

## A Study on national responsibility to foster cultural contents and legal principles of vulgarity regulation

Cho man-hyeong\*

### Abstract

Constitution declares culture is area that without any interference from the state space, and so creates each person creative energy. It is a typical movie in culture. The film will be referred to as an important expression form as well as high value-added industries of cultural creativity of ethnic communities.

Intervention of the state is necessary that by competing mechanisms of diverse opinions and ideas caused harm. State intervention is only to be operated at a minimum. The vulgarity causes young people have impulsive tendencies and affects adults adversely on on issues, regulation is possible for children and youth protection. This paper aims to suggest a new legislative measure about the legal principles of vulgarity regulation to solve this kind of problem efficiently. Some standard allowed vulgarity regulation on the principles of control.

▶ Keyword : cultural contents, national responsibility, the legal principles of vulgarity regulation

### I . Introduction

이제 ‘한류’라는 단어가 우리에게 더 이상 낯설지 않다.

우리의 영화와 TV 드라마, 음악, 게임 등이 이웃한 일본과 중국을 넘어 동남아와 남미, 유럽에까지 위세를 떨치며 화제가 되고 있다는 뉴스를 꽤 심심찮게 보는 상황에 이르렀다. 한국으로 유학을 오는 외국학생 상당수의 유학 결심 계기가 실은 우리나라 연예인에 대한 선망과 동경에서 시작되었음이 공공연한 사실이니 그야말로 격세지감이다. 국경을 넘어서 전세계를 소비시장으로 삼고서, 우리의 문화콘텐츠는 양적 성장세를 이어가고 있다.

문화콘텐츠를 생산하는 개인의 입장에서는 자아실현으로서의 성격이 강하고, 소비하는 입장에서는 여가를 향유하고 행복을 누리는 측면이 강하기 때문에 문화는 국민의 삶의 질 측면에서 중요한 요소이다. 아울러 산업적 측면에서 보자면 자원과 영토에 제한 받지 않는, 고부가가치 산업에 해당하므로 국가경제에 미치는 이로우미 막대하며 국가 이미지 제고효과 또한 공산품에 비할 바가 아니다.

문화콘텐츠의 창조역량은 상상력에 기반한다. 상상력의 폭과 깊이가 문화산업의 질과 양을 결정하고, 표현되는 상상력의 다양성은 개인에게 부여되는 자유의 면적에 비례한다. 생산되는 문화콘텐츠가 사회에 이롭거나 적어도 무해한 것만 존재하는 것은 당연히 아니므로 국가로서는 개입해야 할 한계가 어디쯤인지 설정하는 문제가 중요하게 부각된다.

이 문제의 중심에 음란물에 대한 규제논의가 있다. 그간 이와 관련하여 음란물에 대한 연구가 선행된 바 있다. 음란물에 의한 인터넷상의 명예훼손의 범리로 접근한 연구, 사이버 범죄의 규제를 논의를 중심으로 하면서 음란물을 규제하는 연구, 아동·청소년성보호법상의 아동음란물 판단기준에 대한 연구 등이 이루어 졌다. 이러한 논의들은 주로 형사법적인 접근으로 음란물에 대한 형사정책인 연구가 주로 이루어졌다.

본 연구는 그간에 행하여졌던 연구가 주로 형법의 해석론을 위주로 전개되었음을 인식하고, 음란물규제의 선행적 과제라 할 수 있는 헌법의 문화국가의 원리에 대해 알아보고, 그 세부 내용이라 할 수 있는 국가의 문화콘텐츠 육성 의무를 살펴보고

• First Author: Cho man-hyeong, Corresponding Author: Cho man-hyeong

\*Cho man-hyeong(jmh3909@daum.net), Dept. of police administration, Dongshin University

• Received: 2015. 12. 10, Revised: 2015. 12. 30, Accepted: 2016. 01. 22.

자 한다. 이후 문화의 육성과 충돌되는 상황이라 할 수 있는 국가에 의한 음란물 규제를 살펴보고자 한다. 어떠한 기준에서 음란물 규제가 허용되며, 세부적인 음란물 통제의 범위가 무엇인지를 살펴보고자 한다.

## II. Theoretical Background

### 1. The Overview

우리나라는 건국헌법부터 문화국가를 헌법의 기본원리로 선언하고 있다. 헌법전문에서는 “유구한 역사와 전통”을 강조하면서, “문화의 ... 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히” 할 것을 선언하고 있다.[1] 또한 헌법 제9조에서 국가에게는 전통문화의 계승과 발전, 그리고 민족문화의 창달을 위하여 노력할 것을 의무로 규정하고 있다. 대통령의 취임선서에서도 “민족문화의 창달에 노력하여야 한다”고 국가의 최고책임자로서의 의무를 다짐하도록 하고 있다.

헌법정신에 의하면 개인의 자율과 개성을 기반으로 한 문화영역은 국민 모두에게 에너지를 발산할 수 있는 일종의 자율영역으로 간주한다. 헌법은 개인이 가지고 있는 개별성을 존중하면서도, 자신만의 고유성을 인정하고, 서로 다름을 인정하는 다양성을 포섭함으로써 궁극적으로는 개인의 존엄과 행복을 추구할 권리를 달성케 하는 헌법실현의 한 모습이라 할 수 있다.

문화영역에서의 헌법실현은 “창조” 에너지 형성이라는 헌법의 단면을 통해 완성되는 게 아니라 양심과 사상의 자유, 언론·출판의 자유, 학문과 예술의 자유, 종교의 자유 등 개인의 자율적인 기본권을 충족시킬 수 있는 모든 기본권의 총체적 보장으로만 실현될 수 있다. 그렇기 때문에 국가가 문화국가를 보장하고, 국민에게 문화생활을 장려한다는 것은 단순한 문화 활동의 형태인 여가의 보장이라는 협의적 의미를 넘는 문화적 기본권의 구체적 실현을 의미한다.[2]

이러한 문화기본권은 헌법의 궁극적인 실현지향이라 할 수 있는 “모든 국민의 인간다운 생활”을 보장하는 필수적 요소라 할 수 있다. 인간다운 생활을 할 권리(Recht auf Existenz)라 할 수 있는 문화기본권의 기원은 바이마르 헌법에서부터 출발한다. Weimar 헌법에서 규정된 “인간다운 생활 (ein menschenwürdiges Dasein)”은 세계인권선언에서의 “인간의 존엄성에 상응하는 생활”로 그 의미가 구체화 되어, 세계인권선언 제22조에서 “모든 사람은 각자 사회의 일원으로서 사회보장을 받을 권리를 가지며, 또 각국의 조직 및 자원을 고려한 국가적인 노력과 국제적인 협력을 통하여 자기의 존엄과 자기의 인격의 자유로운 발현에 불가결한 경제적·사회적 및 문화적 권리를 가진다”고 선언하고 있다.[3]

이후, 유엔의 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제11조 제1항에 “상당한 생활조건”을 가질 권리로 구체화되었다. 우리나라는 국민개인의 창의와 개성, 최고도의 능력 발휘를 문화의 이념으로 삼고 국민 개개인의 개별성과 다양성

을 지향하는 헌법상 문화국가의 원리를 선언하고 있다.

### 2. A cultural nation in the constitutional law

문화국가의 원리는 국가의 문화정책 방향에 따라 사상체제와 그 보호범위를 달리하여 실현된다. 문화는 개인의 자기발현이 인정되는 영역으로 일반적으로 인정되고 있다. 우리 헌정사를 살펴보면, 권위적인 정부에 의한 문화 통제를 경험한 바 있다.

하지만 시민의 권리의식이 성장하면서 문화의 통제는 자유의 억압 차원으로 인식되었고, 그로 인해 현대에 와서는 자율이 보장되어야 할 영역으로 취급되고 있다.

오늘날과 같은 현대적 문화국가의 실현이 가능한 시기에는 국가는 개인이 가지고 있는 창조적 자유 (예컨대 표현의 자유 및 예술의 자유)가 폭넓게 보장되는 현상을 국가가 지향하여야 할 바람직한 모습으로 평가할 수 있다. 자율과 창의성에 기반한 영역이라는 문화영역을 이러한 정신에 비추어 보면, 국가가 주도하여 특정한 문화를 적극적으로 장려하거나 우대하는 정책은 허용되지 않아야 할 것이다.

다른 한편으로 헌법에서는 전통문화의 육성을 선언하고 있다. 헌법 제9조에서는 “국가는 전통 문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다”고 규정하여 민족문화에 대해서는 자율이 아닌 “전통문화의 계승과 발전”, “민족문화의 창달”을 우리 헌법의 과제로 설정하고 있는 것이다.

우리나라의 민족성과 관련된 것으로 계승 발전할 전통문화 (예컨대 판소리)에 대해서 국가의 적극적인 노력을 경주하겠다는 모습으로 이해 될 수 있다. 일반적으로 “전통”은 과거 선조로부터 내려오는 우리나라만의 정신문화, 사고의 양태 및 생활 방식 등을 포괄하는 문화유산을 말한다. 이와 구별되어야 하는 것은 단순히 과거의 일정 시점에서부터 현재까지 이어지는 관행은 전통의 범주에 포함되지 않는 형태로 관습이다. 전통은 의, 식, 주 생활형태에 그치는 것이 아니라 국가 형성과 국민의 생활방식, 형태 등에 한정되는 것은 아니다. 가족제도, 교육제도, 예술의 표현방식 등 폭넓게 전통문화는 보호 및 육성될 수 있다.[4]

이러한 내용을 확인해 볼 수 있는 헌법재판소 결정이 있다. “영화는 민족공동체의 문화적 창작력의 중요한 표현양식일 뿐 아니라 ... 고부가가치산업이라 할 것이다. 그러나 우리 영화계의 실정을 살펴보면, 국산 영화의 창작기반은 극도로 열악한 반면에 대중적 흥행성이 높은 외국산 영화는 무제한으로 수입되어 일정한 통제가 가하여지지 않으면 우리의 공연장을 독점할 위험이 지대하여 국산영화의 존립자체가 극도로 위태로운 지경에 이르고 있음을 충분히 알 수 있다. 따라서 이와 같은 실정을 감안한다면, 이 사건 심판대상규정이 국산영화의무상영제를 두어 직업선택의 자유를 일부 제한 하였더라도 위와 같은 공공복리를 위한 목적의 정당성은 인정된다고 할 것이다.”(헌재 1996. 7. 21. 94헌마 125)

이처럼 국가의 문화장려의 경우에도 입법목적의 정당성, 그

목적달성을 위한 방법의 적정성, 입법으로 인한 피해의 최소화, 입법에 의해 보호하려는 공익과 침해되는 사익의 균형성을 모두 갖추어야만 문화의 형성 및 장려가 이루어 질 수 있음을 강조하였음을 알 수 있다.

이 밖에도 국가에 의한 인위적인 문화장려 역시도 위헌이라고 선언하고 있다. 문예진흥기금이 문화예술의 창작과 보급, 민족고유문화의 발전을 위한 조사·연구·저작과 그 보급, 문화예술인의 후생복지증진을 위한 사업, 지방문화예술진흥기금에의 출연, 한국문화예술진흥원의 운영에 필요한 경비, 기타 문화예술의 진흥을 목적으로 하는 사업이나 활동의 지원에 사용된다 하더라도, 특별부담금으로서의 문예진흥기금의 납입금은 그 헌법적 허용한계를 일탈하여 헌법에 위반된다고 결정하였다. (헌재 2003. 12. 18. 2002헌가2) 문화진흥기금의 징수 역시도 문화국가의 원리 침해라고 보고 있다. (헌재 2003. 12. 18. 2002헌가2)

### III. Theory of Creative freedom and a principle of law on vulgarity regulations

#### 1. freedom of expression

문화는 국가에 의해 보호되는 생활양식으로 헌법에 이를 보호해야 할 국가의 과제로 선언하고 있다. 이를 위해 국가는 문화의 대상이 되는 영역의 보호와 육성이라는 두 가지 책무를 지고 있다.

헌법전문에서는 ‘문화의 영역에서 각인의 기회를 균등히 하고 능력을 최고도로 발휘하게 하며’라고 규정하여 우리나라가 문화국가를 표방하고 있음을 선언하고 있다. 헌법 제10조의 인간존엄과 제34조 제1항에서의 인간다운 생활을 할 권리를 규정을 통해서 문화를 향유할 수 있는 존엄한 존재를 규정하고 있다. 또한 전통문화의 계승과 발전, 민족문화의 창달의 의무를 국가에 부여함으로써 과거와 단절되지 아니하고, 국가의 정통성 뿐 아니라 국민의 포괄적인 생활양식을 계속하여 이어 나갈 수 있도록 하는 근거 규정을 설정해 놓고 있다. 이러한 문화국가의 실현은 양심의 자유와 언론·출판 및 집회·결사의 자유를 통해서 보호된다. 또한 학문과 예술의 자유 등을 선언함으로써 이루어진다.

문화국가의 실현에 있어서 가장 중요한 것은 개개인의 존엄성을 존중하고 그러한 정신에 입각해서 개인만의 정체성과 다양성, 고유성을 인정하는 것이다.[5] 개인이 가지는 독특한 생각과 사상을 인정하는 문화적 수용성은 문화국가원리를 이루는 기본적 토대라 할 것이다. 결국 문화적 수용성은 존엄성 구현의 구체적인 원리라고 할 수 있을 것이다. 문화적 수용성의 기반은 표현의 자유에서부터 출발한다. 헌법 제22조는 “저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다”고 규정하고 있다.

#### 2. The state's responsibility on juvenile protection

각 문화예술분야가 국민생활과 경제활동에 미치는 영향력은 상당하기 때문에 각 분야에 문학적인 요소, 창의적인 요소가 내재하고 있다 할지라도 어느 정도 제한의 필요성이 존재한다고 하겠다. 일차적으로 국가의 아동 및 청소년에게 영화가 좋지 않는 영향을 미친다고 판단이 되면, 국가의 개입이 정당화 될 여지가 있다.[6] 대립되는 다양한 의견과 사상의 경쟁메커니즘에 의하여 그 표현으로 인한 해악이 해소될 수 없을 때에만 비로소 국가의 개입은 그 필요성이 인정된다. 국가개입은 최소한으로만 작동하여야 한다.[7] 이와 관련하여 주로 문제되는 것이 음란물이다. 음란물에 대해서는 우리 사회는 창작과 자율의 영역에서 보호하려는 경향보다는 헌법정신에 위배되는 영역에 속하는 것으로 파악하고 있다.[8]

사전적 의미에서 ‘음란’은 ‘사람 또는 그 행동이 성(性)에 대해 삼가지 않고 난잡한 경우나 책·그림·사진·영화 등이 그 내용에 있어서 성(性)을 노골적으로 다루고 있어 난잡한 것’으로 정의된다. 음란물은 선량한 풍속을 해한다거나 그 사회의 도덕성을 훼손한다는 것을 주된 이유로 하여 오래전부터 규제 대상이 되어 왔다. [9]

음란은 “표현물을 전체적으로 관찰·평가해 볼 때 단순히 저속하다거나 문란한 느낌을 준다는 정도를 넘어서서 존중·보호되어야 할 인격을 갖춘 존재인 사람의 존엄성과 가치를 심각하게 훼손·왜곡하였다고 평가할 수 있을 정도로 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사한 것으로서, 사회통념에 비추어 전적으로 또는 지배적으로 성적 흥미에만 호소하고 하등의 문학적·예술적·사상적 가치 등을 지니지 아니하는 것을 뜻한다.” (헌재 2013. 8. 29. 선고 2011헌바 176).

헌법재판소나 대법원은 ‘음란’ 개념에 대하여 ‘사회통념상 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것으로서, 표현물을 전체적으로 관찰·평가해 볼 때 단순히 저속하다거나 문란한 느낌을 준다는 정도를 넘어서서 존중·보호되어야 할 인격을 갖춘 존재인 사람의 존엄성과 가치를 심각하게 훼손·왜곡하였다고 평가할 수 있을 정도로 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사한 것으로서, 사회통념에 비추어 전적으로 또는 지배적으로 성적 흥미에만 호소하고 하등의 문학적·예술적·사상적·과학적·의학적·교육적 가치를 지니지 아니하는 것을 뜻한다’고 판시하고 있다. (대법원 2008. 3. 13. 선고 2006도3558 판결. 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도244 판결 등헌재 1998. 4. 30. 95헌가16)

그리고 “입법자가 음란에 해당하는 행위를 일일이 구체적, 서술적으로 열거하는 방식으로 명확성의 원칙을 관철하는 것은 ‘사회일반의 건전한 성적 풍속 내지 성도덕’ 보호라는 입법목적의 온전한 달성을 위한 적절한 방법이라 하기 어렵고, ‘음란’의 개념과 그 행태는 사회와 시대적 변화에 따라 변동하는 상대적,

유동적인 것이고 그 시대에 있어서 사회의 풍속, 윤리, 종교 등 과도 밀접한 관계를 가지는 추상적인 것이므로, 음란에 해당하는 행위를 일일이 구체적, 서술적으로 열거하는 방식으로 명확성의 원칙을 관철하는 것은 입법기술상 현저히 곤란하다”고 밝히고 있다. (헌재2013. 8. 29. 2011헌바176)[10]

### 3. Freedom of expression and Pre-[post]-censor

우리 헌법 제21조 제4항은 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다”라고 규정하고 있다. 이는 표현의 자유에 있어서의 이러한 한계를 설정한 것으로서 헌법상 보호되지 않는 표현을 예시한 것이라고 할 것이다. (헌재 1998. 4. 30. 95헌가16)

중·고생들이 아직 사물의 판단을 함에 있어 옳고 그름을 판단할 변별력이 떨어지고, 사안에 대해 어른 보다 충동적인 경향을 가질 수 있는 청소년이기에, 국가는 그 보호를 위해 영화가 청소년에게 나쁜 영향을 줄 수 있다고 판단되면 규제가 가능하다.[11]

그러나 단순히 음란한 내용이나 선정적인 표현이 유해하다는 주장만으로 그 표현의 자유를 규제하는 것을 정당화 하기는 어려울 것이다. 표현의 선정성과 그로 인한 해악 사이에 인과관계를 분명하고 명확화하여야만 그 제한이 정당성을 갖게 될 것이다. “인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 지나친 성표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것”이라고 정의되는 음란표현은 사회의 건전한 성도덕을 크게 해칠 뿐만 아니라 사상의 경쟁메커니즘에 의해서도 그 해악이 해소되기 어려우므로 언론·출판의 자유에 의하여 보호할 수 없는 표현의 일례라 할 수 있다.[12]

헌법 제31조 제5항에서 “국가는 평생교육을 진흥하여야 한다”고 규정하여 국가의 문화책임임을 강조하고 있다. 또한 헌법 재판소는 문화국가원리가 국가의 의무임을 선언하고 있다. (헌재 2003. 12. 18. 2002헌가 2)

문화콘텐츠에 대한 국가의 규제는 다양한 형태로 시도되는데 검열도 그 중 하나의 유형이다.

“검열은 그 명칭이나 형식과 관계없이 실질적으로 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사, 선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도를 뜻하고, 이러한 사전검열은 법률로써도 불가능한 것으로서 절대적으로 금지된다. 언론·출판에 대하여 사전검열이 허용될 경우에는 국민의 예술활동의 독창성과 창의성을 침해하여 정신생활에 미치는 위험이 클 뿐만 아니라 행정기관이 집권자에게 불리한 내용의 표현을 사전에 억제함으로써 이른바 관제의견이나 지배자에게 무제한 여론만이 허용되는 결과를 초래할 염려가 있기 때문에 헌법이 절대적으로 금지하고 있는 것이다.”(헌재 2001.8.30., 2000헌가9)

그러나, 검열금지의 원칙은 모든 형태의 사전적인 규제를 일체 금지하는 것은 아니고, 의사표현의 발표여부가 오로지 행정권의 허가에 달려있는 사전심사만을 금지하는 것이다. 그리고 검열은 일반적으로 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, 행정권이 주체가 된 사전심사절차, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단 등의 요건을 갖춘 경우에 만 이에 해당하는 것이다.[13]

“예술활동의 독창성과 창의성 침해, 집권자에게 무제한 여론만 허용하는 결과를 초래할 염려 등의 해악이 크기 때문인데, 그렇기 때문에 우리 재판소는, 절대적 사전검열금지 원칙을 적용함에 있어서 행정권이 주체가 된 사전심사절차의 존재 등의 4가지 요건을 모두 갖춘 사전심사절차의 경우만 이를 절대적으로 금지하여 ‘사전검열행위’ 자체의 범위를 헌법 제21조의 진정한 목적에 맞는 범위 내로 제한하여 적용해 온 것이다.

그러나 사전검열금지의 원칙을 모든 형태의 사전적 규제를 금지하는 것은 아니었고, 일반적으로 허가를 받기 위한 표현물 제출의무의 존재, 행정권이 주체가 된 사전심사절차의 존재, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단의 존재의 요건을 갖춘 사전심사절차의 경우에만 금지된다고 하여 절대적 사전검열금지원칙을 제한적으로 적용하였다. (2005. 2. 3. 2004헌가8)

이처럼, 공공의 이익을 증진을 위한 음란물 규제는 사전검열 금지 원칙에 예외라 할 것이다. 그렇다면 이에 대해 어떻게 규제하는 것이 바람직 할 것인가? 음란물과 관련해서 1973년 미국의 Miller v. California 판결을 참조한다면 다음과 같은 음란물 규제의 법리를 마련하고 한다.

첫째, 음란물 규제의 목적이 분명하여야 한다. 오로지 헌법 제21조 제4항에 근거하여 타인의 권리나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해해서는 안된다. 또한 헌법 제37조 제2항에 근거하여 국민의 모든 권리와 자유는 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로 기본권을 제한할 수 있음을 인식할 필요가 있다. 사회의 가치질서 보호는 우리사회를 지키는 최소한의 도덕규범이라 할 수 있기 때문이다.

둘째, 일반인의 기준으로, 전체적인 표현의 맥락을 이해하는 중에 명백히 모욕적인 성행위로 인식 묘사될 수 있다면 이는 음란물로 보아 표현의 자유에서 보호받지 못한다.[14]

셋째, 아동·청소년 또는 아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하게 되면 어떠한 경우에서도 표현의 자유에서 보호를 받지 못한다. 아동 혹은 청소년이 단순히 등하는 장면에서도 죄형법정주의 원칙상 음란물에 해당하지 않을 수 있다. 하지만, 음란물에 등장하는 대상이 아동 및 청소년일 수 있다는 인식만 주었는지라도 질서유지 차원에서 처벌하는 것이 마땅하다. 이처럼 음란물과 관련하여 이처럼 엄격심사기준에 의해 음란물을 규제하여야 한다.

table 1. vulgarity judgment standard

regulatory objective of vulgarity		public order and social ethics		
vulgarity judgment	judgment	the general public	offensive action	vulgarity
	point of view	Overall context		
characters characters		children and adolescents		

### IV. Closing

예전에는 개인이 누리는 문화 또는 문화생활 그리고 문화를 향유할 권리라는 것이, 의·식·주와 같은 생활의 기본적 수요가 충족된 이후에 비로소 추구될 수 있는 삶의 잉여와 같이 여겨지기도 하였다. 그러나 생존의 필수적인 조건들이 있고-없음의 단계를 지나 많고-적음의 수준만 되어도 그 선후를 정하고 경계를 명확히 가르기란 쉬운 일이 아니다.

헌법은 문화를 보호하고 육성해야 하는 의무를 국가에게 부여하고 있다. 이러한 책임은 헌법 전문과 대한민국 헌법의 기본정신 속에서 충분히 그 내용을 살펴볼 수 있다. 국가는 민족문화의 계승과 발전, 민족문화의 창달을 통해서 문화의 육성을 할 수 있도록 하여야 하지만 음란물의 경우는 중·고생들에게 나쁜 영향을 줄 수 있으며, 중·고생들이 아직 사물의 판단을 함에 있어 옳고 그름을 판단할 변별력이 떨어지고, 사안에 대해 어른 보다 충동적인 경향을 가질 수 있는 청소년이기에, 국가는 그 보호를 위해 영화가 청소년에게 나쁜 영향을 줄 수 있다고 판단되면 규제가 가능하다.[15]

그러나 단순히 음란한 내용이나 선정적인 표현이 유해하다는 주장만으로 그 표현의 자유를 규제하는 것을 정당화 하기는 어려울 것이다. 표현의 선정성과 그로 인한 해악 사이에 인과관계를 분명하고 명확하여야만 그 제한이 정당성을 갖게 될 것이다. 이러한 음란물 규제에 대한 정당성을 갖추기 위해 음란물의 규제목적을 분명하여야 하며, 음란물 판단의 주체와 관점이 명확하여야만 할 것이다.

### REFERENCE

[1] Kim, young su, "The Provisional Government of Korea and legitimate government", The Korea the constitutional law, p. 65, 1995,  
 [2] Ru, si jo, "The Republic of Korea on constitutional law", The study of public law (5), The Korea comparison constitutional law, p. 138, 2005.  
 [3] Kang koyoung gun, "Korea on constitutional law",

bubmunsa, p. 193, 1998  
 [4] Ru, si jo, "The Republic of Korea on constitutional law", The study of public law (5), The Korea comparison constitutional law, p. 138, 2005.  
 [5] Lee bu ha, " Nation and the fundamental rights of a nation", International constitutional law", world constitutional law study (14), p. 187, 2008.  
 [6] Colten v. Kentucky, 407 U.S. 104 (1972).  
 [7] John E. Nowak/RonaldD. Rotunda, ConstitutionalLaw (6th ed. St. Paul/Minnesota: West Group, 2000), p.1080.  
 [8] Winters v. New York, 333 U.S. 507 (1948).  
 [9] Fortwayne Books, Inc. v. Indiana, 489 U.S. 46 (1989).  
 [10] Strom berg v. California, 283 U.S. 359 (1931) "Any person who displays a red flag, banner or badge or any flag, badge, banner, or device of any color or form whatever in any public place or in any meeting place or public assembly, or from or on any house, building or window as a sign, symbol or emblem of opposition to organized government or as an invitation or stimulus to anarchistic action or as an aid to propaganda that is of a seditious character is guilty of a felony." 283 U.S. 359, 361 (1931).  
 [11] 413 U.S. 15, 24 (1973).  
 [12] Interstate Circuit v. Dallas, 390 U.S. 676 (1968) "Not suitable for young persons' means: (1) Describing or portraying brutality, criminal violence or depravity in such a manner as to be, in the judgment of the Board, likely to incite or encourage crime or delinquency on the part of young persons; or (2) Describing or portraying nudity beyond the customary limits of candor in the community, or sexual promiscuity or extra-marital or abnormal sexual relations in such a manner as to be, in the judgment of the Board, likely to incite or encourage delinquency or sexual promiscuity on the part of young persons. 390 U.S. 676, 681 (1968)."  
 [13] Amsterdam, A. G. (1960), The Void for Vagueness Doctrine in the Supreme Court, U. of Pennsylvania Law Review, 109, 67~116. ; Goldsmith, Andrew E. (2002~2003). Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court, Revisited. American Journal of Criminal Law, 30, 279~313.; Hadfield, Gillian K. (1994), Weighing the Value of Vagueness: An Economic Perspective on Precision in the Law, California Law Review, 82, 54~554.; Jeffries Jr., J. C. (1985). Legality, Vagueness, and the

Construction of Penal Statutes. Virginia Law Review, 71, 189~245. ; Waldron, J. (1994). Vagueness in law and language: Some philosophical issues. California Law Review, 82, 509-540. ; Wright, Robert H. (2004-2005). Today's Scandal Be Tomorrow's Vogue: Why Section 2(a) of the Lanham Act Is Unconstitutionally Void for Vagueness. Howard Law Journal, 48, 659~684

[14] Miller v. California, 413 U. S. 15, 24(1973)

[15] 413 U.S. 15, 24 (1973).

## Authors



Cho man-hyeong received the Ph.D. degrees in Law from Chosun University, Korea, in 2005.

Dr. Cho joined the faculty of the Department of Police Science at Dongshin University, Naju, Korea, in 2006. He is a Professor in the Department of Police Science at Dongshin University,