

카메라등이용촬영죄에 대한 판례
해석과 규율 공백의 문제점*
-촬영의 대상물을 중심으로-

A Study on the Case Interpretation and Regulatory
Gaps in the Crime of Taking Photographs
or Videos by Using Cameras
-Focusing on the Object of Photography-

이 승 준**
Lee, Seungjun

목 차

- | | |
|---------------------------------|------------------------|
| I. 문제의 제기 | III. 대법원의 해석과 규율의 공백지대 |
| II. 카메라등이용촬영죄 등 규정의 개정경과와 주요 내용 | IV. 입법 개선의 필요성과 방향 |
| | V. 결론 |

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법은 수 차례 개정을 거치면서 불법촬영에 대해 매우 촘촘하고 엄격한 규율체계를 갖추었다. 이른바 ‘리벤지 포르노 사건’, ‘n번방 사건’ 등 우리 사회를 충격에 빠뜨렸던 사건들에 대한 즉응적 대처의 일환으로 이루어져 불법촬영과 관련된 대부분의 행위들을 포섭할 수 있게 되었다.

그런데 대법원은 카메라등이용촬영죄에 대해서도 형법해석의 대원칙, 엄격해석의 원칙을 고수하여 왔다. 대법원은 성폭력처벌법 제14조의 ‘사람의 신체’를 직접 카메라 등 기

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2023..55.119>

투고일: 2023. 7. 27. / 심사완료일: 2023. 8. 21. / 게재확정일: 2023. 8. 23.

* 이 논문은 2022년도 연세대학교 연구비의 지원을 받아 수행된 것임(2022-22-0141).

** 연세대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

Professor at Yonsei University Law School

계장치로 촬영한 경우만을 카메라등이용촬영죄로 처벌하여야 하며, 컴퓨터 모니터 화면 등을 촬영한 경우까지 처벌하는 것은 금지되는 유추해석이라고 판시하고 있다. 이러한 판례의 흐름은 확고하다고 하겠다.

그런데 문제는 이 지점에서 발생한다. 범행수법 등 죄질이나 피해의 정도가 피해자의 신체를 직접 촬영한 것과 차이가 없음에도 유추해석 금지원칙에 따라 처벌하지 못하는 사례가 다수 발생하고 있다는 점이다. 본 논문은 우선 카메라등이용촬영죄에 대한 대법원의 엄격해석이 타당하다고 판단한 후, 이 해석과 통일된 해석을 할 경우 발생할 수 있는 처벌의 공백지대를 살펴보았다. 즉 첫째 카메라를 통해 촬영한 대상물이 화상 이미지인 경우, 둘째 촬영된 이미지 화면을 유포, 복제하는 경우, 셋째 촬영한 대상물이 화상 이미지인 경우 그 촬영물 또는 복제물을 소지·구입·저장 또는 시청하는 경우, 넷째 촬영된 이미지 화면을 편집 등을 하는 경우, 다섯째 비록 동의가 있었으나 피해자가 착오에 빠져 사진이나 동영상을 핸드폰 메시지나 이메일로 전송하였고 이를 화면에 띄워 캡처하거나 다시 사진촬영하는 경우에 대해 살펴보았다.

그리고 이러한 처벌의 공백지대를 해소하기 위해서는 제14조의 개정이 필요하며, 그 방향은 사람의 신체가 직접 촬영된 경우에 준하는 형태, 즉 ‘원본 촬영물과 본질적으로 상이하지 않고 동일성이 인정되는 수준의 촬영물 및 복제물’, ‘촬영물 자체에 대한 직접 반포 등의 행위뿐만 아니라 그 촬영물을 그대로 복제하거나 그 밖에 사진의 동일성을 유지한 상태에서 다른 매체로 저장하고 이를 반포 등의 행위를 하는 경우’도 포함된다고 개정하여야 함을 주장하였다.

[주제어] 카메라등이용촬영죄, 형법해석, 사람의 신체, 촬영물, 처벌의 공백, 입법 개선

I. 문제의 제기

주지하다시피 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 ‘성폭력처벌법’이라고 약함)의 수 차례 개정을 거치면서 불법촬영¹⁾에 대해 매우 촘촘하고 엄격한 규율체계를 갖추었다. 2018년 개정과 2020년 개정은 이른바 ‘리벤지 포르노 사건’, ‘n번방 사건’ 등 우리 사회를 충격에 빠뜨렸던 사건들에 대한 즉응적 대처의 일환으로 이루어져 불법촬영과 관련된 대부분의 행위들을 포섭할 수 있게 되었다.

그런데 대법원은 카메라등이용촬영죄에 대해서도 형법해석의 대원칙, 엄격해석의

1) 카메라등 이용 촬영행위와 관련하여 도촬행위, 불법촬영, 디지털 성범죄 등 다양한 용어들이 사용되고 있다. 이하에서는 카메라등을 이용한 촬영과 그 촬영물 및 편집물을 기초로 한 반포등의 행위, 촬영물을 이용한 협박 등의 행위를 포괄하는 개념으로서 카메라등이용촬영죄라는 용어를 사용하기로 하며, 용어의 엄밀성 측면에서는 아쉬운 면이 있으나 동의가 없거나 사후적으로 의사에 반하는 카메라등이용촬영의 개념으로 법률적 용어는 아니지만 불법촬영이라는 표현도 함께 사용하고자 한다.

원칙을 고수하여 왔다. 대법원은 성폭력처벌법 제14조 제1항에 대해 ‘사람의 신체’를 직접 카메라 등 기계장치로 촬영한 경우만을 카메라등이용촬영죄로 처벌하여야 하며, 컴퓨터 모니터 화면 등을 촬영한 경우까지 처벌하는 것은 금지되는 유추해석이라고 판시하고 있다.²⁾ 이러한 판례의 흐름은 확고하다고 하겠다.

그런데 문제는 이 지점에서 발생한다. 범행수법 등 죄질이나 피해의 정도가 피해자의 신체를 직접 촬영한 것과 차이가 없음에도 유추해석 금지원칙에 따라 처벌하지 못하는 사례가 다수 발생하고 있다는 점이다. 카메라등이용촬영죄의 증가 추세에 따라 성폭력 처벌법이 수 차례 개정되었으나, 대법원의 해석으로 인해 처벌의 공백지대가 발생하고 있는 것이다. 그런데 하급심과 검찰에서는 이러한 확고한 대법원의 해석과는 달리 형사 정책적 이유와 실무적 필요에 의해 제14조 제2항의 촬영물 또는 복제물의 반포 등 행위에 대해서 직접 피해자의 신체를 촬영하지 않은 경우에도 처벌되는 것으로 판단하고 있다.

이하에서는 국민의 법감정, 피해자의 피해회복 등의 관점 상 죄질이나 불법의 정도가 피해자의 신체를 직접 촬영한 것과 차이가 없음에도 유추해석 금지원칙에 따라 처벌하지 못하는 사례가 다수 발생하고 있다는 인식에서 처벌의 사각지대에 놓여 있는 촬영행위들을 포섭하여야 할 필요성을 제기한다. 이는 성폭력처벌법 제14조 개정의 필요성을 검토하고 향후 개정안 제시를 위한 기초 작업이 될 수 있기 때문이다.³⁾

따라서 본 논문은 카메라등이용촬영죄, 제14조 제1항의 해석에 대한 대법원 판례의 확고한 입장을 바탕으로 ‘해석의 통일성’이라는 관점에서 제14조 제2항 및 제3항 등의 다른 구성요건의 해석의 방법과 처벌의 공백지대와(III), 그에 따른 성폭력처벌법 개정의 필요성과 방향성을 살펴보고자 한다(IV).

II. 카메라등이용촬영죄 등 규정의 개정경과와 주요 내용

카메라등이용촬영죄에 대한 대법원의 해석과 그에 따른 처벌의 공백지대를 분석하기 전에 개략적으로 카메라등이용촬영죄를 규정한 성폭력처벌법 제14조의 개정 경과를 살펴볼 필요가 있다.

2) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2013도4279 판결.

3) 본 논문에서는 개정의 필요성과 그 방향성에 대해 제시하기로 하며, 구체적인 개정안의 제시는 후속 논문으로 제시할 예정이다.

1. 2018년 이전의 제정 및 개정경과

카메라등이용촬영죄는 디지털카메라의 소형화·고성능화 등으로 인해 사회적 물의가 발생한 ‘몰래카메라’의 폐해를 방지하고, 사회의 신뢰를 회복하며 건전한 성문화를 정착시키기 위해 몰래카메라 촬영물의 촬영 및 반포 등의 행위를 처벌하기 위하여 신설된 조항이다.⁴⁾ 카메라등이용촬영죄는 1998. 12. 28. 개정된 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률(법률 제5593호)의 제14조의2로 신설되었는데, 당시에는 “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”로만 규정되었고, 촬영물의 반포 등의 행위는 규정되지 않았다.

이후 2006년 한 차례 법률이 개정되면서 다양한 행위 태양들을 새롭게 포섭하였는데, 제14조의2는 “① 카메라 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. ② 영리목적으로 제1항의 촬영물을 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제2조 제1항 제1호의 정보통신망(이하 “정보통신망”이라 한다)을 이용하여 유포한 자는 7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.”로 개정되었다.⁵⁾ 카메라등을 이용한 촬영행위 외에 인터넷상의 무분별 유포로 인한 피해의 심각성 등을 고려하여 반포 등의 행위 또한 촬영행위와 동일하게 처벌되도록 제1항에 편입하였으며, 영리목적으로 촬영물을 정보통신망에 유포하는 행위를 가중처벌하도록 규정하였다.

이후 성폭력범죄의 ‘처벌’과 ‘피해자 보호’를 분리하는 입법에 따라 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법이 시행되었고, 카메라등이용촬영죄도 2010. 4. 15. 개정에서 제13조로 위치를 변경하면서 “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 또는 공공연하게 전시·상영한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. ② 영리를 목적으로 제1항의 촬영물을

4) 1998. 12. 28. 일부개정(법률 제5593호, 시행 1998. 12. 28.) 제개정 이유 참조.

5) 2006. 10. 27. 일부개정(법률 제8059호, 시행 2006. 10. 27.).

정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제2조 제1항 제1호의 정보통신망(이하 “정보통신망”이라 한다)을 이용하여 유포한 자는 7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.”로 개정되었다.⁶⁾

2. 2018년 이후 개정경과

비교적 안정적으로 운영되던 성폭력처벌법은 최근 들어 리벤지 포르노 사건, n번방 사건 등을 겪으면서 세 차례 큰 폭의 개정을 거칠 수밖에 없었다.

우선 2018. 12. 18. 일부개정(법률 제15977호, 시행 2018. 12. 18.)이 있다. 2018년 개정은 처벌의 공백으로 지적되던 사안들, 자의로 자신의 신체를 촬영한 촬영물이 촬영당사자의 의사에 반하여 유포된 경우를 해결하고자 하였으며, 유포의 객체에 사람의 신체를 촬영한 촬영물 외에 복제물(복제물의 복제물을 포함한다)을 추가하고, 촬영대상자의 의사에 반하여 유포된 이상 촬영에 대한 동의 유무가 그 피해에 본질적인 차이를 가져온다고 볼 수 없다는 점에서 촬영 당시에는 촬영대상자의 의사에 반하지 아니하여도 사후에 의사에 반하여 유포되는 경우를 동일하게 처벌하고자 하였다.⁷⁾ 전반적으로 처벌을 강화하려는 기조에서 법정형을 상향시켜 카메라등이용촬영행위의 벌금형을 3천만원 이하로 상향하여 ‘5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금’으로 규정하였고, 영리 목적으로 정보통신망을 이용하여 촬영물 또는 복제물을 유포한 경우에는 법정형에서 벌금형을 삭제하였다. 제14조의 구체적인 개정내용은 다음과 같다. “① 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(제2항). ② 영리를 목적으로 촬영대상자의 의사에 반하여 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제2조 제1항 제1호의 정보통신망(이하 “정보통신망”이라 한다)을 이용하여 제2항의 죄를 범한 자는 7년 이하의 징역에 처한다(제3항)”이다.

다음으로 2020. 3. 24. 일부개정(법률 제17086호, 시행 2020. 6. 25.)이 있었다. 특정

6) 2010. 4. 15. 제정(법률 제10258호, 시행 2010. 4. 15.).

7) 2018. 12. 18. 일부개정(법률 제15977호, 시행 2018. 12. 18.) 개정 이유 참조.

인물의 신체 등을 대상으로 한 영상물 등을 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 형태로 편집하는 딥페이크 등으로 인한 피해가 증가함에도 당시 규정으로는 이를 처벌하기 어렵거나 처벌이 미약하여 이에 대한 별도의 처벌 규정을 마련하여 대처할 필요가 컸다.⁸⁾ 이에 허위영상물 등의 편집 등 행위를 처벌하는 제14조의2를 다음과 같이 신설하였다. “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. 3. 24. 일부개정은 이른바 딥페이크 편집물의 처벌을 직접적 목표로 하여, 반포등을 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 한 것이다.

이후 중요한 개정은 2020. 5. 19. 일부개정(법률 제17264호, 시행 2020. 5. 19.)이 있다. 텔레그램을 이용한 성착취 사건 등 사이버 성범죄로 인한 피해가 날로 증가하면서, 카메라등이용촬영죄의 법정형을 상향하고, 불법 성적 촬영물의 소지·구입·저장·시청에 대한 처벌규정을 신설하는 등 관련 규정을 정비하여 사이버 성범죄의 피해를 미연에 방지할 필요성이 대두되었다.⁹⁾ 이에 따른 주요 개정내용은 다음과 같다. 우선 ① 카메라 등을 이용한 촬영, 그 촬영물 또는 복제물의 반포 등의 죄의 법정형을 7년 이하의 징역

8) 2020. 3. 24. 일부개정(법률 제17086호, 시행 2020. 6. 25.) 개정 이유 참조.

9) 2020. 5. 19. 일부개정(법률 제17264호, 시행 2020. 5. 19.) 개정 이유 참조.

또는 5천만원 이하의 벌금으로 또다시 상향하고, 자신의 신체를 직접 촬영한 경우에도 그 촬영물을 촬영대상자의 의사에 반하여 반포 등을 한 사람은 처벌된다는 점을 명확히 규정하였다(제14조 제1항부터 제3항). ② 불법 성적 촬영물 등을 소지·구입·저장 또는 시청한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하도록 하는 규정을 신설하였다(제14조 제4항 신설). ③ 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 촬영물 등을 이용하여 사람을 협박 또는 강요한 자는 각각 1년 이상, 3년 이상의 징역에 처하도록 함으로써 n번방 사건에서 드러난 피해를 직접적으로 차단하고자 규정을 신설하였다(제14조의3 신설). ④ 상습범에 대한 가중처벌 규정을 신설하여 상습으로 제14조 제1항부터 제3항까지의 죄를 범한 때에 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중하는 규정을 신설하였다(제14조 제5항 신설).

이 같은 2020. 5. 19. 일부개정은 인터넷 및 SNS상에서 이뤄지는 불법촬영물 관련 성범죄로 인한 피해 발생을 미연에 방지해 국민의 성적 자기결정권 등 기본권을 보호하고 범죄로부터 안전한 사회 조성에 기여하려는 데에 주요한 목표가 있었다.¹⁰⁾

2018년 이후의 이 같은 중벌화적 입법 대응에 대해서는 임기응변식 포퓰리즘으로 입법의 부작용을 우려하는 비판론도 적지 않다.¹¹⁾ 형법은 단편성과 보충성을 그 본질적 속성으로 하므로 다양한 사회적 요구에 즉각적으로 대응하는 규제법(regulatorisches Recht)이 되어서는 안 되나, 성폭력처벌법, 특히 카메라등이용촬영죄의 개정 경과를 보면 스마트폰, 태블릿, SNS 등 새로운 문명의 이기의 등장과 범행수법의 변화가 있을 때마다 즉각적으로 반영되어 사회적 필요에 대응하여 온 점을 어렵지 않게 파악할 수 있다.

10) 2020. 5. 19. 일부개정(법률 제17264호, 시행 2020. 5. 19.) 개정 이유 참조.

11) 대표적으로 이혼재, “디지털 성범죄로서 카메라등 이용촬영죄의 문제점에 대한 비판적 고찰 -개정법에 대한 비교법적 검토를 중심으로-”, 법학논총 제33권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2021, 309쪽은 2020년 성폭력처벌법 개정이 디지털 성범죄에 대한 광범위하고 포괄적인 처벌과 함께 엄벌주의의 기치를 높이 들게 되었으나, 백화점식으로 처벌조항을 나열하고 형사사법정책의 문제점에 대한 체계적인 연구나 조사 없이 임기응변식으로 대중적 인기에 영합하는 광범위하고 엄중한 처벌위주로 대응함으로써 입법의 부작용이 나타날 수 있다는 비판을 제기한다.

III. 대법원의 해석과 규율의 공백지대

1. 대법원의 엄격해석

주지하다시피 국가형벌권의 행사를 규정하고 있는 형법의 해석은 침익적 효과를 가져 오는 여타의 법률보다도 더욱 엄격하고 신중한 해석이 요구된다. 법관의 자의로 인해 해석을 넘어 피고인에게 불리한 입법 또는 법창조가 되어서는 안 되며, 불명확한 해석으로 국민의 예측가능성이 저해되어서도 안 된다.

대법원도 형법해석의 엄격성을 천명하고 있다. 대법원은 종래 형법해석은 법규의 문언에 따라 엄격하게 하여야 하며, 피고인에게 유리한 유추해석이나 확장해석은 가능하지만 피고인에게 불리한 지나친 확장해석이나 유추해석은 허용되지 않는다는 원칙을 선언한 이래,¹²⁾ 죄형법정주의가 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 범죄와 형벌을 법률로 정할 것을 요구하는 취지에 따라¹³⁾ 문언에 따른 엄격해석 원칙을 확고히 지키고 있다.

다만 구체적인 해석의 카논과 관련하여서는 약간씩 변형된 모습을 보여 왔다. 즉 형법해석은 문언에 따라 엄격하게 이뤄져야 하나, 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 한 그 법률의 입법취지와 목적, 입법연혁 등을 고려한 목적론적 해석도 가능하다고거나,¹⁴⁾ 형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고 문언의 가능한 의미를 벗어나 피고인에게 불리한 방향으로 해석하는 것은 죄형법정주의의 내용인 확장해석금지에 따라 허용되지 아니하나, 법률을 해석할 때 입법 취지와 목적, 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석 방법을 사용할 수 있으나, 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 이러한 해석 방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없다는 입장을 표하였다.¹⁵⁾

대법원은 카메라등이용촬영죄에서의 촬영의 대상, 촬영물에 대해서도 이 같은 엄격해석의 원칙을 준수하여 왔다. 대법원은 대법원 2013. 6. 27. 선고 2013도4279 판결에서 ““촬영”의 사전적·통상적 의미는 “사람, 사물, 풍경 따위를 사진이나 영화로 찍음”이라

12) 대법원 2002. 2. 21. 선고 2001도2819 전원합의체 판결.

13) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2012도4230 판결 등.

14) 대법원 2004. 11. 11. 선고 2004도4049 판결.

15) 대법원 2017. 12. 21. 선고 2015도8335 전원합의체 판결. 대법원은 또한 법령에서 쓰인 용어에 관한 정의 규정이 없는 경우 원칙적으로 사전적인 정의 등 일반적으로 받아들여진 의미에 따라야 함을 판시하였다.

고 할 것이고, 위 촬영의 대상은 “성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체”라고 보아야 함이 문언상 명백하므로 위 규정의 처벌 대상은 ‘다른 사람의 신체 그 자체’를 카메라 등 기계장치를 이용해서 ‘직접’ 촬영하는 경우에 한정된다고 해석함이 타당하다고 전제할 다음, 이 사건의 경우 피해자는 스스로 자신의 신체 부위를 화상카메라에 비추었고 카메라 렌즈를 통과한 상의 정보가 디지털화되어 피고인의 컴퓨터에 전송되었으며, 피고인은 수신된 정보가 영상으로 변환된 것을 휴대전화 내장 카메라를 통해 동영상 파일로 저장하였으므로 피고인이 촬영한 대상은 피해자의 신체 이미지가 담긴 영상일 뿐 피해자의 신체 그 자체는 아니라고 할 것이어서 법 제13조 제1항의 구성요건에 해당하지 않으며, 검사가 주장하는 형벌법규의 목적론적 해석도 해당 법률문언의 통상적인 의미 내에서만 가능한 것으로, 다른 사람의 신체 이미지가 담긴 영상도 위 규정의 “다른 사람의 신체”에 포함된다고 해석하는 것은 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나는 것이므로 죄형법정주의 원칙상 허용될 수 없다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 범죄가 되지 않는 경우에 해당한다고 보아 무죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지하였다. 법 제13조 제1항의 해석과 입법 취지, 관련 법리 등에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 법 제13조 제1항의 해석에 관한 법리오해의 위법이 없다”고 판시하였다.

이러한 대법원의 해석은 타당하다. 피고인에게 불리한 방향으로의 형벌법규 해석은 엄격하여야 하며, 그 출발점은 문언의 통상적 의미이며 그 한계는 법문의 가능한 의미 (möglicher Wortsinn)이기 때문이다. 목적론적 해석이 가능하지만 그 또한 법률문언의 가능한 의미 내에서만 이뤄질 수 있는데, 다른 사람의 ‘신체 이미지가 담긴 촬영물’은 제14조 제1항의 ‘사람의 신체에 대한 직접 촬영물’과는 구분되고 여기에 포함된다고 해석하는 것은 법률문언의 가능한 의미를 벗어나는 유추에 해당한다. 그리고 대법원은 대법원 2016. 10. 13. 선고 2016도6172 판결에서 “촬영하거나 그 촬영물을 반포·판매·임대 또는 공연히 전시·상영한 자”라고 규정된 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제14조 제1항 후단에 대해 촬영자와 반포등의 행위를 한 자가 동일인일 필요가 없다고 판시하였는데, 결국 현재 기본적 구성요건인 성폭력처벌법의 제14조 제1항과 변형적, 가중적 구성요건인 타 구성요건들의 관계를 체계적으로 해석하면 ‘촬영물’은 사람의 신체를 ‘직접’ 촬영한 것으로 봄이 타당하다. 형법해석은 정치·사회에 선행하는 형법의 중심 목적으로서의 헌법적 가치 내에서 형벌의 정당화에 기여하여야 하며 입법과 유추의 한계 내에서 작동하여야 하는데,¹⁶⁾ ‘사람의 신체’에 ‘신체 이미지’를 포함시키는 것은 새로운 입법에 해당한다.

2. 규율의 공백지대

2.1 대법원의 해석으로 인한 문제점

종래 카메라등이용촬영죄에 대한 논쟁은 ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체’에 초점이 맞춰져 왔다. 하급심에서 혼란을 보이면서 대법원의 판단기준과 결론에 대한 학계의 많은 비판¹⁷⁾이 거기에 집중될 수밖에 없었다.

이러한 와중에도 대법원은 형벌규정에 대한 엄격해석원칙을 카메라등이용촬영죄에 서도 견지해 왔다. 형벌규정에 대한 대법원의 이같은 엄격해석은 원칙적으로 타당하다고 생각한다. 해석카논과 카논에 따른 우위에 대해서는 다양한 의견이 있을 수 있으나,¹⁸⁾ 문리해석에 기초한 엄격해석에 대해서는 의문의 여지가 없다. 형법은 유추해석으로 인해 행위자에게 불리한 결과가 초래되지 않도록 유추해석금지원칙을 죄형법정주의의 내용으로 두고 있다. 법관의 법률에 대한 구속을 강화하여 법관의 자의로 인한 형벌권의 확장으로부터 개인의 자유를 보호하고 법적 안정성을 보장하고, 법관에 의한 ‘법창조’내지 ‘법형성’을 차단하기 위해서는 법문의 가능한 범위를 넘어서 법률에 규정이 없는 사항에 대하여 그것과 유사한 성질을 가지는 사항에 관한 법률을 적용하는 유추해석은 금지되어야 한다.

그런데 문제는 카메라등이용촬영죄의 경우 이러한 엄격해석의 한계점이 드러난다는

16) 이승준, “형법해석을 둘러싼 의문에 관한 小考 -공모관계의 이탈에 관한 판례의 태도를 중심으로-”, 법학연구 제26권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2015, 442쪽.

17) 이러한 문헌들로는 김영철/조현욱, “성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체부위 해당여부 - 대법원 2014. 7. 24. 선고 2014도6309 판결”, 법학연구 제57권 제3호, 울산대학교 법학연구소, 2016, 151쪽 이하; 배상균, “‘도촬행위’ 현상과 규제에 관한 비교법적 검토: 성폭력처벌법 제14조를 중심으로”, 형사정책연구 제27권 제1호, 한국형사·법무정책연구원, 2016, 219쪽; 이승준, “카메라등 이용촬영죄에서의 ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체성’ 판단에 대한 비판적 검토”, 형사정책 제20권 제1호, 한국형사정책학회, 2008, 207쪽 이하; 전윤경, “성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)죄의 구성요건 해석 및 개선방안”, 법학연구 제19권 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2016, 113쪽 이하 등이 있다.

18) 이에 대해서는 해석카논의 우선순위의 문제는 해석자의 선이해에 따라 각각 다르게 결정되며 대부분의 해석 관련자들이 합의할 수 있는 해석카논의 메타이론이 없는 이상 그러한 해석결정에 관한 합리적인 정당화도 이루어지기 어려워 그 같은 메타이론이 등장할 수 없다는 견해, 객관적·목적적 해석과 주관적·역사적 해석 중에서는 객관적·목적적 해석을 우선시해야 한다는 주장과 일반적으로 역사적 해석보다는 논리적 해석이나 합목적적 해석이 우선한다는 인식이 널리 퍼져 있으며, 법규나 법조문의 의미를 파악을 위해서는 4가지 해석방법이 모두 사용되어야 하며, 마지막에 주목해야 할 척도는 법문언의 의미한계로서 문리적 해석이라는 견해 등이 있다(이승준, “형법해석을 둘러싼 의문에 관한 小考 -공모관계의 이탈에 관한 판례의 태도를 중심으로-”, 443쪽 참조).

데에 있다. 즉 처벌대상이 되는 촬영물이 ‘다른 사람의 신체 그 자체’를 카메라 등 기계장치를 이용해서 ‘직접’ 촬영하는 경우에 한정된다고 해석함으로써, 촬영물이 카메라 등을 통해 상의 정보가 디지털화되어 표출되거나, 컴퓨터에 전송되어 수신된 정보가 다시 영상으로 변환되거나, 이를 카메라로 촬영하는 경우 등에 대해서는 동 구성요건으로 처벌할 수 없는 문제점이 생긴다. 물론 이 같은 해석상의 논란은 성폭력처벌법이 매우 빈번하게 개정되면서 제14조에 그만큼 다양한 내용이 포섭되어 불법내용도 매우 다양하게 구별됨에도 이를 일률적으로 하나의 조문으로 규정함으로써 판단자들도 이 모든 구성요건적 행위들을 단일 범주에 묶어 사고하기 때문에 혼란이 가중되는 측면이 있음을 부정할 수 없다.¹⁹⁾

그런데 위에서 언급한 행위는 범행수법 등 죄질이나 피해의 정도가 직접 피해자의 신체를 촬영한 것과 차이가 없을 수 있다.²⁰⁾ 그럼에도 유추해석 금지원칙에 따라 처벌의 공백지대가 된다. 행위태양의 차별성에 대한 한계가 해석으로 인해 나타나는 것이다. 그리고 더 큰 문제는 이러한 현실적 공백의 해소를 위해 하급심이 대법원의 확고한 원칙과 배치되는 판결²¹⁾을 한다는 점이다.

2.2 대법원의 해석에 따른 규율의 공백지대

‘사람의 신체’에 대한 촬영을 엄격하게 해석하는 대법원의 해석에 따라 처벌의 공백지대가 발생하는 사안들은 다음과 같다.

첫째 카메라를 통해 촬영한 대상물이 화상 이미지인 경우이다.

카메라등이용촬영죄는 기본적으로 “카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체를 촬영대상자의 의사에 반하여 촬영하는 행위(제14조 제1항)”에서 출발한다. 이후 복제나 반포 등의 유포 행위, 촬영물 등에 대한 구입, 시청 등의 행위, 촬영물등을 활용한 협박·강요행위 등의 포섭으로 연결된다.

19) 이근우, “성폭력처벌법(카메라등이용촬영죄)의 문제점과 개선방안 -대법원 2018. 8. 30. 선고 2017도3443 판결-”, 법조 제733호, 법조협회, 2019, 556쪽.

20) 예컨대 화상채팅 어플리케이션에 녹화기능을 사용하거나 휴대전화 화면의 실시간 캡처 어플리케이션을 사용하는 경우 실제 카메라등의 촬영장치로 촬영한 것과 화질 등에 있어 차이를 찾기 어려운 경우도 있다.

21) 예컨대 서울중앙지방법원 2017. 2. 15. 선고 2016노4877 판결; 서울동부지방법원 2021. 9. 2. 선고 2021고합221 판결 등.

따라서 제14조의 기본적 구성요건은 제1항의 촬영행위이며, 제2항은 촬영행위의 결과물 활용에 따른 변형적 구성요건이라고 할 수 있다. 제3항은 영리의 목적으로 인한 제2항의 가중적 구성요건이라고 할 수 있다. 따라서 제2항과 제3항의 촬영물은 제1항의 촬영물을 전제로 하는 것이어야 한다. 즉 제2항의 촬영물 또는 복제물의 전제도 ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체’를 촬영한 원본이어야 하는 것이다.

따라서 카메라를 통해 촬영한 대상물이 화상 이미지인 경우에는, ‘사람의 신체 그 자체’를 카메라 등 기계장치를 이용해서 ‘직접’ 촬영하는 경우가 아니므로 처벌의 공백이 발생하게 되는 것이다. 이러한 문제는 휴대전화 채팅프로그램을 통하여 피해자들과 영상통화를 하면서 피해자의 영상을 휴대전화의 화면을 계속적으로 캡처하여 이를 저장한 경우²²⁾나 피해자가 스스로 사진촬영을 하였으나 그 상이 거울에 비친 모습이거나,²³⁾ 컴퓨터 모니터 등에 수신된 정보가 다시 영상으로 변환되거나, 이를 카메라로 촬영하는 경우에도 동일하게 나타난다. 이러한 공백은 대법원의 전형적이면서도 확고한 판결인 대법원 2018. 3. 15. 선고 2017도21656 판결에 기인한다.

둘째 촬영된 이미지 화면을 유포, 복제하는 경우이다.

전술한 바와 같이, 제14조의 기본적 구성요건은 제1항의 촬영행위이며, 제2항은 촬영행위의 결과물 활용에 따른 변형적 구성요건이라고 할 수 있다. 제3항은 영리의 목적으로 인한 제2항의 가중적 구성요건이라고 할 수 있다. 따라서 제2항과 제3항의 촬영물 또는 복제물은 제1항의 촬영물을 전제로 하는 것이어야 한다. 제1항과 제2항 및 제3항의 ‘촬영’의 의미를 달리 보아서는 안 되기 때문이다.²⁴⁾ 즉 제2항의 촬영물 또는 복제물의 전제도 ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체’를 촬영한 원본이거나 그 원본의 이미지가 그대로 전사된 복제물이어야 하는 것이다. 예컨대 전송받은 사진이 캡처 영상일 경우 제1항의 촬영물이 아니므로 제2항 내지 제3항의 객체인 촬영물 또는 복제본이 아니게 된다.

22) 대법원 2018. 3. 15. 선고 2017도21656 판결의 사안이다.

23) 물론 거울에 비친 상을 촬영한 사안이 문제되었으나 대법원은 이를 이미지와는 달리 본 것으로 추측되나(대법원 2015. 12. 24. 선고 2015도16953 판결), ‘촬영물’에 대해 큰 문제의식이 없었던 것으로 보인다. 이러한 촬영행위도 처벌하려는 법률안으로는 박재호 의원 대표발의안(2018. 9. 17. 의안번호 15577)이 있었다. 그런데 최근 하급심인 춘천지방법원 원주지원에서는 법률 개정이 없음에도 유리창에 비친 신체를 촬영한 행위에 대해 유죄판결을 선고한 바 있다(SBS뉴스, “셀카 찍는 척” 유리창에 비친 필라테스 매니저 신체 불법촬영 20대”, 2023. 8. 20, <https://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1007313985&plink=ORI&cooper=NAVER&plink=COPYPASTE&cooper=SBSNEWSEND>, 검색일 : 2023. 8. 22).

24) 이 점에서 ‘제1항에 따른’이 촬영물만 수식하고 복제물을 수식하지 않는다는 해석은 문언의 통상적인 용법은 물론 카메라등이용촬영죄 및 이에 기초한 구성요건 간 전체적, 체계적 해석에 비추어 타당하다고 할 수 없다.

대법원도 이러한 입장에서 판시를 한 바 있다. 피고인이 갑과 성관계하면서 합의하에 촬영한 동영상 파일 중 피고인이 갑의 성기를 입으로 빨거나 손으로 잡고 있는 장면 등을 찍은 사진을 지인 명의의 휴대전화 문자메시지 기능을 이용하여 갑의 처 을의 휴대전화로 발송함으로써 촬영 당시 갑의 의사에 반하지 아니하였으나 사후에 그 의사에 반하여 ‘갑의 신체를 촬영한 촬영물’을 을에게 제공하여 기소된 사안에서, “성폭력처벌법 제14조 제2항은 촬영대상자의 의사에 반하지 아니하여 촬영한 촬영물을 사후에 그 의사에 반하여 반포하는 행위 등을 규율 대상으로 하면서 그 촬영의 대상과 관련해서는 ‘제1항의 촬영’이라고 규정하고 있다. 앞에서 본 바와 같이 성폭력처벌법 제14조 제1항이 촬영의 대상을 ‘다른 사람의 신체’로 규정하고 있으므로, 위 제2항의 촬영물 또한 ‘다른 사람의 신체’를 촬영한 촬영물을 의미한다고 해석하여야 하는데, ‘다른 사람의 신체에 대한 촬영’의 의미를 해석할 때 위 제1항과 제2항의 경우를 달리 볼 근거가 없다. 따라서 앞에서 본 법리와 마찬가지로 다른 사람의 신체 그 자체를 직접 촬영한 촬영물만이 위 제2항에서 규정하고 있는 촬영물에 해당하고, 다른 사람의 신체 이미지가 담긴 영상을 촬영한 촬영물은 이에 해당하지 아니한다”고 판단하였다.²⁵⁾

그러나 하급심은 이러한 대법원의 입장과 달리 판단하고 있다. 예컨대 “‘촬영물을 반포·판매·임대 또는 공연히 전시·상영하는 행위’에는 촬영물 자체를 직접 반포하는 등의 행위뿐만 아니라 그 촬영물을 그대로 복제하거나 그 밖에 사진의 동일성을 유지한 상태에서 다른 매체로 저장한 후 이를 반포·판매·전시하는 등의 경우도 포함된다고 해석하는 것이 타당하다. 만일 피고인의 주장과 같이 다른 사람의 신체를 촬영한 촬영물 자체를 반포하는 등의 경우만을 처벌하는 규정으로 좁게 해석한다면 촬영물을 복제하거나 저장매체를 바꾸는 손쉬운 방법을 통해 처벌을 회피할 수 있게 되어 그 입법 목적을 달성할 수 없다”는 해석론이다.²⁶⁾ 그러나 이처럼 컴퓨터에서 재생하면서 촬영한 결과물을 제2항의 신체 촬영물에 포함된다고 하는 해석은 촬영물과 복제물이 명문으로 구분됨에도 본질적으로 다르지 않다는 식의 이해로, 대법원의 엄격해석 기초는 물론 촬영물이 ‘신체 그 자체’임을 요하는 카메라등이용촬영죄의 기본 구도에도 반하는 것으로 동의할 수 없다.

셋째 촬영한 대상물이 화상 이미지인 경우 그 촬영물 또는 복제물을 소지·구입·저장 또는 시청하는 행위 또한 문제된다.

25) 대법원 2018. 8. 30. 선고 2017도3443 판결.

26) 서울중앙지방법원 2017. 2. 15. 선고 2016노4877 판결.

성폭력처벌법 제14조 제4항은 제1항 또는 제2항의 촬영물 또는 복제물을 소지·구입·저장 또는 시청하는 행위를 금하고 있다. 이는 불법촬영물 등에 대한 수요를 차단함으로써 공급을 봉쇄하려는 대책의 일환으로 도입된 구성요건이다. 인터넷은 빠른 전파성, 익명성, 비대면성이라는 특수한 성질로 인하여 시·공간의 무제한성의 특징을 갖게 되는데,²⁷⁾ 소지 등의 방조행위를 독립된 구성요건으로 함으로써 촬영물 등의 유포를 차단할 수 있는 것이다. 그런데 이 구성요건 역시 제1항 또는 제2항의 촬영물과 제1항에 따른 촬영물의 복제물을 전제로 하고 있으므로, ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체’를 촬영한 원본이거나 그 원본의 이미지가 그대로 전사된 복제물이어야 한다. 따라서 촬영한 대상물이 화상 이미지인 경우 그 피해의 정도나 심각성에도 불구하고 그 촬영물 또는 복제물을 소지·구입·저장 또는 시청하는 행위를 처벌할 수 없게 된다. 그러나 촬영물 또는 복제물의 경우 재복제로 인한 무제한적 유포의 가능성이 매우 높고 소지·구입·저장 또는 시청에 따른 잠재적 가해 가능성을 가지고 있음에도 구입의 간편함과 구입경로 파악의 어려움, 소지·저장 과정과 방식의 다양성으로 수사단계에서의 추적과 삭제, 압수가 쉽지 않다는 특징을 가지고 있어²⁸⁾ 처벌의 공백은 쉽게 간과할 수 없다.

사실 이러한 경우는 촬영이 이뤄짐과 동시에 배포가 이뤄지는 가정용 CCTV의 경우에도 나타난다. 최근 반려동물 확인 등을 위해 설치되는 IOT 카메라나 IP CCTV의 경우 해킹을 통해 영상에 접근하는 경우 피사체가 촬영됨과 동시에 촬영물이 배포되는데 이는 촬영과 배포가 피해자의 의사²⁹⁾에 의해 이뤄지기 때문에 구성요건 포섭에 어려움이 있다. 영리의 목적 없이 무권한자가 접속하여 저장, 또는 시청, 재배포한 경우 규율이 쉽지 않다. 제14조 제3항으로 의율하기에는 영리의 목적이 결여되어 있고, 제2항의 반포 등으로 포섭하기에는 반포행위가 없었으며, 촬영물이 화상 이미지를 대상으로 이뤄진 경우에는 전술한 바와 같이 포섭에 어려움이 있다.

넷째 촬영된 이미지 화면을 편집 등을 하는 경우이다.

2020. 3. 24. 성폭력처벌법 일부개정(법률 제17086호)은 이른바 ‘딥페이크’ 영상의 처벌

27) 박현정, “불법촬영물 소지 및 시청에 관한 처벌규정의 비교법적 고찰 -성폭력처벌법 제14조를 중심으로-”, 법이론실무연구 제8권 제4호, 한국법이론실무학회, 2020, 118쪽.

28) 박현정, 앞의 논문, 123쪽.

29) IOT 카메라나 IP CCTV에 대한 해킹의 경우가 기술변화에 의한 새로운 현상으로 기존 대법원판결에 비춰 검토하면 성폭력처벌법 위반으로 처벌하기에 한계가 있다는 주장으로는 이근우, 앞의 논문, 566쪽이 있다. 이근우 교수는 피해자의 의사에 의해 촬영과 배포가 이뤄졌다고 하나, 피해자의 추정적 의사에는 반함을 부정할 수 없다.

을 위해 제14조의2를 신설하였다. 특정 인물의 신체 등을 대상으로 한 영상물 등을 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 형태로 편집하는 딥페이크 등으로 인한 피해가 증가함에도 당시 규정으로는 불법에 상응하는 처벌이 어려워 이에 대한 별도의 처벌 규정을 마련할 필요성이 컸던 것이다.

그 결과 ① 반포등을 할 목적으로 사람의 얼굴·신체 또는 음성을 대상으로 한 촬영물·영상물 또는 음성물(이하 “영상물등”)을 영상물등의 대상자의 의사에 반하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 형태로 편집·합성 또는 가공(이하 “편집등”)하는 행위(제14조의2 제1항)와 ② 제1항에 따른 편집물·합성물·가공물(이하 “편집물등”) 또는 복제물(복제물의 복제물을 포함한다)을 반포등을 하거나 사후에 영상물등의 대상자의 의사에 반하여 편집물등 또는 복제물을 반포등을 하는 행위를 구성요건으로 규정한 것이다.

이 경우 제14조의2 영상물 등에 있어 ‘촬영물’의 경우에는 앞에서 제시한 논리에 따라 동일한 해석이 가능하다. 촬영물이나 영상물의 경우 사람의 신체(얼굴)를 대상으로 하므로 이 또한 직접 촬영된 것을 전제로 하기 때문이다. 제2항의 경우도 제1항에 따른 편집물 등 또는 복제물이므로 촬영물을 기초로 한다는 점에서 동일한 해석이 가능하다.

다섯째 피해자의 동의에 착오가 있는 경우이다.

성폭력처벌법은 2020. 5. 19. 일부개정에서 제14조의3에 촬영물 등을 이용한 협박·강요죄를 신설하였다. ① 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 촬영물 또는 복제물(복제물의 복제물을 포함한다)을 이용하여 사람을 협박하거나(제1항), ② 제1항에 따른 협박으로 사람의 권리행사를 방해하거나 의무 없는 일을 하게 하면 단순 협박이나 강요죄보다 가중처벌된다. 따라서 촬영물등을 수단으로 해악을 고지하거나 새로운 촬영물등을 요구할 경우 본죄로 처벌되며 특별한 문제가 없으나, 피해자가 위계에 의한 동의로 신체 촬영물등을 촬영한 경우 제14조 제1항의 촬영대상자의 의사에 반한 촬영인지 문제될 수 있다.³⁰⁾ 여기서 본래 문제가 되는 경우는 촬영대상자가 위계를 당하고 그로 인해 착오에 의한 동의를 한 경우이다. 이에 대해 대법원은 피해자의 승낙이 피해자의 자유로운 의사에 기초한 것이라고 보기 어렵고, 따라서 피해자의 의사에 반한다고 볼 여지가 충분하다는 취지의 판결을 이어 오고 있다. 예컨대 대법원은 딸의 성행위 동영상인 유포

30) 이러한 문제의식에서 출발한 글로는 윤소현, “성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영·반포등)과 피해자의 의사”, 일감법학 제54호, 건국대학교 법학연구소, 2023, 157쪽 이하 참조. 윤소현 교수는 피해자의 동의를 개별설의 입장에서 ‘양해’로 파악하나 위계의 경우 유효한 양해가 아니라고 한다(윤소현, 같은 글, 167쪽).

된다는 피고인의 거짓말과 협박에 따라 어쩔 수 없이 피고인의 촬영 요구에 응하였고 피고인이 피해자의 이러한 심적 상태를 유발하고 적극적으로 이용한 사안에서, “피해자 L은 … 피고인이 만들어 낸 가상의 인물인 협박범이 딸 F의 성행위 동영상을 유포하거나 F를 협박할 것이 두려워 어쩔 수 없이 피고인의 촬영 요구에 응하였다고 보이고, 피고인 또한 피해자 L의 이러한 심적 상태를 유발하고 이를 적극적으로 이용하였다고 할 것이므로, 피해자 L이 피고인에 대하여 자신의 신체 촬영을 승낙한 것은 피해자 L의 자유로운 의사에 기초한 것이라고 보기 어렵고, 따라서 피고인의 위 행위는 피해자 L의 의사에 반한다고 볼 여지가 충분하다. 그런데도 원심은 피해자 L이 피고인의 말에 속아 신체를 촬영하였고 그와 같은 착오가 신체촬영행위 자체에 대한 것이 아니라는 이유만으로 피고인의 위 행위가 피해자의 의사에 반하여 신체를 촬영하는 행위에 해당하지 않는다고 하여 이 사건 공소사실 중 피해자 L에 대한 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)의 점을 무죄로 판단하였는바, 이러한 원심의 판단에는 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)죄에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다”고 판단하였다.³¹⁾ 이러한 판시는 최근의 대법원 2022. 4. 28. 선고 2021도9041 판결³²⁾에서도 이어지고 있다.

문제는 이와 달리 피해자가 착오에 빠져 사진이나 동영상을 핸드폰 메시지나 이메일로 전송하였고 이를 화면에 띄워 캡처하거나 다시 사진 촬영하는 경우로, 이 경우에는 신체를 직접 촬영한 촬영물이 아니므로 제14조 제1항은 물론 이를 전제로 하는 제2항 및 제14조의3의 적용³³⁾도 명확하지 않다. 허위영상물이 아니므로 제14조의2의 적용도 어렵게 된다. 대법원이 최근 위계의 의미에 대해 목적론적 해석을 통해 그 대상을 넓히고 있지만, 카메라등이용촬영죄에서 그 포섭범위에 들어오는 것은 행위자의 위계로 신체를 직접 촬영한 경우에 국한되기 때문에 처벌의 공백이 여전히 문제 될 수 있다.

31) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015도8447 판결.

32) 피해자는 연예기획사 매니저와 사진작가의 1인 2역 행세를 한 피고인의 거짓말에 속아 피고인이 요구한 나체 촬영과 성관계 등에 응하면 피고인이 자신을 모델 등으로 만들어 줄 것으로 오인, 착각에 빠졌고 이러한 심적 상태에서 피고인의 촬영 요구 등에 응하였으며, 피고인 또한 그와 같은 피해자의 심적 상태를 유발하고 이를 적극적으로 이용하였다고 할 수 있었던 사안이다.

33) 물론 가능하다는 실무의 해석도 있다. 서울고등법원 2021. 1. 22. 선고 2020노1988 판결의 검찰 측 항소이유가 이러한 입장이다.

IV. 입법 개선의 필요성과 방향

카메라등이용촬영죄는 대표적으로 과학기술의 발달과 그로 인한 새로운 문명의 이기의 등장, 범행수법의 변화에 따른 입법적 보완작업이 요구되는 구성요건의 예이다.³⁴⁾ 추상적 구성요건에도 불구하고 가벌적 행위를 모두 예상하기 어렵기 때문이다.

본죄는 촬영행위의 처벌이라는 기본적 구성요건과 변형적 구성요건, 가중적 구성요건 등으로 나눌 수 있는데, 단순 촬영행위도 피해자의 성적 자기결정권을 침해하는 정도가 심각하나, 촬영자가 단순히 피해자를 촬영하는 행위를 넘어 촬영물을 유포까지 한 경우는 인터넷이나 SNS의 엄청난 전파력으로 인해 완벽한 삭제가 거의 불가능하고 피해자의 피해 회복이 매우 어렵다는 점에서 불법성이 더욱 크다고 할 수 있다.³⁵⁾ 촬영물이 유포되고 재유포된 경우, 피해자는 보이지 않는 불특정 다수의 시선까지 두려워하게 되고, 사진이나 동영상이 유포된 피해자는 대인공포증에 시달리며, 아직 유포 여부가 확인되지 않은 피해자라 하더라도 이미 자신도 모르게 유포되었을지 모른다는 두려움과 앞으로 언제 자신의 사진이나 영상이 유포될지 모른다는 공포심을 호소한다. 이런 피해 감정 속에서 피해자들은 타인에 대한 신뢰를 상실하고 결국 온라인에서의 활동이 위축됨은 물론 오프라인에서의 실생활까지도 위축되는 피해를 입게 된다고 한다.³⁶⁾ 유포된 촬영물의 삭제 어려움과 비용 문제도 피해자들에게 심각한 문제가 된다.³⁷⁾ 피해자가 자신의

34) 과거 여자친구나 전 부인 등 촬영 당시에는 동의를 얻어 성행위 등의 사진이나 동영상을 촬영하였다가 결별 후에 복수의 목적으로 촬영물을 유출한 경우 법원은 입법의 미비를 이유로 무죄를 선고하였고(대법원 2009. 10. 29. 선고 2009도7973 판결; 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010도6668 판결), 피해자 본인이 촬영한 사진을 유포, 전시는 경우 ‘다른 사람’의 신체를 촬영한 것이 아니어서 무죄판결이 잇따르기도 했다(대법원 2015. 12. 24. 선고 2015도16953 판결; 대전지방법원 2017. 12. 6. 선고 2017노1867 판결). 이러한 처벌의 공백이 발견되고 나서 후에 성폭력처벌법 개정이 이루어졌다.

35) 김현아, “카메라등이용촬영죄 처벌의 문제점과 개선방안”, 이화젠더법학 제9권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2017, 10쪽.

36) 김현아, 위의 논문, 10쪽; 김현아, “카메라등이용촬영죄 등의 판례 분석을 통한 성폭력처벌법 개정 등”, 온라인 성폭력 실태 및 피해자 지원을 위한 심포지엄 자료집, 한국여성변호사회, 2016, 67-68쪽. 유사한 취지로 개별 사례를 구체적으로 적시한 글로는 김현아/서혜진/강소영/박지영/우지혜, “디지털 성범죄 피해자 법률지원 현황 및 사례분석”, 디지털성범죄 피해자 법률지원 간담회 자료집, 한국여성변호사회, 2021, 14쪽 이하.

37) 이른바 ‘박사방’ 사건의 조주빈을 추적해 ‘박사방’ 사건이 불거진 뒤 운영자 조주빈을 추적해 언론의 주목을 받은 디지털 장의업체 대표마저 음란물 유포 방조 혐의로 유죄를 선고받은 점에 비춰 보면(연합뉴스, “성착취 조주빈 쫓던 ‘디지털 장의사’…음란물 유포 방조 유죄”, 2023. 1. 11, <<https://www.yna.co.kr/view/AKR20230111066351065?input=1195m>>, 검색일 2023. 6. 1), 성폭력 방지 및 피해자 보호 등에 관한 법률에 따라 국가의 영상물 삭제지원이 이뤄진다고 하더라도 현실적으로는 인터넷상에서 피해자의 불법촬영물 삭제가 매우 어려운 작업임을 알 수 있다.

촬영물이 유포된 사이트를 찾아 신고하더라도 처리 기간이 오래 걸리고, 하나의 사이트를 폐쇄한다고 하여도 유사 사이트가 계속 생겨나면서 가해자들은 또 다른 플랫폼을 찾아 가해행위를 지속하는 것이 현실이다.³⁸⁾

이러한 현실에서 대법원의 엄격해석과 그로 인한 공백을 방지하는 것은 형사정책적으로 타당하다고 할 수 없다. 처벌의 공백이 피해자의 고소로 문제화 되고 법원의 유죄판결을 통해 피고인이 응분의 대가를 치르는 동안에도 피해자에 대한 촬영물과 복제물은 인터넷이나 SNS를 떠돌고 있을 것이기 때문이다. 이는 죄질과 불법의 정도에 비춰 볼 때 법적 사태(Rechtssachverhalt)간의 합리적 차별이 아니다. 무엇보다 대법원의 해석과 배치되는 하급심을 방지할 수 없다. 사법부의 역할은 법이 무엇인지 선언하는 것이고,³⁹⁾ 대법원은 상급법원으로서 하급심 판결에서 나타나는 법률적 오류를 시정해야 하며 이를 통해 법원은 형법이라는 강제규범을 통해 지켜져야 하는 사회윤리적 가치가 무엇인지를 사회 구성원들에게 명확히 해야 하기 때문이다.⁴⁰⁾

법원의 해석, ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체’나 ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 촬영물 또는 복제물’을 해석함에 있어 “피해자가 성적 자유를 침해당했을 때 느끼는 성적 수치심은 부끄럽고 창피한 감정으로만 나타나는 것이 아니라 분노·공포·무기력·모욕감 등 다양한 형태로 나타날 수 있다. 피해 감정의 다양한 층위와 구체적인 범행 상황에 놓인 피해자의 처지와 관점을 고려하여 성적 수치심이 유발되었는지 여부를 신중하게 판단해야 한다”⁴¹⁾ 수준에서의 해석은 가능하고 또한 성인지감수성의 측면에서 바람직하다고 할 수 있다. 그러나 이를 넘어서는 수위는 입법개선이 필요하다. 문언의 가능한 의미를 넘는 법형성과 법창조는 허용되지 않는다. 법관의 임무는 형법전의 해석을 통해 형법적으로 보호하여야 할 법익을 발견하고 행위자의 행위가 법적 사태로서 법문의 가능한 의미 한계 내로 포섭될 수 있음을 논증하는 것이기 때문이다.

따라서 전술한 카메라등이용촬영죄에 대한 대법원의 해석에 따른 처벌의 공백지대를 살펴봄으로써 입법 개선의 필요성이 확인된 부분은 우선, 제14조의 ‘사람의 신체를 촬영 대상자의 의사에 반하여 촬영’한 부분이라고 할 수 있다.⁴²⁾ 그리고 그 방향은 사람의

38) 김현아, 앞의 논문, 14쪽.

39) 대법원 2020. 8. 27. 선고 2019도11294 전원합의체 판결.

40) 박경규, “미술품거래에서 사기죄의 성립범위 -대법원 2020. 6. 25. 선고 2018도13696 판결의 평석 및 형법과 법원의 역할에 관한 고찰-”, 사법 제54호, 사법발전재단, 2020, 104쪽.

41) 대법원 2020. 12. 24. 선고 2019도16258 판결.

신체가 직접 촬영된 경우에 준하는 형태, 즉 ‘원본 촬영물과 본질적으로 상이하지 않고 동일성이 인정되는 수준의 촬영물 및 복제물’, ‘촬영물 자체에 대한 직접 반포 등의 행위뿐만 아니라 그 촬영물을 그대로 복제하거나 그 밖에 사진의 동일성을 유지한 상태에서 다른 매체로 저장하고 이를 반포 등의 행위를 하는 경우’도 포함된다고 개정하는 것이다. 이때 구체적인 조문의 내용은 예컨대 “사람의 신체를 촬영(촬영된 영상을 저장, 전송하기 위해 카메라등 기계장치를 사용한 경우를 포함)”⁴³⁾이 될 수 있을 것이다.⁴⁴⁾

〈표 IV-1〉 성폭력처벌법 제14조 제1항 개정안 비교표

현행	개정
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.	카메라나 그 밖에 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체를 촬영(촬영된 영상을 저장, 전송하기 위해 카메라등 기계장치를 사용한 경우를 포함)한 자는 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

V. 결론

대법원은 형법규정의 엄격해석 원칙이라는 대원칙하에, 카메라등이용촬영죄의 해석에 있어서도 사람의 신체 이미지가 담긴 영상을 ‘사람의 신체’에 포함된다고 해석하는

42) 본 논문에서는 제14조 제1항에 대해서만 개정의 내용을 제시하며, 이를 바탕으로 한 제2항과 제3항, 제14조의2와 제14조의3에 대해서는 이후 별도의 논문에서 종합적인 개정안을 제시하고자 한다.

43) 참고할 만한 입법례로 미국의 2004년 연방 비디오관음방지법(Video Voyeurism Prevention Act of 2004)은 ‘사적 신체 부위의 모습(image)을 고의로 캡처(비디오촬영, 사진촬영 또는 기타 방법에 의한 이미지 저장, 방송을 의미한다)하는 행위’를 처벌하고 있으며(18 U.S.C.A. §1801), 플로리다 주는 비디오관음죄를 두어 ‘시청, 방송, 저장하기 위해 영상장치(imaging device)를 사용, 설치하는 행위’를 처벌하고 있다(F.S.A. §810.145.(b)).

44) 대법원은 카메라등이용촬영죄의 기수시기에 대해, 촬영된 피사체의 영상정보가 기계장치 내 RAM(Random Access Memory) 등 주기억장치에 입력되어 임시저장되었다가 이후 저장명령이 내려지면 기계장치 내 보조기억장치 등에 저장되는 방식을 취하는 경우가 많고, 이러한 저장방식을 취하고 있는 카메라 등 기계장치를 이용하여 동영상 촬영이 이루어졌다면 범행은 촬영 후 일정한 시간이 경과하여 영상정보가 기계장치 내 주기억장치 등에 입력됨으로써 기수에 이르는 것이고, 촬영된 영상정보가 전자파일 등의 형태로 영구저장되지 않은 채 사용자에 의해 강제종료되었다고 하여 미수에 그쳤다고 볼 수는 없다는 태도인 점(대법원 2011. 6. 9. 선고 2010도10677 판결)을 고려하였다.

것은 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나는 것이므로 죄형법정주의 원칙상 허용될 수 없다는 확고한 원칙을 견지해왔다. 그런데 이로 인해 처벌의 공백이 발생하였고 하급심은 대법원과 배치되는 판단을 하고 있다. 그러나 대법원의 엄격해석과 그로 인한 공백을 방지하는 것은 형사정책적으로 타당하다고 할 수 없다.

앞에서 대법원의 카메라등이용촬영죄에 대한 엄격해석과 통일된 해석을 시도할 경우 나타날 수 있는 처벌의 공백지대를 살펴보았으며, 이에 대한 개략적인 방향에서의 입법 개정의 필요성을 지적하였다. 성폭력처벌법의 중벌화,⁴⁵⁾ 엄벌화, 즉응적 대처에 대한 근본적 고민과 연구가 필요함을 한계로 지적받지 않을 수 없지만, 우선 대법원의 해석과 배치되는 문제에 대해 개선의 필요성을 제기한 점에서 본 논문의 의미를 찾고자 하며, 카메라등이용촬영죄 전반의 개정안에 대해서는 다음 연구로 상론을 미루고자 한다.

45) 예컨대 최초 카메라등 이용 촬영행위의 법정형은 ‘5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금’에서 차차 높아져 ‘5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금’을 거쳐 ‘7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금’의 중형으로 개정되어 왔다.

참고문헌

1. 학술지

- 김영철/조현욱, “성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 다른 사람의 신체부위 해당여부 -대법원 2014. 7. 24. 선고 2014도6309 판결-”, 법학연구 제57권 제3호, 울산대학교 법학연구소, 2016, 151-177쪽.
- 김현아, “카메라등이용촬영죄 처벌의 문제점과 개선방안”, 이화젠더법학 제9권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2017, 1-32쪽.
- 박경규, “미술품거래에서 사기죄의 성립범위 -대법원 2020. 6. 25. 선고 2018도13696 판결의 평석 및 형법과 법원의 역할에 관한 고찰”, 사법 제54호, 사법발전재단, 2020, 75-109쪽.
- 박현정, “불법촬영물 소지 및 시청에 관한 처벌규정의 비교법적 고찰 -성폭력처벌법 제14조를 중심으로-”, 법이론실무연구 제8권 제4호, 한국법이론실무학회, 2020, 109-130쪽.
- 배상균, “‘도촬행위’ 현상과 규제에 관한 비교법적 검토: 성폭력처벌법 제14조를 중심으로”, 형사정책연구 제27권 제1호, 한국형사·법무정책연구원, 2016, 199-227쪽.
- 윤소현, “성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영·반포등)과 피해자의 의사”, 일감법학 제54호, 건국대학교 법학연구소, 2023, 153-176쪽.
- 이근우, “성폭력처벌법(카메라등이용촬영죄)의 문제점과 개선방안 -대법원 2018. 8. 30. 선고 2017도3443 판결-”, 법조 제733호, 법조협회, 2019, 549-568쪽.
- 이승준, “형법해석을 둘러싼 의문에 관한 小考 -공모관계의 이탈에 관한 판례의 태도를 중심으로-”, 법학연구 제26권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2015, 433-456쪽.
- _____, “카메라등 이용촬영죄에서의 ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체성’ 판단에 대한 비판적 검토”, 형사정책 제20권 제1호, 한국형사정책학회, 2008, 207-227쪽.
- 이훈재, “디지털 성범죄로서 카메라등 이용촬영죄의 문제점에 대한 비판적 고찰 -개정법에 대한 비교법적 검토를 중심으로-”, 법학논총 제33권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2021, 305-339쪽.
- 전윤경, “성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)죄의 구성요건 해석 및 개선방안”, 법학연구 제19권 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2016, 113-144쪽.

2. 세미나 자료집

김현아, “카메라등이용촬영죄 등의 판례 분석을 통한 성폭력처벌법 개정 등”, 온라인 성폭력 실태 및 피해자 지원을 위한 심포지엄 자료집, 한국여성변호사회, 2016, 13-113쪽.

김현아/서혜진/강소영/박지영/우지혜, “디지털 성범죄 피해자 법률지원 현황 및 사례분석”, 디지털성범죄 피해자 법률지원 간담회 자료집, 한국여성변호사회, 2021, 6-43쪽.

3. 신문기사

연합뉴스, “성착취 조주빈 쫓던 ‘디지털 장의사’…음란물 유포 방조 유죄”, 2023. 1. 11, <<https://www.yna.co.kr/view/AKR20230111066351065?input=1195m>>, 검색일 : 2023. 6. 1.

SBS뉴스, “‘셀카 찍는 척’ 유리창에 비친 필라테스 매니저 신체 불법촬영 20대”, 2023. 8. 20, <https://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1007313985&plink=ORI&cooper=NAVER&plink=COPYPASTE&cooper=SBSNEWSEND>, 검색일 : 2023. 8. 22.

[Abstract]

A Study on the Case Interpretation and Regulatory Gaps in the Crime of Taking Photographs or Videos by Using Cameras^{*}

—Focusing on the Object of Photography—

Lee, Seungjun^{**}

The Act On Special Cases Concerning The Punishment Of Sexual Crimes has been amended several times and has developed a very tight and strict regulatory system for illegal Taking Photographs. This was done as an immediate response to events that shocked our society, such as the so-called ‘revenge porn case’ and ‘room N case’.

However, the Supreme Court has adhered to the principle of strict construction, which is the main principle of criminal law interpretation. The Supreme Court has ruled that only cases in which a person’s body is directly photographed with a camera in Article 14 of the Act On Special Cases Concerning The Punishment Of Sexual Crimes should be punished for the crime of using a camera, and that it is a prohibited inferential interpretation to punish cases such as computer monitor screens.

However, the problem arises at this point. There are a number of cases in which the principle of prohibited inference does not apply even though the crime and the degree of damage are not different. This paper concludes that the Supreme Court’s interpretation is valid, and then examines the gaps in punishment that may occur if this interpretation is uniformly applied. The paper examined the following cases: first, when the object photographed through the camera is an image; second, when the image screen is distributed or reproduced; third, when the object photographed is an image and the image or reproduction is possessed, purchased, stored, or viewed; fourth, when the image screen is edited; and fifth, when the victim mistakenly sends

^{*} This research was supported by the Yonsei University Research Fund of 2022(2022-22-0141).

^{**} Professor at Yonsei University Law School

a photo or video to a message or email and it is captured or rephotographed on the screen.

We argued that Article 14 needs to be revised to address these gaps in punishment, and that the direction should be revised to these forms i.e., "photographs and reproductions that are not inherently different from the original photographs and are recognized as identical".

[Key Words] Taking Photographs or Videos by Using Cameras, Interpretation of criminal law, person's body, photograph, gaps in punishment, legislative improvement