

신설 디지털 성범죄 양형기준 평가 - 양형기준 설정의 진전(進展)과 답보(踏步)*

김한균**

국 | 문 | 요 | 약

이 글의 목적은 두 가지다. 첫째, 디지털성범죄 양형기준과 그 설정과정에 대한 비판적 검토를 통해 향후 디지털성범죄 양형기준의 변경개선에 고려할 점을 제시해본다. 둘째, 더 넓게는 디지털 성범죄 양형기준 신설을 계기로 양형위원회와 양형기준 제도가 양형의 합리화와 공정하고 객관적인 양형을 실현하는데 있어서 진전된 성과와 여전히 머물러 있는 한계를 살펴 본다. 특히 최근 그 어떤 범죄유형의 양형기준보다도 디지털양형기준 설정과정과 그 결과가 사회적 관심대상이었던 만큼 입체적 분석과 정책적 평가가 필요할 것이며, 디지털성범죄 현안에서 다시 한번 드러난 입법자와 법원과 국민 사이의 죄와 벌에 대한 인식 격차문제를 진지하게 성찰하면서 이제까지의 양형기준 제정방식과는 차별되는 모습을 보여주는 계기가 되어야 할 것이다.

디지털 성범죄 양형기준의 신설은 종래 양형기준 설정대상과 구별되고, 기존 양형기준 대상 범죄군에 형식적으로 포섭되지 않는 내용적 차별성을 인정하는 양형기준 확장의 좋은 사례다. 단순히 디지털 성범죄 범죄유형에 대한 양형기준 설정의 의미를 넘어 국민의 상식을 반영하고 사회의식 변화를 법원과 양형제도가 전향적으로 수용하는 변화 역량을 보여주었다는 점에서 정책과 제도의 한 걸음 진전으로 평가할 수 있다.

반면 디지털 성폭력의 범죄특성과 범죄피해특성을 분간하여 종래 성범죄 양형기준과 구별되는, 구별되어야 하는 기준 설정의 기회를 충분히 살리기 보다는 종래 성범죄 양형기준의 체계에 맞추는 방식으로 기준설정방식을 답습하였고 양형자료도 종래와 같이 한정적으로 활용하였다. 디지털 성폭력 가해자의 가해의도와 피해자의 피해경험, 성착취 산업의 가해 피라미드 구조, 주된 가해-피해자 집단인 10대 아동청소년의 특성과 이들의 사이버공간에서의 일상에 대한 이해 노력 또한 부족해 보인다.

양형기준은 국민을 대표한 입법자의 의사와 법률전문가인 양형법관의 판단 사이에 디지털 성범죄의 ‘공정하고 객관적인’ 처벌에 대한 인식이 공유되지 못하면서 발생하는 격차를 합리적으로 좁히는 기능을 수행해야 한다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2021.3.31.1.97>.

❖ 주제어 : 디지털 성범죄 양형기준, 디지털 성범죄, 양형위원회, 양형의 합리화, 양형격차

* 필자의 2020년 11월 2일 양형위원회 「디지털 성범죄 양형기준안에 관한 공청회」 토론문 “아동·청소년성착취물 범죄”와, 2020년 12월 12일 한국형사법학회 동계학술대회 발표문 “2020년 디지털성범죄 양형기준과 그 설정에 대한 평가”를 수정·보완한 논문이다.

** 한국형사정책연구원 선임연구위원, 법학박사.

I. 문제제기

성폭력에 대한 국민적 분노는 자칫 대중 영합적 엄벌주의(penal populism) 현상으로 이어질 수 있다는 비판이 적지 않다.¹⁾ 엄중처벌 추구에 떠밀리거나 영합하여 형벌 신설·가중을 거듭 하다보면 형벌의 인플레이션과 형사사법체계에 대한 불신을 오히려 초래할 수 있기 때문이다. 반면 정당한 처벌요구를 간과한 형법 또한 국민의 불신을 면키 어렵게 된다. 2020년 역대 최대 국민청원으로 기록된 이른바 ‘텔레그램 n번방’ 사건에 대한 사회적 관심²⁾이 그 선명한 사례다.

다만 적어도 디지털 성범죄를 포함한 성폭력 문제에서 현 단계 형사사법에 대한 국민의 불신은 형법의 과잉보다는 처벌의 과소 문제 때문인 것으로 보인다. 이른바 ‘숨방망이 처벌’이라는 표현 역시 법정형 보다는 선고형을 가리킨다. 즉 범죄화와 법정형 상향 보다는 법원의 과소처벌이 더욱 한국사회 관심 사안이 되었다. 국민적 분노와 관심은 무시하거나 영합할 대상이 아니라, 신중한 형사정책적 성찰과 개선 노력의 계기로 삼아야 마땅하다.

이 글에서는 2020년 12월 신설 디지털성범죄 양형기준과 그 설정과정에 대한 비판적 검토를 통해 향후 디지털성범죄 양형기준의 변경개선에 고려할 점을 제시해 볼 뿐만 아니라, 더 넓게는 디지털 성범죄 양형기준 신설을 계기로 양형위원회와 양형기준 제도가 양형의 합리화와 공정하고 객관적인 양형을 실현하는데 있어서 진전된 성과와 여전히 머물러 있는 한계를 살펴보고자 한다.

1. 디지털성범죄 양형기준 설정과 공청회

디지털 성범죄 처벌은 범죄화와 법정형 설정, 그리고 해당 양형기준상 권고형량범위 및 양형인자에 달린 문제인 바, 그 어떤 범죄유형의 양형기준보다도 디지털 성범죄 양형기준 설정과정과 그 결과가 사회적 관심대상이었던 만큼 입체적 분석과 정책적 평가가

1) 김성규, 형사입법정책의 중벌주의적 관점에 대한 비판적 이해, 입법과 정책 3(1), 2011, 2-3면

2) “텔레그램 n번방 가입자 전원의 신상공개를 원합니다” <https://www1.president.go.kr/petitions/586880> 2020년 4월 19일 최종검색).

필요하다. 이는 2007년 양형위원회가 설립되고³⁾ 2009년 이래 시행되어 온 양형기준 제도에 대한 평가와 과제전망과도 연결된다. 신설 양형기준은 기존 성범죄 양형기준의 권고형량범위를 기준으로 삼고, 또한 시행 중 양형기준 설정방식에 맞춰 전체 양형기준 체계에 편입되었기 때문에, 곧 현행 양형기준 설정 정책과 방식에 대한 평가일 수 있다.

2020년 12월, 양형기준설정 대상범죄유형으로 정해진지 1년반여만에 디지털 성범죄 양형기준이 제정되어 2021년 1월부터 시행되었다. 앞서 2020년 11월 비대면 화상회의로 한 차례 개최된 공청회는 양형위원회 측의 디지털성범죄양형기준안에 대한 설명에 이어 각각 아동·청소년성착취물 범죄, 카메라등이용촬영 범죄·허위영상물 등의 반포 등 범죄, 촬영물 등을 이용한 협박·강요 범죄·통신매체이용음란 범죄 세 유형별로 지정전문가 두 명씩 검토의견 각 10분에, 양형위원 측의 답변 3분씩, 그리고 온라인으로 접수된 방청인 질문답변으로 3시간동안 진행되었다.⁴⁾

공청회에서 개진된 의견들에 대한 양형위원회측 답변은 지금까지 설정된 양형기준들과 설정방식에 따랐다는 입장에 대체로 머물렀다. 그동안 디지털성범죄 가해와 피해실상에 대한 사회적 관심과 비판의 상당부분은 디지털 성범죄 양형으로 모아졌다. 모처럼 법조계와 학계뿐만 아니라 시민사회단체와 언론이 참여한 다양한 공론이 2020년 한 해 동안 집중적으로 전개되었다. 그런 만큼 양형위원회가 공청회를 포함한 양형기준 설정과정에서도 양형기준 내용 못지않은 진전을 보여주리라 기대가 있었다.

물론 코비드-19 사태가 지속되는 어려운 시기였다 하지만, 보다 충분한 의견수렴과 연구검토를 위해 기준안 설정 일정도 예정보다 6개월가량 연장한 마당에, 그리고 그 어떤 양형기준보다도 국민적 관심이 높았던 경우인데도 열린 형식의 대국민 공청회나 설명회 또는 양형의견조사를 더 추진해 보려는 노력을 보여주지 못한 점은 아쉽다.

2. 국민의 상식과 양형기준

아쉬움의 상당부분은 디지털성범죄 양형에 대한 심각한 불신에도 불구하고 국민의 진전한 상식을 반영하고 국민이 신뢰할 수 있는 공정하고 객관적인 양형을 실현하기 위하

3) 법원조직법 제81조의 2(양형위원회의 설치).

4) 대법원 양형위원회, 디지털성범죄 양형기준안에 관한 제15차 공청회 결과보고, 2020 참조.

여 설치된 양형위원회에 대한 기대가 그만큼 있었기 때문이다. 디지털성범죄 양형기준 자체로도 의미가 있지만, 그 설정을 계기로 양형위원회가 디지털성범죄 현안에서 다시 한번 드러난 입법자와 법원과 국민 사이의 죄와 벌에 대한 인식 격차문제를 진지하게 성찰하면서 이제까지 양형기준 제정방식과는 차별되는 모습을 보여주는 변곡점이 되었다면 바람직했을 것이다.

특히 디지털성범죄를 둘러싼 사회적 문제제기에서 ‘숨방망이 처벌’이라는 흔하지만 그 뜻은 분명치 않은 비판적 용어가 더욱 빈번하게 등장했는데, 이는 바로 법원과 국민 사이의 인식 차이를 보여주는 표현이라 볼 수 있다. 철회 같은 처벌을 요구하는 맹목이 아니라, 실상은 법원의 과소형량 판단이 문제라는 점을 지적하는 표현이기도 하다. 과소 처벌이든 과대처벌이든 그 기준이 될 합당한 처벌이란 국민의 건전한 상식에 근거한다. 이를 양형위원회 근거법률에서는 ‘공정하고 객관적인 양형’이라 규정한다.⁵⁾ 그런데 국민 상식 수준에서의 합당한 처벌과 법관 기준에 따른 공정한 양형 수준 사이에 괴리가 선명하게 드러나는 부분이 있으니, 바로 한국사회 디지털성범죄를 비롯한 성범죄 양형문제다.

생각건대 민주국가에서 국민의 건전한 상식은 장식적 문구에 불과한 것으로 취급되어서는 안된다. 그보다는 우리 사회의 죄와 벌에 대한 합리적 양식(良識), 사회악과 고통을 거부하는 보편적 양심(良心)을 가리키는 것으로서 형사입법뿐만 아니라 양형기준 설정 및 수정의 바탕이다. 형법으로써 보호할 만한 가치 있는 이익을 형법의 보호법익이라 할 때, 보호할 만한 가치의 여부와 보호의 정도를 정함에 있어서도 국민 상식에 물어야 하는 것과 같은 이치다. 죄와 벌에 대한 상식 일반을 파악하기는 어렵다 해도, 적어도 디지털 성폭력의 범죄와 피해에 대한 국민 상식은 다음과 같이 정리할 수 있다.

「정보통신망 공간과 디지털 매체를 통해서 자행되는 성폭력 피해는 신체와 물리적 중심인 강간과 추행의 죄로 구성되는 성범죄에 비해 결코 그 죄질이 결코 덜하지 아니하며 범죄피해는 더욱 심각하여서 디지털 성범죄 합리적 처벌의 문제가 제기되는데, 이는 엄벌주의나 과잉형벌 문제라기보다는 과소처벌 문제이며, 그 문제의 근원은 입법보다는 수사와 재판에 있고, 그 과소처벌의 결정적 단계는 바로 법원의 양형인 바, 디지털성범죄 양형에서 범죄와 피해현실에 부합되는 객관적 판단 기준이 필요하다.」

5) 법원조직법 제81조의 2 ① 형을 정할 때 국민의 건전한 상식을 반영하고 국민이 신뢰할 수 있는 공정하고 객관적인 양형을 실현하기 위하여 대법원에 양형위원회를 둔다.

3. 디지털성범죄 양형기준 설정과정의 한계

따라서 양형위원회는 입법자의 처벌의사와 법원의 양형판단 사이의 간극을 국민 상식을 반영한 합리적이고 객관적인 양형판단 기준을 통해 메꾸는 역할을 담당했어야 하며, 그런 만큼 국민에게 설명하고 의견을 구하는 노력도 종래와는 다소나마 달랐어야 마땅하다. 그러나 종래 양형기준 설정 과정과 다를바 없이, 종래 법원의 양형관행을 통계 처리한 양형자료에 근거하여 구성된 내부 초안을, 현 사회적 거리두기 상황과 무관하게, 한 달여 만에 한 차례의 공청회와 학계 및 법조계단체의 서면의견조회를 거쳐 확정하는데 그쳤다.

제106차 양형위원회는 “양형기준안의 대체적인 틀과 형량범위를 유지하되, 양형인자를 개선하여 디지털 성범죄 적발 및 근절을 돕고, 피해자 고통에 더욱 공감하는 방향으로 변경하였다”⁶⁾면서 양형기준 확정을 의결하였다. 양형위원회의 준비와 노력에도 불구하고 전체적인 틀과 형량범위는 유지하였다는 것은, 실상 과소처벌 비판대상이었던 종래 양형관행에 다시 기반하여 권고형량범위는 그대로 두고, 감경인자 일부 개선에 그쳤다는 설명이나 다름없다. 이에 디지털 성범죄 근절에 기여하고, 성폭력피해자 고통에 더욱 공감하는 방향으로 디지털성범죄 양형기준을 보완 개선하는 일은 앞으로의 과제로 남겨지게 되었다.

Ⅱ. 디지털 성범죄 양형기준은 디지털 성범죄를 어떻게 이해하는가

1. 디지털 성범죄 양형기준의 명칭

디지털 성범죄 양형기준을 디지털 성범죄 양형기준이라 부르지 못할 수도 있었다. 2019년 6월 디지털 성범죄를 양형기준 설정대상 범죄유형으로 정했던 양형위원회는 현행법에 따른 카메라등이용촬영 범죄, 통신매체이용음란 범죄군 명칭으로서 ‘디지털 성범죄’가 부적절하다는 의견이 다수였다. 설정대상 범죄의 범위, 디지털 기기가 아닌 범행

6) 양형위원회, 양형위원회 제106차 회의 결과(보도자료, 2020년 12월 7일).

수단의 존재 가능성, 디지털 성범죄 개념 정립에 혼동을 줄 우려 때문이라는 것이다. 그래서 단지 ‘아동·청소년음란물·신체촬영·통신매체음란범죄’ 양형기준이 될 수도 있었다. 일년 뒤 2020년 9월 양형위원회는 다시 ‘디지털 성범죄 양형기준’으로 할 것을 의결하였다. 디지털 성범죄 심각성과 그 사회적 의미를 반영하여 신설된 양형기준임을 강조하기 위해서였을 것이다. 텔레그램 n번방 사태를 계기로 아동음란물, 불법촬영, 통신매체음란범죄와 같은 ‘음란범죄’ 죄명의 단순나열로는, 범행수법 및 광범위한 피해확산 양상 측면에서 기존 성폭력범죄와도 차별되는 폭력적 특성의 ‘성범죄’라는 본질을 표현할 수 없다는 점을 비로소 인식했기 때문이었을 것이다. 이러한 태도변화가 양형기준 설정 과정에서 양형에 관한 국민의식이나 여론수렴의 필요성을 수용한 결과이기를 바란다.

2. 성폭력으로서 디지털 성범죄

살피건대 양형위원회는 디지털 성범죄 개념정립⁷⁾에 혼동을 줄 것을 우려했었지만, 정작 피해자의 경험현실에 터 잡아 구성된 디지털 성범죄 개념⁸⁾을 이해하지 못함으로써 혼란에 빠진 쪽은 양형위원회다. 2019년 12월 양형위원회 논의에서는 카메라등이용촬영죄와 통신매체이용음란죄는 피해자에 대한 물리적 행사나 신체적 접촉을 수반하지 않고, 그 행위태양이 통상적인 폭력 개념으로 받아들여지지 않아 성폭력이라는 명칭이 부적절하다는 논의가 있었다. 그러나 사이버공간과 디지털매체가 매개되면 통상적인 물리적 행사나 신체적 접촉 요건만으로는 파악할 수 없는 가해와 피해의 연쇄적이고 무차별적인 폭력이 현실공간과 가상공간의 순환연결고리에 갇힌채 증폭된다.⁹⁾

더구나 한국사회 디지털성범죄 가해와 피해의 범주는 10대 아동청소년들이 가해와 피해의 1차적 생산단계를 이루고, 10, 20대 아동청소년과 청년들이 유통시키는 단계로 이어지며, 20,30대가 이를 통해 이득을 취하고, 40,50대가 소비하는 방식으로 구조화되어 있다. 이런 현실 구조 가장 밑바닥에 위치한 가장 심각한 피해 집단은 10-20대 여성이

7) 디지털 성범죄의 형법적·형사정책적 개념정립에 관한 논의에 관하여는 김한균, 사이버성범죄·디지털성범죄 실태와 형사정책, 이화젠더법학 9(3), 2017, 43-46면 참조.

8) 김한균, 사이버성범죄·디지털성범죄 실태와 형사정책, 38면.

9) 디지털 성범죄 가해와 피해의 복합성에 관하여는 강희영, 디지털성범죄 피해의 복합성과 정책 과제, 이화젠더법학 12(2), 2020, 67-75면.

다.¹⁰⁾ 거대한 성착취구조에서 이들은 혐오와 착취와 학대와 소비의 대상물(對象物)일 뿐이다. 낙태와 성매매와 성폭력과 가정폭력과 여성혐오와 성차별의 피해대상 집단과도 고스란히 겹친다.

결국 양형위원회는 디지털성범죄를 특정한 양형기준을 설정하면서, 불법촬영죄와 통신매체이용음란죄 유형과 아동·청소년성착취물 범죄¹¹⁾를 함께 포함시킴으로써, 현 단계 한국사회에서 디지털 성범죄 가해와 피해의 가장 취약한 계층인 여성과 아동·청소년 보호를 양형기준의 주요내용으로 삼게 되었다. 이로써 다음과 같은 정부의 디지털 성범죄 개념정의에도 부합하게 된다.

「디지털 성범죄는 디지털 기기와 정보통신기술을 매개로 온라인·오프라인 상에서 발생하는 성인(성인) 기반 폭력으로서 타인의 성적 자율권과 인격권을 침해하는 행위를 말한다.」¹²⁾

3. 성착취로서 디지털 성범죄

그런데 디지털 성범죄 양형기준은 아동·청소년성착취물 범죄의 보호법익을 아동성보호와 건전한 성풍속 보호, 그 밖의 카메라이용촬영죄 등의 보호법익을 소극적 의미에서의 성적 자기결정권으로 본다.¹³⁾ 여전히 성풍속범죄와 성폭력범죄의 경계정도로 보는 소극적 인식수준에 머물러 있다. 하지만 디지털 성범죄는 아동성착취든, 아동을 표현한 성적 영상물이든, 원하지 않는 촬영이든, 촬영물을 유포하든, 촬영물을 이용해 협박하든, 촬영물을 소지시청하든 성인의 아동에 대한, 남성의 여성에 대한 폭력으로 구조화되어 있으며, 피해자는 성적 자기결정뿐만 아니라 자기결정을 가능케 할 기본적인 인격적·사회적 자유까지 침해당한다.¹⁴⁾ 또한 사이버공간과 디지털매체가 매개된다고 해서 성적

10) 2019년 여성가족부 디지털성범죄피해지원센터가 지원한 피해자 1,936명 중 여성은 1,695명(87.6%), 남성 241명(12.4%)이다. 연령별로는 10대(15.0%)와 20대(24.8%) 피해자의 비율이 39.8%로 2018년도 10대(8.4%)와 20대(19.1%) 비해 12.3% 증가하였다(여성가족부, 보도자료: 디지털성범죄 피해영상 유포평균 삭제지원 건수 지난해보다 2배, 2019.12.30).

11) 2020년 6월 개정 청소년성보호법(법률 제17338호) 제11조.

12) 대한민국 정책브리핑(<http://www.korea.kr/special/policyCurationView.do?newsId=148853543> 2021년 2월 1일 최종검색).

13) 양형위원회, 디지털성범죄 양형기준안 설명자료, 2020, 1-2면.

자기결정권과 인격에 대한 현실적 침해가 덜하지도 않다. 특히 디지털 성범죄의 가해와 피해가 집중되어 있는 아동·청소년들에게는 사이버공간 안에서 인격과 자유가 현실공간에서의 인격과 자유만큼이나 중요하다는 점에 대한 이해가 필요하다. 디지털 성폭력은 성적 일탈이나 음란과 겹치거나 겹쳐있는 사회문제 정도를 넘어 피해자의 신체와 자유를 착취하는 범죄다.

우리 법 또한 음란과 성착취를 분별한다. 2013년 개정형법은 제288조(추행 등 목적 약취, 유인 등) 제2항과 제289조(인신매매) 제3항에서 성적 착취 개념을 도입한 바 있다. 국제기준에 따르면, 성착취(sexual exploitation)는 성적 의도로 권력관계나 신뢰관계를 이용하거나 타인의 취약한 처지를 이용하여, 그 타인에게 신체적 정신적 침해를 결과하거나, 그 타인으로부터 일반적으로 사회적, 정치적, 경제적 이득을 취하거나 취하려는 행위를 뜻한다. 성학대(sexual abuse)는 유형력 또는 강압적 상황으로 성적 목적에 따라 신체적 침해를 가하거나 위협하는 행위를 뜻한다.¹⁵⁾

따라서 2020년 6월 개정 아동청소년성보호법(법률 제17338호) 제2조 5호와 제11조는 ‘아동·청소년이용음란물’을 ‘아동·청소년성착취물’로 변경하였다. 개정이유에 따르면 아동·청소년 대상 음란물은 그 자체로 아동·청소년 성착취 및 성학대를 의미함에도 불구하고, 막연히 아동·청소년을 이용하는 음란물 의미로 가볍게 해석될 우려가 있기 때문에 아동·청소년이용음란물이 성착취나 성학대임을 명확히 규정한 것이다.¹⁶⁾ 즉 아동성착취물(child pornography)은 아동을 이용하는 음란물이 아니라, 아동을 대상으로 하는 성폭력물이며, 제작과 유포, 소지, 시청에 이르기까지 모두 그 자체로 아동·청소년에 대한 성착취 및 성학대가 된다는 점을 명확히 한다.

아동성착취물 뿐만 아니라, 불법촬영물, 통신매체이용음란물이나 허위영상물 역시 권력관계나 취약성을 이용하여 신체적·정신적 침해를 결과하며 피해자를 이욕(利慾) 도구로

14) 이윤정, 최근의 양성갈등 상황과 양성평등 관점에서 본 디지털 성범죄, 강원법학 56, 2019, 202면.; 송영지, 디지털성범죄의 양형인자와 양형기준에 관한 연구, 강원법학 62, 2021, 393면.

15) WHO, Sexual Exploitation and Abuse(<https://www.who.int/about/ethics> 2021년 2월 1일 최종검색).

16) 물론 개정 이전에도 해당 조문은 단지 음란물이라는 표제를 사용하였을 뿐 조문내용에는 음란이라는 용어가 사용되지 않았을 뿐더러 성폭속에 관한 표현물 정도로 가볍게 해석될 만한 내용은 없었다. 이미 성폭력범죄처벌특례법은 형법상 성폭속에 관한 죄 중 제243조(음화반포등), 제244조(음화제조등)를 성폭력범죄로 규정하고 있기도 하다(동법 제2조 제1항 1호).

삼는다는 점에서 성적 착취물인 것이다. 즉 디지털성착취물(digital sexual exploitation), 아동성착취물, 불법촬영물, 허위영상물 모두 성폭력범죄물이다. 여타 범죄와 다른 기이한 점이라면 자신의 범죄결과를 스스로 과시 유포하거나, 타인의 범죄물을 소비하면서 성착취에 용이하게 가담하는 형태라는 사실이다.

Ⅲ. 디지털 성범죄 양형기준의 형량범위 평가

1. 권고형량범위의 의미

디지털 성범죄 양형기준에 대한 일차적 관심은 권고형량 기본영역의 상하한 범위, 감경영역의 하한, 가중영역의 상한에 모이게 된다. 국민의 상식으로는 디지털 성범죄의 죄질과 피해경험에 미치지 못하는 ‘관대한’ 형량이 문제였기 때문이다. 여기서의 관대함은 곧 불공정과 불합리를 뜻한다. 그런 점에서 좀 더 공정하고 객관적인 형벌이 부과될 수 있으리라는 기대와 과소처벌 관행을 또다시 답습하지 않을까 불신이 엇갈리는 지점이 권고형량범위다.

양형기준상 권고형량 기본영역은 법관이 해당 디지털 성범죄에 마땅한 형량에 대한 기본이해를 어디부터 출발해야 할지에 대한 메시지로 국민에게 받아들여진다. 가중영역 상한부터 감경영역 하한에 이르는 권고형량범위 가운데 가중영역 상한을 상향이탈하는 경우는 드물 것이다. 반면 감경영역 하한을 하향이탈하는 경우는 드물지 않을 것인데, 바로 법관이 기준이탈소명의 부담¹⁷⁾ 없이 관행대로 감경을 택할 수 있는 형량수준을 어떻게 설정할지의 문제다. 종래 과중처벌이 아니라 과소처벌이 문제 되었던 디지털 성범죄에 대한 양형기준이기 때문에 관심 있게 보아야 할 문제는 기본형량범위 상하한 범위와 감경영역 하한(양형기준 권고형량범위의 최하한)이다.

따라서 기본 형량범위 상한과 하한부터 종래 양형통계자료에 맞춰 형량을 낮추어 잡는 방식, 감경 형량범위 하한을 법정형 하한에서 법률상 감경이나 작량감경을 고려한 수준으로 설정하는 방식으로 권고형량범위가 정해진다면 디지털 성범죄의 엄중처벌에 대

17) 법원조직법 제81조의 7 제2항.

한 입법자 의사를 수용하기 보다는 합리적 양형판단을 명분으로 오히려 종래 디지털 성범죄 양형관행 변화를 이끌어낼 의지가 없다는 메시지를 국민과 법관에게 전달하는 셈이 될 것이다.¹⁸⁾

2. 디지털성범죄 양형기준 형량범위 - 아동·청소년취득물범죄 대유형 중 제작 소유형의 경우

2020년 디지털 성범죄 양형기준 아동·청소년성착취물범죄유형 5개 소유형의 양형기준 형량범위를 살펴본다. 1유형(제작 등)과 4유형(알선)의 경우 2020년 6월 개정법상 법정형 하한의 변화는 없고, 2유형(영리 목적 판매 등), 3유형(배포 등), 5유형(구입 등)은 법정형 상한을 두던 것을 하한을 규정하여 가중한 경우다.

양형기준을 설정·변경할 때는 첫째, 범죄의 죄질, 범정(犯情) 및 피고인의 책임의 정도를 반영할 것, 둘째, 범죄의 일반예방과 피고인의 재범 방지 및 사회복귀를 고려할 것, 셋째, 같은 종류 또는 유사한 범죄에 대해서는 고려하여야 할 양형 요소에 차이가 없으면 양형에서 서로 다르게 취급하지 아니할 것이 원칙이다.¹⁹⁾

디지털성범죄 양형기준안 자료에 따르면, 아동·청소년성착취물범죄 대유형의 소유형 1 (제작 등) 권고형량범위는 법정형이 동일한 성범죄군으로서 13세 이상 강간죄 중 청소년강간과 청소년위력간음죄를 참고하였다.²⁰⁾ 다만 아동·청소년대상 범죄라는 점에서는 13세 미만 강간죄의 성범죄기준도 참고했어야 하지 않은지 의문이 남는다. 이는 법원조직법상의 양형기준설정원칙에 따라 동종 범죄로서 양형요소에 차이가 없어 동일하게 취급하였다기 보다는, 단순히 형식적으로 법정형이 동일한 범죄유형에 설정되어 있는 양형기준 권고형량범위를 따랐다는 의미다.

무엇보다 양형기준안 설정의 근거가 된 양형자료(2014. 1. 1.~2018. 12. 31. 선고 단일범)는 전체 15건(실형 3건, 집행유예 12건)에 불과하기 때문에 의미가 없다. 13건이 모두 법정형 하한²¹⁾을 작량 감정한 30개월(2년 6월)이어서 평균형량이랄 것도 없는데,

18) 김한균, 디지털성범죄 차단과 처단, 저스티스 178, 2020, 385면.

19) 법원조직법 제81조의6(양형기준의 설정 등) 제2항.

20) 양형위원회, 디지털성범죄 양형기준안 설명자료, 12-13면.

21) 구 청소년성보호법 제11조(아동·청소년이용음란물의 제작·배포 등) ① 아동·청소년이용음란물을

양형위원회의 법관대상설문조사 결과는 이보다 조금 높은 수준이지만, 사실 이러한 양형 분포만으로는 형량범위설정에 참고하기 어려웠을 것이다.²²⁾ 다만 양형자료상의 평균형량은 종래 처벌불원 유형력을 행사하지 않은 점이 유리한 정상으로 상당 부분 고려되었던 결과이므로, 본 양형기준에서는 달리 판단해야 마땅하다. 해당 양형기준 형량범위 설정에 참고한 현행 성범죄기준과 양형자료, 법관대상조사와 신설 양형기준의 권고형량 범위를 비교해보면 다음과 같다.

	감경영역	기본영역	가중영역
13세 이상 청소년 강간 양형기준	<u>3년</u> -5년 6월	5년-8년	6년-9년
13세 미만 아동강간 양형기준	6년-9년	8년-12년	11년- <u>15년</u>
양형자료(통계)	2년 6월-3년		
법관대상설문조사	2년 6월-3년 6월	2년6월-5년	4년-7년
디지털성범죄 양형기준	<u>2년 6월</u> -6년	5년-9년	<u>7년</u> -13년

본 양형기준은 법정형이 같은 성범죄 권고형량범위와 규범적 조정 필요성을 감안하여 각각 감경영역의 하한은 법정형하한 5년에서 특별감경인자를 고려할 때(법률상 감경이나 작량감경)의 2년 6월을 하한으로, 기본영역은 참고한 13세 이상 청소년강간 권고형량범위(기본영역)의 하한인 5년으로, 가중영역 하한은 참고한 13세 이상 청소년강간 권고형량범위(가중영역) 하한보다 다소 높은 7년으로 설정하였다. 그리고 감경영역의 상한 6년은 13세 미만 아동강간의 하한으로 정한 것으로 보이고, 기본영역의 상한은 참고한 13세 이상 청소년강간 권고형량범위(기본영역) 상한보다 다소 높게 설정하였다. 가중영역의 상한은 법정형 상한이 무기징역이고 특별가중조정을 할 경우 상한 2분의 1이 가중된다는 점을 고려하여 13년으로 설정하였다.

제작·수입 또는 수출한 자는 무기징역 또는 5년 이상의 유기징역에 처한다. 2020년 6월 개정법에서 법정형 변화는 없다.

22) 양형위원회, 디지털성범죄 양형기준안 설명자료, 12-13면; 송영지, 디지털성범죄의 양형인자와 양형기준에 관한 연구, 409면.

그런데 성착취물제작의 죄질이 청소년강간에 비교하여 더 가볍다고 볼 수 없고, 해당 범죄에 대해 엄정한 양형을 권고한다²³⁾는 의미를 좀더 실현할 수 있도록 검토가 필요할 것이다. 엄정한 양형의 권고가 참고한 성범죄 양형기준보다 다소 높게 (6월·1년) 설정하는 정도로 충분히 반영되었는지의 여부다. 종래 양형자료에 나타난 바, 거의 대부분의 양형판단은 법정형 하한의 작량감경 수준(2년 6월)이고 집행유예다. 2년 6월은 법정형 하한 5년에서 법률상 감경(작량감경)²⁴⁾한 결과일 것이다. 이를 기본형량영역 하한이 아닌 감경영역 하한으로 설정한 것은 해당 유형범죄에 대한 엄정한 양형을 염두에 둔 것으로 평가할 수 있다.

그렇지만 감경영역 하한을 2년 6월로 한다면 여전히 법관은 양형기준 하향이탈의 부담없이 종래 집행유예 실무를 유지할 가능성이 있다. 종래보다 ‘엄정한 양형’을 권고하고자 한다면 감경영역 하한을 상향함으로써 양형기준 이탈의 경우 판결서에 감경의 이유를 적도록 하는 부담²⁵⁾이라도 지워야 한다. 즉 디지털 성범죄와 같이 ‘관대한’ 양형실무에 대한 비판이 제기된 경우라면 감경영역 하한을 선택하는 이유를 밝히도록 부담을 늘리는 방향으로 형량범위를 정해야 마땅할 것이다. 그러한 감경이유 소명과정에서 법관은 디지털 성범죄의 새로운 양형태도에 대해 한번 더 고민할 수 있게 되고, 이렇게 축적된 감형이유는 양형기준 변경개선의 양형자료가 될 수 있을 것이기 때문이다.

다만 현행 양형기준 적용방식에 따르면, 양형기준이 권고하는 형량범위가 법률상 가중·감경에 의한 처단형 범위와 불일치하는 경우에는 당연히 법률상 처단형의 상한·하한을 따라야하기 때문에 법률상 감경의 결과인 2년 6월보다 감경영역 하한을 높게 설정하기 어려운 문제가 있다.²⁶⁾

하지만 종래 적용원칙과 양형기준 형량범위 설정방식에 대해서는 다시 검토해 볼 수

23) 양형위원회, 디지털성범죄 양형기준안 설명자료, 14면.

24) 형법 제53조(2020년12월 개정형법상 정상참작감경).

25) 법원조직법 제81조의7 제2항 ② 법원이 양형기준을 벗어난 판결을 하는 경우에는 판결서에 양형의 이유를 적어야 한다.

26) 즉 양형기준의 권고적 성격을 고려하면 형량범위 상하한이 법률상 처단형 상하한과 불일치하는 경우 양형기준이 아니라 법률상 처단형 상하한이 기준이 된다. 권고형량범위 하한이 법률상 처단형보다 낮다면 법률상 처단형이 기준이 되고, 반대로 권고형량범위 하한이 법률상 처단형보다 높은 경우에도 법률상 처단형이 기준이 된다(양형위원회, 양형기준 2020, 대법원 양형위원회, 2020, 677면).

있다. 법원조직법 제81조의 7 제2항에 따른 판결서 양형이유명시 의무는 양형기준 설정 방식을 통해 부과할 수 있다. 디지털성범죄 사안과 같이 종래 과소형량에 대한 문제제기를 고려하여 신설 양형기준이 양형정책적 고려와 규범적 조정을 통해 법률상 차단형보다 높게 권고형량범위 하한설정을 함으로써 특정범죄에서 양형관행을 조정하는 기능을 수행할 수 있는 것이다. 즉 양형법관이 양형기준 권고형량범위 하한보다 낮은 법률상 차단형 하한을 당연히 선택해도 양형기준 형량범위 하한을 이탈한다는 사실만큼은 달라지지 않기 때문에 양형기준을 벗어나는 양형이유를 판결서에 기재해야 한다. 본 양형기준에서도 권고형량범위 하한 2년 6월은 법정형 하한 5년에서 법률상 감경된 차단형 하한으로 정한 것이고, 이보다 하한을 상향할 경우 법률상 차단형을 따라야 하는 종래 원칙에 반하기 때문으로 본 결과이겠지만, 그 ‘법률상’ 감경의 내용이 재량(정상참작)인 한, 그 재량판단에 대해 이유를 제시하도록 하는 내용의 양형기준이 본래 설정취지에 크게 반하지 않을 것이다. 양형기준 개선에 대해서는 혁신보다는 이러한 진전을 바라는 것이다.

그렇다면 본 양형기준은 종래 양형자료상의 평균형량이 유리한 정상으로 고려하였던 처벌불원, 유형력을 행사하지 않은 점을 비판적으로 극복하고, 엄정한 양형권고의 취지를 살린다면 감경영역의 하한을 최소한 참고한 13세 이상 청소년강간의 하한인 3년으로 상향조정을 검토해 볼 수 있었을 것이다. 이에 맞추어 가중영역의 상한도 13세 미만 아동강간의 상한인 15년까지 상향조정을 검토해 볼 수 있었을 것이다.

그런데 신설 양형기준을 공개한 보도 자료는 특별가중(특별가중인자가 2개 이상 존재하는 경우), 다수범(특별가중인자가 2개 이상 존재하는 경우로서 2개 이상의 동종범죄 경우), 상습범(특별가중영역에서의 상습범)에서 가중상한이 각각 19년 6월과 29년 3월이라는 점을 의도적으로 드러나게 강조하고 있다.²⁷⁾ 이는 양형위원회가 종래 디지털성범죄 양형이 관대하다는 비판을 피상적으로만 이해한 태도로 보인다. 정작 국민의 상식을 양형기준에 어떻게 반영할지에 대한 구체적 고민이 부족하기 때문이다. 국민의 관심은 어디까지 형벌이 높아질 수 있는지 드문 사례보다는, 최소한의 형벌조차 선언되지 못하는 다수 사례에 있다. 가중영역 상한을 상향하기보다는 감경영역 하한을 상향해야 과소처벌의 양형관행에 변화를 기대할 수 있다.

27) 양형위원회 보도자료(양형위원회 제106차 회의 결과, 2020년 12월 7일)는 특별가중, 다수범, 상습범 권고형량범위를 별도로 강조표시까지 하고 있다. 실제 양형기준 유형별 권고형량범위표는 감경·기본·가중만으로 구성된다.

3. 디지털성범죄 양형기준 형량범위 - 아동성착취물범죄 대유형 중 구입소지 소유형의 경우

아동·청소년성착취물 범죄 대유형의 소유형 5 (구입 등) 형량범위 설정은 당해 법정형이 1년 이하의 징역에서 1년 이상의 징역으로 대폭 상향되고 선택형으로서 벌금형도 폐지되면서 양형자료 조사결과나 법관대상조사가 무의미하게 되었고, 양형자료가 없는 상태에서 단순히 법정형이 유사한 성범죄 양형기준을 참고할 수밖에 없는 한계가 있다. 그럼에도 아동·청소년 성착취물을 구입·소지·시청하는 범죄에 대한 권고형량범위를 설정 하면서 장애인추행범죄 기준을 참고해 죄책의 정도를 감안하여 다소 하향하는 방향으로 권고형량범위를 설정했다는 것이다.²⁸⁾ 이는 디지털 성범죄, 특히 아동·청소년 성착취에 대한 충분한 연구검토가 아쉬운 부분이다. 상식적으로 디지털 성범죄 피해는 오히려 제작·배포자보다도 불특정 다수의 소지·시청자로 인해 가중악화되는 것이다. 이를 염두에 두고 해당 양형기준 형량범위 설정에 참고한 현행 성범죄기준과 양형자료, 법관대상조사와 신설 양형기준의 권고형량범위를 비교해보면 다음과 같다.

	감경영역	기본영역	가중영역
13세 이상 장애인 위력추행 양형기준	9월-1년 6월	1년 3월-2년 6월	2년-3년
양형자료(통계)	-		
법관대상설문조사	-		
디지털성범죄 양형기준	6월-1년 4월	10월-2년	1년 6월-3년

유형	구분	감경	기본	가중	특별가중 ¹⁾	다수범 ²⁾	상습범 ³⁾
1	제작 등	2년6월-6년	5년-9년	7년-13년	7년-19년6월	7년-29년3월	10년6월-29년3월
2	영리 등 목적 판매 등	2년6월-5년	4년-8년	6년-12년	6년-18년	6년-27년	살상 가중 규정 없음
3	배포 등	1년6월-4년	2년6월-6년	4년-8년	4년-12년	4년-18년	살상 가중 규정 없음
4	아동·청소년 앞선	1년6월-4년	2년6월-6년	4년-8년	4년-12년	4년-18년	살상 가중 규정 없음
5	구입 등	6월-1년4월	10월-2년	1년6월-3년	1년6월-4년6월	1년6월-6년9월	살상 가중 규정 없음

28) 양형위원회, 디지털성범죄 양형기준안 설명자료, 19면.

아동청소년성착취물의 입수 경로와 성착취물의 불법성 정도가 ‘천차만별’이어서 형량 범위를 다소 넓게 정해 개별 사건의 특수성을 반영한 합리적 양형이 이루어질 수 있도록 권고형량범위를 설정하였다는 것인데,²⁹⁾ 참고한 13세 이상 장애인 위력추행의 형량범위보다 다소 낮게, 그리고 동 양형기준의 카메라이용촬영물 범죄 대유형의 구입·소지·시청 소유형에 대한 권고형량범위(-8월/6월-1년/10월-2년)보다는 다소 높은 수준에서 정한 것으로 보인다.

생각건대 아동청소년성착취물 범죄 중에서도 구입·소지·시청의 법정형에 대한 입법자의 결단내용은 법정형 1년 이하를 1년 이상으로 하고 선택형 벌금형을 삭제하였다는 것이다. 이는 디지털 성범죄에 대한 국민적 상식의 중요한 내용을 수용한 것이다. 즉 시청이 단순한 호기심이나 취향이 아니라 타인의 범죄피해를 죄의식 없이 소비함으로써 디지털 성범죄를 악순환하도록 하는 핵심 고리가 된다는 인식이 바탕이다. 그렇다면 아동청소년성착취물의 입수경로가 어떠한지 시청하는 성착취물은 단순히 음란물이 아니며 성폭력물로서의 불법성은 엄연한 것이어서 개별사건의 특수성을 반영하기보다는 당해 범죄유형에 대한 엄중한 처벌필요성을 반영하도록 권고형량범위를 설정해야 마땅한 것이다. 뿐만 아니라 감경영역의 하한에 관하여 법정형하한 1년에서 법률상 감경이나 작량감경을 적용할 경우인 6월보다는 높도록 참고한 기준인 장애인추행의 하한인 9월로 상향조정을 검토할 수 있었을 것이다.

4. 평가

디지털성범죄 양형기준은 종래 권고형량범위 설정의 방식을 대체로 따른 결과다. 즉 양형실무 통계분석을 기초로 형량범위를 설정하되, 최소한의 규범적 조정을 부가하는 것이다. 예컨대 아동청소년 성착취물 범죄에 관하여는 해당 범죄의 죄질, 범정, 재범방지 등에 대한 원칙적 고려뿐만 아니라, 심각한 범죄 피해로 인한 사회적 비판과 높은 관심에 대한 정책적 고려와 법정형 가중취지에 대한 규범적 고려가 적극적으로 필요하다.³⁰⁾

신설범죄나 법정형 변화의 경우 당연히 이를 적용한 양형사례가 축적되지 않았기 때

29) 양형위원회, 디지털성범죄 양형기준안 설명자료, 19면.

30) 양형위원회, 디지털성범죄 양형기준안 설명자료, 10-11면.

문에 근거할 양형자료가 없는 상태에서 법정형이 동일하거나 유사한 범죄 양형기준의 형량범위를 참고할 수밖에 없다.³¹⁾ 그러나 본 양형기준 설정과정에서 인정했던 바, 디지털 성범죄는 기존의 성범죄와 전혀 다른 형태·성격의 범죄이기 때문에³²⁾ 유사한 범죄를 비교하기 쉽지 않고, 법정형이 동일하다고 해서 범죄특성이 동일한 것도 아닐 것이기 때문에 기준설정의 어려움이 있었다. 이는 앞으로 디지털성범죄 양형기준의 수정을 위해서도 종래 양형실무 뿐만 아니라 법관대상 설문조사, 국민참여형 모의양형컨퍼런스³³⁾ 국민 양형인식조사³⁴⁾ 등 다양한 양형자료 확보의 필요성을 보여준다.

IV. 디지털 성범죄 양형기준의 양형인자 평가

1. 감경인자의 양형정책적 의미

양형인자는 권고형량범위 내에서 형을 선택하는 결정적 요소다. 과소처벌이 문제되는 경우라면 감경인자, 특히 특별감경인자가 문제될 것이다. 종래 특히 성범죄에서 과소처벌 양형의 근거였던 범죄전력 없음이나 처벌불원 또는 진지한 반성이 다시 별 고민 없이 디지털 성범죄 양형기준에서 감경인자로 반영된다면 역시 과소처벌 양형관행의 변화를 기대하기 어렵게 된다. 권고형량범위 상하한 설정만큼이나 종래 피해경험을 경시하고 가해자의 변명과 회피를 과대평가하는 통로가 되었던 감경인자를 축소·배제거나, 특별감경인자에서 일반감경인자로 변경하는지 여부에 신설 디지털 성범죄에 대한 평가가 달려 있다.

31) 양형위원회, 디지털성범죄 양형기준안 설명자료, 11면.

32) 양형위원회, 디지털성범죄 양형기준안 설명자료, 8면.

33) 미국의 경우 연방양형위원회(US Sentencing Commission)의 양형교육실(The Office of Education and Sentencing Practice)이 양형기준과 양형현안문제에 대하여 의회, 행정부, 법원, 형사사법공무원, 학계 뿐만 아니라 국민 일반을 대상으로 세미나, 워크숍, 교육훈련프로그램 및 온라인공공교육 과정을 제공하고 있다(<https://www.ussc.gov/education> 2021년 2월 1일 최종검색). 우리 양형위원회도 2018년부터 온라인 ‘국민양형체험프로그램’을 운영 중이다(<https://www.scourt.go.kr/sc/exp/main.work> 2021년 2월 1일 최종검색).

34) 김영미, 디지털 성범죄와 양형기준, 젠더리뷰 2020 여름, 2020, 56-62면.

예컨대 디지털 성범죄 양형기준 특별감경인자로서 ‘피해확산방지를 위한 실질적 조치’는 타당하다고 판단된다. 이는 피해를 줄이기 위한 노력을 자발적으로 하도록 유도하려는 정책적 고려에서 인정된 것이기 때문이다.³⁵⁾ 하지만 ‘유포되기 전 즉시 삭제하거나 폐기한 경우’만이 ‘실질적’ 조치에 상응할 것이다. 디지털 성범죄의 특성상 유포 이후에는 사실상 완전 삭제·폐기가 어렵고 또 그 여부를 검증하기도 어렵기 때문이다. 따라서 유포 전 즉시 폐기는 실질적 조치로서 특별감경인자로 인정 가능하겠지만, ‘유포된 성착취물을 상당한 비용과 노력을 들여 자발적으로 회수한 경우’는 피해확산방지를 위한 조치로서 특별감경인자가 아닌 일반감경인자로 인정했어야 할 것이다.³⁶⁾ 특히 회수가 의미하는 바는 피해회복 노력일 수도 있지만 자신의 범죄증거 인멸에 해당될 수도 있다는 점, 단지 ‘디지털 장의사’에 의뢰하는 요식행위에 그칠 수 있다는 점에 대한 지적³⁷⁾을 고려할 필요가 있다. 디지털 성범죄 피해의 무차별 확산적 특성상 삭제전문 업체에 상당한 비용을 부담했다는 사실만으로는 자발적 회수 노력이나 실질적 피해확산 방지조치로 인정하기 어렵기 때문이다.

2. 처벌불원과 형사 처벌전력 없음

신설 양형기준에서 평가할 만한 성과는 일반감경인자로서 처벌불원과 형사처벌 전력 없음이다. 종래 성범죄 양형기준에서는 처벌불원을 특별감경인자로 인정한다. 그러나 디지털 성범죄 양형기준에서는 처벌 실질화 여론에 따른 법정형 가중 취지를 고려하여 일반감경인자로 인정한다. 디지털 성범죄의 특성상 피해자가 가해자(소지·시청자까지 포함한다면)를 알 수 없는 경우도 많기 때문에 처벌불원이 애초 가능하지 않기도 하다.

또한 신설 양형기준의 ‘처벌불원’에 대한 평가는 일찍이 아동청소년성보호법의 입법이 성인대상 성폭력법제의 개선을 선도했듯이, 아동·청소년성착취물 범죄를 비롯한 디지털 성범죄 양형기준이 향후 성범죄 양형기준 개선을 선도할 가능성을 보여준다. 무엇보다도 성범죄 피해자의 ‘처벌불원’이라는 용어 자체가 어떤 법적·사회적 의미인지, 피

35) 양형위원회, 양형위원회 제106차 회의 결과(보도자료, 2020년 12월 7일).

36) 송영지, 디지털성범죄의 양형인자와 양형기준에 관한 연구, 417면.

37) 서승희, ‘카메라등이용촬영, 허위영상물등의 반포 등 범죄 양형기준안에 대한 의견’, 양형위원회, 양형기준안 제15차 공청회 결과보고, 2020, 141면.

해자의 의사를 제대로 반영하는지 의문이다. 누가 무엇을 원치 않는다는 것인가. 처벌을 원치 않는다는 의미인가 중벌을 원치 않는다는 것인가. 반성과 피해회복 노력의 진정성을 받아들일겠다는 것인가. 용서하겠다는 것인가. 대개 성범죄 피해자는 가해자의 사과를 받고 처벌불원 의사를 표시하는 관계와 절차에서조차 빨리 벗어나고 싶을 뿐이다. 애초부터 성범죄 양형기준에서도 특별감경인자로 인정할 이유가 있는지 재검토가 필요하다.

또한 신설 양형기준은 일반감경인자로서 ‘형사 처벌전력 없음’에 대한 정의규정을 처음으로 제시하였다. 당연히게도 단지 처벌전력이 아니라 ‘해당 범행 이전까지 단 한 번도 범행을 저지르지 아니한 경우’를 의미한다는 것이다. 뿐만 아니라 ‘다만, 불특정 또는 다수의 피해자를 대상으로 하거나, 상당한 기간에 걸쳐 반복적으로 범행한 경우는 제외한다’는 일종의 ‘소극적 양형인자’³⁸⁾도 인정하였다. 이러한 정의규정은 앞으로 성범죄 양형기준 개선에도 반영해 나갈 필요가 있다.

3. 가중인자에 대한 평가

신설 양형기준에는 특별가중인자로서 ‘범행수법이 매우 불량한 경우’에 ‘전파성 높은 수단을 이용하여 성착취물을 유포한 경우’가 포함되어 있는데, 이는 디지털 성범죄의 고유한 특성 그 자체인 바 특별가중인자로 거듭 인정하는 문제가 제기될 수 있다. 청소년 성보호법이 말하는 아동·청소년 성착취물 범죄수법이 디지털 매체에만 한정되어 있지 않은 점, 그러한 점에서 디지털 성범죄 양형기준 명명에 대한 문제제기가 있었던 점을 고려한 불가피한 설정으로 보인다.

또한 ‘고도의 지능적 방법 동원’이나 ‘지금까지 알려지지 아니한 신종의 전문적 수법을 창출하여 범행’ 하는 경우도 범행수법이 매우 불량한 경우의 내용으로 제시하고 있는데, 아동·청소년성착취물 범죄를 비롯한 디지털 성범죄 특성을 살펴보면 ‘디지털’이라는 용어가 곧 지능적이거나 전문적 수법을 요한다 오해할 것은 아니어서 범행수단과 방법을 치밀하게 계획했다는 점 외에는 그저 사악할 뿐 지능적이지도 못하고 전문적이지도 않은 단순하되 집요한 수법이 대부분이며, 그 자체로 ‘매우 불량한 경우’라 할 것이다.

38) 양형기준에서 가중·감경 또는 일반·특별 양형인자 뿐만 아니라 특정범죄 양형과 관련해 고려하지 말아야 할 소극적 양형인자를 도입한다면 양형기준의 기준적 효과를 높일 수 있을 것이다(김한균, 주취감경의 형법적 문제와 양형기준 합리화, 형사법의 신통향 61호, 2018, 165-166면).

특별가중인자로서 ‘비난할 만한 범행동기’에 ‘피해자에 대한 보복·원한이나, 증오감에서 범행을 저지른 경우’를 포함시킨 것은 소위 리벤지포르노나 여성혐오표현에 대한 가중처벌을 적절히 염두에 둔 것으로 보인다. 다만 ‘범행 자체를 즐겨서 저지른 경우’는 어떤 내용인지 의문인데, 구입·시청은 당연히 해당될 것이나, 제작이나 영리목적판매 자체를 즐겨서 저지르는 경우는 생각하기 어렵기 때문이다. 아무튼 비난할 만한 범행동기에 해당되는 경우가 상당히 범위가 넓어서 법관으로 하여금 특별가중의 재량을 부여하고 있다.

V. 양형기준의 진전과 답보 - 디지털 성범죄 양형기준 설정과정과 성과의 시사점

1. 디지털 성범죄 양형기준 설정의 성과

디지털 성범죄 양형기준 신설은 일개 양형기준의 추가 그 이상의 의미가 있다. 즉 종래 양형기준 설정대상과 구별되고, 기존 양형기준 대상 범죄군에 형식적으로 포섭되지 않는 내용적 차별성을 인정하는 ‘양형기준 확장’³⁹⁾의 좋은 사례다. 단순히 디지털 성범죄 범죄유형에 대한 양형기준 설정의 의미를 넘어 국민의 상식을 반영하고 사회의식 변화를 법원과 양형제도가 전향적으로 수용하는 정책역량을 보여주었다는 점에서 양형기준 제도의 한 걸음 진전으로 평가할 수 있다.

나아가 디지털 성범죄 양형기준의 설정 성과는 디지털성범죄 처벌입법 및 범정부 디지털성범죄근절대책과의 정책체계적 관점으로부터도 평가해 볼 수 있다. 디지털성범죄 양형기준 설정이 진행되던 중에 허위영상물 등의 반포죄,⁴⁰⁾ 촬영물 등을 이용한 협박·강요죄,⁴¹⁾ 불법촬영물소지시청죄, 상습카메라이용촬영죄,⁴²⁾ 상습아동성착취물제작죄⁴³⁾

39) 양형기준 확장은 양형기준 설정대상 범죄군의 추가확대를 넘어, 소극적 양형인자 도입이나, 벌금형 양형기준 제정 등 양형기준의 기준적 효과 제고를 통한 적극적 양형정책을 의미한다(김한균, 주취감경의 형법적 문제와 양형기준 합리화, 172면).

40) 2020년 3월 개정 성폭력처벌법(법률 제17086호)제14조의 2.

41) 2020년 5월 개정 성폭력처벌법(법률 제17264호)제14조의 3.

가 신설되었다. 또한 카메라이용촬영죄⁴⁴⁾와 아동성착취물죄⁴⁵⁾의 법정형(징역형)이 가중되었다. 또한 2020년 4월 법무부 디지털성범죄 근절 대책⁴⁶⁾에 따르면, 디지털 성범죄의 중대성에 비해 상대적으로 형량이 낮아 처벌이 충분치 않았기 때문에 중대범죄로 처벌할 수 있도록 법정형량을 상향하고, 예비·음모죄를 처벌하는 살인 등과 마찬가지로 중대 성범죄 예비·음모죄를 신설하며,⁴⁷⁾ 아동·청소년대상 온라인 그루밍 처벌을 신설하고,⁴⁸⁾ 디지털 성범죄피해로부터 아동·청소년 보호범위를 확대할 수 있도록 의제강간 기준 연령을 16세 미만으로 상향⁴⁹⁾한다는 것이다. 2020년 3월 법무부의 디지털성범죄 대책⁵⁰⁾과, 2020년 4월 검찰의 ‘성착취 영상물 사범 사건처리 기준’⁵¹⁾ 또한 디지털성범죄에 대한 실질적으로 중한 처벌을 강조한다.

국회의 디지털성범죄 처벌강화입법과 정부의 디지털성범죄 근절 종합대책, 법무부와 검찰의 처벌 강화 정책은 디지털 성범죄 양형기준 신설 이후에도 계속 보완·추진될 것이며, 이는 곧 양형기준 수정작업도 계속되어야 한다는 의미다. 그러나 디지털성범죄 관련 양형자료확보의 노력이나 종래 양형기준 설정방식 개선이 진전되지 않고 양형실무의 충분한 변화가 뒤따르지 않는다면, 어떠한 입법과 대책도 국민에게는 ‘정책실패’가 되는 셈이다.

42) 2020년 5월 개정 성폭력처벌법 제14조 4항, 5항.

43) 2020년 6월 개정 청소년성보호법(법률 제17338호) 제11조 7항.

44) 2020년 5월 개정 성폭력처벌법 제14조 1항 내지 3항.

45) 2020년 6월 개정 청소년성보호법 제11조 2항, 3항.

46) 국무조정실, 디지털 성범죄, “처벌은 무겁게, 보호는 철저하게”(보도자료 2020년 4월 23일).

47) 2020년 6월 개정 청소년성보호법 제7조의 2.

48) 2021년 3월 개정 청소년성보호법(법률 제17972호) 제13조 2항, 제15조의 2.

49) 2020년 5월 개정 형법 제305조 2항.

50) 디지털 성범죄 범행구조와 방식을 규명하여 모든 가담형태에 대해 각각 엄정처벌 하되, 공모가담자에 대해 형법상 범죄단체조직죄(제114조) 적용을 검토하고, 종래 단순가담자 또한 공범에 상응한 책임을 묻겠다(법무부, “SNS 이용 성착취 등 디지털 성범죄에 강력 대응” 보도자료 2020년 3월 24일).

51) 영리목적 유포사범은 전원 구속 원칙에 징역 7년 이상 구형하되, 다수 피해 야기 등 죄질 불량시 법정 최고형인 10년 이상 적극 구형하고, 일반소지범도 동종 재범이나 유료회원 등 참여자는 구공판 및 징역 6월 이상 구형, 이른바 ‘관전자’도 벌금 500만원 이상 구형하는 등 엄벌한다(대검찰청, 신중 디지털 성범죄 엄벌을 위한 「성착취 영상물 사범 사건처리 기준」 시행, 보도자료 2020년 4월 9일).

2. 디지털 성범죄 양형기준 설정에서 여전한 문제

그런데 신설 디지털 성범죄 양형기준은 아동성착취범죄를 비롯한 디지털 성폭력의 범죄특성과 범죄피해특성을 분간하여 종래 성범죄 양형기준과 구별되는, 구별되어야 하는 기준 설정의 기회를 충분히 살리기 보다는 종래 성범죄 양형기준의 체계에 맞추는 방식으로 기준설정방식을 답습하였고 양형자료도 종래와 같이 한정적으로 활용하였다.

그리고 앞서 지적한 바 양형위원회의 신설 양형기준 보도 자료에서 다섯 개 범죄유형의 특별가중, 다수범, 상습범의 가중상한을 특별히 강조하려는 점은 여전히 양형위원회가 디지털성범죄 양형에 대한 국민적 비판의 지점을 잘못 짚고 있음을 보여준다. 과소처벌 양형관행의 문제의 양형기준을 통한 해법은 가중영역 상한의 상향이 아니라 감경영역 하한 상향에 있는 것이다.

디지털 성폭력 가해자의 가해의도와 피해자의 피해경험, 성착취 산업의 가해 피라미드 구조, 주된 가해-피해자 집단인 10대 아동청소년의 특성과 이들의 사이버공간에서의 일상에 대한 이해노력 또한 부족해 보인다. 다시 한번 종래 양형기준 설정·변경에서 의존하는 양형자료가 제한되어 있다는 문제로 돌아간다.

물론 양형기준이 양형의 문제를 모두 해결하는 해법이기를 기대하기는 어렵다. 입법 단계에서의 문제가 양형단계에서 해소되기 어렵듯이 디지털 성범죄 양형의 문제를 양형위원회와 양형기준에 전부 돌리기도 어렵다. 그렇다 해도 양형기준이 문제해법의 일부가 되어야지, 문제의 일부가 되어서는 안 된다.

즉 국민을 대표한 입법자의 의사와 법률전문가인 양형법관의 판단 사이에 양형위원회와 양형기준이 자리 잡을 역할이 있다. 국민과 국회와 법원 사이에 디지털 성범죄의 ‘공정하고 객관적인’ 처벌에 대한 인식이 공유되지 못하면서 발생하는 거리를 합리적으로 좁히는 기능을 수행해야 한다. 이는 양형기준 제도 도입 당시 양형 편차(discrepancy)를 줄이는데 일차적 목적이 있었다면, 이제는 법관 사이의 양형 편차뿐만 아니라 국민과 법원사이 양형 격차(divide)를 줄이는 기능도 고려해야 한다는 뜻이다.⁵²⁾ 그래야 비로소 양형기준과 양형정책을 통해 공정하고 객관적인 양형에 대한 사회적 신뢰가 회복될 수 있다.

52) 김한균, 디지털 성범죄 양형과 양형기준의 규범적 조정, 형사정책 32(2), 2020, 12면.

그리고 종래 양형관행을 정형화한 기준이라면 당연히 높을 수밖에 없는 양형기준 준수율이라는 수치를 앞세워 사실상 종래 양형관행 표준화를 합리화하는 것만으로는 부족하다. 그런 양형기준은 단지 법원에 부속되는 기능일 따름이다. 법원조직법 제81조의2(양형위원회의 설치) 제1항에 따르면 대법원에 양형위원회를 두게 되어 있으나, 위원회는 그 권한에 속하는 업무를 독립하여 수행한다(동조 제3항). 양형기준 설정·변경뿐만 아니라 이와 관련된 양형정책을 연구·심의할 수 있다(동조 제2항). 따라서 디지털 성범죄와 같은 국민적 관심현안에서 입법적 결단과 사법적 판단이 서로 연결되지 못하고 어긋남으로써 형사사법제도에 대한 국민적 불신을 초래할 때, 양형위원회가 조정과 연결의 독립적인 정책 기능을 수행할 수 있을 것이다.⁵³⁾ 범죄와 형벌에 대한 국민적 상식 내지 사회적 평가에 의미있는 변화가 진행되고 입법에도 반영된다면 양형기준을 거쳐 법원 양형의 의미 있는 변화도 이루어져야 비로소 우리 사회 디지털 성범죄 문제도 개선될 수 있다. 법원의 변화를 일정부분 이끌어가는 양형정책적 기능은 양형위원회와 양형기준에 기대해 볼 수 있다.

나아가 현행 양형위원회와 양형기준 제도로써 양형관행과 양형격차의 문제를 해결하는데 한계가 여전하다면, 양형문제 해결에 앞서 양형기준제도의 문제 해결 방안도 검토해 볼 필요가 있겠다. 예컨대, 2010년 국회 사법제도개혁특별위원회에 상정된 ‘양형기준 법안’⁵⁴⁾의 경우 양형기준의 제정목적을 명시하고, 양형위원회의 중립성과 민주적 정당성을 강화하기 위해 대통령 소속으로 하며, 양형기준 설정에서 다양한 의견수렴을 위해 다양한 전문가로 위원회를 구성하고 사무와 연구기반을 강화하는 내용이 포함되어 있다. 또한 2011년 ‘형사재판의 양형기준에 관한 법률안’⁵⁵⁾은 양형기준 제정·개정을 위하여 형사재판양형위원회를 국회에 두고 독립하여 업무를 수행하도록 하고, 책임 원칙, 형평성 원칙, 재범방지, 사회복귀 및 차별금지를 내용으로 하는 양형기준 제정 기본원칙을 정하며, 형사재판양형위원회가 의결한 양형기준안은 국회가 심의·확정하도록 하고, 국민의 건전한 상식을 반영하기 위하여 국민 의견을 수렴하여 양형기준을 제정·개정에 반영하도록 한다는 제안이다. 최근 2020년 ‘형사소송법 일부개정법률안’⁵⁶⁾ 또한 성폭력, 아

53) 김한균, 고강도 형벌정책과 적정한 양형, 형사정책 31(1), 2019, 90면.

54) 박민식 의원대표발의, 의안번호 1808019호(2010년 3월 30일).

55) 성윤환 의원대표발의, 의안번호 1812158호(2011년 6월 8일).

56) 이탄희 의원대표발의, 의안번호 2100459호(2020년 6월15일).

동학대, 산재사고 범죄에 대한 형선고의 경우 판사의 유죄 선고와 ‘국민양형위원’ 심의를 거친 형량 결정의 분리를 통해 법관의 자의적인 양형 선택을 방지하고 국민 관심 범죄에 대해 국민의 상식에 부합하는 객관적이고 공정한 양형이 이뤄지도록 한다는 제안이다.

디지털 성범죄 양형기준 신설을 계기로 양형위원회와 양형기준의 제도취지와 기능의 한 단계 진전된 실현을 위해 그 조직과 구성, 권한과 임무, 정책연구기반 개선을 위한 전향적인 논의가 이어져야 한다. 물론 논의 핵심은 현행 법원조직법 제81조의 2 제1항의 내용, 즉 ‘국민의 건전한 상식을 반영하고 국민이 신뢰할 수 있는 공정하고 객관적인 양형을 실현하기 위하여 양형위원회를 둔다’는 점이다.

참고문헌

- 강희영, 디지털성범죄피해의 복합성과 정책과제, 이화젠더법학 12(2), 이화여대 젠더법학연구소, 2020.
- 국무조정실, 디지털 성범죄, “처벌은 무겁게, 보호는 철저하게”, 보도자료 2020년 4월 23일자.
- 김성규, 형사입법정책의 중벌주의적 관점에 대한 비판적 이해, 입법과 정책 3(1), 국회입법조사처, 2011.
- 김영미, 디지털 성범죄와 양형기준, 젠더리뷰 2020 여름, 한국여성정책연구원, 2020.
- 김한균, 디지털성범죄 차단과 처단, 저스티스 178, 한국법학원, 2020.
- _____, 디지털성범죄 양형과 양형기준의 규범적 조정, 형사정책 32(2) 한국형사정책학회, 2020.
- _____, 고강도 형벌정책과 적정한 양형, 형사정책 31(1), 한국형사정책학회, 2019.
- _____, 주취감경의 형법적 문제와 양형기준의 합리화, 형사법의 신동향 61, 대검찰청, 2018.
- _____, 사이버성범죄·디지털성범죄 실태와 형사정책, 이화젠더법학 9(3), 이화여대 젠더법학연구소, 2017.
- 대검찰청, 신종 디지털 성범죄 엄벌을 위한 「성착취 영상물 사범 사건처리 기준」 시행, 보도자료 2020년 4월 9일자.
- 법무부, SNS 이용 성착취 등 디지털 성범죄에 강력 대응, 보도자료 2020년 3월 24일자.
- 서승희, 카메라등이용촬영, 허위영상물 등의반포 등 범죄 양형기준안에 대한 의견, 양형위원회, 양형기준안 제15차 공청회 결과보고, 2020.
- 송영지, 디지털성범죄의 양형인자와 양형기준에 관한 연구, 강원법학 62, 강원대 비교법학연구소, 2021.
- 이운정, 최근의 양성갈등 상황과 양성평등 관점에서 본 디지털 성범죄, 강원법학 56, 강원대 비교법학연구소, 2019.
- 양형위원회, 양형기준 2020, 대법원 양형위원회, 2020.
- _____, 양형기준안 제15차 공청회 결과보고, 대법원 양형위원회, 2020.

_____, 디지털성범죄 양형기준안 설명자료, 대법원 양형위원회(미출간), 2020.

_____, 양형위원회 제106차 회의 결과, 보도자료, 2020년 12월 7일자.

여성가족부, 디지털성범죄 피해영향 월평균 삭제지원 건수 지난해보다 2배, 보도자료,
2019년 12월 30일자.

Critical Review of the New Sentencing Guideline on Digital Sex Crimes

Kim, Han-Kyun*

This essay reviews newly introduced sentencing guideline on digital sex crimes in the year of 2020. Korean Sentencing Commission establishes sentencing guidelines per individual offense with sentencing policy concerns, under Part VIII of Court Organization Act. The Commission has made sentencing guidelines for over 40 major offenses, including crimes of homicide and crimes of sexual assault.

As for digital sex crimes, its sentencing guideline has been one of the most critical social issue during the year of 2020. The Commission has made efforts to achieve fair and objective sentencing, along which people's common sense or conscience in the matter of the crimes which exploits or abuses women and children.

However, the new sentencing guideline has both some achievements and limits in addressing sentencing practice and lenient sentence on digital sex crimes. The process of making the new guideline shows considerable efforts to research public opinion and expert knowledges on the crimes and to adopt research data on the problems. On the other hand, the new guidelines still follow its established practice, which demands further reform of the new guideline, as well as the institutions of the sentencing guidelines.

❖ key words: Digital sex crimes, Sentencing guideline on Digital Sex crimes, Sentencing Commission, Fairness in sentencing, Divide in sentencing

투고일 : 2월 28일 / 심사일 : 3월 23일 / 게재확정일 : 3월 23일
--

* Senior Research Fellow, Korean Institute of Criminology.