

# 아동포르노규제에 대한 국제 및 해외법제에 대한 올바른 이해

박경신(고려대학교 법학전문대학원 교수)

이 글에서는 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」(이하 “아청법”)이 일부 개정되어 ‘아동·청소년이용음란물’ (이하 “아동포르노”)의 범주에 실제아동과는 무관한 매체물들이 포함되면서<sup>1)</sup> 수많은 젊은이들이 아동성범죄로 입건되고 처벌되는 현상이 나타나면서 과연 이러한 포함이 올바른가에 대한 논의가 지속되고 있다. 그와 같은 법조항이 가지고 있는 헌법적 함의는 다른 논문<sup>2)</sup>에서 다루었으므로 여기에서는 국제협약이나 외국의 법제와의 비교를 통하여 위 조항을 평가하고자 한다.

일부 학자들은 실제아동과는 무관한 매체물을 아동성범죄에 포함하여 처벌하는 것이 국제적 흐름인 것처럼 말하고 있지만 이는 국제협약 및 해외법제에 대하여 세밀한 검토를 거치지 않았기 때문으로 보인다.

아래에서 더 자세히 다루겠지만 음란물이 실제아동과 무관하다고 하여 처벌되지 않아야 한다고 주장하는 사람은 아무도 없다. 문제는 적어도 우리나라에서는 그러한 매체물이 음란물로 처벌되는가 아동성범죄에 포함되어 처벌되는가에 따라 양형, 후속조치, 낙인효과 등에 있어서 큰 차이가 있다는 것이다.

## I. 국제협약 및 국제인권문헌

### 1. UN 아동권리협약(U.N. Convention on the Rights of the Child)<sup>3)</sup>

UN아동권리협약 제34조는 회원국이 아동포르노물 퇴치 조치를 취할 것을 요구하고 있다. 이에 대한 해석에 있어서 1997년 ‘아동매매, 아동매춘 및 아동포르노에 관한 특별보고관 보고서’<sup>4)</sup>는 유엔 아동위원회에 이 34조가 가리키는 ‘아동포르노물’의 정의에 있어서

1) 2011년 9월에 “아동·청소년 또는 아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여”로 개정된 2조5호는 ‘아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물’의 대상 범주를 보다 명확히 한정할 필요성이 인정되어 2012년 12월에 “아동·청소년 또는 아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여”로 재개정되었음.

2) “가상아동포르노규제의 위헌성”, 경성대학교 법학연구 제21권 제2호, 181쪽, 2013. 4

3) Convention of the Rights of the Child, available at <http://www2.ohchr.org/english/law/crc.htm>, (last visited Nov. 7, 2012). 1989년 11월 20일 유엔총회에서 만장일치로 채택되어 1990년 2월, 2012년 10월 현재까지 미국을 제외한 대부분 국가(193개국)가 비준하였는데 우리나라는 1990년 9월에 가입하여 다음 해 11월에 비준.

“포르노그래피의 목적으로 아동을 시각적으로 묘사하거나 이용하는 것이라는 정의를 인터넷은 구시대의 것으로 만들어버렸다” 라고 하며 기존의 아동과 성인의 합성사진을 포함하여 소위 'pseudo-child pornography' 범주까지 포함한다는 해석을 제시하였다.<sup>5)</sup> 즉 여기에서는 실존 아동에 대한 피해를 전제로 한 해석을 제시한 것이다.

2. UN 아동매매, 아동성매매 및 아동포르노에 관한 선택적 의정서 (Optional Protocol to the U.N. Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography)<sup>6)</sup> 및 EC 성적 착취와 학대에 대한 아동 보호 협약(Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse)<sup>7)</sup>

UN선택적의정서는 제2조c항에서 아동포르노의 정의를 다음과 같이 내리고 있다:

“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 (아동포르노는 실제 또는 가상의 노골적인 성행위에 참여하고 있는 아동 또는 주로 성적인 목적으로 이루어진 아동의 성적 부위의 모든 묘사로서 모든 방법으로의 묘사를 의미한다 .”

EC아동보호협약은 제20조2항에서 아동포르노에 대해 다음과 같이 정의하고 있다:

“any material that visually depicts a child engaged in real or simulated sexually explicit conduct or any depiction of a child's sexual organs for

4) Special Rapporteur, 16 October 1997, Report on the sale of children, child prostitution and child pornography, A/52/482, Available at <http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/0/cb9d9d07045a9d5380256679003c4e9c?OpenDocument>

5) Id. at para. 53. "Another issue posing legal challenges for protecting the rights of the child is the definition of child pornography. The Special Rapporteur has already addressed this issue (see E/CN.4/1997/95/Add.2), arguing that the Internet renders the traditional legal definition of child pornography, namely the visual depiction or use of a child for pornographic purposes, outdated. The Special Rapporteur, therefore, encourages the Committee on the Rights of the Child to reaffirm that the scope of article 34 of the Convention on the Rights of the Child should be interpreted to include an absolute prohibition on "pseudo-child pornography", including the "morphing" of child and adult bodies to create virtual child pornographic images."

6) Optional Protocol to the U.N. Convention on the Right of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography, available at [http://www.ncpcr.gov.in/Acts/Optional\\_Protocol\\_to\\_Convention\\_on\\_Rights\\_of\\_Child\\_on\\_Sale\\_of\\_Children\\_Child\\_Prostitution\\_Child\\_Pornography.pdf](http://www.ncpcr.gov.in/Acts/Optional_Protocol_to_Convention_on_Rights_of_Child_on_Sale_of_Children_Child_Prostitution_Child_Pornography.pdf) [hereinafter "Optional Protocol"] (last visited Nov. 5, 2012). 2000년 5월 UN총회에서 아동권리협약과 관련하여 채택되어 2002년 1월 18일 발효. 우리나라는 2004년 9월 24일 비준하여 같은 해 10월 24일 발효. 2008년 7월 현재 115개국 이 서명.

7) Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/treaties/Html/201.htm>. 2007년 10월 25일에 서명을 위해 공포되어 2010년 7월 1일에 발효되었다

primarily sexual purposes (실제 또는 가상의 노골적인 성행위에 참여한 아동을 시각적으로 묘사한 모든 자료 또는 주로 성적 목적으로 이루어진 아동의 성기의 모든 묘사) ."

여기서 "any representation, by whatever means " 나 " any material that visually depicts " 등의 문구는 틀림없이 실사 이미지뿐 아니라 이론적으로 컴퓨터그래픽, 애니메이션, 회화 등 다양한 방식의 표현물을 포함할 수 있는 것으로 해석할 수 있다.<sup>8)</sup> 그러나 표현의 대상이 실존아동이어야 한다는 점에서는 변함이 없다.<sup>9)</sup>

특히 주의할 것은 (1) 노골적인 성적 행위(explicit sexual conduct)의 묘사 또는 (2) 성기의 호색적인 노출(primarily sexual depiction of sexual organs)에 대해서만 아동포르노로 규정하고 있다. 노골적인 성적 행위는 아래에 소개할 다른 문헌의 해석에 비추어보면 보통 삽입을 동반한 성교를 의미한다. 유럽이나 미국의 음란물 기준에 비추어 볼 때 단순히 성교장면이나 성기의 노출은 음란물에 해당하지 않는다. 즉 위의 조항은 아동의 성교장면 또는 성기노출이 그 나라의 기준에 따르면 음란물로 분류되지 않는다고 할지라도 처벌해야 할 정책적 필요성 때문에 아동포르노규제를 만든 것으로 해석할 수 있다. 즉 위와 같은 조항이 없을 경우 아동의 성교장면 또는 성기노출이 전혀 처벌을 받지 않을 가능성이 있고 이와 같은 가능성을 차단하기 위한 조항이라고 볼 수 있다. 여기서 우리는 외국의 아동포르노규제는 음란물규제에서 그 근원을 두고 있음을 알 수 있다.

ICMEC(국제 실종아동 및 착취아동 보호센터: International Center for Missing & Exploited Children)가 비공식적으로 만든 모델법은 선택의정서에 근거하여 성안된 것이므로 별도로 다루지 아니한다. 그림(pictures), 데상(drawings) 등의 실사물이 아닌 것도 아동포르노의 정의에 포함되나 실사물과 구별할 수 없는 ("indistinguishable from that of a child") 것들로 한정되므로 역시 실존아동의 이미지를 요건으로 하고 있다.<sup>10)</sup>

### 3. EC 사이버범죄협약(Convention on Cybercrime)<sup>11)</sup>과 EU 아동 성 착취와 아동 포

8) Eneman, Gillespie, & Stahl, 2009

9) [http://www.internationalresourcecentre.org/en\\_X2/Documents/LegislationEuropol\\_2005.pdf](http://www.internationalresourcecentre.org/en_X2/Documents/LegislationEuropol_2005.pdf) 참조, 유럽경찰(Europol)이 2005. 발간한 "Child Pornography Legislation within the European Union"에서 "The UN Protocol does not recognise virtual child pornography"라고 하면서 실재하는 아동(a real child)만을 인식하였다고 밝혔다.

10) Article 45 -- Prohibition of Child Pornography.

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

11) Convention on Cybercrime, CETS. No. 185, Budapest, 23 XI. 2001, available at

## 르노 근절에 관한 기본결정(EU Council Framework Decision on combating the sexual exploitation of children and child pornography<sup>12)</sup>)

EC사이버범죄협약<sup>13)</sup>은 제3장제9조제1항에서 아동포르노 관련 행위를 처벌할 것을

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. 2001년 부다페스트에서 가결되어 2004년에 발효되었는데 2012년 4월 현재 47개국이 가입하고 33개국이 비준.

12) Council framework Decision 2004/68/JHA of 22 December 2003 on combating the sexual exploitation of children and child pornography, available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004F0068:EN:HTML> 2004년 1월에 발효되어 2006년 1월까지 회원국들의 준수를 요구하였다.

13) EC사이버범죄협약에 대해 제대로 이해하기 위해서는 해당 협약에 대한 주석(Explanatory Report)를 참조하여야 한다. <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/185.htm> 전체적인 구조를 이해하기 위해 협약조문 전체와 이번 논문에서 유의미한 부분을 주석에서 추출하여 아래 제시한다.

### Offences related to child pornography (Article 9) . . .

92. This provision responds to the preoccupation of Heads of State and Government of the Council of Europe, expressed at their 2nd summit (Strasbourg, 10 – 11 October 1997) in their Action Plan (item III.4) and corresponds to an international trend that seeks to ban child pornography, as evidenced by the recent adoption of the Optional Protocol to the UN Convention on the rights of the child, on the sale of children, child prostitution and child pornography and the recent European Commission initiative on combating sexual exploitation of children and child pornography (COM2000/854). . . .

97. The term 'procuring for oneself or for another' in paragraph 1(d) means actively obtaining child pornography, e.g. by downloading it. . . .

99. The term 'pornographic material' in paragraph 2 is governed by national standards pertaining to the classification of materials as obscene, inconsistent with public morals or similarly corrupt. Therefore, material having an artistic, medical, scientific or similar merit may be considered not to be pornographic. . . .

100. A 'sexually explicit conduct' covers at least real or simulated: a) sexual intercourse, including genital-genital, oral-genital, anal-genital or oral-anal, between minors, or between an adult and a minor, of the same or opposite sex; b) bestiality; c) masturbation; d) sadistic or masochistic abuse in a sexual context; or e) lascivious exhibition of the genitals or the pubic area of a minor. It is not relevant whether the conduct depicted is real or simulated.

101. The three types of material defined in paragraph 2 for the purposes of committing the offences contained in paragraph 1 cover depictions of sexual abuse of a real child (2a), pornographic images which depict a person appearing to be a minor engaged in sexually explicit conduct (2b), and finally images, which, although 'realistic', do not in fact involve a real child engaged in sexually explicit conduct (2c). This latter scenario includes pictures which are altered, such as morphed images of natural persons, or even generated entirely by the computer.

102. In the three cases covered by paragraph 2, the protected legal interests are slightly different. Paragraph 2(a) focuses more directly on the protection against child abuse. Paragraphs 2(b) and 2(c) aim at providing protection against behaviour that, while not necessarily creating harm to the 'child' depicted in the material, as there might not be a real child, might be used to encourage or seduce children into participating in such acts, and hence form part of a subculture favouring child abuse.

103. The term 'without right' does not exclude legal defences, excuses or similar relevant principles that relieve a person of responsibility under specific circumstances. Accordingly, the term 'without right' allows a Party to take into account fundamental rights, such as freedom of thought, expression and privacy. In addition, a Party may provide a defence in respect of conduct related to "pornographic material" having an artistic, medical, scientific or similar merit. In relation to paragraph 2(b), the reference to 'without right' could also allow, for example, that a Party may provide that a person is relieved of criminal responsibility if it is established that the person depicted is not a minor in the sense of this provision. . . .

106. Paragraph 4 permits Parties to make reservations regarding paragraph 1(d) and (e), and paragraph

규정하고 같은 조 2항에서 아동포르노의 정의를 다음과 같이 내리고 있다:

“...the term "child pornography" shall include pornographic material that visually depicts ( "아동포르노"는 다음의 하나를 시각적으로 묘사한 포르노물을 말한다.):

- a. a minor engaged in sexually explicit conduct (노골적인 성행위에 참여한 미성년자);
- b. a person appearing to be a minor engaged in sexually explicit conduct (미성년자로 보이는, 노골적인 성행위에 참여한 사람);
- c. realistic images representing a minor engaged in sexually explicit conduct (노골적인 성행위에 참여한 아동을 표현하는 사실적인 영상). “

EU기본결정은 제1조b항에서 아동포르노를 다음과 같이 상세히 정의하고 있다:

"child pornography" shall mean pornographic material that visually depicts or represents ( "아동포르노"는 다음의 하나를 시각적으로 묘사하거나 표현한 포르노물을 말한다):

(i) a real child involved or engaged in sexually explicit conduct, including lascivious exhibition of the genitals or the pubic area of a child (노골적인 성행위에 참여한 실존아동 또는 성기 또는 성적 부위를 호색적으로 노출한 아동); or

(ii) a real person appearing to be a child involved or engaged in the conduct mentioned in (i) (위의 (1)에서 언급한 행위에 참여한 아동으로 보이는 실존인물); or

(iii) realistic images of a non-existent child involved or engaged in the conduct mentioned in (i) (위의 (1)에서 언급한 행위에 참여한 비실재아동의 사실적 영상)

비슷한 시기에 성립된 두 문헌은 비슷한 구조를 취하고 있어 공히 (1) 실제 아동의 실사 이미지 (2) 아동으로 인식되는 자의 이미지 (3) 실제처럼 보이는 (realistic) 아동의 이미지를 모두 아동포르노로 규정하고 있다.

그런데 두 문헌 모두 (2) “아동으로 인식되는 자”의 이미지의 경우에는 그 자가 성인임이 입증되는 경우에는 형사처벌에서 면제할 것을 허용하고 있다.<sup>14)</sup> 즉 실

---

2(b) and (c).

존 아동에 대한 묘사임을 전제로 하는 위법성요건이다.

두 문헌 모두 (3) 실존 아동이 연루되지 않은 매체물의 경우 실제처럼 보일 것 (realistic)을 요구하고 있다. 차이가 나는 점은 EU기본결정의 경우 실사 사진의 합성을 의미하는 것으로 전제하고 있고<sup>15)</sup> EC사이버범죄협약의 경우 실사 사진 뿐만 아니라 아예 창작된 사진의 합성도 포함하고 있는 것으로 보인다.<sup>16)</sup> 대신 EC사이버범죄협약은 (3) 실존 아동이 연루되지 않은 매체물에 대해서는 협약국들이 유보 즉 거부를 할 수 있도록 허용하고 있다.<sup>17)</sup> 결론적으로는 EU기본결정과 EC사이버범죄협약 모두 비실재아동이 묘사된 매체물을 아동포르노로 처벌할 것을 의무화하고 있지 않다.

이와 함께 두 문헌 모두 처벌대상 매체물이 “포르노적(pornographic)” 일 것을 요구하고 있는데 EC사이버범죄협약에 대한 주석서에 나와 있듯이 예술적, 의학적, 과학적 가치가 있을 경우 포르노가 아니라고 볼 수 있다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다. 예술적, 학문적 가치의 존재가 항변으로 기능하는 것은 음란물 규제의 고유한 성격이다. 즉 두 문헌 모두 일종의 음란물규제의 성격을 일부 가지고 있음을 알 수 있다. 이와 관련되어 두 문헌 모두 아동의 노골적인 성행위(explicit sexual activities)의 묘사를 필요로 하는데 EC사이버범죄협약 주석에 따르면 삽입을 포함하는 성교 자체 또는 호색적인 성기노출을 의미한다는 점도 유의미하다.

또 두 문헌 모두 아동포르노물의 제작 및 배포 행위가 “권한없이(without right)” 이루어질 것을 그 요건으로 삼고 있는데 EC사이버범죄협약 주석에 따르면

---

14) EC사이버범죄협약 주석 103문. ...the reference to 'without right' could also allow, for example, that a Party may provide that a person is relieved of criminal responsibility if it is established that the person depicted is not a minor in the sense of this provision.

EU기본결정 제3조 제2항.

A Member State may exclude from criminal liability conduct relating to child pornography:

(a) referred to in Article 1(b)(ii) where a real person appearing to be a child was in fact 18 years of age or older at the time of the depiction;

15) EU기본결정의 경우 주석서가 별도로 없어 결정이 내려진 다음 해에 나온 Europol의 주석서를 따른다. [http://www.internationalresourcecentre.org/en\\_X2/Documents/LegislationEuropol\\_2005.pdf](http://www.internationalresourcecentre.org/en_X2/Documents/LegislationEuropol_2005.pdf) 참조,

**2.2. Virtual Child Pornography . . .** The production of virtual CP is also called morphing: short for “metamorphosing”, a technique that allows a computer to fill in the blanks between dissimilar objects in order to produce a combined image, or to manipulate existing images. . . . Article 1(b) of the Council Framework Decision on combating the sexual exploitation of children and child pornography defines virtual CP as realistic images of a non-existent child involved or engaged in the conduct mentioned in (i) above<sup>5</sup>.

16) EC사이버범죄협약 주석서 101문. . . .finally images, which, although ‘realistic’, do not in fact involve a real child engaged in sexually explicit conduct (2c). This latter scenario includes pictures which are altered, such as morphed images of natural persons, or even generated entirely by the computer.

17) EC사이버범죄협약 주석서 106문

이 문구는 모든 형법 상의 항변들을 포괄하며 그 외에 아동포르노규제에 고유한 각종 항변들이 적용됨을 의미한다고 하면서 그 예시로서 매체물이 예술적, 의학적, 과학적 등의 가치를 가질 경우나 (2) 아동으로 인식되는 자가 실제로는 아동이 아닌 경우를 예로 들고 있다.

마지막으로 EC사이버범죄협약은 소지죄나 취득죄(다운로드) 전체에 대해서 유보를 할 수 있도록 허용하고 있고<sup>18)</sup> EU기본결정은 개인목적의 제작 및 소지에 대해서 유보를 할 수 있도록 허용하고 있다.<sup>19)</sup> 이와 같은 소지죄 처벌을 의무화하고 있지 않다는 것은 아동포르노규제가 음란물규제의 성격을 역시 띠고 있음을 알 수 있다.

## II. 해외 주요국 사례

### 1. 영국

#### 18) EC사이버범죄협약 Article 9 – Offences related to child pornography

1 Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right, the following conduct:

- a producing child pornography for the purpose of its distribution through a computer system;
- b offering or making available child pornography through a computer system;
- c distributing or transmitting child pornography through a computer system;
- d procuring child pornography through a computer system for oneself or for another person;
- e possessing child pornography in a computer system or on a computer-data storage medium.

2 <생략>

3 <생략>

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

#### 19) EU기본결정 Article 3 Offences concerning child pornography

1. Each Member State shall take the necessary measures to ensure that the following intentional conduct whether undertaken by means of a computer system or not, when committed without right is punishable:

- (a) production of child pornography;
- (b) distribution, dissemination or transmission of child pornography;
- (c) supplying or making available child pornography;
- (d) acquisition or possession of child pornography.

2. A Member State may exclude from criminal liability conduct relating to child pornography:

- (a) referred to in Article 1(b)(ii) where a real person appearing to be a child was in fact 18 years of age or older at the time of the depiction;
- (b) referred to in Article 1(b)(i) and (ii) where, in the case of production and possession, images of children having reached the age of sexual consent are produced and possessed with their consent and solely for their own private use. Even where the existence of consent has been established, it shall not be considered valid, if for example superior age, maturity, position, status, experience or the victim's dependency on the perpetrator has been abused in achieving the consent;
- (c) referred to in Article 1(b)(iii), where it is established that the pornographic material is produced and possessed by the producer solely for his or her own private use, as far as no pornographic material as referred to in Article 1(b)(i) and (ii) has been used for the purpose of its production, and provided that the act involves no risk for the dissemination of the material.

영국의 아동포르노 규제법으로는 “아동의 사진을 찍는 방식으로 아동을 착취하는 행위(exploitation of children by making indecent photographs)”를 방지하기 위해 “아동의 저속한 사진(indecent photographs of a child)”의 제작, 배포 등을 처벌하는 1978년의 아동보호법(Protection of Children Act: PCA)을 기본으로 하고, 단순소지죄를 창설한 1988년의 형사사법(Criminal Justice Act: CJA) 그리고 가상사진을 규제대상으로 포함시킨 1994년의 형사사법 및 공공질서법(Criminal Justice and Public Order Act: CJPOA) 등이 있다.

위 법들은 위에서 말한 입법취지 및 증거조항<sup>20)</sup>을 살펴볼 때 모두 실존아동의 ‘사진(photographs)’ 또는 ‘가상사진(pseudo-photograph)’에 적용되는 것을 전제로 한다. 여기서 가상사진이란 16세 이하의 실존아동을 컴퓨터그래픽으로 재현했거나 실존아동의 사진을 성인의 사진과 합성하여 진정한 실사물인 것처럼 보이게 하는 것을 말한다. 특히 재현이나 합성과정에서 아동의 특성이 일부 손실되더라도 전반적인 인상이나 지배적인 인상이 아동성을 드러내면 그 아동을 묘사한 것으로 인정된다.<sup>21)</sup>

이와 별도로 2009년에 제정된 검시관및사법정의법(Coroners and Justice Act)<sup>22)</sup>

20) 제2조 증거(Evidence) 제3항 In proceedings under this Act relating to indecent photographs of children, a person is to be taken as having been a child at any material time if it appears from the evidence as a whole that he was then under the age of 16.

21) 제7조 해석(Interpretation)

(8) If the impression conveyed by a pseudo-photograph is that the person shown is a child, the pseudo-photograph shall be treated for all purposes of this Act as showing a child and so shall a pseudo-photograph where the predominant impression conveyed is that the person shown is a child notwithstanding that some of the physical characteristics shown are those of an adult.

22) CHAPTER 2

IMAGES OF CHILDREN

*Prohibited images*

**62 Possession of prohibited images of children**

(1) It is an offence for a person to be in possession of a prohibited image of a child.

(2) A prohibited image is an image which—

- (a) is pornographic,
- (b) falls within subsection (6), and
- (c) is grossly offensive, disgusting or otherwise of an obscene character.

(6) An image falls within this subsection if it—

- (a) is an image which focuses solely or principally on a child’s genitals or anal region, or
- (b) portrays any of the acts mentioned in subsection (7).

(7) Those acts are—

- (a) the performance by a person of an act of intercourse or oral sex with or in the presence of a child;
- (b) an act of masturbation by, of, involving or in the presence of a child;
- (c) an act which involves penetration of the vagina or anus of a child with a part of a person’s body or with anything else;
- (d) an act of penetration, in the presence of a child, of the vagina or anus of



은 위의 아동포르노규제와는 별도로 성기의 삽입 또는 자위행위를 직접 보여주는 아동의 이미지를 최고 징역 3년까지 처벌하는데 “가상의 아동(imaginary child)”의 이미지도 포함한다. 그런데 이것은 음란물규제의 일부로서 등장인물이 아동일 경우 처벌하기 위한 규제라고 볼 수 있다. 왜냐하면 아동으로 설정된 등장인물이 아래 해당 법 제62조7항에 나온 행위를 적나라하게 할 경우 영국의 기존 음란물규제로는 음란물이 되지 않을 가능성이 있기 때문이다. 참고로 위의 주 아동포르노규제인 Protection of Children Act 1978의 적용은 실존아동의 사진으로 한정되지만 최고 징역 10년에 처해진다.

## 2. 캐나다

캐나다에 대해서는 다음과 같이 정리될 수 있다.

캐나다의 아동포르노 규제법은 다음과 같이 아동포르노에 대해 가장 광범위한 표현물을 포함하도록 하는 정의를 내리고 있다: “전기 또는 기계적 수단의 사용 여부와 관계없이, 18 세 미만 혹은 ‘18 세 미만으로 보이는 사람’ 이 성행위를 하는 모습이나 성행위를 하는 것처럼 묘사한 사진, 영화, 비디오 또는 다른 시각적, 문자적 재현 또는 음향녹음물; 또는 18 세 미만의 사람과 성행위를 하는 것을 옹호하는 시각적, 문자적 재현물 또는 음향녹음물.” 즉 규제대상 표현물에 시각적 표현물은 물론 서적 등의 문자 표현물과 음향녹음물까지 광범위하게 포함한다. 이때 문자표현물과 음향녹음물에 대해서는 아동과의 성행위 묘사가 해당 표현물의 주요소재인지 여부를 판단하도록 하고 있다. 또한 캐나다의 법에서는 18 세 미만 아동과의 성행위를 옹호하는 표현까지도 아동포르노에 해당하는 것으로 규정하고 있다.

---

a person with a part of a person's body or with anything else;  
 (e) the performance by a child of an act of intercourse or oral sex with an animal (whether dead or alive or imaginary);  
 (f) the performance by a person of an act of intercourse or oral sex with an animal (whether dead or alive or imaginary) in the presence of a child.

### 65 Meaning of “image” and “child”

(8) References to an image of a child include references to an image of an imaginary child.

### 66 Penalties

(1) This section has effect where a person is guilty of an offence under section 62(1).

(2) The offender is liable—

(a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding the relevant period or a fine not exceeding the statutory maximum, or both;

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 3 years or a fine, or both.

캐나다 연방대법원은 2001년 판결<sup>23)</sup>에서 아동포르노 소지가 헌법에 합치되는 규제인지 아니면 캐나다인의 헌법적 권리인 표현의 자유권에 대한 위반인지 여부를 가린다. 법원은 이 사건과 관련하여 다음 두 가지 이슈가 핵심이라고 설명한다: 1) 첫째, 사람(person)이 허구의 인물을 제외한 실제 사람만을 의미하는가?, 2) 둘째, 소지자 자신을 묘사한 경우도 소지죄에 해당하는가?

법원은 그때까지 제시된 증거에 따르면 실제아동을 이용했던 허구의 아동을 등장시켰든 노골적인 아동 성표현물은 해로울 수 있다고 전제하고, 컴퓨터 기술의 발달로 실제 사람과 컴퓨터 생성·합성물과의 구분이 어려울 수 있다는 점에 주목한다. 그리고 캐나다 의회가 관련 규제법의 입법을 통해 아동에게 합리적 위험을 야기할 수 있는 표현물의 소지를 금하는 것이 목적이었다는 사실을 감안할 때 ‘사람’은 실제 사람뿐 아니라 상상으로 만들어낸 캐릭터도 포함되어야 한다고 해석한다.

이어서 아동포르노의 소지금지 조항을, 자기 자신이나 가상캐릭터만을 이용하여 전적으로 사적사용을 위해 자가제작한 표현물에까지 적용하는 것은 법이 애당초 목적인 아동청소년 보호에 직접적으로 기여하는 바도 없이 과도하게 개인의 표현의 자유를 제한하는 효과를 야기할 수 있다는 [판결을 내렸다-편집자].<sup>24)</sup>

캐나다의 아동포르노규제는 전체 법의 구조를 살펴볼 필요가 있다. 즉 도덕문란죄(Offences Tending to Corrupt Morals)라는 장 안에 음란죄 등과 함께 나열되어 있다.<sup>25)</sup> 또 음란죄와 마찬가지로 위 조항에 대해서 “과학적, 의학적, 교육적, 예술

23) *R v Sharpe* [2001] 1 SCR 45

24) 이향선, 방송통신심의위원회 조사연구실 책임연구위원, “아동·청소년의 성보호에 관한 법률 개정 관련 참고자료” <2013. 8. 17. 미발표문>

25) <http://www.canlii.org/en/ca/laws/stat/rsc-1985-c-c-46/latest/rsc-1985-c-c-46.html>

**163.1** (1) In this section, “*child pornography*” means

- (a) a photographic, film, video or other visual representation, whether or not it was made by electronic or mechanical means,
- (i) that shows a person who is or is depicted as being under the age of eighteen years and is engaged in or is depicted as engaged in explicit sexual activity, or
- (ii) the dominant characteristic of which is the depiction, for a sexual purpose, of a sexual organ or the anal region of a person under the age of eighteen years;
- (b) any written material, visual representation or audio recording that advocates or counsels sexual activity with a person under the age of eighteen years that would be an offence under this Act;
- (c) any written material whose dominant characteristic is the description, for a sexual purpose, of sexual activity with a person under the age of eighteen years that would be an offence under this Act; or
- (d) any audio recording that has as its dominant characteristic the description, presentation or representation, for a sexual purpose, of sexual activity with a person under the age of eighteen years that would be an offence under this Act.

적 목표를 위한 행위였고...18세 미만의 자들에게 부당한 피해를 끼치지 않는 경우”에는 면책이 된다.

### 3. 미국

미국에 대해서는 다음과 같이 정리될 수 있다.<sup>26)</sup>

최초의 아동포르노 규제법인 1977년의 “아동성착취보호법”(전형미·김정옥, 2003) 이후 실제아동포르노에 대해 규제의 강도를 높여오던 미국 의회는 1996년에 “아동포르노방지법(CPPA)”을 통과시키면서 디지털이미지를 주 대상으로 한 가상아동포르노 규제를 시작한다... 이 법은 특히, 실제 아동이 아닌 컴퓨터 기술을 통해 생성된 아동으로 보이는 이미지를 이용한 노골적 성표현물을 규제할 수 있도록 하고 실제 사진 등의 합성이나 변조, 또는 다른 방식을 이용하여 아동으로 보이도록 묘사하는 경우도 규제할 수 있도록 하였다.<sup>27)</sup>

그런데 이러한 가상아동포르노 규제조항이 표현의 자유에 대한 지나친 억압이라는 주장과 함께 위헌소송이 제기되고 연방대법원은 해당 조항에 대해 위헌 판결(Ashcroft 판결)을 내리게 된다. 이 판결에서 재판부는 아동포르노의 정의 중 “아동으로 보이는 또는 인식되는(appears to be of a minor)”이란 부분을 지적하면서 이러한 조항은 소위 가상아동포르노라고 불리는 범

---

(2) Every person who makes, prints, publishes or possesses for the purpose of publication any child pornography is guilty of (a) an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years and to a minimum punishment of imprisonment for a term of one year; or (b) an offence punishable on summary conviction and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years less a day and to a minimum punishment of imprisonment for a term of six months.

<중략: 배포는 제작과 같이 최고 10년형. 소지와 접근은 모두 최고 5년형>

(5) It is not a defence to a charge under subsection (2) in respect of a visual representation that the accused believed that a person shown in the representation that is alleged to constitute child pornography was or was depicted as being eighteen years of age or more unless the accused took all reasonable steps to ascertain the age of that person and took all reasonable steps to ensure that, where the person was eighteen years of age or more, the representation did not depict that person as being under the age of eighteen years.

(6) No person shall be convicted of an offence under this section if the act that is alleged to constitute the offence

(a) has a legitimate purpose related to the administration of justice or to science, medicine, education or art; and

(b) does not pose an undue risk of harm to persons under the age of eighteen years.

26) 이향선, 전게서.

27) Child Pornography Prevention Act of 1996, 18 U.S.C. §2256 (invalidated by Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234(2002)).

주의 표현물을 규제대상으로 광범위하게 포섭하는 문제를 야기한다고 본다. 이때 재판부는 가상아동포르노를 “전통적인 방식으로 제작된 이미지는 물론 컴퓨터생성이미지도 포함하는 것”으로 규정하고, 셰익스피어의 희곡을 바탕으로 한 ‘로미오와 줄리엣’이나 아카데미상을 수상한 트래픽(Traffic)과 아메리칸 뷰티(American Beauty) 같은 영화를 그 예로서 제시한다.<sup>28)</sup>

애쉬크로프트(Ashcroft) 판결에 대해 성적 착취로부터 아동을 보호하는 데 미흡한 판결이라는 비판이 강하게 제기되자, 미 의회는 바로 다음해인 2003년 실제아동포르노와 가상아동포르노를 구별하여 각각 조금씩 다른 기준으로 규제할 수 있는 프로텍트법(PROTECT Act)<sup>29)</sup>을 전격 통과시킨다.

아동포르노방지법(CPPA)이 ‘아동포르노 정의’ 조항에 실제아동포르노와 가상아동포르노를 한꺼번에 포괄하여 같은 기준으로 규제하도록 한데 반해, 프로텍트법(PROTECT Act)은 두 개의 분리된 조항(2256조와 1466A조)을 통해 실제아동포르노와 가상아동포르노의 정의를 달리하고 규제기준을 구분하였다. 즉 아동포르노의 일반적 정의를 담고 있는 2256조를 통해서는 전통적인 의미의 실제아동포르노와 더불어 “실제 아동과 구별이 불가능한 아동의 시각적 묘사”를 포함시키되 소묘, 만화, 조각, 회화 등 명백히 가상아동포르노의 범주에 들어갈 수 있는 표현물은 이 조항의 적용대상에서 제외하고, “아동 성적 학대의 음란한 시각적 표현(Obscene visual representations of the sexual abuse of children)”이라는 부제가 붙은 1466A조를 통해 가상아동포르노를 규제할 수 있는 법적 근거를 다시 마련한다.

이 두 조항의 중요한 차이 중 하나는 가상아동포르노를 대상으로 한 1466A조가 실제아동포르노를 대상으로 한 2256조에서와 달리 ‘표현물의 음란성’을 규제요건으로 설정하고 있다는 점이다. 그런데 여기서 주목할 것은 1466A조에서 제시하는 음란성 판정기준이 밀리 판결에서 제시된 기존의 음란성 판정기준 보다 완화된 기준으로서 주로 문학·예술·정치·과학적 가치를 심각히 결하고 있는지(lacks serious literary, artistic, political, or scientific value) 여부 정도를 판단하도록 하고 있다는 것이다.<sup>30)</sup>

<2256조와 1466A조의 비교>

2256조(실제아동포르노 규제조항)	1466A(가상아동포르노 규제조항)
- 아동포르노의 정의를 내리면서 다음과 같-	- 1466A(a)(1)과 1466A(a)(2)를 통해 아동을

28) Ashcroft v. Free Speech coalition, 535 U.S. 234 (2002).

29) The Prosecutorial Remedies and Other Tools to End the Exploitation of Children Today Act of 2003(PROTECT Act), Pub. L. 108-21.

30) 18 USC §§ 1466A, 2256.

<p>은 상세한 추가 조건을 명시함:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 실제 아동을 이용하여 제작한 표현물임이 분명해야 함</li> <li>- 사진, 영상, 컴퓨터합성물 등 디지털이미지에 한하며 애니메이션, 그림, 만화, 조각, 회화 등은 포함되지 않음</li> <li>- 규제대상이 되는 ‘노골적인 성적 행위 (sexually explicit conduct)’: <ul style="list-style-type: none"> <li>(i)sexual intercourse, including genital-genital, oral-genital, anal-genital, or oral-anal, whether between persons of the same or opposite sex;</li> <li>(ii) bestiality;</li> <li>(iii) masturbation;</li> <li>(iv) sadistic or masochistic abuse; or</li> <li>(v) lascivious exhibition of the genitals or pubic area of any person;</li> </ul> </li> </ul>	<p>이용한 그림, 만화, 조각, 회화 등의 이미지와 아동처럼 보이는 실제 사람을 이용한 실사이미지에 대한 규제 기준의 차이를 규정</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 1466A(a)(1) 노골적 성적 행위를 하는 아동의 가상이미지: 전통적인 음란성 판단을 요구(강도 높은 성행위보다는 “음부의 선정적 노출(lascivious exhibition of the genitals)”과 자위행위(masturbation) 묘사에 초점을 맞추고자 하는 의도로 해석)</li> <li>- 1466A(a)(2) 아동이나 아동으로 보이는 자의 다음과 같은 성적 행위를 묘사하는 가상이미지(강도 높은 성적 행위에 초점을 맞추고자 하는 의도로 해석): <ul style="list-style-type: none"> <li>(i)sexual intercourse, including genital-genital, oral-genital, anal-genital, or oral-anal, whether between persons of the same or opposite sex;</li> <li>(ii) bestiality;</li> <li>(iii) sadistic or masochistic abuse</li> </ul> </li> <li>- 실제아동포르노조항(2256조)에서 정의한 ‘노골적 성적 행위(sexually explicit conduct)의 형태 중 “lascivious exhibition of the genitals”와 “masturbation” 부분을 제외하고 그대로 인용하면서, 추가 조건을 통해 밀리기준의 음란성 3 요소 중 마지막 요소(문학·예술·정치·과학적 가치를 심각히 결합)만을 적용하여 음란성 판단 조건을 완화함. 이로써 Ashcroft 판결에서 문제로 지적되었던 ‘로미오와 줄리엣’이나 아카데미상을 수상한 트래픽(Traffic), 아메리칸 뷰티(American Beauty) 같은 영화가 규제대상이 될 여지를 제거함</li> <li>- 또한 처벌이나 단순소지 기준도 실제아동포르노 기준이 명시된 2252A조를 그대로 적용하여 실제아동포르노와 구별을 두지 않음<sup>31)</sup></li> </ul>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

31) 18 USC 2252A.

미국법제는 아직 헌법적인 평가가 안정적으로 끝나지 않았다고 봐야 하지만 우선 1466A가 음란죄의 하나로서 편제되어 있고 예술적, 사상적 가치에 따른 면책을 인정함으로써 실제로 음란죄의 기능을 하고 있음을 유심히 볼 필요가 있다. 또 다음과 같은 논평도 유의미하다.

법적 규제 대상으로서의 가상아동포르노의 범주를 보다 제한적으로 설정하고 실제아동포르노와 가상아동포르노를 분리하여 서로 다른 기준으로 판단하도록 설계한 미국의 프로텍트법(PROTECT Act)은 그런 점에서 의미 있는 시도라고 볼 수 있으며, 우리나라에서도 가상아동포르노 규제법제를 보다 현실화하고자 할 때 유용한 참고가 될 수 있으리라고 본다.”<sup>32)</sup>

#### 4. 호주

호주의 가상아동포르노 규제조항<sup>33)</sup>도 캐나다의 그것과 비슷한 구조를 띠고 있으

32) 이향선, 전제서

33) [http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/legis/wa/num\\_act/cpaemaclaa201021o2010809/s4.html](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/legis/wa/num_act/cpaemaclaa201021o2010809/s4.html)

Chapter XXIV — Child exploitation material

216. Terms used

In this Chapter —

child means a person under 16 years of age;

child exploitation material means —

(a) child pornography; or

(b) material that, in a way likely to offend a reasonable person, describes, depicts or represents a person, or part of a person, who is, or appears to be, a child —

(i) in an offensive or demeaning context; or

(ii) being subjected to abuse, cruelty or torture (whether or not in a sexual context);

child pornography means material that, in a way likely to offend a reasonable person, describes, depicts or represents a person, or part of a person, who is, or appears to be a child —

(a) engaging in sexual activity; or

(b) in a sexual context;

<중략>

217. Involving child in child exploitation

<중략>

218. Production of child exploitation material

A person who produces child exploitation material is guilty of a crime and is liable to imprisonment for 10 years.

219. Distribution of child exploitation material

...

(2) A person who distributes child exploitation material is guilty of a crime and is liable to imprisonment for 10 years.

(3) A person who has possession of child exploitation material with the intention of

며 역시 음란죄와 마찬가지로 “사상적, 예술적 가치” 면책을 두고 있다.

### III. 국제 사례의 함의 및 시사점

위에서 살펴본 바와 같이 UN과 유럽의 국제규범들은 실존아동과 무관한 아동성표현물을 처벌할 것을 회원국들에게 요구하고 있지는 않다. 물론 실존아동과 무관한 아동성표현물을 처벌하지 않을 것을 요구하고 있지도 않다.

실존아동과 무관한 아동성표현물을 처벌할 수 있는 법제를 정립하고 실제 처벌사례들이 나타나고 있는 나라들로는 영국, 캐나다, 미국, 호주 등이 있다. 이들 나라들의 공통점 그리고 우리나라와의 차이점은 이들 나라들은 아동포르노규제가 표현물규제 즉 음란물규제에 편제되어 있거나 음란물규제의 성격을 띠고 있다는 것이다. 캐나다, 미국, 호주 3개국은 모두 적극적인 면책 조건인 “사상적, 예술적 가치”를 인정해주고 있고 영국도 “오로지 성적인 목적”이라는 위법성 요건을 두고 있어 음란물규제와 유사성을 띤다. 또 이들 나라들에서는 판례를 통해 가상아동포르노에 대해서는 소지죄의 적용을 완화하려는 움직임을 보이고 있다.<sup>34)</sup> 이 역시 실존아동과 무관한 아동성표현물 규제는 음란물규제의 성격을 자연스럽게 띠기 때문이라고 본다.

그렇다면 우리나라에서 가상아동포르노규제를 둘러싼 2012-13년의 논란은 생각건대 아동포르노규제가 아동청소년성보호법이라는 독립된 법률 내에 편제되면서 발생

---

distributing the material is guilty of a crime and is liable to imprisonment for 10 years.

220. Possession of child exploitation material  
A person who has possession of child exploitation material is guilty of a crime and is liable to imprisonment for 7 years.

221A. Defences and exclusions for section 217, 218, 219 or 220

(1A) It is no defence to a charge of an offence under section 217, 218, 219 or 220 to prove that the accused person did not know the age of the child to whom the charge relates, or the age of the child described, depicted or represented in the material to which the charge relates, or believed that the child was of or over 16 years of age.

(1) It is a defence to a charge of an offence under section 217, 218, 219 or 220 to prove that —

(a) the material to which the charge relates was classified (whether before or after the commission of the alleged offence) under the Classification (Publications, Films and Computer Games) Act 1995 (Commonwealth), other than as refused classification (RC); or

(b) the accused person did not know, and could not reasonably be expected to have known, that the material to which the charge relates describes, depicts or represents a person or part of a person in a way likely to offend a reasonable person; or

(c) the material to which the charge relates was —

(i) of recognised literary, artistic or scientific merit; or

(ii) of a genuine medical character,

and that the act to which the charge relates is justified as being for the public good; or

34) R. v. Sharpe, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, para. 105-110

한 일종의 에피소드로 보인다. 즉 아동포르노규제가 아동청소년성보호법에 편제되면서 아동청소년 강간 등에 적용되는 강력한 처벌조항들이 그대로 적용되었는데 실제 아동포르노의 경우 그 매체물이 미치는 영향 등을 고려하면 아동성범죄로 처벌되는 것이 타당하나 피해아동이 전혀 없는 가상아동포르노규제에도 그렇게 되면서 형평성을 잃은 법 적용이라는 비판을 받게 된 것이다. 특히 20년의 신상등록, 10년의 취업제한과 같이 관사의 감형재량이 발휘될 수 없는 처벌조항들 그리고 ‘아동성범죄자’ 라는 영구적인 낙인을 찍는 가혹한 법 적용은 원래는 실존아동을 이용한 아동포르노제작을 포함하여 강력범 류의 아동성범죄를 겨냥한 것으로 보이는데 실존아동과 전혀 무관한 글 그림 등에도 적용된 것이다.

이에 비하면 위에서 살펴본 국제법 및 해외입법례를 살펴보면 외국의 아동포르노규제는 원래부터 음란물규제로서 기능하였음을 알 수 있다. 이렇게 되니 아동성범죄규제에 적용되는 여러 가중처벌 조항들이 적어도 자동적으로 가상아동포르노에 똑같이 적용되지는 않는다.

물론 실존아동포르노의 경우 가상아동포르노와는 명확히 구분지어 더욱 강하게 처벌하고 있다. 보통 전자가 최고 징역 10년이라면 후자는 징역 2-3년의 수준이다.

이렇게 형량이 큰 차이가 나는 이유는 전자는 실존아동의 성행위의 촬영을 금지하고 그 결과물까지 엄벌하는 행위규제인 반면 가상아동포르노규제는 기본적으로 매체물 규제이기 때문이다. 즉 아동을 소재로 한 성표현물이 아동성범죄 발생에 영향을 줄 수 있지만 그 경로는 아동이나 성인들의 성도덕을 훼손하는 과정을 통해서 이루어지며 가상아동포르노규제는 그 인과적 경로를 차단하려 하는 것이다.

가상아동포르노규제의 이러한 성격에 비추어볼 때, 그리고 음란물규제가 바로 그러한 성도덕 보호를 위한 규제였으며 지금 필요한 것은 아동소재 성표현물이 다른 성표현물과 달리 더 심대하게 성도덕을 훼손하는지 그렇다면 이를 어떻게 음란물규제에 반영할지를 고민하는 것이다. 이렇게 가상아동포르노규제를 음란물규제 내에 편제함으로써 아동청소년성보호법은 실제 아동에게 직접적 피해를 준 행위 즉 실존아동포르노 제작 배포 소지 등을 실제 아동을 접촉하는 범죄와 마찬가지로 강력 엄벌하는 규제로서 기능할 수 있도록 하는 것이 형사정책 상으로 옳바르다고 본다.