

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2019도16421 미성년자유인(인정된 죄명: 미성년자약취)
피 고 인 피고인
상 고 인 피고인
원 심 판 결 수원지방법원 2019. 10. 25. 선고 2019노2984 판결
판 결 선 고 2021. 9. 9.

주 문

상고를 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 사건의 경위 및 원심의 판단

가. 인정되는 사실관계

1) 피고인은 2007. 3. 24. 일본에서 프랑스인 공소외인과 혼인하였고, 2009. 3. 4. 딸인 피해아동이 태어났다. 공소외인과 피해아동은 2009. 4.경부터 프랑스에서 생활하였고, 피고인은 일본에 남아 학업을 마친 후 2010. 4.경부터 프랑스에서 함께 거주하다

가 2012. 3.경 혼자 대한민국으로 귀국하였다.

2) 공소외인은 2012. 7.경 프랑스 법원에 피고인을 상대로 이혼청구를 하였고, 법원은 2013. 11. 15.경 피해아동의 상시 거주지를 공소외인의 거주지로 정하고 피고인은 면접교섭을 할 수 있다는 취지의 임시조치 결정을 하였다.

3) 피고인은 1개월 동안의 면접교섭을 위하여 2014. 7. 5. 피해아동(당시 만 5세)을 데리고 대한민국으로 오면서 2014. 8. 6. 프랑스에 있는 공소외인에게 데려다 주기로 약속을 하였음에도, 피해아동을 데려다 주지 않은 채 공소외인과 연락을 두절하였다.

4) 공소외인은 2015. 4. 17. 수원지방법원에 피고인을 상대로 피해아동의 친권자 및 양육자로 자신을 지정하고 피해아동을 인도할 것을 청구하였고, 수원지방법원은 2016. 7. 20. 피해아동의 양육자로 공소외인을 지정하고 피해아동의 인도를 명하되, 친권자 지정은 프랑스 법원의 이혼판결이 확정되지 않았다는 이유로 기각하는 심판을 하였다. 피고인이 항고하였으나, 수원지방법원은 2016. 11. 3. 항고를 기각하였고, 2016. 11. 29. 확정되었다.

5) 공소외인은 수원지방법원에 위 심판이 확정될 때까지 4차례에 걸쳐 피해아동에 대한 화상통화, 프랑스어 지도, 면접교섭 등을 위한 사전처분 신청을 하여 인용 결정을 받았으나, 피고인이 제대로 이행하거나 협조하지 않아 피해아동과 매우 제한적으로만 연락을 주고받았을 뿐, 위 사전처분 인용 결정에 따른 실행을 하지 못하였다.

6) 프랑스 법원은 2016. 4. 13. 피고인의 일방적 귀책사유로 인한 이혼을 선언하고 친권자 및 양육자를 공소외인으로 지정하며 피고인의 면접교섭권은 유보하는 내용의 판결을 선고하였고, 그 판결은 2016. 9. 29. 확정되었다.

7) 공소외인의 적극적인 신청 등으로 ① 2016. 8. 23. 가집행 부 유아인도 심판에 따른 민사집행법상의 강제집행, ② 2017. 10. 24. 가사소송법 제64조에 따른 유아인도 이행명령에 기한 강제집행 등 피해아동을 데려가기 위한 적법한 집행시도가 이루어졌으나, 이미 프랑스어를 상당 부분 잊어버리고 한국 생활에 익숙해진 피해아동의 거부로 인하여 실패하였다.

8) 피고인은 사전처분 위반에 따른 감치 사건 및 이 사건 원심이 계속 중이던 2019. 10. 15. 피해아동을 공소외인에게 인도하였다.

나. 쟁점 공소사실의 요지

피고인은 피해아동을 면접교섭하기 위하여 피해아동을 보호·양육하던 공소외인으로부터 피해아동을 인계받아 국내로 입국한 후 공소외인과 피해아동의 의사에 반하여 돌려보내지 아니한 채 피고인의 주거지에 계속 거주하게 하여 피해아동을 약취하였다는 공소 사실로 기소되었다.

다. 원심의 판단

원심은, 아래와 같은 사정을 들어 피고인의 행위는 피해아동에 대한 추가적인 장소적 이전이 없었더라도 불법적인 사실상의 힘을 수단으로 사용하여 피해아동을 자신의 사실상의 지배하에 옮긴 것과 같다고 보아, 위 공소사실을 유죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

1) 피고인과 공소외인은 한국과 프랑스에서 따로 살며 이혼 소송 중이었고, 프랑스 법원이 임시조치로 피해아동의 상시 거주지를 공소외인의 거주지로 정하였으며, 그에 따라 공소외인이 피해아동의 보호·양육에 관한 권리를 사실상 행사하고 있었다.

2) 피고인은 프랑스 법원이 부여한 면접교섭권을 행사하여 피해아동을 한국에 데

려온 후 그 기간이 경과한 후에도 공소외인에게 인도하지 아니하였을 뿐만 아니라 장기간 공소외인과 피해아동의 연락을 방해하고 서로 만나지 못하게 하였다.

3) 피고인의 이러한 행위는 공소외인의 피해아동에 대한 보호·양육권을 현저히 침해하고, 피해아동의 의사에 반하여 자유로운 생활관계 또는 공소외인의 보호관계로부터 이탈시켜 자신의 사실상 지배하에 옮기는 것으로 평가할 수 있다.

2. 대법원의 판단

가. 관련 법리

1) 형법 제287조의 미성년자약취죄의 구성요건요소로서 약취란 폭행, 협박 또는 불법적인 사실상의 힘을 수단으로 사용하여 피해자를 그 의사에 반하여 자유로운 생활관계 또는 보호관계로부터 이탈시켜 자기 또는 제3자의 사실상 지배하에 옮기는 행위를 의미하고, 구체적 사건에서 어떤 행위가 약취에 해당하는지 여부는 행위의 목적과 의도, 행위 당시의 정황, 행위의 태양과 종류, 수단과 방법, 피해자의 상태 등 관련 사정을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도3816 판결 등 참조).

2) 미성년자를 보호·감독하는 사람이라고 하더라도 다른 보호감독자의 보호·양육권을 침해하거나 자신의 보호·양육권을 남용하여 미성년자 본인의 이익을 침해하는 때에는 미성년자에 대한 약취죄의 주체가 될 수 있으므로(대법원 2008. 1. 31. 선고 2007도8011 판결 등 참조), 부모가 이혼하였거나 별거하는 상황에서 미성년의 자녀를 부모의 일방이 평온하게 보호·양육하고 있는데, 상대방 부모가 폭행, 협박 또는 불법적인 사실상의 힘을 행사하여 그 보호·양육 상태를 깨뜨리고 자녀를 자기 또는 제3자의 사실상 지배하에 옮긴 경우 그와 같은 행위는 특별한 사정이 없는 한 미성년자에 대한 약취죄를 구성한다(대법원 2017. 12. 13. 선고 2015도10032 판결 참조).

나. 쟁점

이 사건의 쟁점은, 부모의 별거 상황에서 일방 배우자인 피고인이 면접교섭권을 행사하기 위하여 프랑스에서 타방 배우자와 함께 생활하고 있던 만 5세인 피해아동을 대한민국으로 데려온 후 면접교섭 기간이 종료하였음에도 프랑스로 데려다 주지 않은 채 피해아동이 친모를 제대로 만나지도 못하게 한 경우 이러한 행위를 '불법적인 사실상의 힘을 행사하여 피해아동을 약취'한 것으로 볼 수 있는지 여부이다.

다. 판단

부모의 별거 또는 이혼 상황에서 일방 배우자가 면접교섭권을 행사하기 위하여 자녀를 적법하게 데리고 갔다가 면접교섭 기간이 종료하였음에도 양육친에게 데려다주지 않은 경우 그 사정만으로 항상 미성년자약취죄가 성립한다고 볼 수는 없다.

그러나 위 법리를 토대로 앞서 본 사실관계를 통해 알 수 있는 다음과 같은 사정을 종합해 보면, 이 사건에서 피고인의 행위는 불법적인 사실상의 힘을 수단으로 피해아동을 그 의사와 복리에 반하여 자유로운 생활 및 보호관계로부터 이탈시켜 자기의 사실상 지배하에 옮긴 적극적 행위와 형법적으로 같은 정도의 행위로 평가할 수 있으므로, 형법 제287조 미성년자약취죄의 약취행위에 해당한다고 봄이 타당하다.

1) 행위의 목적과 의도 측면에서, 피고인이 2014. 8.경 이후에 했던 일련의 행동을 보면, 피고인은 피해아동을 향후 계속하여 보호·양육함으로써 기존의 자유로운 생활 및 보호관계로부터 이탈시켜 자신의 사실상 지배하에 두기 위한 목적으로 피해아동의 반환을 거부한 것으로 보인다.

2) 행위 당시의 정황과 피해자의 상태 측면에서, 피해아동은 당시 만 5세에 불과한 유아였고 피해아동이 돌아가야 하는 곳은 외국인 프랑스였으므로, 피고인이 작위의

무를 이행하여 피해아동을 데려다 주지 않으면 피해자 스스로는 자유로운 생활 및 보호관계로부터의 이탈이라는 위협에 대처할 수 있는 능력이 없는 상태였다.

3) 자녀의 최대한의 복리 우선의 원칙과 관련하여, 가정법원은 미성년 자녀의 양육자 지정 등에 관한 결정을 할 때 자녀의 복리를 최우선적으로 고려하므로, 이러한 가정법원의 결정을 위반하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 자녀의 복리를 침해하는 것으로 볼 수 있다.

피고인은 앞서 본 바와 같이 장기간 프랑스 법원의 양육자 지정 결정뿐 아니라, 대한민국 법원의 양육자 지정 및 유아인도 심판, 그 이행명령, 면접교섭 사전처분 등 각종 결정을 지속적으로 위반하였고, 피해아동은 5살의 나이에 말이 잘 통하지 않는 대한민국에서 친밀감을 형성하지 못했던 피고인과 살면서 기존에 유대관계를 갖고 있던 보호자와 연락도 하지 못하게 되었을 뿐 아니라, 이후 계속된 피고인의 행위로 인하여 결국 프랑스에서의 생활관계 및 보호자인 공소외인의 보호관계에서 완전히 이탈되어 프랑스어를 잊어버리고 친모인 공소외인과의 유대관계까지 잃어버리게 되었는바, 이는 실질적으로 피해아동의 복리를 침해하는 것으로 볼 수 있다.

4) 가사소송법 등 관계 법령은 유아인도 심판 및 그 집행에 관한 규정들을 두고 있으나, 피고인은 유아인도 심판에 따르지 않은 채 피해아동을 데리고 있으면서 그 양육환경을 고착화 시킴으로써 적법한 절차에 따른 강제집행을 불가능하게 만들었고, 이러한 피고인의 행위는 법원의 확정된 심판 등의 실효성을 확보할 수 없도록 하는 결과를 초래하였다.

그렇다면, 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 미성년자약취죄의 약취, 부작위범 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없고, 그 밖에 필요한 심리를 다하지 않은 채 논리와

경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 정당행위, 책임조각사유 등에 관한 법리를 오해한 잘못도 없다.

3. 결론

그러므로 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 천대엽

 대법관 조재연

주 심 대법관 민유숙

 대법관 이동원