

오픈넷 포럼 (2015. 4. 30.)

만화, 불법 음란물 규제 앞에 서다

- 방심위의 레진코믹스 성인만화 심의를 중심으로 -

손 지원

법률사무소 이음 변호사

고려대 인터넷투명성보고팀 연구원

방심위의 레진코믹스 차단으로 촉발된 성인만화 불법음란물 심의 논란

- 1차 : 레진코믹스 사이트 차단
 - 사이트 내 불법 음란물 유통 이유, 사이트 전체 차단
 - 이용자들의 반발, 사이트 성격 오인 - 시정요구 철회
- 2차 : 레진코믹스 내 개별 성인만화 콘텐츠 일부에 대한 음란물 심의 시작
 - 일본 출판만화들 위주로 '음란물' 심사 시작,
 - 하즈키 카오루의 'H한 체험담' 비롯, 총 8편 상정 - 의결보류
- 만화 등 문화 콘텐츠의 유통, 보급의 주요 수단이 '인터넷'이 되면서, 인터넷상 모든 정보를 심의할 수 있는 '방송통신심의위원회'가 이들 문화콘텐츠 내용 심의, 유통 금지의 일차적 영향력 행사 가능성
 - 방심위 심의의 적절성을 논의할 필요.

성표현물 규제 방식의 구분

- 전면 허용되는 성표현물
- 청소년의 접근을 제한하여야 하는 성표현물
 - ex. 청소년유해매체물, 19금 성인물 - '관리'의 대상
 - 청소년보호법 제9조 (청소년유해매체물의 심의기준) 제9조
 1. 청소년에게 성적인 욕구를 자극하는 선정적인 것이거나 음란한 것
- 성인이 보는 것도 금지되는 성표현물
 - 불법 음란물 - '금지'의 대상
- 레진코믹스에서 성인인증을 거쳐야 볼 수 있도록 조치한 콘텐츠
- 청소년유해매체물(19금 성인만화)이 아닌 '불법 음란물' 심의
- '삭제', '차단' 등의 시정요구시, 서비스 사업자들이 사이트 내에서 콘텐츠를 내려야 하고, 이로써 일반 성인 이용자들의 접근도 전면적으로 금지됨.

불법 음란물 관련 규정

- 정보통신망법

제44조의7(불법정보의 유통금지 등) ① 누구든지 정보통신망을 통하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보를 유통하여서는 아니 된다.

1. 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시하는 내용의 정보

제74조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

2. 제44조의7제1항제1호를 위반하여 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시한 자

- 형법 : '성풍속에 관한 죄' - 보호법익 : 사회의 건전한 성풍속, 성도덕

제243조 (음화반포등) 음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

제244조 (음화제조등) 제243조의 행위에 공할 목적으로 음란한 물건을 제조, 소지, 수입 또는 수출한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

표현의 자유 제한의 일반원칙

- 성표현물도 하나의 표현물이므로 표현의 자유 제한의 일반 원칙이 적용되어야
- 명백하고 현존하는 위험의 원칙
 - 표현은 물리적 행위와 달리 그 자체로 어떠한 해악이 직접적으로 발생하지 않음. 이러한 표현의 특수성으로 말미암아 생겨난 제한 법리
 - 의사표현을 금지하는 법률은 해악을 초래할 명백하고도 현실적인 위험성이 입증된 경우에 한정되어야
- 막연하기 때문의 무효의 원칙
 - 표현을 제한하는 법률은 명확성의 요구가 더욱 강화됨
 - 불명확한 규범에 의하여 표현의 자유를 규제하게 되면 헌법상 보호받아야 할 표현까지 망라하여 필요 이상으로 과도하게 규제

음란물 규제의 특수성

- 범죄가 아닌 성행위를 표현한 표현물이라도 불법 음란물로 규제되는 경우가 있음
- 행위 자체는 불법이 아니지만 이를 '보여주는' 것이 불법화 되는 것은 매우 이례적
- 명백하고 현존하는 위험이 불분명할 뿐더러, '음란' 기준도 명확한 개념이 아님 - 표현의 자유 제한에 있어 매우 특수한 영역
- 이러한 특수성을 고려하여, 판례상의 '음란' 정의도 시대의 사회, 문화적 배경에 따라 변화하고 있으며, 이를 최대한 엄격하게 해석할 필요

판례상 '음란'의 정의 및 요건의 변화

- 대법원 1970.10.30, 선고, 70도1879 판결 (성냥갑 나신의 마야 사건)
 - 비록 명화집에 실려있는 그림이라 할지라도 이것을 예술 문학 등 공공의 이익을 위해서가 아닌 성냥갑 속에 넣어 판매할 목적으로 그 카드사진을 복사 제조하거나 시중에 판매하였다면 명화를 모독하여 음화화시켰다 할 것이고 그림의 음란성 유무는 객관적으로 판단해야 할 것이다.
 - 음란에 대한 구체적 정의를 내리지 않음

판례상 '음란'의 정의 및 요건의 변화

- [대법원 1991.9.10, 선고, 91도1550 판결]

- 형법 제243조에 규정된 음란한 문서 또는 도화라 함은 성욕을 자극하여 흥분시키고 일반인의 정상적인 성적 정서와 선량한 사회풍속을 해칠 가능성이 있는 도서를 말하며 그 음란성의 존부는 작성자의 주관적 의도가 아니라 객관적으로 도서 자체에 의하여 판단되어야 한다.

판례상 '음란'의 정의 및 요건의 변화

- 대판 1995. 6. 16. 선고 94도2413 판결 ('즐거운 사라' 사건)

- 음란이란 '일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여, 건전한 성풍속이나 선량한 성적 도의관념에 반하는 것

- '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

판례상 '음란'의 정의 및 요건의 변화

- **헌법재판소 1998. 4. 30. 선고 95헌가16 [전원재판부] (출판사및인쇄소의등록에관한법률 제5조의2 제5호 등 위헌제청)**
 - '음란'이란 인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 **하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것**

판례상 '음란'의 정의 및 요건의 변화

- 대법원 2000. 10. 27. 선고 98도679 판결 (내게 거짓말을 해봐 사건)
 - “문학성 내지 예술성과 음란성은 차원을 달리하는 관념이므로, 어느 문학작품이나 예술작품에 문학성 내지 예술성이 있다고 하여 그 작품의 음란성이 당연히 부정되는 것은 아니라 할 것이고, 다만 그 작품의 문학적, 예술적 가치, 주제와 성적 표현의 관련성 정도 등에 따라서는 그 음란성이 완화되어 결국은 형법이 처벌대상으로 삼을 수 없게 되는 경우가 있을 수 있을 뿐이다.”

판례상 '음란'의 정의 및 요건의 변화

- 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006도3558 판결

- '음란'이라 함은 ① 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 넘어서 존중·보호되어야 할 인격을 갖춘 존재인 ② 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 ③ 하등의 문학적·예술적·사상적·과학적·의학적·교육적 가치를 지니지 아니하는 것을 뜻하며, 표현물의 음란 여부를 판단함에 있어서는 표현물 제작자의 주관적 의도가 아니라 그 사회의 평균인의 입장에서 그 시대의 건전한 사회통념에 따라 객관적이고 규범적으로 평가하여야 한다

'외적 가치의 부존재' 요건의 중요성

- 음란물 성립요건 (미국 Miller판결 Miller b. California, 413 U.s 15 (1973))
① 성적 흥분 유발, ② 적나라한 성행위 및 성기 묘사, ③ 외적 가치의 부존재
- “하등의 문학적, 예술적 등의 가치를 지니지 않은 것” – 외적 가치의 부존재 요건과 대응
- 음란물의 해악과, 이를 금지·처벌함으로써 보호하려는 법익이 불분명하기 때문에, 이러한 규제를 최소화하고 조금이라도 외적 가치가 있는 표현물을 보호하고자 하는 세계적인 시대 흐름을 반영하여 도입된 요건으로서 매우 중요한 의미
- 특히 문화 콘텐츠가 그 대상일 때에는 이 요건의 해석이 더욱 중요

만화 콘텐츠에 대한 적용 - 예술적 가치 판단

- 만화의 특성 : 그림, 스토리와 그 연출방법 등이 유기적으로 결합된 표현물
- 세련된 교양이나 지적 수준에 상관없이 모든 사람들에게 쉽게 수용되는 대중적인 예술장르
- 창작성과 노동력을 필요로 하는 표현물
 - 스토리, 장면 구성, 등장인물의 외형, 표정, 동작, 대사 설정
 - 그림으로 극화 : 현실을 그대로 촬영하여 전달하는 영상과는 또 다른 특성

대표 만화 분석

- 하즈키 카오루 “신 진짜로 있었던 H한 체험담”
 - 자극적·충동적인 성관계 체험담을 모은 옴니버스 형식으로 구성. 유부녀와의 정사가 주 내용이며, 일부 어린 계모와의 성관계, 남편이 부인과 다른 남자가 성관계 하도록 하는 내용 등이 포함.
 - 성기 모자이크 처리
 - 일본 출판만화로서, 일부 지방에서 '18세 미만 판매 금지' 결정
- 일본 픽션 표현물 규제 정책 관련 비영리단체 '휘파람새리본'의 의견
 - 하즈키 카오루씨의 작품은, 반세기정도 전의 일본에서 유행한 '극화조'라고 불리는 작화기법 사용. 현대에서, 이러한 옛 그림체를 사용하여 성 표현을 하는 프로 만화가는 매우 희소.
 - 스토리 내용 역시, 그림체와 같이, 현대적인 것이 아니라 십 수 년 전의 시대의 분위기를 감돌게 하는 레토르(Retro)한 연애와 성과 관련된 이야기가 중심이 되고 있는 바, 연구자와 비평가들은 '포르노적 묘사만을 추구한 선정적인 이야기 전개와는 다르다'고 평가하고 있음

만화 콘텐츠에 대한 음란 기준 적용

- 현실, 실사를 그대로 보여주는 '영상'에 비하여 '노골적이고 적나라한 성적 부위나 행위 묘사'가 있다거나 이로 인한 '성적 흥분, 자극 정도'도 높다고 볼 수 없음.
- 서울고등법원 2001. 6. 14. 선고, 2000노7104 판결 ('천국의 신화' 사건)
 - 만화는 일반적으로 대상의 성격을 과장하거나 생략하여 익살스럽고 간명하게 인생이나 사회를 풍자, 비판하는 그림형식... 만화는 과장과 생략을 그 표현의 기조로 하며, 화보나 영화처럼 사실을 있는 그대로 표현하는 것과는 달리 과장된 표현이나 생략된 표현을 통해 작가가 뜻하는 바를 표현하는 장르이므로 그 음란성, 잔인성을 판단함에 있어서도 이러한 특성을 고려해야 할 것이다...
 - 암시적인 표현은 주관적으로 느끼는 감정이 다양하여 보여지는 대상에 따라 음란성이나 잔인성의 느낌도 천차만별이어서 일률적으로 이를 판단하기 어려운 점이 있고, 음란성 잔인성 판단의 기준도 화보나 영화와 같은 장르와는 달리 판단해야 할 필요가 있다 할 것이며, 한편 만화는 그 내용이 그림과 대사 혹은 서술로 구성되어 있고, 과장과 생략이라는 만화의 특성상 ... 만화상의 표현을 현실에서 그대로 일어나는 것으로 받아들이지 않는다는 점 등을 함께 고려하여야 할 것이다

방심위의 음란물 심의 기준의 문제

- 2014년 기준
 - 총 약 13만여 건의 정보 삭제, 차단 의결
 - 이 중 약 5만 여건이 '음란 정보' (37%, 1위)
- 회의당 : 총 1,500여건 / 음란 정보 약 500여건
- 1주당 : 총 3,000여건 정보 심의 / 음란 정보 심의는 약 1,000여건
- 위 판례상 '음란' 개념에 따른 엄격한 심사 없이 '성기노출', '성행위묘사' 여부에 따라 음란 정보를 결정하고 있는 것으로 보임.

방심위의 음란물 심의 기준 문제

- 방심위가 '불법 음란물'을 비롯하여 정보의 불법성 심사를 엄격히 하지 않는 것은, 방심위가 법령상 심의 대상 정보를 '불법정보'로 한정하지 않고 있기 때문.
- 방통위설치법 제21조 제4호(심의위원회의 직무) '전기통신회선을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보 중 건전한 통신유통의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보의 심의 및 시정요구'
 - "정보통신망법 조항들에 의해 금지되거나 규제되는 정보 내지 이와 유사한 정보" (헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2011헌가13)
- 방통위설치법 시행령 제8조 제1항
'법 제21조제4호에서 "대통령령이 정하는 정보"란 정보통신망을 통하여 유통되는 정보 중 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7에 따른 불법정보 및 청소년에게 유해한 정보 등 심의가 필요하다고 인정되는 정보

방심위의 심의 기준 문제

- 심의 대상 정보가 “정보통신망법 조항들에 의해 금지되거나 규제되는 정보 내지 이와 유사한 정보”라는 현재 결정에 따르면, 방심위는 ‘불법정보’에 대해서만 삭제, 차단 결정을 할 수 있다고 해석하여야.
- 그러나 방심위는 현재 불법정보 뿐만 아니라 추상적인 기준에 따라 결정된 단순 유해 정보에 대해서도 삭제, 차단 결정을 하고 있음.
- 청소년의 접근만 통제되어도 족한 이러한 정보들에 대하여 전면적 금지의 시정요구를 하여 성인에 대한 유통까지 금지되고 있으며, 이로써 표현의 자유 및 성인의 알 권리가 심대하게 침해되고 있음.
- 방심위의 이러한 자의적 심의기준에 의하여 판례상 ‘불법 음란물’로 볼 수 없는 성표현물이 과도하게 금지되고 있음.

방심위의 음란물 심의 기준 문제

- 방심위의 음란 정보 심의 기준 : 정보통신에 관한 심의규정 제8조

1. 사회통념상 일반인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 다음 각목의 정보

가. 남녀의 성기, 음모 또는 항문 등 특정 성적 부위 또는 성적 행위를 노골적으로 표현 또는 묘사하는 내용

나. 자극적이고 혐오스런 성적표현 및 남녀 성기에 관한 은어 및 비속어를 사용하여 성행위를 구체적으로 묘사하는 내용

다. 강간, 윤간, 성추행 등 성폭력행위를 노골적으로 묘사하는 내용

라. 성행위와 관련된 신음소리 등을 극히 자극적으로 묘사하는 내용

마. 구강, 항문 등 신체의 일부 또는 도구를 이용한 유사성교행위를 노골적으로 묘사하는 내용

바. 변태적인 자위행위 및 성기애무를 구체적으로 묘사하는 내용

사. 수간(獸姦), 시간(屍姦), 혼음(混淫), 근친상간(近親相姦), 가학성, 피학성 음란증, 관음증(觀淫症) 등 비정상적인 행위를 구체적으로 묘사한 내용

아. 아동 또는 청소년을 성적 유희의 대상으로 직접적이고 구체적으로 묘사한 내용

자. 그 밖에 일반인의 성적 수치심을 현저히 해할 우려가 있는 정보

방심위의 음란물 심의 기준 문제

- 청소년 보호법상 '청소년유해매체물 심의규정'과의 비교

청소년보호법 제9조 (청소년유해매체물의 심의기준)

1. 청소년에게 성적인 욕구를 자극하는 선정적인 것이거나 음란한 것

시행령 별표2 청소년유해매체물의 심의 기준

가. 음란한 자태를 지나치게 묘사한 것

나. 성행위와 관련하여 그 방법·감정·음성 등을 지나치게 묘사한 것

다. 수간을 묘사하거나 혼음(混淫), 근친상간, 가학·피학성 음란증 등 변태 성행위, 매춘 행위 그 밖에 사회 통념상 허용되지 아니한 성관계를 조장하는 것

라. 청소년을 대상으로 하는 성행위를 조장하거나 여성을 성적 대상으로만 기술하는 등 성 윤리를 왜곡시키는 것

방심위 음란물 심의 문제 사례

- 블로그 야설 삭제
 - 자극적인 문구 및 남녀성기에 관한 은어를 사용하여 성행위를 묘사한 블로그 내 소설. 표현의 정도, 전체적 맥락 등을 고려할 때 다른 대중 소설에서의 성행위 묘사 수준에 지나지 않으며, 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것으로 보기 어려운 내용
- 여성 성심리상담 해외사이트 차단
 - 여성들의 몸에 대한 자기혐오를 치유하자는 취지로 개설된 사이트이고, 이와 관련하여 심리학자, 상담사 등의 조언과 이용자간 진솔한 토론 내용이 포함된 사이트임에도, 여성 성기 사진이 다수 게시되었다는 이유로 사이트 전체를 접속차단 결정
- 클리토리스 수술 관련 정보 삭제
 - 성적 흥분을 유발하기 위한 이미지가 아닌, 클리토리스 수술과 관련하여 제공되는 여성 성기 이미지 정보임에도 음란성을 이유로 삭제한 사례

방심위 음란물 심의 문제 사례

- 성기 노출 이미지가 게시된 트위터 계정 접속차단
 - 프로 수준의 연출이 가미된 예술사진들임에도, 성기가 노출되었다는 이유로 계정 전체 접속차단 결정
- 개인 홈페이지에 게시된 남성 성기 사진 7장과 나체 남성의 뒷모습 이미지 삭제
 - 심의위원 중 1인이 해당 결정을 비판하고 토론 이슈를 던지고자 이를 캡처해서 블로그에 올린 이미지도 심의 시도

기타 방심위 심의 기준

정보통신에 관한 심의규정

- 제5조 3호 : 그 밖에 외국의 정치·종교·문화·사회에 대한 비방·비하·멸시 등 국가 간의 우의를 현저히 해할 우려가 있는 정보
- 제6조 헌법에 반하여 역사적 사실을 현저히 왜곡하는 정보
- 제7조 3호 범죄, 범죄인 또는 범죄단체 등을 미화하여 범죄를 정당하다고 보이게 할 우려가 있는 정보
- 제8조(선량한 풍속 기타 사회질서 위반 등)
- 2. 폭력성·잔혹성·혐오성 등이 심각한 다음 각목의 정보
- 나. 구토·방뇨·배설시의 오물, 정액·여성생리분비물 등을 구체적·사실적으로 묘사하여 혐오감을 불러일으키는 내용
- 다. 낙태, 절개·절단, 출산, 수술 장면 등 의료행위를 지나치게 상세히 표현하여 혐오감을 불러일으키는 내용
- 바. 과도한 욕설 등 저속한 언어 등을 사용하여 혐오감 또는 불쾌감을 주는 내용
- 사. 그 밖에 사람 또는 동물 등에 대한 육체적·정신적 고통 등을 사실적·구체적으로 표현하여 잔혹 또는 혐오감을 주는 내용
- 3. 사회통합 및 사회질서를 저해하는 다음 각목의 정보
- 다. 특정 종교, 종파 또는 종교의식을 비방, 왜곡하거나 조롱하는 내용
- 마. 학교교육 등 교육을 왜곡하여 현저히 교육기풍을 해하는 내용
- 카. 그 밖에 사회적 혼란을 현저히 야기할 우려가 있는 내용
- 5. 반인륜적 패륜적 행위 등 선량한 풍속 그 밖의 사회질서를 현저히 저해하는 정보

표현물에 대한 행정심의의 문제

- 사법기관이 아닌 행정기관이 정보의 '불법성'을 심의
 - '음란' 등과 같이 기준의 추상성으로 인하여 고도의 법적 판단이 요구되는 분야에서 행정기관의 자의적 해석이 개입되어 규제되지 않아야 할 표현까지 과도하게 규제될 위험
- 특히 만화와 같은 문화 콘텐츠 심의의 경우에는 예술적 가치 등을 고려하여 심도 있는 형량을 하여야 하는데, 창작자나 해당 분야의 전문가의 의견 청취 등의 절차 없이 온라인 유통을 전면적으로 금지하는 결정을 내릴 수 있다는 것은 심각한 문제

결론 및 제언

- '불법 음란물' 판단은 표현의 자유 제한 법리를 고려한 판례상 기준에 따라 엄격하게 이루어져야 함. 특히 외적 가치의 존부 심사를 엄격히 하여야 하며, 강간이나 아동 포르노 등 불법적 성행위를 조장하는 내용이 아닌 이상 함부로 불법 음란물로 규제되어서는 안 됨.
- 방심위는 '명백한 불법정보'만을 심의하여야 하고, 정보의 불법성 판단에 있어 책임감을 가지고 엄격하고 신중하게 심의를 진행하여야 함. 음란물 판단에 있어서는 판례상 기준에 따라야 하며 만연히 성기노출이나 성행위 묘사 여부만을 기준으로 삼아서는 안 됨.
- 만화 등 문화콘텐츠는 예술적 가치를 기본적으로 지니는 표현물로서, 이에 대한 심의는 창작자, 관련 분야 전문가로 구성되어 이에 대한 심도있는 의견 수렴 및 토론 절차가 가능한 심의체로 일원화될 필요. 혹은 온라인 콘텐츠에 대해서 방심위와 관련 기관의 자율 규제 협약 등을 통한 조정이 활성화되어야 함.