

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2021도9041 아동·청소년의성보호에관한법률위반(위계등간음), 성
폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용촬영)
피 고 인 피고인
상 고 인 검사
변 호 인 법무법인(유한) 대륙아주
담당변호사 한승철 외 3인
원 심 판 결 광주고등법원 2021. 6. 24. 선고 2016노104 판결
판 결 선 고 2022. 4. 28.

주 문

원심판결 중 피고사건 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 광주고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」(이하 '청소년성보호법'이라 한다) 위반(위계

등간음) 부분

가. 공소사실의 요지와 원심의 판단

1) 이 부분 공소사실은, 피고인이 랜덤채팅 애플리케이션을 통해 알게 된 피해자(여, 15세)에게 연예기획사에서 일하는 매니저와 사진작가의 1인 2역을 하면서 거짓말을 하여 피해자로 하여금 모델이 되기 위한 연기 연습 및 사진 촬영 연습의 일환으로 성관계를 한다는 착각에 빠지게 한 후, 마치 자신이 위 매니저가 소개한 사진작가인 것처럼 행세하면서 피해자를 간음한 것을 비롯해, 같은 방법으로 10회에 걸쳐 위계로써 아동·청소년인 피해자를 간음하였다는 것이다.

2) 원심은, 이 부분 공소사실은 피고인이 간음행위 자체에 대한 기망을 하였음을 전제로 한 것인데, 피해자가 피고인의 위계에 의해서가 아니라 스스로의 판단에 따른 성적 자기결정권을 행사하여 성관계를 하였을 가능성을 배제할 수 없어 피고인이 간음행위 자체에 대하여 기망하거나 피해자가 간음행위 자체에 대한 착오에 빠져 성관계를 하였다는 점의 증거가 부족하다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

나. 대법원의 판단

그러나 원심의 판단은 그대로 수긍하기 어렵다.

1) 관련 법리

원심도 원용한 바와 같이 대법원 2020. 8. 27. 선고 2015도9436 전원합의체 판결(이하 '대법원 2015도9436 판결'이라 한다)은 '위계에 의한 간음죄에서 행위자가 간음의 목적으로 상대방에게 일으킨 오인, 착각, 부지는 간음행위 자체에 대한 오인, 착각, 부지를 말하는 것이지 간음행위와 불가분적 관련성이 인정되지 않는 다른 조건에 관한 오인, 착각, 부지를 가리키는 것은 아니다'는 취지의 종전 판례를 변경하고 다음과 같

은 요지로 판단하였다. 즉, 위계에 의한 간음죄에 있어서는 행위자가 간음의 목적으로 피해자에게 오인, 착각, 부지를 일으키고 피해자의 그러한 심적 상태를 이용하여 간음의 목적을 달성하였다면 위계와 간음행위 사이의 인과관계를 인정할 수 있다. 왜곡된 성적 결정에 기초하여 성행위를 하였다면 왜곡이 발생한 지점이 성행위 그 자체인지 성행위에 이르게 된 동기인지는 성적 자기결정권에 대한 침해가 발생한 것은 마찬가지라는 점에서 핵심적인 부분이라고 하기 어렵다. 피해자가 오인, 착각, 부지에 빠지게 되는 대상은 간음행위 자체일 수도 있고, 간음행위에 이르게 된 동기이거나 간음행위와 결부된 금전적·비금전적 대가와 같은 요소일 수도 있다. 위와 같은 인과관계를 판단함에 있어서는 피해자의 연령 및 행위자와의 관계, 범행에 이르게 된 경위, 범행 당시와 전후의 상황 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여야 한다.

2) 이 사건에서 인정되는 위계의 내용

가) 원심판결 이유와 적법하게 채택한 증거에 의하면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

(1) 피고인(남, 당시 44세)은 2013. 4. 초순경 랜덤채팅 어플리케이션을 통해 고등학교 1학년생인 피해자(여, 당시 15세)를 알게 되었다. 피고인은 연예기획사에서 일하는 매니저로 행세하면서 피해자에게 사진작가와의 약속을 주선하였고, 1인 2역을 하여 스스로 사진작가로도 행세하면서 약속장소에서 피해자를 만난 후 고가의 카메라, 삼각대 등 촬영장비가 든 가방을 가지고 피해자와 함께 모텔에 들어가 피해자의 나체를 촬영하고 성관계를 하였다.

(2) 피고인은 위 만남 이후에도 2015. 7.경까지 이와 유사한 방법으로 반복적으로 피해자와 만나 성관계를 하였다.

(3) 피해자는 수사기관에서 '사진작가가 시키는 대로만 하면 연예인이나 모델이 될 수 있다는 말을 믿었고, 모델이 되고 싶은 욕심에 시키는 대로 성관계 등에 응할 수밖에 없었다'는 취지로 진술하였고, 제1심과 원심 법정에서도 이러한 진술 부분은 유지되었다.

나) 위 인정사실 및 적법하게 채택한 증거를 통해 알 수 있는 다음과 같은 사정을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고인은 연예기획사 매니저와 사진작가의 1인 2역을 하면서 '사진작가의 요구에 따라 성관계 등을 하면 모델 등이 되도록 해 줄 것이다'라는 거짓말을 하여 피해자에게 오인, 착각을 일으키고 피해자의 그러한 심적 상태를 이용하여 피해자를 간음한 것으로 볼 수 있는바, 이러한 피고인의 간음행위는 '간음행위에 이르게 된 동기' 내지 '간음행위와 결부된 비금전적 대가'에 관한 위계에 의한 것이라고 평가할 수 있다.

(1) 피해자는 피고인의 거짓말에 속아 피고인이 요구한 나체 촬영과 성관계 등에 응하면 피고인이 자신을 모델 등으로 만들어 줄 것으로 오인, 착각하였고, 이러한 오인, 착각은 피해자가 피고인과의 성관계를 결심하게 된 중요한 동기가 된 것으로 보인다. 이러한 성관계가 피해자의 자발적이고 진지한 성적 자기결정권의 행사에 따른 것으로 볼 수는 없다.

(2) 피고인이 연예기획사 매니저와 사진작가의 1인 2역으로 행세한 것은 고등학교 1학년생으로 사회 경험이 없는 피해자의 경계심을 허물고 성관계를 하는 효과적인 수단으로 작용하였다.

(3) 피해자는 피고인을 만날 당시 '상세불명의 우울병 에피소드' 등으로 병원 치료를 받는 등 정신적으로 불안정한 상태였고, '어머니를 미워하고 자주 다투며, 아버지

를 융통성이 없고 답답하다'고 느끼는 등 부모와의 갈등도 겪고 있었는데, 피해자가 부모의 충분한 보호를 받지 못함은 물론, 가정 내에서 사랑과 이해, 심리적 지지를 얻지 못하는 상황은 피해자의 자존감을 깎아내리고 피해자로 하여금 온전한 성적 자기결정 능력을 행사하기 어렵게 하였을 것으로 보인다.

(4) 원심은 피해자의 기존 성관계 경험, 피해자가 매번 피고인으로부터 돈을 지급받은 점 등을 들어, 피고인과의 성관계에 있어 피해자가 성적 자기결정권을 행사하였을 가능성이 있다고 보았다. 그러나 원심이 지적하는 피해자의 기존 성관계 경험은 이를 인정할 자료가 부족할뿐더러 피고인의 위계로 인한 피해자의 성적 자기결정권의 왜곡 여부를 판단함에 있어서는 별다른 관련이 없는 사정에 불과하다. 또한 피고인과 피해자 모두 '성관계의 대가로 돈을 주거나 받은 것은 아니다'는 취지로 진술한 점 등에 비추어, 피해자가 피고인으로부터 돈을 수령한 것 또한 피해자가 성관계를 결심하는 데 유의미한 요소가 되었다고 보기는 어렵다.

(5) 피해자는 제1심 법정에서 "어느 순간부터 그런 만남이 자연스러워진 것 같다. 제가 거부해야 되는 것인지도 몰랐고 그렇게 자연스럽게 됐던 것 같다."고 진술하였고, 원심 법정에서 "피고인의 강요에 의하여 성관계를 하였고, 제가 어린 나이여서 옳고 그름을 판단하지 못한 것을 이용해서 항상 저한테 주입식으로 '이게 옳다'고만 해서 그냥 저는 이렇게 만나오는 관계가 이렇게 나쁜 것인지도 몰랐다.", "그때 당시 우울증과 정신상태가 온전치 못해서 판단력이 흐려져 이렇게 하는 게 옳은 건지 그른 건지에 대한 판단 자체가 없었다."는 취지로 진술한 바는 있다. 그러나 피해자의 전체적인 진술 내용, 피해자의 연령과 사회 경험, 부모의 이해와 심리적 지지를 얻지 못하고 우울증까지 호소하던 피해자의 심리적 상태에다가, 피고인이 피해자에게 몸매 관리에

관하여 모델 선배들과의 경쟁을 부추기거나, 성관계조차 업무의 연장으로 대하는 듯한 모델 선배들과 달리 피해자는 순수하여 더 매력적이라는 취지의 대화메시지를 보내기도 한 점 등에 비추어 보면, 위와 같은 피해자의 진술은 피고인이 어리고 사회 경험이 없는 피해자에 대해 지속적인 위계와 장기간에 걸친 일명 '그루밍 과정'을 통해 피고인을 의심하지 못하도록 만드는 등 피해자를 길들이고 통제한 결과로 보일 뿐, 피해자의 위 진술만으로 피해자가 스스로의 판단에 따른 성적 자기결정권을 행사하여 피고인과 성관계를 한 것으로 보기는 어렵다.

3) 법원의 직권심판의무

가) 관련 법리

법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 심리의 경과에 비추어 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없다고 인정되는 때에는, 공소장이 변경되지 않았더라도 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 범죄사실을 인정할 수 있고(대법원 2007. 9. 6. 선고 2006도3583 판결), 이와 같은 경우 공소가 제기된 범죄사실과 대비하여 볼 때 실제로 인정되는 범죄사실의 사안이 가볍지 아니하여 공소장이 변경되지 않았다는 이유로 이를 처벌하지 않는다면 적정절차에 의한 신속한 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반하는 것으로 인정되는 경우라면 법원으로서도 직권으로 그 범죄사실을 인정하여야 한다(대법원 2005. 1. 27. 선고 2004도7537 판결, 대법원 2006. 4. 13. 선고 2005도9268 판결 등 참조).

나) 이 부분 공소사실에 관한 공소장변경의 경위와 원심의 공판진행 경과

(1) 검사는 '피고인이 성관계에 응하면 모델을 시켜줄 것처럼 기망하여 피해자를

간음하였다'는 내용으로 공소를 제기하였다가, '피고인이 피해자에게 거짓말을 하여 피해자로 하여금 모델이 되기 위한 연기 연습 및 사진 촬영 연습의 일환으로 성관계를 한다는 착각에 빠지게 하여 피해자를 간음하였다'는 것으로 공소사실을 변경함으로써 당시의 대법원 판례에 따라 간음행위 자체에 대한 착각을 일으키게 한 것으로 공소사실을 구성하였고, 제1심은 공소사실을 유죄로 인정하였다.

(2) 원심은 제4회 공판기일에서 변론을 종결하면서 판결 선고기일을 고지하였다가, 선고기일을 추후 지정하는 것으로 변경하였다. 원심은 이후 3년 6개월간 아무런 심리를 진행하지 않다가 변론을 재개하여 제5회 공판기일을 열었으나 앞서 본 대법원 2015도9436 판결의 결과를 보기 위해 다시 공판기일을 추후 지정하였다가, 대법원 2015도9436 판결이 선고되자 변론을 속행하였다. 검사는 2021. 4. 7.자로 공소장변경허가신청을 하였는데, 그 내용은 2015도9436 판결의 새로운 법리 판시와 무관한, 범죄일람표를 본문에 일치시키는 것에 불과하였다. 원심은 위 공소장변경을 허가한 후 변론을 종결하고 앞서 본 바와 같이 간음행위 자체에 대한 착오를 일으킨 것이 아니라는 이유로 무죄를 선고하였다.

다) 판단

(1) 이 사건에서 인정되는 위계의 내용은 피고인의 요구에 따라 성관계 등을 하면 모델 등이 되도록 해 주겠다는 것으로서 '간음행위에 이르게 된 동기' 내지 '간음행위와 결부된 비금전적 대가'임은 앞서 인정한 바와 같다.

(2) 이 사건에서 인정되는 위계의 내용이 공소사실에 적시된 위계의 내용과 정확히 일치하지는 않는다. 그러나 피고인이 모델 등이 되기를 바라는 피해자에게 이를 빌미로 거짓말을 하여 피해자의 오인, 착각을 일으키고 이러한 심적 상태를 이용하여

피해자를 간음하였다는 기본적 사실에는 변함이 없고, 그 외 범행일시, 장소에도 아무런 차이가 없는바, 이 사건에서 인정되는 위계의 내용을 전제로 한 위계에 의한 간음 범죄사실이 기존 공소사실과 사이에 동일성의 범위를 벗어났다고 볼 수 없다. 또한 기소 당시 공소사실에 '성관계에 응하면 모델을 시켜줄 것처럼 피해자를 기망하였다'는 위계의 내용이 적시된 바 있고, 제1심 제1회 공판기일에서 피고인이 이러한 공소사실을 인정하기도 한 점, 그 밖에 공소장변경의 경위와 원심에서의 피고인의 변소 내용을 포함한 심리의 경과에 비추어 보면, 공소장 변경 없이 직권으로 이 사건에서 인정되는 위계의 내용을 전제로 한 위계에 의한 간음 범죄사실을 인정하더라도 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 있다고 볼 수도 없다.

(3) 나아가 원심은 대법원 2015도9436 판결의 결과를 확인하기 위하여 무려 4년 가량 기다려 왔으며, 대법원 2015도9436 판결이 판시한 새로운 법리에 따르면 피고인의 행위는 위계에 의한 간음죄를 구성한다.

(4) 원심에서 공판진행의 경과까지 함께 고려해보면, 원심의 결론은 적정 절차에 의한 신속한 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반한다고 할 것이다.

4) 소결

따라서 원심으로서 심리를 통하여 피고인이 행사한 위계의 내용 및 그로 인해 피해자의 성적 결정에 있어 왜곡이 발생한 지점을 명확히 하는 한편, 피해자가 간음행위 자체에 대해서는 오인, 착각, 부지에 빠지게 된 것은 아니더라도 간음행위에 이르게 된 동기 등에 대해 오인, 착각, 부지에 빠져 피고인과의 성관계를 결심하였는지를 직권으로 심리하였어야 한다. 그럼에도 원심은 장기간에 걸쳐 공판절차를 진행하지 않은

채 대기하여 대법원 2015도9436 판결의 결과를 확인하였음에도 피해자가 간음행위 자체에 대한 착오에 빠져 성관계를 하였다는 점의 증거가 부족하다는 이유만을 들어 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였으니, 이러한 원심 판단에는 청소년성보호법 위반(위계등간음)죄의 성립에 관하여 필요한 심리를 다하지 아니하고 공소장변경 없이 심판할 수 있는 범위 등에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

2. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 '성폭력처벌법'이라 한다) 위반(카메라등이용촬영) 부분

가. 공소사실의 요지와 원심의 판단

1) 이 부분 공소사실은, 피고인이 위 제1의 가. 1)항 기재와 같이 피해자를 속여 간음하는 것을 기화로 나체 상태의 피해자를 카메라로 촬영하고 간음 영상을 비디오카메라로 녹화한 것을 비롯해, 같은 방법으로 9회에 걸쳐 나체 상태의 피해자를 촬영함으로써 카메라를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 피해자의 신체를 피해자의 의사에 반하여 촬영하였다는 것이다.

2) 원심은, 피해자가 피고인이 자신의 신체를 촬영하거나 성관계 장면을 녹화하는 것을 충분히 예상하고 있었고 이를 거부한 사실이 없었던 점, 피해자가 피고인의 말에 기망당한 것이 아니라 명시적 또는 묵시적 동의 하에 촬영에 응하였을 가능성을 배제할 수 없는 점, 설령 피해자가 피고인의 말에 기망당하여 촬영에 응하였다고 하더라도 성폭력처벌법 제14조 제1항은 의사에 반하여 신체를 촬영한 행위만을 처벌할 뿐인바, 하자 있는 동의에 의하여 신체를 촬영한 행위에 대하여는 명확한 처벌규정이 없는 점 등 그 판시와 같은 사정을 들어 이 부분 공소사실의 증거가 부족하다고 보아 이를 무죄로 판단하였다.

나. 대법원의 판단

그러나 원심의 판단은 그대로 수긍하기 어렵다.

1) 카메라 기타 이와 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체를 그 의사에 반하여 촬영하는 행위를 처벌하는 성폭력처벌법 제14조 제1항은 인격체인 피해자의 성적 자유 및 합부로 촬영당하지 않을 자유를 보호하기 위한 것이다(대법원 2015. 9. 10. 선고 2015도8447 판결, 대법원 2018. 11. 9. 선고 2018도13122 판결 등 참조).

2) 피해자는 연예기획사 매니저와 사진작가의 1인 2역 행세를 한 피고인의 거짓말에 속아 피고인이 요구한 나체 촬영과 성관계 등에 응하면 피고인이 자신을 모델 등으로 만들어 줄 것으로 오인, 착각에 빠졌음은 앞서 인정한 바와 같은바, 피해자는 이러한 심적 상태에서 피고인의 촬영 요구 등에 응하였다고 보이고, 피고인 또한 그와 같은 피해자의 심적 상태를 유발하고 이를 적극적으로 이용하였다고 할 것이므로, 피해자가 피고인에 대하여 자신의 신체 촬영을 승낙한 것은 피해자의 자유로운 의사에 기초한 것이라고 보기 어렵고, 따라서 피고인의 위 행위는 피해자의 의사에 반한다고 볼 여지가 충분하다.

3) 그런데도 원심은 판시와 같은 이유만으로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였는바, 이러한 원심의 판단에는 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 성폭력처벌법 위반(카메라등이용촬영)죄에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

3. 결론

그러므로 원심판결 중 피고사건 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단

