

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2021도2993 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물제작·배포등), 아동·청소년의성보호에관한법률위반(유사성행위), 아동·청소년의성보호에관한법률위반(강제추행), 아동복지법위반(아동에대한음행강요·매개·성희롱등), 아동·청소년의성보호에관한법률위반(음란물소지)

피 고 인 피고인

상 고 인 피고인

변 호 인 법무법인(유한) 민 담당변호사 김덕희

원 심 판 결 서울고등법원 2021. 2. 3. 선고 (춘천)2020노133 판결

판 결 선 고 2021. 7. 8.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 이 사건 공소사실 중 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」(이하 '청소년성보호법'이라고 한다) 위반(음란물소지) 부분의 요지는 '피고인이 직접 아동·청소년인 피해자 공소외 1, 공소외 2에게 촬영하여 전송하도록 한 가슴, 성기, 자위 사진 및 동영상 파일 162개와 성명불상자로부터 전송받은 아동·청소년의 가슴, 성기, 자위 사진 및 동영상 파일 등 총 276개의 아동·청소년이용음란물 파일을 전송받아 자신의 휴대전화기에 저장·보관함으로써 이를 소지하였다'는 것이다. 원심은 위 공소사실을 유죄로 판단하면서 피고인이 직접 아동·청소년에게 촬영하여 전송하도록 한 사진 및 동영상 파일 162개에 대한 청소년성보호법 위반(음란물소지)죄가 위 사진 및 동영상 파일 162개에 대한 청소년성보호법 위반(음란물제작·배포등)죄와 실체적 경합범 관계에 있다고 본 제1심판결을 그대로 유지하였다.

2. 그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

가. 구 청소년성보호법(2020. 6. 2. 법률 제17338호로 개정되기 전의 것) 제11조 제5항의 청소년성보호법 위반(음란물소지)죄는 아동·청소년이용음란물임을 알면서 이를 소지하는 행위를 처벌함으로써 아동·청소년이용음란물의 제작을 근원적으로 차단하기 위한 처벌규정이다. 그리고 구 청소년성보호법 제11조 제1항의 청소년성보호법 위반(음란물제작·배포등)죄의 법정형이 무기징역 또는 5년 이상의 유기징역인 반면, 청소년성보호법 위반(음란물소지)죄의 법정형이 1년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금형이고, 아동·청소년이용음란물 제작행위에 아동·청소년이용음란물 소지행위가 수반되는 경우 아동·청소년이용음란물을 제작한 자에 대하여 자신이 제작한 아동·청소년이용음란물을 소지하는 행위를 별도로 처벌하지 않더라도 정의 관념에 현저히 반하거나 해당 규정의 기본취지에 반한다고 보기 어렵다. 따라서 아동·청소년이용음

란물을 제작한 자가 그 음란물을 소지하게 되는 경우 청소년성보호법 위반(음란물소지)죄는 청소년성보호법 위반(음란물제작·배포등)죄에 흡수된다고 봄이 타당하다. 다만 아동·청소년이용음란물을 제작한 자가 제작에 수반된 소지행위를 벗어나 사회통념상 새로운 소지가 있었다고 평가할 수 있는 별도의 소지행위를 개시하였다면 이는 청소년성보호법 위반(음란물제작·배포등)죄와 별개의 청소년성보호법 위반(음란물소지)죄에 해당한다.

나. 그럼에도 원심은 피고인이 직접 피해자들에게 지시하여 제작함으로써 청소년성보호법 위반(음란물제작·배포등)죄로 처벌받는 사진 및 동영상 파일 162개에 대한 청소년성보호법 위반(음란물소지)죄 부분에 대하여 위와 같은 새로운 소지가 있었는지 살피지 아니한 채 판시와 같은 이유만으로 청소년성보호법 위반(음란물소지)죄를 유죄로 인정하고 청소년성보호법 위반(음란물제작·배포등)죄와 실체적 경합범 관계에 있다고 보아 제1심판결을 그대로 유지하였다. 이러한 원심판결에는 죄수관계에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 위와 같은 이유로 원심판결 중 앞서 본 사진 및 동영상 파일 162개에 대한 청소년성보호법 위반(음란물소지) 부분을 파기하여야 하는데, 원심은 위 파기 부분과 유죄로 인정된 나머지 부분이 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다고 보아 이들 모두에 대하여 하나의 형을 선고한 제1심판결을 유지하였으므로, 원심판결을 전부 파기하여야 한다.

4. 그러므로 나머지 상고이유에 관하여 더 나아가 판단할 필요 없이 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일

치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장      대법관      조재연

                  대법관      민유숙

주    심      대법관      이동원

                  대법관      천대엽