란성, 폭력성을 식별하게 하는 사이트의 분류 등이 행해질 수 있을 것인데.³⁶⁶⁾ 그 효율성에 있어서의 한계가 지적되곤 한다.

다른 한편으로 윤리규정의 제정을 통한 자율규제가 바람직한 것으로 제안되고 있기도 하다. 이는 인터넷이용자들의 권익을 보호하기 위하여 인터넷관련 업무자들의 직무윤리를 규정하는 것이다. 프랑스에서는 인터넷사업자들이 윤리 규정을 자체적으로 제정하여³⁶⁷⁾ 공정

364) 프랑스 헌법재판소 2000년 7월 27일 선고, 1986년 9월 30일의 커뮤니케이션자유법을 개정하는 법률(loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication)에 대한 위헌심판결정(Décision n°2000-433 DC), 이 결정에 대해서는 Rec.(프랑스 헌법재판소 판례집), p.121 참조. 이 결정에 대한 소개와 평식으로, J.-E. Schoettl, "La nouvelle modification de la loi 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication : dernier épisode en date d'un feuillet constitutionnel", *Les petites affiches*, 31 juillet 2000 (151), 12aus ; A. Lepage, "Du sens de la mesure en matière de responsabilité civile sur internet. La loi, la jurisprudence et le fournisseur d'hébergement", *Recueil Dalloz*, 2001 (4), pp.322-327 ; N. Jacquinet, note(평석) in *R.F.D.C.*, 2001 (45), pp.88-89 등 참조.

365) N. Jacquinet, 위의 평석(note), 89면 참조.

366) C. Féral-Schuhl, 앞의 책, p.159 참조.

성, 안정성, 투명성, 비밀준수 등을 위한 규칙, 업무자의 책임 등에 관하여 규범을 정해 두기도 한다.

한편 공공부문에서의 규제와 민간의 자율규제가 상호협력하는 체제(corégulation)가 제안되기도 한다.³⁶⁷⁾ 사실 프랑스에서는 위에서 본대로 공적인 규제 외에 자율적 규제가 공존하는 상황이라고 볼 수 있다.

제4절 우리 나라에서의 음란 등 불법정보의 규제와 표현의 자유

I. 음란 등 불법정보의 규제에 관한 현행 법제의 내용

1. 형법상의 음란물죄

일반적으로 성표현물(pornography) 중 형사처벌의 대상이 되는 표현물이 바로 ‘음란물’이라고 할 것이다. 우리 형법 제243조 및 제244조도 음란물의 반포 및 제작 등에 대해서 형사벌을 부과하고 있다. 그런데 PC통신이나 인터넷 등 온라인매체를 통해서 유통되는 음란한 정보가 과연 현행 형법 제243조 및 제244조의 규율대상이 되는 ‘음란물’에 해당되는지가 문제될 수 있다. 이 문제와 관련하여 우리 대법원은 온라인매체를 통해서 유통되는 음란한 정보는 형법 제243조 및 제244조의 규율대상이 되지 않는다는 입장을 갖고 있다.

◆ 대법원 1999. 2. 24. 98도3140, 음화판매

【원심판결】 서울지법 1998. 8. 26. 선고 98노1970 판결

【주 문】 원심판결 중 유죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울지방법원 합의부에 환송한다.

【이 유】 원심이 적용한 법률에 관하여 직권으로 판단한다.

원심판결은, 피고인들이 컴퓨터통신정보제공자로 일하고 있는 공소외 김○민과 공모하여, 1997. 4. 경부터 같은 해 12.경까지 컴퓨터정보통신회사인 주식회사 큰날개를 설립하여 'BIG'이라는 사설계시판을 개설하여 수수료를 받고서 음란한 영상화면을 수록한 컴퓨터 프로그램파일 73개를 컴퓨터 통신망을 통하여 전송하는 방법으로 판매하였다는 공소사실에 대하여 형법 제243조, 제30조를 적용하여 유죄로 판결하였다.

그러나 형법 제243조는 음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자에 대한 처벌 규정으로서 피고인들이 판매하였다는 컴퓨터 프로그램파일은 위 규정에서 규정하고 있는 문서, 도화, 필름 기타 물건에 해당한다고 할 수 없으므로 피고인들의 위와 같은 행위에 대하여 전기통신기본법 제48조의 2의 규정을 적용할 수 있음은 별론으로 하고 원심이 형법 제243조의 규정을 적용하여 유죄의 판결을 한 데에는 위 형법 제243조의 음화판매죄의 법리를 오해한 위법이 있다고 하지 않을 수 없다.

그러므로 원심판결 중 유죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 원심법원에 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

367) 프랑스 정보산업협회, 프랑스 멀티미디어협회 등에서 제정한 윤리규정이 그 예들이다.

368) C. Féral-Schuhl, 위의 책, p.161 참조. 1999년 11월에 각국의 인터넷규제기관들이 모여 협력적 규제의 방향으로 결론을 모으고 복합적 규제(multirégulation)에 대해서는 논의한 바 있다고 한다. C. Féral-Schuhl, 위의 책, 같은 면 참조.

위의 대법원판결은 온라인매체를 통해서 유통되는 음란한 정보가 과연 현행 형법 제243조 및 제244조의 규율대상이 되는 ‘음란물’에 해당되는지 여부에 대한 대법원 최초의 결정이라는 점에서 의의를 갖는다.³⁶⁹⁾

2. 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률상의 정보통신망이용음란죄

그러면 온라인매체를 통해서 제작 및 유통되는 음란정보에 대해서는 현재 어떠한 법조항을 근거로 형사처벌을 부과하고 있는가? 바로 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제65조 제1항 제2호가 적용되고 있다.

정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제65조(벌칙): ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

2. 정보통신망을 통하여 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공연히 전시한 자

원래 이 조항은 그 동안 사이버공간에서의 음란물에 관한 대표적인 규제근거조항이었던 전기통신기본법 제48조의 2[전기통신역무이용음란죄]가 2000년 12월 20일 국회에서 통과되고 2001년 1월 16일 법률 제6360호로 공포된 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제65조 제1항 제2호로 흡수된 것이다. 그리고 전기통신기본법 제48조의 2는 삭제되었다. 예전의 전기통신기본법 제48조의 2는 다음과 같이 규정하고 있었다.

전기통신기본법 제48조의 2(벌칙): 전기통신역무를 이용하여 음란한 부호·문언·음향 또는 영상을 배포·판매 또는 임대하거나 공연히 전시한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. [본조신설 1996·12·30]

전기통신기본법 제48조의 2는 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제65조 제1항 제2호로 흡수되기 이전에 사이버공간에서의 음란물규제의 대표적인 준거로서 이용되었었다.

◆ 서울지법 1998. 9. 29. 98고단206, 음화전시

피고인이 인터넷에 게재한 이승희의 누드사진은 체모까지 드러나는 등 음란성이 인정된다. ... 그러나 컴퓨터 영상에 대해서는 음란한 문서, 도서, 필름 등을 음란물로 규정하고 있는 형법으로 처벌할 수 없고, 대신 음향이나 영상물까지 포함해 처벌토록 한 전기통신기본법을 적용할 수 있다.

위 판결은 자신이 개설한 인터넷 홈페이지에 이승희의 누드사진 3장을 올린 피고인을 검

369) 이 대법원판결에 대한 평석으로는 황승흠, “사이버공간에 대한 형법 제243조의 적용 여부-대법원 1999.2.24. 선고 98도3140판결의 평석-”, 『인권과 정의』, 1999년 12월호, 47-58면 참조.

찰이 1997년 말 기소하면서 형법상 음화전시 혐의와 함께 예비적 청구로 전기통신기본법 위반 혐의를 추가로 적용했었다. 그리고 재판부는 피고인에게 전기통신기본법 위반죄를 적용, 벌금 200만원을 선고하였다. 이 판결은 인터넷상의 음란물에 대해서 형법상의 음란물관련 조항을 적용하지 않고 전기통신기본법 제48조의 2를 적용한 최초의 판결이라는 의미에서 그 의의를 가진다.³⁷⁰⁾

한편 위의 전기통신기본법 제48조의 2는 형법 제243조의 조문구조를 따 온 것인데, 규율 대상이 되고 있는 행위태양도 “반포·판매 또는 임대행위 또는 공연한 전시행위”라고 설정함으로써, 오프라인에서의 행위태양과 온라인에서의 행위태양을 거의 동일하게 설정하였다. 그런데 형법 제243조는 그 규율대상이 유형의 물체이고 또한 행위태양도 수요자와 공급자의 面 對 面을 전제로 하는 것이지만, 온라인에서는 그렇지 않다. 특히 인터넷이라는 매체의 특성 중의 하나는 ‘링크’라고 할 수 있는데, 이러한 ‘링크행위’가 과연 공연한 전시행위에 포함되는지가 문제되기도 하였다.

◆ 수원지법 1999. 12. 10. 98고단5874, 전기통신기본법위반

검사가 피고인 이○○에게 의뢰한 전기통신기본법 제48조의 2는 “전기통신역무를 이용하여 음란한 부호·문언, 음향 또는 영상을 공연히 전시한 자”를 처벌하도록 규정하고 있는바, 여기서 음란한 부호 등을 공연히 전시하였다 함은 인터넷상에서는 음란한 내용의 파일들을 직접 게시하였거나 이와 동일시 할 수 있는 정도의 행위 즉, 음란한 내용의 파일들을 직접 링크시키는 행위 등에 한정된다고 할 것이다.

그러므로 위 피고인이 음란한 내용의 파일들이 존재하고 있는 위 윤○○, 유○○, 김○○의 홈페이지 주소로 링크시킨 행위가 위 법상의 음란한 부호 등을 공연히 전시한 것에 해당하는지에 관하여 살피건대, 이 사건에서 문제된 인터넷 웹서비스에서 음란한 내용의 부호 등은 인터넷웹파일, 일반문서파일, 그림파일 등의 형태로 인터넷서비스업체에서 제공하는 공간(이 공간을 ‘주소’로 특징지을 수 있다. 이하 ‘주소’라 한다)에서 존재하는바, 위 피고인이 자신이 관리하고 있는 위 ‘팬티신문’에 음란한 내용의 파일들이 존재하는 주소를 링크시켰다 하더라도 이는 아래에서 보는 바와 같이 위 ‘팬티신문’에 음란한 부호 등을 전시한 것과 동일시 할 수 있는 형태의 행위라고 볼 수 없다.

위 피고인이 위 ‘팬티신문’에 음란한 내용의 파일들이 위치하고 있는 주소를 링크시킨 경우라 하더라도 링크를 통하여 전시된 것은 특정 파일들이 존재하는 위치에 불과한 것이지 구체적으로 그 위치에 존재하고 있는 파일들이라고 할 수 없고, 위 피고인으로서 주소로 링크시킨 것에 의하여 위 윤○○, 유○○, 김○○의 홈페이지라는 도메인(domain)이름을 가진 인터넷상의 주소를 전시하고 그 곳에 바로 연결될 수 있도록 해준 것에 불과하다고 할 것이지, 위 홈페이지에 존재하는 음란사진 및 야설 등을 위 링크에 의하여 전시하였다고는 볼 수 없다.

만일 특정한 주소를 링크시킨 경우에 그 주소로 이동하여 그 주소에 위치한 모든 파일들을 볼 수 있다는 점 때문에 음란한 내용의 파일들이 존재하는 주소를 링크시킨 위 피고인이 그 주소에 위치하는 음란 파일들을 전시한 것으로 본다면(검사는 위와 같은 주장을 하고 있다), 위 윤○○, 유○○, 김○○의 홈페이지라는 특정한 도메인(domain)명을 가지고 있으나 실제로는 위 도메인과 같은 이름이 아니고 숫자로 이루어진 일정한 기억용량에 불과한 주소에 링크시킨 행위를 그 주소에 존재하는 음란한 내용을 가진 파일들에 링크시킨 것과 동일하게 평가함으로써 결국 음란한 부호 등을 전시한 것뿐 아니라 음란한 부호 등이 위치하고 있는 주소를 전시한 것도 처벌하는 것으로 해석하여 피고인에게 불리한 유추해석을 하는 것으로서 죄형법정주의에 위배되는 결과를 낳을 것이다(실제적인 면에서도

370) 전기통신기본법 제48조의 2의 해석상의 문제점에 대해서는 황승흠, “사이버 포르노그래피에 관한 법적 통제의 문제점-전기통신기본법 제48조의 2[전기통신역무이용음란죄]를 중심으로-”, 『정보와 법연구』, 창간호, 국민대학교 정보와 법 연구소, 길안사(1999), 127-168면 참조.

인터넷 이용자는 하나의 홈페이지에서 링크의 형태로 연결된 파일들을 보는 것과 다른 주소로 연결되는 링크를 통하여 다른 주소로 이동하는 것을 구별할 수 있다고 볼 것인데 이는 하나의 홈페이지에서의 링크는 인터넷 서버의 동일성으로 인해 도메인명이 변하지 않는 등으로 그 주소에 있음을 알 수 있지만, 다른 주소로의 이동은 그 이동을 표시할 뿐 아니라 이동된 주소의 서버와 연결됨으로 인하여 새로운 도메인명이 등장하기 때문이다).

3. 성폭력범죄의처벌및피해자보호에관한법률상의 통신매체이용음란죄

성폭력범죄의처벌및피해자보호에관한법률 제14조(통신매체이용음란)는 “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 자는 1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있다.

그런데 이 조항과 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률상의 정보통신망이용음란죄 조항의 관계가 문제된다. 정보통신망법은 형법 규정과 마찬가지로 “음란표현”을 처벌하고 있는 것임에는 분명하나, 성폭력특별법은 조항 제목에 “淫亂”이라는 용어를 사용하고 있지만 본문에서는 음란의 용어를 사용하지 않고 “성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 표현”을 처벌하고 있는 것으로 규정하고 있기 때문이다. 판단컨대, 표현의 자유와의 관계에서 형사처벌의 대상으로서 그 유통 자체가 전면 금지되는 “음란”개념을 좁게 해석해야 한다고 할 때, 위 “성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 표현”을 “음란”과 동일시하기는 어려운 것으로 생각된다. 특히 이 조항이 형법이나 정보통신망법의 조항과는 달리 목적범에 한정하여 처벌하고 있는 것에 비추어 볼 때, 입법자는 음란표현보다는 그 개념범위가 더 넓은 성표현을 규제하고자 한 것이 아닌가 해석된다.

4. 청소년의성보호에관한법률상의 청소년이용음란물죄

기본적으로 ‘금지의 대상’이 되는 불법정보의 구체적 종류와 관련하여, 최근 관심의 대상이 되고 있는 것이 바로 ‘청소년이용음란물 혹은 청소년이용음란정보’라고 할 수 있다. 청소년이용음란물 혹은 청소년이용음란정보에 관한 현행 법규정으로는, 청소년의성보호에관한법률 제2조 제3호 및 제8조를 들 수 있다.

청소년의성보호에관한법률 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

3. ‘청소년이용음란물’이라 함은 청소년이 등장하여 제2호 각목의 1에 해당하는 행위(청소년과의 성교행위, 청소년과의 구강·항문 등 신체의 일부 또는 도구를 이용한 유사성교행위)를 하거나, 청소년의 수치심을 야기시키는 신체의 전부 또는 일부 등을 노골적으로 노출하여 음란한 내용을 표현한 것으로서, 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터 기타 통신매체를 통한 영상 등의 형태로 된 것을 말한다.

청소년의성보호에관한법률 제8조 (청소년이용음란물의 제작·배포 등) ① 청소년이용음란물을 제작·수입·수출한 자는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

② 영리를 목적으로 청소년이용음란물을 판매·대여·배포하거나, 이를 목적으로 소지·운반하거나, 공연히 전시 또는 상영한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.

- ③ 청소년을 청소년이용음란물의 제작자에게 알선한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.
- ④ 제1항의 미수범은 처벌한다.

위와 같은 내용의 청소년의성보호에관한법률 제2조 제3호 및 제8조는 청소년을 ‘실제로’ 이용하여 음란물을 제작하고 배포 등을 한 경우, 즉 소위 ‘아동포르노(Child Pornography)’의 제작 및 배포 등의 행위를 처벌대상으로 삼는 조항이라고 할 수 있다. 이러한 아동포르노(혹은 청소년이용음란물)는 성적 표현물의 제작에 있어서 당해 성적 표현물에 아동(혹은 청소년)이 직접 출연하는 경우의 한계문제를 의미하는 것으로서, 일정한 표현물에 대한 청소년의 접근을 차단하는 규제장치(예컨대 청소년보호법상의 청소년유해매체물제도)와는 전혀 다른 차원의 문제이다. 따라서 아동포르노가 불법정보로 인정되는 이유는, 아동포르노가 ‘아동(혹은 청소년)에 대한 성적 학대 내지 성적 착취’와 직결되어 있기 때문이다.

따라서 실제 청소년이 등장하지 않는 상태에서 상상력을 이용하여 단지 만화나 텍스트의 형태로 청소년을 음란하게 묘사하는 것은, 현행법의 해석상 그것이 형법 제243조 및 제244조상의 음란물죄 혹은 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제65조 제1항 제2호상의 정보통신망이용음란죄에 의해 처벌대상이 되는 ‘음란한’ 표현물에 해당할지는 몰라도, 청소년의성보호에관한법률 제2조 제3호 및 제8조에 의한 규율대상이 되지는 않는다고 할 것이다.

그런데 사실 청소년이용음란물죄에 관한 청소년의성보호에관한법률 제8조 중 특히 제1항과 제3항이 처벌하고 있는 청소년이용음란물의 제작·수입·수출행위 및 청소년의 알선행위와는 인터넷 등의 온라인매체에서는 구체적으로 문제될 여지가 없을 것이다. 왜냐하면 이러한 행위유형들은 대체로 오프라인에서 행해질 수 있기 때문이다. 따라서 인터넷 등의 온라인매체와 관련하여 직접 문제될 수 있는 것은 제작된 청소년이용음란물의 배포 등의 행위를 규제하고 있는 제8조 제2항이라고 할 것이다.

한편 청소년의성보호에관한법률 제2조 제3호 및 제8조가 규율하고 있는 청소년이용음란물죄에 관해서는, 헌법재판소의 사법판단이 이루어진 상태이다.

◆ 현재 2002. 4. 25. 2001헌가27, 청소년의성보호에관한법률 제2조 제3호 등 위헌제청

이 사건 법률 제2조 제3호의 규정에 표현상 약간의 의문점이 있는 것은 사실이다. 그러나 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가지고 있는 사람이라면 이 사건 법률의 입법경과와 입법목적, 같은 법률의 다른 규정들과의 체계조화적 해석, 관계부처의 법률해석, 다른 처벌법규와의 비교 등을 고려하여 목적론적으로 해석할 때, 이 사건 법률의 ‘청소년이용음란물’에는 실제인물인 청소년이 등장하여야 한다고 보아야 함이 명백하고, 따라서 법률적용단계에서 다의적으로 해석될 우려가 없이 건전한 법관의 양식이나 조리에 따른 보충적인 해석에 의하여 그 의미가 구체화되어 해결될 수 있는 이상 죄형법정주의에 있어서의 명확성의 원칙을 위반하였다고 볼 수 없다.

이 사건 법률규정의 의하여 보호되는 공익의 중요성과 범죄의 죄질 및 행위자책임의 정도, 일반예방적 목적을 달성하기 위한 형사정책적 측면, ‘청소년이용음란물’의 표현 매체의 성격상 예상되는 그 제작·유통의 파급효과, 그리고 1회의 법률상 감경이나 작량감경에 의하더라도 집행유예의 선고가 가능한 점 등에 비추어 보면, 이 사건 법률 제8조 제1항과 구성요건상 비슷한 유형의 다른 처벌법규인 전기통신기본법 제48조의2 또는 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제65조 제1항 제2호와 일반적인 음란물죄에 관한 형법 제243조 및 제244조의 법정형에 비하여 비교

적 중한 법정형으로 정한 것에는 수긍할만한 합리적인 이유가 있다고 인정되므로, 그 처벌의 정도가 형의 양정에 있어서 지나치게 가혹하다거나 불합리하여 입법제량의 한계를 벗어나 자의적인 것이라고는 보기 어렵다.

위 사건의 배경을 살펴보면, 대전지방검찰청홍성지청 검사가 2001. 6. 13. “피고인은 2000. 1.경 청소년이 등장하여 성기가 발기된 채 양주목을 불끈 쥐고 있는 그림인 ‘남자라면’을 제작한 후, 불상일경 이를 자신의 홈페이지에 게시하여 청소년이용음란물을 제작하였다”는 공소사실로, 피고인에 대해서 청소년성보호법 제8조 제1항을 적용하여 공소를 제기하였고, 피고인의 본안소송 재판부인 대전지법 홍성지원 합의부가 2001. 10. 11. 청소년성보호법 제2조 제3호 및 같은 법 제8조 제1항에 대해 명확성의 원칙, 평등원칙, 과잉금지의 원칙을 위반한다는 취지로 위헌제청을 직권으로 결정한 경우이다.

위 사건의 핵심쟁점은 과연 청소년의성보호에관한법률 제2조 제3호 및 제8조가 규율하고 있는 ‘청소년이용음란물’이 청소년을 실제로 이용한 경우만을 의미하는 것인지, 아니면 실제 청소년이 등장하지 않는 상태에서 상상력을 이용하여 단지 만화나 텍스트의 형태로 청소년을 음란하게 묘사하는 것까지 포함하는 것인지 여부였지만, 우리 헌법재판소는 전자에 국한된다고 판시한 것이다.

5. 전기통신사업법상의 불온통신규제제도

(1) 불온통신에 대한 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령제도

헌법재판소에 의해 위헌결정이 내려지기 전까지 전기통신사업법 제53조가 규정하고 있던 불온통신에 대한 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령제도는, 온라인매체에서 매우 강력한 규제수단으로 인식되었다.

전기통신사업법 제53조(불온통신의 단속): ① 전기통신을 이용하는 자는 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용의 통신을 하여서는 아니된다.

② 제1항의 규정에 의한 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 것으로 인정되는 통신의 대상 등은 대통령령으로 정한다.

③ 정보통신부장관은 제2항의 규정에 의한 통신에 대하여는 전기통신사업자로 하여금 그 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있다.

전기통신사업법 제71조(벌칙): 다음 각호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

7. 제53조 제3항 또는 제55조의 규정에 의한 명령을 이행하지 아니한 자

전기통신사업법시행령 제16조(불온통신): 법 제53조 제2항의 규정에 의한 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 것으로 인정되는 전기통신은 다음 각호와 같다.

1. 범죄행위를 목적으로 하거나 범죄행위를 교사하는 내용의 전기통신
2. 반국가적 행위의 수행을 목적으로 하는 내용의 전기통신
3. 선량한 풍속 기타 사회질서를 해하는 내용의 전기통신

전기통신사업법이 규정하고 있던 불온통신에 대한 규제의 연혁은 1961년까지 거슬러 올라간다. 1961년 12월 30일 전파의 관리를 위한 「전파관리법」이 법률 제924호로 공포되는 것과 동시에 「전기통신법」도 동일 자에 법률 제923호로 공포되었는데, 이로 인해 전기통신에 대한 법적 규제의 기본적인 골격이 갖추어지기 시작하였고, 그리고 이때부터 본격적으로 통신에 대한 ‘국가의 직접운영시대’가 시작되었다고 할 수 있다. 이 당시 전기통신법 제6조는 다음과 같이 규정하고 있었다.

제6조[불온통신의 단속]: 체신관서 또는 전화관서는 公安을 妨害하거나 美風良俗을 해하는 것이라고 인정되는 公衆電氣通信은 이의 접수를 하지 아니하거나 전송의 전부 또는 일부를 정지할 수 있다.

그리고 1981년 4월 7일에 공포된 전기통신법중개정법률(법률 제3421호)은 한국전기통신공사를 설립하여 지금까지 체신부장관이 관리운영하던 공중전기통신사업의 경영을 1982년부터 동 공사가 담당하도록 하면서 통신에 대한 ‘한국전기통신공사의 독점시대’를 열었는데, 이와 동시에 제6조[불온통신의 단속] 중에서 “공안을 방해하거나 미풍양속을 해하는” 부분을 “공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는”으로 개정하였다.

한편 헌법재판소에 의해 위헌결정이 내려진 정보통신부장관의 거부·정지·제한명령제도는 1983년부터 등장한다. 즉 1983년 12월 30일 기존의 전기통신법이 「전기통신기본법」(법률 제3685호)과 「공중전기통신사업법」(법률 제3686호)으로 분리되었는데, 이 당시 공중전기통신사업법은 다음과 같이 규정하고 있었다.

제80조[불온통신의 단속]: ① 공중통신이용자는 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용의 통신을 하여서는 아니된다. ② 제1항의 규정에 의한 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 것이라고 인정되는 통신의 대상 등은 대통령령으로 정한다. ③ 체신부장관은 제1항의 규정에 의한 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 것이라고 인정되는 공중통신의 취급을 公社로 하여금 거부·정지 또는 제한하게 할 수 있다.

하지만 이 당시 채택하고 있던 불온통신 규제제도는, 체신부장관의 명령을 위반한 한국전기통신공사에 대한 제재규정은 갖고 있지는 않았다.

한편 그동안 독점체제로 운영되어 왔던 전기통신산업에 경쟁체제를 도입하기 위하여 1991년 8월 10일 전기통신기본법이 법률 제4393호로 전면개정되고, 동시에 공중전기통신사업법도 동일자에 법률 제4394호로 「전기통신사업법」으로 전면개정되면서 전기통신산업에 ‘경쟁도입의 시대’가 도래하였는데, 이 당시 전기통신사업법은 불온통신에 대한 거부·정지·제한명령의 대상을 한국전기통신공사에서 전기통신사업자로 확대하면서, 이러한 명령을 위반한 사업자에 대한 벌칙규정도 두게 된 것이다.

결국 이상에서 살펴보았듯이, 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령제도는 전기통신산

업분야가 민영화되면서, 행정부가 갖고 있던 통신의 내용에 대한 기존의 통제권한을 그 대상에 있어서 민간부문으로 확대하면서 생긴 것이라고 할 수 있다.

이러한 취급거부·정지·제한명령제도와 관련하여 주목할 점은 다음과 같은 세 가지이다.

첫째, 취급거부·정지·제한명령의 발동주체는 공행정기관인 ‘정보통신부장관’이라는 점이다. 이 점에서 전기통신사업법에서 채택하고 있는 인터넷 내용규제시스템의 직접적인 운영주체는 바로 공행정기관이라는 점을 알 수 있다. 즉 행정청의 처분에 의한 직접적인 내용규제가 가능하다는 것을 알 수 있다.

둘째, 취급거부·정지·제한명령의 객체는 전기통신의 이용자가 아닌 전기통신사업을 수행하고 있는 ‘전기통신사업자’라는 점이다. 여기서 ‘전기통신사업자’란 전기통신사업법에 의한 허가를 받거나 등록 또는 신고를 하고 전기통신역무를 제공하는 자를 말한다(전기통신사업법 제2조 제1항 제1호). 그리고 이러한 전기통신사업자에는 기간통신사업자(基幹通信事業者), 별정통신사업자(別定通信事業者), 부가통신사업자(附加通信事業者)가 포함된다. 특히 인터넷이나 PC통신 등 온라인매체상에서의 불온통신과 관련된 전기통신사업자는 이 중에서 주로 부가통신사업자에 해당한다. 여기서 부가통신사업자란 기간통신사업자로부터 통신회선설비를 임차하여 기간통신사업자가 제공하는 통신서비스 이외의 통신서비스를 제공하는 사업자를 말한다.³⁷¹⁾ 즉 부가통신사업자는 기간통신사업자의 서비스인 전화서비스, 가입전선서비스, 통신회선설비임대서비스, 주과수를 할당받아 제공하는 서비스 및 기타 정부통신부장관이 고시하는 서비스 이외의 모든 서비스를 제공할 수 있다.

셋째, 정보통신부장관이 발하는 ‘취급거부·정지·제한명령’의 내용이 다양할 수 있다는 점이다. 현재 주로 이용되고 있는 취급거부·정지·제한명령의 구체적 수단은 ‘전기통신사업자’에 대한 사이트폐쇄명령, 이용자명(ID)정지명령, 삭제명령이다. 여기서 사이트폐쇄명령은 쉽게 이야기하면 홈페이지를 폐쇄시키는 명령이다. 예컨대 영리목적으로 정보를 제공하는 특정한 홈페이지에서 불온통신이 이루어지고 있는 경우, 당해 홈페이지를 폐쇄시키는 명령을 의미한다. 이용자명정지명령은 영리목적의 각종 정보제공사이트(예컨대 각종 PC통신이나 영리목적의 포털사이트 등)를 이용할 수 있는 자격이 부여되는 이용자명을 이용할 수 없도록 하는 명령이다. 이용자명의 이용이 정지되는 경우에는 당해 사이트를 통해서 정보를 유통시키는 것은 불가능하다는 점은 물론이다. 삭제명령은 구체적인 세부 정보를 당해 사이트나 홈페이지에서 삭제하도록 하는 명령이다.

위와 같은 특성을 갖고 있던 불온통신에 대한 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령제도는 결국 불온통신개념의 불명확성과 범위의 광범성으로 인해, 2002. 6. 27. 이 제도를 규정하고 있던 전기통신사업법 제53조와 동법 시행령 제16조가 헌법재판소에 의해 위헌선언되었다.

◆ 현재 2002. 6. 27. 99헌마480, 전기통신사업법 제53조 등 위헌확인

전기통신사업법 제53조 제1항은 불온통신을 “공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 통신”으로 규정하고 이를 금지하고 있는바, 여기서의 “공공의 안녕질서”는 위 헌법 제37조 제2항의 “국가의 안전보장·질서유지”와, “미풍양속”은 헌법 제21조 제4항의 “공중도덕이나 사회윤리”와

371) 이상직, 「전기통신사업법론」, 진한도서(1998), 115면.

비교하여 볼 때 동어반복이라 해도 좋을 정도로 전혀 구체화되어 있지 아니하다. 즉 “불온통신”의 개념을 정하고 있는 것이 아니라 헌법상 기본권제한에 필요한 최소한의 요건 또는 헌법상 언론·출판자유·의 표현의 한계를 그대로 법률에 옮겨 놓은 것에 불과할 정도로 그 의미가 불명확하고 추상적이다. 이처럼, “공공의 안녕질서”, “미풍양속”이라는 것은 매우 추상적인 개념이어서 어떠한 표현행위가 과연 “공공의 안녕질서”나 “미풍양속”을 해하는 것인지, 아닌지에 관한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수밖에 없고, 법집행자의 통상적 해석을 통하여 그 의미 내용을 객관적으로 확정하기도 어렵다.

결론적으로 전기통신사업법 제53조 제1항은 규제되는 표현의 내용이 명확하지 아니하여 명확성의 원칙에 위배된다.

전기통신사업법 제53조는 “공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는”이라는 불온통신의 개념을 전제로 하여 규제를 가하는 것으로서 불온통신 개념의 모호성, 추상성, 포괄성으로 말미암아 필연적으로 규제되지 않아야 할 표현까지 다함께 규제하게 되어 과잉금지원칙에 어긋난다.

먼저, 외설성이 음란에는 달하지 않는 성적 표현, 한두 번의 폭력적 표현, 다소 상세한 살인현장의 묘사, 성을 소재로 한 유머, 왜곡된 사회도덕이나 윤리를 풍자하는 다소 품위없는 표현 등 헌법상 보호받는 표현인 “저속”한 표현뿐만 아니라, 청소년에 대한 접근만 금지하여도 족할 표현물도 불온통신에 해당되어 규제받게 된다.

더 나아가서 다양한 의견간의 자유로운 토론과 비판을 통하여 사회공동체의 문제를 제기하고, 건전하게 해소할 가능성을 봉쇄한다. 성(性), 혼인, 가족제도에 관한 표현들(예컨대, 혼전동거, 계약결혼, 동성애 등에 관한 표현)이 “미풍양속”을 해하는 것으로 규제되고 예민한 정치적, 사회적 이슈에 관한 표현들(예컨대, 징집반대, 양심상의 집총거부, 통일문제 등에 관한 표현)이 “공공의 안녕질서”를 해하는 것으로 규제된다면, 전기통신의 이용자는 표현행위에 있어 위축되지 않을 수 없고, 이로 말미암아 열린 논의의 가능성은 원천적으로 배제되어 표현의 자유의 본질적 기능이 훼손된다.

결론적으로, 전기통신사업법 제53조 제1항은 표현의 자유를 지나치게 광범위하게, 포괄적으로 제한함으로써 과잉금지원칙에 위배된다.

(2) 불온통신에 대한 정보통신윤리위원회의 심의 및 시정요구제도

정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령제도에 대한 헌법재판소의 위헌결정이 있기 이전까지, 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령제도와 함께 불온통신 규제시스템의 또 다른 중요한 축을 형성하고 있던 것이 바로 정보통신윤리위원회에 의한 심의 및 시정요구제도이다. 정보통신윤리위원회에 의한 심의 및 시정요구제도는 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령제도를 그대로 존치한 채, 1995년 1월 5일 전기통신사업법중개정법률(법률 제4903호)에 의해 제53조의 2로 추가되었던 것이다. 아무튼 그 내용을 살펴보면, 다음과 같다.

불온통신을 억제하고 건전한 정보문화를 확립하기 위하여 설치된 정보통신윤리위원회는 불온통신의 근절 및 건전정보의 유통활성화를 위하여 여러 가지 업무를 수행하는데, 다양한 업무 중 정보통신윤리위원회의 주된 업무일 뿐만 아니라, 온라인매체에서의 내용적 규제와 직접적으로 관련된 것은 “전기통신회선을 통하여 일반에게 공개를 목적으로 유통되는 정보 중 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정요구”라고 할 것이다(전기통신사업법 제53조의 2 제4항 제2호).

그리고 정보통신윤리위원회는 정보심의결과 불온통신에 해당하는 경우에는 전기통신사업자에게 “1. 이용자에 대한 경고, 2. 해당 정보의 삭제, 3. 불온통신을 행한 자에 대한 이용정지 및 이용해지”를 요구할 수 있다.³⁷²⁾ 물론 정보통신윤리위원회의 시정요구에는 엄밀하

게 말하면 법적 강제력이 없다. 즉 전기통신사업자가 정보통신윤리위원회의 시정요구를 받아들이지 않는다고 하더라도, 그에 대한 제재수단은 존재하지 않는다. 하지만 시정요구를 받은 전기통신사업자는 그 조치결과를 동 위원회에 통보하여야 하며, 전기통신사업자가 시정요구에 불응한 경우에는 동 위원회는 정보통신부장관에게 불온통신에 대한 거부·정지·제한 명령을 건의할 수 있다(전기통신사업법시행령 제16조의 4).

현행법상 정보통신윤리위원회가 갖고 있는 권한을 분석해 볼 때, 정보통신윤리위원회의 기능은 크게 두 가지로 구분될 수 있다.

첫째, 불온통신 규제시스템의 운영주체 중의 하나로서 기능한다.

전기통신사업법 제53조의 2(정보통신윤리위원회): ① 제53조의 규정에 의한 불온통신을 억제하고 건전한 정보문화를 확립하기 위하여 정보통신윤리위원회(이하 "위원회"라 한다)를 둔다.

② 위원회는 위원장 1인을 포함한 11인 이상 15인 이하의 위원으로 구성한다.

③ 위원은 학계·법조계·이용자단체 및 정보통신관련업계 등에 종사하는 자 중에서 정보통신부장관이 위촉한다.

④ 위원회는 불온통신의 근절 및 건전정보의 유통활성화를 위하여 다음 각호의 업무를 행한다.

1. 정보통신윤리에 대한 기본강령의 제시

2. 전기통신회선을 통하여 일반에게 공개를 목적으로 유통되는 정보 중 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정요구

3. 전기통신회선을 이용하여 유통되는 정보의 건전화를 위한 대책수립의 건의

4. 불건전 정보통신 신고센터의 운영

5. 건전한 정보문화 창달을 위하여 필요한 활동

6. 기타 전기통신을 이용한 불건전 정보 유통의 단속과 관련하여 정보통신부장관이 위임하는 사항

⑤ 위원회의 조직과 운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

⑥ 국가는 예산의 범위 안에서 위원회의 운영에 필요한 경비를 보조할 수 있다.

물론 불온통신에 대한 정보통신윤리위원회의 시정요구권이 법적 강제력이 없다는 것은 분명하지만, 정보통신윤리위원회가 철저하게 정보통신부장관의 통제를 받는다는 점에서, 정보통신부장관에게 취급거부·정지·제한명령을 건의할 수 있다는 점에서, 그리고 현재의 전기통신산업분야에 있어서 현실상 정보통신윤리위원회의 시정요구를 거부하기 힘들거나 혹은 시정요구를 받아들이는 것이 사업자의 입장에서는 편리하다는 점에서, 정보통신윤리위원회는 '사실상' 규제기관으로 기능한다고 볼 수 있다.

한편 다음의 도표는 2001년도 정보통신윤리위원회의 심의통계이다. 이 도표를 보면 정보통신윤리위원회의 심의대상이 되는 정보의 종류를 알 수 있다.

<표 1> 2001년 정보통신윤리위원회 심의통계(기간: 2001. 1. 1 ~ 2001. 12. 31)

372) 전기통신사업법시행령 제16조의 4 제1항.

위반내용	심의건수	시정요구				
		계	내용삭제	경고	이용정지	이용해지
저작권침해	6,581	6,290	819	254	4,137	1,080
명예훼손/사생활침해	112	18	15	2	0	1
사행심 조장/피라미드	139	34	1	0	32	1
유언비어	30	28	28	0	0	0
반국가	0	0	0	0	0	0
부당광고	1	0	0	0	0	0
음란/폭력 문자	1,299	943	602	232	20	89
음란/폭력 음성	1	0	0	0	0	0
음란/폭력물 판매	633	462	16	50	145	251
음란/폭력물 구매	65	59	11	48	0	0
음란/폭력물 교환	621	594	14	577	3	0
불건전 만남 유도	1,387	1,098	94	230	637	137
불건전 대화	3,503	3,154	6	3,101	46	1
음란물 소재 안내	301	102	27	50	21	4
언어 폭력	420	264	42	219	2	1
매춘	0	0	0	0	0	0
음란 정지영상	5,698	5,051	3,352	250	27	1,422
폭력 정지영상	134	117	80	11	0	26
음란 동영상	1,928	1,761	1,109	62	1	589
폭력 동영상	27	23	8	7	0	8
음란게임	372	318	127	134	0	57
폭력게임	5	0	0	0	0	0
기타/분류외	1,935	1,186	734	96	9	347
비심의대상	18	0	0	0	0	0
계	25,210	21,502	7,085	5,323	5,080	4,014

둘째, 청소년유해매체물의 심의·결정기관으로서 기능한다. 그런데 현행 정보통신윤리위원회가 갖고 있는 청소년유해매체물 심의·결정권한은 정보통신윤리위원회가 설치된 1995년보

다 약 2년 뒤인 1997년부터 청소년보호법의 시행으로 인하여 인정된 것이다. 이 말은 결국 정보통신윤리위원회는 정보통신망을 통해 유통되는 정보 중 청소년유해정보의 심의를 위해서 처음부터 설치된 기관이 아니라는 것을 의미한다. 원래 정보통신윤리위원회는 PC통신상에서 유통되는 정보에 대한 심의(특히 콘텐츠의 ‘적합’, ‘부적합’이라고 하는 사법적 판단을 수행하기 위해서)를 위해서 설치되었다는 것은 주지의 사실이다.

한편 정보통신윤리위원회의 심의 및 시정요구제도와 관련하여 주의할 점은 다음과 같다.

첫째, 심의대상이 되는 정보는 ‘공개성’을 그 전제로 한다는 점이다. 즉 “일반에게 공개를 목적으로 유통되는 정보”만이 심의대상이 된다는 점이다. 물론 전기통신사업법 제53조의 2 제4항 제2호는 일반에게 공개를 목적으로 유통되는 정보 중 “대통령령이 정하는 정보”라고 하여 그 범위를 제한하고 있지만, 여기서 ‘대통령령이 정하는 정보’란 “국가·지방자치단체 또는 공공단체에서 제공하는 정보와 다른 법령의 규정에 의하여 심의대상이 되는 정보에 해당하지 아니하는 정보”를 의미하기 때문에(전기통신사업법시행령 제16조의 3), 실질적으로는私人이 제공하는 정보는 거의 정보통신윤리위원회에 의한 심의대상에 포함된다고 할 것이다. 한편 공개성을 그 전제로 하기 때문에, 법해석상 공개성이 전제되지 않는 개인간의 사적인 교환이나 전달의 대상이 되는 정보는 원칙적으로 정보통신윤리위원회에 의한 심의대상에 포함되지 않는다고 할 것이다. 우리는 여기서 국가기관에 의한 내용적 규제의 출발점 및 한계점을 발견할 수 있다. 즉 정보의 ‘공개성’이 국가기관에 의한 내용적 규제의 출발점으로 기능함과 동시에 또한 한계점으로서 기능한다는 점이다. 이 점은 매우 중요한데, 왜냐하면 공개성이 부정되는 한 그 내용에 관계없이 국가는 개입할 수 없다는 것을 의미할 뿐만 아니라, 동시에 통신이라고 하더라도 ‘공개성’이 인정되는 한 국가는 개입할 수 있다는 것을 의미하기도 하기 때문이다.

둘째, 정보통신윤리위원회에 의한 내용심의는 원칙적으로 ‘사후심의’의 형태를 띠고 있다는 점이다. 즉 정보통신윤리위원회에 의한 내용심의는 사전검열의 위헌성이 높은 ‘사전심의’의 형태를 취하고 있지 않고, 또한 이를 강제할 수 있는 수단이 없다. 결국 이러한 점에서 정보통신윤리위원회는 사전검열기관으로서의 성격을 탈피하고 있는 셈이다.

셋째, 비록 원칙적으로 사후심의의 기능만을 수행한다고 하지만, 정보통신윤리위원회는 전기통신사업자에 대한 ‘시정요구’권한을 보유·행사함으로써, ‘사실상’ 내용규제기관으로서의 기능도 수행할 수 있다는 점이다. 물론 정보통신윤리위원회의 시정요구에 대해서 전기통신사업자가 응하지 않은 경우에는 전기통신사업자를 제재할 수 있는 수단은 현재 없다. 따라서 정보통신윤리위원회의 시정요구에 대해서는 법적 강제력이 부여되어 있지 않다. 사실 이 부분이 현행 정보통신윤리위원회에 의한 심의 및 시정요구제도의 성격을 파악하고, 분석하는데 있어서 매우 어려움을 야기시키는 부분이기도 하다.

II. 음란 등 불법정보의 규제에 관한 현행 법제 및 판례의 문제점

1. 정보통신망이용음란죄에 대한 헌법적 분석

(1) 매체의 특성과 음란성 판단기준

입법목적 및 판례의 경향을 살펴 볼 때, 현행 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률

상의 정보통신망이용음란죄가 온라인매체에서 유통되는 음란정보를 규율하기 위한 것이라는 점은 분명하다.

그런데 오프라인에서의 음란물을 규제하는 형법 제243조 및 제244조와 온라인에서의 음란정보를 규제하는 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제65조 제1항 제2호는 ‘음란’이라는 동일한 용어를 사용하고 있는데, 여기서 ‘음란’이라는 개념이 헌법적으로 동일한 의미를 지니는 것인지가 우선 문제될 수 있다. 일단 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제65조 제1항 제2호상의 ‘음란’ 개념은 그 제작까지 금지되는 ‘금지의 대상’이라는 점에서 형법상의 ‘음란’ 개념과 달리 볼 특별한 이유가 없고, 위에서 소개한 바와 같이 대법원도 전기통신기본법 제48조의 2의 음란개념을 형법상의 음란개념과 동일하게 보고 있다(대법원 1999. 2. 24. 선고 98도3140판결). 따라서 ‘음란’이라는 개념은 그것이 유통되는 매체 환경이 오프라인이든 온라인이든 동일한 의미를 지닌다고 할 수 있다.

하지만 비록 형법 제243조 및 제244조와 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제65조 제1항 제2호상의 ‘음란’ 개념이 동일한 의미를 지니는 것이라 하더라도, 오프라인에서의 구체적인 음란기준과 온라인에서의 구체적인 음란기준이 과연 차별화될 수 있는지가 또한 문제될 수 있다. 즉 오프라인매체의 특성과 온라인매체의 특성의 차이점이 음란성의 구체적인 기준에 영향을 미치는가라는 문제를 의미한다.

물론 이 문제는 구체적인 법 적용에 있어서 법원의 해석의 문제이기는 하지만, 음란성의 구체적인 기준과 관련하여 그동안 여러 가지 논란이 많았다는 점에서, 한번 검토해 볼만한 가치가 있다.

우선 오프라인에서의 음란성의 구체적인 기준과 관련하여, 법원과 헌법재판소가 제시한 기준을 살펴보면 다음과 같다.

(2) 오프라인에서의 음란성 판단기준에 관한 법원의 입장

1) 마야판결

우리나라에 있어서 음란성의 구체적인 기준에 관한 법원의 태도와 관련하여 출발점이 되고 있는 판결은 바로 ‘마야’판결³⁷³⁾이라고 할 수 있다. 이는 고야의 명화 ‘나체의 마야’를 인쇄하여 성냥갑 속에 넣어서 판매한 것이 음화제조·판매에 해당한다고 하여 기소된 사건인데, “비록 명화집에 실려 있는 그림이라 하여도 이것을 예술, 문학, 교육 등 공공의 이익을 위해서 사용하는 것이 아니고, 성냥갑 속에 넣어서 판매할 목적으로 그 카드 사진을 복사 제조하거나 시중에 판매하였다고 하면 이는 그 명화를 모독하여 음화화시켰다고 할 것이므로, … 음란성의 유무는 그 그림 자체로서 객관적으로 판단해야 할 것…”라고 하면서, 이를 음란물로 본 것은 정당하다고 판시했다. 이 판결에서 주목할 것은 예술·문학·교육 등 공공의 목적이 아닌 ‘영리의 목적’이 음란성 판단에 있어서 중요한 기준으로 작용하고 있다는 점이다.

2) 반노판결

한편 염재만의 소설 「반노」의 제13장 내지 제14장이 묘사하고 있는 내용이 음란에 해당

373) 대법원 1970. 10. 30. 70도1879.

되는지 여부가 문제된 사건에서, ‘전체적인 내용의 흐름’을 고려해야 한다는 원칙이 확립되었다. 즉 이 사건에서 대법원은 전체적인 흐름을 보았을 때, 성적 표현에 있어서 과도하게 성욕을 자극하거나 또는 정상적인 성적 정서를 크게 해칠 정도로 노골적이고 구체적인 묘사라고도 볼 수 없다고 하여 음란문서로 인정하지 않았다.³⁷⁴⁾

3) 반노판결 이후 즐거운사라판결 이전

‘반노’판결 이후 ‘즐거운사라’판결에 이르기까지 음란성에 대한 판단은 ‘사회일반의 객관적 기준’, ‘선량한 성적 도의관념’에 반하는지 여부, ‘전체적 판단’이라는 기준을 유지했지만³⁷⁵⁾, 반면에 그 이면에는 여전히 성적 내용을 금기시 하는 기초에서 크게 벗어나지 못하여 그 범위를 소위 소프트코어 포르노그래피로 확대하는 경우가 많았다. 예컨대 ‘사방지’판결에서와 같이 여성간의 애무장면 등을 묘사하고 있는 포스타, 스틸사진 등에 대해서 음란물로 판단하였고³⁷⁶⁾, 또한 ‘월간 부부라이프’판결에서도 대법원은 그 범위를 확대하고 있음을 볼 수 있다.³⁷⁷⁾

4) 즐거운사라판결

마광수의 소설 「즐거운 사라」의 음란성이 문제된 사례에서 대법원은 기존의 음란개념에 대한 판단기준들을 보다 구체적으로 실시하였다.³⁷⁸⁾ 즉 대법원은, “음란한 문서라 함은 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 가리키고, 문서의 음란성의 판단에 있어서는 당해 문서의 성에 관

374) 대법원 1975. 12. 9. 74도976.

375) 예컨대 ‘섹스링’의 판매와 관련된 사건에서 대법원은 “형법 제243조에서 규정한 음란한 물건이라 함은 성욕을 자극하거나 흥분 또는 만족케 하는 물품으로서 일반인의 정상적인 성적 수치심을 해치고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것”이라고 정의내리고 있다. 대법원 1987. 12. 22. 87도2331.

376) 대법원 1990. 10. 16. 90도1485. 즉 대법원은 “...상반신을 드러낸 여자들이 서로 껴안은 채 한 여자가 다른 여자의 뺨이나 가슴부분을 입술로 애무하는 장면으로서 여자의 얼굴표정이 성적 감정에 도취된 듯이 노골적으로 묘사되어 있고, ... 여자 2명이 상반신을 드러내 놓은 채 서로 부둥켜 안고 누워 있는 장면인데 그 모습이 성교장면을 연상케 하고 있으며, ... 나신으로 유두를 선명하게 노출시킨 채 물속에 비스듬히 앉아 있는 여자의 목에 다른 여자가 손을 대고 애무하고 있는 장면이며, ... 한 여자가 다리를 벌리고 서 있고(영상으로 보아 나신의 여자처럼 느끼게 한다) 상반신을 드러낸 다른 여자는 그 앞에 앉아서 서 있는 여자의 다리 사이를 쳐다보고 있는 장면으로서 위 포스타 등에는 ‘그들에겐 남자가 필요 없었다’, ‘여자인가.....남자인가.....하늘이 인간을 내시매 남자와 여자, 그리고 사방지가 있었다’라는 문구가 선명하게 기재되어 있어 위 천연색 포스타 등의 내용을 더욱 선정적으로 돋보이게 하고 있으므로 이들은 모두 그 표현방법이나 태양이 일반인의 정상적인 성적 정서를 해치고 건전한 성풍속이나 성도덕관념에 반하는 것으로서 음화에 해당한다고 보아야 할 것이다”라고 판시하였다.

377) 대법원 1991. 9. 10. 91도1550. 즉 대법원은 “형법 제243조에 규정된 음란한 문서 또는 도화(이하 음란도서라 한다)라 함은 성욕을 자극하여 흥분시키고 일반인의 정상적인 성적 정서와 선량한 사회풍속을 해칠 가능성이 있는 도서를 말하며 그 음란성의 존부는 작성자의 주관적 의도가 아니라 객관적으로 도서 자체에 의하여 판단되어야 할 것”이라고 전제하면서, “...‘성교체위 10선’이란 글과 함께 전라 또는 반라의 여자가 성교장면을 연상케 하는 여러 가지 자세를 취하고 있는 사진, ‘부부여 충만한 섹스테이트’이란 글과 함께 남자가 여자의 유두를 빨고 있는 장면과 남녀의 성행위 장면의 사진 등을 게재하고 ‘아들 낳는 성교체위법’, ‘화려한 성관계를 위한 콘트롤’, ‘당신도 대물이 될수 있다’, ‘사랑을 위해 성의 노예가 되자’, ‘혼들의자에서 즐기는 일본인들의 현란한 섹정놀이’ 등 제하의 각종 외설 기사를 게재하는 등 전반적으로 성관계를 노골적으로 묘사한 기사가 게재된 월간 부부라이프 1990년 10월호...”를 음란도서로 판단하였다.

378) 대법원 1995. 6. 16. 94도2413.

한 노골적이고 상세한 묘사 서술의 정도와 그 수법, 묘사 서술이 문서 전체에서 차지하는 비중, 문서에 표현된 사상 등과 묘사 서술과의 관련성, 문서의 구성이나 전개 또는 예술성, 사상성 등에 의한 성적 자극의 완화의 정도, 이들의 관점으로부터 당해 문서를 전체로서 보았을 때 주로 독자의 호색적 흥미를 돋우는 것으로 인정되느냐의 여부 등의 여러 점을 검토하는 것이 필요하고, 이들의 사정을 종합하여 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 그것이 공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고, 선량한 성적 도의관념에 반하는 것이라고 할 수 있는가의 여부에 따라 결정되어야 한다”고 판시했다. 이러한 논지를 근거로 대법원은 “소설 ‘즐거운 사라’는 미대생인 여주인공 ‘사라’가 성에 대한 학습요구의 실천이라는 이름아래 벌이는 자유분방하고 과격한 섹스행각 묘사가 대부분을 차지하고 있는데, 그 성희의 대상도 미술학원 선생, 처음 만난 유흥가 손님, 여중동창생 및 그의 기동서방, 친구의 약혼자, 동료대학생 및 대학교수 등으로 여러 유형의 남녀를 포괄하고 있고, 그 성애의 장면도 자학적인 자위행위에서부터 동성연애, 그룹섹스, 구강성교, 항문성교, 카섹스, 비디오섹스 등 아주 다양하며, 그 묘사방법도 매우 적나라하고 장황하게 구체적이고 사실적으로, 또한 자극적이고 선정적으로 묘사하고 있어서 위 소설은 위와 같이 때와 장소, 상대방을 가리지 않는 다양한 성행위를 선정적 필치로 노골적이고 자극적으로 묘사하고 있는 데다가 나아가 그러한 묘사부분이 양적, 질적으로 문서의 중추를 차지하고 있을 뿐만 아니라 그 구성이나 전개에 있어서도 문예성, 예술성, 사상성 등에 의한 성적 자극 완화의 정도가 별로 크지 아니하여 주로 독자의 호색적 흥미를 돋구는 것으로 밖에 인정되지 아니하는바, 위와 같은 여러 점을 종합하여 고찰하여 볼 때 이 사건 소설은 작가가 주장하는 ‘성 논의의 해방과 인간의 자아확립’이라는 전체적인 주제를 고려한다고 하더라도 음란성이 인정된다”고 판시했다.

5) 산타페판결

위의 즐거운사라판결과 함께 동일자에 선고된 산타페판결에서, 대법원은 위의 즐거운사라판결과 마찬가지로 기존의 음란개념에 대한 판단기준들을 보다 구체적으로 실시하면서, 일본의 여배우 미야자와 리에의 나체사진을 실은 사진첩인 ‘산타페’와 ‘엘르’ 그리고 여배우 유연실의 나체사진을 실은 ‘유연실/이브의 초상’에 대해서는 음란한 도화에 해당하지 않는다고 한 반면에, 소피 마르소, 브룩 쉘즈, 마돈나, 샤론 스톤, 마릴린 몬로 등 외국의 유명 여배우 또는 여자누드모델들이 옷을 입거나 벗은 상태에서 앞과 뒤 혹은 앉거나 눕는 등의 여러 가지 모습을 찍은 사진들을 모아 편집한 사진첩인 ‘에이스’에 대해서는 음란한 도화라고 판단하였다.³⁷⁹⁾

379) 대법원 1995. 6. 16. 94도1758. 대법원은 ‘에이스’에 대해서 다음과 같은 이유로 음란성을 인정하고 있다. 즉 “그 사진첩에는 전라로 말등(馬上)에 눈을 감고 누워 가슴부위를 강조하여 찍은 것으로서 얼굴에 성적 감정에 도취한 듯한 표정을 짓고 있는 사진, 전라로 양다리를 벌리고 누워 성적 감정에 도취되어 있는 듯한 모습을 머리부분에서부터 찍은 사진, 전라로 다리를 벌리고 양손을 국부에 대고 머리를 뒤로 젖히고 성적감정에 도취한 듯이 눈을 감고 있는 사진, 전라의 모습으로 엉덩이를 높이 들고 머리를 바닥에 대고 엎드려서 유희하는 눈빛으로 앞을 쳐다보고 있는 사진, 전라로 바닥에 누워 자위를 하며 성적 만족감을 느껴 눈을 지긋이 감고 있는 사진들이 포함되어 있는바, 그 사진들을 살펴보아도 거기에 예술성 등 성적자극을 감소 완화시키는 요소를 발견할 수 없을 뿐더러 그 사진 전체로 보아 선정적 측면을 특히 강조하여 주로 독자의 호색적 흥미를 돋구는 것으로 인정되므로 위 사진첩은 오늘날의 사회통념상 공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것이라고 인정된다고 할 것이다”라고 판시하였다.

위의 즐거운사라판결과 산타페판결은 전자가 ‘음란한 문서’에 관한 것이고 후자가 ‘음란한 도화’에 관한 것이라는 점에서 또한 주목할 필요가 있다. 대법원은 문서의 경우와 도화의 경우 각각 그 음란성 판단기준을 달리한다고도 볼 수 있는 여지가 있다. 즉 성행위장면이 없는 경우라도 음부가 보이는 경우라든지 그 외 일정한 신체의 부분을 강조한 것이라든지, 성적 감정에 도취한 듯이 눈을 감고 있는 경우라든지, 자위행위를 묘사하고 있는 것이라든지 등이 주요 판단기준이 되고 있음을 알 수 있다.

6) 이후의 판결

한편 위와 같은 ‘즐거운사라’판결이 제시하고 있는 여러 가지 기준들에도 불구하고, 여전히 대법원은 음란의 범위를 넓게 설정하고 있는 것으로 보인다. 즉 대법원은 전라 또는 반라의 상태로 다양한 자세를 취하고 있는 우리나라 여자모델들을 촬영한 사진을 수록한 사진첩에 대해, “남자모델이 전혀 등장하지 않고 남녀간의 정교장면에 관한 사진이나 여자의 국부가 완전히 노출된 사진이 수록되어 있지 않다 하더라도 모델의 의상상태, 자세, 촬영배경, 촬영기법이나 예술성 등에 의해 성적 자극을 완화시키는 요소는 발견할 수 없고, 오히려 사진 전체로 보아 선정적 측면을 강조하여 주로 독자의 호색적 흥미를 돋구는 것으로서 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하는 것으로서 성적 도의관념에 반하는 것이라고 아니할 수 없고, 성에 관한 표현이 종전과 비교하여 점차 자유로워지고 있는 작금의 세태를 감안하더라도 오늘날 우리의 사회통념에 비추어볼 때” 여전히 음란물에 해당한다고 밝혔다.³⁸⁰⁾

7) 매체의 특성과 음란물의 범위

음란물에 관한 대법원의 판례경향을 분석해 보면, 이전까지 우리나라에 있어서 음란물에 대한 법적 규제는 매체의 특성과 음란물과의 관련성에 대한 관념을 분명하게 전제하지 않았다는 것을 알 수 있다. 예컨대 대법원은 ‘사방지’판결에서 “공연윤리위원회의 심의를 마친 영화작품이라 하더라도 이것을 영화관에서 상영하는 것이 아니고 관람객을 유치하기 위하여 영화장면의 일부를 포스타나 스틸사진 등으로 제작하였고, 제작된 포스타 등 도화가 그 영화의 예술적 측면이 아닌 선정적 측면을 특히 강조하여 그 표현이 과도하게 성감을 자극시키고 일반인의 정상적인 성적 정서를 해치는 것이어서 건전한 성품속이나 성도덕 관념에 반하는 것이라면 그 포스타 등 광고물은 음화에 해당한다”고 하였다.³⁸¹⁾ 이 판결은 매체의 특

380) 대법원 1997. 8. 22. 97도937. 대법원이 이 사건에서 문제삼고 있는 사진들의 내용으로는 다음과 같다. 즉 “이 사건 오렌지걸(Orange Girl), 오렌지걸 2(Orange Girl 2), 오렌지걸 4(Orange Girl vol. 4), 헬로우미스터(Hello Mr.)는 여러 장소에서 전라 또는 반라의 상태로 다양한 자세를 취하고 있는 우리나라 여자 모델들을 촬영한 사진들을 수록한 사진첩으로서, 그 수록된 사진들 중에는 비키니 수영복 차림으로 서서 한쪽 손을 팬티 속에 넣어 국부를 만지는 모습의 사진, 음모의 일부가 보이는 전라의 상태로 침대 위에 눈을 감고 누워있는 모습의 사진(이상 오렌지걸), 수영복 차림 또는 속이 비치지 잠옷과 끈 형태의 팬티 차림으로 침대 또는 방바닥에서 무릎을 꿇고 엎드려 있는 모습을 뒤쪽에서 촬영하여 엉덩이와 국부 부위를 유난히 강조한 사진(오렌지걸, 헬로우미스터), 전라로 엎드린 자세에서 다리를 벌리고 엉덩이를 치켜 세워 얇은 천으로 국부 주변을 가리고 있는 모습을 뒤쪽에서 촬영하여 역시 천으로 가려져 있는 국부 부위를 강조한 사진(오렌지걸 2), 여자가 사무실에서 성적 감정에 도취된 표정으로 자신의 유방이나 국부를 만지면서 옷을 하나씩 벗어 나가다가 전라로 되어 책상 위에 누워 국부 위에 종이를 대고 눈을 감고서 손으로 국부를 만지는 모습의 일련의 사진들(오렌지걸 4)이 있다”.

381) 대법원 1990. 10. 16. 90도1485.

성을 염두에 둔 것으로 보이지만, 매체의 어떠한 특성이 기준의 상이성을 유발하는지에 대해서 자세한 이유는 밝히지 않았다.

또한 연극공연행위의 음란성판단과 관련하여 기본적으로 기존의 음란성판단기준이 그대로 적용되고 있음을 볼 수 있다. 즉 대법원은 “연극공연행위의 음란성의 판단에 있어서는 당해 공연행위의 성에 관한 노골적이고 상세한 묘사·서술의 정도와 그 수법, 묘사·서술이 행위 전체에서 차지하는 비중, 공연행위에 표현된 사상 등과 묘사·서술과의 관련성, 연극작품의 구성이나 전개 또는 예술성·사상성 등에 의한 성적 자극의 완화의 정도, 이들의 관점으로부터 당해 공연행위를 전체로서 보았을 때 주로 관람객들의 호색적 흥미를 돋구는 것으로 인정되느냐의 여부 등의 여러 점을 검토하는 것이 필요하고, 이들의 사정을 종합하여 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 그것이 공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고, 선량한 성적 도의관념에 반하는 것이라고 할 수 있는가의 여부에 따라 결정되어야 할 것”이라고 하였다.³⁸²⁾

(3) 오프라인에서의 음란성 판단기준에 관한 헌법재판소의 입장

위와 같이 대법원에서의 음란성 판단기준이 너무 광범위하여, 결과적으로 표현의 자유를 과도하게 제한할 위험성이 높다는 비판에 따라, 헌법재판소는 음란성의 판단에 있어서 적용되어야 할 기준을 출판사및인쇄소의등록에관한법률 제5조의 2 제5호 등 위헌제청사건에서 다음과 같이 제시한 적이 있다.³⁸³⁾

◆ 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 출판사및인쇄소의등록에관한법률 제5조의 2 제5호 등 위헌제청

언론·출판의 영역에서 국가는 단순히 어떤 표현이 가치없거나 유해하다는 주장만으로 그 표현에 대한 규제를 정당화시킬 수는 없다. 대립되는 다양한 의견과 사상의 경쟁메커니즘에 의하여 그 표현의 해악이 해소될 수 없을 때에만 비로소 국가의 개입은 그 필요성이 인정되는 것이다. 따라서 언론·출판의 영역에 있어서 국가의 개입은 원칙적으로 2차적인 것이다.

그러나 모든 표현이 시민사회의 자기교정기능에 의해서 해소될 수 있는 것은 아니다. 일정한 표현은 일단 표출되면 그 해악이 대립되는 사상의 자유경쟁에 의한다 하더라도 아예 처음부터 해소될 수 없는 성질의 것이거나 또는 다른 사상이나 표현을 기다려 해소되기에는 너무나 심대한 해악을 지닌 것이 있다. 바로 이러한 표현에 대하여는 국가의 개입이 1차적인 것으로 용인되고, 헌법상 언론·출판의 자유에 의하여 보호되지 않는데, 위에서 본 헌법 제21조 제4항이 바로 이러한 표현의 자유에 있어서의 한계를 설정한 것이라고 할 것이다.

이 사건 법률조항이 규율하는 음란 또는 저속한 표현 중 ‘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 뿐

382) 대법원 1996. 6. 11. 96도980. 이 사건은 연극 ‘미란다’사건으로서, 1995년 초 종로에 있는 낙산 소극장에서 행한 연극내용이 음란성 문제로 시비가 되어 제기된 사건이다. 이 사건은 연극에 대한 음란성을 문제삼아 재판부에 회부된 우리나라 최초의 사건이다. 문제가 된 연극의 부분은 다음과 같다. “연극 제5장의 [피고인은 옷을 모두 벗은 채 팬티만 걸친 상태로 침대에 누워있고, 여주인공은 뒤로 돌아선 자세로 입고 있던 가운을 벗고 관객들에게 온몸이 노출되는 완전나체 상태로 성교를 갈구하는 장면을 연기하고..], 연극 제6장의 [...여주인공이 완전나체의 상태에서 음부가 관객들에게 정면으로 노출되는 방식으로 연기가 행하여졌다....]”. 이 사건에서 대법원은 작품 전체에서 음란성이 차지하는 비중이 결코 작지 않은 점을 고려해 볼 때, 하급법원의 결정은 이유있다면 만장일치의 의견으로 피고에게 징역 6월을 선고했다.

383) 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327 참조.

만 아니라 사상의 경쟁메커니즘에 의해서도 그 해악이 해소되기 어렵다고 하지 않을 수 없다. 따라서 이러한 엄격한 의미의 음란표현은 언론·출판의 자유에 의해서 보호되지 않는다고 할 것이다.

헌법재판소가 내린 ‘음란’의 개념정의에서 주목할 부분은 “인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성표현”이라는 부분이다. 이러한 개념정의는 사실 기존의 대법원이 이용해 온 음란기준보다 엄격한 음란기준을 의미하는 것이다. 즉 일반적으로 포르노그래피를 하드코어 포르노그래피(hard-core pornography)³⁸⁴와 소프트코어 포르노그래피(soft-core pornography)³⁸⁵로 구분한다고 할 때, 헌법재판소가 제시한 음란기준에 따르면, 소프트코어는 음란물에 해당될 여지가 없게 될 것이다. 하지만 기존의 음란기준이라든지 실제로 대법원이 기존의 음란기준을 적용해 온 사례를 보면, 소프트코어도 음란물에 해당될 여지가 많게 된다.

한편 이와 같은 오프라인에서의 음란성과는 달리, 온라인에서의 음란성과 관련하여 헌법재판소가 그 구체적 기준을 제시한 예는 아직 없다.

(4) 사이버공간에서의 음란성 판단기준

온라인에서의 음란정보에 대해서 형법 제243조 및 제244조를 적용할 것인지 아니면 전기통신기본법 제48조의 2를 적용할 것인지와 관련된 판결로서 위에서 소개한 대법원 1999. 2. 24. 98도3140판결과 서울지법 1998. 9. 29. 98고단206판결에서 주목할 것은 다음과 같은 두 가지 점이다.

첫째, ‘음란’개념이 전기통신기본법 제48조의 2를 통해 온라인매체에도 여전히 적용되고 있다는 점이다. 즉 이것은 ‘음란성’이라는 기준은 전달되고 유통되는 매체의 특성으로 인해 적용되는 기준이 아니라, 성표현물 그 자체의 내용 때문에 적용되는 기준이라는 것을 의미한다. 따라서 온라인매체에서의 음란물을 판정하는 기준으로서의 ‘음란성’은 원칙적으로 유통되고 전달되는 매체가 온라인매체라고 해서 달라질 수 있는 것이 아니다. 하지만 인터넷 산업의 발전이라는 측면, 기존의 음란성기준이 너무 추상적이고 광범위해서 자의적인 집행을 가능하게 했고 결과적으로 표현의 자유를 과도하게 제한하였다는 측면 등을 고려하여, 온라인매체에서의 음란성의 범위에 대한 새로운 기준설정작업이 시도되고 있기도 하다.³⁸⁶⁾

둘째, 음란성의 범위가 기존의 오프라인매체에서와 마찬가지로 너무 광범위하게 제시되고 있다는 점이다. 특히 서울지법 1998. 9. 29. 98고단206판결은 판시문에서 “노씨가 인터넷에 게재한 이승희의 누드사진은 체모까지 드러나는 등 음란성이 인정된다”고 하여, 체모가 노출되었다는 점에 주목하여 기존의 음란기준을 그대로 답습하고 있다는 점을 주목할 필요

384) 하드코어 포르노그래피에는 ① 폭력적인 성표현물, ② 비폭력적이지만 인간의 지위를 하락시키고, 품위를 손상하며 여성의 남성에 대한 종속을 묘사한 성표현물, ③ 아동포르노그래피, ④ 성에 관한 일반인들의 가치관에 직접적으로 배치되는 성표현물(수간, 근친상간, 동성애, 혼음 등)이 해당한다.

385) 소프트코어 포르노그래피에는 ① 성행위 또는 성행위와 직·간접적으로 관련된 性器노출이 포함된 비폭력적·비품위손상적 성표현물, ② 性器의 노출이 없는 비폭력적·비품위손상적인 성표현물, ③ 나체 등이 해당된다.

386) 예컨대 서정우, 오영근, 방석호, 황성기, 성동규, 김주환, 박금주, 권장희, 조정하, 어기준, 「인터넷 음란물기준에 관한 연구」, 청소년보호위원회(2000. 8.) 참조.

가 있는 것이다. 이러한 점은 아직 법원을 필두로 하는 형사사법기관이 인터넷의 매체적 특성을 주된 고려사항으로 하지 않고, 음란성 그 자체만을 성표현물 규제의 중요한 기준으로 삼고 있다는 것을 보여 준다고 할 것이다. 따라서 매체환경이 변화하면서 음란정보가 만연하고 있는 현실을 감안할 때, 기존의 엄격하고도 보수적인 음란성판단기준은 오히려 매체환경의 발전을 위축시킬 수 있다는 점에서 재고가 필요하다고 판단된다.

(5) 정보통신망이용음란죄의 문제점

온라인매체에 있어서의 음란정보에 대한 형법적 통제는 주로 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제65조 제1항 제2호를 통해서 이루어진다. 왜냐하면 위에서 살펴보았듯이, 형법 제243조는 온라인매체에 적용될 수 없기 때문이다. 그러나 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제65조 제1항 제2호가 채택하고 있는 ‘음란’개념이 비록 헌법재판소에 의해서 합헌결정을 받았다고 하더라도³⁸⁷⁾, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제65조 제1항 제2호는 다음과 같은 본질적인 문제점을 안고 있다.

첫째, 자신이 운영하는 정보통신망을 통해서 음란한 정보가 유통되는 경우 당해 인터넷사업자의 법적 책임에 관한 사항을 규율하고 있지 않다는 점이다. 만약 이 조항을 엄격히 적용한다면, 어떤 음란한 콘텐츠가 배포된 경우 이를 기술적으로 매개하는 인터넷사업자는 법적 책임을 인정할 수 있게 된다. 따라서 이 조항은 정보통신서비스를 매개하는 정보통신서비스제공자의 법적 책임에 대해서 아무런 언급을 하지 않음으로 인해서, 현실적으로 그 적용범위를 지나치게 확대하고 있다고 할 수 있다. 이러한 문제는 비단 음란정보에 국한하는 것은 아니다. 위에서 설명할 명예훼손적 정보의 유통에 있어서도 동일하게 발생할 수 있고, 또한 지적 재산을 침해하는 내용의 정보유통에 있어서도 동일하게 발생할 수 있다.

둘째, 위에서도 언급하였듯이 현재 법원의 음란성 판단기준이 상대적으로 광범위하다는 점, 비록 그 합헌성문제는 제쳐두더라도 현실적인 규제운영상 표현의 자유를 위축시킬 위험성을 갖고 있는 것이다.

2. 청소년이용음란물죄에 대한 헌법적 분석

(1) 청소년이용음란물의 의미

아동포르노(child pornography)를 의미하는 청소년이용음란물은 제작 자체도 금지되는 불법정보로서, 그에 대한 규제는 헌법적으로 정당화된다. 왜냐하면 청소년이용음란물은 청소년에 대한 성적 학대 내지 성적 착취와 직접적으로 관련되어 있기 때문이다. 따라서 불법정보라는 점에서는 동일하지만, 일반음란물과 청소년이용음란물은 그 보호법익이 다르다. 즉 일반음란물죄의 보호법익이 ‘건전한 성풍속의 보호’에 있다고 한다면, 청소년이용음란물죄의 보호법익은 ‘성적 학대 내지 성적 착취로부터의 청소년의 보호’에 있다. 이러한 보호법익의 차이, 그리고 아동포르노에 대한 규제목적으로 입법화되었다는 점을 염두에 두고, 현행 청소년이용음란물죄를 분석할 필요가 있다.

따라서 청소년이용음란물의 의미를 이상과 같이 파악한다고 할 때, 입법론상으로는 현행

387) 현재 1998. 4. 30. 95헌가16, 출판사및인쇄소의등록에관한법률 제5조의 2 제5호 등 위헌제청, 판례집 10-1, 327 참조.

청소년의성보호에관한법률이 채택하고 있는 용어인 ‘청소년이용음란물’은 잘못된 개념이자, 입법취지를 왜곡시킬 수 있다. 왜냐하면 그 내용이 음란한 정도에 이르지 아니하고 저속한 정도에 그치더라도, 청소년이 실제로 출연해서 성적 행위에 관여하는 경우에는 아동포르노에 해당된다고 보아야 하기 때문이다. 그러므로 ‘청소년이용음란물’이라는 용어는 ‘청소년이용성표현물’이라고 하는 중립적 용어로 바뀌어야 한다. 예컨대 일본의 경우에도 「아동매춘, 아동포르노에 관계되는 행위 등의 처벌 및 아동의 보호 등에 관한 법률(児童買春, 児童ポルノに係る行為等の處罰及び児童の保護等に関する法律)」이 1999년 5월 26일 제정되어 아동포르노의 제작 등의 행위를 형사처벌의 대상으로 하고 있는데, 이 법률에서는 ‘児童ポルノ’라는 용어를 채택하고 있다.³⁸⁸⁾

(2) 청소년이용음란물에 대한 형사적 제재의 헌법적 문제점

그런데 이러한 청소년이용음란물과 관련하여, 실제로 청소년이 등장하지 않는 경우라고 하더라도 마치 청소년이 실제로 등장하는 것처럼 묘사되는 것을 청소년이용음란물의 포섭범위에 포함시켜, 일반 음란물죄의 경우보다 가중처벌하는 것이 타당한가의 문제가 제기될 수 있다.³⁸⁹⁾

우리 헌법재판소는 현행 청소년의성보호에관한법률상의 청소년이용음란물이 실제로 청소년이 등장한 경우만을 의미하는 것인지 여부와 관련하여 다음과 같이 판시한 적이 있다.

◆ 헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27, 청소년의성보호에관한법률 제2조 제3호 등 위헌제청

“...가상의 청소년을 등장시킨 음란 표현물을 이 사건 법률의 ‘청소년이용음란물’에 포함시켜 규제하는 입법은, 그러한 가상 이미지를 만들어내는 데에는 실제 청소년의 참여가 필요할 것이라는 점, 그러한 표현물의 유포는 청소년에 대한 성적 학대나 착취를 더욱 부추길 것이라는 점, 그러한 가상 이미지 역시 도덕적, 윤리적으로 옳지 못하다는 점 등의 이유로 바람직하다고 볼 수 있으나, 이는 입법정책상의 문제일 뿐 현재 시행되고 있는 이 사건 법률의 해석상 위헌 여부 판단의 문제와는 다르다 할 것...”

따라서 우리 헌법재판소는 현행 청소년의성보호에관한법률상의 청소년이용음란물이 실제

388) 동 법에 의하면 ‘아동포르노’란 “사진, 비디오테이프 기타의 물건으로 다음 각호의 1에 해당하는 것을 말한다.

1. 아동을 상대방으로 하거나 또는 아동에 의한 성교 또는 성교유사행위에 관계되는 아동의 자세를 시각에 의하여 인식할 수 있는 방법에 의하여 묘사한 것.
2. 타인이 아동의 성기 등을 만지는 행위 또는 아동이 타인의 성기 등을 만지는 행위에 관계되는 아동의 자세로서 성욕을 흥분시키거나 또는 자극하는 것을 시각에 의하여 인식할 수 있는 방법에 의하여 묘사한 것.
3. 의복의 전부 또는 일부를 입지 않은 아동의 자세로서 성욕을 흥분시키거나 또는 자극하는 것을 시각에 의하여 인식할 수 있는 방법에 의하여 묘사한 것”(동법 제2조 제3항).

그리고 이러한 아동포르노를 반포·판매하거나 공연히 진열한 경우, 그러한 목적으로 제작 등을 한 경우에는 3년 이하의 징역 또는 3백만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다(동법 제7조).

389) 실제로 청소년이 등장하지 않는 경우라고 하더라도 마치 청소년이 실제로 등장하는 것처럼 묘사되는 것에는 두 가지 종류가 있다. 첫째, 애니메이션이나 그림과 같이 가상의 청소년을 대상으로 하는 음란물을 들 수 있고, 둘째, 외양은 청소년처럼 보이지만 실제로는 성인인 사람을 출연시켜서 이용자로 하여금 청소년으로 오인하게 만든 음란물을 들 수 있다.

로 청소년이 등장한 경우만을 의미한다고 전제하면서도, 청소년이 실제로 등장하지 않고 가상의 청소년이 등장하는 성표현물도 ‘입법정책상’ 청소년이용음란물에 포섭될 수 있는 것처럼 이야기하고 있다.

하지만 이 문제는 그렇게 판단이 쉬운 문제는 아니다. 왜냐하면 가상의 청소년이 등장하는 경우까지 청소년이용음란물에 포함시킬 경우에는, ‘성적 학대 내지 성적 착취로부터의 청소년보호’라는 보호법익에 비추어 볼 때, 포섭범위가 너무 광범위해서 표현의 자유를 침해할 위험성이 있기 때문이다. 또한 가상의 청소년이 등장하는 청소년이용음란물과 ‘성적 학대 내지 성적 착취로부터의 청소년보호’라는 보호법익은 상호간에 직접적인 관련성이 명확하지 않기 때문이다.

한편 실제로 청소년이 등장하지 않는 경우라고 하더라도 마치 청소년이 실제로 등장하는 것처럼 묘사되는 것을 청소년이용음란물의 포섭범위에 포함시켜서 형사처벌을 가하는 입법적 태도는 현재 전세계적인 추세이기는 하다. 따라서 이 문제와 관련된 외국의 입법례는 주목을 요한다.

예컨대 미국의 경우에는 1996년에 제정된 「the Child Pornography Prevention Act」(일명 CPPA)가 기존의 아동포르노의 개념정의를 수정하면서, 아동포르노는 실제의(real) 청소년이 성행위에 관여하는 것을 실제로(actually) 묘사한 것뿐만 아니라, 더 나아가서 성행위에 관여하는 미성년자를 묘사한 것으로 보이는(appears to be) 것 내지 성행위에 관여하는 미성년자에 관한 내용을 담고 있다는 인상을 주는(conveys the impression) 것조차도 포함시켰다.³⁹⁰⁾ 그런데 이와 같은 아동포르노의 개념정의와 관련하여서는, 컴퓨터와 그래픽기술의 발달로 인해 실제로는 성인의 성행위를 묘사한 경우이지만 청소년과 같이 보이게끔 이미지를 ‘변형(morphed)’시킨 경우라든지 혹은 사람을 실제로 이용하지 않고 단지 컴퓨터로 조작한 이미지인 경우에도 그 내용이 아동의 성행위에 관한 것이면 아동포르노로 간주되었던 것이다.

그런데 이렇게 아동포르노의 포섭범위를 확대하는 입법에 대해서는, 표현의 자유와 관련하여 최근 사법심사가 이루어졌다. 즉 1997년 7월 성인물의 제작·배포업을 행하는 사업자들의 이익단체인 ‘자유언론연합’(the Free Speech Coalition)이라는 단체는 문제되는 조항들인 18 U.S.C. §§2256(8)(B)와 2256(8)(D)가 애매모호해서 위헌이라는 주장을 하면서 북캘리포니아지방법원(Northern California District Court)에 소송을 제기하였다. 하지만 북캘리포니아지방법원은 자유언론연합의 청구를 기각하였다. 그런데 1999년 12월 17일 제9연방항소법원은 북캘리포니아지방법원의 판결을 파기하면서, 1996년에 제정된 CPPA의 위 조

390) 원문의 내용은 다음과 같다.

18 U.S.C. §2256(8): “ ‘child pornography’ means any visual depiction, including any photograph, film, video, picture, or computer or computer-generated image or picture, whether made or produced by electronic, mechanical, or other means, of sexually explicit conduct, where -

(A) the production of such visual depiction involves the use of a minor engaging in sexually explicit conduct;

(B) such visual depiction is, or appears to be, of a minor engaging in sexually explicit conduct;

(C) such visual depiction has been created, adapted, or modified to appear that an identifiable minor is engaging in sexually explicit conduct; or

(D) such visual depiction is advertised, promoted, presented, described, or distributed in such a manner that conveys the impression that the material is or contains a visual depiction of a minor engaging in sexually explicit conduct”.

항들이 애매모호할 뿐만 아니라 그 적용범위가 광범위하여 위헌이라고 선고하였다.³⁹¹⁾ 더 나아가서 연방대법원도 2002년 4월 16일 이들 두 조항이 그 적용범위의 광범성으로 인하여 표현의 자유를 침해할 우려가 높다는 이유로 위헌이라고 선고하였다.³⁹²⁾

또한 유럽 특히 독일의 경우에는 방송이나 인터넷에서 일반적으로 금지되는 정보의 종류를 2003년 4월부터 시행되는 「방송과 전기통신미디어에 있어서 인간의 존엄성 및 청소년의 보호를 위한 주간협약」(Staatsvertrag der Länder über den Schutz der Menschenwürde und den Jugendschutz in Rundfunk und Telemedien)³⁹³⁾에서 규정하고 있는데, 그 내용을 살펴보면 제4조 제1항 제9호에서는 “아동이나 청소년을 부자연스러운 성적 자세로 묘사하는 것”을 그리고 제4조 제1항 제10호에서는 “포르노그래피면서 그리고 폭력을 행사하거나, 아동과 청소년을 성적으로 착취하거나 혹은 동물과 인간과의 성적 행위를 내용으로 하는 것”을 금지되는 정보에 포함시키고 있다. 그런데 이 두 가지 정보 모두 ‘가상적인 묘사’도 그 포섭범위에 포함시키고 있다.

이상과 같이 아동포르노의 포섭범위를 확대하는 전세계적인 추세는 아동포르노의 심각성을 전제로 아동포르노의 규제강화라는 맥락에서 이해될 수는 있다. 하지만 아동포르노에 대한 입법정책이 개별 국가마다 다를 수 있겠지만, 실제로 청소년이 등장하지 않는 경우라고 하더라도 마치 청소년이 실제로 등장하는 것처럼 묘사되는 것을 청소년이용음란물의 포섭범위에 포함시키는 문제는 표현의 자유와 관련하여 매우 신중을 요한다고 하겠다.

3. 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령제도에 대한 헌법적 분석

(1) 불온통신 위헌결정의 의의와 문제점

1) 위헌결정의 의의

2002. 6. 27.에 내려진 헌법재판소의 위헌결정은 이 사건의 접수연도가 1999년이라는 점에서 거의 3년만에 내려진 결정이다. 이번 위헌결정은 위에서도 언급하였듯이 다음과 같은 의의를 지닌다.

첫째, 우리나라에 있어서 온라인매체의 내용적 규제입법에 대한 최초의 사법심사라는 점이다. 사실 불온통신에 대한 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령제도의 위헌성과 문제점에 대해서는 이미 오래 전부터 전문가들에 의해 분석되어 왔을 뿐만 아니라³⁹⁴⁾, 온라인매체의 발전에 있어서 장애물이 되고 있는 규제시스템이라는 점도 지속적으로 지적되어 왔다. 따라서 헌법재판소의 이번 결정은 앞으로 우리나라의 온라인매체 내용규제입법의 방향에 큰 영향을 미칠 것으로 판단된다.

391) Free Speech v. Reno, No. 97-16536(1999).

392) Ashcroft v. Free Speech Coalition(No. 00-795. Argued October 30, 2001, Decided April 16, 2002).

393) 「청소년매체보호주간협약」(Jugendmedienschutz-Staatsvertrag: JMStV)으로 약칭하기도 한다.

394) 예컨대 방석호, “인터넷 내용물규제와 청소년보호법”, 『사이버커뮤니케이션학보』 창간호, 사이버커뮤니케이션학회, 1997, 79-82면; 황승흠, “인터넷과 기본권-이른바 ‘불온통신’의 규제를 중심으로-”, 『헌법학연구』 제5권 제2호, 한국헌법학회, 1999, 23-53면; 황성기, “사이버스페이스와 불온통신 규제”, 『헌법학연구』 제6권 제3호, 한국헌법학회, 2000, 153-207면; 박선영, 『언론정보법연구 I - 21세기 표현의 자유-』, 법문사, 2002, 468-507면 참조.

둘째, 헌법재판소의 이번 위헌결정은 인터넷 등 온라인매체에 대한 내용적 규제의 한계문제를 본격적으로 다루었다는 점에서 매우 중요한 의미를 지닌다. 따라서 1997년에 판시된 미국 연방대법원의 Reno v. ACLU판결³⁹⁵⁾에 버금가는 의미를 지니고 있다고 볼 수 있다. 뿐만 아니라 위헌결정을 내리는 논리에 있어서도 인터넷을 비롯한 온라인매체를 ‘가장 참여적인 시장(the most participatory marketplace)’, ‘표현촉진적인 매체(speech-enhancing medium)’라고 인정함으로써, 미국 법원의 논리를 많이 원용했음을 알 수 있다.

2) 위헌결정의 문제점

2002. 6. 27. 내려진 헌법재판소의 위헌결정(헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 전기통신사업법 제53조 등 위헌확인) 이후 정보통신부는 새로운 입법개선안을 2002. 8. 1. 입법예고하였고, 공청회를 거치면서 의견을 수렴하여 일부 수정한 다음 국회에 제출하였다. 그리고 국회는 2002. 11. 8. 그 대상범위를 불법정보에 국한하는 형태로 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령제도를 존치시키는 전기통신사업법중개정법률안을 의결하였다. 그런데 여기서 우리는 다음과 같은 질문에 직면하게 된다.

헌법재판소의 위헌결정에도 불구하고, 국회는 왜 대상범위를 불법정보에 국한시키면서 명령제도 자체를 존치시켰을까? 그 이유는 헌법재판소가 지적한 불온통신에 대한 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령제도의 가장 큰 문제점이 불온통신이라는 ‘개념의 불명확성’과 ‘포섭범위의 광범성’이라는 점에 주목하였기 때문이라고 분석된다. 즉 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령제도 자체가 위헌이라는 것이 아니라, 그 대상이 되는 표현물의 개념이 너무 불명확하고 범위가 너무 포괄적이라는 것이다. 하지만 그 대상을 불법정보에 국한한다고 하더라도 이론적으로나 현실적으로 다음과 같은 문제점들이 여전히 존재한다.

첫째, 불법정보의 범위를 어떻게 설정할 것인가의 문제이다. 즉 그 대상을 불법정보에 국한한다고 하더라도, 불법정보를 어떻게 개념정의하고 그 범위를 어디까지 설정할 것인가가 어려운 문제로 등장한다.

둘째, 불법정보에 대한 궁극적인 판단권은 사법부에 있다는 점이다. 즉 문제되는 정보가 불법인지 여부에 대한 궁극적인 판단권은 법원을 비롯한 사법부에 있다. 따라서 비록 그 대상이 불법정보에 국한한다고 하더라도, 사법부에 의한 궁극적인 판단이 이루어지기 이전에 행정기관에 의한 규제조치가 발동되는 것이 과연 정당한가의 문제가 제기될 수 있다.

셋째, 현실적으로 사이트폐쇄명령, 이용자명정지명령, 삭제명령으로 나타나는 정보통신부장관의 명령이 과연 적절한 수단이 될 수 있는가의 문제이다.³⁹⁶⁾ 즉 온라인매체의 특성을 감안할 때, 전기통신사업자에 대해서 행해지는 사이트폐쇄명령, 이용자명정지명령, 삭제명령

395) 세계 최초의 인터넷 규제입법인 미국의 1996년 연방통신품위법(the Communications Decency Act: 일명 CDA)은 인터넷을 방송매체와 동일하게 취급하여 규제를 시도하였던 법률이었다. 하지만 연방통신품위법이 표현의 자유를 침해한다는 이유로 미합중국 지방법원 펜실베이니아 동부지구는 1996. 6. 11. 위헌선언을 내렸고(ACLU v. Reno[929 F. Supp. 824], 미연방대법원은 1997. 6. 26. 위헌선언을 내렸다(Reno v. ACLU[521 U.S. 844]).

396) 물론 이 점에 대해서는 우리 헌법재판소도 “취급거부·정지·제한에 이용자명(ID)의 사용금지 또는 사이트폐쇄까지 포함하는 것으로 해석한다면 이용자가 당해 사이트를 통하여 다른 적법한 정보를 유통하는 것까지 불가능하게 한다는 점에서 과잉금지원칙에 위반될 소지가 많다”고 지적하고 있기는 하다. 하지만 삭제명령을 포함한 정보통신부장관의 명령이라는 수단 그 자체가 어떠한 맥락에서 과잉수단이 될 수 있는지에 대해서는 자세한 언급은 하지 않았으며, “과잉금지의 원칙에 위반될 소지가 많다”고만 하여 이러한 명령 그 자체의 위헌성에 대해서는 본격적으로 다루지 않았다고 볼 수 있다.

이 불법정보가 아닌 정보에 대해서까지 제한할 위험성이 높기 때문에 과도한 수단이 아니냐의 문제가 제기될 수 있다.

결국 온라인매체의 내용적 규제입법에 대한 최초의 사법심사라는 의의에도 불구하고, 헌법재판소의 위헌결정은 위와 같은 근본적인 문제점들을 ‘분명하게’ 해결하지 못하였다는 점에서 아쉬움이 매우 크다. 즉 불법성 여부에 대한 사법부의 판단 이전에 행정기관이 일정한 규제조치를 부과할 수 있는 것이 과연 헌법적으로 정당한지 그리고 행정부의 명령이라는 규제조치가 수단적인 면에서 과연 적절한 수단이 될 수 있는지에 대한 분명한 판단을 생략했다는 점에서, 여전히 논란의 여지를 남겨 놓은 것이다. 결국 아래에서 보는 바와 같이 2002. 11. 8. 국회에서 의결된 개정 전기통신사업법 제53조는 그 대상범위를 불법정보에 국한시키면서 동시에 정보통신부장관의 명령체도를 존치시키고 있는데, 헌법재판소가 위와 같은 근본적인 문제점을 해결하지 못한 관례로 인해, 그 합헌성 여부에 대한 판단이 다음의 기회로 넘어 가게 되었다.

(2) 입법예고안 제53조의 내용

2002. 6. 27.에 내려진 헌법재판소의 위헌결정 이후, 정보통신부는 2002. 8. 1. 전기통신사업법 제53조를 개정하는 입법예고안을 발표하였다. 입법예고안 제53조는 ‘불온통신’이라는 개념 대신 ‘불법통신’이라는 개념을 사용하면서, 그 대상을 불법정보에 국한시키고 또한 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령체도를 존치시켰다.

전기통신사업법중개정법률안 제53조(불법통신의 금지 등): ① 전기통신을 이용하는 자는 다음 각호의 1의 전기통신을 하여서는 아니된다.

1. 음란한 내용의 전기통신
2. 사람을 비방할 목적으로 공연히 사실 또는 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 내용의 전기통신
3. 타인의 의사에 반하여 반복적으로 공포심이나 불안감을 유발하는 내용의 전기통신
4. 정당한 사유없이 정보통신시스템, 데이터 또는 프로그램 등을 훼손·멸실·변경·위조 또는 그 운용을 방해하는 내용의 전기통신
5. 불법복제 등 타인의 지적재산권을 침해하는 내용의 전기통신
6. 법률에 의하여 금지되는 사행행위에 해당하는 내용의 전기통신
7. 국가기밀을 침해하는 내용의 전기통신
8. 청소년보호법에 의한 청소년유해매체물로서 상대방의 연령확인, 표시의무 등 법령에 의한 의무를 이행하지 아니하고 제공되는 내용의 전기통신
9. 범죄를 목적으로 하거나 교사 또는 방조하는 내용의 전기통신
10. 기타 법률에 의하여 금지되는 내용의 전기통신

② 정보통신부장관은 제1항의 규정에 의한 통신에 대하여는 전기통신사업자로 하여금 그 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있다. 이 경우 제1항 제2호·제3호 및 제5호의 규정에 해당하여 발하는 명령은 권리나 이익을 침해당한 자 및 이해관계인의 신청이 있는 경우에 한하여 발한다.

③ 정보통신부장관은 제2항의 규정에 의한 명령의 대상이 되는 전기통신사업자 및 이용자에게 의견제출의 기회를 주어야 한다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우
2. 의견청취가 현저히 곤란한 경우

3. 의견진술의 기회를 포기한다는 뜻을 명백히 표시한 경우
 ④ 제3항의 규정에 의한 의견제출의 절차·방법 등 필요한 사항은 행정절차법에 따른다.

(3) 개정 전기통신사업법 제53조의 내용

위와 같이 정보통신부가 2002. 8. 1. 발표한 입법예고안에 대해서 각계의 비판이 제기되자, 정보통신부는 2002. 8. 26. 전기통신사업법중개정법률안에 대한 공청회에서 새로운 법률안을 발표하였고, 이 법률안이 국회에 제출되어 거의 원문 그대로 국회에서 통과되었다.

전기통신사업법중개정법률안 제53조(불법통신의 금지 등): ① 전기통신을 이용하는 자는 다음 각호의 전기통신을 하여서는 아니된다.

1. 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공연히 전시하는 내용의 전기통신³⁹⁷⁾
2. 사람을 비방할 목적으로 공연히 사실 또는 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 내용의 전기통신³⁹⁸⁾
3. 공포심이나 불안감을 유발하는 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하게 하는 내용의 전기통신³⁹⁹⁾
4. 정당한 사유없이 정보통신시스템, 데이터 또는 프로그램 등을 훼손·멸실·변경·위조하거나 그 운용을 방해하는 내용의 전기통신⁴⁰⁰⁾
5. 청소년보호법에 의한 청소년유해매체물로서 상대방의 연령확인, 표시의무 등 법령에 의한 의무를 이행하지 아니하고 영리를 목적으로 제공하는 내용의 전기통신⁴⁰¹⁾
6. 법령에 의하여 금지되는 사행행위에 해당하는 내용의 전기통신⁴⁰²⁾
7. 법령에 의하여 분류된 비밀 등 국가기밀을 누설하는 내용의 전기통신⁴⁰³⁾
8. 국가보안법에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 전기통신⁴⁰⁴⁾
9. 범죄를 목적으로 하거나 교사 또는 방조하는 내용의 전기통신

② 정보통신부장관은 제1항의 규정에 의한 전기통신에 대하여는 전기통신사업자로 하여금 그 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있다. 다만, 제1항 제2호 및 제3호의 규정에 의한 전기통신의 경우에는 그러한 전기통신으로 인하여 피해를 받은 자⁴⁰⁵⁾의 명시한 의사에 반하여 이를 명할 수 없으

397) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제65조 제1항 제2호의 구성요건에 해당하는 정보를 의미한다.

398) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제61조 제1항 및 제2항의 구성요건에 해당하는 정보를 의미한다.

399) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제65조 제1항 제3호의 구성요건에 해당하는 정보를 의미한다.

400) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제48조 제2항 및 제3항, 제62조의 구성요건에 해당하는 정보를 의미한다.

401) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제42조 및 제64조의 구성요건에 해당하는 정보를 의미한다.

402) 형법 제247조, 사행행위등규제및처벌특례법 제4조 및 제30조의 구성요건에 해당하는 정보를 의미한다.

403) 국가보안법 제4조 제1항 제2호, 군사기밀보호법 제12조, 제13조, 제14조의 구성요건에 해당하는 정보를 의미한다.

404) 국가보안법 제7조 제1항 및 제4항의 구성요건에 해당하는 정보를 의미한다.

405) 정보통신부가 국회에 제출한 법률안에서는 단순히 '피해자'라고만 되어 있었으나, 국회 심의과정에서 '피해자'가 명령의 당사자인 전기통신사업자인지, 명령으로 인해 통신이 제약되는 통신행위주

며, 제1항 제7호 내지 제9호의 규정에 의한 전기통신의 경우에는 관계중앙행정기관의 장의 요청이 있는 경우에 한하여 이를 명할 수 있다.

③ 정보통신부장관은 제2항의 규정에 의한 명령의 대상이 되는 전기통신사업자 및 해당 이용자에게 사전에 의견제출의 기회를 주어야 한다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우
2. 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요한 경우로서 대통령령이 정하는 경우
3. 의견제출의 기회를 포기한다는 뜻을 명백히 표시한 경우

위 개정 전기통신사업법 제53조는 입법예고안에 대한 전문가들의 비판을 어느 정도 수렴하여 일부 수정한 것이지만, 여전히 입법예고안의 기본적인 골격은 그대로 유지하고 있다고 할 수 있다. 즉 그 대상은 불법통신에 한정하면서도, 사법부의 판단 이전에 행정기관인 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령이 가능하도록 하고 있는 것이다.

(4) 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령제도의 헌법적 문제점

위의 개정 전기통신사업법 제53조는 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령의 대상이 되는 불법통신을 구체적으로 열거하는 방식을 취하고 있다. 일반적으로 불법정보는 기존의 실정법을 전제로 하는 개념이다. 즉 불법정보라는 개념은 선행적인 것이 아니라, 기존의 실정법에 의해 금지되고 있는, 특히 형사처벌의 대상이 되는 행위의 구성요건을 충족하는 내용의 정보를 의미한다. 이와 같은 불법정보의 기본적 개념에 대한 이해를 바탕으로 할 때, 개정 전기통신사업법 제53조를 살펴보면 다음과 같은 문제점을 갖고 있다.

가장 본질적인 문제점으로서, 개정 전기통신사업법 제53조가 그 대상범위를 불법정보에 국한시켰다고 하더라도, 불법정보에 대한 궁극적인 판단권이 사법부에 있다는 점을 염두에 둘 때, 과연 사법부의 판단 이전에 행정기관이 당해 정보에 대해서 사이트폐쇄명령 혹은 삭제명령과 같은 규제조치를 부과하는 것이 헌법적으로 정당한가라는 문제가 존재한다.

이 문제와 관련하여, 문제되는 표현물의 불법성 여부에 대한 사법부의 판단 이전에 행정기관이 당해 표현물에 대한 규제조치를 강구할 수 있는 제도로는, 방송법상의 방송위원회에 의한 사후심의제도⁴⁰⁶⁾, 위헌결정 이전의 전기통신사업법상의 불온통신에 대한 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령제도가 있었다.

하지만 방송의 경우에는 매체의 특성상, 즉 주파수의 희소성, 침투성, 영향력 등으로 인해 전통적으로 여타의 매체보다 강력한 내용규제를 부과하는 것이 허용되어 왔다.

결국 그 대상이 불온통신이든 불법통신이든 사법부의 판단 이전에 행정기관이 처분의 형태로 일정한 내용의 표현물에 대해서 규제를 가하는 것이 헌법적으로 허용가능한가의 문제

체인지, 아니면 통신으로 인해 피해가 발생하는 자인지 여부가 불분명하다는 이유로 그 범문표현이 ‘그러한 전기통신으로 인하여 피해를 받은 자’로 규정되었다. 과학기술정보통신위원회, 『電氣通信事業法中改正法律案審査報告書』, 2002. 11., 29면.

406) 방송법 제100조(제재조치 등): (1) 방송위원회는 방송사업자·중계유선방송사업자 또는 지상파방송사업자가 제33조의 심의규정을 위반한 경우에는 다음 각호의 제재조치를 명할 수 있다. 제27조 제8호의 시청자불만처리의 결과에 따라 제재를 할 필요가 있다고 인정되는 경우에도 또한 같다.

1. 시청자에 대한 사과
2. 해당 방송프로그램의 징징·중지
3. 방송편성책임자 또는 해당 방송프로그램의 관계자에 대한 징계.

는 다음과 같은 관점에서 접근할 수 있다.

첫째, 방송법 제100조상의 제재조치제도와 개정 전기통신사업법 제53조상의 명령제도가 동일하게 평가될 수 있겠는가의 문제이다. 이 문제는 ‘매체의 특성’이라는 요소가 행정기관에 의한 직접적인 내용규제조치의 정당성과 어떠한 관련성을 맺는가의 문제이다.

‘매체의 특성’이라는 요소가 행정기관에 의한 직접적인 내용규제조치의 정당성과 어떠한 관련성을 맺는가의 문제와 관련하여, 인터넷 등 온라인매체의 특성은 행정기관에 의한 직접적인 내용규제조치의 정당성을 반대하는 논거로서도 활용될 수 있고 반면에 지지하는 논거로서도 활용될 수 있다.

먼저 행정기관에 의한 직접적인 내용규제조치의 정당성을 반대하는 논거로서는 위에서 언급하였다시피, 주파수의 희소성, 침투성, 영향력 등 기존의 여타 매체보다 강력한 내용규제를 받아 왔던 방송이 갖는 특성을 인터넷 등 온라인매체에서는 볼 수 없다는 점을 들 수 있다. 따라서 표현의 자유에 의한 보호정도에 있어서, 최소한 인쇄매체만큼은 보호를 받아야 한다는 것이 1997년에 내린 미국연방대법원의 *Reno v. ACLU*판결의 기본취지이자, 전세계적으로 합의되어 있다고 할 것이다. 그렇다면 인쇄매체에서는 볼 수 없는 규제시스템을 인터넷 등 온라인매체에 적용하는 것은 과잉규제라는 주장이 가능하다. 뿐만 아니라 ‘입법정책’적으로도 ‘정보의 바다’라고 불리는 인터넷 등 온라인매체에서는 행정기관에 의한 직접적인 내용규제방식은 고비용·저효율의 규제방식으로서 적절하지 못할 뿐만 아니라, 오히려 표현의 자유만 과도하게 제한한다는 비판이 가능할 수 있다. 따라서 인터넷 등 온라인매체에 있어서의 내용규제방식은 기존의 방식과는 다른 새로운 방식으로 이루어져야 한다는 것이 오늘날 설득력을 얻고 있는 주장이라고 할 수 있다.

한편 이와 관련하여 헌법재판소는 2002. 6. 27.의 위헌결정에서 다음과 같이 실시하고 있다.

◆ 현재 2002. 6. 27. 99헌마480, 전기통신사업법 제53조 등 위헌확인

“마지막으로 1961년 구 전기통신법 제6조에 의하여 도입될 당시의 모습에서 크게 벗어나지 않은 현재의 불온통신 규제제도는 인터넷을 비롯, 온라인매체를 이용한 표현행위의 비중이 점점 커지고 있는 변화된 시대상황에도 어울리지 않는다는 점을 지적하고자 한다.

불온통신 규제의 주된 대상이 되는 매체의 하나는 인터넷이다. 인터넷은 공중파방송과 달리 ‘가장 참여적인 시장’, ‘표현촉진적인 매체’이다. 공중파방송은 전파자원의 희소성, 방송의 침투성, 정보수용자측의 통제능력의 결여와 같은 특성을 가지고 있어서 그 공적 책임과 공익성이 강조되어, 인쇄매체에서는 볼 수 없는 강한 규제조치가 정당화되기도 한다. 그러나 인터넷은 위와 같은 방송의 특성이 없으며, 오히려 진입장벽이 낮고, 표현의 쌍방향성이 보장되며, 그 이용에 적극적이고 계획적인 행동이 필요하다는 특성을 지닌다. 오늘날 가장 거대하고, 주요한 표현매체의 하나로 자리를 굳힌 인터넷상의 표현에 대하여 질서위주의 사고만으로 규제하려고 할 경우 표현의 자유의 발전에 큰 장애를 초래할 수 있다. 표현매체에 관한 기술의 발달은 표현의 자유의 장을 넓히고 질적 변화를 야기하고 있으므로 계속 변화하는 이 분야에서 규제의 수단 또한 헌법의 틀 내에서 다채롭고 새롭게 강구되어야 할 것이다”.

따라서 우리 헌법재판소는 인터넷 등 온라인매체의 특성을 행정기관에 의한 직접적인 내

용규제조치의 정당성을 반대하는 논거로서 활용하고 있다고 분석된다.

반면에 행정기관에 의한 직접적인 내용규제조치의 정당성을 지지하는 논거로서는 정보전파의 신속성, 익명성 등을 들 수 있다. 즉 인터넷 등 온라인매체에서는 누구나 쉽게 인터넷을 이용해서 국가안전보장에 직접적인 위협을 야기시키거나, 타인의 명예를 훼손하거나 타인의 권익을 침해하는 표현물을 전파시킬 수 있는데, 전파의 속도면에 있어서 기존의 매체는 도저히 따를 수 없기 때문에, 효과적인 규제를 위해서는 사법부의 판단 이전에 행정기관에 의한 규제가 불가피하다는 주장이다. 그리고 그 대상도 개념이 불명확하고 포섭범위가 광범위한 ‘불온’통신이 아니라 기존의 실정법을 전제로 하는 ‘불법’통신에 국한되고, 또한 이러한 불법표현물은 표현의 자유에 의한 보호를 받지 못하기 때문에, 불법통신에 대해서 사법부의 판단 이전에 행정기관이 직접적인 내용규제조치를 부과하는 것이 표현의 자유를 과도하게 제한하는 것은 아니라는 주장도 가능하다.

생각건대, 일반적으로 음란, 청소년이용음란, 명예훼손표현 등 불법표현을 금지시킬 수는 있다. 그러나 구체적인 표현의 불법성 여부는 일견하여 확정될 수 있는 것이 아니기 때문에 행정청이 일방적으로 불법성 여부를 판단하고 곧 바로 사상의 자유시장에서 강제적으로 제거 내지는 퇴출시킨다면, 헌법상 보호받는 표현에 대해서까지 심각한 위축효과를 초래할 뿐만 아니라 그 결과 사상의 자유시장의 형성을 막고 일반 대중에 의한 평가의 기회를 봉쇄하는, 헌법적으로 용납되기 어려운 결과를 빚게 될 것이다. 검열금지의 헌법정신에 있어서 표현의 차단시점이 일단 표현이 행하여진 이후인지 또는 그 이전인지의 여부는 중요한 요소가 아니다. 설령 이후라 하더라도, 행정청의 일방적 결정에 의해 강제적으로 사상의 경쟁시장에서 제거시키는 것은 검열금지의 헌법정신과 양립될 수 없는 것이다.

요컨대, 행정기관의 ‘일방적인’ 불법성 판단에 의한 강제적인 삭제·이용정지·이용해지의 불법통신규제제도는 검열금지 및 적법절차의 헌법정신과 양립할 수 없다고 하겠다. 물론 검열금지 및 적법절차의 원칙이 절대적일 수는 없다. 헌법의 보호대상이 아닌 불법정보를 신속히 차단시켜야 할 긴급한 상황이 명백히 인정되는 경우에는 그 예외가 인정되어야 한다. 다만, 그 예외가 헌법적으로 정당화되기 위해서는 첫째, 긴급한 상황의 존재를 정부측이 입증하여야 하고, 둘째 불법성 판단절차에 있어 최소한의 公正성과 迅速성이 담보되어야 할 것이다. 여기서 최소한의 공정성이라 함은 적어도 대립당사자적 구조하에서 불법성 여부가 결정되어야 한다는 것이고, 신속성이라 함은 불법성 결정이 신속하게 이루어져야 한다는 것을 의미한다. 예컨대, 불법정보를 신속히 차단시켜야 할 긴급한 상황이 존재한다고 인정되는 경우, 행정청이 법원에 假處分을 신청하고 법원이 빠른 시일 안에 일정한 대립당사자적 구조 하에 가처분결정을 하는 것이 가능할 것이다.⁴⁰⁷⁾

407) 현행 민사소송법상의 가처분제도가 표현에 대한 사전제한제도로써 정당하게 기능할 수 없다는 점에 대해서는, 황도수, “표현의 자유에 대한 사전제한”, 『법과 인간의 존엄』(청암정경식박사화갑기념논문집), 1997, 198-199면 참조.

참고로 미연방대법원은 영화에 대한 검열 자체가 곧 위헌이 되는 것은 아니라고 하면서도, 그러나 검열이 표현의 자유에 미치는 위협을 최소화할 수 있는 절차적 보장이 갖추어져 있을 때에만 그것은 헌법적으로 허용된다고 판시하고 있다. 그리고 그 절차적 보장의 내용으로서, ① 당해 필름이 헌법상 보호되지 않는 표현이라는 것의 입증책임이 검열관에게 주어지고, ② 사전제출을 명할 수는 있지만 그에 대한 허가여부가 법령에 정해진 신속한 기간내에 이루어지도록 규정되어야 하며, ③ 검열위원회는 허가를 하든지 아니면 법원에 금지를 구하는 제소를 할 수 있을 뿐이지, 검열위원

참고로, 현행법상 표현물 규제와 관련하여 적법절차의 헌법정신을 구현하고 있다고 볼 수 있는 유일한 규제절차는 정기간행물의등록등에관한법률 제12조 제2항이 규정하고 있는 정기간행물등록취소절차라고 할 수 있다. 등록된 정기간행물에 법이 정하는 등록취소요건⁴⁰⁸⁾이 인정되는 경우, 문화관광부장관은 법원에 등록취소의 심판을 청구하고, 법원은 심판청구를 접수한 날로부터 3월 이내에 재판하도록 하고 있다.

둘째, 비록 행정기관에 의한 직접적인 내용규제조치가 정당화된다고 하더라도, 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령이라는 규제수단이 과잉수단이 아닌가의 문제이다.

현재 주로 이용되고 있는 취급거부·정지·제한명령의 구체적 수단은 ‘전기통신사업자’에 대한 사이트폐쇄명령, 이용자명(ID)정지명령, 삭제명령이다. 그런데 이와 같은 내용의 명령들이 과잉한 수단이 아닌가라는 문제와 관련하여 다음과 같은 논증이 가능하다.

① 위와 같은 내용의 명령들이 과잉한 수단이 될 수 있다는 점은 신문의 경우와 비교해 보면 금방 드러날 수 있다. 예컨대 A신문에 ‘불법적인’ 내용의 기사나 칼럼이 게재된 경우, 행정기관⁴⁰⁹⁾이 A신문사에 대해서 당해 기사나 칼럼의 삭제명령을 내리거나 당해 기사 혹은 칼럼을 게재한 사람이 A신문을 이용해서 의견을 제시할 수 있는 자격을 박탈시키도록 명령을 내렸을 때, 그 사람이 A신문이 아닌 다른 신문 예컨대 B신문에 기사나 칼럼을 게재할 수 있는 가능성은 여전히 있다고 해서 과연 행정기관이 A신문에 대해 내린 명령이 과잉한 수단이 아니라는 논리가 가능한 것인지가 바로 그것이다.

② 인터넷 등 온라인매체에서의 문제와 관련하여서는 다음과 같은 측면에서 정보통신부장관의 명령이 과잉한 수단이 될 수 있다. 정보통신부장관의 명령은 영리목적의 전기통신사업자에 대해서만 내릴 수 있지 이용자에 대해서는 내릴 수 없다. 만약 이용자가 전기통신사업자의 서버를 이용해서 비영리의 홈페이지를 운영하고 있는데, 당해 이용자가 운영하는 홈페이지가 불법통신의 내용을 지니고 있다는 점을 가정해 보자. 이때 정보통신부장관은 개정 전기통신사업법의 법규정상, 그것이 사이트폐쇄명령이든 이용자명정지명령이든 삭제명령이든, 문제된 홈페이지를 비영리로 운영하는 이용자에 대해서 위와 같은 명령을 내리는 것이 아니라 전기통신사업자에 대해서 내릴 수밖에 없다. 그런데 명령의 구체적 내용이 사이트폐쇄명령이나 이용자명정지명령인 경우에는 서버를 임대하는 사업자의 입장에서 문제된 홈페이지를 폐쇄시킬 수밖에 없는 것이다. 설령 삭제명령을 내리는 경우라도, 서버를 임대한 당해 전기통신사업자는 홈페이지의 내용을 직접적으로 삭제할 수 없으므로, 사업자의 입장에서 홈페이지 자체를 폐쇄시켜 버릴 수밖에 없다. 이렇게 되는 경우에는 결과적으로 합법적이고도 합헌적인 표현물도 제한당하는 결과가 초래되게 되는 것이다.

회가 상영을 직접적이고 최종적으로 금지할 수 있어서는 아니되며, ④ 그에 관한 사법부의 결정도 신속히 이루어져야 한다는 것 등을 제시하였다. *Freedman v. Maryland*, 380 U.S. 51 (1965).

이 판결 이후 Maryland 주는, 영화필름제출 후 5일 이내에 검열위원회가 결정을 하고, 상영불허가결정을 할 경우 3일 이내에 검열위원회가 상영금지를 구하는 injunction을 법원에 신청하며, 신청 후 7일 이내에 사법부의 결정이 나고, 불허가에 대한 입증책임을 검열위원회가 부담하는 것으로 법을 개정하였으며, 이 개정법에 대하여 연방대법원은 다시 심리한 결과 4 : 4(Douglas 대법관 불참)로 팽팽히 의견이 갈렸고 결과적으로 합헌으로 종결된 셈이 되었다. *Grove Press, Inc. v. Maryland State Board of Censors*, 401 U.S. 480 (1971).

408) "1. 사위 기타 부정한 방법으로 등록된 사실이 있는 때

2. 정기간행물의 내용이 등록된 발행목적이나 발행내용을 현저하게 반복하여 위반한 때

3. 음란한 내용의 정기간행물을 발행하여 공중도덕이나 사회윤리를 현저하게 침해한 때".

409) 이 경우는 명령권의 주체는 문화관광부장관이 될 것이다.

이상과 같은 이유로 개정 전기통신사업법 제53조가 규정하고 있는 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령제도는 인터넷 등 온라인매체에 있어서는 과잉수단으로서 기능한다고 할 수 있다.

4. 정보통신윤리위원회의 심의 및 시정요구제도에 대한 헌법적 분석

(1) 정보통신윤리위원회 및 시정요구권한의 법적 성격

2002. 6. 27.에 내려진 헌법재판소의 위헌결정은 그 심판대상이 전기통신사업법 제53조에 국한되어 있었고, 정보통신윤리위원회의 심의 및 시정요구제도를 규정하고 있는 전기통신사업법 제53조의 2는 심판대상에서 제외되었기 때문에, 정보통신윤리위원회의 심의 및 시정요구제도에 대한 헌법적 판단이 내려졌다고는 할 수 없다. 따라서 정보통신윤리위원회의 심의 및 시정요구제도 그 자체는 여전히 유효한 규제시스템으로서 기능할 수 있다. 하지만 그 대상이 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령과 동일한 불법통신(내지 불법통신)이고, 일정한 경우에는 취급거부·정지·제한명령을 건의할 수 있기 때문에, 제도적으로 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령제도와 관련되어 있다. 따라서 2002. 6. 27.에 내려진 헌법재판소의 위헌결정이 그 심의 및 시정요구대상에 있어서는 적용될 수 있다. 즉 정보통신윤리위원회의 심의 및 시정요구대상은 ‘불온’통신이 아닌 ‘불법’통신에 국한될 수밖에 없게 되었다. 하지만 정보통신윤리위원회에 의한 심의 및 시정요구제도는 표현의 자유에 대한 제한적 효과를 유발할 수 있으므로, 제도 그 자체에 대한 헌법적 평가는 필요하다고 판단된다.

아무튼 정보통신윤리위원회에 의한 심의 및 시정요구제도와 관련된 헌법적 쟁점은 다음의 문제점과 관련되어 있다.

첫째, 정보통신윤리위원회의 법적 성격을 어떻게 파악할 것인가의 문제이다. 즉 정보통신윤리위원회를 인터넷 등 온라인매체상에서의 표현물 규제와 관련된 ‘행정기관’으로 파악할 수 있는가의 문제를 의미한다.

이 문제와 관련해서 해당 법조문을 살펴보면, 정보통신윤리위원회로부터 온라인매체규제를 위한 행정기관의 성격을 인정하는 것은 어렵지 않다. 우선 위원장 1인을 포함한 11인 이상 15인 이하의 위원으로 구성되는 정보통신윤리위원회는 그 위원이 학계·법조계·이용자단체 및 정보통신관련업계 등에 종사하는 자 중에서 정보통신부장관에 의해 위촉된다(전기통신사업법 제53조의 2 제2항 및 제3항). 뿐만 아니라 정보통신윤리위원회의 위원장은 위원 중에서 호선하되, 정보통신부장관의 승인을 얻어야 한다(전기통신사업법시행령 제16조의 2 제1항). 그리고 정보통신윤리위원회의 조직과 운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하며, 국가는 예산의 범위안에서 위원회의 운영에 필요한 경비를 보조할 수 있다(전기통신사업법 제53조의 2 제5항 및 제6항). 이러한 내용심의기관의 성격과 관련하여 헌법재판소는 1996년 10월 4일의 구 영화법 제12조 등에 대한 위헌결정에서 공언윤리위원회의 법적 성격과 관련하여 “...검열을 행정기관이 아닌 독립적인 위원회에서 행한다고 하더라도 행정권이 주체가 되어 검열절차를 형성하고 검열기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있는 경우라면 실질적으로 보아 검열기관이라고 보아야 한다. 왜냐하면 그렇게 해석하지 아니한다면 검열기관의 구성은 입법기술의 문제이므로 정부에게 행정관청이 아닌 독립된 위원회의 구성을 통하여 사실상 검열을 하면서도 헌법상 검열금지원칙을 위반하였다는

비난을 면할 수 있는 길을 열어주기 때문이다”고 하면서, 당시의 공연윤리위원회를 사전검열기관으로서의 행정기관으로 파악하였다.⁴¹⁰⁾ 그런데 전기통신사업법상의 정보통신윤리위원회는 당시의 공연윤리위원회와 비교해 볼 때, 조직이나 구성, 운영 등에 있어서 매우 유사하다는 것을 발견할 수 있다.

첫째, 조직이나 구성에 있어서, 그 위원이 정보통신부장관에 의해 위촉되고, 위원장의 선출은 정보통신부장관의 승인을 얻어야 한다. 공연윤리위원회의 경우에도 그 위원은 문화체육부장관에 의해 위촉되었고, 위원장의 선출은 문화체육부장관의 승인을 얻어야 했다.

둘째, 운영에 있어서, 정보통신윤리위원회는 국가예산의 범위 안에서 그 운영에 필요한 경비의 보조를 받을 수 있다. 이 점 또한 공연윤리위원회의 경우와 동일하다.

셋째, 직무범위 및 권한의 종류와 관련하여, 정보통신윤리위원회의 직무범위가 전기통신사업법 제53조의 2 제3항에 의해 규정되어 있고, 그 심의대상이 되는 정보도 ‘전기통신회선을 통하여 일반에게 공개를 목적으로 유통되는 정보 중 대통령령이 정하는 정보’로서 법률 및 대통령령에 의해 구체적으로 설정되어 있으며, 전기통신사업자에 대한 시정요구도 ① 이용자에 대한 경고, ② 해당 정보의 삭제, ③ 불온통신을 행한 자에 대한 이용정지 및 이용해지로 대통령령에 의해 구체화되어 있다(전기통신사업법시행령 제16조의 4 제1항). 또한 대통령령에 의하여, 전기통신사업자는 이러한 시정요구를 받은 경우 그 조치결과를 정보통신윤리위원회에 통보할 의무를 지고(전기통신사업법시행령 제16조의 4 제2항), 더 나아가서 정보통신윤리위원회는 유통정보에 대한 심의 및 시정요구를 한 때에는 그 결과를 정보통신부장관에게 보고할 의무를 지고 있다(전기통신사업법시행령 제16조의 5). 그리고 비록 법적 구속력은 없지만, 전기통신사업법은 전기통신사업자가 정보통신윤리위원회의 시정요구에 응하지 아니하는 경우에 있어서 정보통신윤리위원회에게 불온통신의 취급거부·정지 또는 제한명령을 건의할 수 있는 권한을 부여하고 있다(전기통신사업법 제16조의 4 제3항).

이상과 같은 점들을 고려해 볼 때, 비록 정보통신윤리위원회의 심의가 사후심의이어서 사전검열에 해당하지는 않는다고 하더라도, 정보통신윤리위원회의 법적 성격은 ‘결국 행정권이 주체가 되어 검열절차를 형성하고 검열기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있는 경우’에 해당한다고 할 것이다. 따라서 정보통신윤리위원회는 ‘온라인매체에 있어서 표현물의 규제를 위한 행정기관’이라고 파악하는데 별 어려움이 없다고 할 것이다.

다음의 표는 구 공연윤리위원회, 구 한국공연예술진흥협의회, 현행 영상물등급위원회, 현행 정보통신윤리위원회의 조직이나 운영, 직무범위, 규제권한의 내용 등을 비교한 것이다.⁴¹¹⁾

<표 2> 내용심의기구의 비교

410) 현재 1996. 10. 4. 93헌가13등(병합), 영화법 제12조 등에 대한 위헌제청, 판례집 8-2, 212, 226.

411) 황성기, “사이버스페이스와 불온통신규제”, 『헌법학연구』 제6권 제3호, 한국헌법학회, 2000, 198-199면.

명칭	공연윤리위원회	한국공연예술 진흥협의회	영상물등급위원회	정보통신윤리위원회
근거법률	구공연법(1997.4.10. 개정 이전)	구공연법(1997.4.10. 개정되고, 1999.2.8. 전문개정 이전)	공연법(1999.2.8. 전 문개정 이후)	전기통신사업법(199 5.1.5. 개정 이후)
위원회 구성방식	· 위원-문화체육부 장관이 위촉 · 위원장-위원 중에 서 선출하되 문화체 육부장관의 승인 요 요	· 위원-대한민국예 술원회장이 추천하 는 자를 대통령이 위촉 · 위원장-위원 중에 서 호선	· 위원-관련분야의 기관·단체가 선정한 15인을 대한민국예 술원회장이 추천하 고 이를 대통령이 위촉 · 위원장-위원 중에 서 호선	· 위원-정보통신부 장관이 위촉 · 위원장-위원 중에 서 호선하되 정보통 신부장관의 승인 요 요
국가예산 보조여부	운영경비 보조가능	운영경비 보조가능	운영경비 보조가능	운영경비 보조가능
주된직무	공연 및 영상물에 대한 사전심의	공연 및 영상물에 대한 사전심의	공연 및 영상물의 상영등급분류(사전 심의)	전기통신을 통한 정 보에 대한 사후심의
심의대상	공연, 영화, 비디오 물, 음반(필요적 사 전심의)	· 공연, 영화, 비디오 물(필요적 사전심 의). · 음반(임의적 사전 심의)	· 영화, 비디오물, 게 임물(필요적 사전심 의). · 공연, 음반(임의적 사후심의)	전기통신을 통한 음 향·영상·문자정보(임의적 사전·사후심 의)
주무부서에 대한 보고 여부	문화체육부장관에 대한 심의결과의 보 고의무	문화체육부장관에 대한 심의결과의 통 보의무	.	정보통신부장관에 대한 심의·시정요구 결과의 보고의무
성격	사전검열기관	사전검열기관	사전등급부여를 위한 법정기구	내용심의 목적의 법정기구

둘째, 정보통신윤리위원회의 심의 및 시정요구가 과연 ‘공권력의 행사’에 해당되는가의 문제이다. 이 문제는 정보통신윤리위원회의 법적 성격과 관련되어 있을 뿐만 아니라, 동시에 정보통신윤리위원회의 심의 및 시정요구권한의 내용 및 법적 성격과도 관련되어 있다.

우선 정보통신윤리위원회의 법적 성격을 행정기관으로 파악하는 경우에는, 정보통신윤리위원회에 의한 심의 및 시정요구를 공권력의 행사로 볼 수도 있다. 하지만 현행 정보통신윤리위원회의 심의 및 시정요구제도는 위에서 살펴본 바와 같이, 법적 강제력이 결여되어 있다. 즉 정보통신윤리위원회의 시정요구에 대해서 전기통신사업자가 불응했을 경우에는 제재수단이 존재하지 않기 때문에, 정보통신윤리위원회의 시정요구권한에는 법적 강제력이 부여되어 있지 않다.⁴¹²⁾ 따라서 정보통신윤리위원회의 심의 및 시정요구 그 자체가 ‘공권력의 행사’에 해당되거나 혹은 기본권을 제한하는 측면이 있는지가 분명하지 않다. 현행 정보통신윤리위원회의 심의 및 시정요구제도의 정확한 성격을 파악하기 어려운 이유가 바로 여기

412) 물론 정보통신윤리위원회가 행하는 ‘청소년유해매체물의 심의 및 결정제도’는 법적 강제력이 부여된다. 즉 청소년에게 유해한 정보라고 판단되는 콘텐츠에 대해서 정보통신윤리위원회가 심의를 하여 청소년유해매체물로 결정을 한 뒤, 이것을 청소년보호위원회가 고시하는 경우에는 ‘청소년유해매체물’로서 법적 효과를 발생하게 된다. 그리고 청소년유해매체물로서 법적 효과를 발생하는 경우에는 청소년보호법상의 각종 규제장치와 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제42조 및 제64조에 의한 법적 규제장치가 적용된다.

에 있는 것이다.

한편 법원은 정보통신윤리위원회의 불온통신에 대한 심의 및 시정요구는 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 보지 않으면서도, 청소년유해매체물의 심의·결정은 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 파악하고 있다.

◆ 서울행정법원 2001. 5. 4. 2001구3555, 이용정지처분취소

항고소송의 대상이 되는 행정처분은 행정청의 공법상 행위로서 특정사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나, 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 등 국민의 권리·의무에 직접 관계가 있는 행위를 가리키는 것이고, 상대방 또는 기타 관계자들의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키지 아니하는 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니다.

그런데 이 사건에 있어서는, ① 1995. 1. 5 신설된 법 제53조의2에서 피고를 정보통신부 산하기관으로 규정하지 않고 그 위원을 학계·법조계·이용자단체 및 정보통신관련업계 등에 종사하는 자 중에서 ‘위촉’하게 한 것은, 정보통신에 대한 규제를 가급적 민간의 자율에 맡기는 것이 바람직하다는 고려에서 피고로 하여금 민간자율규제기구에 가까운 성격을 갖게 하려는 데 그 취지가 있는 것으로 보이는 점, ② 법 및 법시행령이 정보통신부장관에게 불온통신에 대하여 직접 전기통신사업자로 하여금 그 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 ‘명’할 수 있는 권한을 부여하고(법 제53조 제3항), 그 ‘명령’을 이행하지 아니한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하는(법 제71조 제7호) 한편, 피고에게는 전기통신사업자에게 이용자에게 대한 경고·해당 정보의 삭제·불온통신을 행한 자에 대한 이용정지 및 이용해지 등의 시정 요구를 하였다가(법 제53조의2 제4항 제2호, 법시행령 제16조의4 제1항), 전기통신사업자가 시정요구에 응하지 아니하는 경우에는 정보통신부장관에게 불온통신의 취급거부·정비 또는 제한을 명하도록 건의할 수 있는(법시행령 제16조의4 제3항) 권한만을 부여하고, 시정요구를 이행하지 아니하는 자에 대하여 가할 수 있는 어떠한 형벌 또는 행정제재처분도 마련해 두지 않았으며, 피고의 위 건의에 정보통신부장관이 구속되는 것도 아닌 점, ③ 만약 피고의 시정요구에 법적 구속력이 있다면, 법이 피고의 업무를 나열한 조직법적 규정인 제53조의2 제4항 중 제2호에서 시정요구를 언급한 것을 제외하고는 시정요구의 내용 등에 대하여 아무런 규정도 두지 않고 있는 것과 법시행령 제16조의4 제1항이 권리침해의 정도가 지극히 크며 ‘시정요구’의 가능한 어의(語義)를 벗어난다고 할 수 있는 이용정지 및 이용해지까지 시정요구의 대상으로 규정한 것은, 포괄위임입법금지원칙, 법률유보원칙 등에 위배된다고 볼 여지가 있는 점, ④ 전기통신사업자가 피고의 시정요구에 불응하다가 피고의 건의에 따른 정보통신부장관의 명령을 받게 되는 경우에는 전기통신사업자는 물론 위 명령으로 인하여 전기통신역무의 이용에 제한을 받게 될 이용자도 위 명령에 대하여 항고소송을 제기할 수 있고, 전기통신사업자가 피고의 시정요구에 따라 전기통신역무의 제공을 제한하는 경우에는 그 제한조치를 받는 이용자가 전기통신사업자를 상대로 이용계약관계의 존재 확인 등을 구하는 민사소송을 제기함과 아울러 임시의 지위를 정하는 가처분을 신청할 수 있기 때문에, 어느 경우에도 미리 피고의 시정요구에 대하여 항고소송을 제기할 수 있게 할 필요성이 그다지 크지 않은 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 시정요구는 권고적 성격의 행위에 불과한 것으로서 전기통신사업자나 이용자의 법률상 지위에 직접적인 변동을 가져오는 것이 아니라고 할 것이므로, 이를 항고소송의 대상인 행정처분이라고 볼 수 없다.

◆ 서울행정법원 2002. 8. 14. 2002구합1519, 청소년유해매체물결정및고시처분무효확인

처분의 적법성이 다루어지는 항고소송에 있어서 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적인 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도내에서 다른 사유를 추가하거나 변경할 수 있다 할 것이고,

피고들이 이 사건 처분사유로 들고 있는 것은 동일한 엑스존 사이트 내용을 그 대상으로 그 평가를 달리하는 것이므로, 당초 '동성애 조장' 외에 '음란성 정보가 포함되었다'는 등의 사유도 처분사유로 인정된다 할 것이다. 그런데, 위에서 본 대로 하자있는 행정처분이 당연무효가 되기 위하여는 그 하자가 중대할 뿐만 아니라 객관적으로 명백한 것이어야 하는데, 피고 정보통신윤리위원회가 심사대상으로 삼은 엑스존의 게시물 내용을 보면 그 게시물이 법 제10조 제1항 제1호 혹은 제5호, 법 시행령 제7조 [별표1] 2. 가. 나. 다. 하.에 규정된 심의기준에 해당되는지 여부에 관하여 보는 사람에 따라 의견이 구구할 소지가 있는 것으로 판단되고, 따라서 설령 객관적으로 엑스존에 음란성 정보가 포함되어 있지 않다거나 혹은 일부 음란성 정보가 있더라도 이를 이유로 청소년유해매체물로 결정·고시함은 과잉금지의 원칙에 위반된다고 하는 원고의 주장 사유가 그대로 인정되더라도 그러한 하자는 중대할 지라도 객관적으로 명백하다고 할 수 없으므로, 그러한 사유는 이 사건 처분의 취소사유에 해당할 뿐이지 당연무효 사유는 아니라고 봄이 상당하다. 따라서 피고들의 이 사건 각 처분이 당연무효임을 전제로 한 원고의 위 주장도 이유 없다.

결론적으로 정보통신윤리위원회의 심의 및 시정요구에 법적 강제력이 없고 권고적 성격의 행위에 불과하여 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않는다고 하더라도, 정보통신윤리위원회의 법적 성격이 '행정기관'으로 파악되고, 정보통신윤리위원회가 전기통신사업법에 따라 전기통신을 통한 표현의 내용심의기능을 수행하며, 또한 비록 법적 강제력과 법적 구속력은 없지만 정보통신윤리위원회가 전기통신사업자에 대한 시정요구권과 정보통신부장관에 대한 취급거부·정지·제한명령건의권을 보유함으로써, 사실상 온라인매체에서의 표현의 자유에 직접 영향을 끼칠 수 있는 '가능성 내지 위험성'은 존재한다고 할 것이다. 따라서 정보통신윤리위원회의 심의 및 시정요구를 '공권력의 행사'로 볼 수 있다고 판단된다.

(2) 정보통신윤리위원회의 심의 및 시정요구제도의 헌법적 문제점

정보통신윤리위원회의 법적 성격을 행정기관으로 파악하고, 정보통신윤리위원회의 심의 및 시정요구를 공권력의 행사로 파악한다고 하더라도, 정보통신윤리위원회의 심의 및 시정요구제도가 과연 위헌적인 제도인가의 문제는 별도의 분석이 필요하다. 그런데 이 문제는 정보통신윤리위원회의 심의 및 시정요구제도가 그 외형적 형식이 사후심의의 형태로 되어 있어서 우리 헌법이 금지하고 있는 사전검열에는 해당되지 않기 때문에, 결국 정보통신윤리위원회의 심의 및 시정요구제도가 기본권제한의 한계원리에 따른 것이냐라는 문제로 귀결될 수밖에 없을 것이다. 이 문제는 다음과 같이 두 가지 관점에서 접근할 수 있다.

첫째, 정보통신부장관의 명령제도와 정보통신윤리위원회의 심의 및 시정요구제도와와의 관련성을 어떻게 파악해야 하고, 두 제도간의 관련성이 정보통신윤리위원회의 심의 및 시정요구제도의 합헌성 여부를 판단하는데 어떠한 영향을 미치는가의 문제이다. 위에서 언급하였듯이, 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령제도에 대한 헌법재판소의 위헌결정이 있기 이전까지, 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령제도와 함께 불온통신 규제시스템의 또 다른 중요한 축을 형성하고 있던 것이 바로 정보통신윤리위원회에 의한 심의 및 시정요구제도이다. 그런데 위헌결정 이후 새로운 입법예고안이나 공청회안에 의하면, 그 대상이 불법통신에 국한될 뿐 정보통신부장관의 명령제도와 정보통신윤리위원회의 심의 및 시정요구제도는 그 '대상의 동일성'을 유지하면서 존치하게 된다. 이 '대상의 동일성' 이외에 정보통신부장관의 명령제도와 정보통신윤리위원회의 심의 및 시정요구제도를 연결짓는 고리는 바로

‘정보통신부장관에 대한 정보통신윤리위원회의 명령건의권’이다. 여기서 정보통신윤리위원회의 명령건의권은 불온통신(내지 불법통신)규제의 효율성을 위해서 그리고 정보통신윤리위원회의 심의 및 시정요구제도의 효과성제고를 위해서 인정되는 것이라고 할 수 있다. 그런데 여기서 주목할 것은 정보통신윤리위원회의 명령건의에는 법적 구속력이 인정되지 않는다는 점이다. 따라서 엄밀히 이야기하면, 비록 그 대상은 동일하지만, 정보통신부장관의 명령제도와 정보통신윤리위원회의 심의 및 시정요구제도는 별개의 제도라고 할 수 있다. 결국 그 대상의 동일성과 법적 구속력이 없는 명령건의권의 존재가 정보통신윤리위원회의 심의 및 시정요구제도의 위헌성 여부를 판단하는데 결정적인 요소로 작용하지는 않으며, 설령 정보통신부장관의 명령제도가 위헌이라고 하더라도 그 자체만으로 정보통신윤리위원회의 심의 및 시정요구제도도 위헌이라는 결론을 내릴 수는 없다. 정보통신윤리위원회의 심의 및 시정요구제도의 위헌성 여부는 다음에서 설명하듯이 그 자체가 실질적으로 수행하는 ‘기능’이라는 관점에서 분석되어야 할 것으로 보인다.

둘째, 시정요구의 구체적 종류로서 대통령령에 의해 구체화되어 있는 ① 이용자에 대한 경고, ② 해당 정보의 삭제, ③ 불온통신(내지 불법통신)을 행한 자에 대한 이용정지 및 이용해지(전기통신사업법시행령 제16조의 4 제1항)를 어떻게 파악해야 하는가의 문제이다.

만약 대통령령에 의해 구체화되어 있는 세 가지 시정요구방식이 법적 강제력과 결부되어 있는 경우에는, 그 수단의 과잉성의 문제가 정보통신부장관의 명령제도의 경우와 마찬가지로 제기될 수 있다. 하지만 현행 법규정을 살펴보면, 정보통신윤리위원회의 시정요구에는 법적 강제력이 결부되어 있지 않아서, 시정요구에 불응한다고 해서 전기통신사업자에게 제재가 가해지는 것도 아니고, 또한 정보통신윤리위원회의 명령건의권이 법적 구속력을 갖는 것도 아니다. 따라서 비록 구체적인 시정요구의 종류가 ‘이용자에 대한 경고, 해당 정보의 삭제, 불온통신(내지 불법통신)을 행한 자에 대한 이용정지 및 이용해지’의 형태로 설정되어 있다고 하더라도, 정보통신윤리위원회의 시정요구를 일종의 ‘안내 내지 권고’적 성격으로 파악하는 경우에, 즉 “귀 전기통신사업자가 매개하는 정보가 불법정보일 가능성이 있으니, 불법정보에 대한 법적 책임을 면하기 위해서는 일정한 조치가 필요하다”는 차원의 안내 내지 권고에 불과한 것으로 파악하는 경우에는, 시정요구 그 자체를 위헌적인 수단으로 보기는 힘들다고 할 수 있다.

다만 그 대상이 불법통신에 한정된다고 하더라도, 불법성 여부에 대한 종국적인 판단권한이 사법부에 있다는 점에서, 행정기관인 정보통신윤리위원회가 사법부에 의한 판단 이전에 일정한 콘텐츠가 불법정보에 해당한다고 판단하여 시정요구를 하는 경우에, 비록 그것이 ‘안내 내지 권고’에 불과한 것으로 파악한다고 하더라도, 결과적으로 표현의 자유에 대한 ‘위축효과’를 유발할 가능성이 있다는 점에서는 여전히 헌법적 문제점이 남는다.

제2장 청소년유해정보의 규제와 표현의 자유

제1절 미국에서의 청소년유해정보의 규제와 표현의 자유

온라인매체에서의 청소년보호문제는 미국의 경우 CDA논쟁에서 비롯되었다고 할 수 있다. 따라서 여기서는 CDA와 관련된 판결과 공립학교 및 공공도서관에서의 차단소프트웨어설치 문제와 관련된 판결들을 소개하기로 한다.

I. 통신품위법(CDA) 위헌판결

1. CDA의 입법배경 및 내용

미국에 있어서 본격적인 의미에서의 인터넷에 대한 내용규제는 연방통신품위법(the Communications Decency Act: 일명 CDA)에서부터 시작되었다. 연방통신법의 개정법률로서 1996년에 입법화된 전기통신법의 제5장에 해당하는 연방통신품위법은 지상파방송, 케이블방송 및 인터넷상의 유해매체물로부터 미성년자를 보호하려고 하는 의도에서 입법화된 것이었다. 특히 통신품위법의 핵심은 미성년자를 인터넷상의 유해매체물 구체적으로는 성표현물(pornography)로부터 보호하려는 조항들을 담고 있었다는 점이다. 그러나 입법 당시부터 논란이 많았던 이 법률은 인터넷이라는 새로운 매체상에서의 표현의 자유를 침해한다는 반론에 부딪치게 된다.

아무튼 위와 같은 논란에도 불구하고 결국 개정된 전기통신법이 클린턴대통령의 서명으로 1996년 2월 8일 효력을 발휘하게 되자, 미국시민권동맹(the American Civil Liberties Union: ACLU)을 필두로 하는 각종 시민단체 및 온라인서비스업자들 그리고 인터넷관련 프로그래밍업자들은 연대하여 통신품위법상의 관련조항들이 수정 제1조의 표현의 자유와 수정 제5조의 적법절차조항을 침해한다는 이유로 위헌소송을 제기하게 된다. 통신품위법상의 인터넷관련조항을 둘러싸고 제기된 위헌소송은 1996년 6월 11일 미합중국 지방법원 펜실베이니아 동부지구에서 내린 ACLU v. Reno판결로 시작하여 연방대법원의 1997년 6월 26일의 Reno v. ACLU판결에서 끝을 맺게 되는데, 두 곳에서 모두 위헌판결을 받게 된다.

인터넷과 관련하여 위헌소송이 제기된 통신품위법상의 조항들은 다음과 같다. 첫째, 일정한 내용의 정보를 제공한 자에 대한 형사처벌을 규정한 제223(a)(1)(B)항⁴¹³⁾ 그리고 정보제공자에게 고의적으로 통신설비를 제공한 자에 대한 형사처벌을 규정한 제223(a)(2)항⁴¹⁴⁾을 들 수 있다. ACLU v. Reno판결과 Reno v. ACLU판결은 특히 전자인 제223(a)(1)(B)항을 ‘저속한 표현(indecency)’에 관한 조항 혹은 ‘저속한 표현의 전송(indecency transmission)’에 관한 조항이라 지칭하고 있다. 둘째, 일정한 내용의 정보를 제공한 자에 대한 형사처벌

413) 47 U.S.C. 223(a)(1)(B)(ii): “Whoever in interstate or foreign communications by means of **a telecommunications device** knowingly makes, creates, or solicits, and initiates the **transmission** of, any comment, request, suggestion, proposal, image or other communication which is **obscene or indecent**, knowing that the recipient of the communication is under 18 years of age regardless of whether the maker of such communication placed the call or initiated the communication. . . shall be fined under title 18, United States Code, or imprisoned not more than two years, or both”.

414) 47 U.S.C. 223(a)(2): “Whoever knowingly permits a telecommunications facility under his control to be used for any activity prohibited by paragraph (1) with the intent that it be used for such activity, shall be fined under title 18, United States Code, or imprisoned not more than two years, or both”.

을 규정한 제223(d)(1)항⁴¹⁵⁾ 그리고 정보제공자에게 고의적으로 통신설비를 제공한 자에 대한 형사처벌을 규정한 제223(d)(2)항⁴¹⁶⁾을 들 수 있다. ACLU v. Reno판결과 Reno v. ACLU판결은 특히 전자인 제223(d)(1)항을 ‘명백히 거슬리는 표현(patently offensive)’에 관한 조항 혹은 ‘명백히 거슬리는 표현의 전시(patently offensive display)’에 관한 조항이라 지칭하고 있다. 한편 여기서 주목해야 할 것은 제223(e)(5)항이 정보제공자에 대한 면책사유(a defense)들을 규정하고 있다는 점이다. 즉 제223(e)(5)(A)항은 기술적으로 가능한 방법을 통하여 선의로(in good faith), 합리적이고(reasonable), 효과적이며(effective), 그리고 적절한(appropriate) 조치를 행한 자에 대해서는 처벌규정을 적용하지 않는다고 규정하고 있으며, 제223(e)(5)(B)항은 보다 구체적으로 신용카드의 확인절차(a verified credit card)의 이용, 예금계좌(debit account)의 이용, 성인접근코드(adult access code) 또는 성인개인확인번호(adult personal identification number)의 이용을 예시하고 있다. 그리고 제223(e)(6)항은 연방통신위원회에게 미성년자의 접근을 제한할 수 있는 여타의 방법들을 강구할 수 있도록 하고 있다.

2. ACLU v. Reno판결⁴¹⁷⁾

이 사건에서 3명의 판사(Sloviter판사, Buckwalter판사, Dalzell판사)로 구성된 재판부는 제223(a)(1)(B)항과 제223(a)(2)이 ‘저속한 표현(indecency)’에 적용되는 경우에는 위헌이고, 제223(d)(1)항과 제223(d)(2)항은 그 자체로 위헌이라고 판시하여, 그 집행을 금지하는 예비적 금지명령을 발하였다.⁴¹⁸⁾ 한편 3명의 판사는 각각 자신의 견해를 따로 제시하였는데, 구체적인 내용은 다음과 같다.

재판장 Sloviter판사는 첫째, 인터넷에 대한 심사기준에 있어서, 동 조항들이 내용에 근거한 표현의 제한이므로(content-based restriction), ‘엄격심사(strict scrutiny)’의 기준이 적용되어야 하고, 따라서 그 제한은 필요불가결한 정부의 이익(compelling government

415) 47 U.S.C. 223(d)(1): “Whoever in interstate or foreign communications knowingly uses **an interactive computer service** to **send** to a specific person or persons under 18 years of age, or to **display** in a manner available to a person under 18 years of age, any comment, request, suggestion, proposal, image or other communication that, in context, depicts or describes, in terms **patently offensive** as measured by contemporary community standards, sexual or excretory activities or organs, regardless of whether the user of such service placed the call or initiated the communication. . . .shall be fined under title 18, United States Code, or imprisoned not more than two years, or both”.

416) 47 U.S.C. 223(d)(2): “Whoever knowingly permits any telecommunications facility under such person’s control to be used for an activity prohibited by paragraph (1) with the intent that it be used for such activity, shall be fined under title 18, United States Code, or imprisoned not more than two years, or both”.

417) 929 F.Supp. 824.

418) 한편 비슷한 시기인 1996년 7월 29일 연방지방법원 뉴욕남부지구에서도 통신품위법 제223(d)항의 집행을 금지하는 예비적 금지명령을 발하였다. 즉 Shea v. Reno판결에서 3명의 판사(Cabranes판사, Sand판사, Cote판사)로 구성된 재판부는 동 조항이 애매모호하므로(vague) 무효라고 하는 주장은 배척하였다. 하지만 동 조항은 헌법상 보호되는 성인간의 ‘저속한’ 표현을 금지할 정도로 너무 광범위하고, 또한 제223(e)(5)항에서 규정하고 있는 면책사유는 기술적으로 불가능한 것이라는 이유로, 제223(d)항이 ‘저속한’ 표현에 관련되는 한 그 집행을 금지하는 예비적 금지명령을 발하였다.

interest)과 이익달성을 위한 수단이 엄밀하게 만들어져야(narrowly tailored) 한다고 지적하였다. 둘째, 인터넷의 매체적 특성에 있어서, 인터넷 이용자가 특정 정보를 검색하기 위해서는 적극적으로도 숙고적으로(affirmatively and deliberately) 행동해야 하므로, 방송보다는 전화에 가깝다고 지적하였다. 셋째, 필요불가결한 정부의 이익에 있어서, ‘저속한 표현(indecency)’과 ‘명백히 거슬리는 표현(patently offensive)’의 개념이 너무 광범위하고 애매모호하여 동 조항들이 적용될 수 있는 인터넷상의 표현들 중에 성숙한 미성년자에 대해서 문학적, 예술적, 교육적으로 價値있는 정보가 포함될 수 있는데, 정부는 인터넷상의 성적 표현이 미성년자에 대해 미치는 잠재적인 해악성을 분명하게 제시하지 못하였다고 지적하였다. 넷째, 동 조항들의 적용범위가 성인에게는 그 접근이 완전히 인정되는 ‘저속한 표현(indecency)’에 대해서까지 미칠 뿐만 아니라, 상업적 목적의 정보제공자에게만 국한되지도 않는다고 지적하였다. 다섯째, 제223(e)항상의 면책사유들이 문제된 조항들의 위헌성을 구제하지 못하는 이유로 ① 문제된 조항들이 형사처벌조항이라는 점, ② 면책사유들이 기술적으로 또는 경제적으로 현실성이 없다는 점, ③ 설령 기술적으로는 가능하더라도 비영리단체에게는 모든 내용을 자체적으로 검토해야 하는 부담을 주기 때문에 경제적이고 실제적인 부담이 너무 과중된다는 점, ④ ‘저속한 표현(indecency)’과 ‘명백히 거슬리는 표현(patently offensive)’의 개념이 판단기준이 될 관련 공동체를 확정할 수 없을 정도로 애매모호하다는 점을 지적하였다. 따라서 문제된 조항들은 엄밀하게 만들어진 수단이 될 수가 없다고 지적하면서, 문제된 조항들은 수정헌법 제1조와 제5조를 위반한 것이라는 결론을 내렸다.

Buckwalter판사는 첫째, 형사처벌조항은 잠재적인 범죄자 뿐만 아니라, 잠재적인 법집행자를 위해서도 명확하게 규정되어야 하지만, 문제된 조항들은 애매모호하여 수정 제1조와 수정 제5조를 위반하였다고 지적하였다. 둘째, 의회의 태도는 Pacifica판결에 근거한 것으로 보이나, Pacifica판결은 침투적 성격을 가지는 방송에만 적용된다고 하였기 때문에, 의회의 태도는 잘못된 것이라고 지적하였다. 셋째, 규정되어 있는 면책사유들이 기술적으로나 경제적으로 실효성이 없어서, 인터넷상의 표현행위자에 대한 안전판이 될 수가 없다는 점을 지적하였다.

Dalzell판사는 우선 문제된 조항들의 광범위함은 문제될 수는 있어도, 애매모호성은 문제될 여지가 없다고 한다. 하지만 Dalzell판사의 견해는 매체특성론적 분석(a medium-specific analysis)을 행하고 있다는 점에서 매우 주목할 만하다. 우선 그는 방송의 침투성이 결국 주파수의 희소성에서 비롯된 것으로 파악하고 있다. 따라서 인터넷의 경우에는 Pacifica판결이 적용되지 않는다고 한다. 왜냐하면 인터넷의 경우는 희소성이 극복되기 때문이다. 또한 Sable판결도 인터넷의 경우에는 적용되지 않는다고 한다. 왜냐하면 Sable판결은 ‘dial-a-porn’이라고 하는 특정한 유형의 통신문제만 해결하였지, 전화라는 매체와 수정 제1조와의 일반적 관련성의 문제는 다루지 않았기 때문이다. 따라서 그는 인터넷의 특성과 수정 제1조와의 관련성을 제시하고 있다. 즉 그는 CDA를 위헌으로 선언하게 되는 인터넷의 네 가지 특성으로 첫째, 진입장벽이 낮다는 점, 둘째, 낮은 진입장벽이 話者(speaker)와 聽者(listener)에게 동일하게 적용된다는 점, 셋째, 내용의 다양성이 확보된다는 점, 넷째, 모든 話者에게 접근을 가능하게 하며, 심지어 話者간의 평등을 보장한다는 점을 제시하고 있다. 그에 따르면 인터넷은 지금까지 존재해 온 언론매체 중에서 ‘가장 참여적인 시장(the most participatory marketplace)’을 형성해 왔으며, 인쇄매체보다도 더 표현촉진적인 매체(speech-enhancing medium)이다. 그리고 인터넷의 형성과 발전은 인터넷상에서의 표현의 내용과는 무관하게 이루어졌음을 지적하고 있다. 그에 따르면 인터넷이 성공한

이유는 바로 혼돈(chaos) 그 자체이고, 인터넷의 강점은 바로 그 혼돈이다. 그런데 CDA가 제정된 이후부터는 이용자의 표현의 내용이 인터넷에 대한 참여의 정도를 결정하게 되고, 또한 인터넷에 대한 진입장벽을 높일 것이라고 지적하고 있다. 그 결과 내용적 다양성이 위축되고, 인터넷상에서의 話者간의 평등을 위축시키게 된다고 한다. 결국 그는 매체의 특성상, 인터넷은 정부의 간섭으로부터 가장 많은 보호를 받아야 한다고 지적하면서, 문제된 조항들은 위헌이라고 선언하였다.

3. Reno v. ACLU판결⁴¹⁹⁾

ACLU v. Reno판결은 연방대법원에 의해 심사를 받게 되는데, 연방대법원도 결국 CDA의 ‘저속한 표현의 전송(indecency transmission)’에 관한 조항과 ‘명백히 거슬리는 표현의 전시(patently offensive display)’에 관한 조항은 그 규제범위가 광범위하여 수정 제1조를 침해한다는 이유로 위헌판결을 내렸다.

Stevens대법관이 집필한 다수의견은 다음과 같은 근거로 연방통신품위법상의 ‘저속한 표현의 전송(indecency transmission)’규정과 ‘명백히 거슬리는 표현의 전시(patently offensive display)’규정은 성인의 표현의 자유를 침해하였다고 판시하였다.

첫째, 정부가 합헌주장의 근거로 삼고 있는 선판례들(Ginsberg v. New York; FCC v. Pacifica Foundation; Renton v. Playtime Theatre)에서 지지되고 있는 법률들은 연방통신품위법과는 여러 측면에서 다르다는 점을 지적하고 있다. 구체적으로 연방통신품위법상의 당해 조항들은 ① 자녀에 대한 부모의 통제권을 무시하고 있다는 점, ② 상업적 목적을 위한 통신에 국한하고 있지 않다는 점, ③ ‘저속한 표현(indecency)’에 대한 개념정의가 없을 뿐만 아니라, ‘명백히 거슬리는 표현물(patently offensive materials)’이 사회적으로 보충적인 가치(socially redeeming value)를 결하고 있어야 한다는 조건을 규정하고 있지 않다는 점, ④ 커뮤니케이션의 제한을 특정시간대에 국한하지 않을 뿐만 아니라, 매체의 특성을 잘 아는 전문기관의 평가에 맡기지도 않는다는 점, ⑤ 형사처벌조항이라는 점, ⑥ 방송과는 달리 수정헌법 제1조에 의한 완전한 보호를 받는 매체에 적용된다는 점, ⑦ 표현에 대한 내용적 규제(content-based)이기 때문에, 시간·장소·방법의 제한(time, place and manner regulation)이라는 형태로 분석될 수 없다는 점을 지적하고 있다.

둘째, 방송매체에 대한 규제근거들 즉, 방송에 대한 광범위한 정부규제의 역사, 주파수의 희소성, 방송의 침투적 성격 등은 ‘사이버공간(cyberspace)’에서는 존재하지 않는다는 점을 지적하고 있다.

셋째, 당해 조항들의 적용범위와 관련하여 애매모호성과 광범위성은 형사법률로서의 억지력과 함께 표현의 자유에 대한 위축효과(chilling effect)를 불러 일으킬 수 있다는 점을 지적하고 있다.

넷째, 당해 조항들에 있어서 미성년자보호라는 국가의 필요불가결한 이익은 인정되나, 법률이 표현의 내용을 규제할 때 요구되는 엄밀성을 결하고 있다는 점을 지적하고 있다. 결국 연방통신품위법은 엄밀하게 만들어진(narrowly tailored) 것이 아니라고 한다.

한편 O'Connor대법관과 Rhenquist대법원장은 일부동조·일부반대의견을 제시하였다. 우선 이들은 문제되는 CDA상의 조항들을 ‘저속한 표현의 전송(indecency transmission)’에 관한

419) 521 U.S. 844, 117 S.Ct. 2329(1997).

조항과 ‘명백히 거슬리는 표현의 전시(patently offensive display)’에 관한 조항뿐만 아니라, ‘특정인(specific person)’조항으로 삼분하고 있다. 따라서 이들은 CDA는 일종의 성표현물에 대한 구획설정법(zoning law)과 유사한 것이어서⁴²⁰⁾, 여러 명의 성인이 관여할 수 있는 ‘명백히 거슬리는 표현의 전시(patently offensive display)’에 관한 조항은 성인의 표현의 자유에 대한 침해가 가능하기 때문에 위헌이지만, ‘저속한 표현의 전송(indecency transmission)’에 관한 조항과 ‘특정인(specific person)’조항은 인터넷상에서 1명의 성인이 상대방이 미성년자임을 알면서도 1명 내지 여러 명의 미성년자와 커뮤니케이션을 하는 경우에 적용되는 때에는 합헌이라고 하였다.

II. COPA(CDAⅡ) - American Civil Liberties Union v. Reno판결⁴²¹⁾

2000년 펜실베이니아주 소재 미국연방항소법원은 COPA판결(혹은 CDAⅡ 판결)로 잘 알려진 “ACLU 對 Reno”사건의 판결을 선고했다. 동사건 판결은 비록 연방대법원이 아니라 연방항소법원의 판결이기는 하지만, ‘온라인상의 표현의 자유’나 ‘음란물로부터 미성년자의 보호’라는 헌법적 쟁점과 관련하여 미국 사법부의 중요한 판단으로 평가받고 있다.

1. 사실관계

이 항소심사건은 1998년 10월에 제정된 “온라인상의 청소년 보호법(Child Online Protection Act, 공법 105-277, 연방의회제정법집 112장 2681조부터(1998년), 연방법령집 47장 231조부터 규정됨, 일명 COPA)에 관한 것이다. 상업적 목적으로 웹상에 고의적으로 게재된, “동시대 공동체기준(contemporary community standards)”에 의했을 때 “有害한 표현물”들로부터 미성년자들을 보호하기 위해 제정된 COPA의 합헌성이 이 사건의 주된 쟁점이 된 것이다.

COPA는 1998년 10월 21일에 제정되었다. 미성년자에게 유해한 표현물을 배포하는 행위를 규율하는 법률에 의해 통제를 받는 상업적 웹발행자들은 COPA에 의해, 미성년자들이 그들의 웹상의 유해한 표현물에 접근하지 못함을 보장하도록 요구받았다. COPA는 웹상에서 미성년자들에게 외설적인 표현물들이 유포되는 것을 통제하려는 미연방의회의 두 번째 시도이다. 미연방대법원은 앞서 수정헌법 제1조에 근거하여 연방의회의 이에 관한 첫 번째 시도였던 통신품위법(Communications Decency Act, 일명 CDA)을 위헌판결을 통해 무효화시켰었는데, 통신품위법은 연방의회가 1996년의 전기통신법(Telecommunications Act of 1996)의 일부로서 통과시킨 것이었다.

COPA가 제정된 다음날인 1998년 10월 22일에, 미국인권연합(American Civil Liberties Union, 약칭해서 ACLU)은 COPA가 위헌이며 따라서 그 시행을 금지해야 한다고 주장하면서 ‘펜실베이니아주 동부지역을 관할하는 연방지방법원(United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania)’에 소송을 제기했다. 이에 연방지방법원은 1998년 11월 20일에 동법의 시행을 잠정적으로 금하는 명령을 내렸고 광범위한 증거조사를 포함한 공판을 연 후에 1999년 2월 1일에 정부가 COPA를 시행하는 것을 금하는 예비적 금지명령을

420) Lawrence Lessig도 연방통신품위법의 진정한 목적은 사이버스페이스상에서의 구획설정(zoning)을 위한 것이었다고 한다. Lawrence Lessig, “Reading the Constitution in Cyberspace”, 45 *Emory Law Journal* 869(1996) 참조.

421) American Civil Liberties Union v. Reno 217 F. 3d. 162 C.A.3 (Pa.), 2000.

내렸다.

2. 다수의견의 논점과 추론

연방항소법원 판사인 Garth판사가 이 판결문을 집필하였다. 다수의견은 우선 예비적 금지명령을 발할 것인가를 결정함에 있어 첫째, 신청인이 본안 승소의 합리적 가능성을 보여주었는지 여부, 둘째, 예비적 금지명령의 거부로 인해 신청인이 복구불가능한 해를 입게 될 것인지 여부, 셋째, 예비적 금지명령이 피신청인에게 훨씬 더 큰 해를 초래할 것인지 여부, 넷째, 예비적 금지명령을 발하는 것이 공익과 연관이 있는지 여부 등을 판단해야 한다고 보았다.

그리면서, 첫째, 본안 승소의 합리적 가능성을 보여주었는지 여부를 따짐에 있어 COPA의 위헌성 결정의 근거를 미성년자들에게 유해한 표현물들을 골라내기 위한 웹상의 전자적 표현매체의 문맥에서의 “동시대 지역공동체기준”에서 찾으려 했다. COPA를 통과시키면서 연방의회는 CDA를 위헌판결한 연방대법원이 제기한 모든 문제점들을 해결하려 노력했는데 그런 노력에도 불구하고 연방대법원에게 미해결의 과제로 남아있었던 것은 바로, 지역공동체기준을 인터넷에 적용한다는 것은 전국 국민들이 접할 수 있는 표현이기 때문이라면 그것은 그 메시지에 의해 가장 많이 상처받을 수 있는 지역공동체의 기준에 의해 판단되어야 하는가 하는 점이었다. 어떤 정보가 웹사이트에서 발행되자마자, 그 정보는 모든 다른 웹방문자들에게 접근 가능한 것이 된다. 현재의 기술수준은 웹발행자들로 하여금 특정 관할권들을 우회하거나 혹은 어떤 특정한 지리적 지역공동체에 들어감으로써 그들 사이트의 내용을 제한하는 것을 불가능하게 한다. 이 중요한 차이점은 지리적 경계가 없는 표현매체에서 동시대 지역공동체기준들이 무엇을 의미해야만 하는지 혹은 무엇을 의미할 수 있는지를 결정하려함에 있어 중요한 영향을 미치게 된다.

정부측은 웹발행자들을 지역에 따라 변화무쌍한 지역공동체기준에 맞추려는 것은 헌법적으로 문제가 없고 흔히 있을 수 있는 일이라 이야기하면서, 행위 발생지에 따라 그 변화무쌍한 지역공동체기준을 같은 행위에 적용해 온 판결들이 이미 많이 있음을 지적했다. 현재의 기술수준 하에서 웹발행자들은 그들 사이트를 방문하는 인터넷 사용자들에게 그들의 지리적 위치를 이유로 사이트への 접근을 제한할 수 없다.

다수의견은 COPA 해석을 제한하는 두 가능한 방법들은 (a)그 규정에 쓰인 말들에 좁은 의미를 부여하는 방법 (b)그 규정에서 위헌인 부분만 삭제하고 그 나머지 부분들은 건드리지 않는 방법이라고 보았다. 이 때 두 번째 방법과 관련하여, 같은 규정에서도 어떤 부분은 합헌이고 어떤 부분은 위헌일 수 있으며 만약 그 부분들이 전적으로 서로 독립적이라면 위헌인 부분은 거부될 것이지만 합헌인 부분은 살아남을 것은 당연하다. 그 결과, 법원이 그 법규정에서 위헌인 특정부분을 확인해낼 수 있다면, 그 부분만을 무효화시킴으로써 법원은 나머지 부분들을 손대지 않고 그대로 둘 수 있었다. 그러나 다수의견은 여기서 COPA에 ‘동시대 지역공동체기준’을 적용하는 것이 COPA를 합헌으로 살려내는 방법이 될 수 있을 것 같지는 않다고 보았다. 이 기준은 그 법규정 전체에 침투하고 영향을 주는 매우 중요한 부분이기 때문이었다. 따라서, 현재의 기술수준 하에서는 그 규제가 불합리하기 때문에, 다수의견은 COPA가 본안에서 위헌의 소지가 없지 않다고 결론 내렸다. Miller판결은 웹발행자들이 현재까지 그들 표현 수령자의 지리적 범위를 컨트롤할 수 없는 인터넷과 웹에는 적용될 수 없었던 것이다.

둘째, 다수의견은 신청인이 구제 거부로 치유불가능하게(irreparably) 해를 입느냐를 살펴

보았다. 일반적으로 수정헌법 제1조 침해여부를 따지는 사건에서, 예비적 금지명령 결정 심사의 위의 첫번째 심사요건을 만족시키는 원고는 거의 확실히 이 두 번째 요건도 만족시킨다고 보았다. 왜냐하면 치유불가능한 침해는 보통 언론자유 침해에서 일어나기 때문이다. 이 사건도 예외는 아니라고 보았다.

셋째, 손해가 해보다 더 크다는 점도 지적되었다. 예비적 금지명령 결정 분석의 세 번째 요건은 예비적 금지명령의 구제를 주는 것이 피신청인에게 결과적으로 훨씬 더 큰 해를 끼치는지에 관한 것이다. 다수의견은 양당사자들의 각각의 이익들을 형량함에 있어 헌법이 보호하는 자유로운 표현에 가해지는 COPA의 위협적 제한은 이 예비적 금지명령의 발부 거부에 의해 부여되는 손해보다 훨씬 더 크다고 보았다. 또한 예비적 금지명령이 내려지지 않는다면 COPA의 적용을 받는 웹발행자들은 즉시 성인들에게 허락되는 헌법이 보호하는 표현에 대해 자체 검열을 실시하거나, COPA상의 적극적 면책사유들을 충족시키기 위해 상당한 경제적 비용을 감수하게 된다는 사실도 인정했다. 따라서, 원고가 예비적 금지명령 분석의 세 번째 요건을 충분히 충족시켰다고 보았다.

넷째, 公的 이익에 관한 심사가 이루어졌다. 예비적 금지명령 분석의 네 번째이자 마지막 요소로서, 다수의견은 예비적 금지명령 구제 부여가 공적 이익인가의 여부를 고려했다. 헌법이 보호하는 표현을 제한하는 것은 공적 이익을 증진시키지 않을 것이고, 보통 정부도 公衆도 어떤 위험적인 법률의 시행에서 이익을 주장할 수는 없다고 보았다. 따라서, 예비적 금지명령 분석의 최종적 요건도 충족된다고 보았고, 결국 연방지방법원은 ACLU의 예비적 금지명령 신청을 받아들였다.

3. 판결의 의미

결론적으로, 다수의견은 현재 기술상의 한계 때문에 COPA는 본안심사에서 과도광범성을 이유로 위헌판결을 받을 확률이 없지 않다고 보았고, ACLU가 예비적 금지명령을 얻어내기 위한 모든 네 개의 필요한 요소들을 충족시켰으며, 연방지방법원은 예비적 금지명령을 발할 재량을 적절히 행사했기 때문에, 연방지방법원의 결정을 인용했다.

이 판결은 본안심사도 아니고 예비적 금지명령 발부 여부에 관한 판결이기는 하지만, ‘본안심사에서의 승소 가능성’ 심사를 통해 사실상의 본안심사에 해당하는 상세한 논증을 하고 있다는 점에서 높이 평가된다. 또한, 인터넷상의 표현의 자유가 청소년보호와 관련해서 어떤 기준을 통해 헌법적으로 해결될 수 있는지를 여러 요건들의 상세한 사안에의 적용을 통해 보여주고 있다는 점에서 그 가치를 가진다.

III. 공공도서관 차단소프트웨어 설치 위헌판결

- *Mainstream Loudoun v. Board of Trustees of the Loudoun County Library*, 24 F. Supp. 2d 552 (E.D. Va. 1998) -

1. 사건의 개요

1997년 말경 버지니아주의 Loudoun County의 공공도서관 이용자들이 도서관에 설치된 9대의 컴퓨터에서 소위 ‘노골적인 성표현물’(sexually explicit material)을 보려고 시도하자, 차단소프트웨어가 작동하면서 “위반!! 위반!! 위반!! 이 사이트에의 접속은 차단되었습니다.”라는 경고문이 화면에 떠올랐다. 도서관 운영위원회가 인터넷상의 일정한 내용에의 접

근을 금지시키기 위한 “인터넷성희롱정책”(policy on Internet sexual harassment)을 채택하였고, 그에 따라 “X-Stop”이라고 불리는 상업용 차단소프트웨어를 설치해 놓은 것이었다. 그러자 지역의 비영리단체인 Mainstream Loudoun과 그 회원들 및 도서관을 이용하는 지역주민들이 도서관 운영위원회를 상대로 이 정책의 집행을 금지시키기 위한 중국적 금지명령(permanent injunction)을 구하는 소를 연방지방법원에 제기하였다.

이 사건의 쟁점은, 공공도서관이 차단소프트웨어를 사용하여 도서관 이용자들이 인터넷상의 일정한 내용의 표현에 접근하지 못하도록 차단시키는 것이 연방헌법상의 언론자유조항(증보 제1조)에 위반하는지 여부이다. 연방지방법원은 위헌이라고 판단하고, 중국적 금지명령을 내렸다.

2. 판결의 요지

법원은 우선 이 사건의 쟁점을 직접 규율할만한 연방대법원의 선례가 없음을 인정하였다. 가장 유사한 사건으로는 Board of Education v. Pico 판결⁴²²⁾이 있었다. 이 판결에서 4인의 상대다수의견(plurality opinion)은, 공립고등학교의 도서관이 내용을 기준으로 하여 일정한 도서를 배제할 수 있는 권리는 연방헌법 증보 제1조에 의하여 제한을 받는다고 판시하였다. 즉 표현에 대한 내용규제(content-based regulation)는 허용될 수 없다는 것이었다. Blackmun 대법관은 이들 4인의 의견에 동조하면서, 그러나 비록 학교당국은 내용에 찬성하지 않는다는 이유만으로 도서를 배제시킬 수는 없지만, 교육적인 부적합성이나 예산상의 제약을 이유로 일정한 도서를 배제할 수는 있다는 의견을 개진하였었다.⁴²³⁾ 이에 대해 다른 4인의 반대의견은, 표현을 자유로이 받을 권리(the right to receive free speech)는 학교당국이 그러한 표현을 제공하도록 의무지우는 것은 아니라는 입장을 개진한 바 있었다.⁴²⁴⁾

본 사건에서 피고인 도서관 운영위원회는, 이 Pico 판결은 도서관으로부터 일정한 도서를 ‘배제시키는’ 경우만을 규율하는 것이기 때문에 본 사건에는 적용될 수 없다고 주장하였다. Pico 판결은 도서를 ‘구입하는’ 경우를 규율하는 선례가 아니라는 것이다. 피고는 인터넷을 대규모의 도서관대차시스템에 비유하면서, 차단소프트웨어의 설치하는 단순히 일정한 표현물의 대차를 거부한 것에 불과하다고 주장하였다. 이에 대해, 원고들은 인터넷을 대용량의 백과사전 전집에 비유하면서, 차단소프트웨어의 사용은 이러한 백과사전의 일부를 삭제하는 것이라고 주장하였다.

법원은 피고가 인터넷의 본질에 대해 잘못 이해하고 있다고 결론지었다: 「도서관이 인터넷에의 접속서비스를 구매한 순간부터, 인터넷상의 모든 표현물을 도서관 이용자가 이용할 수 있도록 한 것이다. 도서관은 인터넷상의 표현물을 구입하는 데에 달리 추가적인 시간, 노력, 또는 기금을 사용하지 않았다. 그러므로 도서관의 차단소프트웨어 설치행위는 원래 도서관에서 이용가능하지 않았던 도서를 구입하는 행위가 아니라 이용가능한 도서를 제거시키는 행위에 더 가깝다.’

그러면서 법원은 도서관의 차단소프트웨어설치정책의 위헌여부를 심사하기 위한 기준으로 엄격심사기준(strict scrutiny standard)을 채택하였다. 피고는 도서관이 공공의 영역(public forum)에 해당하지 않기 때문에, 보다 덜 엄격한 심사기준이 채택되어야 한다고 주장했지

422) 457 U.S. 853 (1982).

423) Id. at 879 (Blackmun, J., concurring).

424) Id. at 888 (Burger, C.J., dissenting).

만, 법원은 이를 거부하였던 것이다. 엄격심사기준을 통과하기 위해서는, 도서관은 다음의 사실들을 모두 입증해야만 했다: (1) 차단정책의 목적이 압도적인 공익(compelling state interests)을 위한 것이라는 점, (2) 차단정책이 그러한 공익을 달성하기 위한 불가피한 수단(necessary means)이라는 점, (3) 차단정책이 그러한 공익의 달성에 꼭 들어맞게 엄밀하게 설정되었다는(narrowly tailored) 점.

법원은 도서관의 차단정책을 면밀하게 분석하고 나서 위 엄격심사기준을 충족시키지 못하고 있음을 다음과 같이 판시하였다. 차단소프트웨어설치는 압도적인 공익, 즉 포르노그래피에의 접근을 최소화시키고 성적 학대의 환경이 조성되는 것을 막기 위한 목적을 도모하기 위한 것임이 인정되나, 피고 도서관은 자신의 정책이 위 목적의 달성에 불가피한 수단이라는 점을 입증하지 못하였으며, 무엇보다, 선택한 수단이 위 압도적인 공익을 달성하기 위해 엄밀하게 설정된 것이라는 점을 입증하지 못했다고 판단하였다. 도서관은 유통이 금지되는 음란(obscenity), 아동포르노(child pornography), 청소년유해표현(materials harmful to minors)에의 접근을 차단하기 위한 목적에서 차단소프트웨어를 설치하긴 했지만, 설치된 차단소프트웨어는 실제로는 이들 범주에 들지 않는 그리하여 헌법의 보호를 받는 표현물에의 접근을 광범위하게 차단시키고 있었다.⁴²⁵⁾ 나아가, 설령 차단소프트웨어의 사용이 엄격심사기준을 충족시킬 수는 있다 하더라도, 그것은 위헌적인 사전제한(prior restraint)에 해당되는 것이라고 판시하였다. 명확한 기준과 적절한 절차적 보장이 없이는, 비보호표현(unprotected speech)도 행정결정(an administrative determination)에 의해 검열될 수는 없다는 것이다.⁴²⁶⁾ 도서관의 정책에는 어떤 웹사이트가 차단되어야 하는지를 결정할 아무런 지침이 없었으며, 사이트차단을 다룰 수 있는 절차적 보장장치도 마련되어 있지 않았다. 결론적으로 법원은 차단소프트웨어 사용이 연방헌법 증보 제1조가 보장하는 표현의 자유를 위헌적으로 침해한다고 판단하였다.

IV. 청소년인터넷보호법(CIPA)상의 차단소프트웨어 설치의무조항 위헌판결

- American Library Association v. United States, 201 F. Supp. 2d 401, 2002 U.S. Dist. LEXIS 9537 (2002. 5. 31 선고) -

1. 사건의 개요와 심판대상

연방의회는 2000년에 청소년인터넷보호법(Children's Internet Protection Act; CIPA)⁴²⁷⁾을 제정하였다. 동 법률은 전국의 모든 공립학교와 공공도서관이 연방보조금을 지원받기 위한 조건으로 인터넷에의 접근을 내용적으로 차단하는 차단소프트웨어(filtering software)의 설치를 요구하고 있었다. 즉 연방의 LSTA 보조금⁴²⁸⁾과 인터넷 접속서비스에 있어서의 “E-등급 할인”⁴²⁹⁾을 받기 위해서는, 공공도서관들은 도서관 이용자들이 음란(obscene)⁴³⁰⁾, 아동포르노(child pornography)⁴³¹⁾, 또는 청소년의 경우에는 청소년에 유해

425) 24 F. Supp. 2d at 563-68.

426) Id. at 568. (Freedman v. Maryland, 380 U.S. 51, 58-60 (1965)을 인용함).

427) Pub. L. No. 106-554, 114 Stat. 2763 (2000).

428) Library Services and Technology Act, 20 U.S.C. 9121 et seq.

429) “E-rate discounts” Telecommunications Act, 47 U.S.C. 254.

430) CIPA는 “음란(obscene)” 개념을 연방법률집 형사법편(18 U.S.C. 1460)에 규정된 개념을 원용하고 있다. CIPA 1721(c) [47 U.S.C. 254(h)(7)(E)].

한(harmful to minors)⁴³²⁾ 영상물(visual depictions)에 접근하는 것을 막을 수 있는 “기술적 보호조치”(technology protection measure)를 취하고 있음을 증명하여야 한다는 것이다.⁴³³⁾

다만, 동 법률은 인터넷상의 어떤 내용물이 청소년에게 적합한 것인지에 관한 결정에 연방정부가 간여하는 것을 금지하고 있다. 즉 그 결정 자체는 당해 학교당국이나 지방교육기관, 또는 당해 도서관 등에 의해 이루어지도록 하고 있다. 연방정부의 어떤 기관도 (A) 그러한 결정에 필요한 기준을 제시하거나, (B) 그러한 결정을 심사하거나, 또는 (C) 법률의 집행에 있어서 당해 도서관 등이 채택한 기준을 고려대상으로 삼는 것을 금지하고 있다.⁴³⁴⁾

위 법률조항에 대해 여러 도서관, 도서관협회, 도서관 이용자들, 그리고 웹사이트 출판업자들이 연방정부를 상대로 위헌확인(declaratory judgment) 및 그 집행의 금지(injunction)를 구하는 소송을 연방지방법원에 제기하였다. 이에 따라 3인의 판사로 구성된 합의재판부(three-judge court)⁴³⁵⁾가 8일간의 사실심리(trial)를 열고 20명의 증인으로부터 증언을 들었으며 기타 수많은 증거자료들을 확보하였다. 2002년 5월 31일 법원은 전원일치로 심판대상조항인 청소년인터넷보호법(CIPA) 제1712조 (a)(2)항 [20 U.S.C. 9134(f)] 및 제1721조 (b)항 [47 U.S.C. 254(h)(6)] 모두에 대해 연방헌법 증보 제1조(First Amendment) 위반으로 문면무효(facially invalid)임을 선언하고, 이들 조항의 집행을 영구적으로 금지하는 명령을 내렸다.

2. 법원에 의한 사실판단

(1) 개요

사실심리의 핵심은 현재 이용가능한 차단소프트웨어들의 차단능력에 관한 것이었다. 이 점에 대해 결론적으로 법원은, 인터넷의 엄청난 규모와 성장속도, 변화가능성, 그리고 인터넷

431) CIPA는 “아동포르노(child pornography)” 개념을 연방법률집 형사법편(18 U.S.C. 2256)에 규정된 개념을 원용하고 있다. CIPA 1721(c) [47 U.S.C. 254(h)(7)(F)].

432) CIPA는 “청소년(minor)”을 17세 미만의 개인으로 규정하고 있다. CIPA 1721(c) [47 U.S.C. 254(h)(7)(D)]. 또한 “청소년에 유해한 표현물(material that is harmful to minors)”이라 함은 “(i) 전체적으로 보아 그리고 청소년과 관련해서(taken as a whole and with respect to minors), 나체, 섹스 또는 배설에 대한 好色의 흥미를 불러일으키고; 청소년의 관점에서 보아 명백히 거슬리는 방법으로(in a patently offensive way with respect to what is suitable for minors), 실제로 하거나 또는 흥내를 내는 성교행위, 실제로 하거나 또는 흥내를 내는 정상적이거나 변태적인 성행위, 또는 성기를 적나라하게 드러내는 것을 묘사하거나, 기술하거나, 또는 표현하고; 그리고 (iii) 전체적으로 보아 청소년에게 중요한 문학적, 예술적, 정치적 또는 과학적 가치가 없는, 그러한 그림, 이미지, 생생한 이미지 파일, 기타 영상물”이라고 규정하고 있다. CIPA 1721(c) [47 U.S.C. 254(h)(7)(G)].

433) CIPA 1712(a)(2) [20 U.S.C. 9134(f)] and 1721(b) [47 U.S.C. 254(h)(6)].

434) CIPA 1732 [47 U.S.C. 254(l)(2)].

435) 연방지방법원의 재판부는 원칙적으로 1인의 판사로 구성되어 있다. 그러나 관할사건 중 연방법률 또는 주법률의 위헌성을 다투어 직접 그 집행금지(injunction)를 구하는 사건은 1인의 단독판사에 의하도록 하지 않고, 3인의 판사에 의하여 비상설적으로 구성되는 합의재판부(three-judge court)의 심리에 의하도록 하고 있다. 연방법률집 제28권(법원조직및절차편) 제2284조는 이 합의재판부에서의 집행금지명령절차에 대해 상세히 규율하고 있다. 그리고 이 연방합의부지방법원의 재판에 대한 권리상소(appeal)는 연방항소법원이 아니고 직접 연방대법원에 제기하게 된다. 때문에 이를 통상 직접상소(direct appeal)라고 부른다. 이 사건에서는 연방항소법원 판사인 Becker가 재판장을 맡고 연방지방법원 판사인 Fullam과 Bartle이 배석하였다. 판결문은 Becker 판사에 의해 집필되었다.

넷의 구조를 전제로 할 때, 또한 차단소프트웨어의 자동분류시스템 기술을 고려할 때, 헌법상 보호되는 표현물을 과다차단(overblock)시키지 않고 또 차단되어야 할 표현물을 과소차단(underblock)시키지 않는 소프트웨어를 개발하는 것이 현재로서는 불가능하다고 판단하였다. 법원이 인정한 사실판단 부분을 요약정리하면 다음과 같다.

(2) 인터넷과 월드와이드웹

인터넷은 전세계를 연결하고 있는 분산된 컴퓨터 네트워크(a decentralized network of computers)로 이루어진 거대한 상호작용적 매체(a vast interactive medium)이다. 인터넷은 누구나 정보를 제공 또는 전달하고자 원하는 모든 사람에게 그 접근을 매우 용이하게 한다. TV, 케이블, 라디오, 신문, 잡지 또는 도서와는 달리, 인터넷은 그에 접근할 수 있는 사람들에게는 아주 저렴한 비용으로 전세계의 청중들과 정보를 주고받을 수 있는 기회를 제공한다. 전세계적으로 최소한 4억의 인구가 인터넷을 이용하고 있으며, 2001년 9월 기준으로 약 1억 4천 3백만명의 미국인들이 인터넷을 이용하고 있었다.⁴³⁶⁾

월드와이드웹(World Wide Web)은 “웹서버”(Web servers)라고 불리는 컴퓨터들의 네트워크로서, 인터넷의 한 부분이다. 각 웹서버들은 “HTTP”(Hypertext Transfer Protocol: 하이퍼텍스트 전송규약)라고 불리는 통신규약에 의해 접근할 수 있는, 정보내용이 담긴 많은 “페이지”(pages)를 보유하고(host) 있다. 인터넷에 접속된 컴퓨터를 가진 사람이면 누구나 세계 전역에 위치하고 있는 웹서버에 저장된 정보를 검색할 수 있다. 컴퓨터 이용자는 자신의 컴퓨터에 설치된 “웹브라우저”(Web browser)라고 불리는 프로그램을 구동시켜 이를 통해 월드와이드웹에 접근하게 된다. 웹브라우저는 웹상에 있는 다양한 유형의 정보내용을 개별 페이지별로 이용자의 컴퓨터 스크린상에 보여주고, 또 당해 웹페이지에 내장되어 있는 연결고리들, 즉 “하이퍼텍스트링크”(hypertext links, or hyperlinks, or links)를 클릭하게 하여 다른 웹서버의 페이지를 열도록 하여 준다. 현재 널리 이용되는 웹브라우저에는 Microsoft Internet Explorer와 Netscape Navigator의 두 종류가 있다.

하나의 “웹페이지”(Web page)는 한 개 또는 여러 개의 파일(files)로 구성되는데, 인터넷 이용자가 정보내용을 요청하게 되면 웹브라우저는 이들 파일을 모아 전체가 보일 수 있도록 하여 준다. 하나의 웹페이지는 여러 유형의 요소들, 즉 텍스트, 그림, 동영상, 이용자가 입력해 넣는 양식, 그리고 다른 웹페이지로 이동할 수 있는 링크 등으로 이루어져 있다. “웹사이트”(Web site)는 몇 가지 다른 의미로 사용될 수 있는 용어이다. 그것은 특정의 한 웹서버에서 이용가능한 모든 웹페이지 및 자원들을 넓게 지칭하는 경우도 있고, 또는 특정의 한 조직이나 기관, 회사, 개인과 결부된 모든 웹페이지 및 자원만을 가리킬 수도 있다. 후자의 경우 그들 웹페이지는 여러 서버에 분산되어 있을 수도 있고 또는 서로 무관한 사이트들을 함께 관리하는 단일 서버 내의 어느 하위디렉토리(subdirectory)에 위치할 수도 있다. 통상적으로 하나의 웹사이트는 “홈페이지”(home page)라고 불리는 단일의 입구를 가지고 있는데, 이 홈페이지에는 같은 웹사이트 내의 다른 페이지들을 연결시키거나 또는 다른 사이트들의 페이지에 연결시키는 링크들이 포함되어 있다. 여러 주제의 온라인 토론그룹과 대화방(chat rooms)은 많은 웹사이트들을 통해 이용가능하다.

인터넷 이용자들은 검색엔진(search engine)을 통해 찾고자 하는 검색어를 입력함으로써 웹상의 정보를 찾을 수 있다. 검색어를 입력하면, 검색엔진은 관련 정보내용을 담고 있는

436) Nat'l Telecomm. & Info. Admin., *A Nation Online: How Americans Are Expanding Their Use of the Internet* (February 2002), available at <<http://www.ntia.doc.gov/ntiahome/dn/>>.

웹사이트 목록을 보여 주고 이들 사이트에 접근할 수 있는 링크를 제공해준다. 검색엔진들은 통상 그들 검색결과에서 제한된 수의 사이트들을 제시하고 있다. 예컨대, Google 검색엔진은 가령 자신의 색인목록(index)에서 검색기준을 충족시키는 사이트가 53만개라 하더라도 2천개의 사이트만을 제시한다.

인터넷 이용자는 또한 웹브라우저의 주소창(address line)에 URL(Uniform Resource Locator)을 입력함으로써 직접 웹상의 특정 정보에 접근할 수 있다. URL은 특정의 웹서버에 있는 특정 자원(resource)의 위치를 말해주는 주소이다. 이 자원은 하나의 웹사이트 또는 하나의 웹페이지일 수도 있고, 심지어 하나의 그림파일, 소리파일 또는 비디오파일일 수도 있다. URL은 숫자로 표기되는 “IP” 주소(Internet Protocol: 인터넷규약)일 수도 있고, 알파벳으로 표기되는 “도메인이름”(domain name) 주소일 수도 있다. 인터넷에 연결된 모든 웹서버는 각각 한 개의 고유한 IP 주소를 할당받는다. 또한 편의를 위해, 대부분의 웹서버들은 IP 주소에 더하여 그에 상응하는 도메인이름 주소를 가지고 있다.

인터넷 이용자가 웹브라우저의 주소창에 도메인이름 주소를 입력하여 그 서버의 자원에 접근하고자 할 때마다, 그 접근요청은 가까운 도메인이름서버(Domain Name Server)에게 행하여지고, 이 서버에서 도메인이름을 IP주소로 변환하여 당해 서버에 접근요청을 하게 된다.

도메인이름 주소는 통상 몇 가지 부분으로 구성되어 있다.

예컨대, <http://www.paed.uscourts.gov/documents/opinions>라는 URL은 3부분으로 나누어진다. 첫 번째 부분인 “http”는 Hypertext Transfer Protocol의 약자로서 컴퓨터가 정보내용에 접근하기 위해 사용하는 전송규약(transfer protocol)을 가리키는 것이며, 두 번째 부분인 “www.paed.uscourts.gov”는 당해 정보가 저장되어 있는 호스트서버(host server)의 이름이며, 세 번째 부분인 “/documents/opinions”는 이 서버 내의 특정 디렉토리 또는 파일의 이름을 가리킨다. 하나의 웹페이지는 하나 이상의 URL을 동시에 가질 수 있다. 예컨대, <http://www.newyorktimes.com>과 <http://www.nytimes.com>은 이용자들을 똑같이 New York Times의 홈페이지로 안내한다.

여러 회사들 또는 개인들을 위하여 웹사이트들을 관리하여 주는 많은 웹호스팅회사(Web hosting companies)들이 있는데, 웹호스팅회사가 관리하는 웹사이트들의 서로 다른 방대한 내용들이 모두 단일의 IP 주소에 위치할 수 있다. 호스팅서비스는 일정한 비용을 지불하고, 또는 어떤 경우에는 무료로 제공된다. 일부 호스팅서비스는 “IP기반 호스팅”(IP-based hosting)의 방식을 통해 제공되는데, 이 경우 각 도메인이름에는 고유의 IP 주소가 할당된다. 예컨대, www.baseball.com은 “10.3.5.9”의 IP 주소를 배당받을 수 있고, www.XXX.com은 “10.0.42.5”의 IP 주소를 배당받을 수 있다. 그 밖의 다른 호스팅서비스는 “이름기반 호스팅”(name-based hosting)의 방식을 통해 제공되는데, 이 경우 복수의 도메인이름 주소가 단일의 IP 주소를 사용하게 된다. 만일 호스팅회사가 이 방식을 사용하고 있다면, www.baseball.com과 www.XXX.com은 단일의 IP 주소, 예컨대 “10.3.5.9”를 가지게 될 것이다. “이름기반 호스팅” 방식의 결과로서, 서로 이질적인 내용들을 가진 수천 수만의 웹페이지들이 단일의 IP 주소를 공유하게 된다.

(3) “공개색인가능 웹”과 “숨은 웹”의 규모·성장률·변경속도

표준적인 검색엔진들에 의해 이론상 색인화될 수 있는 웹상의 광대한 정보내용들은 흔히 “공개색인가능 웹”(publicly indexable Web)이라고 불리어진다. 이 공개색인가능 웹은 한

검색엔진이 확인해내는 웹페이지상의 링크를 계속 추적함으로써 접근할 수 있는 페이지들에 한정된다. 이러한 한계가 불가피한 이유는, Yahoo, Lycos, AltaVista 등의 유명 검색엔진들이 채택하고 있는 온라인색인기술(online indexing techniques)들이 이른바 “거미줄검색기술”(spidering technology)에 기초하고 있기 때문이다. 이 거미줄검색기술은 새로운 정보내용을 지속적으로 찾아냄에 있어서 사이트에서 사이트로 링크를 따라 추적함으로써 색인화할 사이트들을 찾아내는 방식을 사용한다. 따라서 만약 다른 웹페이지나 사이트에서 링크되지 않은 웹페이지나 사이트가 있다면, 그것은 이러한 거미줄검색방식에 의해서는 발견되지 않을 것이다.

나아가, 많은 대규모의 웹사이트들은 응용소프트웨어를 사용하여 검색엔진들이 자신들의 사이트를 조사하지 못하도록 막고 있는 경우도 있다. 이 경우에도 그 사이트의 정보내용들은 거미줄검색기술에 의해 색인화될 수 없게 된다. 월드와이드웹의 그 방대한 규모와 분산된 구조 때문에, 어떤 검색엔진도 공개색인가능 웹상의 모든 정보내용을 색인화하는 것은 불가능하다. 모든 검색엔진들이 색인화할 수 있는 것을 모두 합친다 하더라도 공개색인가능 웹 전체의 50%에도 채 미치지 못한다는 통계가 있다. 현재 이용가능한 어떤 URL 수집기술도, 또 그것을 모두 통합한다 하더라도 웹상의 모든 URL을 수집할 수는 없다.

거미줄검색기술을 통해서는 이론상 색인화할 수 없는 웹의 부분을 “숨은 웹”(Deep Web)이라고 부른다. 물론 이들 웹페이지나 사이트들은 공개색인과정에 의하지 않고서도, 예컨대 잠재적인 독자나 고객들에게 당해 URL을 대규모로 뿌리는 소위 “스팸메일”(spam)을 통해 공개적으로 접근가능하도록 되어 있다. 이 스팸메일은 잠재적인 고객들에게 색인화되지 않은 노골적인 성표현(sexually explicit content)에 연결되는 링크를 제공하는 일반적인 방식이다.

월드와이드웹은 탈중앙화되어 있기 때문에, 그 규모가 정확히 어떤 지를 말하는 것은 불가능하다. 2000년의 한 연구는 전체 710만개의 웹사이트들이 존재한다고 추산하였는데, 2001년 9월 현재에는 1,100만개의 사이트로 증가하는 기록적인 성장률을 보이고 있다. 인터넷상의 전체 웹페이지 수에 대한 추정치는 여러 가지로 제시되고 있지만, 표준적인 검색엔진들에 의해 이론상 접근가능한 웹페이지의 합리적인 추정치는 약 20억개이다. 이 수치에 대한 정확하고 구체적인 사실확인 불필요하다. 왜냐하면 웹은 그야말로 광대하고 또 끊임없이 확대되고 있기 때문이다. 색인가능한 웹은 매일 약 150만개 페이지의 비율로 증가하고 있다. 그 밖에 “숨은 웹”의 규모는 정확히 추산할 수는 없지만 “공개색인가능 웹”의 2배 내지는 10배로 추정되고 있다.

이러한 성장속도에 더하여, 웹페이지와 사이트들은 끊임없이 삭제되거나 또는 그들 내용을 변경하고 있다. 웹사이트와 페이지들은 그들의 도메인이름 주소나 IP 주소를 변경하지 않은 채 정보내용들을 변경할 수 있다. 웹페이지 하나의 평균 수명은 약 90일이다.

(4) 인터넷상의 노골적인 성표현물의 양적 규모

인터넷과 웹을 통해 이용가능한 노골적인 성표현물(sexually explicit material)의 양적 규모는 실로 방대하다. 노골적인 성표현물은 Google이나 AltaVista와 같은 공개적인 검색엔진을 통해 쉽게 접근할 수 있다. 웹상에서 이용가능한 노골적인 성표현물의 상당 부분은 그 이용에 대해 비용을 받는 상업적인 사이트들에 올려져 있긴 하지만, 보다 더 많은 노골적인 성표현물 사이트들이 무료로 또는 아무런 가입정보를 제공함이 없이 접근가능하다. 가장 중요한 점은, 노골적인 성표현을 담고 있는 일부 웹사이트들은 외관상 무해한 또는 무관

한 도메인이름을 가지고 있고, 따라서 인터넷을 항해하는 중에 우발적으로 접속될 수 있다. 흔히 인용되는 사례는 <<http://www.whitehouse.com>>이다. 더구나 상업적인 사이트들은 자신들의 사이트에 불쑥창(pop-up windows)을 덧붙이는 기술을 사용하여, 인터넷 이용자가 클릭하지 않았는데도 자동으로 다른 노골적인 성표현 사이트들을 선전하는 새로운 창을 띄우기도 한다. 이러한 기술은 이용자로 하여금, 그가 애초에 그 표현물에 접속한 것이 의도적이든 아니든 간에, 노골적인 성표현물을 담고 있는 모든 페이지들로부터 재빨리 빠져나오게 하는 것을 어렵게 만든다.

(5) 차단소프트웨어의 과다차단(overblocking)과 과소차단(underblocking)의 문제

원고측은 풍부한 증거의 제시를 통해, 현재의 차단소프트웨어들이 성인과 청소년들이 얼마든지 볼 수 있는, 명백히 헌법상 보호되는 표현들까지 상당한 정도로 차단시키고 있고(과다차단), 또한 모든 보호되는 표현에의 접근을 가능하게 하면서도 동시에 불법적인 정보내용만(only illegal Internet content)을 걸러내는 것이 본질적으로 불가능하다는 점(과소차단)을 충분히 입증하였다.

법원은 광범위한 사실인정(findings of fact)을 토대로, 현재 널리 이용되고 있는 4종류의 차단소프트웨어는 헌법상 보호되는 표현이 담긴 수천의 웹페이지를 잘못 차단시키고 있으며, 또한 이 수치는 웹의 엄청난 규모와 역동성에 비추어 볼 때 일부분에 지나지 않는다고 판단하였다. 매일 약 150만개의 새로운 웹페이지가 추가되고 있고, 기존 웹페이지의 내용도 수시로 변경될 정도로 웹은 엄청난 역동성을 가지고 있다는 것이다. 또한 차단소프트웨어가 관리하는 각 분류항목의 차단목록(category lists)들은 당해 소프트웨어 생산자의 독점적인 정보(proprietary information)로 간주되기 때문에, 그 이용고객인 공공도서관이 검토를 위해 그 정보에 접근하는 것이 어렵고, 따라서 차단소프트웨어를 운영하는 공공도서관들은 자신들이 무엇을 차단시키는지조차 알 수 없도록 되어 있다는 것이다.

그러면서 법원은 왜 현재의 차단소프트웨어가 상당한 정도의 과다차단과 과소차단의 문제를 본질적으로 안고 있을 수밖에 없는지에 관해 상세한 기술적 설명을 하고 있다. 그 이유들은 주로 차단소프트웨어회사들의 능력의 한계에 초점이 맞추어져 있다. 즉 첫째, 차단항목(예컨대, 포르노그래피)에 포섭되게 될 웹페이지들을 정확히 수집하는 능력에 한계가 있고, 둘째, 기 수집한 웹페이지들을 심사해서 분류하는 능력에 한계가 있으며, (3) 이전에 심사를 했던 웹페이지들을 정기적으로 재심사하는 데에 한계가 있다는 것이다. 그리고 이들 한계는 차단소프트웨어에서 채택되어 있는 자동분류시스템기술(the technology of automated classification systems)의 한계와 인간에 의한 심사과정에 내재하는 한계, 즉 실수, 오판, 그리고 부족한 인력 등의 한계로부터 나온다는 것이다. 이 중 가장 중요한 기술적 한계는, 차단소프트웨어회사들이 분류목적으로 웹페이지들을 수집하기 위해 사용하는 자동시스템이 텍스트(text)만을 검색할 수 있을 뿐이고, 이미지(images)를 검색하지는 못한다는 점에 있음을 지적하고 있다. 바로 이 기술적 요인은 심판대상조항이 요구하는 바의 음란한, 아동포르노의, 또는 청소년에 유해한 “영상물”(visual depictions)을 담고 있는 웹페이지를 수집할 수 있는 차단소프트웨어의 능력에 큰 타격을 주는 치명적인 것이다. 요컨대, 법원은, 인터넷의 엄청난 규모와 성장속도, 변화가능성, 그리고 인터넷의 구조를 전제로 할 때, 또한 차단소프트웨어의 자동분류시스템 기술을 고려할 때, 헌법상 보호되는 표현물을 과다차단(overblock)시키지 않고 또 차단되어야 할 표현물을 과소차단(underblock)시키지 않는 소프트웨어를 개발하는 것이 현재로서는 불가능하다고 판단하였다.

3. 본안 판단의 요지

원고들은 연방보조금의 지급조건으로 차단소프트웨어의 설치를 요구하는 심판대상조항에 대해 두 가지 이유를 들면서 전면위헌(facially unconstitutional)을 주장하였다. 즉 (1) 심판대상조항은 공공도서관으로 하여금 인터넷정보제공자들의 언론의 자유, 즉 인터넷을 통해 도서관 이용자들에게 헌법상 보호되는 표현을 전달하고자 하는 증보 제1조의 권리를 침해하도록 요구하고 있으며, 동시에 도서관 이용자들의 언론의 자유, 즉 인터넷을 통해 헌법상 보호되는 표현을 받을 증보 제1조의 권리를 또한 침해하도록 요구하고 있다는 것이다. (2) 심판대상조항은 공공도서관으로 하여금 연방보조금을 지급받기 위한 조건으로 증보 제1조의 권리를 포기하도록 요구하는 것이기 때문에 위헌적 조건의 법리(the doctrine of unconstitutional conditions)에 반한다는 것이다.

이에 대해 피고인 정부측은, 차단소프트웨어가 완벽하지는 못하다는(imperfect) 점을 인정하면서도, 그럼에도 불구하고 꽤 효과적이며(quite effective), 또 각 회사의 분류항목(예컨대, 포르노그래피)을 충족시키는 방대한 양의 웹페이지들을 성공적으로(successfully) 차단시킨다고 주장하였다. 정부측은 그 이상의 것은 요구되지 않는다고 주장하였다. 이러한 관점에서 볼 때, 공공도서관들이 선택하는 차단소프트웨어가 심판대상조항 소정의 차단대상이 되는 상당한 양의 웹페이지들을 적절하게 걸러내고 있고, 그 만큼 합헌적인 선택가능성을 공공도서관들이 가지고 있기 때문에, 심판대상조항의 모든 적용이 위헌이라고 하는 전면위헌의 주장은 기각되어야 한다고 항변하였다. 또한 정부측은, 도서관이 소프트웨어를 사용하여 인터넷상의 일정한 정보내용을 차단시키는 것은 마치 도서관이 인쇄도서를 구입할 때 어떤 도서를 구입할 것인지를 결정하는 것과 같다고 비유하면서, 후자의 경우 한정된 예산하에서 이루어지는 도서구입결정은 비록 내용규제(content-based decision)이긴 하지만 그에 대한 위헌여부의 심사기준은 엄격심사(strict scrutiny)가 아닌 합리성심사(rational basis review)에 의하여야 하고, 이 점은 원고측도 인정하는 바이기 때문에, 따라서 이 사건에서도 합리성심사기준이 적용되어야 한다고 주장하였다. 이에 반해 원고측은 엄격심사기준이 적용되어야 한다고 주장하였다.

이에 대해 법원은, 어떤 심사기준을 적용할 것인지의 문제는 공공토론장의 법리(public forum doctrine)에 달려 있다고 판단하면서, 원고측의 주장을 받아들였다. 우선, 정부측의 주장은, 공공도서관이 인터넷접속을 제공한다고 해서 그것이 곧 전통적인 공공토론장(public forum)⁴³⁷⁾을 개설한 것은 아니라는 것이다. 즉 공공도서관은 일정한 표현자(speakers)가 이 토론장을 이용하는 것을 언제든지 배제시킬 수 있는 권리를 보유하고 있기 때문에, 이용자의 인터넷접속을 제한하는 행위에 대해서는 합리성심사기준이 적용되어야 한다는 것이다. 이에 대해 원고측은, 공공도서관에서 인터넷접속을 제한하는 이 사건과 같이 정부가 자신의 재산 위에서 표현을 제한할 수 있는 권리는 무제한적인 것이 아니며, 또한 정부가 특정의 토론장(이 경우 도서관)에서 사적인 표현의 전파를 널리 촉진시키고 있다면, 그 토론장에서 표현(인터넷)에의 접근을 제한하는 정부의 결정은 그 만큼 엄격하게 심사되어야 한다고 주장하였다. 결국, 법원은 공공도서관이 이용자의 인터넷접속에 대해 내용적 규제를 가하는 것에 대해서는 엄격심사가 적용되어야 한다고 판시하였다.

엄격심사기준이 적용되는 경우, 차단소프트웨어를 공공도서관에 설치하는 것이 헌법적으

437) 미국의 법원은 거리(streets), 인도(sidewalks), 공원(parks)과 같은 전통적인 공공토론장(traditional public forum)에서의 내용규제(content-based restrictions)에 대해 항상 엄격심사의 기준을 적용하여 왔다.

로 허용되기 위해서는, 그러한 수단이 압도적인 공익을 증진시키는 데에 꼭 들어맞게 엄밀하게 설정되었다는 점(narrowly tailored to further a compelling government interest)과 그리고 다른 덜 제한적인 대안으로서는 그러한 공익에 기여할 수 없다는 점(no less restrictive alternative would serve that interest)이 모두 입증되어야만 한다.

법원은 차단소프트웨어의 설치가 음란, 아동포르노, 청소년유해정보로부터 도서관 이용자의 접근을 차단시키고자 하는 정당한 이익을 증진시킨다는 점은 인정하였다. 또한 법원은 차단소프트웨어의 설치가 이용자들이 옆의 모니터를 무심결에 보게 되거나 또는 지나가면서 무심결에 보게 되는 것처럼 의도하지 않은 노골적인 성표현(sexually explicit speech)에 노출되는 것을 막는 데에도 기여한다는 점을 인정하였다. 그리고 법원은 정부측의 노력에 공감을 표시하면서, 심판대상조항이 차단시키고자 하는 음란, 아동포르노, 청소년유해정보라는 법적 개념에 꼭 들어맞는 표현물로부터 도서관 이용자들을 격리시키면서도 동시에 인터넷이 제공하는 정보의 寶庫를 완전히 공유할 수 있는 그러한 수단이 존재한다면, 그것이 가장 바람직할 것이라는 믿음을 피력하였다.

그러나 법원은 불행히도 현재로서는 그러한 결과를 얻지 못하고 있다고 판단하였다. 즉, 차단소프트웨어들이 사용하고 있는 분류항목상의 어떤 개념도 법률상의 음란, 아동포르노, 청소년유해정보의 개념과 동일하지 않으며, 또한 실제로 차단소프트웨어들이 법률상의 개념 범주에 속하는 상당한 양의 인터넷정보들을 차단시키지 못하고 있다는 것이다. 또한 법원은, 헌법상 보호되는 상당한 양의 표현을 과다차단하지 않으면서도 법률상의 개념 범주에 속하는 표현물을 효과적으로 차단시킬 수 있는 차단소프트웨어가 적어도 가까운 장래에는 불가능하다는 Geoffrey Nunberg 박사의 증언이 여러 증거자료에 의해 충분히 뒷받침된다고 인정하였다. 따라서 이러한 과다차단과 과소차단의 문제를 안고 있는 한, 차단소프트웨어의 설치는 압도적인 공익을 증진시키는 데에 꼭 들어맞게 엄밀하게 설정된 것이 아니라고(not narrowly tailored) 법원은 판단하였다.

나아가, 법원은 음란, 아동포르노, 청소년유해정보의 보급을 막고 또 도서관 이용자들이 의도하지 않은 노골적인 성표현을 무심결에 보게 되는 것을 막고자 하는 정부의 이익을 증진시키는 보다 덜 제한적인 수단들(less restrictive alternatives)이 존재한다고 판단하였다. 먼저, 이용자들이 음란과 아동포르노의 불법정보(illegal speech)에 접근하는 것을 막기 위해서, 공공도서관들은 인터넷이용정책, 즉 불법정보에 접근하기 위하여 도서관내의 인터넷접속컴퓨터를 사용하는 것은 허용되지 않는다는 정책을 이용자들에게 명확히 하고 그것을 집행할 수 있을 것이다. 정책위반자에 대해서는 일정한 제재, 즉 경고에서부터 특정한 경우에는 법집행기관에의 통보에 이르기까지 여러 제재를 가할 수 있을 것이다. 다음으로, 청소년 이용자들이 청소년유해정보에 노출되는 것을 막기 위한 덜 제한적인 수단으로서는, 청소년의 비차단상태의 인터넷접속 동안에는 부모의 동의나 동행을 요구한다든지 또는 비차단상태의 인터넷접속을 도서관 사서의 시야 안에 있는 컴퓨터단말기에 한정시키는 방법 등이 있을 수 있다. 마지막으로, 도서관 이용자들이 의도하지 않은 노골적인 성표현에 노출되는 것을 막기 위한 덜 제한적인 수단으로서, 옆에서 보아서는 보이지 않는 모니터스크린(privacy screen)을 채택하거나 또는 도서관내 후미진 곳에 모니터를 설치하는 등의 여러 방법을 사용할 수 있을 것이다.

한편, CIPA는 과다차단의 치명적인 문제를 완화시키기 위한 일환으로 차단해제조항(disabling provisions)⁴³⁸을 두고 있는데, 이에 따르면 각 도서관은 잘못 차단된 사이트 중 명백히 적절한 사이트에 대해서는 차단을 해제할 수 있도록 하고 있다. 그리고 각 도서관이

이용자가 요구하는 경우 차단을 개별적으로 해제시키는 것은 기술적으로 가능하다. 그러나 이에 대해 법원은, 증거자료에 비추어 볼 때, 도서관 이용자들로 하여금 특정 웹사이트의 차단을 해제해달라고 요청하게 하는 것은, 이용자들의 번거로움 내지 난처함 또는 익명성의 유지 때문에 사실상 그러한 요청을 주저하게 만들 것이라고 판단하였다. 더구나 차단해제에는 며칠의 시간이 걸릴 수 있고, 큰 도서관이 아닌 소규모의 도서관에서는 인력 부족 때문에 차단해제가 사실상 어려울 수도 있다. 따라서 CIPA상의 차단해제조항으로서는 차단소프트웨어 설치의 헌법적 문제를 치유하지 못한다고 법원은 판단하였다.

결국, 법원은 심판대상조항은 공공도서관으로 하여금 도서관 이용자들의 증보 제1조상의 권리를 위헌적으로 침해하도록 요구하고 있고, 또 증보 제1조의 권리를 침해함이 없이 심판대상조항의 요구에 따를 수 있는 도서관은 하나도 없기 때문에, 심판대상조항은 전면무효(facially invalid)라고 선언하였다. 그리고 법원은, 이러한 결론에 이른 이상, 달리 더 나아가 원고측의 다른 위헌주장들, 즉 심판대상조항이 사전제한(prior restraint)에 해당하고 또 애매하기 때문에 위헌이라거나 또는 위헌적 조건의 범리에 반한다는 주장에 대해서는 더 이상 판단하지 않는다고 실시하였다.

V. 폭력게임물 규제조례에 대한 집행금지가처분 결정

- American Amusement Machine Ass'n v. Kendrick, 244 F.3d 572 (7th Cir. 2001)

-

1. 사건의 개요

인디애나 주의 인디애나폴리스(Indianapolis) 시는 2000년 7월 10일 청소년보호를 목적으로 동전투입식 오락기구(주로 비디오게임)의 진열 및 운영을 규제하는 조례를 제정하였다(시행일은 2000년 9월 1일). 동 조례는 청소년이 부모의 허가 없이는 폭력장면(graphic violence)이나 강한 성적 내용(strong sexual content)이 담긴 청소년에 유해한(harmful to minors) 비디오게임을 하거나 보지 못하도록 금지하였다.⁴³⁹⁾ 즉, 한 장소에서 5대 이상의

438) CIPA 1712 [20 U.S.C. 9134(f)(3)], 1721(b) [47 U.S.C. 254(h)(6)(D)].

439) 동 조례는 “청소년에 유해한(harmful to minors) 게임”을 다음과 같이 정의하였다: “(i) 청소년으로 하여금 폭력에 대한 병적인 흥미 또는 성에 대한 호색적 흥미를 현저히 불러일으키고(predominantly appeals to minors’ morbid interest in violence or minors’ prurient interest in sex); (ii) 18세 이하의 청소년에게 적합한 표현인지 여부와 관련한 전체 성인사회의 보편적인 기준에 명백히 거슬리며(patently offensive to prevailing standards in the adult community as a whole with respect to what is suitable material for persons under the age of eighteen years); (iii) 전체적으로 보아 18세 이하의 청소년에게 중요한 문학적, 예술적, 정치적 또는 과학적 가치가 없는(lacks serious literary, artistic, political or scientific value as a whole for persons under the age of eighteen years); (iv) 폭력장면(graphic violence)이나 강한 성적 내용(strong sexual content)을 담고 있는 게임.”

그리고 “폭력장면”(graphic violence)이라 함은 “인간 또는 유사인간에 대해 신체절단, 목베기, 손발분해, 유혈살해, 사지절단불구, 신체불구, 또는 외관손상과 같은 심각한 위해를 실감나게 가하는 영상적 묘사나 표현(visual depiction or representation of realistic serious injury to a human or human-like being where such serious injury includes amputation, decapitation, dismemberment, bloodshed, mutilation, maiming or disfiguration)”을 의미한다고

비디오게임기구를 운영하는 자는 부모, 후견인, 기타 보호자를 동반하지 않는 청소년에게 “청소년에 유해한” 오락기구를 사용하도록 허용해서는 안 되며, 또한 그러한 기구는 다른 기구들과 칸막이로 분리시켜야 하고, 칸막이의 다른 편에 있는 사람들이 보지 못하도록 그 가시영역도 숨겨야 한다는 것이다. 한 장소에서 5대 미만의 게임기구를 운영하는 자는 칸막이설치의무가 면제되는 외에 동일한 규제를 받는다. 그 위반에 대해서는 당해 게임기구의 운영허가권이 정지 또는 취소됨과 함께 벌금이 부과된다.

이에 대해 비디오게임의 제작업자, 유통업자, 진열업자들로 구성된 원고들이 연방헌법 증보 제1조의 위반 및 명확성원칙 위반을 이유로 이 조례의 집행금지를 구하는 가처분, 즉 예비적 금지명령(preliminary injunction)을 구하는 민사소송(Civil Action)을 2000년 8월 21일 연방지방법원에 제기하였다. 소송 직후 양 당사자는 동 조례의 시행연기에 대해 합의하였는데, 시당국은 원고측의 가처분신청에 대한 법원의 결정이 내려지고 24시간이 지나기 전까지는 동 조례를 집행하지 않겠다고 합의하였다.

이후 2000년 10월 11일 연방지방법원은, 동 조례가 금지되는 폭력장면의 개념을 구체적으로 규정하고 있기 때문에 원고측의 명확성원칙 위반주장이 받아들여질 가능성, 즉 승소가 가능성이 없다는 이유로 가처분신청을 기각하였다.⁴⁴⁰⁾ 즉 연방지방법원은, 비디오게임이 연방헌법 증보 제1조에서 보장되는 “언론”(speech)에 해당한다는 점, 그리고 청소년도 이 언론자유조항에 의한 권리를 가진다는 점을 인정하였지만, 동 법원은 “시조례에 의해 청소년이 해악으로부터 보호될 것이라고 믿을만한 합리적인 근거(a reasonable basis)”가 없는 경우에만 시조례가 증보 제1조를 위반하게 된다고 판시하였다. 그러면서 동 법원은 이 합리적인 근거를 두 종류의 증거자료에서 찾아내었는데, 하나는 심리학자들의 몇 가지 경험적 연구결과, 즉 폭력적인 비디오게임을 하는 것이 청소년으로 하여금 그들의 행동과 태도를 더 공격적으로(more aggressive in their attitudes and behavior) 만드는 경향이 있음을 보여주는 경험적 연구결과이고, 그 둘은 표현매체 속에 담긴 폭력이 공격적인 감정(aggressive feelings)을 야기한다고 하는 여러 문헌자료들이 그것이다. 또한 1심법원은 시조례가 전통

규정하고 있다.

“강한 성적 내용”(strong sexual content)이라 함은 “인간 또는 유사인간이 자위행위, 도박적인 성행위, 성교행위, 또는 성기애무행위를 한 개 이상으로 노골적으로 하는 것 또는 나체상태를 영상으로 묘사하거나 표현하는 것”(the visual depiction or representation of nudity or explicit human sexual behavior by any human or human-like being in one or more of the following forms: masturbation; deviate sexual conduct; sexual intercourse; or, fondling of genitals)을 의미한다고 규정하고 있다.

“나체상태”(nudity)라 함은 “인간의 남성 또는 여성의 성기나 엉덩이를 완전히 불투명하지 않은 덮개로 보이게 하거나, 또는 유두의 일부를 완전히 불투명하지 않은 덮개로 보이게 하여 여성의 가슴을 드러내거나, 또는 남성의 성기가 부풀어 오른 상태임을 식별할 수 있도록 덮어 가린 영상적 묘사 또는 표현”(visual depiction or representation of human male or female genitals, public area or buttocks with less than a fully opaque covering, or of a female breast with less than a fully opaque covering of any part of the nipple, or the showing of covered male genitals in a discernibly turgid state)을 의미한다고 개념규정하고 있다.

이상의 개념규정은 1심의 가처분기각결정인 Am. Amusement Mach. Ass’n v. Kendrick, 115 F.Supp. 2d 943, 946-947 (2000)에서 재인용.

440) Am. Amusement Mach. Ass’n v. Kendrick, 115 F.Supp. 2d 943 (2000).

적인 음란기준을 따르고 있기 때문에 시조례가 심히 불명확하다는 우려도 불식시킨다고 판시하였다.

본 사건은 위 가치분결정에 대해 원고측이 제7연방항소법원에 상소한 사건으로서, 연방항소법원은 2000년 12월 1일 변론을 열고 2001년 3월 23일 예비적 금지명령을 발하라는 지시와 함께 1심의 가치분결정을 파기환송하였다. 이에 대해 연방대법원에 허가상고(certiorari)가 신청되었으나, 연방대법원은 2001년 10월 29일 상고신청 자체를 거부하였다.⁴⁴¹⁾

2. 판시내용

본 사건은 3인의 전원일치 판결로서, Richard A. Posner 판사가 판결문을 집필하였다. 그 판시내용을 아래와 같이 몇 가지 쟁점으로 나누어 살펴본다.

첫째, 헌법적 분석에 있어서 폭력표현과 음란표현을 달리 취급할 것인가가 쟁점이 되었다. 이 쟁점은 폭력표현이 음란과는 달리 헌법의 보호대상이 되는가 하는 문제이다.

피고인 시당국은 심판대상인 조례가 폭력(violence)과 성(sex)을 함께 묶어서 취급하고 있는 만큼, 폭력조항을 헌법의 보호대상이 되지 않는 음란과 동일한 법적 분석틀에 의해 함께 취급해야 한다고 주장하였다. 이에 반해 원고측은, 자신들의 게임물은 전통적인 의미의 음란이 아니기 때문에 연방헌법 증보 제1조의 완전한 보호(the full protection of the First Amendment)를 받아야 한다고 주장하였다.

이에 대해 연방항소법원은 어떤 주장도 설득력이 없다고 판단하였다. 폭력(violence)과 음란(obscenity)은 서로 구별되는 개념범주이며⁴⁴²⁾, 따라서 음란이 헌법상의 보호대상에서 제외된다는 사실로 인해 곧 폭력장면도 똑같이 제외된다는 사실이 논리적으로 귀결되는 것도 아니며 그렇다고 그 가능성을 전면 배제시키는 것도 아니라는 것이다.

연방항소법원은, 음란규제법률의 존재이유와 이 사건의 심판대상인 시조례의 존재이유 사이에는 일부 중복되는 부분이 있음은 인정되지만, 일반적으로 양 존재이유는 다르다는 점을 아래와 같이 설시하고 있다.

『음란표현에 대한 핵심적인 우려, 즉 그것을 금지시키는 주된 이유는, 그것이 유해하다는(harmful) 것 - 이것이 시조례의 입법이유이지만 - 때문이 아니라, 도덕적으로 거슬린다는(offensive) 것 때문이다. 어떤 표현물이 음란으로 분류되는 것은, 그것이 누군가의 행동에 영향을 미칠 가능성이 있다는 증거에 의거한 것이 아니고, 그것이 성표현의 허용범위를 정하는 사회규범(community norms)에 반한다는 증거에 기초한 것이다.⁴⁴³⁾ 많은 사람들에게 있어서 음란은 구역질나게 하고(disgusting), 당황스럽게

441) Kendrick v. Am Amusement Mach. Ass'n, 534 U.S. 994 (2001).

442) Winters v. New York, 333 U.S. 507, 518-20 (1948); United States v. Thoma, 726 F.2d 1191, 1200 (7th Cir. 1984)(“신체학대나 신체손상의 묘사는 그 본질상 성적인 것이 아니며, 그러한 폭력장면이 변태적인 사람들의 호색적 흥미를 어떻게 불러일으키는지에 관한 어떤 전문적인 기준이 없는 상태에서, 사실판단자가 그러한 폭력물을 음란이라고 간주할 수 있는 아무런 근거가 없다.”); State v. Johnson, 343 So. 2d 705, 709-10 (La. 1977) 등 참조.

443) Miller v. California, 413 U.S. 15, 24 (1973); United States v. Moore, 215 F.3d 681, 686

만들며(embarrassing), 품위를 손상시키고(degrading), 불편하게 하며(disturbing), 터무니없는 것이고(outrageous), 그리고 무례한 것(insulting)이다. 그러나 음란이 이러한 정신적 해악(spiritual harm)과는 구별되는 어떤 현실적 해악(temporal harm)을 가한다고는 일반적으로 여겨지지 않고 있다. 또는 적어도, 음란이 어떤 해악을 가한다 하더라도, 그것은 내용 때문에 규제를 받는 다른 표현들, 예컨대 신체적 위협의 위협, 범죄모의의 통신, 선동, 사기, 명예훼손 등의 표현들이 가하는 해악들과 같은 수준의 것으로는 일반적으로 여겨지지 않는다. 물론, 전통적인 의미에서 반드시 음란은 아니라 하더라도, 일정한 유형의 성표현 영상물은 그것을 보는 남성들로 하여금 강간을 하게끔 자극한다거나 또는 직장 등에서 여성을 경시하게끔 부추긴다고 믿는 사람들도 있다.⁴⁴⁴⁾ 그러나 그것은 전통적으로 음란이 처벌을 받아 온 근거는 아니다. 음란규제입법을 헌법적 무효주장으로부터 옹호함에 있어서나, 또는 음란에 대한 형사 처벌을 헌법적으로 지지함에 있어서나 '음란이 유해하다(harmful)'는 입증은 필요하지 않다.⁴⁴⁵⁾ 요컨대, 음란은 도덕적으로 거슬리는 행위(offensiveness)를 처벌하고자 하는 것이다.

물론, 폭력을 묘사한 표현물이 도덕적으로 거슬린다는(offensive) 이유로 규제될 수는 있다. 아마도 사람의 창자를 빼내는 장면이나 사지를 찢어 죽이는 장면을 묘사한 폭력적인 사진은, 설령 그로 인해 그것을 보는 사람들이 어떤 폭력적인 행위를 하게 될 가능성이 있다는 입증이 없더라도, 단지 구역질나게 하고(disgusting), 당황스럽게 만들며(embarrassing), 품위를 손상시키고(degrading), 불편하게 한다는(disturbing) 이유로 규제될 수는 있다. 심지어 그러한 장면들을 “음란하다”(obscene)고 규정할 수도 있다. 마치 사람이 똥을 누는 장면을 찍은 사진이, 설령 그것이 성(sex)과 아무런 관련이 없다 하더라도, 많은 음란규제입법에서 그러하듯이, 음란의 법적 개념에 포함될 수 있는 것과 마찬가지로이다.⁴⁴⁶⁾ 사실 통상의 언어용례에 따르면, “음란하다”(obscene)는 것은, 하등의 성적 함축을 가짐이 없이, 단순히 “혐오감을 일으킨다”(repulsive)는 것과 동의어로 가끔 사용된다.

그런데, 폭력적인 비디오게임을 규제하고자 하는 이 사건의 시조례에 있어서 ‘도덕적으로 거슬린다’(offensiveness)는 것은 그 입법근거가 아니다. 또한 시조례는 그것을 근거로 지지될 수도 없다. 사건기록 중 가장 폭력적인 게임인 “The House of the Dead”는 좀비(zombie)⁴⁴⁷⁾들을 사지를 절단하고 피를 뿜어내는 등 현란하게 죽이는 장면들을 묘사하고 있다. 그러나 만화 같은 장면들이 일정한 양식에 맞추어 묘사되고 또 명백히 허구적인 것이어서, 누가 보더라도 그것을 “음란하다”(obscene)고 생각하지는 않을 것이다. 그 장면들을 보고 누구도 역겨워하지는 않을 것이다. 오히려 시조례의 입법근거는, 폭력적인 비디오게임이 공격적인 태도와 행동을 야기함으로써, 그리하여 실제의 폭력으로 나아갈지도 모르는 소위 현실적 해악(temporal harm)을 끼친다는 믿음에 있다.

(7th Cir. 2000); United States v. Langford, 688 F.2d 1088, 1091 (7th Cir. 1982); United States v. Loy, 237 F.3d 251, 262 (3d Cir. 2001).

444) 예컨대, Catharine A. MacKinnon, *Only Words* (1993).

445) 244 F.3d at 575.

446) Miller v. California, 413 U.S. 15, 25 (1973); Pope v. Illinois, 481 U.S. 497, 501 n. 4 (1987); United States v. Langford, 688 F.2d 1088, 1091 n. 3 (7th Cir. 1982).

447) 마법으로 되살아난 시체를 가리킴.

이것은 음란규제입법의 근거와는 다른 우려사항이다. 물론 그렇다고 정부가 이러한 우려사항에 아무런 대책 없이 손을 놓아도 된다는 것은 아니다. 사람들을 폭력으로부터 보호하는 것은 음란표현으로부터 사람들을 보호하는 것과 마찬가지로 귀중한 정부의 역할이다. 연방대법원은 Chaplinsky 사건⁴⁴⁸⁾에서 평화를 깨뜨릴 가능성이 있는 폭력을 유발하는 표현, 즉 “폭언”(fighting words)을 처벌하는 것을 헌법적으로 허용하였다. 그러한 처벌은 허용되는 “내용규제”(content based regulation)이다. 그리고 사실상 시당국은 폭력적인 비디오게임이 게임을 하는 청소년으로 하여금 평화를 깨뜨리도록 자극한다(incite)고 주장하고 있다. 그러나 이 사건의 기록에 있는 그런 종류의 게임들이 그러한 자극의 효과를 가지고 있다는 것에 대한 입증이 지금까지 이루어진 바가 없다. 이 사건에서의 쟁점은 폭력 그 자체가 아니라, 폭력적인 장면(violent images)인 것이다. 바로 여기서 음란과의 균형이 깨어진다. 단지 오늘날의 대중문화뿐만 아니라 고전문학과 예술작품에서도 폭력을 실감나게 묘사한 장면들(graphic scenes of violence)은 그림의 형태나 또는 이야기의 서술 형태로 넘쳐나고 있다. 폭력 그 자체가 아니라 폭력장면을 금지한다는 사고는 전혀 새로운 것이다. 이에 반해, 성행위장면을 생생히 묘사한 그림에 대한 우려는 음란에 대한 전통적인 규제의 본질적 요소이다.⁴⁴⁹⁾

둘째, 연방항소법원은 게임을 하는 청소년의 복지, 즉 청소년의 심리적 발달을 저해하는 등의 해악을 방지하고자 하는 것도 시조례의 입법근거가 될 수는 있다고 다음과 같이 인정하고 있다.

『시당국이 폭력적 비디오게임으로 인해 야기될 잠재적 피해자의 복지뿐만 아니고 게임을 하는 청소년의 복지 그 자체에도 또한 관심이 있다는 암시가 있다. 이러한 관심은 시당국이 Ginsberg 판결⁴⁵⁰⁾을 인용하고 있는 데에서 넉넉히 들어 있는데, 이 판결에서 연방대법원은, 청소년의 윤리적 및 심리적 발달을 저해하는 잠재적 해악도 음란에는 미치지 못하는 성표현으로부터 청소년들의 접근을 막아야 할 타당한 근거가 된다고 판시하였다.⁴⁵¹⁾ Ginsberg 판결은 다음과 같은 나체상태의 묘사(representation of nudity)를 일체 금지하는 법률을 합헌으로 인정하였는데, 법률상 금지되는 나체상태의 묘사란 "(i) 청소년으로 하여금 호색적이거나 병적인 흥미 또는 수치심을 현저히 불러일으키고(predominantly appeals to the prurient, shameful or morbid interest of minors), (ii) 청소년에게 적합한 표현인지 여부와 관련한 전체 성인사회의 보편적인 기준에 명백히 거슬리며(is patently offensive to prevailing standards in the adult community as a whole with respect to what is suitable material for minors), 그리고 (iii) [위 두 요소를] 상쇄시킬 정도로 청소년에게 사회적으로 중요하다고 생각되는 요소를 전혀 가지고 있지 않은(is utterly without redeeming social importance for minors) 것을 가리키고 있었다. 이 사건의 맥락에서 볼 때, 게임을 하는 청소년의 복지는 두 가지 종류가 있을 수 있다. 그

448) Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568, 572-73.

449) 244 F.3d at 574-575.

450) Ginsberg v. New York, 390 U.S. 629, 639-43 (1968).

451) 또한 FCC v. Pacifica Foundation, 438 U.S. 726, 749-50 (1978) 참조.

하나는 폭력장면에 노출된 청소년에게 미칠 잠재적인 심리적 해악을 막는 것이고, 다른 하나는 좀 더 미묘한 것으로서, 폭력장면에 노출된 결과 실제로 폭력행위를 저지른 청소년이 받게 될 고통을 막는 것이다. 폭력행위를 저질러 체포 및 처벌을 받는 청소년이 당하는 고통은 그 행위의 피해자가 받는 고통에 상응하는 것일 수밖에 없다. 처벌(punishment)의 목적 중의 하나는 범죄행위의 피해자가 받은 고통에 비례하는 고통을 범죄자에게 가하는 것인데, 그 논거는 범죄자나 다른 사람들이 앞으로 그러한 범죄를 저지르지 못하도록 억제하기 위한 것이거나 또는 (응보이론에서처럼) 범죄자는 그의 피해자가 당한 만큼의 고통을 받는 것이 정당한(just) 것으로 여겨지고 있다는 데에 있다.』⁴⁵²⁾

셋째, 그러나 연방항소법원은 청소년도 언론의 자유를 가진다는 점을 분명히 하였다. 그리고 왜 청소년이 언론의 자유를 향유해야 하는지를 역설하면서, 이에 대한 제한을 정당화하는 근거는 매우 강력한 것이어야 한다고 강조한다. 그러면서 청소년들이 폭력적인 장면이나 영상에 노출되지 못하도록 막는다는 것은 비실제적일 뿐만 아니라 반드시 타당한 것이 아니라는 점을 논증하고, 이 사건기록상의 비디오게임들은 이 사건 조례의 규제를 정당화하기에는 불충분하다고 밝히고 있다.

『폭력적인 비디오게임이 게임을 하는 청소년에게 해악을 가하거나 또는 (시당국이 강조하는 바와 같이) 일반 대중에게 해악을 가한다고 여길만한 근거를 시당국이 과연 제시하고 있느냐 하는 점을 검토해 보아야 한다. 그 근거는 강력한(compelling) 것이어야 하고 단순히 그럴듯한(plausible) 것이어서는 안 된다. 청소년도 연방헌법 증보 제1조의 권리들을 가진다.⁴⁵³⁾ 이것은 단순히 청소년의 언론의 자유를 무미건조한 논리적 귀결로 이해할 문제는 아니다. 2차대전 중에 히틀러청소년단(Hitler Jugend)의 출신들이 중심이 되었던 젊은 독일병사들이 보여주었던 살인적인 광신(murderous fanaticism)이야말로 정부가 정보 및 의견에 대한 청소년의 접근을 통제하도록 허용하는 것이 야기하는 위험성을 극명하게 보여준다. 이제 18세 이상이면 투표권을 가지고 있으므로, 그들이 18세가 되기 이전에 검열되지 않은 표현에 기초해서 자신들의 정치적 견해를 형성할 자유가 그들에게 주어져야 하고, 그럼으로써 그들이 처음으로 투표권을 행사하게 되었을 때 그들의 정신이 백지상태가 되지 않도록 해야 한다는 점은 분명하다. 18세의 투표권은 그들을 대신해서 부모가 행사하는 권리가 아니고 그들 자신이 직접 행사하는 권리이기 때문에, 부모가 승인하지 않는 사상이나 의견으로부터 청소년을 차단시키기 위해 정부의 도움을 받아야 할 부모의 권리는 어느 경우에도 전면적인 것일 수는 없다. 사람들이 정신적인 거품상태(intellectual bubble)에서 성장한다면, 제 구실을 하는 독립적인 사유의 성인이자 책임 있는 시민이 될 가능성이란 희박해질 것이다.

Homer의 서사시인 오디세이(Odyssey)에는 오디세우스(Odysseus)가 뜨겁게 달군 뿔쪽한 막대기로 폴리페모스(Polyphemus)의 눈을 으깨어버리는 장면이나 탄원하는

452) 244 F.3d at 576.

453) *Erznoznik v. City of Jacksonville*, 422 U.S. 205, 212-14 (1975); *Tinker v. Des Moines Independent School District*, 393 U.S. 503, 511-14 (1969).

사람들을 잔인하게 살해하고 배신한 하녀의 목을 매다는 등의 장면들이 생생하게 묘사되고 있다. 그리고 단테의 신곡(Divine Comedy)도 지옥의 망령들이 겪는 고통을 생생하게 묘사하고 있다. 또한 「전쟁과 평화」(War and Peace)에는 군대에 의해 총살형이 집행되는 장면, 解産 중의 죽음, 전투에서 입은 상처로 죽어가는 모습 등이 생생하게 묘사되어 있다. 만약 이러한 내용들을 부모의 참여 없이는 청소년이 읽지 못하도록 금지한다고 한다면 과연 타당하겠는가? 또는 Edgar Allen Poe의 이야기들이나, 또는 Mary Wollstonecraft Shelley의 고전적인 소설인 프랑켄슈타인(Frankenstein)과 Bram Stoker의 고전적인 소설인 드라큘라(Dracula)를 영상화한 유명한 공포영화들을 금지시킨다고 한다면 과연 타당하겠는가?

폭력이란 언제나 인류의 중요한 관심사 중의 하나로서, 고급문화나 저급문화 모두에 있어서 끊임없이 되풀이되는, 심지어는 강박적으로 붙어 다니는 주제가 되어 왔고 또 지금도 그러하다. 그립(Grimm)과 안데르센(Andersen)이 수집한 고전적인 동화에 친숙한 사람이라면 누구나 알고 있듯이, 폭력은 어린 시절부터 청소년들의 관심을 끌어들여 왔다. 18세에 달하지 않은 청소년들이 폭력적인 장면이나 영상에 노출되지 못하도록 막는다는 것은 비실제적일 뿐만 아니라 모양새가 좋지 않다. 청소년들이 폭력적인 장면이나 영상에 노출되지 못하도록 막는 것은, 우리가 알고 있는 바와 같은 이 험난한 세상을 헤쳐 나가야 할 그들을 청소년 기간 동안 무방비상태로 만들어버리는 꼴이 될 것이다.

아마도 비디오게임은 상황이 다를 수 있다. 무엇보다 비디오게임은 상호작용적(interactive)이라는 것이다. 그렇지만 이 점은 피상적인 논점이며, 사실상 잘못된 논점이다. 영화, 텔레비전, 기타의 영상매체를 모두 포함하여, 그리고 고급문화와 대중문화를 모두 포함하여 넓게 규정되는 바의 모든 문학은 상호작용적인 것이다. 문학은 보다 상호작용적일수록 더욱 좋은 것이다. 성공적인 문학은 독자를 그 이야기 속으로 끌어들이며, 그를 등장인물과 동일시하게 만들고, 독자로 하여금 등장인물들을 판단하게 하고 또 그들과 싸우도록 유도하며, 등장인물들의 기쁨과 고통을 마치 독자 자신의 것인 양 경험하게 한다. 독자들로부터 항의를 받고 찰스 디킨스(Charles Dickens)는 「위대한 기대」(Great Expectations)를 개정하여 행복한 결말(happy ending)로 끝을 맺었다. 코난 도일(Conan Doyle)의 추리소설의 주인공인 셜록 홈스(Sherlock Holmes)에 대한 예찬은 잘 알려져 있다. 시당국이 심판대상인 조례에 위반된다고 믿는, 이 사건의 기록에 있는 대부분의 비디오게임들은 이야기들(stories)이다. “The House of the Dead”의 예를 다시 들어보자. 게임을 하는 사람은 총으로 무장을 하고 있다. 왜냐하면 마술사가 죽은 시체를 마법으로 되살려낸 좀비(zombie)들이 끊임없이 소름끼치는 도끼를 휘두르면서 계속해서 공격을 가하기 때문이다. 좀비들은 이미 도움을 청하는 가련한 몇몇 사람들을 쓰러뜨리고 상처를 입힌 상태이다. 게임하는 사람의 의무 중의 하나는 이들 불행한 사람들을 좀비들이 다시 공격해 오는 것로부터 보호하는 것이다. 그렇지만 그의 주된 임무는 자기방어(self-defense)이다. 좀비들은 초자연적인 존재이기 때문에 죽이기 쉽지는 않다. 게임하는 사람에게 앞뒤를 가리지 않고 막무가내로 달려드는 그들을 멈추게 하기 위해서는 계속적으로 사격을 해야 한다. 그는 좀비들이 사방 어디에서 출현할 것인지를 조심스럽게 경계해야 하고, 또 자신의 총에 탄환이 떨어져 좀비들의 공격으로부터 자신이 쓰러지지 않으려면, 주도면밀하게 자신의 총을 정기적으로 재충전시켜야 한다.

자기방어, 타인의 보호, 죽지 않는 자에 대한 공포, 승산이 없는 싸움에서의 투쟁 등은 모두 문학의 오랜 주제들이며 특히나 젊은 사람들의 관심을 끄는 주제이다. . . . 폭력적인 비디오게임은 주로 소년들의 흥미를 끄는 것이지만, 놀랍게도 사건기록의 게임에는 여성주의적인(feminist) 폭력비디오게임도 들어 있다. “Ultimate Mortal Kombat 3”이 그것이다. 중세의 의상인 듯한 복장을 한 남성과 여성이 큰 칼을 휘두른다. 그 여성은 매우 키가 크고, 아주 사나우며, 자신의 칼을 자유자재로 휘두른다. 그 남성과 여성이 결투를 하고, 남성이 죽게 된다. 또 다른 남성이 나타나고, 그도 역시 죽는다. 그 여성은 모든 결투에서 이긴다. 그녀는 남성만큼 강하며, 매우 능숙하고 단호하며 피를 보고서도 머뭇거리지 않는다. 물론, 그녀의 승리는 게임하는 사람의 기술에 달려 있고, 또 게임하는 사람이 남성이든 여성이든 자신이 여성전투사를 선택했다는 사실에 달려 있다. 그러나 그 게임은 여성을 중무장한 남성과의 격렬한 전투에서 자신을 지켜낼 정도로 충분한 능력을 갖추고 있는 것으로 묘사하고 있다는 점에서 여성주의적이다. 따라서 그 게임은 책이나 영화와 마찬가지로 일정한 메시지(message), 심지어 하나의 이데올로기(ideology)를 담고 있다고 하겠다.』⁴⁵⁴⁾

넷째, 시당국은 시조례가 부모에게 게임방에 동참할 수 있는 권리를 주고 있으므로 청소년의 언론의 자유는 그만큼 보장되고 있다고 항변하였다. 즉, ‘사건기록에 있는 게임들이 혹 시라도 사상과 표현의 시장형성에 기여하는 것이 있다고 하더라도, 그것은 부모가 자신의 아이로 하여금 이들 게임을 하게 하거나 또는 하지 못하게 할 권리를 행사함으로써 보장된다.’는 것이다. 그러나 연방항소법원은 이러한 항변을 받아들이지 않았다.

『그러나 이 권리는 상당한 정도 허울에 불과하다. 시조례에 의하면, 부모는 포괄적인 동의를 할 수 있도록 허용되지 않으며, 게임방에 자녀와 함께 가도록 요구되고 있다. 많은 부모들은 너무 바빠서 자녀들과 함께 게임방에 갈 수가 없다. 대부분의 십대 청소년들은 만약 자신들의 어머니와 함께 게임방에 가야한다고 한다면 이들 게임을 하는 것 자체를 주저하게 될 것이다. 폭력적인 비디오게임이 유해하다고 생각하는 부모들, 또는 심지어 교육적이라고 생각하는 (어떤 부모들은 자신들의 자녀가 사격수와 같은 반사신경을 개발하기를 원하는 경우도 있을 수 있다) 부모들조차도 자녀들과 함께 게임방에 가는 시간과 기타의 비용을 감수하기보다는 차라리 자녀들로 하여금 그들 게임을 하지 못하도록 막을지도 모른다. 청소년들의 증보 제1조의 권리를 이 같은 성격의 부모 동의에 좌우되게 하는 것은 그들의 권리를 제한하는 것이다.』⁴⁵⁵⁾

다섯째, 연방항소법원은 시당국이 제시하는 사회과학적 증거자료 또한 조례의 규제를 정당화할 만큼 충분하지 못하다고 판단하고 있다.

『이 사건기록상의 게임들은 똑같이 18세 이하의 청소년을 대상으로 하는 영화와 문화적으로는 동일구조를 가진 것들인데, 시당국은 이들 게임이 공공의 안전에 위협

454) 244 F.3d at 576-578.

455) 244 F.3d at 578.

적이라는 점을 입증하기 위하여 사회과학적 증거에 의존하고 있다. 이들 증거는 주로 앞에서 언급했던 심리학적 연구결과로 이루어져 있는데, 그 연구결과는 Craig A. Anderson & Karen E. Dill, "Personality Processes and Individual Differences - Video Games and Aggressive Thoughts, Feelings, and Behavior in the Laboratory and in Life", 78 J. Personality & Soc. Psych. 772 (2000)의 글에 실려 있다. 그러나 이들 연구는 심판대상인 시조례를 지지하지 못한다. 그 연구에서 사용된 게임들이 이 사건의 기록에 있는 게임들 또는 인디애나폴리스 시의 게임방들에서 유통될 수 있는 게임들과 비슷하다는 징표가 없다. 그들 연구는 비디오게임이, 공격적인 감정을 느끼게 한다는 것과는 달리, 지금까지 누군가로 하여금 실제로 폭력행위를 하도록 만들었다는 사실이나 또는 비디오게임으로 인해 평균적인 폭력수준이 어딘가에서 증가했다는 사실을 인정하고 있지는 않다. 또한 그들 연구는 공격적인 감정의 원인이 바로 그들 게임의 상호작용적 성격에 있다고 제시하고 있지도 않다. 따라서 그들 연구는 폭력적인 비디오게임이 폭력적인 영화나 기타 수동적인 폭력적 오락물에 비해 더 소비자나 공공의 안전에 유해하다는 점을 입증하는 증거가 되지 못한다. . . . 시조례는 표현의 자유를 상당히 제약하고 있고, 이 사건의 기록상 이 제약을 상쇄시킬만한 “강력한”(compelling) 또는 그 밖의 정당화사유가 존재하지 않는다.

』⁴⁵⁶⁾

결국, 연방항소법원은 원고들이 예비적 금지명령(preliminary injunction)을 받을 자격이 있음을 다음과 같이 판시하고 있다: “그들은 궁극적으로 승소할 강력한 가능성을 입증하였다. 그리고 만약 시조례가 발효하도록 허용된다면 그들은 회복할 수 없는 손해를 받게 될 것이다. 왜냐하면 그 시조례를 준수하는 것은 원고들에게 오락기구 등의 시설물을 변경하는 비용을 부담지우는 것이 되고 그리하여 그들의 수익을 상실하게 만들 것이다. 또한 시조례가 인디애나폴리스의 시민들에게 가져다 줄 이익들이 전적으로 추정적인 성격의 것이라는 점을 전제로 할 때, 예비적 금지명령이 시당국에 가하는 해악(harm)은 경미한 것인 반면에, 예비적 금지명령을 부인하는 것이 원고들에게 미칠 해악(harm)은 그 보다 중하다. 따라서 1심법원의 결정을 파기하고, 예비적 금지명령을 발하라는 지시와 함께 사건을 환송한다.”⁴⁵⁷⁾

제2절 독일에서의 청소년유해정보의 규제와 표현의 자유

I. 서설

오늘날 누구든지 시설만 갖추면 인터넷을 통하여 수시로 자신에게 필요한 정보를 수신하고, 온라인 게시판을 통해 쉽고 간편하게 게시판을 통해 정보를 발신할 수 있게 해 줄 만큼, 인터넷은 생활의 일부로 자리잡고 있다. 반면에 인터넷이 갖는 익명성 혹은 통제불능성의 특징은 불법정보 내지는 음란물이 유통될 수 있는 최적의 환경을 형성하는 역기능적 측

456) 244 F.3d at 578-579.

457) 244 F.3d at 580.

면도 가지고 있다. 따라서 인터넷은 청소년들에게 아주 유용한 도구이면서도 범죄, 음란물, 불건전정보들의 온상이 되고 있다. 여기에서 가상공간에서의 표현의 자유에 대한 제한문제가 제기된다.

독일기본법 제5조 제2항은 청소년보호를 위해서는 법률로 언론·출판 등 표현의 자유에 대하여 제한할 수 있다는 것을 명문으로 규정하고 있다. 또한 독일연방헌법재판소도 판례에서 청소년보호는 헌법상 중요한 가치를 갖는 이념으로 인정되고 있으며, 따라서 사회공동체의 관심사로서 청소년을 위협하는 위험으로부터 보호하기 위한 장치확보가 중요한 의미를 가진다고 한다. 따라서 입법자가 청소년보호를 위하여 어떤 수단을 선택할 것인가 하는 것은 기본권보호의 요청과 효과적인 청소년보호에 대한 헌법적 이익간의 이익형량에 달려있다고 하고 있다.⁴⁵⁸⁾

현행 독일 형법, 청소년보호법과 미디어서비스-국가조약 등에 따르면 다른 미디어에 적용되는 표현금지는 인터넷에서도 동일하게 포괄적으로 적용된다. 따라서 이하에서는 인터넷에서 청소년보호와 관련되는 독일의 현행 법제를 차례로 고찰하기로 한다.

II. 형법

형법상 개별조항의 구성요건을 보면, 특히 청소년에게 일정한 통신내용의 접근을 용이하게 하는 것을 처벌하고 있는데, 독일 형법 제130조 제2항 1호의 c(국민에 대한 선동)⁴⁵⁹⁾, 형법 제131조 제1항 3호(폭력물 반포 등)⁴⁶⁰⁾가 그것이다. 이런 조항들은 청소년보호에 기여한다고 할 것이다.

III. 청소년보호법

1. 서설

청소년보호법은 종전의 “공중이용장소에서의 청소년보호법(JöSchG)”과 “청소년보호를 위한 유해인쇄 및 매체내용의 공중반포에 관한 법률(GjS)”을 통합한 것이다. 이 법률은 2002년 5월 8일 연방각료회의 의결과 6월 14일 연방하원의 의결을 거쳐 2002년 6월 21일 연방참의원의 동의를 얻었다. 청소년보호법은 제30조에서 “방송과 텔레미디어에서 인간존엄성의 보호 및 청소년보호에 관한 주간의 국가조약(청소년미디어보호국가조약)이 발효되는 날 효

458) BVerfGE 23.3.1957; NJW 1971, 1556 이하.

459) 제130조 (국민선동) ② 다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

1. 일부 주민, 민족적·인종적·종교적 집단 또는 민족성에 의하여 분류된 집단에 대한 증오심을 선동하거나 이들에 대한 폭력적·자의적 조치를 촉구하거나, 일부 주민 또는 위 집단을 모욕 또는 악의로 비방하거나 허위사실에 의하여 명예를 훼손함으로써 인간의 존엄을 침해하는 것을 그 내용으로 하는 문서(제11조 제3항)에 관하여 다음 a) 내지 d)의 행위를 한 자
c) 18세 미만자에게 제공, 양여하거나 기타 접근을 용이하게 하는 행위.

460) 제131조 (폭력물 반포 등) ① 인간에 대한 잔인하거나 기타 비인간적인 폭력행위를 그에 대한 찬양 또는 고무를 표현하거나 인간의 존엄을 침해하는 방법으로 그 잔인함과 비인간성을 기술함으로써 묘사하고 있는 문서(제11조 제3항)에 대하여 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 한 자는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

3. 18세 미만자에게 제공, 양여하거나 그 접근을 용이하게 하는 행위.

력이 발생한다”고 규정하고 있는데, 2002년 8월8일자로 독일의 각 주의 대표들이 청소년미디어보호국가조약의 내용에 합의함에 따라 청소년보호법은 청소년미디어보호국가조약과 함께 2003년 4월 1일자로 효력이 발생된다. 청소년보호법은 종전의 제도 중 그간의 사회변화와 발전추세를 반영하고 매체발전추세에 맞추어 새로운 매체관리체계를 도입하고자 제정된 것이다. 동법의 제정으로 연방과 주 차원에서 미디어 감독의 단일화가 이루어지게 되었고, 미디어에서 폭력 묘사로부터 청소년들을 효율적으로 보호할 수 있게 된 점이 높이 평가되고 있다.

이하에서는 청소년보호법에서 채택하고 있는 인터넷과 관련한 청소년유해매체물의 규제에 대한 규정내용을 검토하기로 한다.

2. 공중이용장소에서의 청소년보호

청소년보호법 제2장에서는 공중이 이용하는 장소에서 청소년보호에 관하여 규정하고 있다. 특별히 온라인-원격게임의 제공을 위하여 인터넷 접속이 게임장에 설치되는 것은 현재로는 두드러지게 드러나지는 않지만, 그러나 청소년들이 인터넷-카페에서 인터넷을 경유하여 영화를 불러내는 것은 생각해 볼 수 있을 것이다. 그런 관점에서 동 제6조 제1항에서 “아동 혹은 청소년으로 하여금 공중이 이용하는 게임장소나 혹은 그와 유사한 주로 게임영업에 기여하는 장소에 참여하지 못하도록” 금지하고 있다.

또한 제11조 제1항에 따르면 공중이 이용하는 영화행사에 아동이나 청소년의 참석은 단지 그 영화가 상급주관청이나 혹은 자율규제기구에 의하여 제14조 제6항(461)의 범위 내에서 그들에게 상영하는 것이 허락되었거나 혹은 제공자가 “정보프로그램” 혹은 “교육용프로그램”이라고 표시한 정보영화, 지도영화(Instruktionsfilm) 그리고 교육용영화에 관한 내용인 경우에만 허용된다. 그러나 동 제2항에 따르면 위 제1항과는 다르게 12세 이상의 아동과 청소년에게 허락되고, 표시된 영화로서 공중이 이용하는 영화상영행사에서의 참석은 친권자를 동반한 경우 6세 이상의 아동에게도 허락된다. 또한 동 제3항은 위 제1항의 조건과는 상관없이 1. 6세 미만의 아동, 2. 상영에 20시 이후에 끝나는 경우 6세 이상의 아동, 3. 상영이 22시 이후에 끝나는 경우 16세 미만의 청소년, 4. 상영이 24시 이후에 끝나는 경우 16세 이상의 청소년의 경우 공중이 이용하는 영화상영행사에서의 참석은 단지 친권자 혹은 교육수임자를 동반한 경우에만 허락될 수 있다고 규정하고 있다.

제12조 제1항에 따른 “녹화된 비디오카세트와 계속적인 전달에 적합한, TV수상기(스크린)에서의 재생 혹은 게임을 위하여 영화나 혹은 게임으로 프로그램화된 다른 영상매체에 의한 기록 혹은 제13조 제1항에 따른 당첨가능성이 없는 전자화상게임기에서의 게임은 단지 그 프로그램이 상급주관청이나 혹은 자율규제기구에 의하여 제14조 제6항에 따른 절차의 범위 내에서 그들의 연령등급에 허용이 되고 표시된 경우 혹은 제공자가 “정보프로그램” 혹은 “교육용프로그램”으로 표시한 정보프로그램, 지도적인 프로그램 그리고 교육용프로그램에 관한 내용인 경우에만 공중이 이용하는 장소에서 아동이나 청소년에게 접근시킬 수 있다”고 규정하고 있다. 청소년보호법 제28조 제1항 및 제2항의 규정들은 위 규정의 위반에

461) 제14조 (영화 및 게임프로그램의 표시) ⑥ 상급주관청은 경제단체에 의하여 운영되거나 지원되는 자율규제기구에 의한 심사결과에 근거하여 영화, 영화프로그램 및 게임프로그램의 허용 및 표시를 위한 공동절차를 합의할 수 있다. 상급주관청이 그들 영역에 대하여 다른 결정을 하지 않는 한, 이 합의의 범위 내에서 자율규제기구가 허용과 표시하는 것은 모든 주의 허용과 표시라고 규정할 수 있다.

대한 처벌위험을 가하여서 영업경영자가 해당 연령층에게 허용되지 않는, 동시에 쉽게 청소년의 신체적, 정신적 혹은 도덕적 발달을 유해하게 하는 필름을 아동 혹은 청소년들에게 고의·과실로 접근하게 하는 것을 금지한다. 이 경우 질서위반으로 취급한다.⁴⁶²⁾

청소년보호법 제12조 제3항 1호⁴⁶³⁾는 영상매체에 의한 기록이 미성년자에게 허용되지 않는 경우 청소년에게 “인도 혹은 접근을 용이하게 해서는 안 된다”고 규정하고 있다. 이러한 금지를 관철하기 위하여 동법 제28조 제4항의 과태료규정 이외에, 동법 제7조⁴⁶⁴⁾에서 상영 장소에 청소년의 직접적 참석에 대하여 조치를 취할 권한이 관할관청에게 부여되어 있다.

3. 영화 및 게임프로그램의 연령표시

청소년보호법 제14조 제2항에 따르면 상급주관청 혹은 자율규제기구는 영화와 영화프로그램 및 게임프로그램에 대하여 1. “연령제한 없이 허용”, 2. “6세 이상 허용”, 3. “12세 이상 허용”, 4. “16세 이상 허용”, 5. “청소년허용금지” 등의 연령표시를 하여야 한다. 다만 상급주관청이나 혹은 자율규제기구의 평가에 따라 동 법 제15조 제2항 1호에서 5호에 걸쳐 언급된⁴⁶⁵⁾, 청소년유해정도가 심한 내용을 담고있거나 혹은 제18조⁴⁶⁶⁾에 따라 청소년유해매체목록에 등록되었다면 그것은 표시되지 않는다(동 제3항). 또한 영상매체에 의한 기록 혹은 화상게임기를 위한 프로그램이 제18조에 따라 청소년유해매체의 목록에 등록된 기록 미디어와 전부 혹은 일부가 동일한 내용이라면 그것도 표시되지 않는다.

동 법 제14조 제7항에 따르면 정보목적, 지도목적 혹은 교육적 목적을 가진 영화, 영화프

462) 제28조(과태료규정) ② 제공자로서 고의 또는 과실로 다음의 행위를 한 자는 질서위반으로 취급한다

1. 제5항 3문 또는 제13조 제3항과도 연계하여 제12조 제2항 1문 1호에 위반하여
2. 제5항 3문 또는 제13조 제3항과도 연계하여 제12조 제2항 2문 혹은 제14조 제7항 3문에 따라 실행할 수 있는 명령을 위반한 자.

④ 18세 이상의 자로서 아동이나 혹은 청소년의 행동, 즉 제1항 5호, 8호, 10호, 12호, 14호에서 16호 또는 19호 혹은 제27 제1항 1호 또는 2호에서 표시된 혹은 제12조 제3항 1호에 내포된 금지 혹은 제7조 1문에 따라 실행할 수 있는 명령을 통하여 저지되어야 하는 행동을 야기하거나 장려하는 자는 질서위반으로 취급한다.

463) 제12조 (영화필름과 게임) ③ 제14조 제6항에 따른 절차의 범위 내에서 상급주관청 혹은 자율규제기구에 의하여 혹은 제14조 제7항에 따른 절차의 범위 내에서 제공자에 의하여 제14조 제2항¹⁾에 따라 “청소년허용금지”라고 표시되었거나 표시되지 않은 영상매체에 의한 기록은

1. 어린이나 청소년에게 제공하거나 맡기거나 혹은 그 밖에 접근시켜서는 안 된다.

464) 청소년보호법 제7조 (청소년유해 행사장등) 아동 또는 청소년의 육체적, 정신적 혹은 영혼의 안녕에 대한 위협이 공중이 이용하는 행사나 혹은 영업에서 기인하는 경우 관할관청 혹은 기관은 행사주체나 혹은 영업경영자가 아동 또는 청소년들을 참석시키지 못하도록 명령할 수 있다. 명령을 통하여 위협이 제거되거나 혹은 최소화된다면 그 명령은 연령제한, 시간제한 혹은 다른 부담을 포함할 수 있다.

465) 제15조 (청소년유해기록미디어) ② 목록에 등록할 필요도 없고 고시할 필요도 없는 청소년유해정도가 심한 기록미디어는 제1항의 제한을 받는데, 그것은

1. 형법 제86조, 제130조, 제130조a, 제131조 혹은 제184조에서 표시된 내용을 담고 있는,
2. 전쟁을 예찬하는,
3. 죽거나 혹은 심한 육체적 혹은 정신적 고통에 내맡겨진 인간을 인간존엄을 침해하는 방법으로 묘사하고, 실제적인 사건을 이런 보도의 형태에 대하여 정당한 이익이 없음에도 재현하는,
4. 아동이나 청소년을 부자연스럽고, 성별을 강조한 태도로 묘사하는,
5. 자기책임적 그리고 사회적인 인격을 위한 어린이나 혹은 청소년의 발달과 혹은 그들의 교육을 심히 위험스럽게 하는 경우이다.

466) 아래 “4. 청소년유해매체목록의 등록제도” 참조.

로그래밍 및 게임프로그램이 명백히 아동과 청소년들의 발달과 교육을 훼손하지 않는다면 제 공자에 의하여도 “정보프로그램” 혹은 “교육용프로그램”으로 표시될 수 있다.

4. 청소년유해매체목록의 등록제도

청소년유해매체목록의 등록 및 말소에 관하여는 청소년유해매체를 위한 연방심사청이 결정한다(법 제17조 제2항). 물론 청소년유해매체를 위한 연방심사청은 목록에 텔레미디어⁴⁶⁷⁾의 등록에 관한 결정을 하기 전에 청소년미디어보호를 위한 주의 중앙감독청에게 텔레미디어에 대하여 지체없이 의견표명을 할 수 있는 기회를 부여하여야 한다. 청소년유해매체를 위한 연방심사청은 그들이 결정을 할 때 그 의견표명을 결정적으로 고려하여야 한다. 청소년유해매체를 위한 연방심사청에 대하여 요구된 때로부터 5일 안에 청소년미디어보호를 위한 주의 중앙감독청의 의견표명이 없는 경우 그들은 이런 의견표명 없이도 결정할 수 있다(법 제21조 제6항). 또한 청소년미디어보호를 위한 주의 중앙감독청이 목록에의 등록을 신청한 경우 그 신청이 명백히 이유없다든가 혹은 청소년유해매체를 위한 연방심사청의 판결 실무와 관련해서 주장될 수 없는 경우를 제외하고는 텔레미디어는 목록에 등록되어야 한다(법 제18조 제6항).

청소년유해매체의 목록은 A부분, B부분, C부분 및 D부분의 4개의 분야로 세분되는데, A부분(법 제24조 제3항 1문⁴⁶⁸⁾에 따라 목록공개를 하여야 하는 기록미디어)에는 B, C 혹은 D에 속하지 않는 모든 기록미디어⁴⁶⁹⁾가 등록된다. B부분(절대적인 배포금지대상으로 법 제24조 제3항 1문에 따라 목록공개를 해야 하는 기록미디어)에는 D부분에 속하지 않는, 청소년유해매체를 위한 연방심사청의 평가에 따라 형법 제86조(위헌조직 선전물 반포), 제130조(국민선동), 제130조a(범죄지도) 혹은 제184조 제3항 또는 제4항⁴⁷⁰⁾에서 표시된 내용을

467) 청소년보호법은 방송을 제외한 온라인 영역을 포괄해야 하는 텔레미디어라는 개념을 도입했다. 청소년보호법 제1조 제3항에 따르면 텔레미디어는 “텔레서비스이용에 관한 법률에 따른 그리고 미디어서비스 국가조약에 따른 전자적 정보서비스와 통신서비스를 통해서 전달되고 접근되는 것”을 말한다. 그런데 텔레미디어가 예컨대 지금까지 청소년을 보호하는데 요구되는 소위 “미디어서비스”(주의 권한)와 “텔레서비스”(연방의 권한)의 구분과 같은 법적인 불명확성을 제거해야만 한다면 그것은 또한 새로운 어려움을 발생시키고 있다. 특히 인터넷을 경유하여 컴퓨터게임 혹은 그 밖의 통상적인 자료저장물에 저장된 내용물을 전자적으로 내려받은(Herunterladen) 제공물이 텔레미디어인지 아니면 기록미디어인지가 불분명하기 때문이다.

468) 제24조(유해매체의 등록절차) ③ 기록미디어가 목록에 등록되거나 혹은 그로부터 삭제되는 경우 기초가 되는 결정을 참고로 하여 이것은 연방공보에 고시되어야 한다.

469) 청소년미디어보호의 경우 입법자는 지금까지 중심적인 개념이었던 “문서”를 계속적으로 발전하는 미디어기술에 직면하여 더 이상 시의적절하지 않은 것으로 보는 것 같다. 따라서 청소년보호법은 이제 기록미디어라는 명칭을 도입했다. 물론 그것은 문서개념과 내용적으로 동일하다고 할 것이다. 청소년보호법 제1조 제2항의 개념정의에 따르면 기록미디어는 “계속적인 배포에 적합한 유형의 기록물에 문자, 영상, 혹은 음성이 있는 미디어로서 직접 인지되게 하거나 혹은 게임기나 영상기에서 작동될 수 있는 것”을 말한다. 여기에는 전통적인 인쇄물과는 별도로 특히 레코드판, 비디오 혹은 오디오카세트, DVD 및 기타 자료저장물(컴퓨터게임프로그램, CD-Rom, 디스켓) 등이 속한다.

470) 제184조(음란문서반포) ③ 폭력행위, 아동에 대한 간음·추행, 수간 등을 그 내용으로 하는 음란 문서(제11조 제3항)에 관하여 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 한 자는 그 음란문서가 아동에 대한 간음·추행을 내용으로 하는 때에는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처하고, 기타의 경우에는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

1. 반포행위

2. 공연히, 전시, 제시, 상영하거나 기타 그 접근을 용이하게 하는 행위

3. 위 문서 또는 이를 통하여 취득한 정보를 제1호 또는 제2호의 방법으로 사용하거나 타인의 사용을 가능하게 하기 위하여 제조, 취득, 인도, 보관, 공여, 광고, 선전, 수입 또는 수출하는 행위

담고 있는 기록미디어가 등록된다. C부분(법 제24조 제3항 2문⁴⁷¹⁾에 따라 목록을 공개하지 않는 미디어)에는 단지 제24조 제3항 2문에 따라 목록등록의 고시가 제외되었다는 이유로 A부분에 등록되지 않는 기록미디어 및 D부분에 속하지 않은 모든 텔레미디어가 등록된다. D부분(절대적인 배포금지대상이나, 법 제24조 제3항 2문에 따라 목록공개를 하지 않는 미디어)에는 단지 제24조 제3항 2문에 따라 목록등록의 고시가 제외되었다는 이유로 B부분에 등록되지 않는 기록미디어 및 청소년유해매체를 위한 연방심사청의 평가에 따라 형법 제86조, 제130조, 제130조a 혹은 제184조 제3항 또는 제4항에서 표시된 내용을 담고 있는 텔레미디어가 등록된다(법 제18조 제2항).

청소년보호법 제18조 제1항에 따르면 특히 비도덕적, 야만적, 폭력적, 범죄 혹은 인종혐오를 야기하는 미디어를 포함한, 자기책임적인 그리고 사회적인 인격을 위한 아동이나 혹은 청소년의 발달과 그들의 교육을 유해하게 하는데 적합한 기록미디어와 텔레미디어는 청소년유해매체의 목록에 등록되어야 한다. 물론 법원이 확정판결로 미디어가 형법 제86조, 제130조, 제130조a 혹은 제184조 제3항 또는 제4항에서 표시된 내용을 담고 있다고 확인한 경우에는 그 미디어는 목록에 등록되어야 한다(법 제18조 제5항). 또한 텔레미디어는 청소년미디어보호를 위한 주의 중앙감독청이 목록에의 등록을 신청한 경우 그 신청이 명백히 이유없다든가 혹은 청소년유해매체를 위한 연방심사청의 판결실무와 관련해서 주장될 수 없는 경우를 제외하고는 목록에 등록되어야 한다(법 제18조 제6항).

미디어가 등록되어서는 안 되는 경우가 있는데, 1. 단지 그것의 정치적, 사회적, 종교적 혹은 세계관적 내용 때문에, 2. 예술 혹은 학문, 연구 혹은 교육에 기여하는 경우 3. 표현의 종류에 이의가 제기된 것을 제외하고 공공의 이익이 있는 경우가 그것이다(법 제18조 3항). 또한 의미가 적은 경우에 미디어를 목록에 등록하는 것은 제외된다(법 제18조 제4항).

청소년유해매체의 목록에 등록이 고시된 기록미디어는 아동이나 혹은 청소년에게 반포, 양도, 게시, 상영, 접근을 용이하게 해서는 안 된다(법 제15조 제1항). 동 법 제15조와 관련된 제27조에 따르면 청소년유해매체목록의 등록이 고시되었거나 혹은 명백히 중대한 청소년유해문서를 고의 혹은 과실로 반포, 양도, 게시, 상영 등을 하는 것은 처벌되는 경우로서 금지된다.

제15조 (청소년유해 기록미디어) ① 청소년유해매체의 목록에의 등록이 제24조 제3항 1문에 따라 고시된 기록미디어는

1. 아동 혹은 청소년에게 제공, 양도 혹은 기타 접근하도록 해서는 안 된다.
2. 아동 혹은 청소년이 접근할 수 있거나 혹은 그들이 인식할 수 있는 장소에서 진열, 게시, 상영하거나 혹은 기타 접근하도록 해서는 안 된다.
3. 영업공간 이외의 소매상, 매점 혹은 고객들이 진입하지 못하도록 하고 있는 다른 판매소, 통신판매업 혹은 영업적 도서대여점 혹은 독서클럽에서 다른 사람에게 제공되거나 양도되어서는 안 된다.
4. 아동과 청소년이 접근할 수 없는 그리고 그들이 열람할 수 없는 소매점을 제외하고, 영업적인 임대 혹은 비교할만한 이용의 영업적 허용의 방법으로 다른 사람에게 제공되거나 인도되어서는 안 된다

④ 제3항의 경우에 음란문서(제11조 제3항)가 아동에 대한 간음·추행을 대상으로 하여 그 행위를 실제 그대로 또는 실제와 유사하게 묘사하고 있고, 행위자가 영업적으로 또는 동 범죄를 목적으로 구성된 범죄단체의 구성원으로서 행위한 때에는 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.
471) 제24조(유해매체의 등록절차) ③ …, 기록미디어가 텔레미디어를 통해서만 배포되거나 혹은 그 고시가 청소년보호의 유지를 손상시키는 것이 인정되는 경우 그 고시는 제외된다.

다.

5. 통신판매의 방법으로 소개돼서도 안 된다.

6. 아동이나 혹은 청소년이 접근할 수 있거나 혹은 그들이 열람할 수 있는 장소에서, 혹은 해당 상업점과의 상거래를 제외하고 기록미디어와 텔레미디어를 통해서 공연히 제공되거나, 예고되거나 혹은 선전되어서는 안 된다.

7. 그것을 혹은 그것으로부터 얻어진 부분을 1호에서 6호의 의미에서 사용하거나 혹은 다른 사람에게 그런 사용을 가능하도록 하기 위하여, 제작하거나, 구독하거나, 공급하거나, 준비하거나 혹은 소개하지 않아야 한다.

제27조 (형벌규정) ① 다음에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 벌금형에 처한다.

1. 제15조 제1항 1호에서 5호 또는 6호에 위반하여, 각각 물론 제2항과 결부하여, 기록미디어를 제공, 양도, 접근, 전시, 게시, 상영, 소개, 예고 혹은 선전하는 자

2. 제15조 제1항 7호에 위반하여, 물론 제2항과 결부하여, 기록미디어를 제작, 구독, 공급, 준비 혹은 소개하는 자

3. 제15조 제4항에 위반하여 청소년유해매체의 목록을 게재 혹은 출판하는 자

4. 제15조 제5항에 위반하여 영업광고의 경우 거기에서 언급된 암시를 한 자

③ 그 행위가

1. 제1항 1호의 경우에 혹은

2. 제1항 3, 4 혹은 5호의 경우에

과실로 저지른 경우 징역 6월 이하 또는 180일 이하의 벌금할당액에 처한다.

목록에 등록하고, 고시할 필요 없이 청소년유해정도가 심한 기록미디어는 아동이나 청소년에게 반포, 양도, 게시, 상영, 접근을 용이하게 해서는 안 된다(법 제15조 제2항). 또한 목록에의 등록이 고시된 기록미디어와 전부 혹은 본질적으로 내용이 동일한 기록미디어는 목록에 등록하고, 고시할 필요 없이 위와 같은 제한을 받는다(법 제15조 제3항).⁴⁷²⁾

제15조 (청소년유해기록미디어) ② 목록에 등록하고, 고시할 필요 없이 다음의 청소년유해정도가 심한 기록미디어는 제1항의 제한을 받는다.

1. 형법 제86조, 제130조, 제130조a, 제131조 혹은 제184조에서 표시된 내용을 담고 있는 경우

2. 전쟁을 예찬하는 경우

3. 죽거나 혹은 심한 육체적 혹은 정신적 고통에 내맡겨진 인간을 인간존엄을 침해하는 방법으로 묘사하고, 실제적인 사건을 이런 보도의 형태에 대하여 정당한 이익이 없음에도 재현하는 경우

4. 아동이나 청소년을 부자연스럽고, 성별을 강조한 태도로 묘사하는 경우

5. 자기책임적 그리고 사회적인 인격을 위한 어린이나 혹은 청소년의 발달과 혹은 그들의 교육을 심히 위협스럽게 하는 경우이다.

③ 목록에의 등록이 고시된 기록미디어와 전부 혹은 본질적으로 내용이 동일한 기록미디어는 목록에 등록하고, 고시할 필요 없이 위 제1항의 제한을 받는다.

5. 연령등급 및 제공자표시의 고시제도

청소년보호법 제3조 제1항에 따르면 영화상영행사자와 영업경영자는 제4조에서 제13조에

472) Vgl. dazu Göde; in: Löffler, Jugendschutz BT §6 GJS.

걸친 (즉 여관, 디스코장, 유키장, 청소년유해행사장, 청소년유해장소, 알콜음료, 공중이용장소에서의 흡연·담배, 영화상영, 게임기 등) 그들의 영업시설과 영화상영행사에 적용되는 규정 및 공중이 이용하는 영화상영행사에서 영화의 연령등급 혹은 제공자의 표시는 제14조 제7항⁴⁷³⁾에 따라 명확히 볼 수 있고 잘 읽을 수 있는 게시문에 고시하여야 한다. 또한 영화의 연령등급과 영화 및 게임프로그램의 연령등급의 고시를 위하여 영화상영행사자와 영업경영자는 단지 제14조 제2항⁴⁷⁴⁾에서 언급한 표시만을 사용할 수 있다. 공중이 이용하는 영화상영행사를 위하여 영화를 계속 전달하는 자는 연령등급을 전달할 때 계속적으로 영화상영행사 혹은 제14조 제7항에 따른 제공자표시를 언급할 의무가 있다.

6. 청소년보호를 위한 광고제한

청소년에게 유해한 내용인 경우 광고도 제한된다. 동 법 제3조 제2항 3문에 따르면 동 법 제14조 제2항에 따라 상급주관청 혹은 자율규제기구에 의하여 제14조 제6항의 범위 내에서 표시된 영화, 영화프로그램 및 게임프로그램에 대하여 예고 혹은 광고를 할 때에 청소년에 유해한 내용이 언급되어서도 안 되고, 그 예고 혹은 광고가 청소년에 유해한 방법으로 이루어져서도 안 된다.

또한 동 법 제11조 제5항에 따르면 담배 혹은 알코올음료를 광고하는 광고영화 및 광고프로그램은 18시 이후에만 상영될 수 있다. 뿐만 아니라 법 제15조 제5항에 따르면 상업광고할 때 목록에 기록미디어 혹은 동일한 내용의 텔레미디어의 등록을 위한 절차가 계류중이거나 혹은 계류중이었던 것이 언급되어서는 안 된다.

청소년보호법 제28조 제1항 4호 및 14호a에 따르면 행사주체 혹은 영업경영자가 동 제3조 제2항 3문, 동 제11조 제5항을 위반하는 경우 질서위반으로 취급되며, 동 제27조 제1항 4호에 따르면 위 제15조 제5항에 위반한 경우 1년 이하의 징역 또는 벌금형에 처하고, 다만 동 3항에서 과실의 경우 징역 6월 또는 180일 이하의 벌금할당액에 처한다고 규정하고 있다.

기록미디어가 목록에 등록되거나 혹은 그로부터 삭제되는 경우 기초가 되는 결정을 참고로 하여 이것은 연방공보에 고시되어야 한다. 기록미디어가 텔레미디어를 통해서만 배포되거나 혹은 그 고시가 청소년보호의 유지를 손상시키는 것이 인정되는 경우 그 고시는 제외된다(법 제24조 제3항).

IV. 청소년미디어보호국가조약

473) 제14조 (영화필름과 게임프로그램의 표시) ⑦ 정보목적, 지도목적 혹은 교육적 목적을 가진 영화, 영화프로그램 및 게임프로그램은 명백히 아동과 청소년들의 발달과 교육을 훼손하지 않는다면 제공자에 의하여 “정보프로그램” 혹은 “교육용프로그램”으로 표시될 수 있다. 제1조에서 제5조는 적용되지 않는다. 상급주관청은 개별제공자 혹은 특별한 영화프로그램과 게임프로그램을 위하여 제공자표시를 위한 법을 제외할 수 있으며, 제공자가 실행한 표시를 통하여 제거할 수 있다.

474) 제14조 (영화필름과 게임프로그램의 표시) ② 제6항에 따른 절차의 범위 내에서 상급주관청 혹은 자율규제기구는 영화와 영화프로그램 및 게임프로그램을

1. “연령제한 없이 허용”
2. “6세 이상 허용”
3. “12세 이상 허용”
4. “16세 이상 허용”
5. “청소년허용금지”로 표시한다.

1. 서설

청소년보호법 제16조의 텔레미디어⁴⁷⁵⁾에 관한 특별규정에서 “동 법 제18조에 따라 청소년유해매체의 목록에 등록된 텔레미디어에 관한 규정은 주법에 유보된다”고 규정하고 있는데, 독일의 각 주의 대표들은 2002년 8월8일자로 “방송과 텔레미디어에서 인간존엄성의 보호와 청소년보호에 관한 국가조약(청소년미디어보호국가조약 - JMStV)”의 내용에 합의하였다.⁴⁷⁶⁾

청소년미디어보호국가조약은 아동과 청소년의 발달과 교육을 침해 혹은 위태롭게 하는 전자적 정보미디어와 통신미디어의 제공물에 대하여 아동과 청소년을 통일적으로 보호하고, 그리고 인간의 존엄성을 또는 형법에 의하여 보호되는 기타 법익을 침해하는 전자적 정보서비스와 통신서비스의 제공물로부터 보호하는데 목적을 두고 있다(동 국가조약 제1조).

2. 허용되지 않은 제공물

청소년미디어보호국가조약 제4조는 방송물 혹은 텔레미디어의 내용물에 대하여 일정한 범주를 설정하여, 형법상의 책임과 상관없이 그 내용물을 반포 혹은 접근하게 하는 것을 허용하고 있지 않다. 우선 동 국가조약 제4조 제1항에 따르면 자유민주적 기본질서에 위배되거나 혹은 국제적인 이해와 합의사상에 반하는 내용으로 이루어진 형법 제86조상의 선전물인 경우(1호), 형법 제86조의a에서 의미하는 위헌적인 조직체의 표지를 사용하는 경우(2호), 일부 주민 혹은 민족적, 인종적, 종교적 집단에 대한 또는 민족성에 의하여 분류된 집단에 대한 증오심을 선동하거나, 이들에 대한 폭력적 혹은 자의적 조치를 촉구하거나 혹은 일부 주민 또는 위 집단을 모욕 또는 악의로 경멸하거나 또는 비방함으로써 타인의 인간의 존엄성을 침해하는 경우(3호), 국가사회주의 지배 하에서 범하여진, 국제형법(Völkerstrafgesetzbuch) 제6조 제1항⁴⁷⁷⁾과 제7조 제1항⁴⁷⁸⁾에서 언급하고 있는 종류의 행

475) “텔레미디어”는 방송국가조약상의 방송을 제외한 텔레서비스법상의 텔레서비스와 미디어서비스 국가조약상의 미디어서비스를 말한다(청소년미디어국가조약 제3조 제2항 1호).

476) 청소년미디어보호국가조약은 청소년보호법과 함께 2003년 4월 1일자로 효력이 발생된다(동 국가조약 제28조).

477) 국제형법 제6조(인종말살) ① 국민, 민족, 종교 또는 종교집단 등을 전부 또는 일부를 파멸시킬 의도로 다음 각호의 행위를 하는 자는 종신형에 처한다.

1. 집단의 구성원을 살해하는 것
2. 집단의 구성원에 대하여 중대한 신체적 또는 정신적인, 특히 형법 제226조*에서 언급하고 있는 종류의 위해를 가하는 것
3. 전부 또는 부분적으로 육체적 파괴를 초래하기에 적합한 생활조건을 집단에게 과하는 것
4. 집단 내에서 출생을 방지하는 조치를 취하는 것
5. 집단의 아동을 강제적으로 다른 집단으로 이동시키는 것

*독일형법 제226조(상해치사) ① 상해에 의하여 피해자를 사망에 이르게 한 자는 3년 이상의 자유형에 처한다.

② 행위가 중하지 아니한 경우에는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

478) 국제형법 제7조(반인간적인 범죄) ① 광범위하거나 또는 체계적인 공격의 범위 내에서 일반시민에 대하여 다음 각호의 행위를 한 자는 1호와 2호의 경우 종신형에, 3호에서 7호의 경우 5년 이상의 자유형에 그리고 8호에서 10호의 경우에는 3년 이상의 자유형에 처한다.

1. 살인
2. 주민을 전부 또는 부분적으로 파괴할 의도로, 그들의 파괴를 전부 또는 부분적으로 초래하기에 적합한 생활조건을 주민에게 또는 주민들 중 일부에게 과하는 것
3. 인신매매, 특히 여성과 아동의 인신매매를 하는 것, 또는 다른 방법으로 인간을 노예로 만들고

위를 공공의 평화를 교란시키는데 적합한 방법으로 부정하거나 경시하는 경우(4호), 잔인하거나 비인간적인 폭력행위를 찬양 또는 고무하거나, 또는 인간의 존엄성을 침해하는 방법으로 사건의 잔인함과 비인간성을 기술함으로써 인간에 대한 잔인하거나 기타 비인간적인 폭력행위를 묘사하는 경우; 이것은 잠재적인 표현의 경우에도 적용된다(5호), 형법 제126조 제1항에 기재한 위법한 행위의 지도에 기여한 경우(6호), 전쟁을 찬양하는 경우(7호), 인간의 존엄성에 반하고, 그리고 실제적인 사건을 재현하는 경우, 특히 표현하거나 보도할만한 정당한 이익이 없음에도 죽어가거나 무거운 육체적 정신적 고통으로 신음하거나 혹은 신음하였던 인간을 인간의 존엄성을 해치는 방식으로 묘사하는 경우. 승인은 중요하지 아니하다(8호), 부자연스럽게 성을 강조하는 태도로 아동 혹은 청소년을 묘사하는 경우; 이것은 잠재적인 묘사의 경우에도 적용된다(9호), 포르노그래피인 경우 그리고 폭력행위, 아동 및 청소년에 대한 성폭행 혹은 수간 등을 내용으로 하는 경우(10호), 청소년보호법 제18조에 따라 목록의 B분야와 D분야에 등록된 경우 혹은 이 목록에 등록된 제작물과 전부 혹은 일부 본질적으로 내용이 동일한 경우(11호)에 해당되는 제공물은 허용되지 않는다.

위 1호에서 4호까지와 6호의 경우에 형법 제86조 제3항(479)이 적용되고, 5호의 경우에 형법 제131조 제3항(480)이 상응하게 적용된다. 또한 위 1호에서 11호까지의 내용물을 반포 혹은 접근한 자는 질서위반으로 취급한다(동 국가조약 제24조 제1항 1호 a)에서 k)까지).

더구나 동 국가조약 제4조 제2항에 따르면 기타의 포르노그래피인 경우(1호), 청소년보호법 제18조에 따라 목록의 A분야와 C분야에 등록된 경우 혹은 이 목록에 등록된 제작물과 전부 혹은 일부 본질적으로 내용이 동일한 경우(2호), 반포된 미디어의 특별한 작용형식을 고려해 볼 때 자기책임적이고, 사회적인 인격을 위한 아동과 청소년의 발달 혹은 그들의 교육을 심히 위태롭게 하기에 명백히 적합한 경우(3호)에 해당하는 제공물을 반포하거나 접근하게 하는 것을 허용하지 않는다.

그들의 재산권을 부당하게 차지하는 자

4. 국제법의 일반규칙을 위반하여 추방 또는 다른 강제조치를 통하여 다른 국가나 또는 다른 지역으로 호송함으로써 적법하게 일정지역에 체류하고 있는 사람을 추방하거나 혹은 강제로 이동시키는 것
 5. 국제법적으로 허용되는 제재조치의 결과가 아닌, 신체적 또는 정신적인 위해 또는 고통을 가하여서 자기 보호 하에 있거나 또는 그 밖의 방법으로 자기통제 하에 있는 사람을 고문하는 것
 6. 타인을 성적으로 강요하거나 또는 폭행하는 것, 매춘하도록 강요하는 것, 생식능력을 박탈하는 것, 또는 주민의 윤리적 화합에 영향을 끼칠 의도로 강제적으로 임신된 여자를 감금하는 것
 7. 장기간 법률의 보호를 받지 못하게 할 의도로, a) 문의에 대하여 그의 운명과 소재에 관한 정보가 지체없이 사실대로 통보됨이 없이, 국가 또는 정치적 기관의 위탁이나 또는 승인으로 납치하거나 또는 그 밖의 지나친 방법으로 신체적 자유를 박탈하거나, 또는 b) 국가 또는 정치적 기관의 위탁이나 또는 법적 의무에 위반하여 위 a)목의 조건 하에서 신체적 자유가 박탈된 사람의 운명과 소재에 관한 정보를 지체없이 통보하는 것을 거부하거나, 또는 허위정보를 통보함으로써 사람을 강제로 실종되게 하는 것
 8. 타인에게 중대한, 특히 형법 제226조에서 언급한 종류의 신체적 또는 정신적 유해를 가하는 것
 9. 국제법의 일반규칙을 위반하여 심각하게 신체적 자유를 박탈하는 것, 또는
 10. 정치적, 인종적, 국민적, 민족적, 문화적 또는 종교적 이유로부터, 성별의 이유로부터 또는 다른 국제법의 일반규칙에 따라 허용되지 않는 것으로 인정된 이유로부터 기본적인 인권을 박탈하거나 또는 이것을 본질적으로 제한함으로써 공동체의 동화될 수 있는 단체를 박해하는 것.
- 479) 독일형법 제86조(위헌적인 선전물 반포) ③ 제1항은 선전물 또는 선전행위가 국민계몽, 위헌적 계획의 저지, 예술·학문, 연구·학설, 시사사건이나 역사의 진행과정에 관한 보도, 기타 이와 유사한 목적에 공하는 때에는 적용하지 아니한다.
- 480) 독일형법 제131조(폭력물 반포 등) ③ 제1항 및 제2항은 그 행위가 시사사건이나 역사의 진행과정에 관한 보도를 위한 경우에는 적용하지 아니한다.

따라서 제4조 제2항 1문 3호와 2문에 위반하여 자기책임적이고, 사회적인 인격을 위한 아동과 청소년의 발달 혹은 그들의 교육을 심히 위태롭게 하기에 명백히 적합한 제공물을 반포하거나 혹은 접근하게 한 자는 1년 이하의 징역형 혹은 벌금형에 처한다. 행위자가 과실인 경우 징역 6월 이하 혹은 180일 이하의 벌금할당액에 처한다(동 국가조약 제23조). 또한 제4조 제2항 1문 1호와 2호 그리고 2문에 위반하여 기타의 방법상 포르노그래피인 제공물을 반포하거나 혹은 접근하게 한 경우(동 국가조약 제24조 제1항 2호), 제4조 제2항 2호와 2문에 위반하여 청소년보호법 제18조에 따라 목록의 A분야와 C분야에 등록된 경우 혹은 이 목록에 등록된 제작물과 전부 혹은 일부 본질적으로 내용이 동일한 경우(동 국가조약 제24조 제1항 3호)에는 질서위반으로 취급한다.

또한 청소년보호법 제18조에 따라 목록에 등록된 후에 본질적으로 내용이 변경되었다고 하더라도 제1항과 제2항에 따른 금지는 청소년유해미디어를 위한 연방심사청에 의한 결정이 있을 때까지는 효력이 있다(동 국가조약 제4조 제3항).

3. 발달침해적인 제공물에 대한 텔레미디어제공자의 의무

텔레미디어의 제공자가 자기책임적이고, 사회적인 인격을 위한 아동과 청소년의 발달을 침해하기에 적합한 제공물을 반포 혹은 접근을 용이하게 한 경우 그 제공자는 해당 연령층의 아동과 청소년이 동 제공물을 통상적인 방법으로는 이용할 수 없도록 하여야 한다(동 국가조약 제5조 제1항). 해당 연령층의 아동과 청소년이 그 제공물을 통상적인 방법으로는 이용할 수 없도록 배려함이 없이 자기책임적이고, 사회적인 인격을 위한 아동과 청소년의 발달을 침해하기에 적합한 제공물을 반포 혹은 접근을 용이하게 하는 경우 질서위반으로 취급된다(동 국가조약 제24조 제1항 4호). 또한 청소년보호법에 따르면 제공물이 각각의 연령층에 해당하는 아동과 청소년에게 허용되지 않는다면, 동 제공물은 위에서 언급한 발달침해적인 것으로 추정된다(동 국가조약 제5조 제2항).

다만 텔레미디어의 제공자가 다음의 조치, 즉 1. 기술적 혹은 기타의 방법을 통해서 해당 연령층의 아동과 청소년들로 하여금 제공물의 이용을 불가능하게 하거나 또는 어렵게 하는 경우, 2. 제공물이 반포되거나 혹은 접근이 용이한 시간을 선택해서 해당 연령층의 아동 혹은 청소년이 통상적으로는 제공물을 이용하지 못하게 함으로써 텔레미디어제공자의 의무에 갈음할 수 있다(동 국가조약 제5조 제3항). 위 1호의 요구사항은 텔레미디어의 제공자가 아동과 청소년의 발달과 교육을 침해하는데 적합한 제공물을 적합한 것으로 승인받은 청소년 보호프로그램으로 프로그램화되거나 혹은 그들에게 연결되게 함으로써 충족할 수 있다(동 국가조약 제11조 제1항). 특히 주문서비스의 경우 적극적 및 소극적 검열장치를 가진 여과 프로그램을 통해서 이용자 스스로가 접속제한을 설치할 수 있다.⁴⁸¹⁾ 뿐만 아니라 아동이나 청소년들에 대한 발달침해적인 작용이 인정되는 경우 제공물을 단지 23시와 6시 사이에만 반포 혹은 접근하게 한다면 제공자는 동 제1항에 따른 그의 의무를 이행한 것이며, 16세 이하의 아동 혹은 청소년에 대한 발달침해적인 작용이 우려되는 경우 제공물을 단지 22시와 6시 사이에만 반포 혹은 접근하게 한 경우에도 마찬가지이다(동 국가조약 제5조 제4항 1문과 2문). 더 나아가 발달침해적인 작용이 단지 아동에게만 우려되는 경우 아동용 제공물과 분리하여 제공물을 반포 혹은 주문할 수 있도록 한다면 텔레미디어의 제공자는 제1항에 따른 그의 의무를 이행한 것이다(동 국가조약 제5조 제5항).

481) 소극적 검열은 프로그램이 청소년유해적 내용을 차단하는 것을 의미한다. 적극적 검열의 경우 프로그램이 단지 사전에 심사청에 의하여 무해한 것으로 분류된 내용의 주문만을 허용할 수 있다.

한편 방송에서 뉴스방송, 정치시사사건 대한 방송과 텔레미디어에서 그와 상응하는 제공물에 대하여는, 이런 형태의 표현이나 혹은 보도에 대한 정당한 이익이 있는 한, 동 제1항은 적용되지 않는다(동 국가조약 제5조 제6항).

4. 광고와 텔레쇼핑에서 청소년보호

광고는 아동과 청소년에게 육체적 정신적 손상을 입혀서는 안 된다. 뿐만 아니라 1. 아동과 청소년의 무경험과 輕信을 이용하는 아동과 청소년에 대한 직접적인 구매호소를 내포하고 있는 경우, 2. 아동과 청소년들이 직접 그들의 부모 혹은 제3자로 하여금 신청한 물품과 서비스(Dienstleistungen)를 구매하도록 결심시킬 것을 요구하는 경우, 3. 아동과 청소년들이 부모, 선생님과 다른 신뢰하는 사람에 대하여 갖는 특별한 신뢰를 이용하는 경우, 4. 정당한 이유 없이 아동과 청소년에게 위험스런 상황을 보여주는 광고는 허용되지 않는다(동 국가조약 제6조 제2항).

반포금지된 제공물에 대한 광고는 제공물 자체의 반포에 대해서도 적용된다는 조건하에서만 허용된다. 청소년유해매체의 목록(청소년보호법 제18조)은 광고의 목적으로 반포되거나 접근하게 해서는 안 된다. 광고의 경우 청소년보호법 제18조에 따라 제공물 혹은 내용이 동일한 기록미디어를 목록에 등록하기 위한 절차가 계류중이거나 혹은 계류된 적이 있다는 것을 암시해서는 안 된다(동 국가조약 제6조 제1항). 이것을 텔레미디어의 제공자가 위반한 경우 질서위반으로 취급한다(동 국가조약 제24조 제1항 5호, 6호 및 7호).

내용이 자기책임적이고, 사회적인 인격을 위한 아동과 청소년의 발달을 침해하기에 적합한 광고는 아동과 청소년을 상대로 한 제공물과는 구분되어야 한다(동 국가조약 제6조 제3항). 또한 아동과 청소년을 상대로 하거나 혹은 아동과 청소년을 배우로 투입한 광고는 아동과 청소년의 이익을 침해하거나 혹은 그들의 무경험을 이용해서도 안 된다(동 국가조약 제6조 제4항). 뿐만 아니라 알콜음료를 위한 광고는 아동과 청소년을 상대로 하거나, 표현의 방법을 통해서 아동과 청소년을 특별히 거론하거나 혹은 음주를 할 때 이것을 표현해서도 안 된다. 텔레미디어에서 담배를 위한 광고에도 마찬가지로 적용된다(동 국가조약 제6조 제5항).

위에서 언급한 제1항에서 제5항의 내용은 텔레쇼핑에도 상응하게 적용된다. 뿐만 아니라 텔레쇼핑은 아동과 청소년들을 상품 혹은 서비스(Dienstleistung)을 위한 구매계약 혹은 임대계약 또는 임대차계약을 체결하도록 가르쳐서도 안 된다(동 국가조약 제6조 제6항).

5. 청소년보호담당자제도

발달침해적이거나 혹은 청소년유해적인 내용을 내포하는, 일반적으로 접근할 수 있는 텔레미디어의 상업적 제공자 및 탐색기의 제공자는 청소년보호담당자를 임명하여야 한다(동 국가조약 제7조 제1항 2문). 청소년보호담당자를 임명하지 않은 경우 질서위반으로 취급된다(동 국가조약 제24조 제1항 8호). 다만 50명 이하의 구성원으로 이루어진 혹은 저장된 정보의 발견건수가 월평균 1천만 건 이하로 드러난 텔레미디어의 제공자는 그들이 자율통제기구에 가입하고, 이들로 하여금 청소년보호담당자의 책무를 수행하도록 의무를 부과하고, 동 제3항에 상응하게 참여하고 정보를 제공하는 경우 그 임명을 하지 않을 수 있다(동 국가조약 제7조 제2항).

청소년보호담당자는 이용자에게는 상담자이고, 청소년보호 문제에 있어서는 텔레미디어의 제공자를 조언한다. 텔레미디어의 제공자는 제공물을 제작, 구입, 계획 및 편성하는 문제에

있어서 그리고 청소년보호의 유지를 위한 모든 결정을 함에 있어서 청소년보호담당자를 적절히 그리고 적기에 참여시키고, 그때그때의 제공물에 관하여 충분히 정보를 제공하여야 한다(동 국가조약 제7조 제3항). 한편 청소년보호담당자는 책무를 이행하기 위하여 필요한 전문성을 갖추어야 한다. 그는 직무활동을 행함에 있어서 지시에 구속되지 않는다(동 국가조약 제7조 제4항 1문과 2문).

6. 텔레미디어제공자의 표시의무

녹화된 비디오카세트 및 다른 계속 전달하기에 적합한, 화상기에서 게임의 재생을 목적으로 혹은 게임을 목적으로 영화나 혹은 게임으로 프로그램화된, 청소년보호법 제12조에 따라 표시되거나 혹은 각각의 연령층에 대하여 허용되는 자료저장물(영상물)과 전부 혹은 본질적으로 동일한 내용으로 이루어진 텔레미디어의 제공자는 그들 제공물에서 기존의 표시를 명백하게 표시하여야 한다(동 국가조약 제12조). 동 제12조에 따라 요구된 표시를 하지 않고 제공물을 반포한 경우 질서위반이 된다(동 국가조약 제24조 제1항 13호).

7. 청소년미디어보호위원회

관할 주미디어청은 제공자에게 적용되는 청소년미디어보호국가조약 규정의 준수여부를 심사한다(동 국가조약 제14조 제1항 1문). 이와 관련하여 주에 배포되는 제공물에 대한 책무의 이행을 위하여 청소년미디어보호위원회(KJM)가 설립된다(동 국가조약 제14조 제2항 1문). 청소년미디어보호위원회는 12명의 전문가로 구성된다. 청소년미디어보호위원회의 구성원은 이 국가조약에 따라 그들의 책무를 이행할 때에 지시에 구속되지 않는다(동 국가조약 제16조 제6항).

청소년미디어보호위원회는 각각의 관할 주미디어청이 그들의 과제를 이행할 때에 기여한다. 관할 주미디어청의 신청이 있으면 청소년미디어보호위원회는 주에 배포되지 않는 제공물도 전문적 감정형식으로 취급할 수 있다(동 국가조약 제16조 제2항). 청소년미디어보호위원회는 이 국가조약에 따라 제공물에 대한 최종적인 판단권을 가진다.

청소년미디어보호위원회는 이 국가조약에 따라 승인받은 자율규제기구의 권한과는 상관없이 1. 이 국가조약의 규정에 관한 감시 2. 자율규제기구의 승인과 승인의 취소 및 철회 3. 암호화기술과 사전차단기술의 심사와 허가 4. 청소년보호프로그램의 승인과 승인의 취소 및 철회 5. 청소년유해매체 연방심사청에서의 배포금지신청에 대한 의견표명과 배포금지를 목적으로 연방심사청에 신청을 할 때 의견표명 6. 이 국가조약에 따른 질서위반의 결정 등의 권한을 가진다(동 국가조약 제16조).

청소년미디어보호위원회는 직권으로 활동한다. 주미디어청 혹은 상급주청소년관청의 신청이 있으면 청소년미디어보호위원회는 심사절차를 개시하여야 한다(동 국가조약 제17조 제1항 1문과 2문). 또한 청소년미디어보호위원회는 청소년유해매체를 위한 연방심사청과 공동작업하여야 하며, 규칙적인 정보교환을 촉진하여야 한다(동 국가조약 제17조 제2항). 뿐만 아니라 청소년미디어보호위원회는 주미디어청 협의회의 의장에게 그들의 활동에 관하여 계속적으로 보고하여야 한다(동 국가조약 제15조).

8. 텔레미디어에서 청소년보호를 위한 주의 관청

상급주청소년관청이 설립한 모든 주의 청소년보호를 위한 공동관청(Jugendschutz.net)은 조직상 청소년미디어보호위원회에 구속된다(동 국가조약 제18조 제1항 1문). 동 청소년보호

의 공동관청(Jugendschutz.net)은 책무에 있어서 청소년미디어보호위원회와 상급주청소년관청을 후원한다(동 국가조약 제18조 제2항).

상급주청소년관청이 설립한 모든 주의 청소년보호의 공동관청(Jugendschutz.net)은 텔레미디어의 제공물을 심사한다. 그 밖에 상급주청소년관청이 설립한 모든 주의 청소년보호의 공동관청(Jugendschutz.net)은 상담과 교육의 책무도 수행한다(동 국가조약 제18조 제3항). 동 국가조약의 규정을 확실히 위반한 경우 상급주청소년관청이 설립한 모든 주의 청소년보호의 공동관청(Jugendschutz.net)은 제공자에게 그것을 지적하고, 승인받은 자율통제기구와 청소년미디어보호위원회에 그것을 통보한다(동 국가조약 제18조 제4항).

9. 자율규제기구

방송과 텔레미디어를 위하여 자율규제기구를 조직할 수 있다(동 국가조약 제19조 제1항). 자율규제기구에 대한 승인은 관할 주미디어청이 청소년미디어보호위원회를 통하여 결정한다(동 국가조약 제19조 제4항1문). 승인받은 자율통제기구는 규정상 그들의 책무영역의 범위 내에서 그들과 관련된 제공자들을 상대로 이 국가조약의 규정 및 이것에 대하여 제정된 규칙과 지침의 준수여부를 심사한다(동 국가조약 제19조 제2항).

자율규제기구로 승인받기 위해서는 1. 그들 심사자의 독립성과 전문성이 보장되고, 동시에 청소년보호문제를 특별한 방법으로 취급하고 있는 사회단체의 대표자도 고려되는 경우, 2. 다수가 관련된 제공자들에 의해서도 정당한 자립자금이 확보된 경우 3. 결정실무를 함에 있어서 효과적인 아동 및 청소년보호를 보장하는데 적합한, 심사자가 결정하기 위한 기준이 존재하는 경우, 4. 심사의 범위, 사업자의 경우 제청의무, 및 가능한 제재를 규정하고 있고, 주 법상으로 규정된 청소년선도의 주체가 한 신청에 대해서도 결정에 대한 심사의 가능성을 규정한 절차규정이 존재하는 경우, 5. 해당 제공자가 결정하기 전에 진술하고, 그 결정이 문서로 설명되고, 당사자에게 통보하는 것이 보장되는 경우, 6. 소청기관이 설치된 경우 등의 요건이 충족되어야 한다(동 국가조약 제19조 제3항).

10. 텔레미디어제공자에 대한 감독

관할 주미디어청은 제공자가 이 국가조약의 규정을 위반한 것으로 확인한 경우 제공자에 대하여 필요한 조치를 취한다(동 국가조약 제20조 제1항). 관할 주미디어청에 의한 조치에 따르지 않은 경우 질서위반으로 취급된다(동 국가조약 제24조 제1항 14호). 텔레미디어의 제공자에 대하여 주미디어청은 청소년미디어보호위원회를 통해서 미디어서비스 국가조약 제22조 제2항에서 제4항에 상응하게 그때그때의 결정을 내린다(동 국가조약 제20조 제4항).

텔레미디어의 제공자가 동 국가조약상의 승인받은 자율규제기구에 속하거나 혹은 동 제공자가 규제기구의 규정에 예속된 경우라면, 청소년보호를 위반했다고 주장하였을 때 제4조 제1항에 대한 위반을 제외하고, 청소년미디어보호위원회는 우선적으로 이 규제기구로 하여금 주장된 위반건을 다루도록 하여야 한다. 제공자에 대한 제1항에 따른 청소년미디어보호위원회의 조치는 단지 승인받은 자율규제기구의 결정 혹은 결정의 중지가 판단여지의 법적 한계를 유월한 경우에만 허용된다(동 국가조약 제20조 제5항).

11. 텔레미디어제공자의 정보제공의무

텔레미디어의 제공자는 청소년미디어보호위원회에 대하여 제공물에 관한 정보와 청소년보호의 유지를 위하여 취해진 조치에 관한 정보를 제공할 의무가 있으며, 그들로부터 요구가

있으면 통제목적으로 제공물에 대하여 무상의 접근이 가능하도록 할 의무가 있다(동 국가조약 제21조 제1항). 또한 감독의 범위 내에서 제공물의 호출 혹은 이용, 위반에 대한 경고 혹은 통제는 무상으로 하여야 하며, 제공자들은 이것을 보장하여야 한다.

제공자가 자기의 제공물을 관할관청으로 하여금 인지 혹은 호출하지 못하도록 차단하거나, 또는 인지 혹은 호출을 어렵게 해서는 안 된다(동 국가조약 제21조 제2항). 텔레미디어의 제공자가 정보의무를 준수하지 않거나 혹은 관할관청의 호출에 반하여 제공물을 차단한 경우 질서위반이 된다(동 국가조약 제24조 제1항 15호 및 16호).

V. 미디어서비스 국가조약(MDStV)

1. 미디어서비스의 개념

미디어서비스 국가조약 제2조 제2항에 따르면 미디어서비스는 특히 1. 부동산, 권리와 의무를 포함하여 상품의 판매 혹은 서비스행위의 제공을 위하여 유상으로 공중에게 직접 제공되는 분배서비스(텔레쇼핑), 2. 음성을 동반하거나 또는 동반함이 없이 텍스트 혹은 영상의 형태로 측정결과와 정보가 전달되는 분배서비스, 3. 텔레비전텍스트, 라디오텍스트 그리고 비교가능한 텍스트서비스의 형태를 지닌 분배서비스, 4. 개인적 정보교환 혹은 순수한 자료의 전달을 목적으로 하는 서비스, 그 외에 텔레게임을 제외하고, 요구가 있을 경우에 텍스트, 음성, 영상표현물이 전자적 저장소에서 이용을 위해 전달되는 주문서비스를 말한다.

여기에서 미디어서비스 국가조약에서의 “분배서비스”는 자료의 전달 방법으로 개인의 요청이 없이 동시에 무제한의 이용자에게 제공되는 미디어서비스를 말한다(미디어서비스 국가조약 제3조 3호). 또한 미디어서비스 국가조약에서의 “주문서비스”는 자료의 전달 방법으로 개별적인 이용자의 요청이 있으면 제공되는 미디어서비스를 말한다(미디어서비스 국가조약 제3조 4호).

한편 미디어서비스 국가조약 제11조 제1항에 따르면 미디어서비스에는 특권이 부여되지 않고, 예컨대 일반형법과 같은 모든 일반 법률상의 금지는 인터넷에서도 유효하다는 것을 명백히 하고 있다.

제11조 (내용, 주의의무, 여론조사) ① 제공물에는 헌법질서가 적용된다. 일반법의 규정과 개인의 명예보호를 위한 법률규정은 준수되어야 한다.

2. 허용되지 않은 미디어서비스

미디어서비스 국가조약 제12조⁴⁸²⁾에 따르면 허용되지 않은 미디어서비스는 청소년미디어보호국가조약상 미디어서비스에 유효한 규정을 적용한다고 규정하고 있다.⁴⁸³⁾

482) 미디어서비스국가조약 제12조의 규정은 2002년 8월8일자 “방송과 텔레미디어에서 인간존엄성의 보호와 청소년보호에 관한 국가조약(청소년미디어보호국가조약 - JMStV)” 제25조 제4항 3호에 의하여 개정되었다.

483) 따라서 위 “IV.청소년미디어보호국가조약 2. 허용되지 않은 제공물” 부분의 내용을 참조.

제12조 (허용되지 않은 미디어서비스, 청소년보호) 미디어서비스에 유효한 청소년미디어보호국가조약의 규정을 적용한다.

3. 청소년보호를 위한 광고제한

담배광고의 금지는 텔레비전지침 제13조⁴⁸⁴⁾와 배치되게 미디어서비스-국가조약 제2조 제2항 1호⁴⁸⁵⁾의 의미에서의 텔레쇼핑에서도 규정되어 있지 않다.

경쟁법(UWG) 제1조, 제3조는 표현형태와 미디어에 상관없이 일반적으로 은밀하게 편집된 광고를 금지한다.⁴⁸⁶⁾ 은밀한 광고는 대단히 짧고 의식적으로는 감지할 수 없게 삽입하여 시청자로 하여금 무의식적으로 충동구매를 일으키게 작업한다.⁴⁸⁷⁾ 마찬가지로 미디어서비스 국가조약 제13조 제1항도 광고가 기타의 미디어서비스와 명백히 구분되어야 하며, 어떤 은밀한 기술이 투입되지 않을 것을 요구한다.⁴⁸⁸⁾

미디어서비스에관한국가조약 제13조 (광고, 스폰서제도) ① 광고는 광고라고 명백히 표시되어야 하고 제공물의 여타 내용과 명백히 분리되어야 한다. 광고에서는 어떠한 은밀한 기술도 사용되어서는 안 된다.

4. 감독관청의 폐쇄 및 금지명령권

미디어서비스 국가조약 제22조 제2항과 제3항은 동 국가조약의 규정을 위반할 경우 감독관청으로 하여금 그 위반을 제거하기 위하여 서비스제공자에 대하여 필요한 조치를 취하고, 제공물의 금지 및 폐쇄조치를 취할 수 있는 법적 근거를 규정하고 있다.

미디어서비스 국가조약 제22조 (감독) ① 연방과 주의 일반 정보보호법에 따라 감독관청들은 그들의 권한 범주 내에서 제16조에서 제20조에 따른 규정의 준수를 감독한다. 이 국가조약의 기타 규정의 준수는 주법에 따라 규정된 감독관청에 의하여 감독된다.

② 제1항에 따른 각각의 감독관청은 제10조 제3항, 제11조 제2항과 제3항, 제14조, 제16조에서부터 제20조의 규정을 제외하고 이 국가조약의 규정을 위반한 경우 서비스제공자에 대하여 그 위반을 제거하기 위하여 필요한 조치를 취한다. 감독관청은 특별한 제공물을 금지할 수 있으며, 그것의 폐쇄를 명령할 수 있다. 그러나 서비스제공자와 일반공중에게 제공물이 갖는 의미와 관계가 없는 조치가 취해진 경우 금지조치는 행해질 수 없다. 금지조치는 다른 방법으로는 그 목적에 도달될 수 없는 경우에만 취해질 수 있다. 제공물의 일정한 종류 및 부분적 혹은 시간적으로 제한함으로써 목적이 달성

484) 1989년 유럽공동체-텔레비전지침 제13조 : 담배 및 다른 담배제조품을 위한 모든 형태의 텔레비전광고와 텔레쇼핑은 금지된다.

485) 미디어서비스에관한국가조약 제2조 (적용범위) ② 제1항의 의미에서 미디어서비스는 특히

1. 부동산, 권리와 의무를 포함하여 상품의 판매 혹은 서비스의 제공을 위하여 유상으로 일반공중에게 직접 제공되는 형태의 분배서비스(텔레쇼핑).

486) Vgl. Baumbach, Adolf/Hefermehl, Wolfgang, *Wettbewerbsrecht*, 20. Aufl., 1998, Rn.27ff.; Sedelmeier, in: Löffler §10 Landespressgesetz, Rn.50ff. m.w.Nachw.

487) Vgl. Ring, Wolf-Dieter, *Medienrecht*, C-0.3 §Rundfunkstaatsvertrag, Rn.31ff.

488) Eichhorn, Bert, *Internet-Recht*, 2. Aufl. 2001, S.64.

될 수 있는 경우 금지조치는 그것으로 제한된다.

③ 제6조 제1항에 따른 책임자에 대한 조치가 수행될 수 없거나 혹은 성공을 확약할 수 없는 것으로 입증된다면, 제2항에 따른 제공물의 금지조치는 기술적으로 가능하고 기대할 수 있는 한 제7조에서 제9조에 따른 외부내용의 서비스제공자에 대해서도 취할 수 있다. 제6조 제2항 2문은 변경되지 않는다.

④ 제공물에 의해 제3자의 권리가 침해되고 제3자에게 이것에 대처할 수 있는 법적절차가 열려있다면, 제2항의 의미에서 감독관청의 명령은 공공복리를 이유로 요구되는 경우에만 발할 수 있다.

⑤ 본 장을 수행하기 위하여는 관련 서비스제공자가 거소, 주소 혹은 그것이 없는 경우 지속적인 체류를 하는 주의 감독관청이 관할권을 가진다. 그것에 따라서도 관할권이 드러나지 않는 경우 직무상 행위의 동기가 발생한 해당 구역의 감독관청이 권한을 갖는다.

⑥ 감독의 범위 내에서 제공물의 주문은 무료이다. 서비스제공자는 이것을 보장하여야 한다. 서비스 제공자는 관할 감독관청의 주문에 대하여 자기의 제공물을 차단해서는 안 된다.

미디어서비스 국가조약 제24조 (질서위반) ① 고의 또는 과실로 다음의 경우를 위반한 자는 질서 위반으로 취급된다.

9. 제22조 제2항 2문과 제3항에 따른 관할 감독관청의 명령에 위반하여 제공물을 폐쇄하지 않은 경우

10. 제22조 제6항 3문에 위반하여 관할 감독관청의 호출에 대하여 제공물을 차단한 경우

(1) 폐쇄 혹은 금지조치의 수범인

미디어서비스 국가조약 제22조 제2항에 따르면 감독관청은 이 국가조약을 위반할 경우 제공물을 금지시키거나 혹은 서비스제공자로 하여금 폐쇄하도록 의무를 부과할 수 있다. 여기에서 금지하는 제공물의 내용작성자와 이 제공물에 대한 직접적인 책임자(행위방해자)를 상대로 하는 반면, 폐쇄는 서비스제공자를 미디어서비스 국가조약 제9조의 의미에서 외부 제공물을 자기의 서비스에 수용한 상황방해자로 원용한다.

폐쇄 가능성의 규정은 서버의 주소가 알려지자마자 인터넷에서 서버의 운영자가 통상 확인될 수 있다는 실무적인 장점을 제시한다. 따라서 월드와이드웹(WWW)에서의 제공물에 대하여 FTP-서비스에서와 마찬가지로 제공물의 차단을 위하여 미디어서비스 국가조약 제9조를 원용할 수 있는 서비스제공자가 발견될 수 있다.

(2) 폐쇄와 금지의 실질적 조건

제제조치를 취하기 위한 실질적인 조건은 동 국가조약의 규정을 위반하는 것이다(제22조 제2항 1문). 서비스제공자는 미디어서비스 국가조약 제11조 제1항 2문에 따라 명백히 일반 법률을 준수할 의무가 있다. 그러나 그것으로부터 서비스제공자의 모든 법률위반이 폐쇄 혹은 금지로 처벌될 수 있다는 것을 도출할 수 있는 것은 아니다. 한편 미디어서비스 국가조약 제14조(반론권) 및 제16조부터 제21조(정보보호규정)에 대한 위반은 실질적으로는 “이 국가조약”의 규정이 문제가 되지 않기 때문에 폐쇄와 금지에 관한 규정에 구속되지 않는다. 제16조부터 제21조는 일반 정보보호관청에 의한 감독에 종속되지 않는다. 따라서 그것에 대한 위반은 정보보호법의 권한규정에 따라 다루어져야 한다.

(3) 외부 제공물의 폐쇄

제22조 제3항은 외부 시스템으로 저장된 제3자의 제공물도 제3자에 대한 폐쇄명령이 효

파가 없거나 혹은 관철될 수 없는 경우에는 폐쇄될 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 諸 주는 정보서비스와 통신서비스에서의 제공물을 제22조 제3항의 법적 근거에 의하여 폐쇄하려고 한다.

그러나 폐쇄를 함으로써 같은 서버에 있는 법적으로 문제가 없는 수많은 사이트들이 동시에 폐쇄되는 결과를 가져온다. 따라서 이용자와 제공자의 통신의 자유에 대하여 정당한 목적을 벗어나는 심각한 침해가 발생한다. 따라서 인터넷에서 제공물의 폐쇄는 많은 문제를 제기한다. 문제가 된 제공물과 관련하여 이용이 극히 적은 경우에 폐쇄는 지나치게 제3자의, 특히 폐쇄된 서버에 불가피하게 공동으로 관련된 다른 제공자와 무해한 제공물에 관심이 있는 이용자의 기본권을 침해할 수 있다.

(4) 외부 제공물의 폐쇄 조건

폐쇄명령은 제공한 자에 대한 직접적인 조치가 효력이 없거나 혹은 관철될 수 없는 것을 조건으로 한다. 무엇보다 외국에서의 제공물인 경우 이것이 고려된다.

또한 제22조 제3항이 요구하는 것처럼 폐쇄가 통신비밀에 대한 간섭 없이 가능한지 여부에 대하여 해명되어야 한다. 통신비밀은 의사소통을 하였는지 혹은 누구와 의사소통을 하였는지의 사실도 포괄한다. 인터넷에서의 폐쇄는 상대적으로 쉽게 우회될 수 있기 때문에 폐쇄는 기술적으로는 가능하나, 통상적으로 관련 서비스제공자에게는 기대할 수 없다. 왜냐하면 그들의 당시 기록에 따르면 제3 제공자의 필수적인 동시관련성 때문에 그들의 이용자의 기본권에 대하여 정당하지 않고 비례성이 없는 침해가 발생하기 때문이다.

이 규정이 신문편집식의 제공물에 대하여 적용될 경우 기본법 제5조 제1항 3문의 사전검열금지원칙을 침해할 위험이 있다. 따라서 폐쇄는 이미 공표된 제공물에 대해서만 그리고 신문편집식의 제공물에 대해서는 경우에 따라서는 대단히 신중하게 명령이 내려져야 할 것이다.

제3절 프랑스에서의 청소년유해정보의 규제와 표현의 자유

I. 개관

프랑스에서의 청소년에 대한 유해매체물에 대한 규제는 독립행정위원회인 시청각고등평의회에 의한 활동도 있고 성범죄예방 및 처벌과 미성년보호에 관한 1998년 6월 17일의 법률에 의한 행정적 규제도 있다.

II. 視聽覺高等評議會에 의한 규제

1. 시청각고등평의회의 임무

1986년 9월 30일의 커뮤니케이션법은 시청각매체에 대한 규제기관으로 視聽覺高等評議會(Conseil supérieur de l'audiovisuel, 줄여서 'C.S.A.'라고 함)를 두고 “아동의 보호와 인간성과 인간존엄의 존중을 위해 감독하는 것을 이 평의회의 임무로 하고 있는데(동법 제15조 제1항) 이 평의회는 각종 권고 등을 통하여 이러한 임무를 수행하고 있는바 이 임무수행에서 미성년보호를 위한 행정적 작용이 이루어진다고 볼 것이다.

2. 시청각고등평의회의 감시, 금지, 중단 등의 조치

1986년 9월 30일의 시청각커뮤니케이션법 제15조 제2항은 시청각고등평의회가 미성년의 육체적, 정신적, 도덕적 성숙화를 해칠 가능성이 있는 프로그램들이, 그 방송시간의 선택이나 적절한 기술적 모든 수단들에 의해 미성년들이 통상 그 프로그램을 보거나 들을 가능성이 없을 것이 확실한 경우 외에는, 라디오나 텔레비전의 서비스로 公衆에 개방·제공되는 것을 감시한다고 하여 미성년보호의무를 시청각고등평의회의 임무중의 하나로 부여하고 있다.

동법 제15조 제3항은 미성년의 육체적, 정신적, 도덕적 성숙화를 해칠 가능성이 있는 프로그램들이 라디오나 텔레비전의 서비스로 公衆에 개방 제공되는 경우에는 시청각고등평의회는 그 프로그램들이 공중에 대한 경고를 먼저 내보내도록 감시하고 그 프로그램이 방송되는 시간 내내 계속해서 시각적인 부호(기호)가 표시되어 있도록 함으로써 그 프로그램들이 판별되도록 감시할 임무를 부과하고 있다. 이처럼 미성년의 육체적, 정신적 도덕적 성숙화에 해를 미칠 가능성이 있는 프로그램에 대해서는 방송을 허용하면서도 표시의무를 이행하는 것을 조건부로 하고 있다. 그러나 그 심각성이 중대한 프로그램의 경우에는 방송이 금지되고 있다. 즉 동법 제4항은 시청각고등평의회는 미성년의 육체적, 정신적, 도덕적 성숙화를 심히(gravement) 해칠 가능성이 있는 프로그램들은 어떤 것이라도 라디오나 텔레비전의 서비스로 公衆에 개방 제공되지 않도록 감시한다고 규정하고 있다.

유럽공동체의 다른 회원국 또는 유럽경제권역(L'Espace économique européen)의 당사국의 관할에 속하는 서비스의 경영자들은 지상파통신이 아닌 다른 통신수단에 의해 텔레비전 방송 서비스를 공중에 제공하기 전에 명령으로 정해진 절차에 따라 시청각고등평의회에 사전신고를 하여야 하는데(1986년 시청각커뮤니케이션법 제43-6조 제1항) 이렇게 신고되어 방송을 하는 방송서비스업자가 미성년의 육체적, 정신적 또는 도덕적 성숙화에 명백히, 중대하게, 심히 해를 가져올 수 있는 방송 또는 인종, 성별, 종교 또는 국적을 이유로 증오를 조장하는 내용을 담고 있는 방송을 12개월동안 2번 이상 송출한 경우에 시청각고등평의회는 법규명령에 의해 정해진 절차에 따라 이 방송서비스의 중계를 잠정적으로 중단할 수 있다고 규정하고 있다(동법 동조 제2항).

Ⅲ. ‘성범죄예방 및 처벌과 미성년보호에 관한 법률’에 의한 규제

또다른 행정적 규제로는 성범죄예방 및 처벌과 미성년보호에 관한 1998년 6월 17일의 법률(Loi n°98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs)이 행하는 미성년유해매체물에 대한 행정적 규제가 있다.

1. 규제대상

(1) 규제대상에 대한 定義

성범죄예방 및 처벌과 미성년보호에 관한 법률 제32조 제1항은 電磁氣에 의하거나 또는 시각적으로 읽게 제공하는 디지털의 방법에 의하거나 또는 반도체에 의존하여 새겨진 비디오카세트, 비디오디스크, 전자게임 등과 같은 일체의 기록물(매체물)이 公衆이 이용하게 개방되는 것은 동 법률의 규제를 받는다고 규정하여 그 규제의 대상인 기록물(매체물)들에 대

해 정의를 하고 있다. 즉 위와 같은 기록물(매체물)이 공중에 이용되고 있는 상태에서 그 기록물(매체물)이 그 포르노적인 성격을 지니거나 범죄, 폭력, 차별 또는 인종적 혐오, 마약의 사용, 소지, 거래를 부추기는 것에 이르게 하는 것이어서 미성년에 위해를 가져오는 경우에 이러한 기록물(매체물)에 대한 행정적 규제를 취하도록 하고 있다.

동법 동조 제2항은 그러나 이러한 규정이 동법 제34조에 규정된 영상물이 아닌 영상물로서 映畫産業法典(code de l'industrie cinématographique) 제19조에 규정된 심사필증(visa)이 주어진 영화물의 전체를 재생(복제)하는 기록물(매체물)에는 적용되지 않는다고 규정하고 있다.

(2) 행정입법에 의한 구체화

필요한 경우에는 최고행정법원에서의 명령(décret en Conseil d'Etat)이 이러한 금지의 대상이 되는 기록물(매체물)의 유형범주들을 구체화하도록 하고 있다(동법 동조 제6항).

2. 규제방법

규제방법으로는 유해매체물의 제시, 교부, 판매 등의 금지 뿐아니라 광고의 금지도 이루어지고 있다.

(1) 제시, 교부, 임대, 판매 등의 금지

성범죄예방 및 처벌과 미성년보호에 관한 법률 제32조 제3항 제1호는 위와 같은 규제대상인 기록물(매체물)이 그 포르노적인 성격 때문에 또는 범죄, 폭력, 차별 또는 인종적 혐오, 마약의 사용, 소지, 거래를 부추기는 것에 이르게 하는 성격의 것이어서 미성년에 위해를 주는 것인 경우에는 행정청은 위원회의 의견을 들은 뒤 이유를 적시(附記)하는 고시(arrêté motivé)에 의해 그 기록물(매체물)을 미성년에게 제시하거나, 교부하거나, 임대 또는 판매하는 것을 금지할 수 있다고 규정하고 있다. 성범죄예방 및 처벌과 미성년보호에 관한 법률에 관한 시행규정을 담고 있는 명령(이하 '성범죄예방법시행령'이라 함)⁴⁸⁹⁾ 제1조에 따라 이러한 금지조치는 내무부장관(ministre de l'interieur)의 권한으로 되어 있다.

이러한 고시는 관보에 게재된다(동법 동조 제5항).

(2) 광고의 금지

성범죄예방 및 처벌과 미성년보호에 관한 법률 제32조 제3항 제2호는 미성년에 대한 위해를 나타내는 이러한 기록물(매체물)에 대한 광고를 금지하는 조치도 마련해 두고 있다. 즉 행정청은 위원회의 의견을 들은 뒤 이유를 제시하는 고시(arrêté motivé)에 의해 어떤 방법에 의하든 위에서 본 이러한 기록물(매체물)들을 위하여 광고를 하는 것을 금지할 수 있다고 규정하고 있다. 다만, 미성년의 접근이 금지된 장소에서의 광고는 여전히 가능하도록 허용하고 있다.

이러한 고시는 관보에 게재된다(동법 동조 제5항).

(3) 병과

489) Décret n°99-771 du 7 septembre 1999 portant application du chapitre III du titre II de la loi n°98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs.

미성년에 대한 위험성의 정도에 따라 행정청은 위에서 본 제시, 교부, 판매 등의 금지조치 또는 이러한 제시, 교부, 판매 등의 금지조치와 광고금지 두 가지 금지조치를 아울러 취할 수 있다(동법 동조 제4항).

위에서 광고의 규제는 그 범위가 넓게 이루어질 수 있다. 인터넷상에 미성년의 정신에 유해한 각종 CD-ROM 또는 비디오게임물 등의 광고가 흔히 나타나고 있는바 이에 대한 규제가 폭넓게 이루어질 수 있다.⁴⁹⁰⁾

(4) 포르노적인 영화, 폭력조장 영화를 재생하는 매체물에 대한 규제

1) 필요적 금지

성범죄예방 및 처벌과 미성년보호에 관한 법률은 또한 포르노적인 영화 또는 폭력을 부추기는 영화를 재생하는 매체물에 대해서는 필요적 금지제도를 두고 있다. 즉 동법 제34조 제1항은 1976년 재정법(loi de finance) 제11조 제12조가 적용되는 영화물⁴⁹¹⁾을 재생하는 동법 제32조 제1항의 기록물(매체물), 즉 비디오카세트, 비디오디스크, 전자게임물 등은 미성년에 대한 제시, 교부, 임대 또는 판매가 당연히(de plein droit) 금지된다고 규정하고 있다.

2) 광고금지조치

포르노적인 영화 또는 폭력을 부추기는 영화를 재생하는 매체물에 대해서는 위에서 본 제시, 교부, 임대, 판매 등의 필요적 금지 뿐아니라 행정청이 위원회의 의견을 들은 뒤 위에서 본 바와 같은 광고금지의 조치를 취할 수 있다(동법 제34조 제2항).

3) 해제요구

위에서 본 필요적 금지의 대상이 된 영화물의 재생 매체물의 제작자나 프랑스에서의 배포를 하는 수입자 또는 배급자는 그 금지의 해제를 요구할 수 있다. 이 요구에 대하여 행정청은 위원회의 의견을 들은 뒤 결정한다.

(5) 표시의무

성범죄예방 및 처벌과 미성년보호에 관한 법률은 이러한 금지조치들을 표시할 의무를 부과하고 있다. 즉 위에서 본 제시, 교부, 임대, 판매 등의 금지와 광고금지의 조치가 이루어진 사실이, 간행·배포되는 매체물건의 포장 단위마다에 분명히 드러나도록 그 금지의 문언을 언급하여 표시하여야 할 의무를 부과하고 있다(동법 제35조 제1항). ‘성범죄예방법시행령’ 제7조 제1항은 그 표시의 문구를, 즉 "미성년사용금지" 또는 "미성년사용금지 및 광고금지"라고 규정하고 있고 그 문구를 내무부장관의 고시의 일자와 더불어 표시되어야 하고 그 문구는 읽을 수 있고, 볼 수 있도록 또 변질되지 않게 표시되어야 한다고 규정하고 있다. 이러한 표시의무는 위에서 본 유해매체물의 제시, 교부, 임대, 판매 등과 광고의 금지의 경우

490) F.-J. Pansier et E. Jez, 앞의 책, p.85 참조.

491) 1976년 재정법 제12조는 포르노적 성격의 영화 또는 폭력을 부추기는 영화의 상영에 대해서는 영화와 상영관에게 영화산업보조 명목으로 자동지급되는 재정보조에 계상하는 것을 중단한다는 등의 규정이다. 즉 1976년 재정법 제11조 제12조가 적용되는 영화물이란 포르노적 성격의 영화 또는 폭력을 조장하는 영화물을 의미한다.

에는 그 금지조치가 공표된 때로부터 15일 이내에, 포르노적인 영화 또는 폭력을 부추기는 영화를 재생하는 매체물에 대해서는 그러한 영화라는 문화부장관의 고시가 공표된 때로부터 15일 내에 이행하도록 그 이행기간이 규정되어 있다(동 시행령 제7조 제2항). 이는 유해매체물이 상당기간 유통된 뒤에 표시를 하는 것은 그 금지의 실효성이 없기 때문이라고 볼 것이다. 이러한 표시의무를 위반한 경우에는 처벌하도록 규정하여(동 시행령 제8조) 그 실효성을 담보하려고 하고 있다.

필요적 금지대상의 매체물, 즉 포르노적, 폭력조장적인 영화물을 재생하는 매체물에 대하여는 그 당연히 금지된다는 문언의 언급이 그 매체물의 유형이 무엇이든 간에(즉 비디오테이프이든 CD이든 간에) 그 포장 뿐만 아니라 그 매체물 자체에도 삽입되어야 한다(동법 제35조 제2항). 이는 포장에만 금지표시를 할 의무가 부과될 뿐인 경우에는 포장이 제거 또는 포장이 없는 채 유통되어 금지표시 없이 청소년에게 전달될 수도 있을 가능성을 차단하기 위한 것이라고 하겠다. 또한 포르노적인 성격의 유해매체물에 대해서는 위 표시에다 마찬가지로 형법 제227-22조(미성년에 대한 비행교사죄)의 규정을 상기시키는 문언을 삽입하여야 한다(동법 동조 동항).

이러한 표시제도의 시행을 위한 구체적 방법, 특히 그 의무조치가 이루어져야 할 기간과 이러한 표시의무의 불이행의 경우 가해지는 제재에 대해서는 최고행정법원에서의 명령으로 정하도록 하고 있다(동법 동조 제3항).

3. 규제위원회

위에서 언급한 대로 유해 매체물에 대한 위와 같은 금지조치를 함에 있어서 의견을 제시하기 위한 위원회가 구성되어 있다(성범죄예방 및 처벌과 미성년보호에 관한 1998년 법률 제33조 제1항). 이 위원회는 ‘성범죄예방법시행령’ 제1조에 따라 내무부장관 소속의 위원회로 설치되어 있다.

(1) 조직

1) 구성

이 위원회는 최고행정법원(Conseil d'Etat)과 대법원(Cour de cassation)의 판사들 중에서 선임되는 위원장과 행정청의 대표(대리)들과 관련분야의 전문가들 및 청소년의 보호업무를 담당하는 사람들의 대표들로 구성된다. 이 위원회의 구성과 직무방식에 대해서는 최고행정법원에서의 명령(décret en Conseil d'Etat)으로 정하도록 하고 있다(동법 동조 제2항).

그 명령인 ‘성범죄예방법시행령’ 제1조는 행정청의 대표로 한 명의 법무부장관의 대리, 한 명의 교육부장관의 대리, 한 명의 내무부장관의 대리, 한 명의 문화부장관의 대리, 정보통신부장관의 대리, 관련분야의 전문가들의 대표들로는 관련분야의 직업협회 등의 기구들의 자문을 구하여 정보통신부장관의 제청으로 지명되는 2명의 제작자, 간행자들의 대표들, 청소년보호업무담당자 대표들로 법무부장관의 제청으로 지명되는 3명의 청소년보호업무자들 대표로 위 위원회가 구성되도록 규정하고 있다.

2) 위원장과 위원

‘성범죄예방법시행령’ 제2조 제1항은 위원장은 최고행정법과 대법원의 구성원들중에서 선임되는데 최고행정법원 부원장, 대법원장 각각의 제청으로 수상의 고시에 의해 지명한다고

규정하고 있다.

동 시행령 제2조 제2항은 다른 위원들은 내무부장관의 고시로 임명되는 것으로 규정하고 있다.,

위원 중에 궐원이 생긴 경우에는 마찬가지로 방법으로 임명이 되고 그 임기는 잔여임기로 한다(동 시행령 제2조 제4항)

3) 임기

‘성범죄예방법시행령’ 제2조 제3항은 위원장과 위원의 임기는 3년이고 연임이 가능하다고 규정하고 있다.

(2) 운영

위원회는 위원장의 소집으로 집회되거나 장관들의 대리인들중의 한 사람 또는 위원들 3분의 1이상의 요구가 있으면 당연히 집회되고 위원장이 의제를 정한다(동 시행령 제3조 제1항). 회의는 과반수의 출석으로 열리며 다수결로 결정되고 가부동수인 경우에 의장이 결정권을 가진다(동 시행령 동조 제3항). 어느 위원이 그가 직접, 간접적으로 이해관계를 가지는 기업에 의해 공중에 제공하는 기록물(매체물)에 대해 위원회가 의견을 심의할 때 그 위원은 그 심의에 참여할 수 없다(동시행령 동조 제4항). 위원회는 내부규칙을 제정한다(동시행령 동조 제5항).

위원들과 보고자들은 심의에 관하여 그리고 그들의 직무수행중 지득하게 된 정보에 대한 守秘義務을 진다(동시행령 제4조).

(3) 권한

위원회는 위에서 본 1998년 6월 17일 법률 제32조와 제34조 제2항, 제3항에 따라 내무부장관이 취하려는 조치들, 즉 유해매체물의 제시, 교부, 판매 등의 금지, 광고의 금지, 그리고 포르노적인 영화물을 재생한 매체물의 광고금지 등의 조치와 이러한 영화물의 재생 매체물의 제작자 등의 금지해제요구에 대해 하려는 결정에 대해 심의요구를 받고 이에 대해 의견을 제시하는데 위원회는 한달 내에 의견을 제시하여야 한다(동 시행령 제5조 제1항, 제2항).

위원회는 이처럼 내무부장관의 요구에 따라 의견제시를 할 권한 뿐아니라 이러한 요구가 없더라도 위원회가 그 금지조치가 정당하다고 스스로 판단하는 매체물들에 대해 내무부장관에게 알리는 권한도 가진다(동 시행령 동조 제3항).

위원회는 매년 그의 활동에 관한 보고서를 작성하여 내무부장관에게 제출한다(동 시행령 동조 제4항).

4. 처벌 및 몰수에 관한 규정

성범죄예방 및 처벌과 미성년보호에 관한 법률은 위에서 본 규제들의 실효성을 뒷받침하기 위하여 처벌규정을 두고 있다. 즉 위의 금지조치들에 위반되는 행위 그 자체에 대하여 처벌하는 규정을 두고 있고(동법 제36조), 나아가 제목, 매체물, 소개나 광고의 수단을 변경함으로써, 또는 다른 모든 방법으로 위 금지조치에 관한 규정들(동법 제32조, 제34조)의 적용을 회피하거나 회피하려는 시도를 한 행위에 대해서도 처벌하는 규정을 두고 있다(동법 제37조).

위에서 언급한 법 제36조, 제37조의 위반행위, 즉 금지조치에 위반한 행위와 법적용 회피 행위를 하여 유죄로 인정된 자연인은 부가형을 받게 된다. 즉 그 위법행위를 하는 데 소용된 또는 그 위법행위를 하는데 사용하려고 했던 물건 또는 그 위법행위의 산물인 물건을 몰수하는 제재를 보충적으로 받게 된다(동법 제38조)

5. 법인에 대한 처벌

성범죄예방 및 처벌과 미성년보호에 관한 법률은 법인이 위에서 언급한 법 제36조, 제37조의 위반행위, 즉 금지조치에 위반한 행위와 법적용 회피행위를 한 경우에 형사처벌을 할 수 있도록 규정하고 있다(동법 제39조).

IV. 필터링 등에 관한 법제 - 인터넷접속서비스업자의 접속제한에 관한 의무

시청각커뮤니케이션의 자유에 관한 1986년 9월 30일의 법률(la loi n°86-1067 relative à la liberté de communication)을 개정하는 2000년 8월 1일 법률(n°2000-719)이私信이 아닌 정보커뮤니케이션 서비스에 관한 의무규정들을 신설하였다. 그러한 의무들 중의 하나로서 인터넷접속서비스업자에 대한 접속제한에 관한 의무를 두고 있다. 즉 위 1986년 법률에 신설된 제43-7조는 私的 通信이 아닌 중앙정보처리와 연결해주는 서비스(des services en ligne)에 접속할 수 있게 하는 것을 그 활동업무로 하는 자연인 또는 법인, 즉 인터넷접속서비스업자는 특정한 서비스에의 접속을 제한하게 하거나 또는 그 서비스를 선택할 수 있도록 하는 기술적 방법을 이용자들에게 알릴 의무가 있고 다른 한편으로는 그러한 방법들 중에 적어도 하나의 방법을 제시하여야 할 의무를 진다고 규정하고 있다. 이 규정은 프랑스 법에 반하는 불법정보들을 담고 있는 사이트, 특히 외국의 사이트들에 대하여 인터넷사용자들을 스스로 보호하게 하는 제도적 장치로서의 기능을 수행한다고 본다.⁴⁹²⁾

이 규정에 따라 활용되는 차단방식은 주로 인터넷사용자가 차단하고자 원하는 내용의 유형을 인터넷사용자가 선택할 수 있게 하는 필터링 소프트웨어를 들 수 있다. 이 필터링 소프트웨어는 사용상 불편함이 없지 않다고 본다. 키워드에 해당되면 전부 차단된다는 한계가 있다. 즉 예로탁하거나 또는 포르노적인 표현물을 차단하기를 선택할 경우에 마찬가지로 이 프로그램은 의학적 또는 피임에 관한 사이트에의 접속도 거부하게 한다. 마찬가지로 지나친 노출이 된 영상을 다운로드 받을 수 없도록 차단하는 프로그램은 문화나 박물관에 관한 사이트에서 우리가 발견할 수 있는 조각작품의 색인들에 대해서도 차단을 한다.⁴⁹³⁾

또한 IP주소에 의한 제한도 또다른 방식의 차단방식도 있다.

그러나 이러한 방식들은 완전한 방식은 결코 아니고 불법통신물에 대한 접속을 원하는 인터넷사용자들을 막을 수 없다. 1986년 법 제43-7조도 접속제한을 위한 기술적 방법들 중에 적어도 하나의 방법만을 제시하도록 하고 있을 뿐이다.

미성년의 조희가 금지 또는 허용되는 사이트인지를 그 내용에 부착하여 표시하는 제도(라벨링)도 있다. 현재로서는 미성년 접속가능여부에 대한 선별은 필터링을 담당하는 서비스업자에 의해 직접적으로 이루어진다. 유럽이사회는 단일적인 규제화를 이루려고 고심하는 가운데 라벨링의 방식의 규격화의 실시를 제안한 바 있다. 그러나 라벨링도 인터넷사용자에 의해 쉽게 피해갈 수 있는 등 이의 효용성에 대해서도 논란이(pendante) 없지 않다.

492) C. Féral-Schuhl, 앞의 책, p.155 참조.

493) C. Féral-Schuhl, 위의 책, p.115 註 1. 참조.

제4절 우리 나라에서의 청소년유해정보의 규제와 표현의 자유

I. 청소년보호를 위한 표현물 규제시스템의 헌법적 의미

1. 청소년보호의 헌법적 의미

성인과 마찬가지로 사회구성원이지만 또한 성인과는 달리 보호대상으로서 인식되고 있는 ‘청소년’은 법률상 19세미만의 자(청소년보호법 제2조 제1호)를 말한다.⁴⁹⁴⁾ 이러한 청소년은 ‘국민’의 구성원으로서 기본권의 주체가 됨은 물론이지만⁴⁹⁵⁾, 또한 일반적으로 신체적·정신적으로 미성숙한 청소년을 유해매체물이나 유해환경으로부터 보호하려는 입법목적의 정당성을 부정할 수는 없을 것이다. 왜냐하면 청소년은 신체적·정신적으로 미성숙하고, 사물에 대한 변별력이나 의지력이 미약하며, 행동을 위한 자유로운 선택에 있어서 그 판단력이 성인의 경우보다 뒤떨어지기 때문이다.⁴⁹⁶⁾ 따라서 사회의 후속세대로서의 청소년의 보호는 국가 및 사회에 있어서는 그 연속성을 유지하기 위해 최대의 당면과제가 되지 않을 수 없는 것이고⁴⁹⁷⁾, 그 결과 이러한 목적을 달성하기 위하여 일정한 영역에 있어서는 어느 정도 국

494) 청소년보호법상의 ‘청소년’개념은 예전에는 18세 미만의 자를 의미하였다. 하지만 1999년 2월 5일의 개정법률(법률 제5817호, 1999. 7. 1.부터 시행)을 통해서 19세로 상향조정되었다. 이러한 상향조정의 배경에는 현실적으로 우리나라의 교육체계상 만 18세가 고등학교 3학년에 해당한다는 점이 깔려 있다. 반면에 청소년기본법에서는 ‘청소년’이 9세 이상 24세 이하의 자로 정의되어 있다. 한편 청소년과 유사한 개념으로 미성년자(만 20세미만의 자: 민법 제4조), 아동(만 18세 미만의 자: 아동복지법 제2조 제1호), 연소자(18세 미만의 자: 공연법 제2조 제6호, 음반·비디오물및게임물에관한법률 제8조 제3호), 영유아(6세 미만의 취학전 아동: 영유아보육법 제2조 제1호)가 있으며, 헌법상에는 연소자(헌법 제32조 제5항)라는 개념과 청소년(헌법 제34조 제4항)이라는 개념이 사용되고 있다. 이와 같이 다양한 용어로 표현되는 일정한 계층의 사람들 특히 ‘연령’을 기준으로 한 일정한 계층의 사람들을 의미하는 청소년, 미성년자, 아동, 연소자, 영유아라는 개념들은 신체적·정신적 미성숙성을 공통된 이유로 사회나 국가에 의해 특별한 보호를 받거나 받아야 하는 사람들의 집단을 의미하는 것으로 파악할 수 있다.

495) 예컨대 체육시설의설치·이용에관한법률시행규칙 제5조에 대한 헌법소원사건에서 헌법재판소는, 당구를 통하여 자신의 소질과 취미를 살리고자 하는 18세 미만의 소년에 대해서 당구장의 출입을 금하는 것은 헌법상 보장된 행복추구권의 한 내용인 일반적인 행동자유권의 침해가 될 수 있음을 지적하였다(헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365, 383-384). 반면 풍속영업의규제에관한법률 제3조 제5호 등 위헌확인사건에서는 18세 미만자에 대하여 노래연습장의 출입을 금지하는 관련 법령조항들이 18세 미만의 청소년들의 행복추구권을 침해한 것이라 볼 수 없다고 판시하였다(헌재 1996. 2. 29. 94헌마13, 판례집8-1, 126, 145).

496) 우리 헌법재판소도 청소년의 ‘신체적·정신적 미성숙성’ 등이 청소년 및 성인의 기본권을 제한하는 입법목적의 정당성을 인정하는 주된 근거임을 지적해 왔다. 예컨대 헌재 1995. 4. 20. 92헌마264 등, 판례집 7-1, 564, 574-575(부천시담배자동판매기설치금지조례 제4조 등 위헌확인, 강남구담배자동판매기설치금지조례 제4조 등 위헌확인사건); 헌재 1996. 2. 29. 94헌마13, 판례집8-1, 126, 139-140(풍속영업의규제에관한법률 제3조 제5호 등 위헌확인사건); 헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147, 164-165(풍속영업의규제에관한법률 제2조 제6호 등 위헌확인사건); 1997. 3. 27. 94헌마196 등, 판례집 9-1, 375, 387-388(학교보건법 제6조 제1항 제13호 위헌확인사건); 1999. 9. 16. 96헌마39, 판례집 11-2, 343, 351(식품위생법시행규칙 제42조 [별표 13] 제5. 라. 마. 위헌확인사건); 2001. 1. 18. 99헌마555(청소년보호법 제2조 등 위헌확인) 참조.

497) 청소년보호라는 명제는 국가가 추구하고 달성하려고 하는 중요한 공익으로서 헌법에 의해 정당화된다. 우선 우리나라의 헌법에서 발견되는 청소년에 관한 조항으로는, 연소자의 근로에 대한 특별한 보호를 규정하고 있는 제32조 제5항, 국가에 대해서 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할

가의 개입이 필요하다.

그런데 청소년과 관련된 영역에 있어서 국가가 후견주의적 관점에서 개입을 하는 경우는 두 가지를 상정할 수 있다.

첫째, 청소년을 ‘육성의 대상’으로 파악하여, 청소년을 복지적 차원에서 보호·지원하는 경우이다. 대표적인 입법이 바로 영유아보육법, 아동복지법, 청소년기본법 등이라고 할 수 있다.

둘째, 청소년을 ‘보호의 대상’으로 파악하여, 청소년을 유해매체물이나 기타 유해환경, 성적 학대 내지 성적 착취로부터 보호하는 경우이다. 대표적인 입법이 바로 청소년보호법⁴⁹⁸⁾과 청소년의성보호에관한법률이라고 할 수 있다.

그런데 특히 오늘날에 있어서는 청소년을 ‘육성의 대상’으로 파악하여 국가가 후견주의적 관점에서 개입하는 경우보다는, 청소년을 ‘보호의 대상’으로 파악하여 국가가 후견주의적 관점에서 개입하는 경우가 많이 문제되고 있다. 그 이유는 청소년을 보호의 대상으로 파악하는 경우에는 일정한 규제가 동반될 수밖에 없고, 결국 청소년 및 성인의 자유와 권리에 대한 제한이 반드시 수반되기 때문이다.

아무튼 청소년을 ‘보호의 대상’으로 파악하여, 국가가 청소년의 자유와 권리를 성인의 경우보다 더 제한하거나 아니면 청소년보호를 이유로 성인의 자유와 권리를 제한하는 대표적인 제도로써 오늘날 논란이 많이 되고 있는 것들이 바로 청소년보호법상의 ‘청소년유해매체물제도’와 청소년의성보호에관한법률상의 ‘청소년성보호제도’라고 할 수 있다.

특히 1997년에 입법화된 청소년보호법은 현재 청소년유해환경으로부터의 청소년보호를 위한 가장 포괄적이고 대표적인 법률인데, 청소년보호법이 상정하고 있는 청소년유해환경은 ① 청소년유해매체물, ② 청소년유해업소, ③ 청소년유해약물 등 크게 세 가지로 나뉜다. 이 중에서 특히 ‘청소년유해매체물’제도는 청소년보호를 위한 표현물 규제시스템의 핵심으로서 기능한다고 할 수 있다.

2. 청소년보호를 위한 표현물 규제시스템의 기본요소

(1) 청소년보호를 위한 표현물 규제시스템과 표현의 자유

헌법적 관점에서 보면, 청소년보호를 위한 표현물 규제시스템과 관련하여 가장 핵심이 되는 기본권은 바로 표현의 자유라고 할 수 있다. 따라서 청소년보호를 위한 표현물 규제시스템의 정당성심사에 있어서 표현의 자유와 관련하여 검토되어야 할 영역은 다음과 같이 세 가지가 제시될 수 있다.

의무를 부과하고 있는 제34조 제4항을 들 수 있다. 그리고 표현물의 규제에 있어서 그 근거가 되고 있는 청소년보호라는 공익은 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 기본권제한사유로서 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리에 포함될 수 있다고 해석되는 것이 일반적인 관념이다. 그리고 청소년보호라는 공익은 어느 나라를 막론하고 인정되어 있음을 볼 수 있다. 예컨대 독일의 경우에는 독일기본법 제5조 제2항은 ‘청소년보호(Schutz der Jugend)’를 표현의 자유에 대한 제한사유로서 명시적으로 규정하고 있고, 미국의 경우에도 헌법상에 명문의 규정은 없지만 연방대법원은 청소년보호를 정부가 추구해야 하는 ‘필요불가결한 이익(compelling interest)’으로 인정하고 있다.

498) 청소년보호법은 청소년유해환경으로부터의 청소년보호를 위한 가장 포괄적이고 대표적인 법률이라고 할 것이다. 특히 청소년보호법은 청소년유해환경의 규제에 관한 ‘형사처벌’에 있어서는 다른 법률에 우선하여 적용된다(청소년보호법 제6조).

첫째, 청소년의 표현의 자유에 대한 제한문제이다. 청소년보호를 위한 표현물 규제시스템은 일정한 내용의 표현물에 대해서는 청소년의 접근을 막는다는 점에서, 청소년의 알권리 즉 일정한 내용의 표현물에 대한 접근의 자유를 제한하는 것이다. 하지만 청소년도 우리 헌법상의 기본권주체이므로, 청소년의 알권리를 제한하는 경우에도 기본권제한의 한계원리 내에서 이루어져야 함은 당연하다고 할 것이다.

둘째, 성인의 표현의 자유에 대한 제한문제이다. 청소년보호를 위한 표현물 규제시스템은 결과적으로 다음과 같이 두 가지 측면에서 성인의 표현의 자유를 제한할 수 있다. ① 일정한 내용의 표현물을 성인이 자유롭게 제작하고, 제작된 표현물을 자유롭게 배포할 수 있는 자유가 제한될 수 있다는 측면이다.⁴⁹⁹⁾ 우선 청소년보호를 위한 표현물 규제시스템은 청소년유해표현물을 청소년에게 제공하는 것을 금지하므로, 표현물을 자유롭게 배포할 수 있는 성인의 자유를 제한하는 것은 분명하다. 또한 청소년에게 제공할 목적을 위해 제작을 금지하는 경우에는 표현물을 자유롭게 제작할 수 있는 성인의 자유가 제한될 수도 있다. ② 일정한 내용의 표현물에 대한 성인의 접근의 자유 내지 알권리가 제한될 수 있다는 측면이다. 즉 청소년보호를 위한 표현물 규제시스템이 성인에게는 유해하지 않지만 청소년에게는 유해할 수 있는 내용의 표현물에 대하여 그 제작 자체까지 금지하는 경우에는, 이러한 표현물에 대한 성인의 접근의 자유 내지 알권리가 제한될 수 있다.

셋째, 청소년보호를 위한 표현물 규제시스템 특히 청소년보호법상의 청소년유해매체물제 도라든지 각각의 매체에 적용되고 있는 사전·사후심의제도가 우리 헌법이 금지하고 있는 검열에 해당되지 않는지의 문제이다. 물론 우리 헌법재판소는 헌법 제21조 제2항에서 금지하고 있는 검열의 개념 및 범위와 관련하여, 네 가지 요건을 갖춘 정부에 의한 사전검열에만 국한시켰고, 또한 청소년보호를 위한 사전등급분류제도가 그러한 검열에 해당되지 않는다고 하였지만⁵⁰⁰⁾, 여전히 이론의 여지는 있는 것으로 보인다.⁵⁰¹⁾

(2) 불법표현물과 청소년유해표현물의 구분

청소년유해정보에 대한 규제시스템을 이해하기 위해서는 소위 ‘불법표현물(혹은 불법정보)’와 ‘청소년유해표현물(혹은 청소년유해정보)’의 구분에 대한 이해가 선행되어야 한다.

일반적으로 청소년유해정보에 대한 규제시스템은 그 규제대상이 되는 표현물을 ‘불법표현물’과 ‘청소년유해표현물’로 구분하는 이분론을 전제로 한다.⁵⁰²⁾ 여기서 ‘불법표현물’이란 법

499) 물론 자유로운 배포의 자유를 제한하는 측면은 청소년유해표현물을 유통시키는 자의 직업행사의 자유를 제한하는 것과 관련될 수도 있다.

500) 현재 1996.10.4. 93헌가13등, 판례집 8-2, 212, 222-225 참조. 同旨 현재 1996.10.31. 94헌가6, 판례집 8-2, 395, 402-403; 현재 1997.3.27. 97헌가1, 판례집 9-1, 267, 271; 현재 1997.8.21. 93헌바51, 판례집 9-2, 177, 189; 현재 1998.2.27. 96헌바2, 판례집 10-1, 118, 125-126 등.

501) 특히 검열과 사전제한을 구분하는 헌법재판소의 견해에 대한 비판으로는 이인호, “표현의 자유와 검열금지의 원칙-헌법 제21조 제2항의 새로운 해석론-”, 『법과 사회』 제15호(1997), 247-275면 참조. 그리고 기존의 ‘3단계구조이론’ 및 ‘2단계구조이론’에 대한 비판적 견해로는 황성기, “사이버스페이스와 불온통신규제”, 『헌법학연구』 제6권 제3호(2000.11.), 한국헌법학회, 171-183면 참조.

502) 2000년 12월 20일 국회에서 통과되고, 2001년 1월 16일 법률 제6360호로 공포된 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률의 원래 개정안(2000년 7월 20일 발표된 공청회안)에서는, ‘불법정보’는 “범죄행위를 목적으로 하거나 범죄행위를 교사 또는 선동하는 내용의 정보 및 기타 이 법 또는 다른 법률의 규정이 금지하는 내용의 정보”(제2조 제6호)라고 정의되어 있었고, ‘청소년유해정보’는 “청소년보호법 제10조 제1항 각호의 1에 해당하는 정보”(제2조 제7호)라고 정의되어 있었다. 하지만 이러한 개념구분은 정보내용등급자율표시제에 대한 시민단체들의 강력한 반발로 인해 입법예고에서는 삭제되어 버렸다.

물에 의하여 민·형사책임을 지는 표현물을 의미한다. 따라서 이러한 불법표현물은 기본적으로 ‘금지’의 대상이 된다. 즉 이러한 불법표현물은 유통뿐만 아니라 제작까지도 금지되어, 이를 위반한 경우에는 형사벌이 가해지고, 민사책임을 지는 것이 일반적이다. 예컨대 우리나라의 법제도를 염두에 둔다고 할 때, 이러한 불법표현물에 해당하는 대표적인 경우가 음란죄(형법 제243조 및 제244조, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제65조 제1항 제2호⁵⁰³⁾), 명예훼손죄(형법 제307조 및 제309조, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제61조⁵⁰⁴⁾), 공직선거법상의 허위사실공표죄 내지 공직선거후보자비방죄(공직선거및선거부정방지법 제82조의 3, 제250조, 제251조), 반국가단체의 찬양·고무죄(국가보안법 제7조) 등의 구성요건을 충족하는 내용의 표현물들이라고 할 것이다.

반면 ‘청소년유해표현물’란 법률에 의하여 금지되지는 않지만, 청소년에게 유통시키는 경우에만 법적 제재가 가해지는 내용의 표현물을 의미한다. 따라서 이러한 청소년유해표현물은 금지의 대상이 아니라, ‘관리’의 대상이 되는 것이다. 즉 이러한 청소년유해표현물은 제작이 가능하고, 기본적으로 유통도 가능하지만, 단지 청소년에 대한 유통만 금지되는 것이다. 예컨대 우리나라의 법제도를 염두에 둔다고 할 때, 이러한 청소년유해표현물에 해당하는 대표적인 경우가 바로 청소년보호법상의 ‘청소년유해매체물’의 구성요건을 충족하는 내용의 표현물들이라고 할 것이다.

이와 같은 불법표현물과 청소년유해표현물의 개념구분이라고 하는 이분론이 표현물 규제시스템의 개발 및 합헌성심사와 관련하여 가지는 중요한 의미는 바로 “불법표현물에 대한 규제시스템과 청소년유해표현물에 대한 규제시스템은 별도의 것이어야 한다”는 점이다.

(3) 성인/청소년의 차별적 접근통제

청소년유해표현물의 사실적 전제가 표현물의 유해성이 미치는 대상이 ‘청소년’에 국한된다는 것을 의미한다면, 청소년유해표현물은 청소년에게는 허용되지 않더라도 성인에게는 허용되어야 한다. 그렇다면 이 경우에는 ‘성인/청소년의 차별적 접근통제’가 반드시 이루어져야 한다. 그런데 문제는 어떠한 방법을 통해서 성인의 접근은 허용하면서 청소년의 접근은 통제할 것인가라고 하는 매우 구체적인 통제수단 내지 통제방법의 문제가 제기된다. 지금 현재 우리나라에서 채택하고 있는 이러한 차별적 접근통제방법으로는 청소년보호법령이 규정하고 있는바, 청소년유해매체물의 유통시 그 상대방의 연령을 확인해야 하는 청소년연령 확인의무, 청소년유해매체물에 대한 표시의무, 포장의무, 구분 및 격리의무가 대표적인 예이다.⁵⁰⁵⁾ 그런데 문제는 오늘날 기술의 발전으로 인해 성인/청소년의 차별적 접근통제방법에

503) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제65조 제1항 제2호는 “정보통신망을 통하여 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공연히 전시한 자”에 대해서는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하고 있다. 위에서도 언급하였듯이 원래 이 조항은 그동안 사이버공간에서의 음란물에 관한 대표적인 규제근거조항이었던 전기통신기본법 제48조의 2[전기통신업무이용음란죄]가 2000년 12월 20일 국회에서 통과되고, 2001년 1월 16일 법률 제6360호로 공포된 「정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률」 제65조 제1항 제2호로 흡수된 것이다. 그리고 전기통신기본법 제48조의 2는 삭제되었다.

504) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제61조는 다음과 같이 규정하고 있다. “① 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공연히 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다. ② 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공연히 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. ③ 제1항 및 제2항의 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.”

있어서 새로운 상황이 발생했다는 점이다. 첫째, 기술의 발전과 매체의 특성으로 인해 청소년보호법상의 각종 의무가 적용되기 어려운 상황이 발생함으로 인해, 새로운 접근통제방법이 요구된다는 점이다. 둘째, 기술의 발전으로 인해 청소년보호법이 예정하고 있는 접근통제방법 이외의 새로운 방법이 존재할 수 있다는 점이다.

아무튼 오늘날 기술의 발전으로 새로운 상황이 발생함으로 인해 새로운 성인/청소년의 차별적 접근통제방법의 개발이 필요한 바, 여기서 하나 더 지적할 것은 이러한 새로운 방법의 개발에 있어서 평가척도가 되는 가장 중요한 기준은 바로 “청소년의 접근을 효율적으로 통제할 수 있으면서도 성인의 접근을 과도하게 통제해서는 안된다”는 표현의 자유의 기본원리라는 점이다. 즉 당해 접근통제방법이 청소년의 접근통제에 있어서 실효성을 담보하지 못하면 안되지만⁵⁰⁶⁾, 또한 청소년의 접근통제를 이유로 성인의 접근을 과도하게 통제해서도 안된다는 점이다. 비유적인 표현을 빌면 “초가삼간을 불태우지 않고서도 빈대를 잡을 수 있어야 한다”.

한편 성인/청소년의 차별적 접근통제방법으로 현재 채택되고 있거나 앞으로 고려될 수 있는 것은 다음과 같다.

1) 청소년연령확인 의무

청소년유해표현물에 대한 청소년의 접근을 차단하기 위해서는 청소년유해표현물을 유통하는 자로 하여금 그 상대방의 연령을 확인하도록 하는 것을 우선 생각할 수 있다.⁵⁰⁷⁾ 하지만 이러한 연령확인방법은 사실상 面 對 面의 상황이 가능한 오프라인에서만 어느 정도 유효한 수단이 될 수 있다고 할 수 있다. 따라서 이용자가 청소년인지의 여부를 확인하기 어려운 온라인상에서는 새로운 연령확인방법이 요구된다.

505) 물론 가장 대표적이고 일반적인 것은 일정한 연령을 기준으로 일반적 금지를 부과하는 것이다. 하지만 이 글에서는 일정한 연령을 기준으로 하는 일반적 금지 이외에 이러한 일반적 금지를 보완하는 보다 구체적인 통제방법 내지 수단을 다루고자 한다.

506) 청소년유해매체물이나 청소년유해물건에 대한 ‘청소년의 접근통제의 실효성’은 청소년보호관련 입법들의 위헌성판단에 있어서 중요한 기준이 될 수 있다. 이것을 보여주는 것이 바로 청소년유해매체물이나 청소년유해물건에 대해서 자동판매기를 통한 판매를 금지하는 입법이다. 예컨대 일본의 경우 岐阜縣청소년보호육성조례사건(일본최고재판소 1989. 9. 19. 제3소법정판결)에서 일본최고재판소는, 자판기에 의한 유해도서의 판매는 판매자와 대면하지 않기 때문에 심리적으로 구입이 용이하다는 점, 주야를 불문하고 구입이 가능하다는 점, 구입의욕을 자극하기 쉽다는 점 등에 있어서 서점 등에서의 판매보다 그 폐해가 더 크다는 것을 이유로, 청소년유해도서의 자동판매기 수납을 금지하고 있던 岐阜縣청소년보호육성조례를 합헌이라고 판시하였다. 우리 헌법재판소도 부천시담배자동판매기설치금지조례 제4조 등 위헌확인 및 강남구담배자동판매기설치금지조례 제4조 등 위헌확인사건에서, “자판기를 통한 담배판매는 구입자가 누구인지를 분별하는 것이 매우 곤란하게 하기 때문에 청소년의 담배구입을 막기 어려워 미성년자보호법 규정의 취지를 몰각시키고 있을 뿐만 아니라, 그 특성상 판매자와 대면하지 않는 익명성, 비노출성으로 인하여 청소년으로 하여금 심리적으로 담배구입을 용이하게 하고, 주야를 불문하고 언제라도 담배구입을 가능하게 하며, 청소년이 쉽게 볼 수 있는 장소에 설치됨으로써 청소년에 대한 흡연유발효과도 매우 크다고 아니할 수 없다”고 하였다. 헌재 1995. 4. 20. 92헌마264등, 판례집 7-1, 564, 574. 실제로 청소년보호법도 제18조 제2항에서 일정한 경우를 제외하고는 자동기계장치 또는 무인판매장치에 의한 유통을 목적으로 하는 청소년유해매체물의 전시 또는 진열을 금지하고 있다. 그리고 영리의 목적으로 이를 위반한 자에 대해서는 청소년보호위원회가 시정명령을 내릴 수 있을 뿐만 아니라(동 법 제37조 제1항 제6호) 형벌까지 과해질 수 있다(동 법 제51조 제4호).

507) 청소년유해매체물의 유통자에게 부과되는 청소년연령확인 의무는 과거에는 청소년보호법시행령 제16조에 규정되어 있었으나, 2001. 4. 26. 국회를 통과한 청소년보호법의 개정법률안은 청소년보호법 제17조 제1항에서 연령확인 의무를 규정하고 있다.

오늘날 인터넷상에서 이용자가 청소년인지의 여부를 확인할 수 있는 방법으로 가장 많이 언급되는 것이 바로 ‘신용카드에 의한 결제방법’이다. 하지만 신용카드에 의한 결제방법의 ‘의무화’는 다음과 같은 문제점을 안고 있다.⁵⁰⁸⁾ 첫째, 인터넷상에서 비영리로 콘텐츠를 제공하는 정보제공자들은 이 방법을 이용하기 곤란하다는 점이다. 왜냐하면 카드회사가 상업적 거래가 수반되지 않는 상태에서 카드처리를 거부할 것이기 때문이다. 둘째, 신용카드 확인절차에 따른 경제적 비용의 부담이 클 수 있다는 점이다. 즉 신용카드의 확인을 위해 카드회사들이 수수료를 요구하는 경우 비영리 정보제공자들에게는 큰 부담으로 작용할 수 있다. 셋째, 신용카드 확인절차는 결과적으로 인터넷상에서의 정보검색을 매우 지체시키게 된다는 점이다. 넷째, 신용카드가 없는 성인의 접근을 완전히 차단하게 된다는 점이다.

신용카드에 의한 결제방법 이외에 인터넷 이용자의 연령을 확인할 수 있는 방법으로 거론될 수 있는 것이 ‘제3자에 의한 성인 ID의 발급’이다. 즉 이것은 제3자가 자신이 성인임을 증명한 자에게만 성인 ID를 발급하고, 성인 ID를 발급받은 자는 그것을 이용하여 일정한 내용의 정보에 대해 접근할 수 있게 하는 시스템을 말한다. 하지만 이러한 방법은 첫째, 정보이용자의 입장에서는 성인 ID를 발급받아야 하는데 있어서의 비용, 둘째, 정보제공자의 입장에서는 성인 ID를 발급하고, 성인 ID를 확인할 수 있는 시스템을 구축하는데 있어서의 비용, 셋째, 정보이용시 성인 ID의 확인을 요구하는 것은 표현의 자유의 관점에서 위축효과를 유발할 수 있다는 점, 넷째, 개인의 프라이버시에 대한 침해의 가능성이 있다는 점 등에서 문제가 될 수 있다.⁵⁰⁹⁾

2) 표시의무, 포장의무, 구분 및 격리의무

성인/청소년의 차별적 접근통제방법과 관련하여 위의 청소년연령확인외의무 이외에 현행 청소년보호법에서 채택하고 있는 기본적인 접근통제방법은 표시의무, 포장의무, 구분 및 격리의무라고 할 수 있다. 즉 현행 청소년보호법 제14조 제1항은 표시의무⁵¹⁰⁾를, 동 법 제15조 제1항은 포장의무를, 동 법 제17조 제2항 및 제3항은 표시 및 포장되지 아니한 청소년유해매체물의 전시 또는 진열금지의무를, 동 법 제18조 제1항은 구분 및 격리의무를, 동 법 제18조 제2항은 자동기계장치 또는 무인판매장치에 의한 청소년유해매체물의 전시 또는 진열금지의무를 부과하고 있고, 이를 위반한 경우에는 각각 시정명령(동 법 제37조 제1항 제1호~제6호) 또는 형벌(동 법 제51조 제1호~제4호)이 부과될 수 있다. 이외에도 매체의 특성상 방송프로그램의 경우에는 방송시간대의 제한을 통해서 청소년의 접근을 통제하고 있다(동 법 제19조).⁵¹¹⁾ 그리고 청소년유해매체물에 해당하는 광고선전물의 경우에도 청소년출입·고용금지업소 외의 업소나 공중이 통행하는 장소에서 그리고 청소년의 접근을 제한하는

508) ACLU v. Reno판결의 사실인정(Findings of Fact) II-97~102 및 Commission on Child Online Protection(COPA), *Report to Congress*, 2000. 10. 20., 25-26면 참조.

509) Commission on Child Online Protection(COPA), *Report to Congress*, 2000. 10. 20., 27면.

510) 매체물의 종류에 따른 구체적인 청소년유해표시방법은 청소년보호법시행령 [별표 3]에 규정되어 있다.

511) 청소년보호법시행령 제18조는 ‘청소년시청보호시간대’를 평일의 경우에는 오후 1시부터 오후 10시까지로, 관공서의 공휴일과 청소년보호위원회가 고시하는 초등학교·중학교·고등학교의 방학기간(여름방학: 7.16.~8.31., 겨울방학: 12.18.~2.7.) 동안에는 오전 10시부터 오후 10시까지로 규정하고 있다. 그리고 방송법에 의한 유료방송의 경우에는 청소년보호위원회가 고시하는 시간으로 규정하고 있는데, 구체적으로 오후 6시부터 오후 10시까지이다. 한편 청소년보호법 제19조를 위반하여 청소년유해매체물을 방송한 자에 대해서는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처해질 수 있다(청소년보호법 제51조 제5호).

기능이 없는 컴퓨터통신을 이용하여 공공연히 설치, 부착, 배포되지 못하도록 통제하고 있다(동 법 제20조).⁵¹²⁾

한편 이들 의무를 이행하여야 하는 자는 청소년유해매체물의 제작자뿐만 아니라, 청소년유해매체물을 유통시키는 유통자도 포함한다. 왜냐하면 청소년유해매체물은 금지의 대상이 아닌 관리의 대상이고, 그리고 여기서의 관리는 유통의 관리를 의미하기 때문이다.

하지만 청소년보호법상의 표시의무, 포장의무, 구분 및 격리의무도 기본적으로 유형의 물체의 형태를 띠는 표현물을 전제로 하는 것이라는 점⁵¹³⁾에서, 인터넷상의 콘텐츠에는 적용되기 힘든 측면이 있다.

3. 청소년보호를 위한 표현물 규제시스템의 헌법적 한계

청소년보호의 필요성이 인정된다고 하더라도, 그러한 목적을 위한 표현물 규제입법이 헌법체계 내에서 무한정 허용될 수 있는 것은 아니다. 즉 그러한 규제입법도 기본권제한의 한계원리인 과잉금지의 원칙에 위반해서는 안되며, 특히 형사법규의 경우 죄형법정주의의 일 내용인 명확성의 원칙에 위반해서도 안 된다. 다음에서는 일반적으로 청소년보호를 목적으로 하는 표현물 규제시스템의 헌법적 정당성을 심사함에 있어서 적용되어야 심사기준 내지 고려사항들을 검토해 보기로 한다.⁵¹⁴⁾

(1) 청소년/부모/국가의 3면관계의 고려 - 부모의 교육·양육권의 고려

청소년보호를 위한 표현물 규제시스템의 입법화에 있어서는 청소년/부모/국가의 3면관계에 대한 고려가 필요하다. 일반적으로 청소년보호 및 청소년의 권리에 관한 문제에 있어서 가장 중심이 되는 고려사항은 ‘청소년(혹은 아동), 부모, 국가간의 3면관계’라고 할 수 있다.⁵¹⁵⁾ 이러한 3면관계에 관한 고려로 인하여, 청소년과 부모와의 관계에 국가가 너무 과도하게 개입하는 것은, 자율적인 사적 영역으로서의 가족관계의 형성(가족의 자율성: family autonomy)을 국가가 직접 규율한다는 것을 의미하기 때문에, 헌법적 한계를 일탈한 것으로 파악해야 한다. 특히 청소년에 관한 부모의 교육·양육권의 침해 여부는 청소년보호를 위한 규제입법의 심사액 있어서 중요한 기준이 된다. 즉 청소년보호를 위한 규제입법은 청소년의 교육 및 양육에 있어서 우선적인 권리를 가지는 부모의 권리를 과도하게 침해해서는 안 된다는 점이다. 예를 들면, 자신의 자녀가 다른 청소년보다 신체적·정신적 성숙성의 정도가 높

512) 이를 위반한 경우에는 시정명령(동 법 제37조 제7호) 또는 형벌(동 법 제51조 제6호)이 부과될 수 있다.

513) 물론 표시의무는 모든 매체에 적용되고 있으나, 이 때의 표시는 육안으로 식별가능한 외형적인 표시를 의미한다(청소년보호법시행령 제14조 및 별표 [3]). 그리고 포장의무는 매체물의 특성상 포장할 수 없는 것은 포장의무가 면제되는데(청소년보호법 제15조 제1항 단서), 따라서 매체의 특성상 포장의무가 전적으로 적용되는 것은 정기간행물, 잡지, 만화, 소설 등의 도서류 등에 국한되고 있다(청소년보호법시행령 제15조 제1항). 구분 및 격리의무도 기본적으로 유형의 물체의 형태를 띠는 표현물을 전제로 한다는 점은 의문의 여지가 없다. 예컨대 구분·격리된 장소 또는 시설에 전시·진열할 수 있는 매체물, 자동기계장치 또는 무인판매장치를 통해 유통될 수 있는 매체물(음반, 비디오물, 정기간행물, 잡지, 만화, 소설 등의 도서류 등)에만 이러한 구분 및 격리의무가 적용될 것이다(청소년보호법 제18조 제2항, 청소년보호법시행령 제17조).

514) 황성기, “청소년보호를 위한 표현물 규제시스템의 헌법적 고찰”, 『공법연구』 제29집 제3호, 한국공법학회(2001), 295-299면 참조.

515) 청소년(혹은 아동), 부모, 국가간의 3면관계에 관해서는 황성기, 『아동의 인권에 관한 연구』, 서울대학교 법학석사학위논문(1994.2.), 63-68면 참조.

아 일정한 내용의 표현물에 대한 접근을 부모 스스로가 허용한 경우에는, 설령 허용한 표현물이 국가가 제시한 기준을 벗어난 것이라 할지라도, 국가가 법집행을 통하여 그러한 기준을 무조건 강요하는 것은 헌법적 한계를 일탈한 것으로 파악해야 하는 것이다. 이것은 결국 청소년보호를 위한 표현물의 규제입법에 있어서, 부모의 판단으로 자신의 자녀에게 적절하다고 부모가 인정한 경우에는 일정한 내용의 표현물(청소년에게 유해하다고 국가가 판단한 표현물)에 대한 청소년의 접근을 인정하는 예외조항을 두어야 한다는 것을 의미한다.⁵¹⁶⁾ 이에 따라 구 미성년자보호법은 제6조의 2[벌칙]에서 불량만화를 ‘영리의 목적’으로 미성년자에게 제공한 경우에만 그 처벌의 대상으로 삼고 있으며, 현행 청소년보호법도 제17조 제1항에서 “청소년유해매체물은 이를 청소년을 대상으로 판매, 대여, 배포하거나 시청, 관람, 이용에 제공하여서는 아니된다”고 하면서도, 위반시 벌칙이 적용되는 대상에 있어서는 ‘영리의 목적’에 국한시키고 있다(청소년보호법 제50조 제1호).

(2) 과잉금지의 원칙

청소년보호의 필요성이 인정된다고 하더라도, 청소년보호를 위한 표현물 규제입법은 기본권제한의 한계원리인 과잉금지의 원칙에 위배되어서는 안 된다. 따라서 국가는 청소년을 보호한다는 명분으로 이들에게는 유해할 수 있는 표현물일지라도, 이들 표현물에 대한 성인의 접근까지 막아서는 안 된다. 즉 헌법상의 보호를 받지만 청소년에게는 유해한 표현물에 대해서는 일반 성인의 접근은 완전히 보장해야 하는 것이다. 따라서 청소년보호를 명목으로 청소년유해표현물에 대한 성인의 접근을 통제하는 입법은 과잉금지의 원칙에 위반하는 위헌입법이라고 할 수 있다.

(3) 명확성의 원칙

청소년보호를 위한 표현물 규제입법은 명확성의 원칙에 위배되어서는 안 된다. 즉 표현의 자유를 규제하는 입법의 명확성에 대한 헌법적 기준들이, 당해 법률에 의해 보호되는 사람들의 연령에 따라 변화하는 것은 아니다. 왜냐하면 청소년을 보호하는 법률에 있어서도 법률의 적용을 받는 자와 집행을 행하는 자가 그 의미와 적용범위를 이해할 수 있도록 명확히 규정하는 것이 불가결하기 때문이다.⁵¹⁷⁾ 따라서 청소년보호를 위한 국가의 규제입법권한이 성인의 경우보다 더 크다고 할지라도, 명확성의 원칙은 존중되어야 하는 것이다.⁵¹⁸⁾

물론 직접적인 형사처벌을 규정하는 법규가 아닌 등급분류제에 관한 법규이더라도 특히 그 등급분류기준은 명확하게 규정되어야 한다. 왜냐하면 등급분류도 결국 기본권제한의 효과를 가져오기 때문이다. 다만 등급분류제에 관한 법규는 청소년보호위원회 등의 일정한 기

516) 한편 여기서 유의해야 할 점은 소위 ‘아동포르노’의 문제는 청소년보호를 위한 표현물 규제시스템과는 별개의 문제라는 점이다. 즉 아동포르노의 문제는 표현물제작의 주체로서 아동이 참여하는 경우의 한계문제로서, 일정한 표현물에 대한 접근의 제한을 의미하는 청소년보호를 위한 표현물 규제시스템과는 다른 차원의 문제인 것이다. 그리고 아동포르노는 전형적인 불법표현물로서, 그것이 불법표현물로 인정되는 이유는 아동포르노가 아동학대와 직결되어 있기 때문이다. 이러한 맥락에서 현행 청소년의성보호에관한법률 제8조도 ‘청소년이용음란물’의 제작, 배포 등을 처벌하고 있다.

517) 김수갑, “청소년보호를 이유로 한 표현의 자유의 제한에 관한 고찰”, 『한국헌법학의 현황과 과제』, 금강김철수교수정년기념논문집(1998), 624면.

518) 청소년보호를 위한 표현물 규제입법도, 그로 인해 제한되는 기본권이 여타의 기본권보다 우월한 보장을 받는 표현의 자유라는 점에서, 요구되는 명확성의 정도가 높다고 할 것이다. 물론 이것은 규제대상이 되는 권리의 보호정도에 따른 명확성의 요구가 다르다는 것을 전제로 하는 것이다. 홍기태, “명확성의 원칙에 관한 연구”, 『헌법논총』 제11집, 헌법재판소, 2000, 289면.

관(심의기관)에 의한 청소년유해매체물의 심의·결정 및 고시 등의 등급분류절차를 거친다는 점에서⁵¹⁹⁾, 직접적인 형사법규의 경우보다는 명확성의 요청이 덜하다고 할 수 있다.

(4) 매체특성론

표현물 규제시스템과 관련된 논의에 있어서 중요한 하나의 논거로 등장하고 있는 소위 ‘매체특성론’ 내지 ‘매체특성론적 접근방법(a medium-specific analysis)’이란 정보의 흐름과 통제에 있어서 그 특성이 서로 다른 매체에 따라 그 규제에 관한 법적 원리가 달라야 한다는 문제의식에서 출발하고 있는 것으로서, 매체의 구조적 특성에 따라서 표현의 자유에 대한 제한의 문제를 다루어야 한다는 접근방법을 말한다.⁵²⁰⁾ 즉 표현의 자유나 언론매체에 관한 법적 원리나 헌법상의 원리를 해석함에 있어서 매체의 특성을 감안해야 한다는 것이고, 더 나아가서 이러한 매체의 특성에 따라서 기존의 원리들을 재구성해야 하며 또한 언론매체규제에 관한 정책과 법제도를 정비해야 한다는 의미이다.

그런데 중요한 것은 이와 같은 매체특성론적 접근방법이 청소년보호와 무관하지 않다는 점이다. 대표적으로 방송규제의 중요한 논거로서 많이 언급되는 ‘방송의 침투성’이라는 것은 결국 청소년보호를 위해 방송을 규제해야 한다는 주장을 정당화하기 위한 논거에 다름 아니다. 그리고 인터넷의 내용적 규제와 관련하여 매체특성론적 접근방법을 채택하였던 1996년의 ACLU v. Reno판결⁵²¹⁾ 및 1997년의 Reno v. ACLU판결⁵²²⁾에서 심판대상이 되었던 연방통신품위법(the Communications Decency Act: 일명 CDA)과 그 사후입법으로서 CDA II 라고 불리는 온라인아동보호법(Child Online Protection Act: 일명 COPA)도 사실은 인터넷상의 청소년유해정보로부터 청소년을 보호하기 위한 입법이었다. 즉 CDA I 과 CDA II는 방송매체에서의 규제기준을 인터넷에 적용하려고 시도했던 입법이었다. 그런데 재미있는 것은 미국의 법원들이 매체특성론적 접근방법을 통해서 이들 입법을 위헌으로 선언했다는 점이다. 즉 인터넷은 인쇄매체만큼 보호를 받아야 하는 매체임을 전제로, 매체의 특성을 반영하지 않는 표현물 규제시스템은 성인의 표현의 자유를 과도하게 제한하므로, 과잉금지의 원칙에 위반된다는 것이다. 결국 CDA I 및 CDA II와 관련된 미국법원의 판결들이 갖는 함의는 첫째, 사법심사의 측면에서는, 인터넷의 내용적 규제입법에 대한 심사에 있어서 적용되어야 할 심사적도는 인쇄매체와 마찬가지로 엄격심사가 적용되어야 한다는 점, 둘째, 입법정책의 측면에서는, 인터넷의 내용적 규제에 있어서 채택할 수 있는 규제수단 내지 규제방법은 인쇄매체에서도 적용될 수 있는 수준의 규제수단 내지 규제방법이어야 한다는 점이다.

II. 청소년유해정보의 규제에 관한 현행 법제의 내용

519) 또한 청소년유해매체물의 결정에 대해서는 이의신청 및 소의 제기가 가능하다(청소년보호법 제39조 및 제40조).

520) 매체특성론적 접근방법에 관한 자세한 설명은 황성기, 「언론매체규제에 관한 헌법학적 연구-방송·통신의 융합에 대응한 언론매체 규제제도의 개선방안-」, 서울대학교 법학박사학위논문(1999.8.), 12-15면; 황성기, “사이버스페이스와 불온통신규제”, 『헌법학연구』 제6권 제3호(2000.11.), 한국헌법학회, 176-179면 참조.

521) 929 F.Supp. 824.

522) 521 U.S. 844, 117 S.Ct. 2329(1997).

1. 개관

청소년보호를 위한 현행 표현물 규제시스템의 기본구조는 다음과 같이 두 가지로 요약할 수 있다.

첫째, 행정기관인 청소년보호위원회 및 법정 심의기관들에 의한 사전·사후심의에 따른 ‘등급분류제’를 채택하고 있다는 점이다. 그리고 이러한 심의제도 및 등급분류제는 모든 매체에 적용되고 있다. 따라서 우리나라에서 채택하고 있는 등급시스템은 민간의 자율에 의하는 것이 아니라, 전적으로 국가가 제도운동을 담당하고 있는 국가 주도의 등급시스템이라고 할 수 있다. 물론 미성년자보호법이 폐지되기 이전에는 청소년보호를 위한 표현물 규제시스템이 직접적인 형벌법규의 형태로도 존재하였지만, 미성년자보호법이 폐지된 현재로서는 등급분류제가 기본구조라고 할 수 있다.

둘째, 현행 등급분류제는 표현물의 내용을 평가하여 연령의 구분에 따른 등급구분을 통해 표현물에 대한 접근통제를 행하는 전통적인 ‘연령등급제’를 채택하고 있다는 점이다. 그런데 작년에 정보통신부에서 도입하려고 하였던 인터넷 내용등급제는 연령등급제와 다른 ‘내용등급제’였다는 점에서 주목할 만하다. 일반적으로 연령등급제는 획일적인 연령을 기준으로 표현물의 등급을 구분하지만, 내용등급제는 기본적으로 표현물의 내용을 분류하여 표시한다는 점에서 연령등급제와 다른 것이다.⁵²³⁾ 물론 내용등급제에 연령등급제의 요소를 가미할 수도 있다.

<표 3> 표현물의 심의 및 등급제도의 현황

심의기관	한국간행물윤리위원회		방송위원회				정보통신윤리위원회	
근거법률	출판및인쇄진흥법		방송법				전기통신사업법	
심의대상	간행물(소설·만화·사진집·화보집, 전자출판물 포함), 수입추천 외국간행물, 정기간행물		방송(지상파방송·종합유선방송·위성방송), 중계유선방송, 전광판방송, 인터넷방송		방송광고		전기통신회선을 통하여 일반에게 공개를 목적으로 유통되는 모든 정보	
심의형태	사후심의		사후심의		사전심의		사후심의	
심의내용	유해성	청소년유해성	공정성·공공성	청소년유해성	공정성 및 공공성	청소년유해성	불온성(불법성)	청소년유해성
조치사항	수거·폐기 명령	연령등급분류	시청자에 대한 사과명령, 프로그램의 정정·중지, 관계자 징계	연령등급분류	방송가부 결정	연령등급분류	거부, 정지, 제한명령	전자적 표시의무(정보통신망법)

523) 따라서 인터넷 내용등급제는 엄밀하게 말하면 ‘인터넷상에서의 정보내용분류표시제’라 부르는 것이 더 적절할 수 있다. 즉 인터넷 콘텐츠의 내용을 분류하여, 그것에 적절한 표시를 하는 시스템이라는 의미이다.

심의기관	영상물등급위원회			청소년보호위원회		
근거법률	음반·비디오물및게임물 에 관한 법률		영화진흥법	공연법	청소년보호법	
심의대상	음반	비디오물·게임물	영화	공연물(음악·무용·연극 등), 선전물	다른 심의기관의 심의대상물 및 상업적 광고선전물	
심의형태	사후심의	사전심의	사전심의	사후심의 (신청에 의한 사전심의)	사후심의 (신청에 의한 사전심의)	
심의내용	청소년유해성	청소년유해성	청소년유해성·제한상영여부	연소자유해성	불법성	청소년유해성
조치사항	청소년이용불가결정	연령등급분류·등급분류보류·이용불가(게임물) 결정	연령등급분류·제한상영결정	연령등급분류	관계기관에 형사처벌 및 행정처분 요청	연령등급분류

2. 청소년보호법상의 청소년유해매체물제도

현행 청소년보호법상의 청소년유해매체물제도는 독일의 청소년보호법제에서 따온 것이라는 점은 이미 알려진 바이다. 일반적으로 청소년유해매체물 규제시스템의 기본취지는 청소년에게 유해한 매체물이나 정보의 제작은 허용하되 다만 청소년에 대한 유통을 금지하겠다는 의미이다. 따라서 청소년유해매체물은 ‘금지의 대상’이 아니라 ‘관리의 대상’이다. 그런데 청소년유해매체물 규제시스템과 관련하여서는 다음과 같은 문제점이 제시될 수 있다.

첫째, 청소년유해매체물 규제시스템 그 자체의 ‘정당성’문제이다. 즉 청소년에게 유해한 매체물이나 정보라는 특별한 범주를 법이 설정하여, 청소년에 대한 유통을 금지하고 더 나아가서 그 위반시 제재를 가하는 것 자체가 과연 정당한가의 문제이다. 하지만 어느 나라를 막론하고 청소년유해매체물 규제시스템을 채택하고 있지 않은 나라는 없다는 점이다. 다만 차이가 있다면 사법부의 의한 통제방식이나 행정기관에 의한 통제방식이나의 차이가 있을 뿐이다. 우리나라는 행정기관에 의한 통제방식을 따르고 있고, 이러한 시스템을 법제화한 것이 바로 청소년보호법상의 청소년유해매체물제도이다.

둘째, 청소년유해매체물 규제시스템의 ‘효율성 내지 효과성’의 문제이다. 청소년유해매체물 규제시스템의 정당성을 인정한다면, 청소년유해매체물 규제시스템이 ‘청소년보호’라는 목적을 달성하는데 있어서 효율적이어야 한다는 것은 당연하다. 그런데 너무 청소년유해매체물 규제시스템의 효율성을 강조하다 보면, 성인의 표현의 자유가 과도하게 제한될 위험성도 존재한다. 결국 이 문제는 청소년의 보호라는 공익과 표현의 자유의 극대화를 동시에 달성할 수 있는 방법은 없는 것인가의 문제라고 할 수 있다.

아무튼 현행 청소년보호법이 규정하고 있는 청소년유해매체물의 정의는 다음과 같다.

청소년보호법 제2조(정의): 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

3. "청소년유해매체물"이라 함은 다음 각목의 1에 해당하는 것을 말한다.

가. 제8조 및 제12조의 규정에 의하여 청소년보호위원회가 청소년에게 유해한 것으로 결정하거나 확인하여 고시한 매체물

나. 제8조 제1항 단서의 규정에 의한 각 심의기관이 청소년에게 유해한 것으로 의결 또는 결정(이하 "결정"이라 한다)하여 청소년보호위원회가 고시하거나 제12조의 규정에 의하여 청소년에게 유해한 것으로 확인하여 청소년보호위원회가 고시한 매체물

그리고 청소년보호법에서는 매체물의 범위에 대한 규정에서 “전기통신사업법 및 전기통신기본법의 규정에 의한 전기통신을 통한 음성정보·영상정보 및 문자정보”를 포함시키고 있다(청소년보호법 제7조 제4호.). 따라서 온라인매체를 통해서 유통되는 정보도 기본적으로 매체물의 하나로 인정된다.

그런데 법적인 의미에서의 ‘청소년유해매체물’이 되기 위해서는 청소년보호위원회 또는 각 심의기관이 청소년에게 유해하다는 결정 또는 확인이 있어야 하고, 청소년보호위원회에 의하여 고시되어야 한다. 즉 청소년에게 유해한 내용이 있다고 하더라도 곧바로 ‘청소년유해매체물’로서 법적 효과가 발생하는 것이 아니라, 일정한 형식적 절차를 거쳐야만 한다.

한편 청소년유해매체물로서의 법적 효과가 발생한 경우에는, 제작자와 유통자는 일정한 법적 의무를 지게 된다. 특히 온라인매체에서 유통되는 정보와 관련된 제작자와 유통자가 지게 되는 법적 의무는 다음과 같다.

첫째, 청소년유해매체물의 판매금지의무이다. 청소년유해매체물은 이를 청소년을 대상으로 시청·관람·이용에 제공하여서는 아니되며(청소년보호법 제17조 제1항), 청소년유해매체물을 판매하고자 하는 자는 반드시 그 상대방의 연령을 확인하여야 한다(청소년보호법 제17조 제1항.).

둘째, 청소년유해매체물의 표시의무이다. 그런데 청소년유해매체물의 표시의무는 두 가지로 규정되어 있다.

먼저, 청소년보호법에 의하여 청소년유해매체물로 결정·고시된 모든 매체물에 대해서는 청소년에게 유해한 매체물임을 나타내는 표시를 하여야 한다(청소년보호법 제14조). 표시방법과 관련하여, 전기통신을 통한 음성정보·영상정보 및 문자정보의 경우에는 정보를 제공하는 자가 프로그램을 시작하기 전에 “이 프로그램은 19세 미만 청소년이 이용해서는 안됩니다”라는 자막표시를 하여야 한다(청소년보호법시행령 제13조 및 [별표 2]).

다음으로 아래에서 자세하게 설명하는 바와 같이, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률에 의하여, 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 일반에게 공개를 목적으로 정보를 제공하는 자는 전기통신을 통한 음성정보·영상정보 및 문자정보로서 청소년유해매체물로 결정·고시된 매체물에 대하여 대통령이 정하는 표시방법에 따라 당해 정보가 청소년유해매체물임을 표시하여야 한다(정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제42조).

결국 온라인매체를 통해서 유통되는 정보가 청소년유해매체물로 결정된 경우에는, 위와 같이 두 가지의 표시의무를 모두 이행해야 한다. 그리고 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률상의 표시의무는 기술적인 장치에 의해 차단될 수 있게 하는 ‘전자적 표시’를 의미하고, 청소년보호법상의 표시의무는 초기화면에 문구를 표시함으로써 당해 정보가 청소년유

해매채물임을 알 수 있게 하는 ‘가시적 표시’를 의미한다.

3. 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률상의 청소년유해매체물의 전자적 표시제도
2000년도부터 사회적 쟁점의 대상이 되었던 소위 ‘인터넷 내용등급’제와 관련하여 주목을 받고 있는 법규정이 바로 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제42조 및 제64조이다.

정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제42조(청소년유해매체물의 표시): 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 일반에게 공개를 목적으로 정보를 제공하는 자(이하 "정보제공자"라 한다) 중 청소년보호법 제7조 제4호⁵²⁴⁾의 규정에 의한 매체물로서 동법 제2조 제3호의 규정에 의한 청소년유해매체물을 제공하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 표시방법에 따라 당해 정보가 청소년유해매체물임을 표시하여야 한다.

정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제64조(벌칙): 제42조의 규정을 위반하여 당해 정보가 청소년유해매체물임을 표시하지 아니하고 영리를 목적으로 제공한 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

한편 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제42조는 청소년유해매체물의 구체적인 표시방법을 대통령령에 위임하였는바, 그와 관련하여 동법 시행령 제21조는 다음과 같이 규정하고 있다.

정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률시행령 제21조(청소년유해매체물의 표시방법):

① 법 제42조의 규정에 의한 청소년유해매체물을 제공하는 자는 당해 매체물에 19세 미만의 자는 이용할 수 없다는 취지의 내용을 누구나 쉽게 확인할 수 있도록 음성·문자 또는 영상으로 표시하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 표시를 하여야 하는 자 중 인터넷을 이용하여 정보를 제공하는 자의 경우에는 기호·부호·문자 또는 숫자를 사용하여 청소년유해매체물임을 나타낼 수 있는 전자적 표시도 함께 하여야 한다.

③ 정보통신부장관은 정보의 유형 등을 고려하여 제1항 및 제2항의 규정에 의한 표시의 구체적 방법을 정하여 관보에 고시한다.

위의 규정내용에서 알 수 있다시피, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률시행령 제21조 제3항이 ‘음성·문자 또는 영상에 의한 표시’와 ‘전자적 표시’에 관한 구체적 방법을 고

524) 청소년보호법 제7조(매체물의 범위): 이 법에서 매체물이라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 것을 말한다.

4. 전기통신사업법 및 전기통신기본법의 규정에 의한 전기통신을 통한 음성정보·영상정보 및 문자정보.

시하도록 하고 있는바, 이 규정에 근거하여 정보통신부장관은 2001. 10. 12. 「청소년유해매체물의 표시방법」이라는 고시(정보통신부 고시 제2001-89호)를 공표한 것이다. 2001. 10. 12. 공표되고 2001. 11. 1.부터 시행된 정보통신부장관의 고시 내용 중 특히 주목할 것은 ‘전자적 표시방법’에 관한 것이다.

<청소년유해매체물의 전자적 표시에 관한 정보통신부장관의 고시>

정보통신부 고시 제2001-89호

1. 생략

2. 생략

가. 생략

나. 전자적 표시방법

인터넷을 통하여 청소년유해매체물을 제공하는 경우 청소년유해매체물 필터링 소프트웨어가 인식할 수 있도록 다음과 같이 PICS(Platform for Internet Content Selection) 기술표준에 의한 전자적 방법으로 표시하여야 한다.

① 인터넷사이트 혹은 디렉토리가 청소년유해매체물인 경우 다음과 같이 전자적으로 표시하여야 하며, 청소년유해매체물 지정 값은 y1으로 한다.

```
<META http-equiv="PICS-label" content="(PICS-1.1 "service.icec.or.kr/rating.html" 1 gen true for  
"청소년유해매체물 지정 사이트 혹은 디렉토리 URL 명" r (y 1))">
```

* 기본적으로 service.icec.or.kr 앞에 http://를 입력

② 인터넷페이지가 청소년유해매체물인 경우 다음과 같이 전자적으로 표시하여야 하며, 청소년유해매체물 지정 값은 y1으로 한다.

```
<META http-equiv="PICS-label" content="(PICS-1.1 "service.icec.or.kr/rating.html" 1 gen false  
for "청소년유해매체물 지정 페이지 URL 명" r (y 1))">
```

* 기본적으로 service.icec.or.kr 앞에 http://를 입력

결국 구체적 표시방법에 관한 고시가 공표됨으로써, 이제 청소년유해매체물로 지정된 인터넷 콘텐츠를 제공하는 자는 음성·문자 또는 영상에 의한 표시와 동시에 전자적 표시를 할 의무를 지게 되었고, 이러한 의무를 위반하여 청소년에게 청소년유해컨텐츠를 제공한 자는 형사처벌의 대상이 되게 된 것이다. 이상과 같은 현행 제도를 도식으로 나타내면 다음과 같다.

① 정보통신윤리위원회에 의한 청소년유해매체물결정 → ② 청소년보호위원회에 의한 청소년유해매체물의 고시 → ③ 청소년유해매체물로 결정·고시된 인터넷컨텐츠의 제공자에 대한 표시의무부과(음성·문자 또는 영상에 의한 표시 및 전자적 표시를 동시에 해야 함) → ④ 청소년유해매체물로 결정·고시된 인터넷컨텐츠의 제공자가 이러한 표시의무를 위반하여 영리의 목적으로 청소년에게 유통시킨 경우 형사처벌부과

한편 위와 같이 청소년유해매체물로서 법적 효과를 발생한 정보에 대해서 ‘전자적 표시방법’을 부과하는 것이 과연 헌법적 관점에서 아무런 문제가 없는지가 분석될 필요가 있다. 실제로 청소년유해정보에 대한 ‘전자적 표시방법’을 규정한 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제42조 및 제64조, 동법시행령 제21조 제2항 및 동조 제3항의 “제2항” 부분, 그리고 「청소년유해매체물의 표시방법」(2001. 10. 12. 정보통신부 고시 제2001-89호로 제정되고, 2001. 11. 1.부터 시행된 것) 중 “2. 청소년유해매체물 표시방법”의 “나. 전자적 표시방법” 본문에 대해서는 현재 헌법소원이 제기되어 있는 상태이다.

◆ 2001헌마894, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제42조 등 위헌확인

청구인은 1997. 6. 6.부터 <http://exzone.com>(이하 ‘엑스존’이라고 한다)이라는 동성에 관련 사이트를 개설하여 운영하였다. 그런데 정보통신윤리위원회는 2000. 8. 25. 제17차 전문위원회 회의에서 엑스존을 ‘수건을 묘사하거나 혼음, 근친상간, 동성애, 가학·피가학성 음란증 등 변태성행위, 매춘행위 기타 사회통념상 허용되지 아니한 성관계를 조장하는 것’에 해당한다는 이유로 청소년유해매체물로 결정하였고 청소년보호위원회는 2000. 9. 27. 고시목록 제2000-31호로 ‘엑스존’을 청소년유해매체물로 고시하였다.

그리고 정보통신윤리위원회는 2001. 11. 9. 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 및 동법 시행령, 그리고 「청소년유해매체물의 표시방법」이라는 고시(2001. 10. 12. 정보통신부 고시 제2001-89호로 제정되고, 2001. 11. 1.부터 시행된 것)에 따라 청구인에게 유해문구표시, 유해마크표시, 전자적 표시를 하여야 하고, 전자적 표시는 메타태그를 정확히 넣어야 하며, 이를 이행하지 않을 경우 1천만원 이하의 벌금이나 2년 이하의 징역에 처할 수 있다고 이메일로 통보하였다.

이에 청구인은 2001. 12. 29. 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제42조 및 제64조, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률시행령 제21조 제2항 및 동조 제3항의 “제2항” 부분, 그리고 「청소년유해매체물의 표시방법」이라는 고시 중 “2. 청소년유해매체물 표시방법”의 “나. 전자적 표시방법” 본문이 헌법 제19조 양심의 자유, 헌법 제21조 표현의 자유, 헌법 제22조 제1항 학문과 예술의 자유, 헌법 제12조 제1항 죄형법정주의, 헌법 제37조 제2항 과잉금지의 원칙에 위배된다고 주장하면서, 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

4. 음반·비디오물및게임물에관한법률상의 음란물차단프로그램의 설치의무제도

인터넷 등 온라인매체상의 청소년유해정보의 규제와 관련하여, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률상의 청소년유해정보 표시제도와 함께 기술적(技術的) 규제방식으로 인정될 수 있는 제도가 바로 음반·비디오물및게임물에관한법률상의 음란물차단프로그램의 설치의무제도이다.

음반·비디오물및게임물에관한법률 제32조(유통관련업자의 준수사항): 제2조 제8호 내지 제12호의 규정에 의한 영업(복합유통·제조업의 경우에는 제8호 내지 제11호에 해당하는 영업이 포함된 영업에 한한다)을 영위하는 자(이하 ‘유통관련업자’라 한다)는 다음 각호의 사항을 지켜야 한다.

5. 게임제공업자 또는 멀티미디어 문화컨텐츠 설비제공업자는 청소년이 이용할 수 있는 게임물 및 컴퓨터 설비 등에 음란물을 차단할 수 있는 프로그램 또는 장치를 설치하여야 하며 청소년에게 18세 이용가 게임물을 이용할 수 있도록 제공하지 아니할 것. 다만, 음란물차단프로그램 또는 장치의 설치

에 있어서는 이를 설치할 필요가 없는 경우에는 그러하지 아니하다.⁵²⁵⁾

음반·비디오물및게임물에관한법률 제53조(과태료): ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 5천만원 이하의 과태료에 처한다.

3. 제32조 제5호의 규정에 위반하여 음란물을 차단하는 프로그램 또는 장치를 하지 아니한 자

위 조항들은 ‘멀티미디어 문화컨텐츠 설비제공업자(소위 PC방사업자)’에게 청소년이 이용할 수 있는 게임물 및 컴퓨터 설비 등에 음란물을 차단할 수 있는 프로그램 또는 장치(필터링소프트웨어 내지 내용선택소프트웨어를 의미함)를 설치하는 의무를 부과함으로써, 기술적 장치인 음란물차단프로그램을 통해 인터넷 등 온라인매체상의 청소년유해정보에 대한 청소년의 접근을 차단하려는 입법목적에 갖고 있다고 할 수 있다.

따라서 위 조항이 채택하고 있는 음란물차단프로그램의 설치의무제도가 ‘멀티미디어 문화컨텐츠 설비제공업자(소위 PC방사업자)’의 기본권을 과도하게 제한하는 것인지 혹은 성인의 알권리를 과도하게 제한하는지에 대한 검토가 필요하다고 할 것이다.

5. 온라인게임에 대한 사전심의 및 사전등급분류제도

문화관광부와 영상물등급위원회가 법령의 개정없이 현행 법령의 해석만으로 2002년 7월 1일부터 시행하기로 한 온라인게임에 대한 사전등급분류제도의 적용에 대해서 많은 논란이 제기되고 있다. 사실 문화관광부와 영상물등급위원회가 온라인게임에 대해서 사전등급분류제도를 적용하겠다고 발표하기 이전에는, 온라인게임은 전기통신사업법상 정보통신윤리위원회의 심의대상이었다. 여기서 온라인게임에 대한 사전등급분류제도의 적용이라는 것은 한마디로 음반·비디오물및게임물에관한법률이 규정하고 있는 게임물에 대한 사전등급분류제도를 온라인게임에도 적용하겠다는 취지이다. 그런데 문화관광부와 영상물등급위원회는 법령의 개정없이 다음의 규정을 근거로 온라인게임에 대해서 사전등급분류제도를 적용하려고 하고 있다.⁵²⁶⁾

음반·비디오물및게임물에관한법률 제20조(등급분류): ① 비디오물 및 게임물을 유통하거나 시청 또는 이용제공의 목적으로 제작 또는 수입하고자 하는 자는 미리 당해 비디오물 또는 게임물의 내용에 관하여 위원회에 등급분류를 신청하여 등급분류를 받아야 한다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 비디오물 또는 게임물의 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 대가를 받지 아니하고 특정한 장소에서 청소년이 포함되지 아니한 특정인들을 대상으로 하여 시청제공되는 비디오물

525) 음반·비디오물및게임물에관한법률시행령 제12조(우수 음란물차단프로그램 등의 선정·권장): 문화관광부장관은 법 제32조 제5호의 규정에 의하여 설치하여야 하는 음란물차단프로그램 또는 장치 중 음란물 차단효과가 우수한 제품을 관계전문기관의 검증을 거쳐 선정하여 게임제공업자 또는 멀티미디어문화컨텐츠설비제공업자에게 이를 설치하도록 권장할 수 있다. 이 규정에 따라 문화관광부는 2002. 9. 6. PC방과 게임장을 이용하는 청소년의 음란물접근을 차단하기 위한 우수 음란물차단프로그램으로 수호천사 Safe Zone, 웹필터-모야넷, 지키미(서버용), 컴지기(개인용) 4종을 선정·발표하였다.

526) 문화관광부·영상물등급위원회, 「온라인게임물 사전등급분류 업무안내(안)」, 2002. 6., 2면.

2. 문화관광부장관 또는 관계부처 장관이 추천하는 영상물 대회, 전시회 등에서 상영되거나 이용 제공되는 비디오물 및 게임물

3. 공공의 목적으로 제작·수입되거나 등급분류가 필요하지 아니한 경우 등 대통령령이 정하는 경우에 해당되는 비디오물 및 게임물

음반·비디오물및게임물에관한법률시행령 제7조(등급분류의 예외 등): ① 법 제20조 제1항 제3호에서 "대통령령이 정하는 경우"라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 경우를 말한다.

1. ~ 4. 생략

5. 전산망을 통하여 수요자에게 직접 제공되는 게임물로서 사전 등급분류가 불가능하여 전기통신사업법 제53조의2의 규정에 의한 정보통신윤리위원회가 심의를 하는 경우

6. ~ 8. 생략

즉 음반·비디오물및게임물에관한법률시행령 제7조 제1항 제5호가 규정하고 있는 영상물등급위원회에 의한 사전심의 및 사전등급분류의 예외규정은, 해외에 서버(server)를 두고 온라인게임을 제공하는 경우처럼 사실상 사전등급분류가 불가능한 경우에만 적용되는 것이므로, 따라서 국내에 서버를 두고 온라인게임을 제공하는 경우에는 사전등급분류가 사실상 가능하므로 영상물등급위원회에 의한 사전심의 및 사전등급분류의 대상이 된다는 논리이다.

III. 청소년유해정보의 규제에 관한 현행 법제 및 관례의 문제점

1. 청소년유해매체물의 전자적 표시제도에 관한 헌법적 분석

(1) 청소년유해매체물제도와 청소년유해매체물의 전자적 표시제도의 관계

1) 청소년유해매체물제도의 의미 및 청소년보호법상의 표시의무제도

현행 청소년보호법상의 청소년유해매체물제도는 독일의 청소년보호법제에서 따 온 것이라는 점은 이미 알려진 바이다. 일반적으로 청소년유해매체물 규제시스템의 기본취지는 청소년에게 유해한 매체물이나 정보의 제작은 허용하되 다만 청소년에 대한 유통을 금지하겠다는 의미이다. 따라서 청소년유해표현물의 사실적 전제가 표현물의 유해성이 미치는 대상이 ‘청소년’에 국한된다는 것을 의미한다면, 청소년유해표현물은 청소년에게는 허용되지 않더라도 성인에게는 허용되어야 한다. 즉 청소년유해매체물은 ‘금지의 대상’이 아니라 ‘관리의 대상’이다. 그런데 청소년유해매체물 규제시스템과 관련하여서는 다음과 같은 문제점이 제시될 수 있다.

첫째, 청소년유해매체물 규제시스템 그 자체의 ‘정당성’문제이다. 즉 청소년에게 유해한 매체물이나 정보라는 특별한 범주를 법이 설정하여, 청소년에 대한 유통을 금지하고 더 나아가서 그 위반시 제재를 가하는 것 자체가 과연 정당한가의 문제이다. 하지만 어느 나라를 막론하고 청소년유해매체물 규제시스템을 채택하고 있지 않은 나라는 없다는 점이다. 다만 차이가 있다면 사법부의 의한 통제방식이나 행정기관에 의한 통제방식이나의 차이가 있을 뿐이다. 우리나라는 행정기관에 의한 통제방식을 따르고 있고, 이러한 시스템을 법제화한 것이 바로 청소년보호법상의 청소년유해매체물제도이다(청소년보호법 제8조 제1항).⁵²⁷⁾ 그

리고 우리 헌법재판소는 우리나라가 채택하고 있는 행정기관에 의한 통제방식에 대해서 합헌결정을 내린 바 있다.⁵²⁸⁾

둘째, 청소년유해매체물 규제시스템의 ‘효율성 내지 효과성’의 문제이다. 청소년유해매체물 규제시스템의 정당성을 인정한다면, 청소년유해매체물 규제시스템이 ‘청소년보호’라는 목적을 달성하는데 있어서 효율적이어야 한다는 것은 당연하다. 따라서 ‘성인/청소년의 차별적 접근통제’를 위해서, 그리고 청소년유해매체물 규제시스템의 효율성 내지 효과성제고를 위해서 청소년연령확인 의무, 청소년유해매체물에 대한 표시의무, 포장의무, 구분 및 격리의무 등이 부과되는 것이다.

아무튼 현행 청소년보호법 제2조에 따르면, ‘청소년유해매체물’로서 법적 효력을 발생하기 위해서는 일정한 형식적·절차적 요건이 구비되어야 한다. 즉 청소년보호위원회 및 각 심의기관⁵²⁹⁾이 당해 매체물이 청소년에게 유해하다는 것을 ‘결정 또는 확인’한 뒤, 청소년보호위원회가 당해 매체물에 대해서 ‘고시’를 해야 한다. 따라서 개별 심의기관의 청소년유해매체물의 결정만으로는 법적인 의미에서의 청소년유해매체물일 수 없고, 반드시 청소년보호위원회의 고시가 있어야지만 법적인 의미에서의 청소년유해매체물이 되고, 그에 따른 각종 의무가 뒤따르는 것이다. 그런데 청소년보호법에서는 매체물의 범위에 대한 규정에서 “전기통신사업법 및 전기통신기본법의 규정에 의한 전기통신을 통한 음성정보·영상정보 및 문자정보”를 포함시키고 있다(청소년보호법 제7조 제4호.). 따라서 온라인매체를 통해서 유통되는 정보도 기본적으로 매체물의 하나로 인정되고, 청소년보호법상의 청소년유해매체물이 될 수 있다.

527) 청소년보호법 제8조[청소년유해매체물의 심의·결정]: “① 제27조의 규정에 의한 청소년보호위원회(이하 “청소년보호위원회”라 한다)는 제7조의 규정에 의한 매체물의 청소년에 대한 유해여부를 심의하여 청소년에게 유해하다고 인정되는 매체물에 대하여는 청소년유해매체물로 결정하여야 한다. 다만, 이 법 또는 다른 법령의 규정에 의하여 당해 매체물의 윤리성·건전성의 심의를 할 수 있는 기관(이하 “각 심의기관”이라 한다)이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.”

528) 헌재 2000. 6. 29. 99헌가16, 구 청소년보호법 제2조 제3호 가목 등 위헌제청사건, 판례집 12-1, 767-779면. 이 사건에서의 주된 쟁점은 청소년보호위원회 및 각 심의기관에게 ‘청소년유해매체물’의 결정권한을 부여하는 것이 죄형법정주의를 위반하고 또한 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부였다. 하지만 우리 헌법재판소는 여기에 대해 다음과 같이 판시하였다. 즉 “청소년에게 유해한 매체물을 적시하여 청소년에 대한 판매·대여 등을 제한하고자 하는 경우에는 각 매체물의 내용을 실제로 확인하여 유해성 여부를 판단할 수밖에 없는데, 그때마다 법 또는 하위법령을 개정하여 직접 개별 매체물을 규정하는 것은 현실적으로 거의 불가능하고 법령의 개정에 소요되는 시일로 인하여 규제의 실효성도 기할 수 없게 될 것이므로 청소년유해매체물이 결과적으로 범죄의 구성요건의 일부를 이루게 되더라도 이 사건 법률조항에서 직접 청소년유해매체물의 범위를 확정하지 아니하고 행정기관(청소년보호위원회 등)에 위임하여 그 행정기관으로 하여금 청소년유해매체물을 확정하도록 하는 것은 부득이하다고 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항이 형벌법규의 위임의 한계를 벗어나거나 불명확하여 죄형법정주의에 위반된다고 할 수 없다. 청소년보호위원회 등에 의한 청소년유해매체물의 결정은 그것이 이 사건 법률조항에 따라 그 위임의 범위 내에서 행하여지는 이상 법률상 구성요건의 내용을 보충하는 것에 불과하므로 이를 토대로 재판이 행하여진다고 하더라도 그로 인하여 사실확정과 법률의 해석·적용에 관한 법관의 고유권한이 박탈된 것이라 할 수 없으며, 더욱이 법관은 청소년보호위원회 등의 결정이 적법하게 이루어진 것인지에 관하여 독자적으로 판단하여 이를 기초로 재판할 수도 있으므로 청소년유해매체물의 결정권한을 청소년보호위원회 등에 부여하고 있다고 하여 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이라고는 볼 수 없다”.

529) 여기서 심의기관이란 구체적으로 한국간행물윤리위원회, 방송위원회, 영상물등급위원회, 정보통신윤리위원회를 말한다.

한편 청소년유해매체물로서의 법적 효과가 발생한 경우에는, 제작자 및 유통자는 일정한 법적 의무를 지게 된다. 예컨대 청소년연령확인 의무, 표시 의무, 포장 의무, 구분 및 격리 의무 등이라고 할 수 있다. 이 중에서 청소년유해매체물의 전자적 표시제도와 관련하여, 주목을 요하는 것이 표시 의무이다. 즉 청소년보호법에 의하여 청소년유해매체물로 결정·고시된 모든 매체물에 대해서는 청소년에게 유해한 매체물임을 나타내는 표시를 하여야 한다(청소년보호법 제14조). 구체적인 표시방법과 관련하여, 전기통신을 통한 음성정보·영상정보 및 문자정보의 경우에는 정보를 제공하는 자가 프로그램을 시작하기 전에 “이 프로그램은 19세 미만 청소년이 이용해서는 안됩니다”라는 자막표시를 하여야 한다(청소년보호법시행령 제13조 및 [별표 2]). 전기통신을 통한 음성정보·영상정보 및 문자정보에 대해서 청소년보호법시행령이 규정하고 있는 표시방법은 자막표시라는 점에서 ‘가시적 표시’라고 할 수 있다.

2) 청소년유해매체물제도와 청소년유해매체물의 전자적 표시제도의 관계

결국 청소년유해매체물의 전자적 표시제도를 규정하고 있는 정보통신망법과 정보통신망법시행령의 관련규정, 청소년유해매체물 및 표시의무제도를 규정하고 있는 청소년보호법 및 청소년보호법시행령의 관련규정을 살펴보면, 다음과 같은 특징들을 발견할 수 있다.

첫째, 청소년보호법이 규정하고 있는 형식적·절차적 요건에 따라 청소년유해매체물로서 법적 효과를 발생한 인터넷 콘텐츠에 대해서만 정보통신망법시행령이 규정하고 있는 ‘음성·문자 또는 영상에 의한 표시’와 ‘전자적 표시’가 이루어진다는 점이다. 즉 청소년에게 유해하다고 의심되는 ‘모든’ 정보에 대해서 이러한 표시의무가 적용되는 것은 아니라는 점이다.

둘째, 정보통신망법시행령 제21조 제1항 및 정보통신부장관의 고시가 규정하고 있는 ‘음성·문자 또는 영상에 의한 표시’는 청소년보호법상의 ‘가시적 표시’와 매우 유사한 것으로서, 그 표시방법이 거의 동일한 것으로 파악될 수 있다. 물론 청소년보호법상의 표시는 ‘자막표시’만 규정하고 있고, 정보통신부장관의 고시는 음성매체물에 대해서 ‘음성표시’도 추가하고 있지만, 이는 음성으로만 전달되는 정보의 특성을 반영한 것일 뿐이다.

셋째, 정보통신망법시행령 제21조 제2항 및 정보통신부장관의 고시가 규정하고 있는 ‘전자적 표시’는 기존의 표시방법과 전혀 다른 방법의 것으로서, 이것은 육안으로 인식되거나 혹은 청각으로 인식될 수 있는 표시가 아니라는 점이다. 즉 이것은 기술적인 장치나 소프트웨어에 의해 청소년유해매체물인 인터넷 콘텐츠가 차단될 수 있게 하는 표시방법으로서, 기존의 매체에서는 볼 수 없는 성인/청소년의 차별적 접근통제방법이라고 할 수 있다.

여기서 우리는 다음과 같은 질문에 직면하게 된다.

첫째, 정보통신망법 제42조, 정보통신망법시행령 제21조 및 정보통신부장관의 고시가 규정하고 있는 ‘청소년유해매체물의 표시제도’와 청소년보호법 제14조 및 청소년보호법시행령 제13조([별표 2] 포함)가 규정하고 있는 ‘청소년유해매체물의 표시제도’와의 관계는 어떻게 되는가이다. 그 내용을 살펴볼 때, 전자는 후자의 연장선상에 있는 것으로서, 인터넷 등 온라인매체의 특성을 반영하여 기존의 청소년보호법상의 표시제도를 보완하거나 혹은 새로운 표시방법을 추가한 것이라고 할 수 있다. 즉 정보통신망법 제42조, 정보통신망법시행령 제21조 및 정보통신부장관의 고시는 청소년보호법 제14조 및 청소년보호법시행령 제13조([별표 2] 포함)의 ‘특별법’적 규정이라고 할 수 있다.

둘째, 정보통신망법시행령 제21조 및 정보통신부장관의 고시가 규정하고 있는 ‘청소년유

해매체물의 전자적 표시제도'를 어떻게 이해하고 평가하여야 하는가라는 질문이다. 물론 전자적 표시방법이라는 것은 인터넷 등 온라인매체에 있어서 청소년유해매체물 규제시스템의 효율성 내지 효과성제고를 위해 도입된 것이라는 점에서, 청소년보호법이 규정하고 있는 기존의 표시제도의 연장선상에 놓여 있다고 할 수 있다. 즉 인터넷 등 온라인매체의 특성을 반영하여 새로운 기술적 방법을 도입한 것에 불과할 수 있다. 하지만 '음성·문자 또는 영상에 의한 표시' 이외에 '전자적 표시'를 추가한 것이 정부에 의한 강제적 인터넷 내용등급제의 채택이자, 표현의 자유를 과도하게 제한하는 것이라는 주장이 있는 것은 서두에서 설명한 바와 같다. 따라서 이하에서는 인터넷 내용등급제와 청소년유해매체물의 전자적 표시제도의 관계를 살펴본 뒤, 현행 청소년유해매체물의 전자적 표시제도에 관한 헌법적 쟁점들을 정리해 보기로 한다.

(2) 인터넷 내용등급제와 청소년유해매체물의 전자적 표시제도의 관계

1) 인터넷 내용등급제의 내용 및 의미

현재 우리나라에서 사용되고 있는 '인터넷 내용등급제(Internet Content Rating System)'라는 용어의 개념은 "인터넷에서 유통되고 있는 정보내용(혹은 콘텐츠)에 대하여 누드, 성행위, 폭력, 언어 등의 일정한 범주별로 그 등급을 매기는 하나의 기술적 체계"로 정의되고 있다.⁵³⁰⁾ 그런데 이러한 인터넷 내용등급제는 사실 인터넷 내용규제를 위한 여러 가지 방식들 중에서 '기술적(技術的)' 규제이자 '자율적' 규제방식의 형태로 출발한 것이다.⁵³¹⁾ 즉 우리나라와 같이 국가가 주도하는 표현물 규제시스템이 아닌 자율규제시스템을 기반으로 하는 규제방식이라는 점이다.

보다 구체적으로 이야기하면, 인터넷 내용등급제는 정보마다 일정한 통일된 기준에 따라 정보제공자로 하여금 등급을 표시하거나 혹은 일정한 기술어(記述語: descriptor)에 따라 표시를 하게 한 다움(labeling), 이용자는 필터링소프트웨어(filtering software)를 사용하여 자신의 가치관이나 취향에 따라 인터넷 콘텐츠를 선별해서 접근할 수 있도록 하는 방식(filtering)을 의미한다. 이러한 의미의 인터넷 내용등급제는 정보제공자가 이용자에게 대해서 '정보에 관한 정보'를 제공하고, 이용자는 정보제공자가 제공한 '정보에 관한 정보'를 바탕으로 당해 인터넷 콘텐츠에 대한 접근을 통제할 수 있다는 점에서 매우 중요한 의미를 지닌다.

인터넷 내용등급제의 필수적인 요소는 그것을 실현할 수 있도록 하는 기술체계인데, 이러한 기술체계로서 개발된 것이 바로 PICS이다. 인터넷 내용등급제의 기술적 기초로서의 PICS(Platform for Internet Content Selection)란 일정한 범주별로 분류·표시된 인터넷 콘텐츠를 필터링소프트웨어가 인식하고 선별할 수 있도록 하기 위한 기술표준체계를 말한다. 즉 PICS는 특정 웹페이지의 내용에 관한 정보가 기술(記述)된 메타정보를 컴퓨터의 소프트웨어를 통해 인식하고 선별할 수 있도록 하는 기술규격(프로토콜)을 의미하는 것이다. 따라

530) 정보통신윤리위원회, 「최종연구개발결과보고서: 정보통신윤리조사연구/정보내용등급제 추진사업」, 1999.12.31., 7면. 그러나 인터넷 내용등급제는 엄밀히 말하면, PICS라는 통일된 기술적 표준을 채택하는 등급시스템을 의미한다. 즉 PICS호환등급시스템(PICS-compliant rating system)이라 부를 수 있다.

531) 인터넷 내용등급제의 유형과 내용에 관한 소개로는 황성기, "인터넷 내용등급제와 우리나라에서의 적용가능성", 「법과 사회」 제19호(2000년 하반기), 법과사회이론학회, 95-107면 참조.

서 PICS는 웹과 관련된 각종 프로토콜의 묶음으로서, 콘텐츠분류기준을 만들고 배포하며 해석하는 방식일 뿐, 등급판정시스템 그 자체는 아니다. 즉 등급판정시스템이 ‘도서관의 도서목록분류체계를 정립하기 위한 하나의 규격화된 코드’에 해당한다면, PICS는 이러한 코드를 필터링소프트웨어가 인식할 수 있도록 하기 위한 규격화된 ‘일련의 기계어’에 해당한다고 할 수 있다. 따라서 PICS는 ‘가치중립적(values-neutral)’인 것이다.

그런데 인터넷 내용등급제가 ‘정보에 관한 정보’를 제공하는 시스템으로서의 의미를 지니는 경우에는, 이와 같은 등급시스템은 인터넷에만 존재하는 것은 아니다. 우리나라에서 일반적으로 채택되고 있는 영화, 비디오물, 게임물, 방송프로그램 등에 적용되는 현행 연령등급제도 ‘정보에 관한 정보’를 제공한다는 점에서 인터넷 내용등급제와 동일한 맥락에 놓여 있다고 할 수 있다. 왜냐하면 현행 연령등급제는 표현물의 내용을 평가하여 연령의 구분에 따른 등급분류를 통해 표현물에 대한 접근을 통제하는 것이기 때문에, 이와 같은 연령구분에 따른 등급도 따지고 보면, ‘정보에 관한 정보’로서의 의미를 지니고 있다고 할 수 있다. 예컨대 ‘18세관람가’판정을 받은 영화의 경우를 상정해 보면, 일반적으로 당해 영화에는 18세미만의 자가 관람하기에는 적절하지 않은 내용(그것이 성적인 측면에서든 폭력적인 측면에서든)이 포함되어 있다는 것을 미리 알 수 있는 것이다. 따라서 이와 같은 ‘정보에 관한 정보’에 근거하여 영화를 관람하려고 하는 자는 정보에 대한 접근을 스스로 조절하거나 혹은 학부모는 당해 영화에 대해서 자신의 자녀가 접근할 수 없도록 통제를 할 수 있는 것이다.

다만 인터넷 내용등급제가 영화, 비디오물, 게임물, 방송프로그램 등에 적용되는 현행 연령등급제와 다른 점들은, 첫째, 연령의 구분에 따른 등급분류가 아니라 정보의 내용에 따른 분류라는 점, 둘째, 인터넷이라는 새로운 매체의 특성을 반영하여 기술적(技術的) 요소들을 도입하고 있다는 점, 셋째, 정보에 대한 분류가 국가기관에 의해 강제적으로 행해지지 않고 정보제공자의 자율에 의해 행해지며, 그 분류결과에 대해서도 법적인 강제력이 부여되지 않는다는 점 등에서 찾아 볼 수 있다.

2) 자율등급시스템

이러한 인터넷 내용등급제 중 가장 핵심이 되는 시스템이 ‘통일적 기준을 기반으로 한 자율등급시스템’이다. 자율등급시스템은 인터넷상에서 콘텐츠를 제공하는 정보제공자가 일정한 통일적 기준에 따라서 자신의 콘텐츠를 분류·표시하고, 인터넷이용자는 자신의 개인적인 가치관이나 기준에 따라 콘텐츠에 대한 접근을 스스로 통제하는 시스템을 의미한다. 대표적인 경우가 미국에서 개발된 RSACi(Recreational Software Advisory Council on the Internet)의 등급시스템과 2000년 12월에 기존의 RSACi 등급시스템을 대체할 목적으로 개발된 것으로서 ICRA Safe라고 불리는 ICRA(Internet Content Rating Association)의 등급시스템이다.

가. RSACi 등급시스템

RSACi 등급시스템은 인터넷상의 모든 콘텐츠에 대해서 정보제공자 자신이 통일적이고도 객관적인 등급기준에 따라 등급을 표시하고, 인터넷이용자는 자신의 개인적인 가치관이나 기준에 따라 콘텐츠에 대한 접근을 통제하는 시스템을 말한다.

RSACi 등급시스템은 다음과 같은 두 가지 특징을 가지고 있다.

첫째, 등급판정 및 등급표시가 전적으로 정보제공자 자신에 자율적인 판단에 의해 행해진

다는 점이다. 이러한 점에서 이 시스템은 ‘자율등급(self-rating 혹은 self-labeling)’시스템에 해당한다. 즉 정보제공자 스스로가 자신이 제공하는 정보가 등급기준에 따를 때 어느 범주의 어느 단계에 해당한다는 것을 판단하여 등급표시를 하는 것이다. 따라서 이러한 판단은 국가도 제3자도 아닌 정보제공자 자신이 스스로 한다는 점에서, 그리고 등급표시도 정보제공자 자신이 스스로 한다는 점에서 자율등급시스템이라 불리는 것이다.

둘째, 등급판정과 등급표시를 위한 등급기준이 통일적이고 객관적인 기준일 것이 요구된다는 점이다. 즉 이 시스템에 있어서 매우 중요한 요소는 구체적인 등급기준을 어떻게 설정할 것인가라는 문제이다. 일반적으로 이 시스템에서 채택하고 있는 등급기준은 정보내용에 대한 객관적·기술적(記述的) 평가를 전제로 하는 등급기준을 채택하고 있다. RSACi의 등급기준은 기본적으로 객관적이고 기술적(記述的) 내용에 따라 등급구분이 이루어지는 것을 전제로 한다. 예컨대 RSACi의 등급기준에서 level 0에서 level 4까지의 구분은 가치판단이 배제되어 있는 계량화된 기준을 의미한다. 다음의 도표는 RSACi의 등급기준을 보여주고 있다.

<표 4> RSACi 등급기준

범주 레벨	신체노출(nudity)	성행위(sex)	폭력(violence)	언어(language)
Level 4	성적 자극을 도발하는 정면 신체노출	노골적인 성행위나 성범죄	강간이나 이유없고 불필요한 폭력	노골적이고 지속적인 언어 또는 극심한 혐오성 발언(hate speech)
Level 3	정면 신체노출	노골적이지 않은 성행위	공격적인 폭력이나 인간의 죽음	악담이나 혐오성 발언
Level 2	부분 신체노출	착의 상태의 애무	실존하는 객체에 대한 파괴	심하지 않은 욕설이나 속어
Level 1	노출된 복장	정열적인 키스	인간에 대한 상해	가벼운 욕설
Level 0	위의 어느 것과도 관계없음	위의 어느 것과도 관계없거나 순결한 키스, 로맨스	위의 어느 것과도 관계없거나 스포츠와 관련된 것	위의 어느 것과도 관계없음

물론 위와 같은 RSACi의 등급기준이 완결적인 것은 결코 아니다. 신체노출, 성행위, 폭력, 언어 이외에 각 국의 사회·문화에 따라 음주, 도박, 마약, 흡연, 인종(민족)차별 등의 범주를 추가할 수 있으며, 그 단계도 더 확장할 수 있는 것이다. 따라서 각 국에서 그 자체 고유의 인터넷 내용등급제를 개발한다는 것은 주로 각 국의 문화와 정서에 맞는 등급기준을 만든다는 것을 의미한다. 여기서 중요한 것은 위의 등급기준이 정보의 내용에 대한 객관적·기술적(記述的) 평가를 전제로 하는 등급기준이라는 점이다. 결국 통일적 기준을 기반으로 한 자율등급시스템과 관련하여 우리가 주목할 것은 자율등급시스템의 구체적 적용이 ‘객관적·기술적 평가’와 ‘규범적 평가 혹은 주관적 평가’라는 2단계를 거쳐야 한다는 점이다. 즉 정보의 내용에 대한 객관적 분석에 따른 등급판정 및 등급표시를 의미하는 ‘객관적·기술적 평가’와 level 0에서 level 4까지의 구분 중에서 어디까지를 청소년유해매체물 혹은 음란물로 볼 것인가라는 ‘규범적 평가’ 및 부모의 입장에서 어디까지를 자신의 자녀에게 보여줄

것인가라는 ‘주관적 평가’는 서로 별개의 것이라는 점이다. 따라서 규범적 평가는 시대와 장소에 따라 달라질 수 있고, 주관적 평가는 부모의 가치관이나 취향에 따라 달라질 수 있지만, 객관적·기술적 평가는 달라질 수 없게 된다.

다음은 RSACi 등급시스템을 이용한 전자적 표시이다.

```
<METAhttp-equiv="PICS-Label"content="(PICS-1.1 "http://www.rsac.org/ratingsv01.html" 1 gen  
true for "http://www.icra.org" r (n 0 s 0 v 0 1 0))">
```

위의 전자적 표시가 의미하는 바는 다음과 같다. 즉 “http://www.icra.org라고 하는 사이트 내에 포함되어 있는 정보는 신체노출에 관한 부분에는 0단계, 섹스에 관한 부분에 있어서는 0단계, 폭력에 관한 부분에 있어서는 0단계, 언어에 관한 부분에 있어서는 0단계의 정보에 해당한다”는 것을 의미한다.

나. ICRA 등급시스템(ICRASafe)

ICRA 등급시스템(ICRASafe)은 콘텐츠의 내용이 통일적이고도 객관적인 일정한 범주의 기술어(記述語: descriptor)에 해당하는지 여부를 정보제공자 자신이 판단하여 그에 따른 적절한 표시를 하고, 인터넷이용자는 자신의 개인적인 가치관이나 기준에 따라 콘텐츠에 대한 접근을 직접 통제하든지 아니면 제3자가 기술어들을 조합하여 개발한 등급기준(Templates)에 따라 콘텐츠에 대한 접근을 통제할 수 있는 시스템을 말한다.

ICRASafe라고 불리는 ICRA(Internet Content Rating Association)의 등급시스템은 2000년 12월에 기존의 RSACi 등급시스템을 대체할 목적으로 개발된 것으로서, 현재 개발된 등급시스템 중 PICS의 기술적 기반 전체를 가장 완벽하게 구현하고 있을 뿐만 아니라, 다양성을 보장할 수 있는 등급시스템이라는 평가를 받고 있다.

보다 구체적으로 설명하면, 우선 ICRA 등급시스템에 있어서도 콘텐츠의 내용에 대한 평가 및 표시(labeling)는 정보제공자에 의해 이루어진다. 다만 RSACi 등급시스템의 경우에는 정보제공자가 단계별로 나누어진 등급기준에 따라 자신이 제공하는 정보의 내용을 평가해서 표시를 하였지만, ICRA 등급시스템의 경우에는 단계별로 나누어진 등급기준이 아닌 45개의 기술어에 따라 자신이 제공하는 정보의 내용을 평가해서 표시를 하는 것이다.

<표 5-1> ICRA 등급시스템의 기술어와 코드

번호	구분	기술어	ICRA 코드	RSACi 코드
1	채팅 (Chat)	채팅(Chat)	ca	
2		아동과 십대에게 적합한 건전한 채팅(Moderated chat suitable for children and teens)	cb	
3		해당사항 없음(Neither of the above)	cz	
4	언어 (Language)	노골적인 성적 언어(Explicit sexual language)	la	l4
5		거친 언어 혹은 신성모독(Crude words or profanity)	lb	l2
6		가벼운 욕설(Mild expletives)	lc	l1
7		해당사항 없음(None of the above)	lz	l0
8	nudity and Sexual Material)	발기된 남자의 성기 혹은 여성 성기의 자세한 묘사(Erections or female genitals in detail)	na	n4
9		남자의 성기(Male genitals)	nb	n3
10		여자의 성기(Female genitals)	nc	n3
11		여자의 유방(Female breasts)	nd	n2
12		둔부 노출(Bare buttocks)	ne	n2
13		노골적인 성행위(Explicit sexual acts)	nf	s4
14		모호하거나 암시적인 성행위(Obscured or implied sexual acts)	ng	s3
15		가시적인 성적 접촉(Visible sexual touching)	ni	s3
16		열정적인 키스(Passionate kissing)	nh	s1
17		해당사항 없음(None of the above)	nz	s0
18		예술적인 맥락에서 제시되며, 어린 아동들에게 적합함(appears in a context intended to be artistic and is suitable for young children)	nr	
19		교육적인 맥락에서 제시되며, 어린 아동들에게 적합함(appears in a context intended to be educational and is suitable for young children)	ns	
20		의학적인 맥락에서 제시되며, 어린 아동들에게 적합함(appears in a context intended to be medical and is suitable for young children)	nt	
21	다른 주제들 (Other topics)	흡연의 조장(Promotion of tobacco use)	oa	
22		음주의 조장(Promotion of alcohol use)	ob	
23		마약 사용의 조장(Promotion of drug use)	oc	
24		도박(Gambling)	od	
25		무기 사용의 조장(Promotion of weapon use)	oe	
26		차별 및 사람들에 대한 해악의 조장(Promotion of discrimination or harm against people)	of	
27		어린 아동들에게 나쁜 본보기로 인식될 수 있는 자료(Material that might be perceived as setting a bad example for young children)	og	
28		어린 아동들에게 혼란을 줄 수 있는 자료(Material that might disturb young children)	oh	
29		해당사항 없음(None of the above)	oz	

<표 5-2> ICRA 등급시스템의 기술어와 코드

번호	구분	기술어	ICRA 코드	RSACI 코드
30	폭력 (Violence)	성폭력/강간(Sexual violence/rape)	va	v4
31		인간의 피와 출혈(Blood and gore, human beings)	vb	v4
32		동물의 피와 출혈(Blood and gore, animals)	vc	v4
33		공상 캐릭터의 피와 출혈(애니메이션 포함)(Blood and gore, fantasy characters(including animation))	vd	v4
34		인간의 살해(Killing of human beings)	ve	v3
35		동물의 살해(Killing of animals)	vf	v3
36		공상 캐릭터의 살해(애니메이션 포함)(Killing of fantasy characters(including animation))	vg	v3
37		인간에 대한 고의적인 상해(Deliberate injury to human beings)	vh	v1
38		동물에 대한 고의적인 상해(Deliberate injury to animals)	vi	v1
39		공상 캐릭터에 대한 고의적인 상해(애니메이션 포함)(Deliberate injury to fantasy characters(including animations))	vj	v1
40		물체에 대한 고의적인 손상(Deliberate damage to objects)	vk	v1
41		해당사항 없음(None of the above)	vz	v0
42		예술적인 맥락에서 제시되며, 어린 아동들에게 적합함(appears in a context intended to be artistic and is suitable for young children)	vr	
43		교육적인 맥락에서 제시되며, 어린 아동들에게 적합함(appears in a context intended to be educational and is suitable for young children)	vs	
44		의학적인 맥락에서 제시되며, 어린 아동들에게 적합함(appears in a context intended to be medical and is suitable for young children)	vt	
45		스포츠 관련 맥락에서만 제시됨(only appears in a sports related context)	vu	

한편 위와 같은 45개의 기술어들을 바탕으로 다양한 제3자들은 등급템플릿을 만들어서 이용자들에게 제공할 수 있다. 물론 이러한 등급템플릿의 개발과정에서 이데올로기적, 종교적, 문화적 다양성이 보장되는 것이다. 또한 등급템플릿 이외에도 제3자들은 허용 및 차단 목록을 이용자들에게 제공할 수 있다. 결국 이용자들은 필터링소프트웨어에서 기술어들을 직접적으로 조정하는 방식으로 콘텐츠를 선별하거나, 더 나아가서 제3자들에 의해 개발된 등급템플릿과 허용 및 차단목록을 추가로 적용함으로써 자신의 가치관에 따라 콘텐츠를 선별할 수 있게 되는 것이다.

다음은 ICRA 등급시스템을 이용한 전자적 표시이다.

```
<METAhttp-equiv="PICS-Label"content='(PICS-1.1 "http://www.icra.org/ratingsv02.html" 1 gen
true for "http://www.icra.org" r (cz 1 lz 1 nz 1 oz 1 vz 1))'>
```

위의 전자적 표시가 의미하는 바는 다음과 같다. 즉 “http://www.icra.org라고 하는 사이트 내에 포함되어 있는 정보는 채팅에 관한 부분에 있어서는 해당사항이 없고, 언어에 관한 부분에 있어서는 해당사항이 없고, 누드와 성적 자료에 관한 부분에 있어서는 해당사항이 없고, 다른 주제들에 관한 부분에 있어서는 해당사항이 없고, 폭력에 관한 부분에 있어서는

해당사항이 없다”는 것을 의미한다.

3) 등급시스템을 반대하는 입장

이 입장은 인터넷상에서 어떠한 등급시스템도 적용되는 것을 반대하는 입장으로서, 차단(blocking) 내지 내용선별(filtering)기술들이 인터넷상에 적용되는 것까지 반대한다. 이러한 입장은 주로 미국의 시민단체들이 취하고 있는데, 대표적인 단체로 미국의 ACLU(American Civil Liberties Union)를 들 수 있다.⁵³²⁾ 주지하다시피 ACLU는 CDA와 관련된 ACLU v. Reno소송과 Reno v. ACLU소송에서 주도적 역할을 한 시민단체로서, 지금 현재 CDAⅡ(일명 COPA: Child Online Protection Act)와 관련된 소송에서도 주도적 역할을 수행하고 있다. 이 단체가 인터넷상에서의 등급시스템에 반대하는 이유들은 다음과 같다.⁵³³⁾

첫째, 인터넷이 무미건조하고 균질화될(bland and homogenized) 것이라는 점이다. 즉 내용선별은 대중적이지 못하고 논쟁거리가 되는 표현(unpopular and controversial speech)을 위축시킬 것이라는 점이다. 왜냐하면 자율등급시스템의 경우에는 자신이 제공하는 정보에 대한 등급표시의 부담은 비상업적 정보제공자에게는 매우 클 것이기 때문이다.

둘째, 내용선별기술은 정부에 의한 검열을 더욱 용이하게 할 것이라는 점이다. ACLU는 내용선별기술 및 등급시스템의 등장과 관련된 일련의 가상 시나리오를 제시하고 있는데, 그 내용은 다음과 같다. ① PICS의 이용이 보편화되면서, 콘텐츠등급판정을 위한 통일된 방법이 제시된다. → ② 한 두 개의 등급시스템이 시장을 지배하게 되면서, 사실상 인터넷상에서의 표준이 된다. → ③ PICS와 시장지배적 등급시스템이 인터넷 소프트웨어의 자동적 초기값(automatic default)으로 설정되게 된다. → ④ 등급이 표시되어 있지 않은 표현들은 이러한 자동적 초기값의 설정으로 인해 효과적으로 차단된다. 즉 등급이 표시되어 있지 않은 표현들은 그 내용에 상관없이 차단된다는 말이다. → ⑤ 검색엔진들(search engines)도 등급이 표시되어 있지 않거나 부적절하게 표시된 사이트들이나 정보들은 검색결과로서 게시하지 않게 된다. → ⑥ 정부가 자율등급을 입법으로 강제하거나 부적절하게 등급을 표시하는 것을 형사벌로 처벌하게 된다. 이상과 같은 일련의 시나리오를 제시하면서, ACLU는 정부에 의한 검열가능성을 강조하고 있다. 특히 Reno v. ACLU판결에서 연방대법원이 인터넷은 인쇄매체만큼의 보호를 받는 매체라고 설시한 점을 강조하면서, 등급시스템은 인터넷을 인쇄매체가 아닌 방송매체와 유사한 매체로 파악하는 것을 전제로 하는 것이라고 비판한다.

셋째, 자율등급시스템에는 많은 문제점이 존재한다는 점이다. ACLU는 다음과 같이 자율등급시스템의 문제점을 여섯 가지로 제시하고 있다. ① 자율등급시스템은 논쟁의 여지가 있는 표현들(controversial speech)을 봉쇄하게 된다는 점이다. 즉 자율등급시스템은 결코 중립적인 방식이 아니며, 일정한 내용의 표현들을 차단시키는 주관적인 가치판단을 전제로 하는 것이라는 점이다. ② 자율등급시스템은 번거롭고 다루기 힘들며 비용이 많이 든다는 점이다. 즉 그 많은 양의 정보에 일일이 등급을 표시한다는 것이 현실적으로 가능하겠는가의 문제제기를 의미하는 것으로서, 현실적·경제적 부담은 결국 표현을 위축시키고, 등급표시를

532) ACLU 이외에도 Electronic Privacy Information Center<www.epic.org>, the Center for Democracy and Technology<www.cdt.org>같은 단체들이 이러한 입장을 취하고 있다.

533) American Civil Liberties Union, “Fahrenheit 451.2: Is Cyberspace Burning?—How Rating and Blocking Proposals May Torch Free Speech on the Internet”, in Electronic Privacy Information Center, *Filters & Freedom: Free Speech Perspectives on Internet Content Controls*, 1999, 1-19면 참조.

포기하게 함으로써 접근을 차단시키게 된다는 점이다. ③ 자율등급시스템을 인터넷상에서의 실시간대화(chat)라든지 메일(mail), 뉴스그룹이나 메일링리스트에도 적용하는 것은 적절치 못하다는 점이다.⁵³⁴⁾ ④ 자율등급시스템은 국가간의 장벽을 없애는 것이 아니라, 오히려 국가간의 장벽을 더 공고히 할 위험이 있다는 점이다.⁵³⁵⁾ 그리고 국가나 민족간의 문화적 인식의 차이를 반영하지 못하게 된다는 점이다. ⑤ 자율등급시스템은 정부에 의한 검열을 방지하는 것이 아니라 오히려 조장하게 될 것이라는 점이다. 즉 자율등급시스템은 기본적으로 등급오표시(mis-rating)에 대한 법적 제재를 전제로 하게 되는데, 이것은 결과적으로 상당한 정도의 정부의 검열을 가능하게 할 뿐만 아니라, 검열의 주된 대상도 주로 시민단체 내지 인권단체 그리고 동성애단체 등 사회에서 비주류적이고 논쟁을 유발하는 화자들일 것이다. ⑥ 자율등급시스템은 인터넷을 상업적 목적의 화자들(commercial speakers)에 의해 지배되는 균질화된(homogenized) 매체로 전락시킬 것이라는 점이다. 왜냐하면 인력과 자본동원능력이 있는 상업적 기업들만 이러한 자율등급시스템을 자신들이 제공하는 콘텐츠에 제대로 적용할 수 있게 되고, 결국 이러한 콘텐츠에만 이용자들은 접근할 수 있기 때문이다.

4) 인터넷 내용등급제와 청소년유해매체물의 전자적 표시제도의 관계

위와 같은 내용의 인터넷 내용등급제와 현행 청소년유해매체물의 전자적 표시제도의 관계를 살펴보기 위해서는, 두 시스템간의 공통점과 차이점을 분석하는 것이 필요할 것이다.

먼저 공통점으로는 다음과 같다.

첫째, PICS라고 하는 기술표준에 기반하고 있다는 점이다.

둘째, 등급표시(labeling)가 정보제공자에 의해 이루어진다는 점이다.

셋째, 필터링 소프트웨어를 통해 정보이용자가 자유롭게 정보의 차단 여부를 결정할 수 있다는 점이다(filtering).

그런데 인터넷 내용등급제와 현행 청소년유해매체물의 전자적 표시제도에는 핵심적인 차이점이 존재한다. 우선 인터넷 내용등급제의 핵심인 자율등급시스템에 있어서는 당해 정보의 내용평가는 전적으로 정보제공자의 자율에 맡겨져 있다. 하지만 현행 청소년유해매체물의 전자적 표시제도는 당해 정보가 ‘청소년유해매체물’인지의 여부에 대한 평가는 정보제공자가 아니라 청소년보호위원회나 기타 심의기관에 의해 이루어진다. 이 점이 가장 핵심적인 차이점으로서, 인터넷 내용등급제와 청소년유해매체물의 전자적 표시제도를 구분하는 핵심 잣대가 된다. 따라서 현행 청소년유해매체물의 전자적 표시제도는 PICS라고 하는 동일한 기술표준을 이용할 뿐이지, 인터넷 내용등급제와는 전혀 그 의미가 다른 규제시스템이라고 할 수 있다. 즉 인터넷 내용등급제는 ‘자율적’ 규제방식이지만, 현행 청소년유해매체물의 전자적 표시제도는 ‘타율적’ 규제방식이라는 점이다.

따라서 현행 청소년유해매체물의 전자적 표시제도가 ‘PICS기반의 인터넷 내용등급제의 제도적·전면적 구현’이라는 주장은 인터넷 내용등급제의 본질과 현행 청소년유해매체물의 전

534) 사실 실시간대화나 메일은 통신의 비밀보호의 대상이 되기 때문에, 이러한 실시간대화나 메일에 대한 등급표시는 공개를 전제로 하는 등급시스템과는 조화될 수 없는 것이기도 하다. 이것은 결국 정책적으로 등급시스템은 공개를 전제로 하는 인터넷상의 콘텐츠에 대해서만 적용될 수 있다는 것을 의미한다.

535) 이러한 지적은 기본적으로 지금 현재 개발되고 있는 각종 등급시스템들이 미국을 중심으로 형성되고 있고, 또한 미국에만 적용될 수 있다는 점을 감안하면 이해될 수 있을 것이다.

자적 표시제도의 본질을 오해한 것이라 할 것이다. 즉 현행 청소년유해매체물의 전자적 표시제도는, 청소년보호법상의 청소년유해매체물로서 법적 효과가 발생한 정보에 대해서만, 기존의 매체에 적용되어 왔던 ‘음성·문자 또는 영상에 의한 표시’ 이외에 인터넷 등 온라인 매체의 특성을 반영하여 ‘전자적 표시’를 추가로 요구하고 있을 뿐인 것이다. 따라서 전자적 표시의무와 그 위반시 제재를 가하는 제도는 엄밀히 이야기하면 ‘PICS기반의 인터넷 내용 등급제의 강제’가 아니라 현행 청소년유해매체물제도의 연장이라고 보아야 할 것이다.⁵³⁶⁾

(3) 현행 청소년유해매체물의 전자적 표시제도에 관한 헌법적 분석

1) 과잉금지의 원칙 위반 여부

현행 청소년유해매체물의 전자적 표시제도와 관련하여, 첫 번째로 제기될 수 있는 쟁점은 청소년유해매체물로서의 법적 효과를 발생한 인터넷 콘텐츠에 대해서 전자적 표시를 하도록 요구하는 것이 정보제공자나 이용자의 표현의 자유를 과도하게 제한하는 것인가의 문제이다.

청소년보호법상의 청소년유해매체물제도는, 불법정보(illegal content)와 청소년유해정보(harmful content)의 이분론을 전제로 하는 표현물 규제시스템 중 청소년유해정보에 대한 규제시스템을 법제도화한 것이다. 여기서 청소년유해정보는 법률에 의하여 금지되지는 않지만, 청소년에게 유통시키는 경우에만 법적 제재가 가해지는 내용의 정보를 의미한다. 따라서 이러한 청소년유해정보는 금지의 대상이 아니라, ‘관리의 대상’이 되는 것이다. 즉 이러한 청소년유해정보는 제작이 가능하고 기본적으로 유통도 가능하지만, 단지 청소년에 대한 유통만 금지되는 것이다. 만약 청소년유해정보에 대해서 제작 자체까지 금지하고, 그 위반시 제재를 가할 경우에는 성인의 알권리를 침해하는 것으로서 과잉금지의 원칙에 위반된다.

그런데 위에서 분석하였다시피, 청소년유해매체물의 전자적 표시제도는 현행 청소년유해매체물제도의 연장이다. 따라서 비록 인터넷 콘텐츠의 형태로 청소년유해매체물을 제공하는 자는 전자적 표시의무를 지더라도, 인터넷 콘텐츠의 제작과 유통은 여전히 허용된다. 다만 청소년유해매체물로서 법적 효과를 발생한 인터넷 콘텐츠를 청소년에게 제공하는 것이 금지될 뿐이며, ‘관리’의 효율성제고를 위해서 전자적 표시가 요구되는 것이다. 즉 인터넷이라는 매체의 특성을 반영하여, 기존의 매체에 적용되어 왔던 가시적 표시 이외에 전자적 표시가 추가될 뿐이다. 그리고 이러한 전자적 표시는 인터넷에만 존재하는 것은 아니다. 즉 미국의 1996년 전기통신법(Telecommunications Act)이 채택한 TV에서의 ‘브이칩(V-chip)’ 설치 의무규정도, 이러한 전자적 표시 및 기술적 장치를 통한 접근통제수단이라는 점에서, 인터넷에서의 전자적 표시 및 필터링소프트웨어와 동일하게 파악될 수 있다.

그리고 이용자도 비록 필터링소프트웨어가 컴퓨터에 설치되어 있다고 하더라도, 청소년유해매체물로서 법적 효과를 발생한 인터넷 콘텐츠를 여전히 자유롭게 이용할 수 있다. 다만 자신의 자녀가 청소년유해매체물로서 법적 효과를 발생한 인터넷 콘텐츠에 접근하는 것을 막고자 하는 이용자는 필터링소프트웨어를 조작해서 당해 콘텐츠에 대한 자녀의 접근을 통제할 수 있을 뿐이다.

결국 현행 청소년유해매체물의 전자적 표시제도는, 정보제공자의 표현의 자유 즉 정보를

536) 황성기, “청소년유해매체물의 전자적 표시제도에 관한 연구”, 『법과사회』, 제22호(2002년 상반기), 법과사회이론학회, 2002, 237면.

제작하고 유통시킬 수 있는 자유를 여전히 보장하고 있고, 또한 이용자의 알권리 즉 정보를 자유롭게 이용할 수 있는 자유도 여전히 보장하고 있다는 점에서, 과잉금지의 원칙에 위반하였다고 볼 수는 없다는 주장이 가능하다.

한편 위와 같은 주장과는 달리 다음과 같은 반론도 가능하다.

즉 PICS를 기반으로 하는 필터링소프트웨어는 중요한 결함을 가지고 있다. 현재 사용되는 대부분의 필터링소프트웨어는 이용자에게 어떤 사이트가 접속차단이 되는지를 알려주도록 되어 있다. 그러나 PICS기반의 필터링소프트웨어는 어떤 사이트가 차단되는지를 이용자에게 알려주지 않기 때문에 이용자가 전혀 인식하지 못하는 상태에서 특정한 사이트의 접근을 차단시킨다.⁵³⁷⁾ 즉 PICS는 검열이 이루어지고 있다는 사실 자체를 인식하지 못하는 상태에서 검열이 행하여지기 때문에 가장 강력한 검열수단이 될 수도 있음을 인식하여야 한다는 것이다. 이러한 PICS를 법적으로 강제하는 경우 그 위험성은 더욱 크다고 하지 않을 수 없다. 현재 사이버공간에서 청소년유해정보로부터 청소년을 보호하기 위해 PICS의 법적 강제가 불가피한 수단인지의 여부 및 그에 따라 표현의 자유가 제약되는 정도가 어느 정도 심각한지 여부를 엄밀히 따져 보아야 한다.

2) 위임입법의 한계 위반 여부

현행 청소년유해매체물의 전자적 표시제도와 관련하여, 두 번째로 제기될 수 있는 쟁점은 위임입법의 한계를 위반하였는지의 문제이다. 이것은 다시 다음과 같이 세 가지로 분석될 수 있다.

첫째, 정보통신망법 제42조는 청소년유해매체물의 ‘표시방법’을 대통령령에 위임하고 있고, 정보통신망법 제64조는 “제42조의 규정을 위반하여 당해 정보가 청소년유해매체물임을 표시하지 아니하고 영리를 목적으로 제공한 자”에 대해서 형사벌을 부과함으로써, ‘청소년유해매체물의 표시’가 범죄의 구성요건으로 되고 있는바, 범죄의 구성요건에 관한 기본적인 사항을 대통령령에 위임한 것이 위임입법의 한계를 일탈했는지의 문제이다.

원래 법치주의 원칙상 국민의 권리·의무에 관한 사항은 법률로서 규정할 것이 요구된다. 이와 관련하여 포괄적 위임입법의 금지원칙은 행정부에 입법을 위임하는 수권법률의 명확성 원칙에 관한 것으로서, 법률의 위임이 일반적이고 포괄적으로 행하여진다면 이는 사실상 입법권을 백지위임하는 것이나 다름없어 의회입법의 원칙이나 법치주의를 부인하는 것이 되고 행정권의 부당한 자의와 기본권행사에 대한 무제한적 침해할 초래할 위험이 있게 되는데, 법률의 위임은 구체적이고 개별적으로 한정된 사항에 대하여 행해져야 한다는 것을 의미한다.

우리 헌법 제75조도 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”라고 규정하여 위임입법의 근거와 아울러 그 범위와 한계를 제시하고 있는데, “법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항”이라 함은 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다.⁵³⁸⁾

537) George B. Delta & Jeffrey H. Matsuura, *Law of the Internet*, Aspen Law & Business, 2000-2 Supplement, pp.8-45.

538) 헌재 1991. 7. 8. 91헌가4, 복표발행·현상기타사행행위단속법 제9조 및 제5조에 관한 위헌심판, 판례집 3, 336, 341.

특히 처벌법규의 위임에 있어서는 헌법상 죄형법정주의와 적법절차원칙과 결부되어 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하고, 이러한 경우에도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상인 행위가 어떠한 것일 것이라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다.⁵³⁹⁾

청소년유해매체물로서 법적 효과를 발생한 인터넷 콘텐츠에 대한 표시의무도, 당해 콘텐츠를 제공하는 자의 기본권을 제한한다는 의미를 갖고 있고, 또한 표시의무위반에 대해서는 형사제재가 가해진다는 점에 비추어 볼 때, 정보통신망법 제42조에서 구체적인 표시방법에 관한 사항을 규정해 놓는 것이 바람직하다고 할 수 있다. 하지만 정보통신망법 제42조에서 구체적인 표시방법의 유형과 기준을 미리 법률로서 자세히 규정하지 아니하고 이를 대통령령에 위임한 것은, 입법자가 다양한 표시방법의 개발가능성이라든지 기술의 발전가능성 혹은 발전속도를 염두에 둘 때, 기술의 발전속도에 맞추어 효과적으로 시의적절하게 규율하기에는 용이하지 않기 때문에, 부득이한 것으로 판단할 수 있다.⁵⁴⁰⁾ 또한 정보통신망법 제42조는 표시의무를 부담하는 자를 정보통신망을 이용하여 일반에게 공개를 목적으로 정보를 제공하는 자 중 청소년유해매체물로서 법적 효과를 발생한 정보를 제공하는 자에 국한하고 있으며, 대통령령에 위임하고 있는 것도 ‘표시방법’에 한정하고 있다. 더 나아가서 정보통신망법 제64조는 ‘청소년유해의 미표시’ 뿐만 아니라 ‘영리의 목적’이라는 구성요건을 추가함으로써, 그 적용범위를 다시 제한하고 있다. 이와 같이 정보통신망법 제42조 및 제64조의 규정내용을 살펴볼 때, ‘표시방법’에 관한 규율을 대통령령에 위임하고 있다고 해서, 곧바로 위임입법의 한계를 일탈했다는 결론을 내리기는 쉽지 않다.

둘째, 정보통신망법시행령 제21조가 음성·문자 또는 영상에 의한 표시 이외에 전자적 표시를 추가한 것이 법률의 위임범위를 벗어난 것인지의 문제이다. 이 문제를 해결하기 위해서는, “...청소년유해매체물을 제공하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 표시방법에 따라 당해 정보가 청소년유해매체물임을 표시하여야 한다”고 규정하고 있는 정보통신망법 제42조의 입법취지, 동 규정이 사용하고 있는 ‘표시’라는 용어가 갖는 법적 의미, 그리고 인터넷이라는 매체의 특성과 기술의 발전상황을 염두에 둘 필요가 있다.

위에서 분석하였듯이, 현행 청소년유해매체물의 전자적 표시제도는 ‘타율적’ 규제방식으로서, 매체물에 대한 국가 주도의 규제시스템인 현행 청소년유해매체물제도를 인터넷이라는 매체에 적용한 것에 불과하다. 즉 ‘자율적’ 규제방식인 인터넷 내용등급제가 기반하고 있는 기술을 차용한 것에 불과하다. 따라서 정보통신망법 제42조는 인터넷에 대해서 청소년유해매체물제도를 적용하기 위한 규정이고, 정보통신망법 제42조가 사용하고 있는 ‘표시’라는 용어의 법적 의미도 ‘성인/청소년의 차별적 접근통제를 위한 수단 내지 방법’이라는 관점에

539) 헌재 1991. 7. 8. 91헌가4, 복표발행·현상기타사행행위단속법 제9조 및 제5조에 관한 위헌심판, 판례집 3, 336, 341; 헌재 1997. 9. 25. 96헌가16, 건축법 제79조 제4호 중 ‘제26조의 규정에 위반한 자’ 부분 위헌제청, 판례집 9-2, 312, 323.

540) 정보통신망법 제42조와 유사한 입법례로는 청소년보호법 제14조를 들 수 있다.

청소년보호법 제14조(표시의무): ① 청소년유해매체물에 대해서는 청소년에게 유해한 매체물임을 나타내는 표시(이하 ‘청소년유해표시’라 한다)를 하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 청소년유해표시를 하여야 할 의무자, 청소년유해표시의 종류와 시기·방법 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

그리고 청소년보호법 제51조 제1호는 제14조에 위반하여 청소년유해매체물의 청소년유해표시를 하지 아니한 자에 대하여 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

서 파악되어야 한다. 청소년유해매체물이 성인에게는 허용되지만 청소년에게는 허용되지 않는 표현물이라는 점을 염두에 둘 때, ‘성인/청소년의 차별적 접근통제’라는 요소는 표현물에 대한 내용규제시스템의 핵심요소가 된다. 지금 현재 우리나라에서 채택하고 있는 이러한 차별적 접근통제방법으로는 표시의무, 포장의무, 구분 및 격리의무가 대표적인 예이다. 그런데 문제는 오늘날 기술의 발전으로 인해 성인/청소년의 차별적 접근통제방법에 있어서 새로운 상황이 발생했다는 점을 염두에 둘 필요가 있다. 여기서 새로운 상황이란 기존의 접근통제방법이 인터넷 콘텐츠에는 적용되기 어렵게 되었다는 것과, 더 나아가서 기술의 발전으로 인해 기존의 접근통제방법 이외의 새로운 접근통제방법의 개발이 가능하게 되었다는 것을 의미한다.

그런데 청소년유해매체물제도 그 자체의 정당성을 인정할 수 있다면, 청소년유해매체물제도의 효율성 내지 효과성의 제고는 필요하게 되고, 이러한 효율성 내지 효과성을 제고할 수 있는 기술이나 방법이 개발된다면, 그러한 기술이나 방법을 사용할 수 있는 것이다. 따라서 정보통신망법 제42조가 사용하고 있는 ‘표시방법’의 구체적인 범위를 반드시 음성·문자 또는 영상에 의한 표시방법에 국한할 필요는 없는 것이다. 즉 청소년유해매체물제도의 효율성 내지 효과성을 제고하기 위하여 그리고 인터넷이라는 매체의 특성과 기술의 발전상황을 반영한다는 관점에서, 음성·문자 또는 영상에 의한 표시방법 이외에 전자적 표시방법이라는 새로운 접근통제방법을 사용할 수도 있는 것이다.

셋째, 정보통신망법시행령 제21조 제3항이 음성·문자 또는 영상에 의한 표시와 전자적 표시와 관련된 구체적 방법을 정보통신부장관의 고시에 의해 규정하도록 한 것이 재위임의 헌법적 한계를 일탈했는지의 문제이다.

물론 대통령이 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 아니하고 그대로 재위임하는 것은 허용되지 않으며, 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 하위법령에 다시 위임하는 경우에만 재위임이 허용된다.⁵⁴¹⁾ 하지만 정보통신부장관의 고시의 경우는, 정보통신망법시행령 제21조 제1항 및 제2항이 각각 ‘음성·문자 또는 영상에 의한 표시’와 ‘전자적 표시’라는 표시방법을 구체적으로 적시하고 있고, 다시 이러한 표시방법들의 구체적이고도 세부적인 방법을 하위법령인 정보통신부장관의 고시에 재위임하고 있을 뿐이므로, 재위임의 헌법적 한계를 일탈하였다고 볼 수는 없다.⁵⁴²⁾

3) 특정한 기술이나 특정한 전자적 표시방법을 국가가 강제할 수 있는가?

정보통신부장관의 고시는 청소년유해매체물로서의 법적 효과를 발생한 인터넷 콘텐츠에 대해서 다음과 같은 전자적 표시를 하도록 규정하고 있다.

```
<META http-equiv="PICS-label" content="(PICS-1.1 "service.ioccc.or.kr/rating.html" 1.0) true for
"청소년유해매체물 지정 사이트 혹은 디렉토리 URL 명" > (y 1) >
```

541) 현재 1996. 2. 29. 94헌마213, 풍속영업의규제에관한법률 제2조 제6호 등 위헌확인, 판례집 8-1, 147, 163.

542) 참고로 이와 유사한 입법위임의 형태를 취하고 있는 신문고시에 대해서 우리 헌법재판소는 합헌 결정을 내린 바 있다. 현재 2002. 7. 18. 2001헌마605, 신문업에있어서의불공정거래행위및시장지배적 지위남용행위의유형및기준 제3조 제1항 등 위헌확인.

```
<META http-equiv="PICS-label" content="(PICS-1.1 "service.ioccc.or.kr/rating.html" 1 gen false
for "청소년유해매체물 지정 페이지 URL 명" & (y 1))">
```

위와 같은 구체적인 전자적 표시방법과 관련하여서는, 과연 국가가 ‘특정한’ 기술이나 전자적 표시방법을 강제할 수 있는가의 문제가 제기된다.

이 문제는 다음과 같이 두 가지 관점에서 분석될 수 있다.

첫째, 정보통신부장관이 발한 고시의 법적 성격을 어떻게 파악할 것인가의 문제이다.

일반적으로 행정관청이 발하는 고시는 행정규칙에 해당한다. 이러한 행정규칙은 행정조직 내부에서만 효력을 가지는 것이고 대외적인 구속력을 가지는 것이 아니어서, 원칙적으로 ‘공권력의 행사’에 해당하지 아니한다는 것이 일반적인 견해이다. 「청소년유해매체물의 표시방법」이라고 하는 정보통신부장관의 고시도 형식적으로 볼 때는 행정규칙에 해당된다. 하지만 법령의 직접적 위임에 따라 수입행정기관이 그 법령을 시행하는데 필요한 구체적 사항을 정한 것이면, 그 제정형식은 비록 법규명령이 아닌 고시·훈령·예규 등과 같은 행정규칙이더라도 그것이 상위법령의 위임한계를 벗어나지 않는 한 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령으로서 기능하게 된다고 보아야 한다.

그런데 「청소년유해매체물의 표시방법」이라고 하는 정보통신부장관의 고시의 내용, 정보통신망법 제42조 및 정보통신망법 제21조 제3항과의 관계를 살펴볼 때, 「청소년유해매체물의 표시방법」이라고 하는 고시는 정보통신망법 제42조와 정보통신망법시행령 제21조 제3항의 위임에 따라 수입행정기관인 정보통신부가 법령 내용을 보충하는데 필요한 구체적 사항을 정한 경우에 해당하는 것으로 보이며, 따라서 청소년유해매체물의 표시에 있어서 구체적인 방법을 규정함으로써 상위법령인 정보통신망법 및 정보통신망법시행령과 결합하여 일반 국민에 대한 대외적 구속력을 가지는 법규명령적 성격을 지닌 것으로 파악해야 한다.

둘째, 정보통신부장관의 고시가 일반 국민에 대한 대외적 구속력을 가지는 일종의 법규명령적 성격을 지닌다고 한다면, 과연 국가가 ‘특정한’ 기술이나 전자적 표시방법을 강제하는 것이 타당한가의 문제이다. 이 문제는 다시 다음과 같이 두 가지 측면에서 분석될 수 있다.

① PICS라는 기술을 반드시 이용하도록 강제할 수 있는가의 문제이다. 즉 PICS라는 기술 이외에도 일정한 정보를 평가하고 분류한 뒤, 그 분류결과를 필터링소프트웨어가 인식할 수 있게 하는 기술이 가능하다면, 반드시 PICS라는 기술을 이용하도록 강제하는 것이 타당한가의 문제이다.

② 구체적 표시방법 중 청소년유해매체물임을 의미하는 ‘y 1’코드를 사용하도록 강제할 수 있는가의 문제이다. 지금 현재 정보통신부장관의 고시에 따르면, 청소년유해매체물의 경우에 표시되는 코드는 ‘y 1’이다. 만약 ‘y 1’ 코드를 이용하지 않고, 예컨대 ‘m 1’ 코드를 이용해서, 그러한 코드를 인식할 수 있는 시스템파일과 필터링소프트웨어를 개발한다고 할 경우, 그리고 이러한 ‘m 1’ 코드를 이용해서 청소년유해매체물 제공자가 전자적 표시를 했을 경우, 과연 국가는 청소년유해매체물 제공자가 당해 청소년유해매체물에 대해서 전자적 표시를 한 것으로 인정할 수 있을까? 이 문제는 지금 현재 방송프로그램이나 비디오물에 ①9와 같이 원형마크 안에 ‘19’라는 숫자를 넣는 표시를 하게 되어 있는데, 원형마크가 아닌 네모마크나 세모마크 안에 ‘19’라는 숫자를 넣는 표시를 한 경우에, 이것을 두고 표시의무

를 적절히 이행하였다고 볼 수 있느냐의 문제와 유사한 문제이다.

일단 기술중립성, 다양한 등급시스템의 개발가능성이라는 측면을 염두에 두면, 입법정책적인 관점에서는 특정한 기술이나 특정한 전자적 표시방법을 강제하는 것이 타당하지 못하다고 주장이 가능하다. 즉 일정한 정보를 평가하고 분류한 뒤, 그 분류결과를 필터링소프트웨어가 인식할 수 있게 하는 기술은 PICS 이외에도 존재할 수 있으며, 설령 PICS라는 기술을 이용한다고 하더라도 다양한 등급시스템의 개발이 가능하기 때문에, 기술의 발전을 유도하거나 등급시스템의 개발을 유도한다는 측면에서는, 특정한 기술이나 특정한 전자적 표시방법을 강제하는 것은 입법정책적인 관점에서는 타당하지 못하다고 할 수 있다. 또한 청소년유해매체물제도라는 것이 ‘청소년보호의 효율성 내지 효과성’을 전제로 하는 것이라면, 제도의 본질은 구체적인 표시방법의 ‘통일’에 있는 것이 아니라, 실질적인 청소년의 접근통제에 있기 때문에, 표시방법이 통일되어 있지 않다고 하더라도 청소년의 접근통제만 효과적으로 달성될 수 있으면 된다는 주장도 가능할 것이다.

반면에 당해 정보가 청소년유해매체물임을 알리는 ‘표시방법’에 관한 규제는 표현물에 대한 ‘내용적’ 규제가 아니라 ‘외형적·형식적’ 규제라는 점, 그리고 그 동안 오프라인에서 특정한 표시방법을 ‘규격 내지 표시통일의 필요성’이라는 관점에서 국가가 일반적으로 강제해왔다는 점⁵⁴³⁾을 염두에 둘 때, 특정한 기술이나 특정한 전자적 표시방법의 강제도 허용된다는 반론도 가능할 것이다. 또한 ‘y 1’코드를 강제하는 것이 여타의 등급시스템의 개발을 억제하는 것은 아니기 때문에, 즉 ‘법적인 의미’에서의 청소년유해매체물을 의미하는 ‘y 1’코드와 위에서 설명한 ‘자율적’ 규제방식으로서의 인터넷 내용등급제의 코드를 동시에 메타정보에 입력하여 이용하는 것이 가능하다는 점에서, ‘y 1’코드의 강제가 등급시스템의 개발을 제한하는 것은 아니라는 반론도 가능할 것이다.

2. 음란물차단프로그램의 설치의무제도에 관한 헌법적 분석

음반·비디오물및게임물에관한법률상의 음란물차단프로그램의 설치의무제도는 2001. 5. 24. 법률 제6473호에 의해 전문개정된 음반·비디오물및게임물에관한법률에 의해 처음 도입되었다. 이 법률은 기존의 게임제공업 중 ‘멀티미디어 문화컨텐츠 설비제공업’에 관한 정의 규정을 신설하여, 디지털기술의 발달에 따라 영화·비디오·애니메이션·학습·자료전송·기타 정보제공 등 다양한 복합형태의 문화 컨텐츠 수요가 증가하고 있는 추세에 맞추어 기존의 멀티게임장(PC방)을 규제 위주의 게임제공업에서 분리하여 ‘멀티미디어 문화컨텐츠 설비제공업’으로 정의함으로써 이의 이용을 활성화시키려고 하였다. 이렇게 PC방을 멀티미디어 문화컨텐츠 설비제공업으로 정의하고, 설비제공업자에 대해서 음란물차단프로그램 또는 장치의 설치를 의무화시킨 것이다.

그런데 현행 음반·비디오물및게임물에관한법률상의 음란물차단프로그램의 설치의무제도는 다음과 같은 점에서 문제가 제기될 수 있다.

첫째, 음반·비디오물및게임물에관한법률 제32조 제5호가 규정하고 있는 ‘음란’개념이 성인을 대상으로 하는 것인지 아니면 청소년을 대상으로 하는 것인지를 문제이다. 우선 음반·비

543) 예컨대 일정한 식품이나 식품첨가물의 표시기준에 관한 사항을 규정하고 있는 식품위생법 제10조(표시기준), 유독물에 관한 표시를 규정하고 있는 유해화학물질관리법 제28조(유독물의 표시) 등을 들 수 있다.

디오물및게임물에관한법률 제32조는 제5호는 “청소년이 이용할 수 있는 게임물 및 컴퓨터 설비 등”에 음란물차단프로그램 또는 장치를 설치하도록 규정하고 있다. 따라서 여기서 음란개념은 청소년을 대상으로 하는 것이라고 일응 판단할 수 있다.

그러나 일상적으로 사용되는 음란물차단프로그램은 반드시 음란콘텐츠의 접속만 차단하는 것이 아니라, 폭력, 마약, 자살, 도박사이트 등의 접속도 차단하는 경우가 대부분이다. 이러한 음란물차단프로그램을 통한 접속차단은 바로 기술적 규제방식 중의 하나로서, 일반적으로 기술적 규제의 등장은 이용자의 정보통제능력을 강화시키는 기술의 발전을 그 배경으로 한다. 즉 온라인상에서 청소년이 접근할 가능성이 있는 청소년유해정보에 대한 이용자나 부모의 통제능력을 강화시키는 기술의 발전을 그 배경으로 하는 것이다. 이와 같은 기술적 규제방식과 관련해서는 널리 알려진 바대로 ‘차단목록에 의한 차단방식(blacklist blocking)’과 ‘허용목록에 의한 차단방식(whitelist blocking)’이 있다. 여기서 blacklisting방식을 채택하느냐 혹은 whitelisting방식을 채택하느냐는 전적으로 당해 차단프로그램을 개발하는 개발자의 의사에 달려 있다.

둘째, 음반·비디오물및게임물에관한법률 제32조 제5호가 규정하고 있는 ‘음란’개념이 청소년을 대상으로 하는 것이라면, 음란물차단프로그램의 설치로 인해 성인이용자의 알권리를 침해하는 것인지의 문제이다. 음란물차단프로그램은 대부분 유해정보사이트에 대한 데이터베이스를 구축하고 있다. 뿐만 아니라 음란물차단프로그램을 조작하여 유해정보사이트에 대한 차단 여부를 결정할 수도 있다. 즉 음란물차단프로그램이 설치되어 있는 경우에 당해 음란물차단프로그램상의 유해정보사이트 데이터베이스에 포함되어 있는 콘텐츠에 대해서 전혀 접근이 불가능한 것은 아니라는 점이다. 이용자가 청소년이나 성인이나에 따라 음란물차단프로그램을 조작해서, 청소년인 경우에는 차단기능을 활성화시키고 성인인 경우에는 차단기능을 정지시킬 수 있는 것이다. 이러한 관점에서 볼 때, 음란물차단프로그램을 설치하였다고 해서 성인의 알권리가 과도하게 제한된다고는 할 수 없다. 왜냐하면 음란물차단프로그램이 설치되어 있다고 하더라도, 성인은 청소년유해정보에 대한 접근이 가능하기 때문이다.

셋째, 음란물차단프로그램의 설치의무가 PC방사업자에게 과중한 부담을 지우는 것인지의 문제이다. 음반·비디오물및게임물에관한법률 제32조 제5호가 규정하고 있는 것은 음란물차단프로그램의 ‘설치의무’이지 ‘특정한’ 음란물차단프로그램을 설치하도록 규정하고 있는 것은 아니다. 따라서 현재 시장에 출시되어 있는 음란물차단프로그램 중 하나를 선택해서 설치하면 그 의무를 이행하게 되는 것이고, 설치된 음란물차단프로그램의 기능상 문제라든지 혹은 유해정보사이트의 데이터베이스의 노후화로 인해 사실상 실질적인 차단기능을 수행하지 못하여 청소년이 유해정보사이트에 접근하였을 경우까지 책임을 지는 것은 아니다. 이러한 관점에서 볼 때, 음란물차단프로그램의 설치의무제도가 PC방사업자에게 과중한 부담을 지운다고는 볼 수 없다.

위와 같은 주장과는 달리 음반·비디오물및게임물에관한법률상의 음란물차단프로그램의 설치의무제도는 위헌이라는 주장도 다음과 같이 제시되고 있다.⁵⁴⁴⁾

첫째, 음란물차단프로그램에 의해 차단되고 있는 대상은 형법 제243조 및 제244조, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제65조 제1항 제2호에 의해 형사처벌의 대상이 되고 있는 불법정보로서의 ‘음란’의 범위를 넘어서고 있다는 점이다. 따라서 모호하고 자의적인 임의의 기준으로 인터넷접속을 차단하는 것은 표현의 자유와 알권리를 침해한다는 것이

544) 진보네트워크, 「2002 정기국회 관련 정보통신정책제안」, 2002, 163-165면 참조.

다.

둘째, 국민의 인터넷접속점인 PC방에 음란물차단프로그램의 설치를 의무화하는 것은 국민의 알권리와 액세스권을 침해한다는 점이다.

3. 온라인게임에 대한 사전심의 및 사전등급분류제도의 문제점

문화관광부와 영상물등급위원회가 온라인게임에 대해서 사전등급분류제도를 적용하는 것과 관련하여서는, 법적인 관점에서 다음과 같이 많은 문제점을 안고 있다.

(1) 청소년보호와 사전제한과의 논리적 관련성

헌법학적 관점에서 볼 때, 전통적으로 일정한 표현물에 대한 국가의 제한은 시간적 관련성에 따라서 ‘사전제한’과 ‘사후제한’으로 구분되는데, 특히 사전제한은 엄격하게 제한된다. 왜냐하면 사전제한은 우리 헌법 제21조 제2항에 의하여 법률로써도 불가능한 절대적인 금지의 대상이 되는 ‘사전검열’에 해당될 위험성이 높기 때문이다. 그런데 일정한 표현물에 대한 사전심의 및 사전등급분류제도도 당해 표현물이 유통되기 이전에 당해 표현물의 내용을 심의하여 등급을 분류한다는 점에서, 분명히 ‘사전제한’에 해당되고 또한 항상 사전검열의 위험성을 내포하고 있다. 물론 그렇다고 해서 일정한 표현물에 대한 사전심의 및 사전등급분류제도가 무조건 금지되는 것은 아니다. 일정한 표현물에 대한 사전심의 및 사전등급분류제도는 ‘청소년보호’의 목적을 위해서는 허용된다. 즉 일정한 표현물이 청소년에게 유통되는 것이 부적절할 경우 이를 유통단계에서 효과적으로 관리하기 위해서 인정되는 사전등급분류제도는 헌법이 금지하는 사전검열에는 해당되지 않는다. 바로 이러한 관점에서 그동안 영화진흥법과 음반·비디오물및게임물에관한법률에 의해 인정되어 왔던 영화, 비디오물, 게임물에 대한 사전심의 및 사전등급분류제도가 헌법상 허용되는 것도 이 때문이다.

그런데 일정한 표현물에 대한 사전심의 및 사전등급분류제도의 존재의의가 ‘청소년보호’라는 목적을 달성하려는 데 있다고 한다면, 청소년보호라는 목적은 반드시 사전심의 및 사전등급분류제도에 의해서만 달성될 수 있는 것은 아니라는 점을 분명히 인식할 필요가 있다.

(2) 온라인게임에 대한 사전등급분류제도 적용의 법적 근거의 문제점

한편 온라인게임에 대한 사전등급분류제도의 법적 근거의 문제점을 분석하기 위해서는, 음반·비디오물및게임물에관한법률상의 게임물의 개념정의와 온라인게임과의 관계를 살펴볼 필요가 있다.

음반·비디오물및게임물에관한법률 제2조 제3호에 의하면, 음반·비디오물및게임물에관한법률상의 각종 법률적 장치들이 적용되는 규율대상으로서의 ‘게임물’의 개념정의를 다음과 같이 규정하고 있다.

‘게임물’이라 함은 “컴퓨터프로그램 등 정보처리 기술이나 기계장치를 이용하여 오락을 할 수 있게 하거나 이에 부수하여 여가선용, 학습 및 운동효과 등을 높일 수 있도록 제작된 영상물 및 기기를 말한다. 다만, 다음 각목의 것을 제외한다.

가. 다른 법령의 규정에 의한 규율대상이 되는 것

나. 게임물과 게임물이 아닌 것이 혼재되어 있는 것으로서 문화관광부장관이 게임물로 규율할 필요

가 없는 것으로 인정하여 고시하는 것”⁵⁴⁵⁾

그런데 온라인게임⁵⁴⁶⁾이라는 것은 주지하다시피 그 내용적 측면에서는 ‘게임물’로서의 성격을 지니기도 하지만, 정보형태적 측면에서는 ‘인터넷 콘텐츠’ 즉 ‘전기통신회선을 통하여 일반에게 공개를 목적으로 유통되는 정보’(전기통신사업법 제53조의 2 제4항 제2호)라고 할 수 있다. 따라서 전기통신회선을 통하여 일반에게 공개를 목적으로 유통되는 정보에 대한 심의는 전기통신사업법상 명백히 정보통신윤리위원회의 권한이고, 따라서 온라인게임은 음반·비디오물및게임물에관한법률 제2조 제3호가 규정하고 있는 ‘게임물’의 개념정의에 비추어 볼 때, 분명히 “다른 법령의 규정에 의한 규율대상이 되는 것”으로서 음반·비디오물및게임물에관한법률에 의한 규율대상이 되는 ‘게임물’에서 제외되는 것이다.

그럼에도 불구하고 현재 문화관광부와 영상물등급위원회는 “비디오물 및 게임물을 유통하거나 시청 또는 이용제공의 목적으로 제작 또는 수입하고자 하는 자는 미리 당해 비디오물 또는 게임물의 내용에 관하여 위원회에 등급분류를 신청하여 등급분류를 받아야 한다”고 규정하고 있는 음반·비디오물및게임물에관한법률 제20조 제1항을 근거로 온라인게임에 대해서 사전등급분류제도를 적용하려고 하고 있다.

일반적으로 어느 법률이건 당해 법률에서 사용하고 있는 용어의 개념정의는 당해 법률조항들의 해석에 있어서 기본적 지침이 되기 때문에, 당해 법률을 집행하는 법집행자는 당해 법률에서 사용하고 있는 용어의 개념정의의 틀 내에서 각종 법률적 장치들을 적용하여야 한다. 그런데 문화관광부와 영상물등급위원회가 음반·비디오물및게임물에관한법률상의 ‘게임물’의 개념정의와는 달리, 음반·비디오물및게임물에관한법률 제20조 제1항을 근거로 온라인게임에 대해서 사전등급분류제도를 적용하는 것은 한 마디로 말해서 법집행자 스스로 위법행위를 하는 것이나 다름이 없다. 따라서 만약 문화관광부와 영상물등급위원회가 온라인게임에 대해서 사전등급분류제도를 적용하려면, 원칙적으로 음반·비디오물및게임물에관한법률상의 ‘게임물’에 관한 개념정의규정을 개정하여야 한다. 하지만 현재 문화관광부와 영상물등

545) 참고로 이와 같은 게임물에 대한 개념정의는 2001. 5. 24. 음비게법의 전문개정을 통해서 규정된 것이고, 2001. 5. 24. 음비게법의 전문개정 이전의 개념정의는 다음과 같이 현재의 내용과는 다르게 규정되어 있었다.

‘게임물’이라 함은 “컴퓨터프로그램에 의하여 오락을 할 수 있도록 제작된 영상물(유형물)에의 고정여부를 가리지 아니한다)과 오락을 위하여 게임제공역소내에 설치·운영하는 기타 게임기구를 말한다”

여기서 주목할 것은 2001. 5. 24. 음비게법의 전문개정 이전의 게임물에 대한 개념정의에서는 “유형물”에의 고정여부를 가리지 아니한다”라고 하여, 사실 온라인게임도 음비게법상의 게임물에 포함될 여지는 있었다. 하지만 분명한 것은 2001. 5. 24. 음비게법의 전문개정으로 유형물”에의 고정 여부에 관한 언급이 삭제되고, 대신 ‘다른 법령의 규정에 의한 규율대상이 되는 것’이 게임물의 개념정의에서 제외되었다는 점이다. 게임물의 개념정의가 이렇게 바뀐 배경에 대해서는 분명하지 않지만, 추측컨대 온라인게임의 등장으로 인한 심의기관간(특히 영상물등급위원회와 정보통신윤리위원회)의 관할충돌문제를 해결하기 위한 것으로 판단된다.

546) 음비게법시행령 제7조가 규정하고 있는 등급분류의 예외에 해당하는 경우 중의 하나로 제5호는 “전산망을 통하여 수요자에게 직접 제공되는 게임물로서 사전 등급분류가 불가능하여 전기통신사업법 제53조의 2의 규정에 의한 정보통신윤리위원회가 심의를 하는 경우”를 규정하고 있는데, 이 조항은 온라인게임을 예정한 것으로 해석될 수 있다. 따라서 온라인게임은 “전산망을 통하여 수요자에게 직접 제공되는 게임물”로 일용 정의될 수 있다.

급위원회는 법개정 없이 변칙적인 법해석을 통해서 온라인게임에 대해 사전등급분류제도를 적용하려고 하고 있는 것이다.

(3) 온라인게임에 대한 이용불가결정제도와 등급분류보류결정제도의 문제점

한편 현행 음반·비디오물및게임물에관한법률은 게임물에 대한 사전등급분류제도를 규정하면서, 일정한 경우에는 영상물등급위원회가 이용불가결정과 등급분류보류결정을 할 수 있도록 규정하고 있다(음반·비디오물및게임물에관한법률 제20조 제3항 및 제4항). 그런데 온라인게임에 대해서 음반·비디오물및게임물에관한법률상의 사전등급분류제도를 적용하게 되면, 온라인게임에 대해서도 이용불가결정과 등급분류보류결정을 내릴 수 있게된다. 실제로 문화관광부와 영상물등급위원회도 기존의 게임물 등급분류방식을 온라인게임에도 동일하게 적용하려고 하고 있다.⁵⁴⁷⁾

그런데 이와 같은 게임물에 대한 이용불가결정제도와 등급분류보류결정제도는 우리 헌법이 절대적으로 금지하고 있는 사전검열에 해당되어 헌법재판소에 의해 위헌으로 선언될 가능성이 매우 높다. 이 문제와 관련하여 헌법재판소는 2001. 8. 30. 영화진흥법 제21조 제4항이 규정하고 있던 영상물등급위원회에 의한 영화상영등급분류보류제도에 대해 헌법이 금지하고 있는 사전검열에 해당한다고 하면서 위헌결정을 내린 적이 있다.⁵⁴⁸⁾

참고로 영상물등급위원회에 의한 영화상영등급분류보류제도에 대한 헌법재판소의 위헌결정은 다음과 같은 의미를 지니고 있음을 주목할 필요가 있다.

첫째, 영상물등급위원회에 의한 영화의 사전등급분류 그 자체는 “영화의 상영으로 인한 실정법위반의 가능성을 사전에 막고, 청소년 등에 대한 상영이 부적절할 경우 이를 유통단계에서 효과적으로 관리하기” 위한 것으로서 여전히 허용되지만, 영화의 ‘상영’ 그 자체를 금지할 수는 없다는 점이다. 즉 일정한 행정기관에 의한 사전심의 및 등급분류는 허용되더라도, 상영 그 자체를 막을 수는 없다는 것을 의미한다. 따라서 당해 영화가 불법적인 내용을 담고 있는 경우라고 하더라도, 그 제한은 행정기관에 의한 사전적인 제한이 아니라 형사사법기관에 의한 사후적인 규제(예컨대 형법상의 음란물죄의 적용)만 가능하다는 것을 의미하기도 한다.

둘째, 영상물등급위원회가 행정기관으로 파악되었다는 점이다. 즉 영상물등급위원회는 헌법재판소에 의해 이전에 검열기관으로 판정받았던 공연윤리위원회와 한국공연예술진흥협의회의 보다는 어느 정도 행정기관성을 탈색시켰지만, 우리나라가 순수한 자율규제시스템이 아닌 국가 주도의 연령등급제를 여전히 채택하고 있는 상황에서는 그 법적 성격이 행정기관임을 면치 못하였다는 것을 의미한다.

위와 같이 영화의 상영등급분류보류제도에 대한 헌법재판소의 위헌결정의 의미를 염두에 둔다면, 게임물에 대한 이용불가결정제도와 등급분류보류결정제도도 위헌선언을 면치 못할 것으로 보인다. 왜냐하면 영화와 게임물은, ① 사전심의 및 사전등급분류의 대상이 된다는 점에서, ② 영화의 상영등급분류보류제도가나 혹은 게임물에 대한 이용불가결정제도 및 등급분류보류결정제도는 상영 내지 유통 자체를 원천적으로 차단한다는 점에서, ③ 사전심의가 영상물등급위원회라는 동일기관에 의해 행해진다는 점에서, 게임물에 대한 등

547) 문화관광부·영상물등급위원회, 『온라인게임물 사전등급분류 업무안내(안)』, 2002. 6., 9-17면에서 제시되어 있는 온라인 게임물 등급분류기준 참조.

548) 헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9, 영화진흥법 제21조 제4항 위헌제청.

급분류보류결정제도와 이용불가결정제도는 위헌으로 선언된 영화의 상영등급분류보류제도와 동일한 것으로 판단될 수 있기 때문이다.

결론적으로 이야기하면, 온라인게임에 대해서 이렇게 위헌성이 농후한 기존의 제도를 적용하는 것은 헌법적 관점에서도 부적절하다고 할 것이다.

제3장 사이버공간에서의 명예보호와 표현의 자유

제1절 미국에서의 명예보호와 사업자의 책임

미국에서는 사이버공간에서의 명예보호문제와 관련하여, 주로 사업자의 책임문제가 법리적으로 논쟁의 대상이 되었다.

일반적으로 사이버공간에서의 명예훼손문제에 있어서 아주 큰 쟁점으로 등장하고 있는 것이 바로 타인의 명예훼손행위에 대해 그 공간을 제공해 준 인터넷서비스제공자(ISP) 혹은 온라인서비스제공자에게도 책임을 인정할 수 있는가의 문제인 바, 이 문제도 기존의 명예훼손법리가 그대로 적용되기 어려운 부분이다. 왜냐하면 사이버공간에서 이루어지는 커뮤니케이션의 유형들이 전자신문과 같은 매스미디어 유형에서부터 전자우편, 전자게시판에 이르기까지 다양하고, 디지털화된 커뮤니케이션 유통과정에 다양한 이해집단들 즉 시스템을 운영하는 업자와 정보제공업자 그리고 이용자들이 서로 혼재되어 있으며, 또한 이들은 다양한 역할을 동일한 공간에서 동시에 수행할 수 있기 때문이다.⁵⁴⁹⁾

한편 사이버공간상에서 신문이나 방송의 경우와는 달리 개별 정보제공자나 표현행위자의 책임이 아닌 온라인서비스제공자의 책임문제가 헌법적 관점에서 중요한 쟁점으로 논의될 수 있는 이유는, 온라인서비스제공자에게 엄격한 책임을 추궁할 경우 온라인서비스제공자는 책임을 면하기 위해 私的 檢閲을 강화하게 될 것이고, 이것은 결국 정보제공자나 표현행위자에 대한 위축효과(chilling effect)를 유발할 것이라는 우려 때문이라고 할 수 있다.

위와 같은 문제에 대해서는 미국의 경우 다음과 같은 두 가지 판결이 주목된다. 첫 번째 경우는 *Cubby, Inc. v. CompuServe Inc.* 판결⁵⁵⁰⁾로서, 이 판결의 독특한 논리는 사이버공간에서의 명예훼손행위나 저작권침해행위에 대한 책임의 판단에 있어서 중요한 기준을 제시해 주고 있다. 일반적으로 명예훼손행위에 대한 책임의 인정은 편집통제권(editorial control)을 가지고 있느냐의 여부에 따라 결정되고, 이에 따라 신문사나 방송사와 같은 출판인은 그 책임이 인정되는 반면에 전화사업자와 같은 공중통신사업자(common carrier)는 그 책임이 인정되지 않았다. 따라서 이러한 전통적인 법리를 그대로 적용한다면, CompuServe를 신문사나 방송사와 같이 취급할 것인가 아니면 전화사업자와 같이 취급할 것인가에 따라 그 책임 여부는 달라지는 것이었다. 하지만 이 사건의 담당판사인 Peter Leisure에 따르면 CompuServe는 출판인(publisher)보다는 서점소유자(bookstore owner)나 도서배포자(book distributor)에 가까우므로, 즉 CompuServe가 명예훼손적 게시물에 대해서 사전에 어느 정도 “실질적으로 인지한(actual knowledge)” 경우나 CompuServe의 지

549) 황상재, “사이버스페이스에서의 명예훼손에 관한 판례와 쟁점들-미국의 판례를 중심으로-”, 『정보법학』, 창간호, 한국정보법학회, 1997, 301면.

550) 776 F. Supp. 135(S.D.N.Y. 1991). 이 판결의 사실관계는 다음과 같다. 즉 CompuServe는 제3자와 CompuServe상에 “Rumorville”이라고 하는 포럼을 개설하기로 계약을 체결하였다. 그런데 은행업을 하는 원고 Cubby사는 그 포럼에서 한 이용자에 의해 자신의 사업에 대한 명예훼손적 자료가 게시되었다는 이유로 그 포럼의 운영자와 CompuServe를 제소하였던 것이다.

위에 있는 이성적인 者(reasonable person)가 이용자가 게시한 자료의 명예훼손적 성격에 대한 인지를 피하지 못했을 경우에만 책임을 질 수 있는 바, 실제로 그 내용을 사전에 인지하지 못하였으므로 책임을 인정할 수 없다고 판시하였다. 여기서 Leisure판사는 CompuServe에 대해서 신문사와 같이 책임이 완전히 인정되는 출판인도 아니고, 그렇다고 전화사업자와 같이 책임이 완전히 부정되는 공중통신사업자도 아닌, 일정한 기준이 충족되는 경우에만 책임이 인정되는 서점소유자나 도서배포자의 지위를 인정한 것이다.⁵⁵¹⁾ 이러한 논거가 의미를 가지는 이유는, 모든 책의 내용을 사전에 인지하고 있지 못한 서점소유자에 대해서 책임을 부과하는 것은 서점소유자로 하여금 모든 책들을 사전에 검토하도록 하는 부담을 지우는 것이고, 이러한 부담은 서점사업을 포기하게 만들 가능성이 있을 뿐만 아니라 책의 배포를 위축시키므로, 결국 표현의 자유와 심각한 충돌을 일으킬 수 있기 때문이다.⁵⁵²⁾

두 번째 경우는 1995년의 Stratton Oakmont Inc. v. Prodigy Services Co.판결⁵⁵³⁾로서, 이 판결에서 담당판사인 Ain은 위에서 설명한 Cubby판결과 달리, 기존의 이분법적인 논리에 따라 Prodigy는 편집통제권을 행사하고 있으므로 명예훼손행위에 대한 책임을 진다고 판시하였다. 특히 Ain판사는 CompuServe와 Prodigy를 달리 취급하는 이유로, 첫째, Prodigy는 컴퓨터게시판상의 내용들을 통제하고 있는 것으로 일반대중과 구성원들에게 분명히 선언하였다는 점, 둘째, Prodigy는 이러한 통제권을 자동차단프로그램을 통해서 그리고 게시판운영자들(Board Leaders)에게 시행하도록 요구되는 지침들을 통해서 행사하였다는 점이다. 따라서 이러한 두 가지 점에서 Prodigy는 분명히 자신의 네트워크상에서 유통되는 정보나 표현들에 대한 편집통제권을 행사하고 있는 것이고, 따라서 Prodigy는 배포자(distributor)라기보다는 출판인(publisher)이므로, 명예훼손행위에 대한 책임을 진다고 하였다.

위의 두 판결들을 이해함에 있어서 유의해야 할 점은 CompuServe판결이 온라인서비스 제공자의 편집통제권을 전면적으로 부정한 것은 결코 아니라는 점이다. 즉 편집통제권의 실제적 행사의 가능성 그리고 명예훼손법리를 적용하는데 있어서 표현의 자유와의 조화를 고려해서, 다소 절충적인 모델을 적용한 것으로 파악해야 할 것이다. 따라서 Prodigy판결도 CompuServe판결과 비교해 볼 때 결론은 다르지만, 이와 같은 동일한 맥락에서 사이버공간에서의 명예훼손법리의 적용문제를 다룬 것으로 파악해야 할 것이다.

제2절 독일에서의 명예보호 법제의 내용

I. 서설

551) 이러한 논리는 음란물인지를 사전에 인지하지 못한 서점소유자에 대해 음란물유포에 대한 책임을 추궁할 수 있는지의 여부를 다룬 Smith v. California, 361 U.S. 147(1959)판결에서 유추해 온 것이다.

552) Mike Godwin, *Cyber Rights: Defending Free Speech in the Digital Age*, Times Books, 1998, 85면.

553) N. Y. Sup. Ct. May 24, 1995. 이 판결의 사실관계는 다음과 같다. 즉 정체불명의 자가 이전의 프로디지의 직원이었던 자의 계정을 이용하여 “Money Talk”라는 전자게시판에 증권투자회사인 Stratton Oakmont사와 그 사장인 Daniki Porush에 대한 명예훼손적 내용들을 게시하였다. 이에 Stratton Oakmont사는 프로디지를 상대로 명예훼손소송을 제기한 것이다.

모든 미디어에서의 의사소통에 대하여 법적으로 표현을 금지하는 것은 우선 일반 연방법 규에서 드러난다. 명예훼손에 대한 민사상의 구제절차로서 특히 민법 제823조⁵⁵⁴⁾, 제826조⁵⁵⁵⁾ 및 제1004조⁵⁵⁶⁾와 관련된 경쟁법 제1조⁵⁵⁷⁾에 따라 민사법원은 중지판결과 취소판결, 표현금지 및 표현명령 등을 선고할 수 있으며, 손해배상을 판결할 수 있다. 그런 민사상의 구제절차와는 별도로 형법 제90조, 제90조a, 제103조, 제166조, 제185조 이하에 따르면 특히 외국기관 및 사절의 모욕을 포함한 일반적인 모욕(Beleidigung), 종교단체 등에 대한 모욕, 死者의 명예훼손, 연방대통령·국가헌법기관 및 그것의 상징에 대한 모욕은 금지된다.

또한 미디어서비스 국가조약 제10조는 특별히 명예훼손적 사실의 적시로부터 개인의 명예를 보호하기 위하여 반론권을 규정하고 있다. 중지 및 철회에 대한 일반 민법적 청구권과는 달리 특별법상의 반론청구권은 허위사실이든 최초의(ursprünglich) 사실적시에 의한 명예훼손을 조건으로 하지 않는다.⁵⁵⁸⁾

여기에서는 형법상의 명예훼손죄와 미디어서비스 국가조약상의 반론권에 대하여 논급하고, 인터넷에서 명예훼손적 사실적시와 인터넷서비스 관련자의 책임 여부를 검토하기로 한다.

II. 형법상 개인의 명예보호

1. 모욕죄(형법 제185조)

인터넷은 3자에 대한 모욕이나 혹은 명예훼손적인 표현으로 남용될 수 있다. 명예를 훼손하는 가치판단 또는 사실적시·허위사실적시의 반포영역은 형법 제185조와 제186조 및 제187조에 의하여 충족된다.

형법 제185조⁵⁵⁹⁾는 모욕죄를, 즉 명예훼손적인 표현, 타인에 대한 멸시를 명예훼손적인 방법으로 표현하는 언사 혹은 대규모 인적 범위에 대하여 그런 표현을 공표하는 것을 처벌한다.

인터넷에서 그런 구성요건이 충족되려면 그런 표현이 인터넷에 게시되고, 광범위한 일반 공중이 접속하도록 해서 모욕적인 내용이 제3자에 의하여 인지될 수 있어야 한다.⁵⁶⁰⁾

554) 독일 민법 제823조 (손해배상의무) ① 고의 또는 과실로 생명, 신체, 건강, 자유, 재산 혹은 기타 타인의 권리를 위법하게 침해한 자는 그로부터 발생한 손해를 타인에게 배상할 의무가 있다.

② 타인을 보호할 목적을 가진 법률에 위반한 자도 동일한 의무가 있다. 그 법률의 내용에 따르면 이 법률에 대한 위반이 과실 없이도 가능하다면, 과실이 있는 경우에만 배상의무가 있다.

555) 독일 민법 제826조 (풍속에 어긋나는 고의적 손해) 선량한 풍속에 위반된 방법으로 타인에게 고의로 손해를 입힌 자는 타인에게 손해를 배상할 의무가 있다.

556) 독일 민법 제1004조 (배제청구권 및 중지청구권) ① 점유의 정지 또는 역류 이외의 방법으로 재산을 침해한 경우 재산소유권자는 방해자에게 침해의 배제를 요구할 수 있다. 그 밖의 침해가 우려되는 경우 재산소유권자는 중지의 소송을 제기할 수 있다.

② 재산소유권자가 수인해야 할 의무가 있는 경우 그 청구권은 배제된다.

557) 경쟁법 제1조 (일반조항) 상거래에서 경쟁할 목적으로 선량한 풍속에 위반된 행위를 시도한 자는 중지 및 손해배상이 요구될 수 있다.

558) Paschke, Martin, *Medienrecht*, 1993, 109면 Rn.250; Seitz, Walter/Schmidt, Germann/Schoener, Alexander, *Der Gegendarstellungsanspruch*, 3.Aufl. 1998, Rn.13f.

559) 형법 제185조 (모욕) 모욕행위는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하고, 모욕이 폭행에 의하여 이루어진 때에는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

560) Finke, Thorsten, *Die strafrechtliche Verantwortung von Internet-Providern*, 1998, S.83.

모욕죄의 경우 일정한 개인이 특히 거명되어야 하는 것은 아님에도 불구하고 누구를 의미하는 것인지는 알 수 있어야 한다. 모욕을 당한 자가 그 표현을 실제로 인지해야 하는 것은 아니다. 그러나 모욕죄는 제194조에 따라 모욕을 당한 자의 고소가 있어야 소추되기 때문에 실제로는 인식없이 처벌되기는 어렵다.

모욕죄의 처벌은 헌법적으로 인간존엄과 명예의 보호 그리고 자유로운 의사표현의 권리와 긴장관계에 있다. 같은 인간에 대한 비판적인 표현은 당연히 허용되며, 모든 무례함이 곧바로 처벌되는 것은 아니다. 따라서 어떤 발언이 모욕적이었는지 여부가 문제된 경우 표현의 상황을 고려하여야 한다.

2. 사실적시에 의한 명예훼손(형법 제186조)

형법 제186조⁵⁶¹⁾는 사실적시에 의한 명예훼손을 처벌한다. 제185조의 모욕죄와는 다르게 제186조는 타인을 무시하는 가능성을 금지한다.⁵⁶²⁾ 제185조가 가치판단의 반포를 요구하는 반면, 제186조는 사실의 적시가 요구된다.

인터넷에서 통상 취할 수 있는 것과 같은 공연한 반포의 경우 제186조는 공연하지 않는 반포에 대한 가중처벌로서 2년 이하의 자유형을 규정하고 있다. 그 구성요건은 적시된 사실이 진실임을 증명할 수 있는 경우에만 제외된다.⁵⁶³⁾

3. 허위사실적시에 의한 명예훼손(형법 제187조)

그것에 반하여 제187조⁵⁶⁴⁾는 허위사실적시에 의한 명예훼손을 처벌한다. 이것은 허위임을 알고도 허위사실을 적시하는 것을 의미한다. 따라서 구성요건을 충족하기 위해서는 적시된 사실이 허위이고, 행위자가 그것을 알았어야 한다.⁵⁶⁵⁾

사실적시에 의한 명예훼손에서와 마찬가지로 허위사실적시에 의한 명예훼손(제185조의 단순 모욕죄는 해당 안됨)도 공연히 집회에서 혹은 문서의 반포를 통하여 행해진 경우에는 가중처벌된다. 형법 제11조 제3항에 따르면 전자기록과 예컨대 웹사이트도 문서의 개념에 속한다.

4. 연방대통령의 모독 등

형법 제185조 이하의 규정은 특별한 형벌구성요건을 통하여 보완된다. 즉 형법 제90조⁵⁶⁶⁾에 따른 연방대통령의 모독, 제90조a⁵⁶⁷⁾에 따른 국가 및 국가상징물 모독, 및 제90조

561) 형법 제186조 (사실적시에 의한 명예훼손) 타인을 비방하거나 세평을 저하시키기에 충분한 사실을 주장하거나 전파한 자는 이러한 사실이 진실임을 증명할 수 없을 때에는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하고, 그 행위가 공연히 또는 문서(제11조 제3항)의 반포를 통하여 이루어진 때에는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

562) Lackner, Karl/Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen §186 Rn.2*, 23.Aufl. 1999.

563) Vgl. Sieber, Ulrich, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Datenverkehr im internationalen Computernetzen* (1), *JZ* 1996, S.496.

564) 형법 제187조 (허위사실 적시에 의한 명예훼손) 타인을 비방하거나 세평을 저하시키거나 신용을 해하기에 충분한 허위사실을 그 정을 알면서 주장하거나 전파한 자는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하고, 그 행위가 공연히, 집회 중에 또는 문서(제11조 제3항)의 반포를 통하여 이루어진 때에는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

565) Vgl. Lackner, *aa.O.*, §187, Rn.1.

566) 형법 제90조 (연방대통령모독) ① 집회 중에 또는 문서(제11조 제3항)의 반포를 통하여 연방대통령을 모욕한 자는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

② 법원은 제1항의 행위가 중하지 아니한 경우로서 제187조의 a의 요건이 충족되지 아니하였을 때

b⁵⁶⁸⁾에 따른 헌법기관에 대한 모독을 규정하고 있다. 여기에서는 형법 제185조 이하에 비하여 특별한 구성요건이 문제된다. 그런 의미에서 제185조보다 우선적으로 적용된다.⁵⁶⁹⁾

그 밖에도 형법 제103조⁵⁷⁰⁾에 따라 외국기관 및 사절의 모욕은 처벌되며, 제166조⁵⁷¹⁾에 따라 종교단체 및 세계관단체의 모욕은, 그것으로 인하여 공공의 평온이 교란될 우려가 있는 경우 처벌된다.

III. 미디어서비스 국가조약상의 반론권

텔레서비스법은 명예보호를 위한 특별한 규정, 특히 반론권을 규정하고 있지 아니하다. 그래서 텔레서비스에 대해서는 일반 법규정이 적용된다. 특히 민법 제823조 이하, 제1004조가 유추적으로 고려된다.

물론 미디어서비스 국가조약도 명예보호를 위하여 어떤 특별한 표현금지를 규정하고 있지는 않고, 단지 개인의 명예보호를 위한 일반 법률을 준수하도록 제재 없는 의무를 규정하고 있다.⁵⁷²⁾

에는 그 형을 작량감경(제49조 제2항)할 수 있다.

③ 제1항의 행위가 허위사실에 의한 명예훼손(제187조)을 구성하거나 행위자가 제1항의 행위에 의하여 고의로 독일연방공화국의 존립 또는 헌법상의 제원칙에 반하는 계획을 실행한 경우에는 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

④ 동조의 행위는 연방대통령의 권한위임이 있어야만 형사소추할 수 있다.

567) 형법 제90조의 a (국가 및 국가상징물 모독) ① 집회 중에 또는 문서(제11조 제3항)의 반포를 통하여 공연히 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

1. 독일연방공화국 또는 각 주, 독일연방공화국의 헌법질서에 대한 모욕 또는 악의의 비방

2. 독일연방공화국 또는 각 주의 휘장, 기, 문장, 찬가의 비방

② 공적으로 게시된 독일연방공화국 내지 각 주의 기 또는 관청이 공적으로 설치한 독일연방공화국 내지 각 주의 국장을 제거, 파괴, 손상, 사용불능 또는 식별불능하게 하거나 이를 오욕한 자도 제1항과 동일한 형으로 처벌한다. 미수범은 처벌한다.

③ 행위자가 제1항 및 제2항의 행위에 의하여 고의로 독일연방공화국의 존립 또는 헌법상의 제원칙에 반하는 계획을 실행한 경우에는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

568) 형법 제90조의 b (헌법기관에 대한 반헌법적 모독) ① 집회 중에 또는 문서(제11조 제3항)의 반포를 통하여 연방 또는 주의 입법기관, 정부, 헌법재판소 또는 그 구성원을 국가의 권위를 위협하는 방법으로 공연히 모욕하고, 이로 인하여 고의로 독일연방공화국의 존립 또는 헌법상 제원칙에 반하는 계획을 실행한 자는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

② 제1항의 행위는 관련 헌법기관 또는 그 구성원의 권한위임이 있어야만 형사소추할 수 있다.

569) Vgl. Lackner, *aa.O.*, §90, Rn.6.

570) 형법 제103조 (외국기관 및 사절 모욕) ① 외국의 원수를 모욕하거나 공적 신분으로 국내에 체류 중인 외국정부의 구성원 또는 독일연방공화국에 파견된 외국 외교사절의 장을 그 지위와 관련하여 모욕한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하고, 특히 허위사실에 의한 모욕의 경우에는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

② 제1항의 행위를 집회중에 또는 문서(제11조 제3항)의 반포를 통하여 공연히 행한 경우에는 제200조를 준용한다. 유죄판결의 공시는 검사도 이를 청구할 수 있다.

571) 형법 제166조 (신앙, 종교단체, 세계관단체 등 모욕) ① 공연히 또는 문서(제11조 제3항)의 반포를 통하여 타인의 종교적 신조 또는 세계관의 내용을 공공의 평온을 교란하기에 적합한 방법으로 모욕한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

② 공연히 또는 문서(제11조 제3항)의 반포를 통하여 국내의 교회 또는 기타 종교단체, 세계관단체, 그 제도나 관례를 공공의 평온을 교란하기에 적합한 방법으로 모욕한 자도 전항과 동일한 형으로 처벌한다.

572) 이 규정은 미디어서비스 국가조약 제18조 제2항 1문, 제20조에 따라 경찰처분을 통해 관철될 수

미디어서비스 국가조약 제11조 (내용, 주의의무, 여론조사) ① 제공물에는 헌법상의 질서가 적용된다. 일반 법률의 규정과 개인의 명예보호를 위한 법률 규정은 준수되어야 한다.

한편 미디어서비스 국가조약 제14조는 특별하게 형성된 반론권을 규정하고 있다. 이로써 독일 입법자는 기본법 제5조 제2항에 따른 개인의 명예보호를 위한 그들의 의무를 이러한 규정의 규범화를 통하여 이행하고 있다.

미디어서비스 국가조약 제14조 (반론권) ① 모든 서비스 제공자는 제10조 제3항⁵⁷³⁾에 따라 자신의 제공물에서 제시된 사실적시와 관련된 개인 또는 기관의 반론을 지체없이 당사자의 비용부담과 접속비용의 지불없이 자신의 제공물에 수용할 의무를 지닌다. 반론은 삽입과 삭제없이 사실적시와 마찬가지로 동일하게 제공되어야 한다. 반론은 사실적시와 동일한 기간동안 사실적시와 직접적인 관련하에 제공되어야 한다. 사실적시가 더 이상 제공되지 않거나 또는 반론을 수용한 후 1개월이 경과하기 전에 사실적시의 제공이 종료된 경우 반론은 비교가 될만한 곳에 1개월이 넘지 않은 범위 안에서 당사자가 요구하는 기간동안 제공되어야 한다. 반론에 대한 응답은 사실적시에 국한되어야 하며, 반론내용을 직접적으로 재 반박해서는 안 된다.

② 제1항에 따른 반론권의 수용의무는 다음의 경우에 성립되지 않는다.

1. 당사자가 반론에 대한 정당한 이익이 없는 경우,
2. 반론의 범위가 부적절하게 이의가 제기된 사실적시를 넘어서는 경우,
3. 반론이 사실적시에 국한되지 않거나 또는 처벌될 수 있는 내용을 담고있는 경우 혹은
4. 반론은 제공물이 처음 제공된 때로부터 3개월 안에, 늦어도 이의가 제기된 본문이 제공된 마지막 날로부터 6주 내에 서면으로 그리고 당사자 또는 그 법정대리인이 서명하여 제공자에게 지체없이 전달되지 않은 경우

③ 수용되지 않은 반론권을 관철하기 위하여 정규의 법적 절차가 부여된다. 이 절차에 대하여는 가처분명령 절차에 관한 민사소송법의 규정을 준용한다. 반론권을 위태롭게 하는 것은 신빙성을 요하지 않는다. 본안심리는 시행되지 않는다.

④ 초국가적인 의회, 연방과 주의 입법기관 및 각 주언론법이 언론법상의 반론을 배제하는 기구와 기관의 공개된 회의에 관한 진실보도에 대하여 반론의무는 성립하지 않는다.

1. 반론청구인

도 없고, 그 위반은 과태료에 처할 수도 없다.

573) 미디어서비스 국가조약 제10조 (제공자표시) ③ 텍스트와 음성으로 된 정기간행물의 전체 또는 일부분의 내용물을 재생하거나 혹은 정기적으로 텍스트를 발행하는 신문편집식으로 편성된 제공물의 서비스제공자는 부가적으로 이름과 주소의 명기를 포함하여 책임자를 지정하여야 한다. 다수의 책임자가 지정되는 경우에 각각의 지명자가 미디어서비스의 어느 부분을 책임지는지를 명시하여야 한다. 책임자로서는 다음에 해당하는 자만 지명될 수 있다.

1. 국내에서 계속적으로 체류한 자,
2. 판결에 따라 공직에 임명될 자격을 상실하지 않은 자,
3. 완전한 행위능력이 있는 자,
4. 형사법상 무제한적으로 소추될 수 있는 자.

주언론법과 주방송법에서와 같이 사실적시와 관련되는 개인과 기관은 청구권한이 있다. 미디어서비스 국가조약 제14조 제2항 1호에 청구요건으로 명백하게 당사자의 정당한 이익이 언급되고 있으나, 상세하게 정의되고 있지는 않다. (언론법과 방송법에서와 마찬가지로) 특히 무의미, 억지 및 명백한 허위 혹은 오도된 반론의 경우 정당한 이익은 존재하지 않는다.⁵⁷⁴⁾

다른 한편으로 초국가적인 의회, 연방과 주의 입법기관의 공개된 회의에 관한 진실보도는 제외되어야 한다. 추가적으로 미디어서비스 국가조약 제14조 제4항은 각각의 주언론법에 따르면 언론법상의 반론이 부여되지 않은 기구와 기관에 대한 반론권도 제외된다. 이것은 공개된 회의에 관한 진실에 입각한 보도의 경우 모든 주언론법에 따르면 법원 및 지방자치단체(Gemeinde)의 입법 및 집행기관이다. 베를린에서 區(Bezirk)가 추가되었고, 브란덴부르크, 작센 그리고 튀링겐 주에서는 유럽공동체(EG)의 모든 입법 및 의결기관이 추가되었다.⁵⁷⁵⁾ 그러나 어떤 주의 언론법이 미디어서비스와 관련하여 표준이 되어야 하는가가 문제된다. 주언론법의 공간적인 효력범위는 논란이 있고, 발행장소(Verlagsort)와 유포장소(Verbreitungsort)가 와해되는 경우에 특히 그렇다.⁵⁷⁶⁾ 인터넷 서비스의 유포장소는 보통 무제한적이기 때문에 미디어서비스에 대해서 단지 내용제공자(Content Provider)의 주소(Sitz)만이 발행장소와 같은 것으로 고려된다. 단지 진실에 입각한 보도만 특권이 부여되기 때문에 텔레비전지침 제23조 제1항⁵⁷⁷⁾은 그것이 미디어서비스에 적용될 수 있는 한 모순되지 않는다.

2. 반론평청구인

미디어서비스 국가조약 제14조 제1항 1문의 반론권은 미디어서비스 국가조약 제10조 제3항의 의미에서 단지 신문과 유사한 인터넷 내용제공자에 대한 것이다.⁵⁷⁸⁾ 이 규정은 인쇄물의 전자적 형태(Version), 즉 예컨대 인터넷에서 “슈피겔” 잡지의 전자적 출판(Ausgabe) 및 오로지 신문의 전자적 제공에 관해서만 언급한 것이다. 미디어서비스법 제10조 제3항에 따르면 정기적으로 텍스트를 발간하는 신문편집식으로 편성된 제공물이 여기에 속한다.

“정기적”이라는 개념이 미디어서비스법에 정의되어 있지는 않다. 그것은 주언론법상의 법률적 개념규정으로 넘겨지는데, 그것은 2개의 출판 사이에 최고 6개월의 기간은 정기적인 발행방식으로 간주한다.⁵⁷⁹⁾ 그러나 인터넷 신문은 전형적으로 규칙적인 출판의 형태로 드러나지 않는다. 오히려 지속적으로 가장 새로운 상황이 제공되고 보완되는 정보제공이 보통이다. 동시에 예컨대 단지 현재의 날짜변경만 하는 것과 같은 홈페이지의 경미한 수정은 전통

574) Vgl. zum Presserecht: Sedemeier, in: Löffler §11 Landespressgesetz Rn.62ff. m.w.Nachw.

575) §12 V Landespressgesetz Berlin, §11 V Landespressgesetz Thüringen, §10 V Landespressgesetz Sachsen.

576) Vgl. Sedemeier in: Löffler §8 Rn.16ff.

577) 텔레비전지침 제23조 제1항 : 유럽공동체 국가에 의하여 제정된 그 밖의 민법, 행정법 혹은 형법 규정과 관계없이 텔레비전 프로그램에서 허위사실의 적시 때문에 정당한 이익이 - 특히 명예와 명성 - 침해된 모든 자연인과 법인은 그들의 국적에 상관없이 반론권 혹은 그와 동등한 조치를 요구할 수 있다. 유럽공동체 국가는 반론권 혹은 그와 동등한 조치의 실제적인 행사가 허용되지 않는다는 규정 혹은 조건을 부과함으로써 반론권이 방해되지 않도록 배려한다. 반론은 이유가 적시된 신청서가 도달된 후 적절한 기간 내에 신청서와 관련된 방송에 적합한 시간과 방법으로 방송되어야 한다.

578) LG Düsseldorf, *MMR* 1998, 376f.; aA. Barton, Dirk M., “Der Gegendarstellungsanspruch nach §10 Medienstaatsvertrag”, *MMR* 1998, S.296.

579) Zum Landespresserecht vgl. Sedemeier in: Löffler §7 LPG Rn.77.

적 의미에서 정기적 발행방식에 적합하지 않다. 전체모습(Gesamtbild)에 따라 수정보완을 할 때 새로운 내용이 제시되어야 한다.

상당수의 주언론법과 주방송법과는 달리 전자신문의 범위 안에서 상업광고는 반론권으로부터 제외되지 않거나 혹은 반론평청구인(Anspruchverpflichteten)의 보수요구의 유보 하에 보장된다.⁵⁸⁰⁾

전자신문을 참조하도록 지시하는 하이퍼링크의 제공자는 반론의 반포(Verbreitung)에 대한 의무가 없다.⁵⁸¹⁾ 이 점에 있어서 그의 하이퍼링크는 이미 기술적 이유로 자동적으로 반박하는 주장과 함께 반포된 반론을 참조하도록 지시하여야 한다. 그러나 하이퍼링크의 제공자가 하이퍼링크와는 별개로 반박하는 주장을 독자적으로 반복한다면 다르게 적용된다고 할 것이다.⁵⁸²⁾

3. 반론의 반포

반론은 삽입하거나 삭제 없이 이의가 제기된 사실적시와 마찬가지로 동일하게 제공되어야 한다. 미디어서비스 국가조약 제14조 제1항 3문에 따르면 반론은 사실적시와 직접적으로 관련되어야 한다. 예컨대 반론과 사실주장이 동시에 이용자의 화면(Bildschirm)에 나타나면 관련성이 있다. 이것이 범위 때문에 가능하지 않다면 명백하게 표시된, 사실주장에 대한 하이퍼링크도 충분하다. 사실주장을 더 이상 불러낼 수 없다면 반론은 최대 1개월 동안 동일한 위치에 제공되어야 한다. 미디어서비스 국가조약 제14조 제1항 1문에 따르면 반론은 최초의 사실적시가 비용부담 없이 제공되었는지와는 상관없이, 모든 인터넷 이용자가 비용부담 없이 접속하게 해야 한다. 물론 반론평청구인에게도 비용부담이 요구되어서는 안 된다.

4. 반론에 대한 응답

미디어서비스 국가조약 제14조 제1항 5문에 따르면 응답은 반론을 직접적으로 재 반박해서는 안 된다. 응답은 오로지 사실적시에만 국한된다. 따라서 동일한 웹사이트에 제공하거나 예컨대 “바로잡기” 혹은 “주제에 대한 그 밖의 정보”로 표시된 하이퍼링크는 제외된다. 물론 반론과 응답이 동일한 WWW-주소 하에서 다른 페이지로 제공된다면 직접적인 관련성이 인정되지 않는다.

5. 제척기간

반론평청구에 대한 제척기간에 대하여 미디어서비스 국가조약 제14조 제2항 제4호에 따르면 반론평청은 피청구자에게 지체없이, 미디어서비스가 처음 주문 혹은 분배된 후 늦어도 3개월 이내에 그리고 이의신청된 텍스트가 제공된 마지막 날로부터 6주 이내에 제기되어야 한다.

6. 민사소송법의 준용

대부분의 주언론법과 주방송법과 같이 미디어서비스 국가조약 제14조 제3항 1문은 통상적인 소송을 제기할 수 있음을 명백히 하고 있다. 또한 미디어서비스 국가조약 제14조 제3

580) Vgl. Barton, a.a.O., *MMR* 1998, S.295f.

581) Vgl. Mann, Roger, "Zur äußerungsrechtlichen Verantwortlichkeit für hyperlinks in Online-Angeboten", *AtP* 1988, S.130.

582) Mann, a.a.O., S.130.

항 2문에서 4문은 민사소송법의 준용을 규정하고 있다.

IV. 명예훼손과 특별법상 인터넷서비스관련자의 책임

1. 서설

인터넷에서 의사소통과정에 참가한 자들의 역할은 내용제공자(Content Provider), 서비스 제공자(Service Provider), 접속중계자(Access Provider)와 이용자와 같은 4개의 기본범주로 분류될 수 있다. 텔레서비스법⁵⁸³⁾ 및 미디어서비스 국가조약의 특별규정으로 전통적인 미디어에서와는 전혀 다른 법적 상황이 인터넷에 적용된다. 이런 규정들은 특별한 입장으로 구상된 것이 아니기 때문에 그것들은 기본법 제5조 제2항의 의미에서 일반법이다.

텔레서비스법 제8조에서 11조/미디어서비스 국가조약 제6조에서 제9조는 내용제공자의 책임 그리고 접속중계자 및 서비스제공자의 외부 내용에 대한 책임에 대하여 규정하고 있다.⁵⁸⁴⁾ 이용자의 책임은 형법과 민법의 일반규정에 따른다. 동 텔레서비스법/미디어서비스 국가조약의 책임조항은 책임의 특징에 관한 모든 일반적인 책임구성요건을 보완하는 특별법적, 추가적 구성요건을 제시한다.

2. 내용제공자

텔레서비스법 제8조 제1항에 따르면 텔레서비스에서 내용제공자는 이용을 위해 준비한 자기의 내용에 대하여 일반 법률에 따른 책임은 진다. 따라서 내용제공자는 어떤 특권도 없이 자기의 행위에 대하여, 예컨대 자기의 홈페이지에 있는 모욕적인 내용을 제3자로 하여금 접속하도록 했다면 일반 형법, 민법 및 질서위반법에 따라 고의 및 과실에 대한 책임을 진다.

한편 미디어서비스 국가조약 제6조 제1항에 따르면 미디어서비스에서 내용제공자는 이용을 위해 준비한 자기의 내용에 대하여 일반법률과 미디어서비스국가조약에 따른 책임을 진다.

텔레서비스법 제8조 (일반원칙) ① 서비스제공자는 이용하기 위하여 준비한 자신의 정보에 대하여

583) 텔레서비스법에서 의미하는 텔레서비스는 특히

1. 개인통신의 범위 안에 있는 제공물 (예컨대 텔레뱅킹, 자료교환),
2. 편집의도가 일반공중의 의사형성을 목적으로 하지 않는 정보 혹은 통신을 위한 제공물 (자료서비스, 예컨대 교통서비스, 날씨서비스, 환경서비스 그리고 주식서비스, 상품과 서비스 제공에 관한 정보의 유포),
3. 인터넷 혹은 기타 망의 이용을 위한 제공물,
4. 원격게임의 이용을 위한 제공물
5. 상호교류적인 접속과 직접적인 주문가능성을 포함한 전자적으로 주문가능한 데이터뱅크에서 상품과 서비스의 제공물을 말한다.

584) 텔레서비스법 제5조 제2항에 따르면 : “서비스제공자는 그들이 외부로부터 입수해 제공하는 내용에 관하여 그들이 내용을 인지하고, 기술적으로 사용을 억제하는 것이 가능하고 요구할 수 있는 경우에만 책임을 진다.”

텔레서비스법 제5조 제3항에 따르면 : “서비스제공자는 그들이 단지 사용을 중개하기만 하는 외부로부터 입수한 내용에 대해서는 책임이 없다. 외부로부터 입수한 내용을 이용자 측의 요구로 자동적으로, 일시적으로 보존하는 것은 접속중계로 간주한다.”

는 일반법률에 따라 책임을 진다.

미디어서비스국가조약 제6조 (책임의 일반원칙) ① 서비스제공자는 이용하기 위하여 준비한 자신의 정보에 대하여는 이 국가조약 또는 일반법률에 따라 책임을 진다.

3. 접속중계자

텔레서비스법 제9조 및 미디어서비스 국가조약 제7조에 따르면 단지 이용을 위하여 접속을 중계한 접속중계자는 1. 전달을 유발하지 않고, 2. 전달된 정보의 수범인을 정하지 않고, 전달된 정보를 선정하거나 혹은 변경하지 않은 경우 외부의 내용에 대하여 책임이 없다. 동 규정에 따르면 단지 이용을 위해 접속을 중계한 접속중계자는 내국 혹은 외국에 있는 외부의 전자계산장치에 중간저장된 외부의 내용에 대하여 책임이 없다.

텔레서비스법 제9조 및 미디어서비스국가조약 제7조 (정보의 전선통과(Durchleitung)) ① 서비스제공자는 통신망으로 전달하거나 또는 이용을 위하여 접속을 중계하는 외부의 정보에 대하여 다음의 경우에는 책임을 지지 않는다. 서비스제공자가

1. 전달을 유발하지 않고,
2. 전달된 정보의 수범인을 선정하지 않고,
3. 전달된 정보를 선정하거나, 혹은 변경하지도 않은 경우.

서비스제공자가 자신의 서비스 이용자 중의 한사람과 위법한 행위를 범하기 위하여 의도적으로 협력하여 작업한 경우, 1문은 적용되지 아니한다.

② 제1항에 따른 정보의 전달과 정보에 대한 접속중계는, 이것이 통신망에서 전달의 실행을 위해서만 이루어지고 정보가 전달을 위하여 통상적으로 요구되는 기간 이상으로 저장되지 않는 한, 이 정보의 자동적이고 단기적인 중간저장도 포괄한다.

그 밖에도 접속중계자는 온라인-정보에 접속할 때 프록시-저장(Proxy-Speicher)⁵⁸⁵과 캐시-저장(Cache-Speicher)⁵⁸⁶에서 발생하는 것처럼 자동적이고 단기적인 외부 내용의 저장에 문제가 되는 경우 텔레서비스법 제10조 및 미디어서비스 국가조약 제8조에 따라 책임을 지지 않는다. 외부 내용의 위법성에 대한 인지를 한 경우에도 이용을 위한 위법한 정보의 중계에 대하여 책임을 지지 않는다는 의미에서 전술한 규정은 접속중계자의 특권이다.

텔레서비스법 제10조 및 미디어서비스국가조약 제7조 (정보의 신속한 전달을 위한 중간저장) 서비스제공자는 자동적이고, 시간적으로 제한된, 단지 문의가 있으면 다른 이용자에게 외부정보의 전달을 효율적으로 형성할 목적에만 기여하는 중간저장에 대하여 다음의 경우에는 책임을 지지 않는다. 서비스제공자가

585) 인터넷을 이용할 때 사용자가 이제까지 인터넷을 접근했던 정보들을 하드디스크의 일정영역에 저장해 두고, 이후 사용자가 재차 서비스를 요청하면 통신망을 통해 원격지로부터 정보를 수신하지 않고 일단 하드디스크에 저장되어 있는 정보를 제공하는 것을 말한다(홍재현, 『인터넷 용어사전』, 2000, 377면).

586) 속도가 빠른 중앙처리장치(CPU)와 이에 비하여 상대적으로 속도가 느린 주기억장치 사이에서 원활한 정보처리를 위하여 주기억장치의 정보를 일시적으로 저장하는 고속의 기억장치를 말한다(홍재현, 『인터넷 용어사전』, 2000, 56면).

1. 정보를 변경하지 않는 경우,
2. 정보에 대한 접속조건을 준수하는 경우,
3. 널리 인정되고 사용되는 산업표준으로 확정된 정보의 현실화를 위한 규칙을 준수하는 경우,
4. 정보의 이용을 넘어서 정보의 수집을 위한, 널리 인정되고 사용되는 산업표준으로 확정된 허용된 기술의 적용을 침해하지 않은 경우 그리고
5. 이 규정의 의미에서 저장된 정보를 제거하거나 혹은 그들에게 접근하는 것을 차단하기 위하여 정보가 망으로부터 전달된 최초의 발원지에서 제거되었거나 혹은 법원이나 행정관청이 제거 혹은 삭제 명령한 것에 관한 인식을 갖자마자 지체없이 행동하는 경우.

제9조 제1항 2문 (미디어서비스국가조약의 경우 제7조 제1항 2문)은 준용된다.

예외적으로 접속중계자는 텔레서비스법 제9조 및 미디어서비스 국가조약 제7조의 조건이 존재하는 경우에 예컨대 헌법적대적인 것으로 등급이 매겨진 잡지에 대한 하이퍼-링크 때문에 책임을 질 수 있다. 이것은 텔레서비스에 대하여는 텔레서비스법 제8조 제2항에, 미디어서비스에 대하여는 미디어서비스 국가조약 제6조 제2항에 규정되어 있다.

텔레서비스법 제8조 및 미디어서비스국가조약 제6조 (일반원칙) ② 제9조에서 제11조 (미디어서비스국가조약의 경우 제7조에서 제9조)의 의미에서의 서비스제공자는 그들이 전달하거나 또는 저장한 정보를 감시하거나 혹은 위법한 행위를 고려한 상황을 탐색할 의무가 없다. 제9조에서 제11조 (미디어서비스국가조약의 경우 제7조에서 제9조)에 따른 서비스제공자의 책임이 없는 경우에도 일반법률에 따른 정보이용의 제거 혹은 차단에 대한 의무는 변동이 없다. 통신법 제85조⁵⁸⁷⁾의 통신비밀은 준수되어야 한다.

4. 서비스제공자

텔레서비스법 제11조 및 미디어서비스 국가조약 제9조에 따르면 서비스제공자는 이용자를 위하여 저장하는 외부의 내용에 대하여 위법한 행위 혹은 정보에 대한 인지가 없고, 손해배상청구권의 경우에 위법한 행위나 혹은 정보가 명백하다고 하는 어떤 사실이나 상황이 그들에게 알려지지 않은 경우(1호), 또는 이런 인지에 도달하는 즉시 정보를 제거하거나 혹은 그들에 대한 접근을 차단하기 위하여 서비스제공자가 지체 없이 행동한 경우(2호)에는

587) 통신법 제85조 (통신비밀) ① 통신내용과 그것의 상세한 상황, 특히 누가 통신과정에 참여하고 또는 했는지에 대한 사실은 통신비밀에 속한다. 통신비밀은 실패한 연결시도의 상세한 상황에 대해서도 미친다.

② 상업적 통신서비스를 제공하거나 혹은 그것에 협력하는 자는 통신비밀을 준수할 의무가 있다. 비밀유지를 위한 의무는 그것의 기초가 된 활동이 종료된 후에도 계속된다.

③ 제2항에 따라 의무를 부담한 자들에게는 스스로 혹은 타인에게 통신서비스의 상업적 제공을 위한 필요한 조치를 넘어서 통신의 내용 인지 또는 상세한 상황을 공급하는 것이 금지된다. 그들은 통신비밀에 해당하는 사실에 관한 인지를 제1문에서 언급한 목적으로만 사용할 수 있다. 이런 인지의 다른 목적으로의 사용, 특히 타인에게 이어 전달하는 것은 이 법률이나 혹은 다른 법규정이 이것을 규정하고, 동시에 명백히 통신과정과 관련되는 경우에 한하여 허용된다. 형법 제138조에 따른 공시의무는 우위성을 갖는다.

④ 통신설비가 선박 안에 혹은 비행기 안에 있는 경우 승용물의 운전자 또는 그의 대리인에 대한 비밀준수 의무는 없다.

책임을 지지 않는다.

텔레서비스법 제11조 및 미디어서비스국가조약 제9조 (정보의 저장) 서비스제공자는 이용자를 위하여 저장하는 외부의 내용에 대하여 다음의 경우에 책임을 지지 않는다.

1. 서비스제공자가 위법한 행위 혹은 정보에 대한 인지가 없고, 손해배상청구권의 경우에 위법한 행위나 혹은 정보가 명백하다고 하는 어떤 사실이나 상황이 그들에게 알려지지 않은 경우, 또는
2. 이런 인지에 도달하는 즉시 정보를 제거하거나 혹은 그들에 대한 접근을 차단하기 위하여 서비스제공자가 지체없이 행동한 경우.

이용자가 서비스제공자의 지배하에 있거나 혹은 그에게 감독을 받는 경우 1문은 적용되지 않는다.

서비스제공자를 위한 텔레서비스법 제11조 및 미디어서비스 국가조약 제9조의 규정은 자기내용에 대한 내용제공자의 전적인 책임과 타인에게 중계된 내용에 대하여 전술한 특권의 의미에서 접속중계자의 책임배제 사이의 중간에 있다.

1) 적극적인 인지

서비스제공자가 외부 내용에 대한 책임을 부담하기 위해서는 서비스제공자가 외부의 내용에 대하여 적극적으로 인지하는 것을 조건으로 한다. 텔레서비스법 제11조 1호 및 미디어 서비스 국가조약 제9조 1호에 따르면 서비스제공자는 이용자를 위하여 저장하는 외부의 내용에 대하여 위법한 행위 혹은 정보에 대한 인지가 없는 경우 이용자를 위하여 저장하는 외부 내용에 대하여 책임을 지지 않는다. 또한 동 조항은 서비스제공자가 외부 내용에 책임을 부담하기 위한 조건으로써 외부내용의 위법성에 대한 적극적인 인지를 포함하고 있다. 더구나 텔레서비스법 제8조 2항 및 미디어서비스 국가조약 제6조 2항에 따르면 텔레서비스법 제11조 및 미디어서비스 국가조약 제9조의 의미에서의 서비스제공자는 그들이 전달하거나 또는 저장한 정보를 감시하거나 혹은 위법한 행위를 고려한 상황을 탐색할 의무가 없다고 규정하고 있다.

따라서 과실범의 경우 있을 수 있는 것처럼 주의의무를 게을리 하여 내용을 인지하지 못한 것은 일반 형법적 책임 뿐만 아니라 일반 민법적 책임으로도 충분하지 않다.

2) 기술적인 조치가능성과 기대가능성

텔레서비스법 제11조 2호 및 미디어서비스 국가조약 제9조 2호는 서비스제공자가 위법한 행위 혹은 정보에 대한 인지를 하는 즉시 그 정보를 제거하거나 혹은 그런 정보에 대한 접근을 차단하기 위하여 지체없이 행동하는 경우 책임이 없다고 규정하고 있다. 물론 그와 같은 위법한 외부정보를 제거 혹은 차단하기 위해서는 그것이 기술적으로 가능하고, 또한 기대할 수 있어야 할 것이다.

서비스제공자의 경우 외부의 내용은 그가 사용할 수 있게 한 미디어에 저장되기 때문에 서비스제공자가 위법한 외부내용을 인지한 경우 그것을 즉시 삭제할 수 있다. 따라서 원칙적으로 기술적인 것은 크게 문제되지 않는다.

서비스제공자가 이미 보유한 외부 내용을 인지하고, 그 이용을 차단하는 것이 기술적으로 가능하다면 그의 책임의 한계는 제3자에 의한 이용을 차단하는 것이 그에게 기대가능한지 여부에 달려있다. 기대가능성은 외부 내용의 이용을 저지하는 서비스제공자의 기술적, 경제

적 및 법적 가능성과 관련된다. 기대가능성이라는 개념의 구체적인 법적 형성은 개별 사건 형성에 의하여 비로소 발전되어야 할 것이다.

서비스제공자가 스스로 위법한 내용에 대하여 링크시킨 경우 하이퍼-링크를 스스로 재차 배제할 수 있어서 문제가 되지 않는다.

그 이외에 본질적으로 내용제공자의 위법한 내용을 이용하기 위하여 준비하고 그리고 그 가 인지한 내용의 위법성에 근거하여 기대가능성의 범주 내에서 이것에 대한 조치를 취해야 하는 서비스제공자의 내용제공자에 대한 관계가 문제된다. 위법한 내용과 관련하여 서비스 제공자가 취할 수 있는 가능한 조치는 위법한 내용의 교정, 위법한 내용의 차단, 위법한 내용과 관련한 내용제공자에 대한 제거요구, 감독관청에 신고 혹은 위법한 내용으로 된 토대의 제한을 들 수 있다. 서비스제공자 측에서 위법한 외부의 내용을 개입하거나 차단할 때 서비스제공자와 내용제공자간의 계약규정이 그런 행동양식을 규정하고 있는지 여부를 심사하여야 하고, 만약 계약내용이 그런 경우가 아니라면 어떤 상황에서 개입 혹은 차단이 정당화되며, 기대가능성을 심사하여야 한다. 명백히 처벌받을 내용인 경우 서비스제공자의 개입은 기대가능하며, 그러나 최소한 서비스제공자는 내용제공자에게 위법한 내용의 제거를 요구할 수 있다. 내용제공자가 거부한 경우 서비스제공자에게는 그것을 감독청에 인 지시킬 수 있는 가능성이 남는다. 이것은 (예컨대 미디어서비스 국가조약 제22조 제3항에 따르면) 위법한 내용의 계속적인 반포를 저지할 수 있다.

서비스제공자가 공개토론장 혹은 뉴스그룹을 경유하여 외부 내용을 이용을 위해 준비한 경우 그는 통상 내용제공자와의 계약관계에 근거하여서도 적극적으로 인지한 위법한 내용을 제거하여야 할 것이다.

차단조치에 대한 기대가능성의 문제는 예컨대 차단을 할 때 많은 비용이 요구되거나, 다른 한편으로 상대적으로 적은 비용으로도, 예컨대 외국의 적절한 정보제공물로 도피하거나 혹은 다른 연결망을 경유하여 우회할 수 있다면 기대가능하지 않다.⁵⁸⁸⁾ 인터넷을 경유하여 범세계적으로 제공되는 내용이 문제되는 즉시 (예컨대 뉴스그룹), 적절한 기대가능성은 상실된다. 이용자가 서비스제공자의 차단을 언제든지 우회할 수 있기 때문이다.⁵⁸⁹⁾

5. 접속중계자와 서비스제공자의 정보차단의무

텔레서비스법 제8조 제2항2문 및 미디어서비스 국가조약 제6조 제2항 2문에 따르면 접속중계자 또는 서비스제공자가 책임이 없는 경우에도 통신법 제85조에 따른 통신비밀을 준수하면서 내용에 관하여 적극적인 인지를 하고, 차단이 기술적으로 가능하고 기대할 수 있는 경우 원칙적으로 그들은 일반 법률 및 (미디어서비스의 경우) 미디어서비스국가조약에 따른 정보이용의 제거 혹은 위법한 내용의 이용을 차단해야 할 의무가 있다고 규정하고 있다.

텔레서비스법 제8조 및 미디어서비스국가조약 제6조 (일반원칙) ② 제9조에서 제11조 (미디어서비스국가조약의 경우 제7조에서 제9조)의 의미에서의 서비스제공자는 그들이 전달하거나 또는 저장한 정보를 감시하거나 혹은 위법한 행위를 고려한 상황을 탐색할 의무가 없다. 제9조에서 제11조 (미디

588) Determann, Lothar, *Kommunikationsfreiheit im Internet*, 1999, S.590.

589) Hoeren, Thomas/Pichler, Rufus, "Zivilrechtliche Haftung im Online-Bereich", in: Loewenheim, Ulrich/Koch, Frank(Hrsg.), *Praxis des Online-Rechts*, 1. Aufl. 1998, S.510.

어서비스국가조약의 경우 제7조에서 제9조)에 따른 서비스제공자의 책임이 없는 경우에도 일반법률에 따른 정보이용의 제거 혹은 차단에 대한 의무는 변동이 없다. 통신법 제85조⁵⁹⁰⁾의 통신비밀은 준수되어야 한다.

이와 함께 동 국가조약 제22조 제3항은 (동 국가조약 제6조 제1항의) 자기의 정보를 제공한 책임자에 대한 조치를 취할 수 없거나 혹은 성공할 가망이 없는 경우, 관할 감독관청은 기술적으로 차단이 가능하고 기대 가능하다면 외부내용의 접속중계자 또는 서비스제공자에게 차단처분을 내릴 수 있다고 규정하고 있다. 물론 이 경우에 접속중계자 또는 서비스제공자가 통신법 제85조에 따른 통신비밀을 준수하면서 내용에 관하여 적극적인 인지를 하고, 차단이 기술적으로 가능하고 기대할 수 있어야 한다. 동 조항에 따른 관할 감독관청의 명령에 위반하여 차단조치를 취하지 않은 경우 질서위반으로 취급된다(미디어서비스 국가조약 제24조 제1항 15호).

미디어서비스국가조약 제22조 (감독) ③ 제6조 제1항에 따른 책임자에 대한 조치가 수행될 수 없거나 혹은 성공을 확약할 수 없는 것으로 입증된다면, 제2항에 따른 제공물의 금지조치는 기술적으로 가능하고 기대할 수 있는 한 제7조에서 제9조에 따른 외부내용의 서비스제공자에 대해서도 취할 수 있다. 제6조 제2항 2문은 변경되지 않는다.

차단의무는 보통 일반 법률로부터 직접 도출되지는 않는다. 형법은 일정한 행동에 대한 제재를 규정하고, 민법의 불법행위규정은 다른 사인의 손해배상청구권을 인정한다. 그러나 그로부터 직접 행위, 즉 내용의 차단에 대한 법적 의무가 도출된 것은 아니다. 물론 그런 의무는 관청이나 법원을 통해서 처분될 수 있다. 형법 규정의 위반은 예컨대 경찰법적 위험이며, 일반 경찰법적 일반조항에 따른 경찰처분을 정당화할 수 있다. 이런 의미에서 텔레서비스법 제8조 제2항 2문/ 미디어서비스 국가조약 제6조 제2항 2문은 일반 법률로부터 혹은 일반 법률을 통해서가 아닌 일반 법률에 따른 이용의 차단을 위한 의무에 관하여 언급하고 있다.

이 규정은 주로 하이퍼링크와 Proxy-Caching에 대하여 의미가 있다. 왜냐하면 다른 경우에 접속중계자에게는 차단이 기술적으로 가능하지도 않고 기대할 수도 없기 때문이다. 하

590) 통신법 제85조 (통신비밀) ① 통신내용과 그것의 상세한 상황, 특히 누가 통신과정에 참여하고 또는 했는지에 대한 사실은 통신비밀에 속한다. 통신비밀은 실패한 연결시도의 상세한 상황에 대해서도 미친다.

② 상업적 통신서비스를 제공하거나 혹은 그것에 협력하는 자는 통신비밀을 준수할 의무가 있다. 비밀유지를 위한 의무는 그것의 기초가 된 활동이 종료된 후에도 계속된다.

③ 제2항에 따라 의무를 부담한 자들에게는 스스로 혹은 타인에게 통신서비스의 상업적 제공을 위한 필요한 조치를 넘어서 통신의 내용 인지 또는 상세한 상황을 공급하는 것이 금지된다. 그들은 통신비밀에 해당하는 사실에 관한 인지를 제1문에서 언급한 목적으로만 사용할 수 있다. 이런 인지의 다른 목적으로의 사용, 특히 타인에게 이어 전달하는 것은 이 법률이나 혹은 다른 법규정이 이것을 규정하고, 동시에 명백히 통신과정과 관련되는 경우에 한하여 허용된다. 형법 제138조에 따른 공시의무는 우위성을 갖는다.

④ 통신설비가 선박 안에 혹은 비행기 안에 있는 경우 승용물의 운전자 또는 그의 대리인에 대한 비밀준수 의무는 없다.

이퍼링크와 관련해서 그리고 Proxy-Caching의 경우에만 사안이 다르다. 예컨대 私人인 민법 제823조, 제1004조에 따라 유추하여 접속중계자에게 그를 비방하는 일정한 텔레서비스/미디어서비스에 대한 접속을 중계하는 하이퍼링크를 삭제하여 줄 것을 요청하는 경우 접속중계자는 그것이 기대가능하다면 텔레서비스법 제8조 제2항 2문/미디어서비스 국가조약 제6조 제2항 2문에 따라 이 요구에 응해야 한다. 또한 관할관청은 그에게 미디어서비스 국가조약 제22조 제3항에 따라 차단을 명령할 수 있다.

6. 이용자

텔레서비스법/미디어서비스 국가조약 제3조에 따르면 “이용자”는 특히 정보를 획득하거나 이용하기 위하여 직업적 또는 기타의 목적으로 텔레서비스/미디어서비스를 이용하는 모든 자연인 또는 법인을 말한다.

텔레서비스/미디어서비스의 이용자는 어떤 특권도 없이 일반 법률에 따라 책임을 진다. 그가 “적극적으로” 망에 있는 공개된 토론장에 참여한 경우 예컨대 그런 토론장에서 자기가 한 모욕적인 표현에 대하여 전적으로 책임을 진다. 이용자가 단지 “소극적으로” 망통신에 참여한 경우, 즉 예컨대 외부의 위법한 내용을 인지하거나 혹은 스스로 중간저장한 경우 통상적으로 처벌되지 않는다.

범죄구성요건이 “소지”(형법 제184조 제2항 - 아동포르노그래피) 혹은 “저장”(예컨대 형법 제86조 제1항 - 위험적인 조직의 선전수단)을 처벌한다면 이것은 다른 경우에 해당된다. 전술한 범죄구성요건은 그런 위법한 외부의 내용을 중간저장함으로써 충족된다.

V. 유포된 내용에 대한 책임자의 표시제도

미디어서비스 국가조약 제10조 제3항에 따르면 텍스트와 음성으로 된 정기간행물의 전체 또는 일부분의 내용물을 재생하거나 혹은 정기적으로 텍스트를 발행하는 신문편집식으로 편성된 제공물의 서비스제공자는 부가적으로 제1항에 따른 진술에 대하여 그리고 제2항과 상관없이 이름과 주소의 명기를 포함하여 책임자를 지정하여야 한다. 다수의 책임자가 지정되는 경우에 각각의 지명자가 미디어서비스의 어느 부분을 책임지는지를 명시하여야 한다. 책임자로서는 독일에 지속적인 거소를 두고, 무제한적인 행위능력이 있고, 형법상 소추될 수 있으며, 그리고 공직임명에 결격사유가 없는 자를 책임편성자로 임명하여야 한다고 규정하고 있다. 전자신문의 제공자에 대한 의무에 대해서도 동일하게 적용된다.

미디어서비스 국가조약 제10조 (정보의무) ③ 텍스트와 음성으로 된 정기간행물의 전체 또는 일부분의 내용물을 재생하거나 혹은 정기적으로 텍스트를 발행하는 신문편집식으로 편성된 제공물의 서비스제공자는 부가적으로 제1항에 따른 진술에 대하여 그리고 제2항과 상관없이 이름과 주소의 명기를 포함하여 책임자를 지정하여야 한다. 다수의 책임자가 지정되는 경우에 각각의 지명자가 미디어서비스의 어느 부분을 책임지는지를 명시하여야 한다. 책임자로서는 다음에 해당하는 자만 지명될 수 있다.

1. 국내에서 계속적으로 체류한 자,
2. 판결에 따라 공직에 임명될 자격을 상실하지 않은 자,
3. 완전한 행위능력이 있는 자,

4. 형사법상 무제한적으로 소추될 수 있는 자.

제3절 프랑스에서의 명예보호 법제의 내용

I. 개관

1. 프랑스의 관련 법제의 개관

프랑스에서는 사람이 명예나 평가에 대한 침해에 대해서는 세 가지의 범죄로 규율하고 있다. 무고, 명예훼손, 모욕이 그것이다. 명예훼손과 모욕은 무고와 차이가 난다. 무고는 사법적, 행정적 처벌을 가져올 성격의 거짓의 사실을 사법당국 등에 알리는 행위이고 명예훼손, 모욕은 반드시 허위의 사실이 아니더라도 그 사실을 밝혀 비방하는 행위이다. 프랑스에서는 그 처벌규정이 소재하는 법에서도 차이가 있다. 무고에 대한 처벌규정은 형법전 자체에 두고 있으나(제226-10조) 명예훼손과 모욕에 대한 처벌규정은 1881년 언론·출판법에 두고 있다.

프랑스에서는 언론·출판의 자유의 신장에 유리하도록 명예훼손에 관한 소추를 다른 범죄에 비해 어렵게 되어 있고 여러 면책가능성을 주고 있다고 한다.⁵⁹¹⁾

2. 인터넷 등에 의한 표현행위예의 적용

인터넷에 의한 명예훼손에 대한 규제는 1881년 7월 29일의 언론·출판법과 시청각커뮤니케이션에 관한 1986년 9월 30일 법률에 의해 이루어지고 있다. 이 두 법률은 언론·출판에 의하거나 또는 다른 모든 공표수단에 의한 범죄를 처벌하는데 모든 공표수단에는 시청각커뮤니케이션도 해당되므로 인터넷상의 표현유포행위에 있어서도 위 법률들의 규정의 적용을 받는다고 보는 것이다.⁵⁹²⁾ 1881년 언론·출판법 제30조 내지 제33조는 동법 제23조에 정한 방식에 의해 명예훼손과 모욕을 하는 경우에 처벌된다고 규정하고 있는데 그 동법 제23조의 방식에는 시청각커뮤니케이션에 의한 방식이 포함되어 규정되고 있는 것이다.

위 1881년 언론·출판법 제23조의 규정은 1985년 12월 31일 법률로 개정되어 시청각커뮤니케이션의 모든 수단들에 의한 방식도 포함된 것인데 따라서 그 이후로 명예훼손행위의 방식에도 위에서 본 것처럼 인터넷 등 전기통신망에 의한 시청각적인 내용의 표현물의 전달 등을 통한 명예훼손행위가 포함되게 된 것이다.

3. 개념

1881년 언론·출판법 제29조 제1항은 명예훼손을 사람이나 집단의 명예(honneur)나 평가(considération)에 침해를 가져다주는 사실의 주장(allégation) 또는 비난(imputation)이라고 정의하고 있다.

또한 1881년 언론·출판법 제29조 제2항은 모욕행위를 아무런 해당 사실의 적시 없는 모든 모욕적인 표현, 경멸의 말 또는 욕설을 하는 행위라고 정의하고 있다.

591) M.-L. Rassat, 앞의 책, p.384 참조.

592) C. Féral-Schuhl, 앞의 책, p.96 참조.

II. 명예훼손과 모욕의 성립요건

1. 행위유형

명예훼손의 행위유형을 보면, 사적으로 인식하게 된 사실을 확인하고 알리는 행위, 사적으로 직접 인식하지 않고 타인에 의해 드러난 또는 루머에 의한 사실을 주장하는 행위가 있을 수 있고 그동안의 판례에 나타난 예들을 보면, 의문을 표시하거나, 부정적인 의미로 표현하거나 또는 조건적으로 표현하거나 가정적으로 표현하는 방식으로 또는 암시하는 방법으로 또는 작가의 해석으로 표현하는 방식으로 명예훼손을 할 수도 있다고 본다.⁵⁹³⁾

1881년 언론·출판법 제29조 제1항은 명예훼손을 하는 이러한 주장이나 비난을 직접 공표하는 경우 뿐아니라 복제(재생, 재현, reproduction)하는 경우에도 처벌대상으로 하는데 복제는 다른 사람이 행한 그리고 이미 명예훼손인 것으로 판명된 주장이나 비난을 반복하는 것을 의미한다.

판례는 명예훼손과 모욕이 겹칠 수도 있다고 보고 그 경우에 후자는 전자에 흡수되는 것으로 보는 경향이라고 한다.

2. 피해자

(1) 피해자의 식별(동일성 확인), 개인성 문제

명예훼손의 행위는 피해자가 직접 거명된 경우는 물론이고 거명이 되지 않더라도 누구인지의 인식이 가능한 경우라면 그 처벌의 구성요건에 해당된다고 본다. 즉 1881년 언론·출판법 제29조 제1항은 이러한 주장이나 비난을 직접 공표하거나 복제(재생, 재현)하는 행위는 그것이 확실하지 않은 형태로 이루어졌거나 또는 명시적으로 거명되지 않은 사람이나 집단을 겨냥하더라도 문제된 그 담화, 외침, 필기문 또는 인쇄물, 플래카드, 게시문의 문언에 의하면 그 대상이 누구인지를 식별할 수 있는 사람 또는 집단을 겨냥한 것이라면 그러한 경우에도 처벌된다. 즉 어느 특정인을 거명하지 않았다고 하더라도 그 특정인임을 파악할 수 있게 한다면 그러한 경우에도 명예훼손죄가 성립될 수 있는 것이다. 이러한 식별은 반드시 그 피해자 자체를 두고 볼 필요는 없고 그가 관련되는 사회적 직업적 환경 속에서 식별이 될 수 있어도 충분하다고 본다.

프랑스의 판례도 전통적으로 신원확인이 가능한(누구인지를 인식할 수 있는)(실명이든 아니든) 사람의 명예가 공개적으로 고의적인 주장의 폭로가 있을 때 명예훼손죄가 성립한다고 본다.

어느 집단 전체, 예컨대 수도회나 프리메이슨단, 동성애자들 전체에 대한 비난이나 수의사, 패션모델 등과 같은 어느 직업에 대한 비난은 명예훼손을 구성하지 않는다고 본다.⁵⁹⁴⁾

(2) 자연인과 법인

자연인 뿐만 아니라 법인도 피해자가 될 수 있다. 법인성을 가지는 단체에 대해서는 피해자의 지위를 인정하는 데 별다른 문제가 없으나 법인성을 가지지 않고 단체의 범위가 불명확한 경우에는 피해자로서의 지위를 인정하는 데 어려운 문제가 따른다고 본다.

593) M.-L. Rassat, 앞의 책, pp.385-386 참조.

594) M.-L. Rassat, 위의 책, p.387 참조.

3. 행위자

자연인 뿐만 아니라 법인도 명예훼손을 하는 행위자로 인정될 수 있는데 그 소속 구성원이 개인적으로 행한 표현에 대해서는 어느 정도의 수의 구성원들이 공감하고 있느냐에 따라 법인의 행위로 볼 것인지를 결정하는 것이 판례경향이라고 한다.⁵⁹⁵⁾

4. 내용 및 내용의 구체성

위 법규정들은 이메일과 같은 개인의私信에 대해서는 적용되지 않는다. 사실 양자의 구별이 쉽지 않다.⁵⁹⁶⁾ 웹사이트와 포럼을 통한 명예훼손적 표현의 유포에 대해 규제를 가하게 되는데 포럼은 공개된 포럼과 폐쇄된 포럼으로 나누어 후자의 경우는 개인의 사신과 같은 성격을 가지는 경우라고 본다.

그 사실이 의심스러운 경우에도 명예훼손사실을 구성할 수 있다. 즉 주장되는 사실이 정확한지 부정확한지는 중요한 문제가 아니라고 본다. 이 점이 무고와는 차이가 있는 점이다.

어느 사람에 대한 것이 아니라 상업적인 생산품에 대한 비방은 명예훼손의 표현이 아니라는 것이 판례의 입장이다.

명예훼손은 주장하거나 비난하는 사실이 구체적으로 적시되어야 한다. 이러한 구체적인 적시가 없는 비난은 모욕행위에 해당될 뿐이다.

5. 계속중인 재판과 명예훼손

계속중인 재판에 관한 정보를 유포하여 명예훼손을 한 행위에 대한 예가 인터넷상의 명예훼손과 모욕에 관한 대표적인 판례들중의 하나이다. 프랑스 파리지방법원은 아직 민사재판의 계속중인 사건에서 그 재판에 관한 정보를 폭로하는 그리고 극단적인 말로 이루어진 소란스럽고 반복적인 광고는 명백히 불법적인 행위로서 그 행위를 중단시킬 권리가 원고들에게 주어진다고 보았다.⁵⁹⁷⁾

6. 훼손의 결과

주장과 비난에 의하여 어느 사람의 명예가 침해되었거나 평가를 침해하였어야 명예훼손죄가 성립된다. 명예의 침해란 신실성, 정직성, 도덕성에 반하는 것을 말하고 평가를 침해한다는 것은 훼손대상 피해자가 그의 사적, 공적, 직업적 생활에 있어서 비난을 받아 그 사회적 지위의 평가를 위태롭게 하는 행위를 말하는데 판례에 나타난 사례들을 보면, 어느 작가에 대해 그가 쓴 저작들의 저자가 아니라고 말하거나, 어느 기자가 술에 탐닉해 있다거나, 어느 남자가 情婦에 의해 부양되고 있다거나, 어느 여자에 대해 살인자의 과부라고 하는 등의 예를 볼 수 있다.⁵⁹⁸⁾

무엇이 어떤 사람의 명예나 평가인지에 대해서는 그 대상인 자신이 가지는 개인적이고 주관적인 관념에 비추어 판단하는 것이 아니고 또 그 사람에 대해 대중이 생각하는 의견에 비추어 판단하는 것도 아니라 통상적인 관념에 비추어 판단된다고 한다.

595) M.-L. Rassat, 위의 책, p.387 참조.

596) A. Lucas, J. Devèze et J. Frayssinet, *Droit de l'informatique et de l'Internet*, Thémis Droit privé, P.U.F., Paris, 2001, p.718 참조.

597) Affaire Petit Bateau-Yves Rocher/BNP, 파리지방법원, 1996년 4월 6일 선고, ordonnance référés. 이 결정에 대해서는 *Legipresse* 1999.9., n°134-III, p.97 이하 참조.

598) M.-L. Rassat, 앞의 책, p.388 참조.

정치적, 사회적, 예술적, 상업적 비평을 할 권리와 명예훼손간의 경계가 문제되는데 비판적인 표현이 그 활동이 아니라 사람을 겨냥한 것이거나 비평을 가져올 만한 행위에 비해 불균형적으로 지나친 정도의 비평을 하는 경우와 같은 정도를 넘어서는 경우에만 명예훼손으로 볼 수 있다는 것이 판례의 경향이다. 정치적 논쟁에 있어서는 어느 정도의 강한 표현행위가 허용되나 한계를 지켜야 하고 공익의 중요성이 그 것을 정당화하는 것이어야 한다고 본다.

7. 고의의 요건

타인의 명예나 평가를 침해하겠다는 의식이 있는 행위, 즉 고의성을 가지는 행위일 때 처벌될 수 있다. 이 고의성은 추정된다고 판례는 본다. 따라서 행위자가 선의에 의한 표현이었음을 인정하는 경우에 훼손행위가 되지 않는데 판례는 예컨대 赦免된 행위를 상기시키거나 재생된 정보를 신중히 확인하지 않은 경우, 과장된 비판, 사진 등을 모습을 변형하게 여러 다른 형태로 재생하는 행위 등에 대해서는 선의를 인정하지 않았고, 반면에 예컨대 선거권자들에게 후보자들의 장점을 알리려는 의도, 국가의 기본적인 기관들의 역할과 기능에 관한 의견과 학설의 가치에 대해 시민에게 알리려는 의도사용자가 해고하는 근로자에 대해 그 정확한 해고사유를 알려주려는 의도 등에 대해서는 선의를 인정한 바 있다.⁵⁹⁹⁾

기자들의 보도와 관련하여 명예훼손의 문제가 자주 거론되고 있다. 기자들의 신중의무(devoirs de prudence)는 보도할 사실들에 대해 면밀히 검토할 것을 요구하는데 프랑스 판례는 기자들은 정보제공의 권리와 타인의 권리들을 존중할 의무 간에 균형을 유지할 의무가 있다고 하면서 신중, 조심성, 객관성, 신실성의 의무가 부과된다고 본다.⁶⁰⁰⁾

8. 모욕행위의 성립요건

프랑스의 판례는 모욕행위로서 처벌되기 위해서는 네 요소, 즉 모욕 또는 욕설행위가 있었을 것, 특정인을 대상으로 행한 것일 것, 공개적인 방식으로 행한 것일 것, 그리고 고의를 가지고 행한 것일 것을 요구한다.⁶⁰¹⁾

판례는 사용된 言辭가 상스러운 성격으로 이루어진 행위 또는 상스러움이 없더라도 무례한 언행, 예컨대 사기꾼, 겁쟁이 등으로 표현하는 행위의 경우에 모욕적인 행위로 본다. 구체적 사실의 적시를 위에서 본 명예훼손의 경우에는 요구되는 데 반하여 모욕행위에서는 그러하지 않고 모욕의 경우에는 명예나 평가에 대한 침해를 요하지 않는다. 모욕행위와 명예훼손에 해당되는 행위가 경합될 수 있는데 그 경우에는 모욕행위가 아니라 명예훼손의 행위로서 처벌된다. 적시된 사실이 구체성이 부족한 경우에는 모욕행위로 처벌된다.

똑같은 표현이나 용어라도 시대적 상황이나 구체적인 사안에서의 그 言辭가 사용된 맥락 등에 따라 명예훼손일 수도 있고 또는 모욕죄에 해당된다고도 볼 수 있다고 한다.⁶⁰²⁾

III. 특수한 경우

599) M.-L. Rassat, 위의 책, pp.389-390 참조.

600) 예를 들어 프랑스 대법원(Cour de cassation) 1992년 4월 4일 형사부 판결 참조. 이 판결은 *Gaz. Pal.* 1992.2., p.529 이하 참조. 우리나라에서는 보도에 관한 문제를 업무행위 등 違法性阻却事由로서의 정당행위의 문제로 본다. 이재상, 「형법각론」, 제4판, 박영사, 2000, 186면 참조.

601) C. Féral-Schuhl, 앞의 책, p.97 참조.

602) M.-L. Rassat, 앞의 책, p.390 참조.

1. 국가원수, 외국원수, 외교사절 등에 대한 명예훼손

1881년 언론·출판법 제26조 제1항은 프랑스의 대통령에 대한 모독에 대해서 처벌하고 있다. 모독의 개념은 명예훼손과 모욕을 포함하는 것이라고 본다. 같은 조 제2항은 대통령의 특권의 전부 또는 일부를 행사하는 사립에 대해서도 마찬가지로 처벌하도록 규정하고 있다. 동법 제36조는 외국의 국가원수, 외국의 행정부수반, 그리고 외국의 외무장관에 대해서 공개적으로 행한 모독행위에 대해서도 처벌하는 규정을 두고 있다. 동법 제37조는 프랑스에 주재하는 대사, 전권공사, 그 외 신임장이 제정된 외교관에 대해 공개적으로 행한 모독행위에 대해서도 처벌하는 규정을 두고 있다.

2. 死者의 기억에 대한 명예훼손의 문제

1881년 언론·출판법 제34조는 사자의 기억에 대한 명예훼손은 이를 행하는 사람이 생존하는 수계자, 배우자 또는 수증자의 명예 또는 평가를 침해하겠다는 의도를 가지고 한 경우에는 처벌되도록 규정하고 있다. 물론 역사비평가 등이 사실에 충실하게 표현한 경우에는 그에게 주어진 비평의 권리에 의해 그 침해가 정당화되어 처벌되지 않는다는 것이 판례의 입장이다.

IV. 형사책임과 공소 등

1. 면책⁶⁰³⁾

(1) 명예훼손죄에 대한 면책

명예훼손죄에 대해서는 의회에 관한 면책, 司法的 면책, 법원, 군대, 행정기관 등에 대한 명예훼손에 있어서 진실성을 입증할 경우의 면책 등이 있다. 이 중에서 의회에 관한 면책, 司法的 면책에 대해서 아래에 살펴본다. 1881년의 언론·출판법 제41-1조는 이 면책조항들을 적용함에 있어서 시청각커뮤니케이션을 하나의 공표수단으로 본다고 규정하여 전기통신, 인터넷 등에 의한 시청각커뮤니케이션의 경우에도 면책조항들이 적용됨을 밝히고 있다.

1) 議會에 관한 면책(immunité parlementaire)

프랑스 헌법 제26조 제1항은 어떠한 의원도 그의 직무중 그에 의해 이루어진 의견이나 표결에 관하여 소추, 조사, 체포, 구금되지 않는다고 규정하고 있다. 면책의 범위는 직무수행중에 이루어진 모든 활동을 포함한다.⁶⁰⁴⁾ 즉 본회의, 위원회에서의 발언, 표결, 각종 보고서 의회에 의해 부과된 임무수행 등을 포함한다. 그러나 의회 아닌 공공모임에서의 연설, 언론에 발표하는 글 등 직무 외에서의 활동은 제외된다.⁶⁰⁵⁾ 이러한 면책은 항구적이고 임기를 지나서도 면책이 되며 민사상 뿐아니라 형사상으로도 면책된다.⁶⁰⁶⁾

603) 여기의 면책에 해당되는 의회위원의 발언·표결상 면책, 재판상의 면책은 우리 형법이론에서는 위법성조각사유(정당행위)로 보는 경향으로(이재상, 앞의 책, 186면 등 참조) 이해되는데, 프랑스의 형법 교과서에서는 이러한 문제들을 형벌의 면제(exemption de peine)라는 제하에서 다루고 있어서 프랑스에서의 명예훼손의 법리를 살펴보는 여기에서는 면책이라는 제하에서 다루게 되었다.

604) J. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 14^e éd., Montchrestien, Paris, 1995, p.682 참조.

605) P. Avril et J. Gicquel, *Droit parlementaire*, 2^e éd., Montchrestien, Paris, 1996, p.46 참조.

1881년의 언론·출판법 제41조 제1항은 의회(하원과 상원)에서의 토론, 보고서, 그외 인쇄물에 대해서는 면책이 된다고 규정하고 있다. 이 면책특권은 의원 개인의 특권이 아니라 의회의 기능상의 특권이라고 본다. 따라서 의회의 직무와 관련이 있어서 면책된 내용에 대해서는 의원이 아닌 사람들에게도 면책의 효과가 부여되지만 의회의 직무 외에서 의원이 발언한 내용에 대해서는 면책의 효과가 주어지지 아니한다.

의회의 회의록을 선의로 보도하는 신문에 대해서도 면책되도록 규정하고 있다(동법 동조 제2항).

2) 司法的 면책(immunité judiciaire)

법원에서 정확하고 선의로 이루어진 심리, 변론, 서면에 대해서도 면책된다(동법 동조 제3항). 법원이 아닌 감정인, 중재인의 사무소나 법률구조사무소에서 행해진 서면 등은 그 사무소가 법원이 아니므로 면책되지 않는다. 그리고 면책대상은 법원의 심리중에 이루어진 내용이어야 한다.

법원에서의 심리 등에 대해 위와 같은 면책이 이루어지나 담당 법관은 모욕적이고 무례하거나 명예훼손적인 내용을 삭제할 것을 명할 수 있고 손해배상을 명할 수도 있다(동법 동조 제4항).

당해 소송에 무관한 명예훼손적 사실에 대해서는 공소제기가 이루어질 수 있고 사인에 의한 민사소송이 제기될 수 있다(동법 동조 제5항).

심리기록의 복제(재생, 재현)는 3가지 요건하에서 면책이 이루어진다고 한다. 즉 법률이 금지하는 바를 위반해서는 아니되고, 객관적으로 충실하여야 하며, 말하자면 심리전체를 평가할 수 있도록 양 당사자들의 상반된 주장들을 대비하거나 변론에서의 경과의 일반적인 또는 부분적인 재생이 가능하도록 하여야 하며, 주관적으로는 선의로 작성되어야 한다.⁶⁰⁷⁾

(2) 모욕죄에 있어서의 면책

모욕행위에 있어서는 모욕의 상대방이 모욕행위를 해온 데 대하여 모욕행위를 한 경우에는 면책되도록 하고 있다. 즉 상대방의 도발에 대응한 모욕은 처벌되지 않는다고 보는 것이다.

2. 가중처벌의 경우 : 인종 등과 관련한 명예훼손에 대한 가중처벌

1881년 언론·출판법 제32조 제2항은 어느 사람이나 사람의 집단에 대해 그들의 출신(혈통) 또는 외모와 관련하여, 또는 어느 특정한 민족, 국민, 인종 또는 종교에 속하거나 속하지 않는다는 사실과 관련하여 행해진 명예훼손에 대해서는 가중처벌하도록 규정하고 있다.

그리고, 이 제32조 제2항에 규정된 사유에 해당되어 처벌되는 경우에는 법원은 그 판결을 게시하거나 전파할 것을 명하는 결정을 아울러 내릴 수 있다(동조 제3항).

동법 제33조 제3항은 모욕죄에 관해서도 마찬가지로 가중처벌을 하고 마찬가지로 게시제도 등을 두고 있다.

3. 인터넷 사업자의 책임문제

606) G. Burdeau, F. Hamon et M. Troper, *Droit constitutionnel*, 26^e éd., L.G.D.J., Paris, 1999, pp.590-591 참조.

607) M.-L. Rassat, 앞의 책, p.388 참조.

명예훼손적인 표현물이 인터넷에 의해서 유포된 데 대한 책임의 문제가 발생한 경우에는 그 표현물의 저자 내지 제작자 뿐아니라 인터넷관련 사업자들에게는 책임이 없는가 하는 문제를 야기한다.

4. 공소가능기간

명예훼손행위에 대한 공소는 명예훼손행위가 있는 날로부터 3개월이 지나면 할 수 없다(1881년 언론·출판법 제65조). 이 기간(prescription)은 정지되지 않고 중단될 수 있을 뿐이다. 즉 중단사유가 나타난 경우에는 다시 새로이 3개월의 기간이 시작되는 것이다.⁶⁰⁸⁾

인터넷을 통한 명예훼손에 있어서의 문제점은 그 기산점을 어느 시점으로 잡아야 하느냐 하는 문제이다. 1881년 언론·출판법 제65조에 따르면 인터넷상에 공개된 날을 기산점으로 잡아야 할 것인데 그렇게 보아야 할 것인가 아니면 다른 시점을 기산점으로 보아야 할 것인가가 논란되고 있다. 프랑스의 판례를 보면 지방법원은 피해자가 그 명예훼손의 표현을 인식한 날부터가 아니라 인터넷상에 그 표현이 공개된 날부터 기산된다고 본 것이 있었는데,⁶⁰⁹⁾ 그 뒤 고등법원의 입장은 이른바 행위의 계속성의 원칙, 즉 출판물과 달리 인터넷상의 표현물은 그것을 올린 사람의 의사에 따라 지속될 수도 있고 삭제될 수도 있으므로 그 삭제한 날로부터 기산되어야 한다고 보아 지방법원의 판례와는 입장을 달리 하였다.⁶¹⁰⁾ 인터넷상의 명예훼손의 표현물이 계속 올려져 있는 한 범의가 계속적이라는 것이 이러한 판례들의 논거였다. 그러나 그 뒤 2001년 1월 30일의 대법원의 판결은 인터넷상의 명예훼손에 있어서도 1881년 언론·출판법의 규정이 적용되어야 하고 공개시점을 기산점으로 보아야 한다고 판단하였다. 따라서 현재로서는 뚜렷한 판례의 입장이 확립되지 않았다고 볼 것이다. 프랑스의 최고행정법원의 보고서는 인터넷상의 표현물은 그 공개일시를 공개자가 변경할 수 있는 것이므로 어려운 문제를 제기한다고 보고, 일시를 변경할 때마다 새로이 기간이 진행한다고 보거나 아니면 그 표현물에 대한 접근이 가능한 한 명예훼손행위가 지속하는 것으로 보는 방안이 있는데 그 두 방안 모두 문제가 없지 않고 후자의 방안을 위해서는 지속적인 행위로 보려는 판례의 진전이 있거나 아니면 인터넷을 통한 명예훼손의 경우에는 1881년 언론·출판법의 적용을 배제하는 특별 법제를 창설하는 것이 필요할 것이라고 보고 있다.⁶¹¹⁾

V. 反論權

1. 개념

프랑스에서의 시청각커뮤니케이션에 의한 반론권에 관해서는⁶¹²⁾ 1982년 7월 29일의 시

608) 이 점에서 우리나라에서의 공소시효제도와는 차이가 있다고 보았기에 오해의 소지를 없애기 위해 공소시효로 번역하지 않고 그냥 공소가능기간으로 번역한 것이다.

609) 파리지방법원 1997년 4월 30일 선고, Esig, R.B./C.B., J-P de la R., Société Groupe Express, Société Compuserver사건판결, ordonnance référés. 이 결정에 대해서는 Gaz. Pal., 1997, somm., 393면 이하 참조. 또한 <http://www.legalis.net/jnet> 참조.

610) 파리고등법원 1999년 12월 15일 선고, J.-L. Costes/MP Licra et autres사건판결.

611) 프랑스 최고행정법원(Conseil d'Etat, Section du rapport et des études)의 보고서 'Internet et les réseaux numériques' 참조. 이 보고서에 대해서는 <http://www.internet.gouv.fr/francais/textesref/rapce98/rap3.htm#1> 참조.

612) 프랑스에서의 반론권에 대해서는, 박윤희, “반론권에 관한 비교헌법학적 고찰”, 박사학위논문, 서울대학교, 1995, 56면 이하 참조.

청각커뮤니케이션 법(loi n°82-652 du 29 juillet 1982 Loi sur la communication audiovisuelle) 제6조가 규정들을 두고 있다.⁶¹³⁾

즉 동법 제6조 I의 제1항은 모든 자연인 또는 법인은 그의 명예(honneur) 또는 평판(réputation)을 침해할 수 있는 비난이 시청각커뮤니케이션의 활동의 범위 내에서 전파되었을 경우에 반론권(droit de réponse)을 행사한다고 하여 그 개념을 정의하고 있다.

2. 적용영역

위에서 언급한 대로 1982년 법 제6조는 시청각커뮤니케이션의 활동의 범위 내에서 전파되었을 경우에 반론권을 행사한다고 규정하고 있으므로 시청각커뮤니케이션의 개념에 따라 반론권의 적용영역이 파악될 수 있을 것이다. 시청각커뮤니케이션의 개념에 대해서는 1986년 커뮤니케이션자유법 제2조 제2항이 정의를 하고 있다. 이 조항은 시청각커뮤니케이션이란 전기통신의 방법에 의해 기호, 표지, 문서, 영상, 음향, 또는私信의 성격을 띠지 않는 모든 종류의 메시지를 공중에 개방제공하는 것이라고 정의하고 있다. 이처럼 시청각커뮤니케이션의 개념은 포괄적인 것으로서 전파방송, 케이블방송, 컴퓨터통신서비스 등을 포괄하고 있으므로 시청각커뮤니케이션에서의 반론권은 전파방송, 케이블방송, 컴퓨터통신서비스 등에서⁶¹⁴⁾ 그 기관들을 대상으로 하여 행사되고 그 적용영역을 넓게 가진다고 본다.

3. 주체

반론권의 주체는 자연인과 법인이다. 1982년 법 제6조의 반론권행사의 시행을 위한 구체적 규정을 두기 위한 명령인 시청각커뮤니케이션서비스에서의 반론권행사에 관한 1987년 4월 6일의 법규명령⁶¹⁵⁾(이하 '1987년 4월 6일 명령'이라 함) 제1조는 반론권주체가 사망한 경우에는 직계 상속인, 유증인, 배우자에 의해 행사될 수 있다고 규정하고 있다.

1982년 법이 의회를 통과한 애초의 규정은 법인 중에 비영리법인에 대해서만 반론권을 부여하였는데 이에 대해 프랑스 헌법재판소가 심사를 하였던바 헌법재판소는 전파될 수 있는 비난에 관하여는 영리법인도 다른 법인들과 마찬가지로의 처지에 있음에도 반론권의 혜택에서 제외된 것은 평등원칙에 위반된다고 하여 위헌으로 선언하였다.⁶¹⁶⁾

4. 이유(les motifs) - 청구의 전제

반론권의 행사에는 시청각커뮤니케이션서비스에서 어느 사람의 명예나 평판을 침해할 수 있는 비난이 전파된 사실이 먼저 존재하여야 한다. 이러한 전제에서의 제한은 거론이 된 사람의 거명이나 지명만 있으면 반론권행사가 가능한 신문(출판)에서의 반론권행사의 요건에 비해 시청각커뮤니케이션에서의 반론권행사를 더 제약하는 것이고 따라서 시청각커뮤니케이션에서의 반론권은 실제로는 방어 수단으로서만, 즉 명예훼손이나 모욕을 구성하는 비난 등에 대한 방어 수단으로서 인식된다고 지적하고 이러한 제한에 대해서는 신문(출판)에서

613) 이 1982년 법 제6조는 2000년 6월 15일 법률에 의해 개정된 바 있다.

614) E. Derieux, *Droit de la communication*, 2^e éd., L.G.D.J., 1994, p.412 참조.

615) Décret n°87-246 du 6 avril 1987 relatif à l'exercice du droit de réponse dans les services de communication audiovisuelle.

616) 프랑스 헌법재판소(Conseil constitutionnel) 1982년 7월 27일 선고, 시청각커뮤니케이션법(loi sur la communication audiovisuelle)에 대한 결정(Décision n°82-141DC). 이 결정에 대해서는, Rec., p.48 ; Ch. Debbasch, *Les grands arrêts du droit l'audiovisuel*, Sirey, Paris, 1991, p.198 이하 ; R.D.P., 1983, p.333 이하 등 참조.

와의 차이를 현실적으로 인정하기 힘들다고 보면서 비판적인 견해들이 제시되고 있다.⁶¹⁷⁾ 비판적 견해는 시청각커뮤니케이션에서 반론권행사가 많을 것을 고려하여 제약을 둔 것이라고 한다면 신문 등에서의 반론권요구도 못지 않다고 본다.

5. 반론권행사의 요건과 방법

(1) 청구

1) 제척기간

1982년 법 제6조의 I의 제5항은 반론권청구는 반론의 근거가 되는 비난을 담고 있는 메시지가 전파된 이후 3월(석달) 내에 제시되어야 한다고 하여 제척기간을 설정하고 있다. 이 기간은 원래 8일이었으나 2000년 6월 15일 법률⁶¹⁸⁾이 3월로 연장하는 개정을 하였다. 한편 동조 동항 단서는 형사소추절차에 있어서 시청각커뮤니케이션의 활동범위 내에서 자연인이나 법인의 명예 또는 평판에 침해를 줄 수 있는 비난이 전파되었을 때에는 그 자연인이나 법인이 면소결정이 있었거나 무혐의의 석방결정 등이 확정되었을 때에는 그 자연인이나 법인의 이익을 위하여 그 결정이 있는 날부터 3월의 기간이 재개되도록 규정하고 있다.

2) 청구방식

1987년 4월 6일 명령 제2조 제1항은 공표된 매체의 편집장에게 수령통지를 요구하는 등 기편지로 청구하도록 규정하고 있다.

3) 청구내용

반론권의 요구자는 그가 반론하기를 원하는 비난과 그가 제시하고자 하는 반론의 내용을 명백히하여야 한다(1982년 법 제6조의 I의 제2항). 1987년 4월 6일 명령 제3조는 청구서에는 메시지의 조회사항들, 그 메시지가 공개제공되었을 때의 상황을 적시하도록 하고 있다.

(2) 보존의무

1987년 4월 6일 명령 제8조 제2항은 메시지와 반론청구인의 명예나 평판에 해를 줄 성격의 비난의 증거를 관리하는 데 필요한 다른 모든 기록물들을 반론권행사의 제척기간 동안 보존할 의무를 지우고 있다. 동 명령 제7조는 방송의 경우에 그 보존의무를 지우고 있고 반론권이 행사된 경우에는 그것에 대한 최종결정이 있을 때까지 연장하여 보존하여야 한다고 규정하고 있다.

이러한 보존의무를 준수하지 않은 경우에 처벌되고 계속 의무이행을 하지 않는 경우에도 처벌된다(동 명령 제9조).

(3) 반론보도

617) E. Derieux, 앞의 책, p.413 참조.

618) 무죄추정 및 피해자 권리를 강화하는 법률(loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes).

1) 응답기간

1987년 4월 6일 명령 제4조는 반론청구를 접수한 후 8일 이내에 청구인에게 수령통지의 요구와 함께 등기편지로 그 청구에 응한다는 사실을 알리도록 하고 있다. 문제된 메시지가 서비스제공자 외에 사람으로부터 나온 것일 때에는 반론권에 관한 결정은 그 사람과 함께 합의하도록 규정하고 있다. 위 8일의 기간은 선거운동기간중에 후보자가 반론권주체가 된 경우에 24시간으로 단축된다. 즉 24시간 내에 알려주어야 한다.

2) 반론내용과 방식, 비용 등

반론의 내용은 청구인에 의해 작성되거나 그의 동의하에 작성된다(1987년 4월 6일 명령 제5조 제1항).

반론은 반론권행사로서 나타나는 것으로 고지되고 문제된 방송이나 메시지의 제목을 언급하고 그 전파된 날짜 또는 기간을 상기하게 된다(동 명령 제6조 제1항). 반론의 문장은 타자한 분량으로 30줄을 넘지 않는 범위 내에서 그 메시지의 보도시간은 2분을 넘지 않아야 한다(동 명령 제6조 제2항).

반론은 문제된 비난이 담겨진 메시지가 전파된 기술적 조건에 상응하는 기술적 조건하에서 전파되어야 하고 문제된 메시지의 수령자들에 상응하는 수령자들이 확보되도록 전파되어야 한다(1982년 법 제6조의 I의 제3항, 제4항) 즉 비난정보가 수령된 사람들에 버금가는 정도의 사람들에게 수령되어질 가능성이 주어져야 한다는 것이다.

1987년 4월 6일 명령 제5조 제4항은 반론은 무료로 신도록 규정하고 있다.

(4) 권리구제

반론보도의 청구가 받아들여지지 않은 경우에 사법적 구제를 받을 길이 열려져 있다. 즉 반론청구를 접수한 후 8일 이내에 반론보도를 거부하거나 또는 아무런 응답을 하지 않은 경우에 청구인은 지방법원장(président du tribunal de grande instance)에 급속심리의 제소를 할 수 있다(1982년 법 제6조의 I의 제6항). 선거운동기간 중에 후보자가 반론의 주체가 된 경우에는 위 8일의 기간이 24시간으로 단축된다(동법 동조 제8항).

지방법원장은 반론전파를 명할 수 있다. 이를 위한 강제제도도 있다.

반론이 나갔으나 예정된 방식이나 기간에 반론보도가 되지 않은 경우에도 위와 같은 급속심리의 제소를 할 수 있다.⁶¹⁹⁾

제4절 우리 나라에서의 명예보호와 표현의 자유

I. 명예훼손의 규제에 관한 현행 법제의 내용

1. 형법상의 명예훼손죄

여타의 매체와는 달리 무한한 복제가 가능하고 신속한 전파가 그 특징인 인터넷 등 온라인매체에 있어서, 타인의 명예를 훼손하는 정보가 유통되는 경우 법적으로 어떻게 규율할 것인가가 문제될 수 있다.

일반적으로 명예훼손적인 표현이나 언론에 대해서 우리나라는 민사상의 피해구제절차 이

619) E. Derieux, 앞의 책, p.418 참조.

외에도 형사벌에 의한 규제를 채택하고 있다. 예컨대 우리 형법은 제307조에서 제310조까지 명예훼손죄에 관한 사항을 규정하고 있다. 특히 형법 제307조는 일반적인 명예훼손죄를, 그리고 제309조는 출판물 등에 의한 명예훼손죄를 규정하고 있다.

그런데 PC통신이나 인터넷 등 온라인매체를 통해서 유통되는 명예훼손적인 정보가 과연 현행 형법 제307조 및 제309조의 규율대상이 될 수 있겠는가의 문제가 제기될 수 있다. 특히 온라인매체를 통한 명예훼손행위는 일정한 매체를 이용한다는 점에서 형법 제309조⁶²⁰⁾의 규율대상이 된다고 해석할 여지가 있을 수 있다. 하지만 이 문제와 관련하여 우리 대법원의 판례를 분석해 볼 때, 온라인매체를 통해서 유통되는 명예훼손적인 정보는 형법 제309조의 규율대상이 되지 않는다고 봐야 할 것이다.

◆ 대법원 1998. 10. 9. 97도158, 출판물에 의한 명예훼손

형법은 제309조 제1항에서 '사람을 비방할 목적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 제307조 제1항의 죄를 범한 자'를 제307조 제1항의 명예훼손죄보다 가중 처벌하는 규정을 두고 있는 바, 형법 제309조 제1항 소정의 출판물에 의한 명예훼손죄의 구성요건에 해당하기 위하여는 주관적 요건으로서 비방 목적 및 객관적 요건으로서 출판물 등의 방법에 의할 것을 모두 구비하여야 하고 그 중 하나라도 결한 때에는 위 죄는 성립하지 않는 것이다.

여기의 '기타 출판물'에 해당한다고 하기 위하여는, 사실적시의 방법으로서 출판물 등을 이용하는 경우 그 성질상 다수인이 견문할 수 있는 높은 전파성과 신뢰성 및 장기간의 보존가능성 등 피해자에 대한 법익침해의 정도가 더욱 크다는 데 그 가중처벌의 이유가 있는 점에 비추어 보면, 그것이 등록·출판된 제본 인쇄물이나 저작물은 아니라고 할지라도 적어도 그와 같은 정도의 효용과 기능을 가지고 사실상 출판물로 유통·통용될 수 있는 외관을 가진 인쇄물로 볼 수 있어야 할 것이다.

따라서 대법원은 형법 제309조가 예정하고 있는 '출판물 등'의 개념을 오프라인상의 매체에만 국한해서 파악하는 것으로 볼 수 있다.

2. 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률상의 사이버 명예훼손죄

기존의 형법 제309조로는 온라인매체상의 명예훼손행위를 규제할 수 없게 되자, 이러한 입법흡결을 보충하기 위해, 2000. 12. 20. 국회에서 통과되고 2001. 1. 16. 법률 제6360호로 공포된 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률은 다음과 같은 조항을 포함함으로써, 온라인매체상의 명예훼손행위도 이제는 형사처벌의 대상이 되게 되었다.

정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제61조: ① 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공연히 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

620) 형법 제309조(출판물등에 의한 명예훼손): “① 사람을 비방할 목적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여 제307조 제1항의 죄를 범한 자는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다. ② 제1항의 방법으로 제307조 제2항의 죄를 범한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천500만원이하의 벌금에 처한다.”

② 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공연히 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

③ 제1항 및 제2항의 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.”

정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제61조의 내용을 살펴보면, 형법 제309조의 내용을 그대로 가져 왔다는 것을 알 수 있다. 따라서 법해석적 관점에서 보면, 형법 제309조가 규율하고 있는 ‘출판물 등의 명예훼손죄’와 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제61조가 규정하고 있는 ‘사이버 명예훼손죄’는 법리상의 차이점을 발견할 수 없다.

3. 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률상의 정보통신서비스제공자에 대한 삭제청구권 및 반박문게시청구권제도

온라인매체에서의 명예훼손행위와 관련하여 주목할 것은 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률상의 정보통신서비스제공자에 대한 삭제청구권 및 반박문게시청구권제도이다.

정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제44조(정보의 삭제요청 등): ① 정보통신망을 이용하여 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 지체없이 필요한 조치를 취하고 이를 즉시 신청인에게 통지하여야 한다.

위 조항은 온라인매체에서 유통되는 정보로 인해 피해를 입은 피해자의 신속한 구제를 위해 신설된 조항이라고 할 수 있다. 예컨대 온라인매체상에서 명예훼손을 당한 피해자가 해당 정보를 취급한 정보통신서비스제공자에게 당해 정보의 삭제 또는 반박내용을 게재를 요청할 수 있고, 정보통신서비스제공자는 이에 대하여 지체없이 필요한 조치를 취함으로써, 피해의 확산을 신속하고도 빨리 차단할 수 있게 되는 것이다.

또한 위 조항은 온라인상에서 정보의 유통을 매개한 정보통신서비스제공자가 당해 정보의 내용에 대해서 어느 범위까지 법적 책임을 질 것인가라는 문제와 관련될 수 있다. 왜냐하면 우리나라의 경우 정보의 내용에 대한 정보통신서비스제공자의 법적 책임에 관한 명시적인 규정이 없는 현 상태에서, 정보통신서비스제공자의 법적 책임을 간접적으로 규정한 것으로 볼 여지가 있기 때문이다.

II. 명예훼손의 규제에 관한 현행 법제 및 판례의 문제점

일반적으로 명예훼손법은 표현의 자유의 보장과 그 제한에 있어서 매우 첨예한 논쟁을 불러 일으킬 수 있는 영역이다. 실제로 각국의 언론의 역사를 살펴보면, 명예훼손법의 적용범위 및 정도가 그 나라에 있어서 표현의 자유의 보장정도의 척도가 되곤 하였다. 그리고 명

명예훼손법의 문제는 표현의 자유가 추구하는 가치의 문제와도 직결되어 있다. 따라서 표현의 자유가 추구하는 여러 가지 가치들 중에서 어느 가치를 중요시하느냐에 따라 명예훼손법도 달라질 것이다. 그러나 매체의 관점에서 보면, 기존의 명예훼손법은 구술에 의한 언론(speech)을 전제로 한 것이거나 혹은 매체에 의한 것이라고 할지라도 소위 신문이나 방송 등 매스미디어를 전제로 하는 것이라고 할 수 있다. 따라서 기존의 명예훼손법이 오늘날 PC통신 및 인터넷 등 쌍방향매체라고 하는 새로운 전자미디어의 출현에 따라 어떻게 변화될 수 있는지의 문제를 다루는 것도 필요하다.

1. 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률상의 사이버 명예훼손죄에 관한 헌법적 분석

(1) 매체의 특성과 명예훼손의 법리

일반적으로 명예훼손(defamation)이라 함은 언론기관이나 타인이 문서나 구두로 개인의 명예를 훼손한 경우를 말한다. 여기서 명예라 함은 개인의 사회적 평판을 의미한다. 한 사회에 있어서 명예훼손의 법리는 한편으로는 명예의 가치와 중요성을 존중하고 다른 한편으로는 언론의 자유를 보장하려는 그 사회의 고민의 산물이다. 즉 명예훼손이라는 개념은 개인의 명예보호와 언론의 자유라는 두 가지 가치의 충돌을 의미하기도 하지만, 동시에 두 가지 가치의 조화를 의미하기도 한다.⁶²¹⁾ 따라서 이러한 두 가지 가치들간의 충돌을 어떻게 해결하고, 어떻게 조화시키는가는 그 사회의 사회·경제·역사적 조건 및 전통들에 따라서 달라질 수 있다.⁶²²⁾

그런데 명예훼손적 내용의 표현이 전달되는 ‘매체의 특성’과 명예훼손의 법리에는 어떠한 연관성이 있는가의 문제가 명예훼손의 법리를 이해하고 구체적 사건에 적용하는데 있어서 중요하게 등장할 수 있다. 우선 우리나라에 있어서 현재 전개되고 있는 명예훼손법리를 분석할 필요가 있다.

우리나라에 있어서 개인의 명예와 표현의 자유와의 충돌을 조화시키는 방식은 민사법에 의한 규율(불법행위에 대한 손해배상책임: 민법 제751조, 제764조)뿐만 아니라, 형사법에 의한 규율(형법 제307조~제310조)을 통해서도 이루어진다. 하지만 미국의 경우와는 달리, 우리나라의 경우는 명예훼손에 대한 침해의 구제방식은 주로 형사법을 통해서 이루어지고 있다.⁶²³⁾

먼저 형사법에 의한 규율의 측면을 살펴 볼 때, 개인의 명예보호와 표현의 자유라는 두 가지 가치들간의 충돌과 그 조화의 문제에 있어서 그 균형점을 매스미디어의 표현의 자유를 보다 보장하는 점에서 찾고 있다고 할 수 있다. 그 이유로는 첫째, 출판물 등에 의한 명예

621) 명예훼손법은 침해되는 개인의 명예를 보호한다는 측면 이외에도 잘못된 보도에 대한 제약을 가함으로써 언론에 대한 견제와 균형의 역할을 할 수 있다는 점도 지적되고 있다. 방석호, 「미디어법학」, 법문사, 1995, 142면.

622) Frederick Schauer도 영미간의 명예훼손법리를 언론의 자유와의 관련성을 통해 비교·고찰하면서, 명예훼손의 법리는 명예와 언론의 자유에 대한 그 사회의 태도를 반영하는 것이라 한다. Frederick Schauer, “Social Foundations of the Law of Defamation: A Comparative Analysis”, 1 *Journal of Media Law and Practice* 3, 1980, 18면.

623) 이러한 접근방식의 차이점은 법사회학적인 관점에서 볼 때, 양 사회의 사회경제적 구조의 차이뿐만 아니라 양 사회에 있어서 법의식 내지 법문화의 차이에서 비롯되는 것으로 파악되고 있다. 최대권, “언론과 법”, 「서울대 법학」, 제28권 2호, 1987, 113면.

훼손죄를 규정하고 있는 형법 제309조는 제307조와 비교해 볼 때, 비록 법정형은 높지만 구성요건에 “사람을 비방할 목적”이라는 문구를 삽입함으로써, 결과적으로 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의한 명예훼손죄의 성립을 제307조에 비해서 어렵게 만들고 있기 때문이다. 둘째, 설령 제307조에 의한 명예훼손죄를 적용한다고 하더라도, 제307조에 의한 명예훼손행위의 경우에는 제310조에서 “진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때”에는 위법성을 조각하고 있기 때문이다.⁶²⁴⁾ 이러한 법조문상의 명시적인 문언뿐만 아니라 그 해석에 있어서도 우리 헌법재판소는 표현의 자유를 보다 확대하는 방향으로 그 해석기준을 제시하고 있다. 예컨대 헌법재판소는 1999년 6월 24일 선고한 불기소처분에 관한 판결에서 다음과 같이 설시하고 있다.⁶²⁵⁾

“...명예훼손적 표현에 대한 형사법을 해석함에 있어서는 이러한 헌법적인 요청을 고려하여 첫째, 그 표현이 진실한 사실이라는 입증이 없어도 행위자가 진실한 것으로 오인하고 행위를 한 경우, 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에는 명예훼손죄는 성립되지 않는 것으로 해석하여야 한다. 둘째, “오로지 공공의 이익에 관한 때”라는 요건은 언론의 자유를 보장한다는 관점에서 그 적용범위를 넓혀야 한다. 국민의 알권리의 배려라는 측면에서 객관적으로 국민이 알아야 할 필요가 있는 사실에는 공공성이 인정되어야 하고, 또 사인이라도 그가 관제하는 사회적 활동의 성질과 이로 인하여 사회에 미칠 영향을 헤아려 공공의 이익은 쉽게 수긍할 수 있도록 하여야 한다. 셋째, 명예훼손적 표현에서의 “비방할 목적”(형법 제309조)은 그 폭을 좁히는 제한된 해석이 필요하다. 법관은 엄격한 증거로써 입증이 되는 경우에 한하여 행위자의 비방목적을 인정하여야 한다...”.

한편 우리나라의 경우는 명예훼손죄의 적용에 있어서 인쇄매체와 방송간의 차별성은 보이지 않는다. 왜냐하면 제309조에서 규정하고 있다시피, “신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물”이라고 하여, 형법 자체가 인쇄매체에 의한 명예훼손과 방송에 의한 명예훼손을 동일한 조항에서 규율하고 있기 때문이다.⁶²⁶⁾

624) 형법 제정 당시 원래 정부가 제안한 형법초안에서는 위법성조각을 규정하고 있던 제333조가 “제330조 제1항 또는 前條 제1항의 행위가 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 처벌치 아니한다”라고 규정하여, 출판물 등에 의한 명예훼손의 경우에도 제333조가 적용되도록 하고 있었다. 그러나 심의과정에서 “前條 제1항의 행위”부분은 삭제되었다. 그 이유로는 “타인을 비방할 목적”이라는 문구가 “오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 않는다는” 취지와 서로 상반된다는 점이 지적되었기 때문이다. 하지만 출판물 등에 의한 명예훼손의 경우에도 위법성조각을 규정한 제333조가 적용될 가능성을 다음과 같이 인정하고 있다. “...그런 까닭으로 제332조의 제1항은 여기에 삭제와 하고, 그러나 이것은 新聞, 雜誌에나 타인의 명예를 훼손하는 사실을 적시해서 공표를 했다 할지라도 원칙적인 제330조로 돌아가서 사실을 오로지 공익에 관한 이유로서 이것을 적시했을 적에는 처벌되지 않는 것은 제330조의 원칙에 돌아가서 처벌되지 아니할 것입니다. 그러므로 제332조에 그 타인을 비방할 목적으로 하는 그런 목적범이기 때문에 그 조문만은 여기서 삭제한 것입니다”. 한국형사정책연구원, 『刑事法令制定資料集(1) 刑法』, 1990, 482-483면 참조.

625) 헌재 1999. 6. 24. 97헌마265, 판례집 11-1, 778면. 이 판결은 공적 인물(도의회 의원)의 공적인 활동과 관련된 사실을 보도한 신문기사가 명예훼손적 표현을 담고 있는 경우, 인격권으로서의 개인의 명예보호와 표현의 자유의 보장이라는 상반되는 두 권리간의 충돌의 조화점을 찾고자 한 ‘최초의’ 헌법재판소판결이라는 점에서 그 의의를 평가할 수 있다. 그리고 이 판결은 ‘공적 인물’과 ‘공적 관심사’라는 기준을 언론매체의 명예훼손적 표현에 있어서 실정법을 해석·적용할 때 표현의 자유와 명예보호라는 상반되는 헌법상의 두 권리의 조정과정에 고려하여야 할 여러 가지 사정 중의 하나로 채택하였다는 점에서도 주목할 필요가 있다.

626) 여기서 ‘기타 출판물’이라고 규정하고 있는 바, 따라서 PC통신이나 인터넷상에서의 명예훼손행위에 있어서 그 수단이 되고 있는 PC통신이나 인터넷이 여기의 ‘기타 출판물’에 해당되는지의 여부가 해석론상 제기될 수 있을 것이다. 이 문제는 현행 형법상 중요한 의미를 가질 수 있는데, 왜냐

민사법에 의한 규율의 측면에 있어서는, 명예훼손과 표현의 자유와의 조화를 몇 가지 기준의 해당 여부에 관한 해석을 통해서 해결하고 있음을 볼 수 있다. 이러한 기준들은 형법 제310조상의 위법성조각사유로 명시되어 있는 ‘사실의 진실성’, ‘공익성’을 그대로 민사상에 적용한 것으로서, 이러한 ‘사실의 진실성’ 및 ‘공익성’ 이외에 (설령 사실이 진실이 아니더라도) 사실을 진실이라고 믿은 ‘상당한 이유’가 있었는가의 여부도 하나의 기준이 된다. 한편 우리나라에서 명예훼손적 표현의 피해자가 ‘공적 인물(public figure)’인지의 여부, 그리고 그 표현이 ‘공적 관심사(public issue)’인지의 여부가 명예훼손에 의한 손해배상책임을 판단하는데 있어서 하나의 분명한 기준으로 채택되어 있는 것은 아니지만, 위의 헌법재판소판결의 내용을 감안할 때 앞으로 중요한 기준으로 인식될 가능성은 있다고 할 것이다.⁶²⁷⁾

이상에서 보드시피, 우리나라에 있어서의 명예훼손법리의 구성요소는 크게 다음과 같이 두 가지로 나뉘어짐을 알 수 있다. 첫째, 명예훼손적 표현의 내용과 관련되어 있는 ‘사실의 진실성’이라든지 ‘공익성’ 또는 ‘공적 관심사’라고 하는 객관적 요소, 둘째, 명예훼손적 표현의 행위자나 피해자가 관련되어 있는 ‘상당한 이유’라든지 ‘공적 인물’이라고 하는 주관적 요소가 바로 그것이다. 따라서 우리나라에 있어서의 명예훼손법리에는 명예훼손적 표현의 수단이 되는 매체의 특성에 대한 고려는 원칙적으로 배제되어 있다고 할 수 있다.

(2) 온라인매체와 명예훼손의 법리

우선 명예훼손법리가 기본적으로 개인의 명예보호와 표현의 자유와의 충돌과 조화의 문제라는 점은 사이버공간상에서도 동일하게 인정될 수 있다. 하지만 비록 우리나라에 있어서 전개된 기존의 명예훼손법리가 매체의 특성을 고려하지 않았다고 하더라도, 사이버공간이라고 지칭되는 온라인매체에서도 기존의 명예훼손법리가 그대로 적용될 수 있을 것인가라는 질문이 일단 가능하다. 즉 인터넷 등 온라인매체의 특성이 고려되지는 않는가⁶²⁸⁾라는 질문이다. 이 문제는 결국 사이버공간에서는 개인의 명예보호와 표현의 자유와의 조화에 있어서 어느 쪽에 무게중심을 둘 것인가의 문제와 직결되어 있는 것이라고 하겠다.

일반적으로 명예훼손법리가 개인의 명예가 훼손된 경우에 형사적 처벌이나 금전적 배상을 포함한 민사적 구제수단을 통해서 훼손된 명예를 회복하려는 것을 목적으로 한다면, 이러한 구제수단들은 명예를 훼손하는 상대방의 표현에 대해 반박하거나 잘못된 내용을 시정할 수 있는 기회가 주어지지 않고 그리고 그로 인해 자신의 명예에 대한 해악을 최소화시킬 수 없는 경우에 의미있는 수단이 될 수 있다. 따라서 특히 신문이나 방송과 같이 일방성이 그 특징인 매스미디어에 의해 명예훼손이 일어나는 경우에, 형사적 처벌과 금전적 배상을 포함한 민사적 구제수단은 큰 의미를 가지게 된다. 신문과 방송의 경우에 내용적 규제에 있어서의 차별성에도 불구하고 명예훼손의 법리의 적용에 있어서는 차별성이 보이지 않는 것도, 신문과 방송 모두 공통적으로 일방적 성격을 가지는 매스미디어라는 점에 그 이유가 있다고 할 것이다. 그리고 私人と 비교해 볼 때 공무원이나 公人에 대해서 명예훼손의 입증책임을 무겁게 부과하는 기존의 미국의 법리도, 공무원이나 公人은 언론매체에 대한 효율적인 접근이

하면 형법 제307조와 제309조는 구성요건이 다를 뿐만 아니라, 범정형도 다르기 때문이다.

627) 이상의 요건들에 관한 자세한 설명은 박선영, “언론에 의한 명예훼손의 법리-우리나라와 미국의 판례를 중심으로-”, 『공법연구』 제27집 제1호, 한국공법학회, 1998. 12., 271-299면 참조.

628) 특히 미국에 있어서 ‘현실적 악의(actual malice)’원칙과 이를 위한 公人/私人의 구분이 사이버공간상에서도 적용될 수 있는지의 여부에 관한 논의는 이재진, “인터넷상의 명예훼손현상에 대한 비판적 고찰: 미국의 경우를 중심으로”, 『언론중재』 통권 66호, 언론중재위원회, 1998. 3., 25-35면 참조.

용이하고 따라서 잘못된 표현에 대해 보다 현실적으로 반박할 수 있는 기회를 가지고 있다는 점이 고려된 것이라 할 것이다.⁶²⁹⁾

기존의 명예훼손법리의 존재의의가 이상과 같은 것에 있다고 한다면, 사이버공간에서는 매스미디어와 달리 ‘쌍방향성’이 그 특징이므로, 자신의 명예를 훼손하는 표현에 대한 반박이 매스미디어에 비해서 상당히 용이하므로, 훼손된 명예에 대한 회복을 기존의 법적 수단에 의해 실현할 필요성이 실제로 적어진다고 할 수 있다.⁶³⁰⁾ 또한 이러한 경우 형사적 처벌이나 금전적 배상을 포함한 민사적 구제수단을 통한 명예회복은 피해자의 구제라는 긍정적 기능보다는 표현의 자유에 대한 위축이라는 부정적 기능을 더 노정시킨다고 할 수 있다.

반면에 사이버공간의 경우에는 기존의 명예훼손의 법리를 그대로 적용하는 것이 적절하며, 더 나아가서 여타의 매체와는 달리 무한한 복제가 가능하고 신속한 전파가 그 특징인 인터넷 등 온라인매체에 있어서는 피해자의 신속한 구제를 위해서 새로운 제도적 장치들이 개발되어야 한다는 주장도 가능하다. 왜냐하면 온라인매체에서는 무한한 복제가 가능하고 신속한 전파도 가능하여, 기존의 매체에서보다는 피해의 정도가 더 심각할 위험성이 매우 높기 때문이다. 따라서 이러한 입장에서 접근하면, 기존의 명예훼손법리는 사이버공간에도 그대로 적용되어야 하고, 더 나아가서 피해자의 구제를 위한 새로운 장치들이 마련되어야 하는 것이 적절하다. 사실 위에서 설명한 불법통신에 대한 정보통신부장관의 취급거부·정지·제한명령제도에서 정보통신부장관의 명령대상이 되는 불법통신 중의 하나로서 ‘사람을 비방할 목적으로 공연히 사실 또는 허위의 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 내용의 전기통신’을 포함시킨 경우나 혹은 뒤에서 설명할 정보통신서비스제공자에 대한 삭제청구권 및 반박문게시청구권제도는 기존의 매체에서는 볼 수 없는 규제장치이자 피해자의 구제를 위한 제도적 장치라는 점에서, 개인의 명예보호를 보다 보호해야 한다는 입장에서 도입된 제도라고 분석될 수도 있다.

(3) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률상의 사이버 명예훼손죄의 헌법적 문제점

위에서도 언급하였듯이, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제61조의 기본골격은 형법 제309조에서 가져 왔다. 따라서 우리 입법자는 형법 제309조가 규율하고 있는 ‘출판물 등의 명예훼손죄’의 기본법리를 ‘사이버 명예훼손죄’에도 그대로 적용하였다고 볼 수 있다. 즉 기존의 명예훼손법리를 사이버공간에도 그대로 적용하였다고 볼 수 있다. 물론 구체적인 법적용에 있어서, 법원이 사이버 명예훼손죄의 구성요건을 판단하거나 혹은 사이버공간에서의 명예훼손과 관련된 민사적 분쟁을 해결함에 있어서 인터넷 등 온라인매체의 특성을 고려할 여지는 여전히 남아 있다. 하지만 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제

629) Gertz판결에서 다수의견을 집필한 Powell대법관은 이 점을 다음과 같은 표현을 통해 분명히 하였다. “명예훼손의 피해자에 대한 최초의 구제수단은 自助(self-help)이다. 즉 거짓말에 대해서 반박하거나 잘못을 시정함으로써 명예에 대한 해악을 최소화할 수 있는 기회를 이용하는 것이다. 公務員과 公人은 대개 효과적인 커뮤니케이션수단에 상당히 쉽게 접근할 수 있고 따라서 잘못된 주장에 대해 반박할 수 있는 보다 실질적인 기회를 갖고 있다. 따라서 私人(private individual)은 해악에 보다 쉽게 노출된다”. Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323, 344(1974). 한편 高橋和之 교수도, 미국의 公人理論을 정당화하는 최대의 근거가 표현수단에 관한 양당사자의 평등성에 있는 한, 이러한 원리는 PC통신이나 인터넷에도 여전히 타당하다고 한다. 高橋和之, “パソコン通信と名譽毀損”, 『ジュリスト』, No.1120, 1997. 10. 1., 81면.

630) 그리고 이러한 특성은 금전적 보상금액을 결정하는데 있어서 하나의 기준으로도 이용될 수 있다. David R. Johnson & David Post, “Law and Borders-The Rise of Law in Cyberspace”, 48 *Stanford Law Review* 1367(1996), 1381-1382면.

61조가 사이버공간에서의 명예훼손행위를 형사벌로 규제하는 것 자체가 헌법적으로 문제가 있다고는 말할 수 없다.

다만 음란정보의 경우와 마찬가지로, 자신이 운영하는 정보통신망을 통해서 명예훼손적인 내용의 정보가 유통되는 경우 당해 인터넷사업자의 법적 책임에 관한 사항을 규율하고 있지 않다는 점에서 헌법적으로 문제될 수 있다. 만약 이 조항을 엄격히 적용한다면, 일정한 명예훼손적인 내용의 콘텐츠가 배포된 경우 이를 기술적으로 매개하는 인터넷사업자는 법적 책임을 인정할 수 있게 된다. 따라서 이 조항은 음란정보의 경우와 마찬가지로, 정보통신서비스를 매개하는 정보통신서비스제공자의 법적 책임에 대해서 아무런 언급을 하지 않음으로 인해서, 현실적으로 그 적용범위를 지나치게 확대할 위험성을 안고 있는 것이다.

2. 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률상의 정보통신서비스제공자에 대한 삭제청구권 및 반박문게시청구권제도에 관한 헌법적 분석

(1) 인터넷사업자의 법적 책임의 의미

일반적으로 인터넷을 통해 유통되는 정보와 관련하여 인터넷사업자의 법적 책임이 문제되는 경우가 많다. 예컨대 명예훼손적 정보가 포털사이트 등과 같이 일정한 정보를 매개하는 사이트에 유통되는 경우를 상정해 보자. 이 경우 당해 명예훼손적 정보를 직접 제작 및 제공한 자는 당연히 당해 정보에 대한 법적 책임을 져야 한다. 하지만 그 정보에 대한 접근을 가능하게 하는 식으로 단순히 정보유통을 매개한 한 사이트운영자는 어떠한 법적 책임을 져야 하는가가 문제될 수 있다. 이러한 문제는 비단 명예훼손의 경우뿐만 아니라 지적재산권의 침해행위라든지, 음란물의 유통행위와 같은 경우에도 발생할 수 있다.

그런데 전통적으로 정보매개와 관련된 법적 책임의 유무는 당해 정보를 매개한 자에게 소위 ‘편집자율성(editorial autonomy)’ 내지 ‘편집통제권(editorial control)’을 인정할 수 있느냐의 문제에 의해 결정되어 왔고⁶³¹⁾, 이러한 해결방식은 인터넷상에서도 여전히 적용된다.

일반적으로 인터넷사업자는 그 종류가 다양하나 기능별로 구분하면 다음과 같이 크게 세 가지로 구분될 수 있다.

첫째, 인터넷콘텐츠제공자(Internet Content Provider: CP)는 인터넷을 통해서 콘텐츠나 혹은 데이터베이스를 제작·제공하는 자라 할 수 있다. 일명 ‘정보제공자’라고 할 수 있다.

둘째, 인터넷콘텐츠호스트(Internet Content Host: ICH)는 타인의 정보(정보제공자가 제공하는 정보)를 매개하는 자를 말한다. 일명 ‘정보매개자’ 혹은 ‘정보매개서비스제공자’라고 할 수 있다. 예컨대 전통적인 PC통신 예컨대 하이텔, 천리안, 나우누리 등이라든지 혹은 각종 포털사이트가 여기에 해당한다고 할 수 있다. 즉 이용자로 하여금 정보를 이용할 수 있

631) 시스템운영자(system operator)의 책임문제와 관련하여 미국에서는 편집통제권의 행사유무를 기준으로 출판인(publisher) 또는 배포자(distributor)로 구분하여 책임의 정도를 달리 적용하고 있는 것을 볼 수 있다. 즉 뉴스서비스나 데이터베이스와 같이 시스템운영자나 소유자에 의해 그 내용에 대한 편집통제권이 행사되고 있는 경우에는 인쇄매체의 출판인(publisher)과 같은 책임정도를 인정하고, 전자우편이나 컴퓨터파일들 및 기타 정보들을 전송하는 기능만 수행하는 것과 같이 편집통제권이 행사되지 않고 있는 경우에는 배포자(distributor)로서 그 책임정도를 출판인의 경우보다 약하게 인정하는 것이다. 자세한 것은 Lance Rose, *NetLaw: Your Rights in the Online World*, Osborne McGraw-Hill, 1995, 8-26면 참조.

도록 하기 위해서 정보를 관리·매개하는 자를 의미한다고 할 수 있다.

셋째, 인터넷서비스제공자(Internet Service Provider: ISP)는 타인의 정보(정보제공자가 제공하는 정보)를 매개하는 것이 아니라 정보제공자가 제공하는 정보에 접근할 수 있도록 즉 인터넷에 접속할 수 있도록 서비스를 제공하는 자를 의미한다. 일명 ‘인터넷접속서비스 제공자’ 혹은 ‘정보통신망접속서비스제공자’라고 할 수 있다. 오늘날 메가패스, 하나로통신, 두루넷 등 광대역 초고속통신망서비스를 제공하는 사업자가 전형적인 예가 될 것이다.

그런데 이상과 같은 구분은 법적인 개념은 아니지만 인터넷상에서 유통되는 정보에 대해서 실질적인 편집통제권(editorial control)을 행사할 수 있느냐에 따른 구분으로서, 오늘날 외국 법제는 이상과 같은 구분에 따라 각 사업자의 법적 책임을 묻고 있다.

(2) 우리나라에 있어서의 인터넷사업자의 법적 책임에 관한 입법례

우리나라의 경우는 사실 독일의 경우처럼 사업자의 법적 책임에 관한 명문의 법규정을 입법화하려고 하는 시도가 있었다. 즉 기존의 정보통신망이용촉진등에관한법률을 개정하기 위한 일련의 과정에서 제시된 공청회안(2000년 7월 20일 개최된 「「정보통신망이용촉진등에관한법률」 개정을 위한 공청회」에서 발표된 개정안)에서는 사업자의 법적 책임에 관한 명문의 법규정을 다음과 같이 두고 있었다.

제36조(정보통신서비스제공자의 책임):

- ① 정보통신서비스제공자는 정보통신망을 통하여 자신이 제공한 정보에 대하여 책임을 진다.
- ② 정보통신서비스제공자는 타인이 제공하거나 유통시킨 정보에 대하여 다음 각 호의 모두에 해당 하는 경우에만 책임을 진다.
 1. 당해 정보의 내용을 인지한 경우
 2. 당해 정보의 제공 또는 유통을 방지하는 것이 기술적으로 가능하며, 그것이 기대가능한 경우
- ③ 정보통신서비스제공자가 제28조(불법정보에 대한 정보통신윤리위원회의 조치) 제1항의 규정에 의한 고지를 받았을 때에는 제2항 제1호의 규정에 따른 당해 정보의 내용을 인지한 것으로 본다.
- ④ 정보통신서비스제공자는 안전한 정보통신환경조성을 위하여 윤리강령을 제정·실천할 수 있다.

하지만 사적 검열의 위험성을 불러일으킨다는 시민단체들의 반발로 인하여 결국 공청회안에서 채택되어 있던 이 조항은 삭제되어 버렸다. 물론 이 조항은 그 명문화로 인하여 사적 검열의 위험성이 발생할 수도 있다. 하지만 다른 한편으로는 일반적으로 정보의 유통에 관여하는 자들의 일반법상의 책임을 명문화한 것에 불과하지, 새로운 책임을 설정하거나 기존의 책임을 확대하는 내용은 아니라고 볼 수도 있다. 따라서 이러한 명문의 규정이 없다고 하더라도 인터넷사업자의 법적 책임이 전혀 부인되는 것은 아니고 다만 구체적인 사례에 따라 법원이 개별적으로 인터넷사업자의 법적 책임을 판단하게 되는 것이다. 따라서 사업자의 법적 책임에 관한 명문의 규정을 두느냐의 여부는, 판례법국가의 경우처럼 법원의 구체적인 판결들을 통해 그 법리가 형성되느냐(예컨대 미국) 아니면 대륙법국가의 경우처럼 법원의 구체적인 판단에 도움을 주기 위하여 일정한 법리를 법문으로 명문화하느냐(예컨대 독일)라고 하는 입법전략에 불과할 뿐이라는 점이다.

아무튼 인터넷사업자의 법적 책임과 관련한 명문의 규정은 우리나라에 존재하지는 않는다.

(3) 우리나라에 있어서의 인터넷사업자의 법적 책임에 관한 판례

인터넷사업자의 법적 책임과 관련한 명문의 규정은 우리나라에 존재하지는 않지만, 인터넷사업자의 법적 책임에 관한 법원의 판례는 몇 개 존재한다. 그 중에서 주요한 사례만 발췌하면 다음과 같다.

1) 대법원 1998. 2. 13. 선고 97다37210판결

[사건의 개요]

한국피씨통신 주식회사는 자신이 운영중이던 하이텔(HITEL)을 통하여 전용게시판 서비스를 제공하기로 한국전기통신공사 노동조합과 이용계약을 체결하였다. 그런데 한국전기통신공사 노동조합이 한국전기통신공사와 임금협상과 단체협약갱신을 위한 단체교섭을 하던 중, 각 지부별 노동조합 간부가 철야농성을 하는 등 집단행동을 하였고, 또한 노동조합의 간부들이 수배되어 일부는 검거되기도 하였다. 이에 전용게시판(기업통신서비스망)을 이용하고 있던 한국전기통신공사 노동조합원들이 전용게시판에 정부기관과 회사의 간부들을 비판하는 내용을 게시물을 게시하자, 한국피씨통신 주식회사는 일부 게시물들을 삭제하고 더 나아가서 위 전용게시판서비스를 일시 중지 및 폐쇄시켜 버렸다. 이에 한국전기통신공사 노동조합은 한국피씨통신 주식회사를 상대로 손해배상을 청구하는 소송을 제기하였다.

[판결의 요지]

먼저 컴퓨터통신에 게시된 게시물의 내용이 정보서비스이용약관이 정한 삭제 사유에 해당하는지 여부와 관련하여, “--게시물의 문구만으로 판단할 것은 아니고 그 게시물이 게재될 당시의 상황, 게재자의 지위, 게시물을 게재하게 된 동기와 목적, 게시물의 표현방법과 내용 등 여러 가지 사정을 종합하여 이를 판단하여야 할 것”이라고 하였다. 따라서 “이 사건 게시물은 대체로 타인을 비방하고 중상 모략하거나 명예를 훼손하며 불법적인 노조활동을 선동하거나 교사하는 등 사회질서를 해하는 내용과 건전한 미풍양속을 해할 염려가 많은 상스럽고 저질스러운 표현을 담고 있으므로 피고가 이 사건 게시물을 삭제한 행위는 정보서비스이용약관 제21조에 근거한 정당한 사유가 있는 삭제행위”라는 원심의 판단을 인정하였다.

한편 전용게시판을 일시 폐쇄시킨 것과 관련하여, “전기통신사업법 제3조 제1항은 전기통신사업자는 정당한 사유 없이 전기통신역무의 제공을 거부하여서는 아니 된다고 규정하고 있으므로 전기통신사업자는 정당한 사유가 있으면 통신역무의 제공을 거부할 수 있다고 할 것”이라고 전제하면서, “이와 같은 전용게시판 서비스가 중단된 경위와 내용, 이 사건 전용게시판이 일반 이용자에게도 공개되고 거기에 게시된 정보가 다수 공중에게 직접적으로 순식간에 전파되는 성질을 가지고 있는 점, 전용게시판 서비스를 중지하지 않고서는 약관이나 관계 법령에 위반되는 계속적인 불온통신에 적절히 대처하기가 곤란하다고 보이는 사정 등을 감안하여 볼 때, 피고가 원고 노동조합의 회원들만 사용하는 회원메뉴게시판을 포함하여 이 사건 전용게시판 서비스를 일시 중지 및 폐쇄를 한 것은 법령 등에 위반한 게시물을 금지하기 위한 조치로서 적법하고 이를 필요한 한도를 넘은 과잉 조치라고 말할 수 없다”고 결론을 내렸다.

2) 수원지방법원 1999. 8. 20. 선고 98고단6633, 10456(병합)판결

[사건의 개요]

1998년 6월 2일 수원지검 형사 1부는 PC통신 성인정보서비스에 음란소설과 사진, 동영상 등을 공급한 혐의로 정보제공(IP)업자 17명을 적발, 이중 8명에 대해 구속영장을 청구했다. 검찰은 또 성인정보서비스를 운영하면서 이들 정보제공업자들이 음란물을 올리는 것을 방조한 혐의로 천리안, 하이텔, 나우누리 등 PC통신업체 관계자 5명을 적발, 2명에 대해 구속영장을 청구하고 3명을 불구속 입건했다. 검찰이 정보제공업자들에게 적용한 것은 전기통신기본법 제48조의 2[전기통신역무이용음란죄] 위반죄였고, PC통신업체 관계자들, 한국전기통신공사 및 PC통신회사인 데이콤에게 적용한 것은 전기통신기본법 제48조의 2 위반방조죄였다.

[판결의 요지]

이 사건을 담당한 수원지방법원은 정보제공업자에 대해서는 그 유죄를 인정하였으나, 정보제공업자들과 이들이 제공하는 콘텐츠 관련업무를 담당하였던 PC통신업체 관계자들 그리고 통신전용망이었던 01410, 01411을 통해 인포샵(INFOSHOP) 운영하고 있던 한국전기통신공사 및 PC통신회사인 데이콤에 대해서는 무죄를 선고하였다. 무죄와 관련된 판결요지만 간추리면 다음과 같다.

우선 피고인인 PC통신업체 관계자들, 한국전기통신공사 및 데이콤(이하 ‘피고인’들이라 함)이 정보제공업자들의 음란정보를 제공하는 것을 방지할 의무가 있는지 여부와 관련하여, “피고인들과 같은 부작위범의 경우는 위험의 발생을 방지할 ‘작위의무’가 있어야 할 것인데, ... 피고인들이 어떤 근거에서 작위의무를 부담하는지가 명확하지 않다”고 판시하였다.

보다 구체적으로 검사가 그 작위의무의 근거로 제시한 ‘계약상 위험발생을 방지할 의무’ 또는 ‘조리상 위험발생을 방지할 의무’와 관련하여서는 다음과 같이 판시하였다.

첫째, 계약상 작위의무의 존부와 관련하여, “피고인 한국전기통신공사, 피고인 주식회사 데이콤이 정보제공자와 정보제공에 관한 계약을 할 때, 한국통신 등 정보통신회사에게 제공되는 정보에 관하여 심사할 권한을 부여하였다는 아무런 증거도 없고, 오히려 제공된 정보에 관한 책임은 정보제공자가 지기로 하는 내용으로 계약을 체결하였다. ... 제공되는 정보의 내용으로 인한 책임은 계약상으로는 정보제공자가 지는 것으로 보아야 할 것이므로, 피고인들에게 계약상의 위험발생방지의무가 있다고 할 수는 없다. 다만, 정보제공자가 계약을 위반하거나 관계법령에 위반하는 경우 계약을 해지할 수 있도록 하고는 있으나, 이것은 계약을 위반한 정보제공자들을 사후적으로 제재할 수 있다는 것일 뿐이고, 제공되는 정보에 대하여 사전검열 등을 할 권한이 없는 피고인들에게 사후적인 계약해지권만을 가지고 계약상의 위험발생의무가 있다고 할 수는 없다고 할 것”이라고 판시하였다.

둘째, 조리상의 작위의무의 존부와 관련하여, “한국통신 등 통신망사업자가 정보제공자들과 계약을 할 때 정보제공자가 제공하는 정보는 정보통신윤리위원회의 심의를 거쳐 적합판정을 받은 정보에 한하도록 약정하였으나 정보제공자들이 위 약정을 어기고 정보통신윤리위원회의 심의를 받지 아니한 정보를 게재하는 경우가 있었고, 그리하여 피고인들이 자체적으로 기준을 만들어 게재된 정보를 심사하여 시정을 권고하는 등의 행위를 한 사실은 인정할 수 있으나, 피고인들의 심사는 원칙적으로 사후적인 것이고, 정보제공자들이 올리는 정보의 대부분이 음란성을 띤 것도 아니며 또 음란서의 판단이 어려운 정보가 많고, 음란성 여부가 명백하지 않는 한 피고인들이 이를 임의로 삭제할 수 없는 등의 제약이 있고, 또 검사도 시

인하듯이 피고인들이 자체적으로 모니터요원을 두어 음란한 정보의 차단을 위하여 노력하였으나 현실적으로 모든 정보를 검색할 수 없는 점 등을 종합하여 보면, 피고인들에게 정보제공자들이 제공하는 정보 중에서 음란성을 띤 것을 모두 가려내어 이것들과 정보이용자들과의 접촉을 차단할 것까지 기대할 수는 없다고 할 것이다. 즉, 피고인들에게 작위의무가 있다고 하더라도 그것이 법적인 작위의무라고 하기 위하여는 피고인들이 법익침해를 야기한 사태를 지배하고 있을 것을 요한다 할 것인데, 헌법상의 표현의 자유와의 관계, 정보심사의 사후성, 정보의 다양성과 다수성, 정보의 게재와 삭제의 빈번함 등에 비추어 보면, 피고인들이 정보제공자가 제공하는 모든 정보를 지배하고 있다고 볼 수는 없기 때문에 피고인들에게 법적인 책임이 따르는 조리상의 작위의무가 있다고 볼 수는 없다”고 판시하였다.

3) 서울지방법원 1999. 12. 3. 선고 98가합111554판결

[사건의 개요]

원고 각테일 주식회사는 컴퓨터프로그램을 제작·판매하는 회사로서 1997. 8. 16. 멀티미디어 저작도구인 각테일98을 제작하여 1998. 3. 14. 한국컴퓨터프로그램보호회에 이를 등록한 저작권자였다. 그런데 1998년 10월 한 네티즌이 원고 회사의 승낙없이 중앙대학교 홈페이지의 자료실게시판에 ‘cocktail’이라는 제목으로 “멀티미디어저작도구인 Cocktail입니다”라는 설명과 함께 이 사건 프로그램을 zip파일로 압축시킨 문서인 cocktail.zip파일을 첨부하여 등록하였다. 그 후 원고 회사가 위 자료실게시판에 이 사건 게시물이 등록되어 있는 것을 알게 되어 1998. 11. 20.경 피고에게 이를 항의하자 피고는 곧바로 위 자료실게시판을 폐쇄하였으며 그때까지 이 사건 프로그램의 조회건수는 약 400회에 이르렀다. 이에 원고 각테일 주식회사는 홈페이지의 자료실게시판 관리운영자인 중앙대학교를 상대로 3억여 원의 손해배상청구소송을 제기하였다.

[판결의 요지]

담당 재판부는 다음과 같은 취지로 홈페이지의 자료실게시판 관리운영자인 중앙대학교의 법적 책임을 부인하였다.

“컴퓨터를 사용한 PC통신이나 인터넷 등 온라인을 통하여 다수의 이용자로 하여금 자료의 전송 등을 수행할 수 있도록 이른바 사이버공간이라는 장소와 시설을 제공하고 이용자의 요구에 의하여 이용자의 행위를 매개하여 주는 과정에서 타인의 저작권 기타 권리를 침해하는 자료의 전송 등이 이루어진 경우에 있어서도 그와 같은 자료의 전송 등을 통한 타인의 권리침해에 관한 1차적인 책임은 여전히 이를 직접적으로 수행한 이용자에게 있다고 할 것이고, 인터넷 등 온라인의 속성상 컴퓨터 사용의 보편화로 불특정다수의 이용자에게 의한 침해행위가 비교적 간단한 조작으로 용이하게 수행될 수 있는 반면 그 침해행위로 인한 파급효과는 순식간에 걸쳐 광범위하게 확대될 수 있다는 점을 감안하더라도 그와 같은 전송 등이 가능하도록 장소나 시설을 제공한 것에 불과한 자는 이를 통하여 발생하는 불법행위에 관하여 자신이 직접적인 고의를 가지고 있지 아니한 이상 원칙적으로는 그러한 장소나 시설의 제공사실만을 가지고 곧바로 침해에 대한 직접적인 책임을 부담하는 것으로 보아야 할 아무런 근거가 없는 것이며, 다만 예외적으로 ① 이들이 이용자의 침해행위를 적극적으로 야기하였다거나 ② 우연한 기회나 권리자로부터의 고지를 통하여 이용자의 침해물 또는 침해행위의 존재를 인식하고도 이를 방치한 경우 또는 ③ 이들이 침해행위를 통제할 권리와

능력이 있고 그 침해행위로부터 직접적인 재산상 이익을 얻는 경우 등과 같이 이용자의 직접적인 침해행위와 동일하게 평가할 수 있을 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 그 책임을 인정하여야 할 경우가 있을 수 있으며 그러한 경우에 해당하는지 여부는 결국 당해 사건에서 제공되는 서비스의 구조나 형태, 범위, 침해행위의 정도 및 태양 등 제반 사정들을 종합하여 구체적으로 판단될 수밖에 없는 것이라 하겠다.

위 인정사실에 나타난 바와 같이 ① 피고의 위 자료실게시판은 이용자의 범위에 관하여 아무런 제한 없이 개방되어 있었던 관계로 피고가 불특정한 이용자에 의한 불법행위를 사전에 일일이 통제할 수 있었을 것으로 기대하기 어려운 점, ② 위 자료실게시판에의 자료 등록과정이 관리자에 의한 선별과정을 거침이 없이 자동화된 기술적 과정을 통하여 수행되는 체제로 운영됨에 따라 피고가 이 사건 게시물의 등록이 이루어질 당시 게시물의 내용을 미리 검토할 수 없어 사전에 저작권침해사실의 존재를 인식할 수 없었던 점, ③ 교육기관으로서의 피고의 지위 및 위 자료실게시판의 이용과 관련하여 이용자들에게 이용료를 부과하지 않는 무료 운영방식 등에 비추어 위 자료실게시판의 설치목적이 영리성의 추구에 있다고 보기 어려운 점, ④ 피고가 권리자인 원고 회사의 항의를 받은 이후 이 사건 게시물의 등록이 이루어진 위 자료실게시판 자체를 폐쇄하기에 이른 점 등 제반 사정을 종합하여 보면, 피고가 위 자료실게시판을 설치, 운영함에 있어서 불법복제물의 등록여부를 수시로 확인하고 통제하여야 할 구체적인 주의의무가 발생하였다거나 나아가 침해행위의 직접적인 행위자가 아닌 제3자로서 이 사건 게시물의 등록 및 존속에 관하여 피고에게 그 책임을 부담시켜야 할 특별한 사정이 존재한다고 보기도 어렵다 할 것이다.”

(4) 정보통신서비스제공자에 대한 삭제청구권 및 반박문게시청구권제도의 문제점

현행 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률이 규정하고 있는 사업자에 대한 삭제청구권 및 반박문게시청구권제도는 인터넷 등 온라인매체의 특성을 반영하여 ‘신속한 피해구제’를 위해 도입된 제도이다. 왜냐하면 여타의 매체와는 달리 무한한 복제가 가능하고 신속한 전파가 그 특징인 인터넷 등 온라인매체에 있어서는 기존의 형사적·민사적 구제절차로는 피해자의 신속한 구제가 불가능하기 때문이다. 하지만 현행 정보통신서비스제공자에 대한 삭제청구권 및 반박문게시청구권제도는 다음과 같은 문제점을 안고 있다고 판단된다.

첫째, 이 제도가 정보통신서비스제공자에게 과도한 부담을 지우는 것은 아닌가라는 점이다. 예컨대 어떤 사람이 정보통신서비스제공자에 대하여 당해 정보통신서비스제공자가 매개한 정보로 인하여 자신의 명예가 훼손되었다고 주장하면서, 당해 정보의 삭제를 신청하는 경우, 정보통신서비스제공자는 위 조항에 근거하여 ‘필요한 조치’를 취해야 한다. 그런데 정보통신서비스제공자가 취한 ‘필요한 조치’에 의해서, 당해 정보를 제공한 정보제공자의 법률상 이익(자신이 제공한 정보에 대한 법률상 이익)도 침해될 수 있는 것이다. 따라서 이러한 경우 정보통신서비스제공자의 입장에서는 매우 모호한 위치에 서게 된다. 왜냐하면 필요한 조치를 취하지 않으면, 삭제신청자로부터 손해배상소송을 당할 수 있고, 반대로 필요한 조치를 취하면 정보제공자로부터 손해배상소송을 당할 수 있기 때문이다.

둘째, 삭제청구권 및 반박문게시청구권의 대상이 되는 정보통신서비스제공자라는 개념의 포섭범위가 너무 넓다는 점이다.

삭제청구권 및 반박문게시청구권의 대상이 되는 ‘정보통신서비스제공자’란 전기통신사업법 제2조 제1항 제1호의 규정에 의한 전기통신사업자와 영리를 목적으로 전기통신사업자의

전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자를 말한다(정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제2조 제1항 제3호). 따라서 정보통신서비스제공자는 ① 전기통신사업법 제2조 제1항 제1호의 규정에 의한 전기통신사업자, ② 영리를 목적으로 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자를 포함하는 개념이다.

여기서 ‘전기통신사업법 제2조 제1항 제1호의 규정에 의한 전기통신사업자’는 전기통신사업법에 의한 허가를 받거나 등록 또는 신고를 하고 전기통신역무를 제공하는 자를 말한다(전기통신사업법 제2조 제1항 제1호). 보다 구체적으로 전기통신사업자에는 基幹通信事業者(허가대상: 전기통신사업법 제5조 제1항), 別定通信事業者(등록대상: 전기통신사업법 제19조 제1항), 附加通信事業者(신고대상: 전기통신사업법 제21조)가 있다(전기통신사업법 제4조 제1항). 여기서 기간통신사업이란 “전기통신회선설비를 설치하고, 이를 이용하여 공공의 이익과 국가산업에 미치는 영향, 역무의 안정적 제공의 필요성 등을 참작하여 電信·電話役務 등 정보통신부령이 정하는 종류와 내용의 전기통신역무를 제공하는 사업”을 의미한다(전기통신사업법 제4조 제2항). 이러한 기간통신사업에는 구체적으로 시내전화, 시외전화, 국제전화, 이동전화, 개인휴대통신(PCS), 위성휴대통신(GMPCS), 주파수공용통신(TRS), 발신전용휴대전화(CT-2), 무선호출, 무선데이터통신, 전기통신회선설비 임대사업이 포함된다. 그리고 별정통신사업이란 “기간통신사업자의 전기통신회선설비 등을 이용하여 기간통신역무를 제공하는 사업”과 “정보통신부령이 정하는 構內에 전기통신설비를 설치하거나 이를 이용하여 그 構內에서 전기통신역무를 제공하는 사업”을 의미한다(전기통신사업법 제4조 제3항). 이러한 별정통신사업에는 인터넷폰, 인터넷팩스, 국제전화 콜백서비스(call back service), 재판매서비스(resale service), 구내통신사업이 포함된다. 마지막으로 부가통신사업이란 “기간통신사업자로부터 전기통신회선설비를 賃借하여 기간통신역무 외의 전기통신역무를 제공하는 사업”을 의미한다(전기통신사업법 제4조 제4항). 이러한 부가통신사업에는 회선재판매, PC통신, E-MAIL, 카드조회, 컴퓨터예약서비스(CRS), 전자문서교환서비스(EDI), 온라인정보처리(DB/DP), 인터넷서비스, BBS, 축적팩스, 전화사서함서비스(VMS) 등이 포함된다.

한편 ‘영리를 목적으로 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자’는 영리목적의 정보제공자와 영리목적의 정보매개자라고 할 수 있다.

위와 같이 삭제청구권 및 반박문게시청구권의 대상이 되는 정보통신서비스제공자의 포섭범위가 매우 넓은데, 이러한 현상은 우리나라의 현행 법제에서 인터넷사업자의 법적 책임에 관한 명문의 규정이 없다는 점과 맞물려 인터넷사업자의 법적 책임을 확대할 위험성이 있는 것이다. 위에서도 언급하였듯이, 오늘날 외국 법제는 인터넷컨텐츠제공자(Internet Content Provider: CP) 내지 정보제공자, 인터넷컨텐츠호스트(Internet Content Host: ICH) 내지 정보매개자, 인터넷서비스제공자(Internet Service Provider: ISP) 내지 인터넷접속서비스제공자로 구분하여, 이들의 법적 책임을 차별화하고 있다. 하지만 우리나라의 경우는 인터넷사업자를 이렇게 구분하는 입법적 태도를 취하지 않고 있을 뿐만 아니라, 인터넷사업자의 법적 책임을 차별화하는 명문의 규정도 없다. 따라서 모든 인터넷사업자가 삭제청구권 및 반박문게시청구권의 대상이 될 수 있다는 점에서 현행 삭제청구권 및 반박문게시청구권제도는 인터넷사업자의 법적 책임을 확대할 위험성을 안고 있는 것이다.

셋째, ‘법률상 이익’이라는 개념의 포섭범위가 너무 광범위할 수 있다는 점이다.⁶³²⁾ 또한

취소소송의 원고적격을 판단하는데 적용되는 기준으로서의 ‘법률상 이익’의 개념(행정소송법 제12조)을 사적 분쟁에 적용하는 것이 타당하나의 문제도 제기될 수 있다.

물론 인터넷사업자의 법적 책임을 인정하는 구체적인 기준이 현재 입법화되어 있지 않은 상태에서는, 법원의 판례에 의해 그 기준이 정립될 수밖에 없다. 하지만 현재와 같은 정보통신서비스제공자에 대한 삭제청구권 및 반박문게시청구권제도는 정보통신서비스제공자의 포섭범위가 너무 넓다는 점, 인터넷사업자의 법적 책임의 차별화에 관한 명문의 규정이 없다는 점, 그리고 청구권자의 범위를 설정하는 ‘법률상 이익’의 포섭범위가 너무 광범위할 수 있다는 점에서, 정보통신서비스제공자에게 너무 과도한 부담을 지울 가능성이 높다고 판단된다.

632) 일반적으로 행정법상 법률상 이익의 개념은 전통적인 의미의 권리와 판례상 인정되어 온 법률상 보호되는 이익의 상위개념으로 이해된다. 홍정선, 「행정법원론 (상)」, 박영사, 2002, 874-875면.

제4장 스팸메일규제와 광고표현의 자유

제1절 미국에서의 스팸메일규제와 표현의 자유

미국에 있어서 ‘상업적 표현(commercial speech)’은 다른 표현들에 비해 그 ‘상업적’이라는 특수성으로 인해 표현의 자유의 보호를 적게 받아왔다. 다음에서 이 상업적 표현과 관련한 미국 연방대법원의 주요판례들을 살펴보고,⁶³³⁾ 이 상업적 표현에 대한 同法院의 기본적인 입장을 귀납해 보기로 한다.

I. 상업적 표현에 대한 판례의 태도

1. CENTRAL HUDSON GAS & ELECTRIC CORP. v. PUBLIC SERVICE COMMISSION 판결⁶³⁴⁾

(1) 사실관계

뉴욕주 공공서비스위원회(Public Service Commission, 피고)는 1973년 12월 뉴욕주의 전기공사(electric utilities 또는 Central Hudson Gas & Electric Corp., 원고)에게 전기 사용을 촉진하는("promotes") 모든 광고를 중단할 것을 명령했다. 위원회는 이렇게 전기 사용을 촉진하는 모든 광고는 국가의 에너지 보존정책과 상반된다고 선언하였다. 하지만 위원회는 가장 수요가 많은 시간대에서 수요가 적은 시간대로 “소비를 이동시키는” “정보제공적(informational)” 광고는 명시적으로 허용하였다. 이런 안내광고는 악성적인 소비를 증가시키는 것이 아니라, 24시간 내내 전기수요가 고르게 이루어지도록 촉진하는 것이었다.

그런데 위원회의 명령으로 전기와 다른 에너지를 공급하던 Central 회사는 사실상 광고를 못하게 되었다. 광고를 철저히 금하는 것이 에너지 소비에 있어서 필요한 것인지 또는 에너지 소비를 줄일 수 있을지 하는 증명은 없었다. 그래서 Central 회사는 위원회의 명령이 언론의 자유권을 위반했다며 소를 제기하였다.

(2) 판결이유와 판시사항

Powell대법관이 작성한 다수의견은, 위원회의 명령이 중요한 정부이익에 부합하지 못할 때, 합법적 행위에 대한 非誤導的인(nonmisleading) 상업적 표현을 금지하는 명령은 수정헌법 제1조상의 표현의 자유를 침해하는 것이어서 위헌이라고 판시했다. 다음은 그 판결이유의 요지이다.

상업적 표현에 관한 사건에서, 4단계 분석(심사)가 발전되어 왔다. 이 심사는 첫째, 그러한 표현이 수정헌법 1조에 의해 보호되는지 여부를 결정해야 한다. 만약 이것이 충족되어지면, 둘째, 그러한 표현이 적어도 합법적 행위에 관한 것이어야 하며 오도 또는 현혹시키는 것이어서는 안된다. 셋째, 주장되어지는 정부 이익이 상당한 것인지 여부를 심사해야 한다. 만약 이것이 긍정적인 답변으로 나오면, 마지막으로, 그러한 규제가 주장되어지는 정부이익

633) Ronald D. Rotunda, *Modern Constitutional Law: Cases and Notes*, St. Paul, Minn.: West Group, 2000, pp.1103-46.

634) CENTRAL HUDSON GAS & ELECTRIC CORP. v. PUBLIC SERVICE COMMISSION, 447 U.S. 557 (1980).

을 직접적으로 조장(진척)하는지 여부와 그러한 이익에 필요한 범위 내에서 규제가 행해지는지 여부를 결정해야 한다.

수정헌법 1조(수정헌법 14조를 통해 주에도 적용되는)는 부당한 정부규제(주의 규제)로부터 상업적 표현을 보호한다. 상업적 표현은 모든 가능한 정보의 유포를 통해 표현자의 경제적 이익에 기여할 뿐만 아니라, 소비자와 다른 사람들의 사회적 이익에도 도움을 준다. 수정헌법 1조를 상업적 표현 영역에 적용함에 있어서, 우리는 정부가 상업적 표현을 철저히 억압하거나 규제할 완전한 권한이 있다고 보는 “고도로 온정주의적인(또는 가부장적인, 간섭적인, highly paternalistic)” 시각을 거절해 왔다.

상업적 표현에 대한 수정헌법 1조는 광고의 정보제공적 기능(informational function)에 근거를 두고 있다. 따라서 합법적 행위에 대해 일반 대중에게 정확한 정보를 제공하지 않는 상업적 표현을 억압하는 것은 위헌이 아니다. 그리고 정부는 일반 대중에게 정보를 제공하기보다 현혹시키기 위한 광고 또는 불법행위와 관련한 광고를 규제할 수 있다. 만약 그러한 광고가 현혹시키는 것 또는 불법행위와 관련이 없다면, 정부의 권한은 보다 제한될 것이다.

위원회는 문제의 표현이 부정확하거나 불법행위와 관련 있다고 주장하지 않았다. 대신 원고가 서비스 지역에서 전기판매를 독점하고 있기 때문에, 주 법원은 위원회의 명령이 어떠한 상업적 표현을 제한하는 것이 아니라고 판결하였었다. 하지만 이러한 논거는 원고의 광고가 수정헌법 1조에 의해 보호받는 상업적 표현이 아니라는 데 대한 설득력이 부족하다.

위원회는 소비를 조장하는 광고금지의 정당화 사유로서 2개의 주의 이익을 제시하였다. 즉, 에너지 보존과 소비자 보호이 그것이다. 합법적 행위에 관한 명확한 상업적 표현을 금지하는 명령은 그러한 명령이 실질적인 정부이익에 부합하지 않을 때에는 수정헌법 제1조를 위반한다. 이 사건에서 에너지 소비를 감소시킴에 따른 이익은 ‘사용을 조장하는 광고를 금지하는 문제의 명령’에 의해서 조성되지 않는다. 판단컨대 보다 덜 포괄적인 규정이 그 목적을 위해 나은 기능을 할 것이다. 따라서 Central 회사의 광고를 철저히 억제하는 것은 부적절하다.

2. POSADAS DE PUERTO RICO ASSOCIATES v. TOURISM CO. OF PUERTO RICO 판결⁶³⁵⁾

(1) 사실관계

1948년 푸에르토 리코(Puerto Rico)⁶³⁶⁾ 의회는 일정한 형태의 카지노 도박을 법규화 했지만, 또한 “도박장들이 푸에르토 리코 주민들에게 광고를 하거나 시설물을 제공하는 것이 금지된다.”는 것을 규정하였다. 이에 따라 푸에르토 리코 관광공사(피고)는 규제권한을 갖게 되었다. 1971년 수정된 규정 76a-1(7)은 “특허권자 또는 그의 대리인이나 고용인은 도박장에 대해 푸에르토 리코 주민에게 광고하는 것이 허락되지 않으며, 게임광고는 푸에르토 리코 밖에 있는 신문, 잡지, 라디오, 텔레비전 등을 통해서 할 수 있으며, 사전에 관광공사의 승인을 받도록 하고 있다.

1979년 2월 16일 관광공사는 모든 카지노 영업권자에게 다음과 같은 광고를 제한하는

635) POSADAS DE PUERTO RICO ASSOCIATES v. TOURISM CO. OF PUERTO RICO, 478 U.S. 328, 106 S.Ct. 2968, 92 L.Ed. 2d 266(1986).

636) 서인도 제도의 섬으로 미국의 자치령.

해석을 내놓았다.:

“금지되는 광고는 매치북(일종의 성냥갑), 라이터, 봉투, 냅킨,... 엘리베이터, 로비, 전단지, 전화번호부 등 푸에르토 리코 주민이 볼 수 있는 것에서 ‘카지노’란 말을 사용하는 것을 포함한다.”

이러한 유권해석에 따라서 관광공사는 원고에 대해 추가 벌금을 부과하였다.

원고(푸에르토 리코 여관연합회)는 관광공사를 상대로 San Juan⁶³⁷⁾에 있는 푸에르토 리코 고등법원에 그 법과 이행규정이 문면상, 그리고 관광공사에 의해 적용됨으로써 미국 헌법상 보장되는 상업적 표현의 자유를 침해한다는 선언적 판결을 구하는 소를 제기하였다. 심리 이후, 고등법원은 “유권해석과 그 적용이 번덕스럽고, 독단적이며, 잘못되고 그리고 비합리적이어서, 법률에 반하는 부당한 결과를 산출하였다.”고 판결하였다. 하지만 또한 고등법원은 규정 76a-1(7)에 대해 “주민들을 호객하는 광고는 금지되지만 관광객을 목적으로 하는 광고는 허용이 된다”는 제한적(좁은) 해석을 하였다. 법원은 관광공사의 광고제한에 대한 적용으로 인해 원고의 헌법상 권리가 제한을 받지만, 그러나 그 제한들(restrictions)이 文面上 헌법을 위반하는 것은 아니므로 유지된다고 선언하였다. 푸에르토 리코 대법원은 실질적인 헌법상 문제가 아니라며 원고의 상소를 기각하였다.

(2) 판결이유와 판시사항

Rehnquist대법원장에 의해 집필된 다수의견은, 푸에르토 리코 주민을 상대로 하는 도박장 광고를 제한하는 푸에르토 리코의 법령과 규정이 수정헌법 제1조가 보장하는 상업적 표현의 자유를 침해하는 것은 아니라고 판시했다. 다음은 판결 이유의 요지이다.

관광공사의 광고제한이 합헌인지 여부를 심사하기 위해서 Central Hudson 사건에서 적용했던 분석틀을 이용한다.(4단계) 먼저(1단계) 주민에게 광고하는 것 자체는 적어도 추상적으로는 합법적 행위이며, 주민을 현혹시키거나 사기를 치려는 것은 아닌 것으로 보인다.

다음(2단계), 표현의 자유를 제한하는 정부이익에 대한 강도(strength)를 평가한다. 관광공사는 푸에르토 리코 의회가 “주민들 사이의 과도한 카지노 도박이 도덕적 문화적 패탄의 붕괴, 지역 범죄 증가, 매춘 양산...등과 같이 주민의 건강, 안전, 복지에 심각한 피해를 끼칠 것”이라는 믿음으로 법을 만들었다고 변론하였다. 우리도 이러한 것이 중요한 州의 이익에 부합한다고 판단한다.

셋째 단계는 기본적으로 입법부의 목적과 그러한 목적을 성취하기 위한 수단 사이의 “적합성” 심사에 관한 분석이다. 원고는 경마, 닭싸움 도박, 또는 복권과 같이 다른 종류의 도박에 대해서는 푸에르토 리코 주민에게 광고를 할 수 있게 하면서, 카지노 도박에⁶³⁸⁾ 대해서는 광고를 금지하는 것은 맞지 않다고 주장했다. 하지만 푸에르토 리코 의회는 카지노 도박이 다른 종류의 도박(경마, 닭싸움, 복권 등)보다도 훨씬 더 주민에게 위험을 줄 수 있다고 보았다. 우리가 보기에 다른 도박과 구별해서 카지노에 대한 광고를 금지하는 것은 주의 이익을 위해 필요한 것 이상으로 광범위하지 않은가이다. 고등법원이 선언한 광고제한에 대한 제한적 해석은 그러한 제한이 관광객들에게는 영향을 미치지 않으며, 다만 푸에르토 리코 주민에게만 적용됨을 확인하고 있다. 따라서 이렇게 해석할 경우 주의 이익을 위해 필요한 범위내의 제한이라 할 것이다. 또한 원고가 관련 법규와 규정이 너무 모호해서(vague) 위헌이라고 주장했는데, 이것도 고등법원이 밝힌 것처럼 좁게 해석할 경우 모호하지 않다.

637) 푸에르토 리코의 수도로서 항구도시.

638) FLORIDA BAR v. WENT FOR IT, INC., 515 U.S. 618, 115 S.Ct. 2371(1995).

따라서 위와 같은 이유로 푸에르토 리코 대법원의 결정은 인용된다.

3. FLORIDA BAR v. WENT FOR IT, INC.판결

(1) 사실관계

1990년 플로리다 대법원은 두 개의 규칙(플로리다 변호사회 규칙)을 채택하였다. 그 중 규칙 4-7.4(b)(1)은 변호사나 그의 대리인이 사고가 난후 30일 이내에는 사고 희생자를 고객으로 삼기위한 광고성 서신을 보내지 못하게 하고 있다. 1992년 3월 G. Stewart McHenry와 그가 소유한 변호사 소개기관인 Went For It, Inc.는 이 규정이 수정헌법 제1조를 위반한다며 소를 제기하였다.

(2) 판결이유 및 판시사항

O'Conner대법관이 집필한 다수의견에 의하면, 피해자가 사고 후 한달 이내의 기간동안에는 피해자를 고객으로 만들기 위해 서신을 보내지 못하도록 하는 것이 수정헌법 제1조의 표현의 자유를 침해하는 것은 아니라고 보았다. 다음은 판결이유의 요지이다.

우리는 이 사건에서 상업적 표현의 제한에 관한 “중간단계(intermediate)” 심사를 행한다. 정부는 불법 또는 오도하는 상업적 표현행위에 대해서 자유롭게 규제할 수 있다. 이 사건에서 처럼 위의 행위에 들지 않는 상업적 표현행위는 정부가 다음의 3가지에 대해서 충족시킨다면 규제될 수 있다.: (1) 정부는 규제에 상응하는 상당한 이익을 주장하여야 한다. (2) 정부는 상업적 표현에 관한 제한이 그러한 이익을 직접적으로 그리고 구체적으로 조장하는 것을 입증하여야 한다. 그리고 (3) 그러한 규제는 제한적으로(좁게) 취해져야 한다.

이 사건에서, 언급된 이익은 최근 사고 또는 재앙으로 인한 피해자의 보호이다. 이때 피해자는 선임 권유(solicitations)를 받았을 때 정서적으로 올바른 결정을 할 수 없을 것이다. 이러한 이익은 중요한 이익이다. 두 번째 요소와 관련하여, 법원은 오랜 동안 이루어진 철저한 연구에 근거하였다.⁶³⁹⁾ 이 연구에서 변호사회는 플로리다 주민이 직접 우편으로 선임을 권유하는 것이 피해자의 사생활을 침해하는 것으로, 그리고 일반적으로 변호사회와 법률에 대해 부정적인 영향을 끼치는 것으로 본다는 점을 논증하였다. 그런데 이 사건의 상소법원은 “이러한 우편으로 인한 사생활의 침해는 단지 신문을 읽는 것에 지나지 않는다”고 보았지만 이러한 시각은 받아들이기 어렵다. 또한 직접 피해자를 대상으로 한 우편(targeted direct-mail)은 무차별적인 우편(untargeted mail)과는 달리 직접 피해자의 평온과 사생활을 침해할 수 있다고 할 것이다. 따라서 두 번째 요소에 대한 심사도 충족된다. 마지막으로, 동 규칙은 좁게 규정하고 있다. 규칙은 희생자가 올바른 결정을 하기 가장 어려운 때인 처음 한 달 동안만 우편 보내는 것을 금지하고 있다. 따라서 위와 같은 이유들로, 동 규칙은 합헌이다. 前審의 결정은 인용된다.

4. 종합적 평가

상업적 표현을 표현의 자유로 인정할 것인가의 문제를 결정하기 위해 General Hudson판

639) 플로리다 변호사회는 변호사 광고에 관한 2년간의 연구를 거쳐 106페이지 분량의 요약본을 지방 법원에 제출하였다. 이 요약본은 통계자료와 일화들로 구성되어 있다.

결(1980년) 4단계 심사기준이 제시되고 미국 연방대법원에 의해 활용되어 왔다. 이 심사는 첫째, 그러한 표현이 수정헌법 1조에 의해 보호되는지 여부를 결정해야 한다. 만약 이것이 충족되어지면, 둘째, 그러한 표현이 적어도 합법적 행위에 관한 것이어야 하며 誤導 또는 眩惑시키는 것이어서는 안 된다. 셋째, 주장되어지는 정부 이익이 상당한 것인지 여부를 심사해야 한다. 만약 이것이 긍정적인 답변으로 나오면, 마지막으로, 그러한 규제가 주장되어지는 정부이익을 직접적으로 조장(진척)하는지 여부와 그러한 이익에 필요한 범위 내에서 규제가 행해지는지 여부를 결정해야 한다는 것이다.

이 심사기준이 다소 엄격히 해석되고 적용됨으로써 미국에 있어 상업적 광고 등의 상업적 표현은 수정헌법 제1조상의 표현의 자유로의 보호가 많이 제한되어 왔다. 위의 Puerto Rico Associates 판결(1986년)과 Florida Bar판결(1995년)에서도 본 바와 같이 각종 상업적 표현을 제한하는 법령 등을 4단계 기준 심사를 통해 합헌이라 결정내림으로써 상대적으로 상업적 표현에는 표현의 자유로 인한 보호가 많이 제한되어 왔다.

II. 스팸메일 규제입법

미국에서는 일찍이 스팸메일을 “영리목적의 원치않은 상업적 전자메일”이라 定義하면서 스팸메일에 대한 규제를 논의해왔고 이를 위해 여러 법적 장치들을 마련해왔다. 루이지애나주를 비롯한 여러 州들에서 스팸메일 규제에 관한 州法들을 두게 된 것도 그러한 노력의 결과였다. 그러나, 연방법률 레벨에서는 몇 개의 法案이 상정되어 있을 뿐 아직 이것이 연방 의회를 통과하지는 못하고 있다. 다음에서 스팸메일 규제에 관한 聯邦法律案들과 州法들을 대표적인 것들을 중심으로 살펴본다.

1. 연방법률

(1) 원치않은 상업성 전자우편법(Unsolicited Commercial Electronic Act of 2001)⁶⁴⁰⁾

동법은 제1조에서 인터넷상의 표현에도 ‘언론의 자유(right of speech)’가 있음을 분명히 했고, 동시에 원치않은 상업적 전자우편을 규제함에도 중요한 정부이익이 존재함을 명시했다. 제2조에서는 상업적 전자우편 메시지(commercial electronic mail message), 도메인명(domain name), 원치않은 상업적 전자우편 메시지에 대해 定義를 내리고 있는데, 특히 원치않은 상업적 전자우편 메시지에 대해서는 “사전의 상업적 관계를 가지지 않았던 전송자로부터 수신자에게 전송된 모든 상업적 전자우편”을 말하는 것으로 보았다.

제4조에서 원치않은 상업적 전자우편의 기만적 전송경로로 보내진 정보에 대해 형사적 처벌을 규정하면서, 제5조에서 기타 원치않은 상업적 전자우편에 대한 보호조치들을 상세히 규정한다. 우선 상업적 전자우편에 수신자가 더 이상 그 전자우편을 수신하지 않겠다는 의사를 표시하여 회신할 수 있도록 하는 공개적 전자우편주소를 포함하지 아니한 상업적 전자우편의 전송을 개시하는 행위를 불법으로 보았고, 원치않은 상업적 전자우편에 있어 식별명(identifier)을 포함케 하고 opt-out을 통해 상업적 전자우편의 전송자에 대하여 더 이상 메시지를 받지 않을 수 있다는 내용의 고지를 하게 했다. 제5조에서 인터넷서비스제공자에 의한 정책의 집행을 담보하기 위해 웹공지(정책은 그 규정이 적용되는 전자우편주소의 인터넷

640) Unsolicited Commercial Electronic Act of 2001(H.R. 95).

도메인명을 인식할 수 있는 인터넷 서비스 제공자의 웹상에 명확하게 공지되어야 함), 기술적 기준 적용에 관한 고지(이 정책이 인터넷서비스제공자가 Internet Engineering Task Force 등의 기관에서 설정한 적정한 기준 또는 Federal Trade Commission의 규정에 의해 채택된 기술적 기준에 따라 공적으로 유효하도록 규정되어야 함), 내부적 opt-out 목록(인터넷서비스제공자의 정책이 특별히 원치않은 상업적 우편메시지 전송에 대한 보상을 요구하는 경우에 당해 제공자는 그의 가입자에게 모든 원하지 않는 상업적 전자우편을 수신하지 않는다는 선택사항을 제공하여야 함. 다만, 그러한 선택사항은 서비스비용의 감액 또는 무료를 위해 원치않은 상업적 전자우편을 수신하겠다는 가입자에게 요구해서는 안 됨) 중 적어도 하나의 수단을 사용하여 공적 실효성이 확보되도록 하고 있다. 또한, 원치않은 상업적 전자우편의 전송 또는 수신을 선의로 차단하기 위한 행위로 인하여 연방법, 주법, 형법 및 민법상의 책임을 지지 않는다고 하여 인터넷서비스제공자의 전송차단을 위한 선의의 노력을 보호하고 있다.

제6조는 ‘집행’에 관한 조항으로서 FTC(Federal Trade Commission, 연방거래위원회)는 정부명령으로 위반사항을 통지하여야 하는데, 통지내용은 첫째, 위반사항의 확인, 둘째, 전송개시자에 대한 제5조 위반 금지의 지시, 셋째, 전송의 개시자(그의 대리인 또는 지명자)에 대하여 통지접수 후 3일이 지난 후에는 수신자 또는 인터넷서비스제공자에게 원치않은 상업적 전자우편 전송의 금지를 명확하게 지시할 것, 넷째, 전송의 개시자(그의 대리인 또는 지명자)가 소유, 관리하고 있는 수신자 또는 인터넷서비스 제공자의 명단과 전자우편 주소의 목록을 삭제할 것과 수신자 또는 인터넷서비스제공자의 명단을 포함하고 있는 목록의 매매, 임대, 교환, 면허, 또는 기타 거래 등을 금지할 것을 지시 등이다.

(2) 전자우편 프라이버시법(Inbox Privacy Act of 1999)⁶⁴¹⁾

이 법안의 주요내용은 다음과 같다. 원치않은 상업적 전자우편을 거부한 개인과 도메인 보유자에 대하여는 그 전자우편 전송을 금지하고 있으며(§ 2.(a)(b)), ISP를 포함하는 도메인보유자는 그들 도메인을 통하여 원치않은 상업적 전자우편을 수신하지 않을 것을 선택할 수 있다.(§2.(c)) 연방거래위원회는 인터넷을 사용한 사기적 행위에 대한 단속권(§3)을 가지고 원치않은 상업적 전자우편에 관련한 사항에 관해 조사(investigation)할 권한(§4)까지 갖고 있다. 조사결과 위반사항이 있다고 판단되면 연방법에 의한 위반행위로 간주하여 집행할 권한도 가진다. 각 주는 원치않은 상업적 전자우편으로 인해 거주자들이 손해를 입었다고 인정되는 경우에는 대신 거주자를 대신하여 손해배상을 청구할 수 있다(§5).

이를 통해 유추할 수 있는 이 법안의 주요특징은 스팸메일이 발송된 경우에 그 수신여부의 결정권을 수신자에게 부여하고 있다는 점, ISP로 하여금 의무적으로 각 사용자들의 스팸 메일의 수신여부를 확인하고 이를 기록하도록 강제하고 있다는 점이다.

(3) 스팸메일금지법(Can Spam Act of 1999)⁶⁴²⁾

주요내용은 누구도 인터넷서비스제공자의 정책을 위반하여 원하지 않는 상업적 전자우편을 전송하기 위하여 제공자의 장비를 사용할 수 없도록 하고(§2(a)), 원하지 않는 상업적 전자우편으로 인하여 손해를 입은 ISP는 그 손해에 기한 손해배상을 청구할 수 있도록 하고 있다(§2(c)). 각 전자우편당 50달러 또는 총액이 1일 2만 5천달러를 넘지 않는 한도 내에서

641) Inbox Privacy Act of 1999 S. 759.

642) Can Spam Act of 1999(H.R. 2162).

손해배상을 청구할 수 있도록 하고, 배상액에 변호사비용을 포함시키고 있다. ISP는 일정한 조건을 만족하는 스팸메일에 대한 정책을 공개할 수 있으며, 전자우편 전송자는 이들의 정책을 위반하지 못하도록 하고 있다.

(4) 소결

그러나, 스팸메일 규제에 관해 비교적 자세한 내용을 담고 있는 이러한 주요 법안들 중 어느 하나도 아직까지 연방의회를 통과해 연방법률로 효력을 발생시키지는 못하고 있다. 연방차원에서는 아직까지도 스팸메일 규제에 관한 논의들이 통합된 결론을 내리지 못하고 있다는 것을 반증하는 대목이다.

2. 주법

스팸메일 규제에 관한 州法들 중에는 루이지애나주법이⁶⁴³⁾ 대표적이다. 이 루이지애나주법은 다른 주법들에게 스팸메일 규제에 관한 하나의 모델이 되어왔다. 다음에서 그 주요내용을 살펴본다.

§ 73.1는 “다른 조항에 명확한 규정을 둔 경우를 제외하고는 이 법에 의해 규율한다”고 하면서 컴퓨터 서비스, 이메일서비스제공자, 정당한 수단, 재산 등에 관한 개념정의를 시도하고 있다. 우선 “컴퓨터서비스”란 컴퓨터, 컴퓨터시스템 또는 컴퓨터 네트워크에의 접근, 서비스 또는 데이터의 제공을 뜻하며, 데이터처리서비스 뿐만이 아니라 인터넷서비스, 전자우편서비스, 전자메시지서비스 또는 이에 저장된 정보 또는 데이터를 말하는 것으로 보았다. “이메일서비스제공자”란 “가. 전자우편의 전송과 수신에의 매개자, 나. 전자우편의 이메일 서비스의 최종 수신자에게 전자우편을 전송하거나 수신할 수 있도록 하는 자”로 규정했다. “정당한 수단”으로는 “가. 독립적 창조에 의한 발견, 나. “분해모방기술(reverse engineering)”에 의한 발견, 다. 면허 또는 소유자의 허가에 의한 발견, 라. 공적 이용 또는 전시의 관찰, 마. 출판물에 의한 발견을 들었다. 끝으로 “재산”이라 함은 R.S. 14:2(8)에 의한 재산과 특히 재정문서에⁶⁴⁴⁾ 한정되지 않으며, 기계나 인간이 판독할 수 있는이 여부에 관계없이 전자적으로 저장, 생성된 데이터와 컴퓨터프로그램을 의미하는 것으로 개념규정했다.

§ 73.6의 “원치않은 광고성 전자우편”에서도 중요한 사항들이 규정되었다. 첫째, 컴퓨터, 컴퓨터 네트워크, 또는 이메일서비스제공자의 컴퓨터서비스를 통하여 이메일서비스제공자에 의해 주어진 권한에 반하거나 이메일서비스제공자의 정책을 위반하여 원치않은 광고성 전자우편을 전송하는 것은 불법이라고 보았다. 둘째, 권한없이 컴퓨터, 컴퓨터 네트워크를 이용하여 이메일서비스제공자의 컴퓨터 네트워크와 관련하여 원치않은 광고성 전자우편을 전송함에 있어서 전자우편의 전송정보와 전송경로를 기망 또는 속이려는 행위는 불법을 불법으로 간주하면서 다음 각호의 소프트웨어인지를 알면서 고의로 이를 매매, 증여, 분배하는 행위도 불법으로 보았다. 그 각호는 “가. 기본적으로 전자우편의 정보 또는 전송경로의 기망 행위를 용이하게 하거나 이를 가능하도록 설계 또는 제작된 것, 나. 오로지 상업상 중대한 목적만을 위한 것이나 또는 전자우편 정보 또는 전송경로의 기망행위를 용이하게 하거나 가능하도록 하는 목적을 가진 것, 다. 전자우편 정보 또는 전송경로의 기망을 용이하게 하거

643) Louisiana Revised Statutes, 14: 73.1.

644) 모든 수표, 어음, 현금지급서, 보증금증서, 신용증서, 환어음, 증권 등을 말한다.

나 가능하도록 하는 목적을 알고 있는 자 또는 그러한 자와 함께 활동하는 자에 의해 판매된 것 등이다. 셋째, 누구든 이 조항을 위반한 자는 만달러의 벌금, 5년이하의 징역이나 금고, 또는 이 둘을 병과하여 처벌한다고 처벌규정을 두었다. 넷째, 이 조항의 어떠한 것도 컴퓨터, 컴퓨터 데이터, 컴퓨터 네트워크, 컴퓨터 작동, 컴퓨터 프로그램, 컴퓨터서비스, 또는 컴퓨터 소프트웨어에 관련된 계약상 또는 면허상의 정의 및 조건을 방해 또는 금지하는 것, 그리고 이 조항을 위반한 원치않은 전자우편의 전송을 금지하기 위한 이메일서비스제공자에게 어떤 책임을 지울 수 있는 것으로 해석되어서는 안 된다는 점도 분명히 했다.

이러한 루이지애나주법은 스팸메일 즉 “원치않은 광고성 전자우편”에 관해 그 기본적인 개념들을 중심으로 개념 규정을 시도하고 있으나, 스팸메일 규제에 관한 여러 세부적 사항들의 상세한 규정에는 아직까지 이르지 못하고 있다. 그러나, 이러한 루이지애나주법의 스팸메일 규제에 관한 기본적 틀이 다른 주들의 스팸메일 규제법안 작성에 하나의 중요한 준거가 되고 있음도 부인하기 어려운 사실이다.

3. 관련판례

아직 스팸메일 규제에 관한 연방법률은 없으나, 私的 財産에의 무단침입 등 불법행위와 관련되어 연방법원에서 스팸메일에 관한 몇몇 판례들이 나와서 눈길을 끈다. 그 중 중요한 두 판결에 대해 간단히 살펴보면 다음과 같다.

(1) Cyber Promotion Inc. v. American Online Inc.판결⁶⁴⁵⁾

1) 사실관계

원고가 스팸메일전송업자인 Cyber Promotion이었고 피고가 인터넷서비스제공자인 American Online이었다. Cyber사는 AOL사의 이용자에게 자신의 광고성 전자우편을 전송하였고, 이에 대하여 AOL사가 Cyber사의 전송행위를 차단하자 Cyber사는 법원에 AOL사의 중지행위가 연방독점금지법에 위반한다고 주장하면서 금지명령을 구하는 소송을 제기하였다. 특히, Cyber사는 인터넷서비스제공자인 AOL사가 Cyber사의 광고전송행위는 금지하면서 인터넷서비스제공자 자신의 공고전송은 하는 것은 독점적 지위에 있는 것이며 이는 독점규제법(Sherman Act)에 위반되는 것이라 주장했다.

2) 판시사항과 판결이유

법원은 Cyber사의 금지명령 요구를 거부했다. 광고성 전자우편 전송자인 Cyber사가 인터넷서비스제공자인 AOL사의 스팸메일의 전송을 차단하는 행위에 대해 다음의 사항을 증명하지 못했으므로 소송의 이익이 없다고 판결했다. 그 要證事實은 첫째, 관련시장에서 그 ISP(인터넷서비스제공자)가 독점행위를 하고 있음, 둘째, ISP가 ‘필수장비’를 독점하고 있음, 셋째, ISP가 필수장비의 이용을 완전히 거부하고 있음, 넷째, ISP는 전송자에게 그 장비를 제공하는 것이 용이함 등이다.

3) 판결의 의미

이 판결은 스팸메일 광고업주가 인터넷서비스제공자의 전송 차단을 법적으로 다투기 위해

645) Cyber Promotion Inc. v. American Online Inc. 948 F.Supp. 456, 459 (E.D.Pa.1996).

입증해야 할 요증사실들을 적시했다는 점에서 스팸메일 규제와 관련하여 중요한 법리구성을 제공했다는 점에서 평가받을 만하다.

(2) CompuServe Inc. v. Cyber Promotion⁶⁴⁶⁾

1) 사실관계

원고인 CompuServe는 인터넷서비스제공자였고 피고인 Cyber Promotion은 스팸메일전송업자였다. 이메일광고업체인 Cyber사는 중요 컴퓨터서비스제공자 중의 하나인 CompuServe사의 인터넷네트워크를 이용하여 스팸메일을 전송하였고, 이에 대하여 CompuServe사는 Cyber사에 대하여 스팸메일을 전송하고 저장하기 위하여 장비를 이용하는 것을 금지할 것을 경고하고, 스팸메일 전송금지를 요청하였으나, 광고메일전송업체인 Cyber사는 요청을 듣지 않고 대신에 더욱 많은 스팸메일을 전송하였다. 이에 대하여 CompuServe사는 Cyber사의 스팸메일 전송을 차단하기 위한 기술적 조치를 취했으나 성과가 없자 CompuServe사는 법원에 Cyber사의 스팸메일 전송금지의 명령을 요구하는 소송을 제기하였다.

2) 판시사항 및 판결이유

법원은 인터넷서비스제공업자인 CompuServe사의 요구를 인정하고 Cyber사에 대하여 스팸메일의 전송을 금지하는 명령을 내렸다. 다음은 그 판결이유의 요지이다.

법원은 원고 CompuServe사가 피고 Cyber사에 대하여 스팸메일전송의 금지를 요청하였으나, Cyber사는 의도적으로 CompuServe사의 시스템을 사용함으로써 그 시스템을 보호하고자 하는 노력을 훼손했고, 따라서 인터넷서비스제공업자인 CompuServe사는 ‘개인재산에의 무단침입(tresspass to personal property)’에 대한 정당한 소송의 이익이 있으며, 그 재산의 보호를 위하여 금지명령(injunctive relief)을 구할 자격이 있다. 피고가 스팸메일의 성격을 가진 대량메일을 원고 소유의 컴퓨터장비에 전송하는 경우, 원고의 지속적인 중지요청에도 불구하고 피고가 그러한 행위를 계속하는 경우, 원고가 그의 컴퓨터장비를 보호하기 위한 적극적 노력을 함에도 불구하고 피고가 그것을 고의로 피하는 경우 등이 그 구체적인 예이다.

3) 판결의 의미

이 판결은 스팸메일업주가 인터넷서비스제공자의 의사에 반해 스팸메일을 전송하는 것은 “개인재산에의 무단침입”이 될 수 있음을 선언한 점에서 주목을 끈다. 그리고 이 “개인재산에의 무단침입”이 발생하기 위한 세부적 요건들을 실시한 점에서도 이 분야의 중요한 판결로 평가받고 있다.

제2절 유럽연합(EU)의 스팸메일규제

유럽연합은 사이버공간에서의 프라이버시보호를 정치적으로 보호되어야 할 인권보호의 관점에서 접근함에 따라 현재 가장 강력한 프라이버시 보호모델을 주도해 나가고 있다. 이러

646) CompuServe Inc. v. Cyber Promotion, 962 F. Supp. 1015 (1997).

한 프라이버시보호의 정치적 관점에 의하면, 시민은 자신의 개인정보가 공정하게 처리되는 것에 대해 기본적 인권(a fundamental human right)을 가지고 있는 것으로 인정된다. 이러한 유럽의 권리중심적 보호모델(a rights-dominated approach) 하에서는, 포괄적인 입법을 통해 공공부문이든 민간부문이든 모든 개인정보처리에 관해 총체적이고 전반적인 권리와 책임을 규정한다.⁶⁴⁷⁾

이를 위해 유럽연합은 1995년 10월 24일 「개인정보의 처리 및 자유로운 전송에 관한 개인보호 지침」(95/46/EC)⁶⁴⁸⁾을 제정하여 개인정보보호에 관한 각 회원국간의 국내법 원칙의 차이를 제거하고 공통된 법원칙을 마련하고자 하였다. 그리고 1997년 12월 15일에는 위 지침을 보완하기 위하여 「정보통신부문에 있어서 개인정보의 처리 및 프라이버시보호에 관한 지침」(97/66/EC)⁶⁴⁹⁾을 채택하여 전화, 디지털TV, 디지털이동네트워크(digital mobile networks) 등 정보통신부문(telecommunications services)에 위 1995년 지침의 내용을 확대 적용시켰다.

그러나 사이버공간의 기술발전에 따라 위 두 지침으로는 스파이웨어, 웹버그, 쿠키 등 사이버공간에서 프라이버시를 심각하게 침해할 수 있는 기술을 규율할 수 없었고, 또 위치확인기술의 발전에 따라 위치정보의 보호문제가 새롭게 중요한 현안으로 대두되었다. 그리고 원하지 않는 상업성 전자우편인 스팸메일을 엄격히 규제해야 한다는 목소리가 높아져갔다. 이에 따라 유럽연합은 약 2년 동안 많은 논쟁과 타협의 과정을 거친 끝에 마침내 2002년 7월 12일 위 1997년의 지침(97/66/EC)을 폐기하고 새로운 지침을 채택하였다. 「전자적 통신부문에 있어서 개인정보의 처리 및 프라이버시보호에 관한 지침」(2002/58/EC)⁶⁵⁰⁾이 그

647) 이에 비해 미국은 시장중심적 보호모델(a market-dominated approach)을 채택하고 있다. 즉 프라이버시보호에 관해 미국은 유럽의 정치적 접근방식과는 달리 시장중심의 경제적 관점을 채택하고 있다. 이러한 미국의 보호모델에서 국가의 역할은 훨씬 제한적이다. 국가에 의한 직접적인 보호보다는 시장의 자율규제(self-regulation)에 더욱 의존한다. 그리하여 산업계의 윤리강령(code of conduct)과 기업의 처리관행을 법률보다 선호한다. 이 모델에서 프라이버시보호는 정치적으로 보호되어야 할 권리의 문제라기보다 경제적 역학관계의 문제로 취급된다. 그리고 프라이버시보호에 관한 논의는 “시민”(citizens)이라기보다 “소비자”(consumers)라는 관점에서 주로 이루어진다. 이 모델 하에서, 법률은 단지 시장이 실패했다고 인정되는 특정 영역의 구체적 문제를 해결하기 위해서만 개입한다. 법률의 규제는 좁게 한정된 부분적 보호에만 그친다.

독일의 Burkert는 미국의 접근방식을 “경제적-기술적 접근방식”(economic-tech-no--logical approach)이라고 규정하는 한편, 유럽의 그것은 “사회적 가치 지향적 접근방식”(social values-oriented approach)이라고 성격규정하고 있다. H. Burkert, "Privacy/Data Protection: A German/European Perspective" (Proc. 2nd Symposium of the Max Planck Project Group on the Law of Common Goods and the Computer Science and Telecommunications Board of the National Research Council, Wood Hole, Mass., June 1999), in : Engel, Christoph, Keller, Kenneth H. (eds.), *Governance of Global Networks in the Light of Differing Local Values*, Baden-Baden 2000, pp. 43-70.

648) Directive of the European Parliament and the Council on the protection of individuals with regards to the processing of personal data and the free movement of such data (95/46/EC).

649) Directive of the European Parliament and the Council concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the telecommunications sector (97/66/EC).

것이다.

이 새로운 지침 제13조는 “요구하지 않은 통신”(Unsolicited communications)이라는 제목 하에 스팸메일을 강력한 Opt-in 방식으로 규제하고 있다. 즉 동조 제1항은 “직접적인 마케팅의 목적으로, 사람이 개입하지 않는 자동전화시스템(automated calling systems without human intervention), 팩시밀리 또는 전자메일(electronic mail)을 사용하는 것은 미리 사전동의(prior consent)를 한 가입자에 한해서만 허용된다.”고 규정하고 있다.

다만, 동조 제2항은 제1항에 대한 예외를 두고 있다. 즉 “제1항의 규정에 불구하고, 자연인 또는 법인이 95/46/EC 지침을 준수하면서 제품이나 서비스의 판매와 관련해서 고객들로부터 전자메일(electronic mail)을 위한 그들의 전자적 연락처(their electronic contact details)를 받은 경우에는, 그 자연인 또는 법인은 그 자신의 유사 제품이나 서비스를 판매하기 위한 직접적인 마케팅 용도로 그 전자적 연락처를 이용할 수 있다. 다만, 고객들에게는 위 연락처가 수집되는 시점에, 그리고 처음에 그 이용을 거부하지 않았던 경우에는 각 광고메시지를 받을 때마다, 그러한 전자적 연락처의 이용을 무료로 그리고 쉬운 방식으로 거부할 수 있는 기회가 분명히 주어져야 한다.”

결국 이 새로운 지침에 따르면, 기존의 거래관계가 있었던 고객에게는 광고성 전자메일을 발송할 수 있지만, 새로운 거래관계를 위하여 광고성 전자메일을 발송하고자 하는 경우에는 사전에 수신자의 동의를 얻어야 가능하게 되었다. 또한 전자메일 마케팅을 위해 인터넷상의 게시판 등 공개된 장소에서 수신자의 동의 없이 전자메일주소를 수집하는 행위는 이제 무의미하게 되었다.

이러한 강력한 규제에 대해 유럽의 직접마케팅협회(DMA) 등에서는 기업의 상업적 표현을 침해하는 것이라고 반대의견을 표명하고 있고, 실제로 특히 소규모 중소기업의 마케팅 전략이 큰 타격을 입게 되었다. 아무튼 이러한 유럽연합의 강력한 스팸메일 규제는 우리 나라를 비롯하여 세계 각국의 스팸메일 정책에 커다란 영향을 미칠 것으로 보인다.

제3절 일본의 스팸메일규제

일본에 있어서 스팸메일을 규제하는 법률은 기존의 특정상거래법(特定商取引法)이 개정되어 2002. 7. 1.부터 시행된 개정특정상거래법과 2002. 7. 1.부터 새롭게 시행된 특정전자메일의송신적정화등에관한법률(特定電子メールの送信の適正化等に関する法律)이다.

우선 일본에 있어서 기존의 특정상거래법은 상업광고를 규제하고 있던 법률이었다. 그런데 2001년부터 전자우편에 의한 일방적 상업광고 특히 핸드폰을 통해 수신되는 상업광고가 사회문제화되자 경제산업성은 기존의 특정상거래법에 기반하여 省令을 개정하여 통신판매와 관련된 광고에 있어서는, 통신판매사업자로 하여금 자신의 전자우편주소의 표시, 상업광고라는 취지의 표시(예컨대 「! 廣告 !」), 소비자가 전자우편의 수신을 희망하지 않는 경우 그 연락을 취할 수 있는 방법의 표시를 하도록 의무화하였다(2002. 1. 10. 공포되고, 2002. 2.

650) Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on Privacy and electronic communications).

<<http://www.cdt.org/privacy/guide/protect/telecom-priv02.pdf>>

1. 시행됨). 더 나아가서 일본은 전자우편에 의한 일방적 상업광고에 대해 보다 적절히 대응하기 위해 기존의 특정상거래법을 개정하게 된다. 개정된 특정상거래법에 의해 새롭게 추가된 사항으로는 다음과 같다.

첫째, 소비자가 전자우편에 의한 상업광고의 수신을 희망하지 않는다는 취지의 의사표시를 통신판매사업자에게 한 경우에는, 그 소비자에 대해서 상업광고의 재송신을 금지시켰다.

둘째, 소비자가 통신판매사업자 등에 대해서 연락할 수 있는 방법의 표시를 의무화시켰다. 즉 기존의 省令개정에 의해 도입된 사항을 법률 차원에서 규정하게 된 것이다.

한편 2002. 7. 1.부터 새롭게 시행된 특정전자메일의송신적정화등에관한법률이 규율하고 있는 ‘특정전자메일’이란 수신에 동의하는 취지의 통지를 한 자 등 일정한 자 이외의 개인에 대해서, 전자메일을 송신하는 자(영리를 목적으로 하는 단체 내지 영업을 하는 경우에 있어서는 개인에 한함)가 자기 또는 타인의 영업에 관해 광고 또는 선전을 행하기 위한 수단으로서 송신하는 전자메일을 말한다(동 법 제2조 제2항). 이와 같은 특정전자메일을 송신하는 자에 대해서는 그 취지, 당해 송신자의 성명 또는 명칭 및 주소, 당해 특정전자메일의 송신에 이용된 전자메일주소, 당해 송신자의 수신용 전자메일주소 등을 표시할 의무를 지우고 있고(동 법 제3조), 수신거부의 통지를 한 자에 대해서 송신자가 특정전자메일을 송신하는 것을 금지하고 있으며(동 법 제4조), 송신자가 프로그램을 이용하여 만든 가공의 전자메일주소를 당해 송신자의 수신용 전자메일주소로 설정하는 것을 금지하고 있다(동 법 제5조). 만약 송신자가 일시적으로 다수의 사람들에게 대해서 특정전자메일을 송신하거나 기타 전자메일을 송신함에 있어 제3조가 규정하고 있는 표시의무를 준수하고 있지 않는 경우, 총무대신은 당해 송신자에 대해서 필요한 조치를 명할 수 있다(동 법 제6조). 그리고 이러한 조치명령을 위반한 자에 대해서는 50만엔 이하의 벌금에 처해진다(동 법 제18조). 마지막으로 특이한 점은 제1종 전기통신사업자로 하여금, 일시적으로 다수의 가공전자메일주소를 당해 송신자의 수신용 전자메일주소로 설정하여 전자메일의 송신이 이루어지는 경우에, 당해 송신자가 송신한 전자메일에 관해 전기통신역무의 제공을 거부할 수 있도록 하고 있다(동 법 제10조).

제4절 프랑스의 스팸메일규제⁶⁵¹⁾

프랑스에서의 스팸메일 행위의 의미도 인터넷이용자가 요청하지 않은데도 계속적으로 메시지를 보내는 행위를 말한다. 스팸메일은 두 유형으로 구분된다. 하나는 광고의 목적으로 행하는 것이고 다른 하나는 인터넷이용자를 해치기 위한 목적, 즉 이메일 편지함에 광고전단을 넘치게 하거나 분당 10,000단어를 실어보내는 프로그램에 의하여 정보시스템에의 접근을 차단하는 행위가 있다.

프랑스에서의 위 두 유형의 스팸메일에 대한 규제를 보면, 광고성 스팸메일의 경우에는 그 자체로서는 형사처벌의 대상이 되지 않고 있고 자율규제방식에 의하여 광고스팸메일에 대한 제한을 하는 것은 민간 인터넷사업자들에 소관사항으로 되어 있다고 한다. 반면 해악

651) 이하의 설명은 프랑스의 최고행정법(Conseil d'Etat, Section du rapport et des études)의 보고서 ‘Internet et les réseaux numériques’의 내용을 요약한 것임. 이 보고서에 대해서는 <http://www.internet.gouv.fr/francais/textesref/rapce98/rap3.htm#1> 참조.

적 스팸메일의 경우에는 데이터의 자동처리시스템이 기능을 방해하거나 훼손하는 행위에 대해 처벌하는 형법 제323-2조에 의거하여 처벌하거나 타인의 평온을 깨뜨리게 하기 위하여 악의적인 전화를 걸어오거나 또는 소리를 내고 반복해서 하는 도발적 행위를 하는 경우에 처벌하도록 하는 형법 제222-16조를 타인을 해하려는 의도에서 행하는 다른 유형의 발신에 확대적용함으로써 처벌될 수 있다고 한다.

제5절 우리 나라의 스팸메일의 규제와 광고표현의 자유

I. 현행 법제의 내용

스팸메일(spam mail)이란 각종 PC통신망이나 인터넷에서 이용자 의도와는 관계없이 제멋대로 보내는 각종 홍보, 상업성 전자메일로 ‘정크메일(junk mail)’ 또는 ‘벌크메일(bulk mail)’이라고도 불리는 것이다. 그런데 스팸메일로 인해 여러 가지 문제가 발생하자, 최근 이러한 스팸메일에 대한 규제문제가 선진 각국을 비롯하여 우리나라에서도 한창 논의되었고 또한 논의 중이다.⁶⁵²⁾ 그런데 우리나라의 경우 2002. 11. 8. 국회 본회의에서 의결된 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률중개정법률안이 스팸메일규제를 위한 새로운 장치들을 대폭 도입하였다.

스팸메일규제와 관련하여, 우리나라의 경우는 기존의 전산망보급확장과이용촉진에관한법률이 1999년 2월 8일 정보통신망이용촉진등에관한법률로 전문개정되면서, 무분별한 광고성 정보의 유통을 방지하기 위한 규정을 다음과 같이 두었다.

정보통신망이용촉진등에관한법률 제19조(정보통신망의 안정성 확보 등) 제2항: 정보통신서비스제공자 또는 이용자는 수신자의 의사에 반하여 영리목적의 광고성 정보를 전송하여서는 아니된다.

정보통신망이용촉진등에관한법률 제32조(과태료) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 500만원이하의 과태료에 처한다.

1. ~ 7. 생략
8. 제19조제2항의 규정에 위반하여 영리목적의 광고성 정보를 전송한 자
9. ~ 11. 생략

위와 같은 정보통신망이용촉진등에관한법률상의 스팸메일규제방식은 첫째, ‘규제대상’에 있어서 ‘영리목적의 광고성 정보’에 국한하고 있었다는 점, 둘째, 스팸메일을 보낼 수 있는 자유에 대한 ‘제한정도’와 관련하여 옵트아웃방식을 채택하고 있었다는 점, 셋째, ‘규제수단’과 관련하여 과태료(500만원 이하)라고 하는 행정질서벌을 채택하고 있었다는 점, 넷째, ‘수신자의 수신거부권행사방법’과 관련하여, 스팸메일발송자에게 일정한 정보제공의무를 부과하고 있지 않았다는 점 등이 그 특징으로 분석될 수 있다.⁶⁵³⁾

652) 예컨대 미국에서는 이러한 형태의 일방적인 메시지전달을 소위 ‘원하지 않는 상업적 전자우편(Unsolicited Commercial E-mail: UCE)’으로 범주화시켜 이에 대한 법적 규제를 시도하려고 논의 중이지만, 아직까지 입법화된 연방 차원의 법률은 존재하지 않는다.

이에 따라 정보통신망이용촉진등에관한법률의 개정법률로서 2001. 1. 16. 전문개정된 현행 정보통신망법은 수신자의 ‘명시적인’ 수신거부의사에 반하여 영리목적의 광고성정보의 전송을 금지하면서, 수신자가 수신거부의사를 분명하게 표시할 수 있게 하기 위하여 발송자가 누구인지를 알 수 있도록 일정한 사항을 표시할 것을 요구하고 있다.

정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제50조(광고성 정보전송의 제한): ① 누구든지 수신자의 명시적인 수신거부의사에 반하는 영리목적의 광고성 정보를 전송하여서는 아니된다.

② 제1항의 규정에 의한 영리목적의 광고성 정보를 전자우편으로 전송하고자 하는 자는 정보통신부령이 정하는 바에 의하여 다음 각호의 사항을 전자우편에 명시하여야 한다.

1. 전송목적 및 주요내용
2. 전송자의 명칭 및 연락처 등
3. 수신거부의 의사표시에 관한 사항

정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률시행규칙 제11조(영리목적의 광고성 전자우편의 명시방법): ① 영리목적의 광고성 전자우편을 전송하고자 하는 자는 법 제50조 제2항의 규정에 의하여 전자우편의 제목란 및 본문란에 다음 각호의 사항을 수신자가 쉽게 알아 볼 수 있도록 각각 명시하여야 한다.⁶⁵⁴⁾

1. 전자우편의 제목란: (광고) 또는 (성인광고)의 표시와 전자우편의 본문란의 주요내용
2. 전자우편의 본문란

가. 전송자의 명칭, 전자우편 주소, 전화번호 및 주소

나. 수신자가 수신거부의 의사를 쉽게 표시할 수 있는 방법. 이 경우 그 방법을 한글 및 영문으로 각각 명시하여야 한다.

② 제1항 제1호의 규정에 의한 (광고) 및 (성인광고)의 표시대상은 별표 2와 같다.

③ 영리목적의 광고성 전자우편을 전송하고자 하는 자가 수신자로부터 동의를 얻어 전송하는 영리목적의 광고성 전자우편에는 제1항 제1호의 규정에 불구하고 그 제목란에 (광고) 또는 (성인광고)의 표시를 하지 아니할 수 있다. 이 경우 해당 전자우편의 본문란에 동의를 얻은 시기 및 내용을 명시하여야 한다.

[별표 2] (광고) 및 (성인광고)의 표시대상(제11조제2항관련)

653) 따라서 정보통신망이용촉진등에관한법률이 규정하고 있던 스팸메일규제방식에 대해서는, 스팸메일로 인해 직접적인 손해를 입은 온라인서비스제공자와 각 수신자들의 피해구제에 관한 언급이 없었다는 점과 스팸메일의 발송자가 누구인지를 수신자가 알 수 있는 방안이 없어서 수신거부의사를 분명하게 표시할 수 없었다는 점에서 문제점이 지적되기도 하였다. 정준우, “전자상업광고물인 스팸메일의 법적 문제점과 그 해결방안”, 『상사법연구』 제19권 제2호(통권 제27호), 한국상사법학회, 2000, 333-334면.

654) 참고로 현행 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률시행규칙이 2002. 7. 11. 개정되기 이전에는 다음과 같이 규정하고 있었다.

제11조(영리목적의 광고성 전자우편의 명시방법) ① 영리목적의 광고성 전자우편을 전송하고자 하는 자는 법 제50조 제2항의 규정에 의하여 전자우편의 제목란 및 본문란에 다음 각호의 사항을 수신자가 쉽게 알아 볼 수 있도록 각각 명시하여야 한다.

1. 전자우편의 제목란 : “광고”라는 문구와 전자우편의 본문란의 주요내용

2. 전자우편의 본문란 : 수신자가 수신거부의 의사표시를 할 수 있는 용이한 방법과 전송자의 명칭 및 연락처(전화번호 또는 전자우편 주소)

② 전자우편의 제목란에 제1항제1호의 내용을 명시하는 경우에는 처음에 “광고”라는 문구를 표시하고 이어서 전자우편의 본문란의 주요내용을 표시하여야 한다.

구분	표시대상
(광고)	영리목적의 광고성 전자우편의 경우, 다만, (성인광고)의 표시대상이 되는 경우를 제외한다.
(성인광고)	<p>영리목적의 광고성 전자우편 본문란에 다음 각목의 1에 해당하는 것이 부호·문자·영상 또는 음향의 형태로 표현된 경우(해당 전자우편의 본문란에는 직접 표현되어있지 아니하더라도 수신자가 내용을 쉽게 확인할 수 있도록 기술적 조치가 되어 있는 경우를 포함한다)</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 청소년(19세 미만의 자를 말한다. 이하 같다)에게 성적의 욕구를 자극하는 선정적인 것이거나 음란한 것 2. 청소년에게 범죄의 실행을 적극적으로 부추길 수 있는 것 3. 섹슈얼을 포함한 각종 형태의 폭력행사와 약물의 남용을 자극하거나 미화하는 것 4. 청소년보호법에 의하여 청소년유해매체물로 결정·고시된 것 5. 영리목적의 광고성 전자우편 본문란에서 제1호 내지 제4호에 해당하는 내용을 다른 인터넷홈페이지를 알리는 것

※ 비고 : (광고) 및 (성인광고)의 표시는 컴퓨터의 키보드상에 있는 부호 및 문자를 조합하여 입력하여야 하며 수신자의 수신거부를 회피하기 위한 목적으로 빈칸, 부호, 문자 등을 삽입하거나 표시방법을 조작하는 기술적 조치를 하여서는 아니된다.

정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제67조(과태료): ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 500만원 이하의 과태료에 처한다.

1. ~ 14. 생략
15. 제50조 제1항의 규정을 위반하여 영리목적의 정보를 전송한 자
16. ~ 19. 생략

위와 같은 현행 정보통신망법의 스팸메일규제방식은 기존의 정보통신망이용촉진등에관한법률과 비교해 볼 때, ‘수신자의 수신거부권행사방법’과 관련하여, 스팸메일발송자에게 일정한 정보제공의무를 부과하고 있다는 점에서만 차이가 있을 뿐이다. 하지만 정보제공의무를 위반하였을 경우에 가해지는 제재조치는 보이지 않는다.⁶⁵⁵⁾

정보통신망법의 스팸메일규제시스템 이외에, 스팸메일규제를 위한 근거규정으로 활용될 수 있는 것이 2002. 3. 30. 제정된 전자상거래등에서의소비자보호에관한법률 제21조 제1항 제5호이다. 동조는 전자상거래를 행하는 사업자 또는 통신판매업자에 대해서 “소비자가 재화를 구매하거나 용역을 제공받을 의사가 없음을 밝혔음에도 불구하고 전화, 모사전송, 컴퓨터통신 등을 통하여 재화를 구매하거나 용역을 제공받도록 강요하는 행위”를 금지하고 있

655) 하지만 현행 정보통신망법의 스팸메일규제방식에 대해서는, 영리목적의 광고성 정보를 전송한 경우에만 과태료가 부과될 뿐, 영리목적의 광고성 정보의 명시내용 불기재에 따른 부분에 대해서는 여하한 규제가 없어 스팸메일방지라는 차원에서는 유명무실하다는 비판이 제기되기도 한다. 강준모, “스팸메일 규제에 관한 현황”, 『정보통신정책』 제14권 제8호(통권 제300호), 정보통신정책연구원(2000. 5. 1.), 59면.

고, 동 법 제45조 제1항 제3호는 그 위반시 1천만원 이하의 과태료를 부과하도록 규정하고 있다. 한편 동 법 제13조 제1항은 통신판매업자가 재화 등의 거래에 관한 청약을 받을 목적으로 표시·광고를 행하는 경우에는 상호 및 대표자 성명, 주소·전화번호·전자우편주소 등의 정보를 제공하도록 규정하고 있고, 동 법 제32조 제1항 제1호는 그 위반시 공정거래위원회가 해당 사업자에 대해서 시정조치를 명할 수 있도록 규정하고 있으며, 동 법 제43조 제1호는 허위의 정보를 제공할 경우 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

위와 같이 전자상거래등에서의소비자보호에관한법률이 규정하고 있는 스팸메일규제방식은 정보통신망법상의 스팸메일규제방식과 비교해 볼 때, 첫째, ‘규제대상’에 있어서 ‘전자상거래를 행하는 사업자 또는 통신판매업자’의 ‘재화구매 내지 용역제공의 강요행위’에 국한하고 있다는 점, 둘째, ‘규제수단’과 관련하여 과태료의 금액이 정보통신망법의 경우보다 높다는 점(1,000만원 이하), 셋째, ‘정보제공의무’의 위반에 대해서도 시정조치 내지 형사벌이 부과된다는 점이 그 특징으로 분석될 수 있다.

한편 2002. 11. 8. 국회 본회의에서 의결된 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 중개정법률안은 스팸메일규제를 위한 광범위한 장치들을 도입하였다. 주요 골자는 다음과 같다.

첫째, 정보통신서비스제공자가 청소년유해매체물을 광고하는 내용의 정보를 전자우편, 전화, 모사전송 등의 방법으로 전송하는 경우 청소년에게 전송하지 아니하도록 의무화하였고(제42조의 2), 그 위반시 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 하였다(제64조 제2호).

둘째, 수신자의 명시적인 수신거부의사에 반하여 영리목적의 광고성 정보를 전송하는 자에 대해서 부과되던 과태료 금액을 500만원에서 1천만원으로 상향조정하였다(제67조 제1항 제15호).

셋째, 영리목적의 광고성 정보를 전자우편, 전화, 모사전송 등의 방법으로 전송하는 자에게는 대통령령이 정하는 바에 따라 일정한 사항을 표시할 의무를 부과하고 있는데⁶⁵⁶⁾, 전자우편의 경우에는 해당 전자우편주소를 수집한 경로를 밝히도록 하는 의무를 추가하였고, 전화 등을 이용하여 음성으로 영리목적의 광고성 정보를 전송하는 경우에는 처음에 광고성 정보임을 밝히도록 하였다(제50조 제2항 및 제3항). 이를 위반하여 광고성 정보에 일정한 사항을 표시하지 아니하거나 허위로 표시한 경우 그리고 음성으로 전송하는 경우 광고성 정보임을 밝히지 아니한 경우에는 1천만원 이하의 과태료가 부과되도록 하였다(제67조 제1항 제15의 2호 및 제15의 3호).

넷째, 영리목적의 광고성 정보를 전송하는 자가 수신자의 수신거부를 회피하거나 방해할 목적으로 기술적 조치를 하지 못하도록 하였고(제50조 제4항), 수신거부의사를 전달함에 있어서 발생하는 전화요금 등의 비용을 수신자가 부담하지 아니하도록 필요한 조치를 하도록 하였으며(제50조 제5항), 누구든지 전화번호, 전자우편주소 등 수신자의 연락처를 자동으로 생성하는 프로그램 기타 장치를 이용하여 영리목적의 광고성 정보를 전송하는 행위를 금지하였다(제50조 제6항). 제50조 제4항과 제50조 제6항의 규정을 위반한 자에 대해서는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 하였고(제65조의 2 제1호 및 제2호), 제50조 제5항의 규정을 위반한 자에 대해서는 1천만원 이하의 과태료가 부과되도록 하였다(제67조 제1항 제15의 4호).

다섯째, 전자우편주소의 수집을 거부하는 의사를 명시한 인터넷 홈페이지에서 자동으로

656) 이전의 법률에서는 정보통신부령으로 규정하도록 하고 있었다.

전자우편주소를 수집하는 프로그램 등을 이용하여 타인의 전자우편주소를 수집·판매·유통·이용하는 행위를 금지하였다(제50조의 2 신설). 그리고 이것을 위반한 자에 대해서는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 하였다(제65조의 2 제3호).

여섯째, 영리목적의 광고성 정보의 전송을 타인에게 위탁한 자는 불법한 정보전송이 이루어지지 않도록 당해 업무를 위탁받은 자를 관리·감독하도록 하고, 당해 업무와 관련한 법을 위반하여 발생한 손해의 배상책임에 있어 위탁받은 자를 위탁한 자의 소속직원으로 간주하도록 하였다(제50조의 3).

일곱째, 정보통신서비스제공자는 반복적인 광고성 정보의 전송 또는 수신으로 인하여 역무의 제공에 장애가 일어나거나 일어날 우려가 있는 경우 등에는 계약내용에 반영하여 역무의 제공을 거부할 수 있도록 하되, 조치 전에 그 역무를 제공받는 이용자 등 이해관계인에게 그 사실을 통지하도록 하였다(제50조의 4).

여덟째, 정보통신서비스제공자는 영리목적의 광고성 정보가 보이도록 하는 프로그램을 이용자의 컴퓨터 등 정보처리장치에 설치하고자 하는 경우에는 이용자의 동의를 얻도록 하되, 프로그램용도 및 삭제방법을 동의를 얻는 때에 알리도록 하였다(제50조의 5). 이것을 위반하여 이용자의 동의를 얻지 아니하고 프로그램을 설치한 경우에는 1천만원 이하의 과태료가 부과되도록 하였다(제67조 제1항 제15의 5호).

2002. 11. 8. 국회 본회의에서 의결된 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률중개정법률안에서 새롭게 도입된 규제장치들의 특징은 다음과 같다.

첫째, 규제대상을 영리목적의 광고성 정보에 국한하는 것은 이전의 법률내용과 동일하지만, 그러한 영리목적의 광고성 정보가 전송되는 수단의 종류로 전자우편, 전화, 모사전송 등을 구체적으로 명시하였다는 점이다.

둘째, 과태료의 금액을 1천만원으로 상향조정하면서, 이전의 법률과는 달리 일정한 사항의 표시의무를 위반한 경우에도 과태료가 부과될 수 있도록 하였다는 점이다.

셋째, 정보통신서비스제공자로 하여금 반복적인 광고성 정보의 전송 또는 수신으로 인하여 역무의 제공에 장애가 일어나거나 일어날 우려가 있는 경우 등에는 역무제공 거부조치를 취할 수 있도록 하였다는 점이다.

II. 스팸메일의 규제에 대한 현행 법제 및 판례의 문제점

1. 스팸메일에 대한 규제방식

현재 스팸메일에 대한 규제방식과 관련하여 가장 큰 논쟁의 대상이 되고 있는 것은 스팸메일을 보낼 수 있는 자유에 대한 ‘제한정도’와 관련되어 있다. 구체적인 내용은 다음과 같다.

첫째, 옵트인(Opt In)방식이다. 여기서 옵트인방식이란 수신자가 명시적으로 사전에 수신동의를 한 경우에 한하여 광고성메일을 보낼 수 있도록 하는 방식을 말한다. 따라서 옵트인방식에 따르면, 일정한 영리목적의 사이트에 인터넷이용자가 가입할 경우 약관을 통해서 광고성메일의 수신 여부를 묻게 되는데, 이 때 이용자가 동의한 경우에만 광고성메일을 보낼 수 있게 되는 것이다. 그런데 옵트인방식은 사실상 가입회원이 아닌 일반 인터넷이용자에게는 원칙적으로 광고성메일을 보낼 수 없다는 점에서 광고표현의 자유의 과도한 제한이 아니

냐는 문제점이 제기될 수 있다.

둘째, 옵트아웃(Opt Out)방식이다. 옵트아웃방식이란 광고성메일을 보내는 것을 자유롭게 허용하되, 수신자가 수신거부를 하면 더 이상 보낼 수 없도록 하는 방식을 말한다. 따라서 옵트아웃방식에 따르면, 인터넷상에서 광고를 하고자 하는 자는 최초의 1회는 광고성메일을 보낼 수 있게 된다. 그런데 옵트아웃방식은 최초 1회의 광고성메일이 상당수를 차지하는 상황에서는 스팸메일에 대한 적절하고도 효과적인 규제방식이 될 수 없다는 문제점을 안고 있다.

셋째, 라벨링방식이다. 여기서 라벨링방식이란 이메일을 보낼 때 수신자로 하여금 수신거부권을 행사할 수 있도록 ‘광고’인지 여부 혹은 발송자와 관련된 일정한 정보를 표시하도록 하는 방식을 말한다.

우리나라가 현재 채택하고 있는 방식은 옵트아웃방식과 라벨링방식이 결합된 것이라고 할 수 있다. 즉 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제50조 제1항은 “수신자의 명시적인 수신거부의사에 반하여” 영리목적의 광고성 정보를 전송하는 것을 금지하고 있고, 동 법 제50조 제2항은 일정한 광고표시나 정보표시를 하도록 규정하고 있다. 하지만 현행 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률이 채택하고 있는 방식 중 특히 옵트아웃방식에 대해서는 정보수신에 대한 인터넷이용자의 선택권의 관점에서 비판이 행해지고 있으며, 시민단체들은 대개 옵트인방식의 채택을 주장하고 있다.⁶⁵⁷⁾ 반면에 인터넷사업자들은 옵트아웃방식의 채택을 주장하고 있다. 따라서 옵트인방식과 옵트아웃방식, 그리고 라벨링방식에 대한 헌법적 분석이 어느 정도 필요할 것이다.

2. 스팸메일과 광고표현의 자유

전자우편은 기존의 우편제도와는 달리 개별요금의 부과없이 대규모로 그리고 고속으로 송수신이 가능하다는 점에서 그리고 멀티미디어 서비스가 가능하다는 점에서 새로운 통신수단으로 각광을 받고 있다. 전자우편은 기존의 우편과 마찬가지로 비밀보호의 대상이 되는 ‘통신’에 해당하기는 하지만, 또한 의사표현의 수단이 된다는 점에서 표현의 자유에 의한 보호를 받기도 한다. 따라서 영리목적의 광고성 정보인 스팸메일도 표현의 자유 특히 ‘광고표현의 자유’에 의한 보호를 받는다.⁶⁵⁸⁾ 하지만 이러한 광고표현의 자유는 무제한의 기본권일 수는 없다. 따라서 일정한 공익을 위해서 제한이 가능하다. 현재 스팸메일과 관련하여 규제의 근거로 제시되는 사유들을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 무분별하게 전송되는 광고목적의 전자우편이 원하지 않는 수신자에게 정신적인 피해를 입힐 수 있다는 점이다. 즉 원하지 않는 정보나 메시지가 수신자에게 일방적으로 전달됨으로써, 수신자의 사생활의 자유 내지 통신의 자유가 침해될 수 있다는 것이다.⁶⁵⁹⁾

657) 자세한 것은 진보네트워크센터, 『2002 정기국회 관련 정보통신정책 제안』, 2002, 62-82면 참조.

658) 우리 헌법재판소는 “...광고물도 사상·지식·정보 등을 불특정 다수인에게 전파하는 것으로서 언론·출판의 자유에 의한 보호를 받는 대상이 됨은 물론...”이라고 함으로써, 광고도 표현의 자유의 보호대상임을 분명히 하고 있다. 현재 1998. 2. 27. 96헌바2, 옥외광고물등관리법 제3조 위헌소원, 판례집 10-1, 118, 124; 현재 2000. 3. 30. 97헌마108, 식품위생법 제11조 위헌확인, 판례집 12-1, 375, 390; 현재 2000. 3. 30. 99헌마143, 식품등의표시기준 제7조 『별지1』 식품 등의 세부표시기준 1. 가. 10) 카) 위헌확인, 판례집 12-1, 404, 410면 참조.

659) 스팸메일이 누리는 표현의 자유는 사회상규상 受忍할 수 있는 한계를 넘어설 정도로 개인의 사

둘째, 다량의 전자우편의 전송이 이를 처리하는 서버의 정상적인 기능을 저해할 수 있다는 점이다. 즉 다량의 전자우편이 한꺼번에 전송되는, 경우에는 ISP의 서버에 대해 과부하가 발생함으로써 서버의 정상적인 기능이 저해되어, 결국 ISP의 재산권을 침해할 수 있다는 것이다.

셋째, 스팸메일의 특성이 ‘원하지 않는 메시지의 일방적 전달’이라고 본다면, 스팸메일이 갖는 일방적 성격뿐만 아니라 당사자가 동의하지도 않았다는 점에서 그 규제의 근거를 찾을 수도 있을 것이다.⁶⁶⁰⁾

3. 스팸메일 규제방식에 대한 헌법적 평가 및 현행 법제의 문제점

현행 정보통신망법이 채택하고 있는 스팸메일규제방식은 2002. 11. 8. 국회에서 의결된 개정안에도 불구하고 여전히 옵트아웃방식과 라벨링방식을 혼합한 것이라고 할 수 있다. 물론 옵트인방식이 정보수신자의 권익을 제대로 보장할 수 있는 방식이라고 할 수 있다. 왜냐하면 옵트인방식은 원칙적으로 정보수신자의 사전동의 없이는 정보수신자에게 광고성 정보를 보낼 수 없기 때문이다. 하지만 영리목적의 광고성 정보, 즉 스팸메일도 광고표현의 자유의 보호범위 내에 있다고 할 수 있으므로, 옵트인방식은 스팸메일 송신자의 광고표현의 자유를 과도하게 제한할 위험성이 존재한다. 또한 인쇄매체나 방송매체를 통해서 일방적으로 전달되는 광고성 정보에 대해서는 정보수신자의 사전동의를 요구하는 경우가 없다는 점을 염두에 둘 때, 옵트인방식을 스팸메일의 경우에 적용하는 것은 형평성의 측면에서도 문제가 있다.

물론 스팸메일로 인한 문제를 야기시키는 인터넷의 특성(개방성, 접근의 용이성, 탈중앙통제성, 쌍방향성 등)이 인쇄매체나 방송매체에서는 발견될 수 없으므로, 인쇄매체나 방송매체를 통해서 전달되는 광고성 정보와는 달리 스팸메일에 대해서는 정보수신자의 사전동의를 요구하는 것이 정당화된다고 주장할 수도 있다. 하지만 옵트인방식은 원칙적으로 광고표현을 금지하는 것에서 출발한다는 점에서, 그리고 개방성, 접근의 용이성, 탈중앙통제성, 쌍방향성 등의 인터넷의 특성은 인쇄매체나 방송매체에서의 경우와는 달리 오히려 정보수신자의

생활이나 통신의 자유를 침해한다면 역시 헌법상의 표현의 자유의 한계를 벗어날 것이며, 동시에 개인의 재산권을 침해하는 결과를 초래할 것이라는 관점에서도 그에 대한 규제의 근거를 찾아볼 수 있다. 류시조, “가상공간에 있어서의 표현의 자유”, 『헌법학연구』 제5집 제1호, 한국헌법학회, 1999. 5., 235면.

660) 통신상의 메시지전달에 있어서 일방에 의한 “일방성”과 상대방의 “비동의”라는 요소는 PC통신이나 인터넷에서만 규제의 근거로서 활용될 수 있는 것은 아니다. 일반적인 전화의 경우에도 적용될 수 있다. 몇 년전에 폭력 내지 음란전화의 경우 특히 발신번호 확인서비스를 둘러싸고 논쟁이 벌어진 적이 있었다. 하지만 폭력 내지 음란전화가 기본적으로 일방에 의한 일방적이고도 상대방의 동의가 없는 메시지전달이라는 점을 인정한다면, 이에 대한 규제의 한 종류로서 발신번호 확인서비스 제공의 적법성은 당연히 인정될 수 있는 것이라 하겠다. 최대권 교수도 “동의(同意)의 원리”에 근거하여, 폭력 내지 음란전화의 경우에 수신자의 요청에 따라 전화회사가 발신번호 확인서비스를 제공하는 것은 결코 발신자의 통신의 비밀이나 프라이버시를 침해하는 것이 아니라고 하면서, 발신번호 확인서비스의 적법성을 인정하고 있다. 최대권, “소위 “폭력전화”와 관련된 발신번호 확인서비스의 적법성”, 『사법행정』 1992년 8월호, 1992, 41-48면 참조. 또한 그 합헌성도 인정되고 있다. 권영성, 『[신판] 헌법학원론』, 법문사, 2002, 445면 참조. 실제로 「통신비밀보호법」 제13조도 전화에 의한 폭언·협박·희롱 등으로부터 수신인(受信人)을 보호하기 위하여 전기통신사업자로 하여금 수신인의 요구가 있는 경우 송신인(送信人)의 전화번호를 수신인에게 알려 줄 수 있도록 하고 있다.

정보통제권을 강화시킨다는 점에서⁶⁶¹⁾, 스팸메일에 대해서 정보수신자의 사전동의를 요구하는 것은 타당하지 못하다고 할 수 있다. 따라서 현행 정보통신망법이 옵트아웃방식을 채택하고 있는 것은 나름대로 정보수신자의 권익보호와 스팸메일 전송자의 광고표현의 자유의 보장을 동시에 달성하는 적절한 방식이라고 할 수 있다.

한편 현행 정보통신망법이 채택하고 있는 스팸메일규제방식과 관련하여 일정한 사항의 표시의무가 문제될 수 있다. 2002. 11. 8. 국회에서 의결된 개정안은 영리목적의 광고성 정보를 전자우편, 전화, 모사전송 등의 방법으로 전송하는 자에게는 대통령령이 정하는 바에 따라 일정한 사항을 표시할 의무를 부과하고 있는데, 앞으로 어떠한 내용이 대통령령으로 규율될 것인가는 미리 정확하게 예측할 수 없지만, 현행 정보통신망법시행규칙 제11조의 내용이 대통령령에서 그대로 규정될 가능성이 있다. 그런데 문제는 정보통신망법 제11조 제1항 제1호 및 [별표 2]가 규정하고 있는 성인광고의 표시 및 표시대상과 관련하여 제기될 수 있다. 왜냐하면 당해 광고성 정보가 ‘성인광고’에 해당하는지에 대한 판단을 누가 하느냐가 문제될 수 있기 때문이다. 특히 이러한 사항을 표시하지 아니하거나 허위의 표시를 하였을 경우에는 이전의 정보통신망법과는 달리 1천만원 이하의 과태료에 처해질 수 있기 때문에, 더욱 더 문제될 수 있는 것이다.

예컨대 광고성 정보를 보내고자 하는 자는 당해 정보가 성인광고가 아니라고 판단하였을 경우, 그리고 그에 따라 성인광고라고 표시하지 아니하였을 경우, 과연 당해 정보에 대해서 성인광고의 표시를 강제할 수 있는가의 문제가 제기되는 것이다. 특히 정보통신망법시행규칙 [별표 2]는 성인광고의 표시대상으로 청소년에게 성적인 욕구를 자극하는 선정적인 것이거나 음란한 것, 청소년에게 범죄의 실행을 적극적으로 부추길 수 있는 것, 성폭력을 포함한 각종 형태의 폭력행사와 약물의 남용을 자극하거나 미화하는 것, 청소년보호법에 의하여 청소년유해매체물로 결정·고시된 것, 영리목적의 광고성 전자우편 본문란에서 제1호 내지 제4호에 해당하는 내용을 다룬 인터넷홈페이지를 알리는 것을 열거하고 있는데, 이 중에서 청소년보호법에 의하여 청소년유해매체물로 결정·고시된 것을 제외하고는 성인광고의 표시대상이 되는지 여부를 스팸메일 전송자로 하여금 스스로 판단할 것을 강제한다는 점에서 문제가 될 수 있는 것이다. 결국 성인광고의 표시와 관련하여서는, 청소년보호법에 의하여 청소년유해매체물로 결정·고시된 것을 제외하고는 성인광고의 표시대상이 되는지 여부를 스팸메일 전송자로 하여금 스스로 판단할 것을 강제한다는 점에서 표현의 자유를 과도하게 제한한다고 생각된다.

661) 인쇄매체나 방송매체를 통해서 전달되는 광고성 정보에 대해서 정보수신자는 아무런 통제권을 행사할 수 없다.

제5장 인터넷방송에 대한 규제의 법리

I. 인터넷방송의 규제에 대한 현행 법제의 내용

일반적으로 ‘인터넷방송’이라는 개념으로 우리나라에서 통용되고 있는 웹캐스팅(Webcasting, Streaming media)은 인터넷을 통해 음향·영상정보와 같은 멀티미디어컨텐츠를 ‘실시간으로’(real-time) 그리고 ‘이용자의 컴퓨터에 저장 또는 기록되지 않는 방식’으로 제공하는 정보통신서비스라고 할 수 있다. 즉 유선이든 무선이든 인터넷 TCP/IP 프로토콜에 의해 비디오, 오디오와 같은 멀티미디어 데이터를 전송하되 이를 파일전송(File Download) 방식이 아닌 스트리밍(Streaming) 방식에 의해 전송하는 서비스를 말한다.⁶⁶²⁾ 웹캐스팅의 이러한 특성 때문에, 웹캐스팅은 우리나라에서 ‘인터넷방송’이라는 개념으로 인식되어 있고, 더 나아가서 인터넷과 방송이 결합된 매체라고 인식되기도 한다.⁶⁶³⁾

현재 인터넷방송에 대한 규제시스템으로 거론될 수 있는 것으로는 정보통신망이용촉진및 정보보호등에관한법률 및 동법 시행령이 규정하고 있는 ‘인터넷방송사업자의 정보보관의무제도’와 방송법 및 동법 시행령이 규정하고 있는 ‘유사방송에 대한 방송위원회의 사후심의제도’를 들 수 있다.

1. 인터넷방송사업자의 정보보관의무제도

현행 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 및 동법 시행령이 규정하고 있는 인터넷방송사업자의 정보보관의무제도는 기존의 정보통신망이용촉진등에관한법률이 2001년 1월 16일 법률 제6360호로 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률로 전문개정되면서 새롭게 도입된 제도이다. 이 당시 사회적으로는 소위 ‘성인인터넷방송’의 선정성과 그에 대한 규제시스템이 쟁점이 되어 있었던 바, 입법자는 성인인터넷방송에 대한 규제장치로서 인터넷방송사업자의 정보보관의무제도를 도입한 것이다.

정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제43조(영상 또는 음향정보제공사업자의 보관의무): ① 청소년보호법 제7조 제4호의 규정에 의한 매체물로서 동법 제2조 제3호의 규정에 의한 청소년유해매체물을 이용자의 컴퓨터에 저장 또는 기록되지 아니하는 방식으로 제공하는 것을 영업으로 하는 정보제공자 중 대통령령이 정하는 자는 당해 정보를 보관하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 정보제공자가 당해 정보를 보관하여야 할 기간은 대통령령으로 정한다.

정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제67조(과태료): ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 50만원 이하의 과태료에 처한다.

12. 제43조의 규정을 위반하여 정보를 보관하지 아니한 자

662) 인터넷방송과 웹캐스팅을 분리하여, 인터넷방송은 스트리밍기술에 의해 제공되는 웹서비스라고 정의를 내리는 반면에, 웹캐스팅은 전송한 스트리밍을 비롯하여 푸시(Push)나 온 디맨드(On-Demand) 등 다양한 기능과 서비스가 제공되는 포괄적인 인터넷 웹서비스라고 정의내리는 견해도 있다. 최 영, 「인터넷방송: 웹캐스팅의 실체와 이해」, 커뮤니케이션북스, 1999, 22면.

663) 인터넷방송이라는 개념은 법적 개념이 아니다. 물론 웹캐스팅도 마찬가지이다. 또한 뒤에서 설명하겠지만 인터넷방송이라는 개념이 웹캐스팅이라는 정보형태나 정보전달방식을 제대로 포섭하는 것인지도 의문이 있다. 하지만 이하에서는 편의상 일반적인 용어인 인터넷방송이라는 용어로 통일하기로 한다.

정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률시행령 제22조(영상 또는 음향정보 보관의무 사업자의 범위): 법 제43조 제1항에서 ‘대통령령이 정하는 자’라 함은 전기통신회선을 통하여 정보를 유통시키는 자를 말한다. 다만, ‘방송’, ‘텔레비전’ 또는 ‘라디오’의 명칭을 사용하면서 일정한 편성계획에 따라 정보를 유통시키는 자 중 방송법 제2조 제3호·제6호 및 제12호의 규정에 의한 방송사업자·중계유선방송사업자 및 전광판방송사업자를 제외한다.

정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률시행령 제23조(영상 또는 음향정보의 보관기간): 법 제43조의 규정에 의한 정보제공자는 당해 정보를 이용에 제공한 때부터 6월간 이를 보관하여야 한다.

정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 및 동법 시행령이 규정하고 있는 인터넷방송사업자의 정보보관의무의 기본적인 내용은 방송법 제83조가 규정하고 있는 방송사업자의 방송프로그램보존의무에서 가져 온 것이라고 할 수 있다.⁶⁶⁴⁾ 물론 인터넷방송사업자의 정보보관의무의 기본적인 내용이 방송법이 규정하고 있는 방송사업자의 방송프로그램보존의무에서 가져 왔다는 점을 어떻게 파악해야 하는가는 중요한 문제가 될 수 있다. 왜냐하면 인터넷방송을 기존의 공중파방송과 동일선상의 것으로 파악하였기 때문인지 아니면 다만 뒤에서 설명하는 바와 같이 단지 심의기관의 심의의 효과성을 제고하기 위해서 차용한 것에 불과한 것인지가 결정될 수 있기 때문이다.

2. 유사방송에 대한 방송위원회의 사후심의제도

한편 방송법 및 동법 시행령이 규정하고 있는 ‘유사방송에 대한 방송위원회의 사후심의제도’는 기존의 방송법이 완전 폐지되고 새로운 방송법이 2000. 1. 12. 법률 제6139호로 제정되었을 때, 도입된 제도이다. 이 당시 새롭게 제정된 방송법은 소위 ‘방송·통신의 융합’이라는 현상에 적절히 대처하기 위해 기존의 방송법과는 새로운 시스템을 많이 도입하였는데, 유사방송에 대한 규제시스템도 그 중의 하나였다.

방송법 제32조(방송의 공정성 및 공공성 심의) 제1항: 방송위원회는 방송·중계유선방송 및 전광판방송의 내용과 기타 전기통신회선을 통하여 공개를 목적으로 유통되는 정보 중 방송과 유사한 것으로서 대통령령이 정하는 정보의 내용이 공정성과 공공성을 유지하고 있는지의 여부와 공적 책임을 준수하고 있는지의 여부를 방송 또는 유통된 후 심의·의결한다. 이 경우 매체별·채널별 특성을 고려하여야 한다.

방송법시행령 제21조(방송과 유사한 정보의 심의): ① 법 제32조 제1항에서 ‘대통령령이 정하는 정보’라 함은 방송사업자·중계유선방송사업자 및 전광판방송사업자가 전기통신회선을 통하여 ‘방송’, ‘TV’ 또는 ‘라디오’ 등의 명칭을 사용하면서 일정한 편성계획에 따라 유통시키는 정보를 말한다.

664) 방송법 제83조(방송내용의 기록·보존) 제2항: 방송사업자는 방송(재송신을 제외한다)된 방송프로그램의 원본 또는 사본을 방송 후 6월간 보존하여야 한다.

방송법 제108조(과태료) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 2천만원 이하의 과태료에 처한다.

1. ~ 17. 생략

18. 제83조 제2항의 규정에 위반하여 방송프로그램의 원본 또는 사본을 보존하지 아니한 자

19. ~ 27. 생략.

② 방송위원회는 제1항에서 규정한 정보가 법 제33조의 규정에 의한 방송심의에 관한 규정을 위반한 때에는 그 정보의 제공자에 대하여 이의 시정을 권고할 수 있다.

방송법 및 동법 시행령이 규정하고 있는 유사방송에 대한 방송위원회의 사후심의제도는 다음과 같은 특징을 지니고 있다.

첫째, 방송위원회에 의한 사후심의의 대상이 되는 인터넷방송은 우선 그 주체가 방송법상의 허가 혹은 등록의무가 있는 방송사업자·중계유선방송사업자 및 전광판방송사업자에 국한되어 있고, 또한 방송, TV 또는 라디오 등의 명칭을 사용하는 경우에만 국한되고 있다. 따라서 공중파방송과는 전혀 관련이 없는 인터넷독립방송국에 의해 제공되는 인터넷방송은 방송위원회에 의한 심의대상이 아니고, 전기통신사업법상의 정보통신윤리위원회에 의한 심의대상이 된다.

둘째, 지상파방송이나 케이블방송 및 위성방송이 방송심의규정을 위반한 경우에는 제재조치를 방송위원회가 부과할 수 있음에 반해⁶⁶⁵⁾, 인터넷방송이 방송심의규정을 위반한 경우에는 방송위원회는 시정권고만을 할 수 있을 뿐이다.

II. 인터넷방송의 규제에 대한 현행 법제 및 판례의 문제점

1. 인터넷방송에 대한 규제시스템의 본질적 문제

인터넷방송이 우리나라에 등장하였을 때, 이에 대한 규제정책과 관련하여 제기되었던 가장 큰 문제점은, 다음 두 가지였다.

첫째, 인터넷방송에 대해서 방송규제시스템을 적용할 것인가 아니면 인터넷규제시스템을 적용할 것인가의 문제였다. 이것은 결국 인터넷방송을 ‘방송’으로 볼 것인가 아니면 일반적인 ‘인터넷컨텐츠’로 볼 것인가의 문제와 직결되는 것이다. 왜냐하면 인터넷방송을 전통적인 공중파방송의 연장선상에 있는 것으로 파악하는 경우에는 일반적인 인터넷컨텐츠와는 달리 취급할 필요가 있고, 또한 규제체도의 적용에 있어서도 기존의 공중파방송에 적용되어 왔던 것을 적용해야 한다는 논리가 성립될 수 있기 때문이다. 반면에 인터넷방송을 일반적인 인터넷컨텐츠와 동일한 것으로 파악하는 경우에는 기존의 공중파방송에 적용되어 왔던 규제체도를 적용할 수 없고, 다만 일반적인 인터넷컨텐츠와 동일하게 취급해야 한다는 논리가 성립될 수 있기 때문이다.⁶⁶⁶⁾

둘째, 기존의 공중파방송사업자가 자신이 제작한 콘텐츠를 인터넷을 통해서 인터넷방송의 형태로 제공하는 경우와 기존의 공중파방송과는 무관한 콘텐츠제공자가 인터넷방송의 형태

665) 방송법 제100조(제재조치 등) 제1항: 방송위원회는 방송사업자·중계유선방송사업자 또는 전광판 방송사업자가 제33조의 심의규정을 위반한 경우에는 다음 각호의 제재조치를 명할 수 있다. 제27조 제8호의 시청자불만처리의 결과에 따라 제재를 할 필요가 있다고 인정되는 경우에도 또한 같다.

1. 시청자에 대한 사과

2. 해당 방송프로그램의 정정·중지

3. 방송편성책임자 또는 해당 방송프로그램의 관계자에 대한 징계.

666) 인터넷방송의 성격과 관련하여, 박선영 교수는 인터넷이라고 하는 통신매체를 통하여 방송이 이루어지는 것이므로 방송과 통신의 성격이 동시에 포함되어 있으면서도 엄밀하게 분류한다면 통신에 보다 더 가깝다고 한다. 박선영, 「언론정보법연구 I - 21세기 표현의 자유-」, 법문사, 2002, 404-405면.

로 제공하는 경우를 어떻게 차별적으로 취급할 것인가의 문제였다.⁶⁶⁷⁾ 결국 이 문제는 인터넷방송에 대한 규제기관 내지 심의기관을 어디로 설정할 것인가의 문제와 관련되어 있었다.

사실 위에서 소개한 인터넷방송사업자의 정보보관의무제도와 유사방송에 대한 방송위원회의 사후심의제도는 위 두 가지 문제점을 극명하게 보여주는 규제시스템이라고 할 수 있다.

2. 인터넷방송사업자의 정보보관의무제도의 헌법적 분석

먼저 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 및 동법 시행령이 규정하고 있는 인터넷방송사업자의 정보보관의무제도는, 인터넷방송의 규제에 있어서 현실적으로 제기되고 있는 문제점을 감안하여 신설된 조항으로서, 다음과 같은 의미를 가지고 있다.

첫째, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 및 동법 시행령이 규정하고 있는 인터넷방송사업자의 정보보관의무제도는, 사실 인터넷독립방송의 형태로 성인용프로그램을 제공하는 성인인터넷방송사업자를 그 규제대상으로 삼기 위해 신설된 것이다. 즉 성인인터넷방송에 대한 정보통신윤리위원회의 사후심의를 원활하게 하기 위해서 성인인터넷방송사업자로 하여금 자신이 제공한 정보를 일정 기간 동안 보관하도록 의무화하고 있는 것이다. 왜냐하면 정보보관의무를 지는 주체는 ‘청소년유해매체물’로서 법적 효과를 발생한 인터넷방송을 ‘영업적’으로 제공하는 자에만 국한되고 있기 때문이다. 따라서 비영리의 형태로 인터넷방송을 하는 정보제공자에 대해서는 이러한 의무가 부과되지 않는다.

한편 이러한 규제장치가 필요한 이유는 인터넷방송은 ‘실시간으로’(real-time) 그리고 ‘이용자의 컴퓨터에 저장 또는 기록되지 않는 방식’으로 제공되므로, 정보통신윤리위원회가 자신의 인적·물적 능력의 한계상 그때 그때 인터넷방송이 제공될 때마다 심의를 하는 것이 불가능하기 때문이다. 따라서 정보통신윤리위원회의 효과적인 심의를 위해서 필요한 것이다.

둘째, 방송법 제32조의 제1항 및 방송법시행령 제21조 제1항과 아울러 인터넷방송에 대한 사후심의권한에 관한 관할을 각각 방송위원회와 정보통신윤리위원회에 분할시켰다는 점이다. 그리고 인터넷방송의 제공주체와 사용명칭이 관할을 구분하는 기준이 되고 있다.

한편 위와 같은 의미를 가지는 인터넷방송사업자의 정보보관의무제도의 위헌 여부를 분석하기 위해서는 다음과 같은 두 가지 관점에서 접근하는 것이 필요하다.

첫째, 인터넷방송사업자의 정보보관의무가 과연 인터넷방송사업자의 기본권을 과도하게 제한하는가의 문제가 제기될 수 있다. 일단 청소년유해매체물을 제공하는 인터넷방송사업자에 대해서 정보보관의무를 부과한다는 점에서, 청소년유해매체물을 제공하는 인터넷방송사업자의 재산권, 영업의 자유 등을 제한하는 측면은 분명히 존재한다. 하지만 정보보관이라는 것이 ‘실시간으로’(real-time) 그리고 ‘이용자의 컴퓨터에 저장 또는 기록되지 않는 방식’으로 제공되는 인터넷방송의 특성을 반영한 것이고, 또한 정보통신윤리위원회의 심의의 효율성을 위해서 어느 정도 필요하다는 점을 염두에 둘 때, 더 나아가서 인터넷방송사업자의

667) ‘인터넷방송’은 사실 다음과 같은 세 가지 종류의 방송이 존재할 수 있다. 첫째, 기존의 공중파방송국들이 추진하고 있는 것으로서, 공중파를 통해 전송되는 프로그램을 웹상에서도 제공하는 ‘공중파인터넷방송’, 둘째, 기존의 공중파방송국과는 무관하게 인터넷상에 방송국을 만들고 공중파와는 전혀 무관하게 방송을 추진하는 ‘인터넷독립방송’, 셋째, 방송국이라고 하기는 힘들지만 자체 홈페이지에서 동영상이나 오디오를 서비스하는 형태의 ‘간이형인터넷방송’이 그것들이다.

표현의 자유를 직접적으로 제한하는 내용적 규제에 해당하는 것도 아니라는 점에서⁶⁶⁸⁾, 6개월간의 정보보관의무와 그 위반시 가해지는 과태료라는 제재수단이 인터넷방송사업자의 기본권을 과도하게 제한하는 것은 아니라고 판단된다.

둘째, 인터넷방송사업자의 정보보관의무제도와 관련하여서는, ‘청소년유해매체물’을 ‘영업적’으로 제공하는 인터넷방송사업자에 대해서만 이 의무를 부과하고, 청소년유해매체물을 제공하지 않는 인터넷방송사업자와 청소년유해매체물을 제공하는 비영리 인터넷방송제공자에 대해서는 이 의무를 부과하지 않는 것이 평등권침해가 아니냐는 문제가 제기될 수 있다. 또한 방송법에 의한 규율대상이 되는 인터넷방송사업자에 대해서는 이러한 정보보관의무가 부과되지 않는다는 점⁶⁶⁹⁾에서도 평등권침해가 아니냐는 문제가 제기될 수 있다.

하지만 청소년유해매체물을 제공하는 자는 이미 청소년보호법에 의하여 표시의무, 포장의무, 구분 및 격리의무 등 청소년의 접근을 차단하기 위한 각종 의무를 지고 있다는 점에서, 그리고 청소년유해매체물을 제공하는 인터넷방송사업자의 경우에 정보보관의무를 부과하는 것은 ‘실시간으로’(real-time) 그리고 ‘이용자의 컴퓨터에 저장 또는 기록되지 않는 방식’으로 제공되는 인터넷방송의 특성을 반영한 것일 뿐이라는 점에서, 합리적 근거가 있는 차별이라고 할 수 있다. 또한 인터넷방송사업자의 정보보관의무제도가 도입된 당시 사회적으로 문제되었던 것은 ‘성인인터넷방송사업자’였다는 점에서, 그리고 영리의 목적으로 청소년유해매체물을 제공하는 인터넷방송사업자의 경우는 정보통신윤리위원회가 심의 및 관리의 효율성을 기하기가 수월하다는 점에서, 청소년유해매체물을 영업적으로 제공하는 인터넷방송사업자에 대해서만 정보보관의무를 부과한 것은 나름대로의 입법목적 및 입법취지가 존재하는 합리적 근거가 있는 차별이라고 판단된다. 마지막으로 방송법에 의한 규율대상이 되는 인터넷방송사업자에 대해서는 이러한 정보보관의무가 부과되지 않는 것은, 방송법에 의한 규율대상이 되는 인터넷방송사업자는 방송법상의 허가 혹은 등록의무가 있는 방송사업자·중계유선방송사업자 및 전광판방송사업자인 바, 대체로 이들 사업자는 오프라인에서의 방송을 통해서 송출된 프로그램을 인터넷을 통해 재송출하기 때문에 이미 방송위원회에 의한 심의를 거친다는 점에서, 그리고 특히 방송사업자의 경우에는 이미 방송법에 의해 방송프로그램보존의무를 진다는 점에서, 합리적 근거가 있는 차별이라고 판단된다.

3. 유사방송에 대한 방송위원회의 사후심의제도의 헌법적 분석

한편 방송법 및 동법 시행령이 규정하고 있는 ‘유사방송에 대한 방송위원회의 사후심의제도’는 위에서도 언급하였듯이 소위 ‘방송·통신의 융합’이라는 현상에 적절히 대처하기 위해 새로운 방송법이 2000. 1. 12. 법률 제6139호로 제정되었을 때, 도입된 제도이다. 이 제도는 위에서 설명한 인터넷방송사업자의 정보보관의무제도와 함께, 인터넷방송이라는 매체가 등장하였을 때 발생했던 문제점들, 즉 인터넷방송이 과연 방송인가 아니면 일반적인 인터넷 콘텐츠인가의 문제 그리고 심의 및 규제관할권을 어느 기관이 가져야 하는가의 문제를 해결하는 과정에서 하나의 타협점으로 만들어진 것이라고 할 수 있다. 결국 방송법상의 허가 혹은

668) 물론 청소년유해매체물을 제공하는 인터넷방송사업자만 이러한 정보보관의무를 진다는 점에서, 정보보관의무제도 자체가 내용적 규제에 해당한다고 볼 수 있지만, 인터넷방송사업자가 제공하는 구체적인 정보의 내용 그 자체를 제한하는 것은 아니라고 할 것이다.

669) 방송법 제83조 제2항에 따라 방송프로그램보존의무를 지는 방송사업자에는 지상파방송사업자, 종합유선방송사업자, 위성방송사업자, 방송채널사용사업자만 포함된다.

은 등록의무가 있는 방송사업자·중계유선방송사업자 및 전광판방송사업자가 제공하는 인터넷방송은 방송위원회의 관할로, 그리고 그 외의 인터넷방송은 정보통신윤리위원회의 관할로 인정되게 된 것이다.

아무튼 현행 방송법 및 동법 시행령이 규정하고 있는 유사방송에 대한 방송위원회의 사후심의제도는 인터넷방송과 관련하여 제기되었던 두 가지 문제점들 중 첫 번째 문제점, 즉 인터넷방송을 방송으로 볼 것인가 아니면 일반적인 인터넷컨텐츠로 볼 것인가의 문제점을 그대로 반영하고 있는 것이라 할 수 있다.

왜냐하면 방송법상의 허가 혹은 등록의무가 있는 방송사업자·중계유선방송사업자 및 전광판방송사업자가 제공하는 인터넷방송은 방송위원회의 관할로 설정함으로써, 이들 사업자가 제공하는 인터넷방송은 방송의 연장선상에 있는 것으로 파악하고 있는 반면에, 이들 사업자가 제공하는 인터넷방송이 방송심의규정을 위반한 경우에는 기존의 공중파방송과는 달리 방송위원회의 제재수단을 제재조치가 아닌 시정권고에 국한시킴으로써, 인터넷방송이 기존의 공중파방송과는 다르다는 점을 전제하고 있기 때문이다.

한편 방송법 및 동법 시행령이 규정하고 있는 유사방송에 대한 방송위원회의 사후심의제도는 그 제재수단이 시정권고에 불과하다는 점에서, 그리고 방송법에 의한 규율대상이 되는 인터넷방송사업자는 대체로 오프라인에서의 방송을 통해서 송출된 프로그램을 인터넷을 통해 재송출한다는 점에서, 사실상 유사방송에 대한 방송위원회의 사후심의제도가 이들 사업자의 기본권을 제한하는 측면은 크지 않다고 할 수 있다.

<참고문헌>

-국내문헌-

- 강경근 “정보화사회에서의 정보법의 의의와 내용”, 『정보화사회에 대한 법적 대응』, 숭실대 법학연구소, 1990
- 강경근, “국민의 정보공개청구권”, 법률신문 제1881호, 1989. 10. 16
- 강경근, “프라이버시권의 의의와 구성요소”, 『고시연구』 1999년 9월호
- 경 건, 『정보공개청구제도에 관한 연구』, 서울대학교 박사학위논문, 1998.
- 과학기술정보통신위원회, 「電氣通信事業法中改正法律案審査報告書」, 2002. 11.
- 권영설, “위성방송의 법제와 헌법문제-공공성과 산업성의 조화를 위한 법제와 법리-”, 『방송연구』 통권 제43호, 방송위원회, 1996년 겨울
- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2002.
- 김동민(편), 『언론법제의 이론과 현실』, 한나래, 1993.
- 김수갑, “청소년보호를 이유로 한 표현의 자유의 제한에 관한 고찰”, 『한국헌법학의 현황과 과제』, 금량김철수교수정년기념논문집, 1998.
- 김연태, “행정상 개인정보보호”, 『저스티스』 제34권 제5호, 한국법학원, 2001. 10
- 김일환, “개인정보보호법의 개정필요성과 내용에 관한 연구”, 『공법연구』 제26집 제2호, 한국공법학회, 1998.
- 김일환, “독일연방헌법법원의 인구조사판결”, 『김계환교수회갑기념논문집』, 1996.
- 김일환, “정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호에 관한 연구”, 『공법연구』 제29집 제3호, 한국공법학회, 2001.
- 김종철, “憲法的 基本權으로서의 個人情報統制權의 再構成을 위한 試論”, 『인터넷법률』 제4호, 법무부, 2001년 1월
- 김철수, 『헌법학신론』, 박영사, 2001.
- 로렌스 레식/김정오(역), 『코드: 사이버공간의 법이론』, 나남출판, 2002.
- 명재진, “예술의 자유에 대한 독일 연방헌법재판소 판례의 변화”, 『판례월보』 제328호 (1998년 1월호)
- 문화관광부·영상물등급위원회, 「온라인게임물 사전등급분류 업무안내(안)」, 2002. 6.
- 박선영, “영화에 대한 사전심의의 위헌 여부”, 『법조』 제483호, 1996. 12
- 박선영, 『언론정보법연구 I - 21세기 표현의 자유 -』, 법문사, 2002.
- 박선영, “언론에 의한 명예훼손의 법리-우리나라와 미국의 판례를 중심으로-”, 『공법연구』 제27집 제1호, 한국공법학회, 1998. 12.
- 박성호, “인터넷 내용등급제와 표현의 자유”, 『민주사회를 위한 변론』 2001년 1/2월호, 민주사회를위한변호사모임, 2001.
- 박용상, 『언론과 개인법익』, 조선일보사, 1997.
- 박용상, 『표현의 자유』, 현암사, 2002.
- 박윤희, 『반론권에 관한 비교헌법학적 고찰』, 서울대학교 박사학위논문, 1995.
- 박재창(편), 『정보사회와 정치과정』, 비봉출판사, 1993.
- 박홍윤, 『한국의 통합정보관리체계에서 개인정보 프라이버시 보호에 관한 연구』, 서울대 행정학박사학위논문, 1994.
- 방석호, “인터넷 내용물규제와 청소년보호법”, 『사이버커뮤니케이션학보』 창간호, 사이버커뮤니케이션학회, 1997.
- 방석호, 『미디어법학』, 법문사, 1995.
- 백원기, “성폭속을 해치는 음란성 처벌의 한계와 그 판단기준 - 프랑스의 사례와 소위 ‘거짓말 소셜’ 사건을 중심으로-”, 『판례실무연구』, 비교법실무연구회, 박영사, 2001.

- 서정우, 오영근, 방석호, 황성기, 성동규, 김주환, 박금주, 권장희, 조정하, 어기준, 「인터넷음란물기준에 관한 연구」, 청소년보호위원회, 2000. 8.
- 서주실, “Warren·Brandeis의 「The Right to Privacy」”, 『미국헌법연구』 제6호, 미국헌법학회, 1995.
- 성낙인, “표현의 자유”, 『기본권의 개념과 범위에 관한 연구』, 헌법재판연구 제6권, 1995.
- 성낙인, “행정상 개인정보보호”, 『공법연구』 제22집 제3호, 한국공법학회, 1994.
- 성낙인, 『언론정보법』, 나남, 1998.
- 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2002.
- 양 건, “헌법상 검열금지규정의 해석”, 『한국헌법학의 현황과 과제』(금량김철수교수정년기념논문집, 1998)
- 오세현, “P2P 방식의 파일공유서비스: 현황과 전망”, 『KISDI IT FOCUS』 정보통신정책연구원, 2000년 11월호
- 원우현, 『현대미디어이론』, 나남, 1991.
- 원우현, 『현대미디어이론』, 나남출판, 1988.
- 윤명선, “사이버스페이스와 표현의 자유”, 『인터넷·언론·법』, 한국법제연구원, 2002.
- 이상직, 「전기통신사업법론」, 진한도서, 1998.
- 이상철, 『언론발달사』, 일지사, 1992.
- 이승우, “국민의 알권리에 관한 헌법재판소 결정의 평석”, 『사법행정』 1990년 4월호
- 이시우, “지적재산권의 헌법적 의미에 관한 소고”, 『저작권』 제34호, 1996년 여름호
- 이인호, “명예훼손과 음란의 범리에 대한 비판적 고찰 -유명가수 섹스비디오유포사건을 중심으로-”, 『인권과 정의』, 대한변호사협회, 2001년 5월호
- 이인호, “방송·통신의 융합과 언론의 자유”, 『공법연구』 제28집 제4호 제1권, 한국공법학회, 2000. 6
- 이인호, “범죄보도와 면책사유의 적용”, 『언론중재』 제19권 제3호, 언론중재위원회, 1999년 9월호
- 이인호, “온라인 프라이버시침해기술과 보호기술의 법적 함축”, 『법학논문집』 제25집 제2호, 중앙대학교 법학연구소, 2001.
- 이인호, “음란물출판사등록취소사건”, 『헌법실무연구』 제1권, 헌법실무연구회, 2000.
- 이인호, “정보사회와 개인정보자기결정권”, 『중앙법학』 창간호, 중앙법학회, 1999.
- 이인호, “표현의 자유와 검열금지의 원칙”, 『법과 사회』 제15호, ‘법과사회’이론연구회 편, 1997년 하반기
- 이인호, 『정보환경의 변화와 법의 패러다임』, 중앙대학교 박사학위논문, 1996.
- 이재진, “인터넷상의 명예훼손현상에 대한 비판적 고찰: 미국의 경우를 중심으로”, 『언론중재』 통권 66호, 언론중재위원회, 1998. 3.
- 임지봉, “출판물과 연극·영화·비디오물의 음란성 판단기준에 관한 연구- 미국 판례법상 음란성 판단기준을 중심으로 -”, 『법조』 제525호, 법무부, 2000. 6
- 장연진, “시각장애인을 위한 웹 접근성과 사용성 제고방안”, 「정보통신접근성향상표준화포럼」 창립총회 주제발표문, 2002년 5월 23일
- 장영수, “예술의 자유에 대한 헌법적 보장과 그 한계”, 『고시연구』 1993년 5월호
- 전광석, “정보화사회의 헌법구조”, 『헌법학연구』 제5권 제2호, 한국헌법학회, 1999.
- 정보통신윤리위원회, 「최종연구개발결과보고서: 정보통신윤리조사연구/정보내용등급제 추진사업」, 1999. 12. 31.
- 정재황, “정기간행물의등록등에관한법률 제7조 제1항의 위헌심판결정”, 법률신문 1992. 11. 30자
- 정재황, “언어사용과 헌법 - 프랑스의 경험을 중심으로 -”, 『공법연구』 제26집 제3호, 1998. 5.
- 정재황, “방송의 다원성보장과 방송규제기관의 권한에 관한 헌법판례 - 프랑스의 경우를 중심으로 -”, 『한국헌법학의 현황과 과제』, 금량김철수교수정년기념논문집, 박영사,

- 1998.
- 정재황, 「기본권연구 I」, 길안사, 1999.
- 정재황, 「헌법재판개론」, 박영사, 2001.
- 정재황, “헌법학교육의 방법론 - 무엇을 어떻게 교육할 것인가? -”, 연세대학교 법학연구소 주최 세미나, 법학방법론 - 법과대학에서 무엇을 어떻게 가르칠 것인가?, 「법학연구」, 연세대학교 법학연구소, 제12권 제2호[통권 제15호], 2002. 6.
- 정준우, “전자상업광고물인 스팸메일의 법적 문제점과 그 해결방안”, 「상사법연구」 제19권 제2호(통권 제27호), 한국상사법학회, 2000.
- 정대호, “현행 인구주택총조사의 위헌성 -독일의 인구조사판결(BVerfGE 65, 1)의 법리분석과 우리의 관련법제에 대한 반성-”, 『법률행정논총』 제20집, 전남대학교 법률행정연구소, 2000.
- 진보네트워크센터, 「2002 정기국회 관련 정보통신정책 제안」, 2002.
- 차맹진, “프라이버시보호와 자기정보통제권”, 인하대 박사학위논문, 1991.
- 차하순, 『역사의 이해』, 탐구당, 1987.
- 총무처, 『축조해설 개인정보보호법』, 1994.
- 최갑선, “헌법 제23조 제1항 제2문에 의거한 재산권의 내용- 및 한계규정”, 『공법학의 현대적 지평』, 심천계희열박사화갑기념논문집, 1995.
- 최대권, “언론과 법”, 「서울대 법학」 제28권 2호, 1987.
- 최대권, “소위 ”폭력전화“와 관련된 발신번호 확인서비스의 적법성”, 「사법행정」 1992년 8월호, 1992.
- 최영규, “공공기관의 정보관리와 개인정보보호“, 『경남법학』 제13집, 경남대학교 법학연구소, 1998.
- 한국형사정책연구원, 「刑事法令制定資料集(1) 刑法」, 1990.
- 한국형사정책연구원, 성표현물의 음란성판단기준에 관한 연구(I), 연구보고서 01-08, 2001.
- 한상희, “국가감시와 민주주의”, 「개인정보의 국가등록·관리제도의 문제점」, 프라이버시보호네트워크 제2차 공동토론회 요지집, 2001. 8
- 한위수, “미국에 있어서의 중립보도면책특권”, 『외국사법연수논문집』 재판자료 제65집, 법원행정처, 1994.
- 허 영, 『한국헌법론』, 박영사, 2001.
- 홍기태, “명확성의 원칙에 관한 연구”, 「헌법논총」 제11집, 헌법재판소, 2000.
- 홍재현, 「인터넷 용어사전」, 2000.
- 홍정선, 「행정법원론 (상)」, 박영사, 2002.
- 홍준형, “정보공개청구권과 정보의 자유 - 독일에서의 논의를 중심으로 -”, 『헌대법의 이론과 실제』, 김철수교수화갑기념논문집, 1993.
- 황도수, “표현의 자유에 대한 사전제한”, 『법과 인간의 존엄』(청암정경식박사화갑기념논문집), 1997.
- 황상재, “사이버스페이스에서의 명예훼손에 관한 판례와 쟁점들-미국의 판례를 중심으로-”, 「정보법학」 창간호, 한국정보법학회, 1997.
- 황성기, 『언론매체규제에 관한 헌법학적 연구』, 서울대학교 박사학위논문, 1999.
- 황성기, 「아동의 인권에 관한 연구」, 서울대학교 법학석사학위논문, 1994. 2.
- 황성기, “사이버스페이스와 불온통신규제”, 「헌법학연구」 제6권 제3호, 한국헌법학회, 2000.
- 황성기, “인터넷 내용등급제와 우리나라에서의 적용가능성”, 「법과 사회」 제19호(2000년 하반기), 법과사회이론학회, 2000.

- 황성기, “청소년보호를 위한 표현물 규제시스템의 헌법적 고찰”, 「공법연구」 제29집 제3호, 한국공법학회, 2001.
- 황성기, “청소년유해매체물의 전자적 표시제도에 관한 연구”, 「법과사회」 제22호(2002년 상반기), 법과사회이론학회, 2002.
- 황승흠, “사이버공간에 대한 형법 제243조의 적용 여부-대법원 1999.2.24.선고 98도3140 판결의 평석-”, 「인권과 정의」 1999년 12월호.
- 황승흠, “사이버 포르노그래피에 관한 법적 통제에의 문제점-전기통신기본법 제48조의 2[전기통신역무이용음란죄]를 중심으로-”, 「정보와 법연구」 창간호, 국민대학교 정보와 법 연구소, 길안사, 1999.
- 황승흠, “인터넷과 기본권-이른바 ‘불온통신’의 규제를 중심으로-”, 「헌법학연구」 제5권 제2호, 한국헌법학회, 1999.
- Christopher Arterton/한백연구재단(편역), 『텔레데모크라시』, 거름, 1994.
- Nicholas Negroponte/백옥인(역), 『디지털이다』, 박영출판사, 1995.
- Pool, Ithiel de Sola/원우현(역), 『자유언론의 테크놀로지』, 전예원, 1985.
- Siebert, F. S., Peterson, T. & Schramm, W./강대인(역), 『언론의 4이론』, 나남, 1993.

-영미문헌-

- Benkler, Yochai, "Constitutional Bounds of Database Protection: The Role of Judicial Review in the Creation and Definition of Private Rights in Information", 15 *Berkeley Tech. L. J.* 535 (2000).
- Bennett, Colin J., *Regulating Privacy : Data Protection and Public Policy in Europe and the United States*, Ithaca : Cornell University Press, 1992.
- Berman, Jerry & Weitzner, Daniel J., "Abundance and User Control: Renewing the Democratic Heart of the First Amendment in the Age of Interactive Media", 104 *Yale L. J.* 1619 (1995).
- Cavazos, Edward A. & Morin, Gavino, *Cyberspace and the Law : Your Rights and Duties in the On-Line World*, Cambridge, Mass.: MIT Press, 1994.
- Clanchy, M. T., *From Memory to Written Record*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1979.
- Clapham, "Printing", in: *A History of Technology: From the enaissance to the Industrial Revolution*, C. Singer, E. Holmyard, A. Hall & T. Williams eds., 1957.
- Cavazos, Edward A. & Morin, Gavino, *Cyberspace and the Law : Your Rights and Duties in the On-Line World*, Cambridge, Mass.: MIT Press, 1994.
- Clanchy, M. T., *From Memory to Written Record*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1979.
- Commission on Child Online Protection(COPA), *Report to Congress*, 2000. 10. 20.
- Darnton, Robert, *The Literary Underground of the French Regime*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1982.
- Eisenstein, Elizabeth, *The Printing Press as an Agent for Change*, New York: Cambridge University Press, 1979.
- Electronic Privacy Information Center, *Filters & Freedom: Free Speech Perspectives*

- on *Internet Content Controls*, 1999.
- Febvre, L. & Martin, H., *The Coming of the Book*, London: NLB, 1976.
- Friedenthal, Richard, *Luther: His Life and Times*, New York: Harcourt, Brace & World, 1967.
- Fox, Ryan Christopher, "Old Law and New Technology: The Problem of Computer Code and the First Amendment", 49 *UCLA L. Rev.* 871 (February, 2002).
- Garry, Patrick M., *Scrambling for Protection: the New Media and the First Amendment*, Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1994.
- Godwin, Mike, *Cyber Rights: Defending Free Speech in the Digital Age*, Times Books, 1998.
- Hamilton, Marci A. "Art Speech", 49 *Vand. L. Rev.* 73 (1996).
- Hardy, I. Trotter, "The Proper Legal Regime for 'Cyberspace'", 55 *University of Pittsburgh Law Review* 993, 1994.
- Havelock, Eric, *Preface to Plato*, Cambridge, Mass.: Harv. Univ. P., 1963.
- Hay, "Fiat Lux", in: *Printing and the Mind of Man*, J. Carter & P. Muir eds., 1967.
- Hirsch, Rudolph, "Printing and the Spread of Humanism: The Example of Albrecht Von Eyb", in: *The Printed Word*, ed. Rudolph Hirsch, London: Variorum Reprints, 1978.
- Johnson, David R. & Post, David, "Law and Borders—The Rise of Law in Cyberspace", 48 *Stanford Law Review* 1367, 1996.
- Kalven, Harry, Jr., "The Metaphysics of the Law of Obscenity", 1960 *Sup. Ct. Rev.* 1.
- Katsh, M. Ethan, "Rights, Camera, Action: Cyberspatial Settings and the First Amendment", 104 *Yale L. J.* 1681 (1995).
- Katsh, M. Ethan, "The First Amendment and Technological Change: The New Media Have a Message", 57 *Geo. Wash. L. Rev.* 1459 (1989).
- Katsh, M. Ethan, *The Electronic Media and the Transformation of Law*, New York: Oxford Univ. P., 1989.
- Krattenmaker, Thomas G. & Powe, L. A. Jr., "Converging First Principles for Converging Communications Media", 104 *Yale L. J.* 1719 (1995).
- Kuhns, William, "The First Amendment Meets the Information Society", in: *Telecommunications: Issues and Choices for Society*, ed. Jerry Salvaggio, New York: Longman, 1983.
- Landsberg, M., *A Conversation with Chief Justice Earl Warren*, 1969.
- Lessig, Lawrence, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, 1999.
- Lessig, Lawrence, "Reading the Constitution in Cyberspace", 45 *Emory Law Journal* 869, 1996.
- Linz, Daniel & Malamuth, Neil, *Pornography*, Newbury Park, London, New Delhi/Sage Publication, Inc., 1993.
- Lively, Donald E., "Fear and the Media: A First Amendment Horror Show", 69 *Minnesota L. Rev.* 1075 (1985).
- Lockhart, William B. & Kamisar, Yale & Chopper, Jesse H. & Shiffrin, Steven H., *Constitutional Law: Cases, Comments, Questions*, 7th ed., St. Paul, Minnesota/ West Publishing Co., 1991.

- Marshall, William, "Free Speech and the "Problem" of Democracy", 89 *Nw. U. L. Rev.* 191 (1994).
- Miller, Resnick & Miller, James, "PICS: Internet Access Controls without Censorship",
Communications of the ACM, vol.39(10), 1996.
(<http://www.w3.org/PICS/iacwcv2.htm>)
- Mital, V. & Johnson, L. *Advanced Information Systems for Lawyers*, 1992.
- Milton, John, *Areopagitica; A Speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England*, 1644.
- Nahmod, Sheldon, "Artistic Expression and Aesthetic Theory: The Beautiful, the Sublime, and the First Amendment", 1987 *Wis. L. Rev.* 221 (1987).
- Pool, Ithiel de Sola, *Technologies of Freedom*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983.
- Price, Monroe E.(ed.), *The V-Chip Debate: Content Filtering from Television to the Internet*, Lawrence Erlbaum Associates, Inc., 1998.
- Rose, Lance, *NetLaw: Your Rights in the Online World*, Osborne McGraw-Hill, 1995.
- Rosenoer, Jonathan, *CyberLaw: The Law of the Internet*, Springer, 1997.
- Rotunda, Ronald D., *Modern Constitutional Law: Cases and Notes*, St. Paul, Minn.: West Group, 2000.
- Schauer, Frederick, "Social Foundations of the Law of Defamation: A Comparative Analysis", 1 *Journal of Media Law and Practice* 3, 1980.
- Shipley, Kim M., "Comment, The Politicization of Art: the National Endowment for the Arts, the First Amendment, and Senator Helms", 40 *Emory L. J.* 241 (1991).
- Siebert, F. S., *Freedom of the Press in England, 1476-1776*, Urbana: University of Illinois Press, 1952.
- Siebert, F. S. & Peterson, T & Schramm, W/ 강대인(역), 『언론의 4이론』, 나남, 1993.
- Smith, Jeffrey, *Printers and Press Freedom*, New York: Oxford University Press, 1988.
- Spence, Jonathan, *The Memory Palace of Matteo Ricci*, New York: Viking, 1984.
- Steinberg, S. H., *Five Hundred Years of Printing*, 3rd ed., Baltimore: Penguin Books, 1974.
- Strauss, G., *Law, Resistance and the State: The Opposition to Roman Law in Reformation Germany*, 1986.
- Sunstein, Cass R., "The First Amendment in Cyberspace", 104 *Yale L. J.* 1757, 1759 (1995).
- Sunstein, Cass R., *Democracy and the Problem of Free Speech*, Free Press, 1993.
- Tehan, Rita, *CRS Report for Congress: Welcome to Cyberia: An Internet Overview*, 1996. 3. 12.
- Wertheimer, John, "Mutual Film Reviewed: The Movies, Censorship, and Free Speech in Progressive America", 37 *Am. J. Legal Hist.* 158 (1993)
- Yates, Frances, *The Art of Memory*, London: Routledge and Kegan Paul, 1966.
- Zuboff, Shoshana, *In the Age of the Smart Machine*, New York: Basic Books, 1988.

-독일문헌-

- Barton, Dirk M., "Der Gegendarstellungsanspruch nach §10 Medienstaatsvertrag", *MMR* 1998.
- Baumbach, Adolf/Hefermehl, Wolfgang, *Wettbewerbsrecht*, 20.Aufl., 1998.
- Determann, Lothar, *Kommunikationsfreiheit im Internet*, 1999.
- Eichhorn, Bert, *Internet-Recht*, 2.Aufl. 2001.
- Finke, Thorsten, *Die strafrechtliche Verantwortung von Internet-Providern*, 1998.
- Hoeren, Thomas/Pichler, Rufus, "Zivilrechtliche Haftung im Online-Bereich", in: Loewenheim, Ulrich/Koch, Frank(Hrsg.), *Praxis des Online-Rechts*, 1. Aufl. 1998
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 23.Aufl. 1999.
- Mann, Roger, "Zur äußerungsrechtlichen Verantwortlichkeit für hyperlinks in Online-Angeboten", *AfP* 1988.
- Paschke, Martin, *Medienrecht*, 1993.
- Ring, Wolf-Dieter, *Medienrecht, C-0.3 §Rundfunkstaatsvertrag*, Loseblatt Stand, 1998.
- Seitz, Walter/Schmidt, Germann/Schoener, Alexander, *Der Gegendarstellungsanspruch*, 3.Aufl. 1998.
- Sieber, Ulrich, "Strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Datenverkehr im internationalen Computernetzen (1)", *JZ* 1996.

-프랑스문헌-

- Avril, P. & Gicquel, J., *Droit parlementaire*, 2^e éd., Montchrestien, Paris, 1996.
- Bertrand, A. & Piette-Coudol, Th., *Internet et le droit*, Que sais-je ?, P.U.F., Paris, 1999.
- Bouretz, P., "Pluralisme", in *Dictionnaire constitutionnel*(publié sous la dir. de Duhamel, O. et Mény, Y.), P.U.F., Paris, 1992.
- Burdeau, G., Hamon, F. & Troper, M., *Droit constitutionnel*, 26^e éd., L.G.D.J., Paris, 1999.
- Conseil d'Etat(Section du rapport et des études) *Internet et les réseaux numériques*, <http://www.internet.gouv.fr/francais/textesref/rapce98/rap3.htm#1>
- Piette-Coudol, Th. & Bertrand, A., *Internet et la loi*, coll. Dalloz service, Dalloz, Paris, 1997.
- Debbasch, Ch., *Droit de l'audiovisuel*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 1991.
- Debbasch, Ch., *Les Grands Arrêts du Droit de l'Audiovisuel*, Sirey, Paris, 1991.
- Derieux, E., *Droit de la communication*, 2^e éd., L.G.D.J., 1994.
- Éditions du Juris-Classeur, *Juris-Classeur Pénal Code*, 2., Art. 227-23 et 227-24, Éditions du Juris-Classeur, Paris, 1996. 2.

Éditions du Juris-Classeur, *Juris-Classeur Pénal Code*, 2., à jour au 1^{er} mai 2000, Art. 227-23 et 227-24, Éditions du Juris-Classeur, Paris, 2000. 8.

Favoreu L. & Philip, L., *Les Grandes Décisions du Conseil constitutionnel*, 8^e éd., Dalloz, Paris, 1995.

Féral-Schuhl, C., *Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'internet*, 3^e éd., Dalloz ; Dunod, Paris, 2002.

Gicquel, J., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 14^e éd., Montchrestien, Paris, 1995.

Israel, J.-J., *Droit des libertés fondamentales*, L.G.D.J., Paris, 1998.

Jacquinet, N., "Note", *Revue française de droit constitutionnel*, 2001 (45).

Larguier, J. & Larguier, A.-M., *Droit pénal spécial*, 11^e éd., Dalloz, Paris, 2000.

Lepage, A., "Du sens de la mesure en matière de responsabilité civile sur internet. La loi, la jurisprudence et le fournisseur d'hébergement", *Recueil Dalloz*, 2001 (4).

Lucas, A., Devèze, J. & Frayssinet, J., *Droit de l'informatique et de l'Internet*, Thémis Droit privé, P.U.F., Paris, 2001.

Morange, J., *Droits de l'homme et Libertés publiques*, 4^e éd., P.U.F., Paris, 1997.

Pansier, F.-J. & Jez, E., *La criminalité sur internet*, 7^e éd., Que sais-Je ? P.U.F., Paris, 2001.

Prétot, X., "Bloc de constitutionnalité", *Éditions du Juris-Classeur*, Administratif, Fascicule 1418, 1996.

Rassat, M.-L., *Droit pénal spécial*, Infractions des et contre les particuliers, 2^e éd., Dalloz, Paris, 1999.

Richer, L., *Les Droits d'Homme et du Citoyen*, Economica, Paris, 1982.

Robert, J.(avec la collaboration de Duffar, J.), *Droits de l'Homme et Libertés fondamentales*, 6^e éd., Montchrestien, Paris, 1996.

Schoettl, J.-E., "La nouvelle modification de la loi 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication : dernier épisode en date d'un feuillet constitutionnel," *Les petites affiches*, 31 juillet 2000 (151).

-일본문헌-

高橋和之, "인터넷과 표현의 자유", 「*저리스트*」 No.1117, 1997. 8. 1.-15.

高橋和之, "パソコン通信と名譽毀損", 「*저리스트*」 No.1120, 1997. 10. 1.

-URL-

<http://stat.nic.or.kr/network.html>
http://stat.nic.or.kr/stat_report.html
<http://terms.co.kr/>
<http://web2.kwangju.ac.kr/~jonhlee/html/글/컴퓨터강좌/인터넷.html>.

<http://www.anu.edu.au/people/Roger.Clarke/DV/PrivacyCharter.html>
<http://www.iab.org>
<http://www.icann.org>
<http://www.icc.or.kr/>
<http://www.ietf.org>
<http://www.internet.gouv.fr/francais/textesref/rapce98/rap3.htm#1>
<http://www.isoc.org>
<http://www.legalis.net/jnet>
<http://www.w3.org>

憲法裁判研究用役集 索引

區 分	論 題
憲法裁判研究 第1卷 (1989)	法律의 違憲決定과 憲法訴願의 對象
憲法裁判研究 第2卷 (1990)	憲法裁判 및 制度의 活性化에 관한 研究
憲法裁判研究 第3卷 (1991)	權限爭議審判制度에 관한 研究
憲法裁判研究 第4卷 (1992)	憲法裁判節次의 改善을 위한 立法論的 研究
憲法裁判研究 第5卷 (1993)	憲法解釋에 관한 研究
憲法裁判研究 第6卷 (1994)	基本權의 概念과 範圍에 관한 研究
憲法裁判研究 第7卷 (1995)	憲法裁判所 決定의 效力에 관한 研究
憲法裁判研究 第8卷 (1996)	委任立法의 限界에 관한 研究
憲法裁判研究 第9卷 (1997)	「補償없는 財產權制限의 限界」와 「國家機關과 地方自治團體間의 權限爭議」
憲法裁判研究 第10卷 (1999)	憲法裁判所法의 改正方向에 관한 研究用役報告書
憲法裁判研究 第11卷 (2000)	社會保險法의 憲法的 問題에 관한 研究
憲法裁判研究 第12卷 (2001)	彈劾審判制度에 관한 研究

研究者 略歷

鄭在晃

서울대학교 法科大學 卒業
서울대학교 大學院 法學科 卒業(法學碩士)
프랑스 국립 파리(Paris) 제2대학교 卒業(法學博士)
韓國公法學會 研究理事, 總務理事, 韓國憲法學會 常任理事
現 홍익대학교 법학과 교수

田正煥

漢陽대학교 法科大學 卒業
漢陽대학교 大學院 法學科 卒業(法學碩士)
독일 쾰른대학교 卒業(法學博士)
韓國放送開發院 선임연구원
韓國公法學會 理事, 韓國憲法學會 理事
現 원광대학교 법과대학 법학과 교수

李仁皓

中央대학교 法科大學 卒業
中央대학교 大學院 法學科 卒業(法學碩士, 法學博士)
憲法裁判所 憲法研究員·憲法研究官補
韓國公法學會 理事, 韓國憲法學會 理事
現 중앙대학교 법과대학 교수

林智奉

서울대학교 法科大學 私法學科 卒業
서울대학교 大學院 法學科에서 法學碩士學位 取得 및 法學博士課程 修了
U.C. Berkeley 로스쿨에서 LLM(法學碩士) 및 JSD(法學博士)學位 取得
韓國公法學會 研究委員, 韓國憲法學會 理事
現 건국대학교 법과대학 교수

黃性基

서울대학교 法科大學 卒業
서울대학교 大學院 法學科 卒業(法學碩士, 法學博士)
憲法裁判所 憲法研究員
韓國公法學會 研究委員, 韓國憲法學會 理事
現 한림대학교 법학부 교수