

폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등상해){인정된죄명:폭력행
위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)}·폭력행위등처벌에관한
법률위반(집단·흥기등폭행)·상해·가혹행위·직권남용

[대법원 2009. 12. 10. 2009도1166]



【판시사항】

- [1] 군형법 제62조 '가혹행위'의 판단 기준 및 교육목적으로 행해진 경우 고려하여야 할 사항
- [2] 형법 제37조 전단의 경합범 관계인 수개의 범죄사실에 대해 일부 유죄, 일부 무죄를 선고한 항소심판결에 대하여 쌍방이 상고를 제기하였으나, 무죄 부분에 대한 검찰관의 상고만 이유 있는 때의 파기 범위

【참조조문】

- [1] 군형법 제62조
- [2] 형법 제37조, 형사소송법 제383조, 제391조

【참조판례】

- [1] 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결(공2008하, 956) /
- [2] 대법원 1997. 6. 13. 선고 96도2606 판결(공1997하, 2093), 대법원 2000. 6. 13. 선고 2000도778 판결(공2000하, 1700), 대법원 2000. 11. 28. 선고 2000도2123 판결(공2001상, 229)

【전문】

【피 고 인】

【상 고 인】 검찰관 및 피고인

【원심판결】 고등군사법원 2009. 1. 6. 선고 2008노172 판결

【주문】

】

원심판결 중 유죄 부분 및 이 사건 공소사실 중 3.의 가~마, 아, 자의 가혹행위에 대한 무죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 고등군사법원으로 환송한다. 검찰관의 나머지 상고를 기각한다.

【이유】

】 상고이유를 판단한다.

1. 검찰관의 상고이유에 대한 판단

가. 가혹행위(이 사건 공소사실 중 3.의 가~마, 아, 자)의 점에 대하여

군형법 제62조에서 말하는 '가혹행위'라 함은 직권을 남용하여 사람으로서는 견디기 어려운 정신적·육체적 고통을 가하는 경우를 말하는데, 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 하고 (대법원 2008. 5. 29. 선고

2008도2222 판결 참조), 나아가 그 행위가 교육목적의 행위라고 하더라도 교육을 위해 필요한 행위로서 정당한 한도를 초과하였는지 여부를 함께 고려하여야 할 것이다.

기록에 의하면, 피고인은 소속부대 행정보급관으로 근무하던 중 사병들인 피해자 공소외 1, 2가 담배를 피운다는 이유로 위 피해자들로 하여금 강제로 코로 담배를 피우게 하고, 피해자 공소외 2에게 강제로 금연에 도움이 된다는 약초를 씹어 먹게 한 사실, 이에 대하여 수사기관에서 피해자 공소외 1은 코가 매우 따갑고 괴로웠다고 진술하였고, 피해자 공소외 2는 약초를 먹기 싫어 거부했는데 피고인이 화를 내면서 입에 갖다 대고 먹으라고 강요했으며 혀가 얼얼해지고 일시적으로 마비되었다는 취지로 진술한 사실, 또한 피고인은 피해자 공소외 3, 4, 5에 대하여 도로표지판을 흔들리게 박았다는 이유 등으로 뜨거운 물이 담긴 종이컵을 발목에 올려놓거나 발목 사이에 끼워놓거나 약 20분 동안 두 사람이 이마를 마주 대고 서게 한 후 뜨거운 물이 담긴 스테인리스컵을 이마 사이에 놓은 사실, 이에 대하여 피해자 공소외 3은 생활관에 있는 포트기로 끓인 물이거나 세면장에서 나오는 물이었다는 취지로 진술한 사실을 알 수 있다.

사실관계가 위와 같다면, 피고인이 비록 금연을 강조하거나 훈계를 할 목적으로 위와 같은 행위를 하였다고 하더라도, 위와 같은 행위가 그 훈계의 목적달성에 필요하고 정당한 범위 내의 행위라고 볼 수 없는 점, 코로 담배를 피우게 하는 행위와 약초를 강제로 먹게 한 행위는 피해자들의 인격권을 무시하고 비하하는 행위라고 평가되기에 충분한 점, 뜨거운 물이 담긴 컵을 이마 사이에 올려놓는 등의 행위로 인해 화상 등 상해의 결과가 발생하지는 않았으나, 피해자들이 느끼는 정신적인 압박은 그 위험성이 현실화된 것에 비해 결코 작지 않다고 보여 위와 같은 행위 자체가 견디기 어려운 정신적인 고통을 가하는 행위라고 볼 수 있는 점 등을 고려하면, 피고인의 위와 같은 행위는 균형법상의 가혹행위로 보아야 할 것이다.

그럼에도 원심이, 위와 같은 행위로 인해 피해자들에게 육체적 고통을 가하였다고 보기 어렵다는 등 그 판시와 같은 이유만으로 위 행위를 가혹행위라고 보기 어렵다고 판단한 것은 균형법상의 가혹행위에 대한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니하거나 채증법칙을 위반한 위법이 있다고 할 것이고, 이러한 위법은 판결 결과에 영향을 미쳤음이 명백하므로 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

나. 직권남용의 점에 대하여

검찰관은 가혹행위와 직권남용 중 각 일부에 대하여 무죄를 선고한 원심판결 전부에 대하여 불복한다는 취지의 상고장을 제출하였음에도 상고이유서에서 가혹행위 부분에 대한 상고이유만을 주장하였을 뿐 직권남용 부분에 대한 상고이유를 주장하고 있지 않으므로(상고이유서에는 가혹행위 부분에 대하여만 상고를 제기한다고 기재하고 있다), 이 부분에 대한 상고는 이유 없다.

2. 피고인의 상고이유에 대한 판단

피고인이 제1심판결에 대하여 양형부당만을 항소이유로 내세워 항소하였다가 그 항소가 기각되는 경우에는 피고인은 원심판결에 대하여 사실오인 또는 법리오해의 위법이 있다는 것을 상고이유로 삼을 수는 없다(대법원 2005. 9. 30. 선고 2005도3345, 2005감도14 판결).

나아가 기록에 의하여 살펴보면, 피고인이 위험한 물건을 휴대하여 폭행하였다는 각 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반의 범죄사실, 각 상해의 범죄사실, 피해자 공소외 5에 대한 직권남용의 범죄사실, 피해자 공소외 1에 대한 2007. 11. 20., 2007. 12.경 각 가혹행위의 범죄사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 그대로 유지한 원심의 조치는 정당하고

거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 법리오해의 위법이 없다.

3. 파기의 범위

수개의 범죄사실에 대하여 항소심이 일부는 유죄, 일부는 무죄의 판결을 하고, 그 판결에 대하여 피고인 및 검찰관 쌍방이 상고를 제기하였으나, 유죄 부분에 대한 피고인의 상고는 이유 없고 무죄 부분에 대한 검찰관의 상고만 이유 있는 경우, 항소심이 유죄로 인정한 죄와 무죄로 인정한 죄가 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다면 항소심판결의 유죄 부분도 무죄 부분과 함께 파기되어야 한다 (대법원 2000. 11. 28. 선고 2000도2123 판결 참조).

위 법리에 의하면, 원심판결 중 유죄 부분과 무죄 부분 중 검찰관의 상고를 받아들여 파기되는 위 각 가혹행위 부분은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 그 전체에 대하여 하나의 형이 선고되어야 하므로, 결국 원심판결 중 피고인에 대한 유죄 부분 및 각 가혹행위에 대한 무죄 부분은 그 전부를 파기할 수밖에 없다.

4. 결론

그러므로 원심판결 중 유죄 부분 및 위의 각 가혹행위에 대한 무죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원으로 환송하고, 검찰관의 나머지 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박시환(재판장) 안대희 차한성(주심) 신영철