

폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등상해)[인정된죄명:폭력행
위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)]·폭력행위등처벌에관한
법률위반(상습폭행)·폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭
행)(인정된죄명:위력행사가혹행위)·군인등강제추행·위력행사가혹
행위·강요(인정된죄명:위력행사가혹행위)·업무상횡령



[대법원 2018. 6. 28. 2015도2390]

【판시사항】

- [1] 형법에서 정한 폭력범죄들에 대한 가중적 구성요건을 규정하고 있던 구 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제2조 제1항을 삭제한 것이 같은 항 각호에 열거된 개별 범죄를 일률적으로 가중처벌하도록 한 종전의 조치가 부당하다는 데에서 나온 반성적 조치로서 형법 제1조 제2항에 따라 신법을 적용하여야 하는 경우인지 여부(적극)
- [2] 구 군형법 제92조의2에서 정한 군인등강제추행죄가 2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정된 군형법 시행일 전에 저질러진 경우, 여전히 친고죄인지 여부(적극) 및 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법이 적용되는 성폭력범죄에 해당하는지 여부(적극)
- [3] 2013. 4. 5. 법률 제11729호로 개정된 '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법' 시행일 전에 저질러진 친고죄인 성폭력범죄의 고소기간이 2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부 개정되기 전의 같은 법 제18조 제1항 본문에 따라 '범인을 알게 된 날부터 1년'인지 여부(적극)
- [4] 군형법 제62조에서 정한 '가혹행위'의 의미 및 가혹행위에 해당하는지 판단하는 기준
- [5] 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법상 등록대상자의 신상정보 제출의무는 등록대상 성범죄로 유죄판결이 확정되면 같은 법의 규정에 따라 당연히 발생하는 것인지 여부(적극) / 법원의 신상정보 제출의무 고지와 관련한 잘못을 다투는 취지의 상고이유가 적법한지 여부(소극)

【참조조문】

- [1] 형법 제1조 제2항, 제260조 제1항, 제264조, 구 폭력행위 등 처벌에 관한 법률(2016. 1. 6. 법률 제13718호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1항(현행 삭제)
- [2] 구 군형법(2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정되기 전의 것) 제92조의2(현행 제92조의3 참조), 제92조의8(현행 삭제), 군형법 부칙(2013. 4. 5.) 제2조, 형법 제298조, 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부 개정되기 전의 것) 제2조 제1항 제3호, 제2항
- [3] 구 형법(2012. 12. 18. 법률 제11574호로 개정되기 전의 것) 제306조(현행 삭제), 형법 제298조, 부칙(2012. 12. 18.) 제2조, 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부 개정되기 전의 것) 제2조 제1항 제3호, 제2항, 제18조 제1항(현행 삭제), 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2013. 4. 5. 법률 제11729호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1항 제3호, 제2항, 제19조 제1항(현행 삭제), 형사소송법 제230조 제1항
- [4] 군형법 제62조

[5] 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제42조 제1항, 제2항, 제43조 제1항, 형사소송법 제383조 제1호

【참조판례】

- [1] 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009도12930 판결(공2010상, 776), 대법원 2013. 7. 11. 선고 2013도4862, 2013전도101 판결(공2013하, 1553), 대법원 2016. 2. 18. 선고 2015도18636 판결 /
- [2] 대법원 2014. 12. 24. 선고 2014도731 판결 /
- [4] 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결(공2008하, 956), 대법원 2009. 12. 10. 선고 2009도1166 판결 /
- [5] 대법원 2014. 2. 13. 선고 2013도14610 판결, 대법원 2014. 11. 13. 선고 2014도3564 판결(공2014하, 2396), 대법원 2015. 1. 29. 선고 2014도9933 판결

【전문】

【피 고 인】 피고인

【상 고 인】 피고인

【변 호 인】 법무법인 대동 담당변호사 박선기

【원심판결】 고등군사법원 2015. 1. 29. 선고 2014노255 판결

【주문】

】

원심판결 중 유죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 고등군사법원에 환송한다.

【이유】

】 1. 직권으로 판단한다.

가. 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(집단·흥기등폭행)의 점에 대하여

원심은, 구 폭력행위 등 처벌에 관한 법률(2016. 1. 6. 법률 제13718호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 폭력행위처벌법'이라 한다) 제3조 제1항, 제2조 제1항 제1호, 형법 제260조 제1항을 적용하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다. 그런데 헌법재판소는 원심판결이 선고된 후 원심이 적용한 구 폭력행위처벌법 제3조 제1항 중 '흥기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법 제260조 제1항의 죄를 범한 자'에 관한 부분과 구 폭력행위 등 처벌에 관한 법률(2014. 12. 30. 법률 제12896호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항 중 '흥기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법 제260조 제1항의 죄를 범한 자'에 관한 부분에 대하여 위헌결정을 선고하였고(헌법재판소 2015. 9. 24. 선고 2014헌바154 등 전원재판부 결정 참조), 이로써 위 법률조항 부분은 헌법재판소법 제47조 제3항의 규정에 의하여 소급하여 그 효력을 상실하였다.

위헌결정으로 인하여 형벌에 관한 법률 또는 법률조항이 소급하여 효력을 상실한 경우에 해당 법조를 적용하여 기소한 피고 사건은 범죄로 되지 아니한 때에 해당하므로(대법원 1992. 5. 8. 선고 91도2825 판결, 대법원 2007. 6. 28. 선고 2005도8317 판결 등 참조), 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결은 피고인의 상고이유에 대하여 판단할 필요 없이 더 이상 유지할 수 없게 되었다.

나. 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(상습폭행)의 점에 대하여

원심은, 구 폭력행위처벌법 제2조 제1항 제1호, 형법 제260조 제1항을 적용하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

구 폭력행위처벌법 제2조 제1항은 "상습적으로 다음 각호의 죄를 범한 사람은 다음의 구분에 따라 처벌한다.

"라고 규정하면서 그 각호에서 형법이 정한 폭력범죄들을 열거하고 그에 따른 법정형을 규정하고 있었으나, 2016. 1. 6. 법률 제13718호로 개정·시행된 폭력행위 등 처벌에 관한 법률은 제2조 제1항을 삭제하면서 경과규정을 별도로 두지 아니하였다.

이와 같이 형법에서 정한 폭력범죄들에 대한 가중적 구성요건을 규정하고 있던 구 폭력행위처벌법 제2조 제1항을 삭제한 취지는, 그 가중적 구성요건의 표지로서 같은 항 각호에 열거된 범죄행위를 포괄한 폭력행위의 습벽이 가지는 일반적인 위험성을 고려하더라도 개별 범죄의 범행경위, 구체적인 행위태양과 법익침해의 정도 등이 매우 다양함에도 일률적으로 가중처벌하도록 한 종전의 조치가 부당하다는 데에서 나온 반성적 조치라고 보아야 할 것이다.

따라서 이는 형법 제1조 제2항의 '범죄 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하거나 형이 구법보다 경한 때'에 해당하므로, 위 규정에 따라 신법을 적용하여야 한다(대법원 2010. 3. 11. 선고 2009도12930 판결, 대법원 2013. 7. 11. 선고 2013도4862, 2013전도101 판결 등 참조).

그렇다면 이 부분 공소사실에 대하여 구 폭력행위처벌법 규정을 적용하여 유죄로 인정한 원심판결은 피고인의 상고이유에 대하여 판단할 필요 없이 더 이상 유지할 수 없게 되었다.

2. 상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

가. 피해자 공소외 1에 대한 군인등강제추행의 점에 관한 부분

구 군형법(2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)은 제92조의2에서 군인등강제추행죄를 규정하고, 제92조의8에서 군인등강제추행죄를 친고죄로 규정하였다.

2013. 4. 5. 법률 제11734호로 개정된 군형법은 친고죄에 관한 규정인 제92조의8을 삭제하고 부칙 제2조에서 "이 법 시행 전에 행하여진 종전의 제92조 및 제92조의2부터 제92조의4까지의 죄에 대하여는 종전의 제92조의8을 적용한다."라고 규정하였다.

따라서 위 개정 군형법의 시행일인 2013. 6. 19. 전에 저지른 군인등강제추행죄는 여전히 친고죄이다.

구 군형법 제92조의2에서 정한 군인등강제추행죄는 구 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2012. 12. 18. 법률 제11556호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 '구 성폭력처벌법'이라 한다) 제2조 제1항 제3호에 의한 형법 제298조의 강제추행범행 범죄로서 같은 조 제2항에서 정한 '다른 법률에 따라 가중처벌되는 죄'에 해당하여 위 특례법이 적용되는 성폭력범죄에 해당한다(대법원 2014. 12. 24. 선고 2014도731 판결 등 참조).

구 성폭력처벌법 제18조 제1항 본문(이하 '이 사건 특례조항'이라 한다)은 성폭력범죄 중 친고죄의 고소기간을 '형사소송법 제230조 제1항의 규정에 불구하고 범인을 알게 된 날부터 1년'으로 규정하였다.

이 사건 특례조항은 위 전부개정 법률에서 제19조 제1항 본문으로 위치가 변경되었다가 2013. 4. 5. 법률 제11729호 개정으로 삭제되었고(이하 '개정 성폭력처벌법'이라 한다) 개정 성폭력처벌법은 2013. 6. 19. 시행되었다.

개정 성폭력처벌법은 그 시행일 전에 저지른 친고죄인 성폭력범죄의 고소기간에 이 사건 특례조항이 적용되는지에 관하여 부칙에서 경과규정을 두지 않았다.

구 형법(2012. 12. 18. 법률 제11574호로 개정되어 2013. 6. 19. 시행되기 전의 것, 이하 '구 형법'이라 한다) 제306조는 형법 제298조에서 정한 강제추행죄를 친고죄로 규정하고 있었는데 위 개정으로 삭제되었다.

위 개정 형법 부칙 제2조는 "제306조의 개정 규정은 위 개정 법 시행 후 최초로 저지른 범죄부터 적용한다."
"라고 규정하였다.

이와 같이 구 형법 제306조를 삭제한 것은 친고죄로 인하여 성범죄에 대한 처벌이 합당하게 이루어지지 못하고 피해자에 대한 합의 중용으로 인한 2차 피해가 야기되는 문제를 해결하기 위한 것이었고, 구 형법 제306조가 삭제됨에 따라 이 사건 특례조항을 유지할 실익이 없게 되자 개정 성폭력처벌법에서 이 사건 특례조항을 삭제한 것이다.

위와 같은 법률 개정경위와 취지를 고려하면 개정 성폭력처벌법 시행일 전에 저지른 친고죄인 성폭력범죄의 고소기간은 이 사건 특례조항에 따라서 '범인을 알게 된 날부터 1년'이라고 보는 것이 타당하다.

이 사건 공소사실 중 피해자 공소외 1에 대한 각 군인등강제추행죄는 범행일이 2013. 5. 초순경이므로 구 군형법 제92조의2에 해당하는 죄로서 군형법(2013. 6. 19. 시행된 법률 제11734호) 부칙 제2조, 구 군형법 제92조의8에 의하여 친고죄에 해당하고, 이 사건 특례조항이 적용되어 그 고소기간은 범인을 알게 된 날부터 1년이라고 할 것이다.

기록에 의하면, 피해자 공소외 1은 이 부분 공소사실 기재 범행일시인 2013. 5. 초순경 범인을 알았고, 그때부터 1년이 경과하였음이 역수상 명백한 2014. 6. 10.에 이르러서야 고소를 제기하였음을 알 수 있다.

이러한 사실관계를 위에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피해자 공소외 1의 고소는 고소기간이 경과된 뒤에 제기된 것으로 부적법하고, 이 부분 공소 역시 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위배되어 무효인 때에 해당한다.

그럼에도 원심은 이 부분 공소제기가 적법한 것을 전제로 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

이러한 원심판결에는 구 군형법상 군인등강제추행죄의 고소기간 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

이를 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

나. 피해자 공소외 2, 공소외 3에 대한 각 군인등강제추행의 점에 관한 부분

기록에 의하면, 이 부분 공소사실에는 피해자 공소외 2에 대한 강제추행 범행일이 2013. 6. 일자미상경으로, 피해자 공소외 3에 대한 강제추행 범행일이 2013. 2. 하순경 ~ 2014. 6. 초순경으로 각 기재되어 있고, 위 피해자들은 2014. 6. 10. 고소를 제기한 사실을 알 수 있다.

이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피해자 공소외 2, 공소외 3에 대한 공소사실 기재 각 범행일이 개정 군형법 시행일인 2013. 6. 19. 이전인지 또는 이후인지에 따라 친고죄에 해당하는지 여부가 달라진다.

이러한 경우 원심으로서의 검사로 하여금 피해자 공소외 2, 공소외 3에 대한 각 공소사실 기재 각 범행일자를 명확히 특정하게 하여 친고죄에 해당하는지 여부를 가려낸 후 위 피해자들의 고소가 친고죄의 고소기간을 준수하여 소추요건이 충족되었는지 여부를 판단하였어야 한다.

그럼에도 원심은 위와 같은 사정들을 심리하지 아니한 채 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

이러한 원심판결에는 친고죄의 고소에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

이를 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

다.

피해자 공소외 4, 공소외 5, 공소외 6에 대한 각 군인등강제추행의 점에 관한 부분

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심이 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 것은 정당하다.

거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 군인등강제추행죄에서의 추행 및 범의에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

라. 위력행사가혹행위의 점에 관한 부분

군형법 제62조에서 정한 가혹행위는 직권을 남용하거나 위력을 행사하여 사람으로서는 견디기 어려운 정신적·육체적 고통을 가하는 경우를 말하고, 이 경우 가혹행위에 해당하는지 여부는 행위자 및 그 피해자의 지위, 처한 상황, 그 행위의 목적, 그 행위에 이르게 된 경위와 결과 등 구체적 사정을 검토하여 판단하여야 한다(대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결 등 참조).

원심은, 피고인이 피해자들에게 청양고추를 먹인 행위와 찬물에 샤워하게 한 행위에 관한 공소사실 기재 피고인의 행위들은 피해자들에 대하여 사람으로서는 견디기 어려운 정신적·육체적 고통을 가한 행위로서 가혹행위에 해당한다고 판단하였다.

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 앞서 본 법리에 따른 것으로, 거기에 상고이유 주장과 같이 군형법 제62조에서 정한 가혹행위에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

마. 신상정보 제출의무에 관한 부분

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법은 제42조 제1항, 제43조 제1항에서 등록대상 성범죄로 유죄판결이 확정된 자는 신상정보 등록대상자가 되어 유죄판결이 확정된 날부터 30일 이내에 관할경찰관서의 장에게 신상정보를 제출하여야 한다고 규정하고 있고, 제42조 제2항에서 법원은 등록대상 성범죄로 유죄판결을 선고할 경우에 등록대상자에게 등록대상자라는 사실과 신상정보 제출의무가 있음을 알려 주어야 한다고 규정하고 있다.

따라서 등록대상자의 신상정보 제출의무는 법원이 별도로 부과하는 것이 아니라 등록대상 성범죄로 유죄판결이 확정되면 성폭력처벌법의 규정에 따라 당연히 발생하는 것이고, 유죄판결을 선고하는 법원이 하는 신상정보 제출의무 등의 고지는 등록대상자에게 신상정보 제출의무가 있음을 알려 주는 것에 의미가 있을 뿐이므로, 법원의 신상정보 제출의무 고지와 관련한 잘못을 다투는 취지의 상고이유는 판결에 영향을 미치지 않는 사항에 관한 것으로서 적법한 상고이유가 되지 못한다(대법원 2014. 2. 13. 선고 2013도14610 판결, 대법원 2014. 11. 13. 선고 2014도3564 판결 참조).

따라서 피고인의 신상정보 제출의무 고지에 관한 원심의 판단에 잘못이 있다는 등의 상고이유는 판결 결과에 영향을 미치지 않는 사항에 관한 것으로서 적법한 상고이유가 되지 못한다.

3. 파기의 범위

위에서 본 것과 같이 원심판결의 유죄 부분 중 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(집단·흥기등폭행)죄 부분, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(상습폭행)죄 부분, 피해자 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3에 대한 군인등강제추행죄 부분은 파기되어야 하고, 그 부분들은 나머지 유죄 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다는 이유로 원심에서 하나의 형이 선고되었으므로, 결국 원심판결 중 유죄 부분은 전부 파기되어야 한다.

4. 결론

그러므로 피고인의 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결 중 유죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 권순일(재판장) 고영한(주심) 김소영 조재연