일감법학 | 제54호
2023년 4월 153-176쪽
건국대학교 법학연구소

Ilkam Law Review
Vol.54, Apr., 2023. pp.153-176
The Institute of Legal Studies, Konkuk Univ.

성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반 (카메라등이용촬영 · 반포등)과 피해자의 의사*

-위계에 의한 피해자의 동의가 있는 사안을 중심으로-

The Crime of the Picture

-Taking and the Intention of the Victim-

윤 소 현**
Yun, Sohyun

목 차

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 카메라등이용촬영죄에서 피해자의 동의의 성격 및 유효요건
Ⅲ. 카메라등이용촬영죄에서 위계에 의한 피해자의 동의 문제
Ⅳ. 결어

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제14조 제1항 위반의 카메라등이용촬영죄에 대해서 종래 '도촬행위'를 중심으로 행위객체인 '성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체'에 대하여 논의가 집중되었다. 그러나 피해자가 촬영행위를 인지하였으나 위계 등으로 인하여 하자 있는 의사에 의하여 이를 용인하는 경우가 있다. 이른바 'N번방' 등 디지털 성범죄 사건들이 대표적이고, 특히 피해자가 행위자의 위계로 인해 착오로 동의한 경우가 문제된다.

피해자의 동의의 성질에 관하여 구성요건해당성을 배제하는 양해와 위법성을 조각하는 피해자의 승낙을 구별하고, 양해로서의 동의의 유효요건도 개별 구성요건의 보호법익 등을 고려한 해석에 맡기는 것이 우리 다수설이다. 카메라등이용촬영죄의 피해자

https://doi.org/10.35148/ilsilr.2023..54.153
투고일: 2023. 3. 27. / 심사완료일: 2023. 4. 19. / 게재확정일: 2023. 4. 20.
* 이 논문은 2021년도 건국대학교 KU학술연구비 지원에 의한 논문임
** 건국대학교 법학전문대학원 부교수
Associate Professor, Law School of Konkuk University

의 동의는 구성요건요소임이 법문상 명백하다. 그리고 그 보호법익은 성적 자기결정권인바, 자율성을 본질로 하는 권리임을 볼 때 하자 있는 의사결정은 온전한 성적 자기결정권의 행사라고 볼 수 없다.

따라서 위계에 의하여 피해자가 동의를 한 경우는 카메라등이용촬영죄의 구성요건을 배제하는 유효한 양해라고 볼 수 없다. 나아가 미성년자에 대한 위계간음죄에 있어 중대한 동기의 착오를 포함하는 판례의 입장을 N번방 사건에 대입하면 대가 지급뿐만 아니라 유포행위를 하지 않을 것이라는 점에 대해서 위계가 있었고 이것은 중대한 동기의 착오에 해당한다.

[주제어] 카메라등이용촬영, 피해자의 동의, 성적 자기결정권, 위계, 동기의 착오

Ⅰ. 들어가며

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 '성폭법'이라 약칭) 제14조 제1항 성폭법위반(카메라등이용촬영・반포등)죄는 카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체를 촬영대상자의 의사에 반하여 촬영한 자를 형사처벌하고 있다(이하에서는 동조의 죄를 '카메라등이용촬영죄'라고 약칭). 카메라등이용촬영죄의 구성요건을 살펴보면, 행위주체에는 제한이 없고, 행위객체는 '성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체'이고, 행위태양은 '촬영대상자의 의사에 반하여 촬영'하는 것이다.

종래 위 조문에 대한 논의는 행위객체인 '성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체'가 무엇인지에 대하여 집중되었다.[1] 이에 비해 행위태양인 '촬영대상자의

1) 예를 들어, 이승준, "카메라등 이용촬영죄에서의 '성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체성' 판단에 대한 비판적 검토", 형사정책 제20권 제1호, 한국형사정책학회, 2008 참조; 이승준, "성폭법상 카메라등이용촬영죄에서의 구성요건 해석 문제", 형사판례연구 제17권, 한국형사판례연구회, 2009 참조; 김영철/조현욱, "성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체 부위 해당 여부 -대법원 2014. 7. 24. 선고 2014도6309 판결-", 법학연구 제57권 제3호, 부산대학교 법학연구소 2016 참조; 배상균, "'도촬행위' 현상과 규제에 관한 비교법적 검토 : 성폭력처벌법 제14조를 중심으로", 형사정책연구 제27권 제1호, 한국형사법무정책연구원, 2016, 215-220쪽; 송승현, "성폭력처벌법 제14조 제1항 카메라 등을 이용한 촬영죄의 판단 문제", 법학논총 제24권 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2017 참조; 안갑철, "성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)죄의 해석 및 적용에 대한 실무상 문제점과 그 개선방향에 관한 연구", 경희법학 제54권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2019 참조; 최호진/허정현, "카메라등이용촬영죄의 보호법익에 따른 해석기준에 대한 검토", 법학논총 제44권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2020 참조; 이승준, "이른바 '레깅스 판결'(2019도16258)과 카메라 등 이용촬영죄 해석의 한계 -자유심증의 충돌-", 사법 통권 56호, 사법발전재단, 2021 참조.

의사에 반하여 촬영'하는 행위, 그 중에서도 '의사에 반'한다는 의미와 기준에 대한 논의는 거의 없었다. 단지, '피해자의 동의를 받거나 아니면 추정적 승낙 하에 촬영한 경우에는 성립하지 않는다'는 정도의 개괄적인 해석론[2] 정도만 있었다.[3]

카메라등이용촬영죄에서의 피해자의 의사에 대한 논의가 적었던 이유는, 최근까지 본죄로 처벌되는 주된 범행수법은 '도촬행위'였기 때문으로 생각된다. 도촬행위는 피해자인 촬영대상자가 촬영사실을 알지 못하는 상태에서 몰래 촬영하는 행위[4]이다. 지하철이나 길거리에서 여성의 치마속을 휴대폰 카메라기능을 사용하여 촬영하는 행위, 화장실에 소형카메라를 설치하여 용변을 보는 모습을 촬영하는 행위 등이 그 전형적인 예이다.

도촬행위의 경우 비록 피해자가 불특정하여 그 의사 청취가 현실적으로 불가능하더라도[5] 실무적으로는 피해자의 동의 의사가 없음이 명백한 것으로 간주하고 있다. 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체에 대한 도촬행위에는 추정적 승낙을 인정할 수 없는바, 피해자가 이를 알았다면 허용할 리가 없기 때문이다.

이러한 도촬행위에서 문제되는 것은 피해자의 의사가 아니라 촬영된 신체가 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체인지 여부이다. 촬영 부위가 다리, 무릎이나 발인 경우,[6] 피해자의 전체적인 실루엣을 찍은 경우 등 논쟁의 여지가 있는 사례가 많기 때문이다. 그리하여 종래의 논의들이 주로 행위객체에 집중된 것이다.

그러나 피해자의 진정한 의사에 부합하지 않은 촬영은 피해자 모르게 촬영하는 도촬

---

2) 이주원, 특별형법 제8판, 홍문사, 2022, 509쪽; 손동권/손민정, 주석 특별형법, 율곡출판사, 2022, 180쪽도 연인사이인 피해자가 잠든 사이 나체를 촬영한 경우 묵시적 촬영동의로 볼 수 없다는 판례 소개 외에는 '동의'의 의미에 관한 구체적인 설명은 없다. 박상기/전지연/한상훈, 형사특별법 제3판, 집현재, 2020, 217-219쪽에서도 행위객체에 대해서는 자세하게 설명하나 피해자의 의사에 반한다는 의미에 대하여는 아예 다루지 않고 있다.

3) 단, 최근 카메라등이용촬영죄의 구성요건 전체를 좀 더 자세히 살펴본 논문이 발표되었다. 신이철, "성폭력처벌법상 카메라 등 이용촬영죄의 성립요건", 법학논총 제55집, 숭실대학교 법학연구소, 2023 참조. 이 논문 253-255쪽에 '촬영대상자의 의사에 반하여 촬영'에 대해서 논하고 있는바, 다른 논문들에 비하여 비교적 상세하게 이 부분을 다루고 있다.

4) 동일한 취지의 정의로서, 배상균, 앞의 논문, 201-202쪽.

5) 도촬행위자들은 습벽이 있는 경우가 많아 적발되어 검거되기 전에 이미 도촬행위를 수회, 수십회에 걸쳐서 한 경우가 대부분이다. 또한 도촬행위의 특성상 촬영 부위가 피해자 신체 일부분이거나 전신이라도 뒷모습인 경우가 많다. 따라서 행위자가 도촬행위 현장에서 적발, 검거되더라도 해당 범행의 피해자 외에 도촬행위자의 카메라에 저장된 피해자들의 신원은 확인할 수 없는 경우가 대부분이다.

6) 예를 들어, 재래식 화장실에 소형카메라를 설치하여 용변을 보기 직전과 직후의 무릎 아래 다리 부분을 촬영한 사건인 대법원 2014. 7. 24. 선고 2014도6309 판결 사안이 있었다. 참고로 위 사건의 항소심과 대법원은 피해자의 의사, 촬영장소 및 의도, 촬영각도 등을 고려하여 행위객체로 인정하였다. 이 사안의 자세한 내용은 김영철/조현욱, 앞의 논문, 151-153쪽 참조.

행위만 있는 것이 아니다. 피해자가 촬영을 인식하더라도 촬영행위자의 협박에 의하여 어쩔 수 없이 용인하는 경우도 있다. 나아가 피해자가 행위자의 위계에 의하여 속아서 촬영행위에 동의하는 경우도 있다. 이러한 경우를 모두 카메라등이용촬영죄에서 말하는 '피해자의 의사에 반하는 촬영'으로 볼 수 있을까?

이러한 점은 특히 최근에 발생하고 있는 이른바 'N번방' 등 디지털 성범죄[7] 사건들에서 문제되었다. 이 유형의 범행에서는, 행위자들이 피해자들의 신체촬영물을 얻어 유포하는데, 도촬행위로 얻는 것이 아니라 위계나 협박에 의하여 피해자 스스로 신체 촬영물을 찍게 하는 경우가 많기 때문이다.

그 전형적인 범행수법 중 하나를 제시하자면 다음과 같다. 행위자가 인터넷으로 피해자에게 접근하여 스폰서를 소개해주겠으니 우선 소개용의 은밀한 신체촬영물을 찍어서 전송해달라고 한다. 피해자가 행위자가 지시하는대로 촬영물을 찍어서 전송하면 행위자는 이를 빌미로 유포하겠다고 협박하고 이에 겁을 먹은 피해자로 하여금 심각하고 변태적인 성적 촬영물을 찍어서 보내게 한다. 이후 행위자는 피해자와의 약속을 어기고 전송받은 촬영물을 인터넷에 유포해버린다.[8]

이러한 사안에서, 협박에 의하여 심각한 성적 촬영물을 찍게 한 행위에 대하여는 카메라등이용촬영죄가 성립됨에 문제는 없다. 외형적으로 피해자가 동의했더라도 내심으로는 피해자가 동의하지 않았음이 피해자와 행위자 모두에게 명백하기 때문이다. 그런데 범행 초기에 위계에 의하여 성적 촬영물을 찍게 한 행위도 카메라등이용촬영죄에 해당하는지는 좀 더 논의가 필요하다. 이 경우에는 내심으로도 피해자가 동의하였고 다만 피해자가 위계 사실을 알았다면 동의하지 않았으리라는 가정적 상황만이 존재하기 때문이다.

---

7) '디지털 성범죄(Digital Sexual Crime)'는 신종 범죄 유형으로서 그 정의는 학자마다 조금씩 다르나 한국여성인권진흥원은 이를 "디지털 기기 및 정보통신기술을 매개로 온・오프라인상에서 발생하는 젠더기반폭력"을 폭넓게 지칭하는 것이라고 정의하고 있다. 그리고 그 유형을 촬영물 이용 성폭력, 아동・청소년 대상 성폭력, 사이버 공간 내 성적 괴롭힘으로 나누고 있다. 촬영물 이용 성폭력에 본고의 대상인 불법 촬영(성폭법 제14조 제1항) 및 유포, 재유포(성폭법 제14조 제2항, 제3항 및 정보통신망 및 이용촉진에 관한 법률 제44조의 7), 유포협박(성폭법 제14조의3 등) 등이 있다. 아동・청소년 대상 성폭력은 아동 대상 성착취 및 그루밍 성범죄를 말하는 것으로서 아동・청소년 성보호에 관한 법률의 아동・청소년성착취물의 제작・배포(동법 제11조), 아동・청소년에 대한 성착취 목적 대화(동법 제15조의2) 등을 포함한다. 한국여성인권진흥원, "디지털 성범죄", <https://www.stop.or.kr/modedg/contentsView.do?ucont_id=CTX000068&srch_menu_nix=5hpWUOqC&srch_mu_site=CDIDX00005>, 검색일 : 2023. 3. 24.

8) 한겨레21, "'n번방'은 왜 되풀이되나", 2022. 9. 1, <https://h21.hani.co.kr/arti/society/society_general/52511.html>, 검색일 : 2023. 3. 14.
YTN, "제 2의 'n번방 사건'...반복되는 디지털 성착취, 처벌 방법은?", 2022. 9. 19, <https://www.ytn.co.kr/_ln/0103_202209191728022246>, 검색일 : 2023. 3. 14.

사실 개정 성폭법 제14조의3은 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 촬영물 또는 복제물을 이용한 협박 또는 강요행위를 처벌하고 있고 그 법정형도 성폭법 제14조 제1항의 법정형보다 높다. 따라서 기왕에 얻어낸 신체촬영물을 빌미로 협박하여 더 심각한 신체촬영물을 찍게 한 경우 굳이 성폭법 제14조 제1항에 의한 처벌 여부를 다툴 실익이 없다. 그러나 위계에 의한 동의로 신체촬영물을 찍은 경우에는 성폭법 제14조의3과 같은 특별한 처벌조항이 없다. 따라서 피해자가 행위자의 위계로 인하여 촬영에 동의한 경우 성폭법 제14조 제1항 카메라등이용촬영죄의 행위태양인 '촬영대상자의 의사에 반하여 촬영'인지 여부를 논할 실익이 있게 된다.

Ⅱ. 카메라등이용촬영죄에서 피해자의 동의의 성격 및 유효요건

1. 피해자의 동의 내지 승낙의 법적 성격

피해자의 동의 내지 승낙의 법적 성격에 대하여는 이를 구성요건해당성을 조각 내지 배제하는 양해(Einverständnis)와 위법성을 조각하는 승낙(Einwilligung)으로 구별하는 견해(구별설)[9]와 이를 구성요건해당성을 조각[10]하거나 위법성을 조각하는 요건으로만 이해하는 견해(통합설)[11]가 있고, 구별설이 독일과 우리나라의 다수설을 차지하고 있다.[12]

9) 이재상/장영민/강동범, 형법총론 제11판, 박영사, 2022, 286-287쪽; 신동운, 형법총론 제14판, 법문사, 2022, 337-340쪽; 김성돈, 형법총론 제7판, SKKUP, 2021, 327-334쪽; 임웅, 형법총론 제3정판 보정, 법문사, 2011, 257쪽; 손동권, "양해·승낙의 구분에 따른 구체적 법 효과 차이의 문제", 형사법연구 제23권 제3호, 한국형사법학회, 2011, 92-94쪽; 권오걸, "피해자의 승낙과 양해", 법학논고 제20권, 경북대학교 법학연구소, 2004, 34쪽; 황태정, "형법상 동의의 법적 효과와 한계", 형사법연구 제19권 제2호, 한국형사법학회, 2007, 69쪽; 이정원, "법익주체의 동의로서 승낙과 양해", 법학논총 제16권 제2호, 조선대학교 법학연구원, 2009, 9-10쪽; 하태훈, "승낙의 의사표시의 흠결과 주거침입죄의 성부", 형사판례연구 제6권, 한국형사판례연구회, 1998, 228-230쪽 등.

10) 김일수/서보학, 새로 쓴 형법총론 제13판, 박영사, 2018, 166-715쪽; 한정환, "범죄구성요건의 실현에 대한 양해와 승낙", 형사법연구 제14권, 한국형사법학회, 2000, 126쪽 및 133-134쪽.

11) 박상기, 형법총론 제8판, 박영사, 2009, 207쪽; 배종대, 형법총론 제15판, 홍문사, 2021, 291-292쪽.

12) 로마법 이래 피해자의 승낙은 위법성조각사유로 인정되어 왔다(이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 285-286쪽; 손동권, 앞의 논문, 91쪽). 그러다가 1953년 독일의 Geerds의 박사학위논문("Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht")에서 구성요건해당성을 조각하는 양해와 위법성을 조각하는 승낙에 관한 논의가 비롯되었고 그 이후 구별설이 독일의 통설을 차지하게 되었다. 그러나 독일에서는 1970년대에 들어오면서 피해자의 동의는 모두 구성요건해당성 배제사유라고 보는 입장이 유력해지고 있다(권오걸, 앞의 논문, 5-6쪽).

구별설의 주된 논거는, 형법상 대부분의 범죄는 피해자가 법익을 처분할 수 있으나 그 법익 자체에는 사회적으로 중요성이 인정되는 것인데, 일부 범죄는 그 불법의 본질이 오로지 피해자의 의사에 반하는 것에만 있어 그 법익 처분도 "오로지" 피해자의 자율적 처분권에 맡겨져 있다는 것이다.[13] 따라서 전자의 경우에는 피해자의 동의가 있어도 원칙적으로 구성요건해당성은 인정되고 다만 위법성이 조각될 여지가 있는 것이나, 후자의 경우에는 구성요건적 실행행위 자체를 인정할 수 없다.[14]

우리 판례는 형법 제24조 피해자의 승낙은 위법성을 조각하는 것으로 보는 반면[15]에 별도로 '양해'라는 용어를 사용하고 있지는 않지만 절도죄에서의 동의는 절도죄의 절취행위에 해당하지 않는 것, 즉 구성요건해당성을 조각하는 것으로 보아,[16] 구별설을 취하는 것으로 생각된다.

구별설은 다시 양해의 법적 성격을 어떻게 보느냐에 따라 사실적 성질설과 개별설로 나뉜다.

사실적 성질설[17]은 양해를 순수히 사실적인 것으로 파악한다. 그리하여 이 학설에

주지하다시피, 우리 형법은 제24조 총칙 부분에 피해자의 승낙을 규정하고 있으나, 독일 형법은 상해죄에만 규정하고 있다. 독일의 통설은 이를 상해죄 외의 개인적 법익에 대한 죄의 공통적인 위법성조각사유로 보았으나, Geerds의 논문 발표 이후 구별설이 출현하였다(권오걸, 위의 논문, 5쪽).

13) 손동권, 앞의 논문, 93쪽.

14) 동지(同旨)의 설명으로, "신체의 온전성, 명예 또는 개인의 비밀과 같은 일정한 법익은 처분권자의 의사를 넘어서 사회생활의 이익으로 보호되는 것이며 헌법에 의하여 보호되는 이익이다. 이 경우 처분권자의 승낙은 일정한 요건 아래 위법성이 조각되는 위법성조각사유에 불과하며, 구성요건 해당성을 배제하는 양해와 구별하는 것이 타당하다(이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 287쪽)", "피해자의 동의가 '양해'인지 '승낙'인지는 당해 법익이 오로지 피해자의 개인적 처분권의 객체가 되는가 아니면 당해 법익에 대해 사회적 관점에서의 의미 내지 가치가 부여되어 있는가에 따라 판단될 수 있다(김성돈, 앞의 책, 330쪽)", "일반적으로 볼 때 구체적인 구성요건표지가 처음부터 법익주체의 자유로운 자기결정권을 전면에 내세우지 아니하는 경우에는 일단 형법 제24조가 규정한 피해자의 승낙으로 보아야 할 것이다(신동운, 앞의 책, 338쪽)" 참조.

15) 대법원 1985. 12. 10. 선고 85도1892 판결. "형법 제24조의 규정에 의하여 위법성이 조각되는 피해자의 승낙은 개인적 법익을 훼손하는 경우에 법률상 이를 처분할 수 있는 사람의 승낙을 말할 뿐만 아니라 그 승낙이 윤리적, 도덕적으로 사회상규에 반하는 것이 아니어야 한다."

16) 대법원 1990. 8. 10. 선고 90도1211 판결. "피고인이 피해자에게 이 사건 밍크 45마리에 관하여 자기에게 그 권리가 있다고 주장하면서 이를 가져간 데 대하여 피해자의 묵시적인 동의가 있었다면 피고인의 주장이 후에 허위임이 밝혀졌더라도 피고인의 행위는 절도죄의 절취행위에는 해당하지 않는다."
이외에 대법원 1983. 5. 24. 선고 82도1426 판결. "공문서의 위조라 함은 행사할 목적으로 공무원 또는 공무소의 문서를 정당한 작성권한 없는 자가 작성권한 있는 자의 명의로 작성하는 것을 말하므로, 공문서인 기안문서의 작성권한자가 직접 이에 서명하지 않고 피고인에게 지시하여 자기의 서명을 흉내내어 기안문서의 결재란에 대신 서명케 한 경우라면 피고인의 기안문서 작성행위는 작성권자의 지시 또는 승락에 의한 것으로서 공문서위조죄의 구성요건 해당성이 조각된다"는 것을 대법원이 피해자의 승낙이 구성요건해당성을 조각시키는 것으로 인정했다고 설명하는 경우(김성돈, 앞의 책, 328쪽)도 있으나 공문서위조죄의 명의자는 피해자가 아니기 때문에 다소 적절하지 않다고 생각된다.

의하면 "의사능력 있는 자"의 "현실적인 내적 동의"만 있으면 양해가 인정된다.[18] 즉, 피해자가 내심으로 동의의사만 있으면 족하고 외부적으로 표시되거나 상대방이 인식할 필요가 없고 나아가 그 의사에 하자가 있거나 양해를 한 자가 미성년자나 주취자와 같이 판단능력이 결여된 경우라도 자연적 의사능력만 있으면 유효하다고 설명한다. 이에 대해 승낙은 법적 또는 규범적 성격을 가지고 있어 승낙을 하는 자에게는 판단능력을 요하고 의사표시의 하자가 있는 경우 그 승낙의 효력은 없다고 본다. 이러한 구별의 이유에 대해서는 양해는 순수히 사실적인 의미이므로, 규범적으로 평가하여야 하는 법익주체의 의사의 질(質) 문제에 결부시킬 수 없기 때문[19]이라고 설명한다.

이에 대해 우리나라의 다수설인 개별설[20]은, 양해의 요건은 "개별적인 구성요건의 내용과 기능, 그 보호법익의 본질에 의하여 좌우되는 구성요건요소의 해석문제"[21]라고 보아 개개 구성요건의 해석에 따라 양해의 유효요건이 달라진다고 본다.

생각건대, 형법상 피해자의 동의는 다양한 스펙트럼을 가지고 있다. 어떠한 범죄는 피해자의 의사에 반하는 것이 범죄의 본질이다. 예컨대 절도죄의 경우 피해자의 동의하의 물건의 취거는 아예 '절취행위'라고 볼 수 없다. 반면 어떤 범죄는 피해자의 의사에 반하는 것이 본질은 아니고 다만 그 처벌에 있어 고려해야 한다. 상해의 경우가 그러한 경우일 것이다.[22] 따라서 통설인 구별설이 타당하다.[23]

그리고 구별설 중에도 개별설이 타당하다고 생각된다. 양해를 순수한 사실적 성격의 것으로, 승낙을 규범적 성격의 것으로 구별하여 전자는 판단능력, 의사의 하자 여부 및 의사의 대외적 표시 여부를 고려하지 않는 것으로 일률적으로 해석하면 개별 구성요건이 보호하려는 법익의 취지에 반하는 경우가 발생하기 때문이다. 본고의 논의 대상인 성적 자기결정권이 보호법익인 범죄들이 바로 그러한 경우이다. 이에 대해서는 아래에서 더 자세히 살펴본다.

---

17) 위 Geerds의 견해였다. 우리 학설 중 같은 입장은 하태훈, 앞의 논문, 228-231쪽 및 이정원, 앞의 논문, 18-19쪽 참조.

18) 하태훈, 앞의 논문, 14쪽 및 손동권, 앞의 논문, 96쪽 참조.

19) 이정원, 앞의 논문, 18쪽.

20) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 288쪽; 김성돈, 앞의 책, 331쪽; 임웅, 앞의 책, 257-258쪽; 손동권, 앞의 논문, 111쪽; 권오걸, 앞의 논문, 11쪽.

21) 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 288쪽.

22) 이외에 피해자의 동의가 아무런 효력이 없는 영역이 살인죄로서, 피해자의 동의에 의한 살인은 촉탁살인 내지 승낙살인으로 감경처벌될 뿐이다.

23) 참고로, 형법상 피해자의 동의를 모두 구성요건배제사유로 보는 견해 중 유력설은, "피해자의 승낙에 있어서 승낙자는 자유로운 의사로 진지하게 승낙을 표시해야 한다. 만약 기망·착오·강박 등이 있을 때에는 의사흠결이 있게 된다. 이처럼 의사흠결상태에서 행하여진 피해자의 승낙은 유효한 승낙이 아니다(김일수/서보학, 앞의 책, 174쪽)"라고 설명하고 있다.

2. 카메라등이용촬영죄에서 피해자의 동의의 성격 및 유효요건

2.1 카메라등이용촬영죄의 피해자의 동의의 법적 성격

성폭법 제14조 제1항의 카메라등이용촬영은 법문상 명확하게 “촬영대상자의 의사에 반하여 촬영”할 것을 요구한다. 따라서 촬영대상자, 즉 피해자의 의사에 반한다는 것은 객관적 구성요건요소에 해당한다.[24] 반대로 피해자의 동의가 있는 경우에는 구성요건해당성을 배제하는 ‘양해’가 된다.

우리 형법전에서 피해자의 의사에 반할 것을 구성요건요소로 명기한 경우는 매우 드물지만 없지는 않다.[25] 형법 제331조의2 자동차등불법사용죄에서 ‘권리자의 동의 없이’가 그것이다. 그러나 성범죄 내지 성폭력범죄에 있어 단순히 피해자의 의사에 반하는 것을 구성요건요소로 명기한 예는 드물다. 피해자의 의사에 반하는 간음 내지 추행의 경우에는 단순히 피해자의 의사에 반할 것을 요건으로 하는 경우는 없고 원칙적으로 폭행, 협박에 의할 것을 요구하고 미성년자 등의 경우에는 위계, 위력에 의하여 피해자의 의사에 반할 것을 요건으로 하고 있다. 따라서 소위 ‘기습추행’[26]에 있어 강제추행의 구성요건요소인 폭행이 인정되는지 여부가 문제되고, ‘비동의’ 간음의 입법 여부가 논쟁의 대상이 된다.

그런데, 카메라등이용촬영죄는 단순히 ‘촬영대상자의 의사에 반하여 촬영’할 것만을 요구하며 의사에 반하는 촬영의 수단을 폭행, 협박 등에 제한하지 않고 있다. 따라서 카메라등이용촬영죄에서는 순수하게 피해자의 유효한 동의의 유무가 문제된다. 동죄의 ‘동의’는 구성요건해당성을 배제하는 ‘양해’이므로, 사실적 성질설에 의하면 위계나 위

24) 신이철, 앞의 논문, 253-254쪽에서도 카메라등이용촬영죄에서의 피해자의 동의를 구성요건요소로 다루고 있다.

25) 피해자의 동의를 모두 구성요건해당성을 배제하는 취지로 해석하는 한정환, 앞의 논문, 제121쪽은 ‘한국형법에서 피해자의 의사에 반할 때에만 실현된다고 명기한 구성요건은 없으므로, 모든 범죄구성요건에서 동의가 있을 경우 구성요건요소와 구성요건이 실현되었는가 아닌가는 개개 구성요건을 어떻게 해석할 것인가의 문제이다’라고 기재하고 있으나 이는 오류라고 생각한다. 본고의 대상인 카메라등이용촬영죄는 1998년 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법의 전신인 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률에 신설되었고 형법상 자동차등불법사용죄도 1995년경에 형법전에 도입되어 모두 위 논문 이전에 입법된 바 있기 때문이다.

26) 우리 대법원은 “강제추행죄는 상대방에 대하여 폭행 또는 협박을 가하여 항거를 곤란하게 한 뒤에 추행행위를 하는 경우 뿐만 아니라 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 경우도 포함되며, 이 경우의 폭행은 반드시 상대방의 의사를 억압할 정도의 것일 필요는 없다(대법원 2015. 9. 10. 선고 2015도6980 판결)”라고 판시하고 있다. 결국 실무상으로는 기습적인 추행의 경우에는 피해자의 의사에 반하는 것 외에는 추가적인 폭행행위를 요하지 않고 있다.

력에 의하여 하자 있는 동의인 경우에도 피해자의 동의로 인정할 것이다. 그러나 개별설에 의하면 개개 구성요건의 보호법익의 본질 등을 살펴서 하자 있는 피해자의 동의의 유효 여부를 결정해야 한다.

본고는 개별설에 따르고 있으므로 피해자의 동의의 유효요건을 결정하기 위하여 먼저 카메라등이용촬영죄의 보호법익에 대하여 살펴보고자 한다.

2.2 카메라등이용촬영죄의 보호법익

성폭법 제14조 제1항 카메라등이용촬영죄의 보호법익에 대하여 우리 헌법재판소는 "피해자의 성적 자기결정권 및 일반적 인격권 보호, 사회의 건전한 성풍속 확립"을 보호법익으로 한다고 판시하기도 하고,[27] "인격체인 피해자의 성적 자유 및 함부로 촬영당하지 않을 자유"라고 판시[28]하기도 한다. 우리 대법원은 위 헌법재판소의 판시를 모두 원용하여 "피해자의 성적 자기결정권 및 일반적 인격권 보호, 사회의 건전한 성풍속 확립을 그 보호법익으로 하며, 구체적으로 인격체인 피해자의 성적 자유와 함부로 촬영당하지 아니할 자유를 보호하기 위한 것"[29]이라고 판시하고 있다.

위 판시를 분석하면 우선 대법원 및 헌법재판소는 본죄의 주된 보호법익을 '성적 자기결정권' 내지 '성적인 자유'로 보고 있다. 헌법재판소가 '성적 자기결정권'과 '성적인 자유'를 혼용하여 쓰고 있고, 대법원도 마찬가지인 점을 고려하면 양자는 같은 의미로 사용되는 것으로 판단된다.[30] 우리의 통설도 성적 자유 내지 성적 자기결정권을 카메라등이용촬영죄의 보호법익으로 보고 있다.[31] 성적 자기결정권의 근거에 대하여, 헌법재판소는 헌법 제10조의 인격권과 행복추구권에서 개인의 자기운명결정권이 전제[32]된다

27) 헌법재판소 2016. 12. 29. 선고 2016헌바153 결정.

28) 헌법재판소 2015. 7. 30. 선고 2014헌마340 결정.

29) 대법원 2020. 12. 24. 선고 2019도16528 판결. 이전 대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도7007 판결에서는 '인격체인 피해자의 성적 자유와 함부로 촬영당하지 아니할 자유를 보호하기 위한 것'이라고만 판시하였는데 위 판결에서는 위 양자를 모두 언급하였다.

30) 후술하는 것처럼 강제추행죄를 포함한 "우리 형법 제2편 제32장"의 보호법익을 "성적 자기결정권"으로 판시하기도 하고, 성적 자기결정권이 보호법익인 강제추행죄의 '추행'에 대하여 "객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것"으로 판시(대법원 2015. 9. 10. 선고 2015도6980 판결)하는 등 혼용하여 사용하고 있다.

31) 최호진/허정현, 앞의 논문, 246-247쪽; 신이철, 앞의 논문, 238-240쪽; 손동권/손민정, 앞의 책, 179쪽.

32) 이렇게 헌법재판소는 헌법 제10조의 인격권과 행복추구권을 성적 자기결정권의 헌법적 근거로 보고 있는데, 헌법학에서는 헌법 제10조 후단의 행복추구권에서 찾는 견해, 헌법 제10조 인간으로서의 존엄과 가치 및

고 보고 있으므로 헌법 제10조가 근거가 된다.

성적 자기결정권에 포함되는 구체적인 권리에 대해서 우리 헌법재판소는 성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적 자기결정권이 있다고 판시[33]하고 있다.

이에 더하여 우리 대법원은 이른바 '레깅스 판결'[34]에서 "성적 자유는 소극적으로 자기의 의사에 반하여 성적 대상화가 되지 않을 자유를 의미한다"라고 판시하였다. 성적 자기결정권을 성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 결정권에만 한정한다면 전술한 도촬행위, 특히 공개된 장소에서 의복을 입은 피해자의 특정 신체 부위를 수치심을 유발하도록 근접・집중하여 촬영하는 행위는 제외될 수 있기 때문이다. 카메라등이용촬영죄는 "이른바 '몰래카메라'의 폐해가 사회문제가 되면서 (중략) 신설된 조항"[35]이므로 이러한 입법 취지를 고려하면 대법원의 판시와 같이 성적 자유의 내용을 확장하는 것이 필요하다.

다음, 카메라등이용촬영죄의 부수적 보호법익으로서 헌법재판소와 대법원은 첫째 로 '함부로 촬영당하지 않을 자유'를 들고 있다. '함부로 촬영당하지 않을 자유'의 구체적인 내용은 판시된 바 없으나, 그 법적 성격에 대해서 우리 헌법재판소는 일반적 인격권의 일종으로 보고 있다.[36] 두 번째로는 '사회의 건전한 성풍속 확립'을 보호법익으로 들고 있다.

그러나 카메라등이용촬영죄는 공연음란죄 같은 사회적 법익에 관한 죄가 아니라 개인적 법익에 관한 죄로서 성적 자기결정권이 주된 보호법익이므로 '사회의 건전한 성풍속 확립'을 부수적으로라도 보호법익으로서 거론하는 것은 문제가 있고, 이를 부수적 보호법

헌법 제37조 제1항에 찾는 견해, 헌법 제10조 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권에서 찾는 견해, 헌법 제17조 사생활의 자유에서 찾는 견해 등이 전개되고 있다. 이에 대한 자세한 설명 및 인용은 김종일, "헌법상 성적 자기결정권에 관한 검토", 헌법학연구 제27권 제3호, 한국헌법학회, 2021, 84-85쪽 참조.

33) 헌법재판소 1990. 9. 10. 선고 89헌마82 결정.

34) 대법원 2020. 12. 24. 선고 2019도16258 판결. 피해자의 노출된 신체가 아니라 레깅스를 입은 피해자의 하반신을 촬영한 행위에 대하여 카메라등이용촬영죄의 '성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 신체에 해당하는지 여부는 객관적으로 촬영의 대상인 신체가 어느 부분인지에 따라서만 결정되는 것이 아니'고, '같은 신체 부분이라도 어느 장소에서, 어떤 상황 하에서, 어떤 방식으로 촬영되었느냐에 따라 성적 욕망 또는 수치심을 유발하는지 여부가 달라질 수 있다'고 판시하였다. 위 판결의 사안에서는 위 법리를 적용하여 카메라등이용촬영죄를 인정하였다.

35) 대법원 2020. 12. 24. 선고 2019도16258 판결 참조.

36) 구 성폭법 제14조 제1항에 대한 위헌소원 사건인 헌법재판소 2017. 6. 29. 선고 2015헌바243 결정에서 "심판대상조항은 개인의 초상권 내지 명예권과 유사한 권리로서 일반적 인격권에 포함된다고 볼 수 있는 '자신의 신체를 함부로 촬영당하지 않을 자유'와 '사회의 건전한 성풍속 확립'을 보호하기 위한 것"이라고 판시하였고, 헌법재판소 2019. 11. 28. 선고 2017헌바182 결정에서도 "심판대상조항은 최근 사회적으로 물의가 되고 있는 '몰래카메라'의 폐해를 방지하기 위한 것으로서, '자신의 신체를 함부로 촬영당하지 않을 자유' 등 인격권을 보호하는 것을 목적으로 한다"고 판시하였다.

익으로 꼽는 것은 성범죄 처벌의 목적과 보호법익을 혼동한 결과로 생각된다. 성폭법 제1조는 '성폭력범죄의 피해자의 생명과 신체의 안전을 보장하고 건강한 사회질서의 확립에 이바지함을 목적으로 한다'고 규정하고 있으나 위 법에서 처벌하는 강간, 강제추행죄의 보호법익에 '건강한 사회질서의 확립'이 포함된다고 보기는 어려운 것과 동일하다.

사회적이고 객관적인 관점에서 접근은 카메라등이용촬영죄의 구성요건인 "성적 욕망 또는 성적 수치심을 유발"할 수 있는 사람의 신체의 판단기준에 있어 고려될 뿐이지 보호법익의 문제는 아니다. '레깅스 판결'에서 대법원은 위 신체에 대한 판단의 자료는, "촬영의 대상, 촬영 결과물, 촬영의 방식 등 피해자가 촬영을 당한 맥락, 피해자의 반응"과 같이 "구체적・개별적・상대적"인 것이나, 그 판단기준은 "피해자와 같은 성별, 연령대의 일반적이고 평균적인 사람들의 관점에서도 피고인의 행위가 성적 수치심을 유발할 수 있는 신체를 촬영"한 것인지 여부라고 판시하였다. 이러한 객관적 판단기준의 설정은 죄형법정주의의 명확성의 원칙을 충족시키기 위한 것이고, 사회적 성풍속을 보호하는 것과는 관계가 없다. 성적 자기결정권을 보호법익으로 하는 강제추행죄의 '추행'의 판단기준에도 "일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위"[37]가 포함된 것과 같은 취지이다.

이외의 부수적 보호법익으로서, 일부 학설은 프라이버시권 내지 사생활의 비밀과 자유를 들기도[38] 한다.

비교법적으로 미국은 성인에 대한 비동의촬영행위를 성범죄가 아닌 사생활 침해 범죄로 보고 연방법 제18편 제88장 '사생활(Privacy)'에서 규율하고 있다.[39] 이 장에는 제1801조 영상관음행위(Video Voyeurism) 처벌 조문을 두고 있는바,[40] 동조 (a)항은 "개인의 사적인 신체부위의 모습을 동의 없이 촬영하려고 하는 의도가 있고, 사생활 보호에 대한 개인의 합리적 기대(reasonable expectation of privacy)에도 고의로 그러한 행위를 한 자"는

37) 대법원 2012. 7. 26. 선고 2011도8805 판결. "위 법규정에서의 '추행'이란 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위인 것만으로는 부족하고 그 행위의 상대방인 피해자의 성적 자기결정의 자유를 침해하는 것이어야 한다"

38) 배상균, 앞의 논문, 216쪽.

39) 아동에 대한 성적인 촬영은 아동 포르노로서 별도로 처벌한다. 미국연방법 제18편 제110장 아동에 대한 성적 착취 및 다른 학대(Sexual Exploitation and other Abuse of Children) 참조. 미국 연방의회는 1977년 아동포르노 제작, 판매, 구매 등을 처벌하는 '성적 착취로부터 아동보호법(Protection of Children Against Sexual Exploitation Act of 1977)'을 제정하여 아동포르노를 연방차원에서 최초로 처벌한 이래 현재까지 엄격하게 처벌하고 있다.

40) 2004년 제정된 영상관음방지법(the Voyeurism Prevention Act of 2004)에 의하여 도입되었다.

처벌한다고 규정한다.[41] 이 '사생활 보호에 대한 개인의 합리적 기대'가 무엇인지는 동조 (b)(5)에서 적시하고 있다.[42][43]

그러나 우리법은 미국과 달리 성폭법에 처벌규정을 두고 있어 카메라등이용촬영죄를 성범죄로 보고 있음이 명백하다. 따라서 미국 연방법의 '사생활 보호에 대한 개인의 합리적 기대'와 같이 사생활 침해 범죄로서의 추가적인 구성요건을 설정할 필요가 없고, 공공장소에서의 촬영행위도 처벌의 대상이 될 수 있음은 명백하다.[44]

본죄가 신체 접촉 없이 피해자를 촬영함으로써 성립하는 범죄이므로 프라이버시 침해 측면이 있는 것은 사실이나, 성적 자기결정권과 함부로 촬영당하지 않을 권리는 프라이버시권의 영역보다 더 넓은 영역을 포함하고 있다. 또한, 현재로서는 프라이버시권을 별도로 보호법익으로 인정할 실익이 보이지도 아니한다. 오히려 사적 영역에서의 보호를 지나치게 강조하게 되면 공적 영역에서의 성적 자기결정권의 보호와 상충될 우려도 있다.

이렇게 우리법 조문의 체계에 반하고 보호법익으로 추가 설정할 실익도 없으므로 프라이버시권은 별도의 보호법익으로 보지 않음이 상당하다.

종합하면, 카메라등이용촬영죄의 보호법익은 헌법 제10조의 인격권 및 행복추구권에서 파생된 성적 자기결정권 내지 성적인 자유가 주된 보호법익이고, 부수적 법익으로서 함부로 촬영당하지 않을 권리로 봄이 상당하다. 또한 성적 자기결정권 내지 성적인 자유에는 최근 대법원이 판시한 것처럼 '소극적으로 자기의 의사에 반하여 성적 대상화가 되지 않을 자유'도 포함시킴이 타당하다.

---

41) US Office of the Law Revision Counsel, "§1801. Video voyeurism", <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title18-section1801&num=0&edition=prelim>, 검색일 : 2023. 3. 25.

42) (5) "사생활에 대한 개인의 합리적인 기대가 있는 경우"란 다음 각 목 중 하나를 의미한다. (A) 이성적 사고 능력이 있는 자연인이, 사적으로(in privacy), 개인의 사적인 신체부위의 이미지가 촬영될 것을 우려하지 않고 탈의할 수 있다고 신뢰하는 경우, (B) 이성적 사고 능력이 있는 자연인이 공공 장소나 사적 장소(in a public or private place)에 관계 없이 개인의 사적인 신체부위가 대중에 보이지 아니한다고 신뢰한 경우.

43) 비동의 촬영은, 지하철 등 공중에 공개된 장소에서 치마 속(upskirting)이나 상의에 비치는 가슴(downblousing)을 촬영하는 경우와 사적인 장소에서 신체 부위를 촬영하는 경우가 있다. 비동의 촬영을 프라이버시 침해 범죄로 볼 경우 문제되는 것은 첫 번째 유형이다.
2017년 5월 기준 미국에서 영상관음행위를 처벌하는 법률은 주와 연방을 합해 약 75개가 있는데 그 중 45개 법률에서 '사적 또는 공적인 장소'에 대해 아예 언급하지 않고 있고, '공적인 장소'까지 명백히 언급한 경우는 약 15%에 불과하였다. Cyntha J. Najdowski, "Legal Response to Nonconsensual Pornography : Current Policy in the United States and Future Directions for Research", *Psychol, Pub. Pol'y & L Vol. 23 No. 2*, American Psychological Association, 2017, pp. 154-155 및 p. 157 참조.

44) 동일한 취지로서, 신이철, 앞의 논문, 239쪽 "피촬영자의 개인의 프라이버시에 대한 합리적 기대를 가지는 장소나 상황이라는 요건이 반드시 필요한 것은 아니므로, 공공장소에서의 촬영행위도 처벌의 대상이 된다"는 서술 참조.

2.3 카메라등이용촬영죄의 피해자의 동의의 유효요건

카메라등이용촬영죄의 피해자의 동의는 구성요건해당성을 배제하는 '양해'의 성격을 지녔다. 그리고 카메라등이용촬영죄의 주된 보호법익은 성적 자기결정권 내지 성적 자유이다. 본고가 따르는 개별설에 의하면 개별적인 구성요건의 내용과 기능, 그 보호법익의 본질에 따라 피해자의 동의의 유효요건이 다르다. 구성요건의 내용과 기능을 결정하는 핵심요소는 결국 보호법익이다. 그러므로 아래에서는 카메라등이용촬영죄의 보호법익인 성적 자기결정권의 본질과 연관하여 피해자의 동의의 유효요건을 분석하고자 한다.

성적 자기결정권은 자기운명결정권 내지 자기결정권의 한 종류다. 자기결정권은 헌법상 이를 인정하는 명문의 규정은 없으나 전술한 바와 같이 우리 헌법재판소는 헌법 제10조의 인격권 및 행복추구권에서 헌법적 근거를 찾고 있다. 자기결정권은 그 문리적 의미 그 자체로 "각 개인이 자기의 의사와 책임으로 자신의 인생을 살아가기 위해서 각 개인에게 자기의 운명을 결정하는 권리"[45]이며, 결정에 있어 "자율성"을 근간으로 한다.[46] 이를 볼 때 타인의 위계나 위력에 의하여 결정된 의사는 자신의 의사와 책임에 의하여 자율적으로 자신의 운명을 결정했다고 볼 수 없음이 명백하다.

자기결정권의 일종인 성적 자기결정권도 이와 마찬가지이다. 우리 헌법재판소와 대법원은 "성적자기결정권은 각인 스스로 선택한 인생관 등을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자가 독자적으로 성적 관(觀)을 확립하고, 이에 따라 사생활의 영역에서 자기 스스로 내린 성적 결정에 따라 자기 책임 하에 상대방을 선택하고 성관계를 가질 권리"[47]를 의미한다고 판시하였다. 그러므로 성적자기결정권의 행사도 아무런 하자 없는 의사결정에 의한 경우에만 유효한 행사로 인정될 수 밖에 없다.[48]

하자 있는 의사결정을 온전한 성적 자기결정권의 행사로 볼 수 없다는 것은 우리 형법도 전제하는 것이다. 우리 형법 제2편 제32장의 '강간과 추행의 죄'의 보호법익도 개인의 성적 자유 또는 성적 자기결정권이라고 봄이 법원의 입장[49]이고 학설도 이에

45) 이동훈, "성적자기결정권에 대한 헌법소원: 헌재결 2002. 10. 31. 99헌바 2002헌바50(병합) -형법 제304조 위헌소원과 관련하여-", 비교법학연구 제2권, 한국비교법학회, 2003, 209쪽에서 인용.

46) 동일한 취지로, 김종일, 앞의 논문, 82쪽.

47) 헌법재판소 2002. 10. 31. 선고, 99헌바40 결정 및 대법원 2020. 8. 27. 선고, 2015도9436 전원합의체 판결 참조.

48) 동일한 취지로 김종일, 앞의 논문, 94쪽.

49) 대법원 2019. 6. 13. 선고 2019도3341. "형법은 제2편 제32장에서 '강간과 추행의 죄'를 규정하고 있는데, 이 장에 규정된 죄는 모두 개인의 성적 자유 또는 성적 자기결정권을 침해하는 것을 내용으로 한다. 여기에서

대하여 별다른 이견이 없다.[50] 강간, 강제추행죄에서의 피해자의 동의는 구성요건 해당성을 조각하는 양해의 대표적인 경우이다.[51] 따라서 '강간과 추행의 죄'의 피해자의 동의의 유효요건은 카메라등이용촬영죄의 그것과 동일하게 평가해야 하는데, 위 장에서는 위계나 위력에 의한 미성년자에 대한 위계・위력 간음(제302조), 업무상위계・위력 등에 의한 간음(제303조)과 같은 의사의 하자가 있는 동의에 의한 경우에도 처벌하고 미성년자의제간음・추행(제305조)에 있어서는 판단능력이 미약한 미성년자의 동의능력을 아예 부정하고 있다.[52]

또한 다음 판결들을 살펴보면, 우리 대법원도 하자 있는 의사결정은 온전한 성적 자기결정권의 행사로 보지 아니함을 알 수 있다.

먼저, 대법원은 미성년자에 대한 위계간음의 '위계'의 의미에 대한 사건인 대법원 2020. 8. 27. 선고 2015도9436 전원합의체 판결에서, "아동・청소년이 외관상 성적 결정 또는 동의로 보이는 언동을 하였더라도, 그것이 타인의 기망이나 왜곡된 신뢰관계의 이용에 의한 것이라면, 이를 아동・청소년의 온전한 성적 자기결정권의 행사에 의한 것이라고 평가하기 어렵다"라고 판시한 바 있다.[53]

'성적 자유'는 적극적으로 성행위를 할 수 있는 자유가 아니라 소극적으로 원치 않는 성행위를 하지 않을 자유를 말하고, '성적 자기결정권'은 성행위를 할 것인가 여부, 성행위를 할 때 상대방을 누구로 할 것인가 여부, 성행위의 방법 등을 스스로 결정할 수 있는 권리를 의미한다"

50) 김성돈, 형법각론 제7판, SKKUP, 2021, 191쪽; 오영근, 형법각론 제6판, 박영사, 2021, 139쪽; 이재상/장영민/강동범, 형법각론 제12판, 박영사, 2021, 159쪽; 신동운, 형법각론 제2판, 법문사, 2018, 706쪽; 손동권/김재윤, 새로운 형법각론 제2판, 율곡출판사, 2022, 141쪽 등 참조.
물론, 강간과 추행의 죄에서 보호하는 성적 자유는 성행위를 할 자유가 아니라 성행위로부터의 소극적 자유이다(이재상/장영민/강동범, 형법각론 제12판, 159쪽).

51) 이재상/장영민/강동범, 형법총론 제11판, 288쪽; 김성돈, 형법총론 제7판, 331쪽; 손동권, 앞의 논문, 93쪽; 권오걸, 앞의 논문 6-7쪽 참조.

52) 물론 위 '강간과 추행의 죄'의 기본 구성요건은 강간죄와 강제추행죄이고, 위 죄들은 단순 위계나 위력에 의한 경우 처벌하지 않는다. 그러나 이것은 위 죄들의 구성요건적 행위태양이 '폭행 또는 협박'에 의하여 피해자의 의사에 반하는 간음 또는 추행행위를 할 것을 요하기 때문이지 하자 있는 피해자의 의사도 온전한 성적자기결정권의 행사로서 유효한 동의로 보아서가 아니다. 이미 형법에서 예외적인 경우이지만 위계, 위력에 의한 간음, 추행도 처벌하고 있다.

53) 대법원 뿐만 아니라 우리 헌법재판소도 같은 태도라고 생각된다. 구형법 제304조 혼인빙자간음죄 위헌소원 사건인 헌법재판소 2009. 11. 26. 선고 2008헌바58 결정에서 헌법재판소는 "성인 부녀자의 성적인 의사결정에 폭행, 협박, 위력의 강압적 요인이 개입하는 등 사회적 해악을 초래할 때에만 가해자를 강간죄 또는 업무상 위력등에 의한 간음죄 등으로 처벌받게 하면 족할 것이고, 그 외의 경우는 여성 자신의 책임에 맡겨야 하고 형법이 개입할 분야가 아니라고 할 것이다"라고 하여 혼인을 빙자한 기망에 의한 위 죄의 형사처벌에 대하여 위헌으로 판시하였다. 이 판시를 음미해보면, 기망에 의한 성적 행위는 성적 자기결정권의 침해에는 일단 해당하나 이러한 권리 침해는 형법상 처벌의 대상이 될 분야는 아니라는 취지로 해석된다.

이외에 대법원은 구 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등) 사건에서 "아동·청소년은 성적 가치관과 판단능력이 충분히 형성되지 아니하여 성적 자기결정권을 행사하고 자신을 보호할 능력이 부족한 경우가 대부분"이므로, 영상제작 행위가 "자기결정권의 정당한 행사에 해당하는지 여부"는, "아동·청소년의 나이와 지적·사회적 능력, 제작의 목적과 동기 및 경위, 촬영 과정에서 강제력이나 위계 혹은 대가가 결부되었는지 여부, 아동·청소년의 동의나 관여가 자발적이고 진지하게 이루어졌는지 여부, 아동·청소년과 영상 등에 등장하는 다른 인물과의 관계, 영상 등에 표현된 성적 행위의 내용과 태양 등"을 종합적으로 고려해야 판단해야한다고 판시하였다. 즉, 성적자기결정권을 온전히 행사한다는 것은 피해자의 의사결정이 '자발적이고 진지하게' 이루어져야 하지 그 의사에 하자가 있거나 판단능력이 미약한 상태에서 이루어져서는 안된다는 취지이다.[54]

이에 반해, 양해의 유효요건에 대하여 사실적 성질설을 취하는 견해 중에는 성적 자기결정권을 침해하는 범죄에서 피해자의 동의는 구성요건해당성을 배제하는 양해에 해당하며 법익주체의 판단능력이나 의사의 하자 여부와 관계 없이 법익주체의 내적 동의가 있으면 성립한다고 본다고 설명하는 견해[55]도 있다. 그러나 이러한 해석론은 승낙과 구별되는 양해의 성격의 논의에만 치중하여 개별 구성요건에서 보호하는 보호법익인 '성적 자기결정권'의 본질이 무엇인지를 간과한 것으로 생각된다.

종합하면, 성적 자기결정권의 행사는 하자 없는 의사를 전제로 하므로 행위자의 위력이나 위계에 의하여 피해자가 촬영에 동의한 경우 이것은 카메라등이용촬영죄의 보호법익인 성적자기결정권의 범위 안이라고 볼 수 없다. 오히려 피해자가 스스로 자기운명을 결정하는 자율적 권리를 교묘하게 침해당한 것이다. 그러므로 이러한 동의는 카메라등이용촬영죄의 구성요건해당성을 배제하는 유효한 양해가 아니다.[56]

---

54) 대법원 2015. 2. 12. 선고 2014도11501 판결. 다만, 위 판결은 예외적으로 성적 자기결정권의 정당한 행사로 인정되는 경우 구성요건해당성이 아니라 위법성을 조각하고 있다. 위 판결이 "성적 학대나 착취로부터 아동·청소년을 보호하는 한편 아동·청소년이 책임 있고 건강한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 하려는" 입법목적을 강조하고 있는바, 성적 자기결정권 외에도 위 입법목적을 보호법익의 일종으로 본 것으로 판단된다. 이 부분은 본고 외의 것이므로 각주에서 간략하게만 언급하고자 한다. 위 판례에 대한 분석은, 최준혁, "'아동·청소년이용 음란물'의 '제작'의 해석", 형사법의 신동향 제50호, 대검찰청, 2016, 76쪽 참조.

55) 이정원, 앞의 논문, 15-16쪽.

56) 신이철, 앞의 논문, 254-255쪽도 형식적으로 승낙을 했다고 하더라도 피고인의 거짓말이나 협박에 따라 어쩔 수 없이 촬영요구에 응한 경우 자유로운 의사에 기초한 것이라고 보기 어렵고 오히려 피해자의 의사에 반하는 것이라고 설명하고 있다.

Ⅲ. 카메라등이용촬영죄에서 위계에 의한 피해자의 동의 문제

1. 형법에서 '위계'의 의미

형법전에서 '위계'를 행위수단으로 하는 범죄에는 성범죄 중에는 미성년자에 대한 위계간음(형법 제302조), 업무상위계 등에 의한 간음(형법 제303조), 장애인에 대한 위계간음・추행(성폭법 제6조 제4항, 제5항), 업무상위계등추행(성폭법 제10조 제1항)이 있고, 이외에 위계공무집행방해(형법 제137조), 위계촉탁살인죄(형법 제253조), 위계에 의한 신용훼손죄(제313조), 위계에 의한 업무방해죄(형법 제314조 제1항) 등이 있다.

우리 대법원은 위계에 의한 업무방해죄,[57] 위계공무집행방해죄,[58] 미성년자에 대한 위계간음죄[59] 판례에서 '위계'를 모두 "행위자의 행위목적을 이루기 위하여 상대방에게 오인, 착각, 부지를 일으키게 하여 이를 이용하는 것"[60]이라고 판시하고 있다.[61]

그런데, 주지하다시피 미성년자에 대한 위계간음죄의 '위계'에 대하여 최근 우리 대법원은 그 범위를 확장하였다. 종전에 대법원은 "오인, 착각, 부지란 간음행위 자체에 대한 오인, 착각, 부지를 말하는 것"이고, "간음행위와 불가분적 관련성이 인정되지 않는 다른 조건에 관한 오인, 착각, 부지를 가리키는 것은 아니다"라고 판시하여, 미성년자에게 성교의 대가로 돈을 주겠다고 거짓말을 하여 성교를 한 경우 미성년자에 대한 위계간음죄를 인정하지 아니하였다.[62]

그러나 최근 대법원은 위 입장을 폐기하여, "왜곡된 성적 결정에 기초하여 성행위를 하였다면 왜곡이 발생한 지점이 성행위 그 자체인지 성행위에 이르게 된 동기인지는 성적 자기결정권에 대한 침해가 발생한 것은 마찬가지라는 점에서 핵심적인 부분이라고

57) 대법원 2002. 10. 25. 선고 2000도5669 판결 참조.

58) 대법원 2003. 2. 11. 선고 2002도4293 판결 참조.

59) 대법원 2020. 8. 27. 선고 2015도9436 전원합의체 판결 참조.

60) 학설로는, 형법상 '위계'에는 대법원이 설시하는 것 외에 '유혹'도 포함된다는 견해와 형법이 '유혹'을 수단으로 사용하는 경우에는 '유인'이라는 용어를 별도로 사용한다는 견해 등이 있다. 이에 대한 상세한 내용 및 인용은, 이성일, 조세포탈죄의 형사법적 이해, 박영사, 2023, 205쪽 참조.

61) 나아가 조세범처벌법상 조세포탈죄 등 특별법에서의 위계의 개념도 위 개념과 대동소이하다. 따라서 "형법이든 특별법이든, 개인적 법익이나 국가적 법익을 보호하는 범죄든, 성범죄이든 그 이외의 범죄이든 '위계'의 정의는 다르지 않다(김혜경, "문언의 해석과 객관적 귀속의 관점 -미성년자 위계등 간음죄에서 위계의 해석(대법원 2020. 8. 27. 선고 2015도9436 전원합의체 판결)을 중심으로", 형사법연구 제33권 제1호, 한국형사법학회, 2021, 10쪽)"

62) 대법원 2001. 12. 24. 선고 2001도5074 판결.

하기 어렵다", "피해자가 오인, 착각, 부지에 빠지게 되는 대상은 간음행위 자체일 수도 있고, 간음행위에 이르게 된 동기이거나 간음행위와 결부된 금전적・비금전적 대가와 같은 요소일 수도 있다"라고 판시하였다. 그러나, 행위자의 모든 위계적 언동이 이에 해당하는 것은 아니고 그 중에 "피해자가 성행위를 결심하게 된 중요한 동기를 이룰 만한 사정이 포함되어 있어 피해자의 자발적인 성적 자기결정권의 행사가 없었다고 평가할 수 있어야 한다"라고 판시하였고, 이와 같이 자기결정권 행사와 중요한 동기 사이의 인과관계의 판단 자료로는, "피해자의 연령 및 행위자와의 관계, 범행에 이르게 된 경위, 범행 당시와 전후의 상황" 등을 종합 고려해야 한다고 판시[63]하였다.

종전 판례에 대해서는, 위계의 범위를 부당하게 좁게 해석한다는 비판이 꾸준히 제기되어 왔었다. 위계의 범위가 위력에 비하여 불균형할 정도로 좁고, 따라서 사실상 본죄의 보호대상이 자기결정권 행사능력이 전혀 없는 미성년자만으로 축소된다는 것이다. 그리고 구형법상 혼인빙자간음죄에서의 위계의 태양은 동기의 착오이므로 입법자의 의사는 '위계'의 개념에 동기의 착오를 포함하고 있다는 점도 그 논거로 들고 있었다.[64]

피해자를 속이는 가장 전형적인 수단은 대가 등 동기에 관한 것이고, 위계의 개념에서 이를 제외할 특별한 근거가 없다는 점에서 최근 대법원의 변화된 입장은 타당하다고 생각된다.

2. 카메라등이용촬영죄에서 '위계'의 문제

카메라등이용촬영죄에서 피해자의 의사에 반한 촬영의 구체적인 행위태양에는 제한이 없다. 따라서 폭행, 협박 및 위력, 위계 모두 가능하다는 것은 전술한 바와 같다.

이 중 '위계'의 의미에 대하여, 우리 대법원은 형사법 전반에 거쳐 '위계'에 대하여 대동소이한 정의를 하고 있고, 특히 카메라등이용촬영죄와 미성년자에 대한 위계간음죄의 주된 보호법익은 성적 자기결정권으로 동일하므로, 미성년자에 대한 위계간음죄에서의 '위계'의 개념은 그대로 카메라등이용촬영죄에 전용할 수 있다고 생각된다.

---

63) 대법원 2020. 8. 27. 선고 2015도9436 전원합의체 판결.

64) 법률신문, 홍진영, "위계에 의한 간음죄에서 위계의 의미", 2020. 11. 19, <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=165751&q=%EC%9D%98%ED%95%9C%20%EC%9D%98%EB%AF%B8%20%EC%9C%84%EA%B3%84%EC%97%90%20%EC%9D%98%ED%95%9C%20%EC%9C%84%EA%B3%84%EC%9D%98%20%EC%9C%84%EA%B3%84%EC%97%90%20%EC%9D%98%ED%95%9C%20%EA%B0%84%EC%9D%8C%EC%A3%84%EC%97%90%EC%84%9C%20%EC%9C%84%EA%B3%84%EC%9D%98%20%EC%9D%98%EB%AF%B8>, 검색일: 2023. 3. 17.

최근 대법원도 모델을 시켜주겠다고 속여 만 15세의 미성년자를 간음하고 그 나체를 촬영한 사안에서 미성년자에 대한 위계간음죄를 인정하면서 그와 관련하여 카메라등이용촬영죄까지 인정한 바 있다.[65] 대법원은 피고인이 피해자를 속인 행위는 '간음행위에 이르게 된 동기' 내지 '간음행위와 결부된 비금전적 대가'에 대한 위계로 평가될 수 있고, 이것은 '피해자가 피고인과의 성관계를 결심한 중요한 동기'가 되어 미성년자에 대한 위계간음이 성립하고, 나아가 카메라등이용촬영죄에 있어서도 피고인의 위 행위는 피해자의 의사에 반한다고 볼 여지가 충분하다고 판시[66]하였다. 카메라등이용촬영죄에서의 위계에 의한 피해자의 동의에 대하여는 구체적으로 설시하지는 않았으나 전후 취지를 살펴볼 때 본고의 입장처럼 미성년자에 대한 위계간음과 동일한 판단기준을 적용한 것으로 판단된다.

여기에서 서두에 언급한 'N번방' 등 디지털 성범죄 사건들을 다시 한번 생각해보자.

위 사건들에서 행위자는 피해자에게 스폰서를 소개해주겠다고 속이고 신체촬영물을 찍게 하였다. 이것은 피해자로 하여금 착각에 빠지게 하는 행위이고 착각의 대상은 촬영행위와 결부된 금전적 내지 비금전적인 대가이다.

그런데, 위 'N번방' 등 사건에서 행위자가 피해자에게 기망한 것은 비단 대가적 요소만이 아니다. 행위자는 피해자에게 자신과 스폰서 외에 외부에는 유출하지 않겠다고 약속하고 피해자로부터 신체촬영물을 찍어서 전송하게 한 것이다. 그러나 처음부터 스폰서는 존재하지도 않고, 행위자는 피해자로부터 신체촬영물을 얻어내 이를 영리 등의 목적을 위하여 불특정 다수에게 유포함이 목적이었다. 결국 행위자는 피해자에게 유포하지 않겠다고 기망하여 신체촬영물을 받아낸 것이고, 이때 피해자의 착각의 대상은 촬영행위를 관련 당사자간 비밀로 하겠다는 신뢰이다.

대가적 관계이든 관련 당사자간 촬영행위를 비밀로 하는 신뢰이든 이것은 촬영행위 자체에 대한 착오라고 보기는 어렵고 촬영행위와 연관된 동기에 대한 착오이다. 종전 판례에 의하면 아예 '위계'에 해당하지 않겠지만 변경된 위 2015도9436 전원합의체 판결에 의하면 '위계'에 해당할 여지가 있다.

문제는 이러한 사정들이 "피해자가 촬영행위를 결심"하게 된 "중요한" 동기를 이룰

65) 대법원 2022. 4. 28. 선고 2021도9041 판결. 원심은 "하자 있는 동의에 의하여 신체를 촬영한 행위에 대하여는 명확한 처벌규정이 없는 점" 등을 들어 무죄 판시하였으나 대법원은 이를 파기환송하였다.

66) 위 판결의 판시 내용 중 "피해자가 피고인에 대하여 자신의 신체 촬영을 승낙한 것은 피해자의 자유로운 의사에 기초한 것이라고 보기 어렵고, 따라서 피고인의 위 행위를 피해자의 의사에 반한다고 볼 여지가 충분하다" 참조.

만한 사정들인지 여부이다. 미성년자에 대한 위계간음과 달리 성인에 대한 카메라등이용촬영의 경우에는 단순히 대가를 속인 것만으로는 "중요한" 동기를 이룰 만한 사정을 부정할 여지가 있다. 그러나 촬영행위를 관련 당사자간 비밀로 하겠다는 신뢰는 촬영행위를 결심하게 된 중요한 동기임이 명백하다. 만약 행위자가 약속을 어기고 유포할 것을 미리 알았다면 성인이라도 촬영요구에 응하지 아니하였을 것이기 때문이다.[67]

따라서 위 'N번방' 등 디지털 성범죄 사건에서, 변경된 판례 취지에 따르면 위계에 의하여 피해자의 하자 있는 동의가 있었고, 이것은 카메라등이용촬영죄의 주된 보호법익인 성적 자기결정권을 고려할 때 그 구성요건해당성을 배제할 수 있는 유효한 동의가 아니므로 동죄가 성립된다고 생각된다.

Ⅳ. 결어

카메라등이용촬영죄는 피해자의 의사에 반한 촬영일 것을 명시적으로 요구하고 있으며, 그 의사에 반하는 촬영행위의 행위태양을 제한하지 아니한다. 이것은 성폭법 제14조 제2항의 성적 촬영물의 비동의 유포, 성폭법 제14조의2 허위영상물[68]의 비동의편집・합성・가공 및 비동의반포에서도 동일하다. 종래의 전형적인 성범죄들에서 피해자의 의사

67) 사실 N번방 등의 디지털 성범죄 사건의 카메라등이용촬영죄와 관련된 추가적인 논점으로는, 피해자를 이용한 간접정범 성립 여부가 있다. 행위자가 직접 촬영하는 것이 아니라 피해자로 하여금 촬영하게 한 후 전송받는 형태이기 때문이다. 우리 대법원은 같은 성범죄인 강제추행에 있어 "강제추행죄는 (중략) 정범 자신이 직접 범죄를 실행하여야 성립하는 자수범이라고 볼 수 없으므로, 처벌되지 아니하는 타인을 도구로 삼아 피해자를 강제로 추행하는 간접정범의 형태로도 범할 수 있다(대법원 2018. 2. 8. 선고 2016도17733 판결)"고 판시한 바 있다. 강제추행죄는 사실 신체적 접촉을 요하므로 자수범 문제가 불거졌으나 카메라등이용촬영죄의 '촬영'은 행위자가 직접 할 필요가 없음이 명백하다. 따라서 카메라등이용촬영죄에서 타인을 이용한 간접정범 성립이 가능하고, 위 대법원 2018. 2. 8. 선고 2016도17733 판결 법리를 응용하면 그 타인에는 피해자도 포함될 수 있다.
실제로 하급심 판례에서는 피해자를 이용한 카메라등이용촬영죄의 간접정범과 카메라등이용촬영과 유사한 아동・청소년성착취물의 제작에 있어서 피해자를 이용한 간접정범을 모두 인정한 예가 있다. 수원지방법원 안산지원 2021. 10. 22. 선고 2021고합34, 2021고합124(병합) 판결 참조.

68) 원본 사진이나 영상을 기반으로 새로운 사진이나 영상을 만들어 내는 딥페이크(Deepfake) 기술을 악용하여, 원본 사진이나 영상을 촬영대상자에게 성적 수치심 등을 유발하는 가짜 사진이나 영상을 만들어내는 것을 말한다. 원본사진을 입수하기 쉬운 지인을 대상자로 하는 경우가 많아서 소위 '지인능욕' 사건으로 불리워졌는데 수년전부터 크게 사회문제화되어 2020년 성폭법에 처벌규정이 도입되었다. 결국 카메라등이용촬영죄의 변형된 형태로 볼 수 있다.

에 반하는 행위유형을 원칙적으로 폭행, 협박에 의하고 예외적인 경우에 위계, 위력을 포함시키는 것과는 다르다.

따라서 '피해자의 의사에 반하는 것'이 무엇인지 중요한 쟁점이 될 수 있으나, 이전까지 카메라등이용촬영죄는 주로 도촬행위에 초점을 맞추었기 때문에 행위객체인 '성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체'에만 논의가 집중되어 왔다.

그러나 N번방 사건 등 피해자의 인지 하에 촬영하거나 심지어는 피해자 스스로 신체촬영물을 촬영하였으나 협박이나 위계에 의하여 동의를 한 사건이 증가하고 있다. 협박에 의한 동의의 경우에는 외관상으로만 동의 표시가 있을 뿐 본질적으로는 동의라고 볼 수 없음이 명백하나 위계에 의한 경우는 일단 피해자의 내심의 의사로는 동의가 있었고 단지 착오에 의한 하자 있는 동의이기 때문에 그 동의의 효력이 문제된다.

카메라등이용촬영죄의 피해자의 동의는 구성요건요소임이 법문상 명백하다. 그렇다면 그 동의의 유효요건이 문제되는바 주된 보호법익인 성적 자기결정권을 고려한다면 하자 없는 동의를 전제로 함이 타당하다. 따라서 위계에 의해 피해자의 동의를 얻은 경우 피해자의 의사에 반하는 촬영에 해당한다. 최근 대법원도 위계에 의하여 피해자의 동의를 얻은 경우 피해자의 의사에 반하는 촬영으로 인정한 바 있다.

나아가 '위계'의 범위에 관하여 변경된 판례 취지를 고려하면, N번방류의 디지털 성범죄 사건에서는 위계에 의한 카메라등이용촬영죄가 성립함이 상당하다. 위계의 대상은 대가뿐만 아니라 촬영물을 유포하지 않고 관련 당사자간에만 비밀로 하겠다는 신뢰이어서 피해자 입장에서는 중요한 동기의 착오에 해당하기 때문이다.

이러한 해석은 현실과도 부합한다. 카메라등이용촬영죄가 점점 중대한 범죄로 취급되는 이유는[69] 이 범죄는 유포로 이어지는 경우가 매우 많고 촬영물이 유포되는 순간 그 피해는 중대해지고 회복불가능하기 때문이다.

69) 카메라등이용촬영죄의 법정형은 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에서, 2018년 개정으로 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금으로, 2020년 개정에서는 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금으로 계속 상향되어 왔다.

참고문헌

1. 단행본

김성돈, 형법총론 제7판, SKKUP, 2021.

_____, 형법각론 제7판, SKKUP, 2021.

김일수/서보학, 새로 쓴 형법총론 제13판, 박영사, 2018.

박상기, 형법총론 제8판, 박영사, 2009.

박상기/전지연/한상훈, 형사특별법 제3판, 집현재, 2020.

배종대, 형법총론 제15판, 홍문사, 2021.

손동권/김재윤, 새로운 형법각론 제2판, 율곡출판사, 2022.

손동권/손민정, 주석 특별형법, 율곡출판사, 2022.

신동운, 형법총론 제14판, 법문사, 2022.

_____, 형법각론 제2판, 법문사, 2018.

오영근, 형법각론 제6판, 박영사, 2021.

이성일, 조세포탈죄의 형사법적 이해, 박영사, 2023.

이재상/장영민/강동범, 형법총론 제11판, 박영사, 2022.

_____, 형법각론 제12판, 박영사, 2021.

이주원, 특별형법 제8판, 홍문사, 2022.

임웅, 형법총론 제3정판 보정, 법문사, 2011.

2. 학술지

권오걸, “피해자의 승낙과 양해”, 법학논고 제20권, 경북대학교 법학연구소, 2004, 3-37쪽.

김영철/조현욱, “성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체부위 해당여부 -대법원 2014. 7. 24. 선고 2014도6309 판결-”, 법학연구 제57권 제3호, 부산대학교 법학연구소, 2016, 151-177쪽.

김종일, “헌법상 성적 자기결정권에 관한 검토”, 헌법학연구 제27권 제3호, 한국헌법학회, 2021, 79-104쪽.

김혜경, “문언의 해석과 객관적 귀속의 관점 -미성년자 위계등 간음죄에서 위계의 해석(대법원 2020. 8. 27. 선고 2015도9436 전원합의체 판결)을 중심으로”, 형사법연구 제33권 제1호, 한국형사법학회, 2021, 3-37쪽.

배상균, “‘도촬행위’ 현상과 규제에 관한 비교법적 검토 : 성폭력처벌법 제14조를 중심으로”, 형사정책연구 제27권 제1호, 한국형사법무정책연구원, 2016, 199-227쪽.

손동권, “양해・승낙의 구분에 따른 구체적 법 효과 차이의 문제”, 형사법연구 제23권 제3호, 한국형사법학회, 2011, 89-116쪽.

송승현, “성폭력처벌법 제14조 제1항 카메라 등을 이용한 촬영죄의 판단 문제”, 법학논총 제24권 제1호, 조선대학교 법학연구원, 2017, 337-363쪽.

신이철, “성폭력처벌법상 카메라 등 이용촬영죄의 성립요건”, 법학논총 제55집, 숭실대학교 법학연구소, 2023, 233-268쪽.

안갑철, “성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)죄의 해석 및 적용에 대한 실무상 문제점과 그 개선방향에 관한 연구”, 경희법학 제54권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2019, 295-332쪽.

이동훈, “성적자기결정권에 대한 헌법소원: 헌재결 2002. 10. 31. 99헌바 2002헌바50(병합) -형법 제304조 위헌소원과 관련하여-”, 비교법학연구 제2권, 한국비교법학회, 2003, 205-224쪽.

이승준, “카메라등 이용촬영죄에서의 ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체성’ 판단에 대한 비판적 검토”, 형사정책 제20권 제1호, 한국형사정책학회, 2008, 207-227쪽.

_____, “성폭법상 카메라등 이용촬영죄에서의 구성요건 해석 문제”, 형사판례연구 제17권, 한국형사판례연구회, 2009, 560-589쪽.

_____, “이른바 ‘레깅스 판결’(2019도16258)과 카메라 등 이용촬영죄 해석의 한계 -자유심증의 충돌-”, 사법 제56호, 사법발전재단, 2021, 507-539쪽.

이정원, “법익주체의 동의로서 승낙과 양해”, 법학논총 제16권 제2호, 조선대학교 법학연구원, 2009, 1-22쪽.

최준혁, “‘아동・청소년이용음란물’의 ‘제작’의 해석”, 형사법의 신동향 제50호, 대검찰청, 2016, 65-102쪽.

최호진/허정현, “카메라등이용촬영죄의 보호법익에 따른 해석기준에 대한 검토”, 법학논총 제44권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2020, 239-268쪽.

하태훈, “승낙의 의사표시의 흠결과 주거침입죄의 성부”, 형사판례연구 제6권, 한국형사판례연구회, 1998, 223-238쪽.

한정환, “범죄구성요건의 실현에 대한 양해와 승낙”, 형사법연구 제14권, 한국형사법학

회, 2000, 116-136쪽.

황태정, “형법상 동의의 법적 효과와 한계”, 형사법연구 제19권 제2호, 한국형사법학회, 2007, 63-86쪽.

Cyntha J. Najdowski, “Legal Response to Nonconsensual Pornography : Current Policy in the United States and Future Directions for Research”, *Psychol, Pub. Pol’y & L. Vol. 23 No. 2*, American Psychological Association, 2017, pp. 154-165.

3. 신문기사

법률신문, 홍진영, “위계에 의한 간음죄에서 위계의 의미”, 2020. 11. 19, <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=165751&q=%EC%9D%98%ED%95%9C%20%EC%9D%98%EB%AF%B8%20%EC%9C%84%EA%B3%84%EC%97%90%20%EC%9D%98%ED%95%9C%20%EC%9C%84%EA%B3%84%EC%9D%98%20%EC%9C%84%EA%B3%84%EC%97%90%20%EC%9D%98%ED%95%9C%20%EA%B0%84%EC%9D%8C%EC%A3%84%EC%97%90%EC%84%9C%20%EC%9C%84%EA%B3%84%EC%9D%98%20%EC%9D%98%EB%AF%B8>, 검색일: 2023. 3. 17.

한겨레21, “‘n번방’은 왜 되풀이되나”, 2022. 9. 1, <https://h21.hani.co.kr/arti/society/society_general/52511.html>, 검색일: 2023. 3. 14.

YTN, “제 2의 ‘n번방 사건’...반복되는 디지털 성착취, 처벌 방법은?”, 2022. 9. 19, <https://www.ytn.co.kr/_ln/0103_202209191728022246>, 검색일: 2023. 3. 14.

4. 웹자료

한국여성인권진흥원, “디지털 성범죄”, <https://www.stop.or.kr/modedg/contentsView.do?ucont_id=CTX000068&srch_menu_nix=5hpWUOqC&srch_mu_site=CDIDX00005>, 검색일 : 2023. 3. 24.

US Office of the Law Revision Counsel, “§1801. Video voyeurism”, <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title18-section1801&num=0&edition=prelim>, 검색일 : 2023. 3. 25.

[Abstract]

The Crime of the Picture

-Taking and the Intention of the Victim-

Yun, Sohyun*

As for the crime of the picture-taking, article 14 of the Special Act on the Punishment, etc. of Sexual Violence Crimes, Scholars have intensively discussed the "human body that can induce sexual desire or shame," an object of the article 14, in relation to "video voyeurism". However, there are cases where the victim is aware of the filming behavior but tolerates it by a defective intention due to deception, etc. Digital sex crime cases such as the so-called "Nth Room" are representative, and in these cases, the victims agree by mistake due to the actor's deception.

Regarding the legal nature of the victim's consent, the majority opinion distinguishes the consent ot getting rid of the crime requirements and the consent of nullifying the illegality and considers protective legal interest of the picture-taking crime in relation to the valid requirements for the former meaning of the consent. It is obvious in context that the consent of the victim of the picture-taking crime is the former meaning. And the protective legal interest of the crime is sexual self-determination. Since this is a right based on autonomy, defective decision-making cannot be regarded as the exercise of full self-determination.

Therefore, if the victim agrees by deception, it cannot be regarded as a valid consent that excludes the constituent requirements of the crime of the picture-taking. Furthermore, if considering the precedent trial case, in that the supreme court included the serious mistake of the victim as to the motive of the perpetrator in the meaning of the deception used for the adultery against minors, the victims in the case of the Nth room cases made the serious mistake as to the motive of the perpetrators because they were deceived into paying and not distributing pictures to the public.

[Key Words] the crime of the picture-taking, consent of victims, sexual self-determination, deception, error of motivation

* Associate Professor, Law School of Konkuk University