creative commons
COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학석사 학위논문

카메라등이용촬영죄의 '성적 욕망 또는 수치심' 개념 탐구

2020년 8월

서울대학교 대학원
법학과 형사법 전공
이 성 민

카메라등이용촬영죄의 '성적 욕망 또는 수치심' 개념 탐구

지도교수 이 상 원

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2020년 5월

서울대학교 대학원

법학과 형사법 전공

이 성 민

이성민의 석사 학위논문을 인준함

2020년 7월

위 원 장 한 인 섭 (인)

부위원장 홍 진 영 (인)

위 원 이 상 원 (인)

국문초록

법은 우리 사회가 어떤 행위를 폭력으로 인식하는지, 그리고 그러한 폭력에 어떤 방식으로 대처하는지를 반영한다. 본 논문에서는 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 (이하 “성폭력 처벌법”이라 한다.) 제14조 카메라 등을 이용한 촬영(이하 “카메라등이용촬영죄”라 한다.)이 성착취물을 이해하고 이에 대응하는 방식을 고찰하였다. 특히 지금껏 법이 어떤 관점에서 성착취물을 바라보고, 어떤 기준으로 범죄 성부를 판단하였는지 비판적으로 탐구하고자 하였다. 이를 위하여 첫째로, 디지털 성범죄와 성착취물의 개념과 특성, 카메라등이용촬영죄의 내용과 형식, 그리고 그중에서도 특히 카메라등이용촬영죄의 ‘성적 욕망 또는 수치심’ 요건에 관한 판단기준을 검토하였다. 둘째로, 법원이 ‘성적 욕망 또는 수치심’ 구성요건 해당성을 인정하거나 부정한 판례를 분석하고, 카메라등이용촬영죄의 ‘성적 욕망 또는 수치심’을 형법상 ‘음란’ 기준으로 해석하는 문제를 지적하였다. 셋째로, 현행 카메라등이용촬영죄의 구성요건 및 관련 법률개정안의 한계를 확인하고, 이를 바탕으로 카메라등이용촬영죄에 적합한 개념을 구축하여야 한다고 주장하였다. 결론적으로 카메라등이용촬영죄 구성요건 재정립을 위한 3가지 기준을 정하고, ‘성적 욕망 또는 수치심’을 대체할 ‘성적 수단 또는 대상화’ 개념을 제시하였다.

주요어 : 카메라등을이용한촬영, 성폭력 처벌법, 성착취물, 음란, 성적 욕망 또는 수치심, 구성요건

학 번 : 2018-20595

목 차

제 1 장 서론 ····· 1

제 1 절 문제의 제기 ····· 1

제 2 절 연구의 목적 ····· 2

제 3 절 연구의 내용 및 구성 ····· 2

제 2 장 카메라등이용촬영죄 개괄 ····· 4

제 1 절 카메라등이용촬영죄와 관련된 개념 ····· 4

1. 성폭력 처벌법의 대상범죄 ····· 4

2. 디지털 성범죄 ····· 5

3. 성착취물 ····· 10

제 2 절 카메라등이용촬영죄의 입법과정 논의 ····· 23

1. 불법촬영 처벌규정의 신설 ····· 23

2. 구성요건 개정으로 인한 처벌범위 확대 ····· 28

제 3 장 성적 욕망 또는 수치심 해석 ····· 42

제 1 절 '성적 욕망 또는 수치심' 개념의 의의 ····· 42

1. 도입배경과 한계 ····· 42

2. 성적 욕망 또는 수치심의 의미와 범위 ····· 46

3. 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 신체에 관한 판례 ····· 48

제 2 절 음란 기준 ····· 55

1. 음란을 적용하는 법률 ····· 55

2. 음란 판단기준 ····· 61

제 3 절 음란 판단기준 적용의 문제점 ····· 71

1. 음란 기준 자체의 문제점 ····· 71

2. 가해자 중심적 법원의 태도 ····· 75

3. 성범죄 예방 대책의 실효성 저하 ····· 80

4. 성적 노골성 판단의 비일관성 ····· 83

5. 성착취물과 음란물을 구분하지 않는 잘못된 인식 강화 ····· 94

제 4 장 법률의 개정 및 해석 방향 ····· 96

제 1 절 입법의 흠결 ····· 96

1. ‘성적 욕망 또는 수치심’ 용어의 대체 ····· 96
2. 처벌 규정 신설 ····· 100
제 2 절 카메라등이용촬영죄 개정 방안 ····· 113
1. ‘성적 욕망 또는 수치심’ 삭제 ····· 113
2. 일방적인 성적 수단 또는 대상화 판단기준 ····· 121
3. 한계 ····· 130

제 5 장 결론 ····· 133

참 고 문 헌 ····· 135

Abstract ····· 141

표 목 차

[표 1] 온라인 성표현물의 분류 ····· 10
[표 2] 1998년 카메라등이용촬영죄 신설 ····· 24
[표 3] 카메라등이용촬영죄 개정 내용 종합 ····· 28
[표 4] 음란을 적용하는 법률 종합 ····· 56
[표 5] 정보통신망법과 전기통신기본법 비교 ····· 59
[표 6] 음란개념에 대한 학설 ····· 62
[표 7] 제정 형법과 현행 형법 비교 ····· 71

제 1 장 서론

제 1 절 문제의 제기

성폭력 처벌법의 제14조 카메라등이용촬영죄는 법체계상으로는 성범죄의 하나로 규정되었으면서도, 그 보호법익이나 판단기준이 형법상 음란물이나 음란행위처럼 사회적 도의관념에 대한 침해가 발생할 수 있는지를 중심으로 적용되곤 했다. 이는 카메라등이용촬영죄의 구성요건에 '성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체' 부분에 관한 해석과 밀접한 연관이 있다. 기존의 판례는 '성적 욕망 또는 수치심' 요건을 성풍속 범죄에 적용하는 음란 기준과 유사하게 해석하였기 때문에, 카메라등이용촬영죄가 적용되기 위해서는 음란물이나 음란행위(이하 "음란물·행위"라 한다.)와 같이 성적으로 노골적인 수준에 이르러야 했다. 이에 법의 보호주체가 성범죄의 직접적인 피해자가 아닌 추상적인 사회 공동체로, 보호가치는 성적 자기결정권 및 인격권보다는 건전한 성풍속과 사회 일반인의 성적 도의관념으로 은밀히 대체되었다. 성범죄와 성풍속에 관한 죄를 혼동하여 사회적 법익이 카메라등이용촬영죄의 적용에 핵심적 위치를 차지하게 되었고, 피해 경험과 무관하게 사회 일반적 평균인에게 성적인 욕망이나 수치심을 유발하는지가 주요 판단기준이기 때문에 피해자의 옷차림, 촬영 장소, 촬영 구도나 각도 등 우연적이고 임의적인 요인에 따라 법익침해 여부가 달라지는 불합리가 발생하였다.

또한, 가해 행위자가 성적 의도와 목적으로 피촬영자의 신체를 함부로 이용했다고 인정하는 경우에도, 충분히 '음란'하지 않은 성착취물에 대하여 구성요건 해당성이 조각될 수 있다. 결과적으로 카메라등이용촬영죄는 목적범 규정이 아님에도 불구하고 피해의 내용이 노골적으로 성적인 신체를 부각하여 사회의 건전한 성풍속과 일반인의 성적 도의관념을 해치는지 해석하도록 함으로써, 사실상 법원이 가해자의 관점에 치

우치게 된 것이다. 디지털 성범죄로 인한 피해의 영향과 근본적으로 가해행위가 가능했던 원인에 대한 구조적 분석이 부재한 상태에서, 피해사실이 성적으로 노골적인지에만 법리의 초점이 맞춰졌기 때문이다. 따라서 음란물·행위와 구별되는 카메라등이용촬영죄만의 판단기준은, 실재하는 피해자의 성적 자기결정권 및 인격권, 성적 노골성 이외의 다양한 가해행위의 공통적 특성, 또는 행위로 인한 피해의 정도와 범위 등을 중심으로 재구성하여야 한다. 성적 노골성만을 기준으로 판단하는 현재의 '성적 욕망 또는 수치심' 요건은 직접적인 피해 당사자의 목소리를 배제하고 성풍속에 대한 침해로만 여겨지기 때문에 책임에 비례하지 않을 뿐만 아니라, 가해행위가 아닌 행위의 결과물이 갖는 음란성을 처벌하는 것이 되어 성범죄의 예방에도 도움이 되지 않는 등 많은 문제를 유발하기 때문이다.

제 2 절 연구의 목적

본 논문은 카메라등이용촬영죄의의 '성적 욕망 또는 수치심'의 개념을 탐구하고자 한다. 구체적으로, 본 논문에서는 첫째, 카메라등이용촬영죄의 구성요건인 '성적 욕망 또는 수치심'의 의미와 범위, 판단기준을 살펴보겠다. 둘째, 현행 법리는 성적 욕망 또는 수치심 유발 가능성을 형법상 음란 기준에 바탕을 둔 성적 노골성으로 판단하고 있으므로 법적 '음란'의 의미를 검토한 뒤, 음란 기준을 카메라등이용촬영죄의 '성적 욕망 또는 수치심'에 적용하여 발생하는 문제점을 지적하겠다. 셋째, 성적 욕망 또는 수치심 요건을 대체할 카메라등이용촬영죄 구성요건 재구성 방안을 제안하겠다.

제 3 절 연구의 내용 및 구성

카메라등이용촬영죄의 '성적 욕망 또는 수치심' 개념을 이해하기 위하여 제2장 카메라등이용촬영죄 개괄에서는 카메라등이용촬영죄의 판단대상인 성착취물과 관련된 개념인 디지털 성범죄, 성착취물의 의미와 카메라등이용촬영죄의 보호법익과 구성요건에 관한 제·개정 연혁을 정

리했다. 이를 바탕으로 제3장에서는 성착취물이 우리 사회에서 수용, 소비, 유통되는 현상의 변천과 그 원인으로 제시할 수 있는 요인을 정리하고, 특히 법원의 태도에 대하여 ‘성적 욕망 또는 수치심’을 음란의 성적 노골성으로 파악한 기존 해석을 분석했다. 또한, 음란으로 구성요건을 해석하는 다른 법률의 내용과 목적을 검토하고, 이러한 음란 기준을 카메라등이용촬영죄에 적용하여 발생하는 문제점을 지적했다. 이어 제4장에서는 카메라등이용촬영죄의 법률개정안의 내용을 검토하여 카메라등이용촬영죄의 ‘성적 욕망 또는 수치심’ 요건을 둘러싼 문제들을 보완할 방안을 살펴보았다. 결론적으로, ‘성적 욕망 또는 수치심’ 유발 가능성이 아닌, 피해자의 의사에 반하여 일방적으로 피해자의 신체를 ‘성적인 수단 또는 대상으로 삼는’ 행위를 지적하는 것으로 카메라등이용촬영죄 구성요건 개정방안을 제안했다.

제 2 장 카메라등이용촬영죄 개괄

제 1 절 카메라등이용촬영죄와 관련된 개념

1. 성폭력 처벌법의 대상범죄

성범죄란 성적 생활영역에서 일어나는 범죄를 말한다. 성범죄는 성폭력 처벌법, 청소년성보호법 그리고 형법이 중첩적으로 적용될 수 있다. 형법은 협의의 성범죄인 강간과 추행의 죄와 성풍속에 관한 죄를 구분된 장에 규율하고 있다. 강간과 추행의 죄는 폭행·협박이나 위계·위력을 사용하여 성적 자기결정권(협의의 성범죄)을 침해하는 범죄이고, 성풍속에 관한 죄는 광의의 성범죄로서 성풍속 또는 성도덕을 보호한다.[1] 성적 자기결정의 자유란 성생활의 여부를 스스로 결정할 자유, 인격적 성숙을 기초로 한 성생활의 가능성을 포함하나, 성행위를 할 적극적 자유가 아니라 성행위로부터의 소극적 자유를 보호하는 것이다.[2]

형법상의 성범죄와 상관없는 새로운 구성요건들도 포함하여 특별법으로 규정하는데, 성폭력 처벌법의 카메라등이용촬영죄가 그중 하나이다. 성폭력 처벌법 제정 당시 성폭력 처벌법은 대상범죄에 형법의 성풍속에 관한 죄, 추행 또는 간음을 목적으로 범한 죄 또는 그 미수범까지의 죄로 규정하였다. 특히 이중에서 제12조(현행 제13조) 통신매체를 이용한 음란(이하 “통신매체이용음란죄”라 한다.)과 제13조(현행 제14조) 카메라등이용촬영죄를 연이어 규정했는데, 두 조항 모두 디지털 기술을 이용한 비신체적 범죄에 해당하고, 구성요건에 ‘성적 욕망’과 ‘성적 수치심’ 등 주관적 감정을 명시하고 있다. 카메라등이용촬영죄 등 디지털 기기를 매개로 발생하는 성범죄는 통계적으로 흉악(강력)범죄로 분류

1) 신동운, 「형법총론(제11판)」, 2019, 법문사, 510, 706-711면.; 임웅, 「형법각론(제10정판)」, 2019, 법문사, 190면.

2) 이재상 등, 「형법각론(제11판)」, 2019, 박영사, 158면.

된다.[3]

2. 디지털 성범죄

가. 디지털 성범죄의 의미

실무나 학계에서는 카메라나 컴퓨터 등 기계장치를 이용한 성범죄를 일컫는 용어가 통일되어 있지 않고, 사이버 성범죄, 온라인 성범죄, 디지털 성범죄 등 다양하다. 온라인과 현실 공간의 유기성, 개인과 불특정 익명 다수인 간 관계성, 기존에 수사기관 등이 운영하고 있는 인프라 간 연계성, 연구대상(크게 불법촬영물, 비동의유포 성적촬영물, 허위영상물 셋으로 구분할 수 있다.) 및 연구자가 포착한 피해 사실과 범죄 행위의 실질에 따라 혼용되고 있다.[4] 디지털 기계장치를 이용한 성범죄는 ① 불법촬영이나 비동의 성적촬영물의 유포행위와 더불어, ② 온라인 대화, 이메일, 웹사이트 등에 업로드하는 게시글 등을 통해 상대가 원치 않는 성적인 언어나 정보(의학적 내용 포함), 음란한 영상(포르노 포함)을 전달하는 행위, ③ 사람의 신체, 성적 관심이나 행위를 언급하는 행위(비하나 욕설), ④ 성적 행위나 신체노출, 성적 대화를 요구하거나 강요하는 행위, ⑤ 상대방의 주소, 이름 등 개인정보를 알아내어 성적 사진이나 영상을 공개하겠다고 위협하는 행위, 그리고 나아가 ⑥ 그러한 촬영물 등을 이용하여 성관계나 성매매를 강요하는 행위 등 상대방과 제3자에게 성적인 불쾌감, 수치심 혹은 혐오감을 유발하는 다양한 행위 유형을 포함한다.

---

3) 김한균, “사이버 성범죄·디지털 성범죄 실태와 형사정책”, 2017, 이화젠더법학 제9권 제3호, 30면.

4) 서승희, “사이버성폭력 피해의 특성과 근절을 위한 대응방안 - 비동의유포 성적촬영물을 중심으로 -”, 2017, 이화젠더법학 제9권 제3호, 62-67면.; 장다혜·김수아, “온라인 성폭력 범죄의 변화에 따른 처벌 및 규제 방안”, 2018, 형사정책연구원 연구총서, 45-53면.; 이건호, “디지털 영상이용 성폭력과 형사법적 대응방안에 대한 고찰 - 소위 ‘리벤지 포르노’ 논의의 성편향성과 형법 -”, 2018, 경찰법연구 제16권 제2호, 163-166면.; 김한균, 앞의 논문, 2017, 29-30면.

가장 대표적으로 사이버 성범죄, 온라인 성범죄, 그리고 디지털 성범죄 용어가 사용되고 있고, 그간의 논의된 부분을 정리하면 다음과 같이 정의할 수 있다.

① 사이버 성범죄

기본적으로 사이버 공간에서 발생하는 젠더폭력을 통칭한다. 특히 불법도촬, 비동의유포 성적촬영물 등 디지털 촬영기기로 촬영한 촬영물을 사이버 공간에 유포하는 성범죄는 사이버 성폭력의 대표적인 유형이다. 또한, 통신매체를 이용한 음란행위, 성적 사이버불링, 게임 내 성폭력, 사이버스토킹, 사진 성적 합성, 단톡방 성희롱 등을 사이버성폭력의 유형으로 분류할 수 있다.[5)]

② 온라인 성범죄

온라인상에서 대화, 메일, 게시글을 통해 상대가 원치 않는 성적인 언어나 정보(의학적 내용 포함), 음란한 영상(포르노 포함)을 전달하거나 상대의 신체, 성적 관심이나 행위에 대한 언급, 상대의 성적 행위나 신체노출의 요구, 성적 욕설, 성적 대화 요구, 성추행 위협, 성관계나 성매매를 제안함으로써 상대방에게 성적인 불쾌감, 수치심 혹은 혐오감을 유발하는 행위를 의미한다.[6)]

③ 디지털 성범죄

디지털 기기 및 정보통신기술을 매개로 온·오프라인상에서 발생하는 젠더 기반 폭력으로, 동의 없이 상대의 신체를 촬영하거나 유포·유포협박·저장·전시하는 행위 및 사이버 공간에서 타인의 성적 자율

5) 서승희, 앞의 논문, 2017, 61면.

6) 장다혜·김수아, 앞의 논문, 2018, 47-48면.

권과 인격권을 침해하는 행위를 포괄한다. 모든 디지털 성폭력이 현행 법상 성범죄로 인정되는 것은 아니며, 현재 범죄로 규정되는 디지털 성폭력은 불법촬영, 성적 촬영물 비동의 유포, 통신매체를 이용한 음란 행위 등이 있다.[7]

디지털 성범죄 용어는 행위의 수단으로서 디지털 기기를 이용한다는 점에 초점이 맞추고 있어, 정부는 불법촬영 등 카메라등이용촬영죄 예방에 관한 정책에 주로 디지털 성범죄 용어를 사용해왔다.[8] 최근 텔레그램을 통해 미성년자 등 다수 여성의 성착취물을 제작·판매한 소위 '텔레그램 N번방 사건'에 대해서도, 지난 3월 24일 정부는 SNS를 이용하여 성착취물 제작 내지 유포 행위를 성착취로 규정하고 이를 디지털 성범죄라고 지칭하였다.[9] 이런 디지털 성범죄라는 용어는 수단이나 행위 유형의 디지털화를 넘어 SNS 등 광범위한 네트워크를 이용한 다양한 기술을 모두 포괄하기 어렵다는 한계가 지적되기도 하였으나,[10] 전형적인 디지털 성범죄의 유형인 불법촬영과 비동의유포와 가장 맞닿아 있다는 점에서 카메라등이용촬영죄를 이해하기에 적합하다.[11]

나아가, 디지털 성범죄 행위를 특정한 성별에 대한 성적 학대라는 다양한 행위태양을 포괄하는 연속적인 개념으로 파악하면서 이미지 기반 성적 학대(Image-Based Sexual Abuse)라고 명명하기도 한다.[12] 이는 연

---

7) 디지털 성범죄 피해자 지원센터, 홈페이지: https://www.women1366.kr/stopds/ 참조.

8) 대한민국 정책브리핑 보도자료, "디지털 성범죄(몰래카메라 등) 피해방지 종합대책", 2017. 09. 26., 홈페이지: http://korea.kr/news/pressReleaseView.do?newsId=156228344 참조 (최종검색일: 2020. 3. 30.)

9) 대한민국 정책브리핑 보도자료, "SNS 이용 성착취 등 디지털 성범죄에 강력 대응 - 'N번방 사건' 가담자 전원 엄정 수사 등 대검 지시, 처벌 강화 법 개정 등 추진", 2020. 03. 24., 홈페이지: http://korea.kr/news/pressReleaseView.do?newsId=156381987 참조 (최종검색일: 2020. 3. 30.)

10) 김연수·정준섭, "'디지털 성범죄' 관련 정부대책과 개선방안", 2018, 동북아법연구 제11권 제3호, 391면.

11) 서승희, 앞의 논문, 2017, 61면.; 김한균, 앞의 논문, 2017, 39면.

속(Continuum)이라는 개념을 사용하여 신체적 폭행, 위협, 협박, 위력 등 다양한 구성요건 요소를 범주 안으로 포함할 수 있고, 다양한 개별 행위를 성적 폭력이라는 관계성을 중심으로 파악하여 법·정책적 대처 방안이 표면을 겉돌지 않고 섬세한 대처가 가능하다 장점이 있다. 이렇듯 이미지 기반 성적 학대는 다양한 가해행위가 성적 학대의 연속선 상에 위치한다고 보기 때문에, 촬영 기술과 인터넷이 발전하면서 가해행위의 수단과 방법이 수차례 변화를 거듭하여 기존에 상정한 행위 정형에 맞지 않더라도 학대(Abusive)의 성질에 초점을 맞춰야 한다는 것이다. 여기서 성적 학대란 피해자를 지배하고 통제하기 위하여 다양한 위협, 강요, 협박 또는 위력을 사용하여 피해자의 정당한 권리와 자유를 침해하는 행위를 말한다.[13]

그러나 이는 지나치게 행위 태양의 범주가 폭넓어 우리 법제에는 맞지 않는다. 우리 형법은 협박죄, 위력을 이용한 간음죄 등을 각기 다른 구성요건으로 규율하고 있어, 개별 행위를 규정하는 법률이 각각 적용될 뿐이고, 구성요건을 구체적이고 객관적으로 서술하는 편이 일반인의 예측가능성이나 법적 안정성을 높이는 데 유리하다. 다만 피해가 피해로서 인정받지 못하는 입법의 흠결 및 피해자가 경험한 피해의 정도에 대한 고려가 제대로 법률 문언에 반영되지 못하는 점을 시정하기 위하여 피해자의 경험을 중심으로 담론이 형성되어야 할 필요가 있고, 이에 따라 디지털 성범죄가 성차별적인 다양한 행위 태양이 성적 폭력이라는 연속선 상에 있다는 통찰은 카메라등이용촬영죄 개정 과정에서 유의미하게 다뤄져야 한다.[14]

---

12) C. McGlynn et al. (2017). “Beyond ‘Revenge Porn’: The Continuum of Image-Based Sexual Abuse”, *Feminist Legal Studies,* Vol.25, p. 26-28, 33-34, 36.

13) C. McGlynn et al. (2017). “Beyond ‘Revenge Porn’: The Continuum of Image-Based Sexual Abuse”, *Feminist Legal Studies,* Vol.25. p. 27.

14) 디지털 성폭력 이외에도 비동의 포르노그래피(Non-Consensual Pornography, NCP), 이미지-기반 성적 학대(Image-Based Sexual Abuse), 기술-기반 성폭력(Technology Facilitated Sexual Violence) 등이 있다. 이러한 개념의 의미와 장단점에 대해서는 C. McGlynn et al. (2017). “Beyond ‘Revenge Porn’: The Continuum of Image-Based Sexual Abuse”, *Feminist Legal Studies,* Vol.25.; C. McGlynn·E. Rackley.

나. 디지털 성범죄의 범주

2020년, 양형위원회는 제1유형에 아동·청소년성착취물 범죄, 제2유형에 카메라등이용촬영 범죄, 제3유형에 통신매체이용음란 범죄를 포괄하는 '디지털 성범죄'라는 이름의 범죄군을 정의하였다.[15] 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률 위반」(이하 "아청법"이라 한다.) 아동·청소년성착취물,[16] 성폭력 처벌법의 통신매체이용음란죄와 카메라등이용촬영죄까지 3개 범죄를 '디지털 성범죄'라는 하나의 범죄군으로 보는 것이다. 이는 카메라등이용촬영죄 등 디지털 성범죄가 형법상의 음란물·행위와는 질적으로 구분되는 성범죄임을 뜻한다.

한편, 양형위원회에서는 '디지털 성범죄'라는 용어가 범죄행위의 외연을 적절히 표현하는지에 대한 논의가 있었다. 우선 '디지털'이라는 용어 대신 '아동·청소년음란물·신체촬영·통신매체음란범죄' 등의 용어가 제안되었다. 그러나 이미 각국 정부의 부서 명칭 및 공식 문건에서 '디지털 성범죄'라는 용어를 사용하고 있고, 대부분 범행이 디지털 기기를 이용하여 발생하며, 향후 디지털을 이용한 정보통신망 범죄 등을 포괄하는데 적절하므로 현재 디지털 이용 성범죄에 관한 높은 사회적 관심을 반영할 수 있는 '디지털 성범죄'라는 명칭은 적절하다고 판단하였다.[17] 또한, '성범죄'로 명칭을 정하는 것에 대하여 가해의 폭력성을 부각하는 '디지털 성폭력'으로 불러야 한다는 의견이 있었지만, 성범죄는 통상적인 신체적 폭력을 수반하지 않는 행위도 포괄

(2017). "Image-Based Sexual Abuse", *Oxford Journal of Legal Studies,* Vol.37, No.3.; N. Henry et al. (2018). "Policing Image-Based Sexual Abuse: Stakeholder Perspecrives", *Police Practice and Research,* Vol.19, No.6. 등을 참조.

15) 양형위원회 보도자료, "양형위원회 제101차 전체회의 결과", 2020. 4. 20., 2면.

16) 2020. 6. 2. 일부개정된 아청법은 기존에 '아동·청소년이용음란물'을 '아동·청소년성착취물'로 용어를 변경하였다.

17) 양형위원회 제101차 정기회의, 전문위원 업무보고 제2020-14호, 2020. 4. 20., 7-10면.

할 수 있고, 기존에 청소년성보호법이 통신매체이용음란죄 및 카메라등이용촬영죄를 성범죄로 규정하고 있는바, 용어의 혼동을 방지하고자 하였다.[18)]

3. 성착취물

가. 성표현물과 성착취물의 의미

온라인상 성적 표현은 매우 다양한 양상으로 분포하고 있는데 논의의 편의를 위하여 이를 '성표현물'이라 하겠다. 성기나 성행위 등의 묘사를 포함하여 성에 관한 모든 표현물은 성표현물에 해당하는데, 성표현물이라 하여 모두 절대적인 자유로서 보호되는 것은 아니다. 성표현물에 일정한 가치규범적 평가가 이루어져 법이 허용할 수 없는 성표현물에 대해서는 제한적으로 형벌도 부과될 수 있다.[19)] 제한되는 성표현물에는 대표적으로 음란물과 성착취물이 있다. 음란물은 성적 의도와 목적을 갖고 허구적으로 재현된 영상이미지인 반면, 실재하는 피해자를 대상으로 하는 성착취물은 피촬영자의 의사에 반하여 촬영, 편집 또는 유포된 경우이다.[20)]

성표현물의 종류는 크게 ① 합법적인 성표현물과 불법인 ② 음란물, 그리고 ③ 통신매체이용음란죄와 카메라등이용촬영죄의 판단대상이 되는 성착취물로 나눌 수 있다.[21)]

< 표 1 : 온라인 성표현물의 분류 >

온라인 성표현물	
① 합법	불법

18) 양형위원회 제101차 정기회의, 전문위원 업무보고 제2020-14호, 2020. 4. 20., 6-7면.

19) 이건호, "성표현물의 음란성 판단기준에 관한 연구 (Ⅱ) - 영미의 논의를 중심으로 -", 2001, 형사정책연구원 연구총서, 22면.

20) 김소라, "디지털 자본주의와 성폭력 산업", 2019, 여/성이론 제41권, 17면.

	② 음란물	③ 성착취물(디지털성범죄)
합법적으로 유통되는 성인물 등	(정보통신망법) 불법정보, (형법) 음화, 공연음란	(성폭력 처벌법) 통신매체이용음란, 카메라등이용촬영, (아청법) 아동·청소년성착취물

구체적으로, ① 합법적인 성표현물은 헌법상 표현의 자유의 영역에 속한다. 성표현물이란 성과 관련한 문화적, 예술적, 정치적, 과학적, 사회적 가치를 갖는 영상, 그림, 사진, 글, 공연행위 등 다양한 형태의 저작물을 말한다. 이러한 합법적 성인물은 원칙적으로 헌법상 표현과 학문의 자유 아래 성표현물을 폭넓게 보호되며, 영상물등급위원회 또는 방송통신심의위원회의 등급 분류를 받아 유통된다.

반면, ② 음란물이란 인간의 존엄과 가치를 심각하게 훼손·왜곡할 정도로 노골적으로 성적 부위나 행위를 표현한 것으로서, 사회의 건전한 성풍속과 정상적인 성도덕감을 보호하기 위하여 제한할 수 있다. 또한, 이러한 음란물의 음란 개념은 법원이 규범적으로 판단하는 것으로서, 법원은 영상물등급위원회나 방송통신심의위원회의 심의결과에 기속되지 않는다.[22] 성적 욕망 또는 수치심을 유발하여 사회의 건전한 성풍속을 침해하는 음란물은 정보통신망을 이용한 생산과 유통은 「정보통신망 이용촉친 및 정보보호 등에 관한 법률」(이하 “정보통신망법”이라 한다.)과 형법이 적용된다. 음란물에 대한 규제는 음란물이 단순히 부도덕한 수준을 넘어 사회의 기본적인 이익과 질서에 대한 침해, 즉 유해성이 인정되기 때문이다.[23]

---

21) 아동·청소년을 이용한 음란물의 경우 음란물이자 성착취물로서의 성질을 모두 갖고 있다. 법률에 ‘음란물’로 규정되었으나, 근래 성착취물로서의 성질이 부각되고 있다. 이에 관해서는 의안번호 2023806, 강창일의원 대표발의, ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률 일부개정법률안’ (출처: 국회의안정보시스템, 계류의안, 2020. 4. 13. 검색); 전윤정, 「텔레그램 ‘n번방’ 디지털 성범죄 대책 현황과 개선과제」, 2020, 국회입법조사처, 4면 참조.

22) 대법원, 2008. 3. 13. 선고, 2006도3558 판결.

23) 임웅, 앞의 책, 2019, 806면.; 김주환, “음란성과 예술성”, 2019, 홍익법학 제20권 제2호, 227면.

이에 반해 ③ 성착취물은 통신매체이용음란죄가 적용되는 음란한 부호, 음향, 글, 그림, 영상 등과, 카메라등이용촬영죄의 처벌 대상인 불법촬영물, 비동의유포 성적 촬영물, 그 복제물, 그리고 편집 등을 거친 허위영상물로 구분할 수 있다. 이는 성표현물이나 음란물처럼 재현된 성적 표현물이 아닌, 실재하는 피해자를 대상으로 한 성범죄의 결과물이다. 우리 법은 특히 사람의 성기 등 특정 신체 부위를 노골적으로 부각하여 촬영한 경우를 카메라등이용촬영죄로 처벌하고 있다. 카메라등이용촬영죄가 적용되는 대상을 세부화하면, 피촬영자의 신체를 동의 없이 촬영한 ① 불법촬영물, 촬영 이후 동의 없이 유포한 ② 비동의유포 성적촬영물, 또는 그러한 촬영물을 재촬영하거나 복사·출력한 ③ 복제물, 그리고 인공지능(딥페이크) 기술[24] 등을 활용하여 합성·편집·가공한

24) 허위영상물에 관한 규정은 2020년 3월 24일 법개정으로 카메라등이용촬영죄에 이어 제14조의2로 신설되었다. 2020년 6월 25일부터 시행될 예정이다.
딥페이크 기술이란 "인공지능(AI)기술 중 안면 매핑(facial mapping) 기술을 활용하여 특정인의 얼굴을 다른 영상에 합성하는 허위 영상합성물을 의미한다." 초기에는 유명인의 얼굴을 악의적으로 이용하여 성적 촬영물이나 포르노물로 변형하는 사례가 주목을 받았으나, 최근에는 흔히 '지인능욕'으로 불린다. 호기심이나 장난으로 온라인에 공개되어 있는 무료 소스코드와 AI 머신러닝 알고리즘을 이용하는데 합성이 손쉽고 정교하다. 이는 피해자의 신고가 없으면 단속이 거의 불가능하고, SNS나 온라인 웹사이트에서 문화상품권 5천 원에서 1만 원 정도를 지불하고 제작을 의뢰하여 유포하는 경로가 일반적이다. SNS는 특히 제작한 사람이나 제작을 의뢰하고 유포한 사람 등이 계정을 폐쇄하는 방법으로 단속을 피한다. 따라서 허위영상물에 의한 성착취를 적절히 대응할 수 있는 방법이 매우 한정적이었다. 이에 정부는 2019년부터 DNA필터링 기술을 적용하여 디지털 성범죄를 원천적으로 방지한다는 방침을 발표하였으나, "한번 업로드된 편집·영상합성물을 완벽하게 필터링 할 수 없고", 불특정 다수인에게 퍼진 성착취물은 "인터넷상에서 지속해서 복사·공유되[기]… 때문에 최초 유포자가 처벌을 받아도 피해자는 계속 고통을 받을 수밖에 없다."(배상균, "인공지능(AI)기술을 이용한 디지털 성범죄에 대한 검토 - 딥페이크(Deepfake) 포르노 규제를 중심으로 -, 2019, 외법논집 제43권 제3호, 174-176면을 요약함.)
한편, 딥페이크를 이용한 허위영상물에 대한 처벌 필요성은 민사상 손해배상을 받기 어려운 점에 근거한다. 허위영상물에 대하여 카메라등이용촬영죄의 개정 이전에는 허위사실적시 명예훼손죄의 적용을 주로 검토하였는데, 허위사실적시란 피해자의 사회적 평가를 저하시킬 수 있는 구체적 허위사실을 적시해야 할 것을 요건으로 하였다. '사실을 드러내어'란 시간적으로나 공간적으로 구체적인 과거 또는 현재의 사실관계에 관한 보고 또는 진술을 의미"하기 때문에 이를 딥페이크에 적용하는 데 어려움이 있었다. (이에 대

④ 허위영상물이 있다.

과거 불법촬영물이나 비동의유포 성적촬영물을 ‘몰래카메라(몰카)’나 ‘리벤지 포르노(Revenge Porn)’라고 부르기도 하였으나, 행위의 불법성을 경감시키고 피해를 희화화하는 등 용어의 부적절성이 드러났다. 특히 ‘리벤지 포르노’는 성착취물을 둘러싼 다양한 상황적 맥락과 가해 의도를 삭제하고 범죄행위가 이유 있는 앙갚음으로 둔갑하는 가해자 중심적 용어이고, 성착취물을 음란물(포르노)로 소비하는 잘못된 인식을 강화한다. 뿐만아니라 최종적인 피해와 무관함에도 불구하고 피해자가 촬영에 동의했었는지 부각하거나, 이후에라도 피해자가 가해를 멈출 통제력을 갖고 있었다는 등 잘못된 추정이 피해를 가리고 오히려 피해자에 대한 비난과 2차 가해를 유발하는 경향이 있다.[25] 더불어 ‘리벤지 포르노’라는 단어는 그 해악을 판단할 때 당해 영상이미지가 얼마나 음란(salacious)한지에 초점을 맞추어 피해의 정도와 범위를 부당하게 축소하고 피해자의 의사에 반하였는지를 쉽게 간과하여 형사정책적 대응을 미약하게 하므로, 행위의 불법성을 부각하는 다른 용어로 개정될 필요가 제기되었다.[26] 이를 바탕으로 한동안 ‘몰카’나 ‘리벤지 포르노’보다는 ‘불법촬영’ 또는 ‘비동의유포 성적 촬영물’이라는

해서는 대법원 2018. 5. 30. 선고, 2017도607 판결 참조.)

25) 김한균, 앞의 논문, 2017, 43-44면.; T. Kirchengast · T. Crofts. (2019). “The Legal and Policy Contexts of ‘Revenge Porn’ Criminalisation: The Need for Multiple Approaches”, *Oxford University Commonwealth Law Journal,* Vol.19, No.1, p. 3-4.; 대한민국 정책브리핑 보도자료, “디지털 성범죄(몰래카메라 등) 피해방지 종합대책”, 2017. 09. 26., 홈페이지: http://korea.kr/news/pressReleaseView.do?newsId=156228344 참조 (최종검색일: 2020. 3. 30.); 출처: [아시아경제] 여성가족부, ‘리벤지 포르노’ 용어 퇴출 http://www.asiae.co.kr/news/view.htm?idxno=2017080411024301341 (최종검색일: 2020. 4. 12.)

26) C. McGlynn et al. (2017). “Beyond ‘Revenge Porn’: The Continuum of Image-Based Sexual Abuse”, *Feminist Legal Studies,* Vol.25, p. 38-39.; C. McGlynn · E. Rackley. (2017). “Image-Based Sexual Abuse”, *Oxford Journal of Legal Studies,* Vol.37, No.3, p. 536.; S. Maddocks. (2018). “From Non-Consensual Pornography to Image-Based Sexual Abuse: Charting the Course of a Problem with Many Names”, *Australian Feminist Studies,* Vol.33, No.97, p. 347.

용어가 널리 사용되었다. 그러나 이 또한 직접적인 촬영물이 아닌 그 복제나 편집 등 행위를 거친 허위영상물 간과하는 한편, 영구적이고 심각한 피해를 야기하는 성범죄에 대한 경각심을 고취하여야 한다는 점이 지적되어, 이후로 성적인 착취·학대에 초점을 맞춘 개념의 법제화 필요성이 제기되었다.[27]

이외에도 디지털 강간(Digital rape), 크립샷(creepshotter), 무단촬영, 또는 디지털 관음증(digital voyeurism) 등 다양한 용어가 제안되었다.[28] 이러한 용어들을 둘러싼 논의의 핵심은, 성적 중립성(Gender neutral), 문화적 포용(cultural inclusive)과 더불어, 다양한 피해 양상을 포괄하면서도 가해 행위를 부각하여 2차 가해 및 피해자 비난을 최소화하고, 온라인과 오프라인을 구분하지 않으면서도 여성성에 대한 선입견을 유발할 수 있는 어휘는 피해야 한다는 점이다.[29] 세계적으로 디지털 성폭력을 일컫는 용어에 관한 논의가 진행되고 있는 한편, 최근 우리 정부는 디지털 성범죄의 대상이 되는 영상물 등을 포괄하여 '성착취물'이라는 용어를 사용하고 있다. 따라서, 성착취물은 성범죄의 증거이자 성범죄의 피해 사실이고, 본 논문에서도 용어를 통일하여 디지털 성범죄 중 특히 카메라등이용촬영죄가 적용되어야 할 불법촬영물, 비동의유포 촬영물, 허위영상물 등을 통칭하는 성착취물로 정의하겠다.

여기서 말하는 성적 착취의 핵심은 대상을 비인격적(dehumanized)인 수단화이다. 성매매, 인신매매와 정도의 차이가 있겠으나, 아동·청소년

27) 전윤정, 앞의 논문, 2020, 3-4면.; 김소라, 앞의 논문, 2019, 17면.; 출처: [국회뉴스ON] 디지털 성착취 개념 필요…게시물 유포 차단 강제절차 도입해야 http://www.naon.go.kr/content/html/2020/03/31/9499d9c0-f5b1-493f-9ec8-f67e06ebc906.html (최종검색일: 2020. 4. 11.)

28) S. Maddocks. (2018). "From Non-Consensual Pornography to Image-Based Sexual Abuse: Charting the Course of a Problem with Many Names", *Australian Feminist Studies,* Vol.33, No.97, p. 351-352.; C. McGlynn.·E. Rackley. (2017). "Image-Based Sexual Abuse", *Oxford Journal of Legal Studies,* Vol.37, No.3, p. 539.

29) S. Maddocks. (2018). "From Non-Consensual Pornography to Image-Based Sexual Abuse: Charting the Course of a Problem with Many Names", *Australian Feminist Studies,* Vol.33, No.97, p. 351-352.

성착취물이나 성착취물 또한 피해자인 피촬영자를 동등한 시민 동료로서의 존엄한 인격체로 대우하지 아니하고 일방적으로 성적인 대상으로 격하시키는 것이므로 공통적으로 성착취적 성격을 갖는다. 더불어 강제로 성적 행위를 하게 하여 성착취물을 생산하고 그로부터 영리를 취하는 구조가 성착취와 동일하다. 따라서, 카메라등이용촬영죄 또한 넓은 의미에서 인격권 침해이자 성적 착취행위로서 이해하는 것이 바람직하다.[30] 따라서 성기 등 특정한 신체 부위를 노골적으로 부각하여 사회 일반인의 성적 도의관념을 해치는지 보는 기존의 '성적 욕망 또는 수치심' 요건을 대체하고, 불법촬영물이나 비동의유포 성적 촬영물, 허위영상물 등의 성착취적 성격을 부각하기 위해 '성착취물'이라 통칭하는 것은 타당하다.

그런데 카메라등이용촬영죄에 성적 착취라는 개념을 사용하면, 기존에 카메라등이용촬영죄의 '성적 욕망 또는 수치심' 판단기준인 특정한 신체 부위가 노골적으로 부각되어 통상 자연스러운 시야에 보이는 노출의 정도보다 더 엄격하게 해석될 위험이 있다. 카메라등이용촬영죄의 심각성을 부각하려다가 오히려 처벌 범위가 축소되는 부작용이 생길 수 있는 것이다. 따라서 사회 일반적으로 카메라등이용촬영죄의 구성요건에 해당하는 행위로 인한 촬영물, 허위영상물 등 결과물을 '성착취물'이라고 호명함으로써 그 폭력성이 강조되도록 하고, 법의 구성요건 문언에 '성적 착취'를 직접 명시할 것은 아니다.

한편, 카메라등이용촬영죄는 신체 자체에 대한 성적 착취이자, 신체를 담은 영상이미지에 대한 성적 착취 양자가 모두 존재한다.[31] 피해자의 신체 이미지를 성적으로 이용하는 행위뿐만 아니라, 신체에 성적인 함의를 부여하는 행위도 성착취물이 가하는 폭력이다. 영상이미지에 대한 착취는 (불법)촬영된 영상이미지를 디지털 데이터로 기록, 수집, 저장하는 행위를 말한다. 이러한 행위가 착취인 이유는, 피촬영자의 모습을 손

30) 천진호, "성착취와 성착취형 인신매매에 대한 형사법적 대응과 개선방안", 2002, 한국형사정책연구원, 8-9면.

31) 김수아・장다혜, "온라인 피해 경험을 통해 본 성적 대상화와 온라인 성폭력 문제", 2019, 미디어, 젠더 & 문화 제34권 제1호, 99면.

상된 방식으로 해석하도록 유도하고, 그러한 형태로 규정된 피촬영자의 모습을 끊임없이 확대, 재생산하여 온/오프라인에서 인격적 존재로서의 정체성을 담은 피촬영자의 이미지를 붕괴하기 때문이다.[32] 예를 들어 SNS의 프로필 이미지에 나타난 교복과 같은 옷차림을 성적으로 비하하거나, 모욕적인 의미를 부착하거나, 성적으로 괴롭히는 행위가 이에 해당한다. 이에 성착취물의 행위 유형을 성착취물의 수입 및 수출, 불법촬영, 편집 등 행위를 일컫는 ① 제작형; 성착취물을 업로드, 반포, 판매, 임대, 제공, 전시하는 등 (재)유포하는 ② 유포형; 성착취물을 저장, 구매, 시청하거나 품평하는 등 성착취물 소비에 가담하는 ③ 시청(소비)형; 그리고 성착취물 제작 등을 위한 폭력행위에 참여하는 ④ 참여형으로 분류하기도 하였다.[33]

나. 성착취물의 특성

성착취물은 비신체적 폭력을 가한다. 그러나 성착취물이 유발하는 침해가 반드시 피해자의 정신에 국한되는 것은 아니다. 성착취물 피해자가 빈번히 성착취물 피해자는 성폭력 처벌법이 보호할 음란 습벽이 없는 부녀, 즉 '순수한 피해자'가 아니라는 부정적인 사회적 인식에 직면하기 때문이다. 이는 순식간에 2차 가해로 번진다.[34] 때문에 성착취물을 (재)유포하여 피해자의 "사회적 지위를 파괴하겠다는 협박"은 언어적 모욕이나 위협을 넘어 실제로 피해자의 행위를 제약하고, 자유로운 권리행사 마저 위축시킬 수 있다.[35] 연구결과에 따르면, 제3자

32) 윤지영, "디지털 매트릭스의 여성착취문법: 디지털 성폭력의 작동방식과 대항담론", 2018, 철학연구 제122집, 94면.

33) 김수아・장다혜, 앞의 논문, 2019, 95면.; 윤지영, 앞의 논문, 2018, 87면.

34) 출처: [신동아] "성착취 피해자 얼굴로 '짤방' 만들어 돌려보며 관전평" https://shindonga.donga.com/3/all/13/2039099/1 (최종검색일: 2020. 5. 12.); [경향신문] [n번방 수사] "성착취 피해자에 2차 가해 멈춰라" http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?art_id=202003262156005 (최종검색일: 2020. 5. 12.)

35) 신성연이, "온라인 성착취 떼가 발견한 법제도의 틈새 - 온라인 시민사회의 재구성이 필요하다", 제27차 젠더와 입법포럼 <디지털 성착취 근절을 위한 법제도 모색 라운드 테이블> 토론문, 2020. 4. 7., 31면.

(bystander)가 피해자를 비난하는 경향은 오프라인(대면)보다 온라인(비대면)에서 더 빈번하고, 특히 온라인에서는 피해자가 (성착취물을 가해자에게 제공하지 않거나, SNS 계정을 삭제하는 등) 일정 부분 상황을 통제할 수 있다고 보고, 이후 이어진 가해 행위에 대해서도 피해자에게 귀책 사유가 있다고 공격하는 등 가해에 동참하는 비율이 높았다.[36]

이러한 성착취물의 특징을 개괄하자면, 첫째로, 온라인 공간에서 피해가 확산되는 성착취물은 그 피해가 비가시적이다.[37] 기술의 발전으로 인하여 변형 카메라를 이용한 불법촬영이 점점 은밀하고 손쉬워졌고, 온라인을 통한 유포는 피해자가 알지 못하는 사이에, 모르는 사람에 의하여도 발생할 수 있기 때문이다. 성착취물은 이후 인터넷 사이트나 단톡방에 공개되어 불특정 다수에게 광범위하고 급속하게 퍼지지만 피해자에게는 제때 드러나지 않아 피해가 발생하는 즉각 조치를 취하기 어렵다.[38] 실무에서는 피해자가 촬영물의 존재조차 알 수 없는 경우가 대부분인데, 심지어 허위영상물 등 가해 행위자나 피해자가 누구인지 식별·특정할 수 없는 경우에는 법적 구제도 어려웠다. 더불어 피해자가 성착취물이 유포된 몇 개의 경로를 신고하더라도, 신고가 이뤄지는 와중에 또 얼마나 더 퍼졌는지 알 수 없어 피해자는 일상과 주변 지인들로부터 고립되기 쉽다.

이렇듯 성착취물 화면 안에 나타나지는 않지만 피해자를 볼 수 있는

36) G. Scott et al. (2019). “The Volume and Source of Cyberabuse Influences Victim Blame and Perceptions of Attractiveness”, *Computers in Human Behavior,* Vol.92, p. 120-121.; T. Kirchengast·T. Crofts. (2019). “The Legal and Policy Contexts of ‘Revenge Porn’ Criminalisation: The Need for Multiple Approaches”, *Oxford University Commonwealth Law Journal,* Vol.19, No.1, p. 4, 7-8.

37) W. McCann et al. (2018). “Upskirting: A Statutory Analysis of Legislative Responses to Video Voyeurism 10 Years Down the Road”, *Criminal Justice Review,* Vol.43, No.4, p. 400-401.

38) 서승희, 앞의 논문, 2017, 66-67면.; 김수아·장다혜, 앞의 논문, 2019, 122-123면.; N. Henry et al. (2018). “Policing Image-Based Sexual Abuse: Stakeholder Perspecrives”, *Police Practice and Research,* Vol.19, No.6, p. 568.

가해자에 비하여, 일방적으로 보여지는 위치에서 화면에 노출되는 피해자 사이의 “시선의 비대칭성과 일방성”은 중앙 감시탑이라는 푸코의 판옵티콘(panopticon)에 비유되기도 한다.[39] 바로 옆의 지인도 내 몸을 찍은 영상이미지를 보았을 수 있다는 합리적 의심으로 인해 피해자는 친밀한 관계로부터 조력을 구할 기회를 상실하는 반면, 가해자들은 철저히 비대면으로 집단적, 조직적 연대가 이뤄지면서 범죄행위를 마치 게임처럼 여기게 된다.[40] 특히나 피해자는 1인 또는 소수임에 반하여 가해자는 익명의 다수인 또는 집단으로 활동하기 때문에 특정한 피해자에 대한 착취가 복잡하고 다층적으로 발생하는데, 이는 피해자의 무력감이나 공포심을 가중하는 요소이다.[41]

둘째, 사이버상에서 발생하는 성범죄의 피해는 광범위하고 빠르게 확산되며 영구적으로 기록이 남는다. 게시물이 업로드되는 순간 누구나 게시물을 열람하거나 저장할 수 있고, 이는 다시 사용자 간 그리고 플랫폼 간에 기하급수적으로 퍼진다. 삭제하는 도중에도 피해촬영물은 지속적으로 복제·가공되며, 국경과 시간을 초월해 퍼진 영상이미지를 모두 추적하거나 삭제하는 것은 물리적으로 불가능하다.[42] 이 때문에 실제로 성착취물이 유포되었는지와 상관없이 가해자가 ‘피해자의 몸 사진을 소유하고 있다’라는 암시만으로도 지배적 영향력을 행사할 수 있다.[43] 피해자의 이름, 주소, 전화번호, 카카오톡 프로필 등 정보를 알고 있는 경우, 피해촬영물이 가해자나 소비자 집단에 남아있다는 사실만으로 가해자는 유포를 인질로 삼아 성폭행, 성매매, 스토킹 등 신체적 폭력을 가하거나, 다른 성착취물을 전송하라는 요구를 할 수도 있다.[44] 심

39) 윤지영, 앞의 논문, 2018, 101-2면.

40) 서지영, “몰래카메라, 누가 누구를 바라 보는가”, 2015, 함께가는 여성 제220호, 10면.; 김소라, “디지털 성폭력의 변화 양상과 음란성(obscenity)을 근거로 한 규제의 한계”, 2018, 아시아여성연구 제57권 제1호, 177면.

41) 윤지영, 앞의 논문, 2018, 95-96면.

42) 서승희, 앞의 논문, 2017, 67면.

43) 김애라, “디지털 ‘매개성’을 고려한 젠더폭력 가피해 범주의 재설정 필요성”, 제27차 젠더와 입법포럼 <디지털 성착취 근절을 위한 법제도 모색 라운드 테이블> 발표문, 2020. 4. 7., 7면.; 서승희, 앞의 논문, 2017, 66-67면.; 윤지영, 앞의 논문, 2018, 93-95면.

44) 출처: [국민일보] 갓갓, 지시 안 따르면 더 가혹한 성착취물 강요

지어 인터넷 블로그, 텔레그램, 트위터, 인스타그램, 텀블러, 페이스북, 카카오톡과 같은 SNS뿐만 아니라, 토렌토, 웹하드 같은 P2P 사이트나 소라넷, 꿀밤 등 음란물사이트 등 다양한 온라인 플랫폼들은 성착취물의 생산부터 유통에 이르기까지 넓은 범위에서 주요한 매개체로 기능하는데, 서버가 해외에 있는 등 다양한 한계로 인해 사이트 차단, 폐쇄, 서비스 이용 제한, 압수 등 조치가 실효성을 갖기 어렵다.

셋째, 온라인 공간에서 발생하는 여러 가해행위에 대해 우리 사회는 부도덕한 재미나 여가거리 정도로 여겨 미온적으로 대응해온 경향이 있다. 카메라등이용촬영죄는 대부분 불구속 처리되고, 기소되더라도 벌금형이나 집행유예가 선고되는 비율이 높다.[45] 디지털 성범죄에 다양한 촬영 및 편집 기술이 광범위하게 활용되는 한편, 사법절차 및 피해구제 장치의 미비뿐만 아니라 법원의 법해석에서도 피해 사실이 충분히 인정되지 못한 것이다. 성범죄에 대한 제도적, 인식적 변화가 더디게 진행되는 반면, 빠르게 발전하는 네트워크 기술에 대한 2030 세대의 높은 디지털 문해력을 바탕으로 디지털 성범죄는 기하급수적으로 확대되었다.[46] 이러한 문제를 개선하기 위하여 여성단체는 「디지털 성범죄 특별법」을 신설하고 전담기관을 지정하여야 한다고 제안하는 한편,[47] 정부는 유죄 확정된 범죄자의 신상 정보를 공개하는 등 대응 조치를 강화하고,[48] 촬영 및 유포 행위 뿐만 아니라 단순 저장, 소지, 시청행위도

---

http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0924130165&code=11131100&cp=nv (최종검색일: 2020. 4. 12.); [국민일보] '교사 7년 스토킹·딸 살해모의' 박사방 공검, 오늘 검찰 소환
http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0014431060&code=61121311&cp=nv (최종검색일: 2020. 4. 12.); [JTBC] 초등생 성폭행 뒤 협박한 고등학생… '소년법 적용' 논란
https://n.news.naver.com/article/437/0000233849 (최종검색일: 2020. 3. 18.)

45) 박지혜, "개인영상정보 보호를 위한 변형카메라 이용 불법촬영범죄 대응방안에 관한 연구", 2019, 범죄수사학연구 제5권 제1호, 91면.; 출처: [MBC 뉴스] [세계는 그리고 우리는] '기자 단톡방' 잠잠해진 이유 https://n.news.naver.com/article/214/0001044267 (최종검색일: 2020. 6. 30.)

46) 김애라, 앞의 발표문, 2020 4. 7., 3면.

47) 출처: [아시아경제] 여성단체협의회, "정부·국회가 디지털성범죄 '특별법' 제정해야 https://www.asiae.co.kr/article/2020032514093247666 (최종검색일: 2020. 7. 15.)

처벌할 수 있도록 개선하겠다고 발표하였다.[49]

그럼에도 여전히 한계는 있다. 우선, ① 카메라등이용촬영죄를 적용하기 위해서는 영상이미지 속 인물이 본인이라고 주장하는 피해자가 존재해야 하고, 그러한 성착취물이 '음란'에 해당하기 위해서는 성기 등 특정 신체 부위가 노골적으로 부각되어야 한다.[50] 때문에 수사기관이나 법원이 성착취물의 불법을 판단할 때도 피해자의 호소보다는 가해자측 입장에 치중한 경향이 있다.[51] 또한, ② 성착취물이 '음란'에 해당한다고 주장하기 위한 (성기가 등장하는 부분을 캡처하는 등) 증거 확보 과정이 오롯이 피해자에게 남겨져 피해자의 고소·고발에 장해가 되기도 하고, 이로 인한 2차 가해도 심각하다.[52] 한편, ③ 수사가 이뤄지는 과정에도 증거의 압수·수색은 복사 또는 출력물에 한하여 이뤄지기 때문에, 여전히 성착취물은 가해자의 소유(이메일, 클라우드, 외장하드, 컴퓨터, 카메라나 핸드폰 등의 저장장치 등), 그가 사용하는 온라인 공간(P2P 웹사이트, 온라인 커뮤니티 등) 또는 이미 그로부터 공유받은 불특정 다수 소비자의 수중에 남는다.[53] 이는 피해촬영물의 재확산·가공

48) 성폭력 처벌법 제42조(신상정보 등록대상자) ① 제2조제1항제3호·제4호, 같은 조 제2항(제1항제3호·제4호에 한정한다), 제3조부터 제15조까지의 범죄 및 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제2조제2호가목·라목의 범죄(이하 "등록대상 성범죄"라 한다)로 유죄판결이나 약식명령이 확정된 자 또는 같은 법 제49조제1항제4호에 따라 공개명령이 확정된 자는 신상정보 등록대상자(이하 "등록대상자"라 한다)가 된다. 다만, 제12조·제13조의 범죄 및 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제11조제3항 및 제5항의 범죄로 벌금형을 선고받은 자는 제외한다. <개정 2016. 12. 20.>

49) 대한민국 정책브리핑 보도자료, "SNS 이용 성착취 등 디지털 성범죄에 강력 대응 - 'N번방 사건' 가담자 전원 엄정 수사 등 대검 지시, 처벌 강화 법 개정 등 추진", 2020. 03. 24., 홈페이지: http://korea.kr/news/pressReleaseView.do?newsId=156381987 참조 (최종검색일: 2020. 3. 29.)

50) 김소라, 앞의 논문, 2018, 165면.; 안갑철, "성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)죄의 해석 및 적용에 대한 실무상 문제점과 그 개선방향에 관한 연구", 2019, 경희법학 제54권 제4호, 306-307면.

51) 이승준, "카메라등 이용촬영죄에서의 '성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체성' 판단에 대한 비판적 검토", 2008, 형사정책 제20권 제1호, 215면.

52) 서승희, 앞의 논문, 2017, 69-70, 72면.

될 여지를 남길 뿐만 아니라, 법이 피해자의 신체를 대상화하여 관음하고 비하하는 시선 자체가 아닌, 일차원적인 촬영, 편집, 유포 등 행위만을 제한적으로 처벌할 뿐이라는 인식을 심어준다. 이 때문에 피해자는 피해 가능성을 인식한 순간부터 유사 범죄에 노출될 불안과 두려움에서 벗어날 수 없는 것이다.[54] 뿐만 아니라, ④ 성착취물 삭제 등 피해자지원을 전문적으로 전담 할 권한 있는 기관이 부재한 점도 문제이다. 디지털 성범죄 피해자 지원센터나 한국 사이버 성폭력 대응센터 등에서 상담이나 심리치료 서비스를 제공하면서 성착취물의 삭제와 수사 지원 등을 연계하여 지원하고 있다. 그러나 수사기관이나 삭제지원기관뿐만 아니라 포털이나 SNS 등 서비스제공자(ISP) 측이 삭제할 때에도 일단은 피해자가 캡처 자료 화면 등을 직접 수집하여 제출해야 한다.[55] 그밖에 시민단체에서 자원봉사자를 모집하여 디지털 성범죄를 교육하고 성착취물 신고를 독려하는 등 캠페인을 운영하며 피해 확산 방지를 위하여 애쓰고 있는 실정이다.[56]

넷째, 업로더와 웹하드 등 플랫폼 업체, 디지털 장의사의 유착관계가 디지털 성범죄 피해 확산의 주요 원인으로 지목되고 있다.[57] 성착취물을 유통하는 사이트는 성매매나 도박 사이트로부터 받는 광고료로 수익

53) 양양한, “디지털성범죄 대응방안 연구 -디지털 포렌식 관점에서-”, 서울대학교 융합과학기술대학원 석사학위논문, 2019, 8-9면.; 출처: [KBS] N번방 유력 운영자 검거된 와중에도… “제2·제3 N번방 여전” https://n.news.naver.com/article/056/0010805729 (최종검색일: 2020. 3. 18.)

54) 김소라, 앞의 논문, 2018, 188면.; 서승희, 앞의 논문, 2017, 69-70면.

55) 디지털 성범죄 피해자 지원센터, 홈페이지: https://www.women1366.kr/stopds/ 참조 (최종검색일: 2020. 4. 11.); 서울특별시, 「불법촬영·유포피해 대응 가이드 시민편, 피해자의 잘못이 아닙니다」, 2018, 서울특별시, 7면.; 출처: [경향신문] 디스코드 “아동 성착취 이미지·영상 스캔중” https://n.news.naver.com/article/032/0003002548?lfrom=kakao (최종검색일: 2020. 3. 18.)

56) 출처: [한겨레] 추미애 “사법기관이 할 일을 민간인들이…n번방 보고서에 부끄러워 http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/942761.html (최종검색일: 2020. 5. 11.)

57) 김소라, 앞의 논문, 2018, 188-189면.; 서승희, 앞의 논문, 2017, 73-76면.; 양양한, 앞의 논문, 2019, 4면.; 윤지영, 앞의 논문, 2018, 113-114면 등.

을 올리고, 사용자들의 참여를 부추기기 위해 성착취물을 올리는 사용자의 등급을 올려주거나 가상화폐를 지급하는 등 경쟁심리를 자극해 더 많은 업로드를 유도한다. 사이트의 특정 콘텐츠를 유료화하여 회원에게 포인트를 판매하는 방법은 이러한 사이트의 주요한 수입원이다. 또한, 한편으로는 성착취물 유통을 방조하고 다른 한편으로는 그러한 게시물을 삭제하는 서비스를 판매하여 양 당사자를 상대로 수익을 올린다. 이는 성착취물을 소비하고 재유포하는 플랫폼 내 게시물을 '인기 영상'과 같은 이름으로 올려 상단에 배치함으로써 더 많이 소비하고 더 자극적인 영상물을 업로드하도록 유도하는 한편, 피해자들의 절박한 심정을 이용해 사용자의 접근을 제한하거나 게시물을 삭제해주는 대가로 이익을 챙기는 것이다. 이렇듯 성착취물 촬영, 반포, 편집, 매매, 전시부터 삭제까지 아우르는 신산업의 부상과 가해자 간의 연대와 결속은 불가분적 관계에 있다.[58]

다섯째, 온라인에서 성착취물을 제작하여 유포하고 소비하는 구조는 생산자와 소비자를 구분할 수 없고, 적극적으로 성착취물을 생산하고 유포하는 행위를 넘어 물리적인 폭력과 연동되는 비율이 높다.[59] 단지 성착취물을 소비하며 폭력에 방관하는 태도도 성착취물의 생산과 유포를 부추기고 피해자에 대한 성적 모욕과 비하에 참여하는 행위로서 그 자체로 성적 학대·착취이자 간접적으로는 더 많은 성착취물 생산에 기여하므로 가해 행위의 한 유형에 속한다.[60] 또한, 디지털 성범죄는 온라인과 오프라인을 오가며 성매매, 사이버불링, 협박, 데이트폭력, 스토킹 등 다른 성범죄로 연결되기 쉽다.[61] 이에 온라인과 오프라인을 구분하지 않고, 다양한 가해 행위와 피해 경험을 아우를 수 있어야 단지 피상적인 대책이 아닌, 실질적인 디지털 성범죄 예방이 가능하다.

---

58) 윤지영, 앞의 논문, 2018, 114-117면.

59) 서승희, 앞의 논문, 2017, 81면.

60) 김한균, 앞의 논문, 2017, 45-46면.

61) 서승희, 앞의 논문, 2017, 66-67면.; S. Maddocks. (2018). "From Non-Consensual Pornography to Image-Based Sexual Abuse: Charting the Course of a Problem with Many Names", *Australian Feminist Studies,* Vol.33, No.97, p. 352.; 출처: [연합뉴스] 여자친구 나체 촬영 뒤 "안 만나주면 유포" 협박… 징역 8개월 https://n.news.naver.com/article/001/0011597356 (최종검색일: 2020. 5. 17.)

여섯째, 과거에는 영리 목적의 음란한 필름, 사진, 영상 등을 제작하고 유포하는 경우가 대부분이었다면, 요즈음의 성착취물을 이용한 범죄행위에는 영리 목적 이외에도 다양한 행위 동기가 있다.[62] 피해자의 신체를 단순한 성기나 상품으로 환원하는 행위에 대한 진지한 고찰 없이 이를 단순한 유희나 여가의 일종으로 여기거나,[63] 행위자가 동경하는 집단 내 구성원으로서 우월감이나 유대감을 확인하는 동시에 피해자(집단)를 모욕하고 비하함으로써 권력감을 회복하고자 한다.[64] 이처럼 성착취물을 이용한 행위의 의도나 목적은 단순히 음란물을 보듯 성적 만족(gratification)을 얻거나, 지인인 피해자에 대해 악의적인 소문을 내고 성적으로 괴롭히거나, 일방적인 이별 통보를 받고 복수하거나, 피해자를 마음대로 조종하여 자존심이나 권력을 회복하고자 한 것보다 훨씬 다양하고 복잡할 수 있다.[65] 어떤 목적이나 의도이든, 이제는 일상적으로 성착취물에 대한 공포와 불안이 만연한데,[66] 피·가해 정형을 획일화하여 대응한다면 다수 가해자 간 연대로 유지되는 '폭력의 놀이터'가 근절되기는 어렵다. 적용할 수 있는 법이 없을 땐 위법성을 인식할 수 없기 때문이다.

제 2 절 카메라등이용촬영죄의 입법과정 논의

1. 불법촬영 처벌규정의 신설

62) N. Henry et al. (2018). "Policing Image-Based Sexual Abuse: Stakeholder Perspecrives", *Police Practice and Research,* Vol.19, No.6, p. 566-569.

63) 김소라, 앞의 논문, 2019, 13면.; 김소라, 앞의 논문, 2018, 181-182면.; 윤지영, 앞의 논문, 2018, 110, 116면.

64) 윤지영, 앞의 논문, 2018, 87-88, 111면.

65) C. McGlynn.·E. Rackley. (2017). "Image-Based Sexual Abuse", *Oxford Journal of Legal Studies,* Vol.37, No.3, p. 555.

66) 김소라, 앞의 논문, 2018, 191면.; 출처 : [한겨레21] 잘 자, 너의 마지막 인사처럼. http://h21.hani.co.kr/arti/culture/culture_general/47923.html (최종검색일: 2020. 3. 30.)

가. 제정이유

1998년 12월 28일, 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제6차 개정에서 카메라등이용촬영죄가 동법 제14조(통신매체이용음란죄)의 아래에 제14조의2로 신설되었다. 당시에는 성착취물의 개념은 없었고, 다만 "성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 건조물·선박·항공기 등에 카메라·비디오 등을 설치하여 촬영한 자를 처벌하도록 함으로써 최근 물의가 되고 있는 몰래카메라의 폐해를 방지하고, 사회의 신뢰를 회복하며, 건전한 성문화를 정착시키려는" 목적이었다.[67] 국회 본회의에서도 건전한 성풍속과 사회에 대한 신뢰 회복을 강조하였고,[68] 점차 카메라등이용촬영죄의 판단기준을 성풍속에 초점을 맞추게 되었다.

나. 규정 형식과 내용

당시 법률개정안에 나타난 구성요건의 내용과 수정을 거친 뒤 최종적으로 개정된 카메라등이용촬영죄의 구성요건은 다음과 같다.

< 표 2 : 1998년 카메라등이용촬영죄 신설 >

법률개정안[69]	개정된 법률
제14조의2 (카메라등 이용촬영) 자기 또는 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 주거, 관리하는 건조물, 선박, 항공기 또는 점유하는 방실에 카메라·비디오등을 설치하여 촬영한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.	**제14조의2 (카메라등 이용촬영)** 카메라 기타 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체를 그 의사에 반하여 촬영한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금에 처한다.

67) 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률(법률 제5593호, 1998. 12. 28. 일부개정, 1998. 12. 28. 시행)

68) 제15대 국회 제198회 제13차 국회본회의, 1998. 12. 2., 6면.; 제15대 국회 제198회 제13차 국회본회의 부록1, 1998. 12. 2., 24면.

소위원회에서 구성요건을 전반적으로 수정하면서 ① 촬영이 몰래, 의사에 반하여 이루어질 것, ② 범행의 대상인 목적물이 명확할 것, ③ 촬영 대상이 되는 신체의 노출부위를 언급할 것, ④ 양형의 현실을 감안하여 법정형을 하향조정할 것 등을 논의하였다.[70] 이때 중요한 쟁점이 되었던 부분은 행위의 목적을 구성요건에 명문화하여 카메라등이용촬영죄를 목적범으로 규정할 것인가, 카메라를 건축물 등에 설치하는 행위뿐만 아니라 휴대하여 당사자의 동의 없이 촬영하는 행위도 처벌할 것인가, 촬영하려 하였으나 미수에 그친 자에 대해서도 처벌할 것인가 여부였다. 결과적으로, 카메라등이용촬영죄는 다른 사람의 신체를 그의 의사에 반하여 촬영한 행위와 그 촬영물을 반포 등을 한 행위의 결과로서 발생한 침해에 대하여 처벌하도록 함으로써 결과범이자 침해범 형식으로 규정하였다. 또한, 이는 행위 주체에 대한 요건을 두고 있지 않으므로 일정한 신분 있는 자에 의하여 죄를 범할 것을 요하지 아니한다. 즉, 신설된 카메라등이용촬영죄는 ① 촬영기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 ② 사회 일반에 대하여 성적 욕망이나 수치심을 유발할 수 있는 ③ 촬영자 이외의 다른 사람의 ④ 신체를 ⑤ 그 사람의 의사에 반하여 ⑤ 촬영한 행위를 처벌한다고 규정하였다.[71]

이후, 2006년에 영리 목적으로 촬영물을 유포한 자를 가중처벌하는 규정이 제14조의2의 2항으로 신설되었고,[72] 2010년 특례법이 제정되면서 제13조로 옮겨지며 미수범 규정도 생겼다.[73] 미수범 처벌 규정의 해석에서, 촬영행위의 기수 시점에 대한 다툼이 있었는데, 법원은 촬영이란 적어도 카메라 등 기계장치 안에 든 필름 또는 저장장치에 촬영대상자인 피사체에 관한 영상정보가 입력된 상태에 이르러야한다고 판시하였

69) 의안번호 151088, 권영자의원 대표 발의, 1998. 7. 3. ‘성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률중개정법률안’ (출처: 국회의안정보시스템, 수정가결, 2020. 4. 13. 검색.)

70) 제15대 국회 제198회 제13차 국회본회의 부록1, 1998. 12. 2., 24-25면.

71) 제15대 국회 제198회 제13차 국회본회의, 1998. 12. 2., 6-8면.

72) 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률(법률 제8059호, 2006. 10. 27., 일부개정, 시행 2006. 10. 27.)

73) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(법률 제10258호, 2010. 4. 15. 제정)

다.[74] 즉, 촬영의 미수라 함은 카메라의 셔터를 눌렀으나 고장 내지 기타 배터리 충전 부족 등으로 카메라가 정상적으로 작동하지 아니하여 카메라의 메모리장치에 피사체 정보가 입력되지 않았다면 촬영에 실패한 것으로서 기수가 성립하지 않는다는 것이다. 이러한 미수범 규정은 2017년 헌법재판소의 결정에 의하여 "단순히 촬영 준비에 불과한 행위만을 하였을 경우"는 처벌에서 제외되는 것으로 촬영 행위의 실행의 착수에 관한 법원의 기준을 재확인했다.[75]

다. 보호법익과 보호주체

카메라등이용촬영죄 제정 당시 규정 신설의 목적이 성풍속이라는 점에 다툼이 없었다. 그렇다고 해서 성풍속 이외에 피해자의 자기결정권이나 인격권 등 개인적 법익을 부정한 것은 아니다. 신설 당시 소위원회 회의록을 보면, "타인의 신체를 그 의사에 반하여 몰래 촬영한 자에 한하여 처벌"하되, "은행, 주차장 등에 카메라를 설치하여 도난 등 범죄방지목적으로 타인의 신체를 몰래 촬영한 행위까지도 처벌하는 결과를 야기"하는 것은 방지하여야 하고, "성적 욕망의 충족 외 목적으로 타인의 신체를 몰래 촬영한 경우 예컨대, 공갈 또는 감시를 목적으로 타인의 신체를 몰래 촬영한 경우 이들에 대해서도 처벌을 할 필요가 있[다]"고 하였다.[76] 따라서 문언에 '성적 자기결정권 또는 인격권'이라는 개념이 등장하지 아니하였을 뿐, 그러한 개인적 법익을 보호범위에 포함하지 않았다고 단정할 수 없다. 오히려, '의사에 반하여'라는 명문의 규정이 신설 당시부터 존재했다는 점이 중요하다. 이는 행위자의 성적 목적이나 의도와는 무관하게 피해자의 의사에 반하여 몰래 촬영하는 행위를 규제한 것이므로, 오히려 피해자의 '함부로 촬영 당하지 않을 권리', 즉 인격권과 성적 자기결정권에 대한 보호가 전제되어 있다고 볼 수 있다.

---

74) 서울중앙지방법원 2010. 7. 28. 선고, 2010노2003 판결.; 서울지방법원 2001. 9. 6. 선고, 2001노4585 판결.

75) 헌법재판소 2019. 11. 28. 선고, 2017헌바182 전원재판부 결정.

76) 제15대 국회 제198회 제13차 국회본회의 부록1, 1998. 12. 2., 24면.

반면, 카메라등이용촬영죄의 보호법익을 피해자의 명예와 사생활 및 사회의 건전한 성풍속으로 이해하는 관점에서 카메라등이용촬영죄를 성범죄가 아닌 형법상의 모욕죄나 정보통신망법의 명예훼손죄로 처리하여야 한다는 견해,[77] “‘촬영’ 뿐만 아니라 ‘반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영’하는 것까지 처벌하는 것은 자신의 신체에 관한 영상이 자신의 의사에 반하여 타인에게 유포되는 것을 막기 위한 일반적 인격권 중 ‘자기정보통제권’을 보호하기 위한 것”이라는 견해[78]가 있으나, 이는 부당하다. 왜냐하면, 신설 당시부터 법문에 명시적으로 ‘촬영대상자의 의사에 반하여’ 죄를 범한 자를 처벌한다고 하였고, 이후 2010년에 카메라등이용촬영죄가 성폭력 처벌법으로 분리 제정된 이유는 성폭력 처벌법의 제정목적이 촬영대상자의 성적 인격과 결정권(개인적 법익) 보호와 더불어 안전하고 건강한 사회질서를 확립(사회적 법익)하려는 것이었다.[79] 따라서 성폭력 처벌법 내에 규정된 카메라등이용촬영죄도 성범죄 피해자의 개인적 법익(성적 자기결정권과 인격권)과 사회적 법익(건전한 성풍속) 모두를 보호법익으로 한다고 해석하여야 체계 정합적이다. 이후 헌법재판소는 다음과 같이 카메라등이용촬영죄의 보호법익에 개인의 일반적 인격권도 포함된다고 설명하였다.

> 성폭력 처벌법은 성폭력범죄 피해자의 생명과 신체의 안전을 보장하고 건강한 사회질서를 확립하는 것을 그 목적으로 한다(동법 제1조). 앞서 보았듯이 이 사건 처벌조항이 포함된 카메라등이용촬영죄는 이른바 ‘몰래카메라’의 폐해가 사회문제가 되면서 촬영대상자의 의사에 반하는 촬영 및 반포 등의 행위를 처벌하기 위하여 신설된 조항으로서, 피해자의 성적 자기결정권 및 일반적 인격권 보호, 사회의 건전한 성풍속 확립을 그 보호법익으로 한다.[80]

---

77) 오영근, “형사특별법 정비방안(6) 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률”, 2008, 한국형사정책연구원 연구총서 제8권 제6호, 70면.

78) 대전지방법원 2018. 1. 10. 선고, 2017노2202 판결.

79) 성폭력 처벌법 제1조(목적)은 “이 법은 성폭력범죄의 처벌 및 그 절차에 관한 특례를 규정함으로써 성폭력범죄 피해자의 생명과 신체의 안전을 보장하고 건강한 사회질서의 확립에 이바지함을 목적으로 한다.”라고 하였다.

80) 헌법재판소 2016. 12. 29. 선고, 2016헌바153 전원재판부 결정. (이외에 유사한 헌법재판소 결정으로는 헌법재판소 2019. 11. 28. 선고, 2017헌바182 전

2. 구성요건 개정으로 인한 처벌범위 확대

< 표 3 : 카메라등이용촬영죄 개정 내용 종합 >

1998.12.28.신설	**제14조의2 (카메라등 이용촬영)** 카메라 기타 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체를 그 의사에 반하여 촬영한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.
2006.10.27.개정	**제14조의2 (카메라등 이용촬영)** ①카메라 기타 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하거나 그 촬영물을 반포·판매·임대 또는 공연히 전시·상영한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. ②영리 목적으로 제1항의 촬영물을 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호의 정보통신망(이하 "정보통신망"이라 한다)을 이용하여 유포한 자는 7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.
2010.4.15.제정	**제14조의2 (카메라등 이용촬영)** ①카메라나 그 밖에 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하거나 그 촬영물을 반포·판매·임대 또는 공연히 전시·상영한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. ②영리목적으로 제1항의 촬영물을 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호의 정보통신망(이하 "정보통신망"이라 한다)을 이용하여 유포한 자는 7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.
2012.12.18.개정	**제14조(카메라 등을 이용한 촬영)** ① 카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하거나 그 촬영물을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. ② 제1항의 촬영이 촬영 당시에는 촬영대상자의 의사에 반하지 아니하는 경우에도 사후에 그 의사에 반하여 촬영물을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영한 자는 3년 이

원재판부 결정 참조.)

	하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다. ③ 영리를 목적으로 제1항의 촬영물을 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호의 정보통신망(이하 "정보통신망"이라 한다)을 이용하여 유포한 자는 7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.
2018.12.18.개정	**제14조(카메라 등을 이용한 촬영)** ① 카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체를 촬영대상자의 의사에 반하여 촬영한 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. ② 제1항에 따른 촬영물 또는 복제물(복제물의 복제물을 포함한다. 이하 이 항에서 같다)을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영(이하 "반포등"이라 한다)한 자 또는 제1항의 촬영이 촬영 당시에는 촬영대상자의 의사에 반하지 아니한 경우에도 사후에 그 촬영물 또는 복제물을 촬영대상자의 의사에 반하여 반포등을 한 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. ③ 영리를 목적으로 촬영대상자의 의사에 반하여 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호의 정보통신망(이하 "정보통신망"이라 한다)을 이용하여 제2항의 죄를 범한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.
2020.3.24.개정	**제14조(카메라 등을 이용한 촬영)** ① 카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체를 촬영대상자의 의사에 반하여 촬영한 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. ② 제1항에 따른 촬영물 또는 복제물(복제물의 복제물을 포함한다. 이하 이 항에서 같다)을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영(이하 "반포등"이라 한다)한 자 또는 제1항의 촬영이 촬영 당시에는 촬영대상자의 의사에 반하지 아니한 경우에도 사후에 그 촬영물 또는 복제물을 촬영대상자의 의사에 반하여 반포등을 한 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. ③ 영리를 목적으로 촬영대상자의 의사에 반하여 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호의 정보통신망(이하 "정보통신망"이라 한다)을 이용하여 제2항의 죄를 범한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.

	제14조의2(허위영상물 등의 반포등) ① 반포등을 할 목적으로 사람의 얼굴·신체 또는 음성을 대상으로 한 촬영물·영상물 또는 음성물(이하 이 조에서 "영상물등"이라 한다)을 영상물등의 대상자의 의사에 반하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 형태로 편집·합성 또는 가공(이하 이 조에서 "편집등"이라 한다)한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. ② 제1항에 따른 편집물·합성물·가공물(이하 이 항에서 "편집물등"이라 한다) 또는 복제물(복제물의 복제물을 포함한다. 이하 이 항에서 같다)을 반포등을 한 자 또는 제1항의 편집등을 할 당시에는 영상물등의 대상자의 의사에 반하지 아니한 경우에도 사후에 그 편집물등 또는 복제물을 영상물등의 대상자의 의사에 반하여 반포등을 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. ③ 영리를 목적으로 영상물등의 대상자의 의사에 반하여 정보통신망을 이용하여 제2항의 죄를 범한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.
2020.5.19.개정[81]	**제14조(카메라 등을 이용한 촬영)** ① 카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체를 촬영대상자의 의사에 반하여 촬영한 자는 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 2018. 12. 18., 2020. 5. 19.> ② 제1항에 따른 촬영물 또는 복제물(복제물의 복제물을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영(이하 "반포등"이라 한다)한 자 또는 제1항의 촬영이 촬영 당시에는 촬영대상자의 의사에 반하지 아니한 경우(자신의 신체를 직접 촬영한 경우를 포함한다)에도 사후에 그 촬영물 또는 복제물을 촬영대상자의 의사에 반하여 반포등을 한 자는 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 2018. 12. 18., 2020. 5. 19.> ③ 영리를 목적으로 촬영대상자의 의사에 반하여 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호의 정보통신망(이하 "정보통신망"이라 한다)을 이용하여 제2항의 죄를 범한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다. <개정 2018. 12. 18., 2020. 5. 19.> ④ 제1항 또는 제2항의 촬영물 또는 복제물을 소지·구입·

	저장 또는 시청한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. <신설 2020. 5. 19.> ⑤ 상습으로 제1항부터 제3항까지의 죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다. <신설 2020. 5. 19.> **제14조의3(촬영물 등을 이용한 협박·강요)** ① 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 촬영물 또는 복제물(복제물의 복제물을 포함한다)을 이용하여 사람을 협박한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다. ② 제1항에 따른 협박으로 사람의 권리행사를 방해하거나 의무 없는 일을 하게 한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다. ③ 상습으로 제1항 및 제2항의 죄를 범한 경우에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다. [본조신설 2020. 5. 19.] **제15조(미수범)** 제3조부터 제9조까지, 제14조 및 제14조의3의 미수범은 처벌한다. <개정 2020. 5. 19.>

죄형법정주의 원칙에 따라, 카메라등이용촬영죄는 명시적 문언이 구성요건요소를 매우 구체적으로 정하고 있으므로 법관의 해석은 문언의 한계를 넘어설 수 없다는 주장이 주요했다. 대부분의 경우 법관의 재량의 범위 내에서 입법목적이나 입법자의 의도를 고려하여 해석하기보다는, 법률의 흠결을 입법론적 해결에 맡겨둔 것이다. 이에 여론과 언론의 큰 관심을 받은 충격적인 몇 가지 사건이 있은 후에야 비로소 법이 개정되는 편이었다. 또한, 법개정은 여성단체 등이 주도한 여성인권향상 운동에 힘입어 성범죄 심각성을 부각하는 응보주의적 접근에 가까웠고, 이는 곧 처벌 대상의 확장 및 법정형 상향으로 귀결되었다. 아래에서는 이러한 카메라등이용촬영죄 제·개정 과정을 시간 순서대로 정리하면서, 각 개정이유에서 논의하였던 주요 쟁점을 중심으로 개괄하겠다.

81) 부칙 <제17264호, 2020. 5. 19.>
제1조(시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다. 다만, 법률 제17086호 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률 제14조의2제4항 및 법률 제17086호 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률 제15조의 개정규정은 2020년 6월 25일부터 시행하고, 제21조제3항제1호의 개정규정은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다.

가. 반포 등 행위, 영리목적

1998년 신설된 카메라등이용촬영죄는 불법촬영만 규정하고 있을 뿐, 그러한 촬영물이나 그 복제물의 반포 등에 관한 규정은 없었다. 2006년 10월 27일, 촬영행위에 더하여 불법촬영물을 반포, 판매, 임대하거나 공연히 전시, 상영한 자에 대해서도 처벌하도록 개정하면서, 영리 목적인 경우 가중처벌하는 규정을 신설하였다. 입법부는 법률의 개정이유를 다음과 같이 밝혔다.

> 현재는 카메라 등을 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체를 그 의사에 반하여 촬영한 경우만을 … 처벌하고 있음. [그러나] … 앞으로는 촬영물을 반포·판매·임대 또는 공연히 전시·상영한 자도 촬영한 자와 같은 법정형으로 처벌하는 한편, 영리목적으로 정보통신망을 이용하여 유포한 자는 … 가중처벌하도록 함.[82]

이후 대법원은 카메라등이용촬영죄의 처벌 범위를 확대한 이유는 불법촬영물이 인터넷 등 정보통신망을 통하여 유포된다면 그 특성상 피해자에게 엄청난 피해와 고통을 초래하기 때문이며, 촬영물의 반포 등 행위자가 반드시 촬영자와 동일할 필요는 없다고 설시하였다.[83]

나. 성폭력 처벌법으로 분리

2010년 4월 15일, 카메라등이용촬영죄는 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」에서 성폭력 처벌법으로 분리, 제정되었다. 그러나 '기타'를 '그 밖에', '타인'을 '다른 사람'으로 바꾼 것

82) 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 (법률 제8059호, 2006. 10. 27. 일부개정, 2006. 10. 27. 시행)

83) 대법원 2018. 8. 1. 선고, 2018도1481 판결.; 대법원 2016. 10. 13. 선고, 2016도6172 판결.

이외에 실질적으로 내용이 달라진 것은 아니다. 당시 본회의 회의록을 보면, ‘조두순 사건’ 등 아동 성범죄 사건이 사회적 공분을 사며 법률 개정의 계기가 되었다.[84] 전반적으로 13세 미만의 미성년자에 대한 성폭력범죄(강간, 강제추행, 준강간, 준강제추행, 위계 또는 위력에 의한 추행 등) 법정형을 상향하고, 음주 또는 약물로 인한 심신장애 상태에서 성폭력범죄를 범한 자에 대하여 형법상 감형 규정을 적용하지 않을 수 있도록 하는 등 변화가 있었다.[85]

다. 유포와 구분되는 반포와 제공

2012년 전부개정을 통해 친고죄 조항의 삭제, 성범죄 피해자가 변호인을 선임할 권리, 성범죄자 신상정보의 온라인 공개 등 전반적으로 당시 제도의 운용상 미비점을 일부 개선하였다. 카메라등이용촬영죄에 관하여는 촬영물의 반포 등에 대하여도 촬영과 마찬가지로 동의가 필요하도록 구성요건을 개정하였다.[86] 한편, 반포와 달리, 촬영물을 제공하는 행위는 처벌할 수 없어 논란이 되었다. 당시 카메라등이용촬영죄는 1항에서 반포 등을 규정하고, 2항에서 영리 목적으로 정보통신망을 이용해 유포하는 행위를 규정하고 있었기 때문에 유포와 반포 사이 중간적 의미인 제공에 대하여 다툼이 있었다. 이에 국회 본회의를 거쳐 반포, 유포, 제공의 의미가 명확히 구분되도록 문언을 수정하였다. “타인에게로의 전달이라는 결과가 현행의 반포·판매·임대 등과 다를 것이 없[으나]”, ‘제공’은 ‘친구들 사이에 달라고 요구를 받아 보내는 것’ 또는 ‘딱 한 명에게 주는 것’을 뜻하며, 인터넷 등을 통해 ‘불특정 다수인에게 확산’시키는 ‘반포’와 구별하였다.[87] 즉, 불특정 다수인에게 유포하는 행위는 반포이고, 특정한 1인 또는 소수에게 제공하는 행위는 제공이며, 다만 여기서 제공의 상대방에 피촬영자 본인은 해당하지 않는다.[88]

---

84) 제18대 국회 제288회 제2차 국회본회의, 2010. 3. 31., 4면.

85) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(법률 제10258호, 2010. 4. 15. 제정)

86) 제19대 국회 제311회 제4차 법안심사소위원회, 2012. 11. 14., 24면.

87) 제19대 국회 제311회 제4차 법안심사소위원회, 2012. 11. 14., 22-23면.

88) 대법원 2018. 8. 1. 선고, 2018도1481 판결.; 대법원 2016. 12. 27. 선고, 2016

라. 자신의 신체, 촬영물의 복제물

개정 이전에는 피해자가 자신의 신체를 스스로 촬영한 경우는 촬영자가 아닌 가해자가 피해자로 하여금 자신의 신체를 촬영한 뒤 전송하도록 강요하여 획득한 촬영물을 유포한 경우라 하더라도 구성요건 해당성이 없으므로 처벌할 수 없었다.[89] 더불어 촬영물 외 복제물의 경우, 촬영대상자의 동의가 있었는지 여부가 피해를 판단하는 데 본질적인 차이를 의미하지 않는 점, 촬영물의 복제물이 유포되는 경우를 촬영물을 유포하는 경우와 동일하게 처벌하지 못하는 점에 대한 비판이 제기되었다. 이에 입법부는 위와 같이 카메라등이용촬영죄의 ‘다른 사람의 신체’ 부분을 ‘사람의 신체’로 개정하며 그 개정이유를 다음과 같이 밝혔다.

> 자의에 의해 스스로 자신을 신체를 촬영한 촬영물이 촬영당사자의 의사에 반하여 유포된 경우에는 다른 사람의 신체를 촬영한 촬영물이 아니라는 이유로 … 죄질이나 불법의 중대성 등에 비하여 적절한 처벌이 이루어지지 않고 있다는 문제가 제기되고 있음. … 이에 자의에 의해 스스로 자신의 신체를 촬영한 촬영물을 촬영대상자의 의사에 반하여 유포한 경우에도 처벌할 수 있도록 함.[90]

또 하나의 변화는 촬영물의 유포에 있어 1항의 촬영물에서 그 복제물로 처벌의 범위를 넓혔다는 것이다. 기존에는 법률에 다른 사람의 신체를 직접 촬영한 것만을 촬영물로 명시하였기 때문에 2항을 해석할 때도 촬영물에 그 복제물은 포함되지 않았다.[91] 예를 들어, 피해자의 신체를

도16676 판결.; 대전지방법원 2018. 1. 10. 선고, 2017노2202 판결.

89) 대법원 2016. 1. 11. 선고, 2015도16953 판결.; 대법원 2013. 6. 27. 선고, 2013도4279 판결.; 대전지방법원 2017. 12. 6. 선고, 2017노1867 판결.; 대법원 2005. 10. 13. 선고, 2005도5396 판결.

90) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정 (법률 제15977호, 2018. 12. 18. 일부개정, 2018. 12. 18. 시행)

91) 대법원 2018. 8. 30. 선고, 2017도3443 판결.

직접 촬영한 촬영물을 핸드폰이나 컴퓨터 모니터 화면에 재생시킨 뒤 다른 기기로 다시 촬영한 경우에는 ‘촬영물’이 아니므로 ‘1항의 촬영물’에도 해당하지 않는 ‘영상이미지’라는 것이다. 이에 따라 촬영물을 다시 촬영한 영상이미지를 촬영물 원본과 비교하였을 때 그 내용의 동일성이나 인식가능성에 대한 판단 없이, 신체를 직접 촬영하지 않았다면 무죄가 선고되었다. 이에 2018년 12월 18일부터는 “유포의 객체에 사람의 신체를 촬영한 촬영물 외에 복제물(복제물의 복제물을 포함한다)을 추가하며, … 촬영 당시 촬영대상자의 의사에 반하여 촬영된 촬영물을 유포하는 경우와 동일하게 처벌” 할 수 있도록 개정하였다.[92]

마. 허위영상물의 편집 등

이전에는 딥페이크 등 인공지능 기술을 이용하여 성착취물을 합성, 가공, 편집, 유포한 행위 등을 규율하는 마땅한 법이 없어 처벌이 어려웠다. 사람의 얼굴, 음성, 신체 등을 성적인 함의를 띄도록 편집, 가공, 합성한 허위영상물은 이는 신체를 직접 촬영한 촬영물이나 그 복제물에는 포함되지 않기 때문이다. 이에 2020. 3. 24. 허위영상물의 제작 및 유포에 대한 처벌 규정을 신설하였고, 2020. 6. 25. 시행하였다. 입법부는 다음와 같이 개정이유를 밝히고 있다.

> 특정 인물의 신체 등을 대상으로 한 영상물 등을 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 형태로 편집하는 딥페이크 등으로 인한 피해가 증가하고 있는데, 현행 규정으로는 이를 처벌하기 어렵거나 처벌이 미약하여 … 반포 등을 할 목적으로 사람의 신체 등을 대상으로 한 촬영물 등을 대상자의 의사에 반하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 형태로 편집·합성·가공한 자, 이러한 편집물·합성물 또는 복제물의 반포 등을 한 자, 편집·합성·가공 당시에는 대상자의 의사에 반하지 아니하였으나 사후에 그 편집물 등을 대상자의 의사에 반하여 반포 등을 한 자에 대한 처벌 근거를 마련하고, 영리를 목적으로 정보통신망을 이용하여 이러한 죄를 범한 자를 가중처벌할 수 있도록 하려

92) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정 (법률 제15977호, 2018. 12. 18. 일부개정, 2018. 12. 18. 시행)

는 것[이다].[93]

신설된 허위영상물 규정에서 특이할 점은 문언에 반포 목적일 것을 정하고 있다는 것이다. 다른 규정과 달리 허위영상물은 목적범 규정이기 때문에 허위영상물의 편집자 본인이 반포의 목적을 가지고 편집 등을 행한 사실을 검사가 입증해야만 구성요건에 해당할 것으로 보인다. 앞으로 법원의 해석이 나오겠지만, 직접 반포할 목적으로 편집하여야 하는지, 아니면 다른 사람의 의뢰나 부탁을 받아 편집한 한 사람이 당해 허위영상물이 추후 반포될 것임을 알았거나 알 수 있었다면, 이를 반포 목적이 있었다고 인정할 수 있는지 모호하다. 촬영자와 유포자가 동일할 것을 요하지 않는다고 해석했던 기존의 판례와 어떻게 조화를 추구할지도 지켜볼 점이다.

바. 성착취물 소지・구입・저장・시청 행위

인터넷 공간에서는 적극적으로 성착취물을 생산하고 유포하는 행위자와 단순히 시청하거나 소지하는 데 그치는 소비자를 구분하는 경계가 매우 모호하다. 성착취물을 촬영하는 사람이 타인에게 반포하고 다른 사람이 만든 성착취물을 소비도 하는 한편, 단순 소비자도 성착취물을 다시 유포하거나 편집하는 등 성착취물의 생산에 기여하기 때문이다.[94] 더불어, 성착취물 피해는 대부분 유포가 핵심적이므로, 성착취물을 만들고 공유하는 행위뿐만 아니라 단순히 개인적으로 소장하기 위한 시청 내지 구입 행위도 성착취물 피해를 가중하거나 방조하는 측면이 있다.[95] 이에 성착취물로 인한 피해에 직・간접적으로 영향을 끼치는 요소 전반에 대한 대응이 필요하고, 이를 위해서는 형벌의 부과를 통해

93) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정 (법률 제17089호 2020. 3. 24. 일부개정, 2020. 6. 25. 시행)

94) 김소라, 앞의 논문, 2018, 176면.; 김소라, 앞의 논문, 2019, 12면.; 김수아・장다혜, 앞의 논문, 2019, 102면.; 김한균, 앞의 논문, 2017, 44면; 윤지영, 앞의 논문, 2018, 105면 등.

95) C. McGlynn.・E. Rackley. (2017). “Image-Based Sexual Abuse”, *Oxford Journal of Legal Studies,* Vol.37, No.3, p. 538-539, 555-556.

직접적인 성착취물의 촬영이나 유포 행위만큼 시청, 저장 등 소비행위 또한 예방할 필요가 있다.

또한, 집단적·조직적으로 성착취물이 생산, 유포, 소비되는 현실에서 단순히 개인적으로 시청할 목적으로 소지했다거나, 성착취물 플랫폼 내에서 적극적으로 가담할 의사 없이 '눈팅'만 했다는 변명을 사회가 용인하는 것은 피해의 회복을 어렵게 하고 사회적 변화를 유도하는 데에도 악영향을 미칠 뿐이다. 재유포와 더불어 단순 소지, 시청, 저장 행위를 예방하는 것이 성착취물 피해의 확산을 저지하는데 핵심적이고,[96] 소비행위를 규제하지 않는다면 적발된 소수 행위자의 행위만 문제될 뿐, 전반적으로 디지털 성범죄를 조장하는 환경 자체의 개선까지는 기대하기 어렵기 때문이다.[97] 따라서 불법인 줄 알면서도 성착취물을 소비하는 행위 자체가 금지되어야만 성착취물 범죄가 다른 범죄로 나아가지 않도록 억지하고 피해를 줄일 수 있다.

또, 형법상 음화도 소지가 금지되고 있으므로 성범죄인 성착취물 소지 행위를 처벌하지 않는 것은 형평에 어긋난다. 또한, 아청법은 행위에 가담, 교사, 방조하지 아니한 경우라도 단순히 성착취물을 소지한 경우에도 처벌하고 있는데,[98] 아청법상 아동·청소년성착취물이나 카메라등이용촬영죄의 성착취물 모두 촬영물이 얼마나 성적인지와 무관하게 피해아동과 성착취물 피해자의 성적 자기결정권과 인격권 침해가 문제되는 사안이므로, 아청법의 소지 행위 처벌 규정을 성인 피해자에 대한 성착취물까지 확대하여 적용하여야 한다. 이런 측면에서 적극적으로 제작,

---

96) 김소라, 앞의 논문, 2018, 188면.; 김연수·정준섭, 앞의 논문, 2018, 402면.; 서지영, 앞의 논문, 2015, 9-11면.

97) 출처: [연합뉴스] [팩트체크]보기만해도 처벌되는 '불법촬영물' 범위가 모호하다? https://n.news.naver.com/article/001/0011587466 (최종검색일: 2020. 5. 5.).; [서울신문] 공범 검거·법안 통과됐지만…페북엔 성착취물 대화방 광고 버젓이 https://n.news.naver.com/article/081/0003087794 (최종검색일: 2020. 5. 5.)

98) **아청법 제11조(아동·청소년성착취물의 제작·배포 등)** ⑤ 아동·청소년성착취물임을 알면서 이를 소지한 자는 1년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

유포하지 않았더라도 단순 소지 및 시청 목적으로 저장하거나 구매한 행위 등 소극적 가담행위도 카메라등이용촬영죄로 처벌하는 법률개정안이 다수 논의되었고,[99] 이후 2020년 4월에 위와 같은 취지의 법률개정안이 국회를 통과했다.[100] 법률 개정에 따라 2차 피해를 일부 예방할 것으로 보인다. 아직 성착취물을 유포하지는 않았더라도 성착취물을 보관하거나, 성착취물을 저장하거나, 시청하는 행위에 부담을 줄 뿐만 아니라, 경찰수사 및 피해자 지원 등의 조치가 진행되는 와중에 성착취물이 재유포되는 등의 침해에도 개별적으로 대응할 수 있을 것이기 때문이다.[101]

또한, 성착취물이 범죄인(집단)의 수중에 남아있다면 언제든 (재)유포될 수 있어, 피해자에게는 가까운 지인이나 가족조차 안전한 사람이 되지 못한다. 성착취물을 주고받는 채팅방이나 웹사이트 등에서 성착취물

99) 의안번호 2024820, 2020. 3. 23. 백혜련의원 대표발의, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안’ (출처: 국회의안정보시스템, 대안반영폐기, 2020. 5. 2. 검색.); 의안번호 2024830, 2020. 3. 31. 박광온의원 대표발의, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안’ (출처: 국회의안정보시스템, 대안반영폐기, 2020. 5. 2. 검색.); 의안번호 2024825, 2020. 3. 25. 송희경의원 대표발의, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안’ (출처: 국회의안정보시스템, 대안반영폐기, 2020. 5. 6. 검색.); 출처: [미디어오늘] 범정부 디지털성범죄 대책, 놓치고 있는 것은 https://n.news.naver.com/article/006/0000102340 (최종검색일: 2020. 4. 24.)

100) 의안번호 2024883, 2020. 4. 29. 법제사법위원장, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안’ (출처: 국회의안정보시스템, 대안가결, 2020. 5. 2. 검색.); 출처: [법률신문] ‘불법 성적 촬영물’ 소지・시청만 해도 처벌된다 https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=161275 (최종검색일: 2020. 5. 4.); [연합뉴스TV] 성착취물 단순 소지도 징역…범죄수익 즉시 몰수 https://n.news.naver.com/article/422/0000426451 (최종검색일: 2020. 5. 1.)

101) 박지혜, 앞의 논문, 2019, 92면.; 김숙희 등, “디지털 성폭력 피해 영상물 삭제와 처리 개선방안에 관한 연구”, 2018, 이화여자대학교 젠더법학연구소 제10권 제1호, 53면.; 양형위원회, 제101차 정기회의 운영지원단 업무보고 제2020-13호, 2020. 4. 20., 18면.; 김한균, 앞의 논문, 2017, 46면.; 출처: [경향신문] “2차 피해 때문에 법원에 가고 싶지 않다는 말이 나와서는 안된다” [플랫] https://n.news.naver.com/article/032/0003006446 (최종검색일: 2020. 5. 1.)

을 시청하여 기기에 저장한 이력을 발견하면 유포 위험을 근거로 사전에 방지할 필요가 있다. 성착취물이 일단 유포된 이후에는 어디에 어느 때 유포될지 추적할 수 없고, 완전한 삭제도 불가능하므로 유포된 이후까지 기다리면 이미 늦기 때문이다.[102] 실제로 'N번방 사건' 피해자들도 재유포로 인한 2차, 3차 피해가 심각했다. 여전히 피해자들의 성착취물이 인터넷에 떠돌아다니고 있고, 가해자들이 체포되는 등 수사가 진행되는 중에도 성착취물이 가해자가 소지하고 있던 성착취물에 대한 관심이 급증하여 성착취물 공유와 매매가 증가하였다는 것이다.[103] 불법인 성착취물이라는 것을 객관적으로 인식할 수 있었다면 소지죄로 처벌하여 유포 범죄를 원천적으로 방지하는 현재 개정 방향이 타당하다.

사. 상습, 협박·강요 행위

상습범이란, 동일한 범죄 행위를 반복하는 습벽이 있는 범죄경향을 말하는데, 단 한 번의 범죄라고 하더라도 중독이나 도박 등 범죄의 반복적 성향이 인정될 수 있고, 습관적으로 범죄를 범하는 범죄인의 생활태도에 대한 비난이 책임을 가중한다.[104] 카메라등이용촬영죄의 상습범 규정은 불법촬영, 반포등, 영리목적의 반포등 행위를 상습적으로 범한 자를 가중처벌한다. 상습범규정은 피해자 1인에 대한 각 1죄가 아닌 포괄일죄로 처리하므로 당해 재판의 선고 이전에 다른 피해자에 대한 동종 범죄 정황이 발견되더라도 일사부재리 원칙에 의하여 처벌할 수 없다는 맹점이 있다. 검사가 기소할 적에 상습범 규정을 적용하는 것이 더 유리할지, 각 범죄 피해사실에 대하여 1죄로 기소하는 것이 유리할지 결

---

102) 출처: [MBN] 디지털 성범죄 갈수록 느는데…삭제 지원 인력은 턱없이 부족 https://n.news.naver.com/article/057/0001450109 (최종검색일: 2020. 4. 17.)

103) 출처: [한겨레21] N번방 알린 추적단 불꽃, "범죄영상 공유 여전하다." http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/934518.html (최종검색일 2020. 3. 30.); [한겨레21] 사라졌던 '갓갓', 지난 1월 피해여성에게 연락해 "내 행동은 게임." http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/934363.html (최종검색일 2020. 3. 30.)

104) 이재상 등, 앞의 책(제10판), 2019, 618면.; 임웅, 앞의 책, 2019, 648면.; 신동운, 앞의 책(제11판), 2019, 838면.

정할 것이다. 현행 규정에서는 피해자가 특정·식별되지 않는 다른 성착취물 등을 피해자에 대한 기소의 증거로 추가제출하여 법관의 자유심증에 의하여 양형판단에서 불리하게 작용할 수 있는 정도에 그치거나, 피해자가 어느 정도 특정될 수 있는 경우(이를테면, 학원 강사가 자신이 근무하는 학원의 책상 및 여자 화장실 등에 카메라를 설치하여 다수 제자 및 불특정 다수의 허벅지, 엉덩이, 가슴 등을 촬영·반포한 경우) 각 피해사실에 대하여 유무죄를 판단하도록 각1죄로 기소하고, 일부 무죄이더라도 법원이 피고인의 양형에 촬영물의 양과 피해자의 수를 참고하기도 하였다. 성착취물의 지속적 제작, 편집, 유포 등을 가중처벌하는 상습범 규정은 기소단계부터 범죄행위의 반복·지속성을 검토하고, 행위의 반복성이 가한 피해의 가중에 대하여 중한 책임을 부과한다는 측면에서 유의미하다.[105]

한편, 성착취물 자체의 촬영이나 유포가 아니더라도 간접적으로 성착취물을 이용하여 발생하는 괴롭힘이 피해자에게는 성착취물과 연계되어 성폭력의 성격을 띤다는 점이 중요하다.[106] 피해자가 가해자로부터 성착취물을 강요하는 이메일이나 전화통화 등 연락을 받았을 때, 피해자는 협박을 넘어 "성폭력을 당하고 있다고 느꼈다"라고 진술하기도 하였다.[107] 최근 '텔레그램 N번방 사건' 에서도 유포 협박이 피해의 상당한 비중을 차지하였다.[108] 이에 성착취물의 피해자에게 가해지는 또 다

105) 의안번호 2024857, 2020. 4. 21. 한정애의원 대표발의, '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안' (출처: 국회의안정보시스템, 대안반영폐기, 2020. 5. 5. 검색.)

106) 서승희, 앞의 논문, 69-70면.

107) C. McGlynn et al. (2017). "Beyond 'Revenge Porn': The Continuum of Image-Based Sexual Abuse" *Feminist Legal Studies,* Vol.25, p. 34-35

108) 신성연이, 앞의 토론문, 2020, 31면.; 출처: [경향신문] "2차 피해 때문에 법원에 가고 싶지 않다는 말이 나와서는 안된다"[플랫] https://n.news.naver.com/article/032/0003006446 (최종검색일: 2020. 5. 1.); 출처: [한겨레] 아동·청소년에까지 성착취물 강요·협박… "10년 이하 징역" http://www.hani.co.kr/arti/society/women/918314.html (최종검색일: 2020. 5. 6.); [한겨레] 능욕 댓글에 집 주변 인증샷…피해여성 '공포의 나날.' http://www.hani.co.kr/arti/society/women/918318.html (최종검색일 2020. 3. 30.)에 따르면, "박사는 성착취물을 유포할 때 항상 피해 여성들의 신상을 함께 공개한다. 생년월일과 집 주소는 기본이고 때때로 전화번호도 포함한

른 폭력인 유포 협박, 성착취물 강요, 모욕 등을 예방하기 위한 법개정이 추진되었다. 특히 성착취물을 촬영대상자에게 교부하거나, 성착취물이나 성적 행위를 강요하기 위해 반포하겠다고 협박·위협하는 행위를 성범죄로 처벌하는 법률개정안이 다수 발의되었다.[109] 성착취물을 이용한 협박, 강요 행위를 성범죄로 처벌하는 것은 2차 가해를 방지하는데 그 목적이 있다.[110]

이에 실제로 성착취물을 유포하지는 않았더라도 성착취물을 반포·판매·임대·제공 또는 공공연하게 전시·상영할 것이라고 피해자를 협박하거나, 성착취물을 이용하여 사람의 권리행사를 방해하거나 의무 없는 행위를 강요한 행위를 규제하는 협박·강요죄 규정가 신설되었다. 개정 이전 법률에 의하면 성착취물을 이용하여 피해자를 강요, 협박하더라도 처벌이 어렵거나 미약하였다. 심지어 피해자가 애초에 스스로 촬영물을 넘긴 경우에는 피해자에 대한 2차 가해가 심각하고, 가해행위에 양심적 가책을 느끼지 않는 경우도 많다. 성착취물을 이용한 협박과 강요는 성매매나 성폭력, 스토킹 등 새로운 폭력을 가하거나, 더 많은 성착취물을 얻기 위해 성착취물을 도구로 이용하는 행위로서, 영리 목적인 경우가 많지만 이에 국한되지는 않는다. 협박 및 강요 행위는 성착취물의 촬영 또는 반포 등 행위와 시간·공간적으로는 구별될 수 있지만, 사실상 선행 행위와 후행 행위 사이에 피해가 중첩되거나 계속되고 있는 것으로 보아야 한다.

다. 그래서 순식간에 박사에게 성착취를 당한 피해 여성들의 공포는 사실 그 다음 과정에서 더 커진다. 누군지 알 수 없는 불특정 다수의 남성들이 자신을 추적하는 상황이 벌어지는 것이다. 실제로 성착취물을 본 남성들은 공개된 피해자의 주소와 함께 피해자 집 주변 가게에 왔다며 인증샷을 올리기도 했다."

109) 의안번호 2020215, 2019.5.7. 김영호의원 대표발의, '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안' (출처: 국회의안정보시스템, 계류의안, 2020.3.20. 검색.); 의안번호 2018097, 2019.1.9. 윤상직의원 대표발의, '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안' (출처: 국회의안정보시스템, 계류의안, 2020.3.20. 검색.)

110) 의안번호 2023321, 2019.10.30. 진선미의원 대표발의, '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안' (출처: 국회의안정보시스템, 계류의안, 2020.3.20. 검색.)

제 3 장 성적 욕망 또는 수치심 해석

제 1 절 ‘성적 욕망 또는 수치심’ 개념의 의의

1. 도입배경과 한계

오랜 기간 우리 형법은 여성의 나체나 성적 행위를 묘사한 그림, 사진, 글 등의 음란한 성질이 미풍양속을 해친다는 이유로 규제했다. 법률은 그림 등에 나타난 사람의 신체를 성적 욕망을 유발하는 부위과 그렇지 않은 부위로 이분화하였다.[111] 이러한 음란 기준은 1970, 80년대 성표현물 산업의 부흥을 지나 1990년부터 현재의 성착취물의 생산과 유통까지 줄곧 적용되어, 현재의 디지털 성폭력에 대한 규제로까지 이어지고 있다.[112] 그러나 1990년대 중반을 지나며 PC와 뉴미디어를 통해 생산, 유포된 성표현물은 재현물이었던 이전의 성표현물과는 질적으로 다른 양상을 띠게 된다. 캠코더 등을 이용하여 촬영한 여성 연예인과 일반 여성의 사적인 성적 영상이미지 유출은 여성의 의사에 반하여 촬영, 유포된 것이었고, 이는 사회 일반인의 성적 도덕관념에 대한 침해를 넘어, 성범죄 피해자인 여성의 인격에 대한 공격이었다.

이에 성폭력 처벌법은 ‘성적 욕망 또는 수치심’을 유발하는 촬영 및 유포를 금지하였다. 이는 성폭력 처벌법이 대상으로 하는 촬영물의 범위를 ‘성적 욕망 또는 수치심’의 유발 가능성이 있는 것으로 제한한 것이었고, 목적범 형식을 채택하지 않음으로써 발생할 수 있는 해석의 확장을 경계하고자 하였다. 이를 통해 제정된 카메라등이용촬영죄는 “촬영수단을 명확히 규정하고, 촬영대상이 되는 신체의 노출부위에 대한 규정을 신설하였으며, 피촬영자의 의사 여부를 명기하는 등 구성요

111) 이승준, 앞의 논문, 2008, 209-211면.; 김소라, 앞의 논문, 2018, 166면.

112) 김소라, 앞의 논문, 2018, 166면.

건 전반에 걸쳐 수정”하였다.[113] 카메라등이용촬영죄는 제정 당시부터 현재까지 일관되게 ‘성적 욕망 또는 수치심’의 유발을 요건으로 두고 있다. 그런데 카메라등이용촬영죄의 보호법익을 건전한 성풍속을 중심으로 판단하는 이상 ‘성적 욕망 또는 수치심’은 음란물·행위에 관한 법리인 음란 기준과 구분되기 어렵다.[114] 즉, 성적 노골성만을 기준으로 성착취물의 해악을 판단하게 되는 것이다.

카메라등이용촬영죄의 판단대상인 성착취물은 형법상 음란물·행위와 달리 성적 유희나 자극을 위하여 재현된 영상이미지가 아니다. 성착취물은 성범죄의 증거이자 결과이므로 카메라등이용촬영죄의 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 정도를 음란물·행위와 비교하는 것은 부당하다. 이는 성착취물과 음란물을 구분하지 않는 것으로서, 피해자를 성적으로 대상화한 성착취물을 음란물처럼 성적 유희로 치부하는 것이고, 이 때문에 피해자에 대한 2차 가해가 될 뿐만 아니라, 불법을 판단할 때도 가해자 관점에 치우치게 된다.[115] 그러나 디지털 성범죄인 성착취물의 피해 확산성을 고려할 때 ‘피해가 경미함’과 ‘음란성이 약함’은 전혀 무관한 요소이다.[116] ‘음란성이 약함’보다 성착취물에 있어 더 중요한 기준은 성착취물의 촬영, 편집, 유포 각 단계마다, 그리고 유포되어 성착취물이 퍼져감에 따라 새로운 해악이 발생한다는 점이다.[117] 때문에 피해자가 현재 어떤 위험의 단계에 직면해 있는지 법원이 명확

113) 제15대 국회 제198회 제13차 국회본회의 부록1, 1998. 12. 2., 25면.

114) 김잔디, “보복형 성적촬영물 관련 범죄 처벌의 문제점과 개선방안”, 2019, 원광법학 제35권 제4호, 115면.; 이승준, 앞의 논문, 2008, 213면.

115) 김영철·조현욱, “성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체 부위 해당여부 - 대법원 2014. 7. 24. 선고, 2014도6309 판결 -”, 2016, 법학연구 제57권 제3호, 169-170면.

116) 양형위원회, 제101차 정기회의 운영지원단 업무보고 제2020-13호, 2020. 4. 20., 19면.

117) 출처: [한겨레] 조주빈 ‘인간시장방’도 운영…여성 ‘분양’·오프라인 폭행 모의 http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/936753.html (최종검색일: 2020. 4. 29.); [KBS NEWS] [n번방②] 역대 최다 청원… 왜 ‘박사방·N번방’에 분노하는가? http://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=4408042&ref=A (최종검색일: 2020. 4. 29.); [SBS] ‘딥페이크 음란물’ 소지는 처벌X… 반쪽짜리 처벌법 https://n.news.naver.com/article/055/0000810477 (최종검색일: 2020. 4. 29.)

하게 인식하여야 한다.

성적 자기결정권과 인격권은 성적 노골성에 의하여 침해되는 이익이 아니다. 성적 자기결정권과 인격권에 대한 침해는 '성적 욕망 또는 수치심'을 유발하는 신체는 성기나 국부 신체 부위에 국한하여 발생하지 않기 때문이다. 피해자의 인격을 일방적으로 성적 유희거리로 삼았다는 사실 자체가 보호법익인 성적 자기결정권과 인격권에 해당하는 것으로, 어떤 부위가 대상이 되었는지는 부차적이다. 그런데도 법원은 행위자 또는 사회 일반인의 성적 만족이나 흥분을 유발할 만큼 구체적 신체 부위가 노골적으로 부각되지는 않았다거나, 특정한 신체 부위가 아닌 전신이나 뒷모습 등 피해자의 신체 전반을 대상으로 삼은 경우, 또는 사후에 딥페이크 합성 등 가공을 거쳐 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 형태로 변할 수 있더라도 일단 당해 사건의 판단대상이 되는 촬영물의 원판 이미지에 전형적으로 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 신체인 성기 등이 나타나지는 않는다면, 피고인의 주장(성적인 목적이 아니라 단순한 호기심 또는 호감으로 범행을 저질렀다는 등)에 손을 들어주었다.[118] 피해자가 호소하는 침해 또는 위험에 대한 두려움이나 불안은 성범죄 피해로 인정받지 못한 것이다. 일반적으로 자연스럽게 볼 수 있는 신체적 노출이고, 결과적으로 피해자의 자세나 신체 부위도 일상적으로 관찰할 수 있는 평범한 모습이기 때문이라는 것이다. 그러나 이는 피해자의 신체 자체를 일방적으로 성적 대상화한 행동의 해악을 간과한 것이다.

피해자의 신체 자체를 일방적으로 성적 대상화하는 성착취물의 근본적인 원인은 성적 자기결정권과 성적 욕망 또는 수치심 요건을 둘러싼 사회적·문화적 인식의 부재에 있다. 첫째로, 성착취물은 성범죄와 성풍속 범죄 사이 모호한 경계에서 발생한 신종 범죄가 아니다. 실제로 이전에도 단톡방 사건, 여성 연예인 성관계 영상 유출 등 성착취물은 존재하였으나, 이를 성범죄로 인식하는 경우가 거의 없었던 점에 주목해야 한다.[119] 둘째로, 성착취물 범죄는 행위자 개인이 누구였기 때문에

118) 김영철·조현욱, 앞의 논문, 2016, 8-9면.

발생한 잘못이 아니다.[120] 최근 사회적으로 성착취물 범죄가 논란이 되면서 일부 운영자 및 주도적 행위자에 대한 신상정보 공개에 치중하는 경향이 있는데,[121] 신상정보 공개로서 밝혀지는 구체적인 개인의 속성이 성착취물 문제를 유발한 충분조건 또는 필요조건으로서의 원인이라고 보기는 어렵다. 그보다는 그러한 행위가 성범죄로서 적절한 책임을 져야 하는 성적 착취이고, 어떤 이유에서든 사회가 용납하지 않는다는 인식 변화가 필요하다.[122] 성착취물을 예방하기 위해서는 우선 성풍속이 아닌 실재하는 피해자의 성적 자기결정권과 인격권을 침해하는 성범죄로서의 정체성이 확립되어야 한다.

일례로 군대 내 성폭력이 군의 기강을 무너트리는 죄가 아닌 성을 매개로 한 폭력으로 다뤄지면서, 실태조사도 성관계 자체를 벗어나 젠더

119) 출처: [경향신문] 감이・현경 “대화방에 있던 모두가 가해자. 운영자로 축소해 분노해선 안 된다.” [플랫] https://n.news.naver.com/article/032/0003006115 (최종검색일: 2020. 4. 29.)

120) 경찰청 보도자료 “불법촬영물 등 전화방 전용 음란물 유통조직 7명 검거”, 2018. 11. 29.; 출처: [YTN] 경기남부경찰, 성착취물 사범 72명 검거…9명 구속 https://n.news.naver.com/article/052/0001433562 (최종검색일: 2020. 4. 28.); [경향신문] 서승희 “그들은 결국 모두 처벌받을 것이며 우리는 결국 이길 것이다.” [플랫] https://n.news.naver.com/article/032/0003006619 (최종검색일: 2020. 5. 1.); [한겨레] 갈길 먼 ‘n번방 방지법’ …일보전진했지만 늑장 처리 비판 https://n.news.naver.com/article/028/0002495705 (최종검색일: 2020. 5. 1.)

121) 출처: [국민일보] n번방 공범 육군 일병 ‘이기야’…오늘 신상공개 결정 https://n.news.naver.com/article/005/0001315901 (최종검색일: 2020. 4. 28.); [경향신문] 감이・현경 “대화방에 있던 모두가 가해자. 운영자로 축소해 분노해선 안 된다.” [플랫] https://n.news.naver.com/article/032/0003006115 (최종검색일: 2020. 4. 29.)

122) 출처: [한국일보] “강력한 처벌, N번방 재범 막는 첫 단추다” https://n.news.naver.com/article/469/0000492204 (최종검색일: 2020. 4. 30.); [서울경제] [토요워치] 고장난 性교육…아이들을 놓쳤다 https://n.news.naver.com/article/011/0003729138 (최종검색일: 2020. 4. 24.); [JTBC] 여자친구와 성관계 ‘몰카’ …공중보건의, 현행범 체포 https://n.news.naver.com/article/437/0000236734 (최종검색일: 2020. 4. 24.); [국민일보] ‘즐감’ 댓글 줄줄이… “불법촬영물, 이렇게 많은 줄 몰랐어요” https://n.news.naver.com/article/005/0001315065 (최종검색일: 2020. 4. 25.)

관계로 초점이 이동했다. 즉, 혼인 여부, 옷차림, 피해자가 가해자를 착각하도록 만들었는지가 아닌, 성별에 기반한 모욕적, 차별적 언행이 존재했는지; 성적 호의나 관심을 원하지 않았는데도 일방적으로 반복, 지속했는지; 사건 당시 비동의를 적극적으로 표현하기 어려웠던 이유 등이 중점적으로 논의될 수 있었다.[123] 이처럼, 성착취물에 대해서도 성착취물을 바라보고 접근하는 관점이 '사회적으로 용인되는 정도를 넘어선 음란'이 아닌, '피해자를 일방적으로 성적 대상화한 폭력'으로 변화해야 한다. 가해자는 괴물로서 타자화하고 피해자는 정숙하고 무결한 보호대상으로서 타자화하면, 가해자가 누구인지 피해자가 누구인지에 대한 소모적 논쟁이 증가할 뿐, 오히려 사건에서 피해자는 배제하고 '성착취' 전반에 대한 문제의식도 약화시킬 수 있다.[124]

2. 성적 욕망 또는 수치심의 의미와 범위

'성적 욕망 또는 수치심'이라는 표현이 죄형법정주의의 명확성 원칙 위반인지에 관하여 다투어지기도 했다. 결과적으로 헌법재판소는 처벌조항의 입법 취지 및 보호법익을 종합하여 판단할 때 헌법을 위배하지 아니한다고 결정하였다. 첫째로, '성적 욕망' 또는 '성적 수치심'은 그 의미를 별도로 정의하지 않아도 일상적으로 사용하는 용어이기 때문에 누구나 대강의 의미를 이해할 수 있는 표현이다. 둘째로, 성적 욕망 또는 수치심은 "구체적, 개별적, 상대적으로 판단할 수밖에 없는 개념"이고, "사회와 시대의 문화, 풍속 및 가치관의 변화에 따라 수시로 변화"하므로, "다소 개방적이거나 추상적인 표현을 사용하면

123) 권김현영, 「다시는 그전으로 돌아가지 않을 것이다」 2019, ㈜휴머니스트 출판그룹, 3장 《피해와 가해의 디스토피아》 13. <정확히 호명하고 제대로 질문하기>.

124) 이진옥, "디지털 성착취 근절을 위한 법 제도 모색 라운드 테이블", 제27차 젠더와 입법포럼 <디지털 성착취 근절을 위한 법제도 모색 라운드 테이블> 토론문, 2020. 4. 7., 37면.; 출처: [경향신문] "우린 왜 가해자 편에 기울었을까" 판사들의 반성 [성범죄법 잔혹사⑥] https://n.news.naver.com/article/032/0003006353 (최종검색일: 2020. 4. 29.); [JTBC 뉴스] "소라넷부터 이어져온 '조직적 범죄' …분노로 그쳐선 안돼" http://news.jtbc.joins.com/article/article.aspx?news_id=NB11942394 (최종검색일: 2020. 4. 29.)

서 그 의미를 법관의 보충적 해석에 맡긴 것은 어느 정도 불가피”하다는 것이다. 또한, “‘성적 욕망 또는 수치심을 유발’한다는 것은 가해자 본인 또는 제3자에게 단순한 호기심의 발동을 넘어 성적 욕구를 발생 내지 증가시키거나, 피해자에게 단순한 부끄러움이나 불쾌감을 넘어 인격적 존재로서의 수치심이나 모욕감을 느끼게 하는 것”이라고 정의하면서, “사회 평균인의 성적 도덕관념에 반하는 것”인지 여부를 기준으로 판단하여야 한다고 정하였다.[125] 이러한 기준에서 살펴볼 때, 카메라등이용촬영죄의 ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 신체’란, “성기, 엉덩이, 여성의 가슴이 포함”되고, 이외에도 “다른 신체 부위, 가령 여성의 허벅지나 배 등도 경우에 따라 이에 해당할 가능성이 있다.”라고 하였다. “같은 신체 부위라도 어느 장소에서, 어떤 상황 하에서, 어떤 방식으로 촬영되었느냐에 따라” 달리 판단될 수 있다는 것이다.[126] 따라서 성적 욕망 또는 수치심 유발 가능성은 개별적 구체적 사실관계를 검토하는 법원의 판단에 맡겨두었다.

그러나 위 헌법재판소 결정문의 반대의견은 다음과 같이 ‘음란’과 ‘성적 욕망 또는 수치심’을 구분하는 기준이 명확하지 않다고 지적했다.[127] 신체 부위를 성기나 항문 등으로 구체적으로 정하거나, 사적 행위에 한하여 촬영을 금지하는 등 보다 섬세한 규정이 필요하다는 것이다. 이에 따르면, 성적 욕망이나 수치심은 주관적인 감정을 표현하는 말로써, 단지 성적 호기심이나 부끄러움, 불쾌감을 유발할 수 있으면 충분한지, 아니면 ‘음란’처럼 인간으로서의 존엄과 가치를 훼손하거나 왜곡하는 정도에 이르러야 하는지 모호하다는 것이다. 결론적으로 카메라

125) 한편, ‘성적 욕망 또는 수치심’이라는 개념을 성풍속이라는 보호법익에만 국한하여 볼 것은 아니다. 대법원은 “불안감”(대법원 2008. 12. 24. 선고, 2008도9581 판결)이나 “공포심”(대법원 2005. 2. 25. 선고, 2004도7615 판결)을 유발한다는 의미에 대해서도 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되지 아니한다고 판시한 바 있으므로, 카메라등이용촬영죄의 개인적 법익 측면인 성적 자기결정권 및 인격권을 보호하는데 있어 불법촬영내지 성착취물의 편집, 유포 등으로 인한 피해자의 불안과 공포도 적극적으로 판결에 반영하지 않을 이유는 없다.

126) 헌법재판소 2016. 12. 29. 선고, 2016헌바153 전원재판부 결정.

127) 헌법재판소 2016. 12. 29. 선고, 2016헌바153 전원재판부 결정, 재판관 강일원, 재판관 조용호의 신상정보 등록조항과 처벌조항에 대한 반대의견.

등이용촬영죄의 ‘성적 욕망 또는 수치심’ 요건은 명확성 원칙을 위배하지 않는다고 정리되었지만, 판례를 구체적으로 살펴보아도 음란물·행위의 음란성과 ‘성적 욕망 또는 수치심’이 분명하게 구분되는 지점을 찾아보기는 힘들다. 카메라등이용촬영죄는 형법에 없는 구성요건이고, 성폭력 처벌법으로 독립적으로 규율되어 있으나, 음란물·행위의 음란성과 카메라등이용촬영죄의 성적 욕망 또는 수치심 요건이 말하는 성적 노골성이 달라야 하는지, 어떻게 달라야 하는지에 대한 고찰은 부재한 현실이다. 이런 점에서 반대의견에서 ‘음란’과 비교했을 때 성적 욕망 또는 수치심의 의미와 범위가 모호하다는 지적은 유의미하다. 이러한 의구심으로부터 카메라등이용촬영죄에 적절한 ‘성적 욕망 또는 수치심’ 판단기준이 재정립되어야 한다.

3. 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 신체에 관한 판례

가. 성적 욕망 또는 수치심 유발가능성

헌법재판소는 동의를 받지 않고 촬영한 신체가 성적 욕망 또는 수치심을 유발한다는 것은 “촬영된 신체 부위 외에 당해 피해자의 옷차림, 촬영 경위, 촬영 장소, 촬영 거리, 촬영 방식 등을 종합적으로 고려하여 … 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인”의 관점에서 “구체적, 개별적, 상대적으로 판단”한다. 헌법재판소는 ‘성적 욕망 또는 수치심’이라는 개념은 “법관의 보충적 해석에 맡긴 것은 어느 정도 불가피”하고, “법원이 제시한 해석기준에 따라 엄격한 요건을 충족한 경우에만 인정”한다고 선언하였다.[128] 최근까지도 헌법재판소는 “‘성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체’는 구체적, 개별적, 상대적으로 판단할 수밖에 없는 개념이고, 사회와 시대의 문화, 풍속 및 가치관의 변화에 따라 수시로 변화하는 개념”이라고 판시하여 합헌 결정을 재확인하였다.[129]

128) 헌법재판소 2017. 6. 29. 2015헌바243, 판례집 29-1, 266-271.

129) 헌법재판소 2019. 11. 28. 2017헌바182 등, 판례집 31-2상, 442.

이에 대하여 학설도 ‘성적 욕망 또는 수치심’이란 당해 피해자의 옷차림, 노출의 정도 등은 물론, 촬영자의 의도와 촬영에 이르게 된 경위, 촬영 장소와 촬영 각도 및 촬영 거리, 촬영된 원판의 이미지, 특정 신체 부위의 부각 여부 등을 종합적으로 고려하고, 객관적으로 피해자와 같은 처지에 있는 성별, 연령대의 사회의 건전한 상식과 법감정을 가진 일반인의 관점에서 성적 욕망 또는 수치심을 유발하여야 한다고 본다.[130] 이때 성적 욕망 또는 수치심은 정도의 개념으로서 ① 단순한 호기심, ② 부끄러움이나 불쾌감, ③ 약한 성적 욕망의 자극 또는 수치심의 유발, 그리고 ④ 강한 성적 욕망의 자극 또는 수치심의 유발로 단계를 구분할 수 있다는 견해가 있다.[131] 위와 같은 관점에 따르면 ‘성적 욕망 또는 수치심’은 양적 평가가 가능하고, 카메라등이용촬영죄는 음란물·행위가 규제하는 “선량한 성적 도덕관념에 반하는 협의의 성적 욕망 또는 수치심보다 하위 단계”에 속하는 “광의의 성적 욕망 또는 수치심의 유발”에 해당한다는 것이다.[132] 이에 ‘성적 욕망 또는 수치심’을 유발하는 신체는 피해자의 성기나 그에 가까운 신체로서 성적 상징으로 여겨지는 부위로 축소되었다. “원칙적으로 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 모든 신체 부위가 대상”이 된다고 하면서도, “여성의 경우 가슴, 엉덩이 등” 성기를 중심으로 범위를 국한하였다.[133]

대법원은 ‘성적 욕망 또는 수치심’을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체를 판단할 때, 객관적으로 피해자와 같은 성별, 연령대의 일반적이고도 평균적인 사람들의 입장에서 당해 피해자의 옷차림, 노출의 정도 등은 물론, 촬영자의 의도와 촬영에 이르게 된 경위, 촬영장소와 촬영 각도 및 촬영 거리, 촬영된 원판의 이미지와 특정 신체 부위의 부각 여부 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적·상대적으로 결정한다.[134]

130) 김태명, 「판례형법각론」, 2016, 피엔씨미디어, 870면.

131) 이승준, 앞의 논문, 2008, 211면.

132) 이승준, 앞의 논문, 2008, 211-213면.

133) 김영철·조현욱, 앞의 논문, 2016, 8-9면.

134) 대법원 2008. 9. 25. 선고, 2008도7007 판결.; 대법원 2014. 7. 24. 선고, 2014도6309 판결 등.

즉, 치마 속, 다리, 허벅다리, 허벅지, 하체 부위, 가슴 등은 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 신체에 해당하지만, 특정한 신체 부위를 부각하지 않고 신체 전반이 모두 보이거나 배경과 함께 촬영되어 통상적으로 일반적인 시야에 자연스럽게 비치는 신체는 성적 욕망 또는 수치심을 유발하지 않는다는 것이다. 이는 “신체를 촬영한 개인의 모든 사진이나 영상물이 상대방의 허락을 받지 않았다는 것과 수치심이 든다는 상대방의 주관적 감정으로 인해 범죄화되는 위험”을 방지하고, 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 신체가 무엇인지 의심스러운 때에는 촬영 각도나 구도 등에서 신체의 특정 부위를 부각하려는 의도가 보이지 않는 경우를 소극적으로 제거하는 방법을 통하여 특별한 사정이 없는 한 형사 범죄화의 폭을 좁혀서 해석하는 것이다.[135]

나. 의사에 반하여

‘의사에 반하여’ 부분은 ‘성적 욕망 또는 수치심’ 요건과는 별개이고, ‘성적 욕망 또는 수치심’과 무관하게 당연히 성범죄라면 의사에 반하였음을 전제로 한다. 이에 카메라등이용촬영죄에서도 ‘의사에 반하여’ 요건은 구성요건으로서도 거의 기능하지 않았다. 그러나 디지털 성범죄에서 ‘의사에 반하여’가 ‘동의’로 좁게 해석되는 경향이 있고, 이러한 경향이 ‘성적 욕망 또는 수치심’을 ‘음란’으로 좁게 판단하는 경향과 다르지 않기 때문에 ‘의사에 반하여’ 요건에 대한 재고가 필요하다. 카메라등이용촬영죄는 상대방의 의사에 반하는 촬영 및 반포 등의 행위를 처벌한다고 규정하고 있다. 이는 “개인의 초상권 내지 명예권과 유사한 권리로서 일반적 인격권에 포함된다고 볼 수 있는 ‘자신의 신체를 함부로 촬영 당하지 않을 자유’와 ‘사회의 건전한 성풍속 확립’을 보호하기 위한 것”이다.[136] 그런데 자신의 신체를 함부로 촬영 당하였음에도 성착취물이 ‘성적 욕망 또는 수치심’을 유발할 수 있는지를 다시 판단하는 것은 피해의 범위를 축소하고, 피해자의 의사에 반하였는지 부분에 대한 판단을 약화시키는 측면이 있다.

---

135) 송승현, “성폭력처벌법 제14조 제1항 카메라 등을 이용한 촬영죄의 판단 문제”, 2017, 법학논총 제24권 제1호, 345-346면.

136) 헌법재판소 2017. 6. 29. 2015헌바243, 판례집 29-1, 268.

의사에 반한다는 것은 피해자가 승낙하지 않았음을 의미한다.[137] 의사에 반하였는지 여부가 다투어질 때, 법원은 ① 피해자 진술의 신빙성, ② 촬영 당시의 정황, ③ 피고인과 피해자의 친분관계, ④ 피해자의 고소 경위, ⑤ 피해자의 진술번복 등을 고려하여 판단한다.[138] 예를 들어, 피해자와 연인관계에 있던 피고인이 직접 피해자의 하의를 벗기고 약 3미터 정도 떨어진 곳으로 이동한 뒤 휴대전화의 카메라를 켜서 촬영하기까지 상당 시간이 경과되었음에도 피해자가 촬영을 저지하거나 옷차림을 정리하는 등 모습을 보이지 아니하고 자신의 하던 일을 계속하였고, 피고인의 범행 이후에도 피해자가 피고인과 친분관계를 상당 기간 유지하였으며, 피해자의 진술이 번복되어 신뢰할 수 없는 반면, 사건 발생 이후에도 아무런 조치를 취하지 않다가 피해자가 피고인과 사이가 나빠지면서 피고인이 피해자에 대하여 다른 사건으로 신고하자 이 사건을 고소한 것으로 보이는 점 등 제반 사정을 보는 것이다. 이러한 경우 법원은 피해자가 촬영에 명시적으로 동의하지 않았더라도 의사에 반하지는 않았다고 보았다.[139] 이러한 기조에서 '성적 욕망 또는 수치심'을 판단하게 되면, 법원의 '성적 욕망 또는 수치심'에 대한 판단은 더욱 '음란'에 치우치게 된다.

다. 신체의 범위

카메라등이용촬영죄의 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체의 범위를 판단하는 기준에는, 첫째로 음부나 성행위가 드러난다면 당연히 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있다. 성기의 일부 또는 전체가 드러나거나,[140] 나체에 가슴, 음부가 드러나거나,[141] 성관계

137) 헌법재판소 2019. 11. 28. 선고, 2017헌바182, 2019헌바182(병합) 전원재판부 결정.

138) 대법원 2010. 10. 28. 선고, 2010도6668 판결.; 서울중앙지방법원 2008. 7. 23. 선고, 2008노1386 판결.

139) 울산지방법원 2010. 5. 7. 선고, 2009노818 판결.

140) 대법원 2017. 12. 28. 선고, 2017도17529 판결.; 청주지방법원 2015. 2. 6. 선고 2014고합268, 2014전고26(병합) 판결.; 제주지방법원 2015. 6. 17. 선고, 2015고단527 판결 등.

행위가 노출된 경우[142] 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 신체로 인정하였다. 또한, 성관계 상황에서의 나체가 드러나거나,[143] 강간 상황에서 나체가 드러나거나,[144] 성관계를 암시하는 자세를 취하고 있는 나체[145] 등이 포함된다. 성적 행위와 관련되지 않거나 성기가 전부 드러나지 않더라도, 피해자의 주거에 침입하여 촬영한 샤워 중인 나체,[146] 화장실에서 용변을 보는 피해자의 음부,[147] 화장실에서 용변으로 보려 옷을 벗는 하체 모습,[148] 팬티 또는 팬티 및 브래지어만 입고 자고 있는 피해자의 하반신 부위 등 나체 모습[149] 등도 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 신체로 인정한 바 있다. 즉, 성기를 포함하는 나체가 전부 드러나지 않더라도 통상 일반적인 시야에 노출되지 않는 신체 부위의 경우에는 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 신체로 인정될 수 있다.

둘째로, 촬영된 각도, 화면의 선명도나 초점, 촬영 거리, 원판의 이미지 등으로부터 신체가 드러난 정도가 통상 자연스러운 시야에 일반적으로 볼 수 있는 노출 수준을 초과하는지 판단한다. 촬영 행위가 발생한 장소적 특성으로 인하여 피해자와 행위자가 상당히 밀착되어 있었거나 주변 타인들로부터 다소 격리된 면이 있었다면,[150] 혹은 행위 당시의 시각이 일몰 후 늦은 시간대였다면[151] 상대방의 의사에 반하여 성적 욕망

141) 제주지방법원 2015. 6. 17. 선고, 2015고단527 판결.; 춘천지방법원 강릉지원 2012. 11. 15. 선고, 2012고단438,776(병합) 판결.

142) 울산지방법원 2015. 3. 26. 선고, 2014고단3808 판결.; 수원지방법원 2009. 7. 14. 선고, 2009노962 판결 등.

143) 대법원 2016. 12. 27. 선고, 2016도16676 판결.

144) 의정부지방법원 2013. 6. 14. 선고, 2013고합86, 2013전고6(병합) 판결.; 서울고등법원 2013. 10. 11. 선고, 2013노2254, 2013전노250(병합) 판결 등.

145) 전주지방법원 2007. 9. 21. 선고, 2007고합72 판결.

146) 서울중앙지방법원 2018. 7. 12. 선고, 2018고단688 판결.

147) 인천지방법원 2008. 7. 16. 선고, 2008고단2681 판결.

148) 서울지방법원 2001. 9. 6. 선고, 2001노4585 판결.

149) 대전지방법원 2018. 1. 10. 선고, 2017노2202 판결.; 대법원 2018. 8. 1. 선고, 2018도1481 판결.

150) 서울중앙지방법원 2008. 7. 23. 선고, 2008노1386 판결.

151) 대법원 2008. 9. 25. 선고, 2008도7007.; 서울중앙지방법원 2008. 7. 23. 선고, 2008노1386 판결 등.

또는 수치심을 유발하는 신체로 인정하는 것이다. 보다 구체적으로 설시한 판례는, 통상 미를 과시하거나 생활의 편의를 위하여 노출되는 신체 부위인 경우 일정한 시간 동안만 관찰되는 것이 보통이므로 성기가 노골적으로 부각되지 아니한 경우에도 그러한 신체가 사진으로 촬영되는 경우에 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있다고 하였다.[152]

더불어, 양형에 있어 행위자의 성적 목적이나 의도를 참작한다. 피해자의 신체와 매우 가까운 거리에서 정면으로 촬영하는 등 영상의 대부분이 신체 부위를 과도하게 부각하여 일상적인 인물사진이라고 보기 어렵다면[153] 성적 욕망 또는 수치심을 유발하고자 한 행위자의 의도를 추정할 수 있다. 또한, 은밀하게 행위가 이뤄진 경위[154] 내지 피해자의 수, 촬영된 사진의 개수, 사진의 크기, 동영상의 길이, 촬영이 지속된 시간,[155] 또는 인터넷 등에 유포한 사실[156] 등을 바탕으로 피해자의 특정 신체 부위를 노리고 의도적으로 접근하였다고 인정되는 경우에는 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 신체에 해당한다고 보았다. 한편, 내심의 의사를 확인하기 어려운 경우에는 포착된 순간이나 촬영 각도, 사진의 선명도에 따라서는 성기에 가까운 신체 부분이 촬영될 수도 있는 점뿐만 아니라, 촬영된 신체 중 일부분을 성적으로 부각하거나 강조하여 유포될 위험성을 판단하기도 하였다.[157]

---

152) 서울중앙지방법원 2008. 7. 23. 선고, 2008노1386 판결.

153) 대법원 2008. 9. 25. 선고, 2008도7007.; 서울중앙지방법원 2008. 7. 23. 선고, 2008노1386 판결.; 대전지방법원 2008. 9. 5. 선고, 2008노494 판결.; 부산지방법원 2018. 7. 6. 선고, 2018노609 판결 등.

154) 수원지방법원 2014. 6. 16. 선고, 2014고단885 판결.; 대전지방법원 2012. 10. 10. 선고, 2012노1168 판결.; 울산지방법원 2016. 5. 12. 선고, 2016고단336 판결.

155) 서울중앙지방법원 2014. 7. 4. 선고, 2013고합1438 판결.; 청주지방법원 2012. 9. 19. 선고, 2012고단1688 판결.; 제주지방법원 2015. 6. 17. 선고, 2015고단527 판결.; 울산지방법원 2010. 5. 7. 선고, 2009노818 판결 등.

156) 춘천지방법원 원주지원 2014. 12. 10. 선고, 2014고단930 판결.; 대전지방법원 2014. 12. 17. 선고, 2014고단3512 판결.; 대전지방법원 2017. 12. 6. 선고, 2017노1867 판결.; 제주지방법원 2015. 6. 17. 선고, 2015고단527 판결.

157) 서울중앙지방법원 2008. 7. 23. 선고, 2008노1386 판결.; 서울중앙지방법원 2010. 7. 28. 선고, 2010노2003 판결.; 의정부지방법원 2013. 6. 14. 선고, 2013고합86,2013전고6(병합) 판결.; 춘천지방법원 원주지원 2014. 12. 10. 선

당해 촬영물에는 신체가 성적으로 노골적으로 부각되지 않더라도, 형법상 음란물·행위에 관한 죄, 약취와 유인의 죄 중 추행 또는 간음을 목적으로 하거나, 성매매에 사용할 목적으로 범한 일부 죄, 강간과 추행의 죄 중 강간, 강제추행 등, 성폭력 처벌법에 의한 공중집회장소에서의 추행, 통신매체이용음란죄 등 다른 유사행위를 처벌하는 법 규정의 내용도 함께 고려한다.[158] 또한, 촬영물이 아닌 외부적 요소로서 행위자의 의도를 추정하는 데 피고인이 판단대상과 관련하여 언급한 문자나 대화,[159] 또는 범행을 미리 계획한 점[160] 등을 고려하였다. 이를 통해 피고인이 피해자의 신체 부위가 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있다는 사실을 인식하였거나[161] 제3자가 행위의 불법성을 지적한 사실이 있거나,[162] 특정한 신체 부위만을 포착하거나 특히 강조하였다고 보이는 점[163] 등이 참작되었다.

라. 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 형태

카메라등이용촬영죄와 같이 허위영상물에 관한 규정은 2020년 6월 25일부터 시행예정이므로 '성적 욕망 또는 수치심'에 관한 판례가 아직 없다. 그러나 허위영상물 규정도 구성요건에 "의사에 반하여 성적 욕

고, 2014고단930 판결.; 춘천지방법원 2016. 4. 20. 선고, 2015노24 판결.; 대법원 2016. 10. 13. 선고, 2016도6172 판결.; 부산지방법원 2018. 7. 6. 선고, 2018노609 판결.; 대전지방법원 2008. 9. 5. 선고, 2008노494 판결 등.

158) 서울중앙지방법원 2008. 7. 23. 선고, 2008노1386 판결.

159) 부산지방법원 2018. 7. 6. 선고, 2018노609 판결.; 대전지방법원 2017. 12. 6. 선고, 2017노1867 판결.

160) 인천지방법원 2008. 7. 16. 선고, 2008고단2681 판결.; 울산지방법원 2016. 7. 21. 선고, 2016고단992 판결.; 청주지방법원 2012. 9. 19. 선고, 2012고단1688 판결.; 제주지방법원 2015. 6. 17. 선고, 2015고단527 판결 등.

161) 청주지방법원 2012. 9. 19. 선고, 2012고단1688 판결.

162) 부산지방법원 2018. 7. 6. 선고, 2018노609 판결.

163) 서울중앙지방법원 2008. 7. 23. 선고, 2008노1386 판결.; 부산지방법원 2018. 7. 6. 선고, 2018노609 판결.; 제주지방법원 2015. 6. 17. 선고, 2015고단527 판결.

망 또는 수치심을 유발할 수 있는 형태”라고 하여 동일한 용어를 사용하고 있어, 카메라등이용촬영죄 해석과 크게 다르지 않을 것으로 생각된다. 카메라등이용촬영죄의 성적 욕망 또는 수치심 요건 또는 그 해석이 변하지 않는 한, 앞서 살펴본 법원의 태도와 마찬가지로, 허위영상물의 ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 형태’에 대한 해석도 성적 노골성(성기 등 특정한 신체 부위의 부각 또는 통상 보이는 정도를 초과하는 노출)을 중점적으로 다룰 가능성이 크다. 이는 피해자가 원하지 않았던 것보다는 결과적으로 보이는 신체 부위가 어디인지, 얼마나 노골적인지에 초점을 맞출 것으로 예상된다.

카메라등이용촬영죄 입법 당시 성풍속의 보호를 중점적인 보호법익으로 논의하였기 때문에 음란물·행위의 음란 기준과 구분되지 않는 성적 노골성이 중심이 되어 카메라등이용촬영죄의 ‘성적 욕망 또는 수치심’에 스며든 배경을 이해하지 못할 것은 아니다. 그러나 이러한 카메라등이용촬영죄의 ‘성적 욕망 또는 수치심’ 기준은 1990년대 후반을 지나며 인터넷 등 매체기술이 발전과 SNS 등 뉴미디어의 등장으로 인해 분명한 한계를 직면하였다. 과거의 “‘연기된’, ‘허구의’ 성행위를 묘사한 표현물에 대한 선호가 실제 성행위를 촬영한 디지털 성폭력으로 대체”되었기 때문이다. ‘진짜 음란물’을 찾는 사람이 많아질수록 음란물과 성범죄의 경계는 흐려졌고, 이는 기존에 성풍속에 관한 음란 기준만으로는 성범죄 예방 정책의 효과를 거두기 어려워졌다.[164] 다음에서는 성적 욕망 또는 수치심 규정이 아닌, 순수한 ‘음란’ 규정의 내용과 판단기준을 검토하여 카메라등이용촬영죄의 ‘성적 욕망 또는 수치심’과 어떤 부분이 구체적으로 유사하거나 상이한지 검토하겠다.

제 2 절 음란 기준

1. 음란을 적용하는 법률

164) 김소라, 앞의 논문, 2018, 166면.

165) 형법 (법률 제15982호, 2018. 12. 18. 일부개정, 2018. 12. 18. 시행).

166) 정보통신망법(법률 제16021호, 2018. 12. 24. 일부개정, 2019. 06. 25. 시행).

< 표 4 : 음란을 적용하는 법률 종합 >

형법[165]	**제243조(음화반포등)** 음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다. **제244조(음화제조등)** 제243조의 행위에 공할 목적으로 음란한 물건을 제조, 소지, 수입 또는 수출한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다. **제245조(공연음란)** 공연히 음란한 행위를 한 자는 1년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다.
정보통신망법[166]	**제44조의7(불법정보의 유통금지 등)** ① 누구든지 정보통신망을 통하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보를 유통하여서는 아니 된다. 1. 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시하는 내용의 정보 2. ~ ④ (생략) **제74조(벌칙)** ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. 1. (생략) 2. 제44조의7제1항제1호를 위반하여 음란한 부호・문언・음향・화상 또는 영상을 배포・판매・임대하거나 공공연하게 전시한 자 3. ~ ② (생략)

음란을 구성요건 요소로 규정하고 있는 법률은 형법의 음화반포와 음화제조, 공연음란, 정보통신망법의 불법정보 등이 있다. 우선, 형법상 음화반포 및 제조 규정의 음란물은 형법상 성풍속에 관한 범죄이다. 이때 일반인의 건전한 성풍속을 해치는 음란성이란, 일반인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고, 정상적인 수치심을 해하는 성질을 말한다. 다만, "현실적으로 성적 수치심을 해칠 것을 요하지 않으며, 보통인이 성적 수치심을 느낄 수 있는 성질을 가지면 그것으로 족하다."[167] 음란물

167) 신동운, 「형법각론(제2판)」, 2018, 515면.

은 사회의 정상적인 성적 도덕감을 침해하고, 인간의 존엄과 가치를 훼손하며, 하등의 문화적・예술적・사상적・과학적・의학적・교육적 가치를 지니지 않기 때문에 형사 처벌도 가능하다.[168] 이러한 음란물에 대해서 형법상 음화의 제작 및 반포 규정 이외에도, 그 특별법인 정보통신망법의 불법정보와 아청법상 아동·청소년음성착취물 제작・배포죄가 적용된다.[169]

형법은 개인의 성적 자유를 보호하는 강간과 추행의 죄를 형법 제2장 제5절에서 규정하고 있고, 이와 구분하여 제4장 제1절에서 사회의 도덕과 성풍속을 보호하기 위한 성풍속에 관한 범죄를 규정을 두고 있다. 성풍속에 관한 죄에는 성매매, 성매매 알선 등을 규제하는 제242조(음행매개죄), 음화의 제작 내지 반포 등을 규제하는 제243조(음화반포등)와 제244조(음화제작등), 그리고 불특정 다수인이 알 수 있게 하는 음란한 행위를 규제하는 제245조(공연음란죄)가 있다. 형법 제243조와 제244조를 합쳐서 음란물죄라고 부른다. 음란물죄와 공연음란죄는 건전한 성풍속이라는 사회적 이익만을 보호한다.[170]

가. 음란물

음란물죄는 음화의 반포, 판매, 임대, 공연한 전시 또는 상영(이하 “반포 등”이라 한다.)하는 행위, 그리고 이를 위하여 음란한 물건을 제조, 소지, 수입, 또는 수출하는 행위를 처벌한다. 음란물죄의 보호법익은 일차적으로 건전한 성풍속이고, 부차적으로 공공의 성적 혐오감이나 불쾌감이다.[171] 음란물죄는 특정한 교부 행위를 열거하고 있는데, 행위

168) 대법원 2008. 3. 13. 선고, 2006도3558 판결.

169) 아동·청소년성착취물이 성적 착취이자 학대라는 점을 명확하게 인식하기 위해 해당 용어를 아동·청소년성착취음란물로 변경하는 법률안이 여성가족위원회에 회부되어있다. 이에 대해서는 의안번호 2023806, 2019. 11. 14. 강창일의원 대표발의, ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률 일부개정법률안’ (출처: 국회의안정보시스템, 계류의안, 2020. 4. 13. 검색.) 참조.

170) 이재상 등, 앞의 책(제11판), 2019, 637-638면.; 대법원 2000. 10. 27. 선고, 98도679 판결.

자만 처벌하고 그 상대방(예컨대 교부받은 자 등)은 처벌하지 아니한다. 음란물죄는 행위 주체에 대한 요건을 두고 있지 않으므로 일정한 신분 있는 자에 의하여 죄를 범할 것을 요하지 않지만, 행위자에게 물건 등의 음란한 성질과 반포 등 행위에 대한 인식이 있어야 한다. 음란물죄의 객체는 음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건(이하 "물건 등"이라 한다.)이고, 여기서 기타 물건이란 조각품, 음반, 녹음테이프 등은 가능하지만, 사람의 신체나 컴퓨터 프로그램 파일은 포함하지 않는다.[172] 한편, 제244조는 반포 등의 목적으로 음화를 제조, 소지, 수입 또는 수출(이하 "제조 등"이라 한다.)하는 행위를 처벌한다. 이는 목적범이자 반포 등의 예비행위를 규정한 것이다.[173]

나. 음란행위

형법상 공연음란죄는 공연히 음란한 행위를 한 사람을 처벌한다. 음란물죄와 달리 행위 자체에 대하여 처벌하는 것이다. 공연음란죄가 성립하려면 행위자의 음란성에 대한 인식과 행위의 공연성이 필요하다. 즉, 불특정 또는 다수인이 행위자의 음란한 행위를 알 수 있는 상태를 조성하여야 한다. 따라서 내부적으로 결합된 수인 사이에 음란행위를 하는

171) 신동운, 앞의 책(제2판), 2018, 514면.

172) 형법 제243조의 ①반포란 불특정 또는 다수인에게 무상으로 교부하는 것이고, 이때 직접 불특정 다수인에게 반포하지 않더라도 특정 1인 또는 소수에게 제공하면 불특정 다수인에게 반포될 것을 예상할 수 있었으면 족하다. 또한, 단순 우송에서 나아가 상대방에게 현실적으로 인도되어야 한다. ②판매는 유상으로 반포하는 것을 말한다. 판매의 형태(매매, 교환, 판매의 계속·반복성 등)나 교환수단(금전, 물건 등)에 제한이 없으나, 반포와 마찬가지로 현실적 인도를 요한다. ③임대란 유상의 대여를 말하고, 영업일 필요는 없다. ④공연히 전시한다는 것은 불특정 다수인이 관람할 수 있는 상태에 두는 것을 말하고, 그 형태(유상 또는 무상, 순차로 열람 또는 진열, 재생 등)에 제한이 없다. ⑤공연히 상영한다는 것은 필름을 영사하여 불특정·다수인에게 공개하는 것을 말한다. (이재상 등, 「형법각론(제11판)」, 2019, 박영사, 640-645면을 요약함)

173) 여기서 ①제조란 인공을 가하여 물건 등을 만든다는 뜻이고, ②소지란 물건 등을 자기의 사실상의 지배하에 두는 것을 의미하며, ③수입이란 국외에서 국내로 반입하는 것을, 수출이란 반대로 반출하는 것을 말한다. (이재상 등, 「형법각론(제11판)」, 2019, 박영사, 645면을 요약함)

것은 공연성에 해당하지 않는다. 또한, 여기서 공연성이란 장소적 제한을 의미하는 것은 아니므로, 불특정・다수인의 눈에 띄지 않도록 숨어서 한 경우에는 처벌하지 아니한다. 한편, 음란행위란 성욕을 자극 또는 흥분케 하여 성적 수치심과 성도덕을 침해하는 행위이다. 언어와 행위가 구분될 뿐만 아니라, 단순히 나체를 보이는 것으로는 충분하지 않고, 성행위 또는 성기 등 성적 부위를 노출할 것을 요한다.[174]

다. 불법정보

< 표 5 : 정보통신망법과 전기통신기본법 비교 >

정보통신망법[175]	전기통신기본법[176]
제44조의7 (불법정보의 유통금지 등) ① 누구든지 정보통신망을 통하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보를 유통하여서는 아니 된다. 1. 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시하는 내용의 정보	**제48조의2 (벌칙)** 전기통신역무를 이용하여 음란한 부호·문언·음향 또는 영상을 반포·판매 또는 임대하거나 공연히 전시한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. [본조신설 1996·12·30]
2. ~ ④ (생략)	
제74조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.	
1. (생략)	
2. 제44조의7제1항제1호를 위반하여 음란한 부호・문언・음향・화상 또는 영상을 배포・판매・임대하거나 공공연하게 전시한 자	
3. ~ ② (생략)	

174) 신동운, 앞의 책(제2판), 2019, 520-521면.; 이재상 등, 앞의 책, 2019, 646면.; 박혜진, “형법상 음란행위의 ‘음란성’과 그 판단기준에 대한 비판적 고찰”, 2009, 비교형사법연구 제11권 제1호, 463-464면.

175) 정보통신망법(법률 제16021호, 2018. 12. 24. 일부개정, 2019. 06. 25. 시행).

176) 전기통신기본법 (법률 제6231호, 2000. 1. 28. 일부개정, 2000. 4. 29. 시행)

인터넷상에서 음란한 글이나 사진 등을 공유하는 행위는 정보통신망법을 적용할 수 있다.[177] 정보통신망법 44조의7는 불법정보의 종류를 열거하며, 음란한 정보, 다른 사람을 비방하는 정보, 공포나 불안감을 조성하는 정보, 청소년유해매체물, 사행행위 등을 규정하고 있다. 이러한 불법정보 중 '음란한 부호·문언·음향 화상 또는 영상'(이하 "음란부호 등"이라 한다.)의 배포, 판매, 임대, 또는 공연한 전시를 규제하는데, 이때 영리 목적을 불문한다.[178]

한편, 정보통신망법과 유사하게 구 전기통신기본법(2001. 1. 16. 법률 제 6360호 부칙 제5조 제1항에 의하여 삭제되기 이전의 것)의 48조의2(벌칙조항)도 음란부호등을 규제하였다. 이 규정은 전기통신사업자가 그의 업무에 관한 서류 등을 처리하면서 "건전하지 못한 음란한 내용으로 타인에게 통신을 매개하거나 타인의 통신이용에 제공하는 행위"를 처벌하여 "통신을 통한 불건전한 매개행위를 근절" 하려는 목적이었다.[179] 구 전기통신기본법의 '음란부호등'이란, ① 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고, ② 정상적인 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 말한다. 음란부호 등의 음란성은, ① 음란부호 등의 성에 관한 노골적이고 상세한 묘사·서술의 정도와 그 수법, ② 묘사·서술이 그 음란부호 등 전체에서 차지하는 비중, ③ 표현된 사상 등과 묘사·서술의 관련성, ④ 음란부호 등의 구성이나 전개 또는 예술성·사상성 등에 의한 성적 자극의 완화 정도, ⑤ 음란부호 등을 전체로서 보았을 때 주로 그 음란부호 등을 보는 사람들의 호색적 흥미

177) 정보통신망법의 음란부호 등에 관한 내용은 형법의 음란물죄나 성폭력 처벌법상 통신매체이용음란죄 내지 카메라등이용촬영죄와 상상적 경합으로 처리하기도 한다.

178) 참고로, 정보통신망법의 불법정보에 관한 조항과 성폭력 처벌법의 카메라등이용촬영죄의 관계를 살펴보면, 정보통신망법에 관한 부분이 카메라등이용촬영죄와 경합관계에 있는 경우 또는 카메라등이용촬영죄와 일체의 관계에 있는 정보통신망법에 관한 부분이 주위적 공소사실인 경우가 있다. 이때, 카메라등이용촬영죄 부분이 무죄로 판단될 경우 정보통신망법 부분도 무죄취지로 파기될 수 있다. (대법원 2017. 12. 28. 선고, 2017도17529 판결.; 대전지방법원 2017. 12. 6. 선고, 2017노1867 판결 참조.)

179) 제 15대 국회 제209회 제1차 국회본회의, 1999. 12. 28., 24면.

를 돋우는지 여부를 ⑥ 사회의 평균인의 입장에서 그 시대의 건전한 사회 통념에 따라 객관적이고 규범적으로 평가한다.[180]

2. 음란 판단기준

가. 음란 개념에 관한 학설

시대적 흐름과 국민들의 의식이 변함에 따라 음란의 의미도, 음란을 이유로 한 형사 처벌의 찬반 의견도 크게 변하였다. 특히 인터넷의 발전으로 음란물을 파일이나 이미지의 형태로 손쉽게 접할 수 있는 환경이 조성되면서, 성적 표현에 대한 규제 필요성과 그 범위에 대한 논의가 전 세계적으로, 오랜 기간 동안 진행되었다.[181] 법률은 명시적으로 음란 개념을 정의하고 있지는 않으나, 구성요건 요소로서의 음란성을 해석하며 음란의 의미와 내용, 처벌범위의 한계에 관하여 논의가 전개되었다.

첫째로, 음란물에 있어 '음란'이란 "성욕을 자극 또는 흥분시키고 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하여 선량한 성적 도의관념에 반하는 것"을 말한다.[182] 이에 대하여 '음란'한 표현물이 헌법상 표현의 자유에 의한 보호범위에 속하는지에 관하여 다툼이 있었다. 일반적으로 음란 개념에 관한 이론을 간단히 살펴보면, ① 표현물 자체의 성격에 국한하여 판단하여야 한다는 관점과, ② 그 밖의 유통 및 수용 과정의 맥락도 음란의 판단 범위에 포함하여야 한다는 관점으로 크게 분류할

---

180) 대법원 2006. 4. 28. 선고, 2003도4128 판결.

181) 음란 개념의 변화, 형법적 판단기준과 그 문제점에 대한 구체적 내용은 류화진, "인터넷 음란 동영상과 관련한 음란의 개념 - 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006도3558 판결에 대한 검토 -", 2008, 영산법률논총 제5권 제1호, 311면.; 조국, "시각적 성 표현물 및 표현행위의 음란성 판정 기준 비판", 2013, 민주법학 제51호, 422-423면.; 이용식, "성적 표현의 형법적 통제에 대한 비판적 고찰", 2006, 한국형사정책학회 제18권 제1호, 351면을 참조.

182) 이재상 등, 「형법총론(제10판)」, 2019, 박영사, 637면.

수 있다. ①은 다시 예술작품 등 학술적, 문학적, 예술적, 정치적 가치는 음란성과 양립할 수 있다는 적극설(긍정설)과, 양립할 수 없다는 소극설(부정설)로 나뉜다. 소극설에 따르면 과학서 등 작품은 음란성과 양립할 수 없으므로, 예를 들어, 사람의 성행위를 기술한 과학서는 당연히 음란이 부정된다.[183] 이들은 표현물 자체의 성격 외에도 표현물이 유통되고 소비자에 의해 수용되는 과정에서 발생하는 맥락도 판단의 범위에 포함하여야 한다는 상대적 음란개념과 대립한다.

< 표 6 : 음란개념에 대한 학설 >

적극설	소극설	상대적 음란개념
음란물 자체의 성격에 국한하여 판단한다.		음란물의 작자나 출판자의 의도, 광고·선전·판매의 방법, 독자의 상황 등 외부적 속성을 고려하여 상대적으로 판단할 수 있다.
음란성을 완화 또는 제거할 수 있을 뿐이다.	당연 음란성이 부정된다.	명화 등을 복사 제조하거나 시중에 판매하였다면 예술 문학 등 공공의 이익을 위해서가 아닌 한 음화화에 해당한다.

적극설의 입장에서는, 음란을 문서 자체의 속성 이외에 작자나 출판자의 의도, 광고・선전・판매의 방법, 독자의 상황 등 외부적 속성을 고려하여 상대적으로 판단할 수 있다는 상대적 음란개념 이론에 반대한다. 상대적 음란설의 대표적인 사례로, 1970년대 '나체의 마야사건'이 있다. '나체의 마야사건'은 여성이 나체로 누워 있는 명화 카드 사진을 성냥갑 속에 넣어서 판매할 목적으로 그 사진을 복사 제조하거나 판매한 피고인에 대하여 음화제도 및 음화판매가 인정된 사안이다.[184] 대법원은 예술작품이라고 해서 음란이 당연히 부정되는 것이 아니라는 점에서 적극설의 입장을 취하고 있으나, 예술작품의 공개 방법 등에 따라, 그리고 판매자에게 공공의 교육적, 문학적, 학술적 목적이 아니라 복사 등 제조하여 판매하는 행위에 대한 인식이 있었다면 이는 명화를 모독

183) 이재상 등, 앞의 책(제11판), 2019, 642면.; 이훈동, "한국의 성문화와 형사법", 2007, 외법논집 제25집, 43-46면.

184) 대법원 1970. 10. 30. 선고, 70도1879 판결.

하여 음화화 시킨 것이라고 판시하여 상대적 음란개념을 채택하였다.[185]

다른 기준으로는, 음란의 판단주체에 따라 주관설, 객관설로 나누고 상대적 음란개념과 비교하는 분류방식도 있다.[186] 이러한 방식에 따르면, 주관설은 음란을 판단함에 있어 행위자가 성적 표현으로써 추구한 목적이나 의도를 반영하여야 하고, 그 표현이 외관상 일탈적이고 선정적인지 여부와 무관하게 목적 자체가 사회적으로 허용할 수 있는 한계에서 벗어난 경우에는 처벌이 정당화된다. 반면, 객관설은 사인 간 사적 영역에서 성표현물을 공유하는 수준을 벗어나 공적 영역에서 성표현물을 노출한 경우에는 단지 행위자의 의사에 한하여 음란을 판단할 것은 아니고, 객관적으로 사회 평균적 일반인을 판단주체로 상정하여 해당 성표현물이 음란한지 여부를 결정하여야 한다고 주장한다. 한편, 일반인의 기준으로 음란을 판단하더라도 행위자의 목적과 상황, 일반인들의 반응, 작품 전체와 성적 표현 부분의 관련성 등을 종합적으로 고려하여 사안별 구체적, 개별적 특수성에 따라 달리 판단될 수 있다면 상대적 음란 개념을 따른 것이다. 특별히 형사법에서는, 음란이란 과학성이나 예술성과 차원을 달리하는 관념이므로 다음의 판단기준에 따라 음란성을 완화 또는 제거할 수 있을 뿐이므로 음란성이 완화되지 않는다면 과학서적이나 예술작품이라도 음란물죄가 적용될 수 있다는 견해가 있다.[187] 이에 따르면 “보통인의 성적 수치심과 도의감을 현저히 침해하는 데 객관적으로 적합”하다면 처벌할 수 있다.[188] 이와 달리, 예술작품은 성적인 것이 미화되어 정신적 가치를 띠므로 공중에 심한 불쾌감을 주고 성적 도덕관념을 다소 해치더라도 처음부터 음란이 부정된다는 견해[189]도 있다. 이렇듯 학계에서는 음란과 예술의 관계를 둘러싸고 다양하고 복잡한 논의가 이뤄졌다.

---

185) 이재상 등, 앞의 책(제11판), 2019, 642면.; 이훈동, 앞의 논문, 2007, 44-45면.

186) 이용식, 앞의 논문, 2006, 355-356면.

187) 이재상 등, 앞의 책(제11판), 2019, 642면.

188) 이재상 등, 앞의 책(제11판), 2019, 640면.; 김태명, 앞의 책, 2016, 643-645면.

189) 임웅, 앞의 책, 2019, 824면.

나. 음란의 의미와 범위

대법원은 “일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것”을 음란으로 정의하고, 그 판단기준에 대하여 ① 당해 도화의 성에 관한 노골적이고 상세한 표현의 정도와 그 수법, ② 도화의 구성 또는 예술성, 사상성 등에 의한 성적 자극의 완화의 정도, ③ 도화를 전체로서 보았을 때 주로 독자의 호색적 흥미를 돋우는 것으로 인정되느냐의 여부 등을 검토, 종합하여 ④ 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 판단하여야 한다고 판시하였다.[190] 이러한 규범적 판단을 적용하는 데 법원은 “현재사회에서 관용될 수 있는 것보다 ‘훨씬 더 구체적이고 세밀하고, 노골적으로 상세히 표현(선정적 자극)’하는지 여부에 중점을 두었다.”[191] 즉, 대법원의 관점에 따르면, “예술성과 음란성은 차원을 달리하는 관념”으로 보며, “어느 예술작품에 예술성이 있다고 하여 그 작품의 음란성이 당연히 부정되는 것은 아니”고, “다만 그 작품의 예술적 가치, 주제와 성적 표현의 관련성 정도 등에 따라서는 그 음란성이 완화”될 뿐이다.[192]

한편, 헌법재판소는 음란의 의미를 엄격하게 해석하여 ‘음란’과 ‘저속’의 개념을 구분하였다. 즉, ‘저속’은 음란에 이르지 않는 정도를 뜻하는 모호한 표현이므로 표현의 자유에 대한 제한을 정당화하지 않고 헌법상 표현의 자유의 보호범위 안에 속한다. 반면, ‘음란’은 “인간 존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지” 않으며, 따라서 “사회의

190) 대법원 2000. 10. 27. 선고, 98도679 판결.; 대법원 2002. 8. 23. 선고, 2002도2889 판결.

191) 김은경, “음란물에 대한 사회적 인식과 법률 규정간의 부정합성 연구 - 2007 노골적인 성표현물에 대한 한국인의 법의식을 중심으로 -”, 2008, 형사정책연구 제19권 제1호, 140면.

192) 대법원 2002. 8. 23. 선고, 2002도2889 판결.

건전한 성도덕을 크게 해칠 뿐만 아니라 사상의 경쟁메커니즘에 의해서도 그 해악이 해소되기 어렵다.”[193] 이러한 관점은 소극설에 가깝다.[194] 헌법재판소는 음란물을 헌법의 표현의 자유에 포함하지 않는 태도를 한동안 견지했으나[195] 2009년에 헌법재판소의 결정이 변경되었다. 음란한 표현물이 표현의 자유 영역에서 애당초 배제된다고 말하는 것은 합헌성 심사를 포기하는 결과를 야기하므로 부당하고, 원칙적으로 음란 표현 또한 헌법의 언론·표현의 자유가 보호하는 영역 내에 속한다는 것이다.[196]

한편, 음란행위에 대하여도 음란물의 판단기준이 거의 동일하게 나타난다. 공연 등의 장면에서 연출된 연기행위가 음란행위에 해당하는지는 ① 성적으로 노골적이고 상세하게 서술·묘사한 정도와 수법, ② 연기행위 전체를 보았을 때 음란행위가 차지하는 비중, ③ 행위에 표현된 사상과 음란한 묘사·서술의 관련성, ④ 예술성·사상성 등에 의하여 성적 자극이 완화되는 정도, ⑤ 표현물의 전체에 대하여 평가할 때 호색적 흥미를 돋우는지 여부, ⑥ 사회의 건전한 성관념에 비추어 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고 성적 도의관념에 반하는 것인지 등을 종합하여 종국적으로 법관이 판단한다.[197]

정보통신망법 관련 판례에 나타나는 음란 개념도 유사하다. 즉, 정보통신망법이 규제하는 ‘음란’이란, ① 사회통념상 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 말한다. 이는 사회 일반의 성적 도덕관념이나 윤리관념 및 문화적 사조와 직결되는 문제이므로 국가 형벌권의 개입을 자제하여야 한다고 하면서도, ② 전적으로 또는 지배적으로 성적

193) 헌법재판소 1998. 4. 30. 선고, 95헌가16 전원재판부 결정.;

194) 이훈동, 앞의 논문, 2007, 43-46면.

195) 헌법재판소 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 341-354.; 헌법재판소 2009. 5. 28. 2006헌바109 등, 판례집 21-1하, 545.

196) 헌법재판소 2009. 5. 28. 2006헌바109 등, 판례집 21-1하, 545.

197) 이재상 등, 앞의 책(제11판), 2019, 646면.; 김태명, 앞의 책, 2016, 646-648면.

흥미에만 호소할 뿐 하등의 문학적·예술적·사상적·과학적·의학적·교육적 가치를 지니지 아니한 것으로서, ③ 과도하고도 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현·묘사함으로써, ④ 단순히 문란하거나 저속한 느낌을 주는 것을 넘어 존중·보호되어야 할 인격체로서 인간의 존엄과 가치를 훼손·왜곡하는 것이라고 정의하였다. 또한, 음란을 판단할 때에는 표현물 제작자의 주관적 의도가 아니라 ⑤ 사회 평균인의 입장에서 ⑥ 전체적인 내용을 관찰하여야 하고,[198] 이러한 음란 요건에 해당하지 아니하는 성표현물은 사회윤리를 훼손하지 않는 것으로서 형법 제 20조의 사회상규에 저촉되지 않는다.[199]

다. 음란에 해당한다고 인정한 판례

이상의 음란 개념을 바탕으로, 구체적 사례에서 음란성이 인정된 음란물, 음란행위, 불법정보 관련 판례를 차례로 살펴보겠다.

(1) 음란물

우선, 음란물에 대하여, 법관은 첫째, 보통의 일반 성인의 관점에서 판단한다. 도덕적으로 타락한 자이거나 수치 감정이 지나치게 예민한 자를 기준으로 하여서는 안 된다. 둘째, 문서 전체를 판단대상으로 한다. 셋째, 물건 등이 단순히 저속하다는 느낌을 넘어 인간의 존엄과 가치를 심각하게 훼손 또는 왜곡하는 정도에 이르러야 한다. 이러한 여러 사정을 종합하여 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 그것이 공연히 성욕을 흥분 또는 자극하고, 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하여, 선량한 성적 도의관념에 반하는 것이라고 할 수 있는지에 따라 규범적으로 음란을 판단하는 것이다.[200] 이에 따라, 법원은 폰섹스, 구강성교, 항문성교, 가학 및 피학적인 성행위, 1남 2녀 간의 섹스 등을 열거하면

198) 서울고등법원 2012. 10. 18. 선고, 2012노2340 판결.

199) 대법원 2017. 10. 26. 선고, 2012도13352 판결.

200) 이재상 등, 앞의 책(제11판), 2019, 641-642면.

서, 묘사방법이 노골적이고 구체적이며, 양적으로나 질적으로 성애에 대한 묘사가 중추를 차지한다면 음란물에 해당한다고 판시하였다.[201]

(2) 음란행위

음란행위에 대하여는, 시위나 항의의 표현, 예술작품 등에서의 연기, 유흥주점에서의 접대 행위 등이 공연음란죄의 음란행위에 해당하려면 불특정 다수인에게 성기를 노골적으로 부각하거나 노출하여야 한다. 그러나 실제로 성기를 내보이지 않았다고 하더라도 모조 성기를 이용하는 등 적극적으로 성기나 성행위를 묘사하는 등 성적으로 노골적인 행위는 단순히 신체 일부 부위를 노출하는 행위와는 구분되므로 음란행위의 범위에 포함될 수 있다.[202] 그러나 이때, 음란행위가 반드시 성행위 묘사에 국한되는 것은 아니다. 대법원은 "경찰관에 대항하여 공중 앞에서 알몸이 되어 성기를 노출한 경우 … 그 행위는 일반적으로 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하여 도의관념에 반하는 음란한 행위"라고 판시하였다.[203] 비교적 최근의 판례도 행위의 음란성 판단에 있어, 성행위의 묘사에 국한되기보다는, 성기가 노출되었는지를 공연음란죄의 주요한 판단근거로 들고 있다. 예를 들어, 법원은 병원에서 근무하는 간호사 등에 대하여 입고 있던 옷을 벗고 성기를 내보인 상태에서 무기로 상대방에게 상해의 위협을 가한 환자의 행위가 공연음란죄에 해당한다고 판단하였다.[204] 또한, 참전비 앞길에서 바지와 팬티를 내리고 성기와 엉덩이를 노출한 채 참전비 주위를 서성거린 행위에 대하여 법원은 피고인이 성적인 의도로 노출한 것은 아니더라도, 다수의 사람들이 오가는 통행로가 어둡지 않았고, 피고인이 성기와 엉덩이를 가리려는 노력을 전혀 하지 아니하고 상당 기간 노출 행위를 지속하였다면 공연음란죄를 적용하였다.[205]

---

201) 대법원 2000. 10. 27. 선고, 98도679 판결.

202) 대법원 2011. 9. 8. 선고, 2010도10171 판결.

203) 대법원 2000. 12. 22. 선고, 2000도4372 판결.

204) 대구지방법원 서부지원 2018. 12. 13. 선고, 2018고단2091, 2287(병합), 2596(병합) 판결.

205) 대법원 2020. 1. 16. 선고, 2019도14056 판결.

특히 음란행위 중 연극 등 공연에 대한 판례를 구체적으로 살펴보면, 법원은 공연이 연출한 장면 중에 “온몸이 노출되는 완전 나체 상태로 … 성교를 갈구하는 장면”, “옷을 모두 벗기고 … 양손을 끈으로 묶어 창틀에 매달아 놓고 자신은 그 나신을 유심히 내려다보면서 자위행위를 하는 장면”, “음부가 관람객들에게 정면으로 노출되는 방식” 등이 음란행위에 포함된다고 판단한 바 있다.[206] 이는 나체상태의 연기가 지속된 시간, 성의 묘사, 연출이 작품 전체에서 차지하는 비중, 노골적인 성 묘사가 반드시 주제를 표현하기 위하여 필수적인지 여부를 바탕으로 작품의 사상성, 예술성에 의한 성적 자극의 완화정도를 평가하는 것이다. 이때, 행위자가 행위의 음란성을 인식하지 못하였다고 하더라도 객관적으로 음란하다고 인정되는 행위들을 공연히 하고 있다는 것을 인식하고 있으면 족하고, 그 이상 더 나아가서 위 행위들이 음란한 것인가 아닌가를 인식할 필요는 없다고 하여, 사회 일반적 평균인 관점의 성적 수치심과 도의감에 관한 음란물의 법리가 유사하게 적용되었다.[207]

(3) 불법정보

마지막으로 불법정보의 음란 부분이 인정되어 유죄선고 된 사례를 살펴보면, 인터넷 블로그에 게시물을 업로드하면서 게시글 맨 앞의 비중 대부분을 차지하도록 발기된 남성의 성기만을 부각한 경우[208]나, 남성의 발기된 성기와 음모를 강조하면서 성적 각성과 흥분이 존재한다는 암시나 성적 일탈로서의 의미를 나타내는 사진[209], 불특정 다수인과 영상통화를 하면서 함께 성기를 노출하거나 옷을 입은 채로 자위행위를 하는 장면을 캡처한 영상[210]이 있다. 유사한 맥락에서, 구 전기통신사업법 제48조의2에 대하여, 만화나 소설 등의 줄거리상 개연성 없이 공연히 성

206) 대법원 1996. 6. 11. 선고, 96도980 판결.

207) 대법원 1996. 6. 11. 선고, 96도980 판결.

208) 서울고등법원 2012. 10. 18. 선고, 2012노2340 판결.

209) 대법원 2017. 10. 26. 선고, 2012도13352 판결.

210) 대전지방법원 2017. 12. 6. 선고, 2017노1867 판결.

기를 드러내고 다양한 형태의 성교를 하는 행위, 동생의 애인과 함께 집단 혼음을 하는 행위 등은 비정상적인 남녀관계를 설정하거나 변태적인 성행위를 노골적, 사실적, 집중적으로 묘사하고, 여성의 나체이나 성기를 선정적이고 자극적으로 묘사하는 것으로서, 성적 흥분이나 자극을 조장하는 음란에 해당한다고 판시하였다.[211]

라. 음란에 해당하지 않는다고 부정한 판례

(1) 음란물

음란물 중에 성기가 드러나더라도 음란하지 않다고 판단한 경우가 있다. 성기가 노골적으로 부각되지 않거나, 성기의 비중이 적거나 두드러지지 아니한다면 성적 흥분이나 수치심을 주지 않는다는 것이다. 반대로 성기를 과장하여 사실적이지 않게 묘사하였다면 현실감이 떨어지거나 "포르노를 보려는 사람이 통상 기대하는 장면은 전혀 등장하지 아니[하므로]" 음란물에 해당하지 않을 수 있다.[212] 즉, 성기의 노출과 그 묘사 방법 등이 '선정적'이지 않아야 한다는 것이다. 이렇듯 음란물 판단에 있어 성기가 노골적으로 부각되었는지 여부가 일관적으로 주된 판단기준으로서 반영되었는데, 이는 성기를 노출하지 않는 성표현물에 한하여 베풀어진 "관용"에 불과하다는 비판을 받기도 하였다.[213]

(2) 음란행위

한편, 음란행위가 부정된 사안의 경우, 경범죄 처벌법의 과다노출행위(이하 "과다노출죄"라 한다.)[214]와 공연음란죄의 구분기준이 쟁점이

211) 서울지방법원 2003. 6. 26. 선고, 2002노9668 판결.

212) 대법원 2005. 7. 22. 선고, 2003도2911 판결.

213) 조국, 앞의 논문, 2013, 415면.

214) **경범죄처벌법 제3조(경범죄의 종류) 제1호 33(과다노출)**은 "공개된 장소에서 공공연하게 성기 · 엉덩이 등 신체의 주요한 부위를 노출하여 다른 사

되었다.[215] 음란한 말을 하거나, 성기 또는 나체를 다수인 앞에서 노출하는 행위로 인하여 단순히 부끄러운 느낌이나 불쾌감을 유발한 경우에는 과다노출죄가 적용되었다.[216] 이때 성기·엉덩이 등 신체의 주요한 부위가 노출되었는지 여부, 노출 일시와 장소, 노출 부위, 노출 방법과 정도, 노출의 동기, 노출 경위 등 구체적 사정을 고려하였다. 이를 종합적으로 판단할 때, 단순히 다른 사람에게 부끄러운 느낌이나 불쾌감을 주는 정도에 불과하다면 과다노출죄가 적용되는 것이다. 이를테면, 풍속영업 중에 음란행위가 문제된 사안에서, 유흥주점에서 손님이 접대부의 상의를 벗긴 후 브래지어 속으로 손을 넣는 행위, 치마를 허벅지가 다 드러나도록 걷어 올리고 가슴이 보일 정도로 어깨끈을 밑으로 내린 사실 등은, "행위와 노출 정도가 다른 일반인에게 부끄러운 느낌이나 불쾌감을 주는 것은 사실이라 할지라도 이를 넘어서서 … 사회적으로 유해한 영향을 끼칠 위험성이 있다고 평가할 수 있을 정도로 노골적인 방법에 의하여 성적 부위를 노출하거나 성적 행위를 표현한 것이라고 단정하기에는 부족하다"라고 판시하였다.[217] 또한, 단지 바지와 팬티를 내린 후 엉덩이를 노출시키는 행위는 음란행위에 해당하지 않고, 성기가 노골적으로 부각되었는지 여부가 음란의 확립된 판단기준이라고 판시한 판례도 있다.[218] 최근까지도 성기의 노출이 중요하게 작용하여, 일련의 행위 도중에 행위자의 성기가 노골적으로 부각되었다면 과다노출죄를 넘어 공연음란죄가 적용되고 있다.[219]

(3) 불법정보

람에게 부끄러운 느낌이나 불쾌감을 준 사람"을 " 10만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료(科料)의 형으로 처벌한다."(법률 제14908호, 2017. 10. 24., 일부개정, 2017. 10. 24. 시행).

215) 김영철·조현욱, 앞의 논문, 2016, 6-8면.

216) 임웅, 앞의 책, 2019, 828-829면.; 대법원 2004. 3. 12. 선고, 2003도6514 판결 등.

217) 대법원 2009. 2. 26. 선고, 2006도3119 판결.

218) 대법원 2004. 3. 12. 선고, 2003도6514 판결.

219) 대구지방법원 서부지원 2018. 12. 13. 선고, 2018고단2091, 2287(병합), 2596(병합) 판결.

마지막으로, 불법정보에 해당하지 않는다고 판단한 내용을 보면, “여성의 성기, 남녀 사이의 성교행위를 연상케 하는 단어를 사용하여 묘사”한 문자메시지라도 “남녀 성기를 직접적으로 노출시키거나 표현하진 않았고, 그 내용도 불법적, 반사회적 성행위에 관한 것이 아니”라면 “상당히 저속하고 문란한 느낌을 준다고 볼 수 있을지언정, … 사람의 존엄성과 가치를 심각하게 훼손, 왜곡하였다고 평가할 수 있을 정도로, 노골적인 방법에 의하여 성적 부위나 행위를 적나라하게 표현 또는 묘사하였다고 보기 어렵다.”고 판시한 바 있다.[220]

제 3 절 음란 판단기준 적용의 문제점

1. 음란 기준 자체의 문제점

가. 현대적 ‘음란’ 의미와 괴리

< 표 7 : 제정 형법과 현행 형법 비교 >

형법 1953. 9. 18. 제정[221]	형법 1995. 12. 29. 개정[222]
제243조 (음화등의 반포등) 음란한 문서, 도화 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시한 자는 1년 이하의 징역 또는 1만환 이하의 벌금에 처한다.	**제243조(음화반포등)** 음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.
제244조 (음화등의 제조등) 전조의 행위에 공할 목적으로 음란한 물건을 제조, 소지, 수입 또는 수출한 자는 1년 이하의 징역 또는 1만환 이하의 벌금에 처한다.	**제244조(음화제조등)** 제243조의 행위에 공할 목적으로 음란한 물건을 제조, 소지, 수입 또는 수출한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

220) 부산지방법원 2016. 5. 27. 선고, 2015노3926 판결.

221) 형법 (법률 제293호, 1953. 9. 18. 제정)

222) 형법 (법률 제17265호, 2020. 5. 19. 일부개정, 2020. 5. 19. 시행).

형법상 음란물·행위나 정보통신망법의 불법정보의 음란에 대한 판단은 성적 노골성을 기준으로 한다. 법관이 사회 일반적 평균인의 관점에서 평가할 때, 당해 표현물이 학문, 예술 등 공익적 의의를 일부 갖더라도, 성기 등을 노골적으로 표현한 방식은 인간성을 심각하게 왜곡하고 훼손하여 사회의 건전한 성적 도덕감과 풍속을 해치므로, 표현물의 해악이 완화되기 어렵다면 음란물로 처벌할 수 있다. 이러한 음란물죄의 규정은 일본의 법리를 바탕으로 한 1953년 제정 형법에서 거의 변하지 않고 현재까지 유지되고 있다. 그런데 앞서 살펴본 바와 같이 성적 노골성과 음란에 대한 관념이 변화하고 있고, 과거 법리는 과학기술 등에 관련한 현대적 사안을 널리 포섭하지 못하여 법적용과 현실 사이 괴리가 발생한다.

이에 대부분의 학자들은 법조문의 음란 개념을 현대적으로 수정하여야 한다는데 동의한다.[223] 현행 음란 개념은 사회통제의 수단으로 기능하며, 일반 보통인의 성인지 감수성을 갖고 있다고 믿는 법관의 사상과 문화에 의하여 사실상 구시대적인 도덕적 보수주의가 음란물에 대한 규제로 실현되고 있다는 것이다. 또한, 형사처벌이 음란에 대한 일차적 제재수단으로 존재하는 한, 이는 사회적 질서의 확립 방법을 형벌에만 의존시킬 뿐만 아니라, 자발적인 성적 도의관념의 확립을 저해한다. 이에 따라, 성기를 사실적으로 부각하여 표현한 경우에도 표현물의 규제 기준을 성기가 표현된 맥락에 초점을 맞추어 윤리적 표현을 다원화하고,[224] 기술적 요소를 도입하는 등 음란성 판단을 구체적으로 한정하여 '성적 수치심'이나 '성적 도의관념' 등 규범적 요소에만 의존하지 말아야 한다는 의견이 제안되었다.[225] 사회의 성적 표현의 자유화, 비범죄화 경향을 반영하여, 형벌의 한계를 기술적·구체적으로 정하여 음란

223) 이재상 등, 앞의 책(제11판), 2019, 640면.; 김은경, 앞의 논문, 2008, 139-140면.; 이건호, "성표현물의 음란성 판단기준에 관한 연구 (Ⅱ) - 영미의 논의를 중심으로 -", 2001, 형사정책연구원 연구총서, 14면.; 이용식, 앞의 논문, 2006, 351-352면.; 조국, 앞의 논문, 2013, 398-399면.; 임지봉, "대법원의 음란성 판단기준에 대한 비판적 검토 - 김인규 교사사건 판결에 대한 분석을 중심으로 -", 2005, 민주법학 제29호, 476-478면.

224) 조국, 앞의 논문, 2013, 411면.

225) 이용식, 앞의 논문, 2006, 363면.

의 개념과 가벌성 범위를 한정해야 한다는 것이다.

음란에 대한 규제 범위를 축소하려는 위와 같은 움직임은 카메라등이용촬영죄의 ‘성적 욕망 또는 수치심’ 요건을 음란으로 해석, 적용하는 현실에 대한 비판과 일견 맞물려있다. 성기가 노골적으로 부각되었는지 여부가 더이상 성적 도의관념에 직접적인 해악을 야기하지 않는 것과 마찬가지로, 성착취물에 성기가 부각되었는지 여부는 피해자의 성적 자기결정권이나 사회 일반적 보통인의 성적 도의감에 대한 해악과 무관하기 때문이다. 과거보다 성적 노골성을 관대하게 평가하는 인식이 널리 변화한 만큼, 이러한 관점에서 성적 도의관념에 근거한 음란 개념 또한 변화하여야 한다는 위 주장은 일견 타당하고, 나아가 성적 자기결정권의 보호에 적합하도록 카메라등이용촬영죄의 ‘성적 욕망 또는 수치심’도 음란 기준과 구별되도록 재구성하여야 한다.

나. 성적 노골성과 도덕관념 간의 불일치

음란물죄는 자연스러운 신체 그 자체나 합법적인 성행위는 규제하지 않으면서 오직 그러한 묘사나 서술이 일반인에게 공개되어 공공의 불쾌감이나 혐오감을 유발하는 경우에만 처벌한다. 이는 보호법익이 사회의 건전한 성도덕 내지 성풍속이기 때문이다.[226] 종국적으로 법관이 사회 일반적으로 받아들여지지 않는 음란 관념에 비추어 행위의 적절성을 판단하는데, 이는 결국 법관의 성적 가치관에 크게 영향을 받을 수밖에 없다.[227] 음란물죄의 구체적 내용을 알지 못하는 일반인을 대상으로 한 국인이 음란물을 어떻게 설명하는지를 살펴본 설문조사 따르면, 실제 사회 일반적 평균인의 관점에서 볼 때 노골적인 성표현물은 “선정적인”(57.4%), “음란한”(61.7%) 또는 “청소년들에게만 접근이 제한되는

226) 박경신, “음란물 규제의 예외성 및 불안정성”, 2013, 민주법학 제54호, 253면.; 송승현, 앞의 논문, 2017, 340면.

227) 이훈동, 앞의 논문, 2007, 44면.; 류화진, 앞의 논문, 2008, 315면.; 김종서, “인터넷상의 음란물 규제 기준 비교 연구: 비판적 관점”, 2003, 민주법학 제24호, 220면.

유해표현물”(70%) 등의 속성을 갖는다.[228] 또한, 성기가 노골적으로 부각되는 표현물이라도 그러한 표현물이 법적으로 처벌받아야 하는지는, 동의하는 의견과 동의하지 않는 의견이 비등하였다. 이는 “이제까지 관례나 사법실무에서 당연하게 전제되어 왔던 ‘성적 노골성과 수치심·도덕관념배치간의 기계적 연관’”이 더 이상 지지되지 않음을 반영한다.[229]

음란행위에 대하여도 성적 노골성에 국한된 음란 판단기준에 대한 비판이 동일하게 제기되었다. 음란행위의 음란 개념과 음란물의 음란 개념이 동일하지 않다는 것이다.[230] 일반적으로 음란을 판단할 때 말하는 ‘선정성’ 또는 ‘야한 것에 대한 욕정’이 음란성과 반드시 일치하지는 않고, ‘상당 다수’라는 공연성 개념이나 ‘사회 일반적 평균인’이라는 주관적 관점이 모호하여 사실상 과다노출죄와 공연음란죄의 적용기준이 거의 구분되지 않는다는 점도 유의미하다.[231] 이러한 관점에서 음란물죄의 ‘음란’의 정의가 현실적인 법감정에 맞게 재정립되어야 한다는 주장[232]과 더불어, 음란물·행위의 음란 판단기준을 가져와 카메라등이용촬영죄의 ‘성적 욕망 또는 수치심’에 적용하는 문제도 마찬가지로 법감정에 맞게 수정되어야 한다.

다. 처벌의 정당성 결여

성표현물에 하등의 문학적, 예술적, 사상적, 과학적, 의학적, 교육적 가치가 없다는 점이 형사처벌을 정당화하지 않는다는 관점에 따르면, 다른 법률과 비교하여 볼 때, 오직 성표현물에 대하여만 문학이나 예술 등 외부적 가치가 존재할 것을 요하므로 이는 형평에 어긋나는 처벌규정이라는 비판이 있다.[233] 이는 외국의 판례에서도 볼 수 있다. 독일의

228) 김은경, 앞의 논문, 2008, 150면.

229) 김은경, 앞의 논문, 2008, 156면.

230) 박혜진, 앞의 논문, 2009, 464면.

231) 박혜진, 앞의 논문, 2009, 468-475면.; 조국, 앞의 논문, 2013, 421면.

232) 김은경, 앞의 논문, 2008, 150면.

경우 ‘사상적 내용이 결여된 묘사’라는 요건 등을 통해,[234] 미국은 ‘사회적으로 유의미한 가치가 없는’ 등의 요건으로써 다른 일상적인 표현과 유의미한 관련성이 없고 오로지 성에 국한된 묘사를 음란물로 보는 편이다.[235] 그러나 “‘사상적 예술적 가치’의 부재는 헌법적 정당성이 부족한 음란물 규제를 유지하기 위한 고육책”에 불과하다는 비판을 받았다.[236] 이에 따르면, 위 법률 규정은 존 스튜어트 밀의 해악의 원리를 그 근거로 삼고 있다. 즉 하등의 문학적, 예술적, 사상적 가치가 없는 성표현물의 자극적이고 노골적인 성표현은 사회적으로 보호할 가치가 없을 뿐만 아니라, 위험하다는 추론을 전제한다. 그런데 성표현물의 외부적 가치가 부재한다고 하여 곧바로 해악의 원리에 의하여 규제가 정당화되는 명백하고 임박한 위험이 존재한다고 할 수 없다는 것이다. 이렇듯, 성적 노골성과 사상적 가치의 부재를 요건으로 둔 ‘음란’ 개념이 음란물·행위에 대한 규제 기준으로서도 불완전하다는 비판이 제기되는데, 이를 심지어 음란물이 아닌 성착취물에 적용하는 것은 더욱 부당하다. 음란물과 달리 실재하는 피해자에 대하여 비신체적 폭력을 가하는 성착취물에 적합한 ‘성적 욕망 또는 수치심’ 요건의 의의를 고민하여야 한다.

2. 가해자 중심적 법원의 태도

카메라등이용촬영죄로 우리 사회가 규제해온 디지털 성범죄는 대부분 음란, 즉 성풍속을 해치는 음란물이나 공연음란죄에 대한 규제와 결부시켜 왔기 때문에 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 신체에 대한 해석도 성착취물로 인한 피해의 심각성이나 가해행위의 근본적 원인보다는, 결과적으로 성착취물을 보는 사람의 성적 욕구를 만족시키거나 피해자가 성적으로 수치스러움을 느낄 수 있는지에 치우쳐져 있었다. 이는 피해자가 원하지 않았던 촬영이라는 사실보다는 결과적으로 촬영된 신체

233) 박경신, 앞의 논문, 2013, 255면.

234) 박미숙, “성표현물의 음란성 판단기준에 관한 연구 Ⅰ - 독일 일본에서의 논의를 중심으로 -”, 2001, 한국형사정책연구원, 22-27면.

235) 이건호, 앞의 논문, 2001, 189-190면.;

236) 박경신, 앞의 논문, 2013, 260-261면.

부위가 어디인지, 즉 성적으로 노골적으로 부각 또는 노출되었는지에 초점이 맞춰져 있는 것이다. 더불어, 피해자의 관점은 주관적이고 비논리적이기 때문에 객관적이고 공정해야 할 법원의 판단에 영향을 미칠 수 없고, 행위자에게 성적인 의도나 목적이 있었는지를 중심으로 판단하여야 한다는 견해가 있다.[237] 그러나 이는 목적범 규정을 삭제한 입법자의 의도에 반하는 것이고, '성적 욕망 또는 수치심' 개념 자체가 주관적이기 때문에 피해자의 감정이기 때문에 논리성이나 신뢰도가 달라진다는 주장은 설득력이 떨어진다. 성인지 감수성이란 피해자에게 치우쳐 판단하는 것이 아니라, 젠더 편견 없이 상식적으로 피해를 인식하는 것이고, 이에 법원은 피해자의 피해영향을 객관적이고 공평하게 반영하도록 노력해야 한다.

이에 따라 성착취물을 바라보는 자, 즉 가해자 관점에서 성적 욕망이나 수치심을 유발할 수 있는지 판단할 수밖에 없는 음란 기준을 적용하는 현행 기준은 수정되어야 한다. 가해행위로 인해 성적 자기결정권/인격권이 침해당했다는 피해자의 호소를 공평하게 반영하여야 하는 것이다. 성적 자기결정권 및 인격권에 대한 침해는 신체의 부분 또는 전신을 구분하거나, 피해자의 옷차림이나 우연에 불과한 외부적 환경에 따라 달리 판단될 것이 아니므로, 앞으로는 '성적 욕망 또는 수치심'을 판단할 때 음란물과는 구분되는 성착취물만의 판단 기준이 정립되어야 한다. 이는 피해자를 배제하고서는 불가능하다. 그러나 성적 노골성 기준으로 판단하는 신체가 특정한 부분인지 전신인지, 또 노출이 일상적으로 보이는 정도를 초과하는지 아닌지는 행위가 성적이지 않다는 명제를 필연적으로 도출하지 않을 뿐만 아니라, 사회적 일반인 기준에서도 성적 욕망이나 수치심이 신체의 부분인지 전신인지 여부에 따라 나뉘지 않으므로 부당한 기준이다.

특히, 법원은 행위자가 그의 의도나 목적이 성적 욕망을 충족시키기 위한 것은 아니었다고 진술하는 경우, 예를 들어, "장래 자신의 반려자도 유사한 모습이기를 희망하는 마음에서 그 사진을 간직하고자"[238],

237) 정수현, "불법 촬영의 유형과 카메라 등을 이용한 촬영죄로의 포섭", 2019, 공익과 인권 통권 제19호, 209면.

“호감을 느껴”[239], “예뻐 보여서”[240] 등으로 행위 동기를 진술하는 경우에 법원은 성적 욕망 또는 수치심을 유발하지 않는다고 판단하였다. 나아가 법원이 적극적으로 피고인의 관점에 이입하여 행위 목적이나 의도를 판단한 경우도 있다. 피고인이 우리나라에서 체류한 기간이 길지 아니하여 국내의 문화에 익숙하지 아니한 상태에서 우리나라의 자유분방하고 개방적인 옷차림에 생소한 감정과 호기심이 생겼다거나[241], 피부병 때문에 평소 다른 사람 앞에 잘 나서지 못하던 피고인이 인터넷에서 다른 사람의 주목을 받고자 촬영물의 유포에 이른 것으로 보인다는 등이 그것이다.[242] 이처럼 법원은 구성요건 해당성을 조각할 수 있는 행위자 내심의 다양한 사유를 대체로 폭넓게 인정하였다.

또한, 법원이 증거물을 보았을 때 원판의 이미지가 흐릿하여 ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발할 만한’ 이미지를 전달하지 못하다는 이유로 성적 욕망 또는 수치심 요건이 조각되기도 하였다.[243] 예를 들어, 물건이나 옷가지 등이 신체를 가렸는지, 가해자가 피해자를 발견하여 촬영 등 가해행위가 발생한 장소가 공공장소였는지, 당시 피해자가 어떤 자세나 옷차림으로 무슨 행동을 하고 있었는지 등은 형식적이고 우연적인 요소임에도 불구하고 가해행위가 위법하게 침해하여 야기한 피해에 귀속되지 않았다. 이는 법원이 적극적으로 가해자의 관점을 추정하고 행위자의 ‘성적이지 않은’ 의도와 목적을 양해해주는 것과 다르지 않다. 더욱이, 피해자의 유포 두려움은 오히려 가해자의 협박의 도구로 빈번히 이용되는데,[244] 피해자는 성착취물을 삭제하기 위해 어쩔 수 없이

238) 서울중앙지방법원 2013. 11. 22. 선고, 2013고합886 판결.

239) 대법원 2016. 1. 14. 선고, 2015도16851 판결.

240) 대전지방법원 2012. 10. 10. 선고, 2012노1168 판결.; 서울중앙지방법원 2014. 7. 4. 선고, 2013고합1438 판결.

241) 서울중앙지방법원 2014. 5. 23. 선고, 2014고단2013 판결.

242) 춘천지방법원 원주지원 2014. 12. 10. 선고, 2014고단930 판결.

243) 서울중앙지방법원 2014. 7. 4. 선고, 2013고합1438 판결.

244) 출처: [경향신문] 감이・현경 “대화방에 있던 모두가 가해자. 운영자로 축소해 분노해선 안 된다.” [플랫] https://n.news.naver.com/article/032/0003006115 (최종검색일: 2020. 4. 29.); [미디어오늘] 범정부 디지털성범죄 대책, 놓치고 있는 것은 https://n.news.naver.com/article/006/0000102340 (최종검색일: 2020. 4. 29.)

피고인과 합의하거나 처벌불원서 제출에 동의할 수밖에 없다. 그러나 법원은 이런 사정을 구체적으로 고려하지 않은 채 형식적으로 '진정한 반성'을 처리한다.[245] 또한, 양형기준이 제대로 마련되어 있지 않은 현재 상황이 악의적으로 이용되기도 한다. 피고인의 반성문은 실제로 강력한 양형자료로 고려되기 때문에 인터넷에 성범죄 반성문 샘플과 대필이 몇만 원에 판매되고 있는 실정이 이런 문제점을 여실히 드러낸다.[246]

가해자 중심적 법원의 태도는 판결문에서 피해자의 목소리가 반영되지 않을수록 잘 드러났다. 지하철 의자에 짧은 치마를 입고 앉아 있는 피해자의 측면과 전신을 수회 촬영한 대표적인 불법촬영 사안에서도 법관은 피해자의 옷차림이 통상적이고 평범하기 때문에 성적 욕망이나 수치심을 유발하지 않는다고 판단하면서, 피해자가 당한 범죄의 피해가 어떤지는 언급하지 않았다.[247] 또한, 가해자가 피해자 본인에게 불법촬영물을 전송하고 수회 타인에게 유포하겠다고 협박하거나 실제로 유포하였던 사안에서도, 다만 양형이유에서 피해자가 느꼈을 성적 수치심과 정신적 충격이 수긍할만하고 피해자가 용서하지 않았다고 서술한 뒤, 징역 6월과 집행유예 2년을 선고하였다.[248] 다른 사례로 피고인이 피해자를 유인하여 계획적으로 강간하고 피해자의 나체를 촬영한 경우에도, 법관은 피해자의 정신적 충격과 수치심이 클 것이라고 유감을 표한 뒤,

245) 출처: [경향신문] 성폭력 범죄에서 '합의'는 가해자에게 일방적으로 유리했다[플랫] https://n.news.naver.com/article/032/0003005605 (최종검색일: 2020. 4. 29.)

246) 출처: [MBN 뉴스] "참고해서 짜깁기라도" …눈물젖은 '성범죄 반성문' 알고 보니 https://www.mbn.co.kr/news/society/4108822 (최종검색일: 2020. 4. 29.); [조선일보] 눈물젖은 '性범죄 반성문' 알고 보니… 대필은 5만원, 샘플은 2000원 https://biz.chosun.com/site/data/html_dir/2020/04/13/2020041302806.html?utm_source=naver&utm_medium=original&utm_campaign=biz (최종검색일: 2020. 4. 29.)

247) 서울북부지방법원 2015. 10. 15. 선고, 2015고단2675 판결.

248) 대전지방법원 2018. 1. 10. 선고, 2017노2202 판결. 이 사안 사실관계에 따르면, 피해자와 연인이었던 피고인이 나체 상태이거나 속옷만 입은 상태인 피해자의 하반신 등 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 신체를 피해자의 의사에 반하여 몰래 촬영하고, 촬영물을 음식점 등 다수인이 밀집한 장소에서 주변 지인 및 성명 불상의 종업원과 손님 등에게 공연히 전시하였다.

피고인이 피해자와 합의하지는 않았지만 금전적으로 회복에 기여하였다고 양형이유를 설명하였다.[249] 피해자가 유포·보복에 대해 우려하는지 여부 등을 적극적으로 판시한 판례는 찾을 수 없었고, 일부 판례에서만 불특정 다수의 피해자에 대한 성착취물을 이미 유포한 경우 피고인에 대해 불리한 정상으로 참작되었다.[250]

법원의 관점이 판결문에서 명시적으로 가해자 측 관점에 기울어져 있을 뿐만 아니라, 피해자가 미성년자가 아닌 경우 판단과정에 피해자에 관한 언급조차 없는 경우가 대다수인 점을 주목하여야 한다.[251] 피해자의 진술이 판결에 직접 인용되거나 반영되는 경우는 거의 없고, 합의 여부가 짤막하게 등장하는 경우가 대부분이다.[252] 심지어 경찰조사에서 직접 피해자가 성적 불쾌감과 혐오감을 호소한 경우에도 피해자가 "성적 수치심을 나타낸 것이라고 단정하기 어렵다"라고 판시한 선례도 있다.[253] 이는 가해자 측의 관점에서 피해자의 고통을 축소 해석하고 피해자의 정신적 피해 및 실질적으로 피해자의 표현 및 자유로운 행위가 위축되는 결과를 피해자가 진지하게 피력하여도 디지털 성범죄 판단에 거의 영향을 미치지 않는 것이다.

피해자의 구체적 특수성은 피해자의 신체에 대한 고려가 성적 노골성에 관련된 경우에만 선택적으로 인용된다. 피해자의 개별적·구체적 특수성이 피해자의 신체 부위가 고도로 성적 욕망 또는 수치심을 유발할

249) 전주지방법원 군산지원 2007. 9. 21. 선고, 2007고합72 판결.

250) 제주지방법원 2015. 6. 17. 선고, 2015고단527 판결.

251) 울산지방법원 2018. 3. 29. 선고, 2017고단3901 판결.; 대전지방법원 2017. 12. 6. 선고, 2017노1867 판결.; 서울중앙지방법원 2001. 9. 6. 선고, 2001노4585 판결.; 인천지방법원 2008. 7. 16. 선고, 2008고단2681 판결.; 수원지방법원 2009. 7. 14. 선고 2009노962 판결.; 서울중앙지방법원 2010. 7. 28. 선고, 2010노2003 판결. 서울중앙지방법원 2014. 7. 4. 선고, 2013고합1438 판결.; 수원지방법원 2014. 6. 16. 선고, 2014고단885 판결, 대전지방법원 2014. 12. 17. 선고, 2014고단3512 판결 등.

252) 의정부지방법원 고양지원 2018. 11. 29. 선고, 2018고정1006 판결.; 전주지방법원 군산지원 2007. 9. 21. 선고, 2007고합72 판결.; 의정부지방법원 2013. 6. 14. 선고, 2013고합86, 2013전고6(병합) 판결 등.

253) 의정부지방법원 2019. 10. 24. 선고, 2018노3606 판결.

수 있는 신체 부위인지 여부 및 노출 정도가 통상적으로 시야에 비치는 것보다 과한지에 대한 판단에 영향을 미치지 않는다면 법원에서 다뤄지지 않는다. 예를 들어 피해자와 피고인의 관계,[254] 피해자의 연령,[255] 피해자가 사회적·신체적·정신적으로 취약한 계층인지 여부,[256] 촬영된 장소가 피해자의 직장인 경우[257] 등과 같은 사정이 존재한다면, 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자의 신체로 인정될 수 있다. 하지만 대부분의 경우, 피해자의 고통이 심각하고 피해자가 불안을 호소하거나 엄벌을 탄원하더라도, 법원은 피고인에 대한 처분을 결정하는 입장에 서서 대부분의 경우 피고인이 합의를 시도한 노력이나, 초범이고 나이가 어린 점, 현금을 공탁한 사실 등을 양형에 더 중점적으로 고려한다.[258] 물론 판결문에 기재한 내용이 실질적으로 선고형에 반영되는지, 얼마나 반영되는지를 객관적으로 수치화할 수 없고, 단순히 피고인 측이 제출한 서류가 누락되었다는 등을 이유로 한 재판 결과 불복을 방지하기 위해 형식적으로 양형 이유를 나열하는 것에 불과할 수도 있다. 그러나 피해자 진술은 범죄 피해로 인한 여러 어려움에도 불구하고 법원에서 귀중하게 쓰일 것으로 믿고 힘겹게 피해사실을 진술한 것이므로, 법원은 사법제도 내에서 무력하고 불안정한 위치에 놓인 피해자가 자신의 목소리와 입장이 법정에서 제대로 반영되었는지 의문을 갖지 않도록 배려할 필요가 있다.

3. 성범죄 예방 대책의 실효성 저하

254) 청주지방법원 2012. 9. 19. 선고, 2012고단1688 판결.; 대전지방법원 2018. 1. 10. 선고, 2017노2202.; 청주지방법원 2015. 2. 6. 선고, 2014고합268, 2014전고26(병합) 판결.

255) 청주지방법원 2012. 9. 19. 선고, 2012고단1688 판결.; 울산지방법원 2018. 3. 29. 선고, 2017고단3901 판결.; 춘천지방법원 강릉지원 2012. 11. 15. 선고, 2012고단438,776(병합) 판결.; 의정부지방법원 2013. 6. 14. 선고, 2013고합86,2013전고6(병합) 판결.; 청주지방법원 2015. 2. 6. 선고, 2014고합268, 2014전고26(병합) 판결.; 울산지방법원 2016. 5. 12. 선고, 2016고단336 판결 등.

256) 대법원 2008. 9. 25. 선고, 2008도7007.

257) 대전지방법원 2012. 10. 10. 선고, 2012노1168 판결.

258) 대전지방법원 2012. 10. 10. 선고, 2012노1168 판결.; 제주지방법원 2015. 6. 17. 선고, 2015고단527 판결.; 울산지방법원 2016. 5. 12. 선고, 2016고단336 판결.; 울산지방법원 2016. 6. 30. 선고, 2016고단1285 판결 등.

성풍속의 음란 기준은 당해 표현물에 직접 드러나는 성적 노골성을 기준으로 판단하기 때문에 인터넷, SNS, 디지털 촬영기기 등 등을 이용한 성범죄를 예방하는 데 적합하지 않다. 첫째로, 성적 노골성만으로 성착취물의 위법을 판단하는 현행 해석 기준은 성착취물의 최초 유포에 규제가 집중되고,[259] 피해 인정 범위를 실제 피해의 범위보다 지나치게 좁게 해석하는 문제를 야기한다. 피해자의 정신에 대한 침해가 가장 직접적인 결과반가치임에도 불구하고, 피해자의 성적 자기결정권이나 인격권에 대한 침해는 판단의 주요 고려사항에서 배제되고 단지 '음란한 신체가 얼마나 노골적으로 부각되는지' 여부만으로 피해를 재단하는 것이다.[260] 카메라등이용촬영죄에 성기뿐만 아니라 엉덩이, 허벅지 이하 다리 부분의 노출도 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 신체로 인정한 판례가 없는 것은 아니지만, 이는 법관이 성기가 아닌 다른 신체 부위가 성적으로 이용되었다고 판단할 수 있는 상황을 적극적으로 탐색할 때만 가능하다. 앞으로는 성적 자기결정권이라는 보호법익이 카메라등이용촬영죄 판단의 핵심이 되어야 범죄 예방과 피해자 구제의 실효성을 높일 수 있다.

둘째로, '성적 욕망 또는 수치심'이 성풍속에 대한 보호와 성범죄로서 정체성 사이에서 혼동되며 사례에 따라 구체적 요소나 판단기준이 달라지는 등 판례가 일관적이지 않고 예측가능성을 담보하지 못한다. 개념이 시대와 사회적 인식의 변화에 따라 유동적 상대적으로 변화할 수 있다는 것은, 달리 말하면 사회적 관습과 이데올로기에 의하여 자의적으로 정해진다는 의미이기도 하다. 촬영 거리, 초점, 선명도, 장소 등 우연적이고 객관적인 요소가 성적 욕망 또는 수치심을 판단 근거에 주요하게 작용하며, 사물이 피촬영자의 신체를 일부 가린 사실 등 동일한 객관적 사실도 판단하는 법관의 주관에 따라 전혀 다른 결론을 내릴 수 있는 것이다. 성기나 엉덩이가 촬영 구도나 각도 등 다른 여건에 의하여 '노골적으로 부각'되지 않는다면, 우선 성적 욕망 또는 수치심 요

259) 김소라, 앞의 논문, 2018, 190면.

260) 박혜림, "몰래 카메라 범죄의 해석과 입법적 개선방안", 2017, 법과 정책 제 23권 제3호, 113-114면.

건에 해당하지 않는다고 판단할 가능성이 크다. 그러나 성적으로 노골적이지 않더라도 성적 자기결정권 침해가 당연 부정되는 것은 아니다. 실제로 여성의 하체, 앉은 모습, 뒷모습 등 많은 경우 불법촬영으로 적발되더라도 성적 노골성까지 이르지 않을 수 있다.[261] 결과적으로 촬영된 영상이미지가 성적으로 노골적이지 않았다고 해서 피해자의 성적 자기결정권 또는 인격권 침해, 그리고 그로 인한 성적 모욕감이나 굴욕감 등이 치유되는 것은 아니기 때문이다. 이런 문제점은 결과적으로 일반인의 법에 대한 신뢰를 훼손하고, 법적안정성을 떨어뜨릴 뿐만 아니라, 형법의 보장적 기능도 흔든다. 즉, 이러한 성적 욕망 또는 수치심 해석은 사실상 성적인 신체가 아니거나 통상적인 노출의 정도를 넘지 않는 신체 부분이라면 일방적인 성적 대상화로 인해 성적 자기결정권과 인격권이 다소 훼손되더라도 피해자가 피해를 감수하도록 한다. 또, 피해자가 애초에 신체가 드러나지 않는 옷차림을 해야 한다고 교육하는 결과를 유발할 수 있다.[262]

셋째로, 동일한 행위자에 의하여 같은 시간과 장소에서 촬영되었더라도 어떤 성착취물은 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있고, 다른 성착취물은 유발하지 않을 수 있다는 점은 불합리하다. 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 사람의 신체를 규정하며, 신체를 일부 부분과 전신으로 나누고, 또 신체의 부분은 전신에 비하여 '통상 자연스러운 시야에 노출되는 정도가 과도'하므로 '성적 욕망 또는 수치심'을 유발하지 않는다는 논리도 피해의 실질을 간과한 형식적 기준에 불과하다. 성적 욕망 또는 수치심이라는 주관적 감정은 반드시 신체 일부에 대하여만 발생하는 것이 아니고 신체 전신에 대하여도 발생할 수 있고, 일반적으로 공공장소 등에서 사람의 시야에 비치는 다른 사람의 신체는 부분과 전신에 따른 정도의 차이가 있다고 할 수 없기 때문이다.[263] 즉,

261) 출처: [연합뉴스] 서울대에 또 성추문…이번엔 조교가 여대생 몰카 https://www.yna.co.kr/view/AKR20150717175951004 (최종일: 2020. 7. 9.).; [MBN] "잠옷 입은 모습 보여줘"…서울대생 1천명 성폭력 교수 탄원서 제출 https://n.news.naver.com/article/057/0001473442?cds=news_my (최종검색일: 2020. 7. 9.)

262) 송승현, 앞의 논문, 2017, 348, 353-354면.

263) 송승현, 앞의 논문, 2017, 351-353면.

신체의 ‘성적 욕망 또는 수치심’ 유발 가능성에 관한 판단이 법관마다 엇갈리는 것도 주관적인 감정을 느끼는 정도가 신체의 부분인지 전신인지가 본질적인 차이를 나타내지 않고, 오히려 이는 음란물·행위의 음란에 기한 성적 노골성 기준이 카메라등이용촬영죄의 ‘성적 욕망 또는 수치심’ 판단에 영향을 미쳐, 법관이 자의적으로 신체에 대한 촬영을 처벌할 수 있는 범위와 그렇지 않은 범위를 재단하도록 만들었기 때문에 발생한 오류로 보아야 한다.

4. 성적 노골성 판단의 비일관성

가. 대법원 판례 검토

(1) 하반신 불법촬영은 유죄 (대법원 2008. 9. 25. 선고, 2008도7007 판결.)[264]

① 사건의 개요

피고인은 야간에 시내버스 안에서 피고인은 휴대폰 카메라로 옆 좌석에 앉은 피해자의 치마 밑으로 드러난 허벅다리 부분을 촬영하였다. 피해자는 피고인이 자신을 촬영하였다고 느껴 즉시 피고인에게 항의하면서 휴대전화를 보여줄 것을 요구하였고, 피고인이 이를 거부하자 버스 안 내지 버스에서 내려서까지 피고인과 실랑이를 하였다. 수사기관 및 법정에서 피해자는 촬영 전후 과정에 대하여 “자신의 왼쪽에 앉아있던 피고인이 왼손에 휴대전화 카메라를 들고 가슴정도 높이 내지 다리로부터 30cm 정도의 높이에서 피고인의 얼굴을 찍으려고 하다가 휴대폰 폴더를 돌리면서 피해자의 다리 쪽을 촬영하였다.”라고 진술하였다. 이에 대하여 피고인은 자신의 얼굴을 찍으려고 하였는데 당시 버스가 구불구불하고 방지턱이 많은 골목길을 운행하며 다소 흔들려 피고인의 자세가 흐트러지며 우연히 피해자의 다리 부분이 찍혔다고 반박하였다.

264) 이 사건의 원심은 서울중앙지방법원 2008. 7. 23. 선고, 2008노1386 판결이다.

② 1심 판단

피해자의 허벅다리 부분은 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 신체에 해당한다고 판단하였다.

③ 피고인의 항소 이유

피고인 측은 피해자가 스스로 허벅다리를 노출하였고, 촬영된 피해자의 허벅다리는 카메라등이용촬영죄의 '성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 신체'에 해당하지 않고, 37년간 교육공무원으로 재직한 경력의 피고인에게 원심의 형은 지나치게 무거워서 부당하다는 이유로 항소하였다.

④ 2심 판단

법원은 다음과 같은 사실인정을 바탕으로 피고인이 "성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자의 신체를 그 의사에 반하여 촬영"하였고, "법률의 입법취지나 위 조항의 제정이유에 배치된다거나 부당하게 처벌영역을 확장해석하는 것이라고는 보이지 않[으므로]" 다음과 같은 이유를 들어 유죄를 선고하였다.

1. 이 사건 사진 촬영은 피고인이 치마 속이 아니라 앉아 있을 때 자연스럽게 드러난 허벅다리 부분을 촬영한 것이기는 하나, 피해자가 입고 있던 원피스의 길이가 무릎 위로 20cm 이상 올라갈 정도로 짧은 데다가 피해자가 앉아 있는 상태여서 피해자의 다리가 무릎 위로 상당한 부분까지 드러나 있었고, 피해자도 과도한 노출을 숨기기 위하여 소지하던 소형 가방으로 허벅다리 윗부분을 가리고 있었으며, 촬영 직후 피해자가 촬영 행위에 대하여 항의하였던 점

2. 비록 피해자가 비교적 짧은 치마를 입었던 상태이고, 전체적으로 볼 때 시내버스 안이라는 공개된 장소이었기는 하나, 피고인이 피해자와 버스 옆 자리(2좌석만으로 구성된 자리였다)에 나란히 앉아 있어 피고인과 피해자는 서로 상당히 밀착되어 있었고, 주변 승객들로부터 다소 격리된 면도 있었으며, 당시 시각이 밤 9시 무렵이었던 점

3. 피고인은 피해자의 다리부위로부터 불과 30cm 정도의 거리에서

허벅다리 부분을 정면으로 촬영함으로써, 영상의 대부분이 허벅다리와 무릎부분으로 일상적인 인물사진과는 달리 허벅다리 부분이 과도하게 부각되어 있었고, 포착 순간이나 촬영 각도, 사진의 선명도에 따라서는 허벅다리 안쪽 살 부분이 촬영될 수 있었던 점

4. 신체 중 허벅다리 부분은 성기부분과 가깝고 여성의 경우에는 성적 상징으로 강조될 수 있는 부분이어서 그 부분만 부각시킨 사진이 성적 욕망이나 수치심을 유발할 수 있는 것으로 유포될 수도 있는 점,

5. 피고인은 피해자의 허벅다리 이하 다리를 노려 의도적으로 촬영하였으며, 피해자는 촬영 사실을 감지하고 즉각 항의하면서 피고인의 핸드폰 카메라를 빼앗으려 하였던 점

법원은 촬영된 피해자의 허벅다리가 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는지는 “일반적인 성적 관념, 공개됨으로써 사회적으로 창피함을 느낄 수 있는지 여부, 대상 신체부분의 성적 연관성에 대한 인식 등을 종합하여 사회 일반 구성원들의 시각에서 객관적으로 판단”하여야 하고, 피해자 자신의 의사에 의하여 노출된 신체인지 여부에 의하여만 판단할 것은 아니라고 판시하였다. 또한, “통상 미를 과시하거나 생활의 편의를 위하여 노출되는 신체 부위는 자세, 각도, 주변 자연환경 등에 의하여 … 일정한 시간 동안만 관찰되는 것”이고, “사진의 고정성과 연속성, 확대 등 변형가능성, 전파가능성 등에 의하여 성적 욕망이나 수치심을 유발할 가능성이 훨씬 커지기 때문”에, 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 신체에 대한 촬영 행위에 해당하는지 여부는 성폭력 범죄의 다른 유형 및 “촬영된 원판의 이미지 자체와 더불어 촬영 장소, 촬영 각도 및 촬영 거리, 특정 부위의 부각 여부, 촬영자의 의도에 대한 평가 등을 종합하여 판단”한다는 법리를 재확인하였다.

⑤ 피고인의 상고이유

피고인측은 대법원 2008. 1. 17. 선고 2007도7938 판결과 달리 여성의 치마 밑 다리가 성적 욕망 또는 수치심을 유발한다고 판단하였으므로 법리를 오해한 위법이 있다고 주장하였다.

⑥ 대법원 판단

결론적으로 대법원은 원심과 같이 ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 신체’에 해당한다고 판단하였다.

⑦ ‘성적 욕망 또는 수치심’ 판단근거

밤 9시 무렵 마을버스를 탄 만 59세의 남성인 피고인이 바로 옆좌석에 앉아 있는 만 18세의 여성인 피해자의 치마 밑으로 드러난 무릎 위 허벅다리 부분을 휴대전화 카메라를 이용하여 불과 30cm 정도의 거리에서 정면으로 촬영하였으므로 이는 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체에 해당한다는 것이다.

(2) 상반신 불법촬영은 무죄 (대법원 2016. 1. 14. 선고, 2015도16851 판결.)[265]

① 사건의 개요

피고인은 지하철 등 공공장소 및 길거리에서 불특정 다수의 여성의 다리나 상반신 등을 200여 장 촬영하였다. 피해자를 촬영한 경위는, 피고인이 길에서 본 피해자를 뒤따라가 아파트 승강기에 동승한 뒤 자신의 핸드폰 카메라로 피해자의 얼굴을 제외한 가슴 등 상반신 부분을 촬영한 것이었다. 피해자는 촬영 사실을 눈치 챈 뒤 두려움에 항의하지 못하였다가 이후 승강기의 CCTV를 확인하고 경찰에 신고했다. 촬영 당시 A씨는 검은색 레깅스에 허벅다리까지 내려오는 회색 긴 티셔츠에 모자가 달린 옷을 입어 목 윗부분과 손을 제외하고는 외부로 노출된 신체 부위가 없었다. 피해자는 경찰에서 “너무 당황스럽고, 무섭고, 수치스럽고, 기분이 나빴다.”라는 취지로 진술하였고, 법정에서도 “몸만 촬영되었기 때문에 성적인 느낌을 가지고 촬영하였다.” 내지 “성적 수치심을 느꼈다.”라고 일관되게 진술하였다.

265) [법률신문] 옷 입은 모습 촬영…불안감・불쾌감 유발했어도 https://www.lawtimes.co.kr/Case-Curation/view?serial=98201 (최종검색일: 2020. 4. 30.) 참조.

② 1심 판단

1심은 “일반인의 출입이나 통행이 자유로운 개방된 장소”에서 촬영된 것으로서 “선정적이거나 노출이 심하지 않아” 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 신체에 해당하지 아니한다고 판단하였다.

③ 2심 판단

2심은 피해자의 신체 부위가 거의 옷으로 가려져 있어 노출된 부분이 없기 때문에 “고도로 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 것은 아니지만,” ①승강기까지 쫓아가 촬영을 의도한 점, ②은밀히 촬영이 이뤄진 점, ③피해자가 수치심을 느껴 다음날 경찰에 신고한 점 등을 종합할 때 … 피고인이 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자의 신체를 촬영했음을 인정할 수 있다”며 벌금 100만원을 선고하였다.

④ 피고인의 상고이유

피고인측은 귀가하던 중 피해자를 우연히 보고 호감을 느껴 피해자의 아파트 승강기까지 따라가 몰래 촬영하였다고 인정하였다. 그러나 촬영 당시 피해자는 검은 레깅스와 허벅다리까지 내려오는 모자가 달린 티셔츠를 입고 있었기 때문에 촬영물에 피해자의 얼굴이 나오지 않았고, 상반신에 대한 촬영 부분도 특별한 각도나 특수한 방법을 사용하여 촬영하지 않고 사람의 시야에 통상적으로 비춰지는 부분을 그대로 촬영하였을 뿐, 가슴 부위를 강조하거나 윤곽선이 드러나지 않았다고 주장하였다. 비록 피고인의 행위가 부적절하고 피해자에게 불안감과 불쾌감을 유발하였으나, 촬영 부위가 피해자와 동일한 성별, 연령대의 평균적 일반인의 관점에서 성적 욕망 또는 수치심을 유발한다고 단정할 수 없다는 이유를 들어 상고하였다.

⑤ 검사의 상고이유

검사는 논리와 경험의 법칙을 위반하고 자유심증주의의 한계를 벗어나 성폭력 처벌법 제14조 제1항에 대한 법리를 오해한 위법이 있다는 이유로 상고하였다.

⑥ 대법원 판단

대법원은 피고인의 상고이유의 주장은 이유 있고 피해자의 상반신을 촬영한 이 사건 판단대상이 ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 신체’에 해당하지 않는다고 판단하였다.

⑦ ‘성적 욕망 또는 수치심’ 판단근거

대법원은 피해자의 가슴이 성적 신체 부위에 해당한다고 보고, 가슴이 노골적으로 부각되었는지 판단했다. 그러나 피해자의 옷차림으로 인하여 외부로 노출된 신체 부위가 거의 없고, 얼굴을 제외한 상반신 전체가 촬영되어 특별히 가슴부위가 노골적으로 강조되지 않았다고 보았다. 또한, 피고인이 휴대전화 카메라로 몰래 촬영한 경위는 인정되나, 특별한 각도나 특수한 방법으로 촬영한 것이 아니고, 사람의 시야에 통상적으로 비춰지는 부분을 그대로 촬영한 것이므로, 피해자와 유사한 처지의 사회의 평균적 일반인 관점에서 볼 때 당해 판단대상이 ‘성적 욕망 또는 수치심’을 유발하지 않는다고 판단하였다.

정리하자면, 대법원 판례에서도 성적 함의를 갖는 신체의 일부분이 문제되는 경우에 항상 ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 신체’ 해당성이 인정되는 것은 아니다. 위 대법원의 하반신과 상반신에 대한 판례가 일관적이고 통일적인 법리에 따라 판단되었다고 보기 힘든 이유이다. 그러나 완전히 동일한 사실관계란 존재하지 않으므로, 대법원의 결론이 엇갈렸다는 점 자체는 문제가 되지 않는다. 다만, 유사한 사안을 다룬 다른 대법원 또는 하급심 판례를 비교하여, 신체 국부가 노골적으로 부각되고 통상적인 시야에 일반적으로 자연스럽게 노출되는 신체라면 성적 욕망 또는 수치심을 유발하지 않는다는 기준이 일관적으로 유지, 적용되는지를 검토할 필요가 있다. 하급심 판례로 법원의 주류적 판단을 짐작하기는 어렵지만, 하급심은 대법원이나 헌법재판소에서 확인한 판단기준을 개별적 구체적 사안에 적용하는 사실인정의 단계이기 때문이다.

나. 하급심 판례 검토

하급심에서는 가슴의 윤곽이 확연히 드러나지 않는 전신을 촬영하였거나, 특별한 각도나 촬영 기법을 사용하지 않고 통상적으로 일반인의 시야에 자연스럽게 보이는 모습을 촬영하였다고 하더라도 구체적 사실관계에 따라 유무죄를 달리하고 있다.

(1) 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 신체 판단기준

하급심이 성적 욕망 또는 수치심을 유발한다고 판단한 신체 촬영물은 대부분 음란물·행위의 '음란' 요건과 유사하다. 대체로 치마 속,[266] 엉덩이·허벅지·허벅다리 등을 부각한 하반신,[267] 티셔츠의 목 부분 안쪽으로 내려다보이는 가슴 부위 내지 화장실에서 용변을 보는 모습이나 그때 드러나는 하체 및 다리 부위[268] 등이 카메라등이용촬영죄의 유죄 판결을 받았다. 그러나 경우에 따라서는 비키니를 입은 전신,[269] 앉은 자세에서 드러난 허벅다리 이하 다리 부분,[270] 짧은 반바지 차림의 허벅다리 부분,[271] 책상 밑 피해자의 하체 등 다리부분,[272] 엉덩이와 치마 아래 무릎 이하 다리 부위 및 하반신의 뒷모습,[273] 길거리에서 치마를

266) 서울중앙지방법원 2010. 7. 28. 선고, 2010노2003 판결.; 대전지방법원 2014. 12. 17. 선고, 2014고단3512 판결.; 울산지방법원 2016. 5. 12. 선고, 2016고단336 판결.; 울산지방법원 2016. 6. 30. 선고, 2016고단1285 판결.; 울산지방법원 2017. 7. 13. 2017고단1245 판결 등.

267) 의정부지방법원 고양지원 2018. 11. 29. 선고, 2018고정1006 판결.; 서울중앙지방법원 2014. 7. 4. 선고, 2013고합1438 판결 등.

268) 청주지방법원 2012. 9. 19. 선고, 2012고단1688 판결.; 대법원 2014. 7. 24. 선고, 2014도6309 판결.; 울산지방법원 2016. 7. 21. 선고, 2016고단992 판결 등.

269) 울산지방법원 2018. 3. 29. 선고, 2017고단3901 판결.

270) 서울중앙지방법원 2008. 7. 23. 선고, 2008노1386 판결.; 대법원 2008. 9. 25. 선고, 2008도7007.

271) 부산지방법원 2018. 7. 6. 선고, 2018노609 판결 등.

272) 청주지방법원 2012. 9. 19. 선고, 2012고단1688 판결.

입고 걸어가는 여성의 허벅다리나 엉덩이[274] 같은 경우에 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 신체로 인정되기도 하였다. 또한, 신체의 어느 부위인지 특정하지 않고도, 짧은 치마나 바지를 입은 여성의 하체나 상체가 성적 욕망이나 수치심을 유발하는 신체에 해당할 수도 있다.[275] 또, 직장 동료들과 모텔에서 술을 마시다가 고의로 화장실 욕조 위에 핸드폰을 두어 동료들이 용변 보는 모습을 촬영한 사건에서는, 촬영된 신체가 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는지 판단하지 아니하고서도 피해자의 성적 수치심 및 정신적 고통을 인정하여 유죄 취지로 판결한 바 있다.[276]

성적 상징으로 여겨지는 신체 특정 부위가 아닌, 피해자의 전신도 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 신체로서 인정한 사례도 다수 찾아볼 수 있다. 예를 들어, 디저트 매장 앞에서 짧은 바지를 입고 있던 피해자의 다리 부위, 대형마트 에스컬레이터에서 치마를 입고 올라가는 피해자의 엉덩이 및 다리 부위, 병원 로비에 치마를 입고 앉아있는 피해자의 전신 및 다리부위, 버스에 앉아 있는 피해자의 전신 및 다리 부위, 버스 안 의자에 앉아있는 피해자의 전신 및 다리 부위, 에스컬레이터를 타고 올라가는 피해자의 치마 속 다리 부위, 광장의 벤치에 앉아있는 피해자의 가슴부위를 피해자의 의사에 반하여 촬영한 혐의에 대하여, 재판부는 다리 등 국소 부위뿐만 아니라 전신, 상반신 및 하반신도 포함하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있다고 판단, 유죄를 선고하였다.[277] 또한, 피해자로부터 3m 정도 떨어진 상태에서 하의를 벗긴 하반신 전체를 촬영한 경우에도 성적 욕망 또는 수치심을 유발한다고 판시하였다.[278]

---

273) 대전지방법원 2012. 10. 10. 선고, 2012노1168 판결.

274) 춘천지방법원 원주지원 2014. 12. 10. 선고, 2014고단930 판결.; 춘천지방법원 2016. 4. 20. 선고, 2015노24 판결.; 대법원 2016. 10. 13. 선고, 2016도6172 판결 등.

275) 서울북부지방법원 2013. 10. 25. 선고, 2013고단1183 판결.

276) 울산지방법원 2016. 7. 21. 선고, 2016고단992 판결.

277) 울산지방법원 2015. 3. 26. 선고 2014고단3693 판결.

278) 울산지방법원 2010. 5. 7. 선고, 2009노818 판결.

신체의 성적 욕망 또는 수치심 유발 여부는 피해자의 주관적 관점이 아닌, 피해자와 같은 성별·연령대의 일반적 평균인의 관점에서 판단한다.[279] 즉, 피해자의 개인적 법익이 아닌, 사회적 법익의 차원에서 인간의 존엄과 가치를 훼손하거나 왜곡하여 사회의 선량한 성적 도의관념에 반하는지 판단하는 것이다. 일반적으로 피해자와 같은 처지의 사람이 해당 성착취물을 볼 때도 사회적으로 창피함을 느낄 수 있는지 판단하며, 여기서도 대상 신체부분과 성적 연관성이 주된 쟁점이다.[280] 이러한 판단에는 범죄 피해와 관련된 외부적, 우연적 여건도 영향을 미친다. 예를 들어, 피해자가 입고 있던 옷의 모양이나 기장, 범행 당시 피해자가 취하고 있던 자세 등 다양한 요인으로 인하여 신체의 상당 부분이 외부적으로 노출되어 있었거나, 피해자도 과도한 노출을 숨기기 위하여 소지하던 물건 등으로 신체 일부를 가리고 있었다면 성적 욕망 또는 수치심을 약한 정도로나마 유발한다고 인정하였다.[281] 또한, 피해자가 범죄를 눈치채고 항의하자 촬영기기를 빼앗기지 않으려고 실랑이하는 등 소란이 있었던 사실,[282] 피해자가 침해를 피하려고 자리를 옮기는 등 노력한 정황이 존재한다면,[283] 피해자의 신체가 정확히 어떤 부위인지를 엄격하게 판단하기보다는, 대체로 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있다고 인정하는 경향이 있다.

참고로, 구성요건의 다른 부분(촬영의 미수 여부, 의사에 반한촬영인

279) 서울중앙지방법원 2008. 7. 23. 선고, 2008노1386 판결.; 대전지방법원 2012. 5. 23. 선고, 2012고정68 판결.; 서울중앙지방법원 2013. 11. 22. 선고, 2013고합886 판결.; 부산지방법원 2018. 7. 6. 선 고, 2018노609 판결.; 의정부지방법원 2019. 10. 24. 선고, 2018노3606 판결 등.

280) 서울중앙지방법원 2008. 7. 23. 선고, 2008노1386 판결.; 대전지방법원 2012. 5. 23. 선고, 2012고정68 판결.; 서울중앙지방법원 2013. 11. 22. 선고, 2013고합886 판결.; 부산지방법원 2018. 7. 6. 선고, 2018노609 판결.; 의정부지방법원 2019. 10. 24. 선고, 2018노3606 판결 등.

281) 서울중앙지방법원 2008. 7. 23. 선고, 2008노1386 판결.

282) 서울중앙지방법원 2008. 7. 23. 선고, 2008노1386 판결.; 대전지방법원 2012. 10. 10. 선고, 2012노1168 판결.; 울산지방법원 2016. 5. 12. 선고, 2016고단336 판결.

283) 대전지방법원 2008. 9. 5. 선고, 2008노494 판결.; 부산지방법원 2018. 7. 6. 선고, 2018노609 판결.

지 여부, 구성요건이 개정되기 이전에는 자신의 신체를 촬영한 경우나 유포에 대하여 동의가 필요하지 않았던 경우 등)에서 구성요건 해당성이 없음을 이유로 논증을 마무리하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 신체의 내용을 확인하지 아니한 판례가 다수 존재한다. 그중에 검찰의 공소사실에 적시된 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 신체 부분을 판결문에서 인용한 경우, 적어도 검찰은 무엇을 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 신체로 판단하는지 추측할 수 있다. 검찰은 화상채팅 관련해서 피해자가 채팅 중 카메라에 자신의 음부를 보여준 경우,[284] 또는 영상통화에서 피고인이 자위행위를 유도하여 피해자가 카메라에 스스로 자신의 신체 부위나 자위행위를 하는 모습을 비춘 경우[285] 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 신체에 해당한다고 판단하였다. 또한, 화장실에서 옷을 벗은 하체,[286] 바지와 속옷을 내린 후 그 하반신,[287] 전철역사 내 의자에 앉아있던 피해자의 엉덩이와 다리,[288] 서서 일하고 있던 피해자의 허리 및 하반신[289] 등에 대해 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 신체에 해당한다고 판단하였다. 또한, 귀가하던 피해자를 따라가 피해자가 거주하는 아파트의 승강기 안에서 피고인과 피해자만이 있을 때 몰래 피해자의 가슴을 중심으로 한 상반신을 촬영한 경우,[290] 길거리에서 벤치에 앉아 있거나, 짧은 치마나 몸에 밀착되는 바지 등을 입고 걸어가는 불특정 다수 여성을 촬영한 경우,[291] 전철역사 내 대기 공간에 비치된 의자에 앉아 허벅다리부터 발목까지 노출되는 짧은 치마 혹은 반바지를 입은 피해자의 측면 부분 또는 전신을 촬영한 경우[292] 등도 성

284) 대법원 2005. 10. 13. 선고, 2005도5396.; 대법원 2013. 6. 27. 선고, 2013도4279 판결.; 출처: [법률신문] 대법원, “화상채팅에 뜬 알몸 영상 촬영 처벌 못해” https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=76501 (최종검색일: 2020. 5. 2.)

285) 대법원 2018. 3. 15. 선고, 2017도21656 판결.; 대전지방법원 2017. 12. 6. 선고, 2017노1867 판결.

286) 서울중앙지방법원 2001. 5. 17. 선고, 2001고단4262 판결.

287) 대법원 2010. 10. 28. 선고, 2010도6668 판결과 그 원심인 울산지방법원 2010. 5. 7. 선고, 2009노818 판결 모두 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 신체에 해당한다고 판시하였다.

288) 서울북부지방법원 2015. 10. 15. 선고, 2015고단2675 판결.

289) 수원지방법원 2014. 6. 16. 선고, 2014고단885 판결.

290) 대법원 2016. 1. 14. 선고, 2015도16851 판결.

291) 서울중앙지방법원 2014. 5. 23. 선고, 2014고단2013 판결.

적 욕망 또는 수치심을 유발하는 신체에 해당한다고 보았다.

(2) 성적 욕망 또는 수치심을 유발하지 않는 신체 판단기준

법원이 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 사람의 신체가 아니라고 판단한 사안으로는, 촬영자와 피해자의 거리가 멀었던 점,[293] 특별한 각도나 특수한 방법으로 촬영한 것이 아닌 점,[294] 피해자가 입고 있던 옷의 모양이나 기장으로 인하여 신체가 과도한 노출에 이르지는 않고 단지 공공장소에서 사람의 시야에 통상적으로 보이는 정도인 점,[295] 피해자가 소지하던 물건 등으로 판단대상이 되는 신체 일부를 가리고 있었던 점,[296] 피해자의 자세나 행동 등 촬영 당시의 상황이 사람이 왕래하는 공개된 장소에서 자연스럽게 볼 수 있는 (젊은 여성의) 모습에 가까운 점[297] 및 특별히 (성기나 가슴 등) 신체 부위를 강조하거나 윤곽선이 드러나지 아니한 점[298] 등을 근거로 들었다. 또한, 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 신체의 특정 부위가 촬영되었더라도 어깨, 등, 복부 등 다른 신체 부위도 함께 보이거나, 혹은 피해자의 옷차림이나 우

292) 서울북부지방법원 2015. 10. 15. 선고, 2015고단2675 판결.

293) 수원지방법원 2014. 6. 16. 선고, 2014고단885 판결.; 서울중앙지방법원 2013. 11. 22. 선고, 2013고합886 판결.; 대전지방법원 2012. 5. 23. 선고, 2012고정68 판결.; 서울중앙지방법원 2014. 5. 23. 선고, 2014고단2013 판결.

294) 대법원 2016. 1. 14. 선고, 2015도16851 판결.; 대전지방법원 2012. 5. 23. 선고, 2012고정68 판결.; 수원지방법원 2014. 6. 16. 선고, 2014고단885 판결.; 서울중앙지방법원 2014. 5. 23. 선고, 2014고단2013 판결.

295) 대법원 2016. 1. 14. 선고, 2015도16851 판결.; 의정부지방법원 2019. 10. 24. 선고, 2018노3606 판결.; 서울중앙지방법원 2013. 11. 22. 선고, 2013고합886 판결.; 수원지방법원 2014. 6. 16. 선고, 2014고단885 판결.

296) 서울중앙지방법원 2013. 11. 22. 선고, 2013고합886 판결.; 대전지방법원 2012. 5. 23. 선고, 2012고정68 판결.; 서울중앙지방법원 2014. 7. 4. 선고, 2013고합1438 판결.

297) 의정부지방법원 2019. 10. 24. 선고, 2018노3606 판결.; 서울중앙지방법원 2013. 11. 22. 선고, 2013고합886 판결.; 수원지방법원 2014. 6. 16. 선고, 2014고단885 판결.; 서울중앙지방법원 2014. 5. 23. 선고, 2014고단2013 판결.

298) 대법원 2016. 1. 14. 선고, 2015도16851 판결.; 서울중앙지방법원 2014. 7. 4. 선고, 2013고합1438 판결.

연한 자세 내지 주변 가구의 배치 등으로 인하여 신체 일부가 가렸다면, 이러한 다양한 다른 요인으로 인하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발하지 않을 수 있다.

주목할 점은, 하급심이 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 신체가 아니라고 판단한 근거는 반대로 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는 신체에 해당하는 이유가 되기도 하였다는 것이다. 동일한 객관적 사실이더라도 법관의 가치관에 따라 결론이 엇갈릴 수 있다. 촬영된 신체가 우연히 가방이나 옷으로 가린 경우, 신체가 많이 드러나 가려졌기 때문에 성적 욕망 또는 수치심을 유발한다고 해당하는 동시에, 신체가 가려있기 때문에 성적 욕망 또는 수치심을 유발하지 않는다는 식이다. 이는 성적 자기결정권과 인격권에 대한 침해가 아닌, 음란물·행위의 음란 기준에 준하여 노출된 성적인 신체 부위가 노골적으로 부각되었는지 여부를 판단하면서도 동시에 카메라등이용촬영죄가 동의 없이 촬영된 성범죄라는 차이점 사이에서 혼선이 발생했기 때문으로 보인다. 카메라등이용촬영죄의 '성적 욕망 또는 수치심'을 유발하는 신체에 대한 해석에서, 음란물·행위의 '음란'의 해석기준인 성적 노골성을 거칠게 투영시켰기 때문이고, 이 때문에 객관적 사실이 같음에도 불구하고 성착취물을 바라보는 법관의 '음란'에 대한 이해의 차이가 결론에 상당한 영향을 미친 것으로 보인다. 이는 일관성 있는 판단기준을 확립하지 못하고 죄형법정주의의 명확성 원칙이나 책임주의 원칙에도 부합할 수 없다.

5. 성착취물과 음란물을 구분하지 않는 잘못된 인식 강화

카메라등이용촬영죄가 음란물·행위의 '음란' 요건에 미쳐야만 '성적 욕망 또는 수치심' 요건을 충족하여야 하는 것은 입법취지에 어긋난다. 그럼에도 피해자가 존재하는 성착취물이 때때로 음란물과 동일하게 인식되어왔다.[299] 성행위나 성기 등 성적 신체 부위가 노출되어

299) 대법원 2009. 10. 29. 선고, 2009도7973 판결.; 헌법재판소 2016. 12. 29.자 2016헌바153 전원재판부 결정.; 출처: [한겨레] 아동 성착취물 제작, 3년형이

야 한다는 음란 기준으로 카메라등이용촬영죄의 성적 욕망 또는 수치심 요건을 해석함으로써 양자를 거의 구분하지 않았기 때문이다. 헌법재판소는 통신매체이용음란죄나 카메라등이용촬영죄는 형법의 성풍속에 관한 각 죄와 그 보호법익이 성폭력 범죄에 대한 조항인 카메라등이용촬영죄와 근본적으로 다르기 때문에, 성풍속 범죄와 성폭력 범죄를 동일한 비교집단으로 볼 수 없다고 판시하였다.[300] 그런데 이와 동시에 다른 판례에서는 "'성적 수치심' 또는 '혐오감'이라는 용어는 다양한 법률에서 이미 사용되고 있고 … 규범적으로 음란한 행위의 의미와 별다른 차이가 없[어]", "성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 표현의 판단기준 또는 해석기준이 음란이라는 개념으로부터 도출되어야" 한다고 판시하기도 하였다.[301] 성풍속 범죄와 성범죄는 비교집단이 될 수 없지만, 성범죄로 기소된 성착취물을 성풍속과 마찬가지로 '음란성' 즉, 성적 노골성 기준으로 판단한다는 것은 모순적이고, 서로 다른 범죄의 보호법익 및 보호주체를 혼동하게 된다.

이미 성착취물이 음란물과 다름없이 유통되고 있는 실정에서 법률마저 둘을 구분하지 않는다면 사회적 인식개선은 더욱 요원할 수밖에 없을 것이다. 대법원은 '성적 욕망'에 "성행위나 성관계를 직접적인 목적이나 전제로 하는 욕망뿐만 아니라, 상대방을 성적으로 비하하거나 조롱하는 등 상대방에게 성적 수치심을 줌으로써 자신의 심리적 만족을 얻고자 하는 욕망도 포함"되고, 이러한 "'성적 욕망'이 상대방에 대한 분노감과 결합되어 있다 하더라도 달리" 보지 않는다고 하였다.[302] 그럼에도 '성적 욕망 또는 수치심'을 유발하는 신체는 성적 상징성에서 벗어나지 못하고 있으므로, 신체가 어떠해야 하는지가 아닌, 행위가 신체를 어떻게 다루었는지를 중심으로 범죄가 구성되어야 할 것이다.

가장 적당하다는 판사들 https://n.news.naver.com/article/028/0002494996 (최종검색일: 2020. 4. 29.)

300) 헌법재판소 2019. 5. 30. 선고, 2018헌바489 전원재판부 결정.; 헌법재판소 2019. 11. 28. 선고, 2017헌바182, 2019헌바182(병합) 전원재판부 결정.

301) 헌법재판소 2019. 5. 30. 선고, 2018헌바489 전원재판부 결정.; 헌법재판소 2016. 3. 31. 선고, 2014헌바397 전원재판부 결정.

302) 대법원 2018. 9. 13. 선고, 2018도9775 판결.

제 4 장 법률의 개정 및 해석 방향

제 1 절 입법의 흠결 검토

1. ‘성적 욕망 또는 수치심’ 용어의 대체

가. ‘성적 욕망 또는 수치심’의 문제점

모호할 경우 피고인의 이익에 따라 판단하여야 하는 형법의 기본원칙에 따라, 법관은 영상이미지에 보이는 피촬영자의 신체가 ‘성적 욕망 또는 수치심’을 유발할 수 있어야 한다는 문언을 보수적으로 해석할 수밖에 없다. 특히, 성적 상징으로 여겨지는 전형적인 신체 부위가 아닌, 전신이나 뒷모습이 찍혔거나 피해자의 맨몸이 아닌 경우가 그렇다. 피고인이 성적 욕망을 충족하려는 의도가 없었다고 부인하면 성적으로 노골적이지 않은 신체라거나, 통상 자연스러운 시야에 보이는 평범한 모습이라는 이유로 구성요건이 조각되고 피해는 피해로서 인정받지 못할 수 있는 것이다. 이는 성범죄의 심각성을 고려하여 음란물·행위와 구분되어야 할 성적 자기결정권 및 인격권을 간과한 것이고, 카메라등이용촬영죄 판단에 개인적 법익이 잊히며 점차 피해자의 경험이 배제되는 결과를 초래했다.[303] 또한, 목적범 형식을 채택하지 않는 대신 법집행이나 안전을 위한 촬영 등 정당행위를 처벌의 위험에서 제거하고자 성적 침해로서의 성질을 구성요건에 명시한 입법목적과 달리, 사실상 목적범 규정과 다름없이 적용되기도 하였다. 그러나 각각의 성착취물에는 행위자의 내심의 의사를 추정할 단서가 드러나지 않을 수도 있고, 행위자 개인이 이용할 용도가 아니라 성착취물의 소비자의 성적 만족에 초점을 두고 범행을 저지르는 경우도 발생할 수 있다.

303) 장다혜, 앞의 논문, 2018, 267-268면.

성착취물의 가해자를 성적 욕망을 느끼는 주체로, 피해자 내지 제3자는 성적 수치심을 느끼는 주체로 고정하는 점도 문제이다.[304] 성적 수치심의 사전적 의미는 잘못을 저지를 사람이 다른 사람을 볼 낯이 없거나 스스로 떳떳하지 못함을 의미하는데, 이러한 수치심을 피해자 및 성착취물을 접하게 될 사회 일반적 평균인에 대입하는 것은 부당하다. 특히, 수치심이란 개념은 여성인 피해자의 '정조'가 훼손되었다고 말하는 것이다. 이는 성차별적인 성규범에 바탕을 두고 있고 피해자의 약자성을 전제하여 피해자다움을 강요한다.[305] 또한, 피해자는 가해자의 행위로 인하여 수동적으로 수치심을 느낄 수밖에 존재로 상정하고, 수치심 이외의 다양하게 존재하는 범죄로 인한 피해 영향을 함부로 재단하는 것이므로 부적절하다.

더불어, 같은 사람이 같은 피해자를 불법촬영한 경우에도 각각의 촬영물마다 얼마나 성적 욕망이나 흥분을 자극하는지 그 정도를 달리 판단할 수 있다는 점도 부적절하다. '성적 욕망 또는 수치심' 유발 여부가 법관의 가치관과 성향에 따라 비일관적으로 판단될 여지가 크므로, 카메라등이용촬영죄의 구성요건을 객관적인 어휘로 구성하여야 한다는 것이다. 이에 따르면, 예를 들어, 기존 구성요건의 의사에 반한 범행이라는 점에 보다 초점을 맞추어 "권한 없이," "촬영대상자를 성적으로 이용하는," "묘사된 사람에게 상당한 손해를 가할 수 있는 성적 이미지"와 같은 표현이 '성적 욕망 또는 수치심'을 대체할 수 있다.[306] 실제로 "성적 대상으로 하여 그 의사에 반하여 촬영한 자"로 고쳐야 한다는 법률개정안이 제안된 적도 있었다.[307]

---

304) 제15대 국회 제198회 제13차 국회본회의 부록1, 1998. 12. 2., 24-25면.

305) 윤지영, 앞의 논문, 2018, 121-122면.

306) 차혜령, "디지털 성범죄 근절을 위한 입법 제안", 제27차 젠더와 입법포럼 <디지털 성착취 근절을 위한 법제도 모색 라운드 테이블> 토론문, 2020. 4. 7., 64-65면.

307) 의안번호 2009174, 2017. 9. 7. 정성호의원 대표발의, '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안' (출처: 국회의안정보시스템, 대안반영폐기, 2020. 5. 2. 검색.); 의안번호 2019185, 2019. 3. 13. 윤소하의원 대표발의, '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안' (출처: 국회의안정보시스템, 대안반영폐기, 2020. 3. 26. 검색.)

더불어, 성적으로 중립적인 용어에 집중한 개정안도 다수 찾아볼 수 있다. 성적 모욕감이나[308] 불쾌감[309] 등이 대표적이다. 현행 카메라등이용촬영죄에서 사용하고 있는 '성적 수치심' 개념이 성범죄 피해자를 이해하는데 적절하지 않다는 지적은 타당하다. 그러나 피해자가 범행으로 인하여 경험하는 감정은 모욕감, 공포, 두려움, 분노, 불안감, 불쾌감, 혐오감, 굴욕감, 좌절, 무력감 등 다양하므로 피해자의 다양한 경험을 어느 하나로 단정하는 한, 성범죄 피해자의 진술이 법정에서 배제되는 문제를 해결하기는 어려워 보인다. 피해자는 범죄 이후에도 계속해서 정체성 변화를 겪을 것이고, 과거 경험에 대한 인식과 감정도 개인차가 있거나, 수시로 변할 수도 있기 때문이다.[310] 피해자가 가해 행위로 인하여 느낄 수 있는 감정을 수치심이 아닌 모욕감, 불쾌함, 혐오감 등 다른 감정으로 수정하여야 한다는 여러 주장은 피해자의 피해 경험에 대한 고려로 관점의 전환이 이뤄진 점에서 유의미하다. 하지만 범죄의 영향으로 인한 피해자의 인식과 감정이 자의적으로 재단되는 문제는 여전히 해소할 수 없으므로 앞으로의 개정에서는 지양하여야 한다.

나. 성착취물 피해 경험

아청법의 아동·청소년성착취물에서는 "아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여"라고 규정하고 있다. 아동·청소년이나 그처럼 보이는 사람이 등장하는 음란물이 얼마나 성적으로 노골적인지는 판단기준이 아니다. 아동·청소년성착취물은 비행청

308) 의안번호 2013313, 2018. 4. 27. 이춘석의원 대표발의, '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안' (출처: 국회의안정보시스템, 계류의안, 2020. 3. 26. 검색.)

309) 의안번호 2019185, 2019. 3. 13. 윤소하의원 대표발의, '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안' (출처: 국회의안정보시스템, 대안반영폐기, 2020. 3. 26. 검색.)

310) 출처: [한겨레] "나는 화가다. 성폭행 피해자만은 아니다" https://n.news.naver.com/article/028/0002496623 (최종검색일: 2020. 5. 17.); 페미니즘은 여성을 피해자로만 생각하는 그 생각과 싸워왔다. https://n.news.naver.com/article/028/0002496621 (최종검색일: 2020. 5. 17)

소년의 일탈행위가 아니라, 조직적인 가해자 집단에 의한 강요행위가 존재하는 착취라는 범죄의 심각성이 드러났기 때문이다.[311] 그런데 성착취물도 가해자 간 집단적인 연대와 결속를 바탕으로 조직적으로 성착취물을 강요하는 행위가 존재하고, 그 피해가 심각하므로 아동·청소년성착취물과 유사하게 피해자가 일방적으로 성적 착취와 학대의 대상이 된다는 측면에서 접근할 필요가 있다.[312] 카메라등이용촬영죄는 성적 노골성을 판단기준으로 삼을 것이 아니라, 촬영대상자의 의사에 반하여 일방적으로 성적인 대상으로 삼아 관음하는 시선 자체를 문제 삼는 것이다. 함부로 성적 응시의 대상으로 삼은 행위가 성범죄에 해당한다는 점이 명백하여야 판단과정에서도 피해 경험이 적절히 반영될 수 있다.

따라서, 카메라등이용촬영죄의 신체에 관한 판단에서, 법은 성착취물에 나타난 신체 이미지가 얼마나 성적으로 노골적인지, 어떤 부위가 부각되는지가 아닌, 성범죄로 인한 피해 경험과 영향을 중심으로 서술하여야 한다. 성범죄 피해자가 경험하는 비신체적 피해를 사회적 수치심에만 한정하여 축소해석하는 것은 적절하지 않고, 성범죄 피해자에게 가해지는 사회적, 도덕적 낙인을 당연하게 여기지 않는 대안이 필요한 것이다.[313] 일례로, 정신적·심리적 피해와 그로 인한 추가적인 손해까지도 포함할 수 있는 '위축'이라는 개념이 가능하다. 즉, "피의자 및 제3자로 하여금 … [촬영대상자와] 육체적인 성교행위나 그와 유사한 유사성교행위를 하고 싶다는 또는 육체적인 부분을 만져보고 싶다는 마음이 들 수 있다는 또는 들 수 있겠구나 하는 느낌이 들어 스스로 위축되는 현상"이 피해 경험에서 핵심적인 부분이라고 한다.[314] 다만, 이때

311) 장다혜 등, 앞의 논문, 2018, 98면.

312) 김수아·장다혜, 앞의 논문, 2019, 114면.; 이현숙, "아동 청소년 대상 디지털 성범죄 입법 과제", 제27차 젠더와 입법포럼 <디지털 성착취 근절을 위한 법제도 모색 라운드 테이블> 토론문, 2020. 4. 7., 41면.

313) 디지털 성범죄 피해자에게 있어 자신의 신체나 성적 행위를 담은 영상이미지가 온라인에 유출되었다는 것은, 성적인 물건으로 취급되었다는 인격적 박탈과 더불어 문란하다거나, 행동거지를 똑바로 하지 않았다는 사회적 비난, 모욕과 배제의 경험으로도 이어질 수 있음을 의미한다고 지적하였다. (성범죄 피해 여성에 대하여 가해지는 사회적 낙인 및 수치에 대한 자세한 내용은 김수아·장다혜, 앞의 논문, 2019, 97-99면.; 서승희, 앞의 논문, 2019, 67-68면 참조.)

피해자가 반드시 결과적으로 위축되었을 필요는 없고, ‘위축’이라는 표현이 ‘피해자다움’을 재단하는 프레임으로 작용하지 않도록 유의하여야 한다.

위축은 일상적인 온·오프라인에서의 ① 표현의 자유와 긍정적인 정체성(good online identity)을 형성·유지할 기회를 상실한다는 것을 의미한다.[315] 예를 들어, 범죄 이전에 SNS, 웹사이트의 프로필이나 활동내용을 통해 피해자의 자아 정체성이 긍정적으로 형성, 발전하고 있었는데, 범죄로 인해 그러한 이미지가 파괴되었다고 생각하거나 정체성 회복에 어려움을 겪으며, 점차 공개적으로 실제 자신의 가치관이나 모습을 솔직하게 표현하는 일을 꺼리게 되는 현상이 위축에 해당할 수 있다. 또 다른 측면에서는, ② 물리적, 인적 관계가 위축도 가능하다. 범죄 경험 또는 그 위험 때문에 주소지를 이전하거나, 개명하거나, 직장이나 학교 등을 옮기거나, 이동을 신청하는 등 일상적이고 직업적인 공간이나 단체에서의 활동 또는 행위반경이 변경 및 축소되는 것이다.[316] 이 또한 범죄로 인해 피해자가 직접 경험하는 피해 영향이다. 정리하자면, 위축은 구체적, 개별적 사안의 특수성에 따라 판단할 수 있어야 한다. 위축은 잘 알려진 비신체적 폭력의 의미 또는 정신적 피해의 차원에서 피해자가 경험하는 주관적·심리적·감정적 위축일 수도 있고, 복합적인 피해 경험으로부터 영향을 받아 피해자의 추후 활동이나 이동에 제약이 생기는 부가적 피해 영향을 뜻할 수도 있다.

2. 처벌 규정 신설

---

314) 송승현, 앞의 논문, 2017, 351면.

315) S. Maddocks. (2018). “From Non-Consensual Pornography to Image-Based Sexual Abuse: Charting the Course of a Problem with Many Names”, *Australian Feminist Studies,* Vol.33, No.97, p. 347-348.

316) S. Maddocks. (2018). “From Non-Consensual Pornography to Image-Based Sexual Abuse: Charting the Course of a Problem with Many Names”, *Australian Feminist Studies,* Vol.33, No.97, p. 354.; 김수아·장다혜, 앞의 논문, 2019, 114-118면.

가. 예비・음모죄

한편, 현행 카메라등이용촬영죄는 실행의 착수[317]에 이르지 않은 예비, 음모를 처벌하지는 아니하나, 관련 법률개정안은 국회에 제출되어있다.[318] 그러나 디지털 성범죄의 특성상 실행의 착수에 이르지 않은 어떤 행위가 카메라등이용촬영죄 범행의 준비 행위에 해당하는지 그 의미를 알기 어렵다. 예비, 음모죄가 신설되더라도 실효성이 낮을 것이다. 또한, 2020년 5월 19일 기준으로 성착취물의 시청 및 소지에 관한 처벌규정이 신설되었으므로 시청 및 소지와 구별되는 예비와 음모행위를 정하는 것도 적절하지 않아 보인다. 또한, 원칙적으로 예비와 음모는 처벌하지 않

317) 촬영의 실행의 착수 시기에 관한 논의가 이정원, “신체촬영범죄의 관련 법률과 수사실무상 쟁점 검토 - 우리나라 판례를 중심으로 -”, 2019, 형사법신동향 통권 제62호(2019・3), 203-303면.; [법률신문] 촬영미수에 그쳤어도 카메라 들이대면 범죄. https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=145153 (최종검색일 2020.3.30.)에 정리되어 있다.
서울지방법원 2001. 9. 6. 선고, 2001노4585 판결에 따르면, 촬영죄의 기수는 “적어도 카메라 속에 들어 있는 메모리 장치에 피사체에 대한 영상 정보가 입력된 상태에 도달하여야”하고, “영상정보가 전자파일 등의 형태로 영구 저장되지 않은 채 사용자에 의해 강제종료되었다고 하여 미수에 그쳤다고 볼 수는 없다.”라고 판시하였다. 서울중앙지방법원 2010. 7. 28. 선고, 2010노2003 판결에서도 유사한 취지로, “ 카메라 기타 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치 속에 들어 있는 필름 또는 저장장치에 피사체에 대한 영상정보가 입력된 상태에 도달하여야 기수에 이른다.”고 판시한 바 있다. 이후 대법원 2011. 6. 9. 선고, 2010도10677 판결에서는 촬영을 시작하여 일정한 시간이 경과하였다면 저장버튼을 누르지 않고 촬영을 종료하였더라도 카메라등이용촬영죄의 기수에 이르렀다고 볼 수 있다고 판시하였다. 헌법재판소 2019. 11. 28. 선고, 2017헌바182, 2019헌바182(병합) 전원재판부 결정에서도 같은 취지로, “실행의 착수가 있다고 하기 위하여는 촬영대상이 특정되어 카메라 등 기계장치의 렌즈를 통하여 피사체에 초점을 맞추는 등 기계장치에 영상정보를 입력하기 위한 구체적이고 직접적인 행위가 개시되어야”한다고 설시하였다.

318) 의안번호 2024529, 2020.1. 20. 이종배의원 대표발의, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안’ (출처: 국회의안정보시스템, 계류의안, 2020. 3. 20. 검색.); 의안번호 2024857, 2020. 4. 21. 한정애의원 대표발의, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안’ (출처: 국회의안정보시스템, 대안반영폐기, 2020. 5. 5. 검색.)

는 형법의 보충성 원칙을 지키는 것이 바람직하다. 처벌의 범위를 넓혀 예비·음모죄를 신설하는 것보다는, 성착취물을 폭력으로서 바라보도록 법원과 사회의 인식을 재고하고, 성범죄로서 성착취물이 유발한 피해 사실에 적합한 형을 엄정히 선고하는데 주안점을 두어야 한다. 따라서 '성적 욕망 또는 수치심'을 우리 사회가 어떻게 평가하였는지에 대한 반성과 함께, 카메라등이용촬영죄의 피해를 충분히 포섭하면서도 비례원칙, 책임원칙에 부합하는 방안을 마련할 수 있도록 노력해야 한다.

나. 성착취물을 이용한 괴롭힘 및 피해자 신상유출

성착취물을 이용하여 피해자의 권리행사를 방해하거나, 강요 또는 협박으로 성착취물을 생산하는 등 행위뿐만 아니라, 성착취물 피해자에 대한 모욕도 중요한 문제이다. 그간에는 협박 또는 모욕죄를 적용하여 성범죄 피해자에 대한 2차 가해행위를 한 자를 성범죄로 처벌하지 못하거나, 형법 상 처벌 수위가 낮아 적절한 피해자 보호 및 구제가 어려웠다. 이에 성착취물 피해자에 대한 모욕적 언행, 성착취물 피해자에게 접근하거나 스토킹하는 등 괴롭히는 행위에 대한 처벌조항을 신설해야한다는 법률개정안이 제안되었다.[319] 유사한 관점에서 성착취물 피해자에 대한 2차 가해로서 피해자에 대한 모욕, 명예훼손 등을 (가중)처벌하여야 한다는 의안도 성착취물을 이용한 다양한 괴롭힘을 예방에 기여할 수 있다.[320] 이를 반영하여 2020년 5월 19일에 카메라등이용촬영죄의 촬

319) 의안번호 2019185, 2019. 3. 13. 윤소하의원 대표발의, '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안' (출처: 국회의안정보시스템, 대안반영폐기, 2020. 5. 6. 검색.); 의안번호 2024839, 2020. 4. 9. 박대출의원 대표발의, '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안' (출처: 국회의안정보시스템, 대안반영폐기, 2020. 5. 6. 검색.); 의안번호 2023321, 2019. 10. 30. 진선미의원 대표발의, '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안' (출처: 국회의안정보시스템, 대안반영폐기, 2020. 3. 24. 검색.); 의안번호 2020215, 2019. 5. 7. 김영호의원 대표발의, '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안' (출처: 국회의안정보시스템, 대안반영폐기, 2020. 3. 26. 검색.); 의안번호 2018097, 2019. 1. 9. 윤상직의원 대표발의, '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안' (출처: 국회의안정보시스템, 대안반영폐기, 2020. 3. 26. 검색.); 의안번호 2024857, 2020. 4. 21. 한정애의원 대표발의, '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안' (출처: 국회의안정보시스템, 대안반영폐기, 2020. 5. 5. 검색.) 등

영물을 이용하여 협박, 강요한 자를 1년 이상의 유기징역에 처하고, 협박으로 사람의 권리행사를 방해하거나 의무 없는 일을 하게 한 자는 법정형을 높여 3년 이상의 유기징역에 처하도록 성폭력 처벌법을 개정하였다.[321]

제14조의3(촬영물 등을 이용한 협박·강요)

① 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 촬영물 또는 복제물(복제물의 복제물을 포함한다)을 이용하여 사람을 협박한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

② 제1항에 따른 협박으로 사람의 권리행사를 방해하거나 의무 없는 일을 하게 한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

③ 상습으로 제1항 및 제2항의 죄를 범한 경우에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.

카메라등이용촬영죄의 '성적 욕망 또는 수치심'이 음란물·행위에 대한 규제와 명백히 구분되는 지점이 성착취물을 이용한 유포 협박과 강요가 발생하는 맥락이라는 점에서 협박, 강요죄를 신설한 것은 타당하다. 또한, 개정안의 시행으로 촬영이나 유포 행위 자체뿐만 아니라 다른 범죄로 이어질 수 있는 가능성을 방지하려는 입법자의 의지가 나타난 점은 긍정적이다. 성착취물을 피해자의 주변 사람들에게 유포하겠다는 위협이 피해자를 굴복시키고 지배하는데 유의미한 영향력을 끼쳐 왔는데 이로써 일부 예방할 수 있을 것이다. 그러나 신설된 법조항도 여전히 구성요건에 '성적 욕망 또는 수치심'을 명시하고 있어, 촬영물이나 그 복제물이 음란에 이르거나 그와 유사한 정도로 노골적이어야 하는 점은 여전하다. 개정법률안은 '성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 촬영물 또는 복제물'이라고 규정하였기 때문에 문언을 엄격히

320) 의안번호 2020527, 2019. 5. 21. 이종배의원 대표발의, '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안' (출처: 국회의안정보시스템, 계류의안, 2020. 5. 6. 검색.); 의안번호 2019185, 2019. 3. 13. 윤소하의원 대표발의, '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안' (출처: 국회의안정보시스템, 대안반영폐기, 2020. 5. 6. 검색.) 등.

321) 성폭력 처벌법(법률 제17264호, 2020. 5. 19. 일부개정, 2020. 11. 20. 시행.);의안번호 2024883, 2020. 4. 29. 법제사법위원장, '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안' (출처: 국회의안정보시스템, 대안가결, 2020. 5. 2. 검색.)

해석하면 14조의2의 허위영상물 및 사람의 음성 등을 이용한 협박은 여전히 법적용이 어려울 것으로 보인다. 또한, 법정형에 하한이 없어서 법관에게는 부담으로 작용하여 오히려 선고형이 낮아져 일반인의 법감정과 불일치가 발생할 가능성도 있다.

성적 욕망이나 수치심을 유발하는지와 무관하게 단순히 피해자를 괴롭힐 목적으로 성착취물을 이용할 수도 있다. 특히 성착취물을 이용한 괴롭힘은 민사적 해결방안으로 범죄를 억지하고 피해를 회복하기에는 한계가 있어 형사법의 보호가 필요하다.[322] 이러한 측면에서 성착취물 피해자 및 신고자에 대한 인신공격, 비방, 신상정보 유출, 사생활공개, 허위사실 유포 등 2차 가해 행위를 처벌하여 피해자를 보호하고 범죄 신고율을 높여야 한다는 법률안이 제안되기도 하였다.[323] 특히, 피해자의 신상을 보호하여야 한다는 주장은 공개된 범죄자의 신상정보를 유출할 경우 처벌하는데, 이에 반해 피해자의 신원에 관한 정보 등이 범죄에 이용되었을 경우 피해자를 보호할 수단이 부재하다는 사실을 지적한다. 음란물·행위와 달리 성착취물에는 피해자가 존재하므로 성착취물의 피해자를 적극적으로 구제하고 보호하려는 취지이다.

다. 공무원 직위해제·교원자격제한 및 신상공개명령

성착취물의 피해자를 두텁게 보호하려는 취지의 법률안 중에 특히 공무원의 직위에 관한 징계 규정을 개정하여야 한다는 의안이 있다. 현행 카메라등이용촬영죄는 신분범이 아니고, 따라서 신분에 따른 (가중)처벌 요건도 없다. 이에 통신매체이용음란죄 및 카메라등이용촬영죄를 근거로 처벌받은 교사 등 공무원을 교육청이 직위해제하도록 근거규정을 개

322) 배상균, “‘도촬행위’ 현상과 규제에 관한 비교법적 검토: 성폭력처벌법 제14조를 중심으로”, 2016, 한국형사정책연구원 제27권 제1호, 216면.

323) 의안번호 2018199, 2019. 1. 16. 김수민의원 대표발의, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안’ (출처: 국회의안정보시스템, 대안반영폐기, 2020. 3. 26. 검색.); 의안번호 2101890, 2020. 7. 14. 서정숙의원 대표발의, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안’ (출처: 국회의안정보시스템, 회부, 2020. 7. 17. 검색.) 등

정하여야 한다는 주장을 반영하여[324] 2018년 10월 국가공무원법을 일부 개정하였다.[325] 최근 '텔레그램 N번방 사건'과 관련해서도 다양한 직

---

324) 대한민국 정책브리핑 보도자료, 앞의 논문, 2017, 9면.

325) 제33조(결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 공무원으로 임용될 수 없다. <개정 2010. 3. 22., 2013. 8. 6., 2015. 12. 24., 2018. 10. 16.>
1. 피성년후견인 또는 피한정후견인
2. 파산선고를 받고 복권되지 아니한 자
3. 금고 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년이 지나지 아니한 자
4. 금고 이상의 형을 선고받고 그 집행유예 기간이 끝난 날부터 2년이 지나지 아니한 자
5. 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예 기간 중에 있는 자
6. 법원의 판결 또는 다른 법률에 따라 자격이 상실되거나 정지된 자
6의2. 공무원으로 재직기간 중 직무와 관련하여 「형법」 제355조 및 제356조에 규정된 죄를 범한 자로서 300만원 이상의 벌금형을 선고받고 그 형이 확정된 후 2년이 지나지 아니한 자
6의3. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조에 규정된 죄를 범한 사람으로서 100만원 이상의 벌금형을 선고받고 그 형이 확정된 후 3년이 지나지 아니한 사람
6의4. 미성년자에 대한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 죄를 저질러 파면·해임되거나 형 또는 치료감호를 선고받아 그 형 또는 치료감호가 확정된 사람(집행유예를 선고받은 후 그 집행유예기간이 경과한 사람을 포함한다)
가. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조에 따른 성폭력범죄
나. 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제2조제2호에 따른 아동·청소년 대상 성범죄
7. 징계로 파면처분을 받은 때부터 5년이 지나지 아니한 자
8. 징계로 해임처분을 받은 때부터 3년이 지나지 아니한 자
[전문개정 2008. 3. 28.]
제73조의3(직위해제)
① 임용권자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 직위를 부여하지 아니할 수 있다. <개정 2008. 3. 28., 2010. 3. 22., 2014. 1. 7., 2015. 5. 18.>
1. 삭제 <1973. 2. 5.>
2. 직무수행 능력이 부족하거나 근무성적이 극히 나쁜 자
3. 파면 · 해임 · 강등 또는 정직에 해당하는 징계 의결이 요구 중인 자
4. 형사 사건으로 기소된 자(약식명령이 청구된 자는 제외한다)
5. 고위공무원단에 속하는 일반직공무원으로서 제70조의2제1항제2호부터 제5호까지의 사유로 적격심사를 요구받은 자
6. 금품비위, 성범죄 등 대통령령으로 정하는 비위행위로 인하여 감사원 및 검찰 · 경찰 등 수사기관에서 조사나 수사 중인 자로서 비위의 정도가 중대하고 이로 인하여 정상적인 업무수행을 기대하기 현저히 어려운 자
(생략)

종의 사람들이 음란물 및 성착취물에 관한 죄로 검거되었는데 그중에 특히 공무원이 성착취물 피해자의 신상정보를 유출하거나, 아동·청소년을 이용한 성착취물을 제작 내지 유포한 사실이 밝혀져 논란이 되었다.[326] 공무원은 개인정보에 대한 접근이 일반인보다 수월하고 악의적으로 개인정보를 유출할 경우 피해자에게 치명적인 협박, 위협, 괴롭힘으로 이어지기 때문이다. 이에 카메라등이용촬영죄를 포함한 성범죄 전과가 있는 사람은 교원 임용 및 교원 자격을 이용한 다른 분야에의 취업을 제한하려는 유아교육법 및 초등중교육법 법률개정안도 국회 소관위에 접수되어 있다.[327] 피해자가 학생일 경우 범죄인이 지배, 감독의 지위에 있는바, 미성년자에 대한 카메라등이용촬영죄의 엄중한 처벌이 필요하다는 측면에서 이러한 입법안는 타당하다. 이외에도 카메라등이용촬영죄의 유죄가 확정된 성범죄자에 대한 신상정보등록 등 처분이 가능하도록 하는 법률안이 상당수 발의되었고,[328] 최근 개정되었다.

라. 서비스제공자 책임 및 몰수·추징

[본조신설 1965. 10. 20.] [제73조의2에서 이동, 종전 제73조의3은 제73조의4로 이동 <2004. 3. 11.>]

326) 출처: [SBS NEWS] 박사방 겪고도…사회복무요원 '개인정보접근' 여전 https://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1005774154&plink=ORI&cooper=NAVER (최종검색일: 2020. 5. 6.); [중앙일보] 조주빈 공범 공익에, 개인정보 캘 수 있는 ID 넘긴 공무원 7명 https://news.joins.com/article/23767215 (최종검색일: 2020. 5. 6.); [동아닷컴] 현직 공무원도 성착취 '박사방' 공범 http://www.donga.com/news/article/all/20200325/100333812/1 (최종검색일: 2020. 5. 6.); [중앙일보] 8급 공무원도 n번방 운영 가담, 유료회원 모집했다. https://news.joins.com/article/23738317 (최종검색일: 2020. 5. 6.) 등.

327) 의안번호 2024875, 2020. 4. 28. 서영교의원 대표발의, '유아교육법 일부개정법률안' (출처: 국회의안정보시스템, 계류의안, 2020. 5. 4. 검색.); 의안번호 2024874, 2020. 4. 28. 서영교의원 대표발의, '초·중등교육법 일부개정법률안' (출처: 국회의안정보시스템, 계류의안, 2020. 5. 4. 검색.)

328) 의안번호 2015453, 2018. 9. 12. 윤종필의원 대표발의, '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안' (출처: 국회의안정보시스템, 계류의안, 2020. 3. 26. 검색.); 의안번호 2100496, 2020. 6. 15. 김예지의원 대표발의, '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안'(출처: 국회의안정보시스템, 소관위접수, 2020. 7. 17. 검색.) 등.

처벌의 대상을 확대하는 것만으로 범죄예방과 피해자 회복에 충분한 노력을 기울였다고 안주할 수는 없다. 현행법상 불법증거물을 압수, 수색할 때 수사기관은 원칙적으로 범죄 증거물의 복사, 출력 사본을 압수하는데, 이는 저장매체(카메라, 컴퓨터, USB 등)에 계속하여 성착취물이 남아 있기 때문에 피해회복을 담보할 수 없고, 해당 파일 등을 삭제하더라도 추후에 복구가 불가능하다고 단정할 수 없다. 또한, 전자정보인 성착취물은 사본과 원본을 구별하는 것이 무의미하고, 사본을 압수한 상태에서도 재유포 등 범죄행위가 여전히 자행될 수 있으므로, 적극적인 압수와 몰수로 범죄 증거물이었던 성착취물이 범죄인(집단)의 수중에 남아 국내외로 (재)확산되는 현상을 차단하여야 한다.[329] 특히 딥페이크를 이용한 허위영상물의 경우, 대부분 인터넷에 퍼져있는 무료 소스코드와 AI 머신러닝 알고리즘을 이용하여 손쉽고 정교한 합성이 가능하다.[330] 이러한 허위영상물은 SNS나 온라인 웹사이트에서 문화상품권 5천 원에서 1만 원 정도를 지불하고 제작을 의뢰하여 유포하는 경로가 일반적이다. 특히 SNS를 통한 허위영상물은 편집한 사람이나 편집을 의뢰하고 반포한 사람 등이 계정을 폐쇄하는 방법으로 단속을 피하기 쉽다. 이 점은 민사상 손해배상을 받기 어려운 이유이기도 하다. 이러한 허위영상물 피해는 신고가 없으면 대처가 매우 제한적이고, 성착취물을 게시한 행위자뿐만 아니라 성착취물의 유포와 재유포의 토양을 제공하는 서비스제공자도 성착취물 유통으로부터 경제적 이익을 얻는 구조이다.[331]

---

329) 김잔디, 앞의 논문, 2019, 116-117면. ; 양양한, 앞의 논문, 2019, 9-11면.

330) 딥페이크란 “인공지능(AI)기술 중 안면 매핑(facial mapping) 기술을 활용하여 특정인의 얼굴을 다른 영상에 합성하는 허위 영상합성물을 의미한다.”(딥페이크를 활용한 허위영상물 범죄예방을 위한 형사 증거법적 접근 및 데이터 삭제 및 복구 기술에 관한 논의는 배상균, “인공지능(AI)기술을 이용한 디지털 성범죄에 대한 검토 - 딥페이크(Deepfake) 포르노 규제를 중심으로 -”, 외법논집 제43권 제3호, 2019.; 양양한, “디지털성범죄 대응방안 연구 - 디지털 포렌식 관점에서 -”, 서울대학교 융합과학기술대학원 석사학위논문, 2019. 참조.)

331) 출처: [아이뉴스24] 디지털 성범죄 대응 플랫폼 규제, 다른 나라는? https://n.news.naver.com/article/031/0000536798 (최종검색일: 2020. 5. 5.); [서울신문] ‘n번방 분노’ 들끓는데 꿈쩍않는 플랫폼, https://n.news.naver.com/article/081/0003086792 (최종검색일: 2020. 5. 1.)

기존에는 정부가 유해 검색어나 콘텐츠가 업로드되면 차단하는 필터링 기술을 개발, 적용하였다. 그러나 포털 등 플랫폼이 정부의 성착취물 필터링 등 모니터링 기술의 운영시간을 심야나 새벽 등 느슨한 시간대로 설정하거나, 해시 추출 알고리즘을 바꾸는 등 조작을 가해 의도적으로 불법 콘텐츠가 필터링에서 누락시키는 등 필터링 기술의 특성에 따라 다양한 우회 방법을 쓸 수 있었다. 이는 정부의 조치를 무력화시켜 정책의 실효성을 떨어뜨렸고,[332] 실제로도 삭제요청을 받아 삭제하는 비율이 매우 10건 중 3건 정도로 낮다고 보고되었다.[333] 뿐만 아니라, 성착취물 삭제 및 피해자 심리치료 등을 지원하는 디지털성범죄지원센터는 행정적인 강제력이 없고, 방송통신위원회의 업무도 유해콘텐츠 전반을 포괄하기 때문에 신속한 삭제 등 피해자지원 대응력이 떨어지는 문제가 있다.[334] 더불어 정보통신망법의 불법정보에 관한 조항에 의거, 방송통심위원회의 심의를 거치거나 수사기관의 장의 요청에 따라 관련 게시물 등의 열람, 사용 등 처리를 거부, 정지하는 등 필요한 조치를 취할 수 있다고 규정하였으나[335] 방송통신위원회는 문제가 되는 정보가 더

---

332) 여정호, “저작권 침해 예방을 위한 모바일 포렌식 및 필터링 기술에 대한 연구”, 2012, 성균관대학교 석사학위논문, 29-40면.

333) 출처: [뉴스1] 인터넷 사업자 의무 강화 ‘n번방 방지법’, 국회 과방위 통과 https://n.news.naver.com/article/421/0004623658 (최종검색일: 2020. 5. 8.)

334) 출처: [한국일보] “음란물 대신 디지털 성착취 개념 도입해야” https://hankookilbo.com/News/Read/202004011808379003 (최종검색일 2020. 4. 3.)

335) 정보통신망법 **제44조의7(불법정보의 유통금지 등)**

① 누구든지 정보통신망을 통하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보를 유통하여서는 아니 된다. <개정 2011. 9. 15., 2016. 3. 22., 2018. 6. 12.>

1. 음란한 부호 · 문언 · 음향 · 화상 또는 영상을 배포 · 판매 · 임대하거나 공공연하게 전시하는 내용의 정보
2. 사람을 비방할 목적으로 공공연하게 사실이나 거짓의 사실을 드러내어 타인의 명예를 훼손하는 내용의 정보
3. ~ ④ (생략)
9. 그 밖에 범죄를 목적으로 하거나 교사(敎唆) 또는 방조하는 내용의 정보

② 방송통신위원회는 제1항제1호부터 제6호까지, 제6호의2 및 제6호의3의 정보에 대하여는 심의위원회의 심의를 거쳐 정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리 · 운영자로 하여금 그 처리를 거부 · 정지 또는 제한하도록 명할 수 있다. 다만, 제1항제2호 및 제3호에 따른 정보의 경우에는 해당 정보로 인

퍼지지 않도록 관리할 뿐, 특정 게시물을 지정하는 등 적극적으로 추가 피해를 예방하는 방식은 아니고, 다만 동법 74조는 그러한 게시물에 대한 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시한 자를 처벌하는 조항을 두고 있다.[336] 심지어 정보통신망에 해당 게시물이 불법정보이므로 게시물을 삭제해 달라고 요청할 때에도, 법은 정보삭제요청의 주체를 피해자 본인으로 두고 있다.[337] 이에 성착취물이 인터넷 포털이나 유통 플랫

하여 피해를 받은 자가 구체적으로 밝힌 의사에 반하여 그 처리의 거부·정지 또는 제한을 명할 수 없다. <개정 2016. 3. 22., 2018. 6. 12.>

③ 방송통신위원회는 제1항제7호부터 제9호까지의 정보가 다음 각 호의 모두에 해당하는 경우에는 정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자에게 해당 정보의 처리를 거부·정지 또는 제한하도록 명하여야 한다. <개정 2016. 3. 22., 2018. 12. 24.>

1. 관계 중앙행정기관의 장의 요청[제1항제9호의 정보 중 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제14조에 따른 촬영물 또는 복제물(복제물의 복제물을 포함한다)에 대하여는 수사기관의 장의 요청을 포함한다]이 있었을 것

336) 정보통신망법 **제74조(벌칙)** ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 2012. 2. 17., 2014. 5. 28.>

1. (생략)
2. 제44조의7제1항제1호를 위반하여 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시한 자
3. ~ ② (생략)

337) 정보통신망법 **제44조의2(정보의 삭제요청 등)**

① 정보통신망을 통하여 일반에게 공개를 목적으로 제공된 정보로 사생활 침해나 명예훼손 등 타인의 권리가 침해된 경우 그 침해를 받은 자는 해당 정보를 처리한 정보통신서비스 제공자에게 침해사실을 소명하여 그 정보의 삭제 또는 반박내용의 게재(이하 "삭제등"이라 한다)를 요청할 수 있다. <개정 2016. 3. 22.>

② 정보통신서비스 제공자는 제1항에 따른 해당 정보의 삭제등을 요청받으면 지체 없이 삭제·임시조치 등의 필요한 조치를 하고 즉시 신청인 및 정보게재자에게 알려야 한다. 이 경우 정보통신서비스 제공자는 필요한 조치를 한 사실을 해당 게시판에 공시하는 등의 방법으로 이용자가 알 수 있도록 하여야 한다.

③ 정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 제42조에 따른 표시방법을 지키지 아니하는 청소년유해매체물이 게재되어 있거나 제42조의2에 따른 청소년 접근을 제한하는 조치 없이 청소년유해매체물을 광고하는 내용이 전시되어 있는 경우에는 지체 없이 그 내용을 삭제하여야 한다.

④ 정보통신서비스 제공자는 제1항에 따른 정보의 삭제요청에도 불구하고 권리의 침해 여부를 판단하기 어렵거나 이해당사자 간에 다툼이 예상되는 경우에는 해당 정보에 대한 접근을 임시적으로 차단하는 조치(이하 "임시조치

품 등에 유포된 경우, 피해자는 자신의 피해증거를 수집하여 서비스제공자에게 삭제를 신청하여야 한다. 그러한 신청이 절차를 거쳐 적절한 조치가 취해질 때까지 인내하여야 할 뿐만 아니라, 성착취물이 저작물이라는 주장을 반박해야 할 때도 있다. 법원의 유죄 취지의 판결을 받더라도, 판결물에서 피해영상물이나 사진을 삭제하도록 명령하지 않으면 압수물의 폐기와 별도로 삭제까지 이어지지 않을 수도 있다.[338] 그러므로, 의무불이행에 적합한 책임을 부과하여야 효율적인 정책집행이 가능하다.

이와 같은 견해로, 선제적으로 불법정보 및 성착취물이 인터넷에서 유통되지 않도록 방지하려는 목적에서 서비스제공자가 어떤 기술적 조치를 취하여야 하는지 구체적으로 규정하고, 의무를 위반한 경우 형벌[339] 또는 과태료를 부과하거나,[340] 피해자 본인뿐만 아니라 가족 등도 삭제를 신청하면 지원받을 수 있도록 하는 법률개정안[341]이 검토되었다. 성착취물의 유포를 차단하려면 적극적으로 국가가 개입하여 서비스제공자 등에게 삭제 의무를 부과하고, 이유 없는 이행지체 내지 의무위반을 방지하여야 한다는 것이다.[342] 이와 유사하게 아동·청소년성착취물에 대

"라 한다)를 할 수 있다. 이 경우 임시조치의 기간은 30일 이내로 한다.

⑤ 정보통신서비스 제공자는 필요한 조치에 관한 내용 · 절차 등을 미리 약관에 구체적으로 밝혀야 한다.

⑥ 정보통신서비스 제공자는 자신이 운영 · 관리하는 정보통신망에 유통되는 정보에 대하여 제2항에 따른 필요한 조치를 하면 이로 인한 배상책임을 줄이거나 면제받을 수 있다.

[전문개정 2008. 6. 13.]

338) 김숙희 등, 앞의 논문, 2018, 62면.

339) 의안번호 2024825, 2020. 3. 25. 송희경의원 대표발의, '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안' (출처: 국회의안정보시스템, 대안반영폐기, 2020. 3. 30. 검색.); 의안번호, 2017309, 2018. 12. 7. 권미혁의원 대표발의, '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안' (출처: 국회의안정보시스템, 계류의안, 2020. 3. 26. 검색.);

340) 의안번호, 2016718, 2018. 11. 22. 표창원의원 대표발의, '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안' (출처: 국회의안정보시스템, 계류의안, 2020. 3. 26. 검색.);

341) 의안번호 2016926, 2018. 11. 29. 김수민의원 대표발의, '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안' (출처: 국회의안정보시스템, 대안반영폐기, 2020. 3. 26. 검색)

한 서비스제공자의 의무와 책임을 성인 대상 성착취물에 관해서도 확대 적용해야 한다는 의견도 있다.[343] 이러한 의견에 반하여 국제기업에는 적용하기 힘든 처벌규정이 국내 인터넷 기업에 대한 역차별이고, 개인의 사생활 검열이자 영업의 자유에 침해이며, 통신사의 의무를 인터넷 기업이 책임지도록 하여 책임주의 원칙에 반한다는 등 강한 반발이 있다.[344] 아직은 법리를 정리하는 단계이고, 국내외 통신사 및 인터넷 사업자의 책임의 범위와 책임의 정도에 대한 논의는 앞으로 더 구체적으로 논의될 것으로 보인다.

사업자에 대한 규제는 시일이 걸릴 문제이기 때문에 현재는 디지털 성범죄에 관한 전문기관 및 피해자에게 삭제 비용을 선제적으로 지원하여 피해자를 두텁게 보호하고,[345] 범죄인에게 국가가 구상권을 청구하는 방안에 대한 검토가 시급하다. 이는 가해자 책임을 강화한다는 측면에서 타당한 방안이다.[346] 같은 맥락에서 유죄 확정시 범죄인 소유의 성착취물을 저장한 기계장치 또는 범죄인이 아닌 자가 정을 알면서 취득한 성착취물을 저장한 기계장치 등을 몰수하고 범죄로 획득한 이익을 추징토록 하는 법률안[347]도 긍정적이다. 카메라 등 저장매체의 압수 및 몰수가 더 적극적으로 이뤄져야 하고, 삭제 후에도 성착취물을 복구할 수 없도록 필요적 몰수·추징 규정을 두어야 한다는 것이다.[348] 그러나 사

342) 김숙희 등, 앞의 논문, 2018, 57면.; 김잔디, 앞의 논문, 2019, 116-117면.

343) 서승희, 앞의 논문, 2017, 82면.

344) 출처: [아이뉴스24] 글로벌CP에 망 안정성 '의무' …n번방 방지법도 소위 통과 https://n.news.naver.com/article/031/0000537097 (최종검색일: 2020. 5. 6.); [헤럴드경제] 네이버·카카오 "나 떨고 있니?" …과방위 소위 '촉각' https://n.news.naver.com/article/016/0001669841 (최종검색일: 2020. 5. 6.)

345) 김연수·정중섭, 앞의 논문, 2018, 403면.

346) 김숙희 등, 앞의 논문, 2018, 46, 50면.; 김한균, 앞의 논문, 2017, 52면.

347) 의안번호 2004943, 2017. 1. 2. 김삼화의원 대표발의, '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안' (출처: 국회의안정보시스템, 계류의안, 2020. 5. 5. 검색.); 법제사법위원회 검토보고서, "성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안 (김삼화의원 대표발의, 제4943호)", 2017. 8., 3-4면.

348) 김현아, "카메라등이용촬영죄 처벌의 문제점과 개선방안", 2017, 이화젠더법학 제9권 제2호, 22면.; 김연수·정준섭, 앞의 논문, 2018, 402면.

전적으로 성착취물의 유포를 차단하기 위해 개인이 사용하는 저장매체 등을 압수한 뒤 사후 심사를 통과한 경우 피의자에게 돌려주는 방안은 피해 확산을 예방하는 차원에서 유의미하나, 표현의 자유과 피의자 인권 등 기본권을 과도하게 침해할 수 있으므로 보완이 필요하다.

한편, 범죄수익을 산정할 때 입증책임을 상당한 개연성 요건으로 완화하고,[349] 범죄수익은닉법에 중대범죄 규정이 이미 성폭력처벌법 제14조를 추가하는 것으로 개정되었으므로 신설된 제14조의2와 제14조의3을 추가 입법하도록 하였다.[350] 뿐만 아니라, 폐쇄적으로 유포되는 성착취물을 효율적으로 차단, 삭제하기 위하여 신고포상금제도 등 다양한 정책을 논의하였다.[351] 그러나 신고포상금제도는 포상금을 노리고 성착취물을 찾아냄으로써 오히려 유포피해를 가중할 수 있다는 우려가 제기되기도 하였다.[352] 피해 예방의 목적에서 벗어나 피해자에게 또 다른 고통을 부과할 수 있는 방식은 부적절하고, 신고를 장려하는 한편 범죄를 예방할 수 있는 절절한 대책이 논의되어야 한다. 현재는 피해자 회복을 위한 노력 차원에서 자발적 삭제 및 보상 여부를 양형에 고려할 수 있다.

---

349) 대한민국 정책브리핑 보도자료, 앞의 논문, 2017, 9면.; ; 제20대 국회 제377회 제2차 국회본회의, 2020. 4. 29., 6면.; 출처: [법률신문] '불법 성적 촬영물' 소지·시청만 해도 처벌된다 https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=161275 (최종검색일: 2020. 5. 4.); [연합뉴스TV] 성착취물 단순 소지도 징역…범죄수익 즉시 몰수 https://n.news.naver.com/article/422/0000426451 (최종검색일: 2020. 5. 1.); [경향신문] 성착취 영상물 소지·구입해도 형사처벌 된다 https://n.news.naver.com/article/032/0003006593 (최종검색일: 2020. 4. 30.)

350) 제20대 국회 제377회 국회(임시회) 법안심사제1소위원회 법제사법위원회회의록(임시회의록) 제 2호, 2020. 4. 29., 10면.

351) 출처: [대한민국 정책브리핑 정책뉴스] 디지털 성범죄, 발 디딜 틈 없도록 http://www.korea.kr/news/reporterView.do?newsId=148871910 (최종검색일: 2020. 5. 6.)

352) 제20대 국회 제377회 국회(임시회) 법안심사제1소위원회 법제사법위원회회의록(임시회의록) 제 2호, 2020. 4. 29., 11면.

제 2 절 카메라등이용촬영죄 개정 방안

1. ‘성적 욕망 또는 수치심’ 삭제

앞에서 논의한 바와 같이, 그간 우리 사회는 성착취물과 음란물을 구분할 기준에 대한 숙고 없이 성풍속에 관한 죄를 판단할 때 사용했던 성적 노골성을 기준으로 카메라등이용촬영죄의 ‘성적 욕망 또는 수치심’을 해석했다. 카메라등이용촬영죄를 둘러싼 다양한 문제를 인식하고 법을 개정하는 과정에서도, 성착취물이 법적으로 어떤 의미인지, 성적 욕망이나 수치심을 유발할 수 있는 성착취물은 무엇인지, 그리고 더 근본적으로는 성범죄에서 ‘성적 욕망 또는 수치심’을 유발하여야 한다는 기준은 어떤 의미인지에 대한 명확한 답변은 없었다. 그러나 카메라등이용촬영죄는 음란물처럼 피해자가 존재하지 않는 범죄가 아니고, 개인의 신체와 그 이미지를 함부로 성적인 수단 및 대상으로 삼아 착취하는 비신체적 성범죄임이 이제는 분명하다. 또한, 카메라등이용촬영죄가 보호하는 가치는 사회적 신뢰와 성문화 보호에 국한되지 않으며, 오히려 피해자의 성적 자기결정권 및 인격권에 더 무게중심을 두어야 한다. 이에 성풍속에 관한 죄의 성적 노골성 기준과 다름없이 적용된 ‘성적 욕망 또는 수치심’ 요건을 삭제하고, 카메라등이용촬영죄에 알맞은 개념을 탐색해야 한다.

우선, 카메라등이용촬영죄에서 ‘성적 욕망 또는 수치심’을 삭제해야 하는 가장 큰 이유는, 문언을 수정하지 않은 채 해석만을 수정하는 방안은 실현 가능성이 작기 때문이다. 이미 다른 법률에서 음란의 성적 노골성과 구분되지 않는 방법으로 ‘성적 욕망’이나 ‘수치심’을 해석하고 있는바, 카메라등이용촬영죄에서만 ‘성적 욕망 또는 수치심’의 성적 의미를 특별히 완화할 수도, 성적 욕구를 자극하거나 부끄러운 감정을 느끼는 것 이외에 다른 의미로 해석하기도 어려워 보인다. 또한, ‘성적 욕망 또는 수치심’은 그 사전적 의미상 촬영과 반포 등으로 인하여 피해자가 온라인과 오프라인에서 동등한 시민으로서 누려야 마땅

한 권리와 자유를 박탈당하고 소외되는 구조적 불평등을 드러낼 수 없다.[353] 예를 들어, 성적으로 노골적이지 않더라도, 이를테면, 히잡을 쓰지 않은 무슬림 여성을 몰래 촬영하고 촬영물을 유포하여 성적으로 조롱한 사안을 보자. 그저 아랍계 여성이 머리카락이 보이는 채 서 있는 전신을 동의 없이 촬영한 촬영물 자체는 우리 사회의 평균적 일반인 관점에서 '성적 욕망'도, '성적 수치심'도 유발하지 않을 수 있다. 그러나 그 밖의 다른 모든 카메라등이용촬영죄의 구성요건에 해당하고, 무엇보다 그 피해의 본질이 피해자의 성적 인격과 주체성을 무너뜨리는 성적 착취에 해당한다는 점이 중요하다. 여성이 히잡을 쓰지 않은 채 타인에 의하여 촬영되었다는 사실만으로 피해자는 성적 비난과 괴롭힘을 당하고, 결과적으로 온·오프라인에서 히잡을 쓰지 않을 권리와 자유를 행사하는 데 한층 더 큰 압박을 받을 수 있기 때문이다. 이와 같은 범죄는 피해자의 종교와 성별에 기반한 차별을 바탕으로 피해자의 성적 자기결정권과 인격권을 침해한 성적 수단화·대상화이며, 그 피해 경험 및 영향은 온·오프라인 활동과 행위반경을 축소하는 위축 위험에 해당할 수 있다.[354]

이처럼, 성적 노골성이 아닌 성적 수단화 대상화로 인한 보호법익 침해, 그리고 피해의 영향을 기준으로 범죄를 구성하하여야 한다. 교묘하게 성적 자극 요소가 숨겨져 있거나 생략된 표현이더라도, 인간을 성적 물건으로 취급하고 성적 인격권과 자기결정권을 억압하는 디지털 성범죄에 해당하므로 카메라등이용촬영죄가 적용되어야 하는 것이다. 카메라등이용촬영죄와 성착취물은 그 성적 자극의 정도와 무관하게, 피해의 심각성에 부합하는 책임이 부과될 때만 중단될 수 있다. 따라서, 형법상 음란 개념에서 벗어나기 힘든 '성적 욕망 또는 수치심' 요건을 그대로 두면서 해석만으로 상황이 개선될 것을 기대하는 것은 어렵고, 성적 욕망 또는 수치심 요건을 삭제하는 대신 불법촬영, 비동의유포, 허위영

353) 윤지영, 앞의 논문, 2018, 126면.

354) T. Kirchengast·T. Crofts. (2019). "The Legal and Policy Contexts of 'Revenge Porn' Criminalisation: The Need for Multiple Approaches", *Oxford University Commonwealth Law Journal,* Vol.19, No.1, p. 4-6.; N. Henry et al. (2018). "Policing Image-Based Sexual Abuse: Stakeholder Perspecrives", *Police Practice and Research,* Vol.19, No.6, p. 575.

상물 편집 등을 관통할 수 있는 독자적인 개념규정을 만들어야 한다.

가. 구성요건을 객관적·중립적 용어로 개정

본 논문에서 '성적 욕망 또는 수치심'을 대체할만한 다른 개념을 고민할 때 특히 다음 3가지 사항을 중심적으로 고려하였다. 우선, ① 성적 자기결정권을 보호하고자 하는 성범죄로서의 정체성을 흐리면 안 된다는 것이다. 피해자에게 가해지는 2차 가해이자 사회적 비난에 대처하기 위해서라도 카메라등이용촬영죄 이면에 존재하는 성차별적 사회구조적 분위기를 법원이 인식할 수 있어야 하고, 이를 위해서는 구성요건에 성범죄로서의 정체성을 보존하여야 할 필요성이 크다. 예를 들어, '성적 욕망 또는 수치심' 요건을 대신할 수 있는 사회적 분노감, 인격적 모독감, 굴욕감이나 불쾌감, 또는 혐오감 등 다른 용어로 대체하거나, 성적 사생활을 침해한 행위로서 개념화해야 한다는 의견이 있다.[355] 그러나, '성적' 행위에 대한 강조가 약해지면 성범죄와 인권침해의 구분이 흐려지거나, 다른 범죄와의 관계에서 혼란이 생길 수 있으므로 바람직하지 않다. 또한, ② 규범에만 의존하여 자의적으로 해석될 여지가 있는 어휘는 피하고, 최대한 구성요건을 객관적 요소로 구성하여야 하여야 한다. 자의적이고 모호한 개념은 지양하여야 예측가능성과 법적 안정성을 담보할 수 있다. 마지막으로, ③ 성적 자기결정권과 인격권이라는 보호법익에 집중해 피해자의 경험을 중심으로 형성되는 것이 중요하다.[356] 그간 카메라등이용촬영죄를 포함하여 성범죄에 관련된 용어는 피해의 정도를 경감시키거나 피해로서 인정하지 않는 선에서 정의된 경향이 있다. 그러나 앞으로의 담론은 보호법익에 대한 침해가 피해자에게 어떤 방식으로 가해지는지 검토하여야 한다. 특히, 이 점은 외국의 불법촬영 관련 규정을 검토하여 볼 때, '성적 욕망 또는 수치심'이 아니더라도 처벌의 범위를 제한할 수 있는 다른 방법을 참고할 수 있다.

---

355) 김수아·장다혜, 앞의 논문, 2019, 126면.; 김영철·조현욱, 앞의 논문, 2016, 12면.; 장다혜·김수아, 앞의 논문, 2018, 367면.; 장다혜 등, 앞의 논문, 2018, 133-134면.; 윤지영, 앞의 논문, 2018, 122-126면 등.

356) C. McGlynn et al. (2017). "Beyond 'Revenge Porn': The Continuum of Image-Based Sexual Abuse", *Feminist Legal Studies,* Vol.25, p. 28-30.

나. 미국과 영국 입법례 검토

미국은 형법 제71장에서 음란물을, 제110장에서 아동과 미성년자를 이용한 성착취와 학대를 규율하고 있고,[357] 특히 영상관음행위방지법(Video Voyeurism Prevention Act of 2004)[358]와 형법 제88장에서 카메라등이용촬영죄와 유사한 규정을 두고 있다. 우리나라 카메라등이용촬영죄와 가장 유사한 것은 미국 형법 제88조 사생활에 관한 장에서 §1801 비디오 관음죄(Video Voyerism)이다. 법의 구성요건은 다음과 같다.[359]

> (a) 개인의 사적인 영역(Private area)를 동의 없이 촬영(capture)하려는 의도가 있고, 사생활 보호에 대한 개인의 합리적 기대가 있는 경우에도 고의로 그러한 행위를 한 자는 1년 이하의 징역 또는 벌금에 처한다.
>
> (b) 이때, (1) "촬영"이란, 비디오테이프 녹화(Videotaping), 사진 촬영(Photographing), 동영상 촬영(Filming), 녹음(Recording), 또는 방송(Broadcasting)을 말한다. 여기서 (2) "방송"이란, 불특정 1인 또는 다

---

357) 아동·청소년을 이용한 성착취물을 영리 목적으로 유포하는 자에 대하여 처벌하고 있고, 이 규정에 따르면 미국 이외의 지역에서 국내로 성착취물을 수출할 의도로 유포하는 경우도 포함된다. (아동·청소년성착취물에 관한 다른 국가와의 비교 등은 세계법제정보센터 홈페이지: http://world.moleg.go.kr/web/dta/lgslTrendReadPage.do?CTS_SEQ=48930&AST_SEQ=3891 참조.)

358) 영상관음행위방지법 또는 비디오관음방지법이라고도 한다. 이는 연방 형법 규정을 개정하여, 합리적 일반인이라면 사생활에 대한 보호를 기대할 수 있는 때에 고의로 사람의 사적 부위("사적 부위"란, 나체 또는 속옷 아래 성기 부위, 음부, 치골, 엉덩이, 여성의 가슴을 말한다)를 동의 없이 비디오테이프 녹화, 사진촬영, 동영상촬영, 녹음 또는 방송하는 행위를 금지하고 다만 합법적인 법집행, 교정 도는 안보 활동에는 적용하지 않도록 하였다. (이에 관한 자세한 법률 원문은 미국 의회 홈페이지: https://www.congress.gov/bill/108th-congress/senate-bill/1301 참조.)

359) 세계법제정보센터 법령정보 검색 http://world.moleg.go.kr/web/wli/lgslInfoReadPage.do?A=A&searchType=all&searchPageRowCnt=10&searchNtnlCls=6&searchNtnl=US&CTS_SEQ=42045&AST_SEQ=1061&ETC=1 참조.

수인에게 보여질 의도로 시각적인 이미지를 전기통신을 이용해 전송하는 행위이다. (3) “사적인 영역”이란, 나체이거나 속옷 안쪽의 성기, 음부, 둔부, 또는 여성의 흉부를 말하고, (4) “여성의 흉부”란, 유두 끝부분과 그 아래의 모든 가슴 부위를 말한다. (5) “사생활 보호에 대한 개인의 합리적 기대가 있는 경우”란, 개인의 사적인 영역이 촬영될 것이라는 우려가 없는 조건을 말한다. 즉, (A) 합리적인 일반인이라면 사생활이 보호되기 때문에 옷을 벗을 수 있다고 믿을 수 있고, 개인의 사적인 부위가 촬영될 것이라는 우려가 없고, (B) 합리적 일반인이라면 공중장소이거나 사적인 장소에 있는지와 무관하게 개인의 사적인 부위가 공개되지 않을 것이라고 믿을 수 있는 조건을 말한다.

(c) 다만, 이러한 금지는 합법적인 법집행, 교정 또는 안보 활동에는 적용되지 아니한다.

또한 공법(Public Law) 제108-495조에서도 위와 유사한 규정을 두고 있다.

어떤 수단으로든 사생활이 보호된다고 합리적으로 기대할 수 있는 개인의 사적인 영역을 그의 동의 없이 고의로 비디오테이프 녹화, 사진촬영, 동영상 촬영, 녹음 또는 방송하는 행위를 금지한다. 다만, 이러한 금지는 합법적인 법집행, 교정 또는 안보 활동에는 적용되지 아니한다.[360]

위와 같이, 미국은 각 구성요건요소의 정의를 병렬적으로 열거하고 있고, 사생활의 비밀 및 자유가 지켜지는 장소에서, 어떤 신체 부위가 노출되어야 하는지도 매우 구체적으로 정하고 있다. 우리나라와 달리, ‘성적 욕망 또는 수치심’이라는 주관적 감정을 명시하지 않아, 신체 부위가 노골적으로 부각되어 통상적인 시야에 일반적으로 보이는 정도의 노출인지 아닌지는 판단하지 아니한다. 오히려, 판례를 통해 보면 행위자가 성적 흥분, 만족, 또는 자극을 얻으려 했는지, 즉 행위자의 구체적 고의(special intent)를 검사가 입증할 수 있다면, 피해자의 신체 부위

360) 국회도서관(Library of Congress) 홈페이지: https://www.congress.gov/bill/108th-congress/senate-bill/1301 참조.

가 얼마나 드러났는지, 포착된 영상이미지가 얼마나 선명한지, 특히 성기 등 부위가 노골적으로 부각되는지 등은 무관한 것이다.[361] 그러나, 우리나라는 판례와 법리를 통해 신체 부위 중 성적 상징성을 갖는 부위에 대하여는 이미 충분히 어느 정도 합의가 정착되었기 때문에, 다시금 신체 부위를 구성요건에서 구체적으로 정할 필요는 없어 보인다. 단지 그러한 신체가 성적인 욕망 또는 수치심을 유발해야 한다는 기준을 수정하면 노골적인 부각이나, 통상적인 시야와 같이 모호하고 자의적인 판단기준이 수정될 수 있을 것이다.

한편, 영국에서는 2003 성범죄법(Sexual Offences Act 2003)에 아동에 대한 성범죄의 하나로 우리나라의 카메라등이용촬영죄 또는 아동·청소년성착취물죄와 유사한 규정을 두고 있다.[362] 최근 여성의 치마 아래를 동의 없이 촬영하는 행위를 일컫는 업스커팅(upskirting) 행위가 형사 처벌을 받도록 하는 법률안이 의회에 제출되었으나, 통과되지 못하자 사회적으로 큰 논란이 되었다. 그러나 이후 형법전에 업스커팅에 관한 규정을 신설하는 방안이 논의되고 있다.[363] 반면, 스코틀랜드는 우리나라

361) 출처: [WPRI.com] Few Video Voyeurism Cases Result in Prison Sentences, https://www.wpri.com/target-12/few-video-voyeurism-cases-result-in-prison-sentences/ (최종검색일: 2020. 7. 20.); [AP News] Video Voyerism Case Before Mississippi Supreme Court, https://apnews.com/a48d3f10bbd14245af4b9a950e653d48 (최종검색일: 2020. 7. 20).;

362) 영국은 우리나라와 달리 아동·청소년성착취물에 있어서도 아동이나 청소년의 동의 없이 촬영된 이미지가 성적(indecent)일 것을 요건으로 두고 있다. (이에 관한 자세한 내용은 세계법제정보센터 홈페이지: http://world.moleg.go.kr/web/wli/lgslInfoReadPage.do?CTS_SEQ=14471&AST_SEQ=305&ETC=2 또는 영국 의회 홈페이지: http://www.legislation.gov.uk/ 참조.)

363) 출처: [The Sun] What is upskirting, what's the new law around it and why did it take so long to become illegal? https://www.thesun.co.uk/news/5623843/upskirting-meaning-definition-photos-criminal-offence-uk/ (최종검색일: 2020. 7. 9.); [Independent] Upskirting law: Sir Christopher Chope insists he supports bill and rejects suggestions he's 'some sort of pervert' https://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/upskirting-law-christopher-chope-block-tory-mp-criminal-offence-a8403241.html (최종검색일: 2020. 7. 9.)

의 통신매체이용음란죄와 유사하게 온라인 스토킹에 관한 규정을 개정하였다. 기존에는 온라인 등 전자매체를 이용한 위협, 욕설, 모욕만을 처벌했지만, 개정된 내용에 따르면 지속적으로 따라다니는 행위; 상대방이나 다른 사람에게 접촉하거나 접촉을 시도하는 행위; 상대방이나 다른 사람에 관한 사실이나 소문을 유포하는 행위; 이메일 등을 이용하여 다른 사람의 통신매체 이용 행위를 감시하는 행위; 사적인 공간을 배회하거나, 침입하거나, 염탐하는 행위 등 행위태양을 다양화하고, 법정형을 상향하였다.[364]

이러한 내용은 우리 성폭력 처벌법과 완전히 동일하지는 않지만, 우리나라는 말이나 영상이미지가 성적으로 불쾌하거나 자극적인지 여부가 범죄를 구성하는 반면, 스코틀랜드는 행위가 피해자에게 어떤 방식으로 가해지는지에 집중하여 규율하는 것으로 보인다. 범죄 피해를 중심으로 구성요건을 정립하는 것이 범죄의 실질에 더 부합하므로, 우리 법에서도 촬영물 등이 성적으로 욕망이나 수치심을 유발할 수 있는지 보다는, 현실적으로 범죄가 피해자에게 미치는 피해의 양상 및 영향을 중심으로 구성요건을 서술하는 것이 타당하다.

종합하면, 판례법 국가인 미국의 법제는 카메라등이용촬영죄를 성범죄가 아닌 형법상 사생활 침해에 관한 범죄로 다루고 있고, 영국과 스코틀랜드는 우리나라의 카메라등이용촬영죄에 해당하는 법률이 아직 없으므로, 성문법 국가인 우리나라의 법제와 단순 비교, 적용하기는 어렵다. 다만 처벌의 범위를 제한하기 위하여, 미국의 단서조항과 같이 범죄가 적용되지 않는 경우를 나열하는 방안이나, 피해를 중심으로 구성요건을 구성하는 등 방안은 우리 법의 개정논의에서 참조할 수 있겠다. 영국과 미국의 입법례가 우리 문화와 법률 규정의 형식 및 체계에 적합하지 않은 부분이 많겠으나, 객관적인 행위를 중심으로 구성요건을 서술하면서도 법률에 피해자성이나 피해자다움에 관한 규범적 프레임이 거의 나타

364) Criminal Justice and Licensing Act 2010을 일부 발췌하였다. (관련하여 더 구체적인 내용은 세계법제정보센터 홈페이지: http://world.moleg.go.kr/web/wli/lgslInfoReadPage.do?CTS_SEQ=18953&AST_SEQ=2061& 참조.)

나지 않은 점도 유용한 자료로 참조할 수 있다.

결론적으로, 성착취물 개념과 카메라등이용촬영죄의 구성요건은 실재하는 피해자의 신체를 이용해 성착취물을 생산하고 소비하는 일체의 행위로 인하여 피해자의 성적 인격 및 자기결정권이 침해된 비신체적 폭력으로서 개념화가 이뤄져야 한다. 따라서, ‘성적 욕망 또는 수치심’을 대체할 카메라등이용촬영죄 구성요건 개정방안 및 성착취물 개념을 논의할 때, 다음 3요소를 위주로 고려할 수 있다. 첫째로, 카메라등이용촬영죄 판단기준의 본질적 내용은 카메라등이용촬영죄의 보호법익인 성적 자기결정권과 인격권이라는 개인적 법익이어야 한다. 둘째로, 피해자의 신체를 그 의사에 반하여 촬영, 편집, 반포등 한 행위는 피해자를 일방적으로 성적인 수단이자 대상으로 삼아 그의 신체(이미지)에 성적 함의를 부여하고 착취한 성착취물로서의 성격이 드러나야 한다. 셋째로, 범죄 피해로 인한 영향이 반영되어야 한다. 성착취물 범죄는 신체적 폭력과 다름없이 피해자의 인간다움에 대한 공격이고, 피해자의 정체성, 일상생활, 주변인과의 관계를 망가트리며, 피해자의 행위와 행동반경을 위축시키는 등 장기적으로 심각한 영향을 미칠 수 있다.

이러한 세 가지 요소를 바탕으로, 본 논문에서는 성폭력 처벌법 제14조, 제14조의2, 제14조의3의 각 1항의 구성요건에 ‘성적 욕망 또는 수치심’ 요건을 삭제하고, 대신 다음과 같은 재구성 방안을 제안한다.[365]

제14조(카메라 등을 이용한 촬영) ① 카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 사람의 신체를 성적 수단 또는 대상으로 삼아 촬영대상자의 의사에 반하여 촬영한 자는 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

제14조의2(허위영상물 등의 반포등) ① 반포등을 할 목적으로 사람의 얼굴·신체 또는 음성을 대상으로 한 촬영물·영상물 또는 음성물(이하 이 조에서 “영상물등”이라 한다)을 영상물등의 대상자의 의사

365) ‘성적 욕망 또는 수치심’ 요건이 없는 제14조의 ② ~ ⑤, 제14조의2의 ② ~ ④, 그리고 제14조의3의 ② ~ ③은 전과 동일하므로 생략하였다.

에 반하여 성적 수단 또는 대상으로 삼아 편집·합성 또는 가공(이하 이 조에서 “편집등”이라 한다.)한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

제14조의3(촬영물 등을 이용한 협박·강요) ① 성적 수단 또는 대상으로 삼은 촬영물 또는 복제물(복제물의 복제물을 포함한다)을 이용하여 사람을 협박한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

즉, ‘성적 수단 또는 대상화’ 개념은 ‘성적 욕망 또는 수치심’과 달리 성풍속이 아닌 개인적 법익을 중심으로 서술하고, 성적 노골성 기준과 분명히 구분되는 성적 착취의 핵심적 의미를 내포하며, 일방적인 성적 수단화로 인한 위축 등 피해의 영향에 집중할 수 있을 것이다.

2. 일방적인 성적 수단 또는 대상화 판단기준

가. 성적 자기결정권 및 인격권을 중심으로

우선, 카메라등이용촬영죄는 피해자의 신체와 그 영상이미지를 함부로 이용할 수 있었던 개별 가해 행위의 이면에 있는 공통적 원인에 집중해야 한다. 즉, 법은 행위자가 원하기만 한다면 피해자의 신체와 인격을 성적 객체로 격하시킬 수 있었던 행위자-행위대상 간의 권력적 상하 관계를 인식해야 한다. 불법촬영의 촬영자가 피촬영자를 존중받아야 할 동등한 인격으로 생각한다면 함부로 상대를 몰래 관음하며 촬영할 수 없었을 것이고, 가·피해자를 식별·특정할 수 없거나, 피해자가 범행 당시 범죄행위를 인식하지 못하였다고 하더라도 이는 마찬가지이다. 카메라등이용촬영죄 위반은 구체적인 촬영, 편집 등 개별 행위로 나타나겠지만, 더 근본적으로는 피해자의 의사에 반하여 그의 성적 인격을 행위자 및 성착취물 소비자 집단의 만족을 위한 성적인 수단으로 격하시킨 것이고, 그러한 일방적 성적 대상화는 행위자가 피촬영자의 신체를 함부로 대할 수 있는 ‘자격’ 내지 ‘자유’가 있다고 착각하는 것에 기인한다. 이러한 착각 자체가 피해자의 인격에 대한 모독이자 성적 자

기결정권에 대한 침해이므로 성착취물에 노출된 신체가 얼마나 음란한지, 노출된 신체가 전체 이미지에서 차지하는 비중이나 선명도 및 다른 옷가지나 물건에 의해 가려진 정도 등의 대소강약을 불문하고 카메라등이용촬영죄를 구성하여야 한다.

카메라등이용촬영죄는 피해자의 의사에 반하여 피해자를 일방적으로 성적인 수단 또는 대상으로 삼은 디지털 성범죄이라는 측면에서, 카메라 등 디지털 기기를 이용한 촬영, 반포, 편집 등 행위가 의사에 반하였다는 것은 피해자가 인식하지 못하는 사이 몰래 행해졌거나, 피해자가 거부의사를 표현했음에도 불구하고 무시하고 일방적으로 가해졌음을 의미한다. 이에 따라, 예를 들어, 피해자에게 양해를 구하지는 않았지만, “장래 자신의 반려자도 유사한 모습이기를 희망하는 마음에서 그 사진을 간직하고자”[366], “호감을 느껴”[367], “예뻐 보여서”[368] 등 ‘성적 욕망 또는 수치심’ 요건을 부정하는데 주로 쓰이는 피고인의 변명은 오히려 함부로 피해자를 성적 대상으로 삼은 것으로서 ‘의사에 반하여’ 촬영한 행위에 해당한다고 인정하고, 이로 인하여 피해자에게 돌이킬 수 없는 피해를 야기한 사실을 지적하여야 한다. 즉, 피해자가 원하지 않는데도 임의로 자신의 ‘배우자 감’이라거나, 성적인 ‘호감’의 대상으로 여기고, 외모를 평가하는 등의 행위는 성적 행위에 해당하고, 피해자의 의사를 확인하거나 양해를 구하지 않은 채 일방적으로 피해자의 신체(이미지)를 성적 수단으로 삼은 것으로서, 피해자의 성적 자기결정권과 인격권을 침해하는 행위가 된다. 결론적으로 카메라등이용촬영죄의 ‘의사에 반하여’를 해석할 때, 은밀히 범행을 행하여 사전에 동의를 구하지 않았거나, 거부의 의사표현에도 불구하고 범행을 강행하였던 사실관계가 있다면, 함부로 촬영 당하지 않을 자유를 침해하는 ‘의사에 반하여’ 요건이 충족되는 것이다.

동의 없이 사람의 신체를 성적으로 촬영하거나 그러한 촬영물을 유포

366) 서울중앙지방법원 2013. 11. 22. 선고, 2013고합886 판결.

367) 대법원 2016. 1. 14. 선고, 2015도16851 판결.

368) 대전지방법원 2012. 10. 10. 선고, 2012노1168 판결.; 서울중앙지방법원 2014. 7. 4. 선고, 2013고합1438 판결.

하는 행위는 잘못이라는 인식이 일반적으로 형성되어 있고, 피해자가 호소하는 고통의 원인도 어느 신체 부위가 노출되었다는 사실보다는 단지 신체만이, 그리고 의사에 반하여 타인의 성적 객체로 취급된 사실이 중요하다. 피고인이 피해자의 어떤 신체를 어떤 특수한 디지털 기기나 기술을 이용해, 어떤 각도에서, 어디에 초점을 맞춰 촬영, 편집하였는지; 혹은 일반적으로 어떤 부위가 얼마나 통상적이지 않을 정도로 노출되어야만 성적으로 느껴지는지는 판단기준에서 배제하여야 한다. 피해자가 행위를 인식하지 못했거나, 거부하였는데도 범죄행위가 계속되었던 사실관계가 인정된다면, 피고인 측은 피촬영자로부터 명시적인 동의를 받은 사실 또는 합리적 일반인이라면 피촬영자의 의사에 반하지 아니한다고 착오할 수 있었음을 입증하여야 구성요건 해당성이 조각될 수 있을 것이다. 표현물이 유발하는 '성적 욕망 또는 수치심'이 아닌, 피해자의 의사에 반한 폭력이라는 의미를 살릴 때, 피해자의 성적 자기결정권 내지 인격권을 침해하는 행위에 적절하게 대처할 수 있다.

카메라등이용촬영죄는 피해자가 피해 사실을 인식하지 못하는 경우가 많아, 그 판단과정에서 피해자의 의사에 반하였다는 사실이 종종 간과되었다. 그러나 피해자를 식별·특정할 수 없더라도 피해자가 존재하지 않는 범죄와는 구분되어야 하고, 아직 식별·특정되지 않은 피해자에 대하여도 성착취물의 행위반가치와 결과반가치를 부정할 수는 없다. "피해자의 특정·식별 가능성은 피해자의 의사에 반하는 촬영행위의 성립여부를 결정짓는 것이 아니라, 양형에서 참작되어야 할 요소에 불과한 것"이고, 피해자가 누구인지가 아니라, 사람의 신체를 함부로 촬영하고 유포하여 피해자의 신체 또는 그 영상이미지를 비인격적으로 격하시킨 가해행위가 중하다고 한다.[369] 따라서 피해자가 누구인지 당장은 알 수 없더라도, 변형 카메라를 이용했거나, 은밀히 카메라를 설치 또는 작동하여 신체를 촬영하였거나, 권한 없는 자가 피촬영자의 동의 없이 그러한 촬영물을 함부로 편집하는 등의 행위는 일반적으로 피해자의 의사에 반할 것으로 추정할 수 있으므로, 예외적으로 법익 주체의 의사에 반하지 않았음을 입증할 수 없다면 보호법익에 대한 침해를 추정할 수 있어야 한다.

369) 이승준, 앞의 논문, 2008, 215면.

혹은 적어도 피해자가 직접 범죄를 신고한 경우라면, 식별·특정되지 아니한 피해자에 대한 침해를 추정한 경우보다 그의 법익이 더 강하게 보호되어야 할 것이므로, 피고인 측에 입증 책임을 부과하여야 한다. 피해자의 식별·특정 가능성과 상관없이 법익침해를 추정하여야 한다는 것은 카메라등이용촬영죄를 제정할 당시 입법자의 의도에도 더 부합할 수 있다. 당시 입법자는 불법촬영을 처벌함으로써 피해자가 안전하게 생활하며 우리 사회를 신뢰할 수 있기를 바란 것이었기 때문이다. 그러므로, 피해자가 식별·특정되지 않았음을 이유로 바로 구성요건 해당성을 조각할 것이 아니라, 오히려 가해자의 의도가 성적이지 않았다거나, 일반인 관점에서 신체가 충분히 성적으로 노골적이지 않아 성적 욕망이나 수치심을 유발하지 않는다고 판단한 것을 피해자의 성적 자기결정권과 인격권에 대한 침해로 수정하여야 한다.

나. 사회적 법익을 개인적 법익으로 포섭

성폭력 처벌법의 카메라등이용촬영죄가 보호하는 사회적 신뢰란, 음란물·행위 규제로 인해 달성되는 건전한 성풍속이 아닌, 피해자가 범죄 트라우마에서 벗어나고 손해를 회복함으로써 획득되는 개인적 법익의 차원에서 해석해야 한다. 음란물이나 음란한 공연을 금지하여 일반인의 성적 도덕관념과 건전한 성문화를 보호하는 일은 성풍속에 관한 죄의 입법목적이고, 이는 성폭력 처벌법을 통해 해결할 문제는 아니기 때문이다. 오히려 카메라등이용촬영죄가 보호하는 사회적 이익에 반한다는 것은, 피고인의 성착취물을 생산 내지 소비하는 행위로 인하여 우리 사회에 성적 학대와 착취가 만연해지고, 성착취물 산업이 공고해져 더 많은 성착취물 피해자가 양산되며, 성착취에 관한 2차, 3차 피해가 확산해서 유해 환경이 악화되는 것을 말한다. 이를 예방하고 대처하여 성착취물 피해자의 권익을 적절히 보호함으로써 피해자는 안전한 일상과 사회에 대한 신뢰를 회복할 수 있는 것이다. 즉, 카메라등이용촬영죄가 일방적인 성적 수단 또는 대상화 행위를 처벌함으로써 피해자가 회복하는 사회에 대한 신뢰란, 피해자의 인격권과 성적 자기결정권을 근거로 설명할 수 있어야 한다. 그래야 비로소 건전한 성풍속과 사회 일반인의

성적 도의관념이라는 성풍속에 관한 죄의 사회적 법익과 구분할 수 있다. 반복하여 강조하자면, 카메라등이용촬영죄는 모든 개인은 오직 자기의 자유로운 의사에 의하여만 성적 대상이 될 수 있다는 믿음, 즉 인격적 존엄에 관한 문제인 것이다.

특히, 성차별과 성착취적 구조를 재생산하는 성착취 산업은 다른 가정폭력이나 성폭력 등과 마찬가지로 이제는 구조적 폭력의 단계에 접어들었다. 일반인 여성뿐만 아니라, 특정한 성별, 나이, 사회경제적 계층에 속한 취약계층의 피해자(집단)에 특히 더 적대적인 경향이 있다.[370] 한 사람의 성착취물 소비는 개인적 일탈에 그치지 않고 더 심각한 성적 착취와 학대를 부추겨, 거시적으로 성착취물 산업의 확장에 기여하는 한편, 이는 곧 더 많은 사회적 약자에 대한 더 잔혹한 성적 학대와 착취로 이어진다. 이처럼 우리 사회의 일반적이고 보편적인 문화와 질서를 해치는 차원을 넘어서, 직접 피해자인 개인의 자유와 권리에 대한 침해로서 이해될 때, 카메라등이용촬영죄를 음란물이나 음란행위와 명백하게 구분할 수 있다. 이에 따라 주도적으로 범죄행위를 지시하거나, 가해에 동참하도록 부추기거나, 영리 목적으로 성착취물을 생산 내지 공유하는 플랫폼을 운영하는 등 디지털 성범죄라는 성적 착취와 폭력이 만연해지는 사회적 문제를 심화하고 피촬영자 집단에 대한 적대적 환경을 조성하는 행위는 그 책임에 비례하도록 카메라등이용촬영죄의 가중적 구성요건으로 구성하는 방안이 적절하다.

한편, 성착취적 환경을 제공한 포털 등 서비스제공자에게 책임을 묻는 방향으로 법률이 제・개정되고 있다. 수익이 보장되는 한 서비스제공자의 자정 노력에는 한계가 있고, 책임감 있는 의무이행을 담보하는 법적 강제성은 분명 필요하다. 그간 서비스제공자는 부실한 모니터링으로 책임을 회피하고, 인기검색어나 인기게시물 순위를 보여주는 기능을 유지하며, 헤비업로더부터 디지털 장의사까지 유착관계를 이용하는 등 이용자의 동조와 참여를 부추겨 성착취물 플랫폼을 유지하였다. 소라넷부터

370) N. Henry et al. (2018). “Policing Image-Based Sexual Abuse: Stakeholder Perspecrives”, *Police Practice and Research,* Vol.19, No.6, p. 575.; 윤지영, 앞의 논문, 2018, 94면.

20년 넘게 유지되어 온 성착취 산업의 수익이 30조 원을 훨씬 웃돌 것이라는 추정치를 보더라도, 기업의 사회적 책임을 강화할 수 있는 대책이 요구된다.[371] 따라서 성착취 산업에 대한 규제는 피해자에 대한 성적 착취와 학대를 바탕으로 창출한 수익을 제거하여 생산 자체를 위축시켜야 한다. 그래야 생산과 소비가 순환하는 매커니즘이 사라질 수 있다. 개인이 성착취물을 공동체에 만연하게 퍼트리고 성착취로 인한 수익 활동이 가능하도록 도운 행위는 카메라등이용촬영죄의 가중적 구성요건이 되어야 하고, 성착취물을 유통한 플랫폼은 그에 적합한 법적 책임을 지도록 개정되어야 한다. 이에는 성착취물의 개수, 피해자의 수, 성착취물 유포 여부 및 가능성, 성착취물을 접하거나 게시한 사이트의 특성, 아동・청소년 피해자가 존재하는지 여부, 그리고 특히 가해자의 행위 패턴에서 피해자의 취약한 속성(예를 들면, 피촬영자의 연령, 옷차림, 외모, 인종, 사회적 신분이나 직업 등)을 특정할 수 있어 사회적 약자의 안전을 특히 악화하는지 등 다양한 요소를 고려할 수 있을 것이다.

다. 일방적인 성적 수단・대상화의 의미

모든 성적 대상화가 형사처벌의 위험에 처하여서는 안 되지만, 성착취물의 내용과 범위를 지나치게 협소하게 규정하지 않아야 범죄로 인한 피해를 충분히 예방할 수 있다.[372] 이에 카메라등이용촬영죄를 판단할 때, 불법촬영 등 가해 행위가 피해자의 의사에 반하여 피해자를 단지 성적 수단이나 대상으로 취급하였는지를 판단하여야 한다. 여기서 수단이나 대상으로 취급한다는 것은, 첫째로, 일방적인 폭력임을 의미한다. 카메라등이용촬영죄의 구성요건에 해당하는 행위가 피해자가 원하지 않

371) 이진옥, 앞의 발표문, 2020, 36면에 따르면, 성착취물 시장에 대한 공식적 연구조사는 시행된 바 없고, 향후 성착취물 플랫폼을 포함한 성매매 알선사이트, 성인 방송과 디지털 장의사 등 성차귀 산업 전반에 대한 실태조사가 필요하다고 강조하였다.; 출처: [경향신문] 커피 산업 4배 넘는 성착취 산업, 실태조사는 없다, http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=202004050904001&code=940100 (최종검색일: 2020. 7. 21.)

372) C. McGlynn・E. Rackley. (2017). “Image-Based Sexual Abuse”, *Oxford Journal of Legal Studies,* Vol.37, No.3, 537면.

았던 행위라는 의미이고, 피해자가 거부할 수 있는 의사표현의 기회가 고려되지 않았음을 의미한다. 이는 피해자의 인격적 존엄을 무시하고 성적 자기결정권을 침해한 일방적 행위로서, 일반적인 연인 사이의 성적 대상화와 달리 상호 간 교류와 소통이 부재하기 때문에 부적절하다. '의사에 반하여' 요건이 구성요건 전단에 이미 있으므로 이와 연결하여 수단·대상화를 이해할 수 있다.

또한, 어떤 행위가 '성적'이라는 것은, 성적 노골성이나 통상 자연스러운 시야에 보이지 않는 신체가 노출되었음을 뜻하는 것이 아니라, 피촬영자의 신체(이미지)에 성적 함의를 담았다는 뜻으로 이해하여야 한다. 예를 들어, 피해자의 자연스러운 신체 모양, 자세 등 신체적 모습에서 성적 상징을 강조하거나; 특정한 성적 정체성이나 성적 취향을 함축하여 바라보거나; 성적으로 괴롭히거나, 모욕하거나, 비하하는 표현 등이 이에 해당한다. '수단 또는 대상'으로 삼는 행위도, 피해자의 신체(이미지)를 인격적으로 완전하고, 의사를 표현할 수 있는 존재가 아닌, 성적 행위나 상징성에만 초점을 맞춰 객체로 대했음을 의미한다. 의사에 반하였음을 알면서도 그러한 영상이미지를 편집, 유포하거나 협박, 위협에 이용하는 행위도 권한 없이 오로지 피해자의 인격과 신체를 성적 의미로만 축소하고, 피해자의 신체(이미지)를 성적 수단 또는 대상으로 삼아 오남용하는 행위임을 지적하여야 한다.

라. 물리적·인적, 심리적 위축

카메라등이용촬영죄는 성적 수단·대상화로 인한 다양한 피해 영향을 포괄할 수 있어야 한다. 카메라등이용촬영죄는 대표적인 비신체적 성범죄로서, 성적 자기결정권 및 인격권 침해의 영향은 정신적, 심리적 충격뿐만 아니라 객관적으로 관찰할 수도 있을 것이다. 그중 주목하여야 할 것은 피해자의 위축이다. 위축이란, 물리적·인적 위축과 심리적 위축으로 구분할 수 있다.[373] 물리적·인적 위축이란, 온라인과 오프라인을 오

373) 윤지영, 앞의 논문, 2018, 92-103면.; 김수아·장다혜, 앞의 논문, 2019, 115-118면.

가는 활동공간과 시간대 등에 대한 제약을 말한다. 즉, 피해자의 행위구성력이 약화하는 것이다. 구체적으로, 물리적 위축이란, 거주공간이나 인터넷 공간에서 안전감을 주는 공간이 물리적으로 축소되는 것이다. 이는 성범죄 피해자에게 가해지는 사회적 낙인이 실재하기 때문이고, 가해자를 특정하기 어려운 사안에서 더욱 분명하게 나타나는 경향이 있다.[374] 물리적 공간이 축소될 경우 피해자는 이전처럼 SNS나 웹사이트 등을 자유로이 이용할 수 없고, 스토킹이나 사회적 낙인 등 2차 가해를 피해 주소지나 직장을 옮겨야 할 수도 있다. 안전하였던 일상이 누군가의 응시를 받는 공간으로 전락하면서 피해자의 취약성이 강화되는 것이다.[375]

더욱이, 수사기관의 부적절한 조언이 피해자의 위축을 악화시키기도 한다. 예를 들어, 피해의 정도와 심각성에 대한 인식이 부족하거나, 디지털 성범죄 사건에서 증거 조사에 어려움을 겪는 경찰공무원이 피해자에게 "휴대전화기를 꺼 두어라," "몸가짐을 조심하라" 라거나, "SNS 계정을 삭제하라"라고 조언하는 경우가 흔히 있다. 그런데 이는 오히려 피해자의 위축을 가중하는 결과를 유발할 수 있으므로 삼가야 한다.[376] 피해자가 휴대전화나 인터넷 등 온라인 서비스를 이용할 수 없게 되며, 조력을 얻을 네트워크로부터 소외되고 고립시키기 때문이다. 당장 괴로운 상황에서 떨어져 있으면 잠시나마 피해에서 해방될 수는 있겠지만, 이러한 조언이 근본적으로 피해자의 행실에 대한 비난으로 작용할 수 있을 뿐만 아니라, 범죄행위 자체를 예방하는 데는 전혀 영향을 미치지 못하며, 오히려 피해자의 공포와 불안을 증폭시킬 수도 있다. 더불어, 성착취 산업이 가속화될수록 피해자(집단)에 대한 성차별과 학대를 용이하게 하는 폭력적인 구조는 더욱 공고해지기 때문에, 잠시 피해자가 인터넷을 쓰지 않거나 이사를 하더라도 이는 일시적인 미봉책일 뿐이다. 범죄 이후 기존에 피해자가 속했던 온・오프라인 공동체로 돌아오기 힘들수록 피해자의 위축은 심각해질 것이다. 따라서 피해자를 위축시킬 수 있는 대책은 피해자지원에 부적절하다.

374) 김수아・장다혜, 앞의 논문, 2019, 98-99면.

375) 윤지영, 앞의 논문, 2018, 102-103면.

376) N. Henry et al. (2018). "Policing Image-Based Sexual Abuse: Stakeholder Perspecrives", *Police Practice and Research,* Vol.19, No.6, p. 573.

둘째로, 인적 위축이란 일방적인 성적 수단·대상화 행위는 피해자를 인격적 존재가 아닌 일방적인 욕망의 대상으로 여기는 것이기 때문에, 피해자는 직장이나 학교 등 공적 영역 내 역할 및 활동에서 배제 또는 소외된다고 느끼거나, 실제로 인적 관계망을 원활하게 유지하는 일에 어려움을 겪을 수 있다.[377] 이는 특히 지인능욕[378] 범죄에서 두드러지게 나타나는데, 카카오톡이나 네이버밴드 등 통신매체를 이용한 성착취물 범죄는 완전한 익명이 아닌, 주변에서 흔히 만날 수 있는 아는 사람들 간에 발생하는 경우가 많기 때문이다. 특히 직장이나 학교 동료 등 잘 아는 사람에 의한 범죄 피해는 피해자와 가해자가 복잡한 인적 관계에 얽혀있어 오히려 피해를 침묵할 수밖에 없는 상황이 생길 수도 있다.[379] 다른 한편, 아는 사람에 의한 범죄가 아니더라도, 일상적인 장소에서 누군가의 응시를 받은 경험은 안전을 확신할 수 있는 지인이나 직장 동료의 범위가 축소되거나, 주변인들과의 인적 관계를 상실할 위험은 여전히 존재한다. 성착취물 범죄는 통상 피해자의 얼굴이나 신체적 특징이 노출되기 때문에 피해 경험으로 인한 공포와 불안이 온·오프라인의 지인 관계 및 사회 전반에 대한 불신으로 번지기 때문이다.[380]

이러한 인적, 물리적 위축은 범죄로 인한 심각한 피해 영향 중 하나이

377) 김수아·장다혜, 앞의 논문, 2019, 121-123면.

378) 지인 능욕이란, 주변 지인이나 모르는 일반인 여성의 얼굴, 나이, 거주지, 직업 등을 성착취물을 공유하는 단톡방 등에 올리면 이용자들끼리 사진을 합성하고 피해의 인격을 모욕하는 행위를 일컫는다. 피해자의 "얼굴 사진으로 엽기적인 합성 성착취물을 만들고, 그 밑에 신상정보와 함께 성착취 내용을 다룬 소설을 쓰는 방식"이 대표적이다. (이에 대한 자세한 내용은 [한겨레] "지인 얼굴 합성해드려요" 성착취물 비밀방, 접속자 '수만명' http://www.hani.co.kr/arti/society/women/918495.html.참조.)

379) 출처: [세계일보] '섹시속옷' 남교사의 억울함과 성범죄 본질 [정지혜의 빨간약] http://www.segye.com/newsView/20200430515383?OutUrl=naver (최종검색일: 2020. 7. 21.); [EBS NEWS] 현직 교사가 화장실에 불법카메라 설치… 잇따르는 교사 일탈 http://news.ebs.co.kr/ebsnews/allView/20317028/N (최종검색일: 2020. 7. 21.)

380) 김수아·장다혜, 앞의 논문, 2019, 117면.; 윤지영, 앞의 논문, 2018, 102-103면.; 출처: [한국일보] 'n번방' 피해 초등학생은 왜 누구에게도 알리지 못했나 https://www.hankookilbo.com/News/Read/202003261462737670 (최종검색일: 2020. 7. 21.)

고, 수사절차부터 피해자지원에 이르기까지 엄격한 비밀보장, 진술조력인 배정 및 심리치료지원 등 피해자의 위축 위험에 대한 대응에 적극적으로 임해야 한다. 위축은 객관적 사실로 나타날 수도 있고, 피해자가 두려워하고 불안해하는 주관적 감정을 중심으로 나타날 수도 있다. 심리적 위축과 물리적·인적이 복합적이고 중복하여 나타날 수도 있다. 이를테면, 실제로 계정을 삭제하거나, 연락처, 이름, 주소 등을 바꾸거나, 집 안에서만 지내며 활동반경이 좁아진 피해자는 안전하게 쉬었던 공간을 박탈당하였을 뿐만 아니라, 감정적으로도 존엄한 인간이 아닌 물건으로 취급된 경험으로 인해 쉽게 무기력해지고 우울해지는 등 심적으로 위축될 수 있는 것이다. 법원은 획일적으로 피해의 정형을 정할 것이 아니라, 피해자 관점에서 피해 양상과 정도를 섬세하게 고려해야 한다.

3. 한계

카메라등이용촬영죄의 구성요건을 '성적 욕망 또는 수치심'이 아닌, '일방적인 성적 수단·대상화'로 구성하게 된다면, 사회 일반적 평균인 관점에서 볼 때 성적으로 노골적인지와 무관하게, 현실적으로 침해된 자기결정권 및 인격권이라는 직접적인 피해자 개인의 법익을 보호할 수 있다. 또한, 이는 사회적으로 음란한 영상이미지가 공개되었기 때문이 아니라, 피해자의 신체(이미지)에 대한 성적 착취가 갖는 불법성을 강조할 수 있다. 이는 보호법익을 침해하는 다양한 행위태양의 겉모습이 아닌, 근본적인 원인에 집중하여 범죄 예방이 가능하다. 촬영물의 음란성이 아닌, 함부로 촬영한 행위에 비례하는 책임에 집중할 수 있기 때문이다. 더욱이, 법원이 범죄로 인한 피해자의 경험을 경청하고 판단과정에 반영하도록 유도할 수 있다는 장점도 유의미하다.

그러나, 카메라등이용촬영죄의 구성요건을 일방적인 성적 수단 또는 대상화로 개정하는 본 논문의 제안에는 몇 가지 한계가 있다. 첫째로, 성적인 수단 또는 대상화라는 말이 일상적으로 사용되는 쉬운 언어이기는 하지만, 아직 성범죄에 관한 다른 법률 조문에서 쉽게 발견할 수 있

는 것은 아니다. 이 때문에 일반인의 예측가능성과 법적 안정성에 대한 비판에 다소 취약하다. 형법의 기본 이론의 토대 위에서 '성적 수단' 또는 '성적 대상화'가 어떤 의미인지에 관한 더 발전된 연구가 필요하다. 특히, 성폭력 처벌법 내에서도 카메라등이용촬영죄의 법정형이 절대 가볍지 않으므로, 일방적인 성적 수단 또는 대상화라는 자칫 모호하고 자의적인 개념은 오히려 처벌의 범위가 축소되는 결과로 나타날 수도 있다. 학계에서 어떤 행위가 사람을 성적 수단으로 다루는 행위인지, 그를 처벌할 수준은 어느 정도인지 등에 대한 합의가 어느 정도 확립된다면, 성적 착취와 수단화의 개념 정의도 더 정교하게 다듬어질 것이다.

둘째로, 현재까지의 성희롱·성폭력 담론이 여성학이나 여성인권운동 내에서 진행되며, 형사 법학적 논의와는 연계가 부족했는데, 앞으로는 정치적 구호를 넘어 학문적 논의의 장으로 넘어가려면, 학문적 이론 구성이 더 치밀하게 정리되어야 한다. 디지털 성범죄에 대한 엄중한 형사처벌이 강력하게 요구되는 때에 카메라등이용촬영죄가 지나치게 성풍속에 대한 보호나 성적 노골성 기준에 치중하여 피해자의 법익이 과소 보호되었던 현실은 시정되어야 하지만, 다른 한편으로 피고인의 인권 또한 중요한 가치이므로, 형사법적 적정형벌과 적법절차의 원칙 또한 간과해서는 안 된다. 법정형의 상향이나, 처벌범위의 확장에 매몰되지 않는 균형 잡힌 시각이 필요하다는 비판적 관점을 유지한 채, 향후 카메라등이용촬영죄 및 성착취물 범죄에 관한 더 깊은 논의가 필요하다.

셋째로, 범죄 예방에 강력한 형사처벌이 만능이 아니고, 민사법적 분쟁 해결 및 회복적 사법 이념의 화해나 조정 등 다른 절차가 피해구제에 더 적합한 경우도 얼마든지 있을 수 있는데, 본 논문의 논의는 많은 부분 처벌의 필요성에 초점을 맞추고 있다는 점이다. 형법의 보충적 기능과 죄형법정주의의 명확성 원칙 등 피고인의 인권을 보호하고, 처벌권 확대를 경계하며, 처벌의 정당성까지도 갖춰질 수 있도록 이론적, 논리적 보완이 필요하다. 또한, 온라인 성표현물의 종류를 구분하고, 일부를 형사 범죄화하는 일은 자칫 모두의 자유로운 인터넷 활동 및 표현의 자유를 지나치게 제약하는 검열 위주의 제재가 될 위험이 있으므로, 인터넷과 디지털 기기 등을 올바르게 사용하고, 연인이나 친구와의 성숙

한 인간관계를 맺는 방법에 대한 교육이 병행되어야 할 것이다. 특히 아동·청소년을 대상으로 하는 포괄적 성교육이나, 경찰공무원의 인권·법교육이 중요하다. 본 논문에서는 미처 다루지 못 하였으나, 피해 실태조사, 인식개선 교육 등 선행연구에 대한 논의와 함께, 법적 절차를 원하지 않는 피해자에 대하여도 학교나 기업 등 소규모 공동체 내 인권센터 등 인프라에 관한 논의도 카메라등이용촬영죄 구성요건 개정만큼 범죄 예방과 피해자 구제에 큰 효과가 있으므로, 이에 관한 더 많은 연구가 이뤄지길 바란다.

제 5 장 결론

성폭력 처벌법의 카메라등이용촬영죄는 엄연히 실재하는 피해자의 성적 자기결정권과 인격권이라는 개인적 법익이 침해의 핵심이고, 성적 착취 개념을 중심으로 범죄가 구성되어야 범죄의 실질에 부합하는 책임을 부과할 수 있다. 건전한 성풍속이나 사회 일반인의 성도덕은 형법의 음란물·행위 및 정보통신망의 불법정보의 보호법익이고, 이와는 질적으로 구별해야 한다. 또한, 카메라등이용촬영죄는 디지털 성범죄이고, 불법촬영, 비동의유포, 허위영상물 편집 등 행위자 개인의 불법행위 뿐만 아니라, 성착취 산업에 대한 대책도 병행하여야 한다. 성착취물과 그와 관련된 산업의 확장은 사회 전반적으로 성차별적이고 착취적인 구조를 재생산하며, 이는 잠재적으로 피해자 및 사회적으로 취약한 집단에 대한 성적 착취 및 학대를 방조할 뿐만 아니라, 노골적으로 성착취물 범죄를 부추기기도 하기 때문이다. 따라서 카메라등이용촬영죄는 성착취물이 결과적으로 '성적 욕망 또는 수치심'을 유발할 수 있는지가 아니라, 성적 자기결정권 및 인격권 침해, 성적 착취의 특성, 그리고 피해 영향을 중심으로 구성요건을 재구성해야 한다.

이를 위하여, 구성요건을 재구성하는 기준을 다음과 같이 정하고 이에 따라 카메라등이용촬영죄의 '성적 욕망 또는 수치심'을 대체할 '성적 수단화 또는 대상화' 개념을 제안하였다. 구성요건 재구성 기준은, 첫째, 법률과 법원의 해석은 범죄를 판단할 때, 성적 자기결정권 및 인격권에 대한 침해를 가장 우선하여 고려해야 하고, 성착취물 산업 등 사회적 이익에 대한 침해 또한 개인적 법익을 보호하는 차원에서 법리를 구성하여야 한다. 둘째, '성적 욕망 또는 수치심' 요건을 삭제하고 보다 중립적이며 객관적인 언어로 법규를 개정하되, 성적 수단화라는 착취의 성격이 드러나야 한다. 마지막으로, 범죄가 피해자에게 어떤 영향을 미쳤는지를 중심으로 판단해야 한다. 이에 따라 성적 욕망 또는 수치심을 삭제하고, 제14조 내지 14조의3의 각 1항을 "카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 사람의 신체를 성적

수단 또는 대상으로 삼아 촬영대상자의 의사에 반하여 촬영한 자”(제14조), “영상물등의 대상자의 의사에 반하여 성적 수단 또는 대상으로 삼아 편집·합성 또는 가공한 자”(제14조의2), 그리고 “성적 수단 또는 대상으로 삼은 촬영물 또는 복제물(복제물의 복제물을 포함한다)을 이용하여 사람을 협박한 자”(제14조의3)로 개정할 것을 제안하였다. 이는 실재하는 피해자의 의사에 반하여 일방적으로 피해자의 신체를 성적인 객체로써 수단·대상화한 행위의 위법성에 집중한다. 이로써 ‘성적 욕망 또는 수치심’ 개념보다 성범죄 피해자의 개인적 법익에 대한 침해에 초점을 맞추어 구성요건 해당성을 판단하고, 피해자의 물리적, 인적, 심리적 위축이라는 피해 경험과 영향을 폭넓게 반영하는 법적용이 가능할 것이다.

참 고 문 헌

1. 단행본

김태명,「판례형법각론」, 피엔씨미디어, 2016.

신동운, 「형법총론(제11판)」, 법문사, 2019.

신동운, 「형법각론(제2판)」, 법문사, 2018.

이재상・장영민・강동범, 「형법각론(제11판)」, 박영사, 2019.

이재상・장영민・강동범, 「형법총론(제10판)」, 박영사, 2019.

임웅, 「형법각론(제10정판)」, 법문사, 2019.

2. 논문

김소라, “디지털 성폭력의 변화 양상과 음란성(obscenity)을 근거로 한 규제의 한계”, 아시아여성연구 제 57권 제1호, 2018.

김소라, “디지털 자본주의와 성폭력 산업”, 여/성이론 제41권, 2019.

김수아・장다혜, “온라인 피해 경험을 통해 본 성적 대상화와 온라인 성폭력 문제”, 미디어, 젠더 & 문화 제34권 제1호, 2019.

김숙희・김영미・김현아・서승희・장윤정, “디지털 성폭력 피해 영상물 삭제와 처리 개선 방안에 관한 연구”, 이화여자대학교 젠더법학연구소 제10권 제1호, 2018.

김연수・정준섭, “‘디지털 성범죄’ 관련 정부대책과 개선방안”, 동북아법연구 제11권 제3호, 2018.

김영철・조현욱, “성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체 부위 해당여부 - 대법원 2014. 7. 24. 선고, 2014도6309 판결 -”, 법학연구 제57권 제3호, 2016.

김은경, “음란물에 대한 사회적 인식과 법률 규정간의 부정합성 연구 - 2007 노골적인 성표현물에 대한 한국인의 법의식을 중심으로 -”, 형사정책연구 제19권 제1호, 2008.

김잔디, “보복형 성적촬영물 관련 범죄 처벌의 문제점과 개선방안”, 원광법학 제35권 제4호, 2019.

김종서, “인터넷상의 음란물 규제 기준 비교 연구: 비판적 관점”, 민주법학 제24호, 2003.

김주환, “음란성과 예술성”, 홍익법학 제20권 제2호, 2019.

김한균, “사이버 성범죄・디지털 성범죄 실태와 형사정책”, 이화젠더법학 제9권 제3호, 2017.

김현아, “카메라등이용촬영죄 처벌의 문제점과 개선방안”, 이화젠더법학 제9권 제2호, 2017.

류화진, “인터넷 음란 동영상과 관련한 음란의 개념 - 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006도3558

판결에 대한 검토 -”, 영산법률논총 제5권 제1호, 2008.
박경신, “음란물 규제의 예외성 및 불안정성”, 민주법학 제54호, 2013.
박미숙, “성표현물의 음란성 판단기준에 관한 연구 Ⅰ - 독일 일본에서의 논의를 중심으로 -”, 한국형사정책연구원, 2001.
박지혜, “개인영상정보 보호를 위한 변형카메라 이용 불법촬영범죄 대응방안에 관한 연구”, 범죄수사학연구 제5권 제1호, 2019.
박혜림, “몰래 카메라 범죄의 해석과 입법적 개선방안”, 법과 정책 제 23권 제3호, 2017.
박혜진, “형법상 음란행위의 ‘음란성’과 그 판단기준에 대한 비판적 고찰”, 비교형사법연구 제11권 제1호, 2009.
배상균, “인공지능(AI)기술을 이용한 디지털 성범죄에 대한 검토 - 딥페이크(Deepfake) 포르노 규제를 중심으로 -”, 외법논집 제43권 제3호, 2019.
배상균, “‘도촬행위’ 현상과 규제에 관한 비교법적 검토: 성폭력처벌법 제14조를 중심으로”, 한국형사정책연구원 제27권 제1호, 2016.
서승희, “사이버성폭력 피해의 특성과 근절을 위한 대응방안 - 비동의유포 성적촬영물을 중심으로 -”, 이화젠더법학 제9권 제3호, 2017.
서지영, “몰래카메라, 누가 누구를 바라 보는가”, 함께가는 여성 제220호, 2015.
송승현, “성폭력처벌법 제14조 제1항 카메라 등을 이용한 촬영죄의 판단문제”, 법학논총 제24권 제1호, 2017.
안갑철, “성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)죄의 해석 및 적용에 대한 실무상 문제점과 그 개선방향에 관한 연구”, 경희법학 제 54권 제4호, 2019.
양양한, “디지털성범죄 대응방안 연구 - 디지털 포렌식 관점에서 -”, 서울대학교 융합과학기술대학원 석사학위논문, 2019.
오영근, “형사특별법 정비방안(6) 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률”, 한국형사정책연구원 연구총서 제8권 제6호, 2008.
윤지영, “디지털 매트릭스의 여성착취문법: 디지털 성폭력의 작동방식과 대항담론”, 철학연구 제122집, 2018.
이건호, “디지털 영상이용 성폭력과 형사법적 대응방안에 대한 고찰 - 소위 ‘리벤지 포르노’ 논의의 성편향성과 형법 -”, 경찰법연구 제16권 제2호, 2018.
이건호, “성표현물의 음란성 판단기준에 관한 연구 (Ⅱ) - 영미의 논의를 중심으로 -”, 형사정책연구원 연구총서, 2001.
여정호, “저작권 침해 예방을 위한 모바일 포렌식 및 필터링 기술에 대한 연구”, 성균관대학교 석사학위논문, 2012.
이근우, “성폭력처벌법(카메라등이용촬영죄)의 문제점과 개선방안 - 대법원 2018. 8. 30. 선고, 2017도3443 판결 -” , 법조협회 제68권 제1호, 2019.
이승준, “카메라등 이용촬영죄에서의 ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체성’ 판단에 대한 비판적 검토”, 형사정책 제10권 제1호, 2008.
이용식, “성적 표현의 형법적 통제에 대한 비판적 고찰”, 한국형사정책학회 제18권 제1호, 2006.
이정원, “신체촬영범죄의 관련 법률과 수사실무상 쟁점 검토 - 우리나라 판례를 중심으로

-”, 형사법신동향 통권 제62호, 2019.
임지봉, “대법원의 음란성 판단기준에 대한 비판적 검토 - 김인규 교사사건 판결에 대한 분석을 중심으로 -”, 민주법학 제29호, 2005.
이훈동, “한국의 성문화와 형사법”, 외법논집 제25집, 2007.
장다혜・김수아, “온라인 성폭력 범죄의 변화에 따른 처벌 및 규제 방안”, 형사정책연구원 연구총서, 2018.
장다혜・홍영오・김현숙, “젠더 폭력 관련 법체계 개선방안”, 여성가족부, 2018.
정수현, “불법 촬영의 유형과 카메라 등을 이용한 촬영죄로의 포섭”, 공익과 인권 통권 제19호, 2019.
조국, “시각적 성 표현물 및 표현행위의 음란성 판정 기준 비판”, 민주법학 제51호, 2013.
조연하, “인터넷상의 청소년이용 성표현물의 법적 규제체계에 관한 전문가 인식연구; 음란물법 적용의 타당성을 중심으로”, 언론과 사회 제13권 제3호, 2005.
천진호,“성착취와 성착취형 인신매매에 대한 형사법적 대응과 개선방안”, 한국형사정책연구원, 2002.

3. 발표문/토론문

김애라, “디지털 ‘매개성’을 고려한 젠더폭력 가피해 범주의 재설정 필요성”, 제27차 젠더와 입법포럼 <디지털 성착취 근절을 위한 법제도 모색 라운드 테이블> 발표문, 2020. 4. 7.
신성연이, “온라인 성착취 떼가 발견한 법제도의 틈새 - 온라인 시민사회의 재구성이 필요하다” , 제27차 젠더와 입법포럼 <디지털 성착취 근절을 위한 법제도 모색 라운드 테이블> 토론문, 2020. 4. 7.
이진옥, “디지털 성착취 근절을 위한 법 제도 모색 라운드 테이블”, 제27차 젠더와 입법포럼 <디지털 성착취 근절을 위한 법제도 모색 라운드 테이블> 토론문, 2020. 4. 7.
이현숙, “아동 청소년 대상 디지털 성범죄 입법과제”, 27차 젠더와 입법포럼 <디지털 성착취 근절을 위한 법제도 모색 라운드 테이블> 토론문, 2020. 4. 7.
윤덕경, “디지털 성범죄 관련 법·제도 현황과 개선과제”, 제27차 젠더와 입법포럼 <디지털 성착취 근절을 위한 법제도 모색 라운드 테이블> 발표문, 2020. 4. 7.
차혜령, “디지털 성범죄 근절을 위한 입법 제안”, 제27차 젠더와 입법포럼 <디지털 성착취 근절을 위한 법제도 모색 라운드 테이블> 토론문, 2020. 4. 7.

4. 국회회의록, 법률개정안

제15대 국회 제198회 제13차 국회본회의 부록1, 1998. 12. 2.

제15대 국회 제198회 제13차 국회본회의, 1998. 12. 2.
제15대 국회 제209회 제1차 국회본회의, 1999. 12. 28.
제18대 국회 제288회 제2차 국회본회의, 2010. 3. 31.
제19대 국회 제311회 제4차 법안심사소위원회, 2012. 11. 14.
제20대 국회 제377회 국회(임시회) 법안심사제1소위원회 법제사법위원회회의록(임시회의록) 제2호, 2020. 4. 29.

의안번호 151088, 권영자의원 대표 발의, ‘성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률중개정법률안’
의안번호 2004943, 2017. 1. 2. 김삼화의원 대표발의, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안’
의안번호 2009174, 2017. 9. 7. 정성호의원 대표발의, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안’
의안번호 2013313, 2018. 4. 27. 이춘석의원 대표발의, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안’
의안번호 2015453, 2018. 9. 12. 윤종필의원 대표발의, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안’
의안번호, 2016718, 2018. 11. 22. 표창원의원 대표발의, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안’
의안번호 2016926, 2018. 11. 29. 김수민의원 대표발의, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안’
의안번호, 2017309, 2018. 12. 7. 권미혁의원 대표발의, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안’
의안번호 2018097, 2019.1.9. 윤상직의원 대표발의, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안’
의안번호 2018199, 2019. 1. 16. 김수민의원 대표발의, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안’
의안번호 2019185, 2019. 3. 13. 윤소하의원 대표발의, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안’
의안번호 2020215, 2019.5.7. 김영호의원 대표발의, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안’
의안번호 2020527, 2019. 5. 21. 이종배의원 대표발의, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안’
의안번호 2023321, 2019.10.30. 진선미의원 대표발의, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안’
의안번호 2023806, 2019. 11. 14. 강창일의원 대표발의, ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률 일부개정법률안’
의안번호 2024529, 2020.1. 20. 이종배의원 대표발의, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안’

의안번호 2024820, 2020. 3. 23. 백혜련의원 대표발의, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안’
의안번호 2024825, 2020. 3. 25. 송희경의원 대표발의, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안’
의안번호 2024830, 2020. 3. 31. 박광온의원 대표발의, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안’
의안번호 2024839, 2020. 4. 9. 박대출의원 대표발의, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안’
의안번호 2024857, 2020. 4. 21. 한정애의원 대표발의, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안’
의안번호 2024874, 2020. 4. 28. 서영교의원 대표발의, ‘초·중등교육법 일부개정법률안’
의안번호 2024875, 2020. 4. 28. 서영교의원 대표발의, ‘유아교육법 일부개정법률안’
의안번호 2024883, 2020. 4. 29. 법제사법위원장, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안’
의안번호 2100496, 2020. 6. 15. 김예지의원 대표발의, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안’
의안번호 2101890, 2020. 7. 14. 서정숙의원 대표발의, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안’

5. 기타

경찰청 보도자료 “불법촬영물 등 전화방 전용 음란물 유통조직 7명 검거”, 2018. 11. 29.
권김현영, 「다시는 그전으로 돌아가지 않을 것이다」, ㈜휴머니스트 출판그룹, 2019.
대한민국 정책브리핑 보도자료, “디지털 성범죄(몰래카메라 등) 피해방지 종합대책”, 홈페이지: http://korea.kr/news/pressReleaseView.do?newsId=156228344 참조.
대한민국 정책브리핑 보도자료, “SNS 이용 성착취 등 디지털 성범죄에 강력 대응 - ‘N번방 사건’ 가담자 전원 엄정 수사 등 대검 지시, 처벌 강화 법 개정 등 추진”, 홈페이지: http://korea.kr/news/pressReleaseView.do?newsId=156381987 참조.
법제사법위원회 검토보고서, “성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안 (김삼화의원 대표발의, 제4943호)”, 2017. 8.
서울특별시, 「불법촬영·유포피해 대응 가이드 시민편, 피해자의 잘못이 아닙니다」, 서울특별시, 2018.
양형위원회 보도자료, “양형위원회 제101차 전체회의 결과”, 2020. 4. 20.
양형위원회, 제101차 정기회의 운영지원단 업무보고 제2020-13호, 2020. 4. 20.
양형위원회, 제101차 정기회의, 전문위원 업무보고 제2020-14호, 2020. 4. 20.
전윤정, 「텔레그램 ‘n번방’ 디지털 성범죄 대책 현황과 개선과제」, 국회입법조사처, 2020.

6. 외국자료

C. McGlynn · E. Rackley · R. Houghton. (2017). "Beyond 'Revenge Porn': The Continuum of Image-Based Sexual Abuse" Feminist Legal Studies, Vol.25.

C. McGlynn · E. Rackley, (2017). "Image-Based Sexual Abuse", *Oxford Journal of Legal Studies,* Vol.37, No.3.

G. Scott · S. Wiencierz · C. Hand. (2019). "The Volume and Source of Cyberabuse Influences Victim Blame and Perceptions of Attractiveness", *Computers in Human Behavior,* Vol.92.

N. Henry · A. Flynn · A. Powell, (2018). "Policing Image-Based Sexual Abuse: Stakeholder Perspecrives", *Police Practice and Research,* Vol.19, No.6.

S. Maddocks. (2018). "From Non-Consensual Pornography to Image-Based Sexual Abuse: Charting the Course of a Problem with Many Names", *Australian Feminist Studies,* Vol.33, No.97.

T. Kirchengast · T. Crofts. (2019). "The Legal and Policy Contexts of 'Revenge Porn' Criminalisation: The Need for Multiple Approaches", *Oxford University Commonwealth Law Journal,* Vol.19, No.1.

W. McCann · A. Pedneault · M. Stohr · C. Hemmens. (2018). "Upskirting: A Statutory Analysis of Legislative Responses to Video Voyeurism 10 Years Down the Road", *Criminal Justice Review,* Vol.43, No.4.

Abstract

The Study on the Concept of 'Sexual Arousal or Shame' in Criminal Law

Lee, SungMin

College of Law, Criminal Law

The Graduate School

Seoul National University

The law reflects what actions does our society perceive as a violence and how we respond to it. This paper explored how we understands and acts upon image-based sexual abuse under the video voyeurism provision of the Special Act on Punishment of Sexual Crimes. This paper was especially focused on critically examining how the courts interpreted the illegality of a voyeurism act. In order to do this, this paper was constituted of four parts. In the first part, this paper introduced definitions and characteristics of image-based sexual abuse. Secondly, reviewed the format and contents of the provision and it's limitations. Thirdly, it criticized legislators and precedents'comprehension of 'sexual arousal or shame.' Also, it investigated when and why the court apply or deny sexual arousal or shame of image-based sexual abuse. As a result, it revealed the court's tendency to neglect the abusive nature of the video voyeurism by heavily relying on the obscenity standards of the criminal law to interpret 'sexual arousal or shame.' In the last part, this paper looked into ideas to reform the provision and suggested to delete 'sexual arousal or shame' concept. This paper concluded that it is necessary to coin new concept to substitute 'sexual arousal or shame.' To appropriately capture abusive nature of the image-based

sexual abuse and properly protect the victim's right of self-determination and dignity, this paper argued that the provision should be reframed to criminalise unilateral sexual objectification of a person's body against his or her will.

keywords : Video voyeurism, Special Act on Punishment of Sexual Crimes, Image-based sexual abuse, Obscenity, Sexual arousal or shame, Amendments.

Student Number **: 2018-20595**