

## 아동·청소년이용음란물의 범죄구성요건에 대한 검토\*

이 건 호\*\*

### 국 | 문 | 요 | 약

현행법상 아동·청소년이용음란물이란 “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”을 말한다. 이런 개념에 의할 때 실제의 아동·청소년이 성행위의 주체 또는 객체로 묘사된 필름, 비디오 등의 표현물이 여기에 해당된다는 점에 대해서는 의문이 없다. 아동·청소년성보호법 제2조 제5호의 개념정의에서는 ‘아동·청소년이용음란물’의 개념요소로부터 “아동·청소년에 대한 성적 학대(성적 악용)”라는 점이 빠져있다는 점이 무엇보다도 주목된다. 이 개념정의에서는 규제되는 표현물의 내용의 주요 요소로 들고 있는 것이 무엇보다도 제4호에서 규정하고 있는 “아동·청소년의 성을 사는 행위”를 아동·청소년이용음란물의 주요 요소인 것처럼 규정하고 있다는 점이 특징적이다. 그러나 이런 개념규정은 형법의 총론이론적 관점에서 그리고 형사정책적 관점에서 각각 여러 가지 문제점들을 만들어내는 것으로 보인다.

현행법상의 아동·청소년이용음란물 규정이 그 중심요소로 삼고 있는 개념은 ‘청소년의 성을 사는 행위’인 것으로 생각된다. 이런 개념대로라면 ‘아동·청소년에 대한 성적 학대(악용)’이라는 요소는 상대적으로 그 중요성이 반감할 것으로 생각된다. 아동·청소년이용음란물이 지닌 개념적 불명확성은 이른바 가상 아동·청소년이용음란물의 제작, 배포, 상영 등의 행위에 대한 처벌에서도 그대로 나타나게 된다. 또한 개념상의 불명확성은 아동·청소년이용음란물의 단순소지에 대한 처벌에서도 그것이 마치 아동·청소년이용음란물이 아닌 그 이외의 단순한 음란물의 단순소지를 처벌하는 것과 유사하게 됨으로서 의도하지 않게 과잉처벌을 유발하는 형사정책적인 문제점도 일으키게 되는 것으로 생각된다. 따라서 아동·청소년음란물의 중심요소가 아동·청소년에 대한 성적 악용이라는 점을 명확하게 나타낼 수 있는 개념정의가 필요하다고 생각된다.

❖ 주제어 : 아동·청소년이용음란물, 가상 아동포르노그래피, 아동성학대, 아동 성학대 피해자, 아동·청소년이용음란물 단순소지

\* 이 논문은 2013년도 한림대학교 교비 학술연구비(HRF-201310-009)에 의하여 연구되었음.

\*\* 한림대학교 법행정학부 교수

## I. 아동·청소년이용음란물의 개념과 포함되는 묘사형태

### 1. 아동·청소년이용음란물의 개념과 위험성

아동·청소년이용음란물이란 18세 되지 아니한 청소년을 묘사의 대상으로 하는 음란물을 일컫는 말로서 ‘아동 포르노그래피’라는 용어도 같이 사용되고 있다. 일반적으로 성인의 성행위를 묘사하는 음란물의 경우 매우 노골적인 성행위를 묘사하거나 성적 수치심을 심하게 자극하는 묘사가 아닌 경우 헌법상의 표현의 자유에 대한 기본권과 관련하여 볼 때 형법적 대응은 여러 가지의 법익충돌 상황에 이르기 되는 것이 보통이다. 현재 대부분의 국가들은 매우 음란하고 노골적인 성행위의 묘사가 아닌 경우 헌법상의 기본권으로 보장하는 태도를 취하는 것이 일반적이라고 할 수 있다. 즉 성행위의 묘사가 있다고 하더라도 묘사의 대상이 성인이라면 형법적 제재를 벗어나서 표현의 자유라는 기본권보장의 범위에 포함된다고 보게 된다.

이와 대조적으로 이른바 아동·청소년이용음란물의 경우에는 성행위의 묘사가 사소하다고 하더라도 법익침해의 정도가 매우 크다고 판단되는 것이 보통이다. 그 이유는 아동·청소년이용음란물이 그 자체로 법적으로 강한 보호의 대상이 되어야 하는 아동과 청소년을 정신적, 신체적이며 또한 성적인 형태로 착취하고 학대하는 행위라는 점이다. 즉 음란물의 제작과정에서 아동 및 청소년의 건전한 발달을 심하게 저해한다고 판단되는 행위를 그 청소년과 아동에게 강요하는 행위유형이기 때문이다.<sup>1)</sup> 아직 미성숙한 정신발달의 단계라는 점과 충격에 약한 정신 및 심리상태를 고려한다면 청소년과 아동이 성행위와 어떤 관련을 가져서도 안 된다는 점은 의문의 여지가 없기 때문이다.<sup>2)</sup>

이런 관점에서 볼 때 현행의 특별법상의 아동·청소년이용음란물에 대한 형사제재가 형법이론적 관점에서 볼 때 타당한 관점에 따라 개념정의와 범죄구성요건들이 구성되어 있는가하는 점이 살펴보고자 하는 것이라고 하겠다. 현재 시행되고 있는 “아동·청소년의 성보호에 관한 법률”의 ‘아동·청소년이용음란물’에 대한 개념정의

1) 줄고, 아동포르노그래피에 관한 연구, 24면 이하.

2) 아동·청소년이용음란물에 의한 청소년 등의 피해에 대해서는 줄고, 위의 논문, 31면 이하 참조.

및 이를 제작, 배포, 상영하는 행위들을 처벌하도록 규정하고 있는 구성요건들이 일반 음란물과의 혼동된 관계 속에서 아동·청소년이용음란물에 대한 형사제재를 부과하고 있다는 점에서 여러 문제점들이 발생하게 된다고 생각되기 때문이다.

## 2. 현행법상의 아동·청소년이용음란물의 개념과 포함되는 묘사범위에 대한 논의

현행법상 아동·청소년이용음란물이란 “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”을 말한다.<sup>3)</sup> 이런 개념에 의할 때 실제의 아동·청소년이 성행위의 주체 또는 객체로 묘사된 필름, 비디오 등의 표현물이 여기에 해당된다는 점에 대해서는 의문이 없다. 여기서 그 포함여부에 대한 논의의 여지가 생기는 것은 첫째로 청소년 등의 성행위를 영상으로 직접 묘사하는 것이 아닌 스토리 서술의 이야기의 경우와 둘째로 실제 아동·청소년이 아닌 가상의 인물을 그림으로 묘사하거나 성인이 청소년 등으로 출연하는 경우, 즉 가상 아동포르노그래피의 규제 여부이다.

첫 번째의 경우, 즉 청소년 등의 성행위에 대한 묘사는 현행법상에서는 개념정의에서 배제되어 있는데 그 이유는 스토리 서술이라는 표현매체의 성질이 직접적인 영상에 의한 묘사와 달리 간접적이라는 점에서 아동·청소년의 성보호라는 법익에 대한 위협성이나 침해의 정도가 낮다는 평가가 가능할 수도 있다. 이하에서 논의하는 바와 같이 아동·청소년이용음란물 범죄의 피해객체와 보호법익의 관점에서 배제된다고 보아야 한다.

두 번째, 즉 가상 아동포르노그래피의 경우는 실제의 아동·청소년이 묘사에 참여한 것이 아니라는 점에서 이런 유형의 처벌이 필요한가라는 점에 대한 논란이 가능하다고 생각된다. 현행법상에서는 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람

3) “아동·청소년의 성보호에 관한 법률” 제2조 5호. “아동·청소년의 성보호에 관한 법률”은 이하에서 ‘아동·청소년성보호법’이라고 한다.

이나 표현물이 등장하여”라는 문구에 의해서 가상 아동포르노그래피(virtual child pornography)가 개념정의에 포함된 것으로 해석될 수 있다.<sup>4)</sup> 그 이유는 실제의 청소년이 참여하지 않은 형태이지만 아동 포르노그래피에 의해서 잠재적으로 침해될 수 있는 모든 아동·청소년을 포괄적으로 보호한다는 근거에 의해서 정당화될 수도 있다.<sup>5)</sup>

아동·청소년성보호법 제2조 제5호의 개념정의에서는 ‘아동·청소년이용음란물’의 개념요소로부터 “아동·청소년에 대한 성적 학대(성적 악용)”라는 점이 빠져있다는 점이 무엇보다도 주목된다. 이 개념정의에서는 규제되는 표현물의 내용의 주요 요소로 들고 있는 것이 무엇보다도 제4호에서 규정하고 있는 “아동·청소년의 성을 사하는 행위”를 아동·청소년이용음란물의 주요 요소인 것처럼 규정하고 있다는 점이 특징적이다. 그러나 이런 개념규정은 형법의 총론이론적 관점에서 그리고 형사정책적 관점에서 각각 여러 가지 문제점들을 만들어내는 것으로 보인다.

또한 아동·청소년이용음란물의 개념규정에서의 문제점은 아동·청소년이용음란물을 악용하는 여러 가지 범죄형태들에 대해서 형사제재를 부과함에 있어서도 형사정책적인 문제점들을 야기하게 된다고 생각한다. 예를 들면 이른바 ‘가상 아동·청소년이용음란물’, 즉 가상 아동포르노그래피의 제작, 배포 또는 상영 등의 행위에 대해서 형사제재를 부과하는 것이 일반적으로 정당화될 수 있는가 하는 점이 그러하다. 이하에서는 이런 점들에 대해서 보다 상세히 살펴보기로 한다.

---

4) 박경신, “가상아동포르노그래피 규제의 위헌성”, 경상대 법학연구, 제21권 2호, 2013, 182면.

5) Calcetas-Santos, Ofelia, “Legal issues and problems in protecting children against pornography”, in: Arnaldo(ed.), Child Abuse on the Internet, p. 104.

## II. 현행법상의 아동·청소년이용음란물의 개념과 문제점 검토

### 1. 현행법의 아동·청소년이용음란물 개념의 문제점

아동·청소년의 성보호에 관한 법률(이하 ‘아동·청소년성보호법’이라 한다) 제2조 제5호에 의하면 “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. 제2조 제4호의 행위는 아동·청소년의 성을 사는 행위, 즉 금전 등 대가를 지불하고 아동·청소년으로 하여금 성교행위, 유사성교행위, 치부노출 등을 하게 하는 것을 말한다.

그러나 이런 개념정의에 의하면 “아동·청소년이용음란물”의 개념에서 가장 중요한 요소인 아동·청소년에 대한 ‘성적 악용’이란 요소가 명확하게 나타나지 않게 된다는 문제점이 있다. 이런 핵심적인 요소가 개념정의에서 명확하게 드러나지 아니함으로써 법해석상의 문제들도 더불어 나타나는 것으로 보인다. 법해석상의 문제들 중 중요한 몇 가지는 아동·청소년에 대한 성적 악용을 묘사한 행위에 대한 처벌 흠결, 청소년의 성행위에 대한 동의의 문제, “아동·청소년이용음란물”과 일반음란물의 구별, 그리고 이로 인한 명확성원칙의 훼손 등이 그것이다.

우선 첫 번째로 위의 ‘아동·청소년이용음란물’의 개념정의에 의하면 ‘아동·청소년이용음란물’의 개념에서 가장 중요한 요소들, 즉 ‘아동·청소년에 대한 성적 악용(학대)’의 요소가 빠져있는 개념정의에 이르게 된다는 점이다. 위 개념정의에 의할 때 형법 제305조에 의한 행위, 성폭력범죄의 처벌에 관한 특례법 제7조의 행위, ‘아동·청소년성보호법’ 제7조의 행위, 즉 아동·청소년의 동의에 의하거나 폭행, 협박에 의해서 성적 행위를 하는 것을 묘사한 음란물들이 ‘아동·청소년이용음란물’의 개념에서 배제된다는 결론에 이르는 것으로 생각된다. 그 이유는 ‘아동·청소년이용음란물’에서 중요한 요소로 보고 있는 것은 ‘아동·청소년성보호법’ 제2조 제4호를 통해서 성행위 등을 하는 것을 묘사하는 것이기 때문이다. 따라서 ‘아동·청소년

의 성을 사는 행위’에 의해서가 아닌 아동·청소년의 동의에 의하거나 폭행, 협박에 의해서 성적 행위를 하는 것을 묘사하는 행위는 ‘아동·청소년이용음란물’이 아니라는 점에 이르게 된다. 물론 실무상에서는 이런 ‘아동·청소년에 대한 성적 악용’을 묘사한 행위가 ‘아동·청소년이용음란물’로서 처벌되도록 운용되겠지만 ‘아동·청소년성보호법’ 제2조 또는 동법상의 범죄구성요건에서는 이런 행위를 처벌한다고 명확하게 기술한 규정들이 흠결되어 있다는 점은 분명해 보인다.

두번째로 이러한 개념정의에 의하면 13세 이상의 청소년의 성행위에 대한 동의 능력과 관련하여 그런 표현물이 음란물인가의 판단문제, 그리고 성행위에 동의한 청소년의 동의의 내용과 범위에 관한 문제가 나타나게 된다. 그 이유는 형법 제305조에 의하면 해석상 13세 이상의 청소년은 폭행, 위계, 위력 등이 없이 자유로운 의사결정을 할 수 있는 상황이라면 성행위에 대한 동의능력을 갖는 것으로 해석될 수 있기 때문이다. 물론 형법 제305조 규정에 대해서 ‘아동·청소년성보호법’ 제2조의 규정이 특별법의 관계에 있으므로 성행위에 대한 청소년의 동의능력을 19세 미만자에 대해 제한하는 것으로 해석할 수 있지만, 현재의 학자들 중 그런 해석론을 취하는 경우는 거의 없는 것으로 보인다. 청소년의 경우에도 13세 이상의 경우에는 자유로운 상황에서는 성행위에 대한 동의능력을 갖는 것으로 해석된다.<sup>6)</sup>

그렇다고 한다면 예를 들어 성행위에 대해 동의한 18세의 청소년이 성행위 등의 영상 등을 제작하는데 동의한 경우라면 그런 표현물이 동법률에 의한 ‘아동·청소년이용음란물’에 해당되는가의 판단의 문제가 제기된다. ‘아동·청소년성보호법’ 제2조 제5호 전단의 개념정의(“제4호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나”)에 따르면 성폭력(동법 제2조 2, 3호)이나 성매수 행위(동조 4호) 등에 의한 경우가 아니라면 ‘아동·청소년음란물’에 해당하지 않는다고 해석할 수 있다. 그러나 제2조 후단(“그 밖의 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 것”)에 의하면 그런 행위에 청소년이 동의한 경우라도 ‘아동·청소년음란물’에 해당한다고 판단할 수 있다. 청소년이 성행위에 동의하더라도 “그밖의 성적 행위”에 해당하는 표현물이므로 ‘아동·청소년음란물’에 해당한다고 본다면, 그 성행위 자체는 형법적 금지의 대상이 아니지만 그런

6) 송문호, “아청법 제2조 제5항에서 아동·청소년의 의미”, 형사법연구 제25권 제3호, 2013, 234-235면 참조.

행위를 묘사한 표현물은 ‘아동·청소년음란물’에 해당되어 그 표현물 자체는 금지된다는 결론에 이르게 된다.

그러나 “그밖의 성적 행위”의 의미를 이와 같이 넓게 해석하는 것은 타당하지 않은 것으로 생각된다. 청소년이 동의한 성행위의 표현물은 법 제2조 4호의 문맥상 금전 등 대가를 받고 그밖의 성행위를 한다는 의미로 해석하는 것이 타당하므로, 그것이 음란물이 되는가의 문제와는 별개로 ‘아동·청소년음란물’에 해당된다고 볼 수는 없기 때문이다.

이런 해석론과 달리 청소년의 동의에 의해 “그밖의 성적 행위”에 해당되는 행위를 묘사한 표현물을 ‘아동·청소년음란물’에 해당된다고 한다면 이런 경우에는 그 표현물의 음란성을 법관의 기준을 통해서 판단해야 하는 상황에 이르게 된다. 그 이유는 법 제2조 제5호의 “그밖의 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 것”라는 개념 정의가 너무 광범한 의미의 문언이므로 음란하지 않은 내용의 표현물까지도 그 의미의 범위에 포함시키게 될 위험성이 있기 때문이다. 예를 들면 비디오 등의 영상으로 18세의 청소년이 성인과 동의에 의한 성행위를 하는 장면을 그림자료, 또는 흐린 영상으로 묘사했다고 한다면<sup>7)</sup> 이는 제5호의 의미의 범위 내에 포함될 수 있기 때문이다. 이런 예의 경우로 “아동·청소년이용음란물”을 배포, 상영한 경우라고 하여 범위반으로 기소한다면 피고인측에서는 음란성이 없다는 주장을 할 것이며 법원은 이런 항변에 대해 판단을 회피할 수 없다고 생각된다.

여기서 “아동·청소년이용음란물”과 일반 음란물과의 구별기준은 법해석상의 혼란을 더욱 가중시키게 된다는 세 번째 문제가 나타난다.<sup>8)</sup> 즉 “아동·청소년이용음란물”이라고 하더라도 그 성행위의 묘사나 표현의 정도가 노골적인 것이 아니라면 “아동·청소년이용음란물”이 아니라고 법률적으로 주장할 수 있는 가능성이 있다. 이런 견해와는 반대로 오히려 아동·청소년에 대한 성적 악용을 묘사하는 표현물이 라면 그 표현형식이 노골적이지 않은 묘사라고 해도 “아동·청소년이용음란물”로 판

7) 이런 표현물이 이른바 가상 아동·청소년이용음란물의 경우라면 이것이 아동·청소년이용음란물인지 아닌 일반 음란물인지의 여부가 더욱 문제가 된다고 하겠다.

8) 아동·청소년이용음란물과 일반 음란물의 구별은 단순히 음란성의 판단의 문제가 아니라 금지를 통해서 보호되는 법익이 매우 상이할 뿐만 아니라 전자가 아동·청소년이 인격이라는 법익을 침해한다는 점에서 매우 해악성이 후자보다 더욱 심대하다는 점이다.

단해야 옳다.<sup>9)</sup> 이런 표현물은 아동에 대한 성적 악용이라는 점에서 관련된 아동·청소년의 인격권을 침해하고 있기 때문이다. 이런 이유로 “아동·청소년이용음란물”을 일반 음란물의 문제와 혼동시키는 상황은 결코 바람직하지 않은 것으로 판단된다. 그 이유는 “아동·청소년이용음란물”이라고 하더라도 음란성이 없다는 판단을 통해서 위법성이 배제되거나 면책될 수 있다는 가능성은 “아동·청소년이용음란물”에 대한 암시장을 오히려 암암리에 확장시킬 수 있다고 생각되기 때문이다.

앞서 설명한 바와 같이 현행법의 아동·청소년이용음란물의 문제점은 법 제2조 제5호의 개념규정이 아동·청소년에 대한 성적 학대(악용)의 요소 대신 아동·청소년의 성을 사는 행위를 중요한 개념요소로 설정하고 있는 점에서 비롯되는 것으로 보인다.

## 2. 현행법의 아동·청소년이용음란물 관련 구성요건과 음란물개념의 관련

현행법상의 아동·청소년이용음란물 규정이 그 중심요소로 삼고 있는 개념은 ‘청소년의 성을 사는 행위’인 것으로 생각된다. 이런 개념대로라면 ‘아동·청소년에 대한 성적 학대(악용)’이라는 요소는 상대적으로 그 중요성이 반감할 것으로 생각된다. 그러나 이런 문제점은 단순히 개념상의 문제에 그치는 것이 아니며 아동·청소년이용음란물과 관련된 범죄유형들에 대한 형벌구성요건에서도 그 문제점이 그대로 이어지게 되는 것으로 생각된다. 아래에서 살펴보게 되는 바와 같이 아동·청소년이용음란물이 지닌 개념적 불명확성은 이른바 가상 아동·청소년이용음란물의 제작, 배포, 상영 등의 행위에 대한 처벌에서도 그대로 나타나게 된다. 또한 개념상의 불명확성은 아동·청소년이용음란물의 단순소지에 대한 처벌에서도 그것이 마치 아동·청소년이용음란물이 아닌 그 이외의 단순한 음란물의 단순소지를 처벌하는 것과 유사하게 됨으로서 의도하지 않게 과잉처벌을 유발하는 형사정책적인 문제점도 일으키게 되는 것으로 생각된다.

9) 박경신, “가상아동포르노그래피 규제의 위헌성”, 경시대 법학연구, 제21권 2호, 2013, 184-185면.

### Ⅲ. 현행법상의 아동·청소년이용음란물에 대한 형사제재와 문제점 검토

#### 1. 아동·청소년음란물의 범죄유형과 형사제재

‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’ 제11조는 위의 아동·청소년이용음란물을 제작, 수입 또는 수출한 자를 무기 또는 7년 이상의 징역에 처하고 있으며, 영리를 목적으로 아동·청소년이용음란물을 판매, 대여, 배포, 제공하거나 이를 목적으로 소지, 운반하거나 또는 공연히 전시 또는 상영한 자를 10년 이하의 징역에 처하고 있다. 또한 아동·청소년이용음란물을 배포, 제공하거나 공연히 전시 또는 상영한 자를 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다. 이러한 행위들이 지니는 법익침해의 정도가 매우 중대하다는 점에 대해서는 이론이 없다고 생각된다.

아동·청소년이용음란물에 대한 형사제재에서 특별한 점은 이를 소지한 자도 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다는 점이다. 아동·청소년이용음란물이 아닌 그 이외의 음란물의 단순 소지가 처벌되지 아니하는 점 및 음란물의 구매행위가 처벌되지 않는 것과는 크게 대조되는 특징이라고 할 수 있다. 아동·청소년이용음란물의 단순 소지를 처벌하는 것은 단순소지라는 행위 자체도 법익침해의 정도가 크다는 입법자의 판단에 따른 것으로 보인다.<sup>10)</sup>

아동·청소년이용음란물의 처벌에 대해서 그 필요성이나 형사정책적 효과에 대해서는 별다른 이의가 없는 듯 보이지만 그 단순소지를 처벌하는 것이 과연 타당한 것인가에 대해서는 논란의 여지가 있을 수 있다고 생각된다. 또한 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’상의 아동·청소년이용음란물의 정의가 일견 명확하다고 보일 수도 있지만 청소년의 연령판단의 불명확성 및 표현매체에 대한 정의의 불명확성 등에서 몇 가지 의문점이 있다고 생각된다. ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’에 규정된 단순소지의 처벌이 지닐 수 있는 형법적 문제점들 및 형사정책적 문제점들을 이하에서 간략히 제시해보고자 한다.

10) 김성규, “아동·청소년이용음란물의 단순소지자에 대한 규제의 현상과 방향성”, 미국법연구 제24권 1호, 69면 참조.

## 2. 아동·청소년이용음란물의 개념 및 단순소지행위 처벌의 문제

아동·청소년이용음란물의 제작, 수입, 배포, 상영 등의 행위는 아동·청소년의 건전한 성장이라는 법익을 직접적으로 침해하는 범죄로 파악될 수 있을 것이다. 음란물의 제작 행위의 경우에는 피해를 당하는 청소년 등을 그런 표현물에 직접 참가하도록 강제하는 행위라는 점에서 그런 유형의 행위가 가지는 불법성이나 해악이 무척 중대하다는 데에 아무런 의문의 여지가 없기 때문이다. 또한 영리의 목적에 의한 또는 그런 목적이 없는 수입, 수출, 배포, 대여, 공연, 상영 등의 행위는 아동·청소년이용음란물의 수요를 창출하는 행위라는 점에서 제작행위에 대한 공범의 성격을 지니는 범죄이며 따라서 그 위법성이나 법익침해의 정도를 크게 달리 볼 이유가 없다고 생각된다.

아동·청소년성보호법 제11조 제5항에 규정된 아동·청소년이용음란물의 단순소지의 경우 아동·청소년이용음란물의 제작 등의 행위와 비교할 때 아동 성학대범죄에 대해 공범의 성격을 지니는 것으로 파악하기에는 그 인과관련의 밀접도가 현저히 떨어진다는 점을 주목할 필요가 있다고 생각된다. 또한 음란물의 단순한 소지만으로는 청소년 등의 건전한 성장을 직접적으로 저해한다는 점에 대한 명백한 위험성도 크게 나타나지 않는 것으로 볼 수도 있다. 단순소지자가 이를 이용하여 아동·청소년에 대한 성범죄를 기도하게 될 것이라는 우려가 있지만 현재까지 사회학적 연구에 의하면 그 가능성도 낮은 것으로 판단할 수도 있다.<sup>11)</sup>

아동·청소년이용음란물의 단순소지를 처벌하는 형사정책적인 목적이 음란물의 수요억제에 있다고 하더라도 그 소지자가 상습적인 성범죄자가 아니라면 그 목적에 비해서 과도한 수단이라고 볼 수 있는 측면도 있다.<sup>12)</sup> 법률에서 이미 아동·청소년이용음란물을 배포, 제공하거나 공연히 전시 또는 상영하는 자를 처벌하도록 하고 있는 이상 수요억제의 목적은 이미 달성할 수 있는 충분한 형사제재를 확보한 것으로 볼 수 있기 때문이다. 오히려 단순소지를 처벌하는 경우 단순소지자에 대해서 회피되어야 할 낙인효과만을 부과하는 부작용이 나타날 소지도 있다고 생각되기 때

11) 아동·청소년이용음란물의 단순소지와 범죄관련성에 대한 연구결과에 대해서는 송문호, “아청법상 음란물소지죄의 제한적 적용가능성”, 경상대 법학연구, 제22권 제1호, 2014, 346면.

12) 송문호, 앞의 논문, 344면 참조.

문이다.

아동·청소년이용음란물의 단순소지의 처벌이 타당성을 갖추기 위해서는 아동·청소년이용음란물의 법률적 개념정의를 보다 명확히 제한할 필요가 있다고 생각된다. 현재의 개념정의를 의하면 아동·청소년이용음란물이란 아동·청소년이나 아동·청소년으로 명백히 인식될 수 있는 사람 또는 표현물이 등장하여 성교 등의 행위 또는 그 밖의 성행위를 하는 필름, 비디오물, 게임물 또는 컴퓨터 등의 화상, 영상 등의 형태로 된 것을 말한다.<sup>13)</sup> 여기서 처벌되는 행위유형을 단순 소지로 한정할 때에 그 매체의 형태에 있어서 필름, 비디오물, 게임물의 경우 그 소지의 형태가 명확하다는 점에서 처벌의 필요성이 보다 분명하다고 생각할 수 있다.

그러나 필름, 비디오물, 게임물이 아닌 컴퓨터 등의 화상, 영상의 경우에는 그 행위형태 자체가 전자적 성질을 지닌 정보 또는 전자기록의 소지가 그 주요한 규제대상이 될 것이다.<sup>14)</sup> 이런 경우 전자기록 등의 소지행위 자체를 규제하는 방법 자체도 개인의 통신기록인 로그파일들을 확인하여야 하는 등 개인의 프라이버시를 침해할 가능성이 있다. 또한 화상이나 영상이란 전자기록은 행위자가 명확하게 인식하지 못하는 상태에서도 로그파일이나 캐시의 형태로 남을 수 있으므로 고의 없이 처벌될 가능성을 배제할 수 없다. 음란사이트의 파일배포방식에 따라서는 아동·청소년이용음란물에 대한 명확한 고의 없이 다운로드가 일어나는 경우에도 마찬가지로의 문제가 발생할 수 있다.<sup>15)</sup> 이런 경우에는 음란물에 대한 인식이나 고의를 그 요건으로 하더라도 형사처벌이 남용될 가능성은 상당히 높다고 생각된다.<sup>16)</sup> 물론 명백한 음란물을 동영상이나 파일형식으로만 저장장치에 다운로드하는 행위만을 규제하는 것을 목표로 할 수도 있겠지만, 실무에서 이런 제한을 받아들이는 것인가는 의문이다.<sup>17)</sup>

- 
- 13) 일본의 ‘아동매춘, 아동포르노에 관련된 행위등의 처벌 및 아동의 보호등에 관한 법률’ 제2조의 개념에 대한 규정은 아동포르노의 매체를 사진, 비디오 테이프, 기타 물건으로 규정하고 있다. 이경재, “일본법상 아동매춘등죄와 아동포르노반포등죄에 관한 고찰, 형사정책연구, 41권, 2000, 95면.
- 14) 온라인상의 컴퓨터파일에 대한 소지개념이 확장된 것이라는 견해로는 송문호, “아청법상 음란물소지죄의 제한적 적용가능성”, 340면.
- 15) 이런 한계사례에 대해서는 송문호, 앞의 논문, 346면 참조.
- 16) 2015년 1월 24일 경향신문 기사 “순간의 호기심, ‘아청법’ 걸면 걸린다” 참조. [http:// news.khan.co.kr/kh\\_news/khan\\_art\\_view.html?artid=201501241801591&code=940100](http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201501241801591&code=940100).

### 3. 가상 아동·청소년이용음란물에 대한 형사법적 규제

앞서 ‘아동·청소년성보호법’ 제2조 제5호 아동·청소년이용음란물의 개념정의에서 본 바와 같이 가상 아동포르노그래피, 즉 ‘가상 아동·청소년이용음란물’에 대한 형사법적 규제가 타당한가에 대한 문제가 제기될 수 있다. 위 동조 제5호의 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람이나 표현물”이란 표현은 실제 가상 아동·청소년이 아닌 성인이 아동·청소년처럼 나와서 성행위를 묘사하는 경우를 포함하는 것으로 해석될 수 있기 때문이다.<sup>18)</sup>

‘가상 아동·청소년이용음란물’의 형사법적 규제의 근거는 이런 음란물이 진정한 의미의 ‘아동·청소년이용음란물’이 아니라고 하더라도 아동성애자 등의 범죄자들이 이를 청소년 등에게 노출시킴으로써 청소년 등에 대한 성적 악용행위를 위해서 쉽게 이용될 수 있다는 점이다.<sup>19)</sup> 이런 ‘가상 아동·청소년이용음란물’의 규제에 대해서는 다음과 같은 반론도 제기될 수 있다. 즉 ‘가상 아동·청소년이용음란물’이 청소년 대상의 다른 범죄행위에 대해서 악용될 수 있다는 가능성은 검증되지 않은 가능성일 뿐이며 실제로 이용되지 않았음에도 이를 다운로드 또는 소지하고 있다는 이유만으로 처벌하는 것은 일반 음란물의 소지를 처벌하는 것으로 과도한 처벌이라는 것이다.

얼마 전까지 실무에서는 ‘가상 아동·청소년이용음란물의 단순소지’를 처벌하려는 시도들이 있었다.<sup>20)</sup> 이에 대해 아동·청소년이용음란물에 대해서 대법원은 “아청법 제2조 제5호의 ‘아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이 등장하는 아동·청소년이용음란물’이라고 하기 위해서는 주된 내용이 아동·청소년의 성교행위 등을 표현하는 것이어야 할 뿐만 아니라, 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 여지 없이 명백하게 아동·청소년으로 인식되는 경우라야 하고, 등장인물이 다소 어려 보인다는 사정

17) 김성규, 앞의 논문, 87-88면 참조.

18) 아동포르노그래피와 가상아동포르노그래피의 구분에 대해서는 박경신, 앞의 논문, 186면.

19) 줄고, “아동포르노그래피의 폐해와 형사법적 규제”, 한림법학 포럼, 14권, 2004, 201면 참조.

20) 수원지법 2013.2.20. 선고 2012고단3926,4943 판결(각공2013상 362).

만으로 쉽사리 ‘아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이 등장하는 아동·청소년이용 음란물’이라고 단정해서는 아니 된다”는 요지로 판결<sup>21)</sup>을 내린 바 있다.<sup>22)</sup>

## IV. 아동·청소년이용음란물의 형사제재방안에 대한 비교법적 검토

### 1. 아동·청소년이용음란물의 단순소지에 대한 제재

독일 형법 제183조 b 제4항에서는 아동·청소년이용음란물, 즉 아동음란물 (Kinderpornographie)에 대한 단순소지도 2년 이하의 징역 또는 벌금형으로 처벌하도록 규정하고 있으며, 동조 제2항에서는 아동·청소년이용음란물을 제3자가 소지하도록 한 자에 대해서는 3월 이상 5년 이하의 징역으로 벌하도록 규정하고 있다. 이런 음란물의 단순소지를 처벌하는 근거에 대해서는 음란물의 단순소지가 지니는 위험성을 그 근거로 들고 있다. 음란물의 제작, 배포, 판매 또는 상영 등의 경우 당해 음란물에 출연한 아동·청소년의 인격을 직접적으로 또는 간접적으로 침해하는 행위라는 점에서 그 처벌의 근거를 찾을 수 있는 반면에 단순 소지의 경우에도 그런 종류의 음란물의 유통시장의 발생과 존속에 지속적인 근거를 제공한다는 점에서 찾고 있다.<sup>23)</sup> 또한 이런 음란물의 경우 당해 청소년들은 법적으로 유효한 동의를 하지 않은 경우가 대부분이다. 설사 유효한 동의가 가능한 연령이라고 하더라도 단순소지자 개개인에 대해서는 그 출연자들이 어떠한 유효한 동의도 하지 않았으며 할 수도 없었다는 점이다. 그렇기 때문에 그 아동 청소년들의 인격은 개인의 단순소지로 인해서 계속적으로 침해되는 상황이 지속된다는 점이 단순소지를 처벌하는 근거로서 제시된다.<sup>24)</sup>

21) 대법원 2014.9.24. 선고 2013도4503 판결(공보 2014하 2138).

22) 최근 판결에 대한 기사 <http://news.donga.com/NewsStand/3/all/20150128/69333208/1>. 이 판결에서 대법원은 동영상 속에서 여자가 교복을 입고 출연한 가상 아동·청소년이용음란물에 대해 출연자가 미성년자라고 단정할 수 없다고 보았다.

23) Schönke/Schröder/Lenkner/Perron, StGB, §184b, Rn.9; Münchener Kommentar/Hörnle, §184b, Rn.2.

24) Münchener Kommentar/Hörnle, §184b, Rn.3(위 각주)

미국에서는 연방법률 제2252조 A에서 아동·청소년이용음란물의 단순소지를 처벌하도록 규정하고 있다. 단순소지를 처벌하는 이유는 아동·청소년이용음란물에 대한 단순한 소지만으로도 이런 종류의 음란물에 대한 수요가 창출될 수 있기 때문에 이를 철저히 막아야 한다는 근거에 의한 것으로 주장된다. 미국에서는 단순소지에 대해서 형벌부과 이외에 아동·청소년음란물의 피해청소년이 민사적 배상을 청구할 수 있으며 이를 통해서 엄청난 배상금이 법원에서 선고되고 있다는 점도 주목할 만하다.<sup>25)</sup>

일본의 “아동매춘, 아동포르노에 관련된 행위 등에 대한 처벌 등 법률”에서 아동포르노그래피의 판매 등 목적의 소지(동법 제7조)는 처벌하도록 규정하고 있지만 그 음란물의 단순소지를 처벌하도록 규정하고 있지는 않다.

## 2. 가상 아동청소년이용음란물에 대한 형사제재

일본의 “아동매춘, 아동포르노에 관련된 행위 등에 대한 처벌 등 법률”에서는 아동포르노를 1) 아동을 상대로 한 성교, 2) 아동을 상대로 한 성교유사행위, 3) 아동에 의한 성교, 4) 아동에 의한 성교유사행위가 포함되는 것으로 규정하고 있다(동법 제2조의 3). 일본에서는 실제의 아동 등이 출연하지 않는 음란물은 형사제재의 대상에서 제외되고 있다. 그러나 컴퓨터로 합성하여 얼굴은 아동이고 신체는 성인으로 합성한 음란물에 대해서는 학설은 현실로서 확대된 아동이 존재하지 않으므로 불벌이라는 견해, 얼굴은 아동이고 신체는 성인으로 합성한 음란물의 경우 처벌할 수 있다는 견해 그리고 얼굴 이외의 부분이 아동의 자태라고 볼 수 있으면 처벌하여야 한다는 견해가 대립되고 있다고 한다.<sup>26)</sup>

독일 형법에서 아동음란물(Kinderpornographie)은 아동에 대한 성적 남용을 내용으로 하는 음란물을 말한다(동법 제184조 b). 아동에 대한 성적 남용에 대해서는 독일 형법 제176조에서 제176조 b의 규정에서 정하고 있다. 이에 의하면 14세 미만의 아동에 대해서 성행위를 하도록 하는 등의 행위를 말한다. 이런 아동음란물의 개념에

25) Lollar, Cortney E., “Child Pornography and the Restitution Revolution”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Spring, 2013, pp. 345 참조.

26) 이경재, 앞의 논문, 95면.

대해서는 실제의 행태 또는 실제와 근접한 행태(wirklichkeitsnahe Geschehen)를 묘사하고 있는 음란물, 즉 진정 아동음란물만이 아동음란물에 포함되는 것으로 규정하고 있다(동법 제184조 b 제2항, 제4항). 아동의 나체의 단순한 묘사는 아동음란물에 포함되지 않지만, 아동에게 성행위를 하도록 하기 위해서 문서나 이런 표현물들에 노출시킨 경우에는 형법 제176조 제4항 3호 및 4호에 의해서 처벌된다.<sup>27)</sup>

독일 형법에서는 실제의 청소년 등이 출연하지 않는 가상 포르노그래피(Fiktiv-pornographie)의 경우 단순소지를 처벌할 것인가의 문제는 실제의 청소년 등이 출연하지 않는다는 점에서 그 청소년 등의 유효한 동의를 근거로 하는 인격권의 침해의 문제가 발생할 소지가 거의 없으므로, 따라서 아동음란물에 포함되지 않는다.<sup>28)</sup> 실제와 근접한 행태와 실제로 거리가 먼 행태의 구분이 항상 명확한 것은 아니므로 입증에서 문제가 완벽하게 해결될 수 있는 것은 아니다. 전문가가 아닌 평균적인 관찰자의 관점에서 실제의 행태라는 점을 확실하게 배제할 수 없는 경우에는 실제에 근접한 것으로 판단된다.

미국 연방대법원은 Free Speech Coalition 판결에서 1996년 아동 포르노그래피 법률(CPPA) 2256조 (8)B 규정이 가상 아동·청소년음란물을 처벌하도록 한 것은 미연방 수정헌법 제1조에서 보장하고 있는 언론출판의 자유를 침해한다고 판결하였다.<sup>29)</sup> 연방법률 2256조 (8)B 규정이 아동 포르노그래피 이외에 가상 아동 포르노그래피를 포함하는 것으로 규정한 구성요건의 기술방법은 연방 수정헌법 제1조가 보호하고자 하는 예술적 가치가 있는 성인물도 전적으로 금지시킬 수 있는 형식이므로 너무 광범위하고 추상적이므로 무효라고 판결하였다.<sup>30)</sup> 연방대법원은 아동 포르노그래피가 그 제작, 판매, 유통을 통해서 실제의 아동학대 피해자에게 고통을 지속시킨다는 점에서 실제의 피해자가 없는 가상 아동 포르노그래피와 구별된다고 보았다.

27) Schönke/Schröder/Lenkner/Perron, StGB, §184 b, Rn.3.

28) StGB, §184 b, Rn.11.

29) Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234, L.Ed.2d 403,

30) 535 U.S. 234(241).

## V. 결론 - 아동·청소년음란물의 타당한 규제방향

### 1. 아동·청소년음란물 개념의 재정립

아동·청소년성보호법 제2조 제5호의 아동·청소년음란물에 대한 개념정의는 제4호의 성매수행위와 그 밖의 성행위를 중심으로 구성되어 있다. 그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 이런 개념정의를 통해서 명확하게 포괄되지 못하는 아동·청소년 대상 범죄행태들이 나타날 수 있을 뿐만 아니라 명확하지도 못한 것으로 생각된다. 또한 이런 구성은 아동·청소년음란물을 통해서 침해되고 있는 법익이 무엇인가에 대해 보다 확실한 판단기준을 제시하지 못하는 것으로 보인다. 아동·청소년음란물에서 침해되고 있는 법익은 단순히 성도덕의 침해가 아니라 아동·청소년의 인격권임에도 이런 점이 현행법의 개념에서는 명확하게 지시되지 못하고 있다.

현행법이 정하고 있는 개념은 일반 음란물과의 혼동을 일으키기 쉬운 개념임은 앞서 주장한 바와 같다. 이런 아동·청소년이용음란물 개념의 내용과 형식은 마치 아동·청소년음란물에서 침해되고 있는 법익이 단순히 성도덕의 침해에 불과한 것으로 오해를 불러일으킬 수 있다. 일반 음란물과의 혼동은 아동·청소년음란물범죄가 아동·청소년의 인격권을 심각하게 침해하는 범죄라는 점을 망각하게 만들 위험성이 있다.

이런 점과 비교해볼 때 독일형법 제184조 b는 의 규정은 아동에 대한 성적 남용을 내용으로 하는 음란물이 아동음란물임을 명확히 하고 있다. 이런 정의는 아동·청소년음란물에 대한 범죄구성요건의 법익이 아동·청소년의 인격권임을 명확히 하고 있으며 또한 아동·청소년에 대한 성적인 학대(악용)이 구성요건의 주요 요소임을 잘 보여주는 것으로 생각된다.

따라서 아동·청소년음란물의 중심요소가 아동·청소년에 대한 성적 악용이라는 점을 명확하게 나타낼 수 있는 개념정의를 필요하다고 생각된다. 또한 형법상의 의 제장간과 관련해서 볼 때 13세 이상의 청소년의 동의를 얻어 표현물을 만든 경우에는 처벌가능성에 대해 의문이 제기될 수도 있다. 따라서 13세 이상의 청소년의 동의가 있다고 하더라도 청소년이 성적 행위를 하는 것을 내용으로 하는 표현물이라고

한다면 역시 청소년에 대한 지속적인 인격권침해를 포함하고 있다는 점을 명확하게 할 필요가 있다. 이를 위해서는 ‘성매수행위’와 ‘그밖의 성행위’라는 요소를 포기하고 ‘아동·청소년에 대한 성적 학대(악용)’이라는 요소를 중심개념으로 삼을 필요가 있다.

## 2. 아동·청소년음란물의 단순소지에 대한 형법적 규제

아동·청소년음란물에 대한 단순소지도 형벌로 처벌하는 것은 기본적으로 타당하다고 생각된다. 아동·청소년음란물 범죄에서 침해되는 보호법익이 아동·청소년의 인격권이라는 점에서 보호법익을 광범위한 범위에서 보호하는 구성요건은 필요하다고 생각된다. 그러나 단순소지의 처벌이 자의적인 형벌권의 행사로 전락하게 된다면 그 처벌의 타당성이 의문시될 수도 있다. 아동·청소년이용음란물의 제작, 생산, 배포 또는 영업목적 및 청소년유인 목적의 음란물소지 등의 범죄행위와 다른 목적 없는 그런 매체의 단순소지행위 사이에는 이들 범죄행위의 불법성과 유책성의 측면에서 여러 가지 차이점들이 존재할 수 있기 때문이다. 즉 전자의 범주에 들어가는 범죄행위들은 불법과 유책성이 상대적으로 중대하며 음란물 범죄피해자인 아동·청소년에 대한 침해의 영향도 보다 직접적이며 위험성도 크다. 그에 대해 단순소지행위는 행위의 불법과 유책성이 중대하지 않으며 피해자인 아동·청소년에 대한 영향이 간접적이며 위험성도 크지 않다고 생각된다.

따라서 단순소지에 대한 자의적이며 과도한 처벌이라는 비판을 피하기 위해서는 단순소지의 처벌에서 그 구성요건을 명확한 개념들을 사용해서 보다 엄격하게 규정할 필요가 있다고 생각된다. 예를 들면 단순소지에 일정한 시간적 계속성을 요구하는 구성요건을 부가하는 것도 한 가지 방법일 수 있다고 생각된다. 이런 계속성의 요소는 단순소지가 일종의 악의와 결합되어 있음을 보여주는 징표가 될 수도 있다. 즉 아동성애자가 성범죄를 위하여 아동·청소년에게 보여주기 위한 것이라면 이런 계속성이 그 목적도달에 필요한 요소일 것이기 때문이다.

단순소지를 규제함에 있어서는 그 소지자가 그 표현물이 아동·청소년의 성행위를 내용으로 한다는 점을 명백히 인식하여야 할 것이다.<sup>31)</sup> 컴퓨터나 인터넷 상에서

는 음란물을 포함한 파일형태를 다운로드하는 경우에 그 내용물이 명확하게 인식될 수 없는 가능성도 있다. 이런 경우에는 고의 없이 아동·청소년음란물을 소지하게 되는 가능성도 발생할 수 있기 때문이다. 따라서 아동·청소년음란물을 소지하고 있다는 점으로부터 고의적인 소지행위라는 점이 추정되어서는 안 되며 미필적 고의에 의한 소지가 아닌 보다 명확한 인식을 통한 소지임이 입증되어야 할 것이다.

### 3. 가상 아동·청소년음란물 규제의 제한

가상 아동·청소년음란물의 경우도 형사법적 규제가 필요하다는 주장이 제기된다. 아동·청소년음란물이 실제의 청소년이 존재하는 표현물이 아니라고 하더라도 범죄자에 의해서 청소년대상범죄의 도구나 수단으로 악용될 위험성이 있다는 것이 그 논거이다.

그러나 이런 주장에 대해서는 실제로 아동·청소년음란물에 의한 직접적인 피해자인 아동·청소년이 존재하지 않는다는 점에서 지나친 규제라는 비판도 가능하다. 형사제재의 보충성의 원칙에서 볼 때 현실화되지 않은 아동·청소년에 대한 침해를 처벌하는 것은 법익보호의 정도를 추상적 위태화로 설정하는 것이기 때문이다. 또한 위와 같은 개념정의의 경우 아동·청소년이용음란물이라는 개념이 지니는 의미 내에 포섭할 수 있는 묘사인가를 판단함에 있어서 지나친 자의나 남용이 개입할 수 있는 여지가 커질 수도 있다고 생각된다. 예를 들면 “아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여”라는 규정은 그 묘사되는 대상이 아동이나 청소년으로 명확하게 인식될 수 있는가에 따라 처벌여부가 결정된다는 성격을 갖게 되기 때문이다. 이런 기준에 의할 때 법적용자가 판단의 대상에 대해서 어떻게 “명확하다”고 판단하는가의 문제는 학대와 같은 객관적인 위험발생 또는 발생된 피해의 입증과는 그 성질이 판이하게 다른 종류의 성질이라는 점에서 문제의 소지가 있다고 생각된다.

따라서 아동·청소년 피해자가 존재하지 않는 가상 아동·청소년이용음란물은 형

31) 단순소지죄를 목적범으로 구성하지는 견해로 송문호, “아청법상 음란물소지죄의 제한적 적용가능성”, 347면.

법적 규제의 대상에서 제외하는 것이 타당할 것이다. 다만 아동·청소년이용음란물의 개념에 해당하는 표현물임에도 그 피해자가 실제하는가의 여부가 명확하지 않은 때에는 대법원이 2014년 판결에서 밝히고 있는 바와 같이 “등장인물의 외모나 신체 발육 상태, 영상물의 출처나 제작 경위, 등장인물의 신원 등에 대하여 주어진 여러 정보 등을 종합적으로 고려하여 사회 평균인의 시각에서 객관적으로 관찰할 때 외관상 의심의 여지 없이 명백하게 아동·청소년으로 인식되는 경우”<sup>32)</sup>에 해당 범죄를 처벌하는 것이 타당하다고 생각된다.

또한 입법정책의 면에서는 가상 아동·청소년이용음란물이라고 하더라도 이런 표현물을 아동·청소년에게 보여주는 행위 등에 대해서는 형벌을 부과하는 구성요건을 신설할 필요가 있다. 이런 면에서 보면 독일형법 규정들(제176조 제4항 4호, 제5항, 제184조)은 아동·청소년의 인격권을 보호하기 위한 적절한 입법례라고 판단된다. 이런 규정의 입법을 통해서 아동·청소년이용음란물의 단순소지를 제한적으로 처벌하는 과정에서 나타날 수 있는 처벌상의 흠결들을 보완할 수 있을 것으로 생각된다.

32) 대법원 2014.9.24. 선고 2013도4503 판결(공보 2014하 2138).

## 참고문헌

### 〈국내문헌〉

- 김성규, “아동·청소년이용음란물의 단순소지자에 대한 규제의 현상과 방향성”, 미  
국헌법연구 24권 1호, 2013, 67-96면
- 김지선/이병희, 청소년 성보호현황과 대책연구, 청소년보호위원회, 2001.
- 박경신, “가상 아동포르노그래피규제의 위헌성”, 경상대 법학연구, 제21권 제2호,  
2013, 181-210면.
- 서보학, “인터넷 상의 정보유포와 형사책임”, 형사정책연구 2001, 12권 3호, 5면.
- 송문호, “아청법 제2조 제5항에서 아동·청소년의 의미”, 형사법연구 제25권 제3호,  
2013, 225-246면.
- \_\_\_\_\_, “아청법상 음란물소지죄의 제한적 적용가능성”, 경상대 법학연구, 제22권  
제1호, 2014, 337-353면.
- 심희기, “아동 포르노그래피와 한국의 청소년 성보호법”, 비교형사법연구 2003, 제5권  
2호, 883면.
- 이건호, 아동포르노그래피에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2002.
- 이경재, “일본법상 아동매춘등죄와 아동포르노반포등죄에 관한 고찰”, 형사정책연구,  
43권, 2000, 168-176면.
- \_\_\_\_\_, “청소년성보호법의 문제점과 개선방안”, 형사정책 제13권 2호, 2001, 31-54면.
- 이혜숙, “아동 성학대의 현황과 관련 법령에 대한 연구”, 경희대 교육문제연구소 논  
문집 17, 2001. 7. 143-162면.
- 전진연, “청소년 성매매에 관한 형사정책적 고찰”, 소년보호연구 제3호, 2001, 275  
면 이하
- 정진수/정완/김은경, 신중 성폭력 연구, 한국형사정책연구원, 2000.
- 한상훈, “청소년의 성보호에 관한 법률의 주요내용과 몇가지 쟁점”, 형사정책연구소  
식 제57호, 2000, 1/2, 25면
- 황성기, “청소년 성보호에 관한 법적 고찰”, 한림법학 FORUM 12권, 2003, 31면.

〈외국문헌〉

- Arnaldo, Carlos, A.(etd), Child Abuse on the Internet, Berghan Books, 2001.
- Auer/Loimer, „Zur Strafbarkeit der Verbreitung von Kinderpornographie über das Internet“, ÖJZ 1997, S. 613 f.
- Bertel/Schwaighofer, Österreichisches Strafrecht, BT. II. Springer.
- Calcetas-Santos, Ofelia, “Child pornography on the internet”, Arnaldo(etd), Child Abuse on the Internet, p. 57-60.
- Calcetas-Santos, O., “Legal issues and problems in protecting children against pornography”, Arnaldo(etd.), pp. 103-104.
- Carlsson, Ulla, “Research, Information and Sensitizing the Public”, Arnaldo(etd), Child Abuse on the Internet, p. 61-64.
- Denson-Gerber/Hutchinson, “Sexual and commercial exploitation of children: Legislative responses and treatment challenges”, Child Abuse and Neglect, 3, 1979, pp. 61-66.
- Dunaigre, Patrice, “Paedophilia: A Psychiatric and psychoanalytical point of view”, Arnaldo(etd), Child Abuse on the Internet, p. 43-49.
- Goldstein, Seth L., The Sexual Exploitation of Children, CRC Press, 1999.
- Greenhouse, Linda, “‘Virtual’ Child Pornography Ban Overturned”, The New York Times, 2002. 4. 17.
- Hecht, Mark E., “Freedom of information on the internet”, Arnaldo(edt.), Child Abuse on the Internet, p. 95 f.
- Itzin, Catherine, “Pornography and the Organization of Intrafamilial and Extrafamilial Child, Sexual Abuse: Developing a Conceptual Model”, Child Abuse Review Vol. 6, 1997, PP. 94-106.
- Itzin, Catherine(etd), Home Truths about Child Sexual Abuse, Routledge, 2000.
- Kelly, L., “Pornography and Child Sexual Abuse”, Itzin(ed.), Pornography, pp. 113-123.

- Lollar, Cortney E., “Child Pornography and the Restitution Revolution”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Spring, 2013, pp. 343 f.
- O'Connell, Rachel, “Paedophiles Networking on the Internet”, Arnaldo(ed), *Child Abuse on the Internet*, p. 65-79.
- Selfe, David/Burke, Vincent, *Perspektives on Sex, Crime and Society*, Cavendish Publ. Ltd. 2001.
- Sieber, *Kinderpornographie, Jugendschutz und Providerverantwortlichkeit im Internet*, 1999,
- Svervo, Kimberly, “A Global Overview of Child Abuse and Neglect”, Arnaldo, C.A.(ed), *Child Abuse on the Internet*, Berghan Books, 2001., pp. 5-13.
- Zillman/Bryant, “Effects of massive exposure to pornography”, N.M. Malamuth & E. Donnerstein (Eds.), *Pornography and Sexual Aggression*. Orlando, FL: Academic, 1984.

## The Legal Constituent of the Child Pornography Crime

Lee, Kun Ho

The question of what constitutes child pornography is complex. The standards applied are often subjective and contingent upon moral, cultural, social situation and religious beliefs. Furthermore, these standards do not translate into law in the strictly judicial sense. Legal definitions of both children and child pornography may differ globally.

Child pornography is defined as 'any visual or audio material which uses children in a sexual context. It consists of the visual depiction of a child engaged in explicit sexual conduct, real or simulated, or the lewd exhibition of the genitals intended for the sexual gratification of the user, and involves the production, distribution and/or use of such material'.

Some researches reported that child pornography was usually used in the sexual crimes, especially child sexual abuse. Such pornographical material is used in different ways. Some perpetrators use it to coerce children into submission, others to legitimise the act so that they see it as acceptable behaviour, and a third group uses pornographic material in self-stimulation preceding sexual abuse.

Children that are exploited in child pornography are automatically exposed to abuse, as it depicts the sexual acts of child. The child pornography normally depict explicit sexual activities in the form of physical contact, masturbation, adult and child sex, and sex between children. Children abused in child pornography usually suffer from the serious traumas comming from sexual abuses.

The provisions which prohibits the possession of child pornographic material for seducing the child is needed to be reenacted. It is considered as valid to punish the possession of child pornography, because the child pornography crimes are very

harmful to the youth. But It also includes the possibilities of overpunishing, because some legal constituents of child pornography crimes are abstract and wide in some aspects. So it is needed to be defined more rigorously the constituent requirements in order to avoid the risk of arbitrary punishing.

For example, it is considered as a way to be added to the constituent elements that require a certain time continuity in legal requirements of the possession of child pornography. Elements of this continuity may be a sign showing that simple possession is combined with a kind of malicious intent.

Another way is to require the deliberate intents as a subjective requirements of possession of child pornography. the intents should not be estimated in possession of pornography, and would have to be proven to possess the pornography with more than a clear recognition by the suspects.

❖ Keyword: child pornography, child sexual abuse, possession of child pornography, virtual child pornography