

법학박사학위논문

포르노그래피에 관한 규범적 담론 연구

2000년 8월

서울대학교 대학원

법학과 법사회학전공

오 정 진

포르노그래피에 관한 규범적 담론 연구

지도교수 최 대 권

이 논문을 법학박사 학위논문으로 제출함

2000 년 4 월

서울대학교 대학원

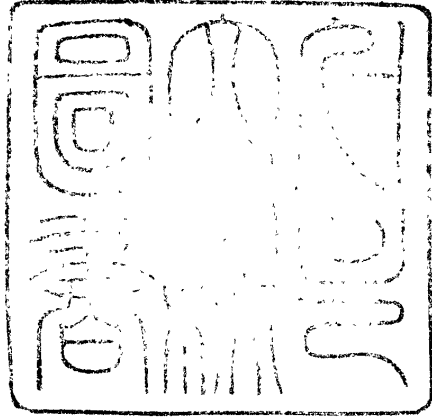
법학과 법사회학 전공

오 정 진

오정진의 박사 학위논문을 인준함

2000 년 6 월

위원장	안 류煥	인
부위원장	한 인섭	인
위원	박 영신	인
위원	황 상熙	인
위원	崔 大權	인



서울대학교 중앙도서관



동양서 101 0963069

국 문 초 록

오늘날, 성 표현물은 인간의 삶에 한층 가까이 다가와 있다. 그러나 그에 대한 이해와 취급은 여전히 난제로 남겨져 있으며 특히 노골적인 성 표현물, 즉 포르노그래피(pornography)가 갖는 규범적 의미와 그 처리를 둘러싸고는 다양한 주장들이 첨예하게 대립되어 있다.

포르노그래피는 근대 이후 도덕적 파탄으로 간주되어 '음란물'이라는 이름하에 법적 통제를 받았거니와, 그러한 보수주의적 담론은 표현의 자유를 기본권으로 제도화하고 있는 현대에도 상당한 영향력을 발휘하고 있다. 이에 대해 자유주의자들은 타인에게 해악을 끼치지 않는 한 포르노그래피의 표현의 자유도 보장되어야 한다고 주장한다. 한편 포르노그래피를 남성의 여성지배의 상징으로 파악하는 페미니스트들은 종래의 음란물 규제담론은 실은 남성중심적 도덕의 강요이며, 해악원리 역시 포르노그래피의 여성에 대한 해악은 외면하는 것이라고 비판한다. 일단의 페미니스트들이 여성의 종속을 그린 것을 포르노그래피로 정의하고 여성의 권리 침해를 이유로 반포르노법 운동을 펼친 것은 바로 이러한 이유에서였다.

그런데 포르노그래피에 관한 이상의 담론들은 지나치게 코드화된 나머지, 결과적으로 사회구성원의 다양성과 상호관계성에 조응하지 못하고 있다. 먼저, 음란물 규제담론은 다분히 모호하고 추상적인 사회도덕성의 보호라는 구호아래 개인의 성 표현을 억압하고 있으며, 표현의 자유담론 역시 배타적인 권리로서 표현의 자유를 설정함으로써 개인과 사회의 상호의존성을 간과하고 있다. 그런가 하면, 청소년보호담론은 지나치게 온정주의에 경도되어 있으며, 반포르노 페미니즘담론 역시 포르노그래피의 여성 전체에 대한 해악을 전제하고 있다는 점에서 마찬가지로 한계를 지닌다.

따라서 본 논문에서는 비도덕성의 혐의와 정상과 이탈, 외설과 예술에 대한 이분법적 구분을 벗겨내고 포르노그래피를 하나의 재현물로 인정하여 그에 대한 자율적 선택과 회피의 가능성을 보장할 것을 주장하였다. 아울러 표현의 자유는 그 자체로 타인에 대한 배려를 요구하는 것이므로 포르노그래피에 대한 비판적 담론을 형성하고 그를 발전시켜 나가는 것이 궁극적인 해답임을 제시했다.

주요어: 포르노그래피, 음란물, 표현의 자유, 페미니즘, 반포르노법운동, 재현물

학 번: 96275-813

<목 차>

제 I 부 문제의 제기	1
제 1장 서론	1
1. 연구의 배경	1
2. 문제의 제기	2
3. 연구의 목적과 방법	6
4. 연구대상의 정의	8
제 2장 한국의 성 표현물 규제	12
1. 한국의 성 표현물 규제 범규	12
2. 한국의 음란물 판단	22
3. 한국의 성 표현물 규제의 문제점	38
제 II부 포르노그래피에 관한 주요 담론	45
제 3장 음란물 규제 담론	45
1. 음란물규제의 기초로서의 보수적 도덕주의	45
2. 현대 서구의 음란·저속물 통제	52
3. 미국의 음란물판단	55
4. 음란물판단에 의한 포르노그래피규제 담론의 문제점	68
제 4장 표현의 자유 담론	75
1. 자유주의와 표현의 자유의 보장	75
2. 포르노그래피와 표현의 자유	81
3. 자유주의자의 포르노그래피 규제론과 그 근거	95
4. 포르노그래피의 해악성 문제	109

제 5장 청소년 보호 담론	121
1. 청소년 보호담론의 내용	121
2. 청소년보호를 위한 몇몇 외국의 성 표현물 규제	124
3. 한국의 청소년보호를 위한 포르노그래피 규제	133
4. 청소년 보호담론의 문제점	141
제 6장 반포르노 페미니즘 담론	145
1. 페미니즘과 포르노그래피	145
2. 기존의 포르노그래피담론에 대한 페미니스트의 비판	150
3. 페미니스트의 포르노그래피 규제론의 근거	160
4. 페미니스트의 반포르노법 운동	165
5. 반포르노 페미니스트 담론의 의의와 한계	180
제 III부 재해석과 전망	191
제 7장 담론의 재해석	191
1. 기존담론들의 공통적인 한계 비판	191
2. 포르노그래피 관련담론의 재해석	195
3. 담론의 재구성을 위한 제언	205
제 8장 제언과 전망	211
1. 성 표현물 관련 정책의 발전을 위한 제언	211
2. 전망	215
3. 그 밖의 과제	217
< 참고문헌 >	220
< ABSTRACT >	230

제 I 부 문제의 제기

제 1장 서론

1. 연구의 배경

현대를 사는 우리는 수많은 성적 표현물에 둘러싸여 있다. 인간의性に 대한 호기심과 그 표현은 비단 현대사회의 일만은 아니지만 오늘날은 대중매체의 발달과 자본주의의 진전으로 인해 그 양상이 달라지게 되었다. 소수의 한정된 사람들만의 향유물이었던 것이 누구나 쉽게 접할 수 있는 것으로 됨으로써 그 효과는 광범위한 것이 되었고, 자연스런 성적 본능의 탐색에 덧붙여 상업적인 부추김도 오늘날의 성 표현물의 생산과 유포에 작용하게 되어 성 표현물은 이제 개인적인 표출과 교환의 차원을 넘어 서고 있다.

한국의 경우 정치적·사회적 자유화의 진전이 비교적 근래에야 이루어지고 있고 성에 대한 관심이 본격화된 것도 10여년에 불과하지만, 오늘날의 우리사회의 성 표현물의 분포정도도 결코 만만치 않다. 지하철에서 흔히 보는 스포츠신문에는 종종 젊은 여성의 반라의 모습이 실려 있고, 화려한 극장간판과 영화포스터, 성애적 내용을 담은 유혹적인 연극포스터가 도심의 거리에 널려 있으며 일반적인 광고도 흔히 성을 이용하고 있다.¹⁾ 아울러 공영TV의 성표현 수위도 높아지고 있으며 케이블TV의 보급으로 좀더 강도높은 성 표현물²⁾을 안방에서 접하는 것도 그다지 어렵지 않은 일이 되었다.

1) 이러한 성폭발은 무엇 때문일까? 그에 대한 탐구는 본 논문의 범주를 벗어나는 것이므로 자세한 언급은 생략하겠지만, 허무주의나 자본주의의 성상품화 음모, 경박한 풍토 등이 그 이유로서 제시되고 있는 한편으로, 억압되어 왔지만 늘 도사리고 있던 성이 어떤 포르노그래피보다도 외설스러워진 현실을 배경으로 그 모습을 드러냈을 뿐이라는 견해(문재철, “에로비디오들의 흥내내기”, 『샘이깊은물』 1999년 3월호, 168-169면)가 제기되고 있음은 주목할 만하다.

2) 장면삭제와 화면흐리기 등을 통하여 포르노그래피로서의 특색은 많이 감해진 에로영화가 주로 그 대상으로서, 99년 10월 영화전문채널인 ‘캐치원’에서는 <산딸기>, <엠마누엘>, <텐>, <연인>, <옥보단> 등을 특집으로 꾸며 상영했다. 73년작인 <엠마누엘>은 프랑스에서 상영금지처분을 받은 바 있으나 당시 대통령인朴正熙가 성표현의 자유를 지지하는 선언을 발표하고 모든 포르노그래피를 해금하는 조치를 발표하면서 1974년에 상영됐다. 우리나라에서는 80년대에 음성적으로 유통되기 시작하다가 1994년에 정식으로 수입되었다(<케이블TV가이드>112호, 1999년 10월 16일자, 11면).

특히 근래에는 PC통신과 인터넷 등이 포르노그래피의 최대의 유통망이 됨에 따라 성인뿐만 아니라 많은 청소년들도 포르노그래피에 쉽게 접근하고 있다.³⁾ 더욱이, 공식적으로는 광범위하게 성 표현물을 통제하는 법규를 갖추고 있음에도 불구하고 불법적인 성 표현물들마저 음성적인 방식으로 상당 부분 유통되고 있는 실정이다.⁴⁾

2. 문제의 제기

사정이 이렇다 보니, 성 표현물의 양적 증대와 질적 심화라는 현상을 어떻게 이해하고 다뤄야 할 것인지에 대한 논의도 잇따르고 있다. 특히 1990년대 이후에는 몇몇 성 표현물의 음란물 판단 여부를 둘러싸고 찬반론이 첨예하게 대립하고 개인의 성 표현의 수위가 상승하는 등, 한국사회에서도 노골적 성 표현물, 즉 포르노그래피는 중요한

3) 서울지역의 중·고등학교 남학생 1902명을 대상으로 한 1993년의 조사에 따르면 포르노그래피비디오는 63.6%가, 포르노그래피잡지에는 57.2%가, 성인용만화에는 76.7%가 접촉한 것으로 나타났다(한국형사정책연구원, 『음란물과 청소년비행과의 관계에 관한 연구』, 1994, 66면) 또 간행물윤리위원회의 최근 연구에 의하면 중·고등학생 중 음란물에 접촉해 본 학생은 72.8%였고 음란전자출판물을 접촉한 학생은 35.9%였는데 고등학교 남학생의 대부분(95.8%)이 음란물에 접촉해 본 적이 있으며 그 중 32%는 주 1-2회 이상 상습적으로 음란물에 접촉하는 것으로 나타났다(『간행물윤리』 1997.4월호의 조사 연구 보고를 참조). 그런가 하면 717명의 남녀중·고등학생을 대상으로 한국간행물윤리위원회가 실시한 설문조사에서는 중·고등학생 중 음란물을 한 번 이상 접해 본 경험이 있는 학생은 전체의 77.8%. 남학생의 접촉상황이 여학생의 경우보다 많았는데, 특히 음란물 중 한 가지 이상을 1주일에 한두 번 이상 보는 사람이 중학교남학생 15.8%, 중학교 여학생 14.1%, 인문계남학생 34.4%, 실업계남학생 27.4%, 인문계여학생 7.4%, 실업계여학생 6.9%로 나타났다. 다만 이때의 ‘음란물’은 성인용만화, 포르노그래피만화, 성인용 주간월간지, 포르노그래피잡지, 컴퓨터 성인용 주간월간지, 컴퓨터 포르노그래피잡지, 음란소설, 디스크음란소설, 컴퓨터 음란소설, 종이로 인쇄한 음란화보, 디스크 음란화보, 컴퓨터 음란화보 등으로 제시되었다. 한국간행물윤리위원회, 『청소년 유해전자출판물 접촉실태 및 개선방안 연구』, 1996.12.

4) 이는 오랜 독재정권시절을 거치면서 다른 사회적 문제가 자연스럽게 제시되지 못하고 성의 왜곡이라는 방식으로 터져나온 데에도 원인이 있겠지만 강력한 국가주도의 규제 일변도 정책 자체에서 비롯되는 문제라고도 하겠다. 즉 자본주의의 진전으로 성 표현물의 상품화가 가속화되고 한편으론 개인의 성적 의식과 욕구도 성장했지만 적어도 공식적으로는 노골적 성 표현이 금지되다 보니 제도적인 방식으로는 구해볼 수 없는 것들이 암시장을 통해 유통되는 역현상이 생겨나고 만 것이다.

사회문제로서 담론의 중심부에 떠오르기 시작했다⁵⁾ 할 만하다.

또한 그 내용을 보면, 서구에서와 마찬가지로 도덕성침해를 이유로 한 규제론과 표현의 자유를 옹호하는 자유주의담론, 청소년보호론, 페미니스트담론 등 다양한 지점의 담론들이 각각 전개되고 있음을 알 수 있다. 즉 노골적인 성 표현물은 개인의 건강과 사회의 도덕성을 해치는 음란물로서 마땅히 법으로 금지되어야 한다는 견해⁶⁾가 우리 사회에서는 여전히 공식적인 담론의 중심축을 형성하고 있지만, 성은 개인의 사적인 문제이거나 자연스러운 본능의 일부이므로 그 표현의 자유는 존중되어야 한다는 반론도 만만치 않다. 그런가 하면, 한편으론 성 표현물의 여성비하성을 지적하는 페미니스트들의 문제제기도 행해지고 있으며, 아울러, 성 표현물로부터의 청소년보호의 필요성은 날이 갈수록 강도높게 역설되고 있다.

그러나 우리 사회의 포르노담론은 그 규범적 의미를 천착한, 체계적인 것이라기보다는 아직은 다분히 감정적인 수준에 머무르고 있는 형편이다. 누드모델이 사회적으로 유명세를 타고 신드롬현상마저 일으키는가 하면,⁷⁾ 사적인 성생활이 불법적으로 노출

-
- 5) 예컨대 97년 대통령 선거 후보자들을 대상으로 한 인터뷰에서도 포르노그라피에 대해 어떻게 생각하느냐는 질문이 등장하였다. <한겨레신문> 97년 11월 28일자. 기사에 따르면, 각 후보는 “우리사회의 가치기준에 어긋나는 것으로 신중한 접근을 요한다”(이회창), “유교적 전통을 고려할 때 하드코어포르노그라피가 음란문화로 간주되는 것은 불가피하다”(김대중), “영화업자들이 상업적인 이유로 제작하는 현실에서 포르노그라피를 저항으로 포장하는 것은 지나친 격상이다”(권영길), “시대에 따라 사회적 의미가 달라지기 때문에 일률적인 기준으로 재단할 수는 없다”(이인제)고 답했다.
- 6) 음란물규제는 법학계는 물론 일반적으로도 당연한 것으로 받아들여지고 있었거니와, 근래에는 비단 사법적인 장치에 의한 것뿐만 아니라 평상시의 활동을 통해서 성 표현물을 정화하고자 하는 시민단체들의 노력도 경주되고 있다. 예컨대 음대협(음란폭력성조장매체대책시민협의회)은 사회의 도덕성 회복이라는 확고한 신념아래 스포츠신문 감시운동을 중심으로 인쇄매체 광고물의 음란성 항의운동, 일부 일간신문의 연재소설 음란성에 대한 항의운동, 청소년유해환경감시운동 등의 활동을 해 왔다. 그 결과 91년 스포츠신문의 음란·폭력성의 주범이 되고 있던 가판문화부록을 없애게 했고, 94년에는 3차례에 걸쳐 선정적인 광고주를 게재한 광고주로 하여금 광고중단 및 사과문 게재를 얻어내기도 했으며 97년에는 스포츠 3사를 검찰에 고발하여 편집국장과 연재소설 작가가 기소되기도 했다. 또 펜트하우스 한국판 저지, 플레이보이 영상채널 도입 저지, 백화점내의 섹스숍 추방, 스포츠신문과 주간신문지, 생활정보지의 불건전 전화광고 광고 중지 등의 성과도 거두었다. 자세한 것은 한국간행물윤리위원회, 『청소년 유해간행물 시민감시활동 실태 및 활성화 방안』, 1998, 106면 참조.
- 7) 1996년 미국에서 누드모델로 활동하고 있는 한국여성 이승희씨가 국내에 내한하면서 선풍적인 인기를 끌었던 것을 지칭한다.

되었건만 동의없는 사생활침해가 아니라 그 성생활 자체가 문제시되고,⁸⁾ 한 여성텔런트의 성 경험을 담은 고백서가 사회적으로 파장을 일으키는⁹⁾ 등은 포르노담론의 그러한 취약성을 잘 드러내는 지점이라고 할 것이다. 또한 몇몇 페미니스트들에 의해 종래의 보수-자유주의 이분법적 논쟁의 편협성과 남성중심성이 지적되고는 있지만 '음란'이라는 개념에 대한 여성의 입장에서 문제제기가 없는 탓에 그러한 지적은 다만 규제의 근거를 보충하는¹⁰⁾ 것으로만 읽혀지고 있는 것 역시 우리 사회의 담론공간의 편향성을 보여준다고 할 것이다.

이는 앞서 성 해방론과 성 표현물의 증가현상을 겪은 몇몇 서구 국가에서 표현의 자유나 개인의 자율성, 사회공동체의 가치 등에 대해 다양한 입장과 근거를 갖고 논의해 오고 있는 것과 대조되는 부분이다. 즉 서구의 경우에는 개인의 자유와 공동체의 의의, 도덕과 법의 의미와 역할, 자유와 평등의 관계 등 포르노그래피로 인해 제기되는 규범적 주제들에 대해서 보수주의자와 자유주의자들이 꾸준히 토론을 벌여 왔으며, 근래에는 타자와의 관련성을 지적하고 공동체 전체의 복리를 고려할 것을 주장하는 공동체주의(communitarianism)까지 가세하여 담론을 정교화하고 있고, 나아가 반포르노페미니스트들은 여성의 시각에서 포르노를 정의하고 반포르노법운동을 펼치는 등 담론의 양상을 가히 혁명적으로 전환시키고 있는 것이다.

위와 같은 차이는 무엇보다, 서구의 경우 근대이후의 음란물통제가 현대사회에서 그 정당성이 의심되면서 사회 전체적으로 오랜 시간 논의가 이어져 온 데 비해, 우리의 경우는 성적 자유나 성 해방적 사상이나 양식이 제대로 자리잡을 겨를 없이 포르노그래피 규제는 음란물규제라는 이름하에 논란의 여지 없는 당연한 임무로 받아들여졌기

8) 가장 유명한 것은 1999년의 일명 '오양비디오사건'일 것이다. 유명연예인인 여성의 사적인 성생활을 담은 비디오가 유출된 사건으로서, 전자매체를 타고 급속도로 유통되는 등 우리사회의 관음증이 극심하게 드러났다. 그 내용을 두고도 상당히 시끄러웠는데, 사생활노출보다는 미혼의 여자연예인이 그러한 행위를 했다는 것 자체가 문제시되는 분위기였다.

9) 일명 서갑숙사건으로서, 그녀가 1999년 낸 자전적 책, 『나도 때로는 포르노그래피의 주인공이고 싶다』의 솔직하고 상세한 성행위 묘사가 문제가 되어 또 한때 사회적 물의를 빚은 바 있다. 검찰은 그에 대해 음란성이 없다고 판단하였지만 당사자인 서갑숙씨는 방송출연이 금지되었다.

10) 심영희("포르노그래피의 법적 규제와 페미니즘", 『한국여성학』,1994)는 포르노그래피가 여성종속과 비하에서 비롯된 것이므로 성차별의 관점에서 규제해야 한다고 주장하고 있으며 윤자영("포르노그래피재현물에 대한 여성의 경험에 관한 연구", 이화여대 석사학위논문, 1998)도 남성중심적인 성문화를 반영하고 있는 포르노그래피에 대해 여성들이 혐오감과 반감을 가지는 것은 당연한 것이므로 이에 대한 반대는 잘못된 성에 대한 저항이라고 지적한다.

때문으로 보인다.

물론, 그렇다고 하여 서구의 주요한 포르노 관련 담론들에 문제점이 없는 것은 아니다. 무엇보다 먼저 지적할 수 있는 것은, 동 담론들이 끊임없이 변화하는 현실에 부합하지 않게 되었다는 점이다. 즉 여전히 영향력을 발휘하고 있는 보수주의적 담론은 사회도덕성의 보호라는 막연한 구호 아래 개인의 자율성을 억압하고 있어 현대사회의 다양성에 부합하지 않으며, 그런가 하면 그에 대항하는 자유주의담론의 경우는 지극히 개인적인 차원에서의 성 표현과 향유의 자유만을 중시한 결과 타인과의 공존이라는 사회의 기본적인 성격을 도외시한 측면이 없지 않다. 또한 보호 위주의 청소년담론도 청소년의 무성한 요구와 불협화음을 일으키고 있으며, 반포르노페미니즘 담론 역시 페미니즘 내부에서조차 비판을 받고 있는 형편이다.

또한, 각각의 담론들이 경직적으로 코드화된 나머지, 담론을 지탱하기 위해 채택된, 실은 허구에 가까운 주장이 확고부동한 명제처럼 보인다는 점도 경계해야 할 대목이다. 예컨대 보수주의자들이 음란물규제의 근거로 내세우는 사회도덕성의 침해는 다분히 추정에 불과한 것이며, 표현의 자유에 부여되는 비중 역시 입장에 따라 그 정도가 상당히 달라지는 것으로서, 결코 확고한 것이라고 할 수는 없다. 한편 포르노그래피가 여성에 미치는 영향을 새롭게 부각하고 여성의 권리보호를 위해 포르노그래피규제를 역설하고 있는 페미니스트담론은 기존 담론들에 의해 포장된 주요한 개념들의 허구를 밝혀내고 있다는 점에서 전자의 담론들에 비해 규범적 코드의 경직도는 덜하지만, 모든 포르노그래피를 반여성적으로 읽은 결과 포르노그래피에 대한 규제를 검증은 거치지 않은 채 여성 일반의 이름으로 제시되고 있다는 점에서 마찬가지로 담론내부적인 한계를 지니고 있다고 할 수 있다. 또한 근래 사회적 관심의 주된 주제로 부각되면서 하나의 담론을 형성하고 있는 청소년보호를 위한 포르노그래피규제담론 역시 청소년보호라는 구호에 집착한 나머지 온정주의에 경도되어 있음을 부인할 수 없다.

따라서 그 얽혀있는 코드들을 해체해 본다면 지금 전개되고 있는 각각의 담론과정은 다르게 읽힐 수도 있을 것이다. 나아가, 현재는 자유주의자들은 음란물규제를 조롱하고 보수주의자들은 그에 대항해 기존의 입장을 되풀이하며, 페미니스트들은 보수주의의 음란물규제론과 자유주의의 표현의 자유의 옹호 모두를 남성중심적인 것으로 치부하는 등 각각의 담론들은 포르노그래피문제에 있어서 서로 양립할 수 없는 것으로 흔히 보이지만 이와 같은 대립구도 역시 담론의 해체를 통하여 재구성될 수 있을 것으로 보인다. 아울러 그를 통하여 종래의 강력한 담론들에 얽매이지 않고 각각의 사회에서 성찰과 논의를 바탕으로 해서 성 표현과 그 결과물에 대한 나름대로의 기준을 정립해 나갈 수 있다면 그야말로 더할 나위 없이 바람직한 일일 것이다.

3. 연구의 목적과 방법

위와 같은 문제인식과 전망하에, 본 논문에서는 성 표현물, 특히 포르노그래피라는 장르적 명칭으로 통칭되는 노골적인 성 표현물에 대해 저마다 다른 규범적 평가를 내리고 그에 따라 상이한 취급을 주장하는 주요한 담론들의 근거와 그 내용들을 분석하여 그 담론들을 해체하고 건설적인 논의를 위한 재구성을 시도하고자 한다.

사회도덕성 수호를 이유로 ‘음란물’이라는 이름하에 포르노그래피의 규제를 주장하는 음란물 규제담론과, 개인에게 포르노그래피를 비롯한 성 표현물의 향유의 자유를 보장하고자 하는 표현의 자유 담론, 그리고 앞의 두 담론의 남성중심성을 공박하며 여성의 권리보장에 기한 포르노그래피규제를 역설하는 페미니즘담론을 본격적인 분석의 대상으로 삼고자 한다.

이상의 담론들을 주된 텍스트로 삼는 것은, 그것들이 포르노그래피를 비롯한 성 표현물의 개인과 사회에 대한 의미, 국가와 법의 역할, 인간의 성과 그 표현에 대한 통제문제, 권리를 향유하는 주체로서의 개인간의 관계 또는 개인과 국가간의 관계에 대한 나름대로의 규범적 통찰을 바탕으로 하여 구성·전개되고 있는 가장 대표적인 것들이기 때문이다.

아울러, 근래 가장 많이 논의되고 있는 포르노그래피로부터의 청소년 보호담론도 살펴보고자 한다. 동 담론은 성과 그 표현물의 규범적 의미와 그에 대한 규범적 개입의 정당성과 방식 등에 대해 한편으로는 보수주의적 담론에, 또 다른 한편으로는 자유주의적 담론에 의존하고 있으므로 담론의 규범적 독자성은 옳다고 할 수 있지만, 그 양자의 담론이 청소년보호라는 현대적 과제의 수행을 위해 적용됨으로써 그 각각의 담론의 본질과 취약점을 분명히 드러낼 수 있을 것이기 때문이다.

포르노그래피에 관해서는 그 밖에도, 성과학자들은 그 심리적·행태적 영향에 관한 연구를 꾸준히 수행하고 있고, 공동체주의자들은 표현의 자유에 관한 종래의 자유주의적 해석을 비판하며 목소리를 높이고 있다. 그러나 전자의 경우는 담론의 규범성이 미약하고, 후자의 경우는 규범적 논의의 한 축을 담당하고 있기는 하지만 성에 대한 규범적 개입의 의미는 생략되고 있다는 점에서 주요한 분석대상에서는 제외한다.

연구는 우선, 포르노그래피를 포함한 성 표현물에 대한 우리사회의 개입구조를 검토함으로써 시작한다. 포르노그래피라는 장르성이 무시된 채 ‘음란물’이라는 규범적 판단이 전제되어 있는 많은 통제법규들과 판례를 분석함으로써 한국의 공식적 담론은 다분히 보수주의적 색채를 드러내고 있음을 보일 것이다.

그와 같은 상황판단하에, 제 2부에서는 포르노그래피에 관한 주요 담론들을 분석함

으로써 이제 막 자라나는 한국의 규범적 논의에 자원을 제공해 보고자 한다. 이를 위해 각각의 담론들이 당대의 사회적 상황과 담론적 권력에 의해 구성되는 방식과 그 내용을 보인다. 특히 그것들은 법규와 판례를 통해 체현된 경우도 적지 않은바, 공식적인 규범에 담긴 담론적 특성을 검토하고, 또한 반대로 각 담론에서 일정한 해석을 통하여 이미 실정화된 규범을 끌어들이어 담론의 정당성을 보강하고 그 지속을 꾀하는 모습도 살펴보고자 한다. 섹슈얼리티와 포르노그라피에 대한 이해와 그에 대한 총체적인 태도는 담론에 의해 형성되고 다시 그 담론에 의해 강화됨을 이를 통해 목도할 수 있을 것이다.

그러한 분석을 바탕으로 해서 제 3부에서는, 궁극적으로는 현재 포르노그라피에 관해 전개되고 있는 담론들이 작금의 인간의 성과 그 표현의 다양성을 제대로 이해하지 못하고 있으며 따라서 취급방식에 있어서도 획일적인 잣대를 들이대는 한계를 보이고 있음을 지적하고, 담론이 대립적으로 전개되는 주요한 지점들에 대한 재해석을 시도함으로써 기존의 담론으로부터 해방을 도모하고자 한다. 평등과 자유, 권리와 의무에 대한 시각을 분석하고 대안적인 방향점을 발견해 보되, 궁극적으로는 섹슈얼리티에 대한 긍정적이고 발전적인 해석과 도덕적 다원주의, 권리에 대한 상호의존적인 이해라는 새로운 인식토대에 기반하여, 개인의 표현의 자유와 타인의 권리보장이 공존할 수 있음을 보여 주고자 한다. 끝으로, 포르노그라피에 관한 규범적 담론의 성장을 전망하며 몇 가지 제언을 덧붙인다.

우리사회의 문제를 정확하게 파악하고 해결하는 데 도움을 주는 것이 논문의 궁극적인 목적인 만큼 연구의 대상도 한국사회의 담론에 중점을 두는 것이 타당할 것이다. 그러나 포르노그라피에 관한 현재의 한국의 담론은 그 급속한 팽창에도 불구하고 본 논문의 연구대상인 규범적 논의는 그 성장이 미약하거나 불균형적으로 파악된다. 즉 1990년대 이후 성에 대한 관심의 표출이 확대되었지만 제도적인 벽을 의식한 결과 다분히 황색 저널리즘적인 취향을 드러내거나 여전히 성에 대해 지나치게 민감하게 반응하는 것이 그것이다. 특히 마광수의 소설 『즐거운 사라』나 장정일의 소설 『내게 거짓말을 해 봐』 등이 음란성 여부로 법적 다툼이 펼쳐짐에 따라 성 표현물의 규제에 대한 찬반론이 무성해지기도 했지만 예술이나 외설이나의 이분법적 공방이나 표현의 자유에 대한 권력의 억압이 주로 성토되었을 뿐 우리 헌법상에도 엄연히 명시되어 있는 표현의 자유의 구체적인 의미는 무엇인지 성 표현의 자유와 대립된다는 흔히 말하는 사회도덕성의 내용이 무엇인지, 개인의 권리와 사회의 가치 혹은 타인의 권리가 어떠한 관계에 놓여야 할 것인지에 관한 담론은 상대적으로 미미했다고 볼 수 있다.

따라서 본 논문에서는 포르노그라피에 관한 주요한 규범적 담론이 배태되고 활발히 전개되고 있는 서구, 특히 미국에서의 논의에 상당 부분 기대하고자 한다. 미국은 오늘

날 한국사회는 물론, 전세계적으로 가장 대중적인 포르노그래피의 유통수단이 되고 있는 전자매체의 주된 근거지로서, 앞에서 주된 분석대상으로 채택한 네 가지 담론 모두가 체계적이고 심도있게 진전되고 있기 때문이다. 또한 이로써 미국을 중심으로 하여 확산되어 포르노그래피의 담론의 지평 전체를 변화시키고 있는 반포르노법 운동을 주도한 페미니스트적 담론의 내용과 의미를 검토함으로써 아직 우리사회에서 시도 되고 있지 않은 포르노그래피 비판 담론의 가능성을 진단해 볼 수 있을 것이다.

4. 연구대상의 정의

(1) 포르노그래피

앞서 포르노그래피에 관한 담론들을 보면, 그간의 차이는 궁극적으로는 인간의 섹슈얼리티(sexuality)¹¹⁾에 대한 이해와 인식의 차이에서부터 비롯됨을 알 수 있다. 즉 인간의 성을 파괴적이고 믿지 못할 것이며 따라서 은폐되어야 하는 것으로 보는 것에서부터 성적 노골성을 오히려 바람직하고 권장할 만한 것으로 여기는 입장에 이르는 다양한 스펙트럼의 어디에 위치하고 있느냐에 따라 포르노그래피에 대한 정의 자체에서부터 그에 대한 평가, 취급방식에 이르기까지 담론의 전체 과정에서 입장을 달리하게 되는 것이다.

예컨대 흔히 포르노그래피는 중립적인 명칭이 아니라 오욕적인 용어로 받아들여지지만¹²⁾ 어떤 확고한 법적 정의도 없기 때문에 도대체 무엇을 포르노그래피로 부를 수 있는지 여전히 모호한 경우가 많아서, 결과적으로는 어떤 시각에서 성 표현물을 이해 하느냐에 따라 포르노그래피에 대한 정의 자체도 달라지게 된다. 구체적으로, 성과 그 표현에 대해 부정적으로 생각하는 보수주의적 담론에서는 포르노그래피는 사회도덕성을 침해하는 음란물과 대동소이한 것으로서 정의 자체에서부터 비도덕성과 연결되지만, 자유주의적 원칙을 존중할 때는 성 표현의 노골성에 중점을 두어 좀더 객관적으로 그 범주를 확정할 수도 있으며,¹³⁾ 일단의 페미니스트들처럼 여성의 성적 종속을

11) 근대이후 등장한 섹슈얼리티(sexuality)라는 말은 성에 대한 욕구와 그 해소를 위한 활동 전반, 나아가 성에 대한 인식, 성역할 등 성에 관련된 일체의 것을 가리킨다.

12) Coetzee, J. M.(1996), *Giving Offense*, Univ. Chicago Press. p.20.

13) 영국의 윌리엄스위원회는 포르노그래피는 보다 객관적인 표현이라고 하며 재현물로 불리는 책, 노래, 그림, 사진, 영화 등에서 보는 사람들을 성적으로 야기시키고자 하는 의도 내지 기능을 갖고 있는, 그리고 성적 물질(기관, 자세, 행동 등)을 명시적으로 재현하는 것을 포르노그래피로 정의하고 있다. 여기서 explicitness는 가장 중요한 표지로 간

그런 것을 포르노그래피로 정의하기도 한다.

그러나 각각의 담론의 근거와 전개과정에 대한 고찰을 목적으로 삼는 본 논문에서는 그러한 담론적 전제와 가치판단이 씌워지기 이전의, 노골적 성 표현물이라는 하나의 장르로서 포르노그래피를 이해하고자 한다.

그와 같이 장르로서 이해했을 때 현대의 포르노그래피는 통상, 언어적으로든 그림으로든, 그것을 보거나 읽는 사람을 흥분시키거나 자극하기 위해 성적으로 묘사한 재현물¹⁴⁾, 성적 흥분을 목적으로 한 것으로서 노골적이고 명백한 성행위가 묘사되고 통상적으로 성기가 드러나는 표현물¹⁵⁾ 등으로 정의된다.

즉 당해 성 표현물의 내용이 폭력적이거나 인간의 가치가 저하되는 것으로 보이는가 또는 여성비하적인가, 역겹거나 수치스럽거나 그 묘사가 음탕한가 또는 성적인 자극을 주려는 의도가 있느냐의 여부가 아니라, 오로지 성행위 또는 그와 관련된 것만을 명시적으로 묘사하는가 하는 점이 포르노그래피의 중요한 개념요소가 되는 것이다.

그리고 그와 같이 성적 노골성을 중요한 지표로 삼는다면, 성 표현물 중에서 성행위를 은유적 표현 없이 재현한 것, 성기가 직접적으로 노출되는 것, 폭력적인 성행동을 그린 것은 하드코어포르노그래피로, 그 외의 것은 소프트코어로 분류할 수 있을 것이다.

한편 그러한 시각적인 메시지를 담아내는 매체는 다양할 수 있으나 본 논문에서는 글, 그림, 필름, 컴퓨터물¹⁶⁾, 방송물 등 유체화된 재현물에 한정하여 고찰하고자 한다.

주되어, 의도나 실제적인 성적 흥분은 전제되는 것으로 이해되었다. 달리 말해 이러한 정의는 얼마나 많이 보여지느냐에 따라 포르노그래피를 정의한 것으로 보인다. Williams, B(1979), Committee on Obscenity and Film Censorship. London: HMSO, Cmnd 7772, p.103. 이러한 개념정의는 Wolfenden 전략(1967년의 동성애와 매춘에 관한 보고서. 성적인 문제에서 성인이 사적으로 하는 행동은 형법의 대상이 되어서는 안되나 '공적인' 전시는 형사적 제재를 받아야 한다고 언급했다)과 그 맥을 같이 하는, 다분히 전통적인 자유주의의 틀안에 있는 것이라는 평가로는, Smart, C.(1989), *Feminism and the Power of Law*, Routledge, p.118.

14) Posner, Richard(1992), *Sex and Reason*, Harvard Univ. Press, p.359.

15) 김혜순(1999), “가까워진 포르노그래피-그 사회적 의미와 영향”, 한국성폭력상담소 주최 토론회(1999.10.15.) <포르노그래피·미디어·여성>. 43면의 정의이다.

16) 그러나 우리 법원은 컴퓨터프로그램파일은 “형법 제243조는 음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자에 대한 처벌 규정으로서 컴퓨터 프로그램파일은 위 규정에서 규정하고 있는 문서, 도화, 필름 기타 물건에 해당한다고 할 수 없으므로, 음란한 영상화면을 수록한 컴퓨터 프로그램파일을 컴퓨터 통신망을 통하여 전송하는 방법으로 판매한 행위에 대하여 전기통신기본법 제48조의2의 규정을 적용할 수 있음은 별론으로 하고, 형법 제243조의 규정을 적용할 수 없

따라서 노골적으로 성행위를 표현하는 연극이나 공연, 행위예술 등 통상적으로 공연 음란죄가 논의되는 것들¹⁷⁾은 다른 매체를 통해 형태를 갖지 않는 한 본 논문의 연구 대상에서 제외한다.

(2) 규범적 담론

어떤 문제에 관해 유형화된 사회적 논의로서 말하기와 쓰기만을 지칭하는 게 아니라 모든 종류의 의미화하는(signifying) 관계로 담론을 이해할 때,¹⁸⁾ 그것은 하나의 사회적 실천(practice)이라 할 수 있다. 우리가 일정한 지식을 얻는 것도 담론과정을 통해 끊임없이 의미가 제시되고 교환됨으로써이며¹⁹⁾ 따지고 보면 모든 대상은 담론으로 구성된다고 말해도 과언이 아니기 때문이다.

또한 담론은 결코 독립적이거나 자존적이지 않으며, 담론외적인 것과의 끊임없는 접합과 교류에 의해 작동되는 담론적 실천의 형태로만 기능한다.²⁰⁾ 즉 담론은 사회적 제도에 의해 경계지워지므로 담론과정은 다분히 이데올로기적 효과를 부여하여 어떤 일정한 방식으로 세상을 바라보게 한다. 한편으로 이렇게 담론에 의해 형성된 지식은 반대로 당해 담론의 기초를 표준과 정상으로서 평가함으로써 담론의 존속에 중요한 역할을 한다. 따라서 한 사회에서 어떤 문제를 둘러싸고 전개되는 담론의 내용과 그 기초를 살펴보는 작업은 그 사회의 가치관과 구성원들에게 요구되는 규범들을 들여다 보는 일이 된다.

한편 무엇이 규범인가에 대해서는 여러 가지 견해가 있으나 본 논문에서는 다만 법규의 형태를 띤 것에 한정되지 않고 뭘 해야 하고 뭘 하지 않아야 하는지, 한다면 어떤 방식이어야 하는지에 관한 사회구성원간의 약속을 규범으로 본다. 또한 사회 공통의 언어이며 사회가 소통하는 수단으로서의 규범은 그간의 담론의 산물이자 그 자체로 강력한 담론이라 할 수 있겠지만,²¹⁾ 그를 포함하여 그것과 관련되어 시시비비를

다”(대법원 99.2.24. 98도3140 판결, 공보 99.4.1)고 판단하고 있다.

17) 유명한 것으로는 연극 <미란다>에 대한 판결이 있다. <미란다>는 존 파울즈의 『컬렉터』를 기초로 한 연극으로서, 남자주인공이 기절한 미란다가 나체를 침대다리에 걸박해 놓고 미란다가 성기가 관객을 향하여 정면으로 보이도록 눕혀 놓은 후 그 앞에서 자위 행위를 하는 장면을 포함하여 공연음란죄가 인정되었다. 대법원 96.6.11 96도980 판결 (서울지법 96.3.27 95노7236, 공1996하, 2270).

18) 이는 라클라우와 무페 등 포스트마르크스주의 담론이론의 화두이다. 윤평중, 『담론이론의 사회철학』, 문예출판사, 1998, 122면.

19) Tim Dant, *Knowledge, Ideology and Discourse*, Routledge, 1996, p.236.

20) 윤평중, 『담론이론의 사회철학』, 문예출판사, 1998, 171-172면.

21) François Ewald, "Norms, Discipline, and the Law," Robert Post(ed.) *Law and the*

가리거나 규범을 만들어나가는 제반 사회적 논의를 널리 규범적 담론으로 본다.

따라서, 포르노그래피에 한정해볼 때 이러한 규범적 담론은, 포르노그래피가 무엇이며 어떤 의미를 지니는지, 포르노그래피를 어떻게 취급해야 할지에 관한 것이 될 것이다. 또한 포르노그래피가 표현하는 인간의 성을 규범적으로 법적으로 어떻게 다뤄야 할지에 대한 것도 포함된다. 본문에서 살펴보게 될, 포르노그래피가 가지는 규범적 의미와 그에 대한 법적 개입 여부와 그 정도, 그리고 그 근거를 둘러싼 각각의 입장에서의 논의들이 그 구체적인 내용이 된다.

한편 그러한 규범적 담론은 공식적으로는 법규와 판례, 학설을 통해서, 비공식적으로는 언론이나 사람들간의 대화 등 상당히 많은 형태로 그 모습을 드러낼 것인데 본 논문에서는 법규와 판례의 형식으로 나타나는 담론들에 초점을 맞추되 비공식적 담론의 주요한 내용도 언급하고자 한다.

특히 근대이후의 성은 법에 의해 관리되고²²⁾ 성 표현물에 관해서도 법은 일정한 방식으로 욕망과 행동을 통제해 오고 있는 바, 어떠한 사회적 담론에 영향입어 포르노그래피 관련 규범이 구성되었는지에 주목한다. 이 과정에서 법담론이 가지는 상대적 자율성 또는 독자성으로 말미암아 규범과 현실간에 발생하는 괴리와 담론의 보수화를 목도할 수 있을 것이다. 한편 법은 사회의식의 반영적 산물이기도 하지만 동시에 상당 부분 사회구성원의 섹슈얼리티를 구성하기도 하므로, 포르노그래피관련 법에 의해 일정한 방식으로 섹슈얼리티에 대한 이해가 형성되고 사회구성원간의 관계가 설정되는 방식도 드러내고자 한다. 아울러 법의 그러한 사회구성적 성격에 착안한 또 다른 담론과정도 살펴보고자 한다.

Order of Culture, Univ. California Press, 1991, p.141.

22) 성교의 동의연령이 그 대표적인 예이거나, 동성애관계에 대한 외면 혹은 터부, 근친상간의 금기 역시 마찬가지이다.

제 2장 한국의 성 표현물 규제

1. 한국의 성 표현물 규제 법규

한국의 현행 헌법은 제21조에서 언론·출판의 자유를, 제22조에서는 학문과 예술의 자유를 보장하고 있다. 그러나 헌법 제21조 제4항 1문은 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다”고 규정하고 있으므로 성 표현물의 경우 그것이 공중도덕이나 사회윤리를 침해하는 것이거나 타인의 명예나 권리를 침해하는 것은 금지된다. 또한 헌법 제37조 제2항에 따라 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으므로” 국가의 안전이나 질서의 위협 또는 공공복리의 침해를 이유로도 성 표현물은 규제될 수 있다.

이상과 같은 헌법적 근거 위에, 한국에서는 각종 법규²³⁾를 통하여 성 표현물을 규제하고 있다.

(1) 공중도덕과 사회질서를 침해하는 음란물 규제

가. 음란물의 사회도덕성 침해성 전제

공중도덕이나 사회도덕성을 침해하는 대표적인 성 표현물로 꼽히는 것은 음란물이다. 음란물은 그 자체로 공중도덕이나 사회윤리, 특히 사회의 성윤리를 침해하는 것으로 간주되는데, 간행물에 대한 행정적 통제를 규정한 조문에서 이는 쉽게 발견된다.

즉 “음란한 내용의 정기간행물을 발행하여 공중도덕이나 사회윤리를 현저하게 침해한 때”(정기간행물의등록등에관한법률 제12조 2항), “음란한 간행물이나 아동에 유해한 만화등을 출판하여 공중도덕이나 사회윤리를 침해하였다고 인정되는 경우에는”(출판사및인쇄소의등록에관한법률 제5조의2), “음란한 행위 등 성적 충동을 자극하는 행위를 묘사함으로써 건전한 성윤리를 해치는”(외국간행물수입배포에관한법률법 제2조 제5호, 동법시행령 제3조 1호) 등의 표현에서 알 수 있듯이, 음란하기만 하면 그것은 그 자체로 공중도덕이나 사회성질서를 어지럽히는 것이 되는 것이다. 따라서 당해 간행물이 음란한 것으로 인정되는 한 그로써 과연 공중도덕이나 사회윤리를 침해했는지

23) 이상에서 한국의 성 표현물 관련 규범을 살펴볼 것인바, 청소년을 보호하기 위한 법규들은 본 장에서 다루지 않고 따로 제5장에서 검토하고자 한다.

여부는 판단을 요하지 않는다.²⁴⁾

한편 형법도 제정시에 ‘風俗을 해하는 죄’라는 제목하에 姦通罪(241조), 淫行媒介罪(242조), 公然淫亂罪(245조)와 함께 구법에서 ‘외설’이라는 일본식 용어를 사용하던 것을 ‘음란’이라는 용어로 고쳐 淫書頒布罪(243조), 淫書製造罪(244조) 등을 두었으니, 자유로운 성교나 ‘음란한’ 성 표현은 사회에 해악이 된다는 입장을 표방한 셈이었다. 이와 같은 태도는 1995년 형법 개정시 제목을 ‘성풍속에 관한 죄’로 바꾸어 가치평가부분을 삭제하긴 했으나 처벌하고 있는 유형이나 처벌방식은 전혀 달라지지 않아 여전히 견지되고 있다고 할 수 있다.

나. 음란물의 형사적 통제

위와 같이, 음란물은 공중도덕과 사회윤리를 침해하는 것으로 전제되고 있어 그에 대해서는 형사적인 통제가 가해지고 있다.

우선 형법상 “음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 대여하거나 공연히 전시 또는 상영”하거나(형법 제243조: 음화반포 등) “그러한 행위에 공할 목적으로 음란한 물건을 제조, 소지, 수입 또는 수출하는”(형법 제244조: 음화제조 등) 행위는 처벌된다. 따라서 음란물로 판단되는 이상 그러한 성 표현물은 어떠한 매체를 활용한 것이든 차이 없이 형법에 의해 그 생산과 유통이 전면적으로 통제된다.

또 음란물은 형법상 금지되는 외에, 전파와 방송을 통해 유출될 경우 개별 법규에 의해 형사적인 처벌을 받는다. 즉 전파법 제80조는 “무선설비 또는 통신설비에 의하여 음란한 통신을 발한 자는 2년이하의 징역 또는 500만원이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있고, 전기통신기본법 제48조의2는 “전기통신역무를 이용하여 음란한 부호·문언·음향 또는 영상을 반포·판매 또는 임대하거나 공연히 전시한 자는 1년이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금에 처한다”²⁵⁾고 규정하고 있으며, 종합유선방송법도 “공서양속을 현저히 해할 우려가 있는 음란물을 편성·송출한 자는 1년이하의 징역 또는

24) 다만 정기간행물의등록등에관한법률의 문언상 ‘현저하게’ 침해한 것을 요구하고 있으므로 그 침해의 정도가 현저함에 미치지 못할 때에는 그와 같은 제재는 발할 수 없다고 해야 한다.

25) 전자매체가 대중화되면서 실제로 이 규정에 따라 성 표현물이 규제되는 경우도 적지 않다. 그 중 가장 유명한 것으로는 96년 8월에 <Playboy>지의 누드모델로 활동하여 이승희신드롬을 일으킨 바 있었던 한국인 모델인 이승희의 사이트를 만든 사람에게 98년 9월 전기통신기본법 위반으로 서울지법이 벌금 200만원을 선고한 일이다. 동 처벌을 둘러싸고는 한동안 논란이 일었으며 이 사건으로 포르노그래피사이트에 대한 합법화 요구가 커지기도 했다.

1천만원이하의 벌금에 처한다”(동법 49조 10호)고 규정하고 있다.

다. 행정적인 음란물 통제

음란물은 고발·고소를 거쳐 사후적으로 음란성을 판단하여 그에 대해 형사적으로 정해진 벌이 부과되기도 하지만 행정기관에 의해서도 다각적으로 통제되고 있다.

즉 문화관광부장관은 음란한 내용의 정기간행물을 발행한 자에 대해 6월이하(격월간 이하 정기간행물의 경우는 6회이하)의 기간을 정하여 발행정지를 명하거나 법원에 정기간행물의 등록취소의 심판을 청구할 수 있으며(정기간행물의등록등에관한법률 제12조 2항), 출판사 및 인쇄소의 등록청은 음란한 간행물을 출판한 자의 등록을 취소할 수 있다(출판사및인쇄소의등록에관한법률 제5조의2). 또 우편법 제17조에 의하면 정보통신부장관은 건전한 사회질서를 해하거나 우편물의 안전한 송달을 저해하는 음란물은 이를 고시하고 그러한 우편금제품에 대하여는 우편역무의 제공을 거절 또는 제한할 수 있다.

옥외광고물의 경우도 음란한 내용으로 미풍양속을 해칠 우려가 있는 내용을 표시하여서는 아니되는데(옥외광고물등관리법 5조 2항 2호) 이를 위반하면 시·도지사는 당해 광고물 등을 표시하거나 설치한 자, 그 광고물 등을 관리하는 자, 광고주 또는 옥외광고업자에 대하여 그 광고물 등의 제거 기타 필요한 조치를 명하여야 하고(동법 10조 1항) 그러한 광고물 등의 허가를 취소할 수 있다(동법 13조 2호).

과급효과가 큰 방송에 대해서는 물론 음란물규제방안이 마련되어 있다. 2000년 1월 12일 제정(2000.3.12 시행)된 통합 방송법은 우선 일반조항으로서 “방송은 건전한 가정생활과 아동 및 청소년의 보호에 나쁜 영향을 끼치는 음란·퇴폐 또는 폭력을 조장하여서는 아니된다”(5조 5항)고 규정하고 있으며, 방송위원회는 심의규정²⁶⁾을 마련해 두고 있는데, 이러한 심의규정을 위반하면 일정한 제재²⁷⁾가 가해짐은 물론이다.

26) 방송법 제33조 2항에 따르면 심의규정에는 1, 헌법의 민주적 기본질서의 유지와 인권 존중에 관한 사항, 2. 건전한 가정생활 보호에 관한 사항, 3. 아동 및 청소년의 보호와 건전한 인격형성에 관한 사항, 4. 공중도덕과 사회윤리에 관한 사항, 5. 양성평등에 관한 사항, 6. 국제적 우의 증진에 관한 사항, 7. 장애인 등 방송소외계층의 권익증진에 관한 사항, 8. 민족문화의 창달과 민족의 주체성 함양에 관한 사항, 9. 보도·논평의 공정성·공공성에 관한 사항, 10. 언어순화에 관한 사항, 11. 제99조 및 제100조의 규정에 의한 시정 및 제재조치에 관한 사항, 12. 기타 이 법의 규정에 의한 위원회의 심의업무에 관한 사항 등이 포함되어야 한다.

27) 이러한 제재조치로는 시청자에 대한 사과, 해당 방송프로그램의 정정·중지, 방송편성 책임자 또는 해당 방송프로그램의 관계자에 대한 징계 등이 있다(방송법 제100조 1항).

또한 방송사업자는 자체적으로 방송프로그램을 심의할 수 있는 기구를 두고, 방송프로그램(보도에 관한 방송프로그램을 제외한다)이 방송되기 전에 이를 심의하여야 하므로(방송법 제86조) 포르노그래피를 걸러내는 장치는 2중으로 설치되어 있다 하겠다.

영화나 비디오의 경우는 영상물등급위원회²⁸⁾의 등급부여와 보류결정에 의해 그 음란성이 걸러진다. 우선 영화의 경우는 영상물등급위원회가 등급을 분류함에 있어서 당해 영화가 음란 등의 과도한 묘사로 미풍양속을 해치거나 사회질서를 문란하게 할 우려가 있을 때는 내용검토 등을 위하여 대통령령이 정하는 바에 따라 3월이내의 기간을 정하여 그 상영등급의 분류를 보류할 수 있다(영화진흥법 제21조 4항 2호).

즉 아예 등급을 부여받지 못한 영상물은 재심²⁹⁾을 거쳐 사정이 달라질 수 있는 여지는 있지만 상영될 가능성이 궁극적으로 박탈될 수 있는 것이다. 따라서 등급보류결정으로 우선적으로 음란물은 걸러지며, 형사적인 음란물이 아닌 것이라도 저속성, 폭력성을 고려하여 제각기 다른 등급이 매겨져서 소비자를 한정하게 된다.

더욱이 종전에는 영화상영등급분류의 절차·방법·기준과 영화상영등급분류의 보류절차·방법 등에 관하여 이를 대통령령으로 정하도록 하였으나, 2000년 4월 22일 영화진흥법과 동법시행령의 개정으로 이제는 영상물등급위원회의 규정으로 이를 정하게 되었으니(영화진흥법 21조 8항), 전문성이 강화되기는 했지만 위원회의 운영에 모든 것이 다 맡겨진 상황이 되었다고 할 수 있다.

비디오물이나 게임물의 경우도 그 내용이 음란 등의 과도한 묘사로 미풍양속을 해치거나 사회질서를 문란하게 할 우려가 있다고 인정되는 경우에는 영상물등급위원회는 충분한 내용검토 등을 위하여 3월이내의 기간을 정하여 그 등급의 분류를 보류할 수 있으며(음반비디오물및게임물에관한법률 제18조 4항), 그러한 외국의 비디오물이나 게임물은 영상물등급위원회의 추천이 불허되어 국내수입 및 반입이 금지된다(동법 16조 5항 2호, 동법 17조 2항).

음반의 경우는 국내음반은 통제를 받지 않지만 음란 등의 과도한 묘사로 미풍양속을

또 그 제재조치명령을 이행하지 아니하면 3천만원이하의 벌금에 처해진다(동법 제106조 2항).

28) 영화진흥위원회는 문화관광부 산하의 법인이지만(영화진흥법 7조, 7조의2) 그 구성은 영화예술 및 영화산업 등에 관하여 전문성과 경험이 풍부하고 덕망이 있는 자중에서 문화관광부장관이 위촉하는 10인의 위원에 의하므로(동법 8조 1항) 준행정기관이라고 할 수 있다.

29) 영화진흥법 제23조 (재심)에 의하면, 분류받은 상영등급에 이의가 있는 영화업자는 상영등급을 분류받은 날부터 30일 이내에 영상물등급위원회에 재심을 청구할 수 있으며, 영상물등급위원회는 재심을 청구받은 때에는 15일 이내에 재심을 실시하여야 하고 재심 내용은 당사자 또는 대리인에게 공개되어야 한다.

해치거나 사회질서를 문란하게 할 우려가 있는 외국음반은 영상물등급위원회의 추천이 불허되어 국내수입 및 반입이 금지된다(동법 16조 5항 2호, 동법 17조 2항).

(2) 사회질서유지를 위한 음란물 규제(헌법 37조 2항)

헌법 제37조 2항에 따라, 표현은 그것이 국가안전보장, 질서유지, 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에도 법률로써 제한할 수 있는바, 성 표현에 관련되는 규제법규의 경우 국가안전보장이나 공공복리를 거론하는 예는 없지만, 사회질서 침해할 이유로 한 규제법규는 몇 군데서 발견된다. 그러나 이 경우에도, 사회질서를 침해하는 대표적인 것으로 지목되는 것은 역시 음란물이다.

즉 우편법은 음란물은 건전한 사회질서를 해치는 것으로 규정하고 그에 대해서는 정보통신부장관이 우편역무의 제공을 거절 또는 제한할 수 있게 하고 있으며(동법 17조), 음반비디오물및게임물에관한법률도 음란을 과도하게 묘사하면 사회질서를 문란하게 할 우려가 있는 것(제16조 5항 2호)으로 파악하고 있다.

(3) 음란성 외의 이유에 의한 성 표현물 규제

가. 미풍양속을 침해하는 성 표현물 규제

음란물에 대한 규제는 앞에서 본 것처럼 헌법에 근거를 대고 있지만 또 많은 법규는 헌법에 열거된 것과 다른 이유를 달아 비단 음란물이 아닌 성 표현물도 규제하고 있으며 그 중 가장 흔히 발견되는 이유는 미풍양속의 침해이다.

즉 외국간행물수입배포에관한법률에 의하면 미풍양속을 해칠 우려가 있는 간행물("풍속저해외국간행물", 동법 2조 5호)은 문화관광부장관이 수입추천을 하지 아니하거나 배포의 중지·제한 또는 내용의 삭제를 명할 수 있는데(동법 7조 1항), 구체적으로 이러한 풍속저해외국간행물에는 음란한 것뿐만 아니라 신체의 특정부위를 묘사하거나(1호) 퇴폐적인 행위(2호)를 묘사한 것도 해당되어 규제된다.

또 전기통신사업법은 제53조에서 전기통신을 이용하는 자는 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용의 통신("불온통신")을 하여서는 아니되며(1항), 정보통신부장관은 그러한 불온통신에 대하여는 전기통신사업자로 하여금 그 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있다고(동조 3항) 규정하고 있는데, 동법 시행령 제16조 3호에 따르면 선량한 풍속 기타 사회질서를 해하는 내용의 전기통신은 그러한 불온 전기통신이다. 따라서 전자매체를 사용한 성 표현물은 굳이 음란물이 아니더라도 불온성이

인정되기만 하면 일반적으로 정보통신윤리위원회에 의해 규제³⁰⁾될 수 있다.

한편 광고의 경우, 옥외광고물은 음란 외에 퇴폐적 내용 등도 미풍양속을 해치는 것으로서 금지하고 있고(옥외광고물등관리법 제5조 2호), 식품위생법 시행규칙은 음란한 광고에 대한 규제는 없는 반면, 미풍양속을 해치거나 해칠 우려가 있는 저속한 도안·사진 등을 사용하는 표시·광고 또는 미풍양속을 해치거나 해칠 우려가 있는 음향을 사용하는 광고는 금지하고 있다(동법 11조, 시행규칙 6조 10호).

나. 저속한 표현 규제

비단 음란하지 않더라도 저속성만을 이유로 해서도 규제가 가능하다. 즉 음반비디오 물및게임물에관한법률에 의하면 저속한 언어를 사용한 비디오는 등급분류가 보류되며(동법 시행령 별표 3), 방송심의규정 57조도 “방송은 성기, 성병 또는 피임 등에 관한 내용을 다룰 때는 저속한 표현 등으로 혐오감을 주어서는 아니된다”라고 규정하고 있다.

(4) 한국의 성 표현물 규제 법규의 특징

가. 성 표현물의 사회도덕성 침해성 전체

이상과 같은 한국의 성 표현물 관련 법규에서 가장 큰 특징으로 지적될 수 있는 부분은 우선적으로는 성 표현물이 사회도덕성을 침해하는 가장 주된 것으로 전제되고 있다는 점일 것이다. 앞에서 본 것처럼 음란물은 공중도덕과 사회윤리, 사회질서의 유지 등 헌법상 규정된 표현의 자유를 제한할 수 있는 사유의 모든 것에 다 관련되어 있을 뿐만 아니라³¹⁾ 심지어는 저속물도 미풍양속을 해치는 것으로 전제된다.

30) 불온통신을 억제하고 건전한 정보문화를 확립하기 위하여 학계·법조계·이용자단체 및 정보통신관련업계등에 종사하는 자 중에서 정보통신부장관이 위촉하는 11인이상 15인 이하의 위원으로 구성되는 정보통신윤리위원회(이하 “위원회”라 한다)를 두는데(동법 53조의 2), 동 위원회는 공공단체에서 제공하는 정보 및 불온통신을 억제하기 위하여 필요하다고 인정하는 정보에 대하여 이를 심의할 수 있고(동법 시행령 제16조의3 2항) 불온통신에 해당하는 경우에는 전기통신사업자에게 이용자에 대한 경고, 해당 정보의 삭제, 불온통신을 행한 자에 대한 이용정지 및 이용해지 등의 요구를 할 수 있으며, 전기통신사업자가 그 시정요구에 응하지 아니하는 경우에는 정보통신부장관에게 불온통신의 취급거부·정지 또는 제한을 명하도록 건의할 수 있다(동법 시행령 16조의 4).

31) 다만 드물게는 학대를 묘사한 것도 사회윤리를 해치는 표현으로 간주하여 규제하고 있

성 표현물에 대한 이러한 각별한 경각심은 폭력물에 대한 상대적으로 낮은 주의와 잘 대비되는 대목이다. 즉 일반적 과급력이 큰 영화나 방송, 광고의 경우는 음란물 규제와 함께 폭력적 내용에 대한 규제도 병렬적으로 이루어지고 있지만,³²⁾ 음란물규제의 기본적인 근거가 되고 있는 형법은 따로 폭력물에 대한 규제조항은 갖고 있지 않으며 음란물금지조항 자체에서도 폭력적인 성 표현물에 대한 주의를 발견되지 않는다. 이는 성폭력특별법의 경우도 마찬가지로서, 통신매체를 통해 “성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 것”, 즉 우리 법원의 판단에 따르자면 음란물을 동의하지 않은 타인에게 보내는 것은 성폭력의 하나로 규정되어 있지만(동법 14조) 강간과 같은 성폭력을 묘사한 표현물을 보내는 것에 대해서는 아무런 언급이 없다.

또한 가장 전통적인 매체인 간행물의 경우 외국간행물에 대해서는 그 음란성과 함께 폭력성에 대한 통제의 의도도 발견되지만³³⁾, 국내간행물의 경우 ‘아동에 유해한 간행물’이 규제되므로 이에 따라 폭력성이 간접적으로는 통제될 수 있는 것 외에는 폭력성에 대한 명시적인 규제근거가 발견되지 않는다.

음란성에 비한 폭력성에 대한 상대적인 관대함은 통신상의 표현에 관한 규제에서는 더욱 흔히 발견된다. 전과법(80조)과 전기통신사업법(53조), 전기통신기본법(48조의 2),

다. 즉 외국간행물수입배포에관한법률과 동법시행령은 직계존·비속, 아동, 여성 또는 노약자에 대한 학대·유기행위를 묘사하여 건전한 사회윤리를 해치는 내용과 기타 국민의 정서나 건전한 사회기풍의 진작에 악영향을 끼치는 내용을 풍속저해외국간행물에 포함시키고 있는바, 그에 대해서는 문화관광부장관이 수입추천을 하지 않거나 배포의 중지·제한 또는 내용의 삭제를 명할 수 있다(동법 2조 5호, 7조 1항, 동법시행령 제3조 4호, 6호). 따라서 성 표현물에서 성폭력 등 아동이나 여성을 학대하는 모습을 묘사하거나 근친상간을 묘사할 때에는 당해 조문에 의해 통제될 수 있을 것이다.

32) 영상물등급위원회가 등급을 부여할 수 있는 영화로 폭력 또는 음란의 과도한 묘사가 나란히 들어가 있으며(영화진흥법 제22조 4항) 음반비디오물및게임물에관한법률시행령도 등급부여시 저속 또는 외설적 언어를 사용하거나 음란한 행위를 묘사하는 내용(1호)과 함께 범죄를 정당화하는 내용 또는 범죄수단을 지나치게 잔인하거나 섬세하게 묘사하는 내용(2호), 생명체에 대한 지나친 폭력행위를 묘사하는 내용(6호) 등을 주목하고 있다(제26조제1항제4호). 또 방송법은 5조 5항에서 음란·퇴폐 또는 폭력을 조장하여서는 아니된다고 하여 폭력과 음란을 병기하고 있으며, 옥외광고물등관리법에 의하면 광고물에는 범죄행위를 정당화하거나 잔인하게 표현한 것, 음란 또는 퇴폐적 내용 등으로 미풍양속을 해칠 우려가 있는 내용을 표시하여서는 아니된다(동법 5조 2항).

33) 외국간행물수입배포에관한법률시행령 제3조는 ‘풍속저해외국간행물’로서 “신체의 특정 부위 또는 음란한 행위 등 성적충동을 자극하는 행위를 묘사함으로써 건전한 성윤리를 해치는 내용”(1호)와 함께, “퇴폐적인 행위 또는 살인·폭력등 잔인한 행위를 묘사함으로써 범죄행위를 조장할 우려가 있는 내용”(2호)도 병기하고 있다.

우편법(17조) 등은 음란한 통신물에 대해서는 엄격히 규제를 가하고 있지만 폭력적인 표현에 대한 규제³⁴⁾는 전혀 발견되지 않는데, 이는 인터넷과 PC통신을 통해 급속도로 확산되는 성 표현물에 대한 규제에 대한 높은 관심에 비해 전자매체를 통한 폭력물의 규제는 거의 거론되고 있지 않은 현실을 반증한다 하겠다.

나. 음란물의 유해성을 ‘우려’한 사전적 통제

필름이나 방송의 경우는 음란성으로 인해 도덕성이 훼손될 ‘우려’만으로도 그 표현이 사전적으로 통제된다. 즉 영화나 비디오는 음란한 묘사가 ‘과도해서’ 미풍양속이나 사회질서를 침해할 우려가 있을 때는 등급이 부여되지 않는다.³⁵⁾ 영화진흥법과 음반비디오물및게임물에관한법률의 위와 같은 구성은, 형법상 음란물에 대해서는 전면적인 통제가 가해지게 되어 있는 것과 아울러 생각하면, 추후에 법원에서 음란물판정을 받게 될 경우는 당연히 전면적으로 금지되지만 그 전이라도, 즉 음란물임이 확인되지 않았을 때라도 성 표현이 과도해서 음란성이 인정될 가능성이 있다고 영상물등급위원회가 판단할 때는 사전적으로 통제하는 것이라고 할 수 있다

물론, 영화나 방송과 같은 매체를 통한 표현과 광고는 그 사회적인 파급효과가 크고 수용자가 그로부터의 영향을 충분히 통제하기 곤란하므로, 음란하다고 인정되는 이상 그에 대한 우려를 정책적으로 반영하는 것은 가능할 것이다.

그런데 문제는, 당해 매체물이 과연 음란한 묘사이고, 그것도 ‘과도한’ 묘사인지 여부이며, 그로 인한 사회도덕성의 침해에 대한 ‘우려’가 적절한지 여부이다. 구체적으로, <노랑머리>와 <거짓말>³⁶⁾ <둘 하나 섹스>³⁷⁾ 등 등급이 부여된 바 있던 영화의 경

34) 범죄행위를 목적으로 하거나 범죄행위를 교사하는 내용의 전기통신은 전기통신사업법상 금지되는 불온통신의 하나로 규정되어 있지만(동법 53조, 동법시행령 16조) 이는 폭력을 표현한 것이라고는 할 수 없을 것이다.

35) 영화진흥법 제21조 4항에 따르면, 영상물등급위원회는 등급을 분류함에 있어서 당해 영화가 폭력·음란 등의 과도한 묘사로 미풍양속을 해치거나 사회질서를 문란하게 할 ‘우려’가 있을 때는 내용검토 등을 위하여 대통령령이 정하는 바에 따라 3월이내의 기간을 정하여 그 상영등급의 분류를 보류할 수 있고, 외국음반·외국비디오물 또는 외국게임물에 대해서도 마찬가지로 이유로 수입추천을 할 수 없다(음반비디오물및게임물에관한 법률 제16조 5항). 또 옥외광고물등관리법에 의하면 광고물에는 음란 또는 퇴폐적 내용 등으로 미풍양속을 해칠 ‘우려’가 있는 내용을 표시하여서는 아니된다(동법 5조 2항).

36) 장선우감독이 음란물판정을 받은 바 있던 장정일의 소설 『내게 거짓말을 해 봐』를 영화화한 것으로, 99년 영상물등급위원회에 의해 두 차례에 걸쳐 등급보류판정을 받았다. 외설적이고 도착적인 성행동이 영화의 대부분을 차지하여 미풍양속을 해친다는 것이 그 이유였지만 그것이 작중 미성년인 여성에 의해 행해진다는 것이 이러한 결정을 내

우를 보면, 영상물등급위원회의 등급보류결정이유가 그다지 설득력을 얻지 못하고 있음을 알 수 있다. 여러 가지 성 행동이 쾌락적으로 그려진다는 것이나, 미성년자와 성인과의 변태적인 성행위와 가학행위가 그려진다는 것 등은 성인에게도 볼 기회를 박탈하게 하는 이유가 되지 못하고,³⁸⁾ 당해 표현물의 구체적인 해악성이 아니라 ‘우려’에 의한 규제는 표현의 자유에 대한 부당한 사전억제이기 때문이다.

다. 매체의 특성을 무시한 광범위한 후견적 통제

우리의 성 표현물의 규범구조 전반을 통해 볼 때, 무엇보다도 두드러지는 특징은 그에 대한 통제가 상당히 광범위하게 이루어지고 있다는 점을 꼽을 수 있을 것이다. 음란물판단에 의한 사후적인 규제는 논외로 치더라도 사후적·사전적으로도 여러 가지 법규에 의해 성 표현물은 광범위하게 걸러진다. 관계기관에 의한 이루어지는 후견적이고 독점적인 성 표현물 규제는 광활한 음성적인 음란물시장의 존재와 주변향락산업의 번창과 묘한 대조를 이룬다.

또한 우리의 경우는 음란물로 판단 또는 추정되는 이상, 또는 그 밖의 규제사항에

리게 된 좀더 큰 이유였다. 그러나 이에 대해서는 도착적 성행동, 특히 SM(Sado-Masochism)에 대한 저항적 메시지를 부각시키거나 미성년여성이 등장하는 다른 많은 개봉작과의 형평성문제 또는 여주인공이 성폭력에 의해서가 아니라 주체적으로 성행위에 참여한다는 점 등을 내세운 비판이 제기되었다. 대표적인 논객으로는 주유신(www.shincine.com/review1.htm, 99.10.26)이 있다.

37) 동 영화는 1999년 9월 27일과 1999년 12월 28일 두 회에 걸쳐 음란성이 과도하다는 이유로 상영등급보류 처분을 받았고 제작진(인디스토리 곽용수)과 그 대리인(조광희, 김기중, 정연순, 이상희, 김희제 변호사)은 이 판정의 위헌성을 들어 영상물등급위원회(위원장 김수용)를 상대로 행정소송(상영등급분류 보류결정 취소청구의 소)을 2000년 2월 24일자로 법원에 제출했다. 또한 이 사건과 관련하여 영화의 제작진과 ‘(사)한국독립영화협회’, ‘영화인 회의’ 그리고 ‘문화연대’는 위헌적인 등급보류 결정에 항의하고 표현의 자유를 지키기 위한 캠페인을 네티즌과 관객들을 대상으로 벌인 바 있다.

38) 이 점을 의식했는지, <거짓말>의 경우 영상물등급위원회는 그에 대한 2차 등급보류결정에서는 “과도한 성묘사와 음란성이 등급분류에 적합치 않다”고 하여 음란성을 직접적인 이유로 내세웠고, 결국 영화사측은 몇 군데 장면을 자진삭제하여 등급을 받는 데 성공했다. 이 과정에서 여주인공이 고교생임을 명확하게 알 수 있는 장면은 완전삭제되었고 성기는 모두 모자이크처리되었다. 덧붙여 대사도 몇 군데가 뭉청뭉청 잘려나가는 바람에 관객들은 나름대로 중간의 말을 짐작해 들어야 했다. 이렇게 삭제된 동 영화에 대해서도 2000년 1월 음란폭력성조장매체대책시민협의회(음대협)은 음란물이라고 주장하며 검찰에 고발했지만 검찰은 무혐의처분을 내렸다.

해당된다고 판단되는 이상, 그것은 문서의 형태로 되어 있건 그림의 형태로 되어 있건 차이 없이 전면적으로 통제되는데, 이는 미국에서 글로 되어 있는 것에 대해서는 음란물관정이 자제되고 있는 것과 대조를 보이는 점이다. 영화나 비디오가 민간인으로 구성되는 위원회에 의한 등급부여와 등급보류결정으로 통제되는 데 비해 볼 때, 간행물의 경우는 행정기관의 독단적인 음란성 판단에 의해 통제되고 있어 그에 대한 규제가 오히려 더 심하다고 할 수 있다.

따라서 이에 의할 때는 사회적 가치가 있는 성 표현물도 그것의 음란성이 인정될 때는 보통의 음란물과 같은 취급을 받게 된다.³⁹⁾

그러나 매체의 종류와 내용을 가리지 않는 이러한 일면적 통제는 다양한 매체의 각각의 특성에 배치될 뿐만 아니라, 통제기관이 후견자적 위치에 서서 개개인의 해석과 판단의 기회를 원천적으로 차단하는 것이라 하겠다. 사정이 이렇다 보니 음란물을 배제함은 물론, 저속물도 과도한 통제를 받는 경우가 적지 않아 성인의 성 표현물 향유권도 심각하게 제약되어 있는 상황이다.

다만, 2000년 1월 12일 제정된 방송법에서는 방송위원회가 방송프로그램 등급분류기준을 정할 때 방송매체와 방송분야별 특성 등을 고려하여 차등을 둘 수 있도록 한바, (방송법 33조 4항) 이는 상당한 발전으로 보여진다.

라. 전통적 성 관념에 위배되는 표현의 규제

또한 우리의 성 표현물 관련법규의 특성으로 들 수 있는 것은 건전한 전통적인 성관념과 성질서에 위배된다고 보이는 표현은 대체로 통제를 받게 되어 있다는 점이다.

먼저, 성적충동을 자극하는 행위를 묘사하는 것은 그것만으로 건전한 성윤리를 해치는 내용으로 판단되고, 특히 성기와 같은 신체의 특정부위를 묘사한 것은 금기시되며 (외국간행물수입배포에관한법률시행령 제3조 1호), 방송에서 성적 충동을 유발하는 불건전한 내용의 게임이나 쇼를 구성하는 것도 금지된다(방송심의규정 제67조 제3항).

아울러 영화나 방송 관계법은 특별히 건전한 가정생활에 대해 강조하고 있는바⁴⁰⁾,

39) 실제로 음반비디오물및게임물에관한법률시행령 제26조는 국내에서 교육·학습, 종교 또는 업무 등에 사용할 목적으로 제작하는 비디오물 또는 게임물이라도, ‘누구든지’ 그것이 음란한 행위를 묘사한 것이 아니라고 인정하지 않는 한 등급분류심사를 받아야 한다고 규정하고 있다(제26조 1항 4호).

40) 방송법 제5조 5항은 “방송은 건전한 가정생활과 아동 및 청소년의 선도에 나쁜 영향을 끼치는 음란·퇴폐 또는 폭력을 조장하여서는 아니된다”고 규정하고 있고 동법 제33조는 각종 방송물의 사전심의·의결에 관한 방송위원회의 심의규정에 “건전한 가정생활 보호에 관한 사항”을 반드시 포함시키도록 규정하고 있으며(동조 2항 2호) 이에 따라 방

이에 따르면 음란·퇴폐물은 건전한 가정생활에 나쁜 영향을 끼치는 것으로서 당연히 제재할 수 있다.

마. 소결: 한국의 성 표현물 규범구조의 도덕적 보수주의

이상과 같이 한국의 성 표현물 관련 규범구조와 그 내용을 보면, 전반적으로 도덕적 보수주의의 영향하에 있음을 알 수 있다. 이는 무엇보다도 성을 터부시해서 그 표현을 억제하고 있으며, 성 표현이 사회적 해악성을 가진다고 전제하고 있는 데서 잘 드러난다. 더욱이 성 표현을 정상적인 것과 비정상적인 것으로 구분하고, 그 표현의 노골성이나 행위의 양태, 관계의 유형 등에서 종래의 성관념과 질서를 추종하지 않는 것들은 모두 비정상적인 것으로 판단하여 그 자체로 사회에 해악이 되는 것으로 보고 있다. 또한 그러한 성 표현물을 통제하기 위해 광범위한 범주에 걸쳐 법적 규제장치를 마련하고 권력기관에 의한 일면적 통제를 행사하고 있다는 점에서 개인의 다양성과 다원주의를 인정하지 않는 도덕적 보수주의의 면모를 유감없이 드러내고 있다고 할 수 있다.

2. 한국의 음란물 판단

(1) 한국의 음란물 정의

앞에서 본 것처럼, 한국에서 음란성은 관련규정의 문언에서부터 퇴폐 내지 사회도덕의 침해와 동일시되고 있는데, 판례와 학설 역시 “음란은 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 가리킨다”고 하여 그러한 기준을 크게 벗어나지 않고 있다. 즉 법규에서와 마찬가지로, 성욕을 자극하는 것 자체를 부정적으로 보고, 수치심을 강조하고 있으며⁴¹⁾ 일

송심의규정은 “방송은 불건전하고 부도덕한 남녀관계를 주된 내용으로 다루어서는 아니 된다”(49조 1항)고 규정하고 있다. 한편 영화진흥법에 의하면 영상물등급위원회는 영화의 상영등급분류를 위하여 영화상영등급에관한규정을 제정·공포하여야 하는데, 여기에도 건전한 가정생활이 포함되어야 한다(영화진흥법 22조).

41) 한편 성적 수치심은 성폭력의 주요한 개념요소로도 전제되어 있는 것으로 보인다. 즉 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제14조는 통신매체이용음란죄를 친고죄로 두어 “자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 전화, 우편,

반적인 성도덕의 침해를 우려하는 것이다.

음란성에 대한 이러한 정의는 일본의 그것과 대동소이하다. 즉 일본 대심원 大正 7(1918).6.10.판결⁴²⁾이 “음란물이란 성욕을 자극 흥분시키거나 이를 만족시킬 문서 도화 기타 일체의 물품을 지칭하고 따라서 외설물이 되기 위해서는 사람으로 하여금 수치감정을 생기게 할 것임을 요한다”고 판시한 이래 일본 최고재판소 昭和 26년 (1951년) 5월 10일 판결⁴³⁾은 음란의 개념을 “쓸데없이 성욕을 흥분 또는 자극하고 또한 보통인의 성적 수치심을 해치고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것”으로 판시하였고 이는 확립된 판례의 입장이 되었는데 이를 우리도 그대로 채용하고 있는 것이다.

다만 근래 헌법재판소는 “음란이란 인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 지나친 성표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학·예술적·과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것”⁴⁴⁾이라고 정의하여 음란성판단에 있어 호색적 흥미를 주된 요소로 삼고 사회적 가치를 존중함으로써, 뒤에서 보게 될, 미국의 Roth기준과의 부분적인 유사성을 보이고 있다.⁴⁵⁾

(2) 한국의 음란물 판단기준

가. 마야사건: 성 표현물의 공개화 규제

한국의 음란물판단기준은 마야사건⁴⁶⁾에서부터 형성되기 시작했다. 이는 고야의 명화 ‘나체의 마야’를 인쇄하여 성냥갑에 붙여 판매한 것이 음화제조에 해당한다고 하여 기소된 사건인데, 대법원은 “명화집에 실려 있는 그림이라 하더라도 이것을 예술, 문학, 교육 등 공공의 이익을 위해서 사용하는 것이 아니라 판매할 목적으로 사용한 것이라면 이는 그 명화를 모독하여 음화화시켰다고 할 것이므로” 따라서 이를 음란물로 본 것은 정당하다고 판시했다.

컴퓨터 기타 통신매체를 통하여 성적 수치심이나 혐오감¹⁾을 일으키는 말이나 음향, 글이나 도화, 영상 또는 물건을 상대방에게 도달하게 한 자”에 대한 처벌을 규정하고 있다.

42) 法律新聞 1443호.

43) 刑集 5卷 6號, 1026면.

44) 1998.4.30. 선고 95헌가16결정, 헌법재판소 공보 25호, 69면.

45) 이 결정문은 또한 “대법원도 형법 제243조 소정의 음란개념을 해석·적용하면서 대체로 위와 동일한 의미로 그 개념을 파악하여 왔다”고 하고 있지만 동 결정의 음란정의와 대법원의 그것은 차이를 보이고 있음을 부인할 수 없다.

46) 대법원 1970.10.30. 선고 70도1879판결. 대법원판결집 19①형1.

이를 보자면 일견, 예술, 문학, 교육 등 공공의 이익을 위해서 사용했다면 음란물죄가 적용되지 않았을 것이라는 추측을 할 수 있다. 그러나 대법원은 같은 판결에서, “음란성의 유무는 그 그림 자체에서 객관적으로 판단해야 할 것이고 그 제조자나 판매자의 주관적인 의사에 따라 좌우되는 것이 아니다”고 함으로써 이러한 기대를 불식시킨다.

따라서 오히려 대법원은 마야그림이 공개화된 것 자체를 문제삼는 것이라고 할 수 있다. 즉 명화집 속에 있어서 한정된 사람만이 그에 접하며 이미 그 위치상 ‘명화’라고 전제되어 있는 그림을 보는 것은 무방하지만, 그 그림을 상업화하여 대중적으로 유포한다면 당해 그림이 유명한 ‘명화’라는 인식은 결부되지 못하고 성적 자극을 공공연히 줄 것이므로, 이를 규제해야 한다는 태도라고 보여진다.

그리고 이는, 성 표현물이 사회에 미치는 영향에 대한 부정적인 평가와 그것이 유포될 위험성을 경계할 필요성이 예술에 대한 일반인의 낮은 소양이라는 상황에 교묘히 결부된 것이다. 이런 식의 음란성판단에 대해서는 이미, 처벌되는 음란물의 범위를 넓히는 방향의 완고한 유교적·주자학적 음란개념이라는 비판이 있거니와,⁴⁷⁾ 법원이 절대적인 판단자의 입장에서 사회의 성문화를 통할하려는 규제일변도의 정책에 입각한 판단이라고 할 수 있다.

나. 반노사건: 작품 전체적으로 판단

그러던 것이, 염재만의 소설 『반노』의 13장과 14장의 내용⁴⁸⁾이 음란문서에 해당되는지 여부가 다투어진 반노사건에 대한 판결⁴⁹⁾에 와서는 종래의 성 표현의 확산에 대한 무조건적인 혐오증과 공포심에서 벗어나는 기준이 마련되기 시작했다. 즉 우선 대법

47) 기실 음란성판단에 있어 유교적인 시각은 그 이후에도 큰 위치를 차지하고 있는데 ‘수치심’과 관련시키고 있는 것이 그것이다. 심희기(1998), “문예작품의 음란성 판단기준”, 265면, 265면 주 6) 참조.

48) 문제된 부분은 다음과 같은 것이다. “당신 사타구니를 좀 봅시다. 얼마나 도도한가. 그는 날째 내 볼에 입맞추고 내 얼굴을 온통 핥습니다. ‘서방님! 내 마음에 이 오진 것, 이 뚝보, 이 곰새끼 하면서...’ 그는 미친 듯이 나를 쓰러뜨립니다. 자신의 옷도 벗고 내 옷도 익숙하게 벗깁니다. 서로의 나체만이 남습니다. 서로의 국부가 교면스러운 빛을 반하면서 한껏 부조되고 그 위에 온갖 충격이 요동쳐 갑니다...둘 사이에는 막막한 각고의 바다만이 있습니다. 그 감미로운 바다 심연 깊이 깊은 구렁덩이에 우리는 빠져갔습니다. 좋지! 응? 여보, 좋지? 그는 내 귀에 대고 흐느끼면서 속삭였습니다. 으응 좋아! 숨질리 듯이 나는 응답했습니다. 어느덧 기진하여 둘은 널부러집니다”

49) 1975.12.9.선고 74도976판결. 대법원판결집 23③형52.

원은 음란성 여부는 전체적으로 고려해야 한다는 원칙을 처음으로 제시했다. 이는 동사건의 대상이 소설이라는 특수성이 감안된 것이기도 했지만, 당시 조금씩 확산되고 있던 성 표현물에 대해 더 이상 억제와 회피전략을 구사할 수는 없다는 상황판단이 함께 했다.

또한 동 판결은 성적 표현에 대해서도 한결 관대한 태도를 취했다. 즉 이 사건에서 대법원은 그와 같이 전체적인 흐름을 보았을 때 작품전체의 예술성이 음란성을 압도하며 성적 표현도 과도하게 성욕을 자극하거나 또는 정상적인 성적 정서를 크게 해칠 정도로 노골적이고 구체적인 묘사라고는 할 수 없다고 하여 음란문서로 인정하지 않은 것이다. 따라서 이에 따르면, 작품 전체로 봐서 그것이 예술성이 압도적이고, 그 표현도 지나치게 자극적이지 않은 한 그러한 성 표현물은 표현의 자유를 누리게 되는 것이었으며, 이 점에서 마야사건의 '주자학적 음란개념'과는 정반대인 '자유주의적 음란개념'으로 변화된 것이라는 평가⁵⁰⁾는 일응 타당하다.

그러나 반노판결 역시 전체적인 내용의 흐름이 인간에 내재하는 향락적인 성욕에 반항하는 점이 피고인에게 유리하게 작용했다는 점, 압도적인 예술성의 존재를 필요로 한다는 점, 이미 변화된 사회의 기준에 비추어 볼 때 무리가 없는 성 표현에 대해서만 관용을 베풀고 있다는 점 등에 주목해 본다면, 기본적으로는 성을 바람직하지 못한 것으로 여기고 보수적인 성 질서의 유지를 중시하는 종래의 자세를 견지하고 있었던 것이라고 할 수 있다. 특히, 당해 소설의 성 표현이 지나치게 과도하지 않으며 예술성이 훨씬 많다는 판단이 내려진 데에는 당해 소설상의 성 표현이 직접적이라기보다는 다분히 은유적이고 상징적이었기 때문임을 감안한다면, 동 판결로 인해 음란물 판단기준의 차원이 크게 달라졌다고는 할 수 없을 것이다.

다. 소프트웨어 포르노그래피의 규제

반노사건 이후 사라판결에 이르기까지 음란성에 대한 판단은 사회일반의 객관적 기준, 건전한 성적 도의감정에 반함, 전체적 판단이라는 기준을 유지했고 그 판단내용 역시 성을 꺼려하는 기조에서 크게 벗어나지는 않았다.

이러한 기준하에서 당연히, 비록 성기가 드러나지는 않지만 성교장면을 직접적으로 보여준 것은 여지없이 음란물로 판단되었다. 1991년도의 대법원의 한 판결⁵¹⁾은 "부부여 충만한 섹스데이트를"이란 글과 함께 남자가 여자의 유두를 빨고 있는 장면과 남녀의 성행위 장면의 사진을 게재한 점을 문제삼아 음란물로 판단한 것은 그 대표적인

50) 심희기, "문예작품의 음란성 판단기준", 「고시연구」 1997년 12월호, 51-64면 참조.

51) 대법원 1991. 9. 10. 선고 91도1550 판결. 법원공보 1992, 815면.

예이다.

그런데 주목되는 것은, 바로 같은 판결에서, 성행위를 간접적으로 암시할 뿐인 소위 소프트웨어 포르노적 부분들도 과도하게 노골적이어서 건전한 성의식에 반한다는 이유로 음란물로 판단되었다는 점이다. 즉 “피고인이 판매할 목적으로 ‘성교체위 10선’이란 글과 함께 전라 또는 반라의 여자가 성교장면을 **연상케 하는**(강조: 필자) 여러 가지 자세를 취하고 있는 사진이 당해 잡지가 전반적으로 성관계를 노골적으로 묘사했다는 증거가 되었음은 물론, 사진이 아니라 다만 언어로 이루어진, “아들낳는 성교체위법”, “화려한 성관계를 위한 콘트를”, “당신도 대물이 될 수 있다”, “사랑을 위해 성의 노예가 되자”, “흔들의자에서 즐기는 일본인들의 현란한 색정놀이”등 제하의 각종 외설기사 역시 허용될 수 없는 것으로 판단되었다. 여전히, 성을 쾌락적 의미로 표현하는 것은 음란물이 된다는 의미인 셈이다.

한편 그보다 조금 앞선 대법원의 한 판결⁵²⁾에서는 “공연윤리위원회의 심의를 마친 영화작품이라 하더라도 이것을 영화관에서 상영하는 것이 아니고 관람객을 유치하기 위하여 영화장면의 일부를 포스터나 스틸사진 등으로 제작하였고 제작된 포스터 등 도화가 그 영화의 예술적 측면이 아닌 선정적 측면을 특히 강조하여 그 표현이 과도하게 성감을 자극시키고 일반인의 정상적인 성적 정서를 해치는 것이어서 건전한 성풍속이나 성도덕관념에 반하는 것이라면 그 포스터 등 광고물은 음화에 해당한다”고 판시한 바, 이는 앞서 성 표현물에 대한 규제법규에서도 광고의 경우에는 좀더 엄격한 규제를 받는 것과 같은 맥락으로서, 성 표현이 공공연해지는 데 대한 우려가 표명된 것이라고 할 수 있다.

라. 즐거운 사라 사건: 호색적 흥미 기준의 제시

마광수교수의 소설 『즐거운 사라』의 음란성이 문제된 사건으로서 1심(서울형사지방법원 92고단 10092판결)과 2심(서울형사지방법원 1994.7.13. 93노446판결)에서 모두 음란성이 인정되었고 상소되었으나 대법원에서도 음란성이 인정되었다.

대법원⁵³⁾은 우선 “헌법 제22조 제1항, 제21조 제1항에서 기본권으로 보장되는 문학에 있어서의 표현의 자유도 헌법 제21조 제4항, 제37조 제2항에서 공중도덕이나 사회윤리를 침해하는 경우에는 이를 제한할 수 있도록 하였으며, 이에 따라 형법에서는 건전한 성적 풍속 내지 성도덕을 보호하기 위하여 제243조에서 음란한 문서를 판매한 자를, 제244조에서 음란한 문서를 제조한 자를 각 처벌하도록 규정하고 있으므로, 문

52) 대법원 1990.10.16. 선고 90도1485판결. 법원공보 1990, 2348면.

53) 대법원 1995.6.16. 선고 94도2413판결. 「판례월보」 302호, 189면.

학작품이라고 하여 무한정의 표현의 자유를 누려 어떠한 성적 표현도 가능하다고 할 수는 없고 그것이 건전한 성적 풍속이나 성도덕을 침해하는 경우에는 형법규정에 의하여 이를 처벌할 수 있다”고 하여 문학작품도 음란성판단에서 예외가 될 수 없음을 분명히 했다. 즉 매체의 종류를 가리지 않은 일면적인 음란물통제의 기초를 그대로 유지한 셈이었다. 또한 반노사건에서 제시된, 작품을 전체적으로 보아 판단한다는 것을 재차 확인하여 부분적으로 음란성이 있더라도 용인될 수 있음을 분명히 했다.

1) ‘호색적 흥미’ 기준의 보충

그렇지만 법원은 종래 “과도하게 성욕을 자극하거나 또는 정상적인 성적 정서를 크게 해칠 정도로 노골적이고 구체적인 묘사”라는 말로 언급되던 음란성판단기준에 ‘주로 호색적 흥미를 돋구는 것으로 인정되느냐의 여부’라는 기준을 덧붙임으로써 그 기준을 한층 발전시키고 세련화시켰다. 즉 법원은, “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 관한 노골적이고 상세한 묘사 서술의 정도와 그 수법, 묘사 서술이 문서 전체에서 차지하는 비중, 문서에 표현된 사상 등과 묘사 서술과의 관련성, 문서의 구성이나 전개 또는 예술성 사상성 등에 의한 성적 자극의 완화의 정도, 이들의 관점으로부터 당해 문서를 전체로서 보았을 때 주로 독자의 호색적 흥미를 돋우는 것으로 인정되느냐의 여부 등의 여러 점을 검토하는 것이 필요하고, 이들의 사정을 종합하여 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 그것이 공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고, 선량한 성적 도의관념에 반하는 것이라고 할 수 있는가의 여부에 따라 결정되어야 한다”고 판시했다.

이와 같은 기준은, 성적 흥분을 부정적인 시각에서 보고 반면 성적 수치심을 정상적인 것으로 본다는 점에서는 이전의 것과 같은 기초를 유지하는 것이지만, 그 구체적인 판단방식에 있어서는 그럼에도 불구하고, 종합적이고 세심하게 판단하여 ‘주로’ 호색적 흥미를 돋구느냐를 또 따져봐야 한다는 점에서 종전의 것에서 진일보한 것이라고 할 수 있다.

2) 성 표현물의 예술성 항변 가능성 시사

또한 동 판결은 반노사건에서 ‘예술성에 의한 압도’가 있을 때 비로소 음란성이 부정될 수 있다고 한 데 비해, ‘예술성에 의한 성적 자극의 완화의 정도’를 중요한 요소로 내세우긴 했으며, 그에 절대적인 비중을 부여하지 않음으로써 ‘압도’되는 정도에는 이르지 못해도 전체적으로 보아 예술성이 더 짙다고 판단될 때는 음란성을 부정할 가능

성을 열어두게 했다. 이는 예술성에 대해서도 변명의 여지를 주지 않았던 종래의 음란물관단기준이 변화될 여지가 있음을 드러낸 것으로 볼 수 있다.

좀더 주목되는 것은 동 판결에서 성 논의 자체의 가치를 어느 정도 인정하고 있다는 점이다. 즉 법원은 ‘작가가 주장하는 성논의의 해방과 인간의 자아확립이라는 전체적인 주제를 고려한다고 하더라도’라는 판단의 단서를 뒀으로써, 반노판결의 경우 ‘향락적인 성욕에 반항’하는 점이 피고인에게 유리하게 작용하였지만 이 판결에서는 그를 넘어서 ‘성논의의 해방’을 추구하는 경우에도 때에 따라서는 예술성·사상성이 긍정되어 음란성이 감소·완화될 수 있음을 시사한다.⁵⁴⁾ 따라서 동 기준에 의하면, 성묘사 자체는 무조건 불경스러운 것이 아니라 주로 호색스러운 방식으로 표현되지 않았다면 허용되게 되는 것이다. 물론 이는 그동안 성적 표현물이 넘쳐나게 되어 웬만한 것은 이상하게 보지 않게 된 사회변화와도 관계되는 것이지만, 이제 더 이상 진하고 야하게 묘사했다고 하여 문제가 되는 것이 아니라 무언가 더럽고 수치스럽고, 물상적으로 그려지는 것, 성행위 자체만을 목적으로 하는 것, 거의 하드코어포르노그래피에 가까운 것만을 문제삼겠다는 의미라고 할 수 있다.

마. 호색적 흥미에 대한 보수적 해석

그러나 사라판결에서는 ‘주로 호색적 흥미를 돋구는 것’을 중요한 음란성 판단기준으로 제시하면서도 과연 무엇을 의미하는지 밝히지 않음으로써 그 해석에 따라 음란물관단의 범주가 변경될 가능성을 남겨두었다.

당장 동 판결에서 그러한 기준하에 법원은 그러한 종합적인 검토결과 당해 소설은 주로 호색적 흥미를 돋구는 것이라고 하여 음란성을 인정하였다. 즉 법원은, “소설 ‘즐거운 사라’는 때와 장소, 상대방을 가리지 않는 각종의 난잡하고 변태적인 성행위를 선동적인 필치로 노골적, 구체적으로 상세하게 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 것으로밖에 볼 수 없는 점 등을 종합 고찰하여 볼 때 위 소설은 문학작품에 있어서의 표현의 자유의 최대한 보장이라는 명제와 오늘날의 개방된 성문화 및 작가가 주장하는 ‘성 논의의 해방’이라는 전체적인 주제를 고려한다 하더라도 음란성이 인정된다”고 판시했다.

그런데 위와 같은 판단을 보면 당해 작품이 주로 호색적 흥미를 돋구는 것이라는 판

54) 심희기(1998), “문예작품의 음란성 판단기준”, 271면. 심희기는 이 때문에 동 판결을 반노판결보다 한층 자유주의적 성향으로 진전된 것으로 평가하고 있다.

단된 데에는 무엇보다도, “때, 장소, 상대를 가리지 않은 성행각”과, “구강성교, 항문성교, 그룹섹스 등 비정상적인 성행위를 하며 성적 몰신주의와 모멸적 가치관을 표현한다는 점”(강조: 필자)이 중요하게 작용했다고 할 수 있다. 즉 성 표현의 자유화를 감안하더라도, 기존의 관념에서 보기에 난잡한 성적 관계와 비전형적인 성행위를 그린 것은 공중에게 노출되어서는 안된다는 선언이었던 셈이다.

따라서 그 이후의 판결에서 ‘호색적 흥미’에 대한 해석을 엄격히 한 결과, 하드코어적인 요소는 없고 야릇한 자세를 취한 것 뿐인데 음란성이 인정되는 등 오히려 사라판결보다 후퇴하고 있는 것은, 사라판결에서 이루어진 음란물판단기준의 진전에도 불구하고 이러한 모호성의 문제로 말미암아 얼마든지 보수적인 방향으로 흘러갈 수 있음을 증명한다 할 것이다.

즉, 이후의 한 대법원판결⁵⁵⁾은 전라 또는 반라의 상태로 다양한 자세를 취하고 있는 우리나라 여자모델들을 촬영한 사진⁵⁶⁾을 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 일반보통인의 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 판시함으로써, ‘성적 표현이 점차 자유로워지고 있는 사태’에 대한 ‘감안’을 넘어 그에 대한 ‘통탄’을 표현하고 있기도 하다.

바. 『아마티스타』사건: 노골성과 비전형성 통제

55) 97.8.22.선고 97도937판결 음화제조·음화판매 서울지법 970326 95노8390등 공 97.10.1.[43],2968.

56) 비키니수영복차림으로 서서 한쪽 손을 팬티 속에 넣어 국부를 만지는 모습, 음모의 일부가 보이는 전라의 상태로 침대위에 눈을 감고 누워있는 모습, 수영복차림 또는 속이 비치어 잠옷과 끈 형태의 팬티차림으로 침대 또는 방바닥에서 무릎을 꿇고 엎드려 있는 모습을 뒤쪽에서 촬영하여 엉덩이와 국부부위를 유난히 강조한 사진, 전라로 엎드린 자세에서 다리를 벌리고 엉덩이를 치켜세워 얇은 천으로 국부주변을 가리고 있는 모습을 뒤쪽에서 촬영하여 역시 천으로 가려져 있는 국부부위를 강조한 사진, 여자가 사무실에서 성적 감정에 도취된 표정으로 자신의 유방이나 국부를 만지면서 옷을 하나씩 벗어나가다가 전라로 되어 책상위에 누워 국부위에 종이를 대고 눈을 감고서 손으로 국부를 만지는 모습의 사진 등이 문제되었다.

아르헨티나의 유명한 소설 '아마티스타'를 번역출간한 열음출판사에 대해 관할관청이 출판사및인쇄소등록에관한법률 제5조의 2 제5호⁵⁷⁾를 적용하여 출판사등록을 취소했고 이에 출판사측이 소송을 제기하여 대법원에서까지 논의된 사건이다.

이 사건에 대해 고등법원에서는 문제된 작품의 포르노그래피성은 인정했지만, 그 표현이 성적인 폭력이나 동물로 묘사하는 등과 같은 비인간화된 것이 아니며 실험적 의도나 성교육의 기능이 내재해 있다는 점을 들어 음란물이 아니라고 판시했다. 이는 소프트웨어포르노그래피에 대해서는 음란물판단을 자제하겠다는 의도로 보인다.

그러나 대법원⁵⁸⁾은 “자위행위와 혼음, 구강성교, 항문성교 등의 **다양한 성행위**를 적극적으로 적나라하게 묘사하고 있는 점을 엿볼 수 있는바, 그 내용 속에 성에 관한 묘사서술이 우리 사회에서 용인될 수 없을 정도로 **노골적이고도 상세한 것인 이상**, 성적인 폭력이나 동물로 묘사하는 등과 같은 비인간화된 성적 표현이 나타나 있지 않다는 점만으로 음란성이 부정되지는 않는다”(강조: 필자)고 판시함으로써, ‘전형적이지 않은 다양한 형태의 성행위’와 ‘노골성’ 자체에 대한 혐오감을 대변했다.

덧붙여 대법원은 “성적 요소를 주제로 한 실험적 시도나 성교육의 기능이 내재해 있다고 할지라도 그러한 예술성 등의 사회적 가치로 인하여 성적 자극의 정도가 완화되었다고 보이지 아니하며 그 전편에 걸쳐 다양한 성행위를 반복하여 묘사하고 있는 점 등을 종합하여 볼 때, 우리 시대의 건전한 사회통념에 비추어 공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것”이라고 함으로써, 음란물판단에 있어 사회적 가치는 여전히 항변요인으로 인정하지 않았다.

동 사건은 미국과 달리 글로 된 표현물에 대해서도 그림에 의한 것과 다름없이 음란물판단을 하고 있는 우리나라의 음란물규제의 특성이 잘 드러난 사건이라고 하겠다. 즉 뒤에서 보 듯이 미국의 경우는 공동체의 정서를 감안한 음란물기준은 채택하고 있지만 적어도 글로 된 표현물에 대해서는 다른 해석이 가능하다는 점을 대체로 인정하여 그에 대한 음란물판정은 자제하고 있지만, 우리의 경우는 독자의 자율성을 전혀 인정하지 않고 매체의 종류를 가리지 않고 일면적으로 통제하고 있는데, 그와 같은 차이가 확인된 것이다.

57) “음란 또는 저속한 간행물이나 아동에 유해한 만화 등을 출판하여 공중도덕이나 사회 윤리를 침해하였다고 인정되는 경우”에는 출판사의 등록을 취소할 수 있다.

58) 97.12.26. 97누11287 출판사등록취소처분취소 판결(원심:부산고법 970619 96구11815). 법원공보98.2.1.[51],423.

사. 장정일사건: 일반인의 상상력 통제

소프트코어도 음란물로 분류되어 성인조차 접근이 금지되는 마당에, ‘여고생의 성향 락행각만을 그려놓은’ 장정일의 소설 『내게 거짓말을 해 봐』가 문제시될 것은 이미 예고된 일이었다. 이미 1996년 10월 31일 간행물윤리위원회가 전체회의를 열어 동 소설이 외설적인 내용을 담고 있다고 결론내리고 이 소설의 시중유통을 막아주도록 문화체육부에 건의하기도 했던 바, 결국 장정일은 형법 제243,244조 음란물제조판매죄로 기소되어 1997년 5월 30일 1심에서 징역 10월을 선고받았다.

재판부는 판결문에서 “소설의 음란성 여부는 작가의 주관이 아닌 **일반인의 의식을 기준으로 판단해야 한다**”며 평균인기준에 의지했다. 그 위에서 법원은, “장씨의 소설은 **보통사람이 상상할 수 없는** 원색적이고 상스러운 표현을 사용하고 **비정상적인 성관계를** 장황하게 묘사해 음란성이 충분히 인정되며 이번 판결은 유사한 소설을 쓰려고 하는 작가들에게 **경종을 울리고** 소설 『즐거운 사라』를 쓰고 구속됐던 마광수씨의 형평성을 생각해서라도 실형을 선고할 수밖에 없다”(강조: 필자)고 밝혔다.⁵⁹⁾

동 판결에서 주목되는 점은, 법원이 나름대로 우리사회의 평균인기준을 구체적으로 적용해 보고자 했다는 점이다. 그런데 정작 실제의 판단결과를 보면, 법원은 우리사회의 보통사람은 장정일의 소설에서 그려지는 것은 ‘상상할 수 없다’고 보고 있는데, 앞에서 보았듯이, 동 소설이 영화화됨으로써 내용의 상당부분이 공개되었을 때 많은 사람들이 비록 일상적이지는 않되, 그러한 내용은 적어도 환타지로서는 이미 존재했음을 지적하고 있는 것을 보면, 그와 같은 판단이 적절하다고 보기는 어려울 것이다. 따라서 그러한 판단은 실제의 증거에 입각한 것이라기보다는 법관의 입장에서 본 판단, 아니 오히려 일반인들은 그러한 것을 상상해서도 안된다는 당위와 소망이 작용한 것이라고 할 수 있다.

또한 동 판결은 ‘경종을 울린다’는 표현에서 드러나듯, 이로써 음란화되는 사회에 제동을 걸어보고자 하는 사명의식을 유감없이 표명하고 있는바, 이는 성 표현물에 대한 규범이 기본적으로 통제적인 측면에서 이루어지고 있으며, 그것도 국가와 법이 후견자적 입장에서 사회의 타락을 제지하고자 하는 의도를 깔고 있는 우리 성관련 법의 특색이 투사된 것이라고 할 수 있다.

아. 플레이보이 사건: 상징으로서의 ‘음란’ 경고

성 표현물의 확산과 시장의 개방을 억제하려는 의도가 투여된 또 다른 판결이다. 서

59) 서울지법 97.5.30.선고 97고단172. <한겨레신문> 1997.5.31일자.

울 고등법원은 ‘플레이보이’란 이름 자체가 갖는 음란물로서의 상징성에 비취볼 때 그 한국판은 허용될 수 없다고 판시했다.⁶⁰⁾ “‘플레이보이’는 전세계적으로 널리 알려진 성인용 잡지의 제호이고, ‘플레이보이’지는 **대표적인 음란·선정성 정기간행물로 일반 국민에게 알려져 있으며**, 세계적으로도 약 18개국에서만 제한적으로 발행되고 있는 사실, 원고는 소외 회사와 사이에 이 사건 정기간행물의 발행·판매 등에 관한 계약을 체결하면서 이 사건 정기간행물의 제호에 ‘플레이보이’를 그대로 사용하기로 약정한 사실을 인정할 수 있는바, 정기간행물의 제호는 당해 간행물의 수록내용을 압축하여 표현하는 것인데, ‘플레이보이’지 원판이 성에 관한 표현이나 독자의 호색적인 흥미를 돋구는 내용이 간행물 전체에서 차지하는 비중이 매우 큰 정기간행물로 일반국민에게 널리 인식되고 있는 점 및 특히 정기간행물 제호로서의 ‘플레이보이’가 갖는 상징성 등에 비추어 보면, ‘플레이보이’ 상표를 사용한 영화나 비디오 테이프, 또는 의류 등과는 달리, ‘플레이보이’라는 제호를 사용한 이 사건 정기간행물이 우리의 건전한 사회질서를 해칠 우려가 있음은 명백하다 할 것이고, 나아가 피고가 이 사건 정기간행물의 등록을 허용하는 경우 외국의 유사한 성인 포르노그래피 잡지의 등록 또한 허용하지 않을 수 없어, 우리 나라에서 **음란·선정성 정기간행물의 범람을 초래할 가능성**마저 충분히 예상되므로, 피고로서는 위와 같은 점들을 이유로 이 사건 정기간행물의 등록을 거부할 수 있다고 보아야 할 것이다”(강조: 필자)는 것이다.

동 판결 역시, 서구에 비해 상대적으로 성에 대해 편안하지 못한 우리 사회의 성 관념의 주소를 기민하게 파악한 후 그러한 환경을 적절히 활용하여 성 표현물의 확산을 억제할 수 있고자 한 것으로 보인다. 특히 ‘음란’이라는 개념이 사회적 특성에 의존하는 만큼, 미국에서는 음란물로는 인정되지 않는 잡지이지만 우리 사회에서는 파격적인 것으로 받아들여져 ‘음란한’ 잡지로 인식되는 것을 적절히 포착한 것이다. 이러한 구성이 가능한 것은 무엇보다도 우리 사회에서는 노골적인 성 표현물은 그 장르 그대로 ‘포르노그래피’로 분류되기보다는 사법적 판단 여하를 떠나서 ‘음란물’로 각인되어 버리는 사정에 기인하는데, 동 판결은 그 말 자체에서부터 우리 사회에 사뭇 위협적이라는 인상을 풍기는 ‘음란’이라는 상징적 용어를 내세울 경우 성 표현물에 대한 더 이상의 논의의 여지를 남기지 않고 이를 통제할 수 있게 되는 구조적 한계를 잘 보여 준다고 하겠다.

(3) 소결: 한국의 음란물판단의 특징

가. 음란물판단의 모호성과 자의성

60) 98년 7월 29일 97구41274판결, 하집 1998-2, 570.

그동안의 판례를 통해 제시된 우리의 음란물판단을 보면, 일견 호색적 흥미에의 호소성을 가장 중요한 기준으로 하고 있지 않은가 하는 생각을 할 수 있다. 호색적 흥미는 사라판결에서 제시되어 주요한 요소로 강조되었거니와, 산타페사건에서도 대법원은 “위 사진첩의 사진들을 전체로서 보았을 때 주로 독자의 호색적 흥미를 돋구는 것으로는 인정되지 아니하므로 위 사진첩들은 오늘날의 사회통념상 공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한 보통인의 성적 수치심을 해하고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것이라고 인정하기 어렵다”⁶¹⁾고 하는 등, 이를 보면 호색적 흥미에의 호소가 없다면 음란물의 혐의를 벗는 게 아닌가 하고 생각하게 된다. 즉 성적 수치심을 해하며 선량한 성적 도의관념에 반하는지의 여부가 음란성판단의 관건이라기보다는 (주로) 호색적 흥미를 돋구는 것인가 그렇지 않은가가 음란성판단의 핵심적인 기준으로 작용했다고 생각할 수도 있다.

그러나 법원은 한 사건에서 문제된 매체물의 예술적 가치를 부인함은 물론, ‘주로 호색적 흥미를 돋구는 성질’을 가진다고 보면서도 ‘사회통념에 비추어’ 음란성을 부정함으로써⁶²⁾ 음란물판단에 있어 ‘호색적 흥미에의 호소’라는 요소도 그 비중을 낮추고 있

61) 대법원 95.6.16. 94도1758 판결. 법원공보 1995, 2668면. 일본 여배우 미야자와 리에를 모델로 하여 사진작가 시노야마 기신이 찍은 사진 60여장을 모아 발간한 누드집의 음란성이 문제된 사건이다.

62) 대법원 1995.6.16. 선고 94도1758 판결(법원공보 1995.8.1. 2668면)로서 유연실의 사진집의 음란성이 문제된 사건이다. “이 사진첩의 사진 중 대부분은 평상복 또는 나이트가운 차림으로서 있거나 혹은 앉아 있거나 누워 있는 모습을 찍은 사진들이고 위 사진들 중 전라인 것(음부가 보이는 것은 없다), 반라로서 유두가 보이는 것, 속옷 또는 타월 등으로 하반신 일부를 가린 차림으로서 유두가 보이는 사진들이 약 20여면 정도 되고, 침대 위에 엎드려 야릇한 표정을 짓고 있거나 침대 위에서 엉덩이를 들고 엎드려 앞을 쳐다보고 있는 사진, 짧은 속옷만을 입고 침대 위에 앉아서 무엇인가를 생각하고 있는 사진, 침대 위에 엎드려 있는 모습으로 젖가슴이 보이고 하반신만 타월로 가린 사진, 전라의 모습으로 앉아서 왼손가락을 입에 물고 있는 사진, 전라의 모습 중 가슴부분을 유난히 밝은 빛으로 처리하여 이를 강조한 사진 및 야간에 상반신을 전부 벗고 가슴부분을 밝게 찍어 가슴부분을 특히 강조한 사진 등이 게재되어 있는바, 위 사진들은 여성의 아름다움을 표현하기보다는 여성의 신체의 특정부분만을 유난히 강조하여 촬영한 것이거나 선정적인 측면을 강조한 것이어서 예술적 가치가 거의 없다고 할 것이지만(호색적 성질 긍정, 예술성 부인. 평가는 심희기: 1998, 273면) 그 전체로서 보아 오늘날의 사회통념에 비추어 볼 때 공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것이라고 인정하기 어렵다.”

다. 즉 호색적 흥미에 호소하는 것도 ‘받아들일 만하다면’ 음란물은 아니라는 얘기가 된다.

그렇다면 이제 좀더 중요한 판단은 문제되는 물품이 지금 상황에서 용인할 만한 것인가 그렇지 않은가가 된다. 참을 만하다면 음란물이 아니지만 그렇지 않다면 음란물이 되기 때문이다.⁶³⁾ 결국 중요한 것은 당시의 사회통념이 어떠한지 하는 것이 되며, 이는 평균인을 기준으로 음란물을 판단한다는 원칙과도 부합한다. 그리고 우리 법원은 이에 대한 판단을 일반보통인의 이름으로 법관이 수행하고 있으므로⁶⁴⁾ 음란성의 판단은 궁극적으로는 법관이 보기에 당해 물품이 우리 사회에서 용인될 수 있을 것 같아 보이느냐의 여부이다.

그럼, 과연 법관은 그러한 판단을 제대로 수행해 내고 있는 것일까? 우선 그간의 법원의 음란물판단을 볼 때 그에 대한 신뢰성은 다분히 의심스럽다. 예를 들어 산타페 사건에서는 호색적·선정적 흥미를 돋구는 성질을 압도하는 예술성·사상성이 있다고

63) 외국의 유명 여배우 또는 여자누드모델들이 옷을 입거나 벗은 상태에서 앞과 뒤 혹은 앞거나 늪는 등의 여러 가지 모습을 찍은 사진들을 모아 편집한 사진첩인 에이스사건에서는 대법원(1995.6.16 94도1758 판결)은 “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 성적감정에 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 유혹하는 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 판시했다.

64) 즉 대법원은 “판단에 있어서 사회통념상 일반보통인의 정서를 그 판단의 기준으로 삼을 수밖에 없다고 할지라도 이는 법관이 일정한 가치판단에 의하여 내릴 수 있는 규범적인 개념이라 할 것이어서 그 최종적인 판단의 주체는 어디까지나 당해 사건을 담당하는 법관이라 할 것이니 음란성을 판단함에 있어 법관이 자신의 정서가 아닌 일반 보통인의 정서를 기준으로 하여 이를 판단하면 족한 것이지 법관이 일일이 일반 보통인을 상대로 과연 당해 문서나 도화 등이 그들의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하거나 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것인지의 여부를 묻는 절차를 거쳐야만 하는 것은 아니라고 할 것이다”고 판시하고 있다. 대법원 1995.2.10.선고 94도2266 판결. 공보 1995.3.15, 1367면.

보고 즐거운 사라와 에이스사건에서는 그렇지 않다고 보았는데 그러한 차이를 낳은 이유가 명확하지 않으며 오히려 그 판정은 법관의 직관에 근거한 것임을 부인하기 어렵다. 그리고 그것은 ‘도덕적이고 감성적’인 판정의 성질을 벗어나기 어렵다.⁶⁵⁾ 또한, 플레이보이판결이 내려진 같은 날 누드화보집의 음란성에 대해 판단하면서, “여성의 음부가 그대로 드러나지는 않은 만큼 오늘날 성표현자유화의 경향에 비춰 유두 정도의 노출은 음란물이 되지 않는다”고 밝힌 것도, <플레이보이>지의 화보들 역시 성기나 음모가 드러나는 것은 아니라는 점을 감안하면, 음란물판단의 모호성과 자의성을 드러내는 한 예라 하겠다.

나. 음란물판단의 보수성

우리 법원이 “형법 제243조 소정의 ‘음란’이라는 개념 자체가 사회와 시대적 변화에 따라 변동하는 상대적이고도 유동적인 것이고, 그 시대에 있어서 사회의 풍속, 윤리, 종교 등과도 밀접한 관계를 가지는 추상적인 것”⁶⁶⁾이라고 하여 당해 개념의 유동성과 담론구속성을 긍정한 것이나, “중남미의 애정소설에 대한 긍정적 평가를 그대로 우리 사회에 적용할 수 없다”⁶⁷⁾고 하여 현재의 우리사회의 시각에서 음란물 여부를 판단하고자 하는 것은 지극히 타당하다. 형법상 금지되는 음란물인가 그렇지 않은가는, ‘음란성’ 자체의 판단이 사회일반의 관념에 의존할 수밖에 없는 만큼, 시대에 따라 변화되기 때문이다.⁶⁸⁾

우리 판례 역시 음란물 여부의 판단에 있어 일정 정도 변화를 보여주었다. 그러나 실제의 판례를 살펴볼 때, 그 판단은 끊임없이 변화하는 사회적 환경과 다양해진 가치관을 충분히 고려한다기보다는, 여전히 성을 터부시하는 유교적이고 보수적이며 남성중심적인 도덕관념에 좀더 많이 의존하고 있다.

이는 음란성의 정의에서부터 드러나거니와, 1951년에 나온 일본 최고재판소의 판례⁶⁹⁾를 그대로 베껴 성욕을 흥분시키고 성적 수치심을 해하는 것을 중요한 요소로 넣고 있는 우리의 음란성개념은 성이 더 이상 음습한 것이 아니고 따라서 성에 대한 관심과 그 표현도 상당히 자연스러워진 오늘날과 부조화를 겪고 있는 것으로 보인다.⁷⁰⁾

65) 심희기(1998), “문예작품의 음란성 판단기준”, 274-275면.

66) 대법원 1995.2.10. 선고 94도2266판결. 공보 1995.3.15, 1367면.

67) 97.12.26. 97누11287 출판사등록취소처분취소 판결, 법원공보98.2.1.[51],423.

68) 유명한 『차탈레부인의 사랑』만 해도 1928년에 출간되어, 출간직후부터 음란물로 규정되어 오다가 시대적 변화에 힘입어 미국에서는 1959년, 영국에서는 1960년에 해금되었다.

69)昭和 26(1951).5.10. 刑集 5권 6호, 1026면.

물론, 그간의 사회적 변화의 영향으로 표현물의 전체를 놓고 판단해야 한다든지, 다만 신체노출의 부위와 정도만이 아니라 노출의 의도-즉 순전히 성적 자극만을 목적으로 한 것인지 그렇지 않은지-까지 함께 고려해야 한다는 것은 진전된 셈이지만 ‘성적 수치심의 자극’과 ‘사회 성윤리의 문란’은 여전히 음란성판단의 중요한 표지로 작용하고 있다.

또한 호색적 흥미라는 기준도, 그에 대한 아무런 정의 없이 실제의 적용례에서는 다분히 보수적으로 해석된 나머지 소프트웨어포르노그래피도 여전히 음란물이라는 혐의에서 자유롭지 못하는 등 성 표현에 대한 기피를 유감없이 드러내고 있다.

구체적으로 보면, 마야사건에서와 달리 이제는 성의 공개화 자체를 문제삼을 수는 없는 것으로 보이지만, 앞에서 본 것처럼, 성을 쾌락으로 간주하는 것(『즐거운 사라』 사건, 장정일사건)이나 노골성⁷¹⁾(『아마티스타』 사건)에 대해서는 여전히 부정적인 평가를 떨쳐버리지 못하고 있다.

한편, 소위 전형적이지 않은 성행위는 비정상적인 것으로 간주되어 그에 대한 통제는 좀더 엄격하다. 『즐거운 사라』 사건의 경우 “그 성희의 대상도 미술학원 선생, 처음 만난 유흥가 손님, 여중 동창생 및 그의 기등서방, 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 묘사”한 것이 음란물로 판단되는 데 결정적으로 작용했으며⁷²⁾, 장정일의 소설 『내게 거짓말을 해 봐』 역시 “보통사람이 상상할 수 없는 원색적이고 상스러운 표현을 사용하고 비정상적인 성관계를 장황하게 묘사”한 것 때문에 문제가

70) 이 때문에 마광수와 같은 이는, 성욕을 흥분시키는 게 어째서 문제가 되느냐며 불만을 표시한다. 마광수(1998), 『자유에의 용기』, 해냄, 81면.

71) 또 98.8.23. 외국 성인잡지의 음란화보와 일본여배우의 반라사진 및 노골적인 성행위 장면 등을 담은 ‘피니쉬’, ‘임파토’, ‘타게트’ 등의 월간성인잡지를 발간해 판매한 출판업자 2명 구속되었고, 97.9.18 서울지법은 일본 음란소설 번역 유통한 자에게 음란문서제조 및 판매죄를 적용하여 징역 1년을 선고하면서, “사춘기소녀가 성에 눈떠가는 과정을 그리면서 퇴폐업소의 실상과 난잡한 성관계·불륜 등을 **여과없이** 묘사했으면서도 음란소설을 학생들이 자주 찾는 대형서점에 팔아온 만큼 실형이 불가피하다”(강조: 필자)고 판시함으로써 노골성에 대한 유감을 표명하였다.

72) 마광수는 도착적 섹스를 강요하는 주체는 인간의 동물적 본성이 아니라 위선적 도덕률이라는 걸 상징적으로 보여주기 위해서 탈도덕적 자유의지를 그려낼 수밖에 없다고 하여 비전형적인 성행위에 대한 통제를 비판한다. 마광수(1998), 『자유에의 용기』, 해냄, 176면.

되었던 것이다. 이런 식으로 경직적으로 정상적인 성행위와 그렇지 않은 성행위를 구분하고⁷³⁾ 그에 따라 생산과 유통이 가능한 성 표현물과 그렇지 않은 성 표현물을 간단히 판단하는 것은 보수주의의 전형적인 속성에 다름아니다.

더욱이, 덧붙여, 이현세 만화 『천국의 신화』에 대한 음란물판정⁷⁴⁾이나 이승희홈페이지에 대한 유죄판결을 보면 그러한 전형성콤플렉스에 덧붙여, 아예 성 표현을 금기시하는 원초적인 포르노그라피혐오증이 도지고 있는 게 아닌가 싶다.

다. 예술성에 대한 미약한 고려

우리의 포르노그라피에 대한 평가에서는 예술성이나 과학성 등 사회적 가치가 인정된다고 하여 음란물의 범주에서 배제되지 않는다.⁷⁵⁾ 물론 예술성이 고려되기는 한다. 그러나 그것은 예술성이 음란성을 압도할 정도이거나, 예술성에 의해 음란성이 완화되는 정도일 때는 그에 덧붙여 적어도 주로 호색적인 관심에 호소하지는 않아야 한다

73) 한국간행물윤리위원회는 가족, 친지, 스승 등과의 성행위묘사는 그 대상에서, 오랄섹스, 동성애, 수간 등은 그 내용에서 비정상적인 것으로 분류하고 있다. 한국간행물윤리위원회(1998a), 『청소년 유해간행물에 대한 성인인식도 조사』, 159면.

74) 1997년 유명 만화가 이현세의 만화 『천국의 신화』에 대해 간행물윤리위원회가 “혼음과 수간”이 적나라하게 묘사되었다는 이유로 제재를 한 데 이어 검찰도 같은 이유로 음란물죄로 기소하여 벌금을 선고한 바 있다. 동 사건은 정식재판이 청구되었고 2000년 7월 18일 서울지법은 청소년에 유해한 음란물이라는 판정을 내렸다. 그러나 이에 대해서는, 작가의 만화의 품 자체를 문제삼을 수는 있을지언정, 원시시대의 묘사를 위해 그와 같은 것을 그린 것은 다분히 역사사실적인 것으로서 소위 호색성은 없으며, 더욱이 만화라는 장르의 특성상 은유성을 갖고 있는 점이 고려되지 못한 것이라는 비판이 일었으며 문화창작계에서는 예술의 자유에 대한 국가적 통제에 이를 해석하여 대대적인 반대 의사를 표명했다.

75) 이러한 입장은 일본도 마찬가지로서, ‘채털리부인사건’에서 일본 최고재판소 昭和 32(1957).3.13.판결(刑集 11권 3호, 997면)은 “당해 역서의 예술성과 음란성은 별개의 차원에 속하는 개념으로서 양립할 수 없는 것이 아니다. 春本이 아니고 예술적 작품이라는 이유로부터 음란성을 부정할 수 없다. 예술적 면에서 뛰어난 작품이라고 하더라도 이와 차원을 달리하는 도덕적·법적 면에 있어서 음란성으로 판단되는 것이 불가능한 것이 아니다”고 판시한 이래 최고재판소 昭和 44(1969).10.15. 판결(刑集 23권 10호, 1239면)도 “문서의 음란성과 예술성, 사상성은 차원이 다른 개념이고 문서가 갖는 예술성, 사상성이 문서의 내용인 성적 묘사로 인한 성적 자극을 감소 완화시켜 형법의 처벌의 대상으로 하는 정도 이하로 음란성이 해소되지 않는 한 예술적, 사상적 가치가 있는 문서라고 하여도 음란문서로서의 취급을 면할 수 없다”고 판시하여 그러한 입장을 유지하고 있다.

는 조건이 붙는다. 호색적 흥미에 호소하는 성질을 부인하고 예술성은 긍정하면서 음란성을 부정한 대법원판결이 그 예이다.⁷⁶⁾ 즉 진정한 예술적 가치가 있다고 하더라도 그 가치의 비중이 크지 않다고 판단될 때는 그대로 음란물이며, 사회일반이 봤을 때 호색적인 관심에 주로 호소하는 것이라면 실은 예술성 여부에 관계없이 음란물인 점에는 변함이 없다는 것이다.

이러한 우리 법원의 태도는 대단히 노골적인 성적 표현물이라 할지라도 당해 작품의 진지한 예술성이 인정된다면 음란물로 취급되지 않는 미국이나 영국의 경우와는 대조적인데,⁷⁷⁾ 이러한 우리의 기준은 예술이라는 가면을 쓴 음란물을 물리칠 수 있다는 장점은 있지만, 성적으로 노골적이라는 이유 때문에 그 작품의 다른 중요한 부분이 미처 고려될 기회조차 없는 더 큰 불행을 회피할 수 없게 된다. 이 때문에 많은 논자들은 예술작품과 일반 포르노그라피를 명확하게 구분할 기준을 만들고 전자에 대해서는 완전한 자유를 부여해야 한다는 의견을 제시하고 있다.⁷⁸⁾

3. 한국의 성 표현물 규제 의 문제점

76) “그 중 일부 사진은 가슴이 노출되어 있음은 물론 전라이고 드물게는 음모부분까지 드러나 있는 것도 있지만 그렇다고 하여 그것이 난잡스레 유방이나 국소부위를 강조하거나 성교장면을 연상케 하지 않을 뿐더러(호색적 흥미에 호소하는 성질 부인) 그 사진들의 구성 등에 비추어 보면 선정정보다는 예술성이 강조된 것으로 보여져 그 예술성으로 인하여 독자로서 하여금 성적 표현에 의한 성적 자극을 감소·완화시키고 있다(예술성 긍정)”고 판시했다. 대법원 95.6.16. 94도1758 판결. 괄호안의 평가는 심희기(1998), 272면.

77) 영국은 1959년 음란물출판법 제4조 제1항에서 “당해 물건의 출판이 과학, 문학, 예술 또는 학문의 이익이나 또는 일반적인 관심사항의 대상이 되는 것을 근거로 하여 공공의 이익을 위한 것이라는 사실이 입증되면 이 법률 제2조의 규정(음란물출판에 대한 처벌)이나 전조의 몰수명령은 적용되지 아니한다”고 규정함으로써 실질적으로 학술서, 예술작품을 규제의 대상에서 제외하고 있다. 또 이탈리아 형법 제529조는 “예술작품 또는 학문작품은 음란하다고 생각되지 않는다. 단 그것이 연구 이외의 동기에 의하여 18세 미만의 자에게 판매하기 위하여 제공되거나 매도되거나 또는 기타의 방법으로 공여된 경우를 제외한다”고 규정하여 학술서와 예술작품의 음란성을 원칙적으로 부정하고 있다. 주석형법각칙(II), 101면, 주 15.

78) 대담한 성표현보다 예술을 빙자한 성의 포장이 문제가 되며, 그것은 예술과 포르노그라피의 엄격한 구별이 없으며 포르노그라피를 일정한 장치 속에 가두는 법률적 제도가 마련되어 있지 않기 때문이라는 것이다. 한국간행물윤리위원회, 『예술과 외설의 한계성』, 1996.12. 83면.

(1) '음란'의 코드적 해석에 의한 포르노그래피의 장르성 무시

관련법규와 실제의 적용에 있어 공통적으로 드러나는 우리나라의 성 표현물 규제 문제점으로는 먼저, '음란'이라는 용어가 다분히 상징적인 힘을 발휘하여 포르노그래피라는 용어 자체가 들어설 여지가 없다는 점을 들 수 있다.

이는 그 범주구분에서부터 상당히 왜곡되어 있는 우리나라에서의 성 표현물에 대한 이해에서부터 알 수 있는바, 우리의 경우는 포르노그래피는 불법적인 것으로 보고 음란물은 야하긴 하지만 포르노그래피에 비해서는 정도가 덜한 것으로 보고 있거나⁷⁹⁾ 혹은 아예 포르노그래피와 음란물을 동일시한다.⁸⁰⁾ 포르노그래피를 장르로서 생각하

79) 한국간행물윤리위원회가 청소년유해출판물에 대한 성인인식조사를 위해 작성한 설문지는 음란·폭력간행물의 종류와 그 예를 다음과 같이 예시하고 있다. 1. 음란·폭력성 대중소설(예: 옥보단, 금병매 등), 2. 음란·폭력성 성인용 만화: 성인용 일본 국내만화 및 국내에서 불법유통되고 있는 성행위나 폭력적인 행위들을 묘사하고 있는 만화(예: 톱 등), 3. 음란·폭력성 일본만화(예: 짱구는 못말려 등), 4. 음란·폭력성 성인용 잡지: 흥미위주의 선정적 폭력적 기사를 담고 있는 국내주간지(예 실화와 사건 등), 5. 포르노그래피잡지: 불법으로 유통되고 있는 노골적인 성을 주제로 한 잡지(예: Play Boy(플레이보이), Pent House(펜트하우스)), 6. 포르노그래피사진: 성행위를 노골적으로 담고 있는 사진첩이나 화보, 7. 음란·폭력성 전자출판물(음란 CD나 디스켓 등, 동영상 제외). 한국간행물윤리위원회(1998a), 155면. 동 위원회의 또다른 조사에서 사용된 분류와 정의를 보면, 음란·폭력성 성인용 잡지: 흥미위주의 선정적 폭력적 기사를 담고 있는 주간지 등(예: 현장사건 25시, Girl 등), 포르노그래피잡지: 불법으로 유통되고 있는 노골적인 성을 주제로 한 외국잡지(예: Play boy, Pent House), 포르노그래피사진: 성행위를 노골적으로 담고 있는 사진첩이나 화보, 음란·폭력성 성인용 만화: 국내에서 유통되고 있는 '18세미만 구독불가'로 성행위나 폭력적인 행위들을 묘사하고 있는 만화(예: 톱 등), 음란·폭력성 일본 복제만화, 음란·폭력성 전자출판물, 음란·폭력성 대중소설(예: 즐거운 사라)로 서술하고 있다. 한국간행물윤리위원회, 『청소년 유해간행물 시민감시활동 실태 및 활성화 방안』, 1998, 155면. 포르노그래피는 외국의 것으로 단순히 연결짓고 있음을 알 수 있다.

80) 아마티스타사건의 원심판결(부산고법 1997.6.19.선고 96구11815판결)은 중남미 에로티시즘문학의 대표작의 하나로 꼽히는 작품이라는 점, 포르노그래피로 불리는 음란물(강조 필자)은 일반적으로 폭력적이고 잔인하며 어두운 분위기 아래 생식기에 얽힌 사건들을 기계적으로 반복·구성함으로써 식상함을 느끼게 만드는 데 반해 이 사건 소설은 성에 대해 노골적으로 묘사하고 있지만 우아하고 독창적인 예술성으로 인하여 포르노그래피와 에로티시즘의 차이를 극명하게 드러내고 있으며 그 예술성으로 인하여 성적 자극이 어느 정도 완화되고 있어 곧바로 공중도덕이나 사회윤리를 침해한다고 단정하

지 않고 이미 그에 대한 일정한 규범적 평가를 내리고 있는 셈이다.

이렇듯, 성 표현물 전반에 걸친 사회적 평가와 규범이 ‘음란’이라는 틀에 갇히다 보니, 앞에서 본 것처럼, 사법적인 판단을 거치지 않은 채 각종 법규에서 ‘음란’이 전제되어 통제되는가 하면, ‘플레이보이사건’에서처럼 기껏 사법적 판단의 대상이 된 경우에도 ‘음란’이라는 이미지 자체에 의해서도 충분히 그에 대한 규제가 가능한 형국이 되고 말기도 한다.

(2) 성에 대한 보수적 시각의 규범화

그런데 위와 같이 포르노그래피의 장르성이 무시되고 ‘음란’이라는 이름만으로 성 표현물을 쉽사리 통제할 수 있는 것은 규범과 그 적용 전반에 걸쳐 보수주의적인 시각을 내면화하고 있기 때문이다. 광범위하게 통제장치를 구성하고 있는 것에서 보듯이, 광고⁸¹⁾, 영화, 잡지, 소설 등 모든 매체에서 성을 언급하는 것은 기본적으로 꺼려지고 있으며, 매체의 특성도 무시된다.

또한 성 표현은 그 자체로 사회의 질서와 성도덕을 무너뜨리는 것으로 인식되어 있다. 앞에서 봤듯이, 법규 자체에서 음란 또는 저속한 표현은 중요한 사회적 기초를 위태롭게 하는 것으로 전제되어 있으며 음란의 정의와 음란물에 관한 판례 역시 이러한 시각을 유지하고 있다.

특히 노골성과 비전형성, 기존질서를 흐릴 것으로 우려되는 성 표현에 대한 엄격한 통제는 정상과 비정상의 이분법에 입각한 우리 사회의 성 표현물 관련 규제의 보수주의적 성격을 단면적으로 드러낸다고 하겠다.

흥미로운 것은 성 표현물에 대한 그러한 시각이 법과 판례에 의해 구체적으로 체현됨으로써, 성에 대한 사회적인 의식 역시 나름대로 길들여지고 있다는 점이다. 다양한 개인의 요구와 의식에 대한 판단을 굳이 행하지 않더라도 법의 객관성에 의해 사회적 의식은 종래의 도덕을 중시하는 것으로 해석되고, 또 그렇지 않은 경우는 법적 제재로서 통제됨으로써 섹슈얼리티에 대한 사회적 이해가 보수적인 방식으로 규범화되는 것이다.

(3) 보호법익으로서의 사회도덕성의 모호성

기도 어렵다고 판단하면서 원고의 청구를 인용하였다.

81) 90년대초 줄넘기를 한 뒤 스포츠음료를 마시는 광고는 줄넘기손잡이가 남성의 성기를, 혁혁대는 숨소리가 섹스장면을 연상한다는 이유로 사전심의에서 통과되지 못한 적이 있다.

형법의 음란물관련조항은 건전한 성적 풍속 내지 성도덕의 보호를 보호법익으로 삼음으로써,⁸²⁾ 또 그 많은 법규는 그 문언 자체에서 공중도덕이나 사회질서, 미풍양속을 거론함으로써 한국의 성 표현물 규제가 사회도덕성을 보호하기 위한 의무를 띤 것으로 보여진다.

더구나, 표현의 자유의 한계를 규정한 헌법조항에서는 공중도덕·사회질서 등과 아울러 타인의 권리와 명예 침해 금지를 명시하고 있지만 성 표현물에 관한 각종 통제 법규에서 타인에게 미치는 개별적인 해악을 유념하여 그에 대한 규제를 제시하고 있는 조항은 찾아보기 힘든 점,⁸³⁾ 그리고 폭력에 비해 상대적으로 성 표현물 규제에 대해 포괄적이고 상세히 규정하고 있는 점을 볼 때 사회도덕성의 보호에 성 표현물 규제를 핵심적인 과제로 삼고 있음을 알 수 있다.

그러나 그렇게까지 보호하고자 하는 사회의 도덕의 구체적인 내용이 무엇인지 질문을 던져 볼 때, 그에 대한 답은 찾기 힘든 것이 사실이다. 공공질서나 사회윤리의 구체적인 내용이 무엇인지, 도대체 무엇이 어떻게 그것을 침해한다는 것인지는 법규와 판례 그 어디에서도 그에 대한 설명을 찾아볼 길이 없다. 오히려, 공공질서나 사회윤리 등 지극히 추상적인 법익은 그저 독자적인 것으로 상정될 뿐이다.

더욱 문제되는 것은, 그러한 법익의 침해 여부는 법관의 단순한 가치판단으로 결정되게 된다는 점이다. 그러나 이러한 입장은 관념화되고 추상화된 실재하지 않는 관념의 산물로서 '이성질서'를 보호법익을 상정한 것이요 그 주관적 규율에 대한 위반에 다름 아니다.⁸⁴⁾

또한, 제4장에서 보게 되겠지만, 노골적인 성 표현물이 사회의 도덕과 질서를 침해한 다거나 범죄를 유발한다는 증거 역시 발견되지 않는다.

이상을 종합해 볼 때, 모호하기 짝이 없는 사회도덕성의 침해 방지를 성 표현물의 대표적인 근거로 내세우는 것은 그 정당성이 약하다고 할 것이다.

82) 이회창 등 편(1997), 『주석 형법』(제3판), 한국사법행정학회, 96면.

83) 물론 성적 표현물이 어떤 사람의 권리나 명예를 침해했을 경우는 명예훼손죄나 모욕죄가 적용될 수 있지만, 도덕 등의 침해를 이유로 해서는 형법상의 음란물죄 외에도 직접 그를 이유로 거론한 다양한 통제법규가 있는 점과 잘 대비된다고 하겠다. 더욱이 성 표현물로 인한 침해에 명예훼손죄나 모욕죄가 적용된 예는 아직까지 찾아볼 수 없다. 원하지 않는 성적 생활이 노출되어 피해를 입은 경우라도 이에 대한 규제법규가 마땅히 없는 형편이다.

84) 박용상, “표현의 자유의 제한에 관한 일반이론”, 『재판자료 77집 헌법문제와 재판(下)』, 법원도서관, 1997, 82면.

(4) 발전적 논의의 구조적 배제

문제점으로 지적할 수 있는 또 다른 중요한 부분은 그간의 많은 변화에도 불구하고 성 표현물의 규제가 여전히 국가위주로 행해지고 있다는 점이다. 이로써 당해 판단 또는 심의기관의 검열성이 문제될 뿐만 아니라, 좀더 근본적으로는 우리 사회의 성 표현에 대한 나름의 기준과 합의를 이끌어내는 데 주력해야 함에도 불구하고 이에 관한 사회적 논의가 배제되고 있다.

이는 무엇보다도 지나치게 국가규제일변도의 정책을 택하여 민간의 자율적인 규제장치의 형성의 여지를 남기지 않는 제도적인 결함에서 비롯된다. 즉 우리의 경우 포르노그래피의 음란 및 저속성은 법관 또는 대체로 정부가 주도하는 심의기관에서 판단하므로 많은 보통의 사람들은 무엇이 건전한 성 표현물 혹은 그저 예로물이라서 봐도 되며 무엇이 안되는 것인지, 안된다면 도대체 어떤 점 때문에 그러한지, 과연 문제시되는 성 표현물이 그러한 점을 지니고 있는지 등에 대해 판단해 볼 기회로부터는 원천적으로 배제된다.

이런 식으로, 포르노그래피에 대한 논의 자체가 박탈되다 보니, 사회구성원이 성 표현물에 관련된 그들간의 이해의 차이와 갈등을 인식하는 것이나, 그에서 나아가 문제를 해결하는 것도 자연히 매우 어려운 일이 되었다.⁸⁵⁾ 심지어 자율규제의 경우에도 추상적인 미풍양속을 거론할 뿐⁸⁶⁾, 구체적 해악에 대한 관심은 드러나지 않은 것도 이와 관련된다고 하겠다.

이렇게 음란성 판단이 보수적 사회도덕에 의하고 있는 것은 그 판단이 사회일반의 기준을 표방하고 있지만⁸⁷⁾ 실은 법관 개인에 의해서 판단되고 있는 점도 한 요인이

85) 장정일사건은 포르노그래피에 대한 국가중심적 규제의 가장 큰 한계를 보여준다. 즉 형사법적 판단이 내려지기에 앞서 간행물윤리위원회의 제재를 겁낸 출판사측이 동 작품의 외설성을 자인하고 자진절판함으로써 문제된 소설의 음란성 여부에 대한 진지한 사회적 고려는 아예 불가능하게 된 것이다.

86) 99년 소프트콤바우가 신문과 잡지에 알몸광고를 실은 것이 입방아에 올랐는데, 한국광고자율심의기구는 '사회적 미풍양속 저해'를 이유로 99.7.21. 심의위원회에 상정한 바 있다.

87) 대개의 경우 법은 그 사회의 일반평균적인 사람들의 관념과 판단이라고 '보여지는' 것을 기준으로 삼게 된다. 여기서 중요한 것은 법에서의 평균인은 단순한 산술적 평균인이 아니라 '일반화된 가치관계적 이념형'이라는 점이다. Quetelet가 통계학에 입각해서 여러 가지 가치지향까지도 평균을 산출해서 그 결과 그 시대의 전형을 나타낸다고 할 수 있는 평균인을 구성하고 그를 그 시대의 이상인으로까지 평가했던 것과는 달리 법이 근거하고 있는 평균인이란 오히려 지극히 추상적이고 유추적인 개념이라고 할 수

될 것이다. 우리사회가 정말로 어떤 것을 음란한 것으로 여기는지 제대로 조사·과약 될 기회가 전혀 없던 상황에서, 사회변화와 어느 정도 격리되어 있음으로 인해 비교적 보수적인 성향에 빠지기 쉬운 법관에 의한 판단이 사회일반의 관념을 적절히 대변할 수 있으리라고 보기는 힘들 것이기 때문이다.

또한 법관이 애써서 평균인의 시각을 갖추고자 노력하고 그 점이 반영된 경우에도 여전히 문제는 남는다. 외부적인 조언을 얻건 내적인 고려에 의하건 간에 법원이 상정하는 평균인이라 함은 결국 현실적으로는 사회적 세력관계상, 기성세대 또는 그들의 도덕적 판단을 할 수 있는 자가 될 것인데,⁸⁸⁾ 이들은 사회문제의 원인을 도덕적

있다. 요컨대 라드부르흐의 표현대로 법에서의 평균인이란 현실의 인간이 아니라 법이 염두에 두며 법이 그 위에 그 규정들을 배열하게 되는 인간상인 것이다. 그리고 그러한 평균인은 법질서의 유지향상이라는 목적론적, 가치관계적 견지에 서서 포착된 것으로서, 일정한 법질서에 적합하고 그것을 따를 수 있는 광의의 책임능력과 의식을 기대할 수 있는 목적론적 존재에 다름아니게 된다. 이렇게 본다면 법이 그 존재적 속성상 사회일반에 의거할 수밖에 없다는 당연해 보이는 요청 자체도 실제로는 지켜지지 않는 게 아닌가 하는 의구심을 가질 수 있게 된다. 즉 어차피 법이 끌어오는 평균인이란 이미 기존에 존재하는 법을 충분히 준수하고 그 범주내에 포섭되어 있는 사람이거나 아니면 그럴 것이라고 예상되는 유형일 뿐 그 사회의 좀더 많은 사람들의 생각이 반영된 존재는 아닐 수 있기 때문이다.

88) 예컨대 즐거운사라사건의 경우, 2심재판중 재판부가 애초에 지정한 참고인인 고려대 서어서문학과 교수 겸 작가인 민용태와 작가 하일지는 18세기에 쓰여진 고전소설 <춘향전>에도 성묘사가 구체적이고 사실적으로 되어 있는데 20세기에 쓰여진 이 사건 소설의 성묘사는 그다지 노골적이지도 상세하지도 않다고 무죄취지의 감정을 했다. 그러나 쌍방 당사자 합의로 다시 안경환 서울대 법대교수, 서강대 영문학과 교수 이태동, 신경정신과 의사 겸 시인 신승철에게 감정이 의뢰되어 재감정을 한 결과 안경환, 이태동은 음란성이 인정된다는 취지로, 신승철은 부정된다는 취지의 감정서를 제출했으며 이로써 재판부는 유죄의 근거를 보강할 수 있었다. 구체적으로 안경환교수는 감정서에서, 문학을 법의 잣대로 심판하는 것은 바람직하지 못하지만 그러한 입장은 배제하고 감정에 임한다고 밝힌 후, 작품 중 성에 관한 묘사와 서술이 그 정도와 수법이 노골적이고 상세하고, 그러한 묘사와 서술이 사건 작품 전체에서 차지하는 비중은 절대적이며, 동 작품에서의 성의 묘사는 통속성을 극복하지 못했고, 음란성과 예술성은 양립할 수 없는데 동 작품은 심각한 예술적 가치가 없는 음란물이며, 동 작품이 성적 충동적 모방심을 자극하고 성범죄를 유발하는 위험은 없지만, 통상적인 성인 독자로 하여금 저급의 성욕을 자극하며 성적 수치심 내지 불쾌감을 조성한다고 판단하고, 종합적으로는 상수도 하수도가 구분되듯이 문학작품과 그것이 아닌 음란작품은 구분되어야 한다는 취지에서 동 작품에 대해 음란물이라는 최종감정을 내렸다. 동 감정서는 안경환, 「문학작품과 음란물의 한계」, 「법과 사회」제 9호, 1994년 상반기, 236-251면에 실린 것을 참조했다.

타락에서 찾고 도덕적 오염을 막고 사회를 보다 청결하게 만들어가야 한다는 입장에서 대체로 음란물은 사회풍속과 도덕관념을 문란케 하고 가정과 성윤리를 파괴하므로 기본적으로 금지되어야 한다는 견해를 갖고 있거나,⁸⁹⁾ 그렇지 않더라도 당대의 미적 관념에 입각해서 예술과 외설을 준별하는 입장에 서기 때문이다.

결국, 어떤 경우든, 음란물판단이 사회도덕성의 보호에 근거하는 한, 대체로는 종래의 도덕관이 답습될 뿐, 사회성원의 다양한 목소리와 변화하는 환경이 반영될 여지는 희박하다고 할 수 있을 것이다.

89) 한인섭(1997), “검열과 자유와 책임”, 『철학과 현실』1997년 봄호, 64면. 이런 관점에서 마광수는 반노가 무죄판단을 받은 것과 달리 자신이 유죄로 선고된 것은, 92년 당시에는 이미 종래의 반공이데올로기가 먹히지 않게 된 시점이라 국민훈육용으로 ‘민족적 국수주의’와 ‘도덕주의’를 내세울 수밖에 없었고 자신이 그 희생양이 된 것으로 파악한다. 또 그는 판단기준에 대해서도 그 자의성을 지적하는데, 즉 『즐거운 사라』는 1992년에 처음 출판된 게 아니라 1990년 어느 월간 잡지에 연재물로 발표된 것인데 그 당시는 간행물윤리위원회에서 아무런 말이 없다가 단행본으로 출간되자 ‘제재건의’조치를 내렸다는 것이며, 이는 수구적 보수지향세력이 새로운 변화의 물결에 우려하고 공포감을 느끼게 되자 ‘성의 신성화’에 반발하며 ‘성의 공개화’를 가장 먼저 주장하고 나온 자신을 주범으로 낙인찍은 것으로 이해하고 있다. 마광수(1998), 『자유에의 용기』, 해냄, 77면, 220면.

제 II부 포르노그래피에 관한 주요 담론

제 3장 음란물 규제 담론

1. 음란물규제의 기초로서의 보수적 도덕주의

(1) 비도덕성의 문제로서의 포르노그래피

음란물관련 형사법을 통한 포르노그래피의 규율은 가장 오래되고 가장 광범위한 방식이다. 이는 포르노그래피는 타인에 대한 해악이라든가 다른 정치적 문제로서가 아니라 도덕적 문제로 파악된다는 것을 의미한다. 포르노그래피에 대한 통제가 본격화된 근대의 경우 그것은 새로 확립한 부르조아 사회의 자궁심을 지켜내기 위한 필사적인 노력이었으며, 개인의 자율성을 제도적으로 법적으로 좀더 존중하기 시작한 현대의 경우에도 당해 사회의 도덕성보호는 음란물이라는 법적 판단에 의한 성 표현물 통제 의 가장 보편적인 근거로 여전히 작용하고 있다. 그리고 뒤에서 살펴보는 바와 같이 그러한 도덕성옹호는 사회의 변화와 다양성에는 둔감한 대신 기존의 도덕에 집착한다는 점에서 보수주의적 성격을 질게 드러내고 있다.

가. 사회적 해악으로서의 포르노그래피

기존의 사회질서를 최선의 것으로 간주하고 질서와 안정을 최고로 평가하는 정통적인 도덕론자들은 포르노그래피 일체와 음란물을 같은 것으로 취급하고서는, 건전한 윤리의식의 침해를 들어 포르노그래피에 반대한다.

이들에게 있어 性이란, 그 본질상 은밀하고 음습한 것으로서 일정한 공간과 관계-집안, 부부관계-에만 한정될 뿐 그 외의 경우에는 억압되어야 마땅한 것이다. 따라서 이런 입장에서 볼 때 노골적으로 그리고 때로는 공공연하게 성을 드러내는 포르노그래피는 위험하기 짝이 없는 것이다.

특히 포르노그래피에서의 노골적이고도 비전형적인 성 행위와 부부관계에 한정되는 않는 성적 파트너쉽은 정상적 사회질서, 특히 기존의 성도덕과 성질서를 어지럽히는 매우 유해한 것으로 인식될 따름이다.

또한 그 해악 역시 단지 접촉하는 사람 개인에 대한 악영향뿐만 아니라 사회 전체의 질서와 구조를 위협하는 것으로 보고 성폭력, 마약, 소요 등과 포르노그래피의 관련성

에 짙은 혐의를 둔다.

나. 법에 의한 포르노그래피의 통제

나아가 보수주의적 담론은 사회도덕성의 보호와 그 위반에 대한 응징을 위해 법이 적극적으로 활용되어야 한다고 한다. 즉 보수주의에서는 전적인 자율선택과 결정은 공중생활의 질을 높이는 데 필수적인 진단을 결여하게 된다고 전제하고, 포르노그래피의 검열은 사회의 이익에 이바지한다고 결론내린다. 요컨대 보수주의적 견해는 포르노그래피는 인간의 성욕을 자극하여 강간 등의 반사회적 행위를 유발하고 인간의 성행위를 비인간적이고 동물적 행위로 환원시킴으로써 인간의 성행위를 비천한 것으로 만들며 인간의 성적 수치심을 붕괴시키고 도덕적으로 타락하고 퇴보적인 측면을 지니고 사회의 민주적 질서를 붕괴시키기 때문에, 그 자체로 부도덕한 것으로서 금지되어야 한다는 것이다.

예컨대 Irving Kristol은 공중도덕과, 개인의 권리 혹은 자유간의 갈등에 주목한다. 그는 음란물과 포르노그래피는, 민주사회의 번성에 배치되는 유아적이고 자위적인 성에 호소하는 것이라고 파악한다. 전적인 자율선택과 결정은 공중생활의 질을 높이는 데 필수적인 진단을 결여하게 된다고 하면서 그는 포르노그래피의 검열은 사회의 이익에 이바지한다고 결론내린다. 덧붙여서 그는 검열은 그동안 중요한 자유의 훼손없이 잘 행해져 왔다고 안심시킨다.⁹⁰⁾ 그러나 이러한 응수는 검열관의 생각의 오류와 변화에 대한 염려는 불식시키지 못한다. 더욱이 전통에의 호소는 인간의 충분한 성장을 제한할 위험을 안고 있다.

(2) 근대서구의 도덕주의와 성 표현물 통제의 시작

그런데 위와 같은 성에 대한 보수주의적 견해와 그에 입각한 성 표현물 통제는 그 뿌리를 근대의 도덕주의에 두고 있으니, 근대이전의 사회에서는 적어도 공식적인 권력에 의한 성 표현의 규제는 일반적인 현상이 아니었다. 물론, 성 표현에 대한 규범적 개입과 통제는 비단 오늘날의 일만은 아니지만, 강간이나 간통, 매춘과 같은 다른 성적 행동과 달리 성 표현물은 비교적 최근에 와서야 그에 대한 국가적인 간섭이 시작되었다.

90) Irving Kristol, "Pornography, Obscenity, and the Case for Censorship", Gruen, Lori and George E. Panichas(eds.)(1997), *Sex, Morality, and the Law*, Routledge, pp.174-182.

우선, 고대인들의 경우는 만인에게 일률적으로 적용되어야 하는 통합된 도덕적 규범을 정식화시키지 않고 개인이 주체적으로 실행하는 성적 실천을 강조한 것으로 알려진다.⁹¹⁾ 그를 증명하듯 그리스와 로마시대의 유물들에는 그들이 성에 대해 상당히 관대하고 자연스러운 태도를 가지고 있었음을 보여주는 성표현이 상당수 담겨있다. 그것들은 현대의 시각에서 보아도 대단히 솔직한 표현이 주종을 이루고 있는데, 주목할 만한 것은 그 노골성에도 불구하고 현대의 포르노그래피에서 보여지는 바와 같은 시각의 변형은 거의 발견되지 않는다는 점이다. 주체들은 대등한 위치에 놓여져 있고 그 어느 쪽도 성적행동을 위해 대상화되지는 않는다. 성을 인간의 삶에서의 자연스러운 부분으로 받아들였다는 증거이다. 다만 그리스나 로마나 여성의 역할은 출산에 두었지 여성의 성적 주체성을 적극적으로 인정하지는 않았다는 것을 고려하면 그러한 솔직·단순한 성표현의 지나친 단순성을 아울러 짐작해야만 할 것이다. 또한 당시에는 매체물이 독자적인 영역으로 범주를 확정하고 있지 않았으므로 그에 대한 별도의 통제는 생각할 수 없었다. 따라서 성표현 자체에 대한 것만이 문제되는데, 성에 대한 인식이 그러했던 만큼 성표현에 대해서도 별다른 규율이 가해지지 않는 것으로 보인다. 이는 물론 법규가 아직 발달하지 않았던 것과는 연관되겠다. 그러나 성표현 자체에 대한 것은 아니지만 로마의 12표법에서 보여지는 바와 같이 성적 정숙에 대한 통제는 가해지고 있었다는 점을 고려하면 성 표현물은 다른 성적 행동과 다른 취급을 받았다고 할 수 있다.

고대사회에서 성표현을 비롯한 인간의 행동이 그 이후의 사회에 비해 자연스럽다는 점에 있어서는 서양이나 동양이나 마찬가지이다. 중국의 고대사회는 서양의 고대에 못지 않은 방대한 성 표현물의 유산을 남기고 있는데 그것들에 드러난 표현은 상당히 은근하면서도 동시에 선정적이다. 일본은 성표현에 관한 한 그 어느 나라보다도 더 일찍부터 노골적이었으며, 우리나라의 경우도 삼국시대의 성문화와 성표현은 상당히 질박하고 거침없었던 것으로 보인다. 그리고 동양의 성 표현 역시 고대에는 별달리 제재를 받지 않았다.

중세에 들어서면서부터는 기독교사상의 영향 등으로 성적 표현에 대한 통제가 이루어지기 시작한다. 특히 여성의 정절에 대한 강조가 심화되면서 여성의 성표현에 대한 통제가 심해졌다. 이에 따라 대다수의 성표현은 음성적인 통로를 통해 이루어졌으며

91) 미셸 푸코는 『성의 역사』의 두 번째 권에서 이를 상세하게 보이고 있다(이하는 문경자·신은경 역, 『성의 역사』, 나남출판, 1996(1990)의 면에 따른다). 푸코에 따르면 그리스인들에게 문제시됐던 것은 성적 욕망 자체가 아니라 수동성과 과도함이었으며(61면), 따라서 절제를 통하여(86면) 스스로를 도덕적 주체로 세우는 것이 덕성스런 삶으로서 강조되었다(95면)고 한다.

유통 역시 그러했다. 그러나 이 때에도 여전히 귀족들은 성 표현물을 비교적 자유롭게 접하고 향유한 것으로 보인다. 성의 장악이 권력에 의존한다는 필수적인 결과인 셈이다.

대체로 보아 성 표현물은 17세기 이전에는 서양과 동양 모두에서 그것이 불경스럽거나(신성모독적) 권위를 위협하는 것이 아닌 한 관용되었다. 그러나 근대에 들어서는 인간의 섹슈얼리티의 중요성과 그 사회적 성격이 간파되기 시작했고 사회통제의 중요한 구성물로서 성에 대한 공식적 통제가 시작되었다.⁹²⁾ 새로 성립된 국민국가와 시민법질서는 그 대가로서 어쩔 수 없이 성에 대한 규율을 담당함으로써 종교적으로 도덕적 삶을 조직하는 것에서 세속적 규제로 성의 규제가 이동하였다. 한편 자본주의의 발달로 인한 성적 상품과 취향의 대량생산은 섹슈얼리티의 복잡·다양화에 적극적으로 기여함으로써 국가의 개입지점을 확장시켜 나갔다.

도덕적 우위 점거라는 부르조아들의 필요성에 기해서, 그리고 사회도덕성의 보호라는 명목으로 근대의 특징인 성문법규를 동원한 이러한 통제는 일단 그 골격이 갖춰진 후 상당기간 그 조문을 늘려가면서 성 표현을 틀어막았다. 이리하여 18세기중엽에서부터 19세기에 걸쳐서 청교도주의와 자본주의가 도래하고 발전하면서 포르노그래피를 금기시하는, 성도덕에 관한 현대적인 기준이 형성되기 시작했고,⁹³⁾ 중세부터 17세기에 이르기까지 유럽에서 기록물이나 인쇄물의 통제는 미풍양속이 아니라 일차적으로 종교와 정치의 이름으로 수행되던 것이 19세기초에는 근대적인 외설규제법을 갖추게 되었다.⁹⁴⁾

92) 우리나라의 경우도 고려시대까지도 비교적 자연스럽게 행해지던 성표현은 조선조에서 와서는 이데올로기적으로 강요되던 유교의 영향으로 본격적인 통제를 받기 시작했다. 특히 여성의 성 표현에 대한 통제가 두드러지는데, 복식에 대한 통제와 행실에 대한 통제가 주종을 이뤘다. 그러나 신윤복과 김홍도의 풍속화와 민화들에서 나타나듯이 비공식적으로는 성 표현물은 꾸준히 이어졌으며 그 표현 역시 여전히 과감한 것들이 많으며 특히 이 시대에 들어서는 양반들의 위선을 성적으로 풍자한 것들이 많이 눈에 띄는데, 이는 성을 둘러싼 권력의 이중논리를 간파하고 있었던 증거라고 하겠다. 그 중 대표적인 것은 민판패관소설이다. 이러한 성 표현물은 '선조들의 성을 통한 세상보기'로서 오늘날 번역소개되고 있으며 특히 서거정 등의 지은 <고금소총>은 성의 해학을 다룸으로써 인간본성에 대한 이해와 사회현실에 대한 풍자를 담은 것으로서 높이 평가되고 있다.(박훤 역, 『한국인의 에로스 1,2』, 돌고래, 1995, 머리말) 그러나 그러한 평가는 일견 타당하지만, 계급주의와 남성중심주의적인 성표현의 한계 역시 지적되어야 할 것이다.

93) Downs, Donald Alexander(1989), *The New Politics of Pornography*, The University of Chicago Press, p.10.

94) U.S. Department of Justice, Attorney General's Commission on Pornography, 1986,

더욱이 빅토리아조의 도덕주의 아래서 포르노그래피와 성적 타락에 대항하는 사적인 조직이 성장하면서부터는 그야말로 포르노그래피에 대한 공개적인 전쟁이 시작되었다.⁹⁵⁾ 캠퐸경법(Lord Campbell's Act)이라고도 하는⁹⁶⁾ 1857년의 음란출판물법(The Obscene Publications Act of 1857)이 영국에서 제정된 것이나, 보통법상 음란물에 대한 형사적 제재가 존재하지 않았던 미국에서 1842년에 의례법의 일부로서 최초의 음란물법이 통과되고 최초의 소추가 1857년에 이루어졌으며⁹⁷⁾ 급기야 1872년에는 콤스톡경이 New York Society for the Suppression of Vice를 조직하고 연방의회가 1873년에 관련법(흔히 '콤스톡법'이라 칭한다)을 제정하여 모든 음란물을 배포하는 행위를 금지하기에 이른 것은 이러한 시대적 배경을 깔고 있다.⁹⁸⁾

주목할 점은 사회 도덕성 보호를 내세운 당시의 성 표현 통제는 기본적으로 남성/여성, 정상/비정상, 건전/타락 등의 이분법적 가치판단과 결부되어 전자의 관점에서 모든 것을 바라보고 새로운 질서를 편성하려는 의도에 의거했다는 점이다. 이는 당시 마침 각광받기 시작한 성과학의 원조를 받아⁹⁹⁾ 이성간관계에 바탕한 성적 정상성의

p.233. 예컨대 미국에서 외설적인 비방으로 관습법을 위반하여 기소된 최초의 사례는 1815년 펜실베이니아에서 있었던 '국가 대 샤프리스'의 판례였다. 린 헌트, "외설성과 현대성의 기원, 1500-1800", 『포르노그래피의 발명』, 14면. 다만 이단과 신성모독이 아닌 공중도덕을 언급한 최초의 사건은 1663년의 King v. Sedley사건으로 알려지는데, 동 판결에서 발코니에서 불경스런 말을 하고 자신을 옷을 벗은 새들리는 공적도덕을 침해했다는 이유로 유죄판결을 받았다. Downs(1989), *The New Politics of Pornography*, p.9. 또 혁명기에 정치적 포르노그래피가 급증한 프랑스의 경우, 1789년 언론을 자유화시킨 이후 포르노그래피를 거의 통제하지 못하다가 1791년 '부정직한 행동과 음란한 그림의 전시와 판매 및 음란행위로서 공개적이고 언어도단적인 방법으로 여성의 정숙함에 대해 범죄적 시도를 꾀하려는 사람이나 소년소녀들을 타락시키고 혹사시키는 사람들'을 처벌하는 법안을 심의했다. 이는 논란을 거쳐 외설물규제는 결국 지방행정당국의 관할로 넘어갔다. 린 헌트, 『프랑스혁명의 가족로망스』, 179면.

95) 영국에서 포르노그래피에 대한 탄압은 1787년에 '악, 불경, 부도덕을 예방하고 처벌'하려는 목적으로 산업협회가 발족되면서 聖戰으로 탈바꿈되었고 1801년 발족된 '악의 금지와 종교와 덕의 고취를 위한 협회'는 외설서적, 인쇄물, 그림, 장난감 등의 광범위한 매매에 반대하는 캠페인을 시작했다. 김성호(1999), 『포르노그래피를 해부한다』, 한림미디어, 82면.

96) 이경재, "성과 법, 자유와 규제 성 표현물을 둘러싼 문제점", 『치안문제』 1997년 5월호, 74면.

97) *Memoirs of a Woman of Pleasure*에 대한 소추였다. Peck & Manemann(eds.), *Speaking & Writing Truth*, American Bar Association, 1985, p.66.

98) Downs, Donald Alexander(1989), *The New Politics of Pornography*, The University of Chicago Press, p.12.

정의를 고착하게 하고 그 외의 양태들은 성적 일탈로 간주되게끔 했다. 그리고 이에 덧붙여 많은 사회적 문제가 성도덕의 문제와 연결되어 걸핏하면 사회도덕의 붕괴, 가족의 파괴 등의 명목이 섹슈얼리티에 대한 국가적 개입의 명분으로 작용하곤 했다.¹⁰⁰⁾ 특히 이때의 여성의 성에 대한 이해와 개입의 성격은 중요한데, 여성의 성에 대한 통제는 재생산에 대한 통제와 맞물려 사회의 숭고한 임무로까지 인식되었다.

(3) 비도덕성과 ‘음란성’의 결합

성 표현에 대한 법적 통제로 인하여 포르노그래피라는 말은 종종 음란물이란 용어와 혼동되어 사용된다. 그러나 포르노그래피가 일반적인 법적 용어가 아닌 반면 음란성(obscenity)과 음란물(obscene materials)은 법문에 나타나는 용어이다.¹⁰¹⁾ 즉 음란물은 도덕적인 가치판단을 거쳐 이미 사회적으로 통제하는 영역에 있는 성 표현물을 흔히 지칭한다. 또한 음란성은 현대의 경우에는 통상적으로 성적인 것에 국한되어 운위되어 노골적 성 표현물에 한해서 음란성을 추적하는 것은 일반적으로 확립된 방법이 된 것으로 보인다.¹⁰²⁾

그렇지만 원래 음란한obscene이라는 말은 그 어원상 더러운 것이므로 당연히 감춰져야 할 것을 의미했고¹⁰³⁾ 상당한 기간동안 이는 수치와 관련되거나¹⁰⁴⁾ 신성모독의 표현방식으로 쓰이긴 했으며, 도덕적이라는 말이 일차적으로 성적인 행동과 관련을 맺게 되는 것은 17세기 후반부터이며¹⁰⁵⁾ 특히 비도덕적인 것과 성적인 음란성을 연결시

99) 제프리 워스, 서동진·채규형 역, 『섹슈얼리티: 성의 정치』, 현실문화연구, 1994, 44면.

100) 19세기를 풍미했던 위생학에 대한 관심과 매춘문제를 둘러싼 논란이 그 예이다. 제프리 워스, 『섹슈얼리티: 성의 정치』, 48면.

101) 존슨위원회 역시 음란성은 법적 개념임을 분명히 하고 있다. U.S. Commission, 1970, p.3. n.4. 미즈위원회도 음란성은 법적 용어임을 밝히고 있다. U.S. Department of Justice, 1986, p.230.

102) 예컨대 미국의 Roth판결은 명시적으로 섹스와 분출과 음란성이 관련지어 이해했다. 다만 영국의 경우 윌리엄스위원회는 음란은 repulsion이나 disgust, 혹은 outrage와 같은 반응을 일으키는 것으로 보았다. Home Office, 1979, pp.103-104.

103) 이는 그리스어인 ‘ob-caenum’에서 파생된 말로서 그 뜻은 ‘off the scene’, 즉 ‘무대에서는 공개하지 않는다’는 의미이다. Easton(1994), *The Problem of Pornography-Regulation and the Right to Free Speech*, Routledge, p.xii. 또 음란성은 ‘filthy’, disgusting, offensive, repulsive, foul or morally unhealthy한 것으로 파악됨으로써 더러운 것을 지칭하기도 한다.

104) Saunders, Kevin W.(1996), *Violence as Obscenity*, Duke University Press, p.63.

105) 이는 현대의 공동체주의자들도 널리 인정하고 있는 바이다. 대표적인 공동체주의자인

키게 된 것은 다분히 빅토리아조의 위생관념과 보수주의의 잔재이다.

따라서 현재에도 여전히 강력히 세력을 미치고 있는 도덕주의에서 한 발 물러난다면 비도덕성과 음란성 굳이 연결시키지 않을 수도 있다. 예컨대 파인버그는 음란성은 비도덕성과도, 부정적인 미학적 딱지와도 다른, 상스러움(vulgarity)이라고 보며,¹⁰⁶⁾ 나아가서는 경우에 따라서는 폭력의 묘사가 더 음란할 수 있으며 음란성의 원래 의미를 감안하더라도 음란성과 성적 표현간의 필요적 관계를 부정할 수 있을 것이라는 견해¹⁰⁷⁾도 제시된다.

한편 음란물과 포르노그래피와의 범주적 관련성의 문제에 있어서도 음란성과 포르노그래피를 어떻게 이해하느냐에 따라서 그 답변은 달라지게 된다. 일반적으로는 포르노그래피는 음란물을 포함하는 좀더 넓은 범주이며, 포르노그래피 중에서 음란성을 띤 것이 음란물로 이해된다. 즉 음란물은 다 포르노그래피이지만, 많은 사람에게 불쾌하더라도 포르노그래피가 반드시 음란한 것은 아니라는 것이다. 그러나 음란성을 성적인 것에 국한시키지 않는다면 내장적출장면과 같이 음란하기는 하지만 포르노그래피는 아닌 것도 생각할 수 있다. 다만 이러한 주장은 불쾌한 심리상태, 즉 offense를 증시할 때¹⁰⁸⁾만 가능할 것이다.

좀더 중요한 것은, 포르노그래피와 음란물의 관계에 대한 이해는 물론, 음란물 여부의 판단도 성 표현물을 받아들이는 사람의 인적 속성과 상황적 속성에 따라서, 그리고 성 표현물에 대한 인식의 차이에 따라 달라진다는 사실이다. 예컨대 청교도적인 분위기와 보수주의에서는 여하한 성적 표현물이라도 다 음란물로 판단될 수 있어서 실제로는 음란물과 포르노그래피가 동일시되는 반면, 자유주의와 성적으로 개방적인 사회에서는 음란물의 범주는 좀더 협소해진다. 또한 종래의 경우 일반적인 사회도덕만을 고려하여 음란물 여부를 판단해 온 데 비해, 근래 페미니스트들은 포르노그래피물의 표현이 여성비하적인가 그렇지 않은가에 따라 법적으로 규제해야 할 것(음란물

맥킨타이어(Alasdair MacIntyre)는 그의 역작 *After Virtue*(1984)에서 영어에서 ‘도덕적(moral)’이라는 낱말의 사용은 본래 라틴어의 번역으로, 초기의 사용에서 그것은 ‘분별 있는’ ‘이기적인’과 같은 표현뿐만 아니라 ‘합법적’ 또는 ‘종교적’과 같은 표현들과도 대립적이지 않았고 오히려 이와 가장 가까운 낱말은 ‘실천적’이라는 말이었으나 16세기와 17세기에야 비로소 ‘도덕적’이라는 단어는 눈에 띄게 성적인 것과 결부되어 현대적 의미를 획득하게 되었다고 밝히고 있다. 이진우 역, 『덕의 상실』, 문예출판사, 1997, 69-70면.

106) Joel Feinberg(1985), *Offense to Others, 2 The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford Univ. Press, p.109.

107) Saunders(1996), *Violence as Obscenity*, Duke University Press, p.66.

108) Joel Feinberg(1985), *Offense to Others*, p.1; Coetzee(1996), *Giving Offense*, p.20.

이라는 말을 그대로 쓰든지 포르노그래피라는 말로 통칭하든 간에)인가 그렇지 않은가를 판단해야 한다고 주장한다. 이에 따르면 음란물은 단순히 포르노그래피의 부분 집합이 아니게 된다. 즉 일반적으로는 음란물로 받아들여지는 성적 표현물이지만 그것이 여성비하적이지 않을 경우에는 포르노그래피이기도 하지만 (법적으로 규제해야 할) 음란물은 아닐 수 있다는 것이다.¹⁰⁹⁾

2. 현대 서구의 음란·저속물 통제

현대의 경우 자유주의와 개인주의, 민주주의가 주도적인 사상으로 부상했지만 성이 개인의 정체성 형성에 핵심적인 위치를 차지함으로써 성 표현에 대한 통제의 필요성은 사그라들지 않고 있다. 도덕성보호라는 구호는 비록 예전에 비해 그 위력은 약화되었지만 끈질기게 그 명맥을 보존하고 있다. 이는 많은 나라들에서 여전히 사회도덕성을 침해하는 노골적 성 표현물을 음란물로 규정하여 그에 대해 형사적 제재를 부과하고 있으며, 경우에 따라서는 음란물이 아닌 성 표현물에 대해서도 저속물이라는 이름하에 통제를 하는 데서 확인된다.

(1) 도덕성침해로서의 음란·저속물 규제

그 어느 나라보다 더 보수주의적 견해에 입각해서 음란성을 비도덕성의 문제로 파악하고 있는 국가는 영국이다. 영국은 1959년 음란출판물법(The Obscene Publications Act)에서 “묘사물이나 묘사물의 일부 항목 또는 구성요소가 전체적으로 보아 독자나 시청자를 부패시키고 타락시키는 경향을 가질 때” 음란하다고 규정하고 있다(음란출판물법 1조 1항). 이는 종전의 Hicklin기준을 변경한 것으로서, 부분적 음란성판단기준 대신 전체적 평가방법을 채택하고 일반평균인에 대한 영향을 기준으로 음란성 유무를 판단한다는 취지였다. 그러나 부패·타락시키는 경향을 중요한 기준으로 삼고 있다는 점에서 Hicklin기준의 틀은 크게 벗어나지 못하고 있다고 할 수 있다.

다만 1964년에 개정된 음란출판물법은 “당해 물건의 음란성 여부는 그가 의도하고

109) Longino가 페미니즘의 입장에서, 종래의 포르노그래피와 음란물에 대치하여 에로티카와 포르노그래피로 구분하고, 포르노그래피 자체를 여성의 역할과 지위를 저하하고 훼손시키는 묘사로 정의한 것도 그러한 새로운 정의에 따른 구분이었다. Bruce Russel(1991), *Freedom, Rights and Pornography*, Kluwer Academic Publishers, p.162.

있는 것을 합리적으로 추정할 수 있는 상황하에서 그 물건을 영리목적으로 출판했는가를 고려하여 결정해야 한다”고 규정하고 있으며(동법 1조 3항 2호) 또한 동 물건을 과학, 문학, 예술, 학문의 이익이나 일반적 공공관심사항의 대상이 된다는 점을 근거로 하여 공공의 이익을 실현한다는 사실이 입증되면 법적인 제재를 피할 수 있다고 규정하고 있다(제4조 1항).

또 영국의 Customs Consolidation Act 1876 42조와 Customs and Excise and Management Act 1979 50조 1항은 Customs and Excise가 음란물의 국내반입을 금지하고 있다. 1986년 전에는 저속하거나 음란한 이라는 정의보다 상당히 광범위하게 통제를 가해 왔지만 유럽공동체조약 36조를 따라 그러한 광범위한 규제는 불가능하게 됐다.

한편 영국의 the Indecent Displays (Controls) Act of 1981는 일반공중에게 offensive한 것의 공적인 전시를 금지하고 있는 등 비단 음란물이 아니더라도 공공의 이익을 이유로 성 표현물을 규제하고 있다. 영국인들이 대체로 성묘사에 대해 자유로운 편이지만 성묘사의 한계에 대한 보편적인 기준은 없으며 많은 사람들이 사적이고 은밀한 것으로 생각하는 것이 공중에 공개될 때는 문제가 야기될 수 있다고 생각하기 때문이다.

이렇듯, 영국에서 음란물법의 영역을 넓히고자 하는 시도는 계속되고 있다. 1985년 Winston Churchill¹¹⁰⁾이 의원입법을 제출하여 성교, 오랄섹스, 폭력, 동성애를 흉내낸 것을 TV에서 금지하고자 시도한 것도 그 하나의 예이다.¹¹¹⁾

유럽연합법 역시 시장의 자유를 기본적인 원동력으로 하고 있음에도 불구하고 포르노그래피필름 등의 교역은 해당국의 공중도덕을 이유로 제약될 수 있는 것으로 파악하고 있다.¹¹²⁾ 결국 포르노그래피의 규제를 회원국의 국내법에 맡기는 셈이다.

(2) 공동체 일반인에 대한 침해로서의 음란물규제

가. 미국

미국 형법전(18 USC)은 Chapter 71에서 음란성(Obscenity)에 관한 조문들(제1460조

110) 영국 수상을 지낸 바 있던 윈스턴 처칠과는 同名異人이다.

111) Smart, C.(1989), *Feminism and the Power of Law*, Routledge. p.129.

112) R. v. Henn and Darby(Case 34/79)[1981] A.C. 850. 자세한 것은 Bridgeman, Jo & Susan Millns(1998), *Feminist Perspectives on Law-Law's Engagement with the Female Body*, London: Sweet & Maxwell, pp.517-522 참조.

-제1469조)을 두고 있는바, 이에 따르면 “음란하고 저속하며 외설적이고 음욕적이며 추하고 사악한 일체의 물건, 물품, 물질”을 판매할 목적으로 소지하는 것에서부터 발송, 수입과 수출, 방송, 이송, 그러한 영업, 케이블 TV에 의한 유포 등은 금지된다.

한편 미국 연방대법원에 의해 저속하거나 음란한 lewd and obscene 것은 ‘그 금지나 처벌이 어떠한 헌법적 문제도 일으키지 않는 표현의 일종’에 해당한다고 판시되었고¹¹³⁾ 이는 후에 음란성은 헌법적으로 보호되는 speech나 press의 범주안에 있지 않다¹¹⁴⁾고 좀더 분명히 선언됨으로써 음란물은 표현의 자유에서 배제되고 있다. 그러나 뒤에서 보듯이 음란물판단은 막연한 사회도덕성보호라는 명제 대신 공동체의 일반인에게 침해가 되느냐의 여부가 기준이 되어 있어 앞서 본 영국의 음란물규제와는 그 성격을 달리한다고 할 수 있다.

나. 독일

음란물규제근거로서의 사회도덕성의 보호는 독일의 경우에는 그 기반이 더욱 약화되어 있다. 즉 독일은 폭력행위, 아동의 성적 남용 또는 동물과 인간의 성적 행위를 대상으로 하는 하드코어의 반포 등의 행위만 형법을 동원해 전면적으로 금지하고 나머지는 자유화한 것이다. 좀더 구체적으로는, 첫째, 성적 진행과정들이 난폭하고 강요적인 방법으로 중점적으로 부각하고 성적 진행과정의 객관적인 전체경향이 주로 성욕고무에 목표를 둘 경우, 둘째, 음란하지 않다 하더라도 인간의 존엄성을 땅에 떨어뜨리는 방법으로 인간을 성적 대상으로만 위상추락시키는 경우, 여성을 성적 대상으로 품위를 떨어뜨리는 경우, 학대음란증을 음욕촉진방법으로 선전한 경우, 성폭행을 음욕을 채우는 체험으로 시인하고 있는 경우, 셋째, 폭력, 동물, 아동과 관련시켜서 음란물을 묘사한 간행물은 금지하고 있다.¹¹⁵⁾

(3) 소결: 현대 서구의 음란물규제의 특징

형사법을 동원하여 음란물규제를 하는 한 그것은 기본적으로 사회의 도덕성의 보호에 근거할 수밖에 없다. 그러나 앞서 본 것처럼, 영국의 경우를 제외하고는 현대 서구에서의 음란물규제에서 그러한 도덕성보호의 구호는 상당히 약화되어 있는 것이 현실

113) Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568, 571-71(1942).

114) Roth v. United States, 354 U.S. 476, 485(1957).

115) 한국간행물윤리위원회(1996), 『제48회 프랑크푸르트 국제도서전 참관 및 유럽 주요국가 간행물윤리 제도와 유해간행물 유통실태 조사』, 37면.

이다. 여전히 사회공동체의 정서와 반응을 중요한 기준으로 삼고 있지만 포르노그라피의 부정적인 영향을 추상적으로 전제하던 데서 벗어나 좀더 구체적으로 접근해 가고 있는 것이다. 이는 앞서 본 우리나라의 성 표현물 규제가 다분히 추상적인 사회도덕성의 보호에 경도되어 있는 것과 대비되는 대목이다.¹¹⁶⁾

다만 다음의 미국의 음란물판단에서 보듯이 공동체의 정서를 고려한 음란물규제 역시 그 판단기준의 편파성과 모호성의 문제를 남기고 있다.

3. 미국의 음란물판단

대체로 현대국가들은 성 표현물 중에서 음란물이라고 규정·판단된 것을 좀더 엄격하게 규율하고 있기 때문에 어떤 것이 음란물로 판단되느냐가 핵심적인 문제가 된다. 음란물에 대한 규제는 시대와 사회와 따라 변화를 겪어 온 바, 어떤 시대에는 음란물로 규제되던 것이 다른 시대에서는 예술품으로 칭송받기도 하고, 같은 시기에서도 어떤 사회에서는 표현의 자유를 보장받고 있는 성 표현물이라도 다른 사회에서는 음란물로 통제되기도 한다. 이는 근대 이래 음란성의 개념이나 그 판단이 기본적으로 사회도덕성보호에 기초해 있기 때문이며, 음란물판단기준이 그 추상성이나 모호성을 떨쳐버리고 있지 못하고 있는 것도 이러한 맥락에서 이해된다.

미국의 경우 음란물판정은 종래 영국의 보통법을 따라 지극히 경직적으로 이루어졌지만 1957년의 Roth판결과 1973년의 Miller판결을 거치면서 미국의 독자적인 기준을 정립하게 되었다.

(1) Hicklin 기준: 부패·타락시키는 경향

영국의 Regina v. Hicklin (1868)Q.B. 360은 음란의 개념정의에 관한 한 선구적인 판례로 알려진다. 동 판결에서 Sir Alexsander Cockburn판사는 “음란물인가의 판단기준은 문제된 물품이 비도덕적인 영향에 개방되어 있고 그러한 부도덕한 영향을 받기 쉬운 사람들을 부패·타락시키는deprave and corrupt 경향이 있는가, 그리고 이러한 종류의 출판물이 그러한 사람들의 손에 입수되는가이다”고 말했다. 이러한 판단기준을

116) 다만 우리의 경우도 사회도덕이나 윤리와 같은 추상적이고 일반적인 개념 대신에 ‘국민의 일반정서’를 거론하며 성 표현물을 통제하는 예는 있다. 즉 영화진흥법 시행령은 수입추천을 할 수 없는 외국영화로서, 국민의 일반정서에 반할 우려가 있다고 인정되는 영화를 들고 있다(동법시행령 제5조 4호).

Hicklin test(부패·타락시키는 경향)라고 한다.

동 기준은 ‘부도덕한 영향을 받기 쉬운 사람들’의 성적 표현물의 향유를 겨냥했다는 점에서 우선 다분히 계급적이었을 뿐만 아니라, 성적 표현물에의 노출로 인해 어떠한 해악을 받는지 여부는 문제삼지 않고 해악의 가능성만으로 성 표현물을 금지할 수 있게 했다는 점에서, 그리고 부패·타락시키는 성향의 유무 판단 자체를 (변화하게 마련인) 사회적 인식으로서가 아니라 법관의 이름으로 기존의 도덕에 기대어 한다는 점에서 기본적으로 빅토리아조의 성적 엄숙주의에 바탕을 둔 것이라고 할 수 있다.

20세기 전반까지 청교도주의의 전통이 강력히 남아 있던 미국은 막연한 도덕적인 감성에 호소하는 위와 같은 영국의 Hicklin 기준을 그대로 답습함으로써 로렌스의 『차탈레부인의 사랑』이나, 드라이저의 『아메리카의 비극』 등을 음란물로 단죄하는 결과를 낳았다.¹¹⁷⁾

그러나 1933년과 1934년 사이에 제임스 조이스의 『율리시즈』(*Ulysses*)가 포르노적 문장에도 불구하고 음란하지 않다는 판결이 내려짐에 따라 중요한 자유주의적 변화의 계기가 마련되었다.¹¹⁸⁾ 즉 법원은 작가가 ‘포르노그래피적 의도’를 갖고 있는지의 여부, 그리고 그렇지 않다면 전체적으로 봤을 때 작품의 효과가 보통의 독자에게 ‘성충동을 일으키거나 성적으로 순수하지 못하거나 탐욕적인 생각을 하게 하는 것’인지의 여부에 따라 결정해야 한다고 판시한 것이다. Hicklin 기준의 경우 포르노그래피가 아니더라도 도덕에 거슬릴 수 있다고 인정된다면 얼마든지 음란물이라는 판단이 나올 수 있던 것에 비해 동 *Ulysses* 기준은 적어도 포르노그래피 장르에 대해서만 음란물판정을 한정시킨다는 의미이므로 노골적이고 상세한 성 묘사가 포함되어 있더라도 포르노물이라고 하기 힘든 문학작품과 같은 것은 표현의 자유를 누릴 수 있게 된 것이었다.

동 판결이 나온 후로 대부분의 법원은 재빨리 이러한 *Ulysses* 기준을 채택했지만¹¹⁹⁾ 그러나 Roth판결전까지는 어느 법원도 음란물의 헌법적인 의미에 대해서는 언급하지 않았다. 다만 *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942)사건에서, obscenity, lewdness, libel, fighting words는 “그러한 표현은 생각제시의 본질적인 부분이 아니고, 그로 인한 이익은 질서와 도덕에 관한 사회적 이익보다 중요치 않은 진실에의 한 단계로서의 미미한 사회적 가치를 가질 뿐이므로” 수정헌법 1조에 의해 보호되지 않는다고 밝혔

117) *Commonwealth v. DeLacey*, 271 Mass. 327, 171 N.E. 455(1930); *Commonwealth v. Friede*, 271 Mass. 381, 171 N.E. 472(1930). Downs(1989), *The New Politics of Pornography*, p.12.

118) *U.S. v. One Book Called 'Ulysses'*, 5 F.Supp. 182(S.D.N.Y. 1933), aff'd 72 F. 2d 705 (2d Cir. 1934). Downs(1989), *The New Politics of Pornography*, p.12에서 재인용.

119) Downs(1989), *The New Politics of Pornography*, p.12.

을 따름이었다.

(2) Roth 기준: 호색적 관심

1957년에 미국연방대법원은 음란성문제에 대해 처음으로 본격적인 나름대로의 판단 기준을 정립했다. 즉 Roth v. United States, 354 U.S. 476 (1957)을 기점으로 음란물 판단기준이 수정된 것이다.

가. 음란물에 대한 표현의 자유의 배경

다수의견을 집필한 브레넨은 “수정헌법 1조는 모든 표현을 보호하기 위한 것이 아니라 미국 국민들에 의해 갈망되는 정치적·사회적 변화를 가져올 수 있는 자유로운 사상의 상호교환을 위해 규정된 것이다”라고 표현의 자유의 의미를 공적으로 해석한 후에 그런데 “음란물은 별충할 만한 사회적 중요성을 전혀 가지지 못한 것”으로서 “수정헌법 1조의 역사상 보호되는 언론출판의 영역안에 있지 않다”는 점을 분명히 했다. 따라서 음란성은 Abrams v. United States 250 US 616 (1919)사건에서 Holmes판사가 표현의 자유의 제약원리로서 확립한 ‘명백하고 현존하는 위험(clear and present danger)’기준은 적용하는 것은 부적절하다고 판시했다.¹²⁰⁾ 이러한 브레넨의 의견은 미국 모범형법전의 음란성 규정, 즉 “본질적으로 candor의 관습적인 제한 밖의” 매체물이라는 것과 맥락을 같이하는 것으로서, 명확하지 않은 규정으로서 성표현을 규제하는 것의 정당성이 문제가 될 수도 있다. 그러나 법원은 음란성이란 말이 명확하지 않다 하더라도 그것만으로 적법절차에 위배된다고는 할 수 없다고 했다.¹²¹⁾

음란물을 아예 수정헌법 1조의 보호밖에 있는 것으로 보아야 하느냐 그렇지 않느냐의 문제는 그 후로도 그리고 지금까지 계속되고 있지만 어쨌건 이로써 문제의 중심은 성 표현물을 둘러싼 헌법적 이익에서 음란성의 정의로 옮겨가게 됐다.

나. Roth 기준에 의한 음란물의 정의

Roth판결은 무엇이 음란물인가의 판단에 있어서도 그 기준을 종래의 것에서 획기적으로 변경시켰다. 브레넨은, “호색적 관심 또는 순수하지 못한 성적 욕망에 호소하는 방식으로 성교를 다루는 매체물”로 음란물을 정의했다.

120) Roth v. United States, 354 U.S. 476, 484 (1957), at 486.

121) 354 U.S. at 491.

그리고 이에 대한 판단은 Hicklin의 영향받기 쉬운 사람이 아니라 평균인에 의해, 빅토리아식의 고정된 기준이 아니라 당시의 공동체의 기준에 의해, 분절된 부분이 아니라 전체적으로 봤을 때 매체물의 지배적인 주제가 호색적 관심에 봉사하는지의 여부에 의해 이루어져야 한다고 했다. 또한 음란물이기 위해서는 ‘사회적 중요성을 만회하지 않는 것’이어야 한다고 덧붙였다.

다. Roth 기준의 문제점

그러나 Roth기준 역시 안정적인 기준은 아니었다. 우선, ‘호색적 관심’에 대한 해석이 양분될 수 있어서 문제였다. ‘호색적 관심’이 “누드, 섹스, 분출에 대한 수치스럽거나 병적인 관심”으로 정의되기는 했지만 그것은 ‘음탕한 생각을 불러일으키는 경향이 있는’을 의미할 수도 있고 ‘성교에 관한 수치스럽고도 병적인 관심’을 의미할 수도 있다. 후자는 심리적으로 건전하지 못한 성적 호소를 강조하는 반면, 전자는 그러하지 않다.¹²²⁾ 특히 ‘호소한다appealing to’는 것이 무엇인지 애매했다. 그것은 ‘그러한 관심을 일으킬 의도를 가진 것’인가? 아니면 ‘그러한 관심을 일으킬 의도에 관계없이 그러한 기능을 하는 것’인가? 게다가, 법원은 공동체기준의 지리적인 범주를 특정하지도 않고 그러한 기준이 지속적인 것인지 아니면 순간적인 것인지도 언급하지 않았다. 만회하는 사회적 중요성이 본질적이어야 하는지 아니면 미미한 것으로도 족한지도 불명확했다.

(3) Memoir기준: 사회적 가치의 결여

Roth판결이 음란물의 정의를 내리는 데 획기적인 공헌을 했음에도 불구하고 미국 연방대법원은 음란성의 기준에 대해 다수의견¹²³⁾을 내는 데 번번이 실패하는 등 음란성의 개념에 대해서는 여전히 막연한 상태였다. 예컨대 동성애잡지의 발송을 금지한 우편법을 뒤집은 *Enterprises v. Day*, 370 U.S. 478 (1962)판결이나, *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184 (1964)판결¹²⁴⁾ 모두에서 다수의견은 나오지 않았다.

가. Roth 기준의 보완과 한계

122) Downs(1989), *The New Politics of Pornography*, p.14.

123) 미국연방대법원의 다수의견Majority Opinion은 과반수 이상의 판사가 결론과 이유에서 일치하는 판결로서, 선례구속의 원칙, 즉 차후의 판결에 구속력을 가지게 된다.

124) 동 판결에서 Stewart판사는 음란물을 어떻게 정의해야 할지는 모르지만 무엇이 하드코어포르노그래피인지는 “보면 안다”는 유명한 말을 남겼다.

그러던 것이 1962년 *Manual Enterprise v. Day* 판결¹²⁵⁾에 이르러 음란물 판단기준에 Roth판결에 이르기까지도 고려되지 않던 ‘명백히 침해적¹²⁶⁾patently offensive’-즉 포르노그래피가 누군가에게 역겹고, 모욕적이며, 충격적인가의 여부-라는 요소가 추가됨으로써 호색적 관심에의 호소가 침해적인 방식으로 이루어졌음을 보여야 한다고 판시하는 등 좀더 자유주의적인 진전을 가져왔다고 할 수 있다.¹²⁷⁾

또한 1964년 *Jacobellis v. Ohio* 판결¹²⁸⁾에서 브레넌은 공동체의 기준은 법리상 전국적인 것을 의미함을 분명히 했다.

나아가 연방대법원은 *Memoirs of a Woman of Pleasure(일명 Fanny Hill) v. Massachusetts*, 383 U.S., 413 (1966)에 이르러서, 비록 3인의 대법관에 의한 상대적 다수의견(plurality opinion)이긴 했지만 Roth판결에서 언급된 세 가지 요소를 명시적으로 세 부분의 기준으로 제시함으로써 좀더 진전된 기준을 보이기 시작했다. 즉 브레넌이 집필한 상대적 다수의견은, 주 법원이 Fanny Hill이 오로지 미미한 사회적 가치만을 가졌기 때문에 Roth기준으로는 동 소설은 보호받지 못한다고 했던 것을 뒤집어서 새로운 세 가지 부분의 기준을 제시한 것이다. 그것은, 음란물이라고 하기 위해서는 (1)전체적으로 봤을 때 매체의 지배적인 주제가 섹스에 대한 호색적 관심에 호소해야 하며, (2)성적 문제의 재현이나 묘사에 관한 당시의 공동체의 기준을 위반하기 때문에 매체물이 명백히 침해적이며, (3)전혀 사회적 가치를 벌충하지 않는 것(utterly without redeeming social importance)이어야 한다는 것이다.¹²⁹⁾

위와 같은 Memoir기준은, Roth판결에서 음란성의 판단기준으로 단지 암시되었을 뿐 구체적인 기준으로 제시되지 않았던 ‘사회적 중요성을 전혀 벌충할 수 없는 것’이라는 요소를 ‘전혀 사회적 가치를 벌충하지 않는 것’으로 표현을 바꾸어 그 점을 중요한 요소로서 부각시킴으로써 Roth기준이 호색적 관심의 존재에 초점을 맞췄던 것에 비해 사회적 가치의 부재에 초점을 이동시켰다.¹³⁰⁾ 따라서 이에 의하면 미미한 가치라도

125) 남성누드사진의 음란성이 문제된 사건으로서 판결을 쓴 Harlan판사는 그것은 심히 침해적이지는 않은 것으로서 음란물이 아니라고 판단했다. 370 U.S. 478(1962).

126) patently offensive에 대한 우리의 번역은 ‘명백히 도발적’(김성수, “음란성에 관한 미국판례의 입장”. 『인권과 정의』, 1994.9., 113면) ‘명백히 노골적’(김병운, “음란한 문서·도화의 개념과 판단기준”, 『판례월보』, 1996.7., 59면) 등으로 나뉜다. 그러나 ‘offensive’는 그것으로 인하여 보는 자에게 손상을 가져온다는 뜻이 포함되어 있으므로 본 논문에서는 ‘침해적’이라고 번역한다.

127) Downs(1989), *The New Politics of Pornography*, p.15.

128) 378 U.S. 184(1964).

129) 383 U.S., 413 (1966), at 418.

130) 그러나 반대의견에서 Clark판사는, ‘사회적 중요성’의 충족여부는 독립적인 기준이 아

존재한다면 음란물이 아닌 것으로 평가되게 하였다. 또한 여기서는 사회적 가치가 존재하지 않는지의 여부를 검사가 증명해야 하는 것으로 보았다. 요컨대 이 기준은 오로지 하드코어포르노그래피만이 음란물로서 지적될 수 있다고 밝힌 샘¹³¹⁾이었다.

그러나 *Ginzberg v. United States* 판결¹³²⁾에서 법원은 문제된 잡지에 대해 그것이 광고되는 과정의 성 도발적인 성격(*sexually provocative nature of materials*)을 강조했다, 즉 *pandering*을 유발했다는 이유로 음란물이라고 판단하는 등 기준의 보완에도 불구하고 음란성의 정의에 대한 연방대법원의 태도가 정연해졌다고 보기는 힘들다.

나. 음란물판단 기준의 자유화

이어 1967년에서 1971년 사이에 법원은 급격히 자유주의 노선을 따른 것으로 보인다.

그 첫 번째 징후는 *Redrup v. New York* 사건¹³³⁾에서 드러났다. 법원은 동 판결에서 음란성은 그 자체로 수정헌법의 보호밖에 있다고 하지 않고 대신 규제를 정당화할 수 있는 세 가지의 *state interest*-아동의 보호, *captive audience*의 보호, *pandering*의 방지-를 들었을 따름이었다.

전원일치로 사적인 집에서 음란물을 소지하는 것은 형사범죄가 아니라고 판시한 *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969)도 또 다른 예이다. 여기서 법원은 음란물의 영향으로부터 개인의 정신을 보호하는 데 있어서의 정부의 이익은 없고 음란물への 노출이 반사회적 행동을 유발한다는 증거도 없으며 설령 증거가 있더라도, 그것은 그 범죄의 처리문제라고 하여 *Roth* 기준의 많은 기본적인 내용도 거부했다.

자연히 이 기간동안 음란물의 규제는 최소한으로 줄어들었고 1968년에는 자유의 분위기가 절정에 달했다. ‘목구멍 깊숙이(*Deep Throat*)’와 같은 포르노그래피필름이 이 때 대중적으로 성공한 것도 그러한 분위기 덕분이었다고 할 수 있다.

(4) Miller 기준: 중요한 사회적 가치의 결여

나라 다른 두 기준의 충족 여부를 판단하는 데 도움을 주는 보조적인 것에 불과하다는 주장을 폈으며, *White* 판사 역시 사회적 중요성을 음란물판단기준으로 사용하는 데 반대했다.

131) *Stewart* 판사는 판결의 결론에는 동의하면서도 *obscenity*라는 말 대신 *hard-core pornography*라는 말을 쓸 것을 제시하면서 형사적 규제는 그에만 한정되어야 한다고 밝혔다.

132) 383 U.S. 463(1966).

133) 386 U.S. 767(1967).

가. 사회 보수화와 밀리기준의 성립

그러나 1969년에 자유주의성향의 워렌법관시대가 마감됨에 따라 포르노물에 대한 규제 필요성과 그 적절한 기준에 대한 요구가 불거지기 시작했다. 1971년 *United States v. Reidel*판결¹³⁴⁾에서 White판사는 성인이 음란물을 개인적으로 소지할 수 있다면 누군가 그것을 그에게 전달할 권리도 인정되어야 한다고 *Stanly*판결을 해석한 하급심의 판단을 물리지면서, *Stanly*판결은 Roth기준을 뒤집은 것이 아니라고 못박은 후 우편을 통한 음란물의 유통은 아동에게 보내질 위험이 있으므로 금지될 수 있다고 판시했다.

1973년의 *Miller v. California*판결¹³⁵⁾에서 연방대법원이 종전의 Roth기준을 한결 세련된 형태로 보완한 것은 이러한 시대적 필요에 따른 것이었다. 동 판결로 인해 법원의 탈규제방향에는 급격한 시동이 걸렸다.¹³⁶⁾ 동 판결에서는 Burger대법원장이 White, Blackmun, Powell, Renquist가 가담한 다수의견을 집필했고, Douglas가 반대의견을, 그리고 Brennan도 Stewart, Marshall이 가담한 반대의견을 냈다.

새로운 구성원들의 가장 기본적인 전략은 Roth판결에서 확립된 기준-음란물은 그 자체로 수정헌법 1조의 보호를 받지 못한다-을 부활시키는 것이었다.

밀리판결의 중요성은 음란물을 어떻게 정의하든 간에, 그것은 수정헌법 1조의 보호에서 제외된다는 것을 명확히 했다는 점에 있으며 이 원리의 결과는 그야말로 대단했다.¹³⁷⁾ 즉 음란성이 수정헌법 1조의 보호를 받지 않는 한 정부는 주의 절박한 이익을 보이지 않고도 음란물을 억압할 수 있으며 주는 오로지 억압의 근거만 보이면 되는 것이다. 나아가서, 내용상의 차별을 금지하는 일반원리도 적용이 불가능하게 되었다.

나. 밀리기준에 의한 음란물 판단

밀리기준에 의하면 음란물이기 위해서는, (1)일반평균인이 봤을 때 그것이 당시의 지역사회의 기준(contemporary local community standards)을 적용하여 전체적으로 봤을 때(taken as a whole) 섹스에 대한 호색적 관심(prurient interest)에 호소하고, (2)명백하게 침해적으로(in a patently offensive way) 묘사하고 있으며, (3)중대한 문학적, 예술적, 정치적, 과학적 가치가 결여된(serious literary, artistic, political or

134) 402 U.S. 351(1971).

135) 413 U.S. 5 (1973).

136) Harry Kalven(1988), *A Worthy Tradition*, Harper & Row, p.48.

137) Greenawalt(1995), *Fighting Words*, p.101.

scientific value: sLAPS test)것이어야 한다고 보았다.

이러한 밀리기준은 Memoir기준과 몇 가지 차이를 보인다.

먼저는, pruriency와 patency가 전국적인 차원에서가 아니라 지방적 차원에서 판단되게 됐다는 점이다.

그러나 가장 주요한 변화는 사회적 가치의 축에 있을 것이다. 밀리기준은 이전의 Memoirs기준의 '전혀 사회적 가치가 없는 것'을 '전체적으로 봤을 때 진정한 문학적, 예술적, 정치적, 과학적 가치가 없는'으로 대체함으로써 보수적인 경향을 드러냈다. 새로운 기준은 매체물이 가져야 하는 사회적 가치가 진지해야 하며(성적 즐거움이나 자위보조로는 충분하지 않은 셈이다) 전체적으로 봤을 때 그런 가치를 지녀야 한다고 요구하고 있기 때문이다. 이는 반대의견에서 브레넌이 비판한 것처럼, Roth기준에서 암시된 '사회적 중요성을 만회하지 않는 것'이라는 기준에 비춰어 봐서도 명백한 후퇴였다.

다만 밀리기준은 '호색적 관심'과 '명백히 침해적일 것'을 동시에 요구함으로써, 오로지 자위보조를 위한 포르노그래피를 제외한 다른 것들은 거의 음란물로 인정되기 어렵게 한다.¹³⁸⁾ 사실, 성적 표현물이 범람하는 미국사회에서 밀리기준에 의해 순전한 글로 된 매체물이 금지될 수 있으리라고 보여지지는 않는다. 실제로 밀리판결에서 다수의견은 그 기준이 오로지 하드코어에만 해당된다고 밝혔다. 즉 하드코어만이 수정헌법 1조의 보호에서 제외되는 것으로 간주되었다. 따라서 예술작품 등은 음란성이 있더라도 보호되게 되었다.

다. 밀리기준에 대한 평가

1) 기준의 모호성

위와 같은 밀리기준에 대해서 우선 브레넌은 반대의견에서 그 모호성을 지적하고 나섰다. 음란성이라는 불명확한 개념을 일반인이 외설법규에 저촉되지 않도록 행동할 수 있게끔 도식화하는 것은 불가능하며 그를 고수할 경우 결국 표현의 자유를 제약하는 효과(chilling effect)를 가져오기 쉽다는 것이었다. 이러한 모호성은 밀리기준의 주요한 축들 각각에 걸쳐 다 나타난다.

138) Sunstein(1993), Democracy and the Problem of Free Speech, Free Press, pp.210-211. 게이예술가인 Robert Mapplethorpe의 작품이나 랩가수인 2 Live Crew의 공연에 대한 음란성시비가 사회적 조롱이 되기도 했지만 대부분의 예술가들은 밀리기준에 대해 별다른 두려움을 느끼지 않는다고 한다.

a. 호색적 관심Prurient Interest

음란물 판정을 받으려면 전체적으로 봤을 때 호색적 관심에 호소하고 있어야 하므로 우선 어떠한 것이 호색적 관심에 호소하고 있는 것으로 볼 수 있는지가 문제가 된다.

성과학자들이 섹슈얼리티의 측면에서 볼 때 ‘호색적’이란 ‘만족을 요구하는 갈망’이지 만¹³⁹⁾ 법원은 ‘호색적’이라 함은 ‘수치스럽고 morbid하며 누드, 섹스, 방출에 대한 건강하지 않은 관심’을 의미한다고 해석하고 있다.¹⁴⁰⁾ 그런데 문제는 도대체 무엇이 섹스에 대한 건강한 관심이며 무엇이 그렇지 않은 것인지 여전히 모호하다는 것이다. 더욱이 법원은 호색적 관심이란 ‘색욕’의 자극을 포함하는 것이며 거기서의 ‘색욕’이란 ‘성행위에 대한 정상적인normal 관심’이 아니라 ‘수치스럽거나 병적인’ 것을 의미한다고도 해석하는 바,¹⁴¹⁾ 경우에 따라서는 전형적이지 않은 관계나 성적 행동을 묘사했다는 이유로 호색적 관심에 호소하고 있다고 판단내릴 수도 있게 된다.

또한 호색적 관심을 일으키는 것이 해악이라서 방지해야 하는 것인지, 아니면 금지할 만한 표현물을 식별할 수 있는 특징이 호색적 관심이라는 것인지 분명하지 않다.¹⁴²⁾

b. 명백히 침해적일 것 patent offensiveness

아마도 밀러기준의 ‘명백히 침해적’의 의미는 그 내용이 아니라 표현하는 방식을 지적하는 것이겠지만,¹⁴³⁾ 그 둘 간의 구분은 여전히 모호하다. 더욱이 법원은 ‘정상적이거나 성도착적인, 실제의 혹은 가상의, 성행위 그 자체에 대한 명백히 침해적인 묘사,

139) Richard Green(1992), *Sexual Science and the Law*, Harvard Univ. Press, p.132.

140) Roth v. United States, 354 U.S. 476, 487, n.20. 또 1962년의 미국 모범형법전(Model Penal Code) section 251.4는 ‘주로 호색적 흥미에 호소하는 것’을 “전체적으로 고찰하여 나체, 성, 배설에 관한 난잡한 흥미, 즉 수치스럽거나 혹은 혐오스러운 흥미에 호소하는 것을 주조로 하고, 이들 사항의 기술 또는 표현”으로 보고 “통상 상당하다고 인정되는 한계를 현저히 이탈하는 물건은 음란물이다. 주조가 어떤 것인가 여부는 그 물건의 성질 또는 배포상황으로부터 아동 기타 특히 영향을 받기 쉬운 대상에 향해져 있는 것임을 명백한 경우를 제외하고 일반성인을 기준으로 판단해야 한다. 그것이 음란한 것이라면 현상되지 아니한 사진, 주형, 인쇄조판 등은 그 표면화 또는 배포를 위하여 현상 기타의 행위가 필요하더라도 음란물이다”고 규정하고 있다.

141) Brockett v. Spokane Arcades, Inc., 472 U.S. 491, 498-99(1985). 이는 1962년의 미국 모범형법전(Model Penal Code) section 251.4에서 ‘호색적 흥미’를 “나체, 성, 배설에 관한 난잡한 흥미, 즉 수치스럽거나 혹은 혐오스러운 흥미”를 가리키고 있는 것과 같은 맥락이다.

142) Randall(1989), *Freedom and Taboo*, p.239.

143) Sunstein(1993), *Democracy and the Problem of Free Speech*, Free Press, p.211.

자위행위, 배설행위, 남녀 성기의 추잡한 노출에 관한 명백히 침해적인 묘사 representations or descriptions of ultimate sexual acts, normal or perverted, actual or simulated...masturbation, excretory functions, and lewd exhibition of the genitals' 등을 patently offensive sexual conduct한 것이라고 예를 들고 있음으로써¹⁴⁴⁾ 그 노골성의 정도가 강하기만 하면 일단 명백히 침해적인 것으로 보고 있는 게 아닌가 하는 의구심을 불러일으킨다.

c. 판단 주체의 문제

밀러기준은 기본적으로 당시의 공동체의 평균적인 사실인식과 가치판단에 의존한다. 즉 사실심법원에서 배심원들은 문제되는 성 표현물이 당해 지역사회 일반인의 호색적 관심에 호소하는지 그리고 평균적인 사람들에게 명백히 침해적인지를 판단해야 한다.

그런데 문제는, 호색적 관심을 자극하느냐의 여부는 좀더 사적인 차원에서 판단될 일임에도 불구하고 법원에서는 당해 표현이 '일반 평균인'의 호색적 관심에 호소하는지 여부를 결정해야 한다는 점이다. 더욱이 법원은 '자극한다'는 부분보다는 호색적 관심의 축을 '건강하지 않은 성욕에의 추구'에 둬으로써 종래의 또는 현존하는 성도덕에 비추어볼 때 문제있는 것을 호색적 관심을 자극하는 것으로 판단하고 있으므로 결국 배심원들은 자신들의 대표성에 기해 판단한다기보다는 그러한 사회적 통념을 좇을 수밖에 없게 된다.

'명백히 침해적일 것'이라는 조건은 그 자체가 공동체의 기준으로 보아 당해 공동체의 일반구성원들이 명백히 침해적인 것으로 느끼느냐의 문제를 판단하는 것이므로 '호색적 관심'의 요소보다는 원천적으로 공동체기준에 잘 부합한다. 그러나 이 경우 역시 공동체의 기준 자체의 모호성으로 인하여 여전히 문제를 남긴다. 즉 당해 공동체의 기준이란 도대체 어떻게 측정되며, 어느 정도의 사람들이 그렇다고 인정하는 것을 의미하는 것일지의 문제가 해결되어야 하는 것이다. 또한 명백한 침해성의 판단은 사실판단으로서 배심원들이 담당하게 되지만 과연 배심원들이 당해 공동체의 적당한 표본이라고 할 수 있는지도 의문이다.

그렇게 본다면 명백히 침해적인지의 여부도 결국 배심원들이 당해 사회의 정서를 고려하여 대충 판단할 수밖에 없게 된다. 따라서 설령 당해 공동체의 사람들 중 많은 수가 어떤 포르노물이 받아들일 만하다고 생각한다고 하더라도 그것이 법원의 결정에 영향을 미칠 수 없게 될 수 있다.¹⁴⁵⁾

144) 413 U.S. 5 (1973), at 25.

145) 실제로 1980년의 미국 일리노이주에서는 여론조사 결과 58%의 주민이 포르노그라피를 수용한다고 응답했지만 법원은 여론조사는 배심원의 영역을 침해했다고 결정했다.

한편 진정한 사회적 가치가 있는지 여부의 결정은 배심원들이 하는 사실판단의 문제가 아니고 법적 판단으로서, 공동체의 기준이나 그 안의 '평균적인' 사람에게 맡겨지지 않고 합리적인 사람이라면 어떻게 볼지를 판사가 판단하는 것이다. 즉 공동체기준에 의해 호색적 흥미에 호소하고 명백히 침해적이라고 인정되는 표현물이라도 판사가 진정한 사회적 가치가 있다고 판단할 때는 음란물이 아니라고 결정될 수도 있게 된다. 또 그 기준도 앞의 두 요소와 달리 전국적 기준에 의하게 된다. 결국 음란물 면책의 최종결정을 판사가 지고 있는 셈인데, 도대체 '중요한 사회적 가치'란 게 무엇이며 법관이 과연 그것을 판단할 자격과 능력을 갖고 있는지, 그리고 그것이 적절한지는 의문스럽다.

2) 기준의 보수성

우선, 수정헌법 1조는 어떤 표현이 침해적이라고 해서 표현을 규제할 수 없음을 말하고 있는데, 밀러기준은 이를 위반한 것이 아니냐는 의문을 제기할 수도 있다.

과연 밀러기준은 관점에 따라 대상물을 차별하고 있는 것인가 아니면 중립적이라고 할 수 있는가? 밀러기준의 비판자들은 어떤 것을 음란물이라고 판단하여 금지하는 것 자체가 이미 일정한 관점에 서서 다른 관점을 배척하는 것이라고 주장한다. 그에 대해 법원은 현재의 공동체의 기준에 입각하는 한 밀러기준은 중립적이라고 자부한다.

한편, '정상적인'이란 말이 일반적으로 '받아들일 만한'을 의미한다면, '호색적인'은 침해성(offensiveness)의 개념에 근사해진다. 다시 말해 침해성 외에 호색적 관심을 지표로 할 만한 실익이 거의 없어지는 셈이다. 사실심법원이 호색적 관심이 있음을 인정하면서 그것이 명백히 침해적이지 않다고 하는 것은 생각하기 힘들며¹⁴⁶⁾ 따라서 음란물 판단은 실은 호색적 관심이 있느냐 여부를 따지는 데 국한되어 있는 게 아닌가 하는 비판을 받고 있다.¹⁴⁷⁾ 즉 성적 노골성과 성행위에 대한 지대한 관심 및 성적 자극 자체를 문제삼아 그러한 요소가 있을 때 우선 부정적으로 규범적 잣대를 들이대는 것이다.

또한, 하드코어/소프트코어의 구분과 함께 과도하게 자세하게 묘사했느냐의 여부가 하드코어의 중요한 지표가 됨에 따라 동성애나 수간, 새도매저키즘, 구강성교 등 소위 '정상적이지 못한 성행위'가 대부분 논의없이 쉽게 하드코어로서 포괄된 것은¹⁴⁸⁾ 공동체의 기준이라는 이름아래에 숨겨진 보수성이 유감없이 드러난 부분이라고 하겠다.

Richard Green(1992), *Sexual Science and the Law*, Harvard Univ. Press, p.133.

146) Smith v. United States, 431 U.S. 291, 300-01(1977).

147) Daniel O. Conkle(1993), "Harm, Morality, and Feminist Religion: Canada's New-but not so New-Approach to Obscenity" p.113.

148) Downs(1989), *The New Politics of Pornography*, p.18.

한편으로, 호색적 관심은 남성의 발기를 의미하는 것으로서, 그 자체로 지극히 남성 중심적이라는 비판도 있다.¹⁴⁹⁾ 또 캐서린 맥키넨과 안드레아 드워킨을 중심으로 한 포르노그래피반대운동의 성과로 이루어진 인디애나폴리스의 반포르노그래피조례에 대해, “조례에서의 포르노그래피의 정의는 Miller 기준에서의 음란물의 헌법적 정의의 범주를 벗어난다”고 하여 위헌성이 선언된 *American Booksellers Association v. Hudnut* 사건¹⁵⁰⁾에서는 페미니스트들에 의해 밀러기준의 남성중심주의가 공박되기도 했다.

(5) Miller판결 이후의 음란물판단: 공동체의 質에 대한 관심의 강화

Miller판결에서 제시된 것들은 이후 지금까지 음란물판정의 기본적인 기준으로 작용하고 있다. 따라서 대체로 하드코어포르노그래피-기본적으로 성행위나 발기한 남성성기의 실제나 생생하게 흉내낸 것으로 어떤 심미적이거나 과학적인 목적을 띠지 않은 것¹⁵¹⁾-을 명시적으로 묘사한 것은 불법으로 하고 있지만 그 외의 포르노그래피는 표현의 자유를 누리고 있다.

그러나 시대적인 상황에 따라서, 구체적인 사건에 있어 밀러기준은 때로는 좀더 자유주의적으로 해석되지만 또 때로는 성 표현물에 대한 각 주의 규제권한을 강화하는 방향으로 해석되는 등 그 불안정성과 모호성, 편파성의 문제를 여전히 해결하지 못하고 있다.

예컨대, 밀러판결 이후 한동안 대부분의 사건들은 음란성원리, 특히 하드코어기준에 대한 자유주의적 태도를 강화해 나가는 방식으로 밀러기준을 보완적용했다. 그 과정은 *Jenkins v. Georgia*, 418 U.S. 153 (1974)에서부터 시작되었다고 할 수 있는데,¹⁵²⁾ 영화 *Carnal Knowledge*의 음란성이 문제된 동 사건에서 법원은, Miller기준을 유지하면서도, 사실심에서 ‘호색적 관심’과 ‘명백한 침해성’이 있음을 발견했다 하더라도 “배심원은 ‘명백히 침해적인 patently offensive’ 것이 무엇인지 판단하는 데 있어서 완전 재량을 갖지 않으며” 음란성 여부는 항소심에서 심사될 수 있다고 판시하고, ‘음란성의 결정은 일차적으로 지방의 재량의 문제가 아니라 국가의 헌법적인 기준에 의해 제한받는 기준’이라고 밝혔다. 즉 사실확정에 있어 배심원들에게 전적인 재량이 주어지는 것이 아니며 연방대법원이 이를 통제할 수 있다는 것이었다.

149) Andrea Dworkin, "Against the Male Flood: Censorship, Pornography, and Equality", p.452.

150) 771 F.2d 323 (1985). 동 판결의 내용과 그에 대한 논란은 제6장에서 상세히 다룬다.

151) Richard Posner, *Overcoming Law*, Harvard Univ. Press, 1995, p.360.

152) Downs(1989), *The New Politics of Pornography*, p.18.

그러나 적어도 음란물에 대한 주 정부의 규제는 그 방식에 있어 상당히 자율성을 확보하고 있다고 할 수 있으며, 1973년 *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973) 사건에서 보듯이, 심지어 그런 식으로 존중되는 주의 이익에는 '공동체의 삶의 질'이 중요하게 거론되고 있는 지경이다. 즉 동 사건에서 버거(Burger)대법원장에 의해 집필된 다수의견은, "주는 음란물의 상거래와 미성년자의 출입을 막는 소위 성인영화관을 포함한 공공접객업소에서의 음란물의 전시를 규제할 적법한 공익적 차원의 이익을 가진다. 이러한 주의 이익은 음란물과 범죄, 음란물과 비도덕적 행위 사이의 상관관계에 관한 분분한 논쟁보다 더 우월하다. 주는 또한 점잖은 사회 *decent society*를 유지할 권리를 가진다"고 하여, 일찍이 워렌(Warren)대법원장이 음란성문제의 난해성을 고백하면서, "주정부는 연방정부는 점잖은(*decent*) 사회를 유지할 권리가 있다. 그러나 반면에 미 합중국의 국민은 수정헌법 제1조상의 권리를 가지는 것이다"¹⁵³⁾라고 드러냈던 이익형량에 관한 고민을 주정부의 점잖은 사회에 대한 이익 쪽으로 기울이는 방식으로 일단락을 짓기도 했다.¹⁵⁴⁾

나아가, 법원은 이후 음란물이 아닌 성 표현물이나 품위없는 표현에 대해서도 실제적인 규제를 허용했다. 예컨대 법원은 모든 문제된 필름이 밀리기준에 따른 음란성을 충족하지 않았음에도 불구하고 도심의 타락을 방지하기 위해 포르노그래피를 상영하는 극장의 위치와 수를 규제한 디트로이트법을 지지했다.¹⁵⁵⁾ 이는 1981년의 *Schad v. Borough of Mount Ephraim*(452 U.S. 61) 사건에서 연방대법원이 음란하지 않은 누드댄싱을 포함한 모든 '라이브 쇼'를 금지한 조례에 격퇴를 가함으로써 다시 완화되기도 했지만 그러나 1986년에 법원은 다시 포르노그래피가게는 물론 섹스비디오와 케이블 TV를 포함하는 매우 광범위한 구역규제법을 지지했다. 범죄와 향락산업에 수반되는 경제적 타락의 '2차적 효과'로부터 이웃을 보호할 시의 이익이 있다는 이유에서였다.¹⁵⁶⁾

렝퀴스트시대의 1990년대에는 공동체기준은 좀더 입지를 굳히게 되었다. 1991년에 연방법원이 인디애나주가 누드댄싱을 전면적으로 금지한 것을 5-4로 지지하기도 한 것은¹⁵⁷⁾ 그 한 예이다. 주목할 만한 점은 누드댄싱은 표현 *expression*이 아니므로 음란성 여부의 판단이 없더라도 사회질서와 도덕성보호를 이유로 금지시킬 수 있다고 결론내렸다는 것이다. 또한 음악앨범의 가사와 표지, *shock*코메디의 대사, 영화와 텔레

153) M. Landsbeg, *A Conversation with Chief Justice Earl Warren* 6(1969).

154) 다만 동 사건에서 Brennan, Stewart, Marshall은 모호성을 이유로 반대의견을 표명하고 공중도덕에의 호소는 수정헌법 1조상의 보호에 우선할 수 없다고 주장했다.

155) *Young v. American Mini Theatres*, 427 U.S. 50 (1976).

156) *Renton v. Playtime Theatres, Inc.*, 475 U.S. 41 (1986).

157) *Barnes v. Glen Theater*, 111 S.Ct. 2456.

비전의 음란물 등의 규제와 관련해서는 정부와 매체집단은 끊임없는 갈등을 보이고 있다. 1990년의 신시네티에서의 Robert Mapplethorpe의 사진작품(175점 중의 7점)을 둘러싼 소동도 그 한 예이다.¹⁵⁸⁾

다만, 법원이 기본적으로 밀러기준을 고수하고 주의 성 표현물 규제에 좀더 정당성을 부여하고 있음에도 불구하고 포르노그래피의 양과 그 정도는 갈수록 노골화되어가고 있고 그에 대한 판단 역시 철저하지 않다. 그것은 포르노그래피사건이 비교적 후순위로 취급되고, 대중들의 관용이 높기 때문이기도 하지만 동시에 그 이유의 상당부분은 밀러기준의 여러 부분이 여전히 모호하기 때문이다. 예컨대 공동체의 기준은 1987년에 합리적인 인간이 판단하는 공동체의 기준으로 좀더 명료해졌지만¹⁵⁹⁾ 여전히 호색성, 진지한 가치, 명백히 침해적 등의 표현은 명확하지 않은 것이다.¹⁶⁰⁾

4. 음란물판단에 의한 포르노그래피규제 담론의 문제점

(1) 포르노그래피의 사회적 해악성의 전제

노골적 성 표현물인 포르노그래피가 통제되는 가장 주요한 장치는 뭐니뭐니해도 음란물판단에 의해서이다. 앞에서 본 것처럼, 예전의 경우는 물론이거니와 약간의 차이는 보이지만 현대의 많은 나라들도 이는 마찬가지이다. 그리고 그 음란물혐의라는 것은 우선 포르노물에 한정해서 이루어지고 있고, 예술적 가치 등의 특별한 항변사유가

158) 유명한 사진작가 로버트 맵플소프의 동성애표현사진이 공공장소에서 전시된 것을 규제하고자 했으나 결국 그러한 시도는 좌절되었다. 그러나 이후 미하원은 음란하거나 저속한 표현을 하는 예술품에 대해서는 연방정부의 보조금을 금하도록 한 법률을 제정하여 다시 예술가들의 항의에 부딪히게 됐다. 별거벗은 채 초클릿을 바르는 행위예술 등을 했던 카렌 핀레이 등 4명의 예술가들은 이 법이 표현의 자유를 억압하고 비주류적인 이념을 가진 사람들을 차별하는 것이라고 제소했고 하급심은 제소자의 의견을 지지했다. 그러나 98.6.25. 연방대법원은 연방정부는 예술작품활동에 대한 공적자금 지원결정에서 외설의 일반적 기준과 미국공익의 가치 등을 고려할 수 있다고 하여, 90년 외설 기준을 설정한 법률에 8(샌드라 데이 오코너): 1로 합헌결정을 내렸다. 그러나 대법원은, 동 법이 연방지원금을 실질적으로 금지하는 것은 아닌 '권고조항'만을 담고 있다고 해석하고, 만약 이 법이 다중의 동의를 받지 못하는 의견에 대해 제재를 야기할 수 있다면 수정헌법 1조를 위반하는 것이 될 것이라는 단서를 덧붙였다.

159) Pope v. Illinois, 107 S.Ct.1918 (1987).

160) Downs(1989), *The New Politics of Pornography*, p.20.

없는 한 포르노그라피는 쉽게 음란물이라는 판정을 받는다.

이는 무엇보다도 포르노그라피는 해로운 것이라는 인식에 근거하고 있기 때문인데, 그런데 과연 포르노그라피가 전 사회적으로 해악을 가지는 것일까? 먼저, 포르노그라피로 인해서 사회의 도덕성이 위기를 맞게 되는가? 보수주의자에게 있어 이는 더 이상의 설명을 요하지 않는 전제로 받아들여지고 있고 일반적으로도 이 논리가 상당히 작용하고 있다. 그러나 왜 성적 노골성과 성적 자극이 불온한 것이며, 그렇다면 무엇이 유지하고 권장해야 할 사회의 성적 도덕성인지 따져볼 때 그에 대한 답은 명쾌하지 않다. 그리고 이러한 의문은, 성과 관련된 표현을 음란하고 비도덕적인 것으로 낙인찍었던 것 자체가 다분히 19세기의 위생관념과 보수주의의 이데올로기적 공세에 의한 것이었다는 점을 고려하면, 더욱 깊어진다. 기실 음란물이라는 딱지에 의한 포르노그라피의 규제는 성 표현의 노골화에 대해 응징을 가하기 위함이었다. 따라서 통상적으로 사회의 보호라는 명목으로 행해지는 포르노그라피에 대한 기소와 유죄 판단은 사회에 도움이 된다고보다는 오히려 도덕적 히스테리의 표명일 뿐¹⁶¹⁾이라는 비판이 훨씬 설득력이 있다고 할 수 있다.

또한 보수주의적 견해는 포르노그라피와 성범죄나 일탈행동을 빈번히 연결시켜서 이 또한 포르노그라피에 대한 공격으로 삼고 있는데, 그러나 이러한 보수주의적 견해는 경험적으로, 또는 학문적으로 입증되지 못한 관념적이고 상식적인 주장에 머물고 있다. 뒤에서 보듯, 포르노그라피와 공격행동, 성범죄간의 단순한 상관관계는 없다는 것이 현재의 연구결과이기 때문이다.¹⁶²⁾

(2) 법을 통한 도덕의 강요

자유주의를 표방하여 도덕의 영역과 법의 영역이 일정 정도 구분되어 있는 현대국가에서는 포르노그라피가 사회도덕성을 위태롭게 한다는 견해를 수용한다 하더라도 그렇기 때문에 포르노그라피를 제도적으로 법적으로 금지하거나 엄격히 규제할 수 있다는 결론이 바로 도출되는 것은 아니다. 그런데 보수주의적 견해는 거의 예외없이 형사법을 통한 강력한 국가적 통제를 포르노그라피에 대한 주요한 해결책으로 제시하고 있다는 점에서 법과 도덕을 무분별하게 혼재시키는 한계를 노정하고 있다. 흥미로운 것은, 이런 식으로 법의 이름으로 도덕성수호론이 펼쳐되다 보니 종종 그 주장은 어떠한 논증을 거침도 없이 객관적 진실의 추구라는 외피를 쓰게 된다는 점이다.¹⁶³⁾

161) Peter Michelson(1971), *The Aesthetics of Pornography*, Herder and Herder, p.4.

162) Bruce Russel(1991), *Freedom, Rights and Pornography*, Kluwer Academic Publishers, p.172.

우리의 경우 그러한 혼재문제는 더 심각하여, 성문제에 있어서는 도덕이 법적 제재와 같은 위치에 놓여 있고 이 도덕이 기본적인 가치인 자유마저 유린하고 있다고¹⁶⁴⁾ 할 수 있다. 사회적인 논의의 기회 자체를 박탈한 채 이루어지고 있는 국가주도의 음란물관정과 통제, 청소년보호를 명목으로 하여 일반 성인의 성 표현물에 대한 접근권마저 광범위하게 통제되고 있는 것이 그것이다.

(3) 음란개념의 비적절성

한편에서는 통상적으로 사용되고 있는 음란의 개념 자체가 적절하지 못하다는 문제도 있다. 정상적인 성도덕이 어떤 것인지, 호색적인 관심이 도대체 무엇을 의미하는지 제대로 논의된 바가 없는 상황에서 법적 개념인 ‘음란’이라는 말을 규범 전반에 걸쳐 사용하는 것은 일정한 가치를 일반인에게 강요되는 결과가 되는 것이다.

그러나 일반인의 도덕을 유지하는 것이 더 이상 형법의 임무일 수는 없고 국가형벌권에 의해 개인의 자유를 침해하기 위해서는 명백한 근거가 있어야 할 것인데 성적 풍속이나 성도덕이란 개념은 너무 막연하고 추상적이어서 헌법상 보장되는 표현의 자유를 제한하는 근거로서는 미약하다. 따라서 혹 그대로 조항을 존속시킨다 하더라도 그 보호법익은 개인의 성적 자기결정의 자유를 기본적으로 하고, 또한 사회적 합의가 전제된다면 청소년의 보호육성도 결들일 수 있을지 모르나¹⁶⁵⁾ 도덕성의 보호를 그대로 유지하기에는 힘들다고 할 것이다.

기실 성 표현물에 있어 중요한 문제는, 추상적인 도덕의 유지보다는 구체적이고 개별적인 실제의 해악을 방지하고 그에 대처하는 것일 터인데, 추상적인 사회도덕을 위반하는 것만 가리키는 것으로 정의되어 있을 뿐, 그것으로 인해 해를 입는 구체적인 개인이나 집단에 대한 고려는 생략되어 있는 ‘음란’의 개념과 그 판단¹⁶⁶⁾은 이 점에서

163) 물론 이때는 음란성판단에 있어 사회통념에 기댈 필요도 없게 된다. 예컨대 채털리부 인사건에서 일본의 최고재판소는 “상당 다수의 국민층의 윤리적 감각이 마비되어 진실로 음란한 것을 음란한 것이 아니라고 하여도 법원은 양식을 가진 건전한 인간의 관념인 사회통념의 규범을 좇아서 사회적 도덕적 퇴폐에서 수호하지 않으면 안된다”고 판시(昭和 32(1957).3.13.판결(형집 11권 3호 997면)했다.

164) 최연구, “권위주의에 갇힌 순수한 자유주의자”, 『자유라는 화두』, 삼인, 1999, 74면.

165) 김영환·이경제, “음란물의 법적 규제 및 대책에 관한 연구”; 박양식, “음란물규제의 법리”, 『사법행정』 362호(1991년 2월호), 53면.

166) 이는 우리의 경우 더 심각해서, 우리의 규범과 판결은 그 어디에서도 포르노그래피에 나타난 사람이 존중받지 못하고 학대당한다든지, 불평등하게 취급된다는 점을 지적해서 음란물이라고 규정하고 판단하고 있지는 않다.

도 한계를 지닌다고 할 수 있다.

이런 맥락에서 보자면, 독일 연방대법원이 1969년 7월 22일 패니힐(Fanny Hill)판결¹⁶⁷⁾에서 음란성의 개념을 일반인의 성적 수치심 내지 도덕적인 정서를 해치는 것으로 정의하던 종래의 입장에서 벗어나 “성과 관련된 분야는 사회의 공통적인 견해의 밑바닥에 분명하게 관계하고 있고 그에 따라 공동생활을 침해하고 부담이 되는 위반만이 형벌규정의 구성요건을 충족할 수 있다. 형법은 성의 영역에 있어서 성인의 도덕적인 기준을 관철할 임무를 갖지 않으며 사회질서를 침해하거나 현저하게 혼란스럽게 하는 것으로부터 지킬 임무를 가진다”고 판시한 것은 중요한 시사점을 가진다.

(4) 사회다원화에 배치되는 보수적 음란물 판단

음란물판정에 의한 포르노그래피규제는 구체적인 사안에서 그 음란성 여부의 판단이 결코 간단하지 않고 나라마다 약간의 차이를 보이고 있다.

서구국가의 경우 대체로 작품만으로서가 아니라 작자나 출판자의 의도, 인쇄체본의 체제, 광고, 선전, 판매전시의 방법, 현실의 독자층의 상황 등을 고려하여 독자에게 주는 영향을 구체적으로 논증하여 상대적으로 음란성을 평가하고 있지만,¹⁶⁸⁾ 일본¹⁶⁹⁾이

167) BGHSt Bd. 23, S. 40.

168) 이것이 소위 독일의 형법학자 Karl Binding이 주창한 상대적 음란성(variable obscenity, relative Unzuchtigkeit)의 개념이다. 이에 따르면, 예술작품이나 학술서 그 자체는 음란한 것이 아니지만 청소년이나 호색적 측면만을 강조하여 일반인에게 반포될 경우에는 음란물로 평가받을 수 있고, 예술작품이나 학술서의 내용에 음란성이 인정된다 하더라도 오로지 예술적·학술적인 감상·탐구를 하는 고수준의 독자에게만 반포되는 경우에는 음란물로 평가할 수 없게 된다.

이러한 견해에 입각하여 제2차대전 이전의 독일제국법원은 성교 등에 관한 상세한 정보를 포함한 성학과 성교육에 관한 기사를 일간지에 게재한 행위에 대하여, 학술적인 논문이라도 일반신문에 게재될 때에는 음란의 개념에 해당할 수 있다고 판시했고(RGSt. Bd. 27, S. 114ff.), 파리 현대미술전람회에 출품된 여성의 나체화를 엽서로 복제하여 노상에서 판매한 행위에 대하여, 어떤 예술작품일지라도 이것이 미술관에서 관람하는 사람의 범위가 제한되어 있을 때에는 이를 전람하여도 법에 저촉되지는 않지만 동일한 작품일지라도 이것이 복제가 되어 일반에게 반포된 때에는 처벌을 받는다고 판시(RGSt. Bd. 37, S. 315ff.)하였다.

또 영국의 1959년의 음란출판물법 제1조도 그 내용을 읽어나 보거나 듣게 될 사람, 즉 주요 독자를 기준으로 음란성을 판단하도록 함으로써 상대적 음란개념을 채택함을 명백히 하고 있어, 영국의 음란성판단은 문학작품은 진지한 마음을 가진 독자에게, 명랑만화는 어린이에게, 성인전용서점에서 팔리는 도색잡지는 그 특정 서점의 성인고객에게

나 우리나라¹⁷⁰⁾처럼 객관적으로 봤을 때 음란성이 인정되느냐를 중시하여 판단하기도

미치는 영향을 기준으로 판단하여야 하고 어떤 서적이 그 자체로 음란하여 모든 사람을 타락시키는 경향이 있다는 주장은 받아들여지지 않는다.

미국의 *Mishkin v. New York*판결(383 U.S. 502(1966))도 가학·피학적 성행위, 동성애 등을 묘사한 책은 보통 사람들에게 성욕을 자극한다기보다 혐오감만 불러일으킨다 하더라도 그 물건이 지향하고 있는 소수의 집단에 속하는 사람들의 호색적 흥미에 호소하는 것이라면 음란하다고 판시했으며, *Ginzburg v. United States*판결(383 U.S. 463(1966)) 역시 고객의 호색적 흥미를 돋우기 위해 공공연히 광고하여 물건을 파는 상술을 중시하고 판매인이 그 출판물의 호색적 흥미만을 강조하고 있다면 이는 음란성의 판단에 있어 결정적인 것이라고 판시하여 상대적 음란성을 인정하는 듯한 입장을 보이고 있다. 한위수, “음란물의 형사적 규제에 관한 제문제”, 『형평과 정의』13집, 62-63면.

169) 일본은 “문서의 음란성의 유무는 문서 자체에 대하여 객관적으로 판단해야 하고 현실의 독자층의 상황 또는 저자와 출판자의 저술, 출판의도 등 당해 문서 외에 존재하는 사실관계는 문서의 음란성의 판단의 기준 밖에 두어야 한다”고 판시(최고재판소昭和48(1973).2.12.판결. 刑集 27권 3호, 351면)함으로써 상대적 음란의 개념을 부정하고 있다.

170) 우리의 경우 마야판결에 대해 우리나라의 다수견해는 이를 상대적 음란개념을 인정한 것으로 보고 있으나(주석형법각칙(II), 102면 주 22; 이재상(1996), 『신정판 형법각론』, 565면; 김영환·이경재(1992), 120면; 심희기(1998), “문예작품의 음란성 판단기준”, 264면) 위 판결이 “음란성의 유무는 그 그림 자체에서 객관적으로 판단해야 할 것이고 그 제조자나 판매자의 주관적인 의사에 따라 좌우되는 것은 아니다”고 부인하고 있는 점에 미루어 그 취지가 명확하지 않다고 보는 견해도 있다. 또 대법원의 한 판결(대법원 1990.10.16.선고 90도1485판결. 공 1990, 2348면)에서 “공연윤리위원회의 심의를 마친 영화작품이라 하더라도 이것을 영화관에서 상영하는 것이 아니고 관람객을 유치하기 위하여 영화장면의 일부를 포스터나 스틸사진 등으로 제작하였고 제작된 포스터 등 도화가 그 영화의 예술적 측면이 아닌 선정적 측면을 특히 강조하여 그 표현이 과도하게 성감을 자극시키고 일반인의 정상적인 성적 정서를 해치는 것이어서 건전한 성품속이나 성도덕관념에 반하는 것이라면 그 포스터 등 광고물은 음화에 해당한다”고 판시했는데 이 역시 상대적 음란성을 인정한 것으로 보는 견해(김영환·이경재(1992), 『음란물의 법적 규제 및 대책에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 120면)도 있지만 이 판시만으로는 대법원의 입장이 상대적 음란개념을 인정하고 있다고 단정할 수 없다는 반대의견(한위수(1998), “음란물의 형사적 규제에 관한 제문제”, 65면)도 제시된다.

학설로는 상대적 음란개념을 옹호하는 견해(유기천, 『전정신판 형법학』(일조각, 1984), 89면; 전재기, “음란성에 대한 고찰”, 『검찰』51호(1973.9.), 149면; 이기호, “판례에 나타난 음란성”, 『형사판례연구 4』(1996), 181면)도 있으나 다수설(주석형법각칙(II), 103면; 이재상(1996), 565면; 김일수, 『형법각론』(박영사, 1996), 588면)은 음란물의 범위를 더욱 모호하게 한다는 이유로 부정하고 있다. 제작자의 의도를 중시하는 상대적 음란개념(주

한다.

그러나 어떤 경우든 궁극적으로는 당해 사회의 정서에 호소하고 있다는 점에서는 공통된다.¹⁷¹⁾ 그런데 문제는 그런 식의 음란물판단으로는 늘 변화되었으며 변화될 수밖에 없는 사회적 환경과 섹슈얼리티에 관한 담론을 담아내기 곤란해졌다는 점이다. 더욱이 급격한 사회다원화의 진전으로 인해 다양한 개인의 성 표출요구의 존중 필요성은 증가된 반면 지켜야 할 사회도덕성의 존재와 그 의미는 희석되고 있어 음란물규제 자체의 근거가 흔들리고 있으므로 이러한 곤란은 더욱 가중된다.¹⁷²⁾

요컨대, 형사적인 음란물규제에 의한 포르노그래피의 통제는 필연적으로 기존의 수구적인 도덕성에 집착할 수밖에 없으며 이럴 때 인간의 충분한 성장은 제한되고¹⁷³⁾

관설)은 형법상의 음화등반포죄가 목적범이 아님에도 불구하고 일종의 목적범과 같이 해석하게 되고 주관적 요소로 인한 표준의 명확성을 기할 수 없으며, 동일한 작품이 반포대상에 따라 음란물이 되기도 하다가 안되기도 하는 등 합리성이 없으며 오히려 그 범위의 모호성으로 인해 표현의 자유에 대한 더 큰 위축효과를 가져올 뿐이라는 것이다(田中久智, “相對的猥褻概念-國貞事件”, 『別冊ジュリスト』83호(1984.4.) 189면. 한위수(1998), “음란물의 형사적 규제에 관한 제문제”, 66면에서 재인용).

171) 다만 그 범위는 조금씩 다르다. 예컨대 캐나다법원이 채택하고 있는 관용에 대한 공동체기준community standard of tolerance은 좀더 전국적이며 미국의 경우는 좀더 지역적이다. Daniel O. Conkle(1993), “Harm, Morality, and Feminist Religion: Canada’s New-but not so New-Approach to Obscenity” p.113. Butler, [1992] 1 S.C.R. 476-77과 Miller, 413 U.S. 30-34를 비교해 보라.

172) 기실 미국의 경우도 밀러판결에서 반대의견을 낸 네 명의 판사 중에서 음란물규제 자체에 반대하는 더글라스판사를 차지하고라도, Roth-Memoirs기준을 형성하는 데 가장 주요하게 공헌했던 브레넌은 이제는 음란물규제에 대해 새로운 출발을 할 때가 되었음에도 다수의견은 그저 예전의 기준을 따른 데 불과하며 그것은 일종의 후퇴라고 평하고 특히 사회적 가치의 요소를 흐린 데 대해 비판했다. 또 브레넌은 음란성 개념을 어떻게 정의하든 간에 음란물에 대한 완전통제가 표현의 자유에 미칠 악영향에 비교해 볼 때 음란물을 통제함으로써 각 州가 얻는 이익은 미약하다고 평했다. 각 주는 사회의 도덕성을 보호할 권리가 있지만 음란물을 통제함으로써 얻는 이익이란 것은 분명하지 않고 입증 불가능하기 때문이라는 것이다. 따라서 음란물을 청소년에게 판매하거나 원치 않는 사람에게 보여주는 행위가 아니라면 음란물에 대한 규제는 오로지 각 주가 그러한 표현을 억압할 very substantial interest를 보일 때만 정당화된다고 주장했다. 그의 이러한 비판은 수정헌법 1조를 위배하지 않으면서 동의한 성인에게 음란물을 규제할 방법이 없었다는 오랜 경험에서부터 비롯된 것이었다. Harry Kalven(1988), *A Worthy Tradition*, Harper & Row, p.32.

173) Lori Gruen and George E. Panichas(eds.), *Sex, Morality, and the Law*, Routledge, 1997, p.148.

사회가 당연히 보장해야 할 구성원의 자율성과 다양성도 침해된다는 점에서 심각한 문제를 던진다고 할 것이다. 영국이나 미국에서 음란물을 금지하는 제정법에도 불구하고 시대착오적인 판례와 법규의 적용을 꺼린 결과 상당히 자유화가 진전되고 있는 것도 이 때문이다.

제 4장 표현의 자유 담론

1. 자유주의와 표현의 자유의 보장

(1) 자유주의와 표현의 자유의 중시

가. 표현의 자유의 보장 근거

자유주의자에게 있어 표현의 자유는 자유주의사상의 핵심으로서 파악된다. 다만 표현의 자유를 중시하는 이유는 같은 자유주의자들이라고 해도 조금씩 다른데, 표현의 자유에 관한 이론은 세 가지 정도로 나누어진다.

첫째는 사상의 자유시장이론에 입각해 표현의 자유를 주창하는 견해이다. 표현의 자유를 보장함으로써 그것이 자유롭게 교환되어 궁극적으로는 진리의 추구를 촉진한다는 발상으로서, 1644년 존 밀턴(John Milton)이 *Areopagitica*에서 처음으로 주장했고 자유주의의 고전이라 할 만한 존 스튜어트 밀(John S. Mill)의 *On Liberty*도 이에 터잡은 저작이라고 할 수 있다. 현대의 경우 규범적인 판단에 있어서는 미국의 홈즈(Holmes)판사가 이러한 견해에 입각해 판결¹⁷⁴⁾을 내린 바 있다.

둘째는 표현의 자유가 민주주의의 유지·발전에 필수적인 공적 논의를 가능하게 한다는 이유에서 표현의 자유를 보장하고자 하는 입장이다. .

셋째는 인간의 자아실현과 개발에 핵심적이라는 이유에서 표현의 자유를 중시하는 견해이다. 현대의 자유주의자들이 대체로 취하고 있는 견해로서 예술작품의 표현의 자유를 옹호하는 데 가장 강력한 근거가 되고 있다.

따라서 표현의 자유를 어떻게 이해하느냐에 따라 구체적인 문제에 대한 접근방식을 달라지게 된다. 표현의 자유를 둘러싼 논쟁이 활발한 미국의 경우 이러한 변천과정은 극명히 드러나는데, 20세기 중반 이후만 보더라도, 마이클존(Meiklejohn)의 공적 가치로서의 표현의 자유론¹⁷⁵⁾이 설득력을 가지다가 1960년대 후반에는 에머슨(Emerson)의 자율정보장론¹⁷⁶⁾으로 주도권이 넘어갔고 1990년대 이후에는 선스타인(Sunstein)¹⁷⁷⁾에

174) *Schenck v. United States*, 39 s.ct. 247(1919); *Abrams v. U.S.*, 250 US 616(1919).

175) Alexander Meiklejohn(1948), *Free Speech and Its Relation to Self-Government*. 자기통제(self-government)를 중시하는 그는 그러한 자기통제를 보장하는 공적 표현만 가치 있는 것이고 사적 표현은 그렇지 않다고 보고, 그 표현이 제한될 수 없는 것은 전자에만 한정했다.

176) Emerson, Thomas(1966), *Toward a General Theory of the First Amendment*,

의해 다시 공적 가치로서의 표현의 자유가 강조되고 있는 것이다.

나. 권리로서의 표현의 자유

표현의 자유의 보장 의미를 사회적 자산의 평가로 보는가 아니면 개인적인 권리의 문제로 보는가에 따라서 표현의 자유의 보장 정도와 그것과 다른 가치가 충돌될 때 어떤 방식으로 조정될 것인지도 달라진다. 즉 개인적인 자율성의 존중으로서 표현의 자유를 이해하는 입장에서는 표현의 자유는 권리로서 다른 것보다 우월하게, 절대적으로 보장받아야 하는 것으로 일단 해석되지만, 표현의 자유가 공적인 의사소통을 통해서 정치체의 완성을 이끌어낸다고 보는 입장에서는 표현의 자유도 다른 가치와 견주어 제약될 수 있게 되며 당해 표현이 공적인 의사소통의 가치가 있느냐 없느냐도 판단해야 한다.

존 스튜어트 밀의 『자유론』에서 보듯 자유주의의 초창기에는 표현의 자유 보호가 사회에 가져오는 좋은 결과를 강조하는 결과론이 득세했지만, 현대의 자유주의국가에서는 대체로 표현의 자유를 개인의 권리로서 비결과론적으로 파악하여 공정으로서의 정의에 대한 요구나 인간을 자체로서 존중해야 한다는 요구로서 파악한다.¹⁷⁸⁾ 현대 자유주의의 시금석이라고 할 만한 롤즈(John Rawls)의 정의론은 표현의 자유에 대한 현대적 계약론을 표방한 것으로서 비결과론에 입각해 있다고 할 수 있으며¹⁷⁹⁾, 로날드 드

Vintage Books. 그는 개인의 자율성autonomy와 자기실현self-fulfillment을 중시하고 표현expression과 행동act를 구분하여 적어도 표현은 그것이 어떤 것이든, 개인의 자율성의 실현으로서 그 자유가 보장되어야 한다고 보았다.

177) Sunstein, Cass(1993), *Democracy and the Problem of Free Speech*, Free Press. 그는 표현의 자유를 두 축two-tier으로 생각하여 숙고적 민주주의deliberate democracy에 도움이 되는 표현은 높은 단계의 보호를 받아 제한시 좀더 엄격한 원리가 요구되지만 폭력적 포르노그래피와 fighting words와 같은 것은 숙고적 민주주의와 무관한 것으로서 낮은 단계의 보호만을 받을 뿐이라고 주장했다.

178) Bruce Russel(1991), *Freedom, Rights and Pornography*, Kluwer Academic Publishers, p.16.

179) 롤즈는 그의 역작 *A Theory of Justice*(이하 황경식 역, 『사회정의론』, 서광사, 1985의 면에 따른다)에서 자유는 자유 그 자체만을 위해서 제한될 수 있다는 말로서 자유의 우선성(priority of liberty)을 설명하고 있다(260면). 즉 자유를 제한하거나 제한하지 않을 때에 어떤 결과가 있는지에 관계없이 자유의 논리로 자유는 우선적으로 보장되어야 한다는 것이다. 다만 롤즈는, 그의 두 번째 정의원칙(차등원칙)에 입각해서, 어떤 이의 자유를 제한함으로써 보다 작은 자유를 가지게 될 자의 자유가 더욱 잘 보장되어질 수 있는 때에는 자유의 제한은 허용된다고 밝히고 있다.

워킨(Ronald Dworkin)의 작업¹⁸⁰⁾ 역시 비결과론에 닿아 있다. 비결과론의 핵심은, 그들이 자유로운 표현의 권리의 기본으로서 공정, 정의, 평등, 존엄과 같은 것을 강조하며, 그것은 사회로부터 유래하는 좋은 효과와 무관하게 개인이 누려야 한다고 주장하는 점에 있다.

(2) 현대국가의 기본권으로서의 표현의 자유의 보장

위와 같이 자유주의에서 가장 중요한 권리로 파악되는 표현의 자유는 민주주의와 자유주의를 표방하는 현대국가에서는 대체로 헌법에 의해 핵심적인 기본적 권리의 하나로 보장되고 있다.

가. 미국

미국의 경우, 표현의 자유(freedom of expression)로 통칭되는 미국 수정헌법 1조의 언론·출판·집회·결사의 자유는 1791년에 채택된 수정1조부터 10조까지의 권리장전(Bill of Rights)의 하나로서, 미국 헌법의 여타 조문 중에서 가장 중요한 조문의 하나로 평가받고 있다. 즉 한국의 헌법과 달리 미국의 수정헌법 1조는 아무런 단서조항 없이 언론 또는 출판의 자유에 대해 제한하거나 그 자유로운 행사를 금지하는 어떠한 법도 만들지 못하도록 규정하고 있다. 이는 국가중립성(neutralism)에 근거해 내용에 따른 차별을 금지(content neutrality)하고 있는 것으로 이해된다.¹⁸¹⁾

또한 표현에 대한 사전억제(Prior Restraint)는 금지되어 모든 형태의 검열은 이 조문에 근거하여 허용되지 않는 것으로 해석되며,¹⁸²⁾ 사후적 제한에 있어서도 이중기준

180) Dworkin, Ronald(1985), *A Matter of Principle*, Harvard University Press; Dworkin, Ronald(1996), *Freedom's Law*, Harvard University Press.

181) 표현에 대한 규제가 표현의 내용과 무관한 것을 이유로 하는 것(content-neutral regulation) 이면 그 규제의 합헌성은 인정된다. 시간, 장소, 방법에 관한 규제(time, place, or manner regulation)는 정부가 제시하는 이익이 일용의 합리적 근거를 갖는다면 그 합헌성이 인정된다. 그러나 언론의 내용을 근거로 한 규제(content-based regulation, content discrimination)는 엄격심사(strict scrutiny)를 받게 된다. 내용근거규제는 다시 견해중립적(viewpoint-neutral)인가 아니면 견해를 차별하는 것(viewpoint discrimination)인가의 여부에 따라, 내용근거차별은 일반적으로 엄격심사를 받게 되지만, 견해차별법령은 더 고도의 심사를 받게 되고 보다 강한 위헌추정을 받게 된다. 박용상, “표현의 자유의 제한에 관한 일반이론”, 『재판자료 77집 헌법문제와 재판 (下)』, 법원도서관, 1997, 44면.

(double standards)¹⁸³)과 ‘명백하고 현존하는 위험의 원칙’(Clear and Present Danger)¹⁸⁴)을 적용하여 다른 권리의 제한에 있어서보다 엄격한 심사를 요구하고 있다. 대체로 표현(speech)과 행동(action)을 구분하여 전자가 아니라 후자의 차원에서 문제를 삼는다는 것이다.¹⁸⁵)

나. 유럽

유럽의 국가들도 표현의 자유를 중시하여 헌법적으로 보장하고 있다.¹⁸⁶) 영국처럼,

182) 인간의 이성과 자율조정능력에 대한 믿음에 터잡은 검열금지는 자유주의의 기본적인 원리로 자리잡았는데, 그 시초는 흔히 밀턴에게서 찾는다. 즉 존 밀턴은 Areopagitica(1644년. 이하 임상원이 번역한 『아레오파지티카』(나남출판, 1998)의 면에 따른다)에서 무과실의 검열관이 있을 수 없다는 것, 국민이 알아도 무방한 것과 알아서 안 될 것을 당국이 선별하는 것은 필자뿐 아니라 국민에 대한 모독이라는 점을 들어 검열에 반대했다. 즉 밀턴은 허가제는 그것이 주로 억제하기를 원하는 추잡하고 선동적이며 비방적인 책을 막는 데 아무런 도움이 못되고, 그것은 무엇보다 우리가 이미 알고 있는 바의 것의 통해 할 수 있는 우리의 능력을 발휘할 수 없게 하고 무능하게 만들 뿐 아니라 종교적, 시민적 지혜 모두를 더욱 발전시킬 수 있는 발견을 저해하고 제거시킴으로써 모든 배움을 방해하고 진리의 발전을 막을 것이라고 경고했다(28면). 그는 근거로서, 모든 성숙한 인간은 스스로 결정권을 행사하도록 태어났으므로(65면) 이성은 곧 선택권이라는 점을 든다(90면).

183) United States v. Carolene Products Co사건(304 U.S. 144(1938))사건에서 확립된 원칙으로서, 언론의 자유를 제한하는 법률은 그 합헌성의 추정이 배제되고 해석에 있어서도 엄격해석의 원칙이 적용된다.

184) Schenck v. United States, 39 s.ct. 247(1919)에서 홀즈Holmes판사가 주창한 것으로서, 표현을 제한하기 위해서는 그 표현으로 인하여 명백하고 현존하는 위험이 있어야 한다는 것이다. Whitney v. California, 47 s.ct. 641(1927)사건에서 브랜다이슨Brandeis 판사는 이 이론을 더욱 발전시켜 심각한 해악의 두려움만으로 자유로운 표현을 억압할 수 없다고 밝혔다. 자유로운 표현의 억압을 정당화하기 위해서는 자유로운 표현이 있을 때에는 심각한 해악이 올 것이라는 것을 두려워할 합리적 이유가 있어야 하며 우려되는 위험이 급박하다는 것을 믿을 만한 합리적 이유가 있어야 한다고 했다.

185) Emerson은 표현expression과 행동action을 이분화하고, 표현이 비록 정부가 보호할 책임이 있는 사회적 가치와 충돌할 때라도 단축되지 않고 보장되어야 한다고 주장한다. 정부는 표현을 억제함으로써가 아니라 행동을 억제함으로써 목적을 달성할 수 있다는 것이다. Thomas Emerson, *Toward a General Theory of the First Amendment*, Vintage Books, 1966, pp.3-15.

186) 독일 기본법 제5조(언론·출판·학문의 자유) 제1항은 “누구든지 말, 글, 그림에 의

그에 관한 국내법규는 갖고 있지 않은 나라의 경우도 유럽인권협약(the European Convention on Human Rights)에 의해 표현의 자유는 간접적으로 보장된다.

유럽인권협약 제 10조 1항은 “모든 사람은 표현의 자유(freedom of expression)를 가진다. 이는 의견을 가지고 정보와 사상을 주고받을 자유를 포함한다”고 규정하고 있다. 이 조문의 범위는 상당히 넓어서 예술의 자유가 포함되는 것은 물론, 이윤을 추구하는 회사에도 적용되며 정보의 내용뿐만 아니라 그 전달수단의 자유까지도 포함하고 있다.

다만 주의할 것은 협약은 예외규정을 갖고 있다는 점이다. 즉 표현의 자유는 공공복리나 국가안전, 타인의 권리 등에 방해가 되어서는 안된다는 식의 예외규정을 두고 있는 것이다.

흥미로운 점은 유럽인권협약은 표현 그 자체가 아니라 표현의 자유를 제약할 때 그것이 민주사회에서 필요한가 여부를 문제삼고 있다는 점이다. 이는 결국 표현의 자유가 민주사회에서 필요하다는 점을 담고 있는 셈이지만, 정작 10조 1항의 적용에 있어서는 민주주의의 요구에 대한 고려는 거의 개진되지 않고 있다. 어떤 조문도 그에 관해 명확한 기준을 제시하고 있지 않으며 따라서 결국 유럽인권재판소에 의해 표현의 자유의 구체적인 내용과 의미를 판단되고 있으며 판단에 있어서는 회원국의 독자적 판단이 존중되고 있다.

다. 한국

표현의 자유의 중요성이 강조되기는 우리의 경우도 마찬가지이다. 해방 직후부터 각 정당·단체들이 건국과 관련하여 발표한 성명서·강령 등에 언론·출판의 자유의 보장은 빠짐없이 실려 있었고¹⁸⁷⁾ 미군정도 “언론자유를 유지한다”¹⁸⁸⁾는 원칙을 밝혔다.

하여 자유로이 의사를 표현하고 일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 방해받지 않고 정보를 얻을 권리를 갖는다. 출판의 자유와 방송 및 필름에 의한 보도의 자유는 보장된다. 검열은 금지된다”고 규정하고 있다. 핀란드 헌법(1999.6.11. 개정, 2000년 1월 1일 시행)은 제 12조(표현의 자유와 정보접근권) 1항에서 “모든 사람은 표현의 자유를 가진다. 표현의 자유는 정보, 의견, 기타 의사소통을 어떠한 사전제한없이 표현하고 퍼뜨리며 받을 권리를 가진다. 표현의 자유의 자세한 것은 법률로 정한다”고 규정하고 있다.

187) 민주주의민족전선(1948), 「해방조선 I」, 97, 110, 114, 175, 180, 189, 196, 205, 220, 260, 264, 270면. 김한성, “언론·출판의 자유”, 허영박사화갑기념논문집 『한국에서의 기본권이론의 형성과 발전』, 허영박사화갑기념논문집간행위원회, 1997, 260면에서 재인용.

188) 在朝鮮美陸軍司令部軍政廳令 제28호(1945년 11월 13일), 『1947年版 朝鮮年鑑』, 朝鮮通

제한헌법상의 언론·출판의 자유는 유진오가 기초한 대로 “모든 국민은 법률에 의하지 아니하고는 언론·출판·집회·결사의 자유를 제한받지 아니한다”(동법 13조)고 규정된 바, 기본권의 일반적 법률유보조항(제한헌법 28조)이 있음에도 불구하고 이와 같이 규정한 것은 언론·출판의 자유는 자연권이 아니고 권리보다는 법에 의해 비로소 보장되는 것으로서 국가는 공공필요에 따라 제한을 가할 수 있는 것으로 보았기 때문이었다.¹⁸⁹⁾ 그러나 건국헌법에는 허가·검열을 금한다는 규정이 없었고 1950년 7월 2일 「언론·출판에 관한 특별조치법에 의해 모든 언론에 대해서 1952년까지 사전 검열이 행사되었다.

그러다가 1962년 헌법에서 “언론·출판에 대한 허가과 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다”고 하여 허가과 검열의 금지원칙을 비로소 천명했다. 다만 공중도덕과 사회윤리를 위해서는 영화와 연예에 대한 검열을 할 수 있다”고 하여 영화와 연예는 일반 표현의 자유보다 훨씬 제약된 상황하에 있었다.¹⁹⁰⁾ 그러나 1980년 헌법에서는 “영화나 연예에 대한 검열을 할 수 있다”는 규정이 삭제되었고, 1987년 헌법에서부터는 “언론·출판에 대한 허가과 검열은 인정되지 않는다”는 조항(제21조 2항)이 도입되었다. 이에 따라 현행 헌법은 제21조에서 “①모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다. ②언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다”고 규정하고 있다.

표현의 자유의 제한은 헌법적인 비례성의 원칙이 존중되어야 하며 제한은 개별적인 경우에 상충하는 이해의 보호를 위하여 불가피하다고 보여지는 한에 있어서만 정당화된다.¹⁹¹⁾

信社, 1946, 135면. 김한성, “언론·출판의 자유”, 허영박사화갑기념논문집 『한국에서의 기본권이론의 형성과 발전』, 허영박사화갑기념논문집간행위원회, 1997, 261면에서 재인용.

189) 유진오(1954), 『헌법의 기초이론』, 84-85, 133면; 「민주정치에의 길」, 1963, 175-176면. 김한성, “언론·출판의 자유”, 허영박사화갑기념논문집 『한국에서의 기본권이론의 형성과 발전』, 허영박사화갑기념논문집간행위원회, 1997, 261면에서 재인용.

190) 그를 근거로 하여 영화법상으로 영화·연예에 대한 본격적인 통제가 가해졌다. 시나리오의 사전검열과 완성된 필름의 실사검열도 이 시기에 실시되었다.

191) 박용상, “표현의 자유의 제한에 관한 일반이론”, 『재판자료 77집 헌법문제와 재판(下)』, 법원도서관, 1997, 67면. 우리 헌법재판소도 “기본권에 대한 제한이나 차별적 대우를 하고자 할 때에는 첫째, 제한 또는 차별의 목적이 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요하고 정당한 것이어야 하고, 둘째, 그 수단·방법이 목적의 실현을 위하여 실질적 관계가 있어야 한다”고 한다(헌재 1989.5.24. 선고 89헌가 37, 96(병합) 결정. 헌법재판소판례집 1권, 54면). 또 과잉금지의 원칙에 대해서도, “국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체계상 그 정당성이 인정되어야 하고

다만 우리의 경우는 언론·출판의 자유를 민주정치를 위한 중추신경¹⁹²⁾, 중핵¹⁹³⁾, 생명선¹⁹⁴⁾ 등으로 파악함으로써 개인적인 차원보다는 좀더 그 공적인 가치에 초점을 맞추고 있는 것으로 보인다.

2. 포르노그래피와 표현의 자유

오늘날의 다양성의 증대와 개인의 권리의식 신장은 성의 표현에 대해서도 단지 억압되어야 하는 것만이 아닌, 인간으로서 누리는 고유한 영역으로 인정하게 하고 있다. 따라서 어떤 것들을 더 우선적으로 더 중요하게 고려하느냐에 따라 사회에 따라 그 인정받고 보호되는 영역과 방식을 달리하고 있긴 하지만 오늘날 많은 나라들에서 성 표현물은 일반적인 표현의 자유에 의해 포괄되고 있다. 다만 대체로 노골적이지 않은 성 표현물의 경우는 제한없이 표현의 자유를 인정하고 있지만 그 표현이 노골적일 때, 즉 포르노그래피에 대해서는 법적 취급을 달리하여 어느 정도 통제를 하고 있다.

(1) 자유주의의 포르노그래피문제의 이해

가. 사적인 문제로서의 포르노그래피

제 3장에서 살펴 본 사회도덕성의 보호를 내세운 음란물 판정에 의한 포르노그래피의 규제는 권리로서의 표현의 자유와 개인의 사적 영역의 보호를 중시하는 자유주의자들에게서는 대체로 비난을 면치 못하고 있다.

자유주의자들이 종래의 음란물규제론에 대해 비판적이고 회의적인 입장을 표명하는 데에는 그들이 파악하기에 포르노그래피는 공적인 도덕의 문제가 아니라 사적인 영역

(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권제한의 조치가 입법목적의 달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)고 하여 헌법상의 원칙으로 받아들여지고 있다(헌재 1990.9.3. 선고 89헌가 95결정. 헌법재판소판례집 2집, 260면).

192) 허영(1996), 『한국헌법론』, 박영사, 511면.

193) 권영성(1996), 『헌법학원론』, 법문사, 440면.

194) 김철수(1996), 『헌법학개론』, 박영사, 505면.

의 문제로서 개인에게 맡겨야 하는 것으로 판단되기 때문이다. 유명한 하트(Hart)-데블린(Devlin) 논쟁에서 나타나듯이 후자가 역겨운 것을 규제해야 한다고 한 데 비해 Hart는 억제는 오로지 명백한 해악이 존재해야지만 가능하다고 주장한 바 있으며 이를 확장시켜 도덕적 자유주의자들은 포르노그래피는 전적으로 사적인 도덕성의 문제일 뿐 공적인 도덕의 문제는 아니며 따라서 법이 개입할 사항은 아니라는 입장을 취하고 있는 것이다.¹⁹⁵⁾

나. 성 표현의 자유화

따라서 자유주의자들은 개인의 자율적인 성적 자기표현은 권리로서 존중받아야 할 뿐만 아니라 다양한 성적 취향과 감정의 표현은 현대의 민주주의의 원리에도 부합한다고 역설하며 포르노그래피의 표현의 자유도 기본적으로 보호해야 한다고 본다.

우리의 경우도 포르노그래피문제를 자유와 검열의 문제로 파악하고 포르노그래피에 대한 규제, 특히 국가기관적 검열은 문화적 파시즘으로 해석¹⁹⁶⁾하는 자유주의의 원형적 견해가 제시되고 있다.

이와 같은 성 표현의 자유에 대한 옹호는 서구에서는 특히 1960년대의 사회전반에 걸친 자유주의화와 성 해방주의 이후 그 영향력을 키우고 있다. 미국의 경우도 성에 대한 인식은 종전의 터부를 거의 대부분 견어내어 포르노그래피를 포함한 성 표현물은 음란물로 판단되지 않는 한 표현의 자유가 보장되지만 성 자유화는 그 이후 전체적으로 성 표현에 대해 광범위한 자유를 부여하고 있는 유럽에서 더욱 뚜렷하다.¹⁹⁷⁾

195) Edwards, Susan(1996), *Sex and Gender in the Legal Process, Great Britain*: Blackstone Press, p.105.

196) 박찬규, “그걸 어찌 보나? 포르노그래피를 둘러싼 숨바꼭질”, 「샘이 깊은 물」 1999년 5월호, 198면.

197) 덴마크는 1967년의 형법개정에 의하여 음란문서등의 반포등의 죄(234조)의 객체에서 문서를 삭제하였고 1969년에 재차 개정으로 도서 등과 강연 등의 규정도 삭제되어 형법 제234조는 “16세 이하의 자에게 음란한 도화 또는 물건을 매도한 자는 벌금에 처한다”라고만 규정하였다. 스웨덴에서도 1970년의 형법개정에 의하여 공개된 장소에서 전람 기타 유사한 방법으로 포르노그래피적인 도화를 일반의 감정을 해치는 방식으로 진열하는 것과 사전주문이 없는데도 포르노그래피적인 도화를 우송하거나 기타 방법으로 수중에 들어가게 하는 것에 대해 벌금 또는 6월 이하의 징역에 처하도록 하였다. 독일에서는 1973년에 형법을 전면 개정하여 포르노그래피적인 문서(녹음테이프, 녹화테이프, 도화 기타 표현물 포함)를 18세미만자에게 제공하거나 양도하거나 또는 가까이 할 수 있게 한 것(184조 1항), 포르노그래피적인 프로그램을 텔레비전이나 라디오로 방송하는 것(95동조 2항), 폭력·아동의 성적 악용 또는 사람과 동물과의 성행위를 대상으로 삼는

우리의 경우도 헌법상 표현의 자유가 규정되어 있으니 성 표현물도 기본적으로는 당해 조항의 보호를 받는다. 실제로 헌법재판소는 일련의 결정을 통해 성 표현의 자유를 좀더 확고하게 인정해 오고 있으며 이에 따라 법률도 개정되고 있다.

즉 우선 1989년 12월 연극·음악·무용의 공연에 있어 각본 또는 대본의 검열이 폐지되었다. 또 종래에는 영화는 영화법 제12조와 제13조에 의해 공연윤리위원회의 사전심의를 받았고 음반과 비디오 역시 음반및비디오물에관한법률 제16조에 의해 사전심의를 받았지만 1996년 7월에는 음반에 대한 사전심의회도가 폐지되었다. 헌법재판소는 영화에 관해 공연윤리위원회의 사전심의를 규정하고 있던 영화법 제12조와 제13조 등에 대해 위헌결정¹⁹⁸⁾을, 음반 및 비디오물에 관한 공연윤리위원회의 사전심의를 규정하고 있던 음반및비디오물에관한법률 제16조 등에 대해 위헌결정¹⁹⁹⁾을 내려 사전심의회도의 위헌성을 천명했다.

이에 따라 영화진흥법, 음반및비디오물에관한법률, 공연법이 1997년 4월 10일에 일제히 개정되어 한국공연윤리위원회(공윤)²⁰⁰⁾는 없어지고 그 대체기관으로서 한국공연예술진흥협의회(공진협)가 1997년 10월 11일 설치되어²⁰¹⁾ 영화와 비디오에 대해서는 등

포르노그래피적인 문서를 반포하는 것 등(동조 3항)을 1년 이하의 자유형 또는 벌금에 처하도록 하였다. 이회창 등 편(1997), 『주석 형법』(제3판), 한국사법행정학회, 97면.

198) 憲裁決 1996.10.4. 93헌가 13·91헌바10(병합), 헌판집 제8권 2집 212면 이하.

199) 憲裁決 1996.10.31. 94헌가6, 헌판집 제8권 2집 395면 이하.

200) 동 위원회는 그 심의과정의 공정성에 대해서도 의문을 제기하는 견해가 많았다. 특히 시간에 비해 심의건수가 지나치게 많았다는 점이 지적된다. 즉 문화체육부의 국정감사 자료에 따르면, 공윤심의위원회는 1997년 1월부터 8월까지 86차례 회의를 열어 일반영화 180편, 문화영화 1편, 극장용 비디오영화 182편 등 총 362편에 대해 사전심의를 했다. 그런데 영화 한 편의 상영시간이 대체로 1시간 40분 안팎인 점에 비춰보면 심의대상 작품의 총 상영시간은 558시간에 이르는데 총 회의시간은 274시간에 불과해서 절반가량은 영화를 보지 않고 심의한 셈이라는 점이다. <한겨레신문>1997.10.3일자.

201) 1997년 4월 10일 개정된 공연법과 10월 2일에 개정된 공연법시행령에 따르면, 새로 설치된 한국공연예술진흥협의회 위원의 선출은 “문화체육부장관이 위촉”하던 것을 “대한민국예술원회장이 추천하는 자를 대통령이 위촉하는” 것으로 바뀌었고(공연법 제25조의3 제3항), 위원장과 부위원장의 선출을 “위원중에서 선출하되, 문화체육부장관의 승인을 얻어야 하는” 것을 “위원중에서 호선하는” 것으로 바뀌었으며(동법시행령 제20조 제1항), 문화체육부장관에 대한 심의결과의 “보고”가 심의결과의 “통보”로 바뀌었다(동법시행령 제21조).

그러나 실제로 이루어진 공진협의 초대구성을 보면, 위원장은 서기원이며, 영화에 대한 등급부여를 담당하는 심의위원은 협의회 위원인 유현목(예술원회원)을 비롯해 정용탁(한양대 연극영화과 교수), 조희문(상명대 영화과 교수), 박종원(영화감독), 최연택(동진합동법률사무소 대표변호사), 이경숙(서울예전 교수) 등 6명이다. 또 문화체육부 소관

급만을 부여하게 되었다. 그리고 이 공연예술진흥협회의마저 헌법재판소에 의해 검열 기관으로 판단된²⁰²⁾ 후 99년 2월 8일 다시 일련의 법률개정을 통하여 한국공연예술진흥협회의도 폐지되고 영상물등급위원회가 설치²⁰³⁾되었다. 이에 따라 국내에서 만들어진 영화와 비디오는 민간인들로 구성된 영상물등급위원회에 의해 등급을 부여받게 되었으며 국내음반에 대한 일체의 통제는 폐지되었다.

또한 출판사및인쇄소의등록에관한법률은 등록청은 출판사 또는 인쇄소의 등록을 한 자가 음란·저속한 간행물이나 아동에 유해한 만화 등을 출판하여 공중도덕이나 사회윤리를 침해하였다고 인정되는 경우에 등록을 취소할 수 있다고 되어 있었지만 1998년 4월 30일 헌법재판소의 일부 위헌결정에 의해 1999년 1월 21일 동법을 개정하여 그러한 제재는 음란한 간행물의 경우에 한정하도록 했다(동법 제5조의 2 5호).

한편 종래 사단법인으로서 청소년만화에 대해서는 사전심의를, 그 밖의 도서들에 대해서는 사후심의를 수행해 온 간행물윤리위원회도 청소년보호법에 의해 법정기구로 격상되면서 청소년보호위원회와 마찬가지로 사후심의를 수행하게 되어 성 표현물에 대한 사전적 규제와 금지는 거의 사후규제로 대체되었다. 다만 방송이나 정보통신분야는 그 파급력을 고려하여 사전적인 규제를 행하고 있다.

(2) 포르노그래피에 대한 표현의 자유의 적용 여부

사항이던 영화 수입추천을 담당할 심의위원은 협의회 위원인 정중헌(조선일보 논설위원)을 포함해 조문진(영화감독협회 회장), 조관희(영화평론가), 반영환(서울신문 논설위원), 서인숙(상명대 영화과 교수), 김성원(한양대·성균관대 강사) 등 6명이었다. <한겨레신문>1997년 10월 25일자. 그러나 공진협은 위원장 인선과정에서부터 물의를 빚었고 실제로 공륜과 별 차이도 없다는 비판을 받았다.

202) 헌법재판소 1999.9.16. 선고 99헌가1 결정.

203) 공연법 제17조 (영상물등급위원회) 공연의 공공성 및 윤리성을 유지함과 아울러 연소자관객을 보호하기 위하여 영상물등급위원회를 둔다. 제18조 (구성) ①위원회는 문화예술·영상·청소년·법률·교육·언론 등의 분야 중 대통령령으로 정하는 기관·단체가 영화·비디오 등 공연 및 게임에 관한 전문지식과 경험이 있는 자중에서 선정한 15인을 대한민국예술원회장이 추천하고 대통령이 이를 위촉하여 구성한다. 또 종래의 기구의 구성이 남성편향적이고 보수적이라는 비판을 반영하고 동법 시행령 제22조에서 “영상물등급위원회의 위원은 3분의 1이상은 여성으로, 3분의 1이상은 40세이하인 자로 구성하여야 한다”고 규정하여 위원구성의 다양성을 보장했다. 한편 영화진흥법 시행령에 의하면 영화진흥위원회의 구성도 영화분야 기타 문화예술분야의 전문가중에서 위촉하되, 남·녀 및 각 연령층이 적절히 포함될 수 있도록 하여야 한다고 규정하여 이를 위해 분야별 관련단체 등에 위원의 추천을 요청할 수 있도록 하고 있다.

가. 미국: 수정헌법 1조와 포르노그래피

법적인 차원에서 봤을 때 포르노그래피를 둘러싼 다양한 논변의 타당성여부는 수정헌법 1조의 표현의 자유를 어떤 것으로 해석하느냐에 달려 있다. 사실 포르노그래피에 관한 찬반논쟁 중 많은 것은 포르노그래피와 음란물이 과연 수정헌법 1조가 보호하고 있는 표현인가의 문제에서 비롯되는데, 이는 표현의 자유의 이해방식에 따라 달라지기 때문이다.

1940년대에 Meiklejohn은 공적 표현은 자기통제를 촉진하는 것으로 절대적 보호를 받아야 하지만 사적 표현은 수정헌법 제1조의 범주내가 아니라는 자기통제이론에 입각해서 포르노그래피는 사적인 표현이므로 수정헌법 1조와는 무관하다는 주장을 편바 있다.²⁰⁴⁾

그러나 성 표현물이 대량으로 분포되어 있고 그로 말미암은 여러 가지 문제가 사회적 쟁점이 되고 있는 현대에는 그것이 더 이상 사적인 표현이라고만 할 수는 없으며, 로빈 웨스트가 지적²⁰⁵⁾하다시피 포르노그래피도 중요한 숙고적 의미가 있다고 볼 수도 있으므로, 포르노그래피도 우선은 수정헌법 1조의 표현에 해당한다고 파악하는 게 옳을 것이다.

나. 한국헌법상 표현의 자유와 포르노그래피

한국의 경우도 표현의 자유를 보장하고 있는 헌법에 의해 포르노그래피도 기본적으로 그 자유가 보장된다고 할 수 있다.

그러나 헌법 21조는 4항에서 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다”고 개별적 헌법유보를 두고 있으므로 타인의 명예나 권리를 침해하거나 공중도덕이나 사회윤리를 침해하는 성 표현은 규제될 수 있으니, 이에 따라 뒤에서 보는 것처럼 음란물이 원천적으로 통제되고 있다.

문제는 포르노그래피도 분명히 표현이지만 앞서 제 2장에서 살펴본 것처럼, 우리의 경우는 포르노그래피가 음란물과 같은 의미로 사용된 나머지, 대부분의 포르노그래피는 음란물로서 원천적으로 걸러진다는 점이다.

다만 포르노그래피 중에서 그 표현의 노골성이 덜한 소프트코어의 경우는 비록 그

204) Alexander Meiklejohn(1948), *Free Speech and Its Relation to Self-Government*.

205) West, Robin(1994), *Progressive Constitutionalism*, Duke University Press.

표현이 상스러워 저속물이라 할 만해도 자유가 보장될 수 있는 것으로 보인다. 이는 1998년 헌법재판소가 “음란 또는 저속한 간행물이나 아동에 유해한 만화 등을 출판하여 공중도덕이나 사회윤리를 침해하였다고 인정되는 경우” 출판사등록을 취소할 수 있게 한 종전의 출판사및인쇄소의등록에관한법률 제5조의 2 제5호에 대해 위헌결정²⁰⁶⁾을 내리면서, “저속”의 개념은 그 적용범위가 매우 광범위할 뿐만 아니라 법관의 보충적인 해석에 의한다 하더라도 그 의미내용을 확정하기 어려울 정도로 매우 추상적이다. 이 “저속”의 개념에는 출판사등록이 취소되는 성적 표현의 하한이 열려 있을 뿐만 아니라 폭력성이나 잔인성 및 천한 정도도 그 하한이 모두 열려 있기 때문에 출판을 하고자 하는 자는 어느 정도로 자신의 표현내용을 조절해야 되는지를 도저히 알 수 없도록 되어 있어 명확성의 원칙 및 과도한 광범성 금지의 원칙에 반한다”고 하여 제동을 걸면서 그 정당성을 제도적으로 보장받고 있다.

(3) 포르노그래피에 대한 표현의 자유의 보장 정도

표현의 자유를 중시하는 자유주의자들의 경우도 포르노그래피에 표현의 자유를 어느 정도로 보장할 것인지에 대해서는 의견이 갈린다. 포르노그래피에 대한 표현의 자유도 절대적으로 그것을 보장해야 한다는 입장이 있는가 하면, 비절대주의적 입장을 취하여 제한이 가능하다고 보는 견해도 있다. 이는 개인의 자유, 특히 표현의 자유가 갖는 규범적 위상에 대한 인식이나 포르노그래피에 대한 평가에 있어 차이를 보이고 있기 때문이다.

가. 포르노그래피에 대한 완전한 자유 보장론

포르노그래피에 대한 법적 판단에 있어서 절대주의는 블랙(Black)대법관과 더글라스(Douglas)대법관에 의해 주로 표명되었다.²⁰⁷⁾ 이들은 Roth판결에서 반대의견을 내어, 음란한 표현물은 사회적 중요성을 벌충하지 않는다는 다수의견에 반론을 제기하면서 수정헌법 1조는 법원이나 입법부가 특정한 표현물의 가치를 저울질하는 것을 금지한다고 주장했다. 또 더글라스판사는 밀러판결의 반대의견에서도, 음란성은 헌법에도 권리장전에도 언급되지 않았으며, 수정헌법 1조는 보호되는 출판에서 아무런 예외를 두고 있지 않다면서 절대적인 언론출판의 자유를 주장했다. 그에 따르면 수정헌법 1조

206) 1998.4.30. 선고 95헌가16결정, 헌법재판소 공보 25호, 69면.

207) 예를 들어, Roth v. United States 354 US 476 (1957), Smith v. California 361 US 147, 155 (1959), Miller v. California 413 US 15 (1973) 등에서 그러하다.

는 논쟁을 환영하는 것이며, 편안하지 못한 상태와 심지어는 사람들로 하여금 화를 내도록 하는 것까지 할 자유를 포함하는 것이라고 것이다. 즉 수정헌법 1조의 주요한 기능은 논쟁이 평온한 사람들에게뿐만 아니라 침해적인 사람들에게도 개방되어야 한다는 데 있다는 것이다.

그러나 이러한 절대주의적 견해는 음란물의 규제는 사상(idea)때문이 아니라 상상(imagery)때문이라는 점을 간과한 것이다. 따라서 사상의 표현에 대해 정부는 아무런 권력을 발휘하지 못한다거나 견해에 대한 정부의 검열은 용납될 수 없다는 그들의 반박은 그다지 적절한 것이라고는 할 수 없다.²⁰⁸⁾

a) 자유지상주의적 입장

자유지상주의자(libertarian)들은 개인의 어떤 표현이든 국가가 그에 개입하여 검열적인 권한을 행사할 수 없다고 한다. 이 입장에서는 음란물도 성교 자체, 즉 행위가 아니라 speech이므로 완전한 표현의 자유를 누려야 한다고 주장한다. 흔히 성 표현물 통제에 근거로 내세우는 사회일반인의 생각이나 공동체의 기준은 그 기준 자체가 특정한 견해에 입각해 있는 것으로서 중립성에 위배된다고 반박한다.

아울러 포르노그래피를 통제하는 것은 현대국가에서 표방하는 개인의 자율성과 다양성의 보장과는 조응되기 어렵다고 한다.

그러나 자율성과 다양성은 그 보호와 보장이라는 측면에서 보자면 포르노그래피의 규제근거로도 마찬가지로 사용될 수 있으며 미국에서 표현의 자유의 가장 중요한 정당화요소인 민주주의론²⁰⁹⁾도 포르노그래피의 자유로운 시장은 진실이나 민주적 과정에 대해 명백한 공헌을 하지 않는 점을 감안한다면 역시 포르노그래피의 보호의 충분한 근거는 되지 못한다.²¹⁰⁾ 미국연방대법원도 자유의사의 완전히 제한없는 행사는 우리 사회에서도 다른 어느 사회에서도 허용되지 않으며, 예컨대 약물중독의 환상은 개인의 것이고 정부의 영역 외의 것이지만, 약물판매에 대한 정부규제는 헌법상 금지되어 있지 않다는 비유로서 포르노그래피에 대한 규제의 정당성을 항변하고 있다.²¹¹⁾

또한 자유지상주의는 개인의 프라이버시를 거론하며 음란물에 대해서도 자유로운 접근을 주장하기도 하며 실제로 Stanley v. Georgia사건²¹²⁾에서는 음란물이라도 개인은

208) Harry Kalven(1988), *A Worthy Tradition*, Harper & Row, p.41.

209) Meiklejohn은 민주국가의 시민은 자기지배적인self-governing존재로서의 의무를 다해야 하므로 표현의 자유는 필수적이라고 주장한다. Alexander Meiklejohn, *Political Freedom*(2nd edn., New York, 1965), p.79.

210) Easton(1994), *The Problem of Pornography-Regulation and the Right to Free Speech*, Routledge, p.100.

211) Paris Adult Theatre I v. Slaton, 413 U.S. 49 (1973).

자신의 집에서 그것을 볼 권리를 가진다고 판단된 바 있다.

그러나 프라이버시가 침해받지 않는 것을 의미한다면 공적 공간에서의 음란물규제로 프라이버시가 침해되었다고 할 수는 없을 것이다.²¹³⁾ 문제는, 어떤 공간이 공적인가가 될 것인데, 미국연방대법원은 개인의 집과 달리 예컨대 극장은 공중장소로서 주는 그에 대한 관리권한을 가진다고 판시하고 있다.²¹⁴⁾

요컨대 자유지상주의는 그것이 절대주의로 흐르고 권리의 완전성을 기대하고 있음으로 해서 제약을 가진다.²¹⁵⁾ 더욱이 자유지상주의는 법적 규제를 비난하지만 근대이전의 사회에서도 비공식적인 규제는 있었다는 것을 간과한다. 또한 자유방임론은 자유민주사회의 주요한 역설-즉 어떤 사회보다 개인적 자유가 많이 분배되어 있지만 바로 그것 때문에 동시에 제한도 있다는 것을 잊고 있는 것이다.

따라서 자유지상주의적 주장은 그것의 발전적인 측면을 인정한다 하더라도, 자신의 견해를 타인에게도 강요하려는 유아적인 발상에서 비롯된 것이라는 치명적인 약점을 지적하지 않을 수 없다. 더욱이, 금지가 아니라 규제라는 방법까지도 거부하고 나서는 것은 공동성과 상호성이라는 사회적 관계의 기본적인 규칙을 외면하는 것에 지나지 않는다고 할 수 있다.

b) 급진적·개혁적(Radical and Transforming) 입장²¹⁶⁾

한편으로는, 포르노그래피에 대한 적극적이고 긍정적인 평가를 근거로 성 표현물에 대한 일체의 통제를 비난하기도 한다. 역사를 거슬러 올라가서 사드나 바타이유가 그러했으며, 오늘날 우리사회에서도 문화주의자들을 중심으로 이러한 입장이 형성되고 있다.²¹⁷⁾ 이들은, 흔히 말하는 파괴적이고 일탈적인 성 표현도 인간의 지극히 자연스

212) 394 U.S.

213) 맥코믹도 같은 입장이다. MacCormick, *Legal Right and Social Democracy*, Clarendon Press, 1982, p.187.

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

215) Randall(1989), *Freedom and Taboo-Pornography and the Politics of a Self Divided*, Univ. California Press, p.143.

216) 이러한 명명은 김성호(1999), 『포르노그래피를 해부한다』, 한림미디어, 44면.

217) 마광수나 장정일, 이재현 등이 그 대표적인 주자일 것이다.

마광수는 우리사회의 '성알레르기현상'과 '획일주의적 사고방식'이 '당당한 자유'를 방해한다고 개탄하면서 자유는 그것이 설사 음란이 될지라도 남에게 구체적인 피해를 입히지 않는 한 매도되거나 단죄되어서는 안된다고 주장한다. 진정한 자유만이 책임감을 동반하는 '자율'을 불러올 수 있다는 것이다(마광수, 『자유에의 용기』, 해냄, 1998, 33면). 그런데도 그에 대해 사법적 잣대를 들이대는 것은 상상과 현실을 혼동하는 것이며(같은 책, 57면), '행복한 착각', '에로틱한 착각'을 방해하는 것이라고 한다(같은 책, 200면).

러운 일부이며, 그것이 유쾌한 감정을 불러일으키지 않을지라도 그 자체로 인간의 동물성이나 숙명성의 표현이므로 그에 대해 터부를 가지는 것은 문명의 억압이라고 한다. 그리고 성 표현의 통제 역사는 실은 일부 권력자들의 이익을 위한 것이었음을 주지시키는 것으로 주장의 근거를 보강한다.

이 입장에서는 근대에 독자적인 장르로 떠오른 포르노그래피가²¹⁸⁾ 중세·르네상스기의 艶笑譚·섹스 이야기와는 달리 흔히 성의 충격을 이용하여 종교적·정치적 권위를 비판하기 위한 수단으로 사용되었으며,²¹⁹⁾ 프랑스 혁명기를 거치면서 노골적인 성의 묘사라는 방식으로 종래 질서를 조롱하는 정치적 포르노그래피에서 보듯이 그 존재·신분에 의해 성적 억압의 경직화를 증언했음을²²⁰⁾ 강조한다.

그러나 근대의 포르노그래피가 정치성을 띠었다고 해서 그것이 진정으로 전복적이었다고 할 수는 없다. 흔히 변태주의자로 알려진 사드의 경우 도덕성 자체에 대한 전반적인 공격을 시도함으로써 전복적인 암시가 깔려있음을 부인할 수 없지만²²¹⁾ 당시의

218) ‘포르노그래피’라는 단어는 1857년에 와서야 『옥스퍼드 영어사전』에 최초로 수록되고 ‘Le Pornographe’, ‘Pornographic’ 등 그것에서 파생된 다른 영어단어들도 19세기 중엽-말엽 사이에 처음 사용되는 등, 현대적인 의미에서 포르노그래피라는 용어는 19세기에 들어서야 널리 쓰이기 시작했다. 문화적·시각적 실재로서 그리고 이해의 범주로서 포르노그래피는 모두 서구근대성의 출현과 함께 부수적으로 발생한 것이다. 다만 프랑스에서는 이 단어가 약간 앞서 출현했는데 『프랑스어사전』에 의하면 ‘Pornographe’라는 단어는 1769년 레스티프 들라 브래톤 Restif de la Bretonne이 ‘Le Pornographe’라는 제목으로 쓴 논문에 최초로 모습을 보이며 매춘에 관한 글을 지칭했고, 음란한 글이나 그림이라는 뜻으로 ‘Pornographique’, ‘Pornographe’, ‘Pornographie’라는 말이 쓰인 것은 1830-1840년대로 거슬러 올라간다. 린 헌트, “외설성과 현대성의 기원, 1500-1800”, 『포르노그래피의 발명』, 12-13면, 16면.

219) 예컨대 16세기의 대표적인 포르노그래피문학작가인 아레티노는 자신의 작품 『논리』의 작중인물의 입을 빌어 귀족들의 결점을 다음과 같이 비판다. “때때로 그들은 거대한 거울을 갖다 놓고 우리의 옷을 벗긴 다음 완전히 벌거벗고 돌아다니게 만들어. 그리고 인간의 환상이 꾸며낼 수 있는 가장 음란한 자세와 체위를 취하도록 강요한다. 그들은 갈망하는 눈길로 우리의 얼굴과 가슴, 젖꼭지, 어깨, 사타구니, 음문, 허벅지를 바라보지. 그것이 어떻게 그들의 육욕을 만족시키는지, 또 그들이 보는 행위를 통해 얼마나 쾌락을 얻는지 네게 다 말할 수 없을 것 같구나.” 김성호(1999), 『포르노그래피를 해부한다』, 210면에서 인용.

220) 장 루이 플랑드렝, 『성의 역사』, 동문선, 1981, 156면.

221) 사드의 포르노그래피는 정치적 포르노그래피와 달리 대상을 특정한 유형에 한정하지 않음으로써 구체제의 위선과 공화주의의 자존심을 모두 조롱하고 있다. 그는 소위 말하는 건전한 사회생활을 확립할 필요성 자체를 부인한 것이다. 자세한 것은 린 헌트, 『프랑스혁명의 가족로망스』, 176-210면 참조.

대개의 포르노그래피는 오히려 기존도덕에 상당 부분 기대고 있었다고 보는 것이 옳다. 온갖 문란한 성행위를 하는 귀족들을 등장시킨 포르노그래피는 혁명을 일궈낸 부르조아들의 도덕성의 측면에서의 상대적 우위를 과시하는 것이기도 했기 때문이다.

더욱이 설령 포르노그래피로 인한 전복성의 메시지를 인정하더라도 현대의 경우 포르노그래피는 그러한 정치적인 의도로 제작되고 유통된다기보다 다분히 성을 이용한 자본주의적 상품의 하나에 다를 바 없으므로 위와 같은 주장은 그다지 적절하지 않다고 할 수 있다.

나. 표현의 자유의 제한적 규제론

따라서 많은 자유주의자들은 포르노그래피의 자유를 기본적으로 보장하면서 일정한 경우에 제한적으로 규제할 수 있다는 견해를 제시하고 있다.

a) 결과론적 입장

우선 포르노그래피는 나쁜 것이지만 그것을 억압하는 것은 더욱 나쁘므로 일정 정도 규제해야 한다는 목적론적 입장이 있다.²²²⁾ 이와 같은 것은 포르노그래피에 대한 취급의 여러 방향 중에서 상호교량을 통해서 결과적으로 이익이 되는 것을 택한다는 점에서 공리주의적이며 결과론적인 입장이라고 할 수 있으며 가장 흔한 접근방법이기도 하다.

b) 균형론적 입장

균형접근은 미국의 Frankfurter판사가 1930년대 이래로 취해온 방식이다.²²³⁾ 즉 이는 프라이버시권, 개인의 명예, 국가안전과 같은 것과 표현의 자유간에 균형을 맞추어야 한다는 것이다. 이 접근은 Paris Adult Theatre v. Slaton, 413 US 49 (1973)에 명시적으로 나타나기도 했는데, 동 판결에서 법원은, 삶의 질에 관한 공적인 이익을 포함

222) 1979년의 영국의 윌리엄스보고서는 기본적으로 이러한 입장에 서서 live sex shoes나 아동착취를 통해 생산되는 포르노그래피는 금지하고, 그 밖의 것은 공격적인 전시나 공중장소에서의 광고를 금지하고 특정가게에서만 판매하도록 하고 영화는 사전심의하는 등으로 제한할 것을 건의했다. 후자의 경우 제한하는 이유는 (1)그러한 전시로 인해 입게 되는 개인적 해악은 사적인 소비에 의한 것보다 크고, (2)문화적 오염이 지대하며, (3)진정 가치있는 것은 제한되더라도 충분히 효과적인 방식으로 시장에 진입하므로 slippery slope의 위험이 훨씬 적다는 것이다.

223) Easton(1994), *The Problem of Pornography-Regulation and the Right to Free Speech*, Routledge, p.95.

한 정당한 주의 이익이 문제시된다고 실시했다. 현재 미국의 법원은 대체로 균형주의 접근을 취하고 있는 것으로 보인다.

c)진보적·개량적(Progressive and Ameliorative) 입장²²⁴⁾

자유주의의 해악원리에 충실하여, 포르노그래피가 개인 및 사회에 가져오는 해악성이 입증되지 않는 한 금지될 수 없다는 입장이다. 포르노그래피 그 자체에 대해 바람직한 것으로는 보지 않지만 성인에 대해서까지 규제할 필요는 없다는 것이다.

많은 자유주의자들은 이러한 입장을 취한다. 그러나 미국연방대법원은 “음란물への 노출이 사회의 구성원들에게 나쁘게 영향을 미침을 결정적으로 보여주는 과학적인 증거가 없으며 그 점을 보이지 않고는 어떤 주의 규제도 ‘허용불가능하다’는 주장은 있지만, 주의 입법의 경험적인 불확실성을 해결하는 것은 우리의 과제가 아니다. 헌법의 어디에도 주가 그러한 결론에 도달하고 입법적으로 그렇게 행동하는 것을 단순히 거기에는 결론적인 증거나 경험적인 자료가 없다는 이유만으로 금지하고 있지 않다”라고 반박함으로써 증거가 없더라도 규제할 수 있다는 태도를 취한다.²²⁵⁾

(4) 음란물규제의 위헌성 문제

현재 대부분의 국가는 표현의 자유를 헌법적으로 보장하고 있으므로 음란물판단에 의한 포르노그래피의 규제는 위헌시비에 휘말릴 여지가 있는 것도 사실이다.

가. 미국: 음란물에 대한 표현의 자유의 제한

포르노그래피가 수정헌법 1조의 ‘표현’에 해당하더라도 모든 포르노그래피가 그러한지의 문제는 여전히 남는다. 특히 문제되는 것은 음란물인데, 샤우어(Frederick Schauer)는 음란물은 어떠한 생각도 없이 성적 욕망을 자극하는 효과만을 지니므로 통상의 의사소통이라기보다는 성기관을 자극하기 위한 물리적 도구에 가깝다고 하여²²⁶⁾ 그 표현성 자체를 부인한다. 또 수정헌법 1조에서 보호되는 표현은 예술작품과 관찰자와의 거리를 요구하며 관찰자는 상징적인 재현을 보는 데 비해, 음란물은 관찰자와 매체간의 거리를 파괴하고 상징이 아니라 즉각적인 실험을 개입시키므로 동 조

224) 명명은 김성호(『포르노그래피를 해부한다』, 한림미디어, 1999)에게서 빚졌다.

225) Paris Adult Theatre I v. Slaton, 413 U.S. 49 (1973).

226) Frederick Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press, 1982, pp.181-189.

항상의 표현이 아니라는 견해도 있다.

그러나, 음란성도 역시 인간의 감정과 정신상태에 영향을 주는 것으로서, 다만 물리적인 도구와는 다르다고 하지 않을 수 없다.

따라서 대체로는 음란물도 표현이지만 다만 그 가치가 저급해서 수정헌법 1조의 보호를 받지 못한다고 해석²²⁷⁾하고 있으며, 1990년대 이후에 광범위한 설득력을 얻고 있는 Sunstein 역시 음란물판정을 받는 폭력적인 포르노그라피는 수정헌법 1조의 speech이긴 하되 중심부가 아니라 주변부에 위치하기 때문에, 즉 공적 문제에 관한 사회적 숙고에 미치지 않기 때문에 다른 여타의 표현이 높은 수준의 보호를 받는 것에 비해 상업적인 발언과 명예훼손, 음모, 위증 등과 같이 낮은 수준으로 평가받아야 한다고 주장한다.²²⁸⁾

미국의 판결은 진작부터 음란물의 저급성에 초점을 두어 음란물에 대해서는 표현의 자유를 부인하고 있다. 즉 연방대법원은 1942년 *Chaplinsky v. New Hampshire* 판결²²⁹⁾에서 음란물은 '저급한 가치를 지니는 표현(low value speech)'으로서 헌법상 보호되는 언론출판에 속하지 않는다고 판시한 이래 1957년 *Roth v. United States* 판결²³⁰⁾에서 그것은 '아이디어의 표현'이 아니므로 헌법상 보호되는 말의 영역에 있지 않으며 따라서 명백하고 현존하는 위협의 원칙은 적용되지 않는다고 재확인했다.

그러나 아이디어가 표명되어야지만 의미있는 표현으로 보는 것도 하나의 주장이자 담론임에는 마찬가지로서, 시각에 따라서는 아무런 사고가 담겨있지 않더라도 나름대로의 의미를 발견할 수 있으므로 아이디어를 담고 있지 않다는 이유를 들어 음란물을 수정헌법상의 표현에서 배제하기에는 무리가 있다. 또한 미학적 가치와 그것을 위한 거리감을 이유로 음란물을 수정헌법 1조의 보호에서 제외시키는 것 역시 그다지 타당한 주장은 아니라고 할 수 있다. 예컨대 어떤 락뮤직이나 대중문학은 당해 작품과의 거리를 망각시키며 반지성적인 경험을 불러일으키지만 여전히 수정헌법 1조의 보호를 받는 표현인 것이다. 더욱이, 견해에 따라서는 포르노그라피가 공적 가치가 전혀 없다고는 할 수 없으며, 무엇보다도 표현의 자유를 개인의 자율성증진에서 의미를 찾을 때는 심지어 아무런 가치가 없다고 판단될 때에도 그 자체만으로 보장되어야 하는 것이므로 앞서의 이유들은 포르노그라피에 표현의 자유를 배제하는 근거로는 취약해진다. 따라서 음란물을 포함한 일정한 포르노그라피에 대해 수정헌법상의 표현의 자유를 배제하기 위해서는 다른 타당한 사유가 필요하다고 할 수 있으며 이에 대해서는 절을 바꾸어 논의한다.

227) Greenawalt(1995), *Fighting Words*, pp.102-103.

228) Sunstein, Cass(1993), *Democracy and the Problem of Free Speech*, Free Press.

229) 315 U.S. 568(1942).

230) 354 U.S. 476.

나. 한국: 음란물에 대한 표현의 자유의 금지

우리의 경우도 헌법이 언론·출판의 자유(제21조), 학문과 예술의 자유(제22조) 등을 보장하고 있으므로 음란물판단에 의한 포르노그래피의 규제가 합헌적인지가 문제된다.

우선, 형법상 음란물규제는 건전한 성풍속을 보호법적으로 하고 있으나 음란물이 건전한 성풍속을 해친다거나 성범죄의 유발 등 사회에 유해한 영향을 끼친다는 아무런 과학적 증거가 없고 유해한 영향을 끼친다고 하더라도 이는 간접적인 것에 불과하여 표현의 자유에 대한 제한기준으로서의 ‘명백하고 현존하는 위협의 원칙’을 충족하지는 못하므로 위헌이라는 견해²³¹⁾를 제시할 수 있다.

그러나, 언론출판의 자유나 학문예술의 자유 역시 헌법 제37조 2항에 따라 국가안전보장, 질서유지, 공공복리 등의 이유로 제한할 수 있고, 특히 헌법 제21조 제4항에서 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다”라고 규정하고 있으므로, 음란물은 도덕성을 침해하는 것으로서 헌법상 보호되는 언론출판에 해당되지 않고 그에 대한 금지는 합헌이라는 견해²³²⁾가 일반적이다.

판례 역시 헌법 제21조 제4항과 제37조 2항에 의해 문학에 있어서의 표현의 자유도 공중도덕이나 사회윤리를 침해하는 경우에는 이를 제한할 수 있으므로 문학작품이라고 하여 무한정의 표현의 자유를 누려 어떠한 성적 표현도 가능하다고 할 수는 없고 그것이 건전한 성적 풍속이나 성도덕을 침해하는 경우에는 처벌할 수 있다고 보고 있다.²³³⁾ 헌법재판소도 헌법 제21조 4항은 언론출판의 자유의 한계를 명시한 규정이므로 엄격한 의미에서의 음란표현은 언론출판의 자유에 의하여 보호되지 않는다고 판시하고 있다.²³⁴⁾

231) 우리나라에는 명시적으로 위헌설을 취하는 문헌을 찾아볼 수 없고, 일본문헌으로는 曾根威彦, 『表現の自由と刑事規制』(一粒社, 1985), 189면; 萩原 滋, “わいせつの意義”, 別冊ジュリスト 143호(1997), 185면 등이 있다.

232) 주석형법각칙(II), 96-97면.

233) 대법원 1995.6.16. 선고 94도2413판결. 공 1995, 2673면.

234) 헌재결 1998.4.30. 선고 95헌가16 결정. 헌재공보 25, 69면. 그러나 이러한 해석에 대해서는, 이렇게 되면 음란표현에 대하여는 언론출판의 자유의 제한에 대한 기본원칙(명백하고 현존하는 위협의 원칙, 검열금지)이나 기본권의 제한에 관한 기본원칙(법률에 의한 제한, 본질적 내용의 침해금지)이 적용되지 않으므로 음란표현에 대한 최소한의 보호마저도 부인될 수 있고 또 우리헌법은 미국헌법과 달리 기본권제한에 대한 일반적 헌법유보를 두고 있으므로, 헌법 제21조 4항은 언론출판의 한계를 규정한 것이 아니라

한편 음란의 개념이 불명확하여 죄형법정주의에 위반된다는 지적²³⁵⁾도 있으나 모든 법개념을 구체적으로 명시한다는 것은 입법기술상 불가능하고 판례와 학설로 음란의 개념을 정하고 있다는 점을 들어 죄형법정주의에 반하는 것은 아닌 것으로 평가²³⁶⁾된다. 대법원도 음란의 개념이 불명확하지 않으므로 형법 제243조와 244조가 죄형법정주의에 반한다고 할 수 없다고 판시했고²³⁷⁾ 헌법재판소도 “음란 개념은 적어도 수범자와 법집행자에게 적절한 지침을 제시하고 있다고 볼 수 있고 또 법적용자의 개인적 취향에 따라 그 의미가 달라질 수 있는 가능성도 희박하다고 하지 않을 수 없다. 따라서 ‘음란’ 개념은 그것이 애매모호하여 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다”고 하여 같은 견해를 밝히고 있다.²³⁸⁾

형법상의 음란물규제는 음란물의 반포·판매 등을 전면적으로 금지하는 것이어서 예술적·문학적·과학적 가치가 있는 작품도 규제 대상이 되고 성인에게도 접근이 금지되는 등 과잉금지원칙에 반한다는 견해도 제시된다.²³⁹⁾ 헌법재판소도 “청소년보호라는 명목으로 성인이 볼 수 있는 것까지 전면 금지시킨다면 이는 성인의 알 권리의 수준을 청소년의 수준으로 맞추는 것을 국가가 강요하는 것이어서 성인의 알 권리를 명백히 침해한다고 하지 않을 수 없다”고 한 바 있다.²⁴⁰⁾ 그러나 이에 대해서도 역시 음란물의 개념과 처벌의 범위를 제한적으로 해석하는 등의 방법으로 보완될 수 있으므로 위헌이 아니라는 반박²⁴¹⁾이 있다.

다만 헌법재판소는 음란물은 단순히 그것이 사회의 성도덕을 위태롭게 하기 때문에 규제할 수 있다고 보는 것이 아니라, 그것으로 인한 사회의 성도덕 훼손이 크며 사상의 경쟁메커니즘에 의해서도 그 해악이 해소되기 어려워 언론·출판의 자유에 의한 보장을 받지 않는 것으로 파악하고 있다. 즉 “언론·출판의 영역에서 국가는 단순히 어떤 표현이 가치없거나 유해하다는 주장만으로 그 표현에 대한 규제를 정당화시킬 수는 없다. 그 표현의 해악을 시정하는 1차적 기능은 시민사회 내부에 존재하는 사상의 경쟁메커니즘에 맡겨져 있기 때문이다. 그러나 대립되는 다양한 의견과 사상의 경

언론출판의 책임을 선언한 규정으로 보고 음란표현도 헌법 W21조가 규정하는 언론출판에 해당하지만 다만 헌법 제37조 2항에 따라 공공복리에 의해 제한할 수 있는 것으로 해석하는 것이 타당하다는 반대의견(한위수, “음란물의 형사적 규제에 관한 제문제”, 69면, 주 69)이 있다.

235) 曾根威彦(1985), 『表現の自由と刑事規制』, 一粒社, 188면.

236) 한위수, “음란물의 형사적 규제에 관한 제문제”, 71면.

237) 대법원 1995.6.16. 선고 94도2413판결(즐거운사라판결). 공 1995, 2673면.

238) 헌재결 1998.4.30. 선고 95헌가16결정. 헌재공보 25, 69면.

239) 萩原 滋, “わいせつの意義”, 別冊ジュリスト 143호, 1997, 185면.

240) 헌재결 1998.4.30. 선고 95헌가16 결정. 헌재공보 25, 78면.

241) 한위수, “음란물의 형사적 규제에 관한 제문제”, 72면.

쟁메커니즘에 의하더라도 그 표현의 해악이 처음부터 해소될 수 없는 성질의 것이거나 또는 다른 사상이나 표현을 기다려 해소되기에는 너무나 심대한 해악을 지닌 표현은 언론·출판의 자유에 의한 보장을 받을 수 없고 국가에 의한 내용규제가 광범위하게 허용된다”²⁴²⁾라는 것이다.

그러나 선량한 사회풍속이니 하는 모호한 개념으로서 보호되는 구체적 법익이 무엇인지는 여전히 명확하지 않다고 할 수 있다.²⁴³⁾

3. 자유주의자의 포르노그래피 규제론과 그 근거

음란물을 포함한 포르노그래피 전체가 표현에 해당한다 하더라도 그에 대해 아무런 제약을 가하지 말아야 하는지 아니면 적절한 조치를 취할 수 있는지는 또 다른 문제이다. 현대의 대부분의 자유주의자들은 포르노그래피를 규제할 수 있는 일정한 조건을 인정하고 있다.

(1) 해악(harm)의 규제

타인에게 해악을 끼치지 않는 한 개인의 자유는 보호받아야 한다는 밀(J.S.Mill)의 해악원리(harm principle, Millian Principle)는 자유의 제한에 있어 대표적인 준거틀이다. 이를 표현의 자유에 적용해 보면, 개인의 표현은 원칙적으로는 제한없이 그 자유가 보장되지만 타인에게 해를 끼쳤을 때는 규제할 수 있다는 것이다. 그렇지만 타인에게 피해가 있다고 해서 바로 해당 표현을 규제할 수 있는 것은 아닌데, 스캔론(Scanlon)이 이해한 바에 따르면, 예컨대 어떤 표현이나 행동의 결과 잘못된 믿음을 초래한다 하더라도 그를 방지하기 위해 국가가 개입하는 것은 자율적인 개인이 스스로 판단할 기회를 박탈하는 것이기에 합당하지 않다. 또 행위자 스스로 어떤 것이 할 만하다고 생각하여 발한 표현행동에 의한 해악적인 결과 역시 규제의 범위밖에 있어야 한다. 역시 개인의 자율성을 존중한다는 의미에서이다.²⁴⁴⁾

242) 1998.4.30. 선고 95헌가16결정, 헌법재판소 공보 25호, 69면.

243) 장영수, “최근의 언론관련판례 개관” 『언론중재』, 1993년 가을, 36-37, 40면.

244) 덧붙여 스캔론은, 해악원리만으로는 자유가 쉽사리 침해될 수 있음을 우려하여 해악원리를 보완하고자 하는 시도도 있다. 비교형량과, 표현의 수단에 대한 동등한 접근권, 그리고 다른 권리, 특히 정치적 권리의 인정과 양립할 수 있는지 여부를 덧붙여서 따져 봐야 한다는 것이다. Scanlon(1972), “A Theory of Freedom of Expression”, pp.527, 531-533.

그런데 중요한 것은, 도대체 무엇을 해악으로 보는가는 관점에 따라 다를 수 있다는 점이다. 예컨대 인종차별적 발언의 경우 영국의 인종관계법(the Race Relations Law)은 인종적 편견을 드러내는 것을 범죄로 간주하고 있지만 미국의 경우 수정헌법 1조에 기해 이러한 것은 가능하지 않은 것으로 해석되는 것이다. 또 담배나 술은 성인에게는 허용되지만 청소년에게는 그렇지 않으며 마약은 전면적으로 금지되는데 통상적으로 후자의 경우는 그 파장이 크고 해악성이 분명하기 때문이라고 설명하지만 규제를 요하는 해악과 그렇지 않은 것을 구분해 내는 것은 여전히 간단한 일은 아니다. 해악을 단지 물리적인 것에 한정할 것인가 그렇지 않고 심리적이고 문화적인 것도 포함할 것인지도 문제이다.

한편 이 원리에 따르면, 표현과 해악과의 직접적인 연관성이 명확하지 않을 때 표현을 통제하는 것은 곤란하다. 여기서 말하는 해악이란 앞서의 도덕론적 입장에서 거론하는 사회도덕성의 훼손과 같은 막연한 것이 아니라, 개인적인 차원에서일 수도 있고 사회적인 차원에서일 수도 있지만 그 해악은 입증되는 것이어야 하기 때문이다.

포르노그래피의 경우에도 해악원리에 입각한 연구가 종종 시도되고 있지만 뒤에서 보듯이 현재로서는 포르노그래피와 해악간의 명확한 상관관계를 밝혀내지 못함으로써 이에 의한 포르노그래피규제의 타당성은 감소되고 있다.

(2) 자율성과 포르노그래피규제

따라서 몇몇 사람은 포르노그래피의 경우에는 해악을 입증하기 어렵다는 점을 인정하고, 규제의 근거를 자율성(autonomy)과, 그와 연결되는 요소인 합리성(rationality), 다양성(diversity) 등에서 찾고 있다. 그 가장 대표적인 경우가 바로 라즈(Raz)인데, 라즈에게서 자율성은, 행동과 추구, 관계들을 선택할 수 있는 능력을 의미한다. 특히 그는 자유주의의 입장에서 선한 삶에 대한 공동체주의자들의 요청을 상당 부분 받아들여서, 자율성은 좋은 삶의 본질적인 요소로서 인간의 풍부함은 오로지 자율성이 있을 때 가능하다고 이해한다. 이러한 라즈의 자율성의 개념은 밀의 해악원리를 그 적극적인 자유를 강조하는 한도내에서 확대한 것으로서, 자율성에 가치를 두는 도덕이론은 다른 사람들의 더 큰 자율성을 위해서 혹은 심지어 자기자신의 미래의 더 큰 자율성을 위해서 어떤 이의 자율성을 제한할 수 있는 것으로 해석된다. 따라서 라즈에 따르면, 자율적인 삶의 고무는 정부의 주된 목적이 되므로 정부는 자율성을 촉진하는 선택지들을 장려하고 자율성을 저하시키거나 부정하는 것들은 막아야 한다는 것이다.²⁴⁵⁾

245) 소위 perfectionism의 입장이다. Raz(1986), *Morality of Freedom*, Clarendon Press.

라즈가 보기에 정부의 주된 목적은 국민이 성공적이고도 충만한 삶을 살도록 도와주는 것이며, 국민의 복리를 보호하고 증진하는 것이다. 따라서 정부는 한편으로는 국민이 그들 자신의 삶을 어떻게 살 것인지 선택하도록 뒤로 물러나 있고, 다른 한편으로 국민이 기본적 능력을 누리고 활용가능한 선택지를 적절히 활용할 수 있도록 적극적 조치를 취해야 한다. 따라서 국민의 자율성을 증진하기 위해서는 자유의 원리로는 충분하지 않고, 교육, 복지, 사회입법, 공정한 법원리 등이 필요하다. 개인의 자유는 모름지기 가치있는(valuable) 선택지들을 활용할 수 있는 능력과 기회와 달려있기 때문이다.²⁴⁶⁾

다만 라즈는 악하거나 공허한 목적은 자율성과 배치된다고 보고 자율적 삶은 오로지 가치있는 활동과 관계들에 개입되어 있는 한에서만 가치있다고 함으로써 우선 가치없는 것들은 보장해야 할 선택지의 범주에서 제외시키고 있다. 따라서 자연스럽게 그런 가치없는 것들을 제외시키고 금지하는 강제(coercion)가 요청된다. 물론 라즈는 그러한 온정주의적 강제는 두 가지의 추가적인 조건-첫째, 합당하게 취해져서 독립성의 부분적인 손실이 합당하며, 둘째, 긴급한 경우를 제외하고는 피강요자의 타당한 신뢰를 받는 자에 의해 강제가 수행되어야 한다-하에서만 정당화된다고 덧붙인다.²⁴⁷⁾

이러한 라즈의 접근방식은 집단주의자나 공동체주의자의 것과 유사하게 보이지만, 그는 강력한 중앙집중적 정부나 정치적 수단을 통한 급진적인 변화를 거부한다는 점을 근거로 그 추정을 부인한다. 오히려 그는 다원주의와 자율성을 촉진하는 조건을 추구한다.

그럼 이와 같은 주장을 포르노그래피에 적용시켜 본다면 어떠할까?

그에 대한 답은 포르노그래피에 대해 어떠한 평가를 내리느냐에 따라 달라진다. 포르노그래피를 보는 것이 가치있는 활동이라면 선택지의 하나로 그것을 고무해야겠지만 포르노그래피를 가치없는 것으로 본다면 부분적 그리고 신뢰받는 행위자에 의한 규제가 오히려 요청된다는 얘기가 된다.

또한 중요한 것은, 도덕적 입법은 허용되지 않는다는 점이다. 도덕적 온정주의는 완전한 시민권과 조화되지 않기 때문이다. 도덕적 온정주의는 강제에 반대하는 사람들의 신뢰를 상실하기 때문이라는 것이다.²⁴⁸⁾ 그래서 그는 해악원리에 여전히 근거하여 '피해자없는 범죄'의 규제는 반대한다. 이를 다시 포르노그래피문제에 적용해 본다면, 정부는 포르노그래피에 대한 도덕적 판단은 유보한 채 적절한 규제만 행해야 한다는

246) Raz, "Liberty and Trust", Robert P. George(ed.)(1996), *Natural Law, Liberalism, and Morality*, Oxford: Clarendon Press, pp.113-116.

247) Raz, "Liberty and Trust", Robert P. George(ed.)(1996), *Natural Law, Liberalism, and Morality*, Oxford: Clarendon Press, pp.120, 122.

248) Raz, "Liberty and Trust", pp.127-128.

얘기가 된다. 결국 도덕적 판단에 의지하지 않는다면 규제의 근거는 다른 곳, 예컨대 타인에 미치는 손해에 주어지게 된다.

라즈가 자율성에 근거하여 포르노그래피의 규제가능성을 시사한다면, 아시터(Alison Assiter)는 좀더 원칙적으로 자율성에 근거해서 포르노그래피를 반대한다. 그는 자율성은 홀로라는 것이 아니라 나의 자율성은 타인에게 자신이 취급되는 방식과 관련되어 있고 그 반대도 마찬가지이며 자율성은 의사에 반해 사고나 행동이 강제될 때, 그리고 비록 원하더라도 사람이 다른 이의 요구나 목적의 만족을 위한 도구로 사용될 때 침해되는 것으로 파악한다. 그런데, 그가 보기에 포르노그래피에서의 사람간의 관계는 상호적이지 않고 포르노그래피에서는 성교하는 당사자간에 진정으로 성교하고자 하는 의욕이 없고 단지 필름을 위해 그런 행동을 할 뿐이므로 이는 명백히 자율성에 반하는 것이라고 본다.²⁴⁹⁾

(3) 사생활의 자유(Privacy)와 포르노그래피규제

앞서의 자율성 존중은 법적인 의미에서는 프라이버시권의 보장으로 나타나기도 하는 바, 일각에서는 포르노그래피에 대해 원칙적인 표현의 자유를 인정하지만 프라이버시를 침해하는 경우에는 그에 대한 규제를 주장한다. 즉 개인은 외부로부터 간섭받음 없이 자신의 생활의 평온을 추구할 권리가 있는데 포르노그래피에의 노출로 인해 그것이 침해되어서는 안된다는 것이다.

미국연방대법원도 1973년 Paris Adult Theatre I v. Slaton사건²⁵⁰⁾에서, 버거(Burger)대법원장에 의해 집필된 다수의견을 통하여, “개인에게 공개된 그러나 분리된 장소(in a public, albeit discrete place)에서 음란한 영화를 볼 권리를 주는 것은 다른 프라이버시를 침해한다”고 판시한 바 있다.

그러나 이에 대해서는, 거리나 방송의 포르노그래피는 ‘눈을 딴 데로 돌림으로써(averting one’s gaze)’ 피할 수 있기 때문에 그것은 프라이버시 침해의 문제가 아니라는 반대의견²⁵¹⁾도 있다. 마찬가지로, 우편에 의해 포르노물을 받은 경우도 그것은 성폭력은 될지언정 프라이버시 침해는 되지 않는다고 한다. 침해적인 음란물과 프라이버시의 침해는 구분되어야 하기 때문이다.²⁵²⁾

249) Assiter(1988), "Autonomy and Pornography", Morwenna Griffiths & Margaret Whitford(eds.), *Feminist Perspectives in Philosophy*, Macmillan Press, pp.58-61.

250) 413 U.S. 49 (1973).

251) MacCormick, *Legal Right and Social Democracy*, Clarendon Press, 1982, p.181.

252) MacCormick, *Legal Right and Social Democracy*, Clarendon Press, 1982, p.183.

(4) 침해원리(offense principle)와 포르노그래피규제

포르노그래피가 사회 전체의 도덕성을 침해하기 때문에 금지해야 한다는 것은 전형적인 도덕주의적인 담론이지만 자유주의자도 포르노그래피의 침해(offense)를 따져서 그에 대한 규제를 주장하기도 한다. 다만 보수주의적 견해에서는 사회 전체가 포르노그래피로 인한 피해자로 막연히 상정되는 데 비해 자유주의자들의 그것은 비록 결과에 있어서는 대동소이하다 할지라도 과연 침해가 있는지, 있다면 누구에게 있는지를 따진다는 점에서 차이를 갖는다.

이 입장에 설 때는 기본적으로, 문제되는 포르노그래피가 offense이긴 하지만 반드시 harm이 되지는 않는다고 본다.²⁵³⁾ 즉 Joel Feinberg는 포르노그래피는 nuisances로서 사적인 문제이므로 offended로부터 보호할 목적으로만 규제할 수 있다고 한다. nuisances를 harmful or injurious conduct처럼 심각하게 취급하는 것은 터무니없다는 것이다. 그리고 그는 덧붙이기를, 규제의 방식은 침해의 정도(the extent of offense standard), 회피가능성(the reasonable avoidability standard), 자발성 여부(the volenti standard) 등에 따라 결정될 것이라고 한다. 즉 당해 포르노그래피로 인한 혐오감이 일반적으로 심각한 것으로 인정된다면 규제할 수 있으나 적절한 방식으로 그것을 회피할 수 있다면 규제할 수 없으며 마찬가지로 포르노그래피에의 노출에 스스로 동의했다면 설령 혐오감을 느꼈더라도 나중에 항의할 수 없다는 것이다.

이 침해원리도 해악원리의 한계를 지적하면서 주장된 것이다. 해악의 경우 법과 정책은 어떤 표현이 해로운지, 만약 그렇다면 왜 그런지 분명히 말하지 않고 있으며 분명히 해악에 입각한 Hicklin기준의 경우, 방지해야 할 해악은 ‘부패(depravity)’와 ‘타락(corruption)’이라는 도덕적 경험적으로 애매한 것으로 상정되는 등 해악여부는 성 표현물 규제에 있어 실은 그다지 적절하지 않다는 것이다. 예컨대 성인이 집안에서 포르노그래피를 소비하는 것은 제한을 두지 않지만 성인극장에서의 상영에는 제한을 두는 것은 해악으로는 설명되지 않는다. 따라서 그 양자를 구분하기 위해서는 후자의 경우가 좀더 침해적(offensive)이기 때문이라고 하는 게 타당하다고 한다.²⁵⁴⁾

그렇지만 포르노그래피가 어떤 사람들을 교란시킴으로써 그들의 평온과 권리에 침해를 가할 경우 규제되어야 한다는 이러한 침해성을 중시하는 견해 역시 기본적으로는 자유주의의 사고이다. 해악성이 그 입증에 어려운 것과 마찬가지로 이 원리도 침해성이 입증되어야 한다는 점에서 표현의 자유의 제한을 어렵게 한다.

253) 침해를 받았다고 해서 당연히 규범적으로 유의미한 해악으로 평가되지 않는 것은 실은 밀의 전통이기도 하다고 한다. Coetzee(1996), *Giving Offense*, p.21.

254) Randall, Richards(1989), *Freedom and Taboo*, Univ. California Press, p.242.

다만 이 침해원리는 다분히 정서적 차원의 충격을 중시한다는 점에서 좀더 물리적인 데 국한해서 입증을 요하는 해악원리와 차이를 보인다. 실제에 있어 침해원리가 비도덕성과 결합되어 종종 표현물의 배제논리로 작용하고 있는 것은 바로 이 때문이다. 예컨대 미국의 판례는 음란물의 판단기준의 하나로 ‘명백히 침해적일 것(patently offensive)’을 요구하고 있지만 구체적인 사례에서 그 범주는 종종 상당히 확대된다. 이는 침해원리 자체가 앞서의 도덕주의의 태도와 해악의 원리를 내세우는 자유주의의 태도가 혼합된 것에 불과하므로 양자의 불충분성을 모두 갖고 있기 때문이라고 할 수 있다. 따라서 이 원리 역시 그 불명확성으로 인해 여전히 포르노그라피규제로는 부적절하다.

그렇지만, 무엇을 침해로 간주하느냐에 있어 좀더 공정하고 풍부한 시각을 가지고, 그 대책에 있어 다양한 방식을 구사한다면 적어도 성 표현물에 있어 자유주의적 견해를 지탱하게 할 수 있는 강력한 근거가 될 수 있을 것이다. 더욱이 이 경우 해악원리를 취할 때와는 달리 입증의 부담도 한결 가벼워지므로, 성 표현물을 어떻게 평가하고 어떻게 취급할 것인지에 관한 논의와 담론에 좀더 많은 힘을 실어줄 수도 있게 될 것이다. 미국에서 Miller기준의 세 가지 요소 중에서 ‘명백히 침해적일 것’을 중심으로 끌어올려서 그에 따라 음란물 여부를 판단해야 한다는 견해가 강력하게 대두하고 있는 것도 이러한 전망과 기대에서 있는 것이며, 실제로 프랑스, 덴마크, 영국, 독일의 경우는 이것이 성 표현물 규제的基本원리로 인식되어 있다.²⁵⁵⁾

(5) 소수자의 권리보호와 포르노그라피규제

자유주의자들이 자유의 제한요건으로서 기본적으로 취하고 있는 해악원리에 따르면, 구체적으로 해악을 입었다는 증거, 즉 injury가 없다면 당해 표현에 대한 규제는 불가능하며 그로부터 피해를 입었다고 생각하는 사람들은 방치되는 결과를 받게 된다. 침해원리에 의할 때도 이는 크게 다르지 않아서, 일단의 사람들이 그것이 침해적이라고 생각하더라도 좀더 많은 사람들이 그렇지 않다고 생각하는 이상 전자의 사람들은 마찬가지로 제대로 보호받지 못하게 된다. 또한 공익에 근거해 포르노그라피를 규제하더라도 공익의 내용을 모으는 데 참여하지 않거나 그럴 기회가 주어지지 않았던 사람들의 견해는 무시된다.

이런 식으로, 다수결의 원칙을 가동하는 한, 소수자들의 권리는 흔히 침해된다. 민주주의를 표방하는 현대국가가 다수결의 원칙에만 의존하지 않고 소수자 보호를 부가하고 있는 것은 이 때문이다.

255) Richards Randall(1989), *Freedom and Taboo*, Univ. California Press, p.247.

따라서 이 원칙을 포르노그래피문제에 적용해 보자면, 포르노그래피로 인한 피해를 주장하는 이들이 비록 소수자일지라도 그들의 견해 역시 존중해서 적절한 방식으로 정책화되어야 한다는 얘기가 된다. 다만 포르노규제론자가 다수라면 반대로 포르노그래피자유론자가 소수자가 되고 그들의 존중문제가 될 것이다.

(6) 공익의 보호와 포르노그래피규제

그 밖에 자유주의의 논변에서도 공적인 가치의 보호, 즉 공익을 거론하며 성 표현물의 규제를 주장하기도 한다. 공익의 내용이 무엇인지는 주장자마다, 바탕을 두고 있는 사회와 시기에 따라 다르지만 예컨대 폭력이나 강제적인 내용을 담고 있는 포르노그래피는 제한할 수 있다는 것이다.²⁵⁶⁾

다만 자유주의자들이 얘기하는 공익은 보수주의자들이 흔히 공적인 가치를 가진다고 주장하는 성도덕과는 달리 대체로 이미 범죄행위로 취급되는 일련의 행위들의 공공연한 표출을 규제하는 것과 관련된다. 따라서 사회적 합의의 형성을 중시하게 되며, 또 자유를 제한하는 문제이니 만큼, 그 합의는 단순다수결을 넘어서 거의 만장일치에 가까워야 하고²⁵⁷⁾ 제한하는 경우에도 자유의 본질적 내용은 훼손되어서는 안 된다고 단서를 단다. 다시 말해, 공익을 위한 규제는 1.speech의 완전한 금지가 아니고, 2.내용에 근거한 차별이 아니며, 3.합리적이며(가능한 다른 방법은 없다는 의미에서), 4.자유에 미치는 영향이 최소한이도록 주의깊게 짜여져야²⁵⁸⁾ 한다는 것이다. 그렇지 않을 경우 그러한 규제는 특정한 도덕을 강요하는 부당한 일이 될 것이기 때문이다.

또한 자유주의자들이 거론하는 공익은 현대의 공동체주의자들이 주장하는 공동체의 삶의 질과 선량한 삶의 고양과도 그 내용을 다소 달리 한다. 후자에서는 공동체 전체는 물론 개인의 선한 삶이 강조되고 양자가 결합되어 있는 것으로 파악하여 성 표현물에 대한 reticence를 강조하지만 자유주의자들이 말하는 공익은 개개인의 이익으로도 쉽게 환산되는 그러한 것들이다.

구체적으로 자유주의에서는 포르노그래피의 표현의 자유는 인정하되 공익을 위해 일정한 경우 그 표현의 방식에 대한 규제는 가능한 것으로 인정되고 있다. 그 중 가장 중요한 규제근거는 주의 이익이다.

256) Cass Sunstein(1993), *Democracy and the Problem of Free Speech*, Free Press, p.209.

257) Franklyn Haiman(1993), *"Speech Acts" and the First Amendment*, Southern Illinois Univ. Press. pp.82-83.

258) Tucker(1985), *Law, Liberalism and Free Speech*, p.126.

따라서 이제 문제되는 것은 구체적으로 어떠한 것이 긴박한 주의 이익으로 인정되는가 하는 문제이다. 종종 언급되는 것은 Public nuisance로서, 이는 대부분의 법원에서 인정되고 있다.²⁵⁹⁾ 물론, injunction이 발해지기 전에 fair and full adversary hearing를 거쳐 음란하다는 결정이 내려져야 하며, nuisance law를 적용할 때도 Miller기준에 입각해야 한다.²⁶⁰⁾

또한 미국연방대법원은 ‘품위있는 사회를 유지할 필요성’도 중요한 주의 이익으로 내세워 동의하는 성인에게 음란물을 제공하는 것을 규제한 것에 대해서도 그 규제의 정당성을 인정하고 있다.²⁶¹⁾

한편 표현 자체를 금지하는 것은 안되지만, 표현에 대해 시간, 장소, 방식상 제한하는 것은 가능하다. 예를 들어 구역규제(zoning)는 가능한데, 그것은 성 표현에 대한 전적인 억압이 아니라는 이유에서이다.²⁶²⁾ 다만 그것이 합리적이려면 시간, 장소, 방식의 제한이 significant state interest에 기여해야 할 뿐 아니라 다른 적정한 의사소통수단을 남겨둬야 한다.²⁶³⁾

(7) 소결: 자유주의적 포르노그래피규제의 담론구속성

259) *People ex rel. Busch v. Projection Room Theatre*, 17 Cal.3d 42, 130 Cal. Rptr. 328, 550 P. 2d 600, 607, cert. denied, 429 U.S. 1922(1976); *State ex rel. Ewing v. "Without A Stitch,"* 37 Ohio St.2d 95, 307 N.E. 2d 911(1974), appeal dismissed, 421 U.S. 923(1975).

260) *Erznoznik*사건에서 미연방대법원은, 지나가는 사람들에게 누드스크린이 보여진다는 이유로 야외극장에 public nuisance를 적용한 것은 필름의 가치에 상관없이 모든 것을 금지하는 것으로서 허용될 수 없다고 했다. 422 U.S. at 213.

261) 즉 버거대법원장은 다수 의견에서, “비록 우리가 종종 청소년과 동의하지 않는 성인들에 대한 음란물의 노출을 규제하는 데 있어서의 주의 이익의 상당한 중요성을 지적해 왔지만, 당 법원은 이것들이 음란물의 규제를 허용하는 유일한 정당한 주의 이익이라고는 선언한 적은 없다. 주들은 규제들이 특정한 헌법적 금지와 충돌하지 않는 한 지방상거래와 모든 공중장소에서의 음란물의 사용을 규제할 광범위한 정당한 이익을 가진다. 특히, 우리는 상업화된 음란성의 조류를 막는 데 있어서의 정당한 주의 이익이 있음을 인정한다. 주는 음란물의 공적인 전시나 유통이 공동체를 전체적으로 해롭게 하고 공적 안전을 위태롭게 하는지에 대해 도덕적으로 중립적인 결정을 내릴 권한, Warren의 말로는 ‘품위있는 사회를 유지할 권리’를 갖고 있다”고 밝히고 적어도 공적이고 상업적인 포르노그래피의 유통은 전체의 삶의 질에 관여되는 것으로서 통제될 수 있음을 보였다. *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973).

262) *Young v. American Mini Theatres, Inc.*, 427 U.S. 50(1976), 70-71.

263) *Schad v. Borough of Mount Ephriam*, 452 U.S. 61, 75-76(1981).

주목할 만한 것은, 위와 같이 자유주의자들이 포르노그래피의 규제근거로 제시하는 것들은 실은 동시에 포르노그래피의 허용의 근거로도 동시에 제시되는 것들이라는 점이다. 이는 당해 근거의 중심적 개념에 대해 저마다 다른 이해를 하고 있기 때문이며 더 궁극적으로는 그러한 이해 자체가 일정한 인식토대에 기초를 둔 담론으로서 형성되었기 때문이다.

예컨대 자율성의 경우, 칸트적인 의미로 이해한다면 그것은 모든 사회적 역사적 상황으로부터 분리된 주체를 상정하게 되어 스스로의 판단에 의한 포르노그래피의 향유에 대해서도 그 어떤 제한도 가할 수 없는 것이 되지만, 개인의 자율성도 타인과의 관계 속에서 상호의존하는 공간안에서 의미를 갖는 것으로 이해한다면 포르노그래피의 자유를 보장하는 데 자율성은 그만큼의 위력을 갖지 못하게 된다. 마찬가지로 프라이버시도 야누스(Janus)적인 속성을 가져서 포르노그래피의 자유와 통제 양쪽의 논거로서 다 거론된다. 기본적으로 프라이버시는 공간적인 측면에서뿐만 아니라 개인적 활동과 관심의 영역에서의 불간섭(non-intrusion)의 권리를 의미하여²⁶⁴⁾ 포르노그래피의 자유의 강력한 논거가 되고 있지만, 앞서도 봤듯이 그에 대한 규제를 주장하는 측에서도 프라이버시를 들먹인다.²⁶⁵⁾

좀더 세밀한 부분으로 보자면, 간섭(intrusion)을 무엇으로 이해하는지에 따라 프라이버시에 대한 고려가 달라진다. 예컨대 음란물규제는 개인의 집에까지는 미치지 않으므로 그것을 개인적으로 소지하는 것은 불법이 아니라고 하지만²⁶⁶⁾ 아무리 사적인 공간에서의 소지라고 해도 마약, 화기, 장물은 금지될 수 있는데 왜 음란물은 가능한 것인지 프라이버시로는 명확하게 설명되지 않는다. 또한 사적 공간에서의 음란물의 소지가 허용된다면 그것을 위해 국내에 들여와야 할 권리가 부수적으로 보장되어야 하지 않느냐는 의문이 제기되었지만 미국대법원은 그러한 주장을 기각했다.²⁶⁷⁾ 요컨대 음란물에 있어서의 프라이버시란 집안에서의 프라이버시에 한정된 셈이다. 이는 프라

264) Neil MacCormick의 분석이다. MacCormick, *Legal Right and Social Democracy*, Clarendon Press, 1982, p.174.

265) 다만 프라이버시에 근거해 음란물규제를 주장하는 입장은 정확하게는 공공연한 음란물로 인해 개인이 침범받지 않아야 한다는 것이며, 반대로 프라이버시에 근거해 음란물의 사용을 주장하는 사람은 개인이 사적으로 음란물을 소지하고 즐기는 것을 보장해야 한다는 것이므로 양 입장은 절충될 수 있다.

266) *Stanley v. Georgia*(1968) 394 U.S. 557. 동 판결에서 마샬은 덧붙이기를, 수정헌법 1 조는 정보를 받을 권리를 포함하는 것이며, 정보를 받을 권리는 그것의 사회적 가치와 관계없이 자유로운 사회에서 기본적이라고 했다.

267) *U.S. v. 12 200ft. Reels*, 413 U.S.123; *U.S. v. Orito*, 413 U.S.139.

이버시는 동의한 성인들이 성인전용극장에서 음란물을 보는 데까지 미치지 않는다고 한 Paris Adult Theatre I v. Slaton²⁶⁸⁾에서도 확인된 바 있다. 그것은 그가 세상에 영향을 미치고 타인의 프라이버시를 침해할 권리를 주는 셈이기 때문이라는 것이다.

한편 포르노그래피규제로서 공익을 내세우는 견해 역시 어떤 것을 공익으로 볼 것인지에 대해 사회적 합의를 이끌어낸다 하더라도 대체로 ‘공적인’ 것이 무엇인지 자체에 대한 이해가 다름으로써 의제가 달라질 수 있다. 즉 ‘공적인 것’이 좀더 많은 사람에게 미치는 효과를 의미하는 것이라면 그것은 대체로 다수결의 의사에 따르게 되겠지만, 그에 대한 사회적 판단을 중시한다면 굳이 다수의 사람들이 표를 던지는 안전이 아니더라도 공익으로서 위상을 갖게 된다. 예를 들어 대체로 자유주의이론에 따르면 소프트웨어포르노그래피의 경우는 그것이 기존의 보수적인 남녀관계를 그대로 답습하고 있다고 하더라도 그것만으로는 규제를 인정하지 않지만 성평등을 공익으로 분명히 매김한다면 그에 대한 규제가 가능해진다.

따라서 요약하자면, 자유주의자들이 제한적으로 포르노그래피를 규제할 수 있는 근거로 내세우는 것들은 상당히 규범적으로 정착되어 있는 듯 보이지만 실은 일정한 담론에서 탄생한 것이고 늘 주변적 담론의 영향을 받고 있으므로 다른 해석의 가능성을 열어두고 있다고 해야 할 것이다.

(8) 한국 현행법상 자유주의적 포르노그래피규제의 가능성

우리의 경우 포르노그래피규제는 통상적으로는 공중도덕이나 사회윤리의 보호를 이유로 행해져서 다분히 도덕주의적 입장에 경도되어 있지만, 우리의 현행법에서도 앞에서 본 자유주의 입장에서의 포르노그래피규제 근거를 발견할 수 있다.

가. 사생활의 비밀과 자유 침해 금지

포르노그래피규제근거로서의 프라이버시는 우리 헌법상으로는 “모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다”(헌법 17조)는 조문으로서 나타난다. 이에 따라 동의없이 타인의 성적 사생활을 담은 소위 ‘몰래카메라 포르노그래피’와 같은 것을 제작한 자는 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률에 의해 처벌받게 된다(동법 14조의 2).²⁶⁹⁾

268) 415 U.S. 49.

269) “카메라 기타 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심

나. 타인의 명예 침해 금지

현행 헌법 제21조 4항은 언론·출판의 자유는 타인의 명예를 침해해서는 안된다고 명시하고 있는데, 이것은 타인의 명예를 침해함으로써 타인에게 해악을 끼치는 표현은 규제할 수 있다는 의미로서 해악원리가 반영된 것이라고 할 수 있다.

그런데 무엇이 여기서 말하는 ‘명예 침해’에 해당할까?

우선 여기서의 명예가 형법상 명예훼손죄에서의 명예와 같은 의미라고 한다면, 그것은 ‘사람이 사회에서 가지는 지위·품격·명성·신용 등 세상으로부터 받는 객관적 평가’를 말한다. 따라서 포르노그래피에 특정인을 그의 동의없이 담았다면 그것은 명예를 침해한 것으로 인정될 것이다. 그러나 래리플린트사건²⁷⁰⁾에서 보듯, 풍자적 의미의 정치적 포르노그래피의 경우 거기에 정치인을 등장시켜 조롱의 대상으로 삼았다면 그것을 명예침해로 판단하는 것은 좀더 곤란해진다.

한편 우리 법제상으로는 헌법상 자유의 제한근거가 있다 하더라도 그것만으로 규제를 할 수는 없고 하위법률의 규정을 필요로 하므로, 위의 헌법유보로서의 언론·출판의 타인의 명예침해금지 역시 실제에 있어서는 구체적인 법률규정의 적용을 받게 된다.

즉 우리 형법은 공연히 사실을 적시하여 명예를 훼손한 죄(307조 1항), 공연히 허위의 사실을 적시하여 명예를 훼손한 죄(307조 2항), 공연히 허위의 사실을 적시하여 死者의 명예를 훼손한 죄(308조), 비방할 목적으로 출판물에 의하여 명예를 훼손한 죄(309조), 공연히 모욕한 죄(311조) 등을 두고 있는바, 표현에 의해 타인의 명예를 침해한 것이 구체적으로 형법상의 어떤 죄에 해당하는지는 다시 따져봐야 할 문제이다. 특히 포르노그래피에 의한 명예훼손은 대체로는 출판물의 형태를 띠고 있으므로 출판물 등에 의한 명예훼손죄(형법 309조)가 주로 문제가 될 것인데, 이것이 성립하려면 비방할 목적이 있어야 하고, 사실 또는 허위사실을 공연히 적시해야 하므로 그 각각의 요건을 충족 여부를 다시 살펴야 한다.

을 유발할 수 있는 타인의 신체를 그 의사에 반하여 촬영한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다”는 조문으로서, 98년 12월 28일 신설되었다.

270) 미국의 포르노잡지 <허슬러>가 미국의 유명한 복음전도사 제리 폴웰 목사를 근친상간의 위선자인 양 묘사한 것에 대해 미국 연방 대법원이 수정헌법 1조의 ‘표현의 자유; 조항을 들어 무죄판결을 내린 사건으로, 발행인의 이름을 따 흔히 ‘래리 플린트사건’으로 불리웠으며, 한국에서 동 사건은 1997년 영화 <래리 플린트>의 개봉으로 널리 알려졌다.

다. 타인의 권리 침해 금지

언론·출판의 자유와 그 한계를 규정하고 있는 우리 헌법 21조 4항은 또한 언론·출판은 타인의 권리를 침해해서는 안된다고 하고 있다. 그러나 성 표현물 규제에 관한 법규 중 타인의 권리 침해를 명시적으로 규제의 이유로 들고 있는 것은 찾아볼 수 없으며 다만 선언적인 규정²⁷¹⁾만이 있을 뿐이다.

그럼 이에 근거해서, 포르노그래피를 보고 불쾌한 느낌을 받은 사람이 자신의 권리를 침해당했다고 주장할 수 있을까? 또는 포르노그래피를 보지는 않았지만 흔히 알려진 포르노그래피의 묘사내용이나 방식에 분노와 모욕감을 표시하며 역시 권리침해를 주장할 수 있을까?

이는 당해 헌법유보상의 ‘타인의 권리 침해’가 무엇을 의미하는 것으로 이해하느냐에 따라 달라질 것이다. 그런데, ‘타인의 명예 침해’는 따로 명기하고 있으므로 명예훼손은 일단 제할 수 있을 것이지만, 이때의 권리가 헌법상 기본권을 의미하는지 그렇지 않고 실정법 전반에 걸쳐 보장된 법적 권리를 의미하는지는 분명하지 않다. 또한 기본권이라 하더라도, 예를 들어 포르노그래피에 노출된 사람이 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권(헌법 10조)의 침해를 들어 일반적인 포르노그래피의 규제를 주장하기는 곤란하다.²⁷²⁾ 더 나아가, 자신의 권리침해만을 문제삼지 않고 자신이 속한 일정한 집단의 권리, 즉 평등권(헌법 11조) 침해를 주장하는 것도 용이한 일은 아니다. 예컨대 포르노그래피에서 그려지는 여성의 모습이 비하적이라고 하여 여성 일반의 평등권침해를 이유로 포르노그래피의 자유 제한을 주장할 수 있을까? 제5장에서 보듯이 미국에서는 그러한 조치가 시도되기도 했지만 그 경우 역시 구체적인 법령의 도움을 받아야 하는 것이므로 우리 현행법상 여성비하적 표현에 대해 이미 제재를 가하고 있는 경우를 제외하고는 단지 헌법적인 근거에 기해서 바로 포르노그래피의 규제를 요청할 수는 없고 입법정책적인 차원에서 문제해결이 필요할 것이다.

또한 권리침해를 어떤 식으로 해석하든 간에, 자발적으로 포르노그래피에 접근한 사람은 비록 그로 인해 침해를 받았을지라도 권리침해를 주장할 수는 없을 것이며 오직 자신의 의사와는 무관하게 이루어지는 포르노그래피에의 노출로 인한 권리침해만을 문제삼을 수 있을 것이다.

271) 방송법은 제5조 제3항에서 “방송은 타인의 명예를 훼손하거나 권리를 침해하여서는 아니된다”고 규정하고 있으며 영화진흥법에 의하면 영상물등급위원회는 영화의 상영등급분류를 위하여 영화상영등급에관한규정을 제정·공포하여야 하는데, 이에는 인권 존중에 관한 사항이 포함되어야 한다(동법 제 22조).

272) 다만 우리 법이 이미 금지하고 있는 음란물 포르노그래피 전체가 아니라 자신에게 침해를 입힌 포르노그래피만을 문제삼아 헌법소원을 제기하는 것은 생각할 수 있다.

라. 피해배상

우리 헌법은 “언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다”(헌법 21조 4항)고 규정하고 있다. 이에 따라 민법은 “타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다”(민법 751조)고 하여 위자료책임을 규정하고 있으며²⁷³⁾ 또한 “타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다”(민법 764조)고 하여 금전적인 배상 외의 방식도 가능성을 밝히고 있다. 이러한 현행법의 태도는, 표현에 대한 사전적인 개입이 아니라 개개의 구체적 경우에 대한 사후적인 손해배상을 규정하는 것으로서, 다분히 자유주의적인 것이라 하겠다.

그런데, 헌법에서는 광범위하게 타인의 권리나 명예를 이야기하고 있는 데 비해 민법상론 ‘타인의 신체, 자유, 명예’라고 되어 있어, ‘타인의 자유’가 과연 헌법상의 ‘타인의 권리’와 같은 의미인지는 불명확하다. 다만 민법 751조는 민법 750조의 손해 가운데 정신적인 것도 포함된다는 의미의 주의적 규정으로 보여지는바,²⁷⁴⁾ 생명, 신체, 자유, 명예, 정조, 성명, 프라이버시 등과 관련되는 인격권의 침해는 통상적으로 불법행위로서 손해배상이 인정되는 것으로 해석된다.²⁷⁵⁾ 그러나 포르노그라피로 인해 불쾌

273) 이러한 현행법의 태도는 구민법상 권리침해(구민법 709조)를 따로 규정하고 있던 것과 대비된다. 그러나 구법시에도 그 해석, 적용에 있어서는 구체적으로 어떤 권리를 적극적으로 침해할 것을 요하는 것이 아니라, 보호의 가치가 있는 타인의 이익을 위법하게 침해하는 것으로 그 의미를 이해했다고 한다. 즉 구민법시대에 이미 권리침해는 위법성으로 확대해석한 것이다(김상용, 『불법행위법』, 법문사, 1997, 76면). 불법행위책임을 규정하고 있는 예를 비교법적으로 보면, 독일이 보호법규 위반(§ 823 Abs 2 BGB), 선량한 풍속위반(§ 826 BGB)과 더불어 권리침해(§ 823 Abs 1 BGB)를 규정하고 있으며, 일본민법(707조)도 권리침해로 인한 손해배상책임을 규정하고 있다. 반면 스위스채무법은 위법성(Art 41, I OR)과 선량한 풍속위반(Art 41, II OR)만을 규정하고 있다.

274) 박윤직, {신정판 채권각론}, 박영사, 1997, 823면. 그러나 민법 751조에서 규정되지 아니한 인격권의 침해는 민법 제750조에 의한 일반불법행위가 성립한다는 견해도 있다. 김상용, {불법행위법}, 법문사, 1997, 83면.

275) 프랑스 인권선언에서 인간의 자연적이고도 불가양의 신성한 권리로 선언되기도 했던 인격권은 명예에 관한 권리를 포괄하는 개념으로서, 인격의 유지, 불가침성, 존엄성, 인정된 표시 및 그 자유로운 발전에 관한 사권이다. 흔히 일반적allgemeines 인격권은 권리주체와 분리할 수 없는 그 인격에 전속하는 자유, 명예, 신체 등의 인격적 이익의 총체를 말하고 그 각각은 개별적besonderes 인격권이라고 하는데, 각국에서 널리 인격권

감과 모욕감을 느낀 사람이 인격권을 침해당했다고 하여 손해배상을 받을 수 있을지는 의문이다.²⁷⁶⁾ 인격권에 대한 지금의 이해는 정서적인 차원의 것은 거의 배제하고 있기 때문이다.

그 외 형벌법규 위반, 단속법규 위반, 사회질서 위반의 경우에도 불법행위가 인정되는 것으로 보고 있지만, 포르노그라피가 형법상 음란죄규정에 포괄됨을 고려해 그에 대해 불법행위책임을 묻은 경우는 아직 없다. 또한 기타 정신상 고통을 가한 경우도 위자료 책임을 지게 되어 있는데, 포르노그라피로 인해 느낀 혐오감과 모욕감이 여기에 해당하는지도 아직 밝혀진 바가 없다. 특히 만약 포르노그라피를 형사적으로 불법화하지 않는 경우에도 손해배상책임을 묻는 것이 가능할지는 더욱 그러하다.²⁷⁷⁾

한편 포르노그라피에의 노출로 인한 정신적 손해도 인격권침해로 또는 그와 마찬가지로 위법성을 인정한다 하더라도 불법행위와 손해배상책임을 지우는 데는 해결해야 할 과제가 더 있다. 즉 어느 정도의 침해가 여기서 말하는 ‘손해’²⁷⁸⁾에 해당할지 막연

침해로 인한 손해배상책임을 인정하고 있다. 즉 스위스는 민법 28조 1항이 “인격적 관계를 근거없이 침해당한 자는 그 방해의 제거를 위한 소를 제기할 수 있다”고 규정하고 있으며 스위스 채무법 49조도 “인격권을 침해당한 자는 손해배상을 청구할 수 있다”고 한다. 독일에서는 기본법이 1조, 2조에서 인간의 존엄권(die Würde der Menschen)과 인격의 자유전개권(freie Entfaltung der Persönlichkeit)을 규정하고 있었는데 연방대법원이 1954년 판례로 민법 823조 1항 “고의 또는 과실로 인하여 타인의 생명, 신체, 건강, 자유, 소유권 또는 기타의 권리를 위법하게 침해한 자는, 그 타인에 대하여 이로 인하여 발생한 손해를 배상할 의무를 진다”는 규정 중 ‘기타의 권리’(sonstiges Recht)의 해석에 의해 일반적 인격권을 인정했다(열거된 인격권 이외의 인격권의 보호는 독일민법 823조 2항의 보호법규위반 및 민법 826조의 공서양속위반의 법규에 의해 이루어지고 있다). 1958년에는 연방대법원이 일반적 인격권의 침해에 대해 위자료 지급을 인정하기에 이르렀다. 독일에서 위자료지급은 법률에 특별한 지급규정이 있어야 하며 (§ 253 BGB) 민법 847조는 신체, 자유, 건강의 침해가 있을 때에 지급할 수 있도록 규정했지만, 일반적 인격권 침해의 경우에도 847조에 의해 지급가능하다고 판결한 것이다(단 일반적 인격권의 중대한 침해에 한정되었으며 인격권이 심하게 schwere 침해되어야 하고, 그 인격권 침해에 대한 다른 보상방법이 없을 때에 인정된다).

276) 더 나아가, 우리나라의 경우 판례는 인격권 침해의 구제로서 방해배제청구권 인정(대판 1996.4.12, 93다40614, 40621)하고 있는데 이러한 것을 포르노그라피문제에 적용해서 포르노그라피로 인한 인격권침해를 없애기 위해 포르노그라피를 규제하는 것을 요구할 수 있을지 의문이다.

277) 다만 우리 판례(대표적으로는 주변의 영안실로 인한 정신적 방해배제청구권을 인정한 대판 95다15599판결)는 생활방해의 경우에도 손해배상을 인정하고 있으니 포르노그라피의 경우도 긍정적으로 검토할 여지는 있다.

278) 오스트리아민법 1293조는 “손해라 함은 어떤 사람의 재산, 권리 또는 그의 인격에 가

하며, 그러한 손해의 책임을 인과적으로 포르노그래피에 귀속시킬 수 있을지도 문제이다.

4. 포르노그래피의 해악성 문제

자유주의와 민주주의를 표방하는 현대국가의 경우 개인의 자유와 권리를 제한할 수 있는 가장 설득력 있는 근거는 뭐니뭐니 해도 그 자유의 행사가 타인의 권리를 침해하고 그에게 해악을 끼친다는 것일 것이다.

포르노그래피의 경우 그 해악성을 둘러싸고는, 한편에서는 포르노그래피를 ‘피해자 없는 범죄’의 하나로 취급하면서 일반적으로는 해악성을 부인하지만²⁷⁹⁾ 또 다른 입장에서는 여러 가지 해악의 책임을 포르노그래피에 돌리기도 한다.

(1) 포르노그래피와 성폭력

포르노그래피가 성폭력을 조장하느냐 그렇지 않느냐는 가장 오래되고 가장 중요한 논의이다.

가. 해악 긍정설

사회학습이론에서는 성적 공격적 행동을 모방하는 과정에서 공격성이 형성된다고 한다. 여기에도 두 종류가 있는데 그 하나는 copycat model로, 보면 한다는 것이다. 또한 음란폭력출판물의 접촉은 충동의 강화에 의해서 간접적으로도 영향을 미친다고 한다.²⁸⁰⁾ 즉 addiction model로서, 성적 자극은 부드러운 형태의 포르노그래피에서도 얻어지지만 갈수록 강한 자극을 원하게 되는데 재현이 더 이상 자극을 주지 않으면 행동을 하게 된다는 것이다.

해진 모든 불이익(Nachteil)을 말한다”고 규정하고 있는데, 흔히 법익에 대한 불이익, 즉 법적으로 보호되고 있는 이익에 대한 침해로 인하여 입은 모든 불이익을 손해라 한다. 279) Posner, *Sex and Reason*, p.371. 다만 포즈너도 아동의 경우는 그렇지 않다고 한다. 같은 글, p.395.

280) 한국간행물윤리위원회의 조사(1997)에 의하면 음란폭력출판물의 접촉이 폭력비행의 전체분산 중 5% 정도를 설명하고 있으며, 접촉정도 변인에 대한 유의도는 .00으로서 통계적으로 유의성이 있는 것으로 나타났다고 한다. 한국간행물윤리위원회(1998a), 『청소년 유해간행물에 대한 성인인식도 조사』, 31면.

이 이론에 입각해서 포르노그래피로 인한 공격성의 발휘간의 상관관계를 보여주는 실제의 연구결과들도 있다.

즉 남성의 여성에 대한 강간과 포르노그래피의 관련성을 종합적으로 생각해 보면, 남성의 강간경향성을 유발하는 요인은 남성성역할의 사회화, 아동기의 성학대피해, 또 래집단의 압력, 대중매체에 비친 여성이미지와 함께 포르노그래피를 포함시킬 수 있는데, 현재 미국남성은 25-60%가 체포되지 않는다면 여성을 강간하거나 강제로 섹스를 하고 싶어하고 25-30%는 (피해자가 끝까지 강간을 싫어하는) 폭력적인 강간이미지를 보고 성적으로 흥분한다고 한다. 그런데 이러한 남성들이 포르노그래피에 노출되었을 때(폭력적 포르노그래피에 한정될 경우도 있음)는 1. 일부 남성들에게 강간욕망을 갖게 하거나 그 욕망을 강화한다. 2. 강간욕망을 행동으로 옮기지 않도록 금지하는 내면적 규제를 허문다. 3. 강간욕망을 행동화하지 않도록 금지하는 사회적 규제를 허문다. 4. 일부 피해자들의 강간에 대한 저항력을 훼손함으로써 성폭력과 관계를 맺게 된다고 한다.²⁸¹⁾

포르노그래피와 성폭력의 인과관계를 인정하는 이러한 입장은 상당한 호응을 얻고 있고 구체적인 법적용과 법정책으로도 종종 그 형태를 드러낸다.

미국의 경우 Miller판결에서는 법원은 음란물여부를 판단함에 있어 포르노그래피와 범죄, 또는 다른 비행간의 인과적 연관이 있다고 전제할 권리를 가진다고 선언한 바 있고, Paris Adult Theatre I v. Slaton판결에서도 연방대법원은 반사회적인 행동과 음란물과의 관계에 대한 결정적인 증거가 없더라도 주 정부는 그러한 관계가 있거나 있을 수 있다고 결정할 수 있으며 그러한 결정에 입각해서 질서와 도덕성을 보호하기 위해 행동할 수 있다고 판시했다. 또 뒤에서 보듯이, 미즈위원회 보고서는 폭력적이거나 여성비하적인 포르노그래피로 인한 성폭력유발을 인정하고 그에 대한 규제를 촉구하고 있으며, 페미니스트들이 전개한 반포르노그래피조례 제정 운동 역시 모방모델에 입각해서 성폭력의 책임을 포르노그래피에 돌렸다.²⁸²⁾ 한편 미국에서 입안이 시도된 바 있던 포르노그래피피해자배상법(the Pornography Victims Compensation Act)²⁸³⁾

281) 한국간행물윤리위원회(1998b), 『음란물이 청소년의 성의식과 성폭력인식에 미치는 영향』, 38면의 도식을 참조.

282) Deborah Cameron & Elizabeth Frazer(1992), "On the Question of Pornography and Sexual Violence", Stevi Jackson & Sue Scott(eds.), *Feminism and Sexuality-A Reader*, Edinburgh Univ. Press, 1996, p.322.

283) 켄터키주 공화당 상원의원인 Mitch McConnell이 주도한 1991년 법안으로서, 포르노그래피와 범죄간의 관련성을 인정하는 입장에서, 아동포르노그래피나 음란물에 trace할 수 있는 성폭력피해자가 생산자와 유통자를 상대로 소송을 제기할 수 있도록 한 법안이다. 그러나 투표에 부의되지 못했다. Pressner(1995), "Pornography: Free Speech

도 기본적으로 같은 발상에서 나온 것이었다.

우리의 경우도 성폭력과 포르노그래피를 밀접하게 연관시키는 관점이 많이 개선되고 있다.²⁸⁴⁾ 성폭력범죄자들은 대체로 포르노그래피에 상당히 노출되어 있던 사람들이며, 심지어 성폭력가해자 스스로 포르노그래피를 범행의 동기로 지적하고 있다는 것이다.²⁸⁵⁾

나. 해악 부정설

그러나 포르노그래피와 성폭력과의 관계에 대해서는 모순된 결과를 보여주는 여러 연구들이 동시에 존재한다. 1983년 the Metropolitan Toronto Task Force on Violence Against Women은 포르노그래피와 성폭력간의 연관성을 연구하기 위해 텔마 맥코믹(Telma McCormack)을 위촉했으나 그녀의 연구는 이를 입증하지 못했다. 포르노그래피에 많이 노출될수록 성범죄를 더 저지르게 된다는 가설 역시 입증되지 않았다. 이와 관련된 가장 광범위한 연구는 킨제이연구소에 의해 수행되었는데 여기서 1300명의 성범죄수감자와 900명의 다른 범죄자, 그리고 500명의 비범죄자간에는 포르노그래피에의 노출에 있어 차이를 보이지 않았고 오히려 성범죄자들은 포르노그래피에 반응을 덜 나타내었다.²⁸⁶⁾

더 나아가, 오히려 포르노그래피가 성범죄를 억제한다는 견해가 제시되기도 한다. 포르노그래피의 소비로 카타르시스를 느끼고 그를 통해 성적 욕망이 정화된다는 것인데, 예컨대 청소년이 비행이나 불량행위를 일으킬 성적 욕구를 대중매체의 성 표현을

versus Civil Rights?," Amitai Etzioni(ed.), *Rights and the Common Good*, New York: St. Martin's Press, p.107.

284) 권수현(1998), "남성성과 성폭력간의 관계에 관한 연구", 이대 여성학과 석사학위논문; 경기도지역의 초중고학생들을 대상으로 1997년의 한국간행물윤리위원회에서 실시한 유해출판물의 접촉실태와 청소년비행과의 관련성연구에 따르면 면접대상 14명 중 6명은 강하게, 8명은 미미하게 영향을 받고 있는 것으로 나타났다. 한국간행물윤리위원회 (1998a), 『청소년 유해간행물에 대한 성인인식도 조사』, 29면.

285) 권수현(1998)은 성폭력가해자 12명에 대한 심층면접했는데 그 중 둘은 포르노그래피를 보고 그대로 해 보고 싶어서 강간을 했다고 지적했으며 나머지 경우도 그들이 가진 성지식은 모두 포르노그래피에서 배운 것들이었다. 포르노그래피접근율의 경우도 남성들이 더 높은데, 남성들은 포르노그래피에서 무엇이 남자다운 것인지를 배우고 같이 보면서 동류의식을 느끼며 그 쪽으로 얼마나 잘 아느냐는 또래집단에서 인기 내지 권력을 얻는 하나의 수단이라고 한다. 권수현(1998), "남성성과 성폭력간의 관계에 관한 연구", 이대 여성학과 석사학위논문, 54면.

286) Richard Green(1992), *Sexual Science and the Law*, Harvard Univ. Press, p.128.

통해 대리충족함으로써 해소시킨다는 것이다. 이러한 입장에서는 종종 포르노그래피의 규제를 완화한 국가들이 실례로써 거론된다. 즉 아동포르노그래피를 제외하고는 하드코어포르노그래피에 대해서도 아무런 금지법이 없는 덴마크나, 포르노그래피가 자유롭게 팔리고 대부분의 것이 묶이거나 강간장면인 일본의 경우는 미국보다 강간발생률이 낮다는 것이다.

즉 1967년 이전까지는 여느 서양의 것과 크게 다르지 않게 포르노그래피를 규제하던 덴마크는²⁸⁷⁾ 1967년 포르노그래피 문학에 대한 규제를 폐지하고 1969년에는 일체의 명시적 성 표현물을 16세 이상의 사람에게 판매하는 것이 합법화했는데 그동안 포르노그래피의 생산은 증가했지만 1966년-1972년의 덴마크의 강간율은 정체되어 있었다는 것이다. 또 서독은 1973년에 포르노그래피를 합법화했는데 1972년-1980년의 전체 성범죄는 11% 감소했다고 한다. 그 밖에 미국에서도 포르노그래피에 대해 관대해졌고 그 결과 많은 포르노물이 거리에 있지만 강간발생률은 떨어지고 있는 등²⁸⁸⁾ 통계상으로 포르노그래피와 성폭력간의 상관관계는 입증되지 않는다는 것이다.

다. 소결: 법적 인과관계의 부정

궁극적으로, 포르노그래피와 성폭력을 인과적으로 연결시키는 것은 인과관계에 대한 지나친 단순화라고 하지 않을 수 없다. 첫째, 인과적 설명causal accounts은 그 어떤 종류의 인간행동을 설명하는 데도 부적절하기 때문이다. 다양한 의미를 담고 있는 인간의 행동은 기실, 결과론적으로 ‘인과되어질caused’ 수 없는 것이다. 성폭행범, 극단적으로 성폭력살해자의 경우도 아무 생각없이 혹은 비자발적으로 자극에 반응한 게 아니라 사회적으로 규정되어 있는 어떤 역할을 선택한 것이다. 따라서 성폭력과 포르노그래피간의 진짜 원인은 포르노그래피 자체라기보다 포르노물 노출에 대한 사회적 조건화(social conditioning)라고 할 수 있다.²⁸⁹⁾

기실 성폭력범죄사건의 경우 포르노그래피에 대한 책임문기는 상당부분 당시의 사회적 문화적 산물인 경우가 많다. 그리고 그러한 상투적 변명을 범죄자들은 끌어들이 자신의 행동을 정당화하고자 하며 이는 다시 포르노그래피에 대한 책임론으로 연결된다. 결국 성폭력범죄의 발생원인에 대한 설명 자체가 문화로부터 오는 것이다.²⁹⁰⁾

287) Richard Green(1992), *Sexual Science and the Law*, Harvard Univ. Press, pp.121-122를 주로 참조했다.

288) Richard Posner, *Overcoming Law*, Harvard Univ. Press, 1995, p.362.

289) Deborah Cameron & Elizabeth Frazer(1992), "On the Question of Pornography and Sexual Violence", Stevi Jackson & Sue Scott(eds.), *Feminism and Sexuality-A Reader*, Edinburgh Univ. Press, 1996, pp.325-326.

더욱이, 성폭력의 발생이 폭력물에의 노출에 영향을 받는 것인지, 성적 표현물, 특히 포르노그래피에 영향을 받는 것인지 역시 분명하지 않다.

(2) 국가차원의 포르노그래피의 해악성 연구

포르노그래피의 해악성을 둘러싸고 끊임없이 다른 연구결과와 논란이 이어지는 가운데 서구에서는 드디어 국가적인 차원에서 이에 대한 연구가 진행되었다. 이미 이 문제는 사회적 이슈로 부각했고 만약에 포르노그래피의 해악성이 긍정된다면 국가도 더 이상 방관할 수만은 없는 상황이었기 때문이다.

즉 미국에서는 1970년에 음란성과 포르노그래피에 대한 대통령위원회(The President's Commission on Obscenity and Pornography. 일명 존슨위원회 The Johnson Commission라 하며 그 보고서는 위원장의 이름을 따 Lockhart 보고서로 알려져 있다)를, 그리고 1986년에 포르노그래피에 대한 법무장관위원회(Attorney General's Commission on Pornography: 일명 미즈위원회(The Meese Commission)를 구성하여 두 차례에 걸쳐서 음란성과 포르노그래피에 대해 논의한 바 있다. 영국에서도 1977년 7월 13일 버나드 윌리엄스(Bernard Williams)를 의장으로 하는 The Home Office Departmental Committee on Obscenity and Film Censorship(일명 윌리엄스위원회)을 구성하여²⁹¹⁾ 방송을 제외한 출판물, 전시, 공연물의 음란, 비속, 폭력에 관한 법과 영화검열장치를 검토하고 조언을 하는 것을 목적으로 활동한 바 있다.²⁹²⁾ 그 밖에 캐나다도 1983년에 포르노그래피와 매매춘에 관한 특별위원회 the Special Committee on Pornography and Prostitution(일명 Fraser위원회)를 구성하여 포르노그래피물에 대해 조사한 바 있다.

가. 존슨위원회

미국의 60년대는 이미 포르노그래피에 반대하는 사람들과 자유를 주장하는 사람들간의 'Civil War over Smut'가 진행되고 있었기에 의회는 상원의원 John McClellan의

290) Deborah Cameron & Elizabeth Frazer(1992), "On the Question of Pornography and Sexual Violence", Stevi Jackson & Sue Scott(eds.), *Feminism and Sexuality-A Reader*, Edinburgh Univ. Press, 1996, p.325.

291) 위원회는 의장과 3명의 여성을 포함해 모두 10명으로 구성되었으며 그 중 3명은 법률가였다. 구성원에 대한 자세한 것은 Gordon Hawkins & Franklin E. Zimring(1988), *Pornography in a free society*, Cambridge Univ. Press, pp.10-11 참조.

292) Home Office, 1979, p.1.

발안에 힘입어 포르노그래피를 ‘국가적 문제’(Public Law 90-100)로 간주하고 1968년 1월 포르노그래피와 음란물의 유통을 조사하기 위해 대통령위원회(the President’s Commission on Obscenity and Pornography)를 구성했다. 위원회는 두 명의 여성과 16명의 남성으로 구성되었는데, 의장은 미네소타 법과대학장 William B. Lockhart교수가 맡았다. 의장 외에 5명의 법률가가 더 있었으며 3명은 사회학자, 두 명은 심리분석가였다. 법, 유통과 배포, 효과, 적극적인 접근 등의 4분과로 나뉘어 활동했으며 executive director와 general counsel이 가세하여 1968년 9월에는 20명이 모였다.²⁹³⁾

동 위원회는 1. 관련법을 분석하여 음란성과 포르노그래피에 대한 정의를 평가하고, 2. 음란물과 포르노그래피의 배포방식을 조사하고 그 성격과 정도를 파악하며, 3. 음란물과 포르노그래피가 공공에, 특히 미성년에 미치는 영향과 범죄 및 다른 반사회적 행동과의 관련을 연구하며, 4. 헌법적 자유의 침해 없이 유통을 효과적으로 규제하는데 필요한 적절한 입법적, 행정적 제반조치들을 권고할 것을 과제로 삼았다.²⁹⁴⁾

존슨위원회는 음란물에 대하여 최초로 대규모의 조사를 수행하였고, 그리하여 “포르노그래피에 대한 노출과 이용이 범죄, 비행, 성적-비성적인 일탈 또는 심각한 정서적 장애와 같은 사회적, 개인적인 해악유발에 대한 인과관계에서 중요한 의미를 지닌다는 신념을 뒷받침할 만한 아무런 증거자료가 없다”고 19명의 위원 중 17명의 이름으로 결론짓고, 성인에 대한 포르노그래피 규제의 철폐를 권고했다. 또한 포르노그래피를 개방하는 대신 성교육을 강화해야 한다는 결론을 내리고 있는데, 이는 자유주의의 주장을 그대로 받아들인 셈이다.²⁹⁵⁾

그러나 1970년 존슨위원회의 보고서가 나왔을 때 닉슨대통령은 그것을 ‘도덕적 파탄’이라고 간주하면서 거부했으며 동 위원회를 ‘직무태만(performed a disservice)’으로 고소했다.²⁹⁶⁾ 의회 역시 위원회구성을 제안했던 존 맥클란(John McClellan)이 중심이 되어 이번에는 동 위원회에 대한 비난결의를 60: 5로 통과시켰다.²⁹⁷⁾ 키팅(Charles H. Keating)이 동 보고서의 소수의견에서 밝힌 것처럼, 동 보고서는 도덕적 무정부주의를 옹호하는 것으로 비춰졌고 포르노그래피에 대한 규제철폐를 국가위원회가 주장한 것

293) 인원구성에 대한 자세한 것은 Gordon Hawkins & Franklin E. Zimring(1988), *Pornography in a free society*, Cambridge Univ. Press, pp.7-9를 참조.

294) U.S. Commission, 1970, p.1.

295) 한국형사정책연구원, 『음란물의 유해성과 그 규제실태에 관한 연구』, 1994, 22면.

296) Weaver, Warren(1970), "Nixon Repudiates Obscenity Report as Morally Void" *New York Times*, October 25, 1970, p.1. Gordon Hawkins & Franklin E. Zimring(1988), *Pornography in a free society*, preface x에서 재인용.

297) Gordon Hawkins & Franklin E. Zimring(1988), *Pornography in a free society*, Cambridge Univ. Press, p.9.

은 포르노그래피업자에게 마그나 카르타를 부여한 것과 다름없다는 것이었다.²⁹⁸⁾

존슨위원회가 위와 같은 결론을 내린 것은 그 활동중 엄격한 ‘과학주의’, ‘법과 도덕의 구분’, ‘표현의 자유보장’의 원칙들을 견지하도록 노력한 것과 무관하지 않다. 전형적인 자유주의적인 해악원리에 입각해서 조사를 펼친 한 포르노그래피와 성범죄간의 인과관계를 부정하게 된 것은 어쩌면 당연한 일이었다. 다만 존슨위원회는 뚜렷이 해악적인 것으로는 보기 어려운 ‘마일드 포르노그래피’만을 선정했고, 그 대상 역시 일반 성인남녀에 한정했다는 점에서, 그리고 모의실험에 주로 의존했다는 점에서 한계를 갖고 있다.²⁹⁹⁾

나. 미즈위원회

포르노그래피에 관한 법무장관위원회(The Attorney General’s Commission on Pornography)는 레이건대통령의 요청에 따라 당시 법무장관 William French Smith가 1985년 2월에 설립한 위원회이다. 동년 5월 20일 새 법무장관 미즈(Edwin Meese II)는 위원회의 구성과 11명의 위원을 발표했는데, 그 중 6명은 이미 성관련도서의 반대자로 유명한 사람들이었으며 4명은 법률가였고, 위원장에는 버지니아주 연방검사인 H. E. Hudson이 임명되었다.³⁰⁰⁾

미즈위원회는 당시 유포되던 거의 모든 포르노그래피에 대한 검토를 실시하여 성 표현물을 네 가지 유형, 즉 ‘폭력적인 성 표현물(sexually violent materials)’, ‘인간의 가치저하와 품위를 손상시키는 비폭력적인 성 표현물(nonviolent materials depicting, degradation, domination, subordination, or humiliation)’, ‘비폭력적 및 비품위손상적인 성 표현물(nonviolent and non-degrading materials)’, ‘나체(nudity)’로 구분하였다. 위원회는 그 가운데 먼저 폭력적인 성 표현물은 ‘강간신화’를 조장하며 성범죄 사이의 인과관계가 있다는 점을 인정하여 이것이 전체적으로는 사회에 유해하다는 결론을 내렸고, 둘째로 위치저하, 종속, 지배, 굴욕을 묘사한 비폭력적 성 표현물도 인과적 관련성의 정도는 다소 느슨하지만 해로운 영향을 미친다고 결론내렸다. 셋째로 비폭력적이고 비위치저하적인 성 표현물은 개인의 선택의 문제로 남겨둘 것을 주장했지만 이 경우도 수용자가 아동일 때는 심각한 부정적 결과가 나올 수 있음을 지적하고 있다. 마지막으로 나체묘사의 경우는 그 내용 자체가 해악적일 수는 없다고 동의하면서도

298) *Report of the Commission on Obscenity and Pornography*(1970), pp.580-581.

299) 한국형사정책연구원, 『음란물과 청소년비행과의 관계에 관한 연구』, 1994, 30면.

300) 자세한 것은 Gordon Hawkins & Franklin E. Zimring(1988), *Pornography in a free society*, Cambridge Univ. Press, p.13을 참조.

아동에게 접해질 때의 위험에 대해서는 경고했다.³⁰¹⁾

결국 1986년 제출된 최종보고서에서 미즈위원회는 앞서의 존슨위원회와는 상반된 결론을 내렸다. 즉 미즈보고서는 폭력적인 성 표현물, 인간의 지위저하와 성적 종속을 표현한 성 표현물, 그리고 아동포르노그래피에 대한 법적 규제를 강조하였다. 구체적으로는 전국적인 규모의 국가적 음란물 특별단속반을 설치하고 관련정보를 데이터베이스로 구축할 것을 제안하였다.

특기할 만한 점은 미즈보고서가 제출되자 앞서의 존슨보고서가 나왔을 때와 전혀 반대되는 양상이 연출됐다는 점이다. 즉 정부측에서는 별다른 논평이 없는 반면 시민단체들의 항의는 빗발쳤으며 특히 여성들이 비판적인 의견을 개진했다. 1974년에 설립되어 베티 프리단과 같은 페미니스트도 속해 있었던 National Coalition Against Censorship는 보고서가 발표되기 전부터 항의시위를 펼쳤거니와,³⁰²⁾ 미즈위원회의 두 명의 여성위원도 포르노그래피에의 노출이 그 자체로 성범죄를 저지르게 한다는 것은 지극히 단순한 말이며 과학적인 자료에 의해 입증되지 않는다고 반대의견을 제출했다.³⁰³⁾ 또 ‘미국시민자유연맹’의 변호사이자 FACT(Feminist Against Censorship Taskforce)의 공동창설자인 낸 헌터(Nan Hunter)는 미즈보고서의 기본입장이 ‘궁극적으로 여성을 해롭게 하는’ 주제넘은 보호주의라고 비난했다.³⁰⁴⁾³⁰⁵⁾

위원회는 두 건의 소송에도 휘말렸는데, 위원회가 23개의 서점체인과 판매자에게 포르노그래피의 배포와 판매에 관련되어 있다는 증거를 확보했다는 편지를 보내자 그들은 플레이보이와 펜트하우스를 제거시켜 버렸는데, 이에 대해 동 잡지와 미국도상연합이 소를 제기한 것이 그 하나이며, 다른 것은 미국시민자유연합이 위원회가 보고서를 대중이 접근하지 못하도록 하고자 한 데 대해 제기한 것이었다. 전자의 경우 연방지방법원은 잡지사쪽의 손을 들어 줬으며 후자의 경우는 화해로 타결되었다.³⁰⁶⁾

301) 한국형사정책연구원, 『음란물과 청소년비행과의 관계에 관한 연구』, 1994, 33면.

302) Gordon Hawkins & Franklin E. Zimring(1988), *Pornography in a free society*, Cambridge Univ. Press, p.15.

303) U.S. Department of Justice(1986), p.206. Richard Green(1992), *Sexual Science and the Law*, Harvard Univ. Press, p.125에서 재인용.

304) 아트 레빈·캐슬린 커리, “포르노그래피전쟁과 여성운동”, 원용진 외, 『대중매체와 페미니즘』, 한나래, 1993, 331면.

305) 그러나 그 보수성에도 불구하고 미즈위원회의 보고서 역시 존슨위원회의 그것과 마찬가지로 역시 검열을 탈피하게 된 초석으로 평가하는 견해(Hawkins, Gordon. & Franklin E. Zimring(*Pornography in a free society*, Cambridge Univ. Press, 1988)도 있다.

306) Gordon Hawkins & Franklin E. Zimring(1988), *Pornography in a free society*, Cambridge Univ. Press, p.16.

다. 윌리엄스위원회

영국의 윌리엄스위원회는 종래의 음란물판단기준(Hicklin test)의 폐지를 권고하고 해악을 재정의했다. 이는 자발적 청중과 비자발적 청중을 구분하여 전자의 경우에는 자유를 보장한 것이 특색이다. 더욱이 포르노그래피에 대한 법집행을 '제한'과 '금지'로 구분하여 고찰했다는 점에서 그 합리성을 인정받고 있다. 이러한 발상은 모든 성 표현물을 일률적으로 판단하기보다는 각 성 표현물의 유형과 정도, 행위의 심각성, 법익 침해의 정도 등을 고려하여 판단해야 한다는 것을 보여주고 있다.³⁰⁷⁾

동 보고서에 대해 정부가 명시적으로는 배척하지 않았지만 아무런 반응을 나타내지 않았음으로써 결국 보고서는 실질적인 정책의 변화를 가져오진 못했지만³⁰⁸⁾ 성 표현물이 사회에서 어떤 의미를 가지며 어떻게 취급해야 할지 공식적으로 논의를 했다는 점에서는 역시 의미를 가진다고 하겠다.

(3) 포르노그래피의 해악성 판단과 그 담론구속성

존슨위원회의 경우는 그간의 경험적 연구상 에로틱물체의 노출이 청소년이나 성인의 성범죄나 탈선의 요인이 된다고는 할 수 없다고 했고,³⁰⁹⁾ 윌리엄스위원회 역시 포르노그래피가 성 범죄에 영향을 미쳤다는 결론은 낼 수 없다고 한³¹⁰⁾ 반면, 미즈위원회는 성적 폭력물은 성폭력과 같은 반사회적 행위와 인과관계(causal relationship)를 가짐을 보여주는 증거들이 있다고 결론내렸다.³¹¹⁾

그런데, 앞의 두 위원회, 특히 같은 미국에서의 존슨위원회와 미즈위원회가 위와 같이 상반된 결론을 내리게 된 것은 무엇 때문일까?

이러한 두 위원회의 권고내용의 변화는 우선 그간의 시장상황의 변화가 고려된 것으로 보인다. 즉 그 기간동안 여러 다양한 매체의 발전과 더불어 그 소비양태가 크게 변화되고 또한 그 범위도 광역화될 뿐만 아니라, 그 내용도 과거와는 비교할 수 없을 만큼 자극적·폭력적이 되어 감으로써, 시장상황이 소프트한 성적 유희단계에서 여성과 아동에 대한 잔인성을 보이는 악성(hard) 포르노그래피의 세계로 바뀌어 가고 있

307) 김성호(1999), 『포르노그래피를 해부한다』, 한림미디어, 63면.

308) Gordon Hawkins & Franklin E. Zimring(1988), *Pornography in a free society*, Cambridge Univ. Press, p.13.

309) U.S.Commission(1970), p.27.

310) Home Office(1979), p.80.

311) U.S.Department of Justice(1986), p. 326.

다는 현실이 반영될 수밖에 없었던 것이다.³¹²⁾

그러나 무엇보다 큰 이유는 정책적 입장과 사회운동의 영향의 차이에서 찾을 수 있을 것이다. 즉 60년대 후반 이후의 성 혁명과 자유주의의 옹호는 성 표현물에 대해서도 관용을 드러낸 반면, 정치적 사회적으로 보수주의로 회귀하기 시작한 80년대는 그에 대한 억압을 필요로 했다는 것이다. 1970년의 위원회에는 자유주의자들이 대거 참여했던 반면, 1986년에는 위원회가 보수적인 사람들로 꾸려졌던 것부터가 이를 반증한다.³¹³⁾

이러한 주변담론의 영향은 영국의 윌리엄스위원회까지 아울러 생각하면 좀더 분명해진다. 즉 존슨위원회와 윌리엄스위원회가 상대적으로 자유주의적인 결론을 내린 반면 미즈위원회는 성 표현물에 대한 국가적 규제를 강조했는데, 이는 각각의 정치적 배경-존슨위원회는 민주당, 윌리엄스위원회는 노동당, 미즈위원회는 공화당-의 산물이라고 보여진다. 또 존슨위원회의 경우를 제외하고는 소비자단체와 포르노그래피산업가의 의견은 거의 반영되지 않고 거의 규제하는 사람의 입장에서 보고서가 작성된 것이나, 존슨위원회에는 비교적 교수가 많았지만 타 위원회에서는 법률가들이 주도적인 역할을 했다는 것도 결론의 차이를 설명해준다.³¹⁴⁾

다만 그러한 담론적 배경의 차이에도 불구하고 국가주도의 동 위원회들의 포르노그래피의 해악성 연구는 포르노그래피의 사회적 영향을 다양한 분야에서 담아내는 데에는 공통적으로 실패했다고 볼 수 있다. 미국의 두 위원회와 영국의 위원회를 통틀어 볼 때, 전체 42명의 위원들은 윌리엄스위원회에 포함되어 있던 1명의 시민을 제외하고는 대부분 어떤 분야의 전문가들이던 것이다. 또 동 위원회에서는 여성의 입장도 반영되었고 특히 미즈위원회에서는 그러했으나 그것은 페미니스트적인 시각이라고는 할 수 없었다.

(4) 소결: 폭력적 하드코어의 해악성 인정

종합해 볼 때, 폭력적인 하드코어와 아동포르노그래피의 사회적 해악성은 어느 정도 인정되고 있는 편이라고 할 수 있다. 즉 비폭력적이고 성적으로 인격을 격하시키지 않는 표현물의 행위효과(behavioral effect)는 무의미할지라도, 성적으로 폭력적이고 품위저하적인 표현물에 대한 접촉은 1)강간신화와 여성적대적인 폭력에 대해 더 쉽게,

312) 한국형사정책연구원, 『음란물의 유해성과 그 규제실태에 관한 연구』, 1994, 23면.

313) Downs(1989), *The New Politics of Pornography*, p.2

314) Gordon Hawkins & Franklin E. Zimring(1988), *Pornography in a free society*, Cambridge Univ. Press, pp.17-19.

크게 용인하는 결과를 가져오고, 2)피해자가 폭력과 무력의 사용을 즐기는 것으로 묘사될 때 그 효과는 좀더 분명해지며, 3)특히 강간범과 특정 남성들을 자극하고, 4)통제된 실험상황에서 여성적대적인 성적 공격을 결과한다는 것이다. 다시 말해, 성적 노골성 그 자체의 유해적인 영향력은 불분명한 반면, 공격성과 교착된 성적 표현물이 미치는 영향은 좀더 분명한 것으로 보인다. 따라서 유해성에 기초하여 성 표현물을 판단할 때는 '성적 노골성'에 대한 좀더 분화된 사고가 요구된다.³¹⁵⁾

성 표현물의 영향력에 대한 다양한 실증적 연구결과들을 종합하여 볼 때, 성적 표현이 양적으로 많이, 그리고 오로지 성만이 주제로 부각되어 성적 노골성이 높아진다고 해서 그 소재가 반드시 유해한 영향을 미치는 것(공격적 성향을 높이는 것)은 아니다. 즉 '성적 노골성' 그 자체가 '유해성'을 곧바로 보증하는 것은 아니며, 성적 공격 이미지나 사회규범의 위반내용(피가학적 음란증, 성도착과 성적 페티시즘, 수간, 근친상간, 혼음, 아동에 대한 성적 학대 등)과 결합함으로써 유해적 성격은 좀더 확실하게 드러난다. 결국 성 표현물의 유해성논의에서 중요한 것은 표현의 이미지, 메시지의 내용적 함의인 것이다. 성적인 노골성에 대한 기계적인 검열은 오히려 더 자극적으로 상상력을 발휘하게 하고 그 효과는 의도했던 것과는 정반대로 귀결될 수 있다는 점을 깊이 고려해야 한다. 문제의 핵심은 성적 노골성이 어느 정도인가에 의한 것이라기보다는 표현의 주제와 내용이 얼마나 폭력적이고 반사회적 반인간적인가, 또한 그릇된 삶에 대한 기대와 가치를 갖게 하는가 등에 있다고 보여진다.³¹⁶⁾

따라서 폭력적인 하드코어 포르노그래피와 아동포르노그래피 이외의 포르노그래피에 대해서는 그에 대한 평가가 불안정한 만큼, 적어도 동의한 성인이 그것을 보고 생산하는 것을 금지시키는 것은 개인의 프라이버시와 표현의 자유에 대한 침해라는 자유주의의 주장을 봉쇄할 정도는 되지 못한다고 하겠다.

특히 로날드 드워킨은, 그의 권리존중론³¹⁷⁾에 근거해서, 모호성을 노출하고 있는 해악원리는 기본적으로 당해 행동의 결과를 따지는 목적론적이고 결과론적인 발상에 터잡은 것이라고 비판하면서, 사람은 그것이 사회의 장기적인 목적을 증진하기보다는 해를 가한다고 하더라도 사적인 공간과 자유를 가져야 한다고 주장한다. 즉 포르노그

315) 『음란물의 유해성과 그 규제실태에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 1994, 45면.

316) 『음란물의 유해성과 그 규제실태에 관한 연구』, 한국형사정책연구원, 1994, 47면.

317) 권리-테제(rights-thesis)라고도 하는 그의 권리우월론을 요약하자면, ①판단이 심히 어려운 사안(hard case)에서도 법관은 당사자가 갖는 기존의 정치적 권리에 의거하여 판결해야 하며 ②법관은 그 경우 '정책'에 의해서가 아니라 당사자의 권리가 무엇인지 탐색함으로써 원리에 입각해서 판결해야 한다. ③원리는 제도와 정치적 도덕성을 가장 잘 정당화해주는 정치이론이다. ④법관은 이러한 정치이론에 따라 판결할 정치적 책임을 진다. ⑤모든 사안에는 하나의 정답이 있다는 것이다.

라피를 포함하여 무언가를 표현할 자유도 하나의 권리로서 보장받아야 하며 이는 자유주의국가에서의 도덕적으로 독립적일 권리(right to moral independence)와도 상응한다는 것이다. 또한 그는 덧붙이기를, 포르노그래피업자에게 권리를 부여하는 것은 포르노그래피가 표현으로서 당연히 존중되어야 한다거나 그것이 다만 사적 영역의 일이기 때문이 아니라, 외부적 선호에 의해 포르노그래피의 표현의 자유가 침해될 가능성이 있기 때문이라고 한다. 그의 견해에 따르면, 권리가 아니라 선호로서 정책이 좌지우지되는 것은 다분히 공리주의적인 발상으로서 배격되어야 마땅한 것인데, 포르노그래피에 권리를 부여하지 않으면 포르노그래피에 반대하는 외부적 선호로 말미암아 규제조치가 취해질 것이며 이는 평등원칙에도 오히려 반한다는 것이다.³¹⁸⁾

그러나 위와 같은 드워킨의 권리에 기반한 포르노그래피의 자유의 옹호에 대해서는 따가운 비난이 끊이지 않고 있다. 랭톤(R Langton)의 경우 포르노그래피에 대한 선호는 부정적이라기보다는 긍정적일 가능성이 많다는 점을 지적하며 포르노그래피에 권리를 부여하지 않을 경우 규제조치로 넘어가 버린다는 드워킨의 걱정을 무색하게 만들어 버리는가 하면,³¹⁹⁾ 뒤에서 보듯이, 그의 개인주의적 권리이론 자체가 페미니스트를 중심으로 한 일단의 논객들에 의해 비판을 받고 있는 것이다.

318) Dworkin, Ronald(1985), "Do We Have a Right to Pornography?", *A Matter of Principle*, Harvard University Press, pp.350-353.

319) Rae Langton(1990), "Whose Right? Ronald Dworkin, Women, and Pornographers", p.93.

제 5장 청소년 보호담론

1. 청소년 보호담론의 내용

(1) 청소년 보호담론의 배경

작금의 포르노그래피 논쟁에 있어 가장 많은 관심이 집중되고 있는 것은 그로부터 청소년을 어떻게 보호할 것인가의 문제일 것이다. 이는, 청소년은 아직 성숙을 마치지 않은 불완전한 존재로서 성인보다 외부의 자극에 민감하고 스스로 판단하고 통제할 능력이 부족하다는 통상적인 인식에서부터 비롯되는 것이지만, 상대적으로 청소년의 접근이 빈번하고 용이한 컴퓨터가 세계적으로 포르노그래피를 포함한 성 표현물 유통의 최대의 공간으로 부상한 후 종래의 성 표현물 통제방식이 제대로 기능하지 못하게 되었다는 상황판단과, 특히 청소년의 포르노그래피 활용을 막기 곤란하다는 위기의식에서 비롯된다.

우리의 경우에도 남녀 중·고교생의 3/4 가량은 음란물을 접하고 있고³²⁰⁾ 특히 많은 수는 컴퓨터통신을 통해 음란물을 본 적이 있다고 밝히는³²¹⁾ 등, 청소년의 포르노그래피 접근 상황은 심각한 수준이다. 더욱이 1997년의 ‘빨간마후라사건’³²²⁾에서 보듯이, 청소년들 스스로 포르노그래피를 만들어내기도 하기에 이르렀다. 97년을 전후하여 청소년보호법이 제정·발효되고 음란물로부터 청소년을 보호하기 위한 ‘학부모정보감시단’이 발족³²³⁾되는 등 청소년 보호담론은 더욱 강화되고 있는 것은 그러한 배경에서 기인한다.

(2) 청소년보호론의 담론적 위상: 보수와 자유담론의 조우

320) 한국형사정책연구원 『컴퓨터통신을 통한 음란물접촉실태와 대책』. 98.10-11. 649명을 대상으로 한 조사로, PC통신을 이용한 경우가 75.3%, 인터넷으로는 53.4%. 23.8%는 성인서비스를 이용한 것으로 나타났다.

321) 한국성과학연구소가 서울시내 남녀 중·고교생 923명(남 659명, 여 264명)을 대상으로 한 조사결과 77.1%가 컴퓨터를 통해 음란물을 접하고 있는 것으로 나타났다. <한겨레신문> 1998.7.18일자.

322) 10대 남성 2명과 여성 1명이 자신들의 성 행동을 찍은 비디오테이프가 유출되어 사회적으로 물의를 일으킨 사건이다. 비디오상에서 여학생이 빨간 스카프를 두르고 있었던 데서 속칭 ‘빨간마후라사건’으로 불리웠다.

323) 98.9.23. 민간 정보통신윤리위원회(위원장 박영식)가 컴퓨터음란물로부터 청소년을 보호하기 위해 ‘학부모정보감시단’ 발족했는데 100여명 이상이 참가했다.

흥미로운 것은 포르노그래피로부터의 청소년보호에 있어서만큼은 보수주의자나 자유주의자 양자가 대체로 합의를 하고 있다는 점이다.

우선 성 표현이 노출되고 공개되는 것 자체를 바람직하지 못한 것으로 보는 도덕적 보수주의자의 경우에는 음란물이라는 명명에 의해 모든 사람에 대해서 일반적으로 성 표현물을 규제하는 것에 만족하지 않고, 청소년들은 그러한 비도덕적인 것에서 좀더 세심한 주의를 갖고 보호해야 한다고 주장한다.

또 포르노그래피에 대해서도 기본적으로 표현의 자유가 보장되어야 한다고 주장하는 자유주의자들도 성인에 대해서는 그 보장범위를 넓게 잡고 있지만 청소년보호는 가장 강력한 공익의 하나로 인식되어 그를 위한 성 표현물 통제에 필요성은 많이 공감하고 있는 형편이다.

다만 포르노그래피의 규제의 범위나 그 방식에 있어서는 청소년보호를 어떤 맥락에서 이해하느냐에 따라 차이를 나타낸다. 보수주의자들은 청소년들은 그러한 비도덕적인 것은 원천적으로 접근하지 못하게 하여 타락의 여지를 봉쇄하고자 하여 광범위하게 성 표현물을 금지하는 편이지만, 자유주의자들의 경우는 청소년을 위한 정보제공을 위한 등급제와 포르노그래피로 인한 청소년의 성 착취 규제에 좀더 주력하고 있다.

위와 같이, 보수주의적 입장은 물론이거니와 자유주의적 입장에서도 청소년보호를 위한 포르노그래피규제를 역설하는 것은, 성 표현물을 금기시하는 전자의 특성을 분명히 드러낼 뿐만 아니라, 성 표현의 자유를 옹호하면서도 옹호할 만한 표현과 그렇지 않은 표현을 구분하고 있는 자유주의담론의 담론적 한계 역시 보여주는 것이라고 하겠다.

(3) 청소년 보호담론의 기초로서의 포르노그래피의 청소년 유해성

포르노그래피의 성인에 대한 영향에 대해서는 앞에서 본 것처럼 의견이 갈리고 있지만 청소년의 경우에는 포르노그래피의 해악성을 긍정하는 것이 일반적이다. 청소년은 아직 신체적으로 정신적으로 불완전한 존재로서 합리적인 판단을 할 능력이 부족하고 외부적인 자극에 훨씬 민감하다는 발달학적인 이유에서이다.

가. 성 충동 유발론

청소년보호론은 우선, 포르노그래피가 청소년에게 야기하는 성적 충동을 바람직하지

않은 것으로 보는 데서부터 출발한다. 즉 음란물을 포함한 성적으로 노골적인 영상매체는 청소년들로 하여금 성적인 충동을 느끼게 함과 동시에 그에서 묘사되는 성 경험은 청소년들에게 비현실적인 기대를 갖게 함으로써 잠재적인 위험성을 내포하고 있으며 성적 사회화에 좋지 않은 영향을 미칠 위험성을 갖고 있다는 것이다.³²⁴⁾

위와 같은 견해는 비단 우리나라만이 아니라 상대적으로 성 표현의 자유화가 진전된 서구 국가의 경우도 마찬가지이다. 예컨대 성 표현물에 대한 자유화를 권고한 미국의 존슨보고서도 대중매체의 성적 표현은 청소년의 성적인 충동을 유발하고 특히 적나라한 성적 행위의 묘사는 절제된 묘사보다 청소년들에게 훨씬 자극적인 것으로 보고하고 있다. 나아가 미국의 미즈위원회는 하드코어 포르노그래피의 유해성을 일반적으로 인정함은 물론, 개인의 선택의 영역으로 남길 것을 제안한 비폭력적이고 비위치저하적인 성 표현물도 수용자가 아동일 때는 심각한 부정적 결과가 나올 수 있음을 지적하고 있고 나체묘사의 경우는 그 내용 자체가 해악적일 수는 없다고 동의하면서도 아동에게 접해질 때의 위험에 대해서는 경고하면서 아동포르노그래피에 대한 법적 규제를 강조하였다.³²⁵⁾

나. 성 범죄 유발론

또한, 성폭력이나 각종 비행만 해도 그 원인을 포르노그래피에 돌리는 비중이 청소년의 경우에는 성인에 비해서 더 높은 것도³²⁶⁾ 포르노그래피로부터의 청소년보호론이 중량감을 얻게 되는 요인으로 작용하고 있다. 포르노그래피의 악영향을 어느 정도 통제할 수 있는 성인과 달리 청소년은 모방심리가 강하고³²⁷⁾ 스스로 제어할 자질이 부

324) 한 연구(박경식, “TV, 영화의 성적 내용물이 청소년에게 미치는 영향”, 중앙대, 1987)에서는 고등학생의 67.5%가 성을 묘사한 것을 보고 성적 흥분을 일으키는 것으로 나타났으며, 인천지역의 청소년을 대상으로 한 양성숙의 연구(양성숙, “청소년의 성교육실태 및 개선방안에 관한 연구”, 인하대, 1992)에서는 영상매체에 의해 강렬한 성적 호기심을 느끼고 있는 학생이 53.2%를 차지했다. 또 한국청소년문화연구소의 1994년 조사(한국청소년문화연구소, 『컴퓨터와 청소년문화』, 1994, 114면)에서는 컴퓨터 음란영상물에 접촉함으로써 청소년들의 81.9%가 성적 쾌락을 느끼는 것으로 나타났다.

325) 한국형사정책연구원, 『음란물과 청소년비행과의 관계에 관한 연구』, 1994, 33면.

326) 한국간행물윤리위원회의 조사에 의하면 음란·폭력성 유해간행물과 범죄간의 상관관계에 대해서는 58.0%가 ‘직접적인 관계가 있다’고 응답했고 ‘약간의 영향을 준다’는 38.9%, ‘전혀 영향을 주지 않는다’는 의견은 1.2%에 불과했다. 동 위원회, 『청소년의 유해간행물에 대한 설문조사 분석보고서』, 1996.12. 67면.

327) 한 조사에서 컴퓨터음란물을 접촉한 청소년의 63.9%가 모방충동을 느끼는 것으로 나타났다. 청소년문화연구소, 『컴퓨터와 청소년문화』, 1994, 115면.

족하다는 것이다. 이 때문에 청소년범죄가 발생하면 종종 포르노그래피의 규제가 그 대책으로서 거론된다. 청소년들의 범죄행위는 모방충동에 의한 것이 높은 비율을 차지하고 있다거나³²⁸⁾ 특히 음란물에 많이 노출된 청소년의 경우는 그로 인한 모방범죄가 많이 발생했다는 연구결과³²⁹⁾가 보고되고 있는 것도 이러한 주장의 근거로 작용하고 있다.

다. 왜곡된 성의식 조장

한편, 포르노그래피로 인한 부정적인 내면적 영향도 포르노로부터의 청소년보호의 필요성을 역설하는 논거로 등장하고 있다. 포르노에 많이 노출될 경우 성기중심적으로 성을 바라보게 되고 포르노그래피에서 그려지는 폭력적인 성관계를 당연한 것으로 인식하게 되며 정복되는 성적 대상으로서만 여성을 보게 되는 등의 부정적인 변화가 흔히 지적된다.³³⁰⁾

2. 청소년보호를 위한 몇몇 외국의 성 표현물 규제

328) 김동섭의 연구(김동섭, ‘언론매체의 노출과 외설매체가 청소년범죄동기와의 관계성에 관한 연구’, 중앙대, 1991)에서는 비행청소년들은 4명 중 3명 꼴로 언론매체로부터 영향을 받아 직접 범죄를 모방했거나 유혹을 느껴 범죄를 저지른 것으로 나타났다.

329) 청소년문화연구소의 조사에 따르면 컴퓨터음란물을 거의 이용하지 않는 집단에서 성추행을 한 경험이 있다고 응답한 청소년은 4.4%를 차지하고 있는데 음란영상물을 정기적으로 이용하는 집단에서는 18.6%가 경험이 있다고 응답하고 있다. 한국청소년문화연구소, 『청소년과 컴퓨터』, 1994, 131면. 비행, 특히 성비행이 많은 청소년집단일수록 음란물을 많이 보유하고 있다는 보고도 있다. 서울시내 중고생(남 355명, 여 362명) 717명 대상으로 한 설문조사 결과이다. 한국간행물윤리위원회, 『청소년 유해전자출판물 접촉실태 및 개선방안 연구』, 1996.12. 88면.

330) 한국성폭력상담소 부설 연구소에서 1998년 남녀중고생 20명을 대상으로 한 심층조사. <포르노그래피·미디어·여성>, 64-66면. 한국간행물윤리위원회의 조사에서도 ‘잘못된 성문화와 폭력에 대한 동경심을 조장한다’는 응답(51.5%)이 유해간행물이 청소년에게 미치는 가장 큰 영향으로는 지목되었다. ‘탈선을 부추킨다’(23.0%), ‘성범죄를 유발케 한다’(10.2%), ‘폭력을 유발케 한다’(4.4%)는 등은 그에 비해 적은 응답을 보였다. 한국간행물윤리위원회, 『청소년의 유해간행물에 대한 설문조사 분석보고서』, 1996.12. 64면. 청소년문화연구소의 1994년 조사에서는 컴퓨터음란물에 접촉한 청소년의 61.0%가 여성을 보면 자신이 보았던 음란한 장면을 떠올리게 된다고 답하고 있다. 청소년문화연구소, 『컴퓨터와 청소년』, 1994, 115면.

청소년 보호담론의 수용정도가 보편적인 만큼, 도덕성의 수호를 내세운 음란·저속물에 대한 규제의 방향이 나라마다 약간의 차이를 보이는 것에 비해 청소년보호를 명분으로 하는 성 표현물 규제는 좀더 공통적이고 좀더 강력하게 많은 국가들에서 취해지고 있다. 독일³³¹⁾이나 핀란드³³²⁾처럼 아예 헌법에서부터 청소년보호를 위한 표현의 자유의 규제를 명시하고 있는 나라도 있고, 그렇지 않은 경우라도 명문규정을 두어 청소년보호를 위한 성 표현물의 규제를 명시하고 있다.

(1) 아동포르노그래피 금지

소위 아동포르노그래피, 즉 아동이 직접 출연하는 포르노그래피는 아동에 대한 성 착취와 학대의 범주에 놓아 엄격하게 금지한다. 아동포르노그래피의 제작은 대개 아동의 납치와 유인 등 아동에 대한 범죄와 연관되어 있으며 그렇지 않은 경우라도 아직 주체적인 판단을 할 능력이 없는 아동의 동의는 법적으로 진정한 것으로 인정되지 않는다. 아동포르노그래피에 동원되는 아동은 육체적 정서적 심리적 건강에 큰 손상을 입는데, 미래세대에 대한 그러한 해악은 사회에 대한 해악으로서 평가된다.

가. 미국

미국에서의 아동포르노그래피규제는 1977년에서 1982년 사이에 연방과 47개 주가 아동포르노그래피금지법을 제정함으로써³³³⁾ 시작되었다.

연방의회는 1977년 "the Protection of Children Against Sexual Exploitation Act"를 제정하여 16세 미만의 아동을 동원한 포르노그래피의 생산과 상업적인 유통을 아동성 착취로 보아 금지시켰다. 그러나 동법은 Miller기준에 의해 음란물로 판단되는 것에

331) 독일 기본법은 언론출판의 자유와 그 사회적 책임 내지 '공적 임무'를 동시에 강조하여 동조 2항에서 "이 권리들은 일반법률의 조항과 소년보호를 위한 법률규정에 의하여, 그리고 개인적 명예권에 의하여 제한된다"고 밝히고 있는데, 형법상 폭력행위, 아동의 성적 남용 또는 동물과 인간의 성적 행위를 대상으로 하는 하드코어의 반포 등의 행위는 전면적으로 금지하고 있는 것도 이러한 발상에서이다.

332) 핀란드 헌법(1999.6.11. 개정, 2000년 1월 1일 시행)은 제 12조(표현의 자유와 정보접근권) 1항에서 "그림프로그래밍에 가해지는 아동의 보호를 위해 필요한 제한은 법에 의해 정한다"고 단서를 달고 있다.

333) Hixson, R.(1996), *Pornography and the Justices*, Southern Illinois Univ. Press, p.166.

한정되어 있었고, 개인적인 용도의 아동포르노그래피유통은 제재를 받지 않았다. 따라서 1978년에서 1984년 사이 단 한 사람만이 동법 위반으로 기소된 것에서 보듯, 아동성학대자에 의해 제작되고 은밀하게 유통되고 있던 대부분의 아동포르노그래피를 규제하는 데 동법은 거의 효과가 없었다.³³⁴⁾

그러던 차 미국연방대법원은 New York v. Ferber사건³³⁵⁾에서, 아동포르노그래피의 해악을 인정하고 각 주는 청소년을 보호할 이익이 있다고 하여 밀러판결의 원칙을 배격하고 비록 음란물이 아니더라도 아동포르노그래피는 수정헌법 1조의 범주 밖에 위치한다고 판시했다. 또한 법원은 아동포르노그래피의 유통은 사회적 해악을 강화하고 그것의 제거는 아동에 대한 성착취를 효과적으로 제어할 수 있을 것이라고 진단했다.

그와 같은 법원의 지지에 힘입어, 이후 미국은 1984년 “Child Protection Act”, 1986년의 “Child Sexual Abuse and Pornography Act”와 1988년의 “Child Protection and Obscenity Enforcement Act”, 그리고 1996년의 “Child Pornography Prevention Act”로써 아동포르노그래피에 대한 규제를 강화해 나갔다.

미국의 일부 주는 심지어는 아동포르노그래피를 개인적으로 소지하고 보는 것도 범죄로 다스리고 있는데 이러한 시도 역시 Osborne v. Ohio사건³³⁶⁾에서 합헌적인 것으로 인정되기도 했다.

나. 영국

영국의 경우는 1959년에 제정되고 1964년에 개정된 ‘음란출판물법’과, 1955년에 ‘아동·청소년 유해출판물법(Children and Young Persons Harmful Publication Act)’으로 제정되었다가 1978년에 ‘아동보호법(Protection of Children Act)’으로 개칭된 법률을 중심으로 하여 아동·청소년에 대한 유해출판물에 대해 엄격한 제도적 대응을 하고 있다. 1978년의 ‘아동보호법’은 1955년법이 범죄, 폭력, 잔인행위 등만을 문제삼고 있는 데 비하여 저속한(indecent) 사진물을 제작, 유통, 전시하는 행위를 금지하고 있다. 또 보호대상이 종전의 18세에서 16세로 낮추어졌다. 즉 동법 1조는 16세 미만의 아동의 저속한 사진을 촬영하거나 촬영하게 허용하는 행위, 그와 같은 사진을 배포하거나 열람시키는 행위, 스스로 또는 제3자에 의하여 배포하거나 열람시킬 목적으로 그러한 사진을 소지하는 행위, 광고주가 위와 같은 저속한 사진을 배포하거나 열람시

334) Hixson, R.(1996), *Pornography and the Justices*, Southern Illinois Univ. Press, p.166.

335) 458 U.S. 747 (1982).

336) 110 S. Ct. 1691.(1990)

키는 행위나 또는 그렇게 하고자 할 의도를 전하는 것으로서 이해될 수 있는 광고를 간행하거나 간행을 야기시키는 행위(제1조 1항), 동법의 목적을 위하여 저속한 사진을 제3자에게 배포하거나 또는 제3자가 취득하게 하기 위하여 전시하거나 전시하는 것(1조 2항) 등을 법적 저속행위로 규정하고 있다.

다. 캐나다

캐나다는 형법 163.1조에서 18세미만의 아동을 포르노그래피에서 묘사한 아동포르노그래피를 제작하거나 유통·판매하거나 소지하는 것을 금지하고 있다.

(2) 청소년의 포르노그래피 접근 규제

가. 미국

미국에서 성 표현물로부터 미성년자를 보호하고자 하는 시도는 Ginsberg v. New York사건³³⁷⁾에서 브레넨대법관에 의해 시작되었다. 브레넨은, “성적으로 다소 노골적이긴 하나 성인의 관점에서는 결코 음란물이 될 수 없는 포르노그래피잡지라 할지라도 주법으로 미성년자에 대한 판매를 금지시킬 수 있다”고 판시하였다.

또 성인이라면 비록 음란물이라 하더라도 개인적으로 소지하는 것은 범죄가 아니며³³⁸⁾ 성인극장도 동의하는 성인에게만 공개되는 것이기에 마찬가지로 허용되지만,³³⁹⁾ 음란물에 관한 그러한 개인의 프라이버시는 미성년자와 관련된 것일 때는 제한된다.³⁴⁰⁾

그리고 1998년에는 형법전(18 USC) 71장 음란성에 관한 규정에 제1470조를 추가하여(1998.10.30. 시행) 16세미만의 미성년자에게 음란물을 공여하거나 하고자 한 자에게 벌금 또는 10년이하의 징역에 처하도록 하였다.³⁴¹⁾

337) 390 U.S. 629 (1968).

338) Stanly v. Georgia, 394 U.S. 557(1969).

339) Paris Adult Theatre I v. Slanton, 413 U.S. 59(1973).

340) Ginsberg v. New York, 390 U.S. 629(1968). 그러나 지나가는 미성년자들을 보호한다는 이유로 야외영화를 규제하는 것은 정당화되지 않는다(Erznoznik v. Jacksonville, 422 U.S. 205(1975)).

341) 또한 동 조항 시행 90일 이내에 법무장관은 컴퓨터를 이용한 청소년의 포르노그래피 접근문제를 연구하여 적절한 법적 제도적 대책을 동 조항 시행 2년내에 마련하도록 하고 있다.

특히 근래 미국은 지상파방송, 케이블방송 및 인터넷상의 유해매체물로부터 미성년자를 보호하려고 하는 의도에서 연방통신품위법(the Communications Decency Act: CDA)을 제정한 바 있다. 그러나 이 법률에 대해서는 미국시민권연맹이 제소하여 연방 대법원에서까지 이 문제를 다루게 되었고 결국 동 법에서 핵심적으로 금지하고 있는 ‘저속물의 유포’나 ‘명백히 불쾌한 전시’와 같은 규정이 모호하여 수정헌법 1조를 침해한다는 판결(Reno v. ACLU판결³⁴²)이 내려지자, 다시 인터넷상의 성 표현물로부터 미성년자를 보호하기 위해 ‘아동온라인보호법(Child Online Protection Act: 일명 CDA II)’을 제정하여, 신용 카드 번호 등 성인임을 증명하는 정보를 입력하지 않는 이용자에는 일절 유해한 내용을 보여서는 안 되게끔 규정하여³⁴³ 규범적으로 아동을 인터넷상의 포르노그래피로부터 격리시키고자 하는 노력을 계속했다.³⁴⁴³⁴⁵

한편 1999.4.19. 미 연방대법원은 이메일(E-mail)을 통해 음란한 내용을 유포시키는 행위를 금지한 연방법률에 대해 합헌을 선언했다. 이러한 금지는 인터넷상의 모든 이

342) 521 U.S. 844, 117 S.Ct. 2329(1997). 구체적으로 동 판결은, 동 법이 자녀에 대한 부모의 통제권을 무시하고 있는 점, 상업적 목적을 위한 통신에 국한되어 있지 않다는 점, ‘저속’에 대한 개념정의가 없고 ‘명백히 불쾌한 전시’가 사회적으로 보충적인 가치를 결하고 있어야 한다는 조건을 규정하고 있지 않은 점, 커뮤니케이션의 제한을 특정시간대에 국한하지 않을 뿐만 아니라 매체의 특성을 달 아는 전문기관의 평가에 맡기지도 않았다는 점, 형사처벌 조항이라는 점, 방송과는 달리 수정헌법 1조에 의한 완전한 보호를 받는 매체에도 적용된다는 점, 표현에 대한 내용적 규제이기 때문에 시간, 장소, 방법의 제한(time, place and manner regulation)이라는 형태로 분석될 수 없다는 점을 지적하였다. 또 방송매체에 대해 규제할 수 있는 근거-방송에 대한 광범위한 정부규제의 역사, 주파수의 희소성, 방송의 침투적 성격 등은 사이버공간에서는 존재하지 않는다는 점도 지적되었으며, 당해 조항들의 적용범위와 관련한 애매모호성과 광범위성은 형사법률로서의 억지력과 함께 표현의 자유에 대한 위축효과를 불러일으킬 수 있으며, 당해 조항들에 있어 미성년자보호라는 국가의 필요불가결한 이익은 인정되지만 법률이 표현의 내용을 규제할 때 요구되는 엄밀성을 결하고 있다는 점도 아울러 지적하였다.

343) 어린이에게 유해하다고 판단할 수 있는 콘텐츠를 상업 목적 때문에, 고의적으로 아동에게 열람시킨 Web사이트에는 형벌을 부과할 수 있다.

344) 하지만 이 법률도 1998년 10월 21일 대통령이 서명하자마자 미국시민권연맹을 비롯한 여러 단체들에 의해 위헌소송이 제기되어 1998년 11월 법원에서 잠정적 금지명령이 내려졌고, 필라델피아 연방지법은 99년 2월 2일 동법에 대해서도 위헌판결을 내렸다. “보호라는 명분으로 장차 어린이들이 온전히 물러받아야 할 표현의 자유를 침해한다면 그것은 궁극적으로 어린이들에게 해를 끼치게 될 것”이라는 이유에서이다.

345) 민간에서도 포르노그래피로부터 청소년을 보호하려는 시도가 활발한데, 99.6월부터 부모들이 청소년에게 해가 되는 웹사이트접근을 통제가능하도록 했으며, 야후 등 미국 15개 인터넷회사들은 ‘부모 보호 페이지’를 만들어 자율규제를 하고 있다.

메일에 적용되므로 친구간이라도 음란메일을 교환하는 것은 이에 의해 금지되게 되었다. 다만, 법원은 “오직 음란한 내용만이 헌법상의 보호를 받지 못한다”는 단서를 달았다.

나. EU

성인에게는 거의 모든 것을 개방하고 있는 유럽연합도 청소년에 대한 보호는 철저한 편이다. 예컨대 ‘유럽 청소년 출판물 윤리강령’은 청소년출판물은 내용 및 삽화에서도 성에 관한 주제, 육체적 애정에 대한 주제 그리고 정욕에 관한 주제를 다루어서는 안 되고 이 부분에서는 모든 비윤리적 요소를 배제해야 하며 이야기 전개과정 중에 그러한 주제를 나타내더라도 비도덕적인 특징이나 상황을 피하도록 최선을 다해야 한다(11조)고 선언하고 있다.

다. 독일

1973년 제4차 형법개정법률에서 형법각칙 제13장을 ‘성적자기결정에 대한 죄’라는 제목으로 성적 자유와 청소년의 성적 육성 및 개인적 법익의 보호를 주목적으로 하여 종래 ‘음란행위’, ‘음란문서’ 등의 용어를 가치중립적인 ‘성행위’, ‘포르노그래피(Pornographie)’ 등으로 고치고 종래 음란문서를 포괄적으로 규정하던 데서 벗어나, 일반 포르노그래피에 대해서는 18세미만의 자나 원하지 않는 자에 대한 반포 등의 행위만을 금하게 된 독일에서도 표현의 자유를 규정하고 있는 기본법 제5조의 2항에서부터 청소년의 보호를 위해 표현이 규제될 수 있음을 명시하고 있거니와, 연방국가 차원에서 유해간행물에 대한 전문적 심의와 관련 법적 조치를 취하는 강력한 준사법적 기구를 설치운영하고 있다. ‘청소년 유해간행물 반포에 관한 연방법’(Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften)(1953년 제정, 1985년 개정)을 모범으로 하여 ‘청소년유해간행물 연방심의위원회’를 구성하여 유해간행물에 대해 강력한 법적 대응체계를 구축하고 있다.³⁴⁶⁾

346) 한국간행물윤리위원회(1996), 『제48회 프랑크푸르트 국제도서전 참관 및 유럽 주요국가 간행물윤리 제도와 유해간행물 유통실태 조사』, 31-32면. 또 이렇게 청소년에게 유해하다고 제소된 간행물은 <블랙리스트>에 등재고시되는데 여기에 등재된 유해출판물을 청소년에게 판매 유통시키는 자는 처벌되며 이러한 유해물은 상업적인 광고도 하지 못한다. 한국간행물윤리위원회, 『청소년 유해전자출판물 접촉실태 및 개선방안 연구』, 1996.12. 125면.

라. 프랑스

프랑스도 청소년보호를 주목적으로 하여 '청소년용 출판물에 관한 법률'(1949년 7월 16일 제정, 법률 제49-956호)을 제정하여 그에 따라 법무부산하에 청소년 출판물감독 단속위원회를 두어 청소년유해출판물을 심의한다. 위원회에서 유해출판물로 지정한 것은 '교육부 관보', '프랑스 도서목록', 3대 일간신문에 고시하도록 하여 청소년을 대상으로 판매, 배포, 광고, 선전하는 행위를 금지하고 위반시 경찰이 도서압수, 선전유인물의 파기 등을 명령할 수 있도록 하고 있다.³⁴⁷⁾ 이때 '청소년용출판물'은 명시적인 청소년대상출판물은 물론 청소년은 주대상으로 삼지 않으면서도 그 폐해적 결과가 청소년을 중심으로 발생한다는 사실이 입증되거나 인정되는 출판물까지 포함된다. 다만 청소년용 출판물 중 음란물에 해당하는 것이라 하더라도 사전적 행정규제의 대상이 되는 것은 아니고 해당출판물에 대한 법적 판단이 이루어진 이후 형사처벌의 대상이 된다.³⁴⁸⁾ 그렇지만 외국의 음란출판물에 대해서는 허가제도를 활용하고 있다.

(3) 등급제 및 매체별 취급

동의하는 성인에게는 성 표현의 자유를 인정하되 청소년에 대해서는 강력하게 규제한다는 전반적인 구미의 정책방침은 청중 내지 소비자가 어떠한 사람인가에 따라 포르노그래피를 포함한 성 표현물의 취급을 달리 하는 것으로서, 구체적인 정책으로는 결국 등급제와 매체별 취급으로 귀결된다. 예컨대 노출되는 대상의 범주가 넓고 표현물을 시청자가 완벽하게 선택하기 힘든 방송의 경우 대부분의 국가에서는 이에 대해 좀더 많은 규제를 가하고 있다. 그에 비해 광고는 대체로 자율규제를 한다.

등급의 경우도 매체별로 그 방식을 달리 한다. 예컨대 영국에서 영화의 분류는 자발적인 데 비해, 1984년의 비디오등록법(the Video Recording Act)에 의해 모든 비디오는 가정상영의 적절성 여부를 인증받아야 한다.

가. 미국

347) 한국간행물윤리위원회, 『청소년 유해전자출판물 접촉실태 및 개선방안 연구』, 1996.12. 125면.

348) 한국간행물윤리위원회(1996), 『제48회 프랑크푸르트 국제도서전 참관 및 유럽 주요국가 간행물윤리 제도와 유해간행물 유통실태 조사』, 21-22면.

1934년 통신법(Communications Act, 47 U.S.C)에 의해 연방통신위원회(FCC)가 설치되고 그에 등급부여, 광고허가권한이 주어졌다. 그러나 편집권을 침해하는 규제권한에는 제한을 가하고 있다. 이런 식으로 TV의 경우 내용상의 규제를 받는다. 음란성뿐만 아니라 저속성(indecency)도 규제를 받는다.³⁴⁹⁾ 뿐만 아니라 방송사들은 방송프로그램 기준과 윤리강령에 종속된다.³⁵⁰⁾ 다만 가입해야만 시청할 수 있는 케이블TV는 다른 미디어에 비해 침투성이 덜하기 때문에 규제를 덜 받는다.

한편 광고는 아예 'speech'의 자격을 부여받지 못함으로써 다른 매체물보다 엄격한 규제가 가능하다.

나. 영국

TV의 경우 1990년의 방송법(the Broadcasting Act)에 의해 설치된 독립TV위원회(the Independent Television Commission)가 TV물이 품격을 유지하도록 한다. 영국프로그램규정(British Program Code)에 의하면, 성행위의 묘사(portrayal of sexual

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

350) 『미국언론법』, 이구현, 커뮤니케이션북스, 1998에 실린 각 방송사들의 기준을 보면 다 음과 같다. NBC 음란물: 정사장면은 민감하게 취급되어야 하며 즐거이나 성격에 기여하는 것이어야 한다. 대가가 없거나 과도하고 노골적인 성묘사는 금한다. 외설적 이해를 만족시키기 위한 육체의 강제적 묘사도 금하며 성행위장면의 묘사도 금한다. 성과 폭력이 같이 등장하는 장면은 특별히 주의를 기울여야 하는데 강간은 성행위보다는 폭력으로 묘사되어야 한다. 일반적으로 누드출연은 금지하고 반라 또는 옷을 입지 않은 정도가 음란하고 약탈적인 목적으로 이용되어서는 안된다.

CBS 방송네트워크 프로그램기준 누드와 성: 통념상 사회적인 기준에 따라 합법적인 드라마나 역사적인 목적을 위해 사용되며 음탕한 목적으로 육체를 묘사하는 내용이 아닐 경우 어느 정도의 누드는 허가할 수 있다. 방송에는 성교행위에 관한 묘사는 금지하며 즐거이나 성격의 전개이유로 필요한 성과 관련이 있는 작품에 대한 장면이나 대화는 미적 감각과 감성으로 처리해야 하고 가치가 없거나 착취적인 요소가 가미되면 안된다. ABC 방송프로그램기준 외설적이며 비속한 소재: 외설적이고 비속한 프로그램물은 허가될 수 없다.

성: 감정적이고 육체적인 대인관계는 극적인 프로그램에 있어서 중요한 요소이다. 변화하는 사회에 있어 민감하게 묘사되는 인간의 성문제는 적절한 편성내용이다. 하지만 민감한 주제는 선정적이고 약탈적인 방법으로 취급되어서는 안된다. 목시적이거나 노골적인 의미없는 성적 묘사는 금지한다. 인간의 성문제와 관련한 편성내용의 결정에 대해 ABC 방송기준부는 여러 가지 문맥적인 요소들을 고려하는데, 시간대, 시청자의 성격, 프로그램 장르, 사회적 가치, 시청자들의 기대 등에 따라 다르다.

conduct)에 있어 방송사는 성관계 묘사의 한계범위에 속하지 않는 수용자의 기대를 충족시켜야 한다. 비록 특정 프로그램이 성인에게는 문제가 없다 할지라도 어린이에게는 효과가 미칠 수 있다는 것에 주의해야 한다. 방송사는 책임감 있게 행동할 의무가 있으며 이성간의 관계는 보편적으로 도덕적 선택을 반영한다는 사실을 고려해야 한다. 성과 관련된 아이템이 특히 분기점을 전후해서 편성될 때는 신중해야 한다. 방송사는 프로그램이 담고 있는 내용에 대한 분명하고 충분한 경고를 해야 한다. 성적 인 내용을 제공하는 프리미엄 채널과 페이퍼뷰 서비스는 스스로 선택한 성인수용자를 위한 것이다, 그러나 성묘사는 하드코어 포르노그래피와 음란물과 관련된 법의 테두리 내에서 이루어져야 한다고 주의를 주고 있다.³⁵¹⁾

또한 영국의 1994년의 형사정의와 공중질서법(the Criminal Justice and Public Order Act)는 영화등급위원회는 잠재적 시청자(아동 포함)나 그들의 행동을 통해 사회에 미칠 수 있는 해악을 특별히 고려하여야 한다고 규정하고 있다.

다. 프랑스

프랑스에서는 1989년 방송위원회가 출범하면서 폭력, 선정적 프로그램에 대한 규제에 나섰다. 우선 1990년에는 TV를 통해 영화를 방영할 경우 당해 영화가 미성년자 관람 불가처분을 받았는지 여부를 방영전에 고지하게끔 했으며, 1994년에도 각 방송국들이 선정폭력물을 자체적으로 규제할 것을 촉구했다. 그러한 노력의 결과 1996년에는 프로그램 5등급제가 완성을 보았으니, 모든 사람을 위한 1등급과 어린이에게 충격을 줄 수 있는 2등급, 12세미만자에게 금지되는 3등급, 16살의 미성년자에게 금지되는 4등급과 방송이 전면금지되는 5등급이 그것이다.³⁵²⁾

(4) 소결: 구미의 청소년보호법규의 특징

가. 아동포르노그래피규제에 중점

이상에서 살펴 본 주요 구미국의 청소년보호를 위한 포르노그래피규제의 가장 큰 특징은 무엇보다도 청소년의 포르노그래피접근권을 제한하는 것보다는 아동이 포르노그래피생산에 이용되는 것을 막는 데 좀더 주의를 기울이고 있다는 점을 들 수 있을 것이다. 아동포르노그래피 규제는 청소년에 대한 사회적 관심을 제도화하면서부터 시작

351) 방송위원회, 『방송프로그램 등급제에 관한 2차연구』, 1998, 142면.

352) 주형일, “프랑스의 텔레비전 프로그램 등급제”, 『방송개발원』 1997년 4월호, 10-11면.

한 것으로서 그 전통에 있어서도 청소년의 포르노그래피 접근 통제와는 차이를 보인다.

나. 청소년보호와 포르노그래피일반에 대한 통제의 혼동 억제

또한 중요한 특징으로 들 수 있는 것은 근래 청소년이 포르노그래피를 보는 것에 대해서도 법적인 통제가 가해지고 있지만, 그렇다고 그것이 포르노그래피 일반에 대한 통제를 강화하는 것으로는 나타나지 않는다는 점이다.

미국에서도 1964년의 *Jacobellis v. Ohio* 사건³⁵³⁾과 1989년의 *Sable Communications v. FCC* 사건³⁵⁴⁾ 등에서 청소년에게 유해한 것이라 해서 성인의 접근까지 막을 수는 없다는 원칙을 견지하고 있다. 또 미국의 통신품위법에 대한 위헌판결에서 보듯이 포르노그래피에 대한 청소년의 접근을 차단하기 위한 시도는 그것이 성인의 포르노그래피에 대한 자유를 제한할 수 있는 경우는 입법화가 곤란한 것으로 드러난다.

3. 한국의 청소년보호를 위한 포르노그래피 규제

(1) 청소년의 포르노그래피 접근 통제

한국에서의 청소년보호를 위한 포르노그래피 규제의 주된 방식은 청소년을 포르노로부터 격리하는 것이다. 유해매체물 통제가 바로 그것으로서, 비단 포르노의 장르를 띠지 않더라도 청소년에의 유해성이 인정되기만 하면 통제가능하며, 이 경우 매체의 특성에 대한 고려는 없다.

가. 유해간행물 금지

우선 출판물은 출판사및인쇄소의등록에관한법률에 의해 기본적으로 통제가 이루어진다. 즉 동법 제5조의2는 등록청은 출판사 또는 인쇄소의 등록을 한 자가 아동에 유해한 만화등을 출판하여 공중도덕이나 사회윤리를 침해하였다고 인정되는 경우에는 그 등록을 취소할 수 있다고 규정하고 있다. 아동에 유해하다고 인정되기만 하면 그로 인해 공중도덕이나 사회윤리를 침해했는지 여부는 더 이상의 고려를 요하지 않는다.

353) 378 U.S. 184.

354) 109 S.Ct. 2829.

동조는 음란한 간행물을 발행한 것도 마찬가지로 같은 제재를 부과할 수 있게 하고 있는데, 아동에 유해한 간행물을 출판하는 것 역시 음란물을 발행하는 것 만큼이나 공중도덕이나 사회윤리에 침해되는 행위로 이해되고 있는 것이다. 그리고 이때의 아동유해성 여부는 등록청이 판단할 수도 있고, 청소년유해매체물에 대해 일반적인 통제권을 가지는 청소년보호위원회가 판단할 수도 있다.

청소년에게 악영향을 미칠 수 있는 외국간행물도 비슷한 방식으로 통제된다. 즉 외국간행물수입배포에관한법률은 미풍양속 또는 청소년의 정서함양을 해칠 우려가 있는 간행물을 "풍속저해외국간행물"이라 칭하고(동법 2조 5호) 이에 대하여는 문화관광부장관이 수입추천을 하지 아니하거나 배포의 중지·제한 또는 내용의 삭제를 명할 수 있다(동법 7조 1항)고 규정하고 있다. 그런데 동법시행령에서는 그러한 풍속저해외국간행물로서, "청소년의 성적 감정을 자극하거나 청소년의 정서함양에 해롭다고 인정되는 내용"을 들고 있다. 청소년에게 성적 감정을 자극하는 것은 그 자체로 청소년에게 유해한 것이라는 판단이며, 정서함양에 해롭다고 인정되는 것은 어떤 것이든지 유해매체물로 분류될 수 있게 되는 것이다.

나. 유해음반 금지

음반의 경우는, 음반비디오물및게임물에관한법률 제19조에 따라 영상물등급위원회가 음반의 내용이 사행심, 성적충동, 폭력 등을 조장할 우려가 있어 연소자의 건전한 인격형성을 저해한다고 인정하는 경우에는 연소자가 이용할 수 없는 음반으로 결정될 수 있다. 일반적으로는 음반에 대한 사전심의가 폐지되었지만 연소자에 대해서는 성적인 메시지를 담은 것만으로도 유해한 것으로 인정되어 이용불가판정이 내려지게 되는 것이다.

다. 유해광고 금지

광고는 많은 사람들에게 무차별적으로 제시될 수 있으며 그로 인한 영향을 회피하기 어렵다는 특성을 감안하여, 청소년 보호담론에 의해 가장 많은 규제가 가해지는 영역이다.

즉 음반·비디오물 또는 게임물에 관한 광고와 선전물(음반비디오물및게임물에관한법률 제22조) 또는 영화에 관한 광고나 선전물(영화진흥법 24조)는 모두 영상물등급위원회로부터 청소년 유해성여부를 사전에 확인받아야 하며 유해성이 있다고 확인한 광고나 선전물은 배포·게시할 수 없다. 또 청소년에게 유해한 공연선전물은 이를 공중

이 통행하는 장소에 공공연히 설치·부착하거나 배포할 수 없다(공연법 5조 2항). 한편 옥외에 거는 광고는 청소년의 보호·선도를 저해할 우려가 있는 것만으로도 금지된다(옥외광고물등관리법 5조 2항).

이 외에도 모든 광고는 청소년보호위원회에 의해서도 통제를 받는다, 1999년 7월 청소년보호위원회는 그동안 끊임없이 문제로 제기되던 생활정보지나 스포츠신문 등의 폰팅광고를 전면금지시키기도 했다.

라. 청소년보호법에 의한 광범위한 규제

19세 미만 청소년들의 성 표현물 접촉은 앞서의 규제법규 외에도 1997년 7월 1일부터 시행된 청소년보호법에 의해 유해매체물이라는 개념으로 더욱 광범위한 범주에 걸쳐서 규제된다. 동법은 그 제정 의도 자체에서부터 당시 사회적 문제로 부각된 청소년의 문란한 성문화에 대한 경계심이 강력하게 작용했거니와³⁵⁵⁾, 동법에 의한 청소년 유해매체물이란, 직접적인 피해를 주지 않더라도 청소년의 성적 감정을 자극할 소지가 있거나 폭력성을 조장하고, 범죄성을 유발할 수 있는 경향성이 포함된 것을 의미하여 영국의 히클린테스트와 마찬가지로 위험요인을 아예 제거하는 방식으로 구성되었다.

또한 동법에 의해 청소년보호위원회는 명실상부하게 청소년보호를 위한 표현물 규제 의 최상위점에 위치하게 됐다. 즉 동 위원회는 매체물의 청소년에 대한 유해여부를 심의하여 청소년에게 유해하다고 인정되는 매체물에 대하여는 청소년유해매체물로 결정하여야 하는데(동법 8조 1항), 다른 심의기관이 있는 경우에는 당해 기관이 심의를 하지만, 각 심의기관이 해당 매체물에 대하여 청소년유해여부의 심의를 하지 아니할 경우 청소년보호를 위하여 필요하다고 인정할 때에는 그 심의를 하도록 요청할 수 있으며(동조 2항), 또한 각 심의기관의 요청이 있는 매체물이나 각 심의기관의 청소년유해여부 심의를 받지 아니하고 유통되는 매체물에 대해서는 청소년에 대한 유해여부를 심의하여 청소년에게 유해하다고 인정되는 매체물에 대하여는 청소년유해매체물로 결정할 수 있다(동조 3항).

구체적으로, 청소년유해매체물로 결정되는 것은, 청소년에게 성적인 욕구를 자극하는 선정적인 것이거나 음란한 것, 청소년에게 포악성이나 범죄의 충동을 일으킬 수 있는 것, 성폭력을 포함한 각종 형태의 폭력행사와 약물의 남용을 자극하거나 미화하는 것, 청소년의 건전한 인격과 시민의식의 형성을 저해하는 반사회적·비윤리적인 것, 기타 청소년의 정신적·신체적 건강에 명백히 해를 끼칠 우려가 있는 것 등이다(동법 10조

355) 장영화, “청소년환경과 청소년보호법”, 『오늘의 청소년』 1997.9월호, 6-10면.

1항).³⁵⁶⁾ 따라서 성 표현물의 경우, 음란한 것과 성폭력을 미화한 것은 물론, 성적인 욕구를 자극하는 것도 유해매체물로 분류된다.

한편 청소년보호법은 99년 개정을 통하여 “누구든지 영리를 목적으로 외국에서 제작·발행된 매체물로서 청소년에게 음란성, 포악성 또는 잔인성을 조장할 우려가 있거나 기타 청소년으로 하여금 범죄의 충동을 일으킬 수 있게 하는 매체물을 청소년에게 유통(번역, 번안, 편집, 자막삽입 등의 방법으로 유통시키는 경우를 포함한다)시키거나 이와 같은 목적으로 소지하여서는 아니된다“(23조의 2)는 조문을 신설함으로써 외국의 성 표현물에 대해서도 마찬가지로 방식으로 통제할 수 있도록 강화되었다.

그리고 이렇게 청소년유해매체물로 결정된 매체물에 대해서는 19세 미만 불가 표시의무(청소년보호법 14조), 포장의무(동법 15조), 판매금지(동법 17조), 구분·격리(동법 18조), 방송시간의 제한(동법 19조), 광고·선전의 제한(동법 20조) 등 금지·의무사항을 부과하고 있다. 즉 청소년유해매체물의 청소년의 이용을 막고, 나아가 유해매체물이 청소년에게 노출될 가능성 자체를 봉쇄하는 것이다.

또한 청소년보호위원회와 각 심의기관은 청소년유해매체물로 심의·결정하지 아니한 매체물에 대해서도 청소년유해의 정도, 이용청소년의 연령, 당해 매체물의 특성, 이용시간과 장소 등을 감안하여 필요한 경우에 당해 매체물의 등급을 구분할 수 있다(동법 9조, 시행령 6조).³⁵⁷⁾

356) 좀더 구체적인 것은 동법 시행령의 [별표 1]청소년유해매체물의 심의기준에 드러난다. 즉 개별 심의기준으로, 가. 음란한 자태를 지나치게 묘사한 것, 나. 성행위와 관련하여 그 방법·감정·음성 등을 지나치게 묘사한 것, 다. 수간을 묘사하거나 혼음, 근친상간, 동성애, 가학·피학성음란증 등 변태성행위, 매춘행위 기타 사회통념상 허용되지 아니한 성관계를 조장하는 것, 라. 청소년을 대상으로 하는 성행위를 조장하거나 여성을 성적 대상으로만 기술하는 등 성윤리를 왜곡시키는 것, 마. 존속에 대한 상해·폭행·살인 등 전통적인 가족윤리를 훼손할 우려가 있는 것, 바. 잔인한 살인·폭행·고문 등의 장면을 자극적으로 묘사하거나 조장하는 것, 사. 성폭력·자살·자학행위 기타 육체적·정신적 학대를 미화하거나 조장하는 것, 아. 범죄를 미화하거나 범죄방법을 상세히 묘사하여 범죄를 조장하는 것, 자. 역사적 사실을 왜곡하거나 국가와 사회존립의 기본체제를 훼손할 우려가 있는 것, 차. 저속한 언어나 대사를 지나치게 남용하는 것, 카. 도박과 사행심조장 등 건전한 생활태도를 저해할 현저한 우려가 있는 것, 타. 청소년유해약물등의 효능 및 제조방법등을 구체적으로 기술하여 그 복용 및 제조를 조장하는 것, 파. 청소년유해업소에의 청소년고용과 청소년출입을 조장하는 것, 하. 청소년에게 불건전한 교제를 조장할 우려가 있거나 이를 매개하는 것 등을 제시하고 있다.

357) 동법 시행령 6조에 의하면 당해 등급은 1. 9세이상 청소년이 이용할 수 있는 매체물, 2. 12세이상 청소년이 이용할 수 있는 매체물, 3. 15세이상 청소년이 이용할 수 있는 매체물로 구분된다.

이상을 통해 볼 때, 성 표현물이 청소년에게 노출될 때는 음란물의 통제보다 훨씬 그 범위가 광범위함을 알 수 있다.

다만 현재 국내사회에서의 일반적인 통념에 따르며 그 매체물이 가지고 있는 문학적·예술적·교육적·의학적·과학적 측면과 그 매체물의 특성을 동시에 고려하여야 한다는(청소년보호법 10조 2항) 단서가 있어 포르노그래피라도 일정한 가치가 있는 경우 청소년유해매체물 판정을 면제받을 가능성도 있기는 하다. 그러나, 청소년유해매체물로서 고시된 것들을 보면, 음란성, 퇴폐성, 반사회성, 폭력성, 잔인성, 반인륜성, 불건전성, 포악성, 비윤리성, 성폭력, 정신적·신체적 건강 등의 사유가 있을 때는 예술적·문학적 가치 등은 전혀 고려되지 않고 있어, 포르노그래피 장르가 청소년유해매체물의 범주에서 벗어나는 것은 실제로는 불가능한 일이라고 할 수 있다.

(2) 등급제와 매체별 통제

우리의 경우도 청소년보호를 주목적으로 등급제가 실시되고 있으며 매체별로도 청소년보호를 위한 주의가 기울여지고 있다.

가. 영화 등급

영화는 그 상영전에 영상물등급위원회로부터 상영등급을 분류받아야 하고(영화진흥법 제21조 1항), 영상물등급위원회의 등급에관한규정에는 아동 및 청소년 보호에 관한 사항이 포함되어야 한다(영화진흥법 22조). 이에 따라 영화는 연령을 기준으로 한 등급제를 시행하고 있다. 즉 영화의 상영등급은 "전체관람가", "12세관람가", "15세관람가", "18세관람가" 등으로 분류되며(동법 21조 3항) 상영등급을 분류받지 아니한 영화는 성인에게도 허용되지 않는다(동법 동조 2항).

나. 비디오물·게임물의 등급

비디오물 또는 게임물도 그것을 유통·시청제공 또는 오락제공을 목적으로 제작하거나 수입 또는 반입 추천을 받고자 하는 자는 미리 당해 비디오물 또는 게임물의 내용에 관하여 영상물등급위원회의 등급분류를 받아야 하는바(음반비디오물및게임물에관한법을 제18조), 그 등급은 연령에 제한없이 누구나 이용할 수 있는 것, 12세미만의 자가 이용할 수 없는 것, 15세미만의 자가 이용할 수 없는 것, 18세미만의 자가 이용할 수 없는 것 등 마찬가지로 네 가지로 나뉘어지며, 영상물등급위원회는 3월이내의

기간을 정하여 그 등급의 분류를 보류할 수도 있다.

다. 방송의 청소년보호 고려

일반적인 영향이 지대한 방송의 경우도 당연히 청소년보호가 요청되어 관련 규정을 두고 있다. 방송위원회 심의규정에는 아동 및 청소년의 보호와 건전한 인격형성에 관한 사항이 포함되어야 하며(방송법 33조 2항), 기본적으로 방송프로그램의 등급분류는 아동과 청소년의 보호를 목적으로 한다(동법 33조 3항 참조).

특히 방송은 동 위원회 심의규정³⁵⁸⁾에서 보듯이 청소년의 성장에 유익한 것이어야 한다는 좀더 적극적인 요청을 받고 있다. 이에 따라 방송은 일반적으로는 방송가능한 것들이라도 그것이 어린이와 청소년의 정서를 해칠 우려가 있는 성, 폭력, 범죄 등과 관련한 내용일 때에는 그들이 시청하기에는 부적합하다는 내용을 사전에 알려야 하며(방송심의규정 48조), 청소년보호법 발효 이후에는 시간대의 제약과 청소년유해매체물 표기의무를 동시에 부담하고 있다.

(3) 소결: 한국의 청소년보호 규범의 특징

가. 아동포르노그래피에 대한 관심 미약

이상에서 살펴 본, 성 표현물로부터의 청소년보호를 위한 한국의 규범의 가장 큰 특징은 광범위한 보호법규의 존재에도 불구하고 정작 아동포르노그래피에 대한 규제는 전무하다시피 했다는 점이다.³⁵⁹⁾ 이는 서구의 청소년보호가 아동포르노그래피 규제에 역점을 두고 있는 것과 뚜렷한 차이를 보이는 부분으로서, 이로써 우리의 경우는 성 표현물로부터의 청소년 보호담론이 청소년의 성 주체성의 보장보다는 성 표현물로부터 청소년을 ‘보호’하는 방식으로 구성되어 왔음을 알 수 있다.

358) 동 규정 5조는 “방송은 어린이와 청소년들이 좋은 품성을 지니고 건전한 인격을 형성 하도록 힘써야 한다. 방송은 어린이와 청소년의 균형있는 성장을 해치는 환경으로부터 그들을 보호하고 유익한 환경의 조성을 위하여 노력하여야 한다”고 규정하고 있다.

359) 다만 ‘음반비디오물및게임물에관한법률’에서는 존비속·노인·아동·여성의 학대를 정당화하거나 자살행위를 권장할 우려가 있는 내용에 대해서는 등급을 부여하지 않도록 하고 있고, ‘외국간행물수입배포에관한법률’도 직계존·비속, 아동, 여성 또는 노약자에 대한 학대·유기행위를 묘사하여 건전한 사회윤리를 해치는 내용은 풍속저해외국간행물로서 수입추천을 하지 않거나 배포의 중지·제한 또는 내용의 삭제명할 수 있게 되어 있어 당해 조항들에 따라 간접적으로 아동포르노그래피가 규제될 가능성은 있다.

그렇지만 다행히 2000년 7월 1일부터 ‘청소년의성보호에관한법률’이 시행됨으로써 아동포르노그래피에 대한 공식적인 규제장치도 갖추게 되었다. 즉 동법은 청소년을 이용하여 음란물을 제작·배포하는 행위로부터 청소년을 보호·구제하는 것도 그 목적으로 하고 있는바(동법 1조), 이에 따르면 ‘청소년이용음란물’이란 청소년이 등장하여 성교행위, 구강, 항문 등 신체의 일부 또는 도구를 이용한 유사성교행위를 하거나 청소년의 수치심을 야기시키는 신체의 전부 또는 일부 등을 노골적으로 노출하여 음란한 내용을 표현한 것으로서, 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터 기타 통시매체를 통한 영상 등의 형태로 된 것을 말하고(동법 2조 3호), 이러한 청소년이용음란물을 제작·수입·수출한 자는 5년 이상의 유기징역에 처하고(동법 8조 1항), 그 미수범도 처벌되며(4항), 영리를 목적으로 청소년이용음란물을 판매·대여·배포하거나 이를 목적으로 소지·운반하거나, 공연히 전시 또는 상영한 자는 7년 이상의 징역에, 청소년을 청소년이용음란물의 제작자에게 알선한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처하도록(3항) 하고 있다.

나. 통제의 광범위성과 후견성

또 우리의 청소년보호를 위한 성 표현물 규제의 특징으로 들 수 있는 것은 그 통제의 범위가 대단히 넓으며, 청소년을 보호대상으로 보는 다분히 후견적인 견지에서 통제가 이루어지고 있다는 점이다.

즉 우리의 경우 성 표현물은 각 행정기관이나 청소년보호위원회에 의해서, 청소년에게 유해할 것이라는, 다분히 추측적인 판단만으로도 광범위하게 통제된다. 특히 1997년의 청소년보호법 발효 이후로, 솔하게 많은 건수의 만화와, 영화, 도서, 전자매체물이 음란성은 물론, 막연하기 그지 없는 ‘청소년유해성’을 이유로 청소년유해매체로 분류되어 통제되고 있는 실정이다.

요컨대, 한국의 청소년에게는 책이든 음반이든 게임물이든 영화든 간에 볼 수 있는 것과 없는 것이 행정적으로 일일이, 때로는 미리 분류되어 제시되고 있는 셈인데, 이는, 음란성에 대한 경고와 우려에 의해 일반 성인에게도 행정적으로 광범위한 통제를 가하여 음란성과 비도덕성을 걸러내고 있는 것과 상당히 비슷한 맥락으로서, 청소년의 권리와 자유에 대한 이성적·법리적 접근보다는 청소년에 대한 맹목적이고 감정적인 보호주의적 태도가 관철된 결과라고 하겠다.

다. 기준의 보수성

또한 문제는 그와 같이 광범위하게 이루어지는 청소년유해매체물의 통제의 기준 자체가 다분히 보수적이고 남성중심적인 시각에서 만들어진 것이라는 점이다. 물론 이는 우리의 경우 성과 그 표현에 대한 보수적인 잣대로 짜여진 성 표현물 일반에 관한 기준이 그대로 청소년유해매체물 판단에 적용되기 때문이다.

따라서, 이와 같은 기준에서 볼 때는, 앞에서 본 것처럼 일반 성인에게도 성적 자극을 주는 것은 사회도덕에 반한다고 인정되는 바이므로 청소년에게 성적 자극을 주는 것은 당연히 청소년유해매체물이 된다. 우리나라에서 청소년보호를 위한 성 표현물 통제에 가장 중추적인 역할을 담당하고 있는 청소년보호위원회의 청소년유해매체물 결정기준에서 이는 잘 드러나는바, 동 위원회는 ‘청소년에게 포악성이나 범죄의 충동을 일으킬 수 있는 것’, ‘성폭력을 포함한 각종 형태의 폭력행사와 약물의 남용을 자극하거나 미화하는 것’, ‘기타 청소년의 정신적·신체적 건강에 명백히 해를 끼칠 우려가 있는 것’과 같은, 청소년의 자극 민감성에 근거를 두는 유해매체물과 ‘청소년의 건전한 인격과 시민의식의 형성을 저해하는 반사회적·비윤리적인 것’ 뿐만 아니라 ‘청소년에게 성적인 욕구를 자극하는 선정적인 것’도 청소년유해매체물로 결정하여야 한다(청소년보호법 10조 1항). 또 외국간행물수입배포에관한법률도 풍속저해외국간행물로서, 청소년의 성적 감정을 자극하거나 청소년의 정서함양에 해롭다고 인정되는 내용을 들고 있고(2조 5항), 성적 충동을 조장할 우려가 있는 음반 역시 연소자가 이용할 수 없는 음반으로 결정할 수 있다(음반비디오물및게임물에관한법률 제19조).

즉 청소년에게 성적인 욕구를 자극하는 것은 그로 인한 일탈행동의 위험성 여부에 대한 진단을 경유하지 않고도 그 자체로 용납되지 않는 것이다.

더욱이 실제로 청소년보호위원회가 반사회성과 비윤리성을 들어 청소년유해매체물로 고시한 술한 매체물을 보면, 후배위체위나 여성상위체위, 구강성교, 동성애를 묘사한 것, 또는 침실 외의 공간을 활용한 성행각을 그린 것이 상당수를 차지하고 있는데, 그러한 것은 그 표현의 노골성과 관계없이 다만 전형적인 성적 관습을 벗어났다는 이유로 단죄되고 있음을 알 수 있다.

라. 성 표현물 통제의 전반적 강화

보수적 담론의 영향을 많이 받은 우리의 청소년 보호담론과 그에 기반한 규제는 실제로 청소년보호를 명분으로 하여 포르노그라피에 대한 규제를 더욱더 강화하는 것으로서 그 담론의 특성을 분명히 드러내고 있다. 청소년보호법 시행 이후 우리나라에서도 성인과 청소년은 구분되어 성 표현물이 유통되고 있지만 그 차별적인 유통이 관계, 기존의 경직된 성 표현물의 규제방식을 그대로 둔 채 그에다 청소년유해매체물을

걸러내는 장치를 부가하는 방식으로 됨으로써 결과적으로 성 표현물 전반에 대한 통제를 강화하게 된 형국이 된 것이다. 결국 이는 포르노그래피에 대한 논의와 비판의 장을 봉쇄함으로써 남/녀의 이중성윤리에 기반한 가부장적 포르노그래피의 함수를 고착화시키고, 포르노그래피규제에 깔려있는 사회의 성공포증(sexphobia)이 유지되어 수구적인 분위기를 주도하게 된다는 점에 있다.

실제로 음란물규제와 청소년보호라는 흐름 속에서 성적인 표현물은 물론, 일반적인 표현의 자유와 사상의 자유가 침해받고 있는 부분이 있음을 부인할 수 없다.³⁶⁰⁾

헌법재판소도 이 점을 지적하여, “청소년의 건전한 심성을 보호하기 위해서 퇴폐적인 성표현이나 지나치게 폭력적이고 잔인한 표현 등을 규제할 필요성은 분명 존재하지만, 이들 저속한 표현을 규제하더라도 그 보호대상은 청소년에 한정되어야 하고, 규제 수단 또한 청소년에 대한 유통을 금지하는 방향으로 좁게 설정되어야 할 것인데, 저속한 간행물의 출판을 전면 금지시키고 출판사의 등록을 취소시킬 수 있도록 하는 것은 청소년보호를 위해 지나치게 과도한 수단을 선택한 것이고, 또 청소년보호라는 명목으로 성인이 볼 수 있는 것까지 전면 금지시킨다면 이는 성인의 알권리의 수준을 청소년의 수준으로 맞출 것을 국가가 강요하는 것이어서 성인의 알권리까지 침해하게 된다”³⁶¹⁾고 판시하고 있다.

4. 청소년 보호담론의 문제점

(1) 온정주의의 코드화

청소년보호를 위한 성 표현물 규제법규는 외국이나 우리나라 모두 널리 발견되며 청소년 보호담론은 모두 왕성하다. 물론 앞에서 본 것처럼, 보수주의담론의 연장선상에서 그것을 전개하느냐 아니면 자유주의를 기조로 하느냐에 따라 청소년보호의 주안점은 조금씩 달라지지만 양 경우 모두 안고 있는 공통적인 문제점은 있다.

그 첫째는 청소년 보호담론의 근거가 되는 청소년에 대한 인식에서부터 비롯된다.

360) 1997년 철폐를 맞은 만화업계의 급격한 위축이나 영화 ‘레드헌트’의 상영금지, 동성애를 표방했다는 이유로 금지된 영화 ‘부에노스 아이레스’, ‘나쁜 영화’의 재심의소동과 삭제, 퀴어영화제의 불허 등이 사회도덕성에 기대어 음란규제와 청소년보호라는 명분으로 행해졌다면 최근의 사회과학서점의 일대압수수색과 교과서의 이적성시비는 그에서 나아가 음란성과 관계없는 표현의 자유와 사상의 자유까지 위협하고 있다고 할 것이다.

361) 1998.4.30. 선고 95헌가16결정, 헌법재판소 공보 25호, 69면.

즉 청소년은 미숙하여 외부의 영향으로부터 주체적이고 자율적으로 판단하지 못하므로 성 표현물을 자유롭게 향유할 수는 없다는 것이다. 이는 발달심리학 등 과학에 의해 지지를 얻고 있는 일반적인 인식이지만, 한편으로는 종래 성 표현물로 인해 부패·타락할 경향이 있는 자와 그렇지 않은 자를 구분하고 전자에 대해서는 규제의 정당성을 그 자체로 부여받던 이분법적 구조의 현대적인 적용이라고도 볼 수 있다.

이러한 이분법의 재연에 대한 의구심은, 미발달자로서의 청소년이라는 통상적인 인식에 대해서는 수긍하여 그 부분에서는 일단 덮어두더라도, 그러한 청소년을 국가가 '보호'할 책임이 있다는 대목에서는 다시 제기하게 된다. Osborne v. Ohio사건³⁶²⁾에서 White판사가 지적한 것처럼, 국민의 안위를 보장할 책임은 국가에게 있는 것이지만, 현대의 자유주의국가에서는, 그렇더라도 그것이 부권주의적이고 온정주의적인 보호일 변도일 수는 없는 것인데, 아동포르노그래피와 같은 아동의 성착취를 규제하는 데서 나아가 성 표현물로부터 청소년을 격리시키는 방식으로 보호하는 것은 다분히 온정주의적인 방식이기 때문이다.

또한, 그러한 성 표현물로부터의 청소년보호가 건전한 성 표현물과 그렇지 않은 것을 구분하고 그 실제적인 영향과는 관계없이 후자를 억제하는 방식으로 이루어지고 있는 것은, 국가가 나서서 일정한 가치를 강요하는 것으로서,³⁶³⁾ 보수주의적인 측면에서는 보수적 기준의 강화이며, 자유주의적인 측면에서는 해악원리에 대한 포기에 다름 아니다.

청소년 보호담론 전반에 걸친 위와 같은 온정주의는 청소년의 특수성의 감안이라는 요청에 의해 이론의 여지 없이 내부적으로 상당히 견고해져 있는 것이 사실이다.

그러나 청소년의 경우도 성 표현물에 대해 스스로 판단할 수 없다고 단정지을 수는 없으며³⁶⁴⁾ 설령 판단에 부족한 점이 있더라도 스스로 판단하고 경험할 기회 자체를 전면적으로 봉쇄하는 것은 바람직하지 못하다. 더욱이 청소년이 소위 정상이라는 전통적인 견해만을 접하는 것 역시 바람직하지는 않다. 전 세대에게 맡겨진 임무는 다음 세대의 풍부한 성장을 위해 자원을 보존하고 정보를 제공하는 것일지언정, 차후의 문화와 인식을 미리 앞서서 통제하는 것은 아닐 것이기 때문이다.

362) 110 S. Ct. 1691.(1990)

363) 한인섭(1997), "검열과 자유와 책임", 『철학과 현실』1997년 봄호, 69-71면.

364) 실제로 1997년 이후 우리사회의 성문화와 특히 청소년 성의식을 진단하고자 한 TV 토론회 등에서, 참가한 청소년들은 상당히 많은 수가 불법적인 것을 포함하여 노골적인 성 표현물에 접하고 있긴 하지만 그 때문에 비행을 저지르거나 생활에 장애를 가져오는 경우는 드물며 오히려 대부분의 경우는 성장기에 있는 자연스러운 일로 받아들임을 고백하고, 일시적인 충격도 스스로 통제할 수 있었다고 진술하고 있다.

(2) 성 표현물의 청소년에 대한 해악의 과대평가

온정주의적 청소년보호론이 보수주의자나 자유주의자 양쪽에서 모두 어느 정도 수긍되고 있는 것은 원천적으로는 성 표현물의 청소년에 대한 영향이 과장되어 있기 때문이다.

앞서 봤듯이 흔히 성 표현물로 청소년에게 성적 자극을 주는 것도 해롭다고 이해하고 있지만 그러나 위와 같이 성적 자극을 주는 것 자체를 문제삼아 청소년의 성 표현물 접근권을 제한하는 것은 성 표현 자체를 죄악시키는 보수주의의 주장을 전폭적으로 받아들인다면 모르나, 구체적인 해악 여부에 따라 표현의 자유를 제한하는 자유주의의 입장에서는 완벽하게 정당화되기는 어렵다고 해야 할 것이다.

또한 청소년의 강한 모방욕구를 들어 성 표현물의 접근을 차단하고 있지만, 그러나 이 경우 역시 모방충동을 느끼는 것과 실제로 모방하여 범죄를 저지르는 것은 구별해야 한다. 또한 모든 모방행동을 다 법적으로 문제삼을 수 있는 것은 아니라는 점도 주목해야 한다. 한 조사에 의하면 청소년은 포르노그래피를 보고 모방충동은 느낄지 언정 대부분의 경우는 실제로 모방하지는 않으며, 더욱 중요한 것은 모방행동 중 성추행과 같은 법적인 개입이 요청되고 정당화될 만한 해를 가져오는 것은 극히 일부분에 불과하다는 점이다.³⁶⁵⁾

따라서 청소년유해매체물이라는 판정에 의한 성 표현물의 규제는 각종 청소년범죄와 비행의 책임을 사후적으로 포르노그래피에서 찾는, 다분히 의도적인 발상이며, 규제의 가시적 성과가 드러나는 포르노그래피에 대한 대리적 또는 대표적 응징에 가깝다고 할 수 있다.

실제로 청소년들은 성인들이 생각하는 것보다 유해간행물에 대해 그다지 부정적인 평가를 하고 있지 않으며³⁶⁶⁾ 유해간행물 중에서도 노골적 성 표현물보다는 폭력이 결

365) 한국청소년문화연구소의 조사에 의하면 컴퓨터음란물에 접촉 후 성추행을 한 청소년은 7.5%에 불과했다. 청소년문화연구소, 『컴퓨터와 청소년』, 1994, 119면. 또 한국성폭력상담소가 1997년에 서울시내 인문계 고등학교 2학년 남학생 523명을 대상으로 실시한 '음란물과 청소년비행'연구에 따르면 포르노그래피의 묘사를 따라한 적이 없다는 응답이 80.2%를 차지한다. 모방행동 중 길가는 여성을 희롱한 것은 9.3%, 버스·지하철 성추행은 20.4%, 강간은 2.0%, 누군가를 때린 것은 13.6%, 음란전화를 건 것은 7.3%로 나타났으며 대부분(75.2%)은 자위행위를 하는 데 그쳤다. 한국성폭력상담소 주최 토론회(1999.10.15.) 자료집 <포르노그래피·미디어·여성>, 63-64면.

366) 청소년들은 유해간행물의 긍정적인 기능에 대해 2.65, 부정적인 기능에 대해서는 3.40 점을 부여한 반면 성인들은 전자에 대해서는 2.58을, 후자에 대해서는 4.10점을 부여하였다. 또한 성인들의 86.6%는 유해간행물의 접촉이 청소년들의 도덕성을 타락시킬 것이

부된 것이 더 유해하다고 보고 있는 것으로 보인다.³⁶⁷⁾ 기실 좀더 문제되는 것은 포르노그래피 자체라기보다는 폭력적 성 표현물이고 또한 성 표현물이라기보다는 폭력물이라는 연구결과³⁶⁸⁾도 있건만 폭력물은 성 표현물에 비해서는 훨씬 관대하게 취급되고 있는 것이 현실이다.

이런 관점에서 보자면 뒤늦게나마 한국에서 청소년보호를 위한 규제의 초점이 유해간행물로부터 청소년유해행위로 옮겨가고 있음은 다행스럽다. 즉 애초에 청소년보호법은 “청소년에게 유해한 매체물과 약물 등이 청소년에게 유통되는 것과 청소년이 유해한 업소에 출입하는 것 등을 규제함으로써 청소년을 유해한 각종 사회환경으로부터 보호·구제하고 나아가 이들을 건전한 인격체로 성장할 수 있도록 함을 목적으로”(1997년법상 제1조) 제정되었는데, 1999.2.5.(시행 99.7.1) 동 목적조항은 “이 법은 청소년에게 유해한 매체물과 약물 등이 청소년에게 유통되는 것과 청소년이 유해한 업소에 출입하는 것 등을 규제하고, 청소년을 청소년폭력·학대 등 청소년유해행위를 포함한 각종 유해한 환경으로부터 보호·구제함으로써 청소년이 건전한 인격체로 성장할 수 있도록 함을 목적으로 한다”로 고쳐졌다. 즉 종래의 규정이 유해매체물 등의 규제가 유해환경으로부터의 보호와 청소년의 건전한 인격체로의 성숙의 전제조건처럼 되어 있던 것에 비해, 개정조문은 유해매체물의 규제 자체와 청소년유해환경을 분리해서 고찰하고 오히려 청소년폭력이나 학대를 청소년유해환경의 핵심적인 것으로 들고 있는 것이다.

라고 답한 데 비해 청소년은 54.2%가 그렇다고 답했으며, 공격성을 강화할 것이라는 데 대해서는 성인은 85.7%가 청소년은 58.5%가 그럴 것이라고 답했다. 한국간행물윤리위원회(1998a), 『청소년 유해간행물에 대한 성인인식도 조사』, 126-127면.

367) 한국간행물윤리위원회가 1998년 47개 시민단체와 청소년 708명에 대해 설문조사와 사례조사를 벌인 결과를 보면 청소년들이 생각할 때 청소년에게 가장 심각한 유해환경으로 유해시설·장소·업소(35.1%), 유해물품(약물, 성기구)(29.7%), 영상매체(17.3%), 정보통신매체(13.0%), 전자출판(2.7%), 인쇄매체(2.2%)의 순이었고, 간행물인 전자출판물과 인쇄매체는 4.9%만이 뽑았다. 또 청소년은 청소년에게 가장 심각한 영향을 미치는 간행물은 음란 폭력성 일본복제만화라고 생각하는 것(30.5%)으로 나타났다. 그 다음으로 음란폭력성 성인용잡지(16.6%), 음란폭력성 전자출판물(15.0%), 음란폭력성 성인용만화(12.8%), 포르노그래피잡지(12.1%) 순으로 나타났다. 또 청소년들은 유해간행물이 범람하는 이유로는 왜곡된 성문화의 만연(42.6%), 외래문화의 무분별한 유입(15.0%), 출판사의 영리추구(13.5%) 등의 순으로 꼽아 사회 자체의 음란성에 좀더 많은 이유를 찾고 있음을 보여주었다. 한국간행물윤리위원회, 『청소년 유해간행물 시민감시활동 실태 및 활성화 방안』, 1998.

368) 간행물윤리위원회가 1996년 성인남녀를 대상으로 실시한 조사에 의하면 청소년유해매체물 중 음란물이 더 나쁜 영향을 준다는 응답은 29.4%였음에 비해, 폭력물이 더 나쁘다는 의견은 70.6%에 달했다. 『간행물윤리』 1997.2., 16-17면.

제 6장 반포르노 페미니즘 담론

1. 페미니즘과 포르노그래피

(1) 페미니스트 의제로서의 포르노그래피의 부각

가. 정치적 문제로서의 포르노그래피

여성의 입장에서 포르노그래피에 대한 문제제기는 1960년대의 성해방에 대한 페미니스트들의 문제제기와 그 궤를 같이 한다. 성해방이라는 구호는 여성의 성적 자유도 인정하는 효과는 있었지만 남녀의 권력차이가 여전한 현실에서 그것은 결국은 여성에 대한 성 착취로 나타난다는 것이었다.

이 때문에 1970년대 후반 이후 페미니스트에게 있어 섹슈얼리티는 단순히 남녀간의 자연적 차이의 반영이라기보다는 갈등과 억압의 공간으로 인식되었고, 성적 재현물은 기존의 남성편향적 섹슈얼리티를 고스란히 반영하는 대표적인 상징이자 남성중심성을 강화하는 도구로서 인식되었다. 즉 페미니즘에 있어 포르노그래피는 성교와 성분리주의에 관한 것도, 성도덕에 관한 것도 아니라 여성의 지위에 관한 것이었고, 포르노그래피에 대한 관용정도는 사회의 성질을 나타내는 지침으로 여겨진 것이다.

미국, 유럽, 호주 등에서 포르노그래피가 페미니즘운동의 주요한 이슈로 떠오르고, 그에 대한 비판의 방식도 반포르노캠페인에서 나아가 반포르노법 제정운동에까지 전개되고 있는 것은 바로 이런 맥락에서이다. 포르노그래피에 대한 이러한 높은 관심과 열띤 논쟁은 가히 19세기의 매매춘에 대한 관심에 필적할 정도이다.

나. 남성의 여성 지배의 표징으로서의 포르노그래피

많은 페미니스트들에게 있어 포르노그래피는 가부장제의 핵심으로 받아들여지고 있다. 이러한 맥락에서 페미니스트들은 포르노그래피는 그 용어 자체에서부터 창녀(pornoi)에 관해 쓰기, 창녀의 이야기(graphos)라는 뜻을 지니고 있어 남성에 의한 여성의 성 이용과 착취를 드러내고 있음을 지적한다.³⁶⁹⁾

기실 포르노그래피는 장르로서 매김되기 시작할 때부터 그에 대한 정의는 철저히 성

369) 그 어원을 찾아볼 수 있는 최초의 서적은 125년태생인 루시안의 『창녀들의 대화』라고 한다. 김성호(1999), 『포르노그래피를 해부한다』, 한림미디어, 18면.

별화되어 포르노그래피를 통한 조롱의 대상과 방식은 다분히 남성중심적이었다고 할 수 있다.³⁷⁰⁾ 누드화로 대표되는 종래의 성 표현물도 남녀간의 권력차이를 드러내는 점은 마찬가지였지만³⁷¹⁾ 포르노그래피는 더 노골적으로 여성의 육체에 직접적으로 접근해 탐욕스러운 성적 응시를 만족시켰던 것이다. 석판화와 목판화, 그리고 나중에는 사진까지 대량복제되면서 그나마 고급예술에서 보였던 이상화된 여성육체의 이미지들은 사라져 버리고 막 성장하기 시작한 시장에는 성에 대한 노골적인 시각적 표현물들이 범람하게 되었고 그려지는 여성육체는 포르노그래피의 소비자인 남성의 요구에 맞추어 젊고 관능화되었던 것이다.³⁷²⁾

더욱이 부르조아가 이루어낸 시민혁명은 해방의 느낌이라기보다는 한정된 자유속에서의 질서의 느낌을 풍기는 것이었기에, 시민적 권리가 인정되었지만 그것은 실은 남성중산층에만 제한되어 있었고 이에 따라 성적 표현을 포함한 표현의 자유 역시 그들의 시각에 따라 그 의미가 조정되어³⁷³⁾ 그 결과 포르노그래피는 남성의 전유물이 되었고, 남성의 여성지배가 그 안에서 구현되었다는 것이다.

370) 예컨대 프랑스에서 구체제말기와 혁명기간에 왕비 마리 앙투아네트가 포르노그래피의 가장 대표적인 소재거리가 되었다는 것은 널리 알려진 사실이다. 왕비에 대한 포르노그래피는 왕비의 육체가 획득가능하다는 것을 시각화함으로써 왕권을 비하시켰을 뿐만 아니라 평민을 격상시키는 역할을 했으며 이러한 효과는 왕비가 더 낮은 계층의 사람들과 관계맺는 것으로 그려졌을 때 더 강력해졌다. 포르노그래피라는 공간을 통해 사람들의 권력욕이 표출된 셈이다. 그러나 한편으로 비꼬고자 하는 구체제의 상징이자 남성다운 강건함이라는 공화주의적 관념에 배치되는 여성성을 내포하고 있는 왕비에 대한 포르노그래피적 묘사는 혁명에 수반되었던 성별 경계의 붕괴에 대한 불안감의 표증이기도 했다. 그에 비해 정작 왕인 루이에 대해서는 상대적으로 침묵을 지켰다는 것은 결국에는 그가 권력과 통치의 남성성을 대표한다는 것을 반영하고 있는 것으로 볼 수 있다. 이에 대한 자세한 것은 린 헌트, 『프랑스혁명의 가족로망스』, 130-173면을 참조.

371) 19세기에는 누드화라 하면 여성누드를 뜻했다. 그러나 당시의 여성누드화는 여성의 성적 주체성을 표현했다기보다는 남성이 여성에 대해 갖고 있는 에로틱한 환상을 표현한 것에 가까웠다. 즈느비에브 프레스·미셀 페로 편(1998), 『여성의 역사』4권, 409면.

372) 이와 함께 성모마리아가 여전히 최고의 여성모델로서 19세기의 아카데미한 예술이나 대중적인 예술 모두에서 사랑을 받았음은 특기할 만하다. 여성 성의 상품화의 진전과 함께 여성에 대한 모성적 이미지의 강화의 필요성도 컸기 때문인 것으로 파악된다. 즈느비에브 프레스·미셀 페로 편(1998), 『여성의 역사』4권, 411-412면.

373) 예컨대 폼페이유적의 발굴로 인한 박물관의 '비밀박물관'은 여성과 어린이, 그리고 교육받지 못한 사람의 관람을 배제했으며, 1877년의 카탈로그는 너무 비싸서 오로지 부자만이 그것을 구해 볼 수 있었다. Mary McIntosh(1992), "Liberalism and the contradictions of sexual politics", Lynne Segal & Mary McIntosh(eds.), *Sex Exposed*, Rutgers Univ. Press, 1992. p.338.

(2) 페미니스트가 파악하는 포르노그래피의 본질

그러나 포르노그래피문제에 대한 인식에 있어 페미니스트들이 동일한 선상에 놓여 있는 것은 아니다. 즉 일단의 페미니스트들은 여성을 성 상품화하고 비하하며 성적 종속을 성애화하는 그러한 포르노그래피는 여성에 대한 폭력이자 바로 현실 그 자체로서 보지만 또 일단의 페미니스트들은 포르노그래피는 그러한 현실을 재현한 것에 불과하다고 보는 것이다.

가. 폭력으로서의 포르노그래피

맥키넨을 위시한 많은 여성주의자는 전자의 입장을 취한다.³⁷⁴⁾ 강제와 폭력이 자발적인 섹스와 에로틱한 아름다움으로 그려지는³⁷⁵⁾ 포르노그래피는 여성의 대상화이며 여성차별 그 자체라는 것이다. 아울러, 대개 남성의 성적 욕망의 충족을 위해 여성이 봉사하고 학대당하는 내용의 것들이 소위 포르노그래피라는 이름하에 성 표현물의 일종으로 비칠 뿐, 그로써 여성의 종속과 여성에게 가해지는 폭력이 묻혀버리는 것은 이름짓기에 있어서조차 남성적 권력이 투여된 것에 불과하다고 지적한다.³⁷⁶⁾

더욱 문제는 포르노그래피가 현실을 왜곡하고 성차별관행을 고착화하는 데 그치지 않고 심지어는 여성학대를 조장하기도 한다는 것이다. 포르노그래피와 포르노그래피에 의한 남성우월성의 제도화는 포르노가 다만 환상의 표현이 아니라 현실 그 자체로 연결되며, 이에 따라 포르노그래피로 인한(적어도 포르노그래피의 영향을 많이 받은) 여성에 대한 폭력이 초래되고, 집단으로서도 여성을 성적 대상물로만 그리는 것은 직장에서, 공적 생활에서 여성에 대한 성희롱이나 성차별을 가져온다는 것이다.³⁷⁷⁾

374) 맥키넨에 대한 이러한 이해는 Carol Smart에게서 비롯된다. Carol Smart(1989), *Feminism and the Power of Law*, Routledge, p.120. 그밖에 폭력으로 보는 입장에 선 글로는, Susanne Kappeler(1986), *The Pornography of Representation*, Polity Press; Itzin(1992), *Pornography-Women, Violence and Civil Liberties*, Oxford Univ. Press 등이 있다.

375) MacKinnon, *Feminism Unmodified*, pp.134, 137-138, 146, 148, 155, 161-162, 163, 171-172, 181.

376) Dworkin, A.(1989), *Pornography: Men Possessing Women*, E.P.Dutton, p.17.

377) Catharine a. MacKinnon(1987), "Pornography, Civil Rights, and Speech", Lori Gruen and George E. Panichas(eds.), *Sex, Morality, and the Law*, Routledge, 1997.

나. 재현으로서의 포르노그래피

그런가 하면 맑시스트 페미니스트를 위시한 또 많은 사람들³⁷⁸⁾은 포르노그래피를 재현으로서 본다. 이들은 노골성이란 개념에서 탈피해 포르노그래피논쟁의 초점을 하나의 보는 방식에로 옮기고자 한다. 그 대표적인 사람은 Ros Coward³⁷⁹⁾인데 그녀에 의하면 포르노그래피는 하나의 재현체계라는 것이다. 즉 어떤 이미지든 말이든 불변하지 않는 고유한 의미를 지니지는 않으므로 아무 것도 본질적으로 포르노적이진 않다는 것이다. 그렇게 본다면 우리가 포르노그래피를 포함해서 어떤 것을 읽는 것은 일종의 해석코드에 따른 것으로서 종래의 것과는 다른 해석을 끌어낼 가능성이 열리게 된다.

다. 양 입장의 차이

포르노그래피의 본질에 대한 위와 같은 인식의 차이는 우선 포르노그래피문제의 심각성을 판단하는 데 차이를 보인다. 포르노그래피를 폭력으로 이해할 경우 그것은 여성종속의 가장 대표적이고 중요한 수단으로서 반드시 척결되어야 할 과제이지만, 재현으로 이해할 경우 포르노그래피는 가부장적 사회의 하나의 은유로 파악되어 성차별에 기인한 다른 여타의 문제와 같거나 오히려 낮은 위상만을 점하게 되는 것이다.³⁸⁰⁾

나아가 포르노그래피문제에 대한 대책도 양 입장에서는 달리 내놓는다. 포르노그래피를 폭력으로 볼 때는 그로 인한 성폭력은 물론 포르노그래피 자체에 책임을 묻게 되지만 포르노그래피가 재현에 그친다면 그에 성폭력이나 성차별의 책임, 적어도 법적 책임은 물을 수 없게 된다. 따라서 전자의 경우는 포르노그래피에 대한 규제와 금지의 당연시되며 경우에 따라서는 심지어 검열도 제시되지만, 후자의 입장에서는 그와 같은 대책은 곤란해진다. 포르노그래피의 재현성을 중시할 때는 포르노그래피의 여성에 대한 부정적 이미지는 단순하게 답할 수 있는 문제가 아니라 좀더 복잡한 메커니즘 안에서 빚어지는 것으로 파악되기 때문이다.³⁸¹⁾ 다만, 재현은 다만 현실의 반영

378) Brown, B.(1981), "A Feminist interest in Pornography-some modest proposals" m/f 5 and 6, pp.5-18; Kuhn, A.(1985), *The Power of the Image*, London: Routledge & Kegan Paul; Coward, R.(1987) "Sexual violence and sexuality", *Feminist Review*(ed.), *Sexuality: A Reader*, London: Virago.

379) R. Coward(1987), "Sexual Violence and Sexuality" in *Feminist Review*(ed.), *Sexuality: A Reader*, London: Virago.

380) Smart, C.(1989), *Feminism and the Power of Law*, Routledge, p.117.

381) 그런데, 포르노그래피는 실체가 아니며 환상의 재현임을 인정하면서도, 그 환상이라

에 그치지 않고 그 자체 또 하나의 존재물로서 현실의 일정한 이미지를 강화함을 부인할 수 없으므로 이 지점에서 비판의 공간은 열려있는 셈이다. 또한 만약 포르노물이 단순한 재현이 아니라 그 생산과 소비 자체가 어떠한 행동을 구성하는 것으로 인식한다면 포르노물에 대한 취급 역시 좀더 주의를 요하게 될 것이다.

(3) 포르노그래피에 대한 페미니스트의 비판

가. 여성의 성상품화

대부분의 페미니스트들은 포르노그래피에 대한 비판을 표명한다. 이는 현대의 포르노그래피들이 고대의 순박하고 질편한 성묘사나 근대이전의 통렬한 풍자와 위선에 대한 조롱의 기능은 상실한 채 유감스럽게도 상업적인 이윤추구에만 급급한 탓이기도 하지만, 보다 근본적으로는 과거에나 현재에나 남성들의 성욕의 충족을 노리고 남성의 시선에서 여성의 성을 상품화하기 때문으로 본다.

나. 여성 모습의 왜곡

또 페미니스트들은 포르노그래피가 여성의 모습을 지독하게 왜곡하고 있다고 비판한다. 즉 포르노그래피 안의 여성은 의례 강간상황에서 강렬한 성적 쾌감을 느끼고, 묶이고 맞고 다치는 것을 즐기거나, 성적 쾌락을 위해서라면 어떤 것도 마다하지 않거나, 자세와 행위의 유형을 가리지 않고 기꺼이 남성에게 봉사하거나 하는데³⁸²⁾, 그러나 그러한 여성은 실제에서는 좀처럼 만날 수 없는, 포르노그래피의 주 소비자인 남성을 겨냥해서 만들어진 허상에 지나지 않는다는 것이다. 상품으로서 여성을 그리는 것이 포르노그래피인 한 그 안에서 그려지는 여성이 소비자의 구미에 맞게 조작되는

는 것도 남성중심적으로 그려지므로 남자의 성욕을 만족시키기 위한 도구로서의 여성의 이미지를 고착화한 것으로서 용인될 수 없다는 견해도 있다. Assiter(1988), "Autonomy and Pornography", p.69.

382) 우리사회의 포르노그래피 텍스트에서 그려진 여성의 모습 역시 별로 다르지 않다. 한국간행물윤리위원회의 텍스트분석에 따르면, 잡지는 여성의 경우 1. 이미 자신을 상품화하고 있는 여성만 등장한다. 2. 이들의 섹시함은 순수하고 신비로운 특성과 혼합되어 더욱 강화된다. 3. 여성은 미모와 섹시함으로 자신이 판단되고 가치평가되는 것을 알고 있다. 그러므로 여성은 자기 미모와 섹시함을 마음껏 즐기고 상품화할 줄 안다는 식으로 그려진다. 한국간행물윤리위원회(1998b), 『음란물이 청소년의 성의식과 성폭력인식에 미치는 영향』, 52-85면.

것은 당연한 결과이다.

다. 지배의 성애화

페미니스트가 보기에 포르노그래피의 좀더 큰 문제는 그것이 지배와 권력차이를 성애화하고 있다는 데에 있다. 즉 포르노그래피는 남성우월성을 제도화하고, 지배와 종속을 에로틱하게 만드는 여성차별의 극명한 도구로 이해된다. 안드레아 드워킨은, 찢기고 묶이고 맞는 포르노그래피에서의 그러한 장면들은 그저 인간에 대해 행해졌다면 잔혹한 것으로 인식되었을 것이지만 여성에게 가해진 것은 즐거움이고 장난으로 취급된다고 말하면서 그 이유는 무엇인지 묻고 있다.³⁸³⁾

2. 기존의 포르노그래피담론에 대한 페미니스트의 비판

포르노그래피의 본질을 재현으로 보든 현실적 폭력으로 보든 간에 페미니스트들은 포르노그래피에 대한 기존의 이해와 그를 둘러싼 논쟁이 근거하고 있는 틀 자체에 문제가 있다는 데에는 의견을 같이 한다. 이는 법이론에 대한 비판과도 직결되는 것인데, 즉 페미니스트들은 종래의 법이론과 법집행이 전제하고 있는 객관성과 중립성에 의문을 제기하고 있는 것이다. 페미니스트들은 나아가, 기존의 포르노그래피에 관한 규범적 담론들은 젠더문제에 대해 외면함으로써 여지없이 남성중심성을 드러내고 있는 것으로 평가한다.

(1) 음란물규제 담론 비판

가. 도덕성 수호 담론 비판

보수주의자와 마찬가지로 많은 페미니스트들도 포르노그래피에 대해 거부감을 표명한다. 그러나 그들은 보수주의자와는 달리, 포르노그래피의 비도덕성이 아니라 정치성을 문제삼고 있는데, 페미니즘적 입장에서 음란성은 사회일반의 도덕을 지키고자 하는 추상적인 것이라면, 포르노그래피는 정치적인 실천으로서 구체적인 것으로 간주된다. 따라서 페미니스트들은 여성의 시각이 배제된 모호한 도덕기준이 아니라 포르노그래피로 인해 침해받고 종속되는 구체적인 여성의 입장에서 포르노그래피를 봐야 한

383) Andra Dworkin, "Against the Male Flood", p.455.

다고 주장한다. 더욱이 도덕성수호를 위한 음란물의 통제라는 것은 실은 다분히 남성 중심적이고 보수적인 도덕을 일반의 이름으로 강요하는 것에 지나지 않는다고 비판한다.³⁸⁴⁾

나. 음란물판단의 남성중심성 비판

나아가 페미니스트들은 사회일반의 기준을 내세운 종래의 음란물관련법과 판례, 그리고 음란물판단기준은 실은 남성중심적인 것이라고 비판한다.

예컨대 밀러기준만 해도 페미니스트들은 성적으로 중립적인 ‘일반인average man’이 과연 존재하는지에 의문을 갖고 있으며, 나아가 거기서의 일반인이란 남성을 의미하는 게 아닌가 하는 의구심을 갖고 있다.³⁸⁵⁾ 성기중심적인 성문화 속에서, 호색적인 관심 역시 남성의 발기만을 의미하기 때문이다.³⁸⁶⁾ 따라서 밀러기준에 따를 때에는 여성의 느낌과는 상관없이 남성의 입장에서 법적으로 용인가능한 것과 그렇지 않은 것이 판단되므로, 음란하다고 해서 배격되는 성 표현물 중에 실은 여성중속이 표현되지 않고 다만 노골성이 짙은 것이 있는가 하면, 전혀 음란성이 문제되지 않는 성 표현물이 실은 지독한 여성비하를 담고 있어서 페미니스트의 관점에서는 오히려 금지되어야 하

384) MacKinnon(1989), *Toward A Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, pp.196-197.

385) 비록 사회일반의 정도는 아니지만 많은 사람들이 불공정하다고 느껴지는 방식으로 평균인의 척도가 사용될 수 있다. 이것은 이미 역사상 경험한 바 있거니와, 근대 자본주의법의 상당 부분은 개개인의 충분히 자신의 입장을 전개하고 자신의 능력을 발휘할 수 있다는 ‘합리적 개인’의 입장에 선 결과 상대적으로 불평등한 입지에 있던 계급에게는 법의 존재 자체가 억압적이고 부정의였던 것은 비단 맑스주의법학의 관점을 받아들이지 않더라도 어느 정도 수긍되고 있는 바이다. 현재 도전받고 있는 법의 성편향성도 마찬가지이다. 기존에 법은 객관적이라고 당연히 전제되었지만, 그리고 요행히 그에 대한 별다른 의구심도 제기되지 않았지만 이제는 법은 다분히 남성의 시각에서, 남성만을 전제하고 수립되었고 또 그렇게 집행된다는 비판이 강력하게 제기되고 있는 것이다. 그리고 상당부분 이것은 정당하다(최근의 우조교 성희롱 사건에서 보여지는 기준들을 보라. 여기서는 ‘일반적 교양을 가진 사람’이 내세워지고 있는데 이것은 ‘그러한 행위-성희롱-를 있을 수도 있다고 생각하는 남성’에 다름아니었다. 그리고 그것은 사회일반의 의식에 대한 고려없이 그럴 거라고 법관이 판단한 일반인에 불과했다). 비록 평균인에 기반한 근거라도 그것이 전체를 잘못 본 것이고 따라서 평균인을 잘못 본 것이라면 그러한 평균인척도는 존중될 근거를 상실하게 될 것이다.

386) MacKinnon(1989), *Toward A Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, p.202.

는 성 표현물로 비쳐지기도 한다.

(2) 표현의 자유 보장 담론 비판

가. '표현의 자유'의 남성중심적 이해 비판

페미니스트들은 표현의 자유담론에 대해서도 그것의 추상성과 남성중심성을 지적하면서, 표현의 자유라는 미명하에 여성비하적인 포르노그래피의 고삐를 풀어주는 것은 자유지상주의의 독재라고 공박한다.³⁸⁷⁾

1) 개인주의적 자율적 인간 비판

표현의 자유담론에 대한 이러한 페미니스트의 비판은 우선 표현의 자유론이 상정하고 있는 자율적 인간 개념에 대한 반대에서부터 비롯한다.³⁸⁸⁾ 즉 페미니스트들은 페미니즘 정신분석과 발달심리학에 입각해서, 종래의 자율성에 대한 이해 자체가 지극히 남성중심적임을 지적하고 있는 것이다. '자율적 인간'이란 개념은 인간이라는 이름을 내걸었으며 미묘하게 남성에게 한정시킨 것이며, 고립된 개인을 기반으로 하는 개인주의윤리를 제시함으로써 여성의 독특한 경험에 기초한 관계윤리에 모순이 된다는 것이다. 더욱이 자율적 인간은 구체적 현실상황으로부터는 유리되어 추상적인 개념만을 문제삼기 때문에 여성이 처하는 구체적인 현실을 외면하게 된다는 것이다. 그래서 페미니스트들은 전통적 의미에서의 자율성을 여성들에게 회복시킨다는 것은 결국 남성의 지배에 협력하는 결과를 낳을 것이라고 경고하기도 한다.³⁸⁹⁾

이런 취지에서 페미니스트들은 자율성 대신 여성의 경험을 반영하여 자아의 개념을 다시 짜야 한다고 주장한다.³⁹⁰⁾ 종래의 자율성과 자율적인 개인autonomous ego은 권

387) Elizabeth Wolgast, "Pornography and the Tyranny of the Majority", p.442.

388) Caroline Whitbeck, "A Different Reality: Feminist Ontology", Ann Gary and Marilyn Pearsall(eds.), *Woman, Knowledge, and Reality*(Boston: Unwin Hyman, 1989), p.51; Virginia Held, "Non-Contractual Society: A Feminist View", Marsh Hanen and Kai Nielsen(eds.), *Science, Morality and Feminist Theory*(Calgary: Univ. Calgary Press, 1987), p.127; Lorraine Code, "Second Pearson", Marsh Hanen and Kai Nielsen(eds.), *Science, Morality and Feminist Theory*(Calgary: Univ. Calgary Press, 1987), p.367. 손승희, "여성과 도덕적 주체성", 213면에서 재인용.

389) Diana T. Meyers, *Self, Society and Personal Choice*, Columbia Univ. Press, 1989.

손승희, "여성과 도덕적 주체성", 213면에서 재인용.

390) 예컨대 Jessica Benjamin은 인간의 자아정체성의 형성은 자율성 대신, 타인과의 관련

리개념이 그러하듯이 분리되고 대립되는 개인을 상정했지만 관계와 상호성에 입각한 자율성을 운위해야 한다는 것이다.

2) 동등대우의 한계

또한 페미니스트들은 표현의 자유에 관한 자유주의적 담론은 여성을 남성과 똑같이 봄으로써 실제에 있어서는 여성에 대한 차별을 초래했다고 비판한다. 즉 종래의 담론은 누구든지 똑같이 표현의 기회를 가진다고 설정되어 있지만 사회적으로 남녀의 세력차이가 엄연히 존재하는 현상에서는 성 표현의 영역 역시 남성이 대부분을 점하게 된다는 것이다. 더욱 문제는 그렇게 남성이 주도하는 현재의 포르노그래피문화에 비판을 표하고자 할 때도 상대적으로 허약한 입지 탓에 여성의 목소리는 거의 들리지 않는다는 점인데, 지금의 남녀의 같음에 입각한 평등의 추구는 이러한 문제에 대해 아무런 대책을 마련하지 못한다는 것이다.

나. 공/사 이분법적 담론 비판

한편 페미니스트들은 포르노그래피의 자유를 보장하는 중요한 근거 중의 하나인 프라이버시담론에 대해서도, 그렇게 공적 영역과 사적 영역을 이분법적으로 구분하고 사적 영역에 있어서는 광범위한 자유를 보장하는 것은 공/사 이분법에 근거한 것으로서 채택할 수 없다고 비판한다.

즉 페미니스트가 보기에 공/사의 이분법적 구분은 첫째, 처음부터 주어져 있던 것처럼, 그래서 그 경계를 변경하거나 허물 수 없는 것처럼 선전되고 있지만 실제로 그것은 다분히 정치적이고 사회적인 필요에 의해서 구축된 것으로 파악된다.³⁹¹⁾ 둘째, 공/사 구분은 공정하게 적용되는, 중립적인 것이라고 주장되지만 상당히 자의적으로 운용되고 있음을 알 수 있다. 공권력기관은 그 유지에 이익이 되는 방향과 방식으로만 선택적으로 기준을 적용하는 경향이 있다. 셋째, 무엇보다도 공/사 구분은 여성의 예속과 인권침해를 묵인하고 조장하는 결과를 가져온다.

성을 유지하는 상호인정mutual recognition으로서 재개념화되어야 한다고 주장한다. Benjamin(1988), *The Bonds of Love*, p.32.

391) 비근한 예로 우리가 지금 사적 영역의 표정으로 생각하고 있는 재산법이나 계약법상의 권리도 실은 국가가 부여하고 강제한 것이었다. 또한 국가가 그러한 사유재산을 보호하기 위해서 공적인 권력을 사용하는 것인 만큼 자유롭거나 사적인 것도 실은 공적인 힘의 인위적 결과물이라고 해야 할 것이다. Duncan Kennedy, "The Stages of the decline of the public/private distinction", *Uni. of Pennsylvania Law Review*, Vol.130, p.1351.

따라서 페미니스트들은 이러한 이분법적 논리에 의해서 여성은 사적 영역에 가두어지고 문제의 사회적이고 공적인 측면은 사상된다고 비판하며, 이것들 아래에는 현재 기득권을 가진 자들의 '배제와 편입'의 책략이, '부정과 회피'의 심리가 깔려 있다고 분석한다.

포르노그래피의 경우도 이러한 이분법의 폐해는 드러난다. 우리시대의 포르노그래피는 기본적으로는 여성비하의 관념을 깔고 있고 거기에는 아름다움보다는 가학과 수치감이 더 많이 잠재되어 있는데 사적인 표현과 소비의 문제로 간주되는 나머지. 그것이 갖는 사회적 폭력의 의미는 무시된다.³⁹²⁾ 포르노그래피가 다만 개인적인 것이 아니라 이미 공적인 문제이며 개인적인 포르노그래피의 소비가 공적인 차원에서 여성에 대한 차별과 연관되지만 권리로서 인정되어 공적으로 보호받는 언론출판표현의 자유는 거의 궁극적인 것으로 위치지워져 있다. 물론 법상으로 그것이 타인의 명예를 훼손하거나 공공질서를 해할 경우에는 그 자유도 제한을 받게 되지만 그 사회해악성의 판단 여부도 다분히 남성적인 것이며, 서로에 대한(특히 여성에 대한) 존중을 위해서라기보다는 사회통제적 혐의가 짙은 사회의 보호에 있다.

다. 개인주의적 권리담론 비판

현재의 서구법체계의 근간을 이루고 있는 권리담론에 대한 비판은 페미니즘법학의 핵심적인 주제이다. 페미니스트들에게 있어 체계적인 지배구조와 성적으로 불평등한 현상 상황에서 개인이 저마다 같은 상황에서 서 있다는 전제를 갖고 있는 권리담론은 남성 중심적인 것으로 간주되었다. 권리담론은 객관성을 표방하고 있지만 여성의 현실에 대한 이해를 결여하고 있음으로 인해 실체는 편파적인 남성적 언어로 구성되어 있으며 권리에 갖는 추상성은 남성의 경험에 권위를 부여할 뿐이라는 것이다.

좀더 문제되는 것은 종래의 권리담론은 고립적인 개인을 기본단위로 상정하고 있는데 이는 관계적인 여성의 삶과는 맞지 않는다는 문제제기에서이다.³⁹³⁾ 길리건의 '다른

392) 뒤에서 보듯이, A.Dworkin과 K.MacKinnon이 미네소타주의 입법개혁을 주도하여 그 결과 포르노그래피를 성차별로 규정하게 한 것은 이런 의미에서 상당히 중요하다. 그러나 이에 대해서는 동시에 공적 규제에만 의존하게 했다는 점에서 여전히 공/사 구분의 협소성에 기대고 있다는 비판과 문제에 대한 다차원적인 접근을 봉쇄했다는 비판이 있다. Nicola Lacey, "Theory into Practice? Pornography and the Public/Private Dichotomy", *Feminist Theory and Legal Strategy*, Blackwell Publishers, 1993을 참조.

393) Robin West(1987), "The Difference in Women's Hedonic Lives: A Phenomenological Critique of Feminist Legal Theory", p.140. 그녀는 오로지 여성만이 임신하고 여성이 육아를 책임지므로 여성의 삶과 자아는 남성과 달리 관계적이라고 한

목소리'가 주목되고 있는 것은 바로 이러한 맥락에서이다. 즉 권리담론이 갖는 편협한 개인주의와 보수적 사고관을 타파하고 여성이 삶에서 부여하는 가치를 평가하기 위해서는 '보살핌의 윤리'를 도입해야 한다고 한다. 이는 권리논의가 기반하고 있는 파편화된 개인주의를 거부하는 동시에 권리정립의 전제가 되는 합리성 또는 자율성에 대한 반성인 셈이다.

라. 표현의 자유의 우선권 비판

페미니스트의 비판은 표현의 자유의 위상을 문제삼기에 이른다. 현재의 지배적 문화는 평등에 비해 표현의 자유에 우선권을 부여하고 있는데, 페미니스트들은 여성의 평등권과 적극적인 사회참가권을 무시하면서까지 그렇게 표현의 자유라는 이름으로 권리가 강력하게 보호될 수 있는지, 그에 대해 심각하게 비난을 표명하고 있다.

(3) '해악원리'의 남성중심성 비판

가. 여성에 미치는 해악 간과

1) 법규상의 젠더의식 결여

제 4장에서 본 것처럼, 현대의 많은 국가들은 중요한 인권의 하나로서 표현의 자유를 보장하고 다만 일정한 이유로 그에 대한 제한을 하고 있다. 그러나 그러한 제한 중에 여성에 미치는 해악을 고려하고 있는 것은 찾아보기 힘들다.³⁹⁴⁾ 성 표현물에 대한 통제를 광범위하게 행하고 있는 우리 현행법도 전반적으로 여성비하에 대한 관심은 극히 미약하게 나타난다.³⁹⁵⁾

다. 따라서 칸트에 좇아 개인을 독자적인 존재로만 파악하고 관계성에 주목하지 않음으로써 여성이 느끼는 해악을 인정하지 않는 자유주의법학과 비판법학(Critical Legal Studies)은 모두 지극히 남성적일 뿐이라고 한다.

394) 유럽공동체법 역시 포르노그래피가 여성에게 미치는 해악은 전혀 언급되지 않고 있다. 이러한 취지의 비판은 L. Flynn, "The Body Politics of E.C. Law"(in T.D. Hervey & D. O'Keefe(eds.)(1996), Sex Equality Law in the European Union, Chichester: John Wiley)에게서 대표적으로 수행되었다.

395) 다만 우리의 경우는 전반적으로 성에 관한 표현 자체가 광범위하게 통제되고 있는 특성상 성범죄 등에 대해서는 규제조항들이 있다. 즉 성범죄 등 범죄를 정당화하는 영화는 등급이 분류되고(영화진흥법 시행령 별표 2) 음반비디오물및게임물에 관한법률시행령에서도 심의기준 중 '여성의 착취를 정당화'하고 있는 것을 고려하여 규제하도록 하고

2) 법 해석과 적용상의 젠더의식 결여

법 적용에 있어 여성에 미치는 해악을 간과한다는 점에서는, 음란성의 잣대로 포르노그래피를 판단하는 종래의 기준이나, 자유주의자들의 해악의 원리도 마찬가지이다.

특히 페미니스트는 자유주의자들이 당연하게 받아들이는 해악원리 자체도 의문시한다. 수정헌법 1조에는 harm이나 injury라는 단어가 등장하지도 않으며, 해악의 증명이란 건 애시당초 어렵게 되어 있다는 이유에서다.³⁹⁶⁾ 또 페미니스트들은 해악담론은 injury를 지나치게 사사화하고(privatizes) 집단차원을 고려하지 않은 것이라고 비판한다. 즉 맥키넨이 보기에, ‘비인간화’라는 자유주의의 포르노그래피비판은, 여성에게 미치는 해악의 특이성을 간과한 것으로서, 부적절하다. 사회적 집단으로서의 남성은 여성이 입는 방식으로 포르노그래피에 의해 상처입지 않기 때문이다. 또한 페미니스트들은 포르노그래피는 남성의 소비를 위해 여성의 몸을 대상화시키고 상품화시키며 그 산업의 결과는 남녀에게 달리 나타난다는 점을 중시하며 규제가능성 여부를 판단하는 해악의 기준설정도 여전히 남성중심적이라고 공박한다.

이런 맥락에서 페미니스트들은 인종차별적인 hate speech의 경우 흑인을 비하하는 발언은 비록 모든 흑인이 그 경우 모욕감을 느끼지 않는다 해도 흑인 전체에 대한 모욕으로 간주되어 규제의 대상이 되는데 여성비하적인 포르노그래피는 왜 그렇지 않은지 의문을 제기한다. 진정으로 요구되는 것은, 추상적인 해악의 원리가 아니라 표현의 자유의 기준이 평등의 요구를 고려하는 것이라는 주장이다.³⁹⁷⁾³⁹⁸⁾

나. 표현과 행동의 이분법적 구분 비판

있으며(20조 5호) 여성의 학대를 정당화하는 내용은 등급분류가 보류된다. 외국간행물 수입배포에관한법률시행령 역시 수입추천을 하지 않을 수 있는 것으로서, 여성에 대한 학대를 묘사한 것을 포함시키고 있다(3조 4호). 또 청소년보호법은 성폭력을 자극하거나 미화하는 것은 청소년유해매체물로 분류하게 하고 있다(동법 10조 1항 3호).

396) Elizabeth Wolgast, "Pornography and the Tyranny of the Majority", Patricia Smith(ed.) *Feminist Jurisprudence*, Oxford Univ. Press, 1993, p.433.

397) Gaze(1994), "Theories of Free Speech, Pornography and Sexual Equality", *Freedom of Communication*, Campbell & Sadurski(eds.), Dartmouth, p.137.

398) 이러한 페미니스트의 주장은 근래 급진적 다문화주의radical multiculturalism에 의해 그 정당성을 보장받고 있다. 이 입장에서조차 포르노그래피나 hate speech는 인종차별주의나 성분리주의의 단순한 징후가 아니라 그러한 해악의 근원으로서 금지해야 하는 것으로 파악된다. Farber & Sherry(1997), *Beyond All Reason*, p.43.

포르노그래피의 여성비하성을 인정하면서도 그러한 포르노그래피는 표현일 뿐이며 차별적인 행동이 아니기에 전자에 대해서는 규제할 수 없다는 자유주의자들의 주장도 페미니스트가 보기에 교묘한 변명에 지나지 않는다. 물론 이는 포르노그래피를 재현이라기보다는 폭력으로 보는 입장에서이긴 하지만, 어쨌든 이들에게 있어 포르노그래피는 표현이자 동시에 행동이며 더구나 성차별적인 표현행동이므로 표현과 행동의 이분법적 구분을 유지하는 것은 책임을 회피하기 위한 술책으로 이해되는 것이다.³⁹⁹⁾

(4) 페미니스트가 파악하는 포르노그래피의 해악

페미니스트들은 도처에 산재한 포르노그래피는 모든 여성과 아동, 나아가서는 게이 포르노에서 보듯이 남성까지도 비루하게 묘사함으로써 안전성과 존엄을 침해한다고 한다. 자유주의에서는 법적·정책적으로 유의미한 해악을 쉽게 발견해 내지 못하고 있지만, 포르노그래피 안에서 비하적으로 그려지는 것은 그 자체로 이미 해악이라는 이야기이다. 특히 폭력적인 포르노그래피로 인한 실제적인 범죄의 발생은 이미 보고되고 있는 만큼, 그러한 포르노그래피 자체를 규제해야 한다는 것이다.⁴⁰⁰⁾

페미니즘의 입장에서 포르노그래피는 좁게는 포르노그래피에 관련되는 여성 개인에 대해서, 넓게는 전체 여성에게 다음과 같은 해악을 끼치며, 이 모든 것은 여성의 권리를 침해하는 것으로, 규제되어야 마땅한 것으로 파악된다.

가. 여성 개인에 대한 해악

1) 포르노그래피의 제작시의 여성에 대한 폭력

페미니스트들은 포르노그래피의 제작과 유통, 그 메시지전달의 전 과정에 걸쳐 여성에 대한 폭력이 자행되고 있다고 지적한다. 강제와 위계에 의해 포르노그래피에 참여하는 여성의 상황을 강조하는 것이 그 첫째이다. 포르노그래피 모델과 연기자들은 흔히 강요에 의해 포르노그래피에 출현하고 덧붙여 학대와 부당한 대우를 받는다는 것이다.

그리고, 설령 자발적으로 포르노그래피에 참여했다 하더라도 그것은 진정한 자의에

399) 이러한 견해는 비단 페미니스트들만의 것은 아니다. 예컨대 피시도 표현과 행동간의 이분법적 구분을 허무는 작업을 한다. Stanley Fish, *There's No Such Thing as Free Speech...and It's a Good Thing, too*. New York: Oxford Univ. Press, 1994.

400) Edwards, Susan(1996), *Sex and Gender in the Legal Process*, Great Britain: Blackstone Press, p.99.

의한 것으로 볼 수 없다고 본다. 남성중심적 위계사회에서의 자율성이란 왜곡되어 있을 수밖에 없다는 입장이기 때문이다.

2) 포르노그래피의 소비과정에서의 해악

포르노그래피를 봄으로써 여성이 입는 직접적인 피해도 포르노그래피의 여성에 대한 해악으로 주장된다. 즉 포르노그래피를 보는 여성은 그 안의 보편적인 폭력묘사에 의해 긴장, 우울, 분노, 혼란과 같은 정서적 고통을 느낀다는 것이다. 또 여성은 포르노그래피를 즐기고 소비하는 남성과 접촉할 때도 해를 입는다. 포르노그래피의 이미지를 모방하려는 남성에게 의해 고통을 겪기 때문이다.

나. 집단으로서의 여성에 대한 해악

페미니스트들이 포르노그래피를 페미니즘의 중요한 의제로 생각하고 있는 것은 그것이 다만 여성 개인에 대해서뿐만 아니라 집단으로서의 여성에게도 해악을 미친다고 파악하기 때문이다.

1) 여성에 대한 폭력 유발

포르노그래피를 접함으로써 생긴 여성에 대한 잘못된 인식이 여성에 대한 폭력이라는 구체적인 결과를 낳는다는 것이다.

이에 대해서는, 제 3장에서 본 것처럼 자유주의적 시각에서는 포르노그래피와 성폭력간의 인과관계가 인정되지 않지만, 법적으로 양자의 관계가 인정되지 않는다고 해서 포르노그래피가 카타르시스적인 효과를 가지거나 심지어 강간을 감소시킨다⁴⁰¹)고 주장할 수는 없다. 강간발생률은 포르노그래피 외의 다른 요소와 복합적으로 관련되므로 그것과 포르노그래피의 유포정도를 연결하는 것은 지나친 단순화가 될 위험이 있다고 할 수 있다. 영국의 1970년 윌리엄스위원회 보고서가 ‘덴마크의 성범죄가 감소된 것이 포르노그래피에 대한 규제를 해제했기 때문이라는 주장은 신화에 불과하다’고 한 것도 강간발생률과 포르노그래피와의 부적 관계를 부정한 것이라 할 것이다.

또한 인과관계가 입증되지 않는다는 것이 그 둘간-재현과 행동-의 관계를 부정하는 것과 등치되지는 않는다. 좀더 정확히 말하자면, 단순한 인과관계는 아니지만 복합적

401) Wendy McElroy(1996), *Sexual Correctness*, McFarland & Company, Inc., Publishers, p.46; Richard Posner, *Overcoming Law*, Harvard Univ. Press, 1995, p.362. 포르노그래피는 강간을 포함한 성관계의 대체물이므로 성폭력의 발생을 줄이고, 파트너를 찾지 못하는 사람의 성적 욕구를 적절히 관리하게 한다는 것이다.

인 과정을 통해 포르노그라피는 성폭력의 원인 중 하나가 될 수 있다고 봐야 한다.⁴⁰²⁾ 자신의 한계를 초월하고자 하는 욕망과 타인을 지배하고자 하는 욕망의 산물인 성폭력은 그러한 욕망이 구현되는 포르노그라피-그것이 성적 쾌락에 본질적인 것으로 그리는 포르노그라피-에서 많은 암시를 받을 수 있는 것이다. 더욱이 포르노그라피는 금지되어 있는 것을 그려낸다는 점에서 그 유혹은 더욱 강할 수 있다. 그리고 불행하게도 다른 어떤 곳으로부터도 그 욕망을 구현을 위해 강제력을 행사하는 것이 옳지 않다는 것을 충분히 배우지 못했다면 그가 성폭력범이 될 가능성은 훨씬 높아질 것이다.

보다 큰 문제는 포르노그라피에 담긴 지배와 일탈이 성폭력범만이 아니라 모든 사람에게 스며든다는 점이다. 만약 그에 대한 비판을 멈추고 더 이상 대안적 모델을 찾는 것을 포기한다면 인간의 성은 그만큼 황폐한 것으로 인식될 것이다. 비록 사실이 그렇지 않다 해도 적어도 그렇게 인식될 것이다. 재현의 힘은 그야말로 무서운 것이기 때문이다.

포르노그라피와 성폭력의 관계에 있어서 포르노그라피의 성격과 노출의 정도가 중요한 변수가 된다는 입장이 설득력을 얻고 있는 것도 바로 이 때문이다. Donnerstein에 의하면 하드포르노그라피에서 묘사되고 있는 강간, 학대, 새도매저키즘 등의 여성에 대한 공격적 내용이 남성의 여성에 대한 공격성을 강화한다고 하며⁴⁰³⁾, 또 다른 연구⁴⁰⁴⁾에서는 에로티카(erotica)로 명명할 수 있는 표현물, 즉 비록 성적으로 노골적이긴 하지만 양성이 평등하고 호혜적이며 자발적으로 참여하는 것으로 묘사되는 표현물들은 해악과 연결되지 않는 것으로 보고되고 있다.

2) 여성비하 조장

안드레아 드워킨은, 포르노그라피는 그 어원인 “the graphic depiction of whores”에서 보이듯, 그 자체로 여성에 대한 비하라고 한다.⁴⁰⁵⁾ 실제로 상당수의 포르노그라피에서 여성은 비하적으로 그려지고 있는데, 이는 실제상황에서 비하적 비인간적으로 여성을 대하는 것과 연결된다고 한다.

402) Russell, D.E.H.(1992), “Pornography and rape; a casual model”, C. Itzin(ed.), *Pornography*, Oxford Univ. Press, pp.310-349.

403) Donnerstein, E., D. Linz, S. Penrod(1987), *The Question of Pornography*, The Free Press.

404) Check, J.V.P. & Guloien, T.H.(1989), “Reported Proclivity for Coercive Sex Following Repeated Exposure to Sexually Violent Pornography, and Erotica”, in *Pornography: Research Advances and Policy Considerations*, Hillsdale, N.J., p.178.

405) 드워킨, 『포르노그라피』.

3) 남녀의 지배종속관계 강화

페미니스트들은 포르노그래피에서의 남녀관계의 설정과 그 이미지의 반복은 결국 여성억압과 가치절하를 조장한다고 본다. 안드레아 드워킨은 포르노그래피는 남성지배와 여성종속을 실천하게 만드는 네 가지 요소가 있다고 한다. 남성과 여성의 위계화, 여성의 대상화, 여성을 복종시키려는 힘, 폭력이 그것이다.

즉 포르노그래피의 해악은 그것이 offensive하다는 데 있는 게 아니라 이익을 위한 남성의 여성이용과 소유, 성적 침탈을 대량으로 생산해 낸다는 데 있으며⁴⁰⁶⁾ 또 그 침투성과 잠재성으로 인해 남성지배를 보지 못하게 한다는 데 있다는 것이다.⁴⁰⁷⁾

나아가, 한 사회의 포르노그래피와 매체를 통한 여성의 성애화는 여성을 성적으로 행동하도록 압력을 가할 수도 있다. 포르노그래피는 다른 장르에 포르노적 이미지에 관한 정보를 줄 뿐만 아니라 포르노적 여성의 이미지가 정상적인 것으로 강요됨으로써 여성들이 그러한 것을 추종하게 하기도 한다.

3. 페미니스트의 포르노그래피 규제론의 근거

(1) 아동포르노그래피와의 유사성

페미니스트들이 포르노그래피에 대한 규제를 주장함에 있어 쉽게 떠올렸던 것은 아동포르노그래피에 대한 국가의 강력한 규제였다. 페미니스트들에 의한 반포르노그래피운동이 막 시작될 즈음, 마침 *New York v. Ferber* 사건⁴⁰⁸⁾에서 미국연방대법원이 아동포르노그래피의 유통은 사회적 해악을 강화할 것이고 그것의 제거는 아동에 대한 성착취를 효과적으로 제어할 수 있을 것이라는 진단하에 음란물이 아닌 성 표현물에 대해서도 광범위한 규제를 허용했기 때문이다.

따라서, 맥키넨을 위시한 페미니스트들은 그와 같은 논리를 끌어들어서, 아동포르노그래피는 그것을 연기하는 아동에게 해를 미치기 때문만이 아니라 모방과 아동성욕을 부추킬 가능성 때문에 금지하는 것인데 왜 일반포르노그래피는 그런 식으로 금지될

406) MacKinnon(1989), *Toward A Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, p.195.

407) MacKinnon(1989), *Toward A Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, p.204.

408) 458 U.S. 747 (1982).

수 없는가? 라는 질문을 던졌다. 일반 포르노그래피도 여성에게 폭력을 행사하고 여성을 비하적으로 묘사함으로써 여성에게 해악을 줌은 물론 사회적으로도 남녀종속을 가져와 해악을 끼친다는 것이었다.⁴⁰⁹⁾

그러나, 이러한 견해는, 성인여성은 아동과 달리 스스로를 보호할 수 있는 존재라는 점에서 채택하기 곤란하다고 할 것이다. 물론 사회적 불평등과 종속구조가 잔존하는 한 여성이 실제에 있어 자신의 자율성을 보장받는 일은 힘겨운 일이다. 그러나 모든 여성이 똑같은 방식과 정도로 종속적인 위치에 있어서 자율적인 결정권을 제약받는 것도 아니며, 제약받는 경우라도 그로부터의 탈피 가능성이 없다고는 할 수 없기 때문이다.

(2) 성희롱과의 유사성

맥키넨은 또한 성희롱의 경우 여성에게 불평등한 고용환경을 가져오는 것으로 평가하여 규제하는데, 여성들은 포르노그래피로 인해 사회적으로 안전과 존중을 위협받고 있으므로, 고용평등에 입각해서 성희롱을 규제하는 것처럼 여성의 시민권을 존중하여 포르노그래피에 대해서도 규제를 해야 한다고 주장한다.⁴¹⁰⁾

이에 대해서, 우선 포즈너(Posner)는, 성희롱은 어떤 여성에 대한 것이며 모욕하거나 위협을 가할 목적이지만 포르노그래피는 남성을 향한 것이며 만족시키기 위한 것으로 비교할 수 없다고 응수하고 있다.⁴¹¹⁾

그러나 특정한 여성을 대상으로 하지 않은 언동도 성희롱이 될 수 있고, 더욱이 여성만이 아니라 남성도 성희롱의 피해자가 될 수 있는 점, 또한 성희롱은 침해의 목적이 없는 경우에도, 좀더 정확히 말하자면 오히려 그 사람을 만족시킬 목적으로 한 경우라도 그 결과에 따라 성희롱으로 평가될 수 있다는 점을 고려하면 포즈너의 그러한 비교는 그다지 적절하다고는 할 수 없을 것이다.

실제로 노동현장에서의 포르노그래피는 이미 성희롱의 일종으로서 규제되고 있기도 하다. 미국에서는 성적인 자세를 강요받은 펜트하우스의 여직원에게 성희롱에 의한 손해배상이 인정되거나⁴¹²⁾ 작업장의 성적으로 불쾌한 표현물에 대해 소송을 낸 것도 성희롱으로서 받아들여진 바⁴¹³⁾ 있다. 한국의 경우도 1999년 제정된 남녀차별금지및구

409) Catharine a. MacKinnon(1987), "Pornography, Civil Rights, and Speech", Lori Gruen and George E. Panichas(eds.), *Sex, Morality, and the Law*, Routledge, 1997.

410) MacKinnon(1993), *Only Words*/ 역서: 『포르노그래피에 도전한다』, 개마고원, 1996, p.39.

411) Richard Posner, *Overcoming Law*, Harvard Univ. Press, 1995, p.364.

412) Thoreson사건. 611 NE 2d 298(1993).

제에 관한 법률(2조)과 1999년 개정된 남녀고용평등법(2조의 2)은 고용, 교육, 공적 기관에서 성적인 언행으로 타인에게 굴욕감을 끼친 것을 성희롱으로 규제하고 있는바 노동부는 성희롱의 전형적인 유형으로서 음란물을 걸어두는 것을 포함시키고 있다.

그러나, 성희롱은 사업장별로 규율되는 자치법규의 하나이며, 그 손해가 명확하다는 점에서 포르노그래피와는 다른 문제라고 할 수 있다. 물론 성희롱으로부터 자유롭게 평등한 노동권을 향유한다는 것과 포르노그래피로부터 자유롭게 평등한 시민권을 향유한다는 점은 비슷하긴 하지만, 성희롱규율의 효과는 개인에 따라 반복가능하지만 포르노그래피의 경우에는 그 적용영역이 더 일반적이기 때문이다.

또한 자신이 포르노그래피를 보고 모욕감을 느꼈다고 각각의 사람이 평등권침해를 주장할 수 있을지는 의문이다. 구체적인 환경을 중시하는 성희롱과 달리 포르노그래피로 인한 침해는 자신이 회피할 수 있는 문제이기 때문이다. 자신은 접하지 않지만 그러한 것을 많은 사람들이 접하는 것이 바람직하지 못하다는 이유로 규제를 주장하는 것은 더구나 타인에게 가치판단을 강요하는 결과가 되어 납득하기 어렵다.

(3) 성적 증오 조장

강간과 묶이고 맞는 모습에서 드러나듯이, 포르노그래피의 현저한 여성에 대한 비하감과 적대의식을 고려한다면, 인종차별적 발언이 인종적 증오를 가져온다는 이유에서 금지될 수 있는 것처럼, 포르노그래피도 성적 증오(sexual hatred)를 조장하는 것으로서 규제될 수 있지 않을까 하는 생각을 할 수 있다.

나쁜 발언은 좀더 많은 자정적 발언으로서 도전되어야 한다는 일반적인 주장이 있지만, 소수집단에게 그러한 요구는 공허하며, 심리적인 감정에 대한 injury가 인종차별적 발언의 피해자를 보호하는 데 충분한 이유가 된다면 여성의 감정도 동등한 고려와 존중을 요구한다고 파악되기 때문이다.

그러나 인종차별적인 발언을 제재하고 있는 영국의 1986년의 공중질서법(the Public Order Act)이나 1976년의 인종관계법(the Race Relations Act) 등도 그 법률의 효과는 미미한데 비슷한 논리로 포르노그래피를 금지시킬 경우의 그 효과는 더욱 제한적일 것이다. 인종차별발언보다 포르노그래피의 경우는 언론의 자유의 주장이 훨씬 강력하기 때문이다.

더욱이 인종차별적 발언은 인종적 혐오에서 비롯되고 아무런 공적인 가치를 지니지 못하지만 포르노그래피는 비록 상업적인 맥락이긴 하지만 섹슈얼리티의 탐구를 그 목적으로 하고 있으므로 그 점에서도 양자는 구분되어야 할 것이다.

413) Robinson v. Jacksonville Shipyards 760 F Supp 1486, US Dist(1991).

(4) 여성의 평등권 침해

맥키넨⁴¹⁴⁾을 비롯한 페미니스트들과 많은 진보주의자들은 포르노그래피의 자유로 인해 침해되는 평등을 거론하며 후자의 존중이라는 입장에서 포르노그래피를 규제할 것을 역설한다. 이 입장에서 포르노그래피의 문제는 침해나 규율되지 않는 성적 행동에 대한 우려, 전통적인 도덕이나 사회의 일반적인 가치의 침해 따위가 아니라 실제의 해악이다. 요컨대 포르노그래피는 성차별의 도구일 뿐이므로 금지되어야 한다는 것이다.

이들은 언론의 자유는 추상적인 개인을 자유롭게 할 수 있지만 구체적인 개인과 피종속집단을 억압할 수 있음을 먼저 환기시킨다. 제한되지 않은 포르노그래피의 표현은 그에 반대하는 사람들을 침묵시켜서 그들의 표현의 자유가 발현될 기회를 제약한다는 것이다. 즉 포르노그래피에서의 개인적인 자유는 평등을 희생해서 얻어지는 셈인데, 자유와 마찬가지로 평등도 헌법적으로 보장되는 것이라는 점을 주목한다면 이는 부당하다는 것이다. 따라서 이들은 자유에 대한 헌신은 평등에 대한 헌신으로 제한되어야 한다고 주장한다. 피스(Owen Fiss)도 표현의 자유수호는 단순히 개인의 speech acts의 보호가 아니라 민주적 토론과정의 증진책임으로서 이해되어야 한다고 주장하면서 포르노그래피가 여성을 침묵시키는 한 포르노그래피에 대한 규제는 자유롭고 제약없는 토의를 고무시킬 것이라고 한다.⁴¹⁵⁾

위와 같은 평등에의 호소는 민주주의의 원리와 결부되어 사실 많은 반향을 불러일으켰다. 캐나다에서 평등의 존중과 그를 촉진하고 보장할 국가의 적극적인 의무를 인권헌장으로서 규정하고 그에 입각하여 판결을 내리고 있는 것은 그 좋은 예이다.⁴¹⁶⁾

그러나 드워킨은 소극적인 자유를 제한함으로써 평등과 정의가 촉진될 수 있다고 생각하는 것은 잘못이라고 말한다. 오히려, 평등의 원칙때문에라도 정부의 역할은 모든 목소리가 들릴 수 있도록 하는 것이므로 포르노그래피를 규제하는 것은 타당하지 않다고 그는 옹수한다. 나아가 충분한 표현의 자유가 주어지는 메커니즘이 포르노그래

414) 1993년의 *Only Words* 이전의 그녀의 입장은 주로 자유에 대비되는 평등을 강조하는 것이었다.

415) Owen Fiss(1996), *Liberalism Divided-Freedom of Speech and the Many Uses of State Power*, Westview Press.

416) 캐나다대법원의 R. v. Butler, 89 Dominion Law Reports 449(1992)판결은 음란물에 관련되는 형법 163조가 권리와 자유장전Charter of Rights and Freedom을 위반했지만, equal dignity and respect와 provoke equality를 담고 있는 법에 규정된 합리적인 제한으로서 정당화될 수 있다고 판시했다.

피문제를 해결하는 가장 효과적인 법적·도덕적 방안이라고 다소 낙관적인 의견을 펼친다.⁴¹⁷⁾

기실, 수정헌법 1조의 제약으로서 추상적인 원리인 평등을 주장하는 것은 그것만으로는 충분하지 않으며 설득력이 부족하다. 미국의 전통상 대중의 마음속에서 자유는 그 무엇보다도 절대적인 것으로 각인되어 있지만 그러한 자유에 대한 헌신과는 달리 평등에 대한 헌신은 정치적으로나 도덕적으로나 그다지 경험하지 못했던 것이기 때문이다.⁴¹⁸⁾

또한 포르노그래피의 침묵효과도 발언자에 의해서라기보다는 청취자의 반응 때문이며⁴¹⁹⁾ 더 정확하게는 포르노그래피 자체 때문이라기보다는 남성중심적 구조 때문이라고 할 수 있다. 따라서 포르노그래피를 평등권 침해라 하여 규제하는 것은 현실이 아니라 재현에 부당하게 책임을 묻는 일이 될 수 있다.

(5) 여성의 권리 보장

맥키넨은 수정헌법 1조는 추상적인 차원의 표현의 자유는 인식했는지언정 구체적인 체계내에서의 성분리주의는 파악하지 못함으로 인해 실은 남성의 표현의 자유만을 보호할 뿐 여성의 표현의 자유는 침묵시킨다는 종래의 주장⁴²⁰⁾에서 진전하여, 포르노그래피는 여성이 적극적으로 생활하고 참가할 수 있는 권리와 자유를 침해한다고 한다. 즉 맥키넨은 포르노그래피는 수정헌법 14조의 평등권보호에 위배되며, 수정헌법 1조의 보호는 수정헌법 14조의 권리와 균형을 맞춰야 하는데 종래에는 지나치게 수정헌법 1조로 무게중심이 쏠려왔다고 평가하고, 실질적 평등을 위한 다른 조치들처럼, 포르노그래피의 제거도 비록 자유를 제한하더라도 평등기회의 보장에 기여하는 것으로서 지지되어야 한다고 주장한다.⁴²¹⁾

포르노그래피문제에서 권리와 권리(자유와 자유)가 충돌한다는 이러한 지적에 대해서는 포르노그래피에 대한 결과론적인 정책의 부적절하다고 지적하면서 그보다 개인의 권리에 기반을 두어서 포르노그래피를 볼 자유를 인정해야 한다고 주장해 온 로널드 드워킨(R. Dworkin) 역시 많은 관심을 나타내고 있다. 그는 종래, 개인은 도덕적으

417) Lori Gruen and George E. Panichas(eds.), *Sex, Morality, and the Law*, Routledge, 1997.

418) West(1994), *Progressive Constitutionalism*, pp.148-149.

419) Sadurski(1999), *Freedom of Speech and its Limits*, p.111.

420) MacKinnon(1989), *Toward A Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, pp.205-206.

421) MacKinnon(1993), *Only Words*/ 역서: 『포르노그래피에 도전한다』, 개마고원, 1996.

로 독립적일 수 있는 권리를 갖고 있으며 그에 근거한 개인의 자유는 사회적 효용 내지 평등에 우선된다(trump)는 철학하에⁴²²⁾ 개개인이 포르노그래피를 볼 권리는 프라이버시의 영역으로서, 그것이 장기적으로 사회 전체의 이익을 증진시키기보다는 해롭게 하는 것이라도 그 자유를 보장해야 한다고 보았는데, 이렇듯 개인의 권리를 최우선으로 한다면 포르노그래피를 보지 않을 권리 내지는 포르노그래피에 의해 장애받음이 없이 적극적으로 사회활동을 할 권리 역시 중시하지 않을 수 없기 때문이다.

바야흐로 이제 논의는 평등하게 존중되고 기회를 얻을 여성의 권리와 포르노그래피업자의 표현권이라는 대립하는 권리문제로 비화된 것이다. 이에 대해 로날드 드워킨은, 우선 이는 다만 방해로부터의 자유라는 소극적인 자유 상호간의 갈등이 아니라 공적 생활에 참여하고자 하는 적극적인 자유와 표현의 자유를 누리는 데 방해받지 않을 소극적인 자유간의 갈등이라고 인정한다. 그러나 맥키년의 동등권론자적인 주장에 대해서는, 드워킨은 오히려 바로 그러한 평등권을 앞세워 다시 반박한다. 그에 따르면, 맥키년은 진실이 밝혀지기 위해서 포르노그래피는 보호되어야 한다는 존 스튜어트 밀의 전통적인 이해에 기반하고 있는 셈인데(따라서 진실이 아니라 현실을 왜곡하고 조장할 뿐인 포르노그래피는 보호되지 않아야 한다고 결론내리게 된다) 그러나 지금 자유주의자들이 포르노그래피를 보호하는 것은 그것이 진실을 밝히는 사회의 선택이어서가 아니라 역겨운 생각과 표현이라도 누구든 평등하게 표현할 수 있는 바로 헌법의 정신때문이라는 것이다. 결론적으로 로날드 드워킨은 수정헌법 1조 자체 내에서 이미 평등이 포함되어 있으며, 표현의 자유를 보장하는 수정헌법 1조의 운영 역시 수정헌법 14조의 평등권과 배치되지 않는다고 한다. 다만 그는 영역을 정하고 전시를 규제하는 것은 포르노물을 좀더 값비싸고 접근곤란하게 하지만 표현의 자유를 침해하는 것은 아니라고 하여 표현의 자유와 양립할 수 있는 방법으로 소극적인 자유를 제한할 수 있는 가능성을 제시하고 있다.⁴²³⁾

4. 페미니스트의 반포르노법 운동

1970년대와 1980년대초반에 페미니스트들은 포르노반대캠페인을 시작했다. 많은 페미니스트들은 포르노그래피가 여성의 지배를 에로틱화하고 여성을 남성에 의해 사용되는 성적 객체로 전환하므로 사적 영역과 공적 영역에서의 여성의 종속에 부분적으로 포르노그래피가 책임이 있다고 주장했다. 포르노그래피는 그와 직접 관계되지 않

422) R. Dworkin(1985), "Do We Have a Right to Pornography?"

423) Ronald Dworkin(1996), *Freedom's Law*, Harvard University, pp.234-239.

는 다른 여성들에게도 사회화과정을 통하여, 대중매체를 통하여 해를 끼친다는 것이다.

(1) 형사법적 반포르노운동

1986년 3월 영국노동당의원 클레어 쇼트(Clare Short)는 10분발안(10 Minute Rule Bills procedure)에 의해 the Indecent Displays Act의 개정법안인 Indecent Displays (Newspapers) Bill을 하원에 제출했다.⁴²⁴⁾ 동 법안은 소위 신문의 3면에 자극적인 자세의 여자누드를 실은 사람에게 벌금을 부과하는 것을 뼈대로 하고 있었다. 법안은 97:56으로 승인되었지만 second reading을 얻는 데는 실패했다. 1988년 4월 13일 법안은 작업장에서의 포르노그래피의 전시를 금지하는 조항을 덧붙여 두 번째로 제출되었고 163:48로 많은 표를 획득했지만 많은 10분발안법안이 그렇듯이, 더 이상의 진전은 거두지 못했다.

C. Short의 발안은, 비록 음란물의 범주에는 들어가지 않더라도 신문의 황색지면 등은 재현이라는 관점에서 볼 때 그 효과는 마찬가지로 중요하며 여성의 몸에 대한 기존의 문화적 관념을 유포한다는 면에서 그 침투성은 더 치명적일 수 있다는 점을 고려한다면 나름대로 중요한 의미가 있다. 그러나 도덕적 보수주의에 터잡은 포르노그래피의 법적 규제와 마찬가지로 이는 전통적인 여성상에 고착되어 있음을 부인할 수 없다. 이는 애초에 빅토리아시절에 전성기를 구가했던 가부장적 지배의 온정주의적(paternalistic) 형태인 검열이란 제도⁴²⁵⁾에 기대고 있기 때문이다.

네델란드의 경우도 1980년에 페미니스트들은 성분리주의를 타파하는 데 형법을 원용할 것을 제안하고 나섰다. 이 경우는 해악의 의미를 여성에 대한 보수적인 보호가 아니라 성차별 또는 성적 증오로서 개념화했다는 점에서 좀더 의미를 가진다. 즉 네델란드 형법 137조는 인종, 종교, 다른 근본적인 문제로 증오나 차별을 초래하는 것을 말하거나 그러한 매체물을 출판하는 것을 범죄로 하고 있는데, 여기에 '성'도 포함될 수 있을 것이라는 전망에서였다.⁴²⁶⁾

그러나 이 경우 역시 어떠한 표현이 성적 증오를 초래하는 것인지 합의하기 곤란한

424) 법안의 내용 및 그 처리경과에 대한 자세한 것은 Bridgeman, Jo & Susan Millns(1998), *Feminist Perspectives on Law-Law's Engagement with the Female Body*, London: Sweet & Maxwell, pp.509-513을 참조.

425) McIntosh, Mary. "Liberalism and the contradictions of sexual politics", Lynne Segal & Mary McIntosh(eds.), *Sex Exposed*, Rutgers Univ. Press, 1992, p.185.

426) Brants, C. & E. Kok(1986), "Penal sanction as a feminist strategy: a contradiction in terms?", *International Journal of the Sociology of Law* 14(3/4), pp.269-86.

점은 마찬가지로이다. 더욱이 폭력이나 성차별에만 초점을 맞추는 것은 여성을 성화시키고 제약하는 다양하고 일상적인 재현구조에 대해서는 무력하다는 한계가 있다. 아울러 형사적 검열에 의한 페미니스트의 포르노그래피규제시도는 포르노그래피의 생산과 유통에 걸친 전 과정 중에서 소비자로서의 여성의 이익에만 한정했다는 한계도 있다.⁴²⁷⁾

한편 1959년, 종전의 Regina v. Hicklin 기준을 폐기하고 ‘지배적인 특징이 성을 부당하게 이용하거나 범죄, 공포, 잔인, 폭력과 결부해서 성을 이용하는 것 any publication a dominant characteristic of which is the undue exploitation of sex, or of sex and any one or more of the following subjects, namely, crime, horror, cruelty and violence’(형법 ch. C-46, 163조 8항)을 음란물이라고 새로 정의한 바 있던 캐나다는 1985년에 여성의 지위에 관한 행동위원회(the Canadian National Action Committee)가 종래의 음란물법이 아닌 페미니즘적 고려에 의한 형법전을 제정할 것을 제안했다. 위원회는 초점을 노골성에서부터 강요, 폭력, 위치저하로 옮겨서 “강요나 동의부족을 포함하여 폭력을 묘사함으로써 보는 사람이나 소비자를 자극하고자 하는 매체물”로 포르노그래피를 정의했다.

연이어 같은 해 ‘포르노그래피와 매매춘에 관한 특별위원회 the Special Committee on Pornography and Prostitution’(일명 ‘프레저위원회 the Fraser Committee’)는 여성에게 해를 끼친다는 이유로, 폭력적이고 비하적인 명시적 성 표현물을 범죄시할 것을 권고했다.

그에 따라 1986년 법안 C-114과 1987년 법안 C-54을 통해 두 번에 걸쳐 멀로니(Mulroney)정부는 좀더 엄격한 포르노그래피규제를 시도했다. 그러나 동의부족이나 강요의 의미가 분명하지 않아 동 법안 역시 입법화에 실패했고 종래의 음란물법은 그대로 유지됐다.

(2) 민권법적 반포르노조례 제정 운동

포르노그래피 자체가 남성지배의 징표이며 그것은 (남성의) 표현의 자유라는 미명하에 여성의 목소리를 틀어막고 여성을 비하하는 것이므로 여성이 한 사회에서 동등하게 존중받으며 살 권리를 침해하는 것이다. 이는 포르노그래피가 남성위주로 편성되고 있는 현상황에서 여성들의 정당한 불만을 드러내는 핵심적인 주장이다.

미국에서 캐서린 맥किन(Catharine MacKinnon)과 안드레아 드워킨(Andrea Dworkin)이 포르노그래피를 보고 모욕감을 느끼는 사람이 민사소송을 제기할 수 있

427) Smart, C.(1989), *Feminism and the Power of Law*, Routledge, p.133.

도록 하는 반포르노조례를 구상했던 것도 이런 차원에서이다.

그들이 지역차원에서의 반포르노조례 제정에 주력했던 것은 밀러기준에 따라 'prevailing community standards'가 포르노그래피의 유포를 방지할 수 있는 유일한 방법이 되었기 때문이었다.⁴²⁸⁾ 공동체의 기준에 기댄 지역차원의 포르노그래피규제는 구역규제법(zoning law) 등에서 표징되듯이 이미 시도되어 운영되고 있었으나 페미니스트들은 여성의 시각에서 공동체의 기준을 논하고 그것을 적용하고자 한 것이다.

가. 미네아폴리스 반포르노조례 제정 운동

캐서린 맥키넨과 안드레아 드워킨에 의한 반포르노조례가 가장 먼저 제정된 곳은 1983년 미국의 미네아폴리스(Minneapolis)에서이다.

동 조례는⁴²⁹⁾ 필름이나 글로 된 것으로서 다음 중 하나를 포함하는 여성에 대한 그래픽적인 명시적 성적 종속을 표현한 것을 포르노그래피라고 정의했다.

1. 여성이 고통이나 비인간화를 즐기는 성적 대상으로 그려지는 것
2. 강간당하면서 성적 쾌감을 느끼는 것으로 그려지는 것
3. 묶이거나 잘리거나 상처입거나 물리적으로 맞거나 절단당한
4. 물건이나 동물에 의해 관통당하거나
5. 격하, 상해, 저하, 고문의 시나리오에서, 더럽거나 열등하며 피흘리고 상처입으며 다치는 것이 성적인 것으로 만든
6. 지배, 정복, 위반, 공략, 소유와 사용의 혹은 비굴함이나 복종의 자세나 위치 혹은 전시를 통해 성적 대상으로 그려지는 것

위의 내용을 살펴볼 때 1-4와 5의 많은 부분은 하드코어이지만 5의 부분과 6은 비폭력적인 여성종속을 그린 것으로서 좀더 성평등에 초점을 두고 있으며 따라서 논쟁적이다. 포르노그래피를 논의함에 있어서 많은 경우 하드코어만 문제삼지만, 여기서는 비단 하드코어가 아니더라도 여성의 종속을 표현한 것을 포르노그래피로 지목하고 그에 대한 규제를 주장한 것이었다. 그러나 동 조례는 시장이 거부권을 행사함으로써 법제화에는 실패하고 말았다.

나. 인디애나폴리스 반포르노조례 제정 운동

428) Smart, C.(1989), *Feminism and the Power of Law*, Routledge, p.134.

429) *Feminism Unmodified*, p.176.

1) 반포르노조례 제정

맥키넨과 드워킨은 연이어 1984년, 인디애나폴리스의 반포르노조례제정에도 참가하였다. 동 조례 역시 포르노그라피를 성차별로 정의하고 있는바, 위의 미네아폴리스의 반포르노조례와 많은 부분이 유사했다.

즉 조례는, “다음의 요소 중 하나 이상을 포함하면서, 그림으로 표현되었던 또는 문자로 표현되었든 간에 도식적인 형태를 가진(graphic) 성적으로 노골적인(sexually explicit) 여성의 종속”을 포르노그라피로 정의했다.

- (1) 고통 혹은 모욕감을 즐기는(enjoy) 성적 객체로 여성이 표현되는 경우
- (2) 강간당하면서 성적 쾌락을 경험하는 성적 객체로 여성이 표현되는 경우
- (3) 묶이거나 절단당하거나 타박상을 입는 등 신체적으로 고통을 당하거나 신체의 일부분이 훼손당하는 성적 객체로 여성이 표현되는 경우
- (4) 어떤 물건이나 동물에 의해 삽입되는 형태로 여성이 표현되는 경우
- (5) 타락, 위해, 모욕, 고문 등을 내용으로 하는 즐거리상 성적인 문맥에서 저질스럽거나 열등하거나 피를 흘리거나 타박상을 입거나 혹은 상해를 당하는 모습으로 여성이 표현되는 경우
- (6) 노예상태나 복종 혹은 전시의 모습으로 지배, 정복, 폭행, 착취, 소유 혹은 사용을 위한 성적 객체로 여성이 표현되는 경우

또 동 조례는 위의 여섯 가지 개념요소에서 여성 대신에 남성, 아동, 성전환자를 사용하는 것도 포르노그라피를 구성하는 것으로 규정하고, 그러한 포르노그라피를 거래(traffic. 즉 제작, 판매, 전시 또는 배포를 의미)해서는 안되고, 포르노그라피에서 어떤 역할을 수행하도록 타인을 강제(coerce)해서 안되며⁴³⁰ 어떤 사람에게도 포르노그라피를 강요(force)해서도 안되고⁴³¹, 덧붙여, 포르노그라피를 보았거나 읽은 누군가에 의해 침해당 한 사람은 포르노그라피 제작자나 판매자를 상대로 소송을 제기할 권한

430) 구체적으로 이는 포르노그라피에서 연기하도록 강제하거나 위협하거나 기망하는 것으로서 설령 그 사람이 여성이고, 그 사람이 이전에 누군가와 같이 성적으로 노골적인 그림을 위해 포즈를 취한 적이 있고, 그 사람이 자신의 연기가 포르노그라피로 바뀌어 사용되는 데 실제로 동의를 했고, 그 사람이 문제되는 행위나 사건이 목적이 포르노그라피를 만드는 것임을 알았고, 그 사람이 계약을 체결했거나 또는 포르노그라피제작에 있어 기꺼이 협력한다는 긍정적인 의사를 표명했었고, 포르노그라피를 제작함에 있어 어떠한 물리적 폭력, 위협, 또는 무기도 사용된 적이 없었고, 그 사람이 대가를 지급받았거나 아니면 보상을 받았다는 점을 입증하더라도 항변이 될 수 없다고 명시했다.

431) 고용현장, 교육현장, 가정 혹은 공공장소에서 여성, 남성, 아동 또는 성전환자에게 포르노그라피를 강요하는 것을 의미한다.

을 가진다고 규정했다.

이러한 인디애나폴리스의 반포르노조례는 수정헌법 1조에 대한 종래의 접근에 대해 두 가지 점에서 중요한 도전을 한 셈이다. 즉 밀러(Miller)기준에 따라 음란하지 않은 성적 표현물은 헌법적인 보호를 받는다는 원칙에 도전했으며, 내용상의 분류, 특히 관점상의 차별을 구성하고 있을 때는 엄격심사를 받아야 한다는 일반원칙에도 도전한 것이었다.

2) 조례에 대한 위헌판결

그러나 맥더킨(MacDworkin)⁴³²⁾이 egalitarianism에 기반하여⁴³³⁾ 민권법으로서 성사시킨 인디애나폴리스의 반포르노조례도 1985년에 연방항소법원에 의해 위헌으로 선언되었고 이를 1986년 연방대법원이 확정함에 따라 마찬가지로 시행은 되지 못하고 말았다.

인디애나폴리스의 조례가 위헌으로 선언된 것은 무엇보다도 수정헌법 14조의 평등권에 기반한 동 조례가 표현의 자유를 침해한다고 판단되었기 때문이다. 항소법원은 음란물의 판단기준인 밀러기준의 검토, 즉 호색적 흥미, 침해성, 공동체기준, 중요한 문학적·예술적·정치적·과학적 가치의 여부 등은 동 조례에서는 전혀 나타나지 않고 있음을 지적하고 동 조례는 표현의 내용을 근거로 차별하는 것인데, 수정헌법 1조의 표현의 자유의 제한이라는 더 큰 해악을 정당화하기에 충분한 수정헌법 14조에 따른 성평등에 대한 州의 interest를 발견하지 못했다고 판시했다.⁴³⁴⁾

다만 이스트북(Easterbook)판사는 “포르노그래피의 여성차별적인 영향의 경우, 성적인 각성과 여성의 종속을 관련짓는 것은 중대한 영향력을 가질 수 있다”고 하여 포르노그래피의 여성에 대한 침해는 인정했다.

그러나 법원은 “포르노그래피에서 표현되는 여성의 종속은 현실은 아니라고” 보았으며, 또한 그에 대한 저항은 표현의 자유를 억제하는 방식이어서는 안된다는 원칙을 고수했다. 즉 “표현이 인간의 조건화와 사회화과정에 중요한 역할을 한다고 해서 정부의 규제를 허용하게 된다면 그때는 표현의 자유는 끝이 나게 된다. 자유로운 표현은 결국 변화를 추구하는 사람들의 동맹군이다. 표현의 자유에 대한 강력한 보장이 없이는 효과적인 이의제기권은 존재하지 않는다”는 것이었다.

결국 이에 따라 종래의 음란물법을 비판하고 페미니스트의 시각에서 의욕적으로 구

432) 맥키넨과 드워킨을 묶어서 이런 식으로 부르기도 한다.

433) Fiss(1996), *Liberalism Divided-Freedom of Speech and the Many Uses of State Power*, Westview Press, p.70.

434) *American Booksellers Inc. v. Hudnut*, 598 F. Supp. 1326(S.D. Ind. 1984).

성된 법에 대한 제도적인 거부는 확인된 셈이 되었다.

다. 그 밖의 반포르노조례 제정운동

1980년대 동안 계속된 페미니스트들의 반포르노법운동은 그 밖의 지역에서도 반포르노그래피조례제정운동을 이끌어냈다. 같은 취지의 법안이 매사추세츠주 캠브리지에서는 주민청원으로 의회에서 표결을 한 결과 42%의 찬성표를 이끌어낸 바 있으며, 1988년 워싱턴주 벨링햄 시의회에서는 비슷한 취지의 법안이 투표에 붙여져 62%의 지지를 얻기에 이르렀다. 그러나 이 역시 미국시민자유연맹에 의해 연방법원에 고소됐고 연방법원에서는 이 법안이 위헌이라고 판단했다.

(3) 페미니즘적 음란물 판단-캐나다

가. 버틀러판결

페미니스트적인 법의 해석과 구성은 미국에서는 실패했지만, 1992년 캐나다에서는 버틀러(Butler)사건⁴³⁵⁾을 통하여 포르노그래피는 여성에게 해를 끼친다는 페미니스트의 관점을 담아 음란성을 판단하는 새로운 기준이 제시됨으로써, 반포르노 페미니스트의 법 동원은 처음으로 그 결실을 맺게 됐다.

동 사건은 폭력적이지 않은 하드코어포르노그래피를 판매한 상점주가 형법 163조 음란물죄⁴³⁶⁾로 기소되면서 시작되었다. 하급심⁴³⁷⁾은 권리헌장에 따라, '지배적인 특징이 성을 부당하게 이용하거나 범죄, 공포, 잔인, 폭력과 결부해서 성을 이용하는 것'을 음란물로 규정(동조 7항)하여 금지하고 있는 형법 163조는 폭력적이거나 잔인한 성적 행동, 동의가 결여된 성행위, 성적으로 남성 또는 여성을 비인간화시키는 것에만 적용되어야 한다고 하면서 피고인에게 250개 혐의물 중 8개만을 유죄로 판결했다.⁴³⁸⁾ 1982

435) Butler v. Regina, [1992] 1 S.C.R. 452.

436) 캐나다 형법은 음란물죄를 도덕을 해하는 죄의 하나로 두어 163조 1항은 "음란한 글, 그림, 모형, 사진 등을 인쇄, 출판, 배포, 유통하거나 그럴 목적으로 소지하는 것"을 금지하고 있으며 동조 2항은 그러한 것을 공공연히 전시하는 것을 금지하고 있었다. 다만 그 행위가 공공선 public good을 위한 것이면 그러하지 아니하다(동조 3항)고 규정하고 있었다.

437) R. v. Butler, [1989] 50 C.C.C. (3d) 97 Manitoba Q.B. 1989.

438) Daniel O. Conkle(1993), "Harm, Morality, and Feminist Religion: Canada's New-but not so New-Approach to Obscenity" p.108.

년 이전에 캐나다는 미국의 수정헌법 1조에 해당하는 조문을 갖고 있지 못했지만 1982년 제정된 권리와 자유헌장 2(b)는 'freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication'을 보호하고 있었기 때문이다.

이에 대해 양측 모두 항소했는데 항소심은 문제된 물품의 모든 것이 음란하며, 그런 것들은 지성적 의미가 결여되어 있으므로 헌장의 보호범주에서 제외된다고 판결했다.⁴³⁹⁾

사건은 다시 상소되었고 캐나다대법원은 만장일치로 형법 163조의 음란물조항은 '캐나다권리와 자유헌장'(the Canadian Charter of Rights and Freedom)의 2(b)조에 위반된다고 했다. 음란물도 분명히 의사소통의 의미를 가지므로 헌장상 보호되는 '표현(expression)'에 해당한다는 것이었다. 그러나 음란물을 범죄시하는 것은 법에 의한 적절하고 정당한 제한이며 모호하지도 않다고 판결했다. 권리장전 1조에 의해 모든 권리는 법에 의해 제한될 수 있으며 'such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society' 표현의 자유 역시 관용, 평등, 개인과 공동체의 존중 등 다른 가치의 증진을 위해 제한될 수 있다는 이유에서였다. Sopinka판사가 9명 중 7인의 의견을 썼고 Gonthier과 L'Heureux Dubé가 보충 의견을 냈다.

주목되는 것은 대법원이 음란물조항을 해석하는 방식에서 페미니스트적 견해를 드러냈다는 점이다.

물론 캐나다에서 이렇게 페미니즘적 입장이 법적으로 표명된 것은 비단 1992년에 이르러서만은 아니었다. 법원은 지속적으로 언제 'exploitation of sex'가 '부당(undue)'한지 확정할 수 있는 객관적인 기준을 고안하고자 노력했으며 그 중 가장 중요한 것은 '공동체의 관용기준(community standards of tolerance)'이었다. 즉 판사들은 어떤 것이 캐나다인들이 참지 못할 정도로 공동체의 도덕성을 침해하는지 보고자 한 것이다. 두 번째로 개발된 기준은, '비하적이거나 비인간적인degrading or dehumanizing' 방식의 성행위를 다룬 표현물은 공동체가 관용하지 않는다는 것이었다. 그런데 이 기준은 포르노그래피가 도덕을 훼손한다는 생각보다는 여성에게 해를 끼친다는 생각해 기초한 것이었다. 법원은 또한 '내재적 필요성' 기준도 발전시켰는데, 즉, exploitation of sex가 주제의 '진지한 취급serious treatment'을 위해 요구된다면 '부당한 undue' 것으로 간주되지 않는다는 것이다.⁴⁴⁰⁾

그런데, 동 판결에서 캐나다 대법원은 그러한 기준들이 서로 정합적이지 않음을 지

439) R. v. Butler, [1991] 60 C.C.C. (3d) 219, 230(Manitoba Ct. App. 1990).

440) Lacombe(1994), *Blue Politics*, p.134.

적했다. 어떤 것에 비추어 보면 음란물이지만 다른 것에 의하면 그렇지 않았던 것이다. 더욱이, Sopinka판사에 의하면, 기준들간, 특히 앞의 두 기준간의 관련성을 정하지 못함으로써 음란물을 판단할 근거를 상실했다는 것이었다. 요컨대, 공동체가 무언가를 참지 않을 때 그것이 도덕에 반하기 때문인지 그것이 비하적이거나 비인간적이기 때문인지 알 수 없다는 것이었다.⁴⁴¹⁾

그러한 입장에 법원은, (1)폭력적인 성행위를 명시적으로 그린 것은 거의 모두 음란물이며, (2)비폭력적이지만 비하적이거나 비인간적인 성행위를 명시적으로 그린 것은 해악의 위험이 본질적substantial이라면 음란하며, (3)비폭력적이고 비하적이기도 비인간적이기도 않은 성행위를 명시적으로 나타낸 것은 아동이 참여하고 있지 않은 음란물이 아니라고 판단했다.⁴⁴²⁾

또한 대법원은 “그것이 도덕에 반하기 때문이 아니라 사회에, 특히 여성에게 해롭다고 공적 의견으로 인정되기 때문에 공동체의 기준을 분명히 충족하지 못하는” 매체물도 음란물에 포함시켰다. Sopinka판사에 의하면, 공공도덕이나 성도덕의 기준을 부과하는 것은 개인적 자유에 해로울 것이라면서 음란물법의 주된 목적은 사회에 미치는 해악 회피가 되어야 할 것이라고 했다. 그런데 그에 의하면 그 해악이란 많은 여성들이 음란물의 메시지에 의해, 그리고 그러한 것들이 여성에 대해 갖고 있는 태도와 전체에 노출됨으로 인한 부정적인 영향의 ‘피해자’라고 느끼는 강등심이라는 것이다.⁴⁴³⁾

한편, 음란성과 여성에 대한 해악간의 분명한 선을 긋는 것은 불가능하지만, Sopinka는 그런 것에서의 노출이 태도와 신념의 변화와 관련된다는 것을 합리적으로 전제할 수 있다고, 즉 ‘충분히 합리적인 연결’이 있다고 했다.⁴⁴⁴⁾ 요컨대 Sopinka판사는 ‘사회적 해악’을 결정하는 기본원리로서 평등이라는 가치를 든 것이다.⁴⁴⁵⁾

나. 평가

동 판결은 도덕성대신 페미니스트의 주장을 채택하여 음란성을 판단한 것으로 일반적으로 이해되고 있다. 당해 사건을 위해 여성법률교육과 행동기금the Women’s Legal Education and Action Fund의 의견서작성을 도운 맥키년이 동 판결을 환영했음은 물론이다.

그러나, 미국의 밀러기준과 캐나다의 버틀러기준은 실은 그다지 다르지 않다고도 할 수 있다. 공동체의 기준에 대한 의지, 예술적 가치가 있는 것에 대한 보호⁴⁴⁶⁾ 등이 그

441) R. v. Butler, [1992] 1 SCR 452, at 483.

442) R. v. Butler, [1992] 1 SCR 452, at 485.

443) R. v. Butler, [1992] 1 SCR 452 at 507.

444) R. v. Butler, [1992] 1 SCR 452, at 501-504.

445) Lacombe(1994), *Blue Politics*, p.135.

러했으며 기존의 음란물법에 대해서도, 음란물은 폭력을 초래하며 도덕성을 약화시킨다는 이유로 합헌성을 인정했던 것이다.⁴⁴⁷⁾

그러나 캐나다법원은 밀러기준과 달리 호색적 관심이 아니라 그로 인한 해악에 초점을 맞추었다. 특히 폭력과의 관련성을 중시한 것은 밀러기준과 명백한 차이를 보이는 대목이다.⁴⁴⁸⁾ 예컨대 밀러기준하에서는 사도매저키스트적인 포르노그라피는 호색적 관심에 호소하는 것으로서 음란물이라고 판단되는 데 비해⁴⁴⁹⁾ 버틀러기준은 폭력적인 포르노그라피가 ‘거의 항상’ 공동체기준을 위반한다고 보고 있는 것이다.

또한 밀러기준에 비해 버틀러판결은 모호성의 혐의를 상당부분 벗어난 것으로 보인다. 그러나 여전히 중요한 부분에서 모호함은 계속되고 있다. 폭력적이지만 공동체기준을 위반하지 않는 예를 제시하지 못하고 있고 무엇으로 인해 그럴 수 있을지 역시 설명하고 있지 않기 때문이다.

한편 버틀러기준은 비인간적이거나 비하적인 성 표현물은 동의 여부에 관계없이, 여성(그리고 때로는 남성)을 종속, 비굴, 비하적인 위치에 두는 것이라고 제시하고, 그때 고려되는 해악은 사회와 전체로서의 여성에 미치는 것을 의미한다고 하며, 그 해악에는 성적 폭력만이 아니라 다른 형태의 학대 또는 불이익이 포함된다고 한다.⁴⁵⁰⁾ 그러나 무엇이 비하적이거나 비인간적인지는 역시 모호하다.

결국 1992년의 판결을 통해 캐나다대법원은 형법의 음란성조항의 합헌성을 인정하면서, 포르노그라피를 범죄화하려는 추가적인 입법적 노력에 대해 경고했다.⁴⁵¹⁾

그러나 그럼에도 불구하고 캐나다에서는 포르노그라피가 통제되고 있는데, 이는 직접적으로는 법원의 판결을 통해서이지만, 간접적으로는 반포르노캠페인이 성공한 결과라고 할 수 있다.

Canadian Broadcast Standards Council: Voluntary Code가 여성에 대한 폭력을 독립된 항목으로 분류하면서, 7.1 방송사는 여성에 대한 폭력의 어떠한 측면도 용인, 촉진, 미화하는 프로그램을 방송해서는 안된다, 7.2 방송사는 폭력이 내용전개에 핵심적인 부분이 아닌 한 여성을 폭력의 희생자로 묘사해서는 안된다. 방송사는 특히 성적

446) 버틀러기준에서는 광범위한 예술적, 문학적, 또는 그와 유사한 목적에 핵심적인 성 표현물은 음란물의 범주에서 제외하고 있다. R. v. Butler, [1992] 1 SCR 452, at 486.

447) Daniel O. Conkle(1993), "Harm, Morality, and Feminist Religion: Canada's New-but not so New-Approach to Obscenity" p.106.

448) Daniel O. Conkle(1993), "Harm, Morality, and Feminist Religion: Canada's New-but not so New-Approach to Obscenity" p.114.

449) Ward v. Illinois, 431 U.S. 767, 773(1977).

450) R. v. Butler, [1992] 1 SCR 452, at 479.

451) R. v. Butler, [1992] 1 SCR 452, at 506.

맥락에서의 여성과 폭력희생자로서의 여성이 관계가 있는 것으로 묘사되지 않도록 주의해야 한다. 7.3 방송사는 일반적인 여성묘사와 관련된 지침으로 캐나다방송협회의 성역할묘사 강령(Canadian Association of Broadcaster's code on Sex Role Portrayal)을 참조해야 한다고 규정하고 있는 것도 이러한 분위기와 무관하지 않다.⁴⁵²⁾

(4) 반포르노법 운동 비판

가. 반포르노법 운동에 대한 자유주의자의 비판

반포르노법 운동에 대해 비판적인 견해를 취하는 자유주의자 중에서도 반포르노 페미니스트들의 현황에 대한 이해 전반을 공박하는 자가 있는가 하면 반포르노법 운동의 방식의 문제점을 좀더 진지하게 거론하는 축이 있다.

포즈너의 경우는, 포르노그래피가 오로지 말, 즉 표현일 뿐 실제 행동은 아니라는 시각에 대한 통렬한 비판으로서 맥키년이 자신의 책의 제목으로 선택한 『Only Words』에 대해서, 정말로 단어만 있을 뿐(only words)이라고 조롱을 보내는 편이다.⁴⁵³⁾ 미국 여성은 억압받는 집단이라고 하기 어려우며 그렇다 하더라도 포르노그래피가 그에 책임이 있다고 할 수는 없는데, 그렇게 포르노그래피를 반대하는 것은 지나친 강박관념이라는 것이다.⁴⁵⁴⁾

그렇지만 반포르노법 운동에 대한 자유주의자의 진지한 비판은 수정헌법 1조의 표현의 자유를 현행대로 유지해야 한다는 신념에서 비롯된다. 표현의 자유는 우월적인 권리로서 보호되어야 하고 예외는 오로지 선동, 명백하고 현존하는 위협, 시간의 규제, 표현의 장소와 방식만 가능하므로 음란성을 페미니스트의 견해를 담아 현재의 기준에서 더 확장하는 것은 곤란하다는 것이다. 더욱이 포르노그래피에 대한 민사적 구제라는 반포르노조례의 기본적인 구상은 실제적인 검열으로서, 허용되지 않는다는 입장이다. New York Times사건⁴⁵⁵⁾을 상기해 봤을 때, 언론의 해악에 대한 민사적 조치는

452) 방송위원회, 『방송프로그램 등급제에 관한 2차연구』, 1998, 134-135면.

453) Richard Posner, *Overcoming Law*, Harvard Univ. Press, 1995, p.357.

454) Richard Posner, *Overcoming Law*, Harvard Univ. Press, 1995, pp.366-367.

455) The New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254(1964). 공직자나 공적 인물은 명예 훼손이 '실제적인 악의', 즉 허위라는 사실을 알면서 혹은 그 말이 허위인가 아닌가에 대해 주의를 다하지 않음으로써 행해진 것이라는 사실을 증명할 수 없는 한 손해배상을 청구할 권리가 없다는 판결이 내려졌고 이러한 원칙은 소위 The New York Times 원칙으로 불린다.

형사적 소추와 근본적으로 다르지 않다는 것이다.⁴⁵⁶⁾

이런 관점에서 수정헌법 1조이론에 대한 맥키년의 비판도 다시 조목조목 비판된다. 즉 첫째, 수정헌법 1조는 공/사 이분법에 근거하고 있다는 비판에 대해서는, 그 구분은 집 안과 밖이 아니라 개인적 권리와 집단적 권력의 구분이라고 말하고 수정헌법 1조는 남녀의 불평등에 기생한 것이 아니라고 응답한다. 둘째, 성 불평등한 사회에서 자유주의적인 수정헌법 1조이론은 허울에 불과할 뿐이라는 맥키년의 의견에 대해서는, 소수자 역시 그들의 의견을 표현할 자유를 갖고 있다고 받아친다. 셋째, 해악을 간과하고 있다는 맥키년의 비판에 대해서는, 옳지 않다고 단언한다. 표현의 억압 말고 다른 수단을 통해 해악을 다룰 권한을 정부는 갖고 있다는 것이다. 다만, 표현이 누구에게든 자유롭다는 전제를 맥키년이 비판 것에 대해서는, 표현수단이 모든 이에게 동등하지는 않으며 약자를 위해 적극적 조치를 취하는 데는 동의한다. 그러나 그 뿐, 그렇다고 표현을 정부가 억압할 수는 없다는 것이다.⁴⁵⁷⁾

마지막으로 자유주의자는 정부에 의한 포르노그래피의 억제는 도덕주의적인 입김의 강화를 불러와 오히려 페미니스트를 옹호할 수도 있으며, 나아가 사회 전체에 불관용 신드롬을 가져올 수도 있다고 경고한다. 한 마디로 닫힌 사회로 가는 길이라는 얘기며 그런 환경에선 성 평등은 요원해질 것이라는 판단이다.

나. 반포르노법 운동에 대한 페미니스트의 비판

캐서린 맥키년과 안드레아 드워킨이 주도한 페미니스트의 반포르노법 운동에 대해서는 자유주의자 못지 않게 페미니스트들 중에서도 꽤 반대의 목소리가 높다.

1) 보수주의적 여성관 강화

즉 많은 페미니스트들은⁴⁵⁸⁾ 포르노그래피의 여성비하성은 인정하지만 그렇다고 하여 표현의 자유를 제약하면 오히려 성적 자유를 포함하여 그간 쌓아 온 여성의 권리를 상실하거나 축소하게 된다는 견해를 제시하며 포르노그래피에 대한 법적 규제를 반대한다.

우선 인디애나폴리스 반포르노조례의 위헌성이 문제된 *American Booksellers Inc. v. Hudnut* 사건⁴⁵⁹⁾에서 Nan Hunter와 Sylvia Law는 반대 의견서⁴⁶⁰⁾를 제출했다. 그러한

456) Sunstein(1993), *Democracy and the Problem of Free Speech*, p.215.

457) Emerson(1984), "Pornography and the First Amendment", pp.81-86.

458) Betty Friedan, Lisa Duggan, Nan Hunter, Carol Vance 등과 Feminist Anti-Censorship Taskforce(FACT), Women's Legal Defense Fund와 같은 조직이 대표적이다.

입법은 남성을 공격적인 동물로 보고 수동적인 이미지로 여성을 각인시키는 성분리주의적 사고를 강화하며 성폭력을 행한 남성에게 책임을 무는 대신 그것을 포르노그래피업자에게로 돌리게 될 것이라는 이유에서였다. 예컨대 맥키넨과 같이 포르노그래피에 반대하게 되면 암묵적으로 섹스와 젠더를 동일시하고 여성의 몸을 어머니로서의 몸으로만 보게 될 위험이 있으며 그것은 여성이 모성으로서가 아니라 독립된 주체로서 자유와 권리를 신장하는 데 걸림돌로 작용하게 된다는 이해이다. Betty Friedan, Susan Jacoby, Nora Ephron 등이 참가하고 있던 'Feminists for Free Expression' 역시 반포르노조례에 반대를 표명하며 여성은 그런 식의 보호를 원하지 않으며 보호는 여성이 스스로 보호할 능력이 없다는 것을 암시한다고 지적했다.⁴⁶¹⁾ 포르노그래피에 대한 반대는 여성을 피해자의 위치로 고착화시키고 여성의 수동성을 불가피한 것으로 받아들이게 한다는 것이다.

또 많은 페미니스트들은 '검열에 반대하는 페미니스트특별전문위원회(the Feminist Against Censorship Taskforce: FACT)'를 조직했다. 그들은 그 법령이 무엇보다도 여성을 '천성적인 갈보whores by nature'로 또는 '성적인 복종, 예속, 또는 노출의 자세'로 제시하는 것을 포함한 몇 가지 유형의 해악에 대해 여성이 고소할 수 있게 허용한 것에 대해 분개했다. 그들은 이것이 너무 광범위해서 미즈위원회에 의해 모욕적인 것으로 지적된 바 있는 헨리 밀러(Henry Miller)의 책들, 에리카 종(Erica Jong)의 『나는 것이 두려워(Fear of Flying)』, 『Black Bun Busters』, 『세 가지 성적 욕망(Three-Sexual Lust)』 등을 금서로 만들 수 있게끔 적용될 수 있다고 주장했다. 또 친섹스파들은 그 법령이 페미니스트와 레즈비언 섹스용품들에 대해서도 반대하는 것으로 적용될 수 있다고 주장했다. 반포르노캠페인은 여성을 무력한 존재로 보는 전통적인 견해를 촉진하며 반포르노 페미니스트들은 가장 반페미니스트적인 보수세력과 손을 맞잡고 있다는 것이었다.⁴⁶²⁾

실제로도 종래의 포르노그래피에 대한 규제찬성론은 상당부분 성적 자유와, 성적 평등, 그리고 성적 다원성이 억제되는 방향으로 이용되어 왔다. 미즈위원회의 결과가 가능했던 것은 레이건행정부의 신보수주의의 영향이었던 것은 잘 알려진 사실이며, 맥

459) 598 F. Supp. 1326(S.D. Ind. 1984).

460) Brief Amici Curiae of Feminist Anti-Censorship Taskforce, et al. 이는 Gruen, Lori and George E. Panichas(eds.)(1997), *Sex, Morality, and the Law*, Routledge, pp.199-222.에 실린 것을 참조했다.

461) Pressner(1995), "Pornography: Free Speech versus Civil Rights?," Amitai Etzioni(ed.), *Rights and the Common Good*, New York: St. Martin's Press, p.108.

462) 아트 레빈·캐슬린 커리, "포르노그래피논쟁과 여성운동", 원용진 외, 『대중매체와 페미니즘』, 한나래, 1993, 327-328면.

키넨과 드워킨 역시 포르노 없는 깨끗한 거리를 만들기를 소망한 보수적 시의원들에 의해 자문위원으로 고용되는 등 그들이 비판해마지 않았던 보수주의에 편입된 혐의를 질게 드리운다.

또한 유의해 봐야 할 것은, 반포르노법 운동을 이끈 사람들 중 상당수는 종래는 보수적인 가치를 옹호해 왔던 이였던 경우가 많다는 점이다. 1984년 인디애나폴리스에서 반포르노조례를 입안했을 때 반ERA(Equal Rights Amendment: 남녀동등권조항을 헌법개정에 담고자 한 운동) 입법가인 볼라 코우너(Beulah Coughenour)가 그 투쟁을 이끌었으며 미국의 대표적인 반페미니스트 여성운동가인 필리스 쉘라플라이(Phyllis Schlafly)가 그것을 지지했다.⁴⁶³⁾ 또 인디애나폴리스의 반포르노운동의 지도자였던 그렉 디슨(Greg Dixon)은 낙태가 살인이며, ERA는 가족을 파괴할 것이라는 생각을 갖고 있었는데 그런 그가 포르노그래피를 반대한 것은 다만 아이를 기르는 모성으로서의 여성이 아동처럼 남성의 보호를 받아야 한다고 생각했기 때문이었다. 요컨대 창녀와 어머니의 이분법을 신보수주의자와 함께 페미니스트들 역시 되풀이하게 되는 셈이다.⁴⁶⁴⁾ 결과적으로 반포르노그래피법 운동은 페미니즘에 대한 이미지를 도덕주의적이고 정치적으로 억압적인 것으로 인식케 했다. 이런 차원에서 보자면 ‘포르노그래피에 반대하는 페미니스트들(the Feminists Against Pornography)’이 해마다 흥등가 등의 ‘지옥(nether world)’을 도는 ‘관광(safaris)’을 여러 건 주관하는 등⁴⁶⁵⁾ 대대적인 캠페인을 지속적으로 펼치고 있는 것이 보수주의자들에게서 전폭적인 환영을 받고 있는 것도 무리는 아니다.

2) 포르노그래피와 대여성폭력간의 무리한 연결

맥키넨이 포르노그래피는 환상이 아니라 실재이며 포르노그래피로 인해 여성에 대한 범죄가 일어난다고 공언한 것에 대해서도 비판이 가해진다. 이는 포르노그래피규제에 반대하는 핵심적인 페미니스트인 나딘 스트로센(Nadine Strossen)에게서 나오는데, ‘미국시민권연합(American Civil Liberties Union: ACLU)’의 대표이기도 한 그녀는 맥키넨과 드워킨식의 포르노그래피에 대한 검열은 결코 여성혐오를 감소시키지 않으며 오히려 더 큰 문제를 낳는다고 주장한다. 맥키넨과 드워킨이 파악가능한 해악을 보여줄 수 없었음에도 불구하고 포르노그래피의 존재만으로 여성을 해친다고 본 것은 표현의 자유원리의 두 가지 원칙-내용과 관점중립성과, 오로지 실제적이고 즉각적인

463) 아트 레빈·캐슬린 커리, “포르노그래피논쟁과 여성운동”, 원용진 외, 『대중매체와 페미니즘』, 한나래, 1993, 326면.

464) Eisenstein(1988), *The Female Body and the Law*, pp.164-165.

465) 아트 레빈·캐슬린 커리, “포르노그래피논쟁과 여성운동”, 원용진 외, 『대중매체와 페미니즘』, 한나래, 1993, 326면.

해를 방지할 위험과 같은 절박한 이익이 있을 때만 제한할 수 있다는-을 위반한 것으로서⁴⁶⁶⁾ 설득력이 없다고 지적하고, 그는 여성은 자유와 안전 사이, 언론과 평등 사이, 존엄과 섹슈얼리티 중에서 하나를 선택해야 하는 게 아니라 동시에 그것들을 누려야 한다고 강조한다.⁴⁶⁷⁾

또한 주의해야 할 것은, 포르노그래피와 성범죄간의 관련성을 인정한다고 하더라도 그것이 바로 포르노그래피의 규제 내지는 금지를 정당화하지는 않는다는 점이다. 불법적인 행동의 책임을 포르노그래피에 묻기 위해서는 그 둘간에 법적 인과관계가 성립해야 하는데, 자극을 줬다는 것만으로는 인과관계는 입증되지 않으며 단순한 옹호와 즉각적인 불법행동의 선동과는 구별되어야 하기 때문이다.

따라서 다음과 같이 포르노그래피와 성폭력발발의 문제를 정리할 수 있을 것이다. 많은 경우 포르노그래피를 보면 생리적 흥분은 온다. 그러나 포르노그래피를 봄으로써 성폭력을 저지르게 된다고는 할 수 없다. 성폭력발생은 오히려 성욕이 있을 때 타인을 건드릴 수 있다는 사회적 조건때문이 아닌가 하는 것이다. 그러므로 포르노그래피 자체가 아니라 포르노그래피와 성폭력을 연계시킬 수 있는 타인의 성적 결정권의 존중결여와 특히 여성차별적 문화를 종식시키는 것이 참된 해결이 될 것이다.⁴⁶⁸⁾

3) 부적절한 목표

일단의 페미니스트들은 페미니즘이 근래 포르노그래피문제에 기울이는 노력의 적절성에 대해 비판적인 목소리를 낸다. 포르노그래피를 비판하면서도 다른 위험한 상업물품과 특별히 구별할 수 있을지 의문을 제기하며⁴⁶⁹⁾ 광고, 드라마, 소설 등이 포르노그래피보다 여성이미지의 고착에 더 영향력이 있는데 포르노그래피에 중점을 두는 것은 부적절하다는 얘기이다.⁴⁷⁰⁾ 나아가, 빈곤⁴⁷¹⁾과 폭력, 군대주의와 스포츠, 성별노동

466) 이 때문에 스트로센은 맥더킨과 같은 이를 pornocentric feminists라고 부른다.

Strossen(1995), *Defending Pornography*, pp.41-42.

467) Strossen(1995), *Defending Pornography*, p.14

468) 김문환의 다음의 글(“표현의 자유와 문화정책”, 『철학과 현실』1997년 봄호, 54면)은 일반 폭력적 표현물과 폭력의 발생과의 관계를 부정하는 것이지만 비슷한 입장에 있어 소개한다. “예술작품으로 인해 폭력적 행동이라는 반응을 보인 개인이나 집단이 있다면 그 개인이나 집단에 내재된 현실의식이나 그 표출방식이 문제의 대상이 되는 것이고 따라서 그것이 기존질서와 일으키는 갈등이 가급적 비폭력적으로 해소되도록 유도할 수 있는 방안이 모색되어야 할 것이지 그러한 현실은 덮어놓고, 그 현실을 묘사하거나 암시한 작품이 마치 그러한 현실을 만들어낸 것처럼 혐의를 뒤집어 씌운다면 그것은 일종의 책임전가에 불과하다.”

469) Susan Sontag, “The Pornographic Imagination”.

470) Carol Smart(1989), *Feminism and the Power of Law*, p.136.

분업, 혼인과 가족제도, 재생산 등이 포르노그래피보다 훨씬 더 중요한 문제라고 한다. 이런 시각에서 보자면 반포르노조례운동은 페미니스트기획을 협소화시킨 것으로 읽힌다. 아직 사회가 가부장적인 한 여성비하의 시선은 어디에나 있는 것이며, 따라서 중요한 것은 법을 동원한 포르노그래피의 격퇴라기보다는 포르노적 시선과 가부장적 억압간의 관계를 이해하는 것이라는 이유에서이다.⁴⁷²⁾

5. 반포르노 페미니스트 담론의 의의와 한계

(1) 페미니스트의 반포르노법 운동의 의의

가. 포르노적 재현에 대한 젠더차원의 독해 제시

포르노그래피에 대한 페미니스트의 비판은 그 분석의 초점을 내용에서부터 재현방식으로 이동시켰다는 점에 우선 그 의의가 있다.⁴⁷³⁾ 성적 표현물이 비도덕적이거나 해방적이나라는 보수주의자들과 자유주의자들 사이의 논쟁은 여성주의자의 개입으로 성의 문제가 아닌 성차별주의의 문제로 초점이 옮겨졌다. 페미니스트들은 포르노그래피가 단순히 성적 차이나 개인의 차이가 아니라 실은 다분히 정치적인 것이라는 점을 간파한 것이다.

페미니스트들은 포르노그래피의 젠더적인 측면의 상징성을 간과해 온 종래의 담론에 총체적인 비판을 제기했다.⁴⁷⁴⁾ 포르노그래피의 재현구조상 관중과 작가가 모두 남성이며 여성은 교환의 대상에 지나지 않는다는 점을 지적한 것이라든지,⁴⁷⁵⁾ 포르노그래피로 인해 여성의 성적 대상화가 현대 사회 전반에 걸쳐 일상화되어 있음을 지적한⁴⁷⁶⁾

471) 특히 대표적인 페미니스트의 한 사람인 베티 프리단은 우리 사회의 진정한 외설성은 가난의 외설성이라고 선언하고 인종주의와 가난한 여성의 서글픈 삶이 페미니즘의 핵심과제여야 한다고 주장한다.

472) Patricia S. Mann(1994), *Micro-Politics: Agency in a Postfeminist Era*, Univ. Minnesota Press, p.86.

473) Susanne Kappeler(1986), *The Pornography of Representation*, Polity Press, p.3.

474) Brown(1990), "Debating Pornography-the Symbolic Dimension", *Law and Critique* 1, 1990, p.134.

475) Susanne Kappeler(1986), *The Pornography of Representation*, Polity Press, p.51.

476) Rosalind Coward에 의하면 포르노그래피는 pervasive force라는 것이다. *Female Desire*, 1984.

것이 그 대표적인 예이다.

나. 법담론의 남성중심성 비판과 재편성의 요구

페미니스트들은 사회에 만연한 젠더문제에 대한 인식부재가 섹슈얼리티 관련 법의 내용과 그 운용방식의 남성중심성과 연결되고 있음도 지적한다. 이는 프룩(Frug)과 같은 포스트모던 페미니스트에게서도 마찬가지인데, 그녀는 법은 여성이 식민지화되고(terrorized) 性化되며(sexualized) 모성화되도록(maternalized) 구성한다고 주장한다.⁴⁷⁷⁾ 포르노그래피에 관해서도 도덕성수호담론이나 표현의 자유담론이 객관성과 일반성의 이름으로 수행되고 있지만 그에는 여성의 시각은 배제되어 있거나, 여성은 막연히 보호받아야 할 대상으로 설정되어 있거나, 혹은 언제든 유혹할 준비가 되어 있어 그에 대한 규제가 필요한 존재로 비쳐지는 것을 보면 이러한 비판은 상당히 타당하다고 하겠다.

이러한 인식은 나아가, 여성과 남성이 다를 때 같은 기준을 적용하는 것은 폭력이라는 선언을 하기에 이르렀으며 따라서 여성의 입장을 충분히 고려해서 규범구조를 다시 짜야 한다는 과제를 던져준다. 호위(A. Howe)가 맥키년의 의의는 무엇보다도 여성의 injuries를 사회적 injuries로 개념화해낸 것에 있다고 평가하는 것은 바로 이런 맥락에서이다. 불평등(inequality)이 아니라 체계적인 종속철폐와 사회적 injury로 초점을 이동시키는 이러한 작업은 페미니즘법학의 발전에 핵심적인 것으로 보인다.⁴⁷⁸⁾

다. 여성의 입장에서 법의 동원

페미니스트의 반포르노운동은 반포르노조례제정을 주된 활동형태로 함으로써 여성의 입장에서 법을 동원한 전형적인 선례를 남겼다. 이리가레(L Irigaray)와 같은 이는 남성의 담론이 투사된 기존의 법으로는 여성은 궁극적으로 배제될 수밖에 없다고 피력하면서 여성의 입장에서 법을 구성할 것을 역설했거니와, 이들의 반포르노법 운동은 포르노그래피의 개념과 해악의 정의 그 모든 것이 여성의 시각으로 구성된, 가히 혁명적인 시도였던 것이다.

물론 이에 대해서 Posner와 같은 사람은 피억압자가 압제자가 된다고 경고하고 있으

477) Mary Joe Frug(1992), *Postmodern Legal Feminism*, p. x x v.

478) Howe, A., "The Problem of Privatized Injuries: Feminist Strategies for Litigation" in M Fineman & N. Thomadsen(eds.)(1991), *At the Boundaries of Law: Feminism and Legal Theory*, Routledge, pp.158-160.

나⁴⁷⁹⁾, 그러한 비난은 근거없거나 무절제한 소송에 대해서는 적용할 수 있을지 모르나 정당한 것에 대한 동원이라면 그러한 비난은 종래의 관행과 기준이 바뀌는 데 따른 불평의 토로에 지나지 않을 것이다.

한편 페미니스트들 중에서도 법에의 호소에 부정적인 반응을 보이는 이가 적지 않긴 하다.⁴⁸⁰⁾ 페미니스트의 반포르노법 운동은 기본적으로 '개인적인 것이 정치적인 것이다'라는 페미니즘의 모토에서 출발하지만 '정치적'이라는 말은 국가에 어떠한 요구를 하는 것과 동일한 것은 아니며 또한 포르노그래피가 정치적인 문제라고 해서 그것이 반드시 법적인 통제의 대상이 되어야 하는 것은 아닌데 반포르노법 운동은 법을 통한 포르노그래피의 규제에 치중한 나머지 포르노그래피에 대한 다각적인 비판의 장을 오히려 봉쇄했다는 것이다. 더욱이 포르노그래피의 여성에게 미치는 해악은 다 파악될 수 없음에도 불구하고 법에 담기는 과정에서 성차별이라는 개념에만 포르노그래피의 해악이 한정된 것도 문제로 지적된다.⁴⁸¹⁾

그러나 페미니스트의 반포르노법 운동은 시민권을 침해받은 사람들이 적극적으로 보호를 요청하고, 기준 자체의 변경을 주장했다는 점에서 큰 의의가 있다. 특히 반포르노조례 제정운동은 비록 법적으로는 실패했지만, 포르노그래피를 공적 논의의 장으로 끌고 나왔고, 포르노그래피의 사적 소비와 여성의 정치적 위상간에 상호연관성이 있음을 드러냈다는 점에서 페미니스트정치의 하나의 모델이 되었다고 할 수 있다.⁴⁸²⁾ 법이 문제를 해결해 주지는 못하지만 그것은 가부장제에 대항하는 캠페인의 하나의 부분으로서는 기능할 수 있을 것이기 때문이다.⁴⁸³⁾ 더욱이 민사법적 반포르노법 운동은 형사기관에의 의존을 탈피하고 여성 스스로 상황을 판단하고 그에 대해 법적인 조치를 시도했다는 점에서 의의가 있다.

(2) 페미니스트의 반포르노법 운동의 한계

479) Richard Posner, *Overcoming Law*, Harvard Univ. Press, 1995, p.359.

480) Carol Smart, *Feminism and the Power of Law*, p.118.

481) N. Lacey, "Theory into Practice? Pornography and the Public/Private Dichotomy" in A. Bottomley and J. Conaghan(eds.)(1993), *Feminist Theory and Legal Strategy*, Oxford: Blackwell Publishers, pp.106-107.

482) N. Lacey, "Theory into Practice? Pornography and the Public/Private Dichotomy" in A. Bottomley and J. Conaghan(eds.)(1993), *Feminist Theory and Legal Strategy*, Oxford: Blackwell Publishers, pp.105-111.

483) Susan Easton(1995), "Pornography as Incitement to Sexual Hatred", 3 *Feminist Legal Studies*, p.104.

페미니스트의 반포르노법 운동은 새로운 사회적 역할과 책임에 적절한 사회적 승인을 거부당한 여성들의 좌절이 표출된 것으로서⁴⁸⁴⁾ 위에서 보았듯이 중요한 의미를 가진다. 그러나 유감스럽게도 그것은 다음과 같은 한계로, 마땅한 사회적 승인을 획득하는 데에는 그다지 적절한 방식이 아니었던 것으로 보인다.

가. 재현과 현실의 혼동

기실 사회는 언어로 구성된다. 맥키년이 speech는 사회적 진실을 구성하는 힘의 행사이고 사회적 불평등은 말과 이미지를 통해 형성되고 강화되므로 언어는 억압의 핵심이 된다고 지적한 것⁴⁸⁵⁾은 이런 의미에서 전적으로 옳다.

더구나 재현물과 실체는 상호작용한다는 점을 고려하면 사실과 환상을 명확하게 구분한다는 것은 사실 어려운 일이다.

포르노그래피의 언어는 이성적 판단을 용납하지 않고 그저 흡수될 뿐이므로 언어의 억압적 사용 중 포르노그래피는 가장 효과적인 것이라거나⁴⁸⁶⁾ 표현과 행동간의 구분을 없애고 포르노그래피도 일종의 speech-act로 보는 견해⁴⁸⁷⁾가 상당히 설득력을 얻는 것도 이 때문이다.

그런데 재현과 현실과의 상호작용을 충분히 인정한다 하더라도 어떠한 표현이 행동에 버금간다고 하려면 표현이 행동을 직접적으로 유발케 하거나 그 자체로 하나의 독립적인 행동이라고 할 수 있어야 한다. 그러나 포르노그래피는 차별을 가져오는 illocutionary act라고 할 수 없으며 행동을 유발하는 권위도 있다고 할 수 없다.⁴⁸⁸⁾ 더욱이 speech-act 이론에 의한 그 둘 간의 구분의 와해는 법과 도덕을 혼동케 함으로써 자유로운 사회의 근간을 무너뜨릴 위험도 있다.⁴⁸⁹⁾

요컨대 포르노그래피를 불평등의 주요 원인으로 지목하거나 심지어 그에 대여성폭력의 책임을 묻는 것은, 포르노그래피는 우리 주변의 문화적 생산물이나 공식담론, 과학 등에 전적으로 의존되어 있으며 그러한 현실을 반영하는 재현이라는 점을 간과한 것

484) Patricia S. Mann(1994), *Micro-Politics: Agency in a Postfeminist Era*, Univ. Minnesota Press, p.79.

485) MacKinnon, *Only Words*, pp.13, 30-31, 106.

486) Farber & Sherry(1997), *Beyond All Reason*, p.41.

487) Langton. Rae(1990), "Whose Right? Ronald Dworkin, Women, and Pornographers", D. Kelly Weisberg(ed.), *Applications of Feminist Legal Theory to Women's Lives*, Temple, 1996; Fish, Stanley(1994) *There's No Such Thing as Free Speech..and It's a Good Thing, too*. New York: Oxford Univ. Press.

488) Sadurski(1999), *Freedom of Speech and its Limits*, p.121.

489) Franklyn Haiman(1993), *"Speech Acts" and the First Amendment*, p.86.

으로서, 적절하지 않은 주장이라 할 수 있다.

한편 부정적인 평가를 포함하여 포르노그래피에 대한 어떤 이해든 그것은 온전히 그 자체의 특성에서 기인한다기보다는 섹슈얼리티에 관한 사회전반적인 이해에 터잡은 것이라는 점을 주의해야 한다. 즉 포르노그래피가 문제가 있다고 하더라도 그 자체가 문제라기보다는 그러한 재현을 배태하는 사회문화적 관념-여성종속적이건 성적 집착이건-이 문제인 것이다. 따라서 반포르노조례와 같은 법적인 조치는 기존의 성적 규범을 무너뜨리는 데 그다지 도움이 되지 못하며 오히려 심각한 방해가 될 수도 있다.⁴⁹⁰⁾

나. 포르노그래피에 대한 보수적 이해

기본적으로 포르노그래피는 대부분 폭력적이며 여성비하적이라는 인식에서부터 출발한 반포르노운동은 노골적 성 표현물 일체에 대한 비난으로 쉽게 연결되고 있다는 점에서 보수주의자들의 그것과 비슷한 면모를 드러내고 있다. 즉 반포르노 페미니스트들은 다분히 성과 성적 행동 자체를 바람직하지 않은 것으로 여기고 있었다. 예컨대 안드레아 드워킨의 저작 『성교(Intercourse)』는 성교와 그것을 하는 사람들, 특히 여성을 비난하고 있다. 여기서 성교를 즐긴다고 주장하는 여성은 ‘공모자들(collaborators)’로 매도되고 있으며 그 어떤 공모자들보다 더 천박하다고 주장된다. 그들은 “그들 자신의 열등함에서 쾌락을 경험하고 성교를 자유라고 부른다”는 것이다. 또한 드워킨의 소설 『얼음과 불(Ice and Fire)』에서도 호의적으로 그려지는 유일한 남성등장인물은 발기를 할 수 없는 사람이다.

기실 반포르노조례에서 채택하고 있는 포르노그래피의 정의도 성적 노골성과 강요-그것을 즐기는 것으로 그려지건 아니건 간에-를 핵심적인 축으로 함으로써, 비하 자체가 문제라기보다는 성적 노골성을 더 문제삼는 것으로서 성적인 맥락이 아닌 곳에서의 비하를 간과하게 될 우려가 있었다.⁴⁹¹⁾ 좀더 큰 문제는 이성애적 섹스 자체를 강요적인 것으로 봄으로써 모든 포르노그래피의 철폐만을 유일한 해결책으로 남기게 된다는 점이다. 또한 강요적이지 않은 섹스만을 옹호하는 것은 섹스를 법적인 결혼관계 내에 한정시키고 일정한 방식의 섹스만을 정상적인 것으로 보는 보수주의적 담론과 상당히 닮아 있다. 반포르노운동은 여성의 자유도 제한하고 있다고 비판⁴⁹²⁾되는 것도

490) 동지로, E. Jackson(1995), "The Problem with Pornography: A Critical Survey of the Current Debate", 3 *Feminist Legal Studies* 49, pp.60-63.

491) Smart, C.(1989), *Feminism and the Power of Law*, Routledge. pp.120-121.

492) Segal(1998), "Only the Literal", *Sexuality*, Vol.1, pp.43-62.

이 때문이다.

반포르노운동이 경직적으로 전개될 경우 이러한 우려는 현실화되기도 하는바, 페미니스트적 음란물 판단이 관철된 캐나다에서 마르가르트 뒤라스(Marguerite Duras)의 소설을 customs officials이 여성이 맞는 장면이 나온다고 하여 압류하는 등⁴⁹³⁾ 여성비하적 장면의 통제에 급급한 나머지 예술작품을 가려내지 못하기도 한다.⁴⁹⁴⁾ 또 포르노그래피의 다양한 성격을 파악하지 못한 결과 여성들 스스로의 성 표현에 대해서도 혐오감을 드러내기도 한다. 즉 Kappeler는 주디 시카고(Judy Chicago)의 유명한 전시품인 'Dinner Party'⁴⁹⁵⁾와 같은, 여성에 의한 적극적인 성 표현물에도 작품의 주인은 실은 여성을 대상화하는 남성 imposter라며 회의를 표명한다.⁴⁹⁶⁾ 그러나 그러한 비판에도 불구하고 주디 시카고의 작품은 상당수의 여성들에게 자신들의 성을 당당하게 표현했다는 점에서 속후련함을 안겨준 공로를 인정하지 않을 수 없을 것이다.

다. 본질주의적 한계

페미니스트의 반포르노운동은 모든 여성이 포르노그래피에 대해 동일하게 비판적인 입장을 갖고 있다고 전제하고 여성들이 포르노그래피를 반대하는 것을 당연시했다는 점에서, 그리고 포르노그래피를 여성억압의 중심에 둬으로써 다른 페미니스트 의제를 쓸어버리고 새로운 도덕적 순결운동을 창출했다는 점에서 본질주의(essentialism)적 성향을 짙게 드러냈다고 하겠다.⁴⁹⁷⁾ 이는 무엇보다도 여성이 재현되는 다양한 방식과 그에 대한 여성들의 다양한 평가를 인식하지 못했기 때문이며,⁴⁹⁸⁾ 여성종속과 성차별은 가족과 고용의 이데올로기와 좀더 관련이 됨에도 불구하고 그 책임을 포르노그래피에 집중시켰기 때문이다.

그와 같은 관점에서 볼 때 포르노그래피문제에서 중요한 것은 그것의 다양성을 인식

493) Richard Posner, *Overcoming Law*, Harvard Univ. Press, 1995, p.366.

494) Downs(1989), *The New Politics of Pornography*, The University of Chicago Press; Lacombe(1994). *Blue Politics: Pornography and the Law in the Age of Feminism*, Univ. Toronto Press 등.

495) 1982년 뉴욕전람회에서 선보인 것으로, 여성의 성기를 은유적으로 묘사한 49개의 접시를 이은 전시품이었다.

496) Susanne Kappeler(1986), *The Pornography of Representation*, Polity Press, pp.43-48.

497) Elizabeth Wilson, "Feminist fundamentalism", Lynne Segal & Mary McIntosh(eds.), *Sex Exposed*, Rutgers Univ. Press, 1992, pp.24-28.

498) Jo Bridgeman & Susan Millns(1998), *Feminist Perspectives on Law*, Sweet & Maxwell, p.504.

하는 것이며 사회적 행위자의 의도를 존중하는 것이다. 그러나, 반포르노운동은 해석의 복잡성과 불명료성을 간과하며 특히 미네아폴리스, 인디애나폴리스, 캠브리지 등의 도시에서 전개된 반포르노조례 제정운동은 남성적 언어권력과 남성적 입장을 사용함으로써 성에 대한 종래의 편협하고 이분법적이며 도덕주의적인 관념을 강화했다는 한계를 지닌다.⁴⁹⁹⁾

가부장적 사회의 부패한 도덕성에서 배태했고 동시에 도덕성이라는 코드로 사회를 위협하는 것이 포르노그래피라면, 페미니스트들에 의해 수행된 반포르노법 운동도 이와 크게 다르지 않게, 종전의 도덕성수호론에 터잡은 포르노그래피규제를 비판하면서 동시에 일련의 도덕성을 규범화했던 것이다. 맥키넨과 안드레아 드워킨의 페미니즘이 법적 청교도주의(legal puritanism)로 비판받고 있는 것⁵⁰⁰⁾도 이 때문이다.

라. 방법의 부적절성

여성의 평등한 권리에 기반하여 포르노그래피의 규제의 정당성을 인정한다 하더라도 문제는 여전히 남는다. 애초에 그러한 규제는 포르노그래피의 표현의 자유를 규제함으로써 여성비하적인 문화를 일소하고 침묵당하고 있던 이들에게 동등한 발언기회를 보장한다는 취지이므로, 과연 규제로서 그러한 목적을 달성할 수 있는가가 문제인 것이다.

그런데 반포르노법 운동의 전개과정이나 그 결과를 보면, 포르노그래피의 통제는 여성차별적 문화를 해소하고 있다고도, 여성적 시각의 성 표현을 포함한 대안적인 성 표현물의 발현과 성장을 가져왔다고도 할 수 없으며, 오히려 성 표현 전반이 억제되고 있는 양상을 보였다. 실로 표현의 영역에서의 기회평등의 촉진이란 어떤 집단에게 귀속될 어떤 중요한 가치를 보호하기 위해서 다른 집단에게서 다른 종류의 것을 제거하는 것은 아니라고⁵⁰¹⁾ 하지 않을 수 없다.

또한 기실 여성을 억압해온 것은 표현의 자유나 포르노그래피가 아니라 국가였는데⁵⁰²⁾ 반포르노법은 국가를 핵심적인 정치적/규제적 권력원으로 삼고 있다는 점에서

499) Mary Joe Frug(1992), *Postmodern Legal Feminism*, p. x xi x .

500) Downs(1989), *The New Politics of Pornography*, The University of Chicago Press, p.124. 이러한 명명에 의한 비판은 특히 영국의 페미니스트에게서 두드러진다.

Greenberg, D. & Tobiason, T.H.(1993), "The new legal puritanism of Catharine MacKinnon", *Ohio State Law Journal*, Vol.54, pp.1375.

501) Sadurski(1999), *Freedom of Speech and its Limits*, p.99.

502) Wendy McElroy(1996), *Sexual Correctness*, McFarland & Company, Inc., Publishers, p.47.

도 한계를 지닌다.

실효성의 측면을 보더라도 민사소송 위주의 반포르노조례는 설령 입안에 성공했다 하더라도 회의적으로 파악된다. 어느 정도의 여성들이 증거를 확보할 수 있으며 소송을 수행하기 위한 재원을 가질 수 있을지 그 가능성은 희박하며, 오히려 반포르노법은 보수주의자들에 의해 악용될 여지가 다분하기 때문이다.

포르노그래피가 해악을 미쳤다는 것을 증명하는 것 또한 간단한 문제는 아니다. 또 증명을 한다 하더라도 그에 따른 법적 조치가 얼마나 실효성 있을지, 실질적인 보상금이 주어질지 의문스럽다. 또한 만약에 injunction이 발해진다면 법이 검열이 아니라는 주장을 유지하기가 힘들어지는 문제도 있다. 한편 반포르노조례는 포르노그래피생산과정에서의 피해에 초점을 맞추고 있기 때문에 그러한 산업에 유입되는 전반적인 환경에 대해서는 어떠한 조치도 내릴 수 없다는 한계도 지닌다.⁵⁰³⁾ 반포르노법운동은 페미니스트적인 법의 동원으로서 중요한 의의가 있는 것은 분명하지만, 그러한 국가적/법적 개혁에 의존하는 것은 그 전망이 그다지 밝지 않으므로⁵⁰⁴⁾ 페미니즘의 전체 기획의 차원에서 볼 때는 동시에 법의 한계를 분명하게 드러내는 문제라고 할 수 있다.⁵⁰⁵⁾

그와 같은 점을 고려한다면, 포르노그래피를 비판하고 그에 대처하기 위해서는 반포르노법과 같은 유토피아적이거나 개혁적인 방식보다는 문화 게릴라적 활동과 같은 전복적인 정책이 훨씬 유용할 것이라고 진단할 수 있다.⁵⁰⁶⁾ 초월적이고 전복적인 전략은 역사가 규정해 온 여성의 섹슈얼리티에 대한 새로운 해석을 가능케 하고, 포르노그래피의 유지와 금지에 동시에 작용해 온 도덕으로부터도 탈피하게 해 줄 것이다. 그것은 페미니스트적 포르노그래피의 생산을 포함한 페미니즘 성담론과 문화의 창출이 될 것이다. 섹슈얼리티는 사회적으로 구성되는 것이기에 더욱 그러하다.

(3) 페미니스트의 분열과 포르노그래피담론의 다양화

503) N. Lacey, "Theory into Practice? Pornography and the Public/Private Dichotomy" in A. Bottomley and J. Conaghan(eds.)(1993), *Feminist Theory and Legal Strategy*, Oxford: Blackwell Publishers, pp.107-109.

504) N. Lacey, "Theory into Practice? Pornography and the Public/Private Dichotomy" in A. Bottomley and J. Conaghan(eds.)(1993), *Feminist Theory and Legal Strategy*, Oxford: Blackwell Publishers, p.107.

505) C. Smart(1989), *Feminism and the Power of Law*, pp.136-137.

506) 동지로, Mary McIntosh, "Liberalism and the contradictions of sexual politics", Lynne Segal & Mary McIntosh(eds.), *Sex Exposed*, Rutgers Univ. Press, 1992, p.167.

반포르노 페미니스트들과 그에 대해 비판적인 페미니스트들의 양쪽의 의견차이는 이후 점점 격화되어 양대 진영을 거의 이분법적으로 갈라놓다시피 했으며 이로써 포르노그래피는 페미니스트들 사이에서도 가장 첨예하게 의견이 대립되는 부분이 되었다.

예컨대 1985년 매사추세츠주 캠브리지에서 일어난 반포르노법 투표⁵⁰⁷⁾를 둘러싼 싸움에서 캐서린 맥키넨은 친섹스파들을 ‘뚜쟁이와 포르노그래피업자들’과 똑같은 종류의 사람으로 취급하였으며 ‘주인의 편을 드는 흑인하인들’이라고 불렀다. 또 안드레아 드워킨은 친섹스파들의 목표가 ‘여성이 언제든 어떻게 해서건 남성에게 조달될 수 있었던’ 1960년대의 평화로운 시대로 되돌아가는 것이라고 평했다.⁵⁰⁸⁾ 또는 더 나아가, 반포르노집단은 성관계에서의 불평등을 반대하는 사람으로, 그렇지 않은 사람은 포르노그래피찬성집단으로 구분되기도 한다.⁵⁰⁹⁾

기실 반포르노 페미니스트들을 비판해 온 반반포르노그래피 페미니스트들이 맹목적인 성찬양으로 기울 여지를 남기고 있긴 했다. FACT활동가가 ‘새도매저키스트’와 ‘어린이에 대한 이상성욕자(pedophiles)’ 등과 손을 잡은 것이라든지, 1983년 150명의 친섹스주의자들은 그런 성적 소수자들을 ‘경험의 새로운 영역을 향해 시험적 개척을 하는 사람들’로 변호하는 청원서에 서명하는 등 ‘점잔을 빼면서 억압적인’ 반포르노파와 싸우는 성적 자유의 투사들로 자신을 간주한 것, 또 공개석상에서 친새도매저키스트 단체인 사모이스(Samois)의 공동창설자인 팻 캘리포아(Pat Califia)가 반포르노파를 ‘과시즘과 손을 잡은 새로운 청교도들’이라고 비난한 것 등이 그러했다.⁵¹⁰⁾

이들 양 입장에 대해, 주류 페미니스트지도자들도 드디어 이들의 포르노그래피전쟁에 대한 입장을 밝히기에 이르렀다. 우선 NOW(National Organization of Women)는 미즈위원회의 주요항목들을 지지하고 나왔는데, 즉 폭력적이고 모욕적인 포르노그래피와 여성에 대한 성폭력간에는 인과관계가 있다는 것을 발견했다. “NOW는 포르노그래피가 여성과 어린이의 인권을 침해한다고 믿는다. NOW는 입법부가 포르노그래피에 직접적인 책임이 있다고 추정되는 해악에 대한 구체책을 인정하는 입법을 고려해야 한다는 제안을 지지한다”는 것이었다.⁵¹¹⁾

그러나 위와 같은 절충적 견해는 포르노그래피문제에 관한 페미니스트간의 이견을

507) 과반수를 얻지 못하여 입안에는 실패했지만 42%의 지지율을 기록했다.

508) 아트 레빈·캐슬린 커리, “포르노그래피전쟁과 여성운동”, 원용진 외, 『대중매체와 페미니즘』, 한나래, 1993, 331면.

509) MacKinnon, Catharine A.(1995), "Pornography Left and Right", p.145.

510) 아트 레빈·캐슬린 커리, “포르노그래피전쟁과 여성운동”, 원용진 외, 『대중매체와 페미니즘』, 한나래, 1993, 328면.

511) 아트 레빈·캐슬린 커리, “포르노그래피전쟁과 여성운동”, 원용진 외, 『대중매체와 페미니즘』, 한나래, 1993, 331면.

좁히는 데는 그다지 도움이 되지 못하는 것 같다.

근래 맥키넨은 반반포르노그래피 페미니스트들도 종래의 자유주의자와 같이 취급하고서는 보수주의자와 그들 자유주의자 모두에 대한 공격의 날을 더욱 돋우고 있다. 즉 맥키넨은 자신과 안드레아 드워킨에게 썩어져 있는 우파성의 혐의를 '날조'라고 평하면서, 그러한 왜곡의 책임을 보수주의자와 마찬가지로 입장에서 수정헌법 1조를 해석한 자유주의자에게로 돌린다. 반포르노조례 제정운동이 남성지배를 위협하게 되자 자유주의자들이 보수주의자들에게 편입되어 종래의 음란물법에 찬성을 보내게 됐다는 것이며, 결국, 포르노그래피에 관해서는 좌파와 우파는 여성을 향해 돌진하는 하나의 기계의 두 개의 톱니바퀴라는 것이다.⁵¹²⁾ 그녀는 보수주의자는 포르노그래피를 덮어버림(cover up)으로써, 그리고 자유주의자는 그것을 전시함(parade)으로써 포르노그래피를 보호해 왔다고 한다. 금지는 그것을 보고자 하는 몇몇 사람들만이 보게끔 하고, 전시를 통한 더 많은 관람은 포르노그래피에서 그려지는 것을 정상화(normalized)한다는 것이다. 결국 어떻게든 포르노그래피의 해악은 드러나지 않는데, 그녀는 그러한 음란물법이 전제하고 있는 도덕성과 성산업-1973년 밀러판결 이후 4배 이상 증가한-에 보내는 관대함을 질타한다.⁵¹³⁾

반면, 반반포르노그래피 페미니스트들은 그러한 반포르노 페미니즘은 젠더(에만 집착하는)페미니즘이며 새로운 청교도라고 비난하는 데서 나아가,⁵¹⁴⁾ 개인주의를 적극적으로 표방하면서 포르노그래피를 옹호하기도 한다. 이 입장에서 보기에 포르노그래피에 출현하는 여성이나 보는 여성이나 개인적인 판단에 입각해서 그리 행동하고 그러한

512) MacKinnon, Catharine A.(1995), "Pornography Left and Right", pp.145, 148-149, 160-161. 그리고 그 예로서, Edward de Grazia의 *Girls Lean Back Everywhere*(1992)와 Richard Posner의 *Sex and Reason*(1992)을 들고 있다. 좌파인 Grazia와 우파인 Posner는 전자는 검열이 예술가에게 가져오는 부정적 효과에는 그렇게 민감하면서 포르노그래피가 가져오는 효과에 대해서는 무딘 점에서, 후자는 포르노그래피를 남녀의 생물학적 특성의 결과로 간주한다는 점에서 남성중심성을 드러낸다는 것이다. 그리고 둘 모두 예술이라는 포장에 있는 것이라면 뭐든지 용인한다는 점에서 공통된다. 덧붙여, 포즈너는 그것을 구매하고자 하는 사람이 있다면 가치있는 것으로, 그라지아는 그것을 누리하고자 하는 사람이 있다면 가치있는 것으로 보고 있다는 점에서도 철저히 성상품화에 동조하고 있다는 것이다. 결국 남성의 욕망이 가치를 부여하는 셈이다. 실제로 포즈너는 Hustler지의 어떤 여성의 프라이버시를 침해사건의 항소심에서 유죄평결을 뒤집기도 했다. *Douglass v. Hustler*, 769 F.2d 1128(7th Cir. 1985), cert. denied, 475 U.S. 1094(1986).

513) MacKinnon, Catharine A.(1995), "Pornography Left and Right", p.146.

514) Wendy McElroy(1996), *Sexual Correctness*, McFarland & Company, Inc., Publishers, pp.40-42.

‘동의’(필자 강조)를 부인할 수 없는데 반포르노그래피 페미니스트처럼 여성의 동의를 진정한 것으로 여기지 않는 것은 여성을 대등한 법적 주체로 보지 않는 남성중심적인 사고에 진배없다는 것이다.⁵¹⁵⁾

위와 같이 페미니스트 사이에서도 포르노그래피를 둘러싸고 숭한 이견들이 제시되는 풍경은 적어도 페미니즘에 있어서는 그리 익숙치 않은 것임에는 분명하다. 이 때문에 한편에서는 이것이 페미니즘의 심각한 위기로 받아들여지기도 한다. 힘을 모아야 할 일이 산적한데 이로써 여성간의 연대의 틀이 깨졌다는 판단에서이다. 그러나 반포르노그래피운동을 통해 여성들간의 단일성이 깨진 것은 오히려 장점으로 평가될 수도 있을 것이다. 이를 통해 종래의 남녀에 대한 고정관념이 타파되고 남녀에 달리 적용되던 성도덕에도 의문을 품게 되는 등 성차에 관한 종전의 이데올로기가 도전받고 있기 때문이다.⁵¹⁶⁾

515) Wendy McElroy(1996), *Sexual Correctness*, McFarland & Company, Inc. Publishers, p.45.

516) Mary Joe Frug(1992), *Postmodern Legal Feminism*, pp.148-149.

제 Ⅲ부 재해석과 전망

제 7장 담론의 재해석

모든 담론은 당해 사회에서 배태되고 당대의 지배적 세력의 영향하에 그 주요한 이론들과 개념요소가 확정되는바, 이는 반대로 어떤 공고한 담론이라도 주변환경의 변화와 주된 요소들에 대한 이해를 달리 함으로써 담론의 내용과 방향성이 달라질 수 있다는 얘기가 된다. 이 점은 앞서 살펴본 포르노그래피에 관한 주요한 규범적 담론들, 즉 음란물 규제 담론, 표현의 자유 담론, 청소년 보호담론, 여성의 권리 담론의 각각에서도 확인되었다.

본 장에서는 그러한 포르노그래피에 관한 규범적 담론들이 상호 대립적으로 전개되면서 공통적으로 보이는 한계를 종합적으로 지적하고 새로운 해석을 통해 관련담론을 재구성하고자 한다.

1. 기존담론들의 공통적인 한계 비판

(1) 성 표현물의 이분법적 구분 비판

이제까지 성 표현물은 대체로 이분화되어 허용가능한 것과 그렇지 못한 것으로 나뉘어져 왔다.

우선 성 표현을 꺼리는 도덕적 보수주의자의 경우에는 되도록 당해 사회의 기존의 도덕관념에 부합하는 성 표현물만 허용하고, 그렇지 않은 것에는 ‘음란물’이라는 이름하에 도덕적·법적인 제재를 가한다. 시대와 상황에 따라 그 경계선은 조금씩 변화되고 있지만, 노골성이 짙거나 쾌락주의적인 것, 그리고 수간, 동성애, 일 대 일 외의 성관계, 변형체위 등의 비전형적인 것은 대체로 음란물로 구분되어 통제를 받는다.

또 자유주의자의 경우에는 개인의 성 표현과 향유의 자유를 옹호하므로 보수주의자보다는 높은 정도로 성 표현의 자유를 인정하지만, 표현의 자유를 절대적으로 보장해야 한다는 입장은 오히려 소수이며, 실제에 있어서는 어떤 성 표현물에 대해서는 관용하지 않고 있다. 예컨대 성적으로 상당히 자유화를 진전시킨 미국이나 북부유럽의 경우에도 하드코어포르노그래피에 대해서는 금지를 하는 것이 그것이다.

한편 청소년보호를 내세울 때는 앞에서 본 것처럼, 청소년에 대한 유해성 여부를 기

준으로 더욱 간단히 이분화를 시킨다.

그런가 하면, 포르노그래피를 반대하는 페미니스트의 경우, 추상적인 사회도덕성 보호나 당대의 공동체의 감정에 호소하진 않아 통념에 의한 이분화의 위험성은 적지만, 여성에게 비하적인가 그렇지 않은가에 따라 포르노그래피인지의 여부를 판단하고 있다는 점에서는 마찬가지로 이분법에 기초해 있다고 할 수 있다.

그런데, 그와 같은 이분법적 구분은, 각 장에서 살펴 봤듯이 그 기준이 객관적이지도 명료하지도 않거니와, 각 담론의 틀 내부에서 성 표현물을 인식한 나머지, 성 표현물의 다양성과 그러한 다채로운 해석가능성을 파악하지 못한다는 점에서 공통적인 한계를 지닌다고 할 수 있다.

즉 한 사회의 보수주의자들이 사회질서를 파괴한다고 통제를 주장하는 성 표현물들이 또 많은 다른 사람들에게는 인간의 성에 대한 자연스러운 관심의 표출 그 이상도 그 이하도 아닐 수 있으며, 아직은 많은 사람들에게 침해가 될 것이라는 이유에서 규제되고 있는 하드코어포르노그래피마저도 상상력의 극대화란 측면이 강조된다면 위협적인 이미지는 상당히 견혀지게 된다. 또 혹자에게는 여성비하적으로 해석되는 포르노그래피의 장면들이 다른 사람에게는 단순히 성적인 메시지가 강렬한 것 또는 오히려 전형적인 성도덕을 조롱하는 것으로 읽히기도 한다.⁵¹⁷⁾

특히, 많은 경우 예술적 가치가 있는 성 표현물은 음란물에서 제외하고 있지만 예술과 외설간의 경계 역시 당시의 문화권력적인 담론에 종속되어 있는 지극히 불완전한 것으로서, 얼마든지 다른 방식으로 해석될 수 있는 것이다.

우리의 경우만 봐도, 예술작품임이 분명하지만 1910년대에 김관호의 누드작품은 ‘이해없는 일반의 부도덕한 흥분을 촉발할 위험이 있기 때문’이란 이유에서 일반대중에게 공개되지 못한 것이나, 1949년 제1회 국전에서 입선한 김홍수의 나체화 ‘나부군상’이 ‘미술의 가치는 인정하지만 미성년자에게 재미없는 영향을 미칠까봐’라는 이유로 전시되지 못하고 당국의 지시에 의해 철거되는 소동이 일어나기도 한 것,⁵¹⁸⁾ 그리고 심지어 백남준도 상체를 벗은 첼리스트 무어와 TV세트를 장치한 비디오작품을 발표하여 뉴욕당국으로부터 음란성이 짙다는 경고를 받은 적이 있는 점 등은 이를 예증한다 하겠다.⁵¹⁹⁾

517) 예컨대 1999년 대표적인 독립영화제의 하나인 미국 선댄스영화제에서 수상한 재미한국인 여성 애너벨 청의 다큐멘타리는 몇 십 시간을 연속해서 수십 명의 남성과 애너벨 청 자신이 가진 성관계를 소재로 한 것이다. 실제로도 포르노그래피배우인 그녀는 그러나, 자신은 포르노그래피가 여성의 종속을 나타낸다고는 생각하지 않으며 오히려 그를 통해 이성애적 관계의 탈피, 여성의 성적 자유의 구가 등을 표현할 수 있는 것으로 해석하고 있다.

518) 한국간행물윤리위원회, 『예술과 외설의 한계성』, 1996.12. 12-13면.

이 때문에 법원은 종종 전문가의 의견을 참조하여 어떤 것은 예술작품이고 어떤 것은 음란물이라고 판단하지만, 이 경우 역시 앞서의 전문가들과 다른 의견을 가진 전문가의 의견을 참작한다면 결론이 달라지게 될 가능성이 있어 객관적인 것이라고는 볼 수 없다. 예컨대 밀러기준도 예술사에서 오로지 스쳐가는 한 시점의 이론에 지나지 않은 모더니즘이론에 영향받은 것에 불과하다고 말할 수 있다.⁵²⁰⁾

예술성변론은 사실 그 자체로 상당히 취약한데, 이는 그것이 배제하고 있는 부분만이 아니라 포함하고 있는 부분에서도 그러하다. 전위예술가의 설치미술이나 행위미술은 종종 시비에 휘말리는데, 보수주의자들은 그것의 예술성을 인정하지 않는다. 요컨대 예술관의 차이에 따라 음란성 판단이 얼마든지 달라지는 셈이다. 1987년 캐나다에서 제안된 반포르노법안 C-54에 대해 반포르노 페미니스트들이 당해 법안이 예술성 제외를 두고 있던 점을 비판하고, 여성지위에 관한 캐나다자문위원회(the Canadian Advisory Council on the Status of Women)가 예술성예외조항 삭제를 정부에 요구했던 것도 마찬가지이다.⁵²¹⁾

사실, 예술과 오락, 예술과 외설의 구분은 권력에 관한 문제이고⁵²²⁾ 예술적 가치 여부도 권력관계에서 설정된 하나의 셋팅에 불과한 것이기 때문이기에, 양자간의 경계가 불명확하고 그에 대해 논란이 많은 것은 어찌면 당연하다.

이상을 통해 본다면 포르노그래피문제의 경우, 그 중에서 허용가능한 것과 그렇지 않은 것을 구분해 내기 위해 벌이는 무수한 담론들은, 그 진지함과 심각성에도 불구하고, 당대의 문화적 권력을 추수하는 것에 본질적으로는 다르지 않은 것이며⁵²³⁾, 성 표현은 비도덕성으로도, 쾌락으로도 단순히 읽히지 않는 다양하고도 복합적인 것이라는 점을 인식하지 못한 채 이분법을 경직적으로 반복하고 있는 것이라고 하겠다.

(2) 포르노그래피규제의 자유침해론 비판

또한 앞서 살펴 본 포르노그래피관련담론들 서로간의 관계를 들여다 보면, 표현의

519) 한국간행물윤리위원회, 『예술과 외설의 한계성』, 1996.12. 35면.

520) Amy Adler(1990), "Post-Modern Art and the Death of Obscenity Law", 99 *Yale Law Journal*, p.1364.

521) Lacombe(1994), *Blue Politics*, Univ. Toronto Press, p.161.

522) Lacombe(1994), *Blue Politics*, Univ. Toronto Press, p.157.

523) 우리 사회에서 파장을 일으켰던 마광수나 장정일 등의 사건의 경우도, 피상적으로는 외설물에 대한 법적 규제지만, 실은 인간의 모든 담론들의 창작과 유통을 일방적으로 지배, 독점하고자 하는 권력만능주의적 전체주의라는 비판(장석주, "이 땅에 표현의 자유는 있는가", 『시민과 변호사』, 97년 10월호, 31면)도 이와 맥락을 같이 하는 것이다.

자유담론을 중심으로 나머지 담론들이 각각 갈등관계에 놓여 있음을 알 수 있다. 즉 표현의 자유를 원칙적으로 보장하고자 하는 입장에서는 음란물판단에 의한 포르노그라피규제담론에 대해서도, 공동체구성원의 삶의 질을 내세운 공동체주의적 포르노그라피규제담론에도, 여성의 권리에 입각해서 포르노그라피규제를 주장하는 페미니즘적 담론에 대해서도 여지없는 비판을 가하고 있는 것이다. 이로써 공서양속의 보호의무와 표현의 자유가, 선하고 좋은 삶과 권리가 보장되는 삶이, 평등권과 표현의 자유가 필연적으로 대립할 수밖에 없는 것으로 비쳐진다.

그런데 이러한 담론들의 대결은 과연 불가피한 것일까? 달리 말해서, 표현의 자유는 결코 양보될 수 없는 것일까?

이 점은 표현의 자유에 대한 새로운 해석을 통해 더 자세히 규명되겠지만, 미국의 자유주의자들이 수정헌법 1조의 표현의 자유의 근거로 밀의 자유론을 들먹이며 그에 대한 우위성을 주장하는 것은 시대착오적이다.⁵²⁴⁾ 오히려 수정헌법 1조의 정신은 개인의 책임과 절제, 자기관리에 가깝기 때문이다.

이런 관점에서 본다면 포르노그라피의 규제가 곧 표현의 자유의 침해문제가 되는 것은 아니라고 해야 할 것이다. 표현의 자유는 자연권적인 측면도 있지만 정책적인 필요에서 조작적으로 artificial 범주가 획정될 수 있는 성질도 부인할 수 없으며,⁵²⁵⁾ 모름지기 어떤 표현을 보호할지 그렇지 않을지의 결정은 원리나 고정된 법칙에 근거한 것이 아니라⁵²⁶⁾ 그것을 해석하는 누군가의 능력에 달려 있다고 하지 않을 수 없기 때문이다.

따라서 사회구성원들의 공정한 참여에 의해 수행되는 공적 담론을 통해 도출된 합리적인 논거와 방법에 의한 포르노그라피의 규제라면 당해 규제가 목표하는 중요한 가치를 확보함은 물론, 그로 말미암아 표현의 자유가 훼손되지도 않을 수 있을 것이다.

(3) 포르노그라피의 여성의 권리 침해론 비판

524) Elizabeth Wolgast, "Pornography and the Tyranny of the Majority", Patricia Smith(ed.) *Feminist Jurisprudence*, Oxford Univ. Press, 1993, p.432.

525) T. Scanlon(1972), "A Theory of Freedom of Expression", R. M. Dworkin(ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford Univ. Press, 1977, p.155.

526) 심지어 급진적 다문화주의(radical multiculturalism)는 언론의 자유라는 것도 법이 결과를 정당화하기 위해 사용한 환영일 뿐이고 지극히 개인적인 선호에 근거하고 있을 뿐이기 때문에 포르노그라피의 금지로 인해 진정 가치있는 언론을 틀어막으리라고 염려하지 않아도 된다고 한다. Farber, Daniel A. & Suzanna Sherry(1997), *Beyond All Reason*, Oxford Univ. Press, p.45.

포르노그래피에 대한 보수주의적이거나 자유주의적인 취급은 여성에게 미치는 해악을 간과하며 특히 표현의 자유를 보호한다는 미명하에 포르노그래피에 느슨한 태도를 취하는 것은 포르노그래피가 여성을 침묵시키고 사회 속에서 평등하게 삶을 영위할 권리를 침해하는 것을 묵인하는 것과 다름없다는 것이 반포르노 페미니즘의 기본적인 입장이었다.

그러나 앞서 보았듯이 포르노그래피의 이미지에 의해 모든 여성의 권리가 침해된다는 주장은 포르노그래피 재현의 다양성과 여성들간의 인식 차이를 고려하지 않은 것으로서, 받아들이기 힘들다. 물론 포르노그래피가 삼고 있는 각본의 상당 부분은 여성을 성적 대상으로 간주하고 비하하며 폭력을 미화하는 것이지만, 그러나 그런 식으로 그려지는 것이 비단 여성만은 아니며, 심지어 많은 사람들에게 모욕적인 것이라도 또 어떤 사람에게는 그렇지 않은 것으로 해석되는 등 그에 대한 평가가 일률적인 것만은 아니기 때문이다.

결론적으로 포르노그래피의 자유에 대한 규제는 여성이라는 집단의 이름으로서가 아니라 포르노그래피에의 접촉을 원치 않는 개인의 선택할 수 있는 권리 또는 소수자의 보호라는 관점에서 세부적으로 논의되어야 할 것이다. 특히 지극히 상업화된 현대의 포르노그래피의 특성을 감안하면, 매체별 특성을 고려함과 함께 유통규제와 구조규제를 병행해야 할 것이다.

2. 포르노그래피 관련담론의 재해석

(1) 포르노그래피에 대한 새로운 이해

포르노그래피를 둘러싼 문제의 많은 부분은 기실 인간의 성과 포르노그래피를 어떻게 보느냐에 달려 있다. 음란물 규제담론에 있어 섹슈얼리티는 침실에만 국한되는 문제이고 따라서 포르노그래피는 그 자체로 도덕적 타락의 상징으로 비쳐져 그에 대한 금지를 주장할 수밖에 없게 되는 것이고, 섹슈얼리티의 사회성을 충분히 긍정하더라도 포르노그래피에 대해 기본적으로 부정적인 평가를 내리는 한 반포르노 페미니스트 처럼 역시 그에 대한 규제를 주장하게 되는 것이며, 섹슈얼리티와 포르노그래피를 지극히 개인적인 문제로 보는 자유주의자들은 그에 대한 공적인 개입에 거부감을 느끼게 되는 것이다.

그런데 그러한 부정적인 이미지로서가 아니라 자연스러운 것으로서, 나아가 긍정적인 것으로서 성과 포르노그래피를 해석하게 된다면 그에 대한 취급태도도 당연히 달

라지게 될 것이다. 예컨대 라이히(B. Reich)는 포르노그래피를 성적 억압의 자연스러운 귀결로서 보고,⁵²⁷⁾ 사드와 그 추종자들은 포르노그래피를 혁명적이고 전복적인 것으로까지 이해한다.

기실 앞서 본 것처럼 포르노그래피는 인간의 자연스러운 욕망의 환상적 재현이며, 많은 이들이 당연하게 받아들이고 있지만 그에 깃들여진 반도덕성의 혐의는 상당 부분 제도적·문화적인 차원에서 정책적·인위적으로 결부된 것이라는 점을 감안한다면, 다시 노골적 성 표현물이라는 포르노그래피의 본래의 장르적 특성에 충실해지는 것이 불가능하지만은 않다. 더욱이 이미 현대사회에서 우리 생활 깊숙이 포르노그래피를 비롯한 성 표현물이 존재하고 있고 그 성장세가 줄곧 이어지고 있는 것이 현실일진대, 사정이 그러하다면 포르노그래피에 대한 막연한 경계심을 해체하고 그에 대해 일상적인 시선을 가지는 것이 오히려 요청된다고 할 것이다. 또한 그 경우 한국사회에서 드러나는 성에 대한 지나친 민감성도 완화될 수 있어 이후의 규범적 담론의 성숙한 전개가 가능하게 될 것이다.

그와 같이 본다면, 청소년보호라는 명분하에 청소년을 포르노그래피로부터 가급적 떼어놓고자 하는 작금의 무수한 시도 역시 다분히 무위한 노력이며 방향을 틀리게 잡고 있는 것이라고 하지 않을 수 없다. 청소년의 성숙이 불완전하다는 점을 인정한다 하더라도 청소년의 성장을 위해서는 개체의 성적 정체성의 인식이 핵심적이며 이에 성에 대한 정보를 기반으로 하는데 성 표현물이 그러한 역할을 해 내고 있음을 부인할 수 없기 때문이다. 따라서 대부분의 포르노그래피가 구체적인 현실이라기보다는 환상에 의해 조합된 것이라는 점을 적절히 지적해 주고 의견을 제시해 주는 것, 그리고 사회적 합의를 거쳐 예컨대 폭력적인 포르노그래피에 대해서는 통제를 하는 것은 가능하지만 그 외에 일정한 도덕의 잣대를 들이대어 단지 성 표현의 수위가 높다는 점만으로 전면 통제를 하는 것은 포르노그래피의 재현성을 긍정한다면 조화되지 않는 정책이라 할 것이다.

한편 근래는 페미니스트 중에서도 포르노그래피에 대한 긍정을 표명하기도 한다. 물론 대부분의 포르노그래피가 성인남성을 주수요층으로 하고 있고 그들의 욕망을 충족시키고자 하는 상업적인 의도에서 양산되는 것이고 포르노그래피에서 그려지는 여성의 모습이 분명히 보기 좋지 않고 진실이라고 할 수도 없지만, 어차피 포르노그래피가 하나의 환상인 만큼 일정 정도 그 자체로 인정해야 하는 부분이 있으며, 더욱이 여성이 그런 모습으로 그려지는 상황에서 포르노그래피를 금지한다면 오히려 여성의 다른 모습 또는 진정한 여성의 성적 쾌락을 묘사할 공간을 찾기 힘들게 되기 때문이다.

527) 빌헬름 라이히 저, 박설호 편역(1996), 『문화적 투쟁으로서의 성』, 솔.

또한 주목할 것은, 이러한 포르노그래피의 존재성에 대한 긍정이 자연히 포르노그래피에 대한 새로운 해석으로 옮겨가고 있다는 점이다. 즉 성해방론자나 아나키스트들과는 다른 측면이긴 하지만 페미니스트들도 포르노그래피는 여성들에게도 좋은 점이 있음을 주장하고 있는 것이다. 새로운 해석에서 전망하고 있는 포르노그래피는 그것을 통하여 성의 금기에 도전하고 여성의 섹슈얼리티를 표현하며 아울러 그로써 여성의 표현의 자유와 평등권, 사회참여권도 보장될 수 있는 수단으로 파악된다. 더욱이 어떤 형태의 포르노그래피는 임신이나 결혼, 이성애와 반드시 결부되지 않은 성을 묘사할 수 있으며 어머니로서의 몸과 다른 여성 자신의 몸을 그림으로써 여성의 평등을 고양할 수 있는 것으로 이해된다.⁵²⁸⁾ 성해방과 평등한 성적 관계의 가능성을 제시하는 소위 pro-sex 페미니스트는 더 나아가, 오히려 포르노그래피는 오랜 성억압의 문화에서 전복적인(transgressive) 성적 표현임을 강조하기도 한다.

그러나 포르노그래피에 대한 긍정적인 해석을 시도하고 있다고 해서 이들이 한결같이 모든 포르노그래피에 대해 찬성을 표명하고 있는 것은 아니다. 새로운 해석에서 평가하는 것은 포르노그래피의 새로운 가능성이지 현재의 포르노그래피의 표현방식은 아니기 때문이다. 많은 페미니스트들이 성적 평등이 나타난 성 표현물을 에로티카⁵²⁹⁾

528) Eisenstein(1988), *The Female Body and the Law*, p.173. 이와는 반대로, 포르노그래피는 오히려 결혼내의 성을 강화하는 도구가 될 뿐이라든가 여성을 성에 있어서의 여성다움과 낭만적 사랑과 성의 관념에서 탈피시키기보다는 그것을 더욱 강화할 수 있다는 견해도 꾸준히 제시된다. Weeks, Jeffery(1985), *Sexuality and Its Discontents: Meanings, Myths and Modern Sexualities*, London: Routledge and Kegan Paul.

529) 포르노그래피가 규범구조상 보호범주에 속하는지 여부를 두고 아직 검정을 거쳐야 하는 성격의 장르라면, 에로티카는 포르노그래피보다 그 노골성이나 침해성이 경미한 것으로서, 통상적으로는 일반적인 표현의 자유를 누리는 성 표현물로 이해된다. 예컨대 영국의 윌리엄스위원회는 포르노그래피에 비해 좀더 우회적이고 덜 명시적인 것, 그리고 강한 성적 자극이 아니라 약간의 성적 관심을 의도하는 것을 에로티카로 이해하고 있다. Home Office, 1979, p.105. 우리의 '에로물'도 아마도 대체로 에로티카에 해당되는 것으로 보인다. 다만 존슨위원회의 경우 명시적으로 에로티카를 정의하진 않았지만 '성적으로 명시적인sexually explicit'의 뜻으로 당해 용어를 사용하고 있는 것(U.S.Commission, 1970, pp.3-4)에서 보듯이, 에로티카의 경우도 그 노골성에 있어서는 포르노그래피에 미치지 못하지만 분명히 명시적으로 성을 표현하고 있어야 한다. 그러나 에로티카의 개념 역시 항상 성적 노골성의 상대적 미약성으로 판단되지 않는데, 포르노그래피는 권력과 무기로서의 섹스의 문제로 보면서 그에 비해 평등에 기반한 명시적 성 표현물을 에로티카로 보는 페미니스트적 견해도 있는가 하면(Steinem(1978), "Erotica and Pornography," Laura Lederer(ed.)(1980), *Take Back the Night*, William Morrow and Company, Inc., p.37. 미국의 미즈위원회도 폭력이나 여성의 종속을 담고

로 정의하고 그것의 발전과 활발한 이용을 독려하는 것에도 여전히 현재의 포르노그라피에 대한 불만은 내재되어 있는 셈이다.

그런 차원에서 현재의 페미니스트들의 관심은 법원의 음란물 판단과는 별개로, 그리고 법적 금지 여부와는 별도로 좀더 문화적이고 사회적인 차원에서 과연 어떤 것이 페미니즘의 관점에서 용인될 수 있으며 어떤 것은 그러하지 않은지를 판단하고 그 평가를 외재화하는 것에 집중되어 있다. 오로지 'thanatic'한 것, 즉 성적 존재로서의 자신 혹은 타인의 선호의 육체적 좌절 또는 나아가 성적 존재로서의 자신 또는 타인의 내적 침해를 묘사할 뿐만 아니라 부추키는 포르노그라피에만 반대하는 것⁵³⁰⁾도 그 하나의 시도이다.

(2) 표현의 자유에 대한 재해석

앞서 살펴 본 것처럼, 전통적인 보수주의자들의 경우에는 사회도덕성을 해치는 노골적 성 표현에 대해 표현의 자유를 부여한다는 것 자체가 어불성설로 받아들여지지만 표현의 자유를 기본권으로 보장하고 있는 현대국가에 있어서는 포르노그라피도 일종의 성 표현인 만큼, 개인의 성 표현과 성 표현물 향유의 자유를 기본적으로 보장하는 것은 당연하다. 특히 개인의 성적 정체성의 형성과 그에 대한 자기결정권은 각자의 인격권의 중요한 부분을 이루고 있고 국가는 그를 보장할 의무를 가지므로⁵³¹⁾ 그 일환에 있는 성 표현의 자유 역시 추상적인 사회도덕성의 보호나 청소년보호라는 구호로 잠식될 수 없는 개인의 기본권이라 할 것이다. 따라서 우리 헌법상 표현의 자유를 제한할 수 있는 사유로서 제시되어 있는 것들의 경우에도 구체적으로 공중도덕이나 사회질서가 침해되지 않는 한, 그로 인해 청소년 집단 전체에 해악이 미치는 것이 밝혀지지 않는 한 개인의 성 표현의 자유를 억제하는 근거로 원용될 수는 없다.

다만 개인적인 차원에서 성 표현의 자유를 존중한다 하더라도 밀의 해악원리에 따라, 혹은 타인의 권리나 명예를 침해해서는 안된다는 우리 헌법조문에 따라 그에 대

있지 않은 명시적 성 표현물로 에로티카를 정의하고 있다. U.S.Department of Justice, 1986, pp.230-231) 페미니스트적 입장에 서면서도 맥키넨처럼 성적인 문제에 관해 남녀간에 평등은 존재하지 않는다고 말함으로써 에로티카의 가능성을 원천적으로 배제하는 견해도 있다.

530) 로즈마리 톱의 입장이다. Bruce Russel(1991), *Freedom, Rights and Pornography*, Kluwer Academic Publishers, p.163.

531) 이는 인격권과 행복추구권을 보장하고 있는 현행헌법 10조와 동 조문이 거론된 헌법재판소결정에서 명시적으로 인정된 바 있다. 1990.9.10. 선고 89헌마82(간통죄 합헌 결정)과 1997.7.16. 선고 95헌가6-13 결정(동성동본금혼헌법불합치결정) 참조.

한 제한은 가능하다. 개인의 표현의 자유를 우선시하는 전형적인 자유주의적 견해에 대립하여 여성의 평등권을 중심으로 하여 표현의 자유를 해석하려는 페미니스트적 견해가 중요하게 대두되는 것도 바로 이 때문이다. 특히 이러한 페미니스트의 입장은 개인주의에 경도된 서구 자유주의를 비판해 오고 있는 공동체주의자들의 타인에 대한 배려와 책임의 강조와 맞물리면서 상당한 파장을 던지고 있는 것이 사실이다.

그런데 기존의 자유주의적 입장이 표현의 자유를 사회에 구속되지 않는 개인이 배타적으로 가지는 무소불위의 권리로서 간주한 것이었는 바, 개인의 표현의 자유로 인한 평등권 침해를 지적하는 입장 역시 대부분 표현의 자유와 평등권이 충돌된다는 것을 전제로 하고 있는 것으로서, 개인의 표현의 자유를 배타적인 권리의 문제로 보았다는 점에서는 마찬가지로의 한계를 되풀이했다고 할 수 있다.

위와 같은 한계는 물론 서구의 경우 배타적 권리로서의 표현의 자유라는 제도적 틀이 오랜 시간을 거치면서 정착되어 온 데에도 기인하겠지만 자유주의자의 경우에는 자유주의 담론의 공고화를 위해서, 그리고 그에 대해 비판하는 입장의 경우는 비판의 지점에 스스로 묶여버림으로써 표현의 자유에 대한 이해가 폐쇄적으로 이루어진 때문이다.

그러나 표현의 자유에 대해, 인간 개개인의 표현과 그 상호작용의 의미를 좀더 부각하여 본다면 개인의 표현의 자유와 타인(개인이든 집단이든)의 자유가 배치되는 구도는 극복되게 된다. 즉 언론(speech)은 자체의 표현에 그치기보다는 오히려 본질적으로 의사소통적인 것이므로 표현의 자유는 벌거벗은 영혼의 개인적인 표현이라기보다는 의사소통의 보호와 촉진으로 해석되고, 말과 그 말하는 행동의 가치는 그것이 낳는 관계와 의사소통의 질에 중요하게 의존하게 되는 것이다. 따라서 이렇게 본다면 맥락과 의도 등에 따라 말이 의사소통을 풍부하게 하기도 하지만 반대로, 위계를 강화시킬 수도 있고 권력이 없는 사람들을 억압할 수도 있음을 중시하여 언론의 의사소통적 기능의 존속을 위해 그 기능을 다하지 못할 경우 그에 대한 처방이 가능해진다. 자유주의자가 기껏해야 사고적인 ‘침해’로 보는 것-말의 가능한 결과들, 즉 업신여기거나, 상처를 주고, 위협을 초래하고, 종속시키며, 정신적인 살해를 하는-을 여기서는 가장 핵심적인 것으로 보는 셈이다. 이처럼 언론의 불행한 측면에 주목하는 것은 그러한 침해가 심각한 반의사소통적인 손상이기 때문이며, 따라서 그것은 말의 규제의 충분한 근거가 된다. 또한 이럴 때, 표현의 자유는 모든 사회구성원-발화자, 청취자, 잠재적 발화자-의 조화를 강요하는 국가의 그릇된 노력과, 침묵과 자기모멸을 초래하는 해악적인 사적 의도로부터 보호할 수 있다. 즉 표현의 자유는 모든 사람들이 스스로를 표현할 수 있도록 보장하는 것으로, 보호받는 자유는 모든 이를 위한 자유로서 매김되는 것이다.⁵³²⁾ 따라서 타인의 권리나 평등이라는 중요한 가치를 훼손하는 언론,

특히 인간의 존엄을 저해하는 언론은 그 자체로 제한될 수 있게 된다. 요컨대 평등은 평등한 자유권을 의미하는 것으로 이해될 때 표현의 자유의 주변에 있는 게 아니라 표현의 자유의 중심적인 의미의 한 부분이 되며⁵³³⁾ 표현의 자유는 평등권이나 사회 전체의 복리의 추구 등과 갈등하는 게 아니라 하나의 통합된 일체라고 할 수 있다.⁵³⁴⁾ 그렇다면 우리 헌법상 표현의 자유도 제한근거가 명시되어 있는 공중도덕이나 사회윤리 침해, 그리고 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위한 제한 외에 헌법 11조의 평등권이나 헌법 10조의 인격권, 또 헌법 34조의 인간다운 생활권 등의 조문과 함께 총체적으로 해석되어야 할 것이며, 이는 결코 그와 같은 기본권을 위해 표현의 자유가 형량을 통해 제약되는 것이 아니라 표현의 자유의 해석 그 자체로부터 우러나오는 자연스러운 것으로 이해되어야 할 것이다.

주목할 것은, 표현의 자유에 대한 이러한 해석은 궁극적으로, 뒤에서 보듯이, 다만 지극히 개인적이고 배타적인 것이 아니라 사람간의 관계속에서 비로소 위치지울 수 있으며 보살핌을 포괄하는 것으로서 권리를 파악함으로써 가능하다는 점이다. 마찬가지로, 권리의 밑바탕을 이루며 표현의 자유에서도 그에 대한 주장과 규제의 근거로 동시에 사용되는 자율성의 원리 역시 자율성을 상호의존적인 것으로 이해한다면 같은 주장으로 다른 결론이 나오는 모순을 해결할 수 있게 된다.⁵³⁵⁾ 따라서 이러한 입장에서는, 표현의 자유의 권리와 평등하게 취급받을 권리가 충돌한다거나, 표현의 자유에서 포르노그래피업자의 권리와 침해받지 않을 여성의 권리가 충돌한다거나 하는 이분법적 사고는 자연히 극복된다.

(3) 권리의 재해석

앞서 권리담론에 대한 페미니즘법학의 비판이 있었고 그 반향으로서 ‘보살핌의 윤리’가 주목받고 있음을 언급하였다. 그럼, 권리와 보살핌은 과연 양립할 수 없는 것일까? 이에 대해서는, 지금까지 많은 사람들은 ‘그렇다’고 답하고⁵³⁶⁾ 어느 쪽을 선택하는 식

532) Minow(1992), "Equality and the Bill of Rights" in Michael J. Meyer and William A. Parent(eds.), *The Constitution of Rights*, Cornell University Press, 1992, p.127.

533) 이렇게 표현의 자유를 개념화하는 가장 강력한 견해는 Kenneth Karst의 "Equality as a Central Concept in the First Amendment", *University of Chicago Law Review* 43 (1975), p.21에서 천명되었다.

534) Robin West(1994), *Progressive Constitutionalism*, Duke University Press, p.150.

535) 이러한 의미의 자율성에 대한 자세한 해석은 Gaylin & Jennings(1996), *The Perversion of Autonomy*, The Free Press, pp.228-246을 참조.

536) Scales, Ann C., "The Emergence of Feminist Jurisprudence: An Essay" in Patricia

으로 문제를 해결하고자 했으며 그 결과 상당수의 사람들이 권리담론에 여전히 회의적인 입장을 표명하였다.

그러나 종래 권리담론이 지니고 있던 추상성, 남성중심성, 고립성, 절대적 우위성 등의 한계를 인정한다 하더라도, 권리담론이 가져오는 중요한 결실이 있는 만큼, 권리담론 자체를 완전히 포기하는 것 역시 바람직하지 않다.⁵³⁷⁾

우선 권리담론은 의사소통의 기회가 된다는 점에 우선 주목하지 않을 수 없다. 권리담론은 확립된 담론구조내에서 법에 호소하는 형식을 띠고 있으므로 다른 논변에 비해 주목받기 쉬우며 어느 정도 논리성이 보장되는 만큼 설득가능성 역시 더 커지기 때문이다. 특히 권리담론과 투쟁의 역동성을 고려한다면 권리논의의 매력은 결코 쉽게 포기할 수 없는 것이라고 할 수 있다.⁵³⁸⁾ 권리담론은 praxis의 하나의 형태일 수 있는 것이며, praxis의 근본적인 측면은 이론과 실천을 수행하는 의식성과 주체성의 능동적인 역할과 그로 인한 역동적인 상관관계에 있는데 권리담론을 통하여 여성들도 그러한 주체성으로서의 인식을 분명히 할 수 있는 것이다. 이와 같은 권리담론의 긍정적 측면은 여성의 평등한 시민권을 주장한 반포르노법 운동을 주도한 페미니스트들이 대대적으로 주목을 받은 것과 그러한 영향으로 여성들이 스스로의 시각에서 포르노그래피에 대해 말하기 시작한 것에서도 확인된다. 비판법학자들은 권리주장이 종종 정치와는 별개로 주장되어 온 것으로 봤지만 권리와 정치, 의식과 사회변화와의 역동적인 상관관계에 더 주목한다면 권리를 긍정적으로 해석할 수 있는 것이다. 이런 관점에서 볼 때 권리논의에 비판적인 견해를 표방해 온 페미니스트 역시 권리담론의 두 가지 가능성을 평가절하했다고 할 수 있다.

페미니스트들이 이와 같이 권리를 다시 긍정하게 된 데에는 자기정체성의 확인으로서의 권리의 중요성을 포기할 수 없었다는 것이 크게 작용했다. 이는 캐롤 길리건조

Smith(ed), *Feminist Jurisprudence*, Oxford Univ. Press, 1993. p.100.

537) 동지로, Patricia Williams, Kimberle Crenshaw, Christine Littleton 등이 있다. 특히 Patricia Williams는 소수자의 입장에 서서 CLS가 권리 대신 선호했던 필요needs는 권리가 정치적으로 효과적이었던 데 비해 흑인에게 아무런 도움이 되지 못했다고 한다. Patricia Williams, "Alchemical Notes: Reconstructing Ideals From Deconstructed Rights" 22 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 410(1987). 이러한 입장에 대한 간략한 설명은 Deborah Rhode(1990), "Feminist Critical Theories", in Katharine T. Bartlett and Rosanne Kennedy(eds.), *Feminist Legal Theory*, Westview Press, 1991, pp.341-343을 참조.

538) Schneider(1986), "The Dialectic of Rights and Politics: Perspectives from the Women's Movement," Martha A. Fineman and Nancy S. Thomadsen (eds.), *At The Boundaries of Law*, Routledge, 1991.

차 실은 권리의식, 특히 여성의 권리는 여성의 자기의식에 결정적인 역할을 한다고 인정했던 바이다.⁵³⁹⁾

권리담론으로써 인간과 공동체의 가치를 표명할 수 있다는 점도 중요하게 평가된다. 즉 권리논의는 개인에게는 자신의 정체성과 자율성, 자기결정권을 인식케 하고, 한편 으론 그러한 개인을 사회의 구성원으로서 매김함으로써 개인과 사회를 연결시켜서 공동체성 역시 증진시킬 수 있는 것이다. 물론 권리는 고립과 개인주의를 강화할 수 있고 정치적 논쟁을 제한할 수 있지만, 동시에 인간의 가치를 긍정하고 정치적 성장을 촉진하며 집단적인 정체성을 계발하는 데 일조할 수 있다. 요컨대 권리는 결코 보살핌과 배치되는 것이 아니게 된다.

나아가 M. Minow와 같이 권리에 대한 개념구성을 달리 함으로써⁵⁴⁰⁾ 여성들이 권리에 대해 갖는 양가적인 감정과 곤란함을 해결하는 것도 중요한 의의가 있다. Minow에 따라 권리를 '사람들간의 경계를 둘러싼 끊임없는 투쟁에 있어 관심을 확보하는 공동체적으로 인정된 의식'⁵⁴¹⁾으로 규정한다면 타인과의 관계를 존중하면서도 권리를 부인하지 않을 수 있기 때문이다.

따라서 이상과 같이 권리를 이해한다면 포르노그래피의 자유에 대한 제한은 자연스러워진다. 다만 여성의 권리와 같이 포르노그래피를 제한함으로써 존중되는 상대방의 권리 역시 타자의 권리와 양립하고 조화되어야 하는 것이므로 구체적인 경우에 권리들의 조화는 어떠한 권리의 억제에 의해서보다는 권리에 대한 책임을 부담하는 방식으로 이루어져야 할 것이다. 특히 포르노그래피에 대한 반대는 여성의 권리보호가 될 지도 모르지만 더 큰 문제는 그로 말미암아 여성 자신의 성적 자유에 대한 개념까지 공격하게 된다는 점을 감안하면, 추상적인 권리에 여성의 삶을 끼워맞추는 것이 아니라 여성이 실제로 원하는 것을 주장해야 하며, 포르노그래피의 경우에도 그에 대한

539) 캐롤 길리건(Carol Gilligan) (1982), 허란주 역(1994), 『심리이론과 여성의 발달』(*In A Different Voice*), 철학과 현실사.

540) 종래의 권리구조를 다시 해석하고자 하는 경향은 비단 페미니즘법학의 관심사만은 아니다. 근대 이후의 법과 윤리의 이분법을 비판하고 레비나스의 타자성의 윤리학에 기대어 법학의 지평을 새로 보고자 하는 시도들이 그것이다. 대표적으로는 Douzinas, Costas. and Ronnie Warrington의 "The Face of Justice: A Jurisprudence of Alterity"(*Social & Legal Studies*, Vol.3, Sage, 1994)를 참조.

541) Minow, Martha.(1990), *Making All the Difference*, Cornell Univ. Press, p.383. 그는 권리가 오히려 자율성과 보살핌간의 긴장을 해소할 것이라고 보고 중요한 것은 권리의 상호의존성을 확인하는 것이라고 결론내린다. 즉 권리의 관계성에 중점을 두어서, 권리와 책임간의 상호관계에 주목함으로써, 또한 권리주장은 권리의 사회경제적 전제조건에 주목시킴으로써 그것이 가능하다는 것이다.

단순한 반대가 아니라 평등하고 공유적 관계의 표현으로서의 성교를 주장해야 할 것이다. 섹스와 섹슈얼리티는 남성지배적 사회와 문화에서 정의되지만 그것의 복잡다양함으로 인하여 그 속에는 새로운 섹슈얼리티가 발견될 수 있는 공간 역시 포착될 수 있는 것이기 때문이다.⁵⁴²⁾

(4) 공/사 구분과 프라이버시의 재해석

어떤 문제도 전적으로 사적인 것일 수 없으며, 공과 사는 서로 절연되는 것이라기보다는 상호중층적이며 상호관련적인 것이기 때문에 사적인 문제라 하더라도 공적인 관심사에서 배제될 수는 없다는 점을 고려하면 공/사의 이분법적 구분과 프라이버시에 부여되어 있는 절대적인 가치도 해체된다.

기실 사적인 것은 공적인 것이 배제한 것이 아니라 개인이 공적 시각으로부터 회피하고자 '선택'하는 것이다. 국가의 개입 역시 어떤 관심사에서는 그것을 피하지만 그렇다고 해서 항상 국가의 개입이 없는 것과는 달리 개인의 사적 권리를 존중하기 위해서, 그러한 조건을 유지하기 위해서 때로는 국가권력도 필요로 하게 되는 그런 것이다. 즉 어떤 사회제도나 관행도 공적 논의와 표현으로부터 선형적으로 배제되어서는 안된다.

따라서 이런 식으로 사적인 것을 개념화한다면 공/사의 구분 자체를 부인하지는 않으며 공/사의 사회적 분업과 그것의 해악적 효과에 주목하게 된다. 이를 포르노그래피 문제에 적용해 본다면, 포르노그래피는 기본적으로 개인의 선택의 문제이기는 하지만 단순히 사적인 문제로 치부하지 않고 그 공적인 의미와 사회적 파장에 대해 주의를 기울여야 한다. 물론 그렇다고 해서 개인의 선택권 자체를 무화하거나 문제될 만한 모든 것에 국가권력이 개입하는 것이 능사는 아닐 것이다. 좀더 바람직한 것은 사회구성원 스스로 포르노그래피가 개인과 사회에 미치는 긍정적/부정적 영향에 대해 토의하고 점검함으로써 성숙한 공적 담론의 장을 형성하고 나아가 그러한 논의를 바탕으로 자율적인 통제를 가능케 하는 것이다.

이런 점에서 위와 같은 재해석에 의한 포르노그래피문제에 대한 방향은 포르노그래피로 인해 공공의 가치가 훼손되는 것을 우려하는 공동체주의의 그것과는 달라지게 된다. 즉 후자에서는 전체 공동체의 삶의 질을 위해서 개개인은 되도록 포르노그래피에 접하지 않을 것이 요청되지만 전자에서는 개인의 포르노그래피 활용 자체는 개인

542) Olsen, Frances(1984), "Statutory Rape: A Feminist Critique of Rights Analysis," in Katharine T. Bartlett and Rosanne Kennedy(eds.), *Feminist Legal Theory*, Westview Press, 1991, pp.313-314.

의 선택의 문제로 남기되 공적으로 부정적인 영향이 제기될 때는 그러한 영향을 극복할 수 있는 대안적 담론과 생산물을 제공하는 데 좀더 주력하게 되기 때문이다.

(5) 자율성과 주체성의 재해석

앞서 페미니스트들이 개인주의적 자율성과 주체개념에 비판을 표명하면서 관계적 존재로서의 자아에 주목함을 보았다. 그러나 자유주의가 터잡고 있는 인본주의개념의 어떤 고정되고 일관된, 그 무엇이 있는 것으로 간주되는 개인(individual)의 개념 대신 후기구조주의에서의 주체성은 불안정하고 모순을 지니고 있으며 진행중인 것으로서 담론안에서 끊임없이 재구성되는 것으로 이해한다면,⁵⁴³⁾ 또한 크리스테바(J. Kristeva)의 말처럼 유동적이고 자유로운 주체성(fluid and free subjectivity) 내지 진행중인 주체성,⁵⁴⁴⁾ 즉 특정 담론들 안에서 생성된 역사의 산물이며 결코 단 하나의 고정된 구조를 갖고 있는 것이 아닌 것으로 이해한다면 자율성과 주체성의 개념 자체를 폐기할 필요는 없게 된다.

오히려 이러한 주체성을 추구하는 각 개인은 자신의 정체성을 확보하기 위한 담론적 투쟁의 주체이면서 동시에 담론적 투쟁의 장소가 된다. 주체는 언제나 도전에 대해 개방적이며 개인은 끊임없이 담론의 지배를 받기 때문이다.⁵⁴⁵⁾

특히 성적으로 주체적인 여성에의 호소와 요구는 종래의 자유주의페미니즘의 형식적인 남녀동일의 논리나 급진적 페미니즘의 여성의 고유성에 집착하지 않고 그러한 정체된 정체성으로부터 해방되어 각각의 지점에서 몸과 의식, 그리고 무의식을 아우르며 사회속에서의 여성의 입지와 목소리를 확보해 나가게 된다. 나아가 주체성은 그 자체로 저항의 장소도 제공하므로 성적으로 주체적인 존재로서의 여성은 우선은 각 개인의 수준에서 그리고 집단적인 수준에서 기존질서와 미래에 대해 발언할 도구를 갖게 된다. 이럴 때 페미니즘의 모든 입장들은 주체성의 역동적 구조안에서 종래의 질서를 전복시킬 수 있는 가능성을 담지할 것이다.

더욱이, 종래 다분히 도덕적 비난이나 쾌락추구에 대한 권리의 양 측면에서만 읽혀왔던 포르노그래피도 그 자체 다양하고 복합적으로 해석될 여지가 많다는 점을 감안하면, 유동적인 자율성의 인식은 무엇보다도 긴급히 요청된다고 하겠다.

543) 크리스 위던 저, 조주현 역, 『여성해방의 실천과 후기구조주의이론』, 이화여자대학교 출판부, 1993, 44면.

544) Julia Kristeva(1979), "Women's Time", *Signs*, 1981.8., p.33.

545) 크리스 위던 저, 조주현 역, 『여성해방의 실천과 후기구조주의이론』, 이화여자대학교 출판부, 1993, 123면.

3. 담론의 재구성을 위한 제언

(1) 규범적 코드의 해체

가. 반도덕성의 전제 탈피

포르노그래피의 취급과 그에 대한 논의의 발전을 위해 가장 요청되는 것은 그에 결부된 규범적 코드를 벗겨내는 작업이며, 그 중에서도 중요한 것은 반도덕성의 전제를 탈피하는 일이다. 기실 자유롭고 민주적인 사회에서 부도덕한 것과 불법적인 것을 구분하는 것은 그 무엇보다도 중요하다 하지 않을 수 없다.

한편 포르노그래피를 비롯한 성 표현물에 대한 그러한 경각심의 고취와 통제수위의 고양 등은 흔히 그 자체의 문제 때문이라기보다는 당시의 사회적 역사적 배경속에서 주로 공적 권력의 필요에 의해 취해져 왔다는 점을 상기한다면 도덕성수호라는 표어가 그다지 진정한 것만도 아님을 알 수 있다. 반도덕적인 성 표현물을 격퇴하는 실제적 과정에서는 사회의 도덕성을 정말로 위태롭게 하거나 해악의 정도가 큰 것이라기보다는 눈에 잘 띄어서 배경의 효과가 클 것으로 예상되는 것이 주로 공격의 목표물이 되는 것⁵⁴⁶⁾은 바로 이를 입증한다고 하겠다.

일각에서는 더 나아가, 포르노그래피에 썩어져 있는 반도덕성을 적극적으로 부정하기도 한다. Christensen은 그 대표적인 인물로서, 그는 포르노그래피는 결단코 그 자체로 도덕적으로 나쁜 것이 아니라 강요되는 몸에 대한 수치심, 성적 회피감으로 인해 포르노그래피가 죄악시된다고 한다.⁵⁴⁷⁾⁵⁴⁸⁾ 물론 이러한 이해는 앞에서 본 것처럼

546) 1991년 미국의 유명한 미술가인 Robert Mapplethorpe가 동성애적 이미지의 작품을 전시했다가 크게 문제가 된 것이 그 대표적인 예일 것이다. Franklyn Haiman(1993), "Speech Acts" and the First Amendment, Southern Illinois Univ. Press, p.84.

547) F. M. Christensen(1990), *Pornography-The Other Side*, Praeger, 1-3장 참조.

548) 덧붙여, 그는 반포르노그래피운동의 근거가 되는 포르노그래피로 인한 침해 역시 그러한 사회의 intolerance 때문이라고 한다. 그러면서 빗대기를, 혼혈인부부가 지나는 걸 보고 인종차별적인 발언을 하는 것은 그들의 출현 자체가 나빠서가 아니라 그들에 대해 혐오감을 가지는 비판용때문이라고 한다. F. M. Christensen(1990), *Pornography-The Other Side*, Praeger, p.23. 그러나 이런 식의 유추는 인종차별적 발언의 심각성과 그 해악의 보편적인 긍정을 감안한다면 적절한 것이라고 할 수 없다. 또한 비판용에 대한 질타는 자칫하면 부당함예의 인내를 강요하는 결과가 되는 바 심각한 문제가 아닐 수 없다. 반포르노그래피운동, 특히 반포르노그래피조례제정운동에 대한 이런 식의 비판은 이제는 낡은 것이 아니지만, 그야말로 '합리적이고' 그에 대해 사회적

포르노그래피에 대한 긍정적 평가와 좀더 조용되지만, 노골적 성 표현물이라는 포르노그래피의 원래의 장르적 의미를 중시한다면 오히려 자연스러운 이해일 수도 있을 것이다.

나. 남성우월성 전제 탈피

많은 포르노그래피는 남성의 우위를 과시하고 여성의 종속을 그린다고 하는데, 과연 그런지를 따져보는 것 또한 이 시점에서 필요할 것이다. 모든 포르노그래피가 다 그런 것을 묘사하고 있지는 않으며 포르노그래피의 장르 안에도 다양한 모습이 많이 있음은 앞에서 지적되었거니와, 또 일각에서는 통상적으로는 남성우월적·여성비하적이라는 비판을 받는 포르노그래피라 하더라도 다르게 읽힐 수 있음을 지적한다.

즉 포르노그래피에 흔히 반도덕성의 딱지가 암묵적으로 붙어있는 것과 마찬가지로, 페미니스트적 비판이 포르노그래피 일반에 광범위하고 깊게 각인되어 일종의 코드로 작용하고 있지 않은가 하는 것이다.

예컨대 흔히 여성에 대한 모독이라고들 평하는 장면도 리얼리즘을 보장하기 위한 요구에 봉사할 뿐이라는 것이라거나,⁵⁴⁹⁾ 포르노그래피는 남성의 여성에 대한 폭력이라기 보다는 중성화된 성의 폭력이라는 주장이 그것이다.⁵⁵⁰⁾

기실, 현실은 결코 현존하지 않으며 오로지 언어를 통해 재현될 뿐이며, 에로틱한 텍스트상에서의 남녀의 몸도 오로지 해석을 통해 존재할 뿐이라는⁵⁵¹⁾ 점을 주목한다면 종전에 법칙처럼 받아들여져 온 포르노그래피문제에서의 남성적/여성적의 이분법적 구조도 그 근거가 취약해진다.⁵⁵²⁾

공감과 설득력을 가진다면 법적으로 보장된 권리의 추구는 가능한 것이기 때문이다.

549) 여성의 얼굴에 사정하는 것이 그 대표적인 경우이다. Beatrice Faust(*Women, Sex and Pornography*, 1981)의 견해이다. Bruce Russel(1991), *Freedom, Rights and Pornography*, Kluwer Academic Publishers, p.167에서 재인용.

550) 장 보드리야르(Jean Baudrillard)는 포르노그래피에서 남자들은 극히 하찮은 역할만을 맡고 있을 뿐이며 딱딱하게 발기한 남근이 변화시킨 것이라곤 아무 것도 없다고 단언한다. 남성은 지나치게 규정되어 있고 지나치게 표지가 부여되어 있는-남근은 규범적인 시니피앙이다-까닭에 지나치게 연약하기 때문이라는 이유에서다. 보드리야르(Jean Baudrillard) 저/정연복 역, 『섹스의 황도』, 솔, 1993, 229-230면.

551) Susan Suleiman, "Pornography, Transgression, and the Avant-Garde: Bataille's Story of the Eye", in *The Poetics of Gender*(Nancy K. Miller ed. 1986).

552) 포스트모던 페미니즘의 입장이다. Mary Joe Frug(1992), *Postmodern Legal Feminism*, Routledge, p.xi x. 마돈나가 남녀의 몸에 대한 전제를 약화시켰다고 평가되는 것도 바로 이런 맥락에서이다. 마돈나의 포스트모던적 해석은 Susan Keller,

따라서 중요한 것은 기존의 성차별적 해석을 재해석작업을 통해 해체하는 일이 될 것이다. 그리고 이러한 해석이란, 다만 그것이 무엇이나에 대한 것만을 말하는 데 그치지 않고 확립된 담론틀에 변화가능한 공간을 열어주는 정치적인 과정이기도 하다.⁵⁵³⁾

다. 재현물로서의 인정

포르노그래피를 비판하는 입장에서는 종종 포르노그래피 없는 세상을 갈망하지만, 인간의 성적 욕구와 그 표출욕구의 유구함을 생각할 때 사실상 그것은 불가능하다고 아니할 수 없다. 더욱 문제는, 포르노그래피가 없다고 해서 세상이 과연 좋아질 것인지도 심히 의심스럽다는 점이다.

따라서 좀더 중요한 것은 노골적 성표현의 재현이라는 포르노그래피의 장르성을 복원하여 그것을 있는 그대로 인정하는 일인지도 모르겠다. 현재의 도덕적 미학적 상상의 자연스러운 산물로 인간의 성적 환상을 재현하고 있는 포르노그래피는 엄연히 존재하고 있으며 세상과 자아에 대한 하나의 이해방식(a way of knowing)⁵⁵⁴⁾을 부인할 수 없기 때문이다.

그렇게 본다면 현재 그저 단순히 이름붙여지는 변태다 그렇지 않다는 판단 역시 그에 연연할 이유를 찾기 힘들게 된다. 기실 모든 욕망은 평등한 것이기에⁵⁵⁵⁾ 무엇을 변태라고 규정하여 그에 대해 도덕적 혹은 법적인 단죄를 내리는 것은 어쩌면 불가능하며 부당할 것이다.

(2) 성 표현의 자율성 보장

포르노그래피에 깃들여 있는 부정적인 규범적 코드를 위와 같이 해체한다면 포르노그래피에 대해 표현의 자유를 보장하는 데 있어서의 부담은 훨씬 덜어진다. 포르노그래피가 과연 표현의 자유에 의해 보호될 가치가 있느냐에 대한 판단 역시 그에 대한 가치평가와 결부되는 것이기에 이 시점에서는 아직 본격적으로 논의될 여지는 없다.

"Review Essay", 18 *Western St. U. L. Rev.* 463(1990). Mary Joe Frug(1992), *Postmodern Legal Feminism*, p. x xi에서 재인용.

553) Mary Joe Frug(1992), *Postmodern Legal Feminism*, p. x x viii.

554) Peter Michelson(1971), *The Aesthetics of Pornography*, Herder and Herder, pp.10-11.

555) '모든 욕망은 평등하다'라는 중요한 명제는 김상태에게서 비롯되었다. 김상태, 『프리섹스주의자들에게』, 이후, 1999, 48면.

더구나 자율성과 다양성의 존중과 도덕적 다원주의라는 현대사회의 요청에 따르자면 성 표현, 특히 포르노그래피의 의미도 단순히 평가절하시킬 수는 없게 된다. 또한 소수자보호를 아울러 본다면 포르노그래피의 자유를 옹호하는 쪽이 비록 소수일지라도 그들의 의견과 자유는 존중되어야 한다.⁵⁵⁶⁾

결과적으로 성 표현물 향유의 자유는 그것이 포르노그래피라 할지라도 마찬가지로 기본적으로 보장되어야 한다. 인간의 가치로운 삶을 위한 공동체주의자들의 제안은 분명히 의미있지만 그것은 성찰의 대상은 될지언정 법적 금지라는 수단을 동원할 정당성은 다원화된 사회에서는 합당하지 못하다.

이러한 주체의 자율적 성 표현 보장은 페미니즘적인 시각에서 보더라도 결코 그 중요성이 감소되지 않는다. 자율성이라는 개념이 갖는 모호성과 편파성, 특히 여성을 배제한 채 구축되어 온 역사를 인정하더라도, 스스로 선택할 수 있으며 그 책임도 자신이 진다는 의미에서의 자율성은 남녀 누구에게나 중요한 개념이기 때문이다.⁵⁵⁷⁾ 특히 진정으로 평등한 인간으로서의 여성의 상은 종래의 관계적 망 속에 함몰된 존재로서가 아니라 관계맺기와 풀기의 모든 과정을 스스로 판단할 수 있음이 긍정되는 존재라는 점을 주의한다면, 비록 사회적 권력자원이 공평하게 분배되어 있지 못한 현 상황이라도, 여성에게 해롭다는 이유로 성 표현이 통제되는 것은 바람직하지 않을 것이다.

(3) 피해의 개별적 구제

주체의 자유로운 성 표현을 보장하더라도 사회라는 공간은 타인과의 공존을 요청하므로 포르노그래피로 인해 타인에게 피해가 미친다면 그것은 방지하고 피해를 최소화하는 노력은 필수적일 것이다. 따라서 포르노그래피에의 원치 않은 노출은 당연히 배제되어야 함은 물론, 포르노그래피로 인해 발생한 결과물에 대해 사후적으로도 책임이 물어져야 한다.

물론, 이때 어떤 것을 법적으로 구제를 받을 수 있는 피해로 규정할 것인가는 그에 대한 담론에 달려 있을 것이다. 원칙적으로는 구제방식이 있어 사후적인 민사조치를 취하는 것이 표현의 자유 보장과 배치되지 않는 길이겠지만, 앞서 보았듯이 다른 방

556) 마광수에게 끊임없이 비도덕성의 딱지가 붙는 데 대해, 최연구(최연구, “권위주의에 짓눌린 순수한 자유주의자”, 『자유라는 화두』, 삼인, 1999, 90면)가 마광수는 순수한 자유주의자일 뿐이며, 마광수의 ‘자유주의과잉’이 문제가 아니라 ‘한국사회의 자유주의결여’가 문제라고 평하는 것도 이런 맥락일 것이다.

557) 그렇게 본다면 반포르노그래피 페미니스트들이 포르노그래피생산에 스스로 참여하는 여성들의 자발성과 동의에 의문을 제기하는 것은 온당치 않은 지적이라고 하겠다.

법도 전혀 불가능한 것은 아니라고 해야 할 것이다.

그러나, 포르노그래피에 대한 다양한 해석가능성을 고려한다면, 그 피해구체는 각각의 피해에 대한 개별적 처리방식으로 이루어져야 한다.⁵⁵⁸⁾ 따라서 반포르노법 운동에서와 같은 여성 일반의 이익을 위한 포르노그래피규제는 사회적 합의가 명시적으로 전제되지 않는 한 채택하기 어렵다고 할 것이다.

(4) 담론공간의 개방과 비판적 담론의 전개

재현물을 그대로 재현물로서 인정하자는 본고의 논지는 그러나 그 재현물에서 그려지는 방식에 대한 비판을 덮어두고자 하는 의도는 아니다. 오히려 인간, 특히 여성을 성적 대상화하는 포르노그래피는 그 천박성과 정치적으로 불공정함을 꾸준히 지적해야 할 것이다.

기실 진정 중요하고 현실로도 가능한 것은, 일정한 규범적 코드에 의해 제약을 받는 어떤 기준에 의해 포르노그래피를 규제하는 것이라기보다는, 포르노그래피에서 문제될 수 있는 다양한 측면들을 지속적으로 지적하고 일련의 사회적 효과를 추적하는 일이며, 그것이 여성의 성적 대상화이든, 인간의 성 상품화이든, 인권유린이든 간에 포르노그래피에서의 환타지가 현실세계에서 반복되지 않도록 하는 일이고, 그리고 그것이 반복되었을 때 그 당치않은 혼동을 단죄하는 일일 것이다. 특별히 표현의 자유를 들먹이지 않더라도 그야말로 포르노그래피는 포르노그래피일 뿐이기 때문이다.

따라서 이러한 비판적 담론의 소통을 위해서는 포르노그래피를 둘러싼 담론의 공간 자체가 개방되어 있어야 할 것이다. 즉 기본적으로 자율적인 성 표현을 보장하되 그에 대해 적절한 평가를 내릴 수 있도록 전문가적 조언장치를 구비하고 활발히 담론이 소통케 하여 사회 내부에서 충분한 논의와 합의를 거쳐 성 표현물에 대해 평가하고 필요하다고 판단될 경우 적절한 규범적 틀을 스스로 만들어 나가는 것이 필요하다. 또한 구체적인 사건에 있어서도 판단의 주체는 되도록 공권력이나 법률가보다는 전문 영역과 일반 여론에 맡겨서 그에 대한 논의의 숨통을 틔우고 그를 통해 자생적으로 생존 또는 사멸케 하는 것이 가장 합당할 것이다.⁵⁵⁹⁾

558) Sunstein, C.(1993), *Democracy and the Problem of Free Speech*, Free Press, p.218. 예컨대 포르노그래피생산에의 강제는 인신매매나 강요에 의해, 포르노그래피로 인한 모욕감은 자신의 인격권 침해 등에 의해 구제될 수 있다. 또 여성에 대한 폭력의 비난은 직접 폭력을 가하는 그 개인에 초점을 맞춰야 한다. Strossen, N.(1995), *Defending Pornography*, New York: Scribner, p.268.

559) 동지로, 박형상, “포르노그래피그래피와 표현의 자유한계”, 한국성폭력상담소 주최 토론회 <포르노그래피·미디어·여성> 자료집(1999.10.15), 25면. 또 97년 9월 10일 “우리

또한 이는 비단 성인에게뿐만 아니라 청소년에게도 마찬가지로 적용되어야 할 것이다.⁵⁶⁰⁾ 그들은 미성숙해서 쉽게 혼란에 빠질 수도 있고, 실수를 범할 수도 있지만 이러한 혼란과 실수의 위험은 사상에 순응하게 하는 방음장치의 위험보다는 나을 것이기 때문이다. 사실 청소년과 관련된 대다수의 문제들은 청소년들을 그들 나름대로의 요구, 이익, 욕구가 있는 개인으로서 받아들이기를 거부하는 데서 비롯됨⁵⁶¹⁾을 고려한다면, 청소년문제에 대한 올바르고 근본적인 접근방법은 청소년들의 권리를 제대로 인식하고 존중하는 것에서부터 출발하여야 할 것이다.

일찍이 해밀턴은 "출판의 자유에 대해 빠져나갈 수 있는 허점을 남기지 않게 정의하는 것은 불가능하며, 따라서 출판의 자유의 보장은 헌법에서 어떻게 보장되어 있는지 전적으로 여론과 시민과 정부의 일반적인 정신에 의존해야 한다"⁵⁶²⁾고 단언한 바. 이 제야말로 그 시원적인 고민과 정신으로 돌아가야 하는 것이 아닌가 한다.

사회, 표현의 자유는 있는가"라는 제목하에 열린 <문화예술 검열철폐를 위한 토론회>에서 조광희변호사도 "도덕영역에서의 자유는 유통과정을 통해 제약하고 이의 통제는 민간의 자율에 맡기자"는 의견을 제시했다(<한겨레신문> 1997년 9월 11일자). 에스케이 텔레콤이 99년 5월 4859명의 컴퓨터통신이용자들을 대상으로 한 조사를 보면 47%가 이용자 자율에 맡겨야 한다고 응답했고 정부차원에서 대응해야 한다는 응답은 18%에 그쳐, 실제 사용자들도 사이버음란물을 정부가 법으로 규제하는 것을 못마땅하게 생각하는 것으로 나타났다. 특히 문화영역에서 담론을 이끄는 논객 중의 한 사람인 홍성태는 인터넷 등의 발전으로 이미 자율사회로 이행되고 있다고 판단하고 그에 걸맞는 윤리를 강조한다. 홍성태, "인터넷, 포르노그래피, 검열-자율사회를 위하여", 『한국사회과학』 20권 4호, 1998, 183-201면.

560) 동지로, 법의 개입은 최소한에 그치고 청소년보호법을 자율규제의 기준을 제시한 것으로 해석하는 방법 또한 의미가 있다는 의견으로서, 최재천("청소년보호법의 효과적인 적용을 위한 실천방안", 『오늘의 청소년』 97년 9월호, 15면)이 있다.

561) Henry H. Foster, JR & Doris Jonas Freed, "A Bill of Rights for Children", 6 *Family Law Quarterly* 343(1972), 352면.

562) 알렉산더 해밀턴·제임스 매디슨·존 제이 저/김동영 역, 『페더럴리스트 페이퍼』, 한울아카데미, 1995, 505면.

제 8장 제언과 전망

앞서 제 2장에서 우리나라의 성 표현물 규제가 이렇다 할 입증없이 ‘사회도덕성 침해’와 ‘음란’을 일치시킴으로써 광범위하고 획일적인 방식으로 법적 통제를 가하고 사회구성원의 기본적 성 표현의 자유를 상당히 제약함은 물론 사회적 논의의 기회를 구조적으로 봉쇄하고 있음을 보았다. 또한 제 7장에서는 포르노그래피에 대한 규범적 담론이 제대로 성장하려면 성 표현물에 대한 이분법적 이해에서 벗어나 포르노그래피를 재현물로서 그 자체로 인정하고 그에 대한 표현과 향유 또는 회피의 자율성을 보장해야 함을 보았다.

그러한 인식하에 본 장에서는 우리의 현행제도를 어떠한 방향으로 검토하고 어떠한 조치를 취해야 할지를 간략하게나마 모색해 보고자 한다.

1. 성 표현물 관련 정책의 발전을 위한 제언

(1) ‘음란’ 용어의 폐기

제 7장에서 제시된 것처럼 포르노그래피문제에서 비도덕성의 전제를 걷어내고자 한다면, 구체적인 차원에서는 먼저, 비도덕성과 결부되어 있는 형법상의 음란이라는 용어를 포르노그래피라는 용어로 대체하고 사회도덕성의 문제가 아니라 구체적인 삶을 사는 사람들에게 침해가 되느냐의 여부로 포르노그래피를 걸러내야 할 필요가 있다. 이미 독일은 1973년 개정형법에서 종래 ‘음란행위’, ‘음란문서’ 등의 용어를 가치중립적인 ‘성행위’, ‘포르노그래피’ 등으로 고쳐서 성인이 일반 포르노그래피를 향유하는 자유는 제한없이 보장하고 있다.

또한 포르노그래피에 대해서는 완전한 자유를 보장하는 것이 원칙이겠지만 다만 사회적 합의가 형성된다면 다른 방식을 취하는 것도 가능할 것이다. 그러나 규제를 할 경우에도 표현의 노골성이나 비전형성을 기준으로 삼아서는 안되며, 폭력과 착취금지에 좀더 주력하는 방식으로 이루어져야 할 것이다. 예컨대 그 해악성이 비교적 널리 긍정되는 폭력적인 hard-core pornography와 아동포르노그래피는 전면적으로 금지하는 것이 바람직할 것이다.

(2) 매체별 취급

성 표현과 그에 대한 향유의 자유를 기본적으로 보장하되⁵⁶³⁾ 동시에 그로부터 회피할 자유도 보장한다면, 기본적으로 요구되는 것은 매체별로 포르노그래피에 대한 취급을 달리하는 것이다. 어떤 매체로 그것이 전달되느냐에 따라 그에 대한 노출의 회피가능성은 달라지며 접근도 역시 변화하기 때문이다.

예컨대 방송의 경우는 포르노그래피의 시청을 원하지 않는 사람에게도 무분별하게 그러한 메시지가 전달될 우려가 있으므로, 즉 captive observer의 문제가 생길 수 있으므로 특히 신중을 요한다. 비교적 성 표현의 자유를 광범위하게 보장하고 있는 외국에서도 이 경우만큼은 촘촘한 검토과정을 요구하고 있는 것도 바로 이 때문이다.

신문이나 잡지, 기타 서적의 경우도 방송의 경우보다는 덜하지만 공개적인 장소에서 쉽게 구할 수 있는 것이므로 모든 사람들이 동의하기 곤란한 성 표현은 규제되어야 할 것이다. 그에 비해 컴퓨터상의 성 표현물은 자신의 의지에 의해 접할 수 있고 타인에게의 노출위험이 적으므로 좀더 폭넓은 자유를 보장하는 것이 바람직할 것이다.

(3) 등급제 보장

매체별로 취급을 달리 하는 것과 함께 요구되는 것은 등급제이다. 이는 주로 청소년이 해악적인 성 표현물에 접근하고 그에 노출되는 것을 방지하기 위함이지만, 한편으로는 전문가적·사회적 평가를 거쳐 당해 표현물에 대한 정보를 제공해 주는 의미도 지닌다.

우리의 경우도 현재 주로 영상물에 이를 적용하고 있다. 다만 우리의 경우 성인 가능 등급까지만 분류하고 등급의 표현물에 대해서는 그 접근기회를 봉쇄하고 있어 완전한 의미의 등급제가 관철되고 있다고는 할 수 없는데, ‘성인전용극장’의 설치⁵⁶⁴⁾ 등

563) 이 때문에 포르노그래피를 가정화domestication해야 한다는 새로운 입장도 제시되고 있다. 포르노그래피에 대한 좀더 효과적인 정책은 일상생활내에 그것이 위치하도록 하고 그 위에 특히 여성의 오르가즘을 강조해야 한다는 것이다. Jane Juffer(1998), *At Home with Pornography*, New York Univ. Press, pp.7, 31, 문제는, 이 경우 포르노그래피의 상품성이 필수요건이 된다는 것이다. 이러한 포르노그래피의 상품성commodity 이야말로 포르노그래피문제를 해결하는 시작이자 끝이라는 주장은 진작부터 있었거니와, (Peter Michelson(1971), *The Aesthetics of Pornography*, Herder and Herder, p.212) 이 경우는 구역규제를 통해 그리고 성인에 한정된 개인적 유통망을 통해야 할 것이다.

564) 여당인 국민회의는 98년 7월 14일 검열제도의 완전폐지를 뼈대로 한 영상관계법제·개정안을 발표했는데 여기에는 등급외전용관 허용방침도 담겨있었다. 그러나 동안이 발표되자 비판도 거세게 제기되었고 결국 등급외전용관 부분은 삭제되었다. 그러나 1998년 10월 30일 규제개혁위원회는 다시 성인전용영화관을 설립하여 완전등급제를 도

으로 이를 보완해야 할 것이다.

또한 등급제를 활용할 때에도 그것이 업계자율적 등급이나 공인된 기관에 의한 등급이나 문제의 문제는 다시 따져봐야 한다. 업계자율등급이 자율규제의 원칙에는 좀더 부합되지만 제3의 공인된 기관에 의한 등급부여도 가능한 것으로 판단된다.⁵⁶⁵⁾ 아울러 등급심의과정에서 민주성과 공정성이 확보되어야 함은 물론이다.

장기적으로는 내용등급제를 도입하여 전문가와 유관기관은 매체물에 대한 정보만 제공하고 정보제공자가 직접 자신의 정보내용에 등급을 표기하여 최종 이용자나 청소년 보호자가 필요에 따라 정보 내용을 선별하여 받아들임으로써, '정보선택권'을 보장받도록 하는 것이 바람직하다. 특히 성 표현물의 가장 중요한 유통매체로 꼽히고 있는 인터넷 등 전자매체는 종래의 규제모델로는 효율적인 관리 자체가 불가능하므로 내용등급제가 가장 적절한 방안으로 요청되는바⁵⁶⁶⁾, 정보통신윤리위원회가 이의 도입을 적극 추진⁵⁶⁷⁾하고 있어 주목된다.

(4) 구역규제

성 표현물 취급에 있어 서구의 전반적인 추세는 적어도 원하는 성인에게는 성 표현물의 접근을 보장한다는 것이며, 그 때문에 많은 나라에서 실시하고 있는 것이 바로 구역규제(zoning regulation)⁵⁶⁸⁾이다. 즉 일정한 지역을 정하여 그 범위내에서는 포르

입한다는 방침을 발표했다. 98년 이후에는 기독교윤리실천운동도 등급의전용관을 찬성하는 쪽으로 선회하는 등 찬성여론이 많아지고 있으나 등급의상영관 설치는 아직 실현되고 있지 않다.

565) 1997년의 유럽의 본 선언도 업계 자체 등급부여와 제3자(국가, 공공기관, 시민단체 등)에 의한 등급부여를 동시에 인정하고 있다. 한국전산원, 『온라인상의 폭력·음란정보 유통에 대한 규제방안』, 1997, 21-22면.

566) 국제적으로도 전자매체에 대해서는 내용등급제가 광범위하게 추진되고 있다. 99년 5월에는 런던에 본부를 둔 웹사이트 폭력·음란성 등급 국제기구인 '국제내용등급협회'(ICRA)가 결성되기도 했다.

567) 정보통신윤리위원회는 동 위원회 홈페이지(www.rating.go.kr) 머릿글에서, 앞서의 내용등급제에 대한 간략한 소개 외에, "연령 및 사회적 성숙도, 정보 이용의 목적에 따라 정보 제공 및 열람의 수준을 자율적으로 판단할 수 있기 때문에 정보제공자의 '표현의 자유'와 이용자의 '알권리'가 동시에 존중받을 수 있을 것입니다"라고 하여 그 긍정적인 측면을 부각하고 있다.

568) 이러한 구역규제는 근래 미국의 경우 1996년의 Denver Area Education Telecommunications Consortium, Inc., v. FCC판결에서 상업방송에서의 음란·저속표현은 특정한 채널에 집중시키고 서면으로 시청을 원하는 고객에게만 채널을 개방하도

노그라피를 자유롭게 접할 수 있게 하는 것이다. 이러한 구역규제는 노출을 원하지 않는 사람에게 피해가 미치는 것을 방지하는 동시에 원하는 성인에게 성 표현물 향유의 자유를 보장하되, 일정한 노력을 요구함으로써 공동체의 고려를 동시에 충족시키고 있다.

구체적으로 성인전용관이나 Red-Zone의 지정 등이 그러한 예가 될 것이며, 또한 강도높은 성 표현물은 높은 단에 설치하게 하는 등 판매방식에 대한 제한도 하나의 방법이 된다.

다만 구역규제의 실제에 있어서는 종종 여성이 접근하기 어려운 지역이 지정됨으로써 여성의 접근권을 구조적으로 차단시키는 문제가 발생할 수 있는바⁵⁶⁹⁾ 남녀에게 성 표현물의 향유의 자유가 균등하게 보장되도록 하려면 그 주변환경의 정비가 아울러 이루어져야 할 것이다.

(5) 공동체 기준의 형성과 자율규제

그러나 매체별로 취급을 달리 하고 등급제를 보강함으로써 포르노그라피의 취사선택권을 보장하는 것만으로는 충분하지 않다. 같은 매체의 경우라도 그것이 어떤 사람들을 대상으로 하고 그 표현이 이루어지는 생활관계와 상황이 어떠한가에 따라 그 효과는 얼마든지 달라질 것이기 때문이다. 예컨대 같은 광고물이라도 유흥업소밀집지역이나 대학가에 게시된 것과 주택가나 어린이시설에 게시된 것은 그 의미가 다르며 성적 메시지를 담은 전시물은 그것이 전시된 장소와 그를 관람하는 관객에 따라서 또 그 전달되는 내용이 달라지게 된다. 등급제 역시 단순히 연령별로 분류하는 데 그친다면 당해 사회의 구성원의 특성을 세세하게 헤아리는 데는 한계를 갖는다.

따라서 충분한 논의를 통하여 우리 사회 전체적인 차원에서의 포르노그라피에 대한 취급기준을 만들어나감과 동시에 장기적으로는 각각의 구체적 사정에 걸맞는 나름대로의 공동체기준(community rule)을 형성하여 종합적으로 고려하여 다양하게 처리하는 것이 바람직할 것이다. 특히 이 과정을 통해 포르노그라피에 대한 사회적인 담론이 풍부해지고 진지해질 수도 있을 것이므로 자율적 판단과 규제의 확보가능성과 그 안전성도 그만큼 커지게 되는 이점이 있다. 우리의 경우도 이미 10여년 이상 지방자치제도를 운영하고 있으므로 이는 우선은 조례의 형태로 나타날 수 있을 것이며 또한 각 직장이나 학교단위로도 적절한 방안을 마련하는 것도 가능하다.⁵⁷⁰⁾ 다만 그것은 현

록 한 FCC의 규칙이 합헌이라고 판시됨으로써 그 정당성을 입증받은 바 있다.

569) Jane Juffer(1998), *At Home with Pornography*, New York Univ. Press, p.42.

570) 1999년 제정된 '남녀차별금지및구제에관한법률'이 성희롱방지 지침을 각 직장과 공공장

행법이 보장하고 있는 표현의 자유를 부당하게 침해하는 방식이어서는 안될 것이다.

2. 전망

포르노그래피산업은 세계적으로 꾸준히 번창하고 있다.⁵⁷¹⁾ 더욱이 근래 사이버공간을 이용한 포르노그래피의 유통의 폭발로 인해 그에 대한 접근성도 한층 증가되었다. 또한 보편적으로 활용가능하게 된 만큼, 외설 아니면 쾌락으로 성과 그 표현물을 인식 하던 종래의 이분법적 시각에서 조금씩 탈피하여, 포르노그래피의 다양한 측면을 이해하고자 하는 노력이 경주되고 있는 것⁵⁷²⁾도 주목할 만하다.

제도적이고 규범적인 차원에서도, 통상적으로 음란물은 여전히 금지하고 있지만 그에 대한 규제근거나 규제가능성이 점점 약화되고 있는 실정이라, 포르노그래피에 대한 미래지향적인 규제모델을 발견해 나가기 위한 논의는 더욱 진지해지고 있다.

여전히 포르노그래피 담론의 대부분은 권리와 평등 또는 권리와 권리간의 갈등으로 비쳐지고 있지만 앞서 살펴 본 것처럼, 상호의존적인 권리론과 그에 따른 표현의 자유의 새로운 해석도 간간히 시도되고 있는 것은 고무적이다. 사전규제라는 결과가 도출되든, 사후적인 처리가 선택되든, 혹은 문화적인 수준의 운동전개라는 답이 나오든 간에, 새로운 해석에 기해 논의하는 것과 종래의 틀에 따라 논쟁하는 것은, 비록 실제에 있어 결과는 같을 수 있지만, 전자의 경우는 결론을 끌어내는 단계에서 각 입장에서 본 포르노그래피의 현재의 성격과 그에 대한 타당성이 끊임없이 논의될 공간이 그 과정에서 마련될 수 있을 것이기 때문이다.

또한 표현의 자유에 대한 새로운 해석이 전개될 경우는, 그를 통해서 인간의 섹슈얼리티에 대한 이해가 촉진되고 그에 대한 표현이 좀더 평등한 것으로 전환될 가능성도

소, 학교 등에서 자체적으로 만들도록 규정하고 있는 것도 같은 맥락이며, 미국의 많은 대학들이 끊임없이 위헌성 시비에 휘말리면서도 성희롱, 포르노그래피와 인종차별적 발언을 포괄하는 자체 규율(hate speech regulation)을 제정하고 있는 것도 이러한 일환이다.

571) 독일에서는 99.5. 유럽최대의 섹스기업인 ‘베아테 우제’가 유럽 최초로 섹스 주를 상장했는데 주식청약이 쇄도했다. 또 96년에 베를린에 세운 ‘에로티카 박물관’도 독일의 유명한 명소로 꼽히게 된지 오래이다.

572) 98년 8월 ‘에로티시즘과 수정헌법 제1조’라는 주제로 캘리포니아 주립대학이 노스리지분교에서 자유언론동맹과 <세계포르노그래피영화대회>를 공동주최하여 포르노그래피의 긍정적인 해석가능성을 수정헌법 1조의 틀 안에서 위치짓고자 한 것도 그러한 노력의 일환으로 볼 수 있겠다.

확보되게 된다. 미국에서 포르노그래피시장이 급격히 팽창한 1970년대에 폭력과 하드코어가 증가했지만 동시에 X등급 비디오들의 내용이 좀더 평등적이고 상호적으로 된 것을⁵⁷³⁾ 감안해 보면, 덮어두고 포르노그래피를 불쾌해 하기보다는 포르노그래피의 긍정적 전환가능성을 모색하고 그것을 실현하는 것이 좀더 중요한 과제임을 알게 된다. 그를 통해서 인간의 성행위가 자기만의 표현이라기보다는 타인과의 관계에서 형성되는 것이며 타인에게 영향을 미치는 것임을 인식하게 된다면, 한편으로는 포르노그래피로 인한 침해와 해악에의 도전이라는 검증불가능한 싸움에 매달리는 수고를 덜고, 다른 한편으로는 편면적이고 불완전한 성적 묘사의 저급한 단계를 뛰어넘을 수 있을 것이기 때문이다.

다행히 우리 사회에서도 최근에는 포르노그래피의 현상을 정확하게 파악하고 나아가 그것을 달리 보고자 하는 시도가 이어지고 있다. 예컨대 포르노그래피가 여성에 대한 왜곡된 이미지를 결정하는 것이 아니라 이미 조성되어 있는 여성의 육체와 성에 대한 이데올로기와 현 사회의 남성우월적인 현상을 반영한다는 견해⁵⁷⁴⁾나, 포르노그래피가 공공연히 유통되고 있으며 현실 자체가 이미 음란한 사회에서의 단속은 엄숙의 가면에 불과하며 판단의 주체는 우리 스스로가 되어야 한다는 주장⁵⁷⁵⁾ 등은, 당해 사회의 반영이라는 포르노그래피의 본질을 잘 꿰뚫어 본 것이다.

또한, 조심스럽지만 포르노그래피를 해방이나 가치전복, 또는 변화로서 이해하는 견해가 제시되고, ⁵⁷⁶⁾ 페미니스트 사이에서도 몸과 그에 대한 표현이 적극적으로 시도되고 있는 것도 주목된다. 이러한 환경변화는, 90년대 후반 이후 여성들 스스로 성에 대한 솔직한 관심을 당당히 드러내고 있고⁵⁷⁷⁾ 여성의 생활에서도 포르노그래피는 이미

573) Downs(1989), *The New Politics of Pornography*, p.23.

574) 공미혜, “포르노그래피, 페미니즘, 성정치학”, 한국성폭력상담소 주최 토론회 (1999.10.15.) 자료집 <포르노그래피·미디어·여성>, 37면.

575) 보라거미, “보다 정치적으로 올바른 음란성에 대해”, 『IF』 1998년 겨울호, 246-249면.

576) 포르노그래피만화가로 떠오르는 만화가 양영순의 작업이나, 1997년 11월 8일부터 4주에 걸쳐서 한국에서 최초로 시도된 ‘에로영화제’에서 퍼블릭우먼, 비엔나호텔의 야간배달부, 하몽하몽, 파리프랑스, 올 레이디 두 잇, 8요일의 여자, 파리에서의 마지막 탕고, 클로드부인 등이 상영된 것도 조금씩 지형은 달리하지만 크게 보아 이러한 긍정적 해석과 재해석의 일환에 있을 것이다.

577) 페미니스트저널을 표방하는 『IF』는 7호(1998년 겨울호) 특집제목을 ‘오르가즘을 찾아서’로 잡고 여성의 성욕과 성표현에 관한 여성 스스로의 얘기를 실고 있다. 이 잡지는 ‘색녀열전’이라는 만화를 고정코너로 할애하는 등 여성의 성에 관한 담론을 부각하는 데 지속적인 관심을 기울이고 있는데, 종래의 많은 소위 여성지들이 무수히 판매해 온 성에 관한 정보들과 달리 여성주의적 입장을 견지하고 있다는 점에서 차이를 보이고 있다.

자리를 차지하기 시작한 것⁵⁷⁸⁾과 관련된다고 할 것이다. 미국에서 반포르노운동을 둘러싼 열띤 논쟁 끝에 확인된 여성들 사이의 다양성이 한국사회의 경우는 이미 드러난 셈이다.

기실, 무엇이 음란물인지, 그리고 그에 대해 어떠한 할지에 대한 사회적 논의의 기회 자체가 봉쇄되어 있었다는 점이 한국사회의 포르노그래피 담론이 성장하는 데 가장 큰 장애로 작용했던 것에 비추어 본다면, 강력한 포르노그래피규제를 뒤켠에서 위와 같은 포르노그래피에 대한 재해석이 나오고 있다는 점은 우선 희망적이라고 보여진다.

3. 그 밖의 과제

(1) 폭력물에 대한 인식 제고

포르노그래피의 다양성에 대한 인식의 제고와 긍정적 재해석의 전개로 성 표현물에 관한 담론의 수준을 한 단계 높인다면, 이제 그로부터 한발짝 떨어져서 주의를 기울여야 할 것들은 먼저, 폭력물일 것이다.

성 표현물과 성범죄 등 각종 비행간의 관계에 대해서는 많은 논란이 있지만, 앞에서 보듯이 양자의 인과관계는 긍정할 수 없으며, 특히 성 표현물의 청소년 유해성은 다분히 과장된 측면이 많은 데 비해, 폭력물 또는 폭력적 성 표현물의 경우는 그 상관성은 깊어지기 때문이다.

미국에서도 존슨위원회는 포르노그래피와 실제의 폭력 또는 비행간의 관련성을 부인했지만, '폭력의 원인 및 예방에 관한 자문위원회(Commission on the Causes and Prevention of Violence)'는 폭력성 대중매체에 노출된 아동들이 다른 아동들보다 더 공격적인 행동을 많이 했다고 보고했으며 미즈위원회의 경우 역시 폭력적인 음란물만이 실제 범죄와의 상관관계가 인정되었던 것이다.

우리의 경우도 음란물, 폭력적 음란물, 폭력물을 두고 볼 때 그 중에서는 상대적으로 음란물이 가장 성범죄와의 관계가 미약한 것으로 드러난 것도⁵⁷⁹⁾ 이를 뒷받침한다. 또

578) 이나영(1999), "포르노그래피경험을 통해 본 성인의 섹슈얼리티", 신라대학교 여성학과 석사학위논문; 김성혜·이지연(1998), "우리가 성에 관해 알고 싶은 것", 또 하나의 문화.

579) 김유정(1997), "케이블TV와 위성방송의 바람직한 심의방향", 『방송연구』, 1997년 여름호, 99면.

한 일반적인 인식도, 폭력간인성 간행물이 음란물에 비해 청소년에게 더 나쁜 영향을 준다고 생각하고 있는 것으로 나타난다.⁵⁸⁰⁾

따라서 이와 같은 점을 종합해 본다면, 우리나라에서 상대적으로 소홀한 폭력물에 대한 주의를 촉구하고 그에 대한 적절한 규제방안을 마련해 나가는 것이 필요할 것이다.

(2) 성적 프라이버시의 존중

또한 우리나라에서 음성적으로 유통되고 있는 불법 포르노그래피의 상당수는 당사자의 동의없이 불법으로 제작된 것 또는 동의없이 유출된 것이라는 점을 감안한다면, 포르노그래피의 규제 여부와 관계없이, 개인의 성적 프라이버시를 확고히 존중하는 것이 무엇보다 시급하다고 할 수 있다.

그것은, 우선은, 1998년 유명연예인의 성생활이 그대로 담긴 비디오가 유출되어 사회적으로 문제가 된 소위 'O양비디오사건'⁵⁸¹⁾에서 보듯이, 성 문제에 있어 개인의 자율성과 비밀이 보장되지 않는 한 한국에서의 성 표현물의 자유화 논의는 더 이상 진전이 없을 것이기 때문이며, 둘째로, 개인적인 영역에서의 성의 자유의 인정이 있어야만 음성적인 방식으로 지나치게 성화된sexualized⁵⁸²⁾ 우리 사회의 문제를 제대로 풀 수

580) 한국간행물윤리위원회의 성인대상으로 한 설문조사에 따르면 음란성이 더 해악적이다에는 29.4%가 대답한 데 비해, 폭력성이 더 해악적이라고 본 사람은 70.6%에 이르렀다. 한국간행물윤리위원회, 『청소년의 유해간행물에 대한 설문조사 분석보고서』, 1996.12. 61면.

581) 동 사건은 포르노그래피영상물이라는 다분히 현대적인 소재와 연예인의 실제 성생활이 노출되었다는 점에서 그에 대한 대중적 관심이 지대했고 그 확산 역시 그간 발달한 인터넷을 주로 이용했다는 점에서 근래 일어난 성 표현물 관련사건의 절정을 이룬다고 하겠다. 그러나 이전의 사건들과 마찬가지로 이 사건 역시, 일부 자유주의적인 시각에서 개인의 사생활 침해를 거론하는 발언도 있었지만 전체적으로는, 문제가 된 비디오가 당사자의 동의없이 유출된 것임에도 불구하고 개인의 성적 프라이버시 침해보다는 우리 사회의 문란한 성문화와 여성의 타락을 성토했다는 분위기였다.

582) 성에 대해 민감하고 성적인 접근이 만연하며 특히 성이 상업적으로 이용되는 것을 지칭하는 말로서, 공식적으로는 성을 억제하고 있지만 이른바 '홀딱쇼'로 불리는 나체쇼가 유행하고(<한겨레신문>98.7.16일자), 'O양비디오사건'에 이어 99년에도 여자탤런트들의 음란비디오테이프에 대한 소문과 거래가 열기를 띠며, 99년 봄에는 일간신문들이 여성을 성적 대상으로 삼는 사진을 대거 게재하는 등 황색경쟁에 나서고, 99년 숙박업소 등을 통해 일본 포르노그래피위성채널이 급속히 번지는 우리 사회의 모습은 가히 그 용어에 그대로 들어맞는 것이라 하겠다.

있을 것이기 때문이다.

(3) 대안적 성문화의 형성

나아가 무엇보다 중요하고도 근본적인 방안은, 여성이나 아동을 성적으로 대상화하는 남성위주의 성문화가 바뀌는 것이다.⁵⁸³⁾ 여성억압이 포르노그래피를 통해 행해진다는 의견을 받아들일 경우에도 이는 마찬가지이다. 불평등과 억압을 종식시키는 길은 사람들이 성에 관해 생각하고 말하고 행동하는 방식을 변화시키는 것일 것이기 때문이다.⁵⁸⁴⁾

따라서 남성 성의 재현으로서의 성 표현물을 공격하기보다는 남성권력의 재현으로서의 성분리주의를 공격해야 할 것이며, 포르노그래피의 규제에 주력하는 대신 자율성과 평등성에 입각한 대안적인 성 표현물을 생산해 내야 할 것이다.

그를 위해서는 성교육에 중점을 두어야 하며 아울러 대중매체의 독점, 정치적 검열, 시민적 권리의 잠식에도 도전을 가해야 할 것이다. 아동과 여성의 성적 착취에 대해서도 초점을 맞춰야 함은 물론이다. 그리고 이와 같은 과제의 달성을 위해 좀더 넓게는 사회 전반에 걸쳐 남녀평등을 실질적으로 구현하고 여성의 대표성을 증진하는 데 무엇보다 주력해야 할 것이다.

583) 동지: 윤가현, “음란폭력물이 청소년의 성폭력에 미치는 영향과 대책”, 「음란폭력간행물과 청소년의 폭력문제」, 한국간행물윤리위원회 주최 심포지움자료집, 1996.10.21. 28면.

584) Mary Joe Frug(1992), *Postmodern Legal Feminism*, p.152.

< 참고문헌 >

- 국내문헌 -

- 강진철(1998), “포르노그래피에 관한 법철학적 고찰”, 한국법철학회 편, 「법철학연구」 1권.
- 공미혜, “포르노그래피, 페미니즘, 성정치학”, 한국성폭력상담소 주최 토론회 (1999.10.15.) 자료집 <포르노그래피·미디어·여성>.
- 권수현(1998), “남성성과 성폭력간의 관계에 관한 연구”, 이대 여성학과 석사학위논문.
- 김문환(1997), “표현의 자유와 문화정책”, 「철학과 현실」1997년 봄호.
- 김병운(1996), “음란한 문서·도화의 개념과 판단기준(상)(하)”, 「판례월보」 1996. 6/7.
- 김상태(1999), 『프리섹스주의자들에게』, 이후.
- 김성만(1997), “전문가 사후심의로 유해여부 결정-유해간행물 관련조항을 중심으로-”, 「간행물윤리」 97.8.
- 김성수(1994), “음란성에 관한 미국판례의 입장”. 「인권과 정의」, 1994.9.
- 김성혜·이지연(1998), “우리가 성에 관해 알고 싶은 것”, 또 하나의 문화.
- 김성호(1999), 『포르노그래피를 해부한다』, 한림미디어.
- 김영환(1997), “청소년 유해매체관리, 규제를 위한 법적 장치 연구”, 「형사정책연구」 제8권 제1호(통권 제29호, 1997·봄호).
- 김영환·이경재(1992), 『음란물의 법적 규제 및 대책에 관한 연구』, 한국형사정책연구원.
- 김한성, “언론·출판의 자유”, 허영박사화갑기념논문집 『한국에서의 기본권이론의 형성과 발전』, 허영박사화갑기념논문집간행위원회, 1997.
- 김혜순(1999), “가까워진 포르노그래피-그 사회적 의미와 영향”, 한국성폭력상담소 주최 토론회(1999.10.15.) <포르노그래피·미디어·여성>.
- 마광수(1998), 『자유에의 용기』, 해냄.
- 문재철(1999), “에로비디오들의 흥내내기”, 「샘이깊은물」 1999년 3월호.
- 박성수(1997), “표현의 자유와 청소년유해창작물의 통제”, 「철학과 현실」 1997년 여름호.
- 박양식, “음란물규제의 법리”, 「사법행정」 362호(1991년 2월호).
- 박용상, “표현의 자유의 제한에 관한 일반이론”, 『재판자료 77집 헌법문제와 재판(下)』, 법원도서관, 1997.
- 박찬규(1999), “그걸 어찌 보나? 포르노그래피를 둘러싼 숨바꼭질”, 「샘이 깊은 물」 1999년 5월호.

박형상(1999), “포르노그래피그래피와 표현의 자유한계”, 한국성폭력상담소 주최 토론회 <포르노그래피·미디어·여성> 자료집, 1999.10.15.

방송위원회(1997), 『방송 프로그램 등급제에 관한 종합연구』.

방송위원회(1998), 『방송프로그램 등급제에 관한 2차연구』.

보라거미(1998), “보다 정치적으로 올바른 음란성에 대해”, 『IF』 1998년 겨울호

손승희(1997), “여성과 도덕적 주체성”, 『철학과 현실』1997년 봄호.

심영희(1994), “포르노그래피의 법적 규제와 페미니즘”, 『한국여성학』 1994년.

심영희(1996), “권력·성: 몸의 권리와 성관련법의 개선안”, 조 형 편(1996), 『양성평등과 한국법체계』, 이화여자대학교 출판부.

심희기(1998), “문예작품의 음란성 판단기준”, 『영남법학』4권 1·2호(1998.2.).

안경환(1994), “문학작품과 음란물의 한계”, 『법과 사회』제 9호, 1994년 상반기.

오경희(1998), “여성의 성과 법적 지위”, 송명희 외, 『페미니즘과 우리시대의 성담론』(현대여성연구 2), 새미, 1998.

윤자영(1998), “포르노그래피재현물에 대한 여성의 경험에 관한 연구”, 이화여대 석사학위논문.

윤평중(1998), 『담론이론의 사회철학』, 문예출판사.

이경재(1997), “성과 법, 자유와 규제: 성 표현물을 둘러싼 문제점”, 『형사정책연구소식』 통권 제39호(1997/1·2)

이경재(1997), “음란물에 대한 규제방식의 문제점”, 『형사정책연구소식』 통권 제42호(1997/7·8)

이나영(1999), “포르노그래피경험을 통해 본 성인의 섹슈얼리티”, 신라대학교 여성학과 석사학위논문.

이희창 등 편(1997), 『주석 형법』(제3판), 한국사법행정학회.

장석주(1997), “이 땅에 표현의 자유는 있는가”, 『시민과 변호사』, 1997년 10월호.

장영수(1993), “최근의 언론관련판례 개관” 『언론중재』, 1993년 가을호.

한국간행물윤리위원회(1998a), 『청소년 유해간행물에 대한 성인인식도 조사』.

한국간행물윤리위원회(1998b), 『음란물이 청소년의 성의식과 성폭력인식에 미치는 영향』.

한국간행물윤리위원회(1998c), 『청소년 유해간행물 시민감시활동 실태 및 활성화 방안』.

한국형사정책연구원(1994a), 『음란물과 청소년비행과의 관계에 관한 연구』.

한국형사정책연구원(1994b), 『음란물의 유해성과 그 규제실태에 관한 연구-음란비디오에 대한 내용분석을 중심으로』.

한위수(1998), “음란물의 형사적 규제에 관한 제문제”, 『형평과 정의』13집, 대구지방변호사회.

한인섭(1997), “검열과 자유와 책임”, 『철학과 현실』1997년 봄호.
홍성태(1998), “인터넷, 포르노그래피, 검열-자율사회를 위하여”, 『한국사회과학』 20권 4호, 1998.

-번역문헌-

뤼스 이리가라이(L. Irigaray) 저, 박정모 역(1996), 『나, 너, 우리』, 동문선.
리처드 포스너(Richard Posner) 저, 팽원순 역(1994), 『성과 이성』(*Sex and Reason*), 동아출판사.
린 헌트(L. Hunt) 편, 조한욱 역(1996), 『포르노그래피의 발명』, 책세상.
린 헌트 저(1992), 조한욱 역(1999), 『프랑스혁명의 가족로망스』, 새물결.
미셸 푸코 외 저, 황정미 편역(1995), 『섹슈얼리티의 정치와 페미니즘』, 새물결.
미셸 푸코(Michael Foucault) 저, 이규현 외 역(1990), 『성의 역사 1·2·3』, 나남출판.
빌헬름 라이히(Wilhelm. Reich)저, 박설호 편역(1996), 『문화적 투쟁으로서의 성』, 솔.
서거정 외 저/박훤 역(1995), 신역 고급소총 『한국인의 에로스 1,2』, 돌고래.
아트 레빈·캐슬린 커리(1993), “포르노그래피논쟁과 여성운동”, 원용진 외, 『대중매체와 페미니즘』, 한나래.
안드레아 드워킨(A. Dworkin) 저, 유혜련 역(1996), 『포르노그래피』(*Pornography*), 동문선.
알렉산더 해밀턴·제임스 매디슨·존 제이 저, 김동영 역(1995), 『페더럴리스트 페이퍼』(*The Federalist Paper*), 한울아카데미.
알시도어 맥킨타이어(Alasdair MacIntyre) 저(1984), 이진우 역(1997), 『덕의 상실』(*After Virtue*), 문예출판사.
장 보드리야르(Jean Baudrillard) 저, 정연복 역(1993), 『섹스의 황도』, 솔.
제프리 워스(J Weeks) 저, 서동진·채규형 역(1994), 『섹슈얼리티: 성의 정치』, 현실문화연구.
조세핀 도노번 저, 김익두·이월영 역(1993), 『페미니즘 이론』, 문예출판사.
존 롤즈(John Rawls) 저(1971), 황경식 역(1985), 『사회정의론』(*A Theory of Justice*), 박영사.
존 밀턴(John Milton) 저(1644), 임상원 역(1998), 『아레오파지티카-존 밀턴의 언론출판자유에 대한 선언』(*Areopagitica*), 나남출판.
존 스튜어트 밀(J.S.Mill) 저, 이극찬 역(1991), 『자유론』(*On Liberty*), 삼성출판사.
조르쥬 바타이유(Georges Bataille) 저, 조한경 역(1996), 『에로티즘』, 민음사.

즈느비에브 프레스·미셸 페로 편, 권기돈·정나원 역(1998), 『여성의 역사』4권, 새물결.

秋葉隆 저, 심우성 역(1993), 『朝鮮民俗誌』, 동문선.

캐롤 길리건(Carol Gilligan) 저(1982), 허란주 역(1994), 『심리이론과 여성의 발달』(*In A Different Voice*), 철학과 현실사.

캐서린 맥किन(Catharine MacKinnon) 저(1993), 『포르노그래피에 도전한다』(*Only Words*), 개마고원, 1996.

캐서린 맥किन 저, 이명호 역(1997), “포르노그래피, 민권, 언론”, 『세계의 문학』 1997년 봄호.

허버트 마르쿠제(Herbert Marcuse) 저, 김인환 역(1992), 『에로스와 문명』(*Eros and Civilization*), 나남.

-외국문헌-

金城清子(1996), 『法女性學』(第2版), 日本評論社.

曾根威彦(1985), 『表現の自由と刑事規制』, 一粒社.

萩原 滋, “わいせつの意義”, 別冊ジュリスト 143호, 1997.

『註釋刑法 各則』(2), 有斐閣, 1965.

Adler, Amy M.(1990), “Post-Modern Art and the Death of Obscenity Law”, 99 *Yale Law Journal*.

American Civil Liberties Union(1985), “Policy No.4: Censorship of Obscenity, Pornography and Indecency,” Public Guide of the American Civil Liberties Union.

Assiter, Alison(1988), “Autonomy and Pornography”, Morwenna Griffiths & Margaret Whitford(eds.), *Feminist Perspectives in Philosophy*, Macmillan Press.

Bartlett, Katharine T.(1990), “Feminist Legal Methods”, *Harvard Law Review*, Vol.103.

Benjamin, Jessica(1988), *The Bonds of Love: Psychoanalysis, feminism, and the Problem of Domination*, New York: Pantheon.

Brants, C. & E. Kok(1986), “Penal sanction as a feminist strategy: a contradiction in terms?”, *International Journal of the Sociology of Law* 14(3/4), pp.269-86.

Bridgeman, Jo & Susan Millns(1998), *Feminist Perspectives on Law-Law's Engagement with the Female Body*, London: Sweet & Maxwell.

Brown, Beverley(1990). “Debating Pornography-the Symbolic Dimension”, *Law and Critique* 1, 1990.

Bunch, Charlotte(1993), "Feminist Visions of Human Rights in the Twenty-First Century", *Human Rights in the Twenty-First Century*, edited by Kathleen E.Mahoney and Paul Mahoney, Martinus Nijhoff Publishers.

Bunch, Charlotte(1996), "Women's Human Rights and the Global Forces Facing Women in the 21st Century", 이화여자대학교 아시아여성학센터 주최 1996년 아시아 여성학대회 발표문, 1996. 5.

Butterworth, Dianne(1993), "Working in Cyberspace-The Development of Computer Porn", Stevi Jackson & Sue Scott(eds.), *Feminism and Sexuality-A Reader*, Edinburgh Univ. Press, 1996.

Cain, Patricia A.(1990), "Feminist Jurisprudence: Grounding the Theories," in Katharine T. Bartlett and Rosanne Kennedy(eds.), *Feminist Legal Theory*, Westview Press, 1991

Cameron, Deborah. & Elizabeth Frazer(1992), "On the Question of Pornography and Sexual Violence", Stevi Jackson & Sue Scott(eds.), *Feminism and Sexuality-A Reader*, Edinburgh Univ. Press, 1996.

Campbell, Tom. & Wojciech Sadurski(eds.)(1994), *Freedom of Communication*, Dartmouth.

Christine, F. M.(1990), *Pornography-The Other Side*, New York: Praeger.

Coetzee, J. M.(1996), *Giving Offense*, Univ. Chicago Press.

Conkle, Daniel O.(1993), "Harm, Morality, and Feminist Religion: Canada's New-but not so New-Approach to Obscenity" *Constitutional Commentary* Vol.10, 1993.

Cornell, Drucilla(1991), "Sexual Difference, The Feminine, and Equivalency", *The Yale Law Journal*, Vol.100.

Dalton, Clare(1988), "Where We Stand: Observations on the Situation of Feminist Legal Thought", Frances E. Olsen (ed.), *Feminist Legal Theory* vol.1, Dartmouth, 1995.

Dant, Tim(1996) *Knowledge, Ideology and Discourse*, Routledge.

Donnerstein, E., D. Linz, S. Penrod(1987), *The Question of Pornography*, The Free Press.

Douzinas, Costas. and Ronnie Warrington(1994), "The Face of Justice: A Jurisprudence of Alterity", *Social & Legal Studies*, Vol.3, Sage.

Downs, Donald Alexander(1989), *The New Politics of Pornography*, The University of Chicago Press.

Dworkin, Andrea(1985) "Against the Male Flood: Censorship, Pornography, and

Equality", Patricia Smith(ed.) *Feminist Jurisprudence*, Oxford Univ. Press, 1993.

Dworkin, Ronald(1985), "Do We Have a Right to Pornography?", *A Matter of Principle*, Harvard University Press, pp.335-372.

Dworkin, Ronald(1996), *Freedom's Law*, Harvard University Press.

Easton, Susan(1994), *The Problem of Pornography-Regulation and the Right to Free Speech*, Routledge.

Easton, Susan(1995), "Pornography as Incitement to Sexual Hatred", 3 *Feminist Legal Studies*.

Edwards, Susan(1996), *Sex and Gender in the Legal Process*, Great Britain: Blackstone Press.

Eisenstein, Zillah R.(1988), *The Female Body and the Law*, University of California Press.

Emerson, Thomas(1966), *Toward a General Theory of the First Amendment*, Vintage Books.

Emerson, Thomas.(1984), "Pornography and the First Amendment: A Reply to Professor MacKinnon", D. Kelly Weisberg(ed.), *Applications of Feminist Legal Theory to Women's Lives*, Temple, 1996.

Ewald, François "Norms, Discipline, and the Law," Robert Post(ed.) *Law and the Order of Culture*, Univ. California Press, 1991.

Farber, Daniel A. & Suzanna Sherry(1997), *Beyond All Reason*, Oxford Univ. Press.

Feinberg, Joel(1985), *Offense to Others, 2 The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press.

Fish, Stanley(1994) *There's No Such Thing as Free Speech..and It's a Good Thing, too*. New York: Oxford Univ. Press.

Fiss, Owen M.(1996), *Liberalism Divided-Freedom of Speech and the Many Uses of State Power*, Westview Press.

Flynn, L. "The Body Politics of E.C. Law"(in T.D. Hervey & D. O'Keeffe(eds.)(1996), *Sex Equality Law in the European Union*, Chichester: John Wiley.

Frug, Mary Joe(1992), "A Postmodern Feminist Legal Manifesto", *Harvard Law Review*, Vol.105.

Frug, Mary Joe(1992), *Postmodern Legal Feminism*, Routledge.

Gaylin, Willard & Bruce Jennings(1996), *The Perversion of Autonomy*, The Free Press

- Gaze, Beth. "Theories of Free Speech, Pornography and Sexual Equality", *Freedom of Communication*, Campbell & Sadurski(eds.), Dartmouth, 1994.
- Green, Richard(1992), *Sexual Science and the Law*, Harvard Univ. Press.
- Greenawalt, Kent(1995), *Fighting Words*, Princeton University Press.
- Greenberg, D. & Tobiason, T.H.(1993), "The new legal puritanism of Catharine MacKinnon", *Ohio State Law Journal*, Vol.54.
- Gruen, Lori and George E. Panichas(eds.)(1997), *Sex, Morality, and the Law*, Routledge.
- Haiman, Franklyn(1993), *"Speech Acts" and the First Amendment*, Southern Illinois Univ. Press.
- Harris, Angela P.(1990), "Race and Essentialism in Feminist Legal Theory" in Katharine T. Bartlett and Rosanne Kennedy(eds.), *Feminist Legal Theory*, Westview Press, 1991.
- Hawkins, Gordon. & Franklin E. Zimring(1988), *Pornography in a free society*, Cambridge Univ. Press.
- Hixson, R.(1996), *Pornography and the Justices*, Southern Illinois Univ. Press.
- Howe, A., "The Problem of Privatized Injuries: Feminist Strategies for Litigation" in M Fineman & N. Thomadsen(eds.)(1991), *At the Boundaries of Law: Feminism and Legal Theory*, Routledge.
- Itzin, Catherine(1992), *Pornography-Women, Violence and Civil Liberties*, Oxford Univ. Press.
- Jackson, E.(1995), "The Problem with Pornography: A Critical Survey of the Current Debate", 3 *Feminist Legal Studies* 49.
- Juffer, Jane(1998), *At Home with Pornography*, New York Univ. Press.
- Kairys, David(1982), "Freedom of Speech", *The Politics of Law-A Progressive Critique*, David Kairys(ed.), New York: Pantheon Books.
- Kalven, Harry(1988), *A Worthy Tradition*, Harper & Row.
- Karst, Kenneth(1975) "Equality as a Central Concept in the First Amendment", *University of Chicago Law Review* 43.
- Kappeler, Susanne(1986), "Subjects, Objects and Equal Opportunities", Stevi Jackson & Sue Scott(eds.), *Feminism and Sexuality-A Reader*, Edinburgh Univ. Press, 1996.
- Kappeler, Susanne(1986), *The Pornography of Representation*, Polity Press.
- Kristeva, Julia(1979), "Women's Time", *Signs*, 1981.8.
- Lacey, Nicola, "Theory into Practice? Pornography and the Public/Private

Dichotomy" in A. Bottomley and J. Conaghan(eds.)(1993), *Feminist Theory and Legal Strategy*, Oxford: Blackwell Publishers.

Lacombe, Dany(1994), *Blue Politics: Pornography and the Law in the Age of Feminism*, Univ. Toronto Press.

Langton. Rae(1990), "Whose Right? Ronald Dworkin, Women, and Pornographers", D. Kelly Weisberg(ed.), *Applications of Feminist Legal Theory to Women's Lives*, Temple, 1996.

MacCormick, Neil(1982) *Legal Right and Social Democracy*, Clarendon Press.

MacKinnon, Catharine A.(1982), "Feminism, Marxism, Method and the State: An Agenda for Theory", *Signs*, Vol. 7.

MacKinnon, Catharine A.(1987), *Feminism Unmodified*, Harvard Univ. Press.

MacKinnon, Catharine A.(1989), *Toward A Feminist Theory of the State*, Harvard University Press.

MacKinnon, Catharine A.(1995), "Pornography Left and Right", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* Vol.30.

MaIntosh, Mary(1992), "Liberalism and The Contradictions of Oppression", Stevi Jackson & Sue Scott(eds.), *Feminism and Sexuality-A Reader*, Edinburgh Univ. Press, 1996.

Mann, Patricia S.(1994), *Micro-Politics: Agency in a Postfeminist Era*, Univ. Minnesota Press.

McElroy, Wendy(1996), *Sexual Correctness*, McFarland & Company, Inc., Publishers.

McIntosh, Mary. "Liberalism and the contradictions of sexual politics", Lynne Segal & Mary McIntosh(eds.), *Sex Exposed*, Rutgers Univ. Press, 1992.

Meiklejohn, Alexander(1965), *Political Freedom*(2nd edition.), New York.

Meyer, Carlin(1994). "Sex, Censorship, and Women's Liberation", *Texas Law Review* 72: 1097-1201.

Michelson, Peter(1971), *The Aesthetics of Pornography*, Herder and Herder.

Minow, Martha(1987), "Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover", *The Yale Law Journal*, Vol.96

Minow, Martha(1990), *Making All The Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law*, Cornell Univ. Press.

Minow, Martha(1992), "Equality and the Bill of Rights" in Michael J. Meyer and William A. Parent(eds.), *The Constitution of Rights*, Cornell University Press, 1992.

Morgan, Jenny(1988), "Feminist Theory as Legal Theory", Frances Olsen(ed.),

- Feminist Legal Theory Vol.1*, Dartmouth, 1995.
- Posner, Richard(1995), *Overcoming Law*, Harvard Univ. Press.
- Pressner, Sharon J.(1995), "Pornography: Free Speech versus Civil Rights?," Amitai Etzioni(ed.), *Rights and the Common Good*, New York: St. Martin's Press.
- Randall, Richards(1989), *Freedom and Taboo-Pornography and the Politics of a Self Divided*, Univ. California Press.
- Raz, Joseph(1986), *Morality of Freedom*, Clarendon Press.
- Raz, Joseph(1996), "Liberty and Trust", Robert P. George(ed.)(1996), *Natural Law, Liberalism, and Morality*, Oxford: Clarendon Press.
- Russell, Bruce(1991), *Freedom, Rights and Pornography*, Kluwer Academic Publishers.
- Sadurski, Wojciech(1999), *Freedom of Speech and its Limits*, Kluwer Academic Publishers.
- Saunders, Kevin W.(1996), *Violence as Obscenity*, Duke University Press.
- Scanlon, T.(1972), "A Theory of Freedom of Expression", R. M. Dworkin(ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford Univ. Press, 1977.
- Schauer, Frederick.(1982), *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press.
- Schneider, Elizabeth(1986), "The Dialectic of Rights and Politics: Perspectives from the Women's Movement", Martha A. Fineman and Nancy S. Thomadsen (eds.), *At The Boundaries of Law*, Routledge, 1991.
- Segal, Lynn(1998), "Only the Literal", *Sexuality*, Vol.1.
- Smart, Carol(1989), *Feminism and the Power of Law*, Routledge.
- Smart, Carol(1991), "Penetrating Women's Bodies: The Problem of Law and Medical Technology," in Pamela Abbot and Clare Wallace(eds.), *Gender, Power & Sexuality*, Macmillan.
- Soble, Alan(1986), *Pornography-Marxism, Feminism, and the Future of Sexuality*, New Haven and London: Yale Univ. Press.
- Steinem, Gloria(1978), "Erotica and Pornography," Laura Lederer(ed.)(1980), *Take Back the Night*, William Morrow and Company, Inc.
- Strossen, Nadine(1995), *Defending Pornography*, New York: Scribner.
- Sunstein, Cass(1993), *Democracy and the Problem of Free Speech*, Free Press.
- Tucker, David(1985), *Law, Liberalism and Free Speech*, Rowman & Allanheld Publishers.
- Weeks, Jeffery(1985), *Sexuality and Its Discontents: Meanings, Myths and*

Modern Sexualities, London: Routledge and Kegan Paul.

West, Robin(1987), "The Difference in Women's Hedonic Lives: A Phenomenological Critique of Feminist Legal Theory", *3 Wis. Women's Law Journal*. 81.

West, Robin(1988), "Jurisprudence and Gender", *Univ. Chicago Review*, Vol.55, No.1.

West, Robin(1994), *Progressive Constitutionalism*, Duke University Press.

Williams, B.(1979), *Committee on Obscenity and Film Censorship*. London: HMSO, Cmnd 7772.

Williams, Linda(1999), *Hard Core: Power, Pleasure, and the Frenzy of the Visible*, Univ. California Press.

Wilson, Elizabeth. "Feminist fundamentalism", Lynne Segal & Mary McIntosh(eds.), *Sex Exposed*, Rutgers Univ. Press, 1992.

Wolgast, Elizabeth(1987), "Pornography and the Tyranny of the Majority", Patricia Smith(ed.) *Feminist Jurisprudence*, Oxford Univ. Press, 1993.

< ABSTRACT >

A Study on the Normative Discourse of Pornography

Sexual materials are near human's life today than before. But the understanding and treatment of them is still difficult problem, and especially concerning explicit sexual materials, pornography, there are sharp conflicts of opinions.

At modern times, pornography are considered as breakdown of morality and illegalized. And such conservative discourse has considerable influence upon today that the freedom of expression is institutionalized as basic human rights. On the contrary, liberalists argue that unless pornography harms other person, the freedom of expression of it must be guaranteed. And feminists, who consider pornography as symbol of men's domination upon women, criticize both discourse that in reality, current legal control of obscene materials is coercion of men-centered morals and harm principle is gender-blind too. By reason of that, several feminist define pornography as subordination of women and infringement of women's rights, and unfold anti-porno law movement.

However, those discourse about pornography are so codified that fail to respond to society members's varieties and interrelationships. Firstly, the discourse of regulation of obscene materials repress individual's sexual expression under the slogan of the protection of morals which is much vague and abstract. Second, the discourse of freedom of expression ignore the interdependence of society and individual by supposing the freedom of expression as exclusive one. And the discourse of protection of youth makes too much of paternalism. Lastly, the discourse of anti-porno feminism is also problematic in that assuming the harm of pornography on women as a whole.

Consequently, on this dissertation, I insist to do away with the suspicion of the immoral, the dichotomy of normal and deviation, obscenity and art, to recognize pornography as representation, and to guarantee the ability of free choice and avoidance about pornography. In addition, for the freedom of expression itself requires care toward other person, the formation and development of critical discourse is suggested as ultimate solution.

keywords: pornography, obscene materials, freedom of expression,
feminism, anti-porno law movement, representation

Student Number: 96275-813