형사정책연구 Korean Criminological Review
제25권 제4호(통권 제100호, 2014 · 겨울)

아동음란물소지죄에 관한 형사정책 및 형법상의 문제점*

이 흔 재**

국 | 문 | 요 | 약

아청법상 아동음란물 소지죄는 마약이나 총포·도검·화약류 등과 함께 대상물을 소지만 하여도 처벌하는 추상적 위험범이다. 마약이나 총포 등은 이를 부적당하게 사용되었을 경우의 위험성 때문에 소지를 금지하고 있는데 아동음란물을 부적당하게 사용한다는 것은 이를 시청하는 것이고, 시청만으로는 사회적 위험성이 발생하지 않음에도 이를 처벌하고 있어 그 처벌에 있어 신중한 접근이 요구된다.

형사정책적 관점에서 아동음란물 소지죄를 집중적으로 단속하여 처벌하여야 한다는 주장이 있으나 그 보호법익에 비추어 볼 때 우리나라에서는 불필요한 전과자를 양산하는 결과만 남을 가능성이 크고 아동성범죄의 증가를 막을 수 있을지는 매우 불분명한 상황이다. 아동음란물 소지죄의 보호법익은 아동음란물 제작과정에 피사체가 된 아동의 학대와 착취를 소비단계부터 차단하여 공급자인 아동음란물 제조, 유포의 확산을 방지하자는 것인데 우리나라의 아동음란물 시장구조는 이러한 메커니즘이 작동하지 않기 때문이다. 또한 아동음란물 소지가 아동성범죄를 유발하는지에 대한 객관적이 유력한 자료도 존재하지 않는 상황이므로 아동음란물의 과잉단속은 재고할 필요가 있다. 이러한 견지에서 아동음란물의 개념과 적용범위도 제한해석하여야 한다. 아동음란물 소지죄의 가벌성을 설명하기도 어려운 상황에서 아동음란물의 적용범위를 확대해석하는 것은 형법상 비난가능성에 의한 개별책임의 원칙을 무의미하게 할 우려가 있고, 성인 출연 아동음란물이나 만화 등 가상아동 음란물의 소지를 처벌함에 있어 명확성의 원칙에 어긋나는 결과를 초래할 가능성이 있다. 이와 관련하여 최근 선고된 대법원 판례는 시사하는 점이 많다고 본다. 특히 가상아동 음란물은 헌법상 표현의 자유를 심각하게 제한할 수 있으며, 미국, 독일 등 외국의 경우에도 아동음란물의 범위를 비교적 제한적으로 정의하여 운용하고 있음을 참고하여 형법의 기본임무를 재음미하여 합리적이고 균형있는 해석론이 전개되도록 유념할 필요가 있다.

❖ 주제어 : 아동·청소년음란물, 아동·청소년, 음란물소지, 성착취, 형사정책

---

* 이 논문은 2014년도 후반기 전북대학교 교내연구기반 조성비 지원에 의하여 연구되었음.
** 전북대학교 법학전문대학원 교수

Ⅰ. 머리말

오늘날의 후기 산업사회는 고범죄 위험사회로 특징지울 수 있다. 새로운 범죄위험, 급증하는 범죄위험은 자유롭고 평화로운 개인의 생활을 위협하는 위험요인으로 자리잡고 있다. 이에 따라 사회안전을 요구하는 불안한 국민들은 과거 국가의 억압으로부터 개인의 자유를 보장받고자 하는 소극적 태도에서 법과 질서를 위협하는 범죄로부터의 안전을 국가에 요구하는 적극적 자세로 변모되어 가고 있다. 특히 아동 성범죄에 대한 일반국민들의 처벌강화 요구는 성범죄에 대한 엄벌주의 경향의 원인이 되고 있다. 이러한 경향은 언론매체들의 강력 아동 성범죄사건에 대한 과잉보도가 일반인들의 불안과 처벌의지를 북돋우고 그것이 정치인들의 법적 인기영합주의를 자극하여 전통형법에 대한 위험형법(Risikostrafrecht)의 도전으로 나타나고 있다. 예를 들면 혜진·예슬양 사건(2007. 12), 조두순 사건(일명 나영이 사건, 2008. 12) , 김길태 사건(2010. 1), 김수철 사건(2010. 6), 고종석 사건(2012. 8) 등 충격적이고 엽기적인 아동 성폭력사건이 연달아 발생하자 솜방망이 같은 기존의 법원형량을 비판하며 향후 강력한 안전책을 강구하라는 언론과 국민들의 목소리가 높아졌고,[1] 그에 따라 입법기관인 국회의원들은 그에 상응하는 법적 안전장치를 내놓기에 이르렀다. 즉 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2009, 이하 '아청법'이라 함), 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법상의 처벌강화, 특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적 전자장치에 관한 법률(2007년), 성폭력범죄자의 성충동약물치료에 관한 법률(2012년) 등이 전면개정 또는 제정되었고, 성범죄자의 신상정보공개, 아동·청소년 관련기관 등에의 취업제한, 공소시효에 관한 특례 등 강력한 대책들이 도입되었다. 이는 아동 성범죄에 대한 우리 사회의 인식이 변화하였고 형사정책상 위험형법이 그 위세를 떨치고 있다는 것을 입증하고 있다.

위험형법의 특징으로는 엄벌주의와 더불어 형법의 보충성 또는 최후수단성이라는 근본원칙에서 벗어나 최우선수단(prima ratio) 또는 유일한 수단(sola ratio)으로

1) 이투데이, 조두순 재처벌 요구 확산…네티즌 서명 98% 달성(2013. 10. 15.자); 동아일보, 중2 된 나영이 父 "조두순 겨우 12년 형, 억장 무너졌다"(2013. 10. 15.자); 문화일보, 性범죄 '말로만 전쟁'… 대부분 '흐지부지'(2012. 9. 3.자) ; 문화일보, 법원 솜방망이 처벌이 재범 부추겨 - 친딸 8년 성폭행 아버지 전자발찌 부착명령 기각(2013. 4. 30.자) 등

투입되는 경우가 점점 더 증가하고 있다는 것이고, 법익침해의 결과발생 이전에 가벌적 행위의 처벌문제 이른바 처벌시기의 전진배치가 이루어지고 있다는 것이다. 즉 범죄의 기수나 미수단계가 아니라 예비·음모단계에서의 처벌이 늘어나고 또는 법익의 추상적 위험범화를 통하여 처벌범위를 광범위하게 확장하고 있는 것이다. 이러한 추세의 흐름 속에서 아청법상 아동·청소년 이용 음란물(이하 '아동음란물' 이라고 함)을 단순 소지만 하여도 처벌하는 규정에 대한 이해가 가능하다고 본다. 이 규정은 2007년 청소년의 성보호에 관한 법률에 신설되어 2008년부터 시행에 들어갔는데 2012년 5월부터 경찰청에서 인터넷 음란물, 특히 아동음란물에 대한 집중단속을 실시하면서[2] 비로소 위 처벌규정이 새롭게 부각하게 된 것이다. 경찰청에서 아동음란물 소지에 대한 단속을 실시한 이유는 아동음란물을 소지·시청한 사람이 아동성범죄를 저지를 개연성이 높다는 이론적 근거에 있었다. 이러한 논리에 근거가 된 것은 첫째, 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄자가 범행을 저지르기 직전에 아동음란물을 시청하였다는 언론의 보도와 둘째, 법무부 인권국 여성아동정책팀에서 한국형사정책연구원에 의뢰하여 '아동음란물과 성범죄의 상관관계'를 연구한 결과 아동음란물 시청은 아동성범죄와 상당한 상관관계가 있는 것으로 드러났다는 연구결과였다.[3] 즉 아동음란물을 소지· 시청하는 것이 향후 아동성범죄를 유발할 가능성이 높으므로 아동음란물 소지자를 처벌하여야 한다는 것이다.

이와 관련하여 본고에서는 두 가지 관점에서 아동음란물 소지죄를 살펴보고자 한다. 첫째, 아동음란물 소지죄를 처벌하면 실제로 아동 성범죄가 감소하느냐는 아동성범죄와 아동음란물간의 상관·관련성의 문제이다. 위험형법의 범주에 있는 아동음란물 소지죄의 처벌목적이 단순히 아동음란물이 유해물이기 때문이 그 소지자를 처벌하기 위한 것은 아니고, 실제로 아동음란물의 시청자가 아동성범죄를 범할 가능성이 높기 때문에 사전에 이를 예방하고 차단하기 위한 것으로 파악되기 때문이다.

2) 위 집중단속기간 동안의 단속실적은 아래 <표>와 같다. 자세한 내용은「경찰청 사이버센터 2012. 9. 28.자 '인터넷음란물 집중단속 중간수사 결과'」 참조. 홈페이지 : http://www.police.go.kr/main.html.

○ 인터넷 음란물 검거 실적(2012. 5. 1. - 9. 26.)

총 계(건/명)	일반음란물 배포·전시	아동음란물		
		소 계	제작·배포 등	단순 소지
2,627 / 3,130	2,313 / 2,692	314 /438	267 / 352	47 / 86

3) 윤정숙, "아동음란물과 성범죄의 상관관계연구", 「형사정책연구」,한국형사정책연구원(2012. 11)

형사정책적 견지에서 볼 때, 양자(兩者)간의 연관성 또는 관련성이 실증적으로 입증이 되었다면 그와 같은 단속·처벌은 범죄억지를 위한 유효한 수단이 될 수 있을 것이다. 그러나 만일 양자간에 상관관계가 성립하지 않는다면 아동음란물 소지자를 처벌하는 것은 아동성범죄의 감소에 별다른 영향을 미치지 않을 뿐만 아니라 오히려 그 폐해는 고스란히 국민에게 돌아갈 수 있다. 이러한 상관관계에 대하여 최근 발표된 윤정숙 박사의 '아동음란물과 성범죄의 상관관계'를 다룬 논문과 미국의 사례를 검토해 보고자 한다. 다만, 위 상관관계를 살펴보기 전에 그 선결문제로 아동음란물 소지죄의 보호법익 또는 입법목적에 대하여 살펴볼 필요가 있을 것으로 보인다. 입법목적은 위 처벌조항의 해석론과도 관련이 되고, 사실상 이 글을 관통하는 논지의 등뼈역할을 하고 있기 때문이다. 둘째, 형법이론상의 문제이다. 여기에는 아동음란물 소지자의 처벌규정이 개별책임의 입장에서 가벌성이 있는지, 아동음란물의 정의규정 중 '그 밖의 성적행위'의 불명확성과 해석의 문제, 아동음란물의 범위와 관련하여 아동·청소년과 유사한 성인이 출연하는 음란물과 만화 등 가공의 아동이 출연하는 음란물의 해석에 대하여 논란이 있으며 이에 관하여 국내외의 판례와 학설을 비교하면서 필자의 의견을 제시해 보고자 한다.

이하에서는 먼저 아동음란물 소지죄의 보호법익 또는 입법목적에 대한 국내외의 이론들을 간략하게 살펴보기로 한다.

Ⅱ. 아동음란물 소지죄의 보호법익

1. 입법 목적

아동음란물 소지죄는 2007. 8. 3. 청소년의 성보호에 관한 법률(법률 제8634호) 제8조 제4항에서 '청소년이용음란물을 소지한 자는 2천만원 이하의 벌금에 처한다'라고 규정하여 처음 신설된 범죄이다. 위 아동음란물의 정의에 대하여는 "청소년이 등장하여 제2조 제4호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나 그 밖의 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 것으로서, 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터나 그 밖의 통

신매체를 통한 화상·영상 등의 형태로 된 것을 말한다(동법 제2조 제2항).”라고 규정하였다. 그 후 2009. 6. 9. 위 청소년의 성보호에 관한 법률을 아동·청소년의 성보호에 관한 법률로 법명개정(법률 제9755호)을 하면서 위 규정에 ‘아동’을 추가하여 그대로 전면개정을 하였다.

그렇다면, 아동음란물에 대한 소지를 처벌하는 규정이 최초로 우리 법제에 도입된 입법목적은 무엇인가? 아청법은 (구) 청소년의 성보호에 관한 법률을 전면개정하고 법명을 변경하면서 위 소지행위를 처벌하는 이유에 대하여 특별한 설명을 하고 있지 않다. 다만, 위 규정이 도입될 당시 국회법제사법위원회 의사록을 살펴보면 단순한 ‘목적 없이’ 소지하는 것을 처벌할 경우 처벌범위가 너무 넓어지고 본인의 의사와 관계없이 소지할 수 있는 상황이 발생할 수 있다는 이유로 단순소지를 처벌하는 것은 과잉규제이고 소지의 개념이 불명확하다는 반론도 있었으나, 마약과 같이 반사회적인 유해물에 대해서 단순소지하는 것 자체만으로도 처벌하는 입법례가 있고 청소년을 이용한 음란물의 단순소지행위를 처벌함으로써 아동음란물의 제작을 근원적으로 차단할 필요가 있다는 점을 감안하여 이 규정을 도입하기에 이르렀던 것으로 보인다.[4)]

요컨대, 우리 입법자들은 아동음란물이 마약 등과 같은 유해물이라는 인식하에 반사회적인 성격을 가진 유해물인 아동음란물의 제작과 배포를 근원적으로 차단하기 위하여 아동음란물 소지죄를 처벌하는 규정을 창설한 것으로 보인다.

2. 헌법재판소 결정[5)]에 나타난 보호법익

위 결정의 사안은 아동음란물 소지죄에 대한 것이 아니라 아동음란물 제작죄에 관한 것이고, 쟁점은 청소년 음란물에 실제의 청소년이 아닌 그림이나 만화 등의 방법으로 청소년을 등장시킨 음란 표현물이 위 법에 규정된 ‘아동음란물’에 해당하는지 여부가 문제되었다. 위 결정과정에서 청소년의 성보호에 관한 법률의 입법과정 및 보호법익이 판단의 중요한 논거 중 하나가 되었고, 아동음란물의 제작·유포

4) 제268회 법제사법위원회 제1차 회의록 36-37p, 제9차 회의록 6p 참조.
5) 헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27

를 처벌하는 목적도 드러나 있어 앞에서 살펴본 입법목적 중 부족한 부분을 보완하여 파악할 수 있다. 결정문 중 관련부분은 다음과 같다.

이에 따르면, 이 사건 법률의 기본 취지는 **성적학대 또는 성적착취로 인한 청소년 피해자를 보호**하는 한편 청소년에 대하여 위와 같은 성적 행위를 한 자를 엄중하게 처벌함으로써 청소년 또는 아동의 성을 보호하는 것이라고 말할 수 있다.

이 사건 법률의 입법목적에 따라, 청소년에 대한 **성적 착취의 대표적 사례**인 청소년을 이용한 필름, 비디오테이프, 컴퓨터 기타 통신매체를 통한 영상 등의 음란물 제작행위에 대하여 처벌을 강화하려는 이유에서 입법이 이루어졌다고 말할 수 있다.

이와 같은 청소년의 미숙성이나 의존성을 이용하여 음란물을 제작하게 되면, 위 음란물이 다른 청소년들이나 성인들에게 미치는 해악, 예컨대 성에 관한 가치관에 좋지 못한 영향을 주거나 변태적 일탈행위와 같은 비정상적 성행위를 용인하는 풍조의 조장 등의 문제는 별론으로 하더라도, 그 제작행위에 관여된 해당 청소년에게는 위 음란 표현물이 영구히 씻을 수 없는 기록으로 남게 될 뿐 아니라 이후의 유통으로 인하여 상처는 더욱 커지게 될 것이고, 이로 인한 인격의 왜곡과 정신적·육체적 충격은 사후에 교정하거나 치유하기에 너무 늦다 할 것이다. 따라서, 위와 같은 보호법익의 중요성 및 공익적 성격에 비추어 '청소년이용음란물'의 제작 등 행위를 처벌하는 것, 나아가 다른 음란물의 경우보다 엄벌하는 것은 필요·적절한 입법조치라고 볼 수밖에 없다.

위 결정문의 내용을 살펴보면, 청소년 이용 음란물의 제작과 배포를 근원적으로 차단하기 위하여 아동음란물 소지죄를 처벌하는 규정을 창설한 상위목적이 무엇인지 알 수 있다. 즉 우선적으로 청소년 이용 음란물 제작과정에서 음란물에 출연하는 청소년에게 필연적으로 발생할 수 밖에 없는 청소년에 대한 성적착취를 예방하고, 부차적으로 제작된 음란물이 다른 청소년들이나 성인들에게 미치는 해악, 예컨대 변태적 일탈행위와 같은 비정상적인 성행위를 용인하는 등 사회의 선량한 성풍속을 침해하는 것을 예방하기 위한 것으로 파악할 수 있다.

3. 요약 및 평가

전술한 바와 같이 2012년과 2013년에 걸쳐 경찰청에서 인터넷 음란물, 그 중 아동음란물에 대한 집중단속을 추진한 배경에는 아동음란물 소지죄를 처벌하면 아동·청소년에 대한 성범죄가 감소한다는 논리에 근거한 것이었다.[6)]

그런데, 아동음란물 소지죄를 처벌하는 입법목적은 아동음란물 제작과정에서 음란물에 출연하는 아동에게 필연적으로 발생할 수 밖에 없는 아동에 대한 성적착취를 예방하고, 부차적으로 제작된 음란물이 다른 아동·청소년들이나 성인들에게 미치는 해악 즉, 사회의 선량한 성풍속을 침해하는 것을 예방하기 위한 것이었지, 아동음란물의 소지행위가 아동성범죄를 유발하는 원인이어서 이를 처벌하려는 것은 아니었음은 앞에서 살펴본 바와 같다. 즉 입법취지에 따르면 아동음란물 소지죄의 주된 처벌이유는 소비·공급의 경제논리에 의한 것으로서 아동음란물의 소비가 많아지면 아동음란물의 생산과 공급이 증대하고, 그 과정에서 아동·청소년에 대한 성착취나 성학대를 야기하기 때문에 소비행위인 아동음란물 소지를 처벌하자는 것이었음을 알 수 있다.

이러한 입법목적의 관점에서 보면 형사정책상 우리나라는 아동음란물 소지를 처벌할 필요성 또는 가벌성이 크지 않다고 볼 수 있다. 인터넷감시기구(IWF)에 의하면 아동포르노는 50%이상이 미국에서 제작되고 있으며, 다음으로 러시아(14.9%), 일본(11.7%), 스페인(8.8%), 태국(3.6%) 등으로 나타나고 있고, 우리나라는 2.1%의 비중을 보이고 있으나 국내에서의 유통은 이루어지지 않고, 해외사이트에 아동포르노 컨텐츠를 판매하는 형태로 수익을 창출하고 있다고 한다.[7)] 국내의 시각에서 한정하여 볼 때, 우리나라 아동음란물 소비자는 거의 대부분 외국에서 제작되어 유포된 음란물을 소지하여 시청하고 있는 것으로 파악할 수 있으므로 아동음란물 소지

---

6) 즉, 아동음란물이 아동·여성 대상 성범죄의 원인으로 지목되는 등 아동·여성 보호를 위해 음란물 통제가 중요한 과제로 부각되었고 [아동 성범죄자의 16%가 범행 직전 아동음란물 시청 (2013. 1월. 형사정책연구원 연구결과)], 특히 청소년기에 음란물에의 노출은 건전한 정서 함양에 악영향을 주며 모방 성범죄 등으로 이어질 우려 있어 집중단속이 필요하다는 것이다(경찰청 사이버테러 대응센터 보도자료 '인터넷 음란물 단속법규 및 대상 안내' 참조).

7) 박기범, "아동성범죄와 인터넷상의 아동 포르노그래피", 「형사정책연구」, 제18권 제1호, 한국형사정책연구원 (2007). 153-154p.

자를 단속하여 처벌하여도 우리나라의 아동음란물 제작자들에게는 거의 효과를 미치지 못하며 우리나라 아동의 성착취를 방지하는데 큰 도움은 되지 않는다고 볼 수 있다. 따라서 아동음란물 소지죄의 입법목적의 관점에서 볼 때, 우리나라에서 아동음란물 소지자를 처벌하는 실익은 매우 미약하다고 할 수 있고, 이러한 상황에 있음에도 아동음란물 소지죄를 처벌하여야 할 형사정책상 근거가 있기 위해서는 '아동음란물과 성범죄와의 상관관계'가 인정되어야 할 것이다. 이 점에 대하여는 우리나라와 외국의 연구사례를 살펴보면서 그 타당성을 검증해보기로 한다.

Ⅲ. 아동음란물소지와 아동성범죄의 상관관계

1. 우리나라의 연구사례

우리나라에서 아동음란물과 성범죄의 상관관계에 대한 실증적 연구를 시도한 것은 윤정숙 박사의 '아동음란물과 성범죄의 상관관계'에 관한 연구이다. 이 연구는 전국교도소 등에 성폭력 범죄로 수감되어 있는 성인남성 288명(3년 미만의 수용자로 가급적 한정)과 비교집단인 일반인 170명을 구분하고, 성범죄자의 범죄발생요인과 발달환경 등을 종합적으로 평가하는 미국의 MIDSA(성범죄자 다면평가도구) 및 국내의 성범죄자 평가도구를 분석하여 설문지를 개발한 후 위 두 집단을 대상으로 실시하였다. 이 연구에서는 아동 성범죄자를 13세 미만의 아동을 대상으로 성범죄를 저지른 사람으로, 청소년(13-19세)이나 성인 여성을 상대로 성범죄를 저지른 사람을 일반 성범죄자로 규정하였다.[8)]

성범죄 직전(최대 7일전) 아동음란물을 시청한 횟수를 보면, 아동 성범죄자 87명 중 73명(83.9%)는 아동음란물을 시청하지 않았고, 1번 시청한 사람이 2명(2.3%), 2번에서 50번까지 시청한 사람이 12명(13.7%)이었다. 이에 비하여 일반성범죄자 200명 중 아동음란물을 시청하지 않은 사람이 186명(93%), 1번 시청한 사람이 4명

8) 이는 13세미만의 아동을 상대로 성범죄를 저지른 사람들이 아동 음란물과 관련된 특성이 뚜렷이 나타날 것이라는 외국의 선행연구를 토대로 가정한 것이라고 한다(윤정숙, 위 보고서 48p).

(2%), 2번에서 50번까지 시청한 사람이 10명(5%)로 나타났다. 위 통계를 분석하면 성범죄 직전 아동음란물을 시청한 아동 성범죄자는 16%이고, 일반 성범죄자는 7%로 2배 가량 차이가 있고, 범행 직전 2회 이상 아동음란물을 시청한 비율도 13.7%로 일반 성범죄자 5%에 비해 2배 이상 차이가 났다.[9] 이를 <표>로 간략히 정리하면 아래와 같다.

성범죄 직전 아동 음란물 시청횟수	일반성범죄자	아동성범죄자	계
없다	186 (93%)	73 (83.9%)	259 (90.2%)
한번(1번)	4 (2%)	2 (2.3%)	6 (2.1%)
가끔(2~3번)	6 (3%)	5 (5.7%)	11 (3.8%)
꽤 자주(11~50번)	2 (1%)	4 (4.6%)	6 (2.1%)
매우 자주(50번 이상)	2 (1%)	3 (3.4%)	5 (1.7%)
계	200 (100%)	87 (100%)	287 (100%)

한편, 일상생활에서 아동음란물 시청빈도를 살펴보면 아동음란물 사용경험이 없다고 응답한 사람은 일반인 55.3%, 성범죄자(일반+아동) 54%로 별 차이가 없다. 사용자에 한해 살펴보면, 일반인은 1년에 10번 이하나, 한달에 1～2번 정도 등의 저사용군에 38.8%의 분포를 보였고, 성범죄자의 경우 32.1%를 보였다. 그러나, 일주일에 1회 이상 사용하는 비율은 일반인이 5.9%, 성범죄자가 13.9%로 2배 이상 높은 것을 알 수 있으나 통계상 유의미한 결과는 아니라고 한다. 마지막으로, 아동음란물 시청 후 성적충동 여부에서는 성범죄자가 10.2%가, 일반인은 5.9%로 성범죄자가 일반인에 비해 2배 정도 많은 수치를 보였다. 그러나 이 결과도 통계적 유의도에 도달하지 못하였으므로 경향성을 가진 것에 불과하다고 한다.[10]

위 통계를 분석해보면, 성범죄 직전 아동음란물을 시청한 아동 성범죄자는 16%이고, 일반 성범죄자는 7%로 2배 가량 차이가 있고, 범행 직전 2회 이상 아동음란

9) 윤정숙, 위 보고서 50p

10) 윤정숙, 위 보고서 46p.

물을 시청한 비율도 13.7%로 일반 성범죄자 5%에 비해 2배 이상 차이가 나고 있어, 아동음란물과 아동성범죄간에 관련성이 있는 것으로 볼 수도 있다. 그러나, 우리나라는 아청법상 19세 미만을 아동·청소년으로 규정하고 있고 위 19세 미만의 아동·청소년에 대한 음란물소지를 처벌하고 있다. 그런데 위 연구보고서에서는 아동 성범죄자를 13세 미만으로 한정하고, 13세~19세 미만의 청소년과 성인 여성에 대한 성범죄자를 일반 성범죄자로 포괄하여 상호·비교함으로써 아청법상의 단순소지죄를 처벌할 것인지에 대한 이론적 근거로 보기에는 표본추출에서 오류가 있는 것으로 보인다. 보고서에 의하면 피해자 연령별 성범죄 경력을 살펴보면 13세 미만의 아동을 상대로 성범죄를 저지른 적이 있다고 답한 비율은 30.2%였고, 13~19세 미만의 청소년을 상대로 성범죄를 저질렀다고 응답한 비율은 40.4%였으며, 성인 여성을 상대로 성범죄를 저질렀다고 응답한 비율은 71.4%이어서, 전체 성범죄자 중 성인 여성을 상대로 범죄를 저지른 사람이 가장 많고 그 다음이 청소년, 13세 미만의 아동 순으로 나타나는데[11], 만약 19세 미만의 아동·청소년을 상대로 성범죄를 저지른 범죄군과 성인 여성을 상대로 범죄를 저지른 범죄군으로 나누어 위와 같은 조사를 하였을 때에도 통계학적으로 유의미한 결과가 도출될지는 미지수이다. 또한 설문 대상자료인 아동음란물에 관하여 13세 미만의 아동이 출연하는 것을 전제로 하였는지, 19세 미만의 아동·청소년이 출연하는 것을 전제로 하였는지도 아동 성범죄자의 정의를 좁게 설정함으로써 결과에 영향을 미쳤을 것으로 보인다.

한편, 아동음란물 사용빈도에서 보듯이 성범죄자와 일반인간에 전체적으로 별다른 차이가 없어 보이는 점, 아동 성범죄자도 약 84%가 아동음란물을 직전에 보지 않고 성범죄를 저질렀다는 점 등을 감안하여 보면, 위 연구결과만으로는 아동음란물과 성범죄에 관한 유의미한 상관관계가 있다고 단정하기에는 어렵다고 생각한다.

2. 외국의 연구사례

아동음란물 소지자가 향후 아동 성범죄자가 될 가능성이 있는지에 대한 명확한 자료는 불행하게도 아직 밝혀진 것이 없다고 한다.[12] 다만, 아동음란물을 소지하고

11) 윤정숙, 위 보고서 25p

있는 사람은 소아성애자(pedophilia)임을 예측하는 타당한 진단적 지표(indicator)가 될 수 있다고 볼 수 있다.[13] 또한, 아동음란물은 아니지만, 음란물에 관한 46개의 개별 연구들을 메타분석하여 음란물에 대한 노출은 성폭력이나 강간 신화(rape myth)를 지지하는 행위를 증가시키는 등, 여러가지 부정적 결과와 관련이 있으며 포르노그라피의 사용은 성적인 공격행동과 상관관계가 있다는 연구결과도 있다.[14]

아동 음란물과 성범죄와의 상관관계에 관하여는 북미와 유럽에서 비교적 다수의 연구가 이루어졌다. 위 연구들은 주로 아동 음란물 사범의 범죄 경력이나 재범율을 조사하는 방법이 많이 사용되었다. 즉 아동음란물 범죄자들이 온라인상에서 범죄를 저지르면서 오프라인상에서도 피해자들을 상대로 접촉형 성범죄를 저지른 경력이 있는지 분석, 연구하는 것이다.[15] 그러나 아동 음란물 범죄자가 향후 피해자를 접촉하여 얼마만큼 실질적으로 성범죄를 저지르는지에 대한 종단 연구는 아직 많지 않다.[16] 그 중 이러한 연구를 시도한 연구결과를 살펴보기로 한다. 캐나다의 심리학자 Seto와 Eke는 캐나다 온타리오 지역에 등록된 성범죄자들의 정보를 이용하여, 201명의 아동음란물 사범들의 향후 성범죄 재범에 대한 추적 연구 결과를 발표하였다.[17] 그들은 성범죄 전과를 가지고 있는 사람은 재범이 가능성이 높다는 연구결과(Hanson & Bussiere, 1998)를 토대로 실제 접촉 성범죄를 저지른 아동음란물 범죄자는 장래에도 실제 접촉 성범죄를 저지를 가능성이 매우 높을 것이라는 가설을 세웠다. 그들은 평균 29.7개월(약 2년 반)의 기간 동안 201명의 아동 음란물 사범의 재범여부를 추적하였는데 위 범죄자 중 112명(56%)이 아동음란물범죄 이외의 전과를 가지고 있었다. 그 중 48명(24%)는 접촉 성범죄 전과를, 30명(15%)는 또 다른 아동음란물범죄 전과를, 나머지는 61%는 성범죄 이외의 전과를 가지고 있었다.

---

12) Michael C. Seto and Angela W. Eke, “The Criminal Histories and Later Offending of Child Pornography Offenders” Sexual Abuse: *A Journal of Research and Treatment*, Vol. 17, No. 2, April 2005, 201p.

13) Michael C. Seto and Angela W. Eke, 위 논문 202p.

14) Oddone-Paolucci, Genius, & Violato (Knight, Raymond A., and Judith Sims-Knight. “Using rapist risk factors to set an agenda for rape prevention.” *VAWNet Applied Research Forum*. 2009. 4p에서 재인용).

15) 윤정숙, 위 보고서 10p.

16) 윤정숙, 위 보고서 13p.

17) 이후 글은 Michael C. Seto and Angela W. Eke, 위 논문 203p 이하 참조.

추적결과, 약 17%의 아동 음란물 사범(34명)이 다시 범죄를 저질렀다. 범죄 유형을 보면, 전체 아동음란물 사범 중 약 6%가 새로운 폭력범죄를 저질렀는데, 이 중 4%(9명)가 성폭력 범죄를 저질렀다. 아동 음란물을 다시 사용하여 처벌을 받는 아동음란물 사용 재범도 전체 중 6%(11명)에 달했다. 위 추적결과 비록 재범률이 4%에 불과하지만 성폭력 전과를 가지고 있는 아동음란물 범죄자가 다시 성폭력범죄를 저지를 가능성이 어느 정도 있다는 사실은 드러났다. 그러나 모든 아동음란물 범죄자들이 아동 성폭력범죄를 저지를 위험성이 높다는 추정은 부정되었다.[18] 왜냐하면 아동음란물 범죄 2범인 30명 중 1명이 성폭력범죄[19]를 저질렀으므로 유의미한 상관관계가 있다고 보기 어렵기 때문이다.

이와 달리, 아동음란물과 아동 성폭력범죄와의 상관관계가 있다고 주장하는 연구결과도 여러 문헌에서 발견되고 있다.[20] 그리고 심리학적, 경험적 측면에서 아동음란물에 자주 접할수록 아동성범죄를 저지를 가능성이 높은 소아성애자 등이 있는 것으로 보인다. 결국 아동음란물과 아동성범죄사이의 상관관계는 어느 정도 존재하는 것으로 추측은 되지만 이는 통계학적으로나 과학적으로 명백한 상관관계를 밝힐 수 없는 영역에 있는 것이 아닌가 생각한다.

3. 요약 및 평가

위에서 살펴본 바에 의하면, 아동음란물 소지죄를 처벌한다고 하여 성범죄가 감소한다는 상관관계는 불명확하다. 따라서 아동 음란물소지죄의 처벌목적이 단순히 소지죄의 위험성을 이유로 처벌하는 것이 아니라 아동 성폭력범죄를 사전에 예방하고 차단하기 위한 것이라면 형사정책적인 시각에서 볼 때 단속 및 처벌에 신중하여야 한다고 생각한다. 이에 대하여 아동음란물은 보전할만한 어떠한 사회적 가치를 가지지 못하는 것이기 때문에 절대적으로 금지하여야 하고,[21] 영국, 미국, 캐나다

18) Michael C. Seto and Angela W. Eke, 위 논문 208p.

19) 아동 성폭력범죄는 아닌 것으로 추정된다.

20) 자세한 내용은, 윤정숙, 위 보고서 9p-16p 참조.

21) 원혜욱. “아동포르노그래피에 대한 연구.” 「형사정책연구」 제15권 제4호, 한국형사정책연구원 (2004) 5-10면.

등 세계 여러 나라에서 아동포르노[22] 소지에 대하여 처벌하고 있으며, 아동포르노가 아동에 대한 성학대, 성착취의 요소를 가지고 있고, 특히 인터넷상의 아동포르노 범람은 아동을 성적대상으로 보는 풍조를 만연시켜 아동들이 잠재적으로 범죄에 노출되기 쉽다는 이유로[23] 아동 성범죄와의 연관성과 관련 없이 아동음란물 소지 그 자체로도 엄격한 처벌을 하여야 하며 미국경찰과 같이 온라인상의 범죄에 대한 "능동적 수사(proactive investigation)"를 강화하여 아동 음란물사범을 검거하여야 한다는 주장이 있다.[24] 이는 미국과 유럽 각국의 경향을 수용한 것으로 실제 미국에서는 아동음란물 제작자와 배포자, 그리고 소비자 간의 연결고리가 존재함을 강조하면서 수요자로서의 단순소비자를 사실상 박멸해야만 아동음란물의 공급자들이 사라진다는 것이다.[25] 왜냐하면 아동음란물의 제작행위는 필연적으로 출연하는 아동의 성착취를 야기하며 제작행위와는 별개로 배포행위 역시 아동의 성착취에 필연적인 관련성을 갖게 된다는 것이다. 따라서 이러한 아동음란물 제작·배포행위 및 소지행위의 처벌은 아동의 성착취를 방지하기 위함에 있다고 할 수 있다. 이는 전 세계 아동포르노의 50% 이상이 미국에서 제작되는 현실에 비추어 타당한 형사정책이라고 볼 수 있다. 당초, 미국에서는, 아동 포르노는 아동학대의 유형이라고는 생각되지 않았었다. 그러나, 1960년대부터 1970년대에 걸쳐 포르노가 사회 문제화하자, 연방과 주는 외설물 규제와 함께 아동 포르노 규제에도 임하게 되었다. 그 과정에서, 아동학대는 성적인 일로부터 시작되어 학대로 연결되어 가는 것이 밝혀져 왔다[26]. 즉, 현재 미국에서는, <아동 포르노 = 아동학대〉 라고 하는 인식이 일반화하

22) 외국에서는 '음란물'이라는 개념을 사용하지 않고, '포르노(porno)'라는 용어을 사용하므로 이 글에서 외국의 사례를 소개할 때는 '포르노'라는 개념을 사용함.

23) 김용화, "아동포르노 근절에 관한 연구", 「영남법학」 제31호 (2010년 10월), 404-405면.

24) 윤정숙, 위 보고서 19-20면.

25) Osborme v. Ohio 495 U.S. 103 (1990)

26) Michelle K. Collins, Child Pornography: A Closer Look , *POLICE CHIEF* (Mar. 2007) , http://www.policechiefmagazine.org／magazine : National Center for Missing and Exploited Children(NCMEC)가 연방 및 주 경찰과 협력하여 아동 포르노그래피 소지자를 단속한 실제 사례와 아동 성학대에 관한 통계 등을 다룬 글이다. 아동 포르노그래피에 나타난 아동들의 신원을 추적결과 아동 성착취자의 35%는 피해아동의 부모였으며, 28%는 이웃이나 가족의 친구들인 것으로 나타났다. 받아들이기 힘들지만 아동성학대자들은 전형적으로 아동의 삶에 일정한 권한을 가진 사람들이며 이러한 경험적 사실로 인하여 아동 포르노그래피는 아동학대와 직접 연결되어 있다는 인식이 생겼다고 한다.

고 있어, 그 규제는 양보할 수 없는 이익과 직결한다고 생각되고 있는 것이다.

또한 유럽에서도 EU위원회를 중심으로 2003. 12. 22. 아동 성착취와 아동 포르노 근절에 관한 EU의 결의(European Council Framework Decision on Combating the Sexual Exploitation of Children and Child Pornography)를 채택하면서[27], 모든 회원국들에 2006. 1.까지 위 결의안을 따를 것을 요구하였다. 위 결의안에서는 아동 성 착취와 아동 포르노는 인권의 심각한 침해이며, 그 범죄들은 인터넷을 통해 더욱 증가하고 있는 현상이라고 경고하면서 각 회원국들은 위 결의안에 상응하는 법적·제도적 장치를 갖추고 이를 시행하도록 하는 구속력 있는 의결을 하였다.[28]

이러한 국제적인 추세는 전 세계가 글로벌화 되면서 인터넷 기술의 발달로 인하여 아동을 대상으로 한 성범죄의 정보를 손쉽게 얻을 수 있고, 아동·청소년들과 인터넷을 통하여 익명으로 접촉이 가능하게 됨에 따라 사회적 약자인 아동에 대한 보호를 위하여 아동성범죄 및 아동음란물에 관한 범죄를 국제범죄로 인식하고, 각 국가공동체간의 공동대처, 협조 등을 통하여 공동대응하려는 것으로 평가된다. 이러한 현상은 고무적인 일이며 사회의 대표적 약자인 아동에 대한 강력한 보호가 필요하다는 점에 공감한다. 그러나 아동 성폭력범죄나 아동 성매매죄, 아동음란물 제작 등의 범죄에 대하여는 위와 같은 접근방법에 공감을 할 수 있으나 아동음란물 소지죄는 우리나라의 현실에 적합한 형사정책이 요구된다고 생각한다. 즉 아동음란물에 대한 정치·경제·사회·문화적인 분석과 적정한 대응에 실패하였을 때 최후수단으로서 형법적 대응이 수반되어야 한다는 것이다.

그 이유로는, 첫째, 아동음란물 소지에 대한 집중적인 단속과 처벌을 지속하였음에도 불구하고 아동성범죄가 감소하지 않을 가능성도 충분히 있으며, 오히려 아동음란물 소지사범만 대량으로 양산하게 된다면 이는 실패한 형사정책이고 위험한 형사정책이라고 할 수 있다. 둘째, 아동음란물에 등장하는 아동·청소년에 대한 보호와 아동음란물을 접하게 되는 아동·청소년이 받을 건전한 성의식의 침해를 예방하기 위한 목적이라면 우선 우리나라에서 제작하는 아동음란물은 비교적 소량이고 해외

27) 그 이전, 특히 2000년에 채택된 '인터넷을 통한 아동 포르노의 근절에 관한 유럽 이사회의 결정'은 인터넷을 통한 아동 포르노의 생산, 과정, 분배 그리고 소유를 예방하고 금지하는 것에 관한 것이었는데, 그것은 회원국들에게 그 같은 범죄에 대한 수사와 기소에 서로 협력할 것을 요구하였다(박현정, "아동 포르노에 대한 국제사회와 EU의 대처"「유럽연구」 제28권 1호 (2010년 봄), 242-243면.

28) 박현정, 위 논문 제243-244면.

에서 주로 소비되고 있으므로 거의 외국에서 제작된 아동음란물을 시청하는 국내 소지자들을 단속하고 처벌한다고 하여 국내에서 아동음란물에 대한 공급과 수요가 이루어지지 않는 한 그 실효성이 없으며, 청소년들이 아동음란물을 접하는 위험은 가정과 사회내의 관심과 통제력으로 해결할 성질의 것이지 그 소지자들을 처벌하는 방법으로 아동음란물을 모두 소멸시키겠다는 정책이 상책(上策)이 아님은 분명하다고 할 것이다.

Ⅳ. 아동음란물 소지죄에 대한 형사법적 문제

1. 아동음란물 소지죄의 가벌성의 근거

형사법상 소지하는 것이 금지되는 것들이 있다. 마약이나 총포·도검·화약류 등은 그 전형적인 예이다. 이것들은 소지하는 시점에서는 아직 구체적 위험이 생기지 않음에도 불구하고, 부적당하게 사용되는 것의 위험성 때문에 소지 자체가 금지되고 있다. 소지 규제를 하는 것은 사회에 있어 위험한 것에 한정하는 한, 그것은 공공의 안전을 위해서 합리적인 규제라고 하는 이해가 암묵의 전제로서 존재하고 있는 것이다. 실제, 헌법재판소는 공공의 안전에 의한 제한이라고 하여, 모의 총포에 대하여도 소지 규제의 합헌성을 인정하고 있다.[29]

그러면, 아동음란물 소지규제는 그 소지를 허용할 경우 어떤 위험성이 있다는 것인지 숙고해볼 필요가 있다. 이를 위해 마약이나 총포·도검·화약류의 소지금지의 목적과 비교해 보자. 마약이나 총포류 등의 소지를 금지하는 것은 이를 부적당하게 사용하였을 경우 마약류는 국민보건의 위해 또는 위험을 초래하고, 총포류 등은 국민의 신체나 생명에 위험한 결과를 가져온다. 한편 아동음란물을 소지한 자가 그 음란물을 사용한다는 것은 어떤 의미일까? 아마 소지자가 음란물을 보는 것일 것이다. 호기심으로 음란물을 보던지 아니면 성적만족을 위하여 보던지 그 사용행위는 보는 것으로 종료된다. 그로 인하여 아동·청소년에 대한 왜곡된 성취향이 발생·강

29) 헌재 2011. 11. 24. 2011헌바18.

화되던지, 반대로 혐오감 또는 성적수치심을 느끼는지는 그 개인의 문제이다. 아동음란물은 그것이 존재하는 것만으로 피사체가 되고 있는 아이에게 피해를 가져오고 있다고 하는 견해가 있지만, 소지자가 자택 내에서 사적으로 열람하고 피사체가 알지 못하면 현실의 피해나 위험은 발생하지 않다고 할 수 있다. 그 음란물이 배포되거나 공개되거나 할 우려는 항상 따라다니는 것이지만, 그것은 그 행위를 범한 시점에서 처벌하면 되는 것이다.[30)]

또한, 아동음란물의 소지규제는 마약, 총포류의 소지규제와 성격을 달리하고 있다. 아동음란물 소지 규제의 최종 목적은 아동음란물의 근절이며, 그 존재를 없애려고 하는 것이다. 마약, 총포류에 대한 규제는 부적당한 사용의 위험 때문에 소지가 금지된 것이고 그 존재의 소멸을 목적으로 하고 있는 것은 아니다. 이것들에 대해서는 허가제를 취하고 있는 것으로부터도 알 수 있다. 이것은 마약, 총포류 등은 적절하게 사용하면 사회에 이익이 될 수 있는 가치가 있지만 아동음란물은 무가치를 넘어서 그 이면에는 사회의 악이라는 윤리적 판단이 전제되어 있기 때문일 것이다. 결국, 아동음란물은 중세시대의 이단금서처럼 우리시대의 절대악의 범주에 포함되어 있는 것처럼 보인다.

그렇다고, 아동음란물 소지의 가벌성을 사회도덕에서 구할 수는 없는 노릇이고, 도대체 그 가벌성의 근거는 어디에 두어야 하는가 의문스러울 수 밖에 없다. 이에 대하여 아동음란물 소지자들은 아동 음란물시장의 지지자들로서 미래의 다른 아동들에 대한 성학대의 위험에 간접책임(mittelbar Verantwortung)이 있기 때문에 처벌하여야 한다는 주류적인 학설이 있다.[31)] 처벌근거는 아동 성학대와 관련이 있는 현존하는 아동학대 시장의 소비자로서 간접책임이 있다는 것이다. 요컨대, 시장이 새로운 음란물을 생산하는 것을 방지함으로써 장래에 발생할 아동에 대한 성적학대의 위험을 예방하자는 것이고, 그 조치로 장래의 구체적 위험에 대비하여 강 상류부터 위험을 차단하도록 아동음란물 소지를 추상적 위험범으로 규정한 것이라고 한다.[32)33)]

---

30) 大林啓吾 “所持規制をめぐる憲法問題-児童ポルノの単純所持規制を素材にして.” 千葉大学法学論集 28.3 (2014), 43項.

31) Duttge, Hörnle, Renzikowski: Das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, NJW 2004, 1065.

32) Münchener Kommentar zum StGB, § 184b Rn 1.

그러나, 당연히 위 견해는 새로운 음란물의 공급을 촉진한다는 소비로서의 음란물 소지행위에 대하여 일반적인 형법상의 책임을 지울 수 있는가라는 책임논쟁을 불러일으키고 있다. 즉, 구체적 법익관점에서 볼 때, 간접책임 또는 이후의 성적학대에 대한 소비자의 관련성이라는 모호한 용어를 사용하여서는 결코 형벌의 개별화를 만족시킬 수 없고, 시장참가자로서 소비자의 간접책임은 교사범의 소급효라는 새로운 법률용어를 만들고 있다는 비판을 받고 있다.[34] 즉 법익의 관점에서 본인의 상해죄와 제3자의 상해죄의 차이를 간단히 무시해버린다는 것이다. 또한, 소비자로서의 간접책임이라는 개념은 정범과 공범의 구분을 더 이상 파악할 수 없도록 하고, 합법적인 형벌을 충분히 논증하기 어렵게 한다고 지적된다.[35]

이러한 반론에 대하여, 간접책임이 인정된다고 가정한다면 시장참여의 강도에 따라 개별책임을 지우면 되므로 처벌이 정당화된다거나,[36] 인터넷이라는 새로운 매체의 등장과 함께 아동·청소년 범죄의 심각성과 아동·청소년의 취약성이 시간이 지날수록 악화되고 있는 현실에 비추어 위와 같은 비판은 가치는 있으나 압도적인 것은 될 수 없다[37]는 재반론이 이어지고 있다.

그 외에 증명된 것은 아니지만 아동음란물의 소지에 따른 모방범죄의 증가위험[38], 아동음란물에 나타난 아동의 승낙없이 이를 열람하는 것에 의한 아동의 인격권과 존엄성의 침해, 아동음란물은 사회 성윤리를 심각하게 침해한다는 등의 가벌성의 근거들이 주장되고 있다.[39]

이와 같이, 아동음란물의 소지를 처벌하는 근거를 두고 다양한 논거들이 제시되

---

33) 아동음란물 소지죄를 처벌하는 규정을 처음 제정할 당시 정부초안은 Betäubungs mittelgesetz(마취법)상의 제조, 판매, 소지 등을 참조하였으나, 형법 제259조에 따른 절도와 장물범과의 관계가 제조와 소지간의 관계를 더 잘 설명해준다고 한다. 즉 장물범을 처벌하는 이유와 아동음란물을 처벌하는 이유가 유사하다는 것이다.(Schroeder: Das 27. Strafrechtsänderungsgesetz – Kinderpornographie NJW 1993, 2583 참조)

34) Herbert Jäger in FS Schüler-Springorum, S. 232f (Heinrich: Neue Medien und klassisches Strafrecht - § 184b IV StGB im Lichte der Internetdelinquenz, NStZ 2005, 362에서 재인용)

35) S/S-Lenckner/Perron 26. Aufl., § 184 Rn 63 (Heinrich, 위 논문 362에서 재인용)

36) Münchener Kommentar zum StGB, § 184b Rn 2.

37) Heinrich, 위 논문 362-363.

38) 소아성애자들의 경우에는 음란물소지와 성범죄의 실행간에 상관관계가 있다는 주장도 있다.

39) Münchener Kommentar zum StGB, § 184b Rn 3-5.

고 있는데, 이는 그만큼 아동음란물 소지 자체를 처벌하는 것이 전통적인 형법이론에 비추어 볼 때 낯설고 생소하다는 의미도 내포하고 있다고 생각한다. 후기산업사회의 위험형법의 특성이 아동음란물 소지처벌규정에 고스란히 드러나고 있는 것이다. 특히 아동음란물은 인터넷의 발달과 맞물려 기하급수적으로 복제되고 전파되는 특성, 관할당국의 단속을 우회할 수 있는 새로운 전파기술의 발달, 전파범위는 국내에 한정되지 않고 글로벌화되어 실시간으로 외국의 음란사이트에 접속할 수 있어 사이버범죄의 범주로서도 심각성이 증대되고 있다. 이러한 위험증대에 맞서 형법이 효과적인 투쟁을 하여야 하는 것이 시대의 흐름이지만, 그럴 때일수록 오랜 기간 축적·발전시킨 형법의 이론적 정합성을 되짚어볼 필요도 있다.

2. 아동음란물의 정의와 범위

가. 정의

아청법 제11조 제5항은 "아동·청소년이용음란물임을 알면서 이를 소지한 자는 1년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다."라고 하면서 제2조의 제5호에서 '아동·청소년이용음란물'이란 "아동·청소년 또는 아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여 제4호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나 그 밖의 성적행위를 하는 내용을 표현하는 것으로서 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터나 그 밖의 통신매체를 통한 화상·영상 등의 형태로 된 것을 말한다"라고 규정하고 있다. 위 규정에 의하면, '그 밖의 성적행위'에 대한 해석상의 문제가 있다. '그 밖의 성적행위'라는 문언은 너무나 포괄적이고 추상적이기 때문에 어떤 행위가 성적행위에 해당하는지 판단하기 어렵기 때문이다.[40] 그렇다면 아동음란물의 '음란물'에 대한 판단기준은 무엇인가? 기존 법질서[41]상의 '음란성'[42]기준을 따

40) 위 문구에 대하여 국회법사위 토론과정에서도 "'그 밖의 성적 행위'는 불명확한 개념이고 너무 포괄적이기 때문에 죄형법정주의에 반하고, 특히 소지를 하는 경우 1년 이하의 처벌이 들어가기 때문에 지금 인터넷에 난리가 나고 국민들이 불안해하는데 이렇게 막연한 개념은 지우는 게 어떻겠느냐"라는 소수의견이 있었다.

41) 형법 제243조(음화반포등), 제244조(음화제조등), 제245조(공연음란), 정보통신망의처벌및피해자보호등에관한법률 제64조(벌칙) 제1항 제2호(정보통신망을 통하여 음란한 부호·문언·음향·화상

라 판단할 것인지, 아니면 아청법상의 아동음란물은 별도기준을 정하여 판단할 것인지 분명하지 않다.

이와 관련하여 미국 등의 사례를 살펴보면 '음란'개념과 '포르노그라피'의 개념이 분리되어 사용되는 것을 알 수 있다. 미국은 Feber v New York 사건[43]에서 문제가 된 뉴욕법의 위헌여부가 다루어졌는데 연방대법원에서 위 법은 아동을 학대 등으로부터 보호한다는 목적이 있다고 언급하면서, 그러한 경우에는 수정헌법 제1조의 적용을 받지 않으므로 음란성의 판단 기준인 Miller Test를 적용할 수가 없다고 하였다. 왜냐하면, Miller Test는 음란성의 유무를 기초로 해당 표현이 보호되는지 아닌지를 판단하는 것이지만, 아동 포르노는 아동의 학대로 연결되는 것이기 때문에 음란성의 유무와는 직접적인 관계성이 없다는 것이다. 미국연방법인 PROTECT법[44]은 아동 포르노그라피의 개념을 "성적으로 노골적인 행위에 관여하고 있는 미성년자를 묘사"한 것으로 정의하면서 '성적으로 노골적인 행위(sexual explicit conduct)'를 실제 또는 유사한 (i) 동성 또는 이성에 간에 생식기를 이용한 성교행위, 구강 및 항문과 생식기를 이용한 유사성교행위 (ii) 수간(獸姦) (iii) 자위 (iv) 가학적 또는 피가학적인 학대행위 (v) 특정인의 생식기 혹은 음부의 외설적인 전시행위로 구체적으로 열거하고 있다. 이와 같이 미국에서는 '아동 포르노그라피'의 개념을 정의할 때 '음란' 개념을 사용하지 않고 있다. 그 외에 캐나다의 형법이나 인터폴(INTERPOL), 유럽 이사회(The Council of Europe)의 정의도 '아동 포르노그라피' 개념을 정의할 때 '음란' 개념을 주요 단어로 사용하고 있지 않다.[45] 이러한 개념정의는 '음란성'이라는 추상적인 개념을 회피하고 개념정의에 '명확성'을 부여함으로써 일반시민들에게 법적용에 있어서 예측가능성을 부여할 수 있는 장점이 있다.

또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공연히 전시) 등

42) 대법원 2006. 4. 28. 선고 2003도4128 판결 참조.

43) New York v. Ferber 458 U.S. 747 (1982). 당시 뉴욕주는 음란물에 해당하는지 아닌지를 불문하고, 16세 이하의 사람이 성적 행위를 묘사의 사진이나 영화를 판매하거나 반포하거나 하는 것을 금지하고 있었다. 맨하탄에서 성 관련 상품에 특화해 책방을 운영하고 있던 Ferber는, 「Kiddie Films」이라고 하는 타이틀의 필름을 판매했는데 매수자로 위장한 경찰에 체포되었다. 그 때문에, 미연방 최고재판소에서는 본법의 합헌성이 다투어지게 된 것이다.

44) 18 U.S.C. §2256(8),(2)

45) 심희기, "아동 포르노그라피와 한국의 청소년성보호법", 「비교형사법연구」 제5권 제2호, 한국비교형사법학회, (2003. 12.), 889-891면 참조

한편, 아청법상의 아동음란물의 개념정의를 살펴보면, 과거 청소년의 성보호에 관한법률과 비교할 때 음란개념과 '아동 포르노그라피' 개념의 분리가 상당히 이루어진 것으로 보인다. 다만, 제2조 제4항 다목에서 "…(중략)… 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 행위"라고 하여 청소년 신체의 전부 또는 일부를 접촉·노출하는 행위가 있더라도 음란성이 인정되어야 함을 시사하고 있고, '아동·청소년 이용음란물'이라는 표제에 비추어 볼 때 '그 밖의 성적행위'의 해석에 음란성이 기준으로 사용될 수도 있다는 여지를 남겨두고 있다. 이와 관련하여 독일형법에 '아동 포르노그라피 문서(kinderpornographischen Schriften)'[46]의 개념 중 성적행위(sexuelle Handlung)가 키워드로 사용되고 있어 향후 우리나라 아청법상의 '그 밖의 성적행위'의 해석에 참고가 될 수 있을 것으로 보인다. 독일은 제4차 형법개정에 의하여 외설(Unzucht) 또는 음란행위(unzüchtige Handlung)라는 용어를 없애고 성적행위 또는 성적행동(sexuelle Handlungen)이라는 개념으로 이를 대체하였다고 한다.[47] 따라서 성적행동이라는 개념을 사용함으로써 음란성 기준을 적용하지 않으려는 의도를 엿볼 수 있다. 성적행동이란 "객관적인 제3자의 관점에서 볼 때 사람의 성욕을 직접적으로 만족시키기 위한 행위"를 의미한다. 실제 성관계가 이루어지거나 일반적인 사회통념으로 볼 때 외관상 객관적으로 성적 관련성이 있어야 한다.[48]

일반적으로는 아동·청소년에 대한 직접적인 신체접촉에 의한 성적 행동이 주류를 이루고 있다고 할 수 있고, 주로 그 연령대의 이성, 동성간의 성적행동 뿐만 아니라 아동·청소년 스스로의 성적 행동, 예컨대 자위행위 등도 포함한다. 또한, 그들의 성징(性徵) 및 나이를 고려해 볼 때 부자연스럽고, 창피하거나 수치스러움을 나타내 보이는 행동이라고 평가될 때에는 성적인 행동에 포함된다고 할 수 있고, 실제로 아동·청소년이 그러한 행동이 성적 행동과 관련되어 있다는 것을 인식할 필요는 없

46) 독일형법은 184b조에서는 아동(14세 미만자)에 대하여, 184c조에서는 청소년(14세~18세)에 대하여 구분하여 규제하고 있는 것이 특징이며, 아동·청소년 포르노그라피의 행위태양은 "아동이나 청소년을 대상으로 성적행위를 하거나 또는 그들 앞에서 성적행위를 하는 것"을 말한다.

47) Beck'scher Online-Kommentar StGB §184f Rn 2. 이 규정은 성적행위에 대한 개념정의를 하고 있는데 성적행위란 "각 보호법익의 관점에서 어느 정도 중요한 행위만을 말한다"라고 규정하고 있어 전체 형법에서 '성적행위'의 개념을 축소하면서도 정의의 기준을 제시하고 있지는 않고 있다.

48) Beck'scher Online-Kommentar StGB §184f Rn 3. 이에 관한 자세한 내용은 BGH NStZ 1983, 167; NStZ-RR 2008, 339, 340; BGHSt 29, 336 = NJW 1981, 134; OLG Oldenburg NStZ-RR 2010, 240, 241 등 참조

다. 한편 아동·청소년의 신체에 대한 직접적인 접촉은 없다고 하더라도 완전히 옷을 벗겨 나체를 노출케 하는 것이나 속옷을 벗겨 노출시키는 것은 예외적으로 아동에 대한 생활상의 돌보는 행위 등에 속하지 않는 한 성적행동에 해당할 것이다.[49)]

아동음란물에 해당하는지 여부에 대한 판단은 독일에 비하여 미국의 입법례가 훨씬 명확하고 분명하다. 우리나라는 미국과 독일의 아동 포르노그라피에 대한 정의규정을 절충한 입법례를 취하고 있다고 보여지는데, '그 밖의 성적행위'의 해석과 관련하여 아직 판례의 축적이나 연구가 미흡한 상태에 있어 귀추를 지켜봐야 하겠지만[50)], 입법론으로는 미국과 같이 명확하고 사회의 평균적인 일반인도 예측이 가능한 정의규정을 마련하는 것이 바람직하다고 생각한다. 이하에서는 아동음란물의 범위와 관련하여 특히 논란이 되고 있는 쟁점에 대하여 살펴보기로 한다.

나. 아동·청소년과 흡사한 성인이 출연하는 음란물

성인배우가 교복을 입고 성행위를 하는 장면을 담은 음란물을 아동음란물의 범위에 포함시켜 처벌하여야 할까? 이 문제는 아동의 경우에는 분명하게 식별이 가능한 반면 18세 정도에 근접한 청소년은 육안으로 청소년인가 성인인가를 명확하게 판별할 수 없다는 맹점이 있기 때문이다. 더구나 최근 청소년은 신체발육이 좋은 경우가 많고 특히 외국의 청소년은 우리의 눈에 익지 않아 현실적으로 판단이 불가능할 수도 있다. 필자는 이에 대한 판단은 아청법의 보호법익과 연관지어 기준을 마련하여야 한다고 생각한다. 즉, 앞에서 살펴본 바와 같이 우리나라에서 아동음란물 소지죄에 대한 보호법익이 아동음란물을 시청함으로써 발생하는 모방범죄의 확산을 방지하는 것보다 아동에 대한 성적착취를 방지하는 것의 비중이 크다고 볼 때, 아동·청소년과 흡사한 성인이 출연하는 음란물을 아청법상의 음란물 개념에 포함시키는 것은 신중하고 엄격하게 해석하여야 한다는 것이다. 이러한 맥락에서 최근 대법원[51)]은 이에 대하여 아래와 같이 의미 있는 판결을 선고하였다.

---

49) Münchener Kommentar zum StGB § 184g Rn 3-6.

50) 다만, 최근 대법원판례에서 '주된 내용이 아동·청소년의 성교행위 등을 표현하는 것이어야 한다'고 판시한 것이 있다(대법원 2014. 9. 24. 선고 2013도4503판결)

51) 대법원 2014. 9. 24. 선고 2013도4503 판결

① … 형벌법규는 엄격히 해석되어야 하고 명문의 형벌 법규의 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의 원칙에 어긋나는 것으로 허용되지 않는 점, ② 구 아청법 제2조 제5호의 아동 · 청소년이용음란물 정의규정 중 '아동 · 청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물'이라는 문언이 다소 모호한 측면이 있고, 일선 수사기관의 자의적 판정으로 뜻하지 않게 처벌의 범위가 지나치게 넓어질 우려가 있게 되자, 그 의미를 분명히 하기 위해서 … 구 아청법을 개정하면서 '명백하게'라는 문구를 추가하여 '아동 · 청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람이나 표현물'이라고 규정한 점 등 구 아청법의 입법목적과 개정 연혁, 그리고 법 규범의 체계적 구조 등에 비추어 보면, … 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 아니된다.

위 대법원판결은 기존의 하급심판결 중 "피고인들이 교복을 입은 여학생이 남성과 성행위를 하는 내용 등의 동영상 32건을 인터넷 사이트 게시판에 업로드하여 … (중략) … 위 동영상은 모두 교실과 대중교통수단 등의 장소에서 체육복 또는 교복을 입었거나 가정교사로부터 수업을 받는 등 학생으로 연출된 사람이 성행위를 하는 것을 내용으로 하고 있어 '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"… '아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물'에 해당하는지 여부는 '음란물의 내용'을 기준으로 음란물에서 묘사된 구체적 상황, 표현 방식 등을 고려하여 일반인이 해당 인물이나 표현물을 아동·청소년으로 인식할 수 있는지 여부에 따라 판별함이 상당하다."[52]는 취지의 판결들에 종지부를 찍은 것으로 '연출된 아동음란물'의 아동음란물 범위를 제한적으로 해석한 것에 의의가 있다고 할 수 있다. 위와 같은 제한해석의 필요성은 대법원 판결과 같은 맥락의 항소심판결[53]에서 설시한 바와 같이 적법한 '연출 아동음란물'과 '실

52) 수원지방법원 2013. 2. 20. 선고 2012고단3926, 4943판결. 이 판결에 대하여 항소심인 수원지방법원 2013. 6. 27. 선고 2013노1215 판결에서 파기·자판하였다.

제 아동음란물'과는 비난가능성의 정도 면에서 현저한 차이가 있다는 점에 있다. 즉, '실제 아동음란물'은 실존하는 아동·청소년이 음란물에 직접 등장하여 성적 행위를 하는 것으로 그 대상이 된 아동·청소년에게 발생하는 피해가 현실적·구체적·직접적인 데 반하여 "연출 아동음란물"의 경우에는 출연자가 아동·청소년이 아니므로 이들에 대한 보호필요성은 탈각되고, 아동·청소년에 대한 간접적인 피해의 위험성이 있을 뿐인데 그러한 위험성은 잠재적·2차적이기 때문이다. 따라서 위와 같은 대법원 판례는 합리적이고 타당한 판결이라고 생각한다.

다. 만화 등 가공의 아동이 출연하는 음란물

전술한 헌법재판소 2002. 4. 25. 자 2001헌가27 결정에서는, 청소년의 성보호에 관한법률 제2조 제3호에 규정된 청소년이용음란물의 규정이 "청소년이 등장하여 제2호 각목의 1에 해당하는 행위를 하거나, 청소년의 수치심을 야기시키는 신체의 전부 또는 일부 등을 노골적으로 노출하여 음란한 내용을 표현…(생략)"에 대한 문언해석, 입법과정과 입법목적, 관계부처의 해석, 법률규정 및 다른 처벌법규와의 법정형 등과 비교하여 볼 때, 위 법률의 '청소년이용음란물'에는 실제 청소년을 강요, 위계 등의 방법으로 등장시키는 경우에만 해당하고 그림이나 만화 등의 방법으로 청소년을 등장시킨 음란 표현물은 위 '청소년이용음란물'의 규제대상이 아니라고 결정하였다. 그런데, 아청법 제2조 제5호에서 제5호에서 "아동·청소년이용음란물"이란 "아동·청소년 또는 아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여"라고 규정함으로써 문언해석상 아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 표현물, 예를 들면, 컴퓨터 그래픽이나 그림, 만화 등의 방법으로 표현된 비디오물, 게임물 등의 경우에 이를 처벌할 수 있는 근거를 마련한 것으로 보인다. 이는 아동 포르노그라피의 정의규정에 관한 세계적 추세에 따른 입법이라고 볼 수 있다.[54] 그런데 가상 아동은 그 성적행위를 묘사하는 경우에도 실재하는 아동에 대한 성적착취가 이루어지지 않으므로 이를 아동음란물에 포섭시키는 것은 부자연스

53) 수원지방법원 2013. 6. 27. 선고 2013노1215 판결

54) 미국의 PROTECT법, 영국, 유럽이사회(EU Council), 캐나다 등에서 이른바 '가상(Virtual)의 아동 포르노그라피'에 대하여도 아동음란물의 개념에 포함하고 있다.

러운 발상이라고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 가상 아동음란물을 처벌하려는 까닭은 무엇일까? 헌법재판소의 표현에 의하면 "가상의 청소년을 등장시킨 음란 표현물을 이 사건 법률의 '청소년이용음란물'에 포함시켜 규제하는 입법은, 그러한 가상 이미지를 만들어내는 데에는 실제 청소년의 참여가 필요할 것이라는 점, 그러한 표현물의 유포는 청소년에 대한 성적 학대나 착취를 더욱 부추길 것이라는 점, 그러한 가상 이미지 역시 도덕적, 윤리적으로 옳지 못하다는 점 등의 이유로 바람직하다…(생략)"라고 그 근거의 일단(一端)을 내비쳤다. 또한 북미주나 서유럽국가들, 그리고 국제사회에서 가상아동을 '아동 포르노그라피' 개념에 포함시키는 이유는 실재하는 아동이든 가상 아동이든 아동 포르노그라피의 실수요자들은 아동 성애자들이어서, 가상 아동포르노그라피는 이들로 인하여 실제의 아동 포르노그라피 못지않게 간접적인 해악을 끼치고 있다는 점, '가상아동 포르노그라피' 시장은 '실재하는 아동 포르노그라피' 시장을 활성화시키는 역할을 한다는 점, 수사상 '실제아동 포르노그라피' 범죄자를 소추하는 것이 어려워진다는 점 등을 들고 있다.[55]

최근, 일본에서 '아동매춘, 아동포르노에 관련되는 행위 등의 처벌 및 아동의 보호 등에 관한 법률'이 일부 개정되었다.[56] 이번 개정안이 통과되기까지 ① 아동포르노 소지를 처벌하는 규정의 도입 ② 만화, 애니메이션, 컴퓨터 그래픽 등을 아동포르노의 범위에 포함시킬 것인가의 문제를 둘러싸고 사회 각층에서 열띤 의견과 주장이 쏟아져 나왔다고 한다. 특히 일본은 1999년 5월 26일 아동매춘, 아동포르노 처벌법을 제정하였으나 아동포르노 제작·판매·제공목적의 소지 등의 행위만 형사처벌의 대상이 되어 OECD 국가 중 러시아를 제외하고 유일하게 아동음란물 소지죄를 처벌하지 않아 그동안 국제사회의 압력을 받아 왔는데 이번 개정안에서 아동포르노의 단순 소지를 처벌하는 규정이 도입되었다.[57] 한편 만화, 애니메이션 등 가상아동 포르노에 대하여는 만화, 출판업계의 반발 등으로 개정안에서 제외되었는데, 그 주된 이유는 헌법에 규정된 '표현의 자유'를 지나치게 제한한다는 것이었다.[58]

---

55) 심희기, "아동 포르노그라피와 한국의 청소년 성보호법" 제895-896P 참조.

56) 2014년 6월 18일 국회 중의원에서 가결되어 같은 달 25. 공포되었다. 日本 法務省 立法資料 참조.

57) 大林啓吾 "所持規制をめぐる憲法問題-児童ポルノの単純所持規制を素材にして.", 10-12項

58) 朝日新聞デジタル, "児童ポルノ改正法成立へ 所持に罰則 `漫画などは対象外"(2014. 6. 4.) 그 외에 위 법은 아동 포르노의 피해자가 된 실존하는 아이의 인권을 지킨다는 것이 입법취지인데, 실제

아동음란물 소지에 대한 표현의 자유와 관련하여 미국연방대법원의 Ashcroft v. Free Speech Coalition 판결[59]에서 그 합헌성이 다투어진 적이 있다. 이 판결에서 CPPA 2256조(8)(b)에 의한 가상(Virtual) 아동 포르노 규제는 피해자인 실재하는 아동이 존재하지 않고, 음란물이 아닌 경우 표현의 자유로부터 제외되지 않는 표현이 규제대상이 될 수 있으며, CPPA 2256조(8)(d)는 미성년자를 묘사하고 있다고 하는 인상을 받게 하는 성적으로 노골적인 작품을 금지하고 있지만, 그렇게 되면 작품의 내용이 아동 포르노와 관계없는 것이어도, 작품의 제목만으로 성적으로 노골적인 장면이 있다는 인상을 받게 되는 경우에는 아동 포르노로서 다루어져 버릴 우려가 있다는 이유로 CPPA의 2256조(8)(b) 및 (d)항은 보호될 표현도 규제하는 내용이 되고 있어 과도하게 광범하기 때문에 무효라고 판결하였다. 위 판결이 내려지자, 연방의회는 조속히 수정작업에 들어가, 2003년에 PROTECT법[60]을 제정했다. 본법에 의해, 2256조(8)(b)규정은「성적으로 노골적인 행위를 실시하고 있는 미성년자 또는 미성년자와 구별할 수 없는 디지털 이미지, 컴퓨터 이미지, 컴퓨터로 작성된 이미지」라고 개정되었다. 여기에서, '미성년자와 같이 보인다'를 '미성년자와 구별할 수 없다'라고 하면서, 디지털이나 컴퓨터 이미지 등에 한정하였다는 점이 주된 수정점이다. 다음, CPPA 2256조(8)(d)규정을 삭제하고 새롭게 2252조 A(a)(3)(B)를 제정했다. 위 조항에서 "(i) 성적으로 노골적인 행위를 하고 있는 미성년자의 음란한 시각적 묘사, (ii) 성적으로 노골적인 행위를 하고 있는 실제의 미성년자의 시각적 묘사"라고 규정하였는데 '음란한'이라고 하는 문언과 '실제의'이라고 하는 문언을 더하여 규제대상을 한정하고 있다. 또한, '성적으로 노골적인 행위(sexual explicit conduct)'에 대해서도 정의규정을 마련하였다.[61]

피해자가 존재하지 않는 만화나 애니메이션을 포함시키는 것은 완전히 취지에 어긋난다는 비판도 유력하게 제기되었다.

59) 1996년에 연방법으로서 제정된 아동 포르노방지법(Child Pornography Prevention Act of 1996 : CPPA)은, 규제대상이 되는 아동 포르노에 대해, 미성년자를 묘사하고 있는 것처럼 보이는 성적으로 노골적인 이미지에까지 확대하였다. 그 결과, 실제의 아이를 묘사하고 있지 않는 아동 포르노(가상의 아동 포르노)를 금지하게 되었기 때문에, 본법은 아동을 보호한다고 하는 주의 이익을 이유로 아동 포르노의 합헌성을 인정한 Ferber 판결과 모순될 가능성이 나왔다. 거기서 성인업계의「자유언론연맹」(Free Speech Coalition)이 CPPA의 위헌성을 주장해 제소하였던 것이 본건이다.

60) 정식명칭은 Prosecutorial Remedies and Other Tools to end the Exploitation of Children.

61) 大林啓吾 "所持規制をめぐる憲法問題-児童ポルノの単純所持規制を素材にして." , 22-23項; '성적

PROTECT법은 규제 대상이 되는 가상 아동 포르노를 한정(限定)하는 것에 의해, 포섭의 범위를 제한하고 명확하게 하려고 하고 있으므로, Ashcroft 판결의 취지에 따른 것으로 보인다. 즉, 가상아동 포르노 전반을 대상으로 하는 것이 아니라, 어디까지나 아동과 '구별할 수 없는' 가상아동 포르노만을 대상으로 하는 것이며, 그러한 가상아동 포르노는 실제 아동이 등장하고 있는 아동 포르노와 다를 것이 없다고 간주하고 있는 것이다. 한편, 독일은 14세 미만의 아동포르노에 대하여 가상아동포르노물도 규제하고 있지만 18세 미만의 청소년 포르노의 단순 소지에 관하여는 그 청소년이 실재할 것을 요구하고 있어 가상 청소년포르노물은 이에 해당하지 않으므로 처벌의 폭이 상당히 제한되어 있다고 할 수 있다.

이상 가상 아동음란물에 대한 외국의 입법과 운용사례를 살펴보았다. 우리나라는 아직 가상 아동음란물에 대한 실무에서의 운용사례가 집적된 것이 거의 없어 어려움이 있지만, 그 적용에 있어서 엄격하고 제한적인 판단기준이 필요하다고 생각한다. 최근 컴퓨터그래픽의 발달로 인하여 실사와 구별하기 어려운 입체적인 가상 아동표현물이 등장하고 있는 현실을 감안할 때 미국의 입법사례와 같이 '아동과 구별할 수 없는' 가상 아동음란물이라는 기준과 표현의 자유를 침해하지 않는 범위내에서 '주된 내용이 아동의 성교행위를 포함'하여야 한다는 것이 기준의 일례가 될 수 있을 것이다. 물론 가상 아동음란물을 아동·청소년이 시청할 경우 성장기에 있는 아동·청소년에게 왜곡된 성의식을 심어줄 수 있는 위험성이 있고, 사회공동체의 입장에서 도덕적·윤리적으로 바람직하지 않은 것은 사실이다. 또한 입증된 것은 아니지만 그러한 표현물을 소지하고 시청함으로써 청소년에 대한 성적 학대나 착취를 더욱 부추길 위험성이 있을 수도 있다. 그러나 가상 아동음란물에도 음란성이 없을 경우 표현의 자유로서 인정되어야 할 부분이 존재하고 있고, 아동과 유사한 실제 성인이 출연하는 음란물과 비교하여 볼 때 '가상(假想)' 즉, 실체가 아닌 것을 실체인 것처럼 상상한 표현물은 상대적으로 비교해 볼 때 불법이나 비난가능성이 더 적다고 할 수 있기 때문이다.

으로 노골적인 행위'에 대하여는 본고 19p참조

Ⅴ. 맺음말

최근 우리나라는 새로운 보안처분제도를 계속 도입하고, 성폭력특별법의 형량강화, 형법의 형벌을 상향하는 등 성범죄를 필두로 강력범죄에 대하여 사실상 전면전을 불사하고 있다고 보아도 과언이 아니다. 이런 강력한 형사제재에 대하여 사회안전을 보호하기 위하여 더 가중된 형사제재가 필요하다는 목소리가 흘러나오는 반면 그 실효성에 의구심을 품고 형법의 보충성, 최후수단성을 강조하는 주장도 만만치 않게 목청을 높이고 있다. 이러한 소용돌이속에서 아동음란물 소지죄 또한 자유롭지 못하며 향후 형사정책적인 관점에서 처벌을 강화하여야 할 것인지, 아니면 신중하게 접근하여야 할 것인지에 대한 명확한 방향설정이 필요하다고 할 수 있다. 필자는 아동음란물의 시청이 아동성범죄를 유발한다는 사실에 대한 명확한 자료나 근거가 없다는 점, 아동음란물 소지죄에 대한 입법목적이나 형사정책적 관점에서 보건대 앞에서 기술한 바와 같이 아동음란물 소지죄의 단속과 처벌은 신중하게 접근하여야 한다고 본다. 아동음란물 소지자를 적극적으로 집중 단속하여 입건하는 것은 불필요한 전과자를 양산할 위험이 있으며, 기대한 만큼의 효과를 거두기 힘들다고 보기 때문이다.

한편, 아동음란물 소지의 가벌성의 근거도 아동음란물 자체의 위험성이 아니라 아동음란물의 제작과정에 피사체로 출연하게 될 아동에 대한 성착취를 방지하기 위하여 수요자인 아동음란물 소지자를 처벌하여야 한다는 것인데, 우리나라는 아동음란물 공급자와 수요자가 서로 불일치하고 있어 가벌성의 정당성도 명백하게 설명하기 어려운 난점을 지니고 있다. 이러한 기조에서 바라볼 때 아동음란물의 범위설정과 관련한 해석론은 엄격한 제한을 받을 수 밖에 없다. 최근 선고된 대법원 판결도 아동과 흡사한 성인이 출연한 음란물에 대하여 엄격한 제한해석을 하고 있고, 전술한 바와 같이 미국, 독일 등 외국의 경우에도 아동음란물의 범위를 비교적 제한적으로 정의하여 운용하고 있음을 알 수 있다. 그러므로, 향후 아동음란물 소지죄에 대한 형사정책과 법해석은 확대가 아닌 제한의 방향을 지향하는 것이 바람직하다고 본다.

참고문헌

김성규, “아동·청소년이용음란물의 개념적 한정성”-「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제2조의 문제점, 형사정책 제25권 제1호, 한국형사정책학회 (2013년 4월)

김용화, “아동포르노 근절에 관한 연구”, 「영남법학」 제31호 (2010년 10월)

박기범, “아동성범죄와 인터넷상의 아동 포르노그래피”, 「형사정책연구」, 제18권 제1호, 한국형사정책연구원 (2007),

박찬걸, “아동·청소년이용음란물소지죄의 해석론 및 입법론에 대한 검토”, 「형사정책」, 제25권 제2호, 한국형사정책학회 (2013년 8월)

박현정, “아동 포르노에 대한 국제사회와 EU의 대처”「유럽연구」 제28권 1호 (2010년 봄)

윤정숙, “아동음란물과 성범죄의 상관관계연구”, 「형사정책연구」 한국형사정책연구원(2012. 11)

원혜욱. “아동포르노그래피에 대한 연구.” 「형사정책연구」 제15권 제4호, 한국형사정책연구원 (2004)

송문호, “아청법 제2조 제5항에서 아동·청소년의 의미”, 「형사법연구」 제25권 제3호, 한국형사법학회(2013)

심희기, “아동 포르노그라피와 한국의 청소년성보호법”, 「비교형사법연구」 제5권 제2호, 한국비교형사법학회, (2003. 12.)

제268회 법제사법위원회 제1차, 제9차 회의록.

Münchener Kommentar zum StGB 2. Auflage 2011

Beck'scher Online-Kommentar StGB. Auflage 2014

Heinrich: Neue Medien und klassisches Strafrecht - § 184b IV StGB im Lichte der Internetdelinquenz, NStZ 2005

Schroeder: Das 27. Strafrechtsänderungsgesetz – Kinderpornographie NJW 1993

Duttge, Hörnle, Renzikowski: Das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, NJW 2004

Michael C. Seto and Angela W. Eke, “The Criminal Histories and Later Offending of Child Pornography Offenders” Sexual Abuse: *A Journal of Research and Treatment, Vol. 17, No. 2, April* 2005

Michelle K. Collins, Child Pornography: A Closer Look , *POLICE CHIEF* (Mar. 2007)

Knight, Raymond A., and Judith Sims-Knight. “Using rapist risk factors to set an agenda for rape prevention.” *VAWNet Applied Research Forum.* 2009.

大林啓吾 “所持規制をめぐる憲法問題-兒童ポルノの單純所持規制を素材にして.” 千葉大學法學論集 28.3 (2014)

The problem of criminal policy and criminal law of pornography possession crime in children and juveniles

Lee, Heun-Jae*

In Act On The Protection Of Children And Juveniles From Sexual Abuse Article 11(5), “Any person who possesses child or juvenile pornography shall be punished” was written. Child pornography possession crime is an abstract endangering offense like firearms, swords and narcotics possession crime which are punished because of social dangerousness of inadequate use, but unsuitable use of child pornography don’t occur social danger like gun, swords and narcotics so the sanction of child pornography possession should be deliberately implemented.

From the criminal policy standpoint, proactive regulation of child pornography possession could not have effectiveness of the decrease in child sexual abuse crime because consume of child pornographies didn’t correspond with manufacture of those in korea. Furthermore the number of people with unnecessary ex-convict could be growing tremendously in our country.

From a criminal law point of view, the concept and application scope of child pornography should lay down a restriction on interpretation. It is apprehended that a broad interpretation of child pornography could cause the erosion of individual liability principle which consists of possibility of condemnation and especially virtual child pornography and pseudo-child pornography are more likely to be interpreted arbitrarily.

Therefore, the concept and application scope of child pornography are interpreted severely restrict and clear from point of view of the principle of “nulla poena sine lege”.

❖ Keyword: child or juvenile pornography, pornography possession, child or juvenile, criminal policy, sexual abuse

투고일 : 11월 13일 / 심사(수정)일 : 12월 17일 / 게재확정일 : 12월 17일

* Professor, School of law, Chonbuk National University.