

**아동·청소년의성보호에관한법률위반(강간)[변경된 죄명: 아동복지
법위반(아동에대한음행강요·매개·성희롱등)]·아동·청소년의성보
호에관한법률위반(인정된 죄명: 협박)**

[대법원 2020. 10. 29. 2018도16466]



【판시사항】

- [1] 아동·청소년을 타인의 성적 침해 또는 착취행위로부터 보호하고자 하는 이유 / 아동·청소년이 타인의 기망이나 왜곡된 신뢰관계의 이용에 의하여 외관상 성적 결정 또는 동의로 보이는 언동을 한 경우 이를 아동·청소년의 온전한 성적 자기결정권의 행사에 의한 것이라고 평가할 수 있는지 여부(소극)
- [2] '성적 자기결정권'의 의미와 내용 / 위계에 의한 간음죄를 비롯한 강간과 추행의 죄의 보호법익(=소극적인 성적 자기결정권)
- [3] 피고인이 아동인 甲(여, 15세)과 성관계를 하던 중 甲이 중단을 요구하는데도 계속하여 甲을 간음함으로써 '성적 학대행위'를 하였다고 하여 아동복지법 위반으로 기소된 사안에서, 甲이 성적 자기결정권을 제대로 행사할 수 있을 정도의 성적 가치관과 판단능력을 갖추었는지 여부 등을 신중하게 판단하여야 한다는 이유로, 이와 달리 만 15세인 甲의 경우 일반적으로 미숙하나마 자발적인 성적 자기결정권을 행사할 수 있는 연령대로 보이는 점 등을 들어 성적 학대행위에 해당하지 않는다고 본 원심판단에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례

【판결요지】

- [1] 국가와 사회는 아동·청소년에 대하여 다양한 보호의무를 부담한다. 국가는 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시하고(헌법 제34조 제4항), 초·중등교육을 실시할 의무(교육기본법 제8조)를 부담한다. 사법 영역에서도 마찬가지로 친권자는 미성년자를 보호하고 양육하여야 하고(민법 제913조), 미성년자가 법정대리인의 동의 없이 한 법률행위는 원칙적으로 그 사유에 제한 없이 취소할 수 있다(민법 제5조). 법원도 아동·청소년이 피해자인 사건에서 아동·청소년이 특별히 보호되어야 할 대상임을 전제로 판단해 왔다. 대법원은 아동복지법상 아동에 대한 성적 학대행위 해당 여부를 판단함에 있어 아동이 명시적인 반대 의사를 표시하지 아니하였더라도 성적 자기결정권을 행사하여 자신을 보호할 능력이 부족한 상황에 기인한 것인지 가려보아야 한다는 취지로 판시하였고, 아동복지법상 아동매매죄에 있어서 설령 아동 자신이 동의하였더라도 유죄가 인정된다고 판시하였다. 아동·청소년이 자신을 대상으로 음란물을 제작하는 데에 동의하였더라도 원칙적으로 아동·청소년의 성보호에 관한 법률상 아동·청소년 이용 음란물 제작죄를 구성한다는 판시도 같은 취지이다. 이와 같이 아동·청소년을 보호하고자 하는 이유는, 아동·청소년은 사회적·문화적 제약 등으로 아직 온전한 자기결정권을 행사하기 어려울 뿐만 아니라, 인지적·심리적·관계적 자원의 부족으로 타인의 성적 침해 또는 착취행위로부터 자신을 방어하기 어려운 처지에 있기 때문이다. 또한 아동·청소년은 성적 가치관을 형성하고 성 건강을 완성해 가는 과정에 있으므로 아동·청소년에 대한 성적 침해 또는 착취행위는 아동·청소년이 성과 관련한 정신적·신체적 건강을 추구하고 자율적 인격을 형성·발전시키는 데에 심각하고 지속적인 부정적 영향을 미칠 수 있다. 따라서 아동·청소년이 외관상 성적 결정 또는 동의로 보이는 언동을 하였더라도, 그것이 타인의 기망이나 왜곡된 신뢰관계의 이용에 의한 것이라면, 이를 아동·청소년의 온전한 성적 자기결정권의 행사에 의한 것이라고 평가하기 어렵다.

- [2] 성적 자기결정권은 스스로 선택한 인생관 등을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자가 독자적으로 성적 관념을 확립하고 이에 따라 사생활의 영역에서 자기 스스로 내린 성적 결정에 따라 자기책임하에 상대방을 선택하고 성관계를 가질 권리로 이해된다. 여기에는 자신이 하고자 하는 성행위를 결정할 권리라는 적극적 측면과 함께 원치 않는 성행위를 거부할 권리라는 소극적 측면이 함께 존재하는데, 위계에 의한 간음죄를 비롯한 강간과 추행의 죄는 소극적 성적 자기결정권을 침해하는 것을 내용으로 한다.
- [3] 피고인이 아동인 甲(여, 15세)과 성관계를 하던 중 甲이 "그만하면 안 되냐. 힘들다. 그만하자."라고 하였음에도 계속하여 甲을 간음함으로써 '성적 학대행위'를 하였다고 하여 아동복지법 위반으로 기소된 사안에서, 甲이 성적 자기결정권을 제대로 행사할 수 있을 정도의 성적 가치관과 판단능력을 갖추었는지 여부 등을 신중하게 판단하였어야 한다는 이유로, 이와 달리 만 15세인 甲의 경우 일반적으로 미숙하나마 자발적인 성적 자기결정권을 행사할 수 있는 연령대로 보이는 점, 군검사 역시 피고인이 甲과 성관계를 가진 자체에 대하여는 학대행위로 기소하지 아니한 점 등을 들어 성적 학대행위에 해당하지 않는다고 본 원심의 판단에 아동복지법 제17조 제2호에서 정한 '성적 학대행위'에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

【참조조문】

- [1] 헌법 제34조 제4항, 아동복지법 제17조 제1호, 제2호, 제71조 제1항 제1호, 제1호의2, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제11조 제1항, 교육기본법 제8조, 민법 제5조, 제913조
- [2] 헌법 제10조, 아동복지법 제17조 제2호, 제71조 제1항 제1호의2, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제7조 제5항, 형법 제297조, 제298조, 제302조
- [3] 구 아동복지법(2017. 10. 24. 법률 제14925호로 개정되기 전의 것) 제71조 제1항 제1호의2, 아동복지법 제3조 제1호, 제17조 제2호

【참조판례】

- [1]
- [2] 대법원 2020. 8. 27. 선고 2015도9436 전원합의체 판결(공2020하, 1872) / [1] 대법원 2015. 2. 12. 선고 2014도11501, 2014전도197 판결(공2015상, 505), 대법원 2015. 7. 9. 선고 2013도7787 판결(공2015하, 1173), 대법원 2015. 8. 27. 선고 2015도6480 판결(공2015하, 1454) /
- [2] 대법원 2019. 6. 13. 선고 2019도3341 판결(공2019하, 1413), 헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 99헌바40, 2002헌바50 전원재판부 결정(헌공74, 899)

【전문】

【피 고 인】 피고인

【상 고 인】 군검사

【변 호 인】 변호사 이원기

【원심판결】 고등군사법원 2018. 9. 20. 선고 2018노146 판결

【주문】

】

원심판결을 파기하고, 사건을 고등군사법원에 환송한다.

【이유】

】상고이유를 판단한다.

1. 아동복지법 위반(아동에 대한 음행강요·매개·성희롱 등)의 점에 관하여

가. 이 부분 공소사실의 요지는, 피고인이 2017. 10. 8. 피해자 공소외 1(가명, 여, 15세)와 성관계를 하던 중 피해자가 “그만하면 안 되냐. 힘들다.

그만하자.”라고 하였음에도 계속하여 아동인 피해자를 간음함으로써 성적 학대행위를 하였다는 것이다.

나. 원심은 성적 학대행위 해당 여부 판단에 관한 법리를 원용한 다음 만 15세인 피해자의 경우 일반적으로 미숙하나마 자발적인 성적 자기결정권을 행사할 수 있는 연령대로 보이는 점, 군검사 역시 피고인이 피해자와 성관계를 가진 자체에 대하여는 학대행위로 기소하지 아니한 점 등 그 판시와 같은 사정을 들어 성적 학대행위에 해당하지 않는다고 판단하였다.

다.

성적 학대행위에 해당하는지 여부는 행위자 및 피해 아동의 의사·성별·연령, 피해 아동이 성적 자기결정권을 제대로 행사할 수 있을 정도의 성적 가치관과 판단능력을 갖추었는지 여부, 행위자와 피해 아동의 관계, 행위에 이르게 된 경위, 구체적인 행위 태양, 그 행위가 피해 아동의 인격 발달과 정신 건강에 미칠 수 있는 영향 등의 구체적인 사정을 종합적으로 고려하여 그 시대의 건전한 사회통념에 따라 객관적으로 판단하여야 함은(대법원 2015. 7. 9. 선고 2013도7787 판결 등 참조) 원심이 지정한 바와 같다.

라. 그러나 원심이 피해자의 연령과 피고인과의 성관계 등을 이유로 성적 자기결정권을 행사할 수 있음을 들어 판단한 부분은 그대로 수긍하기 어렵다.

1) 국가와 사회는 아동·청소년에 대하여 다양한 보호의무를 부담한다.

국가는 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시하고(헌법 제34조 제4항), 초·중등교육을 실시할 의무(교육기본법 제8조)를 부담한다.

사법 영역에서도 마찬가지로 친권자는 미성년자를 보호하고 양육하여야 하고(민법 제913조), 미성년자가 법정대리인의 동의 없이 한 법률행위는 원칙적으로 그 사유에 제한 없이 취소할 수 있다(민법 제5조).

법원도 아동·청소년이 피해자인 사건에서 아동·청소년이 특별히 보호되어야 할 대상임을 전제로 판단해 왔다.

대법원은 아동복지법상 아동에 대한 성적 학대행위 해당 여부를 판단함에 있어 아동이 명시적인 반대 의사를 표시하지 아니하였더라도 성적 자기결정권을 행사하여 자신을 보호할 능력이 부족한 상황에 기인한 것인지 가려보아야 한다는 취지로 판시하였고(위 대법원 2013도7787 판결 참조), 아동복지법상 아동매매죄에 있어서 설령 아동 자신이 동의하였더라도 유죄가 인정된다고 판시하였다(대법원 2015. 8. 27. 선고 2015도6480 판결 참조). 아동·청소년이 자신을 대상으로 음란물을 제작하는 데에 동의하였더라도 원칙적으로 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(이하 ‘청소년성보호법’이라 한다)상 아동·청소년이용 음란물 제작죄를 구성한다는 판시(대법원 2015. 2. 12. 선고 2014도11501,

2014전도197 판결 참조)도 같은 취지이다.

이와 같이 아동·청소년을 보호하고자 하는 이유는, 아동·청소년은 사회적·문화적 제약 등으로 아직 온전한 자기결정권을 행사하기 어려울 뿐만 아니라, 인지적·심리적·관계적 자원의 부족으로 타인의 성적 침해 또는 착취행위로부터 자신을 방어하기 어려운 처지에 있기 때문이다.

또한 아동·청소년은 성적 가치관을 형성하고 성 건강을 완성해 가는 과정에 있으므로 아동·청소년에 대한 성적 침해 또는 착취행위는 아동·청소년이 성과 관련한 정신적·신체적 건강을 추구하고 자율적 인격을 형성·발전시키는 데에 심각하고 지속적인 부정적 영향을 미칠 수 있다.

따라서 아동·청소년이 외관상 성적 결정 또는 동의로 보이는 언동을 하였다 하더라도, 그것이 타인의 기망이나 왜곡된 신뢰관계의 이용에 의한 것이라면, 이를 아동·청소년의 온전한 성적 자기결정권의 행사에 의한 것이라고 평가하기 어렵다(대법원 2020. 8. 27. 선고 2015도9436 전원합의체 판결 참조).

2) 한편 성적 자기결정권은 스스로 선택한 인생관 등을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자가 독자적으로 성적 관념을 확립하고 이에 따라 사생활의 영역에서 자기 스스로 내린 성적 결정에 따라 자기책임하에 상대방을 선택하고 성관계를 가질 권리로 이해된다(헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 99헌바40 등 전원재판부 결정 참조). 여기에는 자신이 하고자 하는 성행위를 결정할 권리라는 적극적 측면과 함께 원치 않는 성행위를 거부할 권리라는 소극적 측면이 함께 존재하는데, 위계에 의한 간음죄를 비롯한 강간과 추행의 죄는 소극적 성적 자기결정권을 침해하는 것을 내용으로 한다(대법원 2019. 6. 13. 선고 2019도3341 판결, 위 대법원 2015도9436 전원합의체 판결 참조).

3) 원심으로서 위와 같은 법리를 기초로 피해자가 성적 자기결정권을 제대로 행사할 수 있을 정도의 성적 가치관과 판단능력을 갖추었는지 여부 등을 신중하게 판단하였어야 하는데도, 그 판시와 같은 사정만을 들어 성적 자기결정권을 행사할 수 있다고 판단하였으니 원심의 판단에는 아동복지법 제17조 제2호가 정한 성적 학대행위에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

이 점을 지적하는 취지의 군검사의 상고이유 주장은 이유 있다.

2. 청소년성보호법 위반의 점에 관하여

가. 이 부분 공소사실 중 협박에 의한 강간의 점의 요지는, 피고인은 2017. 10. 13. 피해자 공소외 2(가명, 여, 15세)에게 "○○야 너이제 내평생노예야... 차단하거나 읽씹하는순간바로전국구퍼지는거다.

.."라고 페이스북 메시지를 보내, 피해자의 가슴, 성기 등 신체 부위가 노출된 사진들을 피해자의 이름과 함께 인터넷에 올리겠다고 협박하여, 매일 피해자로부터 위와 같이 신체 부위가 노출된 사진들을 페이스북과 네이버 라인을 통해 받아낸 다음 이를 이용하여 피해자를 강간하기로 마음먹고, 2017. 10. 16. "한번만하면 안보내도되", 2017. 10. 17. "또 화나게하네", "만나서하면다지워주는거지", "사진개봉?", "실패시 진짜 노예되는거야ㅎㅎ"라고 피해자에게 페이스북 메시지를 보내, 성관계를 하지 않으면 위 사진들을 올리고 매일 사진을 보내야 한다고 협박하여 반항하지 못하게 한 후 청소년인 피해자를 강간하려고 하였으나, 피해자 공소외 1(가명)에 대한 범행의 수사가 개시되자 겁을 먹음으로써 미수에 그쳤다는 것이다.

한편 이 부분 공소사실 중 위력에 의한 간음의 점의 요지는 위와 같은 방법으로 협박하여 청소년인 피해자를 간음하려고 하였으나 미수에 그쳤다는 것이다.

나. 원심은 피고인이 2017. 10. 17.경 피해자를 협박할 당시 피해자를 간음할 막연한 생각은 가지고 있었으나 간음행위를 위해 피해자를 만나기로 계획한 2017. 12. 말경까지 상당한 시간적 간격이 있고, 간음행위에 이르기 위한 구체적

인 계획이나 의도를 드러내지는 않았으며, 위 협박 이후 다른 협박을 하지는 않았다는 등의 이유를 들어 피고인이 위 협박을 간음행위에 사용하려는 고의를 가지고 있었다거나 이러한 협박이 간음행위의 수단으로 이루어진 것이라는 점이 합리적인 의심의 여지없이 증명되었다고 보기 어렵다고 판단하였다.

다.

그러나 원심의 위와 같은 판단은 그대로 수긍하기 어렵다.

원심판결 이유 및 적법하게 채택된 증거에 의하면 다음과 같이 판단된다.

- 1) 피고인은 페이스북에 피고인 본인 계정과 공소외 3, 공소외 4 등 가공의 인물 명의로 3개의 계정을 만들어 나이 어린 여성들에게 접근하여 대가를 지급하기로 하고 신체 노출 사진 등을 전송받거나 성관계를 제시하면서 그 계정을 각 역할에 맞게 사용하였다.

즉, 공소외 3은 여성들에게 접근하여 노출 사진 등을 전송받은 후 이를 빌미로 성관계를 강요할 때 사용하는 계정, 피고인은 공소외 3의 친구로서 성관계의 대상 역할을 하는 계정, 공소외 4는 공소외 3에게 사진을 전송하고 대가를 받은 적이 있는 여성 역할을 하는 계정으로 피고인은 3개의 계정을 가지고 1인 3역을 하였는데, 피고인이 이와 같은 복잡하면서 교묘한 방법을 사용한 이유는 상대여성에게 약속한 대가를 지급하지 않으면서도 기망과 위협을 번갈아가면서 집요하게 성관계를 요구한 공소외 3이 아닌 피고인을 내세워 상대여성의 경계심을 풀고 용이하게 성관계에 나아가기 위한 것으로 결국 피고인 본인의 성욕을 만족시키는 데에 있다.

따라서 피고인이 위 일련의 과정에서 상대여성에게 한 위협적 언동은 모두 간음의 목적을 달성하기 위한 수단으로 볼 수 있다.

- 2) 이 사건에서도 피고인은 공소외 3 계정으로 피해자와 연락하여 자신을 위로할 수 있는 사진을 찍어 전송하는 아르바이트를 하라고 접근하여 신체 노출 사진을 받았고, 돈을 보내준다는 이유로 피해자의 주소를 알게 된 것을 기회로 피해자의 사진과 개인정보 등을 인터넷에 올리겠다고 말하여 더욱 노골적으로 신체 노출 사진을 받았다.

그런 다음 피고인은 피고인과의 내기를 내세워 피고인을 유혹하여 성관계를 하라고 하였고, 성관계를 하면 더 이상 사진을 보내지 않아도 되고 사진도 모두 삭제하여 주고 약속한 돈도 주겠다고 하거나 성관계를 하지 않으면 사진을 인터넷에 올리겠다고 취지로 말하였으며, 피해자의 거부에도 같은 요구를 계속하였고, 결국 피해자는 피고인의 요구를 수용하여 피고인 계정으로 연락하게 되었다.

- 3) 따라서 피해자가 피고인의 협박에 못이겨 피고인의 계정으로 피고인과 접촉하기에 이른 이상 피해자가 성관계를 결심하기만 하면 다른 특별한 사정이 없는 한 피고인의 간음행위를 실행할 수 있는 단계에 이른 것으로 볼 수 있고, 원심이 들고 있는 시간적 간격이나 위 협박 당시 간음행위에 이르기 위한 구체적인 계획까지 드러내지 않았다는 사정은 위 협박을 간음행위에 사용하려는 고의 및 위 협박이 간음행위의 수단으로 이루어졌는지 여부 판단에 있어 중요한 요소로 보이지 않는다.

라. 그렇다면 피고인이 피해자를 협박하여 간음행위에 사용하려는 고의가 있었고, 위 협박이 간음행위의 수단으로 이루어졌다고 볼 여지가 충분하다.

그런데도 원심은 그 판시와 같은 이유만으로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였으니 원심의 판단에는 협박에 의한 강간죄 및 위력에 의한 간음죄의 실행의 착수에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

이 점을 지적하는 취지의 군검사의 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 나머지 상고에 관하여

군검사는 원심판결 전부에 대하여 상고하였으나, 나머지 부분에 대하여는 상고장이나 상고이유서에 이에 관한 구체적인 불복이유를 기재하지 않았다.

4. 파기의 범위

앞서 본 바와 같이 원심판결 중 아동복지법 위반(아동에 대한 음행 강요·매개·성희롱 등)의 점, 청소년성보호법 위반의 점에 대한 무죄 판단 부분은 파기되어야 하고, 원심이 유죄로 인정한 폭행죄는 위 청소년성보호법 위반의 점과 일죄 관계에 있으므로 원심판결은 전부 파기되어야 한다.

5. 결론

그러므로 원심판결을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 노태악(재판장) 김재형 민유숙(주심) 이동원