

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2020도12419 아동복지법위반(아동에대한음행강요·매개·성희롱등)  
피 고 인 피고인  
상 고 인 군검사  
변 호 인 법무법인 저스티스 담당변호사 황윤상  
원 심 판 결 고등군사법원 2020. 8. 27. 선고 2020노18 판결  
판 결 선 고 2022. 7. 28.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 이송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 공소사실과 원심 판단

가. 이 사건 공소사실은, 피고인이 2018. 3. 14.경 피해아동(여, 14세)과 휴대전화로 영상통화를 하던 중 피해아동에게 '네 가슴을 보고 싶다'고 말하여 피해아동으로 하여금 영상통화 화면에 가슴을 보이도록 하고 이를 보면서 피고인이 자위행위를 하는 장

면을 보여준 것을 비롯하여 그 무렵부터 2018. 4.경까지 사이에 총 5회에 걸쳐 같은 방법으로 피해아동에게 성적 학대행위를 하였다는 것이다.

나. 원심은, 성적 학대행위 해당 여부 판단에 관한 법리를 원용한 다음 피해아동이 성적 자기결정권 행사에 미숙한 것으로 보이지 않는 점 등을 들어 피고인의 행위가 피해아동의 건강·복지를 해치거나 정상적인 발달을 저해할 수 있는 성적 폭력 또는 가혹행위로서 '성적 학대행위'라고 단정하기 어렵다고 판단한 제1심을 수긍하면서, 특히 피해아동이 이 사건 이전 피고인과 합의 하에 성관계를 하였던 점, 이 사건 영상통화가 피해아동의 의사에 반한다고 볼 사정이 없는 점 등을 지적하였다.

## 2. 대법원의 판단

가. 성적 학대행위에 해당하는지 여부는 행위자 및 피해아동의 의사·성별·연령, 피해아동이 성적 자기결정권을 제대로 행사할 수 있을 정도의 성적 가치관과 판단능력을 갖추었는지 여부, 행위자와 피해아동의 관계, 행위에 이르게 된 경위, 구체적인 행위 태양, 그 행위가 피해아동의 인격 발달과 정신 건강에 미칠 수 있는 영향 등의 구체적인 사정을 종합적으로 고려하여 그 시대의 건전한 사회통념에 따라 객관적으로 판단하여야 함은(대법원 2015. 7. 9. 선고 2013도7787 판결 등 참조) 원심이 지적한 바와 같다.

그러나 원심이 피해아동의 피고인과의 성관계 및 이 사건과 성관계 당시 피해아동의 언행 등을 이유로 피해아동이 성적 자기결정권을 행사하였음을 들어 판단한 부분은 그대로 수긍하기 어렵다.

나. 국가와 사회는 아동·청소년에 대하여 다양한 보호의무를 부담한다. 법원은 아동·청소년이 피해자인 사건에서 아동·청소년이 특별히 보호되어야 할 대상임을 전제

로 판단해왔다. 아동복지법상 아동에 대한 성적 학대행위에 해당하는지 판단함에 있어 아동이 명시적인 반대의사를 표시하지 아니하였더라도 성적 자기결정권을 행사하여 자신을 보호할 능력이 부족한 상황에 기인한 것인지 가려보아야 하고(위 대법원 2013도 7787 판결 참조), 아동복지법상 아동매매죄에 있어서 설령 아동 자신이 동의하였더라도 유죄가 인정된다(대법원 2015. 8. 27. 선고 2015도6480 판결 참조). 아동·청소년이 자신을 대상으로 음란물을 제작하는 데에 동의하였더라도 원칙적으로 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」상 아동·청소년이용 음란물 제작죄를 구성한다(대법원 2015. 2. 12. 선고 2014도11501, 2014전도197 판결 참조).

아동·청소년은 사회적·문화적 제약 등으로 아직 온전한 성적 자기결정권을 행사하기 어려울 뿐만 아니라, 인지적·심리적·관계적 자원의 부족으로 타인의 성적 침해 또는 착취행위로부터 자신을 방어하기 어려운 처지에 있다. 또한 아동·청소년은 성적 가치관을 형성하고 성 건강을 완성해가는 과정에 있으므로 아동·청소년에 대한 성적 침해 또는 착취행위는 아동·청소년이 성과 관련한 정신적·신체적 건강을 추구하고 자율적 인격을 형성·발전시키는 데에 심각하고 지속적인 부정적 영향을 미칠 수 있다. 따라서 아동·청소년이 외관상 성적 결정 또는 동의로 보이는 언동을 하였다 하더라도, 그것이 타인의 기망이나 왜곡된 신뢰관계의 이용에 의한 것이라면, 이를 아동·청소년의 온전한 성적 자기결정권의 행사에 의한 것이라고 평가하기 어렵다(대법원 2020. 8. 27. 선고 2015도9436 전원합의체 판결 참조).

다. 원심으로서 위와 같은 법리를 기초로 피해아동이 성적 자기결정권을 제대로 행사할 수 있을 정도의 성적 가치관과 판단능력을 갖추었는지 여부 등을 신중하게 판단하였어야 하는데도, 그 판시와 같은 사정만을 들어 성적 자기결정권을 행사하였음을

