

헌법소원심판청구서

청 구 인 ----

대리인 ---

피청구인 --- 검사

청 구 취 지

“피청구인이 2012. . . ---- 검찰청 2012 형제 ----- 호 사건에 있어서 청구인에 대하여 한 기소유예 처분은 청구인의 평등권 및 행복추구권을 침해한 것이므로 이를 취소한다.”라는 결정을 구합니다.

침 해 된 권 리

헌법 제11조 제1항 평등권

헌법 제10조 행복추구권

침 해 의 원 인

피청구인의 2012. . . ----검찰청 2012 형제-----호 사건에서 청구인에 대한 기소 유예 처분

청 구 이 유

1. 사건의 개요

가. 범죄사실의 요지

청구인은 ---- 이름의 아동청소년으로 인식될 수 있는 교복을 입은 여학생이 음란한 행위를 하는 애니메이션 동영상을 업로드 하여 불특정 다수인이 다운로드 받을 수 있도록 배포하였습니다.

나. 검사의 기소유예처분

피청구인은 2012. . . 피의사실(아동·청소년의성보호에관한법률위반)은 인정되나, ----- 점 등을 참작하여 기소유예처분을 하였습니다.

다. 기소유예처분결과 수령

피청구인이 2012. . . 한 기소유예처분결과를 청구인은 2012. . .경 수령하였습니다.

2. 위 처분의 위헌성

가. 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제2조 제5호의 위헌성

1) 명확성의 원칙 위반

가) “아동·청소년으로 인식될 수 있는” 부분에 관하여

아동·청소년의 성보호에 관한 법률(이하 ‘아청법’이라 합니다) 제2조 제5호에서는 “아동·청소년이용음란물”은 아동·청소년 또는 아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여 제4호의 어느 하나에 해당하는 행위¹⁾를 하거나 그 밖의 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 것으로

1) 아청법 제2조 제4호의 행위는 성교 행위, 구강·항문 등 신체의 일부나 도구를 이용한 유사 성교 행위, 신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이

서 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터나 그 밖의 통신매체를 통한 화상·영상 등의 형태로 된 것을 말합니다.

위 제5호의 '아동·청소년'은 같은 조 제1호에 따라 19세 미만인 자(다만, 19세에 도달하는 해의 1월 1일을 맞이한 자는 제외)를 의미하므로 '아동·청소년'인지 여부는 생물학적 연령에 따라 결정됩니다.

문제는 '아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람 또는 표현물'의 의미인데 법문의 구성상 '아동·청소년' 외에 '아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람 또는 표현물'을 독립적으로 규정해 둠으로써, 아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 존재하고, 이런 류의 사람이나 표현물이 등장해 성교행위 등을 하거나 그 밖의 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 영상 등은 아동·청소년이용음란물의 범주에 포함될 수 있는 것으로 해석할 여지가 있습니다.

그러나 '아동·청소년'이나 '아동·청소년으로 인식될 수 있는'이라는 개념은 본질적으로 연령에 기반한 것이고 연령은 실존하는 자연인을 전제로 유 의미할 뿐이므로 가상의 세계에 존재하는 '표현물'을 '아동·청소년'으로 인식하기 위한 연령 개념이 있을 수 있는지 의문입니다. 즉 가상의 캐릭터는 누구나 실제 존재하지 않는다는 점을 인식할 수 있다는 점에서 아동·청소년으로 인식될 수 없기 때문입니다. 그럼에도 캐릭터도 아동·청소년으로 인식될 수 있다는 전제에서 법문이 만들어지다 보니 결국 '아동·청소년으로 인식될 수 있는'의 의미가 무엇인지 애매할 수밖에 없는 것입니다.

또, '아동·청소년으로 인식될 수 있는' 부분이 '사람'과 결합하게 되면, 연

나 혐오감을 일으키는 행위, 자위 행위(이하 '성교 등 행위'로 줄입니다)입니다.

령이 밝혀지기 전에는 아동·청소년으로 볼 여지도 있는 사람이라면 성인
임이 명백하거나 나중에 성인임이 밝혀진 경우까지 '아동·청소년으로 인
식될 수 있는' 경우에 해당한다는 것인지도 모호합니다.

결국 '아동·청소년으로 인식될 수 있는' 부분은 그 의미가 불명확하고 애
매하여 형벌규정의 구성요건으로서 수범자와 법집행자에게 금지규범의
적용범위를 확정할 수 있는 적절한 지침을 제공하지 못하고 있습니다.
또, '인식될 수 있는'이라는 형태의 정의규정을 적용함에 있어 지침이 될
만한 어떤 요소도 제시되지 않은 채 단순히 '인식될 수 있는'이라는 요소
만으로 아동·청소년이용음란물인지 여부를 좌우할 여지를 줌으로써 법적
용자의 개인적 취향, 주관적 경험에 따라 그 의미가 달라질 우려가 있습
니다.

나) “표현물” 부분에 관하여

2011. 9. 15. 아청법 개정시 앞서 지적한 '인식될 수 있는' 부분과 함께
'표현물'이 추가되었습니다.

국회에서 법개정과정에서 '표현물'의 의미에 관하여 심도깊은 논의없이
캐릭터를 의미하는 요소로 '표현물'이 입법되었으나 이 '표현물' 부분은
해석 여하에 따라 실존하는 아동·청소년을 모델로 한 표현물부터 순수한
창작 표현물까지 그 스펙트럼이 넓습니다. 특히 사전적으로도 '표현물'이
라는 단어 자체가 대한민국 법령에 거의 등장하지 않으며 국가보안법이
나 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률에서 '문서, 도화' 등과 같은 창
작의 결과물로서 이러한 무생물이 성적행위를 하는 경우에도 적용된다는
것인지 불분명합니다.

그런데 아래에서 언급하겠지만, 문제는 실존하는 아동·청소년의 성보호를

목적으로 하는 아동법의 입법취지의 대상인 실존 아동·청소년의 성착취, 성학대 등의 우려가 없는 순수한 창작 표현물까지 포함하는 것으로 이 '표현물' 부분이 확대해석·적용될 수 있다는 점입니다.

이런 '표현물' 부분의 해석·적용상 (과도한) 광범성의 위험은 그 광범성이 표현의 자유, 신체의 자유를 제한하는 금지규정의 요소로 작동할 경우 요구되는 엄격한 명확성 요청에 비추보면 위헌성의 강력한 징표라 할 것입니다.

다) “그 밖의 성적 행위” 부분에 관하여

아동법 제2조 제5호에서는 같은조 제4호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나 그 밖의 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 경우 아동·청소년이용 음란물로 볼 수 있다고 규정하고 있습니다.

그런데 제4호에서 이미 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, 자위행위를 나열하고 있고 특히 제4호 다목에서 “신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위”라는 음란행위의 일반규정격에 해당하는 요소를 입법화하였음에도 여기에 그치지 않고 ‘그 밖의 성적 행위’라는 요소를 추가하였습니다.

문제는 ‘性的 行爲’가 무엇인지 정확하게 알 수 없고, 어떤 이에게는 걸그룹의 섹시댄스도 성적 행위일 수 있고, 어떤 이에게는 키스나 뽀뽀 등 스킨십도 성적 행위일 수 있습니다. 결국 ‘성적 행위’는 그 의미를 알 수 없고, 자칫 과도하게 광범위한 행위를 포섭할 위험성이 있어 명확성의 원칙을 충족한다고 보기 어렵습니다.

2) 표현의 자유, 일반적 행동자유권, 창작의 자유 등 침해

- 과잉금지원칙 위반

여기서는 아청법 제2조 제5호가 성인배우가 아동청소년을 가장하여 또는 순수창작캐릭터가 성적 표현을 하는 내용을 담은 소위 “가상아동포르노” 까지 ‘아동청소년이용음란물’에 포함한다고 가정하였을 경우의 위헌의 소지에 대해 살펴보겠습니다.

가) 아청법 제2조 제5호에 규정된 아동청소년이용음란물의 정의에 ‘아동청소년으로 인식될 수 있는 표현물 또는 사람’이라는 문구가 부가되면서 인해 표현의 자유, 창작의 자유 등이 침해되고 있습니다.

나) 아청법은 아동·청소년 대상 성범죄의 처벌 등을 위한 특례, 피해아동·청소년을 위한 구제 및 지원절차를 마련하기 위한 것으로 본질적으로 실존 아동·청소년을 성범죄로부터 보호하기 위한 것입니다. 아청법이 “아동청소년이용음란물”의 제작을 범죄시하는 것은 그 매체물의 제작 중에 이루어지는 아동·청소년의 실제 또는 연기된 성행위가 그 아동·청소년에게 주는 정신적 피해를 방지하기 위한 것이고, 배포와 소지도 성행위를 연기 또는 수행한 아동·청소년에 대해 그러한 피해를 확산시킬 위험이 있기 때문에 범죄시하는 것입니다.

이런 입법목적, 아청법의 특별법적 성격 등을 고려하면 ‘아동청소년이용음란물’ 관련 규정들은 실존 아동·청소년의 성착취·성학대 등이 문제되는 경우로 제한해야 함에도 실존아동·청소년과 무관한 순수한 창작 캐릭터나 성인배우까지 그 범주에 포함하는 ‘아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물’ 부분을 추가하고 이를 기초로 아동·청소년이용음란물을 정의하고 형사처벌을 위한 구성요건요소로 쓰이도록 한 것이 입법목적에

부합하는 것인지 의문입니다.

물론 가상아동포르노가 실제 아동성범죄를 일으킬 위험이 있다면 가상아동포르노에 대한 규제가 아동성범죄 예방이라는 입법목적에 합당할 수도 있으나 등장하는 캐릭터는 캐릭터일 뿐인데도 아동·청소년 대상 성범죄와 밀접한 관련성을 갖는다고 본 것은 지나친 억측이라 할 것입니다. 우리나라를 비롯하여 어느 나라든 특정 매체물이 범법행위를 다루었다는 이유만으로 관객들이 그 범법행위를 저지르도록 만든다고 생각하여 매체물 제작·유포행위를 처벌하는 경우는 없습니다. 자살에 대한 영화를 제작한다고 하여 자살방조죄로 처벌되지 아니하며 방화범에 대한 드라마를 방송한다고 하여 방화방조죄로 처벌되지 않습니다. 매체물의 제작에 실존아동·청소년이 동원되지 않았음에도 그 매체물에 등장하는 캐릭터가 매체물의 줄거리 내에서 성적 행위에 연루되어 있다는 것만으로도 그 매체물의 제작 배포 소지를 아동성범죄로 처벌하는 것은 표현의 자유 보호원리에 반하는 것입니다. 자칫 형식적 해석의 범주를 확장하게 되면 영화 <도가니>처럼 아동성범죄 예방을 목적으로 아동성범죄의 실상을 그리는 경우 그리고 이를 위해 아동이 강요된 성행위를 하는 줄거리를 설정하는 것까지도 아동성범죄로 처벌될 수 있습니다.

가상아동포르노도 엄연히 인간의 성적 상상력의 소산으로 성적 배설의 통로이자 넓게 보면 창작행위의 결과입니다. 위 법조항은 아동성범죄의 방지라는 입법목적에 비추어볼 때 과잉하게 이러한 창작행위 및 이를 향유할 자유를 규제하고 있습니다.

- 다) 아동·청소년을 성범죄로부터 보호하고 피해아동·청소년의 구제 및 지원절차를 마련하기 위한 목적이라면, 피해자가 존재하지 않는 가상아동포르노까지 처벌대상으로 삼지 않더라도 충분히 입법목적으로 달성할 수 있고,

가상아동포르노가 아동·청소년 대상 성범죄를 유발할 명백한 근거도 없는 이상 형벌이라는 최후수단을 사용해 모든 가상표현물을 규제의 대상으로 삼을 만한 공익상 필요가 존재하는지도 의문이고 과연 필요·적절한 수단인지도 다시 검토해야 할 것입니다.

3) 평등원칙 위반

아청법은 형법이나 정보통신망이용촉진및정보보호에관한법률에 규정된 음란물규제에 비하여 형량도 훨씬 높고 신상정보 등록, 신상정보 공개 및 취업제한 등의 형벌도 부가됩니다. 그 이유는 아청법은 실존아동청소년에 대한 성범죄를 막으려는 법이기 때문입니다. 아동·청소년이용음란물은 문구에 '음란물'이 포함되어 있을 뿐 실제로 대법원의 음란물 관련 판례와는 무관하며 아청법 조문을 살펴보면 음란하지 않은 성적 노출 또는 성적 행위의 묘사가 아동·청소년이용음란물에 해당합니다. 이 역시 출연아동청소년이 음란한 행위를 하지 않더라도 가벼운 성적 노출이나 성적 행위도 출연아동청소년에게 정신적 피해를 줄 수 있기 때문입니다.

그런데 이 법조항은 아동·청소년이용음란물에 출연아동청소년이 존재하지 않는 가상아동포르노를 포함시켰고 결과적으로 가상아동포르노 제작·유포자를 일반포르노 제작·유포자보다 엄하게 처벌하고, 신상정보 등록, 취업제한 등의 불이익을 주게 됩니다. 이와 같은 상황은 더 강력한 음란성을 가진 일반포르노 제작·유포자와 비교해 보면 가상아동포르노 제작·유포자를 합리적 이유없이 차별하는 것이 됩니다.

4) 소결론

이와 같이 아청법 제2조 제5호는 그 해석과 적용에 있어 합헌적 해석만으로 위헌성을 제거하기 어렵다 할 것입니다.

나. 가상아동포르노를 아동·청소년이용음란물에 포함시킨 법해석의 문제점

검사는 실존하지 않는, 순수한 창작의 결과인 아동·청소년 캐릭터가 등장한다는 이유로 이 사건 영상물을 아동·청소년이용음란물로 판단하였으나, 이는 위헌적인 아청법 제2조 제5호에 따른 것이므로 이 정의규정이 위헌결정을 받게 되면 유지되기 어려운 법해석론입니다.

검사로서는 아청법 제2조 제5호를 해석함에 있어 최대한 합헌적 해석을 통해 실존하는 아동·청소년의 성보호가 필요한 경우로 아동·청소년이용음란물의 범위를 적절하게 제한하였어야 하나, 아청법 제2조 제5호에 내재해 있는 위헌성으로 인해 법해석을 잘못하여 이 사건에 아청법을 적용한 것입니다.

다. 종결론

따라서 검사의 이 사건 기소유예처분은 법률규정의 위헌성을 제거하는 노력으로서 합헌적 법률해석을 하지 않은 채 위헌적인 규정을 그대로 적용한 것이므로 이는 취소됨이 마땅합니다.

3. 청구기간의 준수 여부 등

피청구인은 2012. . . 청구인에 대한 기소유예처분을 하였고, 그 다음날인 2012. . . 불기소처분결과통지를 발송하여 청구인은 2012. . .경 이 통지를 수령하였으므로 청구인은 이 사건 기소유예처분사실을 확인하고 그로부터 90일 내에 헌법소원을 청구하므로 청구기간을 준수하였습니다.

4. 결 론

위와 같은 사정을 고려하면 청구인에 대한 기소유예는 평등권, 행복추구권을 침해하고 헌법 제13조 제1항을 위반한 것이므로 이를 취소하여 주시기 바랍니다.

첨 부 서 류

- | | |
|----------------|----|
| 1. 불기소이유고지 | 1부 |
| 1. 피의사건처분결과통지서 | 1부 |
| 1. 소송위임장 | 1부 |

2013. . . .

청구인의 대리인 ----

헌법재판소 귀중