



란 애니메이션 동영상 파일을 "[19금][복미no모] 바이블 블랙 온니 HD"라는 제목으로 업로드하여 다른 사람들이 다운받아 볼 수 있도록 유포하였다."는 것이다.

검찰은 위 영상물이 구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(법률 제11572호로 개정되기 전의 것, 이하 '이 사건 법률'이라 한다) 제2조 제5호에서 정한 "아동·청소년이용음란물"에 해당된다고 판단하여 같은 법률 제8조 제4항을 적용하여 공소를 제기하였다. 신청인은 현재 이 법원 2012고정2192호(이하 '이 사건 본안사건'이라 한다)로 재판을 받고 있다.

나. 신청인은, 위 영상물은 가상의 인물을 등장시킨 창작물인데, 이를 실재하는 아동·청소년이 등장하는 영상물과 같이 이 사건 법률에 의하여 처벌하는 것은 평등의 원칙, 과잉금지 원칙 등에 반하고, 위 법률의 구성요건이 형법상의 명확성의 원칙에 반한다고 주장한다.

2. 위헌심판제청 대상 법률조항 및 재판의 전제성

가. 위헌심판제청 대상은 이 사건 법률 중 제2조 제5호 및 같은 법 제8조 제4항(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이다.

나. 위헌심판제청대상인 이 사건 법률 및 이 사건 법률조항

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "아동·청소년"이란 19세 미만의 자를 말한다. 다만, 19세에 도달하는 연도의 1월 1일을 맞이한 자는 제외한다.
2. "아동·청소년대상 성범죄"란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 죄를 말한다.
 - 가. 제7조부터 제15조까지의 죄(제8조 제5항의 죄는 제외한다)
4. "아동·청소년의 성을 사는 행위"란 아동·청소년, 아동·청소년의 성(性)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"이란 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)

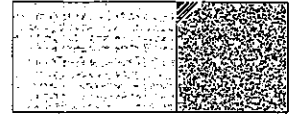
④ 아동·청소년이용음란물을 배포하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

다. 재판의 전제성

앞서 본 바와 같이, 신청인이 이 사건 구성요건을 이루는 이 사건 각 법률조항의 위헌성을 다투고 있으므로, 이 사건 법률조항의 위헌 여부는 이 사건 본안사건 재판의 결론을 달리할 수 있으므로 이 사건 위헌심판제청은 이 사건 본안사건의 전제성이 있다.

3. 판단

가. 신청인의 주장

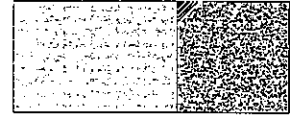


신청인은, 이 사건 법률조항 중 제2항 제5호의 '인식될 수 있는', '표현물', '그 밖의 성적 행위' 등의 구성요건이 모호하고 '표현물에 실존 아동·청소년이 아닌 순수한 창작캐릭터를 포함시키는 것이 죄형법정주의에 위배하였고, 또한 이 사건 법률은 형법이나 정보통신망법이용촉진 및 정보보호에 관한 법률에 규제된 음란물 규제에 비하여 형량도 훨씬 높고 신상정보 등록 및 취업제한 등의 불이익을 가하므로, 평등의 원칙, 과잉금지의 원칙을 위배한다고 주장한다.

나. 과잉금지의 원칙 위반에 대한 판단

1) 목적의 상당성 여부

입법자는 2011. 9. 15. 법률 제11047호로 개정하면서 이 사건 법률조항 중 '표현물'을 추가하여 이전에는 처벌하지 않던 실재하지 않은 아동이 등장하는 가상아동포르노에 대한 처벌도 가능하게 하였다. 이는 가상아동 포르노가 실존 아동에 대해 직접적인 피해가 없더라도 아동포르노 시장 확대 및 잠재적 아동성애자 증가에 기여할 수 있고, 다른 아동으로 하여금 성행위에 참여하도록 유혹하거나 그런 행위에 대한 수치심이나 공포를 마비시키는 수단으로 악용될 수 있다는 것이 주요한 목적일 것이다. 그러나, 아동에게 직접적인 피해가 없는 가상아동포르노의 경우 장래 범죄발생의 가능성 또는 범죄행위의 수단으로서의 악용 위험은 표현의 자유를 제한할 만큼의 명백·현존하는 위험은 아니며 실존 아동의 법익이 침해되는 것이 아닌데도 불구하고 단순히 '아동캐릭터'가 등장하여 성적인 행위를 한다는 이유만으로 규제하는 것은 표현의 자유에 대한 중대한 제한이 될 수도 있다는 반대 입장도 있다. 또한 미국 연방대법원은 2002년 *Ashcroft v. Free Speech Coalition* 사건에서 "아동성표현물 자체는 어떤 범죄의 미수, 선동, 사주 또는 모의에도 이르지 않는다. 정부는 어떤 사상 또는 욕구를 독려할 수 있

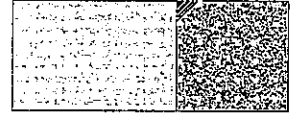


는 표현과 아동성학대 사이의 요원한 관계 이상 아무 것도 보여주지 않았다. 더욱 직접적이고 강고한 인과관계를 보여주지 않는 이상 정부는 아동성표현물이 아동성애자의 불법행위를 독려한다는 명분으로 규제할 수는 없다."고 판시한바 있다(박경신, 가상아동포르노그래피 규제의 위헌성 참조). 결국, 위와 같은 논의의 과정에 비추어 보면, 이 사건 법률조항의 입법의 목적은 별다른 과학적 근거도 없는 우려에 기인한 것으로서 그 목적이 상당한지 의문이다. 입법자의 이러한 의도는 노출이 심한 의상이 여성의 성범죄를 발생시킨다는 일부의 그릇된 관념과도 별 차이가 없어 보이고, 성범죄를 예방하기 위하여 여성의 노출이 심한 의상을 법적으로 규제해서는 안되는 것과 마찬가지로 아동포르노도 입법자의 위와 같은 목적을 들어 규제하는 데에는 신중을 기할 필요가 있다.

2) 비례성의 원칙

이 사건 영상물은 이미 형법상 음화반포등죄, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제74조 제1항 제2호, 청소년보호법 제50조 제1호에 의하여 처벌될 수 있다. 그럼에도 불구하고, 취업의 제한, 신상정보등록 등의 가혹한 제한이 있는 아청법으로 가중처벌하는 것이 적절한 것인지도 의문이다.

예를 들어, 신상정보등록의 경우, 아동청소년대상 성범죄를 유죄판결이 확정된 자는 관할 경찰관서의 장에게 신상정보를 제출하여야 하고, 매년 사진을 제출하는 한편, 신상정보가 변경된 경우 이를 신고하여야 하며, 여성가족부는 신상정보를 등록하고 20년간 보존·관리하고, 신상정보는 범죄수사에 활용할 수 있는 등 개인의 자유권에 대하여 상당한 제약을 가하고 있다. 이러한 제약이 있는 아청법의 규율대상애, 실존하는 아동이 아니므로 아동에 대한 아무런 피해가 없고, 그 비난가능성에도 상당한 차이가



있는 것으로 보이는 가상아동포르노를 포함시키는 것이 적절한 수단인지도 의문일 뿐만 아니라 그 제약의 정도도 지나친 것으로 보인다.

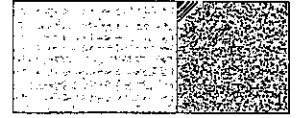
다. 죄형법정주의의 원칙

죄형법정주의의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다. 형벌법규의 내용이 애매모호하거나 추상적이어서 불명확하면 무엇이 금지된 행위인지를 국민이 알 수 없어 법을 지키기가 어려울 뿐만 아니라, 범죄의 성립 여부가 법관의 자의적인 해석에 맡겨져서 죄형법정주의에 의하여 국민의 자유와 권리를 보장하려는 법치주의의 이념은 실현될 수 없기 때문이다. 따라서 형벌조항에 대해서는 명확성원칙이 엄격하게 적용되어야 한다(헌재 2010. 12. 28. 2008헌바157, 판례집 22-2하, 684, 694 참조).

이 사건으로 돌아와 살펴건대, 이 사건 법률조항 중 제2항 제5호의 '인식될 수 있는', '표현물', '그 밖의 성적 행위' 등의 구성요건은 매우 모호하거나 추상적이다(서울북부지방법원 2013초기617사건이 동일한 쟁점으로 헌법재판소에 계류중이어서 반복하지 않는다).

예를 들어, '인식될 수 있는'이라는 표현은 매우 주관적인 가치를 포함하고 있는 것이어서 수사기관이나 법관의 자의적인 판단이 개입될 가능성이 매우 크다. 입법자 역시 이를 의식하여 최근에 '명백하게'라는 구성요건을 추가하였는데, 이는 위 구성요건이 모호한 것임을 자인하는 것에 다름 아니다. 아울러 '명백하게'가 추가되었다고 해서 위 구성요건의 모호함이 해결된 것도 아닌 것으로 보인다.

라. 평등의 원칙



이 사건 법률조항 제2조 제5호의 "아동청소년이용음란물"은 음란물만 아니라 이에 이르지 않은 성표현물까지 규정하고 있는바, 음란물 배포행위와 이에 이르지 않은 성표현물의 배포행위는 법익의 침해 여부 또는 정도 및 죄질이 현저히 다름에도 불구하고, 이를 같은 법 체계 아래에서 동일하게 처벌하는 것은 평등의 원칙에 반한다.

또한 가상아동포르노물의 배포행위는 실존하는 미성년자에 대한 법익의 침해가 없는 경우이므로, 법익을 침해한 실제미성년자 성표현물의 배포행위와 같은 형벌로 처벌하는 것은 평등의 원칙에 반한다.

4. 결론

그렇다면, 위 각 법률조항은 주문 기재 사건 재판의 전제가 될 뿐만 아니라, 죄형법정주의의 원칙, 과잉금지의 원칙, 평등의 원칙에 각 위배하여 위헌이라고 의심할만한 이유가 있으므로, 피고인의 신청을 인용하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

2013. 8. 12.

판사 문홍주