

토 론 문

법무법인 이공 양홍석 변호사

아동·청소년의 성보호에 관한 법률(이하 '아청법')의 '아동·청소년 이용음란물' 정의규정 개정은 성인교복물이나 만화, 애니메이션 등 가상표현물이 아동·청소년 이용음란물에 포함될 수도 있는 해석이 형식적으로 가능하도록 함으로써 과잉처벌 논란이 일고 있습니다. 이런 점에 대해서는 발제자께서 적절히 지적해 주셨고, 저는 아청법상 아동·청소년이용음란물 정의규정의 개정으로 인한 실제 법 적용 유형과 유형별 변론과정에서 나타난 문제를 몇 가지 소개하고자 합니다.

1. [유형1] 일본 성인만화 스캔파일 유포

일본 성인만화(동인지)를 스캔한 그림파일을 압축하여 웹하드에 업로드하거나 P2P프로그램을 통해 공유하는 형태로, 대표적으로 부산지방법원 2013고정224사건이 있습니다.

위 부산지법 2013고정224사건은 2011. 9.경 인터넷 웹하드에 일본 성인만화를 스캔한 파일을 포인트 적립 목적으로 업로드한 범죄사실로 아청법위반(음란물제작·배포등)으로 약식명령을 받고, 정식재판청구한 사건입니다.

부산지방법원에서 동일한 내용의 만화라 하더라도 **인쇄된 매체의 경우 아동·청소년이용음란물이 아닌데 인쇄된 만화를 스캔한 그림파일은 아동·청소년이용음란물로 처리하는 것의 부당함**, 2011. 9.에는 가상표현물을 아동·청소년이용음란물로 보지 않았다는 점(업로드시에는 처벌규정 부존재), **아청법위반(음란물제작·배포등)죄로 처벌받은 경우 20년간 신상등록, 10년간 취업제한을 받게 되는 범죄와 형벌(불이익)의 불균형** 등을 주장하여 결국 검사가 아청법에서 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률(이하 '정보통신망법')로 적용법조를 변경하여 벌금형 선고된 후 확정되었습니다.

최근 **인천지방경찰청에서 일본 성인만화를 스캔한 그림파일에 포토샵을 이용해서 일본어를 한글로 바꾼 번역/식자 행위를 한 대학생, 사회초년생들을 대거 입건하여 현재 아동·청소년이용음란물 제작과 유포 혐의를 두고 수사중**에 있습니다. 이미 완성된 만화의 말풍선 안에 대사를 포토샵으로 지우고 한글로 바꾼 정도를 과연 아동·청소년이용음란물 제작으로 의율해 무기징역 또는 5년 이상의 징역에 처하도록 하는 것이 과연 합당한 처벌인지 의문이고, 근본적으로 아동·청소년이용음란물이 아닌 인쇄된 만화를 스캔한 파일을 아동·청소년이용음란물로

평가하는 것이 합당한 것인지 따져볼 문제입니다.

2. [유형2] 일본 성인애니메이션 파일 유포

일본 성인애니메이션 파일을 웹하드에 업로드하거나 P2P프로그램을 통해 공유하는 형태로, 대표적으로 수원지방법원 안산지원 2013고정2192사건이 있습니다.

위 안산지원 2013고정2192사건은 2012. 6. 30.경 인터넷 웹하드에 일본 성인애니메이션 바이블블랙 시리즈 중 한 편을 업로드한 범죄사실로 아청법위반(음란물제작·배포등)으로 약식명령을 받고 정식재판청구한 사건으로 '바이블블랙 사건'으로 불리고 있습니다. 이 사건에 대해서는 아청법상 아동·청소년이용음란물 정의규정의 모호함, 실존하거나 실존했던 자연인 아닌 가상의 캐릭터는 아청법상 '아동·청소년'이 될 수 없는 점, 아청법상 연령 개념은 창작 캐릭터에 적용하기 어려운 점 등을 이유로 위헌법률심판제청신청하여 현재 담당재판부의 심리중에 있습니다.

이 사건과 같이 일본 성인애니메이션 파일을 유포하거나 토렌트를 통해 다운로드받았다는 혐의로 수사를 받은 경우가 적지 않았는데, 법 시행 초기에는 일정한 처리기준이 없었던 탓인지 약식명령이 청구되는 사례가 많았으나 최근에는 교육조건부 기소유예처분으로 종결되는 경향이 있습니다. 이에 따라 일본 성인애니메이션을 유포하거나 소지하였다는 범죄사실로 기소유예처분을 받은 사람들을 대리하여 헌법재판소에 기소유예처분을 취소해달라는 헌법소원을 제기해 둔 상태입니다(헌재 2013헌마151, 2013헌마205사건).

3. [유형3] 일본 성인여배우가 여고생으로 등장하는 음란물(일본AV물) 유포

가장 많은 유형의 사건으로, 일본 성인여배우가 세일러복, 체육복 등을 입고 등장해 성행위 등을 하는 음란물을 웹하드에 업로드하거나 P2P프로그램을 통해 공유하는 형태로, 대표적으로 수원지방법원 2013노1215사건(검사상고, 대법원 2013도8789사건)이 있습니다.

위 수원지방법원 2013노1215사건은 1심에서는 성인여배우가 출연했다고 하더라도 학교, 체육관 등의 장소에서 학생 역할로 출연하여 성행위 등을 하는 경우 아동·청소년이용음란물로 볼 수밖에 없다는 취지로 판단한 것을 항소심에서 뒤집어 무죄판결을 선고한 최초의 사례입니다.

위 수원지방법원 2013노1215판결에서는 아청법 제2조 제5호의 '아동·청소년이용

음란물' 정의규정의 위헌성을 지적하면서 현행법을 최대한 합헌적으로 해석·적용한다면 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람"이라는 부분을 사회평균인의 입장에서 건전한 사회통념에 따라 객관적이고 규범적으로 평가할 때 아동·청소년임이 '명백한' 경우 즉, 문제된 음란물에 등장하는 인물이 아동·청소년이라는 점에 대하여 건전한 사회통념을 가진 사회 평균인이라면 누구도 의문을 제기하지 않는 경우로 한정하여야 한다는 합헌적 법률해석을 통해 위 사건의 경우 ①이 사건 동영상은 일본에서 합법적으로 제작·판매되고 있는 영상물로서 등장하는 배우들이 실제로는 아동·청소년이 아니라 성인배우이고, ②위 배우들은 비록 동영상 내의 복장, 배경 등에 의하여 고등학생 이하의 아동·청소년인 학생으로 연출되어 있기는 하나, 외모, 신체발달 상태, 행위 내용 등에 비추어 볼 때 이들의 실제 연령에 대한 배경정보가 없는 상태에서도 의문의 여지없이 '명백하게' 아동·청소년으로 인식될 수 있는 정도는 아닌 것으로 보이며, ③이 사건 정의조항이나 처벌조항이 단순히 복장 등에 대한 특이한 성적 취향이나 환상을 영상화하는 것 자체를 처벌하기 위한 목적은 아닌 점 등에 비추어 보면, 이 사건 동영상에 등장하는 배우들이 명백하게 아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람에 해당한다고 인정하기에는 부족하다고 판단하였습니다.

이 수원지방법원 2013노1215판결의 영향으로 최근 부천지원 2013고단79사건에서 동일한 취지로 아청법위반(음란물제작·배포등)의 점에 관하여 무죄판결이 선고되었고, 검사가 따로 항소하지 않아 확정되기도 했습니다.

이 유형의 경우 서울북부지방법원에서 위헌제청을 하기도 하였기 때문에 추후 헌법재판소 결정, 대법원 판결에 따라 아청법 적용 여부에 관한 논란이 어느 정도 정리되지 않을까 싶습니다.

4. [유형4] 서양 성인여배우가 출연한 음란물(서양AV물) 유포

일본 AV물에 비해 실제 수사대상이 된 사례는 적지만, 개정 아청법 시행 초기 많은 수가 입건되었습니다.

일본 AV물의 경우 배우의 이름, 출생년월일, 해당 AV물 배포시점 등을 일본내 사이트를 통해 확인할 수 있는 경우가 많지만, 서양 AV물의 경우 출연배우의 이름, 나이 등의 정보를 확인할 수 없는 경우가 많기 때문에 아동·청소년이용음란물 정의규정 중 '아동·청소년으로 인식될 수 있는' 부분의 문제점이 심리의 쟁점으로 부각될 수밖에 없습니다.

이와 관련하여 서울서부지방법원 2013고정13, 2013고정575(병합)사건의 경우 단

지 어려보인다는 이유로 출연여배우가 학생으로 연출된 경우로 볼 수 없음에도 아청법이 적용된 사례라는 점을 적극적으로 부각하여 결국 검사가 정보통신망법으로 적용법조를 변경하여 벌금형 선고된 후 확정되었습니다.

5. [유형5] 셀카물 유포

포르노제작업체가 전문적으로 촬영하여 배포한 영상이 아니라 개인이 캠코더, 휴대전화 등으로 찍은 셀카물의 경우도 어려 보인다는 이유로 입건된 경우가 적지 않았습니다.

전문적인 포르노제작업체들은 영상물에 자신들의 로고 등을 삽입하는 경우가 일반적이고 이 경우 해당국의 아동포르노규제에 관한 법률규정도 준수하는 것으로 추정할 수 있는데, 셀카물의 경우 이런 규제에서 자유롭게 촬영된 것이기 때문에 경찰관이나 검사가 어려보인다고 생각하고 공소제기하면 피고인이 '아동·청소년으로 인식될 수 있는' 사람이 아니라는 점을 입증해야 하는 부담을 지게 됩니다. 그리고 이런 유형의 경우 결국 '육체적 발달 표지'에 따라 판단할 수밖에 없는데, 이 '육체적 발달 표지'라는 것이 인종간 차이, 개인의 특성, 판단자의 주관 등에 따라 항상 명백한 결론에 이를 수 없는 한계가 있기 때문에 국가형벌권 행사의 법적안정성 측면에서 한계가 있을 수밖에 없습니다.

최근 성남지원에서는 대학생으로 보이는 남녀의 셀카물을 고등학생이라고 오해해 기소한 사례에 대해 정보통신망법으로 적용법조를 변경해 선고한 사례가 있고, 현재 수원지방법원에도 유사한 사건이 계속중에 있습니다.

6. [유형6] 실제 아동·청소년이 등장하는 음란물 유포

전형적으로 아청법이 적용되어야 할 유형입니다.

그런데 이 유형의 경우에도 국내법상 아동·청소년의 연령기준이 19세이고, 외국의 경우 통상 18세이기 때문에 외국에서는 아동포르노규제를 받지 않는 일반음란물도 국경을 넘어 국내로 유입되면 아동·청소년이용음란물로 평가되는 경우가 있고, 이로 인해 일반인들은 일상적으로 유통되는 음란물이라는 인식으로 유포하거나 소지하게 되는데 의도치않게 아청법이 적용되는 경우가 있을 수 있습니다.

7. [유형7] 음란성이 없는 성인만화/성인애로영화 유포

아동·청소년이용음란물 정의규정의 개정으로 "음란성" 표시가 사라지면서 아동·청소년이 신체의 전부 또는 일부를 드러내는 경우(이런 장면을 연출한 캐릭터도

마찬가지) 등 대법원이 견지하고 있는 음란성 요건을 충족하지 않는 성인만화나 성인애로영화를 유포하였다는 이유로 아청법 위반으로 수사를 받는 예가 있습니다.

이는 경찰의 실적위주 단속과 아동·청소년이용음란물 정의규정의 모호성이 결합해 불필요한 수사력 낭비, 사법피해자 양산 등 아청법의 부작용을 극명하게 드러내는 유형이라 할 수 있습니다.

이와 같이 아청법이 적용되는 유형 중 실제 실존하는 아동·청소년의 성착취, 성학대 문제와 관련이 없는 유형도 존재함에도 불구하고, 2012. 3. 16. 개정 아청법이 시행되자 경찰의 집중단속으로 **2011. 1. 1.~2012. 3.까지** 전국 검찰청에 접수된 아동·청소년이용음란물 제작·배포 등 사건이 **119건에 불과하던 것이 2012. 3. 개정 아청법 시행 이후부터 2013. 6.까지 4,412건으로 약 37배 급증**하였습니다(최민희 의원실 자료 참고). 그런데 이렇게 늘어난 사건 중에는 실존하는 아동·청소년이 등장하는 경우도 있지만 이보다는 성인교복물, 가상표현물 등 실존하는 아동·청소년의 성보호와는 무관한 사건이 더 많다는 것이 아청법위반으로 수사와 재판을 받는 사람들을 사법피해자로 부르게 되는 이유가 아닐까 합니다.