

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2021도14616 가. 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(친족관계
 에의한강제추행)
 나. 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(13세미만
 미성년자강제추행)
 다. 아동복지법위반(아동에대한음행강요·매개·성희
 롱등)
 라. 아동복지법위반(아동학대)
 마. 폭행

피 고 인 피고인
 상 고 인 피고인
 변 호 인 변호사 고석상
 원 심 판 결 광주고등법원 2021. 10. 13. 선고 (제주)2021노47 판결
 판 결 선 고 2022. 4. 14.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 광주고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 다음 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

1. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 '성폭력처벌법'이라 한다) 제30조는 제1항에서 "성폭력범죄의 피해자가 19세 미만이거나 신체적인 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에는 피해자의 진술 내용과 조사 과정을 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보존하여야 한다."라고 규정하고, 제6항에서 "제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자나 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다."라고 규정한다. 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」(이하 '청소년성보호법'이라 한다) 제26조는 제1항에서 "아동·청소년대상 성범죄 피해자의 진술내용과 조사과정은 비디오녹화기 등 영상물 녹화장치로 촬영·보존하여야 한다."라고 규정하고, 제2항에서 제4항까지 영상물 녹화의 방식과 절차를 정하며, 제6항에서 "제1항부터 제4항까지의 절차에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 피해자 또는 조사과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다."라고 규정한다. 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 '아동학대처벌법'이라 한다) 제17조 제1항은 "아동학대범죄의 조사·심리에 관하여는 성폭력처벌법 제29조부터 제32조까지, 제34조부터 제41조까지 및 청소년성보호법 제29조를 각각 준용한다. 이 경우 '성폭력' 또는 '아동·청소년대상 성범죄'는 '아동학대범죄'로, '피해자'는 '피해아동'으로 본다."라고 규정한다.

그런데 헌법재판소는 2021. 12. 23. 선고 2018헌바524 사건에서 "성폭력처벌법(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부개정된 것) 제30조 제6항 중 '제1항에 따라 촬영한 영상물에 수록된 피해자의 진술은 공판준비기일 또는 공판기일에 조사 과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람 또는 진술조력인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 경우에 증거로 할 수 있다' 부분 가운데 19세 미만 성폭력범죄 피해자에 관한 부분은 헌법에 위반된다."는 결정을 선고하였다(이하 위 결정을 '이 사건 위헌 결정', 위헌 결정이 선고된 법률 조항을 '이 사건 위헌 법률 조항'이라 한다). 이 사건 위헌 결정 이유는, 자기에게 불리하게 진술한 증인에 대하여 반대신문의 기회를 부여해야 한다는 절차적 권리의 보장은 피고인의 '공정한 재판을 받을 권리'의 핵심적인 내용을 이루는데, 피고인의 반대신문권을 보장하면서도 미성년 피해자를 보호할 수 있는 조화로운 방법을 상정할 수 있음에도, 피고인의 반대신문권을 실질적으로 배제하여 피고인의 방어권을 과도하게 제한하는 이 사건 위헌 법률 조항은 피해의 최소성, 법익의 균형성 요건을 충족하지 못하여 과잉금지 원칙을 위반하고 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다는 것이다.

2. 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가. 이 사건 공소사실의 요지는 피고인이 친딸이자 미성년자인 피해자들을 강제로 추행함과 동시에 성적 학대행위를 하여 성폭력처벌법 제5조 제2항, 제7조 제3항, 형법 제298조 및 아동복지법 제71조 제1항 제1의2호, 제17조 제2호에 해당하는 죄를 범하였고, 피고인이 피해자들을 폭행함과 동시에 신체적 학대행위를 하여 형법 제260조 제1항과 아동복지법 제71조 제1항 제2호, 제17조 제3호에 해당하는 죄를 범하였다는 것이다.

나. 경찰은 사건이 미성년자에 대한 성폭력범죄에 해당한다는 이유로 피해자들의 진술 내용과 조사 과정을 영상으로 촬영하였다. 그리고 속기사로 하여금 영상물에 대한 속기록을 작성하도록 하였다. 검사는 경찰이 촬영한 영상물과 속기록(이하 '이 사건 영상물', '이 사건 속기록'이라 한다)을 증거로 제출하였다.

피고인은, 경찰이 피해자들의 모친 공소외인에게 요청하여 사전에 피해자들과 피해 내용을 담은 문답서를 작성하도록 한 이후 피해자들에 대한 조사가 이루어졌음을 이유로, 이 사건 영상물과 속기록은 위법하게 수집한 증거로서 증거능력이 없고, 설령 그렇지 않더라도 사전 연습에 의하여 오염된 것이므로 신빙하기 어렵다고 주장하면서, 이를 증거로 함에 동의하지 않았다.

다. 제1심은 제2회 공판기일에서 경찰 조사과정에 동석하였던 신뢰관계에 있는 사람에게 해당하는 공소외인을 증인으로 신문하여 이 사건 영상물의 진정성립을 인정하는 진술을 듣고 이 사건 영상물을 증거로 채택하였다. 원진술자인 피해자들에 대한 증인신문은 이루어지지 않았다. 이 사건 영상물에 대한 증거조사가 이루어진 제1심 제5회 공판기일에서, 피고인은 증거에 관한 의견을 변경하여 이 사건 속기록을 증거로 함에 동의하였고, 이에 따라 이 사건 속기록까지 증거로 채택되어 영상물과 함께 증거조사가 이루어졌다. 한편 피고인은 이 사건 영상물과 속기록이 모두 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없다는 주장을 유지하였다.

라. 원심은, 이 사건 영상물이 청소년성보호법 제26조에 따라 촬영·보존된 영상물로서 위 법률에 따른 절차적 요건을 모두 갖추고 있고, 문답서 작성행위가 경찰 조사에 영향을 미쳤다고 단정할 수 없으며, 진술 오염 가능성은 신빙성 판단에 관련된 문제일 뿐 증거능력을 배척하는 사유에 해당하지 않는다는 등의 이유로 이 사건 영상물의 증

거능력을 인정한 제1심의 판단을 유지하였다. 그리고 이 사건 속기록을 주요한 증거로 삼아 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하였다.

3. 이 사건 위헌 결정의 효력은 결정 당시 법원에 계속 중이던 이 사건에도 미친다. 따라서 이 사건 위헌 법률 조항(아동학대처벌법 제17조에서 준용하는 경우를 포함한다)은 이 사건 영상물의 증거능력을 인정하는 근거가 될 수 없다. 그리고 청소년성보호법 제26조 제6항 중 이 사건 위헌 법률 조항과 동일한 내용을 규정하고 있는 부분(이하 '이 사건 청소년성보호법 조항'이라 한다)은 이 사건 위헌 결정의 심판대상이 되지 아니하였지만 이 사건 위헌 법률 조항에 대한 위헌 결정 이유와 같은 이유에서 과잉금지 원칙에 위반될 수 있다. 따라서 원심로서는 이 사건 청소년성보호법 조항의 위헌 여부 또는 그 적용에 따른 위헌적 결과를 피하기 위하여 피해자들을 증인으로 소환하여 그 진술을 듣고 피고인에게 반대신문권을 행사할 기회를 부여할 필요가 있는지 여부 등에 관하여 심리·판단하였어야 한다. 원심이 이러한 심리·판단 없이 이 사건 영상물이 청소년성보호법에 따른 절차적 요건을 갖추었다는 사정을 들어 이 사건 영상물의 증거능력이 인정된다고 판단한 것은 잘못이다.

한편 형사소송법 제318조 제1항은 "검사와 피고인이 증거로 할 수 있음을 동의한 서류 또는 물건은 진정한 것으로 인정한 때에는 증거로 할 수 있다."라고 규정한다. 피고인은 이 사건 영상물과 속기록이 모두 증거능력이 없다고 주장하면서 이를 증거로 함에 동의하지 않다가 이 사건 위헌 법률 조항 또는 이 사건 청소년성보호법 조항에 따라 이 사건 영상물이 증거로 채택되어 증거조사가 이루어지게 되자 증거에 관한 의견을 변경하여 이 사건 속기록을 증거로 함에는 동의하였다. 그런데 이 사건 속기록은 이 사건 영상물의 진술 내용을 그대로 녹취한 것으로서 이 사건 영상물 속의 발언자를

특정하고 내용을 명확하게 함으로써 증거조사절차가 효율적으로 이루어질 수 있도록 하기 위하여 작성된 것에 불과하다. 이 사건 위헌 결정으로 인하여 이 사건 영상물의 증거능력이 인정될 수 없는 경우라면, 비록 피고인이 이 사건 속기록에 대해서는 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 그 동의의 경위와 사유 등에 비추어 이 사건 영상물과 속기록 사이에 증거능력의 차이를 둘 수 있는 합리적 이유가 존재한다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 이 사건 속기록을 진정한 것으로 인정하기는 어렵다. 원심이 이 사건 영상물의 증거능력이거나 이 사건 영상물과 속기록 사이에 증거능력의 차이를 둘 수 있는 합리적 이유가 존재하는지에 대하여 필요한 심리·판단을 다하지 아니한 상태에서 이 사건 속기록을 진정한 것으로 인정하여 증거로 삼은 것은 잘못이다.

결국 원심의 판단에는 영상물과 속기록의 증거능력에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 취지의 피고인의 상고이유 주장은 이유 있다.

4. 그러므로 나머지 상고이유에 관한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 노태약 _____

주 심 대법관 박정화 _____

대법관 김선수 _____

대법관 오경미 _____