

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2026도3832 성폭력범죄의처벌등에관한특례법위반(카메라등이용
촬영)
피 고 인 피고인
상 고 인 피고인
변 호 인 변호사 김기현(국선)
원 심 판 결 서울남부지방법원 2026. 2. 10. 선고 2025노1563 판결
판 결 선 고 2026. 5. 29.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울남부지방법원에 환송한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 서면의 기재는 상고이유를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

1. 경합범 관련 법리오해 주장에 관하여

가. '금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 죄와 그 판결 확정 전에 범한 죄'는 형

법 제37조 후단에서 정하는 경합범에 해당하고, 이 경우 형법 제39조 제1항에 의하여 경합범 중 판결을 받지 아니한 죄와 판결이 확정된 죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 죄에 대하여 형을 선고하여야 한다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2009도2066 판결, 대법원 2015. 6. 24. 선고 2015도5257 판결 등 참조).

형법 제37조 후단 및 제39조 제1항의 문언, 입법 취지 등에 비추어 보면, 아직 판결을 받지 아니한 죄가 이미 판결이 확정된 죄와 동시에 판결할 수 없었던 경우에는 형법 제37조 후단의 경합범 관계가 성립할 수 없고 형법 제39조 제1항에 따라 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 형을 선고하거나 그 형을 감경 또는 면제할 수도 없다고 해석함이 상당하다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2009도9948 판결 등 참조). 한편 아직 판결을 받지 아니한 수 개의 죄가 판결 확정을 전후하여 저질러진 경우 판결 확정 전에 범한 죄를 이미 판결이 확정된 죄와 동시에 판결할 수 없었던 경우라고 하여 마치 확정된 판결이 존재하지 않는 것처럼 그 수 개의 죄 사이에 형법 제37조 전단의 경합범 관계가 인정되어 형법 제38조가 적용된다고 볼 수도 없으므로, 판결 확정을 전후한 각각의 범죄에 대하여 별도로 형을 정하여 선고할 수밖에 없다(대법원 2011. 6. 10. 선고 2011도2351 판결 등 참조).

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

1) 피고인은 ① 2024. 7. 19. 서울남부지방법원에서 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 위반(카메라등이용촬영·반포등)죄로 징역 10월에 집행유예 2년을 선고받아 2024. 7. 27. 그 판결이 확정되었고(이하 '제1전과'라 한다), ② 2024. 9. 10. 같은 법원에서 같은 죄로 징역 8월에 집행유예 2년을 선고받아 그 판결이 2024. 9. 20. 확정되었다(이하 '제2전과'라 한다).

2) 제2전과의 죄의 범행일시는 2023. 6. 3.부터 2023. 6. 11.까지로, 제1전과의 판결 확정일 전에 저질러진 범행이다.

3) 제1심 판시 범죄일람표 연번 1부터 4까지의 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(카메라등이용촬영)죄(이하 '이 사건 제1범죄'라 한다)의 범행일시는 2024. 7. 4.부터 2024. 7. 6.까지로 제1전과의 판결 확정일 전이고, 같은 범죄일람표 연번 5부터 30까지의 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(카메라등이용촬영)죄(이하 '이 사건 제2범죄'라 한다)의 범행일시는 2024. 7. 28.부터 2024. 9. 19.까지로 제1전과의 판결 확정일과 제2전과의 판결 확정일 사이이며, 같은 범죄일람표 연번 31의 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(카메라등이용촬영)죄(이하 '이 사건 제3범죄'라 한다)의 범행일시는 2024. 9. 20. 20:40경으로 제2전과의 판결 확정(2024. 9. 20. 0시) 후이다.

다. 위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 제1범죄는 제1전과의 죄 및 제2전과의 죄와 형법 제37조 후단의 경합범 관계에 있으므로, 이 사건 제1범죄에 대한 형을 정할 때에는 형법 제37조 후단, 제39조 제1항에 의하여 제1전과의 죄 및 제2전과의 죄와 동시에 판결할 경우와의 형평을 고려하여야 한다. 또한 이 사건 제2범죄와 판결이 확정된 제2전과의 죄는 처음부터 동시에 판결할 수 있는 경우에 해당하지 않아 그 사이에서 형법 제37조 후단의 경합범 관계가 성립할 수 없지만, 이 경우에 마치 제2전과의 확정판결이 존재하지 않는 것처럼 위 판결 확정 전에 저지른 이 사건 제2범죄와 위 판결 확정 후에 저지른 이 사건 제3범죄 사이에 형법 제37조 전단의 경합범 관계가 인정되어 형법 제38조가 적용된다고 볼 수도 없으므로, 이 사건 제2범죄와 이 사건 제3범죄에 대하여는 별도로 형을 정하여야 한다.

라. 그런데도 제1심은 이 사건 제1범죄에 대한 형을 정하면서 제2전과의 죄는 고려

하지 않은 채 제1전과의 죄와 동시에 판결할 경우와의 형평만을 고려하였고, 이 사건 제2범죄와 이 사건 제3범죄가 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있음을 전제로 이 사건 제2, 3범죄에 대하여 하나의 형을 선고하였다. 그리고 원심은 위와 같은 제1심 판결을 그대로 유지하였다. 이러한 원심판결에는 형법 제37조, 제39조 제1항의 경합범에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

2. 결론

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

재판장 대법관 천대엽 _____

 대법관 서경환 _____

주 심 대법관 신숙희 _____

 대법관 마용주 _____