

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건	2013도7787 아동복지법위반
피 고 인	피고인
상 고 인	검찰관
변 호 인	변호사 변환봉(국선)
원 심 판 결	고등군사법원 2013. 6. 25. 선고 2013노32 판결
판 결 선 고	2015. 7. 9.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 고등군사법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. '아동에게 음행을 시키는 행위'로 인한 구 아동복지법 위반의 점에 관하여
원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유로 이 사건 공소사실 중 '아동에게 음행을 시키는 행위'로 인한 각 구 아동복지법(2011. 8. 4. 법률 제11002호로 전부 개정되어 2012. 8. 5. 시행되기 전의 것, 이하 같

다) 위반의 점을 무죄로 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 구 아동복지법 제29조 제6호의 해석 및 적용에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

2. '아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱 등의 학대행위'로 인한 구 아동복지법 위반의 점에 관하여

가. 구 아동복지법은 제1조에서 '이 법은 아동이 건강하게 출생하여 행복하고 안전하게 자라나도록 그 복지를 보장함을 목적으로 한다'고 규정하여 그 입법목적을 밝히면서 제3조에서 '아동은 완전하고 조화로운 인격발달을 위하여 안정된 가정환경에서 행복하게 자라나야 한다(제2항). 아동에 관한 모든 활동에 있어서 아동의 이익이 최우선적으로 고려되어야 한다(제3항)'고 규정하여 그 기본이념을 밝히고 있다. 한편 제2조 제4호에서는 '아동학대라 함은 보호자를 포함한 성인에 의하여 아동의 건강·복지를 해치거나 정상적 발달을 저해할 수 있는 신체적·정신적·성적 폭력 또는 가혹행위 및 아동의 보호자에 의하여 이루어지는 유기와 방임을 말한다'고 규정하고, 제29조 제2호에서는 '누구든지 아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱, 성폭행 등의 학대행위를 하여서는 아니된다'고 규정하고 있다.

위와 같은 구 아동복지법의 입법목적, 기본이념 및 관련 조항들의 내용 등을 종합하면, 구 아동복지법상 금지되는 성적 학대행위라 함은 아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱, 성폭행 등의 행위로서 아동의 건강·복지를 해치거나 정상적 발달을 저해할 수 있는 성적 폭력 또는 가혹행위를 말하고, 이에 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 사회 통념에 따라 객관적으로 판단하여야 할 것이다. 한편 피해 아동이 성적 가치관과 판단 능력이 충분히 형성되지 아니하여 성적 자기결정권을 행사하거나 자신을 보호할 능력이 상당히 부족한 경우라면 자신의 성적 행위에 관한 자기결정권을 자발적이고 진지하게 행사할 것이라 기대하기는 어려우므로, 설령 행위자의 요구에 피해 아동이 명시적인 반대 의사를 표시하지 아니하였거나 행위자의 행위로 인해 피해 아동이 현실적으로 육체적 또는 정신적 고통을 느끼지 아니하는 등의 사정이 있다 하더라도, 이러한 사정만으로 행위자의 피해 아동에 대한 성희롱 등의 행위가 구 아동복지법 제29조 제2호의 '성적 학대행위'에 해당하지 아니한다고 쉽사리 단정할 것은 아니다.

나. 원심판결 이유와 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 살펴보면, 육군 이병이던 피고인은 인터넷 게임을 통하여 알게 된 초등학교 4학년의 피해자(여, 10세)와 휴대폰을 이용하여 영상통화를 하던 중 '화장실에 가서 배 밑에 있는 부분을 보여달라'고 요구하였고, 이에 피해자는 영상통화를 하면서 피고인에게 바지와 팬티를 벗고 음부를 보여주거나 아예 옷을 전부 다 벗고 음부를 보여주기도 한 사실, 피고인은 2012. 7. 21. 피해자와 처음으로 전화통화를 한 이후 2012. 7. 25.까지 약 50여회 이상 음성통화 또는 SMS를 통해 피해자와의 연락을 시도하였고, 그 과정에서 피해자는 2012. 7. 21., 2013. 7. 22., 2013. 7. 24. 3일 동안 3회에 걸쳐 영상통화를 통해 피고인에게 음부를 보여준 사실, 그러다가 위와 같은 영상통화 사실을 알게 된 피해자의 모친이 피고인에게 전화를 하여 경찰에 신고를 하겠다는 등의 의사를 전달하자 그제야 피고인도 피해자에 대한 위와 같은 요구나 피해자와의 전화통화를 중단한 사실, 한편 위 각 영상통화 과정에서 피해자는 음부를 보여주는 행동을 그만하겠다고거나 못하겠다

는 의사를 표시하기도 한 사실을 알 수 있다.

위 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 만 10세에 불과한 피해자는 성적 가치관과 판단능력이 충분히 형성되지 아니하여 성적 자기결정권을 제대로 행사하기 어렵고 자신을 보호할 능력도 상당히 미약하다고 볼 수 있는데, 피고인은 위와 같은 피해자의 성적 무지와 타인의 부탁을 쉽게 거절하지 못하는 피해자의 성향을 이용하여 자신의 성적 만족을 얻기 위한 의도로 영상통화를 하면서 음부를 보여 달라는 요구를 반복하였던바, 피고인의 이러한 행위는 일반인의 선량한 성적 도덕관념을 기준으로 볼 때 피해자에게 성적 수치심을 주는 성희롱으로서 피해자의 건강·복지를 해치거나 정상적 발달을 저해할 수 있는 가혹행위, 즉 성적 학대행위에 해당한다고 보아야 할 것이고, 설령 피해자가 피고인의 위와 같은 요구에 특별한 저항 없이 응하였다거나 이 때문에 현실적으로 육체적 또는 정신적 고통을 느끼지 아니한 사정이 있다 하더라도 당시 피해자가 자신의 성적 행위에 관한 자기결정권을 자발적이고 진지하게 행사한 것으로 보기는 어려우므로, 위와 같은 사정 때문에 피고인의 피해자에 대한 위와 같은 행위가 성적 학대행위에 해당하지 아니한다고 볼 수는 없다.

다. 그럼에도 원심은 이와 달리 피고인이 피해자에게 물리적 내지 정신적 위해를 가하기 어려웠고 피해자가 피고인의 요구를 거부하지 아니한 사정에만 주목하여 피고인의 행위가 성적 학대행위에 해당하지 아니한다고 판단하였으니, 이러한 원심판결에는 구 아동복지법 제29조 제2호에서 정한 '성적 학대행위'의 의미와 해석에 대한 법리를 오해하여 판결결과에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 파기의 범위

원심판결 중 '아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱 등의 학대행위'로 인한 각 구 아동복지법 위반 부분은 위에서 본 바와 같은 위법이 있어 파기를 면할 수 없는데, 이 부분은 원심이 무죄로 판단한 '아동에게 음행을 시키는 행위'로 인한 각 구 아동복지법 위반 부분과 상상적 경합관계에 있으므로, 결국 원심판결은 전부 파기되어야 한다.

4. 결론

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

재판장 대법관 박상옥 _____

 대법관 이상훈 _____

주 심 대법관 김창석 _____

 대법관 조희대 _____