

‘아동·청소년이용음란물’에 관한 대법원의 해석론 비판

- 위험한 상상을 가증처벌할 수 있을까? -

양홍석 변호사
법무법인 이공

1. 아동·청소년이용음란물 정의규정상 문제점

현행 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(이하 ‘아청법’) 제2조 제5호는 ‘아동·청소년이용음란물’을 “아동·청소년 또는 아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여 제4호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나 그 밖의 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 것으로서 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터나 그 밖의 통신매체를 통한 화상·영상 등의 형태로 된 것을 말한다”고 정의하고 있습니다.

이 정의규정의 해석과 관련해서는 아래와 같은 문제점을 지적할 수 있습니다.

① “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물” 중 ‘표현물’이라는 용어의 생소함

법률용어로서 “표현물”은 표현의 내용이 아니라 책, 영화, 연극, 음반 등 표현의 결과물을 일컫는 것이 일반적입니다. 그러나 아청법 제2조 제5호에서 “표현물”은 일반적인 “표현물”과 다른 용법으로 사용되고 있고, 이런 용례는 우리 법률 중에서는 아청법이 유일합니다.

이와 같이 “표현물”의 일반적인 용례에서 벗어나서 새로운 의미를 부여하였으나 국회의 입법과정에서 새로운 의미를 부여한 “표현물” 개념에 대한 논의가 없었고 미루어 짐작컨대 만화, 애니메이션 등의 등장인물 즉 캐릭터를 의미하는 것이 아닌가 하는 추측만 할 따름입니다. 수범자인 일반 국민 입장에서는 “표현물”이 무엇을 의미하는지 이해할 수 없고, 더구나 만화 등 가상물을 보는 수용자의 입장에서는 가상의 캐릭터가 작품 내에서 어리게 설정되었다 하더라도 만화 캐릭터를 아동·청소년이 아닌 만화속에만 존재하는 캐릭터일 뿐이라고 인식하는데 이런 경우까지 아동·청소년으로 인식될 수 있는 경우로 볼 수 있는지 알 수 없습니다.

이하에서 ‘표현물’은 만화, 애니메이션 등에 등장하는 캐릭터로 이해하고 서술하도

록 하겠습니다.

② 표현물(캐릭터)가 ‘아동·청소년’으로 인식될 수 있다는 전제에 대한 의문

현행 아청법 제2조 제5호는 표현물이 ‘아동·청소년’으로 인식될 수 있다는 대전제에서 가상아동포르노를 아동·청소년이용음란물에 포함시키는 규정이지만, 문제는 (가상아동포르노의 제작·유통·소지에 대한 처벌 여부는 별론으로 하고) 우리 아청법상 표현물이 ‘아동·청소년’으로 인식될 수 있다는 전제 자체가 성립할 수 있는지 의문입니다.

우선 현행 아청법상 아동·청소년이용음란물을 “아동·청소년 또는 아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여 제4호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나 그 밖의 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 것으로서 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터나 그 밖의 통신매체를 통한 화상·영상 등의 형태로 된 것”으로 정의하고 있습니다.

이 규정에서 ‘아동·청소년’은 19세 미만의 자(19세에 도달하는 해의 1월 1일을 맞이한 자 제외)로 자연인을 전제로 구성된 개념입니다. 사실 아청법 자체가 자연인인 아동·청소년의 보호를 위한 특별법으로, ①아청법이 아동·청소년을 성범죄로부터 보호하고 아동·청소년이 건강한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 함을 목적으로 하고 있는 점, ②아동·청소년을 대상으로 한 각종 범죄(강간, 강제추행, 아동·청소년 매매행위, 아동·청소년의 성을 사는 행위, 강요행위, 알선영업행위 등)에 대한 특별규정 역시 피해를 입게 되는 아동·청소년이 실존하는 경우를 전제하고 있는 점, ③친권상실, 수사절차에서의 배려, 영상물 촬영·보존, 증거보전의 특례, 신뢰관계인 동석, 변호인선임특례, 비밀누설금지, 피해아동·청소년 보호조치, 보호시설 및 상담시설 등 아청법의 각종 제도는 모두 실존하는 아동·청소년을 전제로 설계된 점을 종합적으로 고려하면 아청법상 ‘아동·청소년’은 실존하는(또는 실존했던) 자연인인 아동·청소년만을 의미하는 것입니다.

그렇다면 아청법 제2조 제5호 중 ‘아동·청소년으로 인식될 수 있는’ 부분에서 ‘아동·청소년’ 역시 실존하는(또는 실존했던) 자연인인 아동·청소년을 의미하는 것으로 보는 것이 아청법의 체계적 해석에 부합합니다.

문제는 ‘아동·청소년으로 인식될 수 있는’과 ‘표현물’이 결합하면서 실제 존재하지 않는 가상의 표현물¹⁾ 즉, 캐릭터가 자연인인 아동·청소년으로 인식될 수 있다는 전제

1) 여기서 ‘표현물’의 의미가 무엇인지에 대해서는 국회의 입법과정을 보면 만화(停止畫), 애니메이션(動畫) 등에 등장하는 주인공 즉, 캐릭터로 볼 수 있습니다.

가 성립할 수 있는 것이나입니다.

캐릭터는 실재 캐릭터(real character)와 창작 캐릭터(invented character), 시각적 캐릭터(visual or graphic character)와 어문적 캐릭터(literary or word character), 픽셔널 캐릭터(fictional character)²⁾와 팬시플 캐릭터(fanciful character)³⁾ 등으로 분류할 수 있는데, 아청법상 ‘아동·청소년이용음란물’은 ‘필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터나 그 밖의 통신매체를 통한 화상·영상 등의 형태로 된 것’을 의미하므로 어문적 캐릭터, 픽셔널 캐릭터는 표현물인지 여부가 문제되지 않고, 시각적 캐릭터, 팬시플 캐릭터가 아청법상 ‘표현물’에 해당하는지 여부가 문제됩니다.

이와 관련하여 실재 캐릭터를 시각적으로 구현해 낸다면 이는 실존하는 자연인인 아동·청소년을 모델로 한 것이라는 점에서 그 캐릭터가 자연인인 아동·청소년으로 인식될 수 있는 여지가 있습니다⁴⁾. 그러나 순수한 창작 캐릭터의 경우 작가의 상상력이 만들어낸 결과라는 점에서 실존하는 자연인인 아동·청소년으로 인식될 여지가 없는 것입니다.

정리하자면, 현행 아청법상 ‘아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물’에서 ‘아동·청소년’은 실존하는(또는 실존했던) 자연인인 아동·청소년을 의미하므로 표현물(캐릭터)이 실존 아동·청소년으로 인식될 수 있다는 전제는 극사실적인 표현기법으로 실존하는 아동·청소년을 캐릭터화한 경우에만 성립할 수 있고, 만화, 애니메이션에서 등장하는 일반적인 창작 캐릭터에 대해서는 유효하지 않은 접근방식입니다. 즉, 창작의 결과물인 표현물은 자연인인 아동·청소년으로 인식되는 것 자체가 불가능합니다.

만약 법문상 ‘아동·청소년 캐릭터의 성행위 등을 묘사한 경우’라거나 ‘성행위 등을 하는 아동·청소년의 이미지’라는 등의 문구를 추가했다면 이런 논란이 없었을 것입니다. 이와 관련하여 실제 영국의 Coroners and Justice Act of 2009은 아동포르노규제(Protection of Children Act 1978)와는 별도로 성기의 삽입 또는 자위행위를 직접 보여주는 아동의 이미지를 최고 징역 3년까지 처벌하도록 규정하였는데, 이는 일반적인 음란물규제의 틀 내에서 음란물의 내용에 따른 가중처벌규정을 둔 것입니다(우리법과 비교해 보면 아청법이 아닌 정보통신망을 통한 음란물 유포 내지 음화반포 등 음란물규제로서 아동·청소년의 성행위 등을 내용으로 한 영상 등에 대한 가중처벌

2) 소설·각본 등에 등장하는 주인공을 픽셔널 캐릭터라고 합니다.

3) 신문, 잡지, 책 등의 매체를 이용하는 만화(정지화)나 TV·극장 등에서 상영되는 만화영화(동화·애니메이션) 등에 등장하는 인물·동물 등을 팬시플 캐릭터라고 합니다.

4) 이와 관련하여 성인의 몸에 실존아동의 얼굴을 합성하는 등 형태변형(morphing) 기술로 만들어진 pseudo-child pornography는 실존하는 아동·청소년으로 인식될 수 있고, 이런 경우 아청법을 적용하는 것은 타당해 보입니다. 물론 이 pseudo-child pornography는 ‘아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람’에 해당한다고 보는 것이 타당하고, 만화 등 창작물에서 pseudo-child pornography가 존재할 수 있는지는 회의적입니다.

을 하는 방식입니다).

③ 표현물(캐릭터)에게 자연인으로 전제로 한 ‘연령’개념을 인정할 수 있는지

아청법상 ‘아동·청소년’은 연령 개념에 기초한 것으로 연령은 실존하는 자연인(사람)을 전제로 유의미하고, 상상의 결과물인 ‘표현물’을 ‘아동·청소년’으로 인식하기 위한 연령 개념이 있을 수 있는지 의문입니다.

사람의 나이는 시간이 흐름에 따라 많아지는 것으로 실존하는 이상 사람의 나이를 마음대로 설정하는 것이 불가능한 반면, 만화, 애니메이션은 작품 내에서는 서사적 구조를 가지는 경우라 하더라도 현실세계에서는 그 작품이 완성된 후 아무리 시간이 흐르더라도 작품 내 캐릭터의 나이가 많아지지 않기 때문에 작품 완성 후 10년, 100년 후에 그 작품을 보더라도 캐릭터의 나이는 최초 설정된 그대로 유지됩니다. 이런 점에서 가상물의 캐릭터는 본질적으로 시간의 흐름에서 벗어난 존재로, 작품 내 연령은 하나의 설정에 불과합니다.

또, 작가의 의도에 따라 동일한 캐릭터라 하더라도 19세 미만일 수도 있고, 19세 이상일 수도 있습니다. 예를 들어 작가가 만화 주인공(캐릭터)을 완성한 후 18살이라고 설정하면 작품내에서의 캐릭터는 18살이 되고, 20살이라고 설정하면 20살이 되는 것입니다.

이런 점을 고려하면 캐릭터의 나이는 작가의 설정일 뿐 아청법의 적용 여부를 가늠하는 잣대가 될 수 없습니다.

더구나 만화 속 등장인물은 실존하는 사람이 아닌 만화라는 틀 안에서 가공(加功)된 것으로, 의인화된 동물을 비롯해서 반인반수, 괴물, 신 등 초자연적인 존재인 경우도 많습니다. 즉, 만화 속 등장인물에 사람을 기준으로 한 연령 개념⁵⁾을 그대로 적용할 수 없는 경우가 많습니다. 그래서 사람을 기준으로 보면 어려워더라도 19세 이상인 외계인이나 괴물, 신이 등장할 수 있으므로 이런 경우 과연 설정된 캐릭터의 나이를

5) 사람의 신체적·정신적 발달 추이에 따라 19세 미만(외국의 경우 18세 미만)을 아동·청소년으로 분류하고 특별히 보호하고 있으나, 만화나 애니메이션 속 캐릭터는 사람의 신체적·정신적 발달과정이나 속도와 달리 빨리 성장하거나 느리게 성장하도록 설정된 경우도 있을 수 있으므로 이런 경우 태어난 후 19년이 흘렀는지 여부가 중요한 기준이 될 수 없습니다. 예를 들어 신체적·정신적 발달속도가 빨라 태어난 후 10년이 지나면 성인이 되는 외계종족이 있다면 이 외계인이 12살이라고 설정되었고 이 12살인 외계인이 성행위 등을 하더라도 이를 아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물의 성행위 등으로 평가할 수 있는지 의문이고 반대로 신체적·정신적 발달속도가 느려서 30년이 지나야 성인이 되는 외계종족을 설정한다면 20살이 된 후 성행위 등을 하는 외계인의 모습을 아동·청소년으로 볼 수 있는 것인지도 의문이 아닐 수 없습니다.

기준으로 아동·청소년으로 인식될 수 있다고 볼 수 있는지 의문입니다. 물론 이 경우에도 설정된 나이가 아니라 묘사된 신체발달정도, 복식, 행동 등을 종합해 아동·청소년으로 보인다고 평가할 수도 있으나 이 모든 묘사가 작가의 설정에 따른 것일 뿐이고 실제 아동·청소년의 보호와는 아무런 관련이 없다는 점에서 보면 이런 평가는 작위적이라는 느낌을 지울 수 없습니다.

④ “아동·청소년으로 인식될 수 있는” 부분의 논리적 모순

- 아동·청소년이 아닌 것을 알면서 아동·청소년이라고 인식하는 경우는 존재하나?

아청법 제2조 제5호의 구조는 ‘아동·청소년’이 성행위 등을 하는 경우, ‘아동·청소년으로 인식될 수 있는’ “사람”이 성행위 등을 하는 경우, ‘아동·청소년으로 인식될 수 있는’ “표현물”이 성행위 등을 하는 경우를 모두 아동·청소년이용음란물로 포섭하는 형태를 띠고 있습니다. 이는 ‘아동·청소년’이 아니면서도 ‘아동·청소년으로 인식될 수 있는’ 사람이나 표현물이 존재한다는 전제에서 출발합니다.

그러나 형식적으로야 이런 전제가 가능해 보이지만, 실제 인식론적 관점에서 보면 이런 전제는 논리적으로 성립할 수 없습니다. 예를 들어 A가 등장해서 성행위 등을 하는 경우 그 필름 등을 본 수용자가 A를 아동·청소년이 아니라고 생각한 경우 A를 ‘아동·청소년이라고 인식될 수 있는 경우’는 존재할 수 없습니다. 즉, 수용자가 A를 아동·청소년이 아니라고 생각한 이상 논리적으로 A를 아동·청소년으로 인식하는 것은 불가능하기 때문입니다.

물론 수용자가 A를 아동·청소년이 아니라고 생각하였다고 하더라도 일반인의 기준에서 (사실은 아동·청소년이 아닌) A를 아동·청소년으로 볼 수 있다고 한다면 아청법을 적용하기 위해 ‘아동·청소년으로 인식될 수 있는’ 이라는 법문이 의미있다고 볼 수도 있으나, 행위자의 입장에서는 고의가 없기 때문에 ‘아동·청소년으로 인식될 수 있는’ 부분은 형벌규정의 구성요건으로서 기능하기 어려워 보입니다.

따라서 ‘아청·청소년으로 인식될 수 있는’ 경우는 수용자의 입장에서는 보면 존재할 수 없는 개념입니다.

⑤ ‘아동·청소년’으로 인식할 수 있는지는 본질적으로 주관적 경험에 따른 판단

어떤 형상을 사람이라고 인식하고, 그 사람의 나이를 인식하는 것은 다른 자료가 주어져 있지 않다면 외양을 보고 판단할 수밖에 없고 이런 점에서 소위 ‘육체적 발

달’ 정도에 따라 아동·청소년인지 여부를 판단할 수밖에 없는 경우도 존재합니다.

그러나 ‘육체적 발달’ 정도에 대한 판단은 인종, 유전, 복식, 헤어스타일, 화장 여부 등에 따라 부정확한 경우가 많고, 판단을 하는 수용자의 주관적 경험에 따라 좌우될 여지가 큼니다. 그래서 이런 주관적 경험에 기초한 주관적 판단에 따라 아동·청소년으로 인식될 수 있는지를 결정하는 것은 사실과 다른 판단으로 이어질 위험을 내포하고 있고, 형별 구성요건이 이러한 주관적 판단에 좌우될 수 있다는 것은 그 구성요건이 수범자에게는 적절한 행위규범으로 기능하기 어렵다는 것을 의미하는 것입니다.

더구나 만화, 애니메이션 등 창작물에서 설정된 나이를 제외한 캐릭터의 육체적 발달 정도에 따라 아동·청소년인지 여부를 판단하기 어려운데, 그 이유는 작가의 설정에 따라 캐릭터의 특정 신체부위가 과하게 강조되거나 생략되는 경우 있을 수 있고 이런 작가의 설정이 수용자의 객관적 판단을 어렵게 만들기 때문입니다.

⑥ 영화, 비디오, 동영상(실사물)과 애니메이션, 만화(가상물)의 차이

영화, 비디오, 동영상 등 실사물의 경우 그 영상 등에 출연하는 사람이 실제 존재한다는 점에서 출연자가 실제 존재하지 않는 애니메이션, 만화 등 가상물의 경우와 다릅니다.

실사물의 경우 출연자가 아동·청소년인 경우 그 촬영과정, 배포과정 등에서 아동·청소년의 성착취, 성학대 문제가 현실적으로 발생하지만, 가상물의 경우 캐릭터의 나이를 어리게 설정하였다더라도 캐릭터는 실존하지 않는 가상의 존재이므로 캐릭터의 성착취, 성학대 문제가 발생하지 않습니다.

아청법상 ‘아동·청소년’은 실존 아동·청소년을 보호하기 위한 특별법이라는 점을 고려하면, 실존 아동·청소년의 성착취, 성학대 문제와 무관한 가상물에 등장하는 캐릭터의 설정된 나이가 19세 미만이고 그 캐릭터가 성행위 등을 하더라도 이것이 ‘아동·청소년’의 성착취, 성학대 문제로 이어질 것이라고 보기 어렵습니다.

⑦ 음란하지 않은 (아동·청소년이용)음란물 개념으로 인한 혼선

- “신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위”, “그 밖의 성적 행위” 부분에 관하여

아청법은 2005. 12. 29. 법률 제7801호로 개정되기 전에는 “청소년이용음란물”을 “청소년이 등장하여 제2호 각목의 1에 해당하는 행위(성교행위, 유사성교행위)를 하거

나, 청소년의 수치심을 야기 시키는 신체의 전부 또는 일부 등을 노골적으로 노출하여 음란한 내용을 표현한 것으로서, 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터 기타 통신매체를 통한 영상 등의 형태로 된 것”로 규정하였습니다.

그런데 2005. 12. 29. 개정시 “청소년이용음란물”을 “청소년이 등장하여 제4호의 어느 하나에 해당하는 행위(성교행위, 유사성교행위, 신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위, 자위 행위)를 하거나, 그 밖의 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 것”이라고 변경하면서 “청소년의 수치심을 야기시키는 신체의 전부 또는 일부 등을 노골적으로 노출하여 음란한 내용을 표현한 것”을 “신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위”로 변경하고 “그 밖의 성적 행위”를 추가함으로써 음란하지 않은 성표현행위도 청소년이용음란물로 포섭하게 됩니다. 이후 현행 아동·청소년보호법에서는 ‘아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물’이 등장하여 성행위를 하는 경우까지 아동·청소년이용음란물의 범주에 포섭될 수 있도록 하였습니다.

2005. 12. 29. 개정으로 음란하지 않은 신체노출, 성적 행위도 아동·청소년이용음란물로 규제하게 된 것은 다른 나라들도 아동포르노를 음란물에 한정하지 않고 음란물 규제와 아동포르노규제를 본질적으로 다른 규제틀로 구분하여 운영하고 있다는 점에서 이런 개정방향은 의미있는 진전이라 할 수 있습니다.

그러나 개정된 규정을 보면, “신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위”나 “성적 행위”가 무엇을 의미하는지 쉽게 알 수 없다는 점에서 개정의 방향은 옳지만 개정된 규정이 규제범위의 모호성을 증대시킨 것은 아닌지, 이런 모호성이 규제의 위헌성으로 연결되는 것은 아닌지에 관한 진지한 검토가 필요한 상황입니다.

구체적으로 보면, “신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위”(아청법 제2조 제4호 다목)가 무엇을 의미하는지 쉽게 가늠하기 어렵습니다. 이는 성적 수치심뿐 아니라 혐오감을 일으키는 행위까지 “수치심”, “혐오감”이 수용자의 주관적 가치판단에 따라 달라질 수 있어 수범자로서는 어떤 경우가 수치심, 혐오감을 주는 것인지 알 수 없습니다.

또, “(그 밖의) 성적 행위” 역시 좁은 의미로는 성교행위 따위로 이해할 수도 있지만 아청법 제2조 제4호의 각 호에서 이미 성과 관련된 행위 유형을 따로 규정하고 있으므로 아청법 제2조 제5호의 “그 밖의 성적 행위”의 범위는 아청법 제2조 제4호와의 체계적 해석을 통해 확정할 수밖에 없는데, 아청법 제2조 제4호 각호의 행위(성교행위, 유사성교행위, 신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적

수치심이나 혐오감을 일으키는 행위, 자위행위)를 제외한 성적 행위는 해석에 따라 그 범위가 지나치게 확장될 우려가 다분합니다. 예컨대 어떤 이에게는 걸그룹의 섹시댄스도 성적 행위라고 받아들일 수 있고, 포옹, 키스, 뽀뽀 등의 스킨쉽도 성적 행위로 볼 수 있다는 점에서 아청법 제2조 제5호를 통해 규제하고자 하는 범위가 어디까지인지 특정할 수 없도록 하고 이런 광범성은 법관의 해석을 통해 구체화될 수 있는 정도를 넘어서고 수범자에게는 행위규범으로서 기능하기에 턱없이 부족하다 할 것입니다.

이와 같은 혼선은 아동·청소년이용음란물의 범위를 확장하면서 음란성 표지를 포기한데서 비롯된 것으로 보이고, 음란성 표지를 포기하였음에도 여전히 ‘아동·청소년이용음란물’이라는 용어를 유지함으로써 수범자가 음란하지 않은 아동·청소년이용음란물이 무엇인지 가늠할 수 없는 상황에 이르게 된 것입니다.

2. 연출아동음란물(소위 ‘성인교복물’)에 관한 대법원 해석론

성인여배우가 세일러복 등을 입고 극중에서 학생 역할을 하면서 성적 행위를 하는 음란물이 일반적인 음란물보다 가중처벌되는 아동·청소년이용음란물에 해당하는지가 쟁점이 된 사안에서 대법원은 아래와 같이 판시한 바 있습니다.

“구 아청법 제2조 제5호의 ‘아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이 등장하는 아동·청소년이용음란물’이라고 하기 위해서는 그 주된 내용이 아동·청소년의 성교행위 등을 표현하는 것이어야 할 뿐만 아니라, 그 등장인물의 외모나 신체발육 상태, 영상물의 출처나 제작 경위, 등장인물의 신원 등에 대하여 주어진 여러 정보 등을 종합적으로 고려하여 사회 평균인의 시각에서 객관적으로 관찰할 때 외관상 의심의 여지없이 명백하게 아동·청소년으로 인식되는 경우라야 하고, 등장인물이 다소 어려 보인다는 사정만으로 쉽사리 ‘아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이 등장하는 아동·청소년이용음란물’이라고 단정해서는 아니 된다.”(대법원 2014. 9. 25. 선고 2014도5750 판결)

위 사안은 피고인이 2012. 10. 16.부터 2013. 4. 9.까지 불특정 다수의 고객으로 하여금 공소외인 등이 관리하는 ‘DNG 음란물 서버’에 접속할 수 있게 하는 방법으로 ‘원조교제 로리 여학생’ 등이라는 제목의 아동·청소년이용음란물인 이 사건 각 동영상을 공연히 전시 또는 상영한 성인전화방사건 업주를 아청법상 가중처벌할 수 있는지 문제된 것이었는데, 대법원은 위와 같은 일반론을 설시한 다음 “이 사건 각 동영상의 제목이 등장인물이 아동·청소년인 것과 같은 인상을 주고, 일부 장면에 교복 등 통상 아동·청소년이 착용하는 의복을 입고 등장하는 사실 등은 인정되나, 이 사건 각 동영상의 제목과 특정 장면을 캡처한 10장 미만씩의 사진만으로는 이 사건 각 동영상에 등장하는 인물이 아동·또는 청소년으로 명백히 인식될 수 있는 사람이라는 점에 대한

증명이 부족”하다고 판시하였습니다.

위 사건 이후로 대법원은 동일한 기준으로 실사영상물이 아동·청소년이용음란물 여부를 판단해왔습니다.

3. 만화·애니메이션 등 가상표현물에 관한 대법원 해석론

그런데 대법원은 가상표현물이 아동·청소년이용음란물인지를 판단함에 있어서는 실사영상물과 다른 판단기준을 제시한 판결을 하였습니다.

“아동·청소년이용음란물 규정에서 말하는 ‘표현물’은 실제 사람과 달리 창작자가 만들어낸 것으로 표현물 고유의 나이는 존재하지 않고 다만 창작자가 그 나이를 설정한 것에 지나지 않는다. 표현물이 아동·청소년을 나타내고 있는지는 창작자가 그 표현물에 설정한 특징들을 통해 드러난다.

… 구 청소년성보호법의 입법 목적과 개정 연혁, 표현물의 특징 등에 비추어 보면, 구 청소년성보호법 제2조 제5호에서 말하는 ‘아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물’이란 사회 평균인의 시각에서 객관적으로 보아 명백하게 청소년으로 인식될 수 있는 표현물을 의미하고, 개별적인 사안에서 표현물이 나타내고 있는 인물의 외모와 신체 발육에 대한 묘사, 음성 또는 말투, 복장, 상황 설정, 영상물의 배경이나 줄거리 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 신중하게 판단하여야 한다.

만화 동영상에 등장하는 표현물의 외관이 19세 미만으로 보이고, 극중 설정에서도 아동·청소년에 해당하는 표현물이 등장하여 성교 행위를 하는 점 등의 여러 사정을 종합하면, 이 사건 만화 동영상은 구 청소년성보호법에서 정한 아동·청소년이용음란물에 해당한다”(대법원 2019. 5. 30. 선고 2015도863 판결)

가상표현물(캐릭터)가 ‘아동·청소년이용음란물’로 포섭되기 위해 대법원은 인물의 외모와 신체발육에 대한 묘사, 음성 또는 말투, 복장, 상황 설정, 영상물의 배경이나 줄거리 등을 고려해야 한다고 판시하고 있는데, 여기서 “인물의 외모와 신체발육에 대한 묘사”는 실사영상물에서도 동일하게 제시한 소위 ‘육체적 발달표지’를 그대로 차용한 것으로 이해할 수 있고, “음성 또는 말투”, “복장” 등도 ‘육체적 발달표지’에 기초한 외관(外觀)을 기초로 한 캐릭터가 아동·청소년인지 여부를 판단해야 한다는 것으로 이해할 수 있습니다.

문제는 “상황설정, 영상물의 배경이나 줄거리”를 고려하는 것인데, 이 부분은 앞서

실사영상물에서 교복을 입은 청소년의 성관계라는 설정을 했다고 하더라도 아동·청소년이용음란물로 보지 않았던 것과 다른 것입니다. 즉, 만화나 애니메이션 등에서 청소년이 성관계를 하는 상황설정이나 학교/학원 등을 배경으로 하는 등 캐릭터가 19세 미만에 해당한다고 인식할 있는 상황을 고려해야 한다는 것입니다. 예를 들어 실사영상물에서는 여고생이 성관계를 하는 설정이라고 하더라도 성인여배우가 여고생의 성관계를 연출한 경우인 경우에는 아동·청소년이용음란물로 보지 않는다는 입장과 달리 가상표현영역에서는 스토리를 고려해야 한다는 것입니다.

캐릭터, 스토리가 창작(상상)의 결과물이므로 미성년의 성행위를 상상하는 것 자체가 가중처벌의 대상이 된다는 것인데, 실사영상물에서는 미성년의 성행위를 상상해서 ‘연출’한 경우에는 아동·청소년이용음란물로 보지 않으면서 가상표현영역에서는 달리 판단할 이유가 있을지 의문이고, 가상표현영역에서는 미성년의 성행위를 상상해서는 안될 만한 위험성이 더 있다고 볼 수 없어 과연 적절한 판단기준인지도 의문입니다.

무엇보다 문제는 앞서 지적한 바와 같이 ‘캐릭터’는 상상의 결과이고 현실에 존재하지 않는 매체 내에서만 존재하는 가상의 존재인데도 실존하는 자연인을 전제로 설정된 ‘연령’개념을 캐릭터와 연결시키는 것으로 인해 가상표현영역에서 특정한 상상을 금지하는 결과를 초래하게 됩니다. 또, 여기에 ‘성적 표현’이라는 모호한 기준이라는 더해지면서 문학/예술 장르에서 흔히 등장했던 ‘청소년의 성’을 소재로 사용할 경우 처벌위협과 줄다리기를 할 수밖에 없는 위축효과를 가중시키게 됩니다.

실사영상을 통한 상상의 표현과 만화나 애니메이션 등 가상표현을 통한 상상의 시각화가 과연 달리 처리되어야 할 이유가 있을지 의문이고, 실사영상보다 가상표현이 더 위험하다고 볼만한 근거가 있을지도 의문입니다.