

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2022도10660 가. 아동·청소년의성보호에관한법률위반(상습성착취
물제작·배포등)
나. 아동복지법위반(아동에대한음행강요·매개·성희
롱등)
다. 아동·청소년의성보호에관한법률위반(성착취물소지)
라. 미성년자의제유사강간

피 고 인 피고인

상 고 인 피고인

변 호 인 변호사 김정환(국선)
법무법인(유한) 평산
담당변호사 심규홍 외 1인

원 심 판 결 수원고등법원 2022. 8. 12. 선고 2021노680, 2022노332(병합) 판결

판 결 선 고 2022. 12. 29.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 수원고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 이 사건 공소사실 중 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」(이하 '청소년성보호법'이라 한다) 위반(상습성착취물제작·배포등) 부분의 요지

누구든지 아동·청소년성착취물을 제작하여서는 아니 된다.

피고인은 2015. 2. 28.부터 2021. 2. 10.까지 상습으로 아동·청소년인 피해자 124명에게 신체의 전부 또는 일부를 노출한 사진을 촬영하도록 하여 총 1,929개의 아동·청소년성착취물인 사진 또는 동영상을 제작하였다.

2. 원심의 판단

원심은 판시와 같은 이유로, 원심에서 공소장변경허가로 변경된 이 부분 공소사실에 대하여 포괄하여 청소년성보호법 제11조 제7항, 제1항을 적용하여 전부 유죄로 판단하였다.

3. 대법원의 판단

가. 청소년성보호법 제11조 제1항에서 아동·청소년성착취물을 제작하는 행위를 처벌하는 규정을 두고 있는데, 청소년성보호법이 2020. 6. 2. 법률 제17338호로 개정되면서 상습으로 아동·청소년성착취물을 제작하는 행위를 처벌하는 조항인 제11조 제7항을 신설하고 그 부칙에서 개정 법률은 공포한 날부터 시행한다고 정하였다.

포괄일죄에 관한 기존 처벌법규에 대하여 그 표현이나 형량과 관련한 개정을 하는 경우가 아니라 애초에 죄가 되지 않던 행위를 구성요건의 신설로 포괄일죄의 처벌대상으로 삼는 경우에는 신설된 포괄일죄 처벌법규가 시행되기 이전의 행위에 대하여는 신설된 법규를 적용하여 처벌할 수 없고(형법 제1조 제1항), 이는 신설된 처벌법규가 상

습범을 처벌하는 구성요건인 경우에도 마찬가지이다(대법원 2016. 1. 28. 선고 2015도 15669 판결 참조).

공소장변경은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서만 허용되고, 공소사실의 동일성이 인정되지 않는 범죄사실을 공소사실로 추가하는 취지의 공소장변경신청이 있는 경우 법원은 그 변경신청을 기각하여야 한다(형사소송법 제298조 제1항). 공소사실의 동일성은 그 사실의 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일하면 그 대로 유지되고, 이러한 기본적 사실관계의 동일성을 판단할 때에는 그 사실의 동일성이 갖는 법률적 기능을 염두에 두고 피고인의 행위와 그 사회적인 사실관계를 기본으로 하되 규범적 요소도 아울러 고려하여야 한다(대법원 1994. 3. 22. 선고 93도2080 전원합의체 판결, 대법원 2022. 9. 7. 선고 2022도6993 판결 등 참조).

나. 원심판결 이유와 기록에 의하면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

1) 검사는 청소년성보호법 위반(상습성착취물제작·배포등) 부분에 대하여 '피고인은 2020. 11. 3.부터 2021. 2. 10.까지 상습으로 아동·청소년인 피해자 3명에게 신체의 전부 또는 일부를 노출한 사진을 촬영하도록 하여 총 19개의 아동·청소년성착취물인 사진 또는 동영상을 제작하였다'고 공소를 제기하였다.

2) 검사는 원심에서 청소년성보호법 위반(상습성착취물제작·배포등) 부분에 대하여 '피고인은 2015. 2. 28.부터 2021. 1. 21.까지 상습으로 아동·청소년인 피해자 121명에게 신체의 전부 또는 일부를 노출한 사진을 촬영하도록 하여 총 1,910개의 아동·청소년성착취물인 사진 또는 동영상을 제작하였다'는 공소사실을 추가하는 공소장변경허가 신청을 하였고, 원심은 이를 허가하여 전부 유죄로 판단하였다.

다. 위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 다음과 같은 이유에서

원심의 판단을 받아들일 수 없다.

1) 이 부분 공소사실 중 위 개정 규정이 시행되기 전인 2015. 2. 28.부터 2020. 5. 31.까지 아동·청소년 성착취물 제작으로 인한 청소년성보호법 위반 부분에 대하여는 위 개정 규정을 적용하여 청소년성보호법 위반(상습성착취물제작·배포등)죄로 처벌할 수 없고, 행위시법에 기초하여 청소년성보호법 위반(성착취물제작·배포등)죄로 처벌할 수 있을 뿐이다.

2) 2015. 2. 28.부터 2020. 5. 31.까지 부분은 청소년성보호법 위반(상습성착취물제작·배포등)죄로 처벌될 수 없으므로, 청소년성보호법 위반(상습성착취물제작·배포등)죄로 처벌되는 그 이후의 부분과 포괄일죄의 관계에 있지 않고 실체적 경합관계에 있게 된다. 그런데 실체적 경합관계에 있는 부분은 종전 공소사실과 기본적 사실관계가 동일하다고 볼 수 없으므로, 2015. 2. 28.부터 2020. 5. 31.까지 부분을 추가하는 공소장변경은 허가될 수 없고 이 사건에서 심판의 대상이 되지 못한다[또한 이 사건 공소사실 중 아동복지법 위반(아동에 대한 음행강요·매개·성희롱등) 부분은 같은 날 행해진 청소년성보호법 위반(성착취물제작·배포등) 부분과 상상적 경합관계에 있으므로, 이 부분에 대하여도 2015. 2. 28.부터 2020. 5. 31.까지 부분을 추가하는 공소장변경은 허가될 수 없고 이 사건에서 심판의 대상이 되지 못한다].

3) 따라서 원심으로서의 검사의 공소장변경허가신청을 그대로 허가하여서는 안 되고, 다시 개정 규정 이후의 부분만을 추가하는 새로운 공소장변경허가신청이 있는 경우에만 이를 허가하였어야 한다[개정 규정 이전의 부분은 추가 기소의 방법으로 해결할 수밖에 없다].

라. 그런데도 원심은 이 부분 공소사실이 전부 상습범에 해당하는 포괄일죄라는 전

제 아래 검사의 공소장변경허가신청을 그대로 허가한 뒤 포괄하여 청소년성보호법 제 11조 제7항, 제1항을 적용하여 전부 유죄로 판단하였다. 이러한 원심판결에는 상습범 과 형법 제1조 제1항의 적용 및 공소장변경에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

4. 파기의 범위

위와 같은 이유로 원심판결에는 파기사유가 있고, 원심이 이 사건 공소사실에 대하여 실체적 또는 상상적 경합관계에 있다는 이유로 하나의 형을 선고하였으므로, 원심 판결 전부를 파기하여야 한다.

5. 결론

그러므로 나머지 상고이유에 관한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 노태약 _____

주 심 대법관 박정화 _____

 대법관 김선수 _____

 대법관 오경미 _____