

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2015도6980 가. 아동·청소년의성보호에관한법률위반  
나. 주거침입

2015모2524(병합) 보호관찰명령

피고인 겸 피보호관찰명령청구자

피고인 겸 피보호관찰명령청구자

상 고 인 피고인 겸 피보호관찰명령청구자 및 검사

변 호 인 법무법인 안양

담당변호사 강영철 외 2인

원 심 판 결 서울고등법원 2015. 4. 24. 선고 2015노226, 2015로105(병합) 판결

판 결 선 고 2015. 9. 10.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

## 1. 피고사건에 관하여

### 가. 검사의 상고이유에 대하여

(1) 강제추행죄는 상대방에 대하여 폭행 또는 협박을 가하여 항거를 곤란하게 한 뒤에 추행행위를 하는 경우뿐만 아니라 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 경우도 포함되며, 이 경우의 폭행은 반드시 상대방의 의사를 억압할 정도의 것일 필요는 없다. 추행은 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것을 말하며, 이에 해당하는지 여부는 피해자의 의사, 성별, 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 신중히 결정되어야 한다(대법원 2002. 4. 26. 선고 2001도2417 판결 등 참조).

그리고 추행의 고의로 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사, 즉 폭행행위를 하여 그 실행행위에 착수하였으나 추행의 결과에 이르지 못한 때에는 강제추행미수죄가 성립하며, 이러한 법리는 폭행행위 자체가 추행행위라고 인정되는 이른바 '기습추행'의 경우에도 마찬가지로 적용된다.

(2) 제1심 및 원심 판결 이유와 아울러 적법하게 채택된 증거들에 의하면, 아래와 같은 사실들을 알 수 있다.

(가) 피고인 겸 피보호관찰명령청구자(이하 '피고인'이라 한다)은 2014. 3. 25. 22:10 경 혼자 술을 마시고 직장 기숙사에서 나와 광명시 (주소 생략)을 배회하던 중 버스에서 내려 혼자 걸어가는 피해자(여, 17세)를 발견하고, 마스크를 착용한 채 200m 정도 피해자를 뒤따라갔다.

(나) 피고인은 인적이 없고 외진 곳에 이르러 피해자에게 약 1m 간격으로 가까이 접근하여 양팔을 높이 들어 피해자를 껴안으려고 하였으나, 인기척을 느낀 피해자가 뒤돌아보면서 '왜 이러세요?'라고 소리치자, 그 상태로 몇 초 동안 피해자를 쳐다보다가 다시 오던 길로 되돌아갔다.

(3) 위 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴본다.

피고인과 피해자의 관계, 피해자의 연령과 의사, 위 행위에 이르게 된 경위와 당시의 상황, 위 행위 후의 피해자의 반응 및 위 행위가 피해자에게 미친 영향 등을 고려하여 보면, 피고인은 피해자를 추행하기 위하여 뒤따라간 것으로 보이므로 추행의 고의를 충분히 인정할 수 있고, 피고인이 피해자에게 가까이 접근하여 갑자기 뒤에서 피해자를 껴안는 행위는 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 행위라 할 것이어서 그 자체로 이른바 '기습추행' 행위로 볼 수 있으므로, 실제로 피고인의 팔이 피해자의 몸에 닿지는 않았다고 하더라도 위와 같이 양팔을 높이 들어 갑자기 뒤에서 피해자를 껴안으려는 행위는 피해자의 의사에 반하는 유형력의 행사로서 폭행행위에 해당하고, 그 때에 이른바 '기습추행'에 관한 실행의 착수가 있다고 볼 수 있다. 그런데 마침 피해자가 뒤돌아보면서 '왜 이러세요?'라고 소리치는 바람에 피해자의 몸을 껴안는 추행의 결과에 이르지 못하고 미수에 그친 것이므로, 피고인의 위와 같은 행위는 아동·청소년에 대한 강제추행미수죄에 해당한다고 봄이 타당하다.

(4) 그럼에도 이와 달리 원심은, 이 사건에서 그 행위 자체로 피해자에 대한 추행행위에 해당하는 폭행행위가 존재하지 아니하여 이른바 '기습추행'에 해당하지 않고, 피고인의 위와 같은 행위만으로는 피해자의 항거를 곤란하게 하는 정도의 폭행이나 협박

이라고 보기 어려워 강제추행의 실행의 착수가 있었다고 볼 수 없다고 인정하여, 이 사건 공소사실 중 아동·청소년에 대한 강제추행미수죄인 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 위반 부분에 대하여 유죄로 인정한 제1심 판결을 파기하고 무죄로 판단하였다.

따라서 이러한 원심의 판단에는 이른바 '기습추행' 및 그 실행의 착수 등에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 판단을 그르침으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

나. 피고인의 상고에 대하여

피고인은 법정기간 내에 상고이유서를 제출하지 아니하였고 상고장에도 상고이유를 기재하지 아니하였다.

다. 파기의 범위

앞서 본 것과 같이 원심판결 중 피고사건의 무죄 부분은 파기되어야 하는데, 그 부분은 나머지 유죄 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 그 전체에 대하여 하나의 형이 선고되어야 하므로, 결국 원심판결 중 피고사건 부분은 전부 파기되어야 한다.

2. 보호관찰명령 청구사건에 관하여

검사가 원심판결 중 피고사건의 무죄 부분에 대하여 상고를 제기한 이상 특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제21조의8, 제9조 제8항에 의하여 보호관찰명령 청구사건의 판결에 대하여도 상고를 제기한 것으로 의제된다.

비록 보호관찰명령 청구사건에 관하여 상고장에 이유의 기재가 없고 상고이유서에도

이에 대한 불복이유의 기재가 없으나, 피고사건의 무죄 부분에 대한 원심의 판단이 위법하여 원심판결 중 피고사건 부분을 전부 파기하는 경우에는 그와 함께 심리되어 동시에 판결이 선고되어야 하는 보호관찰명령 청구사건에 관한 부분 역시 파기하지 않을 수 없다.

### 3. 결론

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

재판장          대법관          김소영          \_\_\_\_\_

                  대법관          이인복          \_\_\_\_\_

주    심          대법관          김용덕          \_\_\_\_\_

                  대법관          고영한          \_\_\_\_\_