

상해·폭행치상·직권남용권리행사방해·가혹행위·추행·폭행

[고등군사법원 2008. 2. 19. 2007노249]



【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】 피고인

【검 찰 관】 대위 최태은

【변 호 인】 법무법인 송파 담당변호사 박흥기

【원심판결】 제6보병사단 보통군사법원 2007. 10. 16. 선고 2007고10 판결

【변 론】거침

【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인을 벌금 3,000,000(삼백만)원에 처한다.

피고인이 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 금 50,000(오만)원을 1일로 환산한 기간 피고인을 노역장에 유치한다.

이 사건 공소사실 중 가혹행위 및 각 추행의 점은 각 무죄

【이유】

】1. 항소이유의 요지

이 사건 여러 양형조건에 비추어 보면 피고인에 대한 원심의 형량은 너무 무거워 부당하다는 것이다.

2. 당심의 판단

피고인의 양형부당 주장에 관하여 판단하기에 앞서 직권으로 살펴본다.

가. 가혹행위의 점에 대하여

1) 공소사실의 요지 및 원심의 판단

본건 가혹행위의 점에 대한 공소사실의 요지는, 피해자가 피고인의 사격통제에 따르지 않는다는 이유로, 피해자에게 약 30분이상 속칭 "옆드려 뺨쳐"를 시켜 직권을 남용하여 가혹한 행위를 하였다는 것이다.

이에 대해 원심은, 피고인의 법정진술, 피해자 공소외 1 작성의 진술서 및 확인서를 종합하여 이 사건 가혹행위의 점에 대한 공소사실을 유죄로 인정하였다.

2) 당심의 판단

군형법 제62조의 "가혹한 행위"라 함은 사람의 생명, 신체의 안전을 위태롭게 하고, 폭행 이외의 방법으로 사람으로서는 견디기 어려운 정신적, 육체적 고통을 주는 일체의 행위를 말하고, 이 경우 가혹행위에 해당하는가 여부는 행위자 및 그 피해자의 지위, 처한상황, 그 행위의 목적, 그 행위에 이르게 된 경위, 그 행위로 인한 결과 등 구체적 사정을 고려하여 판단하여야 한다.

원심에서 적법하게 채택한 증거 및 이 사건 제반 기록을 통하여 살피건대, 피고인은 소속대 중대장으로서 고도의 안전사고의 위험성이 있는 사격장에서 피해자가 빈탄알집을 옆으로 옮기는 과정에서 총구를 옆으로 돌리자 이를 제지하

고 총구를 전방으로 향하라고 경고하였음에도, 피해자가 재차 총구를 옆으로 돌리자 피해자가 사격통제에 따르지 않는다고 판단하여 피해자에 대한 훈계 및 피해자를 비롯한 중대원들에 대한 교육 및 사고예방의 목적으로 피해자에게 약 30분간 "엎드려 뺨쳐"를 시킨 사실이 인정된다.

한편, 육군 열차려 규정 시행지침은 "엎드려 뺨쳐"를 열차려 항목으로 규정하고 있지 않으나, "엎드려 뺨쳐"보다 더 어려운 "팔굽혀 펴기"를 열차려 항목으로 규정하고 있는 점으로 보아 "엎드려 뺨쳐"도 열차려의 방법으로 가능하다고 판단되고 중대장인 피고인으로서는 정당한 열차려 권한을 행사한 것으로 보인다.

다만, 그 시간이 30여분으로 다소 과하다는 측면은 있으나, 전투력보존 및 안전사고 예방을 주된 목적으로 하는 사격훈련 및 사격장의 특성을 고려할 때 그 동기를 전혀 수긍 못할 바도 아니고, 피고인의 위와 같은 열차려 수단은 그리 과격하지도 않을 뿐만 아니라 피해자에게 어떠한 상해의 결과도 발생하지 않았다는 측면을 인정할 수 있는데, 피고인 및 피해자의 지위, 위와 같은 행위를 하게 된 동기, 수단, 결과 등을 종합하여 고려하면 피고인의 위와 같은 행위는 형법 제20조에서 규정한 사회상규에 위배되지 않은 행위로 볼 수 있다.

그렇다면, 피고인에 대한 본건 공소사실을 군 내부의 열차려규정에 따르지 않았다는 이유만으로 가혹행위에 해당하는 것으로 판단한 원심은 군형법 제62조의 가혹행위죄의 법리 및 형법 제20조의 정당행위의 법리를 오해한 위법이 있다.

3) 소결론

따라서, 이 사건 가혹행위의 점에 대한 공소사실은 군형법 소정의 가혹행위에 해당한다고 볼 수 없어 범죄로 되지 아니한다.

나. 추행의 점에 대하여

1) 공소사실의 요지 및 원심의 판단

본건 추행의 점에 대한 공소사실의 요지는 "피고인은 2007. 2.부터 8.경까지 소속대행정반 복도 등지에서 피해자 병장 공소외 2, 상병 공소외 3, 상병 공소외 4에게 총 5회에 걸쳐 피해자들의 젖꼭지를 꼬집어 비틀거나 잡아당기는 방법으로 피해자들을 각 추행하였다.

"는 것이다.

이에 대해 원심은, 피고인의 법정진술, 피해자 공소외 2, 3, 4 작성의 각 진술서 및 각 확인서를 종합하여 이 사건 추행의 점에 대한 각 공소사실을 유죄로 인정하였다.

2) 당심의 판단

군형법 제92조 추행죄는 계간 기타 추행을 함으로써 군사회의 기강을 문란시키고 나아가 전투력의 약화를 초래하며, 각 개인의 성적 생활의 자유를 침해하는 행위를 벌하기 위하여 둔 법조로서, 추행죄에 있어서의 추행이라 함은 성욕의 흥분, 자극 또는 만족을 목적으로 하는 행위로서 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것을 그 구성요건으로 한다고 할 것이다.

(고등군사법원 2000. 12. 26. 선고 2000도524 판결 참조)

원심에서 적법하게 채택한 증거 및 이 사건 제반 기록을 통하여 살피건대, 본건 범행의 현장은 소속도 복도 및 행정 반 사무실 등이고, 범행의 시각은 오후 또는 저녁시간으로서 다른 병사들이 왕래하거나 함께 생활하는 등 다수인에게 공개된 상태라 할 것인 점, 그 피해자도 특정인이 아닌 불특정 다수인 점, 중대장인 피고인이 부하병사인 피해자들에게 관심의 표현으로 옷을 입을 상태에서 젖꼭지를 꼬집은 점 등의 사실관계를 인정할 수 있다.

그렇다면, 피고인의 입장에서 어떠한 성적만족을 위한 목적 또는 추행의 고의가 있었다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 달리 이를 뒷받침할 만한 증거도 없는 점, 비록 위 행위로 인하여 피해자들에게 불쾌감을 주었다 하더라도 피해자들도 장난을 친 것으로 받아들이고 있는 점으로 미루어 이로 인해 피해자들이 성적수치심을 느꼈다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 달리 이를 뒷받침할 만한 증거도 없는 점, 피고인의 행위가 일반인의 입장에서 성적 수치심 내지 혐오감을 일으킨 것이라거나 성적 도의관념에 반할 정도라고 보기도 힘들다고 할 것인 점 등을 고려하면, 위 피고인의 행위를 균형법상 추행으로 인정하기는 힘들다고 판단된다.

그렇다면, 피고인에 대한 본건 공소사실에 대해 추행행위에 해당하는 것으로 판단한 원심은 사실 오인 및 균형법 제 92조의 추행죄의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

3) 소결론

따라서, 이 사건 각 추행의 점에 대한 각 공소사실은 균형법 소정의 추행에 해당한다고 볼 수 없어 각 범죄로 되지 아니한다.

3. 결론

그렇다면, 원심판결에는 앞서 본 바와 같은 직권파기 사유들이 있으므로 피고인의 양형부당 주장에 대하여 나아가 판단할 필요 없이 군사법원법 제431조, 제414조 제1호, 제11호에 의하여 직권으로 원심판결을 파기하고, 일건 기록에 의하여 본 군사법원이 자판하기에 충분하다고 인정되므로 같은 법 제435조에 의하여 변론을 거쳐 본 군사법원이 다음과 같이 직접 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

이 사건 여러 양형조건에 비추어 보면 피고인에 대한 원심의 형량은 너무 무거워 부당하다는 것이다.

2. 당심의 판단

피고인의 양형부당 주장에 관하여 판단하기에 앞서 직권으로 살펴본다.

가. 가혹행위의 점에 대하여

1) 공소사실의 요지 및 원심의 판단

본건 가혹행위의 점에 대한 공소사실의 요지는, 피해자가 피고인의 사격통제에 따르지 않는다는 이유로, 피해자에게 약 30분이상 속칭 “엎드려 뺨쳐”를 시켜 직권을 남용하여 가혹한 행위를 하였다는 것이다.

이에 대해 원심은, 피고인의 법정진술, 피해자 공소외 1 작성의 진술서 및 확인서를 종합하여 이 사건 가혹행위의 점에 대한 공소사실을 유죄로 인정하였다.

2) 당심의 판단

군형법 제62조의 "가혹한 행위"라 함은 사람의 생명, 신체의 안전을 위태롭게 하고, 폭행 이외의 방법으로 사람으로서 견디기 어려운 정신적, 육체적 고통을 주는 일체의 행위를 말하고, 이 경우 가혹행위에 해당하는가 여부는 행위자 및 그 피해자의 지위, 처한상황, 그 행위의 목적, 그 행위에 이르게 된 경위, 그 행위로 인한 결과 등 구체적 사정을 고려하여 판단하여야 한다.

원심에서 적법하게 채택한 증거 및 이 사건 제반 기록을 통하여 살피건대, 피고인은 소속대 중대장으로서 고도의 안전사고의 위험성이 있는 사격장에서 피해자가 빈탄알집을 옆으로 옮기는 과정에서 총구를 옆으로 돌리자 이를 제지하고 총구를 전방으로 향하라고 경고하였음에도, 피해자가 재차 총구를 옆으로 돌리자 피해자가 사격통제에 따르지 않는다고 판단하여 피해자에 대한 훈계 및 피해자를 비롯한 중대원들에 대한 교육 및 사고예방의 목적으로 피해자에게 약 30분간 "엎드려 뺨쳐"를 시킨 사실이 인정된다.

한편, 육군 열차려 규정 시행지침은 "엎드려 뺨쳐"를 열차려 항목으로 규정하고 있지 않으나, "엎드려 뺨쳐"보다 더 어려운 "팔굽혀 펴기"를 열차려 항목으로 규정하고 있는 점으로 보아 "엎드려 뺨쳐"도 열차려의 방법으로 가능하다고 판단되고 중대장인 피고인으로서 정당한 열차려 권한을 행사한 것으로 보인다.

다만, 그 시간이 30여분으로 다소 과하다는 측면은 있으나, 전투력보존 및 안전사고 예방을 주된 목적으로 하는 사격훈련 및 사격장의 특성을 고려할 때 그 동기를 전혀 수긍 못할 바도 아니고, 피고인의 위와 같은 열차려 수단은 그리 과격하지도 않을 뿐만 아니라 피해자에게 어떠한 상해의 결과도 발생하지 않았다는 측면을 인정할 수 있는데, 피고인 및 피해자의 지위, 위와 같은 행위를 하게 된 동기, 수단, 결과 등을 종합하여 고려하면 피고인의 위와 같은 행위는 형법 제20조에서 규정한 사회상규에 위배되지 않은 행위로 볼 수 있다.

그렇다면, 피고인에 대한 본건 공소사실을 군 내부의 열차려규정에 따르지 않았다는 이유만으로 가혹행위에 해당하는 것으로 판단한 원심은 군형법 제62조의 가혹행위죄의 법리 및 형법 제20조의 정당행위의 법리를 오해한 위법이 있다.

3) 소결론

따라서, 이 사건 가혹행위의 점에 대한 공소사실은 군형법 소정의 가혹행위에 해당한다고 볼 수 없어 범죄로 되지 아니한다.

나. 추행의 점에 대하여

1) 공소사실의 요지 및 원심의 판단

본건 추행의 점에 대한 공소사실의 요지는 "피고인은 2007. 2.부터 8.경까지 소속대행정반 복도 등지에서 피해자 병장 공소외 2, 상병 공소외 3, 상병 공소외 4에게 총 5회에 걸쳐 피해자들의 젖꼭지를 꼬집어 비틀거나 잡아당기는 방법으로 피해자들을 각 추행하였다.

"는 것이다.

이에 대해 원심은, 피고인의 법정진술, 피해자 공소외 2, 3, 4 작성의 각 진술서 및 각 확인서를 종합하여 이 사건 추행의 점에 대한 각 공소사실을 유죄로 인정하였다.

2) 당심의 판단

군형법 제92조 추행죄는 계간 기타 추행을 함으로써 군사회의 기강을 문란시키고 나아가 전투력의 약화를 초래하며, 각 개인의 성적 생활의 자유를 침해하는 행위를 벌하기 위하여 둔 법조로서, 추행죄에 있어서의 추행이라 함은 성욕의 흥분, 자극 또는 만족을 목적으로 하는 행위로서 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것을 그 구성요건으로 한다고 할 것이다.

(고등군사법원 2000. 12. 26. 선고 2000도524 판결 참조)

원심에서 적법하게 채택한 증거 및 이 사건 제반 기록을 통하여 살피건대, 본건 범행의 현장은 소속도 복도 및 행정반 사무실 등이고, 범행의 시각은 오후 또는 저녁시간으로서 다른 병사들이 왕래하거나 함께 생활하는 등 다수인에게 공개된 상태라 할 것인 점, 그 피해자도 특정인이 아닌 불특정 다수인 점, 중대장인 피고인이 부하병사인 피해자들에게 관심의 표현으로 옷을 입을 상태에서 젖꼭지를 꼬집은 점 등의 사실관계를 인정할 수 있다.

그렇다면, 피고인의 입장에서는 어떠한 성적만족을 위한 목적 또는 추행의 고의가 있었다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 달리 이를 뒷받침할 만한 증거도 없는 점, 비록 위 행위로 인하여 피해자들에게 불쾌감을 주었다 하더라도 피해자들도 장난을 친 것으로 받아들이고 있는 점으로 미루어 이로 인해 피해자들이 성적수치심을 느꼈다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 달리 이를 뒷받침할 만한 증거도 없는 점, 피고인의 행위가 일반인의 입장에서 성적 수치심 내지 혐오감을 일으킨 것이라거나 성적 도의관념에 반할 정도라고 보기도 힘들다고 할 것인 점 등을 고려하면, 위 피고인의 행위를 군형법상 추행으로 인정하기는 힘들다고 판단된다.

그렇다면, 피고인에 대한 본건 공소사실에 대해 추행행위에 해당하는 것으로 판단한 원심은 사실 오인 및 군형법 제92조의 추행죄의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

3) 소결론

따라서, 이 사건 각 추행의 점에 대한 각 공소사실은 군형법 소정의 추행에 해당한다고 볼 수 없어 각 범죄로 되지 아니한다.

3. 결론

그렇다면, 원심판결에는 앞서 본 바와 같은 직권파기 사유들이 있으므로 피고인의 양형부당 주장에 대하여 나아가 판단할 필요 없이 군사법원법 제431조, 제414조 제1호, 제11호에 의하여 직권으로 원심판결을 파기하고, 일건 기록에 의하여 본 군사법원이 자판하기에 충분하다고 인정되므로 같은 법 제435조에 의하여 변론을 거쳐 본 군사법원이 다음과 같이 직접 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

이 사건 여러 양형조건에 비추어 보면 피고인에 대한 원심의 형량은 너무 무거워 부당하다는 것이다.

2. 당심의 판단

피고인의 양형부당 주장에 관하여 판단하기에 앞서 직권으로 살펴본다.

가. 가혹행위의 점에 대하여

1) 공소사실의 요지 및 원심의 판단

본건 가혹행위의 점에 대한 공소사실의 요지는, 피해자가 피고인의 사격통제에 따르지 않는다는 이유로, 피해자에게 약 30분이상 속칭 "엎드려 뺨쳐"를 시켜 직권을 남용하여 가혹한 행위를 하였다는 것이다.

이에 대해 원심은, 피고인의 법정진술, 피해자 공소외 1 작성의 진술서 및 확인서를 종합하여 이 사건 가혹행위의 점에 대한 공소사실을 유죄로 인정하였다.

2) 당심의 판단

군형법 제62조의 "가혹한 행위"라 함은 사람의 생명, 신체의 안전을 위태롭게 하고, 폭행 이외의 방법으로 사람으로서는 견디기 어려운 정신적, 육체적 고통을 주는 일체의 행위를 말하고, 이 경우 가혹행위에 해당하는가 여부는 행위자 및 그 피해자의 지위, 처한상황, 그 행위의 목적, 그 행위에 이르게 된 경위, 그 행위로 인한 결과 등 구체적 사정을 고려하여 판단하여야 한다.

원심에서 적법하게 채택한 증거 및 이 사건 제반 기록을 통하여 살피건대, 피고인은 소속대 중대장으로서 고도의 안전사고의 위험성이 있는 사격장에서 피해자가 빈탄알집을 옆으로 옮기는 과정에서 총구를 옆으로 돌리자 이를 제지하고 총구를 전방으로 향하라고 경고하였음에도, 피해자가 재차 총구를 옆으로 돌리자 피해자가 사격통제에 따르지 않는다고 판단하여 피해자에 대한 훈계 및 피해자를 비롯한 중대원들에 대한 교육 및 사고예방의 목적으로 피해자에게 약 30분간 "엎드려 뺨쳐"를 시킨 사실이 인정된다.

한편, 육군 열차려 규정 시행지침은 "엎드려 뺨쳐"를 열차려 항목으로 규정하고 있지 않으나, "엎드려 뺨쳐"보다 더 어려운 "팔굽혀 펴기"를 열차려 항목으로 규정하고 있는 점으로 보아 "엎드려 뺨쳐"도 열차려의 방법으로 가능하다고 판단되고 중대장인 피고인으로서는 정당한 열차려 권한을 행사한 것으로 보인다.

다만, 그 시간이 30여분으로 다소 과하다는 측면은 있으나, 전투력보존 및 안전사고 예방을 주된 목적으로 하는 사격훈련 및 사격장의 특성을 고려할 때 그 동기를 전혀 수긍 못할 바도 아니고, 피고인의 위와 같은 열차려 수단은 그리 과격하지도 않을 뿐만 아니라 피해자에게 어떠한 상해의 결과도 발생하지 않았다는 측면을 인정할 수 있는데, 피고인 및 피해자의 지위, 위와 같은 행위를 하게 된 동기, 수단, 결과 등을 종합하여 고려하면 피고인의 위와 같은 행위는 형법 제20조에서 규정한 사회상규에 위배되지 않은 행위로 볼 수 있다.

그렇다면, 피고인에 대한 본건 공소사실을 군 내부의 열차려규정에 따르지 않았다는 이유만으로 가혹행위에 해당하는 것으로 판단한 원심은 군형법 제62조의 가혹행위죄의 법리 및 형법 제20조의 정당행위의 법리를 오해한 위법이 있다.

3) 소결론

따라서, 이 사건 가혹행위의 점에 대한 공소사실은 군형법 소정의 가혹행위에 해당한다고 볼 수 없어 범죄로 되지 아니한다.

나. 추행의 점에 대하여

1) 공소사실의 요지 및 원심의 판단

본건 추행의 점에 대한 공소사실의 요지는 "피고인은 2007. 2.부터 8.경까지 소속대행정반 복도 등지에서 피해자 병장 공소외 2, 상병 공소외 3, 상병 공소외 4에게 총 5회에 걸쳐 피해자들의 젖꼭지를 꼬집어 비틀거나 잡아당기는 방법으로 피해자들을 각 추행하였다.

"는 것이다.

이에 대해 원심은, 피고인의 법정진술, 피해자 공소외 2, 3, 4 작성의 각 진술서 및 각 확인서를 종합하여 이 사건 추행의 점에 대한 각 공소사실을 유죄로 인정하였다.

2) 당심의 판단

군형법 제92조 추행죄는 계간 기타 추행을 함으로써 군사회의 기강을 문란시키고 나아가 전투력의 약화를 초래하며, 각 개인의 성적 생활의 자유를 침해하는 행위를 벌하기 위하여 둔 법조로서, 추행죄에 있어서의 추행이라 함은 성욕의 흥분, 자극 또는 만족을 목적으로 하는 행위로서 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것을 그 구성요건으로 한다고 할 것이다.

(고등군사법원 2000. 12. 26. 선고 2000도524 판결 참조)

원심에서 적법하게 채택한 증거 및 이 사건 재판 기록을 통하여 살피건대, 본건 범행의 현장은 소속도 복도 및 행정반 사무실 등이고, 범행의 시각은 오후 또는 저녁시간으로서 다른 병사들이 왕래하거나 함께 생활하는 등 다수인에게 공개된 상태라 할 것인 점, 그 피해자도 특정인이 아닌 불특정 다수인 점, 중대장인 피고인이 부하병사인 피해자들에게 관심의 표현으로 옷을 입을 상태에서 젖꼭지를 꼬집은 점 등의 사실관계를 인정할 수 있다.

그렇다면, 피고인의 입장에서 어떠한 성적만족을 위한 목적 또는 추행의 고의가 있었다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 달리 이를 뒷받침할 만한 증거도 없는 점, 비록 위 행위로 인하여 피해자들에게 불쾌감을 주었다 하더라도 피해자들도 장난을 친 것으로 받아들이고 있는 점으로 미루어 이로 인해 피해자들이 성적수치심을 느꼈다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 달리 이를 뒷받침할 만한 증거도 없는 점, 피고인의 행위가 일반인의 입장에서 성적 수치심 내지 혐오감을 일으킨 것이라거나 성적 도의관념에 반할 정도라고 보기도 힘들다고 할 것인 점 등을 고려하면, 위 피고인의 행위를 군형법상 추행으로 인정하기는 힘들다고 판단된다.

그렇다면, 피고인에 대한 본건 공소사실에 대해 추행행위에 해당하는 것으로 판단한 원심은 사실 오인 및 군형법 제92조의 추행죄의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

3) 소결론

따라서, 이 사건 각 추행의 점에 대한 각 공소사실은 군형법 소정의 추행에 해당한다고 볼 수 없어 각 범죄로 되지 아니한다.

3. 결론

그렇다면, 원심판결에는 앞서 본 바와 같은 직권파기 사유들이 있으므로 피고인의 양형부당 주장에 대하여 나아가 판단할 필요 없이 군사법원법 제431조, 제414조 제1호, 제11호에 의하여 직권으로 원심판결을 파기하고, 일건 기록에 의하여 본 군사법원이 재판하기에 충분하다고 인정되므로 같은 법 제435조에 의하여 변론을 거쳐 본 군사법원이 다음과 같이 직접 판결한다.

【이유】

1. 항소이유의 요지

이 사건 여러 양형조건에 비추어 보면 피고인에 대한 원심의 형량은 너무 무거워 부당하다는 것이다.

2. 당심의 판단

피고인의 양형부당 주장에 관하여 판단하기에 앞서 직권으로 살펴본다.

가. 가혹행위의 점에 대하여

1) 공소사실의 요지 및 원심의 판단

본건 가혹행위의 점에 대한 공소사실의 요지는, 피해자가 피고인의 사격통제에 따르지 않는다는 이유로, 피해자에게 약 30분이상 속칭 "옆드려 뺨쳐"를 시켜 직권을 남용하여 가혹한 행위를 하였다는 것이다.

이에 대해 원심은, 피고인의 법정진술, 피해자 공소외 1 작성의 진술서 및 확인서를 종합하여 이 사건 가혹행위의 점에 대한 공소사실을 유죄로 인정하였다.

2) 당심의 판단

군형법 제62조의 "가혹한 행위"라 함은 사람의 생명, 신체의 안전을 위태롭게 하고, 폭행 이외의 방법으로 사람으로서는 견디기 어려운 정신적, 육체적 고통을 주는 일체의 행위를 말하고, 이 경우 가혹행위에 해당하는가 여부는 행위자 및 그 피해자의 지위, 처한상황, 그 행위의 목적, 그 행위에 이르게 된 경위, 그 행위로 인한 결과 등 구체적 사정을 고려하여 판단하여야 한다.

원심에서 적법하게 채택한 증거 및 이 사건 제반 기록을 통하여 살피건대, 피고인은 소속대 중대장으로서 고도의 안전사고의 위험성이 있는 사격장에서 피해자가 빈탄알집을 옆으로 옮기는 과정에서 총구를 옆으로 돌리자 이를 제지하고 총구를 전방으로 향하라고 경고하였음에도, 피해자가 재차 총구를 옆으로 돌리자 피해자가 사격통제에 따르지 않는다고 판단하여 피해자에 대한 훈계 및 피해자를 비롯한 중대원들에 대한 교육 및 사고예방의 목적으로 피해자에게 약 30분간 "옆드려 뺨쳐"를 시킨 사실이 인정된다.

한편, 육군 열차려 규정 시행지침은 "옆드려 뺨쳐"를 열차려 항목으로 규정하고 있지 않으나, "옆드려 뺨쳐"보다 더 어려운 "팔굽혀 펴기"를 열차려 항목으로 규정하고 있는 점으로 보아 "옆드려 뺨쳐"도 열차려의 방법으로 가능하다고 판단되고 중대장인 피고인으로서는 정당한 열차려 권한을 행사한 것으로 보인다.

다만, 그 시간이 30여분으로 다소 과하다는 측면은 있으나, 전투력보존 및 안전사고 예방을 주된 목적으로 하는 사격훈련 및 사격장의 특성을 고려할 때 그 동기를 전혀 수긍 못할 바도 아니고, 피고인의 위와 같은 열차려 수단은 그리 과격하지도 않을 뿐만 아니라 피해자에게 어떠한 상해의 결과도 발생하지 않았다는 측면을 인정할 수 있는데, 피고

인 및 피해자의 지위, 위와 같은 행위를 하게 된 동기, 수단, 결과 등을 종합하여 고려하면 피고인의 위와 같은 행위는 형법 제20조에서 규정한 사회상규에 위배되지 않은 행위로 볼 수 있다.

그렇다면, 피고인에 대한 본건 공소사실을 군 내부의 일차려규정에 따르지 않았다는 이유만으로 가혹행위에 해당하는 것으로 판단한 원심은 군형법 제62조의 가혹행위죄의 법리 및 형법 제20조의 정당행위의 법리를 오해한 위법이 있다.

3) 소결론

따라서, 이 사건 가혹행위의 점에 대한 공소사실은 군형법 소정의 가혹행위에 해당한다고 볼 수 없어 범죄로 되지 아니한다.

나. 추행의 점에 대하여

1) 공소사실의 요지 및 원심의 판단

본건 추행의 점에 대한 공소사실의 요지는 “피고인은 2007. 2.부터 8.경까지 소속대행정반 복도 등지에서 피해자 병장 공소외 2, 상병 공소외 3, 상병 공소외 4에게 총 5회에 걸쳐 피해자들의 젖꼭지를 꼬집어 비틀거나 잡아당기는 방법으로 피해자들을 각 추행하였다.

”는 것이다.

이에 대해 원심은, 피고인의 법정진술, 피해자 공소외 2, 3, 4 작성의 각 진술서 및 각 확인서를 종합하여 이 사건 추행의 점에 대한 각 공소사실을 유죄로 인정하였다.

2) 당심의 판단

군형법 제92조 추행죄는 계간 기타 추행을 함으로써 군사회의 기강을 문란시키고 나아가 전투력의 약화를 초래하며, 각 개인의 성적 생활의 자유를 침해하는 행위를 벌하기 위하여 둔 법조로서, 추행죄에 있어서의 추행이라 함은 성욕의 흥분, 자극 또는 만족을 목적으로 하는 행위로서 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것을 그 구성요건으로 한다고 할 것이다.

(고등군사법원 2000. 12. 26. 선고 2000도524 판결 참조)

원심에서 적법하게 채택한 증거 및 이 사건 제반 기록을 통하여 살피건대, 본건 범행의 현장은 소속도 복도 및 행정반 사무실 등이고, 범행의 시각은 오후 또는 저녁시간으로서 다른 병사들이 왕래하거나 함께 생활하는 등 다수인에게 공개된 상태라 할 것인 점, 그 피해자도 특정인이 아닌 불특정 다수인 점, 중대장인 피고인이 부하병사인 피해자들에게 관심의 표현으로 옷을 입을 상태에서 젖꼭지를 꼬집은 점 등의 사실관계를 인정할 수 있다.

그렇다면, 피고인의 입장에서 어떠한 성적만족을 위한 목적 또는 추행의 고의가 있었다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 달리 이를 뒷받침할 만한 증거도 없는 점, 비록 위 행위로 인하여 피해자들에게 불쾌감을 주었다 하더라도 피해자들도 장난을 친 것으로 받아들이고 있는 점으로 미루어 이로 인해 피해자들이 성적수치심을 느꼈다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 달리 이를 뒷받침할 만한 증거도 없는 점, 피고인의 행위가 일반인의 입장에서 성적 수치심 내지 혐오감을 일으킨 것이라거나 성적 도의관념에 반할 정도라고 보기도 힘들다고 할 것인 점 등을 고려하면, 위 피고인의 행

위를 균형법상 추행으로 인정하기는 힘들다고 판단된다.

그렇다면, 피고인에 대한 본건 공소사실에 대해 추행행위에 해당하는 것으로 판단한 원심은 사실 오인 및 균형법 제 92조의 추행죄의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

3) 소결론

따라서, 이 사건 각 추행의 점에 대한 각 공소사실은 균형법 소정의 추행에 해당한다고 볼 수 없어 각 범죄로 되지 아니한다.

3. 결론

그렇다면, 원심판결에는 앞서 본 바와 같은 직권파기 사유들이 있으므로 피고인의 양형부당 주장에 대하여 나아가 판단할 필요 없이 군사법원법 제431조, 제414조 제1호, 제11호에 의하여 직권으로 원심판결을 파기하고, 일건 기록에 의하여 본 군사법원이 자판하기에 충분하다고 인정되므로 같은 법 제435조에 의하여 변론을 거쳐 본 군사법원이 다음과 같이 직접 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

이 사건 여러 양형조건에 비추어 보면 피고인에 대한 원심의 형량은 너무 무거워 부당하다는 것이다.

2. 당심의 판단

피고인의 양형부당 주장에 관하여 판단하기에 앞서 직권으로 살펴본다.

가. 가혹행위의 점에 대하여

1) 공소사실의 요지 및 원심의 판단

본건 가혹행위의 점에 대한 공소사실의 요지는, 피해자가 피고인의 사격통제에 따르지 않는다는 이유로, 피해자에게 약 30분이상 속칭 "옆드려 뺨쳐"를 시켜 직권을 남용하여 가혹한 행위를 하였다는 것이다.

이에 대해 원심은, 피고인의 법정진술, 피해자 공소외 1 작성의 진술서 및 확인서를 종합하여 이 사건 가혹행위의 점에 대한 공소사실을 유죄로 인정하였다.

2) 당심의 판단

균형법 제62조의 "가혹한 행위"라 함은 사람의 생명, 신체의 안전을 위태롭게 하고, 폭행 이외의 방법으로 사람으로서는 견디기 어려운 정신적, 육체적 고통을 주는 일체의 행위를 말하고, 이 경우 가혹행위에 해당하는가 여부는 행위자 및 그 피해자의 지위, 처한상황, 그 행위의 목적, 그 행위에 이르게 된 경위, 그 행위로 인한 결과 등 구체적 사정을 고려하여 판단하여야 한다.

원심에서 적법하게 채택한 증거 및 이 사건 제반 기록을 통하여 살피건대, 피고인은 소속대 중대장으로서 고도의 안전사고의 위험성이 있는 사격장에서 피해자가 빈탄알집을 옆으로 옮기는 과정에서 총구를 옆으로 돌리자 이를 제지하고 총구를 전방으로 향하라고 경고하였음에도, 피해자가 재차 총구를 옆으로 돌리자 피해자가 사격통제에 따르지 않는다고 판단하여 피해자에 대한 훈계 및 피해자를 비롯한 중대원들에 대한 교육 및 사고예방의 목적으로 피해자

에게 약 30분간 "엎드려 뺨쳐"를 시킨 사실이 인정된다.

한편, 육군 열차려 규정 시행지침은 "엎드려 뺨쳐"를 열차려 항목으로 규정하고 있지 않으나, "엎드려 뺨쳐"보다 더 어려운 "팔굽혀 펴기"를 열차려 항목으로 규정하고 있는 점으로 보아 "엎드려 뺨쳐"도 열차려의 방법으로 가능하다고 판단되고 중대장인 피고인으로서는 정당한 열차려 권한을 행사한 것으로 보인다.

다만, 그 시간이 30여분으로 다소 과하다는 측면은 있으나, 전투력보존 및 안전사고 예방을 주된 목적으로 하는 사격훈련 및 사격장의 특성을 고려할 때 그 동기를 전혀 수긍 못할 바도 아니고, 피고인의 위와 같은 열차려 수단은 그리 과격하지도 않을 뿐만 아니라 피해자에게 어떠한 상해의 결과도 발생하지 않았다는 측면을 인정할 수 있는데, 피고인 및 피해자의 지위, 위와 같은 행위를 하게 된 동기, 수단, 결과 등을 종합하여 고려하면 피고인의 위와 같은 행위는 형법 제20조에서 규정한 사회상규에 위배되지 않은 행위로 볼 수 있다.

그렇다면, 피고인에 대한 본건 공소사실을 군 내부의 열차려규정에 따르지 않았다는 이유만으로 가혹행위에 해당하는 것으로 판단한 원심은 군형법 제62조의 가혹행위죄의 법리 및 형법 제20조의 정당행위의 법리를 오해한 위법이 있다.

3) 소결론

따라서, 이 사건 가혹행위의 점에 대한 공소사실은 군형법 소정의 가혹행위에 해당한다고 볼 수 없어 범죄로 되지 아니한다.

나. 추행의 점에 대하여

1) 공소사실의 요지 및 원심의 판단

본건 추행의 점에 대한 공소사실의 요지는 "피고인은 2007. 2.부터 8.경까지 소속대행정반 복도 등지에서 피해자 병장 공소외 2, 상병 공소외 3, 상병 공소외 4에게 총 5회에 걸쳐 피해자들의 젖꼭지를 꼬집어 비틀거나 잡아당기는 방법으로 피해자들을 각 추행하였다.

"는 것이다.

이에 대해 원심은, 피고인의 법정진술, 피해자 공소외 2, 3, 4 작성의 각 진술서 및 각 확인서를 종합하여 이 사건 추행의 점에 대한 각 공소사실을 유죄로 인정하였다.

2) 당심의 판단

군형법 제92조 추행죄는 계간 기타 추행을 함으로써 군사회의 기강을 문란시키고 나아가 전투력의 약화를 초래하며, 각 개인의 성적 생활의 자유를 침해하는 행위를 벌하기 위하여 둔 법조로서, 추행죄에 있어서의 추행이라 함은 성욕의 흥분, 자극 또는 만족을 목적으로 하는 행위로서 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것을 그 구성요건으로 한다고 할 것이다.

(고등군사법원 2000. 12. 26. 선고 2000도524 판결 참조)

원심에서 적법하게 채택한 증거 및 이 사건 제반 기록을 통하여 살피건대, 본건 범행의 현장은 소속도 복도 및 행정반 사무실 등이고, 범행의 시각은 오후 또는 저녁시간으로서 다른 병사들이 왕래하거나 함께 생활하는 등 다수인에

게 공개된 상태라 할 것인 점, 그 피해자도 특정인이 아닌 불특정 다수인 점, 중대장인 피고인이 부하병사인 피해자들에게 관심의 표현으로 옷을 입을 상태에서 젖꼭지를 꼬집은 점 등의 사실관계를 인정할 수 있다.

그렇다면, 피고인의 입장에서는 어떠한 성적만족을 위한 목적 또는 추행의 고의가 있었다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 달리 이를 뒷받침할 만한 증거도 없는 점, 비록 위 행위로 인하여 피해자들에게 불쾌감을 주었다 하더라도 피해자들도 장난을 친 것으로 받아들이고 있는 점으로 미루어 이로 인해 피해자들이 성적수치심을 느꼈다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 달리 이를 뒷받침할 만한 증거도 없는 점, 피고인의 행위가 일반인의 입장에서 성적 수치심 내지 혐오감을 일으킨 것이라거나 성적 도의관념에 반할 정도라고 보기도 힘들다고 할 것인 점 등을 고려하면, 위 피고인의 행위를 균형법상 추행으로 인정하기는 힘들다고 판단된다.

그렇다면, 피고인에 대한 본건 공소사실에 대해 추행행위에 해당하는 것으로 판단한 원심은 사실 오인 및 균형법 제 92조의 추행죄의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

3) 소결론

따라서, 이 사건 각 추행의 점에 대한 각 공소사실은 균형법 소정의 추행에 해당한다고 볼 수 없어 각 범죄로 되지 아니한다.

3. 결론

그렇다면, 원심판결에는 앞서 본 바와 같은 직권파기 사유들이 있으므로 피고인의 양형부당 주장에 대하여 나아가 판단할 필요 없이 군사법원법 제431조, 제414조 제1호, 제11호에 의하여 직권으로 원심판결을 파기하고, 일건 기록에 의하여 본 군사법원이 자판하기에 충분하다고 인정되므로 같은 법 제435조에 의하여 변론을 거쳐 본 군사법원이 다음과 같이 직접 판결한다.