

# 아동·청소년이용음란물(child pornography)

## 규제의 문제점과 개선방향

황성기 (한양대학교 법학전문대학원 교수)

### 1. 아동·청소년이용음란물(child pornography) 규제의 내용

○ 현행 「아동·청소년의 성 보호에 관한 법률」(이하 ‘아청법’)은 아동·청소년이용음란물, 즉 child pornography를 규제하는 시스템을 갖고 있음.

- 아청법 제11조는 아동·청소년이용음란물의 제작·배포 등을 처벌

- 아청법 제17조는 아동·청소년이용음란물과 관련된 온라인서비스제공자의 의무를 규정

- 현행 아청법이 채택하고 있는 아동·청소년이용음란물 규제시스템 중에서 주목해야 할 부분은 다음 두 가지임

○ 아청법 제2조 제5호의 ‘아동·청소년이용음란물’의 개념 정의

- “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”

- 소위 ‘아동·청소년연상음란물’도 포함

\* ① 애니메이션이나 그림과 같이 가상의 청소년을 대상으로 하는 표현물, ② 외양은 청소년처럼 보이지만 실제로는 성인인 사람을 출연시켜서 이용자로 하여금 청소년으로 오인하게 만든 표현물

\* 수원지법 2013. 2. 20. 선고 2012고단3926 판결 : “별지 범죄일람표 1 기재 각 동영상은 모두 교실과 대중교통수단 등의 장소에서 체육복 또는 교복을 입었거나 가정교사로부터 수업을 받는 등 학생으로 연출된 사람이 성행위를 하는 것을 내용으로 하고 있으므로, ‘아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람’이 등장하는 ‘아동·청소년이용음란물’에 해당한다고 보아야 하고, 해당 인물이 실제 성인으로 알려져 있다고 하여 달리 볼 수 없다.”

\* 수원지법 제3형사부 2013. 6. 27. 선고 2013노1215 판결 : 2012고단 3926 판결의 항소심으로서 아청법 위반 부분에 대해서는 직권 파기

- “① 이 사건 동영상은 일본에서 합법적으로 제작·판매되고 있는 영상물로서 등장하는 배우들이 실제로는 아동·청소년이 아니라 성인배우이고, ② 위 배우들은 외모, 신체발달 상태, 행위 내용 등에 비추어 볼 때 이들의 실제 연령에 대한 배경정보가 없는 상태에서도 의문의 여지없이 ‘명백하게’ 아동·청소년으로 인식될 수 있는 정도는 아닌 것으로 보이며, ③ 이 사건 조항이 단순히 복장 등에 대한 특이한 성적 취향이나 환상을 영상화하는 것 자체를 처벌하기 위한 목적은 아닌 점 등에 비추어 보면, 이 사건 동영상에 등장하는 배우들이 명백하게 아동·청소년으로 인식될 수 있는 사람에 해당한다고 인정하기에는 부족하다.”

\*서울북부지방법원 2013. 5. 27. 선고 2013초기617 위헌심판제청결정; 수원지방법원 안산지원 2013. 8. 12. 선고 2013초기509 위헌심판제청결정 : 구 아청법상의 아동·청소년연상음란물 처벌규정이 과잉금지원칙, 죄형법정주의상의 명확성원칙, 평등원칙 위반가능성 인정

- ‘아동·청소년연상음란물’을 아동·청소년이용음란물에 포함시켜 기존의 child pornography와 동일하게 취급하여 규제하는 것이 과연 표현의 자유라는 관점에서 적절한지에 대한 논란이 존재

#### ○ 아청법 제17조 제1항

- 온라인서비스제공자에 대해 자신이 관리하는 정보통신망에서 아동·청소년이용음란물의 발견을 위한 조치의무 및 발견된 아동·청소년이용음란물의 삭제·전송방지·전송중단을 위한 기술적 조치의무를 부과하고, 그 위반시 형사벌 부과

- 온라인서비스제공자에 대해서 이러한 의무를 부과하고, 그 위반시 형사벌을 부과하는 것이 온라인서비스제공자의 본질에 비추어 보았을 때 과연 적절한지에 관한 논란 존재

## 2. 아동·청소년연상음란물 규제의 문제점

### (1) 아동·청소년이용음란물의 의미

○ 불법콘텐츠라는 점에서는 동일하지만, 일반음란물과 아동·청소년이용음란물은 그 보호법익이 다름

- 일반음란물죄의 보호법익이 '건전한 성풍속의 보호'에 있다고 한다면, 아동·청소년이용음란물죄의 보호법익은 '성적 학대 내지 성적 착취로부터의 아동·청소년의 보호'에 있음

## (2) 아동·청소년연상음란물에 규제의 문제점

o 실제로 아동이나 청소년이 등장하지 않는 경우라고 하더라도 마치 아동이나 청소년이 실제로 등장하는 것처럼 묘사되는 실사 영상물 또는 아동이나 청소년이 성적 행위에 관여하는 것을 묘사하는 애니메이션 등의 표현물을 아동·청소년이용음란물의 포섭범위에 포함시켜, 일반 음란물죄의 경우보다 가중처벌하는 것이 타당한가?

o 아동·청소년연상음란물과 '성적 학대 내지 성적 착취로부터의 아동·청소년보호'라는 보호법익은 상호간에 '직접적인 관련성'이 명확하지 않음

- 아동·청소년연상음란물에는 아동 내지 청소년이 실제로 출연하거나 등장하지 않아서, 아동 내지 청소년에 대한 직접적인 성적 학대 내지 성적 착취가 발생하지 않기 때문

o '성적 학대 내지 성적 착취로부터의 아동·청소년보호'라는 보호법익에 비추어 볼 때, 포섭범위가 너무 광범위해서 표현의 자유를 침해할 위험성이 있음

- 특히 가상의 아동 내지 청소년이 등장하는 만화, 애니메이션 등의 표현물의 경우에 표현의 자유의 침해 문제가 발생할 수 있음

- 과잉금지의 원칙에 반하여 표현의 자유를 침해하거나, 죄형법정주의상의 명확성의 원칙에 반할 가능성 존재

- 미국에서는 위헌판결이 났음. *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234(2002)

## 3. 온라인서비스제공자에 대한 조치의무 부과 문제점

o 온라인서비스제공자의 범위가 너무 넓음

- 아청법에서의 온라인서비스제공자는 '정보통신서비스제공자'를 의미

- 일반적으로 유선인터넷 및 모바일, 정보통신망 관련 서비스를 제공하는 사

업자 내지 주체는 그 서비스의 유형에 따라, 인터넷콘텐츠제공자(Internet Content Provider : CP), 인터넷콘텐츠호스트(Internet Content Host : ICH), 인터넷서비스제공자(Internet Service Provider : ISP) 등 크게 세 가지로 구분

- 이러한 구분은 불법적인 콘텐츠 유통과 관련한 법적 책임의 인정 여부와도 관련되어 있음

- 불법콘텐츠 유통과 관련된 의무를 부과함에 있어서는 서비스의 유형에 따른 이러한 분류에 상응하여야 하는데, 아첨법은 정보통신서비스제공자 전체를 대상으로 하고 있음

- 보다 구체적으로 포털이나 검색엔진과 같은 정보매개서비스제공자와 인터넷접속서비스제공자도 대상에 포함

o 온라인서비스제공자에 대해 자신이 관리하는 정보통신망에서 아동·청소년이용음란물의 ‘발견을 위한 조치의무’를 부과하는 것이 상시적이고도 일반적인 모니터링의무를 부과한 것으로 해석될 수 있음

- 온라인서비스제공자, 특히 포털이나 검색엔진 등 정보매개서비스제공자에 대해서 상시적이고도 일반적인 모니터링의무를 부과하는 것은 이들에 의한 사적 검열을 강화하게 함으로써, 자유로운 정보유통과 공유라고 하는 인터넷의 기본철학에 반하는 결과가 초래될 수 있음

- 미국, 독일, 일본 등 주요 나라도 온라인서비스제공자의 법적 책임에 관한 법리나 법률조항의 해석에 있어서 상시적이고도 일반적인 모니터링의무를 부과하는 것으로 해석되지 않고 있음

o 자신이 관리하는 정보통신망에서 아동·청소년이용음란물을 발견하기 위해 대통령령으로 정하는 조치가 과연 무엇을 의미하는지가 법률 자체에서는 파악하기 힘들다는 점에서 명확성의 원칙과 포괄위임금지의 원칙에 반할 위험성 존재

o 온라인서비스제공자에 대해 자신이 관리하는 정보통신망에서 아동·청소년이용음란물의 발견을 위한 조치의무 및 발견된 아동·청소년이용음란물의 삭제·전송방지·전송중단을 위한 기술적 조치의무 위반시 형사벌을 부과하는 것이 ‘행위의 당벌성’이라는 관점에서 과연 적절한가의 문제점 존재

- 이러한 의무위반행위가 과연 형사벌로 규율해야 할 정도로 사회적 비난가능성이 크냐의 문제점

- 행정형벌제도는 원칙적으로 행정명령에 대한 의무확보수단으로서 최후적이

고 보충적인 것이어야 함

- 행정명령의 불이행에 대하여 형벌을 과하는 것은 불가피한 경우에 한하여 예외적으로 인정되어야 할 뿐만 아니라, 행정상의 의무이행확보는 결국 행정목적의 실현을 위한 것이므로, 그 제재수단도 가능하다면 형벌이 아닌 행정질서벌 등의 수단을 통해 이루어져야 하기 때문

o 현행 아청법 제17조 제1항 단서는 “온라인서비스제공자가 정보통신망에서 아동·청소년이용음란물을 발견하기 위하여 상당한 주의를 기울이지 아니하였거나 발견된 아동·청소년이용음란물의 전송을 방지하거나 중단시키고자 하였으나 기술적으로 현저히 곤란한 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정

- 아동·청소년이용음란물의 발견을 위한 조치의무 및 발견된 아동·청소년이용음란물의 삭제·전송방지·전송중단을 위한 기술적 조치의무 위반에 대한 형사벌의 적용 예외를 규정

- 이러한 규정방식 및 예외 요건이, 온라인서비스제공자의 유형 및 본질에 비추어 보았을 때, 온라인서비스제공자의 책임범위를 넓힐 위험성이 존재

- 왜냐하면 일반적으로 불법적인 콘텐츠 유통에 대한 온라인서비스제공자, 특히 정보매개서비스제공자의 법적 책임은 원칙적으로는 인정되지 않고 ‘인지가능성’ 및 ‘기술적·경제적 기대가능성’이 동시에 충족되는 경우에만 예외적으로 성립된다고 보는 것이 일반적

- 아청법 제17조 제1항 단서는 의무위반에 따른 법적 책임이 원칙적으로 인정되고 단서가 규정하고 있는 예외에 해당하는 경우에만 인정되지 않는 방식을 취하고 있기 때문. 즉, 원칙과 예외가 전도되어 있음.

- 또한 ‘인지가능성’ 및 ‘기술적·경제적 기대가능성’의 ‘동시 충족’이라는 요건을 전제하고 있지 않다는 점에서도 책임 범위를 넓힌 것이 아닌가라는 문제가 될 수 있음

#### 4. 개선방향

o 아동·청소년연상음란물은 아동·청소년이용음란물의 포섭범위에서 제외시킬 필요

- 이전의 청소년성보호법의 경우처럼 아동 내지 청소년이 실제로 출연하거나 등장하여 당해 아동 내지 청소년이 성적 행위에 관여하는 것을 묘사하는 것만

포섭시키도록 범위를 줄일 필요

- 아동·청소년연상음란물을 아동·청소년이용음란물의 포섭범위에서 제외시키는 경우, 아동포르노에 대한 ‘수요통제’의 취지를 살릴 수 없는 문제점이 있긴 하지만, 아동·청소년연상음란물에 음란성이 인정되는 경우에는 일반음란물죄로도 충분히 규율이 가능하다는 점을 고려

o 온라인서비스제공자의 범위를 아동·청소년이용음란물의 주요 유통경로인 웹하드 서비스 제공업체나 피투피(P2P) 서비스 제공업체로 좁힐 필요

- 즉 모든 온라인서비스제공자에 대해서 적용할 것이 아니라, 저작권법 제 104조에 따른 ‘특수한 유형의 온라인서비스제공자’만을 적용대상으로 설정할 필요

- 이렇게 하는 것이 아청법 제17조 제2항이 ‘이용자가 컴퓨터 등에 저장된 저작물 등을 검색하거나 업로드 또는 다운로드를 할 경우 해당 화면이나 전송프로그램에 아동·청소년이용음란물을 제작·배포·소지한 자는 처벌을 받을 수 있다는 내용이 명확하게 표현된 경고문구를 표시하도록 하는 의무’를 저작권법 제 104조에 따른 ‘특수한 유형의 온라인서비스제공자’에게만 부과하는 것과 조화될 수 있음

o 온라인서비스제공자에 대한 ‘아동·청소년이용음란물의 발견을 위한 조치의무’의 삭제

o 온라인서비스제공자에 대해 ‘자신이 관리하는 정보통신망에서 발견된 아동·청소년이용음란물의 삭제·전송방지·전송중단을 위한 기술적 조치의무’를 부과하는 것에 그치지, 그 위반에 대해서는 형사벌을 직접적으로 부과할 것이 아니라, 시정명령을 우선 부과하고 이러한 시정명령에 위반하는 경우 행정질서벌을 부과하는 방식의 제재수단을 적용

o ‘자신이 관리하는 정보통신망에서 발견된 아동·청소년이용음란물의 삭제·전송방지·전송중단을 위한 기술적 조치의무’의 부작위로 인한 법적 책임이 성립되는 경우는 온라인서비스제공자의 ‘인지가능성’ 및 ‘기술적·경제적 기대가능성’이 동시에 인정되는 경우에만 국한되도록 할 필요

- 아청법 제17조 제1항 단서는 “온라인서비스제공자가 자신이 관리하는 정보통신망에서 아동·청소년이용음란물이 유통된다는 사실을 알았고 또한 발견된

아동·청소년이용음란물의 전송을 방지하거나 중단시키는 것이 기술적으로나 경제적으로 가능한 경우에만 그러하다.”로 개정될 필요