

所謂몰래카메라攝影 및 流布에 대한 刑法的 規制에 관한 立法論的 考察 - 比較法的 檢討를 考慮하여 -

朴 喜 榮*

차 례

- I. 문제제기
- II. 현행 형벌규정의 검토
 - 1. 저작권법
 - 2. 성폭력특별조치법
 - 3. 형 법
 - 4. 정보통신망법
 - 5. 통신비밀보호법
- III. 비교법적 검토
 - 1. 독일 형법 제202a조
 - 2. 스위스 형법 제179조의 4
 - 3. 미국 비디오 훔쳐보기 방지법
 - 4. 영국 성범죄법
 - 5. 그 외 국가의 형벌규정
 - 6. 비교 및 검토
- IV. 구체적인 입법 방향
 - 1. 범죄의 성격
 - 2. 형법 또는 특별법
 - 3. 구성요건
 - 4. 법정형
 - 5. 친고죄 또는 미수범
- V. 결 론

* 法學博士, 獨逸 막스플랑크 國際刑法研究所 客員研究員

I. 문제제기

정보화 사회에서는 사진촬영으로 인하여 개인의 프라이버시가 침해될 위험성이 항상 존재하고 있다. 카메라가 장착된 휴대폰, 디지털카메라, 디지털 캠코더 등 새로운 촬영장치의 등장으로 타인의 사진을 손쉽게 촬영할 수 있을 뿐 아니라, 촬영된 사진을 인터넷에 올려서 유포할 수 있고, 웹캠 등으로 촬영하여 인터넷상에서 실시간으로 전송도 할 수 있기 때문이다. 더욱 문제가 되고 있는 것은 소위 ‘몰래카메라’의 촬영과 이의 유포행위이다. 오늘 날 몰래카메라는 방송사의 취재활동¹⁾이나 보험회사의 법원에 제출할 증거자료확보용²⁾으로도 이용되고 있을 뿐 아니라, 호텔·여관 등의 숙박업소, 탈의실, 화장실, 목욕탕, 주점³⁾ 등에서 개인의 사적인 활동을 비밀리에 촬영하는데도 이용되고 있다. 심지어는 도서관, 백화점, 지하철 등 공공장소나 개인의 프라이버시의 보

- 1) 몰래카메라를 이용한 언론의 취재 활동과 관련한 문언으로는 김경호, 몰래카메라를 이용한 취재와 인격권의 침해에 관한 연구 : 한국과 미국의 사례 비교를 통한 상충된 법익의 균형, 한국언론학보 47권 4호(2003년 8월호), 한국언론학회, 2003. 8. 30, 246-273 참조.
- 2) 최근 대법원은 보험회사의 몰래카메라촬영행위를 민법상 불법행위로 판단하고 있다. 즉 교통사고 손해배상청구소송의 피고인 보험회사 직원이 원고들의 장해 정도에 관한 증거를 수집할 목적으로 원고들의 일상생활을 몰래 촬영한 행위가 초상권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 불법행위로서 위법하다고 판단했다(대법원 2006.10.13, 2004다16280). 이에 앞서 원심판결(서울지법 민사단독28부)도 “사진 촬영행위가 회사 업무행위의 일환으로 소송의 증거자료를 위한 것이고 촬영 장소 또한 공개된 장소라 하더라도 개인의 사생활 보호 필요성을 놓고 볼 때, 일반인이 참을 수 있는 정도가 아니다”며 “무단촬영행위 및 그 제출로 인해 원고들의 사생활의 비밀과 자유에 관한 권리 및 초상권이 침해됐다”고 보았으나, 이에 대해서 항소심판결(서울중앙지법 민사항소8부)은 “피고의 행위는 민사재판 증거수집에 필요한 것으로서 원고의 일부 권리가 침해됐다고 하더라도 공정한 민사재판권의 실현이라는 우월한 이익을 위해 원고가 참을 수 있는 범위에 속한다”고 적시하면서, “원고의 청구를 부당하게 여기는 피고 입장에서 달리 객관적 증거자료를 취득할 방법이 없고 누구나 볼 수 있는 공개 장소에서 사진을 촬영했던 점, 사생활 탐지가 아니라 민사재판의 증거수집을 위해 촬영이 이뤄졌다는 점 등 위법성이 조각되는 특수한 상황이 인정된다”고 하여 몰래카메라 촬영의 불법성을 부정했다.
- 3) 한 국회의원이 립살롱으로 보이는 곳에서 술집 종업원으로 추정되는 여성의 옷속에 손을 넣어 몸을 만지는 장면을 약 51초가량 몰래카메라로 촬영된 동영상상이 여성단체의 인터넷 홈페이지 게시판에 게재된 사건이 있었다.

호가 예상되는 장소 등에서도 개인의 사적 활동 등이 촬영되어 인터넷 상의 성인 카페나 개인 블로그 또는 싸이월드와 같은 미니 홈페이지 등에서 유포되고 있다. 이러한 촬영과 유포행위로 말미암아 개인의 초상권 침해는 물론 프라이버시의 침해 위험은 더욱 높아지고 있고, 실제로 이러한 침해에 대한 구제를 호소하는 사례도 늘어나고 있다.⁴⁾

지금까지 이러한 문제들이 저작권법 내지는 민법영역에서 초상권⁵⁾ 침해의 문제로 주로 논의되어 왔지만, 그 구제에는 한계가 있어 왔다. 따라서 초상권 침해는 물론 개인의 사적 생활영역이 사진촬영으로 인하여 침해되는 경우 기존 형법은 어떠한 규정을 두고 있는가를 검토하는 것은 형사정책적으로 의미 있는 일이다. 몰래카메라에 의한 촬영 및 이의 유포에 대하여 기존의 형벌법규에 결함이 있는 경우 이러한 침해행위를 새로운 범죄로 규정할 필요가 있기 때문이다.

본 논문은 본인의 동의없이 몰래카메라로 촬영⁶⁾하거나 이의 유포⁷⁾

4) 인터넷 검색 사이트에서 이러한 사례를 자주 접할 수 있다. 예컨대 네이버 지식검색 사이트 참조(<http://www.naver.com/>).

5) 초상권의 개념에 대한 법률상 정의는 아직 존재하지 않으나, 판례에 의하면 초상권이란 “사람이 자신의 초상에 대하여 갖는 인격적·재산적 이익, 즉 사람이 자기의 얼굴 기타 사회 통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영되어 공표되지 아니하며 광고 등에 영리적으로 이용되지 아니하는 법적 보장”이라고 한다(서울지방법원 남부지원 1997. 8. 7. 판결 97가합8022). 최근 대법원 판례도 이와 거의 동일한 개념으로 파악하고 있다. 즉 초상권이란 “사람이 누구나 자신의 얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영 또는 그림 묘사되거나 공표되지 아니하며 영리적으로 이용당하지 않을 권리”라고 표현하고 있다(대법원 2006.10.13. 판결 2004다16280). 이러한 초상권은 우리 헌법 제10조 제1문에 의하여 헌법적으로도 보장되고 있는 권리이다.

6) 몰래카메라에 대한 법적 정의는 없지만, 성폭력특별법 제14조의 2에서 카메라이용 촬영행위를 ‘카메라 기타 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하는 것’이라고 정의하고 있다. 하지만 ‘성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는’ 촬영이 아닌 경우와 이러한 성적인 것과 관련이 없는 개인의 사적 생활 영역의 촬영은 동법의 개념으로 포섭하기 어렵다. 따라서 본 논문에서 몰래카메라의 촬영이란 보다 일반적인 개념으로 파악하여 동의없이 촬영대상자 몰래 촬영하는 경우, 동의없이 촬영대상자의 인식하에 촬영하는 경우, 동의하에 촬영의 범위를 벗어나서 촬영한 경우를 모두 포괄하는 의미로 사용한다.

7) 본 논문에서 유포란 몰래카메라로 촬영된 것을 공개하거나 중계하거나 인터넷상에

로 개인의 프라이버시가 침해되는 경우 이에 대한 형법적 규제방안을 검토한다. 우선 현행 형벌적용법규에 흠결이 있는지를 검토하고, 다른 나라의 입법례를 비교 검토한 뒤, 현행법 체계 내에서의 입법론을 제시해 본다.

II. 현행 형벌규정의 검토⁸⁾

1. 저작권법

사진 촬영으로 인하여 개인의 사생활이 침해되는 경우 이를 형벌로 규율하고 있는 것으로 우선 저작권법 제100조 제1호의 규정을 들 수 있다. 저작권법 제32조 제4항에서는 촉탁에 의한 초상화 또는 이와 유사한 사진저작물의 경우에는 촉탁자의 동의가 없는 때에는 이를 이용할 수 없다고 규정하고, 이를 위반한 경우에 500만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(동법 제100조 제1호)⁹⁾. 예를 들어 사진관에서 촉탁에 의해서 사진을 찍은 경우 사진저작물에 대한 저작권은 사진을 찍은 사진사에게 귀속된다.¹⁰⁾ 다만 이후에 찍은 사진을 사진사가 촉탁자의 동의없이 이를 이용하게 되면 촉탁자의 인격권 내지 초상권이 침해될 우려가 있다. 이러한 침해를 방지하기 위해서 촉탁자의 동의를 요구하고 있는 것이다. 여기서 이용이란 전시 및 복제뿐만 아니라 그 밖의 모든 이용행위를 말한다.¹¹⁾ 이 규정에 의하면 사진 촬영 자체는 동의를 받았기 때문에 문제가 되지 않고, 촬영된 사진을 그 이

접근이 가능하도록 하는 등 촬영 이후의 침해되는 모든 유형을 포괄하는 의미로 사용한다.

8) 박희영, 무권한 사진촬영에 대한 형법적 보호, 비교형사법연구 제7권 제1호, 한국비교형사법학회, 249-253면 참조.

9) 독일의 미술 및 사진저작권법 제33호와 유사한 규정이다.

10) 구 저작권법은 사진에 대한 저작권이 촉탁자에게 있다고 규정하고 있었다.

11) 오승종 이해완, 저작권법 (제3판), 박영사 2004, 371면. 구 저작권법은 “... 이를 전시하거나 복제할 수 없다”고 규정하고 있었다.

후에 허락을 받지 않고 이용한 행위는 촉탁자의 신뢰파괴가 문제되고 나아가서 촉탁자의 초상권이 침해될 우려가 있기 때문에 처벌된다. 따라서 이 규정에 의하면 처음부터 권한없이, 즉 동의없이 사진을 촬영하여 개인의 초상권이나 프라이버시가 침해된 경우에는 처벌할 수 없다. 또한 인터넷에 유포되는 경우에도 이 규정으로는 처벌할 수 없다.

2. 성폭력특별조치법

성폭력특별조치법 제14조의 2는 의사에 반한 음란성 사진의 촬영 금지 규정을 두고 있다. 동 규정은 카메라 기타 및 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 자극할 수 있는 타인의 신체를 그 의사에 반하여 촬영한 자를 처벌한다. 이 규정은 소위 성적인 것과 관련한 몰래카메라 촬영행위를 규제하기 위한 것이다. 특히 이 규정은 공공장소에서의 촬영행위를 규제하는데 의의가 있다. 1998년 동법의 개정 당시 공공장소 등에서의 몰래카메라의 설치로 프라이버시 침해가 심각했음에도 불구하고, 기존의 법규정만으로는 처벌이 곤란하였다. 예컨대 음성이 녹음된 경우에는 통신비밀보호법 위반죄로, 타인의 주거 등에 몰래 침입한 후 촬영한 경우에는 형법상 주거침입죄로 처벌이 가능하였지만, 음성녹음이 없거나 공공장소에서의 몰래카메라 설치에 대한 규제는 거의 불가능하였다.

이 규정에 의하면 성적 욕망이나 수치심을 자극할 수 있는 타인의 신체를 피촬영자의 동의없이 촬영해야 한다. 여기서의 성적욕망 및 수치심의 경우는 건전한 상식있는 일반인의 성적 수치심이나 혐오감을 기준으로 한다. 이 규정은 주로 정사 장면이나 나체 등을 몰래 촬영하는 경우에 적용된다.¹²⁾ 하지만 음란적 성격을 띠지 않는 경우의 사적 생활영역, 예컨대 사망이나 질병 및 가족생활과 같은 고도의 사적 생활영역에는 적용될 수 없다.

12) 하지만 몰래 훑쳐보는 경우에는 적용할 수 없다.

3. 형 법

사진촬영과 촬영된 사진이 유포된 경우 사생활이 침해되었을 때 고려할 수 있는 세 번째 형벌규정으로는 형법상 명예훼손죄(제307조)나 모욕죄(제311조)를 들 수 있다. 특히 오늘날 디지털 카메라와 카메라 폰의 등장으로 인터넷의 블로그 등 개인 홈페이지 등에서 사진이 업로드되어 사생활이 침해될 우려가 훨씬 커짐으로써 정보통신망법상의 사이버명예훼손죄(동법 제61조 제1항 및 제2항)가 중요성을 가지게 되었다. 하지만 이러한 형벌구성요건은 사진촬영 자체에 대해서는 적용될 수 없고, 촬영된 사진이 어떠한 형태로든 외부에 표현되어야 적용이 가능하다. 그리고 명예훼손이나 모욕의 요건을 갖추어야 한다. 특히 사이버명예훼손죄의 경우 사람을 ‘비방할 목적’이라는 특수한 구성요건을 충족시켜야 한다. 따라서 명예훼손 관련죄나 모욕죄도 몰래카메라의 촬영으로 개인의 프라이버시가 침해되는 경우에는 적용하기 어렵다.

4. 정보통신망법

정보통신망법 제65조의 사이버스토킹죄나 성폭력특별법 제14조의 통신매체이용음란죄의 경우도 고려해 볼 수 있다. 사이버스토킹죄의 경우는 정보통신망을 통하여 공포심이나 불안감을 유발하는 말, 음향, 글, 화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하게 한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다. 통신매체이용음란죄의 경우 자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 전화·우편·컴퓨터 기타 통신매체를 통하여 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말이나 음향, 글이나 도화, 영상 또는 물건을 상대방에게 도달하게 한 자는 1년이하의 징역 또는 300만원이

하의 벌금에 처하도록 하고 있다. 촬영된 사진에 담긴 내용에 따라 두 규정이 적용될 수도 있겠지만, 앞서 살펴본 바와 같이 사진촬영으로 인하여 침해되는 프라이버시의 보호에는 역시 적용하기 부족한 규정이다.

5. 통신비밀보호법

통신비밀보호법에는 대화비밀침해죄(제3조, 제14조, 제16조)를 규정하고 있다. 동법 제14조에서 공개되지 아니한 타인간의 대화의 녹음과 전자장치 또는 기계적 수단을 이용한 청취를 금지하여 타인의 대화비밀을 침해할 수 없도록 하고 있다. 그리하여 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취한 자(제16조 제1호)나 이로 인하여 지득한 통신 또는 대화의 내용을 공개하거나 누설한 자는 10년 이하의 징역과 5년 이하의 자격정지에 처한다(제16조 제2호).

몰래카메라의 촬영행위는 통신비밀보호법상의 대화비밀침해에 대응하는 행위 유형이라 할 수 있다. 그러나 우리 입법자는 비밀대화침해죄는 형벌로 규정하고 있지만, 공개되지 아니한 타인간의 대화 장면을 사진으로 촬영하는 행위나 공개되어서는 아니되는 개인의 사적인 생활영역을 사진으로 촬영하는 행위에 대해서는 처벌규정을 두고 있지 않다.

비밀녹음과 비밀촬영에서 처벌과 불처벌에 차이를 두는 것이 과연 타당한 입법인가 하는 점은 오늘날 디지털 시대를 살아가는 비주얼 세대라면 누구나 이해할 수 없는 입법임을 쉽게 알 수 있다. 디지털 카메라와 핸드 카메라의 등장으로 디지털 사진은 인터넷 등에서 새로운 비주얼 문화를 대표하는 의사소통의 수단으로 사용되고 있고, 오늘날 대부분은 카메라뿐만 아니라 캠코더, 핸드 카메라, 디지털 카메라 등을 가지고 있어서 언제 어디서든지 사진을 촬영하여 인터넷의

개인 홈페이지인 싸이월드나 블로그에 올릴 수 있다.

이에 반해서 도청장치들은 일반인들이 손쉽게 구할 수 없을 뿐 아니라 소수의 기술적인 능력을 가진 사람만이 소지하거나 이용할 수 있다. 뿐만 아니라 감청설비를 제조·수입·판매·배포·소지·사용하거나 이를 위한 광고를 하고자 하는 자는 정보통신부장관의 인가를 받아야 하며(통신비밀보호법 제10조), 이를 위반한 경우 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다(동법 제17조).

또한 캠코더의 경우 누구나 줌기능을 이용하여 100미터 이상의 먼 거리에 있는 사람도 쉽게 촬영할 수 있지만, 이를 도청하는 데는 적어도 고성능 도청 장치를 통해서만 가능할 것이다. 이러한 측면에서 보면 시각영역에서의 잠재적 범죄의 위험성이 더 높다고 볼 수 있다. 그리고 사진과 같은 시각적 영역에서도 음성영역에서와 같은 인격적 보호 가능성이 충분히 존재한다. 뿐만 아니라 그 침해강도도 음성영역 못지않다. 특히 인터넷과 같은 매체를 이용하는 경우 음성보다는 훨씬 더 그 침해의 강도가 클 수 있다. 이는 인터넷 검색 사이트에서 음성데이터보다는 화상이나 동영상 데이터의 검색 수가 훨씬 많다는 점에서 충분히 인정할 수 있다.

따라서 비밀녹음과 비밀촬영에서 처벌과 불처벌에 차이를 두는 것은 타당하지 않다고 보여진다. 이러한 흠결은 새로운 형벌구성요건을 통해서 충족될 수 있을 것이다.

이상에서 우리의 현행 형벌규정 내에서는 사진촬영으로 인하여 개인의 프라이버시가 침해되는 경우 이를 충분히 해결할 수 없음을 살펴보았다. 구체적인 입법방안을 모색하기 위해서 아래에서는 개별 국가의 입법례를 비교법적으로 검토해 본다.

Ⅲ. 비교법적 검토

1. 독일 형법 제202a조¹³⁾

(1) 개 관

독일은 형법 제201a조¹⁴⁾에서 ‘사진촬영으로 인한 고도의 사적인 생활영역의 침해죄’란 규정을 두고 있다.¹⁵⁾¹⁶⁾ 이 규정은 비밀대화의 녹음을 규정한 제201조의 대화비밀침해죄에 대응한 규정으로써, 고도의 사적인 생활영역을 보호하기 위한 규정이다.

제201a조 제1항은 주거 또는 특별히 보호되는 공간에 있는 자를 권 없이 사진촬영을 하거나 이를 중계하여 고도의 사적인 생활영역을 침해한 자는 1년 이하의 징역 또는 벌금형에 처한다고 규정하고 있다. 이는 무권한 사진촬영과 이의 중계행위를 범죄로 한 것이다. 제2항은 제1항의 행위를 통하여 제작한 사진을 사용하거나 제삼자가 접근할 수 있게 한 자를 제1항과 같이 처벌하도록 하고 있다. 제3항은 주거 또는 특히 보호되는 공간에 있는 타인을 정당하게 촬영한 자는 알면서 권 없이 제삼자가 접근할 수 있게 하여 고도의 사적 생활영역을 침해한 자는 1년 이하의 징역 또는 벌금형에 처한다고 규정하고 있다. 그리고 제4항에서는 정범 및 공범이 사용한 카메라 및 촬영장치 또는 다른 기술적 수단은 몰수할 수 있다고 규정하고 형법 제74a조 (몰수 확장의 요건)를 준용하도록 하고 있다. 한편 제205조 제1항에서 이를 친고죄로 규정하고 있다.

13) 독일 형법 제202a조에 대한 상세한 논의로는 박희영, 전계논문, 248-270면; 박희영, 무권한 사진촬영으로 인한 사생활 침해의 형법적 보호 : 독일 형법 제201a조의 입법, 법제 (2005년 6월), 법제처, 99-115면 참조.

14) 2004년 8월 6일 제36차 형법개정법을 통하여 형법전에 도입되었다.

15) 형법전 도입 이전의 논의과정에서 대해서는 박희영, 전계논문, 102-105면 참조.

16) 독일 형법 제15장은 사생활 및 비밀영역의 침해 규정을 두고 있는데, 이 외의 규정으로는 대화비밀침해죄(제201조), 선서비밀침해죄(제202조), 컴퓨터데이터탐지죄(제202a조), 개인비밀침해죄(제203조), 타인비밀사용죄(제204조) 등이 있다.

이 규정은 위법범으로 보고 있다.¹⁷⁾ 이 규정의 모태가 된 제201조의 대화비밀침해죄와 비교해 보면, 우선 형량에서 차이가 난다. 제201조의 경우 3년 이하의 자유형인데 반하여 제201a조는 1년 이하의 자유형으로 되어 있다. 그리고 단순도청의 처벌(제201조 제2항 제1호), 미수범처벌(제201조 제4항), 특별한 위법성조각사유(제201조 제3문)¹⁸⁾, 공무원의 경우 가중처벌(제201조 제3항) 등에서 차이가 난다. 이러한 차이는 입법 당시 언론기관의 로비활동에 영향을 받은 것이라고 한다.¹⁹⁾

(2) 형벌규정

1) 타인의 무권한 사진촬영과 이의 중개행위 (제1항)

가. 주거 또는 특별 보호 영역

주거란 제123조 주거침입죄에서의 주거개념을 원용한다. 이에 따르면 주거는 사람이 일상적으로 기거하고 이용할 수 있는 곳으로 파악되고 있다.²⁰⁾ 다만, 이러한 주거개념이 제201a조에도 그대로 적용될

17) BT-Dr 15/2466, S. 4 참조. 다만 출판물의 형태로 제삼자에게 접근이 가능하도록 하였다면 이는 결과범으로 볼 수 있을 것이다(Hoppe, Bildaufnahmen aus dem höchstpersönlichen Lebensbereich / der neue § 201 a StGB, GRUR 2004, S. 991).

18) 제3문에 의하면 특별한 위법성조각사유를 규정하고 있는데, 이는 주로 언론사의 활동과 관련이 있다. 이에 따르면 타인의 공개되지 아니한 대화를 녹음한 것(제201조 제1항 제1호)과 본인이 알도록 되어있지 아니한 타인의 공개되지 아니한 대화를 도청기를 사용하여 도청한 것(제201조 제2항 제1호)을 문언 그대로 또는 주요내용을 공개하는 행위는 원칙적으로 그 공개행위가 타인의 권한있는 이익을 침해하기에 적합한 때에 한하여 처벌하지만, 상위의 공익을 방어하기 위한 것인 때에는 위법하지 아니하다고 하고 있다.

19) 이에 대해서는 Jochum, NJW Eitorial Heft 25/2004; Borgmann, Von Datenschutzbeauftragten und Bademeistern - Der strafrechtliche Schutz am eigenen Bild durch den neuen § 201a StGB, NJW 2004, S. 2133.

20) 사람의 생활수단을 형성하는 공간뿐 아니라, 일시적으로 머무르는 공간, 예컨대 호텔방이나 페리언하우스(휴가를 보내는 집) 등도 주거의 개념에 포섭된다. 경우에 따라서는 동산도 주거의 개념에 포함될 수 있는데, 그러한 예로는 캠핑카, 야영버스, 텐트, 배 등이 있다. 뿐만 아니라 본 주거와 떨어져 있는 부속건물이나 공동으로 사용하는 지하실, 계단, 차고 등도 주거 개념에 포함 될 수 있다.

수 있는가이다.²¹⁾ 이 규정은 개인의 사적인 영역을 사람들의 시야로부터 보호하는 것이다. 입법자의 의도에 따르면 ‘공개적으로 접근이 가능한 장소’는 이 규정의 보호영역에서 제외된다. 따라서 공개된 영업소나 사무실은 원칙적으로 제201a조가 적용되지 않는다. 또한 부속 건물이나 일시적인 체류장소 등은 기본적으로 제123조 제1항의 주거개념과 같이 해석해야 되지만, 제201a조에서는 주거를 통한 보호가 중요하기 때문에, 주거에 일시적으로 머무르는 자나 그 주거에 머무를 권리가 전혀 없는 사람이라 하더라도 보호의 대상이 된다는 점에서 차이가 있다.

또한 동 규정의 장소적 보호범위는 ‘시계(視界)로부터 특별히 보호되는 영역’을 통하여 보다 확대된다. 이 개념은 지금까지 독일 형법전에 규정되어 있지 않았다. 우선 주거와의 관계가 문제인데, 주거는 특별 보호영역의 하위개념에 속하지 않는다. 제201a조 제1항의 문언은 행위객체를 주거 또는 ‘그 밖의’ 특별보호공간으로 표기하지 않고 있으므로 특별보호영역은 주거개념과 독립하여 별도로 구체화되어야 할 것이다.²²⁾

그리고 입법자는 이러한 특별보호영역은 반드시 형법 제243조 제1항 제1호의 ‘폐쇄된 공간’일 필요는 없음을 강조하고 있다.²³⁾ 이러한 점에서 특별 영역은 사면이 경계로 되어있을 필요는 없다. 따라서 특별보호영역은 시계보호를 통하여 자의로 내부를 들여다보는 것이 최소한 어려운 영역으로 이해된다. 그러한 예로서는 화장실, 탈의실, 의사의 진찰실 등이 있다.²⁴⁾ 또한 시계보호를 위해 울타리가 있는 정원도 이에 속한다. 하지만 시계보호의 경우 그것이 반드시 하나의 공간

21) Rahmlow, Einzelne Probleme des Straftatbestands der Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereiches durch Bildaufnahmen (§201 a StGB), HRRS 2005, S. 85 이하 참조.

22) Rahmlow, a.a.O., S. 87.

23) BT-Dr 15/2466, S. 5.

24) BT-Dr 15/2466, S. 5.

적 영역이어야 하는가는 문제이다. 예컨대 해변가에서 보트를 타고 있는 경우를 들 수 있다. 이에 대해서는 아직 견해가 보이지 않는다.

나. 고도의 사적인 생활영역의 침해

고도의 사적 생활영역이란 개념은 제201a조를 통해서 형법전에 새롭게 규정된 것으로써 기존 형법전에는 이러한 개념사용이 없었다.²⁵⁾ 따라서 어떠한 행위를 고도의 사적 생활영역의 침해 결과로 이해할 것인가가 문제인데, 입법자는 이 개념을 형사소송법 제68a조 제1항²⁶⁾과 법원조직법 제171b조 제1항²⁷⁾에서 사용하고 있는 ‘사적 생활영역’의 개념과 유사한 것으로 이해하고 있다.²⁸⁾ 그리고 입법자는 ‘긴밀한 사적 영역’ (Intimsphäre) 개념을 사용하고 있지 않다. 그 이유는 동 규정이 성적인 생활의 공개로 인간의 인격권을 보호하려는 것만이 아니라는 점을 명백히 하기 위함이다.²⁹⁾ 물론 이러한 경우에도 고도의 사적 생활영역의 침해가 된다.

형소법 제68a조 제1항과 법원조직법 제171b조 제1항의 경우 ‘사적인 생활영역’은 누구나 자신의 인격을 실현하는 것은 보호되어야 하는 사적 영역으로 이해되고 있다.³⁰⁾ 긴밀한 사적 영역에서의 전통적인 인격권침해로는 질병, 사망, 성관계 그리고 종교행사 등이 있다. 이러한 사적인 영역에서 가장 본질적인 부분은 아마도 성적인 것과 나체일 것이다. 물론 제201a조의 실제적인 적용도 주로 이 점에 있다. 산부인과 진찰에서 환자가 촬영된 경우라든지 화장실이나 탈의실 또는

25) Kühl, Zur Strafbarkeit unbefugter Bildaufnahmen, AfP 2004, S. 196.

26) 증인이나 제52조 제1항의 가족 (약혼자 또는 인생동반자관계를 약속한 사람)인 사람에게 불명예가 될 수 있거나 그의 사적인 생활영역이 관련되는 사안인 경우, 그것이 반드시 필요한 경우에 한해서만 질문될 수 있다.

27) 소송참가자나 증인 또는 위법한 행위로 인한 피해자의 사적인 생활영역으로부터 상황을 말해야 되는 경우에는 공개주의가 배제된다.

28) BT-Dr 15/2466, S. 5.

29) BT-Dr 15/2466, S. 5.

30) Meyer-Goßner, Kommentar zur Strafprozessordnung, 47. Auflage, München 2004, §68 a, Rn. 4 und § 171 b GVG, Rn. 3.

일광욕실 등에서 촬영된 사람의 경우에 있어서, 이러한 사진촬영은 사람의 인격권을 중대하게 침해하기 때문에, 고도의 사적인 생활영역이 침해된 것이다.

입법자는 이러한 고도의 사적 생활영역의 개념을 사용함으로써 다른 인격권 침해의 경우도 구성요건에 해당한다고 보고 있다. 즉 사회 생활에서 흔히 질문되지 않는 사실이나 일상적으로 즉시 알려져서는 아니되는 사실 등도 사적인 생활영역에 포함된다는 것이다. 예컨대 건강상의 문제, 종교적 정치적 견해, 가족사 등이다. 또한 입법이유에서는 비밀서신과 일기장 기록도 언급하고 있다.³¹⁾ 따라서 고도의 사적생활영역은 긴밀한 사적생활 영역보다 범위가 넓다고 볼 수 있으나, 소위 단순한 사적 생활영역은 이 규정의 보호범위에서 제외된다.³²⁾ 그리고 입법이유서에 의하면 이러한 고도의 사적 생활영역에서는 공익과 사익의 이익균형이 적용되지 않는다고 한다.³³⁾

다. 행위유형

제1항의 행위 유형은 사진 촬영과 이의 중계행위이다. 우선 사진촬영은 개인의 사적 생활을 고정시키기 때문에, 개인의 인격보호에 있어서 아주 중요한 침해유형이 된다.³⁴⁾ 순간의 생활현상들이 사진 등으로 고정되면 촬영 대상자의 의사에 반해서 얼마든지 이용될 수 있다. 반면에 단순한 관찰행위는 행위유형으로 규정되지 않았다.³⁵⁾ 예컨대 정원 담장의 구멍을 통해서 또는 망원경을 통해서 아니면 특별한

31) BT-Dr 15/2466, S. 5.

32) Flechsig, Schutz gegen Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen, ZUM 2004, S. 610.

33) BT-Dr 15/2466, S. 5.

34) Kühl, a.a.O., S. 194.

35) 스위스 형법 제179조의 4는 이를 범죄로 규정하고 있다. 즉 현행 스위스 형법 제 179조는 사적생활영역에서 초상을 촬영하거나 촬영장치로 이를 ‘관찰’하는 경우 또는 이를 보관, 유포, 공표, 평가하는 경우 자유형 또는 벌금으로 처벌하도록 규정하고 있다(이에 대해서는 Peter von Ins/Peter-René Wyder, Basler Kommentar Strafgesetzbuch II, 2003, Niggli/Wiprächtiger(Hrsg.), § 179 quarter, SS. 861-866 참조).

기계 장치를 통해서 내부의 정사장면을 훑쳐보는 경우에는 처벌되지 않는다. 그 이유는 관찰의 경우 사진을 영구적으로 고정시키지 않기 때문이라고 한다.³⁶⁾ 이에 대하여 제201조 제2항 제1호에서는 도청장치를 이용하여 단순히 엿듣는 행위도 처벌하고 있는 점에서 차이가 있다.³⁷⁾

문제는 캠코더와 같은 영상촬영장치로 관찰하는 경우이다. 이러한 행위는 단순한 관찰이 아니라 곧 촬영이 될 것이라고 예상할 수 있다. 하지만 대부분의 관찰이 이러한 장치로 이루어지지 않고 있으며, 촬영의 위험이 없는 사례까지도 처벌할 수 있다고 예상할 수도 있으므로 이러한 경우까지 처벌하는 것은 과잉처벌의 문제를 야기할 수 있다는 견해가 있다. 입법자의 견해도 이러한 경우에는 도덕규범의 위반은 될지언정 형벌위하는 적다고 보고 미수범 처벌규정을 두지 않았다. 적어도 미수가 되려면 행위자가 직접 촬영행위에 착수해야 한다고 보는 것이다.

이러한 사진촬영행위에는 전통적인 카메라로 사진을 찍는 행위는 물론, 디지털 카메라로 사진을 저장 칩에 저장하는 행위도 포함된다. 따라서 디지털카메라에 담긴 사진정보를 컴퓨터로 전송하여 컴퓨터 하드 드라이브나 시디롬 또는 디스켓, 외장 저장칩에 저장하는 행위도 촬영행위에 포섭된다고 보고 있다.

이렇게 촬영된 사진촬영물은 타인에게 중계될 수 있다. 제1항의 두 번째 행위유형인 중계는 형법전에 새롭게 편입된 행위표지이다. 중계는 사진을 저장하지 않고 소위 웹캠이나 스파이캠을 통하여 실시간으로 전송하여 타인에게 보여주는 것을 의미한다.³⁸⁾

36) Kühl, a.a.O., S. 194.

37) Hoyer, Die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs bei § 201a StGB, ZIS 2006, S. 1.

38) BT-Dr 15/2466, S. 5.

2) 권한없이 제작된 사진촬영물의 사용과 제삼자에의 제공 (제2항)

제2항은 제1항의 행위를 통하여 제작한 사진을 사용하거나 제삼자가 접근할 수 있도록 제공한 경우 제1항과 동일하게 처벌하고 있다. 제2항은 제1항의 행위를 통하여 제작된 사진의 사용과 제공으로 확대한 것이다. 이 규정은 사진의 유포와 공개전시의 경우만을 처벌토록 한 독일의 미술 및 사진 저작권법 제33조³⁹⁾를 보충한 것이다.⁴⁰⁾

사진촬영물의 사용은 보관하거나 저장 또는 복제하는 것으로 파악하고 있다. 사용의 행위유형은 제201조 제1항 제2호(녹음된 테이프를 사용하거나)에서 인정된 개념을 그대로 수용한 것이다. 이용의 형태는 제작자가 자신을 위해서 하던 제삼자가 하던 중요하지 않다.

‘제삼자에의 제공 행위’는 사진에 대한 접근이나 이의 인식을 가능하게 하는 것이다.⁴¹⁾ 예를 들어 인터넷에 올리는 경우를 생각해 볼 수 있다.

3) 정당하게 제작된 촬영물의 제삼자에의 무권한 제공 (제3항)

제3항은 주거 또는 특별히 보호되는 공간에 있는 타인을 정당하게 촬영한 사진을 알면서 권한없이 제삼자에게 제공하여 피촬영자의 고도의 사적 생활영역을 침해한 경우 처벌하는 규정이다. 제3항은 행위자가 정당하게 사진을 촬영하여 이를 소지하고 있고 특별히 보호해야 될 신용상의 지위에도 있지 않다는 점에서 제1항 및 제2항과는 다른 구조를 취하고 있다.⁴²⁾

39) 독일 미술 및 사진저작권법 제33조는 당사자의 동의없이 초상을 배포 및 전시한 경우에 1년 이하의 징역 또는 벌금에 처하도록 하고 있다.

40) Flehsig, a.a.O., S. 614.

41) BT-Dr 15/2466, S. 5.

42) Pollähne, Lücken im kriminalpolitischen Diskurs - Zu den Gesetzentwürfen zur Verbesserung des Schutzes der Intimsphäre, KritV 2003, S. 409; Rahmlow, a.a.O., S. 92.

제삼자에게 접근이 가능하도록 제공하는 행위는 사용행위의 확대를 의미한다. 접근가능토록 하는 행위는 반드시 공개적일 필요는 없고 일반적인 접근가능성이 있는 경우라도 무방하다.⁴³⁾

‘정당하게’란 표지의 의미는 촬영대상자의 승낙을 받은 것을 말한다. 그리고 행위자가 알면서 권한없이 행위한 경우에 한해서 구성요건이 실현된다. 따라서 ‘알면서’란 표지를 통해서 미필적 고의는 배제된다.

이 규정에 따르면 사진 촬영 자체는 이미 정당하게 이루어졌으므로 고도의 사적 생활영역의 침해와는 더 이상 관련이 없다.⁴⁴⁾ 따라서 이 규정은 이미 정당하게 제작된 사진을 이후에 권한없이 출판하거나 배포하는 행위를 처벌하려는 것이다. 즉 이후의 처벌대상은 촬영대상자의 신뢰를 파괴한 행위에 속한다.

또한 미술 및 사진 저작권법 제33조를 통해서 이미 형벌로 보호되고 있는 인격권 침해의 유형은 이 규정으로 인하여 사진이 인터넷에 유포되는 경우에 새로운 의미를 가지게 된 것이다.

4) 위법성조각사유로서의 ‘무권한’ 표지

제1항에서 ‘권한없이’(unbefugt)라는 표지를 사용하고 있는데, 일반적으로 이 표지는 대부분 구성요건요소⁴⁵⁾가 아니라 위법성의 요소로 보고 있다.⁴⁶⁾ 따라서 일정한 행위는 일반적인 정당화사유, 특히 제32조 내지 제34조(정당화적 긴급피난)에 의해서 정당화될 수 있다. 이것은 승낙과 추정적 승낙에서 중요한 의미를 가진다.

한편 제3항에서도 무권한성의 표지를 사용하고 있는데, 이는 제1항과는 다른 표지를 사용하고 있다. 즉 정당하게 촬영된 타인의 사진을

43) Flehsig, a.a.O., S. 615.

44) Borgmann, a.a.O., S. 2135.

45) Flehsig, a.a.O., S. 612.

46) Lackner/Kühl, StGB, § 201a, Rn. 9; Eisele, Strafrechtlicher Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen, JR 2005, S. 10f.; Hoppe, a.a.O., S. 994.

‘알면서 권한없이’ 제삼자에게 접근 제공한 경우를 규정하고 있는데, 여기서의 ‘권한없이’를 제1항과 같이 위법성조각사유로 볼 수 있는가이다. 이러한 무권한성의 표지를 행위자의 인식과 관련하여 구성요건 표지로 보는 견해와 위법성조각사유로 보는 견해가 있다. 유력한 견해는 제3항의 무권한성을 제1항의 일반적인 위법성조각사유와 다르게 보고 있다.⁴⁷⁾ 즉 정당하게 제작된 사진을 제삼자에게 접근하도록 제공하는 행위는 흔히 사회상당성의 영역에 있어서 전형적인 불법은 아니므로 행위자의 무권한 행위는 불법의 근거로 볼 수 있다는 것이다. 따라서 행위자의 무권한 행위는 구성요건요소로 볼 수 있으므로 접근 제공이 피촬영자의 의사에 반해서 행해진 경우에 비로소 불법이 되는 것이라고 한다.⁴⁸⁾

또한 언론과 방송에서의 정보 수집은 제34조의 정당화적 긴급피난의 한계내에서만 고려될 수 있다. 언론의 자유라고 해서 위법한 정보의 수집까지 보호하는 것은 아니다.⁴⁹⁾ 입법자는 형법 제201조 제2항 3문에서 언급하고 있는 특별한 정당화사유를 형법 제201a조에서는 규정하지 않았다. 제201조 제2항 3문은 제1문 제2호에 의한 행위⁵⁰⁾는 그 공개행위가 타인의 권한있는 이익을 침해하기에 적합한 때에 한하여 처벌할 수 있지만, 공개행위가 상위의 공익을 보호하기 위한 것인 때에는 위법하지 아니하다고 하여 특별한 위법성조각사유를 규정하고 있다. 즉 공개되지 아니한 타인의 대화를 녹음한 경우와 도청기를 사용하여 도청한 경우에 그 내용이 공익을 위한 것인 경우에는 공개할 수 있다는 것이다. 이 규정은 특히 언론사나 방송사 등이 정당한 이익을 알리기 위해서 (즉 공익을 위해서) 한 행위를 특별히 정당화시켜

47) Kühl, a.a.O., S. 196.

48) Lackner/Kühl, a.a.O., Rn. 8.

49) BVerfGE 66, S. 137.

50) 제1항 제1호(타인의 공개되지 아니한 대화의 녹음하는 행위)에 의하여 녹음되었거나 제2항 제1호(그가 알도록 되어 있지 아니한 타인의 공개되지 아니한 대화를 도청기를 사용하여 도청하는 행위)에 의하여 도청된 타인의 공개되지 아니한 말을 문언 그대로 또는 그 주요내용을 공개하는 행위를 말한다.

주는 것이다. 야당 (FDP와 CDU/CSU)의 초안에서는 이를 규정하고 있었지만, 입법자는 언론사에게 제삼자의 권리를 침해하는 권한을 주는 것은 타당하지 않다고 하면서 이를 규정하지 않았다.⁵¹⁾ 이에 대해서 앞으로 언론사들의 대응이 주목되는 규정이다.

2. 스위스 형법 제179조의 4

(1) 개 관

스위스 형법은 제179조 이하에서 비밀 및 사적영역에 대한 가벌적 행위를 규정하고 있다. 즉 제179조는 문서비밀침해, 제179조의 2는 동의없는 타인의 비공개 대화의 도청 또는 녹음 금지, 제179조의 3은 동의없는 대화 상대방의 비공개 대화의 녹음 금지, 제179조의 4는 동의없는 촬영 장치에 의한 비밀 및 사적영역의 관찰 또는 촬영 금지, 제179조의 6은 도청기, 녹음장치 또는 녹화장치의 유통 및 선전의 금지 등을 규정하고 있다.

몰래카메라의 촬영 및 유포와 관련 있는 규정은 제179조의 4이다.⁵²⁾ 동 규정에 따르면, 다른 사람의 비밀영역에 속하는 사실 또는 누구라도 직접 접근할 수 없는 타인의 사적 영역에 있는 사실을 본인의 동의 없이 촬영장치를 이용하여 ‘관찰’하거나 촬영장치에 ‘촬영’하는 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형으로 처벌되며(제1항), 제1항의 가벌적인 행위로 획득했다는 사실을 알고 있거나 인수해야 하는 자가 그 사실을 ‘이용’하거나 제삼자에게 ‘공개’하는 경우에는 제1항과 같이 처벌된다(제2항). 또한 제1항의 가벌적 행위를 통하여 제작된 촬영물을 알고 있거나 인수해야 하는 자는 그 촬영물을 ‘보관’하거나 제삼자에게 ‘접근가능’토록 하게 되면 제1항과 같이 처벌되며(제3항), 동 규정은 피해자의 고소를 전제로 하는 친고죄로 되어 있다.

51) Eisele, a.a.O., S. 10f.; Hoppe, a.a.O., S. 994.

52) 제179조의 4는 1968년 12월 20일 형법전에 편입되어 1969년부터 효력을 가지게 되었다.

이 규범의 목적은 비밀 및 사적영역에 있는 사람을 기계 장치를 이용하여 시각적으로 훑쳐보는 행위를 규제하는데 있다. 인간은 그의 의사에 반해서 감시받거나 촬영되지 않고서 은거의 상태에서 무엇에도 얽매이지 않으며 강요도 받지 않는 사적이고, 비밀스런 또는 은밀한 행위가 보장될 수 있어야 하기 때문이다.⁵³⁾

(2) 형벌규정

본 죄의 주체는 기본적으로 비밀리에 침입하여 촬영한 자이지만, 촬영대상자의 동의를 받고 보호받는 영역에 들어 있는 자도 동의없이 촬영을 하는 경우에 행위자로 보아야 한다⁵⁴⁾고 한다.

본 규정에 의해서 보호되는 사실은 두 가지로 나누어 규정되어 있다.⁵⁵⁾ ‘비밀영역에 있는 사실’과 ‘누구로부터 직접 접근할 수 없는 사적영역에 있는 사실’이다. 사실이란 어떠한 방법으로 인식이 가능한 현재 또는 과거의 결과나 상태를 말한다. 그 결과나 상태는 보호되는 사적 영역에 있는 것으로써 행위태양이나 외양은 물론 그림이나 문서 사진 등이 이에 속한다.⁵⁶⁾

입법자는 인간의 생활영역을 세 영역으로 나누고 있다. 비밀영역, 사적영역 그리고 일상영역이 그것이다. 이 중에서 본 규정과 관련한 영역은 비밀영역과 사적영역이다. 비밀영역은 사적영역의 핵심부분으로써, 다른 사람들의 시야로부터 벗어나거나 극히 특정한 부분만 함께 하려는 생활과정을 포섭하게 되는데, 흔히 사생활권 또는 긴밀한 사적영역(Intimsphäre)이란 개념으로도 사용되고 있다. 그러한 예로서는

53) Riklin, Der Strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild, in: FS-Schürmann, 1987, 535f.

54) Peter von Ins/Peter-René Wyder, a.a.O., N 7.

55) 연방의회의 초안에는 몰래 숨겨서 설치한 촬영 장치를 이용하여 ‘비밀 영역의 사실’만을 관찰하거나 녹화 장치에 촬영하는 자만을 규정하고 있었는데, 의회의 법안심의회 결정에서 그 문언이 제외되고, 그 대신 ‘사적 영역의 사실’도 함께 보호대상으로 두게 되었다(Peter von Ins/Peter-René Wyder, Art. 179 quarter N 3).

56) Schubarth, Kommentar, Art. 179 quarter, N 9.

가족내부간의 갈등, 성적인 관계, 육체적 고통 등을 들 수 있다.⁵⁷⁾ 비밀영역의 개념은 형법상 비밀의 개념을 포섭하는데, 여기에는 타인에게 상대적으로 알려지지 않을 것, 비밀유지이익, 비밀유지의 의사 등의 개념 요소들이 포함되어 있다.⁵⁸⁾

사적 영역은 누구나 직접 접근할 수 없는 영역을 말한다. 개인은 협의의 비밀영역이 아니라 하더라도 자신의 사적영역에서는 타인으로부터 전혀 관찰당하지 않고 자유롭게 그리고 확실하게 활동할 수 있어야 한다.

문제는 보호받는 사적인 영역과 그렇지 않은 영역의 한계이다. 제삼자의 관찰로부터 차단되는 공간이나 장소가 여기에 속한다는 데에는 이의가 없다.⁵⁹⁾ 형법 제186조의 주거침입죄가 범해질 수 있는 공간, 예컨대 주거, 방실, 울타리가 쳐진 공간, 마당, 집에 직접 부속된 장소, 자동차나 텐트의 내부 등이 보호영역에 포함된다. 연방대법원은 관찰이나 촬영을 하는 데 물리적인 장애를 제거해야 하는가 아니면 법적 도덕적 제한의 한계를 넘어서 촬영된 경우에도 사적영역의 침해가 있다고 보아야 하는가에 대하여 일의적으로 판단하지 않고 있다.⁶⁰⁾ 판례는 협의의 보호되는 사적영역과 보호되지 않는 준사적인 영역(*privatöffentlich*)을 구별하고 있다. 또한 실제로 우편물이나 엽서를 가져오기 위해서 또는 타인에게 인사를 하거나 손님을 맞이하기 위해서 대문 앞에 서 있는 경우에도 보호되어야 한다고 한다. 또한 개인 생활에 있어서 연애장면, 장례식, 너저분한 복장 등과 같이 비록 그것이 개인적인 내용은 가지고 있지 않다 하더라도 보호된다고 한다. 연방대법원은 무덤 앞에서의 비통한 모습이나 수영복차림 등에서와 같은 개인의 외형이 보호되지 않는 준사적인 영역에서도 보호되어

57) BGE 118 IV 46; 118 IV 324.

58) Stratenwerth, BT/1, § 12 N 54.

59) BGE 118 IV 324; Stratenwerth, a.a.O., § 12 N 54; Riklin, a.a.O., S. 550.

60) BGE 118 IV 50.

야 하는가에 대해서는 결정을 유보하고 있다.⁶¹⁾ 사적인 영역의 개념에서 더욱 문제가 되는 것은 공격적인 황색저널리즘으로부터의 보호이다.⁶²⁾

행위는 앞서 언급한 사실들을 촬영장치로 관찰하거나 촬영장치에 촬영하는 것이다. 따라서 쌍안경이나 망원경은 이러한 촬영장치에 속하지 않는다. 이러한 장치는 화상을 전달하거나 보관하거나 재현할 수 없기 때문이다. 촬영장치 없이 단순히 관찰(훔쳐보는 것)만 하는 것은 불가벌이지만, 촬영장치로 훔쳐보면서 녹화는 하지 않은 경우에는 처벌된다. 전형적인 촬영장치로는 일반 카메라, 영화촬영카메라, 텔레비전카메라 등이 있다. 경우에 따라서는 일기장, 설계도, 사진 등을 복사에 이용하는 경우 복사기도 이에 포함된다.

위의 행위에 대해서 피해자의 동의가 있는 경우에는 구성요건해당성이 배제됨을 법문에서 명백하게 밝히고 있고, 법률상의 권한을 근거로 관찰법원의 허가를 받아서 기술적 관찰 및 촬영 장치를 설치한 경우에도 정당화될 수 있다(제179조의 8).

제2항에서는 화상의 이용과 제삼자에게 알리는 행위, 제3항에서는 보관하거나 제삼자에게 접근하게 하는 행위를 처벌하고 있다. 즉 제2항과 제3항에서는 제1항의 가벌적인 행위로 알게 된 인식과 촬영물을 사용 금지하려는 규정이다. 또한 동 조는 피해자의 고소에 의해서 소추가 이루어지는 친고죄로 되어 있다.

또한 제179조의 6에서는 특히 불법적인 도청 또는 녹음 및 촬영에 이용할 기계적 장치를 타인에게 교부, 판매, 임대, 대여, 또는 그 밖에 유통하게 하거나 선전하거나 또는 그러한 기계장치를 제조하도록 지시한 자는 처벌한다. 이 규정은 도청이나 녹음 또는 촬영행위의 준비행위를 규제하기 위한 것으로써, 형사정책상 중요한 의미를 가진다.⁶³⁾

61) Peter von Ins/Peter-René Wyder, a.a.O., N 9.

62) Trechsel, StGB Kommentar, 179 quarter, N 3.

63) Stratenwerth, a.a.O., § 12, N 60.

비밀영역과 사적영역에서의 침해행위를 사전에 규제한다는 점에 이 규정의 예방적 효과가 있다. 또한 이 규정은 추상적 위험범으로 파악되고 있는데, 이러한 점에서 이 규정은 앞의 다른 규정과는 달리 친고죄가 아닌 공공범죄로 되어 있다.⁶⁴⁾

3. 미국 비디오 훔쳐보기 방지법 (Video Voyeurism Prevention Act of 2004)

(1) 개 관

미국은 지난 2004년 공공장소에서 몰래 행해지는 본인의 동의 없는 사진촬영으로 침해되는 개인의 프라이버시를 보호하기 위해서 연방 법률인 비디오 훔쳐보기 방지법(Video Voyeurism Prevention Act of 2004)을 제정하였다.⁶⁵⁾ 동 법률은 프라이버시를 규정하고 있는 미연방법률 제18편 제88장에서 ‘비디오 훔쳐보기’(Video Voyeurism)란 표제로 제1801조에 규정되어 있다. 이 법률은 그 동안 사회적 문제가 되어왔던 핸드 폰(화상을 촬영할 수 있는 카메라가 부착된 핸드 전화) 등에 의해 촬영되어 온 소위 몰래 카메라 촬영 행위를 규제하기 위한 것이다.

연방의회 보고서에 따르면 입법 당시 타인을 훔쳐보는 행위(비디오 훔쳐보기)가 개인의 프라이버시의 침해와 관련하여 더욱 문제가 되고 있었다고 한다. 소형으로 은닉이 가능한 카메라나 핸드 폰 카메라 등의 출현과 즉석에서 전송이 가능한 인터넷의 등장으로 성인이나 중고 등학생 심지어는 아동들의 프라이버시를 위협하기에까지 이르렀으며, 인터넷상에서 화상이나 사진 등에 의해서 개인의 프라이버시가 침해되는 사례가 미국 전역에 걸쳐서 보고되고 있다고 한다. 최근 이러한 사례들을 규제하기 위해서 각 주 차원에서 입법을 하고 있지만, 프라이버시를 보호하기에는 여전히 부족한 점이 있다고 한다.⁶⁶⁾

64) Rehberg/ Schmid/ Donatsch, Strafrecht III, 2003, § 48, S. 355.

65) Title 18 Chapter 88 Section 1801 Video Voyeurism.

66) 입법배경 및 입법필요성에 대해서는 다음의 웹사이트 참조(<http://www.thomas.gov>)

촬영장치의 소형화 기술에 힘입어 훔쳐보는 사람(Voyeur 또는 Peeping Tom)은 중고등학교나 백화점의 탈의실, 심지어는 가정에까지 훔쳐볼 방법을 찾아내고 있다. 이미 일반에게 잘 알려진 사례 중의 하나가 루이지애나 주에 사는 수잔 윌슨(Susan Wilson) 사건이다.⁶⁷⁾ 피고인인 이웃 집 사람은 촬영장비를 몰래 수잔의 다락방에 설치하여 천장을 통해서 수개월 동안 그녀와 그녀의 가족생활을 비밀리에 훔쳐본 사건이다. 그 당시 루이지애나 주에는 이러한 행위를 처벌하는 규정을 두고 있지 않아서 주거침입죄로 처벌하였다.

그 후 비록 많은 주에서 사적인 영역에 있는 사람들을 공중의 시야로부터(식당, 탈의실, 개인 거주지를 포함하여) 보호하기 위해서 비디오 훔쳐보기를 규제하기 위한 법률들⁶⁸⁾을 제정하였지만, 공공장소에서 체면을 손상시키는 상황에서 촬영되는 개인의 보호에는 아직 미흡하였다. 흔히 문제가 되고 있는 훔쳐보기의 유형에는 업스커팅(upskirting)⁶⁹⁾이나 다운블라우징(downblousing)⁷⁰⁾이 있다.

동 법률은 ‘개인은 프라이버시에 대한 합리적인 기대를 가질 권리가 있다’고 하는 널리 수용되고 있는 법률개념을 사용하고 있다. 또한 동 법률은 국립공원이나 연방건물과 같은 연방차원에서의 훔쳐보기를 규제하기 위한 것이다. 이러한 법률은 각 주의 입법모델로써 기여하고 있다.

/cgi/bin/cpquery/ T?&report=hr504&dbname=108&, <http://www.gop.gov/Committeecentral/bills/s1301.asp>).

67) 이 사건은 영화로 제작되기도 하였다. 영화 제목은 Video Voyeur : The Susan Wilson Story이다. 참고 인터넷 사이트 : http://movies2.nytimes.com/gst/movies/movie.html?v_id=270761.

68) 미디어 훔쳐보기를 입법한 각 주의 규정은 다음의 인터넷 사이트를 참조 : <http://www.ncvc.org/src/AGP.Net/Components/DocumentViewer/Download.aspxnz?DocumentID=37716>.

69) 여성의 치마 밑을 소형카메라로 촬영하는 행위로서, 주로 지하철 계단, 대학도서관, 백화점 등에서 행해진다.

70) 여성이 허리를 구부렸을 때 위에서 가슴 부위를 촬영하는 행위를 말한다.

(2) 형벌규정

미연방법률 제18편 제88장 제1801조(비디오 훔쳐보기)에 따르면, 미국의 사법관할권내에서 개인의 동의없이 개인의 사적 영역의 이미지를 캡처(capture)할 의도로 그 개인이 프라이버시의 합리적 기대를 가지고 있는 상황에서 알면서 그렇게 하는 자는 100,000 달러의 벌금 또는 1년 이하의 자유형 또는 양자 모두에 의해 처벌된다.

이미지와 관련하여 캡처의 개념을 비디오테이프, 사진, 필름, 어떤 형태에 의한 기록, 또는 방송의 의미로 정의하고 있고, 방송이란 시각적 이미지를 개인 또는 다수에게 보여줄 의도로 전자적으로 전송하는 것으로 정의하고 있다. 개인의 사적 영역이란 나체 또는 속옷으로 감싼 성기, 음부, 엉덩이, 여성의 가슴을 말하고, 여성의 가슴이란 여성의 유륜(乳輪)의 꼭대기 아래에 해당하는 일정 부분을 의미한다.

그리고 ‘개인이 프라이버시에 대한 합리적 기대를 가진 상황하에서’의 상황이란 첫째, 개인의 사적 영역의 이미지가 캡처되고 있었다는 사실과 관계없이, 합리적인 사람이라면 프라이버시 상태에서 옷을 벗을 수 있다고 신뢰하는 상황을 말하며, 둘째는 합리적인 사람은, 그가 공공장소에 있건 사적인 장소에 있건 상관없이, 개인의 사적인 부분은 공중에게 보여져서는 아니되는 것을 신뢰하는 상황을 말한다. 한편 합법적인 법집행기관, 교정기관 또는 정보기관의 경우에는 금지되지 아니한다는 예외 규정을 두고 있다.

4. 영국 성범죄법 (Sexual Offences Act 2003)

(1) 개 관

영국은 성범죄 관련 단일 법률인 성범죄법(Sexual Offences Act 2003)을 두고 있다. 동 법률은 강간죄 등 기본적인 성범죄와 (성기)노출 및 수간 등 기타 성범죄를 제66조 내지 제71조에서 규정하고 있다.⁷¹⁾ 다른 사람의 성적인 행위 등을 몰래 훔쳐보는 행위에 대해서는 동법 제

67조와 제68조에서 규정하고 있다. 제67조는 훔쳐보기의 금지 규정이고, 제68조는 이의 해석 규정이다.⁷²⁾

제67조의 훔쳐보기 금지는 새롭게 도입된 규정으로써, 성적 만족을 목적으로 사적 행위(private act)를 하고 있는 다른 사람을 관찰하는 자를 처벌하기 위한 것이다.⁷³⁾ 이러한 행위를 처벌하게 된 데는 호텔 등에서 호텔 주인이 객실 안의 욕실 천장에 구멍을 뚫어서 카메라를 설치한 다음, 그 안에서 샤워 중인 손님들을 촬영해 온 사건에서 유래했다. 종래 이러한 사례의 경우 훔쳐본 이미지를 촬영하여 유포한 경우에 음란물죄로 처벌하거나 촬영대상이 16세 미만의 아동인 경우 아동포르노범죄로 처벌해 왔다. 그러나 커튼 등을 통해서 타인의 집 안을 들여다보는 행위와 같은 전형적인 피핑 톰(peeping tom: 훔쳐보는 사람)의 행위는 처벌되지 않고 있었다. 민법상의 프라이버시 침해가 유일한 규제방법이었지만, 이것만으로는 한계가 있었다. 또한 종래 그러한 행위는 위협적인 행위가 아니라 단순한 행위로 보아 범죄로 규정하지 않았던 것이어서 이를 범죄화하는 데도 어려움이 있었다. 이러한 어려움 때문에 법률 초안 단계부터 많은 논란이 있었다.⁷⁴⁾ 하지만 강간범죄의 20퍼센트 그리고 아동성범죄자의 14퍼센트가 훔쳐보기에 관여한 사실이 한 연구보고서⁷⁵⁾에 의해 발표됨에 따라, 이러한 행위와 심각한 성범죄와의 관련성이 있음이 밝혀지게 되었다. 이러한 연구결과와 함께 피해자들은 그러한 훔쳐보기 행위로부터 위협을 자주 느낀다는 경험에서 이러한 행위가 일종의 침해적인 행위라는데 동의를 이끌어내게 되었다. 이러한 이유로 훔쳐보기 행위를 범죄화하는

71) 성기노출(제66조), 훔쳐보기(제67조, 제68조), 수간(제69조), 시간(屍姦)(제70조), 화장실에서의 성행위(제71조) 등이다.

72) <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2003/30042--b.htm>.

73) Stevenson/Davies/Gunn, Blackstone's Guide to the Sexual Offences Act 2003, p.138.

74) Thomas, Jacqueline L., Sexual Offences Act 2003 (2003 c.42), A current Law Statute Guide, p. 42-53.

75) Abel, Mittleman and Becker in Clinical Criminology: the assessment and treatment of criminal behaviour, Ben-Aron et al. Toronto, Setting the Boundaries, para 8.3.7.

데 충분한 이유가 있다고 보았다. 동 규정은 실제로 네 개의 독자적인 범죄를 규정하고 있다. 즉 타인을 관찰하는 행위, 관찰 장비를 이용하는 행위, 사적인 행위를 하고 있는 사람을 촬영하는 행위, 장비를 설치하는 행위 등이다. 이들 범죄는 약식기소인 경우 6개월 이하의 자유형 또는 벌금형 그리고 정식기소인 경우 2년 이하의 자유형에 처한다.

(2) 형벌규정

1) 사적 행위를 하는 자의 관찰(제67조 제1항)

제67조 제1항은 성적 만족을 목적으로 사적 행위(private act)를 하는 사람을 관찰한 자를 처벌하려는 규정이다. 이 경우는 관찰대상자가 성적 만족을 위해서 자신이 관찰되고 있는 것에 동의하지 않는 것을 알면서 그러한 행위를 해야 한다. 즉 관찰자는 ‘성적 만족’이라는 목적을 가져야 하며, 관찰대상자의 동의가 없어야 한다.

제1항은 누군가가 커튼 사이의 틈을 통해서 집안을 들여다보거나 구멍을 통해서 사적 행위를 하는 자를 보는 경우에 적용된다. 사적 행위란 제68조 제1항에서 상세하게 규정하고 있다. 즉 사적 행위를 하는 사람이란, 그 사람이 프라이버시가 제공되는 것이 합리적으로 기대되는 상황에 있고, 그 사람의 성기, 엉덩이 또는 가슴이 노출되어 있거나 그 사람이 속옷차림으로 있는 경우, 화장실을 이용하고 있는 경우, 공중 앞에서 통상 하는 것이 아닌 성적인 행위를 하는 경우에 있는 사람을 말한다(제68조 제1항).

제1항에서 사적인 행위를 하는 자는 프라이버시가 합리적으로 기대되는 장소에 있어야 한다. 예컨대 집이나 호텔 등이 이에 해당한다. 그러나 해변과 같은 공공장소나 공중에 노출되어 있는 개인 정원 등은 그러한 장소에서 배제된다. 그러나 그 정원이 높은 울타리로 가리워져 있다면 이에 해당할 수 있다. 텐트, 카라반, 보트, 이동주택,

자동차 등도 이 규정의 보호를 받는다. 또한 관찰자는 사적 행위를 하고 있는 사람이 관찰당하고 있는 것에 동의하지 않은 것을 알고 행위해야 한다. 이러한 인식은 특히 부주의한 것으로 언급될 수 있기 때문에 이를 입증하는데 어려운 점이 있다. 관찰대상자가 본인의 성기, 엉덩이 또는 가슴을 노출하고 있거나 속옷만 입고 있다면 사적 행위를 하고 있는 사람으로 간주하며, 이러한 관찰은 성적인 만족을 위한 것이어야 한다.

2) 사적 행위를 하는 자의 장비를 사용한 관찰(제67조 제2항)

제2항은 성적 만족을 위해서 다른 사람이 사적 행위를 하고 있는 제삼자를 그의 동의없이 관찰하게 할 의도로 장비를 사용하는 자를 처벌하기 위한 규정이다. 이 규정은 웹캠을 이용하여 인터넷상에서 다른 사람들이 이미지를 볼 수 있도록 하게 한 자를 규제할 수 있다. 여기서 중요한 것은 장비 사용자의 성적 만족이 아니라, 화상을 보는 사람들의 성적 만족이다.⁷⁶⁾ 또한 관찰 장비의 사용에 관찰대상자의 동의가 없어야 한다.

3) 사적 행위를 하는 자의 촬영(제67조 제3항)

제3항은 관찰대상자의 동의없이 관찰자의 성적 만족을 위해서 사적 행위를 하고 있는 사람의 이미지를 촬영하는 자를 처벌하기 위한 규정이다. 촬영자는 자신 또는 제삼자의 성적 만족을 위해서 관찰대상자의 영상을 보려는 의도를 가지고 촬영하고, 관찰대상자는 그러한 의도를 가지고 자신의 행위를 촬영하는 데 동의를 하지 않아야 한다.

이 규정은 사진촬영이나 비디오 촬영을 포함한다. 관찰자 자신이나 제삼자가 이미지를 보면서 성적 만족을 얻게 할 의도를 말한다. 이미

76) Stevenson/Davies/Gunn, Blackstone's Guide to the Sexual Offences Act 2003, *ibid.*, p. 140.

지는 동법 제79조 제7항에서 언급하고 있는데, 동영상 또는 정지화상 그리고 그 밖의 수단에 의해서 제작된 이미지를 말한다. 관찰대상자의 동의여부는 이미지를 보는 사람에게는 문제가 되지 않고, 촬영자에게만 문제가 된다.

4) 장비의 설치 (제67조 제4항)

제4항은 자신 또는 타인이 제1항의 범죄를 범할 의도로, 장비를 설치하거나, 건조물 또는 건조물의 일부를 조립하거나 개조하는 자를 처벌하고 있다. 이것은 구멍을 뚫거나 이중거울을 설치하는 경우 등이다. 성적 만족을 위해서 누군가를 관찰할 의도로 또는 다른 사람이 그렇게 하게 하는 것은 이 범죄의 핵심부분이다. 여기서 건조물이란 텐트, 자동차, 배 그 외 일시적 또는 이동 가능한 구조물을 포함한다 (제68조 제2항).

5. 그 외 국가의 형벌규정

프랑스 형법은 제4장 이하에서 인격권의 침해 규정을 두고 있는데, 그 중에서 제226-1조⁷⁷⁾는 사적 영역의 침해에 대해서 규정하고 있다. 동 조는 두 가지 행위 유형을 금지하고 있는데, 하나는 사적 또는 비밀스런 타인의 대화를 동의 없이 도청, 녹음 또는 전달하는 것이고, 다른 하나는 사적인 영역에 있는 사람의 화상을 고정하거나 녹화하거나 전달하는 것이다. 이 경우 행위자는 1년 이하의 자유형 또는 벌금으로 처벌된다. 이러한 행위가 당사자의 눈앞에서 인식하에 행해지고, 당사자가 이에 대해서 이의를 제기할 수 있었음에도 불구하고, 그렇게 하지 않은 경우에는 당사자가 이를 할 수 있었다 하더라도 당사자의 동의가 있는 것으로 간주한다. 또한 전조의 행위를 통해서 획득한 녹화물 또는 자료를 보관하거나 공중 또는 제삼자에게 유포하거나 그

77) 1970년 7월 17일 형법전에 도입되었다.

밖의 방법으로 이용하는 경우에도 동일하게 처벌한다(제226-2조). 미수범 처벌 규정(제226-5)도 두고 있다.⁷⁸⁾

덴마크 형법 제264a조⁷⁹⁾는 자유롭게 접근할 수 없는 장소에서 화상을 촬영한 자는 6개월 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하며, 사적 업무에 관한 정보 또는 화상의 교부에 대해서도 처벌한다(제264d조).

핀란드 형법 제24장 제6조⁸⁰⁾는 사적인 공간 또는 일정한 공간에서의 사적인 상황(올타리가 쳐진 토지 포함)에서의 사진촬영에 대해서 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하고, 미수범의 처벌은 물론 예비행위(제7조)와 공중에의 유포(제8조)도 처벌한다.

이탈리아 형법 제615조의 2⁸¹⁾는 주거 또는 다른 사적인 거주지 및 이의 부속공간 내에서의 사적 생활을 촬영한 경우 6개월 이상 4년 이하의 자유형에 처하도록 규정하고 있다.

네덜란드 형법 제139f조⁸²⁾는 공개적으로 접근할 수 없는 장소에 있는 사람을 명백히 위법하게 촬영한 자는 6개월 이하의 자유형 또는 벌금에 처하고 이를 공포하는 경우에는 제239g조에서 처벌규정을 두고 있다.

포르투갈 형법 제192조⁸³⁾는 사적인 생활(특히 가족생활이나 성적인 생활)을 촬영하거나 이를 유포한 경우 1년 이하의 자유형 또는 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

스페인 형법 제197조⁸⁴⁾는 공개해서는 아니되는 영역에서 촬영한 경우에는 4년 이하의 자유형으로 처벌하고 있다.⁸⁵⁾

78) Vie privée, image volée, La protection pénale de la personnalité contre les prises de vues, 1997, pp. 121-125.

79) 1997년 8월 12일 형법전에 도입되었다.

80) HE 184/1999 법률에 의해서 형법전에 도입되었다.

81) 1974년 4월 8일 형법전에 도입되었다.

82) 1971년 4월 23일 형법전에 도입되었다.

83) 1995년 3월 15일 형법전에 도입되었다.

84) 1995년 11월 23일 형법전에 도입되었다.

85) Eisele, a.a.O., S. 7.

6. 비교 및 검토

몰래카메라 등에 의해서 촬영대상자의 동의없이 촬영 또는 유포되는 경우에 이를 형벌로 규정하고 있는 개별 국가의 입법례를 살펴본 것이다. 대부분의 국가들이 우리와는 달리 사진촬영이나 유포를 형벌로 규제하고 있음을 알 수 있다. 개별국가의 형벌규정들을 비교 검토해보면, 우선 몰래카메라 등에 의한 촬영과 유포 행위를 성범죄의 영역과 프라이버시 침해의 영역으로 분리하여 규정하고 있다. 성범죄로 분류하고 있는 입법례는 미국의 비디오 훔쳐보기 방지법과 영국의 성범죄법이다.⁸⁶⁾ 다른 국가의 경우 대부분 이러한 행위를 형법상의 프라이버시 침해 내지는 인격권의 침해로 파악하고 있다. 하지만 후자의 경우 핵심적인 부분은 성적인 것을 일부 포함하고 있다.

이들 형벌 규정들은 대부분 초상권 내지 개인의 프라이버시의 보호 또는 고도의 사적인 생활영역의 보호를 목적으로 하고 있다. 행위주체에는 특별한 제한이 없으므로 신분범이 아니다. 스위스의 경우 동의를 받고 보호 영역에 들어 있는 자가 동의없이 촬영하는 경우도 포함하고 있다. 보호 대상은 주로 다양하게 표현되고 있으나, 프라이버시의 보장이 예상되는 곳에 있는 사람이나 사실로 규정되어 있다. 예컨대 고도의 사적인 생활영역에 있는 자(독일), 비밀영역에 있는 사실 및 누구로부터 직접 접근할 수 없는 사적 영역에 있는 사실(스위스), 개인의 사적 영역의 이미지(미국), 성적인 행위와 관련한 사람(영국), 사적인 장소에 있는 사람(프랑스), 자유롭게 접근할 수 없는 장소에 있는 자(덴마크), 사적인 공간 또는 일정한 공간에서의 사적인 상황(핀란드), 주거 또는 다른 사적인 거주지 및 이의 부속공간 내에서의 사적 생활(이탈리아), 공개적으로 접근할 수 없는 장소에 있는 사람(네덜란드), 사적인 생활(특히 가족 생활이나 성적인 생활)(포르투갈), 공개해서는 아니되는 영역에 있는 자(스페인) 등이다.

86) 우리의 성폭력특별조치법 제14조의 2와 유사한 규정이다.

행위유형도 다양하게 표현되고 있다. 관찰 행위와 관련하여 ‘단순한’ 관찰행위는 처벌하지 않지만, 영국의 경우 성적 만족을 위하여 타인의 사적 행위를 단순히 관찰하는 경우에도 처벌하고, 스위스의 경우 촬영장치를 이용하여 관찰하는 경우도 처벌한다. 이러한 관찰 뿐 아니라 대부분의 국가에서는 촬영, 중계, 유포, 보관, 이용 등을 행위 유형으로 규정하고 있다. 다만 독일의 경우 정당하게 제작한 촬영물을 제삼자에게 권한 없이 접근이 가능하도록 한 경우도 처벌하고 있다.

또한 핀란드의 경우 예비행위를 처벌하며, 스위스의 경우 준비행위에 해당하는 기계장치의 판매 등도 처벌하고 있는데, 이는 친고죄가 아니다. 영국은 장비구입이나 건조물 등을 조립하거나 개조하는 경우에도 처벌한다.

주관적 구성요건과 관련하여 대부분 일반적인 고의로 충분하지만, 미국과 영국의 경우 ‘성적 만족’이라는 특별한 고의를 요구하고 있다.

또한 위법성과 관련하여 대부분의 국가에서 피해자의 동의를 요건으로 하고 있다.

형벌은 자유형과 벌금형으로 규제하고 있다. 6개월 이하의 자유형 또는 벌금형으로 규정하고 있는 네덜란드를 제외하면 자유형의 범위는 6개월 이상에서 4년 이하로 되어 있다. 1년 이하의 자유형을 두고 있는 국가가 대부분이다. 독일, 미국, 프랑스, 핀란드, 포르투갈 등이 이에 해당한다. 스위스의 경우 3년 이하의 자유형 또는 벌금형, 영국의 경우 약식기소인 경우 6개월 이하 자유형 또는 벌금, 정식기소인 경우 2년 이하의 자유형, 이탈리아의 경우 6개월 이상 4년 이하의 자유형, 그리고 스페인의 경우 벌금형 없이 4년 이하의 자유형으로 되어 있다.

프랑스와 핀란드의 경우 미수범 처벌 규정을 두고 있으며, 독일과 스위스에서는 친고죄로 규정하고 있다. 독일의 경우 몰수 규정도 두고 있다.

IV. 구체적인 입법 방향

권한 없이 타인의 사적 생활을 촬영하거나 이를 유포한 경우 일반적 금지규정이 필요하다는 전제에서, 앞서 살펴 본 개별국가의 형벌규정의 비교 검토를 통하여 구체적인 입법방향을 모색해 본다.

1. 범죄의 성격

몰래카메라의 촬영 및 유포 행위를 새로운 범죄로 규정할 경우에 우선 고려해야할 것은 이러한 행위유형을 성범죄로 볼 것인가, 아니면 개인의 프라이버시의 침해 행위로 볼 것인가이다. 생각건대 이러한 행위를 성범죄로 규정하고 있는 미국과 영국의 경우처럼 우리나라도 이미 유사한 규정을 두고 있고, 이러한 행위로 침해되는 범위가 성적인 부분을 넘어서고 있으므로 개인의 프라이버시 침해로 파악하는 것이 적절하다고 본다.

2. 형법 또는 특별법

다음은 이러한 행위를 형법전과 특별법 중 어디에 규정할 것인가이다. 이러한 행위를 형법전에 규정하고 있는 국가들은 개인의 프라이버시 침해와 관련하여 대화비밀침해죄와 동일한 장(章) 또는 조문에 위치시키고 있다. 이에 대하여 우리의 경우는 형법 제35장에서 비밀침해의 죄를 규정하고 있지만, 대화비밀침해죄는 특별법인 통신비밀보호법에서 규정하고 있어 입법의 형태를 달리하고 있다. 생각건대 대화비밀침해죄와 몰래카메라 촬영 및 유포 행위를 형법전에 함께 규정하는 것이 타당하다고 본다. 오늘 날 정보화 사회에서 정보통신의 활용은 이미 일상화되어 있다고 해도 과언이 아니기 때문이다. 따라서 형법 제306조의 비밀침해죄에 이어서 대화비밀침해를 제306조의 1, 몰래카메라 촬영 및 유포 행위는 제306조의 2로 규정하면 될 것이다.

문제는 촬영한 사진을 인터넷상에 유포하는 경우에는 달리 규정해야 할 현실적인 이유가 있다. 우리의 경우 인터넷 관련 범죄, 소위 사이버범죄는 형법이 아니라 정보통신망법에서 규제하고 있기 때문에, 촬영된 사진이 인터넷상에서 유포되는 경우에는 정보통신망법에서 규정해야 할 것이다. 하지만 사이버범죄를 특별법에 규정해 두는 것이 과연 타당한 입법인지는 재고를 요한다. 오늘날 정보화 사회에서 사이버범죄는 특별범죄라기 보다는 오히려 일반범죄로서의 의미를 이미 획득하였다고 보여지고, 수범자들도 그러한 경향을 받아들이고 있다고 생각될 뿐 아니라, 비교법적으로 보더라도 예컨대 독일이나 프랑스 또는 스위스의 경우 사이버범죄를 형법에 의해서 규율하고 있으므로 이러한 범죄들을 형법전에 편입하여 규제하는 것이 바람직하다고 생각된다. 물론 그러기 위해서는 대대적인 형법 개정 작업이 요구된다.

3. 구성요건

다음은 구체적인 형벌구성요건과 관련하여 살펴보면, 행위주체는 제한을 둘 필요가 없다고 생각된다. 행위객체는 비교법적 검토에서 살펴 본 바와 같이, 원칙적으로 프라이버시가 보호되거나 보호가 예상되는 영역에 있는 자로 하면 될 것이다. 몰래카메라의 특수성을 고려한다면 프라이버시의 보호가 예상되는 영역을 두는 것이 바람직하다. 즉 비록 공개된 장소라 하더라도 보호될 필요가 있는 경우가 있기 때문이다. 이 경우 명확성의 원칙을 벗어나서 죄형법정주의와의 충돌을 예상할 수도 있지만, 그 구체적인 범위는 학설이나 판례에 위임하면 될 것이라 생각된다.

행위유형으로는 관찰, 촬영, 중계, 유포, 공개, 사용, 제삼자에의 제공, 보관 등을 고려할 수 있다. 우선 관찰의 유형으로는 육안으로 단순히 훑쳐보는 경우(예컨대 창문 틈 사이를 통해서), 구멍 등을 뚫어서 훑쳐보는 경우, 망원경 등 촬영장치가 아닌 기계장치로 관찰하는

경우, CCTV와 같은 촬영장치로 관찰하는 경우 등을 예로 들 수 있다. 비교법적으로 영국의 경우 성적 만족을 위하여 단순히 관찰하는 경우에도 처벌하고, 스위스의 경우 촬영장치를 이용하여 관찰하는 경우도 처벌하고 있지만, 사진 촬영을 하지 않고 단순히 관찰만 하는 경우를 행위유형으로 둘 것인가에 대해서는 형법의 최후보충성과 과잉형벌금지라는 차원에서 신중히 고려해야 할 것이다. 촬영은 일반카메라나 캠코더 등에 의해 행해지므로 몰래카메라의 핵심적인 행위 유형이라 할 수 있고, 중계는 웹캠 등을 통해서 실시간으로 인터넷에 전송하는 행위를 말한다. 촬영한 녹화물을 유포하거나 공개하는 경우 그리고 제삼자에게 제공한 경우에도 불법성을 인정해야 할 것이다. 이에 대해서 본인 또는 타인이 사용하거나 보관하는 경우에도 행위유형으로 포섭해야 하는가에 대해서는 의문이 가지만, 촬영 자체가 금지행위로서 파악된다면, 이러한 행위도 개인의 사적 생활의 보호를 위해서 금지행위로 보아야 할 것이다. 그리고 독일의 경우처럼 정당하게 행한 촬영이라 하더라도 이를 권한 없이 제삼자에게 제공하거나 접근이 가능하도록 한 행위도 독자적인 행위유형으로 포섭할 필요가 있다.

위법성과 관련하여 촬영대상자의 동의가 필요한데, 이러한 동의를 일반적인 위법성조각사유로 본다면 법조문에 굳이 표기할 필요는 없을 것이다. 언론의 취재 및 보도와 관련해서는 독일의 대화비밀침해죄와 같은 특별한 위법성조각사유는 규정할 필요가 없다고 생각된다.

4. 법정형

형량과 관련하여 비교법적으로 보면 자유형과 벌금형으로 규제하고 있는데, 자유형의 범위는 6개월 이상에서 4년 이하로 되어 있고, 1년 이하의 자유형을 두고 있는 국가가 대부분이다. 우리의 관련 형벌규정을 살펴보면, 대화비밀침해죄는 10년 이하의 징역과 5년 이하의 자격정지로, 형법상 비밀침해죄는 3년이하의 징역이나 금고 또는 500만

원이하의 벌금에 처하고 있다. 생각건대 형법상의 비밀침해죄에 준하거나 이하로 하면 될 것이다.

그리고 독일의 경우와 같이 몰수 규정을 둘 필요가 있는가에 대해서는 우리의 경우 임의적 몰수를 원칙으로 하고 있어 몰수여부는 법관의 자유재량에 맡겨져 있으므로(제48조 제1항, 제49조 단서)⁸⁷⁾ 부가형인 몰수를 굳이 필요적 몰수로 규정할 이유는 없다고 보아진다. 우리 형법 제35장이나 통신비밀보호법상 대화비밀침해죄도 필요적 몰수 규정을 두고 있지 않다.

5. 친고죄 및 미수범

친고죄 규정과 관련하여 우리의 경우 대화비밀침해죄는 친고죄가 아니지만, 형법 제35장의 범죄는 모두 친고죄로 되어 있어서(형법 제318조), 이와 형평을 고려한다면 친고죄를 두는 것이 타당할 것이다.

형법 제35장의 범죄는 모두 미수범을 처벌하고 있고(제322조), 대화비밀침해죄 역시 미수범 처벌규정을 가지고 있으므로(동법 제18조) 미수범 처벌규정을 두는 것도 무리가 없어 보인다. 특히 촬영의 경우에는 미수범 처벌 규정이 필요하다고 생각된다. 즉 캠코더와 같은 촬영장치로 관찰을 하는 단계에서 실행의 착수를 인정할 필요가 있다고 보여진다.

V. 결 론

본 논문은 몰래카메라의 촬영 및 유포로 인하여 개인의 프라이버시가 침해되는 경우 이의 입법방안을 검토하였다. 오늘날 촬영기술의 발전과 촬영기기의 소형화 그리고 그 사용방법의 간편화로 누구나 타인의 사생활을 촬영할 수 있고 이러한 촬영물을 인터넷과 같은 대중이 쉽게 접할 수 있는 공간에 올릴 수 있게 되었고, 이로 인하여 개

87) 김일수, 새로 쓴 형법총론, 639면.

인의 프라이버시가 침해되는 현상이 나타나게 되어, 이를 가벌적 행위로 규제하는 것은 타당하다고 본다.

우리의 현재 법적 상황은 이러한 침해행위에 대하여 충분한 규정을 두고 있지 않다. 몰래카메라의 촬영 및 유포를 범죄화하게 되면, 이 규정은 권한 없이 촬영 및 유포하는 행위를 처벌하는 기본범죄가 될 것이다. 일부 성범죄에 대해서는 촬영 자체에 대한 규정⁸⁸⁾을 두고 있을 뿐 아니라, 촬영물의 내용에 따라서도 개별 규정들이 있기 때문이다. 즉 촬영물의 내용이 음란물이거나, 모욕 내지는 명예훼손에 해당하는 경우에는 형법과 정보통신망법에 관련 규정이 이미 존재한다. 따라서 이러한 개별 규정들이 포섭하지 못하는 프라이버시의 침해유형들은 몰래카메라의 촬영 및 유포죄로 포섭하게 되므로 본 규정과 개별 규정들은 특별관계에 있게 된다.

정보화 사회에서 동의없이 타인의 사생활을 촬영하는 행위도 대화의 도청이나 녹음 못지않게 사회유해적인 행위임을 인식할 필요가 있다. 새로운 범죄유형의 도입으로 사진촬영으로 침해되는 개인의 프라이버시가 보호되어야 할 것이다.

주제어 몰래카메라, 초상권, 인격권, 사진 촬영 및 유포, 대화비밀침해, 사생활 침해

88) 성폭력특별조치법 제14조의 2.

Criminal Protection against Recording and its Transmitting of a Hidden Camera

Park, Hee - Young*

The development of small, concealed cameras and cell phone cameras, along with the instantaneous distribution capabilities of the Internet, have combined to create a threat to the privacy of persons.

From the aspect of the comparative analysis have most nations already the criminal provisions against this threat. The previous criminal protection against this, however, is not sufficient. In order to solve this problem, a new provision is required.

The following should be basically considered that the new provision must prohibit a person from intentionally capturing and transmitting an image of a private area of an individual without that individual's consent and the person capturing the image knowingly does so under circumstances in which the individual has a reasonable expectation of privacy.

In the section should be also punishable disclosing, preserving or arranging for the disclosure to the public or to a third party, or utilizing in any manner whatsoever any recording or obtained recording.

KEY WORDS hidden camera, capturing and transmitting an image of an individual, distribution of photo in Internet, privacy, Bildaufnahme

* Research Fellow, Max-Planck-Institute for foreign and international Criminal Law in Germany, Ph. D. in Law.