

오픈넷 포럼(2015. 4. 30.)

## 만화, 불법음란물 규제앞에 서다

- 방심위의 레진코믹스 성인만화 심의를 중심으로 -

박 미 숙(한국형사정책연구원 선임연구위원)

### 1. 토론을 시작하며

주최측에서 만화의 경우 예술성, 창작성에 비추어 음란을 어떻게 판단하여야 하나 하는 문제와 외국 판례, 법리에 비추어서는 음란물이 어떻게 판단되고 있는지를 말씀해주시면 된다고 하셨습니다.

제가 음란물판단을 둘러싼 외국의 논의를 살펴보고자 영미법과 대륙법계를 나누어 살펴보았던 게 2001년이니까 벌써 15년이 흘렀습니다. 당시 인터넷의 발달로 누구나가 인터넷에 접근하여 소위 포르노를 은근슬쩍 볼 수 있었고, 특히 영화 거짓말이 나오면서 음란물 판단과 관련하여 사회적 이슈가 들끓었으며, 청소년성보호가 사회이슈로 제기되면서 각계의 의견이 반영되어 청소년성보호법이 제정 시행되고 있는 상황에서 음란물 문제는 상당히 심각한 양상을 띠고 있었습니다.

저는 당시 독일과 일본의 법제를 살펴보면서 음란물규제의 토대 내지 방향이 어떠해야 하는지를 조금은 깊게 생각해볼 기회가 있었습니다.

이 토론을 위해 당시 제가 고민했던 부분은 무엇이든가 라는 생각에 글들을 살펴보면서 음란물규제 정책이 그때나 지금이나 달라진 게 없는 것은 아닌가 하는 생각이 들었습니다. 아동 및 청소년 보호를 소년에 대한 국친사법을 전면 에 내세우면서 다방면의 차단장치를 마련해보고자 했던 일부 여론과 이에 힘입어 법제도화로까지 이어지는 과정을 보면서 청소년성보호라는 명분을 어떻게 제도화하면서 실리를 얻을 것인가 하는 매우 어려운 정책영역이라는 점을 실감하게 되었습니다.

먼저 발제를 해주신 변호사님께 감사드리며, 기본적으로 발제문의 내용에 공감합니다. 같이 고민을 해볼 수 있는 기회를 주셔서 뜻깊은 자리인 것 같습니다.

## 2. 음란물 판단기준 마련을 위한 토대

### 가. 음란물 규제의 보호법익 : 성풍속 보호?

현행 형법상 음란물 규제는 건전한 성풍속을 보호법익으로 하고 있으나, 이는 음란물이 건전한 성풍속을 해친다거나 성범죄의 유발 등 사회유해성이라는 학문적 연구나 과학적 검증을 토대로 하고 있는 것은 아니다. 설사 어느 의미에서 그 유해성을 인정한다고 하더라도 이는 가설에 지나지 않거나 간접적인 효과에 불과하다고 해야 한다. 따라서 성표현물인 음란물이라는 것을 이유로 하여 헌법상 표현의 자유를 제한할 경우에는 기본권제한의 기준이 명백히 제시되어야 한다.

그리고 음란물의 규제근거로서 선량한 성풍속이나 성도덕은 추상적이면서, 애매모호한 것은 사실이다. 사회일반의 도덕율은 더 이상 형법에 의한 보호대상이 아니라고 해야 한다. 그리고 형법이 행위규범인 이상 행위규범으로서의 기능을 실효화하기 위해서는 각 구성요건의 구체적인 내용을 알 수 있을 정도로 객관적으로 상세하게 규정되어야 한다. 성관련형법영역에서의 형벌권행사여부는 그 사회의 자유도를 측정하는 바로미터로서의 기능을 갖는다는 점을 염두에 두어야 할 것이다.

### 나. 음란물에 대한 이중인식과 음란물 판단의 어려움

음란물에 대한 금지라는 법규범이 존재하기는 하지만 실제 음란물은 만연해있고, 때로는 일반국민들은 이를 적절히 수용하면서도 때로는 유해하다는 인식을 갖는 등 음란물에 대한 관점이 다양하게 혼재한다.

현행법이 음란물의 제조·반포 등의 행위를 금지하고 개별법률에서 청소년에의 접근금지가 규정되어 있음에도 불구하고 일반국민들은 손쉽게 이들 성표현물에 접근 이용할 수 있다. 한편으로는 소위 음란물 판단문제가 제기될 때마다 쟁정화하면서 감정적으로 접근하고 있기도 하다.

음란물 규제를 주장하는 입장은 음란물이 여러 다양한 사회유해적 영향 내지 위험성을 가져다준다는 가설 내지 인식에 바탕하고 있다. 예컨대 성범죄 내지 공격성·여성적대감정·성풍속에 대한 침해·혼음·섹스파트너에 대한 비하 내지 경시 등의 원인이 된다는 것이다.

그러나 기본적으로 음란물의 사회적 유해성에 대한 확증은 없다. 다만 아동포르노그래피 등의 경우에 대상 아동의 인권이나 성적 발전에 중대한 장애를 초래할 수 있다는 점만 확인될 수 있을 뿐이다. 음란물의 처벌근거를 반사회적 행동과의 관련성이 아니라 막연한 위구감에서 찾는 것은 음란물규제의 실질적 근거 자체에 대한 정당성이 되지 못한다는 점에서 타당하지 않다.

#### 다. 음란개념의 불확정

음란성 판단기준과 관련하여 독일의 경우에도 제4차 형법개정후 포르노그래피 개념에 의하여 음란성 개념이 상세화·구체화됨으로써 기존에 음란성 개념이 갖고 있던 불명확성 문제가 해결될 것이라는 기대가 있었지만, 이것이 거의 충족되지 못하였다는 점에서 비판이 제기되고 있다는 점을 주목할 필요가 있다. 이는 포르노그래피 개념 자체가 형법에 명확히 규정되어 있지 않으며, 음란성 개념과 마찬가지로 그 의미 혹은 기준이 구체화되어야 한다는 것을 의미한다. 다른 한편으로는 포르노그래피 개념에 대한 다양한 견해 가운데 이들 어느 견해에 의하더라도 개별적인 사안을 판단하는데 있어서 가치충족이 가능한 충분하고도 확실한 기준을 마련하는 것은 매우 어렵다는 것을 알 수 있다. 결국 형법상 음란성 여부를 판단하는데 있어서 헌법상의 기본원칙이 중요한 의미를 가질 수밖에 없다. 이는 포르노그래피 판단에 있어서 헌법의 명확성의 원칙에 따라서 소위 '의심스러운 경우에는 피고인의 이익으로(in dubio pro reo)'라는 기준에 따르지 않으면 안 된다는 것을 의미한다, 즉 음란 개념과 판단기준의 불명확성은 행위자에게 불리하게 고려되어서는 안 된다.

#### 라. 음란물 판단기준

첫째, 음란성 여부는 일부 표현만을 문제삼을 것이 아니라 그 표현물 전체로서 판단해야 한다.

둘째, 음란성 여부는 그 전체적인 주제가 호색적인 관심에 호소하는가 하는 점을 고려하여 판단하여야 한다. 전체적으로 그 표현물이 중대한 문학적, 예술적, 정치적 또는 과학적 가치를 지니고 있는 것으로 결론이 내려진 경우에는 음란하지 않다.

셋째, 문제되는 성표현 내지 묘사가 법률이 구체적으로 규정한 성행위를 명백

히 노골적인(patently offensive)방법으로 묘사하고 서술하고 있는가 하는 점이다.

### 3. 성인과 청소년에 대한 차별화된 접근

독일의 경우 이미 형법개정을 통하여 음란물 규제에 있어서 성인과 청소년에 대한 차별화된 접근방식을 채택하고 있다. 일본에 있어서도 특별입법 등에 의하여 외설물규제의 초점은 성인에게 가해지는 규제로부터 청소년보호를 중심으로 한 규제로 변화하고 있음을 볼 수 있다. 따라서 음란물 규제에 대한 기본적인 정책방향에 있어서 아동과 청소년의 접근차단을 위한 대책이 중요한 의미를 갖는다.

이처럼 아동·청소년과 성인에 대한 차별적 접근과 아동 및 청소년보호이념에 따른 광범위한 유해물 규제는 기본적으로 음란성 판단문제에서와 마찬가지로 개념의 명확성, 판단의 자의성 등의 헌법상 문제가 없는 것은 아니다. 뿐만 아니라 성인과 청소년에 대한 차별적 접근과 청소년보호이념에 의하여 오히려 성인에 대한 규제강화 내지 표현의 자유침해로 이어질 수 있다는 위구감도 적지 않으며, 이러한 문제의식이 음란물규제에 있어서도 고려되어야 한다.

### 4. '만화' 표현물에 대한 음란성 판단기준

독일의 경우 매체별로 개별적인 법률로 규제하는 것이 아니라 기본법을 통해 전반적으로 규제해나가는 시스템을 갖고 있다. 즉 만화라고 하여 예외가 아니다. 만화도 음란물 판단기준이 그대로 적용되며(독일 형법 제184조의 b), 만화라고 하여 개별적으로 별도로 규율되고 있지 않다. 그리고 만화의 경우에도 실제 아동의 성행위를 실제로 묘사하는 경우뿐만 아니라 아동이 성행위를 한 것처럼 묘사하는 행위도 아동포르노에 포함된다. 독일 형법 제184조의 입법취지는 아동에 대한 성적 학대 내지 남용을 간접적으로 조장하는 것은 처벌되며, 이를 모방하는 것을 역지하는데 있기 때문이다. 독일 헌법재판소는 객관적인 관찰자가 보기에 아동이 성행위에 참여한 것으로 묘사되었다면 이는 명백히 아동포르노 소지·반포죄에 해당하는 것으로 판시하고 있다. 따라서 실제로는 성인이 성행위에 참여하였다 하여도 아동이 성행위에 참여한 것으로 묘사하였다면 아동포르노 규제의 대상이 된다. 이는 컴퓨터나 사진기술의 발달로 성인

의 성행위를 아동성행위로 조작할 수 있도록 발전한 것에 대응하기 위한 것이다.

만화도 일부 특정 표현만을 문제삼을 것이 아니라, 표현물 전체의 맥락에서 예술성이나 작품성 등을 판단하여야 하며, 특히 아동과 성인 대상표현물에 있어서 차별적 접근을 인정하여야 할 것이다.