

군인등강제추행·특수폭행·폭행·모욕

[대법원 2018. 10. 4. 2016도15961]



【판시사항】

- [1] 피고인만이 항소한 사건에서 불이익변경 여부의 판단 기준과 방법 / 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법에 따라 병과하는 수강명령 또는 이수명령의 법적 성격 및 항소심이 제1심판결에서 정한 형과 동일한 형을 선고하면서 새로 수강명령 또는 이수명령을 병과하는 것이 불이익변경금지의 원칙상 허용되는지 여부(소극)
- [2] 피고인이 군인 신분에서 폭행, 모욕, 군인등강제추행, 군용물손괴, 특수폭행으로 기소되어 보통군사법원에서 진행된 제1심에서 징역 2년에 집행유예 3년의 유죄판결을 선고받고 위 판결에 대하여 피고인만이 항소하였는데, 항소심인 고등군사법원은 피고인이 예비역으로 전역하였음을 이유로 군용물손괴 부분을 제외한 나머지 공소사실을 원심으로 이송하면서, 군사법원법에 따라 여전히 신분적 재판권이 인정되는 군용물손괴 부분을 유죄로 인정하여 징역 1년에 집행유예 2년의 유죄판결을 선고하였고, 위 분리된 항소심판결 확정 후 원심이 이송받은 공소사실 전부를 유죄로 인정하여 징역 1년에 집행유예 2년을 선고하면서 40시간의 성폭력 치료강의 수강명령을 병과한 사안에서, 집행을 유예한 징역형의 합산 형기가 동일하더라도 원심이 새로 수강명령을 병과한 것은 전체적·실질적으로 볼 때 피고인에게 불이익하게 변경한 것이어서 허용되지 않는다고 한 사례

【판결요지】

- [1] 피고인만이 항소한 사건에 대하여는 원심판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다. 원심의 형이 피고인에게 불이익하게 변경되었는지 여부에 관한 판단은 형법상 형의 경중을 기준으로 하되 이를 개별적·형식적으로 고찰할 것이 아니라 주문 전체를 고려하여 피고인에게 실질적으로 불이익한지 아닌지를 보아 판단하여야 한다. 그리고 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법에 따라 병과하는 수강명령 또는 이수명령은 이른바 범죄인에 대한 사회내 처우의 한 유형으로서 형벌 자체가 아니라 보안처분의 성격을 가지는 것이지만, 의무적 강의 수강 또는 성폭력 치료프로그램의 의무적 이수를 받도록 함으로써 실질적으로는 신체적 자유를 제한하는 것이 되므로, 원심이 제1심판결에서 정한 형과 동일한 형을 선고하면서 새로 수강명령 또는 이수명령을 병과하는 것은 전체적·실질적으로 볼 때 피고인에게 불이익하게 변경한 것이므로 허용되지 않는다.
- [2] 피고인이 군인 신분에서 폭행, 모욕, 군인등강제추행, 군용물손괴, 특수폭행으로 기소되어 보통군사법원에서 진행된 제1심에서 징역 2년에 집행유예 3년의 유죄판결을 선고받고 위 판결에 대하여 피고인만이 항소하였는데, 항소심인 고등군사법원은 피고인이 예비역으로 전역하였음을 이유로 군용물손괴 부분을 제외한 나머지 공소사실을 원심으로 이송하면서, 군사법원법에 따라 여전히 신분적 재판권이 인정되는 군용물손괴 부분을 유죄로 인정하여 징역 1년에 집행유예 2년의 유죄판결(이하 '분리된 항소심판결'이라 한다)을 선고하였고, 분리된 항소심판결 확정 후 원심이 이송받은 공소사실 전부를 유죄로 인정하여 징역 1년에 집행유예 2년을 선고하면서 40시간의 성폭력 치료강의 수강명령을 병과한 사안에서, 제1심판결과 원심판결 및 분리된 항소심판결을 전체적으로 비교하여 보면, 집행을 유예한 징역형의 합산 형기가 동일하다고 하더라도 원심이 새로 수강명령을 병과한 것은 전체적·실질적으로 볼 때 피고인에게 불이익하게 변경한 것이어서 허용되지 않는다고 한 사례.

【참조조문】

- [1] 형사소송법 제368조, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제2조, 제16조 제2항
[2] 형법 제260조 제1항, 제261조, 제311조, 군형법 제92조의3, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제2조, 제16조 제2항, 군사법원법 제2조 제3항, 형사소송법 제368조

【참조판례】

- [1] 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도12967 판결, 대법원 2012. 9. 27. 선고 2012도8736 판결, 대법원 2015. 9. 15. 선고 2015도11362 판결

【전문】

【피 고 인】

【상 고 인】 피고인

【변 호 인】 법무법인 에이치스 담당변호사 홍세욱

【원심판결】 부산고법 2016. 9. 22. 선고 2016노417 판결

【주문】

】

원심판결 및 제1심판결을 모두 파기한다. 피고인을 징역 1년에 처한다. 다만 이 판결 확정일로부터 2년간 위 형의 집행을 유예한다.

【이유】

】 상고이유를 판단한다.

1. 본안에 관한 판단

원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 피고인에 대한 공소사실 중 모욕의 점과 군인등강제추행의 점을 모두 유죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 모욕죄의 고의와 공연성, 군인등강제추행죄의 성립과 고의에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

2. 수감명령 병과 부분에 관한 판단

가. 원심의 불이익변경금지의 원칙 적용 여부에 관한 판단

- (1) 피고인만이 항소한 사건에 대하여는 원심판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다(형사소송법 제368조). 그리고 군사법원에 공소가 제기된 사건에 대하여 군사법원이 재판권을 가지지 아니하게 되었음이 밝혀진 경우에는 사건을 재판권이 있는 같은 심급의 법원으로 이송하고, 그 경우 이송 전에 한 소송행위는 이송 후에도 그 효력에 영향이 없다(군사법원법 제2조 제3항).

(2) 기록에 의하면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

- ① 피고인은 2015. 10. 19. 제○○보병사단△△연대 본부중대 소속 대위의 신분으로 폭행, 모욕, 군인등강제추행, 군용물손괴, 특수폭행죄로 공소제기되어 제○○사단 보통군사법원에서 진행된 제1심에서 징역 2년에 집행유예 3년의 유죄판결을 선고받았다.
- ② 제1심판결에 대하여 피고인과 검찰관 모두 항소하였는데, 피고인은 항소이유서 제출기간 내인 2015. 11. 30. 항소심인 고등군사법원에 항소이유서를 제출하였고, 검찰관은 2015. 11. 10. 소송기록접수통지서를 송달받고도 항소이유서 제출기간 내에 항소이유서를 제출하지 않았다.
- ③ 항소심인 고등군사법원은 2016. 5. 13. 제1회 공판기일을 진행하고 변론을 종결하였는데, 2016. 6. 28. 피고인이 2015. 12. 11.자로 예비역으로 전역하였음을 이유로 군사법원법에 따라 신분적 재판권이 인정되는 군용물손괴 부분을 제외한 나머지 부분을 원심인 부산고등법원으로 이송하는 결정을 하였다.
- ④ 고등군사법원은 2016. 7. 8. 피고인에 대하여 군용물손괴죄를 유죄로 인정하고 징역 1년에 집행유예 2년의 유죄판결(이하 '분리된 항소심판결'이라고 한다)을 선고하였고, 그 무렵 그 판결이 확정되었다.
- ⑤ 위 사건을 이송받은 원심은 2016. 8. 18. 고등군사법원에 이어 제2회 공판기일을 진행하였는데, 검사는 양형부당을 이유로 항소를 제기한 것이라고 말로 진술하였고, 피고인과 변호인은 위와 같이 제출한 항소이유서를 진술하고 사실오인, 법리오해 및 양형부당 취지의 항소이유를 진술하였다.
- ⑥ 원심은 2016. 9. 22. 피고인에 대하여 이송받은 공소사실 전부를 유죄로 인정하고 징역 1년에 집행유예 2년 및 40시간의 성폭력 치료강의 수강명령을 병과하였다.

(3) 위와 같은 사실관계에 의하면, 검찰관은 제1심판결에 대하여 항소하면서 항소장에 항소이유를 기재하지 않았고, 원심으로 이송되기 전 항소이유서 제출기간 내에 항소이유서를 제출하지 않았으므로, 적법한 항소이유를 주장하지 않았다.

따라서 고등군사법원으로부터 이송받은 원심에서 검사가 양형부당을 항소이유로 주장하였다고 하더라도, 이송 전 검찰관이 적법한 항소이유를 주장하지 않았고, 그 소송행위의 효력이 원심에도 미치므로, 실질적으로 피고인만이 항소한 경우와 같게 되어 원심판결에는 불이익변경금지의 원칙이 적용된다.

나. 원심의 불이익변경금지의 원칙 위반 여부에 관한 판단

(1) 군형법 제92조의3에서 규정하고 있는 군인등강제추행죄는 군인을 상대로 한 성폭력범죄를 가중처벌하기 위한 것으로서 형법상 강제추행죄와 본질적인 차이가 없고 행위태양이 동일하므로, 형법상 강제추행죄에 대하여 가중처벌하는 죄로서 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 '성폭력처벌법'이라고 한다) 제2조 제2항에 의하여 성폭력범죄에 해당한다(대법원 2014. 12. 24. 선고 2014도10916 판결 취지 참조). 그리고 군인등강제추행죄가 성폭력처벌법상 성폭력범죄에 해당하는 이상 같은 법 제16조 제2항에 의하여 유죄판결을 선고하는 경우에는 500시간의 범위에서 재범예방에 필요한 수강명령 또는 이수명령을 병과하여야 한다.

(2) 그러나 앞서 판단한 바와 같이 피고인만이 항소한 사건에 대하여는 원심판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다. 원심의 형이 피고인에게 불이익하게 변경되었는지 여부에 관한 판단은 형법상 형의 경중을 기준으로 하되 이를 개별적·형식적으로 고찰할 것이 아니라 주문 전체를 고려하여 피고인에게 실질적으로 불이익한지 아닌지를 보아 판단하여야 한다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도12967 판결 등 참조). 그리고 성폭력처벌법에 따라 병과하는 수강명령 또는 이수명령은 이른바 범죄인에 대한 사회 내 처우의 한 유형으로서 형벌 그 자체가 아니라 보안처분의 성격을 가

지는 것이지만, 의무적 강의 수강 또는 성폭력 치료프로그램의 의무적 이수를 받도록 함으로써 실질적으로는 신체적 자유를 제한하는 것이 되므로, 원심이 제1심판결에서 정한 형과 동일한 형을 선고하면서 새로 수강명령 또는 이수명령을 병과하는 것은 전체적·실질적으로 볼 때 피고인에게 불이익하게 변경한 것이므로 허용되지 않는다(대법원 2012. 9. 27. 선고 2012도8736 판결 참조).

- (3) 위와 같은 사실관계에 의하면, 피고인에게 징역 2년에 집행유예 3년을 선고한 제1심판결에 대하여, 분리된 항소심판결은 징역 1년에 집행유예 2년을 선고하였고, 그 판결 확정 후 원심은 징역 1년에 집행유예 2년을 선고하면서 40시간의 성폭력 치료강의 수강명령을 병과하였다.

결국 제1심판결을 원심판결과 분리된 항소심판결을 전체적으로 비교하여 보면, 집행을 유예한 징역형의 합산 형기가 동일하다고 하더라도, 원심이 새로 수강명령을 병과한 것은 전체적·실질적으로 볼 때 피고인에게 불이익하게 변경한 것이므로, 허용되지 않는다.

따라서 이를 지적하는 피고인의 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 결론

그러므로 원심판결 및 제1심판결을 모두 파기하되, 이 사건은 소송기록과 원심에 이르기까지 조사된 증거에 의하여 상고법원에서 바로 판결하기에 충분하다고 인정되므로, 형사소송법 제369조에 따라 대법원이 직접 판결하기로 한다.

【이유】

】 상고이유를 판단한다.

1. 본안에 관한 판단

원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 피고인에 대한 공소사실 중 모욕의 점과 군인등강제추행의 점을 모두 유죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 모욕죄의 고의와 공연성, 군인등강제추행죄의 성립과 고의에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

2. 수강명령 병과 부분에 관한 판단

가. 원심의 불이익변경금지의 원칙 적용 여부에 관한 판단

- (1) 피고인만이 항소한 사건에 대하여는 원심판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다(형사소송법 제368조). 그리고 군사법원에 공소가 제기된 사건에 대하여 군사법원이 재판권을 가지지 아니하게 되었음이 밝혀진 경우에는 사건을 재판권이 있는 같은 심급의 법원으로 이송하고, 그 경우 이송 전에 한 소송행위는 이송 후에도 그 효력에 영향이 없다(군사법원법 제2조 제3항).

- (2) 기록에 의하면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

- ① 피고인은 2015. 10. 19. 제○○보병사단△△연대 본부중대 소속 대위의 신분으로 폭행, 모욕, 군인등강제추행, 군용물손괴, 특수폭행죄로 공소제기되어 제○○사단 보통군사법원에서 진행된 제1심에서 징역 2년에 집행유예 3년의 유죄판결을 선고받았다.
- ② 제1심판결에 대하여 피고인과 검찰관 모두 항소하였는데, 피고인은 항소이유서 제출기간 내인 2015. 11. 30. 항소심인 고등군사법원에 항소이유서를 제출하였고, 검찰관은 2015. 11. 10. 소송기록접수통지서를 송달받고도 항소이유서 제출기간 내에 항소이유서를 제출하지 않았다.

- ③ 항소심인 고등군사법원은 2016. 5. 13. 제1회 공판기일을 진행하고 변론을 종결하였는데, 2016. 6. 28. 피고인이 2015. 12. 11.자로 예비역으로 전역하였음을 이유로 군사법원법에 따라 신분적 재판권이 인정되는 군용물손괴 부분을 제외한 나머지 부분을 원심인 부산고등법원으로 이송하는 결정을 하였다.
 - ④ 고등군사법원은 2016. 7. 8. 피고인에 대하여 군용물손괴죄를 유죄로 인정하고 징역 1년에 집행유예 2년의 유죄판결(이하 '분리된 항소심판결'이라고 한다)을 선고하였고, 그 무렵 그 판결이 확정되었다.
 - ⑤ 위 사건을 이송받은 원심은 2016. 8. 18. 고등군사법원에 이어 제2회 공판기일을 진행하였는데, 검사는 양형부당을 이유로 항소를 제기한 것이라고 말로 진술하였고, 피고인과 변호인은 위와 같이 제출한 항소이유서를 진술하고 사실오인, 법리오해 및 양형부당 취지의 항소이유를 진술하였다.
 - ⑥ 원심은 2016. 9. 22. 피고인에 대하여 이송받은 공소사실 전부를 유죄로 인정하고 징역 1년에 집행유예 2년 및 40시간의 성폭력 치료강의 수강명령을 병과하였다.
- (3) 위와 같은 사실관계에 의하면, 검찰관은 제1심판결에 대하여 항소하면서 항소장에 항소이유를 기재하지 않았고, 원심으로 이송되기 전 항소이유서 제출기간 내에 항소이유서를 제출하지 않았으므로, 적법한 항소이유를 주장하지 않았다.

따라서 고등군사법원으로부터 이송받은 원심에서 검사가 양형부당을 항소이유로 주장하였다고 하더라도, 이송 전 검찰관이 적법한 항소이유를 주장하지 않았고, 그 소송행위의 효력이 원심에도 미치므로, 실질적으로 피고인만이 항소한 경우와 같게 되어 원심판결에는 불이익변경금지의 원칙이 적용된다.

나. 원심의 불이익변경금지의 원칙 위반 여부에 관한 판단

- (1) 군형법 제92조의3에서 규정하고 있는 군인등강제추행죄는 군인을 상대로 한 성폭력범죄를 가중처벌하기 위한 것으로서 형법상 강제추행죄와 본질적인 차이가 없고 행위태양이 동일하므로, 형법상 강제추행죄에 대하여 가중처벌하는 죄로서 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 '성폭력처벌법'이라고 한다) 제2조 제2항에 의하여 성폭력범죄에 해당한다(대법원 2014. 12. 24. 선고 2014도10916 판결 취지 참조). 그리고 군인등강제추행죄가 성폭력처벌법상 성폭력범죄에 해당하는 이상 같은 법 제16조 제2항에 의하여 유죄판결을 선고하는 경우에는 500시간의 범위에서 재범예방에 필요한 수강명령 또는 이수명령을 병과하여야 한다.
- (2) 그러나 앞서 판단한 바와 같이 피고인만이 항소한 사건에 대하여는 원심판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다. 원심의 형이 피고인에게 불이익하게 변경되었는지 여부에 관한 판단은 형법상 형의 경중을 기준으로 하되 이를 개별적·형식적으로 고찰할 것이 아니라 주문 전체를 고려하여 피고인에게 실질적으로 불이익한지 아닌지를 보아 판단하여야 한다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도12967 판결 등 참조). 그리고 성폭력처벌법에 따라 병과하는 수강명령 또는 이수명령은 이른바 범죄인에 대한 사회 내 처우의 한 유형으로서 형벌 그 자체가 아니라 보안처분의 성격을 가지는 것이지만, 의무적 강의 수강 또는 성폭력 치료프로그램의 의무적 이수를 받도록 함으로써 실질적으로는 신체적 자유를 제한하는 것이 되므로, 원심이 제1심판결에서 정한 형과 동일한 형을 선고하면서 새로 수강명령 또는 이수명령을 병과하는 것은 전체적·실질적으로 볼 때 피고인에게 불이익하게 변경한 것이므로 허용되지 않는다(대법원 2012. 9. 27. 선고 2012도8736 판결 참조).
- (3) 위와 같은 사실관계에 의하면, 피고인에게 징역 2년에 집행유예 3년을 선고한 제1심판결에 대하여, 분리된 항소심판결은 징역 1년에 집행유예 2년을 선고하였고, 그 판결 확정 후 원심은 징역 1년에 집행유예 2년을 선고하면서 40시간의 성폭력 치료강의 수강명령을 병과하였다.

결국 제1심판결을 원심판결과 분리된 항소심판결을 전체적으로 비교하여 보면, 집행을 유예한 징역형의 합산 형기가 동일하다고 하더라도, 원심이 새로 수감명령을 병과한 것은 전체적·실질적으로 볼 때 피고인에게 불이익하게 변경한 것이므로, 허용되지 않는다.

따라서 이를 지적하는 피고인의 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 결론

그러므로 원심판결 및 제1심판결을 모두 파기하되, 이 사건은 소송기록과 원심에 이르기까지 조사된 증거에 의하여 상고법원에서 바로 판결하기에 충분하다고 인정되므로, 형사소송법 제369조에 따라 대법원이 직접 판결하기로 한다.

【이유】

】 상고이유를 판단한다.

1. 본안에 관한 판단

원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 피고인에 대한 공소사실 중 모욕의 점과 군인등강제추행의 점을 모두 유죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 모욕죄의 고의와 공연성, 군인등강제추행죄의 성립과 고의에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

2. 수감명령 병과 부분에 관한 판단

가. 원심의 불이익변경금지의 원칙 적용 여부에 관한 판단

(1) 피고인만이 항소한 사건에 대하여는 원심판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다(형사소송법 제368조). 그리고 군사법원에 공소가 제기된 사건에 대하여 군사법원이 재판권을 가지지 아니하게 되었음이 밝혀진 경우에는 사건을 재판권이 있는 같은 심급의 법원으로 이송하고, 그 경우 이송 전에 한 소송행위는 이송 후에도 그 효력에 영향이 없다(군사법원법 제2조 제3항).

(2) 기록에 의하면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

- ① 피고인은 2015. 10. 19. 제○○보병사단△△연대 본부중대 소속 대위의 신분으로 폭행, 모욕, 군인등강제추행, 군용물손괴, 특수폭행죄로 공소제기되어 제○○사단 보통군사법원에서 진행된 제1심에서 징역 2년에 집행유예 3년의 유죄판결을 선고받았다.
- ② 제1심판결에 대하여 피고인과 검찰관 모두 항소하였는데, 피고인은 항소이유서 제출기간 내인 2015. 11. 30. 항소심인 고등군사법원에 항소이유서를 제출하였고, 검찰관은 2015. 11. 10. 소송기록접수통지서를 송달받고도 항소이유서 제출기간 내에 항소이유서를 제출하지 않았다.
- ③ 항소심인 고등군사법원은 2016. 5. 13. 제1회 공판기일을 진행하고 변론을 종결하였는데, 2016. 6. 28. 피고인이 2015. 12. 11.자로 예비역으로 전역하였음을 이유로 군사법원법에 따라 신분적 재판권이 인정되는 군용물손괴 부분을 제외한 나머지 부분을 원심인 부산고등법원으로 이송하는 결정을 하였다.
- ④ 고등군사법원은 2016. 7. 8. 피고인에 대하여 군용물손괴죄를 유죄로 인정하고 징역 1년에 집행유예 2년의 유죄판결(이하 '분리된 항소심판결'이라고 한다)을 선고하였고, 그 무렵 그 판결이 확정되었다.
- ⑤ 위 사건을 이송받은 원심은 2016. 8. 18. 고등군사법원에 이어 제2회 공판기일을 진행하였는데, 검사는 양형부당을 이유로 항소를 제기한 것이라고 말로 진술하였고, 피고인과 변호인은 위와 같이 제출한 항소이유서를 진술하고 사

실오인, 법리오해 및 양형부당 취지의 항소이유를 진술하였다.

⑥ 원심은 2016. 9. 22. 피고인에 대하여 이송받은 공사사실 전부를 유죄로 인정하고 징역 1년에 집행유예 2년 및 40시간의 성폭력 치료강의 수강명령을 병과하였다.

(3) 위와 같은 사실관계에 의하면, 검찰관은 제1심판결에 대하여 항소하면서 항소장에 항소이유를 기재하지 않았고, 원심으로 이송되기 전 항소이유서 제출기간 내에 항소이유서를 제출하지 않았으므로, 적법한 항소이유를 주장하지 않았다.

따라서 고등군사법원으로부터 이송받은 원심에서 검사가 양형부당을 항소이유로 주장하였다고 하더라도, 이송 전 검찰관이 적법한 항소이유를 주장하지 않았고, 그 소송행위의 효력이 원심에도 미치므로, 실질적으로 피고인만이 항소한 경우와 같게 되어 원심판결에는 불이익변경금지의 원칙이 적용된다.

나. 원심의 불이익변경금지의 원칙 위반 여부에 관한 판단

(1) 군형법 제92조의3에서 규정하고 있는 군인등강제추행죄는 군인을 상대로 한 성폭력범죄를 가중처벌하기 위한 것으로서 형법상 강제추행죄와 본질적인 차이가 없고 행위태양이 동일하므로, 형법상 강제추행죄에 대하여 가중처벌하는 죄로서 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 '성폭력처벌법'이라고 한다) 제2조 제2항에 의하여 성폭력범죄에 해당한다(대법원 2014. 12. 24. 선고 2014도10916 판결 취지 참조). 그리고 군인등강제추행죄가 성폭력처벌법상 성폭력범죄에 해당하는 이상 같은 법 제16조 제2항에 의하여 유죄판결을 선고하는 경우에는 500시간의 범위에서 재범예방에 필요한 수강명령 또는 이수명령을 병과하여야 한다.

(2) 그러나 앞서 판단한 바와 같이 피고인만이 항소한 사건에 대하여는 원심판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다. 원심의 형이 피고인에게 불이익하게 변경되었는지 여부에 관한 판단은 형법상 형의 경중을 기준으로 하되 이를 개별적·형식적으로 고찰할 것이 아니라 주문 전체를 고려하여 피고인에게 실질적으로 불이익한지 아닌지를 보아 판단하여야 한다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도12967 판결 등 참조). 그리고 성폭력처벌법에 따라 병과하는 수강명령 또는 이수명령은 이른바 범죄인에 대한 사회 내 처우의 한 유형으로서 형벌 그 자체가 아니라 보안처분의 성격을 가지는 것이지만, 의무적 강의 수강 또는 성폭력 치료프로그램의 의무적 이수를 받도록 함으로써 실질적으로는 신체적 자유를 제한하는 것이 되므로, 원심이 제1심판결에서 정한 형과 동일한 형을 선고하면서 새로 수강명령 또는 이수명령을 병과하는 것은 전체적·실질적으로 볼 때 피고인에게 불이익하게 변경한 것이므로 허용되지 않는다(대법원 2012. 9. 27. 선고 2012도8736 판결 참조).

(3) 위와 같은 사실관계에 의하면, 피고인에게 징역 2년에 집행유예 3년을 선고한 제1심판결에 대하여, 분리된 항소심판결은 징역 1년에 집행유예 2년을 선고하였고, 그 판결 확정 후 원심은 징역 1년에 집행유예 2년을 선고하면서 40시간의 성폭력 치료강의 수강명령을 병과하였다.

결국 제1심판결을 원심판결과 분리된 항소심판결을 전체적으로 비교하여 보면, 집행을 유예한 징역형의 합산 형기가 동일하다고 하더라도, 원심이 새로 수강명령을 병과한 것은 전체적·실질적으로 볼 때 피고인에게 불이익하게 변경한 것이므로, 허용되지 않는다.

따라서 이를 지적하는 피고인의 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 결론

그러므로 원심판결 및 제1심판결을 모두 파기하되, 이 사건은 소송기록과 원심에 이르기까지 조사된 증거에 의하여 상고법원에서 바로 판결하기에 충분하다고 인정되므로, 형사소송법 제369조에 따라 대법원이 직접 판결하기로 한다.

【이유】

】 상고이유를 판단한다.

1. 본안에 관한 판단

원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 피고인에 대한 공소사실 중 모욕의 점과 군인등강제추행의 점을 모두 유죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 모욕죄의 고의와 공연성, 군인등강제추행죄의 성립과 고의에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

2. 수감명령 병과 부분에 관한 판단

가. 원심의 불이익변경금지의 원칙 적용 여부에 관한 판단

(1) 피고인만이 항소한 사건에 대하여는 원심판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다(형사소송법 제368조). 그리고 군사법원에 공소가 제기된 사건에 대하여 군사법원이 재판권을 가지지 아니하게 되었음이 밝혀진 경우에는 사건을 재판권이 있는 같은 심급의 법원으로 이송하고, 그 경우 이송 전에 한 소송행위는 이송 후에도 그 효력에 영향이 없다(군사법원법 제2조 제3항).

(2) 기록에 의하면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

- ① 피고인은 2015. 10. 19. 제○○보병사단△△연대 본부중대 소속 대위의 신분으로 폭행, 모욕, 군인등강제추행, 군용물손괴, 특수폭행죄로 공소제기되어 제○○사단 보통군사법원에서 진행된 제1심에서 징역 2년에 집행유예 3년의 유죄판결을 선고받았다.
 - ② 제1심판결에 대하여 피고인과 검찰관 모두 항소하였는데, 피고인은 항소이유서 제출기간 내인 2015. 11. 30. 항소심인 고등군사법원에 항소이유서를 제출하였고, 검찰관은 2015. 11. 10. 소송기록접수통지서를 송달받고도 항소이유서 제출기간 내에 항소이유서를 제출하지 않았다.
 - ③ 항소심인 고등군사법원은 2016. 5. 13. 제1회 공판기일을 진행하고 변론을 종결하였는데, 2016. 6. 28. 피고인이 2015. 12. 11.자로 예비역으로 전역하였음을 이유로 군사법원법에 따라 신분적 재판권이 인정되는 군용물손괴 부분을 제외한 나머지 부분을 원심인 부산고등법원으로 이송하는 결정을 하였다.
 - ④ 고등군사법원은 2016. 7. 8. 피고인에 대하여 군용물손괴죄를 유죄로 인정하고 징역 1년에 집행유예 2년의 유죄판결(이하 '분리된 항소심판결'이라고 한다)을 선고하였고, 그 무렵 그 판결이 확정되었다.
 - ⑤ 위 사건을 이송받은 원심은 2016. 8. 18. 고등군사법원에 이어 제2회 공판기일을 진행하였는데, 검사는 양형부당을 이유로 항소를 제기한 것이라고 말로 진술하였고, 피고인과 변호인은 위와 같이 제출한 항소이유서를 진술하고 사실오인, 법리오해 및 양형부당 취지의 항소이유를 진술하였다.
 - ⑥ 원심은 2016. 9. 22. 피고인에 대하여 이송받은 공소사실 전부를 유죄로 인정하고 징역 1년에 집행유예 2년 및 40시간의 성폭력 치료강의 수감명령을 병과하였다.
- (3) 위와 같은 사실관계에 의하면, 검찰관은 제1심판결에 대하여 항소하면서 항소장에 항소이유를 기재하지 않았고, 원심으로 이송되기 전 항소이유서 제출기간 내에 항소이유서를 제출하지 않았으므로, 적법한 항소이유를 주장하지 않았다.

따라서 고등군사법원으로부터 이송받은 원심에서 검사가 양형부당을 항소이유로 주장하였다고 하더라도, 이송 전 검찰관이 적법한 항소이유를 주장하지 않았고, 그 소송행위의 효력이 원심에도 미치므로, 실질적으로 피고인만이 항소한 경우와 같게 되어 원심판결에는 불이익변경금지의 원칙이 적용된다.

나. 원심의 불이익변경금지의 원칙 위반 여부에 관한 판단

- (1) 군형법 제92조의3에서 규정하고 있는 군인등강제추행죄는 군인을 상대로 한 성폭력범죄를 가중처벌하기 위한 것으로서 형법상 강제추행죄와 본질적인 차이가 없고 행위태양이 동일하므로, 형법상 강제추행죄에 대하여 가중처벌하는 죄로서 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 '성폭력처벌법'이라고 한다) 제2조 제2항에 의하여 성폭력범죄에 해당한다(대법원 2014. 12. 24. 선고 2014도10916 판결 취지 참조). 그리고 군인등강제추행죄가 성폭력처벌법상 성폭력범죄에 해당하는 이상 같은 법 제16조 제2항에 의하여 유죄판결을 선고하는 경우에는 500시간의 범위에서 재범예방에 필요한 수강명령 또는 이수명령을 병과하여야 한다.
- (2) 그러나 앞서 판단한 바와 같이 피고인만이 항소한 사건에 대하여는 원심판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다. 원심의 형이 피고인에게 불이익하게 변경되었는지 여부에 관한 판단은 형법상 형의 경중을 기준으로 하되 이를 개별적·형식적으로 고찰할 것이 아니라 주문 전체를 고려하여 피고인에게 실질적으로 불이익한지 아닌지를 보아 판단하여야 한다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도12967 판결 등 참조). 그리고 성폭력처벌법에 따라 병과하는 수강명령 또는 이수명령은 이른바 범죄인에 대한 사회 내 처우의 한 유형으로서 형벌 그 자체가 아니라 보안처분의 성격을 가지는 것이지만, 의무적 강의 수강 또는 성폭력 치료프로그램의 의무적 이수를 받도록 함으로써 실질적으로는 신체적 자유를 제한하는 것이 되므로, 원심이 제1심판결에서 정한 형과 동일한 형을 선고하면서 새로 수강명령 또는 이수명령을 병과하는 것은 전체적·실질적으로 볼 때 피고인에게 불이익하게 변경한 것이므로 허용되지 않는다(대법원 2012. 9. 27. 선고 2012도8736 판결 참조).
- (3) 위와 같은 사실관계에 의하면, 피고인에게 징역 2년에 집행유예 3년을 선고한 제1심판결에 대하여, 분리된 항소심판결은 징역 1년에 집행유예 2년을 선고하였고, 그 판결 확정 후 원심은 징역 1년에 집행유예 2년을 선고하면서 40시간의 성폭력 치료강의 수강명령을 병과하였다.

결국 제1심판결을 원심판결과 분리된 항소심판결을 전체적으로 비교하여 보면, 집행을 유예한 징역형의 합산 형기가 동일하다고 하더라도, 원심이 새로 수강명령을 병과한 것은 전체적·실질적으로 볼 때 피고인에게 불이익하게 변경한 것이므로, 허용되지 않는다.

따라서 이를 지적하는 피고인의 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 결론

그러므로 원심판결 및 제1심판결을 모두 파기하되, 이 사건은 소송기록과 원심에 이르기까지 조사된 증거에 의하여 상고법원에서 바로 판결하기에 충분하다고 인정되므로, 형사소송법 제369조에 따라 대법원이 직접 판결하기로 한다.

【이유】

】 상고이유를 판단한다.

1. 본안에 관한 판단

원심은 그 판시와 같은 이유를 들어 피고인에 대한 공소사실 중 모욕의 점과 군인등강제추행의 점을 모두 유죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 모욕죄의 고의와 공연성, 군인등강제추행죄의 성립과 고의에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

2. 수감명령 병과 부분에 관한 판단

가. 원심의 불이익변경금지의 원칙 적용 여부에 관한 판단

(1) 피고인만이 항소한 사건에 대하여는 원심판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다(형사소송법 제368조). 그리고 군사법원에 공소가 제기된 사건에 대하여 군사법원이 재판권을 가지지 아니하게 되었음이 밝혀진 경우에는 사건을 재판권이 있는 같은 심급의 법원으로 이송하고, 그 경우 이송 전에 한 소송행위는 이송 후에도 그 효력에 영향이 없다(군사법원법 제2조 제3항).

(2) 기록에 의하면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

- ① 피고인은 2015. 10. 19. 제○○보병사단△△연대 본부중대 소속 대위의 신분으로 폭행, 모욕, 군인등강제추행, 군용물손괴, 특수폭행죄로 공소제기되어 제○○사단 보통군사법원에서 진행된 제1심에서 징역 2년에 집행유예 3년의 유죄판결을 선고받았다.
- ② 제1심판결에 대하여 피고인과 검찰관 모두 항소하였는데, 피고인은 항소이유서 제출기간 내인 2015. 11. 30. 항소심인 고등군사법원에 항소이유서를 제출하였고, 검찰관은 2015. 11. 10. 소송기록접수통지서를 송달받고도 항소이유서 제출기간 내에 항소이유서를 제출하지 않았다.
- ③ 항소심인 고등군사법원은 2016. 5. 13. 제1회 공판기일을 진행하고 변론을 종결하였는데, 2016. 6. 28. 피고인이 2015. 12. 11.자로 예비역으로 전역하였음을 이유로 군사법원법에 따라 신분적 재판권이 인정되는 군용물손괴 부분을 제외한 나머지 부분을 원심인 부산고등법원으로 이송하는 결정을 하였다.
- ④ 고등군사법원은 2016. 7. 8. 피고인에 대하여 군용물손괴죄를 유죄로 인정하고 징역 1년에 집행유예 2년의 유죄판결(이하 '분리된 항소심판결'이라고 한다)을 선고하였고, 그 무렵 그 판결이 확정되었다.
- ⑤ 위 사건을 이송받은 원심은 2016. 8. 18. 고등군사법원에 이어 제2회 공판기일을 진행하였는데, 검사는 양형부당을 이유로 항소를 제기한 것이라고 말로 진술하였고, 피고인과 변호인은 위와 같이 제출한 항소이유서를 진술하고 사실오인, 법리오해 및 양형부당 취지의 항소이유를 진술하였다.
- ⑥ 원심은 2016. 9. 22. 피고인에 대하여 이송받은 공소사실 전부를 유죄로 인정하고 징역 1년에 집행유예 2년 및 40시간의 성폭력 치료강의 수강명령을 병과하였다.
- (3) 위와 같은 사실관계에 의하면, 검찰관은 제1심판결에 대하여 항소하면서 항소장에 항소이유를 기재하지 않았고, 원심으로 이송되기 전 항소이유서 제출기간 내에 항소이유서를 제출하지 않았으므로, 적법한 항소이유를 주장하지 않았다.

따라서 고등군사법원으로부터 이송받은 원심에서 검사가 양형부당을 항소이유로 주장하였다고 하더라도, 이송 전 검찰관이 적법한 항소이유를 주장하지 않았고, 그 소송행위의 효력이 원심에도 미치므로, 실질적으로 피고인만이 항소한 경우와 같게 되어 원심판결에는 불이익변경금지의 원칙이 적용된다.

나. 원심의 불이익변경금지의 원칙 위반 여부에 관한 판단

- (1) 군형법 제92조의3에서 규정하고 있는 군인등강제추행죄는 군인을 상대로 한 성폭력범죄를 가중처벌하기 위한 것으로서 형법상 강제추행죄와 본질적인 차이가 없고 행위태양이 동일하므로, 형법상 강제추행죄에 대하여 가중처벌하

는 죄로서 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 '성폭력처벌법'이라고 한다) 제2조 제2항에 의하여 성폭력범죄에 해당한다(대법원 2014. 12. 24. 선고 2014도10916 판결 취지 참조). 그리고 군인등강제추행죄가 성폭력처벌법상 성폭력범죄에 해당하는 이상 같은 법 제16조 제2항에 의하여 유죄판결을 선고하는 경우에는 500시간의 범위에서 재범예방에 필요한 수강명령 또는 이수명령을 병과하여야 한다.

(2) 그러나 앞서 판단한 바와 같이 피고인만이 항소한 사건에 대하여는 원심판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다. 원심의 형이 피고인에게 불이익하게 변경되었는지 여부에 관한 판단은 형법상 형의 경중을 기준으로 하되 이를 개별적·형식적으로 고찰할 것이 아니라 주문 전체를 고려하여 피고인에게 실질적으로 불이익한지 아닌지를 보아 판단하여야 한다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도12967 판결 등 참조). 그리고 성폭력처벌법에 따라 병과하는 수강명령 또는 이수명령은 이른바 범죄인에 대한 사회 내 처우의 한 유형으로서 형벌 그 자체가 아니라 보안처분의 성격을 가지는 것이지만, 의무적 강의 수강 또는 성폭력 치료프로그램의 의무적 이수를 받도록 함으로써 실질적으로는 신체적 자유를 제한하는 것이 되므로, 원심이 제1심판결에서 정한 형과 동일한 형을 선고하면서 새로 수강명령 또는 이수명령을 병과하는 것은 전체적·실질적으로 볼 때 피고인에게 불이익하게 변경한 것이므로 허용되지 않는다(대법원 2012. 9. 27. 선고 2012도8736 판결 참조).

(3) 위와 같은 사실관계에 의하면, 피고인에게 징역 2년에 집행유예 3년을 선고한 제1심판결에 대하여, 분리된 항소심판결은 징역 1년에 집행유예 2년을 선고하였고, 그 판결 확정 후 원심은 징역 1년에 집행유예 2년을 선고하면서 40시간의 성폭력 치료강의 수강명령을 병과하였다.

결국 제1심판결을 원심판결과 분리된 항소심판결을 전체적으로 비교하여 보면, 집행을 유예한 징역형의 합산 형기가 동일하다고 하더라도, 원심이 새로 수강명령을 병과한 것은 전체적·실질적으로 볼 때 피고인에게 불이익하게 변경한 것이므로, 허용되지 않는다.

따라서 이를 지적하는 피고인의 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 결론

그러므로 원심판결 및 제1심판결을 모두 파기하되, 이 사건은 소송기록과 원심에 이르기까지 조사된 증거에 의하여 상고법원에서 바로 판결하기에 충분하다고 인정되므로, 형사소송법 제369조에 따라 대법원이 직접 판결하기로 한다.