

# 아동포르노그래피 소지죄 처벌에 관한 검토

- 일본법과의 비교를 중심으로 -

A Review on the Punishment of Child Pornography  
Possession Crime in Korea

- Focusing on the comparison with Japanese law -

김 잔 디\*

## 차 례

- |                                |                  |
|--------------------------------|------------------|
| I. 머리말                         | IV. 문제 해결을 위한 제안 |
| II. 아동포르노그래피의 실태 및 범죄와의 관련성    | V. 맺음말           |
| III. 아동포르노그래피 소지죄에 관한 한·일 비교검토 |                  |

## • 국문요약 •

아동 대상 범죄에 대한 엄벌화 경향은 세계적으로 공통된 현상이라고 할 수 있다. 아동은 신체적, 정신적으로 성장과정 중에 있고 아동시기의 경험은 인격형성에 있어서도 커다란 영향을 미치며 아동포르노 등으로 인한 정신적 충격과 피해는 정상적인 발달에 지장을 초래하므로 아동에 대한 보호는 개인적, 사회적으로 중요한 의미를 갖는다. 이러한 관점에서부터 우리나라에서도 아청법이 제정되었고 동 법에서는 아동포르노 소지죄에 대해 규정하고 있다.

사이버공간에서 배포된 아동포르노 파일을 모두 삭제하는 것은 현실적으로 거의 불가능하기 때문

에 그 피해는 영구적이라고 할 수 있으므로 적극적으로 대처할 필요가 있다. 또한 아동포르노에 대한 엄격한 처벌은 직접적인 피해자의 보호 뿐 아니라 장래에 발생할 수 있는 아동에 대한 성폭력을 예방하기 위해 도움이 된다고 지적되고 있다. 하지만 아동포르노 시청과 성범죄의 관련성은 아직 명확히 검증되지 않아 이러한 처벌은 다소 과도한 측면이 있다고 생각된다. 그리고 이러한 처벌에 의해 오히려 부작용이 더 크게 발생될 수 있기 때문에 충분한 검토와 처벌에 대한 신중한 태도가 요구되며, 아동포르노 소지죄의 구성요건 및 형사책임에 대한 재검토가 필요하다.

◆ 주제어: 아동포르노, 아동포르노 소지죄, 아청법, 아동포르노 규제법

\* 오사카대학교 고등사법연구과 초빙연구원

## I. 머리말

신체적, 정신적 성장과정 중에 있는 아동 시기의 경험은 인격형성에 커다란 영향을 미친다. 특히 성적 행위로 인한 신체적·정신적 충격은 아동의 정상적 발달에 지장을 초래하며 그 피해가 성인보다 장기화 되는 경향이 있다. 일단 사이버공간에서 배포된 포르노 파일은 전파되는 속도가 매우 빠르고 컨트롤하기가 어려우므로 이에 대한 대처의 필요성이 더욱 강조된다.

선행연구에 의하면 아동포르노에 대한 처벌은 직접적인 피해를 입은 아동의 보호 뿐 아니라 장래에 발생할 수 있는 아동에 대한 성범죄를 예방하기 위해서도 도움이 된다고 한다. 이러한 처벌 목적은 최근 우리나라에서도 다수의 학자에 의해 강조되고 있고<sup>1)</sup>, 실제로 아동을 성폭행한 범죄자의 컴퓨터에서 아동음란물이 발견되어 이 사실에 대한 신빙성이 높아지게 되었다. 아동포르노의 제작과 확산을 저지하기 위한 적극적인 대처가 요구되는 한편 단순히 아동포르노를 소지한 경우까지 처벌할 필요성이 있는지 그리고 이러한 제재의 실효성에 대해 의문이 생긴다. 형벌을 통한 법익보호는 타 법률에 의한 보호수단이 끝난 후에 최후의 수단으로만 발동되어야 하기 때문이다<sup>2)</sup>.

1) 이건호, “아동 포르노그래피의 폐해와 형사법적 규제”, 한림법학 FORUM 제14권, 한림대학교 법학연구소, 2004, 191-192쪽; 윤정숙, 아동음란물과 성범죄의 상관관계 연구, 법무부, 2012, 75-80쪽; 김용화, “아동 포르노 근절에 관한 연구”, 영남법학 제31호, 영남대학교 법학연구소, 2010, 403-405쪽; 이원상, “아동포르노그래피 처벌 목적에 따른 관련 규정 개선방안”, 비교형사법연구 제16권 제2호, 한국비교형사법학회, 2014, 76쪽.

2) 손동권·김재윤, 새로운 형법총론, 율곡출판사, 2011, 9-11쪽.

이하에서는 아동포르노 소지죄 처벌의 당부 및 적정성에 대해 평가하기 위하여 여러 나라의 법률과 제도를 비교하기 보다는 우리나라와 유사한 법률체제를 가지고 있으며, 동일한 문제에 직면하고 있는 일본의 법률, 제도 등에 대해 비교·검토하겠다.

## II. 아동포르노그래피의 실태 및 범죄와의 관련성

우리나라에서 아동포르노를 소지한 자에 대한 처벌의 필요성이 제기 된 것은 오래되지 않았으며<sup>3)</sup> 최근에 이르러 아동포르노 시청과 아동 대상 성범죄와의 관련성이 제기되게 되었다. 그리고 이러한 연구결과를 토대로 단순히 아동포르노를 소지한 경우에도 범죄 발생의 잠재적 위험성이 있다고 하여 우리나라에서도 아동포르노그래피 소지죄가 제정되었고, 그 후 개정을 통해 현재와 같은 처벌규정을 갖추게 되었다<sup>4)</sup>.

### 1. 아동 성폭력 범죄의 현황

과거 10년간 아동 대상 성범죄<sup>5)</sup>의 발생 추이를 살펴보면 일관되게 증가 혹은 감소하고 있지 않지만 2011년 이후는 조금씩 증가하는 경향을 보

3) 이원상, 앞의 논문(각주 1), 88쪽.

4) 아동포르노그래피 소지에 대해 개정 전에는 2천 만원 이하의 벌금형이 규정되어 있었으나 2012년 12월 18일 개정으로 '1년 이하의 징역'이 추가되게 되었다.

5) 아동대상 성폭력범죄의 유형으로는 강간/간음, 강제추행, 강간, 강간 등 살인/치사/상해/치상, 특수강도강간, 카메라 등 이용촬영, 성적목적의 장소침입, 통신매체 이용음란, 공중밀집장소 추행이며, 강제추행이 가장 높은 비율을 차지하고 있고, 그 다음은 강간/간음, 카메라 등 이용촬영 등의 순이다.(대검찰청, 2016 범죄백서, 2016, 84쪽).

이고 있으며 10년 동안 약 35%가 증가하였다. 13세-20세를 대상으로 한 성폭력 범죄 발생 건수는 지속적으로 증가하여 10년간 약 115%가 증가하였다. 국가주요지표 홈페이지에 공개된 주민등록 연령별 인구 통계에 의하면 20세 미만인 자의 비율은 2008년 24.45%<sup>6)</sup>, 2015년에는 20.55%<sup>7)</sup>로 계속하여 감소하고 있는 추세이다<sup>8)</sup>. 20세 미만인 자의 인구수가 감소하고 있음에도 불구하고 아동·청소년을 대상으로 한 성폭력 발생건수가 증가하고 있는 것은 간과해서는 안 되는 현상이라고 사료되며 이러한 현상에 대처하기 위한 아동 대상 범죄의 엄벌화는 불가피하다고 하지 않을 수 없다.

〈표 1〉 우리나라의 아동 대상 성폭력 범죄 발생건수 추이<sup>9)</sup>

연도	발생건수			증가율	
	13세 미만	13세-20세	합계	13세 미만	13세-20세
2006	946	3607	4553	-	-
2007	1055	3790	4845	11.5	5.1
2008	1208	4522	5730	27.7	25.4
2009	1007	5200	6207	6.4	44.2
2010	1180	6218	7398	24.7	72.4
2011	1057	6883	7940	11.7	90.8
2012	1127	7834	8961	19.1	117.2
2013	1172	8719	9891	23.9	141.7
2014	1208	8322	9530	27.7	130.7
2015	1272	7753	9025	34.5	114.9

6) 2008년 전체 인구는 49,297,732명, 9세 미만 5,251,032명, 10세-19세 6,802,533명이었다.

7) 2015년 전체 인구는 51,342,881명, 9세 미만 4,587,034명, 10세-19세 5,963,736명이었다.

8) <http://rcps.egov.go.kr:8081/ageStat.do?command=month>(2017. 5. 8 검색).

9) 대검찰청, 2016 범죄백서, 2016, 82-83쪽.

## 2. 아동포르노그래피에 대한 경찰의 대응

사이버 범죄 중 가장 높은 비율을 차지하고 있는 유형은 인터넷사기, 불법복제(프로그램, 음란물 포함), 불법 사이트 운영(음란물 사이트, 도박 사이트 포함) 순이었다. <표 2>에서 눈에 띄는 것은 2009년 불법사이트 운영이 크게 늘어난 것인데, 이는 기존 사행성 게임장 단속을 피해 도박 사이트 개설이 증가하여 이에 인터넷 사기·도박에 대해 기획수사를 실시하는 등 단속을 강화한 결과<sup>10)</sup>라고 파악된다. 경찰은 2013년에 인터넷상 음란물 유포행위에 대해 집중 단속을 전개하여 7647건(8106명, 그 중 구속 24명)을 검거하였는데 이중 아동음란물이 차지하고 있는 비율은 약 30%라고 밝혔다<sup>11)</sup>.

<표 2> 우리나라의 일부 사이버 범죄 발생·검거 현황<sup>12)</sup>

유형		연도	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
		발생	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
불법사이트 운영	발생	6798	5229	7723	29589	8306	6908	3753	3051	
	검거	7322	5505	8056	31101	8611	6678	3551	2953	
불법복제 판매	발생	2313	8866	33537	36768	18818	17161	16588	16935	
	검거	2284	8167	32084	34575	17885	15087	15111	13567	

10) 경찰청, 2010 경찰백서, 2010, 122쪽.

11) 경찰청, 2014 경찰백서, 2014, 165쪽.

12) 경찰청, 2010 경찰백서, 2010, 121쪽; 경찰청, 2011 경찰백서, 2011, 149쪽; 경찰청, 2012 경찰백서, 2012, 100쪽; 경찰청, 2013 경찰백서, 2013, 121쪽; 경찰청, 2014 경찰백서, 2014, 133쪽; 경찰청, 2015 경찰백서, 2015, 142쪽.

이상의 자료를 통해 아동포르노그래피와 아동 성범죄와의 상관관계를 밝히기에는 무리가 있으며, 상관관계를 밝히기 위해서는 전체적인 범죄 동향을 조사하는 것보다는 아동성범죄자 및 아동포르노소지자를 대상으로 한 인터뷰 조사가 보다 효율적인 방법이라 사료된다.

<표 3>은 2008년부터 2015년까지 일본에서 아동포르노금지법 위반으로 적발된 건수를 나타낸 것이다. 동법 위반의 건수만으로 아동포르노소지죄의 발생추이를 파악하기는 어려우며 동죄는 2014년 신설되었으므로 시행 전의 동법 위반 건수에는 아동포르노소지죄가 포함되지 않았기 때문에 <표 3>을 통하여 아동포르노소지죄의 발생건수를 파악하는 것은 곤란하다. 하지만 아동포르노금지법 위반 즉 아동포르노와 관련된 범죄가 대체적으로 증가하는 추세라는 것을 확인할 수 있다.

<표 3> 일본 아동포르노금지법 위반 건수<sup>13)</sup>

연도	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
건수	1549	1881	2090	2069	2205	2331	2386	2562

<표 4>는 일본의 네트워크 이용 범죄 발생 통계 중 아동포르노와 관련된 부분을 추출하여 편집한 것이다. 2008년과 2015년을 비교해 보았을 때 네트워크 이용 범죄의 총 발생건수는 약72.7%(1.7배), 아동포르노금지법 위반 건수는 147.2%(2.5배) 증가하여 네트워크 이용 범죄 중에서도 아동포르노금지법 위반 건수가 현저히 증가한 것을 확인할 수 있다. 아동포르노 관련 범죄는 7년간 409.8%(5배) 증가하였다.

13) 法務省法務総合研究所, 平成21年~平成28年犯罪白書.

〈표 4〉 일본의 네트워크이용범죄 건수<sup>14)</sup>

연 도	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
총 수	4334	3961	5199	5388	6613	6655	7349	7483
아동포르노 금지법 위반 (아동포르노)	761 (254)	923 (507)	1193 (783)	1327 (883)	1520 (1085)	1616 (1124)	1741 (1248)	1881 (1295)

### 3. 아동포르노그래피와 아동 대상 성범죄와의 상관관계

최근 발생한 아동 성범죄 사건의 수사과정에서 범죄자의 컴퓨터에 아동 포르노가 저장되어 있었고, 범행을 저지르기 전 혹은 범행을 저지른 후에 아동포르노를 시청하였다는 사실이 밝혀졌다<sup>15)</sup>. 하지만 아동포르노와 범죄와의 관련성에 대해 자체적으로 검증한 사례가 많지 않고, 대부분 선행 연구를 인용하는 방법으로 양자의 상관관계에 대해 논하고 있을 뿐이다. 그 중에서 양자의 관련성을 밝히기 위해 자체적으로 시행된 연구로는 법무 인권국 여성아동정책팀이 한국형사정책연구원에 의뢰하여 성인 성범죄자 288명(13세 미만 대상 성범죄자 87명 포함)과 일반인 170명을 대상으로 조사한 ‘아동음란물과 성범죄의 상관관계 연구’를 들 수 있다. 동 연구에 의하면 ①아동 성범죄자의 약 16.1%(일반 성범죄자보다 2배 이상 높음)가 성범죄 직전에 아동포르노 시청한 경험이 있고, ②아동 성범죄자의

14) 네트워크이용범죄의 유형으로는 사기, 협박, 음란물발포, 아동포르노금지법위반, 만남사이트규제법위반, 청소년보호육성조례위반, 상표법위반, 저작권법위반 등이 있다.

15) 김은관, “아동음란물 규제의 적법성 고찰”, 아주법학 제6권 제2호, 아주대학교 법학연구소, 2012, 336-338쪽.

약 13.7%(일반 성범죄자보다 약 2.7배 높음)가 범행 직전에 아동포르노를 2회 이상 시청하였으며, ③아동 성범죄자는 아동포르노의 시청을 위하여 P2P, 웹하드, 유료성인사이트, PC방, 스마트폰 앱 등의 매체를 이용하는 비율이 일반 성범죄자보다 1.5~2배 정도 높은 것으로 나타났다<sup>16)</sup>.

외국의 조사 결과에 의하면 아동 학대자 150명 중 90%가 아동포르노를 통하여 아동성범죄에 대한 환상을 경험하였고, 아동성범죄자들은 일반인에 비해 아동포르노를 보는 경향이 높았으며, 아동성범죄자의 1/3이 아동성범죄 직전에 아동포르노를 시청한 것으로 밝혀졌다<sup>17)</sup>. 또한 아동포르노그래피는 주로 아동을 성적으로 학대하는 자들이 자신에게 성적흥분이나 환상을 일으키기 위해 또는 강화시키기 위해 이용하는 매체이며, 다른 음란물과 달리 이윤을 목적으로 제작되거나 유통되기보다는 소아에 도착자(pedophile)에 의하여 주로 이용된다고 한다<sup>18)</sup>. 이처럼 아동포르노와 아동대상 성범죄의 관계는 어느 정도는 관련이 있다고 할 수 있으며 이러한 관점에서 형사정책연구원의 연구는 시사하는 바가 크다고 할 수 있다. 하지만 동 연구는 약 450명을 대상으로 수행되었으므로 동 연구의 결과만을 가지고 양자의 상관관계에 대해 단정 짓기는 어렵다. 외국의 연구 결과도 양자의 관계를 밝히는데 참고가 되지만 아동포르노 자체에 대한 문화적·사회적 차이가 있으므로 결과를 그대로 수용하는 것은 바람직하지 못하다. 아동성범죄 증가의 원인을 규명하고 적절한 대처를 강구해야 하지만 아동포르노와 아동성범죄의 직접적인 연관성을 명확히 입증하지 못한 현 시점

16) 윤정숙, 앞의 보고서, 73-76쪽.

17) 박기범, “아동성범죄와 인터넷상의 아동포르노그래피”, 형사정책연구 제18권 제1호, 한국형사정책연구원, 2007, 162-164쪽.

18) 박강우, “아동 포르노그래피의 형법적 규제-국제적 동향과 현행법의 개선방안-”, 형사정책 제26권 제1호, 한국형사정책학회, 2014, 161-162쪽.

에서 이와 같은 근거만을 토대로 아동포르노 단순소지죄에 대한 적극적인 처벌을 강조하는 것은 바람직하지 못하며 제한적인 해석이 요구된다.

### Ⅲ. 아동포르노그래피 소지죄에 관한 한·일 비교검토

#### 1. 우리나라의 아동포르노그래피 소지죄

##### 1) 입법배경

2000년 2월 3일에 제정된 「청소년의 성보호에 관한 법률」은 성매매와 성폭행으로부터 청소년의 보호, 청소년을 이용한 포르노의 제작·배포로부터 청소년의 구제를 위해 제정되었고, 2007년 8월 3일에는 동법의 개정을 통해 청소년 이용 음란물 소지에 대한 처벌규정을 신설하였다. 2000년 초반부터 아동·청소년의 성보호를 위하여 관련 범죄의 성립범위를 확대하고 처벌을 강화하는 움직임이 계속 되었음에도 불구하고 안양 초등학교 납치·사망사건(2007년), 조두순 사건(2008년) 등 아동을 대상으로 한 잔혹한 사건이 연달아 발생하자 아동에 대한 악영향과 행위의 잔혹성 등에 비추어 처벌이 너무 가볍다는 국민들의 비난의 목소리가 높아졌다. 이에 보다 강력한 처벌을 위하여 「청소년의 성보호에 관한 법률」을 「아동·청소년의 성 보호에 관한 법률(이하 ‘아청법’으로 표기)」으로 변경하고, 아동 역시 보호대상임을 명확히 하였다<sup>19)</sup>.

19) 이훈재, “아동음란물소지죄에 관한 형사정책 및 형법상의 문제점, 형사정책연구 제25권 제4호, 한국형사정책연구원, 2014, 124쪽.

## 2) 아동포르노그래피의 정의 및 소지죄의 성립요건

1996년 스톡홀름 아동에 대한 상업적 성 착취 방지에 대한 세계회의(The stockholm world congress against the commercial sexual exploitation of children)에서 국제기구를 통한 최초의 아동포르노그래피 개념 정의가 이루어졌다. 당해 회의에서는 아동포르노그래피를 “성행위와 관련된 상황에서 어린이를 이용한 시각적·청각적 매체”로 정의하였다. 즉 아동이 명확히 성행위를 하고 있는 것을 시각적으로 묘사하는 행위 및 의도적으로 이용자의 성적인 만족을 시키기 위하여 성기를 노출시키는 행위, 그리고 이러한 것들의 제작, 배포 및 이용하는 것을 포함한다고 하였다<sup>20)</sup>. 아동법에서는 아동·청소년 이용 음란물을 아동·청소년 또는 아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여 성교 행위, 유사 성교 행위 등을 하거나 그 밖의 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 것으로서 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터나 그 밖의 통신매체를 통한 화상·영상 등의 형태로 된 것이라고 정의하고 있다<sup>21)</sup>.

아동법 제11조 제5항에서는 “아동·청소년 이용 음란물임을 알면서 이를 소지한 자는 1년 이하의 징역 또는 2천 만원 이하의 벌금에 처한다”고 규정되어 있다. 즉 동죄가 성립하기 위해서는 ①아동·청소년 이용 음란물

20) Carlos A. Amald, *Child Abuse on the Internet:Ending the Silence*, UNESCO Publishing, 2001, p39.

21) 하지만 아동포르노 소지죄를 적용함에 있어 불명확한 부분이 적지 않다. 예를 들어 만화·애니메이션의 경우 및 성인이 아동·청소년의 역할로 등장하는 경우 아동음란물의 범위에 포함되는가, 음란성의 판단기준은 무엇인가 등을 들 수 있다. 특히 음란성의 판단은 용이하지 않는데 우리 판례는 음란성이란 사람의 성욕을 자극시키거나 흥분시키는 것으로 보통의 성적수치심을 해하고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것이고(대법원 2002. 8. 23. 선고 2002도2889), 그 판단은 행위자의 주관적 의도 등에 관계없이 객관적으로 판단해야 한다고 하였다(대법원 2003. 5. 16. 선고 2003도988 판결).

임에 대한 인식, ②동 음란물의 소지를 요건으로 한다<sup>22)</sup>. ①의 요건은 해당 포르노가 아동·청소년을 이용한 포르노라는 것을 인식하지 아니한 채 소지한 자를 처벌하지 아니하기 위함이며, 이러한 요건으로 인하여 동죄의 처벌범위를 제한하는 효과가 있다. 동죄의 성립 여부에 대해 검토함에 있어 ‘소지(②의 요건)’의 해석이 상당히 중요하다. 판례에 의하면 ‘소지’란 물건의 보관에 관하여 실력지배관계를 갖는 것을 말하며, 몸 또는 몸 가까이 소지하는 것뿐만 아니라 자신의 실력지배관계가 미치는 장소에 보관하는 경우도 포함되며<sup>23)</sup>, 경찰청 단속기준에서도 대상을 몸이나 몸 가까이 또는 자신이 관리하는 장소에 보관하는 경우<sup>24)</sup>라고 규정하여 대법원의 판단을 반영하였다<sup>25)</sup>. ‘자신이 관리하는 장소’에서 ‘장소’라 함은 현실에서 공간을 차지하고 있는 장소뿐만 아니라 인터넷상의 공간을 포함하는 의미로 해석해야 한다. 따라서 자신의 집이나 사무실 등의 컴퓨터, 이동식 하드디스크, USB 메모리, CD, DVD는 물론 인터넷 홈페이지, 카페, SNS 등에 포르노를 저장하는 경우 소지에 해당된다. 후자의 경우 인터넷을 사용할 수 있는 환경에서는 언제라도 시청할 수 있기 때문에 실력지배관계가 미치는 장소라고 평가되기 때문이다. 또한 본 규정에 따르면 아동음란물임을 알면서 소지한 경우에 동죄가 성립된다고 하고 있는데 아동음란물임을 인식하였지만 과실로 소지한 경우의 처벌여부가 문제된다. 처벌규정

22) 동죄의 성립요건에 대해 논하기 위해서는 아청법상의 아동·청소년이용음란물의 개념 및 범위를 확정할 필요가 있다. 하지만 본고에서는 이 부분에 대한 검토는 다음의 과제로 남겨두고 동죄의 성립요건 중 소지의 의미에 대해 심도 있는 검토를 하고자 한다.

23) 대법원 1999. 8. 20. 선고 98도1304 판결.

24) 경찰청 브리핑, “아동음란물 단속 관련 설명자료”, 2012, 3-5쪽.

25) 동죄에 있어서 소지의 개념을 보다 넓게 인정하는 견해는 이원상, “아동포르노그래피 소지죄에 대한 온라인서비스제공자의 형사책임에 관한 연구” 안암법학 제35권 제0호, 안암법학회, 2011, 124-126쪽.

의 취지에 비추어 보아 소지에 대한 고의가 결여된 경우에 동죄는 성립하지 않는다고 해석해야 함이 타당하다<sup>26)</sup>.

### 3) 아동포르노그래피 소지죄의 보호범의

아동포르노와 관련된 행위를 처벌하는 목적은 우선 ①아동에 대한 성적 착취나 남용을 방지하기 위함이라고 할 수 있다. 즉 아동포르노의 소비자의 존재로 인하여 아동포르노가 계속하여 제작되고 있고, 그로 인해 아동이 성적착취의 대상이 되는 것을 방지하기 위한 것이다<sup>27)</sup>. 그리고 최근 강조되는 목적으로는 ②아동포르노의 대상이 된 아동이 아닌 다른 아동의 보호를 들 수 있다. ①의 목적을 달성하기 위한 아동포르노 소지자의 처벌은 아동포르노의 제작자·배포자에 대한 방조범 등의 성격을 갖게 되고, ②의 목적을 달성하기 위한 아동포르노의 소지자는 아동 성범죄의 예비 혹은 음모죄의 성격을 갖게 된다<sup>28)</sup>. 동죄의 성립·처벌에 관하여 아동포르노의 소지 자체가 형사처벌의 당벌성이 있다고 평가할 정도의 불법성을 지니고 있지 않으므로 해당 행위의 가벌성은 쉽게 인정할 수 없다는 주장<sup>29)</sup>과 아동포르노 자체가 아동의 성적학대를 위한 수단으로 사용될 수 있는 점 등을 고려하여 아동포르노의 단순소지행위도 규제할 필요가 있다는 주장<sup>30)</sup>이 대립되고 있다. 일반 포르노와는 달리 아동포르노는 소지하

26) 동죄의 처벌범위를 조문의 해석을 통해 한정하는 것도 가능하지만 죄형법정주의의 명확성의 원칙을 토대로 형벌권의 자의적 행사로부터 개인을 보호하기 위하여 동죄의 구성요건을 보다 명확히 규정할 필요가 있다.

27) 이원상, 앞의 논문(각주 1), 75쪽.

28) 이원상, 앞의 논문(각주 1), 77쪽.

29) 김두상, “아동청소년이용음란물의 단순소지 처벌에 관한 비판적 고찰”, 서울법학 제21권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2013, 137-140쪽; 박강우, 앞의 논문, 167쪽.

고 있는 것만으로도 처벌되기 때문에 당해 죄의 구성 요건을 엄격히 정하여 이를 충족할 경우에 한하여 가벌성을 인정해야 한다고 생각 된다.

#### 4) 아동포르노그래피소지죄 처벌의 문제점

위에서 지적한 바와 같이 아동포르노 소지를 처벌하는 근거로는 아동포르노 수요 억제를 통한 공급 및 제작의 근절, 아동성범죄의 예방(아동 대상 성범죄와의 관련성) 등을 들 수 있다. 아동포르노의 제작·유통 등을 근절하기 위하여 해당 포르노를 이용하는 소비자를 규제하는 것도 하나의 방법이 될 수 있지만 이러한 목적 달성을 위해 아동포르노 소지자를 형벌로 처벌하는 것이 정당한지에 대해서는 의문이 든다. 아동포르노 소지를 처벌하는 형사정책적인 목적이 소지자 처벌을 통해 수요를 억제하여 결과적으로 아동포르노 제작, 배포 등을 근절하는 것이라고 하더라도 마약, 불법 무기 소지죄와 비교하여 위험의 정도가 현저하게 낮고, 직접적인 위험의 발생이 검증되지 않은 동 행위에 대해 징역형 또는 벌금형을 부과하도록 규정한 것은 합리적이지 못하다고 생각되기 때문이다<sup>31)</sup>. 아동포르노의 제작·배포 혹은 공연히 전시하거나 상영하는 자를 엄중히 처벌하고 있음에도 불구하고 간접적인 억제 효과를 위하여 소지자를 처벌하는 것이 정당한지에 대해 의문이 생길 뿐 아니라<sup>32)</sup> 오히려 단기자유형으로 인한 악

30) 이진호, 앞의 논문, 202쪽; 원혜옥, “아동포르노그래피에 대한 연구”, 형사정책연구 제15권 제4호, 한국형사정책연구원, 2004, 17쪽.

31) 같은 견해로는 송문호, “아청법 제2조 제5항에서 아동·청소년의 의미”, 형사법연구 제25권 제3호, 한국형사법학회, 2013, 344쪽; 이진호, “아동·청소년이용음란물의 범죄구성요건에 대한 검토”, 형사정책연구 제26권 제1호, 한국형사정책연구원, 2015, 14-15쪽.

32) 박강우, 앞의 논문, 183쪽.

풍감염, 낙인효과 등의 폐해<sup>33)</sup> 발생이 우려된다. 아동포르노가 아동 대상 성범죄를 유발시킬 수 있기 때문에 소지죄를 처벌한다고 하더라도 양자의 상관관계에 대해서는 아직 명확하게 밝혀지지 않았으므로 처벌의 정당성을 확보하기는 어렵다고 보인다. 아동포르노 소지가 아동포르노 제작·배포 등의 방조범, 아동 성범죄의 예비·음모죄 등에 해당할 가능성이 있기 때문에 동죄를 처벌한다고 하더라도 방조범의 경우 행위(아동포르노 소지·취득 등)와 결과(아동포르노 제작·배포 등)사이에 명확한 인과관계를 인정하기 어렵다. 또한 일반 범죄에 대해서는 예비·음모죄 처벌규정이 존재하지 아니하고, 형법에서 규정한 중대한 범죄에 한하여 예외적으로 예비·음모를 처벌하고 있는데 아동포르노 소지죄가 아동 대상 성범죄의 예비·음모의 성격을 갖추었다고 평가하여 이를 처벌하는 것은 근대형법의 기본 원칙에 위배된다.

아동은 성인에 비해 사물 변별 능력 및 의사 결정 능력이 떨어지므로 국가가 아동의 법익 보호를 위하여 노력해야 함은 부정할 수 없지만 아동포르노 소지자에 대한 형사처벌을 정당화시킬 수 있는 근거는 충분하지 않다. 아동포르노와 성범죄의 관련성이 입증될 경우 범죄예방을 위하여 엄중한 처벌과 보다 적극적인 단속이 요구되지만 이에 대해서는 연구가 불충분한 상태이므로 냉철하고 신중한 자세가 요구되며<sup>34)</sup> 아동포르노 단속소지죄의 개정이 시급하다.

33) 단기자유형의 문제 점 및 개선방안에 관해서는 박상기 외, 형사정책, 한국형사정책연구원, 2009, 311-312쪽.

34) 같은 견해로는 김두상, 앞의 논문, 140-141쪽.

## 2. 일본법상 아동포르노그래피 소지죄

### 1) 아동포르노 소지 규제 배경

과거 일본에서는 아동포르노에 관련된 행위는 일반적인 포르노와 동일하게 형법 제175조의 음화배포죄로 처벌되었고 그 후 1999년 11월 아동매춘, 아동 포르노에 관한 행위 등의 처벌 및 아동의 보호 등에 관한 법률이 제정되어 성인포르노와 아동포르노를 구별하여 처벌하게 되었다. 일본에서 최초로 아동포르노 소지에 대한 규제를 정한 것은 2005년에 제정된 나라현(奈良県)의 ‘아동을 범죄 피해로부터 지키는 조례<sup>35)</sup>’였다. 동 조례 제13조에서는 “누구도 정당한 이유 없이 아동 포르노를 소지하거나 제2조제4호ア에서 “우까지 어느 것에 해당되는 아동의 자태를 시각에 의해 인식할 수 있는 방법으로 묘사한 정보를 기록한 전파적 기록을 보관해서는 안 된다”고 명기하고, 이에 위반한 경우 30만엔 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처하도록 규정하였다<sup>36)</sup>. 그 후에 많은 지역에서 아동포르노 소지를 금지하는 조례를 제정하였고<sup>37)</sup>, 2013년에는 아동포르노 단순소지규제 등이 포함되어 있는 아동포르노금지법의 개정안이 제출되었다<sup>38)</sup>. 그리고 2014년 6월 18일 의원입법에 의해 「아동매춘, 아동포르노에 관한 행위 등의 처벌 및 아동의 보호 등에 관한 법률의 일부를 개정하는 법률」이 성

35) 子どもを犯罪の被害から守る条例(平成17年7月1日奈良県条例第9号)。

36) 그 외에도 2011년에 제정된 교토부(京都府)의 아동포르노금지조례에서도 단순소지에 대해 규제하고 있지만 소지자를 직접 벌하는 것이 아니고 폐기명령에 따르지 않은 자를 벌하는 형태로 규정되어 있다.

37) 深町晋也, “児童ポルノの単純所持規制について—刑事立法学による点検・整備”, 刑事法・医事法の新たな展開(上), 信山社, 2014, 474-478쪽.

38) 大林啓五, “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”, 千葉大学法学論集第28巻第3号, 千葉大学法学会, 2014, 8-12쪽.

립되어 같은 해 7월 15일부터 시행되었다. 동 개정으로 법률명이 「아동매춘, 아동포르노에 관한 행위 등의 규제, 처벌 및 아동의 보호 등에 관한 법률(이하 개정 전후를 구별하지 않고 ‘아동포르노금지법’으로 표기함)」로 바뀌었고, 아동포르노의 정의 등이 변경되었으며, 아동포르노 소지죄가 신설되었다<sup>39)</sup>. 일본의 학자들 사이에서도 아동포르노 소지의 범죄화에 대한 찬성·반대 및 합리적인 처벌근거에 대해 의견이 일치하고 있지 않지만 동죄의 신설에 대해 적극적으로 찬성하는 학자는 찾아보기 힘들다<sup>40)</sup>.

## 2) 성립요건

아동포르노금지법 제2조 제3항에서는 아동포르노의 개념에 대해 “이 법률에서 아동포르노라 함은 사진, 전파적 기록에 관한 기록매체 기타의 물건으로 다음 각 호 어느 것에 게재되어 있는 아동의 자태를 시각에 의해 인식할 수 있는 방법으로 묘사한 것을 말한다. 1 아동을 상대방으로 하거나 아동에 의한 성교 또는 성교유사행위에 관한 아동의 자태, 2 타인이 아동의 성기 등을 만지는 행위 또는 아동이 타인의 성기 등을 만지는 행위에 관한 아동의 자태로 성욕을 흥분시키거나 자극하는 것, 3 의복의 전부 또는 일부를 입히지 않은 아동의 자태로 성욕을 흥분 시키거나 자극하

39) 동 법의 상세한 개정 경위에 대해서는 渡邊卓也, “児童ポルノの刑事規制—改正の経緯と論点—”, 刑事法ジャーナルVol.43, 成文堂, 2014, 35-44쪽.

40) 동죄의 신설에 대해 비판적인 입장을 보이는 학자는 이하와 같다. 石井徹哉, “個人の尊重に基づく児童ポルノの刑事規制”, 川端博先生古稀記念論文集[下巻], 2014, 377쪽~403쪽; 渡邊卓也, 위의 논문, 44쪽; 大林啓五, “單純所持規制の憲法上の論点”, 改正児童ポルノ禁止法を考える, 日本評論社, 2014, 61쪽; 高山佳那子, “所持規定の刑法上の論点”, 改正児童ポルノ禁止法を考える, 日本評論社, 2014, 78쪽; 落合洋司, “児童ポルノ單純所持規制についての検討—刑事実務の観点から—”, 改正児童ポルノ禁止法を考える, 日本評論社, 2014, 88-90쪽.

는 것”으로 정의하고 있다. 우리나라와 달리 일본의 경우 아동이 등장하는 경우에 한하여 아동포르노로 인정되기 때문에 아동으로 인식될 수 있는 성인이 출연한 포르노, 애니메이션, 만화 등은 아동포르노에 포함되지 않는다.

다음으로 아동포르노금지법 제7조 제1항 전단에서는 “자기의 성적호기심을 충족시킬 목적으로 아동포르노를 소지한 자(자기의 의사에 기초하여 소지하게 된 자로 당해자인 것이 명확하게 인정되는 자에 한한다)는 1년 이하의 징역 또는 100만엔 이하의 벌금에 처한다”고 규정되어 있다<sup>41)</sup>. 동조를 신설한 이유<sup>42)</sup>에 대해 단순소지를 규제하는 국가가 증가하고 있기 때문에 이러한 흐름에 발맞추기 위한 것이라고 설명되고 있다<sup>43)</sup>. 동죄의 요건은 ①자기의 성적 호기심을 충족시킬 목적, ②자기의 의사에 기초하여 소지, ③당해자인 것이 명확하게 인정될 것을 필요로 한다. 이와 같은 요건을 정한 이유는 동죄의 처벌 범위를 합리적으로 제한하기 위함이라고 사료된다. 자기의 성적 호기심을 충족시킬 목적 없이 잘못된 클릭으로 본인도 모르는 사이에 아동포르노가 저장된 경우나 수사·연구 목적으로 소지<sup>44)</sup>, 도서관에서의 소지, 폐기를 위한 일시적인 소지는 처벌대상에서 제

41) 児童ポルノ法第7条第1項 自己の性的好奇心を満たす目的で、児童ポルノを所持した者（自己の意思に基づいて所持するに至った者であり、かつ、当該者であることが明らかに認められる者に限る）は、一年以下の懲役又は百万円以下の罰金に処する。

42) 개정이유에 대해 지금까지 아동포르노의 제조, 제공이나 제공 목적으로 소지한 경우를 처벌대상으로 정하였지만 이러한 아동포르노의 제공하는 측을 중심으로 처벌하는 것만으로는 아동포르노를 근절할 수 없고, 수요측도 함께 처벌대상으로 할 필요가 있다고 사료되기 때문이라고 평가하는 자도 있다. (坪井麻由美, “児童買春, 児童ポルノに関わる行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律の一部を改正する法律について”, 捜査研究 No.763, 東京法令出版, 2014, 10쪽; 嘉門優, “児童ポルノ規制法改正と法益論”, 刑事法ジャーナルVol.43, 成文堂, 2015, 81-84쪽.)

43) 大林啓五, 앞의 논문(각주41), 43쪽.

외된다고 할 수 있다<sup>45)</sup>. 그리고 자기의 성적 호기심을 충족시킬 목적으로 아동포르노를 소지한 자 중에서 자기의 의사에 기초하여 소지하게 된 자로 당해자인 것이 명확하게 인정되는 요건을 충족시킨 경우에 한하여 처벌하게 된다. 여기서 ‘자기의 의사에 기초하여 소지하게 된 것’이라 함은 아동포르노 소지의 개시가 자신의 의사에 기초한 것임을 명시한 요건이다. 따라서 수사에 있어서는 피의자가 당해 아동포르노를 소지하게 된 시기나 경위에 대한 증거를 수집하고, 공판시에는 피고인이 자기의 의사에 근거하여 당해 아동포르노의 소지에 이른 것을 입증할 필요가 있다<sup>46)</sup>. 그리고 ③의 요건에 있어서 당해자라 함은 자기의 의사에 기초하여 소지하게 된 자를 말하고, 동 요건은 자기의 의사에 기초하여 소지하게 된 시기나 경위 등에 대해 가능한 객관적·외형적인 증거에 의해 확정해야 한다는 취지를 밝힌 것이라고 파악 된다<sup>47)</sup>.

### 3) 보호법익

아동포르노 규제의 보호법익은 (피해 아동)개인적 법익, 일반 아동, 사회적 법익의 관점으로 분류하여 생각해 볼 수 있다<sup>48)</sup>. 그렇다면 아동포르

44) 渡邊卓也, 앞의 논문, 39쪽.

45) 落合洋司, 앞의 논문, 84-85쪽.

46) 坪井麻由美, 앞의 논문, 11쪽.

47) 이러한 요건을 설정한 배경에는 수사기관이 자백편중에 빠지는 것에 대한 우려로부터 일반적으로 수사기관에서 행해지는 바와 같이 객관적 증거의 수집하기 위해 애쓰고, 자백이 있는 경우라고 하더라도 그 자백을 증명하는 등 자기의 의사에 근거하여 소지하게 된 것에 대해 합리적인 의심을 용납하지 않는 입증을 해야 한다는 것이며 입증의 정도와 방법에 관한 형사소송법의 원칙의 예외를 인정하지 아니하고 임의적·신용성이 있는 자백에 의해 그 괄호서의 요건을 인정하는 것까지 배척되는 취지는 아니라고 사료된다. (坪井麻由美, 앞의 논문, 13쪽.)

48) 園田寿, 解説児童買春・児童ポルノ処罰法, 日本評論社, 1999, 27쪽; 長井善之, “児

노 소지죄는 어떠한가. 우선 아동포르노의 단순소지에 대한 규제가 포르노에 등장하는 아동의 보호를 목적으로 하는 것이라면 포르노의 존재 자체로 피해를 입게 되므로 아동의 개인적 법익을 보호한다고 해석할 수 있다. 또한 아동포르노의 모든 기록을 인터넷상에서 영구 삭제하는 것은 현실적으로 불가능하며 확산 방지도 한계가 있어 피해 아동에게 2차적인 정신적 피해를 줄 우려가 있으므로 더욱 문제가 된다고 할 수 있다. 아동포르노 소지죄의 보호법익이 오직 개인적 법익이라고 해석할 경우 가상 아동포르노는 그 범위에서 제외된다. 두 번째는 아동포르노 소지로 인하여 아동에 대한 성범죄나 성적 피해를 조장시킬 수 있다는 것이다. 즉 위에서 지적한 바와 같이 아동포르노 시청과 아동 대상 성범죄와의 관련성을 그 이유로 들 수 있다<sup>49)</sup>. 마지막으로 사회적 법익의 관점에서부터 아동포르노 소지로 인하여 아동을 성욕의 대상으로 보는 풍조가 만연하게 되어 사회의 성도덕에 악영향을 주는 것이다<sup>50)</sup>. 그 외에도 우리나라와 유사하게 아동포르노 시장의 억제가 보호법익 중 하나라고 해석하는 학자도 적지 않다. 즉 아동포르노의 소지자는 수요자로서 아동포르노의 제조·배포자 등에게 인센티브를 주는 효과가 있기 때문에 규제의 필요성이 인정되고, 이를 통해 수요가 줄어드는 경우 당연히 제조·배포도 줄어들게 된다는 이유이다<sup>51)</sup>.

童ポルノの刑事規制について(二・完)”, 法学67卷4号, 東北大学法学会, 2003, 617쪽; 安部哲夫, “なぜ児童ポルノは規制されるのか”, 法学セミナー-671号, 日本評論社, 2010, 38쪽.

49) 미국과 캐나다 등에서 아동포르노 단순소지죄에 대해 합헌판결이 선고된 것은 아동포르노가 아동학대에 직결한다는 것이 크게 작용했다고 할 수 있다.(大林啓五, 앞의 논문(각주38), 153쪽.)

50) 嘉門優, 앞의 논문, 79-80쪽.

51) 高山佳那子, 앞의 논문, 67-69쪽.

### 3. 검토

우선 아동포르노 소지죄를 처벌하는 이유에 대해 한국과 일본의 입장을 비교하면 우리나라의 경우 아동포르노 소지죄를 처벌하는 이유에 대해 포르노에 등장한 아동의 성적자기결정권 및 장기화 될 수 있는 피해 방지의 관점보다는 관련시장에 대한 규제 및 아동 대상 성범죄와의 관계를 들어 설명하고 있다. 일본의 경우에는 주로 해당 아동(포르노에 등장하는 아동)의 보호, 아동 대상 성범죄의 예방, 사회의 성도덕에 대한 악영향의 방지, 시장의 억제 등이 동죄의 처벌 목적이라고 설명되고 있다. 양국은 이와 같이 견해의 차이를 보이고 있지만 이러한 목적들은 상호 연관성<sup>52)</sup>을 가지고 있기 때문에 어느 쪽이 더 옳다고 하기는 어렵다. 하지만 아동포르노 소지죄 처벌 이유에 따라 아동포르노의 개념 및 범위가 달라지기 때문에 처벌목적을 명확히 하는 것은 정책의 방향성을 결정함에 있어 중요하다. 우리나라의 경우 관련시장에 대한 규제 및 아동 대상 성범죄의 방지를 주된 처벌이유로 파악하고 있는데 이러한 경우 실제 아동·청소년이 등장하는 경우는 물론 아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람이나 표현물도 아동포르노에 포함되며, 성인이라고 하더라도 복장, 전반적인 내용 및 상황 등을 고려하여 아동으로 인식되는 경우 아동포르노에 포함된다. 또한 비디오뿐만 아니라 만화, 애니메이션, 게임물 등도 아동포르노로 해석된다고 하겠다. 반면 일본의 경우 해당 아동의 보호를 주된 목적으로 하고 있기 때문에 아동으로 인식될 수 있는 성인이 등장한 포르노, 애니메이션,

52) 예를 들어 일본에서는 동죄의 처벌목적 중 하나로 사회 성도덕에 대한 악영향을 들고 있는데 아동포르노의 확산으로 인해 사회 성도덕이 올바르게 정립되지 못하여 아동을 성적 도구로 생각하는 자들이 늘어나게 되면 아동 대상 성범죄의 증가로 이어질 수 있기 때문에 이러한 요소들은 서로 밀접한 관련성을 가지고 있는 것이다.

만화 등은 모두 아동포르노에 포함되지 않으며 이 점에 대해서는 법률에 명시되어 있다.

아동포르노 시청과 아동성범죄와의 연관성이 아직 명확히 밝혀지지 않은 현 단계에서 아동포르노에 가상포르노를 포함시키는 것은 처벌범위의 과도한 확장이며 형법의 대원칙인 죄형법정주의에 위배될 가능성이 있다. 이 문제를 해결하기 위해 아동포르노 관련시장에 대한 규제의 목적을 포르노에 출연하는 아동의 성적착취 및 성적남용의 방지에 초점을 맞춘다면 가상포르노를 아동포르노의 규제대상에서 제외시킬 수 있다. 따라서 동죄의 보호법익에 대한 다수적 입장인 관련시장의 규제를 그대로 남겨두고 해석을 통해 범위를 제한시킴이 타당하다고 생각된다.

다음으로 일본은 우리나라에 비해 아동포르노 소지죄 성립에 대해 비교적 뚜렷한 기준을 제시하고, 그 범위를 제한하기 위한 요건을 법률에 명기하고 있어 시사하는 바가 크다. 즉 아동포르노 소지의 목적이 자기의 성적호기심을 충족시키는 것일 것, 그 소지가 자기의 의사에 기초한 것일 것, 그리고 그것이 명백하게 인정될 것을 요건으로 하고 있다. 이러한 요건을 통하여 일본에서는 아동포르노를 소지한 자라고 하더라도 성적호기심을 충족시킬 목적이 없는 경우, 예를 들어 관련 연구나 수사 목적 등으로 소지하는 경우 동죄의 구성요건에 해당되지 않는다. 반면 우리나라의 경우 아동포르노임을 알면서 소지한 자를 처벌하기 때문에 연구, 수사 등의 목적이라고 하더라도 해당 포르노가 아동포르노라는 것을 인식하고 소지한 경우에도 구성요건해당성이 인정된다. 단지 이 경우 범죄성립요건의 다음 단계인 위법성조각사유(형법 제20조 정당행위)에 해당하므로 위법성이 조각되어 범죄의 성립을 부정하는 방법을 검토할 수 있으나 이러한 방법보다는 애초에 요건을 명확히 규정하여 구성요건 해당성 자체를 부정하게 하는 것이 개인의 자유보호 및 죄형법정주의의 명확성의 원칙에도 합

치할 것이라고 생각된다. 즉 법적용자의 재량이나 해석에 맡기는 것 보다는 아청법에 본죄의 구성요건에 대해 명기하는 것이 법률해석 및 적용상의 오류를 줄이기 위한 효율적인 방법이 될 것이다.

일본의 경우 자신의 성적호기심을 충족시킬 목적이 있다고 하더라도 자신의 의사에 기초하여 소지한 경우가 아니거나, 자신의 의사에 기초하여 소지하였는지 여부가 명확하지 않은 경우도 처벌대상에서 제외된다. 이처럼 세 단계의 필터링을 통해 명백히 혐의가 입증된 자에 한하여 형사책임을 지게 하는 것이다. 반면 우리나라의 경우 아동포르노임을 알면서 소지한 경우라고 규정하였기 때문에 동죄의 성립 범위가 확대될 위험성이 있다. 따라서 동죄의 성립범위를 제한하기 위하여 앞에서 제안한 바와 같이 법률을 개정하는 것이 가장 정확한 방법이지만, 개정작업을 위하여 상당한 시간이 소요되므로 현 단계에서는 현행법의 해석을 통하여 그 범위를 명백히 하는 것도 임시방편이 될 수 있다. 즉 동 규정에 있어서 소지의 의미를 실력지배관계가 미치는 장소에 두는 것이라고 해석한 후에 소지에 대한 주관적 요건으로서의 고의를 요함으로 어느 정도 범위를 제한시키는 방법을 검토할 수 있다.

또한 우리나라와 일본은 성립요건의 차이는 있지만 공통적으로 아동포르노를 시청하지 않고 소지하고 있는 경우에도 처벌하게 된다. 아동 대상 성폭력의 방지를 토대로 소지죄를 처벌해야 한다고 주장되고 있고, 의견을 뒷받침 하는 근거로 아동포르노를 시청한 후 이를 계기로 아동 대상 성범죄를 결의하는 사례 등을 들고 있다. 하지만 단순히 소지하고 시청하지 않은 자를 처벌범위에 포함시키는 현재의 규정은 이러한 관점에서 설명하기 어려우며 양자는 모순관계에 있다고 생각된다. 따라서 이러한 문제의 해결방안에 대해 검토할 필요가 있다.

## IV. 문제 해결을 위한 제안

아동포르노는 인터넷의 발달과 이용자의 증가로 인하여 해외로부터의 유입이 용이해지고 그 경로가 다양화되었다. 이러한 배경과 아동 대상 성범죄자가 아동포르노그래피를 소지 및 시청하였다는 것이 이슈화 되어 아동포르노에 대한 집중적이고 적극적인 단속이 이루어지게 되었다. 하지만 피의자를 검거하는 것에 집중하기 보다는 이에 대한 객관적인 측정과 학제적 연구를 통하여 실태를 정확히 파악하고, 아동포르노 시청과 범죄와의 연관성을 명확히 한 후 이를 토대로 아동포르노에 관한 바람직한 대응책을 마련해야 할 것이다. 또한 관련 법률과 대책에 관한 근본적인 재검토가 필요하며 각종 제도의 실효성에 대한 연구를 수행할 필요가 있다<sup>53)</sup>. 이러한 관점 하에 이하에서는 현 상황을 고려하여 아동포르노 소지죄의 개정방안 및 관련문제를 해결하기 위해 다음과 같이 제안 하도록 하겠다.

우선 우리나라의 아동법 제11조 제5항에서는 아동포르노임을 알면서 소지한 자를 아동포르노 소지죄로 처벌하도록 규정되어 있다. 즉 해당 포르노가 아동포르노인 것에 대해 인식하고, 당해 포르노를 소지한 경우 동죄의 처벌대상이 되는 것이다. 어떠한 자가 인터넷 검색 도중에 광고 등과 섞여 등장한 포르노가 아동포르노라는 것을 인식하여 저장하지 않고 인터넷 창을 닫았음에도 불구하고 자동으로 저장되었다고 가정해보자. 이러한 경우 동조를 문언대로 해석하면 해당 포르노가 아동포르노라는 것을 행위자가 인식하였고, 자신의 의도를 토대로 저장한 것이 아니라고 하더라도

53) 강욱 외, “아동음란물 소지자의 처벌에 대한 연구-모럴 패닉 모델을 중심으로”, 한국위기관리논집 제10권 제11호, 위기관리 이론과 실천, 2014, 240-241쪽.

자신이 소유·관리하는 컴퓨터에 저장되었기 때문에 아동포르노를 소지한 것으로 평가되어 형사책임을 지게 될 가능성이 있다. 동조에는 아동포르노인 것을 인식해야 함을 요건으로 하고 있지만 고의로 소지하는 경우에 한정하는지 아닌지는 해석에 따라 달라진다. 아동포르노를 저장하는 것에 대한 인식, 인용이 결여된 행위에 대해 형벌을 부과하는 것은 과도한 처분이라고 생각된다. 더욱이 아동포르노 시장의 억제와 아동 성범죄 방지가 동죄의 보호법익이라고 해석하는 경우에 과실에 의한 아동포르노 소지죄를 처벌할 실익이 없어지게 된다. 즉 아동포르노 시장의 억제의 관점에서 주로 상습적으로 아동포르노를 다운로드받거나 구입하는 자를 처벌하는 것이 효율적일 것이다. 하지만 위의 사례의 경우 자신이 의도하여 아동포르노를 소지하게 된 것이 아니며, 아동포르노가 컴퓨터에 저장된 사실 자체를 인식하지 못하는 경우도 있다. 이러한 자는 반복적으로 아동포르노를 다운로드 받거나 구입할 가능성이 현저하게 낮으므로 이러한 자의 처벌을 통해 아동포르노 시장을 억제하는 효과를 기대하기는 어려울 것이다. 다음으로 아동 대상 성범죄 예방의 관점에서 생각해 보면, 위의 행위자는 아동포르노라는 것을 인식하고 다운로드 받지 아니한 채 인터넷 창을 종료하였으므로 동 포르노가 자신의 컴퓨터에 자동 저장되었다는 사실조차 인식하지 못하여 동 포르노를 시청할 가능성이 낮을 것이다. 따라서 아동포르노 시청으로 인하여 아동 대상 성범죄가 유발된다는 사실을 토대로 위와 같은 사례의 행위자를 처벌하는 것은 바람직하지 못하다. 그럼에도 불구하고 현행 규정을 문언대로 해석·적용하면 위의 행위자도 형사책임을 지게 된다는 부당한 결과에 이르게 된다. 따라서 동조의 개정을 통해 아동포르노 소지죄의 성립 범위를 제한할 필요가 있고 이에 관해서는 일본의 아동포르노금지법의 단순소지죄 규정이 참고가 된다. 구체적으로 아동포르노 소지죄 규정 조항을 “아동·청소년 이용 음란물임을 알면서

이를 소지한 자는…”을 “아동·청소년 이용 음란물임을 알면서 자신의 성적 감정의 충족을 위하여 적극적인 노력을 통해 소지하거나, 과실로 소지한 후 자신의 성적 감정의 충족을 위하여 적극적인 노력을 통해 동 음란물을 시청한 자는…”으로 개정할 필요가 있다. ‘자신의 성적 감정의 충족을 위하여 적극적인 노력을 통해’라는 요건을 추가함으로써 소지에 대한 고의가 결여된 경우와 자신의 성적 감정의 충족이라는 목적이 결여된 경우 범죄성립을 제한할 수 있다. 과실로 소지한 경우 ‘자신의 성적 감정의 충족을 위하여 적극적인 노력을 통해 동 음란물을 시청’이라는 요건을 추가함으로써 (과실로)단순 소지한 경우 범죄성립을 배제시킬 수 있다. 이와 같은 개정을 통하여 동죄를 경향범으로서 주관적 행위경향이 발현된 경우에만 성립을 인정하도록 함으로써 범위를 효과적으로 제한할 수 있게 되리라 사료된다.

아동포르노 소지행위의 처벌은 사적인 공간에 국가가 형벌이라는 강력한 수단을 통해 개입하는 것이므로 신중해야 한다. 행위자가 아동포르노라는 것을 인식했는지 여부는 객관적인 측면과 함께 주관적인 측면도 고려하여 판단해야 하므로 동죄의 성립에 대한 기준이 애매하고 적용상 불분명한 부분이 많다. 뿐만 아니라 동죄의 구성요건의 해석을 통하여 처벌 범위를 제한하는 것에는 한계가 있다. 따라서 구성요건이 아닌 형사책임에 대한 수정을 통하여 이와 같은 문제를 간접적으로 해결하는 방법도 고려해 볼 수 있다. 즉 아동포르노 소지로 적발된 초범에 대해서는 징역형 또는 벌금형(형벌)이 아닌 소지 중인 아동포르노를 영구 삭제(폐기)하는 일종의 행정처분을 하고, 다시 단속에 적발된 경우(재범)에는 성에 대한 올바르게 인식되어 있는지 여부를 확인하여 소아에 도착자 등으로 평가된 경우 이러한 성향을 개선하고 올바른 인식을 정립시키는데 도움이 되는 치료 혹은 수강을 의무화하여 올바른 성의식을 가질 수 있도록 유도해

야 한다. 그리고 이러한 조치에도 불구하고 다시 아동포르노를 다운받거나 소지한 경우 벌금형 혹은 징역형에 처하도록 하는 순차적인 처벌 방법을 적용하는 것도 범죄성립요건의 불명확성으로 인한 국민의 자유 침해를 최소화하고 단기자유형의 폐해를 극복하기 위한 효율적인 방법이 될 것이라 사료된다. 또한 위의 영구 삭제·폐기 명령이나, 치료명령, 수강명령 등을 위반한 경우에 형벌을 과하는 규정을 두어 이러한 처분의 강제성을 확보하도록 해야 할 것이다.

마지막으로 남은 중요한 과제는 아동포르노 소지죄 처벌의 정당성을 뒷받침해주고 있는 근거 중 하나인 ‘아동포르노와 아동 대상 성범죄와의 상관관계’를 명확히 하는 것이다. 이러한 가설이 명확히 검증되었을 때 동죄의 처벌 실익을 확보할 수 있고, 형사정책적 관점에서 아동 대상 성범죄를 예방하기 위해 보다 적극적인 개입이 가능해 지기 때문이다. 또한 양자의 상관관계에 따라 아동포르노의 개념·범위에 대한 해석이 상이하게 된다. 즉 양자의 상관관계가 증명된 경우 실제로 아동이 등장하지 않은 경우라고 하더라도 시청자가 아동으로 인식하였고 포르노 시청으로 자극을 받아 아동성범죄를 저지를 수 있기 때문에 가상포르노에 대한 강력한 단속이 요구된다고 하겠다. 양자의 상관관계를 밝히기 위해 형사정책연구원에서 실시한 조사도 참고가 되지만 이미 위에서 지적한 바와 같이 동 조사의 대상이 된 개체 수가 많지 않다는 한계가 있어 이를 일반화시키기에는 다소 무리가 있으므로 보다 넓은 집단을 대상으로 한 장기적인 연구를 시행할 필요가 있다. 또한 이러한 연구와 더불어 경찰의 협조 하에 혐의가 인정된 아동 성범죄자에 대해 아동포르노 시청 여부 등에 대해 의무적으로 조사하게 하여 정확한 실태를 파악하는 것도 하나의 방법이라고 생각된다. 이러한 방법들이 병행되었을 때 양자의 상관관계를 보다 명확하게 밝힐 수 있을 것이다.

## V. 맺음말

성인에 비해 판단능력이 떨어지고 신체적으로 연약한 아동을 보호하기 위해 국가적 차원의 개입이 필요하다는 것은 부정할 수 없으며 더욱이 재범률이 높은 성범죄의 경우 이러한 필요성이 보다 강하게 요구된다고 하겠다. 하지만 엄벌만이 능사는 아니다.

아동 성범죄에 관한 규정 중 특히 아동포르노 소지 처벌의 실효성에 대해 의구심이 들고, 근대형법의 대원칙인 죄형법정주의의 명확성의 원칙과 형법의 보충성 및 최후수단성의 관점에서 현재와 같은 규정은 다소 문제가 있다고 사료된다. 동 죄는 아청법에 의해 추상적으로 규율되어 있기 때문에 해석에 따라 처벌범위가 확장될 가능성이 있어 국민의 자유를 침해할 우려가 있기 때문이다.

따라서 아동포르노 소지죄의 개정을 통하여 처벌범위를 한정시키지 않으면 안 된다. 또한 아동성범죄 예방이 동 죄를 처벌하는 목적 중 하나로 지적되고 있으나 아동포르노 시청과 아동 대상 성범죄의 관계는 아직 밝혀지지 않았으므로 이 문제에 관한 조사가 시급하다고 사료된다.

〈논문접수 : 2018. 4. 2, 심사개시 : 2018. 4. 19, 게재확정 : 2018. 5. 16.〉

## 참 고 문 헌

### I 국내문헌

#### 1. 단행본

손동권·김재윤, 새로운 형법총론, 을곡출판사, 2011.

박상기 외, 형사정책, 한국형사정책연구원, 2009.

#### 2. 논문

강욱 외, “아동음란물 소지자의 처벌에 대한 연구-모럴 패닉 모델을 중심으로”, 한국위기관리논집 제10권 제11호, 위기관리 이론과 실천, 2014.

김두상, “아동청소년이용음란물의 단순소지 처벌에 관한 비판적 고찰”, 서울법학 제21권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2013.

김용화, “아동 포르노 근절에 관한 연구”, 영남법학 제31호, 영남대학교 법학연구소, 2010.

김은관, “아동음란물 규제의 적법성 고찰”, 아주법학 제6권 제2호, 아주대학교 법학연구소, 2012.

박강우, “아동 포르노그래피의 형법적 규제-국제적 동향과 현행법의 개선방안-”, 형사정책 제26권 제1호, 한국형사정책학회, 2014.

박경선, “가상아동포르노그래피 규제의 위헌성”, 법학연구 제21권 제2호, 경상대학교 법학연구소, 2013.

박기범, “아동성범죄와 인터넷상의 아동포르노그래피”, 형사정책연구 제18권 제1호, 한국형사정책연구원, 2007.

송문호, “아청법 제2조 제5항에서 아동·청소년의 의미”, 형사법연구 제25권 제3호, 한국형사법학회, 2013.

원혜욱, “아동포르노그래피에 대한 연구”, 형사정책연구 제15권 제4호, 한국형

- 사정책연구원, 2004.
- 윤정숙, “아동음란물과 성범죄의 상관관계연구”, 법무부, 2012.
- 이건호, “아동 포르노그래피의 폐해와 형사법적 규제”, 한림법학 FORUM 제14권, 한림대학교 법학연구소, 2004.
- 이건호, “아동·청소년이용음란물의 범죄구성요건에 대한 검토”, 형사정책연구 제26권 제1호, 한국형사정책연구원, 2015.
- 이원상, “아동포르노그래피 처벌 목적에 따른 관련 규정 개선방안”, 비교형사법연구 제16권 제2호, 한국비교형사법학회, 2014.
- 이원상, “아동포르노그래피 소지죄에 대한 온라인서비스제공자의 형사책임에 관한 연구” 안암법학 제35권, 안암법학회, 2011.
- 이현재, “아동음란물소지죄에 관한 형사정책 및 형법상의 문제점, 형사정책연구 제25권 제4호, 한국형사정책연구원, 2014.

### 3. 기타

- 경찰청, 2010 경찰백서, 2010.
- 경찰청, 2011 경찰백서, 2011.
- 경찰청, 2012 경찰백서, 2012.
- 경찰청, 2013 경찰백서, 2013.
- 경찰청, 2014 경찰백서, 2014.
- 경찰청, 2015 경찰백서, 2015.
- 대검찰청, 2016 범죄백서, 2016.

## II 국외문헌

### 1. 단행본

- Carlos A. Amald, Child Abuse on the Internet:Ending the Slience,

UNESCO Publishing, 2001.

園田寿, 解説児童買春・児童ポルノ処罰法, 日本評論社, 1999.

園田寿・曾我部真裕, 改正児童ポルノ禁止法を考える, 日本評論社, 2014.

## 2. 논문

安部哲夫, “なぜ児童ポルノは規制されるのか”, 法学セミナー671号, 日本評論社, 2010.

坪井麻由美, “児童買春, 児童ポルノに関わる行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律の一部を改正する法律について”, 捜査研究 No.763, 東京法令出版, 2014.

大林啓五, “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”, 千葉大学法学論集第28巻第3号, 千葉大学法学会, 2014.

落合洋司, “児童ポルノ単純所持規制についての検討—刑事実務の観点から”, 改正児童ポルノ禁止法を考える, 日本評論社, 2014.

渡邊卓也, “児童ポルノの刑事規制—改正の経緯と論点—”, 刑事法ジャーナル Vol.43, 成文堂, 2014.

石井徹哉, “個人尾尊重に基づく児童ポルノの刑事規制”, 川端博先生古稀記念論文集[下巻], 2014.

長井善之, “児童ポルノの刑事規制について(二・完)”, 法学67巻4号, 東北大学法学会, 2003.

嘉門優, “児童ポルノ規制法改正と法益論”, 刑事法ジャーナルVol.43, 成文堂, 2015.

深町晋也, “児童ポルノの単純所持規制について—刑事立法学による点検・整備—”, 刑事法・医事法の新たな展開(上), 信山社, 2014.

< ABSTRACT >

## **A Review on the Punishment of Child Pornography Possession Crime in Korea**

**- Focusing on the comparison with Japanese law**

Kim, Jan-Di

The tendency to punish the crimes related to child protection more severely from the criminal policy perspective is a common phenomenon in the world. Children are in the process of physical and mental growth and the experiences in their childhood has significant impacts on the formation of their personalities. Therefore, as the mental shock and damage caused by child pornography and so on hamper children's normal development, active protection of children is considered to be of personal and social great importance. In this regard, Korea enacted the Act on the Protection of Children and Juveniles from Sexual Abuse and the Act provides the definition of child pornograph possession crime. Once the child pornography files are released and distributed in the cyber space, it is practically impossible to delete all of them. So the damage done by them is permanent. That is why the necessity for more active countermeasures against it is magnified. In addition, it is pointed out that a severe punishment for child pornography helps not only protect direct victims but also prevent sexual child abuse that can happen in the future. In other words, it is pointed out that active punishment for it is required to

prevent a child pornography viewer from being aroused to commit a sexual assault on another child. However, the correlation between watching a child pornography and a sexual crime has not yet clarified, and it is thought that such punishment for it is somewhat excessive. In addition, as such punishment may rather create a greater side effect, sufficient review and discretion are needed in enforcing it, and it is thought that a revision of the composition requirement of child pornography possession and of the criminal liability is needed.

◆ **Key words** : child pornography, possession of child pornography, act on the protection of children and juveniles from sexual abuse, child pornography control act.