디지털 성폭력, '양형부당'을 말하다

: 피해자 관점에서 본 양형기준

2020년 10월 20일(화) 10시

'한국여성단체연합' 유튜브 생중계

* 참여신청 링크는 본문에 기재되어 있습니다.

사회 안경옥(전국성폭력상담소협의회 공동대표)

발표 1 디지털성폭력 판결, 무엇이 문제였나
_ 백소윤(민변 여성인권위원회, 공익인권법재단 공감 변호사)

발표 2 미국의 디지털 성범죄 판결
_ 박예안(민변 여성인권위원회, 공익인권법재단 공감 변호사)

발표 3 대법원 양형위원회 '디지털 성범죄 양형기준안'에 대한 제안
_ 유승희(민변 여성인권위원회, 법률사무소 원곡 변호사)

발표 4 현장에서 느끼는 양형기준의 문제
- 신성연이 (한국사이버성폭력대응센터)
- 이하영 (성매매문제해결을위한전국연대)
- 이현숙 (탁틴내일)
- 김혜정 (한국성폭력상담소)

문의 한국성폭력상담소 02-338-2890
한국여성단체연합 02-313-1632

주최 텔레그램성착취공동대책위원회

디지털 성폭력, ‘양형부당’ 을 말하다
: 피해자 관점에서 본 양형기준

텔레그램성착취공동대책위원회

진행 순서

구분	시간	순서	발표자
소개	10:00~ 10:10	토론회취지 및 참석자 소개	안경옥 (전국성폭력상담소협의회)
발표1	10:10~ 10:30	디지털성폭력 판결, 무엇이 문제였나	백소윤 (민변 여성인권위원회, 공익인권법재단 공감 변호사)
발표2	10:30~ 10:40	미국의 디지털 성범죄 판결	박예안 (민변 여성인권위원회, 공익인권법재단 공감 변호사)
발표3	10:40~ 11:00	대법원 양형위원회 디지털 성범죄 양형기준안'에 대한 제안	유승희 (민변 여성인권위원회, 법률사무소 원곡 변호사)
발표4	11:00~ 11:10	현장에서 느끼는 양형기준의 문제	신성연이 (한국사이버성폭력대응센터)
발표4	11:10~ 11:20		이하영 (성매매문제해결을위한전국연대)
발표4	11:20~ 11:30		이현숙 (탁틴내일)
발표4	11:30~ 11:40		김혜정 (한국성폭력상담소)
질의응답	11:40~ 11:50	질의응답	
마무리	11:50~ 11:55	마무리 발언 및 인사	

목차

발표 1. 아동 청소년 대상 디지털 성범죄 처벌 및 양형 판단의 문제들 ····· 1

백 소 윤 (민변 여성인권위원회, 공익인권법재단 공감 변호사)

발표 2. 미국의 디지털 아동성착취 범죄에 대한 법제와 양형기준 ····· 38

박 예 안 (민변 여성인권위원회, 공익인권법재단 공감 변호사)

발표 3. 대법원 양형위원회 디지털 성범죄 양형기준안'에 대한 제안 ····· 55

유 승 희 (민변 여성인권위원회, 법률사무소 원곡 변호사)

발표 4-1. 현장에서 느끼는 양형기준의 문제 ····· 84

신 성 연 이 (한국사이버성폭력대응센터)

발표 4-2. 성매매 범죄 양형기준과 실제 적용 사례 ····· 89

이 하 영 (성매매문제해결을위한전국연대)

발표 4-3. 현장에서 느끼는 양형기준의 문제 ····· 101

이 현 숙 (탁틴내일)

발표 4-4. 현장에서 느끼는 양형기준의 문제 ····· 108

김 혜 정 (한국성폭력상담소)

발표 1

아동 청소년 대상 디지털 성범죄 처벌 및 양형 판단의 문제들

백 소 윤 (민주사회를위한변호사모임 여성인권위원회, 공익인권법재단 공감 변호사)

아동 청소년 대상 디지털 성범죄 처벌 및 양형 판단의 문제들[1]

백소윤 (민주사회를위한변호사모임[2] 여성인권위원회, 공익인권법재단 공감 변호사)

1. 아동 청소년 대상 디지털 성범죄 양형기준 설정 시 유의점

몇몇 사건을 통해, 법원이 아동 청소년 성착취물 제작・배포 등 디지털 성범죄의 심각성을 반영하지 못하고 있는 현실이 드러났다. 민주사회를위한변호사모임의 여성인권위원회와 아동인권위원회(이하 본 위원회)는 법원이 양형에 적용하는 양형 기준과 인정 사실에 대해 비판적으로 검토하고 합리적 양형 기준을 제시하고자 2018년 11월 ~ 2020년 7월까지 기간 내 아동・청소년의성보호에관한법(이하 청소년성보호법) 제11조[3]가 적용(경합법 포함)된 약 200건의 판결에 적시된 양형이유를 분석하고,

---

1) 이 글은 청소년성보호법 제11조 적용 사례의 실제 형량에 대해 검토하고 양형기준에 대한 의견을 제출하기 위하여 민주사회를 위한 변호사모임 소속 소수 회원들이 함께 판례 분석한 작업을 정리한 것이다. 의견서 초안의 내용을 토론문에 맞게 요약 정리하면서 발제자의 의견의 더해져 위원회의 입장과 다른 부분이 있을 수 있음을 밝힌다. 발제자 외에 조은호, 유승희, 박예안, 박수빈, 차혜령 변호사가 2018~2019년 판례 수집과 분석을, 최근 판례는 조은호, 원민경 변호사가 판례 수집에 애를 써주셨다.

2) 민주사회를 위한 변호사모임은 기본적 인권의 옹호를 위한 변론 등 법률지원 사업, 법률 및 제도에 대한 연구와 조사사업 등을 목적으로 설립된 변호사단체로, 모임 내 15개의 위원회가 있다. 여성인권위원회는 2000년에 만들어져 현재 198명의 위원이 젠더기반 폭력 피해자와 성차별 피해자를 위한 공익소송의 변론, 여성인권 입법, 정책 수립시 법률의견 개진 등의 활동을 하고 있으며, 아동인권위원회는 2015년에 만들어진 신생 위원회로 이주・장애・성소수자 아동을 포함한 모든 아동・청소년의 인권을 옹호하는 활동을 전개하고 있다. 아동학대과 해외입양 등 아동보호체계에 대한 문제제기부터 아동・청소년의 참정권 보장, 보편적 출생등록 제도의 도입, 아동・청소년 성착취 피해에 대한 대응, 아동사법제도에 대한 문제제기 등 활동을 진행하고 있다.

3) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

양형 기준 정립에 있어 참고할 수 있는 사항들을 정리하였다.

개정 청소년성보호법 제11조는 아동 청소년 성착취물 제작 등 행위의 법정형에서 벌금형을 삭제하고 법정형을 대폭 상향하였다. 그러나 법정형 상향 취지가 제대로 반영되기 위해서는 기존 판례의 양형 판단의 문제점을 짚고, 편향되거나 간과된 사실 인정의 내용을 돌아봐야 할 것이다. 합리적 양형기준의 근거를 정립하기 위하여서도 개정 전 청소년성보호법 제11조 위반죄 판례를 통해 법원의 디지털 성범죄에 대한 인식을 확인할 필요가 있겠다.

가. 피고인 중심의 양형기준 적용 배척

판결문을 살펴보면, 형사절차가 피고인의 권리를 중심으로 함을 감안하더라도 피해자나 피해보다는 피고인에게 유리한 사정이 적극 인정되어 죄질보다 피고인

---

4. "아동 · 청소년의 성을 사는 행위"란 아동 · 청소년, 아동 · 청소년의 성(性)을 사는 행위를 알선한 자 또는 아동 · 청소년을 실질적으로 보호 · 감독하는 자 등에게 금품이나 그 밖의 재산상 이익, 직무 · 편의제공 등 대가를 제공하거나 약속하고 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 아동 · 청소년을 대상으로 하거나 아동 · 청소년으로 하여금 하게 하는 것을 말한다.

가. 성교 행위

나. 구강 · 항문 등 신체의 일부나 도구를 이용한 유사 성교 행위

다. 신체의 전부 또는 일부를 접촉 · 노출하는 행위로서 일반인의 성적수치심이나혐오감을 일으키는 행위

라. 자위 행위

5. "아동 · 청소년이용음란물"이란 아동 · 청소년 또는 아동 · 청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 사람이나 표현물이 등장하여 제4호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나 그 밖의 성적 행위를 하는 내용을 표현하는 것으로서 필름 · 비디오물 · 게임물 또는 컴퓨터나 그 밖의 통신매체를 통한 화상 · 영상 등의 형태로 된 것을 말한다.

제11조(아동 · 청소년이용음란물의 제작 · 배포 등) ① 아동 · 청소년이용음란물을 제작 · 수입 또는 수출한 자는 무기징역 또는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

② 영리를 목적으로 아동 · 청소년이용음란물을 판매 · 대여 · 배포 · 제공하거나 이를 목적으로 소지 · 운반하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

③ 아동 · 청소년이용음란물을 배포 · 제공하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

④ 아동 · 청소년이용음란물을 제작할 것이라는 정황을 알면서 아동 · 청소년을 아동 · 청소년이용음란물의 제작자에게 알선한 자는 3년 이상의 징역에 처한다.

⑤ 아동 · 청소년이용음란물임을 알면서 이를 소지한 자는 1년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

⑥ 제1항의 미수범은 처벌한다

'개인사' 에 주목하게 되고, 낮은 선고형으로 끝나는 경우가 많았다. 청소년성보호법 제11조 위반죄 판결문에 자주 등장한 감경사유를 살펴보면, 특히 적용 법조의 구성요건과 양형인자를 혼용하는 경우(예를 들어 단순 유포의 기본범죄의 불법성 판단 시 영리목적 없었음을 감형사유로 삼는 경우)가 많았고, 유포 및 소지죄의 불법성을 과소평가하는 경우, 성착취물의 취득과정과 착취물의 내용 및 유형에 대한 고려는 없이 피해자의 동의나 자발성을 감경요소로 인정하는 경우도 있었다.

대법원은 법원에 '성인지적 관점' 을 요청하면서 성폭력 피해와 피해자에 대한 법원의 관점이 사회적 편견으로부터 자유롭지 않다는 점을 지적한 바 있다[4]. "피고인 중심의 양형기준 적용" 은 법원이 성폭력 사건과 피해자에 대한 사회적 편견을 답습하고 사법절차를 통해 사회적 편견을 견고하게 만드는 원인이자 결과이다. 성폭력 사건에 있어 충분한 검토가 필요한 일반적 감경사유(피고인의 진지한 반성, 사회적 유대관계, 피해자와의 합의 등)를 일률적으로 적용하는 것에 대한 반성폭력 운동단체들의 꾸준한 지적은 그 인과관계를 끊어내기 위한 시도라 할 것이다. 피해자와 피해에 관한 사회 구조적 이해는 물론 사안의 구체적 이해를 위한 노력이 필요하다. 하지만 분석대상 판례들에서는 디지털 성범죄에서도 일반적 감경사유를 무비판적으로 적극 적용하고 있다는 점에서 성인지 감수성 없는 "피고인 중심의 양형기준 적용" 은 반드시 배척될 필요가 있다 하겠다.

---

4) 대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결. 법원이 성폭행이나 성희롱 사건의 심리를 할 때 유의하여야 할 사항 및 성폭행 등의 피해자 진술의 증명력을 판단하는 방법에 대해 판단하면서 "법원이 성폭행이나 성희롱 사건의 심리를 할 때에는 그 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록 '성인지 감수성' 을 잃지 않도록 유의하여야 한다(양성평등기본법 제5조 제1항 참조). 우리 사회의 가해자 중심의 문화와 인식, 구조 등으로 인하여 성폭행이나 성희롱 피해자가 피해사실을 알리고 문제를 삼는 과정에서 오히려 피해자가 부정적인 여론이나 불이익한 처우 및 신분 노출의 피해 등을 입기도 하여 온 점 등에 비추어 보면, 성폭행 피해자의 대처 양상은 피해자의 성정이나 가해자와의 관계 및 구체적인 상황에 따라 다르게 나타날 수밖에 없다. 따라서 개별적, 구체적인 사건에서 성폭행 등의 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따른 증거판단이라고 볼 수 없다." 고 판시하며 법관의 자유판단에 따라 피해자 진술의 신빙성을 뒷받침하거나 직접증거인 피해자 진술과 결합하여 공소사실을 뒷받침하는 간접정황으로 인정해 유죄판결을 할 수 있다고 하였다.

나. 디지털 성범죄의 특징 반영 필요

판결문을 살펴보며 기존의 성/범죄와는 다르게 가중사유로 인정되어야 할 것으로 판단되는 디지털 성범죄의 특수성도 다수 발견되었다. 외장하드는 물론 웹하드를 통한 대량 소지 및 유포 방식의 다변화, 영리목적으로 전문 기술을 활용하거나 체계적 범행(성착취물 취득 경위와 유통에 있어 전문적 기술력, 조직체계 동원 등)을 가중인자로 적극 적용한 경우는 찾기 어려웠다. 이는 기술적 영역에 대한 정보 부족이라는 현실과 성착취물의 소지, 유포와 배포 행위의 불법성을 간과하는 태도에서 비롯된 것으로 보인다. 이는 디지털 성범죄 피해의 확산성, 지속성, 현재성이라는 특수성을 제대로 이해하지 못한 결과이기도 하다. 스마트폰과 SNS 등 기술발달은 '디지털 네이티브' 세대 누구나 촬영 즉시 전송(소지· 유포)하고, 실시간 시청까지 가능하게 만들었다.

촬영에 그치고 유포하지 않았다든가 유포 범위가 광범위 하지 않았다거나 하는 인정 감경사유들은 오히려 가중사유에 해당하는 것은 아닌지 재고해야 하는 사실관계에 더 주목하게 만든다. 피해자가 감당해야 하는 피해의 규모와 속성에 대한 이해를 위해서도 디지털 성범죄의 특징에 대한 법원의 섬세한 이해가 요구된다.

2. 구 청소년성보호법 제11조 위반죄 양형 판단의 문제

가. 성착취물의 유형(내용)에 따른 차등 필요

청소년보호법 제11조 위반죄는 그 대상이 실재 인물/가상인지 구별하지 않고 아동·청소년으로 명백하게 인식될 수 있는 경우 아동·청소년이용음란물로 인정한다. 청소년성보호법의 입법 취지가 아동·청소년의 올바른 성 가치관 확립 및 그 보호를 목적으로 한다는 점에서 그 대상이 실재 인물인지 가상인지 만화와 같은 표현물인지와 무관하게 그 대상을 성적 대상으로 삼아 성적 착취하는 표현물에 엄격하게 인정되어

만화・애니메이션에 불과하다는 사실이 감경사유로 인정되는 경우는 없어야 한다.

성착취물의 유형에 따라 가중되어야 할 필요도 있다. 그 표현의 내용이 법 제2조 4호에 해당하는 성적 행위 뿐 아니라 가학적 행위(무조건 복종, 노예, 걸레 등의 윤리적 비하)를 동반하거나 몸에 상해(성기에 이물질 삽입하는 자위행위, 위험 물질 흡입, 자해 등)를 입히는 등의 내용인 경우, 실제 성폭력 가해 등 범죄 행위를 촬영한 경우, 묘사된 아동·청소년의 연령이 극히 낮은 경우 등의 특수성은 차등하여 양형 판단에 있어 가중요소로서 반영되어야 할 것이다.

나. 적용법조의 구성요건과 양형인자의 혼용

청소년 성보호법 제11조	위법 행위 유형(구성요건)	법정형
제1항	제작・수입・수출	무기 또는 5년 이상 징역
제2항	영리목적 판매・대여・배포・제공 또는 이를 목적으로 한 소지・운반・전시・상영	10년 이하 징역
제3항	배포・제공・전시・상영	7년 이하 징역 또는 5천만원 이하 벌금
제4항	제작 목적 알선	3년 이상 징역
제5항	소지	1년 이하 징역 또는 2천만원 이하 벌금

청소년성보호법 제11조 위반죄로 처벌되는 기본 구성요건은 제작과 제작 목적 알선, 음란물 배포, 소지 행위를 기본행위로 규정하고 영리목적 배포와 소지는 별개 조항에서 추가 구성요건으로 하여 가중 처벌하도록 되어있다. 위의 표와 같이 각 항은 별개의 범죄를 구성하고 있으며 법정형을 달리 하고 있다. 그렇다면 별개의 범죄의

구성요건에 해당하는 사실관계 부존재가 감경요소로 인정하여서는 아니 될 것임에도 현재의 양형실무는 단순 소지나 유포행위를 영리목적 없음이나 그 이득이 적다는 사실이 감경요소로 적용되고 있는 문제가 있다.

아래 다 내지 마항에서는 특히 배포 등(유포행위) 및 소지죄 양형판단에서 위와 같은 관점에서 판례가 취하는 태도를 구체적으로 검토한다.

다. 유포 및 소지죄에 대한 간과

디지털 성범죄는 성착취물을 ‘소비’하는 자들에 의해 무차별적 유포된다. 디지털 성범죄 피해의 지속성과 확산성이라는 특징 상 청소년성보호법 제11조 제3항의 배포 등 행위와 제5항의 소지행위는 양형판단 시 그 행위태양을 엄밀히 살펴 가중요건을 신중히 검토할 필요가 있다. 성착취물 소비자를 단순 소지죄로, 성착취물의 대규모 유통 플랫폼 제공자를 단순 배포로 판단하는 것은 그 피해의 성격과 심각성을 피고인의 관점에서 평가하는 것이다.

1) 단순 소지 목적 뿐이어서 감경하는 경우

> 피고인은 자신의 성적욕망을 충족시키고 다른 사람들로부터의 관심을 얻기 위하여 이 사건 범행을 저지른 것으로 보이고, 달리 영리의 목적이 있었던 것으로는 보이지 않는 점(중략)은 피고인에게 유리한 정상이다
> (인천지방법원 2019. 2. 1. 선고 2018고합666).

인천지방법원 2019. 2. 1. 선고 2018고합666 판결은 피고인이 14세, 16세에 해당하는 복수의 아동・청소년과 성관계하고 이를 몰래 촬영한 사실, 이 촬영물로 피해자에게 유포 협박하여 자위행위를 촬영하게 한 뒤 전송받는 방법으로 2016년부터 2018

년까지 총 517편의 아동・청소년이용음란물을 제작한 사실, 2017년부터 2018년까지 30회에 걸쳐 아동들에게 '노예' 될 것을 요구하며 접근한 사실, 2018년 2월 경부터 7월경까지 99회에 걸쳐 위 촬영물을 전시한 사실, 2419편의 아동・청소년이용음란물을 저장하여 소지한 사실을 모두 인정하고도 피고인에게 징역 4년의 실형을 선고하였다. 이는 청소년성보호법 제11조 제1항(제작의 점)과 3항(배포 등의 점, 포괄하여)과 5항(소지의 점, 포괄하여) 아동복지법 제17조 제2호(아동 성적학대의 점) 위반의 경합범으로 처벌받은 결과였다. "자신의 성적 욕망을 채우기 위해서 한 소지 행위" 라면 가벌성이 낮다는 판단은 남성이 여성을 성적 대상으로 삼고 이미지로 소비하는 행위를 개인의 욕망 문제로 치부하는 태도에서 비롯된 것이라는 비판을 피할 수 없을 것이다.

텔레그램 성착취사건 등 사건이 공론화 된 뒤에도 큰 변화는 없었다. 서울서부지방법원 2020. 5. 20. 선고 2020고정406 판결은 2018. 7. 13. 경부터 2018. 9. 5. 경까지 아동청소년이용음란물 13,774개를 전송받아 소지한 피고인에게 벌금 500만 원을 선고하는데 그쳤다.

2) 폭행 협박 등 물리적 강제 없었음이 감경요소

피고인이 영리적 목적으로 이 사건 범행을 저질렀다거나 실제 경제적 이득을 취했다고는 보이지 않는다. 피고인은 자신이 아동 청소년이용음란물 등을 소지 하고 있음을 기화로 피해자들을 협박하거나 금전을 요구하는 행위로 나아가지는 않았다 (서울고등법원 2019. 5. 30. 선고 2018노3539).

피고인이 제작된 음란물을 이용하여 이득을 얻거나 피해자를 협박하지 않았고, 개인적으로 이를 보관하였을 뿐이다

(서울고등법원 2019. 5. 30. 선고 2019노489).

서울고등법원 2019. 5. 30. 선고 2019노489 판결은 인터넷 사이트를 통해 "SM플레이" 를 할 청소년을 모집한 후 17세 또는 13세의 피해자 3인으로부터 자위행위 영상을 제공받는 방식으로 음란물을 제작한 피고인에 대하여 징역 2년 6개월 선고에 집행유예 결정을 하였다. 이는 청소년성보호법 제11조 제1항(제작의 점), 3항(전시의 점), 정보통신망법 제44조의7 제1항 제1호(음란물 유포의 점) 각 위반죄가 적용된 것이었습니다. 피고인은 피해자들에게 성기나 항문에 볼펜을 삽입하도록 하고 이를 촬영하여 보내도록 하고, '걸레' 등의 표현으로 피해자들을 지칭하고, '암캐' 가 적힌 종이를 신체에 붙인 채 사진을 찍거나 체액분비물을 찍어 보내도록 하는 등 그 성착취물의 유형이 가학적・변태적이었으며, 이 과정에서 일부 피해자들의 영상을 자신의 SNS와 운영 중인 사이트에 게시한 사실도 인정되었다. 피해촬영물의 내용과 이를 취득하는 과정의 폭력성이 드러났음에도, 제작된 영상을 소지만하고 이를 빌미로 협박 등에 이르지 않았음을 피고인에게 유리한 사정으로 보았다.

디지털 성범죄의 특성상 물리적 유형력 행사가 없는 방식으로 의사를 제압하여 악용하는 경우가 많다는 점, 유포 협박 강요의 죄가 성범죄로서 처벌받게 된 개정법의 취지 등을 고려할 때 디지털 성범죄에 관한 한 협박에 대한 재평가는 물론 재정의가 필요하다,

3) 소지 수량이 적어, 취득한 이익이 크지 않아 감경

(중략) 피고인이 제작한 아동·청소년이용음란물 또는 SNS에 게재한 음란물의 규모가 방대하거나 피고인이 조직적으로 이 사건 범행을 저질렀다고 단정하기 어렵다 (서울고등법원 2019. 5. 30. 선고 2019노489).

판례는 불특정 다수에게 실시간 노출되는 SNS에 성착취물이 공개되었음에도 성착취물 소지나 유포 규모가 방대하지 않고 조직적 범행은 아니었던 점을 피고인에게 유리한 정상으로 인정했다. 그렇다면 소지나 유포 규모가 방대하다고 판단될 경우 이러한 사정은 가중요건으로 삼는 데에 적극적인지 의문이 생긴다. 법원은 아동성착취물 유통 사이트 '웰컴투비디오' 운영자 손정우에 대한 양형 판단에서 "(피고인이 직접 제작한 것은 아니고) 피고인 운영 사이트에 접속한 회원들이 업로드 한 것도 상당수 포함되어 있는 점(서울중앙지방법원 2019. 5. 2. 선고 2018노2855 판결)"을 피고인에게 유리한 양형으로 평가하였다. 또 손씨가 소지하고 있던 아동청소년음란물의 규모가 압수된 하드디스크에만 17,000개 가량에 이르렀음에도 1년6월의 선고형으로 마무리되었다. 운영자 뿐 아니라 또 '웰컴투비디오' 이용자로 추정되는 피고인들에 대한 처벌 역시 대다수 토르 브라우저를 이용한 다크웹 접속 후 특정 사이트에서 성착취물 다운로드 받고 비트코인으로 대가지불하였다는 공통 사실관계가 드러난 판결[5]을 살펴본 결과 대다수 벌금형에 그쳤음을 확인했다.

성착취물의 사인 간 개별적 매매행위는 불법적 이득의 약소함이 양형에서 감경요소가 되고 있는 것도 문제다. 대전지방법원 2019. 7. 17. 선고 2019고단1762 판결에서 피고인은 SNS 계정을 통해 성착취물 판매 홍보 영상을 올려, 영상 50개당 1만원에 해당하는 금액을 대가로 받고 성착취물을 팔아 이득을 얻었다. 총27회에 걸친 판매로 447,400원을 취득했음이 확인되고, 피고인은 블상의 사이트를 통해 522개의 아동청소년 음란물 522개를 보관하고 있었던 사실이 인정되었다. 청소년성보호법 제11조 제2항(음란물 판매의 점), 제11조 제5항(소지의 점) 위반죄의 양형판단에서 재판부는 "얻은 수익이 많지 않은 점" 등을 참작하여 징역 1년, 2년의 집행유예 결정을 하였다.

5) 대구지방법원 안동지원 2019. 1. 18. 선고 2018고단567 판결(87회 다운로드 소지 벌금 200만원), 광주지방법원 순천지원 2018. 7. 20. 선고 2018고단753 판결(175개 다운로드 소지 벌금 300만원), 대구지방법원 2018. 7. 26. 선고 2018고단2623 판결(17개 다운로드 소지 벌금 300만원), 수원지방법원 안양지원 2018. 11. 28. 선고 2018고단1199 판결(8회 다운로드 벌금 300만원) 등.

하지만 사이버 범죄의 특수성 상 수익금 추적이 용이하지 않아, 아동성착취물 유통 사이트 '웰컴투비디오' 운영을 통해 이익을 얻은 손정우의 경우에도 불법 수익금 추징이 거의 불가능하다고 알려졌으며, 텔레그램성착취물 유통 배경이 된 '박사방' 운영자 조주빈의 경우에도 불법도박사이트 등 가상화폐를 이용하여 자금을 운용해 그 수익금 추적에 어려움을 겪고 있다고 알고 있다. 그렇다면 디지털 범죄로 얻은 수익의 과소함을 감경사유로 인정하는 것은 지양하고, 과다액수가 확인 될 때 적극적 가중사유로 삼는 것이 타당할 것이다.

4) 적극적 악의적 유포로 볼 수 없어 감경

> 성매매 광고 사이트를 장기간 무료로 운영하여 얻은 이익이 크지 않고(중략) 적극적으로 음란물을 유포한 것은 아니고 사이트를 운영하면서 게시판에 해당 글 등을 삭제하는 조치를 취하지 않았을 뿐
> (인천지방법원 2019. 4. 10. 선고 2018고단7879 판결)

인천지방법원 2019. 4. 10. 선고 2018고단7879 판결은 성매매 업소 광고 사이트를 운영한 피고인에 대하여 1년 6개월의 실형 선고를 하였다 이 선고형은 3년 6개월 동안 불법 사이트를 운영하면서 2018. 6. 경부터 3개월 동안 총 21회에 걸쳐 회원들의 아동・청소년이용음란물 배포 등 행위를 방조한 혐의를 포함하여, 성매매방지법과 성폭력처벌법, 약사법 등 위반 혐의 모두가 인정된 것이었다. 이들은 성매매업소 광고사이트를 운영하면서 광고 배너에 아동청소년음란물을 노출시켰고, 회원유치를 위해 성매매업소 후기나 아동・청소년이용음란물을 올리면 일정 포인트를 지급하고 그 포인트를 성매매업소를 이용할 수 있는 쿠폰과 교환하여 줌으로써 회원 가입과 사이트 활성화를 유도하였다.

재판부는 "아동·청소년 음란물을 비롯하여 다수 음란물이 유포되었고, 특히 일부 영상은 어동·청소년의 얼굴이 그대로 드러난다"고 지적하면서도 광고 사이트를 운영하여 얻은 이익이 크지 않고 성착취물이 게시되도록 적극 조장했다는 평가를 받아야 하는 행위를 "타인이 게시한 불법적 게시물을 방치"한 정도의 행위로 평가하고 이를 양형에 있어 유리한 정상으로 참작했다. 음란물 유포 뿐 아니라 성매매 알선·광고 등의 불법정보 유통 플랫폼 운영 행위의 불법성을 중하게 보지 않은 결과로 보인다.

위의 판결과 대조적으로 음란물 유포사이트 운영방식과 불법촬영물 유포의 상관관계를 명확히 지적한 판례도 있다. 서울서부지방법원 2020. 5. 4. 선고 2020노125 판결은 회원들이 영상을 업로드하면 포인트를 지급하거나 제휴를 맺은 불법 도박사이트에서 충전을 한 돈 중 일부를 포인트로 충전해주어 그 포인트로 동영상을 다운받을 수 있도록 하는 운영방식에 대하여 성관계 동영상의 불법 촬영과 유포, 불법 도박 등을 독려하고 조장하는 방식이라고 분명히 지적하였다. 이 사건의 경우 재판부는 피고인과 일부 피해자가 합의하여 피해자의 처벌불원의사가 있는 등 일부 감경사유가 있음에도 원심의 형(징역 3년)이 가볍다고 판단하여, 항소심에서 형량을 상향하여 징역 4년형을 선고하였다.

> 피고인이 관리한 위 사이트에는 상업적으로 제작한 해외 또는 한국 음란물을 제외하고 주로 한국 남녀 간의 성관계 영상이 많이 올라오고, 회원들이 영상을 업로드하면 포인트를 지급하거나 제휴를 맺은 불법도박사이트에서 충전을 한 돈 중 일부를 포인트로 충전해주어 그 포인트로 동영상을 다운받을 수 있도록 하는 식으로 운영되었는데, 이는 성관계 동영상의 불법촬영과 유포, 불법 도박 등을 독려하고 조장하는 방식이라고 볼 수 밖에 없다. 이상과 같은 피고인의 전과, 이 사건 범행의 성격과 내용 및 횟수, 피해 정도 등

을 고려하면, 피고인이 이 사건 범행을 모두 인정하고 반성하는 태도를 보이는 점, 피해자들 중 신원이 밝혀진 피해자들 일부와 합의하여 그들이 피고인에 대한 처벌을 원하지 않는 의사를 표시한 점, 그밖에 피고인의 나이, 성행, 환경, 범행동기와 수단, 범행 후 정황 등 이 사건 변론에 나타난 여러 양형 조건을 종합하여 보더라도 원심의 양형은 너무 가벼워서 부당하다.
(서울서부지방법원 2020. 5. 4. 선고 2020노125 판결)

또 피해촬영물 저장매체의 압수만으로 피해가 확산되지 않을 것이라 단정 짓고 이를 감경요소로 인정한 경우도 있다. 서울중앙지방법원 2019. 9. 18. 선고 2019고합589 판결은 피고인에 대하여 징역 2년 6월을 선고하며 3년 간 집행유예 결정을 하였다. 피고인은 17세 피해자로부터 각각 따로 얼굴사진, 상체 노출사진을 전송 받은 뒤 이를 편집하여 피해자의 얼굴과 가슴이 노출된 사진을 만들어 유포 협박하며 추가 노출 사진을 요구하였다. 재판부는 "다행히 피해자의 사진이 제3자에게 배포 또는 제공되지 않았다. 나아가 피해자의 사진이 저장되었던 휴대폰이 압수되어 2차 피해의 가능성은 낮아 보인다" 는 점을 피고인에게 유리한 사정으로 참작하였다.

다행히 피해자의 사진이 제3자에게 배포 또는 제공되지 않았다. 나아가 피해자의 사진이 저장되었던 휴대폰이 압수되어 2차 피해의 가능성은 낮아 보인다 (서울중앙지방법원 2019. 9. 18. 선고 2019고합589 판결)

유포 협박이 일반 협박과 달리 성범죄의 수단이 된다는 점에 대한 인식 부족도 문제이나, 배포행위의 피해에 대한 과소평가도 문제다. 현실에서 휴대폰 저장내용은 온라인으로 실시간 동기화되어 웹상 드라이브나 파일공유 프로그램을 이용한 별도 저장이 가능하다. 단지 저장매체 1개가 압수되었다고 해서 피해 확산 가능성이 없다는 판단[6] 사건 피해를 축소하는 잘못된 판단이다.

배포의 점은 다운로드와 동시에 업로드가 이루어지는 프로그램의 성질로 인한 것으로 보일 뿐 피고인이 적극적으로 이를 배포한 것이 아니고, 이로 인해 피고인이 경제적 이득을 취한 바도 없다
(인천지방법원 2019. 9. 5. 2019고단4177 판결)

저장매체에 정보 저장 방식이 다양한 것만큼, 공유 방식도 다양하다. 인천지방법원 2019. 9. 5. 2019고단4177 판결은 인터넷 파일공유 프로그램을 이용하여 아동・청소년이 성인과 성교행위 등을 하는 동영상 파일을 다운로드하여 소지하는 등 총 27건의 아동・청소년 음란물을 다운로드 받아 소지한 자에 대하여 청소년성보호법 제11조 제3항(배포의 점)과 제5항(소지) 위반을 인정하였다. 그런데 배포 방식이 자동 프로그램에 의해 배포된 것일 뿐 피고인의 의사는 아니었다는 이유로 징역 8월, 2년의 집행유예 결정을 하였다.

텔레그램성착취 사건이 공론화된 이후에도 일부 법원은 위와 같은 태도를 유지하였다. 의정부지방법원 2020. 5. 8 선고 2019고단5348 판결은 인터넷 파일공유 프로그램을 이용하여 여자고등학교기숙사를 불법촬영한 동영상 파일 34개를 업로드하여 배포한 피고인에 대하여 배포 방식이 자동 프로그램에 의한 것이라는 이유로 징역 8월에 집행유예 2년을 선고하였다. 이는 해당 피고인에게 동종 전과가 여럿 있다는 가중요소 또한 참작한 결과였다.

6) 창원지방법원 마산지원 2019. 5. 29. 선고 2019고단239 판결, 광주고등법원 2019. 8. 13. 선고 2019노117 판결, 부산지방법원 동부지원 2019. 7. 10. 선고 2019고단521 판결, 전주지방법원 2019. 7. 17. 선고 2019고합135 판결, 수원지방법원 안양지원 2019. 1. 11. 선고 2018고합126,155(병합) 판결, 부산고등법원 2019. 9. 4. 선고 2019노164 판결, 서울고등법원 2019. 11. 19. 선고 2019노1899 판결 등은 "피해자의 사진 등을 외부로 유출・반포한 정황은 확인되지 않는 점" 을 피고인에게 유리한 정상으로 참작하였다.

피고인은 이 사건 범행을 자백하며 반성하고 있는 점, 이 사건 범행의 음란물을 피고인이 직접 촬영 또는 제작한 것은 아니고, 피고인의 컴퓨터에 설치된 E를 통해 영상물을 다운로드 받음과 동시에 업로드가 이루어지는 형태로 배포된 것이어서 피고인이 확정적 범의를 가진 채 배포한 것으로 보이지 않아 참작할 사정이 있는 점 등 일부 유리한 정상도 인정되는 바 (의정부지방법원 2020. 5. 8. 2019고단5348 판결)

단순히 기술적 전문성에 대한 이해 부족 때문일 수도 있다. 하지만 양형판단에 있어 법원이 피고인에게 유리한 사정이 있는지를 확인하는 것을 넘어 피고인에게 유리한 판단을 하고자 유포 행위의 악의나 고의를 평가하고 있는 것은 아닌지 의구심을 갖게 된다. 부산지방법원 2019. 2. 18. 선고 2019고단3 판결은 교복을 입은 17세 피해자의 엉덩이 노출 영상 배포의 점을 유죄로 인정하고 벌금형 선택 이유에서 "이미 유포된 화상을 단순 재유포" 라는 점을 들고 있다. 제작(혹은 불법촬영)과 유포 행위는 피해자를 기준으로 할 때 그 위법성의 정도가 비등하다는 점에서 재유포 역시 심각한 범죄행위라는 경각심이 필요하다.

5) 유포 및 소지죄에 대한 간과 - 소결

별개 범죄의 구성요건에 해당하지 않는다는 점 감경요소에 반영하지 말아야 한다. 개정 청소년성보호법 제11조 제5항은 소지행위의 벌금형을 삭제하고 1년 이상의 형을 선고할 수 있도록 개정되었다. 소지죄의 엄벌로 제작 및 유통 행위의 위법성 인식 개선과 규제 가능성이 마련되었다 할 것이다. 따라서 법원은 양형판단 시 소지행위의 위법성을 '단순 소지' 로 가볍게 평가하는 것을 지양해야 할 것이다. 또한 성착취물을 대가로한 성착취물 '교환' 행위를 적극적 유포행위로 엄격하게 판단하여 개인 간 이뤄지는 유포행위에 대해 엄격히 다뤄야 할 것이다. 소지나 교환도 성범죄에 해당하며 소지한 성착취물의 개수, 배포 행위의 개수만이 아니라 구체적 사실관계 확인을 통해 피해의 범위를 반영해 양형에 참작하여야 한다.

또 디지털 범죄피해의 지속성과 확산성에 기여하는 기술적 시도는 가중요소로 반영되어야 한다. 디지털 성범죄는 아청법의 규정과 같이 제작 배포 소지 행위가 명확히 구별되지 않는다는 특징이 있다. 제작행위만 인정되었다 하여 유포범행 없음을 속단하여 이를 감경사유 인정하는 것은 디지털 성착취 범죄의 특수성을 전혀 반영하지 못한 문제가 있다. 특히 사이트 운영을 통한 회원제 운영이나 광고배너로 성착취물을 노출하는 경우들이 많은 바, 수요를 자극하는 공급 목적 유통 플랫폼 운영자들에 대한 엄격한 처벌이 필요하다.

라. 피해자의 동의나 자발성을 감경요소로 삼는 문제

청소년성보호법 제11조는 제1항 내지 제5항에 명시된 아동·청소년이용음란물죄를 판단하는 데 있어 아동·청소년 피해자의 동의·자발성 여부를 범죄의 구성요건으로 명시하고 있지 않다. 대법원도 ① 아동·청소년의 의사를 구성요건으로 묻지 않는 청소년성보호법의 문언, ② 아동·청소년 대상 성범죄를 엄중하게 처벌하여 아동·청소년을 보호하려는 청소년성보호법의 입법취지, ③ 정신적으로 미성숙하고 충동적이며 경제적으로 독립적이지 못한 아동·청소년의 특성, ④ 제작된 이상 제작자의 의도와 상관없이 언제든 무분별·무차별하게 유포될 위험성이 있는 아동·청소년이용음란물의 특성 등을 종합적으로 고려한 결과 청소년성보호법 제11조 제1항의 '아동·청소년이용음란물의 제작' 에 해당하는지를 판단할 때 아동·청소년의 동의는 문제가 되지 않는다는 점을 수차례 밝힌 바 있다(2015. 2. 12. 선고 2014도11501, 2018. 9. 13. 선고 2018도9340 판결 등 참조). 따라서 설령 아동·청소년이용음란물이 피해자의 어떠한 '동의' 와 '자발적 선택' 으로 해석될 수 있는 의사로 제작되었다 하더라도 이러한 아동·청소년 성착취물 유통의 근절과 처벌의 필요성은 달라지지 않는다.

다른 한 편 아동·청소년의 '동의나 선택' 에 대한 법적 해석은 그 보호 필요성과 성인지적 감수성을 반영하여야 할 것이다. 특히 성인 기준으로 협박, 강요, 위계에 해당하지 않는 행동도 아동의 심리적 특성에 따라 거부할 수 없는 위력으로 작동할 수

있는 특수성이 반영되어야 하므로 아동·청소년피해자가 피해를 피해로 인식할 가능성과 인식 후 보호자에게 도움을 요청할 수 있는 상황인지 부당한 요구를 거절할 수 없는 상황에 대한 이해가 선행되어야 한다.

아동에 대한 유인방법은 폭력, 강요, 협박, 위계 외에 친분, 놀이, 편의제공 등 다양한 유형으로 나타난다. 온라인 '그루밍' 범죄가 섬세하고 특별하게 다뤄져야 하는 이유다. 초기 관계 설정부터 피해자를 고립시키고 위협하는 전 과정이 법적 평가가 되어야 할 필요가 있다.

수원지방법원 2019. 6. 21. 선고 2018고단4528 판결의 피고인은 피해자의 옷을 입은 얼굴 사진을 학교에 유포하고, 랜덤채팅을 한 사실을 보호자에게 알리겠다는 말만으로 피해자를 위협하여 아동·청소년이용음란물을 제작할 수 있었다. 창원지방법원 2019. 1. 11. 선고 2018고단2716 판결은 피해자의 나이가 10세에 불과하며 피고인이 피해자에게 제작하도록 요구한 성착취물의 내용이 아동복지법상 성적 학대행위에 해당한다고 인정하면서도, 피고인이 피해자에게 협박성 발언을 하거나 교묘하게 속여 행동을 유도하는 등의 사정은 보이지 않는다는 이유로 피고인에게 징역 8월에 집행유예 2년을 선고하였다.

하지만 피해자의 연령 등을 고려하여 교제 중이라거나 스스로 찍은 촬영물이라는 점 등 촬영에 동의했다는 점을 감경사유라 주장한 피고인의 주장을 배척한 경우도 있었다. 법원이 성착취물 제작 및 유통의 불법성 평가 시 성착취물 자체가 아닌 위력관계, 취득 과정, 피해자의 연령, 피해경험 유무, 유포 피해 유무 등을 상세히 살펴본 결과였다.

> 피고인이 제작하여 게시한 청소년 이용 음란물에는 피해자가 교복을 입은 상태에서 속옷을 벗는 모습, 피해자가 교복을 입은 상태에서 성관계를 하는 모습 등이 포함되어 있다. (중략) 그 사진 자체만 보더라도 피해자들

이 이를 공공연하게 전시되기 원하지 않을 것으로 보인다
(의정부지방법원 2018. 11. 30. 선고 2018고합334 판결).

설령 피해자가 이 사건 각 사진의 촬영을 거부하지 아니하고 승낙하였다고 하더라도, 이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, (중략) 피고인과 피해자의 나이, 피고인과 피해자의 교제 경위 및 교제 이후의 사정과 피고인이 1달도 못되는 짧은 교제기간 동안 앞서 본 바와 같이 피해자의 내밀한 신체 부위를 수회 촬영한 점에 비추어, 피고인이 정상적인 연인 관계에서 이 사건 각 사진을 촬영하였다고도 보기 어려운 점 등을 종합하면 피해자가 이 사건 각 사진의 촬영을 승낙한 행위가 사리분별력 있는 피해자가 성적 행위에 관한 자기결정권을 자발적이고 진지하게 행사한 결과라고는 볼 수는 없으므로, 피고인의 이 사건 각 사진 촬영 행위가 예외적으로 위법성이 없는 경우에 해당한다고 볼 수 없다
(수원지방법원, 2019. 4. 30. 선고 2018고합543 판결).

피해자의 동의를 형사 절차에서 구성요건 인정 요건 이외 양형 참작 사유로 인정하는 것의 문제에 대한 비판이 꾸준히 필요할 것으로 보인다. 특히 디지털 공간에서 이뤄지는 성매매 산업의 변화양상 속 SNS 등의 역할이 무엇인지, 청소년들이 이에 닿아있는 정도에 대한 이해가 필요하다. 아동・청소년 대상 성범죄와 관련 하여 대상청소년 규정 삭제나 의제강간연령 상향 등의 변화가 의미하는 바가 사법부에 전달될 때 피해자의 동의 등이 함부로 감경요소로 적용되지 않게 하는 데 영향을 끼쳐야 할 것이다.

마. 전문적 조직적 수단을 이용한 경우들에 대한 엄격한 판단 필요

대전지방법원 2019. 2. 12. 선고 2019고단32 판결은 해외에 서버를 둔 6개 불법사이트를 개설하여 여러 카테고리를 만들고 각 게시판에 다른 음란사이트에 게재된 음란 동영상을 링크하여 끌어오는 방법으로 업로드하여 게시, 각 사이트에 배너광고를 게재하여 광고비 수령, 업로드한 게시물 중 교복을 입은 학생이 성행위 하는 내용의 영상 게시 및 거래 등 행위가 인정된 자에 대해 징역 1년을 선고하는데 그쳤다.

> 그러나 피고인은 처음부터 아동청소년이용음란물을 취급하는 것이 성인음란물보다 경제적으로 이득이 될 것으로 생각하고 이 사건 사이트를 사들였고, 2015. 7. 8. 경 이 사건 사이트 운영을 시작하면서 동시에 미국 및 중국 등의 비트코인 거래소에 계좌를 개설하여 비트코인으로 이용대금을 받기 시작하였다. (중략) 이러한 다크웹은 일반적인 브라우저를 통해서는 게시물이 검색되지도 않고 IP 추적도 어렵다(서울중앙지방법원 2019. 5. 2. 선고 2018노2855).

아동성착취물 유통 사이트 '웰컴투비디오' 운영자 손정우는 항소심에서 위와 같이 비트코인으로 범죄 수익 은닉, 다크웹을 이용한 추적 곤란한 유통 사이트 운영이라는 기술적 특수성이 항소이유에 대한 판단 부분에서 언급은 되었으나 불우한 성장과정, 형사처벌전력 없음, 게시된 영상 중 상당수 회원들이 업로드한 것, 2019. 4. 17. 혼인신고[7]로 부양가족의 존재 등의 유리한 정상이 참작되어 징역 1년 6월에 그쳤다. 성착취물 제작과 유통이 손쉬워진 만큼 제작과 유통을 활성화하는 플랫폼 운

7) 손정우는 공판 중 혼인하여 부양가족 있음이 감경사유로 참작되었으나, 상대방의 무효소송으로 관계가 종결되어 논란이 되었다. 참고 기사, 함민정, ""부양가족 있다" 선처 호소 손정우・・・결국 결혼생활 끝났다", 중앙일보 2020. 8. 5. https://news.joins.com/article/23841321(2020. 10. 10. 검색).

영자에 대한 적극적 규제가 성착취물 유통 산업을 막는 방법이 될 것이다. 공급을 통해 수요를 창출하면서 수익을 얻는 플랫폼 운영자들에 대하여 제작 행위에 준하는 불법성을 인정하여야 할 필요가 있다.

텔레그램성착취 사건 유형으로 분류되는 닉네임 '로리대장태범(피고인 류00, 배00 외 5인)' 의 경우 개인정보를 취득할 수 있는 피싱사이트를 개설자를 모집해 피해자를 유인하고 성착취물을 유통하는 과정을 주도해 수익을 얻는 등 주도면밀한 범행계획과 역할분담으로 피해자를 협박해 얻은 성착취물을 유통시켰다. 1심 법원은 미성년 피고인 류00에게 소년법상 유기징역형의 법정 최고형인 징역 장기 10년·단기 5년을 선고하고 공범인 배00에게 징역 7년형을 선고했다.[8] 다른 공범들과 사건이 병합된 항소심이 진행중에 있다.

바. 일반 감형인자의 일률적 적용의 문제

1) 피고인의 진지한 반성

가) 문제점

판결문에 등장하는 '진지한 반성' 이 피고인의 어떤 행동을 반성이라고 하는지, 피고인의 반성이 앞으로의 범행 재발 방지와 피해회복에 어떤 역할을 했는지, 피고인이 어느 단계에서 반성했는지 여부 등 피고인의 진지한 반성이 있었는지 여부를 확인할 합리적인 기준이 제시되어 있지 않았다.

나) 관련 판례

부산지방법원 2019. 6. 24. 선고 2019고단1390 판결에서 피고인은 피해자(여, 10세)

8) 춘천지방법원 2020. 6. 5. 선고 2019고합122. 법원은 "피고인들이 저지른 범행은 심각하고 지속적인 피해를 발생시킬 수 있는 중대한 범죄다. 갈수록 교묘해지는 아동·청소년 착취 음란물 관련 범죄를 막고, 아동청소년을 보호해야 할 사회적 필요성이 매우 크다" 고 말했다.

에게 얼굴 등이 촬영된 사진을 전송받은 후 재차 옷을 벗은 사진을 보내달라고 요구했고, 피해자가 이를 거절하자 피해자에게 겁을 주어 음란한 행위를 시키고 촬영한 사진을 받았고, 피고인은 위 피해자 외 아동・청소년들로부터 가슴, 음부가 촬영된 사진 및 동영상을 전송받아 소지했음에도 잘못을 인정하고 초범이라는 이유로 아동・청소년의 성보호에 관한 법률 위반(음란물 소지)에 대해 징역 8월에 집행유예 2년을 선고[9]받았다.

위 사건에서 양형사유에서 유리한 정황으로 밝힌 점은 잘못을 인정했다는 점, 초범이라는 점뿐이었다. 위 사안에서 피해자의 연령, 범행방법과 횟수, 피해아동의 정서에 미친 악영향 등을 고려했을 때, 피해회복이나 재발방지를 위한 추가적인 노력 없는 '피고인의 반성' 이 어떤 이유로 피고인에게 유리한 정황으로 판단되었는지는 확인할 수 없다.

광주지방법원 순천지원 2018. 12. 20. 선고 2018고합 152, 202(병합) 판결은 '피고인이 자신의 잘못을 후회하며 뒤늦게나마 반성하는 듯한 태도를 보이고 있다.' 고 하는데, 관련한 양형사유에서는 피해자들에 대한 사과나 피해회복 노력 없이 반성하는 듯한 '태도' 를 보인 것을 유리한 정황으로 삼았다. 위 판결의 내용만으로는 피고인이 '뒤늦게' 반성한 시점이 언제인지도 확인할 수 없었다.

디지털 성범죄 뿐 아니라 일반 성범죄 사건의 경우 피고인이 자신의 범행을 자백하고 잘못을 뉘우치는 시점도 반성 못지않게 중요하다 할 것이다. 피고인이 범행을 부인하는 경우 조사 과정에서 피해자는 추가 피해를 겪는 경우가 많음에도 혐의가 인정된 뒤 '뒤늦게' 반성하는 듯한 '태도' 를 보였다는 이유만으로 이를 유리한 정황으로 인정하는 것은 피해자 입장에서 부당하다고 평가될 것이다.

위 사건의 피고인은 피해자 몰래 피해자와의 성관계 영상을 촬영한 후 지인들의 단체 대화창에 배포한 범행사실에 대하여 피해자가 피고인을 고소하자 '피해자에게 촬영 사실이 없다고 발뺌하기도 하고, 피해자에게 전화하여 "합의하자고 하면서 돈

9) 검토한 판결들의 경우 많은 경우 성폭력 치료프로그램 이수, 취업제한, 몰수 등이 선고되었으나 본 의견서에서는 징역과 벌금 및 집행유예 선고에 대해서만 기재하겠습니다.

뜯어내려고 하는데 꽃뱀 아니냐?" 는 이야기를 한 사실' 등 범행 후의 정황이 매우 좋지 않음에도 불구하고 '피고인이 잘못을 뉘우치고 반성' 하는 것을 유리한 정황으로 삼아 징역 10월, 집행유예 2년[10]을 선고하였다.

피고인은 자신의 범행을 알아챈 피해자가 이를 고소하자 자신의 범행을 부인하고 오히려 피해자를 매도하는 등 직접적으로 2차 가해를 저질러 추가피해를 야기했음에도 불구하고 피고인이 반성한다는 것을 피고인에게 유리한 정황으로 삼는 것은 지나치게 피고인 중심에서 성범죄의 불법성을 판단한 것이다.

다) 피고인의 진지한 반성 - 소결

양형에 참작되는 감영인자로서의 피고인의 진지한 반성은 피해자의 추가 피해를 막기 위한 진지한 노력이 수반되어야 할 것이며, 피해자가 납득할 수 있는 정도의 반성이어야 할 것이며, 피고인의 반성이 진실로 자신의 잘못을 뉘우치고 자신의 범행으로 인한 피해를 회복하기 위한 노력 등이 없이 그저 형식적인 반성문을 제출하는데 그치는 피고인의 진지한 반성을 무비판적으로 감경요소로 삼는 것은 반성문을 제출하면 감형받을 수 있다는 잘못된 인식을 심어줄 것이다.

2) 처벌불원 및 피해자와의 합의

가) 문제점

성범죄 양형기준에서 피해자와의 합의 혹은 피해자의 처벌불원 의사를 특별양형인자로 보고 성범죄의 권고 영역을 결정하는 기준으로 삼고 있다. 그러나 디지털 성범죄는 많은 경우 피해회복이 불가능하다는 점, 피해자의 특정이 어려워 어떤 피해자가 존재하는지조차 몰라 특정되지 않은 피해자의 피해회복이 어렵다는 점, 우리

10) 피고인은 성폭력범죄의 처벌등에 관한 특례법 제 14조 제1항 위반(카메라등 이용 촬영의 점), 동법 제14조 제2항(촬영물 제공의 점), 각 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제74조 제1항 제2호, 제44조의7 제1항 제1호(음란물유포의 점)위반의 각 범죄사실이 인정되었다.

형법이 일사부재리의 원칙을 고수한다는 점 등을 고려해야 한다. 해당 사건에서 특정조차 되지 않은 피해자가 다수 존재함에도 그에 대한 피해회복조치 여부 고려 없이 일부 피해자의 처벌불원을 특별감경요소로 삼아서는 안 될 것이다.

나) 관련 판례

전주지방법원 2019. 7. 17. 선고 2019고합135 판결에서 피고인은 3명의 피해자(각 16세, 18세, 14세)를 협박하여 피해자를 강제추행하고 아동청소년 이용 음란물을 제작해 피고인의 죄질이 나쁘다는 점을 불리한 정상으로 보았음에도 불구하고 '피해자 중 1인과 원만하게 합의해 피해자 1인이 처벌불원의 의사를 표시했고 피해자 두 명의 소재를 파악하지 못해 피해자에게 용서를 빌고 합의할 기회를 갖지 못했다.' 는 등을 유리한 정상으로 판단했다.

창원지방법원 2019. 11. 7. 선고 2019노1325 판결의 원심에서 피고인은 자신의 계정에 불특정 다수인이 볼 수 있도록 피고인 자신의 나체 사진 및 피해자의 사진을 게시해 징역 5월, 집행유예 3년을 선고받았는데 항소심에서는 '피해자가 누구인지 알기 어렵다.' 는 사유 등을 유리한 정상으로 보아 피해자의 처벌불원 없이 형을 감경해 벌금 8,000,000원을 선고했다[11]. 대전지방법원 2020. 5. 13. 선고 2019노1662 또한 다량의 아동・청소년 성착취물을 전송 받아 보관하고, 여성모델 780여명의 피해촬영물을 수집・보관하다가 불특정 구매자들에게 10회 가량 파일로 전송해 준 피고인에 대하여 '피해자들과 합의에 이르지는 못하였으나 이는 피해자를 특정하기 어려운 사정에 기인한 것으로 보이는 점' 을 이유로 검사의 항소를 기각하고 원심의 양형을 확정하였다(징역 10월, 집행유예 2년).

11) 해당 판결에서 원심에서 피고인에게 유리한 정상으로 피고인의 자백과 초범을 들어 징역 5월, 집행유예 3년을 선고받았고, 항소심에서는 피고인이 자신의 잘못을 깊이 뉘우치고 있고, 그동안 별다른 범죄전력 없이 비교적 성실히 생활해온 것으로 보이는 점, 피고인의 부친이 피고인을 선도할 것을 다짐한다는 점에 더불어 '피해자가 누구인지 알기 어렵다.' 는 점을 유리한 정상으로 삼았다.

서울고등법원 2020. 4. 9. 선고 2019노2558 판결의 피고인은 15세인 피해자에게 스스로 촬영하게 하여 아동청소년이용음란물을 제작하고 위 영상을 편집한 사진과 동영상을 피해자와 피해자 동생의 지인들에게 전송하고, 이 과정에서 피해자와 피해자의 동생과 성관계를 하였다는 허위사실을 유포하고, 피해자의 부친에게 '따님 성교육 좀 잘해야겠네요' 라는 취지의 메시지를 보냈다. 법원은 위와 같은 피고인의 범행으로 인하여 피해자와 그 가족들이 쉽게 회복될 수 없는 피해와 고통을 입었고, 피해가 전혀 회복되지 않았으며, 피해자와 그 부모가 피고인에 대한 엄벌을 탄원하고 있다는 점을 판결문에 명시하였다. 그럼에도 불구하고 해당 법원은 피고인은 피해자들로부터 용서를 받거나 합의에 이르지는 못했으나 피고인이 자신의 잘못을 회피하거나 피해자들의 손해 회복을 가볍게 여겨 합의를 시도하지 않은 것으로 보이지 않는다는 점을 감경사유의 하나로 판단하여 원심의 징역 4년을 징역 3년 6월로 감형하였다.

> 다만, 피고인은 원심에서부터 당심에 이르기까지 이 사건 각 범행을 모두 인정하며 반성하고 있다. 피고인이 아동청소년이용음란물 제작과정에서 피해자를 협박 또는 강요하거나 상업 또는 영리를 목적으로 위 영상을 제작하지는 않았다. 피고인은 피해자들로부터 용서를 받거나 합의에 이르지는 못했으나, 피고인이 자신의 잘못을 회피하거나 피해자들의 손해 회복을 가볍게 여겨 합의를 시도하지 않은 것으로 보이지는 않는다 (서울고등법원 2020. 4. 9. 선고 2019노2558 판결).

위의 판례들과 달리 피해자의 합의와 처벌 불원 의사가 전달되었음에도 불구하고 항소심에서 형량을 강화한 사례도 있다. 서울중앙지방법원 2020. 1. 20. 선고 2019고합928 판결에서 법원은 인터넷 채팅을 통해 만난 12세 피해자를 수차례에 걸쳐 간음하고, 음란물을 제작・소지하였으며, 그 중 일부를 지인들에게 제공하기까지 한 피고

인에 대하여 피고인이 범행을 인정하고 반성하고 있다는 점, 초범, 피해자와 합의하여 피해자와 피해자의 어머니가 피고인에 대한 처벌을 원하지 않고 있다는 점, 피고인도 비교적 나이가 어리고, 피고인의 가족과 친지들이 피고인에 대한 선도를 다짐하여 선처를 탄원하고 있다는 점, 피고인이 어려운 가정형편에도 가족의 생계를 도와가며 나름 성실하게 생활해온 것으로 보이는 점, 피해자에게 유형력을 행사하지는 않은 점 등을 이유로 피고인에게 징역 3년에 집행유예 4년을 선고하였다. 그러나 이 사건의 항소심인 서울고등법원 2020. 7. 16. 선고 2020노211 판결은 원심이 인정한 유리한 사정을 인정하면서도 가중사유에 더 주목하여 원심을 파기, 징역 3년형을 선고하였다.

> 피고인은 이 사건 범행을 인정하면서 자신의 잘못을 깊이 뉘우치고 반성하고 있는 점, 피고인은 형사처벌을 받은 전력이 없는 초범인 점, 피고인이 피해자와 합의하였고, 피해자와 피해자의 어머니가 피고인의 처벌을 원하지 않고 있는 점, 피고인의 가족과 친지들이 피고인에 대한 선도를 다짐하며 선처를 거듭하여 탄원하고 있는 점, 피고인이 어려운 가정형편에도 가정의 생계를 도와가며 나름대로 성실하게 생활하여 온 것으로 보이는 점 등 피고인에게 유리한 정상은 있다. 그러나 피고인은 자신의 잘못된 성적 욕구를 채울 목적으로 이 사건 범행 당시에 불과 12살에 불과한 피해자를 인터넷 채팅을 통해 만나 11차례에 걸쳐 간음한 행위는 정신적·신체적으로 미성숙하여 가정과 사회의 보호가 필요한 피해자를 성적 욕구 해소의 수단으로 삼았다는 점에서 비난 가능성이 매우 큰 점, 더군다나 그 과정에서 아동·청소년인 피해자를 이용한 음란물을 제작·소지하였을 뿐만 아니라 그중 일부를 지인들에게 제공하기까지 하였다는 점에서도 그 죄책이 매우 무거운

점, 또한 나이가 어려 성적 자기결정권을 제대로 행사하거나 자신을 보호할 능력이 부족한 피해자 상대로 단기간 반복하여 저지른 이 사건 각 범행은 그 수법과 내용, 경위 등에 비추어 보더라도 그 죄질이 매우 좋지 아니한 점 등의 사정에다가 피고인의 나이, 성행, 환경, 범행의 동기와 수단 및 결과, 범행 후의 정황 등 기록에 나타난 제반 양형 조건을 종합하여 볼 때, 원심의 형은 너무 가벼워 부당하다고 판단된다.(서울고등법원 2020. 7. 16. 선고 2020노211 판결)

다) 처벌불원 및 피해자와의 합의- 소결

피해자가 다수이고, 그 중 일부만 특정되는 경우 특정되지 않은 피해자들의 피해 확산을 위해 피고인인 어떤 노력을 했는지 여부에 대한 판단 없이, 피해자를 특정할 수 없어 일부 피해자에게만 용서를 받고 나머지 피해자에게 용서를 빌고 합의할 기회를 가지지 못했다는 것을 피고인에게 특별양형인자로서 유리한 정상으로 삼는 것은 죄질에 대한 상응한 평가를 불가능하게 한다. 또한 피해자 중 일부의 처벌불원 의사와 나머지 일부의 엄중한 처벌의사가 병존할 때 피해자 중 일부의 처벌불원을 특별 감경요소로 삼기보다는 처벌불원을 표하는 피해자의 수에 따른 차등적인 양형요소로 삼아야 할 것이다.

3) 사회적 유대관계, 가족들의 선처, 부양할 가족이 있는 점

가) 문제점

사회적 유대관계를 감경요소로 정한 이유는 사회적 유대관계가 좋은 피고인은 유대관계를 지속하기 위해 범죄를 저지르지 않을 것이며 주위 가족 등이 피고인의 교화 및 재범방지에 함께 힘쓸 수 있다는 취지로 해석된다.

그러나 디지털 성착취 범죄의 경우 가해자의 일상생활과 범죄행위가 물리적으로 분리된 디지털 공간을 통해 범죄가 일어나며, 가해자가 일상생활에서 자신의 범죄사실을 쉽게 은폐할 수 있다는 특성을 가진다. 그렇다면 어떤 사회적 유대관계가 재범을 방지하고 피고인을 교화시키는 역할을 하는지에 대한 타당한 근거 없이 '부모의 재발방지 약속', '지인들의 탄원서', '평소 성실한 생활' 등을 감경요소로 삼는 것은 범행 발생 과정과 피해 예방과 직접적 인과관계가 없는 참작사유이다. 디지털 성범죄 피해자가 도움을 받기 위해 가족들에게 자신의 피해사실을 알리는 것조차 어려움을 겪는다는 점 등을 고려할 때 피고인의 사회적 유대관계를 증명하는 자료들만으로 감경사유로 삼는 것은 형평에 어긋난다.

나) 관련 판례

대전고등법원(청주) 2019. 2. 14. 선고 2018노159 판결에서 피고인이 아동청소년 피해자를 상대로 음란물을 제작해 소지하며 이를 판매해 1,500만원의 이익을 취득하는 등 죄질이 매우 나쁘고 아동청소년 피해자 21명을 포함해 전체 피해자가 34명에 이르며 제작된 영상에는 피해자들의 얼굴 등이 고스란히 드러나 있고 촬영된 내용 또한 매우 가학적이고 변태적이라는 점을 적시했음에도 불구하고 '피고인이 향후 재범방지를 다짐하고 있으며 피고인의 가족들도 피고인의 이러한 노력을 적극적으로 돕겠다는 의지를 보이고 있는 점' 등을 유리한 정상으로 보아 피고인에게 인정된 범죄사실[12]에 대해 징역 5년을 선고하였다.

대전지방법원 2019. 2. 12. 선고 2019고단32 판결문을 살펴보면 피고인은 애초 경제적 이득을 얻을 목적으로 6개의 사이트를 개설 운영하며 수수료를 받았음에도 피고인에게 부양하여야 할 가족이 있는 점[13]을 유리한 정상으로 판단, 범죄사실에 대

12) 아동・청소년의성보호에 관한 법률위반(음란물제작・반포등, 음란물소지), 아동복지법위반(아동에대한음행강요・매개・성희롱등), 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영), 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영) 각 위반죄가 인정되었다.

13) 피고인의 아동・청소년의 성보호에 관한 법률위반(음란물제작・배포등), 정보통신망 이용 촉진 및

하여 유죄로 인정하고 징역 1년의 형을 선고하였다.

다) 사회적 유대관계, 가족들의 선처, 부양할 가족이 있는 점- 소결

사회적 유대관계가 범죄의 발생을 억제할 수 있는 특별한 근거가 없고, 오히려 범죄행위를 통해 얻은 수익으로 가족들의 생계를 책임져온 피고인에게 피고인의 부양할 가족, 피고인의 가족의 선처를 이유로 범죄사실에 대한 선처를 바란다는 것은 오직 피고인의 사정만을 고려한 양형기준으로 배척되어야 한다. 오히려 피고인에게 다른 생계수단이 없기에 가족들의 생계를 책임지기 위해 같은 범죄를 저지를 확률이 높으며, 피고인의 가족들 또한 피고인이 자신들의 생계를 책임지고 있는 상황에서 피고인의 재범을 막는 것이 어려워 피고인의 사회적 유대관계가 피고인의 교화와 재범을 막을 수 있는 뚜렷한 근거가 없는데도 이를 유리한 정상[14]으로 삼아서는 안 될 것이다.

4) 형사처벌 전력 없음

가. 문제점

성범죄 양형기준에서도 형사처벌 전력이 없다는 점을 무조건 감경요소로 삼아서는 안 된다는 지적이 이어지고 있다. 성범죄 자체가 암수범죄율이 상당히 높다는 점은 여러 연구와 통계에서 확인되는 사실이다. 디지털 성범죄의 경우, 성범죄 신고율의 저조함과 더불어 디지털 공간의 익명성으로 인한 수사의 어려움이 더해진 사정이 모두 참작되어야 한다. 초범 또는 형사처벌 전력없음을 디지털 성범죄에서도 일률적으로 적용할 것인가 문제된다.

정보 보호 등에 관한 법률위반(음란물유포, 음란물유포 방조) 위반죄가 인정되었다. 현재 피고인의 부양가족에 대한 부분은 양형기준에는 기재되어 있지 않지만, 집행유예의 기준으로 포함되고 있고, 조사한 판결에서 피고인에게 유리한 정상으로 피고인의 부양가족의 곤궁을 기재한 사실 있다.

14) 현재 성범죄 양형기준에서는 집행유예의 긍정적 참작요소로 피고인의 가족부양이 포함되고 있습니다. 이 항에서는 피고인의 가족부양을 포함한 피고인의 사회적 유대관계 및 가족들의 선처까지를 모두 포함하여 설명하였다.

나. 관련 판례

광주지방법원 순천지원 2018. 12. 20. 선고 2018고합 152, 202(병합) 판결 에서는 확인된 피해자만 4명이상이고 이들은 모두 미성년자였으며, 그 중 한 명은 12세였음에도 불구하고 '피고인에게 동종범행 전력이 없음' 등을 유리한 정상으로 보아 아동・청소년의 성보호에 관한 법률위반(강간, 음란물제작・배포등, 음란물소지), 아동복지법위반(아동에대한음행강요・매개・성희롱등), 성폭력범죄의 처벌등에 관한 특례법위반(카메라등이용촬영)의 범죄사실에 대해 징역 장기7년, 단기 5년을 선고하였다.

대구지방법원 2018. 11. 15. 선고 2018고단4300 사건의 판결에서 피고인이 애초 영리를 목적으로 아동청소년이용음란물 등 음란물 161개를 구입한 후, 아동청소년이용음란물 33개, 성인여성이 등장하는 음란물을 128개 전송 및 판매하였음에도 불구하고 '이 사건 이전에 범죄 전력이 없는 점' 을 유리한 정상으로 기재하였다. 단기간에 수십 명의 피해를 양산했음에도 불구하고 범죄 전력이 없다는 점을 유리한 양형의 이유[15]으로 삼아 아동・청소년의 성보호에 관한 법률위반(아동・청소년이용음란물판매의점), 각 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률위반(음란물판매의점)에 대하여 징역 8월, 집행유예 2년을 선고하였다.

대전지방법원 2018. 12. 6. 선고 2018고단3408, 3411(병합)판결 에서 피고인 A는 B[16]와 공모해 경제적 이득을 얻을 목적으로 음란사이트를 제작하고자 마음먹고 홈페이지를 개설한 다음 음란사이트를 운영하며 아동청소년이용 음란물까지 게시하였고 사이트 운영으로 배너광고 수익을 얻었다. 피고인 A는 확인된 것만 2명의 피해자를 상대로 총 4회에 걸쳐 피해자들의 의사에 반하는 카메라 촬영을 했음에도 피고인 A에게 형사처벌의 전력이 없다는 점을 유리한 정상으로 보아 피고인의 아동・청소

15) 해당 사건에서 피고인의 반성과 취득한 이득이 그리 크지 아니한 점 또한 피고인에게 유리한 정상으로 기재되어 있다.

16) 해당 사건에서 피고인 A, B, C가가 모두 기재되어 있으나, 여기서는 피고인 A에 대해서만 설시한다.

년의 성보호에 관한 법률 위반(영리목적 아동・청소년 이용음란물 배포의 점), 정보통신망 이용촉진 및 정보보호에 관한 법률 위반(음란물배포의 점), 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(카메라등 이용 촬영의 점), 전자금융거래법(접근매체 양수의점)의 인정된 범죄사실에 대해 징역 1년 6월, 집행유예 3년을 선고하였다. 불법촬영 및 성착취물 제작을 계획하고 이를 대규모 유통하려는 계획을 체계적으로 세워 실행한 공범들에게 형사처벌전력이 없다는 사실을 포함안 일반적인 감경요소를 적용한 것은 그 범행 기간과 유포된 성착취물의 내용과 양, 유포 범위 등을 감안 할 때 지나치게 가벼운 형이라고 할 수 있다.

부산지방법원 2018. 12. 13. 선고 2018고단2615 판결에서 피고인 B, C, D가 범행 관여 정도가 비교적 가볍고, 범죄전력이 없거나 경미한 벌금형의 전과만 있는 점 등을 유리한 정상으로 보았는데, 그 범죄사실은 다음과 같습니다. 음란사이트를 운영하며 베너광고를 통한 수익을 얻던 피고인 A로부터 위 사이트를 함께 운영하자는 제안을 받은 피고인 B는 2016. 5.경부터 2017. 5.경까지 위 사이트 운영에 1,000원을 투자하고, 위 사이트에 음란물을 게시하는 일을 담당하였고 피고인 C, D는 2016. 9. 26.경부터 2018. 5. 10.까지 피고인 A로부터 매달 100~200만원을 지급받는 조건으로 위 사이트의 서버 시스템을 관리하는 일을 담당했다. 피고인들이 공모에 따라 게시한 동영상 등은 총 7천여건이 넘는 방대한 양이었다. 조직적인 음란물 유통 사이트 운영은 공범과 함께 이뤄지는데 이는 텔레그램성착취사건에서도 두드러지는 특징이다. 다만 디지털 공간 내에서 이뤄지는 공모를 범행 관여 정도에 있어 가볍게 판단하는 것은 디지털 범죄의 특수성에 대한 이해가 부족한 것이며 전방위적으로 성착취물을 공급하는 행위부터 수요를 모아 유통을 활성화하는 전과정을 역할분담하여 진행한 과정이 확인 된다면 범행 관여도와 범죄전력 유무에 앞서 체계적인 조직 범죄이자 공범 관계를 인정하고 그 피해의 규모에 따라 엄벌에 처할 필요가 있다.

대전지방법원 2019. 7. 17. 선고 2019고단1762 판결 에서 피고인은 27회 아동음란물을 판매하고 522개를 소지하였고 재판부는 해당 피고인의 '재범가능성' 이 높다

는 판단에 따라 보호관찰 등 부수처분을 부과하였음에도 불구하고 범죄전력 없다는 점 등을 유리한 정상으로 보아 피고인의 아동・청소년의 성보호에 관한 법률 위반(음란물제작・배포등, 음란물소지)의 범죄사실에 대해 징역 1년, 집행유예 2년을 선고하였습니다. 또 전주지방법원 2019. 6. 20. 선고 2018고단293 판결에서 피고인은 다크웹 접속방식의 아동청소년 이용음란물 전용사이트에 아동청소년이용음란물을 282회 업로드, 1,128회 다운로드 받아 소지하였음에도 불구하고 피고인이 진심으로 반성하고 벌금형을 넘어서는 범죄전력이 없다는 집행유예[17]를 선고하였다. 제작이 아닌 유포와 소지에 대해 초범이나 형사처벌 전력없음을 이유로 한 집행유예 선고가 지나치게 다수 이뤄지는 것은 아닌지 우려된다.

다. 형사처벌 전력 없음 - 소결

위와 같이 범행횟수, 피해자의 수, 범행방법, 범행기간 등을 살펴볼 때 위 사건의 피고인들이 형사처벌 전력이 없었던 것은 범행을 저지른 사실이 없어서가 아니라 적발되거나 처벌받지 않았기 때문인 경우가 다반사다. 위 피고인들은 처벌받지 않았음을 기화로 오히려 장기간에 걸쳐 더 많은 피해를 반복했음에도 수사기관에서 이를 인지하지 못했다는 이유만으로 이를 피고인에게 유리한 정상으로 삼는 것은 오히려 처벌된 자가 "운이 없어" 처벌된 것이라는 인식을 강화 시킬 것이다. 디지털 성범죄의 신고의 어려움, 수사 단계에서 피의자 특정의 곤란, 유포 소지의 경우 피해자의 피해 인식 곤란과 1회 유포로 겪는 무차별적인 피해 등을 감안한다면 형사처벌 전력 없음, 동종 전과 없음, 초범임 등의 사유는 감경요소에서 배제되는 것이 타당할 것이다.

5) 소극가담

17) 해당 판결에서 피고인은 아동・청소년성보호에 관한법률위반(음란물제작・배포등), 성폭력범죄의 처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영), 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(음란물유포), 도박공간개설, 전자금융거래법위반의 죄를 저질렀음에도 불구하고 피고인은 징역 1년 6월, 집행유예 3년을 선고받았던 것입니다.

가) 문제점

성범죄 양형기준에서 '소극가담'을 일반적 양형인자의 감경요소로 삼고 있는데, 당연히 범죄행위에 적극적으로 가담한 자와 소극적으로 가담한 자를 차이를 두고 처벌해야 하나, 디지털 성착취 범죄에서 어떤 행위를 '소극가담' 행위라고 볼 수 있는지에 대해서는 별도의 논의가 필요하다.

나) 관련 판례

전주지방법원 2019. 7. 4. 선고 2019고단293 판결은 피고인이 다른 이와 공모해 인터넷 음란물 사이트를 이용하였고, 해당 사이트에서 아동・청소년 음란물을 업로드했음에도 불구하고 '인터넷 사이트 운영에 대한 기여가 적고, 주범격인 자가 징역 1년 6월, 집행유예 3월을 선고받았다.'는 사실을 유리한 정상으로 보았다.

인천지방법원 2019. 9. 5. 선고 2019고단4177 판결은 '아동청소년이용음란물의 배포는 다운로드와 동시에 업로드가 이루어지는 프로그램의 성질로 인한 것으로 보일 뿐 피고인이 적극적으로 이를 배포한 것이 아니고, 이로 인해 피고인이 경제적 이득을 취한 바도 없다.'는 것을 유리한 정상으로 보아 피고인에게 징역 8월, 집행유예 2년[18]을 선고하였다.

위 사안은 디지털 성범죄의 특수성을 전혀 고려하지 못한 판결들로, 전주지방법원판결은 피고인의 범죄사실을 아동・청소년 이용 성착취물을 배포해 경제적 이득을 얻었음에도 아동・청소년이용성착취물의 배포에 어떤 기여를 했는지 여부가 아닌 사이트 운영에 대한 기여를 기준으로 판단했고, 인천지방법원 판결은 '파일공유 프로그램'의 성질을 제대로 이해하지 못한 채 피고인의 책임 없는 배포라는 잘못된 판단을 내렸다는 문제가 있다.

---

18) 해당 판결에서 피고인은 아동・청소년의 성보호에 관한 법률 위반(음란물제작・.배포등), 아동청소년의 성보호에 관한 법률 위반(음란물소지)의 범죄사실에 대한 것입니다.

애초 전주지방법원 판결의 피고인이 디지털 성착취물을 이용한 인터넷 사이트들은 다른 사람들이 해당 사이트를 이용할 수 있게 해주었다는 점에서 그 피해 확산에 막대한 영향을 끼쳤다는 점에서 오히려 가중 처벌되어야 할 것이다.

인천지방법원 판결은 피고인이 파일공유 프로그램의 업로드 시스템을 이용해 공유되는 파일을 다운받기 위한 포인트, 사이버 캐쉬 등을 제공받는 등의 행위에 대해 피고인이 사용한 파일공유 프로그램이 그에 해당하는지 여부조차 확인하지 않은 것으로 예상되는 바 이를 두고 피고인의 의도 없이 단순히 프로그램의 특성에 따른 업로딩이라는 판단을 한 것입니다. 해당 판결은 피고인이 경제적 이득을 취한 사실도 없다고 기재하였지만, 프로그램에 따라서는 포인트를 금전으로 구매할 수 있음에도 금전을 사용하지 않고 포인트를 얻기 위해 업로드를 했다는 점까지 고려하면 이에 대한 명확한 사실관계 확인 없이 파일의 공유에 피고인의 고의가 없었다고 판단한 것이나 마찬가지이다.

다) 소극가담 소결

소극적인 가담이라는 감경요소가 성착취물 유통 사이트 운영의 보조, 단순 유포한 자에게 적용되는 것은 앞서 지적한 바와 같이 유포 행위에 대한 불법성 판단에 있어 소극적인 법원의 태도가 그대로 적용된 것이라 할 것이다. 유포 행위의 위법성에 대한 경각심을 가진다면 위 행위를 유통행위에 대한 보조가 아닌 유포 피해를 확산하는 주범으로 보고 엄벌하여야 할 것이다.

6) 범행동기에 특히 참작할 사유가 있는 경우

가) 문제점

일반적으로 경제적 곤궁은 범행동기에 특히 참작할 사유로 평가되나 이는 피고인에게 유리한 사정으로 해석되어서는 안 될 감경요소이다. 실제로 다크웹 사건에서

웰컴투비디오 운영자 손정우의 주된 동기는 경제적 곤궁으로 알려져 있으며, 항소심 법원 또한 손정우가 어린 시절 정서적・경제적으로 어려운 시간을 보냈다는 점을 유리한 정상으로 인정한 바 있다.

나) 관련 판례

다크웹 사건 외에도 몇몇 판례는 피고인의 경제적 곤궁을 주된 동기로 판단하여 감형사유로 삼고 있습니다. 서울서부지법 2019. 3. 18. 선고 2019고합28 판결은 10대 초반의 피해자에게 수차례 성착취 영상을 제작하게 하고 영상물을 유포할 것처럼 협박하여 만남을 강요한 피고인에게 처단형의 하한인 징역 2년 6월을 선고하면서 피고인이 생활고에 시달리면서 기초생활수급자로 선정되기도 하였다는 점을 유리한 정상으로 판단하였다.

한 사례에서는 아동・청소년이용음란물 유통 사이트의 링크를 알려주거나, 판매할 성착취 영상을 제작할 목적으로 10대 초반 아동에게 접근하여 90회 가량 성적학대를 한 피고인에게 징역 2년 6월을 선고하면서 일정한 직업 없이 부친의 기초생활급여로 함께 생활하던 피고인이 돈을 벌 목적으로 범행을 기획하였다는 점을 양형에 반영되는 범행 동기로 평가하였다(창원지방법원 2019. 4. 26. 선고 2018고단3159판결).

다) 범행동기에 특히 참작할 사유가 있는 경우 - 소결

아동성착취물 유통 사이트 '웰컴투비디오' 운영자 손정우가 벌어들인 범죄수익은 수사기관에 포착된 것만 4억 원 가량, 연 1억 원이 넘는 것으로 알려졌으며, 텔레그램 성착취 사건의 주범인 조주빈이 1년여 가량 박사방을 운영하면서 거둔 수익 역시 수사기관이 밝혀낸 것만 1억 6천만 원이었다. 범죄수익으로 연관성 증명에 애를 먹어 그 증명을 완화하는 관련 법제가 개정[19]되기까지 하였으나, 이들의 주된 범

19) 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률 제10조의4(범죄수익등의 추정) 다음 각 호에 해당하는 죄에 관계된 범죄수익등을 산정할 때에는 범죄행위를 한 기간에 범인이 취득한 재산으로서 그

행 동기가 경제적 곤궁에서 비롯됐다는 점이 감경사유로 인정되는 것은 부당하다 할 것이다.

3. 제언: 감경요소와 가중요소의 재편

가. 피해 유형·정도에 대한 구체적 파악 필수

합리적 양형을 위해서는 피해 유형과 정도에 대한 면밀한 판단이 필요하다. 양형 증거도 검사가 제출해야 하는 것이므로 피해자가 피해를 입기까지의 과정에서 촬영에 동의한 것인지, 유포의 죄라고 하더라도 그 성착취물의 내용과 유포 방식과 범위에 대해 고려할 필요가 있다.

가학적· 변태적 행위를 강요한 경우와 피해자의 나이가 어린 경우 등이 특별가중이 필요한 경우이다. 특히 피해가 지인들에게 알려진 경우, 구체적 개인정보가 무분별하게 확산 도니 경우 등 피해자가 특정된 유포 행위는 어떤 경우에 촬영의 동의 여부가 문제되는 불법촬영보다 훨씬 심각한 피해를 야기하기도 한다. 앞선 예시는 경합되는 다른 범죄로 처벌되기는 어려우므로 반드시 소지·유포 행위에 대한 가중이 필요하다. 단순 소지나 유포죄의 양형 판단 시 피해자가 겪고 있는 피해의 구체적 파악이 필요한 이유다.

나. 피해 회복 가능성과 연결된 반성과 합의 의미

감경요소로 특히 문제가 되는 '진지한 반성', '피해회복을 위한 노력' 등과 피해자와의 처벌불원의사는 본래 양형 기준 정립 시 취지를 반영하고 있는지 재고해

취득한 재산이 범죄수익등의 금액 및 재산 취득 시기 등 제반 사정에 비추어 같은 조의 죄를 범하여 얻은 범죄수익등으로 형성되었다고 볼만한 상당한 개연성이 있는 경우에는 그 죄에 관계된 범죄수익등으로 추정한다.

1. 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제11조, 제12조 및 제15조의 죄
2. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제14조 및 제14조의2의 죄[본조신설 2020. 5. 19.]

야 한다. 진지한 반성과 노력, 합의는 모두 피해자의 피해회복과 관련된 요소들이다. 피해자에 대한 형식적인 사과(없는 경우가 더 많고 그 내용도 심각하게 피고인 중심이다), 피고인 변호사에 의해 일방적으로 진행되는 형사합의(피해자는 변호사 조력을 받는 경우가 적다는 점), 민사소송을 통한 피해 회복의 어려움 등 피해자는 그가 처한 상황에서 피해회복을 위해 당장 살펴볼 선택지가 많지 않다. 피해자의 진정한 피해회복과 직접 연관되지 않는 피고인의 반성과 노력, 피고인과의 합의가 쉽게 양형판단에 영향을 미친다는 것은 불합리하다. 진정한 피해회복이 무엇일 될 수 있는지에 대한 것조차도 피해자 마다 다를 수 있으므로 그 구체적 상황을 살펴보아 한다.

다. 디지털 성범죄의 특성 반영

디지털 범죄 유형이 시시각각 변화한다는 것은 수단의 변화만을 의미하지 않는다. 피해의 유형과 정도도 변화한다. 피해자가 디지털 성범죄 현장으로 유입되는 과정, 성착취물을 제작하여(취득하여) 유통하면서 가해자가 유・무형의 이익을 얻는 방법, 유통망을 통해 이를 소비하는 가해자들의 소지・ 구입・ 저장 시청 행위로 유포되는 방식에 대하여 기술적 측면에서의 이해가 선제되어야 한다. 변화하는 범죄기술에 대한 이해 없이 기존의 성범죄와 동일한 방식으로 또는 타 범죄와 동일한 양형판단에 임한다면 심각한 죄질에 대한 실질적 판단을 할 수 없고 피해정도도 반영이 불가능하다.

특히 웹하드와 웹사이트 운영자와 이용자에 대한 관련 처벌은 강화되어 사라지면서, 성착취물 유통 플랫폼이 딥웹, 클라우드서비스, SNS 등을 이용하는 방식이 이용되고 있는 만큼 다변화된 플랫폼 운영자에 대한 적극적 처벌이 필수적으로 요청된다.

사건 수사 담당자가 피해자 조사를 필수로 생각하지 않는 상황, 피해자진술조서로 보아 수사관이 피해자는 왜 스스로 찍어 스스로 전송했는지(이유도 묻고, 동의도 묻고)를 물었을 상황, 공판기록을 뒤져봐도 피해자가 겪고 있을 피해란 건 제출된 사진 말고는 미루어 짐작할 수밖에 없는 상황을 반복해서 목격한다. 어쩌면 "피해자

에게 유리한 사정" 에 관심을 두기가 쉽지 않은 게 법원만은 아닌 것 같아 검토한 판결을 비난만 할 수는 없기도 한 듯하다. 하지만 피해자를 대하는 잘못된 관점이 여전히 실재함을 반증해주는 것으로 보인다. 양형 증거에 대해서도 검사에게 1차적인 입증책임이 있는 만큼 수사단계에서의 촘촘한 피해자 조사, 공판단계에서 피해자의 의견이 지속적으로 전달 될 수 있는 절차 보장 등이 함께 될 때 피해 유형 및 정도에 대한 구체적 파악이 더 용이해 질 것으로 생각된다. 합리적 양형 기준 정립으로 피고인 중심이던 양형 요소들이 올바른 균형점을 찾기를 기대해 본다.

발표 2

미국의 디지털 아동성착취 범죄에 대한 법제와 양형기준

(United States Sentencing Guidelines, USSG)

박 예 안 (민주사회를위한변호사모임 여성인권위원회, 공익인권법재단 공감 변호사)

미국의 디지털 아동성착취 범죄에 대한 법제와 양형기준

(United States Sentencing Guidelines, USSG)[1]

박예안 (민주사회를위한변호사모임 여성인권위원회, 공익인권법재단 공감 변호사)

1. 아동에 대한 디지털 성착취 범죄에 적용되는 미국 법제 소개

우리나라와 비슷하게 미국에서도 인터넷과 스마트폰 보편화 추세에 따라 'N번방 사건'과 유사한 디지털 성착취 범죄 사례가 급증하고 있다. 특히 디지털 세계에 진입하는 아동의 연령은 점점 낮아지는 데 반해, 디지털 세계에서 맞닥뜨릴 수 있는 위험과 디지털 시민성에 대한 교육이 제대로 이루어지지 않고 있으며, 이는 디지털 성착취 범죄의 피해를 입는 아동이 늘어나도록 하는 데 일조하고 있다. (미국에서는 아동청소년 이용 디지털 성착취 범죄에 대해 '아동 포르노그라피(child pornography)'라는 용어를 사용하는데, 본문에서는 이를 '아동청소년 이용 디지털 성착취 범죄'라고 용어 통일하여 사용하였다).

피해 통계로 볼 때, 디지털 성착취 범죄는 주로 사회관계망 서비스와 더불어 텔레그램 등의 메시지 어플리케이션을 통해 발생하는 경우가 대부분이며, 주로 온라인상에서 피해자를 대상으로 고액의 아르바이트 등을 미끼로 개인정보를 알아내거나, 온라인에서 거짓된 신분을 사용하여 피해자에게 접근하여 개인정보와

1) https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf

신체 사진 등을 얻어낸 후, 피해자가 성적으로 더 높은 수위의 사진 혹은 성적 행위를 하는 영상을 찍어 보내지 않으면 이미 확보한 사진을 유포하겠다고 협박함으로써 피해자가 자신의 의사에 반하는 행위를 하도록 강요하는 형태로 범죄가 이루어지고 있다. 이에 미국에서는 아동청소년 이용 디지털 성착취 범죄에 대해 해당 행위를 처벌하는 법을 제정하여 엄중히 처벌하고 있다.

아동청소년 이용 성착취물 제작의 경우, 초범이라 할지라도 최소형량 15년에서 최대 30년까지 선고할 수 있으며, 재범의 경우는 최소형량 25년에서 최대 50년, 누범의 경우 최소형량 35년에서 최대 종신형까지 선고가 가능하다[2].

아동청소년 이용 성착취물의 제작 외 범죄 중 전송, 배포, 배포목적 복사, 광고, 판매, 판매목적 소지의 경우 5년 이상 20년 이하 징역 및 벌금 병과 (성범죄 전과자의 경우, 15년 이상 40년 이하 징역 및 벌금 병과)를 하고 있으며, 아동청소년 이용 성착취물의 단순 소지 및 시청 목적 접근만 해도 10년 이하의 징역 또는 벌금을 부과하고 (병과 가능) 있다.

[아동청소년 이용 성착취 영상물 선고 범위]

제작			수령/배포/운송		소지		외설 (Obscenity)	
성범죄 전력 없음	성범죄 전력 있음	2회 이상의 성범죄 전력	성범죄 전력 없음	성범죄 전력 있음	성범죄 전력 없음	성범죄 전력 있음	18 U.S.C. § 1466A (Obscene visual representations of the sexual abuse of children)	18 U.S.C. §§ 1461 et seq. (Mailing obscene or crime-inciting matter)
15 ~ 30년	25 ~ 30년	35년 이상 종신형	5 ~ 20 년	15 ~ 40 년	0~10년 또는 0~20년	10~20년	아동성착취 범죄 형벌 반영	0~5년 또는 0~10년

2) 18 U.S. Code § 2251. [Sexual Exploitation of Children]

2. 아동청소년에 대한 디지털 성착취 범죄에 적용되는 미국의 양형 기준 소개

2005년 미국 대법원의 Booker 판결 이후, 양형기준은 강제가 아닌 권고로서 작용하게 되었다. 그럼에도 판결의 출발선이 된다는 점에서 양형기준이 갖는 의미는 중요하다.

1) PROTECT Act of 2003

1990년대 이래로 아동청소년 이용 디지털 성착취 범죄가 크게 증가함에 따라 법안과 양형기준 개정의 필요성이 커지게 되었다. 이에 미국 의회는 2003년 PROTECT Act를 통과시킴으로써 양형기준의 개정에 큰 영향을 미치게 된다. 이 법안의 통과를 계기로 아동청소년에 대한 디지털 성착취 범죄 대부분에 대해 법정 최소 의무 형량이 만들어지게 되었다.

'투 스트라이크 아웃' 제도를 통해 (사형 선고를 제외하고) 미성년 피해자에 대해 연방 성범죄로 유죄 판결을 받은 피고인에게 만약 동종 전과가 있는 경우, 의무적으로 종신형을 선고하게 되었으며(예외 조항 있음), 양형 개혁을 통해 미성년 피해자와 관련된 범죄의 경우, 피고인이 최소 2회 이상 미성년 피해자와 성행위를 저지른 경우 '반복 범행의 패턴'이 존재한다고 보아 가중처벌을 하게 하였고 (개정 전에는 최소 두 명의 미성년 피해자와 최소 두 번 이상의 성행위를 한 경우에 패턴이 있다고 명시), 성착취물의 특성과 수량을 가중요소로 두었다.

PROTECT Act 2003의 제정에 따라 법률안과 양형기준이 개정되었으며, 이로 인한 구체적인 형량의 차이를 아동청소년 이용 성착취 영상물의 비제작 범죄를 예로 들어 살펴보면 아래와 같다.

	양형기준안 권고 최소 형량 평균	선고 형량 평균
2004년	50.1 개월	53.7 개월
2010년	117.5 개월	95.0 개월

아동청소년 이용 성착취 영상물 범죄자에게 처분되는 보호관찰기간 역시 PROTECT Act의 제정을 계기로 큰 폭으로 증가되었다. 대부분의 아동청소년 디지털 성착취 범죄자에게 적용되던 최대 보호관찰기간이 기존의 3년에서 종신으로, 최소 보호관찰기간은 5년으로 변경되었다. 이로 인해, 2010년 현재 비제작 범죄에 대한 평균 보호관찰기간은 20년 (단순소지: 220.3 개월, 수령/운송/배포: 273.7 개월)으로, 제작 범죄에 대한 평균 보호관찰기간은 27년으로 대폭 상향되었음을 볼 수 있다.

2) USSG §2G2.1 (아동청소년 이용 성착취물 제작 범죄)

아동청소년 이용 성착취물의 제작 범죄로 분류되는 범죄에는 크게 세 가지 종류가 있다. 첫째, 성적으로 노골적인 영상 혹은 인쇄자료의 제작을 통한 미성년자에 대한 성적 착취행위; 둘째, 보호자가 그의 보호 아래 있는 미성년자로 하여금 성적으로 노골적인 행위에 참여하도록 허가하는 행위; 셋째, 미성년자가 제작에 참여하도록 권유하는 광고를 하는 행위가 그것이다.

먼저 미국 양형위의 가이드라인에 따르면, 이러한 아동청소년 이용 성착취물 제작 범죄의 경우, 기본범죄등급이 32로 정해져 있는데, 이는 초범의 경우 121 - 151 개월의 징역형을, 심각한 상습범의 경우 최대 262개월(거의 22년)의 징역형을 선고할 수 있도록 하고 있다.

이후, 제작한 영상 혹은 이미지의 유형에 따라 6개의 양형 가중인자를 적용하고 있는데, 구체적으로는 피해 아동에게 가해진 행위, 피해 시점의 피해 아동 나

이, 가해자가 이미지를 배포하였는지 여부, 가해자와 피해 아동 사이의 관계 등이 있다. 예를 들어, 피해 아동의 나이가 12세 미만이면 4등급 가중, 12세 이상 16세 미만이면 2등급 가중을 한다. 또한, 피해 아동을 대상으로 성행위 혹은 성적 접촉을 저지를 경우에는 2등급 가중을, 성행위와 더불어 다음 행위 중 하나 이상을 모두 저지른 경우 4등급 가중을 하는데, 미성년자에 대한 강압 사용, 심각한 위협, 마약 등의 물질 강제 투여를 통한 미성년자의 행위통제능력 손상 등이 있다.

이 외에도, 의도적이거나 광범한 유포의 가능성을 인식한 상태에서의 성착취물 배포의 경우 2등급을 가중, 성착취물이 가학적인 폭력행위를 묘사하였거나 유아를 묘사한 경우 4등급을 가중하는 등의 기준이 있다. 또한 피해 아동과 피고인 사이의 관계에 따라 가중 처벌이 가능한데, 법원이 피고인과 피해 아동 사이의 법적 관계 뿐 아니라 피고인과 피해 아동 사이에 존재하는 실제 관계를 살펴봐야 함을 강조하고 있다. 또한 피고인이 자신의 신원을 고의로 속여 피해 아동으로 하여금 성적인 행위를 하도록 만든 경우, 또는 컴퓨터 등의 쌍방향 통신 서비스를 사용하여 미성년자로 하여금 성행위를 하도록 설득하거나 유도한 경우도 가중 사유로 보아 2등급 가중 처분을 하도록 한다.

판 례	*USv.Muzio(2dCir.2020)*[3]
이 사건 피고인은 아동성착취 및 아동성착취물 소지/배포 혐의로 유죄판결을 받았는데, 최소 14명의 미성년자들을 착취하여 성적으로 노골적인 사진과 영상을 보내도록 유도했다. 피고인은 온라인에서 암투병 중인 10대 소년 행세를 하면서 다수의 여성 아동청소년에게 결혼하자는 등의 말로 동정을 유발하며 피해자를 조종했다. 이 과정 중에 피해자들이 속아서 피고인에게 보낸 사진과 영상들을 피고인은 더 많은 아동성착취물을 얻기 위해 다른 아동청소년 디지털 성착취 범죄자들과 거래하였고, 또한, 피해자의 인터넷 아이디/닉네임을 다른 가해자들과 교환하면서 피해 소녀들에게 잘 접근할 수 있는 방법도 제안하는 방식으로 다른 가해자들이 피해자의 추가 이미지를 받을 수 있도록 도와주었다. 피고인에게는 420개월의 징역형 선고되었는데, 피고인이 항소하자 상급 법원은 하급 법원의 판결을 확인하면서 항소법원이 양형판단의 실질적인 합리성을 검토할 때, 형량이 엄하다는 이유만으로 형량이 실질적으로 불합리하다고 가정하	

판 례	*USv.Muzio(2dCir.2020)*[3]
지 않으며, 양형이 충격적으로 높거나 낮은 경우가 아니라면 지방법원의 결정 과정을 최대한 존중해야 한다고 말했다. 또한, 아동성착취물의 비접촉 제작이 신체접촉과 관련된 성착취 범죄보다 덜 해롭다는 피고인 측의 주장을 거부하였다.	

3) USSG § 2G2.2 (아동청소년 이용 성착취물의 제작 외 범죄)

아동청소년 이용 성착취물의 제작 외 범죄에는 크게 네 가지 종류가 있다. 첫째, 미성년자에 대한 성적 착취가 포함된 자료의 불법거래; 둘째, 미성년자에 대한 성적 착취가 포함된 자료의 수령, 운송, 수송, 호객 또는 광고 행위; 셋째, 불법거래의 목적으로 미성년자에 대한 성적 착취가 포함된 자료를 소지한 행위; 넷째, 미성년자에 대한 성적 착취가 포함된 자료의 소지 행위가 그것이다. 이 중, 4대 주요 아동청소년 이용 성착취물의 제작 외 범죄는 소지, 수령, 운송, 그리고 배포이다.

아동청소년 이용 성착취물의 제작 외 범죄에 대한 기본범죄등급은 18등급인데, 이는 초범의 경우 27 - 33 개월의 징역형을, 심각한 상습범의 경우 최대 71년(852개월)의 징역형 선고를 권고하고 있다.

구체적인 범죄 특성에 따른 감경과 가중의 양형인자는 단순 소지인지, 혹은 수령/배포/운송 범죄인지에 따라 크게 두 개의 범주로 구분되어 내려지는데, 배포의 의도 유무와 해당 영상물의 유형 등에 따라 가중인자가 적용된다. 또한 가해자에게 동종 전과가 있었는지에 따라서도 양형이 달라진다. 해당 범죄의 등급 감경 요소로는 피고인이 아동성착취물을 받거나 구하려고 했지만 그 이외의 행위는 없었던 경우, 아동성착취물을 불법거래하거나 배포할 의도가 없었던 경우 등이 있다.

3) https://www.leagle.com/decision/infco20200715055

특기할 점은 성착취물의 양에 따라 가중이 되는 부분인데, 정지 이미지의 경우 10개 이상 149개 이하의 이미지는 2등급 가중으로 시작하여 600개 이상의 이미지는 5등급 가중까지 가능하도록 숫자에 따라 세분되어 있다. 또한 영상, 비디오 클립, 영화 또는 유사한 시각적 묘사의 경우는 영상 1개가 정지 이미지 75개에 해당한다고 보는데, 영상의 길이가 5분을 초과하는 경우에는 75개 이상의 이미지에 해당하는 것으로 보아 가중 등급을 상향 조정하도록 하는 등, 그 기준의 적절함은 차치하더라도, 구체적으로 가중 등급을 제시하여 판결의 불확실성을 감소시키고자 한 양형위의 노력을 주목할 필요가 있다.

판 례	*USv.Hall(11th Cir.2020)*[4]
이 사건 피고인은 등록된 성범죄자임에도 불구하고 아동성착취물 이미지를 100개 이상 소지하고 있는 것이 발견됨에 따라 아동성착취물 수령 혐의로 유죄 판결을 받았는데, 피고인의 아동성범죄 이력을 반영하여 법원은 USSG 양형기준이 제안하는 180개월의 징역형을 상당히 초과한 480개월의 징역형을 선고하였다. 형량이 과다하다는 피고인의 항소에 대해 상급 법원은 하급 법원의 판결을 확인하면서, 지방법원은 판결 결정에서 고려할 수 있는 정보의 종류에 대해 폭 넓은 권한을 가지고 있으며, 피해자의 지속적인 고통, 피고인의 범죄에 대한 뉘우침 부족 및 대중에 대한 지속적인 위험을 고려할 수 있다고 판단하였다.	

판 례	*USv.Libbey-Tipton(6th Cir.2020)*[5]
이 사건 피고인은 아동성착취물 소지 혐의로 유죄 판결을 받았는데, 900개 이상의 아동성착취물 소지에 대해 235개월의 징역형을 선고받았다. 피고인은 아동성착취물에 대한 양형기준이 너무 가혹하며, 컴퓨터 사용을 가중인자로 취급하는 것은, 거의 대부분의 아동성착취물 교환이 컴퓨터를 통하여 이루어지는 현실을 반영하고 있지 않다고 주장하며 항소를 제기하였다. 그러나 항소법원은 피고인의 이같은 주장을 기각하며, 다음과 같이 설시하였다.	

4) https://www.leagle.com/decision/infco20200721082

판 례	*USv.Libbey-Tipton(6th Cir.2020)*[5]
"컴퓨터 사용에 대한 등급 가중 사항은 아동성착취물의 배포 방식만으로서가 아니라 또 다른 피해를 처벌하는 목표가 있기에 불필요하다고 볼 수 없다. 컴퓨터를 통해 아동성착취물을 유포하는 것은 거의 무제한의 불특정 다수에게 공개되는 것이나 마찬가지의 결과이므로 특히 해로우며, 컴퓨터를 사용해서 저지른 아동성착취물 배포 범죄는 피해 영상물을 순간적으로 매우 광범위하게 확산시킬 수 있는 특성으로 인하여 법집행관이 조사하고 기소하기 아주 어려운 범죄이다. 따라서 이를 고려한다면 컴퓨터 사용을 가중인자로 취급하는 것은 유의미하다."	

3. 양형기준에 따라 실제 선고되는 형량 검토

아동청소년 대상 디지털 성착취 범죄에 대한 가장 최근의 통계인 2018년 통계에 나타나는 유의미한 경향은 아래와 같다.

▶ 아동청소년 디지털 성착취범의 45.5%는 아동성착취물의 불법거래에 대해, 43.3%는 아동성착취물의 소지에 대해, 그리고 11.2%는 아동성착취물 수령에 대해 판결이 확정되었다.

▶ 형이 확정된 자들 중 76.5%는 전과가 없거나 경범죄 전과 보유에 그쳤다. (전과 범주 1)

▶ 아동청소년 디지털 성착취 범죄자의 99.1%는 징역형을 선고받았고, 평균 선고 형량은 104 개월이다.

▶ 아동성착취물을 불법거래한 자들에 대한 평균 선고 형량은 136개월이며, 동종 전과가 있는 경우에는 평균 269개월을 선고했다(최소의무형량 15년 적용).

▶ 아동성착취물 수령범에 대한 평균 선고 형량은 105개월이었다.

▶ 아동성착취물 소지범에 대한 평균 선고 형량은 70개월이었다.

5) https://www.leagle.com/decision/infco20200123141

4. 미국의 보호관찰제도 소개

미국의 보호관찰제도는 그 상세 처분 내용에 있어 성인지 감수성이 반영되어 있을 뿐 아니라, 디지털성범죄의 특성을 이해하고 적용하는 방식으로 특화되어 설계되어 있다. 우리나라의 디지털 성범죄에 대한 양형에서, 특히 보호관찰 처분을 선고할 때, 이와 같은 미국의 보호관찰제도를 참고하는 것이 유의미할 것으로 보인다.

1) 미국의 보호관찰제도의 개요

(1) 미국의 보호관찰제도는 연방 제도와 각 주(州)별 제도가 있는데, 범죄에 따라 그 관할권과 적용되는 제도가 달라진다.

i. 연방 범죄 → 연방 법원 → 연방 차원의 제도

① 법원은 징역형 판결은 피고인이 만기 출소 이후 보호관찰을 받아야 한다는 조건을 포함할 수 있다.

② 성범죄나 미성년 피해자와 관련된 납치범의 경우, 보호관찰의 기간은 최소 5년에서 종신형까지 가능하다.

③ 피고인이 성범죄로 유죄 판결을 받은 경우, 가능한 최장의 보호관찰 기간을 권장한다.

④ 'Federal Sentencing Guidelines' 는 성범죄자의 보호관찰에 대한 세가지 조건을 권장한다:

a. 피고인이 치료 및 모니터링 프로그램에 참여한다

b. 피고인이 범죄에 컴퓨터 또는 인터넷을 사용했을 경우, 인터넷 액세스를 제한한다.

c. 피고인이 보호관찰 조건을 위반했거나 기타 불법 행위를 저질렀다고 의심되는 경우, 법집행기관이 자신의 재산내역을 검토할 수 있도록 한다.

ii.주(州) 범죄 à 주 법원 à 각 주마다 별도의 제도

① 캘리포니아주: Post Release Community Supervision (PRCS)

a. 각 카운티가 운영

b. 고위험 성범죄자에게 내려지는 보호관찰

② 일리노이주: Mandatory Supervised Release (MSR)

a. 주정부가 운영

b. 디지털 성범죄자의 경우, 보호관찰처분은 필수이다.

③ 웨스트 버지니아주: Extended supervision for certain sex offenders

a. 카운티가 운영

b. 디지털 성범죄자를 포함한 특정 성범죄 가해자는 최대 50년 동안 보호관찰을 받아야 한다.

(2) 미국 법원은 보호관찰 조건 결정시에 폭 넓은 재량권을 갖지만, 그 결정은 반드시 범죄자 재활, 범죄 억제, 또는 대중 보호 같은 목표를 위한 것이어야 한다.

i. 인터넷 제한 조치는 피고인의 범죄와 합리적 연관성이 있어야 하며, 목표를 달성하기 위해 필요한 것보다 과도하게 제한적이어서는 안된다.

2) 보호관찰처분의 세분화된 명시

(1) 컴퓨터 사용 모니터링

i. 연방 보호관찰제도에 적용되는 표준 조건들에 더하여 법원은 인터넷 접근 제한 등의 특수한 조건을 부과할 수 있다.

ii. 컴퓨터 등 전자기기와 핸드폰 등에 대한 불시의 검사 등에 응해야만 한다.

iii. 컴퓨터 사용 내역을 모니터링 하는 프로그램을 다운로드 해야만 한다.

iv. 피고인이 인터넷을 사용하여 직접 아동에게 성착취 피해를 입힌 경우, 피고의 컴퓨터와 인터넷 사용을 엄격하게 제한・감시하도록 한다.

v. 보호관찰관의 사전 허가 없이는 인터넷 접속이 가능한 장치를 사용할

수 없다.

vi. 일리노이, 미네소타, 뉴저지, 텍사스, 뉴욕 및 사우스 캐롤라이나 주에서는 보호관찰 중인 디지털 성범죄자의 SNS 접속을 특별히 금지하고 있다.

① 일부 피고인들이 이러한 금지 조치는 수정헌법 제1조를 위반한다고 주장했으나, 아직까지 이런 주장이 받아들여진 경우는 없다.

(2) 개인 재정에 대한 제한

i. 보호관찰관에게 사전 보고 없이 새로운 개인 혹은 사업계좌를 개설해서는 아니된다.

ii. 매달 수익에 대한 보고서를 제출해야 한다.

iii. 신건 채무 발생의 경우, 보호관찰관의 사전 승인을 받아야 한다.

iv. 해당 사건에 대해 법원에서 발부한 벌금 명령을 이행하기 위한 자산매각 외에는 자산을 동결하다시피 하는 처분이다.

(3) 정신과 치료

i. 법원의 해제 명령이 있기까지 보호관찰국이 지정한 심리건강 프로그램에 참여해야만 한다.

ii. 성범죄의 유형에 따른 평가와 치료에 참여해야 한다.

iii. 보호관찰관 혹은 법원의 허가가 있기까지 치료를 지속해야 한다.

iv. 보호관찰관의 판단에 따라 비용 일부를 부담해야 한다.

(4) 미성년자와의 접촉 제한

i. 짧고 예상치 못한, 우연한 접촉 이외에는, 보호관찰관이 승인한 성인의 동석 없이 가족관계가 아닌 18세 미만의 아동과 접촉하거나 어울리는 행위가 금지된다.

ii. 보호관찰관의 사전 승인 없이는 18세 미만의 아동과 접촉하게 될 직업 혹은 자원활동 등에 참여해서는 안 된다.

iii. 아동 성착취 영상물로 보일 수 있는 영상물 등을 소지해서는 안 된다.

iv. 보호관찰관은 피고의 신체 혹은 주거를 수색할 수 있는 권한을 가진다.

(5) 거짓말 탐지기 조사

i. 보호관찰관이 정하는 빈도에 따라 거짓말 탐지기 조사를 받아야 한다.

ii. 소득 수준 등을 고려한 보호관찰관의 판단에 따라 비용 부담을 해야 한다.

(6) 주거 이전의 제한

i. 보호관찰 기간 내에 주거지역을 옮기려면 먼저 법원이나 보호관찰관의 허가를 받아야 한다.

ii. 보호관찰관에게 승인받은 거주지(집 등)에서 거주하여야 하며, 만약 거주 환경(동거인) 등의 변화가 예상될 경우 적어도 10일 전에 보호관찰관에게 알려야 한다. (예상치 못한 상황이라도, 발생 72시간 안에는 알려야 함)

iii. 보호관찰관이 불시에 방문하는 것에 동의해야 하며, 만약 보호관찰관이 방문했을 때에 잘 보이는 곳에 소지불허 물품이 있는 것을 발견한 경우 현장에서 압수할 수 있다.

(7) 기타 처분

i. 보호관찰관의 허가 없이 중범죄전과자와소통해서는안된다.

ii. 총기 소지가 허가되지 않는다.

iii. 법원의 허가 없이는 수사기관의 정보원 등으로 일할 수 없다.

iv. 만약 보호관찰관이 피고가 제3자에게 위협이 된다고 판단하는 경우, 보호관찰관은 피고가 직접 제3자에게 자신의 범죄 사실에 대해 고지할 것을 명령하고, 그 이행 여부를 추후 확인할 수 있다.

v. 직업을 찾아야 하며, 근무지 혹은 업무내용의 변화가 있는 경우에도 보호관찰관에게 10일 전, 어려운 경우 72시간 내에 알려야 한다.

3) 미국의 보호관찰처분에 대해 주목할 점

(1) 보호관찰처분에 대한 이의제기는 법원을 통해서만 가능하다.

(2) 단순히 아동관련직 취업 제한에 그치는 것이 아니라, 18세미만 아동과의 접촉 자체가 검열의 대상이 된다. (보호관찰관의 사전 허가 혹은 신뢰관계 성인의 동석 필요)

(3) 이는 아동·청소년 성착취 전과자의 생활 전반을 세밀하게 관리하여 재범을 미연에 방지하려는 당국의 의지가 반영된 것으로 보인다.

4) 디지털 성범죄자가 보호관찰처분을 위반하여 처벌받은 판례

(1) 보호관찰 대상자가 보호관찰의 조건을 위반하는 경우, 법원은 조건을 수정하거나 현재의 보호관찰 처분을 취소하고 징역형 또는 추가의 보호관찰 기간을 명할 수 있다.

(2) 연방법에 따른 보호관찰을 받고 있는 성범죄자의 경우, 보호관찰 기간 동안 또다시 특정 범죄를 저지르면 법원은 반드시 보호관찰 처분을 취소하고 최소 5년의 징역형을 선고해야 한다.

(3) U.S. v. Harding (11th Cir. 2018)

i. 아동성착취물 소지 혐의로 유죄 판결을 받은 디지털 성범죄자는 보호관찰을 받는 중에 아동성착취 사진을 봄으로써 보호관찰 조건을 위반했다.

ii. 법원은 이 성범죄자에게 개전의 정이 보이지 않는다며 1년 징역형과 종신 보호관찰을 선고했다.

(4) U.S. v. Kocher (8th Cir. 2019)

i. 아동성착취물 소지 혐의로 유죄 판결을 받은 디지털 성범죄자는 보호관찰 기간 동안 직장 컴퓨터를 사용해 청소년 성착취물을 시청함으로써 보호관찰 조건을 위반했다.

ii. 법원은 성범죄자의 근본적인 문제가 아직 해결되지 않았다며 2년 징역형을 선고했다.

(5) U.S. v. Skaggs (6th Cir. 2018)

i. 경찰은 아동성착취물 배포 혐의로 유죄 판결을 받은 디지털 성범죄자의 차를 수색했다. 보호관찰 중이었던 해당 성범죄자는 아동이 성적으로 묘사된 사진이 담긴 컴퓨터를 가지고 있었다.

ii. 법원은 2년 징역형과 종신 보호관찰을 선고했다.

(6) U.S. v. Horton (2d Cir. 2017)

iii. 유죄 판결을 받은 디지털 성범죄자는 보호관찰 기간 중에 15세 여자 청소년에게 문자 메시지를 보냄으로써 보호관찰 조건을 위반했다.

iv. 이 성범죄자는 여자청소년이 답장을 안했기 때문에 대화가 아예 없었다고 주장했음에도 법원은 14개월 징역형과 3년 보호관찰을 선고했다.

(7) U.S. v. Savastio (2d Cir. 2019)

v. 아동성착취물 소지 혐의로 유죄 판결을 받은 디지털 성범죄자는 보호관찰을 받는 동안 여러 조건을 위반했다:

① 보호관찰관의 허가 없이 인터넷 사용

② 미성년자가 모일 가능성이 높은 공공 도서관 방문

③ 성착취물 소지

vi. 법원은 9개월 징역형과 종신 보호관찰을 선고했다.

(8) U.S. v. Rubel (2d Cir. 2020)

vii. 아동성착취물 소지 혐의로 유죄 판결을 받은 디지털 성범죄자는 보호관찰을 받는 동안 여러 조건을 위반했다:

④ 보호관찰관의 허가 없이 7세 아이에게 반복적으로 연락

⑤ 주로 미성년자가 있는 공원 방문

⑥ 페이스북 사용에 대해 보호관찰관에게 거짓 진술

viii. 법원은 1년 징역형과 종신 보호관찰을 선고했다.

(9) U.S. v. Blakley (6th Cir. 2017)

ix. 아동성착취물 소지 혐의로 유죄 판결을 받은 디지털 성범죄자는 보호관찰 기간 중에 사전 허가 없이 카메라와 인터넷 액세스가 있는 핸드폰을 소지했다.

x. 이에 대해 법원은 18개월 징역형을 선고했다.

5. 미국 양형기준의 의의와 우리나라 양형기준에의 시사점

미국 양형위원회는 2013년 아동청소년에 대한 디지털 성착취 범죄만을 집중하여 다루는 특별 보고서를 발간하였는데, 이는 당시를 기점으로 지난 20여년 간 아동청소년에 대한 디지털 성착취 범죄가 절대적 사건 수와 전체 범죄에서 차지하는 비율 모두가 큰 폭으로 증가하였기 때문이다.

미국 양형위는 아동청소년 이용 성착취 영상물이 피해 아동에게 영속적이고 불가역적인 피해를 입히는 동시에 아동청소년을 성적 대상화하고, 이들에 대한 성적 착취행위를 인정하고 정상화하는 결과를 가져올 수 있다는 점에서 극히 심각한 범죄로 인식하고 있다.

더불어 강조된 점은, 아동청소년 이용 성착취 영상물의 경우, 영상물 제작 과정에서 피해가 최초로 발생함과 동시에, 이후에도 인터넷의 특성상 불특정 다수에게 유포되는 것을 완전히 막을 수 없고, 그로 인해 상당한 추가 피해의 발생이 불가피하다는 점이다.

이로 인해 대다수의 피해자는 누가 자신의 피해 영상을 본 것은 아닌지에 대한 지속적인 염려와 불안을 겪을 뿐 아니라, 자신의 피해 영상이 또 다른 아동을 피해자로 만드는 데 쓰이지는 않는지에 대한 걱정마저 떠안게 된다.

세계를 클릭 하나로 연결시키는 인터넷의 특성을 고려할 때, 디지털 성착취 범죄는 국경을 초월한 범죄이며, 반드시 알아야 할 것은 인터넷에 한 번이라도 유포된 피해 영상물을 완전히 삭제한다는 것은 불가능에 가깝기에 피해자에게 가해지는 위해 역시 영속적이라는 사실이라는 점이 해당 보고서 전반에 걸쳐 강조되고 있다.

또한, 급속도로 진행되는 인터넷 기술의 발전과 사용의 보편화를 고려하여 개개인 범죄자의 과실 정도에 따라 유의미한 차등을 두는 방향으로 아동청소년 디지털 성착취 범죄의 양형기준을 수정해야 한다고 보았으며, 특히 디지털 성착취범이 소지한 영상물의 내용, 수집 방식, 수집량, 피해 아동의 연령, 정교한 신기술의 사용 등 범법자 행위의 적극성을 고려하여야 하는 점을 지적하였다. 끝으로 아동청소년 이용 성착취 영상물을 다루는 인터넷 커뮤니티 등을 통해 다른 아동청소년 디지털 성착취 범죄자와 얼마나 적극적으로 교류하였는지, 그리고 아동청소년 성착취 영상물 관련 범죄 외에 직접적인 성적 학대 혹은 가해 행위를 하였는지 또한 검토되어야 한다고 설명하고 있다.

발표 3

대법원 양형위원회 '디지털 성범죄 양형기준안' 에 대한 제안

유 승 희 (민주사회를위한변호사모임 여성인권위원회, 원곡법률사무소 변호사)

대법원 양형위원회 ‘디지털 성범죄 양형기준안’ 에 대한 제안

유승희 (민주사회를위한변호사모임 여성인권위원회, 원곡법률사무소 변호사)

1. 들어가며

2018년 11월부터 2020년 7월까지 기간 중 아동・청소년의성보호에관한법(이하 ‘청소년성보호법’ 이라고 하겠습니다) 제11조가 적용된 약 200건의 판결에서 적시된 양형기준에서 주로 문제되었던 부분은 크게 두 가지로, 피고인 중심의 양형기준의 적용 및 디지털 성범죄라는 새로운 범죄군의 특징을 반영하지 못한 양형기준의 적용입니다.

기존 성범죄에서도 여전히 문제되고 있음에도 피고인 중심의 양형사유가 디지털 성범죄에도 그대로 적용되고 있는데, 구체적으로 살펴보면 ①피고인의 진지한 반성, ②처벌불원 및 피해자와의 합의, ③ 오로지 피고인의 사정인 사회적 유대관계, 피고인 가족 또는 지인들의 선처, 피고인에게 부양할 가족이 있는지 여부, 피고인의 불우한 성장환경 등입니다.

디지털 성범죄의 경우 피고인이 피해자와 물리적 접촉 없이도 성착취물을 피해자에게 제작하게 할 수 있으며, 단시일 내에 기존의 범죄와는 비교할 수 없을 정도의 단시일 내에 피해자는 물론 가해자의 수도 다수에 이르기가 쉬우며, 무엇보

다도 배포 등의 피해가 발생한 후에는 추가 피해를 막을 수 있는 방법이 없어, 기존의 그 어떤 범죄로도 설명할 수 없는 특성을 가지고 있음에도 불구하고 종전 판결들은 재배포로 피해자가 입을 추가 피해는 고려하지 않은 판결을 다수가 내렸다는 문제를 가지고 있었습니다.

대법원 양형위원회는 2020. 9. 15. 디지털 성범죄 양형기준안(이하 ’ 디지털 성범죄 양형기준안 ‘이라고 하겠습니다) 및 디지털성범죄 양형기준안 설명자료(이하 ’ 양형기준안 설명자료 ‘라고 하겠습니다)를 배포하며, 디지털 성범죄는 기존의 성범죄와는 다른 범행 수법을 사용하고 광범위한 피해 확산이 동반된다는 특징을 가지고 있어 기존 성범죄의 양형기준에 포섭하기 어렵다는 사실을 받아들여 디지털 성범죄를 독립된 범죄군으로 설정해야 한다는 판단 하에 디지털 성범죄에 적용되는 새로운 양형기준을 만들었음을 발표하였습니다.

아래에서도 반복적으로 설명하겠지만, 디지털 성범죄는 개인의 법익 뿐 아니라 사회적 법익도 침해하며 피해자의 과거와 현재 뿐 아니라 미래까지 망가뜨릴 수 있다는 점에서 기존에 존재하지 않던 종류의 심각한 범죄임에도 그에 대한 충분한 인식 없는 판결들로 인해 피고인들이 디지털 성범죄를 저지르는 것을 두려워하지 않는다는 점과 디지털 매체의 일반화로 범죄발생 빈도가 크게 증가해 피고인들에 대한 강력한 처벌과 피해자들의 피해확산 방지를 위한 적절한 양형기준이 설정되어야 한다는 관점에서 본 발제를 작성하였습니다.

2. 디지털 성범죄 양형기준안의 형량범위 설정기준에 관하여

가. 기존의 양형실무의 반영여부

그동안 새로운 양형기준을 설정할 때 양형실무에 대한 통계분석을 기초로 종전 양형실무의 70~80%를 반영하여 형량범위를 설정하는 것을 원칙으로 하나, 새롭게 설정된 디지털 성범죄 양형기준안은 상향된 법정형, 디지털 성범죄에 대한 사

회적 공감대, 디지털 성범죄의 특성을 고려하여 양형실무의 반영비율을 낮추어 양형기준을 설정한 것은 종전 디지털 성범죄 판결 중 다수에 적용된 양형기준이 적절하지 않다는 것을 확인시켜주었다고 볼 수 있을 것입니다.

나. 디지털 성범죄의 권고 형량 범위의 설정

아래의 표만으로 일반화하기는 어려우나, 대법원 양형위원회 형량 범위를 설정함에 청소년성보호법 위반의 디지털 성범죄를 성폭력처벌법 위반의 디지털 성범죄보다 더 중하게 보고 있으며, 성폭력처벌법 위반의 경우는 촬영보다는 반포 등의 경우를 더 중하게 처벌하고자 하는 취지를 가지고 있음을 알 수 있습니다.[1)]

<청소년성보호법 위반 범죄와 성폭력처벌법 위반 형량범위 비교>

구분	법정형	형량 범위		
		감경	기본	가중
청소년성보호법 제11조 제1항(제작 등)	무기 또는 5년 이상의 징역	2년6월 -6년	5년-9년	7년-13년
청소년성보호법 제11조 제3항(배포 등)	7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금	1년6월 -4년	2년6월 -6년	4년-8년
성폭력처벌법 제14조 제1항(촬영)		4월-10월	8월-2년	1년-3년
성폭력처벌법 제14조 제2항(반포 등)		4월 -1년4월	1년 -2년6월	1년6월 -4년

다. 소결

1) 청소년성보호법 제11조 제1항 위반 범죄와 형법 제334조 제1항 특수강도죄의 법정형이 '무기 또는 5년 이상의 징역'으로 동일함에도 청소년성보호법 위반 범죄의 형량 범위는 감경 2년6월-6년, 기본 5년-9년, 가중 7년-13년으로 설정한데 반해 특수강도죄의 형량 범위는 감경 2년6월-4년, 기본 3년-6년, 가중 5년-8년으로 특수강도죄보다 청소년보호법 제11조 제1항의 범죄를 더 엄하게 처벌하고 있음도 확인됩니다.

디지털 성범죄 양형기준안에 따르면 디지털 성범죄에서 배포 혹은 반포와 제작 혹은 촬영 추가 피해를 양산한다는 점에서 배포 혹은 반포 행위를 더 엄하게 처벌하여야 하나, 아동·청소년 이용 성착취물의 경우 제작 등의 피해자가 아동·청소년으로 청소년성보호법이 보호하고자 하는 아동·청소년 피해자 뿐 아니라 건전한 성풍속이라는 사회적 법익까지 보호한다는 특수한 사정을 고려해 청소년성보호법 위반의 경우 제작 등을 가장 중하게 처벌하는 형량 범위를 설정한 것이라고 생각됩니다.

3. 디지털 성범죄 양형기준안에 대하여

가. 감경요소

1) 대법원 양형기준안과 제안

구분		대법원 양형기준안	제 안
특별양형인자	행위	범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우	
	행위자/기타	농아자	농아자
		심신미약(본인 책임 없음)	심신미약(본인 책임 없음)
		자수	자수 또는 중요한 수사협조
		피해확산방지를 위한 실질적 조치	

구분		대법원 양형기준안	제 안
일반양형인자	행위	소극 가담	소극 가담
		처벌불원	처벌불원
		진지한 반성	
		형사처벌 전력 없음	
	행위자/기타		범행가담 또는 범행동기에 특히 참작할 사유가 있는 경우(타인의 강압이나 위협 등에 의한 범행 가담)
			피해자의 피해 회복을 위한 진지한 노력
			일반적 수사협조

2) 특별양형인자[2)]

(1) 범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우

'범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우' 양형인자의 정의를 살펴보면 '타인의 강압이나 위협 등에 의하여 강요된 상태에서 범행에 가담한 경우', '범행을 단순 공모하였을 뿐 범행을 주도하지 아니하고 실행행위를 분담하지도 아니한 경우', '그 밖에 이에 준하는 경우'입니다.

대법원 양형기준안에서는 '범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우' 특별감경요소로 삼았으나, 디지털 성범죄의 경우 한 번이라도 판매 혹은 배포된 성착

2) 목차의 순서는 디지털 성범죄 양형기준안의 순서로 기재하였습니다. 본 발제자는 디지털 성범죄 양형기준안에서 특별양형인자임에도 일반양형인자로 포섭해야 한다고 생각하는 양형요소들이 있으나, 대법원 양형기준안의 목차에 따라 특별양형인자 목차에 포함되는 경우도 있음을 참고해주시기 바랍니다.

취물의 삭제가 영구히 불가능할 가능성이 높고, 이후의 추가 피해는 막을 수 없습니다. 그러므로 피고인을 강하게 처벌해 피해자를 보호하고, 건전한 성 풍속을 보호하는 취지에서 '범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우'를 감경요소에 포함시키되 형량범위를 낮출 수 있는 특별양형인자가 아닌, 일반양형인자[3]로 두어야 한다고 생각합니다.

(2) 자수 혹은 중요한 수사협조

모든 범죄에서 자수를 특별감경인자로 삼고 있고, 형법 제52조 제1항에서 자수를 형의 임의적 감경, 면제 사유로 삼고 있습니다. 디지털 성범죄 양형기준안에서도 동일한 이유로 자수를 특별감경요소로 삼았습니다.

그러나 피고인이 단순히 자신의 죄를 자백하는 것에 그칠 것이 아니라 중요한 수사협조[4]를 통해 공범에 의한 피해확산을 조금이라도 막을 수 있게 하여 피고인에게 유리한 양형기준으로 설정한다면 최소한 피고인이 알고 있는 공범들에 의한 추가피해는 막을 수 있을 것이라 기대됩니다.

(3) 피해확산방지를 위한 실질적 조치

본 양형인자의 정의는 '제작, 수입된 성착취물을 유포되기 전 즉시 삭제하거나 폐기한 경우', '유포된 성착취물을 상당한 비용·노력을 들여 자발적으로 회수한 경우', '그 밖에 이에 준하는 경우'입니다.

서울중앙지방법원 2019. 9. 18. 선고 2019고합589판결은 피해자의 사진이 저장

---

3) 선고형은 특별양형인자의 숫자를 평가해 형량범위가 결정되고, 이후 결정된 형량범위 내에서 다시 일반양형인자와 특별양형인자를 종합적으로 고려하여 결정됩니다. 즉, 특별양형인자에 따라 감경, 기본, 가중의 형량 범위가 결정됩니다.

4) '중요한 수사협조'라는 개념은 마약범죄에서 사용되는 양형인자로 '피고인이 구체적이고 정확한 사실을 수사기관에 밝혀 관련자들이 형사소추되거나 형사소추가 가능할 정도로 수사에 기여한 경우'이며, 다만 피고인이 수사협조 양형인자의 적용을 받을 목적으로 디지털 성범죄를 유발하면서 이를 수사기관에 밝힌 경우는 형의 감경에 반영되는 양형인자에 해당해서는 안 될 것입니다.

되어 있던 저장매체가 압수되었다는 사실만으로 장래 2차 피해가 일어날 가능성 낮을 것이라 단정 짓고 이를 감경요소로 삼았는데, 유포된 성착취물은 현재의 기술로는 완전한 회수는 불가능하고 성착취물의 파일명, 혹은 파일 코드 등을 추적해 삭제하는 것만 가능한 상황입니다. 이조차도 영구적인 삭제가 되었다고 장담할 수 없는 실정으로 피해자들은 살아가는 동안 언제든 추가 피해를 입을 가능성이 있습니다. 그렇기에 피고인이 보관하던 성착취물이 저장된 저장매체를 압수하더라도 성착취물이 이미 유포되었다면 피해자의 입장에서는 '유포 후 회수'는 그 어떤 경우에도 실질적인 피해확산 방지 노력이라고 볼 수 없을 것입니다. 그러므로 '피해확산방지를 위한 실질적 조치'에는 '유포 전 즉시 삭제 혹은 폐기'만이 포함될 것입니다.

추가적으로 피고인의 피해확산방지를 위한 실질적 조치 외에도 피해자에게 발생한 피해회복을 위한 실질적 노력 또한 감경요소로 삼아야 할 것입니다. 피해자에게 발생한 피해회복을 위한 실질적 노력에도 불구하고 피해자의 용서를 받지 못하는 경우 또한 존재할 것이므로 피해자의 피해회복을 위한 실질적 노력을 기울인 경우와 피고인의 피해확산방지를 위한 실질적 조치를 처벌불원과는 별도의 감경요소로 삼는 것이 타당할 것입니다.

즉, '유포 전 삭제', '유포피해의 실질적 회복을 위한자백, 모니터링, 삭제지원 등 피해의 회복을 위한 행위를 한 경우', '피해 회복을 위한 진지한 노력을 하였으나, 합의에 이르지 못하여 상당함 금액을 공탁한 경우' 등을 '피해자의 피해회복을 위한 진지한 노력 ' 으로 삼을 수 있을 것이나, 디지털 성범죄 피고인들을 강력하게 처벌해야 한다는 사회적 동의, 기존 성범죄 양형기준안에서 '피해자의 피해회복 등'을 특별양형인자의 감경요소를 설정하지 않은 점 등을 고려해 피고인의 피해회복 및 피해확산방지를 위한 실질적 조치를 특별양형인자가 아닌 일반양형인자의 감경사유로 설정함이 타당합니다.

3) 일반양형인자

(1) 처벌불원

일반적인 성범죄에서 '처벌불원'을 특별감경요소로 삼는데 반해서 디지털 성범죄 중 청소년보호법에 관한 양형기준안에서 이를 일반감경요소로 삼은 이유는 아동·청소년에 대한 디지털 성범죄를 피해자 개인 뿐 아니라 사회와 국가에 대한 범죄라고 보아 피해자의 처벌불원만으로는 형량 범위를 변경할 수 있는 특별양형인자로 삼기엔 적절하지 않다는 취지라고 생각됩니다. 위와 같은 취지에서 디지털 성범죄 중 청소년보호법 제11조 위반을 제외한 성폭력처벌법상 디지털 성범죄의 경우 여전히 '처벌불원'을 여전히 특별양형인자의 감경요소로 기재하고 있습니다.

청소년 보호법 제11조 위반의 경우 '처벌불원'을 일반감경요소로 삼은 것은 찬성하나, 성인을 대상으로 한 디지털 성범죄의 경우 '처벌불원'을 여전히 특별감경요소로 삼은 것은 이해할 수 없습니다.

디지털 성범죄의 경우 성인 피해자라고 할지라도 처벌불원의 의사를 결정할 때 장래 피해가 어느 정도로 발생할지 예측조차 할 수 없어 처벌불원의 법적·사회적·장래적 의미를 정확히 인식하는 것은 불가능하다는 점에서 다른 범죄와는 다르게 모든 연령의 피해자는 처벌불원의 정확한 의미를 인식하지 못할 가능성이 매우 높습니다. 그렇다면 모든 디지털 성범죄의 경우 아동·청소년이 피해자의 경우와 동일하게 '처벌불원'을 일반감경요소로 삼아야 할 것입니다.

더불어 디지털 성범죄의 경우 피해자가 다수인 경우 혹은 피해자를 특정하는 것 자체가 어려운 경우도 많다는 특징을 고려하여 피해자가 다수인 경우 피해자 일부의 처벌불원 의사와 다른 피해자 일부의 처벌의사 혹은 피해자 불특정의 경

우 피해자 일부의 처벌불원 의사를 어떻게 판단할지에 대한 논의가 있었으면 합니다. 피해자 다수의 불일치된 처벌 혹은 처벌불원 의사가 피고인의 처벌의 수위에 정확하게 반영되기 위해서는 아래와 같은 경우도 염두에 두어야 합니다.

전주지방법원 2019. 7. 17. 선고 2019고합135 판결에서 피해자 3명 중 1명의 처벌불원 의사만 확인했고, 나머지 피해자 2명은 소재조차 파악하지 못해 피고인이 합의할 기회를 갖지 못했음을 피고인에게 유리한 정상으로 보았습니다.

피해자의 처벌불원 의사를 피고인에게 유리한 정상으로 작용하는 것은 타당하나, 피해자가 다수인 상태에서 성착취물의 존재는 공소사실에 포함되나 일부 피해자의 소재조차 파악하지 못해 피해자는 자신이 어떤 피해를 입었는지도 모르는 상태에서 피고인에 대한 형이 선고·확정된 후에는 피해자가 자신의 피해사실을 알아도 이미 처벌받은 피고인에게 새로이 확인된 피해자의 처벌의사를 이유로 추가 처벌을 할 수가 없기 때문입니다.

모든 피해자의 의견이 판결에 정확하게 반영되기 위해서 피해자가 다수이고 그 중 일부만 특정되는 경우, 특정되지 않은 피해자들의 피해확산 방지를 위해 피고인이 어떤 노력을 했는지 여부에 대한 고려없이 피해자 중 일부의 처벌불원 의사만 감경요소로 삼는 것은 자제해야 할 것입니다.

(2) 진지한 반성

'진지한 반성'에 대한 설명자료를 살펴보면 대부분의 범죄에서 일반감경인자이며 진지한 반성의 해당 및 반영 여부는 충실한 양형심리를 기초로 판단이 가능하다고 기재되어 있습니다.

정준영 사건에서도 재판부는 피해자와 합의를 위해 노력했지만 합의하지 못한 점, 피고인이 공소사실 자체는 부인하지만 그 당시 상황에 대해 진술하고 있는 점, 본인의 행위 자체에 대해서는 진지한 반성을 한다는 취지의 자료를 낸 점

‘을 양형 이유로 징역 5년, 최종훈 사건에서 재판부는 ’ 진지한 반성 요건은 부족하지만 피해자 합의한 점을 고려했다‘는 양형이유로 최저형인 징역 2년 6월을 선고했습니다.

위의 사례들에서 피고인이 공소사실을 부인하고, 피해자가 합의를 원하지 않고 피고인이 강력하게 처벌받기를 원한다는 의사를 밝히고 있으며, 피고인들이 진지한 반성을 한 적이 없음에도 불구하고 진지한 반성을 한다는 취지의 자료를 내는 모순된 반성을 하고 있음에도 이를 피고인의 진지한 반성으로 보아 감경요소로 삼았던 것입니다.[5)]

수원지방법원 2019. 10. 25. 선고 2019고단2710 판결은 ‘피고인이 피해자가 자신을 고소하자 피해자에게 촬영 사실이 없다고 발뺌하기도 하고, 피해자에게 전화해서 꽃뱀이라고 비난 하는 등’ 수사가 시작된 후 피고인의 대응이 매우 불량함에도 불구하고 ‘피고인이 잘못을 뉘우치고 반성’하는 것을 유리한 정황으로 삼아 징역 10월, 집행유예2년이 선고되었던 것입니다. 광주지방법원 순천지원 2018. 12. 20. 선고 2018고합 152, 202(병합)판결은 ‘피고인이 자신의 잘못을 후회하며 뒤늦게나마 반성하는 듯한 태도를 보이고 있다’는 것을 피고인에게 유리한 양형사유로 기재하였습니다.

디지털 성범죄 뿐 아니라 일반 성범죄 사건의 경우에도 피고인이 자신의 범행을 인정하고 잘못을 뉘우치는 시점 또한 매우 중요하다 할 것입니다. 피고인이 수사 혹은 재판과정에서 범행을 부인한다면 피해자에게는 2차, 3차 가해가 발생할 수 있습니다. 실재로 위 사례 중 두 번째 사례에서 피해자에게는 실질적인 추가 피해가 있었고, 이를 별도로 처벌할 수 없는 한 피해자의 추가피해를 처벌하거나 보상받을 수 있는 방법이 없음에도 불구하고 해당 재판부는 구체적인 ‘진

5) 2020. 5. 15., 한국성폭력상담소, 논평 진지한 반성은 ‘반성문’이 아니라 책임짐‘에서 나온다

지한 반성' 의 사유도 기재하지 않은 채 피고인이 잘못을 뉘우치고 반성하고 있다고 판단했던 것입니다.

가장 문제되는 관행은 위와 같은 판례의 태도를 학습한 성범죄 피고인들이 피해자에 대한 반성 없이 오로지 형량을 낮출 목적으로 반성문을 대필하거나, 성교육감상문 제출하거나, 사회봉사 혹은 기부 등을 진지한 반성을 하고 있다는 자료로 제출하고 있고 실제로 형식적 진지한 반성이 인정되면 감경요소로 형을 낮출 수 있는 것 또한 현실입니다.

애초 객관적으로 확인할 수 없는 피고인의 내심을 이유로 감경요소로 삼는 것 자체도 부적절할 것이며, 대법원 양형기준안에서 '피해확산방지를 위한 실질적인 조치' 와 '처벌불원' 을 모두 감경요소로 삼고 있어 피고인의 노력으로 피해를 경감시키거나 피해자에게 용서받는 경우 각각의 감경사유로 반영하고 있음에도 불구하고 객관적으로 확인할 수도 없고 피해자의 피해회복에는 어떤 노력도 하지 않은 피고인만이 확인할 수 있는 진지한 반성을 이유로 추가적으로 피고인의 책임을 감경한다는 것은 부적절하다 할 것입니다.

특히나 피고인의 의도, 반성과는 무관하게 피해자에게는 추가 피해가 확산될 가능성이 높은 디지털 성범죄에서 피해확산방지를 위한 노력이나 피해자의 용서 없는 피고인의 진지한 반성을 별개의 감경요소로 삼아서는 안 될 것이며, 오히려 피고인이 진지한 반성을 하지 않는 경우 가중요소로 삼아 강하게 처벌하여야 할 것입니다.

(3) 소극가담

적극적으로 범행에 가담한 경우와 소극적 수동적으로 범행에 가담한 경우 차등을 둠이 타당하나, 대법원 양형기준안의 '소극가담' 의 정의는 '피고인이 수동적으로 참여하거나 범행 수행에 소극적인 역할만 담당한 경우를 의미한다. 다만,

실질적으로 범행을 주도하여 다른 사람으로 하여금 범행을 실행하게 한 경우는 제외한다' 고 규정했습니다.

형법의 책임주의 원칙에 따르면 '소극가담' 한 자를 '적극가담' 한 자에 비해 경하게 처벌하는 것이 당연할지 모르나, 전주지방법원 2019. 7. 4. 선고 2019고단293 판결은 피고인이 다른 이와 공모하여 인터넷 음란물 사이트를 운영하였음에도 불구하고 운영에 대한 기여가 적다는 이유로 주범에 비해 낮은 형을 선고하였습니다. 위 판례의 피고인은 인터넷 음란물 사이트를 운영하여 성착취물이 배포에 큰 기여를 하였기에 '운영' 자체로 가중처벌 해야 하는 사안임에도 불구하고, 운영의 기여함이 다른 공범보다 적다는 이유로 감경사유로 삼는 오류를 범했던 것입니다.

기존 성범죄 양형기준을 살펴보면 '소극가담' 이란 '피고인이 수동적으로 참여하거나 범행 수행에 소극적인 역할만 담당한 경우를 의미한다. 다만, 관음증에 기인하여 다른 사람으로 하여금 범행을 실행하게 한 경우와 같이 피고인이 비록 범행을 하지 않았더라도 자신의 성욕 만족을 위해 범행에 가담한 때는 포함하지 않는다' 고 정의하였습니다. 디지털 성범죄에서도 수많은 텔레그램 방에서 박사, 갓갓 등이 대화방에서 피해자를 상대로 성착취물을 제작할 때 아무런 지시없이 오로지 그 방에 존재만 했던 소위 '관전자' 들은 오히려 자신의 성욕 만족을 위해 범행에 가담한 것으로 보아야 할 것입니다.

그렇다면 디지털 성범죄 양형기준의 '소극가담' 의 정의에는 기존 성범죄 양형기준의 '소극가담' 의 정의가 적극적으로 반영되어야 할 것이며 향후 '소극가담' 을 실제 사례에 적용함에 있어 플랫폼 운영자에게 고용된 사람에에게는 '소극가담' 의 양형요소가 적용되지 않도록 해야 합니다.

(4) 형사처벌 전력없음

위 양형인자의 정의는 '피고인이 해당 범행 전까지 단 한 번도 범행을 저지르지 아니한 경우를 의미한다. 다만, 불특정 또는 다수의 피해자를 대상으로 하거나, 상당한 기간에 걸쳐 반복적으로 범행한 경우는 제외한다' 는 것입니다.

광주지방법원 순천지원 2018. 12. 20. 선고 2018고합152, 202(병합)판결, 대구지방법원 2018. 11. 15. 선고 2018고단4300판결, 부산지방법원 2018. 12. 13. 선고 2018고단2615판결, 대전지방법원 2019. 7. 17. 선고 2019고단1762판결에서 피해자가 다수이고, 피해 성착취물이 수백 혹은 수천 개에 달함에도 불구하고 각 피고인들이 형사처벌 전력이 없다는 것을 이유로 피고인에게 유리한 정상으로 기재하였습니다. 위 사건의 피고인들이 형사처벌 전력이 없었던 것은 범행을 저지른 사실이 없었던 것이 아니라 그저 처벌받지 않았기 때문이고 오히려 피고인들은 처벌받지 않음을 기회로 삼아 더 많은 범죄를 저질렀던 것임에도 단순히 형사처벌 전력이 없다는 것을 피고인에게 유리한 감경요소로 삼고 집행유예의 긍정적 참작사유로 삼았던 것입니다.

위와 같은 문제의식에서 '형사처벌 전력없음' 을 감경요소로 삼는 것은 타당하지 않다고 판단해 양형기준을 제안할 당시 '형사처벌 전력없음' 을 감경요소에서 배제해야 한다고 판단했습니다. 그러나 디지털 성범죄 양형기준안에서와 같이 '형사처벌 전력없음' 의 단서로 '불특정 또는 다수의 피해자를 대상으로 하거나, 상당한 기간에 걸쳐 반복적으로 범행한 경우' 는 '형사처벌 전력없음' 의 감경요소로 삼지 않겠다고 규정한 것은 대법원 양형위원회가 종전 판례에 관한 문제를 적극적으로 받아들인 양형기준으로 적절한 양형기준이라 할 것입니다.

(5) 일반적 수사협조

위의 중요한 수사협조에 이르지 않는 정도의 수사협조를 의미한다. 다만, 피고

인이 수사협조 양형인자의 적용을 받을 목적으로 디지털 성범죄를 유발하면서 이를 수사기관에 밝힌 경우는 위 양형인자에 해당하지 않을 것입니다.

나. 가중요소

1) 대법원 양형기준안과 제안

구분		대법원 양형기준안	제안
특별양형인자	행위	범행수법이 매우 불량한 경우	조직적 범행
			전문적 범행
			범행수법 매우 불량
			가해자 다수
		비난할 만한 범행동기	범행동기에 특히 비난할 사유
		불특정 또는 다수의 피해자를 대상으로 하거나 상당한 기간에 걸쳐 반복적으로 범행한 경우	다수 피해자 대상 계속적 반복적 범행
		범행에 취약한 피해자	범행에 취약한 피해자
			피지휘자에 대한 교사
			피해자를 그루밍하여 범행
			피해자가 16세 미만
		피해자에게 심각한 피해를 야기한 경우	피해자에게 심각한 피해 야기
			가학적 변태적 침해행위 혹은 성착취물에 묘사된 피해자가 영유아인 경우
			성착취물에 표현된 성적 행위가 성범죄인 경우
			범행 후 증거 은폐 또는 그 시도
			대량범

구분		대법원 양형기준안	제안
	행위자/기타	신고의무자 또는 보호시설 등 종사자의 범행	누범에 해당하지 않는 동종 누범
		동종누범(성범죄, 성매매범죄 포함)	
			반성없음(범행의 단순부인 제외)
			인적 신뢰관계 있는 경우
			상습범
일반양형인자	행위	취득한 이익이 다액인 경우(2유형)	
			계획적 범행
			2인 이상 공동 범행
	행위자/기타	인적 신뢰관계 이용	
		이종 누범, 누범에 해당하지 않는 동종 금고형의 집행유예 이상 전과(성범죄, 성매매범죄 포함, 집행 종료 후 10년 미만)	누범에 해당하지 않는 이종 누범, 누범 전과에 해당하지 않는 동종 및 폭력 실형 전과(집행 종료 후 10년 미만)
		합의 시도 중 피해 야기(피해자 등에 대한 강요죄가 성립하는 경우는 제외)	합의 시도 중 피해 야기(피해자 등에 대한 강요죄가 성립하는 경우는 제외)

2) 특별양형인자

(1) 범행수법이 매우 불량한 경우

위 양형인자의 정의를 살펴보면 '계획적 범행, 전문적 범행, 고도의 지능적 방법을 사용한 범행, 다수의 역할 분담으로 이루어진 범행, 전파성이 높은 수단을 이용한 범행, 피해자를 폭행·유인하여 한 범행 등'을 범행수법이 매우 불량하다고 했습니다. '범행수법이 매우 불량한 경우'의 정의를 살펴보면 디지털 성

범죄 양형기준안은 디지털 성범죄에서 다양하게 나타나는 범행수법을 반영하고자 노력한 사실을 확인할 수 있습니다.

그러나 조직적으로 범행한 경우, 다수 피해자를 대상으로 계속적·반복적으로 범행한 경우, 기술 혹은 정보이용 등의 전문적인 방법을 통해 범행한 경우, 가해자가 다수인 경우는 일응 '범행수법이 불량한 경우'에 포함되는 것처럼 보이나, 특별히 각각을 별도로 가중해야 할 양형요소라고 할 것입니다.

디지털 성범죄에서 기술 혹은 정보를 이용한 전문적인 방법을 사용하는 것은 피고인의 익명성을 강화 혹은 범죄행위의 추적을 불가능하게 하게 하거나 피해자의 피해확산에 기여하기 때문에 이를 별도의 가중요소로 삼아야 할 것입니다.

조직적으로 범행한 경우란 범죄조직의 일원으로서 또는 범죄조직과 연계하여 범행한 경우로 볼 수 있을 것이며 그 불법의 정도가 심각한 단계에 이른 것으로 이를 가해자가 다수인 경우와 동일한 것으로 보아서도 안될 것입니다.

이처럼 범행수법이 불량한 경우의 태양이 다양함에도 불구하고 이를 '범행수법이 불량하다'는 추상적인 양형요소로만 정리한다면 특별히 가중하여 처벌하여야 할 양형요소임에도 간과하기 쉬워질 수 있을 것입니다. 따라서 '범행수법이 매우 불량한 경우'는 특별양형인자의 가중요소에 포함시키되 조직적 범행, 전문적 범행, 가해자가 다수인 경우 등 처벌에 영향을 미쳐야 할 요소는 일반양형인자의 가중요소로 낮추는 방법도 고려할 수 있다.

'범행수법이 매우 불량한 경우' 중 '피해자를 폭행·협박하거나, 위계·위력을 사용한 경우'뿐 아니라 '이익 제공으로 유인한 경우' 또한 범행수법이 매우 불량해 특별가중요소로 포함시킨 것은 기존 판례 중 이익 제공 등을 통해 피해자를 유인해 범행하였음에도 피해자의 '동의'가 있었다는 이유로 피고인에게 유리한 정상으로 판단한 것에 대한 비판적인 답변이라 할 것입니다.

(2) 피해자에게 심각한 피해를 야기한 경우

디지털 성범죄 양형기준안에 따르면 '피해자에게 심각한 피해를 야기한 경우'란 '피해자의 인적동일성을 확인할 수 있고, 피해자의 나체, 성관계 등 극도로 성적 수치심을 유발하는 성착취물을 ①제작,수입, 수출하거나, ②불특정 다수 또는 피해자의 가족, 같은 교육시설의 교사·학생 등 밀접한 관계에 있는 주변 사람에게 판매·대여·배포·제공하거나, ③판매·대여·배포·제공 목적으로 소지·운반·광고·소개하거나, ④공연히 전시, 상영하거나, ⑤구입·소지·시청한 경우, 자살, 자살시도, 가정파탄, 학업 중단 등 피해자에게 회복하기 어려운 피해가 발생한 경우, 피해자에게 극도의 성적 수치심, 혐오감을 야기하는 등 극심한 정신적 고통이 초래된 경우 및 그 밖에 이에 준하는 경우'로 정의하였습니다.

디지털 성범죄 피해자가 피고인이 처벌받더라도 늘 두려움에 떨며 살게 되는 가장 큰 이유는 본 발제문에서도 수차례 언급했듯이 피고인이 유포한 성착취물로 인해 2차, 3차 피해가 발생한다는 것입니다. 실제로 디지털 성범죄 피해자의 경우 성착취물이 유포된 이후 유포한 피고인이 아닌 제3의 인물이 성착취물을 피해자에게 보내며 2차, 3차 가해를 가하는 경우가 많은데, 성착취물을 유포한 피고인은 위와 같은 피해가 발생할 것을 명백히 예견하며 성착취물을 유포하였으므로 '유포 등으로 피해자에게 추가적인 피해가 발생한 경우' 또한 피고인의 범죄행위로 피해자에게 심각한 피해를 야기한 경우에 포함되어야 합니다.

(3) 성착취물의 내용에 따른 가중

모든 성착취물의 제작 및 유포 등의 행위가 처벌받아 마땅한 범죄행위임은 분명하나, 성착취물의 내용이 '가학적·변태적 침해행위'[6] 혹은 '성착취물에

6) '가학적·변태적 침해행위'로는 '피해자를 도구로 삼아 피해자 스스로 신체 침해를 지시 혹은 강요한 경우, 피해자에게 다른 피해자에 대한 신체·성적자기결정권 등 침해를 지시 혹은 강요한 경우'를 예로 들 수 있습니다.

묘사된 피해자가 영유아인 경우', '성착취물에 표현된 성적 행위 자체가 성범죄인 경우'는 성착취물 그 자체로 사회에 심각한 해악을 끼치며 또 다른 형태의 범죄를 양산한다는 점에서 반드시 근절해야 할 범죄행위이며, 미국의 아동포르노 처벌에 관한 양형기준에서도 '성착취물에 묘사된 피해자가 영유아인 경우', '성착취물에 표현된 성적 행위 자체가 성범죄인 경우'를 각각의 가중요소로 삼아 처벌하고 있습니다.

손정우가 운영한 다크웹 사이트 '웰컴투비디오'에서 생후 6개월인 신생아를 이용한 성착취물이 있었다는 사실을 생각할 때, 아동·청소년 중에서도 보호가치가 더욱 큰 영·유아를 범죄의 대상으로 삼은 피고인의 형을 가중하는 것은 당연하다 할 것입니다.

(4) 피해자를 그루밍하여 범행한 경우

위 1)항에서 피해자에 대한 위계·위력 뿐 아니라 이익 제공을 통한 유인을 범행수법의 불량함으로 보아 가중요소로 삼고 있음에도 폭행·협박이나 위계·위력에 이르지 않았고 이익제공 또한 없었으나, 피해자를 그루밍하여 범행한 경우의 경우 이를 피해자의 온전한 동의를 얻은 것이라고 볼 것인지 문제 될 것입니다.

피고인이 자신과 교제 중이던 피해자가 스스로 성착취물을 제작하였다고 주장하였으나, 성범죄를 당한 후 PTSD를 앓고 있던 피해자가 피고인의 요구에 마지못해 따랐기에 피고인에게 유죄의 판단을 내린 서울고등법원 2019. 9. 4. 선고 2019노43판결이 있음에도 이번 양형기준안에서 피해자가 피고인에 의해 그루밍을 당하여 피해를 입은 경우 이를 피해자의 온전한 성적자기결정권을 통한 동의가 있었는지 여부에 대한 아무런 논의가 없다는 점이 아쉽습니다.

기존 판례의 사실관계에서 드러난 성착취물 제작경위를 살펴보면 피해자를 유인하는 방법은 협박·강요·폭행에 이르지 않는 위협이나, 친분, 놀이, 편의제공, 교제관계 등 다양한 형태로 나타납니다. 피고인은 피해자와의 우호적인 관계를 다진 후 동영상등을 제공받은 후 이후 추가적인 범행을 나가는 경우가 있습니다. 이중 상당수가 최근 문제가 되고 있는 '온라인 그루밍'의 특성을 보입니다.

디지털 성범죄에서 피해자의 동의 여부가 구성요건에 해당하지 않음에도 불구하고 피해자의 동의를 이유로 피고인에게 유리한 정상으로 삼는 것은 실제로 다른 성범죄 사건에서 피해자가 형사법적 해결을 망설이는 원인이 되기도 합니다. 특히 아동·청소년이용 음란물 제작은 다른 여타 범죄에 비해 유인방법이 다양하다는 점, 아동·청소년은 그와 같은 유인에 상당히 취약할 수밖에 없다는 점 등을 고려하여 양형을 판단할 때 피해자에 대한 그루밍 과정이 있었는지 여부를 판단의 근거로 삼을 수 있기를 바랍니다.

(5) 피해자가 16세 미만인 경우

미국의 아동청소년 이용 제작 등의 범죄에 적용되는 양형기준에서도 피해아동의 나이가 12세 미만인 경우와 16세 미만인 경우를 각각 가중하여 처벌하고 있습니다. 청소년성보호법의 적용대상은 19세 미만의 미성년자이나, 16세 미만의 미성년자를 더욱 두텁게 보호하기 위하여 피해자의 연령에 차등을 두어 피해자가 더 어린 연령일 경우 피고인을 더욱 가중해서 처벌해야 할 것입니다.

(6) 대량범인 경우

'대량범'과 '불특정 또는 다수의 피해자를 대상으로 하거나 상당한 기간에 걸쳐 반복적으로 범행한 경우' 혹은 '상습범'과는 별개의 개념으로 양형기준 중 마약범죄의 '대량범'의 개념은 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제11조와 마약범죄의 집행유예의 부정적 참작사유에서 선고형 및 집행유예를 판단하는 요소입니다.

피고인이 취급한 마약의 양에 따른 가액에 따라 피고인을 가중처벌하거나 집행유예의 부정적 요소의 판단근거로 삼는 것이고, 피고인이 범행을 한 횟수나 빈도와는 상관없이 1회라도 취급한 마약의 양이 대량범에 해당한다면 별도의 구성요건으로 삼아 가중처벌하고 있는 것입니다.

디지털 성범죄의 특성상 단기간에 대량으로 성착취물이 유포될 수 있는 경우가 있습니다. 바로 '성착취물을 제공하는 플랫폼 운영'을 통한 범행의 경우입니다. 기존 판례는 '플랫폼 운영을 통해 얻은 이익이 적다, 성착취물을 직접 제작하지 않았다, 플랫폼의 특성으로 인해 유포가 일어났을 뿐 유포의 고의는 없었다'는 이유로 '플랫폼 제공자'에 대해서 지나치게 관대한 처벌을 해왔습니다. 그러나 종전 판결은 '플랫폼'을 통해 디지털 성범죄의 추가적인 유포 피해가 심각하게 증대된다는 위험을 간과한 것입니다. 설혹 단순소지라고 해도 성착취물을 수천 개를 가지고 있는 피고인과 수십 개를 가지고 있는 피고인을 차등을 두어 처벌함이 타당할 것입니다.

미국의 아동청소년 이용 제작 등의 범죄에 적용되는 양형기준에서도 성착취물이 사진인 경우 그 갯수, 영상인 경우 영상의 길이 및 갯수를 근거로 가중요소로 삼고 있습니다. 그 기준이 타당한지 여부는 차치하고 취급한 성착취물의 양이 방대하다면 이는 피해자들의 피해 뿐 아니라 사회의 건전한 성풍속도 심각하게 해치는 행위로 반드시 가중처벌해야 할 것입니다.

그럼에도 이번 양형요소에서는 대량범에 대해서는 아무런 언급을 하지 않은 점은 아쉬운 부분이라 할 것입니다.

(7) 반성없음

'진지한 반성'이 감경요소에 포함된다면 '반성 없음' 또한 가중요소로 포함되어야 균형을 맞출 수 있다고 보지만, 그보다는 '진지한 반성'을 감경요소에서 삭제하는 것이 가장 좋은 방법이라고 봅니다.

3) 일반양형인자

(1) 취득한 이익이 다액인 경우

종전 판례에서 '피고인이 취득한 이익이 적다' 는 것을 피고인에게 유리한 정상으로 삼은 판례가 많았습니다. 성매매범죄의 양형기준을 살펴보면 '실제 이득액이 경미한 경우' 를 일반양형인자의 감경요소로 삼고 있는데, 디지털 성범죄에서 피고인이 성착취물을 통해 취득한 이득이 적은지 여부를 감경요소가 되어서는 안 되며 오히려 피고인이 성범죄를 통해 취득한 이익이 다액인 경우 이를 가중요소로 삼아야 한다는 비판이 있었고, 대법원 양형위원회는 '취득한 이익이 소액인 경우' 를 별도의 감경요소로 삼지 않고 '취득한 이익이 다액인 경우' 만을 가중요소로 삼았습니다.

디지털 양형기준안에서 '취득한 이익이 다액인 경우' 피고인을 가중 처벌해야 함은 타당하나, 디지털 성착취물을 통해 피고인이 취득한 이익을 '금전' 에 한정하기보다는 디지털 상에서 상용되는 다양한 이익(예 : 성착취물을 새롭게 공유받을 수 있는 포인트 등의 대가)이라고 정의하지 않는다면, 현재도 존재하는 금전이 아닌 피고인의 이익 뿐 아니라 향후 기술발전 혹은 수법의 전문화로 생겨날 수 있는 다양한 형태의 이익을 포섭하지 못할 가능성이 높습니다.

(2) 인적 신뢰관계 이용

디지털 성범죄 양형기준안에서 '인적 신뢰관계를 이용' 하는 경우의 예시로 '사제, 지인의 자녀, 그 밖에 이에 준하는 경우' 를 들고 있는데 기존 성범죄 양형기준안에서 적용되는 정의를 그대로 차용한 것입니다.

디지털 성범죄는 사제, 지인의 자녀와 같은 관계에서보다는 피고인과 피해자가 연인관계이거나 혹은 피고인이 피해자의 신뢰를 받을 수 있는 신분으로 위장하는

경우 더 빈번하게 일어난다는 사실을 종전 판례 분석에서 확인할 수 있고, 따라서 '사제, 지인의 자녀' 보다는 등의 예시를 포함시키는 것이 더 타당하다고 할 것입니다.

(3) 2인 이상 공동 범행

범행을 조직적으로 분담해서 행한 경우에는 이르지 아니하나 2인 이상이 공동하여 범행을 저지른 경우, 단독으로 범행한 경우보다는 더 가중하여 처벌하여야 합니다.

디지털 공간에서는 다수가 쉽게 모일 수 있고, 모인 다수는 명확한 역할 분담이 없다할지라도 다수의 참여에 의한 죄책감의 희석, 익명성의 강화로 범죄행위 자체가 좀 더 쉬워지는 것 뿐 아니라 무엇보다도 디지털 성범죄에서의 가장 큰 문제인 재유포의 위험성이 급격하게 높아진다는 점을 고려하여 조직적 범행에 이르지 않더라도 다수가 공동하여 범행하는 경우를 가중하여 처벌할 필요성이 크다 할 것입니다.

(4) 범행 후 증거은폐 또는 그 시도

피고인이 적극적으로 수사에 협조하지 않는 것을 너머 '수사가 어려운 방법으로 피해영상물을 보관한 경우' 혹은 '피해영상물 유통으로 얻은 범죄수익을 은닉하기 위해 신종 수법을 사용한 경우' 및 '그 밖에 이에 준하는 경우' 피해자에 대한 추가피해가 확실시 되고 출소 후에도 피고인이 성착취물을 이용해 자신의 성적 만족을 얻거나 경제적 이득을 누릴 가능성이 매우 높다는 점에서 가중요소에 포함되어야 한다고 생각합니다.

4. 집행유예 참작사유에 관하여

가. 부정적 참작사유

1) 대법원 양형기준안과 제안

구분	대법원 양형기준안	제안
주요 참작 사유	범행수법이 매우 불량한 경우	계획적 범행
		전문적 범행
		조직적으로 범행한 경우
	불특정 또는 다수의 피해자를 대상으로 하거나 상당한 기간에 걸쳐 반복적으로 범행한 경우	다수 피해자 대상 계속적·반복적으로 범행한 경우
	범행에 취약한 피해자	
	신고의무자 또는 보호시설 등 종사자의 범행	
	동종전과(성범죄, 성매매범죄포함, 10년 이내 금고형의 집행유예 이상)	동종전과(10년 이내 벌금형 혹은 선고유예 이상 전과)
	비난할 만한 범행동기	동기에 있어서 특히 비난할 사유가 있는 경우
	피해자에게 심각한 피해를 야기한 경우	유포결과
		가학적·변태적 침해행위 또는 극도의 성적 수치심 증대
		대량범인 경우
		피해회복 없음
일반 참작 사유	2회 이상 금고형의 집행유예 이상 전과	2회 이상 집행유예 이상 전과
	사회적 유대관계 결여	
	진지한 반성 없음	진지한 반성 없음
	피해 회복을 위한 노력 없음	
	취득한 이익이 다액인 경우(2유형)	
	약물중독, 알콜중독	
	공범으로서 주도적 역할	공범으로서 주도적인 역할
	범행 후 증거은폐 또는 은폐시도	범행 후 증거은폐 또는 은폐 시도

2) 주요참작 사유

집행유예의 참작사유 중 앞선 양형인자에 대한 설명과 중복되는 부분은 양형인자에 대한 설명으로 갈음합니다.

3) 일반참작 사유

(1) 사회적 유대관계 결여

범죄의 특성상 우발적·충동적으로 이루어지는 경우 사회적 유대관계가 피고인의 교화에 영향을 끼치는 경우도 있을 것입니다. 그러나 디지털 성범죄가 주로 인터넷 상에서 계획적이고 조직적으로 이루어진다는 점, 피고인이 피해자와 접촉하지 않고도 얼마든지 심각하고 반복적인 범죄가 가능하다는 점에서 피고인의 사회적 유대관계가 피고인의 교화에 특별한 영향을 끼칠 수 없다고 할 것입니다.

또한 피해자는 자신의 피해사실을 가족들에게조차 알리지 못하는 경우가 허다한데, 피고인의 사회적 유대관계를 집행유예 참작 사유로 삼는 것 역시 피해자를 고려하지 않은 피고인 중심의 참작사유라 할 것입니다.

(2) 피해회복을 위한 노력 없음

디지털 성범죄에서 피해자의 피해 회복을 위해서 피고인의 적극적인 수사협조 및 피해회복 노력이 큰 역할을 한다는 점에서 피해회복을 위한 노력이 없는 경우 집행유예의 부정적 주요참작 사유로 삼아야 할 것입니다.

나. 긍정적 참작사유

1) 대법원 양형기준안과 제안

구분	대법원 양형기준안	제안
주요 참작 사유	범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우	
	공범의 범행수행 저지·곤란 시도	
	형사처벌 전력 없음	
	피해확산방지를 위한 실질적인 조치	
		처벌불원
일반 참작 사유	동종전과(성범죄, 성매매범죄 포함)없고, 금고형의 집행유예 이상의 전과가 없음	동종전과 없고, 벌금형 이상의 전과가 없음
	사회적 유대관계 분명	
	자수	자수
	진지한 반성	진지한반성
	공범으로서 소극 가담	소극 가담
	처벌불원	
	피고인의 건강상태가 매우 좋지 않음	피고인의 건강상태가 매우 좋지 않음
	피고인의 구금이 부양가족에 과도한 곤경을 수반	
		피고인의 피해회복을 위한 진지한 노력
		피고인이 고령

2) 주요참작 사유

○ 동종전과 없고, 금고형의 집행유예 이상의 전과가 없음

종전 판례에서 디지털 성범죄에 대해 지나치게 관대한 양형기준을 적용하여 심각한 범죄행위였음에도 불구하고 '벌금형' 에 그친 경우가 많았다는 문제의식을 가지고, 집행유예의 참작사유로 동종전과의 '벌금형' 을 기준으로 삼자고 정

하였으나, 향후 적절한 양형실무가 쌓인다면 동종전과의 '금고형' 으로 유지하는 것이 일견 타당해보입니다.

3) 일반참작 사유

○ 피고인의 구금이 부양가족에 대한 과도한 곤경을 수반

피고인의 구금이 부양가족에 대한 과도한 곤경을 수반한다는 것은 오로지 피고인의 사정에 불과하다고 할 것입니다.특히나 피고인의 범행이 경제적 이윤을 목적으로 했던 것이라면 피고인이 집행유예로 다시 사회에 나왔을 때 부양가족을 위해 또 다시 범행을 저지를 가능성이 더 높다는 점에서 재범률이 더 높을 위험이 있다 할 것입니다. 그럼에도 불구하고 피고인의 부양가족의 경제적 곤란을 이유로 피고인을 사회로 보내서는 안 될 것입니다.

'웰컴투 비디오' 의 손정우 사건에서도 손정우는 혼인신고 후 부양가족이 있다는 자료를 양형의 참작 사유로 제출하였으나, 이후 혼인신고가 무효라는 상대방의 주장에 따라 혼인관계가 존재하지 않게 되었습니다. 그렇다면 손정우 사건에서 부양가족이 있다는 것을 양형의 참작사유로 삼은 것은 피고인의 사정에 대한 것은 얼마든지 피고인이 조작할 수 있고 법원은 그 진실을 확인할 수 없다는 것을 보여주었던 것입니다.

5. 성폭력처벌법의 양형기준

가. 대법원 양형위원회의 성폭력처벌에 대한 태도

위에서 살펴보았듯이 대법원 양형위원회는 아동・청소년을 대상으로 한 디지털 성범죄와 성인을 대상으로 한 디지털 성범죄의 죄책을 다르게 보아 디지털 성범죄의 경우 '피해가 경미한 경우' 를 감경요소로 보고 있습니다.

양형기준안의 설명자료에 따르면 '다수범죄에서 「실제 피해가 경미한 경우」 또는 이에 준하는 인자를 특별감경인자로 취급하고 있으나, 성범죄에서 실제 피해가 「경미」하다는 표현은 성인지 감수성 관점에서 부적절할 수 있어, 적절한 표현으로 대체할 수 있는 감경인자를 발굴함' 이라고 하였습니다.

그러나 성범죄에서 실제 피해가 「경미」하다는 표현이 성인지 감수성 관점에서 부적절하다는 판단을 했음에도 「실제 피해가 경미한 경우」 특별감경인자로 삼는 것이 더욱더 부적절하다는 판단까지 나아가지 못했다는 점은 대법원 양형기준안에서 가장 안타깝게 여기는 점 중 하나라 할 것입니다.

판례 중 피고인이 피해자의 신체를 지나치게 근접 촬영하여 피해자의 얼굴 등이 나오지 않거나, 초점이 흐려지게 된 경우 피고인에게 유리한 정상을 보아 감경요소로 삼았는데, 피고인이 전혀 노력하지 않고 우연에 의한 결과에 불과함에도 이를 피고인의 책임감경 사유로 삼는 것은 타당하지 않을 것입니다. 오히려 촬영물의 내용을 쉽게 파악할 수 있게 하거나, 편집의 정도가 정교하여 피해자에게 큰 피해를 입힐 것이 확실하다면 가중요소로 삼는 것이 우리 형법의 책임주의의 원칙에 맞는 기준이라 할 것입니다.

나. 각 범죄의 유형에 따른 감경요소

「실제 피해가 경미한 경우」를 대체할 수 있는 감경인자로 ①카메라등이용촬영 범죄에서 '촬영물의 내용을 쉽게 파악할 수 없거나 이에 준하는 경우' ②허위영상물 등의 반포 등 범죄에서 '편집물, 합성물, 가공물, 복제물의 내용을 쉽게 파악할 수 없거나 이에 준하는 경우', ③촬영물 등을 이용한 협박·강요 범죄에서 '협박·강요의 정도가 경미한 경우', ④통신매체이용음란 범죄에서 '도달한 말, 음향, 글, 그림. 영상 또는 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 정도(음란성)가 경미한 경우' 라고 각 정의하고 있습니다.

위의 감경요소들은 가항에서 설시한 바와 같은 취지에서 모두 배제됨이 타당할 것입니다.

6. 나가며

이상에서 종전 판례들에서 비판되었던 부분들이 디지털 성범죄 양형기준안에서 얼마나 반영되었는지 여부를 살펴보았습니다.

종전 판례들에서 아동・청소년 피해자가 동의한 경우, 성착취물을 단순소지한 경우, 폭행등의 유형력의 행사가 없었던 경우, 취득한 이득이 적은 경우, 수십 명의 피해를 양산했음에도 처벌전력이 없는 경우를 감경요소로 삼았던 문제는 디지털 성범죄 양형기준안을 통해 반복되지 않을 것입니다.

그러나 여전히 디지털 성범죄의 특수성과 피고인 중심의 양형기준이라는 문제점이 드러나고 있는바, 진지한 논의를 통해 피고인들에게 적절한 처벌을 내릴 수 있는 디지털 성범죄 양형기준안이 만들어지기를 바랍니다.

발표 4-1

현장에서 느끼는 양형 기준의 문제

신 성 연 이 (한국사이버성폭력대응센터 활동가)

현장에서 느끼는 양형 기준의 문제

신성연이 (한국사이버성폭력대응센터 활동가)

불법촬영 행위자가 처음으로 처벌받은 것은 1998년이다. 한 남성 회사원이 영화관의 여자 화장실에서 불법촬영을 하다가 검거됐는데, 경찰은 마땅한 법이 없어 그를 풀어줬다가 며칠 뒤에 형법상 건조물 침입과 방실 침입 혐의로 구속영장을 청구했다. 이보다 앞선 사건들, 1997년의 그레이스백화점 여자 화장실 불법촬영과 강원도 영월 치과 병원에서 일어난 사건은 각각 불법촬영의 행위 주체인 백화점과 원장의 관할 공간에서 벌어진 사건이고, 이 사건은 그렇지 않다는 점을 차이로 들어 겨우 꺼내 든 카드였다. 1997년의 두 사건에서는 피해를 일으킨 그 누구도 책임자로서 처벌받지 않았다.

법이 부재해 촬영 행위의 죄를 묻지 못했던 때를 가까스로 지나 2012년에 성폭력처벌법 제14조가 카메라 등을 이용한 촬영에 관한 항목으로 전부 개정되면서 피해를 법적으로 밝힐 근거가 마련됐다. 그러나 법정에서는 이런 조문들이 마치 밀어붙이는 바람에 억지로 성사됐다는 듯한 태도로 일관하는 판결들을 내려왔다.

지난해 11월에 의정부지방법원 형사1부가 레깅스를 입은 여성을 불법촬영한 남성에게 2심에서 무죄를 선고하고 해당 영상을 갈무리해 판결문에 실은 사례가 대표적이다. 재판부는 무죄 선고의 이유로 "직접 노출되는 피해자의 신체 부위는 목 윗부분과 손, 그리고 레깅스 끝단과 운동화 사이의 발목 부분이 전부"라 "성적 수치심을 유발할 수 있는 신체 부위에 해당한다고 단정하기 어렵다"면서 갈무리한 화면을 자료로 제시했다.

1998년 7월의 MBC 뉴스에서도 이와 비슷한 장면이 연출됐다. 한 남성이 영화관 여

자 화장실을 불법촬영한 사건을 보도하는 동안 화면에는 여자 화장실 CCTV 장면이 송출됐다. 한 사람은 화장을 하고, 한 사람은 화장실을 걸어 나가는 장면이었다. 성적 수치심을 일으키거나 음란한 장면이 아니므로 문제되지 않는다고 판단했을 것이다. 22년의 시차를 두고서 겹치는 두 이미지는, 불법촬영을 처벌할 법이 없던 그 당시를 벗어난 지금도 피해경험자들이 사법 체계 안에서 피해 회복을 도모하기가 어려운 이유를 일면 보여준다.

불법촬영 행위뿐만이 아니다. 성 인지 관점이 투박하거나 더 나쁘게는 전무한 재판부가 디지털성폭력의 다양한 문제에 갈지자걸음으로 접근하는 동안 가해 행위가 활개 쳤다. 이런 문제를 막고자 오랫동안 요구해 온 양형기준안이 부디 제구실을 하기를 기대하며 아래 몇 가지 논의를 부친다.

성착취물 반포·배포 행위 처벌

텔레그램 성착취 사건이 언론에 오르내리자 유포를 염려하는 당사자들의 불안피해 호소가 연이었다. 유포 피해를 이미 겪었다면 반복될까 봐 불안하고, 겪지 않았다면 새로이 입을까 봐 불안하다. 성적 이미지가 유포된 뒤에 일어나는 피해는 일일이 예측하기 어렵다. 주위의 신망을 잃거나 평판이 나빠지거나 직장을 잃을지도 모른다는 걱정, 물리적 한계를 벗어난 공간에서 일어날 일에 대한 걱정이 세차게 경주한다. 텔레그램 성착취는 이런 불안의 존재를 이용했다.

법이 성착취물 반포·배포 행위를 처벌하는 것은 성착취물 등을 '돌려 보는' 습성을 문제 삼는 것이다. 이에 대한 처벌이 실질적으로 이루어져야만 법이 유포 피해를 막는 데 기여할 수 있다. 디지털성폭력 가해자들에게 터무니없이 관대한 법원을 비판하며 〈웰컴투비디오〉 운영자에게 선고한 1년 8개월 형과 달걀 열여덟 개를 훔친 죄에 18개월을 선고한 사례가 반복해 등장하는 것, 미국과 유럽 등보다 형이 지나치게 낮다는 지적이 계속되는 것은 피해의 규모에 턱없이 미치지 못하는 아둔한 판결에 대한 항의였다. 그러나 이번 양형기준안 가운데 성폭력처벌법 제14조(카메라등을이용한촬영)에서 반포 등의 기본 형량이 1년~2년 6개월로 제시된 것, 감경 요소를 가정하면 최소 형량이 4개월인 것은 지금과 같은 상황을 타개할 만큼 강력할지 의문이다. 이와

비슷한 형량을 내리는 경우와 비교·대조해 보완점이 있는지 탐색해야 한다.

얼굴이 보이지 않으면 괜찮은 문제일까

성폭력처벌법 제14조, 제14조의 2(허위영상물등의반포)에서 특별양형인자 가운데 감경 요소로 촬영물, 편집물, 합성물, 가공물, 복제물의 내용을 "쉽게 파악할 수 없거나 이에 준하는 경우"가 포함된 것은 해당 피해를 어떤 권리에 대한 침해로 이해하느냐에 관한 토론을 요구한다. 등장인물이 특정되지 않으면 피해 역시 줄어들 것이라고 여기는 것은 이 문제를 얼굴이 보이지 않으면 괜찮은 것, 예컨대 초상권 등으로 이해하는 것처럼 보인다. 그러나 이 유형의 범죄에 포함되는 합성사진, 지인능욕, 딥페이크 등은 "자기의 초상이 승낙 없이 전시되거나 게재"되어 발생하는 피해를 훌쩍 뛰어넘는다.

올해 3월에 국회 법제사위원회에서 "n번 방 방지법"을 논의하던 가운데 합성사진 처벌 구성 조건을 두고 오간 말들처럼 허위 영상물은 개인의 불건전한 면에 의해 발생하는 일시적인 사건이라고 쉽게 간주된다. 그러나 합성사진 등의 제작·유포·거래 행위는 여성의 지위 약화를 야기해 성착취에 동력과 지구력을 제공하는 대표적인 혐오표현물로서, 여성의 인격을 해치는 데 무감각해지는 집단 훈련을 제공한다고 보인다. 디지털 기술의 발달을 악용해 성적 괴롭힘이 용이해진 상황에서 이것은 과연 얼굴이 보이지 않으면 괜찮은 문제인지 토론되어야 한다.

피해 확산 방지를 위한 실질적인 조치

청소년성보호법과 성폭력처벌법에 공통으로 들어간 특별양형인자 감경요소 가운데 "피해 확산 방지를 위한 실질적인 조치"는 해당 이미지를 "유포되기 전 즉시 삭제하거나 폐기한 경우" "상당한 비용·노력을 들여 자발적으로 회수한 경우" "그 밖에 이에 준하는 경우"를 가리킨다.

동의 없이 유포된 이미지를 삭제하기 위해 노력하는 것은 디지털성폭력 피해 회복을 위한 중요한 과정이지만, 동시에 온라인에 유포된 이미지를 완전히 삭제하기란 어렵다는 것을 이해하고 이런 조건에서 어떻게 회복할 것인가를 고민하는 것 역시

중요한 과제다.

법과 제도와 정책 안에서 이 과제가 함께 수행되지 않는다면 이 "실질적인 조치" 실행을 마냥 환영하기는 어렵다. 삭제·폐기 행위가 증거 인멸에 준하는 행위는 아닌지, 디지털장의사 등 이미지 삭제 산업을 독려할 여지는 없는지 살펴야 한다.

진지한 반성

일반양형인자 감경 요소 가운데 "진지한 반성"은 이제까지 반성을 받아들인 판결의 주체 사이에서 정말이지 진지한 반성을 담아 재고해야 할 문제이다. 이미 반성문 제출이 감형 전략으로 쓰이는 상황, 반성문 작성을 대행하는 업체가 성행하는 상황에서 "진지한 반성"을 어떻게 측량할 것인가? 예컨대 '저로 인해 피해 입은 모든 분에게 사과드린다' 식의 구절은 어떤 맥락에서 누구에게 유효한가? 진지한 반성의 실효는 본인의 가해 사실을 뼈를 깎는 노력으로 톺는 작업을 기반으로 해야 한다. 지금처럼 천편일률의 반성문이 제출되고 그것이 받아들여지는 법정에서 쓰이는 "반성"의 의미는 초라하다.

사회적 유대관계와 부양가족

집행유예 기준의 긍정적 참작 사유 가운데 사회적 유대관계와 부양가족을 고려하는 조항은 특히 남성 피고인에게 유리하다. 만약 피고인이 사회에 입지를 가진 인물이라면 그가 이것을 어떻게 이용했는지를 먼저 살펴야 한다. 디지털성폭력 역시 위계질서와 친밀한 관계 안에서 자주 발생한다. 부양가족 문제는 각 피고인에게 실제로 존재할 가능성이 높다. 그러나 수형자에게 얹힌 부양의 의무는 국가가 책임져야 할 몫이다. 실제 성폭력 사건에서 피해자에게 합의를 종용하거나 회유할 때, 가해자의 사회적 지위와 가부장임을 강조할 때가 많다는 것은 이제까지 법정에서 이것을 이유로 감형된 사례가 존재하기 때문이다. 판결의 결과가 수많은 사건에 막대한 영향을 미친다는 점에서 과거의 가치관을 계속해서 적용할 것인지 성찰해야 한다.

발표 4-2

성매매 범죄 양형기준과 실제 적용 사례

이 하 영 (성매매문제해결을위한전국연대 공동대표)

현장에서 느끼는 양형 기준의 문제

이하영 (성매매문제해결을위한전국연대 공동대표)

양형기준위원회는 '디지털성범죄' 에 대한 양형기준안을 확정하고 '아동청소년 성착취물' 범죄에 대해 29년 3개월까지, 상습범인 경우 최소 10년 6개월 이상 형을 선고할 것을 권고했다. 실제로 안동지방법원은 n번방 운영자 '갓갓' 에 대해 무기징역을, '와치맨' 에 대해서는 10년 6개월을 구형하였다. 지금까지의 관행을 봤을 때, 이런 권고와 구형은 전국민적인 분노에 대한 사법부의 응답이라고 생각하며 '디지털성범죄' 양형기준안을 시작으로 디지털성범죄의 토대가 되는 다른 성범죄에 대한 양형기준안도 범죄행위에 부합하게 조정되어야 할 것이다. 왜냐하면 지금까지 성범죄의 처벌은 낮은 법정형, 그보다 낮은 양형기준, 그보다 더 낮은 처벌로 이어지는 악순환을 보여왔기 때문이다.

본 토론에서는 '성매매' 범죄, 특히 성매매알선 범죄에 대한 양형기준과 실제 범죄에서 이 양형기준이 어떻게 적용되었으며 이것이 성매매알선 범죄를 판결문에서 하나같이 "죄질이 나쁘다" 고 하면서도 거의 처벌하지 않아 왔는지 살펴보려 한다. 이런 처벌관행이 성매매처벌법을 무화시키며 성매매알선 행위를 방해 없이 가능하도록 하기 때문이다.

먼저 <성매매알선등행위의처벌법>(이하 성매매처벌법)은 성인에 대한 '성을 파는 행위를 강요하는 행위 등' 은 (대가가 없을 경우) '10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금' 에, '대가수수 등에 의한 성을 파는 행위 강요 등' 은 '1년 이상의 유기징역에 처한다' 고 규정한다. 이에 대한 양형기준은 기본이 '8월-2년',

대가수수는 10월-2년 6월'로 권고하고 있다. 성인에 대한 '성매매 알선 등'에 대해서는 법은 (대가가 없을 경우) '3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금'에, 영업·대가수수 등에 의한 성매매 알선 등은 '7년 이하의 징역 또는 7천만원 이하의 벌금에 처한다'고 규정하고 있으며, 양형기준은 성매매 알선 등은 '4월-10월', 대가가 있을 경우 '6월-1년 4월'을 기준으로 권고하고 있다.

양형기준이 법이 명시하고 있는 형량보다 현저히 낮음에도 불구하고 감경요소는 이 형량을 더 낮춘다. 감경요소가 인정되면 '성을 파는 행위 강요'는 (대가가 있을 경우) '6월-1년 6월'로 낮아지고, '성을 알선한 행위'는 '8월'까지로 낮아진다. 감경요소는 '디지털 성범죄' 감형요소와 마찬가지로 문제적인데, '성을 파는 행위를 강요'한 것과 '성매매 알선' 모두 "소극 가담", "단기간 영업 또는 실제 이득액이 경미한 경우", "진지한 반성", "형사처벌 전력 없음"을 인자로 규정한다.

- 소극 가담: 성매매 강요와 알선에서 무엇을 소극 가담으로 볼 것인가. 성매매는 조직범죄이기 때문에 많은 사람이 체계적으로 범죄에 개입하게 된다. 업소 실소유부터 여성들 관리, 알선, 카맨, 마담, 소개업자, 전주 등이 모두 성매매와 관련된 사람들이며 성매매 알선에 직간접적으로 참여하는 사람들이다. 이들은 성매매가 원활하게 이뤄지도록 각자의 자리에서 역할을 하며 누구의 역할이 더 가볍다 말할 수 없다.
- 단기간 영업 또는 실제 이득액이 경미한 경우: 모든 성매매 영업/알선 처벌은 장부가 있거나 영업이익이 증명된 부분에 대해서만 이뤄진다. 또 성매매 알선에 대해서는 고소인이 피해자 여성이 성구매자를 특정할 수 있는 건에 대해서만 처벌하거나, 부지런한 수사관을 만난다면 업주의 카드전표를 통해 성매매 건수를 추정한다. 그럼에도 실제 영업한 기간과 이득액에 비해 수사대상이 되는 기간은 매우 짧다. 예를 들어 10년 이상 성매매업소를 운영한 업주에 대해 그 업소에 일주일 있었던 여성이 고소를 한다고 하면 영업은 일주일 한 것으로 수사가 이뤄진다. 이런 경우 당연히 실제 이득액도 일주일만 계산된다.

- 진지한 반성: 재판정에 서서 진지하게 반성하지 않는 피고인이 몇이나 될까. 진지한 반성은 무엇을 의미하고 무엇을 통해 알 수 있나. 대부분의 성매매 알선자들은 재판 중에도, 심지어 구속이 된 상태에서도 업소 운영을 계속한다. 이들은 진지한 반성을 통해 형을 감형받은 후이지만 업소 운영을 포기하지 않는다.
- 형사처벌 전력 없음: 성매매 범죄는 발생비율에 비해 처벌될 확률이 낮다. 재수가 없어 단속이 되고 처벌된다 해도 대개 벌금형에 그친다. 그런데 처벌 전력이 없기 때문에 감형을 해준다면 처벌하지 않겠다는 사회적 메시지를 반복하는 것에 다름 아니다. 제대로 처벌해야 처벌 전력이 생길텐데 제대로 처벌하지도 않고 처벌할 의지도 없으면서 처벌 전력이 없으니 처벌하지 않겠다고 하는 것은 그냥 처벌하지 않겠다 선언하는 것과 무엇이 다른가.

이런 양형기준이 실제 판결에 어떻게 적용되는지 살펴보기 위해, 성매매문제해결을위한전국연대 소속 성매매피해상담소에서 지원하여 진행한 사건 중 일부 판결문을 정리했다. 정리한 판결문은 총 13건인데 이중 실형을 받은 건은 4건에 불과했고 1건은 벌금형, 나머지 8건은 집행유예가 나왔다. 대부분의 고소 건이 증거불충분 무혐의 또는 벌금형이 나오는데 기소되어 재판까지 갔다는 것은 검사와 판사가 인정할만한 범죄혐의 및 증거가 충분했음을 의미한다. 그리고 상담소에서 지원했기 때문에 가능한 것이었다. 그럼에도 처벌은 경미했다.

양형의 이유를 살펴보면 대부분 유리한 정상을 "범행 인정"과 "진지한 반성"을 들고 있다. 증거가 충분하여 기소된 것이니 범행의 인정은 당연한 것인데 이를 감형의 요인으로 삼을 이유는 없으며, 진지한 반성 또한 정말 반성하고 있는지 측정할 수 없다.

- 사례11의 경우, 피고인은 동종 범죄로 여러 차례 벌금형과 집행유예 처벌을 받았음에도 불구하고 성매매 업소 운영을 계속하였다. 재판 과정 중에도 업소 운영을 하고 있어 상담소가 이에 대한 증거를 확보해 탄원서를 제출하기도 했다. 그럼에도 판사는 피고인이 가족을 부양 해야 했고 범행을 인정하고 반성하고 있는 것

으로 보인다며 징역 10월형에 처한다.

- 사례1은, 피고인이 성매매알선으로 징역 8월에 집행유예 3년을 받고 집행유예 기간 중 같은 죄목으로 재판을 받았음에도 피고인이 자신의 잘못을 인정하고 있다는 이유로 징역 1년을 받았다.
- 사례 4는, 동종 벌금형 전과 3회, 집행유예 전과 1회가 있음에도 "다시는 이와 같은 잘못을 저지르지 않겠다" 는 점을 들어 징역 8월에 집행유예 2년의 처분을 내렸다.
- 사례5는, 범죄일람표 230회를 특정하고 '장기간 또는 조직적 범행' 을 특별양형인자로 보았음에도 "동종 전과 및 벌금 넘는 전과 없고 잘못을 인정하고 있다는 점" 을 들어 징역 1년, 집행유예 2년에 처한다.

이처럼 양형기준은 오히려 제대로 된 처벌을 방해하는 요인이 되고 있으며 감형요인은 형식적이고 기계적으로 감형의 근거가 되고 있다. 양형기준이 이렇게 되어 있으니 판사들은 안 따를 이유가 없고 기계적으로 이를 적용하다 보니 성매매 알선 범죄는 '경범죄' 에 다름 아니게 되었다. 성매매 알선 역시 오프라인을 벗어나 디지털 기술을 이용해 온・오프라인을 넘나들며 영역을 확장하고 있다. 성매매여성은 성매매 범죄의 특성상 디지털 성범죄의 피해자가 될 확률이 더 크고 피해를 호소하기는 더욱 어렵다.

사례 6과 사례 7은 마사지업소로 위장한 성매매업소에서 외국인 여성을 고용하여 성매매를 알선하고 이를 위해 온라인에 광고 게시한 사례이다. 온라인에 광고하였다면 업소에 대한 성매매 후기, 여성에 대한 불법촬영 등의 추가 범죄가 일어났을 가능성이 매우 크다. 그럼에도 위 사례는 징역 1년, 그리고 징역 1년에 집행유예 2년의 처벌을 받았을 뿐이다. 두 사례 모두 "범행인정, 진지한 반성, 벌금형을 넘어서는 범죄전력 없음" 을 유리한 정상으로, "전파성이 높은 매체를 이용한 광고행위" 를 특별양형인자로 가중 받았음에도 낮은 처벌을 받았다.

'디지털 성범죄' 에 대한 제대로 된 처벌, 그리고 제대로 된 양형기준을 마련하고 그 기준이 제대로 적용되려면 성범죄에 대해 단호하게 접근하는 사회적 공감대가

만들어져야 한다. 디지털 성범죄에 대한 이해수준은 여성폭력에 대한, 성폭력, 성매매에 대한 이해수준과 결을 같이 하기 때문이다. 그러므로 디지털 성범죄에 대한 제대로 된 양형기준 마련을 시작으로 성폭력, 가정폭력, 성매매에 대한 양형기준도 새롭게 검토, 마련하길 촉구한다.

◎ 성매매범죄 양형기준 (2014.3.31.의결, 2014.7.1.시행)

적용법률: 성매매처벌법, 청소년성보호법

가. 성을 파는 행위 강요 등 (19세 이상)

	법정형	감형	기본	가중
성을 파는 행위 강요 등	10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.	4월-1년	8월-2년	1년6월-3년
대가수수 등에 의한 성을 파는 행위 강요 등	1년 이상의 유기징역에 처한다.	6월-1년6월	10월-2년6월	2년-5년

구분		감경요소	가중요소
특별양형인자	행위	○ 유형력의 행사가 현저히 약하거나 위계의 정도가 경미한 경우 ○ 범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우	○ 가학적·변태적 침해행위 또는 극도의 성적 수치심 증대 ○ 피해자의 신체 또는 정신에 심각한 피해를 야기한 경우 ○ 피지휘자에 대한 교사

	행위자/기타	○ 농아자 ○ 심신미약(본인 책임 없음) ○ 자수 또는 내부고발 ○ 처벌불원	○ 동종 누범(성범죄 포함)
일반양형인자	행위	○ 소극 가담 ○ 요구・약속에 그치거나 실제 이득액이 경미한 경우(2유형 중 대가취득의 경우)	○ 비난 동기 ○ 수수한 금품이나 이익이 다액인 경우(2유형 중 대가취득의 경우)
	행위자/기타	○ 진지한 반성 ○ 형사처벌 전력 없음	○ 인적 신뢰관계 이용 ○ 이종 누범, 누범에 해당하지 않는 동종 및 폭력 실형전과(성범죄 포함, 집행 종료 후 10년 미만)

나. 성매매 알선 등 (19세 이상)

	법정형	감형	기본	가중
성매매 알선 등	3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.	-6월	4월-10월	8월-1년6월
영업・대가수수 등에 의한 성매매 알선 등	7년 이하의 징역 또는 7천만원 이하의 벌금에 처한다.	-8월	6월-1년4월	1년-3년

구분		감경요소	가중요소
특별양형인자	행위	○ 범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우 ○ 적극적 요구에 수동적으로 응한 경우	○ 가학적·변태적 침해행위 또는 극도의 성적 수치심 증대 ○ 장기간 또는 조직적 범행 ○ 성을 사는 행위의 상대방의 신체적 또는 정신적 장애 상태를 이용한 경우 ○ 광고행위 또는 전파성이 높은 매체를 이용한 알선 ○ 피지휘자에 대한 교사
	행위자/기타	○ 농아자 ○ 심신미약(본인 책임 없음) ○ 자수 또는 내부고발	○ 동종 누범(성범죄 포함)
일반양형인자	행위	○ 소극 가담 ○ 단기간 영업 또는 실제 이득액이 경미한 경우(2유형)	○ 비난 동기 ○ 영업 이득이 다액인 경우(2유형)
	행위자/기타	○ 진지한 반성 ○ 형사처벌 전력 없음	○ 인적 신뢰관계 이용 ○ 은폐 시도(2유형) ○ 이종 누범, 누범에 해당하지 않는 동종 및 폭력 실형전과(성범죄 포함, 집행 종료 후 10년 미만)

◎ 성매매 사건 실제 처벌 사례

연번	연도	관할 법원	적용 법률	형량	내용	양형의 이유
1	2019	광주지방법원	성매매처벌법	징역1년 추징 43백만원	성매매집결지 8개월 간 업소운영	- 유리한 정상: 반성 - 불리한 정상: 2015.1 성매매알선죄로 징역 8월, 집행유예 3년 선고. 집행유예 기간 중 동종의 범행 자행. 2008년, 2014년에도 처벌 전력있음.
2	2010	수원지방법원	성매매처벌법	징역1년 집행유예2년	유흥주점 운영	- 유리한 정상: 반성 - 불리한 정상: 죄질 불량, 처벌 전력
3	2018	수원지방법원	성매매처벌법	징역6월 집행유예2년	성매매업소 운영	- 유리한 정상: 반성, 형사처벌 전력 없음, 미성년 자녀 등 부양가족 있음 - 불리한 정상: 범행의 규모, 형태, 기간에 비추어 죄질이 가볍지 않음
4	2016	전주지방법원	성매매처벌법	징역8월 집행유예2년	집결지	- 유리한 정상: 반성, 건물처분 - 불리한 정상: 동종 벌금형 전과 3회, 집행유예 전과 1회

연번	연도	관할 법원	적용 법률	형량	내용	양형의 이유
5	2016	창원지방법원	성매매처벌법	징역10월 집행유예 2년	태국마사지업소에 고용되어 알선행위	- 유리한 정상: 반성, 동종 범행 없음 - 불리한 정상:
6	2017	대구지방법원	성매매처벌법	징역1년 추징 9천만원	유사성매매업소 운영	- 유리한 정상: 범행 인정, 벌금형 넘어서는 범죄전력 없음 - 불리한 정상: 장기간 범행, 광고행위, 전파성 높은 매체 이용한 알선, 반성하지 않음, 범죄수익 상당
7	2017	대구지방법원	성매매처벌법	징역1년 집행유예2년 추징 1천만원	태국마사지업소 운영, 오피스텔, 러시아여성 고용 성매매영업	- 유리한 정상: 진지한 반성, 벌금형 초과하는 범죄전력 없음, 나이, 환경, 가담정도 고려 - 불리한 정상: 동종범행 단속 후에도 범행 계속, 재판 중에도 영업, [특별양형인자: 광고행위 또는 전파성이 높은 매체 이용]
8	2017	인천지방법원	성매매처벌법 명예훼손 대부업법	징역1년6월 추징 880만원	보도방	- 유리한 정상: 반성, 부양 - 불리한 정상: 범행죄질 나쁨, 합의 못함

연번	연도	관할 법원	적용 법률	형량	내용	양형의 이유
9	2018	대전지방법원	성매매처벌법 상해	벌금	성매매업소	
10	2019	창원지방법원	성매매처벌법	징역1년 집행유예2년 추징 25백만원	티켓다방	- 유리한 정상: 벌금 넘는 전과 없음, 잘못 인정 - 불리한 정상: 장기간 운영, 불법이익 큼 [특별양형인자: 장기간 또는 조직적 범행]
11	2018	서울북부지방법원	성매매처벌법	징역10월 추징 36백만원	집결지	- 유리한 정상: 반성, 가족부양 - 불리한 정상: 동종 처벌 전력(2회)
12	2019	전주지방법원	성매매처벌법	징역8월 집행유예2년 추징 14백만원	티켓다방	- 유리한 정상: 반성, 벌금형 이외 전과 없음 - 불리한 정상: 사회적 해악, 장기간, 다액의 이익, 피해자 질병 알고도 성매매 강요
13	2019	광주지방법원	성매매처벌법	징역8월 집행유예2년 추징 2백만원	집결지	- 유리한 정상: 잘못 인정, 2008년 이후 처벌 전력 없음 - 불리한 정상: 성매매업소 업주

발표 4-3

현장에서 느끼는 양형 기준의 문제

- 아동·청소년을 중심으로 -

이 현 숙 (탁틴내일(ECPAT KOREA) 상임대표)

현장에서 느끼는 양형기준의 문제

- 아동·청소년을 중심으로 -

이현숙 (탁틴내일(ECPAT KOREA) 상임대표)

이번 대법원 양형위원회에서 만든 '디지털 성범죄 양형기준안' 은 '아동성착취물, 통신매체 이용 음란, 카메라 등 이용촬영, 허위영상물 반포 등의 범죄가 양형기준이 없이 솜방망이 처벌에 그쳐 법이 범죄 억제 효과를 발휘하기에는 어려움이 있다는 문제의식을 수용하여 전향적으로 만들었다는 점에서 긍정적인 의미가 있다.

어렵게 만들어진 양형기준안이 보다 적극적으로 아동·청소년의 권리를 옹호할 수 있도록 보완하기 위해 현장에서 적용할 때 나타날 수 있는 문제들에 대해 몇 가지 논의해 보고자 한다.

1. 디지털 성범죄 용어 사용

양형기준을 논의하기에 앞서 용어에 대해 살펴보고 싶다. 양형기준안 제목은 '디지털 성범죄 양형기준안' 으로 여기에 포함되는 디지털 성범죄는 아동성착취물 제작·배포·소지(청소년성보호법 제11조 1내지 5항, 7항), 통신매체를 이용한 음란행위(성폭력처벌법 제13조), 카메라 등 이용 촬영(동법 제14조), 허위영상물등의 반포(동법 제14조2), 촬영물 등을 이용한 협박·강요죄(동법 제14조의3)이다.

'성범죄' 라는 용어를 사용하고 있는 법률은 청소년성보호법이 유일한 것으로 알고 있다. 청소년성보호법 제1조엔 아동 · 청소년대상 성범죄의 처벌과 절차에 대한

특례를 규정한다는 목적을 명시하였고 제2조 2호에 '아동 · 청소년대상 성범죄'를 강간 강제추행 위계위력에 의한 간음 등의 성폭력 범죄, 성매수, 성매수 알선행위 등 성매매 관련 범죄, 아동성착취물 관련 범죄 등으로 정의하고 있다. 그리고 제2조 3호에는 청소년성보호법 11조에서 15조까지의 범죄는 성폭력 범죄에서 제외하고 있어 아동 성착취물 제작 배포 소지와 성매수 등의 범죄는 아동청소년대상 성폭력 범죄에서 제외되어 있다. 이렇게 청소년성보호법 상의 성범죄는 성폭력과 성매매, 성착취물 등을 포괄하는 것으로 이해할 수 있는데 디지털 성범죄 양형기준안에서의 성범죄도 이와 동일한 의미인지 궁금하다.

만약 청소년성보호법에서 사용하고 있는 성범죄를 디지털 성범죄의 개념으로 사용한다면 아동대상 디지털 성범죄는 디지털 기기를 이용한 성폭력, 성매매, 성착취물을 모두 포괄하는 범죄로 볼 수 있다. 디지털 성범죄는 종종 온라인 성범죄로도 사용되기도 한다. 이는 온라인을 매개로 확산되는 특성을 고려하여 온라인 성폭력, 온라인 성착취 등으로 표현한다. 우리나라에서는 디지털 성폭력을 통신매체 이용이나 촬영과 관련된 범죄에 사용하기도 하는데 디지털 성폭력으로 사용했을 때 청소년성보호법상에서 아동청소년성착취물을 성폭력 범죄에서 제외하고 있는 것과 맞지 않다. 예전에는 '사이버 성폭력'이라는 표현도 많이 사용하였다. 이렇게 사이버, 디지털, 온라인 등의 용어가 혼용되고 있는데 굳이 구분하자면 '사이버'는 가상의 세계라는 특성을 '디지털'은 디지털 기기를 이용한 혹은 디지털 콘텐츠로 만들어진 특성을 강조하고 '온라인'은 인터넷을 매개로 확장되는 특성을 표현한다. 그리고 '사이버' '디지털'과 '온라인' 모두 정보통신기술(ICT, Information and communications technology)[1]에 기반 한다는 점에서 정보통신기술을 통한 혹은 정보통신기술을 활용한 성범죄로 표현하기도 한다.

'성착취 및 성학대로부터 아동 보호를 위한 용어 지침(2016)[2]'은 용어의 중요성

1) The term "ICT" encompasses any communication device or application, including radio, television, cellular telephones and computer and network hardware and software. (Guidelines regarding the implementation of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography. 2019, Convention on the Rights of the Child)

에 대해 '단어는 우리가 문제를 개념화하고, 다양한 사안들의 우선 순위를 결정하며, 대응책을 형성하는 데 영향을 준다는 점에서 중요하다' 며 '언어와 용어를 일관되게 사용하지 않는다면 어떤 동일한 사안에 대한법적 대응 및 정책적 대응의 비일관성이 발생할 수 있다' 고 이야기한다. 특히 국제/국가간 아동 착취 및 학대의 맥락에서 이러한 어려움은 더욱 커지기 때문에 용어에 대한 정리가 필요하다.

우리나라의 성범죄 관련 법들은 대체로 정보통신기술이 발달하기 전에 제정되었고 사안이 발생할 때마다 조금씩 개정되었기 때문에 정보통신기술에 기반하여 나타나는 성범죄 양상을 담아내기에 어려움이 존재한다. 용어를 정의하는 과정이 쉽지 않겠지만 법률의 제·개정, 정책수립, 제도 개선 등의 과정에서 적절한 용어를 만들기 위해 숙의하고 합의하는 과정들이 병행되어야 한다.

2. 유형력의 행사와 처벌불원, 진지한 반성

아동청소년 대상 성범죄에서 유형력을 행사하지 않은 것과 처벌불원이 감경요소가 되어선 안 된다. 오히려 성인이 아동·청소년에게 여러 차례 동의를 구한 정황이 있다면 이를 유형력의 행사로 보고 경우에 따라선 가중요소로 판단할 수 있어야 한다. 18 U.S. Code § 2422.(b)는 18세가 되지 않은 사람을 고의로 설득, 유도, 간청, 또는 강요하여 성매매나 성행위에 가담하게 하는 것 등에 대해 중한 죄로 처벌하고 있다. 성행위에 대한 미성년자의 동의를 얻으려 하는 것을 범죄의 본질로 보는 것인데 실제로 범죄자들은 아동과 청소년에게 접근하여 집요하게 요구하고 다양한 방법으로 설득하는 경우가 많다. 그런데 지금까지 우리나라는 이를 동의로 간주하여 낮은 형량을 선고하는 경향이 있었는데 이는 아동의 특성을 고려하지 못한 것이다. 그루밍을 통한 성범죄 피해 아동은 가해자에게 의존적인 경우도 많고 가해를 연인으로 생각하거나, 가해자를 동정하는 경우도 있고 성인 가해자들은 이러한 아동의 심리를

2) 2016년 1월 28일 룩셈부르크에서 관계기관합동실무단(IWG)이 채택

이용하여 조종하고 통제한다. 만약 처벌불원이 감경사유로 포함된다면 가해자들은 아동의 심리를 조정하려는 노력을 포기하지 않을 것이며 가해자를 제대로 처벌하기 어렵게 될 것이다.

진지한 반성을 감경요소로 반영하는 것에 대해서도 재고하기 바란다. 반성을 감경요소로 하면 가해자들은 감경을 위해 형식적이고 무리한 방식으로 반성을 표현하려고 할 것이고 이는 피해자와 피해자를 지원하는 기관을 힘들 게 할 것이다. 가해자들이 자신의 사건에 직면하고 성찰하며 피해자에게 진심으로 반성하는 것이 범죄 재발방지와 피해자의 치유와 회복에도 도움이 되는데 형식적으로 반성하는 것을 보여주는 것에 치중하다 보면 진심으로 반성할 수 있는 기회를 놓치기 쉽고, 감경으로 낮은 형량이 선고되어 자신의 죄를 가볍게 생각할 수 있고 재발방지의 가능성도 줄어들 수 있다. 따라서 피해자의 처벌 불원, 가해자의 합의를 위한 노력, 보상 등이 감경사유가 되어서는 안 된다. 합의는 피해자가 원할 때 이루어져야 하며 합의가 감경 사유가 되지 않아야 진정한 의미의 피해에 대한 보상이 될 수 있다.

3. 기본, 감경, 가중 기준

아동청소년성착취물 양형기준을 감경, 기본, 가중으로 구분하고 있는데 기본 기준은 법에서 정한 기준에서 출발하는 것이 적정하다고 생각한다. 예를 들어 청소년성보호법은 영리 목적의 판매를 5년 이상의 유기징역으로 정하고 있음에도 양형기준은 기본은 4년에서 8년, 가중은 6년에서 12년으로 제시하고 있는데 범죄의 중함을 고려한다면 기본은 5년에서 8년, 가중은 6년 이상으로 상한을 두지 않아야 한다. 그리고 가중요소들을 고려하여 중대한 가중 요소들이 복합적으로 존재한다면 무기징역도 가능하게 해야 한다. 아동성착취물을 소지하는 것만으로도 무기징역이 가능한 영미권 국가에 비한다면 현재의 양형기준은 낮다. 만약 이 양형기준으로 손정우가 다시 재판을 받는다면 무기징역이 가능할까? 물론 양형기준대로 하더라도 무기징역 선고가 가능하다고 알고 있다. 그렇지만 양형기준이 이렇게 제시된 상황에서 무기징역을 선

고하면 범죄자는 양형부당을 이유로 문제제기 할 수 있으므로 상한 기준은 삭제하거나 무기징역으로 표시하는 것이 적정하다고 생각한다. 성착취 알선 형량이 낮은 것도 문제인데 이는 제작 판매에 준하는 범죄로 처벌해야 한다.

청소년성보호법은 영리목적, 제작, 판매, 광고, 소지 등에 따라 형량을 다르게 규정하고 있는데 이를 기계적으로 적용하지 않았으면 한다. 미국의 경우는 (법령으로만 보면) 아동・청소년성착취물을 제작, 수입・수출, 소지, 운반, 광고, 소개, 전시하는 모든 행위를—영리를 목적으로 하는지 여부와도 무관하게—같게 보고 형벌에 차이를 두지 않는다. 아동성착취물을 제작하든, 단순 소지하든, 영리를 목적으로 배포하든 영리를 목적으로 하지 않고 배포하든 관계없이 아동・청소년의 성적 권리를 침해한 심각한 범죄이기 때문이다. 이렇게 범죄의 심각성을 고려한다면 청소년성보호법에서 행위에 따라 형량을 다르게 정하고 있더라도 형량을 정할 때는 단순히 행위에 따라 구분하는 것이 아니라 맥락을 보고 심각성 여부를 판단하는 것이 '아동의 최상의 이익을 최우선으로 고려' 하는 것이라고 생각한다. 기본은 법정형을 기준으로, 가중은 상한이 없이 제시하여야 죄질에 맞는 처벌이 가능해진다.

4. 감경, 가중 요소

피해자의 연령이 어리거나, 피해자와 가해자의 연령 차이가 크거나, 가해자와 피해자가 신뢰관계에 있다면 가중요소로 보아야 한다. 피해자가 여럿이고 가학적이고 상습적이고 통제를 통한 가해 반복, 조직적인 가해행위, 성착취를 촉진하는 기술을 사용하였거나 수익구조를 가지고 있는지, 개인정보를 함께 공개하였는지, 범죄 은폐 및 확산을 위한 기술을 사용하였는지 등도 가중요소에 반영해야 한다. 그루밍이 수반되었거나 아동으를 여러 차례 설득하였다면 이 것도 가중요소로 보아야 한다. 아동 성착취물을 구하기 위해 여러 번 접근을 시도한 경우는 상습으로 보아야 한다. 가중 요소가 여러 개 존재하면 존재하는 만큼 가중해야 한다.

아동성착취물 집행유예에서 일반참작사유로 사회적 유대관계를 두는 것도 부적절하다.

양형기준안에서 아동성착취물의 감경요소로 제안하고 있는 것은 대체로 동의할 수 없으며 감경사유로 볼 수 있는 것은 실제 아동이 아닌 게임캐릭터나 애니메이션 등으로 묘사된 경우와 타인의 강압에 의해 범죄에 가담한 경우 정도일 것이다.

발표 4-4

현장에서 느끼는 양형 기준의 문제

김 혜 정 (한국성폭력상담소)

현장에서 느끼는 양형기준의 문제

김혜정 (한국성폭력상담소)

1. 성폭력 '양형기준' 마련의 의미

이번 디지털 성폭력 양형기준안에 포함된 범죄 중 대부분은 이미 법조항에 존재한지 오래되었으나 양형기준이 설정되지 않았다. '성범죄 양형기준'이 최초로 2009년에 의결되었고, '성매매 범죄' 양형기준이 2014년에 의결된 것에 비교해서도 '아동청소년이용음란물제작 (현 아동청소년성착취물)'죄나 '카메라등이용촬영' '불법촬영 유포'등은 성범죄 (또는 성매매 범죄) 양형에 포함되지 않았던 것이다.

현 성범죄 양형기준에서 일반가중요소로 '동종 전과'를 따질 때 양형위원회는 동종전과를 "양형기준이 설정된 성범죄로 인한 전과를 의미한다"고 정의하고 있다. 이러한 정의가 타당한지 논의가 우선 필요하다. 더불어 양형기준이 설정되지 않은 성범죄는 여러 측면에서 '경미한 범죄'로 위치되어 왔다고 볼 수 있다. 양형기준을 설정하지 않아서 경미하게 판단되어 온 것이며, 경미하다고 판단하여 양형기준을 설정하지 않아 왔던 것이다.

실제로 판결을 보면 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)・협박・성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(통신매체이용음란)・정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반 경합범으로 재판되었으나, 양형기준이 설정된 것은 협

박죄 뿐이어서 해당 형량범위에서 양형이 설정되었고 "양형기준이 마련되어 있지 않은 범죄가 포함되어 있어 양형기준이 마련된 범죄의 양형기준 하한만 따" 른다고 설시되어 적절한 처벌에 공백이 되어왔음을 알 수 있다.

2. 실제의 범죄, 법조, 법정형, 양형기준의 적용 - 여전한 과제

2020년 5월 19일 성폭력범죄의처벌등에관한특례법 제14조의3(촬영물 등을 이용한 협박 · 강요)가 신설되어 법정형은 1년 이상 유기징역이고, 이번 양형기준(안)에서는 <4. 촬영물 등을 이용한 협박 · 강요 1유형 협박>에 대하여 기본 1년-3년, 감경 9월 - 1년 6월, 가중 2년-4년이 제시되었다.

그런데 위에서 언급한 사건은 피해자의 의사에 반하여 촬영한 화상, 음향, 영상을 피해자에게 500회 넘게 전송한 사안인데, 피해자를 불법촬영한 것을 피해자에게 전송하는 협박행위에 대해 성폭력범죄의처벌등에관한특례법 상 '통신매체이용음란' 가 적용되었다. 비단 이 사건 뿐이 아니다. 피해자 의사에 반하여 촬영한 것을 전송한 사건(울산지방법원 2019. 8. 29. 선고 2019고단1266)에서는 형법상 협박죄도 적용되지 않고 카메라등이용촬영과 더불어 '통신매체이용음란' 만 적용되었다.

같은 범죄에 대해 이제는 다른 선고가 이루어지게 되었다. 통신매체이용음란죄는 기본이 4월 - 10월이기 때문에 촬영물을 이용한 협박이 적용될 경우 3배의 차이가 나게 된다. 법조항과 양형기준의 신설이 같은 범죄에 대한 실질적 처벌에 더 다가가는 변화가 되기를 바라며, 중요한 것은 해당 사건이 어떤 범죄인지 수사기관과 재판부가 면밀히 정확하게 읽어내는 것이다.

아동 · 청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작 · 배포등), 아동 · 청소년의성보호에관한법률위반(음란물소지) 사건에서 "아동 음란물이 외부에 유통되지 않음" 을 유리한 정상으로 들어 1심을 파기하고 형량을 깎아준 판결도 있다(대전고등법원 2019. 10. 18. 선고 2019노206 판결). '외부에 유통' 한 것은 또 다른 범죄임에도 불구하고 이러한 행위를 구성요건으로 요하지 않는 기소에 대해, 이 점을 유리한 감경

요인으로 삼는 점은 재판부가 디지털 성폭력을 '경미한' 사건으로 구성해 온 임의적 방식이었다. 이번 양형기준안에 이와 같은 감경요인은 설정되어 있지 않은 바, 앞으로 재판부의 자의적인 감경요인으로 판단되어서는 안된다.

3. 양형위원회 디지털 성범죄 양형기준(안) 양형인자에 대한 의견

◎ 범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우

분류	양형인자 정의	해당 유형
감경요소 (행위)	- 타인의 강압이나 위협 등에 의하여 강요된 상태에서 범행에 가담한 경우(형법 제12조에 해당하는 경우는 제외) - 범행을 단순 공모하였을 뿐 범행을 주도하지 아니하고, 실행행위를 분담하지도 않은 경우 - 그 밖에 이에 준하는 경우	1.아동청소년성착취물(특별) 2.카메라등이용촬영(특별) 3.허위영상물 등의 반포 등(특별) 4.촬영물 등을 이용한 협박강요(특별) 5.통신매체이용음란(특별)

◎ 범행 수법이 매우 불량한 경우

분류	양형인자 정의	해당 유형
가중요소 (행위)	- 범행의 수단과 방법을 사전에 치밀하게 계획하는 경우 - 고도의 지능적인 방법을 동원하여 범행한 경우 - 지금까지 알려지지 아니한 신종의 전문적 수법을 창출하여 범행한 경우 - 다수인이 역할을 분담하여 조직적으로 범행하거나 범행에 전문적인 장비나 기술을 사용한 경우에 있어서 범행을 주도적으로 계획 또는 실행을 지휘하는 등 핵심적 역할을	1.아동청소년성착취물(특별) 2.카메라등이용촬영(특별) 3.허위영상물 등의 반포 등(특별)

분류	양형인자 정의	해당 유형
	담당한 경우 - 인터넷 등의 전파성이 높은 수단을 이용하여 성착취물을 유포한 경우 -피해자를 폭행, 협박하거나 위계.위력을 사용하거나, 이익 제공으로 유인한 경우 -그 밖에 이에 준하는 경우	

기존 성범죄 양형기준에 '계획적 범행'이 가중요소로 존재했으나 위 내용은 '디지털 성범죄' 양형기준을 수립하면서 새로이 기재된 특성이라고 볼 수 있다. 그러나 위 내용이 충돌할 경우 두 특별인자는 상쇄되는 것인지 우려된다. 실제로 텔레그램 성착취 사건을 보면 '범행 수법이 매우 불량한 경우'에 해당되어 특별양형인자 가중요소가 적용될 수 있지만, 박사 외 다른 피고인들의 경우 박사가 시작한 범죄를 따라했으며, 주도하지 않았다고 주장하여 '범행 가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우'에 해당할 수 있는 내용을 주장하고 있다.

새로운 플랫폼에서 새로운 범죄 수법을 계속 갱신하며, 그러면서 동시에 그 전 시기의 범죄 유형을 모방하고 응용하는 디지털 성폭력의 특성에서 위 두 가지 요인을 재판부는 어떻게 제대로 적용할 것인지, 예컨대 "지금까지 알려지지 아니한 신종의 전문적 수법을 창출"한 자는 누구라고 판단할 것인지 다시 임의적, 자의적 판단을 하게 될 수 있다.

또한 '범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우' 감경요소는 1부터 5유형 모두에 적용되어 있는 반면 '범행 수법이 매우 불량한 경우' 가중요소는 1, 2, 3유형에만 적용되어 있다. 4.촬영물 등을 이용한 협박강요 5.통신매체이용음란 범죄유형에서도 '범행 수법이 매우 불량한 경우' 정의에 해당하는 내용이 모두 가능하므로, 4, 5유형에도 해당 가중요인이 적용되어야 한다.

의견)

▷ 범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우

정의에서 <범행을 단순 공모하였을 뿐 범행을 주도하지 아니하고, 실행행위를 분담하지도 않은 경우> 삭제

▷ 범행 수법이 매우 불량한 경우

1, 2, 3, 4, 5유형 모두에서 특별양형인자(가중요소)로 적용

◎ 피해확산방지를 위한 실질적 조치

분류	양형인자 정의	해당 유형
감경요소 (행위자/기타)	- 제작, 수입된 성착취물을 유포되기 전 즉시 삭제하거나 폐기한 경우 - 유포된 성착취물을 상당한 비용. 노력을 들여 자발적으로 회수한 경우 - 그 밖에 이에 준하는 경우	1.아동청소년성착취물(특별) 2.카메라등이용촬영(특별) 3.허위영상물 등의 반포 등(특별)

피해 복구 조치를 유도하려는 시도는 의미있으나, 영상물의 '회수'라는 말은 착시를 일으킨다. '상당한 비용, 노력을 들여 자발적으로' 등의 정의 내용은 데이터 삭제 전문 업체들의 성행, 성폭력 가해자 전문 로펌들의 활약으로 이어지거나, 그 결과 삭제된 것으로 비춰질 수 있는 일부 리포트만 내는 것으로 얼마든지 제출될 가능성이 크다. 최소한 삭제나 복구 노력은 가해자에게서 확인할 것이 아니라 피해자에게 확인한다든지, 제3의 기관에게 확인을 거치는 등의 판단 기준 필요하다.

의견)

▷ 피해확산방지를 위한 실질적 조치

정의에서 <유포된 성착취물을 상당한 비용. 노력을 들여 자발적으로 회수한 경우> 삭제

◎ 피해자에게 심각한 피해를 야기한 경우

분류	양형인자 정의	해당 유형
가중요소 (행위)	다음 요소 중 하나 이상에 해당하는 경우를 의미한다. - 피해자의 인적 동일성을 확인할 수 있고, 피해자의 나체, 성관계 등 극도로 성적 수치심을 유발하는 내용의 성착취물을 ① 제작, 수입, 수출하거나 ② 불특정 다수 또는 피해자의 가족, 같은 교육시설의 교사·학생 등 밀접한 관계에 있는 주변 사람에게 판매·대여·배포·제공하거나, ③ 판매·대여·배포·제공 목적으로 소지·운반·광고·소개하거나, ④ 공연히 전시, 상영하거나, ⑤ 구입·소지·시청한 경우 - 자살, 자살시도, 가정파탄, 학업 중단 등 피해자에게 회복하기 어려운 피해가 발생한 경우 - 피해자에게 극도의 성적 수치심이나 혐오감을 야기하는 등 극심한 정신적 고통이 초래된 경우 -그 밖에 이에 준하는 경우	1.아동청소년성착취물(특별) 2.카메라등이용촬영(특별) 3.허위영상물 등의 반포 등(특별) 4.촬영물 등을 이용한 협박강요(특별) 5.통신매체이용음란(특별)

위 요소는 1부터 5유형 모두에서 특별양형인자로 포함되어 있다. 피해자에게 피해를 야기한 것이 디지털 성폭력 양형 판단에서 중요하게 고려되어야 하지만, 정의 내용을 보면 극도의 피해자의 성적 수치심을 유발하는 내용임을 전제하고 있거나, 자살, 자살시도, 가정파탄, 학업 중단 등 '회복하기 어려운' 피해가 발생한 경우를 제시하고 있다.

기존 '성범죄 양형기준'을 보면 3. 사망의 결과가 발생한 경우를 제외한 모든 유형에서 특별양형인자 가중요소로 '가학적 · 변태적 침해행위 또는 극도의 성적 수치심 증대'를 제시하고 있다. 그 정의 내용은 아래와 같다.

참고) 성범죄 양형기준 특별양형인자 가중요소 '가학적 · 변태적 침해행위 또는 극도의 성적 수치심 증대'

가. 가학적 · 변태적 침해행위 ○ 다음 요소 중 하나 이상에 해당하고 그 침해 정도가 심한 경우를 의미한다. 결박 기타 수단으로 피해자를 장기간 움직이지 못하도록 만든 행위 담뱃불, 바늘, 몽둥이 그 밖의 도구를 사용하여 피해자의 신체에 침해를 가하는 행위 성기 속에 이물질을 삽입하는 행위 그 밖에 이에 준하는 행위 나. 극도의 성적 수치심 증대 ○ 범행 과정에서 다음과 같은 행위 중 하나 이상이 수반되어 피해자의 성적 수치심이 매우 큰 경우를 의미한다. 범행 과정을 촬영한 경우 피해자의 자녀, 배우자, 부모 등 다른 사람이 보는 앞에서 범행을 저지른 경우 성적 유희를 위한 도구를 사용한 경우 그 밖에 이에 준하는 경우

기존 성범죄 양형기준에서 재판부가 생각하는 극도의 성적 수치심과 피해자에게 일어난 가학적 침해행위는 피해자에게 일어난 신체, 심리, 생활, 사회경제적인 피해가 아니라 특정 성적 행위를 구체적으로 가리키고 심지어 요구하고 있다고 보인다.

이에 비해 이번 디지털 성범죄 양형기준(안)에서의 '피해자에게 심각한 피해를 야기한 경우'는 보다 넓은 범위에서 심리, 사회경제적 상황을 포섭할 수 있는 듯 하지만, 그 구체적인 예시가 매우 좁고 피해자에게 현격한 피해자다움을 요구할 우려가 든다.

피해자의 상황 역시 재판부가 적극적으로 질문하거나, 양형조사관 등을 통해 확인하려는 노력이 없는 한, 예시가 좁을 수록 피해자 스스로 자신의 상태를 재판부에 알리는 노력을 할 수 있는 접근이 어려워질 수 있으므로, 해당 내용을 좀 더 폭넓게 둘 필요가 있으며 이러한 정의 문장은 피고인에 대한 판단을 규정하고 있는 감경요소의 정의 문장과 비교해서도 크게 문제되지 않는다고 여겨진다.

의견)

▷ 피해자에게 심각한 피해를 야기한 경우

정의 내용에서

<자살, 자살시도, 가정파탄, 학업 중단 등 피해자에게 회복하기 어려운 피해가 발생한 경우>를 <피해자에게 회복하기 어려운 심리, 가정생활, 학업, 생계상 피해가 발생한 경우>로 정정

<피해자에게 극도의 성적 수치심이나 혐오감을 야기하는 등 극심한 정신적 고통이 초래된 경우>를 <피해자에게 극심한 정신적 고통이 초래된 경우>로 정정

◎ 진지한 반성

모든 유형에서 '진지한 반성'은 일반양형인자의 감경요소로 포함되어 있다. 그러나 '진지한 반성'에 대한 정의 규정은 존재하지 않는다. '진지한 반성'을 어떤 근거로 인정할 것인지에 관하여 합리적이고 객관적인 기준을 제시하고 있지는 않은데, 이에 따라 당면한 형벌을 감형하기 위해 '진지한 반성'을 얼마든지 만들어 낼 수 있는 실정이다. 실제로 실제로 가해자들은 감형을 위해 반성문 대필, 꼼수 기부·사회봉사, 가해자 가족을 동원한 호소 등 수단과 방법을 가리지 않고 '반성'을 만들어내고 있다.

한국성폭력상담소가 양형위원회에 제출한 의견서[1)]에 따르면 2019년도에 선고된 하

1) '이제는 피해자 관점에 입각한 양형 판단이 필요하다! : 가해자 중심적 양형기준 판단에 부쳐' (한국성폭력상담소 양형위원회 제출 의견서, 2020년 2월 20일)
http://www.sisters.or.kr/load.asp?sub_p=board/board&b_code=2&page=11&f_cate=&idx=5429&board_md=

급심 137건의 판결 중 1/3에 달하는 판결들이 피고인의'반성 및 뉘우침'을 양형의 고려 요소로 판시하고 있다. 가해자의 '반성'에 대한 판단근거를 명확하게 설시하지 않고 있어서 관련 판례들이 객관적이고 합리적인 판단 기준을 제시하는 선례로서의 판례의 기능을 다 하지 못하고 있다는 점, 그로 인해 법관들의 자의적 판단이 이루어짐으로써 양형의 편차가 발생할 우려가 크다는 점에서 문제가 있으며, 일방적인 후원·기부나 사회봉사 사실을 '진지한 반성'에 대한 판단근거로 제시하고 있다는 점에서 판단의 타당성이 의심된다. 뿐만 아니라 반성문 대필사업이 공공연하게 성행하고 있는 점, SNS를 통해 '양형시 제출서류 팁'이나 '성범죄 대응매뉴얼' 등이 공유되고 있는 점 등을 볼 때, 가해자의 반성이 형식적 절차에 따라 기계적으로 이루어지고 있음을 알 수 있다. 텔레그램 성착취 사건에서도 구속된 피고인들이 매일 반성문을 제출하고 있으면서도, 실제 재판에서 피해자의 진술을 부인하고, 해당 범죄에 대해 설명하는 내용과 모습은 그와 상이함을 확인할 수 있다.

'진지한 반성'을 감경사유로 규정하는 목적은 피해자의 피해 회복과 밀접한 관련이 있다. 그러나 '진지한 반성'을 쉽게 만들어낼 수 있는 현실에서 위와 같은 판단 기준을 적용하게 되면 반성의 진정성을 파악하기 어려울 뿐만 아니라 가해자가 일방적으로 제출한 서류를 통해 피해자의 심리 상태를 파악하게 된다. 이는 피해자에 대한 고려 없이 일방적으로 이루어지는 '형식적 반성'을 바탕으로 감형을 하게 되어 '진지한 반성'을 양형기준으로 고려하는 목적과 의의에 어긋나는 결과를 야기한다.

의견) '진지한 반성'을 디지털 성범죄 및 성범죄 양형기준에서 전면 삭제

◎ 사회적 유대관계

사회적 유대관계는 집행유예 기준에서 긍정적 요건으로 들어가 있는 대표적인 주요 참작사유다.

현재 사회적 유대관계는 여러 판결에서 가족 및 친지의 선처를 구하는 탄원이 있을

---

view

경우 사회적 유대관계가 분명해 보인다고 하여 형을 감경하는 유리한 정상으로 인정하고 있다. 사회적 유대관계가 분명한 사람의 경우 그렇지 않은 사람에 비해 상대적으로 재범의 위험성이 낮다고 평가하기 때문인 것으로 보인다.

그러나 사회적 유대관계가 분명하다는 것이 재범의 위험성이 낮은 것인지, 과거좋은 행적의 징표인지 비판적으로 살펴볼 필요가 있다. 사회적 유대관계가 분명 하다는 것은 범죄를 저질러서 형을 선고받을 시 잃는 것이 더 크다는 의미이며, 따라서 같은 형을 받더라도 실질적으로 사회적 유대관계가 분명한 사람이 그렇지 못한 사람보다 잃는 것이 더 크고, 그러므로 재범의 위험성이 상대적으로 더 낮다고 보는 것이다.

그러나 여기서 간과된 점은 사회적 유대관계가 분명한 성폭력 행위자는 사회적 유대관계가 분명함에도 불구하고 성폭력을 저질렀다는 점이다. 즉, 그 사람에게는 분명한 사회적 유대관계가 있어 범죄를 저지를 시 잃는 것이 더 크다는 것이 범죄 방지에 그다지 의미가 없었다는 것이 이미 증명된 것이다. 사회적 유대관계가 분명한 상태에서 어려운 첫 범죄를 저지른 사람이 범죄를 저지른 후에야 사회적 유대관계를 잃을 것이 두려워 두 번째 범죄는 저지르지 않을 것이라는 예측은 모순적이다.

또한 한국사회에서 사회적 유대관계는 언제 인정되고 승인되는가? 오랫동안 남성중심적인 한국사회에서 성희롱, 성매매, 많은 성적 관계 경험이 하나의 사회적 자랑거리나 힘과 지위의 과시로 여겨지고, 남성중심적인 사회 유대 관계를 성매매의 제공을 통해서 쌓기도 한다. 사회적 유대관계에 대한 관습적인 개념이 성폭력에 허용적일 수 있다. 또한, 가족이 선처를 구하는 탄원을 한다고 해도 그것이 사회적 유대관계가 분명하다는 것이라는 보장이 없다. 범죄자가 가족의 생계의 주 수입원이었을 경우, 좋은 품성이나 선행을 베풀지 않았더라도 당장 먹고 살기 위해서 가족이 선처를 구하는 탄원을 하게 되는 경우가 많다.

텔레그램 성착취사건에서도 모 지방법원에서 진행된 재판에서 피고인의 아버지는 공무원 신분을 이용하여 해당 기관의 동료 공무원들의 공무원증을 수십장 제출하여 '사회적 유대관계'를 입증하고자 했다. 해당 가해자의 가족이 공직을 범죄자인 아들을 위

해 이용했으며, 자신의 직장내 직위 등을 이용하여 부당하게 동료나 부하직원들의 사회적 보증을 취했을 가능성도 크다. 그럼에도 불구하고 이러한 과정을 재판부가 적극적으로 헤아리려는 시도는 거의 없다.

의견) '진지한 반성'을 집행유예 긍정적 주요 참작사유에서 전면 삭제