

서울북부지방법원

결 정

사 건 2013초기 617 위헌심판제청

피 고 인 , 기타

 주거 서울

 등록기준지 서울

신 청 인 피고인의 변호인 김소영

주 문

피고인에 대한 이 법원 2012고단3105 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 등 위반사건
에 관하여 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제2조 제5호, 제8조 제2항의 위헌여부에
관한 심판을 제청한다

이 유

위 각 법률조항은 주문 기재 사건 재판의 전제가 될 뿐만 아니라, 별지 기재와 같이
위헌이라고 의심할만한 이유가 있으므로, 피고인의 신청을 인용하기로 하여 주문과 같
이 결정한다.

2013. 5. 27.

판사 변민선

별 지

1. 사건의 개요

가. 이 사건 공소사실은 '신청인이 영리의 목적으로 성인컴퓨터전화방에서 불특정손님을 상대로 10대 청소년으로 보이는 학교 교복을 입은 여성이 성인 남자들과 성행위를 하는 음란물(영상물)을 전시·상영하였다'는 것이다.

검찰은 위 영상물이 아동청소년의 성보호에 관한 법률 제2조 제5호에서 정한 "아동청소년이용음란물"에 해당된다고 판단하여 같은 법률 제8조 제2항을 적용하여 공소를 제기하였다. 신청인은 현재 서울북부지방법원 2012고단3105호(이하, '이 사건 본안사건'이라 한다)로 재판을 받고 있다.

나. 신청인은, 위 영상물은 성인 배우가 교복을 입고 연기한 것으로서 실재하는 아동청소년이 한 것이 아니며 누가 봐도 성인물이라는 것을 알 수 있기 때문에 이를 아동청소년이용음란물로 규율하여 처벌하는 것은 부당하다는 취지의 주장을 한다.

2. 위헌심판제청 대상 법률조항 및 재판의 전제성

가. 위헌심판제청 대상은 2011. 9. 15. 법률 제11047호로 개정된 아동청소년의 성보호에 관한 법률(이하, '아청법'이라 한다) 중 제2조 5호 및 같은 법 제8조 제2항(이하, '이 사건 법률조항'이라 한다)이다.

나. 위헌심판제청대상인 이 사건 법률조항 및 아청법 중 관련 법률조항

제2조(정의)

이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "아동 청소년"은 19세 미만의 자를 말한다.
2. "아동 청소년대상 성범죄"는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 죄를 말한다.
다.

가. 제7조부터 제12조까지의 죄(제8조 제5항의 죄는 제외한다)

4. "아동 청소년의 성을 사는 행위"는 아동 청소년, 아동 청소년의 성(성)을

사는 행위를 알선한 자 또는 아동 청소년을 실질적으로 보호 감독하는 자 등에게 금품이나 그 밖의 재산상 이익, 직무 편의제공 등 대가를 제공하거나 약속하고 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 아동 청소년을 대상으로 하거나 아동 청소년으로 하여금 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.

제8조(아동 청소년이용음란물의 제작 배포 등)

아동 청소년이용음란물을 제작 수입 또는 수출한 자는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

영리를 목적으로 아동 청소년이용음란물을 판매 대여 배포하거나 이를 목적으로 소지 운반하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.

자신이 관리하는 정보통신망에서 아동 청소년이용음란물을 발견하기 위하여 대통령령으로 정하는 조치를 취하지 아니하거나 발견된 아동 청소년이용음란물을 즉시 삭제하고, 전송을 방지 또는 중단하는 기술적인 조치를 취하지 아니한 온라인서비스제공자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 온라인서비스제공자가 정보통신망에서 아동 청소년이용음란물을 발견하기 위하여 상당한 주의를 기울이지 아니하였거나 발견된 아동 청소년

년이음음란물의 전송을 방지하거나 중단시키고자 하였으나 기술적으로 현저히 곤란한 경우에는 그러하지 아니하다.

아동 청소년이음음란물을 배포하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

아동 청소년이음음란물을 소지한 자는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

아동 청소년이음음란물을 제작할 것이라는 정황을 알면서 아동 청소년을 아동 청소년이음음란물의 제작자에게 알선한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.

제13조(형벌과 수강명령 등의 병과)

법원은 아동 청소년대상 성범죄를 범한 자에 대하여 유죄판결을 선고하면서 300시간의 범위에서 재범예방에 필요한 수강명령 또는 성폭력 치료프로그램의 이수명령을 병과하여야 한다. 다만, 형법 제10조의 심신장애자 등 수강명령 또는 이수명령을 부과할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

제33조(신상정보 등록대상자)

아동 청소년대상 성범죄로 유죄판결이 확정된 자 또는 제38조제1항제5호에 따라 공개명령이 확정된 자는 신상정보 등록대상자(이하 "등록대상자"라 한다)가 된다.

제34조(신상정보의 제출 의무)

등록대상자는 제33조제1항의 판결이 확정된 날부터 40일 이내에 다음 각 호의 신상정보를 자신의 주소지를 관할하는 경찰관서의 장(이하 "관할경찰관서의 장"이라 한다)에게 제출하여야 한다. 이하 생략

1. 성명
2. 주민등록번호
3. 주소 및 실제거주지
4. 직업 및 직장 등의 소재지

5. 신체정보(키와 몸무게)
6. 사진(등록일 기준으로 6개월 이내에 촬영된 것)
7. 소유차량의 등록번호

등록대상자는 제1항에 따라 제출한 신상정보가 변경된 경우에는 그 사유와 변경내용을 변경사유가 발생한 날부터 30일 이내에 제1항에 따라 제출하여야 한다. 다만, 사진은 최초 등록일부터 1년마다 새로 촬영한 사진을 제출하되, 교정시설 또는 치료감호시설에 수용된 자의 경우에는 석방 또는 치료감호 종료 전에 새로 촬영한 사진을 교정시설 등의 장에게 제출하여야 한다.

제35조(아동 청소년대상 성범죄자의 신상정보 등록 등)

여성가족부장관은 제34조제3항에 따라 송달받은 정보와 등록대상자의 아동 청소년대상 성범죄 경력정보를 등록하여야 한다.

제36조(등록정보의 관리)

여성가족부장관은 등록정보를 최초 등록일(등록대상자에게 통지한 등록일을 말한다)부터 20년간 보존 관리하여야 한다.

제37조(등록정보의 활용 등)

여성가족부장관은 등록정보를 아동 청소년대상 성범죄와 관련한 범죄예방 및 수사에 활용하게 하기 위하여 검사 또는 각급 경찰관서의 장에게 배포할 수 있다.

제44조(아동 청소년 관련 교육기관 등에의 취업제한 등)

아동 청소년대상 성범죄 또는 성인대상 성범죄(이하 "성범죄"라 한다)로 형 또는 치료감호를 선고받아 확정된 자는 그 형 또는 치료감호의 전부 또는 일부의 집행을 종료하거나 집행이 유예 면제된 날부터 10년 동안, 가정을 방문하여 아동 청소년에게 직접교육서비스를 제공하는 업무에 종사할 수 없으며 다음 각 호에 따른 시설 또는 기관(이하 "아동 청소년 관련 교육기관 등"이라 한다)을 운영하거나 아동 청소년 관련 교육기관 등에 취업 또는 사실상 노무를 제공할 수 없다. 다만, 제11호의 경우에는 경비업무에 종사하는 사람,

제13호의 경우에는 의료법 제2조의 의료인에 한한다.

1. 유아교육법 제2조제2호의 유치원
2. 초·중등교육법 제2조의 학교
3. 학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 법률 제2조제1호의 학원, 같은 조 제2호의 교습소 및 같은 조 제3호의 개인과외교습자(아동·청소년을 대상으로 하는 학원, 교습소 및 개인과외교습자만을 말한다)
5. 청소년 보호법 제35조의 청소년 보호 재활센터
6. 청소년활동진흥법 제2조제2호의 청소년활동시설
7. 청소년복지 지원법 제29조제1항에 따른 청소년상담복지센터 및 같은 법 제31조제1호에 따른 청소년쉼터
8. 영유아보육법 제2조제3호의 어린이집
9. 아동복지법 제3조제10호의 아동복지시설
10. 성매매방지 및 피해자보호 등에 관한 법률 제5조제1항제2호의 청소년 지원시설과 같은 법 제10조의 성매매피해상담소
11. 주택법 제2조제2호의 공동주택의 관리사무소
12. 체육시설의 설치·이용에 관한 법률에 따라 설립된 체육시설 중 아동·청소년을 대상으로 하는 체육시설
13. 의료법 제3조의 의료기관

제45조(성범죄의 경력자 취업 점검 확인)

여성가족부장관 또는 관계 중앙행정기관의 장은 다음 각 호의 구분에 따라 성범죄로 유죄판결이 확정된 자가 아동·청소년 관련 교육기관 등에 취업하였는지를 직접 또는 관계 기관 조회 등의 방법으로 점검 확인할 수 있다

제46조(취업자의 해임요구 등)

제45조 제1항 각 호에 따른 중앙행정기관의 장은 제44조 제1항을 위반하여 아동·청소년 관련 교육기관 등에 취업하거나 사실상 노무를 제공하는 자가 있으면 아동·청소년 관련 교육기관 등의 장에게 그의 해임을 요구할 수 있다

다.

제45조 제1항 각 호에 따른 중앙행정기관의 장은 제44조제1항을 위반하여 아동 청소년 관련 교육기관 등을 운영 중인 아동 청소년 관련 교육기관 등의 장에게 운영 중인 아동 청소년 관련 교육기관 등의 폐쇄를 요구할 수 있다.

다. 기타 관련 법률조항

(1) 형법

제243조(음화반포등)

음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

제244조(음화제조 등)

제243조의 행위에 공할 목적으로 음란한 물건을 제조, 소지, 수입 또는 수출한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

(2) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률

제74조 (벌칙)

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 제44조의7 제1항 제1호를 위반하여 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시한 자

(3) 청소년보호법

제50조(벌칙)

다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 영리를 목적으로 제17조 제1항의 규정에 위반하여 청소년에게 청소년유해매체물을 판매·대여·배포하거나 시청·관람·이용에 제공한 자

라. 재판의 전제성

앞서 본 바와 같이 신청인은 영리의 목적으로 이 사건 법률조항에서 규정하는

“아동청소년이용음란물”을 전시·상영하였다는 혐의로 기소되었다.

따라서, 이 사건 법률조항의 위헌 여부는 이 사건 본안사건 재판의 결론을 달리할 수 있으므로 이 사건 위헌심판제청은 이 사건 본안사건의 전제성이 있다.

3. 아청법과 이 사건 법률조항의 입법경위 및 입법 연혁

가. 입법경위

1997. 중학교 여학생이 고교생들과 성행위를 하는 장면이 촬영되고, 그 영상물이 10대들 사이에 컴퓨터 등을 통하여 광범위하게 유통된 ‘빨간 마후라 사건’이 발생하였다. 그 무렵 “원조교제”라는 형태의 성인과 청소년 간의 금전을 매개로 한 성관계 등이 사회문제화 되면서 소위 ‘아동포르노그래피’의 제작 및 유통방지에 대한 대책 및 청소년에 대한 성매매 방지를 위한 논의가 본격화되었다.

나. 2000. 2. 3. 법률 제6261호로 제정된 구 아청법

이에 따라 국회는 2000. 2. 3. 구 아청법¹⁾을 제정하여 청소년에 대한 성추행 등만 아니라 성매매행위, 청소년이용음란물을 제작 또는 배포하는 행위 등에 대하여 가중처벌할 수 있는 법적 토대를 마련하는 한편, 청소년대상 성범죄자에 대한 신상정보 공개 제도를 신설하였다.

이 사건 법률조항 제2조 제5호에 해당하는 구 아청법 제2조 제3호(2005. 12. 29. 개정되면서 제2조 제5호로 변경되었다)는 “청소년이용음란물”을 “청소년이 등장하여 제2호 각목의 1에 해당하는 행위(성교행위, 유사성교행위)를 하거나, 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”이라고 정의하였다.

“청소년이용음란물”의 범위와 관련하여, 검찰은, 미술교사가 “남자라면 한번쯤 이런 삶을 꿈꿔보지 않는가”라는 글 아래 청소년처럼 보이는 만화주인공이 성기가 발기된

1) 구 아청법 제정 당시에도 청소년은 사회적으로 통용되는 아동을 포함하여 19세 미만의 자를 의미하여 현재의 아청법과 동일하다. 제정 당시 법률명은 ‘청소년의 성보호에 관한 법률’이었으나, 그 의미를 명확히 하기 위하여 2009. 6. 9. 법률 제9765호로 법률명을 현재의 아청법으로 하고, 법률조항에 기재된 청소년이라는 용어도 모두 아동청소년이라는 용어로 변경하였다.

채 두 주먹을 불끈 쥐고 하체는 태권도복을 입고 상체를 드러낸 그림영상”을 개인 홈페이지에 게시한 행위가 “청소년이용음란물”을 제작한 행위로 판단하고, 법정형이 징역 5년 이상인 구 아청법 제8조 제1항을 적용하여 기소한 사례가 있었다²⁾. 이에 법원은 구 아청법 제2조 3항 및 제8조 제1항에 대하여 위헌제청을 하였다. 헌법재판소는, 구 아청법 제2조 제3호에서의 “청소년이용음란물”의 “청소년”은 가상의 청소년이 아니라 ‘실재하는 청소년’만을 의미하고, 그림 영상은 실재하는 청소년이 아니므로 “청소년이용음란물”에 해당되지 않는다고 판시하였다(헌법재판소 2002. 4. 25. 2001헌가27 참조). 위 판단에 따라 미술교사는 “청소년이용음란물”을 제작한 혐의부분에 대하여 무죄 판결을 받았다.

다. 2005. 12. 29. 법률 제7801호로 개정된 구 아청법

구 아청법이 2005. 12. 29. 법률 제7801호로 개정되면서 구 아청법 제2조 제5호는 “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”으로 규정하였다. 기존에 음란성을 요건으로 한 것을 탈피하여 “신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위”, “그 밖의 성적 행위”³⁾를 변경 또는 추가함으로써 음란행위 외의 성표현 행위까지 “청소년이용음란물”로 포함하여 처벌할 수 있도록 그 범위를 확대한 것이다. 또한, 영리를 목적으로 하지 않는 청소년이용음란물의 단순배포행위도 처벌하는 규정을 신설하고, 처벌의 실효성을 강화하기 위하여 신상정보등록제 및 청소년 관련 교육기관 등에의 취업을 제한하는 제도 등도 처음 도입되었다.

라. 2011. 9. 15. 법률 11047호로 개정된 아청법

다시 이 사건 법률조항 제2조 제5호의 “아동청소년이용음란물”의 범위가 더 확대

2) 대전지방법원 홍성지원 2001고합54호 위헌제청결정문 참조

3) 정부 제출의 2005. 11. 청소년의 성보호에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고서에 의하면, 삽입행위 이외의 방법으로 청소년에 대한 성적 착취, 학대행위를 하는 경우에도 이를 처벌할 수 있도록 하기 위하여 청소년의 성을 사는 행위의 유형을 추가한다고 되어 있기는 하나, “그 밖의 성적 행위”를 명시한 그 구체적인 이유를 찾아보기는 어렵다.

되어 “(실재하는) 아동청소년”이 등장하는 경우만 아니라, “아동청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물”이 등장하는 경우까지 포함하여 현재의 아청법에 이르게 되었다.

4. 아동포르노그래피에 대한 국제적 논의

가. 문제의 제기

(1) 구 아청법 제정 당시 “아동청소년이용음란물”은 미성년자가 등장하는 음란한 내용의 영상으로 제한하였다. 그러나, 구 아청법이 2005. 12. 29. , 2011. 9. 15. 각 개정되면서, “신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위”, “그 밖의 성적 행위”, “아동청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물” 등이 추가되어 그 범위가 상당히 확대되었다. 그러나 해석상 음란행위 외의 신체노출행위, 성적 행위의 범위가 어디까지인지, 또는 성인배우가 미성년자로 분장한 경우나 가상의 미성년자를 표상하는 캐릭터가 등장하는 애니메이션, 게임물 등의 비사실적 성표현물의 경우까지 포함되는지의 여부가 명확하지 않다.

(2) 우리 정부는 아동포르노그래피(child pornography, 이하, ‘아동포르노’라 한다)를 규제하는 내용의 국제협약을 비준하여 이를 이행할 의무를 부담하고 있다. 국제협약에서 정한 아동포르노와 이 사건 법률조항에서 규정한 “아동청소년이용음란물”은 그 규제취지가 같다. 따라서, 국제협약이나 세계적으로 통용되는 “아동포르노”에 대한 정의와 그 범위를 먼저 검토해 본다.

나. 아동포르노의 논의

(1) 유럽 및 동남아시아에서 아동인신매매, 아동매춘이 성행하고, 컴퓨터, 인터넷 등 신기술이 발달하면서 아동포르노가 지역적 제한을 받지 아니한 채 유포됨에 따라 이를 규제하기 위한 유엔 아동권리협약(The United Nations Convention on the Right of the Child)이 1989. 11. 20. 유엔총회에서 만장일치로 채택되었고, 그 이후 아동포르노를 규제함에 있어서 표현의 자유 등의 제한과 신기술과 함께 출현한 새로운 가상아동이미지와 관련하여 어디까지를 아동포르노를 볼 것인가에 대한 많은 논의가 있어 왔

다.

(2) 유엔 아동권리협약은 통상 아동을 18세 미만의 자⁴⁾로 정하고 있고, 이것이 국제적인 기준이 되고 있기는 하나, 포르노에 대한 개념은 각 국가별 상황에 따라 상이하여 그 정의가 쉽지 않다.

(3) 통상 학자들은 ‘포르노는 인간의 육체 또는 성행위를 노골적으로 묘사, 서술한 것으로서 성적 자극과 만족을 위하여 이용되는 성표현물⁵⁾’ 또는 ‘성행위를 명시적으로 나타내는 묘사물⁶⁾’이라고 정의한다. 즉 포르노는 음란개념보다 넓은 의미를 담고 있는 비법률적 문화적 개념으로서 ‘에로틱하고 성적인 행동의 묘사’를 지칭하기는 하지만, 예술적이고 문학적인 가치를 지니고 있는 성적인 행동의 묘사도 포괄하는 개념이다⁷⁾. 이 중 인간의 존엄성과 가치를 심각하게 훼손·왜곡했다고 볼 수 있을 정도의 소위 ‘하드코어 포르노’⁸⁾는 불법인 음란물로 분류되고, 그 외의 소위 ‘소프트코어 포르노’는 그 자체가 불법 표현물은 아니어서 일반적으로 성인에게는 허용되고 아동에게는 금지된다고 한다⁹⁾.

(4) 미국 연방 대법원은 Ferber 판결(New York v. Ferber, 458 U.S. 747, 1982)을 통하여 헌법상 표현의 자유를 받지 못하는 음란물을 판단하는 기준인 Miller 판결¹⁰⁾에 의한 3단계 음란성 판단기준을 완화하여 아동포르노가 아동에 대한 성적 착취를 통해 제작된 것이며, 제작 및 소지가 실제 아동에 대한 성적 학대와 연결되므로, 아동포르노는 음란하지 않더라도 성에 대하여 노골적인 내용을 담고 있는 표현물이면 표현의

4) 우리나라에서 사회적으로 통용되는 아동은 통상 초등학교 이하의 어린이를 지칭하는 것이므로, 미성년자라는 표현하는 것이 정확해 보이나, 국제적 논의와 관련된 부분에 한하여 미성년자라는 의미로 아동이라는 용어를 그대로 사용한다.

5) 김용화, 아동 포르노 근절에 관한 연구, 영남법학 제31호, 2010., 398쪽 참조

6) 박기범, 아동성범죄와 인터넷상의 아동포르노그래피, 형사정책연구 18권 제1호, 2007. 3. 150쪽 참조

7) 심희기, 아동포르노그래피와 한국의 청소년 성보호법, 비교형사법연구 제5권 제2호, 2003. 12. 888쪽 참조

8) 서구에서는, 폭력적 성표현물이거나, 여성을 남성의 종속적인 대상으로만 묘사하는 등의 성표현물, 아동포르노, 혼음 등 성에 관한 가치관과 배치되는 성표현물 등을 하드코어 포르노로 분류하고, 이를 일반적으로 금지하는 반면, 그 외의 경우, 즉 부부간의 성행위와 같은 성행위 또는 성행위와 관련된 성기노출이 포함된 비폭력적 비품위손상적인 성표현물, 성기의 노출이 없는 비폭력적 비품위손상적인 성표현물, 나체 등은 소프트코어 포르노라 하여 성인에 한하여 이를 일반적으로 허용되고 있다., 김영환, 이경재, 음란물의 법적 규제 및 대책에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 132쪽 이하 참조

9) 이향선, 디지털시대의 가상아동포르노 규제, 한국방송학보 27권 2호, 2013., 230쪽 참조

10) <http://www.lawtimes.co.kr/LawNews/News/NewsContents.aspx?serial=41575>, 법률신문 2008. 8. 4. “[미국 헌법판례열람] Miller판결과 음란성 판단의 현대적 기준 정립” 기사 참조

자유를 제한할 수 있다고 판시하였다¹¹⁾. 이 판결은 아동포르노와 관련하여 일반적인 국제 기준으로 지지를 받고 있다.

(5) 즉 통상 아동포르노란, 우리나라에서 사용되는 음란물보다 더 광의의 개념으로 18세 미만 아동(미성년자)을 등장시켜 제작된 포르노물을 일컫는 것으로서, 하드코어 포르노에 이르지 않더라도 성에 관하여 노골적인 내용을 담고 있는 표현물을 일컫는다. 다만 포르노는 비법률적, 문화적 개념이므로, 법률적으로 정의하고 규제하고자 하는 아동포르노와 완전히 일치하는 것은 아니고, 각국의 사정에 따라 아동포르노의 정의는 다양하다. 그렇기 때문에 아래와 같이 법률적으로 정의하는 아동포르노에 대한 국제적 논의를 살펴본다.

다. 아동포르노에 관한 국제적 협약과 국제 운동

(1) 유엔의 “아동매매, 아동매춘 및 아동포르노그래피에 관한 선택의정서”의 채택

유엔은 2000. 5. 25. 총회 결의로 유엔 아동권리협약의 실제적인 이행을 담보하기 위하여 “아동매매, 아동매춘 및 아동포르노그래피에 관한 선택의정서(Optional Protocol to the Convention on the Rights of the child on the sale of children, child prostitution and child pornography, 이하 ‘유엔 아동의정서’라 한다)”를 채택하였고, 우리 정부도 2004. 9. 6. 비준하여 2004. 10. 24. 발효되었다. 유엔 아동의정서 제2조 (c)항¹²⁾은 “그 방법을 불문하고 실제로 또는 연기로(simulated) 노골적인 성적 행위를 하는 아동을 보여주는 것 또는 주로 성적인 목적으로 아동의 성적 신체부위를 보여주는 것”을 “아동포르노”라고 규정하였다. 여기서 아동(a child)이라 함은 18세 미만의 실재하는 아동을 의미하는 것으로서 가상의 아동을 의미하지 않는 것으로 해석된다¹³⁾.

11) 박경신, 가상아동포르노그래피 규제의 위헌성, 185쪽 참조

12) Article 2

(c) Child pornography means any representation, by whatever means, of a child engaged in real or simulated explicit sexual activities or any representation of the sexual parts of a child for primarily sexual purposes.

13) http://www.internationalresourcecentre.org/en_X2/Documents/LegislationEuropol_2005.pdf 참조, 유럽경찰(Europol)이 2005. 발간한 “Child Pornography Legislation within the European Union”에서 “As previously mentioned, the UN Protocol does not recognise virtual child pornography”라고 하면서 실재하는 아동(a real child)만을 인식하였다고 밝힌 바 있고(6쪽 참조), 영문판 위키백과 중 유엔 아동의정서의 해설에서도 동일하게 파악하고 있다. 그러나, 일부 국내 학자들은 유엔 아동의정서에서 아동포르노에 가상의 아동이 등장하는 포르노(가상아동포르노)도 포함한 것으로 보고 있는 경우가 많다. 같은 의견으로 박경신 184쪽 참조

(2) 유럽이사회의 사이버범죄방지협약 및 성적착취 및 학대로부터의 아동보호를 위한 협정 체결

유럽이사회에 의하여 컴퓨터 시스템을 통하여 미성년자가 출연하는 아동포르노를 제작하거나 배포, 소지하는 행위를 범죄화하도록 하는 내용의 “사이버 범죄에 관한 협약(Convention on Cybercrime, 이하 ‘사이버범죄방지협약’이라 한다)”이 2001. 11. 23. 부다페스트에서 30개국에 의하여 서명되었고, 우리 정부도 2001. 11. 서명하여 위 협약이 2004. 7. 발효되었다. 사이버범죄방지협약 제9조 제2, 3항¹⁴⁾에 의하면, “18세 미만의 미성년자로서 노골적인 성적 행위(sexually explicit conduct)를 하는 미성년자, 노골적인 성적 행위를 하는 미성년자로 보이는 사람¹⁵⁾, 노골적인 성적 행위를 하는 미성년자를 표현하는 사실적인 이미지 등을 시각적으로 묘사한 포르노그래피 자료를 “아동포르노”로 정의하여, “가상아동포르노(Virtual Child Pornography)”¹⁶⁾도 규제할 수 있는 근거를 마련하였다. 다만, 협약 제9조 제4항에 의하여 당사국에게 위 ,

14) Article 9 – Offences related to child pornography

2. For the purpose of paragraph 1 above, the term "child pornography" shall include pornographic material that visually depicts:

a. a minor engaged in sexually explicit conduct;
b. a person appearing to be a minor engaged in sexually explicit conduct;
c. realistic images representing a minor engaged in sexually explicit conduct.

3. For the purpose of paragraph 2 above, the term "minor" shall include all persons under 18 years of age. A Party may, however, require a lower age-limit, which shall be not less than 16 years.

4. Each Party may reserve the right not to apply, in whole or in part, paragraphs 1, sub-paragraphs d. and e., and 2, sub-paragraphs b. and c.

15) 사이버범죄방지협약 해설서에 의하면, 성인이 미성년자를 연기한 경우에도 이에 해당하는지 여부는 언급되지 아니하였다.

16) <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=185&CL=ENG> 참조, 사이버범죄방지협약에 관한 해설서에 의하면 9조 제2항 c호는, ‘기존의 사람의 이미지를 변형한 이미지, 또는 전적으로 컴퓨터에 생성된 이미지와 같이 실재하는 아동이 실제로 노골적인 성적 행위에 참여하지 않은 이미지를 규정하는 것이라고 한다. 한편, 유럽경찰(Europol)이 2005. 발간한 “Child Pornography Legislation within the European Union”에 의하면(6쪽), 가상공간에서 이미지를 합성하거나 변형하는 등으로 실제 이미지와 가상의 이미지 사이를 구별할 수 없는 가상의 이미지, 즉 pseudo-photographic images의 경우를 가상아동포르노로 정의하고 있는 것으로 보인다. 사이버범죄조약 해설서에 의하면, 보호법익이 약간 다르다는 설명이 있기는 하나, 가상공간에서 창출된 아동의 사실적인 이미지가 아동의 법익 침해와 전혀 관련이 없는 경우도 포함하고 있는지는 명시적으로는 밝히지는 않았다. 다만, 위 협약은 아동포르노를 사실적인 이미지로 한정하여 애니메이션 캐릭터 등 비사실적인 이미지는 배제하고 있는 게 분명해 보인다. 또한 사이버범죄방지협약은 사이버공간에서 미성년자가 참여하지 않은 채 기존의 이미지를 변형하는 등으로 가상의 아동 이미지를 생성시키는 것 등에 대한 대응으로, 사이버공간이 아닌 현실공간에서 성인배우가 미성년자로 분장한 경우가 주제로 된 것이 아님은 명백해 보인다.

을 적용하지 않을 권리를 부여하였다.

다시 유럽이사회는 2007. 10. 25. “아동의 성적 착취 및 성적 남용으로부터 아동의 보호에 관한 협약(Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, 이하, 아동보호협약이라 한다)”을 제출하여 같은 날 독일을 포함한 24개국이 이 협약에 서명하였다. 아동보호협약 제20조17)에 의하면, 유엔 아동의정서에 기반하여 아동포르노를 “시각적으로 실제로 또는 연기로(simulated) 노골적인 성적 행위(sexually explicit conduct)를 하는 아동 또는 주로 성적인 목적으로 아동의 성적 신체부위를 보여주는 것”¹⁸⁾이라고 규정하였다. 다만, “(아동의) 연기하는(simulated) 표현물 또는 가상의 아동의 사실적인 이미지로 전적으로 구성되어 있는 경우”에는 사이버범죄방지협약과 마찬가지로 당사국이 전체 또는 부분적으로 아동포르노의 제작 및 소지에 관한 처벌을 적용하지 않을 권리를 부여하였다.

(3) 국제미아착취아동보호센터의 아동포르노에 관한 입법활동

세계적으로 아동포르노방지 등 포괄적인 아동보호에 관한 입법활동을 벌이고 있는 ‘국제미아착취아동보호센터(The International Centre for Missing Exploited Children : 이하, ICMEC라 한다)는 아동보호법을 입법함에 있어서 법관 등 법률가들이 의문의 여지가 없도록 아동포르노를 정의할 것을 권고하였다. ICMEC는 매년 입법활동과 관련한 보고서를 발간하였다. 이에 의하면, 아동포르노를 정의함에 있어서 아동은 18세 미만으로 규정되어야 하고, (실제의 또는 연기의) 성적인 노출, 성행위 또

17) Article 20 – Offences concerning child pornography

2. For the purpose of the present article, the term “child pornography” shall mean any material that visually depicts a child engaged in real or simulated sexually explicit conduct or any depiction of a child’s sexual organs for primarily sexual purposes.

3. Each Party may reserve the right not to apply, in whole or in part, paragraph 1.a and e to the production and possession of pornographic material:

– consisting exclusively of simulated representations or realistic images of a non-existent child;

18) 아동보호협약은 규제대상 표현방식을 ‘시각적 묘사’로 비교적 좁게 한정했으나 그 표현수단을 ‘모든 제작물(any material)’로 하여 만화, 소묘, 회화, 조각 등 모든 시각적 표현물을 포함할 수 있도록 했다고 보는 견해도 있다. 그러나, 아동보호협약 해설서(Explanatory Report)에 의하면, 아동포르노의 정의를 규정한 제20조 제2항은 유엔 아동의정서에 기초하였고, 시각적 묘사물은 컴퓨터 디스켓, 또는 다른 전자적 수단 또는 기타 시각적 이미지로 변환할 수 있는 기타저장장치에 저장된 데이터를 포함한다고 되어 있으며 사실적인 이미지를 언급했을 뿐, 만화, 조각 등이 포함된다는 언급은 없어서 의문이다. 유엔 아동의정서는 실재하는 아동을 대상으로 한 포르노에 한정하였다고 설명한 바 있다.

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=201&CL=ENG> 참조

는 연기하는 아동을 시각적으로 표현하거나 묘사하는 것을 포함해야 하며¹⁹⁾, 특히, 사이버공간에서 새로이 나타난 아동포르노의 제작과 유통을 주목하여 아동포르노 제작에 이용될 수 있는 모든 형태의 미디어, 인터넷을 포함한 아동포르노 유포에 이용될 수 있는 모든 방법에 대하여도 정의되어야 하나, 위와 같은 사항만 제한되지 않는다고 밝혔다. 나아가 ICMEC가 제시한 모델 법률²⁰⁾에서도 유엔 아동의정서를 기반으로 하여 아동포르노를 정의하면서 아동과 구별할 수 없는 사진, 데생, 컴퓨터생성 이미지도 아동포르노에 포함하는 것으로 규정하였다.

(4) 위에서 보는바와 같이 유엔 아동의정서는 아동포르노를 실재하는 아동을 대상으로 한 것으로 정의하여 성인이 아동을 연기하거나 또는 아동캐릭터가 등장하는 비사실적 애니메이션의 경우는 아동포르노에 포함하지 아니하였다. 유럽이사회는 사이버범죄방지협약은 사이버공간에서 새로이 나타나는 가상의 아동이미지를 규제할 법적 근거를 마련하였고, 이에 이은 유엔이사회는 아동보호협약은 사이버범죄방지조약과 달리 유엔 아동의정서에 기반하여 아동포르노를 정의하였다. 아동보호협약도, 사이버범죄방지조약과 같이 아동포르노를 사실적 이미지로 한정하여 비사실적인 애니메이션, 게임물의 적용을 원칙적으로 배제하였다. 아동보호협약에 성인이 아동으로 연기한 경우에도 아동포르노에 포함시켰는지는 다소 불분명하나, 유엔 아동의정서에 기반하여 아동포르노를 정의한 점, 해설서에 중요한 사안일 수 있는, 성인이 아동으로 연기한 경우에 대하여 아무런 언급이 없는 점, 성인이 아동으로 연기한 경우를 음란물규제법이 아닌 아동포르노법 위반으로 처벌한 사례가 없어 보이는 점 등에 비추어 보면, 이를 배제한 것이 명백해 보인다.

19) <http://www.icmec.org/missingkids/servlet/PublicHomeServlet> 참조

ICMEC가 2010.에 발간한 'Child Pornography : Model Legislation & Global Review(아동 포르노그래피 : 모델 법률 및 글로벌 개관)' 6판, 1쪽 참조, "The definition should include, at a minimum, the visual representation or depiction of a child engaged in a (real or simulated) sexual display, act, or performance"

20) Article 45 -- Prohibition of Child Pornography.

(1) Child pornography shall mean any representation of a child engaged in real or simulated sexual activities or any representation of the sexual parts of a child for the purpose of sexual gratification recorded by any means including but not limited to print publications, films, audio recordings, games, electronic data, digital images, internet broadcasts, and photographs. This shall include pictures, drawings, and computer-generated images that are indistinguishable from that of a child.

위 각 협약이 아동의 법익 침해와 전혀 관련이 없는 가상의 아동이미지의 경우도 아동포르노에 포함하는지는 명확하지는 않으나, 적어도 당사국으로 하여금 ‘가상의 아동이미지’를 유보할 수 있는 권리를 부여하였다.

라. 각국의 입법례

(1) 미국의 경우

미국은 1996. 실제 아동을 이용하여 만들어진 필름, 비디오, 사진 등의 영상뿐만 아니라 아동처럼 어려 보이는 성인을 이용해 만들어진 포르노와 컴퓨터를 이용해 아동으로 묘사된 가상이미지(virtual graphic image)의 포르노를 제작·반포·조장·광고 등의 행위를 하는 자를 모두 처벌할 수 있도록 하는 내용으로 한 아동포르노방지법(Child Pornography Prevention Act of 1996, 이하 ‘CPPA법’라 한다)을 제정하였다.

그러나, 미국 연방대법원은 2002. 4. 16. ‘가상의 아동포르노 이미지는 본질적으로 아동의 성적 학대와는 관련이 없기 때문에 이를 아동포르노에 포함시켜 처벌하는 것은 위헌’이라고 결정하였다²¹⁾.

이에 미국 의회는 2003. PROTECT법(the Prosecutorial Remedies and Other Tools to end the Exploitation of Children Today Act of 2003)을 제정하여 아동포르노를 “미성년자를 이용하여 노골적인 성적 행위에 참여케 하는 시각적 묘사물, 또는 미성년자가 노골적인 성적 행위를 하거나 또는 그것과 구별할 수 없는 디지털이미지, 컴퓨터 이미지, 또는 컴퓨터생성 이미지로서의 시각적 묘사물, (실제 존재하는 사람으로) 식별할 수 있는 미성년자가 노골적인 성적 행위를 하는 것으로 창조되거나 또는 조정되거나 변형된 시각적 묘사물²²⁾”(2256조)이라고 규정하여 가상의 이미지이지만 실재하는

21) 박선영, 가상공간에서의 표현의 자유와 청소년의 보호, 인터넷법률 통권 제15호, 2003. 1., 136쪽 참조

22) Section 2256 – Definitions for Chapter.

(8) “child pornography” means any visual depiction, including any photograph, film, video, picture, or computer or computer-generated image or picture, whether made or produced by electronic, mechanical, or other means, of sexually explicit conduct, where –

(A) the production of such visual depiction involves the use of a minor engaging in sexually explicit conduct; or

(B) such visual depiction is a digital image, computer image, or computer-generated image that is, or is indistinguishable from, that of a minor engaging in sexually explicit conduct; or

(C) such visual depiction has been created, adapted, or modified to appear that an identifiable minor is engaging in sexually explicit conduct.

미성년자로 식별할 수 있는 경우²³⁾를 아동포르노에 포함하되, 실재하는 미성년자로 식별할 수 없는 경우, 즉 법익 침해가 없는 경우의 가상아동포르노는 배제하였다²⁴⁾.

(2) 독일, 일본, 영국 등 국가의 경우

독일의 경우 독일형법²⁵⁾ 186조b에 실재하는 아동에 대한 성적 남용을 내용으로 한 것으로 한정하고 있고, 일본 또한 같다²⁶⁾. 영국²⁷⁾, 핀란드 등 몇몇 국가의 경우만 아동포르노에 가상아동포르노를 포함시키고 있지만²⁸⁾, 유럽연합 대부분의 나라는

23) 아동에 대한 법익 침해가 있는 경우이지만, 이 경우도 넓은 의미의 가상아동포르노에 포함된다.

24) 다만, 실재하는 아동청소년의 법익 침해와 관련이 없는 (좁은 의미의) 가상아동포르노의 경우, 아동포르노와 달리 Miller 판결의 음란성 기준을 기반으로 하여 규제할 수 있는 법적 근거를 마련하였다. 박경신 204-205쪽, 이향선, 252쪽 참조

25) 독일 형법은 실재하는 아동의 성적 남용을 내용으로 한 아동포르노 일반을 금지하되, 아동포르노(제184조의b, 14세미만 아동)와 청소년포르노(제184조의c, 14세에서 18세에 해당하는 청소년)을 별도로 규율하면서 성적 행위와 활동은 해당 보호법익과 관련되어야만 한다고 규정하고 있다.

독일형법은 아래와 같이 규정하고 있다.

Section 176(Child abuse)

(1) Whosoever engages in sexual activity with a person under fourteen years of age (child) or allows the child to engage in sexual activity with himself shall be liable to imprisonment from six months to ten years.

Section 184b(Distribution, acquisition and possession of child pornography)

(1) Whosoever

3. produces, obtains, supplies, stocks, offers, announces, commends, or undertakes to import or export in order to use them or copies made from them within the meaning of Nos 1 or 2 above or facilitates such use by another pornographic written materials (section 11 (3)) related to sexual activities performed by, on or in the presence of children (section 176 (1)) (child pornography)

shall be liable to imprisonment from three months to five years.

(2) Whosoever undertakes to obtain possession for another of child pornography reproducing an actual or realistic activity shall incur the same penalty.

Section 184c(Distribution, acquisition and possession of juvenile pornography)

(1) Whosoever

3. produces, obtains, supplies, stocks, offers, announces, commends, or undertakes to import or export in order to use them or copies made from them within the meaning of Nos 1 or 2 above or facilitates such use by another pornographic written materials (section 11 (3)) related to sexual activities performed by, on or in the presence of persons between the ages of fourteen to eighteen years (juvenile pornography) shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

Section 184g(Definitions)

Within the meaning of this law

1. sexual acts and activities shall only be those which are of some relevance in relation to the protected legal interest in question;

26) 일본은 1999. '아동매춘, 아동포르노에 관한 행위 등 처벌과 아동보호 등에 관한 법률'을 제정하면서 아동포르노에서 가상아동포르노를 배제하였다. 자세한 것은, 이경재, 일본법상 아동매춘등죄와 아동포르노반포등죄에 관한 고찰, 형사정책연구 11권3호 참조

27) 영국의 경우, 2009년에 제정된 법률(Coroners and Justice Act)에는 아동을 그린 만화포르노도 규제대상으로 명시하였다고 한다. 이향선 246쪽 참조

28) 그러나, 각 나라마다 그 나라의 사정에 따라 그 법률조항이 다를 수밖에 없고, 이에 따라 아동포르노의 범위 또한 상이하여, 가상아동포르노를 규제하더라도, 성인이 아동으로 분장한 경우나 아동캐릭터가 등장하

그렇지 아니한 것으로 보인다²⁹⁾.

마. 학계에서의 가상아동포르노의 정의 및 규제의 정당성에 대한 논란

(1) 유엔 아동의정서는 2000. 5. 25. 아동포르노를 하드코어 포르노 또는 음란물에 국한하지 않고 더 넓혀 “(실재하는) 아동의 실제로 또는 연기로 노골적인 성적 행위를 하거나, 주로 성적 목적으로 아동의 성적 부위를 보여주는 것”을 “아동포르노”라고 규정하였다. 컴퓨터그래픽 등의 기술로 이미 존재하는 이미지를 변형하거나 합성하는 등의 방법, 예를 들어 성인의 신체에 아동의 얼굴을 합성하는 등으로 실재하는 아동의 참여 없이 가상의 이미지로 아동의 사실적 이미지를 형성할 수 있게 되면서 이에 대응하여 유럽이사회는 사이버범죄방지협약 및 아동보호협약은 ‘가상의 아동의 사실적인 이미지로 구성된 경우’, 즉 가상아동포르노도 아동포르노의 범주에 포함시켰다.

(2) 사이버공간에서 실재하는 아동이 성표현물 제작에 참여하지 않더라도 컴퓨터 등을 이용하여 합성, 변형, 생성 등을 통하여 실재하는 아동으로 식별할 수 있게 되는 경우와 같은 가상아동포르노를 실제아동포르노의 범주에 포함시키는 견해도 있다. 여하튼 이 경우 가상의 이미지라 하더라도 아동에 대한 법익의 침해가 있으므로 아동포르노로 보고 규제하여야 한다는 점은 일반적으로 지지받는 것으로 보인다³⁰⁾.

(3) 그러나, 이와 달리 실재하는 아동으로 인식(식별)할 수 없는 사실적인 이미지의 경우, 즉 좁은 의미의 가상아동포르노도³¹⁾ 아동포르노의 범주에 포함하여 규제하여

는 비사실적인 애니메이션의 경우를 아동포르노로 아동포르노에 포함시켜 이를 일반적으로 규제하는 것으로는 보이지 않는다. 애니메이션 아동캐릭터나 성인이 청소년 역할로 등장하는 포르노물을 법조문에서 명시적으로 아동포르노 규제를 하고 있는 나라는 없다고 한다. 박경신 189쪽 참조

29) 유럽경찰, “Child Pornography Legislation within the European Union” 2005. 2쪽 참조

‘Article 1 of the Framework Decision defines virtual CP as *realistic images of a nonexistent child* involved or engaged in sexual conduct. Only a few MS recognise virtual CP in their national law, e.g. in the United Kingdom and Finland virtual child pornography is part of the definition of CP. This implies that possession of virtual child pornography is also referred to as a crime which is not the case in most of the Member States’. 그렇지 않다는 의견도 있다. 이향선 237쪽 참조

30) 박경신, 186-187쪽 참조

31) 이에 대한 자세한 설명은 이향선, 231-233쪽 참조, 성인배우가 아동으로 연기한 경우나 실제아동으로 인식할 수 없는 아동캐릭터가 등장하는 애니메이션의 경우를 가상아동포르노로 분류하는 견해(박경신, 187쪽 참조)도 있다. 그러나, 유럽이사회는 사이버범죄협약, 아동보호협약은 사이버공간에서 창출되는 가상의 이미지에 주목하였다. 또한 비사실적인 애니메이션 등의 이미지가 아닌 사실적 이미지만을 아동포르노에 포함시키고 있으며, 세계적으로 성인이 청소년을 연기하였다고 하여 아동포르노법으로 처벌된 사례도 없어 보이므로, 위와 같은 경우를 가상아동포르노로 분류하는 것이 타당한지는 의문이다. 그러나, 이 사건 법률조항 제2조 제5호는 해석 여하에 따라 위와 같은 경우에도 “아동청소년이용음란물”에 해당된다고 볼 수 있어서 이 사건 법률조항의 해석과 관련해서는 위와 같은 분류를 따른다.

야 하는가에 대한 견해의 대립이 있다.

(좁은 의미의) 가상아동포르노를 아동포르노 범주에 포함되어야 한다는 견해는, 아동에 대한 성적 착취는 없지만, 소아성애자³²⁾의 성적 환상을 자극하여 실제 아동학대로 이어질 개연성이 커서 가상아동포르노는 아동과 사회에 2차적 피해를 유발시킨다는 것이다. 또한 과학기술발달로 가상아동포르노와 실제아동포르노를 구별하기 어려워 아동 연령을 쉽게 확인할 수 없어서 아동포르노 범죄자를 소추하기 어려우므로, 이를 포함시키는 것이 아동성범죄자를 근절할 수 있고, 가상아동포르노는 그를 접하는 아동에 유해하다는 이유를 그 논거로 제시하고 있다³³⁾.

반면에 이에 반대하는 견해는 아동포르노 범죄자를 소추하기 위하여 가상아동포르노를 규제하는 것은 수사 편의적 발상이고, 가상아동포르노는 해악 즉, 아동에 대한 침해행위가 없어서 표현의 자유를 제한할 명백하고 임박한 위험이 없으며, 가상아동포르노가 아동성범죄를 유발한다는 인과관계 또는 과학적 근거가 없고, 단지 장래의 행위에 미칠 것이라는 우려만으로는 이를 규제할 정당한 근거가 되지 못한다고 한다³⁴⁾.

(4) 이 사건 법률조항 제2조 제5호가 2005. 12. 29., 2011. 9. 15. 각 개정되면서 “아동청소년이용음란물”의 범위가 급격하게 확대되어 음란물 외의 성표현물을 규제할 수 있게 되었고, 또한 그 해석 여하에 따라 법익의 침해가 없는 가상아동포르노도 규제할 수 있게 되었다.

그러나, 개정된 이 사건 법률조항 제2조 제5호에서 규정한 “아동청소년이용음란물”의 범위가 해석 여하에 따라 세계적으로 유래 없이 확대될 수 있어서 이 사건 법률조항이 죄형법정주의에서 도출된 명확성의 원칙에 위배하고, 과잉금지의 원칙에 반하며, 결국 표현의 자유 등을 지나치게 제한하는 것이 아닌가 하는 논란이 발생하게 되었다.

32) 또는 아동성애자라고도 한다. 의학적 진단명으로서 소아성애자(padophilia)는 만 16세 이상의 사람이 사춘기 이전의 어린이들에게 특별히 성적 관심을 나타내는 사람을 지칭한다. 아동포르노에서 아동은 만 18세 미만을 말하므로, 소아성애자로 칭하는 것이 의미 전달이 좀 더 정확해 보인다. 위키백과 중 ‘소아성애증’ 참조

33) 심희기 896쪽, 이향선 234쪽 참조

34) 박경신 193-198쪽 참조

이하 이 사건 법률조항이 헌법에 위배되는지 여부를 살펴본다.

5. 죄형법정주의와 명확성의 원칙 위배

가. 신청인 변호인의 주장

이 사건 법률조항 제2조 제5호에서 규정하고 있는 “아동청소년이용음란물”이 명확히 규정되어 있지 않아서 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇인지 예견할 수 없고, 그 해석여하에 따라서 이 사건 법률조항 제8조 제2항의 구성요건해당성 여부도 달라진다는 점에서 이 사건 법률조항은 명확성의 원칙을 내용으로 한 죄형법정주의 원칙에 위반하여 위헌이다.

나. 표현의 자유 및 죄형법정주의와 명확성의 원칙

법률은 되도록 명확한 용어로 규정하여야 한다는 명확성의 원칙은 민주주의 법치주의 원리의 표현으로서 모든 기본권제한입법에 요구되는 것이나, 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서는 더욱 중요한 의미를 지닌다. 현대 민주사회에서 표현의 자유가 국민주권주의 이념의 실현에 불가결한 것인 점에 비추어 볼 때, 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축효과를 수반하고, 그로 인해 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 가능케 하여 이러한 표현들이 상호 검증을 거치도록 한다는 표현의 자유의 본래의 기능을 상실케 한다. 즉, 무엇이 금지되는 표현인지가 불명확한 경우에, 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권주체는 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높은 것이다. 그렇기 때문에 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다(헌법재판소 2002. 6. 27. 99헌마480 참조).

다. 구체적 검토

(1) 이 사건 법률조항 제2조 제5호에서의 “아동청소년이용음란물”의 정의

이 사건 법률조항은 표현의 자유에 대한 제한입법이며, 동시에 형벌조항에 해당하므로, 특히 엄격한 의미의 명확성원칙이 적용되는바, 이에 근거하여 이 사건 법률

조항의 위헌성을 살펴본다.

아청법 제2조 제1호는 “아동청소년³⁵⁾”은 “19세 미만의 자³⁶⁾”를 말한다”고 규정하고, 이 사건 법률조항 제2조 제5호는 “아동청소년이용음란물”을 “아동청소년 또는 아동청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여 제4호의 어느 하나에 해당하는 행위(성교행위, 유사성교행위, 신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위, 자위행위)를 하거나, 그 밖의 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 것으로서 필름 비디오물 게임물 또는 컴퓨터나 그 밖의 통신매체를 통한 화상 영상 등의 형태로 된 것³⁷⁾”이라고 규정하였다.

(2) 행위의 모호성

(가) 입법 당시의 구 아청법 제2조 제3호는 ‘음란성’을 기본 구성요건으로 하였다³⁸⁾. 그러나, 2005. 12. 29. 법률 제7801호로 개정되면서 “청소년이용음란물”을 ‘청소년이 등장하여 제4호의 어느 하나에 해당하는 행위(성교행위, 유사성교행위, 신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위, 자위행위)를 하거나 그 밖의 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 것’으로 확대하여 ‘음란³⁹⁾’에 이르지 않는 신체노출행위 및 성적 행위’도 규제할 수 있는 법적 토대를 마련하였다. 앞서 본 바와 같이 미성년자를 더욱 두텁게 보호하기 위하여 국제협약,

35) 아청법에서 아동청소년은 19세 미만의 자라고 하였으나, 아동청소년보다 미성년자라고 표현하는 것이 정확해 보이고, 사회적으로 통용되는 아동은 통상 초등학교 이하의 시기에 있는 사람일, 청소년은 아동을 벗어난 19세 미만의 자를 의미한 것으로 보이므로, 의미의 정확한 전달을 위하여 이후 ‘아동청소년’을 ‘미성년자’로, ‘아동’은 ‘사춘기 전의 미성년자’를, ‘청소년’은 ‘사춘기 이후의 미성년자’를 의미하는 것으로 혼용하여 사용하기로 한다. 다만, 민법에서는 미성년자를 19세 이하의 자로 규정하고 있다.

36) 앞서 본 유엔 아동의정서, 국제협약이 제시하는 만 18세 미만보다 연령기준이 높아 국제적 기준에서 아동 포르노에 해당되지 않는 것이 우리나라에서는 아동포르노로 규제받는 등의 문제점이 있어 이에 대한 검토도 필요한 것으로 보인다. 같은 의견으로 이향선, 256쪽 참조

37) 국제 협약이나 세계 각국의 입법 추세는 화상, 영상 등만으로 제한하고 있지 않다.

38) 극히 예외적으로 성교행위 등의 영상이 의학, 예술, 공무적 행위 등과 관련되어 음란물이라고 볼 수가 없는 경우도 있으나, 예시된 경우가 음란물의 전형적인 형태이므로, 논의의 편의상 ‘음란성’을 기본요건으로 하고 있다고 본다.

39) 헌법재판소는, “‘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 것으로서, 사회의 건전한 성도덕을 크게 해칠 뿐만 아니라 사상의 경쟁메커니즘에 의해서도 그 해악이 해소되기 어려워 언론·출판의 자유에 의한 보장을 받지 않는 반면, “저속”은 이러한 정도에 이르지 않는 성표현 등을 의미하는 것으로서 헌법적인 보호영역 안에 있고, “음란”의 개념과는 달리 “저속”의 개념은 그 적용범위가 매우 광범위할 뿐만 아니라 법관의 보충적인 해석에 의한다 하더라도 그 의미내용을 확정하기 어려울 정도로 매우 추상적이다”라고 판시하였다(헌법재판소 1998. 4. 30. 선고 95헌가16 참조).

ICMEC만 아니라, 세계 각국이 아동포르노를 음란물에 한정하지 않고 있는 것에 비추어도 국회가 “아동청소년이용음란물”의 범위를 확대한 것은 바람직한 조치로 보인다.

그러나, 입법권자가 형벌법규의 내용을 애매모호하거나 추상적으로 규정하면, 국민이 무엇이 금지된 행위인지를 알 수 없어 법을 지키기가 어렵게 된다.

(나) “그 밖의 성적 행위”의 모호성

통상 학자들은 일반적으로 “포르노”를 인간의 육체 또는 성행위를 노골적으로 묘사한 것으로서 성적인 자극과 만족을 위하여 이용되는 성표현물로 보고 있고, 유엔아동의정서는 “실제로 또는 연기로 노골적인 성적 행위(explicit sexual activities)를 하는 아동을 보여주는 것”을 아동포르노의 한 유형으로 정하였다. 더불어 유럽이사회의 아동보호협약 등은 당사국으로 하여금 성행위, 자위행위 등 노골적인 성적 행위(explicit sexual activities)의 하위개념을 정의할 것을 의무화하였다⁴⁰).

그에 반하여 우리나라는 “그 밖의 성적 행위”를 “아동청소년이용음란물”의 한 유형으로 규정하고 있기는 하나 그 의미를 정의하고 있지 않고, 이를 수식하는 문언도 없다. ‘음란’ 또는 ‘저속⁴¹’이라는 법률용어와 달리 우리나라는 “성적 행위”를 법률용어로 사용한 적이 없고 음란물 외의 성표현물 중 “그 밖의 성적 행위”에 해당한다고 하여 실제 처벌한 사례도 발견되지 않아 이에 대한 토론 또는 연구결과도 없다. 또한, “그 밖의 성적 행위”가 국제적으로 논의되는 “포르노”와 별다른 역사적, 이론적, 용어적 연관성도 없어서 “아동포르노”의 개념을 차용하기가 쉽지 않고, 국어사전에 없는 용어이다. “그 밖의 성적 행위”는 ‘성교행위, 유사성교행위, 자위행위, 신체노출행위 등을 제외한 성적 표현행위’로 해석되는데, 이를 정의하기는 어떠한 경우에도 어려워 보인다⁴²).

40) 아동보호협약의 해설서는 다음과 같이 설명하였다. “Sexually explicit conduct must be defined by Parties. It covers at least the following real or simulated acts: a) sexual intercourse, including genital-genital, oral-genital, anal-genital or oral-anal, between children, or between an adult and a child, of the same or opposite sex; b) bestiality; c) masturbation; d) sadistic or masochistic abuse in a sexual context; or e) lascivious exhibition of the genitals or the pubic area of a child. It is not relevant whether the conduct depicted is real or simulated”

41) 저속의 개념마저도 그 의미내용을 확정하기 어려운데, 하물며 “그 밖의 성적 행위”의 개념의 불명확성은 더 말할 나위가 없어 보인다.

42) 그런 점에서 ICMEC는 아동포르노에 대한 정의는 법률가로 하여금 의문의 여지가 없어야 하고, 아동포르노의 정의 속에 포함되어 있는 연출된(또는 모의의) 성행위, 노골적 성적 행위, 성기노출에 대한 정의도

통상 “성적 행위”는 좁은 의미로는 ‘성교행위’를 의미한다고 할 수 있지만, 넓은 의미로는 ‘성적 욕구가 발현되는 모든 행위’, 즉 이성간의 포옹, 입맞춤 등도 포함될 수 있어서 그 개념이 대단히 포괄적이다⁴³⁾.

가정이기는 하지만, 극단적으로 “그 밖의 성적 행위”를 위와 같이 넓은 의미로 해석한다면, 국제적으로 논의되는 포르노의 범위에 포함되지도 않는, 미성년자의 성적 욕구를 표출하는 행위 일반이 “아동청소년이용음란물”에 해당되게 된다.

예를 들어, 19세 미만의 대학생 1학년이 이성친구와 포옹하거나 입맞춤하는 동영상을 촬영하여 이성친구의 동의 아래 이를 블로그에 올린 경우만 아니라 위와 같은 내용으로 애니메이션을 제작하여 블로그에 올린 경우에도 “아동청소년이용음란물”에 해당되어 제작자가 미성년자임에도 아동법에 의하여 징역 5년 이상의 형벌을 받을 수 있다.

따라서, “그 밖의 성적 행위”는 일반인만 아니라 법관이 보충적인 해석을 하더라도 명백히 모호하고 추상적이며 포괄적이어서, 명확성의 원칙에 위배된다.

(다) “신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위”의 모호성

“신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위”도 헌법재판소가 정의한 음란의 개념과 동떨어진 것으로서 음란성을 요건으로 하고 있지 않은 것으로 보인다.

유엔 아동의정서나 유럽이사회의 아동보호협약은 아동포르노에 해당되는 신체노출행위를 성기 등 성적 신체부위의 노출로 한정하였다. 이에 비하여 “아동청소년이용음란물”에서의 신체노출행위는 성기 등 성적 신체부위에 한하지 아니하고, “신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위”라고 하여 그 범위를 확대하였다. 어깨, 또는 허벅지 등이 노출된 경우도 해당되는 것이다.

또한 판단 기준으로 볼 수 있는 “일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위”에 대한 개념도 다분히 주관적이어서 모호하다. 일본의 유명한 영화배우인 미야자

아울러 규정되어야 한다고 권고한 바 있다. Child Pornography : Model Legislation & Global Review 6판 참조

43) 가상아동포르노도 아동포르노의 범주로 포함하여 규제하여야 한다는 견해마저도 “그 밖의 성적 행위”의 불명확성을 지적한 바 있다. 이항선, 240쪽 참조

와 리에(窩 りえ)가 18세였을 때 누드로 촬영된 사진집 ‘산타페(Santa Fe)’을 출간한 적이 있는데, 비록 영상이 아니어서 아청법의 적용을 받지 않지만, 사진을 영상으로 편집하였다면, “아동청소년이용음란물”에 해당될 수 있다.

일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키기만 하면, 성행위 장면이 없고, 나체가 아닌, 어깨나 허벅지를 드러내는 정도의 가벼운 신체의 노출이 있는 영상물을 제작하거나 다운로드 받는 경우에도 그 등장인물이 미성년자이거나 또는 미성년자처럼 보이는 성인이기만 하면 아청법 제8조에 의하여 처벌받을 수 있다. 신체노출행위는 애니메이션, 게임물에도 적용될 수 있다. 게임물의 캐릭터의 경우 성인으로 설정되어 있지만 옛된 외모를 소유한 캐릭터가 성적 신체부위를 드러내지 않더라도 과도한 노출로 성적 수치심 또는 혐오감을 불러일으킨다고 판단되면 “아동청소년이용음란물”에 해당될 수 있다.

경찰은 “애니메이션 ‘짱구는 못말려’는 음란물에 해당하려면 기본적으로 ‘음란’하다고 평가받을 수 있어야 하는데, 유치원생 캐릭터가 신체를 노출한 것만으로는 음란하다고 볼 수 없어서 아동청소년이용음란물에 해당되지 않는다”고 발표한 바 있다⁴⁴⁾. “아동청소년이용음란물”은 ‘음란성’을 요건으로 하고 있지 아니하므로, 성표현물이 “아동청소년이용음란물”에 적용되는지의 여부는 음란한지의 여부에 의하여 판단하는 것이 아니라, “아동청소년이용음란물” 중 신체노출행위에 해당하는지에 의하여 판단하는 것이 맞다. 애니메이션 ‘짱구는 못말려’는 유치원생 아동이 엉덩이를 노출하여 흔드는 등으로 신체 부위 일부를 노출한 행위이므로 “신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위”에 해당함은 분명하다. 그럴 리는 없지만, 만약에 법집행기관이 자의로 유치원생 짱구가 엉덩이를 노출시키고 방귀 끼는 장면이 보는 이에 따라서는 혐오감을 불러일으킬 수 있어서 “일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 불러일으키는 행위”에 해당된다고 판단하면, “아동청소년이용음란물”에 포함되어 처벌받을 수 있다.

따라서, “신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위”는 법집행기관에 의한 자의적 해석이 가능할 수 있을 정도

44) 경찰 2012. 10. “아동음란물 단속 관련 설명자료” 참조

로 모호해서 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배된다고 할 것이다.

(라) 용어의 혼선

아청법이 개정되면서 “아동청소년이용음란물”에 ‘음란성’이라는 요건이 빠져 음란물이 아닌 성표현물도 포함한다. 그러나, 이 사건 법률조항 제2조 제5호는 “아동청소년이용음란물”이라 하여 용어와 진정한 의미가 일치하지 않는데도 “음란물”이라는 용어를 그대로 사용하고 있다. 이로 인하여 국민만 아니라, 법집행기관, 국회마저 “아동청소년이용음란물”을 음란물로 이해하는 등의 혼선을 빚고 있다⁴⁵⁾. 국민이 이 사건 법률조항을 면밀히 검토하지 않는 이상 “청소년이용음란물”에 음란물 외에 성표현물까지 포함된다는 것을 알기 어렵고, 또한 설사 검토하더라도 ‘신체노출행위, 성적 행위’가 어떤 행위인지를 이해하기도 어려워 보인다.

(3) 성적 표현에 있어서의 주체의 모호성

(가) “아동청소년 또는 아동청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여”에서 전단의 “아동청소년”이 ‘실재하는 미성년자’를 의미함은 헌법재판소에서 이미 판단한 바와 같이 의문의 여지가 없다. 이 사건 법률조항의 본래 입법취지도 실재하는 미성년자에 대한 성적 착취 및 학대기록의 유통으로 인하여 그 상처가 더욱 커질 것이라는 점을 우려하여 이를 규제하기 위한 것이었다.⁴⁶⁾

그런데, 성인이 미성년자처럼 등장하는 음란물, 성인의 신체에 실재하는 미성년자의 얼굴을 합성한 음란물까지 규제범위를 넓히기 위하여⁴⁷⁾ 2011. 9. 15. 법률 11047호로

45) 앞서 본 바와 같이 경찰은 “아동청소년이용음란물”을 음란물로 이해하는 것 같다. 국회에서마저도 “아동청소년이용음란물”을 ‘아동청소년이 등장하는 음란물’이라고 소개하는 등 그 용어와 실제 의미 사이에 혼선을 빚고 있어서 국제적 기준에 맞추어 용어를 변경할 필요가 있어 보인다. 제18대 국회 2011. 6. 16. 제301회 제1차 여성가족위원회 법안심사소위원회 회의록 참조.

46) 헌법재판소 2002. 4. 25. 2001헌가27 참조, 헌법재판소는 가상의 청소년이 등장하는 경우를 배제한 이유로써 “청소년에 대한 폭넓은 보호 측면에서는 그 표현물에 청소년이 등장하는지 여부에 관계없이 청소년의 입장에서 보아 그 노출된 신체의 전부 또는 일부가 수치심을 야기시키면 ‘청소년이용음란물’에 해당한다고 볼 수도 있을 것이나, 그렇게 해석하게 되면 청소년에게 수치심 또는 성적 충동을 불러일으킬 가능성이 있는 표현물, 예컨대 의학서적이나 예술품 등까지도 모두 이 사건 법률의 규제대상인 ‘청소년이용음란물’에 포함되어 같은 법률 제8조 제1항의 중벌에 처해지게 되는 결과를 낳게 될 뿐 아니라, 일반 형법상의 음란물 관련 처벌법규나 청소년보호법 등과 달리 별도의 새로운 특별법으로 이 사건 법률이 제정된 점에 비추어 보면, 실제인물이 아닌 청소년(예컨대, 본건에 있어서와 같은 만화의 주인공)이 등장하는 표현물은 형법 제243조의 음화반포등 죄, 같은 법 제244조의 음화제조등 죄 또는 청소년보호법 제6장 벌칙 부분에 규정된 청소년유해매체물 관련 죄 등의 규율대상이 된다고 할 것이다”라고 판시하였다.

47) 2011. 8. 여성가족위원회 ‘아동청소년의 성보호에 관한 법률 일부개정 법률안 심사보고서’ 중 6쪽 참조, 다만, 사실적 이미지가 아닌 애니메이션에 대한 검토가 없어서 애니메이션까지도 규제하려고 했는지는 불분

이 사건 법률조항 제2조 제5호를 개정하면서 “아동청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여”라는 문언을 추가하였다.

그러나, 그 개정 취지와 달리 후단의 “아동청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물”에 대한 의미가 정확하지 아니하여 일반인만 아니라 법관으로 하여금 다의적으로 해석할 수 있는 여지를 만들었다⁴⁸⁾.

(나) 실재하는 미성년자로 인식되는 성표현물의 경우

“아동청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물”에서의 “아동청소년”이라는 문언은 일단 실재하는 미성년자를 의미함은 분명하다.

따라서, 미성년자가 아동포르노의 제작과정에 참여하지 않았지만, 기존의 실재하는 미성년자의 영상 또는 이미지를 이용하여 성인의 이미지와 합성하거나 변형하여 실재하는 (특정의) 미성년자로 주요하게 인식(식별)될 수 있는 새로운 이미지가 제작된 경우, 또는 컴퓨터그래픽 기술을 이용하여 기존의 이미지 없이 실재하는 미성년자로 인식될 수 있는 새로운 가상의 이미지가 제작된 경우⁴⁹⁾는 모두 가상공간에서 제작된 가상의 이미지이기는 하지만, 현실에 존재하는 특정의 미성년자를 표현하는 이미지를 생성하여 미성년자의 법익을 침해하였으므로, 이 사건 법률조항의 보호범위 내에 있다고 볼 수 있다.

이 경우는 “(실재하는) 아동청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물⁵⁰⁾”에 해당된다고 보는 것이 타당해 보인다. 개정취지에도 이를 포함하였고, 학계도 별다른 이견이 없어 보인다.

(다) 가상의 미성년자로 인식되는 성표현물의 경우

그러나, 성인배우가 가상의 미성년자를 연기한 경우, 가상의 미성년자 캐릭

명하다. 제18대 국회 2011. 6. 16. 제301회 제1차 여성가족위원회 법안심사소위원회 회의록에서도 애니메이션에 대한 논의가 없는 것으로 보인다.

48) 가상아동이미지를 규제하여야 한다는 입장도 같은 의견이다. 이향선 239, 240쪽 참조

49) 박경신 186쪽, 참조, 국제적인 추세도 사이버공간에서의 아동포르노를 규제하기 위하여 이를 수용하고 있는 것으로 보인다. 학자에 따라서는 위와 같은 경우에도 실재아동포르노의 범주에 포함시키는 견해도 있다. 이향선 231-233쪽 참조

50) 예를 들어 성인의 신체에 실재하는 미성년자의 이미지를 합성하여 실재하는 미성년자로 인식될 수 있는 경우는 “(실재하는) 아동청소년으로 인식될 수 있는 사람”으로, 실재하는 미성년자를 사실적으로 묘사한 그림의 경우는 “(실재하는) 아동청소년으로 인식될 수 있는 표현물”에 해당된다고 볼 수 있다.

터가 등장하는 애니메이션, 게임물의 경우와 같이 가상의 미성년자를 표현한 경우(논의의 편의를 위하여, 이를 ‘가상아동포르노⁵¹⁾’ 또는 ‘가상미성년자 성표현물’이라 하고, 이에 대비하여 실재하는 미성년자가 등장하거나 인식될 수 있는 성표현물을 ‘실제미성년자 성표현물’이라 하며, 그 중 음란물에 해당되는 경우에는 실제미성년자를 표상하였는가의 여부에 따라 ‘실제미성년자 음란물’ 또는 ‘가상미성년자 음란물’이라고 한다)까지 “아동청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물”에 포함되는가하는 것은 개정취지와 달리 문어적 해석상 여전히 불명확하다.

“아동청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물”에서 “아동청소년”의 의미가 가상의 미성년자까지 포함되고, “인식될 수 있다⁵²⁾”의 의미를 ‘(실재하는 아동청소년)으로 분별(식별)될 수 있다’는 의미로만 해석하지 아니하고, ‘(실재하는 아동청소년)으로 오인될 수 있다(그릇되게 인식될 수 있다) 또는 (실재하는 아동청소년)처럼 보일 수 있다’는 의미로도 해석할 수 있다. 이 경우, ‘성인배우가 가상의 미성년자로 연기를 하였지만 관객 또는 일반인의 입장에서 실제미성년자처럼 보일 수 있는 경우’만 아니라 ‘영화 ‘방자전’, ‘로미오와 줄리엣’, ‘은교’⁵³⁾와 같이 성인배우가 가상의 미성년자로 연기하였고, 관객 또는 일반인에게도 (가상의) 미성년자처럼 보일 수 있는 경우’에도 “아동청소년이용음란물”에 해당된다. 예를 들어 영화 ‘은교’는 성인여배우가 극중에 고교생으로 등장하여 교복을 수시로 입고 나오면서 노골적인 성행위를 묘사하였으므로, ‘아동청소년으로 인식될 수 있는 사람’으로 ‘아동청소년이용음란물’에 해당된다고 하지 않을 수 없다⁵⁴⁾. 이는 일반인의 입장에 비추어도 선뜻 동의하기 어려울 것이다.

위와 같이 해석하면, 애니메이션, 게임물에서도 실재하는 미성년자로 오인할 가능성

51) 국제적으로 논의되는 가상아동포르노와는 사뭇 달라 보이지만, 이 사건 법률조항을 해석함에 있어서 유의미하여 위와 같은 경우를 가상아동포르노라고 한다. 같은 분류로 박경신 187쪽 참조

52) DAUM과 NAVER, 어학사전을 종합하면, ‘인식’은 ‘사물을 분별하고 판단하여 앎’이라고 되어 있고, ‘오인’은 ‘잘못보거나 잘못 생각함, 잘못보거나 그릇되게 인식함’라고 되어 있어서 인식과 오인은 같은 의미가 아니다. 원래 인식은 주관적 판단을 필요로 하는 것이어서 경우에 따라 그 인식의 내용과 판단기준이 달라질 수 있어서 주관적이고 불명확하다. 논쟁의 여지가 있다는 견해로 이향선, 239-240쪽 참조

53) 방자전은 김대우 감독의 2010년 작품으로 미성년자 관람불가 영화이다. 여기서 나오는 성춘향은 소설 속에서 16세이다. 셰익스피어의 작품 ‘로미오와 줄리엣’에서 줄리엣은 13세 또는 14세로 알려졌다. 정지우 감독의 2012년 작품인 영화 ‘은교’는 미성년자관람불가로서 성인여배우(1991년생)가 극중에 17세로 연기한다.

54) 우리나라와 달리 성인배우가 청소년으로 분장하여 나온 포르노를 아동포르노법 위반으로 처벌받은 사례는 세계적으로 없어 보인다.

이 없지만, 가상의 캐릭터가 미성년자처럼 보이기만 하면, “아동청소년이용음란물”에 해당된다.

이는 성행위를 묘사하지 않는 신체노출행위도 같은 문제가 발생한다. 성인배우가 가상의 미성년자로 등장하여, 성행위를 묘사하지는 않지만, 신체의 전부 또는 어깨, 허벅지 등 일부를 보여주는 경우에도 일반인의 성적 수취심이나 혐오감을 불러일으킨다고 판단되면, “아동청소년이용음란물”에 해당하게 된다. 이는 애니메이션, 게임물에서 신체 부위를 노출케 하는 경우도 같이 적용된다. 일반인의 입장에서조차 쉽게 납득하기 어려운 결과가 발생하는 것이다.

성인배우가 미성년자를 연기한 경우에, 과연 ‘미성년자처럼 보일 수 있는 경우’에 해당되는지를 판단할 기준도 이 사건 법률조항에 마련되어 있지 않다. 혹자는 ‘일반인의 입장에서 여러 상황을 종합’하여 ‘미성년자처럼 보일 수 있는 경우’를 판단할 수 있다고 할 수 있을지 모르지만, 이는 판단하는 사람을 어떻게 설정하느냐에 따라 다를 수 있다. 널리 알려진 성인배우가 미성년자로 연기하였다고 하더라도, 그 배우를 알지 못하는 일반인의 입장에서는 미성년자처럼 보인다고 판단할 수 있다. 결국 배우가 성인이라는 사실이 널리 알려졌다고 하여 달리 볼 수 있는 것도 아니고, 관객이 아닌 일반인의 입장에서 판단한다고 하더라도, 그 일반인을 어떤 사람들을 기준으로 결정할 것인가에 의하여 달라질 수 있다. 여러 상황을 종합하여 판단한다는 것도 주관적이어서 마찬가지다. 위와 같이 해석하는 한, 법집행기관으로 하여금 자의적으로 판단할 여지를 주는 것이어서 명확성의 원칙에 반한다 하지 않을 수 없다.

그에 반하여 “아동청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물”을 ‘실재하는 미성년자로 분별될 수 있는 사람이나 표현물’로 좁게 해석하면 ‘가상미성년자 성표현물’, 즉, 성인배우가 청소년으로 연기한 경우와 비사실적 애니메이션, 게임물의 경우에는 “아동청소년이용음란물”에 해당되지 않는다.

따라서, “아동청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물”은 다의적이거나 모호하다고 하지 않을 수 없다.

(라) 표현물의 범위에 대한 모호성

앞서 든 국제협약은 아동포르노를 ‘사실적인 이미지로서의 시각적 표현물’로 한정하여 비사실적인 애니메이션, 게임물 등을 배제하였다⁵⁵⁾. 그러나, 우리나라는 “아동청소년이용음란물”에 해당되는 “표현물”에 대한 아무런 정의를 내리거나 제한을 두지 않고 있다. 따라서, 가상이지만 미성년자로 표현하는 한, 비사실적인 표현물 일반도 포함된다고 해석할 수 있다. 수사기관도 애니메이션을 “아동청소년이용음란물”의 한 표현물로 간주하여 단속하고 있다. 이제 게임물도 단속되지 않는다고 단정할 수 없다.

“아동청소년으로 인식될 수 있는 표현물”에 가상의 미성년자까지 포함된다고 해석된다면, 생물학적 의미의 사람으로 인식될 가능성이 없으나, 가상의 미성년자를 표현하는 만화, 인형, 모형, 조각, 클레이, 캐리커처, 그림 등을 이용하여 영상을 제작하는 모든 경우에도 이 사건 법률조항의 적용을 받게 된다. “아동청소년이용음란물”은 성적 행위 외에도 신체노출행위도 포함하므로, 그 적용범위는 제한이 없다. 따라서, 애니메이션, 게임물의 미성년자처럼 보이는 모든 캐릭터가 성적 행위를 묘사하지 않더라도 적용된다.

Cook TV 등 IP TV에서 방영하는 미성년자 관람불가만 아니라 15세 이상 관람가의 애니메이션에서도 청소년의 성을 노골적으로 표현하는 게 많다. 이 중에 상당히 예술적 작품으로 평가받은 애니메이션도 있는데 이제 이 모든 것이 이 사건 법률조항의 적용을 받을 수 있다. 게임물도 마찬가지다.

애니메이션, 게임물 등 비사실적인 성표현물의 경우 아동캐릭터의 생물학적 나이를 판별하기란 그리 쉬워 보이지도 않는다⁵⁶⁾. 이를 “아동청소년이용음란물”에 포함시킨다면, 이에 해당하는지의 여부를 법집행기관의 자의에 맡기게 되는 위험이 발생하게 된다. 실제로 한 시민이 일본에서 15세 이상 관람가 판정을 받은 애니메이션을 다운로드 받았는데, 그 애니메이션 장면엔 성행위장면이 없는데 여성상반신 노출이 한번 있다는 이유로 수사를 받기까지 했다고 한다⁵⁷⁾.

55) 유럽이사회는 아동보호협약은 만화, 소묘, 회화, 조각 등 모든 시각적 표현물을 포함할 수 있도록 했다는 견해도 있으나, 해설서 등을 참고하면 그렇지 않은 것으로 보인다.

56) 애니메이션 작가가 애니메이션 캐릭터의 주인공을 고교생으로 설정하였으나 성인의 모습으로 그리는 경우, 그 반대로 주인공을 성인으로 설정했으나, 청소년으로 보이는 경우, 또는 주인공의 나이를 아예 설정하지 않은 경우에는 어떻게 나이를 판명하여 미성년자로 보이는 표현물인지의 여부를 판단할지 지극히 의문이다.

(마) 평가

위에서 살펴 본 바와 같이 사실적 이미지에 한정하지 않고, 가상의 미성년자가 등장하는 모든 경우를 “아동청소년이용음란물”에 포함된다고 해석하면, 로미오와 줄리엣, 은교와 같은 영화, 애니메이션, 게임물도 “아동청소년이용음란물”에 해당될 수 있다.

음란물이 아닌 가상의 성표현물인 방자전, 은교 등의 영화 또는 애니메이션, 게임물을 제작한 사람은 아청법 제8조 제1항에 의하여 징역 5년 이상의 중형을, 이를 방영한 극장주, 또는 IP TV업주는 이 사건 법률조항에 의하여 징역 7년 이하의 형을, 이를 다운로드 받는 등으로 소지한 사람은 아청법 제8조 제5항에 의하여 2,000만 원 이하의 벌금을 받게 된다. 누구도 선뜻 동의하기 어려운 불합리한 결과가 발생할 수 있는 것이다.

원래 개인적 목적으로 부부가 스스로 성행위를 촬영하거나 이를 소지하는 것은 범죄 자체가 성립되지 아니하고, 그 영상물 제작도 배포를 목적으로 하지 않는 한, 음란물이 되지 않는다. 그러나, 아청법은 이와 달리 미성년자가 동의하고, 개인적 목적으로 “아동청소년이용음란물”을 제작해도 아청법 제8조 제1항에 기하여 징역 5년 이상의 중형을, 마찬가지로 개인적 목적으로 소지한 경우에도 아청법 제8조 제5항에 기하여 벌금 2,000만 원을 처하게 되어 있다.

이는 사회적 법익에 대한 침해가 중요하게 고려한 것이라기보다도 “아동청소년이용음란물”이 실재하는 미성년자에 대한 성적 착취 및 학대의 기록이라는 점에서 미성년자의 개인적 법익에 대한 침해의 중대성을 고려하였기 때문이다. 따라서, 가상미성년자 성표현물을 “아동청소년이용음란물”에 포함된다고 해석하면, 위와 같은 취지를 몰각하게 되는 것이고, 정당한 근거 없이 중형으로 처벌하게 되는 불합리한 결과가 발생한다.

위와 같이 “아동청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여”라는 의미는 다의적으로 해석할 수 있고, 형벌체계적 해석상 불합리한 결과를 낳을 수 있는 불명확한 조항으로 의심된다.

57) <http://www.mt.co.kr/view/mtview.php?type=1&no=2012100800271539954&outlink=1>, 머니투데이 2012. 10. 8.자 “日애니 봤다 전과자 될판? 취직 어쩌라고” 기사 참조,

라. 소결론

(1) 이 사건 법률조항 제2조 제5호에서 규정한 “아동청소년이용음란물”의 모호함으로 인하여 수사기관마저도 “아동청소년이용음란물”을 ‘음란물’로만 이해하거나 애니메이션도 “아동청소년이용음란물”의 한 유형에 해당된다고 발표하였다⁵⁸⁾.

나아가 수사기관은 교복을 입은 성인 배우가 출연하는 음란물은 전반적인 내용과 상황을 종합하여 미성년자로 인식되기 어려운 경우에는 “아동청소년이용음란물”에 해당되지 않는다고 하였다⁵⁹⁾. ‘전반적인 내용과 상황을 종합하여’ 판단한다는 자체가 법집행기관이 “아동청소년이용음란물”을 자의로 해석할 수 있는 위험성이 있다는 것을 보여주는 것이고, 이것은 결국 “아동청소년이용음란물”이 모호하다는 반증에 다름 아니다.

이로 인하여 수사기관은 필요에 따라, 여론에 따라 다른 기준으로 단속할 수 있게 되었고, 결국은 극악한 아동성범죄자만 아니라, 많은 평범한 국민들, 심지어는 청소년들까지 수사를 받게 되었다⁶⁰⁾⁶¹⁾.

형벌규정의 모호함으로 인하여 수사기관이 “아동청소년이용음란물”의 범위를 세계 유래가 없을 정도로 넓게 자의로 해석할 여지를 주게 되어 나타난 부작용인 것이다.

(2) ‘미네르바’라는 필명을 가진 한 시민이 인터넷포탈사이트에 올린 글이 사회적으로 큰 이슈가 된 적이 있다. 수사기관은 인터넷에 올린 글이 사문화(死文化)되었던 전기통신기본법 제47조 제1항에서 규정한 “공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 허위의 통신을 발한 것”에 해당된다고 보아 그를 구속기소하였다. 결국 헌법재판소는 위헌결정⁶²⁾을 하였고, 그는 무죄판결을 받아 석방되었다. 그렇듯이 입법권자가 형벌

58) 경찰 2012. 10. “아동음란물 단속 관련 설명자료”참조,

59) 경찰 2012. 10. “아동음란물 단속 관련 설명자료”참조, 15세 이상 관람가 애니메이션을 단속했던 경찰의 기준에 의하면, 영화 “은교”도 여주인공이 극중 17세로 교복을 수시로 입고 나와서 나체로 신체를 노출하고, 성행위도 묘사되는 등 성적 표현수위도 높으므로, 배우가 극중 17세의 청소년 역할을 서툴게 연기하여 성인역을 하는 것으로 보이게 하지 않은 이상, “아동청소년이용음란물”에 해당한다고 해석하는 게 맞다.

60) <http://news.donga.com/3/all/20130502/54841703/1> 동아일보 2013. 5. 2. 자 “무심코 ‘아동 야동’ 내려받았다...10대들 ‘덜덜’” 기사 참조

61) <http://www.munhwa.com/news/view.html?no=2013032201071027168002> 문화일보 2013. 3. 22. 자 “아동청소년 음란물사건 22배↑... 지난해 2224건 접수” 기사 참조

62) 헌법재판소 2010. 12. 28. 2008헌바157 참조

규정을 모호하게 규정한 경우 법집행기관은 모호한 규정을 다른 의도된 목적을 위하여 남용할 수 있다는 사실을 입법권자는 다시금 상기할 필요가 있다.

(3) 앞서 본바와 같이 이 사건 법률조항 제2조 5호에서 “아동청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여”는 다의적으로 해석될 수 있거나 그 개념이 불명확하여 그 의미내용을 객관적으로 확정하기 어렵고, 결국 수범자인 국민들로 하여금 어떤 것이 “아동청소년이용음란물”인지를 알 수 없게 하고 있으므로⁶³⁾, 이 사건 법률조항은 헌법상의 죄형법정주의에서 도출된 명확성의 원칙에 위배되어 위헌이다. 그렇지 않다고 하더라도, 적어도 “아동청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여”의 의미가 가상의 미성년자를 표현한 경우까지 포함되는 것으로 해석하는 한 위헌이라고 하지 않을 수 없다.

또한 “신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위” 및 “그 밖의 성적 행위”는 그 개념이 불명확하거나 포괄적이어서 역시 헌법상의 죄형법정주의에서 도출된 명확성의 원칙에 위배되어 위헌이다.

따라서, 이 사건 법률조항은 표현의 자유에서 요구하는 명확성의 요청 및 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배되어 위헌이다.

2012. 11. 23. 개정되어 2013. 6. 19.부터 시행될 아동법은 아동청소년이용음란물의 정의를 “아동청소년 또는 아동청소년으로 ‘명백하게’ 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여”로 “명백하게”를 추가하였으나, 앞서 제기한 불명확성이 조금도 제거되지 아니하였고, “명백하게 인식될 수 있다”는 것 또한 모호하여 새로운 논쟁을 불러일으킬 뿐 그 위헌성이 치유되었다고 보이지 않는다⁶⁴⁾.

6. 표현의 자유와 과잉금지의 원칙에 위반하는지의 여부

가. 신청인 변호인의 주장

이 사건 법률조항은 헌법상 과잉금지원칙에 위반하여 표현의 자유를 지나치게 침

63) <http://www.nocutnews.co.kr/Show.asp?IDX=2284581>, 국민일보 2012. 10. 14. "교복 라고 모두 아동음란물 아냐..음란물 '이럴 땐' 형사입건" 기사 참조

64) 같은 의견으로 박경신 183쪽 참조

해하여 위헌이다.

나. 표현의 자유와 형벌법규에 있어서의 입법권의 한계

법정형의 종류와 범위를 정할 때는 형벌의 위협으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구에 따라야 하고, 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉입법금지의 정신에 따라 형벌개별화 원칙이 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하도록 하여야 하며, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다(헌법재판소 2004. 12. 16. 선고 2003헌가12 참조).

또한, 불명확한 규범에 의하여 표현의 자유를 규제하게 되면 헌법상 보호받아야 할 표현까지 망라하여 필요 이상으로 과도하게 규제하게 되므로 과잉금지원칙과 조화될 수 없고, 유해성에 대한 막연한 의심이나 유해의 가능성만으로 표현물의 내용을 광범위하게 규제하는 것은 표현의 자유와 조화될 수 없다{(헌법재판소 2010. 12. 28. 2008헌바157, 2009헌바88(병합) 참조}. 특히 표현의 자유는 민주주의의 근간이 되는 중요한 헌법적 가치이므로 표현의 자유의 제한을 정당화하기 위해서는 그 제한으로 인하여 달성하려는 공익의 효과가 명백하여야 한다(헌법재판소 2012. 8. 23. 2010헌마47 참조). 이를 정당한 근거가 없이 제한하는 경우 결국 표현의 자유를 제한함으로써 얻는 이익보다도 의사표현의 공간을 위축시키고, 학문, 예술의 자유 등 정신적인 자유를 위축시키는 부작용이 크기 때문이다.

다. 이 사건 법률조항 위반에 따른 형벌 및 제재

이 사건 법률조항을 위반하여 유죄판결을 받는 경우 이 사건 법률조항 및 아동법 제2조 제2호에서 정한 아동청소년대상 성범죄에 해당하여 필요적으로 다음과 같은 형벌 및 불이익을 받는다.

(형사처분 및 취업의 제한) 법정형이 7년 이하의 징역이어서 벌금형이 적용되지 아니하므로, 유죄판결이 확정된 경우 7년 이하의 징역형을 받음과 동시에 변호사⁶⁵⁾,

65) 변호사법 제5조(변호사의 결격사유)

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 변호사가 될 수 없다.

1. 금고 이상의 형을 선고받고 그 집행이 끝나거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년이 지나지 아니한 자
2. 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받고 그 유예기간이 지난 후 2년이 지나지 아니한 자

공인노무사⁶⁶⁾, 심지어는 이 사건 법률조항 위반과 업무 수행 사이에 아무런 관련이 없어 보이는 공인중개사, 그리고 중개보조원⁶⁷⁾⁶⁸⁾까지 자격 또는 등록 결격자가 됨으로써 일정기간 취업제한을 받게 된다(위 예시 외에도 무수히 많다). (수강명령 및 성폭력 치료프로그램의 이수명령) 나아가 300시간의 범위에서 재범예방에 필요한 수강명령 또는 성폭력 치료프로그램의 이수명령을 필요적으로 받아야 하고⁶⁹⁾, (신상정보등록) 아동청소년대상 성범죄로 유죄판결이 확정된 자는 관할경찰관서의 장에게, 신상정보를 제출하여야 하고, 매년 사진을 제출하는 한편, 신상정보가 변경된 경우 이를 신고하여야 하며, 여성가족부는 신상정보를 등록하고 20년간 보존, 관리하고, 신상정보는 범죄 수사에 활용할 수 있게 되어 있다⁷⁰⁾. (아동청소년 관련 교육기관 등에의 취업제한)

3. 금고 이상의 형의 선고유예를 받고 그 유예기간 중에 있는 자

66) 공인노무사법 제4조 (결격사유)

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 공인노무사가 될 수 없다.

5. 금고 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 끝나거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 3년이 지나지 아니한 자

6. 형의 집행유예를 선고받고 그 기간이 끝난 날부터 2년이 지나지 아니한 자

7. 금고 이상의 형의 선고유예기간 중에 있는 자

67) 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 제10조 (등록의 결격사유 등)

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 중개사무소의 개설등록을 할 수 없다.

4. 금고 이상의 실형의 선고를 받고 그 집행이 종료(집행이 종료된 것으로 보는 경우를 포함한다)되거나 집행이 면제된 날부터 3년이 경과되지 아니한 자

5. 금고 이상의 형의 집행유예를 받고 그 유예기간 중에 있는 자

제1항 제1호 내지 제11호의 어느 하나에 해당하는 자는 소속공인중개사 또는 중개보조원이 될 수 없다.

68) 경제적 이유로 성인PC방을 운영하던 자가 성인PC방을 폐업하고, 공인중개사 시험을 보려했으나, 이 사건 법률조항에 벌금형이 없어서 문제된 실제 사례도 이 법원에 있다.

69) 아청법 제13조(형벌과 수강명령 등의 병과)

법원은 아동 청소년대상 성범죄를 범한 자에 대하여 유죄판결을 선고하면서 300시간의 범위에서 재범예방에 필요한 수강명령 또는 성폭력 치료프로그램의 이수명령을 병과하여야 한다.

70) 제33조(신상정보 등록대상자)

아동 청소년대상 성범죄로 유죄판결이 확정된 자 또는 제38조 제1항 제5호에 따라 공개명령이 확정된 자는 신상정보 등록대상자가 된다.

제34조(신상정보의 제출 의무)

등록대상자는 제33조제1항의 판결이 확정된 날부터 40일 이내에 다음 각 호의 신상정보를 자신의 주소지를 관할하는 경찰관서의 장에게 제출하여야 한다.

등록대상자는 제1항에 따라 제출한 신상정보가 변경된 경우에는 그 사유와 변경내용을 변경사유가 발생한 날부터 30일 이내에 제1항에 따라 제출하여야 한다. 다만, 사진은 최초 등록일부터 1년마다 새로 촬영한 사진을 제출하되, 교정시설 또는 치료감호시설에 수용된 자의 경우에는 석방 또는 치료감호 종료 전에 새로 촬영한 사진을 교정시설등의 장에게 제출하여야 한다.

제35조(아동 청소년대상 성범죄자의 신상정보 등록 등)

여성가족부장관은 제34조제3항에 따라 송달받은 정보와 등록대상자의 아동 청소년대상 성범죄 경력정보를 등록하여야 한다.

제36조(등록정보의 관리)

여성가족부장관은 등록정보를 최초 등록일부터 20년간 보존 관리하여야 한다.

제37조(등록정보의 활용 등)

여성가족부장관은 등록정보를 아동 청소년대상 성범죄와 관련한 범죄예방 및 수사에 활용하게 하기 위하

또한 아동청소년대상 성범죄로 형을 선고받아 확정된 자는 그 형 또는 집행을 종료하거나 집행이 유예, 면제된 날로부터 10년 동안 아동청소년에게 직접 교육서비스를 제공하는 업무에 종사할 수 없으며 학교, 학원, 청소년활동시설, 공동주택의 관리사무소(경비업무를 담당하는 경우에 한함), 의료기관(의료인에 한함⁷¹) 등을 운영하거나 사실상 노무를 제공할 수 없다⁷²).

이는 웹하드사이트, 토렌트 등에서 업로드하거나 또는 다운로드를 받는 등으로 “아동청소년이용음란물”을 단순 배포한 행위에 대하여 아청법 제8조 제4항에 기하여 벌금형을 받았다고 하더라도, 마찬가지로 아동청소년대상 범죄자에 대하여 위 제 내지 의 불이익을 받는다.

이러한 강력한 제재수단을 강구한 것은 입법자가 소아성애자나 미성년자의 성을 침해한 자에 대한 강력한 제재이자 이들이 재범 가능성이 높다고 평가하여 이들을 체계적으로 관리하는 한편, 이들이 미성년자에게 접근할 수 없도록 원천적으로 봉쇄함으로써 미성년자를 미리 보호하기 위한 입법적 결단이라 볼 수 있다.

라. 구체적 검토

(1) 형벌에서의 과잉금지원칙 위배 여부

(가) “아동청소년이용음란물”은 미성숙한 미성년자들은 물론 성인들에게까지 성에 대한 왜곡된 인식과 비정상적 가치관을 심어 줄 뿐 아니라, 해당 미성년자에게는 이후의 인생에 있어서 육체적·정신적으로 치유될 수 없는 충격으로 남게 될 것이기 때문에 아청법의 입법 목적은 정당하고(헌법재판소 2002. 4. 25. 선고 2001헌가27 참조), “아동청소년이용음란물”을 배포하는 등의 행위에 대하여 이 사건 법률조항을 적용하여 형법 등에 비하여 가중처벌하는 것은 원칙적으로 과잉금지원칙을 위배하였다고 할 수 없다.

여 검사 또는 각급 경찰관서의 장에게 배포할 수 있다.

71) 의료인이 포함되므로, 이 사건 법률조항 위반자는 의료법 제2조 제1항에 기하여 의사 치과의사 한의사 조산사 및 간호사를 10년 간 할 수 없다.

72) 제44조(아동 청소년 관련 교육기관 등에의 취업제한 등)

아동 청소년대상 성범죄 또는 성인대상 성범죄로 형 또는 치료감호를 선고받아 확정된 자는 그 형 또는 치료감호의 전부 또는 일부의 집행을 종료하거나 집행이 유예 면제된 날부터 10년 동안, 가정을 방문하여 아동 청소년에게 직접교육 서비스를 제공하는 업무에 종사할 수 없으며 다음 각 호에 따른 시설 또는 기관을 운영하거나 아동 청소년 관련 교육기관 등에 취업 또는 사실상 노무를 제공할 수 없다.

그러나, 이 사건 법률조항이 2005. 12. 29., 2011. 9. 15. 각 개정되면서 아청법 제정 당시의 입법취지 및 보호하고자 하는 법익과 달리 이 사건 법률조항 제2조 제3항의 “아동청소년이용음란물”의 범위가 확대되어 음란물이 아닌 실제미성년자 성표현물, 가상미성년자 성표현물까지 적용가능하게 되어 이 사건 법률조항이 과잉금지의 원칙에 위배되는 것이 아닌가 하는 논란을 피할 수 없게 되었다.

“아동청소년이용음란물”을 넓게 해석하면, 실재하는 미성년자가 등장하는 음란물(실제미성년자 음란물), 실재하는 미성년자가 등장하지만, 음란에 이르지 않는 성표현물(음란물이 아닌 실제미성년자 성표현물), 성인배우가 청소년처럼 등장하거나, 가상의 미성년자를 표현하는 모든 만화(애니메이션), 모형, 인형, 조각, 그림, 사진 등을 이용한 음란물의 경우(가상미성년자 음란물), 성인배우가 청소년처럼 등장하거나, 가상의 미성년자를 표현하는 모든 만화(애니메이션), 모형, 인형, 조각, 그림, 사진 등을 이용한 성표현물이지만, 음란에 이르지 않는 성표현물(음란물이 아닌 가상미성년자 성표현물)로 분류할 수 있다.

, 의 경우는 미성년자의 법익을 침해한 경우인 반면, , 의 경우는 미성년자의 법익에 대한 침해가 없다⁷³⁾. , 의 경우는 ‘선량한 성풍속’이라는 사회적 법익⁷⁴⁾을 침해한 반면, , 의 경우에는 사회적 법익을 침해하지 않는다.

, 의 경우는 미성년자의 개인적 법익에 대한 침해의 중대성을 고려하여 처벌하거나, 가중처벌 하는 것은 원칙적으로 정당하다고 할 수 있으나(다만, 의 경우는 의 경우와 같이 동일하게 처벌받는 것은 평등의 원칙에 반하고, 이 사건 법률조항의 불명확성으로 인하여 경우에 따라서는 헌법적 보호를 충분히 받아야 할 표현의 자유까지 규제될 수 있어서 과잉금지원칙 및 죄형법정주의를 위반한다), 미성년자에 대한 법익을 침해하지 않는 , 의 경우까지 이 사건 법률조항에 기하여 처벌하거나, 가중처벌 하는 것은 과잉금지원칙을 위배하는 것이 아닌가 하는 의심이 든다.

73) 다만, 어린이가 받게 되는 정서적, 신체적 피해는 아니더라도, 어린이에 대한 성적 착취의 관점에서 가상 아동포르노란 성표현물 자체가 가지는 폐해가 있을 수 있다는 견해도 있다. 유의선/조연하, ‘가상 청소년 이용 성표현물(Virtual Child Pornography)의 위법성 구성 및 조각에 관한 연구: 한국과 미국 사례를 중심으로’, 한국언론학보 47권 5호, 한국언론학회, 2003. 210쪽 참조

74) 성(性)에 관한 자유주의적 입장에서는, 음란물 전부를 선량한 성풍속이라는 사회적 법익을 침해하였다는 견해에 대하여 의문을 가지는 견해도 많다. 김영환, 이경재, 42쪽 이하 참조

(나) 실제미성년자 음란물의 경우

음란물이 표현의 자유의 보호영역 내에 있다고 하더라도(헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109 참조), 실제미성년자 음란물 배포와 같은 경우는 표현의 자유를 논하기 전에 미성년자에 대한 법익의 침해가 있고, 미성년자의 특수성을 고려하여 이를 가중 처벌하는 것은 입법적으로 정당하고 그 제한 또한 정당함은 재론의 여지가 없어 보인다.

(다) 음란물이 아닌 실제미성년자 성표현물의 경우

실제미성년자가 등장하지만 음란물에 이르지 않는 성표현물의 경우에, 평등의 원칙 위배는 별론으로 하더라도, 실제미성년자에 대한 법익 침해가 있으므로, 위와 동일한 이유로 “아동청소년이용음란물”의 범주에 포함시켜 규제하는 것이 정당하다고 할 수 있다. 그러나, 미성년자 중 청소년은 미약하더라도 성적 자기결정권을 갖고 있고, 경우에 따라서는 실제 청소년이 등장하는 성표현물이 헌법적 보호를 받아야 할 경우도 있다. 실제로 청소년이 성평등 또는 청소년성소수자와 관련하여 활동하고 있고⁷⁵⁾, 영상으로 표출된 이들의 성적 표현행위가 경우에 따라서는 헌법상으로 보호되어야 할 것도 있다. 그러나, 이 사건 법률조항 중 “아동청소년이용음란물”의 개념이 불명확함으로 인하여 규제되지 않아야 할 청소년들의 성적 표현물까지 과도하게 규제될 수 있어서 지나치게 표현의 자유를 제한하고 있다고 하지 않을 수 없다.

(라) 음란물이 아닌 가상미성년자 성표현물의 경우

음란물이 아닌 가상미성년자 성표현물의 경우는 미성년자의 성에 대한 침해 행위가 없을뿐더러 음란물이 아니어서 사회적 법익을 침해했다고 보기 어렵다.

영화 ‘방자전’, ‘로미오와 줄리엣’, ‘은교’ 등 가상청소년의 성표현물도 우리 문화와 예술의 중요한 부분을 구성하고 있다. 비록 영상은 아니지만, 청소년의 성(性)과 사랑을 소재로 한 시, 소설, 수필, 만화, 그림은 너무나 많아 왔다. 역사적으로 문학작품, 영화, 미술 등 모든 예술영역에서 청소년의 성(性)과 사랑은 창작의 중요한 모티브였고, 세익

75) <http://www.catholicnews.co.kr//news/articleView.html?idxn=7148>, 가톨릭뉴스 지금여기의 2012. 4. 23.자 “청소년 성소수자들, 거리에서 인권을 외치다” 기사 참조
http://gnews.gg.go.kr/news/v_news_detail.asp?number=201208161444433240C056 경기뉴스 2012. 8. 16.자 “청소년 성평등 영화제’를 아시나요?” 기사 참조

스피어 등 많은 문학가, 예술가는 청소년의 성과 사랑을 주제로 한 작품을 수 없이 창작해 왔다. 중학교 교과서에도 실린 황순원의 소설 ‘소나기’도 어른들에게 아련한 향수를 불러일으키는 순수한 소년과 소녀의 사랑이야기를 담은 서정성 있는 작품이다. 미성년자에게 해로울 수 있다는 우려만으로 청소년의 성과 사랑에 대한 표현물을 금기시키는 것은 비극적이고, 야만적인 시대로 돌아가는 것에 다름 아니다.

앞서 본 바와 같이(7쪽 참조) 청소년처럼 보이는 만화주인공이 성기가 발기된 채 두 주먹을 불끈 쥔 그림영상을 제작한 혐의로 기소되어 무죄판결(대전지방법원 홍성지원 2001고합54호)을 받은 한 미술교사가 현재 다시 판결을 받게 되면 징역 5년 이상의 징역형을 받지 않는다고 장담할 수 없는 지경에까지 이르게 되었다.

그런데도 아청법 및 이 사건 법률조항을 적용하여 처벌한다면, 영화 방자전, 은교 등의 제작자, 감독 및 영리의 목적으로 상영한 극장주만 아니라, 심지어는 성인배우도 범 죄행위에 공동으로 가담한 경우가 되어 제작자, 감독 및 출연한 성인배우, 그리고 이를 업로드하거나 다운로드 받은 자는 아청법 제8조에 기하여 각 처벌받게 된다. 애니메이션, 게임물에서 미성년자로 보이는 캐릭터가 등장하는 경우에도 마찬가지다. 비현실적인 법 적용이고, 아청법의 입법취지에도 반한다.

적어도 음란물이 아닌 가상미성년자 성표현물의 경우, 비록 거슬리더라도, 청소년에게 유통되는 위험성 등으로 이를 규제하는 것은 몰라도 이를 모두 유해하다고 일률적으로 아청법에 의하여 처벌하거나 가중 처벌하는 것은 표현의 자유를 지나치게 침해한다고 하지 않을 수 없다.

행정적 제재나 방송심의 등을 통하여 충분히 해결할 수 있는데도 음란물이 아닌 가상미성년자 성표현물까지 이 사건 법률조항 제8조 제2항에 의하여 처벌하는 것은 미성년자를 보호하기 위한 적합한 수단이라고 할 수 없다. 달성하고자 하는 입법 목적보다 과도하게 표현의 자유를 침해하는 것으로서 침해의 최소성의 원칙이나 법익 균형성의 원칙에도 위배된다. 따라서 기본권을 제한하는 입법을 함에 있어서 지켜야 할 헌법적 한계인 과잉금지원칙에 어긋난다고 하지 않을 수 없다.

(마) 가상미성년자 음란물의 경우

1) 가상미성년자 음란물의 경우 위반자는 원래 형법 제243조(음화반포죄)에 의하여 1년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에, 청소년유해매체물에 해당되는 경우에는 청소년보호법 제58조 제1, 2호에 기하여 3년 이하의 징역 또는 2,000만 원 이상의 벌금에, 정보통신망을 이용한 경우에는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하, '정보통신망법'이라 한다) 제47조, 제44조의7 제1항 1호에 기하여 1년 이하의 징역 또는 1,000만 원 이하의 벌금에, 각 처하게 되어 있어서 개정취지와 달리 규제나 처벌의 공백이 있다고 할 수 없다⁷⁶⁾.

그런데도 음란물에 가상의 미성년자가 등장하였다는 사정만으로 이 사건 법률조항을 적용하여 벌금형 없이 가중처벌하고 하는 것이 과연 정당한지는 의문이다. 처벌의 필요성이 아무리 높고 범죄행위에 대한 사회적 반감이 고조된 상태라 하더라도 가중처벌하려면 단순한 우려만으로는 부족하고 그 합리적 근거가 명백히 있어야 한다.

2) 가상미성년자 음란물을 이 사건 법률조항에 의하여 처벌하여야 한다는 가장 주요한 근거는 아동에 대한 성적 착취는 없지만, 소아성애자의 성적 환상을 자극하여 실제 아동성범죄를 유발할 개연성이 크다는 것이다⁷⁷⁾. 아동포르노가 아동성범죄의 가능성을 높인다는 많은 과학적 결과가 있었고, 따라서 아동대상성범죄와 아동포르노는 상당한 인과관계가 있다고 주장한다⁷⁸⁾. 법무부도 최근 성범죄 직전 아동음란물을 시청한 비율은 아동 성범죄자가 16%로 일반 성범죄자의 7%보다 2배 이상 높은 수치를 기록했다고 발표한 바 있다⁷⁹⁾. 최근에 극악한 아동성범죄자가 범행 전 아동음란물을 시청했다는 기사도 있다⁸⁰⁾.

76) 이 사건 본안사건도 같은 사안으로 이 사건 법률조항 위반만 아니라, 정보통신망법 위반 혐의로 기소하였다.

77) 여성가족위원회가 2011. 8. 발간한 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 일부개정법률안 심사보고서에 의하면, “아동청소년이용음란물은 이를 접하는 자로 하여금 아동청소년을 대상으로 성적 충동을 일으키게 함으로써 잠재적인 아동청소년대상 성범죄자를 양산할 위험성을 내포하고 있다”는 근거를 제시한 바 있다.

78) 자세한 것은 박기범, 161-164쪽 참조

79) <http://news.donga.com/3/all/20130102/51998005/1>, 2013. 1. 2.자 동아일보 “아동성범죄자 16%, 범행 직전 아동음란물 탐닉” 기사 참조

80) 그 외에도 세계 6위의 음란물 생산국이어서 그 규제가 시급하다는 견해가 있다. 그러나. 한국의 경우는 '셀카'가 88% 이상이며, 청소년들끼리 찍은 영상이 인터넷을 통해 퍼지는 경우가 대부분인데 반하여 해외 아동 음란물은 제3자가 촬영한 동영상의 94%를 넘는 점에 비추어 상업적으로 아동 음란물이 제작되는 국가와, 한국의 상황은 달리 볼 필요가 있다는 반대견해도 있다(앞서의 오마이뉴스 기사 참조). 인터넷통신망 및 스마트폰 보급이 세계적으로 가장 빨리 이루어지면서 나타난 부작용의 한 측면으로 보는 견해도 있다. 박기범 153쪽 참조

3) 그러나, 일반포르노와 성범죄와 사이에 상관관계가 있다는 점에 대하여 과학적 근거로서 확립되지 않았듯이⁸¹⁾ 아동포르노와 아동성범죄자 사이의 상관관계 또한 과학적 근거로서 확립된 바 없다. 반대로 아동포르노 소비가 아동성범죄의 가능성을 더 높일 위험이 없다는 과학적 결과도 있다고 한다⁸²⁾. 심지어는 포르노가 성범죄를 유발시키는 것이 아니라 그 사회를 더욱 건강하게 만든다는 실험결과도 많다고 한다⁸³⁾.

인터넷 감시재단(Internet Watch Foundation)에 의하여 2009년 수집된 자료를 보면, 전체 아동포르노 중 10세 이하로 보이는 아동이 72%, 6세 이하가 23%, 그리고 2세 혹은 그 이하가 3%를 차지했으며, 미국 외에서 행해진 조사에서도 아동성범죄로 체포된 사람 중 83%가 6세에서 12세 사이의 아동 포르노를 소지하고 있었고, 39%가 3세에서 5세 아동의 것을, 또 19%는 3세 이하 유아의 포르노를 소지하고 있다고 한다⁸⁴⁾.

이러한 실제 통계자료는 소아성애자 또는 아동성범죄자는 13세 미만의 아동포르노에 대하여 특별한 관심이 갖고 있다는 것을 보여주는 것이다. 반대로 위 자료는 소아성애자가 사춘기 이후의 미성년자에 대하여는 관심이 없음을 보여주는 것이기도 하다. 즉, 성인배우가 사춘기의 청소년⁸⁵⁾으로 연기할 수밖에 없는 가상미성년자 음란물이나 애니메이션 등 비사실적인 음란물⁸⁶⁾에 별다른 관심이 없음을 보여주고 있는 것이다. 결국 아동포르노 관련 범죄자로 체포된 자의 실증적 자료는 아동성범죄 또는 소아성애자와 가상미성년자 음란물과 사이에는 별다른 상관관계가 없다는 반증이 될 수도 있다.

4) 미국 연방대법원은 2002. 4. 16. 가상아동포르노를 규제하는 CPPA법에 대하여 “가상의 아동포르노 이미지는 본질적으로 아동의 성적 학대와는 관련이 없기 때문

81) 일반포르노와 성범죄 사이의 상관관계가 있다는 견해도 부족하다는 점을 인정한다. 박기범 162쪽 참조

82) 박경신 195, 196쪽 참조

83) 임지봉, 대법원의 음란성 판단기준에 대한 비판적 검토, 민주법학 통권29호(2005.12), 관악사, 483쪽 참조

84) ICMEC 발간 ‘아동 포르노그래피 : 모델 법률 및 글로벌 개관’ 6판(한글번역본) 3쪽 참조

85) 성인배우가 등장하는 경우이므로, 신체의 성숙도 때문에 사춘기 이후의 미성년자로 연기할 수밖에 없음을 경험칙상 분명하다.

86) 애니메이션은 사실적이지 아니하여 쉽게 나이를 분별할 수 없고, 미성년자로 보이는 캐릭터가 등장하는 애니메이션 소지로 처벌된 사례를 세계적으로 찾기 어려운 점을 참작하면, 위 자료는 실제 아동포르노를 대상으로 한 것이 보인다.

에 이를 아동포르노에 포함시켜 처벌하는 것은 위헌”이라고 하였다. 이어서 “표현이 불법행위를 독려하는 것은 그 표현을 금지할 충분한 이유가 되지 않는다. 정부는 가상이미지가 실제로 아동에 대한 성적 학대나 착취를 유발 내지는 조장할 것이라고 주장하지만, 우연한 유발은 우발적이고도(contingent) 간접적인 결과일 뿐 직접적인 동기유발을 입증하지 못하며, 아동을 성적으로 학대할 것이라고 하는 해악 또한 그러한 표현물로부터 필연적으로 수반되는 것이 아니라 잠재력에 의존한 것이기 때문에 ‘그럴 것’이라는 잠재적 위험만으로는 형사제재를 가할 수 없다”고 판시하였다⁸⁷⁾. 표현의 자유를 제한하기 위해서는 표현물이 범죄를 유발시킬 것이라는 잠재적 위험만으로는 부족하고, 직접적인 위험이 있어야 한다는 것이다.

5) 살인 장면이 묘사되는 등 잔인한 장면이 노출되는 영화는 미성년자 관람 불가 등 여러 제한을 가하기는 하나, 이를 원칙적으로 범죄화하지 않는다. 아동성범죄를 부추길 염려로 가상미성년자 음란물도 가중처벌하여야 한다는 논리라면 살인 장면이 묘사되는 영화 또한 살인범들이 모방하는 등 살인범죄를 부추길 염려가 있으므로⁸⁸⁾, 이 또한 처벌하여야 한다는 논리로 이어질 위험성이 도사리고 있다⁸⁹⁾. 이런 논리는, 일반음란물도 성범죄를 부추길 염려가 있으므로, 일반음란물의 배포행위 등에 처벌도 상향하여야 하고⁹⁰⁾, 원래 범죄가 되지 않았던 개인적 목적의 일반음란물 제작 및 소지도 처벌해야 한다는 방향으로 나가지 않을 수 없다.

이런 논리로 가면 결국 범죄행위에 대한 우려로 모든 범죄행위에 대한 묘사를 금지하는 사회로 가게 된다. 이러한 논리는 형법을 도덕화하는 것에 다름 아니고, 국가가 빅브라더(Big Brother)⁹¹⁾로서 모든 국민의 생활영역에 간섭할 수 있는 단초가 될 수

87) 박선영, 가상공간에서의 표현의 자유와 청소년의 보호, 136-137쪽, 박경신 196-197, 200쪽 참조

88) <http://news.donga.com/3/all/20120810/48516663/1>, 동아일보 2012. 8. 10.자 수사전문가들 “영화-드라마, 이래서 모방범죄 걱정”기사 참조

89) 박경신, 197-198쪽 참조

90) <http://www.mt.co.kr/view/mtview.php?type=1&no=2013050618441417051&outlink=1>, 머니투데이 2013. 5. 17.자 “박근혜 정부, ICT분야 안전 정책 ‘시동’” 기사 참조, 이 기사에 의하면, 여성가족부가 그렇다.

91) 빅 브라더(Big Brother)는 조지 오웰이 1949년 출간한 소설 “1984년”에 나오는 가공의 인물로, 긍정적 의미로는 선의 목적으로 사회를 돌보는 보호적 감시, 부정적 의미로는 음모론에 입각한 권력자들의 사회통제의 수단을 말한다. 두산백과 참조

있다.

사회에 유해할 것이라는 이유로 범죄자에 대한 처벌을 강화한다고 하더라도, 범죄에 대한 국민적 공감대가 없고, 범죄를 예방하기 위한 사회적 예방시스템이 갖추어 있지 않으면, 범죄가 축소되는 것은 아니라, 오히려 사회적 비용만 증가시킨다. 세계에서 가장 무거운 형벌을 가하는 것으로 유명한 미국이 오히려 세계에서 제1위의 범죄율을 자랑하면서도 막대한 예산을 들이고 있다는 사실을 환기할 필요가 있다⁹²⁾⁹³⁾.

6) 이 사건 법률조항 이전에 원래 가상미성년자 음란물을 배포한 사람들은 형법, 청소년보호법, 정보통신망법 등에 의하여 처벌받는다. 나아가 사이버공간에서의 가상 미성년자음란물에 대한 유통을 방지하기 위하여 정보통신망법 제44조의7 제2항은 국가가 정보통신서비스제공자 등에게 이를 거부, 정지 또는 제한할 수 있도록 되어 있다. 그 외에도 정보통신망법 및 청소년보호법은 청소년유해매체물에 대한 여러 제한을 가할 수 있는 규정을 마련하였다. 더하여, 아청법 제8조 제3항은 온라인서비스제공자로 하여금 “아동청소년이용음란물”을 삭제하는 등의 기술적인 조치를 취할 수 있도록 되어 있는 등 이 사건 법률조항의 개정목적에 달성할 수 있는 충분한 수단이 이미 마련되어 있었다.

그럼에도 합리적 근거도 없이 다시 이 사건 법률조항에 의하여 가중처벌 하는 것은 적합한 수단을 선택했다고 할 수도 없고, 침해의 최소성의 원칙에도 반한다고 할 것이다. 나아가, 가상미성년자 음란물이 아동성범죄를 유발할 것이라는 과학적 근거 없는 우려만으로 형법 등에 의하여 처벌하는 것 외에 가중처벌하는 것은 이 사건 법률조항을 통하여 얻고자 하는 공익보다 표현의 자유, 예술의 자유 등을 지나치게 제한하는 것이어서 법익균형성의 원칙에도 반한다고 할 것이다.

7) 설사 가상미성년자 음란물을 가중처벌할 필요성이 높다고 하더라도, 미

92) http://h21.hani.co.kr/arti/world/world_general/34048.html, 한겨레21 2013. 3. 8.자 “민간교도소, 성장산업?” 기사 참조

93) http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0001774933&CMPT_CD=P0001, 오마이뉴스 2012. 9. 4.자 “야동 보는 외계인만 없으면 성범죄 사라질까, 가장 센 형벌 내리는 미국, 범죄율도 가장 높아” 기사 참조

성년자에 대한 법익의 침해가 없는 점, 아청법의 입법취지나 보호하고자 하는 법익에 맞지 않은 점, 실제미성년자 음란물에 비하여 비난가능성이 낮은 점 등을 고려하여 별도의 구성요건 아래 실제미성년자 음란물에 비하여 형벌을 낮게 하여 처벌하는 게 타당해 보인다. 이 사건 법률조항의 개정 목적이 아무리 정당하다고 하더라도, 국민적 합의가 부족하여 아청법 및 이 사건 법률조항에서 규제하고자 하는 전형적인 범죄자가 아닌, 평범한 시민들이 범죄자로 양산될 위험에 처하고, 일부 국민들이 이를 쉽게 수긍하지 못하여 그들로 하여금 억울하다고 생각하게 만든다면, 차선책으로 다른 수단을 강구하는 것이 아청법의 실효성을 위해서도 입법권자가 해야 할 책무로 보인다.

(2) 자유제한적 보안처분이 과잉금지원칙에 위배하였는지의 여부

(가) 나아가, 이 사건 법률조항을 위반하는 경우 아동청소년대상 성범죄에 해당되므로 위반자는 법관의 판단 개입 없이 법률에 의하여 자동적으로 신상정보등록 및 취업제한 등 일종의 자유제한적 보안처분⁹⁴⁾을 받는다. 즉, 법관이 위반자가 위와 같은 보안처분을 받아야 하는지를 판단하지 아니하므로, 자유제한적 보안처분을 규정한 아청법 제33조 제1항, 44조 제1항이 재판의 전제성이 있다고 할 수 없다. 따라서, 이를 위헌제청하지 아니하나, 이 사건 법률조항의 위반자에 부과되는 보안처분이므로, 여론으로 이에 대한 위헌 여부를 검토한다.

(나) 미성년자의 성(性)에 대한 침해가 중대하고, 재범의 위험이 있는 경우 직업의 자유를 제한하는 등은 미성년자의 성(性) 보호를 위한 행위로 정당함은 두말할 나위가 없다. 그러나, 보안처분을 위해서는 행위자가 장래 재범할 개연성이 있어야 하고, 위법행위 자체에서 비롯된 결과적 위험성뿐만 아니라 행위자의 인격으로부터 나온 위험성도 고려되어야 한다⁹⁵⁾.

(다) 이 사건 법률조항을 위반한 경우 재범의 위험성조차도 고려하지 않고⁹⁶⁾ 법관의 판단 개입도 없이 일률적으로 위반자로 하여금 신상정보를 국가에 등록케 하

94) 손동권, '현행 보안처분제도의 정당성에 관한 연구', 일감법학 7권 2002. 12, 건국대학교법학연구소, 84쪽 참조

95) 손동권, 89쪽 참조

96) 법관의 개입 없이 자동적으로 신상정보등록 및 취업제한 등 자유제한적 보안처분을 과하는 것은 보안처분을 부과하기 위한 최소한의 요건, 즉 재범의 위험성도 갖추지 못한 것으로 보인다.

고, 매년 사진을 갱신케 하며, 20년 동안 국가가 관리하고 범죄예방에 활용하겠다는 것은 국가가 위반자 모두를 어떠한 고려 없이 주홍글씨처럼 20년간 예비범죄자로 낙인찍는 것에 다름 아니다.

(라) 나아가, 성인배우가 청소년으로 분장한 포르노 영화를 업로드하는 등 배포행위를 한 경우에도 위반자로 하여금 일률적으로 무려 10년간 취업을 제한하는 것은 우리 형법이 형벌의 한 종류로 규정하고 있는 자격정지나 자격상실보다 더한 형벌이고 직업의 자유를 침해하는 것이라고 할 수 있다.

그 취업 제한 대상 기관 범위도 광범위하다. 당구장도 아청법 제44조 제1항 제12호에서 규정하는 체육시설⁹⁷⁾에 해당되는 것으로 보이므로, 이 사건 법률조항 위반자 또는 아청법 제8조 제4항과 같은 단순배포자도 당구장을 운영하거나 직원으로 일할 수 없게 된다. 아청법은 이 사건 법률위반자가 취업 제한 대상 기관 또는 사업장에 취업했는지를 수시로 확인하여 이들의 해임을 요구할 수 있고, 심지어 이를 어긴 기관 또는 사업장을 폐쇄할 수도 있는 무소불위의 권한도 행사할 수 있다⁹⁸⁾. 2013. 6. 19.부터 시행될 아청법은 게임사업장 등 아동청소년의 출입이 허용되는 사업장도 포함하여 취업 제한 대상 기관 범위가 더 확대 된다⁹⁹⁾. 그것도 대통령령으로 지정할 수 있게 위임

97) 아무리 살펴도 체육시설의 설치 이용에 관한 법률에는 아동청소년을 대상으로 하는 체육시설을 따로 규정하고 있지 않은 것으로 보인다. 따라서, 위 규정은 아동청소년이 출입할 수 있는 체육시설을 말하는 것으로 보인다.

98) 제45조(성범죄의 경력자 취업 점검 확인)

여성가족부장관 또는 관계 중앙행정기관의 장은 다음 각 호의 구분에 따라 성범죄로 유죄판결이 확정된 자가 아동 청소년 관련 교육기관 등에 취업하였는지를 직접 또는 관계 기관 조회 등의 방법으로 점검 확인하여야 한다.

제46조(취업자의 해임요구 등)

제45조제1항 각 호에 따른 중앙행정기관의 장은 제44조제1항을 위반하여 아동 청소년 관련 교육기관 등에 취업하거나 사실상 노무를 제공하는 자가 있으면 아동 청소년 관련 교육기관 등의 장에게 그의 해임을 요구할 수 있다.

제45조제1항 각 호에 따른 중앙행정기관의 장은 제44조제1항을 위반하여 아동 청소년 관련 교육기관 등을 운영 중인 아동 청소년 관련 교육기관 등의 장에게 운영 중인 아동 청소년 관련 교육기관 등의 폐쇄를 요구할 수 있다.

제45조제1항 각 호에 따른 중앙행정기관의 장은 아동 청소년 관련 교육기관 등의 장이 제2항의 폐쇄요구를 정당한 사유 없이 거부하거나 1개월 이내에 요구사항을 이행하지 아니하는 경우에는 관계 행정기관의 장에게 대상아동 청소년 관련 교육기관 등의 폐쇄, 등록 허가 등의 취소를 요구할 수 있다.

99) 제56조(아동·청소년 관련기관 등에의 취업제한 등)

13. 게임산업진흥에 관한 법률 에 따른 다음 각 목의 영업을 하는 사업장

가. 게임산업진흥에 관한 법률 제2조제7호의 인터넷컴퓨터게임시설제공업

나. 게임산업진흥에 관한 법률 제2조제8호의 복합유동게임제공업

14. 경비업법 제2조제1호의 경비업을 행하는 법인

15. 영리의 목적으로 청소년기본법 제3조제3호의 청소년활동의 기획·주관·운영을 하는 사업장(이하 "청소년활동기획업소"라 한다)

16. 영리의 목적으로 연기·무용·연주·가창·낭독, 그 밖의 예능과 관련한 용역을 제공하는 자 또는 제공하려는 의사를 가진

되어 행정부가 필요에 의하여 언제든지 사업장 범위를 확대할 수 있게 되었다. 그런데, 사실 따지고 보면 현실에서 아동청소년이 출입할 수 없는 사업장이라는 게 거의 없다. 이런 추세가 계속되면 아동청소년이 출입할 수 있는 모든 기관, 사업장에의 취업을 제한할 것 같다. 결국 아동성범죄 대상자가 취업할 수 있는 곳이라고는 현실에서 찾아보기 어려울 수도 있다.

그런데도, 법관의 판단 개입도 없이 재범의 위험성조차도 고려하지 않고 취업을 제한하는 것은 헌법 제13조 제1항이 규정하고 있는 이중처벌금지의 원칙 및 과잉금지원칙에 위배된다고 하지 않을 수 없다¹⁰⁰⁾.

앞서 강조한 바와 같이 미성년자의 성(性)에 대한 침해가 중대하고, 재범의 위험성이 있는 경우 직업의 자유를 제한하는 것은 정당하다. 그러나, 성인 컴퓨터방 업주였던 이 사건 본안 사건의 피고인이나 성인이 미성년자로 분장한 포르노 영화를 업로드한 자들이 아동을 대상으로 성범죄를 저지를 위험성이 상당히 있다고 보이지 않는다. 성폭력 범죄자도 아닐뿐더러 가상미성년자 성표현물과 같이 미성년자에 대한 법익을 침해하지 않은 경우까지 10년간 취업을 제한하는 것은 지나치게 가혹하다고 하지 않을 수 없다. 일본 성인배우가 교복을 입은 내용의 AV성인물을 업로드한 행위가 생계를 박탈할 정도의 중죄는 아닐 것이다.

(마) 신상정보등록제도보다 더 가중한 보안처분으로서 아동법은 아동을 대상으로 성폭력범죄를 저지른 자를 주요 대상으로 한 신상정보공개제도¹⁰¹⁾를 규정하

자를 위하여 훈련·지도 또는 상담을 하는 사업장(이하 "대중문화예술기획업소"라 한다)

17. 아동·청소년의 고용 또는 출입이 허용되는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 기관·시설 또는 사업장(이하 이 호에서 "시설등"이라 한다)으로서 대통령령으로 정하는 유형의 시설등

가. 아동·청소년과 해당 시설등의 운전자·근로자 또는 사실상 노무 제공자 사이에 업무상 또는 사실상 위력 관계가 존재하거나 존재할 개연성이 있는 시설등

나. 아동·청소년이 선호하거나 자주 출입하는 시설 등으로서 해당 시설등의 운영 과정에서 운전자·근로자 또는 사실상 노무 제공자에 의한 아동·청소년대상 성범죄의 발생이 우려되는 시설등

100) 같은 의견으로 박선영, 청소년의 성보호에 관한 법률 개정안의 문제점 및 개선방향, 공법연구 제33집 제3호, 2005. 5., 188쪽 참조

101) 제38조(등록정보의 공개)

법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자(이하 "공개대상자"라 한다)에 대하여 판결로 제3항의 공개정보를 등록기간 동안 정보통신망을 이용하여 공개하도록 하는 명령(이하 "공개명령"이라 한다)을 아동·청소년대상 성범죄 사건의 판결과 동시에 선고하여야 한다. 다만, 아동·청소년대상 성범죄 사건에 대하여 벌금형을 선고하거나 피고인이 아동·청소년인 경우, 그 밖에 신상정보를 공개하여서는 아니 될 특별한 사정이 있다고 판단되는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 아동·청소년대상 성폭력범죄를 저지른 자

고 있다. 신상정보공개를 하려면, 성폭력범죄를 저지른 자(다만, 13세 미만 아동을 대상으로 한 성범죄의 경우는 성폭력 범죄가 아니어도 법관이 재범의 위험성을 인정하면 포함된다)이어서도 벌금형을 선고받거나, 피고인이 아동 청소년인 경우, 그 밖에 신상정보를 공개하여서는 아니 될 특별한 사정이 있다고 판단되는 경우에는 신상정보를 공개하지 않게 되어 있다. 그런데도 아동청소년 대상 성폭력범죄자보다 일반적으로 위험성 정도나 죄질이 낮다고 할 수 있는 이 사건 법률조항 위반자들을 신상정보공개제도와 달리 재범의 위험성 등을 전혀 고려하지 않고 일률적으로 신상정보를 등록케 하고 신상정보공개제도보다 더 가혹하다고 할 수 있는 취업을 제한하는 것은 균형을 명백히 상실한 것이라고 보인다.

(바) 컴퓨터, 인터넷 시대에 익숙한 청소년들이 웹하드 사이트에서 음란물을 다운로드를 받거나 또는 포인트를 적립하기 위하여 업로드한 사례가 많고, 형사입건이 되는 경우도 종종 있다¹⁰²⁾. 특히 과거 전형적인 음란물 배포행위와 달리 토렌트의 경우는 음란물을 다운로드를 받으면 자동적으로 해당파일이 공유될 수 있어서 업로드하지 않고도 배포행위가 된다¹⁰³⁾. 따라서 청소년이 토렌트에서 음란물을 다운로드를 받게 되면 자신의 의도 여부와 관계없이 아동청소년이용음란물을 배포한 행위가 되어 아동법 제8조 4항에 의하여 3년 이하의 징역 또는 2,000만 원의 벌금의 형을 받는 것만 아니라, 신상정보 등록 및 취업 제한의 보안처분을 받게 된다. 성표현물 소지행위가 배포행위와 동일할 정도로 과학기술이 발전하고 있는 것이다.

20대 대학생만 아니라 청소년들이 호기심으로 버튼 한번 잘못 누른 것으로 형벌을 받는 것은 둘째 치고, 20년간 매년 사진을 갱신하면서 장래 예비범죄자로 관리를 받는

-
2. 이 법에 따른 신상공개 결정 또는 열람명령 공개명령을 선고받고 다시 아동 청소년대상 성폭력범죄를 저지른 자
 3. 13세 미만의 아동 청소년을 대상으로 아동 청소년대상 성범죄를 저지른 자로서 13세 미만의 아동 청소년을 대상으로 아동 청소년대상 성범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되는 자
 4. 아동 청소년대상 성폭력범죄를 저지른 자로서 아동 청소년대상 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되는 자
 5. 아동 청소년대상 성폭력범죄를 범하였으나 형법 제10조제1항에 따라 처벌할 수 없는 자로서 아동 청소년대상 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되는 자

102) <http://www.etoday.co.kr/news/section/newsview.php?idxno=730212>, 이투데이 2013. 5. 13.자 “아청법, 여전한 논란-2] ‘아동 음란물’ 딱 한 번 다운로드...바로 전과자 신세” 기사 참조

103) <http://news.kukinews.com/article/view.asp?page=1&gCode=soc&arcid=0006463086&cp=du>, 국민일보 2012. 9. 21.자 “악! 저도 음란물 받았는데, 어떡해요, 토렌트 음란물 유포자 검거에 네티즌 덜덜” 기사 참조

것도 모자라 10년 간 취업의 길도 막히게 되는 것이다¹⁰⁴). 실제미성년자 성표현물의 대부분이 청소년에 의하여 제작, 배포되고 있다는 기사의 내용이 맞다면, 미성년자를 보호하기 위한 아청법이 자칫하면 비극적으로 주로 청소년을 처벌하는 법률이 될 수도 있다¹⁰⁵).

(사) 앞서 본 바와 같이 이 사건 법률조항의 “아동청소년이용음란물”은 그 유형에 따라 그 위험성, 재범의 개연성의 정도가 명백히 다름에도 이를 법관의 별다른 판단 개입 없이 일률적으로 신상정보등록 및 취업제한 등 자유제한적 보안처분을 받게 하는 것은 과잉금지원칙, 이중처벌금지의 원칙, 평등의 원칙에 위배하고, 나아가 법관으로부터 재판받을 권리, 직업의 자유를 침해하는 것으로 보이므로, 자유제한적 보안처분을 규정한 아청법 제33조 제1항, 44조 제1항은 위헌으로 의심된다.

마. 소결론

(1) 최근 아동청소년 대상 성범죄가 지속적으로 발생하고 있고, 컴퓨터, 인터넷, 화상채팅 등 신기술의 발달과 함께 실제미성년자 성표현물이 광범위하게 유포되고 있어서 이를 방지하기 위한 대책이 시급함은 이론의 여지가 없다.

(2) 그러나, 처벌의 필요성이 아무리 높고 범죄행위에 대한 사회적 반감이 고조된 상태라 하더라도, 처벌받는 범죄자가 이를 쉽게 수긍하지 아니하고 저항한다면, 형사정책적 목적의 달성을 실현하기가 어려울뿐더러 법의 권위를 실추시켜 법질서의 영속성과 안정을 저해할 뿐이다¹⁰⁶).

정보통신망의 발달로 인하여 성인들만 아니라 청소년들마저 무료 다운로드를 위하여

104) <http://www.mt.co.kr/view/mtview.php?type=1&no=2012101015185957989&ouflink=1>, 머니투데이 2012. 10. 11.자 “의대생 B씨, 교복 성인야동 봤다가...” 기사 참조

105) http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0001793899&CMT_CD=P0001, 오마이뉴스 2012. 10. 25.자 “음란물 단속이 최선? 토렌트 사용자는 멀고 있다” 기사 참조

106) 헌법재판소 2004. 12. 16. 선고 2003헌가12 결정은 “일찍이 몽테스키외는 ‘모든 이완의 원인을 살펴보면 이완은 범죄를 처벌하지 않았던 것의 결과이지 형벌을 경감한 결과가 아니라는 것을 알게 된다. 형벌을 받아도 부끄럽지 않다고 생각하는 나라가 있다면 그것은 폭정의 결과이다. 폭정은 악당에 대해서나 정직한 사람에게 대해서나 동일한 형벌을 과해 왔기 때문이다. 그리고 만약 잔혹한 형에 의해서 사람들이 억압되어 있는 나라가 있다고 하면 그것도 역시 대부분 정부의 폭력의 결과라고 간주할 수 있다. 그러한 정부는 이런 형을 가벼운 죄에도 행사해 왔기 때문이다’라고 하여 중벌의 문제점을 지적하였다. 이는 규범준수를 담보할 것으로 기대되는 요소로서 더 큰 비중을 차지하는 것은 “제재의 양 내지 강도”(Sanktionshhe)가 아니라 “제재의 개연성 내지 가능성”(Sanktionswahrscheinlichkeit)이라는 것을 말해 준다. 즉, 규범을 위반한 경우에 제재가 가해질 개연성 내지 가능성이 높을수록 규범준수의 실효성을 높일 수 있는 것이다”라고 판시한 바 있다,

또는 포인트를 받기 위하여 쉽게 웹하드 사이트에서 업로드하거나 토렌트에서 다운로드 버튼을 누름으로써 아동청소년이용음란물을 배포하거나 소지한 행위로 처벌받고, 이로 인하여 아청법이 의도하지 않는 범죄자가 양산되어 이를 쉽게 수감하지 못하는 경우 수사기관만 아니라 법관의 법집행에 대한 신뢰도 같이 추락할 수밖에 없다¹⁰⁷⁾. 아청법으로 처벌받는 것과 관련하여 그 회원 수가 약 9만 명에 달하는 온라인 카페¹⁰⁸⁾마저 등장하였다. 그 카페에서 억울하다고 하소연하거나, 불안하여 잠을 잘 수 없다는 글은 너무나 쉽게 찾아 볼 수 있다. 부모가 이제 아들이 밤에 음란물을 다운로드받을 까봐 잠자기 어려워졌다거나, 아청법이 미성년자를 보호하기 위한 법률이 아니라 음란물 또는 일본 AV성인물의 단속을 위한 법률이 아니냐는 세간의 이야기를 입법권자는 새겨들을 필요가 있어 보인다¹⁰⁹⁾.

(3) 부부사이 또는 연인 사이의 성행위는 자연스러운 것이고 음란행위도 아니며 사회적 법익이나 개인적 법익 침해 자체가 존재하지 아니하므로 범죄행위 자체가 성립되지 아니한다. 그러한 행위를 개인적 목적으로 이를 촬영하여 제작하거나 또는 호기심으로 소지하는 것 또한 범죄행위가 되지 아니한다. 성인들이 포르노물 또는 나체사진을 인터넷상에서 다운로드받는 행위는 어쩌면 본능적으로 억제할 수 없는 행위라고도 할 수 있다¹¹⁰⁾. 그래서 성(性)에 관한 보수적 입장에서는 포르노물을 배포하는 행위는 성욕을 자극하여 반사회적 행위를 유발시키므로 이를 금지하여야 하여야 한다고 주장하지만¹¹¹⁾, 우리나라와 달리 유럽 등은 성인들이 알 권리로서 포르노물에 접근하는데 방해받지 아니하고, 성인들에게 소프트웨어 포르노를 제작, 유통, 소지하는 행위

107) <http://www.mt.co.kr/view/mtview.php?type=1&no=2012100800271539954&outlink=1>, 머니투데이 2012. 10. 8. 자 “ㄷ애니 봤다 전과자 될판? 취직 어쩌라고” 기사 참조

108) <http://cafe.naver.com/userjosa/97047>, “파일공유 [웹하드/P2P] 음란물, 저작권 단속 관련 네티즌 대책토론 카페”

109) 성인만 아니라 청소년까지 개방된 정보통신망을 이용하여 쉽게 성표현물을 생산하고 전세계적으로 유통되고 있는 실정이다. 일본에서 AV성인물은 성인배우가 교복을 입고 연기를 했다고 하더라도 일정한 요건 아래 합법적으로 유통되고 있어서 우리나라에서 아청법으로 가중처벌하고, 대대적인 단속을 하는 것만으로는 이를 금지하는 것은 어려워 보인다. 무엇보다도 정보통신망에서의 아동포르노의 유통에 대한 정밀한 규제와 국제적 협력도 필요하지만, 처벌 전에 정보통신망을 통한 유통 규제와 함께 아동청소년이용음란물이 현실에 부합하게 범위를 명확하게 규정해야 하고, 그 이후 아동포르노가 범죄라는 점, 아동포르노의 규제의 필요성에 대한 국민적 합의와 인식의 변화가 선행되어야 할 것으로 보인다.

110) 여성도 다르지 않다. <http://www.newstown.co.kr/news/articleView.html?idxno=130560>, 뉴스타운 2012. 9. 18. “eBook 콘텐츠 ‘19금’ 인기, 2030 여성들에게 요즘 대세는 ‘19금’” 기사 참조

111) 김영환/이경재, 음란물의 법적 규제 및 대책에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 37쪽 참조

를 원칙적으로 허용한다¹¹²⁾.

(4) 포르노물 소지가 범죄행위가 되지 않으므로, 컴퓨터, 인터넷 등 신기술이 발달하면서 포르노물을 접하는 게 너무나 쉬워졌음에도 이전까지는 국가가 정보통신망을 통한 규제를 할 뿐, 배포와 달리, 포르노물을 다운로드받는 행위를 감시하지 않았다.

그런데, “아동청소년이용음란물”을 개인적 목적으로 제작, 소지한 경우도 처벌할 수 있는 가운데, “아동청소년이용음란물”의 범위가 해석 여하에 따라 세계 유래가 없을 정도로 지나치게 확대되면서 판도라 상자가 열린 것과 같이 상황은 완전히 달라졌다.

이 사건 법률조항의 불명확함으로 인하여 수사기관은 아청법 제8조에 기하여 온라인에서 실재하든 가상이든, 애니메이션이든 간에, 미성년자로 보이는 사람 또는 미성년자 캐릭터가 등장하는 모든 성표현물의 다운로드 또는 업로드 행위를 실시간으로 감시하고 단속할 수 있게 된 것이다¹¹³⁾. 극악한 아동성범죄자만 아니라, 장삼이사(張三四)와 같은 많은 평범한 국민들, 심지어 예상치 못했던 여중생¹¹⁴⁾마저 온라인상에서 “아동청소년이용음란물”을 배포 또는 소지하였다는 이유로 범죄자로 수사를 받거나 기소되어 처벌을 받고 있다. 장삼이사가 범죄자로 양산되는 사회는 정상적인 사회가 아님은 명백하다¹¹⁵⁾.

(5) 수사기관이 국민적 공감대 없이 온라인으로 실시간 감시하고, 다운로드 받은 음란물 중 그 여하를 불문하고 미성년자로 보이는 사람 또는 캐릭터가 등장하였다는 이유만으로 처벌하게 된다면, 처벌받는 국민이 이를 쉽게 수궁할 수 없고, 규제하고자 하는 목적 이상으로 의사표현의 공간은 위축될 수밖에 없다. 비록 정치적 자유의 영역

112) 독일 등 몇몇 나라는 청소년 일반 및 원치 않는 성인들에 대한 포르노의 배포행위, 불특정다수가 접근할 수 있는 장소에서의 배포행위 등으로 한정하여 제한하고 있다. 박선영, 인터넷상의 표현의 자유, 인터넷과 법률 12권, 법문사(2005), 110쪽 참조

113) http://article.joinsmsn.com/news/article/article.asp?total_id=11479819&doc=olink|article|default, 중앙일보 2013. 5. 10. “아동음란물 접속 경찰이 보고 있다” 기사 참조, 과거에는 음란물을 업로드 하는 행위를 단속하여 왔다면, 지금은 아청법의 개정으로 “아동청소년이용음란물”의 범위가 확대되고, 이를 단순배포, 소지한 자도 처벌받게 되므로, 모든 음란물의 다운로드까지 실시간 감시할 수 있는 여건이 마련된 것이다. 유통되는 성표현물은 그 수가 상당하고, 계속해서 제작되므로, 그 중에 “아동청소년이용음란물”이 있는지를 확인하고 단속하기 위해서는 필수불가결하게 성표현물 전체를 감시하여야 하고, 아청법은 그럴 수 있는 법적 근거를 마련하여 주었다.

114) <http://news.donga.com/3/all/20130502/54841703/1>, 동아일보 2013. 5. 2. 자 “무심코 ‘아동 야동’ 내려받았다...10대들 ‘덜덜’” 기사 참조

115) <http://news1.kr/articles/1124528>, new1 2013. 5. 8. 자 “아동·청소년 음란물 사범 등 1938명 검거” 기사 참조, 이중 실제미성년자 음란물을 배포, 소지한 경우는 얼마나 있을까 의문이다.

이 아니더라도, 이는 표현의 자유를 위축시켜 궁극적으로 민주주의가 후퇴하게 된다.

수사기관이 온라인으로 실시간 감시하고 있는 상태여서 네티즌들은 음란물만 아니라 이에 이르지 않는 청소년 등을 소재로 한 성표현물을 공유할 수 없게 된다. 다운로드 받을 때도 미성년자 또는 미성년자로 보이는 사람이 등장하는지를 미리 확인하지 않으면 안 되게 되었다. 애니메이션 작가, 게임물창작자, 영화제작자 또한 청소년을 소재로 한 성표현물을 창작하는데 주저할 수밖에 없다. 정보통신서비스제공자는 아청법이 부과하는 불이익을 피하기 위하여, 제한하여야 할 아동포르노만 아니라, 자기 검열에 의하여 미리 헌법상 보호되어야 할 청소년 성표현물도 임의로 삭제하거나 또는 그런 성표현물이 유통되거나 국민들 사이에 의사소통되는 공간도 폐쇄하게 된다. 이미 웹툰, 유료만화를 제공하는 포털사이트와 출판사가 서비스를 잠정 중단한다는 발표도 있었다¹¹⁶⁾. 게임업계마저도 게임물에서 성인으로 설정되어도 옛되어 보이는 캐릭터가 등장하는 경우가 많아 우려를 금치 못하고 있다¹¹⁷⁾. 입법자가 의도하지 않았다고 하더라도, 청소년의 성과 사랑에 대한 주제가 금기시되고 의사표현의 공간이 위축되고 있는 것이다. 입법권자가 의도하지 않았다고 하더라도, 빅브라더의 시대는 그렇게 소리 없이 오게 된다.

(6) 입법의 필요성이 절실하고, 아무리 선의의 의도가 있다고 하더라도, 입법을 함에 있어서 ‘기본권 최대한 보장의 원칙’에 따라 필요한 범위 내에서 기본권 제한은 최소한에 그쳐야 한다는 것이 법치국가에서의 기본권제한의 한계이다. 그런데, 입법권자가 이를 지키지 아니하고 입법하면, 아청법과 같이 정당한 입법 목적과 달리 사실상 포르노물 단속 규제를 위한 법률로 변질되어 규제하고자 하는 극악한 아동성범죄자만 아니라, 의도하지 않은 많은 평범한 국민들, 청소년들까지 같은 형벌을 받게 된다. 법이 의도하지 않은 많은 평범한 국민들이 처벌받고 억울하다고 하소연한다면 그 법은 지나치게 가혹하다 하지 않을 수 없다.

이상 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항이 행위유형, 침해법익, 죄질 등이 다름에도

116) <http://www.mt.co.kr/view/mtview.php?type=1&no=2012101917210770139&outlink=1>, 머니투데이 2012. 10. 20.자 “‘교복 입으면’ 아동음란물?...영화 '은교'는?” 기사 참조,

117) <http://www.gamemeca.com/news/view.php?gid=217173>, 게임메카 2012. 11. 21.자 아청법 논란, “게임물과 이용자도 처벌 대상” 기사 참조

이를 고려하지 않고, 일률적으로 과중한 형벌과 함께 신상정보등록 및 취업제한 등 보
안처분을 부과하는 것은 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 비례관계가 준수되지
않아 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하려는 실질적 법치국가 이념에 어긋나고,
모든 기본권제한입법의 한계원리인 과잉금지원칙을 위배하여 지나치게 표현의 자유를
침해하였으므로, 위헌이라고 하지 않을 수 없다.

7. 평등의 원칙에 위반하는지의 여부

가. 신청인 변호인의 주장

이 사건 법률조항은 다른 처벌법규에 비교하여 합리적 이유 없이 가중처벌하는 등
평등의 원칙을 위배하여 위헌이다.

나. 평등의 원칙 위반에 대한 판단

(1) 사춘기 전의 아동(우리 형법은 13세 미만의 자로 규정하고 있다)을 대상으로
한 성범죄는 그 어떤 경우보다 비난가능성이 높아서 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특
례법 제7조에 의하여 13세 미만의 자에 대한 성범죄는 특히 엄하게 가중처벌하고 있
다. 13세 미만의 아동이 등장하는 성표현물과 13세 이상의 청소년이 등장하는 성표현
물은 그 죄질이 명백히 다르다. 사춘기의 청소년의 경우 미약하다고 할 수 있지만 성
적 자기결정권도 갖고 있고, 경우에 따라서는 음란물에 이르지 않는 청소년의 성표현
물은 청소년의 성적 자기결정권으로 헌법상 보호되어야 할 경우도 있다. 그런데, 이 사
건 법률조항은 13세 미만의 아동이 등장하는 성표현물을 배포한 경우와 13세 이상의
청소년이 등장하는 성표현물을 배포한 경우를 구별하지 않고, 같은 형벌로 처벌하는
것은 평등의 원칙에 반한다¹¹⁸⁾. 아동성범죄자가 소지하는 아동포르노는 13세 미만의
아동을 대상으로 한 것임은 앞에서 살펴 본 바와 같다.

(2) 이 사건 법률조항 제2조 제5호에서 규정한 “아동청소년이용음란물”은 음란물
만 아니라 이에 이르지 않는 성표현물까지 규정하고 있는바, 음란물 배포행위와 이에
이르지 않는 성표현물의 배포행위는 법익의 침해 여부 또는 정도 및 죄질이 현저히 다

118) 독일형법은 14세 미만의 아동 포르노와 14세 이상 18세 미만의 청소년포르노를 달리 처벌하고 있다.

르다고 할 것인데, 이를 같은 형벌로 처벌하는 것은 평등의 원칙에 반한다.

(3) 가상미성년자 성표현물의 배포행위는 미성년자에 대한 법익의 침해가 없는 경우이므로, 법익을 침해한 실제미성년자 성표현물의 배포행위와 같은 형벌로 처벌하는 것은 평등의 원칙에 반한다.

(4) 또한 소위 “빨간 마후라” 사건과 같이 신기술에 익숙한 청소년이 성표현물을 제작, 배포하는 경우와 같이 청소년들에게 성개방 풍조도 광범위하게 퍼지고 있는 상황에서 그 등장인물이 청소년일 가능성이 높다¹¹⁹⁾. 청소년이 자신의 권익을 위하여 자기 성적 결정권의 행사로서 성표현물을 제작, 배포할 경우도 있다. 성인이 미성년자를 대상으로 한 성표현물을 제작, 배포하는 경우보다 청소년이 한 경우가 훨씬 비난가능성이 낮고, 설사 그 비난가능성이 같다고 하더라도, 기대가능성에 비추어도 행위자의 책임이 성인과 청소년과는 다르다고 할 것이므로, 성인과 청소년을 같은 형벌로 처벌하는 것은 평등의 원칙에 반한다.

(5) 성표현물을 미성년자를 대상으로 배포한 경우에 비하여 성인을 대상으로 배포한 경우가 그 비난가능성이 낮다고 할 수 있는데도 같은 형벌로 처벌하는 것은 평등의 원칙에 반한다¹²⁰⁾. 이 사건 본안 사건은 성인 전용 컴퓨터전화방으로 미성년자에게 노출될 염려가 없는 경우인데도 법정형에 벌금형이 없어서 정식기소 되었다. 성인이 포르노를 보고 싶은 것은 억제할 수 없는 본능에 가까워 이를 무조건 금기시하거나 배척할 일은 아니다. 그래서 유럽 등에서는 성인에게 소프트코어 포르노를 배포하는 행위를 원칙적으로 허용하고 있다. 앞서 본 바와 같이 포르노가 성범죄를 유발시키는 것이 아니라 그 사회를 더욱 건강하게 만든다는 실험결과도 많다고 한다. 음란물 유통을 규제한다고 있지만, 현실은 청소년까지 포르노에 쉽게 접할 수 있는 시대가 되었다. 과학적 근거도 없이 성범죄를 조장할 것이라는 우려로 미성년자에게 노출될 염려가 없는 경우까지 소프트코어 포르노를 유통시키는 행위를 일반적으로 금지하는 것은 과잉규제가 아닌가 하는 의심이 든다. 미성년자에게 전혀 노출될 염려가 없는 경우에는 이를

119) 앞서의 오마이뉴스 2012. 10. 25.자 “음란물 단속이 최선? 토렌트 사용자는 떨고 있다” 기사 참조, 이에 의하면, 청소년이 등장하는 성표현물은 청소년들끼리 찍은 영상이 대부분이라고 한다.

120) 독일 형법은 성인을 대상으로 한 포르노의 배포는 원칙적으로 허용하고 있다. 그래서 미성년자를 대상으로 한 배포행위와 성인을 대상으로 한 배포행위에 대하여 구성요건 및 형벌을 달리 하고 있다.

합법화하는 것도 입법론적으로 검토할만해 보인다.

다. 소결론

위와 같이 미성년자에 대한 법익 침해가 없거나 침해되는 법익이 다르고, 죄질 및 행위태양, 그 위험성이 각각 다름에도 이 사건 법률조항에 기하여 일률적으로 벌금형도 없이 7년 이하의 유기징역형에 처하도록 한 것은 각 행위의 개별성과 고유성에 맞추어 그 책임에 알맞은 형벌을 선고할 수 없도록 함으로써 개별형벌화의 원칙에도 반하고 형벌체계상의 정당성과 균형성을 상실하여 평등의 원칙에도 반한다고 할 것이다.

8. 결 론

그렇다면, 이 사건 법률조항의 위헌제청신청은 정당하여 주문과 같이 결정한다.

참 고 문 헌

대전지방법원 홍성지원 2001고합54호 위헌제청결정문

박경신, 가상아동포르노그래피 규제의 위헌성

박선영, 가상공간에서의 표현의 자유와 청소년의 보호, 인터넷법률 통권 제15호(2003. 1.)

박선영, 청소년의 성보호에 관한 법률 개정안의 문제점 및 개선방향, 공법연구 제33집 제3호, 2005. 5.

박선영, 인터넷상의 표현의 자유, 인터넷과 법률 12권, 법문사(2005)

이향선, 디지털시대의 가상아동포르노 규제, 한국방송학보 27권 2호, 2013.

박기범, 아동성범죄와 인터넷상의 아동포르노그래피, 형사정책연구 18권 제1호(2007. 3.)

김영환/이경재, 음란물의 법적 규제 및 대책에 관한 연구, 한국형사정책연구원

심희기, 아동포르노그래피와 한국의 청소년 성보호법, 비교형사법연구 제5권 제2호 (2003. 12.)

김용화, 아동 포르노 근절에 관한 연구, 영남법학 제31호, 2010.

유익선/조연하, '가상 청소년이용 성표현물(Virtual Child Pornography)의 위법성 구성 및 조각에 관한 연구: 한국과 미국 사례를 중심으로', 한국언론학보 47권 5호, 한국언론학회

임지봉, 대법원의 음란성 판단기준에 대한 비판적 검토, 민주법학 통권29호(2005. 1 2), 관약사

손동권, '현행 보안처분제도의 정당성에 관한 연구', 일감법학 7권 2002. 12, 건국대학교법학연구소

이경재, 일본법상 아동매춘등죄와 아동포르노반포등죄에 관한 고찰, 형사정책연구 11권 3호 참조

정부 제출의 2005. 11. 청소년의 성보호에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고서

제18대 국회 2011. 8. 여성가족위원회 아동청소년의 성보호에 관한 법률 일부개정 법

불안 심사보고서

최민희 국회의원 주최 토론회 “아동음란물 규제, 어떻게 할 것인가”, 2012. 11. 1

경찰청 사이버테러대응센터, 2012. 10. “아동음란물 단속 관련 설명자료

http://www.internationalresourcecentre.org/en_X2/Documents/LegislationEuropol_2005.pdf

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=185&CL=ENG>

<http://www.icmec.org/missingkids/servlet/PublicHomeServlet>