

아동·청소년이용음란물 관련 규정의 문제점과 개선방안*

김혜정**

< 목 차 >

- I. 문제제기
- II. 아동·청소년이용음란물 관련 규정에 대한 검토
- III. 독일 및 오스트리아의 동향
- IV. 아동·청소년이용음란물 관련 규정의 개선방안
- V. 맺음말

I. 문제제기

최근 한국남성 A가 다크웹(dark web)¹⁾에 아동음란물 사이트 “웰컴투비디오 (Welcome to Video)”를 개설해 운영한 행위로 1년 6월의 실형을 선고받은 내용이 언론을 통해 알려지면서, 우리사회에서 아동음란물 관련 범죄에 대한 처벌이 미흡하다는 국민의 비판적인 목소리가 높다. 이에 아동·청소년이용음란물 관련 범죄를 엄벌해야 한다며 청와대 국민청원 게시판에 2019년 10월 25일 현재 24만 명이 동의했다.²⁾

경찰청 브리핑 자료³⁾에 따르면, 본 수사는 한국의 경찰청, 미국의 국토안보

* 본 논문은 2016년 수행한 한국형사정책연구원 보고서의 일부 내용을 발췌하여 수정·보완한 것임을 밝힌다.

** 영남대학교 법학전문대학원 교수.

1) 다크웹(Dark web)이란 익명성이 보장되고 IP주소 추적이 불가능하도록 고안된 인터넷 영역을 말한다.

2) <https://www.hankookilbo.com/News/Read/201910251101358163?did=DA&dtype=&dtypecode=&prnewsid=> : 2019. 11. 4 최종검색.

수사국(HSI)·국세청(IRS)·연방검찰청, 영국의 국가범죄청(NCA) 등이 공조하여 진행되었으며, 지난해 아동음란물 다크웹 사이트를 2년 8개월간 운영하면서 유료회원 4천여 명으로부터 7,300여 회에 걸쳐 4억여 원 상당의 가상통화(비트코인)를 받고 아동음란물을 제공한 혐의로 A를 검거·구속하였다고 한다. A는 ‘아동·청소년의 정보보호에 관한 법률(이하에서 ‘청소년정보보호법’이라 한다)’ 및 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하에서 ‘정보통신망법’이라 한다)’위반 혐의로 1심에서 집행유예를 선고받았으나, 2심에서 징역 1년 6월의 실형을 선고받고 형이 확정되어 현재 복역 중이다.

문제는 이러한 법원의 판결에 대하여 ‘숨방망이 처벌’이라는 거센 비판이 제기되고 있다는 것이다. 그와 관련하여 이미 오래전에 아동음란물 관련 범죄자에 대한 처벌을 강화할 필요가 있다는 점에서 청소년정보보호법 개정법률안이 국회에 발의되었지만, 2년째 잠자고 있다는 지적도 함께 제기되었다.⁴⁾

최근 국회에 제출된 자료에 따르면, 아동·청소년이용음란물 소지자로 2014년부터 2018년까지 검찰수사를 받은 사람이 총 2,146명에 이르고 있다. 그 가운데 불기소 처분으로 재판도 받지 않고 풀려난 사람이 44.8%, 소재불명 등으로 수사가 중지된 사람이 40%에 이른다는 점에서 음란물 소지가 심각한 범죄라는 것을 인식할 수 있도록 관련 법률을 개정하려는 움직임이 나타나고 있는 것이다.⁵⁾

물론 아동·청소년이용음란물 관련 범죄행위를 엄벌에 처할 수 있도록 관련 법규정을 개정하는 것도 중요하고 의미가 있다. 그러나 현행 법규정이 엄벌할 행위와 그렇지 않은 행위를 적절하게 구별하여 합당한 처벌이 이루어질 수 있도록 규정하고 있는지에 대해서도 살펴볼 필요가 있다. 이를 위해서는 다른 나라에서 이와 같은 행위를 어떻게 구별해서 처벌하고 있는지를 참고해보는 것도 의미가 있을 것이다. 이에 본 논문에서 우선 아동·청소년이용음란물 관련 현행 규정과 국회에 발의된 개정법률안들을 살펴보고, 독일과 오스트리아의 관련

3) 2019. 10. 17 자 및 2018. 5. 2 자 경찰청 브리핑 자료. 동 자료에 따르면, 전국 지방경찰청에 신설된 사이버 성폭력 수사팀에서 해당 사이트에서 아동음란물을 업로드 하거나 다운로드 받아 소지한 사이트 이용자 중 한국인 156명을 검거하였다고 한다.

4) <https://news.v.daum.net/v/20191111180514667> : 2019. 11. 11 최종검색. 동 기사에서 우리 법에 아동·청소년음란물 관련 범죄를 엄벌하는 규정이 있음에도 법원에서 이와 같은 관대한 처벌을 한 원인을 “아동·청소년 대상 성범죄에 대해선 아직 양형기준이 마련되지 않아 형량에 대한 판사의 재량이 폭넓게 인정됐기 때문”인 것으로 보고 있으나, 이는 성범죄에서 성폭력범죄와 음란물관련 범죄에 대하여 구별하지 않은데서 발생한 오류라고 생각된다. 아동(청소년) 대상 성폭력범죄 양형기준은 이미 2009년부터 시행되고 있다.

5) <http://news1.kr/articles/?3769712> : 2019. 11. 28 최종검색.

규정을 비교검토⁶⁾해본 후, 이를 바탕으로 관련규정의 개선방안을 모색해보도록 한다.

II. 아동·청소년이용음란물 관련 규정에 대한 검토

1. 아동·청소년이용음란물 개념정의에 관한 변천과정

2000년 “청소년의 성을 사거나 이를 알선하는 행위, 청소년을 이용하여 음란물을 제작·배포하는 행위 및 청소년에 대한 성폭력행위 등으로부터 청소년을 보호·구제하여 이들의 인권을 보장하고 건전한 사회구성원으로 성장할 수 있도록”하기 위한 목적에서 청소년성보호법⁷⁾이 제정됨으로써 아동·청소년이용음란물에 대한 규제가 이루어지기 시작하였다.

2000년 제정 당시 “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 것”이라고 정의(제2조 제3호)하여, 실제 청소년이 등장하는 경우만을 규율⁸⁾하였다. 이러한 청소년이용음란물의 범위는 “청소년과의 성교행위”, “청소년과의 구강·항문 등 신체의 일부 또는 도구를 이용한 유사성교행위” 등 음란한 내용을 표현한 것으로 한정하였다(동조 제2호).

그런데 2005년 개정을 통하여 “청소년이용음란물”이라 함은 “청소년이 등장하여 제2호 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나, 그 밖에 성적 행위를 하는 내용을 표현한 것으로서 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터 그 밖의 통신매체를 통한 화상·영상 등의 형태로 된 것”이라고 정의(제2조 제3호)하여 행위의 표현 범위를 포괄적으로 개정하였다.

6) 이번 사안과 관련하여 언론에서는 미국과 영국의 처벌수위에 대한 언급이 많으나, 이들 국가는 우리와 법체계가 달라, 비교하는 것이 적절하지 않을 수 있어, 우리와 같은 법체계를 갖고 있는 독일 등을 비교 검토하도록 한다.

7) 제정당시 법률명은 ‘청소년의성보호에관한법률’이었으나 2009년 6월 9일 개정을 통해 동법률명은 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’로 변경되었다.

8) 헌법재판소 2002. 4. 25. 자 2001헌가27 결정에서도 이와 같이 판단하였다.

그 후 2011년 개정⁹⁾을 통해 “아동·청소년이용음란물”은 “아동·청소년 또는 아동·청소년으로 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 정의(제2조 제5호)하여, 아동·청소년이용음란물의 범위에 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물”이 등장하는 경우를 포함하였다.¹⁰⁾ 동 개정을 통해 아동·청소년이용음란물의 범위가 확대되어 가상음란물까지 포함하게 되었다.¹¹⁾

그 후 또 다시 2012년 개정을 통해 “아동·청소년이용음란물”이란 “아동·청소년 또는 아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여 제4호의 어느 하나에 해당하는 행위¹²⁾를 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 정의(제2조 제5호)하여, 종래 문제가 되었던 아동·청소년이용음란물의 내용을 보다 분명하게 하기 위하여 “명백하게”라는 표현을 추가하였다.¹³⁾

2. 아동·청소년이용음란물 규제 관련 규정에 대한 검토

이처럼 현행 청소년성보호법 제2조 제1호에서 19세 미만의 자를 아동·청소년으로 정의하면서, 제5호에서 아동·청소년이용음란물에 대한 정의를 규정하고 있다. 동 정의규정에 따르면, 실제 아동·청소년이 성행위의 주체 또는 객체

9) 동개정은 2010년 이후 아동대상 성폭력범죄를 범한 자들이 성폭력범죄를 범하기 전에 아동·청소년이용음란물을 다수 또는 장기간 시청하였거나 소지하고 있었던 것으로 밝혀짐으로써 이루어진 것으로 본다(최준혁, “아동·청소년이용음란물의 ‘제작’의 해석”, 『형사법의 신동향』 통권 제50호, 대검찰청, 2016, 77면).

10) 동 개정은 “실제 아동·청소년이 등장하는지 여부와 무관하게 아동·청소년을 성적 대상으로 하는 표현물예의 노출은 잠재적으로 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄를 유발하는 촉매가 될 수 있다”는 점이 고려된 것으로 보고 있다(최준혁, 앞의 논문, 77면).

11) 안경옥, “독일 아동·청소년 이용 음란물 규정 및 처벌범위에 대한 비교법적 검토”, 『법학논총』 제31집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2014, 145면.

12) 동 행위는 “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”를 말한다.

13) 강은영/김혜정/황태정, 「아동·청소년 이용 음란물에 대한 국민인식과 효과적인 규제방안 연구」, 연구총서 16-AA-09, 한국형사정책연구원, 2016, 165면 이하.

로 묘사된 필름, 비디오물, 게임물, 컴퓨터나 기타 통신매체를 통한 화상, 영상의 형태로 된 표현물은 당연히 아동·청소년이용음란물에 포함된다. 문제는 아동·청소년의 성행위를 직접 영상으로 묘사한 것이 아니라 스토리 서술이야기의 경우 또는 실제 아동·청소년이 아니라 가상의 인물을 그림으로 묘사하거나 성인이 청소년으로 출연하는 것과 같은 가상 아동·청소년이용음란물의 경우에도 포함되는 것인지에 대하여는 논란이 있다.¹⁴⁾

또한 동 정의규정에 따를 때, 동법 제2조 제4호의 행위는 금품이나 기타 재산상 이익 등 대가를 지불하고 아동·청소년으로 하여금 성교행위, 유사성교행위, 성적 수치심이나 혐오감 등을 일으키는 행위, 자위행위를 하게 하는 행위를 말한다고 하여, 아동·청소년의 동의나 폭행·협박에 의한 성적 행위를 하는 것을 묘사하는 행위는 포섭하지 못할 수 있는 문제가 있다.¹⁵⁾ 즉 동 정의규정에 오히려 아동·청소년에 대한 성적 학대에 대한 내용은 빠져있는 문제가 있다.

청소년성보호법 제11조 제1항에 “아동·청소년이용음란물을 제작·수입 또는 수출한 자는 무기징역 또는 5년 이상의 유기징역”, 제2항에 “영리를 목적으로 아동·청소년이용음란물을 판매·대여·배포·제공하거나 이를 목적으로 소지·운반하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 10년 이하의 징역”, 제3항에 “아동·청소년이용음란물을 배포·제공하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금”, 제4항에 “아동·청소년이용음란물을 제작할 것이라는 정황을 알면서 아동·청소년을 아동·청소년이용음란물의 제작자에게 알선한 자는 3년 이상의 징역”, 제5항에 “아동·청소년이용음란물임을 알면서 이를 소지한 자는 1년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금” 그리고 제6항에 제1항의 미수범 처벌규정을 둠으로써 아동·청소년이용음란물의 제작, 배포 등에 대한 처벌규정을 두고 있다.

다만, 아동·청소년이용음란물의 제작, 수입, 배포, 상영 등의 행위는 동법의 목적인 아동·청소년의 건전한 성장을 직접적으로 침해하는 것으로 파악할 수 있기 때문에 범죄로 파악하는데 이견이 없을 것으로 보이나, 동조 제5항에 규정된 아동·청소년이용음란물의 단순소지는 제작 등의 행위와 비교할 때 그 불법성이 동일하다고 보기 어렵다는 점에서 비판이 제기된다.¹⁶⁾

14) 이건호, “아동·청소년이용음란물의 범죄구성요건에 대한 검토”, 『형사정책연구』 제26권 제1호, 한국형사정책연구원, 2015, 7면.

15) 이건호, 앞의 논문, 9면 이하.

이처럼 아동·청소년이용음물 관련 현행 규정과 관련하여 음란물의 개념정의, 단순소지에 대한 처벌여부 등 다양한 비판이 제기되고 있는 가운데 국회에는 관련 범죄의 처벌을 강화하는 개정법률안이 발의되어 있다.

3. 청소년성보호법 개정법률안에 대한 검토

20대 국회에 들어와서 아동·청소년이용음란물과 관련한 범죄행위의 처벌을 강화하기 위하여 몇몇의 개정법률안이 국회에 발의되어 있다.

먼저 윤후덕의원이 대표발의한 청소년성보호법 일부개정법률안의 제안이유¹⁷⁾를 살펴보면, “아동 대상 성폭력 사건을 범한 범죄자들이 ‘아동·청소년 이용 음란물(아동포르노)’을 소지하거나 배포한 전력이 있음이 밝혀지면서 아동·청소년 이용 음란물에 관한 범죄에 더욱 강한 단속과 규제가 필요”하고, “아동·청소년 이용 음란물은 성적 자기결정 능력이 부족한 피해 아동·청소년에게 신체적·정신적 문제를 초래할 뿐만 아니라 인터넷을 통해 급속하게 전파되는 경우 그로 인한 2차 피해가 발생하여 치유할 수 없는 피해를 발생시키며, 더 나아가 아동·청소년을 성적 대상으로 인식할 수 있는 여지를 두어 아동 대상 성범죄를 증가시킬 수 있는 만큼 관련 범죄에 보다 엄정히 대응할 필요”가 있어, “법정형을 강화하여 아동·청소년 이용 음란물에 관한 범죄를 근절하고, 아동·청소년 성보호에 충실하려는 것”이라는 목적을 제시하고 있다. 이에 주요 개정내용으로 현행 청소년성보호법 제11조 제2항의 영리목적 제작자 등에 대한 처벌규정과 동조 제4항의 그에 대한 알선자에 대한 처벌규정을 통합하여 “3년 이상의 징역”으로 처벌수위를 상향하고, 동조 제3항의 제작자 등에 대한 처벌을 “7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금”에서 “10년 이하의 징역”으로, 동조 제5항의 단순소지자에 대한 처벌을 “1년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금”에서 “3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금”으로 상향하였다.

그런가하면 이번 다크웹 사건으로 인해 최근에도 관련 개정법률안이 발의되어 있다. 강창일의원이 대표발의한 청소년성보호법 일부개정법률안의 제안이유¹⁸⁾를 살펴보면, “최근 한국·미국·영국 등 32개국 공조로 아동음란물 다크

16) 강은영 외, 앞의 보고서, 167면 이하.

17) 의안번호 제2009843호 2017년 10월 11일 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 일부개정법률안 제안이유.

웹 사이트인 ‘웹캠 투 비디오’의 운영자 및 이용자가 검거된 가운데 이 중 2/3가 한국인인 것으로 드러나 큰 충격”을 주고 있는데, 우리나라가 그에 대해 지극히 관대하게 처분하고 있는 것은 “아동음란물에 대한 수사기관 및 법원 등의 안이한 대처가 가져온 결과”라는 지적과 함께 현행법상 아동·청소년이용음란물이란 “아동·청소년 등이 등장하여 성교 행위 등의 성적 행위를 하는 내용으로 표현하는 것으로서 필름·비디오물 등을 통한 화상·영상 등의 형태로 된 것”이므로 “그 자체로 아동·청소년에 대한 성착취 및 학대를 의미하는 것임에도 불구하고, 막연히 아동·청소년을 ‘이용’하는 음란물의 의미로 가볍게 해석되는 경향”이 있어 “아동·청소년이용음란물”을 “아동청소년성착취음란물”이라는 용어로 변경해 “아동·청소년이용음란물이 ‘성착취·성학대’임”을 명확하게 정의하는데 목적을 두고 있다. 이에 주요 개정내용으로 청소년성보호법 제2조(정의) 제4호 및 제5호 등에서 “행위”를 “성착취행위”로, “아동·청소년이용음란물”을 “아동·청소년성착취음란물”로 바꾸고, 제11조 제5항의 단순소지죄에 대한 처벌을 “1년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금”에서 “6월 이상 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금”으로 상향하였다.

또한 신찬현의원이 대표발의한 청소년성보호법 일부개정법률안의 제안이유¹⁹⁾를 살펴보면, “유럽연합(UN)의 「아동권리협약」에 따르면 아동·청소년의 성적 학대 및 착취로부터 아동·청소년을 보호하고 해당 범죄를 근절하기 위해 최대한의 조치를 취하도록 의무화”하고 있고, “영국과 미국은 아동음란물을 아동·청소년의 성적 학대 및 착취로 규정하고 강력 처벌할 뿐만 아니라, 별도의 전담 기구를 마련하여 아동·청소년의 성적 학대 및 착취 범죄에 전문적으로 대응”하고 있어 우리도 “처벌을 강화하고, 아동·청소년이용 음란물 범죄 및 피해자 보호를 위한 전담기구 설치와 정기적인 아동·청소년이용음란물 관련범죄에 대해 실태조사를 할 수 있는 근거 규정을 마련”하는데 목적을 두고 있다. 이에 주요 개정내용으로 현행 청소년성보호법 제11조 제2항은 앞에서 살펴본 윤후덕 의원안과 동일하게 바꾸고, 동조 제3항의 처벌을 “7년 이하의 징역”에서 “1년 이상 7년 이하의 징역”으로 하한을 상향하고, 제48조의2에 아동·청소년이용음

18) 의안번호 제2023806호 2019년 11월 14일 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 일부개정법률안 제안이유.

19) 의안번호 제2023925호 2019년 11월 21일 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 일부개정법률안 제안이유.

란물 대책 전담기구에 관한 규정과 제53조의2에 아동·청소년이용음란물 관련 범죄 실태조사에 관한 규정을 신설하고 있다.²⁰⁾

이처럼 현재 국회에 발의된 청소년성보호법 개정법률안의 내용은 대부분 처벌을 강화하는 내용을 담고 있다. 문제는 아동·청소년이용음란물 관련 범죄의 처벌을 강화하면 이러한 범죄를 예방할 수 있을 것인가이다. 그에 대한 검토에 앞서 다른 나라에서는 어떤 행위에 대해 어떻게 처벌하고 있는지 살펴볼 필요가 있다.²¹⁾

Ⅲ. 독일 및 오스트리아의 동향

1. 독일의 아동·청소년이용음란물 관련 규정에 대한 검토

1) 아동·청소년이용음란물 규정에 관한 입법과정

아동·청소년이용음란물의 심각성이 인식되면서 세계 각국은 국제협약에 따른 아동·청소년이용음란물에 대한 처벌규정을 두고 있다. 2003년 12월 22일 “아동에 대한 성적 착취 및 아동(이용)음란물에 대한 투쟁을 위한 유럽연합 기준결정(Europäischen Rahmenbeschluss zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie vom 22. 12. 2003)”에서 회원국들에게 아동(이용)음란물의 제작, 유포, 용이한 접근(Zugänglichmachen) 및 취득, 소지를 형법적으로 금지하는 규정을 두도록 의무화하였다.²²⁾ 이에 독일은 형법 제184조b 및 제184조c, 그리고 보충적으로 소년보호법

20) 그 밖에 정인화의원이 대표발의한 청소년성보호법 일부개정법률안에서는 “아동신체형상 성기구의 제작·배포 등에 행위를 처벌하는 규정을 신설하는 방안을 제안하고 있다(의안 번호 제2021888호 2019년 8월 8일 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 일부개정법률안 제안이유).

21) 최근 발생한 다크웹 사건을 계기로 외국의 아동·청소년이용음란물 관련 범죄에 대한 처벌동향으로 주로 미국 등 영미법계 국가들이 언급되고 있다. 그러나 이들 국가들은, 예컨대 미국은 형벌과 관련하여 병과주의 취한다면 우리는 가중주의를 취하는 것과 같이, 우리와 법체계를 달리하고 있어 비교하는 것이 적절하지 않을 수 있다. 따라서 아래에서는 우리와 같은 법체계를 갖고 있는 독일과 오스트리아로 제한하여 살펴보도록 한다.

22) Krings, “Neuer Maßstab im Kampf gegen Kinder- und Jugendpornografie”, 『ZRP』, C.H.Beck, 2014, S. 70.

(Jugendschutzgesetz : JuSchG) 등에 아동과 청소년을 구별하여 음란물을 규제하는 규정을 두고 있다.

그런데 독일에서 아동음란물에 대한 처벌규정은 이미 1993년 제27차 형법개정법률(StÄG)을 통해 구 독일형법 제184조 제3항에 도입되었다.²³⁾ 그 이후, 아동음란물규제에 관한 규정이 여러 차례 개정되어 오다가, 특히 지난 2015년 개정된 제49차 형법개정법률(49. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches - Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht vom 21. Januar 2015)²⁴⁾을 통해 종래 독일 형법 제184조부터 제184조d까지의 규정을 아동음란물의 정의규정을 명시하는 등 일부 내용을 추가하여 제184조부터 제184조e로 개정한 것이다.

2) 아동·청소년이용음란물 규정에 관한 내용

독일에서 아동·청소년이용음란물에 대한 처벌규정은 아동을 성적 학대나 성적 악용으로부터 보호하기 위한 목적에서 제정한 것이다. 아동·청소년이용음란물과 관련된 규정으로 “제184조b 아동(이용)음란물의 유포, 취득 및 소지(Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften)”, “제184조c 청소년(이용)음란물의 유포, 취득 및 소지(Verbreitung, Erwerb und Besitz jugendpornographischer Schriften)”²⁵⁾, “제184조d 방송 또는 통신매체를 수단으로 음란물 내용에 쉽게 접근하기; 통신매체를 수단으로 아동·청소년(이용)음란물 내용의 불러오기(Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien; Abruf kinder- und jugendpornographischer

23) Fischer, 「StGB」, 63. Auflage, C.H.Beck, 2016, §184b, Rn. 1.

24) BGBl. I 2015, S. 10. 동 개정은 ‘아동 및 아동음란물로부터 성적 남용 및 성적 착취에 대한 투쟁을 위한 유럽의회기준(Richtlinie 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates)’ 제4조 제4항 및 제17조 제1항 b, 제3조 제5항 및 제6항과 관련한 제4항에 따른 것이다.

25) 독일 형법 제184조c는 ‘아동에 대한 성적 착취 및 아동(이용)음란물에 대한 투쟁을 위한 유럽연합기준결정(Council Framework Decision 2004/68/JHA of 22 December 2003 on combating the sexual exploitation of children and child pornography)’을 국내법화한 것으로 동 결정 제1조 제a호는 아동을 18세 미만의 자로 정의하고 있다(김성규, “아동·청소년이용음란물의 개념적 한정성 - 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제2조의 문제점 -”, 「형사정책」 제25권 제1호, 한국형사정책학회, 2013, 234면).

Inhalte mittels Telemedien)”, “제184조e 아동·청소년(이용)음란물 공연의 개최 및 방문(Veranstaltung und Besuch kinder- und jugendpornographischer Darbietungen)”을 들 수 있다. 그 중 제184조b와 제184조c는 음란물에 이용된 대상이 전자는 아동이고 후자는 청소년이라는 점에 차이가 있을 뿐 대부분의 구성요건은 동일하게 규정되어 있다.²⁶⁾

먼저 독일 형법 제184조b 아동(이용)음란물의 유포, 취득, 소지죄는 타인에 의해 묘사자로 악용될 수 있는 14세 미만의 아동에 대한 보호에 규범의 목적을 두고 있다.²⁷⁾ 제184조b 제1항은, 제2항 내지 제4항과 달리, 실제 또는 실제와 가까운 상황의 재현을 요구하지 않음으로써 인식할 수 있는 (만화: Comic) 또는 인식할 수 없는 (영화: Film) 가상의 사건도 아동음란물에 포함되는 것으로 보고 있다. 다만, 가상 음란물에 대한 단순 소지의 처벌과 관련하여 아동·청소년 등이 실제 출연하지 않는다는 점에서 만화나 애니메이션 등은 단순소지로 처벌되지 않는다. 동조 제3항에서는 아동음란물의 단순 소지죄를 처벌하고 있는데, 동항의 행위태양은 소지뿐만 아니라 소지의 시도(기도)를 처벌하는 규정도 두고 있어, 시도 그 자체도 기수범으로 처벌하고 있다. 다만, 아동음란물의 단순 소지죄는 “실제” 또는 “실제와 가까운” 상황을 묘사한 것으로 제한함으로써 예컨대 스케치, 자연스럽게 보이는 만화영화, 컴퓨터게임 등과 같이 표현하는 방법이 명백하게 가상의 것이라는 것을 알 수 있는 경우에는 대상에서 제외된다.

독일 형법 제184조c 청소년(이용)음란물의 유포, 취득 및 소지죄는 ‘아동에 대한 성적 확대 및 아동음란물에 대한 투쟁을 위한 2003년 12월 20일 유럽연합의 기준결정의 이행을 위한 법률’을 통해 도입되어, 2008년 11월 5일부터 시행되고 있다. 제184조c에서 청소년은 14세 이상 18세 이하인 자를 말하며 청소년이 성인처럼 보여도 본 조항에 의해 처벌대상이 되고, 또 18세 이상자라고 해

26) 독일에서는 종래 “외설적인 문서(unzüchtige Schriften)”라는 개념을 사용해 오다가 제4차 형법개정 이후에 “음란물(Pornographie)”이라는 개념을 사용하게 되었다. 1993년에 제27차 개정을 통해 처음 아동이용음란물의 소지에 대한 처벌이 이루어진 후, 2008년 개정을 통해 청소년이용음란물에 대해서도 처벌규정을 둠으로써 음란물의 적용범위가 확대되었다 (안경옥, 앞의 논문, 152면).

27) 독일 형법 제184조b 제1항 제1호에서 아동음란물에 대한 정의를 첫째로 14세 미만의 아동에 의한, 아동에 대한 또는 아동 앞에서의 성적 행위, 둘째로 부자연스럽게 성을 강조한 자세로 전부 또는 일부 노출된 아동의 재현, 셋째로 아동의 노출된 성기 또는 엉덩이의 성적으로 자극적인 재현으로 규정하고 있다.

도 신체적 발달정도 혹은 음란물의 표현내용을 바탕으로 객관적으로 평가했을 때 명백하게 청소년으로 보이는 경우에도 본 조항에 의한 처벌대상이 될 수 있다. 동조 제4항에 따라 동조 제1항 제3호 및 제3항의 구성요건은 청소년 스스로가 18세가 되지 않았어도 음란물에 등장하는 사람의 동의를 전제로 청소년음란물을 스스로 제작한 자에게 적용되지 않는다.

독일 형법 제184조d “방송 또는 통신매체를 수단으로 음란물 내용에 쉽게 접근하기; 통신매체를 수단으로 아동·청소년(이용)음란물 내용의 불러오기”는 오늘날 공중 또는 개인을 넘어 모두에게 전파를 목표로 하고 있는 기술적으로 가능한 전달매체를 고려한 처벌규정이다. 동 규정에서는 다운로드명령이 활성화될 때, 실행의 착수로 보고, 불러오기의 시도 시에 기수가 성립한다.

독일 형법 제184조e 아동·청소년(이용)음란물 공연의 개최 및 방문에 대한 처벌은 2015년 제49차 형법개정법률을 통해 새롭게 도입된 규정으로 아동음란물 및 청소년음란물의 공연의 개최 더 나아가 그러한 시도를 처벌하려는 것을 입법취지로 하고 있다.²⁸⁾

3) 소결

독일연방대법원은 아동·청소년에 대한 보호를 보장하겠다는 아동·청소년이용음란물 관련 규정의 입법취지를 확립하기 위하여 유체성의 전달을 전제로 인정해왔던 기존의 “유포”개념을 포기하고 인터넷상 아동음란물의 “유포”개념을 새롭게 수용하는 등 그 처벌범위를 확대하고 있다.²⁹⁾

또한 아동음란물의 단순소지에 대한 처벌규정을 두고, 단지 열람의 목적으로 아동음란물을 검색하고 이를 일시적으로 램에 다운로드 한 것도 ‘소지’의 개념으로 해석하고 있다. 무엇보다도 법률의 객관적인 의미와 목적에서도 컴퓨터의 램에 있는 데이터의 단순한 열람도 소지를 획득하기 위한 개별적인 기도(unternehmen)로 평가하는 것에 문제가 없다고 보고 있다. 이처럼 아동이용음란물 처벌에 대한 입법을 통해 아동을 그 성적 학대로부터 보호하겠다는 의지를 표명하고 있다.³⁰⁾

28) 강은영 외, 앞의 보고서, 126면 이하.

29) 박희영, “인터넷상에서 ‘유포’개념”, 『최신독일판례연구』, (주)로앤비, 2010, 6면 이하.

30) 박희영, “인터넷에서 아동포르노를 컴퓨터모니터에 불러온 경우의 가벌성”, 『최신독일판례

다만, 독일에서는 아동이용음란물에 대한 범죄와 청소년이용음란물에 대한 범죄를 구별하여 그 처벌에서 차이를 두고 있는 점은 우리에게 시사하는 바가 있다.

2. 오스트리아의 아동·청소년이용음란물 관련 규정에 대한 검토

1) 아동·청소년이용음란물 규정에 관한 입법과정

오스트리아는 1994년 아동·청소년이용음란물에 관한 규정을 형법 제207조a에 도입하였다. 형법 제207조a는 소위 “하드코어(harter)” 음란물의 일부 범주로 표현되는 아동음란물에 대한 충분한 처벌을 통해 아동·청소년에 대한 형법적 보호를 보장하는 것에 입법목적을 두고 있다. 사실 1950년에 시행된 ‘포르노그래피법(Pornographiengesetz)’에 음란물(Pornographie)에 대한 형벌규정을 이미 두고 있었다. 따라서 형법에서는 예측하기 어렵고 넓게 적용시키기 어려운 복선적인 처벌근거를 마련한 것으로 본다. 그러나 불충분한 법적 상황은 오늘날까지 유지되고 있다고 평가된다. 따라서 형법 안에 통일적이고 예측 가능한 규정을 마련하여 음란물에 대한 처벌의 전체적인 개혁이 여전히 필요하다고 보고 있다.³¹⁾

오스트리아에서는 1996년 형법개정법률(StRÄG)³²⁾을 통해 형벌이 강화된 이후, 2004년 형법개정법률(StRÄG)³³⁾을 통해 제207조a의 근본적인 재설계가 이루어졌다. 이는 “2003년 아동에 대한 성적 착취 및 아동(이용)음란물에 대한 투쟁을 위한 유럽연합 기준결정”에 대한 다양한 국제적 법규정을 통해 야기되었고, 전체적으로 처벌가능성의 명확한 확장을 이끌어 내었다고 본다. 여기에는 형사미성년자(이용)음란표현물(Pornographische Darstellungen Minderjähriger)에 대해서 뿐만 아니라 성숙한 미성년자(이용)음란물에 대해서도 포함하고 있다. 더 나아가 음란표현물의 정의 안에 미성년자 성의 일부의 자극적인 과시(das aufreizende Zur-Schau-Stellen)도 포함시키고 있다.³⁴⁾

연구], (주)로앤비, 2010, 2면 이하.

31) Triffiterer/Rosbaud/Hinterhofer, 「StGB」, 14. Lfg, LexisNexis ARD ORAC, 2006, §207a, Rn.1.

32) BGBl 1996/762.

33) BGBl I 2004/15.

2) 아동·청소년이용음란물 규정에 관한 내용

오스트리아는 독일과 달리, 아동·청소년에 대해 구분하여 규정하고 있지 않다. 오스트리아 형법 제207조a 제1항에서 미성년자(이용)음란물을 제작하거나 타인에게 제공하거나, 취득하게 하거나, 양도하거나, 운반하거나, 기타 쉽게 접근하게 하는 행위를 한 자는 3년 이하의 자유형에 처한다. 동조 제2항에서는 유포할 목적으로 이와 같은 행위를 하는 경우, 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처하고, 범죄적 조직의 일원으로서 행하거나 미성년자에게 특히 중한 결과를 야기한 자 그리고 중한 폭력 하에 미성년자(이용)음란물을 제작하거나 제작하는 중에 미성년자의 생명을 고의 또는 중과실로 위협하게 한 자는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다. 미성년자(이용)음란물을 소지한 자 또는 알면서 인터넷에서 미성년자(이용)음란물에 접근한 자는 1년 이하의 자유형 또는 720일 이하의 벌금형에 처한다.

동조의 행위객체는 “미성년자의 음란표현물(pornographische Darstellung einer minderjährigen Person)”로, 제4항에 규정된 미성년자의 음란표현물에 대한 개념은 “1. 미성년자에 대한 또는 미성년자 스스로 또는 타인이나 동물과 행한 성적 행위의 실제에 가까운 묘사, 2. 미성년자에 대한 또는 미성년자 스스로 또는 타인이나 동물과 행한 성적 행위라는 인상을 주는 미성년자와의 사건의 실제에 가까운 묘사, 3. 미성년자와 성적 행위 또는 미성년자의 외음부 또는 음부의 실제에 가까운 묘사로 실제상황을 왜곡하고, 그 자체로 축소하고, 관찰자의 성적 자극을 위해 다른 생활의 표현에서 벗어난 묘사, 4. 묘사의 변형 또는 묘사의 사용 없이 제1호 내지 제3호에 따른 묘사라는 인상을 주는 회화적 표현물” 등으로 모든 사례가 실제에 가까운 이라는 기준이 적용된다.

동조 제5항은 미성년(이용)음란물의 해당 미성년자가 성숙한 미성년자(die mündige minderjährige Person)로 음란물제작 및 소지에 동의한 경우에는 처벌하지 않는 것을 규정하고 있다. 제207조a 제5항의 형벌배제사유는 스스로(허락된) 서로서로의 성적 접촉에 의하여 스스로의 사진을 만들고 그것을 보낸 당사자가 범죄자가 되지 않은 성숙한 미성년자를 고려한 것으로 보인다.³⁴⁾ 이러한 처벌배제규정은 지난 2017년 개정을 통해 동조 제6항³⁵⁾을 신설하면서 일

34) Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, 「StGB」, §207a, Rn.2.

35) 강은영 외, 앞의 보고서, 148면 이하.

부 확대되었다. 즉 과거 동조 제5항 1호a의 규정을 제6항 제1호로 옮기고, 2호의 규정을 신설하였다.

3) 소결

독일 형법 제184조b와 오스트리아 형법 제207조a를 비교해보면, 아동음란물 제작의 관점에서 유포, 전달, 소지 등을 금지하는 것에서는 유사하다. 독일 형법 제184조b의 행위객체에 좁은 의미에서 “문서”에 국한되지 않고, 독일 형법 제11조 제3항을 제184조b에 준용하고 있다면, 오스트리아 형법 제207조a의 행위객체도 음성매체, 그림매체, 데이터저장장치, 모사 및 기타 아동음란물 내용을 담은 표현물을 포함하고 있다는 점에서 일치한다. 이러한 미성년음란물에 관한 범죄는 비교적 많은 숨은 범죄가 존재한다는 것을 고려하여야 한다는 주장이 제기된다.³⁷⁾

전체적으로 제207조a는 매우 복잡하고 예측하기 어려운 것으로 평가된다. 비록 제207조a 제4항에 음란표현물에 대한 법적 정의가 규정되어 있지만, 부분적으로 여전히 불명확하다고 보고 있기도 하다. 무엇보다도 미성년자의 외음부 또는 음부의 실체에 가까운 묘사(Abbildung)는 관람자에게 성적 자극을 주는 묘사일 때 미성년자의 음란표현물이 되어 동조 제4항 3호가 적용된다고 한다.

오스트리아에서도 다른 많은 나라에서와 같이, 형법 제207조a 제3항에서 미성년자(이용)음란물의 단순 소지자를 처벌하고 있다. 모든 소지범죄에 있어서 발생하는 문제와 같이, 여기에서도 행위자의 행동이 아니라 단순한 상태에 관련하여 처벌한다는 것이 문제로 제기되고 있다. 그런 유형의 소지범죄는 그 정당성에 대해서 항상 비판이 제기되고 있다.³⁸⁾

36) 오스트리아 형법 제207조a ⑥ 다음 각 호의 1에 해당하는 자도 처벌하지 않는다.

1. 제1항, 제2항 최소 사례 및 제3항의 사례에서 성숙한 미성년자의 음란물을 스스로 제조, 소지하거나 타인에게 자신이 사용하기 위해 제공, 조달, 양도, 상영 또는 기타 접근을 용이하게 한 자
2. 성숙하지 않은 미성년자의 음란물을 스스로 소지한 자

37) Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, 「StGB」, §207a, Rn. 18, 20.

38) Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, 「StGB」, §207a, Rn. 22f.

IV. 아동·청소년이용음란물 관련 규정의 개선방안

1. ‘성적 학대·착취’를 명시한 입법목적과 개념정의

청소년성보호법이 제정될 당시에 “청소년(이용)음란물”의 개념은 실제 청소년이 등장하는 경우만을 규율하였다. 그것이 앞에서 언급한 바와 같이, 아동대상 성폭력범죄자들이 성폭력범죄를 범하기 전에 아동음란물을 장기간 시청하였거나 소지하였다고 밝혀지면서, 실제 아동·청소년이 등장하는 것뿐만 아니라 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물”까지 포함하게 되었다. 그러나 “아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물”이라는 문구가 다소 모호한 면이 있고, 일선 수사기관에서 자칫 자의적으로 판단하여 처벌범위가 넓어질 수 있다는 우려가 있어, 그 의미를 분명하게 하기 위하여 “명백하게”라는 문구를 추가하여 규정하게 되었다.³⁹⁾

따라서 개정 전에는 아동이나 청소년으로 인식될 수 있으면 설사 성인이 교복을 입고 출연한 음란물이라도 아동·청소년이용음란물로 보아 처벌될 수 있었으나, 개정 후부터는 아동·청소년으로 “명백하게” 인식되어야 하기 때문에 성인으로 인식될 가능성이 있거나 실제로 확인해 본 결과, 성인으로 입증된 경우에는 처벌대상에서 제외하여 범죄의 성립범위를 축소한 것으로 평가되기도 하고,⁴⁰⁾ 비록 재판과정에서 “명백성”의 의미와 “인식될 수 있는지 여부”에 대한 입증의 문제가 쟁점이 되어 논란이 제기될 수 있기는 하지만, 구성요건의 변화로 형사처벌의 범위를 좁힌 결과로 평가된다.⁴¹⁾

물론 “명백하게” 인식될 수 있는지 여부는 불분명한 개념으로 다양한 해석의 여지가 있고, 관찰자의 주관적 판단에 영향을 받을 수 있다는 우려에서 개정전의 조문처럼 구체적으로 규정하는 것이 필요하다는 견해⁴²⁾도 있으나, 대법원이 “명백하게”를 “객관적으로 관찰할 때 외관상 의심의 여지없이 명백하게 아동·청소년으로 인식되는 경우”⁴³⁾로 제한해석하고 있어 현재와 같이 유지해 볼

39) 대법원 2014.09.25. 선고 2014도5750 판결.

40) 박찬걸, “아동·청소년이용음란물소지죄의 해석론 및 입법론에 대한 검토”, 『형사정책』 제25권 제2호, 한국형사정책학회, 2013, 273면.

41) 강은영 외, 앞의 보고서, 278면 이하.

42) 김두상, “아동·청소년이용음란물의 합리적 규제와 피해아동보호에 관한 연구”, 『법학연구』 제27권 제3호, 경상대학교 법학연구소, 2019, 31면.

수도 있을 것으로 본다.

오히려 정의규정은 현행 청소년성보호법의 입법목적과 무관하다고 할 수 없다. 현행 청소년성보호법 제1조에서는 “아동·청소년을 성범죄로부터 보호하고 아동·청소년이 건강한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 함”을 목적으로 하고 있다. 그런데 현행 청소년성보호법상 아동음란물에 대한 정의규정은 아동·청소년음란물에 대한 규제를 통해 보호하고자 하는 법익이 성도덕인지 아니면 아동·청소년의 인격권인지 명확하게 제시하지 못하고 있다. 앞에서 살펴본 독일 형법 제184조b의 규정을 보면, 아동에 대한 ‘성적 남용’을 내용으로 하는 음란물이 아동(이용)음란물임을 명확히 하고 있다.

따라서 청소년성보호법상 아동·청소년이용음란물에 대한 범죄를 처벌하는 중요한 요소가 아동·청소년에 대한 성적 학대 내지 성적 착취로부터 아동·청소년의 보호라는 점이 명확하게 나타날 수 있도록 입법목적과 정의규정에 명시해 주는 것이 필요하다. 그래야 아동·청소년이용음란물을 형법상의 음란물과는 다른 관점에서 규제하는 입법 목적을 달성할 수 있을 것이다. 그런 관점에서 본다면, 앞에서 살펴본 강창일의원의 청소년성보호법 개정법률안에서 제안한 바와 같이, “아동·청소년이용음란물이 ‘성착취·성학대’임을 명확하게 정의”하도록 입법목적과 정의규정을 개정하고, 더불어 이러한 “행위”는 “성착취행위”로, 그리고 “아동·청소년이용음란물”을 “아동·청소년성착취음란물”로 개정하는 것이 필요하다고 생각된다.

2. 아동·청소년이용음란물의 단순소지에 대한 가벌성 재검토

아동·청소년이용음란물 단순소지에 대한 가벌성 판단에는 찬성하는 견해와 반대하는 견해가 팽팽하게 나뉜다.⁴⁴⁾ 먼저 아동·청소년이용음란물 단순소지에 대한 처벌을 반대하는 입장에서는 첫째로 음란물을 단순히 소지하는 것만으로는 청소년성보호법 제1조 목적에서 제시하고 있는 아동·청소년이 건강한 사회구성원으로 성장하는 것을 직접적으로 저해하는 명백한 위험성이 크다고 보기 어렵고, 둘째로 음란물소지자가 아동·청소년에 대한 성범죄를 기도할 가능성이 높을 것이라는 우려가 있지만 그 가능성이 명확하게 드러나고 있지 않음

43) 대법원 2014.09.25. 선고 2014도5750 판결.

44) 그에 대한 구체적인 내용은 강은영 외, 앞의 보고서, 288면 이하 및 302면.

며, 셋째로 아동·청소년이용음란물에 대한 단순소지를 처벌하는 형사정책적 목적이 음란물의 수요억제에 있다면, 제작·배포 등 행위를 처벌하는 것을 통해 그 목적을 달성할 수 있다는 점 등을 논거로 하고 있다.⁴⁵⁾ 비록 아동·청소년이용음란물의 폐해가 크다고 하더라도 직접적인 성범죄 행위가 아니라 단지 예비단계로 볼 수 있는 소지행위를 처벌하는 것은 신중한 접근이 필요하다고 본다.⁴⁶⁾ 또한 일반적으로 소지를 금지하는 물건은 대부분 그 자체 직접적으로 사람의 생명·건강과 관련한 위험성이 있는 것이지만, 아동·청소년이용음란물은 그러한 대상으로 보기 어렵다는 견해도 제기된다.⁴⁷⁾

이에 대하여 아동·청소년이용음란물 단순소지의 경우에도 처벌이 필요하다고 보는 입장에서는 첫째로 아동·청소년이용음란물과 관련된 범죄의 처벌은 아동·청소년의 인격권이라는 보호법익을 위한 것이므로 광범위하게 보호되는 것이 필요하고, 둘째로 아동·청소년이용음란물이 유통됨으로써 아동이나 청소년을 성적 대상으로 하는 범죄에 잠재적으로 노출시킬 수 있는 위험성이 있어 오히려 성인음란물보다 근절시켜야 할 필요성이 높고, 셋째로 이러한 음란물의 제작·유통 등을 근본적으로 근절시키기 위해서는 공급자뿐만 아니라 수요자까지도 정책적으로 처벌할 필요성이 있다는 것을 논거로 하고 있다.⁴⁸⁾ 또한 현행 청소년성보호법은 제11조 제5항에서 “알면서” 소지한 자로 그 처벌대상을 제한하고 있어, 단순소지자를 처벌하는데 특별한 문제가 없다고 본다.⁴⁹⁾

유럽에서 “2003년 아동에 대한 성적 착취 및 아동(이용)음란물에 대한 투쟁을 위한 유럽연합 기준결정”을 채택하면서, 아동·청소년이용음란물의 제작, 유포, 소지 등의 행위를 처벌하는 등 모든 회원국들에게 결의안에 상응하는 법적·제도적 장치를 마련하여 시행하도록 요구하고 있어, 앞에서 살펴본 독일에서도 형법 제184조b 제3항에 따라 소지뿐만 아니라 소지의 시도(기도)를 처벌하고 있다.⁵⁰⁾ 또한 오스트리아에서도 2017년 형법 개정을 통해 형법 제207조a

45) 이건호, 앞의 논문, 14면 이하.

46) 김두상, 앞의 논문, 159면.

47) 송문호, “아청법상 음란물소지죄의 제한적 적용가능성”, 『법학연구』 제22권 제1호, 경상대학교 법학연구소, 2014, 339면.

48) 김슬기, “인터넷상 아동·청소년 이용 음란물 소지의 개념에 관한 검토 - 미국과의 비교를 중심으로 -”, 『과학기술법연구』 제18집 제3호, 한남대학교 과학기법연구소, 2012, 308면 이하.

49) 강은영 외, 앞의 보고서, 302면 이하.

50) 다만, 소지와 관련된 음란물은 “실제” 또는 “실제와 가까운” 상황을 묘사한 것이어야 한

제6항에 처벌배제사유를 넓히고 있지만, 기본적으로 소지행위를 처벌하고 있다.

그러나 아동음란물의 소지와 성폭력범죄 가능성 사이의 충분하게 검증되지 않은 상관관계를 바탕으로 지나치게 넓게 단순소지행위를 처벌하는 것은 인간의 행복추구권, 프라이버시권 그리고 형법의 보충성 내지 최후수단성의 관점에서 과잉입법이라고 할 수 있다. 따라서 아동·청소년이용음란물의 단순소지를 처벌할 필요성이 있는지에 대하여는 다시 검토해볼 필요가 있다.⁵¹⁾

만약 앞에서 언급한 바와 같이, 청소년성보호법의 입법목적과 정의규정에 “아동·청소년이용음란물이 ‘성착취·성학대’임을 명확하게 정의”함으로써 단순소지의 처벌필요성이 형사정책적으로 요구된다고 한다면, 최소한 아동이용음란물의 단순소지와 청소년이용음란물의 단순소지는 나누어 검토해 보는 것이 필요하다. 이 이유는 다음에서 좀 더 구체적으로 살펴보도록 한다.

3. 아동이용음란물과 청소년이용음란물에 대한 가벌성 판단

현행 청소년성보호법 제11조에서는 각 행위태양과 관련하여 아동·청소년을 구분하지 않고 동일한 처벌규정을 두고 있다. 그러나 아동·청소년이용음란물에 대한 규제대상 내지 그 행위태양과 관련하여 동일한 처벌규정을 두고 있는 것이 적절한 것인지는 검토해볼 필요가 있다.

앞에서 살펴본 바와 같이, 독일에서는 아동이용음란물과 청소년이용음란물을 나누어 규정하고 있다. 물론 기본적인 구성요건은 양자가 동일하지만, 독일형법 제184조c 제3항 및 제4항에서 큰 차이가 있다. 먼저 제184조b 제3항에서 아동이용음란물의 경우에 “실제” 또는 “실제와 가까운” 상황을 재현한 음란물을 규제대상으로 하고 있는 것에 반해, 제184조c 제4항에서는 “실제의 상황을 재현”한 청소년이용음란물만을 그 규제대상으로 하고 있다. 또한 제184조c 제4항에서는 “대상자의 동의와 함께 전적으로 개인적으로 사용하기 위해 제작한 청소년이용음란물의 소지에 대한 개인의 행위에 대해서는 처벌하고 있지 않다. 이러한 경향은 오스트리아 형법 제207조a 제5항 및 신설된 제6항에서도 발견할

다. 따라서 가상음란물은 포함되지 않는다. 우리의 경우에도 독일과 같이 규제의 대상이 되는 아동음란물의 범위 등과 관련하여 차별적인 처벌규정을 마련하는 것이 필요하다.

51) 단순소지에 대한 처벌은 범죄와 연관된 경우에 수사를 위한 보조적인 수단에 초점을 두는 것이 타당하고, 1회성의 단순소지는 처벌하지 않거나 벌금형만 규정하는 것이 타당하다는 견해로 김두상, 앞의 논문, 29면.

수 있다.

현실에서 아동을 대상으로 하는 경우와 청소년을 대상으로 하는 경우는 그 가벌성의 정도에 있어서 차이가 있다고 생각된다. 예컨대 성년에 가까운 청소년의 동의에 의한 스스로 소지를 목적으로 하는 음란물의 제작행위와 10세의 어린아동에 대해 동의 없이 음란물을 제작하는 행위의 가벌성을 동일하게 보기는 어려울 것이다. 만약 아동과 청소년을 분리하여 처벌규정을 마련한다면, 오히려 아동에 대한 보호는 더욱 두텁게 할 수 있을 것이다. 반면에 청소년이용음란물에 대한 행위는 다소 탄력적으로 규제함으로써 동규정의 입법목적보다 효율적으로 달성할 수 있을 것으로 생각된다.⁵²⁾

따라서 현행 청소년성보호법 제11조는 아동이용음란물에 대한 규제규정으로 그대로 남겨두고, 청소년이용음란물에 대한 규제규정은 새롭게 마련하는 것을 생각해 볼 필요가 있다.⁵³⁾ 청소년이용음란물에 대한 규제규정을 별도로 마련하게 되면 앞에서 언급한 바와 같이, 아동이용음란물 소지죄와 청소년이용음란물 소지죄를 구별하여 전자는 엄하게 처벌하더라도 후자는 처벌을 하지 않거나 가볍게 처벌하는 등 합리적인 규제방안이 같이 마련될 수 있을 것으로 기대된다.⁵⁴⁾

4. 법정형의 적절성에 대한 검토

앞에서 살펴본 청소년성보호법 개정법률안에서는 한결같이 아동·청소년이용음란물 범죄 법정형의 상향을 제안하고 있다. 그러나 현재의 법정형도 낮은 수준이라고 생각되지는 않는다. 오히려 앞에서 언급한 바와 같이, 아동이용음란물에 대한 규제와 청소년이용음란물에 대한 규제를 구별하여 규정한다면, 그에 따른 법정형의 적절성에 대하여도 검토해 볼 수 있을 것이다.

사실 현행 청소년성보호법 제11조에서 아동이용음란물과 청소년이용음란물에 대한 구별 없이 동일하게 그리고 비교적 중하게 처벌하고 있는 것에 대하여는 많은 비판이 제기되고 있다. 또한 그 실효성에 대해서도 의심받고 있다.⁵⁵⁾

물론 앞에서 언급한 바와 같이, 아동·청소년을 성적 학대 내지 성적 착취로

52) 송문호, “아청법 제2조 제5항에서 아동·청소년의 의미”, 『형사법연구』 제25권 제3호, 한국형사법학회, 2013, 242면.

53) 같은 견해로 안경옥, 앞의 논문, 163면; 김두상, 앞의 논문, 32면.

54) 강은영 외, 앞의 보고서, 307면.

55) 그에 대한 구체적인 내용은 강은영 외, 앞의 보고서, 294면 이하 및 307면 이하.

부터 보호한다는 입법목적을 명시적으로 규정한다면, 이와 같은 범죄를 무겁게 처벌하는 것이 필요할 수 있다. 또한 작량감경에 의한 집행유예가 불가능하게 하기 위해서 현재의 법정형 정도는 적절하다고 볼 수도 있다. 그러나 구체적인 사실관계에 따른 불법성의 차등이 법정형 단계에 반영되지 않은 것은 문제로 지적하지 않을 수 없다.⁵⁶⁾

따라서 아동이용음란물과 청소년이용음란물에 대한 규제규정을 구별하여 마련하는 것이 필요한 것과 맞물려 그에 대한 법정형도 각 행위의 불법성을 고려하여 차별화하는 것이 바람직할 것으로 생각된다. 법정형의 차별화에 대한 고려 대상으로 예컨대 앞에서 살펴본 오스트리아의 입법태도와 같이, 성숙한 청소년이 출연한 음란물의 소지에 대한 처벌이 포함될 수 있을 것이다.⁵⁷⁾

5. 몰수·추징의 특칙규정 마련

아동·청소년이용음란물 범죄에 대한 법정형을 높이는 것보다 오히려 아동·청소년이용음란물의 제작 및 유포 과정에서 벌어들인 범죄수익에 대하여 몰수·추징하는 규정을 강화하여 음란물의 제작·유포행위를 적극적으로 근절하려는 노력이 더 필요한 것이 아닌가 생각된다.

대표적으로 이번 다크웹 사건과 같은 아동·청소년이용음란물 유포자의 경우도 음란물 유포행위를 통해 경제적 이득의 획득에 그 목적이 있었음을 짐작할 수 있다. 처벌을 받더라도 유포행위를 통해 벌어들이는 수익이 크다고 한다면, 이들에게서 범죄억제력을 기대하기는 어려울 것이다. 따라서 범죄수익을 최대한 몰수·추징하는 방안을 고민해 보아야 한다.

물론 2012년 개정을 통해 ‘범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률(이하에서 ‘범죄수익은닉규제법’이라 한다)’ 제2조(정의) 제1호에서 몰수의 대상이 되는 별표에 규정된 중대범죄에 “24. ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제74조 제1항 제2호’⁵⁸⁾가 포함되었고, 2019년 동법 개정을 통해 별

56) 독일의 경우에도 형법 제184조b 제1항의 아동음란물에 대한 처벌에 있어 자유형만을 규정하고 있지만, 제184조c 제1항의 청소년음란물에 대해서는 자유형과 함께 벌금형도 규정하고 있다.

57) 강은영 외, 앞의 보고서, 308면.

58) 정보통신망법 제74조 제1항 “2. 제44조의7제1항제1호를 위반하여 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시한 자”

표에 규정된 중대범죄에 “31. 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제11조”가 포함되어 아동·청소년이용음란물 범죄의 수익을 몰수할 수 있는 근거규정이 마련되었다.

이처럼 범죄수익은닉규제법을 통해 아동이용음란물 관련 범죄의 수익도 몰수의 대상이 되겠지만, 보다 강하게 규제하기 위해서는 청소년성보호법에 관련 규정을 마련함으로써 아동·청소년이용음란물의 제작, 유포 등의 행위를 통해 획득하는 경제적 이익이 전무하도록 하는 것이 필요하다. 또한 이러한 방안이 법정형의 강화보다 범죄예방 효과를 더욱 증대시킬 수 있을 것으로 기대된다. 따라서 동법에 관련 특칙규정을 마련하는 것을 검토해볼 필요가 있다.

V. 맺음말

최근 발생한 세계 최대의 아동음란물 웹사이트 ‘웰컴투비디오’파문으로 아동·청소년이용음란물 범죄에 대한 국민적 관심이 높아졌다. 그러나 이와 관련된 상황이 개선되지 않는다면, 앞으로 이러한 범죄가 근절될 것을 기대하기는 어려울 것이다.

물론 앞에서 살펴본 바와 같이, 관련 범죄의 처벌 수위를 높여 엄벌하는 것도 하나의 방안이 될 수 있을 것이다. 그러나 그 보다는 각 범죄의 죄질을 차등적으로 평가하여 엄벌이 필요한 부분에서는 엄벌을 하고, 그렇지 않은 부분에서는 합리적으로 처벌하는 등 형사정책적 관점에서 선택과 집중이 필요하다.

그런 점에서 아동·청소년이용음란물은 성도덕에 관한 문제가 아니라 아동·청소년에 대한 성적 학대 내지 성적 착취의 문제라는 점을 청소년성보호법의 입법목적과 정의규정에 명확하게 밝히는 것이 필요하다.

또한 아동이용음란물의 소지와 청소년이용음란물의 소지는 그 처벌에 있어서 분리하여 규정함으로써 아동에 대한 보호는 좀 더 두텁게 하고, 청소년에 대해서는 합리적으로 대처하는 방안을 마련할 필요가 있다.

아동·청소년이용음란물의 유포자들의 목적은 경제적 이익의 취득에 있다는 점에서 범죄수익에 대하여 철저히 몰수할 수 있는 방안을 마련하는 것이 법정형을 상향하는 것보다 형사정책적으로 더 의미가 있을 것으로 생각된다. 특히 이번 다크웹 사안을 통해서도 알 수 있듯이 범죄수익의 은닉을 위해 비트코

인 등 가상화폐를 사용하는 경우가 많이 발생할 것으로 보여, 이에 대한 대책을 마련하는 것 또한 시급한 문제라고 생각된다.

투고일 : 2019.11.30. / 심사완료일 : 2019.12.12. / 게재확정일 : 2019.12.16.

[참고문헌]

- 강은영/김혜정/황태정, 「아동·청소년 이용 음란물에 대한 국민인식과 효과적인 규제방안 연구」, 연구총서 16-AA-09, 한국형사정책연구원, 2016.
- 김두상, “아동청소년이용음란물의 합리적 규제와 피해아동보호에 관한 연구”, 「법학연구」 제27권 제3호, 경상대학교 법학연구소, 2019.
- 김성규, “아동·청소년이용음란물의 개념적 한정성 - 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제2조의 문제점 -”, 「형사정책」 제25권 제1호, 한국형사정책학회, 2013.
- _____, “아동·청소년이용음란물의 단순소지자에 대한 규제의 현상과 방향성”, 「미국헌법연구」 제24권 제1호, 미국헌법학회, 2013.
- 김슬기, “인터넷상 아동·청소년 이용 음란물 소지의 개념에 관한 검토 - 미국과의 비교를 중심으로 -”, 「과학기술법연구」 제18집 제3호, 한남대학교 과학기법연구소, 2012.
- 박찬걸, “아동·청소년이용음란물소지죄의 해석론 및 입법론에 대한 검토”, 「형사정책」 제25권 제2호, 한국형사정책학회, 2013.
- 박희영, “인터넷상에서 ‘유포’개념”, 「최신독일판례연구」, (주)로앤비, 2010.
- _____, “인터넷에서 아동포르노를 컴퓨터모니터에 불러온 경우의 가벌성”, 「최신독일판례연구」, (주)로앤비, 2010.
- 송문호, “아청법 제2조 제5항에서 아동·청소년의 의미”, 「형사법연구」 제25권 제3호, 한국형사법학회, 2013.
- _____, “아청법상 음란물소지죄의 제한적 적용가능성”, 「법학연구」 제22권 제1호, 경상대학교 법학연구소, 2014.
- 안경옥, “독일 아동·청소년 이용 음란물 규정 및 처벌범위에 대한 비교법적 검토”, 「법학논총」 제31집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2014.
- 이건호, “아동·청소년이용음란물의 범죄구성요건에 대한 검토”, 「형사정책연구」 제26권 제1호, 한국형사정책연구원, 2015.
- 최준혁, “아동·청소년이용음란물의 ‘제작’의 해석”, 「형사법의 신동향」 통권 제50호, 대검찰청, 2016.
- Fischer, 「StGB」, 63. Auflage, C.H.Beck, 2016.
- Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, 「StGB」, 14. Lfg, LexisNexis ARD ORAC, 2006.
- Krings, “Neuer Maßstab im Kampf gegen Kinder- und Jugendpornografie”, 「ZRP」, C.H.Beck, 2014.

[국문초록]

아동·청소년이용음란물 관련 규정의 문제점과 개선방안

김혜정*

최근 한국남성이 다크웹에 아동음란물 사이트를 개설해 운영한 행위로 1년 6월의 실형을 선고받은 내용이 언론을 통해 알려지면서, 아동음란물 범죄에 대한 처벌이 미흡하다는 국민의 비판적인 목소리가 높다. 이러한 법원의 판결에 대하여 솜방망이 처벌이라는 지적과 함께 아동이용음란물 범죄가 심각한 범죄라는 것을 인식할 수 있도록 관련 법률을 개정하려는 움직임이 나타나고 있다.

현행 청소년성보호법 제11조에 아동·청소년이용음란물을 제작·수입·수출한 자, 영리를 목적으로 이러한 음란물을 판매·대여·배포·제공하거나 이를 목적으로 소지·운반하거나 공연히 전시·상영한 자, 아동·청소년이용음란물을 제작할 것이라는 정황을 알면서 아동·청소년을 아동·청소년이용음란물의 제작자에게 알선한 자, 아동·청소년이용음란물임을 알면서 이를 소지한 자에 대한 처벌규정을 두고 있다.

그런데 현행 청소년성보호법상 아동음란물에 대한 정의규정은 아동·청소년음란물에 대한 규제를 통해 보호하고자 하는 법익이 성도덕인지 아동·청소년의 인격권인지 명확하게 제시하지 못하는 아쉬움이 있다. 따라서 동법의 목적 및 정의규정에 아동에 대한 성적 학대로부터의 보호가 핵심요소라는 점을 명확하게 규정할 필요가 있다. 그와 관련하여 단순 소지죄의 처벌에 대해서는 재검토가 필요하다. 또한 아동대상의 경우와 청소년대상의 경우는 가별성에 차이가 있다고 보여, 아동과 청소년을 분리하여 처벌규정을 두는 것을 검토해 볼 필요가 있다. 아동·청소년이용음란물 범죄에 대한 법정형을 높이는 것보다 아동·청소년이용음란물 제작·유포 과정에서 벌어들인 범죄수익을 몰수·추징하는 규정을 강화하여 음란물의 제작·유포행위를 적극적으로 근절하려는 노력이 필요하다.

주제어 : 아동·청소년이용음란물, 아동성학대, 가상음란물, 아동음란물 단순소지, 범죄수익몰수

* 영남대학교 법학전문대학원 교수.

[Abstract]

Regulation and Improvement of Pornography Using Children and Youth*

Kim, Hye-Jeong**

Recently, a Korean man was sentenced to one and a half years in prison for opening and operating a child pornography site on the Dark Web. Because of this, the public is critical of the lack of punishment for a crime of pornography using children and youth. There is a movement to reform the law to recognize that child pornography crimes are serious crimes.

Article 11 of ‘Act on the Protection of Children and Youth against Sex Offenses’ provides for penalties for: those who produced, imported and exported pornography for pornography using children and youth, those who have sold, rented, distributed or provided such pornographic material for profit, possessed, carried or exhibited or screened for the purpose, knowing the circumstances in which pornography using children and youth will be produced, who have recruited children and youth to producers of pornography using children and youth, those who know that it is pornography for pornography using children and youth.

The definition of child pornography under the current laws does not clearly indicate whether the legal interests intended to be protected through regulation on child pornography are sexual morality or the rights of children and youth. It is therefore necessary to clarify that the purpose of the law is the protection of sexual abuse against children. In this regard, the penalties for simple possession charges need to be reviewed. It can be different in their punishment between child pornography crimes and youth pornography crimes.

* This paper is an excerpt from a part of the report of the KIC in 2016 and amended and supplemented.

** Professor, Yeungnam University Law School.

Therefore, it is necessary to consider separation penalties from child pornography and youth pornography. There is a need to strengthen regulations on confiscation of crimes earned in the production and distribution of child pornography.

Key words : pornography using children and youth, child sexual abuse, virtual pornography, possession of child pornography, confiscation of crime earning