

[판례평석]

## 다문화가정에서 미성년자약취 및 국외이송죄의 문제\*

오영근\*\*

---

### 차 례

---

[대상판결 : 대법원 2013. 6. 20. 선고 2010 도14328 전원합의체 판결]	[평 석]
I. 사실관계 및 재판의 경과	I. 문제의 제기
II. 판결요지	II. 해석의 기본원칙과 보호법익의 문제
	III. 구성요건해당성의 문제
	IV. 위법성 및 책임 조각의 문제
	V. 결 론

---

[대상판결 : 대법원 2013. 6. 20. 선고 2010도14328 전원합의체 판결]

### I. 사실관계 및 재판의 경과

#### 1. 사실관계

피고인은 베트남 국적의 여성으로서 2006년 한국인 A와 국제결혼하여 한국으로 와 생활하면서 아들 B를 출산하였다. 피고인은 A로부터 학대받거나 가혹행위를 당한 적은 없으나, 평소 A나 시집 식구들이 자신이 외국인이라는 이유로 한국인에게는 시키지 않

---

\* 이 논문은 한양대학교 교내연구비에 의한 것임.

\*\* 한양대학교 법학전문대학원 교수.

는 일을 시키고, 시집 식구들끼리 피고인이 언제 도망갈지 모르니 외출을 못하게 하라는 등의 말을 하는 것을 듣게 되었다. 이에 피고인은 시집 식구들이 자신을 차별하고 무시한다는 생각을 갖게 되었다. 그러던 중 피고인이 2008. 8. 30.경 수원에 거주하는 친구집에 놀러 가 그곳에서 늦게까지 머물다 당일 천안행 버스를 놓치는 바람에 다음날 귀가하게 되었다. 이 때문에 피고인은 며칠동안 A로부터 집을 나가라는 말을 듣게 되었다. 피고인은 A가 자신을 돈을 주고 사왔는데 이제는 필요 없다고 생각하는 것 같았고 국내에는 갈 곳이 없자 아들인 B를 데리고 친정인 베트남으로 돌아가기로 하였다.

피고인은 2008. 9. 3. 남편 A가 직장에 출근한 사이 태어난 지 13개월이 채 안 된 B를 데리고 베트남으로 떠났다. B는 현재까지 피고인의 베트남 친정집에서 양육되고 있다. 한편 피고인은 B의 양육비를 벌기 위하여 2008. 9. 17. 혼자 한국으로 입국하여 회사에 근무하던 중 A에게 발각되었고, A는 피고인을 고소하였다. 피고인은 2010. 4. 16. 구속되어 같은 해 5. 27. 보석으로 석방되었다. 한편, 피고인과 A는 2010. 5. 13. 협의이혼의사 확인을 받으면서 B에 대한 양육자를 피고인으로 정하였다<sup>1)</sup>.

## 2. 재판의 경과

피고인은 미성년자약취죄(형법 제287조) 및 피약취자국외이송죄(제289조 제2항)로 기소되었다.

제1심인 대전지방법원 공주지원(대전지방법원 공주지원 2010. 7. 28. 선고 2010고합24 판결)과 항소심인 대전고등법원은 피고인에게 무죄를 선고하였다(대전고등법원 2010. 10. 8. 선고 2010노363 판결).

검사가 상고하였다. 대법원은 형사소송법 제390조 제2항에 의해 2013. 3. 21. 대법원 대법정에서 공개변론을 실시하였다<sup>2)</sup>. 이후 대법원은 전원합의체에서 관여법관 8 대 5

1) 피고인과 A는 B에 대한 양육비부담에 대해 “양육비는 피고인이 부담하기로 하되, 다만 A는 2008. 9. 3. 피고인에게 양육비로서 2,500만 원을 지급하였다”는 취지로 협의하였다. 그런데 피고인은 B를 베트남으로 데려갈 때 A의 통장에서 A의 허락없이 1,000만원을 인출하였고, 결혼 당시 A로부터 1,500만원을 받았다. 양육비 2,500만원은 이 금액을 합친 것이고, 실제로 A가 피고인에게 B에 대한 양육비를 준 것은 없다. 이 사건에서는 피고인의 절도죄도 문제되었지만, 이에 대해서는 논하지 않기로 한다.

2) 이 공개변론은 최초로 인터넷 및 케이블 TV에서 실시간으로 중계되었다. 이 공개변론에서 필자는 7분간 피고인측을 위한 참고인진술을 하였고, 대법관 2, 3인의 질문에 대해 약 3분간 답변을 하였다 (이 공개변론은 <http://www.scourt.go.kr/supreme/media/MediaActivityListAction.work?gubun=>

의 의견으로 검사의 상고를 기각하였다.

## II. 판결요지

**[다수의견]** 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 탈취하여 자기 또는 제3자의 사실상 지배하에 옮긴 경우, 그와 같은 행위는 특별한 사정이 없는 한 미성년자에 대한 약취죄를 구성한다고 볼 수 있다. 그러나 이와 달리 미성년의 자녀를 부모가 함께 동거하면서 보호·양육하여 오던 중 부모의 일방이 상대방 부모나 그 자녀에게 어떠한 폭행, 협박이나 불법적인 사실상의 힘을 행사함이 없이 그 자녀를 데리고 종전의 거소를 벗어나 다른 곳으로 옮겨 자녀에 대한 보호·양육을 계속하였다면, 그 행위가 보호·양육권의 남용에 해당한다는 등 특별한 사정이 없는 한 설령 이에 관하여 법원의 결정이나 상대방 부모의 동의를 얻지 아니하였다고 하더라도 그러한 행위에 대하여 곧바로 형법상 미성년자에 대한 약취죄의 성립을 인정할 수는 없다고 할 것이다.

**[반대의견]** 피고인의 행위는 사실상의 힘을 수단으로 사용하여 유아인 B를 피고인 또는 제3자의 지배하에 옮기고, 이로써 B를 종전의 자유로운 생활관계 또는 보호관계로부터 이탈시켜 그의 이익을 해함과 아울러 공동친권자인 A의 보호·양육권을 침해한 것으로서 특별한 사정이 없는 한 국외이송약취죄와 피약취자국외이송죄의 구성요건에 해당한다고 할 것이다. 그리고 다수의견과 같이 부모의 일방이 다른 상대방 부모에 의하여 이루어지고 있는 평온한 보호·양육 상태를 깨뜨리고 자녀를 자기의 사실상 지배하에 옮긴 경우에 형법 제287조의 미성년자약취죄를 구성할 수 있다고 보아 부모에 의한 미성년자약취죄의 성립을 긍정하는 이상, 다수의견에 대한 보충의견이 뒤에서 지적하고 있는 여러 약취 관련 범죄들에 관한 법정형 등에 대한 논의는 양형에 관련한 사유

---

710&pageSize=3에 게재되어 있다). 필자는 피고인의 행위가 미성년자약취죄 및 피약취자국외이송죄의 구성요건에 해당되지 않는다는 논거를 제시하였고, 그 내용들 중 일부는 대상판결의 다수의견이 채택하기도 하였다. 그러나 이 글에서는 나아가 위법성조각이나 책임조각 등에 대해서도 언급하였다.

에 불과하고, 미성년자를 일방적으로 국외에 데리고 간 행위의 국외이송약취죄 등에 대한 구성요건 해당성을 부정할 이유는 되지 못한다.

**[다수의견의 보충의견]** 미성년의 자녀를 부모가 함께 동거하면서 보호·양육하여 오던 중 부모의 일방이 어떠한 폭행, 협박이나 불법적인 사실상의 힘을 행사함이 없이 자녀를 데리고 사는 곳을 옮겨 자녀에 대한 보호·양육을 계속한 행위는 특별한 사정이 없는 한 형법상 미성년자 관련 약취죄로 처벌할 수 없다. 국제결혼으로 형성된 다문화 가정에서 외국인 부모가 정당한 절차와 방법을 거치지 아니한 채 우리나라 부모의 동의 없이 자녀를 데리고 출국하는 사례가 계속 발생하여 그러한 현상이 중대한 사회문제로 이어진 상황(이지만) ... 다수의견은 형법의 본질, 미성년자 관련 약취죄의 입법 취지와 보호법의 등을 고려한 원칙적 해석론을 채택함으로써 형법이 예정한 범위를 벗어난 가벌성의 확장시도를 경계한 것으로서 ... 다만 이 사건과 같이 부모의 일방이 상대방의 동의나 가정법원의 결정이 없는 상태에서 미성년 자녀를 국외로 데리고 나간 경우에 대해서는 그 행위에 합당한 처벌규정을 제정하고, 여권의 발급·제한과 출입국관리 등 관계되는 제도를 개선하며, 국제결혼관련 국가와의 외교적 해결방안을 마련해 두는 등 반대의견에서 제기한 문제점의 시정과 해결을 위한 입법적·행정적 노력과 조치가 조속히 이어지기를 기대하고 또한 촉구하고자 한다.

## [평 석]

### I. 문제의 제기

솔로몬왕은 두 여인이 한 아기를 서로 자기의 아기라고 주장하는 사건을 재판하게 되었다. 솔로몬은 먼저 아기를 반으로 나누어 두 여인에게 나눠주라고 판결하였다. 이에 한 여인은 그렇게 하겠다고 하였고, 다른 한 여인은 아기를 포기하겠다고 하였다. 솔로몬은 진짜 어머니라면 아기를 차지하겠다는 욕심 보다는 아기의 생명을 우선할 것이므로, 아기를 포기하겠다고 한 여인에게 아기를 주라고 최종 판결하였다. 이것이 지혜로운

판결의 대명사로 불리는 솔로몬의 재판이다<sup>3)</sup>.

그러나 이 사건에서 아기를 차지하게 된 여인이 아기의 생모가 아닐 가능성도 부정할 수 없다. 아기의 생명보다 자신의 욕심을 우선하는 생모도 가끔은 있기 때문이다. 그렇다고 하여 솔로몬의 재판이 잘못된 것은 아니다. 아기의 이익과 복지라는 측면에서는 자신의 욕심을 우선시하는 생모보다는 - 설사 아기를 차지하기 위해 거짓말을 하였다고 하더라도 - 아기의 생명을 우선시하는 생모 아닌 여인에게 아기의 양육을 맡기는 것이 훨씬 나을 것이기 때문이다.

이 사건도 영아 B의 자유와 복지라는 관점을 가장 우선해서 해결해야 할 것이다. 솔로몬이 재판할 당시에는 그가 의지할 수 있는 법이나 선례 등이 없었다. 이에 비해 이 사건에는 미성년자약취죄(제287조) 등과 같이 적용가능해 보이는 법규정이 있다. 이러한 점에서 이 사건의 해결이 좀더 용이해 보일 수도 있다. 그러나 다른 한편으로는 기존의 법규정이 예상하지 못했던 내용의 사건이라는 점에서 오히려 그 해결이 더 어려울 수도 있다. 기존의 법규정을 그대로 적용할 수도 없고 기존의 법규정을 완전히 무시할 수도 없기 때문이다. 따라서 이 사건의 해결을 위해서는 먼저 기존의 법규정에 대한 좀더 세밀한 해석이 필요하다고 할 수 있다.

이러한 관점에서 이하에서는 다음과 같은 사항들을 살펴보며 대상판결의 다수의견과 반대의견을 검토하기로 한다.

첫째, 현행형법상 자녀를 공동양육하는 부모의 1인이 다른 부모와의 협의를 거치지 않고 일방적으로 자녀를 데리고 외국으로 출국하는 행위를 처벌할 수 있는지이다. 특히 부모의 혼인관계가 파탄되거나 파탄이 예상되는 상황에서 이러한 행위가 이루어진 경우에는 어떠한지이다.

둘째, 부모가 의사능력 없는 영아에 대하여 위와 같은 행위를 한 경우, 미성년자약취죄(형법 제287조)나 국외이송목적약취죄(형법 제289조) 등에 해당되는지의 여부이다. 이를 위해 ①미성년자약취죄 등에서의 '약취'의 개념과 인정요건, ②부모의 일방이 위와 같은 행위를 한 경우 미성년자약취죄 등에서의 '약취행위'에 해당하는지를 살펴본다.

셋째, 위와 같은 행위가 미성년자약취죄나 국외이송목적약취죄 등에 해당한다고 할 경우, 위법성 또는 책임 조각이 가능한지의 문제이다.

3) 성경, 열왕기상, 3장 16절 - 28절.

이 글에서는 학설들의 입장을 참고하기도 하지만, 주로 판례의 입장을 받아들이면서 피고인의 죄책을 논하는 방법을 택하였다. 왜냐하면 이 글은 원래 피고인의 무죄임을 논증하기 위해 작성된 것인데, 판례가 채택하고 있지 않은 학설들의 논리 보다는 기존 판례의 논리를 따르는 것이 대법관들에게는 좀 더 설득력이 있을 것이기 때문이다. 또한 이러한 방법이 학문적으로도 시도해볼만한 방법이기도 하기 때문이다.

## II. 해석의 기본원칙과 보호법익의 문제

### 1. 미성년자약취죄등의 해석론

문제의 해결을 위해 먼저 형법 제31장 약취와 유인의 죄의 해석론을 살펴보기로 한다. 피고인의 행위를 평면적으로 관찰하면 반대의견의 입장처럼 국외이송목적약취죄(제289조의 제1항)와 피약취자국외이송죄(동조 제2항)의 경합범이나 미성년자약취죄(제287조)와 피약취자국외이송죄(제289조 제2항)의 경합범에 해당된다고 할 수도 있다.

그러나 생모이고 영아를 직접 양육하던 피고인이 자신의 이익만을 도모하였다라면 자신만 베트남으로 돌아갔어도 충분했지만, 영아 B를 데리고 간 것은 B의 자유와 복지를 보호하기 위함이었다. 또한 피고인이 한국인이었다면 영아를 데리고 외국으로 가지는 않았을 것이므로 국외이송목적약취죄나 피약취자국외이송죄는 문제되지 않고 미성년자약취죄만이 문제되었을 것이다.

이러한 점을 고려한다면, 반대의견처럼 이 사건에 미성년자약취죄등을 평면적으로 적용하는 것은 문제가 있다고 할 수 있다. 남자의 혈통을 중시하였던 시대에서 남녀평등이 강조되고, 통신과 교통이 발달하지 않았던 시대에서 지구촌이라는 용어가 나올 정도로 외국과의 교류가 활발하게 되고, 지역적이나 인적으로 가까운 사람끼리 결혼하던 시대에서 외국인과의 결혼이 늘어난 상황은 형법 제287조나 제289조의 입법 당시 입법자들이 예상하지 못했던 것이라고 할 수 있고, 객관적으로 보아도 위의 규정들이 이러한 사건을 예상하여 입법된 것이라고 하기도 어렵기 때문이다.

따라서 약취와 유인의 죄의 규정을 해석함에는 형법해석의 엄격성원칙이 존중되어야

하고 나아가 목적론적 축소해석<sup>4)</sup>도 필요하다고 할 수 있다. 판례도 피고인에게 유리한 목적론적 축소해석을 인정하는 입장이다<sup>5)</sup>.

## 2. 보호법익 관련 문제

미성년자약취죄의 보호법익에 대해 통설은 일차적으로는 미성년자의 자유권이고 부차적으로 친권자 등 감호권자의 감호권이라고 한다<sup>6)</sup>. 판례는 감호권자의 감호권을 침해하여 미성년자를 자신들의 사실상 지배하로 옮긴 이상 미성년자의 동의가 있었다라도 미성년자약취죄가 성립한다고 한다<sup>7)</sup>. 또한 미성년자의 감호자라도 그 감호권을 남용하여 미성년자 본인의 이익을 침해하는 경우에는 미성년자 약취죄의 주체가 될 수 있다고 한다<sup>8)</sup>. 이는 보호법익에 대해 통설과 같은 입장이라고 할 수 있을 것이다.

이와 같이 일차적 보호법익과 부차적 보호법익이 인정되는 경우 일차적 법익을 보호하기 위해 부차적 법익을 침해한 경우에는 범죄성립을 부정해야 할 것이다. 나아가 어떠한 범죄의 보호법익으로 여러가지가 제시될 경우 그 보호법익 사이에 우열을 정해야 하고 우월한 법익을 보호하기 위해 하위의 법익을 침해한 경우에는 범죄가 성립하지 않는다고 해야 할 것이다. 그렇지 않고 여러 개의 보호법익 중 어느 하나만을 침해해도 범죄가 성립한다고 한다면 범죄의 성립범위가 너무 넓어지게 되고 이는 형법해석의 엄격성원칙에 반하기 때문이다.

예를 들어 통설에 의하면 낙태죄의 일차적 보호법익은 태아의 생명·신체의 안전이

- 4) 유추해석과 목적론적 축소해석의 공통점과 차이점에 대한 설명으로, 김영환, “법학방법론의 관점에서 본 유추와 목적론적 축소”, 법철학연구, 제12권 제2호, 2009, 28-31면; 장영민, “유추금지과 목적론적 축소해석”, 형사판례연구, 제7호, 1999, 제5장(V.) 참조.
- 5) 대법원 2002. 2. 21. 선고 2001도2819 전원합의체 판결; 대법원 2011. 4. 14. 선고 2011도453, 2011전도12 판결. 형벌법규는 문언에 따라 엄격하게 해석·적용하여야 하고 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하여서는 아니되지만, 형벌법규의 해석에서도 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 한 그 법률의 입법취지와 목적, 입법연혁 등을 고려한 목적론적 해석이 배제되는 것은 아니다.
- 6) 이형국, “미성년자 약취·유인죄”, 고시계, 1995년 7월호, 106-107면; 권오걸, 형법각론, 2009, 48-149면; 김성돈, 형법각론, 2008, 139면; 김일수·서보학, 형법각론, 2004, 141면; 배종대, 형법각론, 43/2; 오영근, 형법각론, 9/3; 이재상, 형법각론, 9/4; 임 응, 형법각론, 2005, 148면. 주된 보호법익과 부차적 보호법익을 구별할 필요가 없다는 견해는, 박상기, 형법각론, 2004, 131면.
- 7) 대법원 2003. 2. 11. 선고 2002도7115 판결.
- 8) 대법원 2008. 1. 31. 선고 2007도8011 판결.

고, 부차적으로 임부의 생명·신체의 안전이다<sup>9)</sup>. 따라서 낙태죄에서도 태아의 생명·신체의 안전을 보호하기 위해 임부의 생명·신체의 안전을 침해한 경우에는 낙태죄는 성립할 수 없고, 임부에 대한 상해죄등만이 성립한다고 해야 할 것이다. 마찬가지로 일차적 보호법익을 공공의 안전으로, 부차적 보호법익을 재산으로 파악하는 방화죄에서도 공공의 안전을 보호하기 위해 타인의 재산에 방화한 경우에는 방화죄는 성립하지 않고, 손괴죄등만이 성립할 수 있다고 해야 할 것이다.

그렇다면 미성년자약취죄의 경우에도 미성년자의 자유와 복지라는 일차적 보호법익을 보호하기 위해 보호감독권자의 감호권이라는 부차적 보호법익을 침해한 경우에는 미성년자약취죄가 성립하지 않고, 감호권침해행위를 독자적으로 처벌하는 규정이 있다면 그 규정에 의해 처벌해야 할 것이다.

위의 대법원 2003. 2. 11. 선고 2002도7115 판결도 단순히 감호권자의 감호권만을 침해한 것만으로도 미성년자약취죄를 인정하는 것이라기 보다는, 피고인들의 행위가 미성년자의 이익을 침해했고, 이 경우 미성년자의 동의는 동의로서의 효력이 없다는 의미로 해석해야 할 것이다. 이것은 외조부의 감호를 받던 미성년자를 아버지가 미성년자의 의사에 반하여 강제로 차에 태우고 고아원에 데려가 피해자의 수용문제를 상담하고, 개사육장에서 잠을 재운 후 다른 아동복지상담소에 데리고 간 사례에서 미성년자약취죄를 인정한 판결<sup>10)</sup>에도 나타나고 있다. 이 사례에서 민법상으로는 우월한 감호권을 지닌 아버지가 외할아버지의 하위의 감호권을 침해하였으므로 미성년자약취죄를 인정하지 말아야 한다는 주장이 있을 수도 있다. 그러나 아버지가 아들의 이익과 외할아버지의 감호권을 함께 침해하였기 때문에 미성년자약취죄를 인정한 것이라고 할 수 있다. 만약 이 사례에서 외할아버지의 양육을 받는 것이 아들에게 불이익하기 때문에 아버지가 아들을 데려갔다면 미성년자약취죄가 인정되지 않았을 것이다.

이것은 다음 사례를 보면 좀더 분명해진다. 판례는 장소적 이전 없이도 약취행위가 성립할 수 있다고 한다<sup>11)</sup>. 따라서 만약 대상판결의 사건에서 남편 A가 영아 B를 제대로 감호할 수 없음에도 불구하고 폭행, 협박으로 피고인이 B를 데리고 가지 못하도록 하였다고 할 경우 미성년자약취죄가 인정될 수 있을 것이다. 부모가 헤어지기로 한 경

9) 낙태죄의 보호법익에 관한 논의는 권오걸, 앞의 책, 82면 참조.

10) 대법원 2008. 1. 31. 선고 2007도8011 판결.

11) 대법원 2008. 1. 17. 선고 2007도8485 판결.

우 영아는 부모 모두에 의해 감호될 때에 비해 감호가 약해지는 상황에 처할 수밖에 없다. 이 경우에는 아버지와 어머니 중 누구에 의해 감호받을 때가 영아에게 더 유리한가를 상대적으로 비교할 수밖에 없다. 그런데 어머니의 감호를 받는 것이 영아에게 더 유리함에도 불구하고 어머니가 영아를 데려가는 것을 아버지가 폭행, 협박 등으로 방해하였다고 한다면, 영아에 대한 장소적 이전이 없더라도 아버지의 행위는 약취행위에 해당될 수 있다고 해야 할 것이다.

이상의 논의를 종합하면, 미성년자의 자유와 복지를 보호하기 위해 다른 감호자의 감호권만을 침해한 경우에는 미성년자약취죄가 성립하지 않고, 다른 감호자의 감호권 침해만이 문제된다. 그런데 우리 형법에서 감호권 침해행위 그 자체를 처벌하는 규정은 없으므로, 이 문제는 형사문제가 아닌 민사문제로 해결해야 할 것이다<sup>12)</sup>. 반대의견은 민법상의 친권행사는 공동으로 해야 하고 친권자 일방이 단독으로 행사한 때에는 특별한 사정이 없으면 민법위반이 된다고 한다. 그러나 미성년자약취죄에서 감호권과 민법상의 친권은 구분해야 하고, 친권행사에 관한 민법규정 위반이 곧 형법상의 범죄가 된다는 것은 논리비약이라고 할 수 있다. 따라서 피고인이 13개월된 영아 B의 자유와 복지<sup>13)</sup>를 위해 베트남으로 데려간 행위는 실사 그 행위가 아버지 A의 감호권을 침해하였더라도 미성년자약취죄는 성립하지 않는다고 해야 할 것이다<sup>14)</sup>.

### Ⅲ. 구성요건해당성의 문제

#### 1. 행위주체의 측면

12) 바람직한 형법적 보호범위의 설정에 대해, 임석원, “법익의 보호범위의 확대와 해석의 한계”, 법학연구, 제41집, 2011, 10-11면.

13) 다수의견은 원심이 B의 이익이 침해되지 않았다고 단정한 것은 잘못되었다고 한다. 그러나 피고인과 A가 이혼할 상황이었으므로 피고인의 행위에 의해 B의 이익이 침해되지 않았다고 해야 할 것이다.

14) 대수관결의 다수의견은 이러한 경우 약취행위에 해당되지 않는다고 하고, 보충의견은 “미성년자의 자유와 안전, 그리고 미성년자에 대한 보호·양육 상태의 유지라는 보호법익이 직접 침해되는 경우와 순수한 권리 측면에서의 부모의 보호·양육권 침해만이 문제가 되는 경우는 형법상 미성년자 관련 약취죄의 성립 여부와 관련하여 본질적인 차이를 두지 않을 수 없다.”고 하는데, 이 글의 입장과 같은 입장이라고 할 수 있다.

### (1) 형법상의 감호권자

피고인은 남편 A와 영아 B의 공동감호자이지만, B의 감호는 주로 피고인이 담당하였다. 피고인이 이혼을 결심하였다면 B는 A와 피고인 중 어느 한 사람이 감호할 수밖에 없게 되고, 이전의 공동감호상태는 유지될 수가 없다. 따라서 피고인과 A 중 누가 B를 감호할 것인가를 결정해야 한다. 이 경우 B의 양육권자는 민법상 결정되어야 하지만 미성년자약취죄에서의 감호권자 혹은 양육권자를 결정할 때에는 행위 당시의 사실상의 감호 또는 양육 상태를 증시해야 할 것이다.

민법상의 양육권자를 결정할 때에는 현재의 양육상태와 함께 양육권자의 결정이 B의 장애에 미칠 영향 등과 같이 다양한 요소들을 고려해야 하지만, 미성년자약취죄에서의 감호권자는 민법과는 달리 파악해야 한다. 형법상의 점유는 민법상의 점유와 달리 좀더 사실관계를 중요시하듯이<sup>15)</sup> 미성년자약취죄에서의 감호권자는 민법상의 양육권자 또는 감호자권에 비해 사실적 측면을 증시해야 한다. 따라서 예를 들어 부모의 민법상 감호권이 동일하게 인정된다고 하더라도 형법적으로는 누가 현실적으로 감호하고 있는냐를 중요시하여야 한다<sup>16)</sup>. 이러한 의미에서 부모 사이에 의견이 다를 때 법정절차를 거치지 않고 친권행사를 한 경우 자녀의 이익을 해한 것이라고 하는 반대의견의 논리는 민법상의 개념과 형법상의 개념을 혼동한 것이라고 할 수 있다.

앞에서 보았듯이 판례도 민법상으로는 외할아버지보다 더 강한 양육권 또는 감호권을 지닌 아버지가 형법상으로는 약취죄의 주체가 될 수 있다고 하는데<sup>17)</sup>, 이는 미성년자의 사실상의 보호상태를 증시하였기 때문이라고 할 수 있다. 또한 판례는 친권자인 아버지의 부탁으로 영아를 감호하고 있는 비친권자가 친권자인 어머니의 영아 인도요구를 거부한 경우 미성년자약취죄에 해당되지 않는다고 한다<sup>18)</sup>. 이 판결의 취지는 실사

15) 대법원 2012. 4. 26. 선고 2010도6334 판결. 절도죄란 재물에 대한 타인의 점유를 침해함으로써 성립하는 것이다. 여기서의 '점유'라고 함은 현실적으로 어떠한 재물을 지배하는 순수한 사실상의 관계를 말하는 것으로서, 민법상의 점유와 반드시 일치하는 것이 아니다.

16) 다수의견이 이혼한 상태에서 미성년자를 데려간 경우에는 원칙적으로 미성년자약취죄가 성립하지만, 평온을 상태에서 일방이 미성년자를 데려간 경우에는 원칙적으로 미성년자약취죄가 성립하지 않는다고 하는데, 이 역시 현실적 감호상태를 증시한 것이라고 할 수 있다.

17) 대법원 2008. 1. 31. 선고 2007도8011 판결.

18) 대법원 1974. 5. 28. 선고 74도840 판결. 피고인 등은 아버지의 부탁으로 위 두 영아들을 각 보호하고 있고, 위 아버지는 자기 처이며 영아들의 어머니와의 사이에 내부적인 이유가 있어 영아들을 그 어머니로부터 격리시킬 필요가 있다 하여 위와 같은 조치를 취한 본건과 같은 경우에 위 영아들의 어머

아버지의 친권과 무관하게 어떤 정당한 사유로 미성년자를 감호하고 있던 사람이 어머니의 인도요구를 거부하였다고 하더라도 미성년자약취죄에 해당되지 않는다는 의미라고 해석할 수 있다.

이러한 관점에서 보면, 피고인이 이혼을 결심한 상황에서는 피고인 자신이 B를 계속 감호할 것인지 아니면 남편 A의 감호에 맡길 것인지를 결정할 수밖에 없다. 그런데 당시의 상황에서는 B에게는 어머니의 감호가 절대적으로 필요하고 실제로도 그 동안 B를 양육해 온 피고인이 B를 감호해야 한다는 것은 너무나 당연하다고 할 수 있다.

이와 같이 미성년자약취죄에서 사실상의 감호관계를 더 중요시 여긴다면 피고인이 남편 A의 동의없이 영아 B를 데리고 갔다고 하더라도 감호권만의 침해로 인한 미성년자약취죄를 인정하기 어렵다.

## (2) 공동감호권자의 문제

판례는 재산범죄에서 공동점유나 공동소유는 타인의 점유<sup>19)</sup> 또는 타인의 소유<sup>20)</sup>로 보고, 공동거주자 중 일부 거주자의 승낙을 받았으나 다른 일부 거주자의 의사에 반해 주거에 들어간 경우에는 주거침입죄가 성립한다는 입장을 취한다<sup>21)</sup>. 이를 공동감호권자에 적용한다면 공동감호권자 일방이 다른 공동감호권자의 의사에 반하여 감호권을

---

니의 영아들 인도요구를 거부한 행위가 형사법상의 미성년자약취죄를 구성한다고 볼 수는 없을 것이며, 이건의 경우 영아들의 아버지가 미국으로 갔으므로 그 어머니가 민법상 친권을 행사할 권한이 있다는 이유만으로 위 사실이 미성년자약취죄를 구성한다고 할 수 없다.

19) 대법원 1987. 12. 8. 선고 87도1831 판결. 동업자의 공동점유에 속하는 동업자산을 다른 동업자의 승낙 없이 그 점유를 배제하고 단독으로 자기의 지배로 옮겼다면 절도죄가 성립된다.

20) 대법원 1994. 11. 25. 선고 94도2432 판결. 타인과 공유관계에 있는 물건도 절도죄의 객체가 되는 타인의 재물에 속한다.

21) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009도5008 판결. 2인 이상이 하나의 공간에서 공동생활을 하고 있는 경우에는 각자 주거의 평온을 누릴 권리가 있으므로, 사용자가 제3자와 공동으로 관리·사용하는 공간을 사용자에 대한 쟁의행위를 이유로 관리자의 의사에 반하여 침입·점거한 경우, 비록 그 공간의 점거가 사용자에 대한 관계에서 정당한 쟁의행위로 평가될 여지가 있다 하여도 이를 공동으로 관리·사용하는 제3자의 명시적 또는 추정적인 승낙이 없는 이상 위 제3자에 대하여서까지 이를 정당행위라고 하여 주거침입의 위법성이 조각된다고 볼 수는 없다. 이 판결에 대한 비판으로서, 오영근, “공동주거에 대한 주거침입죄의 성립여부”, 고시계, 2010년 7월호, 102-113면; 주거침입죄의 보호법익인 주거의 사실상 평온과 관련하여 공동사용공간에 대한 주거침입죄의 객체성을 부인하는 견해로, 류석준, “사용자에 대하여 정당한 노동쟁의에 있어 병존적 관리·사용자인 제3자에 대한 주거침입죄의 성부”, 형사법연구, 제22권 제3호, 2010, 361-363면; 이수현, “공동관리 사용하는 공간에 대한 주거침입죄의 성립여부와 주거침입죄의 규범의 보호목적”, 법학연구, 제32집, 2011, 100-101면.

행사하는 경우에는 타인의 감호권을 침해하는 것으로 보게 될 것이다.

그러나 이러한 원리를 모든 범죄에 적용할 수는 없을 것이다. 예를 들어 甲과 乙이 공동으로 거주하고 있는 집에 甲의 친구 丙이 乙이 반대함에도 甲의 동의만 받고 그 집에 들어온 경우 주거침입죄의 죄책을 진다고 한다면, 甲에게도 형법 제33조가 적용되어 주거침입죄의 공동정범 내지 방조범의 죄책을 인정할 수도 있다. 그러나 이러한 해석은 현실에 맞지 않고 또 형법의 엄격성원칙에 반한다고 할 수 있다. 이 경우 주거침입죄의 죄책이 아니라, 민사상의 손해배상책임만을 인정하면 족할 것이다.

마찬가지로 영아의 공동감호권자가 다른 감호권자의 의사에 반하는 행위를 하였으나 그것이 영아의 자유와 복지를 침해하지 않는 것이라면 미성년자약취죄를 인정해서는 안되고, 다른 감호권자의 감호권의 침해행위로서 형사문제가 아닌 민사문제로 다루어야 할 것이다. 이 사건에서도 미성년자약취죄가 아니라 남편 A의 감호권 침해만을 문제 삼아야 하고, 공동감호권 침해행위만을 처벌하는 형법규정이 없으므로 피고인에게 형사책임을 물을 수는 없을 것이다.

## 2. 행위태양의 측면

### (1) 폭행, 협박 또는 기타 힘의 행사의 문제

판례는 “약취행위는 ‘폭행 또는 협박’을 수단으로 하여 미성년자를 그 의사에 반하여 자유로운 생활관계 또는 보호관계로부터 이탈시켜 범인이나 제3자의 사실상 지배하에 옮기는 행위를 말하는 것이다”라고 하기도 하고<sup>22)</sup>, “약취에는 폭행 또는 협박 이외의 ‘사실상의 힘’에 의한 경우도 포함되며, 어떤 행위가 위와 같은 약취행위에 해당하는지 여부는 행위의 목적과 의도, 행위 당시의 정황, 행위의 태양과 종류, 피해자의 의사 등을 종합하여 판단하여야 한다”고 하기도 한다<sup>23)</sup>.

위의 판례들을 종합하여 보면 약취란 폭행, 협박 또는 그 이외의 사실상의 힘을 행사하는 경우를 포함한다고 해야 할 것이다. 여기에서 사실상의 힘의 행사가 무엇인지 문제되는데, 이는 약취죄의 형법체계상의 위치를 고려하여 해석해야 할 것이다.

22) 대법원 2008. 1. 17. 선고 2007도8485 판결.

23) 대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도3816 판결.

형법 제31장 약취와 유인의 죄(제287조에서 제296조)는 제29장 체포와 감금의 죄 및 제30장 협박의 죄와 제32장 강간과 추행의 죄 사이에 규정되어 있다. 체계적으로 보면 약취죄는 적어도 협의의 폭행·협박 또는 감금 등이나 그에 준하는 유형력 혹은 무형력의 행사를 수반하는 범죄라고 할 수 있다.

이러한 의미에서 전형적인 폭행, 협박, 감금 정도 등의 행위가 이루어지지 않은 경우 약취죄를 인정할 것인가에 대해서는 신중해야 할 필요가 있다. 판례가 약취죄의 폭행 또는 협박의 정도는 반드시 상대방의 반항을 억압할 정도의 것임을 요하지는 아니한다고 하는 것<sup>24)</sup>도 같은 의미라고 할 수 있다. 따라서 사실상 힘도 반대의견처럼 넓게 해석할 것이 아니라 폭행, 협박, 감금에 준하는 정도의 사실상의 힘에 이르러야 할 것이다<sup>25)</sup>.

이러한 관점에서 피고인의 행위를 평가하면, 피고인의 행위가 약취죄에 요구되는 영아 B 또는 남편 A에 대한 폭행, 협박 또는 기타 사실상의 힘의 행사 정도에 이르렀다고 볼 수는 없을 것이다<sup>26)</sup>.

## (2) 실력적 지배의 문제

통설 및 판례<sup>27)</sup>는 약취죄가 성립하기 위해서는 미성년자를 보호받는 상태에서 이탈시킨 것만으로는 부족하고 자기 또는 제3자의 실력적 지배하로 옮겨야 한다고 한다.

그런데 이 사건에서 피고인은 이미 B를 물리적·실력적으로 지배하고 있었기 때문에 남편 A의 B에 대한 물리적·실력적 지배를 배제하기는 하였지만 자기 또는 제3자의 물리적·실력적 지배 하로 옮긴 행위는 하였다고 할 수 없다. 피고인이 베트남에 있는 자신의 부모 즉, B의 외조부모에게 B를 감호하도록 하였다고 하더라도 이는 제3자의 새로운 물리적·실력적 지배관계가 생긴 것이 아니라 피고인의 B에 대한 물리적·실력적 지배를 확장한 것이라고 할 수 있다.

그리고 미성년자를 실력적 지배하에 둔다는 것은 미성년자를 약취행위를 하기 이전

24) 대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도3816 판결; 대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도4437 판결; 대법원 1991. 8. 13. 선고 91도1184 판결; 대법원 1990. 2. 13. 선고 89도2558 판결 등.

25) 이러한 의미에서 위력을 행사하여 피해자를 자신의 지배하로 옮겼을 때에는 약취행위를 부정해야 한다는 주장도 있을 수 있을 것이다.

26) 대상판결의 다수의견도 같은 입장이다.

27) 대법원 1998. 5. 15. 선고 98도690 판결; 대법원 2007.5.11. 선고 2007도2318 판결 등.

의 감호상태보다 악화된 감호상태 하에 둔다는 것을 의미한다. 이 사건에서 피고인이 B를 데려가기 이전 B의 상황은 아버지 A의 보호 하에 있거나 피고인의 보호 하에 있는 것 중 어느 하나가 선택될 수밖에 없는 상황이었다. 피고인의 보호를 받는 것과 아버지 A의 보호를 받는 것 중 어느 것이 B의 자유와 복지에 유리한지를 평가하는 것은 어렵기는 하지만, 적어도 생후 13개월의 B의 경우 직장생활을 하는 A가 아니라 전업주부인 피고인의 보호하에 있게 된 것을 B의 보호상태가 악화되었다고 할 수는 없을 것이다<sup>28)</sup>.

이와 같이 피고인이 B를 자기 또는 제3자의 실력적 지배하에 옮긴 것이 아니므로 피고인의 행위가 미성년자약취행위에 해당된다고 할 수 없을 것이다.

### (3) 약취행위 인정여부

대법원은 약취죄에 해당되는지의 여부는 “행위의 목적과 의도, 행위 당시의 정황, 행위의 태양과 종류, 피해자의 의사 등을 종합하여 판단하여야 한다”고 한다<sup>29)</sup>. 이러한 기준에 따라 피고인의 행위가 약취죄에 해당되는지를 좀더 구체적으로 판단하면 다음과 같다.

첫째, 행위의 목적 및 의도와 관련하여, 피고인이 B를 데려간 목적은 남편 A가 B를 감호하기 어려운 형편이므로 자신이 B를 감호하기 위함이었다. 피고인에게 A의 감호권을 침해한다는 인식 내지 고의는 있었어도 침해할 목적까지 있었던 것은 아니었다<sup>30)</sup>. 또한 피고인에게 기타 다른 비난받을만한 목적이나 동기가 있었다고 하기 어렵다. 즉, 피고인에게 A와 이혼시 위자료나 재산분할 혹은 체류허가 연장 등에 있어서 유리한 지위를 차지하기 위한 수단으로 B를 이용하겠다는 등의 불순한 목적이나 동기는 없었다. 또한 피고인은 B가 어느 정도 성장하여 자신의 의사를 밝힐 수 있을 때가 되면 아들을 남편에게로 돌려보낼 생각을 지니고 있었는데, 이 역시 피고인의 목적과 동기에 비난받을 점을 없었던다는 점을 보여준다.

둘째, 행위 당시의 정황과 관련하여, 만약 A가 B를 감호한다면 A의 일상생활에 어려

28) 이에 대해서는 앞의 각주 13) 참고.

29) 대법원 1990. 2. 13. 선고 89도2558 판결; 대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도4437 판결; 대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도3816 판결

30) 고의와 목적의 차이점을 설명한 것으로, 임광주, “형법에 있어서 목적의 개념과 유형”, 법학논총(한양대), 제21집, 2004, 47-49면.

움이 초래되는 반면 전업주부인 피고인이 B를 가장 감호할 수 있는 상황이었다. 또한 피고인이 외국인이라는 이유로 시가의 가족들에게 불신 당하였고, 피고인의 주변에 B의 감호를 상의하거나 위탁할 수 있는 기회조차 없었던 상황이었다.

셋째, 행위의 태양과 종류와 관련하여, 피고인은 B나 A에 대한 폭행, 협박, 감금이나 기타 이에 준하는 유형력 또는 무형력을 전혀 행사하지 않았다<sup>31)</sup>. 또한 피고인이 영아를 데려간 행위는 B의 감호에 지장이 초래되는 것을 방지하기 위한 것이었다.

넷째, 피해자의 의사와 관련하여, 당시 생후 13개월된 B의 추정적 의사는 아버지 A보다는 어머니인 피고인의 감호를 받는 것이라고 할 수 있다. 또한 A의 경우에도 자신에게 '아무런 말도 하지 않고' B를 데려간 행위는 자신의 의사에 반한다고 할 수 있다. 그러나 만일 모든 것이 안정된 상태에서 피고인이 A와 B의 양육문제를 상의하였다면 A는 피고인이 영아를 양육하도록 하였을 것이다. 따라서 피고인이 'B를 데려간 행위' 자체는 A의 의사에 반하지 않는다고 할 수 있다. 이는 이후 A가 B의 양육을 피고인에게 맡기기로 하였고, B의 인도를 요구하지 않은 것에서도 알 수 있다.

이상을 종합하면, 피고인의 행위가 미성년자약취행위에 해당된다고 보기는 어려운 것이다.

### 3. 주관적 구성요건의 문제

#### (1) 고의의 문제

피고인이 B를 데려간 것은 A보다는 자신이 B를 감호하는 것이 B를 위해 더 좋을 것이고, 나아가 자신이 B를 놔두고 가는 것은 B에 대한 어머니로서의 의무를 다하지 않는 것이라고 생각하였다고 할 수 있다.

이와 같이 피고인에게 B에 대한 남편의 감호권을 배제하는 의사가 있다고 하더라도, B의 자유와 복지를 침해한다는 의사가 없었으므로 약취의 고의를 인정할 수 없을 것이다.

#### (2) 국외이송목적의 문제

피고인에게 약취행위나 약취의 고의가 인정되지 않으므로 국외이송목적의 약취죄는

31) 반대의견은 약취죄에서 '사실상 힘의 행사'는 이러한 요건을 갖출 필요가 없다고 하지만, 이는 형법의 체계적 해석을 무시한 것이다.

논할 실익이 없다. 또한 국외이송이란 사람을 보호받는 상태에서 국외로 이탈시켜 자신의 실력적 지배하에 두는 것을 말한다. 그런데 피고인이 B를 보호받지 못하는 실력적 지배하에 두지 않았으므로 국외이송 목적을 논할 필요가 없다. 또 피고인의 국외이송행위가 남편 A의 감호권을 침해하였을지는 모르지만, 영아 B의 자유와 복지라는 국외이송목적 약취죄의 일차적 보호법익에 대한 추상적 위험조차 발생시켰다고 보기 어렵다. 따라서 국외이송목적약취죄나 피약취자 국외이송목적죄는 성립할 수 없다.

나아가 형법 제289조는 이 사건과 같이 부부간의 영아에 대한 감호권 다툼 내지 무단 배제와 같은 사례에는 적용되어서는 안될 것이다. 형법 제288조의 추행등목적 약취죄의 법정형이 1년 이상의 징역임에 비해, 제289조의 국외이송목적 약취죄의 법정형은 3년 이상의 징역이다. 그렇다면 제289조는 제288조 보다 엄격하게 해석해야 한다. 제288조가 국내적 인신매매나 인신매매성 약취죄를 처벌하는 성격의 범죄를 규정하고 있다면, 이것보다 훨씬 법정형이 높은 제289조는 국제적 성격의 인신매매나 인신매매성 약취·유인죄를 규정하고 있다고 해석해야 한다.

이러한 의미에서 인신매매가 아니라 부부간의 감호권 다툼이나 배제가 문제되고 있는 이 사건에서 피고인에게 제289조가 적용될 수는 없다고 해야 할 것이다.

## IV. 위법성 및 책임 조각의 문제

### 1. 위법성조각의 문제

이 사건에서 피고인의 행위가 사회상규에 위배되지 않는 정당행위가 될 수 있는지 문제될 수 있다. 대법원은 “정당행위를 인정하려면 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익과의 법익 균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다”고 한다<sup>32)</sup>. 이 사건에서 피고인의 행위가 위와 같은 요건을 갖추었는지 구체적으로 판단하여 보면 다음과 같다.

32) 대법원 1983. 3. 8. 선고 82도3248 판결; 대법원 2008. 10. 23. 선고 2008도6999 판결. 정당행위에 대한 판례의 입장을 자세하게 분석한 것으로, 이정원, “형법 제20조의 법적 의미와 위법성조각사유로서의 정당행위”, 법학논문집(중앙대), 제31집 제1호, 2007, 257-259면.

첫째, 행위의 동기나 목적의 정당성 문제이다. 앞에서 본 것처럼 피고인에게 비난받을 동기나 목적이 없었음은 분명하다.

둘째, 행위의 수단이나 방법의 상당성 문제이다. 13개월된 영아 B는 잠시도 쉴 틈없이 누군가의 보호를 받아야 한다. 그런데 피고인이 출생부터 계속 B를 양육하고 있었고, 피고인이 외국인인으로서 남편과 시부모 이외에는 마땅히 영아를 맡길 사람이 없었다. 반면에 피고인의 남편 A는 직장생활을 하고, 시부모는 연로한 상황이었다. 여기에 피고인이 A와 이혼을 할 상황에서 남편이나 시부모에게 B의 감호를 맡길 수는 없었다. 따라서 피고인이 B를 방치하고 집을 나갔다면 오히려 그 행위를 비난할 수 있을지언정, B를 데리고 나간 행위를 비난하기는 어려울 것이다. 또한 피고인이 B를 데리고 나가는 과정에서 B나 A에게 폭행, 협박, 감금 등의 행위를 하지 않았다. 이러한 의미에서 피고인의 행위의 수단이나 방법에는 상당성이 있다고 할 수 있다.

셋째, 보호이익과 침해이익과의 법익균형성이다. 피고인은 B를 보호하기 위해 남편 A의 B에 대한 감호권을 침해하였다. 그런데 A나 시부모는 B를 감호하기에 곤란한 형편이었으므로, 피고인이 보호한 B의 이익과 침해한 A의 감호권 중 전자가 더 우월하다고 할 수 있다. 따라서 피고인의 행위에는 법익균형성이 있다고 할 수 있다.

넷째, 보충성의 문제이다. 피고인이 B를 데리고 가지 않았다면 A가 양육하기 어려웠을 것이고 시부모 등에게 감호를 위탁할 수밖에 없었을 것이다. 그런데 외국인인 피고인이 남편에게 영아의 양육에 대해 의논하였을 경우 여러 가지 문제가 발생할 수 있고, 우리나라의 사정을 잘 알지 못하는 피고인으로서 위와 같이 합리적 방안을 선택할 여지가 없었다고 할 수 있다.

다섯째, 긴급성의 문제이다. 13개월된 영아는 한치의 방심도 허용되지 않는 지속적인 보호가 필요하기 때문에 영아의 양육행위는 언제나 긴급성을 지닌다.

이와 같이 피고인의 행위는 판례가 요구하는 모든 측면에서 정당성을 갖추었다고 할 수 있으므로, 위법성이 조각된다고 해야 할 것이다.

## 2. 책임조각의 문제

### (1) 법률의 착오의 문제

오늘날 법률의 착오는 이 사건과 같이 외국인에게서 많이 문제가 될 수 있다. 나라마

다 형법의 내용이 세부적인 면에서 차이가 있기 때문이다.

피고인의 행위에 위법성이 인정된다고 하더라도, 판례의 입장을 따르면 피고인의 행위는 법률의 부지가 아니라 법률의 착오에 의한 행위라고 할 수 있다<sup>33)</sup>. 피고인이 자신의 특수한 경우에는 죄가 되지 않을 것이라고 생각했을 것이기 때문이다.

그리고 판례는 법률의 착오의 정당한 이유 유무는 “행위자에게 자기 행위의 위법의 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다”고 한다<sup>34)</sup>. 이에 따르면, 우리나라에 온지 2년밖에 되지 않은 20세 남짓인 피고인의 우리나라 법률에 대한 인식능력 그리고 피고인이 외국인으로서 관계를 맺고 있는 사람들은 베트남인이거나 남편 및 남편의 친족을 뿐이었다는 점 등을 고려하면, 피고인에게 자기 행위의 위법의 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 계기가 없었다고 할 수 있다. 또한 설사 심사숙고나 조회할 계기가 있었고 자신의 지적능력을 다하여 위법한 행위를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라도 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성은 없었다고 해야 할 것이다.

따라서 피고인이 영아를 데려간 행위는 정당한 이유가 있는 법률의 착오에 해당한다고 할 수 있다.

33) 판례는 형법 제16조의 법률의 착오는 단순한 법률의 부지의 경우를 말하는 것이 아니고, 일반적으로 범죄가 되는 행위이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식한 행위라고 한다(대법원 2011. 10. 13. 선고 2010도15260 판결외 다수판결). 이에 대해 통설은 법률의 부지도 법률의 착오의 일종으로 다루어야 한다고 한다. 대표적으로, 허일태, “법률의 부지” 및 김영환, “법률의 부지의 형법해석학적 문제점”, 형사판례의 연구(지송 이재상교수 화갑기념논문집), 박영사, 2004, 446-469면 및 470-497면.

34) 대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도3717 판결; 대법원 2008. 10. 23. 선고 2008도5526 판결; 대법원 2010. 7. 15. 선고 2008도11679 판결 등. 정당한 이유 인정여부에 대한 판례의 입장을 분석한 것으로, 천진호, “법률의 착오에 있어 정당한 이유에 대한 구체적 판단 기준”, 형사재판의 제문제, 제6권(고현철 대법관 퇴임기념 논문집), 2009, 26-57면; 이수현, “법률의 착오에 있어 정당한 이유의 판단과정에 대한 대법원 태도의 비판”, 법학논총(조선대), 제19권 제2호, 2012, 430-435면.

## (2) 기대가능성의 문제

이 사건에서는 피고인에게 적법행위의 기대가능성<sup>35)</sup>이 있는지를 먼저 검토하는 것이 더 간편한 문제해결책일 수도 있다. 즉, 피고인이 남편과 이혼을 결심하였다고 하더라도 남편 A와 B의 양육문제를 상의한 후 합의에 이르거나 합의에 이르지 않을 경우에는 B의 감호권이나 양육권에 대한 법원의 판단을 받은 이후에 비로소 피고인이 B를 베트남으로 데려가는 것을 기대할 수 있는지 살펴볼 필요가 있다.

기대가능성의 판단기준에 대해 다수설은 평균인표준설을 따르고 있다<sup>36)</sup>. 판례는 이에 대해 명시적으로 언급하고 있지 않지만<sup>37)</sup>, 지도교수의 인솔 하에 나이트클럽에 입장한 대학교 3학년 학생 34명 중 1명이 미성년자였던 사건에서 나이트클럽 종업원에게 34명의 신분증을 모두 확인할 기대가능성은 없다고 한다<sup>38)</sup>. 두 사건을 비교하여 보면, 나이트클럽 종업원에 대한 기대가능성보다 피고인에 대한 기대가능성이 더 크다고 할 수는 없을 것이다.

이와 같이 피고인의 행위에는 적법행위의 기대가능성이 없고, 이에 따라 피고인의 책임이 조각된다고 해야 할 것이다.

## V. 결 론

문리해석이나 목적론적 해석 어느 것에 의해도 형법 제287조나 제289조를 피고인에게 적용하기는 어렵다. 비교법적 관점에서든 피고인의 행위에 마땅히 적용할만한 국제법적 혹은 국내법적 규정이나, 이와 유사한 사례에서 생모를 처벌한 경우를 찾아보기 힘들다. 설사 다른 나라에서 어떤 결론을 내렸다고 하더라도 그것을 이 사건에 그대로 적용하기는 어렵다. 왜냐하면 외국과 우리나라의 법규정이나 법현실 또한 규범의식이 등이 매우 다르기 때문이다.

35) 기대가능성론에 대한 학설의 입장을 정리한 것으로, 배종대, “형법전 시행 반세기의 회고 : 기대가능성이론의 발전과 우리 형법 50년”, 형사법연구, 제18호, 2002, 67-96면.

36) 학설의 대립은 오영근, 형법총론, 제2판, 2012, 25/9-13참조.

37) 기대가능성에 대한 판례의 입장을 분석하여 평균인표준설에서 국가표준설로 바뀌었다는 입장은, 류기환, “기대가능성에 대한 연구”, 법학연구, 제20집, 2005, 408-412면.

38) 대법원 1987. 1. 20. 선고 86도874 판결.

이 사건에서 피고인의 행위 당시에서부터 현재까지의 상황을 살펴볼 때 피고인의 행위 중 비난받을 행위는 '남편의 동의없이' 영아를 베트남으로 데려간 행위이지, 13개월된 영아를 감호하기 위해 '베트남으로 데려간 행위'라고 할 수는 없다. 그리고 후자의 행위를 미성년자약취행위 혹은 납치행위라고 보기에에는 무리가 있고, 남편의 동의를 받지 않은 행위 그 자체를 처벌하는 규정은 없다.

이미 21세기에 들어오면서 우리나라에서 외국인과의 결혼이 증가하는 현상이 발생하였으므로 국가는 국제결혼에서 발생할 수 있는 여러 가지 법적 문제들을 예상하여 먼저 민사법적, 국제법적, 행정법적 대책을 마련했어야 했다(보충의견은 지금이라도 이러한 비형벌적 대책을 마련할 것을 촉구하고 있다). 그리고 비형벌적 대책만으로 부족할 때에 최후수단으로 형벌적 대책을 강구했어야 한다. 이 사건은 국가가 먼저 비형벌적 대책을 마련할 책무를 다하지 못해 발생한 문제를 기존의 형법규정을 적용하여 해결하려고 한 것이라고 할 수 있다. 반대의견은 이것도 정당하다는 입장이지만, 이는 형벌을 최우선수단으로 동원하는 것으로서 형벌의 최후수단성 원칙, 형법의 보충성원칙 및 과잉금지원칙에 반한다고 할 수 있다.

이러한 의미에서 대상판결의 반대의견보다는 다수의견과 그 보충의견이 훨씬 설득력이 있다고 할 수 있다.

#### [국문초록]

대법원 2013. 6. 20. 선고 2010도14328 전원합의체 판결은 한국인 남편과 결혼하여 한국에서 아이를 낳고 살다가 13개월된 영아를 데리고 고국인 베트남으로 돌아간 베트남 여성인 피고인에게 관여 대법관 8 : 5의 의견으로 미성년자약취죄 및 피약취자국의이송죄 등의 무죄를 선고하였다.

이 글은 위와 같은 경우 형법해석의 엄격성원칙을 지키는 한 피고인이 무죄라는 논거를 제시하였다. 그 논거는 다음과 같다.

첫째, 미성년자약취죄의 제1차적 보호법익인 미성년자의 자유와 복지를 위해 제2차적 보호법익인 감호권자의 감호권을 침해한 경우 미성년자약취죄가 아니라 감호권침해만을 벌하는 규정이 있으면 그 규정에 의해 벌해야 한다.

둘째, 피고인과 남편은 민법상으로는 영아의 공동감호권자이지만, 형법상 미성년자약

취죄를 논할 때에는 민법상의 개념이 아니라 사실상 누가 감호를 하였는가를 우선시해야 한다.

셋째, 피고인의 행위는 폭행, 협박, 감금이나 이에 준하는 사실상의 힘을 행사한 적이 없고, 영아에 대한 새로운 사실상 지배관계를 형성하지 않았으므로 약취행위에 해당되지 않는다.

넷째, 약취와 유인의 죄의 객관적 또는 주관적 목적론적 해석상 피고인에게 미성년자약취죄등의 죄책을 인정하기 어렵고, 피고인에게 미성년자약취의 고의나 국외이송 목적을 인정하기 곤란하다.

다섯째, 설사 피고인의 행위가 미성년자약취죄등의 구성요건해당성이 있다고 하더라도 사회상규에 위배되지 않는 행위로 위법성이 조각되거나, 정당한 이유가 있는 법률의 착오 또는 기대가능성이 없는 행위로서 책임이 조각된다.

\* 주제어 : 미성년자약취죄, 피약취자국외이송죄, 다문화가정, 감호권, 영아의 이익.

\* 논문접수 : 2013. 8. 23. \* 심사개시 : 2013. 9. 3. \* 게재확정 : 2013. 9. 23.

## [참고문헌]

## ▣ 단행본

- 권오걸, 형법각론, 형설출판사, 2009.
- 김성돈, 형법각론, 성균관대학교 출판부, 2009.
- 김일수·서보학, 형법각론, 박영사, 2009.
- 박상기, 형법각론, 박영사, 2011.
- 배종대, 형법각론, 박영사, 2013.
- 오영근, 형법총론, 박영사, 2012.
- \_\_\_\_\_, 형법각론, 박영사, 2009.
- 이재상, 형법각론, 박영사, 2013.
- 정성근·박광민, 형법각론, 법지사, 2012.
- 정영일, 형법각론, 박영사, 2012.
- 임 용, 형법각론, 법문사, 2012.

## ▣ 논 문

- 김영환, “법률의 부지의 형법해석학적 문제점”, 형사판례의 연구(이재상교수 화갑기념논문집) I, 박영사, 2004.
- \_\_\_\_\_, “법학방법론의 관점에서 본 유추와 목적론적 축소”, 법철학연구, 제12권 제2호, 2009.
- 류기환, “기대가능성에 대한 연구”, 법학연구, 제20집, 2005.
- 류석준, “사용자에 대하여 정당한 노동쟁의에 있어 병존적 관리·사용자인 제3자에 대한 주거침입죄의 성부”, 형사법연구, 제22권 제3호, 2010.
- 배종대, “형법전 시행 반세기의 회고 : 기대가능성이론의 발전과 우리 형법 50년”, 형사법연구, 제18호, 2002.
- 오영근, “공동주거에 대한 주거침입죄의 성립여부”, 고시계, 2010년 7월호.
- 이수현, “공동관리 사용하는 공간에 대한 주거침입죄의 성립여부와 주거침입죄의 규범의 보호목적”, 법학연구, 제32집, 2011.
- \_\_\_\_\_, “법률의 착오에 있어 정당한 이유의 판단과정에 대한 대법원 태도의 비판”, 법학논총(조선대), 제19권 제2호, 2012.

- 이정원, “형법 제20조의 법적 의미와 위법성조각사유로서의 정당행위”, 법학논문집(중앙대), 제31집 제1호, 2007.
- 이형국, “미성년자 약취·유인죄”, 고시계, 1995년 7월호.
- 임광주, “형법에 있어서 목적의 개념과 유형”, 법학논총(한양대), 제21집, 2004.
- 임석원, “법익의 보호범위의 확대와 해석의 한계”, 법학연구, 제41집, 2011.
- 장영민, “유추금지과 목적론적 축소해석”, 형사판례연구, 제7호, 1999.
- 천진호, “법률의 착오에 있어 정당한 이유에 대한 구체적 판단 기준”, 형사재판의 제문제, 제6권 (고현철 대법관 퇴임기념 논문집), 2009.
- 허일태, “법률의 부지”, 형사판례의 연구(지송 이재상교수 화갑기념논문집), 박영사, 2004.

▣ 대법원판례

- 대법원 1974. 5. 28. 선고 74도840 판결.
- 대법원 1983. 3. 8. 선고 82도3248 판결.
- 대법원 1987. 1. 20. 선고 86도874 판결.
- 대법원 1987. 12. 8. 선고 87도1831 판결.
- 대법원 1990. 2. 13. 선고 89도2558 판결.
- 대법원 1991. 8. 13. 선고 91도1184 판결.
- 대법원 1994. 11. 25. 선고 94도2432 판결.
- 대법원 1998. 5. 15. 선고 98도690 판결.
- 대법원 2002. 2. 21. 선고 2001도2819 전원합의체 판결.
- 대법원 2003. 2. 11. 선고 2002도7115 판결.
- 대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도4437 판결.
- 대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도3717 판결.
- 대법원 2007. 5. 11. 선고 2007도2318 판결.
- 대법원 2008. 1. 17. 선고 2007도8485 판결.
- 대법원 2008. 1. 31. 선고 2007도8011 판결.
- 대법원 2008. 10. 23. 선고 2008도6999 판결.
- 대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도3816 판결.
- 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009도5008 판결.

대법원 2010. 7. 15. 선고 2008도11679 판결.

대법원 2011. 4. 14. 선고 2011도453 판결.

대법원 2011. 10. 13. 선고 2010도15260 판결.

대법원 2012. 4. 26. 선고 2010도6334 판결.

대법원 2013. 6. 20. 선고 2010도14328 전원합의체 판결.

[Abstract]

## The Problem of the Child Kidnapping and Deportation in the Multi-Culture Family

Oh, Young-Keun\*

In this paper, the Korean Supreme Court Grand Panel's Judgement on the criminal case of the female Vietnamese defendant is reviewed. The defendant married a Korean husband, moved into Korea and gave birth to a son. Because of the some problems with her husband and his family, the defendant went back to her country with her 13 months old son, without her husband's consent.

The defendant was charged with child kidnapping and deportation. But the first instance court, the appellate court and the supreme court declared that the defendant was innocent.

The contents of this paper is consisted of as follows :

The object of Review : The 2010 Do 14328 Judgement of Korean Supreme Court's Grand Panel on 20. June 2013. : its' fact and judicial process.

The Review :

- I. Introduction
- II. The basic Principle of Interpreting the crime of child kidnapping
- III. Die Tatbestandmäßigkeit
  1. the problem of Rechtschuts
  2. the problem of offender

---

\* Law School, Hanyang University.

3. the problem of criminal act

4. the problem of mens rea

IV. Dei Rechtfertiingsgründ und Die Entschuldigungsgründe

V. Conculusion

\* Key Words : Childkidnapping, Childdeportation, Multi-culture Family, The Right of Supervision and Protection, The Interests of Baby.