형사정책연구 Korean Criminological Review
제27권 제1호(통권 제105호, 2016 · 봄)

『아동·청소년의 성보호에 관한 법률』에 관한 헌법재판소 결정에 대한 비판적 검토*

조 성 용**

국 ▌문 ▌요 ▌약

이번 헌법재판소 결정은 가상 아동·청소년이용음란물의 범위와 관련하여 헌법에 합치될 수 있는 판단기준을 제시하였다는 점에서 그 의의가 있다. 그리하여 이제부터는 실제 아동·청소년으로 오인되기에 충분한 정도의 음란물이 아니면 처벌대상에서 제외된다. 그러나 이러한 판단기준이 과연 법리적으로 합당하게 도출된 것인지에 대해서는 의문이 제기된다.

우선 심판대상조항의 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물"은 문리해석상 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 정도의 표현물로만 이해하기 어렵다. 더욱이 법전문가 및 법집행기관조차도 그와 같이 좁은 의미로만 해석하지 않는다는 점을 고려하면 더욱 그러하다. 또한 "그 밖의 성적 행위"는 그 문언의 문리해석, 역사적 해석, 목적론적 해석 그리고 체계적 해석에 비추어 볼 때, 반드시 음란한 행위만을 의미한다고 볼 수 없다. 나아가 가상 아동·청소년이용음란물에의 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 불과한 것이다. 그리하여 실제 아동·청소년과 사실상 구별이 불가능할 정도의 음란물의 경우를 제외하고는, 가상 아동·청소년이용음란물을 이를 이유로 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 동일하게 중한 법정형으로 규율하는 것은 형벌의 비례성 측면에서 적합하지 않다.

요컨대, 심판대상조항의 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물" 및 "그 밖의 성적 행위" 부분은 그 의미가 불명확하여 처벌범위가 지나치게 광범위해질 수 있으며, 그 결과 보호 받아야 할 표현행위까지 처벌하고 있어 과잉처벌을 초래할 여지가 있다. 입법론적으로는 심판대상조항의 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물" 부분은 '실제 아동·청소년과 사실상 구별하기 불가능할 정도의 표현물'로 대체하고 적극적 항변사유를 신설할 필요가 있으며, "그 밖의 성적 행위" 부분은 대체 없이 삭제하는 것이 바람직하다고 본다.

❖ 주제어: 아동·청소년, 가상 아동·청소년이용음란물, 성표현물, 성적 행위

---

* 이 논문은 2015년 단국대학교 교내연구비 지원에 의하여 연구되었음.

** 단국대학교 법과대학 교수, 법학박사

[대상결정] 2013헌가17, 2013헌가24, 2013헌바85(병합)

[사안의 개요]

1. 2013헌가17

교복을 입은 여성이 성행위를 하는 음란물들을 전시·상영한 혐의로 기소된 자가 실제의 아동·청소년이 등장하는 영상물이 아닌 경우에도 그 배포 등을 처벌하는 구 『아동·청소년의 성보호에 관한 법률』(2011. 9. 15. 법률 제11047호로 개정되고, 2012. 12. 18. 법률 제11572호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 아동청소년성보호법'이라 함) 제2조 제5호 및 제8조 제2항에 대한 위헌제청을 신청하고 법원이 이를 받아들여 위헌제청하였다.

2. 2013헌가23

인터넷 파일공유 사이트에 교복을 입은 여학생이 남학생과 성행위를 하는 음란 애니메이션 동영상 파일을 업로드하여 유포한 혐의로 기소된 자가 동법 제2조 제5호 및 제8조 제4항에 대해 위헌제청을 신청하고 법원이 이를 받아들여 위헌제청하였다.

3. 2013헌바85

인터넷 웹하드 사이트에 접속하여 "A uniform beautiful Girl Club"이라는 아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하는 음란물 동영상을 업로드하여 시청 내지 다운로드받을 수 있도록 공연히 전시한 혐의로 기소된 자가 동법 제2조 제5호 및 제8조 제4항에 대해 위헌제청을 신청하였다가 기각되자 헌법재판소 제68조 제2항에 의한 헌법소원을 제기하였다.

[사안의 쟁점]

1. 심판대상조항(구 아동청소년성보호법 제2조 제5호와 제8조 제2항 및 제4항)은

가상 아동·청소년이용음란물의 배포 등을 형사처벌의 대상으로 정하고 있는데, 이 중 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람 또는 표현물" 및 "그 밖의 성적 행위" 부분이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되는지 여부

2. 가상 아동·청소년이용음란물의 배포 등을 금지하고 위반 시 중한 형으로 처벌하도록 규정하고 있는 심판대상조항이 표현의 자유를 과도하게 제한하는지 여부 및 책임과 형벌 사이의 비례성을 준수하고 있는지 여부

3. 가상 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 법정형으로 규율하는 것이 평등원칙에 위반되는지 여부

[합헌결정의 요지]

1. 심판대상조항 중 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물"은 아동·청소년을 대상으로 한 비정상적 성적 충동을 일으키기에 충분한 행위를 담고 있어 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄를 유발할 우려가 있는 수준의 것에 한정되어 있으며, 법관의 양식이나 조리에 따른 보충적인 해석에 의해 판단기준이 구체화되어 해결될 수 있으므로 명확성원칙에 위반된다고 할 수 없다. 또한 "그 밖의 성적 행위" 부분도 일반인으로 하여금 성적 수치심이나 혐오감을 일으키기에 충분한 행위를 의미하며, 포괄적 규정형식을 택하게 된 데에는 불가피한 측면이 있으므로 불명확하다고 볼 수 없다.

2. 가상 아동·청소년이용음란물은 심판대상조항에 의한 처벌 대상이 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄로부터 아동·청소년보호를 위한 최소한의 불가피한 경우로 한정되며, 죄질과 비난가능성 면에서 일반적인 음란물과는 차이가 있으므로 다른 법률에서 정한 법정형보다 더 중한 법정형을 정하고 있다고 하더라도 이것이 책임과 형벌 사이에 비례성을 상실한다고 볼 수 없으며, 아동·청소년의 성보호라는 공

익의 중대함을 고려할 때 법익의 균형성 또한 충족한다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위반되지 않는다.

3. 가상 아동·청소년이용음란물은 아동·청소년에 대한 비정상적 성적 충동을 일으켜 아동·청소년을 상대로 한 성범죄로 이어지게 할 수 있다는 점에서 실제 아동·청소년이 등장하는 아동·청소년이용음란물과 죄질 및 비난가능성의 정도에 거의 차이가 없고, 법정형의 상한만이 정해져 있어 법관이 법정형의 범위 내에서 구체적 타당성을 고려한 양형의 선택이 가능하다. 따라서 심판대상조항이 가상 아동·청소년이용음란물과 실제 아동·청소년이용음란물의 배포행위를 동일한 법정형으로 규율하고 있더라도 평등원칙에 반한다고 볼 수 없다.

Ⅰ. 서론

최근 실제 아동이나 청소년이 출연하지 않고 성인이 교복을 입고 등장하는 음란동영상을 배포하거나, 교복을 입은 여학생이 남학생과 성행위를 하는 음란 애니메이션 동영상 파일을 업로드하여 유포한 행위를 처벌하는 구 아동청소년성보호법 규정이 헌법에 위배되지 않는다는 헌법재판소 결정이 나왔다. 헌법재판소는 2015년 6월 25일 구 아동청소년성보호법 제2조 제5호 및 제8조 제2항과 제4항에 대한 위헌법률심판제청사건에서 재판관 5(합헌) 대 4(위헌) 의견으로 합헌 결정을 내렸다.

이번 헌법재판소 결정은 위헌법률심판이 제청된 후 2년 1개월만의 일이다. 그동안 구 아동청소년성보호법은 실제 아동·청소년뿐만 아니라 아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장해 성적 행위를 하는 경우까지 처벌대상으로 삼아 논란이 되었다. 특히 성인 배우가 미성년자를 연기하며 성적 행위를 하는 영화(예컨대 '은교'나 '방자전')나 가상 아동·청소년이 등장하는 음란 애니메이션이나 만화도 처벌대상이 되는지 의견이 분분하였다. 그러나 이번 헌법재판소의 합헌결정을 계기로 앞으로 구 아동청소년성보호법을 둘러싼 위헌시비는 누그러질 것으로 예상된다. 반면에 성인이라도 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 사람이 등장

하거나, 애니메이션 같은 가상의 표현물이라도 아동·청소년을 상대로 한 비정상적인 성적 충동을 일으키기에 충분한 음란한 행위를 담고 있어서 아동·청소년에 대한 성범죄를 유발할 우려가 있는 경우에는 구 아동청소년성보호법에 따라 처벌될 전망이다.

그러나 당해 위헌법률심판제청사건에서 재판관 5대 4의 의견으로 합헌 결정이 내려졌다는 점에서 알 수 있듯이, 이번 합헌 결정을 뒷받침하는 논거의 타당성과 관련해서는 앞으로도 논란의 여지가 있을 것으로 보인다. 다수의견과 소수의견의 핵심적인 쟁점은 구 아동청소년성보호법 제2조 제5호에서 규정하고 있는 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람 또는 표현물" 및 "그 밖의 성적 행위" 부분이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되는지 여부, 가상 아동·청소년이용음란물의 배포 등을 금지하고 위반 시 중한 형으로 처벌하도록 규정하고 있는 구 아동청소년성보호법 제8조 제2항 및 제4항이 표현의 자유를 과도하게 제한하는지 여부 및 책임과 형벌 사이의 비례성을 준수하고 있는지 여부로 요약될 수 있다.

이 글에서는 이러한 쟁점들에 관한 다수의견 및 소수의견의 논거를 비교·분석하고, 이를 토대로 이번 헌법재판소 결정의 타당성 여부를 검토하고자 한다. 나아가 이번 헌법재판소 결정이 지니는 법정책적 의의에 대해서도 나름대로 평가해 보기로 한다.

Ⅱ. 죄형법정주의의 명확성원칙 침해 여부

1. 다수의견[1)]의 논거

구 아동청소년성보호법의 입법목적, 가상 아동·청소년이용음란물 규제 배경, 법정형의 수준 등을 고려할 때, "아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람"은 일반인의 입장에서 외모, 신원, 제작 동기와 경위 등을 종합하여 볼 때, 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분할 정도의 사람이 등장하는 경우를 의미함을 알 수 있고, "아동·

1) 재판관 이정미, 안창호, 강일원, 서기석, 조용호.

청소년으로 인식될 수 있는 표현물" 부분도 전체적으로 표현물을 등장시켜 각종 성적 행위를 표현한 매체물의 제작 동기와 경위, 표현된 성적 행위의 수준, 전체적인 배경이나 줄거리, 음란성 등을 종합하여 판단할 때 아동·청소년을 상대로 한 비정상적인 성적 충동을 일으키기에 충분한 행위를 담고 있어서 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄를 유발할 우려가 있는 수준의 것에 한정된다고 볼 수 있으며, 기타 법관의 양식이나 조리에 따른 보충적인 해석에 의하여 판단 기준이 구체화되어 해결될 수 있으므로 명확성원칙에 위반된다고 할 수 없다.

나아가 "그 밖의 성적 행위" 부분도 심판대상조항의 입법 취지 및 법정형의 수준 등을 고려할 때, 구 아동청소년성보호법 제2조 제4호에서 예시하고 있는 "성교행위, 유사 성교행위, 신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위, 자위행위"와 같은 수준으로 음란한 행위를 의미함을 알 수 있고, 무엇이 아동·청소년을 대상으로 한 음란한 행위인지 법에서 일률적으로 정해 놓는 것은 곤란하므로 "그 밖의 성적 행위"라는 포괄적 규정형식을 택한 데에는 불가피한 측면이 있다.

2. 소수의견[2)]의 논거

2011. 9. 15. 아동청소년성보호법 개정 경위에 따르면 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물"은 단순히 아동·청소년을 이미지한 그림이나 만화 등이 아니라, 컴퓨터 그래픽 또는 그 밖의 기술로 마치 실제 아동·청소년이 등장한 것과 마찬가지로 보이는 표현물 내지 실제 아동·청소년의 사진을 기술적으로 합성한 표현물을 예정했던 것이다. 그 후 관련 조항에 대한 개정 논의에서 실제 아동·청소년으로 인식될 가능성이 없는 그림, 만화 등도 "표현물"에 포함될 수 여지가 있다는 의견이 제기되자, 그림, 만화 등도 "표현물"에 포함시키되 과잉규제로 인한 문제는 법 집행기관이 구체적 타당성을 판단해 해결하도록 하였다. 이러한 상황에서 통상의 판단능력을 가진 일반인의 입장에서 볼 때, "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물"이 실제 아동·청소년으로 등장하는 것으로 오인하기에 충분할 정도로 묘사된 표현물만

2) 재판관 박한철, 김이수, 이진성, 김창종.

을 의미한다고 쉽사리 해석되지 않는다. 그 판단을 법 집행기관이나 법관의 보충적 해석에 전적으로 맡긴다면 자의적 법 해석 내지 집행의 우려마저 있다.

나아가 2005. 12. 29. 아동청소년성보호법 개정으로 종전에 음란한 내용을 표현한 것이라는 부분을 삭제하면서 "그 밖의 성적 행위"라는 포괄적 규정을 마련한 것은 아동·청소년이용음란물은 그 내용이 음란하기 때문이 아니라 제작 과정에 아동·청소년이 성적 행위의 대상으로 이용된다는 점을 고려하였기 때문이다. 또한 심판대상조항에 성교행위, 유사 성교행위, 자위행위 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 포괄적 규정형식을 택한 데에 불가피한 측면이 있다고 볼 만한 근거도 부족하다.

3. 양 논거의 검토

다수의견과 소수의견 모두 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람" 부분은 명확성의 원칙에 위반되지 않는다고 보고 있으나, "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물" 부분과 "그 밖의 성적 행위" 부분에 대해서는 의견이 일치하지 않는다. 다수의견은 위 부분이 명확성의 원칙에 반하지 않는다고 해석하는 반면에, 소수의견은 다의적으로 해석될 여지가 있고 이로 인해 자의적인 법집행이 이루어질 가능성이 있다는 이유에서 명확성의 원칙에 반한다고 해석한다.

이하에서는 전통적인 법해석 방법에 따라 다툼이 되고 있는 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물"과 "그 밖의 성적 행위" 부분을 해석해 보고 이를 토대로 어느 의견의 논거가 더 타당한지 평가해 보고자 한다.

가. "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물" 부분

(1) 문리적 해석

우선 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물" 부분 중 "인식"이라는 문언의 사전적 의미를 종합해 보면, '사물을 분별하고 판단하여 앎'이라고 정의된다. 그리하

여 예컨대 A라는 사물로 인식될 수 있다는 것은 통상적으로 '인식주체의 판단에 의할 때 A라는 사물로 생각되는 것 또는 A라는 사물처럼 보이는 것' 모두를 포함하게 된다. 그 중에는 A라는 사물과 사실상 구별하기 불가능할 정도로 정교하게 만들어진 사물에서부터 A라는 사물로 오인하기 쉽도록 만들어진 사물, 그리고 누구나 A라는 사물의 모조품이라는 것을 한 눈에 알 수 있는 조잡하게 만들어진 사물에 이르기까지 다양한 사물이 존재할 수 있다. "~으로 인식될 수 있다"는 문언의 의미가 이와 같이 다양한 양태의 사물을 모두 포함하는 것이라면, "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물"의 의미도 좁게는 실제 아동·청소년과 사실상 구별하기 불가능할 정도의 표현물로 해석할 수 있는 반면, 넓게는 실제 아동·청소년처럼 보일 수 있는 모든 형태의 표현물로 해석할 수 있는 여지가 있다.[3)]

그 다음 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물" 부분 중 "표현물"이라는 문언에 대해서 구 아동청소년성보호법은 아무런 정의를 내리고 있지 않고, 다만 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터나 그 밖의 통신매체를 통한 화상·영상 등의 형태로 된 것만을 규제대상으로 삼고 있다(동법 제8조 제4항 제5호). 그리하여 이때의 "표현물"은 시각적 표현물로 한정되며, 여기에는 비사실적인 만화, 인형, 모형, 조각, 캐리커처, 그림 등을 이용하여 영상을 제작하는 모든 경우가 포함된다. "표현물"이라는 문언 그 자체가 광범위하고 추상적인 개념임에는 틀림없지만, 그 종류가 다양하고 표현 방법 등이 컴퓨터 그래픽 등 과학 기술의 발전으로 계속 발전하고 있어 입법기술상 어느 정도 개방적이고 추상적인 개념을 사용할 수밖에 없을 것이다.

"아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물"의 의미를 좁게 해석하면, 성인이 청소

3) 가상 아동·청소년이용음란물의 개념에 대해서는 견해가 일치하지 않으나, 실제 아동·청소년의 실사 이미지를 직접적으로 이용한 것이 아니라 컴퓨터 이미지 제작기술을 이용하여 아동·청소년이 노골적으로 성행위를 하고 있는 것처럼 묘사한 가상의 디지털 표현물로 정의하는 것이 무난하다고 본다. 그리하여 실제 아동·청소년의 사진을 컴퓨터로 스캔하여 성행위를 하는 다른 사람의 몸에 합성시킨 이미지는 가상 아동·청소년이용음란물에서 제외된다. 또한 실제 아동·청소년과의 구별 가능성을 기준으로 하면, 실제 아동·청소년의 사진을 컴퓨터로 조작하여 변형된 이미지로 만든 경우 그 변형 정도에 따라 실제 아동·청소년인지 아닌지 구별이 가능하면 실제 아동·청소년이용음란물로 보아야 하고, 반면에 실제 아동·청소년인지 아닌지 구별이 불가능하면 가상 아동·청소년이용음란물로 보아야 할 것이다. 자세히는 조연하, 인터넷상의 가상 청소년이용 성표현물의 침해법익에 관한 연구, 한국언론학보, 제49권 제1호, 2005, 85면; 이향선, 디지털시대의 가상아동포르노 규제, 비교법적 고찰과 우리 사회에 대한 함의, 한국방송학보, 제27권 제2호, 2013, 233면.

년으로 분장했다고 하더라도 실제 청소년과 사실상 구별하기 불가능할 정도로 연기한 동영상의 경우에만 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물"에 해당될 수 있을 것이다.[4] 또한 만화나 게임물에 등장하는 가상 캐릭터와 같이 누가 보더라도 실제 아동·청소년과 확연히 구별되는 아동의 이미지는 거기에서 제외될 수 있을 것이다. 그에 반하여 이를 넓게 해석하면, 성인이 아동청소년으로 연기한 동영상의 경우와 만화나 게임물에 등장하는 가상 캐릭터의 경우 일반인의 입장에서 실제 아동·청소년처럼 보일 수만 있다면 모두 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물"에 해당될 것이다.

그리하여 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물"이라는 문언을 어떻게(좁게 또는 넓게) 해석하는가에 따라 그 범위가 달라질 수 있다. 다시 말해 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물" 부분을 문리해석하면, 성인이 아동·청소년으로 연기한 동영상의 경우나 만화나 게임물에서의 아동·청소년 캐릭터도 거기에 포함될 수 있는 여지가 생기는 것이다.

(2) 역사적 해석

2000. 2. 3. 아동청소년성보호법이 제정됨으로써 아동·청소년이용음란물의 제작·배포행위가 규제되기 시작하였는데, 그 당시에는 실제 아동·청소년이 등장하는 경우에만[5] 처벌대상이 되었다. 그리하여 동법 제1조에서 "… 아동·청소년을 성범죄로부터 보호하고 아동·청소년이 건강한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 함을 목적

4) 물론 이러한 경우에도 등장인물이 실제로 성인이었다는 점이 적극적으로 입증되면 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물"에서 제외될 수 있을 것이다.

5) 헌법재판소는 가상의 청소년이 등장하는 경우를 배제한 이유에 대해 다음과 같이 판시하고 있다. "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, 실제 인물이 아닌 청소년이 등장하는 표현물은 형법 제243조의 음화반포 등 죄, 같은 법 제244조의 음화제조등 죄 또는 청소년보호법 제6장 벌칙 부분에 청소년유해매체물 관련 죄 등의 규율대상이 된다고 할 것이다." 헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27.

으로 한다"고 규정한 것도 실제 피해 아동·청소년의 보호를 염두에 두고 있는 입법자의 의지가 반영된 결과라고 풀이된다.

그러다가 2010년 이후 아동·청소년을 대상으로 한 일련의 흉악한 강력 성폭력 범죄가 발생하였는데, 이들 범죄자들이 범행 전에 아동·청소년을 성적 대상으로 하는 음란물을 다수 또는 장기간 시청하였거나 소지하고 있었던 것으로 밝혀지면서, 실제 아동·청소년이 등장하는지 여부와 무관하게 아동·청소년을 성적 대상으로 하는 표현물의 노출은 잠재적으로 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄를 유발하는 촉매가 될 수 있다는 점을 고려하여 실제 아동·청소년이 등장하는 경우 외에 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물"이 등장하는 경우도 처벌대상에 포함되었다.[6] 이로써 동법의 목적이 '실제 피해 아동·청소년 보호'가 아닌 '아동·청소년 대상 성범죄 방지(예방)'까지 확대될 수 있는 여지가 마련되었다.

물론 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물"의 범위에 관련해서 논란이 없지 않았다. 원래는 성인이 아동·청소년처럼 등장하는 음란물이나 컴퓨터 그래픽 또는 그 밖의 기술로 마치 실제 아동·청소년이 등장한 것과 마찬가지로 보이는 동영상까지 처벌대상으로 삼을 수 있도록 발의한 것으로 보인다.[7] 그러다가 동법 시행 이후 실제 아동·청소년으로 인식될 가능성이 없는 그림이나 만화 등으로 표현된 아동·청소년의 이미지도 규제대상인지, 만약 그렇다면 과도한 규제가 아닌지 논란이 되었다. 이때 한편으로는 그러한 그림이나 만화도 거기에 포함될 수 있다는 입장과 다른 한편으로는 실제 아동·청소년이 등장한 것으로 오인할 수 있는 표현물로 제한하여야 한다는 입장이 대립하였다. 결국 그림이나 만화 등이 더 자극적일 수 있기에 "표현물"이라는 문언을 그대로 두고, 다만 이로 인해 발생할 수 있는 과도한 규제의 문제는 "명백하게" 라는 문언을 추가하여 법집행 기관이 구체적 타당성을 고려하여 해결하도록 하는 선에서 절충한 것으로 보인다.[8]

---

6) 헌재 2013헌가17, 2013헌가24, 2013헌바85(병합), 헌재 결정문(헌법재판소 사이트 출력본), 7면 이하.

7) 윤석용 의원이 대표발의한 아동청소년성보호법 일부개정법률안 검토보고서(2011. 4. 여성가족위원회 수석전문위원) 참조.

8) 아동청소년성보호법 개정안(법률 제11572호)에 대한 국회(정기회) 아동·여성대상 성폭력대책특별위원회 회의록(법안심사소위원회) 및 제311회 국회(정기회) 아동·여성대상 성폭력대책특별위원회 회의록 참조.

(3) 목적론적 해석

"아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물"을 추가하여 처벌대상으로 삼은 개정 취지가 아동·청소년 대상 성범죄 방지에 있다면, 그에 대한 해석도 개정목적 및 보호법익에 비추어 이것과 합치되도록 해석해야 할 것이다. 구 아동청소년성보호법은 어떠한 경우가 "아동청소년으로 인식될 수 있는 표현물"에 해당하는지에 대한 판단 기준을 별도로 규정하고 있지 않다. 예컨대 누구의 관점에서 그리고 어떠한 사정을 토대로 판단해야 할 것인가의 기준 말이다. 그러나 그러한 판단기준이 마련되어 있지 않다고 해서 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물" 부분이 곧바로 지극히 주관적이고 자의적인 규정이라고 단정할 수는 없다고 본다.[9)]

이때에는 개정취지 및 보호법익에 비추어 목적론적 해석을 해야 한다. 그리하여 일반인의 관점에서 행위 당시의 여러 가지 상황을 종합해 볼 때, 아동·청소년을 성적 대상으로 묘사하는 표현물이 아동·청소년을 상대로 한 성범죄를 유발하는 촉매가 될 수 있는지 여부를 판단해야 할 것이다. 법문언은 수학적 확실성이나 엄밀한 한정성을 갖추고 있어야 한다고 요구할 수 없기 때문이다. 대법원도 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 정도에 이르기 위해서는 등장하는 사람이 다소 어려 보인다는 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"고 판시하고 있다.[10)] 그리하여 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물"도 전체적으로 이러한 표현물을 등장시켜 각종 성적 행위를 표현한 화상 또는 영상 등 매체물의 제작 동기, 표현된 성적 행위의 수준, 등장인물 사이의 관계, 전체적인 배경이나 줄거리, 음란성 등을 종합하여 판단하여야 할 것이다.[11)]

---

9) 그에 반해 일반인의 입장에서 판단한다고 하더라도 그 일반인을 어떤 사람들을 기준으로 결정할 것인가에 의하여 달라질 수 있고, 여러 상황을 종합하여 판단한다는 것도 주관적이어서 법집행기관으로 하여금 자의적으로 판단할 여지를 주는 것이기 때문에 명확성의 원칙에 반한다고 보는 견해로는 변민선 판사, 서울북부지방법원 2013초기 617 위헌심판제청, 2013 참조.

10) 대법원 2014. 9. 24. 선고 2013도4503 판결; 대법원 2014. 9. 26. 선고 2013도12607 판결.

11) 헌재 2013헌가17, 2013헌가24, 2013헌바85(병합), 헌재 결정문(헌법재판소 사이트 출력본), 12면.

(4) 체계적 해석

구 아동청소년성보호법 제11조는 실제 아동·청소년을 이용한 음란물을 제작·수입 또는 수출하는 행위는 무기징역 또는 5년 이상의 유기징역, 영리 목적의 배포행위 등은 10년 이하의 징역, 단순 배포행위 등은 7년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금으로 처벌하고 있다. "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물"을 이용하여 음란물을 제작·수입 또는 수출하는 행위, 영리 목적의 배포행위 및 단순 배포행위 또한 실제 아동·청소년이 그 제작 과정에 성적 대상으로 이용되지 않음에도 불구하고 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 마찬가지로 동일한 법정형으로 처벌된다.

이와 같이 구 아동청소년성보호법이 제작 과정에 실제 아동·청소년이 등장하지 않은 가상 아동·청소년이용음란물을 실제 아동·청소년이용음란물과 동일하게 처벌하고 있는 점으로 미루어 볼 때, 가상 아동·청소년이용음란물은 적어도 실제 아동·청소년과 구별이 사실상 불가능할 정도의 이미지가 등장하는 경우로 한정되어야 한다는 논리적 추론이 가능하다. 즉, "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물"을 이와 같이 좁은 의미로 해석해야만 양자를 동일한 법정형으로 처벌하는 취지에 부합할 것이다.

(5) 양 논거에 대한 평가

다수의견은 구 아동청소년성보호법의 입법목적, 가상 아동·청소년이용음란물 규제 배경 및 법정형의 수준 등을 고려할 때, "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물"은 성적 행위의 주체나 대상인 표현물이 실제 아동이나 청소년으로 오인하기에 충분할 정도의 것이어야 한다고 보고 있다. 여기에서 '실제 아동이나 청소년으로 오인하기에 충분할 정도'라는 것은 '실제 아동청소년과 사실상 구별하기 불가능할 정도'에는 미치지 못하지만 그 정도에 근접한 수준으로 보인다. 다시 말해 다수의견은 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물"을 가능한 좁게 해석하고 있다.

이와 같이 다수의견이 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물"을 좁게 해석한다면, 이러한 문언이 막연하며 자의적인 법집행으로 이어질 것이라는 우려를 상당부분 완화시킬 수 있을 것이다. 문제는 일반인이 "아동·청소년으로 인식될 수 있는

표현물"을 — 다수의견이 해석하고 있는 것과 같이 — 실제 아동·청소년이 등장하는 것으로 오인하기에 충분할 정도로 묘사된 표현물만을 의미하는 것으로 해석할 것이라고 기대할 수 있는가에 있다. 소수의견은 바로 이러한 점에 대해 의문을 제기하고 있다.

일반인의 입장에서는 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물"이라는 문언만 보아서는 아마도 아동·청소년처럼 보이는 모든 형태의 표현물을 의미(넓은 의미)한다고 해석하기 쉬울 것이다. 이러한 문언이 아동·청소년처럼 보이는 표현물 가운데 오로지 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 정도의 표현물만을 의미(좁은 의미)한다고 해석할 수 있는 일반인은 과연 얼마나 될까.[12] 더욱이 이러한 문언의 해석을 둘러싸고 법전문가들 사이에서도 아동·청소년으로 인식될 가능성이 전혀 없는 그림이나 만화 등도 거기에 해당되는지에 관해 의견이 극심하게 대립되었다는 점을 감안하면, 하물며 법문외한인 일반인의 입장에서는 이러한 문언을 좁은 의미로만 이해하기는 더욱 어려울 것이다. 오히려 아동·청소년처럼 보이는 표현물이면 단순히 그림이나 만화로 표현된 아동청소년의 이미지도 이러한 문언에 해당된다고 볼 공산이 크다. 이러한 상황에서 일반인이 실제 아동·청소년이용음란물 및 가상 아동·청소년이용음란물의 배포행위 등이 동일한 법정형으로 처벌된다는 점을 고려하여 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물"은 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 정도로 묘사된 표현물만을 의미한다고 해석할지 의문이다.

이러한 문제제기에 대해 다수의견은 아마도 다음과 같이 반론을 제기할 수도 있을 것이다. 즉, 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 명확성의 원칙에 배치되는 것이 아니라고 말이다.[13]

---

12) 법관과 일반인의 정서 사이의 간극에 대해서는 임지봉, 대법원의 음란성 판단기준에 대한 비판적 검토, 민주법학, 제29호, 2005, 479면. "대법관들은 자신들이 일반 보통인이라 믿고 이러한 판단을 하거나, 아니면 적어도 일반 보통인이라면 어떤 느낌이 들었을까를 상상하면서 판단을 하겠지만, 대법관의 정서는 애초에 일반 보통인의 그것과는 거리가 멀 수밖에 없고 대법관의 일반 보통인 입장에 선 상상도 일반 보통인의 그것과 동떨어진 것이 될 수밖에 없다."

13) 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480; 헌재 2010. 9. 30. 2009헌바201.

이러한 반론은 원론적으로는 옳지만 그동안 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물"의 범위에 대하여 법집행기관이 명확한 판단기준을 제시하지 못한 채 법집행에 혼선을 빚고 있었으며,[14] 심지어 법원조차도 이러한 문언에 대하여 의문을 품고 위헌제청을 하였던 현실을 고려해 볼 때, 과연 이러한 상황에서 법문외한인 일반인이 이러한 문언을 다수의견이 요구하는 바와 같이 좁게 해석할 것이라고 기대할 수 있는지 그리고 그 판단을 계속해서 법집행기관이나 법관의 보충적 해석에 전적으로 맡기는 것이 타당한 것인지 상당히 의문이 아닐 수 없다.

나. "그 밖의 성적 행위" 부분

(1) 문리적 해석

"그 밖의 성적 행위"는 구 아동청소년성보호법 제2조 제4호에서 규정하고 있는 성교행위, 구강·항문 등 신체의 일부나 도구를 이용한 유사 성교행위, 신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위, 자위행위 이외에 성을 표현하는 일체의 행위라고 볼 수 있다. "성적 행위"는 '음란'이라는 개념과 달리 법률용어가 아니며, 국어사전에도 나와 있지 않다. 또한 국제적으로 상용되는 '포르노그라피'라는 개념[15]과도 직접적인 연관성은 없다. 다만 "성적 행위"는 일정한 목적을 가지고 성을 표현하는 행위라는 점에서 통상적으로 '성적 욕망을 만족시킬 목적으로 표현되는 일체의 행위'라고 정의할 수 있을 것이다. 그리하여 동법 제2조 제4호에 열거된 행위도 이러한 "성적 행위"에 포함된다

14) 실제로 검찰은 2012년 후반부터 단순히 아동·청소년의 이미지가 등장하는 애니메이션이나 동영상이라고 하더라도 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물"에 해당한다고 보아 기소하였다. 또한 일부 법원은 일본에서 성인배우를 이용해 제작된 동영상을 업로드한 피고인들에 대하여 유죄를 선고하였다. 동영상에 등장하는 인물이 실제 성인으로 알려져 있다고 하더라도 동영상에 묘사된 구체적 상황, 표현 방식 등을 고려하여 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물"에 해당한다고 판단한 것이다(수원지방법원 2012. 고단3926, 4943(병합).

15) 포르노그라피 개념은 음란 개념보다 넓은 의미를 담고 있는 '비법률적·문화적' 개념이다. 포르노그라피도 역시 '애로틱하고 성적인 행동의 묘사'를 지칭하기는 하지만 예술적이고 문화적인 가치를 지니고 있는 성적인 행동의 묘사도 포괄하는 개념이다. 서구사회와 달리 우리나라에서는 음란 개념과 프로노그라피 개념의 구분이 명확하지 않다는 지적으로는 심희기, 아동 포르노그라피와 한국의 청소년 성보호법, 비교형사법연구, 제5권 제2호, 비교형사법학회, 2003, 888면.

고 볼 수 있다.

이와 같이 "그 밖의 성적 행위"를 동법 제2조 제4호에 열거된 행위들의 상위개념으로 파악한다면, 반드시 신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하지 않는 행위라도 성적 자극이나 만족을 위하여 표현된 행위는 처벌대상이 될 수 있다. 그리하여 성과 관련되거나 또는 성행위를 연상시키는 모든 행위가 여기에 포함될 수 있다.[16] 예컨대 상대방을 쳐다보면서 엉덩이를 위아래로 흔들어 대거나 입맛을 다시는 행위 등도 포함될 수 있어서 매우 포괄적인 개념이다.

(2) 역사적 해석

구 아동청소년성보호법 제정 당시에는 실제 아동·청소년이 등장하는 경우만 규제 대상이었고, 그 범위도 아동·청소년과의 성교행위, 유사 성교행위 등 음란한 내용을 표현한 것으로 한정하고 있었다. 그러다가 2005. 12. 29. 동법의 개정으로 음란한 내용을 표현한 것이라는 문언이 삭제되면서 "그 밖의 성적 행위"라는 포괄적 규정으로 대체되었다.

이와 같이 개정된 취지는 아동·청소년을 이용한 성표현물은 제작 과정에 아동·청소년이 성적 행위의 대상으로 이용되기 때문에 이러한 성적 착취로부터 아동·청소년을 보다 강력하게 보호하기 위하여 그 내용이 반드시 음란하지 않다고 하더라도 규제되어야 한다는 지적에 따른 것이다. 아동·청소년을 이용한 성표현물을 규제해야 할 이익은 제작 과정에 이용되는 아동·청소년 보호이며 음란성은 주된 콘셉트가 아니라는 원칙이 이미 1982년에 미국 Ferber 판결에 의해 확립되었고,[17] 이러한 원칙이 국내에서 지지를 받게 되면서 개정 논의를 거쳐 구 아동청소년성보호법에 반영된 것으로 보인다. 그리하여 아동·청소년이용 성표현물에 관한 한, 음란과 저속을 구분하는 실익[18]은 사실상 없게 되는 셈이다.

---

16) 박선영, 청소년의 성보호에 관한 법률 개정안의 문제점 및 개선방향, 공법연구, 제33집 제3호, 한국공법학회, 2005, 170면.

17) Ferber, 458 U.S. at 756-64 참조. Ferber 사건의 경과에 대해 자세히는 김배원, 청소년성표현물과 수정헌법 제1조－가상청소년성표현물을 중심으로－, 미국헌법연구, 제16권 제1호, 미국헌법학회, 2005, 89면 이하.

18) 원래 청소년에게 저속한 성표현물은 청소년 유해물질로서 청소년에 대한 접근금지의 대상일 뿐이

(3) 목적론적 해석

2005. 12. 29. 구 아동청소년성보호법 개정을 통해 "그 밖의 성적 행위"라는 포괄적 규정을 두게 된 목적이 성적 착취로부터 아동·청소년을 보다 강력하게 보호하는데 있다면, 반드시 음란한 행위에 한정하지 않고 저속한 성적 행위를 표현한 것이라도[19] 제작 과정에 아동청소년이 등장한 경우라면 처벌대상이 된다고 해석해야 할 것이다.

그런데 2011. 9. 15. 구 아동청소년성보호법 2차 개정을 통해 아동·청소년이용음란물의 범위에 실제 아동·청소년이 등장하는 경우 외에 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물"이 등장하는 경우를 포함하게 되면서 종전과 같이 해석하기 곤란하게 되었다. 왜냐하면 가상 아동·청소년이용음란물의 경우는 실제 아동·청소년이 제작 과정에 등장하지 않더라도 아동·청소년으로 인식될 수 있다면 처벌이 가능하기 때문이다. 개정목적 내지 취지는 앞서 살펴본 바와 같이 아동·청소년 대상 성범죄의 방지이다.

그렇다면 이와 같이 지향해야 할 목적이 상이한 경우[20] "그 밖의 성적 행위" 부분을 어떻게 해석해야 하는지 문제된다. 두 가지 방법이 가능할 것이다. 하나는 실

고, 법적으로 제작과 유통, 소지 자체가 금지대상이 되는 것은 아니다. 그러나 청소년 이용 성표현물의 경우 성인과 청소년 모두의 접근을 규제할 필요가 있다는 점에서, 음란과 저속을 구분하는 실익이 사실상 줄어든다. 조연하, 인터넷상의 청소년이용 성표현물의 법적 규제체계에 관한 전문가 인식 연구, 언론과 사회, 제13권 제3호, 2005/여름, 101면.

19) 헌법재판소는 "음란이란 인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않는 것으로서, 사회의 건전한 성도덕을 크게 해칠 뿐만 아니라 사상의 경쟁매커니즘에 의해서도 그 해악이 해소되기 어려워 언론출판의 자유에 의한 보장을 받지 않는 반면, 저속은 이러한 정도에 이르지 않는 성표현 등을 의미하는 것으로서 헌법적인 보호영역 안에 있고, 음란의 개념과는 달리 저속의 개념은 그 적용범위가 매우 광범위할 뿐만 아니라 법관의 보충적인 해석에 의한다하더라도 그 의미내용을 확정하기 어려울 정도로 매우 추상적이다"고 판시하였다. 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16.

20) 가상 아동·청소년이용음란물의 경우 논의의 초점은 개인적 차원의 직접적 피해(특정된 청소년 개인의 성보호)에서 사회적 차원의 간접적 피해(특정된 청소년에 그치지 않고 청소년 일반의 성보호)로 옮겨가야 한다는 견해로는 조연하, 주3의 논문, 95면 이하. 아동대상 성범죄 방지는 적어도 구 아동청소년성보호법이 추구하는 부차적 입법목적으로 해석해야 한다는 입장으로는 임정호, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률상 아동음란물 정의규정에 대한 미국법과의 비교연구, 법학논총, 제25권 제3호, 국민대 법학연구소, 2013, 26면.

제 아동·청소년이 제작 과정에 등장하는 동영상의 경우는 음란한 내용을 표현한 것에 국한하지 않고 처벌하는 반면, 아동·청소년으로 인식될 수 있는 이미지를 이용하여 제작한 동영상은 음란한 행위를 표현한 것에 한하여 처벌하는 방법이다. 다른 하나는 실제 아동·청소년이 제작 과정에 등장하는 동영상이든 그 이미지만을 이용하여 제작한 동영상이든 관계없이 음란한 행위를 표현한 것에 국한하지 않고 처벌하는 방법이다. 성적 착취로부터 아동·청소년 보호라는 목적에 더 큰 비중을 둔다면 전자의 방법이, 반면에 아동·청소년 대상 성범죄 방지라는 목적에 더 큰 비중을 둔다면 후자의 방법이 합리적일 것이다.

(4) 체계적 해석

"그 밖의 성적 행위"를 추가로 규정하게 된 취지가 성적 착취로부터 아동·청소년을 보다 강력하게 보호하기 위하여 음란한 행위에 한정하지 않고 처벌하는데 있다면, 같은 조항에 열거되어 있는 성교행위, 구강·항문 등 신체의 일부나 도구를 이용한 유사 성교행위, 신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위, 자위행위와 "그 밖의 성적 행위" 사이의 체계적 관계도 이러한 취지에 비추어 해석해야 할 것이다.

전자의 행위들을 자세히 살펴보면 공통적으로 '일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위'의 범주에 속하는데, 그러한 행위는 우리 판례에 의하면[21] 음란한 행위이다. 따라서 "그 밖의 성적 행위"는 전자와 같은 음란한 행위 이외에 음란하지는 않지만 저속한 행위까지도 포함해야 한다. 개정취지를 살리기 위해서는 말이다. 그리하여 "그 밖의 성적 행위"는 앞서 문리적 해석에서 살펴보았듯이, 구 아

21) 우리 대법원은 음란의 개념을 '사회통념상 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것'으로 정의하였고(대법원 2008. 6. 12. 2007도3815; 2006. 4. 28. 2003도4128), "특정 표현물을 형사처벌의 대상이 될 음란표현물이라고 하기 위하여는 단순히 성적인 흥미에 관련되어 저속하다거나 문란한 느낌을 준다는 정도만으로는 부족하고, 사회통념에 비추어 전적으로 또는 지배적으로 성적 흥미에만 호소할 뿐 하등의 문학적·예술적·사상적·과학적·의학적·교육적 가치를 지니지 아니한 것으로서, 과도하고도 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현·묘사함으로써 존중·보호되어야 할 인격체로서의 인간의 존엄과 가치를 훼손·왜곡한다고 볼 정도로 평가되는 것을 뜻한다"고 보았다(대법원 2008. 6. 12. 2007도3815; 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16).

동청소년성보호법 제2조 제4호에 열거된 행위들의 상위개념으로 이해되어야 한다.

(5) 양 논거에 대한 평가

다수의견은 심판대상조항의 입법취지 및 법정형의 수준, 구 아동청소년성보호법 제2조 제4호에서 성적 행위의 예시로서 열거하고 있는 행위들과의 관련성을 종합적으로 고려할 때, "그 밖의 성적 행위"는 동법 제2조 제4호에서 열거하고 있는 행위와 유사하거나 이에 준하는 것으로서 음란한 내용을 포함한 것을 의미한다고 볼 수 있어 불명확하지 않다고 한다.

그러나 앞서 살펴보았듯이, "그 밖의 성적 행위"를 신설하게 된 취지는 성적 착취로부터 아동·청소년을 보다 강력하게 보호하기 위하여 음란한 행위에 한정하지 않고 처벌하는데 있기 때문에, 다수의견이 심판대상조항의 입법취지 및 법정형의 수준을 근거로 "그 밖의 성적 행위"는 음란한 행위를 의미한다고 해석하는 것은 타당하다고 볼 수 없다. 또한 동법 제2조 제4호에 열거된 행위들과 "그 밖의 성적 행위"의 체계적 관계도 "그 밖의 성적 행위"를 신설하게 된 취지에 비추어 해석하면 "그 밖의 성적 행위"는 동법 제2조 제4호에 열거된 행위들의 상위개념으로 파악되기 때문에, "그 밖의 성적 행위"가 음란한 행위만을 의미한다고 볼 수 없다.

또한 다수의견은 다음과 같은 이유에서 "그 밖의 성적 행위"는 동법 제2조 제4호에 열거된 행위 등과 유사하거나 이에 준하는 정도의 행위만을 의미한다고 보고 있다.[22] 첫째, 2005. 12. 29. 구 아동청소년성보호법이 개정되어 음란한 내용을 표현한 것이라는 문언이 삭제되었음에도 불구하고 여전히 구 아동청소년성보호법에서는 아동청소년이용"음란물"이라는 표제를 사용하고 있다는 것이다. 둘째, 동법 제2조 제4호에서 열거하고 있는 행위들을 면면히 살펴보면 공통적으로 '일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위'에 해당되는데, 그러한 행위는 우리 판례가 음란한 행위에 대하여 정의한 것과 별다른 차이가 없다는 것이다.

우선 "아동청소년이용음란물"이라는 표제는 2005. 12. 29. 구 아동청소년성보호법 개정과 더불어 당연히 삭제되고 그 대신 "아동청소년이용 성표현물"이라는 표제

22) 헌재 2013헌가17, 2013헌가24, 2013헌바85(병합), 헌재 결정문(헌법재판소 사이트 출력본), 15면.

로 대체되었어야만 했다. 그렇게 해야만 성적 착취로부터 아동·청소년을 보다 강력하게 보호하려고 했던 동법의 개정취지를 살릴 수 있을 것이다. 그리하여 이러한 표제를 삭제하지 않고 그대로 남겨둔 것은 명백한 입법상의 오류라고 볼 수밖에 없다.[23] 그럼에도 불구하고 단순히 구 아동청소년성보호법에서 예전의 표제를 그대로 사용하고 있다는 점을 근거로 음란한 행위에 한해서만 처벌해야 한다고 해석한다면, 이는 동법의 개정취지를 완전히 도외시하는 것과 다를 바 없다.

그 다음 다수의견이 동법 제2조 제4호에서 열거하고 있는 행위들은 공통적으로 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위로서 음란한 행위에 해당된다고 지적한 것은 옳다.[24] 그러나 위와 같은 행위들이 음란한 행위라고 해서 "그 밖의 성적 행위"가 반드시 이와 유사하거나 이에 준하는 정도의 행위라고 보아야 할 논리적 필연성은 없다. 오히려 양자의 체계적 관계는 앞서 살펴보았듯이, "그 밖의 성적 행위"의 개정취지에 비추어 해석해야 한다. 즉, "그 밖의 성적 행위"는 동법 제2조 제4호에서 열거하고 있는 행위들의 상위개념으로 이해되어야 한다.

나아가 다수의견은 "그 밖의 성적 행위"에 해당되는 행위는 사회와 시대적 변화에 따라 상대적·유동적으로 변할 수 있어, 이를 법에서 일일이 열거하거나 일률적으로 정해 놓는 것은 곤란하므로 이와 같이 포괄적 규정형식을 택하게 된 데에는 불가피한 측면이 있어 불명확하지 않다고 한다.

그러나 소수의견이 적절하게 지적하고 있듯이,[25] 동법 제2조 제4호에는 이미 "신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 정도에 이르는 행위"라는 개방적이고 포괄적 규정을 두고 있기 때문에, "그 밖의 행위"가 이에 준하는 행위를 의미한다거나 해당가능한 모든 성적 행위를

23) 구 아동청소년성보호법이 개정되어 음란한 내용을 표현한 것이라는 문언이 삭제되었음에도 불구하고 "아동·청소년이용음란물"이라는 표제가 그대로 사용된 이유를 법전문가들의 인식을 토대로 분석하고 있는 시도로는 조연하, 주18의 논문, 109면 이하.

24) 물론 동법 제2조 제4호에 열거된 행위 중 "신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위"의 경우, 그 개방성과 포괄성으로 인하여 경우에 따라서는 음란하다고 볼 수 없는 행위까지도 거기에 포함될 가능성을 배제할 수 없다. 예컨대 이성간의 포옹이나 키스는 물론이고 어깨나 허벅지를 드러내는 정도의 가벼운 신체의 노출이 있는 경우에도 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키기만 하면 거기에 따라 처벌될 수 있을 것이다. 그러한 우려에 대해서는 변민선, 서울북부지방법원 2013초기 617 위헌심판제청 참조.

25) 헌재 2013헌가17, 2013헌가24, 2013헌바85(병합), 헌재 결정문(헌법재판소 사이트 출력본), 24면.

일률적으로 미리 정해 놓는 것이 곤란하여 포괄적 규정형식을 택한 데에 불가피한 측면이 있다고 볼 만한 근거도 부족하다.

Ⅲ. 표현의 자유 및 과잉금지원칙 침해 여부

1. 다수의견의 논거

가상 아동·청소년이용음란물이라 하더라도 아동·청소년을 성적 대상으로 하는 표현물의 지속적 유포 및 접촉은 아동·청소년의 성에 대한 왜곡된 인식과 비정상적 태도를 형성하게 할 수 있고, 실제로 아동·청소년대상 성범죄자를 상대로 한 조사 결과 등을 종합하면, 아동·청소년을 잠재적 성범죄로부터 보호하고 이에 대해 사회적 경고를 하기 위해서는 가상의 아동·청소년이용음란물의 배포 등에 대해서 중한 형벌로 다스릴 필요가 있다.

또한 가상 아동·청소년이용음란물은 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 마찬가지로 아동·청소년을 상대로 한 비정상적 성적 충동을 일으키기에 충분한 정도의 것으로서, 심판대상조항에 의한 처벌 대상이 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄로부터 아동·청소년보호를 위한 최소한의 불가피한 경우로 한정되며, 죄질과 비난가능성 면에서 일반적인 음란물과는 차이가 있으므로 심판대상조항이 형법상 음화반포죄나 정보통신망이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 '정보통신망법'이라 함) 위반에서 정한 법정형보다 더 중한 법정형을 정하고 있다고 하더라도 이것이 책임과 형벌 사이에 비례성을 상실하고 있다고 볼 수 없다. 나아가 아동·청소년의 성보호라는 공익의 중대함을 고려할 때 법익의 균형성 또한 충족한다.

2. 소수의견의 논거

가상 아동·청소년이용음란물에의 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 가상 아동·청소년이용음란물의 경우를 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 동일하게 중한 법정형으로 규율하는 것은 형벌의 비례성 측면에서 적합하지 않다. 따라서 "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. 마찬가지로 가상 아동·청소년이용음란물은 이에 표현되는 성적 행위가 실제 사람이 실연하는 것과 같은 수준으로 생생하게 노골적인 성적 행위를 묘사한 것으로 음란성이 인정되는 경우로 국한되어야 한다.

그런데 "아동청소년으로 인식될 수 있는 표현물" 및 "그 밖의 성적 행위"는 그 의미가 불명확하여 처벌범위가 지나치게 광범위해질 수 있고 그 광범성으로 인해 보호 받아야 할 표현행위까지 처벌하고 있어 과잉처벌을 초래할 여지가 있다. 또한 이러한 과잉처벌로 인한 표현의 자유의 제한 정도 및 형벌의 비례성 상실의 정도는 가상 아동청소년이용음란물로 인한 장래의 범죄발생의 가능성 또는 범죄행위의 수단으로서의 악용 위험보다 중대하므로 심판대상조항은 법익의 균형성 요건도 충족하지 못한다.

3. 양 논거의 검토

다수의견과 소수의견은 가상 아동·청소년이용음란물의 배포 등을 금지하고 위반 시 중한 형으로 처벌하도록 규정한 심판대상조항이 표현의 자유를 과도하게 제한하는지 여부 및 책임과 형벌 사이의 비례성을 준수하고 있는지 여부와 관련하여 심판대상조항의 입법목적은 정당하다고 판단하고 있으나, 수단의 적절성 내지 침해의 최소성 그리고 법익의 균형성 측면에서는 입장이 서로 다르다.

특히 쟁점이 되는 것은 가상 아동·청소년이용음란물의 접촉이 아동·청소년을 대상으로 하는 성범죄를 유발하는지 여부 내지 양자 사이에 인과관계가 입증되는지 여부, 가상 아동·청소년이용음란물의 경우를 실제 아동·청소년이용음란물의 경우와 동일하게 중한 형으로 처벌하는 것이 형벌의 비례성 측면에서 적합한 것인지 여부,

가상 아동·청소년이용음란물의 배포 등을 일반 음란물의 그것보다 더 중하게 처벌하더라도 책임과 형벌 사이에 비례성이 인정되는지 여부이다.

이러한 쟁점사항을 검토하기에 앞서, 우선 가상 아동·청소년이용음란물의 범위에 대한 다수의견 및 소수의견의 입장을 다시 한 번 정리해 보기로 한다. 왜냐하면 다수의견 및 소수의견은 가상 아동·청소년이용음란물의 범위에 대한 입장을 전제로 표현의 자유 및 과잉금지원칙 침해 여부를 논증하고 있기 때문이다.

가. 가상 아동·청소년이용음란물의 범위에 대한 다수의견 및 소수의견의 입장 정리

다수의견은 앞서 명확성의 원칙 침해 여부에서 살펴보았듯이, 심판대상조항의 가상 아동·청소년이용음란물을 좁게 해석한다. 그리하여 다수의견에 의하면 가상 아동·청소년이용음란물은 실제 아동청소년으로 오인하기에 충분한 정도의 음란물로 한정된다.

거기에 반하여 소수의견은 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물" 및 "그 밖의 성적 행위"는 그 의미가 불명확하여 처벌범위가 지나치게 광범위해질 수 있다고 보기 때문에, 가상 아동·청소년이용음란물을 넓게 해석한다. 그리하여 가상 아동·청소년이용음란물은 좁게는 실제 아동·청소년과 사실상 구별이 불가능할 정도의 음란물 또는 음란하지 않은 성표현물로부터 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 정도의 음란물 또는 음란하지 않은 성표현물을 거쳐, 넓게는 (실제 아동·청소년으로 인식될 가능성이 없는) 그림이나 만화 등으로 표현된 아동·청소년의 이미지를 이용한 음란물 또는 음란하지 않은 성표현물까지 포함한다.

앞서 명확성의 원칙 침해 여부와 관련하여 검토해 보았듯이, "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물"은 위 문언의 문리해석상 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 정도의 표현물로만 이해하기 어려울 뿐만 아니라 법전문가 및 법집행기관조차도 그와 같이 좁은 의미로만 해석하지 않은 상황에서 법문외한인 일반인이 그렇게 해석할 것을 기대하기 어렵기 때문에, 소수의견과 마찬가지로 넓은 의미로 해석되어야 한다. 또한 "그 밖의 성적 행위"는 그 문언의 문리해석, 역사적 해석, 목적론적 해석 그리고 체계적 해석에 비추어 볼 때, 구 아동청소년성보호법 제2조 제4호

에 열거된 행위 등과 유사하거나 이에 준하는 정도의 음란한 행위만을 의미한다고 볼 수 없다.

나. 가상 아동·청소년이용음란물의 접촉이 아동·청소년을 대상으로 하는 성범죄를 유발하는지 여부

다수의견은 가상 아동·청소년이용음란물의 지속적 유포 및 접촉은 아동·청소년을 성적 대상으로 보는 왜곡된 인식과 비정상적 가치관을 조장하여 결국 아동·청소년을 대상으로 하는 성범죄를 유발시킬 수 있다고 본다. 그 근거로서 실제로 아동·청소년대상 성범죄자 6명 중 1명 수준으로 범행 직전 아동·청소년이용음란물을 접한 바 있고, 이들이 일반 성범죄자에 비하여 범행 전 아동·청소년이용음란물을 시청한 비율이 높은 것으로 밝혀졌다는 조사결과를 들고 있다.

다수의견이 근거로 들고 있는 조사결과는 2012. 12. 발표된 한국형사정책연구원의 연구결과로 보인다. 거기에 의하면 일반 성범죄자 201명의 7%인 14명, 아동 성범죄자 87명의 13명이 성범죄 직전에 아동음란물을 시청하였다고 한다. 그리하여 아동 성범죄자 중 16%(6명 중 1명)가 범행 직전 아동음란물을 시청하였고, 이러한 비율은 일반 성범죄자 가운데 범행 직전 아동음란물을 시청한 비율(7%)보다 높다는 결론이 나온다.[26] 그러나 이러한 통계자료에 대하여 방법론적으로 의문을 제기하는 견해도 있다. 표본집단의 인원이 대표성을 인정할 수 있을 만큼 다수가 아닐 뿐만 아니라 집행유예로의 처리가 어려운 강력 성범죄자의 의견을 다양한 성범죄자의 의견과 동일시하고 있으며, 통계자료를 뒤집어보면 절대 다수의 성범죄자(일반 성범죄자 93%, 아동 성범죄자 84%)는 아동음란물의 시청과 관계없이 성범죄를 저지른다는 분석이 가능하다는 것이다.[27] 더욱이 이러한 경험적 연구에서 설문조사한 아동음란물은 실제 아동이 등장하는 음란물일 개연성이 높기 때문에, 여기에서 나온 결과를 가상 아동·청소년이용음란물의 접촉과 아동 성범죄 발생 사이의 인과관계에 그대로 적용하기 곤란하다고 볼 수 있다.

---

26) 윤정숙, 아동음란물과 성범죄의 상관관계연구, 한국형사정책연구원, 2012, 90면 이하.

27) 박찬걸, 아동·청소년이용음란물소지죄의 해석론 및 입법론에 대한 검토, 형사정책, 제25권 제2호, 2013, 288면 이하.

현재까지 ― 논란은 있지만 ― 가상 아동·청소년이용음란물의 접촉과 아동·청소년을 대상으로 하는 성범죄 발생 사이에 인과관계는 명확하게 밝혀지지 않은 상황이다. 한국형사정책연구원의 연구결과와 같이 아동음란물의 시청과 아동 성범죄 발생 사이의 인과관계를 긍정하는 입장이 있는가 하면, 반대로 그러한 인과관계를 부정하는 연구결과도 있다.[28] 심지어는 포르노가 성범죄를 유발시키는 것이 아니라 오히려 그 사회를 더욱 건강하게 만든다는 연구결과도 있다고 한다.[29] 외국의 경우에도 양자의 인과관계가 과학적 근거로 확립된 바는 없다. 다만 아동 성범죄자는 주로 13세 미만의 아동에 대하여 특별한 관심을 갖고 있으며, 사춘기 이후의 미성년자에 대해서는 그다지 관심이 없다는 연구결과[30]는 적지 않다고 한다. 이는 가상 아동·청소년이용음란물은 주로 사춘기 청소년을 대상으로 하고 있다는 점에서, 가상 아동·청소년이용음란물의 접촉과 아동·청소년 대상 성범죄 발생 사이의 인과관계를 의문시하는 증거가 될 수도 있을 것이다.[31]

이와 같은 상황을 종합해 보면, 가상 아동·청소년이용음란물의 접촉과 아동·청소년을 상대로 한 성범죄 발생 사이에 인과관계는 명확히 입증된 바 없고, 단순히 잠재적으로 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄에 영향을 미칠 수 있다는 정도에 불과하다는 것을 알 수 있다.

그리하여 이와 같이 가상 아동·청소년이용음란물의 접촉과 아동·청소년 대상 성범죄 발생 사이의 인과관계가 우연적이고 간접적인 것에 지나지 않는 상황에서 가상 아동·청소년이용음란물의 유포 및 접촉이 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄를 유발한다고 주장한다면, 이는 특정한 성적 표현이 성범죄를 유발할 가능성이 있다는 이유만으로 그러한 표현 자체를 원천적으로 금지시키는 것으로서 표현의 자유를

28) 스위스에서는 2009년에 실존아동이 등장하는 아동포르노 소비와 아동성범죄 실행과의 인과관계를 261명의 남성에 대해 조사한 결과 똑같은 조건에서 아동포르노 소비가 아동성범죄의 가능성을 더 높은 위험은 없다고 한다. 박경신, 가상 아동포르노그래피 규제의 위헌성, 아청법 2조 5호, 범죄자 양산인가? 아동·청소년 보호인가?, 발제문(2013. 8. 12.), 국회의원회관 제1세미나실, 29면 이하.

29) 임지봉, 주12의 논문, 483면. 포르노그래프에 대한 접근에는 세 가지 부류(보수적 도덕주의자 이론, 자유주의적 이론, 여권주의자 이론)가 있는데, 그 중 “자유주의적 이론에 의하면 많은 심리학자나 사회학자들의 실험결과는 공격적인 포르노그래피가 강간 등의 성범죄를 유발시키는 것이 아니라 그 사회를 더욱 건강하게 만들어 사회적으로 유용성을 가진다고 반박한다.”

30) 송문호, 가상 음란물과 아청법, 법학논총, 제18권 제1호, 이화여자대학교, 2013, 224면.

31) 이러한 입장으로는 변민선, 서울북부지방법원 2013초기 617 위헌심판제청, 2013 참조.

과도하게 침해하는 결과를 초래한다. 특정한 성적 표현이 즉각적으로 성범죄의 유발을 목적으로 하고 실제로도 성범죄를 유발할 개연성이 있을 때에만 그러한 표현을 금지할 수 있을 것이다.[32] 그렇지 않다면 살인 장면이 묘사된 영화를 제작한 사람은 살인범이 모방하는 등 살인범죄를 부추길 수 있다는 우려만으로 처벌되는 결과를 초래하고 말 것이다.[33]

다. 가상 아동·청소년이용음란물의 경우를 실제 아동·청소년이용음란물의 경우와 동일하게 중한 형으로 처벌하는 것이 형벌의 비례성 측면에서 적합한 것인지 여부

이와 같이 잠재적으로 아동·청소년 대상 성범죄를 유발하는 촉매가 될 수 있다는 이유만으로 가상 아동·청소년이용음란물의 경우를 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 동일하게 처벌한다면, 형벌의 비례성 측면에서 적합하다고 볼 수 없을 것이다. 이에 대해 다수의견은 가상 아동·청소년이용음란물은 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 정도의 음란물로 한정되므로 아동·청소년을 상대로 한 비정상적 성적 충동을 일으키기에 충분한 정도의 것으로서, 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄로부터 아동·청소년을 보호하기 위한 최소한의 불가피한 경우로 제한된다고 반론을 제기한다. 다시 말해 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 정도의 음란물의 경우는 아동·청소년을 상대로 한 비정상적 성적 충동을 일으키기에 충분할 뿐만 아니라 실제로도 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄를 유발할 가능성이 충분하기 때문에, 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 동일하게 중한 형으로 처벌한다고 해도 형벌의 비례성에 반하지 않는다는 것이다.

앞서 살펴보았듯이, 가상 아동·청소년이용음란물의 범위에 대한 다수의견과 소수의견의 입장은 서로 다르다. 다수의견이 상정하고 있는 가상 아동·청소년이용음란

32) 미국 정부는 가상 아동포르노가 아동에 대한 성적 학대를 유발한다고 주장했는데, 이에 대해 연방대법원은 “정부는 특정 표현이 특정 불법행위를 불확정적인 장래에 유발될 가능성을 높인다는 이유로 그 표현을 규제할 수 없다. 정부는 ‘폭력이나 위법의 주창도 그러한 주창이 즉각적인 불법행위의 유발을 목적으로 하고 실제로 그러한 행위를 유발할 개연성이 있을 때만’ 규제할 수 있다”고 판시하였다. 박경신, 주28의 발제문, 31면 참조.

33) 박경신, 위의 발제문, 31면.

물은 오로지 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 정도의 음란물이다. 이에 반하여 소수의견이 상정하고 있는 가상 아동·청소년이용음란물은 좁게는 실제 아동·청소년과 사실상 구별이 불가능할 정도의 음란물 또는 음란하지 않은 성표현물로부터 넓게는 (실제 아동·청소년으로 인식될 가능성이 없는) 그림이나 만화 등으로 표현된 아동·청소년의 이미지를 이용한 음란물 또는 음란하지 않은 성표현물까지 다양하다.

소수의견은 기본적으로 가상 아동·청소년이용음란물의 유포 및 접촉은 잠재적으로 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄에 영향을 미치는 정도에 불과하다고 보기 때문에, 가상 아동·청소년이용음란물의 경우를 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 동일하게 처벌하는 것은 형벌의 비례성 측면에서 적합하지 않다고 보고 있다. 그러나 가상 아동·청소년이용음란물 가운데 실제 아동·청소년과 사실상 구별이 불가능할 정도의 음란물의 경우는 그 제작과정에 실제 아동·청소년이 등장하지 않는 경우에도 불구하고 '예외적으로' 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 동일하게 처벌할 수 있다고 본다.[34] 소수의견은 그 이유를 구체적으로 명시하지 않았지만, 두 가지 측면에서 추측이 가능하다.

하나는 컴퓨터 그래픽 등 과학기술이 계속적으로 발달하게 됨에 따라 실재하지 않는 아동·청소년을 마치 실재하는 아동·청소년인 것처럼 매우 정교하게 묘사할 수 있게 되었고, 이러한 상황에서는 실제 아동·청소년이용음란물에 대한 규제의 실효성을 담보하기 위하여 실제 아동·청소년과 사실상 구별이 불가능할 정도의 음란물의 경우도 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 마찬가지로 동일하게 처벌해야 할 필요성이 있다는 것이다.[35]

다른 하나는 과학기술이 발달함에 따라 가상 아동·청소년이용음란물과 실제 아

34) "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." 헌재 2013헌가17, 2013헌가24, 2013헌바85(병합), 헌재 결정문(헌법재판소 사이트 출력본), 27면.

35) Thomas 연방대법관은 기술적 진보가 "불법적 표현"에 대한 기소를 방해하게 된다면, 실제 아동·청소년이 등장하는 경우에 대한 규제를 효과적으로 집행하기 위하여 제한적 범위 내에서 "적법한 표현"을 규제하는데 대한 정부의 긴요한 이익을 인정해야 한다고 보았다. 김배원, 주17의 논문, 103면.

동·청소년이용음란물의 구별이 사실상 어렵게 되어 가는 상황에서 실제 아동·청소년과 사실상 구별하기 불가능할 정도의 음란물의 경우조차도 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 동일하게 처벌하지 않는다면 가상 아동·청소년이용음란물의 제작자가 기소를 회피하기 위하여 이러한 점을 악용할 우려가 있으며, 그러한 경우 기존의 법률을 적용하는 것만으로는 그로 인해 발생하는 폐해를 해소하기 어렵다는 것이다.[36] 이로 인하여 제기될 수 있는 헌법적 문제점은 제작자에게 '적극적 항변사유'를 부여함으로써[37] 해소할 수 있을 것이다.

다수의견이 상정하고 있는 가상 아동·청소년이용음란물은 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 정도의 음란물인데, 이는 실제 아동·청소년과 사실상 구별하기 불가능할 정도의 음란물과 비교할 때 정도에 있어서 차이가 날 수밖에 없다. 설사 그러한 정도의 차이를 실질적으로 구별해 내기 어렵다고 하더라도, 앞서 살펴본 바와 같이 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물" 및 "그 밖의 성적 행위"의 의미가 불명확하여 처벌범위가 지나치게 광범위해질 수 있기 때문에, 가상 아동·청소년이용음란물이 오로지 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 정도의 음란물만을 의미한다고 볼 수 없다.

이와 같은 상황을 종합해 볼 때, 가상 아동·청소년이용음란물은 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 정도의 음란물로 한정되므로 아동·청소년을 상대로 한 비정상적 성적 충동을 일으키기에 충분한 정도의 것으로서, 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄로부터 아동·청소년을 보호하기 위한 최소한의 불가피한 경우로 제한된다고 주장하는 다수의견에는 동의할 수 없다.

---

36) 미국 연방의회가 가상 청소년이용 성표현물을 규제하기 위하여 내세우는 가장 큰 이유는 가상 청소년이용 성표현물이 실제 청소년이용 성표현물과 사실상 구별되기 불가능하기 때문에 기소하기 어렵다는 점이다. 이를 해결하기 위해서는 최소한 실제 청소년과 사실상 구별하기 불가능할 정도의 성표현물에 대해서는 실제 청소년이용 성표현물과 마찬가지로 처벌해야 한다는 것이다. 김배원, 앞의 논문, 115면, 121면.

37) 미국은 아동·청소년이용 성표현물과 관련된 범죄행위에 대해 적극적 항변사유를 두고 있는데, 피고인이 해당 성표현물은 제작 당시에 성인을 기용한 것이고, 실제 아동·청소년이 등장한 경우처럼 광고, 판촉, 전시, 묘사, 배포를 하지 않았다는 것을 입증하면 기소를 면할 수 있다(18 USC 2252A). 자세히는 유의선·조연하, 가상 청소년이용 성표현물의 위법성 구성 및 조각에 대한 연구: 한국과 미국 사례를 중심으로, 한국언론학보, 제47권 제5호, 한국언론학회, 2003, 80면 이하.

라. 가상 아동·청소년이용음란물의 배포 등을 일반 음란물의 그것보다 더 중하게 처벌하더라도 책임과 형벌 사이에 비례성이 인정되는지 여부

앞서 살펴본 바와 같이 다수의견이 상정하고 있는 가상 아동·청소년이용음란물이 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄로부터 아동·청소년을 보호하기 위한 최소한의 불가피한 경우가 아니라면, 이를 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 동일하게 중한 형으로 처벌하는 것 대신에 좀 더 완화된 다른 수단을 선택해야 할 것이다. 실제로 이러한 경우 형법이나 정보통신망법 등을 통해 처벌이 가능하다.

그러나 다수의견은 가상 아동·청소년이용음란물은 죄질과 비난가능성 면에서 일반적인 음란물과는 차이가 있으므로 가상 아동·청소년이용음란물의 배포 등을 형법상 음화반포죄나 정보통신망법 위반에서 정한 법정형보다 더 중한 법정형을 정하고 있다고 하더라도 이것이 책임과 형벌 사이에 비례성을 상실하고 있다고 볼 수 없다고 한다. 여기에서도 가상 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 있다는 점을 논거로 들고 있다.

가상 아동·청소년이용음란물이 다수의견이 상정하고 있는 대로 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 정도의 음란물로 국한된다고 가정하면, 이것은 일반적인 음란물과는 죄질 및 비난가능성 면에서 차이가 있다고 보아야 한다. 왜냐하면 전자는 일반 음란물의 요건(건전한 성풍속을 해치는 범죄)을 갖추고 있는 동시에 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 아동·청소년의 이미지를 이용하여 음란한 행위를 표현한 것이기 때문이다. 이러한 이미지는 아동·청소년을 상대로 한 비정상적인 성적 충동을 일으켜 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄를 유발할 수 있는 계기를 제공한다는 점에서 일반 음란물과 동일시할 수 없다. 그러한 한에서 전자는 실제 아동·청소년이용음란물에 가깝다. 그렇다고 전자를 실제 아동·청소년이용음란물과 동일시할 수는 없다. 전자는 실제 아동·청소년이용음란물과는 달리 실제 아동·청소년이 제작과정에 등장하지 않기 때문이다. 또한 전자를 실제 아동·청소년이용음란물로 간주되는 실제 아동·청소년과 사실상 구별이 불가능할 정도의 음란물과 동일시 할 수도 없다. 왜냐하면 앞서 살펴보았듯이, 양자 사이에는 실제 아동·청소년과

의 구별 정도가 서로 다르기 때문이다. 결국 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 정도의 음란물은 죄질 및 비난가능성의 면에서 실제 아동·청소년과 사실상 구별이 불가능할 정도의 음란물과 일반적 음란물 사이에 놓여있는 것으로 보인다.

그러나 앞서 살펴본 바와 같이, 가상 아동·청소년이용음란물이 실제 아동청소년으로 오인하기에 충분한 정도의 음란물만을 의미한다고 볼 수 없기 때문에 위와 같은 결론에 대하여 동의하기 어렵다. 그리하여 실제 아동·청소년과 사실상 구별이 불가능할 정도에 미치지 못하는 음란물의 경우는 형법상 음화반포죄나 정보통신망법 위반에서 정한 법정형으로 처벌하는 것이 타당하다고 본다.

Ⅳ. 이번 헌법재판소 결정의 의의 및 평가 – 결론에 갈음하여 –

이번 헌법재판소 결정은 심판대상인 가상 아동·청소년이용음란물의 범위와 관련하여 헌법에 합치될 수 있는 판단기준을 제시하였다는 점에서 그 의의가 있다고 본다. 그동안 법집행기관은 물론이고 심지어 법원조차도 가상 아동·청소년이용음란물의 범위에 대하여 명확한 판단기준을 제시하지 못하였기 때문에 일반인은 커다란 혼란에 휩싸였다. 특히 성인 배우가 미성년자를 연기하며 성적 행위를 하는 영화(예컨대 '은교'나 '방자전')나 가상 아동·청소년이 등장하는 음란 애니메이션이나 만화도 처벌대상이 되는지 의견이 분분하였다. 이제 이번 헌법재판소 결정을 계기로 실제 아동·청소년으로 오인되기에 충분할 정도의 음란물이 아니면 처벌대상에서 제외된다. 그리하여 성인이라도 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 사람이 등장하거나, 애니메이션 같은 가상의 표현물이라도 아동·청소년을 상대로 한 비정상적인 성적 충동을 일으키기에 충분한 음란한 행위를 담고 있어서 아동·청소년에 대한 성범죄를 유발할 우려가 있는 경우에 한해서 처벌될 전망이다.

그러나 이번 헌법재판소 결정에서 제시하고 있는 가상 아동·청소년이용음란물의 범위에 관한 판단기준이 과연 법리적으로 합당하게 도출된 것인지 의문이다. 무엇보다도 일반인의 관점에서 심판대상조항의 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물"과 "그 밖의 성적 행위" 부분이 실제 아동·청소년이 등장하는 것으로 오인하기

에 충분할 정도로 묘사된 음란물만을 의미하는 것으로 해석될 수 있는지 문제된다.

"아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물"은 문리해석상 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 정도의 표현물로만 이해하기 어렵다. 더욱이 법전문가 및 법집행기관조차도 그와 같이 좁은 의미로만 해석하지 않는다는 점을 고려하면 더욱 그러하다. 또한 "그 밖의 성적 행위"는 그 문언의 문리해석, 역사적 해석, 목적론적 해석 그리고 체계적 해석에 비추어 볼 때, 반드시 음란한 행위만을 의미한다고 볼 수 없다. 그렇다면 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물" 및 "그 밖의 성적 행위"는 실제 아동·청소년으로 오인하기에 충분한 정도의 음란물만을 의미하는 것이 아니라, 오히려 더 넓은 의미로 이해된다고 보는 것이 타당하다.

그 밖에 가상 아동·청소년이용음란물에의 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 불과한 것이다. 그리하여 실제 아동·청소년과 사실상 구별이 불가능할 정도의 음란물의 경우를 제외하고는, 가상 아동·청소년이용음란물을 이를 이유로 실제 아동·청소년이 등장하는 경우와 동일하게 중한 법정형으로 규율하는 것은 형벌의 비례성 측면에서 적합하지 않다고 본다.

요컨대, 심판대상조항의 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물" 및 "그 밖의 성적 행위" 부분은 그 의미가 불명확하여 처벌범위가 지나치게 광범위해질 수 있으며, 그 결과 보호 받아야 할 표현행위까지 처벌하고 있어 과잉처벌을 초래할 여지가 있다. 아마도 이번 헌법재판소 합헌결정에는 성적 착취로부터 아동·청소년 보호라는 구 아동청소년성보호법 원래의 입법취지보다는 아동·청소년 대상 성범죄 예방이라는 개정취지가 더 중요하게 작용한 것으로 보인다. 재판부가 논란이 되고 있는 표현의 자유와 관련하여 가상 아동·청소년이용음란물의 배포 등을 처벌하는 것은 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반되지 않고 표현의 자유를 과도하게 제한하지 않는다고 판시하면서, "아동·청소년을 잠재적 성범죄로부터 보호하고 이에 대해 사회적 경고를 하기 위해서는 가상의 아동·청소년이용음란물의 배포 등에 대해서 중한 형벌로 다스릴 필요가 있다"는 점을 강조한 것도 이와 무관하지 않다.

그러나 구 아동청소년성보호법의 전체 입법취지는 성적 착취로부터 실제 아동·

청소년의 보호에 있다는 점을 고려하면, 유독 가상 아동·청소년이용음란물에 대해서만 아동·청소년 대상 성범죄 예방이라는 목적을 강조하여 그 범위를 광범위하게 확대하는 것은 구 아동청소년성보호법의 전체 입법취지를 무의미하게 만드는 것이다. 그리하여 구 아동청소년성보호법의 전체 입법취지의 테두리를 벗어나기 않는 범위 내에서 엄격히 제한된 부분에 한해서만 아동·청소년 대상 성범죄 예방이라는 목적을 추구하는 것이 올바른 입법 방향이라고 생각한다. 그러한 의미에서 심판대상조항의 "아동·청소년으로 인식될 수 있는 표현물" 부분은 '실제 아동·청소년과 사실상 구별하기 불가능할 정도의 표현물'로 대체하고 적극적 항변사유를 신설할 필요가 있으며, "그 밖의 성적 행위" 부분은 대체 없이 삭제하는 것이 바람직하다고 본다.

참고문헌

김배원, 청소년성표현물와 수정헌법 제1조－가상청소년성표현물을 중심으로－, 미국헌법연구, 제16권 제1호, 미국헌법학회, 2005

박경신, 가상 아동포로느그래피 규제의 위헌성, 아청법 2조 5호, 범죄자 양산인가? 아동·청소년 보호인가?, 발제문(2013. 8. 12), 국회의원회관 제1세미나실

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

박찬걸, 아동·청소년이용음란물소지죄의 해석론 및 입법론에 대한 검토, 형사정책, 제25권 제2호, 2013

변민선, 서울북부지방법원 2013초기 617 위헌심사제청, 2013

송문호, 가상 음란물과 아청법, 법학논총, 제18권 제1호, 이화여자대학교, 2013

심희기, 아동 포로노그라피와 한국의 청소년 성보호법, 비교형사법연구, 제5권 제2호, 비교형사법학회, 2003

유의선·조연하, 가상 청소년이용 성표현물의 위법성 구성 및 조각에 대한 연구: 한국과 미국 사례를 중심으로, 한국언론학보, 제47권 제5호, 한국언론학회, 2003

윤정숙, 아동음란물과 성범죄의 상관관계연구, 한국형사정책연구원, 2012

이향선, 디지털시대의 가상아동포르노 규제, 비교법적 고찰과 우리 사회에 대한 함의, 한국방송학보, 제27권 제2호, 2013

임정호, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률상 아동음란물 정의규정에 대한 미국법과 의 비교연구, 법학논총, 제25권 제3호, 국민대 법학연구소, 2013

임지봉, 대법원의 음란성 판단기준에 대한 비판적 검토－김인규 교사사건 판결에 대한 분석을 중심으로－, 민주법학, 제29호, 2005

조연하, 인터넷상의 청소년이용 성표현물의 법적 규제체계에 관한 전문가인식 연구, 언론과 사회, 제13권 제3호, 2005/여름

조연하, 인터넷상의 가상 청소년이용 성표현물의 침해법익에 관한 연구, 한국언론학보, 제49권 제1호, 한국언론학회, 2005

Kritische Revision der Verfassungsentscheidung zum Gesetz des Schutzes der kinderlichen Darsteller vor dem sexuellen Missbrauch

Cho Sung-yong*

Mit der Herstellung von Schriften, die ein tatsächliches Geschehen des sexuellen Kindesmissbrauchs zum Gegenstand haben, sind nicht nur abstrakte Gefährdungen für die missbrauchten Kinder verbunden. Vielmehr kann man davon ausgehen, dass ihnen bei der Produktion regelmäßig körperliche oder psychische Schäden zugefügt oder sie mindest konkret gefährdet werden. Ob außer potentiellen kindlichen Darstellern auch andere Kinder gefährdet sind, weil Konsumenten in ihrem eigenen Umfeld zu nachahmenden Taten angeregt werden, ist schwierig nachzuweisen.

Bedenken bestehen vor diesem Hintergrund gegen die Gleichsetzung der Strafrahmen in dem Verbreiten kinderpornographischen Schriften, die ein tatsächliches Geschehen wiedergeben und dem Verbreiten kinderpornographischen Schriften, die ein fiktives Geschehen wiedergeben. Soweit es nur um fiktive Darstellungen geht, bleibt nur das Gefährdungsargument, d.h. der Verweis darauf, dass dies die Nachfrage für Kinderpornographie im Allgemeinen und damit auch für solche mit einem realen Missbrauch beleben könnte.

Die Ergänzung um ein wirklichkeitsnahe Geschehen durch eine neue Gesetzgebung kann Beweisprobleme beseitigen, wenn ein Beschuldigter behauptet, es handle sich um filmtechnisch geschickte Inszenierungen oder um Darsteller, deren kindliches Aussehen nicht ihrem wirklichen Alter entspreche. Wirklichkeitsnahe

* Professor, College of Law, Dankook University, Ph. D. in Law

Aufnahmen können wie solche eines realen Missbrauchs das Interesse an kinderpornographischen Produkten anregen, bei einer auf ästhetische Kriterien achtenden Nachbearbeitung vielleicht sogar noch stärker.

Es kommt darauf an, ob die Schrift aus der Perspektive eines durchschnittlichen, nicht sachverständigen Beobachters wie die Dokumentation eines realen Missbrauchs aussieht. Ausgeschlossen sind damit dabei Darstellungen, bei denen der fiktive Charakter schon wegen der Darstellungsform offensichtlich ist. Bei wirklichkeitsnahen Darstellungen, die wie Film- und Fotoaufnahmen aussehen, kommt es nicht darauf an, wie sie produziert wurden: Neben der Nachbearbeitung fotographisch hergestellten Materials können sie auch auf einer Computeranimation ganz ohne reale Darsteller beruhen.

❖ Keyword: Kinder und Jugend, fiktive kinder- und jugendpornographische Schriften, pornographische Darbietungen, sexuelle Handlungen

투고일 : 2월 15일 / 심사일 : 3월 18일 / 게재확정일 : 3월 18일