

가상아동포르노그래피 규제의 위헌성

박 경 신*

목 차

I. 서론	IV. 우리나라의 가상아동포르노 규제
II. 아동포르노규제의 취지	V. 아청법 가상아동포르노규제에 대한 헌법적 평가
III. 가상아동포르노그래피에 대한 논란	vi. 결론 및 현황

"나삼을 벗어라."

...도련님 치마 벗겨 제쳐놓고 바지 속옷 벗길 적에 무한히 실랑 된다. . .

"아이고 놓아요, 좀 놓아요."

"에라. 안 될 말iero다."

실랑 중 옷끈 끌러 발가락에 딱 걸고서 끼어 안고 진득이 누르며 기지개 켜니 발길 아래 떨어진다. 옷이 활짝 벗어지니 형산의 백옥덩이 이 위에 비할소냐. 옷이 활썸 벗어지니 도련님 거동을 보려하고 슬그머니 놓으면서

"아차차 손 빠졌다."

춘향이가 침금 속으로 달려든다. 도련님 왈각 좇아 들어 누워 저고리를 벗겨내어 도련님 옷과 모두 한데다 둘둘 뭉쳐 한 편 구석에 던져두고 둘이 안고 마주 누웠으니 그대로 잘 리가 있다. - 춘향전 일부

포르노 본다고 성범죄 저지르는게 아니라 저지르는 사람들이 따로 있다. 편하게 앉아서 웹서핑하면서 포르노나 단속하려고 하지 말고 실제 성범죄자들을 잡는데 경찰력을 투입해야 할 것 - 익명의 성폭력피해여성의 말

* 고려대학교 법학전문대학원.

I. 서론

한국인 중 이팔청춘 16세 춘향이와 이몽룡의 사랑이야기를 다룬 ‘춘향전’, 서양의 로미오와 줄리엣에 버금가는 이 불후의 고전을 모르는 이는 없을 것이다. 그런데 춘향이와 이몽룡이 작품 내에서 생물학적으로 19세 미만이라는 이유만으로 그리고 위에 묘사된 정도의 첫날 밤 정사신이 영상화될 경우, 그 영상물의 제작, 대여, 배포, 전시, 상영은 물론 소지 자체도 법으로 처벌되며 다른 죄도 아니고 아동성범죄로 처벌될 수 있다는 사실을 아는 사람은 몇이나 될까.¹⁾ 최근 극장개봉을 했던 영화 ‘은교’도 그럴 위험에 있었다.

우리나라의 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」(이하 “아청법”이라 한다)에 의하면, “아동·청소년이용음란물”은 아동·청소년(19세 미만의 자) 또는 아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여 성교행위 등을 하거나 그 밖의 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 것으로서 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터나 그 밖의 통신매체를 통한 화상·영상 등의 형태로 된 것”을 말한다(동법 제2조 제5호)고 하여, 실존하는 아동이나 청소년이 등장하는 성매체물뿐만 아니라 아동이나 청소년으로 “인식될 수 있는” 사람이나 표현물(예를 들어 만화캐릭터²⁾)이 등장하는 성매체물, 즉 ‘가상아동포르노그래피(virtual child pornography)’도 규제하고 있기 때문이다.

아청법은 원래 아동성범죄를 가중처벌하기 위한 법이며 아동청소년이용음란물 즉 아동·청소년을 이용하여 제작한 음란물 관련 행위도 아동성범죄로 간주하여 일반 음란물 보다 훨씬 강력한 규제를 가하고 있다. 아동청소년이용음란물을 제작·수입 또는 수출한 자는 5년 이상의 유기징역에 처하여지며(동법 제8조 제1항), 영리를 목적으로 판매·대여·배포하거나 이를 목적으로 소지·운반하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 7년 이하의 징역에 처하여진다(동조 제2항). 또한 영리 목적이 없이 아동청소년이용음란물을 배포하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하여지며(동조 제3항), 더 나아가 단순히 소지한 자도 2천만원 이하의 벌금에 처하여진다(동조 제4항). 일반적인 음란물 규제인 형법이 배포에 대해서만 최고 징역 1년을, 정보통신망이용촉진및정보보호에관한법이 역시 배포만을 최고 징역 1년으로 처벌하는 것과 확연히 비교된다.

아래에서 논증하듯, 전세계적으로 확산되어 있는 아동포르노 규제의 근본적 목적은 실존하는 아동, 즉 ‘실존아동’의 보호이며, 만화캐릭터나 아동으로 분장한 성인과 같은 가상

1) 혹자는 춘향전의 시대배경을 감안하면 춘향과 몽룡이 ‘성인’이기 때문에 아동청소년성보호법이 적용되지 않을 것이며 그러므로 현행 법에는 문제가 없다고 주장한다. 그러나 현행 법은 실존아동에 대한 육체적 정신적 공격을 막기 위해 만든 법이기 때문에 생물학적 나이를 기준으로 되어 있어 춘향과 몽룡에도 적용되는 것이 맞다. 특히 우리나라 아청법을 만화 애니메이션 등의 가상캐릭터에도 적용하는 취지가 생물적 미성년자로 보이는 등장인물들의 성행위 장면이 아동성범죄 성향을 자극한다는 것이기 때문에 5백년전이라 할지라도 생물적 미성년자들의 성행위는 아청법의 규제를 받아야 할 것이다.

2) 경찰청 사이버테러대응센터, ‘아동음란물 단속 관련 설명자료’.

아동까지 동 규제의 틀 안에서 보호하지는 않는다. 아래에 밝히겠지만, 실존아동의 보호라는 법익을 침해할 위험성이 없는 가상아동포르노의 경우 음란성이 있다고 판단될 때에만 규제해야 하고 그 적용법제도 음란물 규제여야 한다. 19세 미만으로 보이는 캐릭터가 성인배우나 만화의 방법으로 등장한다는 이유만으로 가상아동포르노 관련자를 아동성범죄자로 몰아 처벌하는 현재의 규제는 위헌성 논란을 피해갈 수 없다.³⁾

II. 아동포르노규제의 취지

‘아동권리협약(Convention on the Rights of the Child)’은 음란물 규제와는 별개로 아동포르노 규제의 필요성을 호소하고 있으며⁴⁾ 세계 각국은 위에서 소개한 우리나라의 아동청소년이용음란물 제작 및 배포죄와 같은 아동포르노 규제를 별도로 두고 있다. 그 이유는 무엇일까.

음란물 규제는 매체물이 보는 사람의 마음을 오염시킬 수 있다는 논리에 따라 그런 오염을 차단하는 것을 목적으로 한다. 이와 달리 아동포르노 규제는, 아동이 타인에 보여지기 위해 성행위를 하는 것 자체가 그 아동에게 정신적 또는 육체적 피해를 준다는 논리에 따라 그러한 아동의 성노동 또는 성적 착취를 예방하는 것을 목표로 삼는다.⁵⁾ 아동이 표면적으로 동의 하에 이러한 성행위의 촬영에 응한다고 할지라도 그러한 동의는 성에 대한 성숙되지 않은 관념 하에 이루어져 있을 수 있어 완전한 동의라고 보기 어렵기 때문에 이러한 성행위의 촬영은 강간에 버금가는 범죄로 간주하는 것이다. 또한 아동포르노는 아동의 ‘성적 학대의 항구적 기록’으로서⁶⁾ 그 기록이 유포되어 아동을 과거에 알고 있거나 장래에 알게 될 사람이 그 영상기록을 보거나 보게 될 가능성만으로도 아동은 곧바로 또는

3) 2012. 11. 23. 국회를 통과해 2013. 6. 19. 부터 시행될 개정 아청법은 아동·청소년이용음란물의 정의를 아동·청소년 또는 아동·청소년으로 ‘명백하게’ 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하는 것으로 한정하고(안 제2조제5호) 소지죄의 경우 ‘알면서’ 소지한 경우만 처벌하도록 하고 있으나(안 제11조제5항), 가상캐릭터의 성행위가 담긴 매체물도 모두 아동성범죄로 처벌한다는 현행 아청법의 위헌성을 조금도 치유하지 못했으므로 아래의 논의가 그대로 적용된다고 할 것이다.

4) 아동권리협약 제34조 당사국은 모든 형태의 성적 착취와 성적 학대로부터 아동을 보호할 의무를 진다. 이 목적을 달성하기 위하여, 당사국은 특히 다음의 사항을 방지하기 위한 모든 적절한 조치를 국내적으로, 양국간, 다국간으로 취해야 한다.

가. 아동을 불법적·성적 활동에 종사하도록 유인하거나 강제하는 행위
나. 아동을 매음이나 기타 불법적·성적 활동에 착취적으로 이용하는 행위
다. 아동을 외설적인 공연 및 자료에 착취적으로 이용하는 행위

5) 같은 견해로 조연하, “인터넷상의 청소년이용 성표현물 법적 규제체계에 관한 전문가 인식 연구”, 언론과 사회 13권 3호, 2005, 100~101쪽; 박선영, “가상공간에서의 표현의 자유와 청소년 보호 - 99헌마 480과 2001헌가27을 중심으로 -”, 헌법실무연구회 제32회 발표회, 2002. 10. 11. 29쪽; 이인호, 10쪽.

6) 김용화, “아동 포르노 근절에 관한 연구”, 영남법학 제31호, 2010. 10, 404쪽.

성에 대한 성숙한 의식을 성립한 이후에 정신적 피해를 겪을 수 있다.

이 정신적 피해는 실제로 성행위를 하지 않고 성행위를 하는 것처럼 연기할 경우에도 해당 아동이 성행위를 한 것처럼 보이는 영상기록이 남아있다는 것만으로도 그 아동에게 추후에 정신적 피해를 끼칠 수 있다. 이에 따라 「아동매매, 아동성매매 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)」⁷⁾는 제2조 (c)에서 아동포르노그래피를 "방법을 불문하고 실제 또는 모의의 노골적인 성행위(actual or simulated act)를 하는 아동을 나타내거나 주로 성적인 목적으로 아동의 성기를 표현한 것"⁸⁾이라고 정의하고 있다. 즉, 아동포르노는 아동이 실제 또는 모의의 성행위를 하는 것이 나타나있는 매체물로 정의되며 이때 그 매체물의 내용이 음란한가와와는 무관하다. 매체물 자체의 내용이 음란하지 않더라도 매체물의 제작과정에서 아동이 성행위를 연기하거나 실제로 하면 곧바로 아동포르노로 간주된다. 결국 아동포르노 규제는 표현물 규제라기 보다는 “아동참여포르노 제작 규제”이다.

그리고 바로 위와 같은 이유로 아동이 음란에 이르지 않는 성표현을 하거나, 성행위를 하지 않더라도 신체 일부 또는 전부를 성적인 대상으로 노출시키는 아동포르노를 처벌할 당위성이 생긴다. 왜냐하면 노출수위가 낮다고 할지라도 아동이 성행위를 연기하거나 실행했다는 사실 만으로도 아동에 대한 피해는 이미 발생한 것이기 때문이다. 아동포르노와 음란물의 관계는 아래의 표와 같이 정리될 수 있다.

	제작과정에서 아동이 성행위를 하거나 연기한다	제작과정에서 성인이 성행위를 하거나 연기한다
최종결과물의 내용이 음란하다	음란물 and 아동포르노	음란물
최종결과물의 내용이 음란하지 않다	아동포르노	포르노그래피

이렇게 아동포르노 규제는 매체물의 음란성과 관계없기 때문에 국제적으로도 ‘아동음란물(child obscenity)’이라는 말은 거의 쓰여지지 않는 잘못된 것이고 ‘아동포르노(child pornography)’ 규제가 옳은 용어이다.⁹⁾ 오히려 ‘아동음란물’은 내용이 음란해야만 규제된

7) 2000. 5. 25. UN총회에서 채택되어 2002. 1. 18.부터 효력이 발생했고, 우리나라는 2004. 9. 24. 비준하여 같은 해 10. 24.부터 발효되었다.

8) 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. “Simulated”를 잘못 읽어 “가상의” 아동이 하는 성행위를 포착한 매체물도 아동포르노에 포함된다는 주장은 잘못된 것이다.

다는 오해를 불러일으켜 법적용의 범위를 과도하게 협소하게 만들 수 있다. 우리 법제의 “아동청소년이용음란물”에 “이용”이 들어간 것도 “아동포르노”에 대응되는 개념을 만들기 위한 노력의 결과물이긴 하나 “음란물”이란 말이 들어가서 음란하지 않은 경우에도 처벌되어야 하는 아동포르노를 법적용에서 제외할 위험이 있다.

마지막으로 이렇게 보호 범의와 규제의 목적이 다르기 때문에 그 규제 대상 행위에 있어서도 큰 차이가 있다.¹⁰⁾ 즉 음란물 규제는 음란한 표현물의 배포, 전시, 공연 등만을 규제하지만 아동포르노 규제는 아동 성노동의 결과물의 ‘존재’ 자체를 금지하고 있어 배포, 전시, 공연 뿐만 아니라 아동포르노의 소지 자체도 범죄시한다. 아동포르노의 소지에 대한 욕구가 존재한다면 아동포르노는 계속 제작될 것이기 때문에¹¹⁾ 소지 자체를 범죄시함으로써 아동포르노의 제작을 위축시키겠다는 것이다. 제작의 처벌 역시 음란물 규제에는 없고 아동포르노 규제에만 있는데 음란물 규제는 매체물이 보는 사람에게 주는 영향을 막고자 하는 것이고 아동포르노 규제는 매체물이 제작과정에 참여하는 아동에게 주는 영향을 막고자 하기 때문에 연유하는 차이이다.

음란물규제와 아동포르노규제의 차이는 다음의 표로 정리할 수 있다.

	음란물규제	아동포르노규제
금지대상	매체물 자체의 음란성	매체물이 만들어지는 과정에서 이용되는 아동의 성표현
금지범위	음란물에 이르는 높은 수위의 매체물만	매체물이 음란물에 이르지 않더라도 제작 과정에서 해당 아동에게 정신적 피해를 끼칠 정도의 노출수위
금지행위	배포만	제작 및 소지까지

9) 한국에서는 음란 개념과 포르노그래피 개념의 구분이 명확하게 진척되지 아니했다는 것에 심회기, “아동 포르노그래피와 한국의 청소년 성보호법”, 비교형사법연구 제5권 제2호, 2002. 미국이나 서유럽에서는 1970년대 중반부터 음란(obsenity) 개념과 포르노(pornography) 개념이 구분되기 시작했고 현재는 음란 개념과 아동포르노 개념이 비교적 명확히 구분되어 사용되고 있다고 한다. 887쪽.

10) 이와 관련하여 아동에게 선정적 행위를 하도록 하는 것 자체가 ‘성폭력’을 의미하므로 형법상의 ‘음란’ 개념보다는 훨씬 넓은 개념이고, 성인을 보호하기 위한 음란규제와 아동 보호를 위한 성표현 규제는 그 기준과 범위나 절차가 상이하다는 것에 박용상, “표현의 자유와 음란규제 및 청소년보호”, 헌법논총 13집, 2002, 14쪽(김용화, 397쪽에서 재인용). 음란물은 수신자에 대한 유해성을 규제근거로 하는 데 반해 청소년이용 성표현물은 제작자원의 유해성에 초점을 두고 법적 접근을 달리하며, 청소년 개인법익에 대한 침해의 중대성을 고려하여 건전한 성풍속이라는 사회적 법익을 보호법익으로 하는 음란물 죄에 비해 가장 처벌 된다는 것에 조연하(2005), 101쪽.

11) New York v. Ferber, 458 U.S. 747 (1982). 미연방대법원은 아동포르노가 아동에 대한 성적 착취를 통해 제작된 것이며, 제작 및 소지가 실제 청소년에 대한 성적 학대와 연결되는데, 이 때문에 아동포르노는 음란성과 상관없이 헌법적 보호를 받을 가치가 없다고 판시했다. 763쪽.

III. 가상아동포르노그래피에 대한 논란

1. 가상아동포르노그래피의 정의

아동포르노 규제의 원래 취지에 따르자면 실존하는 아동이 포르노의 제작에 참여한 경우가 전형적인 아동포르노 규제의 적용대상이 될 것이다. 그러나 실존아동이 촬영에 참여하지 않았다고 해서 모두 아동포르노 규제로부터 자유로워서도 안 될 것이다. 실존아동이 참여하지 않는다고 해도 매체물이 어떠한 방식으로든 실존아동에게 아동포르노 규제가 예방하려는 피해를 준다면 규제의 대상이 될지를 고민해야 할 것이다. 바로 여기서 가상아동포르노그래피의 문제가 발생한다.

실존아동이 포르노그래피의 제작에 참여하지는 않지만 실존아동에게 아동포르노 규제가 예방하려는 피해를 발생시키는 상황은 묘사의 정도 또는 생성 방식에 따라 다음과 같이 여러 가지 단계로 나눌 수 있을 것이다.

- (가) 실존아동의 사진 등을 컴퓨터를 이용하여 스캔하거나 복제한 아동의 이미지,
- (나) 성인의 몸에 실존아동의 얼굴을 합성하는 등 형태변형(morphing)기술로 만들어져 그 실존아동을 식별할 수 있는 아동의 이미지,
- (다) 그림이나 그래픽 같은 순수한 가상표현물이지만 극사실적으로 묘사되어 실존아동으로 인식할 가능성이 있는 아동의 이미지,
- (라) **성인이 아동으로 분장한 경우, 그리고**
- (마) **만화 캐릭터 같이 실존아동으로 인식할 가능성이 전혀 없는 아동의 이미지¹²⁾이다.**

(가)의 경우는 말할 것도 없고, (나)와 (다)의 경우 실존아동을 어떤 방식으로든 이용한다는 측면에서 실존아동의 법익을 침해하는 ‘진정한(real)’ 아동포르노라고 할 수 있다.¹³⁾ 이 경우 대상 아동의 명예를 훼손하고,¹⁴⁾ 아동이 알게 될 경우 정신적으로 큰 악영향을

12) U.S. v. Hilton 판결에서는 가상아동포르노(virtual child pornography)의 형태로 실존아동의 사진을 스캔하거나 복제한 경우, 무해한 아동의 이미지를 컴퓨터를 사용하여 성지향적인 사진으로 만든 경우, 만화 캐릭터부터 실제아동과 유사한 고해상도의 이미지를 망라하는 컴퓨터에 의해 만들어진 가짜(fake) 아동의 경우가 있을 수 있다고 한다. 167 F.3d 61 (1999), 65쪽. 그리고 실존아동이 성적으로 낮 뜨거운 자세를 취하고 있는 그림은 헌법적 보호를 받지 못하는 연속선의 한쪽 끝에, 성인이 등장하는 음란하지 않은 이미지는 완전한 헌법적 보호를 받는 다른 한 쪽 끝에, 그리고 실존아동 모델을 사용하지 않았으나 마치 실제 미성년자를 묘사한 것처럼 보이거나 성인이 미성년자인 것처럼 나타낸 성표현물은 그 사이에 위치한다고 본다. 70쪽.

13) Ashcroft v. Free Speech Coalition 판결에서는 비록 이런 변형된(morphed) 이미지가 가상아동포르노의 정의에 해당될 수 있으나, 실제 아동의 법익과 관련되어 있다는 점에서 일반 아동포르노 이미지에 가깝다고 보았다. 535 U.S. 234 (2002), 242쪽.

주게 되며, 성범죄의 타겟이 될 위험도 있기 때문이다. 따라서 이를 아동포르노 규제의 적용 대상으로 해야 한다는 주장에 대해서는 필자도 동의하는 바이다.

하지만 (라)와 (마)의 이미지는 다르다. 이하 ‘가상아동포르노’라고 함은 위 두 경우를 말하는 것임을 명확히 하고자 한다. 가상아동포르노에 대한 국내의 연구가 많지 않은데다가, 그 중에서도 가상아동의 생성 방식을 나누어 논하는 경우는 흔하지 않다.¹⁵⁾ 대체로 가상아동포르노를 아동포르노로서 일반 음란물보다 강하게 규제해야 한다는 입장이 많은데¹⁶⁾ 주장을 잘 들여다보면 보통 (가), (나), (다)의 경우를 염두에 두고 이야기하고 있으며, (라)와 (마)까지 포함하여 논하는 것 같진 않다.

2. 가상아동포르노를 아동성범죄에 포함시킬지에 대한 찬반론

위에서 정의한 가상아동포르노 즉 (라)와 (마)를 아동포르노 규제의 적용 대상으로 하는 것을 지지하는 입장에서는 아동·청소년 보호가 최우선적 가치이며, ① 실존아동에 대해 직접적인 피해가 없더라도 아동포르노 시장 확대 및 잠재적 아동성애자 증가에 기여할 수 있고, ② 아동 그루밍(child grooming), 즉 다른 아동으로 하여금 성행위에 참여하도록 유혹하거나 그런 행위에 대한 수치심이나 공포를 마비시키는 수단으로서 악용될 수 있다는 점¹⁷⁾ 등을 논거로 하고 있다. Hilton 소송¹⁸⁾이나 Ashcroft 소송¹⁹⁾에서 미 정부는 가상아동포르노는 아동학대를 그것을 본 사람이 범죄를 행하도록 유혹하는 경향이 있어 실제 아동에게 간접적으로 해를 끼친다는 위의 주장 외에도 ③ 실존아동을 묘사한 작품과 그렇지 않은 (성인이 아동역을 하는) 작품의 구별이 현실적으로 어려워 수사당국이 실존아동이 관련되었음을 입증하기 힘들다는 실무상의 애로점으로 아동포르노 제작자나 아동 성폭행에

14) 실제 어린이 사진을 합성한 청소년이용 성표현물의 유포행위는, 해당 어린이가 제작에 참여했다는 허위사실을 공개한 셈이므로, 명예훼손과 같은 영역에 속한다고 볼 수 있다는 것에 유의선, 조연하 “가상 청소년이용 성표현물(Virtual Child Pornography)의 위법성 구성 및 조각에 대한 연구: 한국과 미국의 사례를 중심으로”, 한국언론학보 47권 5호, 2003. 10. 74쪽.

15) 컴퓨터로 제작한 청소년이용 성표현물을 크게 식별할 수 있는(identifiable) 청소년의 사진을 형태 변형 기술로 합성시킨 것과 실제로 존재하는 성인의 모습이나 컴퓨터 그래픽으로 만든 가상의 청소년 이미지 제작물 두 가지로 나누고 후자의 경우 규제의 범주와 강도 등에 있어서 신중해야 한다는 것에 유의선, 조연하, 67쪽.

16) 전형미, “인터넷상 아동포르노그래피 대응방안에 관한 연구”, 대구카톨릭대학교 대학원 박사학위논문, 2006, 32쪽; 이진호, “아동포르노그래피에 관한 연구”, 한국형사정책연구원, 2002, 43쪽; 김배원, “청소년성표현물과 수정헌법 제1조 - 가상청소년성표현물을 중심으로 -”, 미국헌법연구 제16권 제1호, 2005.2, 170쪽; 박희영, “사이버아동포르노그래피와 사이버범죄방지조약”, 비교형사법연구 제6권 제1호, 2004, 김용화, 앞의 논문, 403쪽; 심희기, 앞의 논문, 895쪽.

17) 이진호, 앞의 논문, 43쪽; 심희기, 앞의 논문, 896쪽; 김배원, 앞의 논문, 76-79쪽; 김용화, 앞의 논문, 403쪽.

18) U.S. v. Hilton, 167 F.3d 61 (1999),

19) Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234 (2002),

대한 처벌이 어렵기 때문에 실재하는 아동을 피사체로 한 아동포르노그래피 시장을 없애기 위해서는 가상아동포르노도 단속해야 한다고 주장했다.

이에 반대하는 입장에서는 아동에게 직접적인 피해도 없는데 아동이 제작에 참여한 사실적인 아동포르노와 법적으로 동등하게 취급되어서는 안된다고 한다.²⁰⁾ ① 즉 장래 범죄 발생의 가능성 또는 범죄행위의 수단으로서의 악용 위험은 표현의 자유를 제한할 만큼의 명백·현존하는 위험은 아니며 실존 아동의 법익이 침해되는 것도 아닌데도 불구하고 단순히 ‘아동캐릭터’가 등장하여 성적인 행위를 한다는 이유만으로 규제하는 것은 표현의 자유에 대한 중대한 제한이 될 수도 있다는 논란이 존재한다.²¹⁾ 또 ② 오히려 가상아동포르노를 허용함으로써 제작자들이 실재 아동을 이용한 포르노 보다 가상아동포르노를 제작할 유인이 생긴다고 한다. 또한 가상아동포르노를 금지하면 대체물이 없어 실재 아동에 대한 학대를 늘릴 수 있다고 주장한다.

3. 국제적 현황 - UN, EU, 미국

위에서 언급한 아동권리협약에 대한 선택의정서(the Optional Protocol to the UN Convention on the Rights of the Child)는 가상아동포르노그래피를 규제대상으로 삼고 있지 않으며 EU의 아동포르노관련 기본결정(Framework Decision)도 “실존하지않는 아동의 사실적인(realistic) 이미지” 즉 위의 구분에서 (가), (나), (다) 만을 아동포르노규제의 적용대상으로 삼고 있다.²²⁾

미국 아동포르노규제의 가장 최종개정법인 PROTECT법(the Prosecutorial Remedies and Other Tools to end the Exploitation of Children Today Act of 2003) 역시 제18장 제2256조에서 아동포르노(child pornography)는 명시적인 성행위의 묘사로서 다음 중의 하나를 포함한 것을 말한다.²³⁾

20) 유의선/조연하, 앞의 논문, 68쪽.

21) 성인의 프라이버시권과 표현의 자유 보호를 위해, 직접적인 피해의 입증이 불가능한 경우 가상아동포르노를 규제하지 말아야 한다는 주장이 설득력을 얻고 있다고 한다는 것에 유의선/조연하, 앞의 논문, 71쪽; 아동에게 피해를 줄 수 있는 자료를 제작한 사람과 순전히 컴퓨터에 의해서만 자료를 제작한 사람은 뚜렷히 구분해야 하며, 그 이유로 가상아동포르노 제작자가 ‘성범죄자’ 등으로 잘못 낙인찍혀 공정한 재판을 받을 권리를 침해당할 위험을 드는 것에 박현정, “아동포르노에 대한 국제사회와 EU의 대처”, 유럽연구 제28권 1호, 2010 봄, 236쪽.

22) 가장 보수적이라고 할 수 있는 유럽경찰(Europol)도 UN선택의정서나 EU의 아동포르노관련 기본결정(Framework Decision)에서 각각 실재아동이나 실재아동의 사진을 조작한 경우에 적용된다고 해석하고 있다. http://www.internationalresourcecentre.org/en_X2/Documents/LegislationEuropol_2005.pdf <2013년3월31일 마지막 방문>

23) 18 U.S.C. §2256.

- (1) the production of the visual depiction involves the use of a minor engaging in sexually explicit conduct; or
- (2) the 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
- (3) the visual depiction has been created, adapted, or modified to appear that an identifiable minor is engaging in sexually explicit conduct. (밑줄 추가 - 편집자)

해설하자면 (1)은 (가), (2)는 (나), (3)은 (다)에 해당된다.

(2)의 경우 철저하게 실존아동의 사진 만이 적용대상이기 때문에 그림, 만화, 조각, 회화 등은 제외되지만²⁴⁾ (3)은 그림, 만화, 조각, 회화 등의 다양한 매체에도 모두 적용되는데 실존아동을 식별해낼 수 있는(identifiable) 경우로 한정되기 때문이다.

또 위의 (1)과 (2)의 경우 실존아동이 참여하지 않았음을 입증하면 항변이 성립되지만 단 (3)의 경우에는 실존 아동이 참여하지 않았다는 항변이 성립되지 않는다²⁵⁾ 그 이유는 특정 미성년자의 이미지가 동원되지 않았으나 묘사의 결과물이 미성년자로 식별될 정도로 구체적으로 묘사가 된 경우로 한정되어 있으므로 당연히 위의 ‘실존아동이 참여하지 않았다’는 항변은 논리적으로 적용불가능하다.

이외에도 우리나라 외에 이 논문에서 정의된 가상아동포르노 즉 만화애니메이션 캐릭터나 성인이 아동역할로 등장하는 포르노물을 법조문에서 명시적으로 아동포르노규제의 대상으로 삼고 있는 나라는 없다.

IV. 우리나라의 가상아동포르노 규제

1. 판례와 법령

우리나라 아동포르노 규제의 입법목적은 헌법재판소가 2002년도 「청소년의 성보호에

24) 18 U.S.C. §2256 (11)the term “indistinguishable” used with respect to a depiction, means virtually indistinguishable, in that the depiction is such that an ordinary person viewing the depiction would conclude that the depiction is of an actual minor engaged in sexually explicit conduct. This definition does not apply to depictions that are drawings, cartoons, sculptures, or paintings depicting minors or adults.

25) 18 U.S.C. §2252.



관한 법률」 합헌결정에서 잘 정리한 바 있다.²⁶⁾ 당시 김인규 미술교사의 작품 중 청소년으로 보이는 만화캐릭터를 그린 작품(아래 이미지 첨부)에 대해 검찰이 아청법의 전신이었던 「청소년의 성보호에 관한 법률」 제2조 제5호의 청소년이용음란물 규정을 적용하려고 하자 이에 대해 법원이 그 규정을 그렇게 적용하는 것은 위헌이라면서 위헌제청을 하였고, 이에 대해 헌법재판소는 해당 규정은 실존 아동에만 적용되는 것이라며 그렇게 해석되는 한 법조문은 합헌이라고 선언하였다.²⁷⁾

당시 “청소년이용음란물”은 “청소년[19세 미만]이 등장하여 ① 성교행위, ② 구강·항문 등 신체의 일부나 도구를 이용한 유사성교행위, ③ 청소년의 수치심을 야기시키는 신체의 전부 또는 일부 등을 노

골적으로 노출하여 음란한 내용을 표현한 것으로서, 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터나 그 밖의 통신매체를 통한 화상·영상 등의 형태로 된 것”으로 정의되어 있었다²⁸⁾.

여기서 헌법재판소는 다음과 같이 논증하며 위 법률은 실존아동이 등장하는 경우에만 적용되어야 한다고 판시하였다.

이 사건 법률의 입법과정을 살펴보면, 국민회의 제정법안은 당초 규제대상의 명칭을 ‘청소년음란표현물’이라고 하여 그 내용에 “그림”을 포함시켰다가 최종 확정안에서는 이를 ‘아동·청소년이용음란물’이라고 표현을 바꾸는 한편 위 “그림”을 배제시켰는 바, 규제대상의 명칭 변화에 비추어 볼 때 그 이유는 특별법인 이 사건 법률에서는 실제 청소년을 이용한, 즉 이들을 등장시킨 음란물만 규제대상으로 하고 그림, 만화

26) 헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27 (청소년이용음란물죄 사건) [8(합헌) : 1(각하)].

27) 이에 대해 단순합헌결정이 아니라 ‘실제청소년을 이용하지 아니한 가상이미지까지 포함되는 것으로 해석하는 한 위헌’이라는 한정위헌결정이나 ‘실제청소년만을 이용한 음란물로 해석하는 한 합헌’이라는 한정합헌결정, 또는 헌법불합치결정을 내렸어야 한다는 의견으로 박선영, 앞의 논문, 32쪽.

28) 제2조 (정의) 3. “청소년이 등장하여 제2호 각목의 1에 해당하는 행위를 하거나, 청소년의 수치심을 야기시키는 신체의 전부 또는 일부 등을 노골적으로 노출하여 음란한 내용을 표현한 것으로서, 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터 기타 통신매체를 통한 영상 등의 형태로 된 것을 말한다.

등의 음란물은 청소년보호법상의 ‘청소년유해매체물’ 또는 일반 형법상의 음란물로 규제하려는 의도에 있었다고 보여진다.

물론, . . . 노출된 신체의 전부 또는 일부가 수치심을 야기시키면 ‘청소년이용음란물’에 해당한다고 . . . 해석하게 되면 청소년에게 수치심 또는 성적 충동을 불러일으킬 가능성이 있는 표현물, 예컨대 의학서적이거나 예술품 등까지도 모두 이 사건 법률의 규제대상인 ‘청소년이용음란물’에 포함되어 같은 법률 제8조 제1항의 중벌에 처해지게 되는 결과를 낳게 된[다].

<중략>

더욱이, ‘청소년이용음란물’의 제작 등 행위에 대하여는 5년 이상의 유기징역에 처하도록 규정되어 있는데, 미성년자를 약취·유인한 행위의 경우 형법 제287조에 의하여 법정형이 10년 이하의 징역이고, . . . 그렇다면, 이 사건 법률의 ‘청소년이용음란물’에는 만화의 주인공이 아닌 실제 청소년을 강요, 위계 등의 방법으로 등장시키는 경우에만 높은 위법성 및 비난가능성을 인정할 수 있다는 점에서 그림이나 만화 등의 방법으로 청소년을 등장시킨 음란 표현물은 위 ‘청소년이용음란물’의 규제대상이 아니라고 보아야 할 것이다.“

즉, 당시의 청소년성보호법의 목적은 실제 청소년이 등장하는 음란 표현물을 규제하기 위함이었으며 그림이나 만화 등 가상아동포르노는 규제 대상이 아니었다.

그런데 국회는 2011. 9. 15. 법률을 개정하면서 아동·청소년이용음란물의 개념을 ‘아동·청소년이 등장하여... 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 것’에서 ‘아동 청소년 또는 아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여... 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 것’으로 개정하였다. 이로써 성인이 아동연기를 하는 경우나 만화캐릭터가 극중 아동인 경우에도 아청법이 적용될 길이 열렸다.²⁹⁾

검정은 2012년 후반부터 실제로 실존아동이 제작에 참여하지 않고 단지 아동“캐릭터”가 등장하는 애니메이션이나 동영상에 아청법으로 기소하고 있다. 실제로 최근 수원지방법원은 일본에서 성인배우를 이용해 제작된 동영상을 업로드한 피고인들에게 아청법 유죄를 선고하기에 이르렀다.³⁰⁾

29) 제18대국회 제301회 제1차 여성가족위원회 법안심사소위원회(2011년06월16일) 회의록 (12쪽~13쪽); 제19대국회 제311회 제4차 아동·여성대상성폭력대책특별위원회 법안심사소위원회(2012년11월14일) 회의록 (65쪽). 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 일부개정법률안 심사보고서, 여성가족위원회(2011).

30) 수원지방법원 2012고단3926,4943(병합). “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물’에 해당하는지 여부는 ‘음란물의 내용’을 기준으로 음란물에서 묘사된 구체적 상황, 표현 방식 등을 고려하여 일반인이 해당 인물이나 표현물을 아동·청소년으로 인식할 수 있는지 여부에 따라 판별함이 상당한데, 위 동영상은 모두 교실과 대중교통수단 등의 장소에서 체육복 또는 교복을 입었거나 가정교사로부터 수업을 받는 등 학생으로 연출된 사람이 성행위를 하는 것을 내용으로 하고 있으므로, ‘아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람’이 등장하는 ‘아동·청소년이용음란물’에 해당한다고 보아야 하고,

2. 평가 및 소결

위 개정법을 가상아동포르노(위에서 (라), (마)로 분류된 것들)에 적용하는 것에는 법 해석 상으로도 다음과 같이 문제점들이 보인다.

첫째 위에서 말했듯이 아청법 전체의 입법취지는 실존아동을 보호하는 것인데 유독 ‘아동·청소년이용음란물’에 대해서만 ‘실존아동’이 아닌 ‘아동으로 보이는 사람이나 표현물’에만 확대적용하려 하는 것은 아청법 전체의 입법취지를 벗어나는 것이다. 아청법은 “아동·청소년 대상 성범죄”를 가중처벌하기 위한 특례법으로서 기존의 형법 및 형사소송법에 변형을 강하는 것을 내용으로 하고 있으며 “아동·청소년이용음란물”의 배포 소지도 “아동·청소년 대상 성범죄” 해당된다고 되어 있다.³¹⁾ 그렇다면 아동으로 보이는 사람이나 표현물 즉 애니메이션 캐릭터나 아동처럼 보이는 성인배우가 성행위를 연기하는 것은 어떤 아동에게도 육체적 정신적 피해를 끼치지 않는데 아청법이 적용되는 것은 법체계적 해석상 수긍하기 어렵다.

둘째 게다가 현행 아청법은 제7조 제1항에서 “폭행 또는 협박으로 아동·청소년을 강간한 사람은 무기징역 또는 5년 이상의 유기징역에 처한다”고 하여 아동·청소년을 강간하는 행위와 아동·청소년이용음란물의 제작·수입 또는 수출하는 행위의 법정형을 동일하게 규정하고 있는데, 입법자가 아동을 직접 강간하는 것과 존재하지 않는 아동캐릭터를 그려내는 것을 동일한 범죄행위라고 보았다고는 생각되지 않는다. 즉 현행법 하에서는 집에서 혼자 아동의 누드를 만화로 그려 보관한다면 아동·청소년이용음란물 제작 및 소지가 되어 5년 이상의 징역에 처해질 수 있는데, 일반인의 기준에서도 이는 도저히 납득할 수 없는 결과라 할 것이다.

해당 인물이 실제 성인으로 알려져 있다고 하여 달리 볼 수 없다.”

- 31) 제1조(목적) 이 법은 아동·청소년대상 성범죄의 처벌과 절차에 관한 특례를 규정하고 피해아동·청소년을 위한 구제 및 지원절차를 마련하며 아동·청소년대상 성범죄자를 체계적으로 관리함으로써 아동·청소년을 성범죄로부터 보호하고 아동·청소년이 건강한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 함을 목적으로 한다.

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "아동·청소년"은 19세 미만의 자를 말한다. 다만, 19세에 도달하는 해의 1월 1일을 맞이한 자는 제외한다.
2. "아동·청소년대상 성범죄"는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 죄를 말한다.
 - 가. 제7조부터 제12조까지의 죄(제8조제5항의 죄는 제외한다)
 - 나. 아동·청소년에 대한 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제3조부터 제14조까지의 죄
 - 다. 아동·청소년에 대한 「형법」 제297조부터 제301조까지, 제301조의2, 제302조, 제303조, 제305조 및 제339조의 죄
 - 라. 아동·청소년에 대한 「아동복지법」 제17조제2호 및 제4호의 죄

V. 아청법 가상아동포르노규제에 대한 헌법적 평가

1. 아동성범죄 규제로서의 가상아동포르노규제에 대한 평가

현재 우리 아청법에 표창된 가상아동포르노규제는 가상아동포르노를 보는 사람들의 아동성애욕구를 자극하여 아동성범죄를 발생시킬 수 있어 일종의 아동성범죄에 대한 교사 및 방조를 처벌하여 사전에 아동성범죄를 막으려는 취지로 제정되었다고 볼 수 있다.

1) 기존 아동포르노규제의 정당성

표현의 자유를 보호하는 대원리는 명백하고 임박한(현존한) 위협의 원리이다. 즉 표현과 물리적 행위는 구분되며 표현은 물리적 행위의 효과 즉 물리적 해악이 나타날 위험이 명백하고 임박할 때만 규제될 수 있다.

기존의 아동포르노 규제는 우선 그 목표를 아동성행위를 묘사하는 매체물의 제작에 노정되는 그 아동의 정신적·육체적 피해라는 위협의 예방으로 두고 있다. 즉 표현에 대한 규제가 아니라 아동을 유인하여 성적 행위를 하도록 유도하는 물리적 행위를 처벌하는 것이 된다. 아동포르노 규제에서 아동포르노 제작을 처벌하는 부분은 물리적 행위와 이에 따른 해악(출연아동이 겪는 피해)에 대한 직접적 규제가 되므로 명백하고 현존하는 위협의 원리를 충분히 충족하고도 남는다.

아동포르노 규제는 아동포르노 제작을 금지할 뿐만 아니라 제작의 결과물의 존재 자체를 범죄시킨다. 즉 배포는 말할 것도 없고 소지 자체도 처벌한다. 이 부분은 아동의 성행위 유인이라는 물리적 행위를 처벌하는 것이 아니라 그 결과물의 유통 및 소지를 처벌하는 것이므로 표현에 대한 규제가 되며 명백하고 현존한 위협의 원리를 충족시켜야 한다. 이에 대하여 1980년대에 Ferber 판결³²⁾은 아동포르노 규제의 원리는 해당 매체물 자체의 소지가 허용되는 한 해당 매체물에 대한 수요의 발생을 용인하게 되고 결국 해당 매체물 제작이라는 물리적 해악을 발생시킨다고 판시하였다. 즉 아동포르노 소지 및 유통은 아동 성행위 촬영이라는 물리적 해악을 발생시킬 ‘명백하고 현존한 위협’이 있으므로 그 규제가 정당화된다는 것이다.

2) 간접피해

그런데 실존아동과 관련없는 가상아동포르노의 경우에도 그러한 명백하고 현존한 위협이 존재하는가? 가상아동포르노의 경우 그러한 해악이 발생할 여지가 없다. 왜냐하면 가상아동포르노에 출연한 아동 또는 출연하였다고 간주할 수 있는 아동이 애시당초 존재하

32) New York v. Ferber, 458 U.S. 747 (1982).

지 않기 때문이다. 이렇기 때문에 가상아동포르노 규제는 기존의 아동포르노 규제가 명백하고 현존한 위험의 원리를 충족하는 방식으로 그 원리를 충족하지는 못하는 것이다.

그러나 이와 별도로 가상아동포르노가 아동성애자(pedophile)의 욕구를 자극하여 범죄행위를 조장한다면 그러한 범죄행위는 가상아동포르노를 규제할 근거가 될 명백현존한 위험이 될 수 있다.

(1) 일반포르노와 일반성범죄의 상관관계

우선 성인이 출연하는 포르노가 성범죄를 조장한다는 연구결과는 우리 사법부나 미국이나 유럽의 어느 사법부들에 의해서도 받아들여지지 않고 있다. 즉 포르노그래피를 그러한 사유로 규제해야 할 정도로 그 인과관계가 입증되지 않았다는 것이다.³³⁾ 오히려 자유주의적 이론에 의하면 많은 실험결과는 하드코어 포르노그래피가 성범죄를 유발시키는 것이 아니라 그 사회를 더 건강하게 만든다고 반박한다.³⁴⁾

물론 포르노그래피 중에서 수위가 매우 높은 경우는 어차피 “음란물”로 처벌하고 있다.³⁵⁾ 그러나 사실 많은 사람들이, 음란물 규제가 음란물이 범죄행위를 조장할 것이라는 논리로 정당화되고 있는 것은 아니라는 점을 간과한다. 왜냐하면 대부분의 음란물에 나타나는 성행위들은 범죄행위가 아니기 때문에 음란물규제는 그렇게 어떤 행위를 조장하는 성향을 이유로 정당화될 수는 없다.

이에 따라 현재 음란물의 정의는 다음과 같다.

‘음란’이라 함은 (1) 사회통념상 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것으로서 (대법원 2006. 4. 28. 선고 2003도4128 판결 등 참조), (2) 표현물을 전체적으로 관찰·평가해 볼 때 단순히 저속하다거나 문란한 느낌을 준다는 정도를 넘어서서 존중·보호 되어야 할 인격을 갖춘 존재인 사람의 존엄성과 가치를 심각하게 훼손·왜곡하였다고 평가할 수 있을 정도로, 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사한 것

33) Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557 (1969), 566쪽. “조지아주정부는 음란물에 대한 접근 자체가 성적 비행이나 성적 폭력범죄를 조장한다고 주장한다. 그러한 주장에 대한 경험적 근거는 거의 없다 (Cairns, Paul, & Wishner, Sex Censorship: The Assumptions of Anti-Obscenity Laws and the Empirical Evidence, 46 Minn.L.Rev. 1009 (1962); see also M. Jahoda, The Impact of Literature: A Psychological Discussion of Some Assumptions in the Censorship Debate (1954), summarized in the concurring opinion of Judge Frank in United States v. Roth, 237 F.2d 796, 814—816 (C.A.2d Cir. 1956))”

34) 임지봉, “대법원의 음란성 판단기준에 대한 비판적 검토 - 김인규 교사사건 판결에 대한 분석을 중심으로 -”, 민주법학 제29호, 2005, 483쪽.

35) 자세한 내용은 이인호(중앙대학교 법학전문대학원 교수, 헌법재판소 겸임연구원), “성표현의 자유와 한계”, 언론과 법 제7권 제2호, 2008.

으로서, (3) 사회통념에 비추어 전적으로 또는 지배적으로 성적 흥미에만 호소하고 하등의 문학적·예술적·사상적·과학적·의학적·교육적 가치를 지니지 아니하는 것을 뜻한다고 볼 것이고, 표현물의 음란 여부를 판단함에 있어서는 표현물 제작자의 주관적 의도가 아니라 그 사회의 평균인의 입장에서 그 시대의 건전한 사회통념에 따라 객관적이고 규범적으로 평가하여야 한다.³⁶⁾

즉, 음란물의 정의 어디에도 어떤 행위를 조장하는 성향이라는 요건이 나타나지 않는다. 이 때문에 음란물 규제는 세계적으로도 명백현존의 위험 원칙에 대한 유일한 예외로 받아들여지고 있다.³⁷⁾

즉 아동이 출연하지 않는 포르노의 경우, 그 내용에 강간 등의 장면이 담겨있다고 할지라도 그러한 내용이 성범죄를 조장한다는 인과관계가 인정된 규제사례는 없다고 볼 수 있다.

(2) 아동포르노와 아동성범죄의 상관관계

우선 실존 아동이 등장하는 아동포르노의 경우 아동포르노의 제작 자체가 아동성범죄이므로 논외로 한다. 그러나 그것과 별도로 실존아동포르노는 그것을 보는 사람을 자극하여 아동성범죄를 유발한다는 가설에 대해 확인해볼 필요가 있다. 실존아동포르노와 아동성범죄의 상관관계는 어떠할까.³⁸⁾

역시 그러한 인과관계는 입증된 바가 없다.³⁹⁾ 그도 그럴 것이 성인이 등장하는 일반성 표현물이 일반적인 성범죄를 일으킨다는 입증도 없는 상황에서 아동이 등장하는 성표현물이 아동성범죄를 일으킨다는 입증이 된다는 것이 논리적으로 기대하기 어렵다.⁴⁰⁾

36) 대법원 2008.3.13. 선고 2006도3558 판결. 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물 유포등), 각 개념에 대한 번호는 편집자 부여

37) Bret Boyce, "Obscenity and Community Standards", 33 Yale Law Journal 299 (2008) "The treatment of obscenity is an anomaly".

38) 이에 대해 김용호는 2010. 3. 발생한 안양 아동 성범죄 사건에서 가해자의 컴퓨터에서 아동포르노 동영상 등 동영상 500여건과 수만건의 음란물이 발견되었음을 들며 아동포르노가 아동 성범죄의 도구로 사용되고 있음을 알 수 있고 그 위험성이 마약이나 총기보다 훨씬 높다고 할 수 있다고 주장하나(405쪽), 특정 사건을 두고 아동포르노 동영상 소지 및 시청이 반드시 아동 대상 성범죄를 유발한다는 근거로 보기는 어렵다고 생각된다.

39) 미국에서도 가상아동포르노의 소비와 영향에만 특정된 연구는 존재하지 않는다고 한다. Neil Malamuth & Mark Huppert, "Drawing the line on virtual child pornography: Bringing the law in line with the research evidence", N.Y.U. Review of Law and Social Change, Vol. 31, 2007, p.780.

40) 아동포르노에의 노출이 비아동성애자의 아동과 섹슈얼리티간의 연상도(association) 및 아동포르노 수용성의 정도에 미치는 영향을 연구한 결과에 의하면, 아동포르노에의 노출은 비아동성애자의 아동과 섹슈얼리티간의 연상도에 영향을 미치는 것은 하나 아동포르노나 성인과 아동의 성행위에 대한 수용도를 높이지는 않았다고 한다. Ibid, p791. See Bryant Paul & Daniel Linz, The Effects of

스위스에서는 2009년에 실존아동이 등장하는 아동포르노 소비와 아동성범죄 실행과의 인과관계를 261명의 남성에 대해 조사한 결과 똑같은 조건에서 아동포르노 소비가 아동성범죄의 가능성을 더 높일 위험은 없다고 결론지었다.⁴¹⁾

혹자는 성인에 대한 성범죄보다 미성년자에 대한 성범죄가 훨씬 극악하기 때문에 그러한 범죄가 발생할 일말의 여지도 없애야 한다는 차원에서 성인포르노와 달리 인과관계가 명확하지 않더라도 아동포르노를 엄벌하자고 주장한다. 그 주장은 사실 무의미하다. 왜냐하면, 실존아동포르노의 경우 제작 과정에서 실존아동이 당하는 피해를 근거로 실존아동포르노의 소지 자체를 아동성범죄로 간주하여 엄벌하고 있다. 이 때문에 우리나라의 아동법의 경우 실존아동포르노제작에 최소5년의 징역형을 부과하여 마치 강간 등의 폭력범죄의 수준으로 엄하게 처벌하고 있다.

정리하자면, 실존아동포르노를 처벌하고 있는 것은 실존아동포르노가 그것을 보는 사람이 아동성범죄를 저지르도록 조장하기 때문이 아니라 그 제작과정에서 실존아동이 입는 피해 때문이다.

(3) 가상아동포르노와 아동성범죄의 인과관계

실존아동이 등장하는 아동포르노도 이렇게 아동성범죄와의 인과관계에 대한 입증이 없다면 가상아동(만화 캐릭터)이 등장하는 아동포르노의 경우 그 인과관계가 더욱 낮을 것으로 예상할 수 있다. 상식적으로 똑같은 내용이라면 후자의 자극은 현실감이 상대적으로 떨어질 것이기 때문이다.

이와 관련하여 미국연방대법원은 2002년 *Ashcroft v. Free Speech Coalition* 사건에서⁴²⁾ 가상아동포르노를 처벌하는 미국의 아동포르노그래피방지법(CPPA: Child Pornography Prevention Act 1996)⁴³⁾에 대해 위헌판결을 내렸다.

Exposure to Virtual Child Pornography on Viewer Cognitions and Attitudes Toward Deviant Sexual Behavior, Comm. Res. (forthcoming). The researchers sought to study the impact of exposure to child pornography on non-pedophiles' associations of children and sexuality as well as on their acceptance of child pornography. Because of the legal and ethical barriers to using actual child pornography, they used images from Barely Legal magazines that portray youthful looking girls who in fact are at least eighteen years old. This research did find that exposure to child pornography may result in stronger associations between children and sexuality (as measured by a word-recognition task). However, this research did not find support for the possibility that exposure to such barely legal pornography caused a change in people's acceptance of child pornography or adult sex with children.

41) Jerome Endrass¹, Frank Urbaniok¹, Lea C Hammermeister, Christian Benz, Thomas Elbert³, Arja Laubacher¹ and Astrid Rossegger*“The consumption of Internet child pornography and violent and sex offending” BMC Psychiatry 2009, 9:43 doi:10.1186/1471-244X-9-43 <<http://www.biomedcentral.com/1471-244X/9/43>>.

42) *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002),

미국 정부는 가상아동포르노가 아동에 대한 성적 학대를 유발한다고 주장했는데, 이에 대해 연방대법원은 다음과 같이 판시하였다.

“표현이 불법행위를 독려한다는 것은 그 표현을 금지할 충분한 이유가 되지 않는다. 국가는 개인의 사적 사상을 통제하려는 욕망에 기대어 법을 제정해서는 아니된다.” *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557, 566, 89 S.Ct. 1243, 22 L.Ed.2d 542 (1969). 수정헌법 제1조의 자유들은 정부가 사상을 통제하거나 그러한 부당한 목표로 법을 정당화할 때 위협에 처한다. 생각할 자유는 자유의 시작이며 표현은 생각의 시작이기 때문에 정부의 규제로부터 보호되어야 한다.

이 자유를 보존하기 위해서 그리고 표현 그 자체를 보호하기 위해서, 우리 법원은 말과 행위 사이에 그리고 사상과 실천 사이에 중요한 차별을 뒤왔다. (“불법행위를 방지하는 보통의 방법은 그 행위를 하는 사람을 적절하게 벌하는 것이다.”) 정부는 특정 표현이 특정 불법행위를 불확정적인 장래에 유발될 가능성을 높인다는 이유로 그 표현을 규제할 수는 없다. 정부는 폭력이나 위법의 주장도 “그러한 주장이 즉각적인 불법행위의 유발을 목적으로 하고 실제로 그러한 행위를 유발할 개연성이 있을 때만” 규제할 수 있다. 그러나 [아동성표현물 자체]는 어떤 범죄의 미수, 선동, 사주, 또는 모의에도 이르지 않는다. 정부는 어떤 사상 또는 욕구를 독려할 수 있는 표현과 아동성학대 사이의 요원한 관계 이상 아무것도 보여주지 않았다. 더욱 직접적이고 강고한 인과관계를 보여주지 않는 이상 정부는 아동성표현물이 아동성애자의 불법행위를 독려한다는 명분으로 규제할 수는 없다.

결국 아동캐릭터가 등장해서 성적 행위를 한다고 해서 그것을 본 사람이 실존하는 아동에 대해 성범죄를 저지를 명백하고 임박한 위협이 없다는 것이다.

(4) 영화 “마이노리티 리포트”의 세계

혹자는 인과관계가 입증되지 않더라도 아동성범죄는 극악무도한 범죄이므로 인과관계의 부존재가 입증되지 않는 한 가상아동포르노규제는 이루어져야 한다고 주장할 수 있다. 설득력있는 주장이다.

그러나 그렇다면 그 규제의 내용은 어떠할 것인가. 가상아동포르노 제작 및 배포를 아동성범죄로 처벌하는 것이 타당할까? 법으로 금지되는 행위(즉 아동성범죄)를 직접 하지 않더라도 이를 교사방조할 경우 정범에 준하여 처벌할 수도 있을 것이다. 그러나 아무도 가상아동포르노 제작 및 배포를 과연 아동성범죄의 교사방조범으로 처벌할 정도라고 믿지

43) 18 U.S.C. 2256 (2000).

는 않을 것이다.

왜냐하면 그러한 논리라면 살인장면이 묘사된 영화를 제작한 사람은 살인방조범으로, 마약장면이 묘사된 드라마를 제작한 사람은 마약방조범으로 처벌되어야 할 것이기 때문이다. 즉 어떤 범죄행위를 상상하여 보여주는 것만으로도 그 범죄의 교사방조범으로 처벌을 받는다는 영화 <마이너리티 리포트>의 세계와 유사하다.

이와 관련하여 최근 미 연방대법원은 폭력적 비디오게임물의 판매나 임대를 규제하는 캘리포니아주 법이 문제되었던 *Brown v. Entertainment Merchants Association* 판결⁴⁴⁾에서 폭력물이 그 시청자의 장래의 행위에 미칠 장기적 효과에 대한 우려가 그러한 폭력물의 규제를 정당화할 근거가 될 수 없다고 판시하였다.

2. 음란물규제로서의 가상아동포르노규제의 평가

아동포르노는 그 자체로 음란하다고 볼 수는 없을까? 즉 아동포르노규제를 제작과정에 동원된 아동에게 가해진 피해에 대한 처벌이기도 하면서 아동이 등장하여 성적으로 연루되었다는 사실만으로 음란성의 요건을 충족시킬 수 있도록 음란성의 정의를 일부 변경한 것으로 간주할 수는 없을까?

만약 그렇다면 가상아동포르노라고 할지라도 실존아동포르노 못지않게 그 내용이 적나라하고 성적으로 문란하며 사회적 가치가 전무할 수 있으므로 가상아동포르노를 실존아동포르노와 똑같이 처벌할 수 있는 근거가 된다.

실제로 우리나라의 아동법은 청소년성보호법 시절부터 제2조 제3호에서 “청소년의 수치심을 야기시키는 신체의 전부 또는 일부 등을 노골적으로 노출하여 음란한 내용을 표현한 것”이라고 하여 ‘음란성’을 구성요건 요소로 하고 있었다.⁴⁵⁾ 이것은 우리나라에서 ‘음란물’

44) 131 S. Ct. 2729 (2011).

“Psychological studies purporting to show a connection between exposure to violent video games and harmful effects on children do not prove that such exposure *2732 causes minors to act aggressively. Any demonstrated effects are both small and indistinguishable from effects produced by other media. Since California has declined to restrict those other media, e.g., Saturday morning cartoons, its video-game regulation is wildly underinclusive, raising serious doubts about whether the State is pursuing the interest it invokes or is instead disfavoring a particular speaker or viewpoint.” pp. 2738 - 2742.

45) 경찰청 사이버테러대응센터, ‘아동음란물 단속 관련 설명자료’.
“아동·청소년이용음란물은 아동·청소년이 등장하거나 아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여 성교 행위, 유사 성교 행위, 신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위, 자위 행위 그 밖의 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터나 그 밖의 통신매체를 통한 화상·영상 등의 형태로 된 것을 의미하며, 필름, 비디오물, 게임물, 만화, 애니메이션 등이 모두 해당된다. 다만 애니메이션 ‘짱구는 못말려’처럼 **아동의 신체 노출, 성적 농담이 나오더라도 사회 통념상 ‘음란’하다고 보기 힘들면 단속 대상이 아니다.** 또한 교복 차림의 성인

과 ‘아동포르노’ 개념이 명확히 분리되어 있지 않았음을 의미한다.⁴⁶⁾ 물론 이것은 2005. 12. 29. 일부개정되어 ‘음란성’이 구성요건에서 빠지게 되지만 계속 ‘아동청소년이용음란물’이라는 정의는 계속 남아 있다.

필자는 이와 같은 당시의 법조문이 후대의 입법자들에게 ‘아동포르노’를 음란물 중에서 아동이 등장하여 ‘도덕적 파탄의 수위가 높은 음란물’로 이해 하지 않았을까 하는 의심이 든다. 이러한 인식 하에서는 여기서의 ‘아동’은 반드시 실존아동일 필요는 없다. ‘아동청소년이용음란물’을 ‘도덕적 일탈의 수위가 높은 음란물’의 하나로 볼 수 있다는 것이며 이 경우 가상의 아동캐릭터가 등장하여도 도덕적 일탈의 수위가 높으니 처벌이 가능하다는 것이다.

1) 아동이 등장하는 성표현물은 모두 음란한가?

현재 아동법의 위법성요건은 그다지 엄격하지 않다.⁴⁷⁾ 아동법은 “신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위”의 묘사를 처벌하는데 대법원의 음란성 요건 즉 “(1) . . . 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것으로서 (2) . . . 인격을 갖춘 존재인 사람의 존엄성과 가치를 심각하게 훼손·왜곡하였다고 평가할 수 있을 정도로 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사한 것으로서, (3) . . . 하등의 문학적·예술적·사상적·과학적·의학적·교육적 가치를 지니지 아니하는 것”이라는 정의와는 큰 차이가 있다.

극단적으로는 5살의 남자아이 ‘짱구’가 설새 없이 엉덩이를 노출하는 ‘짱구는 못말려’란 애니메이션이 일반인의 성적 수치심을 일으킨다는 이유로 또는 ‘방귀대장 뽕뽕이’가 성적 혐오감을 불러일으킨다는 이유로 아동·청소년이용음란물에 해당할 가능성이 있는 것이다.⁴⁸⁾

이에 대하여 Ashcroft 판결에서 미 연방대법원은 다음과 같이 판시하였다.

CPPA는 심리학매뉴얼의 사진에도 적용되며 성학대의 극악함을 다룬 영화에도 적용된다. . . CPPA는 매체물의 진지한 문학적, 예술적, 정치적 또는 과학적 가치에 관계

배우가 출연한다고 모두 단속 대상이 아니고, 전반적인 내용과 상황을 종합해 판단한다.”

46) 심희기, 앞의 논문, 890쪽.

47) 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

48) 다만 경찰청은 ‘짱구는 못말려’에서 단순히 등장하는 유치원생 캐릭터가 신체를 노출한다는 이유로 ‘음란’하다고 볼 수는 없다는 입장이다.

없이 그 매체물을 규제한다. 법은 현대사회의 현상의 일부분이 되었고 대대로 예술과 문학의 주제였던 사상 - 10대의 성행위 - 의 시각적 재현을 금지한다. (247쪽) . . .

10대성행위와 아동성학대 모두 셀 수 없이 많은 문학작품에 영감을 주었다. 윌리엄 셰익스피어는 가장 유명한 10대성애자들을 창조했으며 이들의 나이는 13세였다. 희곡에서는 셰익스피어는 그 관계를 화사하고 순수하면서도 절없이 앓은 것으로 묘사하였다. . . .

현대의 영화들도 비슷한 주제들을 다룬다. 작년 (2001년) 아카데미 작품상 후보 Traffic은 16세로 묘사된 청소년이 마약에 중독되는 과정을 그렸다. 청중은 그녀의 중독이 추잡한 방에서 그녀가 자신의 성을 팔아 마약을 얻는 상황까지 추락하는 모습을 보게 된다. 그 전년도에는(2000년) American Beauty가 작품상을 수상하였다. 이 영화에서는 10대소녀가 10대 소녀와 성관계를 맺고 또다른 소녀는 중년남성의 성욕을 위해 자신을 허락한다. . .

우리 사회는 다른 문화와 마찬가지로 젊은이들의 삶과 운명에 공감하고자 하고 끊임없이 경외한다. 예술과 문학은, 상처는 항상 치명적이고 실망은 항상 심오하고 잘못된 선택은 항상 비극적이었지만 도덕적 실천과 자아실현은 항상 손안에 있다고 믿었던, 우리 스스로 한때 알고 있던 성장기의 생생한 관심사들을 표현한다. 여기서 언급한 영화들이 CPPA를 실제로 위반하지 않더라도 이 법의 폭넓은 규제영역 안에 있는 주제들을 탐구한다.

즉 음란하지 않은 아동의 성표현은 우리 문화와 예술의 중요한 부분을 구성하고 있고 그러한 표현 만을 분리하여 보면 규제대상으로 보이지만 문화적 예술적 가치를 고려한다면 음란물과 등치시켜서는 아니된다는 것이다. 가상아동포르노규제는 보호받아야 할 표현까지 금지하는 위험을 초래할 수 있다는 것이다.⁴⁹⁾

2002년 헌법재판소도 비슷하게 다음과 같은 판시를 한 바 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 의학 서적이거나 예술품 등까지도 모두 이 사건 법률의 규제대상인 ‘청소년이용음란물’에 포함되어 같은 법률 제8조 제1항의 중벌에 처해지게 되는 결과를 낳게 될 뿐 아니라. . . <중략> ‘청소년이용음란물’의 제작 등 행위에 대하여는 5년 이상의 유기징역에 처하도록 규정되어 있[다]

49) 유의선/조연하, 앞의 논문, 71쪽.

아무리 높은 예술적·학문적 가치를 가지고 있더라도 아동·청소년에 대한 성적 묘사가 있다는 이유만으로 그러한 가치들이 부정되고 음란물로 분류되어 보호받지 못한다면, 그러한 지적 자산의 멸실로 인한 해악은 그 금지가 성도덕에 이바지하는 이익보다 훨씬 심대할 것이다.⁵⁰⁾ 앞서 예를 든 방자전, 은교, 로미오와 줄리엣 같은 영화의 제작자 뿐만 아니라, 아동이나 청소년의 누드스케치나 성행위 장면을 그린 사람은 아청법에 의해 아동포르노 제작으로 응당 처벌을 받아야 한다는 게 현재 우리나라 법집행의 논리이며 이는 위헌적이다.

2) 처벌의 강도 - 평등권

백보를 양보하여 모든 아동성표현물을 음란물로 인정한다고 할지라도 아청법으로 처벌할 경우 문제는 남게 된다. 또는 우리나라의 경우 ‘아동청소년이용음란물’로 정의되어 있어 ‘음란성’요건을 충족시키는 것 즉 아무런 사상적 학문적 가치가 전무한 것들만 처벌한다는 변형해석도 가능한데 그렇게 좁혀서 해석하더라도 아래의 문제가 남게 된다.

즉 음란하다는 이유로 가상아동포르노를 처벌한다면 음란물규제로 처벌해야지 아청법으로 처벌하는 것은 평등권을 위반한다. 2002년 헌재 결정을 촉발시킨 제청법원인 홍성지원도, ‘청소년이용음란물’을 제작한 자에 대하여는 이 사건 법률의 위 각 규정에 의하여 5년 이상의 유기징역에 처할 수 있음에 비하여, [망법 및 형법 상 음란물규제]는 “1년 이하의 징역. . .”에 처할 수 있게 규정되어 있으므로. . . ‘청소년이용음란물’의 게시자를 일반 음란물의 게시자보다 엄벌하여 합리적 이유 없이 차별하는 결과를 낳아 평등의 원칙에 위배된다”고 하였다.

물론 이 당시 헌재는 “미성년자에 대한 약취·유인의 죄 및 같은 미성년자에 대하여 폭력, 위계 또는 보호감독관계를 이용하여 율락행위를 하게 하는 . . .죄, 13세 미만의 여자 또는 여자 청소년에 대한 강간 및 준강간, 위계 또는 위력에 의한 간음” 등 5년 이상의 유기징역으로 처벌되는 다른 죄들과 비교하며 평등의 원칙에 위배되지 않는다고 하였다. 그러나 박선영은 헌재가 비교대상으로 들은 죄들이 적절한 비교가 아니라며 평등권 침해 소지가 있다고 본다.⁵¹⁾

필자는 박선영의 주장에 동의한다. 헌재가 비교대상으로 예시한 죄들은 모두 실존아동에 대한 물리적 행위를 동반한 것들에 대한 처벌이고 아동포르노규제는 존재하지도 않는 아동에 대한 상상을 시각화한 것 뿐인데 이 두 그룹을 비교하면서 형량이 비슷하다는 것에 헌법적 만족을 찾아서는 아니된다. 평등권은 부당한 차별이 포착되지 않는 비교대상을

50) 같은 의견으로 박선영, 앞의 논문, 31쪽.

51) 박선영, 앞의 논문, 33쪽.

발견했다고 해서 침해를 피할 수 있는 것이 아니라 모든 비교대상과의 비교에 있어서 부당한 차별의 부존재가 확인되어야 침해가 없는 것이다. 결국 평등권심사를 효율적으로 하려면 가장 차별의 개연성이 높은 비교대상과의 비교를 하는 것이 옳은데 ‘비슷한 것’과의 비교를 먼저 하는 것이 옳다.

이에 따라 비교한다면 위에서 이미 언급하였듯이 일반음란물규제와 비교하는 것이 옳다. 이런 비교에서 특히 일반음란물의 수위는 아무리 높아도 1년이 최고인 반면 아청법은 수위가 높지 않고 ‘성적 수치심을 주는 신체의 일부의 노출’의 묘사 만으로도 최저 5년형의 위험에 신상등록 및 취업제한까지 감수해야 하는 것은 명백히 차별적이라고 보인다.

3) 소지죄의 문제

아청법은 소지를 처벌하기 때문에 표현의 자유의 문제와 연관된 사생활의 비밀의 침해 문제가 존재한다. 이에 따라 가상아동포르노를 음란물규제로 인정하고 소지죄로 처벌하는 것에는 심각한 헌법적 문제가 있다.

미국연방대법원은 음란물 소지죄에 대해 위헌결정을 내리며 다음과 같이 판시한 바 있다.⁵²⁾

정부로부터 혼자 내버려두어질 권리 (as against the government, the right to be let alone) - 인간에 의해 가장 칭송되는 가장 광범위한 권리 -. . . 는 자신이 원하는 것을 읽고 볼 권리[이다]. 자신의 집에서 자신의 지적 감정적 욕구를 충족할 권리 말이다. 그는 자신의 서재의 장서가 정부에 의해 사찰로부터 자유로울 권리가 있다. . . .이 영화들의 ‘음란성’은 이렇게 심대한 개인의 자유에 대한 침입을 정당화하기에는 부족하다. 음란물규제가 아무리 정당하더라도 사람이 자신의 집의 프라이버시를 뚫고 들어오지는 못한다. 수정헌법 제1조가 최소한의 의미라도 있다면 그것은 정부가 자신의 집에 혼자 앉아 있는 사람에게 무슨 책을 보고 무슨 영화를 볼지에 관여해서는 안 된다는 것이다. 정부에게 사람들의 정신을 통제할 권한을 준다는 개념에 우리의 헌법 전통 전체가 저항한다. . . .현재의 [음란물과 성범죄 사이의 인과관계에 대한] 지식으로는 정부가 음란물이 반사회적 행위를 조장한다는 이유로 음란물의 소지까지 처벌한다면 밀주제작을 조장한다는 이유로 화학서적의 소지를 금지해야 하는 것과 마찬가지로이다.

위의 주장은 가상아동포르노 소지죄에도 똑같이 적용될 수 있다. 음란물소지죄는 소지자의 프라이버시권 때문에 헌법적으로 부인되지만 아동포르노 소지에 관해서는 이러한 성

52) Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557, 89 S.Ct. 1243 (U.S.Ga. 1969).

인의 프라이버시권이 보호되지 않는다.⁵³⁾ 그 이유는 아동포르노 규제의 목표가 아동포르노의 제작과정에서 발생하는 아동의 정신적 피해를 아동포르노의 수요를 차단함으로써 예방하겠다는 것이고 아동포르노의 수요를 차단하기 위해서는 소지 자체를 불법화할 수 있다는 것이다.⁵⁴⁾

그렇다면 가상아동포르노는 그러한 피해를 입게 되는 아동이 없으므로 소지를 처벌할 수 없는 것이다. 가상아동포르노규제를 음란물규제로 볼 경우 별다른 해악과의 인과관계가 없는 상황에서 소지까지 처벌하는 것은 위헌적이다.

4. 소결

표현의 자유 제한에 있어 절대적인 기준인 명백·현존한 위협의 원칙은 어떠한 표현을 금지하기 위해서는 즉각적인 해악이 발생할 것이 명백하고 현존할 것을 요구하고 있다. 그러나 가상아동포르노가 그 자체로 본 사람들에게 영향을 주어 아동성범죄를 야기한다는 근거는 찾기 힘들다. 또한 아동캐릭터의 성행위를 묘사한 매체물은 그 자체로 음란하다고 하기는 어려울 것으로 보인다. 고로 가상아동포르노 규제를 특수한 음란물 규제로 정당화 하기는 어렵다. 백보를 양보하여 모든 가상아동포르노를 음란물로 규정하는 결단을 내린다고 하더라도 이를 형량이 매우 높은 아동성범죄로 처벌하는 것은 평등권 위반이 될 수 있으며 또 소지까지 처벌하는 것은 프라이버시 침해를 정당화할만한 물리적 해악이 존재하지 않는다는 면에서 위헌적이다.

이렇게 아동성범죄가 가상아동포르노를 아동성범죄와 똑같이 규제하는 것은 헌법적으로 심각한 문제가 있다. 물론 애니메이션 CG로 이루어진 가상의 캐릭터가 적나라한 성적 행위를 하는 작품들도 많이 있고 춘향전이나 로미오와 줄리엣의 영화판도 매우 적나라할 수 있다. 하지만 그 내용이 정녕 음란하다면 음란물 규제로 다스리면 충분하다. 이를 형량이 훨씬 더 높고 소지죄까지 포함한 아동포르노규제로 처벌하는 것은 위헌적이다.

VI. 결론 및 현황

2011년 법이 개정되어 아동청소년성보호법은 가상아동포르노 즉 애니메이션캐릭터나 성인배우가 아동역할을 하면서 성적 행위나 노출을 하는 작품에 대해서도 아동성범죄로

53) 유의선/조연하, 앞의 논문, 70쪽.

54) Osborne v. Ohio, 495 U.S. 103 (1990), 109쪽. “The difference here is obvious: The State does not rely on a paternalistic interest in regulating Osborne's mind. Rather, Ohio has enacted § 2907.323(A)(3) in order to protect the victims of child pornography; it hopes to destroy a market for the exploitative use of children.”

엄하게 처벌하게 되었다. 2012년 실제로 이런 작품들에 대한 형사처벌이 폭증하였고 관련 업계는 마비되었다. 아동포르노규제의 국제기준은 노출이나 행위의 수위가 아무리 낮더라도 출연아동이 제작 중에 또는 제작 후에 겪을 정신적 육체적 피해를 감안하여 엄히 처벌한다는 것이었지만 그 핵심은 그런 피해를 겪는 아이의 존재에 있다. 가상아동포르노는 실존아동이 전혀 관여되지 않는 것으로서 음란하지 않은 이상 처벌되어서는 아니되고 처벌된다고 하더라도 음란물로 처벌되어야 옳다. 첫째 그런 작품들이 아동성범죄를 유발한다는 인과관계는 입증되지 않았다. 그런 입증이 없는 상태에서의 처벌은 명백하고 현존하는 위험원리를 위배한다. 둘째 문학과 예술에 기여하는 수많은 음란하지 않은 아동성표현물들이 존재하며 보호되어야 한다. 우리가 모든 아동성표현물이 모두 음란하다고 “결단”을 내린다거나 실제 처벌을 음란한 아동성표현물로만 한정한다고 하더라도, 제작시 최고형량 5년인 아청법 상의 처벌은 훨씬 더 높은 수위의 성인포르노가 최고형량 1년임에 비하여 부당하여 평등권의 문제가 남게 되고 소지까지 처벌하는 문제도 남게 된다. 소지라는 사적인 행위까지 처벌이 정당화된 것은 소지가 제작수요를 발생시킨다는 논리이며 이 논리는 제작 자체가 실존아동을 관여시키는 절대악인 경우에만 의미가 있다. 또 음란한 아동성표현물만 처벌한다는 정책은 낮은 수위의 아동성표현물도 처벌함으로써 보호되는 아동포르노규제의 핵심가치를 훼손하게 된다.

논란은 남아 있다. 2002년 같은 해 우리나라를 제외하고 세계에서 유일하게 인터넷행성심의를 운영하고 있고 아동포르노그래피 차단을 주목적으로 호주가 2008년 12월 전세계에서 유일하게 가상아동포르노그래피에 대한 처벌을 주정부대법원(New South Wales Supreme Court)에서 인용하였다.⁵⁵⁾

또 미국의 PROTECT법은 CPPA를 대체하면서 18장에 1466(A)조를 신설했는데, 동 조항은 Ashcroft 판결을 우회하는 방법으로 Miller 판결의 음란성 기준을 도입했다.⁵⁶⁾ 이에 의해 아동성행위 묘사를 담은 표현물의 수위가 음란(obscene)에 이르는 경우, 또는 아동

55) <http://www.lawlink.nsw.gov.au/scjudgments/2008nswsc.nsf/6ccf7431c546464bca2570e6001a45d2/ef4625a9db3003f1ca25751500066d48?OpenDocument> (2013년3월31일 마지막방문)

56) 18. U.S.C. 1466(A) (a) In General.— Any person who, in a circumstance described in subsection (d), knowingly produces, distributes, receives, or possesses with intent to distribute, a visual depiction of any kind, including a drawing, cartoon, sculpture, or painting, that—

(1)(A)depicts a minor engaging in sexually explicit conduct; and

(B)is obscene; or

(2)(A)depicts an image that is, or appears to be, of a minor engaging in graphic bestiality, sadistic or masochistic abuse, or sexual intercourse, including genital-genital, oral-genital, anal-genital, or oral-anal, whether between persons of the same or opposite sex; and

(B)lacks serious literary, artistic, political, or scientific value;

or attempts or conspires to do so, shall be subject to the penalties provided in section 2252A(b)(1), including the penalties provided for cases involving a prior conviction.

을 대상으로 한 수간 등 특정 성교장면을 묘사한 표현물이 진지한 문학적 예술적 정치적 또는 과학적 가치가 없을 경우, 그 미성년자가 실존하는지, 그 표현물이 어떤 형태이든간에 아동포르노에 관한 범죄와 똑같이 처벌된다.⁵⁷⁾ 즉, 동 법에 의하면 아동포르노의 경우 음란할 필요는 없는 반면 실존아동과 연관이 없는 그림, 만화, 조각, 회화 등은 처벌 대상이 되지 않지만, 아동이 묘사된 이미지가 음란하다면 어떠한 매체인지는 상관없이 다 처벌되는 것이다. 이에 의해 실제로 일본애니메이션을 소지하고 있다가 처벌을 받는 사례가 나타났다.⁵⁸⁾ 이 Whorley 판결에서 동 조항의 위헌성이 처음 주장되었으며, 제4순회항소법원은 비록 동 조항이 실제 아동이 참여하였을 것을 요구하고 있지는 않으나, 이는 아동포르노 규제가 아닌 음란물 규제를 위해 고안된 것이므로 합헌이라고 판단하였다. 다만 Gregory 판사는 동 조항은 연방대법원이 정한 범위를 넘어서는 것으로 위헌이라는 반대 의견을 냈다. 이후에도 여러 사건에서 동 조항의 위헌성이 다투어졌으며, 동 조항에 대해 위헌 판단이 내려져야 한다는 주장도 제기되고 있다.⁵⁹⁾

아동포르노를 음란물이 아닌 아동에 대한 혐오범죄로 보려는 시도도 있다. 2012년 6월 스웨덴대법원은 만화전문가이며 일본만화번역가인 사이몬 룬드스트롬(Simon Lundström)에 대해 아동포르노규제를 적용하려 한 것에 대해 위헌판정을 내렸다.⁶⁰⁾⁶¹⁾ 그런데 스웨덴 검찰은 기존의 주장과 달리 아동포르노가 아동에 대한 혐오범죄라고 주장하였고 이에 따라 가상아동포르노에도 똑같이 적용될 수 있다고 주장하였다. 즉 제작과정에서 피해를 입은 아동의 존재는 불필요하다는 것이다. 스웨덴 최고법원은 “해당 그림에 관해서는 실제 폭행을 그리고 있는 내용이 아니라는 것은 분명하다”며 과잉금지의 원칙을 위반한다고 하였다.⁶²⁾

실존아동의 법익을 침해하지 않는 가상아동포르노는 음란성이 인정된다면 일반 음란물로서 규제되어야 하며, 음란한 정도에 이르지 않는다면 헌법상 보호를 받아야 한다. 민주주의 체제의 최고의 가치인 표현의 자유는 명백하고 현존하는 위험이 있는 경우에만 제한될 수 있다. 가상아동포르노에 아동성범죄를 적용할 경우 표현의 자유 보호원리 자체가 위협받을 수 있다.

57) Paula Bird, "VIRTUAL CHILD PORNOGRAPHY LAWS AND THE CONSTRAINTS IMPOSED BY THE FIRST AMENDMENT", Barry Law Review (Spring 2011), p167.

58) U.S. v. Whorley, 550 F.3d 326, 347 (4th Cir. 2008).

59) Bird, supra note 61, p177.

60) <http://www.igxpro.com/2011/05/20/dead-or-alive-dimensions-wont-be-in-sweden-due-to-child-pornography-laws/137138>.

61) <http://www.comicmix.com/news/2012/06/15/manga-translator-acquitted-child-pornography-charges-in-swedish-supreme-court-ruling/>

<http://www.bleedingcool.com/forums/comic-book-forum/59694-swedish-supreme-court-exonerates-manga-translator-porn-charges.html>.

62) 일본어번역을 한정이 넘이 다시 우리말로 번역함.

〈참 고 문 헌〉

- 이인호, 성표현의 자유와 한계, 언론과 법 제7권 제2호, 한국언론법학회, 2008.
- 박미숙, 성표현물의 음란성 판단기준에 관한 연구(I) - 독일·일본에서의 논의를 중심으로, 한국형사정책연구원, 2001.
- 조연하, 인터넷상의 청소년이용 성표현물 법적 규제체계에 관한 전문가 인식 연구, 언론과 사회 13권 3호, 성곡언론문화재단, 2005.
- 박선영, 가상공간에서의 표현의 자유와 청소년 보호 - 99헌마480과 2001헌가27을 중심으로 -, 헌법실무연구회 제32회 발표회 발표문, 2002.
- 심희기, 아동포르노그래피와 한국 청소년 정보호법, 비교형사법연구 제5권 제2호, 한국비교형사법학회, 2003.
- 김용화, 아동 포르노 근절에 관한 연구, 영남법학 제31호, 2010.
- 유의선/조연하, 가상 청소년이용 성표현물(Virtual Child Pornography)의 위법성 구성 및 조각에 관한 연구: 한국과 미국 사례를 중심으로, 한국언론학보 47권 5호, 한국언론학회, 2003.
- 이건호, 아동포르노그래피에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2002
- 김배원, 청소년성표현물과 수정헌법 제1조 - 가상청소년성표현물을 중심으로 -, 미국헌법연구 제16권 제1호, 미국헌법학회, 2005.
- 전형미/김정옥, 인터넷상 아동포르노그래피에 대한 규제 - 미국에서의 컴퓨터 생성 가상아동포르노그래피 논쟁을 중심으로 -, 한국가족관계학회지 제8권 1호, 2003.
- 박희영, 사이버아동포르노그래피와 사이버범죄방지조약, 비교형사법연구 제6권 제1호, 한국비교형사법학회, 2004.
- 임지봉, 대법원의 음란성 판단기준에 대한 비판적 검토 - 김인규 교사사건 판결에 대한 분석을 중심으로 -, 민주법학 제29호, 2005.
- 박현정, 아동포르노에 대한 국제사회와 EU의 대처, 유럽연구 제28권 1호, 2010.
- 아동·청소년의 정보보호에 관한 법률 일부개정법률안 심사보고서, 여성가족위원회, 2011.
- 제18대국회 제301회 제1차 여성가족위원회 법안심사소위원회(2011년06월16일) 회의록.
- 제19대국회 제311회 제4차 아동·여성대상성폭력대책특별위원회 법안심사소위원회(2012년11월14일) 회의록.

Neil Malamuth & Mark Huppín, Drawing the line on virtual child pornography: Bringing the law in line with the research evidence, N.Y.U. Review of Law and Social Change, Vol. 31, 2007.

Paula Bird, VIRTUAL CHILD PORNOGRAPHY LAWS AND THE CONSTRAINTS

IMPOSED BY THE FIRST AMENDMENT, Barry Law Review, Spring 2011.

Bret Boyce, Obscenity and Community Standards, 33 Yale Law Journal 299, 2008.

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

<2013년3월31일 마지막 방문>

<http://www.lawlink.nsw.gov.au/scjudgments/2008nswsc.nsf/6ccf7431c546464bca2570e6001a45d2/ef4625a9db3003f1ca25751500066d48?OpenDocument>

(2013년3월31일 마지막 방문)

국문요약

가상아동포르노그래피 규제의 위헌성

박 경 신

2011년 법이 개정되어 아동청소년성보호법은 가상아동포르노 즉 애니메이션캐릭터나 성인배우가 아동역할을 하면서 성적 행위나 노출을 하는 작품에 대해서도 아동성범죄로 엄하게 처벌하게 되었다. 2012년 실제로 이런 작품들에 대한 형사처벌이 폭증하였고 관련 업계는 마비되었다. 아동포르노규제의 국제기준은 노출이나 행위의 수위가 아무리 낮더라도 출연아동이 제작 중에 또는 제작 후에 겪을 정신적 육체적 피해를 감안하여 엄히 처벌한다는 것이었지만 그 핵심은 그런 피해를 겪는 아이의 존재에 있다. 가상아동포르노는 실존아동이 전혀 관여되지 않는 것으로서 음란하지 않은 이상 처벌되어서는 아니되고 처벌된다고 하더라도 음란물로 처벌되어야 옳다. 첫째 그런 작품들이 아동성범죄를 유발한다는 인과관계는 입증되지 않았다. 그런 입증이 없는 상태에서의 처벌은 명백하고 현존하는 위험원리를 위배한다. 둘째 문학과 예술에 기여하는 수많은 음란하지 않은 아동성표현물들이 존재하며 보호되어야 한다. 우리가 모든 아동성표현물이 모두 음란하다고 “결단”을 내린다거나 실제 처벌을 음란한 아동성표현물로만 한정한다고 하더라도, 제작시 최고형량 5년인 아동법 상의 처벌은 훨씬 더 높은 수위의 성인포르노가 최고형량 1년임에 비하여 부당하여 평등권의 문제가 남게 되고 소지까지 처벌하는 문제도 남게 된다. 소지라는 사적인 행위까지 처벌이 정당화된 것은 소지가 제작수요를 발생시킨다는 논리이며 이 논리는 제작수요가 실존아동을 관여시키는 절대악인 경우에만 의미가 있다. 또 음란한 아동성표현물만 처벌한다는 정책은 낮은 수위의 아동성표현물도 처벌함으로써 보호되는 아동포르노규제의 핵심가치를 훼손하게 된다.

주제어 : 아동포르노, 음란물, 아동청소년성보호에관한법률, 애스크로프트 대 표현의자유연대 판결, 룬스트롬(Lundström) 판결, 맥거윈(McEwen) 판결

Abstract

Unconstitutionality of Virtual Child Pornography Regulation

Park, Kyeong-Shin*

Starting 2011, Korean law punishes virtual child pornography, a work depicting a child played by an animation character or an adult sexually engaged or exposed, including its possession, harshly as a sexual crime against children. The following year, the country witnessed a surge in child porno prosecutions including the uploaders of Japanese animations and adult videos in which animation characters or adult actors play child characters' roles in the fictions, which paralyzed for the animation and cartoon industry. The international norm on child pornography has been to punish even low levels of the child's sexual engagement or exposure for the reason that it harms the child physically and psychologically during and after the production. The catch has been that there has to be a real child being harmed. Virtual child pornography lacking wholly any involvement of a real child should not be punished unless it is obscene, and if it is obscene, it should be punished under the obscenity regulation, not under the child porno regulation. Firstly, such work has not been proven to cause the viewers to engage in such crimes. Punishment in absence of proof will violate the clear and danger principle of free expression. Secondly, there are a plenty of non-obscene virtual child pornography contributing to arts and literature, therefore need protection. Even if we "decided" that all depictions of child characters engaged or exposed sexually are obscene or even if we limit the application of child porno regulation to only those obscene, there remains a problem of disproportionate sentencing (5 years for production) compared to much more offensive adult pornography (1 year) and also a problem of criminalizing its possession. Possession has been justified because possession was considered to cause demand for producing more pornography, and such theory becomes meaningful only when the production involves the real child. Also, if we contract the coverage to only obscene ones, it

* Prof., Korea University Law School.

eviscerates the core values of child porno regulation served by punishing low-level sexual expressions of children.

Key Words : child pornography, obscenity, the Act on Protection of Children and Minors, Ashcroft v. Free Speech Coalition, Lundström), McEwen

논문접수일	2013년 3월 31일
심사완료일	2013년 4월 19일
게재확정일	2013년 4월 21일