

헌 법 재 판 소

결 정

사 건	2013헌가17 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제2조 제5호 등 위헌제청 2013헌가24 구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제8조 제3항 등 위헌제청 2013헌바85 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제8조 제4호 등 위헌소원 (병합)
제 청 법 원	1. 서울북부지방법원(2013헌가17) 2. 수원지방법원 안산지원(2013헌가24)
제 청 신 청 인	1. (2013헌가17) 2. (2013헌가24)
청 구 인	(2013헌바85)
당 해 사 건	1. 서울북부지방법원 2012고단3105 아동·청소년의성보호에 관한법률위반(음란물제작·배포등)(2013헌가17) 2. 수원지방법원 안산지원 2012고정2192 아동·청소년의성보

호에 관한 법률 위반(음란물 제작·배포 등)(2013헌가24)

3. 수원지방법원 2012고정3220 아동·청소년의 성보호에 관한
법률 위반(음란물 제작·배포 등)(2013헌바85)

선 고 일 2015. 6. 25.

주 문

구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2011. 9. 15. 법률 제11047호로 개정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11572호로 전부개정되기 전의 것) 제8조 제2항 및 제4항 중 아동·청소년이 음란물 가운데 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여 그 밖의 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 것” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

이 유

1. 사건 개요

가. 2013헌가17 사건

당해 사건의 피고인인 제청신청인은 ‘2012. 6. 11.경부터 2012. 9. 11.까지 영리의 목적으로 성인컴퓨터전화방에서 불특정 손님을 상대로 10대 청소년으로 보이는 학교 교복을 입은 여성이 성인 남자들과 성행위를 하는 음란물들을 전시·상영하였다’는 공소사실로 기소되어 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 위반(음란물 제작·배포 등)으로 재판 받던 중(서울북부지방법원 2012고단3105), 구 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’(2011. 9. 15. 법률 제11047호로 개정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11572호로 전부개정되기 전의 것) 제2조 제5호 및 제8조 제2항에 대해 위헌법률심판제청을 신청하였

는데(서울북부지방법원 2013초기617), 법원이 이를 받아들여 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다.

나. 2013헌가24 사건

당해 사건의 피고인인 제청신청인은 ‘2012. 6. 30.경 인터넷 파일공유 사이트인 에이드라이브에 교복을 입은 여학생과 남학생 주인공들이 옷을 벗고 노골적인 성관계를 하는 내용의 음란 애니메이션 동영상 파일을 업로드하여 불특정 다수인으로 하여금 다운받아 볼 수 있도록 유포하였다’는 공소사실로 기소되어 아동·청소년의성보호에 관한법률위반(음란물제작·배포등)으로 재판 받던 중(수원지방법원 안산지원 2012고정2192), 구 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’ 제2조 제5호 및 제8조 제4항이 헌법에 위반된다며 위헌법률심판제청을 신청하였는데(수원지방법원 안산지원 2013초기509), 법원이 이를 받아들여 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다.

다. 2013헌바85 사건

청구인은 ‘2012. 8. 22.경 인터넷 웹하드 사이트인 토토디스크에 접속하여 “A uniform beautiful Girl Club”이라는 아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하는 음란물 동영상을 업로드하여 불특정 다수인으로 하여금 그 동영상을 시청하거나 다운로드 받을 수 있도록 하여 아동·청소년이용음란물을 공연히 전시하였다’는 공소사실로 기소되어 아동·청소년의성보호에 관한법률위반(음란물제작·배포등)으로 재판 받던 중(수원지방법원 2012고정3220), 구 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’ 제2조 제5호, 제8조 제3항, 제4항, 제5항 및 제33조에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였으나, 법원이 위 법 제2조 제5호 및 제8조 제4항에 대한 신청은 기각하고 나머지 조항들에 대한 신청은 각하하자(수원지방법원 2012초기2985), 2013. 3.

21. 위 법 제2조 제5호, 제8조 제4항의 위헌 여부에 관한 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 심판대상

제청법원 및 청구인이 심판대상으로 구하는 조항들은 구 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’ 제2조 제5호, 제8조 제2항 및 제4항인데, 제2조 제5호는 처벌조항인 제8조 제2항 및 제4항의 구성요건 중 “아동·청소년이용음란물”의 정의 조항에 해당하므로, 제8조 제2항 및 제4항을 심판대상으로 삼으면 족하다.

다만 이 사건에서는 아동·청소년이용음란물 중 실제 아동·청소년이 등장하는 경우가 아니라 ‘아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물’이 등장하여 그 밖의 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 것이 문제되므로 심판대상을 이 부분으로 한정하기로 한다.

따라서 이 사건 심판대상은 구 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’(2011. 9. 15. 법률 제11047호로 개정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11572호로 전부개정되기 전의 것, 이하 이를 ‘구 아동청소년성보호법’이라 하고, ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’을 ‘아동청소년성보호법’이라 한다) 제8조 제2항 및 제4항 중 아동·청소년이용음란물 가운데 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여 그 밖의 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 것”에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

심판대상조항 및 관련조항은 다음과 같다.

[심판대상조항]

구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2011. 9. 15. 법률 제11047호로 개정되고,

2012. 12. 18. 법률 제11572호로 전부개정되기 전의 것)

제8조(아동·청소년이용음란물의 제작·배포 등) ② 영리를 목적으로 아동·청소년이
이용음란물을 판매·대여·배포하거나 이를 목적으로 소지·운반하거나 공연히 전시 또
는 상영한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.

④ 아동·청소년이용음란물을 배포하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 3년 이하
의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

[주요 관련조항]

구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2011. 9. 15. 법률 제11047호로 개정되고,
2012. 12. 18. 법률 제11572호로 전부개정되기 전의 것)

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1.~3. 생략

4. “아동·청소년의 성을 사는 행위”는 아동·청소년, 아동·청소년의 성(性)을 사는
행위를 알선한 자 또는 아동·청소년을 실질적으로 보호·감독하는 자 등에게 금품이
나 그 밖의 재산상 이익, 직무·편의제공 등 대가를 제공하거나 약속하고 다음 각 목의
어느 하나에 해당하는 행위를 아동·청소년을 대상으로 하거나 아동·청소년으로 하여
금 하게 하는 것을 말한다.

가. 성교 행위

나. 구강·항문 등 신체의 일부나 도구를 이용한 유사 성교 행위

다. 신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나
혐오감을 일으키는 행위

라. 자위 행위

5. “아동·청소년이용음란물”은 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 것을 말한다.

아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2012. 12. 18. 법률 제11572호로 전부개정된 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

5. “아동·청소년이용음란물”은 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.

3. 제청법원의 위헌제청이유 및 청구인의 주장 요지

심판대상조항에서 “아동·청소년으로 인식될 수 있는”, “표현물”, “그 밖의 성적 행위”에는 성적 욕구가 발현되는 모든 행위, 즉 이성 간의 포옹, 입맞춤 등도 포함될 수 있는 등 그 기준이 매우 모호하거나 추상적이다. 따라서 무엇이 아동·청소년이용음란물에 해당하는지에 관하여 법집행기관의 자의적인 판단에 맡기게 되는 위험을 초래할 수 있으므로 심판대상조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반된다.

또한 심판대상조항의 모호성, 포괄성으로 인하여 성인이 교복을 입고 등장하는 경우 또는 아동·청소년 캐릭터가 등장하는 애니메이션 표현물 등 실제 아동·청소년이 등장하지 않는 표현물, 소위 ‘가상 아동포르노’까지도 광범위하게 처벌 대상 표현물에 포함되었는바, 아동포르노로 인한 성범죄 발생의 가능성은 표현의 자유를 제한할 만큼의 명백·현존하는 위험이라 할 수 없으므로 표현의 자유에 대한 중대한 제한이

다. 나아가 형법상 음화반포죄나 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포), 청소년보호법위반 등 다른 법률에서 정한 죄로 얼마든지 처벌할 수 있음에도 심판대상조항을 통해 중한 형으로 벌하고 있으므로 과잉금지원칙에 위반된다.

실제 아동·청소년에 대한 법익 침해가 없음에도 가상 아동포르노 배포 등을 실제 아동·청소년이 등장하는 아동·청소년이용음란물 배포 등과 동일한 형으로 처벌하고, 음란한 내용을 표현한 것과 그에 이르지 않은 성적 행위를 표현한 것을 동일한 형으로 처벌하는 것은 모두 헌법상 평등원칙에도 위반된다.

4. 판단

가. 아동·청소년이용음란물 규제 연혁 및 심판대상조항의 내용

(1) 2000. 2. 3. ‘청소년의 성보호에 관한 법률’ 제정(법률 제6261호)으로 아동·청소년이용음란물을 제작·배포하는 행위에 대하여 별도의 규제가 이루어지기 시작하였는데, 당시에는 실제 청소년이 등장하는 경우만을 규율 대상으로 하였고(헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27 참조), 그 범위가 청소년과의 성교행위, 유사성교행위 등 음란한 내용을 표현한 것으로 한정되어 있었다.

그러다가 2005. 12. 29. 위 법 개정(법률 제7801호)으로 “그 밖의 성적 행위” 등으로 행위의 표현 범위를 포괄적으로 규정하면서 음란한 내용을 표현한 것으로 명시하지 않게 되었다.

2010년 이후 아동을 대상으로 한 일련의 흉악한 강력 성폭력 범죄가 발생하였는데, 이들 범죄자들이 범행 전에 아동 및 청소년을 성적 대상으로 하는 음란물을 다수 또는 장기간 시청하였거나 소지하고 있었던 것으로 밝혀지면서, 실제 아동·청소년이

등장하는지 여부와 무관하게 아동·청소년을 성적 대상으로 하는 표현물에의 노출은 잠재적으로 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄를 유발하는 촉매가 될 수 있다는 점을 고려하여, 2011. 9. 15. {2009. 6. 9. 개정(법률 제9765호)으로 제명이 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’로 바뀌었다} 개정(법률 제11047호)된 아동청소년성보호법에서는 아동·청소년이용음란물의 범위에 실제 아동·청소년이 등장하는 경우 외에 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물”이 등장하는 경우를 포함하게 되었다(이하 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람 또는 표현물”이 등장하는 아동·청소년이용음란물을 ‘가상의 아동·청소년이용음란물’이라 한다).

(2) 심판대상조항은 실제 아동·청소년이 등장하지 않는 가상의 아동·청소년이용음란물이라 하더라도 이를 영리를 목적으로 판매·대여·배포하거나 판매 등의 목적으로 소지·운반하거나 공연히 전시 또는 상영하는 행위에 대해서 7년 이하의 징역에 처하도록 정하고 있고, 단순히 가상의 아동·청소년이용음란물을 배포하거나 공연히 전시 또는 상영하는 행위에 대해서는 3년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 정하고 있다.

여기서 심판대상조항의 구성요건인 가상의 아동·청소년이용음란물은 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물”이 등장하여 아동청소년성보호법 제2조 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”을 말하는데(구 아동청소년성보호법 제2조 제5호), 위 제2조 제4호에서는 이에 해당하는 행위로 “가. 성교 행위, 나. 구강·항문 등 신체의 일부나 도구를 이용한 유사 성교 행위, 다. 신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서

일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위, 라. 자위 행위”를 열거하고 있다.

한편, 2012. 12. 18. 아동·청소년성보호법 전부개정(법률 제11572호)으로 “아동·청소년으로 ‘명백하게’ 인식될 수 있는 사람이나 표현물”이라고 하여 가상의 아동·청소년이용음란물의 정의에 명백성 요건이 추가되었고, 영리 목적으로 배포 등을 하는 경우는 10년 이하의 징역으로, 영리 목적 없이 배포 등을 하는 경우에는 7년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금으로 법정형이 상향되었다.

나. 이 사건의 쟁점

(1) 심판대상조항은 가상의 아동·청소년이용음란물의 배포 등을 형사처벌 대상으로 정하고 있는바, 구성요건 중 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람 또는 표현물” 부분 및 “그 밖의 성적 행위” 부분이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되는지 문제된다.

(2) 표현의 자유에 있어서 의사표현 또는 전파의 매개체의 형태에는 제한이 없고 음란한 표현도 표현의 자유 보호영역에 포함된다(헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9 ; 헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109등 참조). 따라서 가상의 아동·청소년이용음란물의 배포 등을 금지하고 위반 시 중한 형으로 벌하도록 정한 심판대상조항이 표현의 자유를 과도하게 제한하는지 여부 및 책임과 형벌 사이의 비례성을 준수하고 있는지 여부가 문제된다.

(3) 나아가 가상의 아동·청소년이용음란물의 배포 등을 실제 아동·청소년이 등장하는 아동·청소년이용음란물의 배포 등과 동일한 법정형으로 규율하고, 아동·청소년을 대상으로 하여 성적 행위를 표현한 것이면 그 수위를 구분하지 않고 동일한 법정

형으로 규율하는 것이 평등원칙에 위반되는지 여부도 문제된다.

다. 죄형법정주의의 명확성원칙 위반 여부

(1) 명확성원칙의 의미

죄형법정주의의 내용을 이루는 명확성원칙의 요구로서 형사처벌의 대상이 되는 구성요건은 가능한 한 명백하고 확장할 수 없는 개념을 사용하여 구체적이고 명료하게 규정할 것을 요한다. 따라서 범죄의 구성요건이 추상적이거나 모호한 개념으로 이루어지거나, 그 적용범위가 너무 광범위하고 포괄적이어서 불명확한 경우에는 국민이 법률에 의하여 금지된 행위가 무엇인가를 알 수 없게 되어 죄형법정주의의 원칙에 위배된다. 그러나 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 통상의 해석방법에 의하여 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이 당해 처벌법규의 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정하였다면 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성에 배치되는 것이 아니다(헌재 2002. 6. 27. 99헌마480 ; 헌재 2010. 9. 30. 2009헌바 201 참조). 한편, 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축적 효과를 야기한다는 점에서 표현의 자유를 제한하는 측면이 있으므로 심판대상조항이 명확성원칙에 위반되는지 여부를 판단함에 있어서는 이러한 점도 함께 고려하여야 한다(헌재 2002. 6. 27. 99헌마480 참조).

(2) 판단

(가) 심판대상조항은 구 아동청소년성보호법 제2조 제5호의 아동·청소년이용음란물 중 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여 그 밖의 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 것”으로서 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터나 그 밖

의 통신매체를 통한 화상·영상 등의 형태로 된 것을 영리 목적으로 판매·대여·배포, 공연히 전시 또는 상영하거나, 영리의 목적이 없더라도 이를 배포하거나 공연히 전시 또는 상영하는 행위를 형사처벌의 대상으로 정하고 있다.

여기서 다른 구성요건 부분은 그 의미가 불명확하다고 볼 수 없고, “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람 또는 표현물” 부분 및 “그 밖의 성적 행위” 부분은 판단 개념을 포함하고 있거나 포괄적으로 규정되어 있어 문언 자체만으로 그 의미를 알 수 있는지에 관하여 의문이 있을 수 있으므로 이 부분들이 죄형법정주의에서 요구하는 명확성원칙에 위반되는지 보기로 한다.

(나) 먼저, 심판대상조항 중 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물”에 관하여 본다.

1) 아동청소년성보호법상 가상의 아동·청소년이용음란물은 ‘아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람’이 등장하는 경우와 ‘아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물’이 등장하는 경우로 나누어 볼 수 있다. 전자는 아동·청소년으로 인식될 수 있는 성인 등 실제 사람이 등장하는 경우를 의미하고, 후자는 실제 아동·청소년이 아니라 아동·청소년의 이미지가 성적 행위의 주체 내지 대상으로 묘사된 경우를 의미한다고 할 수 있다.

그런데 심판대상조항은 그 판단 기준으로 “아동·청소년으로 인식될 수 있는”이라고만 정하고 있을 뿐이고 심판대상조항이나 아동청소년성보호법의 다른 조항에서도 그 판단 기준이 제시되어 있지 않아, 어느 범위까지 이에 해당하는지 불명확한 것이 아닌가 하는 의문이 들 수 있다.

그러나 아동·청소년을 성범죄로부터 보호하는 것이 아동청소년성보호법의 목적

이고(제1조), 실제 아동·청소년이 등장하는지 여부를 불문하고 아동·청소년을 성적 대상으로 묘사하는 각종 매체물의 시청이 아동·청소년을 상대로 한 성범죄의 촉매가 될 수 있다는 점을 고려하여 잠재적 성범죄로부터 아동·청소년을 보호하기 위하여 2011. 9. 15. 개정(법률 제11047호)으로 가상의 아동·청소년이용음란물의 배포 등을 규제하기 시작하게 된 점, 심판대상조항이 실제 아동·청소년이 등장하는 아동·청소년이용음란물의 배포 등과 동일한 법정형으로 가상의 아동·청소년이용음란물의 배포 등을 규율하고 있는 점을 종합해 보면, 심판대상조항에서 “아동·청소년으로 인식될 수 있는”은 성적 행위의 주체나 대상인 사람 또는 표현물이 아동이나 청소년으로 인식되기에 충분한 정도의 것이어야 함을 알 수 있다.

2) 이러한 점에서 보면, “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람”은 단순히 등장하는 사람이 어려보인다거나 성인이 아동·청소년과 같이 옷을 입거나 분장한 정도에 그치는 것이 아니라, 통상의 상식을 가진 일반인의 입장에서 전체적으로 그 외모, 신원, 등장인물 사이의 관계, 그 사람을 등장시켜 각종 성적 행위를 표현한 화상 또는 영상 등 매체물의 제작 동기와 경위 등을 종합하여 볼 때, 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 정도의 사람이 등장하는 경우를 의미한다고 보아야 한다. 법원도 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 정도에 이르기 위해서는, 등장하는 사람이 다소 어려보인다는 사정만으로는 부족하고, 그 외모나 신체의 발육 상태, 신원, 영상물의 출처나 제작 경위 등에 대하여 주어진 여러 정보 등을 종합적으로 고려하여 사회 평균인의 시각에서 객관적으로 관찰할 때 외관상 의심의 여지없이 명백하게 아동·청소년으로 인식되는 경우라야 한다(대법원 2014. 9. 24. 선고 2013도4503 판결; 대법원 2014. 9. 26. 선고 2013도12607 판결 참조)”고 해석하고 있다.

다만, “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물” 부분은, “아동·청소년으로 인식될 수 있는” 부분의 의미를 위와 같이 보더라도 “표현물”의 의미가 지니는 지나친 광범성으로 인하여 자칫 처벌되는 행위의 유형에 대해 예측가능성을 주지 못한다는 의심을 줄 수 있다.

여기의 표현물에는 고도의 사진 합성 기술이나 컴퓨터 그래픽을 이용하여 실제 아동·청소년이 등장한 것으로 오인할 정도로 만들어진 표현물만이 아니라, 아동·청소년을 성적 대상으로 묘사한 것이라면 그림 또는 컴퓨터 그래픽을 이용한 아동·청소년의 이미지, 만화나 게임물에서의 아동·청소년 캐릭터, 사진으로 합성된 아동·청소년의 이미지가 모두 포함될 수 있다.

그러나 심판대상조항의 도입 배경, 입법 취지, 법정형 등을 고려하면, “표현물” 부분의 문언적 의미의 광범성이나 추상성만을 가지고 심판대상조항에서 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물” 부분의 명확성여부를 판단하여서는 안 되고, 비록 사람이 아니더라도 아동·청소년으로 인식될 수 있는 다른 표현물을 통해 성적 행위 등을 묘사하는 것도 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 마찬가지로 또는 그 이상의 폐해를 일으킬 가능성이 있다는 점과 이를 우려하여 표현물을 이용한 아동·청소년이용음란물도 규제 범위에 포함시킨 입법자의 의도를 충분히 고려하여 그 의미를 파악하여야 한다.

따라서 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”은 “표현물”의 묘사 정도나 외관만을 가지고 판단할 것이 아니라, 전체적으로 이러한 표현물을 등장시켜 각종 성적 행위를 표현한 화상 또는 영상 등 매체물의 제작 동기와 경위, 표현된 성적 행위의 수준, 등장인물 사이의 관계, 전체적인 배경이나 줄거리, 음란성 등을 종합하여 판단하

여야 할 것이다.

한편, “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”은 그 종류가 매우 다양할 뿐만 아니라 표현 방법 등이 컴퓨터 그래픽 등 과학 기술의 발전으로 계속 발전해가고 있어, 구체적으로 어떠한 표현물이 이에 해당할 것인지를 미리 예상하여 법에서 열거하거나 일률적으로 정해놓는 것은 곤란한 측면이 있다. 표현물의 의미나 종류를 구체적, 제한적으로 열거할 경우 오히려 아동·청소년을 성적 학대 및 성범죄의 대상으로부터 보호하고자 하는 입법취지에 부합하지 않는 결과를 초래할 수도 있다.

따라서 그 처벌대상을 정함에 있어서 어느 정도 개방적이고 추상적인 개념을 사용할 수밖에 없고, 다만 이러한 표현물을 이용하여 심판대상조항에서 정한 성적 행위를 나타낸 아동·청소년이용음란물이 아동·청소년을 상대로 한 비정상적 성적 충동을 일으키기에 충분한 행위를 담고 있어 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄를 유발할 우려가 있는 수준의 것에 한정된다고 본다면, 법관의 양식이나 조리에 따른 보충적인 해석에 의하여 판단 기준이 구체화되어 해결될 수 있으므로, 단지 “표현물” 부분의 문언적 의미의 광범성이나 추상성만을 가지고 처벌되는 행위를 예측할 수 없다고 하여 명확성원칙에 위반된다고 볼 수는 없다.

3) 그렇다면, 심판대상조항 중 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물” 부분의 의미는 불명확하다고 할 수 없다.

(다) 다음으로, 아동·청소년이용음란물을 구성하는 행위 중 “그 밖의 성적 행위” 부분에 관하여 본다.

앞서 보았듯이, 2005. 12. 29. ‘청소년의 성보호에 관한 법률’ 개정(법률 제7801호) 전에는 청소년이용음란물에 해당하는 성적 표현의 범위가 청소년과의 성교행위, 유

사성교 행위 등 음란한 내용을 표현한 것으로 한정되어 있었으나, 위 개정법에서 “그 밖의 성적 행위”라는 포괄적인 규정을 두면서 반드시 음란한 내용을 표현한 것임을 명시하지는 않았다.

살피건대, 심판대상조항에서도 “그 밖의 성적 행위”라는 포괄적인 규정을 두고 있는 것은 하나, 심판대상조항의 입법 취지 및 법정형의 수준, 아동청소년성보호법 제2조 제4호에서 성적 행위의 예시로 성교 행위, 구강·항문 등 신체의 일부나 도구를 이용한 유사 성교 행위, 신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위, 자위 행위”를 열거하고 있는 점을 종합적으로 고려할 때, 여기서 “그 밖의 성적 행위”는 아동청소년성보호법 제2조 제4호에 열거된 행위에 해당하지는 않더라도, 일반인으로 하여금 이와 같은 수준으로 성적 수치심이나 혐오감을 일으키기에 충분한 행위를 의미하는 것임을 알 수 있다.

또한 2005. 12. 29. ‘청소년의 성보호에 관한 법률’ 개정(법률 제7801호)에서 청소년 이용음란물에 음란한 내용을 표현한 것으로 명시하지는 않았으나, 이러한 개정에도 불구하고 여전히 아동청소년성보호법에서는 아동·청소년이용 “음란물”이라고 표현하고 있는 점, 아동청소년성보호법 제2조 제4호 다목에서 열거하고 있는 ‘일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위’는 규범적으로 ‘인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성적 표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것’으로 해석되는 음란한 행위의 의미(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 대법원 2008. 5. 8. 선고 2007도47129 판결, 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도244 판결 등 참조)와 별다른 차이가 없는 점 등을 종합해 볼 때, 이와 유사하거나 이에 준하는 정도의 행위가 심판대상

조항 중 “그 밖의 성적 행위”에 해당할 것임을 충분히 예상할 수 있다.

다만 이 점에 있어 문언의 의미가 지나치게 개방적이어서 처벌되는 행위에 관한 예측이 어렵다고 볼 여지도 있으나, 이에 해당하는 행위는 사회와 시대적 변화에 따라 상대적·유동적으로 변할 수 있어, 이를 법에서 일일이 열거하거나 일률적으로 정해놓는 것은 곤란하므로, “그 밖의 성적 행위”라는 포괄적 규정형식을 택한 데에는 불가피한 측면이 있다.

따라서 심판대상조항에서 가상의 아동·청소년이용음란물에 해당하는 성적 행위를 정의함에 있어 다소 가치판단의 개입이 필요한 용어를 사용하고, “그 밖에 성적 행위”라고 하여 포괄적인 규정형식을 택하였다 하더라도, 수범자나 법해석·집행기관의 입장에서 합리적인 해석기준을 통하여 어떠한 행위가 이에 해당할 수 있는지 어느 정도 예측이 가능하고, “그 밖의 성적 행위”와 같이 포괄적 규정형식을 택하게 된 데에는 불가피한 측면이 있으므로 위 부분이 불명확하다고 볼 수 없다.

(3) 소결

그렇다면 심판대상조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되지 않는다.

라. 과잉금지원칙 위반 여부

가상의 아동·청소년이용음란물의 배포 등을 금지하고 위반 시 중한 형으로 벌하도록 정한 심판대상조항이 표현의 자유를 과도하게 제한하는지 여부 및 책임과 형벌사이의 비례성을 준수하고 있는지 여부를 본다.

(1) 입법목적의 정당성 및 수단의 적절성

심판대상조항은 가상의 아동·청소년이용음란물의 시청 등이 아동·청소년을 성적 대상으로 보는 왜곡된 인식과 비정상적 가치관 형성에 영향을 줄 수 있고, 이것이 결

국 아동·청소년을 대상으로 하는 성범죄로 연결될 수 있다는 점을 고려하여 도입된 것으로, 아동·청소년을 성범죄로부터 보호하기 위한 것이므로(아동청소년성보호법 제1조), 그 입법목적의 정당성이 인정된다.

그리고 이를 위해 가상의 아동·청소년이용음란물의 배포 등을 금지하고 그 위반 시 형벌을 부과하는 것은 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이라 할 수 있다.

(2) 침해의 최소성

(가) 아동·청소년이용음란물에의 접촉과 아동·청소년 대상 성범죄 발생 사이에 인과관계가 명확하게 입증된 것은 아니지만, 가상의 아동·청소년이용음란물이라 하더라도 아동·청소년을 성적 대상으로 하는 표현물의 지속적 유포 및 접촉은 아동 성애자뿐만 아니라 일반인에게 아동·청소년의 성에 대한 왜곡된 인식과 비정상적 태도를 형성하게 할 수 있다. 또한 실제로 아동·청소년 대상 성범죄자 6명 중 1명 수준으로 범행 직전 아동·청소년이용음란물을 접한 바 있고, 이들이 일반 성범죄자에 비하여 범행 전 아동·청소년이용음란물을 시청한 비율이 높은 것으로 밝혀진 조사 결과 등을 종합하면, 가상의 아동·청소년이용음란물에의 접촉이 아동·청소년을 상대로 한 성범죄로 이어질 수 있다는 점을 부인하기 어렵다. 따라서 아동·청소년을 잠재적 성범죄로부터 보호하고 이에 대해 사회적 경고를 하기 위해서는 가상의 아동·청소년이용음란물의 배포 등에 대해서 중한 형벌로 다스릴 필요가 있다.

(나) 또한 심판대상조항 중 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람 또는 표현물” 부분과 “그 밖의 성적 행위” 부분이 앞서 명확성원칙 위반 여부에 대한 판단에서 살펴본 바와 같이 불명확하다고 볼 수 없고, 심판대상조항의 가상의 아동·청소년이용음란물은 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 마찬가지로 아동·청소년을 상대로 한

비정상적 성적 충동을 일으키기에 충분한 정도의 것으로서, 심판대상조항에 의해 처벌되는 행위는 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄로부터 아동·청소년보호를 위한 최소한의 불가피한 경우로 한정된다고 볼 수 있으므로 그 처벌대상이 지나치게 광범위하다고 볼 수 없다.

(다) 가상의 아동·청소년이용음란물의 배포 등은 일반적인 음란물 배포 등을 처벌 대상으로 정한 형법상 음화반포죄, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)로도 규율할 수 있다. 형법상 음화반포죄는 법정형이 1년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금이고(제243조), 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)은 법정형이 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금(제74조 제1항 제2호, 제44조의7 제1항)으로 심판대상조항에서 정한 형보다 법정형이 훨씬 낮다. 그런데 심판대상조항에서 가상의 아동·청소년이용음란물의 배포 등의 행위를 중한 법정형으로 규율하는 것은, 앞서 보았듯이 심판대상조항의 가상의 아동·청소년이용음란물은 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 마찬가지로 아동·청소년을 상대로 한 비정상적 성적 충동을 일으키기에 충분한 음란한 성적 행위를 담고 있는 것으로서 잠재적으로 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄를 유발할 우려가 있기 때문이므로, 단순히 건전한 성풍속을 해하기 때문에 형사처벌 대상이 되는 일반적인 음란물과는 죄질과 비난가능성 면에서 차이가 있다. 따라서 심판대상조항이 형법상 음화반포죄나 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포)에서 정한 법정형보다 더 중한 법정형을 정하고 있다고 하더라도 이것이 책임과 형벌 사이에 비례성을 상실하고 있다고 볼 수 없다.

(3) 이와 같이 심판대상조항의 보호법의 및 입법목적, 가상의 아동·청소년이용음

란물도 결국 아동·청소년을 성적 대상으로 삼고 있다는 점에서 그 죄질과 비난가능성이 결코 작다고 볼 수 없는 점 등을 고려할 때 이로 인하여 제한되는 표현의 자유보다 아동·청소년의 성보호라는 공익이 중대하다고 할 것이므로 법익의 균형성 또한 충족한다.

(4) 그렇다면 심판대상조항은 표현의 자유를 과도하게 제한하거나 책임과 형벌 사이의 비례성을 상실하였다고 볼 수 없으므로 과잉금지원칙에 위반되지 아니한다.

마. 평등원칙 위반 여부

(1) 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황, 국민 일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 그러나 어느 범죄에 대한 법정형이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임, 처벌규정의 보호법익 및 형벌의 범죄예방효과 등에 비추어 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌체계상의 균형을 잃음으로써 다른 범죄자와의 관계에 있어서 평등원칙에 반해서는 아니된다(헌재 1995. 11. 30. 94헌가3 ; 헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27 참조).

(2) 심판대상조항은 가상의 아동·청소년이용음란물과 실제의 아동·청소년이 등장하는 아동·청소년이용음란물의 배포행위를 동일한 법정형으로, 나아가 가상의 아동·청소년이용음란물도 성적 행위의 표현 수위에 따라 법정형을 세분화하지 않고 동일하게 규율하고 있는바, 모두 아동·청소년에 대한 비정상적 성적 충동을 일으켜 아동·청소년을 상대로 한 성범죄로 이어지게 할 수 있다는 점에서 죄질 및 비난가능성의

정도에 거의 차이가 없고, 법정형의 상한만이 정해져 있어 법관이 구체적 사건에서 각 아동·청소년이용음란물에 등장하는 사람 또는 표현물의 유형, 표현된 성적 행위의 수위, 음란성의 정도 및 범죄의 죄질과 행위자 책임의 정도, 일반예방적 목적을 달성하기 위한 형사정책적 측면, 해당 아동·청소년이용음란물의 유통으로 인한 과급 효과 등을 종합적으로 고려하여 법정형의 범위 내에서 얼마든지 구체적 타당성을 고려한 양형의 선택이 가능하고, 영리 목적이 있는 경우와 없는 경우를 구별하여 후자의 법정형을 경하게 정하고 있으며, 특히 영리 목적이 없는 경우는 벌금형의 선택도 가능한 점을 고려하면, 심판대상조항이 형벌체계상 균형을 상실하여 평등원칙에 반한다고 볼 수 없다.

바. 소결

그러므로 심판대상조항은 죄형법정주의의 명확성원칙, 과잉금지원칙 및 평등원칙에 위반되지 아니한다.

6. 결론

그렇다면 심판대상조항은 헌법에 위반된다고 볼 수 없으므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 아래 7.과 같은 재판관 박한철, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 김창중의 반대의견이 있는 외에는 관여 재판관의 의견이 일치되었다.

7. 재판관 박한철, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 김창중의 반대의견

우리는 심판대상조항이 죄형법정주의에서 파생되는 명확성원칙과 과잉금지원칙에 반하여, 헌법에 위반된다고 생각하므로 아래와 같이 견해를 밝힌다.

가. 죄형법정주의의 명확성원칙 위반 여부

(1) 심판대상조항 중 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람” 부분은 등장하는 사

람의 외모나 신체의 발육 상태, 신원, 영상물의 출처나 제작 경위 등 주어진 여러 정보 등을 종합적으로 고려하여 사회 평균인의 시각에서 객관적으로 관찰할 때 외관상의 의심의 여지없이 명백하게 아동·청소년으로 인식되는 경우라야 한다고 해석되고 있으므로(대법원 2014. 9. 24. 선고 2013도4503 판결 참조) 이 부분이 명확성원칙에 위반되지 않는다는 다수의견에는 우리도 견해를 같이 한다.

(2) 그러나 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물” 부분과 “그 밖의 성적 행위” 부분은 다의적으로 해석될 가능성이 있고, 이로 인해 자의적인 법 집행이 이루어질 가능성이 있으므로 명확성원칙에 위반된다.

(가) 먼저 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물” 부분을 본다.

다수의견은 심판대상조항의 도입 취지나 입법 목적, 가상의 아동·청소년이용음란물을 실제 아동·청소년이용음란물의 경우와 동일한 법정형으로 규율하고 있는 점을 고려할 때, “표현물”의 문언적 의미 내지 그에 해당하는 범위가 광범위하다는 이유로 곧바로 위 부분이 불명확하다고 볼 수는 없고, 해당 표현물을 등장시켜 성적 행위를 표현한 화상 또는 영상 등 매체물이 실제 아동·청소년이 등장하여 성적 행위를 하는 것 이상으로 아동·청소년을 대상으로 비정상적 성적 충동을 일으키기에 충분하다고 볼 수 있는 경우라야 규제가 가능할 것임을 통상의 상식을 가진 사람이라면 충분히 예상할 수 있으므로, 위 부분의 의미가 명확하다고 한다.

살피건대, 2011. 9. 15. 아동청소년성보호법 개정으로(법률 제11047호) 가상의 아동·청소년이용음란물에 대한 규제가 시작되었는바, 당시 입법 경위를 보면 “표현물”과 관련해서는 단순히 아동·청소년을 이미지화한 그림이나 만화 등이 아니라, 컴퓨터 그래픽 또는 그 밖의 기술로 마치 실제 아동·청소년이 등장한 것과 마찬가지로 보

이는 표현물 내지 실제 아동·청소년의 사진을 기술적으로 합성한 표현물을 예정했던 것으로 보인다{윤석용 의원이 대표발의한 아동청소년성보호법 일부개정법률안 검토보고서(2011. 4. 여성가족위원회 수석전문위원) 참조}. 그런데 법 시행 이후 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”에 실제 아동·청소년으로 인식될 가능성이 없는 그림, 만화 등으로 표현된 아동·청소년의 이미지도 포함되는 것인지 불명확하고, 만약 이러한 표현물도 포함된다면 그 규율범위가 지나치게 광범위하다는 비판이 일자, 관련 조항에 대한 개정 논의가 시작되었는데, 개정 논의에서는 “표현물”에 그림이나 만화도 포함될 수 있다는 입장과 실제 아동·청소년의 사진을 이용하거나 실제 아동·청소년이 등장한 것으로 오인할 수 있는 표현물로 제한하여야 한다는 반대 입장이 대립하다가, 그림, 만화 등이 더 자극적일 수 있기 때문에 “표현물”이라고 정하되 규제 대상의 광범성으로 인한 문제는 법 집행기관이 구체적 사안을 해결함에 있어 판단할 수 있다고 보고, ‘명백성’ 요건만을 추가하는 것으로 정리된 것으로 보인다{아동청소년성보호법 개정안(법률 제11572호)에 대한 국회(정기회) 아동·여성대상성폭력대책특별위원회회의록(법안심사소위원회) 및 제311회 국회(정기회) 아동·여성대상성폭력대책특별위원회회의록 참조}.

그러나 아동청소년성보호법에서 가상의 아동·청소년이용음란물의 제작, 배포 내지 소지 등의 행위를 실제 아동·청소년이 등장하는 아동·청소년이용음란물의 제작, 배포 내지 소지 등의 행위와 각각 동일한 법정형으로 규율하면서, 그 법정형의 수준도 형법 기타 다른 법률상의 음란물유포 행위와 비교할 때 상당히 높게 정한 점 등을 고려하면, 심판대상조항에서 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물” 부분에 단순히 그림, 만화로 표현된 아동·청소년의 이미지도 모두 포함된다고 보기는 어려운 측

면이 있다. 그리고 이 부분에 관한 개정 논의에서도 의견 대립이 있었듯이 위 부분이 실제 아동·청소년으로 등장하는 것으로 오인하기에 충분할 정도로 묘사된 표현물만을 의미한다고 쉽사리 해석되지도 않는다.

그렇다면 통상의 판단능력을 가진 사람의 입장에서 볼 때, “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”이 실제 아동·청소년이 등장하는 것으로 오인하기에 충분할 정도로 묘사된 표현물만을 의미하는 것인지, 아니면 아동·청소년을 성적 대상으로 연상시키는 표현물이면 단순히 그림, 만화로 표현된 아동·청소년의 이미지도 모두 이에 해당할 수 있는 것인지 판단하기 어려우므로 처벌되는 행위가 무엇인지 미리 예측할 수 있다고 할 수 없고, 그 판단을 법 집행기관이나 법관의 보충적 해석에 전적으로 맡기고 있으므로 자의적 법 해석 내지 집행을 초래할 우려마저 있다.

따라서 이 부분은 명확성원칙에 위반된다.

(나) 다음으로 “그 밖의 성적 행위” 부분을 본다.

다수의견은 “그 밖의 성적 행위”의 의미가 개방적이어서 처벌되는 행위에 관한 예측이 어렵다고 볼 여지가 있다는 점을 인정하면서도, 아동·청소년성보호법 제2조 제4호에서 열거한 성교 행위, 유사 성교 행위, 자위 행위, 신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위에 준하는 것으로서 음란한 내용을 표현한 것을 의미한다고 볼 수 있으므로 불명확하지 않다고 한다.

그러나 아동·청소년이용음란물은 그 내용이 음란하기 때문이 아니라 제작 과정에 아동·청소년이 성적 행위의 대상으로 이용되기 때문에 그 제작, 배포등을 중한 형으로 규율하는 것이다. 즉 음란한 성적 행위를 묘사한 것만 아동·청소년이용음란물에

해당한다고 볼 경우 오히려 아동·청소년의 성보호에 미흡한 결과가 초래될 수 있기 때문이다. 이 부분의 개정 경과를 보더라도, 2000. 2. 3. ‘청소년의 성보호에 관한 법률’(법률 제6261호) 제정 당시에는 청소년이용음란물을 성교행위, 유사성교행위 등 음란한 내용을 표현한 것으로 한정하고 있었으나, 2005. 12. 29. 법 개정으로(법률 제 7801호) 음란한 내용을 표현한 것이라는 부분을 삭제하면서 “그 밖의 성적 행위”라는 포괄적 규정을 마련하였는바, 이와 같이 성적 행위의 범위를 포괄적으로 규정하면서 음란한 내용을 표현한 것에 국한하지 않는 것으로 개정한 것은 위와 같은 점을 고려한 것으로 볼 수 있다.

한편, 실제 아동·청소년이 등장하는 아동·청소년이용음란물과 달리 가상의 아동·청소년이용음란물은 제작 과정에 실제 아동·청소년이 성적 행위의 대상으로 이용되지 않기 때문에 가상의 아동·청소년이용음란물의 경우에도 위와 같이 “그 밖의 성적 행위” 부분을 음란한 내용을 표현한 것에 국한하지 않는다고 볼 경우 그 처벌범위가 지나치게 확대될 우려가 있으나, 그렇다고 하여 “그 밖의 성적 행위”라는 동일한 구성요건을 실제 아동·청소년이 등장하는 아동·청소년이용음란물의 경우에는 음란한 행위를 표현한 것에 국한되지 않는다고 보고, 가상의 아동·청소년이용음란물의 경우에는 음란한 행위를 표현한 것에 국한된다고 달리 볼 수도 없다.

나아가 아동청소년성보호법 제2조 제4호에서 성교 행위, 유사 성교 행위, 자위 행위 외에, 이미 “신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 정도에 이르는 행위”라는 개방적이고 포괄적 규정을 두고 있으므로, “그 밖의 성적 행위”가 이에 준하는 행위를 의미한다거나 해당가능한 모든 성적 행위를 일률적으로 미리 정해놓는 것이 곤란하여 포괄적 규정형식을 택한

데에 불가피한 측면이 있다고 볼 만한 근거도 부족하다.

그렇다면 통상의 판단능력을 가진 사람의 입장에서 볼 때 “그 밖의 성적 행위”가 무엇을 의미하고 어느 정도의 성적 행위가 이에 포함되는지 예측하기 어려우므로, 이 부분도 명확성원칙에 위반된다.

(다) 설령 “그 밖의 성적 행위” 부분이 포괄적으로 규정하고 있을 뿐 성교 행위, 유사 성교 행위, 자위 행위 기타 신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 정도에 준하는 행위로서 그 의미가 불명확하다고 보기는 어렵다 하더라도, 이와 결합되어 구성요건을 이루는 성적 행위의 주체 또는 대상으로 등장하는 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물” 부분의 불명확성으로 인하여 수범자인 일반 국민은 물론 법 집행자조차도 심판대상조항의 적용대상인 가상의 아동·청소년이용음란물의 범위 및 그 한계를 명확히 판단하기 어려운 사정이 있으므로 심판대상조항은 명확성원칙에 위반된다고 할 것이다.

(3) 그렇다면 심판대상조항 중 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물” 부분 및 “그 밖의 성적 행위” 부분은 죄형법정주의 및 표현의 자유를 제한함에 있어 준수해야 할 명확성원칙에 위반된다.

나. 과잉금지원칙 위반 여부

위에서 본 바와 같이 심판대상조항은 그 의미가 지나치게 광범위하고 불분명하여 명확성원칙에 위반되는바, 불명확한 규범에 의하여 형사처벌을 가하게 되면 헌법상 보호받아야 할 행위까지 금지대상에 망라하게 되어 필요 이상의 처벌을 가하게 될 수 있어 과잉금지원칙과도 조화될 수 없다(헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109등 참조)

(1) 입법목적의 정당성

가상의 아동·청소년이용음란물을 규제하는 이유는 아동·청소년을 잠재적 성범죄로부터 보호하기 위한 것으로, 그 입법목적의 정당성은 인정할 수 있다.

(2) 수단의 적절성 내지 침해의 최소성

그러나 심판대상조항에서 정한 내용이 위와 같은 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이라고 할 수 있는지 의문이 든다.

(가) 다수의견은 가상의 아동·청소년이용음란물의 배포 등은 형법상 음화반포죄나 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포), 청소년보호법위반 등 다른 법률에서 정한 죄로 처벌할 수 있는 행위임에도 아동·청소년성보호법에서 이를 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 마찬가지로 엄벌하는 이유에 대해, 이러한 음란물への 접촉이 아동·청소년을 성적 대상으로 보는 왜곡된 인식과 비정상적 가치관을 조장하여 결국 아동·청소년을 대상으로 하는 성범죄를 유발시킬 수 있기 때문이라고 한다.

그러나 가상의 아동·청소년이용음란물への 접촉과 아동·청소년을 상대로 하는 성범죄 발생 사이에 인과관계가 명확히 입증된 바 없고, 단순히 잠재적으로 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄에 영향을 미칠 수 있다는 정도에 불과한데, 이를 이유로 가상의 아동·청소년이용음란물의 경우를 성적 착취를 당하는 일차적 피해 법익이 존재하는 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 동일하게 중한 법정형으로 규율하는 것은 유해성에 대한 막연한 의심이나 유해의 가능성만으로 표현물의 내용을 광범위하게 규제하는 것으로 허용되지 않는다(헌재 2002. 6. 27. 99헌마480 참조).

(나) 설령 아동·청소년을 대상으로 한 잠재적 성범죄 발생의 가능성이라는 유해성을 이유로 가상의 아동·청소년이용음란물을 규제할 필요가 있다 하더라도, 구 아동

청소년성보호법을 보면, 법정형이 아동·청소년이용음란물의 제작·수입 또는 수출은 5년 이상의 유기징역, 영리 목적 배포등은 7년 이하의 징역, 단순 배포등은 3년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금이고(구 아동청소년성보호법 제8조), 2012. 12. 18. 개정된 아동청소년성보호법에서는 법정형이 더욱 상향되어 아동·청소년이용음란물의 제작·수입 또는 수출은 무기징역 또는 5년 이상의 유기징역, 영리 목적 배포등은 10년 이하의 징역, 단순 배포등은 7년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금으로 정해져 있는바(아동청소년성보호법 제11조), 가상의 아동·청소년이용음란물의 경우 실제 아동·청소년이 그 제작 과정에서 성적 대상으로 이용되지 않음에도 잠재적 성범죄의 촉매가 될 수 있다는 이유만으로 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 동일하게 위와 같이 중한 형으로 규율하는 것은 형벌의 비례성 측면에서도 적합하지 않다.

따라서 성적 착취를 당하는 일차적 피해법익이 존재하는 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 동일하게 중한 법정형으로 처벌되는 점을 고려할 때, 심판대상조항 중 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물”은 적어도 실제 아동·청소년으로 신원 확인이 가능한 이미지가 등장하는 경우 또는 비록 실제 아동·청소년으로 신원 확인은 되지 않는다 하더라도 적어도 실제 아동·청소년과 구별이 불가능한 정도의 이미지가 등장하는 경우로 한정되어야 한다. 일반포르노와 달리 아동포르노를 강력히 규제하는 가장 큰 이유는 그 대상인 아동을 성적 착취로부터 보호하고 피해 아동의 인격권을 보호하기 위한 것인데, 객관적으로 볼 때 아동·청소년을 표상하는 이미지만을 이용할 뿐 실제 아동·청소년이 등장하는 것으로 오인할 여지가 없는 그림, 만화와 같은 표현물을 이용하는 경우는 일차적 피해 법익인 성적 착취 대상인 아동·청소년이 존

재하지 않을 뿐만 아니라, 특정한 아동·청소년의 인격권이 침해되는 경우에도 해당하지 않기 때문이다.

나아가 심판대상조항의 입법 취지, 법정형의 수준 등을 고려할 때 일반 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄로 연결되기에 충분한 것으로 제한되어야 하므로, 앞서 본 바와 같이 실제 아동·청소년이 등장하는 경우는 음란한 행위를 내용으로 하는 것에 국한하는 것이 부적절하다 하더라도, 가상의 아동·청소년이용음란물의 경우에는 이에 표현되는 성적 행위가 실제 사람이 실연하는 것과 같은 수준으로 생생하게 노골적인 성적 행위를 묘사한 것으로 음란성이 인정되거나 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위로 제한될 필요도 있다.

그런데 심판대상조항에서 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물” 및 “그 밖의 성적 행위”의 의미가 앞서 명확성원칙 위반 여부에서 살펴본 바와 같이 불명확하여 처벌범위가 지나치게 광범위해질 수 있고, 그 광범성으로 인해 보호 받아야 할 표현행위까지 처벌하거나 그 표현을 위축시킬 우려가 있으므로, 심판대상조항은 표현의 자유에 대한 과도한 제한과 과잉형벌을 초래할 여지가 있다.

(3) 법익의 균형성

이와 같이 실제 아동·청소년에게 직접 피해가 없는 가상의 아동·청소년이용음란물의 경우 그로 인한 장래 범죄발생의 가능성 또는 범죄행위의 수단으로서의 악용 위험은 그 연관성을 추정할 수 있는 정도에 불과한 반면, 심판대상조항에서 정한 법정형의 수준이나 처벌대상행위의 광범성으로 인한 표현의 자유의 제한 정도 및 형벌의 비례성 상실의 정도는 매우 중대하다는 점에서 심판대상조항은 법익의 균형성 요건도 충족하지 못한다.

(4) 그렇다면 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위반된다.

다. 결론

따라서 심판대상조항은 죄형법정주의의 명확성원칙 및 과잉금지원칙에 반하여 표현의 자유를 침해하므로 헌법에 위반된다.

재판장	재판관	박한철	_____
	재판관	이정미	_____
	재판관	김이수	_____
	재판관	이진성	_____
	재판관	김창중	_____
	재판관	안창호	_____
	재판관	강일원	_____
	재판관	서기석	_____

재판관 조용호 _____