

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2017도3448 가. 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·  
배포등)  
나. 아동복지법위반(아동에대한음행강요·매개·성희롱  
등)  
다. 아동복지법위반(아동학대)

피 고 인 피고인

상 고 인 피고인 및 검사

변 호 인 변호사 류인규, 윤서연, 김보영

원 심 판 결 서울고등법원 2017. 2. 9. 선고 2016노3694 판결

판 결 선 고 2017. 6. 15.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

## 1. 피고인의 상고이유에 대한 판단

원심판결 이유를 원심이 유지한 제1심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유를 들어 이 사건 공소사실(무죄부분 제외)이 모두 유죄로 인정된다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 필요한 심리를 다하지 아니한 채 아동·청소년의 성보호에 관한 법률의 '아동·청소년이용음란물 제작, 전시', 아동복지법의 '정서적 학대행위'에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

## 2. 검사의 상고이유에 대한 판단

가. '아동에게 음란한 행위를 시키는 행위'로 인한 아동복지법위반의 점에 관하여

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유로 이 사건 공소사실 중 '아동에게 음란한 행위를 시키는 행위'로 인한 아동복지법위반의 점을 무죄로 판단한 것은 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같은 법리오해 등의 위법이 없다.

나. '아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱 등의 성적 학대행위'로 인한 아동복지법위반의 점에 관하여

1) 아동복지법 제1조는 "이 법은 아동이 건강하게 출생하여 행복하고 안전하게 자랄 수 있도록 아동의 복지를 보장하는 것을 목적으로 한다."고 규정하고 있고, 제3조는 "아동은 완전하고 조화로운 인격발달을 위하여 안정된 가정환경에서 행복하게 자라나야 한다(제2항). 아동에 관한 모든 활동에 있어서 아동의 이익이 최우선적으로 고려되어야 한다(제3항)."고 규정하고 있다. 그리고 제2조 제7호에서는 아동학대를 "보호자를 포함한 성인이 아동의 건강 또는 복지를 해치거나 정상적 발달을 저해할 수 있는 신체적·정신적·성적 폭력이나 가혹행위를 하는 것과 아동의 보호자가 아동을 유기하거나

방임하는 것"이라고 정의하면서 제17조 제2호에서 "누구든지 아동에게 음란한 행위를 시키거나 이를 매개하는 행위 또는 아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱 등의 성적 학대행위를 하여서는 아니 된다."고 하고 있다.

'아동에게 음란한 행위를 시키는 행위'는 아동복지법 제정 당시부터 금지행위의 유형에 포함되어 있었으나, '성적 학대행위'는 2000. 1. 12. 법률 제6151호로 아동복지법이 개정되면서 처음으로 금지행위의 유형에 포함되었고, 그 문언도 처음에는 "아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱, 성폭행 등의 학대행위"였다가 2011. 8. 4. 법률 제11002호로 개정 시 "아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱·성폭력 등의 학대행위"로, 2014. 1. 28. 법률 제12361호로 개정 시 "아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱 등의 성적 학대행위"로 각 변경됨으로써 현재는 성적 학대행위의 예로 '성폭행'이나 '성폭력'은 삭제되고 '성희롱'만을 규정하고 있다. 그리고 '성적 학대행위'가 위와 같이 금지행위의 유형에 포함된 이후부터 아동복지법이 2014. 1. 28. 법률 제12361호로 개정되기 전까지 아동복지법은 '아동에게 음행을 시키는 행위'와 '성적 학대행위'를 각각 다른 호에서 금지행위로 규정하면서 전자는 10년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금으로, 후자는 5년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금으로 처벌하는 등 그 법정형을 달리하였으나, 아동복지법이 2014. 1. 28. 개정되면서 같은 호에서 같은 법정형(10년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금)으로 처벌하게 되었다(제17조 제2호, 제71조 제1항 제1의2호 참조).

이러한 아동복지법의 입법목적과 기본이념, '아동에게 음란한 행위를 시키는 행위'와 '성적 학대행위'를 금지하는 규정의 개정 경과 등을 종합하면, 아동복지법상 금지되는 '성적 학대행위'는 아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱 등의 행위로서 아동의 건강·

복지를 해치거나 정상적 발달을 저해할 수 있는 성적 폭력 또는 가혹행위를 의미하고, 이는 '음란한 행위를 시키는 행위'와는 별개의 행위로서, 성폭행의 정도에 이르지 아니한 성적 행위도 그것이 성적 도의관념에 어긋나고 아동의 건전한 성적 가치관의 형성 등 완전하고 조화로운 인격발달을 현저하게 저해할 우려가 있는 행위이면 이에 포함한다고 봄이 타당하다.

한편 불고불리의 원칙상 검사의 공소제기가 없으면 법원이 심판할 수 없는 것이고, 법원은 검사가 공소제기한 사건에 한하여 심판을 하여야 하므로(대법원 2001. 12. 27. 선고 2001도5304 판결 등 참조), 검사는 공소장의 공소사실과 적용법조 등을 명백히 함으로써 공소제기의 취지를 명확히 하여야 하는데, 검사가 어떠한 행위를 기소한 것 인지는 기본적으로 공소장의 기재 자체를 기준으로 하되, 심리의 경과 및 검사의 주장 내용 등도 고려하여 판단하여야 한다. 공소제기의 취지가 명료할 경우 법원이 이에 대하여 석명권을 행사할 필요는 없으나, 공소제기의 취지가 오해를 불러일으키거나 명료하지 못한 경우라면 법원은 형사소송규칙 제141조에 의하여 검사에 대하여 석명권을 행사하여 그 취지를 명확하게 하여야 한다(대법원 2011. 11. 10. 선고 2011도10468 판결, 대법원 2015. 12. 23. 선고 2014도2727 판결 등 참조).

2) 기록에 의하면, 검사는 아동복지법(아동에대한음행강요·매개·성희롱등) 위반의 점과 관련하여 '피고인이 2015. 10. 31. 09:45경 수원시 영통구 소재 K모텔 불상의 호실에서, 14세의 아동인 피해자에게 옷을 벗으라고 시킨 후 미리 준비해온 철제 개목걸이를 피해자의 목에 채운 뒤 피해자를 동물인 개처럼 취급하며 복종시키고, 손바닥으로 피해자의 엉덩이를 수회 때리고 손가락을 피해자의 음부에 집어넣는 등 유사성교행위를 하여, 아동인 피해자에게 음란한 행위를 시키는 등으로 성적으로 학대하는 등 그

때부터 제1심판결 별지 범죄일람표 (1) 기재와 같이 9회에 걸쳐 피해자를 성적으로 학대하였다.'는 취지로 기소한 사실, 피고인은 사실관계 자체는 다투지 않으면서도 피고인의 행위가 법리적으로 '음행을 시키는 행위'에 해당하지 않는다는 취지로 주장한 사실, 제1심 제5회 공판기일에 재판장은 검사에게 이 부분 공소사실에 대하여 대법원 판례를 들어 변호인이 법리적인 주장을 하고 있으므로 공소장을 검토할 것을 명한 사실, 제1심 제6회 공판기일에 검사는 종전 공소장 내용대로 판단해 달라고 진술하였고 변론종결 후 '피해자의 동의는 사리분별력이 충분한 아동·청소년이 성적 행위에 관한 자기결정권을 자발적이고 진지하게 행사한 것으로 보기 어렵고, 나아가 피해자의 성적 가치관과 정서, 건강에 커다란 해악을 끼친 것이 분명하므로 피고인의 행위는 아동복지법이 금지하는 성적 학대행위에 해당된다.'는 취지의 의견서를 제출한 사실, 제1심은 "공소사실의 사실관계가 아동복지법 제17조 제2호 후단의 '아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱'의 항목에 해당하는 것이 아닌지 살펴볼 여지가 있으나, 위 후단 항목이 같은 호에 규정되어 있기는 하지만 '아동에게 음란한 행위를 시킨 것'과는 행위의 태양을 달리하는 것이므로, 이에 대하여 예비적 또는 택일적으로 공소제기가 되지 않은 이상 나아가 판단하지 아니한다."고 설시한 사실, 이에 대하여 검사는, 피고인의 행위가 ① 아동에게 음란한 행위를 시키거나, ② 아동에게 음란한 행위를 매개하거나, ③ 아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱 등의 행위를 모두 포섭하여 기소하였음에도 제1심이 '아동에게 음란한 행위를 시키는 행위' 부분만을 기소한 것으로 판단하여 무죄를 선고하고 '아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱'에 해당하는지 여부에 대하여 판단하지 않은 것은 잘못이라는 취지의 항소이유서를 제출한 사실, 한편 원심은 '아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱 등 성적 학대행위'도 기소된 것인지 여부에 관하여 검사에게 석명

권을 행사하지 않은 채 제1회 공판기일에 변론을 종결하고 검사의 항소를 기각한 사실을 알 수 있다.

3) 위와 같은 공소장의 문언 및 심리의 경과를 위 법리에 비추어 살펴보면, 검사는 이 부분 피고인의 행위를 '아동에게 음행을 시키는 행위'뿐만 아니라 '성적 학대행위'로도 기소한 것으로 볼 여지가 충분할 뿐만 아니라, 설령 그렇게 단정하기는 어렵다고 하더라도 원심으로서의 의견서 및 항소이유서에서 검사가 한 주장을 감안하여 검사에게 이 부분 공소사실이 '아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱 등 성적 학대행위'에 해당한다는 취지인지 및 '아동에게 음란한 행위를 시키는 행위'와의 관계 등에 관하여 석명을 구하는 등 형사소송규칙 제141조에 따라 소송관계를 명료하게 한 다음 그에 관하여 심리·판단하였어야 할 것이다.

그럼에도 원심은 검사가 '아동에게 음란한 행위를 시키는 행위'로만 기소한 것이고 '아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱 등 성적 학대행위'로는 기소하지 않았다고 단정한 나머지 필요한 석명을 다하지 아니한 채 '아동에게 음란한 행위를 시키는 행위'에 대하여만 심리·판단하였으니, 이러한 원심판결에는 필요한 석명권 행사나 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

### 3. 파기의 범위

원심판결 중 '아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱 등의 성적 학대행위'로 인한 아동복지법위반 부분은 파기되어야 하는데, 이 부분은 '아동에게 음란한 행위를 시키는 행위'로 인한 아동복지법위반 부분과는 일죄의 관계에 있고, 원심이 피고인에 대하여 유죄로 인정한 나머지 부분과는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있으므로, 원심판결

