



### 저작자표시-비영리-동일조건변경허락 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.
- 이차적 저작물을 작성할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



동일조건변경허락. 귀하가 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공했을 경우에는, 이 저작물과 동일한 이용허락조건하에서만 배포할 수 있습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

현행법상 아동 포르노그래피 규제에  
관한 헌법적 고찰

2015 년 2 월

서울대학교 대학원

법학과

이현우

# 현행법상 아동 포르노그래피 규제에 관한 헌법적 고찰

지도교수 송 석 윤

이 논문을 법학 석사 학위논문으로 제출함  
2014 년 11 월

서울대학교 대학원  
법학과  
이 현 우

이현우의 석사 학위논문을 인준함  
2015 년 1 월

위 원 장 이 호 원 (인)

부위원장 전 종 익 (인)

위 원 송 석 윤 (인)

## 국문초록

헌법 제21조가 보장하는 표현의 자유는 민주사회 발전에 필수불가결한 기본권으로서 우리나라를 비롯한 세계 각국에서 매우 중요하게 다루고 있는 가치다. 표현의 자유에 의하여 보호되는 표현은 반드시 높은 정치적·예술적 가치 등을 지녀야 하는 것은 아니며 인간의 성(性)을 다룬 표현물 역시 구체적인 보호 범위에 대한 논란은 존재할 수 있더라도 최소한 일정 범위 이상은 표현의 자유에 의하여 보호될 수 있다. 현행 아동·청소년의 성보호에 관한 법률은 아동의 권익 보장 및 아동에 대한 성범죄 예방이라는 가치 하에 아동의 성(性)에 관하여 다룬 표현물, 즉 아동 포르노그래피의 규제를 강화하는 방향으로의 개정이 지속되고 있다. 이에 대하여 논란이 가열되고 있는 현재 시점에서 현행법이 표현의 자유를 비롯한 기본권 제한의 관점에서 고찰할 때 헌법상 허용될 수 있는 한계를 준수하고 있는 것인지 한번쯤 검토하여 볼 필요가 있다.

이 논문은 성(性) 표현과 표현의 자유의 보호영역에 관한 논의를 선결적으로 검토한 후 이러한 헌법적 차원에서의 고찰을 전제로 하여 현행법상의 아동 포르노그래피 관련 규정의 위헌성 여부를 고찰한다. 먼저, 현행법은 성 표현의 제한과 관련하여 문화적·사회학적 개념인 포르노그래피라는 용어 대신에 일률적으로 음란이라는 용어를 사용하고 있다. 표현의 자유의 확대라는 관점에서 최소한 온라인 공간에서의 표현을 규율하는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상의 음란의 범위는 헌법재판소가 판시한 바처럼 축소 해석함이 타당하다. 또한 미연방대법원의 경우와는 달리, 음란 표현이라도 일단 헌법 제21조의 표현의 자유의 보호영역에 해당한다고 보고 이를 헌법 제37조 제2항에 의하여 제한할 수 있을 뿐이라고 판시한 우리 헌법재판소의 태도는 타당하다. 이러한 논리는 아동 포르노그래피의 경우에도 마찬가지로 적용될 수 있으나, 18세 미만의 실제 아동으로 하여금 실제의 혹은 가상의 성행위를 하도록 하는 아동 포르노그래피의 경우에는 당해 아동에게 미치는 인격적 침해가 매우 중대하

므로 예외적으로 헌법상 표현의 자유의 보호영역에서 배제하여야 할 것이다.

이러한 논의들을 바탕으로 하여 본격적으로 아동·청소년의 성보호에 관한 법률상 아동 포르노그래피를 규제하고 있는 조항들의 위헌성을 검토하여 본다. 먼저, 국내의 미성년자 관련 법체계 전반과 헌법상 보호영역과의 관계 등을 종합적으로 고찰할 때 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에서 사용하고 있는 개념인 “아동·청소년이용음란물”에 관한 연령을 18세로 하향 조정할 필요가 있다. 또한 아동·청소년이용음란물 제2조 제5호의 정의 조항 중 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람” 부분 및 “표현물” 부분 역시 표현의 자유를 침해하는 과도한 규제이므로 삭제가 요청된다. 뿐만 아니라 아동·청소년이용음란물의 단순 소지를 처벌하는 동 법 제11조 제5항 역시 과잉금지원칙에 위반하여 국민의 기본권을 침해하므로 삭제가 요구된다. 아동 성범죄 예방이라는 공익도 소중하지만 이러한 가치를 추구하는 과정에서 표현의 자유를 비롯한 헌법상 기본권을 보장하여야 한다는 요청과도 조화를 이루도록 하여야 한다. 이를 위하여 현행 아동·청소년의 성보호에 관한 법률은 가벌성을 축소하는 방향으로의 개정이 필요하다.

**주요어 :** 표현의 자유, 기본권의 보호영역, 포르노그래피, 아동 포르노그래피, 음란물, 아동음란물, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률

**학 번 :** 2013-21276

# 목 차

제 1 장 서론 .....	1
제 1 절 연구의 목적 .....	1
제 2 절 연구의 방법과 범위 .....	3
제 2 장 음란이 표현의 자유의 보호영역에 해당하는지 여부 .....	5
제 1 절 우리나라와 미국에서의 표현의 자유의 의의 .....	5
1. 우리나라의 경우 .....	5
가. 표현의 자유의 의의 및 내용 .....	5
나. 언론·출판의 자유의 보호영역과 제한 .....	6
2. 미국의 경우 - 수정헌법 제1조의 태도 .....	7
제 2 절 포르노그래피와 음란물의 의의 .....	9
1. 포르노그래피의 정의 및 분류 .....	9
2. 음란 개념에 관한 고찰 .....	12
가. 현행법상의 음란 개념 .....	12
나. 대법원 판례의 동향 .....	14
다. 헌법재판소 판례의 태도 .....	15
라. 검토 - 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상의 음란 개념을 중심으로 .....	17
3. 소결 .....	21
제 3 절 음란이 표현의 자유의 보호영역에 해당하는지 여부 ...	22
1. 헌법재판소의 태도 .....	22
가. 변경 전 95헌가16 결정의 요지 .....	22
나. 변경 후 2006헌바109 결정의 요지 .....	22
다. 판례 변경에 대한 찬반론 .....	24
2. 미연방대법원의 태도 - Miller v. California 판결을 중심으로 ...	26
가. Miller v. California 판결의 요지 .....	26

나. 판결의 평석 .....	26
3. 검토 .....	28
<b>제 4 절 소결 .....</b>	<b>33</b>

**제 3 장 아동 포르노그래피의 표현의 자유의 보호영역  
에의 해당 여부 .....** 34

<b>제 1 절 아동 포르노그래피의 의의 및 해악 .....</b>	<b>34</b>
1. 아동 포르노그래피의 의의 .....	34
2. 아동 포르노그래피의 해악 .....	36
가. 아동에 대한 성적 학대의 야기 .....	36
나. 아동 성범죄의 유발 및 방조 .....	38
3. 소결 .....	40

**제 2 절 아동 포르노그래피의 헌법상 표현의 자유의 보호영  
역에의 해당 여부 .....** 40

1. 헌법재판소 관례의 태도 .....	40
가. 판시사항 .....	40
나. 대상 관례의 평석 .....	41
2. 미국 관례의 태도 - New York v. Ferber 판결을 중심으로 .....	43
가. 사실관계 .....	43
나. 판시사항 .....	43
3. 우리 헌법상 아동 포르노그래피의 표현의 자유에 의한 보호 가능 성 여부와 논거 .....	44
4. 헌법상 표현의 자유의 보호영역에서 배제되는 아동 포르노그래피 의 범위에 관한 고찰 .....	48
가. 실제 아동인지 여부에 따라 표현의 자유의 보호영역에의 해당 여부가 달라지는지 여부 .....	48
나. 아동의 범위 설정 문제 .....	49
다. 묘사의 노골성의 정도 .....	52

<b>제 3 절 소결 .....</b>	<b>54</b>
-----------------------	-----------

제 4 장	현행법상 아동음란물 규정에 관한 쟁점	55
제 1 절	현행 아동·청소년의 성보호에 관한 법률상 아동음란물 관련 규정의 고찰	55
1.	현행법상 아동음란물 관련 규정의 실태	55
2.	아동음란물 관련 규정의 개정 연혁	58
3.	현행법의 헌법적 관점에서의 고찰	60
제 2 절	동안(童顔) 성인 등장 표현물에 관한 쟁점	62
1.	“아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람” 부분의 해석에 관한 판례의 태도	62
가.	지방법원 판례의 태도(수원지방법원 2013. 2. 20. 선고 2012고단3926 판결)	62
나.	대법원 판례의 태도(대법원 2014. 9. 24. 선고 2013도4503 판결)	63
2.	현행 아동·청소년보호법상 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람” 부분에 대한 헌법적 판단	66
가.	막연하기 때문에 무효의 원칙에 비추어 본 현행법의 위헌성	66
나.	과잉금지원칙의 위반 여부	68
3.	소결	71
제 3 절	가상 아동(virtual child) 포르노그래피 규제에 관한 쟁점	71
1.	논의의 전제	71
2.	우리나라의 법제 및 학설과 판례의 동향	73
가.	현행법의 태도	73
나.	가상 아동 포르노그래피 처벌의 타당성에 관한 견해의 대립	73
다.	헌법재판소 판례의 태도	75
3.	외국의 사례	76
가.	국제 협약의 태도	76
나.	미국의 태도 - Ashcroft v. Free Speech Coalition 판결을 중심으로	78
다.	일본의 태도	80
라.	검토	80
4.	가상 아동 포르노그래피 처벌의 위헌성	81



가. 표현의 자유의 보호영역에의 해당 여부 .....	81
나. 과잉금지원칙의 위반 여부 .....	82
5. 소결 .....	85
<b>제 4 절 아동음란물 단순 소지자 처벌 규정에 관한 쟁점</b> .....	<b>86</b>
1. 처벌 대상인 아동음란물 단순 소지의 의의 .....	86
가. 실정법의 태도 .....	86
나. 경찰청의 아동음란물 소지의 단속 기준 .....	86
다. 소지의 개념에 대한 고찰 .....	88
2. 아동음란물의 단순 소지를 처벌하는 것의 위헌성의 고찰 .....	89
가. 아동음란물 단순 소지 처벌에 대한 견해의 대립 .....	89
나. 검토 - 과잉금지원칙의 관점을 중심으로 .....	91
3. 소결 .....	96
<b>제 5 절 소결</b> .....	<b>97</b>
<b>제 5 장 결론</b> .....	<b>99</b>
<b>참고 문헌</b> .....	<b>103</b>
<b>Abstract</b> .....	<b>107</b>

# 제 1 장 서론

## 제 1 절 연구의 목적

「청소년의 성보호에 관한 법률」에서 명칭이 바뀌어 2010. 1. 1.부터 시행되기 시작한 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」은 아동·청소년의 성에 관련된 권익을 강력히 보호하고 아동 성범죄에 대하여 강한 응징을 가하는 방향으로 개정되어 왔다. 가령, 2012. 12. 18.의 법 개정에서는 폭행·협박으로 아동을 강간한 자에게는 제7조 제1항에서 ‘무기징역 혹은 5년 이상’의 형을 선고할 수 있도록 하여 법정형을 상향 조정하였고 제20조에서의 공소시효 적용 배제 대상의 범위를 넓혔으며 제56조에서 성범죄자 취업제한 대상 기관을 대폭 확대하였다. 이러한 경향은 소위 아동 포르노그래피의 규제에서도 마찬가지로 나타나고 있다. 현행 아동·청소년의 성보호에 관한 법률은 “아동·청소년이용음란물”이라는 용어를 통하여 아동 포르노그래피를 규제하고 있는데 일반 음란물의 경우와는 달리 문학적·예술적·과학적·정치적 가치 등을 불문하고 아동·청소년의 성(性)을 다루는 그 자체를 일률적으로 금지의 대상으로 삼고 있다. 아동에 대한 극악한 성 범죄가 급격히 증가하여 그 사례가 다수 보도되고 아동 성범죄 예방이 국민적 관심사로 떠오름에 따라 아동·청소년이용음란물에 관한 규정들도 아동 보호를 강화하는 방향으로 개정되고 있는 것이 현재의 추세이다. 아동·청소년이용음란물 정의 규정을 개정하여 아동·청소년이용음란물에 해당되는 표현물의 범위를 대폭 확장하고 아동·청소년이용음란물의 단순 배포·단순 소지 등을 처벌하도록 하며 특히 벌금형만이 규정되어 있었던 아동·청소년이용음란물의 단순 소지 행위에 대한 법정형에 징역형을 추가한 것 등이 그 예라고 할 수 있다.

그러나 아동·청소년의 보호를 강화하는 방향 일변도의 최근 법 개정 추세는 아동을 성 범죄로부터 보호한다는 공익에 치우진 나머지 헌법상 보장된 표현의 자유를 위축하는 방향으로 나아가지는 않았는지를 고찰할 필

요가 있다. 표현의 자유는 현대 민주주의의 발전에 필수 불가결한 기본권의 지위를 지닌다고 이해되고 있으며 성(性)에 관한 표현 역시 인간 생활의 근본적인 부분을 묘사한 것으로서 어느 정도는 보호할 가치를 인정할 수 있다. 이를 고려하면 실정법에 의한 아동 포르노그래피의 규제에서도 아동을 강력히 보호한다는 가치와 표현의 자유를 보장한다는 가치가 최대한 조화를 이룰 수 있는 방향을 모색하는 것이 중요한 과제라고 할 수 있다. 아동 포르노그래피를 강력하게 규제하는 것의 정당화 근거는 ① 아동 포르노그래피의 생산과 유통 과정에서 당해 표현물에 등장하는 아동에게 가해지는 성적 착취는 당해 아동에 대한 인격적 파멸을 초래하는 등 그 해악이 매우 크다는 점과 ② 아동 포르노그래피로 인하여 아동 성범죄가 촉발되는 것을 방지하고 아동 포르노그래피를 아동 성범죄의 도구로 사용하는 것을 차단한다는 점에 있다고 볼 수 있다. 전자에 근거한 규제는 다수가 지지하지만 후자에 근거한 규제의 정당성 및 정도에 대해서는 논란의 여지가 있다. 현행 아동·청소년의 성보호에 관한 법률은 아동에 대한 강력한 보호를 추구하고 위의 두 가지 논거 모두에 근거하여 아동 포르노그래피를 규제하는 방향으로 개정되고 있다고 볼 수 있다.

이 글은 극악한 아동 성범죄에 대한 비난 여론에 힘입어 아동에 대한 보호를 강화하는 방향 일변도로 개정되어 온 현행 아동·청소년의 성보호에 관한 법률이 다른 가치를 도외시한 측면은 없는지 여부를 고찰한다. 즉 동 법률이 그 적용을 받는 표현물에 대한 국민의 기본권을 제한함에 있어서 과잉금지원칙 등 헌법적 한계를 준수하고 있는지를 되짚어본다. 특히 표현의 자유와 관련하여서는 아동·청소년이용음란물의 연령 규정과 정의 규정을, 다른 기본권과 관련하여서는 단순 소지 처벌 규정을 헌법적 관점에서 검토해보고자 한다. 다만 그에 앞서 선결적 논의로서 성 표현과 관련하여 종종 논의되는 개념인 포르노그래피와 음란이란 무엇인지, 그러한 표현이 헌법상 표현의 자유에 의하여 보호될 수 있는 것인지, 그리고 그러한 표현이 헌법상 표현의 자유에 의하여 보호될 수 있더라도 아동 포르노그래피의 경우 그 특수성으로 인하여 표현의 자유의 보호영역에서 배제되는 부분과 그렇지 않은 부분으로 나누어질 수 있는지, 보호되는 영역

과 보호되지 않는 영역이 구분될 수 있다면 표현의 자유에 의한 보호가 배제되는 아동 포르노그래피의 범위는 어디까지로 설정하는 것이 타당한지 등을 검토할 것이다.

## 제 2 절 연구의 방법과 범위

이 글의 핵심적 논의는 아동·청소년의 성보호에 관한 법률이 규정하는 “아동·청소년이용음란물”에 맞추어져 있다. 현행 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제2조 제5호가 아동·청소년이용음란물을 “필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터나 그 밖의 통신매체를 통한 화상·영상 등의 형태로 된 것”이라고 규정하고 있다. 이에 이 글에서의 포르노그래피나 음란물 혹은 아동 포르노그래피나 아동음란물에 관한 논의는 화상이나 영상의 형태로 이루어진 성 표현물을 주로 염두에 두고 이루어질 것임을 밝혀두고자 한다.

이러한 전제를 바탕으로 제2장에서는 먼저 헌법상 표현의 자유에 관한 우리나라와 미국의 법제를 간략히 살펴본다. 이후에는 성 표현물에 관하여 종종 쓰이는 용어인 “포르노그래피”와 “음란”의 개념을 밝히고 우리나라에서 법률 용어로 사용되고 있는 개념인 이른바 음란 표현을 어떻게 해석하는 것이 바람직한지에 대하여 특히 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률을 중심으로 고찰할 것이다. 이러한 개념의 명료화 작업 이후에는 최종적으로 음란 표현이 헌법 제21조가 보장하는 표현의 자유의 보호영역에 해당하는지를 고찰한다. 음란 표현이 헌법상 표현의 자유의 보호영역에 해당하는지에 대해서 우리나라의 최고 헌법기관인 헌법재판소와 미국의 연방대법원은 상반되는 입장을 취하는 데 이에 대한 비교 역시 비중 있게 다룰 것이다.

제3장에서는 아동 포르노그래피의 경우 그 특수성으로 인하여 일반적인

포르노그래피와는 헌법적 취급을 다르게 할 필요가 있는지를 고찰한다. 먼저 아동 포르노그래피란 무엇인지에 대해서 국제 협약 등의 태도 등을 통하여 고찰하고 세계 각국이 아동 포르노그래피를 금지함으로써 추구하는 공익이 무엇인지를 살펴본다. 이후에는 제2장에서와 마찬가지로 아동 포르노그래피를 헌법상 표현의 자유에 의하여 보호할 수 있는지 여부에 대한 우리나라 헌법재판소 결정의 내용과 미국 연방대법원의 판시사항을 살펴본다. 이러한 내용들을 종합적으로 고려하여 최종적으로 아동 포르노그래피는 헌법상 보호될 수 있는 것인지 여부와 아동 포르노그래피를 헌법상 표현의 자유에 의하여 보호할 수 없다면 헌법상 표현의 자유의 보호에서 배제되는 아동 포르노그래피의 범위는 어디까지로 설정될 것인지에 대해서도 고찰한다.

이러한 헌법적 논의들을 바탕으로 제4장에서는 아동 포르노그래피에 대하여 실정법, 즉 현행 아동·청소년의 성보호에 관한 법률은 어떻게 규제하고 있는지를 고찰한다. 제1절에서는 아동·청소년의 성보호에 관한 법률이 아동 포르노그래피와 관련된 부분을 어떻게 규정하고 있는지를 개괄하고 특히 동 법률이 규정하는 “아동·청소년이용음란물”은 성인이 등장하는 일반 음란물과 어떠한 점이 다른지를 고찰한 후 동 법률의 입법연혁을 간략하게 살펴볼 것이다. 아울러 헌법적 관점에서 어떠한 문제점이 있는지를 개략적으로 서술할 것이다. 이후 제2절과 제3절에서는 아동·청소년이용음란물의 정의 조항의 위헌성 여부를 중점적으로 고찰한다. 즉 실제 아동에 관한 성행위를 묘사한 것이 아니라 동안(童顔)이어서 아동으로 보일 수 있는 성인이나 가상공간에서의 아동(virtual child)의 성을 다룬 표현물까지 아동·청소년이용음란물로 보아 금지의 범위를 확장하고 있는 현행법이 표현의 자유를 침해하는 측면은 없는지에 대하여 과잉금지원칙을 중심으로 검토할 것이다. 아울러 제4절에서는 아동 포르노그래피의 생산자가 아닌 소비자의 입장에서, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률상의 “아동·청소년이용음란물”을 단순 소지하는 경우까지 처벌하는 현행 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에 위헌성이 존재하는지 여부를 주로 과잉금지원칙의 관점에서 고찰할 것이다.

## 제 2 장 음란이 표현의 자유의 보호영역에 해당하는지 여부

### 제 1 절 우리나라와 미국에서의 표현의 자유의 의의

#### 1. 우리나라의 경우

##### 가. 표현의 자유의 의의 및 내용

우리 헌법은 제21조 제1항에서 “모든 국민은 언론·출판·집회·결사의 자유를 가진다.”고 하여 언론·출판의 자유를 규정하고 있는바, 이를 통하여 우리 헌법이 널리 표현의 자유를 보장하는 것으로 이해하는 것이 통설적이다. 여기서의 표현의 자유란 불특정 다수를 상대로 개인의 사상이나 의견 등을 자유로이 표명 내지 전달할 수 있는 자유를 의미한다.

위에서 서술한 고전적 의미의 언론·출판의 자유, 즉 사상이나 의견 등을 자유로이 전파할 자유 외에 현대적 의미의 언론·출판의 자유는 알권리·Access권·보도의 자유를 널리 포괄하는 의미로 쓰이기도 한다. 먼저 ① 알 권리는 헌법 제10조의 인격권 및 제21조의 표현의 자유에 근거를 둔 것<sup>1)</sup>으로, 부당한 간섭 없이 정보원으로부터 자유로이 정보를 수령하는 자유권적 성격과 정부에 대하여 정보를 적극적으로 공개할 것을 요청하는 청구권적 성격을 동시에 지니고 있다고 이해된다. ② Access권은 협의로는 언론사의 보도에 대해서 반대 의견을 개진할 수 있도록 요청하는 반론권을 의미하나, 광의로는 국민이 자신의 의사 표현을 위하여 언론기관을 적극적으로 이용·접근할 수 있는 권리를 의미하는 것으로 이해된다. 언론기관에 대비하여 수동적 위치에 있던 일반 국민에게 적극적·능동적 지위

1) 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2012, 594면; 한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2012, 764면 등 참조.

를 부여하고 궁극적으로는 사상의 자유 시장을 보다 올바르게 실현하는데 이바지하게 하고자 인정된다.<sup>2)</sup> Access권의 인정 근거는 인간의 존엄과 가치에 관한 헌법 제10조, 표현의 자유에 관한 헌법 제21조 제1항에 있는 것으로 이해된다.<sup>3)</sup> ③ 보도의 자유는 신문·잡지·방송 등의 매스컴의 자유를 포괄하는 것으로서 언론기관 내부의 자유, 편집·보도의 자유, 취재의 자유, 언론기관 설립의 자유 등을 그 내용으로 한다. 이는 신문의 자유라고도 하는데 주관적 공권의 성격을 지님과 동시에 객관적인 제도로서의 성질을 동시에 지닌다고 볼 수 있다.<sup>4)</sup>

우리 헌법이 표현의 자유에 대하여 다른 기본권에 비하여 명시적으로 우월적인 지위를 설정하고 있지는 않다. 그러나 사상·의견을 자유로이 표현할 자유는 다원주의와 민주적 의사 결정을 핵심으로 하는 민주주의 국가에서 필수적이라는 점에서 적어도 이념적으로나마 다른 기본권보다 우월한 지위에 있는 중대한 기본권이라고는 볼 수 있다. 헌법재판소 역시 89헌마165 결정<sup>5)</sup>에서 “언론의 자유는 민주국가의 존립과 발전을 위한 기초가 되기 때문에 특히 ‘우월적 지위’를 지니고 있는 것이 현대헌법의 한 특징이다”고 판시한 바 있다. 이러한 맥락과 특히 장기 군부 독재에서 벗어나 비로소 민주 체제를 구축한지 얼마 되지 않은 우리의 헌정사를 고려할 때, 표현의 자유를 제한하는 것은 필요·최소한도에 그쳐야 할 것이며 표현의 자유의 제한의 위헌성을 심사하는 경우에는 다른 기본권을 제한하는 경우보다도 더욱 엄격한 기준이 적용된다고 할 수 있다.

## 나. 언론·출판의 자유의 보호영역과 제한

후술하는 바와 같이 미국의 경우에는 일정한 표현을 애당초 수정 헌법에 의하여 보호되는 범위에서 배제하기도 하나 우리 헌법 해석상으로는

2) 홍성방, 『헌법학』, 현암사, 2009, 507면 참조.

3) 성낙인, 앞의 책, 563면; 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2012, 590면 등 참조.

4) 홍성방, 앞의 책, 504-505면; 양건, 『헌법강의』, 법문사, 2013 538면 등 참조.

5) 헌법재판소 1991. 9. 16. 89헌마165결정 참조.

헌법적 보호영역에 포함되는 표현의 범위는 광범위한 편이다. 헌법재판소는 음란 표현<sup>6)</sup>, 상업적 광고<sup>7)</sup> 등도 헌법적으로 보호되는 표현의 유형이라고 판시한 바 있다. 음란 표현의 경우 제3절에서 자세히 서술하다시피 과거 헌법재판소가 명시적으로 표현의 자유의 보호영역에 해당하지 않는다고 하였다가 견해를 변경하였다. 결국, 현재 시점에서는 헌법재판소 판례에서 명시적으로 현행 헌법상 표현의 자유의 보호영역에 해당하지 않는다고 본 유형의 표현은 아직까지 존재하지 않고 그 대신 표현을 제한할 필요가 있을 때는 일단은 헌법상 보호되는 표현이라고 보고 그것에 대한 제한이 위헌적인지를 검토하는 태도를 견지하고 있다고 볼 수 있다.

전술한 바와 같이 표현의 자유의 제한에 대한 위헌성 심사는 다른 기본권의 제한의 경우보다 엄격한 기준에 의할 필요가 있다. 이에 표현의 자유의 제한이 위헌적인지 여부에 대한 심사는 기본권을 제한할 때 일반적으로 준수가 요구되는 헌법 제37조 제2항에 따른 과잉금지원칙에 외에도 추가적인 기준들을 활용하여 이루어지고 있다. 이에 따라 ① 헌법 제21조 제2항이 명시하고 있는 것으로서, 행정권에 의하여 사전에 허가받지 않은 것의 발표를 금지하는 이른바 사전검열은 금지된다는 사전검열금지의 원칙, ② 표현의 자유의 규제를 위해서는 규제 대상인 당해 표현이 초래할 해악이 명백하고 현존하는 것이어야 한다는 명백·현존하는 위협의 원칙, ③ 명확성의 원칙을 구체화한 것으로서 표현의 자유를 규제하는 법률은 명확하여야 하고 어떠한 표현이 규제되는 것인지가 명확하지 않은 경우에 당해 법률은 무효가 된다는 막연하기 때문에 무효의 원칙 등의 기준을 위헌심사에 있어서 추가적으로 고려하는 것이 우리 학설·판례의 태도라고 할 수 있다.

## 2. 미국의 경우 - 수정헌법 제1조의 태도

후술하는 미연방대법원의 판례를 이해하기에 앞서 미국 헌법상 표현의

6) 헌법재판소 2009. 5. 28. 2006헌바109 결정 참조.

7) 헌법재판소 1998. 2. 27. 96헌바2 결정 참조.



자유에 관한 규정은 어떻게 되어 있는지 살펴볼 필요가 있다. 미국 수정 헌법 제1조는 “의회는 종교를 창설하거나, 자유로운 종교 활동을 방해하거나, 언론·출판의 자유, 혹은 평화로운 집회의 자유, 그리고 정부에 대한 탄원의 권리를 방해하는 어떠한 법률도 제정할 수 없다”고 하고 있다.<sup>8)</sup> 국내 헌법 문언이 표현의 자유를 다른 개별적 기본권과 대등한 지위에서 규정하고 있는 것과는 달리 미연방 수정헌법은 표현의 자유를 제1조에 규정함으로써 표현의 자유의 우월적 지위를 인정하고 있는 것이다. 표현의 자유를 더 중시하는 이론적 근거로서 시민에게 비판의 기회를 보장하고 적극적인 참여를 가능하게 하는 것은 대의민주주의의 불가결의 요소가 된다는 자치론(self-government), 표현의 자유는 개인의 인격의 발전에 불가결한 전제조건이 된다는 자아실현론(self-fulfillment), 밀(Mill)의 자유론과 연관 지어 진리에의 도달은 자유로운 의사표현과 공개된 토론이 보장된 때에 가능하다는 진실추구론(attainment of truth) 등이 주로 제시된다. 이러한 고전적·철학적 논거 외에도 표현의 자유가 정부를 통제하는 핵심적 기능을 담당하는 것이라고 보는 견해와 체제 전복 내지 폭력 사태 등이 발생하지 않도록 사회적으로 위험한 에너지를 순화하는 기능이 있다는 견해와 같이 보다 실용적인 관점에서 논거를 찾는 견해들도 존재한다.<sup>9)</sup> 이러한 이론적인 배경을 바탕으로 하여 미국의 수정 헌법은 표현의 자유를 제한하는 어떠한 법률도 제정할 수 없다고 규정하여 헌법상 표현의 자유의 보호영역에 해당하는 표현물을 강력하게 보호하고 있다. 그러나 표현의 자유를 무제한적으로 인정할 수는 없고 일정한 공익 목적을 위하여 일부 제한할 수밖에 없는 것이 미국을 포함한 전 세계의 엄연한 헌법 현실일 것이다. 이에 미연방대법원에서는 자유를 제한함으로써 달성할 수

8) “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”

9) 강승식, 『미국 헌법학 강의』, 궁리, 2007, 496-497면 참조. 존 노왁·로널드 로튼다, 『표현의 자유와 미국헌법』, 이부하 역, 한국학술정보, 2007, 51면 역시 표현의 자유의 중요성의 논거 중 하나로 자유로운 표현을 억압하지 않고 오히려 보장하는 것이 공공의 안정과 질서를 도모할 수 있으며 정부의 안전판이 될 수 있다고 서술한다.

있는 공익 내지 사익과 당해 표현을 보장함으로써 달성할 수 있는 이익을 비교하여 표현의 제한 여부를 결정하는 이른바 비교형량 테스트(balancing test)를 통하여 표현을 제한하는 한편, 일정한 유형의 표현은 아예 수정헌법 제1조상으로 보호되는 표현에서 애당초 배제함으로써 그에 대한 제한을 정당화하는 이론을 발전시켜 왔다. 이에 대해서는 본 장의 제3절에서 미연방대법원의 판례를 서술할 때 판례 평석과 더불어 보다 자세히 서술하기로 한다.

## 제 2 절 포르노그래피와 음란물의 의의

### 1. 포르노그래피의 정의 및 분류

포르노그래피(pornography)는 그리스어로 매춘부를 의미하는 “pornē”와 그에 관한 기록이라는 의미를 담은 “graphos”의 합성어인 “포르노그라포스(pornographos)”에서 유래된 용어로서 대개 “인간의 성적 행위의 사실적 묘사를 주로 한 문학·영화·사진·회화” 내지 “인간의 성적 행위를 직접적이고도 노골적으로 묘사하거나, 또는 음란하고 비속한 성적 흥분을 일으키기 위해서 만들어지는 소설·잡지·회화·영화·사진·비디오·만화 등의 총칭”이라고 정의된다.<sup>10)</sup> 줄여서 포르노(porno)라고 부르기도 한다. 좁은 뜻의 포르노그래피는 우리나라의 전통적인 호색문학보다는 주로 현대적·서구적인 성 노골적 표현물을 지칭하는 것으로 사용된다. 포르노그래피는 사회학적·예술적 개념으로 이해되며 시대에 따라 표현 내용이나 방식 등의 추세가 달라진다. 노골적 성행위를 묘사한 폼페이 벽화나 고대 인도의 성교에 관한 기술 해설서인 『카마수트라(Kamasutra)』 등이 고대의 포르노그래피로 이해되고 있고 르네상스기에 이탈리아인인 보카치오가 쓴

10) 『두산세계대백과』 26, 두산동아, 1998, 599면; 『학원세계대백과사전』 30, 학원출판공사, 1993, 282면; 이하 포르노그래피에 대한 개괄적 서술은 모두 이 자료들 및 『브리태니커 세계 대백과사전』 23, 한국 브리태니커, 2002, 452면의 “포르노그래피” 항목을 바탕으로 이루어진 것이다.

『데카메론(Decameron)』이나 마르그리트의 『엠포타메롱(L'Heptaméron)』 등은 인간의 사랑을 문학적으로 다룬 것으로서 중세 포르노 문학의 걸작으로 꼽힌다. 그러나 18세기 이후에는 쾌락주의가 번창하여 문학적 가치는 거의 결여된 채로 성적 흥미에만 호소하는 포르노그래피가 많아졌고 특히 빅토리아 시대에는 성적 주제를 다루는 것이 금기시되었음에도 오히려 이에 대한 반발로 인하여 더욱 성욕 촉발에만 호소하는 포르노그래피가 유행하였다. 20세기 이후 사진술·영화술이 발달하면서 시각적 포르노그래피가 폭발적으로 늘어나게 되어 포르노그래피 문학은 설 자리를 잃게 되었다. 포르노그래피가 오로지 성욕에만 호소하는 외에 별도의 문학적 가치를 지니지 않는 것을 지칭하는 음란이라는 용어와 혼용되는 것도 성욕에만 호소하는 시각적 묘사가 현대의 포르노그래피의 주류를 이루는 것에 기인한다. 그러나 포르노그래피의 역사에 관하여 전술한 내용을 고려하면, 성 노골성(sexual explicitness)이라는 표지를 갖추고 있는 표현물은 모두 포르노그래피에 해당하는 것이며 포르노그래피는 예술적·문학적·심미적 가치를 지니는 성 표현물까지도 포함하는 것임을 주지할 필요가 있다.

포르노그래피는 다시 하드코어(hard-core) 포르노그래피와 소프트코어(soft-core) 포르노그래피로 유형화된다. 양자의 구별의 경계가 다소 불분명한 측면이 있는 것은 사실이나 일반적으로는 성 표현의 노골성의 정도 및 성행위의 묘사 방식이 일반적인 성행위의 양태(樣態)에 반하는 정도에 따라 구별하는 것으로 보인다. 먼저 하드코어 포르노그래피는 일반인의 지배적인 성적 가치관과 직접 배치되고 어떠한 예술적·사회적 가치도 지니지 못하는 것으로서, 오로지 성적 흥분을 자극할 의도로 성행위를 현저하게 노골적인 방법으로 묘사한 것이다. 하드코어 포르노그래피는 주로 폭력적인 성관계, 인간의 지위 저하와 품위 손상을 수반한 성관계, 수간(獸姦), 근친상간, 동성애, 혼음 등의 내용을 포함하는 것으로 이해된다.<sup>11)</sup> 반면에 소프트코어 포르노그래피는 하드코어 포르노그래피에 해당하지 않

11) 김영환·이경재, “음란물의 법적규제 및 대책에 관한 연구 - ‘포르노그래피(pornography)’에 대한 형사정책적 대책”, 『연구총서』 제20권, 한국형사정책연구원, 1991, 147-148면.

는 성적 표현물로서 인간의 나체나 성기 혹은 자연스러운 성행위 등을 표현한 것을 의미한다.<sup>12)</sup> 결국 성 노골적 표현물에 해당한다면 광범위하게 포르노그래피에 해당하며 이러한 표현물 중에서도 표현 방식이 노골적이고 그 내용이 통상적인 성적 도의관념에 반하는 것으로서 전적으로 성적인 흥미에만 호소하는 것이라고 인정되는 것에 한하여 하드코어 포르노그래피, 그렇지 않은 것을 소프트코어 포르노그래피라고 지칭할 수 있다. 다만 경우에 따라서는 성 행위를 표현한 것이라 하더라도 포르노그래피의 개념 표지인 ‘성 노골성(sexual explicitness)’의 정도가 미약한 정도라면 단순한 성 표현물에의 해당은 별도로 논할 여지가 있더라도 포르노그래피라고는 볼 수 없다. 이에 따르면 우리나라에서 적법하게 유통되는 성인비디오나 온라인에서 허가를 받아 유통되는 동영상 등은 실제 삽입에 의한 성관계를 보여주는 것이 아니라 성행위를 연출(simulate)하는 정도에 불과하기 때문에 소프트코어 포르노라고도 볼 수도 없게 된다.<sup>13)</sup> 또한 표현물이 전체적으로 보았을 때 주로 성적 행위의 묘사에 초점을 두고 있어야 한다는 점에서 영화의 극히 일부분에 성행위를 묘사하는 장면이 등장한다는 이유만으로는 포르노그래피에 해당한다고 단정 짓기 어렵다.

통상적으로 포르노그래피와 유사한 의미로 혼용되는 것으로 음란(Obscenity)을 들 수 있다. 음란물이란 사전적 정의에 따르면 “음탕하고 난잡한 것”으로서 일반적으로 오로지 성적인 흥미에만 호소하는 표현물로서 성욕 내지 성적 호기심의 충족 외에 별다른 가치나 기능이 없는 표현물을 지칭하는 개념으로 사용된다. 포르노그래피가 보다 넓은 의미의 비법률적·문화적 용어로서 성적 노골성에도 불구하고 나름의 예술성·문학성을 지니고 있는 표현물까지도 포괄하는 개념이라면, 음란이라는 용어는 노골적 성행위 묘사 외에 별다른 기능이 없다고 인정되는 것으로서 주로

12) 소프트코어 포르노는 남녀 간의 실제 성행위를 묘사한 것이지만 직접 성기가 드러나지 아니하는 것이고 하드코어 포르노는 성기 노출을 포함하여 동성애나 수간 등까지도 적나라하게 표현한 것이라고 보는 견해로 김연수, 『사이버 포르노그래피』, 진한도서, 2003, 37면 참조.

13) 다만 이는 성인의 성적 행위를 표현한 포르노그래피의 경우에 한정되는 서술이며 아동의 성행위를 표현한 것이면 성행위의 묘사(simulate)에 지나지 않는 경우에도 아동 포르노그래피에 해당할 수 있다. 이에 대해서는 제3장에서 상세히 후술한다.

법률적 차원에서 금지의 대상으로 삼고 있는 성 표현물을 가리킬 때 사용된다. 이러한 개념은 20세기 말부터 서양 사회에서 정립되고 있는 것으로, 성인 포르노그래피는 음란성 요건을 지니고 있는지 여부를 검토하여 그렇지 않은 포르노그래피는 허용하는 방향으로 규범을 개정해가고 있는 것이 일반적인 경향이라 할 수 있다.<sup>14)</sup> 한편 우리나라의 실정법상 성 표현의 규제에 관하여 포르노그래피라는 용어는 등장하지 않고 일률적으로 ‘음란’이라는 용어만이 등장하는데, 후술하는 바와 같이 현행법상 음란이라는 것이 구체적으로 무엇인지에 대하여 충분하게 구체화되어 있지 않은 경우가 많아 이에 대하여 대법원과 헌법재판소가 판시하는 내용이 다르다. 이에 이 글에서는 양자를 모두 소개하고 양자 중 보다 타당한 것이 무엇인지를 밝힌 후 미연방대법원이 음란에 대하여 판시한 내용을 참고하여 음란 개념에 대하여 명료화하기로 한다.

## 2. 음란 개념에 관한 고찰

### 가. 현행법상의 음란 개념

음란이란 주로 규범적인 용어로서 실정법에서 쓰이는 용어라는 점은 전술하였다. 현재 실정법상으로 음란에 대하여 직접적으로 제한을 가하는 내용의 조항을 담고 있는 법률은 형법과 정보통신망을 필두로 하여 약 20가지 정도에 이른다. 이 법률들은 성격에 따라 ① 형법 일반 혹은 형의 집행에 관련된 영역에서의 조항을 둔 법률,<sup>15)</sup> ② 아동의 권익을 보장하기

14) 심희기, “아동 포르노그래피와 한국의 청소년 정보보호법”, 『비교형사법연구』 제5권 제2호, 한국비교형사법학회, 2003, 889면; 박경신, “가상아동포르노그래피 규제의 위헌성”, 『법학논총』 제21권 제2호, 경상대학교 법학연구소, 2013, 184면 역시 포르노그래피 중에서도 음란한 것과 그렇지 않은 것이 있다고 봄으로써 포르노그래피가 보다 넓은 의미로 쓰이는 것이 국제적 기준에서 보았을 때 일반적인 경향임을 전제로 삼고 있다. 다만 심희기, 앞의 논문, 890면은 우리나라에서는 음란과 포르노그래피가 명확히 구별되지 못하고 있다고 지적한다.

15) ① 「형법」은 제243조 내지 제245조에서 음화 반포 등의 행위, 음화 제조 등의 행위, 공연음란행위를 처벌하고 있으며 ② 「군에서의 형의 집행 및 군수용자의 처우에 관한 법률」 제79조 제3호와 ③ 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」 제92조 제3호는 음란물 등 교화 혹은 건전한 사회복귀를 해칠 우려가 있는

위한 조항을 둔 법률,<sup>16)</sup> ③ 언론·출판·통신 등 특히 표현의 자유와 밀접하게 관련된 영역에서의 성 풍속 유지를 위한 조항을 둔 법률,<sup>17)</sup> ④ 일반적인 직업·경제활동의 영역에서의 성 풍속 유지를 위한 조항을 둔 법률<sup>18)</sup>

물품을 각각 군 수용자 및 수용자의 소지 금지 물품으로 규정한다.

- 16) ① 「아동 복지법」 제17조 제2호는 아동에게 음란한 행위를 시킬 수 없도록 규정하고 있고 ② 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제11조는 아동·청소년이용 음란물의 제작·수입·수출·배포·공연 전시 등을 광범위하게 금지하고 있으며 ③ 「청소년보호법」 제30조는 영리나 흥행을 목적으로 청소년에게 음란한 행위를 하게 하여서는 아니 된다고 규정하고 있다.
- 17) ① 「전파법」 제85조는 무선설비 또는 전선로에 주파수가 9킬로헤르츠 이상인 전류가 흐르는 통신설비로 음란한 통신을 한 자를 처벌하며 ② 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7 제1항 제1호는 보통신망을 통하여 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시하는 내용의 정보를 유통하여서는 아니 된다고 규정한다. ③ 「전기통신사업법」 제32조의7 제1항은 앞서 언급한 「전파법」에 따라 할당받은 주파수를 사용하는 전기통신사업자로 하여금 음란정보에 따른 차단 수단을 제공하도록 하고 있다. ④ 「옥외광고물 등 관리법」 제5조 제2호는 음란하거나 퇴폐적인 내용 등으로 미풍양속을 해칠 우려가 있는 것을 광고물에 표시할 수 없도록 하고 있다. ⑤ 「우편법」 제17조 제1항은 음란물 역시 우편으로 취급되는 것이 부적절하다고 인정되면 우편금지물품으로 고시할 수 있도록 하고 있는데 이러한 우편금지물품은 제52조에 따라 발송이 금지된다. ⑥ 「출판문화산업 진흥법」 제19조 제1항 제1호는 음란한 내용을 노골적으로 묘사하여 사회의 건전한 성도덕을 뚜렷이 해치는 것을 유해간행물로 결정할 수 있도록 하고 있다. 이밖에 ⑦ 「뉴스통신 진흥에 관한 법률」 제9조의3 제2항 제2호와 ⑧ 「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2항 제3호, 그리고 ⑨ 「잡지 등 정기간행물의 진흥에 관한 법률」 제24조 제2항 제3호는 음란한 내용으로 공중도덕이나 사회윤리를 현저히 침해하는 경우 각각 뉴스통신사업, 신문 등, 그리고 정기간행물에 대하여 6개월 이내의 기간 동안 사업 혹은 발행을 정지하거나 법원에 등록 취소 심판을 청구하는 등의 조치를 취할 수 있도록 하고 있다.
- 18) ① 「게임 산업 진흥에 관한 법률」 제28조 제6호는 게임물 관련사업자로 하여금 문화체육부장관이 고시하는 음란물 차단 프로그램 장치를 설치하도록 하며 동법 제32조 제2항 제3호는 누구든지 음란 등을 지나치게 묘사하여 범죄 심리 등을 부추기는 등 사회질서를 문란하게 할 우려가 있는 게임물을 제작 또는 반입하여서는 아니 된다고 규정한다. ② 「성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률」은 제18조 제1항 제4호에서 위계 또는 위력으로 음란한 내용을 표현하는 영상물 등을 촬영하는 행위를, 제20조 제1항 제1호에서 형법상 공연음란행위 등을 하도록 직업을 소개·알선할 목적으로 광고를 하는 행위를 처벌한다. ③ 「유선 및 도선 사업법」은 제12조 제5항 제7호에서 유선사업자, 선원, 그 밖의 종사자에게 유선 및 유선장에서 음란행위 등 선량한 풍속을 해치는 행위를 하여서는 아니 된다고 규정하고 있고 제18조 제1항 제5호에서는 도선사업자, 선원, 그 밖의 종사자에게 도선 및 도선장에서 음란행위 등 선량한 풍속을 해치는 행위 하여서는 아니 된다고 규정하고 있다. ④ 「직업안정법」 제46조 제1항 제2호는 성매매 목적의 인신매매나 그 밖의 음란한 행위가 이루어지는 업무에 취업하게 할 목적으로 직업소개, 근로자 모

의 네 가지 범주 정도로 유형화할 수 있다. 우리 실정법은 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제2조 제5호의 아동·청소년이용음란물의 경우를 제외하고는 대부분 음란이 무엇을 가리키는지에 대한 구체적인 정의를 내리지 않고 있으며 어떠한 유형의 표현이 음란에 해당하는지 상세하게 규정하지도 않고 있다. 그러나 사회학 용어로서의 포르노그래피와는 달리 음란은 실정법에 규정된 용어로서 재판 실무에서 현실적으로 직접 적용되어야 할 성질의 개념이기 때문에 어떠한 경우가 음란에 해당하고 어떠한 경우에는 그렇지 않은지에 대한 현시대의 기준을 명확하게 정립하여야 할 필요성이 매우 크다. 이는 법률의 해석에 관한 문제이므로 최고기관의 성격을 지닌 대법원과 헌법재판소가 ‘음란’을 어떻게 해석하는지가 매우 중요한 사항이기에 이에 대하여 상술한다.

## 나. 대법원 판례의 동향

대법원은 음란한 표현이란 “일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것”이라고 판시하여 포르노그래피 표현물 중에서도 음란물의 개념을 광범위하게 설정하는 견지를 취하여 왔다.<sup>19)</sup> 이러한 음란 개념에 따르면 문학적·예술적 가치 등을 지닌 소프트코어 포르노에 해당하더라도 성 노골성(sexual explicitness)이라는 표지만 갖추고 있다면 음란 표현에 해당할 수 있다. 실제로 이러한 맥락에서 대법원은 “예술성과 음란성은 차원을 달리하는 관념이므로 어느 예술작품에 예술성이 있다고 하여 그 작품의 음란성이 당연히 부정되는 것은 아니라 할 것이고, 다만 그 작품의 예술적 가치, 주제와 성적 표현의 관련성 정도 등에 따라서는 그 음란성이 완화되어 결국은 형법이 처벌대상으로 삼을 수 없게 되는 경우가 있을 수 있을

---

집 혹은 근로자 공급을 한 자를 처벌한다. 마지막으로 ⑤ 「풍속영업의 규제에 관한 법률」은 제3조 제2호에서 풍속영업자나 풍속영업소로 하여금 음란행위를 하게 하거나 이를 알선 또는 제공하는 행위를 할 수 없도록 하며 동조 제3호에서는 음란한 물건에 대한 반포·판매·대여 등의 행위를 금지하고 있다.

19) 대법원 1995. 6. 16. 선고 94도1758 판결; 대법원 1997. 8. 22. 선고 97도937 판결 등 참조.

뿐이다.”라고 판시하기도 하였다.<sup>20)</sup>

어떠한 표현물이 음란성을 지닌 것인지에 대한 판단 기준에 대해서는 “문서의 음란성의 판단에 있어서는 당해 문서의 성에 관한 노골적이고 상세한 묘사 서술의 정도와 그 수법, 묘사 서술이 문서 전체에서 차지하는 비중, 문서에 표현된 사상 등과 묘사 서술과의 관련성, 문서의 구성이나 전개 또는 예술성 사상성 등에 의한 성적 자극의 완화의 정도, 이들의 관점으로부터 당해 문서를 전체로서 보았을 때 주로 독자의 호색적 흥미를 돋우는 것으로 인정되느냐의 여부 등의 여러 점을 검토하는 것이 필요하고, 이들의 사정을 종합하여 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 그것이 공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고, 선량한 성적 도의관념에 반하는 것이라고 할 수 있는가의 여부에 따라 결정되어야 한다.”고 판시한 바 있고<sup>21)</sup> 이러한 음란성을 갖추고 있는지 여부를 판단함에 있어 “법관이 자신의 정서가 아닌 일반 보통인의 정서를 기준으로 하여 이를 판단하면 족한 것이지 법관이 일일이 일반 보통인을 상대로 과연 당해 문서나 도화 등이 그들의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하거나 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것인지의 여부를 묻는 절차를 거쳐야만 되는 것은 아니라고 할 것”이라고 판시<sup>22)</sup>하여 다소 보수적인 성향을 띠는 법관이 아닌 일반인의 관점을 기준으로 음란성 여부를 판단하여야 한다고 보았다.

#### 다. 헌법재판소 판례의 태도

전술한 바와 같이 ‘음란’에 대하여 구체적인 의미를 명시하지 않고 있는 현행법의 방식에 대하여 헌법재판소는 처벌법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 정형적이게 될 경우에는 부단히 변화하는 다양한 생활관계를

---

20) 대법원 2002. 8. 23. 선고 2002도2889 판결; 대법원 2000. 10. 27. 선고 98도679 판결 등 참조.

21) 대법원 1995. 6. 16. 선고 94도2413 판결 참조.

22) 대법원 1995. 2. 10. 선고 94도2266 판결 참조.



제대로 규율할 수 없게 된다는 점,<sup>23)</sup> 어떠한 표현을 ‘음란’으로 보아 금지 내지 규제의 대상으로 삼아야 하는지는 가변적인 사항으로서 당해 시대의 지배적인 가치관 내지 윤리관 등을 반영하여 판단하도록 할 필요가 있다는 점에서 다소 광범위하게 규정할 필요가 있다는 점,<sup>24)</sup> 어떠한 행위가 음란에 해당하는지를 구체적으로 일일이 열거하는 것은 입법기술상 현저히 곤란하다는 점<sup>25)</sup> 등을 고려할 때 정당화될 수 있다고 보며, 일관되게 실정법상의 음란 개념은 명확성 원칙에 반하지 않는다고 보고 있다.<sup>26)</sup> 헌법재판소는 종래 1998. 4. 30. 95헌가16 결정에서 저속과 음란의 정의를 실시하면서 양자의 헌법적 보호 여부를 구분하였다. 즉, 동 결정에서 헌법재판소는 저속한 표현은 헌법적 보호범위에 속하였다는 것을 전제로 하여 저속한 출판물을 형사 처벌하도록 한 규정은 명확성의 원칙에 반하는 것이라고 보았다. 반면에 실정법상의 음란 개념은 명확하다는 전제하에 “인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성 표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것”이라고 판시하였다. 이는 대법원이 제시한 음란 개념과는 다소 차이가 있다. 즉, 대법원의 기준에 따르면 특정한 포르노그래피 표현물이 성적으로 노골적인 내용을 담고 있어 성적 흥분을 유발할 수 있는 표현물이라면 그것이 나름의 문학적, 예술적 가치를 지니는 표현물이라 하더라도 음란한 표현에 해당할 수 있게 되지만, 헌법재판소의 기준에 따르면 성욕을 유발하고 다소 선정적인 측면이 있더라도 그것이 ‘인간의 존엄 내지 인간성을 왜곡하는 것<sup>27)</sup>으로

23) 헌법재판소 2000. 2. 24. 99헌가4 결정 참조.

24) 헌법재판소 2009. 5. 28. 2006헌바109결정; 헌법재판소 2013. 8. 29. 2011헌바176 결정 등 참조.

25) 헌법재판소 2009. 5. 28. 2006헌바109 결정 참조.

26) 헌법재판소 1998. 4. 30. 95헌가16 결정; 헌법재판소 2009. 5. 28. 2006헌바109결정; 헌법재판소 2013. 8. 29. 2011헌바176 결정 등 참조.

27) 이인호, “성표현의 자유와 한계”, 『언론과 법』 제7권 제2호, 한국언론법학회, 2008, 36면은 인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 것이란 그 자체가 목적이고 존귀한 존재로서 고려되어야 하는 사람을 쾌락이나 상업적 탐욕을 만족시키는 수단으로 전락시키는 것을 의미한다고 하면서 구체적으로는 수간, 강간, 가학적·피학적 성행위, 근친상간, 기타 성행위의 상대방을 성적인 객체나 물건처럼 비인격적으로 묘사하는 행위 등을 그 예로 제시한다.

서 오로지 성적 흥미에만 호소하는 것'은 아닌 이상 음란 표현에는 해당하지 않게 되는 것이다. 결국 헌법재판소에 따르면 대법원에 따를 때보다 음란성이 훨씬 엄격한 요건 하에 인정되고 이러한 엄격한 의미의 음란 표현이란 단순한 포르노그래피(pornography)나 저속한(indecent) 표현과는 질적으로 구분되는 개념이라고 볼 수 있다. 즉 헌법재판소가 의미하는 음란이란 단순한 소프트웨어 포르노그래피는 포함하지 않으며 후술하는 Miller v. California 판결에서 미국 연방대법원이 수정헌법 제1조의 보호 영역에 속하지 않는다고 보는 음란물(obscurity), 또는 독일 형법 제184조 a에서 반포 등의 행위가 절대적으로 금지되는 폭력적 성표현물, 수간 등 이른바 하드코어 포르노그래피(hardcore pornography)와 유사하거나 그 이상의 해악을 지닌 성적 표현만을 의미한다고 볼 수 있다.<sup>28)</sup>

#### 라. 검토 - 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상의 음란 개념을 중심으로

헌법재판소에 따르면 음란은 하드코어 포르노에 한정될 것이나 법원의 기준을 취하면 소프트웨어 포르노 역시도 인간의 존엄성을 훼손하였는지 여부와 관계없이 성 노골성의 척도만을 가지고도 “음란”에 해당한다고 판단되어 처벌 대상이 된다. 우리의 수사기관과 법원의 실무 현실은 대법원의 기준을 취하여 사실상 포르노와 음란을 구분하지 않고 소프트웨어 포르노그래피까지도 처벌의 대상으로 삼고 있다고 평가할 수 있다.<sup>29)</sup>

헌법재판소의 태도, 즉 음란이 하드코어 포르노그래피에 한정된다는 입장을 취하게 되면, 성 표현물의 제한에 대하여 포르노그래피라는 개념을

28) 헌법재판소 2009. 5. 28. 2006헌바109 결정 중 선례변경에 대한 반대를 개진한 재판관 김희옥, 재판관 이동흡, 재판관 목영준의 별개의견. 이와 더불어 김용화, 아동 포르노 근절에 관한 연구, 『영남법학』 제31권, 영남대학교 법학연구소, 2010, 398면 역시 헌법재판소의 음란 개념을 취하게 될 경우 포르노그래피의 일부, 즉 하드코어 포르노그래피만이 음란에 해당하게 된다고 보아 포르노그래피가 음란보다 넓은 개념이라고 설명한다.

29) 김용화, 앞의 논문, 399면; 조국, “음란물 또는 포르노그래피 소고”, 『서울대학교 법학』 제44권 제4호, 2003, 141-142면.

사용하지 않고 음란이라는 용어만을 사용하고 있는 현행법 체계 하에서 청소년 보호나 원하지 않는 성인의 접근 차단이라는 공공복리를 위하여 소프트코어 포르노그래피를 제한할 필요가 있을 때조차 규제의 법적 근거가 사라지는 난점이 생기게 된다.<sup>30)</sup> 결국 성 표현 규제에 관한 현행 법체계를 광범위하게 수정하지 않는 이상, 현행법상 음란 개념에 소프트코어 포르노그래피를 포함시키는 대법원의 기준을 차용하는 것은 일종의 필요악이라고 볼 수도 있다. 그러나 모든 법률상의 음란을 동일한 의미로 해석하여야 하는 것은 아니며<sup>31)</sup> 필요성을 구체적으로 검토하여 일정한 법률상의 음란은 다른 법률상의 음란보다 좁게 해석하는 가능성을 모색하는 것이 기본권의 최대 보장이라는 헌법 정신에 보다 합치된다. 그렇다면 적어도 오프라인 공간이 아닌 인터넷상의 음란 표현의 전파를 무조건적으로 금지하고 있는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의7상의 음란<sup>32)</sup>에 대해서만큼은 헌법재판소의 음란 개념을 차용하여 점진적으로 성적 표현의 자유의 허용 범위를 넓히는 것이 타당하다. 인터넷상의 성 표현의 자유는 다른 방송 매체의 경우나 오프라인상의 성 표현 공개의 자유보다 폭넓게 허용되어야 할 필요성이 크기 때문이다. 하드코어 포르노그래피 외에 소프트코어 포르노그래피를 규제하여야 할 공익은 ① 청소년이 건전한 성 인식을 갖도록 하고 ② 성 표현에의 노출을 원하지 않는 성인이 불쾌감을 느끼지 않게 하도록 하는 것의 두 가지로 대변

30) 가령 형법상 공연음란죄에서의 음란을 하드코어의 경우에만 한정한다고 한다면 대중 앞에서 성기를 노출하는 경우라도 소프트코어에 해당하여 처벌할 수 없게 되고 당해 조항은 형해화되는 결과가 초래될 것이다.

31) 현행법은 성 노골성의 정도를 고려하지 않고 상황에 관계없이 일률적으로 “음란”이라는 용어를 사용하고 있어 혼란을 야기하고 있다. 이인호, 앞의 논문, 13-14면 역시 이러한 현행법 체계에 대하여 같은 “음란”이라는 용어를 사용하는 경우라도 ‘진정음란’의 경우와 ‘부진정음란’에 해당하는 경우로 나누어진다고 본다. 결국 현행법이 일률적으로 성표현물 금지에 대하여 “음란”이라고 규정하고 있는 것의 문제점을 해석에 의하여 극복하는 것 역시 법의 적극적인 개정 이전 시점까지는 나름의 정당성이 인정된다고 볼 수 있을 것이다.

32) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제44조의7(불법정보의 유통금지 등)

① 누구든지 정보통신망을 통하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보를 유통하여서는 아니 된다.

1. 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시하는 내용의 정보

될 수 있을 것이다.<sup>33)</sup> 이러한 법익을 준수할 수 있는 한도 내라면 경우에 따라서 소프트웨어 포르노그래피는 비(非)범죄화의 대상이 될 수도 있다.<sup>34)</sup> 일방적 전파를 특징으로 하는 공중파 방송 매체의 경우와는 달리 인터넷 공간은 가장 참여적인 시장이며 표현의 쌍방향성이 보장되어 정보 이용자가 정보 수령 여부를 주체적으로 결정할 수 있는 지위에 있다고 할 수 있다. 이에 헌법재판소 역시 “표현에 대하여 질서위주의 사고만으로 규제하려고 할 경우 표현의 자유의 발전에 큰 장애를 초래할 수 있다. 표현매체에 관한 기술의 발달은 표현의 자유의 장을 넓히고 질적 변화를 야기하고 있으므로 계속 변화하는 이 분야에서 규제의 수단 또한 헌법의 틀 내에서 다채롭고 새롭게 강구되어야 할 것이다.”라고 판시<sup>35)</sup>한 바 있다. 이러한 인터넷 공간의 특성과 성 표현물 유통에 관한 오늘날 우리나라의 현실을 고려하면, 최소한 온라인 공간에서의 소프트웨어 포르노그래피의 유통은 청소년의 접근 차단 조치를 취하도록 하는 조건을 붙여서라도 허용할 여지가 있다. 그러나 법원과 수사기관은 소프트웨어 포르노그래피 역시도 유통이 일률적으로 금지되는 현행 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상의 음란에 해당한다고 보아 처벌대상으로 삼고 있는데 이는 과도한 규제로 볼 여지가 크다. 뿐만 아니라 이미 성 표현물이 범람하여 온라인 공간에서 포르노그래피를 어렵지 않게 입수할 수 있는 우리나라의 현실을 고려할 때, 소프트웨어 포르노그래피의 경우에까지 가벌성을 무리하게 확장하여 법 집행력을 떨어뜨리거나 선별적인 단속으로 인하여 자의적인 법 집행이라는 비난에 휩싸이기보다는 가벌성의 범위는 축소하되 법 집행 자체는 확실하게 하는 것이 더욱 효과적이라는 점을 고려하여야 한다. 다시 말해 온라인 공간에서는 하드코어 포르노그래피인 경우와 촬영 대상자의 의사에 반하여 성행위 장면을 촬영한 동영상을 올렸다는 사정 등으로 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반에 해당하

33) 이인호, 앞의 논문, 14면.

34) 임웅, 『비범죄화의 이론』, 법문사, 1999, 91-92면은 음란물의 형법적 규제의 근거로서 흔히 제시되는 ‘공공의 성적 수치심·도의심’이나 ‘건전한 성 풍속’이라는 것은 내용 없는 空公式에 불과하고 그 자체로서는 형법적 보호의 대상이 될 수 없으며 음란물이나 음란행위의 처벌의 필요성은 ‘사회적 유해성’의 각도에서 일정한 침해나 침해의 위험성이 있는지 여부를 기준으로 판단하여야 한다고 한다.

35) 헌법재판소 2002. 6. 27. 자 99헌마480 결정.

는 경우,<sup>36)</sup> 그리고 제4장에서 상세히 서술할 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에 위반되는 표현물인 경우에 한하여 수사·기소의 대상이 되도록 하여 처벌의 대상은 좁히되 법 집행력은 확실하게 확보하는 것이 음란물 유포에 관한 구성요건 조항을 통하여 추구하는 공익을 보다 더 효과적으로 달성할 수도 있다는 점 역시 염두에 둘 필요가 있다.

예술과 학문은 기성의 관념을 깨뜨리고 그에 대하여 도전하는 것을 본질로 하는 바<sup>37)</sup> 대법원의 기준을 차용하여 성적 도의관념에 현저히 반하는 하드코어 포르노그래피가 아닌 소프트코어 포르노그래피까지 음란물로서 규제하여 인터넷 공간에서의 전파까지도 불허하는 것은 표현의 자유를 침해하는 해석이라고 본다. 정부가 사회적 유해성을 방지하는 것을 넘어 단순한 성 도덕의 영역에 해당하는 영역까지 강제하기 위하여 표현을 제한하는 것은, 당해 표현물이 정상적인 양태(樣態)의 성행위를 묘사하는 것을 넘어 폭력성을 수반하는 등의 이유로 인간의 존엄성을 해치는 경지에 이르렀다고 인정되는 경우가 아닌 한, 타당하지 않다. 다만, 현행법은 상황에 관계없이 성적 표현이나 성적인 행위를 제한할 때 일률적으로 “음란”이라는 용어만을 사용하고 있어 법률상 등장하는 모든 음란을 “하드코어”의 경우로 한정하는 것은 어려울 수 있다. 가령 공연성이 충족되는 상황에서 단순히 성기를 노출한 경우에 하드코어에는 이르지 않고 소프트코어에 그친다고 하여도 형법 제245조가 규정하는 공연음란죄의 음란에 해당한다고 보아야 할 당위성이 크다. 그러나 전술한 바와 같이 이용자의 주체적 지위가 보장된다는 인터넷 공간의 특수성을 고려할 때, 최소한 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상의 음란만큼은 하드코어

---

36) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제13조 제1항은 “카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하거나 그 촬영물을 반포·판매·임대 또는 공공연하게 전시·상영한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고 있다. 이 조항을 위반한 촬영물 등은 소프트코어 포르노그래피라도 처벌 대상이 됨은 당연한데, 이는 사회적 법익으로서의 성도덕의 보호가 아니라 촬영 대상자의 성적 내밀 영역에 해당하는 사생활이라는 개인적 법익을 보호하는 것이 위 법률조항의 목적이라고 볼 수 있기 때문이다.

37) 임웅, 앞의 책, 98면; 조국, 앞의 논문 149면.

포르노그래피에 한정된다고 해석하여 표현의 자유를 보장할 필요가 크다. 결국, 최소한 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상의 음란만큼은 헌법재판소의 음란 개념을 차용하여 포르노그래피라는 보다 광의의 개념 중 일부분을 구성하는 것으로서, 성 노골적 표현물 중에서도 인간의 존엄 혹은 인간성을 왜곡하는 표현물이고 하등의 문학적·예술적·과학적·정치적 가치를 인정할 수 없으며 이에 따라 보호 가치 역시 결여된 것으로 국한하여 해석함이 타당하다. 결국, 인터넷 공간에서 인간의 자연스러운 성행위를 표현한 소프트웨어 포르노그래피의 경우에는 18세 미만이나 원하지 않는 성인에게까지는 공개되지 않도록 한다는 제한조건을 붙여서라도 허용함이 타당<sup>38)</sup>하고 그것이 어렵다면 최소한 법적 처벌의 대상으로 보더라도 관용을 베풀 수 있는 길을 열어주는 것이 표현의 자유를 최대한 보장하여야 한다는 헌법적 요청에 부합한다고 생각된다.<sup>39)</sup>

### 3. 소결

포르노그래피는 성 노골적인 표현물의 총칭이며 음란이란 실정법상 용어로 사용되고 있다. 현행 실무상으로는 음란과 포르노그래피의 개념이 큰 차이가 없어 현실적으로 포르노그래피는 하드코어/소프트코어 여부를 불문하고 음란에 해당할 수 있으며 현행 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상으로 그 전파가 일률적으로 금지되고 있다고 할 수 있다. 그러나 온라인 공간의 특성과 표현의 자유의 확대·강화라는 이념에 비추어 볼 때 최소한 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률에서는 점진적으로 실무에서도 대법원보다는 헌법재판소가 실시한 음란 개념을 취하도록 하고 소프트웨어 포르노의 규제는 청소년 보호 등 필요한 경우에 한정하여 이루어지도록 하는 것이 타당할 것이다. 결국 음란이란 해석하기에 따라 범위가 달라지는 표현물로서 포르노그래피의 전부 혹은 일부만을 포함할 수 있는 가변적 개념이라 하겠다.

38) 임웅, 앞의 책, 98-99면 역시 법관의 해석에 의하여 사실상 음란을 비범죄화하여 한다는 주장을 전개한다.

39) 조국, 앞의 논문, 149면 역시 같은 취지의 주장을 전개한다.

# 제 3 절 음란이 표현의 자유의 보호영역에 해당 하는지 여부

## 1. 헌법재판소의 태도

### 가. 변경 전 95헌가16 결정<sup>40)</sup>의 요지

헌법재판소가 음란 표현을 “인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성 표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것”이라고 판시한 바 있음은 전술하였다. 당해 판례에서 헌법재판소는 이러한 음란 표현은 언론·출판의 자유에 의하여 보호되지 않는다고 판시하면서 그 근거로 사회의 건전한 성도덕을 크게 해치고 사상의 경쟁메커니즘에 의하여서도 그 해악이 해소되기 어렵다는 점을 들었다.

### 나. 변경 후 2006헌바109 결정<sup>41)</sup>의 요지

전술한 95헌가16 결정 이후 헌법재판소는 2006헌바109 결정에서 음란의 개념 정의는 변경하지 아니하였지만<sup>42)</sup> 음란이 표현의 자유의 보호영

40) 헌법재판소 1998. 4. 30. 95헌가16 결정.

41) 헌법재판소 2009. 5. 28. 2006헌바109 결정.

42) 헌법재판소는 본 결정에서 정보통신망을 통하여 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공연히 전시한 자를 처벌하는 구 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제65조 제1항 제2호에 대하여 “단순히 저속하다거나 문란한 느낌을 준다는 정도를 넘어서서 ‘존중·보호되어야 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’으로서, 사회통념에 비추어 전적으로 또는 지배적으로 성적 흥미에만 호소하고 하등의 문학적·예술적·사상적·과학적·의학적·교육적 가치를 지니지 아니하는 것’만이 음란물에 해당되어 이 사건 법률조항에 의한 법적 규제를 받게 되는 점”을 중대하게 고려하여 침해의 최소성에 반하지 않는다고 판시하였다. 이를 보면 헌법재판소는 변경 판례에서도 음란 개념을 단순한 성 표현물보다 훨씬 범위를 좁혀서 이해하였던 기존의 태도를 여전히 유지하고 있다고 볼 수 있다.

역 해당하는지 여부에 대해서는 견해를 변경하여 음란 표현이 헌법상 표현의 자유에 의하여 보호되는 것이나 공공복리 등의 목적을 위하여 헌법 제37조 제2항에 의하여 일정한 경우에 제한될 수 있는 것이라고 판시하였다. 그 논거로서 “음란표현이 언론·출판의 자유의 보호영역에 해당하지 아니한다고 해석할 경우 음란표현에 대하여는 언론·출판의 자유의 제한에 대한 헌법상의 기본원칙, 예컨대 명확성의 원칙, 검열금지의 원칙 등에 입각한 합헌성 심사를 하지 못하게 될 뿐만 아니라, 기본권 제한에 대한 헌법상의 기본원칙, 예컨대 법률에 의한 제한, 본질적 내용의 침해금지 원칙 등도 적용하기 어렵게 되는 결과, 모든 음란표현에 대하여 사전 검열을 받도록 하고 이를 받지 않은 경우 처벌하거나, 유통목적이 없는 음란물의 단순소지를 금지하거나, 법률에 의하지 아니하고 음란물출판에 대한 불이익을 부과하는 행위 등에 대한 합헌성 심사도 하지 못하게 됨으로써, 결국 음란표현에 대한 최소한의 헌법상 보호마저도 부인하게 될 위험성이 농후하게 된다는 점을 간과할 수 없다”는 점을 들었다.

변경된 판례에서 헌법재판소는 “음란표현은 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역 내에 있다고 볼 것인 바, 종전에 이와 견해를 달리하여 음란표현은 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역에 해당하지 아니한다는 취지로 판시한 우리 재판소의 의견(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 340-341)을 변경한다.”고 하여 과거 판례의 법리 중 음란 표현이 헌법상 표현의 자유의 보호영역에서 배제된다는 부분만을 파기하였을 뿐, “음란”이란 무엇인지에 대한 개념 부분에 대해서는 견해를 변경하지 않았다. 즉 음란이란 “인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성 표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것”이라고 하였던 종전의 개념 정의를 그대로 유지한 채 그러한 음란표현이 헌법상 기본권에 의한 보호영역 내에 있는지 여부에 대한 견해만을 변경한 것이다.



## 다. 판례 변경에 대한 찬반론

헌법재판소의 입장을 정리하면, 종래에는 음란 표현을 표현의 자유에 의한 보호영역에 해당하지 않는다고 하였다가 다시 음란 표현이라 하더라도 일단 표현의 자유의 보호영역에 해당한다고 보고 다만 헌법 제37조 제2항에 의하여 이를 제한할 수 있을 뿐이라고 판시하여 견해를 변경하였다고 할 수 있다. 이러한 입장 변경에 대하여 긍정하는 견해와 부정하는 견해가 공존하는데 이에 대해서는 아래에서 자세히 소개한다.<sup>43)</sup>

### (1) 변경 판례인 2006헌바109결정을 지지하는 견해<sup>44)</sup>

음란표현은 표현의 자유에 의하여 보호되지 않는다고 본 변경 전 95헌가16 결정에 대하여 ① 기본권의 보호영역 단계에서조차 일정한 표현을 배제시켜버리는 것은 ‘매우 위험한 문을 닫아버리는 것’인데 구체적인 사건에서 이러한 작업을 하는 것은 문제라는 견해,<sup>45)</sup> ② 이와 비슷한 맥락으로, 사안에 따라 보다 더 구체적·개별적으로 판단하여야 할 필요성이 큰 문제임에도 헌법재판소가 획일적으로 보호영역 단계에서 잘라낸 것은 자유를 크게 위축시키는 것이라는 견해,<sup>46)</sup> ③ 우리는 미국과는 달리 헌법 제21조 제2항이 명문으로 예외 없이 사전검열을 금지함으로써 표현의 자유의 경우 두터운 보호를 하고 있는데 음란 표현을 보호영역에서 애당초

---

43) 이하 음란 표현에 대한 헌법재판소의 견해 변경에 대한 학설의 평가에 관한 자세한 서술은 윤정인, “자유권의 넓은 보호영역 이론”, 『공법연구』 제42집 제2호, 사단법인 한국공법학회, 2013, 187-190면 참조.

44) 여기서 2006헌바109 결정을 지지하는 견해란 이인호 교수가 2000년도에 헌법실무연구회에서 헌법재판소 1998.4.30. 95헌가16 결정에 대하여 발제한 것에 대하여 한수웅, 황도수, 김문현, 방승주, 김문희 등이 토론으로 견해로 제시하는 것(이하 “토론문”이라 칭함)을 윤정인, 앞의 논문, 188면에서 재인용한 것을 의미한다. 엄밀하게는 이러한 의견들은 2006헌바109결정이 나오기 이전에 제시된 것으로서 직접적으로는 95헌가16 결정을 비판한 것이나, 음란 표현을 표현의 자유의 보호영역에 해당하여야 한다고 보는 점에서는 2006헌바109결정을 지지하는 견해라고 보아도 무방할 것이다.

45) 한수웅, 앞의 토론문(주 44), 64면(윤정인, 앞의 논문, 188면에서 재인용).

46) 방승주, 앞의 토론문(주 44), 69면(윤정인, 앞의 논문, 188면에서 재인용).

배제하게 되면 이러한 보호가 배제되고 당해 표현물의 사전억제가 가능하게 되는 문제가 생기므로, 철저한 절차와 검증을 통해서 음란 표현의 보호를 박탈하는 것이 타당하며 일단은 음란 표현을 보호영역에는 해당하여야 한다는 견해<sup>47)</sup>등이 제시되었는데, 이는 음란 표현도 일단은 표현의 자유에 의하여 보호된다고 판시한 2006헌바109결정을 옹호하는 견해와 맥락이 일치한다고 볼 수 있다.

## (2) 변경 판례인 2006헌바109결정을 비판하는 견해

변경 판례를 여러 가지 논거를 들어 비판하는 견해도 존재한다. 일부 문헌은 ① 음란 표현을 표현의 자유의 보호영역에 해당하지 않는다고 보더라도 형벌과 관련된 구성요건 조항에 음란이 규정되어 있는 한 헌법상의 원칙인 명확성의 원칙에 의한 보호가 가능하다는 점,<sup>48)</sup> ② 사전검열 내지 허가 금지는 절대적 금지의 대상의 경우에는 적용이 없으므로 절대적 금지의 대상인 음란 표현을 표현의 자유의 보호영역에서 배제하여 사전검열금지 원칙의 적용을 배제하더라도 문제가 없다는 점,<sup>49)</sup> ③ 음란 표현의 경우에 표현의 자유에 의한 보호를 박탈하더라도 구체적인 사안에서 기본권 주체는 재산권이나 직업의 자유 내지 영업의 자유 등을 주장함으로써 위헌성을 통제할 수 있으므로 문제가 없다는 점,<sup>50)</sup> ④ 음란 표현을 표현의 자유에 의한 보호영역에 해당한다고 하면 음란 표현의 제작 및 유통을 예외 없이 전면적으로 유통시키고 있는 현행법은 본질내용침해금지 원칙에 위반하는 것으로서, 현행법을 자연스럽게 설명하려면 애초에 음란 표현은 표현의 자유에 의한 보호영역에 해당하지 않는다고 하는 것이 낫다는 점<sup>51)</sup> 등을 논거로 하여 음란 표현을 표현의 자유의 보호영역에 해당한다고 판시한 것은 타당하지 않다고 한다. 이에 덧붙여 음란을 표현의

47) 김문현, 앞의 토론문(주 44), 69면(윤정인, 앞의 논문, 188면에서 재인용).

48) 문재완, “음란과 헌법상 표현의 자유의 보호영역 - 헌재 2009. 5. 28. 2007헌바83 결정을 중심으로”, 『언론과 법』 제8권 제2호, 한국언론법학회, 2009, 132면.

49) 앞의 논문, 313-314면.

50) 앞의 논문, 315면.

51) 앞의 논문, 316면; 이인호, 앞의 논문(주 27), 26면.

자유의 보호영역에 해당한다고 보는 순간 성희롱도, 사기죄의 구성요건인 기망도 모두 표현의 자유의 보호영역에 해당한다고 보아야 하는데 헌법재판소가 아무런 실익 없이 판도라의 상자를 연 것을 어떻게 수습할 것인지 걱정된다고 비판한다.<sup>52)</sup>

## 2. 미연방대법원의 태도 - Miller v. California 판결<sup>53)</sup>을 중심으로

### 가. Miller v. California 판결의 요지

미연방대법원이 음란물의 헌법상 보호여부에 관하여 내린 지도적인 판결로는 Miller v. California 판결을 들 수 있다. Miller 판결에서 연방대법원은 음란물은 수정헌법 제1조의 보호영역에 해당하지 않는다는 기존의 태도를 고수한 채, 헌법적인 보호영역에서 배제되는 음란물에 해당하기 위한 요건으로 세 가지를 제시하였다. 즉, ① 객관적 평균인의 관점에서 보아 동시대의 지역사회의 기준을 적용하였을 때 전체적으로 호색적인 흥미(prurient interest)에 호소하고 있는지 여부,<sup>54)</sup> ② 적용 가능한 주(州)의 법률이 구체적으로 정의하는 성적인 행위를 명백히 불쾌한 방법으로(in a patently offensive way) 묘사하고 있는지 여부, ③ 당해 표현물이 전체적으로 보아 중대한 문학적·예술적·정치적 또는 과학적 가치를 결여하고 있는지 여부를 기준으로 심사 대상인 표현물이 음란성(Obscenity)을 지니는지 여부를 판단하여야 한다고 판시하였다.

### 나. 판결의 평석

---

52) 문재완, 앞의 논문, 325면.

53) Miller v. California, 413 U.S. 115(1973).

54) ‘prurient interest’란 단순히 성욕을 자극하는 정도가 아니라 “unhealthily or excessively interested in sexual matters(병적으로 또는 지나치게 성적 문제에 관심을 보이는)”의 의미라는 평식이 존재한다. 이에 대하여는 이인호, 앞의 논문(주 27), 37면 참조.

미연방대법원은 Miller 판결을 통해서 표현의 자유에 의한 보호가 배제되는 음란에 해당하기 위하여 필요한 세 가지 요건을 판시하였다. 구체적으로 표현 방법의 측면에서 “명백히 불쾌한 방법”으로 성적인 행위를 묘사하였는지 여부를, 표현 내용의 측면에서 “중대한 문학적, 예술적, 정치적 또는 과학적 가치 등을 결여하고 있는지 여부”를 검토하고 있는데 이에 따르면 하드코어 포르노그래피는 음란에 해당할 가능성이 높은 반면, 하드코어에 해당하지 아니하는 것으로서 자연스러운 성행위를 묘사한 표현물의 경우에는 음란에 해당하지 않을 가능성이 높다.

한편, 제1절에서 전술한 바와 같이 수정헌법 제1조에 따르면 미연방의회는 표현의 자유를 제한하는 법률을 제정할 수 없다. 동 조항을 엄격하게 문리 해석할 경우 표현의 자유를 제한하는 어떠한 법률도 제정할 수 없게 되며 실제로 과거 미연방대법원의 Black 대법관은 절대주의적 입장에서 표현의 자유를 제한하는 입법 자체가 금지되는 것이라는 해석론을 전개하기도 하였다.<sup>55)</sup> 그러나 표현의 자유도 공익상의 목적을 위하여 일정 한계를 준수하는 한도 내에서는 제한될 수 있어야 한다는 점에 대하여 이견을 제기하기는 어려울 것이며 실제로 미연방대법원에서도 다양한 논리적 근거들을 개발하여 표현의 자유를 실질적으로 제한하고 있다. 그리하여 미연방대법원은 표현의 자유를 보장함으로써 얻을 수 있는 이익과 표현의 자유를 제한함으로써 달성할 수 있는 공익 혹은 사익을 비교·형량하여 표현의 자유의 제한이 헌법적으로 정당화되는지 여부를 결정하는 태도를 주로 견지하게 되었다.<sup>56)</sup> 그런데 음란의 경우와 같이 일정한 유형의 표현은 애당초 수정헌법이 보호하는 표현이 아니라고 판시함으로써 표현의 규제에 대한 정당성 여부에 대한 판단을 표현의 자유의 보호영역의 설정 문제로 환원하는 경향을 보이게 되었다.<sup>57)</sup> 이는 미국 헌법상으로는

55) *Konigsberg v. State Bar of California*, 366 U.S. 36, 61(1961) 참조.

56) 강승식, 앞의 책, 499면 참조.

57) 예를 들어 미연방대법원은 *Chaplinsky* 판결(*Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568)에서 도발적 표현(fighting words)의 경우 음란·저속(profane)한 표현 및 모욕적 표현 등과 더불어 수정헌법 제1조의 보호를 받지 못한다고 판시하였다. 다만, 1989년 *Johnson* 판결(*Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397) 등을 대표로 하여 미연방대법원은 수정헌법이 보호하지 않는 “도발적 표현”의 범위를 점차 좁혀

우리나라의 헌법 제37조 제2항과 같은 일반적 법률유보조항이 존재하지 않는 점, 수정헌법 제1조의 문언에 비추어 일정한 표현을 헌법상 보호되는 표현으로 인정하는 순간 그러한 표현을 제한하기가 어려워지기 때문에 애초에 보호가치가 낮은 유형의 표현들은 표현의 자유의 보호영역에조차 해당하지 않는다고 보아야 표현의 제한을 정당화하기가 이론적으로 쉬워지기 때문인 것으로 판단된다. 음란 표현에 관한 Miller판결의 법리를 우리나라에 차용할지 여부를 고찰할 때 역시 이러한 헌법 구조적 차이를 간과하지 않도록 하여야 할 것이다.

### 3. 검토

이상으로 음란 표현이 헌법상 표현의 자유의 보호영역에 해당하는지 여부에 대하여 우리나라 헌법재판소의 최근 견해와 미국 연방대법원의 견해가 다르다는 점을 상술하였다. 음란 표현을 우리 헌법 제21조의 표현의 자유에 해당한다고 볼지 여부를 판단함에 있어 대조적인 태도를 보이고 있는 양 국가의 최고법원의 태도를 자세히 고찰하고 평석하는 것은 의미 있는 작업이라 하겠다.

만약 음란 개념에 대하여 헌법재판소의 정의를 차용함을 전제로 한다면 음란이라는 개념 자체로써 이를 헌법이 보호하는 표현의 자유의 범위에서 배제하여야 한다는 견해도 타당한 측면이 있다. 단순한 성 표현물이 아니라 “인간의 존엄성 내지 인간성을 왜곡”시키는 표현물인 음란물까지도 과연 기본권에 의하여 보호하는 것이 논리적으로 타당한 것인지 의문이 있을 수 있기 때문이다. 그러나 전술한 바와 같이 소프트코어 포르노그래피까지도 음란으로서 처벌될 수 있는 법원 실무를 특히 염두에 둘 경우, 음란 표현도 표현의 자유의 보호영역에 해당하되 헌법 제37조 제2항을 근거로 하여 공익<sup>58)</sup>을 위하여 법률에 의하여 제한할 수 있다는 이론 구성이

---

Chaplinsky 판결에서의 법리를 제한하려는 추세에 있다고 한다. 이에 대한 자세한 서술은 강승식, 앞의 책, 517-522면 참조.

58) 박기범, “아동성범죄와 인터넷상의 아동 포르노그래피”, 『형사정책연구』 제69권,

다음과 같은 점에서 보다 타당할 것이다.

첫째, 표현의 자유의 보호영역은 가급적 넓게 인정하여야 할 것이며 음란 표현을 보호영역 단계에서부터 잘라내어야 할 절박한 필요성이 인정되지 않는다. 기본권의 보호영역은 가급적이면 넓게 인정할 필요가 있으며 특정한 행위를 애당초 기본권의 보호영역에서조차 배제하는 것은 그러한 행위가 일정한 법익을 사회 통념상 용인될 수 없을 정도로 침해하는 것이 명확히 가시화(可視化)된다고 볼 수 있는 경우에 한하여 필요최소한도로 행하여야져야 할 것이다. 이는 기본권의 보호영역을 좁게 설정할 경우 기본권에 의하여 보호되지 않는 행위의 범위가 넓어지고 이러한 행위의 제한의 위헌성을 평가할 때 부당하게 심사 단계를 앞당김으로써 자유가 크게 위축될 수 있기 때문이다. 물론 그렇다고 하여 기본권이 인간의 모든 행위를 보호하는 것이라고 보기는 어렵다. 가령 기본권의 보호영역의 설정에 대하여 학계에서는 출판업자가 출판을 위하여 종이를 절취하는 행위는 출판의 자유에 의하여 보호되지 않는다고 보며 연극배우가 무대 위에서 살인을 저지르고 예술의 자유를 주장하는 것 역시 기본권의 충돌이 아닌 유사충돌이라고 설명하고 있다.<sup>59)</sup> 또한 일부 저서는 기본권의 보호영역을 설정하는 것이 구체적 사안에서 판단이 쉽지 않음을 지적하면서 예를 들어 교통을 방해한 집회가 집회의 자유의 보호영역에 포함될 것이냐의 여부를 판단함에 있어서는 교통방해의 정도가 많은 영향을 미칠 것이며 이러한 문제의 상당 부분은 규범영역의 분석을 통하여 많은 부분이 해결될 수 있다고 한다.<sup>60)</sup> 종합하자면, 기본권의 보호영역은 자유의 최대 보

---

한국형사정책연구원, 2007, 161-162면에 따르면 2004년 Kanuga & Rosenfeld의 연구로부터 청년층의 포르노그래피에 대한 지속적 노출은 파트너에 대한 신뢰와 정조관념의 상실, 난잡한 성생활 방식의 일상화, 사랑과 결혼에 대한 냉소적 시각의 확대 등의 문제점을 야기하며 나아가 가정 형성 및 자녀 양육에 대한 책임감 내지 의욕 상실 등까지도 초래할 수 있다는 결론을 도출할 수 있다고 한다.

59) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2010, 337-338면; 성낙인, 앞의 책, 336면 참조. 기본권의 유사충돌이란 외양으로는 양 기본권이 충돌하는 경우처럼 보이나 실제로는 어느 한 행위가 기본권의 보호영역에 해당하지 않기 때문에 기본권이 충돌하는 경우가 아닌 경우를 의미하는 것이므로 기본권의 유사충돌에 해당한다는 것은 즉 충돌하는 두 주체의 행위 중 하나가 기본권의 보호영역에 해당하지 않음을 의미하는 것으로 볼 수 있을 것이다.

장의 이념에 비추어 가급적 넓게 인정하는 것이 타당하지만 기본권의 보호영역 설정에도 분명히 일정한 한계가 설정될 수 있다고 볼 수 있다. 이를 고려하면 기본권의 보호영역에서조차 배제되는 행위는 생명을 무고하게 박탈하는 경우와 같이 타인의 기본권의 본질내용을 침해한다고 인정되는 경우에 한한다고 봄이 타당하다.<sup>61)</sup> 그렇지 않은 경우에는 일단은 기본권의 보호영역에 해당한다고 이론 구성하여야 할 것이다. 음란 표현의 내용이 인간의 존엄성을 왜곡하는 측면이 있다고 하더라도 이로 인하여 다른 기본권 주체의 기본권의 본질내용이 직접적으로 침해된다고 평가하기는 어렵다.<sup>62)</sup> 음란이 선량한 풍속 기타 사회 질서 내지 건전한 성적 기풍의 확립이라는 사회적 법익에 위해를 가할 수 있다는 점이 다른 기본권의 본질내용을 침해하는 경우와 같이 기본권의 보호영역 단계에서조차 배제해버려야 하는 논거로까지 기능하기는 어렵다. 더욱이 헌법재판소의 판시 내용과는 달리 법원이나 수사기관이 음란을 인간의 존엄성을 왜곡하는 하드코어 포르노그래피에 국한하지 않고 소프트코어 포르노에도 범위를 넓혀 인정하고 있는 법 집행의 현실에 비추어보면 ‘음란’을 헌법적 보호범위에서조차 배제하는 것은 마땅히 표현의 자유에 의한 보호를 받을 가치가 있는 경우까지도 자유를 크게 위축시킬 위험성이 크다. 결국, 음란 역시도 일단은 표현의 자유의 보호영역에는 해당하되 일정한 공익을 위하여 헌법 제37조 제2항에 의하여 제한할 수 있는 것이라고 보아야 할 것이다.

둘째, 음란 표현을 표현의 자유의 보호영역에서조차 배제할 경우 성 표현 제한의 경우에 표현의 자유 침해 여부라는 헌법적 사안의 최종적 판단이 헌법재판소가 아닌 법원에서 종료하게 되므로 타당하지 않다. 다시 말해 구체적 사안에서 성적 표현이 음란에 해당한다는 점을 들어 공권력이

60) 성낙인, 앞의 책, 356면 참조.

61) 기본권의 보호영역의 한계의 판단기준에 대한 자세한 서술로는 윤정인, “자유권 보호영역의 범위와 한계”, 고려대학교 법학박사학위논문, 2013, 174면 참조. 이 글은 기본권의 보호영역에서의 한계 기준으로서 인간의 존엄성 침해 및 생명 침해 여부를 제시한다.

62) 다만 제3장에서 후술하겠지만 실제 아동 포르노그래피 중 실제 아동에게 실제 혹은 가상의 성행위를 하도록 하는 표현물의 경우에는 이러한 논리가 그대로 적용되지 않아 일종의 예외가 설정된다고 볼 것이다.

부당하게 개인의 성적 표현의 자유를 침해할 경우 그 위헌성에 대한 구체 가능성이 법원단계에서 종결되어 국민은 성 표현 제한에 대하여 헌법재판소에 의한 위헌성 심사를 받을 기회를 박탈당하게 된다는 점에서 음란 역시 일단 표현의 자유의 보호영역에는 해당한다고 보아야 하는 것이다. 이러한 문제는 어느 기본권 주체의 성적 표현이 실제로는 음란한 정도에는 이르지 않았음에도 법원이 당해 표현물을 음란이라고 판단하는 경우에 더욱 커진다. 예를 들어 ① 실제로는 음란한 정도라고 인정할 수 없는데도 ② 음란물을 공연하게 유포한 혐의로 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 위반 혐의로 기소된 자의 경우를 상정하여 본다면, 음란 표현을 표현의 자유의 보호영역에서 배제할 경우에 기본권 주체는 위헌법률심판을 제기할 수는 있을 것이나 구체적인 헌법재판 진행과정에서 법원이 이미 당해 기본권 주체의 표현물이 음란에 해당한다고 판단한 이상 헌법재판소는 더 이상 당해 법률조항의 위헌성 심사에서 표현의 자유의 침해 여부는 검토하지 않게 된다. 반면 음란이 표현의 자유의 보호영역에 해당한다고 보게 될 경우에는 일단 법원이 당해 표현물을 음란이라고 평가하였더라도 어차피 음란 역시 표현의 자유의 보호대상이기 때문에 위헌법률심판 과정에서 헌법재판소는 당해 성 표현물이 음란에 해당하는지 여부와 관계없이 표현의 자유의 침해 여부를 평가하게 되고 기본권 주체는 법원의 잘못된 포섭으로 인하여 표현의 자유 제한의 위헌성 심사를 받을 기회를 부당하게 박탈당하는 불이익을 입지 않게 되는 것이다.

셋째, 미국과 우리의 헌법 구조적 차이를 고려하건대 Miller 판결은 우리의 헌법 현실 속에서도 음란을 표현의 자유에서 배제하여야 하는 적합한 논거로 기능하기 어렵다. 미국의 경우 표현의 자유가 민주적인 정치의 사 형성의 도구가 되는 중요한 기본권이라는 이념 하에 수정헌법 제1조에서 표현의 자유를 제한하는 법률을 제정할 수 없다고 규정함으로써 우리나라와는 달리 표현의 자유의 법적 우월성을 명문으로 선언하고 있다. 즉 미국의 경우 현실적으로 표현 행위를 규제하여야 할 경우가 많음에도 불구하고 일정한 표현이 수정헌법에 의하여 헌법적으로 보호되는 표현으로 인정되는 순간 공익상의 목적 달성을 위하여 이를 제한하기 위한 이론 구



성이 어렵게 된다. 반면에 우리 헌법의 경우 조문의 해석상 절대적 기본권은 존재하지 않으며 각 기본권간 논리적·이념적 서열은 있을 수 있으나 효력 상의 차등은 없다고 보는 것이 통설적이며 판례<sup>63)</sup>의 태도이다. 따라서 우리 실정법 하에서는 어떠한 기본권이라도 일반적 법률유보조항인 헌법 제37조 제2항에 의한 제한이 가능하기 때문에 헌법적으로 보호받는 표현의 보호영역을 상대적으로 확장하여 인정하는 것이 가능한 것이다.<sup>64)</sup> 결국 미연방대법원의 Miller 판결이 음란 표현을 표현의 자유의 보호영역에서 배제한 것은 일반적 법률유보조항이 없다는 특수한 헌법적 구조에 기인한 것일 뿐이므로 이것이 우리나라에서도 음란을 표현의 자유에서 배제하여야 한다는 논거로까지 기능할 수는 없는 것이다.

결론적으로 음란 표현 역시 일단 헌법 제21조가 보호하는 표현에 해당하는 것이며 사회질서·공공복리 등을 위하여 이를 제한할 수 있을 뿐이라고 본 변경 후 헌법재판소의 판례가 타당하다고 본다. 다만 음란 표현을 표현의 자유에 해당한다고 보면서도 일정한 표현이 음란성 요건을 갖춘 경우에는 그 전과를 일률적·전면적으로 금지하고 있는 현행 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률은 표현의 자유의 본질적 부분을 침해한 것이라는 비판은 설득력이 있는 바<sup>65)</sup> 그 위헌성을 시정하기 위하여 음란 중에서도 전과가 전면적으로 금지 되는 부분을 법으로써 명시하고 그렇지 않은 성 표현은 그 전과가 금지되는 상황을 제한적으로 열거하는 법 개정을 진지하게 고려하여 볼 필요가 있다.<sup>66)</sup>

63) 헌법재판소 1996. 6. 13. 94헌바20 결정 참조.

64) 미국과 우리나라의 헌법적 구조의 차이를 지적하며 헌법 제37조 제2항의 존재를 들어 음란표현을 표현의 자유의 보호영역에서 배제하는 미국의 논리가 그대로 타당한 것은 아니라는 비판적 견해를 개진하는 것으로는 한위수, “음란물의 형사적 규제와 표현의 자유: 특히 예술작품과 관련하여”, 『한국헌법학의 현황과 과제(금강김철수교수정년기념논문집)』, 박영사, 1998, 588면 참조.

65) 이에 대한 자세한 내용은 주 51에서 소개한 논문들을 참조.

66) 이에 대해서 독일 형법은 우리 법의 개정 방안에 대한 하나의 시사점을 제공한다. 독일 형법의 경우 1973년의 형법 개정에서 성 표현물에 관한 구성요건을 음란(Unzüchtigkeit)에서 포르노그래피(pornographischer Schriften)로 바꾸었고 현재 하드코어와 소프트코어 포르노그래피를 나누어 규율하고 있다. 제184조에서는 일반 포르노그래피(pornographischer Schriften)는 18세 미만자에게 제공하거나 타인의 요청 없이 그 타인에게 송부하는 등의 경우 등 규제의 필요성이 인정되는 일정

## 제 4 절 소결

이상으로 성 노골적 표현의 총칭인 포르노그래피 중에서도 실정법상 금지의 대상인 음란이란 헌법재판소에 의하면 인간의 존엄성 내지 인간성을 왜곡하는 표현물로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 하등의 정신적 가치가 결여된 것이라는 점, 그리고 미연방대법원과는 달리 우리 헌법재판소는 종전의 견해를 변경하여 음란이 헌법상 표현의 자유에 의하여 보호된다고 판시하였다는 점을 밝혔다. 또한 기본권의 보호영역은 최대한 넓게 인정하여야 한다는 점, 음란 표현이 직접 다른 기본권의 본질내용을 침해한다고 보기는 어려운 점, 우리 헌법에는 미국과 달리 일반적 법률유보 조항이 있는 점 등을 근거로 음란 역시 일단은 표현의 자유의 보호영역에 해당한다고 보는 것이 타당하다는 것을 논증하였다. 다만 일반 음란물의 경우와 달리 아동 포르노그래피의 경우에는 그 특수성으로 인하여 표현의 자유의 보호영역에서 배제하여야 할 필요성이 있는지에 대하여 별도의 검토가 필요하므로 제3장 이하에서 이를 자세히 고찰하도록 한다.

---

한 조건 하에서만 그 전과 등을 처벌하는 반면, 제184조a와 제184조b에서는 각각 폭력성이 있는 경우 및 동물과의 성행위를 표현한 것을 내용으로 삼는 경우(gewalt- oder tierpornographischer Schriften)와 아동 포르노그래피에 해당하는 경우(kinderpornographischer Schriften) 그러한 표현물의 공연한 전과 자체를 일률적으로 금지하고 있다. 이를 참고하여 일단은 음란 표현에 대하여 일률적으로 금지하고 있는 현행법 체계 하에서는 하드코어 포르노그래피만이 음란에 해당한다고 해석하여 표현의 허용 범위를 넓히고, 점진적으로는 법 개정을 통해 음란에 이르지 않는 소프트코어 포르노그래피는 청소년에의 공개 금지 등의 조건을 덧붙여 제한적으로 허용하는 방안을 진지하게 고려하여볼 필요가 있다고 본다.

# 제 3 장 아동 포르노그래피의 표현의 자유의 보호영역에의 해당여부

## 제 1 절 아동 포르노그래피의 의의 및 해악

### 1. 아동 포르노그래피의 의의

아동 포르노그래피는 그 정의가 다양하고 가변적이며 이를 통일적으로 확정하기 곤란한 측면이 있다. 그러나 이러한 상황 속에서도 국제사회는 아동 포르노그래피를 나름대로 명확하게 개념 정의하여 이에 대처하려는 노력을 기울이고 있다.<sup>67)</sup> 최초로 국제기구 차원에서 아동 포르노그래피의 개념 정의가 이루어졌다고 볼 수 있는 ① 1996년의 ‘스톡홀름 아동에 대한 상업적 성 착취 방지에 관한 세계회의(The Stockholm World Congress against the Commercial Sexual Exploitation of Children)’에서는 아동 포르노그래피를 “성행위 관련된 상황에서 어린이를 이용한 시각적 및 청각적 매체로서, 실제 또는 가상의 노골적 성행위에 가담하고 있는 아동에 대한 시각적 묘사 및 이용자의 성적 만족을 위한 목적을 지닌 성기의 음란한 노출”이라고 하였다. ② ‘아동 매매, 아동 매춘 및 아동 포르노그래피에 관한 유엔 보고서(U.N. Special Rapporteur on the sale of children, child prostitution and child pornography)’는 시각적 아동 포르노그래피(visual child pornography)를 “실제 또는 가상의 노골적인 성행위에 가담하고 있는 아동에 대한 시각적 묘사 또는 성기의 음란한 노출”로 규정하고 있고 전술한 스톡홀름 회의와 달리 “이용자의 성적 만족을 위한 목적”이라는 주관적 요건을 요구하고 있지 않다. 이 외에 ③ 유럽이사회(Council of Europe)는 아동 포르노그래피를 “성행위와 관련된 상황에 아동을 이용하는 시청각 표현물”로 규정하고 있으며 ④ 인터폴

67) 이하 아동 포르노그래피에 대한 정의에 관한 자세한 서술은 이진호, “아동 포르노그래피에 관한 연구”, 『연구총서』 제2002권 제1호, 한국형사정책연구원, 2002, 24-26면 참조.

(Interpol)은 “아동의 성행위 및 성기에 초점을 두고 있는 아동의 성적 악용에 대한 시각적 묘사”라고 규정하여 아동 포르노그래피의 범죄적 성격을 명확히 하고 있다고 할 수 있다.

이상에서 살펴본 바와 같이 아동 포르노그래피에 대해서는 다양한 개념 정의가 존재한다. 이 중 어느 하나가 절대적으로 옳은 개념 정의라고 볼 수는 없으며 이들 정의를 종합하여 아동 포르노그래피의 개념을 고찰하는 것이 타당하다고 본다. 이들 개념 정의에서 한 가지 공통적인 것은 아동 포르노그래피라는 개념을 사용할 때에 그 범위가 성인 포르노그래피와는 다소 차이가 있다는 점이다. 제2장에서 전술하였듯이 일반적인 포르노그래피는 당해 표현물이 주로 성 노골적 묘사에 초점이 맞추어진 것이므로 성적 행위의 묘사가 주로 초점의 대상이 아니거나 성적 행위를 모사(simulate)하는 정도로는 성 노골성의 정도가 미약하여 포르노그래피라고까지는 일컬어지지 않는다. 이에 비하여 전술한 아동 포르노그래피의 정의의 관한 국제사회의 기준에 따르면 실제의 성행위가 행하여지든 가상의 성행위가 이루어지든 관계없이, 즉 성 노골성의 정도와는 관계없이 아동의 성행위를 표현했다면 그 자체만으로 아동 포르노그래피에 포함되게 되는 경우가 많다. 가령 전술한 스톡홀름 회의의 경우뿐만 아니라 ‘아동 인신 매매, 아동 성매매 및 아동 포르노그래피에 관한 선택의정서(Optional Protocol to the Convention of the Rights of the Child on the sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography)’ 제2조 제3항의 경우 “아동 포르노그래피는 어떠한 수단을 사용하든 관계없이 아동이 실제의 혹은 가상의 성 노골적 행위에 관여하는 것을 표현하거나 주로 성적 목적을 위하여 아동의 성적 부분을 묘사한 것을 의미한다.”고 하고 있어<sup>68)</sup> 성행위를 단순히 묘사한 정도에 이른 것조차도 아동 포르노그래피에 해당할 수 있다고 본다. 아동 포르노그래피의 경우 성인 포르노그래피의 경우보다 성 표현물을 보다 광범위하게 포함하는 이유는 노출수위가 낮더라도

---

68) Article 2 (3) 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.

아동이 실제 혹은 가상의 성행위를 하였다는 그 자체만으로 아동에 대한 피해가 발생하였다고 볼 수 있기 때문이다.<sup>69)</sup> 다만 성행위에 관한 묘사 없는 단순한 성기 노출의 경우, 옷을 입지 않고 생활하는 원시 부족의 삶을 다룬 다큐멘터리 프로그램이나 아동의 신체를 해부학적으로 묘사하는 의학서적의 경우와 같이 당해 표현이 성적인 묘사를 의도하지 않았음이 객관적으로 명백한 경우에는 아동 포르노그래피의 범주에서는 제외함이 타당할 것이다.

종합하자면, 성인 포르노그래피는 노골성이 일정 수위에 이른 성인에 관한 성 표현물만을 의미하지만 아동 포르노그래피는 주로 성(性)의 묘사에 있어서 아동을 그 대상으로 하는 것을 광범위하게 지칭할 때 사용되는 경향이 있다고 정리할 수 있을 것이다. 결국 아동 포르노그래피는 아동에 관한 “포르노그래피”라기 보다는 아동의 성적 행위를 다룬 표현물 그 자체라고 볼 수 있고 일반 포르노그래피의 경우보다 넓은 범위의 성 표현물을 포함하는 것으로 이해되고 있다고 볼 수 있으며 이 글 역시 그러한 전제를 바탕으로 아동 포르노그래피에 관하여 논할 것이다.

## 2. 아동 포르노그래피의 해악

### 가. 아동에 대한 성적 학대의 야기

아동 포르노그래피를 금지하고 처벌의 대상으로 규정하는 것은 세계적인 추세이다. 현재 국제 사회는 아동 포르노그래피를 규제하기 위하여 「국제인권선언」이나 「어린이의 권리에 관한 유엔협약」에 따라 아동 포르노그래피 생산을 통하여 아동에 대하여 가혹행위를 가하는 자들을 처벌

---

69) 박강우, “아동 포르노그래피의 형법적 규제 - 국제적 동향과 현행법의 개선방안”, 『형사정책』 제26권 제1호, 한국형사정책학회, 2014, 166면; 박경신, 앞의 논문, 184면 역시 아동에게 성행위를 연출시키는 행위 역시도 아동의 성적 자기 결정권을 명백히 침해하는 것이므로 가벌성의 근거가 충분하다고 한다.

하고 있다.<sup>70)</sup> 포르노그래피 규제의 가장 주된 논거는 아동 포르노그래피의 생산 과정에서 당해 아동에게 가해지는 성적인 착취 내지 학대에 있다고 볼 수 있을 것이다. 신체적으로 미성숙한 단계에서 포르노그래피의 촬영을 강요당함으로써 아동에게 가해지는 신체적·정신적인 해악은 가히 파괴적이다. 아동 포르노그래피 촬영을 통하여 성적 학대를 당한 아동들에게는 다음과 같은 심리적 현상이 일반적으로 나타난다.<sup>71)</sup> ① 성적인 학대의 후유증으로 우울증을 겪는데 외관상 슬프고 위축된 모습을 보이거나 우울증을 위장하여 피곤하다고 불평을 하는 경우도 있다. 양자의 경우 모두 신체적인 질환이라는 결과로 이어질 수 있다. ② 피해를 당한 아동들이 겉으로는 순종적인 태도를 취하나 마음 깊숙이 분노와 적대감을 지니고 있다. ③ 피해아동이 자신의 신체에 대한 지배를 크게 박탈당하는 경험을 하게 되어 스스로의 삶을 통제할 수 있다는 믿음을 빼앗긴다. 그 결과 일부 피해 아동은 스스로의 삶에 대한 주체적인 내적 통제 능력을 상실하고 지나치게 타인에게 의존하게 된다. 반면에 또 다른 일부는 반대로 스스로를 가해자와 동일시하고 가해자를 옹호하며 다른 아동에게 성적인 접촉을 시도하여 또 다른 외상을 반복한다고 한다. 즉 피해 아동이 스스로를 가해자와 동일시하고 다른 아동에게 가해함으로써 피해자가 가해자가 되는 악순환이 반복되는 것이다.<sup>72)</sup> 이러한 피해 아동들의 병적 현상, 특히 피해 아동이 스스로 가해자를 옹호하는 현상 등은 1년 이상 아동 포르노그래피 촬영에 동원되어 성적인 착취를 당한 아동들의 경우에 더 극심하게 나타난다고 하며 사진이나 비디오 등 아동 포르노의 기록은 피해 아동에게 공범의식이나 수치심, 굴욕감 혹은 절망감을 증가한다고 한다.<sup>73)</sup> 뿐만 아니라 아동 포르노는 ‘성적 학대의 항구적 기록’<sup>74)</sup>으로서 일단 그러한 영상 등이 인터넷에 노출될 경우 이를 완전히 다시 회수하기는 매우 곤란하게 된다. 이에 따라 당해 아동이 정신적 성숙을 이룬 후에도 아동

70) 원혜옥, “아동포르노그래피에 대한 연구”, 『형사정책연구』 제60권, 한국형사정책연구원, 2004, 6면.

71) 이하 ①~③의 내용은 강은영, “아동 성학대의 실태 및 대책”, 『연구총서』 제2000권 제1호, 한국형사정책연구원, 2000, 32면.

72) 원혜옥, 앞의 논문, 11면.

73) 이건호, 앞의 논문, 33-34면.

74) 김용화, 앞의 논문, 404면.

당시의 성적 학대의 기록의 유통이 정지되지 않아 정신적 피해가 영구히 지속되게 되며 이는 촬영 당시의 것과는 다른 추가적인 성적 학대라는 점 역시 아동 포르노그래피의 중대한 해악이라고 볼 수 있다.<sup>75)</sup>

아동·청소년이 겪는 피해가 성인이 성적 자기 결정권을 박탈당하는 경우보다도 특히 더욱 심각한 이유는 아동·청소년은 성년과는 달리 신체 및 성적 가치관의 발달이 미숙한 상태에 있다는 점에서 찾을 수 있다. 따라서 아동·청소년에게는 성적 자극이나 물리력의 행사가 없는 상태에서 심리적 장애 없이 성적 정체성 및 가치관을 형성할 권익을 더욱 강력하게 보장할 필요가 있다.<sup>76)</sup>

## 나. 아동 성범죄의 유발 및 방조

아동 포르노그래피를 규제하는 논거의 또 다른 중요한 축을 구성하는 것은 아동 포르노그래피가 ① 아동에 대한 성범죄를 야기한다는 점 및 ② 소아애도착자(paedophilia)들이 아동을 유혹하는 도구로 사용된다는 점이다.

아동 포르노그래피가 아동에 대한 성범죄를 야기한다는 증거로서 다수의 아동 성범죄자들이 아동 포르노물을 소지하고 있다는 점이 제시된다. 예를 들어 Wheeler가 무분별하게 추출한 150인의 아동 학대자에 대한 연구에서 90%가 아동에 대한 성범죄를 일으키기 전 아동 포르노그래피를 통하여 아동에 대한 성적 판타지를 경험하였다고 보고되었으며, Holmes의 의한 연구 결과에 따르면 아동 포르노그래피는 성 범죄자에게 카타르시스를 주며 아동 성범죄의 1/3 가량이 성범죄 직전에 아동 포르노그래피를 본다고 한다.<sup>77)</sup> 나아가 2012년 8월 경 국내에서 전국적으로 이슈

75) 박경신, 앞의 논문, 183-184면.

76) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009도2576 판결.

77) 본문에서 언급한 Wheeler 및 Holmes의 연구에 관한 자세한 내용 및 이들 외의 아동 포르노그래피와 성범죄의 상관관계에 관한 연구에 대한 설명으로는 박기범, 앞의 논문, 163면 참조.

가 되었던 나주 성폭행 사건의 피고인도 7세의 피해자를 이불로 납치하여 성폭행하기 전에 아동이 등장하여 성적 행위를 하는 동영상을 즐겨 시청한 것으로 보도되었고<sup>78)</sup> 2013년 법무부가 형사정책연구원에 의뢰하여 동년 1월 2일에 발표한 '아동음란물과 성범죄의 상관 관계' 연구용역 결과에 따르면 아동 성범죄자의 16%가 범행의 최대 7일전 아동 포르노그래피를 본 것으로 조사되는 등<sup>79)</sup> 우리나라에서도 아동 포르노그래피가 아동 성범죄를 야기하는 데 크게 기여한다는 인식이 확산되고 있다. 또한 소아애도착자들이 아동 포르노그래피의 제작에 활용된 아동의 정보를 유통하는 수단으로서 아동 포르노그래피를 공유하고 이로써 장래 그 아동에 대한 성범죄의 가능성을 높이는데 기여한다는 지적도 존재한다.<sup>80)</sup>

한편 아동 포르노그래피가 아동 성범죄의 범의를 야기하는 것에서 나아가 이미 범의가 있는 자들을 방조하는 수단이 된다는 점에서도 아동 포르노그래피를 규제해야 할 필요성이 있다는 논거도 존재한다. 즉, 아동을 성행위로 나아가도록 유혹하는 수단으로는 대화나 선물, 어린이가 좋아하는 물건이나 관심의 대상을 전시하는 행위, 위협이나 강압적 행위 등도 동원되지만 일반적으로는 아동 포르노그래피가 보편적으로 사용된다는 지적이 있다.<sup>81)</sup> 다시 말해 아동 포르노그래피는 가해자들이 스스로의 성적인 학대 행위를 정당화하거나 아동들로 하여금 수치심 내지 반항을 약화시키기 위한 도구로도 활용된다는 것이다.<sup>82)</sup> 여기서 더 나아가 소아애도착자들은 아동 포르노그래피의 확산을 통하여 일반인이 아동 포르노그래피를 쉽게 접하게 함으로써 그것이 지닌 해악에 대하여 크게 걱정하지 않게 하고 오히려 아동 포르노그래피의 존재를 자연스러운 것으로 느끼게 하고 더 나아가 정당한 것으로 인식시킴으로써 스스로의 아동 성범죄에 대한 윤리적·문화적 변명의 활로를 열고자 노력한다.<sup>83)</sup>

78) “나주 성폭행범, 아동음란물보고 범죄 충동느껴”, 노컷뉴스, 2012.9.21 <<http://www.nocutnews.co.kr/news/963752>>.

79) “아동성범죄자 16% “범행전 아동음란물 봤다””, 동아일보, 2013.1.3 <<http://news.donga.com/3/all/20130103/52013205/1>>.

80) 박강우, 앞의 논문, 167면 참조.

81) 이건호, 앞의 논문, 24면 참조.

82) 원혜욱, 앞의 논문, 17면.



### 3. 소결

이상으로 아동 포르노그래피는 아동에 관한 성적 행위를 묘사한 것을 성인 포르노그래피의 경우보다 광범위하게 지칭하는 것이 국제적인 경향이라는 점과 아동 포르노그래피를 금지하여 주로 달성하고자 하는 공익으로는 아동에 대한 성 착취 방지 및 아동에 대한 성범죄 예방이라는 두 가지 축이 존재한다는 점을 살펴보았다. 다음 절에서는 아동 포르노그래피가 우리 헌법상 표현의 자유의 보호영역에 해당하는지 여부에 대하여 우리나라의 헌법재판소와 미국의 최고법원은 어떻게 판단하였는지 여부를 고찰하고 이러한 아동 포르노그래피 규제의 공익의 두 축이 최종적으로 아동 포르노그래피의 표현의 자유에 의한 보호영역 해당 여부의 판단에 어떠한 영향을 미치는지 살펴보도록 한다.

## 제 2 절 아동 포르노그래피의 헌법상 표현의 자유의 보호영역에의 해당 여부

### 1. 헌법재판소 판례<sup>84)</sup>의 태도

#### 가. 판시사항

충청남도 서천의 한 미술 교사가 자신이 개설한 홈페이지에 만화의 주인공을 모델로 한 청소년이 성기가 발기된 채 양 주먹을 불끈 쥔 채로 "남자라면 한번쯤 이런 삶을 꿈꾸지 않는가"라는 말을 하고 있는 그림 영상 1개를 게시하여 당시의 청소년의 성보호에 관한 법률(2000.2.3. 법률 제6261호로 제정된 것) 제2조 제3호 소정의 '청소년이용음란물' 제작행위를 처벌하는 같은 법률 제8조 제1항 위반죄로 기소되어 재판을 받던 중

83) 이건호, 앞의 논문, 35면.

84) 헌법재판소 2002. 4. 25. 2001헌가27결정

위헌법률심판이 제청된 사안에서 헌법재판소는 “본건에 있어서 문제되고 있는 ‘청소년이용음란물’ 역시 의사형성적 작용을 하는 의사의 표현·전파의 형식 중 하나임이 분명하므로 언론·출판의 자유에 의하여 보호되는 의사표현의 매개체라는 점에는 의문의 여지가 없는바, 이 사건 법률 제2조 제3호 및 제8조 제1항은 이의 제작·수입·수출 행위를 처벌함으로써 위와 같은 의사표현의 매개체에 의한 일정한 내용의 표현을 금지하고 있다는 점에서 헌법상 보장되고 있는 표현의 자유, 즉 언론·출판의 자유를 제한하는 것으로 볼 수 있다”고 판시하고 이를 전제로 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙 위반여부를 검토하여 결론적으로는 심판 대상 조항이 합헌이라는 결정을 내렸다.

## 나. 대상 판례의 평석

이 사건 당시 청소년의 성보호에 관한 법률상 ‘청소년이용음란물’은 청소년이 등장하여 성교행위나 유사성교행위를 하거나 성적 수치심을 야기할 정도로 신체를 노출하여 음란한 내용을 표현한 것으로 규정되어 있었으므로<sup>85)</sup>, 대상 판결 결정문의 문언만 고려한다면 헌법재판소가 실제 아동 포르노그래피까지도 표현의 자유의 보호영역에 포함되는 것으로 판단하였다고 볼 여지가 크다. 그러나 이에 대하여 의문을 제기하는 견해도 존재한다. 대상 판례는 음란 표현이 헌법상 표현의 자유의 보호영역에 해

85) 청소년의성보호에관한법률(2000.2.3. 법률 제6261호로 제정된 것)

제2조 (정의)이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1.“청소년”이라 함은 19세 미만의 남녀를 말한다.

2.“청소년의 성을 사는 행위”라 함은 청소년, 청소년을 알선한 자 또는 청소년을 실질적으로 보호·감독하는 자 등에게 금품 기타 재산상 이익이나, 직무·편의제공 등 대가를 제공하거나 이를 약속하고 다음 각목의 1에 해당하는 행위를 하는 것을 말한다.

가. 청소년과의 성교행위

나. 청소년과의 구강·항문 등 신체의 일부 또는 도구를 이용한 유사성교행위

3.“청소년이용음란물”이라 함은 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.

당하지 않는다고 본 95헌가16 결정을 파기하여 음란표현 역시 표현의 자유의 보호영역에는 일단 해당한다고 본 2006헌바109결정이 등장하기 전에 등장하였다. 그렇다면 이 당시 헌법재판소의 공식 입장은 음란 표현이 표현의 자유에 의하여 보호되지 않는다고 보는 것이라고 할 수 있는데 일반 음란 표현의 경우보다 해악이 더욱 중대한 청소년이용음란물을 표현의 자유의 보호영역에 해당한다고 보았다고 단정하기는 어려우며 대상 판례가 종전의 입장을 간과한 것인지 아니면 그 취지를 암묵적으로 변경한 것인지 모호하다는 것이다.<sup>86)</sup> 음란 표현의 보호영역 해당 여부에 대한 견해를 변경한 헌법재판소 2009. 5. 28. 2006헌바109 사건에서의 선례 변경에 대한 반대의견 역시 “2001헌가27 사건의 주된 쟁점은 ‘청소년이용’ 음란물의 개념과 관련하여 명확성의 원칙에 위배되는지의 여부와 처벌의 정도가 과잉처벌에 해당하는지의 여부에 있었을 뿐, 청소년이용 ‘음란물’의 개념이나 표현의 자유의 침해여부가 쟁점이 되지 아니하였고, 위 2001헌가27 결정에서도 ‘음란’의 판단 기준에 관하여 종전의 선례인 위 95헌가16 결정을 원용하고 있을 뿐, 위 95헌가16 결정의 입장을 명시적으로 변경한 바 없다는 점에서, 위 2001헌가27 결정은 이 사건 법률조항의 위헌성 심사에 참조할 만한 것이 되지 못한다고 할 것이다”고 하여 대상 판례를 통해 헌법재판소가 청소년이용음란물이 헌법상 표현의 자유에 의하여 보호되는 것으로 판단하였다고 단정할 수 없음을 지적한다. 결국 헌법재판소의 다른 판례들과의 유기적 연관성에 비추어보건대, 판시 문언만을 잣대로 하여 대상 판례가 실제 아동 포르노그래피의 경우까지도 헌법상 표현의 자유의 보호영역에 해당한다고 보았다고 판단하기는 어렵다. 결론적으로 아동 포르노그래피를 헌법상 표현의 자유에 의하여 보호할 수 있는지에 대한 우리나라의 헌법재판소의 명시적인 입장은 아직 존재하지 않는 것으로 봄이 타당하다.

---

86) 윤정인, 앞의 논문(주 43), 186면 참조. 이 논문은 대상 판례 이후 비슷한 시점에 선고된 헌법재판소 2002. 6. 27. 99헌마480 결정에서 다시 종전의 95헌가16 결정과 마찬가지로 음란표현과 저속표현을 구분하여 저속표현이 헌법상 보호되는 것임을 전제로 삼았음을 지적하며 대상 판례가 등장할 당시의 헌법재판소의 청소년이용음란물에 대한 태도가 무엇인지 확정지을 수 없다고 한다.

## 2. 미국 판례의 태도 - New York v. Ferber 판결<sup>87)</sup>을 중심으로

### 가. 사실관계

뉴욕 주는 주 형법 차원에서 16세 이하의 자의 성적 행위 내지는 성적 공연(sexual performance)을 포함한 표현물을 판촉(promote)하는 것을 금지하는 조항을 두고 있었다. Manhattan에서 성인물 서점을 운영하는 Paul Ferber는 어린 소년들이 자위행위를 하는 것을 묘사한 영화를 판매하다가 함정수사 활동을 벌이고 있던 두 명의 경찰관에게 적발되었고 이어 위 법률 위반 혐의로 체포·기소되었다.

Ferber는 New York County 법원에서 유죄를 인정받고 7년의 징역형을 선고받았으나 New York주 최고법원(Court of Appeals)에 항소하였다. 이에 New York 주 항소법원은 유죄판결을 파기하고 재판의 전제가 된 아동포르노법이 수정헌법 제1조에 배치되는 위헌 조항이라고 판시하였다. 이에 이번에는 New York주가 미연방 대법원에 상고하였고 1982년 7월 2일, 미연방대법원은 대법관 Byron White를 비롯한 9인의 전원일치로 판결을 선고하였다.

### 나. 판시사항

미연방대법원이 Miller 판결에서 일반적인 성 표현물은 음란성 요건을 갖추었는지 여부를 검토하여 헌법적인 보호를 받을 수 있는지 여부를 검토하여야 한다고 본 것과는 달리, 본 판결에서는 아동 포르노그래피에 대해서는 이러한 Miller 기준을 충족하였는지 여부를 판단할 필요조차 없이 수정헌법 제1조에 의한 표현의 자유의 보호를 받지 못한다고 판시하였다.

미연방대법원은 아동 포르노그래피가 음란성 여부에 관계없이 수정 헌

---

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

법에 의한 보호를 받을 수 없다고 본 논거로 다섯 가지를 제시하였다. 즉 미연방대법원은 ① 미성년자(minors)의 신체적·정신적 복지를 보호해야 할 주 정부의 이익은 “압도적(compelling)”이라는 점, ② 아동의 성적 행위를 묘사하는 표현물은 해당 표현물에 등장하는 아동에게 크나큰 해악을 미치고 본질적으로 그들에 대한 학대를 수반한다는 점, ③ 아동 포르노의 광고와 판매는 경제적 이윤을 제공하고 따라서 필연적으로 그러한 불법적인 표현물의 생산의 불가결의 일부를 구성한다는 점, ④ 아동을 이용하여 성적인 라이브 쇼나 혹은 음란한 사진의 생산을 허용함으로써 달성할 수 있는 가치는 지극히 미미하다(exceedingly modest)는 점, ⑤ 아동 포르노물을 수정헌법 제1조의 보호영역에 해당하지 않는다고 보는 것이 지금까지의 미연방 대법원 판례들과 모순되지 않는다는 점을 들어 아동 포르노 그래피는 음란성 요건을 갖추었는지 여부를 검토할 필요조차 없이 수정헌법 제1조가 보장하는 표현의 자유의 보호영역에 해당하지 않는다고 보았다.

### 3. 우리 헌법상 아동 포르노그래피의 표현의 자유에 의한 보호 가능성 여부와 논거

이상으로 우리 헌법재판소는 아동 포르노그래피의 헌법상 보호영역 해당 여부에 대하여 문언 상으로는 긍정하는 태도인 듯 보이나 궁극적으로 어떠한 판단을 내린 것인지 명확하지 않은 반면, 미연방대법원은 다섯 가지 논거를 들어 아동 포르노그래피에 대한 헌법상 표현의 자유에 의한 보호를 명백히 배제하였음을 살펴보았다. 이에 앞서 제2장에서는 음란표현 까지도 표현의 자유에 의한 보장이 가능하다는 점을 논증하였으며 기본권의 보호영역을 가급적이면 넓게 인정할 필요성이 크다는 점을 중요한 논거로 제시하였다. 그러나 이것이 곧 모든 행위가 일단 기본권의 보호영역에는 해당한다고 보는 이론 구성을 하여야 함을 의미하는 것은 아니다. 오히려 어떠한 행위가 다른 기본권의 본질적인 부분을 중대하게 침해한다면 그 행위를 기본권에 의한 보호에서 배제하는 것이 역설적으로 당해 기

본권의 규범력을 실질적으로 확보할 수 있다는 점에서 바람직하다. 이는 표현의 자유의 보호영역을 무한하게 확장할 경우, 어떠한 형태의 표현에 해당하더라도 일정한 의사표현의 매개체를 통한 것인 이상 모두 언론·출판의 자유의 보호영역에 포함될 수 있다는 결론으로 귀결되어 결국 언론·출판의 자유의 고유한 보호영역의 존재를 부인하는 것과 다름없게 되는 결과를 초래하기 때문이다.<sup>88)</sup>

아동 포르노그래피가 초래하는 해악이 중대하다는 점은 제1절에서 충분히 살펴보았다. 세계 각국은 각종 금지 규정을 제정하여 아동 포르노그래피를 금지하고 있고 특히 미국 연방대법원의 경우 *New York v. Ferber* 판결에서 일반적인 포르노그래피의 경우 *Miller* 기준을 충족하여 ‘음란성’ 요건을 갖추었는지 여부를 살펴 표현의 보호 여부를 결정하는 것과는 달리 아동 포르노그래피는 이러한 *Miller* 기준을 적용하여 볼 필요도 없이 수정 헌법상의 표현의 자유의 보호영역에 해당하지 않는다고 본다는 점은 전술하였다. 이는 우리의 헌법 현실 속에서 아동 포르노그래피를 헌법상 표현의 자유의 보호영역에 포함할 수 있는지 여부를 판단하기 위하여서도 중요한 단서를 제공한다. 아동 포르노그래피의 경우에는 음란성 요건을 갖추었는지 여부에 관계없이 헌법상 표현의 자유의 보호영역에 해당하지 않는다는 보아야 한다는 점에 대하여 미연방대법원이 내세운 논거들은 대개 미국의 특수한 상황에 기인한 것이 아니다. 즉 이러한 논거들은 세계 각국에 보편적으로 적용될 수 있는 성질의 것들이며 우리나라의 현실 속에서도 대부분 무리 없이 아동 포르노그래피를 헌법적 표현의 자유에서 배제하는 논거로 기능할 수 있는 것들이다. 특히 아동 포르노그래피는 그 자체로서 아동에 대한 성적 학대를 전제하고 있다는 점은 세계 어느 나라에서나 마찬가지로 지적할 만하다.

아동 포르노그래피를 세계적으로 금지함으로써 달성하려는 제1절에서 상술하였다시피 크게 두 가지 축으로 나누어 볼 수 있다. 첫째는 아동 포

---

88) 헌법재판소 2009. 5. 28. 2006헌바109 결정 중 선례변경에 대한 반대의견을 개진한 재판관 김희욱, 재판관 이동흡, 재판관 목영준의 별개의견.

르노그래피를 제작하는 과정에서 아동에게 가하여지는 성적인 착취 내지 학대를 방지한다는 공익이고 둘째는 아동 성범죄의 촉발 요인이자 보조 수단을 제거하여 아동성애자로부터의 잠재적 성범죄로부터 아동을 보호한다는 공익이다. 양 공익 모두 정당한 헌법적인 가치로서 아동 포르노그래피에 해당된다고 주장되는 표현물들을 법률적 차원에서 규제하는 논거로서의 공익으로써 기능할 수 있다고 본다.

그러나 헌법적인 보호영역의 설정의 문제에 있어서 의미 있게 작용할 수 있는 공익은 아동에 대한 성 착취의 방지라는 첫 번째 공익에 한정된다고 본다. 즉 아동 포르노그래피를 음란성 여부를 불문하고 헌법적인 보호영역에서 배제하여야 한다는 논거로서 기능하는 것은 전자의 공익에 한정된다고 본다. 아동 포르노그래피를 표현의 자유의 보호영역에서 배제할지 여부를 결정할 때는 그러한 아동 포르노그래피로써 표현의 자유를 보장하고자 하는 기본권 주체의 입장에서의 귀책 내지 책임을 검토하여야 할 것이다. 아동 포르노그래피 규제의 첫 번째 공익, 즉 당해 아동에 대한 성적 착취라는 부분은 아동 포르노그래피를 통해 표현의 자유를 보장하고자 하는 기본권 주체에게 직접적인 귀책을 지울 수 있는 부분이다. 아동 포르노그래피 제작자들은 그 스스로가 아동을 포르노그래피 촬영에 동원함으로써 당해 아동에게 성적 학대를 가하는 장본인들이기 때문이다. 그러나 아동 포르노그래피가 미래의 성범죄에 이용될 수 있다는 잠재적인 가능성은 아동 포르노그래피 제작자들이 표현의 자유에 의한 보호 자체를 원천적으로 박탈당하여야 할 논거로서 기능한다고 보기 어렵다. 성폭력범죄와 직접적인 관련이 없는 아동 포르노그래피 제작자들에게 성범죄와 관련된 책임을 근거지우기는 매우 어렵기 때문이다. 자신들의 표현물이 성범죄에 악용될 수 있다는 점은 표현의 자유에 의한 헌법적 보호를 받고자 하는 기본권 주체의 입장에서는 반사적인 결과에 불과할 뿐 스스로에게 귀책이 없는 부분이다. 뿐만 아니라 아동 포르노그래피가 아동 성범죄의 발생과 반드시 밀접한 인과관계가 있는지도 다소 의문스러운 측면이 있다. 제1절에서 아동 성범죄자들의 상당수가 아동 포르노그래피를 소지하고 있다는 연구 결과가 많음을 지적하였다. 그러나 아동 성범죄를 저지른

소아성애자들이 아동 포르노그래피를 다수 소지하는 경향을 지닌다는 점이 곧 아동 포르노가 아동 성범죄를 야기한다는 인과관계를 의미하지는 않는다. 즉 아동에 대한 성범죄를 저지르는 자들이 아동 포르노를 즐겨 찾는 것은 그들의 경향이 아동에 대한 성적 관심이 많기 때문일 뿐 아동 포르노그래피가 본래라면 성 범죄를 저지르지 않았을 자들에게 성 범죄를 야기하였다고 볼 만한 근거는 희박한 것이다.<sup>89)</sup> 아동 포르노그래피와 성범죄의 발생 사이의 인과관계의 존부가 명확하게 입증되지 않은 상황이라면 성범죄 방지라는 공익은 아동 포르노그래피 제작자들이 기본권에 의한 보호로부터 배제당하도록 하는 논거로서 기능한다고 보기 어려워진다. 따라서 성범죄 방지라는 측면의 공익은 실정법상 아동 포르노그래피라고 규정된 표현물의 자유로운 전파 등을 제한하는 논거로 기능할 수 있을지는 모르나 표현의 자유를 향유하고자 하는 아동 포르노그래피 제작자들이 애당초 기본권의 보호영역에서조차 배제당하는 불이익까지 감수하도록 할 수 있는 논거로는 기능할 수 없다고 봄이 타당하다. 결국 아동 포르노그래피가 음란성 여부를 불문하고 헌법상 표현의 자유에서 배제되는 근거는 주로 표현물에 등장하는 당해 아동에 대한 성적 착취 및 학대의 근절이라는 공익에 있을 뿐이라고 볼 것이다.

이상으로 아동 포르노그래피의 해악 및 아동 포르노그래피를 표현의 자유의 보호영역에서 배제하여야 할 정당성에 대하여 고찰하였다. 다만 본장의 제1절에서 전술한 바와 같이 아동 포르노그래피란 범위가 매우 넓은 것인데 아동에 관하여 다른 성 표현물 중 헌법상 표현의 자유의 보호영역에서 배제된다고 보는 구체적 범위는 어디까지인지를 고찰할 필요가 있다. 이하 이를 상술한다.

---

89) 실제로 2002년도에 스위스의 한 통계 결과에 따르면 아동음란물 소지 혐의로 체포된 자들 중 실제로 성적 학대를 행한 사람의 비율은 1%에 지나지 않았다는 연구 결과도 있다고 한다. 이에 대한 자세한 설명은 김성규, “아동·청소년이용음란물의 단순소지자에 대한 규제의 현상과 방향성”, 『미국헌법연구』, 제24권 제1호, 미국헌법학회, 2013, 90면 참조.



#### 4. 헌법상 표현의 자유의 보호영역에서 배제되는 아동 포르노그래피의 범위에 관한 고찰

##### 가. 실제 아동인지 여부에 따라 표현의 자유의 보호영역에 의 해당 여부가 달라지는지 여부

전술한 아동 포르노그래피 규제를 통한 공익의 내용을 종합하면 헌법상 표현의 자유의 보호영역에서조차 배제하여야 할 아동 포르노그래피의 범위는 실제의 아동에게 성적인 의미를 지니는 행동을 하도록 하는 표현물에 한정된다는 결론이 도출된다. 즉 아동 포르노그래피를 표현의 자유의 보호영역에서조차 배제하여야 할 공익이 촬영에 참여하는 아동에 대한 직접적 확대 내지 가해를 방지한다는 측면에 있다면 헌법상 표현의 자유에 의한 보호 박탈이라는 중대한 효과는 아동 포르노그래피 중에서도 그러한 문제점을 야기하는 것, 즉 실제 아동에게 성적 행위를 하도록 강요하는 성 표현물에 한정하여야 할 것이다. 성범죄를 방지한다는 공익은, 실제 아동에게 성적 행위를 강요하는 것 뿐 아니라 아동의 성행위를 묘사한 그림이나 소설, 혹은 가상 아동(virtual child) 포르노그래피를 포함하는 가장 넓은 범주의 아동 포르노그래피를, 과잉금지원칙을 준수한다는 전제하에 규제할 수 있는 공익으로는 기능할 수 있을지 몰라도 이러한 표현물들을 표현의 자유의 보호영역에서조차 애당초 배제하는 공익으로까지 기능하기는 어렵다고 본다. 그렇다면 실제 아동이 등장하는 것이 아닌 경우에는 일단은 표현의 자유의 보호영역에 해당한다고 보아야 할 것이다. 결국 표현의 자유의 보호영역에서 애당초 배제되는 아동 포르노그래피는 실제 아동 포르노그래피에 국한된다. 그런데 이러한 실제 아동 포르노그래피 중에서도 몇 세 이하의 아동에 관한 것이어야, 그리고 이러한 아동들의 성(性)에 대하여 어느 정도로 노골적으로 묘사하여야 표현의 자유의 보호영역에서조차 애당초 배제할 것인지 그 기준에 대하여 간략하게나마 고찰할 필요가 있으므로 이하에서 이를 상술한다.

## 나. 아동의 범위 설정 문제

아동 포르노그래피 중 표현의 자유의 보호영역에 해당하지 않는 부분은 실제 아동이 등장하는 경우로 한정하여야 한다는 점을 앞서 논증하였다. 다만 “실제 아동 포르노그래피” 중 표현의 자유에 의한 보호가 배제되는 경우의 아동이란 어느 연령 범위의 사람까지를 지칭하는 것인지를 고찰할 필요가 있다. 논거는 후술하겠지만 결론부터 밝히자면 아동 포르노그래피에 관한 국제적 기준 및 청소년에 관한 국내법 규정들과의 연계성을 고려할 때 이때의 아동이란 18세 미만자를 지칭하는 것으로 보는 것이 타당하다고 본다.

이에 대하여 아동과 청소년을 구분하여 규율하여야 한다는 주장이 있다. 아동을 넘어선 청소년의 경우 성적 행위를 자유롭게 표현할 자유가 있지는 않은가 하는 의문은 나름의 타당성이 있다. 형법상 미성년자의제강간죄 역시 13세 미만의 자와의 성행위만을 처벌 대상으로 삼고 있을 뿐 그 이상의 자와의 성행위는 금지하고 있지 않다는 점<sup>90)</sup>은 현행법이 13세 이상의 자는 기본적으로 성적 자기 결정권의 주체로 보고 있다는 근거가 된다. 이러한 시각에 비추어본다면 13세 미만의 아동이 등장하는 성 표현물과 13세 이상의 자가 등장하는 성표현물을 달리 규율하여야 한다는 주장<sup>91)</sup>의 전개도 가능할 것이다.

그러나 국내의 입법 현실 및 사회 통념에 비추어볼 때, 다소 광범위한 느낌이 있더라도 표현의 자유의 보호영역에서 배제하는 범위를 18세 미만으로 보는 것이 타당하다. 먼저 실정법상 주로 보호의 대상이 되는 미성년자에 대해서는 아동, 청소년, 미성년자, 연소자 등의 용어가 사용되고

---

90) 형법 제305조 (미성년자에 대한 간음, 추행) 13세 미만의 사람에 대하여 간음 또는 추행을 한 자는 제297조, 제297조의2, 제298조, 제301조 또는 제301조의2의 예에 의한다.

91) 이러한 주장을 전개하는 문언으로 김두상, “아동, 청소년 이용음란물의 단순소지 처벌에 관한 비판적 고찰”, 『서울법학』 제21권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2013, 145-147면 참조.

있는데, 18세가 그 기준으로 설정되어 있는 경우가 대부분이다. 구체적으로 살펴보면, ① 「아동복지법」, 「한 부모 가족지원법」, 「가정폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」, 「실종아동 등에 관한 보호 및 지원에 관한 법률」 등은 “아동(실종아동 등에 관한 보호 및 지원에 관한 법률의 경우 “아동 등”)”을 18세 미만자로 규정하고 있고 ② 주류나 담배 등의 판매 금지 대상인 「청소년보호법」상의 “청소년”이나 이 글에서 중점적으로 다룰 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」상의 “아동·청소년”은 19세 미만자라고 규정되어 있어 연령이 높은 편이나, 「게임산업진흥에 관한 법률」, 「영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률」, 「음악산업진흥에 관한 법률」 등은 “청소년”을 18세 미만자로 규정하고 있으며 ③ 「근로기준법」 및 「공연법」 역시 “연소자”를 18세 미만자로 규정하고 있다.<sup>92)</sup> 이러한 입법 실태를 고려하고 아직은 미성년자에 대한 후견적 보호를 광범위하게 인정할 필요가 크다고 보는 것이 우리나라의 전반적인 법 감정에 합치된다는 점 등을 고려하건대, 헌법상 성적 표현의 자유를 배제하는 실제 아동 등장 포르노그래피의 아동의 연령을 18세 미만으로 설정하는 것이 과도하지는 않다고 본다. 자유로운 성행위가 보장되는 13세를 기준으로 판단하여야 한다고 보는 견해도 타당성이 없지는 않으나, 단순히 성행위의 자유를 보장하는 것과 사생활의 내밀한 영역에 해당하는 성 행위를 공중에 유포함으로써 일반인에게 공개하는 것은 차원이 다른 문제이므로 양자를 동일하게 규율할 수는 없다. 즉 사생활의 내밀 영역에 해당하는 성행위의 여부를 결정하는 것은 13세에만 이르면 널리 허용할 여지가 있다고 할 것이나, 이러한 성행위를 촬영하여 대중에 공개하는 것을 허용할지의 문제는 사안이 다르다. 특히 13세 이상이라 하더라도 18세 미만의 미성년자라면 단순히 성행위를 하는 것을 넘어 그 과정을 촬영하여 대중에 공개할 경우에는 당해 표현물이 영구히 씻을 수 없는 기록으로 남게 되며 이후 그 표현물의 유통으로 인한 상처는 더욱 커지게 될 것이다. 이로 인하여 당해 미성년자가 겪을 인격 왜곡현상과 정신적·육체적 충격은 사후에 교정되거나 치유되기 매우 어려울 것이라는 점도 주목하여야 한

92) 아동, 청소년, 연소자 등의 연령에 관한 현행법 규정에 관한 서술은 김용화, 앞의 논문, 400-401면 참조.

다.<sup>93)</sup>

국제적 기준에서 검토할 때도 표현의 자유의 보호가 배제되는 실제 아동 포르노그래피에서의 아동의 범위를 18세 미만자로 보는 것이 지나치고 보기 어렵다. 각종 국제 협약 등이 아동 포르노그래피의 아동을 18세 미만자로 규정하고 있는 경우가 많기 때문이다. ① 「U.N 아동권리협약(U.N. Conventions on the Rights of the Child)」 제1조는 아동을 ‘18세 미만의 모든 사람’으로 정의하고 있고 ② 「사이버방지협약」은 제9조에서 기본적으로 아동을 18세 미만자로 정하고 있으며 ③ 2003년 12월 22일 유럽연합이 발표한 「아동에 대한 성적(性的)착취 및 아동이용음란물의 근절에 관한 유럽연합 이사회의 결정(Council Framework Decision 2004/68/JHA of 22 December 2003 on combating the sexual exploitation of children and child pornography)」에서도 마찬가지로 아동을 18세 미만의 자로 정의하고 있다.<sup>94)</sup> ④ 실종어린이 국제센터(International Centre for Missing & Exploited Children) 역시 아동 포르노그래피의 입법 모델을 제시하면서 기본적으로 아동 포르노그래피에서의 아동을 18세 미만자로 규정하고 있다.<sup>95)</sup> 물론 일반적으로는 입법의 차원에서 논의되는 것을 헌법적 보호영역의 설정 문제에서의 결정적인 논거로 사용할 수는 없다고 볼 것이다.<sup>96)</sup> 그러나 몇 세 미만의 아동이 등장하는 아동 포르노그래피까지를 헌법상 표현의 자유의 보호영역의 배제 대상으로 삼을 것인지 여부는 결국은 시대와 상황에 비추어 규범적으로 판단하여야 할 영역의 문제라는 점과 아동 포르노그래피 규제에 관한 논의는 상당 부분 외국의 논의를 차용하고 있다는 점 등에 비추어보면 세계 각국이 어떤 나이를 기준으로 아동 포르노그래피를 규제하고 있는지 역시 헌법상 표현의 자유가 배제되는 표현물의 기준 설정에 대하여 나름대로 타당한 참고가 될 수 있다

---

93) 헌법재판소 2002. 4. 25. 자 2001헌가27 결정.

94) 김성규, 앞의 논문, 76면.

95) ICMEC의 “Child Pornography: Model Legislation & Global Review”라는 보고서에 근거한 것이다.

96) 헌법적 문제에 관한 기준을 법률 규정을 토대로 판단하는 것은 헌법의 최상위 규범이라는 특징에 비추어볼 때 적합하지 않기 때문이다.

고 본다.

결국 현행 법체계에서 도출되는 국민의 법 감정을 고려할 때 그리고 아동 포르노그래피 규제에 관한 외국의 입법례 등을 검토하여 볼 때 현재 시점에서는 표현의 자유에 의하여 보호되지 아니하는 아동 포르노그래피에서의 아동은 18세 미만자로 설정함이 타당하다. 물론 헌법적으로 보호가 배제되는 아동 포르노그래피에서의 아동의 범위는 사회 통념이 변화함에 따라 시간이 지날수록 점진적으로 축소될 수는 있을 것이다.<sup>97)</sup>

#### 다. 묘사의 노골성의 정도

표현의 자유에서 배제하는 아동 포르노그래피는 18세 미만의 실제 아동이 등장하는 경우여야 함은 상술하였으나 실제 아동의 성(性)을 어느 정도로 노골적으로 서술한 것을 표현의 자유에서 배제하여야 하는지 역시 검토할 필요가 있다. ① 실제의 아동으로 하여금 실제로 성행위를 하거나 자위행위를 하도록 하여야 작품을 완성할 수 있는 경우, 즉 실제 아동에게 실제의 성행위를 하는 것을 촬영하게 하거나 공연하게 하는 등의 행위는 아동 포르노그래피가 당해 아동에게 미치는 해악에 관하여 전술한 점에 비추어 표현의 자유에 의한 보호를 애당초 박탈할 수 있다고 본다. ② 실제의 아동으로 하여금 성 행위를 모사(simulate)하도록 하는 표현물 역시 나이 어린 아동에게 실제 성 행위를 하도록 하는 것 못지않게 당해 아동의 인격권을 중대하게 침해하는 것이므로 표현의 자유에서 배제하여야 할 것이다. 설령 문학적·예술적 견지에서 청소년의 성애(性愛)를 라이브로

---

97) 실제로 송문호, “아청법 제2조 제5항에서의 아동·청소년의 의미”, 『형사법연구』 제25권 제3호, 한국형사법학회, 2013, 233면은 오스트리아나 독일의 입법례를 제시하며 13세를 기준으로 아동과 청소년을 분리하여 규율하자는 주장을 전개한다. 본문에서 상술한 바와 같이 아직은 미성년의 성보호에 관하여 보수적 입장을 취하고 있는 국내 법체계와 국민의 법 감정, 그리고 국제적 기준을 고려하면 현재 시점에서는 여전히 18세를 헌법상 보호 여부의 기준으로 판단함이 마땅할 것이나 추후 미성년의 발육 상태 등이 좋아지고 성적 표현의 범위를 확대하려는 경향이 보다 일반화됨에 따라 위 논문이 주장하는 취지처럼 절대적 금지의 대상 여부를 판단하는 기준 연령을 점진적으로 낮추는 것을 고려할 수 있을 것이다.

공연하거나 영화화하는 등의 필요가 있더라도 전술한 미연방대법원의 New York v. Ferber 판결에서 지적하듯이 이러한 목적은 어려워 보이는 18세 이상의 배우를 출연시키면서도 달성할 수 있는 것인 반면, 18세 미만의 아동에게 직접 성행위에 관한 연기를 하도록 시키는 것을 당해 아동의 인격권을 침해하면서까지 허용할 절박한 필요성이 인정된다고 보기 어렵다. 또한 본 장의 제1절에서 살펴본 바와 같이 각종 국제기구가 아동 포르노그래피의 개념 정의를 내릴 때 일반적으로 아동으로 하여금 실제의 성행위를 하도록 하는 것과 가상의 성행위를 하게 하는 것을 동일하게 취급하는 것에서부터 아동에게 가상의 성행위를 하게 하는 것 역시 실제의 성행위를 하게 하는 것 못지않은 해악을 미친다는 생각이 국제적으로 일반화되어 있다는 점을 알 수 있다. 이러한 견지는 헌법적 보호영역의 설정 문제에서도 차용할 수 있을 것인 바, 실제 아동에게 가상의 성행위를 하도록 하는 표현물 역시 표현의 자유에서 배제하여야 한다. 반면에 ③ 성행위에 대한 묘사 없이 단순히 성기를 노출하도록 하는 경우는 논쟁의 소지가 있다. 아동의 나체를 다룰 뿐, 아동에게 성행위를 묘사하도록 하지는 않는 표현물은 당해 아동에 대한 기본권 침해가 아동에게 직접 성행위를 하도록 하거나 혹은 성행위를 연기하도록 하는 경우만큼 중대하다고 볼 수는 없을 것이다. 결국 이 경우는 아동의 기본권의 본질적 부분을 침해한 것이라고까지는 보기 어려우므로 제2장에서 상술한 “음란”의 경우와 같이 일단은 표현의 자유의 보호영역에 해당한다고 보고 다만 이 경우에도 아동의 인격 보호를 위하여 성인의 경우보다는 더 광범위한 제한이 정당화된다고 이론 구성하는 것이 타당할 것이다. 정리하면 실제 아동 포르노그래피 중에서 헌법상 표현의 자유의 보호영역에서 배제되는 부분은 18세 미만의 실제 아동이 실제 혹은 가상의 성행위를 하도록 하게 하는 표현물로 좁게 한정하는 것이 타당할 것이다. 이 부분을 이하 “실제 아동 포르노그래피 중 헌법적 보호가 배제되는 부분”으로 칭하도록 한다.

### 제 3 절 소결

이상 살펴본 바와 같이 아동 포르노그래피는 그 해악이 매우 중대하므로 규제의 필요성이 크며 특히 실제 아동 포르노그래피 중 실제 아동에게 실제 혹은 가상의 성행위를 하도록 하는 표현물의 경우 당해 아동에 대한 성 착취를 통하여 아동의 기본권의 본질적 부분을 침해하므로 헌법상 표현의 자유의 보호영역에서 애당초 배제하여야 한다는 점을 살펴보았다. 이상에서 논의한 것이 헌법상 보호영역의 설정에 관한 논의였다면, 제4장에서는 이러한 헌법상 보호영역에 관한 논의들을 바탕으로 하여 국민에게 실질적·구체적으로 표현의 자유의 제한이라는 효과를 미치는 실정법 조문을 헌법적 관점에서 검토할 것이다. 실정법상의 아동 포르노그래피에 관한 규제는 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에 의하여 이루어지고 있는데 동 법률은 “아동 포르노그래피”라는 용어를 구사하지 않고 아동이나 청소년에 관한 성 표현물로서 실정법상 규제의 대상을 “아동·청소년이용음란물”로 규정하고 있다. 즉 우리나라에서는 외국의 경우와 달리 “아동·청소년이용음란물”이 실정법상 용어이며 아동 포르노그래피라는 용어는 법률 차원에서는 등장하지 않는다. 이하 제4장에서는 실정법상 아동 포르노그래피 규제가 어떻게 되고 있는지, 이에 대한 위헌성은 없는지를 검토해보도록 한다.

## 제 4 장 현행법상 아동음란물 규정에 관한 쟁점

### 제 1 절 현행 아동·청소년의 성보호에 관한 법률상 아동음란물 관련 규정의 고찰

#### 1. 현행법상 아동음란물 관련 규정의 실태

현행 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제2조<sup>98)</sup>는 제5호에서 “아동·청소년이용음란물”을 아동·청소년 또는 아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여 제4호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나 그 밖의 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 것으로서 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터나 그 밖의 통신매체를 통한 화상·영상 등의 형태로 된 것”이라고 규정하고 있다. 여기서의 아동·청소년이란 동조 제1호에서 19세 미만자를 지칭하는 것으로, 제4호의 행위란 성교 행위, 구강·항문 등 신체의 일부나 도구를 이용한 유사 성교 행위, 신체의 전부

---

98) 제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. [개정 2012.12.18 제 11574호(형법), 2014.1.28 제12361호(아동복지법)] [[시행일 2014.9.29.]]

1. “아동·청소년”이란 19세 미만의 자를 말한다. 다만, 19세에 도달하는 연도의 1월 1일을 맞이한 자는 제외한다.
4. “아동·청소년의 성을 사는 행위”란 아동·청소년, 아동·청소년의 성(性)을 사는 행위를 알선한 자 또는 아동·청소년을 실질적으로 보호·감독하는 자 등에게 금품이나 그 밖의 재산상 이익, 직무·편의제공 등 대가를 제공하거나 약속하고 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 아동·청소년을 대상으로 하거나 아동·청소년으로 하여금 하게 하는 것을 말한다.
  - 가. 성교 행위
  - 나. 구강·항문 등 신체의 일부나 도구를 이용한 유사 성교 행위
  - 다. 신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위
  - 라. 자위 행위
5. “아동·청소년이용음란물”이란 아동·청소년 또는 아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여 제4호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나 그 밖의 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 것으로서 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터나 그 밖의 통신매체를 통한 화상·영상 등의 형태로 된 것을 말한다.



또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위, 자위행위 등을 하는 경우를 지칭하는 것으로 규정되어 있다. 형법 제243조나 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의7 등 실정법상 대부분의 음란 개념은 등장인물이 구체적으로 어떠한 행위를 하는 경우에 이에 해당하는지가 명시되어 있지 않기 때문에 법관의 해석에 의하여 이것을 밝힐 필요가 있지만 아동·청소년의 성보호에 관한 법률상의 “아동·청소년이용음란물”이란 등장인물이 “제4조의 어느 하나에 해당하는 행위”를 하는 경우라고 규정되어 있어 구체적인 행위태양이 명시되어 있다는 점이 특징적이다. 또 하나 중요하게 주목할 점은 등장인물이 제4조의 어느 하나에 해당하는 행위나 그 밖의 성적 행위를 실제로 할 것이 요구되지 않고 그러한 행위를 하는 것을 표현하는 것이기만 하면 아동·청소년이용음란물에 해당하게 되는 바, 성행위를 묘사(simulate)한 것에 지나지 않는 경우 역시 동법상의 아동·청소년이용음란물에 해당할 수 있다. 결국 아동·청소년의 성보호에 관한 법률상의 음란 개념은 다른 법률상의 음란 개념과는 다른 것이라는 점을 명확히 밝혀두고자 한다. 다른 법률상의 음란성은 앞서 제2장에서 상술하였다시피 성 표현이라는 점만으로 인정되는 것은 아니었으나 아동이나 청소년의 성적 행위를 표현한 시각적 표현물이라면 인간의 존엄성을 왜곡하는 경지에 이르렀는지 여부나 예술적·문화적·정신적 가치 등을 지니는지 여부와는 관계없이 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 소정의 “아동·청소년이용음란물”에는 해당하게 되는 것이다. 이는 아동·청소년의 성보호에 관한 법률상 아동·청소년이용음란물에 관련된 처벌 조항의 규범 목적이 성행위 묘사를 위하여 아동·청소년을 동원하는 것 자체를 방지하고자 하는 데에 있다는 점에 기인한다고 볼 수 있다.<sup>99)</sup> 앞서 제3장 제1절에서 다양한 국제 협약 등으로부터 아동 포르노그래피는 성인 포르노그래피의 경우와는 달리 아동에 관한 성 표현을 널리 지칭하는 개념임을 전술하였다. 이러한 점 등을 종합하여 보면, 특히 제2장 제2절에서 상술한 헌법재판소의 음란 개념에 의할 경우에는 강화상 구별의 필요성이 있다고 볼 수 있는 성인

99) 이인호, 앞의 논문(주 27), 11면.

포르노그래피와 성인 음란물의 경우와는 달리, 아동 포르노그래피와 아동·청소년이용음란물은 외국법 혹은 사회학상의 용어/ 우리나라 법상의 용어라는 측면의 차이가 있을 뿐 개념상으로는 거의 유사하게 된다. 유의미한 차이라고 한다면 아동 포르노그래피는 글·사진·영상 등을 모두 포괄하는 개념인데 비하여 현행법상 아동·청소년이용음란물은 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제2조 제5호의 문언에 비추어 “화상·영상 등의 형태로 된 것”에 한정된다는 점뿐일 것이다. 결국, 화상이나 영상의 형태로 된 표현물을 논할 때에는 양 용어가 의미상 크게 구분되지 않는다고 볼 수 있으므로 화상·영상의 형태를 논할 때는 아동 포르노그래피라는 용어와 실정법상 용어인 “아동·청소년이용음란물”, 그리고 이를 편의상 축약한 형태인 “아동음란물”이라는 용어를 경우에 따라 혼용하기로 한다.

한편, 현행 아동·청소년의 성보호에 관한 법률은 “아동·청소년”이 등장하는 경우뿐만 아니라 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람이나 표현물”이 성교 행위 등을 하는 경우까지도 아동음란물로 포함하고 있다. 실제의 아동·청소년이 등장하는 표현물은 이미 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제2조 제5호에 명시적으로 규정되어 있다는 점을 고려하면 동조에서 규정하고 있는 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람”이 등장하는 표현물이라 함은 성교 행위 등을 하는 사람이 현실적으로는 19세 미만자가 아니지만, 교복을 입고 등장하는 등 기타 제반 사정에 비추어 일반인이 보기에 명백하게 19세 미만자라고 판단되는 사람인 경우를 의미하는 것으로 보인다. 또한 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 표현물”이란 등장인물이 실제 인물이 아닌 가상의 인물인 경우(가령 애니메이션인 경우) 등을 의미하는 것으로 해석할 수 있겠다. 이러한 아동·청소년이용음란물에 해당할 경우에 그것을 제작·수입·수출하는 행위나 판매·대여·배포·제공하거나 이를 목적으로 소지·운반하거나 공연히 전시 또는 상영하는 행위, 그리고 판매 등의 목적이 없더라도 아동·청소년이용음란물이라는 점을 알고 소지하는 행위 등은 제11조 제1항, 제2항, 제3항, 제5항 등<sup>100)</sup>에 의하여 처벌의 대상이 된다.

## 2. 아동음란물 관련 규정의 개정 연혁

“아동·청소년의 성보호에 관한 법률”의 역사는 2000. 2. 3.에 제정된 “청소년의 성보호에 관한 법률”에서 시작된다. 당시 “청소년의 성보호에 관한 법률”은 “청소년의 성을 사는 행위, 성매매를 조장하는 온갖 형태의 중간매개행위 및 청소년에 대한 성폭력행위를 하는 자들을 강력하게 처벌하고, 성매매와 성폭력행위의 대상이 된 청소년을 보호·구제하는 장치를 마련함으로써 청소년의 인권을 보장하고 건전한 사회구성원으로 복귀할 수 있도록 하는 한편, 청소년을 대상으로 하는 성매매 및 성폭력 행위자의 신상을 공개함으로써 범죄예방효과를 극대화하고자” 제정되었다.<sup>101)</sup> 제정 당시부터 동 법률은 제8조에서 청소년이 등장하는 청소년이용음란물을 제작·수입·수출한 자, 영리를 목적으로 판매·대여·배포하거나 공연히 전시 또는 상영한 자 및 청소년이용음란물의 제작자에게 청소년을 알선한 자 등을 처벌하도록 규정하고 있었다.

법 제2조 제5호 소정의 “아동·청소년이용음란물”은 원래 현실적으로 아동·청소년이 등장하는 음란물만을 의미하였다. 그런데 이에 따르면 음란물에 등장하는 인물이 실제의 아동·청소년인지 아닌지를 확인해야만 아동법 위반으로 기소가 가능한데 현실적으로 이를 일일이 확인하기는 어렵다는 점이 지적되었다. 이에 수사 실무상의 부담을 덜어주고 실질적인 단

100) 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제11조 (아동·청소년이용음란물의 제작·배포 등)

- ① 아동·청소년이용음란물을 제작·수입 또는 수출한 자는 무기징역 또는 5년 이상의 유기징역에 처한다.
- ② 영리를 목적으로 아동·청소년이용음란물을 판매·대여·배포·제공하거나 이를 목적으로 소지·운반하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.
- ③ 아동·청소년이용음란물을 배포·제공하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ④ 아동·청소년이용음란물을 제작할 것이라는 정황을 알면서 아동·청소년을 아동·청소년이용음란물의 제작자에게 알선한 자는 3년 이상의 징역에 처한다.
- ⑤ 아동·청소년이용음란물임을 알면서 이를 소지한 자는 1년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ⑥ 제1항의 미수범은 처벌한다.

101) 법제처, “청소년의 성보호에 관한 법률[시행 2000.7.1] [법률 제6261호, 2000.2.3. 제정]”의 제·개정이유에서 발췌.

속을 돕고자 2011.9.15.의 개정에서 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람”이라는 표현이 추가되었고<sup>102)</sup> “표현물”도 객체로 추가되었다.

이후에 “아동·청소년으로 인식될 수 있는”의 범위가 매우 불분명하여 아동·청소년으로 인식될 수 있는 범위가 어디까지인지, 교복을 입은 사람이면 무조건 아동으로 볼 수 있는지 등의 문제가 제기되었다. 또한 일부 국회의원들이 아동음란물의 정의가 지나치게 모호하여 처벌에 대한 사회적 불안이 야기되는 점을 들어 동법 제2조 제5호의 아동음란물의 정의를 “실제 아동·청소년이 출연하여”로 규정하도록 하는 개정안을 발의한 바 있으나 2012년 11월 국회 아동·여성대상 성폭력 대책 특별위원회에서 논의 끝에 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 경우”로 한정하는 대안을 의결하였다.<sup>103)</sup> 이러한 타협의 결과 가장 최근의 아동음란물 관련 규정의 개정인 2012. 12. 18. 개정에서 비로소 “아동·청소년으로 명백히 인식될 수 있는”으로 조문을 바꾸었다.

한편, 2005년 당시의 청소년의 성보호에 관한 법률은 2005. 12. 29.의 개정에서 청소년이용음란물을 영리 목적 없이 단순히 배포하거나, 공연히 전시·상영하는 경우도 처벌하도록 하는 조항을 신설하였다. 이후 2008. 2. 4.부터 시행된 청소년의 성보호에 관한 법률부터는 아동음란물을 공개하는 것이 아니라 단순히 소지하는 행위까지도 처벌 대상으로 하여 가벌성을 확장하였다. 이후 2012. 12. 18.의 개정에서 아동·청소년의 성보호에 관한 법률상 벌금형만이 규정되어 있던 아동음란물 단순 소지 조항의 법정형에 1년 이하의 징역도 부과할 수 있도록 하여 보다 더 무거운 형벌을 부과할 수 있도록 하였다.

---

102) 최민희, “아동음란물 규제, 어떻게 할 것인가? : 아동·청소년의 성보호에 관한 법 개정방향 모색 토론회”, 최민희의원실, 2012, 12면.

103) 임정호, “아동·청소년의 성보호에 관한 법률상 아동음란물 정의규정에 대한 미 국법과의 연구”, 『법학논총』, 제25권 제3호, 국민대학교 법학연구소 2013, 27면.

### 3. 현행법의 헌법적 관점에서의 고찰

현행법상 아동음란물은 아동의 실제 혹은 가상의 성행위의 묘사 자체를 실질적으로 금지하므로, 영상·화상의 형태로 된 표현물을 논할 경우에는 아동음란물과 아동 포르노그래피의 개념이 실질적으로 일치하게 된다는 점을 전술하였다. 제3장에서 고찰하였듯이 실제 아동의 실제 혹은 가상의 성행위를 묘사한 표현물은 일반 음란물의 경우와는 달리 헌법적 보호가치가 없다는 점에서 현행법이 아동 포르노그래피의 경우에는 일반 포르노그래피의 경우와는 달리 광범위하게 성 표현에 해당한다는 사실만으로 전면적 금지의 대상인 아동음란물로 규정하고 있다는 점 자체의 정당성은 부인하기 어려울 것이다. 또한 현행법은 실제 아동 포르노그래피 중 헌법적 보호가 배제되는 부분에서 나아가 아동·청소년으로 하여금 제2조 제4호 다목의 “신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위로서 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위”를 나타내는 표현물도 규제하고 있는데 이 부분 역시 단순히 성기 노출 여부만을 기준으로 금지의 대상으로 삼고 있는 것이 아니라 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는지 여부라는 추가적인 기준을 활용하고 있다는 점에서, 그리고 아동의 성(性)을 다룬 표현물은 설령 표현의 자유의 보호영역에 해당하는 부분이라 하더라도 성인에 비하여 보다 광범위한 규제가 허용될 수 있다는 점에서 정당화된다고 본다. 다만 제3장 제2절의 마지막 부분에서 고찰하였듯이 우리나라의 법 규정 일반과 국외의 협약 등에 비추어보건대 헌법상 표현의 자유의 보호를 배제하는 실제 아동 포르노그래피에서의 아동의 연령은 18세 미만으로 봄이 타당하다는 점을 고려하면, 현행법상 아동음란물 정의 규정에서의 아동·청소년 연령 규정 역시 18세 미만으로 하향하는 것이 표현의 자유의 보장의 관점에서 타당할 것이다.

실제 아동 포르노그래피의 규제에 관한 부분은 연령대를 18세로 낮춤으로써 쉽게 개선점을 찾을 수 있다. 다만 전술한 바와 같이 현행 아동음란물 정의 규정은 실제 아동 포르노그래피 뿐 아니라 실제 아동이 아니라 아동으로 인식될 수 있는 성인이나 가상아동의 성행위를 묘사한 것까지도

포괄하여 그 표현을 전면적 금지의 대상으로 삼고 있는데 이것이 헌법적 관점에서 정당한지 검토가 필요하다. 즉 동 조항의 “아동·청소년이용음란물” 개념에 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람”이나 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 표현물”을 포함하여 처벌 대상으로 삼는 것이 타당한지에 대해서는 표현의 자유에 대한 제한은 최소화하여야 할 필요성이 크다는 점에 비추어 별도의 고찰이 필요할 것으로 보인다. 또한 일반 음란물과는 달리 아동음란물의 경우에는 다른 목적 없이 단순히 소지만 하는 경우에도 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제11조 제5항에 의하여 처벌되도록 하고 있는데 이것 역시 헌법적 관점에서 과잉 처벌은 아닌지 고찰할 필요성이 있다.

실제의 아동·청소년이 등장하여 성 행위 등을 하는 표현물은 이미 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제2조 제5호에 명시적으로 규정되어 있다는 점을 고려하면 동조에서 규정하고 있는 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람”이 등장하는 표현물이라 함은 성 행위 등을 하는 사람이 현실적으로는 19세 미만자가 아니지만, 교복을 입고 등장하는 등 기타 제반 사정에 비추어 일반인이 보기에 명백하게 19세 미만자라고 판단되는 사람인 경우를 의미하는 것으로 보인다. 이러한 전제를 바탕으로 제2절에서는 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람” 부분의 위헌성에 대하여 상세히 다루기로 하며 그 뒷부분인 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 표현물”부분의 위헌성은 제3절에서 고찰하기로 한다. 제2절과 제3절에서 주로 아동 포르노그래피의 생산자의 기본권과 관련하여 금지의 대상으로 볼 아동음란물의 범위에 관하여 논한다면 제4절에서는 아동 포르노그래피의 소비자의 기본권과 관련하여 단순 소지를 처벌 대상으로 보는 것이 헌법상 기본권을 침해하는 것은 아닌지에 대하여 논하기로 한다.

## 제 2 절 동안(童顔) 성인 등장 표현물에 관한 쟁점

### 1. “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람” 부분의 해석에 관한 판례의 태도

#### 가. 지방법원 판례의 태도(수원지방법원 2013. 2. 20. 선고 2012고단3926 판결)

대상 판례에서의 피고인들은 2012. 7. 21. 20:46경 서울 강서구에서 100메가바이트 당 1원을 받기로 하고 케이디스크라는 사이트에 접속하여 그 게시판에 (제목 생략)이라는 제목으로 교복을 입은 여학생이 남성과 성행위를 하는 내용의 아동·청소년이용음란물을 업로드하였다. 이에 피고인들은 영리를 목적으로 아동·청소년이용음란물을 판매·대여·배포하거나 공연히 전시 또는 상영하였다고 하여 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 위반으로 기소되었다. 다만, 교복을 입은 학생들은 모두 실제 성인으로 알려진 자들이었다.

이 사건에 대하여 수원지방법원은 “아동·청소년 보호에 관한 법률 규정과 입법 과정에 비추어 보면, ‘아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물’에 해당하는지 여부는 ‘음란물의 내용’을 기준으로 음란물에서 묘사된 구체적 상황이나 표현 방식 등을 고려하여 일반인이 해당 인물이나 표현물을 아동·청소년으로 인식할 수 있는지 여부에 따라 판별함이 상당하고 이와 달리 음란물의 내용은 감안하지 않은 채 오로지 해당 인물이나 표현물을 아동·청소년으로 오인할 가능성이 있는지 여부에 따라 판단하는 것으로 제한하여 해석할 수 없다”고 하면서 “또한 돌이켜 이 사건에서 보건대 각 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 해당 인물이 실제 성인으로 알려져 있다고 하여 달리 볼 수 없다.”고 판시하였다. 즉 성행위 등을 행한 배우 등이 실제로는 성인이라고 알려져 있다고 하더라도 동영상 자체의 내용상으로 그 배우가 아동이라는 설정이라면 당해 동영상 역시 아동·청소년이용음란물에 해당할 수 있다고 판단한 것이다.

## 나. 대법원 판례의 태도(대법원 2014. 9. 24. 선고 2013도 4503 판결)

### (1) 판시 사항

2012년 8월 피고인은 교복을 입은 여자 청소년과 성인 남성이 성행위를 하는 음란물을 인터넷 사이트에 올렸다가 아동·청소년의 정보보호에 관한 법률 위반 혐의로 기소되었다. 이에 1심에서 인천지방법원 부천지원은 A 씨에게 유죄를 인정해 벌금 300만원을 선고하면서 성범죄재발방지에 관한 강의 40시간 수강을 명했다. 피고인은 “올린 동영상은 촬영장소가 청소년의 출입이 금지된 모텔이고 등장인물의 몸에 과도한 문신이 있어 동영상에 등장한 여성을 아동·청소년으로 볼 수 없음에도 이들을 아동·청소년임을 전제로 유죄를 선고한 원심은 위법하다”며 항소하였다.

인천지방법원 합의부(104)에서는 본 사안에 대하여 ① 외관상 청소년으로 인식될 수 있는 인물이 동영상에 등장하여 음란한 행위를 하는 장면이 묘사되었고, ② 교복으로 보이는 옷을 입고 학생으로 연출된 인물을 대상으로 음란한 행위를 하는 것을 내용으로 하고 있어 일반인로서는 그 등장인물을 아동·청소년으로 인식할 수 있는 점 등을 이유로, 이 사건 각 동영상은 구 아동·청소년의 정보보호에 관한 법률에서의 “아동·청소년이용음란물”에 해당한다고 판단하고, 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 제1심 판결을 그대로 유지하였다.

---

104) 인천지방법원 2013. 4. 12. 선고 2012노3737 판결



이에 대하여 대법원은 원심법원의 판단을 번복하고 사안의 경우 성행위 등을 한 사람들이 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람”으로 단정할 수 없다고 보아 원심판결을 파기하고 사건을 원심법원에 환송하였다.<sup>105)</sup> 그 논거로서 “① 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 형벌법규는 엄격히 해석되어야 하고 명문의 형벌 법규의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추 해석하는 것은 죄형법정주의 원칙에 어긋나는 것으로 허용되지 않는 점, ② 구 아동·청소년보호법 제2조 제5호의 ‘아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이 등장하는 아동·청소년이용음란물’이라고 하기 위해서는 그 주된 내용이 아동·청소년의 성교행위 등을 표현하는 것이어야 할 뿐만 아니라, 그 등장인물의 외모나 신체발육 상태, 영상물의 출처나 제작 경위, 등장인물의 신원 등에 대하여 주어진 여러 정보 등을 종합적으로 고려하여 사회 평균인의 시각에서 객관적으로 관찰할 때 외관상 의심의 여지없이 명백하게 아동·청소년으로 인식되는 경우라야 하고, 등장인물이 다소 어려 보인다는 사정만으로 쉽사리 ‘아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이 등장하는 아동·청소년이용음란물’이라고 단정해서는 아니 된다”는 점을 들었다.

이어서 “원심이 유지한 제1심이 채택한 증거에 의하면, 이 사건 각 동영상 중 하나는 다소어려보이는 여자가, 다른 하나는 교복과 유사한 형태의 옷을 입은 여자가 각각 등장하여 성적 행위를 하는 영상물로 보이기는 하나, 위 각 동영상 전체가 증거로 채택되어 조사된 것이 아니라 단지 위 각 동영상의 스틸 사진 몇 장만 증거로 채택되어 조사된 것으로, 위 각 동영상의 내용과 출처, 제작 경위, 등장인물의 신원 등에 대한 배경 정보가 전혀 없는 점, 위 각 등장인물은 그 외모나 신체발육의 상태로 볼 때 성인일 가능성을 배제할 수 없는 점 등을 알 수 있고, 이를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 위 각 등장인물을 구 아동·청소년보호법 제2조 제5호의 ‘아동·청소년

---

105) 대법원 2014. 9. 24. 선고 2013도4503 판결

년으로 인식될 수 있는 사람'이라고 단정하기는 어려움에도 이 사건 각 동영상을 아동·청소년이용음란물이라고 판단하였으므로, 이러한 원심판결에는 구 아청법 제2조 제5호의 '아동·청소년이용음란물'에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다."고 판시하였다.

## (2) 검토

대상 판례는 대법원 판례 중에서 거의 최초로 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제2조 제5호에서 정한 “아동·청소년 이용 음란물”에의 해당 여부에 대한 판단 기준을 명시한 것으로 볼 수 있다는 점에서 의미가 있다. 당해 판례는 법원이 해석에 의하여 모호한 법률규정의 적용기준을 보다 명확하게 정립하여 사안의 구체적 해결을 도모할 수 있는 가이드라인을 제시하였다는 점에서 고무적이다. 대법원 판례에 앞서 살펴보았던 수원지방법원의 판례의 경우 음란물에 등장하는 인물이 실제 성인이라는 신상 정보가 알려진 경우였음에도 불구하고 교복을 입고 학생으로서의 역할을 연기했다는 등 사정을 고려하여 ‘청소년으로 인식될 수 있는 사람’에 해당한다고 보았다. 수원지방법원 판례 사안의 경우에는 “명백하게 아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람”이라고 규정하고 있는 현행법이 개정되기 전의 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 규정, 즉 “명백하게”라는 요건이 빠진 채 단순히 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람”이라고 규정되어 있었던 구법이 적용되었다. 당장 이 사례에 개정된 법률조항을 적용한다고 가정하고 대법원이 실시한 기준을 적용한다면 등장인물이 성인이라는 점이 알려져 있으므로 ‘명백하게 아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람’에 해당하지 않게 되어 결론이 달라졌을 가능성이 높다.

그러나 새로운 판례의 등장 및 해석 기준의 실시에도 불구하고 여전히 과제가 남는다. 판례가 법 규범의 해석을 통해서 법의 적용기준을 보다 구체화한 것은 사실이나, 법 규범 자체가 지나치게 모호한 나머지 대법원이 구체화한 해석 기준마저도 구체적 사안 해결에 있어서는 모호한 것이 될 뿐이라는 점이 문제인 것이다. 구법에 비하여 ‘명백하게’라는 요건이

추가되어 ‘아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람’이라는 구성요건의 범위가 축소되었다고는 확실히 말할 수 있겠으나, 적어도 형벌과 결부되어 표현의 자유를 제한하는 법률이라면 어떠한 경우에 그 구성요건에 해당하게 되는지를 일반인의 관점에서 충분히 예측할 수 있을 정도로 명확하여야 할 것이다. 대상 판례는 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제2조 제5호 소정의 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람”에 해당하는지 여부를 판단하기 위한 요건으로 “그 등장인물의 외모나 신체발육 상태, 영상물의 출처나 제작 경위, 등장인물의 신원 등에 대하여 주어진 여러 정보 등을 종합적으로 고려하여 사회 평균인의 시각에서 객관적으로 관찰할 때 외관상 의심의 여지없이 명백하게 아동·청소년으로 인식되는 경우”일 것을 요구한다. 그러나 현대 사회 아동의 빠른 발육 추세에 비추어 등장인물의 외모나 발육상태 등으로는 19세 미만인지 여부를 판단하기 어렵다. 또한 인터넷 상의 음란물 유포에 관한 오늘날의 현실을 고려할 때 특히 당해 표현물을 직접 생산하는 자가 아니라 단순히 업로드 혹은 다운로드하는 사람의 경우 영상물의 출처나 제작 경위 내지 등장인물의 신원 정보 등을 파악하는 것에 어려움이 크다는 점에 비추어보면 과연 음란물에 등장하는 인물이 실제로는 성인이나 사회 평균인의 시각에서 명백하게 인식될 수 있는 경우는 어떤 경우인지를 생각해내기가 매우 어렵다. 이에 아래에서는 이러한 문제점들을 헌법적인 관점에서 보다 자세히 서술해보고자 한다.

## 2. 현행 아청법상 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람” 부분에 대한 헌법적 판단

### 가. 막연하기 때문에 무효의 원칙에 비추어 본 현행법의 위헌성

#### (1) 막연하기 때문에 무효의 원칙의 의의

막연하기 때문에 무효의 원칙(void for vagueness)이란 표현의 자유를

제한하는 법률이 불명확하여 그 내용이 막연할 경우 법원의 판단을 기다릴 필요도 없이 문언상 무효가 된다는 원칙으로, 이는 표현의 자유의 제한과 형벌 부과에 특히 강조되어 한층 더 엄격하게 적용되나 일반 기본권 제한의 경우에도 두루 적용되는 원칙이라 할 수 있다.<sup>106)</sup> 이는 영미법상 표현의 자유를 보다 더 심층적으로 보호하고자 발전된 원리로서 필요한 것 이상으로 광범위한 금지규범은 무효가 된다는 광범위성 원리(overbreadth doctrine)와도 밀접하게 연관되는 원리라고 할 수 있으며 우리나라의 학설이나 판례에서도 널리 수용되고 있는 이론이라고 할 수 있다. 광범위성 원리와 막연하기 때문에 무효의 원리는 개념적으로는 구분되는 것이나 일반적으로 법률이 막연하여 무효가 될 경우 광범위하기도 할 경우가 많을 것이므로 미연방대법원은 흔히 양자를 함께 언급하는 경우가 대부분이다.<sup>107)</sup>

## (2) 막연하기 때문에 무효의 법리에 비추어본 현행법의 검토

현행 아동·청소년의 성보호에 관한 법률은 실제 아동이 등장하는 경우 외에도 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람”이 등장하는 표현물까지도 아동음란물로 규정하고 있다. 본 장의 제1절에서 전술한 바와 같이 이 규정에 나름의 명확성을 기하기 위하여 “명백성” 요건을 추가하였고 이의 해석 기준에 관한 대법원의 판례도 등장하였지만 여전히 성인이 어느 정도로 고도로 아동인 것 같은 인상을 주어야 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람”이 등장하여 성적 행위를 하는 것에 해당하는지에 대하여는 법관에 따라 판단이 달라질 소지가 클 수밖에 없다고 할 것이다. 전술한 대법원 판례는 특정한 성 표현물이 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람”이 등장하는 경우에 해당하는지 여부는 “등장인물의 외모나 신체발육 상태, 영상물의 출처나 제작 경위, 등장인물의 신원 등에 대하여 주어진 여러 정보 등”을 종합하여 판단하여야 한다

106) 김철수, 『헌법학신론』, 박영사, 2013, 848면; 성낙인, 앞의 책, 554면; 양건, 앞의 책, 506면.

107) 양건, 앞의 책, 509면; 존 노왁·로널드 로튼다, 앞의 책, 71면.

고 한다. 그러나 청소년 중에서 특히 17-18세에 근접한 미성년자들은 발육 상태와 각종 성형 수술 및 화장 기술 등으로 인하여 성인인지 청소년인지 육안으로는 구별이 어려운 경우가 많고 당해 성 표현물의 생산에 참여한 자가 아니라 단순히 배포하거나 소지하는 자의 경우 영상물의 제작 경위나 등장인물의 신원 등의 정보를 얻기란 매우 어려운 일이다.<sup>108)</sup> 대법원이 실시한 기준은 어쨌든 존재하는 현행법을 최대한 명확한 기준 하에 적용하려는 노력의 산물이기는 하나 이러한 기준으로는 성 표현물에 등장하는 성인이 아동·청소년인 것 같은 착각을 어느 정도로 불러일으켜야 생산·배포·소지 등이 전면 금지되는 대상이 되는 것인지 일반 국민의 입장에서는 판단할 수 없다고 본다. 결국 현행법상 아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람이 등장하는 표현물이란 일반인의 관점에서 어떤 경우를 의미하는 것인지 예측하기 어렵고 막연하다는 점에서 무효로 보아야 할 것이다.<sup>109)</sup>

## 나. 과잉금지원칙의 위반 여부

### (1) “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람”이 등장하는 성 표현물이 표현의 자유의 보호영역에 해당하는지 여부

아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제2조 제5호가 아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람이 연기하는 성 표현물에 대해서까지도 제재를 가하는 것이 과잉금지원칙에 위반하여 위헌인지 여부를 검토하기 위해서는 그 논리적 전제로서 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람”이 등장하는 성표현물이 헌법 제21조의 표현의 자유의 보호영역 범위 내에 해당하는지 여부에 대한 고찰이 필요할 것이다.

108) 임규철, “아동·청소년의 성보호에 관한 법률상의 아동·청소년 이용음란물과 소지에 대한 법적 고찰”, 『법학논고』 제44집, 경북대학교 법학연구원, 2013, 91면 역시 개정법상 구성요건 조항의 경우 등장인물의 나이에 대한 정보 제공이 없을 경우에는 문제가 더욱 커질 수 있음을 지적한다.

109) 박강우, 앞의 논문, 180면; 임정호, 앞의 논문, 28면 역시 “명백성”요건을 추가하였음에도 개정법상 구성요건이 모호함을 지적한다.

제3장에서 충분히 검토하였듯이, 성인 포르노그래피와는 달리 실제 아동 포르노그래피 중 일부의 경우에는 아예 표현의 자유의 보호영역에서 배제해버리는 것의 주된 논거는 아동 포르노그래피의 제작 과정에서 불가피하게 행하여지는 성 착취를 방지한다는 공익에 있다. 그러나 동법 제2조 제5호에서 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람”이 등장하여 성적인 행위를 하는 표현물의 경우 등장인물이 실제 아동이 아닌 성인이기 때문에 아동에 대한 학대라는 요소가 존재하지 않으며, 제3장 제2절에서 상술한 소위 “실제 아동 포르노그래피 중 헌법적 보호가 배제되는 부분”이 아니다. 결국 아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람이 등장하는 성 표현물은 성인이 등장하는 경우와 마찬가지로 취급하여야 하고 노골성의 정도에 따라 단순한 성 표현물 혹은 포르노그래피에 해당한다고 보아야 할 것이며, 법률에 의한 제한 가능성은 별도로 논하더라도 헌법상 표현의 자유에 의한 보호의 대상은 된다고 볼 것이다. 그럼에도 불구하고 이러한 표현물까지도 일률적으로 “아동·청소년이용음란물”로 규정하여 노골성의 정도를 불문하고 성적인 행위를 표현했다는 기준만으로 일률적으로 생산·배포·단순 소지 등을 금지하고 있는 현행법이 과잉금지 원칙에 위반되는지를 살필 필요가 있다.

## (2) 과잉금지원칙의 위반 여부

아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제2조 제5호의 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람” 부분이 막연하기 때문에 무효의 법리에 비추어 위헌성이 있음은 전술하였다. 막연하기 때문의 무효의 법리란 결국 명확성의 원칙을 구체화한 것으로 볼 수 있는데 이러한 원칙에 저촉되어 헌법상 표현의 자유를 제한하는 법률이라면 논리적으로 과잉금지원칙에도 위반하여 표현의 자유를 침해할 가능성이 높다. 이는 표현의 자유를 제한하는 법률 규정이 불분명할 경우에는 국민의 입장에서 어떠한 표현이 제한되는지 여부를 분명히 알 수 없어 스스로 불필요하게 표현을 억제하게 되는 위축 효과(chilling effect)를 초래하기 때문이다.<sup>110)</sup> 한편, 실제 아

동이 출연하는 성 표현물을 금지하는 것에서 나아가 실제로는 성인이지만 아동과 같아 보이는 자가 주연으로 등장하는 성 표현물까지도 규제함으로써 추구하는 공익은 성범죄 예방이라는 측면에 국한될 것이다. 실제 아동 포르노그래피의 생산 등을 전면적으로 금지하는 것은 그러한 표현물이 당해 표현물에 등장하는 아동의 자유로운 발육 및 성적 자기 결정권 등의 법익을 직접적으로 중대하게 침해하기 때문이라고 볼 수 있다. 이에 비하여 실제로는 성인에 불과한 자를 교복을 입고 출연하였다는 등으로 아동으로 인식될 수 있다는 점을 근거로 실제 아동이 출연하는 경우와 동일하게 규율하여 음란성 요건을 요구하지 아니하고 일률적으로 금지하며 일반 음란물의 경우보다 훨씬 중한 법정형을 부과할 수 있도록 한 것은 아동 성범죄 예방이라는 공익 달성을 위하여 필요한 최소한의 제재에 위반되는 것이다. 아울러 이로 인하여 침해되는 표현의 자유라는 사익이, 실제 아동 포르노그래피에도 해당하지 않는 동안(童顔)인 성인이 등장하는 성 표현물을 규제함으로써 달성할 수 있을지 여부가 다소 불분명한 성 범죄 예방이라는 공익에 비하여 적다고 볼 수도 없어 법익의 균형성도 충족된다고 보기 어렵다.

결론적으로 동안(童顔)인 성인이 등장하는 성 표현물까지 음란성 유무를 불문하고 금지의 대상으로 삼고 있는 현행 아동·청소년의 성보호에 관한 법률은, 법률 규정 자체가 명백하지 않아 규제될 필요가 없는 부분까지 실정법상으로 규제함으로써 과잉금지원칙에 위반하여 헌법상 보장된 표현의 자유를 침해한다고 볼 것이다.

---

110) 헌법재판소 1998. 4. 30. 95헌가16 결정 역시 “불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제에 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축적 효과를 수반하기 때문이다. 즉 무엇이 금지되는 표현인지가 불명확한 경우에는, 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권주체는 - 형벌 등의 불이익을 감수하고서라도 자신의 의견을 전달하고자 하는 강한 신념을 가진 경우를 제외하고 - 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높은 것이다”라고 설시한 바 있다.

### 3. 소결

2012년, 한 노인의 청소년에 대한 이루어질 수 없는 사랑에 대한 욕망을 문학적으로 표현한 영화 “은교”가 그 예술적 가치에도 불구하고 미성년자의 성행위를 표현한 것이어서 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에 위반되는 작품인지를 문의하는 네티즌들이 많았다. 물론 극중 미성년자로 등장한 배우는 성인이었고 경찰청 역시 공식적으로 당해 영화가 아동·청소년의 성보호에 관한 법률을 위반한 표현물이 아니라고 발표를 하였다. 이는 현재까지 이어 내려오는 법조문이 지나치게 모호하여 “명백히 아동으로 인식될 수 있는 사람”이 등장하는 어떤 경우인지에 대한 일반인의 판단이 매우 어려움을 알려주는 좋은 사례라고 본다. 최근 대법원이 실시한 법 적용 기준에도 불구하고 현행 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람” 부분은 지나치게 모호할 뿐 아니라 과잉금지원칙에도 위반하여 헌법상 보장된 표현의 자유를 침해하는 위헌성이 존재한다. 결국 동안(童顔)성인이 등장하는 성 표현물은 아동·청소년의 성보호에 관한 법률을 적용하여 성적으로 노골적인 장면이 등장하는지 여부만을 기준으로 형사 처벌할 것이 아니라 아동·청소년의 성보호에 관한 법률의 적용을 배제하고 정보통신망 이용촉진 등에 관한 법률 및 형법을 기준으로 음란성 요건을 갖춘 경우에 한하여 처벌하는 것이 헌법정신에 보다 합치될 것이다. 결국 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제2조 제5호의 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람” 부분은 삭제함이 타당하다.

## 제 3 절 가상 아동(virtual child) 포르노그래피 규제에 관한 쟁점

### 1. 논의의 전제

학계의 문헌들을 살펴보면 “가상 아동 포르노그래피”라는 용어를 통일



적 의미로 사용하고 있지 않다. 가상 아동 포르노그래피를 ① 실제 아동이 등장하여 실제 혹은 가상의 성행위를 하는 표현물을 일컫는 용어로 이해하고 있는 것<sup>111)</sup>과 ② 실제의 아동이 아닌 자의 성행위가 묘사된 것으로서 아동으로 분장한 성인이나, 애니메이션과 같이 순수 가상 세계에서 아동의 성행위를 표현한 것을 의미하는 것으로 이해하는 것<sup>112)</sup> 등이 혼재하고 있다.

“아동 포르노그래피”라는 용어를 사용할 때 이미 성인 포르노그래피와는 달리 실제의 성행위뿐만 아니라 성행위를 묘사(simulate)한 것, 즉 가상의 성행위를 표현한 것조차도 포함하는 것임을 이 글의 제3장 제1절에서 상술하였으므로, 아동의 가상의 성행위를 묘사하는 표현물을 독자적으로 가상 아동 포르노그래피로 분류하는 방식은 이 글에서 취하지 않기로 한다. 또한 아동으로 인식될 수 있는 성인이 등장하는 표현물의 위헌성에 대하여는 본 장의 제2절에서 이미 자세히 검토하였기 때문에 본 절에서는 위의 다수 문헌에서 사용되는 넓은 의미의 가상 아동 포르노그래피 개념과는 달리 문자 그대로 가상의 아동(virtual child), 즉 애니메이션이나 만화 등의 경우와 같이 순수 가상세계의 아동 내지 실존 인물이 아닌 아동의 성 행위를 다룬 아동 포르노그래피의 규제의 위헌성 부분으로 논의를 국한할 것이며 본 절에서 가상 아동 포르노그래피라는 용어를 구사하는 경우에도 마찬가지로 전제로 삼고자 한다.<sup>113)</sup> 또한 가상 아동 포르노그래피는 순수하게 가상의, 실재하지 않는 아동에 관한 성적 표현물이어야 하므로 때문에 실재하는 아동의 사진을 변형·편집·합성하는 등으로 만들어낸 이미지가 등장하는 이른바 의사(擬似) 사진 내지 가상 사진

111) 원혜옥, 앞의 논문, 19면 등 참조.

112) 박강우, 앞의 논문, 181면; 박경신, 앞의 논문, 186-187면; 박찬걸, “아동·청소년 이용음란물소지죄의 해석론 및 입법론에 대한 검토”, 『형사정책』 제25권 제2호, 한국형사정책학회, 2013, 278면 등 참조.

113) 김두상, 앞의 논문, 143면 역시 가상 아동 포르노라는 용어는 만화나 애니메이션, 컴퓨터 그래픽 등을 이용하여 만들어진 가상의(virtual) 아동이 등장하는 아동 포르노를 지칭하는 것이며 성인이 아동처럼 등장하여 연기하는 표현물의 경우에는 가상 아동 포르노라는 용어를 사용하지 않는 것이 타당하다고 하여 이 글에서의 개념 정의와 마찬가지로 가상 아동 포르노그래피라는 용어를 애니메이션 등 가상세계의 아동에 관한 성 표현물이라는 좁은 의미로 사용한다.

(pseudo-photograph)은 포함하지 않는 개념으로 사용할 것임을 아울러 밝혀두고자 한다.<sup>114)</sup>

## 2. 우리나라의 법제 및 학설과 판례의 동향

### 가. 현행법의 태도

현행 아동·청소년의 성보호에 관한 법률이 가상 아동 포르노그래피를 규율하고 있는 부분은 동법 제2조 제5호의 아동·청소년이용음란물의 정의 조항 중 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 표현물”부분이라 할 것이다. 즉, 제1절에서도 살펴보았듯이 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제2조 제5호는 “아동·청소년이용음란물”을 “아동·청소년 또는 아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여 제4호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나 그 밖의 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 것으로서 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터나 그 밖의 통신매체를 통한 화상·영상 등의 형태로 된 것”으로 규정하여 제작·배포·소지 등을 전면적으로 예외 없이 처벌하는 표현물의 범위를 실제 아동·청소년이 등장하는 경우에서부터 가상의 아동·청소년이 등장하는 경우로까지 확장하였다. 이렇게 가상 아동(virtual child)이 등장하는 성 노골적 표현물까지 아동음란물의 개념에 포함하는 것의 타당성 여부에 대하여 견해의 대립이 있는바, 이에 대하여 상술하도록 한다.

### 나. 가상 아동 포르노그래피 처벌의 타당성에 관한 견해의 대립

---

114) 여러 문헌들도 이러한 개념 정의를 취하고 있다. 박경신, 앞의 논문, 186-187면 역시 이러한 입장에 있으며 이향선, “디지털시대의 가상아동포르노 규제”, 『한국방송학보』 제27권 제2호, 한국방송학회, 2013, 233면 역시 의사 사진 내지 가상 사진은 변형 정도가 매우 커서 실제 아동으로서의 식별이 불가능한 경우에 이르는 경우에 한하여 가상 아동 포르노그래피로 보겠다고 전제한다.

## (1) 가상 아동 포르노그래피의 처벌을 긍정하는 견해

가상 아동 포르노그래피도 처벌하여야 한다는 논거 역시 다양하게 제시된다. 즉 ① 가상 아동 포르노그래피로 인하여 직접적으로 실존 아동이 피해를 받는 것이 없더라도 가상 아동 포르노그래피의 범람으로 아동 포르노 시장이 확대되고 소아애도착자들이 증가할 위험성이 있고 ② 아동에 대한 성적인 착취를 유도하기 위한 수단으로 사용될 수 있다는 점은 가상 아동이 출연하는 경우나 실제 아동이 출연하는 경우가 마찬가지이며<sup>115)</sup> ③ 가상 아동 포르노그래피를 금지의 대상으로 삼지 않을 경우 아동 포르노그래피에 등장하는 아동이 실존하는 인물임을 전제로 수사 기관이 그 아동을 구체적으로 특정하여야 하는데 이는 현실적으로 매우 어려우므로 수사기관의 편의를 도모할 필요가 있으며,<sup>116)</sup> ④ 묘사 대상인 아동의 명예를 훼손하고 그 아동에게 정신적·심리적 악영향을 미친다는 점에서 가상 아동이 등장하는 표현물 역시 처벌 대상이 되어야 한다는 점<sup>117)</sup> 등을 들어 금지의 대상으로 삼는 아동 포르노그래피에 가상 아동 포르노그래피도 포함하여야 한다는 견해도 다수 존재한다.

## (2) 가상 아동 포르노그래피의 처벌을 부정하는 견해

반면에 가상 아동 포르노그래피 규제가 타당하지 않다는 견해도 상당수 존재한다. ① 먼저 가상 아동포르노그래피의 경우 현실적으로 아동에게 가해지는 해악 내지 성적인 착취가 없기 때문에 이를 규제하는 것은 과잉 입법이라는 것이 가장 대표적인 논거로 작용한다.<sup>118)</sup> ② 다음으로 아동·청소년의 정보보호에 관한 법률의 입법취지에 맞지 않음을 이유로 들어 가

115) 심희기, 앞의 논문, 895면; 이건호, 앞의 논문, 43면; 박찬걸, 앞의 논문, 278면.

116) 심희기, 앞의 논문, 896면.

117) 원혜옥, 앞의 논문, 35면.

118) 윤철환, “아동음란물이 성범죄 증가의 원인?”, 『범연』, 제34권, 한국법제연구원, 2012, 22면은 실제 아동 포르노그래피를 처벌하는 것에는 아동을 보호한다는 확실한 공익이 존재하지만 가상 아동 포르노그래피를 처벌하는 것을 통하여 달성할 수 있는 공익은 성범죄의 위험을 줄인다는 측면에 국한될 뿐이므로 실제 인물과 가상 인물의 경우를 동일한 기준으로 처벌하는 것은 재고의 여지가 있다고 한다.

상 아동 포르노그래피 규제는 타당하지 않다는 견해도 있다. 이 견해는 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제1조<sup>119)</sup>에서 비추어보건대 동 법률은 형법이 규정하는 성범죄 중에서도 특히 아동·청소년을 피해자로 하는 성범죄를 가중 처벌하려는 입법 목적을 지니고 있을 뿐이며 가상 아동 포르노그래피는 실제로 아동에게 어떠한 피해도 주지 않는에도 동 법률이 적용되도록 하는 것은 법체계상 타당하지 않다고 한다.<sup>120)</sup> ③ 마지막으로 오히려 가상 아동 포르노그래피를 허용함으로써 아동 포르노그래피 제작자들이 실제 아동 포르노그래피보다는 가상 아동 포르노그래피를 제작할 유인이 생기게 되므로 실제 아동에 대한 성 착취가 감소될 수 있다는 점이 논거로 제시되기도 한다.<sup>121)</sup>

#### 다. 헌법재판소 판례<sup>122)</sup>의 태도

헌법재판소는 제3장 제2절에서 전술한 2001헌가27 결정에서 “건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가지고 있는 사람이라면 위에서 살핀 바와 같은 이 사건 법률의 입법경과와 입법목적, 같은 법률의 다른 규정들과의 체계 조화적 해석, 관계부처의 법률해석, 다른 처벌법규와의 비교 등을 고려하여 목적론적으로 해석할 때, 이 사건 법률의 ‘청소년이용음란물’에는 실제 인물인 청소년이 등장하여야 한다고 보아야 함이 명백”하다고 판시하였다.

물론 대상 판례 당시의 청소년의 성보호에 관한 법률 조항은 현행법과는 달리 청소년이용음란물을 실제 청소년이 등장하는 경우로 한정하였고<sup>123)</sup> 대상 판례는 이에 대한 해석론을 전개한 것일 뿐이어서 헌법재판소

119) 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제1조 (목적)

이 법은 아동·청소년대상 성범죄의 처벌과 절차에 관한 특례를 규정하고 피해아동·청소년을 위한 구제 및 지원 절차를 마련하며 아동·청소년대상 성 범죄자를 체계적으로 관리함으로써 아동·청소년을 성범죄로부터 보호하고 아동·청소년이 건강한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 함을 목적으로 한다.

120) 박경신, 앞의 논문, 192면.

121) 박경신, 앞의 논문, 188면.

122) 헌법재판소 2002. 4. 25. 2001헌가27 결정.

가 가상 아동 포르노그래피까지 아동·청소년이용음란물로 규정하게 되면 위헌이 된다는 견해를 직접 표명한 것이라고 단정 지을 수는 없다.

그러나 대상 판례는 가상의 청소년이 심판 대상 조항의 ‘청소년이용음란물’에 해당될 수 없는 근거에 대하여 실시하면서 “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, ...(중략)... 등 비슷한 유형의 다른 처벌법규들과 비교하여 보면, 그 위법성이나 비난가능성의 측면에서 청소년을 영리의 목적으로 약취, 유인하거나 청소년에 대하여 강간, 강제추행 등 성폭력행위를 하는 경우와 동일한 또는 유사한 수준의 범죄행위로 볼 수 있다. 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”고 하여 청소년이용음란물에 관한 처벌 조항이 매우 중대함에 비추어 가상 청소년이 등장할 뿐인 경우에는 당연히 실제 청소년이 등장하는 경우만큼 중대한 처벌의 대상은 될 수 없다는 의사를 내비치고 있다. 요컨대, 헌법재판소는 대상 결정에서 가상 아동 포르노그래피까지 실제 아동 포르노그래피의 경우와 마찬가지로 처벌하는 것은 지나치다는 견해를 간접적으로나마 표현한 것이라 볼 수 있을 것이다.

### 3. 외국의 사례

#### 가. 국제 협약의 태도

---

123) 대상 판례 당시의 청소년의 정보보호에 관한 법률 조항의 자세한 내용은 주 85 참조.

국제 협약들은 가상의 아동의 성적 행위를 다룬 표현물 역시 금지의 대상인 아동 포르노그래피로 보는 것과 그렇다고 보기 어려운 것이 공존한다. 먼저 ① U.N 아동권리협약(U.N. Convention on the Rights of the Child) 제34조 c항은 회원국들이 아동이 포르노그래피의 제작 등에 관한 성 착취로부터 보호될 수 있도록 하는 구체적 조치를 취할 것을 촉구하는데<sup>124)</sup> 1997년의 UN 특별 보고서(UN Special Reporteur, 1997)는 이러한 포르노그래피에 가상 이미지를 이용한 포르노가 이에 포함된다는 유권해석을 내렸다고 한다.<sup>125)</sup> 반면에 ② 성적 착취와 학대에 대한 아동보호 협약(Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse)이나 ③ 아동 인신 매매, 아동 성매매 및 아동 포르노그래피에 관한 선택의정서(Optional Protocol to the Convention of the Rights of the Child on the sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography) 역시도 가상 아동 포르노그래피까지 아동 포르노그래피에 해당된다고 보았다는 문헌이 다수 존재하나, 이들 원문을 자세히 살펴보면<sup>126)</sup> 아동 포르노그래피의 정의를 실제 아동이 실제의 혹은 가상의

---

124) Article 34

States Parties undertake to protect the child from all forms of sexual exploitation and sexual abuse. For these purposes, States Parties shall in particular take all appropriate national, bilateral and multilateral measures to prevent:

- (a) The inducement or coercion of a child to engage in any unlawful sexual activity;
- (b) The exploitative use of children in prostitution or other unlawful sexual practices;
- (c) The exploitative use of children in pornographic performances and materials.

125) 송문호, “가상 음란물과 아동법”, 『법학논총』 제18권 제1호, 226면; 이향선, 앞의 논문, 242면.

126) “Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse”

Article 20 - Offences concerning child pornography

For the purpose of the present article, the term “child pornography” shall mean 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 primarily sexual purposes.

“Optional Protocol to the Convention of the Rights of the Child on the sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography”

성행위를 하는 것을 표현한 것이라고 보고 있다. 따라서 이러한 해석은 가상 아동 포르노의 정의를 아동이 등장하여 실제의 혹은 가상의 성행위를 하는 것을 표현하는 것이라고 할 때에 타당한 해석이고 이 글에서 전제한 바와 같이 가상 아동 포르노그래피를 가상 세계의 아동이 등장하는 성 표현물로 볼 경우에는 타당한 번역으로 보기 어려우며<sup>127)</sup> 이들 협약 및 의정서는 가상의 아동이 등장하는 아동 포르노그래피까지 규제 대상으로 정의한 것이라고 보기는 어렵다.

#### 나. 미국의 태도 - *Ashcroft v. Free Speech Coalition* 판결<sup>128)</sup>을 중심으로

1996년 미국연방의회가 제정한 The Child Pornography Prevention Act는 규제의 대상이 되는 아동 포르노그래피의 범위에 실체가 아닌 완전한 가상의 아동이 등장하는 아동 포르노그래피를 포함하는 조항을 두고 있었다. 이에 대하여 성인물의 출간에도 관여하고 있던 ‘자유언론조합(Free Speech Coalition)’은 동 법률의 관련 조항인 18 U.S.C. §§2256(8)(B)와 2256(8)(D)에서 ‘아동처럼 보이는(appears to be minors)’이라는 문언 혹은 아동이용음란물과 같은 ‘인상을 주는(conveys the impression)’이라는 표현은 지나치게 광범위하고 막연하다는 점을 들어 위헌이라고 주장하여 소송을 제기하였다. 제1심 법원인 북캘리포니아 연방지방법원(Northern California District Court)은 원고의 청구를 기각하였으나 항소심 법원은 원심 판결을 파기하고 심판 대상 조항을 위헌 선언하였다. 이에 미국 정부가 연방대법원에 상고하게 되었고 미국 연방대법원은 2002년 4월 16일에 본 판결을 통하여 연방정부의 상고를 기각하고 가상 아동 포르노까지도 금지의 대상으로 삼았던 동 조항을 위헌 선언한 것이다.<sup>129)</sup>

---

Article 2 (3) 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.

127) 박경신, 앞의 논문, 184면의 역시 이러한 번역의 오류를 지적한다.

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

129) 소송 경과에 관한 자세한 설명은 심희기, 앞의 논문, 894면 참조.

구체적으로, 미연방대법원은 ① 가상 아동 포르노그래피가 실제의 아동에 대한 학대로 연결될 위험이 있어 규제가 필요하다는 점을 근거로 성인이 접할 권리가 있는 표현물로부터의 완전한 봉쇄를 가하는 것은 적절하지 않다는 점과, ② 가상 아동 포르노그래피가 아동 성애자들의 아동 성범죄를 조장한다는 주장은 가상 아동 포르노그래피 및 아동 성범죄의 발생 사이의 직접적 인과관계가 있어야 설득력이 있을 것이나 양자 간의 명확한 인과관계가 입증되지 않았다는 점을 중대하게 고려하였다. 뿐만 아니라 심판 대상 조항들에 따르면 셰익스피어가 쓴 명문 고전 <로미오와 줄리엣>이나 2000년도 아카데미수상작인 <아메리칸 뷰티>와 같이 10대의 성을 다루는 것이라도 얼마든지 뛰어난 예술적·문학적 가치가 있어 마땅히 수정헌법 제1조에 의하여 보호받을만한 표현물들까지도 처벌의 대상이 될 수 있음을 지적하였다. 이러한 논거들을 바탕으로 미연방대법원은 생각할 자유는 모든 자유의 시작이며 표현은 생각의 시작이기에 정부의 규제로부터 보호되어야 한다고 판시한 Stanley v. Georgia 판결<sup>130)</sup>을 인용하면서 표현이 불법행위를 독려한다는 것만으로는 그 표현을 금지할 충분한 이유가 되지 못함을 들어 가상 아동 포르노그래피를 금지하는 Child Pornography Prevention Act 법률상의 심판대상 조항을 위헌 결정하였다.

이후 미국 의회는 새로이 Protect법(The Prosecutorial Remedies and Other Tools to end the Exploitation of Children Today Act of 2003)을 제정하였는데 동 법 제2252a조의 아동 포르노그래피에는 “실제 아동과 구별이 불가능한 아동의 시각적 묘사”만을 포함되도록 하고 거기에서 그림, 만화, 조각, 회화 등 완전한 가상의 아동 포르노그래피의 범주에 들어갈 표현물은 제외였다. 그 대신에 제1466a조에서 다시 별도로 가상 아동 포르노그래피를 규제할 수 있는 근거를 마련하고 있는데 이 경우에는 성인 포르노그래피의 경우처럼 음란성을 요구한다.<sup>131)</sup> 다만 음란에의 해당 요건을 완화하여 제2장에서 제3절에서 전술한 Miller 판결에서 실시한 요건 중 “문학·예술·정치·과학적 가치를 결여하였는지 여부”만 충족되면 이에

130) Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557.

131) 박강우, 앞의 논문, 169면.



해당하도록 하고 있다.

## 다. 일본의 태도

일본 역시 실정법상 가상 아동이 등장하는 표현물은 형사 처벌의 대상이 되는 아동음란물에 해당되지 않도록 규정하고 있다. 2011. 6. 24.에 개정된 「아동 매춘, 아동포르노에 관한 행위 등의 처벌 및 아동 보호 등에 관한 법률」 제2조 제3항에 따르면 아동음란물이란 “사진, 전자적 기록 등의 기록매체를 통하여 ① 아동을 상대로 하거나 아동에 의한 성교 또는 유사 성교행위, ② 타인이 아동의 성기 등을 만지거나 아동이 타인의 성기 등을 만지는 행위로 성욕을 흥분시키거나 자극하는 것, ③ 옷의 전부 또는 일부를 입지 않은 아동의 모습으로 성욕을 흥분시키거나 자극하는 것을 시각에 의하여 인식할 수 있는 방법으로 묘사하는 것”으로만 한정되므로 가상 아동이 등장하는 표현물까지 아동음란물로 보지는 않고 있다.<sup>132)</sup>

## 라. 검토

이상 국제 협약의 태도와 미국, 일본의 태도를 자세히 살펴보았다. 국제 협약은 가상의 아동의 성적 행위를 묘사한 성표현물에 대해서 아동 포르노그래피의 범주에 포함하는 것과 그렇지 않은 것이 공존하고 있다. 위에서 자세히 소개하지는 않았으나 사실 미국을 제외한 영국이나 캐나다 등 다수의 서방 국가들은 가상 아동이 등장하는 경우 역시 아동 포르노그래피의 범위에 포함하고 있다.<sup>133)</sup> 반면에 전술한 바와 같이 미국과 일본의 경우에는 순수하게 가상 세계의 아동의 성행위를 다룬 아동 포르노그래피까지 실제 아동 포르노그래피의 경우처럼 무조건적 금지의 대상으로

132) 김은관, “아동음란물 규제의 적법성 고찰”, 『아주법학』 제6권 제2호, 아주대학교 법학연구소, 2012, 354면.

133) 심희기, 앞의 논문, 895면; 영국과 캐나다의 법제에 관한 구체적인 내용에 대한 소개로는 이향선, 앞의 논문, 245-250면 참조.

삼고 있지는 아니하다. 이들 입법례 중 어느 것도 절대적인 기준을 마련 해주지는 않는다. 각국은 자국의 사회·문화적 현실 등을 고려하여 자국의 형법 개정작업을 전개하는 것이 바람직하며 국제 협약의 내용보다는 보다 현실을 고려하여 법규를 제정하는 것이 바람직할 것이다.<sup>134)</sup> 결국 외국의 사례는 참고 사항이 될 수 있으나 어떠한 국가의 사례도 우리나라의 법규나 헌법적 보호범위의 문제를 어떻게 설정하여야 하는지에 대한 절대적인 기준을 마련해준다고 보기는 어려우며 우리나라의 현실을 고려하여 가상 아동 포르노그래피의 처벌이 위헌적인지를 독자적으로 검토할 필요가 있다.

#### 4. 가상 아동 포르노그래피 처벌의 위헌성

##### 가. 표현의 자유의 보호영역에의 해당 여부

실제의 아동에게 실제의 혹은 가상의 성행위를 하도록 하는 표현물을 헌법상 표현의 자유의 보호영역에서조차 애당초 배제하는 것의 논거는 아동에 대한 성적 학대라는 측면에 국한하여야 한다는 점은 제3장 제2절에서 전술하였다. 그런데 성적 행위를 하는 등장인물이 실제의 아동이 아닌 가상의 표현물인 경우에는 아동에 대한 성적 학대라는 측면이 전혀 존재하지 않는다. 가상 아동 포르노그래피의 경우 그러한 표현물에 등장하는 인물 자체가 실존하는 사람이 아니기 때문에 그러한 표현물이 직접 아동의 인간의 존엄성 등을 침해한다고 보기 어렵다.<sup>135)</sup> 오히려 성적인 행위를 하는 등장인물이 실제 아동이 아닌 경우라면 헌법상 표현의 자유에 의하여 보호하여야 할 만한 가치가 있다고 볼 수 있는 예시도 직관적으로 떠올릴 수 있다. 가령 미성년자의 사랑을 다룬 고전문학인 『춘향전』을 대중에게 널리 알리고자 원전에 충실하여 애니메이션으로 제작하는 경우를 상정하여 보면, 그러한 애니메이션이 16세에 해당하는 춘향과 이몽룡

134) 송문호, 앞의 논문(주 125), 227면.

135) 송문호, 앞의 논문(주 125), 231면.

의 정사 장면과 같이 미성년자의 성행위를 묘사하는 부분이 있다 하더라도 그 헌법적 보호가치를 인정할만하다고 볼 수 있을 것이다.

## 나. 과잉금지원칙의 위반 여부

아동 포르노그래피를 금지하는 것의 주된 공익은 촬영에 동원된 당해 아동의 성 착취를 방지하여 그 아동이 건전한 인격체로 성장할 수 있도록 하는 데에 있는데, 현행 아동음란물 정의 조항이 “표현물” 부분까지도 일률적으로 전면 금지하는 것은 이러한 공익을 위한 적절한 수단이라고 보기는 어렵다. 전술한 바와 같이 가상 아동 포르노그래피의 경우 등장인물이 실제 아동이 아니기 때문에 아동에 대한 성 착취라는 현상이 나타날 수 없기 때문이다. 결국 가상 아동 포르노그래피를 아동·청소년의 성보호에 관한 법률상으로 금지하는 논거로 기능하는 공익은 그러한 가상 아동 포르노그래피로 인하여 발생할 수 있는 성범죄를 방지한다는 공익에 한정될 것이다(목적의 정당성). 가상 아동 포르노그래피까지도 아동음란물 정의 조항에 포섭하여 그 유통 등을 전면적으로 금지하는 것은 아동 포르노그래피가 지니는 아동 성범죄 야기에 대한 잠재적 위험성을 감소시키는 적합한 수단이라고 볼 수는 있을 것이다(수단의 적합성).

그러나 실제 아동·청소년과 가상의 아동이 등장하는 경우의 성 표현물에 대한 규제를 통해 달성하고자 하는 공익의 크기가 매우 차이가 나는데도 양자의 경우에 동일한 법정형을 규정한 것은 불법성 내지 비난가능성의 측면에서 타당하지 않은 것이며<sup>136)</sup> 결국 필요 최소한도를 넘어선 규제

136) 김성규, “아동·청소년이용음란물의 개념적 한정성(限定性) - 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제2조의 문제점”, 『형사정책』 제25권 제1호, 한국형사정책학회, 2013, 231-232면; 박강우, 앞의 논문, 182면도 현행 아동·청소년의 성보호에 관한 법률상 아동·청소년이용음란물에 관한 죄에 대하여 5년 이상의 징역형에 처할 수 있게 하여 폭행에 의한 강간의 경우와 동일한 법정형을 규정한 것은 과도하며, 이러한 과도한 법정형의 부과는 오히려 당해 구성요건 조항을 상징형법으로 전락시켜 적극적 일반예방효과를 떨어뜨릴 것이라 지적한다. 또한 박경신, 앞의 논문, 192면 역시 동일한 취지에서 현행법에 따르면 아동의 누드를 그려 혼자 보관하고 있을 경우 아동·청소년이용음란물의 제작 및 소지죄에 해당하여 5년 이상의

라고 볼 수 있다. 실제 아동 포르노그래피를 아동음란물로 규정하여 그 전과 등을 일률적으로 처벌하는 것은 아동의 성적 착취로부터의 보호라는 매우 중대한 공익으로 말미암아 정당화될 수 있다. 반면에 가상 아동 포르노그래피의 경우 아동에 대한 성 착취라는 요소가 없어 표현의 자유에 의한 보호를 받을 수 있고 그것을 제한하는 근거는 성범죄 방지라는 공익에 한정될 뿐인데도 현행 아동·청소년의 성보호에 관한 법률이 실제 아동이 출연하는 것과 가상 아동이 출연할 뿐인 것을 동등하게 아동·청소년이 용음란물로 정의하여 양자를 완전히 같게 다루어 매우 중한 처벌을 가하는 것은 필요 이상의 제재로 볼 수밖에 없다. 또한 가상 아동 포르노그래피가 아동 성범죄를 야기할 수 있다는 점에 착안하여 보면, 살인이나 방화 등 각종 다른 범죄들을 다룬 영화 등도 마찬가지로 이러한 범죄에 대한 상습범들의 범죄 욕구를 촉발할 수 있는 점은 동등한데도 가상 아동 포르노그래피의 경우에만 여타 다른 범죄들을 다룬 표현물과는 달리 일률적으로 “아동·청소년이용음란물”로 지정하여 예외 없이 표현을 금지하고 거기서 더 나아가 이러한 매체를 제작·수입·수출 등을 하는 경우에 청소년을 강간하는 경우와 마찬가지로 5년 이상의 징역에 처하도록 하고 있는 현행법 규정은 필요 최소한의 제재 수준을 넘어선 것으로 볼 수밖에 없을 것이다(침해의 최소성 위반).<sup>137)</sup>

가상 아동 포르노그래피가 성범죄를 야기할 가능성이 있다고 하지만 사

---

징역에 처해질 수 있는데 이는 일반인의 법 감정에 비추어보았을 때도 납득할 수 없는 결과라고 비판한다. 현행 아동·청소년의 성보호에 관한 법률은 아동·청소년이 용음란물을 “필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터 기타통신매체를 통한 화상·영상 등”의 형태로 된 것으로 한정하고 있으므로 이러한 비판이 온전히 타당하려면 이 글에서 말하는 누드라는 것이 컴퓨터로 그렸거나 하여 화상·영상 등의 형태로 되어 있어야 한다는 전제가 필요하기는 하나 아동에 대한 성 착취라는 요소가 결여된 가상 아동 포르노그래피를 실제 아동 포르노그래피의 생산과 마찬가지로 처벌하는 것이 지나치다는 점을 지적한 취지는 그러한 전제조건외 성립 여부에 관계없이 타당하다고 볼 수 있다.

137) 임규철, 앞의 논문, 94-95면 역시 가상 아동 포르노그래피까지도 “아동·청소년이 용음란물”의 정의조항에 포함하여 규제하는 취지는 아동에 대한 성범죄를 예방한다는 차원에 있다고 볼 수 있는데 가상 아동 포르노그래피를 향유하는 단계에서는 아직 현실적으로 성범죄를 저지른 것은 아님에도 이를 실제 아동·청소년을 강간하는 경우와 마찬가지로의 법정형으로 처단하는 것은 지나치다는 점을 지적한다.

실 해악에 대한 명백·현존하는 위험 내지 가상 아동 포르노그래피와 성범죄 사이의 인과관계는 매우 불분명하다.<sup>138)</sup> 스위스에서는 2009년에 261명의 남성을 조사하여 아동 포르노그래피의 소비와 아동 성범죄 실행과의 인과관계가 있는지를 연구한 결과 아동 포르노가 아동 성범죄의 가능성을 더 높일 위험은 없다는 결론이 나왔다.<sup>139)</sup> 뿐만 아니라 학계에는 가상 아동 포르노그래피의 경우 아동 성애자들이 성적 판타지를 탐닉하는 도구로 활용될 뿐 실제 성폭력범죄와의 인과관계가 있다고 보기 어려우며 실제 피해자를 만들어내지 않으므로 이는 형법이 아닌 성 도덕의 차원에서 고려하여야 할 문제의 영역에 있는 것에 지나지 않는다는 지적 역시 존재한다.<sup>140)</sup> 이렇게 가상 아동 포르노그래피까지도 “아동·청소년이용음란물”로 지정하여 그 표현을 예외 없이 금지함으로써 달성할 수 있는 공익은 다소 불분명한 반면, 고전문학인 「춘향전」이나 서구 고전인 「로미오와 줄리엣」을 재현하는 애니메이션을 제작하는 경우 등과 같이 청소년 등의 성적 사랑에 관한 표현을 일체로 금지함으로써 침해되는 사익이 적다고 볼 수는 없다(법익의 균형성 위반).

결국 현행 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제2조 제5호의 “아동·청소년이용음란물” 정의 조항이 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 표현물”이라는 부분까지 포함하여 가상 아동 포르노그래피까지도 예외 없이 금지하는 것은 과잉금지원칙에 위반하여 헌법상 표현의 자유를 침해하는 것으로 보인다. 가상 아동 포르노그래피의 경우 음란물에 관한 현행 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 조항에 의하여 음란성 여부를 검토하여 필요에 따라 제재 하도록 하는 것이 표현의 자유와 관련된 헌법정신에 합치되는 규제 방향으로 보인다.

---

138) 박강우, 앞의 논문, 181면 역시 가상 아동 포르노가 불법행위를 조장할 염려가 있다고 하여 해악에 대한 뚜렷한 증거 없이 단순한 전망만으로 표현의 자유를 제한하는 것은 타당하지 않음을 지적한다.

139) 박경신, 앞의 논문, 196면.

140) 송문호, 앞의 논문(주 125), 225면.

## 5. 소결

가상 아동 포르노그래피의 경우 현실적으로 성적 착취를 당하는 피해 아동이 존재하지 않을 뿐만 아니라 가상 아동 포르노그래피가 성범죄를 야기한다는 주장 역시 가설에 가깝고 양자 사이의 인과관계 역시 입증된 적이 없다. 그렇다면 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제2조 제5호가 실제 아동·청소년을 규정한 외에 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 표현물”이 등장하여 성적으로 노골적인 행위를 하는 내용이 담겨있는 표현물까지 아동·청소년이용음란물로 규정하여 그 제작·전시 등을 전면 처벌하는 것은 과잉금지원칙에 위반된다. “포르노 본다고 성범죄 저지르는 게 아니라 저지르는 사람이 따로 있다. 편하게 앉아서 웹서핑 하면서 포르노나 단속하려고 하지 말고 실제 성범죄자들을 잡는데 경찰력을 투입해야 할 것”이라는 어떤 익명의 성폭력 피해 여성의 말이 대변하듯<sup>141)</sup> 아동 성애자들이 가상 아동 포르노그래피를 즐겨 찾는 경향이 있다고 하여 그것을 통해 바로 가상 아동 포르노그래피 자체가 아동에 대한 성범죄를 유발한다는 인과관계가 존재한다는 결론을 도출해내기는 어렵다. 결국 가상 아동 포르노그래피의 경우 아동에 대한 성적 학대라는 요소가 존재하지 않으므로 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제2조 제5호 소정의 “표현물” 부분을 삭제하여 가상 아동 포르노그래피 역시 일반적인 성표현물의 경우와 마찬가지로 음란성 요건을 갖춘 경우에 한하여 그 유포 등을 처벌하도록 하는 것이 표현의 자유를 최대한 보장하여야 한다는 헌법 정신에 합치된다.

---

141) 박경신, 앞의 논문, 181면.

## 제 4 절 아동음란물 단순 소지자 처벌 규정 에 관한 쟁점

### 1. 처벌 대상인 아동음란물 단순 소지의 의의

#### 가. 실정법의 태도

아동음란물의 소지를 처벌하는 규정은 현행 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 중 제11조 제2항과 제5항에 소재한다.<sup>142)</sup> 제11조 제2항은 영리를 목적으로 소지하는 경우이기 때문에 단순 소지에 관하여 논하고자 하는 본 절에서는 자세한 서술을 생략하도록 하고 본 절에서는 제5항에 위치한 단순 소지죄에 대하여 자세히 논하도록 한다. 제11조 제5항은 “아동·청소년이용음란물임을 알면서 이를 소지한 자는 1년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하여 형법이나 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률이 일반 음란물의 경우에는 단순 소지까지는 처벌하지 않고 있는 것과는 달리 아동음란물의 단순 소지까지도 처벌하도록 하고 있다. 다만 아동음란물임을 알면서 소지하여야 한다는 주관적 요건을 요구하고 있어 아동음란물인 사정을 모르고 소지하게 된 경우에는 면책될 수 있도록 규정하고 있다.

#### 나. 경찰청의 아동음란물 소지의 단속 기준

아동음란물 소지 처벌에 관한 법 규정의 해석에 관하여 일반인의 입장에서 다소 모호한 부분이 있는 가운데 경찰청은 2012년 10월 15일자로 아

---

142) 아동·청소년의 성보호에 관한 법률

제11조 (아동·청소년이용음란물의 제작·배포 등) ② 영리를 목적으로 아동·청소년이용음란물을 판매·대여·배포·제공하거나 이를 목적으로 소지·운반하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

⑤ 아동·청소년이용음란물임을 알면서 이를 소지한 자는 1년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

동음란물 단속 기준<sup>143)</sup>을 발표하여 이 법률 조항이 적용되는 경우를 구체화하는 단서를 제공하였다. 단속 기준 중 소지죄와 관련하여 의미 있는 내용을 요약하면 다음과 같다.

### (1) 인터넷에서 아동음란물을 다운 받았다가 삭제한 경우

다운 받은 후에 삭제하였더라도 일단 아동음란물임을 인식하고 이를 다운 받은 경우라면 아동음란물 소지죄의 기수에 해당한다고 본다. 그 논거로는 “반국가단체의 활동을 찬양·고무·동조하는 내용의 문건을 컴퓨터 디스켓에 저장하여 보관하고 있었다면 위 문건의 보관으로 인한 이적표현물 소지죄는 성립한 것이고 그 후 위 문건을 삭제하였다든가, 삭제 후에도 위 문건을 복구하는 것이 용이한지 여부 및 현실적으로 이를 복구하여 사용할 가능성이 있는지 여부는 이적표현물소지죄의 성부에 아무런 영향을 주는 것이 아니다”고 판시한 대법원 1999. 9. 3 선고 99도2317 판결이 제시된다.

### (2) 아동음란물인지 모르고 다운 받았다가 바로 삭제한 경우

이러한 경우에는 아동음란물 소지에 대한 고의가 없어 단속 대상에서 제외된다고 한다. 가령 메신저로 ‘재밌는 자료’라 하여 받은 파일이 아동음란물로 확인되어 바로 삭제한 경우, 이메일로 ‘좋은 자료’라고 하여 첨부된 파일이 아동음란물로 확인되어 바로 삭제한 경우, 웹하드에서 일반 음란물인줄 알고 다운받은 파일이 아동음란물에 해당하여 바로 삭제한 경우 등에는 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제11조 제5항 소정의 “알면서 소지”한 경우가 아니게 된다.

### (3) 아동음란물을 다운받지 않고 실시간으로 시청한 경우

---

143) 경찰청, 아동음란물 단속 관련 설명 자료, 경찰청 브리핑, 2012. 10. 15.



다운 받는 등의 사정으로 소지하지 않고 단순히 아동음란물을 보기만 한 경우에는 소지 행위에 해당하지 않는다고 한다. 다만, 게시하는 방식에 따라 해당 표현물이 컴퓨터에 저장되면서 재생되는 경우가 있는데 이 사실을 알면서 보는 경우에는 다시 소지행위에 해당한다고 한다.

## 다. 소지의 개념에 대한 고찰

현행 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제11조 제5항이 규정하고 있는 단순 소지 행위가 무엇인지를 밝히기 위해서는 기존의 형법 학계에서 소지를 어떻게 규정하고 있는지를 참고할 필요가 있다. 형사법 분야에서 소지는 전통적으로 어떠한 물건 등을 사실상의 지배 상태에 두는 것으로서, 악지(握持)함을 요하지 않고 저장·은닉·진열 등 어떠한 형태로든지 행위자의 지배 상태에 두는 모든 경우를 포괄한다고 이해되고 있다.<sup>144)</sup> 이에 따르면 아동 음란 비디오 등을 물리적으로 점유하는 경우뿐만 아니라 파일 형태로 되어 있는 아동음란물을 CD나 USB, 혹은 컴퓨터 하드웨어 등 정보 저장 매체에 고의로 다운로드하는 등의 방식으로 받는 경우 역시 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제11조 제5항의 소지에 해당한다는 해석을 도출하는 것은 어렵지 않다.<sup>145)</sup> 다만 이에 더불어 경찰청 단속 기준이 알려주고 있듯이, 적극적으로 아동음란물을 보유하기 위해 저장행위를 하는 경우뿐만 아니라 아동음란물을 시청하는 과정에서 당해 파일이 자동으로 저장매체에 저장되는 경우에도 행위자가 이에 대한 고의가 있는 경우라면 처벌 대상이 된다는 점은 주의를 요한다.<sup>146)</sup>

144) 이재상, 『형법각론』, 박영사, 2012, 629면; 오영근, 『형법각론』, 박영사, 2014, 635면 등 참조.

145) 비슷한 맥락에서 김슬기, “인터넷상 아동·청소년 이용 음란물 소지의 개념에 관한 검토 - 미국과의 비교를 중심으로-”, 『과학기술법연구』 제18권 제3호, 한남대학교 과학기술법연구소, 2012, 313면은 아동음란물 소지의 대부분의 경우가 실질적으로 인터넷에 의하여 이루어지는 점을 염두에 두어 아청법상의 소지 개념은 전통적인 유체물의 개념과는 다소 다른 관점에서 판단할 필요가 있으며 특히 물리적인 개념보다는 ‘실질적인 지배가능성’을 표지로 판단하여야 한다고 본다.

146) 다만 캐시(cache) 시스템에 저장되는 것을 소지의 척도인 다운로드로 볼 수 있는 것인지 및 어떠한 기준 하에서 캐시 시스템에서의 저장을 소지로 판단할 것인지에 대해서는 보다 깊은 고찰의 여지가 있다. 이 글의 초점은 단순 소지를 처벌

단순 소지 처벌 조항은 행위자가 실시간 영상으로 시청한 경우에 당해 아동음란물이 다운로드 되고 있다는 사정을 모른 경우라면 행위자를 형사 책임으로부터 면책한다는 점에서 나름대로 조화적인 해결점을 지향하고 있다. 그러나 문제는 컴퓨터 등 저장매체에 자동 저장되는 사실을 몰랐거나 혹은 실시간으로 재생한 동영상이 아동음란물이라는 점을 모르고 시청을 한 무고한 사람들까지도 수사의 대상이 되고 스스로 아동음란물을 고의로 다운 받지 않았다는 사정을 입증하여야 하는 상황에 놓이는 등 기본권 침해 작용에 휘말리게 됨으로써 불필요한 불편을 겪게 될 가능성이 커진다는 점에 있다.

## 2. 아동음란물의 단순 소지를 처벌하는 것의 위헌성의 고찰

### 가. 아동음란물 단순 소지 처벌에 대한 견해의 대립

#### (1) 아동음란물의 단순 소지자 처벌에 찬성하는 견해

아동음란물 단순 소지 규제의 주된 공익은 먼저 아동음란물로 인하여 야기될 수 있는 잠재적인 성범죄의 위험성의 차단에 있다고 볼 수 있다. 즉 아동·청소년이용음란물의 수요를 차단하면 아동·청소년이용음란물의 제작과 유통, 즉 공급을 줄일 수 있게 되고 이에 따라 궁극적으로는 아동과 청소년에 대한 성범죄를 줄일 수 있다는 기대가 가장 주된 논거일 것이다.<sup>147)</sup>

아동음란물을 적극적으로 생산하는 것이 아니라 단순히 소지하는 것에 대하여 처벌을 가하는 또 다른 논거로는 아동음란물의 생산이 아동에 대한 1차적인 성적 착취를 야기한다면 그것을 소지하는 것은 아동음란물의

---

하는 것의 위헌성 논의에 있기 때문에 이러한 기술적인 부분에 대한 자세한 논의는 생략하였다. 캐시 시스템과 관련한 소지 개념에 대한 자세한 논의로는 김슬기, 앞의 논문, 314-322면 참조.

147) 김두상, 앞의 논문, 139면; 김성규, 앞의 논문(주 89), 71면; 또한 이와 유사한 논거를 주장하는 미연방대법원 판례로는 *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103(1990) 참조.

확대·재생산을 야기하여 아동에 대한 2차, 3차적인 성적 착취를 야기한다는 점을 들 수 있을 것이다. 즉 아동음란물의 수요자 층까지도 줄이고 아동음란물 제작 과정에서 행하여질 청소년에 대한 성적 착취를 원천적으로 봉쇄함으로써 아동의 성을 보다 강력하게 보호하려는 데에도 아동음란물 금지의 취지가 있다고 볼 수 있는 것이다.<sup>148)</sup>

## (2) 아동음란물의 단순 소지 처벌에 반대하는 견해

먼저 아동·청소년의 성보호에 관한 법률이 아동 포르노그래피와 관련하여 처벌 대상으로 규정하고 있는 행위 태양들 간의 체계에 비추어 단순 소지의 처벌이 타당성을 결하였다는 주장이 있다. 즉 동 법의 아동·청소년이용음란물에 관련된 구성요건 조항의 입법목적은 주로 제작, 판매, 배포, 전시, 상영하는 자 등을 처벌하고자 하는 데 있음에도 이러한 행위들과 일맥상통하지 않으면서 가벌성도 현저히 적은 단순 소지 행위를 처벌하는 것은 타당성이 결여되었다는 것이다.<sup>149)</sup>

또한 형법이나 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 등은 일반 음란물의 유통·배포 등을 처벌하고 있을 뿐 그러한 음란물을 단순 소지하는 것까지는 처벌하지 않고 있음에도 아동음란물의 경우에만 다른 음란물에 비하여 특별하게 달리 취급하여야 할 필요성이 중대하게 크다고 볼 수 있을지는 의문이라는 점 역시 반대 논거로 제시된다. 물론 아동음란물이 일반 음란물과는 비교할 수 없는 해악을 지닌다는 점은 인정될 수 있으나 그러한 점이 곧바로 아동음란물의 경우에만 일반 음란물과는 달리 단순 소지까지 처벌할 수 있도록 하는 근거를 지우기에는 미약하다는 것이다.<sup>150)</sup> 그밖에 아동 포르노그래피 억제책으로는 공급을 규제하는 방향의 정책이 수요를 규제하는 방향보다 일반적이며 바람직한 것이라는 견해도 존재한다.<sup>151)</sup>

---

148) 김은관, 앞의 논문, 348면.

149) 김두상, 앞의 논문, 153면 참조.

150) 앞의 논문, 159면 참조.

## 나. 검토 - 과잉금지원칙의 관점을 중심으로

### (1) 단순 소지 처벌 규정으로 인하여 제한되는 기본권에 관한 고찰

실제 아동 포르노그래피 중 헌법상 표현의 자유가 배제되는 부분에 대해서는 당해 표현물 자체가 표현의 자유의 보호영역에 해당하지 않는다는 점에서 이 부분에 대해서는 단순 소지가 과잉금지원칙에 위반된다는 주장 자체가 성립하지 않는다고 볼 여지도 있다. 그러나 실제 아동 포르노그래피 중 헌법상 보호가 배제되는 영역에 해당하는 표현물의 전과 행위가 표현의 자유의 보호영역에 해당하지 않는다고 하여 이러한 아동 포르노그래피와 관련된 모든 형태의 행위가 일률적으로 기본권에 의한 보호에서 배제되는 것은 아니며 아동음란물의 소지자를 처벌하는 것에서 문제되는 기본권은 표현의 자유가 아니라는 점을 유의하여야 한다. 즉 아동 포르노그래피의 단순 소지 처벌 조항에 대하여 소지자는 헌법 제17조가 보장하는 사생활의 자유와 비밀, 혹은 적어도 헌법 제10조에서 도출되는 일반적 행동 자유권을 주장할 수 있는 것이다. 유형을 나누어 음란물을 소지 또는 소비하는 것은 헌법 제17조 사생활의 비밀과 자유가 보호하는 영역이며 음란물의 소지 또는 소비의 장소가 주거라면 제16조 주거의 자유에 의하여 보호된다는 견해<sup>152)</sup>도 존재하는데 상당한 설득력을 지니는 것이라고 본다.<sup>153)</sup> 앞서 실제 아동 포르노그래피 중 아동에게 실제 혹은 가상의 성행위를 하도록 하는 표현물이 아동에 대한 직접적이고 중대한 해악을 가

151) “실시간 음란물은 괜찮고, 파일만 처벌한다?”, 머니투데이, 2012. 10. 11 <<http://www.mt.co.kr/view/mtview.php?type=1&no=2012101015513092782&outlink=1>>.

152) 문재완, 앞의 논문, 314면 참조.

153) 실제로 이와 유사한 논지에서 미연방대법원은 1969년 Stanley 사건(Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557)에서 사인이 혼자 자신의 집에서 무슨 책을 보든, 무슨 필름을 보든, 국가가 관여할 바가 아니라고 하였으며 음란물의 생산이나 유통과는 달리 단순한 소지의 경우에는 규제 대상이 될 수 없다고 하였다. 즉 “음란물을 규제하는 법률의 논거가 무엇이든 간에 그 법률이 사인의 가정의 프라이버시에까지는 이를 수 없다”고 하였다. 이를 우리 헌법의 경우로 대응하여보면 음란물 소지자를 처벌할 경우 소지자가 제한 당하는 기본권은 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유라는 결론을 도출해내기에 무리가 없다.

하기 때문에 표현의 자유의 보호영역에서 배제된다는 점은 표현의 자유의 기본권 주체인 아동 포르노그래피 생산·제작·유통자를 표현의 자유에 의한 보호로부터 박탈하는 논거로 기능할 뿐이며, 아동음란물을 직접 생산해내는 것이 아니라 이미 만들어진 아동음란물을 수동적으로 단순 소지하는 경우에는 이러한 논거를 이유로 기본권의 보호영역에서조차 배제하여야 한다고 주장할 수는 없는 것이다.

## (2) 헌법상 과잉금지원칙의 관점에서의 단순 소지 처벌 규정의 위헌성 고찰

현행법상 아동음란물을 단순 소지하는 것을 처벌하는 경우에도 기본권의 제한이 존재함을 살펴보았다. 아동 포르노그래피에 대한 규제의 논거로 제시되는 것과 같은 이유로 아동 성애자들이 아동 포르노그래피를 단순 소지함으로써 얻는 사익의 보호가치가 매우 미미하다는 점을 고려하지 않을 수 없으나 공익 달성의 최후 수단인 형벌까지 동원하면서까지 단순 소지를 금지하는 것이 비례적인 입법 형태라고 보기는 어렵다. 제1절과 제2절에서 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제2조 제5호의 아동음란물 정의 규정이 실제의 아동·청소년이 등장하는 경우뿐만 아니라 아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 성인 혹은 표현물이 등장하는 경우까지 포함하고 있다는 점을 서술하였고 이것의 위헌성을 검토하였다. 실제 아동이 아닌 경우, 즉 실제로는 성인인 경우나 가상 아동인 경우 음란성 요건을 불문하고 성적 행위를 표현하고 있다는 그 자체만으로 처벌하는 것이 표현의 자유를 침해한 것으로서 위헌이라면 직접적인 표현 행위보다 해악 내지 제재의 필요성이 필연적으로 적을 수밖에 없는 단순 소지행위를 처벌하는 것 역시 위헌적이라는 점은 어렵지 않게 도출할 수 있다. 실제로는 성인인 경우나 가상의 아동인 경우의 성 표현물을 적극적으로 생산하는 것을 일률적으로 금지하는 것이 위헌이라면 소극적으로 이를 단순히 소지하는 것을 처벌하는 것 역시 필요 이상의 규제이므로 침해의 최소성에 반하는 것으로서 과잉금지원칙에 반한다고 보아야 할 여지가 크기 때문이다.<sup>154)</sup> 이를 넘어 실제 아동 포르노그래피의 경우에 그 단순소지를

처벌하는 것이 과잉금지원칙에 위반되는 것인지는 보다 면밀한 고찰이 필요하다.

비교법적으로 검토하였을 때 단순 소지를 처벌하는 것이 오히려 더 일반적인 경향이기는 하다.<sup>155)</sup> 그러나 그러한 국제적 경향과는 별개로 과잉금지원칙의 위반 여부를 검토하게 되면 단순 소지 조항은 삭제하는 것이 타당하다는 결론이 도출된다. 이하에서는 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람”이나 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 표현물”의 경우 뿐 아니라 실제의 아동·청소년이 등장하는 아동 포르노그래피의 경우라 하더라도 단순 소지를 처벌하는 것은 위헌적임을 논증하도록 한다. 먼저 단순 소지 처벌 규정은 아동 포르노그래피의 수요까지도 차단함으로써 궁극적으로 아동 포르노그래피의 생산을 차단하여 성 착취라는 해악으로부터의 아동 보호를 보다 두텁게 함과 동시에 아동 포르노그래피의 시청을 통한 아동 성애의 촉발을 방지하여 아동 성범죄를 예방하고자 하는 정당한 헌법적 목적을 추구한다고 볼 수 있다(목적의 정당성). 아동 포르노그래피의 수요 자체를 금지하게 될 경우 공급도 어느 정도는 줄어들 것이며 아동 포르노그래피 수요로 인하여 발생할 수 있는 잠재적 성범죄의 가능성조차 원천 봉쇄하게 될 것이므로 이는 일단 위와 같은 입법 목적 달성을 위한 적합한 수단이라고는 볼 수 있을 것이다(수단의 적합성).

---

154) 실제로 제3절에서 전술한 *Ashcroft v. Free Speech Coalition* 판결에서 미연방대법원은 실재하지 않는 아동이 등장하는 포르노그래피에 관한 처벌 규정의 위헌성을 확인하면서 이에 더하여 이러한 가상 아동 포르노그래피의 단순 소지를 처벌하는 것 역시 위헌이라고 판시하였다.

155) 2004. 7. 1.부터 발효되고 있는 유럽의 사이버범죄방지협약(Convention on Cybercrime) 제9조는 아동포르노그래피를 고의적으로 획득(procuring)하거나 소지(possessing)하는 행위를 처벌하고 있다. 또한 아동 매매·아동 성매매 및 아동 포르노에 관한 선택적 의정서 역시 단순 소지의 법적 금지를 각국 정부에 요청하고 있다. 뿐만 아니라 미국, 캐나다, 독일 등은 아동 포르노 단순 소지 처벌 규정을 두고 있다. 특히 미연방대법원은 주 147에서 전술한 *Osborne v. Ohio* 판결에서 아동음란물의 단순소지를 처벌하는 규정이 합헌이라고 보면서 단순 소지 규제를 통해 달성할 공익이 그로 인하여 침해될 사익보다 크다는 점을 논거로 삼았다.

그러나 어떠한 물건을 일정한 목적 없이 스스로가 향유하기 위하여 단순히 소지만 하는 행위는 타인에게 직접적인 피해를 준다고 보기 어렵기 때문에 이러한 행위를 금지하는 것은 그러한 행위 자체가 타인의 법익에 대한 구체적이고 명백한 침해의 위험이 있다고 인정될 때에 한하여 정당화될 수 있다고 할 수 있다. 실제로 현행 아동·청소년의 성보호에 관한 법률의 경우를 제외하고 단순 소지를 처벌하는 물건들은 폭발물이나 아편 등 주로 사람의 생명·건강과 관련이 있는 경우로 한정되고 있다는 점을 쉽게 알 수 있다.<sup>156)</sup> 과연 아동 포르노그래피의 공급을 줄이고자 단순소지까지도 형벌 부과 대상에 삼아야 할 필요성이 폭발물이나 총포·도검 등의 위험한 물건의 단순소지를 금지하는 경우만큼이나 절박한지는 의문이다. 뿐만 아니라 아동 포르노그래피로 인하여 아동에 대한 성욕이 촉발된다는 인과관계에 대한 입증도 부족하고<sup>157)</sup> 오히려 이미 아동에 대한 성애라는 경향이 있는 자들이 아동 포르노그래피를 찾는 경향이 있는 것일 뿐이라고 생각할 수도 있다는 점을 고려할 때 형벌까지 동원하여 아동·청소년의 성보호에 관한 법률상의 아동음란물의 단순 소지를 차단하는 것은 과도한 제재이다. 또한 성범죄 예방의 공익이라는 측면에서 고려할 때 아동음란물을 단순 소지하는 것은 아동에 대한 성범죄의 측면에서 예비단계의 행위라고 할 수 있는데, 구체적 사안에서 아동 성범죄를 저지른 자가 아동음란물을 소지하였다는 사정을 양형 단계에서 참작하는 방법 정도로도 족하다는 점<sup>158)</sup>에서 예비 단계에까지 무조건적으로 가벌성의 범위를 확장하는 것 역시 필요 이상의 제재라고 볼 것이다. 결국 아동 포르노그래피의 수요 차단을 통한 공급까지의 차단과 아동 성범죄 예방이라는 두 가지 공익 모두와 관련하여 고려해보건대 현행 아동음란물 단순 소지

156) 송문호, “아청법상 음란물소지죄의 제한적 적용가능성”, 『법학연구』 제22권 제1호, 경상대학교 법학연구소, 2014, 339면. 형법은 제121조에서 전시의 폭발물을 소지하는 행위, 제205조에서 아편·물핀 등 및 그것을 흡식하는 기구를 소지하는 행위 등의 경우에 한하여 단순 소지를 처벌하고 있다. 이밖에 단순소지를 처벌하고 있는 것으로는 총포·도검·화약류 등 단속법 제10조에서 규정하는 예외에 해당되거나 허가를 받은 경우가 아닌 한 총포·도검·화약류·분사기·전기충격기·석궁을 소지할 수 없도록 하고 있는 것을 들 수 있다.

157) 유사한 취지의 주장에 관한 내용으로 주 89 참조.

158) 박찬걸, 앞의 논문, 293면.

조항은 필요 최소한의 규제를 넘는 것이라고 볼 수 있다(침해의 최소성 위반).

한편, 아동 포르노그래피의 단순 소지를 규제하여 수요를 차단하는 것의 필요성은 수요 그 자체의 규제의 필요성에 기인한다기보다는 수요 감소를 통한 공급 감소를 유도해내기 위한 것이므로 간접적 목표를 추구하는 것에 지나지 않는다. 또한 아동 포르노그래피의 소지와 성범죄와의 관련성이 미약하다고 보는 견해도 많다.<sup>159)</sup> 이러한 점 등에 비추어보면 아동 포르노그래피의 단순소지를 처벌 대상으로 삼음으로써 달성할 수 있는 공익은 다소 불분명하다고 할 것이다. 이에 비하여 정보의 자유로운 접근 등은 프라이버시의 근원적인 부분에 해당한다는 점에서 단순 소지의 처벌로 인한 사익의 침해는 중대하다.<sup>160)</sup> 결국 현행법상 아동음란물 단순소지 조항은 비례적이지 못한 규정으로 볼 것이다(법익의 균형성 위반). 결론적으로 현행 아동·청소년의 정보보호에 관한 법률 제11조 제5항의 단순소지 조항은 과잉금지원칙에 위반되는 것으로 삭제가 요청된다.

### (3) 열람 행위와의 관계에서의 단순 소지 처벌의 타당성 고찰

보론으로, 평등권 침해로서 위헌까지 구성한다고 볼 수 있는지 여부는 보다 논쟁의 대상이 될 수 있으나 적어도 입법 정책적으로 보았을 때 현행법상의 아동음란물을 단순히 열람만 하는 경우와 단순 소지한 경우를 구별하여 규율하는 것이 타당한지에 대해서도 의문을 제기하고자 한다. 단순 소지를 처벌하는 것의 기저에는 ① 아동음란물의 수요 차단을 통하여 공급을 차단하여야 한다는 목표의식과 ② 아동음란물을 소비한다는 그 자체로써 처벌을 부여하여도 무방하다는 인식이 깔려있다고 볼 수 있다. 단순 열람 행위와 단순 소지 행위 모두 아동음란물의 수요를 창출하는 행

159) 아동포르노 소지와 아동 성범죄를 범할 가능성의 연관성이 미약하다는 것을 지적하는 것으로서는 김두상, 앞의 논문, 140면; 김성규, 앞의 논문(주 89) 90면; 박기범, 앞의 논문, 162면; 박찬걸, 앞의 논문, 288면 등을 참조.

160) 加藤隆之, 性表現規制の限界-「わいせつ」概念とその規制根據, 2008, 328면(김성규, 앞의 논문(주 89), 79면에서 재인용).



위이고 아동 포르노그래피를 단순히 소비하는 행위라는 점에서 본질이 다르다고 볼 수 있는지 의문스럽다.<sup>161)</sup> 단순 소지를 처벌하려면 단순 열람 역시 한꺼번에 처벌 대상으로 규정하는 것이 오히려 자연스러우며 그렇게 하지 않을 때에는 단순소지와 단순열람 모두 가벌성을 해제하는 것이 자연스러운 해석이라는 지적도 존재한다.<sup>162)</sup> 전술하였다시피 단순 소지를 처벌하는 것이 비례적이지 못하다는 점을 고려하면 결국은 아동음란물을 유통 목적 없이 단순히 소비하는 것에 본질이 있는 단순 소지 행위를, 마찬가지로 단순 소비 행위로서 중대한 위해를 미친다고 볼 수 없는 단순 열람 행위와 달리 취급하여 최후 수단인 형벌을 동원하면서까지 규제하여야 할 정당성의 근거는 미약하다고 본다.

### 3. 소결

이상으로 현행법상의 아동음란물을 단순 소지하는 것까지 처벌하는 것은 과잉금지원칙에 위반하는 것으로서 위헌적임을 살펴보았다. 위헌 여부의 문제와는 별개로 입법 정책적인 관점에서 따져보아도 단순 소지까지도 무리하게 처벌의 대상으로 삼기보다는 아동음란물의 공급자에 대한 처벌의 확실성을 높이는 것이 더 바람직하다고 본다. 단순 소지자를 규제하는 주된 공익은 아동음란물의 수요를 차단함으로써 아동음란물에 대한 공급까지 억제하려는 데에 있다고 볼 수 있다. 사법자원과 수사 인력이 한정되어 있는 현실에 비추어보면 수요자와 공급자를 모두 처벌하려다가 두마리의 토끼를 모조리 놓쳐버리는 것보다는 공급자에 대한 처벌 및 법 집행의 확실성을 높이는 것이 아동음란물 감소라는 형사정책 목적 달성에 보다 유용할 것이라고 볼 수 있다.<sup>163)</sup> 종합하면, 아동음란물의 단순 소지 처벌에 관한 현행 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제11조 제5항은 단순 소지자의 기본권을 침해할 뿐 아니라 형사 정책적으로도 타당성이 결

---

161) 김슬기, 앞의 논문, 321면 역시 아동음란물의 단순 이용행위와 적극적 검색행위를 다르게 규율하는 것의 형평성을 지적하고 있다.

162) 김성규, 앞의 논문(주 89), 90면.

163) 박찬걸, 앞의 논문, 291-292면.

여된 것이므로 삭제하는 것이 타당하다.

## 제 5 절 소결

본 장에서 제기하고 싶은 가장 근본적인 문제는 형벌을 동원하면서까지 규제하는, 실정법상 그 유통이 전면적으로 금지되는 “아동음란물”의 범위를 어디까지로 설정할 것인가? 라는 한 문장의 질문으로 압축될 수 있을 것이다. 먼저 제1절에서 서술하였듯이 헌법상 표현의 자유의 보호에서 배제되는 실제 아동 포르노그래피에서의 아동의 연령을 18세 미만으로 봄이 타당하다는 점에 비추어 현행 아동·청소년의 성보호에 관한 법률상의 아동음란물에 관한 아동·청소년의 연령 역시 18세 미만자로 낮추는 것이 헌법 정신에 합치된다고 할 수 있을 것이다. 이에 더불어 실제 아동이 아닌, 동안(童顔)일 뿐인 성인이 등장하는 표현물과 가상의 아동이 등장할 뿐인 아동 포르노그래피는 실제 아동 포르노그래피의 경우와 달리 실제 아동에게 직접적으로 가해지는 해악이 없기 때문에 헌법상 표현의 자유에 의한 보호를 받을 수 있다고 봄이 타당하며 이들 표현물을 실제 아동 포르노그래피와 일률적으로 법적 취급이 동일한 “아동·청소년이용음란물”로 규율하는 현행 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제2조 제5호의 아동음란물 정의 규정은 과잉금지원칙에 위반되는 것으로서 표현의 자유를 침해하므로 개정이 필요하다. 결국 실제 아동 포르노그래피가 아닌 경우의 넓은 의미의 아동 포르노그래피, 즉 동안인 성인이나 가상 아동이 출연하는 경우에는 일반 포르노그래피의 경우와 마찬가지로 아동·청소년의 성보호에 관한 법률이 아니라 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률의 적용을 받게 하여 이러한 법률들이 규정하는 음란성을 갖추었는지를 판단하여 규제 여부를 결정하는 것이 타당할 것이다.

한편 아동음란물을 적극적으로 제작하거나 전시하는 경우 외에 일반인이 이를 소지하는 것까지 형사 처벌하는 것은 아동음란물의 확대·재생산

을 차단하고 잠재적 아동 성범죄의 예방이라는 정당한 헌법적 가치를 추구하는 것이라고는 볼 수 있겠으나 과잉금지원칙에 반하는 과도한 입법이다. 따라서 아동음란물의 유통 목적 등이 없는 단순 소지를 처벌하는 현행 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제11조 제5항 역시 위헌적인 규정으로서 삭제되어야 할 것이다. 결국 현행 아동·청소년의 성보호의 법률체계상 아동음란물의 정의 규정 및 단순 소지 처벌 규정은 가벌성을 축소하는 방향으로의 개정이 필요하다.

## 제 5 장 결론

표현의 자유는 최대한 보장되어야 하며 실정법은 성 표현을 규제하는 경우 포르노그래피라는 용어가 아닌 음란이라는 용어만을 사용하고 있다. 이러한 “음란”을 하드코어 포르노그래피에 한정하여 해석하려는 헌법재판소의 노력과는 달리 소프트코어 포르노그래피까지도 음란물로서 수사·기소되고 있는 현재의 법 현실에 비추어보면 음란이라는 것을 애당초 표현의 자유의 보호영역에서 배제할 경우 성 표현의 자유가 지나치게 위축될 우려가 크다. 무엇보다도 수정헌법 제1조의 존재로 인하여 일정한 유형의 표현을 애당초 헌법상 보호되는 표현에서 제외하여야 할 필요성이 큰 미국의 경우와 달리, 우리 헌법은 제37조 제2항의 일반적 법률유보조항을 통하여 표현의 자유를 포함한 모든 기본권을 제한할 수 있는 법체계를 지니고 있으므로 음란 표현을 애당초 표현의 자유의 보호영역에서조차 배제하여야 할 절박할 필요성이 있다고 보기도 어렵다. 그렇다면 음란 표현 역시 일단은 헌법상 보호되는 표현으로 인정하여야 할 것이며 특히 표현의 자유의 확대·강화라는 측면에 비추어 최소한 현행 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상의 음란은 헌법재판소의 기준을 차용하여 그 성립 범위를 가급적 좁힐 필요가 있다.

반면에 음란 표현까지도 광범위하게 헌법적으로 보호하여야 할 필요성이 있음에도 불구하고 실제 아동에게 실제의 혹은 가상의 성행위를 하도록 하는 표현물에 대해서는 그 문화적·예술적 가치를 불문하고 당해 표현물에 출연하는 아동에게 직접적이고 중대한 성적 학대를 가하여 기본권의 본질적 부분을 침해하기 때문에 헌법 제21조의 표현의 자유에 의한 보호를 배제하여야 할 것이다. 여기서의 아동이란 외국의 주요 협약 등이나 현재 우리나라의 법 감정 혹은 입법체계에 비추어보았을 때 18세 미만자로 보아도 무리한 것이 아니라고 판단된다. 이와는 달리 전술한 실제 아동 포르노그래피 중 헌법상 보호가 배제되는 부분 외의 표현물의 경우, 실제 아동을 연상시킬 수 있는 성 표현물에 해당하더라도 일단은 헌법상

표현의 자유의 보호영역에 해당하며 아동에 대한 성범죄를 예방한다는 공익에 의하여 일부 제한할 수 있을 뿐이라고 볼 것이다.

이러한 헌법적 고찰을 바탕으로 현행 아동·청소년의 성보호에 관한 법률을 살펴보면 헌법상 과잉금지원칙에 위반된다고 볼 소지가 큰 조항들이 존재한다. 현행법은 아동·청소년이용음란물의 범위를 실제 아동이 등장하는 경우뿐만 아니라 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람과 표현물”의 경우까지 포함되도록 하여 아동·청소년이용음란물의 범위를 크게 확장하였다. 뿐만 아니라 현행법은 배포 등의 목적이 없는 아동음란물의 단순 소지 행위 역시 처벌 대상으로 규율하고 있다. 아동에 대한 성범죄를 예방하겠다는 이념 및 국민의 법 감정에 충실하겠다는 의지에 기운 나머지 헌법상 보장된 국민의 표현의 자유 및 사생활의 비밀과 자유 등을 억압하는 방향으로까지 나아갔다고 볼 여지가 크다. 먼저 헌법상 보호되지 않는 실제 아동 포르노그래피에서의 아동의 연령 기준을 18세를 기준으로 하고 있는 것과 맞추어 아동·청소년의 연령규정을 19세 미만에서 18세 미만으로 하향 조정할 필요가 있다. 그 외에 현행 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 조항들은 과잉금지원칙과의 조화라는 관점에서 다음과 같은 개정이 필요하다.

첫째, 동법 제2조 제5호의 아동음란물 정의조항 중 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람” 부분은 삭제가 요구된다. 아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 성인이 등장하는 경우란 어떠한 경우인지는 막연하기 때문에 무효라고 볼 것이며 이와 더불어 동안(童顔) 성인이 등장하는 성 표현물까지 일률적으로 아동·청소년이용음란물로 규정하여 금지의 범위를 확장하는 것은 과잉금지원칙에도 위반하여 표현의 자유를 침해하므로 이러한 부분은 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상 일반 음란물인지 여부를 기준으로 처벌 여부를 결정하도록 하면 족할 것이다.

둘째, 동법 제2조 제5호의 아동음란물 정의조항 중 실재하지 않는 가상

의 아동(virtual child)에 관한 성적 표현을 포함하는 부분, 즉 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 표현물” 부분 역시 삭제가 요청된다. 일부 국제협약이나 미국이나 일본을 제외한 상당수의 입법례는 가상 아동 포르노그래피까지도 실제 아동 포르노그래피의 경우와 마찬가지로 규율하고 있는 것이 사실이다. 그러나 실제 아동 포르노그래피와 가상공간에서의 아동 포르노그래피를 일률적으로 같게 보아 높은 법정형을 부과할 수 있도록 하는 것은 침해의 최소성에 반한다. 무엇보다도 가상 아동 포르노그래피와 성범죄 간의 명백한 상관관계에 관한 입증 없이 그러한 표현을 무조건적으로 금지하는 것은 표현의 자유를 침해한다고 할 것이다. 결국 현행 아동·청소년의 성보호에 관한 법률상의 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 표현물” 부분 역시 위험적이어서 삭제할 필요가 있고 가상 아동 포르노그래피 역시 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상의 음란물인지 여부를 기준으로 허용 여부를 판단하도록 하면 족할 것이다.

셋째, 동법 제11조 제5항의 아동음란물 단순소지 처벌 조항 역시 과잉금지 원칙에 위반되는 위험적인 규정으로서 삭제가 요청된다. 물론 아동 포르노그래피의 단순 소지를 처벌하고 있는 국가가 많음은 주지의 사실이기도 하다. 그러나 형사 법규가 어떠한 물건에 대하여 내밀한 사적 영역에 해당되는 단순 소지라는 행위까지도 금지하려면 그만큼 그 소지 대상인 물건이 그 소지 자체만으로도 타인에 대한 법익 침해의 고도의 위험성을 야기한다고 인정되는 경우여야 할 것인데 이른바 아동·청소년이용음란물이 그 정도로 위험한 물건이라고 보기에는 무리가 있다. 나아가 구체적으로 과잉금지원칙 위반 여부를 판단하여보면 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람 혹은 표현물”부분 뿐 아니라 실제의 아동·청소년이 등장하는 아동·청소년이용음란물에 해당하는 경우라도 이를 일정한 목적 없이 단순히 스스로가 향유하고자 소지하는 경우까지 처벌하는 것은 성범죄의 예비 단계에도 이르지 못한 행위를 처벌하는 것으로서 지나친 제재라고 볼 수밖에 없다. 결국 현행 아동·청소년의 성보호에 관한 법률상 아동음란물에 관한 단순 소지 처벌 조항 역시 삭제가 요청된다.

종합하자면 현행 아동·청소년의 정보보호에 관한 법률상 아동·청소년이용 음란물 정의규정은 필요 이상의 규제를 가능하게 함으로써 과잉금지원칙에 위반하여 헌법 제21조의 표현의 자유를 침해하고 동법 제11조 제5항의 단순소지 규정 역시 필요 이상의 지나친 제재를 가하고 있으므로 이들 규정의 개정 및 삭제를 통해 성 표현에 대한 규제를 보다 완화함으로써 위축된 표현의 자유를 회복하는 것이 헌법적 관점에서 타당하다고 생각된다.

# 참고 문헌

## 1. 단행본

- 강승식, 『미국 헌법학 강의』, 궁리, 2007.
- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2010.
- 김연수, 『사이버 포르노그래피』, 진한도서, 2003.
- 김철수, 『헌법학신론』, 박영사, 2013.
- 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2012.
- 양건, 『헌법강의』, 법문사, 2013.
- 오영근, 『형법각론』, 박영사, 2014.
- 이재상, 『형법각론』, 박영사, 2012.
- 임웅, 『비범죄화의 이론』, 법문사, 1999.
- 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2012.
- 존 노왁· 로널드 로튼다, 『표현의 자유와 미국헌법』, 이부하 역, 한국  
학술정보, 2007.
- 한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2012
- 홍성방, 『헌법학』, 현암사, 2009.

## 2. 논문

- 강은영, “아동 성학대의 실태 및 대책”, 『연구총서』 제2000권 제1호,  
한국형사정책연구원, 2000.
- 김두상, “아동· 청소년 이용음란물의 단순소지 처벌에 관한 비판적 고  
찰”, 『서울법학』 제21권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2013.
- 김영환·이경재, “음란물의 법적규제 및 대책에 관한 연구 - ‘포르노그래  
피(pornography)’에 대한 형사정책적 대책”, 『연구총서』 제20권, 한



- 국형사정책연구원, 1991.
- 김성규, “아동·청소년이용음란물의 단순소지자에 대한 규제의 현상과 방향성”, 『미국헌법연구』 제24권 제1호, 미국헌법학회, 2013.
- \_\_\_\_\_, “아동·청소년이용음란물의 개념적 한정성(限定性) - 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제2조의 문제점”, 『형사정책』 제25권 제1호, 한국형사정책학회, 2013.
- 김슬기, “인터넷상 아동·청소년 이용 음란물 소지의 개념에 관한 검토 - 미국과의 비교를 중심으로 -”, 『과학기술법연구』 제18권 제3호, 한남대학교 과학기술법연구소, 2012.
- 김용화, “아동 포르노 근절에 관한 연구”, 『영남법학』 제31권, 영남대학교 법학연구소, 2010.
- 김은관, “아동음란물 규제의 적법성 고찰”, 『아주법학』 제6권 제2호, 아주대학교 법학연구소, 2012.
- 문재완, “음란과 헌법상 표현의 자유의 보호영역 - 현재 2009. 5. 28. 2007헌바83결정을 중심으로”, 『언론과 법』 제8권 제2호, 한국언론법학회, 2009.
- 박강우, “아동 포르노그래피의 형법적 규제 - 국제적 동향과 현행법의 개선방안”, 『형사정책』 제26권 제1호, 한국형사정책학회, 2014.
- 박경신, “가상아동포르노그래피 규제의 위헌성”, 『법학논총』 제21권 2호, 경상대학교 법학연구소, 2013.
- 박기범, “아동성범죄와 인터넷상의 아동 포르노그래피”, 『형사정책연구』 제69권, 한국형사정책연구원, 2007.
- 박상진, “미연방 대법원의 음란물 규제의 흐름에 대한 일고찰”, 『사회과학연구』 제18권, 건국대학교 사회정책연구소, 2004.
- 박찬걸, “아동·청소년이용음란물소지죄의 해석론 및 입법론에 대한 검토”, 『형사정책』 제25권 제2호, 한국형사정책학회, 2013.
- 송문호, “가상 음란물과 아청법”, 『법학논총』 제18권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2013.
- \_\_\_\_\_, “아청법 제2조 제5항에서 아동·청소년의 의미”, 『형사법연구』 제25권 제3호, 한국형사법학회, 2013.

- \_\_\_\_\_, “아청법상 음란물소지죄의 제한적 적용가능성”, 『법학연구』 제 22권 제1호, 경상대학교 법학연구소, 2014.
- 심희기, “아동 포르노그래피와 한국의 청소년 성보호법”, 『비교형사법연구』 제5권 제2호, 한국비교형사법학회, 2003.
- 오정진, “포르노그래피에 관한 규범적 담론 연구”, 서울대학교 법학박사 학위논문, 2000.
- 원혜욱, “아동포르노그래피에 대한 연구”, 『형사정책연구』 제60권, 한국형사정책연구원, 2004.
- 윤정인, “자유권의 넓은 보호영역 이론”, 『공법연구』 제42권 제2호, 사단법인 한국공법학회, 2013.
- \_\_\_\_\_, “자유권 보호영역의 보호와 한계”, 고려대학교 법학박사학위논문, 2013.
- 윤철한, “아동음란물이 성범죄 증가의 원인?”, 『범연』, 제34권, 한국법제연구원, 2012.
- 이건호, “아동 포르노그래피에 관한 연구”, 『연구총서』 제2002권 제1호, 한국형사정책연구원, 2002.
- 이인호, “성표현의 자유와 한계”, 『언론과 법』 제7권 제2호, 한국언론법학회, 2008.
- 이향선, “디지털시대의 가상아동포르노 규제”, 『한국방송학보』 제27권 제2호, 한국방송학회, 2013.
- 임규철, “아동·청소년의 성보호에 관한 법률상의 아동·청소년 이용음란물과 소지에 대한 법적 고찰”, 『법학논고』 제44집, 경북대학교 법학연구원, 2013.
- 임정호, “아동·청소년의 성보호에 관한 법률상 아동음란물 정의규정에 대한 미국법과의 비교 연구”, 『법학논총』 제25권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2013.
- 조국, “음란물 또는 포르노그래피 소고”, 『서울대학교 법학』 제44권 제4호, 2003.

### 3. 웹사이트

법제처 국가법령정보센터 홈페이지(<http://www.law.go.kr>)

법제처 세계법제정보센터 홈페이지(<http://world.moleg.go.kr>)

### 4. 외국 문헌

Cisneros, "Virtual child" pornography on the Internet: A "virtual victim?", Duke L. & Tech. Rev. 19, 2002.

Eric Barendt, "Freedom of speech", oxford university press, 2009.

Kathleen M. Sullivan & Gerald Gunther, "Constitutional law",  
Foundation press, 2010.

# Abstract

## A Constitutional Study on the Current Law Regulating Child Pornography in Korea

Lee, Hyun Woo

Department of Law

The Graduate School

Seoul National University

Freedom of speech, as stipulated and guaranteed in Article 21 of Korean Constitutional Law, is an inalienable right that functions to help maintain and develop a sound democratic society, and is deemed fundamental not only in Korea but also in many free countries throughout the world. It should be noted, however, that not all “speech” enjoys the full protection of the freedom of speech simply for the sake of preserving its political or aesthetic value. For instance, freedom of speech does protect a speech in a sexual context, even though the specific scope of sexual expressions that could be covered by the freedom of speech is open to debate. In fact, a recent trend in the ongoing revision of the “Act On The Protection Of Children And Juveniles From Sexual Abuse”, which continues to strengthen regulations for child pornography to prevent sex crime against

children, has become increasingly controversial. Consequently, it has become necessary not only to review the legal extent and scope of the current law regulating child pornography but also to investigate the legal justification and the constitutionality of the ongoing legislative efforts.

This study first introduces arguments on what are sexual expressions and how far the freedom of speech related to them should be protected, and then scrutinizes what parts of the law regulating child pornography violate the constitution on the basis of such constitutional considerations. Current Korean laws uniformly use the term, “obscenity” instead of using “pornography”, a cultural or social concept, in relation to regulating sexual expressions. From the perspective of enlarging the freedom of speech, it is reasonable to restrictively interpret, as ruled by the Constitutional Court, the scope of obscenity defined by the Act On Promotion Of Information And Communications Network Utilization And Information Protection ETC to regulate online expressions in a minimal way. Unlike the United States Supreme Court’s ruling, our Constitutional Court judged even obscene materials as a part of the category of the freedom of speech, though they could be regulated by Article 37, Section 2 of the Constitutional Law. And our Constitutional Court’s attitude regarding the ruling is appropriate. This logic may apply to child pornography as well, but cases of child pornography having actual children under 18 engage themselves in real or simulated sex should be exceptionally excluded from the scope of the constitutionally protected freedom of speech in that the harms to the children engaged in such activities are severely devastating.

Based on these discussions, this study extensively reviews the

possible unconstitutionality contained in the Act On The Protection Of Children And Juveniles From Sexual Abuse currently regulating child pornography. First of all, when the legal system for child & juveniles protection and the constitutionally protected scope of the freedom of speech are generally considered, the age of the “child or juvenile pornography”, a legal concept used in the Act On The Protection Of Children And Juveniles From Sexual Abuse, should be adjusted down to 18. Furthermore, the “persons or representations that can be obviously perceived as children or juveniles” part should be deleted from the definition of the “child or juvenile pornography” since it over-regulates the freedom of speech. Last but not least, Article 11, Section 5 of the same law penalizing even those simply keeping child or juvenile pornographies should also be deleted since it violates the principle of proportionality and people’s basic rights. Precious as the common good of preventing child or juvenile sex crimes may be, it should be balanced with guaranteeing people’s such basic rights as the freedom of speech that are constitutionally protected. For these reasons, current Act On The Protection Of Children And Juveniles From Sexual Abuse should be revised in a direction that will ease on its punitiveness.

**keywords : Freedom of speech, The scope of protection of the freedom of speech, Pornography, Child pornography, Obscenity, Act On The Protection Of Children And Juveniles From Sexual Abuse.**

***Student Number : 2013-21276***