



[고등군사법원 2015. 4. 9. 2014노315]

【전문】

【피 고 인】 피고인 1 외 5인

【항 소 인】 피고인들 및 검찰관

【검 찰 관】 대위 김지건

【변 호 인】 법무법인 신영외 6인

【원심판결】 제3군사령부 보통군사법원 2014. 10. 30. 선고 2014고13, 14(병합) (1, 2, 3, 4, 5 피고인에 대하여, 관할관, 2014. 10. 30. 각 원판결 확인)

【변 론】거침

【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인 1을 징역 35년에, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 3을 각 징역 12년에, 피고인 5를 징역 10년에, 피고인 6(대판 :원심 공동피고인)을 벌금 3,000,000원에 각 처한다.

피고인 6이 위 벌금을 납입하지 않는 경우 50,000원을 1일로 환산한 기간 피고인 6을 노역장에 유치한다.

피고인 1에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)의 점은 무죄.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들의 항소이유의 요지

1) 사실오인 및 법리오해

가)피고인 1

(1) 피해자의 성기에 안티프라민을 바르게 한 사실은 있으나, 피해자가 성기를 노출 시키지 않은 상태에서 발랐고, 당시 추행의 고의가 없었으므로 원심이 군인등강제추행의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 군인등강

제추행죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.

- (2) 피해자 공소외 1에 대하여 해악을 고지한 사실이 없고, 협박에 대한 고의가 없으므로 원심이 협박죄에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 협박죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.

나) 피고인 5

- (1) 직무유기는 직무의 의식적 포기 등의 경우에 성립하는 범죄로서 직무를 소홀히 하는 등 충근의무 위반의 경우까지 직무유기에 포함되는 것은 아니므로, 피고인 5가 피해자가 다리를 절거나 폭행을 당했다는 사실을 알고 이에 대한 적절한 조치를 취하지 않은 사실과 피해자의 실신사실을 보고 받고 지휘관에게 보고하지 않았다는 사실만으로는 직무유기죄를 인정할 수 없음에도 불구하고 원심이 직무유기의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 직무유기죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.
- (2) 방탄헬멧을 씌운 상태에서 전기스탠드로 폭행하였으므로 사회통념에 비추어 방탄헬멧이 '위험한 물건'에 해당하지 아니함에도 불구하고 원심이 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흉기등폭행)의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흉기등폭행)죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.

2) 양형부당

원심의 형량이 피고인들의 정상에 비추어 너무 무거워 부당하다.

나. 검찰관의 항소이유의 요지

1) 사실오인 및 법리오해

가) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4(이하 '피고인들'이라 한다.

)에게는 이 사건 범행 당시 살인에 관한 미필적 고의가 있었음이 충분히 인정됨에도 불구하고 피고인들에게 살인에 관한 고의가 있었다고 볼 수 없다는 이유로 살인에 관하여는 무죄로 판단한 원심판결에는, 미필적 고의에 관한 법리를 오해하거나 채증법칙을 위반한 나머지 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나) 부하범죄부진정죄에서 '공동'의 의미는 다수인의 공동가공이 요구되는 경우에만 한정되는 것이 아니고, 진정의 대상범죄가 계속범에 한정되지 않음에도 불구하고 이 부분에 대하여 무죄를 선고한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

2) 양형부당

피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5에 대한 원심의 형량이 너무 가벼워 부당하다.

2. 직권판단

가. 피고인 1과 피고인 2에 대한 공소장 변경에 대한 직권판단

피고인 1과 피고인 2에 대한 피고인 1과 피고인 2 및 검찰관의 항소이유에 관하여 판단하기에 앞서 직권으로 살핀다.

검찰관은 당심에 이르러, 피고인 1에 대하여는 죄명에 '특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)'을 추가하고, 적용법조에 '특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의9 제2항, 제1항 제2문, 형법 제283조 제1항'을 추가하고, 공소사실 중 2. 다.

- 2)항의 "피해자가 이 사실을 알리면 자신의 범죄사실이 드러날 것을 우려하여 2014. 4. 6. 20:30경 위 소속대 의무반 생활관에서 피해자에게 "공소외 1은 자고 있었던 거예요."라고 하여 피고인의 범행사실을 목격한 바 없다는 취지로 말하도록 협박하였다.

"를 "피해자가 이 사실을 알리면 자신 또는 공범들의 범죄사실이 드러날 것을 우려하여 피해자가 수사기관 등에서 진술하지 못하게 할 목적으로 2014. 4. 6. 20:30경 위 소속대 의무반 생활관에서 피해자에게 "공소외 1은 자고 있었던 거예요."라고 하여 피고인의 범행사실을 목격한 바 없다는 취지로 말하도록 협박하였다.

"로, 피고인 2에 대하여 죄명을 '폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)'을 '폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등 협박)'으로, 적용법조를 '폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제6조, 제3조 제1항, 제2조 제1항 제1호, 제2조 제2항'을 '폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항, 제2조 제1항 제1호, 제2조 제2항, 형법 제283조 제1항, 제260조 제1항'으로 변경하고, 공소사실 중 8. 다.

항의 "피해자의 복부를 4회 걷어 찬 후, 위험한 물건인 역기(5kg)를 들어 피해자를 내리치려고 하였으나 옆에 있던 피고인 6이 말려 미수에 그쳤다"를 "피해자의 복부를 4회 걷어 찬 후, 오른손으로 위험한 물건인 역기(5kg)를 잡아 머리 높이로 들어 올린 후 피해자를 내리치려는 시늉을 하여 피해자에게 겁을 주었다.

이로써 피고인은 피해자를 폭행하고, 위험한 물건을 사용하여 피해자를 협박하였다"로 각 변경하는 공소장변경허가신청을 하였고, 당심이 이를 허가 하였다.

이상과 같이 공소장변경이 허가됨으로써 피고인 1과 피고인 2에 대한 원심판결은 그 심판대상이 변경되었고, 피고인 1과 피고인 2에 대한 이 사건 각 범행은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 원심판결에서 이에 대하여 단일한 형이 선고되었으므로, 원심판결은 더 이상 유지할 수 없게 되었다.

나. 피고인 1에 대한 신상정보등록 및 공개·고지 명령에 대한 직권판단

피고인 1과 피고인 1에 대한 검찰관의 항소이유에 관하여 판단하기에 앞서 직권으로 살핀다.

군형법의 강제추행죄는 형법의 강제추행죄에 대하여 가중처벌하는 죄로서 성폭력의 처벌 등에 관한 특례법(이하 '성폭력특례법'이라고 한다) 제2조 제2항 소정의 "성폭력범죄"에 해당한다(대법원 2014. 12. 24. 선고 2014도2585 판결 참조). 한편 성폭력특례법 제42조 제1항에 규정된 '등록대상 성폭력범죄'를 범한 자는 같은 법 제47조 및 제49조에 따라 공개·고지명령의 대상이 된다.

위와 같은 법리에 비추어 이 사건을 살피건대, 이 사건 군인등강제추행의 범행은 같은 법 제47조 및 제49조 소정의 공개명령 및 고지명령의 대상이 되는 같은 법 제42조 제1항에 규정된 '등록대상 성폭력범죄'에 해당하므로, 신상정보의 공개명령 및 고지명령의 대상이 된다고 할 것이다.

그럼에도 원심은 이 사건 군인등강제추행의 점을 유죄로 인정하면서 피고인에 대한 신상정보의 공개·고지명령에 대한 판단을 누락하는 잘못을 저질렀다.

또한 성폭력특례법 등에 의한 공개명령, 고지명령은 대상 성폭력범죄 사건의 판결과 동시에 선고하는 부수처분이므로, 그 공개명령, 고지명령에 관한 판단에 잘못이 있는 경우 나머지 성폭력범죄 사건 부분에 잘못이 없더라도 그 부분까지 전부 파기하여야 한다(대법원 2014. 3. 27. 선고 2013도13095 판결 참조).

한편 위와 같은 직권파기사유가 있기는 하나, 피고인 1과 피고인 1에 대한 검찰관의 사실오인 및 법리오해 주장과 각 양형부당 주장은 여전히 이 군사법원의 판단대상이 되는 것이므로 이에 대하여 살펴보기로 한다.

3. 살인의 고의의 존재에 대한 사실오인 및 법리오해 항소이유에 대한 판단

가. 원심의 판단

피고인들은 수사단계에서부터 일관되게 살인의 고의는 없었다고 부인하여 온 점, 피고인들은 2014. 3. 초부터 사소한 이유를 들어서 피해자를 폭행해 왔는데 이 사건 범행 당일의 경우에도 종전의 경우와 크게 다르지 않아서 갑자기

살인의 동기가 생겼다고 볼 만한 정황이 없는 점, 범행 당시 흉기나 위험한 물건을 사용하여 폭행하지 않은 점, 부검 결과에 대한 감정서 및 감정촉탁의뢰회보서에 의하면 범행 당일 피고인들의 폭행이 피해자의 사망 원인이 되긴 하였으나 신체의 중요한 부분의 직접적인 손상이 사망의 원인이 아니었으며, 흉복부, 등부위, 대퇴부위에 발견되는 좌상(피하출혈)은 그 이전에 한달여 동안 지속된 폭행의 가격부위와 일치하여 16:07경부터 시작된 폭행만이 과다출혈에 의한 속발성 쇼크 및 좌멸증후군의 원인이 되었다고 보기 어려운 점, 부검의 공소외 2가 작성한 감정서 및 공소외 2의 진술에 의하면 부검의도 폭행행위가 기도폐색을 유발한 요인으로 작용하여 피해자가 사망한 가능성을 인정하고 있는 점, 광범위한 좌상(피하출혈)은 흔히 멍든 곳을 지칭하는 것으로 의료지식이 없는 일반인의 입장에서 판단하건데 흔히 생각하는 뇌나 장기 같은 주요 부분을 심하게 충격한 것이 아니었고, 흉복부, 등부위, 대퇴부위의 멍든 곳을 반복하여 가격하는 것만으로 속발성 쇼크가 발생하여 사망할 것이라고 예견할 수 없는 점, 피고인들은 피해자가 쓰러지고 정신을 잃자 그 즉시 심폐소생술 등 응급조치를 하면서 ◎◎의료원으로 후송한 점 등을 종합하면, 피고인들은 자신들의 행위로 피해자가 상당한 정도의 상해를 입을 수 있음을 인식 하였다고 인정되지만, 더 나아가 피해자를 살해하려는 확정적 또는 미필적 고의가 있었음을 합리적인 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판단한 후 이 부분 공소사실에 대해 무죄로 판단하였다.

나. 법리

- 1) 살인죄에서 살인의 범의는 반드시 살해의 목적이나 계획적인 살해의 의도가 있어야 인정되는 것은 아니고, 자기의 행위로 인하여 타인의 사망이라는 결과를 발생시킬만한 가능성 또는 위험이 있음을 인식하거나 예견하면 족한 것이며 그 인식이나 예견은 확정적인 것은 물론 불확정적인 것이라도 이른바 미필적 고의로 인정되는 것인바, 피고인이 범행 당시 살인의 범의가 없었고 단지 상해 또는 폭행의 범의만 있었을 뿐이라고 다투는 경우에 피고인에게 범행 당시 살인의 범의가 있었는지 여부는 피고인이 범행에 이르게 된 경위, 범행의 동기, 준비된 흉기의 유무·종류·용법, 공격의 부위와 반복성, 사망의 결과발생가능성 정도 등 범행 전후의 객관적인 사정을 종합하여 판단할 수밖에 없다(대법원 2006. 4. 14. 선고 2006도734 판결 등 참조).
- 2) 형사재판에서 범죄사실의 인정은 재판관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하므로, 검찰관의 증명이 위와 같은 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이르지 못한 경우에는 비록 피고인의 주장이나 변명이 모순되거나 석연치 않은 면이 있는 등 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다(대법원 2012. 6. 28. 선고 2012도231 판결 등 참조). 다만, 여기서 말하는 합리적 의심이라 함은 모든 의문, 불신을 포함하는 것이 아니라 논리와 경험칙에 기하여 요증사실과 양립할 수 없는 사실의 개연성에 대한 합리성 있는 의문을 의미하는 것으로서, 피고인에게 유리한 정황을 사실인정과 관련하여 파악한 이성적 추론에 그 근거를 두어야 하는 것이므로 단순히 관념적인 의심이나 추상적인 가능성에 기초한 의심은 합리적 의심에 포함된다고 할 수 없다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2004도362 판결 등 참조).

다.

당심의 판단

1) 사망의 원인

가) 국립과학수사연구원에서 작성된 감정촉탁의뢰 회보

국립과학수사연구원에서 작성된 감정촉탁의뢰 회보에 의하면 ① 연부조직의 좌상(피하출혈)이 표재성이라 하더라도 다발성으로 광범위하게 발생하면 순환혈액량은 사망에 이를 정도로 충분히 감소할 수 있고(소송기록 1323쪽), ② 감

정축탁 의뢰된 자료를 검토할 때 흉복부, 등부위, 대퇴부위 등 인체 곳곳에서 다수의 외력이 작용하여 발생한 것으로 보이는 광범위한 좌상(피하출혈)이 보이는 바, 이런 외상은 비교적 강한 둔력(구타 등)이 인체에 반복적으로 작용하였다고 보는 데에 무리가 없고(소송기록 1324쪽), ③ 제출된 자료만으로 사인을 속발성 쇼크로 단정하기는 어려우나 피해자의 각 좌상의 범위 및 깊이를 고려할 때 비록 정확한 출혈량을 측정하기는 어려우나 속발성 쇼크가 발생하였을 가능성은 충분하고(소송기록 1324쪽), ④ 피해자의 상황은 육체적 및 정신적으로 허탈을 초래할 수도 있는 상태로 판단되고, 이러한 가혹행위가 지속적으로 피해자에게 가해진 상태에서는 사소한 충격이나 자극으로도 사망과 같은 결과를 초래할 수 있을 것으로 보이며(소송기록 1324쪽), ⑤ 사망원인으로는 광범위한 다발성 좌상에 의한 속발성 쇼크의 가능성을 우선적으로 고려할 수 있으나 오랜 기간의 육체적 및 정신적 가혹행위에 기인한 허탈 혹은 쇼크 상태에서 초래된 위 내용물의 역류 및 흡인이 복합적인 사망원인으로 작용하였을 가능성이 상존하고 있다고 판단하였다(소송기록 1325쪽).

나) 법의관 공소외 2 진술

법의관 증인 공소외 2는 원심과 당심 법정에 출석하여 ① 원심판결문에 인용된 '영양 상태가 양호한 남성시임'이라는 것은 별 의미가 없으며 부검시 하나의 정형화된 기재 방법으로 감정서를 시작할 때 관례적으로 쓰는 용어의 형태일 뿐이고(소송기록 2231쪽), ② 부검 감정서 작성 당시 양측 폐 및 심장 표면의 손상에 대해서 심폐소생술에 의한 것으로 추정된다고 기재했고, 양측 앞쪽 갈비뼈 부분의 대칭적 골절 등도 심폐소생술에 의하여 발생한 것으로 추정되었다.

한편으로는 폭행에 의해서 골절되었을 가능성도 있다고 당시에 명확히 이야기를 했으며(소송기록 2232쪽), ③ 당심에서 12번 갈비뼈 부분은 갈비뼈가 골절되면서 복막경 및 비장이 파열된 것으로 추정되고 이는 물리적 충격에 의해 생긴 것으로 판단되며 심폐소생술로 발생할 수 있는 골절이 아니라고 진술하였고(소송기록 2232쪽), ④ '민간병원의사에 의하면 최초 사망자 기도에 음식물이 차 있었고, 기도폐쇄에 의한 뇌손상으로 사망했다는 소견인 점'은 민간병원의사로부터 직접 들은 것이 아니라 헌병수사관으로부터 전해 들었던 점(소송기록 2234, 2235쪽), ⑤ 질식 추정이 다른 사인을 배제하는 것은 아니며(소송기록 2241쪽), ⑥ 암적색 유동심장혈은 산소공급이 되지 않았기 때문에 되었을 것이라고 보고 있지만, 산소 공급이라는 것 자체가 질식에서만 나타나는 것이 아니라 전반적으로 나타나는 것이어서, 암적색 유동혈이 보인다고 해서 질식사라고 볼 수는 없고(소송기록 419쪽), ⑦ 부검에서는 출혈량을 정확히 잴 수 있는 방법이 없으므로 신체장기의 창백함을 기준으로 판단을 하였는데 부검당시 장기의 전반적인 창백함은 없었다.

그렇지만 그렇다고 하더라도 속발성쇼크를 배제할 수는 없었기 때문에 질식으로 '추정'을 하였으며(소송기록 2240쪽) ⑧ 사체만을 가지고 사인을 명확히 판정하기는 어렵고(소송기록 2238쪽), ⑨ 부검 당시에는 피해자에 대한 정보를 전부 알지 못한 상태였고, ⑩ 이미 만성적으로 심한 가혹행위가 있는 상황이었던 것 등 지금까지의 밝혀진 것을 모두 고려한 후 다시 판단하여 본다면 속발성 쇼크가 복합되었을 가능성이 있다(소송기록 2237쪽). 예를들면 속발성 쇼크로 인해서 의식이 점점 꺼지다가 기력이 쇠하면서 의식이 혼미해졌고 그 사이에 음식물이 역류하면서 기도가 폐쇄되었고 이런 식으로 복합적으로 발생할 가능성도 배제할 수 없는 것이다(소송기록 2251, 2263쪽)라고 진술하였다.

다) 인과관계는 피고인의 행위가 피해자의 사망이라는 결과를 발생케 한 유일한 원인이거나 직접적인 원인이 되어야 하는 것은 아니며, 피해자가 제3자의 과실 등이 경합하여 결과가 발생한 경우에도 이를 인정할 수 있고, 사망의 원

인에 대한 인과관계 또한 중첩적 원인으로 발생할 수 있는 것이다.

라) 위 가)항의 국립과학수사연구원에서 작성의 감정축탁의뢰 회보와 나)항의 법의관 공소외 2 진술을 종합하고 아래의 각 항의 사실 등을 종합하여 보면, 피고인들의 폭행으로 피해자에게 광범위한 피하출혈 등이 발생한 결과 속발성 쇼크가 발생하였고 이것이 직접적인 원인이 되어 사망에 이르렀거나 속발성 쇼크가 간접적 내지 중첩적인 원인이 되어 사망하게 되었다는 사실은 넉넉히 인정된다 할 것이다.

- ① 2014. 3. 7. 어간 피해자의 허벅지에 멍이 들어 있었으며, ② 2014. 3. 30. 가슴부위의 거의 전체가 멍이 들었고 무릎은 완전히 구부리지 못하는 상태였던 점(소송기록 2711쪽), ③ 2014. 4. 4. 피고인 3이 휴가에서 복귀하여 피해자를 보았는데 눈이 쾅하고 얼굴 쪽에는 전부 멍이 들었고 머리 뒤쪽과 목 쪽에 상처가 너무 많은 등 전신에는 상처투성이여서 누구라도 알 수 있는 상태였던 점(소송기록 1060쪽, 2325쪽), ④ 2014. 4. 4. 이후에는 항상 얼굴이 창백하고 입술이 말라있었던 점(증거기록 886쪽), ⑤ 피해자가 킁킁 거리거나 음식을 뱉으려는 모습은 없었던 점(소송기록 893쪽), ⑥ 피고인 3은 2014. 4. 6. 피해자의 목 밑부터 가슴 명치까지 멍이 시퍼렇게 들어 있어서 충격적이었다고 진술하고 있는 점(소송기록 2304쪽), ⑦ 피고인들 모두 멍든 것은 아예 신경 쓰지 않고 때렸던 점(증거기록 132쪽), ⑧ 공소외 1은 피해자가 가혹행위를 지속적으로 당해서 무릎, 허벅지, 팔 부분에 계속 멍이 들었다고 진술하고 있는 점(소송기록 892쪽), ⑨ 피해자의 옆구리가 부어올라 있었고 멍이 들어 있었던 점, ⑩ 부검의 역시 추락사 이외에는 피해자만큼 멍든 사람을 본 적이 없다고 진술하고 있는 점(소송 기록 414쪽), ⑪ 우측 흉강에 200ml 혈흉이 관찰되고, 좌측 흉강에 혈흉을 제거한 흔적과 비장 파열로 인한 복강혈이 관찰되는 점(소송기록 2247쪽), ⑫ 피고인 3은 2014. 4. 6. 16:30경 정신을 잃고 쓰러진 피해자에게 두 모금 정도의 물을 먹였으며 이 때 피해자의 목으로 물이 넘어가는 것을 보았고 음식물을 본 적이 없었다고 진술하였고, 피고인 2 역시 기도확보기를 피해자의 입안에 넣을 때 음식물을 본 적이 없다고 진술한 점 등을 종합하면 피해자는 2014. 3. 7. 이후 신체가 스스로 회복할 수 있는 시간을 가지지 못한 채 지속적으로 폭행 및 가혹행위를 당하여 피하출혈 등이 누적되었다고 판단되고 병원으로 후송된 2014. 4. 6. 당시에는 피하출혈 등이 극도로 누적되어 피해자는 속발성 쇼크의 상태에 이르렀다고 판단된다.

2) 살인의 범의

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합해 보면, 피고인들은 범행 당시 자신들의 계속된 무차별적인 폭행으로 피해자가 사망이라는 결과에 이를만한 가능성 또는 위험이 있음을 인식하거나 예견하면서도 위와 같은 행위로 나가간 것으로 봄이 타당하므로, 피고인들이 피해자의 사망을 의욕하거나 계획한 것은 아니어서 살인의 확정적 고의가 인정되지 않는다고 하더라도 미필적 고의는 있었다고 보아야 한다.

그런데도 원심은 그 판시와 같은 사정들을 들어 피고인들에게 확정적 또는 미필적 고의가 있었다고 인정하기 어렵다고 판단하였으니, 원심판결에는 사실을 오인하거나 살인죄에 있어서의 고의에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

따라서 이 점을 지적하는 검찰관의 주장은 이유 있다.

가) 피해자에 대한 폭행과 상해의 누적

- ① 피고인들은 3월 초순부터 피해자를 특별한 이유 없이 폭행하여 왔고, 피고인들의 폭행으로 인하여 3. 15.부터 4. 6.까지 약 20일간 피해자는 다리를 절룩거리고 다닌 점, ② 피고인 1은 4. 5. 저녁 점호 이후 피해자가 피고인 1이 말한 것 중에 '피고인 1의 아버지가 조폭이었다는 사실이 가장 감명 깊었다'는 말을 들은 후 폭행의 범위와 강도는 급격

히 강해졌고 피고인 1 이외의 피고인들은 피해자의 피해상태를 인식하면서도 폭행에 지속적으로 가담하여 왔던 점, ③ 특히 피고인 1은 4. 6. 00:00경 피해자 런닝셔츠의 목살부위를 잡고 흔들며 런닝셔츠를 찢고, 30분 후 피해자가 갈아입은 런닝셔츠를 다시 잡아 찢는 등에 비추어 보면 당시 피고인 1의 폭행의지와 강도를 미루어 짐작할 수 있는 점, ④ 피고인들은 피해자로 하여금 종교행사에 가지 못하게 하고, 면회를 하지 않도록 하였으며 심지어는 식사도 제대로 할 수 없도록 하여 피해자를 의무반 이외의 사람들과 접촉할 수 있는 기회를 박탈하였고, 선임병인 지위를 이용하여 피해자로 하여금 어떠한 반항도 하지 못하게 한 후 무방비 상태의 피해자를 지속적으로 강하게 폭행하였고, 폭행할 때에는 일부 피고인들이 망을 보거나 폭행을 하다가 힘이 들면 다른 피고인들이 돌아가며 폭행하는 등 상호 역할분담을 하면서 강하게 폭행하였던 점, ⑤ 의무반원인 피고인들은 직접 폭행에 가담하거나 다른 피고인들이 폭행하는 것을 보았거나 알고 있었고, 폭행 후 피해자를 직접 치료하기도 하는 등 피해자가 당한 누적된 폭행의 정도나 상해의 정도를 비교적 정확히 알고 있었던 점, ⑥ 4. 1.부터 4. 3.까지 22:00경부터 03:00경까지 기마자세와 앉았다 일어서기, 침상에 앉아 있게 하는 등의 가혹행위와 폭행을 하면서 피해자가 잠을 자지 못하게 하고, 4. 4.부터는 하루에 3시간 정도밖에 피해자에게 수면시간을 주지 않고 4. 5에는 잠을 거의 재우지 않았으며, 4. 5.부터 4. 6.사이에는 식당에 보내지 않아 피해자는 라면 한 끼의 식사밖에 하지 못한 점(소송기록 987-988쪽), ⑦ 피고인 6은 3.말경 '힘껏 퍽퍽 소리가 날 정도로 때렸고, 점점 기력이 나빠지는 모습을 보면서 저렇게 맞다가 실신하는 등으로 버티지 못하겠구나'라는 생각이 들었고, 피고인 2도 '저렇게 맞다가 실신하는 등으로 못버티겠구나', '피해자가 오줌을 싸고 웅양웅알 거릴 때 사태가 더 심각해졌다고 느꼈으며 더 폭행을 한다면 생명에 지장이 있을 수 있겠구나'라고 진술하였고, 공소외 1도 '머리, 복부, 가슴을 계속해서 맞아서 언제 쓰러져도 이상하지 않을 정도였다. '라고 진술하였고, 공소외 19도 '피해자가 숨도 올바르게 쉬지 못하여 매우 격앙되어 있고, 정신없어 보였다'고 진술하고 있는 점 등을 고려해보면, 당시 피해자의 건강상태는 제3자 보더라도 매우 심각하였음을 인정할 수 있는 점, ⑧ 피고인들은 4. 6. 오전 피해자의 온 몸에 멍이 들어 있음을 확인한 후 피해자의 상태가 의무반에서 치료할 수 있는 범위를 넘어설 정도로 피해자의 상태가 위중하다는 사실을 인식하고 있었고(증거기록 1489쪽), 피고인 3도 당시 피해자의 상태가 충격적이었다고 진술하고 있는 점(소송기록 2304쪽), ⑨ 그럼에도 불구하고 피고인들은 범행이 발각될 것을 염려하여 별도의 진료 없이 피해자에게 수액을 주고 안티프라민을 발라주는 것으로 조치하였고 이후 폭행의 과정을 보아도 피해자의 피해상태 등을 고려하지 않고 폭행한 것으로 보이는 점(증거기록 132쪽), ⑩ 4. 6. 아침 점호 직후 피해자가 밤에 잠을 잤다는 이유로 피고인 1이 25회 정도 폭행하다가 손과 무릎이 아프다며 피고인 4에게 폭행할 것을 지시하였고 피고인 4는 피해자를 앞드려뻗쳐 자세를 시켜 무방비 상태로 만든 다음 피해자의 옆구리 부위를 20-30회 강하게 폭행하였고, 폭행하던 피고인 4가 다리가 아프다고 하자 피고인 3이 이어서 앞드려뻗쳐 있는 피해자를 계속해서 폭행하였던 점에 비추어 보면 당시 피고인들은 누구보다도 피해자의 상태를 비교적 정확히 인식하였다고 판단되는 점(소송기록 983쪽, 1038쪽, 2343쪽, 2501쪽, 증거기록 1487쪽), ⑪ 피고인 2는 4. 6. 오전에 피해자 가슴 부분에 손을 대었고 숨을 내쉴 때 뭔가 딸깍 거리는 느낌 내지 뼈가 똑똑 거리는 느낌이 있었고 당시에도 이미 갈비뼈가 골절되었다는 느낌을 받았다고 진술하고 있고, 피고인 3은 4. 6. 오전에 피해자가 갈비뼈가 제일 아프다고 하였고, '하아', '하아'라고 하면서 크게 숨을 내쉴 정도로 피해자의 숨소리가 거칠었고 당시 피해자의 상체를 살펴보았을 때 가슴부터 배꼽 위까지 모든 부위가 멍이 들어 있었고, 그렇게 멍이 든 사람은 태어나서 한 번도 본 적이 없었고, 폭행으로 인해 피해자의 급소가 맞았을 수도 있었을 것이라고 진술하고 있는 점 등을 종합적으로 고려하면 피해자는 4. 6. 오전까지의 폭행만으로도 피해의 상태가 상당히 위중하였다고 판단되고 피고인들은 폭행

에 직접 가담하거나 폭행한 사실을 알고 있었고, 피해자의 알몸 등을 확인하고 치료까지 하여 왔으므로 피해자의 상태의 위중함을 인식하고 있었다는 사실을 인정할 수 있다.

나) 폭력 행사 정도 및 피고인들의 인식

- ① 피해자의 상태를 정확히 알고 있는 피고인들이 수액을 꼽은 상태의 피해자 얼굴과 복부를 가격한 점(증거기록 1347-1348쪽), ② 피해자에 대한 폭행부위는 얼굴, 복부, 옆구리 등으로 신체의 중요부위였고, 주로 손과 팔이 아닌 발과 무릎을 이용하여 강력하게 폭행하여(소송기록 2433쪽) 그 방법이 무차별적이고 흉포한 것으로 판단되는 점, ③ 이로 인해 피해자의 온 몸에 멍이 들고 수액을 맞을 정도의 상태였음을 알고 있었음에도 피고인들의 폭행은 계속되었던 점, ④ 피고인들이 자신들의 폭행으로 인하여 피해자의 전신에 피하출혈이 발생하고 마침내 과다출혈에 의한 속발성 쇼크로 인하여 사망할 수 있다는 의학적 결과를 예견하기는 어렵다고 할 것이나, 살인의 고의가 의학적인인과과정에 대한 인식이나 결과발생에 대한 예견까지 인식할 것을 요구하는 것은 아닌 점, ⑤ 피고인 1은 4. 6. 냉동식품을 취식하는 약 25분간의 짧은 시간 동안 발로 피해자의 옆구리 부위를 5회 때리고 양손을 잡고 발로 피해자의 배 부위를 2-5회 차고 피해자의 옆에서 발로 피해자의 복부를 6회 걷어차고 무릎으로 피해자의 가슴 부위를 2회 때리고, 피고인 4에게 지시하여 엎드려뻗쳐 시킨 상태에서 복부를 9회 에서 12회 가량 차고, 피고인 3과 함께 피해자의 배 부위를 10회 차거나 밟고, 피해자가 오줌을 싸고 쓰러지자 재차 발로 피해자의 가슴을 힘껏 밀어 차는 피해자를 강도 높게 폭행한 점, ⑥ 피고인들 중 일부가 폭행하고 있을 때 다른 피고인들은 망을 본 점(소송기록 896쪽), ⑦ 지속적으로 폭행당한 피해자에게 기마자세를 똑바로 하지 않고 '기만한다'는 이유로 피해자의 머리채를 잡고 생활관 바닥에 눕힌 후 피고인 4에게는 망을 보게 하고 피고인 1과 피고인 3이 피해자의 복부를 발로 밟았고 갈비뼈 부분을 잡고 있는 피해자를 수 분간 각 10회 정도 밟은 점(소송기록 2322쪽, 증거 기록 394쪽), ⑧ 피고인 1과 피고인 3의 폭행이 끝난 이후 피해자는 스스로 일어났다가 정신을 잃고 손바닥을 바닥에 대거나 하지 못한 채 그대로 쓰러진 점, ⑨ 쓰러진 피해자가 물을 마시지 못한다는 이유로 피고인 3이 손바닥으로 머리를 2회 때리고, 이후 피고인 1이 꺾병을 부린다며 맥살을 잡고 흔들자 피해자가 눈을 떠 피고인 1과 눈을 마주쳤으며 이때 피해자의 눈동자가 정상적이지 않았던 점(소송기록 2389쪽, 증거기록 129쪽, 1513쪽), ⑩ 이후 피해자가 오줌을 흘리게 되었으며, 피고인 2, 피고인 4가 오줌에 젖은 옷을 갈아입히기 위해 피해자를 부축해 앉아 있었던 점, ⑪ 당시 피해자는 물을 제대로 마시지 못하며 흘리고, 오줌을 싸고, 쓰러진 상태에서 웅얼거리는 등 제대로 된 의사표현을 하지 못하여, 피고인들은 피해자의 상태가 매우 심각하다는 것을 인식하고 있었음에도 피고인 2와 피고인 4의 부축에 의해 기대있던 피해자를 피고인 1이 화가 나 흥분한 상태에서 '꺾병 부리지 마라'고 말하며 발로 가슴을 1회 세계 차 피해자가 침상으로 크게 쓰러진 점(증거기록 1515쪽, 1571쪽), ⑫ 이후 피고인 1이 다시 차려 했으나 피고인 3의 만류로 추가 폭행을 하지 않았던 점, ⑬ 이후 피해자는 급격하게 호흡과 맥박이 약해지면서 심장정지 및 의식불명 상태에 도달하였고 피고인들의 응급조치에도 불구하고 피해자는 결국 사망하게 된 점 등을 종합하여 보면,

피고인들이 이 사건 폭행과정에서 피해자의 사망이라는 결과 발생을 충분히 인식 또는 예견하였고, 나아가 미필적으로나마 그 결과 발생을 용인하였다고 넉넉히 인정된다.

3) 부분적 공동정범에 불과하다는 주장에 대한 직권판단

가) 피고인 2의 주장

피고인 2는 원심이 피고인 1에 대한 살해의도를 제대로 심리하지 않아 피해자의 사망에 대하여 피고인 2가 이를 예견할 수 있었는지, 예견할 수 있었다면 그에 대하여 어떠한 책임을 묻는 것이 적정한지 심리하지 않은 심리미진의 위법이

있다는 취지로 진술하면서, 이 사건 공소사실 중 살인의 점은 부분적 공동정범에 해당하므로 피고인 1만이 고의범이고 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 과실범인 상해치사의 죄책을 부담할 뿐이라고 직권판단을 촉구하므로 직권으로 살핀다.

나) 법리

형법 제30조의 공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것으로서, 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적인 요건인 공동가공의 의사와 객관적인 요건인 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하고, 공동가공의 의사는 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것인 바, 이러한 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하나, 반드시 사전에 치밀한 범행계획의 공모에까지 이를 필요는 없으며 공범자 각자가 공범자들 사이에 구성요건을 이루거나 구성요건에 본질적으로 관련된 행위를 분담한다는 상호이해가 있으면 충분하다 할 것이다(대법원 2008. 9. 11. 선고 2007도6706 판결 등 참조).

공모공동정범에 있어서 공모자 중의 1인이 공모관계에서 이탈하기 위해서는 공모자가 공모에 의하여 담당한 기능적 행위지배를 해소하는 것이 필요하므로 공모자가 공모에 참여하여 다른 공모자의 실행에 영향을 미친 때에는 범행을 저지하기 위하여 적극적으로 노력하는 등 실행에 미친 영향력을 제거하지 아니하는 한 공모관계에서 이탈하였다고 할 수 없다(대법원 2008. 4. 10. 선고 2008도1274 판결 등 참조).

다) 당심의 판단

원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면,

- ① 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 피고인 1의 폭행당시 직접 폭행에 가담하거나 망을 보는 등 역할분담을 하였던 점,
- ② 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 피해자의 상태를 비교적 정확히 인식하고 있었고 피고인 1이 피해자에게 가한 폭행의 정도와 양 그리고 4. 5. 저녁 점호 이후 계속적으로 폭행하여 오고 있음을 알고 있었던 점, ③ 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 피고인 1이 주도하였다는 취지로 진술하고 있으나 이 진술만으로 공동정범 인정에 장애가 되지 않는 점 등을 인정할 수 있고, 위 인정된 사정들을 종합하면, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 망을 보거나 직접 폭행하는 등 살인죄의 본질적 구성요건과 관련된 행위의 분담을 상호 이해하고 있었고, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4 중 누구도 진지하게 범행을 중단하거나 다른 피고인의 범행을 만류하지 않았던 것으로 판단되므로 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4가 공동정범이 아니라거나 공모관계에서 이탈되었다고 판단되지 않는다.

따라서, 피고인 1만이 살인죄의 죄책을 부담하고 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 상해치사의 죄책을 부담할 뿐이라는 피고인 2의 주장은 이유 없다.

4. 군인등강제추행의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 1의 주장

피고인 1은 피해자에 대하여 고통을 줄 의사만 있었을 뿐 추행의 목적이 없었다는 취지로 주장하면서 추행의 범의를 부인하고 있다.

나. 법리

강제추행죄에서 말하는 '추행'이라 함은 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나, 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것이라고 할 것이고, 이에 해당하는지 여부는 피해자의 의사·성별·연령·행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적

상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 신중히 결정 되어야 한다(대법원 2002. 4. 26. 선고 2001도2417 판결 등 참조). 그리고 강제추행죄의 성립에 필요한 주관적 구성요건으로 성욕을 자극·흥분·만족시키려는 주관적 동기나 목적이 있어야 하는 것은 아니다(대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도5856 판결 등 참조).

다.

당심의 판단

원심과 당심이 적법하게 채택하고 조사한 증거 등을 종합하면, 강제추행죄에서 말하는 '추행'은 반드시 성욕을 만족시킬 목적이나 주관적 동기를 요건으로 하는 것은 아니고, 또 피고인의 주장과 같이 피해자에게 고통을 줄 의도였을 뿐이었다고 인정하더라도 피해자가 안티프라민을 성기에 바르게 되면 성기가 따끔거리고 그 정도 또한 고통스러웠을 것을 인식하고 있었던 피고인 1은 피해자가 성기의 고통으로 인해 성적 수치심을 느낄 수 있다는 것을 인식하고 있었다고 판단되는 점, 피고인 1의 이 부분 공소사실은 성적인 의미의 행위를 폭력적인 방법으로 표출한 것으로서 이를 당하는 피해자는 물론 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하는 행위라고 판단되는 점을 고려하면 행위 당시에 적어도 추행의 범의가 병존하고 있었다고 보기에 충분하므로, 피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

5. 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 항소이유에 대한 판단

가. 공소사실의 요지

이 부분 공소사실의 요지는 "피고인은 2014. 3. 초부터 공소외 3을 수차례 폭행 및 가혹행위 하였으며 이로 인해 2014. 4. 7. 공소외 3이 사망하게 되었다.

피해자 공소외 1(20세)은 천식으로 의무반에 입실한 2014. 3. 8.부터 2014. 3. 9.까지, 2014. 3. 29.부터 2014. 4. 6.까지 같은 계급인 일병 공소외 3이 피고인에게 수차례 폭행 및 가혹행위를 당하고 급기야 2014. 4. 6. 폭행으로 쓰러진 것을 목격하게 되자, 피고인을 두려워하게 되었다.

피고인은 위 폭행 및 가혹행위를 목격한 6피해자가 이 사실을 알리면 자신 또는 공범들의 범죄사실이 드러날 것을 우려하여 피해자가 수사기관 등에서 진술하지 못하게 할 목적으로 2014. 4. 6. 20:30경 위 소속대 의무반 생활관에서 피해자에게 "공소외 1 씨는 자고 있었던 거예요."라고 하여 피고인의 범행사실을 목격한 바 없다는 취지로 말하도록 협박하였다.

이로써 피고인은 피해자를 협박하였다.

"는 것이다.

나. 피고인 1의 주장

피고인 1은 해악의 고지가 없었으므로 이 부분 공소사실 행위가 협박에 해당하지 않는다고 주장한다.

다.

법리

특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의9의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)죄는 자기 또는 타인의 형사사건의 수사 또는 재판과 관련하여 고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술, 증언 또는 자료제출에 대한 보복의 목적으로 형법 제283조 제1항의 협박의 죄를 범한 사람에 대하여 가중처벌하는 범죄이다.

협박죄에 있어서의 협박이라 함은 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있을 정도의 해악을 고지하는 것을 말하고 협박죄가 성립하기 위하여는 적어도 발생 가능한 것으로 생각될 수 있는 정도의 구체적인 해악의 고지가 있어야 하며,

해악의 고지가 있다 하더라도 그것이 사회의 관습이나 윤리관념 등에 비추어 사회통념상 용인될 정도의 것이라면 협박죄는 성립하지 않으나, 이러한 의미 협박행위 내지 협박의 고의가 있었는지 여부는 행위의 외형뿐만 아니라 그러한 행위에 이르게 된 경위, 피해자와의 관계 등 전후 상황을 종합하여 판단해야 한다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도2412 판결 등 참조). 또한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)죄에 규정된 보복의 목적이 있었는지 여부는 행위자의 나이, 직업 등 개인적인 요소, 범행의 동기 및 경위와 수단, 행위의 내용과 태양, 피해자와의 인적관계, 범행 전후의 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2013. 6. 14. 선고 2009도12055 판결 등 참조).

라. 당심의 판단

살피건대, 원심과 당심이 적법하게 채택하고 조사한 증거들과 당심에서의 피고인들의 진술 등을 종합하면,

- ① 피고인 1이 공소외 1보다 계급이 높지만 서로 소속부대가 달라 선임병과 후임병의 관계가 아니었고 상호 존칭을 썼던 점, ② 이 부분 공소사실 이외에 피고인 1이 공소외 1을 폭행하거나 협박한 사실이 없었던 점, ③ 피해자 후송 후 공소외 1에게 자고 있다고 말하여 달라고 처음 부탁한 사람은 피고인 3이었으며, 이때 공소외 1의 손을 잡고 부탁조로 얘기한 점(소송기록 2346쪽), ④ 피고인 1의 '공소외 1은 자고 있었던 거예요'라고 말에 구체적인 해악의 고지 내용이 있다고 보기에 다소 부족한 점이 있는 점(소송기록 898쪽), ⑤ 공소외 1 역시 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4가 돌아가면서 제발 조용히 해달라는 취지의 말을 했다고 진술하고 있는 점(소송기록 904쪽), ⑥ 피고인 1이 해악의 고지를 부인하고 있으므로 공소외 1의 진술이 사실상 유일한 증거라고 할 것인데 당심의 수차례의 증인 소환에도 불구하고 출석하지 않은 점 등을 인정할 수 있고,

위 인정된 사실을 기초로 판단하여 본다면, 피고인 1이 강압적인 분위기를 이용하여 공소외 1에게 부탁한 것이 아닌가 하는 의심을 배제하기는 어려우나, 형사재판에서 공소제기된 범죄사실에 대한 증명책임은 검찰관에게 있는 것이고 유죄의 인정은 재판관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2007도616 판결, 대법원 2008. 7. 24. 선고 2008도4467 판결 등 참조). 위 인정된 사실과 사정만으로는 피고인이 해악을 고지하였다거나 이에 대한 고의가 있었는지에 대하여 합리적 의심을 배제하기 어렵다.

따라서 이 부분 공소사실에 대하여 해악을 고지한 사실이 없으므로 협박죄의 가중된 구성요건인 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)의 점에 대한 구성요건 해당성이 없다고 주장하는 피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

6. 피고인 5 부분에 대한 피고인과 검찰관의 주장에 대한 판단

가. 부하범죄부진정의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

1) 원심의 판단

군형법 제93조는 '부하가 다수 공동하여 죄를 범하는 것을 알고도 그 진정(鎮定)을 위하여 필요한 방법을 다하지 아니한 사람은 3년 이하의 징역이나 금고에 처한다'고 규정하고 있다.

'다수 공동하여'를 해석함에 있어서 죄형법정주의 원칙에서 파생되는 유추해석 금지의 원칙 내지 명확성의 원칙에 부합하도록 해석하여야 한다.

‘다수 공동’의 의미를 단독범이 계속적으로 발생하는 것까지 확장 해석할 수 없고, 진정시킬 수 없는 범죄까지 본 죄의 대상범죄로 해석할 수는 없는 것이다.

기록을 종합하여 보아도 피고인 5는 개별적인 일부 폭행사실을 인지하고 있었을 뿐 2인 이상의 다수가 공동하여 죄를 범하는 것을 알았다는 사실을 인정하기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

‘진정을 위하여’의 의미는 범죄의 예비 또는 음모의 단계이거나 실행의 착수에 나아갔고 그 죄가 기수 또는 종료 이전의 단계여야 하므로 실행의 착수나 범행의 종료 이전이어야 하는데 기록만으로는 이 부분을 유죄로 인정하기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실을 인정할 만한 증거가 없다.

2) 당심의 판단

부하범죄부진정죄는 ‘부하가 다수 공동하여 죄를 범하는 것을 알고도 그 진정(鎮定)을 위하여 필요한 방법을 다하지 아니한 사람은 3년 이하의 징역이나 금고에 처한다’고 규정하고 있으므로 ‘다수 공동하여’ 죄를 범하고 이에 대하여 ‘진정’을 위해 필요한 방법을 다하지 아니한 경우에 성립한다.

따라서 죄형법정주의의 파생원칙인 유추 해석금지와 명확성 원칙 등을 종합적으로 고려하면 ‘다수 공동하여’를 ‘단독범’이 다수인 경우로 확대하여 해석할 수는 없다고 할 것이고, ‘진정’의 시기가 예비·음모 후 기수 전에 한정되어야 하는 것은 아니나 장래의 발생할 범행을 예측하여 범행을 진정 시킬 의무를 부여하거나 이미 범행이 종료한 경우에 재범을 막을 의무를 부여한 것으로까지 해석할 수는 없는 것이다.

같은 취지의 이 부분 원심판결은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 검찰관이 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 보이지는 않는다.

따라서, 이 부분 검찰관의 주장은 이유 없다.

나. 직무유기의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

1) 피고인의 주장

직무유기는 직무의 의식적 포기 등의 경우에 성립하는 범죄로서 직무를 소홀히 하는 등 충근의무 위반의 경우까지 직무유기에 포함되는 것은 아니므로, 피고인 5가 피해자가 다리를 절거나 폭행을 당했다는 사실을 알고 이에 대한 적절한 조치를 취하지 않은 사실과 피해자의 실신사실을 보고 받고 지휘관에게 보고하지 않았다는 사실만으로는 직무유기죄를 인정할 수 없음에도 불구하고 원심이 직무유기의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 직무유기죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.

2) 법리

직무유기죄는 구체적으로 그 직무를 수행하여야 할 작위의무가 있는데도 불구하고 이러한 직무를 저버린다는 인식하에 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 성립하는 것으로 법령·내규 등에 의한 추상적 충근의무를 태만히 하는 일체의 경우에 성립 하는 것이 아니다.

따라서 직무를 유기한 때라 함은 공무원이 직장의 무단이탈, 직무의 의식적인 포기 등과 같이 그것이 국가의 기능을 저해하며 국민에게 피해를 야기시킬 구체적 위험성이 있고 불법과 책임비난의 정도가 높은 법익침해의 경우에 한하여 성립한다(대법원 2010. 1. 14. 선고 2009도9963 판결 등 참조).

또한, 직무유기죄에서 말하는 직무란 공무원이 그 지위에 따라 맡은 바 본래의 직무를 말하는 것이고 공무원이란 신분관계로 부수적, 파생적으로 발생하는 고발의무 같은 것은 포함되지 않는 것이고(서울고등법원 1962. 5. 2. 선고 62도 41 판결 등 참조), 직무유기죄가 성립되려면 그 직무의 내용이 성문된 법령상의 근거가 있거나 적어도 군대내의 특

단의 지시 또는 명령이 있어 그것이 고유의 직무 내용을 이루고 있어야 한다(대법원 1976. 10. 12. 선고 75도1895 판결 등 참조).

3) 당심의 판단

살피건대, 원심과 당심이 적법하게 채택하고 조사한 증거들과 당심에서의 피고인들의 진술 등을 종합하면,

- ① 병영생활규정(육군규정 120)에 의하면 상관은 병사들의 일상생활의 관찰과 개인면담을 통하여 부하의 신상을 철저히 파악하고 개인적인 애로사항을 조기에 해결하도록 노력하여야 하고, 결함사항을 발견할 경우 직접 시정하거나 지휘계통에 따라 보고할 의무가 있는 점(소송기록 2532쪽), ② 그럼에도 불구하고 오히려 폭행을 당하고 있는 피해자에게 '피해자를 때리고 싶은데 콩알만 해서 못 때리겠다.

때리는 것은 신경안 쓴다.

맞으면서 키워야 한다'(소송기록 362쪽), '1개월 후에도 안 되면 때려서라도 가르치고, 안 되면 다른 조치를 취하자'(증거기록 933쪽), '군대에서는 선후임간 구타는 있을 수 있다.

참견하지 않겠다.

안되면 때려서라도 고쳐라'(소송기록 1031쪽, 2675쪽, 2685쪽, 증거기록 922쪽)라고 말하고, 폭행을 당했던 피해자에게 '혼냈던 선임에게 가서 사과하면서 더 싹싹하게 굴어봐라'라고 말한 점(소송기록 2678쪽), ③ 3월 초순부터 피해자의 바지를 벗어보라고 한 후 부어 있는 피해자의 허벅지를 확인하였음에도(소송기록 2529쪽, 2679쪽) 3. 28. 면담기록 작성시 피해자에게 발생한 상해사실은 기재하지 아니하고 이전에 있었던 눈의 이상여부만을 기재한 점(소송기록 1353쪽, 2691쪽, 증거기록 923쪽), ④ 피고인 5 역시 피고인 1을 감싸준다고 보다는 이것이 터지면 큰일 난다는 생각으로 보고를 하지 않은 것이라고 스스로 인정하고 있고, 스스로 좋게 끝낼 수 있을 것이라고 안일하게 생각한 점(증거기록 817쪽), ⑤ 피고인 5는 피고인 6에게 '내가 직접 피고인 1을 시켜서 폭행을 하게끔 했다.

'라고 말한 점(소송기록 2706쪽), ⑥ 피고인 5는 피고인 3이 피해자를 폭행하는 것을 옆에서 보면서도 제지하지 않은 점(소송기록 2530쪽), ⑦ 의무대 안에서 피해자를 혼내려는 분위기가 있으면 의무대의 수송병이나 입실환자들을 밖으로 데리고 나갔던 점(소송기록 362쪽, 931쪽), ⑧ 피고인 5 스스로도 피해자의 뺨을 때리는 등 폭행에 가담한 점(소송기록 931쪽), ⑨ 4. 4. 저녁점호와 4. 5. 아침점호를 할 때 피고인 5가 의무반 생활관에서 있다는 이유로 의무반 전원이 점호를 받지 않은 점(소송기록 2347쪽), ⑩ 3. 17.경 피고인 5는 피고인 1이 무릎으로 피해자를 다수 폭행하여 피해자가 다리를 절고 다리가 부어 있다는 사실을 보고 받았음에도 불구하고 단순히 피해자에게 파스를 발라주라고 지시한 것에 그친 점(소송기록 1408쪽, 1415쪽), ⑪ 3. 29. 부대개방행사와 관련하여 피고인 3과 피해자로부터 피해자가 면회를 하고 싶다는 말을 들었음에도 피해자가 폭행당한 사실이 발각될 것이 두려워 피해자에게 '다리가 나은 후에 면회를 하는 것이 어떠냐'고 권유하여 결국 피해자가 부모를 면회하지 못하도록 한 점, ⑫ 또한 피해자에 대한 폭행과 피해자를 재우지 않은 사실 등을 보고 받아 알고 있었으므로 피해자의 몸 상태를 주기적으로 확인하였다면 피해자의 사망을 막을 수 있는 지위에 있었음에도 이를 방관하고 묵인한 점, ⑬ 피고인 4는 피해자가 쓰러진 후 다른 사람들이 앰불런스 타고 나간 후에 의무대에 혼자 대기하고 있으면서 처음으로 피고인 5에게 전화해서 피해자가 맞아서 쓰러졌다고 보고하였다고 진술하고 있는 점(소송기록 1415쪽) 등을 인정할 수 있고 위 인정된 사정 등을 종합하면,

피고인 5는 의무부사관으로서 의무반을 책임지는 간부였으며, 의무반원들을 면담하여 면담기록을 제출하는 등 의무반 병력 관리의 책임이 있는 부사관임을 인정할 수 있고, 위의 인정사실만으로도 피고인 5는 피해자에 대한 폭행이 다

수 발생하였고 그 피해로 인하여 피해자의 허벅지가 붓고 피해자가 제대로 걷지 못하고 있다는 사실을 알고 있음에도 폭행을 제지하기는커녕 오히려 폭행을 방관하거나 폭행을 용인하는 등의 말을 하여 피고인들의 폭행을 조장한 측면을 인정할 수 있고, 더 나아가 피해자를 직접 폭행한 점 등에 비추어 보면 피고인 5는 단순히 업무를 소홀히 하는 범위를 넘어 의무반을 책임지는 자신의 임무를 명시적으로 포기한 것으로 판단된다.

또한 피고인 5는 피고인 4로부터 피해자가 맞아서 쓰러졌다는 것을 보고 받지 못했다고 주장하고 있으나, 피고인 4는 범행사실 자체는 모두 인정하고 있고 피고인 4 스스로에게 불리한 사실 또한 구체적으로 진술하고 있는데, 피고인 4가 피고인 5에 대하여만 허위의 사실을 말하는 등 불리하게 진술할 이유 등을 발견하기 어려운 점과 이 부분 피고인 5의 진술은 다소 반복되어 일관되지 않은 점을 종합적하여 고려하면 피고인 4의 진술은 신빙성이 있고 이를 근거로 이 부분 직무유기의 점을 판단하여 본다면 이 부분 역시 피고인 5는 명시적으로 직무를 포기한 것으로 판단된다.

같은 취지의 이 부분 원심판결은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 피고인 5가 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 보이지는 않는다.

따라서, 이 부분 피고인 5의 주장은 이유 없다.

다.

흥기휴대 폭행의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

1) 피고인 5의 주장

방탄헬멧을 씌운 상태에서 전기스탠드로 폭행하였으므로 사회통념에 비추어 방탄헬멧이 '위험한 물건'에 해당하지 아니함에도 불구하고 원심이 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.

2) 당심의 판단

어떤 물건이 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항에서 정한 '위험한 물건'에 해당하는지 여부는 구체적인 사안에서 사회통념에 비추어 그 물건을 사용하면 상대방이나 제3자가 생명 또는 신체에 위험을 느낄 수 있는지 여부에 따라 판단하여야 한다(대법원 2010. 11. 11. 선고 2010도10256 판결 등 참조).

살피건대, 원심과 당심이 적법하게 채택하고 조사한 증거 등을 종합하면, 피고인 5가 피해자가 너무 답답하고 말도 안 듣고 반항하는 것 같다며 피해자에게 방탄헬멧을 쓰게 한 후 탁상용 스탠드로 피해자를 폭행하여 플라스틱과 유리 파편이 날아갈 정도로 깨진 점(증거기록 130쪽)을 인정할 수 있고, 피해자가 방탄헬멧을 쓰는 등 보호장구를 착용하였다고 하더라도 머리 윗부분에만 보호장구가 착용된 것이고 유리파편이나 플라스틱 파편이 날아가는 등으로 피해자나 주변의 제3자가 다칠 수 있었던 상황이므로 신체의 위험은 여전히 존재한다고 할 것이므로 피해자에 대한 폭행의 도구로 사용된 전기스탠드는 위험한 물건으로 판단된다.

같은 취지의 이 부분 원심판결은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 피고인 5가 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 보이지는 않는다.

따라서 이 부분 피고인 5의 주장은 이유 없다.

라. 양형부당에 대한 판단

장병은 지휘체계를 믿고 군에서 복무하고 있는 것이다.

행군을 할 때에도 혹은 매복을 할 때도 지휘체계가 자신을 보호해줄 것이라고 믿고, 심지어 자신의 생명을 잃을 수밖에 없는 명령에 임하여도 더 큰 국익을 위한 명령임을 믿고 상관의 명령에 복종하고 고통을 인내하는 것이다. 그러나 피고인 5는 피해자를 면담하는 등의 책임이 있을 뿐만 아니라 의무반 전체에 대해 책임이 있는 간부로서 폭행 및 가혹행위를 막아야 할 지위에 있음에도 불구하고 오히려 폭행으로 상해를 입은 피해자를 질책하거나 폭행을 용인하여 의무반에 폭행이 더욱 만연하는 환경의 단초를 제공하게 되었다.

이러한 환경 속에서 피해자는 점점 더 쇠약해져 갔으며 어느 곳 하나 의지할 곳이 없는 고립무원의 위치에 있게 되었다.

이러한 점을 고려하면 피고인 5는 엄히 처벌하여야 마땅할 것이다.

다만 피고인 5의 폭행으로 상해의 결과가 발생한 것으로 보기는 어려운 점, 직무유기죄의 법정형이 1년 이하의 징역형인 점, 피해자의 유족을 위하여 일정 금액(2000만원)을 공탁한 점, 처벌전력이 없는 점, 반성하고 있는 점 그 밖에 피고인 5의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기 및 경위, 범행의 수단 및 결과, 범행 후의 정황 등 기록에 나타난 모든 양형조건을 고려하여 보면, 이 부분 피고인 5의 이 부분주장은 이유 있다.

7. 피고인 6에 대한 양형부당에 대한 판단

피고인 6이 피해자를 폭행한 점은 인정되나, 피고인 1이 피고인 6을 폭행하면서 피해자를 때리도록 지시한 점 등 그 경위에 있어 참작할 점이 있는 점, 피고인 6 또한 피해자가 전입하기 전까지 피고인 1로부터 폭행과 얼굴에 물뿌림을 당하고, 치약 한 통을 먹는 등 피해자였던 점, 소극적이거나 의무반 부조리에 저항하였던 점, 피해자의 유족이 피고인 6에 대하여 선처를 바라는 점 그 밖에 피고인 6의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기 및 경위, 범행의 수단 및 결과, 범행후의 정황 등 기록에 나타난 모든 양형조건을 고려하여 보면, 이 부분 피고인 6의 주장은 이유 있다.

8. 결론

그렇다면 원심판결에는 위에서 본 직권파기사유가 있으므로, 군사법원법 제428조, 제431조에 의하여 원심판결을 파기하고, 이 사건 제반기록에 의하여 본 군사법원이 재판하기에 충분하다고 인정되므로 같은 법 제435조에 의하여 변론을 거쳐 본 군사법원이 직접 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들의 항소이유의 요지

1) 사실오인 및 법리오해

가) 피고인 1

(1) 피해자의 성기에 안티프라민을 바르게 한 사실은 있으나, 피해자가 성기를 노출 시키지 않은 상태에서 발랐고, 당시 추행의 고의가 없었으므로 원심이 군인등강제추행의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 군인등강제추행죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 피해자 공소외 1에 대하여 해악을 고지한 사실이 없고, 협박에 대한 고의가 없으므로 원심이 협박죄에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 협박죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.

나) 피고인 5

(1) 직무유기는 직무의 의식적 포기 등의 경우에 성립하는 범죄로서 직무를 소홀히 하는 등 충근의무 위반의 경우까지 직무유기에 포함되는 것은 아니므로, 피고인 5가 피해자가 다리를 절거나 폭행을 당했다는 사실을 알고 이에 대한

적절한 조치를 취하지 않은 사실과 피해자의 실신사실을 보고 받고 지휘관에게 보고하지 않았다는 사실만으로는 직무유기죄를 인정할 수 없음에도 불구하고 원심이 직무유기의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 직무유기죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.

- (2) 방탄헬멧을 씌운 상태에서 전기스탠드로 폭행하였으므로 사회통념에 비추어 방탄헬멧이 '위험한 물건'에 해당하지 아니함에도 불구하고 원심이 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.

2) 양형부당

원심의 형량이 피고인들의 정상에 비추어 너무 무거워 부당하다.

나. 검찰관의 항소이유의 요지

1) 사실오인 및 법리오해

- 가) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4(이하 '피고인들'이라 한다.

)에게는 이 사건 범행 당시 살인에 관한 미필적 고의가 있었음이 충분히 인정됨에도 불구하고 피고인들에게 살인에 관한 고의가 있었다고 볼 수 없다는 이유로 살인에 관하여는 무죄로 판단한 원심판결에는, 미필적 고의에 관한 법리를 오해하거나 채증법칙을 위반한 나머지 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나) 부하범죄부진정죄에서 '공동'의 의미는 다수인의 공동가공이 요구되는 경우에만 한정되는 것이 아니고, 진정의 대상범죄가 계속범에 한정되지 않음에도 불구하고 이 부분에 대하여 무죄를 선고한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

2) 양형부당

피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5에 대한 원심의 형량이 너무 가벼워 부당하다.

2. 직권판단

가. 피고인 1과 피고인 2에 대한 공소장 변경에 대한 직권판단

피고인 1과 피고인 2에 대한 피고인 1과 피고인 2 및 검찰관의 항소이유에 관하여 판단하기에 앞서 직권으로 살핀다.

검찰관은 당심에 이르러, 피고인 1에 대하여는 죄명에 '특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)'을 추가하고, 적용법조에 '특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의9 제2항, 제1항 제2문, 형법 제283조 제1항'을 추가하고, 공소사실 중 2. 다.

- 2)항의 "피해자가 이 사실을 알리면 자신의 범죄사실이 드러날 것을 우려하여 2014. 4. 6. 20:30경 위 소속대 의무반 생활관에서 피해자에게 "공소외 1은 자고 있었던 거예요."라고 하여 피고인의 범행사실을 목격한 바 없다는 취지로 말하도록 협박하였다.

"를 "피해자가 이 사실을 알리면 자신 또는 공범들의 범죄사실이 드러날 것을 우려하여 피해자가 수사기관 등에서 진술하지 못하게 할 목적으로 2014. 4. 6. 20:30경 위 소속대 의무반 생활관에서 피해자에게 "공소외 1은 자고 있었던 거예요."라고 하여 피고인의 범행사실을 목격한 바 없다는 취지로 말하도록 협박하였다.

"로, 피고인 2에 대하여 죄명을 '폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)'을 '폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등 협박)'으로, 적용법조를 '폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제6조, 제3조 제1항, 제2조 제1항 제1호, 제2조 제2항'을 '폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항, 제2조 제1항 제1호, 제2조 제2항, 형법 제283조 제1항, 제260조 제1항'으로 변경하고, 공소사실 중 8. 다.

항의 "피해자의 복부를 4회 걷어 찬 후, 위험한 물건인 역기(5kg)를 들어 피해자를 내리치려고 하였으나 옆에 있던 피고인 6이 달려 미수에 그쳤다"를 "피해자의 복부를 4회 걷어 찬 후, 오른손으로 위험한 물건인 역기(5kg)를 잡아 머리 높이로 들어 올린 후 피해자를 내리치려는 시늉을 하여 피해자에게 겁을 주었다.

이로써 피고인은 피해자를 폭행하고, 위험한 물건을 사용하여 피해자를 협박하였다"로 각 변경하는 공소장변경허가신청을 하였고, 당심이 이를 허가 하였다.

이상과 같이 공소장변경이 허가됨으로써 피고인 1과 피고인 2에 대한 원심판결은 그 심판대상이 변경되었고, 피고인 1과 피고인 2에 대한 이 사건 각 범행은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 원심판결에서 이에 대하여 단일한 형이 선고되었으므로, 원심판결은 더 이상 유지할 수 없게 되었다.

나. 피고인 1에 대한 신상정보등록 및 공개·고지 명령에 대한 직권판단

피고인 1과 피고인 1에 대한 검찰관의 항소이유에 관하여 판단하기에 앞서 직권으로 살핀다.

군형법의 강제추행죄는 형법의 강제추행죄에 대하여 가중처벌하는 죄로서 성폭력의 처벌 등에 관한 특례법(이하 '성폭력특례법'이라고 한다) 제2조 제2항 소정의 "성폭력범죄"에 해당한다(대법원 2014. 12. 24. 선고 2014도2585 판결 참조). 한편 성폭력특례법 제42조 제1항에 규정된 '등록대상 성폭력범죄'를 범한 자는 같은 법 제47조 및 제49조에 따라 공개·고지명령의 대상이 된다.

위와 같은 법리에 비추어 이 사건을 살피건대, 이 사건 군인등강제추행의 범행은 같은 법 제47조 및 제49조 소정의 공개명령 및 고지명령의 대상이 되는 같은 법 제42조 제1항에 규정된 '등록대상 성폭력범죄'에 해당하므로, 신상정보의 공개명령 및 고지명령의 대상이 된다고 할 것이다.

그럼에도 원심은 이 사건 군인등강제추행의 점을 유죄로 인정하면서 피고인에 대한 신상정보의 공개·고지명령에 대한 판단을 누락하는 잘못을 저질렀다.

또한 성폭력특례법 등에 의한 공개명령, 고지명령은 대상 성폭력범죄 사건의 판결과 동시에 선고하는 부수처분이므로, 그 공개명령, 고지명령에 관한 판단에 잘못이 있는 경우 나머지 성폭력범죄 사건 부분에 잘못이 없더라도 그 부분까지 전부 파기하여야 한다(대법원 2014. 3. 27. 선고 2013도13095 판결 참조).

한편 위와 같은 직권파기사유가 있기는 하나, 피고인 1과 피고인 1에 대한 검찰관의 사실오인 및 법리오해 주장과 각 양형부당 주장은 여전히 이 군사법원의 판단대상이 되는 것이므로 이에 대하여 살펴보기로 한다.

3. 살인의 고의의 존재에 대한 사실오인 및 법리오해 항소이유에 대한 판단

가. 원심의 판단

피고인들은 수사단계에서부터 일관되게 살인의 고의는 없었다고 부인하여 온 점, 피고인들은 2014. 3. 초부터 사소한 이유를 들어서 피해자를 폭행해 왔는데 이 사건 범행 당일의 경우에도 종전의 경우와 크게 다르지 않아서 갑자기 살인의 동기가 생겼다고 볼 만한 정황이 없는 점, 범행 당시 흉기나 위험한 물건을 사용하여 폭행하지 않은 점, 부검 결과에 대한 감정서 및 감정촉탁의뢰회보서에 의하면 범행 당일 피고인들의 폭행이 피해자의 사망 원인이 되긴 하였으나 신체의 중요한 부분의 직접적인 손상이 사망의 원인이 아니었으며, 흉복부, 등부위, 대퇴부위에 발견되는 좌상(피하출혈)은 그 이전에 한달여 동안 지속된 폭행의 가격부위와 일치하여 16:07경부터 시작된 폭행만이 과다출혈에 의한 속발성 쇼크 및 좌멸증후군의 원인이 되었다고 보기 어려운 점, 부검의 공소외 2가 작성한 감정서 및 공소외 2의 진술에 의하면 부검의도 폭행행위가 기도폐색을 유발한 요인으로 작용하여 피해자가 사망한 가능성을 인정하고 있는 점, 광범위한 좌상(피하출혈)은 흔히 멍든 곳을 지칭하는 것으로 의료지식이 없는 일반인의 입장에서 판

단하건데 흔히 생각하는 뇌나 장기 같은 주요 부분을 심하게 충격한 것이 아니었고, 흉복부, 등부위, 대퇴부위의 명
든 곳을 반복하여 가격하는 것만으로 속발성 쇼크가 발생하여 사망할 것이라고 예견할 수 없는 점, 피고인들은 피해
자가 쓰러지고 정신을 잃자 그 즉시 심폐소생술 등 응급조치를 하면서 ◎◎의료원으로 후송한 점 등을 종합하면, 피
고인들은 자신들의 행위로 피해자가 상당한 정도의 상해를 입을 수 있음을 인식 하였다고 인정되지만, 더 나아가 피
해자를 살해하려는 확정적 또는 미필적 고의가 있었음을 합리적인 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기
어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판단한 후 이 부분 공소사실에 대해 무죄로 판단하였다.

나. 법리

- 1) 살인죄에서 살인의 범의는 반드시 살해의 목적이나 계획적인 살해의 의도가 있어야 인정되는 것은 아니고, 자기의
행위로 인하여 타인의 사망이라는 결과를 발생시킬만한 가능성 또는 위험이 있음을 인식하거나 예견하면 족한 것
이며 그 인식이나 예견은 확정적인 것은 물론 불확정적인 것이라도 이른바 미필적 고의로 인정되는 것인바, 피고인
이 범행 당시 살인의 범의가 없었고 단지 상해 또는 폭행의 범의만 있었을 뿐이라고 다투는 경우에 피고인에게 범
행 당시 살인의 범의가 있었는지 여부는 피고인이 범행에 이르게 된 경위, 범행의 동기, 준비된 흉기의 유무·종류·용
법, 공격의 부위와 반복성, 사망의 결과발생가능성 정도 등 범행 전후의 객관적인 사정을 종합하여 판단할 수밖에
 없다(대법원 2006. 4. 14. 선고 2006도734 판결 등 참조).
- 2) 형사재판에서 범죄사실의 인정은 재판관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증
명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하므로, 검찰관의 증명이 위와 같은 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이르지
 못한 경우에는 비록 피고인의 주장이나 변명이 모순되거나 석연치 않은 면이 있는 등 유죄의 의심이 간다고 하더라
도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다(대법원 2012. 6. 28. 선고 2012도231 판결 등 참조). 다만, 여기서 말하는 합
리적 의심이라 함은 모든 의문, 불신을 포함하는 것이 아니라 논리와 경험칙에 기하여 요증사실과 양립할 수 없는
사실의 개연성에 대한 합리성 있는 의문을 의미하는 것으로서, 피고인에게 유리한 정황을 사실인정과 관련하여 파
악한 이성적 추론에 그 근거를 두어야 하는 것이므로 단순히 관념적인 의심이나 추상적인 가능성에 기초한 의심은
합리적 의심에 포함된다고 할 수 없다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2004도362 판결 등 참조).

다.

당심의 판단

1) 사망의 원인

가) 국립과학수사연구원에서 작성된 감정축탁의뢰 회보

국립과학수사연구원에서 작성된 감정축탁의뢰 회보에 의하면 ① 연부조직의 좌상(피하출혈)이 표재성이라 하더라도 다
발성으로 광범위하게 발생하면 순환혈액량은 사망에 이를 정도로 충분히 감소할 수 있고(소송기록 1323쪽), ② 감
정축탁 의뢰된 자료를 검토할 때 흉복부, 등부위, 대퇴부위 등 인체 곳곳에서 다수의 외력이 작용하여 발생한 것으
로 보이는 광범위한 좌상(피하출혈)이 보이는 바, 이런 외상은 비교적 강한 둔력(구타 등)이 인체에 반복적으로 작용
하였다고 보는 데에 무리가 없고(소송기록 1324쪽), ③ 제출된 자료만으로 사인을 속발성 쇼크로 단정하기는 어려
우나 피해자의 각 좌상의 범위 및 깊이를 고려할 때 비록 정확한 출혈량을 측정하기는 어려우나 속발성 쇼크가 발
생하였을 가능성은 충분하고(소송기록 1324쪽), ④ 피해자의 상황은 육체적 및 정신적으로 허탈을 초래할 수도 있
는 상태로 판단되고, 이러한 가혹행위가 지속적으로 피해자에게 가해진 상태에서는 사소한 충격이나 자극으로도 사
망과 같은 결과를 초래 할 수 있을 것으로 보이며(소송기록 1324쪽), ⑤ 사망원인으로는 광범위한 다발성 좌상에 의

한 속발성 쇼크의 가능성을 우선적으로 고려할 수 있으나 오랜 기간의 육체적 및 정신적 가혹행위에 기인한 허탈 혹은 쇼크 상태에서 초래된 위 내용물의 역류 및 흡인이 복합적인 사망원인으로 작용하였을 가능성이 상존하고 있다고 판단하였다(소송기록 1325쪽).

나) 법의관 공소외 2 진술

법의관 증인 공소외 2는 원심과 당심 법정에 출석하여 ① 원심판결문에 인용된 '영양 상태가 양호한 남성시임'이라는 것은 별 의미가 없으며 부검시 하나의 정형화된 기재 방법으로 감정서를 시작할 때 관례적으로 쓰는 용어의 형태일 뿐이고(소송기록 2231쪽), ② 부검 감정서 작성 당시 양측 폐 및 심장 표면의 손상에 대해서 심폐소생술에 의한 것으로 추정된다고 기재했고, 양측 앞쪽 갈비뼈 부분의 대칭적 골절 등도 심폐소생술에 의하여 발생한 것으로 추정되었다.

한편으로는 폭행에 의해서 골절되었을 가능성도 있다고 당시에 명확히 이야기를 했으며(소송기록 2232쪽), ③ 당심에서 12번 갈비뼈 부분은 갈비뼈가 골절되면서 복막경 및 비장이 파열된 것으로 추정되고 이는 물리적 충격에 의해 생긴 것으로 판단되며 심폐소생술로 발생할 수 있는 골절이 아니라고 진술하였고(소송기록 2232쪽), ④ '민간병원 의사에 의하면 최초 사망자 기도에 음식물이 차 있었고, 기도폐쇄에 의한 뇌손상으로 사망했다는 소견인 점'은 민간 병원의사로부터 직접 들은 것이 아니라 헌병수사관으로부터 전해 들었던 점(소송기록 2234, 2235쪽), ⑤ 질식 추정이 다른 사인을 배제하는 것은 아니며(소송기록 2241쪽), ⑥ 암적색 유동심장혈은 산소공급이 되지 않았기 때문에 되었을 것이라고 보고 있지만, 산소 공급이라는 것 자체가 질식에서만 나타나는 것이 아니라 전반적으로 나타나는 것이어서, 암적색 유동혈이 보인다고 해서 질식사라고 볼 수는 없고(소송기록 419쪽), ⑦ 부검에서는 출혈량을 정확히 잴 수 있는 방법이 없으므로 신체장기의 창백함을 기준으로 판단을 하였는데 부검당시 장기의 전반적인 창백함은 없었다.

그렇지만 그렇다고 하더라도 속발성쇼크를 배제할 수는 없었기 때문에 질식으로 '추정'을 하였으며(소송기록 2240쪽) ⑧ 사체만을 가지고 사인을 명확히 판정하기는 어렵고(소송기록 2238쪽), ⑨ 부검 당시에는 피해자에 대한 정보를 전부 알지 못한 상태였고, ⑩ 이미 만성적으로 심한 가혹행위가 있는 상황이었던 것 등 지금까지의 밝혀진 것을 모두 고려한 후 다시 판단하여 본다면 속발성 쇼크가 복합되었을 가능성이 있다(소송기록 2237쪽). 예를들면 속발성 쇼크로 인해서 의식이 점점 깨지다가 기력이 쇠하면서 의식이 혼미해졌고 그 사이에 음식물이 역류하면서 기도가 폐쇄되었고 이런 식으로 복합적으로 발생할 가능성도 배제할 수 없는 것이다(소송기록 2251, 2263쪽)라고 진술하였다.

다) 인과관계는 피고인의 행위가 피해자의 사망이라는 결과를 발생케 한 유일한 원인이거나 직접적인 원인이 되어야 하는 것은 아니며, 피해자가 제3자의 과실 등이 경합하여 결과가 발생한 경우에도 이를 인정할 수 있고, 사망의 원인에 대한 인과관계 또한 중첩적 원인으로 발생할 수 있는 것이다.

라) 위 가)항의 국립과학수사연구원에서 작성의 감정축탁의뢰 회보와 나)항의 법의관 공소외 2 진술을 종합하고 아래의 각 항의 사실 등을 종합하여 보면, 피고인들의 폭행으로 피해자에게 광범위한 피하출혈 등이 발생한 결과 속발성 쇼크가 발생하였고 이것이 직접적인 원인이 되어 사망에 이르렀거나 속발성 쇼크가 간접적 내지 중첩적인 원인이 되어 사망하게 되었다는 사실은 넉넉히 인정된다 할 것이다.

① 2014. 3. 7. 어간 피해자의 허벅지에 멍이 들어 있었으며, ② 2014. 3. 30. 가슴부위의 거의 전체가 멍이 들었고 무릎은 완전히 구부리지 못하는 상태였던 점(소송기록 2711쪽), ③ 2014. 4. 4. 피고인 3이 휴가에서 복귀하여 피해자를

보았는데 눈이 켜고 얼굴 쪽에는 전부 멍이 들었고 머리 뒤쪽과 목 쪽에 상처가 너무 많은 등 전신에는 상처투성이여서 누구라도 알 수 있는 상태였던 점(소송기록 1060쪽, 2325쪽), ④ 2014. 4. 4. 이후에는 항상 얼굴이 창백하고 입술이 말라있었던 점(증거기록 886쪽), ⑤ 피해자가 킁킁 거리거나 음식을 뱉으려는 모습은 없었던 점(소송기록 893쪽), ⑥ 피고인 3은 2014. 4. 6. 피해자의 목 밑부터 가슴 명치까지 멍이 시퍼렇게 들어 있어서 충격적이었다고 진술하고 있는 점(소송기록 2304쪽), ⑦ 피고인들 모두 멍든 것은 아예 신경 쓰지 않고 때렸던 점(증거기록 132쪽), ⑧ 공소외 1은 피해자가 가혹행위를 지속적으로 당해서 무릎, 허벅지, 팔 부분에 계속 멍이 들었다고 진술하고 있는 점(소송기록 892쪽), ⑨ 피해자의 옆구리가 부어올라 있었고 멍이 들어 있었던 점, ⑩ 부검의 역시 추락사 이외에는 피해자만큼 멍든 사람을 본 적이 없다고 진술하고 있는 점(소송 기록 414쪽), ⑪ 우측 흉강에 200ml 혈흉이 관찰되고, 좌측 흉강에 혈흉을 제거한 흔적과 비장 파열로 인한 복강혈이 관찰되는 점(소송기록 2247쪽), ⑫ 피고인 3은 2014. 4. 6. 16:30경 정신을 잃고 쓰러진 피해자에게 두 모금 정도의 물을 먹였으며 이 때 피해자의 목으로 물이 넘어가는 것을 보았고 음식물을 본 적이 없었다고 진술하였고, 피고인 2 역시 기도확보기를 피해자의 입안에 넣을 때 음식물을 본 적이 없다고 진술한 점 등을 종합하면 피해자는 2014. 3. 7. 이후 신체가 스스로 회복할 수 있는 시간을 가지지 못한 채 지속적으로 폭행 및 가혹행위를 당하여 피하출혈 등이 누적되었다고 판단되고 병원으로 후송된 2014. 4. 6. 당시에는 피하출혈 등이 극도로 누적되어 피해자는 속발성 쇼크의 상태에 이르렀다고 판단된다.

2) 살인의 범의

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합해 보면, 피고인들은 범행 당시 자신들의 계속된 무차별적인 폭행으로 피해자가 사망이라는 결과에 이를만한 가능성 또는 위험이 있음을 인식하거나 예견하면서도 위와 같은 행위로 나가간 것으로 봄이 타당하므로, 피고인들이 피해자의 사망을 의욕하거나 계획한 것은 아니어서 살인의 확정적 고의가 인정되지 않는다고 하더라도 미필적 고의는 있었다고 보아야 한다.

그런데도 원심은 그 판시와 같은 사정들을 들어 피고인들에게 확정적 또는 미필적 고의가 있었다고 인정하기 어렵다고 판단하였으니, 원심판결에는 사실을 오인하거나 살인죄에 있어서의 고의에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

따라서 이 점을 지적하는 검찰관의 주장은 이유 있다.

가) 피해자에 대한 폭행과 상해의 누적

- ① 피고인들은 3월 초순부터 피해자를 특별한 이유 없이 폭행하여 왔고, 피고인들의 폭행으로 인하여 3. 15.부터 4. 6.까지 약 20일간 피해자는 다리를 절룩거리고 다닌 점, ② 피고인 1은 4. 5. 저녁 점호 이후 피해자가 피고인 1이 말한 것 중에 '피고인 1의 아버지가 조폭이었다는 사실이 가장 감명 깊었다'는 말을 들은 후 폭행의 범위와 강도는 급격히 강해졌고 피고인 1 이외의 피고인들은 피해자의 피해상태를 인식하면서도 폭행에 지속적으로 가담하여 왔던 점, ③ 특히 피고인 1은 4. 6. 00:00경 피해자 런닝셔츠의 목살부위를 잡고 흔들며 런닝셔츠를 찢고, 30분 후 피해자가 갈아입은 런닝셔츠를 다시 잡아 찢는 등에 비추어 보면 당시 피고인 1의 폭행의지와 강도를 미루어 짐작할 수 있는 점, ④ 피고인들은 피해자로 하여금 종교행사에 가지 못하게 하고, 면회를 하지 않도록 하였으며 심지어는 식사도 제대로 할 수 없도록 하여 피해자를 의무반 이외의 사람들과 접촉할 수 있는 기회를 박탈하였고, 선임병인 지위를 이용하여 피해자로 하여금 어떠한 반항도 하지 못하게 한 후 무방비 상태의 피해자를 지속적으로 강하게 폭행하였고, 폭행할 때에는 일부 피고인들이 망을 보거나 폭행을 하다가 힘이 들면 다른 피고인들이 돌아가며 폭행하는 등

상호 역할분담을 하면서 강하게 폭행하였던 점, ⑤ 의무반원인 피고인들은 직접 폭행에 가담하거나 다른 피고인들이 폭행하는 것을 보았거나 알고 있었고, 폭행 후 피해자를 직접 치료하기도 하는 등 피해자가 당한 누적된 폭행의 정도나 상해의 정도를 비교적 정확히 알고 있었던 점, ⑥ 4. 1.부터 4. 3.까지 22:00경부터 03:00경까지 기마자세와 앉았다 일어서기, 침상에 앉아 있게 하는 등의 가혹행위와 폭행을 하면서 피해자가 잠을 자지 못하게 하고, 4. 4.부터는 하루에 3시간 정도밖에 피해자에게 수면시간을 주지 않고 4. 5에는 잠을 거의 재우지 않았으며, 4. 5.부터 4. 6.사이에는 식당에 보내지 않아 피해자는 라면 한 끼의 식사밖에 하지 못한 점(소송기록 987-988쪽), ⑦ 피고인 6은 3.말경 '힘껏 퍽퍽 소리가 날 정도로 때렸고, 점점 기력이 나빠지는 모습을 보면서 저렇게 맞다가 실신하는 등으로 버티지 못하겠구나'라는 생각이 들었고, 피고인 2도 '저렇게 맞다가 실신하는 등으로 못버티겠구나', '피해자가 오줌을 싸고 웅양웅알 거릴 때 사태가 더 심각해졌다고 느꼈으며 더 폭행을 한다면 생명에 지장이 있을 수 있겠구나'라고 진술하였고, 공소외 1도 '머리, 복부, 가슴을 계속해서 맞아서 언제 쓰러져도 이상하지 않을 정도였다.

'라고 진술하였고, 공소외 19도 '피해자가 숨도 올바르게 쉬지 못하여 매우 격앙되어 있고, 정신없어 보였다'고 진술하고 있는 점 등을 고려해보면, 당시 피해자의 건강상태는 제3자 보더라도 매우 심각하였음을 인정할 수 있는 점, ⑧ 피고인들은 4. 6. 오전 피해자의 온 몸에 멍이 들어 있음을 확인한 후 피해자의 상태가 의무반에서 치료할 수 있는 범위를 넘어설 정도로 피해자의 상태가 위중하다는 사실을 인식하고 있었고(증거기록 1489쪽), 피고인 3도 당시 피해자의 상태가 충격적이었다고 진술하고 있는 점(소송기록 2304쪽), ⑨ 그럼에도 불구하고 피고인들은 범행이 발각될 것을 염려하여 별도의 진료 없이 피해자에게 수액을 주고 안티프라민을 발라주는 것으로 조치하였고 이후 폭행의 과정을 보아도 피해자의 피해상태 등을 고려하지 않고 폭행한 것으로 보이는 점(증거기록 132쪽), ⑩ 4. 6. 아침 점호 직후 피해자가 밤에 잠을 잤다는 이유로 피고인 1이 25회 정도 폭행하다가 손과 무릎이 아프다며 피고인 4에게 폭행할 것을 지시하였고 피고인 4는 피해자를 엎드려뺨쳐 자세를 시켜 무방비 상태로 만든 다음 피해자의 옆구리 부위를 20-30회 강하게 폭행하였고, 폭행하던 피고인 4가 다리가 아프다고 하자 피고인 3이 이어서 엎드려뺨쳐 있는 피해자를 계속해서 폭행하였던 점에 비추어 보면 당시 피고인들은 누구보다도 피해자의 상태를 비교적 정확히 인식하였다고 판단되는 점(소송기록 983쪽, 1038쪽, 2343쪽, 2501쪽, 증거기록 1487쪽), ⑪ 피고인 2는 4. 6. 오전에 피해자 가슴 부분에 손을 대었고 숨을 내쉴 때 뭔가 딸깍 거리는 느낌 내지 뼈가 뚫뚫 거리는 느낌이 있었고 당시에 도 이미 갈비뼈가 골절되었다는 느낌을 받았다고 진술하고 있고, 피고인 3은 4. 6. 오전에 피해자가 갈비뼈가 제일 아프다고 하였고, '하아', '하아'라고 하면서 크게 숨을 내쉴 정도로 피해자의 숨소리가 거칠었고 당시 피해자의 상체를 살펴보았을 때 가슴부터 배꼽 위까지 모든 부위가 멍이 들어 있었고, 그렇게 멍이 든 사람은 태어나서 한 번도 본 적이 없었고, 폭행으로 인해 피해자의 급소가 맞았을 수도 있었을 것이라고 진술하고 있는 점 등을 종합적으로 고려하면 피해자는 4. 6. 오전까지의 폭행만으로도 피해의 상태가 상당히 위중하였다고 판단되고 피고인들은 폭행에 직접 가담하거나 폭행한 사실을 알고 있었고, 피해자의 알몸 등을 확인하고 치료까지 하여 왔으므로 피해자의 상태의 위중함을 인식하고 있었다는 사실을 인정할 수 있다.

나) 폭력 행사 정도 및 피고인들의 인식

- ① 피해자의 상태를 정확히 알고 있는 피고인들이 수액을 끝은 상태의 피해자 얼굴과 복부를 가격한 점(증거기록 1347-1348쪽), ② 피해자에 대한 폭행부위는 얼굴, 복부, 옆구리 등으로 신체의 중요부위였고, 주로 손과 팔이 아닌 발과 무릎을 이용하여 강력하게 폭행하여(소송기록 2433쪽) 그 방법이 무차별적이고 흉포한 것으로 판단되는 점, ③ 이로 인해 피해자의 온 몸에 멍이 들고 수액을 맞을 정도의 상태였음을 알고 있었음에도 피고인들의 폭행은 계

속되었던 점, ④ 피고인들이 자신들의 폭행으로 인하여 피해자의 전신에 피하출혈이 발생하고 마침내 과다출혈에 의한 속발성 쇼크로 인하여 사망할 수 있다는 의학적 결과를 예견하기는 어렵다고 할 것이나, 살인의 고의가 의학적 인과과정에 대한 인식이나 결과발생에 대한 예견까지 인식할 것을 요구하는 것은 아닌 점, ⑤ 피고인 1은 4. 6. 냉동 식품을 취식하는 약 25분간의 짧은 시간 동안 발로 피해자의 옆구리 부위를 5회 때리고 양손을 잡고 발로 피해자의 배 부위를 2-5회 차고 피해자의 옆에서 발로 피해자의 복부를 6회 걷어차고 무릎으로 피해자의 가슴 부위를 2회 때리고, 피고인 4에게 지시하여 엎드려뻥쳐 시킨 상태에서 복부를 9회 에서 12회 가량 차고, 피고인 3과 함께 피해자의 배 부위를 10회 차거나 밟고, 피해자가 오줌을 싸고 쓰러지자 재차 발로 피해자의 가슴을 힘껏 밀어 차는 피해자를 강도 높게 폭행한 점, ⑥ 피고인들 중 일부가 폭행하고 있을 때 다른 피고인들은 망을 본 점(소송기록 896쪽), ⑦ 지속적으로 폭행당한 피해자에게 기마자세를 똑바로 하지 않고 '기만한다'는 이유로 피해자의 머리채를 잡고 생활관 바닥에 눕힌 후 피고인 4에게는 망을 보게 하고 피고인 1과 피고인 3이 피해자의 복부를 발로 밟았고 갈비뼈 부분을 잡고 있는 피해자를 수 분간 각 10회 정도 밟은 점(소송기록 2322쪽, 증거 기록 394쪽), ⑧ 피고인 1과 피고인 3의 폭행이 끝난 이후 피해자는 스스로 일어났다가 정신을 잃고 손바닥을 바닥에 대거나 하지 못한 채 그대로 쓰러진 점, ⑨ 쓰러진 피해자가 물을 마시지 못한다는 이유로 피고인 3이 손바닥으로 머리를 2회 때리고, 이후 피고인 1이 꺾병을 부린다며 맥살을 잡고 흔들자 피해자가 눈을 떠 피고인 1과 눈을 마주쳤으며 이때 피해자의 눈동자가 정상적이지 않았던 점(소송기록 2389쪽, 증거기록 129쪽, 1513쪽), ⑩ 이후 피해자가 오줌을 흘리게 되었으며, 피고인 2, 피고인 4가 오줌에 젖은 옷을 갈아입히기 위해 피해자를 부축해 앉아 있었던 점, ⑪ 당시 피해자는 물을 제대로 마시지 못하며 흘리고, 오줌을 싸고, 쓰러진 상태에서 웅얼거리는 등 제대로 된 의사표현을 하지 못하여, 피고인들은 피해자의 상태가 매우 심각하다는 것을 인식하고 있었음에도 피고인 2와 피고인 4의 부축에 의해 기대있던 피해자를 피고인 1이 화가 나 흥분한 상태에서 '꺾병 부리지 마라'고 말하며 발로 가슴을 1회 세게 차 피해자가 침상으로 크게 쓰러진 점(증거기록 1515쪽, 1571쪽), ⑫ 이후 피고인 1이 다시 차려 했으나 피고인 3의 만류로 추가 폭행을 하지 않았던 점, ⑬ 이후 피해자는 급격하게 호흡과 맥박이 약해지면서 심장정지 및 의식불명 상태에 도달하였고 피고인들의 응급조치에도 불구하고 피해자는 결국 사망하게 된 점 등을 종합하여 보면,

피고인들이 이 사건 폭행과정에서 피해자의 사망이라는 결과 발생을 충분히 인식 또는 예견하였고, 나아가 미필적으로나마 그 결과 발생을 용인하였다고 넉넉히 인정된다.

3) 부분적 공동정범에 불과하다는 주장에 대한 직권판단

가) 피고인 2의 주장

피고인 2는 원심이 피고인 1에 대한 살해의도를 제대로 심리하지 않아 피해자의 사망에 대하여 피고인 2가 이를 예견할 수 있었는지, 예견할 수 있었다면 그에 대하여 어떠한 책임을 묻는 것이 적절한지 심리하지 않은 심리미진의 위법이 있다는 취지로 진술하면서, 이 사건 공소사실 중 살인의 점은 부분적 공동정범에 해당하므로 피고인 1만이 고의범이고 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 과실범인 상해치사의 죄책을 부담할 뿐이라고 직권판단을 촉구하므로 직권으로 살핀다.

나) 법리

형법 제30조의 공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것으로서, 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적인 요건인 공동가공의 의사와 객관적인 요건인 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하고, 공동가공의 의사는 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의

의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것인 바, 이러한 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하나, 반드시 사전에 치밀한 범행계획의 공모에까지 이를 필요는 없으며 공범자 각자가 공범자들 사이에 구성요건을 이루거나 구성요건에 본질적으로 관련된 행위를 분담한다는 상호이해가 있으면 충분하다 할 것이다(대법원 2008. 9. 11. 선고 2007도6706 판결 등 참조).

공모공동정범에 있어서 공모자 중의 1인이 공모관계에서 이탈하기 위해서는 공모자가 공모에 의하여 담당한 기능적 행위지배를 해소하는 것이 필요하므로 공모자가 공모에 참여하여 다른 공모자의 실행에 영향을 미친 때에는 범행을 저지하기 위하여 적극적으로 노력하는 등 실행에 미친 영향력을 제거하지 아니하는 한 공모관계에서 이탈하였다고 할 수 없다(대법원 2008. 4. 10. 선고 2008도1274 판결 등 참조).

다) 당심의 판단

원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면,

- ① 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 피고인 1의 폭행당시 직접 폭행에 가담하거나 망을 보는 등 역할분담을 하였던 점, ② 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 피해자의 상태를 비교적 정확히 인식하고 있었고 피고인 1이 피해자에게 가한 폭행의 정도와 양 그리고 4. 5. 저녁 점호 이후 계속적으로 폭행하여 오고 있음을 알고 있었던 점, ③ 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 피고인 1이 주도하였다는 취지로 진술하고 있으나 이 진술만으로 공동정범 인정에 장애가 되지 않는 점 등을 인정할 수 있고, 위 인정된 사실들을 종합하면, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 망을 보거나 직접 폭행하는 등 살인죄의 본질적 구성요건과 관련된 행위의 분담을 상호 이해하고 있었고, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4 중 누구도 진지하게 범행을 중단하거나 다른 피고인의 범행을 만류하지 않았던 것으로 판단되므로 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4가 공동정범이 아니라거나 공모관계에서 이탈되었다고 판단되지 않는다.

따라서, 피고인 1만이 살인죄의 죄책을 부담하고 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 상해치사의 죄책을 부담할 뿐이라는 피고인 2의 주장은 이유 없다.

4. 군인등강제추행의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 1의 주장

피고인 1은 피해자에 대하여 고통을 줄 의사만 있었을 뿐 추행의 목적이 없었다는 취지로 주장하면서 추행의 범의를 부인하고 있다.

나. 법리

강제추행죄에서 말하는 '추행'이라 함은 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나, 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것이라고 할 것이고, 이에 해당하는지 여부는 피해자의 의사·성별·연령·행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 신중히 결정 되어야 한다(대법원 2002. 4. 26. 선고 2001도2417 판결 등 참조). 그리고 강제추행죄의 성립에 필요한 주관적 구성요건으로 성욕을 자극·충분·만족시키려는 주관적 동기나 목적이 있어야 하는 것은 아니다(대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도5856 판결 등 참조).

다.

당심의 판단

원심과 당심이 적법하게 채택하고 조사한 증거 등을 종합하면, 강제추행죄에서 말하는 '추행'은 반드시 성욕을 만족시킬 목적이나 주관적 동기를 요건으로 하는 것은 아니고, 또 피고인의 주장과 같이 피해자에게 고통을 줄 의도였을

뿐이었다고 인정하더라도 피해자가 안티프라민을 성기에 바르게 되면 성기가 따끔거리고 그 정도 또한 고통스러웠을 것을 인식하고 있었던 피고인 1은 피해자가 성기의 고통으로 인해 성적 수치심을 느낄 수 있다는 것을 인식하고 있었다고 판단되는 점, 피고인 1의 이 부분 공소사실은 성적인 의미의 행위를 폭력적인 방법으로 표출한 것으로서 이를 당하는 피해자는 물론 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하는 행위라고 판단되는 점을 고려하면 행위 당시에 적어도 추행의 범의가 병존하고 있었다고 보기에 충분하므로, 피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

5. 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 항소이유에 대한 판단

가. 공소사실의 요지

이 부분 공소사실의 요지는 "피고인은 2014. 3. 초부터 공소외 3을 수차례 폭행 및 가혹행위 하였으며 이로 인해 2014.

4. 7. 공소외 3이 사망하게 되었다.

피해자 공소외 1(20세)은 천식으로 의무반에 입실한 2014. 3. 8.부터 2014. 3. 9.까지, 2014. 3. 29.부터 2014. 4. 6.까지 같은 계급인 일병 공소외 3이 피고인에게 수차례 폭행 및 가혹행위를 당하고 급기야 2014. 4. 6. 폭행으로 쓰러진 것을 목격하게 되자, 피고인을 두려워하게 되었다.

피고인은 위 폭행 및 가혹행위를 목격한 6피해자가 이 사실을 알리면 자신 또는 공범들의 범죄사실이 드러날 것을 우려하여 피해자가 수사기관 등에서 진술하지 못하게 할 목적으로 2014. 4. 6. 20:30경 위 소속대 의무반 생활관에서 피해자에게 "공소외 1 씨는 자고 있었던 거예요."라고 하여 피고인의 범행사실을 목격한 바 없다는 취지로 말하도록 협박하였다.

이로써 피고인은 피해자를 협박하였다.

"는 것이다.

나. 피고인 1의 주장

피고인 1은 해악의 고지가 없었으므로 이 부분 공소사실 행위가 협박에 해당하지 않는다고 주장한다.

다.

법리

특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의9의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)죄는 자기 또는 타인의 형사사건의 수사 또는 재판과 관련하여 고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술, 증언 또는 자료제출에 대한 보복의 목적으로 형법 제283조 제1항의 협박의 죄를 범한 사람에 대하여 가중처벌하는 범죄이다.

협박죄에 있어서의 협박이라 함은 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있을 정도의 해악을 고지하는 것을 말하고 협박죄가 성립하기 위하여는 적어도 발생 가능한 것으로 생각될 수 있는 정도의 구체적인 해악의 고지가 있어야 하며, 해악의 고지가 있다 하더라도 그것이 사회의 관습이나 윤리관념 등에 비추어 사회통념상 용인될 정도의 것이라면 협박죄는 성립하지 않으나, 이러한 의미 협박행위 내지 협박의 고의가 있었는지 여부는 행위의 외형뿐만 아니라 그러한 행위에 이르게 된 경위, 피해자와의 관계 등 전후 상황을 종합하여 판단해야 한다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도2412 판결 등 참조). 또한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)죄에 규정된 보복의 목적이 있었는지 여부는 행위자의 나이, 직업 등 개인적인 요소, 범행의 동기 및 경위와 수단, 행위의 내용과 태양, 피해자와의 인적관계, 범행 전후의 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2013. 6. 14. 선고 2009도12055 판결 등 참조).

라. 당심의 판단

살피건대, 원심과 당심이 적법하게 채택하고 조사한 증거들과 당심에서의 피고인들의 진술 등을 종합하면,

- ① 피고인 1이 공소외 1보다 계급이 높지만 서로 소속부대가 달라 선임병과 후임병의 관계가 아니었고 상호 존칭을 썼던 점, ② 이 부분 공소사실 이외에 피고인 1이 공소외 1을 폭행하거나 협박한 사실이 없었던 점, ③ 피해자 후송 후 공소외 1에게 자고 있다고 말하여 달라고 처음 부탁한 사람은 피고인 3이었으며, 이때 공소외 1의 손을 잡고 부탁조로 얘기한 점(소송기록 2346쪽), ④ 피고인 1의 '공소외 1은 자고 있었던 거예요'라고 말에 구체적인 해악의 고지 내용이 있다고 보기에 다소 부족한 점이 있는 점(소송기록 898쪽), ⑤ 공소외 1 역시 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4가 돌아가면서 제발 조용히 해달라는 취지의 말을 했다고 진술하고 있는 점(소송기록 904쪽), ⑥ 피고인 1이 해악의 고지를 부인하고 있으므로 공소외 1의 진술이 사실상 유일한 증거라고 할 것인데 당심의 수차례의 증인 소환에도 불구하고 출석하지 않은 점 등을 인정할 수 있고,

위 인정된 사실을 기초로 판단하여 본다면, 피고인 1이 강압적인 분위기를 이용하여 공소외 1에게 부탁한 것이 아닌가 하는 의심을 배제하기는 어려우나, 형사재판에서 공소제기된 범죄사실에 대한 증명책임은 검찰관에게 있는 것이고 유죄의 인정은 재판관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2007도616 판결, 대법원 2008. 7. 24. 선고 2008도4467 판결 등 참조). 위 인정된 사실과 사정만으로는 피고인이 해악을 고지하였다거나 이에 대한 고의가 있었는지에 대하여 합리적 의심을 배제하기 어렵다.

따라서 이 부분 공소사실에 대하여 해악을 고지한 사실이 없으므로 협박죄의 가중된 구성요건인 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)의 점에 대한 구성요건 해당성이 없다고 주장하는 피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

6. 피고인 5 부분에 대한 피고인과 검찰관의 주장에 대한 판단

가. 부하범죄부진정의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

1) 원심의 판단

군형법 제93조는 '부하가 다수 공동하여 죄를 범하는 것을 알고도 그 진정(鎮定)을 위하여 필요한 방법을 다하지 아니한 사람은 3년 이하의 징역이나 금고에 처한다'고 규정하고 있다.

'다수 공동하여'를 해석함에 있어서 죄형법정주의 원칙에서 파생되는 유추해석 금지의 원칙 내지 명확성의 원칙에 부합하도록 해석하여야 한다.

'다수 공동'의 의미를 단독범이 계속적으로 발생하는 것까지 확장 해석할 수 없고, 진정시킬 수 없는 범죄까지 본죄의 대상범죄로 해석할 수는 없는 것이다.

기록을 종합하여 보아도 피고인 5는 개별적인 일부 폭행사실을 인지하고 있었을 뿐 2인 이상의 다수가 공동하여 죄를 범하는 것을 알았다는 사실을 인정하기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

'진정을 위하여'의 의미는 범죄의 예비 또는 음모의 단계이거나 실행의 착수에 나아갔고 그 죄가 기수 또는 종료 이전의 단계여야 하므로 실행의 착수나 범행의 종료 이전이어야 하는데 기록만으로는 이 부분을 유죄로 인정하기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실을 인정할 만한 증거가 없다.

2) 당심의 판단

부하범죄부진정죄는 '부하가 다수 공동하여 죄를 범하는 것을 알고도 그 진정(鎮定)을 위하여 필요한 방법을 다하지 아니한 사람은 3년 이하의 징역이나 금고에 처한다'고 규정하고 있으므로 '다수 공동하여' 죄를 범하고 이에 대하여 '진정'을 위해 필요한 방법을 다하지 아니한 경우에 성립한다.

따라서 죄형법정주의의 파생원칙인 유추 해석금지와 명확성 원칙 등을 종합적으로 고려하면 '다수 공동하여'를 '단독범'이 다수인 경우로 확대하여 해석할 수는 없다고 할 것이고, '진정'의 시기가 예비·음모 후 기수 전에 한정되어야 하는 것은 아니나 장래의 발생할 범행을 예측하여 범행을 진정 시킬 의무를 부여하거나 이미 범행이 종료한 경우에 재범을 막을 의무를 부여한 것으로까지 해석할 수는 없는 것이다.

같은 취지의 이 부분 원심판결은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 검찰관이 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 보이지는 않는다.

따라서, 이 부분 검찰관의 주장은 이유 없다.

나. 직무유기의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

1) 피고인의 주장

직무유기는 직무의 의식적 포기 등의 경우에 성립하는 범죄로서 직무를 소홀히 하는 등 충근의무 위반의 경우까지 직무유기에 포함되는 것은 아니므로, 피고인 5가 피해자가 다리를 절거나 폭행을 당했다는 사실을 알고 이에 대한 적절한 조치를 취하지 않은 사실과 피해자의 실신사실을 보고 받고 지휘관에게 보고하지 않았다는 사실만으로는 직무유기죄를 인정할 수 없음에도 불구하고 원심이 직무유기의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 직무유기죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.

2) 법리

직무유기죄는 구체적으로 그 직무를 수행하여야 할 작위의무가 있는데도 불구하고 이러한 직무를 저버린다는 인식하에 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 성립하는 것으로 법령·내규 등에 의한 추상적 충근의무를 태만히 하는 일체의 경우에 성립 하는 것이 아니다.

따라서 직무를 유기한 때라 함은 공무원이 직장의 무단이탈, 직무의 의식적인 포기 등과 같이 그것이 국가의 기능을 저해하며 국민에게 피해를 야기시킬 구체적 위험성이 있고 불법과 책임비난의 정도가 높은 법익침해의 경우에 한하여 성립한다(대법원 2010. 1. 14. 선고 2009도9963 판결 등 참조).

또한, 직무유기죄에서 말하는 직무란 공무원이 그 지위에 따라 맡은 바 본래의 직무를 말하는 것이고 공무원이란 신분관계로 부수적, 파생적으로 발생하는 고발의무 같은 것은 포함되지 않는 것이고(서울고등법원 1962. 5. 2. 선고 62도 41 판결 등 참조), 직무유기죄가 성립하려면 그 직무의 내용이 성문된 법령상의 근거가 있거나 적어도 군대내의 특단의 지시 또는 명령이 있어 그것이 고유의 직무 내용을 이루고 있어야 한다(대법원 1976. 10. 12. 선고 75도1895 판결 등 참조).

3) 당심의 판단

살피건대, 원심과 당심이 적법하게 채택하고 조사한 증거들과 당심에서의 피고인들의 진술 등을 종합하면,

- ① 병영생활규정(육군규정 120)에 의하면 상관은 병사들의 일상생활의 관찰과 개인면담을 통하여 부하의 신상을 철저히 파악하고 개인적인 애로사항을 조기에 해결하도록 노력하여야 하고, 결함사항을 발견할 경우 직접 시정하거나 지휘계통에 따라 보고할 의무가 있는 점(소송기록 2532쪽), ② 그럼에도 불구하고 오히려 폭행을 당하고 있는 피해

자에게 '피해자를 때리고 싶은데 공알만 해서 못 때리겠다.

때리는 것은 신경안 쓴다.

맞으면서 키워야 한다'(소송기록 362쪽), '1개월 후에도 안 되면 때려서라도 가르치고, 안 되면 다른 조치를 취하자'(증거기록 933쪽), '군대에서는 선후임간 구타는 있을 수 있다.

참견하지 않겠다.

안되면 때려서라도 고쳐라'(소송기록 1031쪽, 2675쪽, 2685쪽, 증거기록 922쪽)라고 말하고, 폭행을 당했던 피해자에게 '혼냈던 선임에게 가서 사과하면서 더 싹싹하게 굴어봐라'라고 말한 점(소송기록 2678쪽), ③ 3월 초순부터 피해자의 바지를 벗어보라고 한 후 부어 있는 피해자의 허벅지를 확인하였음에도(소송기록 2529쪽, 2679쪽) 3. 28. 면담기록 작성시 피해자에게 발생한 상해사실은 기재하지 아니하고 이전에 있었던 눈의 이상여부만을 기재한 점(소송기록 1353쪽, 2691쪽, 증거기록 923쪽), ④ 피고인 5 역시 피고인 1을 감싸준다기 보다는 이것이 터지면 큰일 난다는 생각으로 보고를 하지 않은 것이라고 스스로 인정하고 있고, 스스로 좋게 끝낼 수 있을 것이라고 안심하게 생각한 점(증거기록 817쪽), ⑤ 피고인 5는 피고인 6에게 '내가 직접 피고인 1을 시켜서 폭행을 하게끔 했다.

라고 말한 점(소송기록 2706쪽), ⑥ 피고인 5는 피고인 3이 피해자를 폭행하는 것을 옆에서 보면서도 제지하지 않은 점(소송기록 2530쪽), ⑦ 의무대 안에서 피해자를 혼내려는 분위기가 있으면 의무대의 수송병이나 입실환자들을 밖으로 데리고 나갔던 점(소송기록 362쪽, 931쪽), ⑧ 피고인 5 스스로도 피해자의 뺨을 때리는 등 폭행에 가담한 점(소송기록 931쪽), ⑨ 4. 4. 저녁점호와 4. 5. 아침점호를 할 때 피고인 5가 의무반 생활관에서 있다는 이유로 의무반 전원이 점호를 받지 않은 점(소송기록 2347쪽), ⑩ 3. 17.경 피고인 5는 피고인 1이 무릎으로 피해자를 다수 폭행하여 피해자가 다리를 절고 다리가 부어 있다는 사실을 보고 받았음에도 불구하고 단순히 피해자에게 파스를 발라주라고 지시한 것에 그친 점(소송기록 1408쪽, 1415쪽), ⑪ 3. 29. 부대개방행사와 관련하여 피고인 3과 피해자로부터 피해자가 면회를 하고 싶다는 말을 들었음에도 피해자가 폭행당한 사실이 발각될 것이 두려워 피해자에게 '다리가 나은 후에 면회를 하는 것이 어떠냐'고 권유하여 결국 피해자가 부모를 면회하지 못하도록 한 점, ⑫ 또한 피해자에 대한 폭행과 피해자를 재우지 않은 사실 등을 보고 받아 알고 있었으므로 피해자의 몸 상태를 주기적으로 확인하였다면 피해자의 사망을 막을 수 있는 지위에 있었음에도 이를 방관하고 묵인한 점, ⑬ 피고인 4는 피해자가 쓰러진 후 다른 사람들이 앰불런스 타고 나간 후에 의무대에 혼자 대기하고 있으면서 처음으로 피고인 5에게 전화해서 피해자가 맞아서 쓰러졌다고 보고하였다고 진술하고 있는 점(소송기록 1415쪽) 등을 인정할 수 있고 위 인정된 사정 등을 종합하면,

피고인 5는 의무부서관으로서 의무반을 책임지는 간부였으며, 의무반원들을 면담하여 면담기록을 제출하는 등 의무반 병력 관리의 책임이 있는 부서관임을 인정할 수 있고, 위의 인정사실만으로도 피고인 5는 피해자에 대한 폭행이 다수 발생하였고 그 피해로 인하여 피해자의 허벅지가 붓고 피해자가 제대로 걷지 못하고 있다는 사실을 알고 있음에도 폭행을 제지하기는커녕 오히려 폭행을 방관하거나 폭행을 용인하는 등의 말을 하여 피고인들의 폭행을 조장한 측면을 인정할 수 있고, 더 나아가 피해자를 직접 폭행한 점 등에 비추어 보면 피고인 5는 단순히 업무를 소홀히 하는 범위를 넘어 의무반을 책임지는 자신의 임무를 명시적으로 포기한 것으로 판단된다.

또한 피고인 5는 피고인 4로부터 피해자가 맞아서 쓰러졌다는 것을 보고 받지 못했다고 주장하고 있으나, 피고인 4는 범행사실 자체는 모두 인정하고 있고 피고인 4 스스로에게 불리한 사실 또한 구체적으로 진술하고 있는데, 피고인 4가 피고인 5에 대하여만 허위의 사실을 말하는 등 불리하게 진술할 이유 등을 발견하기 어려운 점과 이 부분 피고

인 5의 진술은 다소 번복되어 일관되지 않은 점을 종합적하여 고려하면 피고인 4의 진술은 신빙성이 있고 이를 근거로 이 부분 직무유기의 점을 판단하여 본다면 이 부분 역시 피고인 5는 명시적으로 직무를 포기한 것으로 판단된다.

같은 취지의 이 부분 원심판결은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 피고인 5가 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 보이지는 않는다.

따라서, 이 부분 피고인 5의 주장은 이유 없다.

다.

흥기휴대 폭행의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

1) 피고인 5의 주장

방탄헬멧을 씌운 상태에서 전기스탠드로 폭행하였으므로 사회통념에 비추어 방탄헬멧이 '위험한 물건'에 해당하지 아니함에도 불구하고 원심이 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.

2) 당심의 판단

어떤 물건이 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항에서 정한 '위험한 물건'에 해당하는지 여부는 구체적인 사안에서 사회통념에 비추어 그 물건을 사용하면 상대방이나 제3자가 생명 또는 신체에 위험을 느낄 수 있는지 여부에 따라 판단하여야 한다(대법원 2010. 11. 11. 선고 2010도10256 판결 등 참조).

살피건대, 원심과 당심이 적법하게 채택하고 조사한 증거 등을 종합하면, 피고인 5가 피해자가 너무 답답하고 말도 안 듣고 반항하는 것 같다며 피해자에게 방탄헬멧을 쓰게 한 후 탁상용 스탠드로 피해자를 폭행하여 플라스틱과 유리 파편이 날아갈 정도로 깨진 점(증거기록 130쪽)을 인정할 수 있고, 피해자가 방탄헬멧을 쓰는 등 보호장구를 착용하였다고 하더라도 머리 뒷부분에만 보호장구가 착용된 것이고 유리파편이나 플라스틱 파편이 날아가는 등으로 피해자나 주변의 제3자가 다칠 수 있었던 상황이므로 신체의 위험은 여전히 존재한다고 할 것이므로 피해자에 대한 폭행의 도구로 사용된 전기스탠드는 위험한 물건으로 판단된다.

같은 취지의 이 부분 원심판결은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 피고인 5가 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 보이지는 않는다.

따라서 이 부분 피고인 5의 주장은 이유 없다.

라. 양형부당에 대한 판단

장병은 지휘체계를 믿고 군에서 복무하고 있는 것이다.

행군을 할 때에도 혹한에 매복을 할 때도 지휘체계가 자신을 보호해줄 것이라고 믿고, 심지어 자신의 생명을 잃을 수밖에 없는 명령에 임하여도 더 큰 국익을 위한 명령임을 믿고 상관의 명령에 복종하고 고통을 인내하는 것이다.

그러나 피고인 5는 피해자를 면담하는 등의 책임이 있을 뿐만 아니라 의무반 전체에 대해 책임이 있는 간부로서 폭행 및 가혹행위를 막아야 할 지위에 있음에도 불구하고 오히려 폭행으로 상해를 입은 피해자를 질책하거나 폭행을 용인하여 의무반에 폭행이 더욱 만연하는 환경의 단초를 제공하게 되었다.

이러한 환경 속에서 피해자는 점점 더 쇠약해져 갔으며 어느 곳 하나 의지할 곳이 없는 고립무원의 위치에 있게 되었다.

이러한 점을 고려하면 피고인 5는 엄히 처벌하여야 마땅할 것이다.

다만 피고인 5의 폭행으로 상해의 결과가 발생한 것으로 보기는 어려운 점, 직무유기죄의 법정형이 1년 이하의 징역형인 점, 피해자의 유족을 위하여 일정 금액(2000만원)을 공탁한 점, 처벌전력이 없는 점, 반성하고 있는 점 그 밖에 피고인 5의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기 및 경위, 범행의 수단 및 결과, 범행 후의 정황 등 기록에 나타난 모든 양형조건을 고려하여 보면, 이 부분 피고인 5의 이 부분주장은 이유 있다.

7. 피고인 6에 대한 양형부당에 대한 판단

피고인 6이 피해자를 폭행한 점은 인정되나, 피고인 1이 피고인 6을 폭행하면서 피해자를 때리도록 지시한 점 등 그 경위에 있어 참작할 점이 있는 점, 피고인 6 또한 피해자가 전입오기 전까지 피고인 1로부터 폭행과 얼굴에 물뿌림을 당하고, 치약 한 통을 먹는 등 피해자였던 점, 소극적이거나 의무반 부조리에 저항하였던 점, 피해자의 유족이 피고인 6에 대하여 선처를 바라는 점 그 밖에 피고인 6의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기 및 경위, 범행의 수단 및 결과, 범행후의 정황 등 기록에 나타난 모든 양형조건을 고려하여 보면, 이 부분 피고인 6의 주장은 이유 있다.

8.결론

그렇다면 원심판결에는 위에서 본 직권파기사유가 있으므로, 군사법원법 제428조, 제431조에 의하여 원심판결을 파기하고, 이 사건 제반기록에 의하여 본 군사법원이 재판하기에 충분하다고 인정되므로 같은 법 제435조에 의하여 변론을 거쳐 본 군사법원이 직접 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들의 항소이유의 요지

1) 사실오인 및 법리오해

가)피고인 1

- (1) 피해자의 성기에 안티프라민을 바르게 한 사실은 있으나, 피해자가 성기를 노출 시키지 않은 상태에서 발랐고, 당시 추행의 고의가 없었으므로 원심이 군인등강제추행의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 군인등강제추행죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.
- (2) 피해자 공소외 1에 대하여 해악을 고지한 사실이 없고, 협박에 대한 고의가 없으므로 원심이 협박죄에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 협박죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.

나) 피고인 5

- (1) 직무유기는 직무의 의식적 포기 등의 경우에 성립하는 범죄로서 직무를 소홀히 하는 등 충근의무 위반의 경우까지 직무유기에 포함되는 것은 아니므로, 피고인 5가 피해자가 다리를 절거나 폭행을 당했다는 사실을 알고 이에 대한 적절한 조치를 취하지 않은 사실과 피해자의 실신사실을 보고 받고 지휘관에게 보고하지 않았다는 사실만으로는 직무유기죄를 인정할 수 없음에도 불구하고 원심이 직무유기의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 직무유기죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.
- (2) 방탄헬멧을 씌운 상태에서 전기스탠드로 폭행하였으므로 사회통념에 비추어 방탄헬멧이 '위험한 물건'에 해당하지 아니함에도 불구하고 원심이 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.

2) 양형부당

원심의 형량이 피고인들의 정상에 비추어 너무 무거워 부당하다.

나. 검찰관의 항소이유의 요지

1) 사실오인 및 법리오해

가) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4(이하 '피고인들'이라 한다.

)에게는 이 사건 범행 당시 살인에 관한 미필적 고의가 있었음이 충분히 인정됨에도 불구하고 피고인들에게 살인에 관한 고의가 있었다고 볼 수 없다는 이유로 살인에 관하여는 무죄로 판단한 원심판결에는, 미필적 고의에 관한 법리를 오해하거나 채증법칙을 위반한 나머지 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나) 부하범죄부진정죄에서 '공동'의 의미는 다수인의 공동가공이 요구되는 경우에만 한정되는 것이 아니고, 진정의 대상범죄가 계속범에 한정되지 않음에도 불구하고 이 부분에 대하여 무죄를 선고한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

2) 양형부당

피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5에 대한 원심의 형량이 너무 가벼워 부당하다.

2. 직권판단

가. 피고인 1과 피고인 2에 대한 공소장 변경에 대한 직권판단

피고인 1과 피고인 2에 대한 피고인 1과 피고인 2 및 검찰관의 항소이유에 관하여 판단하기에 앞서 직권으로 살핀다.

검찰관은 당심에 이르러, 피고인 1에 대하여는 죄명에 '특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)'을 추가하고, 적용법조에 '특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의9 제2항, 제1항 제2문, 형법 제283조 제1항'을 추가하고, 공소사실 중 2. 다.

2)항의 "피해자가 이 사실을 알리면 자신의 범죄사실이 드러날 것을 우려하여 2014. 4. 6. 20:30경 위 소속대 의무반 생활관에서 피해자에게 "공소외 1은 자고 있었던 거예요."라고 하여 피고인의 범행사실을 목격한 바 없다는 취지로 말하도록 협박하였다.

"를 "피해자가 이 사실을 알리면 자신 또는 공범들의 범죄사실이 드러날 것을 우려하여 피해자가 수사기관 등에서 진술하지 못하게 할 목적으로 2014. 4. 6. 20:30경 위 소속대 의무반 생활관에서 피해자에게 "공소외 1은 자고 있었던 거예요."라고 하여 피고인의 범행사실을 목격한 바 없다는 취지로 말하도록 협박하였다.

"로, 피고인 2에 대하여 죄명을 '폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)'을 '폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등 협박)'으로, 적용법조를 '폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제6조, 제3조 제1항, 제2조 제1항 제1호, 제2조 제2항'을 '폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항, 제2조 제1항 제1호, 제2조 제2항, 형법 제283조 제1항, 제260조 제1항'으로 변경하고, 공소사실 중 8. 다.

항의 "피해자의 복부를 4회 걷어 찬 후, 위험한 물건인 역기(5kg)를 들어 피해자를 내리치려고 하였으나 옆에 있던 피고인 6이 달려 미수에 그쳤다"를 "피해자의 복부를 4회 걷어 찬 후, 오른손으로 위험한 물건인 역기(5kg)를 잡아 머리 높이로 들어 올린 후 피해자를 내리치려는 시늉을 하여 피해자에게 겁을 주었다.

이로써 피고인은 피해자를 폭행하고, 위험한 물건을 사용하여 피해자를 협박하였다"로 각 변경하는 공소장변경허가신청을 하였고, 당심이 이를 허가 하였다.

이상과 같이 공소장변경이 허가됨으로써 피고인 1과 피고인 2에 대한 원심판결은 그 심판대상이 변경되었고, 피고인 1과 피고인 2에 대한 이 사건 각 범행은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 원심판결에서 이에 대하여 단일한 형이 선고되었으므로, 원심판결은 더 이상 유지할 수 없게 되었다.

나. 피고인 1에 대한 신상정보등록 및 공개·고지 명령에 대한 직권판단

피고인 1과 피고인 1에 대한 검찰관의 항소이유에 관하여 판단하기에 앞서 직권으로 살핀다.

군형법의 강제추행죄는 형법의 강제추행죄에 대하여 가중처벌하는 죄로서 성폭력의 처벌 등에 관한 특례법(이하 '성폭력특례법'이라고 한다) 제2조 제2항 소정의 "성폭력범죄"에 해당한다(대법원 2014. 12. 24. 선고 2014도2585 판결 참조). 한편 성폭력특례법 제42조 제1항에 규정된 '등록대상 성폭력범죄'를 범한 자는 같은 법 제47조 및 제49조에 따라 공개·고지명령의 대상이 된다.

위와 같은 법리에 비추어 이 사건을 살피건대, 이 사건 군인등강제추행의 범행은 같은 법 제47조 및 제49조 소정의 공개명령 및 고지명령의 대상이 되는 같은 법 제42조 제1항에 규정된 '등록대상 성폭력범죄'에 해당하므로, 신상정보의 공개명령 및 고지명령의 대상이 된다고 할 것이다.

그럼에도 원심은 이 사건 군인등강제추행의 점을 유죄로 인정하면서 피고인에 대한 신상정보의 공개·고지명령에 대한 판단을 누락하는 잘못을 저질렀다.

또한 성폭력특례법 등에 의한 공개명령, 고지명령은 대상 성폭력범죄 사건의 판결과 동시에 선고하는 부수처분이므로, 그 공개명령, 고지명령에 관한 판단에 잘못이 있는 경우 나머지 성폭력범죄 사건 부분에 잘못이 없더라도 그 부분까지 전부 파기하여야 한다(대법원 2014. 3. 27. 선고 2013도13095 판결 참조).

한편 위와 같은 직권파기사유가 있기는 하나, 피고인 1과 피고인 1에 대한 검찰관의 사실오인 및 법리오해 주장과 각 양형부당 주장은 여전히 이 군사법원의 판단대상이 되는 것이므로 이에 대하여 살펴보기로 한다.

3. 살인의 고의의 존재에 대한 사실오인 및 법리오해 항소이유에 대한 판단

가. 원심의 판단

피고인들은 수사단계에서부터 일관되게 살인의 고의는 없었다고 부인하여 온 점, 피고인들은 2014. 3. 초부터 사소한 이유를 들어서 피해자를 폭행해 왔는데 이 사건 범행 당일의 경우에도 종전의 경우와 크게 다르지 않아서 갑자기 살인의 동기가 생겼다고 볼 만한 정황이 없는 점, 범행 당시 흉기나 위험한 물건을 사용하여 폭행하지 않은 점, 부검 결과에 대한 감정서 및 감정촉탁의뢰회보서에 의하면 범행 당일 피고인들의 폭행이 피해자의 사망 원인이 되긴 하였으나 신체의 중요한 부분의 직접적인 손상이 사망의 원인이 아니었으며, 흉복부, 등부위, 대퇴부위에 발견되는 좌상(피하출혈)은 그 이전에 한달여 동안 지속된 폭행의 가격부위와 일치하여 16:07경부터 시작된 폭행만이 과다출혈에 의한 속발성 쇼크 및 좌멸증후군의 원인이 되었다고 보기 어려운 점, 부검의 공소외 2가 작성한 감정서 및 공소외 2의 진술에 의하면 부검의도 폭행행위가 기도폐색을 유발한 요인으로 작용하여 피해자가 사망한 가능성을 인정하고 있는 점, 광범위한 좌상(피하출혈)은 흔히 멍든 곳을 지칭하는 것으로 의료지식이 없는 일반인의 입장에서 판단하건대 흔히 생각하는 뇌나 장기 같은 주요 부분을 심하게 충격한 것이 아니었고, 흉복부, 등부위, 대퇴부위의 멍든 곳을 반복하여 가격하는 것만으로 속발성 쇼크가 발생하여 사망할 것이라고 예견할 수 없는 점, 피고인들은 피해자가 쓰러지고 정신을 잃자 그 즉시 심폐소생술 등 응급조치를 하면서 ◎◎의료원으로 후송한 점 등을 종합하면, 피고인들은 자신들의 행위로 피해자가 상당한 정도의 상해를 입을 수 있음을 인식 하였다고 인정되지만, 더 나아가 피해자를 살해하려는 확정적 또는 미필적 고의가 있었음을 합리적인 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기

어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판단한 후 이 부분 공소사실에 대해 무죄로 판단하였다.

나. 법리

- 1) 살인죄에서 살인의 범의는 반드시 살해의 목적이나 계획적인 살해의 의도가 있어야 인정되는 것은 아니고, 자기의 행위로 인하여 타인의 사망이라는 결과를 발생시킬만한 가능성 또는 위험이 있음을 인식하거나 예견하면 족한 것이며 그 인식이나 예견은 확정적인 것은 물론 불확정적인 것이라도 이른바 미필적 고의로 인정되는 것인바, 피고인이 범행 당시 살인의 범의가 없었고 단지 상해 또는 폭행의 범의만 있었을 뿐이라고 다투는 경우에 피고인에게 범행 당시 살인의 범의가 있었는지 여부는 피고인이 범행에 이르게 된 경위, 범행의 동기, 준비된 흉기의 유무·종류·용법, 공격의 부위와 반복성, 사망의 결과발생가능성 정도 등 범행 전후의 객관적인 사정을 종합하여 판단할 수밖에 없다(대법원 2006. 4. 14. 선고 2006도734 판결 등 참조).
- 2) 형사재판에서 범죄사실의 인정은 재판관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하므로, 검찰관의 증명이 위와 같은 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이르지 못한 경우에는 비록 피고인의 주장이나 변명이 모순되거나 석연치 않은 면이 있는 등 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다(대법원 2012. 6. 28. 선고 2012도231 판결 등 참조). 다만, 여기서 말하는 합리적 의심이라 함은 모든 의문, 불신을 포함하는 것이 아니라 논리와 경험칙에 기하여 요증사실과 양립할 수 없는 사실의 개연성에 대한 합리성 있는 의문을 의미하는 것으로서, 피고인에게 유리한 정황을 사실인정과 관련하여 파악한 이성적 추론에 그 근거를 두어야 하는 것이므로 단순히 관념적인 의심이나 추상적인 가능성에 기초한 의심은 합리적 의심에 포함된다고 할 수 없다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2004도362 판결 등 참조).

다.

당심의 판단

1) 사망의 원인

가) 국립과학수사연구원에서 작성된 감정축탁의뢰 회보

국립과학수사연구원에서 작성된 감정축탁의뢰 회보에 의하면 ① 연부조직의 좌상(피하출혈)이 표재성이라 하더라도 다발성으로 광범위하게 발생하면 순환혈액량은 사망에 이를 정도로 충분히 감소할 수 있고(소송기록 1323쪽), ② 감정축탁 의뢰된 자료를 검토할 때 흉복부, 등부위, 대퇴부위 등 인체 곳곳에서 다수의 외력이 작용하여 발생한 것으로 보이는 광범위한 좌상(피하출혈)이 보이는 바, 이런 외상은 비교적 강한 둔력(구타 등)이 인체에 반복적으로 작용하였다고 보는 데에 무리가 없고(소송기록 1324쪽), ③ 제출된 자료만으로 사인을 속발성 쇼크로 단정하기는 어려우나 피해자의 각 좌상의 범위 및 깊이를 고려할 때 비록 정확한 출혈량을 측정하기는 어려우나 속발성 쇼크가 발생하였을 가능성은 충분하고(소송기록 1324쪽), ④ 피해자의 상황은 육체적 및 정신적으로 허탈을 초래할 수도 있는 상태로 판단되고, 이러한 가혹행위가 지속적으로 피해자에게 가해진 상태에서는 사소한 충격이나 자극으로도 사망과 같은 결과를 초래할 수 있을 것으로 보이며(소송기록 1324쪽), ⑤ 사망원인으로는 광범위한 다발성 좌상에 의한 속발성 쇼크의 가능성을 우선적으로 고려할 수 있으나 오랜 기간의 육체적 및 정신적 가혹행위에 기인한 허탈 혹은 쇼크 상태에서 초래된 위 내용물의 역류 및 흡인이 복합적인 사망원인으로 작용하였을 가능성이 상존하고 있다고 판단하였다(소송기록 1325쪽).

나) 법의관 공소외 2 진술

법의원 증인 공소외 2는 원심과 당심 법정에 출석하여 ① 원심판결문에 인용된 '영양 상태가 양호한 남성시임'이라는 것은 별 의미가 없으며 부검시 하나의 정형화된 기재 방법으로 감정서를 시작할 때 관례적으로 쓰는 용어의 형태일 뿐이고(소송기록 2231쪽), ② 부검 감정서 작성 당시 양측 폐 및 심장 표면의 손상에 대해서 심폐소생술에 의한 것으로 추정된다고 기재했고, 양측 앞쪽 갈비뼈 부분의 대칭적 골절 등도 심폐소생술에 의하여 발생한 것으로 추정되었다.

한편으로는 폭행에 의해서 골절되었을 가능성도 있다고 당시에 명확히 이야기를 했으며(소송기록 2232쪽), ③ 당심에서 12번 갈비뼈 부분은 갈비뼈가 골절되면서 복막경 및 비장이 파열된 것으로 추정되고 이는 물리적 충격에 의해 생긴 것으로 판단되며 심폐소생술로 발생할 수 있는 골절이 아니라고 진술하였고(소송기록 2232쪽), ④ '민간병원 의사에 의하면 최초 사망자 기도에 음식물이 차 있었고, 기도폐쇄에 의한 뇌손상으로 사망했다는 소견인 점'은 민간 병원 의사로부터 직접 들은 것이 아니라 헌병수사관으로부터 전해 들었던 점(소송기록 2234, 2235쪽), ⑤ 질식 추정이 다른 사인을 배제하는 것은 아니며(소송기록 2241쪽), ⑥ 암적색 유동심장혈은 산소공급이 되지 않았기 때문에 되었을 것이라고 보고 있지만, 산소 공급이라는 것 자체가 질식에서만 나타나는 것이 아니라 전반적으로 나타나는 것이어서, 암적색 유동혈이 보인다고 해서 질식사라고 볼 수는 없고(소송기록 419쪽), ⑦ 부검에서는 출혈량을 정확히 잴 수 있는 방법이 없으므로 신체장기의 창백함을 기준으로 판단을 하였는데 부검당시 장기의 전반적인 창백함은 없었다.

그렇지만 그렇다고 하더라도 속발성쇼크를 배제할 수는 없었기 때문에 질식으로 '추정'을 하였으며(소송기록 2240쪽) ⑧ 사체만을 가지고 사인을 명확히 판정하기는 어렵고(소송기록 2238쪽), ⑨ 부검 당시에는 피해자에 대한 정보를 전부 알지 못한 상태였고, ⑩ 이미 만성적으로 심한 가혹행위가 있는 상황이었던 것 등 지금까지의 밝혀진 것을 모두 고려한 후 다시 판단하여 본다면 속발성 쇼크가 복합되었을 가능성이 있다(소송기록 2237쪽). 예를들면 속발성 쇼크로 인해서 의식이 점점 꺼지다가 기력이 쇠하면서 의식이 혼미해졌고 그 사이에 음식물이 역류하면서 기도가 폐쇄되었고 이런 식으로 복합적으로 발생할 가능성도 배제할 수 없는 것이다(소송기록 2251, 2263쪽)라고 진술하였다.

다) 인과관계는 피고인의 행위가 피해자의 사망이라는 결과를 발생케 한 유일한 원인이거나 직접적인 원인이 되어야 하는 것은 아니며, 피해자가 제3자의 과실 등이 경합하여 결과가 발생한 경우에도 이를 인정할 수 있고, 사망의 원인에 대한 인과관계 또한 중첩적 원인으로 발생할 수 있는 것이다.

라) 위 가)항의 국립과학수사연구원에서 작성의 감정축탁의뢰 회보와 나)항의 법의원 공소외 2 진술을 종합하고 아래의 각 항의 사실 등을 종합하여 보면, 피고인들의 폭행으로 피해자에게 광범위한 피하출혈 등이 발생한 결과 속발성 쇼크가 발생하였고 이것이 직접적인 원인이 되어 사망에 이르렀거나 속발성 쇼크가 간접적 내지 중첩적인 원인이 되어 사망하게 되었다는 사실은 넉넉히 인정된다 할 것이다.

① 2014. 3. 7. 어간 피해자의 허벅지에 멍이 들어 있었으며, ② 2014. 3. 30. 가슴부위의 거의 전체가 멍이 들었고 무릎은 완전히 구부리지 못하는 상태였던 점(소송기록 2711쪽), ③ 2014. 4. 4. 피고인 3이 휴가에서 복귀하여 피해자를 보았는데 눈이 쾅하고 얼굴 쪽에는 전부 멍이 들었고 머리 뒤쪽과 목 쪽에 상처가 너무 많은 등 전신에는 상처투성이여서 누구라도 알 수 있는 상태였던 점(소송기록 1060쪽, 2325쪽), ④ 2014. 4. 4. 이후에는 항상 얼굴이 창백하고 입술이 말라있었던 점(증거기록 886쪽), ⑤ 피해자가 킁킁 거리거나 음식을 뱉으려는 모습은 없었던 점(소송기록 893쪽), ⑥ 피고인 3은 2014. 4. 6. 피해자의 목 밑부터 가슴 명치까지 멍이 시퍼렇게 들어 있어서 충격적이었다고

진술하고 있는 점(소송기록 2304쪽), ⑦ 피고인들 모두 멍든 것은 아예 신경 쓰지 않고 때렸던 점(증거기록 132쪽), ⑧ 공소외 1은 피해자가 가혹행위를 지속적으로 당해서 무릎, 허벅지, 팔 부분에 계속 멍이 들었다고 진술하고 있는 점(소송기록 892쪽), ⑨ 피해자의 옆구리가 부어올라 있었고 멍이 들어 있었던 점, ⑩ 부검의 역시 추락사 이외에는 피해자만큼 멍든 사람을 본 적이 없다고 진술하고 있는 점(소송 기록 414쪽), ⑪ 우측 흉강에 200ml 혈흉이 관찰되고, 좌측 흉강에 혈흉을 제거한 흔적과 비장 파열로 인한 복강혈이 관찰되는 점(소송기록 2247쪽), ⑫ 피고인 3은 2014. 4. 6. 16:30경 정신을 잃고 쓰러진 피해자에게 두 모금 정도의 물을 먹였으며 이 때 피해자의 목으로 물이 넘어가는 것을 보았고 음식물을 본 적이 없었다고 진술하였고, 피고인 2 역시 기도확보기를 피해자의 입안에 넣을 때 음식물을 본 적이 없다고 진술한 점 등을 종합하면 피해자는 2014. 3. 7. 이후 신체가 스스로 회복할 수 있는 시간을 가지지 못한 채 지속적으로 폭행 및 가혹행위를 당하여 피하출혈 등이 누적되었다고 판단되고 병원으로 후송된 2014. 4. 6. 당시에는 피하출혈 등이 극도로 누적되어 피해자는 속발성 쇼크의 상태에 이르렀다고 판단된다.

2) 살인의 범의

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합해 보면, 피고인들은 범행 당시 자신들의 계속된 무차별적인 폭행으로 피해자가 사망이라는 결과에 이를만한 가능성 또는 위험이 있음을 인식하거나 예견하면서도 위와 같은 행위로 나가간 것으로 봄이 타당하므로, 피고인들이 피해자의 사망을 의욕하거나 계획한 것은 아니어서 살인의 확정적 고의가 인정되지 않는다고 하더라도 미필적 고의는 있었다고 보아야 한다.

그런데도 원심은 그 판시와 같은 사정들을 들어 피고인들에게 확정적 또는 미필적 고의가 있었다고 인정하기 어렵다고 판단하였으니, 원심판결에는 사실을 오인하거나 살인죄에 있어서의 고의에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

따라서 이 점을 지적하는 검찰관의 주장은 이유 있다.

가) 피해자에 대한 폭행과 상해의 누적

- ① 피고인들은 3월 초순부터 피해자를 특별한 이유 없이 폭행하여 왔고, 피고인들의 폭행으로 인하여 3. 15.부터 4. 6.까지 약 20일간 피해자는 다리를 절룩거리고 다닌 점, ② 피고인 1은 4. 5. 저녁 점호 이후 피해자가 피고인 1이 말한 것 중에 '피고인 1의 아버지가 조폭이었다는 사실이 가장 감명 깊었다'는 말을 들은 후 폭행의 범위와 강도는 급격히 강해졌고 피고인 1 이외의 피고인들은 피해자의 피해상태를 인식하면서도 폭행에 지속적으로 가담하여 왔던 점, ③ 특히 피고인 1은 4. 6. 00:00경 피해자 런닝셔츠의 목살부위를 잡고 흔들어 런닝셔츠를 찢고, 30분 후 피해자가 갈아입은 런닝셔츠를 다시 잡아 찢는 등에 비추어 보면 당시 피고인 1의 폭행의지와 강도를 미루어 짐작할 수 있는 점, ④ 피고인들은 피해자로 하여금 종교행사에 가지 못하게 하고, 면회를 하지 않도록 하였으며 심지어는 식사도 제대로 할 수 없도록 하여 피해자를 의무반 이외의 사람들과 접촉할 수 있는 기회를 박탈하였고, 선임병인 지위를 이용하여 피해자로 하여금 어떠한 반항도 하지 못하게 한 후 무방비 상태의 피해자를 지속적으로 강하게 폭행하였고, 폭행할 때에는 일부 피고인들이 망을 보거나 폭행을 하다가 힘이 들면 다른 피고인들이 돌아가며 폭행하는 등 상호 역할분담을 하면서 강하게 폭행하였던 점, ⑤ 의무반원인 피고인들은 직접 폭행에 가담하거나 다른 피고인들이 폭행하는 것을 보았거나 알고 있었고, 폭행 후 피해자를 직접 치료하기도 하는 등 피해자가 당한 누적된 폭행의 정도나 상해의 정도를 비교적 정확히 알고 있었던 점, ⑥ 4. 1.부터 4. 3.까지 22:00경부터 03:00경까지 기마자세와 앉았다 일어서기, 침상에 앉아 있게 하는 등의 가혹행위와 폭행을 하면서 피해자가 잠을 자지 못하게 하고, 4. 4.부

터는 하루에 3시간 정도밖에 피해자에게 수면시간을 주지 않고 4. 5에는 잠을 거의 재우지 않았으며, 4. 5.부터 4. 6.사이에는 식당에 보내지 않아 피해자는 라면 한 끼의 식사밖에 하지 못한 점(소송기록 987-988쪽), ⑦ 피고인 6은 3.말경 '힘껏 펍펍 소리가 날 정도로 때렸고, 점점 기력이 나빠지는 모습을 보면서 저렇게 맞다가 실신하는 등으로 버티지 못하겠구나'라는 생각이 들었고, 피고인 2도 '저렇게 맞다가 실신하는 등으로 못버티겠구나', '피해자가 오줌을 싸고 웅양웅알 거릴 때 사태가 더 심각해졌다고 느꼈으며 더 폭행을 한다면 생명에 지장이 있을 수 있겠구나'라고 진술하였고, 공소외 1도 '머리, 복부, 가슴을 계속해서 맞아서 언제 쓰러져도 이상하지 않을 정도였다. '라고 진술하였고, 공소외 19도 '피해자가 숨도 올바르게 쉬지 못하여 매우 격앙되어 있고, 정신없어 보였다'고 진술하고 있는 점 등을 고려해보면, 당시 피해자의 건강상태는 제3자 보더라도 매우 심각하였음을 인정할 수 있는 점, ⑧ 피고인들은 4. 6. 오전 피해자의 온 몸에 멍이 들어 있음을 확인한 후 피해자의 상태가 의무반에서 치료할 수 있는 범위를 넘어설 정도로 피해자의 상태가 위중하다는 사실을 인식하고 있었고(증거기록 1489쪽), 피고인 3도 당시 피해자의 상태가 충격적이었다고 진술하고 있는 점(소송기록 2304쪽), ⑨ 그럼에도 불구하고 피고인들은 범행이 발각될 것을 염려하여 별도의 진료 없이 피해자에게 수액을 주고 안티프라민을 발라주는 것으로 조치하였고 이후 폭행의 과정을 보아도 피해자의 피해상태 등을 고려하지 않고 폭행한 것으로 보이는 점(증거기록 132쪽), ⑩ 4. 6. 아침 점호 직후 피해자가 밤에 잠을 잤다는 이유로 피고인 1이 25회 정도 폭행하다가 손과 무릎이 아프다며 피고인 4에게 폭행할 것을 지시하였고 피고인 4는 피해자를 옆드려뻗쳐 자세를 시켜 무방비 상태로 만든 다음 피해자의 옆구리 부위를 20-30회 강하게 폭행하였고, 폭행하던 피고인 4가 다리가 아프다고 하자 피고인 3이 이어서 옆드려뻗쳐 있는 피해자를 계속해서 폭행하였던 점에 비추어 보면 당시 피고인들은 누구보다도 피해자의 상태를 비교적 정확히 인식하였다고 판단되는 점(소송기록 983쪽, 1038쪽, 2343쪽, 2501쪽, 증거기록 1487쪽), ⑪ 피고인 2는 4. 6. 오전에 피해자 가슴 부분에 손을 대었고 숨을 내쉴 때 뭔가 딸깍 거리는 느낌 내지 뼈가 똑똑 거리는 느낌이 있었고 당시에 도 이미 갈비뼈가 골절되었다는 느낌을 받았다고 진술하고 있고, 피고인 3은 4. 6. 오전에 피해자가 갈비뼈가 제일 아프다고 하였고, '하아', '하아'라고 하면서 크게 숨을 내쉴 정도로 피해자의 숨소리가 거칠었고 당시 피해자의 상체를 살펴보았을 때 가슴부터 배꼽 위까지 모든 부위가 멍이 들어 있었고, 그렇게 멍이 든 사람은 태어나서 한 번도 본 적이 없었고, 폭행으로 인해 피해자의 급소가 맞았을 수도 있었을 것이라고 진술하고 있는 점 등을 종합적으로 고려하면 피해자는 4. 6. 오전까지의 폭행만으로도 피해의 상태가 상당히 위중하였다고 판단되고 피고인들은 폭행에 직접 가담하거나 폭행한 사실을 알고 있었고, 피해자의 알몸 등을 확인하고 치료까지 하여 왔으므로 피해자의 상태의 위중함을 인식하고 있었다는 사실을 인정할 수 있다.

나) 폭력 행사 정도 및 피고인들의 인식

- ① 피해자의 상태를 정확히 알고 있는 피고인들이 수액을 뽑은 상태의 피해자 얼굴과 복부를 가격한 점(증거기록 1347-1348쪽), ② 피해자에 대한 폭행부위는 얼굴, 복부, 옆구리 등으로 신체의 중요부위였고, 주로 손과 팔이 아닌 발과 무릎을 이용하여 강력하게 폭행하여(소송기록 2433쪽) 그 방법이 무차별적이고 흉포한 것으로 판단되는 점, ③ 이로 인해 피해자의 온 몸에 멍이 들고 수액을 맞을 정도의 상태였음을 알고 있었음에도 피고인들의 폭행은 계속되었던 점, ④ 피고인들이 자신들의 폭행으로 인하여 피해자의 전신에 피하출혈이 발생하고 마침내 과다출혈에 의한 속발성 쇼크로 인하여 사망할 수 있다는 의학적 결과를 예견하기는 어렵다고 할 것이나, 살인의 고의가 의학적인과과정에 대한 인식이나 결과발생에 대한 예견까지 인식할 것을 요구하는 것은 아닌 점, ⑤ 피고인 1은 4. 6. 냉동식품을 취식하는 약 25분간의 짧은 시간 동안 발로 피해자의 옆구리 부위를 5회 때리고 양손을 잡고 발로 피해자의

배 부위를 2-5회 차고 피해자의 옆에서 발로 피해자의 복부를 6회 걷어차고 무릎으로 피해자의 가슴 부위를 2회 때리고, 피고인 4에게 지시하여 앞드려뻥쳐 시킨 상태에서 복부를 9회 에서 12회 가량 차고, 피고인 3과 함께 피해자의 배 부위를 10회 차거나 밟고, 피해자가 오줌을 싸고 쓰러지자 재차 발로 피해자의 가슴을 힘껏 밀어 차는 피해자를 강도 높게 폭행한 점, ⑥ 피고인들 중 일부가 폭행하고 있을 때 다른 피고인들은 망을 본 점(소송기록 896쪽), ⑦ 지속적으로 폭행당한 피해자에게 기마자세를 똑바로 하지 않고 '기만한다'는 이유로 피해자의 머리채를 잡고 생활관 바닥에 눕힌 후 피고인 4에게는 망을 보게 하고 피고인 1과 피고인 3이 피해자의 복부를 발로 밟았고 갈비뼈 부분을 잡고 있는 피해자를 수 분간 각 10회 정도 밟은 점(소송기록 2322쪽, 증거 기록 394쪽), ⑧ 피고인 1과 피고인 3의 폭행이 끝난 이후 피해자는 스스로 일어났다가 정신을 잃고 손바닥을 바닥에 대거나 하지 못한 채 그대로 쓰러진 점, ⑨ 쓰러진 피해자가 물을 마시지 못한다는 이유로 피고인 3이 손바닥으로 머리를 2회 때리고, 이후 피고인 1이 피병을 부린다며 먹살을 잡고 흔들자 피해자가 눈을 떠 피고인 1과 눈을 마주쳤으며 이때 피해자의 눈동자가 정상적이지 않았던 점(소송기록 2389쪽, 증거기록 129쪽, 1513쪽), ⑩ 이후 피해자가 오줌을 흘리게 되었으며, 피고인 2, 피고인 4가 오줌에 젖은 옷을 갈아입히기 위해 피해자를 부축해 앉아 있었던 점, ⑪ 당시 피해자는 물을 제대로 마시지 못하며 흘리고, 오줌을 싸고, 쓰러진 상태에서 웅얼거리는 등 제대로 된 의사표현을 하지 못하여, 피고인들은 피해자의 상태가 매우 심각하다는 것을 인식하고 있었음에도 피고인 2와 피고인 4의 부축에 의해 기대있던 피해자를 피고인 1이 화가 나 흥분한 상태에서 '피병 부리지 마라'고 말하며 발로 가슴을 1회 세게 차 피해자가 침상으로 크게 쓰러진 점(증거기록 1515쪽, 1571쪽), ⑫ 이후 피고인 1이 다시 차려 했으나 피고인 3의 만류로 추가 폭행을 하지 않았던 점, ⑬ 이후 피해자는 급격하게 호흡과 맥박이 약해지면서 심장정지 및 의식불명 상태에 도달하였고 피고인들의 응급조치에도 불구하고 피해자는 결국 사망하게 된 점 등을 종합하여 보면,

피고인들이 이 사건 폭행과정에서 피해자의 사망이라는 결과 발생을 충분히 인식 또는 예견하였고, 나아가 미필적으로나마 그 결과 발생을 용인하였다고 넉넉히 인정된다.

3) 부분적 공동정범에 불과하다는 주장에 대한 직권판단

가) 피고인 2의 주장

피고인 2는 원심이 피고인 1에 대한 살해의도를 제대로 심리하지 않아 피해자의 사망에 대하여 피고인 2가 이를 예견할 수 있었는지, 예견할 수 있었다면 그에 대하여 어떠한 책임을 묻는 것이 적절한지 심리하지 않은 심리미진의 위법이 있다는 취지로 진술하면서, 이 사건 공소사실 중 살인의 점은 부분적 공동정범에 해당하므로 피고인 1만이 고의범이고 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 과실범인 상해치사의 죄책을 부담할 뿐이라고 직권판단을 촉구하므로 직권으로 살핀다.

나) 법리

형법 제30조의 공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것으로서, 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적인 요건인 공동가공의 의사와 객관적인 요건인 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하고, 공동가공의 의사는 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것인 바, 이러한 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하나, 반드시 사전에 치밀한 범행계획의 공모에까지 이를 필요는 없으며 공범자 각자가 공범자들 사이에 구성요건을 이루거나 구성요건에 본질적으로 관련된 행위를 분담한다는 상호이해가 있으면 충분하다 할 것이다(대법원 2008. 9. 11. 선고 2007도6706 판결 등 참조).

공모공동정범에 있어서 공모자 중의 1인이 공모관계에서 이탈하기 위해서는 공모자가 공모에 의하여 담당한 기능적 행위 지배를 해소하는 것이 필요하므로 공모자가 공모에 참여하여 다른 공모자의 실행에 영향을 미친 때에는 범행을 저지하기 위하여 적극적으로 노력하는 등 실행에 미친 영향력을 제거하지 아니하는 한 공모관계에서 이탈하였다고 할 수 없다(대법원 2008. 4. 10. 선고 2008도1274 판결 등 참조).

다) 당심의 판단

원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면,

- ① 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 피고인 1의 폭행당시 직접 폭행에 가담하거나 망을 보는 등 역할분담을 하였던 점, ② 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 피해자의 상태를 비교적 정확히 인식하고 있었고 피고인 1이 피해자에게 가한 폭행의 정도와 양 그리고 4. 5. 저녁 점호 이후 계속적으로 폭행하여 오고 있음을 알고 있었던 점, ③ 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 피고인 1이 주도하였다는 취지로 진술하고 있으나 이 진술만으로 공동정범 인정에 장애가 되지 않는 점 등을 인정할 수 있고, 위 인정된 사정들을 종합하면, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 망을 보거나 직접 폭행하는 등 살인죄의 본질적 구성요건과 관련된 행위의 분담을 상호 이해하고 있었고, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4 중 누구도 진지하게 범행을 중단하거나 다른 피고인의 범행을 만류하지 않았던 것으로 판단되므로 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4가 공동정범이 아니라거나 공모관계에서 이탈되었다고 판단되지 않는다.

따라서, 피고인 1만이 살인죄의 죄책을 부담하고 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 상해치사의 죄책을 부담할 뿐이라는 피고인 2의 주장은 이유 없다.

4. 군인등강제추행의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 1의 주장

피고인 1은 피해자에 대하여 고통을 줄 의사만 있었을 뿐 추행의 목적이 없었다는 취지로 주장하면서 추행의 범의를 부인하고 있다.

나. 법리

강제추행죄에서 말하는 '추행'이라 함은 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나, 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것이라고 할 것이고, 이에 해당하는지 여부는 피해자의 의사·성별·연령·행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 신중히 결정 되어야 한다(대법원 2002. 4. 26. 선고 2001도2417 판결 등 참조). 그리고 강제추행죄의 성립에 필요한 주관적 구성요건으로 성욕을 자극·흥분·만족시키려는 주관적 동기나 목적이 있어야 하는 것은 아니다(대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도5856 판결 등 참조).

다.

당심의 판단

원심과 당심이 적법하게 채택하고 조사한 증거 등을 종합하면, 강제추행죄에서 말하는 '추행'은 반드시 성욕을 만족시킬 목적이나 주관적 동기를 요건으로 하는 것은 아니고, 또 피고인의 주장과 같이 피해자에게 고통을 줄 의도였을 뿐이었다고 인정하더라도 피해자가 안티프라민을 성기에 바르게 되면 성기가 따끔거리고 그 정도 또한 고통스러웠을 것을 인식하고 있었던 피고인 1은 피해자가 성기의 고통으로 인해 성적 수치심을 느낄 수 있다는 것을 인식하고 있었다고 판단되는 점, 피고인 1의 이 부분 공소사실은 성적인 의미의 행위를 폭력적인 방법으로 표출한 것으로서 이를 당하는 피해자는 물론 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하는 행위라고 판단되는 점을 고려하

면 행위 당시에 적어도 추행의 범의가 병존하고 있었다고 보기에 충분하므로, 피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다

5. 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 항소이유에 대한 판단

가. 공소사실의 요지

이 부분 공소사실의 요지는 "피고인은 2014. 3. 초부터 공소외 3을 수차례 폭행 및 가혹행위 하였으며 이로 인해 2014.

4. 7. 공소외 3이 사망하게 되었다.

피해자 공소외 1(20세)은 천식으로 의무반에 입실한 2014. 3. 8.부터 2014. 3. 9.까지, 2014. 3. 29.부터 2014. 4. 6.까지 같은 계급인 일병 공소외 3이 피고인에게 수차례 폭행 및 가혹행위를 당하고 급기야 2014. 4. 6. 폭행으로 쓰러진 것을 목격하게 되자, 피고인을 두려워하게 되었다.

피고인은 위 폭행 및 가혹행위를 목격한 6피해자가 이 사실을 알리면 자신 또는 공범들의 범죄사실이 드러날 것을 우려하여 피해자가 수사기관 등에서 진술하지 못하게 할 목적으로 2014. 4. 6. 20:30경 위 소속대 의무반 생활관에서 피해자에게 "공소외 1 씨는 자고 있었던 거예요."라고 하여 피고인의 범행사실을 목격한 바 없다는 취지로 말하도록 협박하였다.

이로써 피고인은 피해자를 협박하였다.

"는 것이다.

나. 피고인 1의 주장

피고인 1은 해악의 고지가 없었으므로 이 부분 공소사실 행위가 협박에 해당하지 않는다고 주장한다.

다.

법리

특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의9의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)죄는 자기 또는 타인의 형사사건의 수사 또는 재판과 관련하여 고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술, 증언 또는 자료제출에 대한 보복의 목적으로 형법 제283조 제1항의 협박의 죄를 범한 사람에 대하여 가중처벌하는 범죄이다.

협박죄에 있어서의 협박이라 함은 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있을 정도의 해악을 고지하는 것을 말하고 협박죄가 성립하기 위하여는 적어도 발생 가능한 것으로 생각될 수 있는 정도의 구체적인 해악의 고지가 있어야 하며, 해악의 고지가 있다 하더라도 그것이 사회의 관습이나 윤리관념 등에 비추어 사회통념상 용인될 정도의 것이라면 협박죄는 성립하지 않으나, 이러한 의미 협박행위 내지 협박의 고의가 있었는지 여부는 행위의 외형뿐만 아니라 그러한 행위에 이르게 된 경위, 피해자와의 관계 등 전후 상황을 종합하여 판단해야 한다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도2412 판결 등 참조). 또한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)죄에 규정된 보복의 목적이 있었는지 여부는 행위자의 나이, 직업 등 개인적인 요소, 범행의 동기 및 경위와 수단, 행위의 내용과 태양, 피해자와의 인적관계, 범행 전후의 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2013. 6. 14. 선고 2009도12055 판결 등 참조).

라. 당심의 판단

살피건대, 원심과 당심이 적법하게 채택하고 조사한 증거들과 당심에서의 피고인들의 진술 등을 종합하면,

- ① 피고인 1이 공소외 1보다 계급이 높지만 서로 소속부대가 달라 선임병과 후임병의 관계가 아니었고 상호 존칭을 썼던 점, ② 이 부분 공소사실 이외에 피고인 1이 공소외 1을 폭행하거나 협박한 사실이 없었던 점, ③ 피해자 후송 후

공소외 1에게 자고 있다고 말하여 달라고 처음 부탁한 사람은 피고인 3이었으며, 이때 공소외 1의 손을 잡고 부탁조로 얘기한 점(소송기록 2346쪽), ④ 피고인 1의 '공소외 1은 자고 있었던 거예요'라고 말에 구체적인 해악의 고지 내용이 있다고 보기에 다소 부족한 점이 있는 점(소송기록 898쪽), ⑤ 공소외 1 역시 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4가 돌아가면서 제발 조용히 해달라는 취지의 말을 했다고 진술하고 있는 점(소송기록 904쪽), ⑥ 피고인 1이 해악의 고지를 부인하고 있으므로 공소외 1의 진술이 사실상 유일한 증거라고 할 것인데 당심의 수차례의 증인 소환에도 불구하고 출석하지 않은 점 등을 인정할 수 있고,

위 인정된 사실을 기초로 판단하여 본다면, 피고인 1이 강압적인 분위기를 이용하여 공소외 1에게 부탁한 것이 아닌가 하는 의심을 배제하기는 어려우나, 형사재판에서 공소제기된 범죄사실에 대한 증명책임은 검찰관에게 있는 것이고 유죄의 인정은 재판관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2007도616 판결, 대법원 2008. 7. 24. 선고 2008도4467 판결 등 참조). 위 인정된 사실과 사정만으로는 피고인이 해악을 고지하였다거나 이에 대한 고의가 있었는지에 대하여 합리적 의심을 배제하기 어렵다.

따라서 이 부분 공소사실에 대하여 해악을 고지한 사실이 없으므로 협박죄의 가중된 구성요건인 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)의 점에 대한 구성요건 해당성이 없다고 주장하는 피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

6. 피고인 5 부분에 대한 피고인과 검찰관의 주장에 대한 판단

가. 부하범죄부진정의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

1) 원심의 판단

군형법 제93조는 '부하가 다수 공동하여 죄를 범하는 것을 알고도 그 진정(鎭定)을 위하여 필요한 방법을 다하지 아니한 사람은 3년 이하의 징역이나 금고에 처한다'고 규정하고 있다.

'다수 공동하여'를 해석함에 있어서 죄형법정주의 원칙에서 파생되는 유추해석 금지의 원칙 내지 명확성의 원칙에 부합하도록 해석하여야 한다.

'다수 공동'의 의미를 단독범이 계속적으로 발생하는 것까지 확장 해석할 수 없고, 진정시킬 수 없는 범죄까지 본죄의 대상범죄로 해석할 수는 없는 것이다.

기록을 종합하여 보아도 피고인 5는 개별적인 일부 폭행사실을 인지하고 있었을 뿐 2인 이상의 다수가 공동하여 죄를 범하는 것을 알았다는 사실을 인정하기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

'진정을 위하여'의 의미는 범죄의 예비 또는 음모의 단계이거나 실행의 착수에 나아갔고 그 죄가 기수 또는 종료 이전의 단계여야 하므로 실행의 착수나 범행의 종료 이전이어야 하는데 기록만으로는 이 부분을 유죄로 인정하기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실을 인정할 만한 증거가 없다.

2) 당심의 판단

부하범죄부진정죄는 '부하가 다수 공동하여 죄를 범하는 것을 알고도 그 진정(鎭定)을 위하여 필요한 방법을 다하지 아니한 사람은 3년 이하의 징역이나 금고에 처한다'고 규정하고 있으므로 '다수 공동하여' 죄를 범하고 이에 대하여 '진정'을 위해 필요한 방법을 다하지 아니한 경우에 성립한다.

따라서 죄형법정주의의 파생원칙인 유추 해석금지와 명확성 원칙 등을 종합적으로 고려하면 '다수 공동하여'를 '단독범'이 다수인 경우로 확대하여 해석할 수는 없다고 할 것이고, '진정'의 시기가 예비·음모 후 기수 전에 한정되어야 하는 것은 아니나 장래의 발생할 범행을 예측하여 범행을 진정 시킬 의무를 부여하거나 이미 범행이 종료한 경우에 재범을 막을 의무를 부여한 것으로까지 해석할 수는 없는 것이다.

같은 취지의 이 부분 원심판결은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 검찰관이 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 보이지는 않는다.

따라서, 이 부분 검찰관의 주장은 이유 없다.

나. 직무유기의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

1) 피고인의 주장

직무유기는 직무의 의식적 포기 등의 경우에 성립하는 범죄로서 직무를 소홀히 하는 등 충근의무 위반의 경우까지 직무유기에 포함되는 것은 아니므로, 피고인 5가 피해자가 다리를 절거나 폭행을 당했다는 사실을 알고 이에 대한 적절한 조치를 취하지 않은 사실과 피해자의 실신사실을 보고 받고 지휘관에게 보고하지 않았다는 사실만으로는 직무유기죄를 인정할 수 없음에도 불구하고 원심이 직무유기의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 직무유기죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.

2) 법리

직무유기죄는 구체적으로 그 직무를 수행하여야 할 작위의무가 있는데도 불구하고 이러한 직무를 저버린다는 인식하에 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 성립하는 것으로 법령·내규 등에 의한 추상적 충근의무를 태만히 하는 일체의 경우에 성립 하는 것이 아니다.

따라서 직무를 유기한 때라 함은 공무원이 직장의 무단이탈, 직무의 의식적인 포기 등과 같이 그것이 국가의 기능을 저해하며 국민에게 피해를 야기시킬 구체적 위험성이 있고 불법과 책임비난의 정도가 높은 법익침해의 경우에 한하여 성립한다(대법원 2010. 1. 14. 선고 2009도9963 판결 등 참조).

또한, 직무유기죄에서 말하는 직무란 공무원이 그 지위에 따라 맡은 바 본래의 직무를 말하는 것이고 공무원이란 신분관계로 부수적, 파생적으로 발생하는 고발의무 같은 것은 포함되지 않는 것이고(서울고등법원 1962. 5. 2. 선고 62도 41 판결 등 참조), 직무유기죄가 성립하려면 그 직무의 내용이 성문된 법령상의 근거가 있거나 적어도 군대내의 특단의 지시 또는 명령이 있어 그것이 고유의 직무 내용을 이루고 있어야 한다(대법원 1976. 10. 12. 선고 75도1895 판결 등 참조).

3) 당심의 판단

살피건대, 원심과 당심이 적법하게 채택하고 조사한 증거들과 당심에서의 피고인들의 진술 등을 종합하면,

- ① 병영생활규정(육군규정 120)에 의하면 상관은 병사들의 일상생활의 관찰과 개인면담을 통하여 부하의 신상을 철저히 파악하고 개인적인 애로사항을 조기에 해결하도록 노력하여야 하고, 결함사항을 발견할 경우 직접 시정하거나 지휘계통에 따라 보고할 의무가 있는 점(소송기록 2532쪽), ② 그럼에도 불구하고 오히려 폭행을 당하고 있는 피해자에게 '피해자를 때리고 싶은데 공알만 해서 못 때리겠다.

때리는 것은 신경안 쓴다.

맞으면서 키워야 한다'(소송기록 362쪽), '1개월 후에도 안 되면 때려서라도 가르치고, 안 되면 다른 조치를 취하자'(증거기록 933쪽), '군대에서는 선후임간 구타는 있을 수 있다.

참견하지 않겠다.

안되면 때려서라도 고쳐라'(소송기록 1031쪽, 2675쪽, 2685쪽, 증거기록 922쪽)라고 말하고, 폭행을 당했던 피해자에게 '혼냈던 선임에게 가서 사과하면서 더 싹싹하게 굴어봐라'라고 말한 점(소송기록 2678쪽), ③ 3월 초순부터 피해자의 바지를 벗어보라고 한 후 부어 있는 피해자의 허벅지를 확인하였음에도(소송기록 2529쪽, 2679쪽) 3. 28. 면담기록 작성시 피해자에게 발생한 상해사실은 기재하지 아니하고 이전에 있었던 눈의 이상여부만을 기재한 점(소송기록 1353쪽, 2691쪽, 증거기록 923쪽), ④ 피고인 5 역시 피고인 1을 감싸준다기 보다는 이것이 터지면 큰일 난다는 생각으로 보고를 하지 않은 것이라고 스스로 인정하고 있고, 스스로 좋게 끝낼 수 있을 것이라고 안일하게 생각한 점(증거기록 817쪽), ⑤ 피고인 5는 피고인 6에게 '내가 직접 피고인 1을 시켜서 폭행을 하게끔 했다.

'라고 말한 점(소송기록 2706쪽), ⑥ 피고인 5는 피고인 3이 피해자를 폭행하는 것을 옆에서 보면서도 제지하지 않은 점(소송기록 2530쪽), ⑦ 의무대 안에서 피해자를 혼내려는 분위기가 있으면 의무대의 수송병이나 입실환자들을 밖으로 데리고 나갔던 점(소송기록 362쪽, 931쪽), ⑧ 피고인 5 스스로도 피해자의 뺨을 때리는 등 폭행에 가담한 점(소송기록 931쪽), ⑨ 4. 4. 저녁점호와 4. 5. 아침점호를 할 때 피고인 5가 의무반 생활관에서 있다는 이유로 의무반 전원이 점호를 받지 않은 점(소송기록 2347쪽), ⑩ 3. 17.경 피고인 5는 피고인 1이 무릎으로 피해자를 다수 폭행하여 피해자가 다리를 절고 다리가 부어 있다는 사실을 보고 받았음에도 불구하고 단순히 피해자에게 파스를 발라주라고 지시한 것에 그친 점(소송기록 1408쪽, 1415쪽), ⑪ 3. 29. 부대개방행사와 관련하여 피고인 3과 피해자로부터 피해자가 면회를 하고 싶다는 말을 들었음에도 피해자가 폭행당한 사실이 발각될 것이 두려워 피해자에게 '다리가 나은 후에 면회를 하는 것이 어떨냐'고 권유하여 결국 피해자가 부모를 면회하지 못하도록 한 점, ⑫ 또한 피해자에 대한 폭행과 피해자를 재우지 않은 사실 등을 보고 받아 알고 있었으므로 피해자의 몸 상태를 주기적으로 확인하였다면 피해자의 사망을 막을 수 있는 지위에 있었음에도 이를 방관하고 묵인한 점, ⑬ 피고인 4는 피해자가 쓰러진 후 다른 사람들이 앰블런스 타고 나간 후에 의무대에 혼자 대기하고 있으면서 처음으로 피고인 5에게 전화해서 피해자가 맞아서 쓰러졌다고 보고하였다고 진술하고 있는 점(소송기록 1415쪽) 등을 인정할 수 있고 위 인정된 사정 등을 종합하면,

피고인 5는 의무부사관으로서 의무반을 책임지는 간부였으며, 의무반원들을 면담하여 면담기록을 제출하는 등 의무반 병력 관리의 책임이 있는 부사관임을 인정할 수 있고, 위의 인정사실만으로도 피고인 5는 피해자에 대한 폭행이 다수 발생하였고 그 피해로 인하여 피해자의 허벅지가 붓고 피해자가 제대로 걷지 못하고 있다는 사실을 알고 있음에도 폭행을 제지하기는커녕 오히려 폭행을 방관하거나 폭행을 용인하는 등의 말을 하여 피고인들의 폭행을 조장한 측면을 인정할 수 있고, 더 나아가 피해자를 직접 폭행한 점 등에 비추어 보면 피고인 5는 단순히 업무를 소홀히 하는 범위를 넘어 의무반을 책임지는 자신의 임무를 명시적으로 포기한 것으로 판단된다.

또한 피고인 5는 피고인 4로부터 피해자가 맞아서 쓰러졌다는 것을 보고 받지 못했다고 주장하고 있으나, 피고인 4는 범행사실 자체는 모두 인정하고 있고 피고인 4 스스로에게 불리한 사실 또한 구체적으로 진술하고 있는데, 피고인 4가 피고인 5에 대하여만 허위의 사실을 말하는 등 불리하게 진술할 이유 등을 발견하기 어려운 점과 이 부분 피고인 5의 진술은 다소 번복되어 일관되지 않은 점을 종합적하여 고려하면 피고인 4의 진술은 신빙성이 있고 이를 근거로 이 부분 직무유기의 점을 판단하여 본다면 이 부분 역시 피고인 5는 명시적으로 직무를 포기한 것으로 판단된다.

같은 취지의 이 부분 원심판결은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 피고인 5가 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 보이지는 않는다.

따라서, 이 부분 피고인 5의 주장은 이유 없다.

다.

흥기휴대 폭행의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

1) 피고인 5의 주장

방탄헬멧을 씌운 상태에서 전기스탠드로 폭행하였으므로 사회통념에 비추어 방탄헬멧이 '위험한 물건'에 해당하지 아니함에도 불구하고 원심이 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.

2) 당심의 판단

어떤 물건이 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항에서 정한 '위험한 물건'에 해당하는지 여부는 구체적인 사안에서 사회통념에 비추어 그 물건을 사용하면 상대방이나 제3자가 생명 또는 신체에 위험을 느낄 수 있는지 여부에 따라 판단하여야 한다(대법원 2010. 11. 11. 선고 2010도10256 판결 등 참조).

살피건대, 원심과 당심이 적법하게 채택하고 조사한 증거 등을 종합하면, 피고인 5가 피해자가 너무 답답하고 말도 안 듣고 반항하는 것 같다며 피해자에게 방탄헬멧을 쓰게 한 후 탁상용 스탠드로 피해자를 폭행하여 플라스틱과 유리 파편이 날아갈 정도로 깨진 점(증거기록 130쪽)을 인정할 수 있고, 피해자가 방탄헬멧을 쓰는 등 보호장구를 착용하였다고 하더라도 머리 뒷부분에만 보호장구가 착용된 것이고 유리파편이나 플라스틱 파편이 날아가는 등으로 피해자나 주변의 제3자가 다칠 수 있었던 상황이므로 신체의 위험은 여전히 존재한다고 할 것이므로 피해자에 대한 폭행의 도구로 사용된 전기스탠드는 위험한 물건으로 판단된다.

같은 취지의 이 부분 원심판결은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 피고인 5가 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 보이지는 않는다.

따라서 이 부분 피고인 5의 주장은 이유 없다.

라. 양형부당에 대한 판단

장병은 지휘체계를 믿고 군에서 복무하고 있는 것이다.

행군을 할 때에도 혹은에 매복을 할 때도 지휘체계가 자신을 보호해줄 것이라고 믿고, 심지어 자신의 생명을 잃을 수밖에 없는 명령에 임하여도 더 큰 국익을 위한 명령임을 믿고 상관의 명령에 복종하고 고통을 인내하는 것이다.

그러나 피고인 5는 피해자를 면담하는 등의 책임이 있을 뿐만 아니라 의무반 전체에 대해 책임이 있는 간부로서 폭행 및 가혹행위를 막아야 할 지위에 있음에도 불구하고 오히려 폭행으로 상해를 입은 피해자를 질책하거나 폭행을 용인하여 의무반에 폭행이 더욱 만연하는 환경의 단초를 제공하게 되었다.

이러한 환경 속에서 피해자는 점점 더 쇠약해져 갔으며 어느 곳 하나 의지할 곳이 없는 고립무원의 위치에 있게 되었다.

이러한 점을 고려하면 피고인 5는 엄히 처벌하여야 마땅할 것이다.

다만 피고인 5의 폭행으로 상해의 결과가 발생한 것으로 보기는 어려운 점, 직무유기죄의 법정형이 1년 이하의 징역형인 점, 피해자의 유족을 위하여 일정 금액(2000만원)을 공탁한 점, 처벌전력이 없는 점, 반성하고 있는 점 그 밖에 피고인 5의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기 및 경위, 범행의 수단 및 결과, 범행 후의 정황 등 기록에 나타난 모든 양형

조건을 고려하여 보면, 이 부분 피고인 5의 이 부분주장은 이유 있다.

7. 피고인 6에 대한 양형부당에 대한 판단

피고인 6이 피해자를 폭행한 점은 인정되나, 피고인 1이 피고인 6을 폭행하면서 피해자를 때리도록 지시한 점 등 그 경위에 있어 참작할 점이 있는 점, 피고인 6 또한 피해자가 전입오기 전까지 피고인 1로부터 폭행과 얼굴에 물뿌림을 당하고, 치약 한 통을 먹는 등 피해자였던 점, 소극적이거나 의무반 부조리에 저항하였던 점, 피해자의 유족이 피고인 6에 대하여 선처를 바라는 점 그 밖에 피고인 6의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기 및 경위, 범행의 수단 및 결과, 범행후의 정황 등 기록에 나타난 모든 양형조건을 고려하여 보면, 이 부분 피고인 6의 주장은 이유 있다.

8.결론

그렇다면 원심판결에는 위에서 본 직권파기사유가 있으므로, 군사법원법 제428조, 제431조에 의하여 원심판결을 파기하고, 이 사건 제반기록에 의하여 본 군사법원이 재판하기에 충분하다고 인정되므로 같은 법 제435조에 의하여 변론을 거쳐 본 군사법원이 직접 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들의 항소이유의 요지

1) 사실오인 및 법리오해

가)피고인 1

- (1) 피해자의 성기에 안티프라민을 바르게 한 사실은 있으나, 피해자가 성기를 노출 시키지 않은 상태에서 발랐고, 당시 추행의 고의가 없었으므로 원심이 군인등강제추행의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 군인등강제추행죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.
- (2) 피해자 공소외 1에 대하여 해악을 고지한 사실이 없고, 협박에 대한 고의가 없으므로 원심이 협박죄에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 협박죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.

나) 피고인 5

- (1) 직무유기는 직무의 의식적 포기 등의 경우에 성립하는 범죄로서 직무를 소홀히 하는 등 충근의무 위반의 경우까지 직무유기에 포함되는 것은 아니므로, 피고인 5가 피해자가 다리를 절거나 폭행을 당했다는 사실을 알고 이에 대한 적절한 조치를 취하지 않은 사실과 피해자의 실신사실을 보고 받고 지휘관에게 보고하지 않았다는 사실만으로는 직무유기죄를 인정할 수 없음에도 불구하고 원심이 직무유기의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 직무유기죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.
- (2) 방탄헬멧을 씌운 상태에서 전기스탠드로 폭행하였으므로 사회통념에 비추어 방탄헬멧이 '위험한 물건'에 해당하지 아니함에도 불구하고 원심이 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.

2) 양형부당

원심의 형량이 피고인들의 정상에 비추어 너무 무거워 부당하다.

나. 검찰관의 항소이유의 요지

1) 사실오인 및 법리오해

가) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4(이하 '피고인들'이라 한다.

)에게는 이 사건 범행 당시 살인에 관한 미필적 고의가 있었음이 충분히 인정됨에도 불구하고 피고인들에게 살인에 관한 고의가 있었다고 볼 수 없다는 이유로 살인에 관하여는 무죄로 판단한 원심판결에는, 미필적 고의에 관한 법리를 오해하거나 채증법칙을 위반한 나머지 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나) 부하범죄부진정죄에서 '공동'의 의미는 다수인의 공동가공이 요구되는 경우에만 한정되는 것이 아니고, 진정의 대상범죄가 계속범에 한정되지 않음에도 불구하고 이 부분에 대하여 무죄를 선고한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

2) 양형부당

피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5에 대한 원심의 형량이 너무 가벼워 부당하다.

2. 직권판단

가. 피고인 1과 피고인 2에 대한 공소장 변경에 대한 직권판단

피고인 1과 피고인 2에 대한 피고인 1과 피고인 2 및 검찰관의 항소이유에 관하여 판단하기에 앞서 직권으로 살핀다.

검찰관은 당심에 이르러, 피고인 1에 대하여는 죄명에 '특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)'을 추가하고, 적용법조에 '특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의9 제2항, 제1항 제2문, 형법 제283조 제1항'을 추가하고, 공소사실 중 2. 다.

2)항의 "피해자가 이 사실을 알리면 자신의 범죄사실이 드러날 것을 우려하여 2014. 4. 6. 20:30경 위 소속대 의무반 생활관에서 피해자에게 "공소외 1은 자고 있었던 거예요."라고 하여 피고인의 범행사실을 목격한 바 없다는 취지로 말하도록 협박하였다.

"를 "피해자가 이 사실을 알리면 자신 또는 공범들의 범죄사실이 드러날 것을 우려하여 피해자가 수사기관 등에서 진술하지 못하게 할 목적으로 2014. 4. 6. 20:30경 위 소속대 의무반 생활관에서 피해자에게 "공소외 1은 자고 있었던 거예요."라고 하여 피고인의 범행사실을 목격한 바 없다는 취지로 말하도록 협박하였다.

"로, 피고인 2에 대하여 죄명을 '폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)'을 '폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등 협박)'으로, 적용법조를 '폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제6조, 제3조 제1항, 제2조 제1항 제1호, 제2조 제2항'을 '폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항, 제2조 제1항 제1호, 제2조 제2항, 형법 제283조 제1항, 제260조 제1항'으로 변경하고, 공소사실 중 8. 다.

항의 "피해자의 복부를 4회 걷어 찬 후, 위험한 물건인 역기(5kg)를 들어 피해자를 내리치려고 하였으나 옆에 있던 피고인 6이 말려 미수에 그쳤다"를 "피해자의 복부를 4회 걷어 찬 후, 오른손으로 위험한 물건인 역기(5kg)를 잡아 머리 높이로 들어 올린 후 피해자를 내리치려는 시늉을 하여 피해자에게 겁을 주었다.

이로써 피고인은 피해자를 폭행하고, 위험한 물건을 사용하여 피해자를 협박하였다"로 각 변경하는 공소장변경허가신청을 하였고, 당심이 이를 허가 하였다.

이상과 같이 공소장변경이 허가됨으로써 피고인 1과 피고인 2에 대한 원심판결은 그 심판대상이 변경되었고, 피고인 1과 피고인 2에 대한 이 사건 각 범행은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 원심판결에서 이에 대하여 단일한 형이 선고되었으므로, 원심판결은 더 이상 유지할 수 없게 되었다.

나. 피고인 1에 대한 신상정보등록 및 공개·고지 명령에 대한 직권판단

피고인 1과 피고인 1에 대한 검찰관의 항소이유에 관하여 판단하기에 앞서 직권으로 살핀다.

군형법의 강제추행죄는 형법의 강제추행죄에 대하여 가중처벌하는 죄로서 성폭력의 처벌 등에 관한 특례법(이하 '성폭력특례법'이라고 한다) 제2조 제2항 소정의 "성폭력범죄"에 해당한다(대법원 2014. 12. 24. 선고 2014도2585 판결 참조). 한편 성폭력특례법 제42조 제1항에 규정된 '등록대상 성폭력범죄'를 범한 자는 같은 법 제47조 및 제49조에 따라 공개·고지명령의 대상이 된다.

위와 같은 법리에 비추어 이 사건을 살피건대, 이 사건 군인등강제추행의 범행은 같은 법 제47조 및 제49조 소정의 공개명령 및 고지명령의 대상이 되는 같은 법 제42조 제1항에 규정된 '등록대상 성폭력범죄'에 해당하므로, 신상정보의 공개명령 및 고지명령의 대상이 된다고 할 것이다.

그럼에도 원심은 이 사건 군인등강제추행의 점을 유죄로 인정하면서 피고인에 대한 신상정보의 공개·고지명령에 대한 판단을 누락하는 잘못을 저질렀다.

또한 성폭력특례법 등에 의한 공개명령, 고지명령은 대상 성폭력범죄 사건의 판결과 동시에 선고하는 부수처분이므로, 그 공개명령, 고지명령에 관한 판단에 잘못이 있는 경우 나머지 성폭력범죄 사건 부분에 잘못이 없더라도 그 부분까지 전부 파기하여야 한다(대법원 2014. 3. 27. 선고 2013도13095 판결 참조).

한편 위와 같은 직권파기사유가 있기는 하나, 피고인 1과 피고인 1에 대한 검찰관의 사실오인 및 법리오해 주장과 각 양형부당 주장은 여전히 이 군사법원의 판단대상이 되는 것이므로 이에 대하여 살펴보기로 한다.

3. 살인의 고의의 존재에 대한 사실오인 및 법리오해 항소이유에 대한 판단

가. 원심의 판단

피고인들은 수사단계에서부터 일관되게 살인의 고의는 없었다고 부인하여 온 점, 피고인들은 2014. 3. 초부터 사소한 이유를 들어서 피해자를 폭행해 왔는데 이 사건 범행 당일의 경우에도 종전의 경우와 크게 다르지 않아서 갑자기 살인의 동기가 생겼다고 볼 만한 정황이 없는 점, 범행 당시 흉기나 위험한 물건을 사용하여 폭행하지 않은 점, 부검 결과에 대한 감정서 및 감정축탁의뢰회보서에 의하면 범행 당일 피고인들의 폭행이 피해자의 사망 원인이 되긴 하였으나 신체의 중요한 부분의 직접적인 손상이 사망의 원인이 아니었으며, 흉복부, 등부위, 대퇴부위에 발견되는 좌상(피하출혈)은 그 이전에 한달여 동안 지속된 폭행의 가격부위와 일치하여 16:07경부터 시작된 폭행만이 과다출혈에 의한 속발성 쇼크 및 좌멸증후군의 원인이 되었다고 보기 어려운 점, 부검의 공소외 2가 작성한 감정서 및 공소외 2의 진술에 의하면 부검의도 폭행행위가 기도폐색을 유발한 요인으로 작용하여 피해자가 사망한 가능성을 인정하고 있는 점, 광범위한 좌상(피하출혈)은 흔히 멍든 곳을 지칭하는 것으로 의료지식이 없는 일반인의 입장에서 판단하건데 흔히 생각하는 뇌나 장기 같은 주요 부분을 심하게 충격한 것이 아니었고, 흉복부, 등부위, 대퇴부위의 멍든 곳을 반복하여 가격하는 것만으로 속발성 쇼크가 발생하여 사망할 것이라고 예견할 수 없는 점, 피고인들은 피해자가 쓰러지고 정신을 잃자 그 즉시 심폐소생술 등 응급조치를 하면서 ◎◎의료원으로 후송한 점 등을 종합하면, 피고인들은 자신들의 행위로 피해자가 상당한 정도의 상해를 입을 수 있음을 인식 하였다고 인정되지만, 더 나아가 피해자를 살해하려는 확정적 또는 미필적 고의가 있었음을 합리적인 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판단한 후 이 부분 공소사실에 대해 무죄로 판단하였다.

나. 법리

1) 살인죄에서 살인의 범의는 반드시 살해의 목적이나 계획적인 살해의 의도가 있어야 인정되는 것은 아니고, 자기의 행위로 인하여 타인의 사망이라는 결과를 발생시킬만한 가능성 또는 위험이 있음을 인식하거나 예견하면 족한 것

이며 그 인식이나 예견은 확정적인 것은 물론 불확정적인 것이라도 이른바 미필적 고의로 인정되는 것인바, 피고인이 범행 당시 살인의 범의가 없었고 단지 상해 또는 폭행의 범의만 있었을 뿐이라고 다투는 경우에 피고인에게 범행 당시 살인의 범의가 있었는지 여부는 피고인이 범행에 이르게 된 경위, 범행의 동기, 준비된 흉기의 유무·종류·용법, 공격의 부위와 반복성, 사망의 결과발생가능성 정도 등 범행 전후의 객관적인 사정을 종합하여 판단할 수밖에 없다(대법원 2006. 4. 14. 선고 2006도734 판결 등 참조).

- 2) 형사재판에서 범죄사실의 인정은 재판관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하므로, 검찰관의 증명이 위와 같은 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이르지 못한 경우에는 비록 피고인의 주장이나 변명이 모순되거나 석연치 않은 면이 있는 등 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다(대법원 2012. 6. 28. 선고 2012도231 판결 등 참조). 다만, 여기서 말하는 합리적 의심이라 함은 모든 의문, 불신을 포함하는 것이 아니라 논리와 경험칙에 기하여 요증사실과 양립할 수 없는 사실의 개연성에 대한 합리성 있는 의문을 의미하는 것으로서, 피고인에게 유리한 정황을 사실인정과 관련하여 파악한 이성적 추론에 그 근거를 두어야 하는 것이므로 단순히 관념적인 의심이나 추상적인 가능성에 기초한 의심은 합리적 의심에 포함된다고 할 수 없다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2004도362 판결 등 참조).

다.

당심의 판단

1) 사망의 원인

가) 국립과학수사연구원에서 작성된 감정축탁의뢰 회보

국립과학수사연구원에서 작성된 감정축탁의뢰 회보에 의하면 ① 연부조직의 좌상(피하출혈)이 표재성이라 하더라도 다발성으로 광범위하게 발생하면 순환혈액량은 사망에 이를 정도로 충분히 감소할 수 있고(소송기록 1323쪽), ② 감정축탁 의뢰된 자료를 검토할 때 흉복부, 등부위, 대퇴부위 등 인체 곳곳에서 다수의 외력이 작용하여 발생한 것으로 보이는 광범위한 좌상(피하출혈)이 보이는 바, 이런 외상은 비교적 강한 둔력(구타 등)이 인체에 반복적으로 작용하였다고 보는 데에 무리가 없고(소송기록 1324쪽), ③ 제출된 자료만으로 사인을 속발성 쇼크로 단정하기는 어려우나 피해자의 각 좌상의 범위 및 깊이를 고려할 때 비록 정확한 출혈량을 측정하기는 어려우나 속발성 쇼크가 발생하였을 가능성은 충분하고(소송기록 1324쪽), ④ 피해자의 상황은 육체적 및 정신적으로 허탈을 초래할 수도 있는 상태로 판단되고, 이러한 가혹행위가 지속적으로 피해자에게 가해진 상태에서는 사소한 충격이나 자극으로도 사망과 같은 결과를 초래할 수 있을 것으로 보이며(소송기록 1324쪽), ⑤ 사망원인으로서는 광범위한 다발성 좌상에 의한 속발성 쇼크의 가능성을 우선적으로 고려할 수 있으나 오랜 기간의 육체적 및 정신적 가혹행위에 기인한 허탈 혹은 쇼크 상태에서 초래된 위 내용물의 역류 및 흡인이 복합적인 사망원인으로 작용하였을 가능성이 상존하고 있다고 판단하였다(소송기록 1325쪽).

나) 법의관 공소외 2 진술

법의관 증인 공소외 2는 원심과 당심 법정에 출석하여 ① 원심판결문에 인용된 '영양 상태가 양호한 남성시임'이라는 것은 별 의미가 없으며 부검시 하나의 정형화된 기재 방법으로 감정서를 시작할 때 관례적으로 쓰는 용어의 형태일 뿐이고(소송기록 2231쪽), ② 부검 감정서 작성 당시 양측 폐 및 심장 표면의 손상에 대해서 심폐소생술에 의한 것으로 추정된다고 기재했고, 양측 앞쪽 갈비뼈 부분의 대칭적 골절 등도 심폐소생술에 의하여 발생한 것으로 추정되었다.

한편으로는 폭행에 의해서 골절되었을 가능성도 있다고 당시에 명확히 이야기를 했으며(소송기록 2232쪽), ③ 당심에서 12번 갈비뼈 부분은 갈비뼈가 골절되면서 복막경 및 비장이 파열된 것으로 추정되고 이는 물리적 충격에 의해서 생긴 것으로 판단되며 심폐소생술로 발생할 수 있는 골절이 아니라고 진술하였고(소송기록 2232쪽), ④ ‘민간병원 의사에 의하면 최초 사망자 기도에 음식물이 차 있었고, 기도폐쇄에 의한 뇌손상으로 사망했다는 소견인 점’은 민간 병원 의사로부터 직접 들은 것이 아니라 헌병수사관으로부터 전해 들었던 점(소송기록 2234, 2235쪽), ⑤ 질식 추정이 다른 사인을 배제하는 것은 아니며(소송기록 2241쪽), ⑥ 암적색 유동심장혈은 산소공급이 되지 않았기 때문에 되었을 것이라고 보고 있지만, 산소 공급이라는 것 자체가 질식에서만 나타나는 것이 아니라 전반적으로 나타나는 것이어서, 암적색 유동혈이 보인다고 해서 질식사라고 볼 수는 없고(소송기록 419쪽), ⑦ 부검에서는 출혈량을 정확히 잴 수 있는 방법이 없으므로 신체장기의 창백함을 기준으로 판단을 하였는데 부검당시 장기의 전반적인 창백함은 없었다.

그렇지만 그렇다고 하더라도 속발성쇼크를 배제할 수는 없었기 때문에 질식으로 ‘추정’을 하였으며(소송기록 2240쪽) ⑧ 사체만을 가지고 사인을 명확히 판정하기는 어렵고(소송기록 2238쪽), ⑨ 부검 당시에는 피해자에 대한 정보를 전부 알지 못한 상태였고, ⑩ 이미 만성적으로 심한 가혹행위가 있는 상황이었던 것 등 지금까지의 밝혀진 것을 모두 고려한 후 다시 판단하여 본다면 속발성 쇼크가 복합되었을 가능성이 있다(소송기록 2237쪽). 예를들면 속발성 쇼크로 인해서 의식이 점점 꺼지다가 기력이 쇠하면서 의식이 혼미해졌고 그 사이에 음식물이 역류하면서 기도가 폐쇄되었고 이런 식으로 복합적으로 발생할 가능성도 배제할 수 없는 것이다(소송기록 2251, 2263쪽)라고 진술하였다.

다) 인과관계는 피고인의 행위가 피해자의 사망이라는 결과를 발생케 한 유일한 원인이거나 직접적인 원인이 되어야 하는 것은 아니며, 피해자가 제3자의 과실 등이 경합하여 결과가 발생한 경우에도 이를 인정할 수 있고, 사망의 원인에 대한 인과관계 또한 중첩적 원인으로 발생할 수 있는 것이다.

라) 위 가)항의 국립과학수사연구원에서 작성의 감정축탁의뢰 회보와 나)항의 법의관 공소외 2 진술을 종합하고 아래의 각 항의 사실 등을 종합하여 보면, 피고인들의 폭행으로 피해자에게 광범위한 피하출혈 등이 발생한 결과 속발성 쇼크가 발생하였고 이것이 직접적인 원인이 되어 사망에 이르렀거나 속발성 쇼크가 간접적 내지 중첩적인 원인이 되어 사망하게 되었다는 사실은 넉넉히 인정된다 할 것이다.

① 2014. 3. 7. 어간 피해자의 허벅지에 멍이 들어 있었으며, ② 2014. 3. 30. 가슴부위의 거의 전체가 멍이 들었고 무릎은 완전히 구부리지 못하는 상태였던 점(소송기록 2711쪽), ③ 2014. 4. 4. 피고인 3이 휴가에서 복귀하여 피해자를 보았는데 눈이 쾅하고 얼굴 쪽에는 전부 멍이 들었고 머리 뒤쪽과 목 쪽에 상처가 너무 많은 등 전신에는 상처투성이여서 누구라도 알 수 있는 상태였던 점(소송기록 1060쪽, 2325쪽), ④ 2014. 4. 4. 이후에는 항상 얼굴이 창백하고 입술이 말라있었던 점(증거기록 886쪽), ⑤ 피해자가 킁킁 거리거나 음식을 뱉으려는 모습은 없었던 점(소송기록 893쪽), ⑥ 피고인 3은 2014. 4. 6. 피해자의 목 밑부터 가슴 명치까지 멍이 시퍼렇게 들어 있어서 충격적이었다고 진술하고 있는 점(소송기록 2304쪽), ⑦ 피고인들 모두 멍든 것은 아예 신경 쓰지 않고 때렸던 점(증거기록 132쪽), ⑧ 공소외 1은 피해자가 가혹행위를 지속적으로 당해서 무릎, 허벅지, 팔 부분에 계속 멍이 들었다고 진술하고 있는 점(소송기록 892쪽), ⑨ 피해자의 옆구리가 부어올라 있었고 멍이 들어 있었던 점, ⑩ 부검의 역시 추락사 이외에는 피해자만큼 멍든 사람을 본 적이 없다고 진술하고 있는 점(소송 기록 414쪽), ⑪ 우측 흉강에 200ml 혈흉이 관찰되고, 좌측 흉강에 혈흉을 제거한 흔적과 비장 파열로 인한 복강혈이 관찰되는 점(소송기록 2247쪽), ⑫ 피고인 3은

2014. 4. 6. 16:30경 정신을 잃고 쓰러진 피해자에게 두 모금 정도의 물을 먹였으며 이 때 피해자의 목으로 물이 넘어가는 것을 보았고 음식물을 본 적이 없었다고 진술하였고, 피고인 2 역시 기도확보기를 피해자의 입안에 넣을 때 음식물을 본 적이 없다고 진술한 점 등을 종합하면 피해자는 2014. 3. 7. 이후 신체가 스스로 회복할 수 있는 시간을 가지지 못한 채 지속적으로 폭행 및 가혹행위를 당하여 피하출혈 등이 누적되었다고 판단되고 병원으로 후송된 2014. 4. 6. 당시에는 피하출혈 등이 극도로 누적되어 피해자는 속발성 쇼크의 상태에 이르렀다고 판단된다.

2) 살인의 범의

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합해 보면, 피고인들은 범행 당시 자신들의 계속된 무차별적인 폭행으로 피해자가 사망이라는 결과에 이를만한 가능성 또는 위험이 있음을 인식하거나 예견하면서도 위와 같은 행위로 나가간 것으로 봄이 타당하므로, 피고인들이 피해자의 사망을 의욕하거나 계획한 것은 아니어서 살인의 확정적 고의가 인정되지 않는다고 하더라도 미필적 고의는 있었다고 보아야 한다.

그런데도 원심은 그 판시와 같은 사정들을 들어 피고인들에게 확정적 또는 미필적 고의가 있었다고 인정하기 어렵다고 판단하였으니, 원심판결에는 사실을 오인하거나 살인죄에 있어서의 고의에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

따라서 이 점을 지적하는 검찰관의 주장은 이유 있다.

가) 피해자에 대한 폭행과 상해의 누적

- ① 피고인들은 3월 초순부터 피해자를 특별한 이유 없이 폭행하여 왔고, 피고인들의 폭행으로 인하여 3. 15.부터 4. 6.까지 약 20일간 피해자는 다리를 절룩거리고 다닌 점, ② 피고인 1은 4. 5. 저녁 점호 이후 피해자가 피고인 1이 말한 것 중에 '피고인 1의 아버지가 조폭이었다는 사실이 가장 감명 깊었다'는 말을 들은 후 폭행의 범위와 강도는 급격히 강해졌고 피고인 1 이외의 피고인들은 피해자의 피해상태를 인식하면서도 폭행에 지속적으로 가담하여 왔던 점, ③ 특히 피고인 1은 4. 6. 00:00경 피해자 런닝셔츠의 목살부위를 잡고 흔들며 런닝셔츠를 찢고, 30분 후 피해자가 갈아입은 런닝셔츠를 다시 잡아 찢는 등에 비추어 보면 당시 피고인 1의 폭행의지와 강도를 미루어 짐작할 수 있는 점, ④ 피고인들은 피해자로 하여금 종교행사에 가지 못하게 하고, 면회를 하지 않도록 하였으며 심지어는 식사도 제대로 할 수 없도록 하여 피해자를 의무반 이외의 사람들과 접촉할 수 있는 기회를 박탈하였고, 선임병인 지위를 이용하여 피해자로 하여금 어떠한 반항도 하지 못하게 한 후 무방비 상태의 피해자를 지속적으로 강하게 폭행하였고, 폭행할 때에는 일부 피고인들이 망을 보거나 폭행을 하다가 힘이 들면 다른 피고인들이 돌아가며 폭행하는 등 상호 역할분담을 하면서 강하게 폭행하였던 점, ⑤ 의무반원인 피고인들은 직접 폭행에 가담하거나 다른 피고인들이 폭행하는 것을 보았거나 알고 있었고, 폭행 후 피해자를 직접 치료하기도 하는 등 피해자가 당한 누적된 폭행의 정도나 상해의 정도를 비교적 정확히 알고 있었던 점, ⑥ 4. 1.부터 4. 3.까지 22:00경부터 03:00경까지 기마자세와 앉았다 일어서기, 침상에 앉아 있게 하는 등의 가혹행위와 폭행을 하면서 피해자가 잠을 자지 못하게 하고, 4. 4.부터는 하루에 3시간 정도밖에 피해자에게 수면시간을 주지 않고 4. 5.에는 잠을 거의 재우지 않았으며, 4. 5.부터 4. 6.사이에는 식당에 보내지 않아 피해자는 라면 한 끼의 식사밖에 하지 못한 점(소송기록 987-988쪽), ⑦ 피고인 6은 3.말경 '힘껏 퍽퍽 소리가 날 정도로 때렸고, 점점 기력이 나빠지는 모습을 보면서 저렇게 맞다가 실신하는 등으로 버티지 못하겠구나'라는 생각이 들었고, 피고인 2도 '저렇게 맞다가 실신하는 등으로 못버티겠구나', '피해자가 오줌을 싸고 웅양웅알 거릴 때 사태가 더 심각해졌다고 느꼈으며 더 폭행을 한다면 생명이 지장이 있을 수 있겠구나'라

고 진술하였고, 공소외 1도 '머리, 복부, 가슴을 계속해서 맞아서 언제 쓰러져도 이상하지 않을 정도였다.

'라고 진술하였고, 공소외 19도 '피해자가 숨도 올바르게 쉬지 못하여 매우 격앙되어 있고, 정신없어 보였다'고 진술하고 있는 점 등을 고려해보면, 당시 피해자의 건강상태는 제3자 보더라도 매우 심각하였음을 인정할 수 있는 점, ⑧ 피고인들은 4. 6. 오전 피해자의 온 몸에 멍이 들어 있음을 확인한 후 피해자의 상태가 의무반에서 치료할 수 있는 범위를 넘어설 정도로 피해자의 상태가 위중하다는 사실을 인식하고 있었고(증거기록 1489쪽), 피고인 3도 당시 피해자의 상태가 충격적이었다고 진술하고 있는 점(소송기록 2304쪽), ⑨ 그럼에도 불구하고 피고인들은 범행이 발각될 것을 염려하여 별도의 진료 없이 피해자에게 수액을 주고 안티프라민을 발라주는 것으로 조치하였고 이후 폭행의 과정을 보아도 피해자의 피해상태 등을 고려하지 않고 폭행한 것으로 보이는 점(증거기록 132쪽), ⑩ 4. 6. 아침 점호 직후 피해자가 밤에 잠을 잤다는 이유로 피고인 1이 25회 정도 폭행하다가 손과 무릎이 아프다며 피고인 4에게 폭행할 것을 지시하였고 피고인 4는 피해자를 엎드려뺏쳐 자세를 시켜 무방비 상태로 만든 다음 피해자의 옆구리 부위를 20-30회 강하게 폭행하였고, 폭행하던 피고인 4가 다리가 아프다고 하자 피고인 3이 이어서 엎드려뺏쳐 있는 피해자를 계속해서 폭행하였던 점에 비추어 보면 당시 피고인들은 누구보다도 피해자의 상태를 비교적 정확히 인식하였다고 판단되는 점(소송기록 983쪽, 1038쪽, 2343쪽, 2501쪽, 증거기록 1487쪽), ⑪ 피고인 2는 4. 6. 오전에 피해자 가슴 부분에 손을 대었고 숨을 내쉴 때 뭔가 딸각 거리는 느낌 내지 뼈가 뚫뚫 거리는 느낌이 있었고 당시에 도 이미 갈비뼈가 골절되었다는 느낌을 받았다고 진술하고 있고, 피고인 3은 4. 6. 오전에 피해자가 갈비뼈가 제일 아프다고 하였고, '하아', '하아'라고 하면서 크게 숨을 내쉴 정도로 피해자의 숨소리가 거칠었고 당시 피해자의 상체를 살펴보았을 때 가슴부터 배꼽 위까지 모든 부위가 멍이 들어 있었고, 그렇게 멍이 든 사람은 태어나서 한 번도 본 적이 없었고, 폭행으로 인해 피해자의 급소가 맞았을 수도 있었을 것이라고 진술하고 있는 점 등을 종합적으로 고려하면 피해자는 4. 6. 오전까지의 폭행만으로도 피해의 상태가 상당히 위중하였다고 판단되고 피고인들은 폭행에 직접 가담하거나 폭행한 사실을 알고 있었고, 피해자의 알몸 등을 확인하고 치료까지 하여 왔으므로 피해자의 상태의 위중함을 인식하고 있었다는 사실을 인정할 수 있다.

나) 폭력 행사 정도 및 피고인들의 인식

- ① 피해자의 상태를 정확히 알고 있는 피고인들이 수액을 꼽은 상태의 피해자 얼굴과 복부를 가격한 점(증거기록 1347-1348쪽), ② 피해자에 대한 폭행부위는 얼굴, 복부, 옆구리 등으로 신체의 중요부위였고, 주로 손과 팔이 아닌 발과 무릎을 이용하여 강력하게 폭행하여(소송기록 2433쪽) 그 방법이 무차별적이고 흉포한 것으로 판단되는 점, ③ 이로 인해 피해자의 온 몸에 멍이 들고 수액을 맞을 정도의 상태였음을 알고 있었음에도 피고인들의 폭행은 계속되었던 점, ④ 피고인들이 자신들의 폭행으로 인하여 피해자의 전신에 피하출혈이 발생하고 마침내 과다출혈에 의한 속발성 쇼크로 인하여 사망할 수 있다는 의학적 결과를 예견하기는 어렵다고 할 것이나, 살인의 고의가 의학적 인과과정에 대한 인식이나 결과발생에 대한 예견까지 인식할 것을 요구하는 것은 아닌 점, ⑤ 피고인 1은 4. 6. 냉동식품을 취식하는 약 25분간의 짧은 시간 동안 발로 피해자의 옆구리 부위를 5회 때리고 양손을 잡고 발로 피해자의 배 부위를 2-5회 차고 피해자의 옆에서 발로 피해자의 복부를 6회 걷어차고 무릎으로 피해자의 가슴 부위를 2회 때리고, 피고인 4에게 지시하여 엎드려뺏쳐 시킨 상태에서 복부를 9회 에서 12회 가량 차고, 피고인 3과 함께 피해자의 배 부위를 10회 차거나 밟고, 피해자가 오줌을 싸고 쓰러지자 재차 발로 피해자의 가슴을 힘껏 밀어 차는 피해자를 강도 높게 폭행한 점, ⑥ 피고인들 중 일부가 폭행하고 있을 때 다른 피고인들은 망을 본 점(소송기록 896쪽), ⑦ 지속적으로 폭행당한 피해자에게 기마자세를 똑바로 하지 않고 '기만한단'은 이유로 피해자의 머리채를 잡고 생활

관 바닥에 눕힌 후 피고인 4에게는 망을 보게 하고 피고인 1과 피고인 3이 피해자의 복부를 발로 밟았고 갈비뼈 부분을 잡고 있는 피해자를 수 분간 각 10회 정도 밟은 점(소송기록 2322쪽, 증거 기록 394쪽), ⑧ 피고인 1과 피고인 3의 폭행이 끝난 이후 피해자는 스스로 일어났다가 정신을 잃고 손바닥을 바닥에 대거나 하지 못한 채 그대로 쓰러진 점, ⑨ 쓰러진 피해자가 물을 마시지 못한다는 이유로 피고인 3이 손바닥으로 머리를 2회 때리고, 이후 피고인 1이 꺾병을 부린다며 맥살을 잡고 흔들자 피해자가 눈을 떠 피고인 1과 눈을 마주쳤으며 이때 피해자의 눈동자가 정상적이지 않았던 점(소송기록 2389쪽, 증거기록 129쪽, 1513쪽), ⑩ 이후 피해자가 오줌을 흘리게 되었으며, 피고인 2, 피고인 4가 오줌에 젖은 옷을 갈아입히기 위해 피해자를 부축해 앉아 있었던 점, ⑪ 당시 피해자는 물을 제대로 마시지 못하며 흘리고, 오줌을 싸고, 쓰러진 상태에서 웅얼거리는 등 제대로 된 의사표현을 하지 못하여, 피고인들은 피해자의 상태가 매우 심각하다는 것을 인식하고 있었음에도 피고인 2와 피고인 4의 부축에 의해 기대있던 피해자를 피고인 1이 화가 나 흥분한 상태에서 '꺾병 부리지 마라'고 말하며 발로 가슴을 1회 세게 차 피해자가 침상으로 크게 쓰러진 점(증거기록 1515쪽, 1571쪽), ⑫ 이후 피고인 1이 다시 차려 했으나 피고인 3의 만류로 추가 폭행을 하지 않았던 점, ⑬ 이후 피해자는 급격하게 호흡과 맥박이 약해지면서 심장정지 및 의식불명 상태에 도달하였고 피고인들의 응급조치에도 불구하고 피해자는 결국 사망하게 된 점 등을 종합하여 보면,

피고인들이 이 사건 폭행과정에서 피해자의 사망이라는 결과 발생을 충분히 인식 또는 예견하였고, 나아가 미필적으로나마 그 결과 발생을 용인하였다고 넉넉히 인정된다.

3) 부분적 공동정범에 불과하다는 주장에 대한 직권판단

가) 피고인 2의 주장

피고인 2는 원심이 피고인 1에 대한 살해의도를 제대로 심리하지 않아 피해자의 사망에 대하여 피고인 2가 이를 예견할 수 있었는지, 예견할 수 있었다면 그에 대하여 어떠한 책임을 묻는 것이 적절한지 심리하지 않은 심리미진의 위법이 있다는 취지로 진술하면서, 이 사건 공소사실 중 살인의 점은 부분적 공동정범에 해당하므로 피고인 1만이 고의범이고 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 과실범인 상해치사의 죄책을 부담할 뿐이라고 직권판단을 촉구하므로 직권으로 살핀다.

나) 법리

형법 제30조의 공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것으로서, 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적인 요건인 공동가공의 의사와 객관적인 요건인 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하고, 공동가공의 의사는 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것인 바, 이러한 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하나, 반드시 사전에 치밀한 범행계획의 공모에까지 이를 필요는 없으며 공범자 각자가 공범자들 사이에 구성요건을 이루거나 구성요건에 본질적으로 관련된 행위를 분담한다는 상호이해가 있으면 충분하다 할 것이다(대법원 2008. 9. 11. 선고 2007도6706 판결 등 참조).

공모공동정범에 있어서 공모자 중의 1인이 공모관계에서 이탈하기 위해서는 공모자가 공모에 의하여 담당한 기능적 행위지배를 해소하는 것이 필요하므로 공모자가 공모에 참여하여 다른 공모자의 실행에 영향을 미친 때에는 범행을 저지하기 위하여 적극적으로 노력하는 등 실행에 미친 영향력을 제거하지 아니하는 한 공모관계에서 이탈하였다고 할 수 없다(대법원 2008. 4. 10. 선고 2008도1274 판결 등 참조).

다) 당심의 판단

원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면,

- ① 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 피고인 1의 폭행당시 직접 폭행에 가담하거나 망을 보는 등 역할분담을 하였던 점, ② 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 피해자의 상태를 비교적 정확히 인식하고 있었고 피고인 1이 피해자에게 가한 폭행의 정도와 양 그리고 4. 5. 저녁 점호 이후 계속적으로 폭행하여 오고 있음을 알고 있었던 점, ③ 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 피고인 1이 주도하였다는 취지로 진술하고 있으나 이 진술만으로 공동정범 인정에 장애가 되지 않는 점 등을 인정할 수 있고, 위 인정된 사실들을 종합하면, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 망을 보거나 직접 폭행하는 등 살인죄의 본질적 구성요건과 관련된 행위의 분담을 상호 이해하고 있었고, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4 중 누구도 진지하게 범행을 중단하거나 다른 피고인의 범행을 만류하지 않았던 것으로 판단되므로 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4가 공동정범이 아니라거나 공모관계에서 이탈되었다고 판단되지 않는다.

따라서, 피고인 1만이 살인죄의 죄책을 부담하고 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 상해치사의 죄책을 부담할 뿐이라는 피고인 2의 주장은 이유 없다.

4. 군인등강제추행의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 1의 주장

피고인 1은 피해자에 대하여 고통을 줄 의사만 있었을 뿐 추행의 목적이 없었다는 취지로 주장하면서 추행의 범의를 부인하고 있다.

나. 법리

강제추행죄에서 말하는 '추행'이라 함은 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나, 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것이라고 할 것이고, 이에 해당하는지 여부는 피해자의 의사·성별·연령·행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 신중히 결정 되어야 한다(대법원 2002. 4. 26. 선고 2001도2417 판결 등 참조). 그리고 강제추행죄의 성립에 필요한 주관적 구성요건으로 성욕을 자극·흥분·만족시키려는 주관적 동기나 목적이 있어야 하는 것은 아니다(대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도5856 판결 등 참조).

다.

당심의 판단

원심과 당심이 적법하게 채택하고 조사한 증거 등을 종합하면, 강제추행죄에서 말하는 '추행'은 반드시 성욕을 만족시킬 목적이나 주관적 동기를 요건으로 하는 것은 아니고, 또 피고인의 주장과 같이 피해자에게 고통을 줄 의도였을 뿐이었다고 인정하더라도 피해자가 안티프라민을 성기에 바르게 되면 성기가 따끔거리고 그 정도 또한 고통스러웠을 것을 인식하고 있었던 피고인 1은 피해자가 성기의 고통으로 인해 성적 수치심을 느낄 수 있다는 것을 인식하고 있었다고 판단되는 점, 피고인 1의 이 부분 공소사실은 성적인 의미의 행위를 폭력적인 방법으로 표출한 것으로서 이를 당하는 피해자는 물론 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하는 행위라고 판단되는 점을 고려하면 행위 당시에 적어도 추행의 범의가 병존하고 있었다고 보기에 충분하므로, 피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

5. 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 항소이유에 대한 판단

가. 공소사실의 요지

이 부분 공소사실의 요지는 "피고인은 2014. 3. 초부터 공소외 3을 수차례 폭행 및 가혹행위 하였으며 이로 인해 2014. 4. 7. 공소외 3이 사망하게 되었다.

피해자 공소외 1(20세)은 천식으로 의무반에 입실한 2014. 3. 8.부터 2014. 3. 9.까지, 2014. 3. 29.부터 2014. 4. 6.까지 같은 계급인 일병 공소외 3이 피고인에게 수차례 폭행 및 가혹행위를 당하고 급기야 2014. 4. 6. 폭행으로 쓰러진 것을 목격하게 되자, 피고인을 두려워하게 되었다.

피고인은 위 폭행 및 가혹행위를 목격한 6피해자가 이 사실을 알리면 자신 또는 공범들의 범죄사실이 드러날 것을 우려하여 피해자가 수사기관 등에서 진술하지 못하게 할 목적으로 2014. 4. 6. 20:30경 위 소속대 의무반 생활관에서 피해자에게 "공소외 1 씨는 자고 있었던 거예요."라고 하여 피고인의 범행사실을 목격한 바 없다는 취지로 말하도록 협박하였다.

이로써 피고인은 피해자를 협박하였다.

"는 것이다.

나. 피고인 1의 주장

피고인 1은 해악의 고지가 없었으므로 이 부분 공소사실 행위가 협박에 해당하지 않는다고 주장한다.

다.

법리

특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의9의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)죄는 자기 또는 타인의 형사사건의 수사 또는 재판과 관련하여 고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술, 증언 또는 자료제출에 대한 보복의 목적으로 형법 제283조 제1항의 협박의 죄를 범한 사람에 대하여 가중처벌하는 범죄이다.

협박죄에 있어서의 협박이라 함은 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있을 정도의 해악을 고지하는 것을 말하고 협박죄가 성립하기 위하여는 적어도 발생 가능한 것으로 생각될 수 있는 정도의 구체적인 해악의 고지가 있어야 하며, 해악의 고지가 있다 하더라도 그것이 사회의 관습이나 윤리관념 등에 비추어 사회통념상 용인될 정도의 것이라면 협박죄는 성립하지 않으나, 이러한 의미 협박행위 내지 협박의 고의가 있었는지 여부는 행위의 외형뿐만 아니라 그러한 행위에 이르게 된 경위, 피해자와의 관계 등 전후 상황을 종합하여 판단해야 한다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도2412 판결 등 참조). 또한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)죄에 규정된 보복의 목적이 있었는지 여부는 행위자의 나이, 직업 등 개인적인 요소, 범행의 동기 및 경위와 수단, 행위의 내용과 태양, 피해자와의 인적관계, 범행 전후의 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2013. 6. 14. 선고 2009도12055 판결 등 참조).

라. 당심의 판단

살피건대, 원심과 당심이 적법하게 채택하고 조사한 증거들과 당심에서의 피고인들의 진술 등을 종합하면,

- ① 피고인 1이 공소외 1보다 계급이 높지만 서로 소속부대가 달라 선임병과 후임병의 관계가 아니었고 상호 존칭을 썼던 점, ② 이 부분 공소사실 이외에 피고인 1이 공소외 1을 폭행하거나 협박한 사실이 없었던 점, ③ 피해자 후송 후 공소외 1에게 자고 있다고 말하여 달라고 처음 부탁한 사람은 피고인 3이었으며, 이때 공소외 1의 손을 잡고 부탁조로 얘기한 점(소송기록 2346쪽), ④ 피고인 1의 '공소외 1은 자고 있었던 거예요'라고 말에 구체적인 해악의 고지 내용이 있다고 보기에 다소 부족한 점이 있는 점(소송기록 898쪽), ⑤ 공소외 1 역시 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피

고인 4가 돌아가면서 제발 조용히 해달라는 취지의 말을 했다고 진술하고 있는 점(소송기록 904쪽), ⑥ 피고인 1이 해악의 고지를 부인하고 있으므로 공소외 1의 진술이 사실상 유일한 증거라고 할 것인데 당심의 수차례의 증인 소환에도 불구하고 출석하지 않은 점 등을 인정할 수 있고,

위 인정된 사실을 기초로 판단하여 본다면, 피고인 1이 강압적인 분위기를 이용하여 공소외 1에게 부탁한 것이 아닌가 하는 의심을 배제하기는 어려우나, 형사재판에서 공소제기된 범죄사실에 대한 증명책임은 검찰관에게 있는 것이고 유죄의 인정은 재판관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2007도616 판결, 대법원 2008. 7. 24. 선고 2008도4467 판결 등 참조). 위 인정된 사실과 사정만으로는 피고인이 해악을 고지하였다거나 이에 대한 고의가 있었는지에 대하여 합리적 의심을 배제하기 어렵다.

따라서 이 부분 공소사실에 대하여 해악을 고지한 사실이 없으므로 협박죄의 가중된 구성요건인 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)의 점에 대한 구성요건 해당성이 없다고 주장하는 피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

6. 피고인 5 부분에 대한 피고인과 검찰관의 주장에 대한 판단

가. 부하범죄부진정의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

1) 원심의 판단

군형법 제93조는 '부하가 다수 공동하여 죄를 범하는 것을 알고도 그 진정(鎭定)을 위하여 필요한 방법을 다하지 아니한 사람은 3년 이하의 징역이나 금고에 처한다'고 규정하고 있다.

'다수 공동하여'를 해석함에 있어서 죄형법정주의 원칙에서 파생되는 유추해석 금지의 원칙 내지 명확성의 원칙에 부합하도록 해석하여야 한다.

'다수 공동'의 의미를 단독범이 계속적으로 발생하는 것까지 확장 해석할 수 없고, 진정시킬 수 없는 범죄까지 본죄의 대상범죄로 해석할 수는 없는 것이다.

기록을 종합하여 보아도 피고인 5는 개별적인 일부 폭행사실을 인지하고 있었을 뿐 2인 이상의 다수가 공동하여 죄를 범하는 것을 알았다는 사실을 인정하기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

'진정을 위하여'의 의미는 범죄의 예비 또는 음모의 단계이거나 실행의 착수에 나아갔고 그 죄가 기수 또는 종료 이전의 단계여야 하므로 실행의 착수나 범행의 종료 이전이어야 하는데 기록만으로는 이 부분을 유죄로 인정하기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실을 인정할 만한 증거가 없다.

2) 당심의 판단

부하범죄부진정죄는 '부하가 다수 공동하여 죄를 범하는 것을 알고도 그 진정(鎭定)을 위하여 필요한 방법을 다하지 아니한 사람은 3년 이하의 징역이나 금고에 처한다'고 규정하고 있으므로 '다수 공동하여' 죄를 범하고 이에 대하여 '진정'을 위해 필요한 방법을 다하지 아니한 경우에 성립한다.

따라서 죄형법정주의의 파생원칙인 유추 해석금지 및 명확성 원칙 등을 종합적으로 고려하면 '다수 공동하여'를 '단독범'이 다수인 경우로 확대하여 해석할 수는 없다고 할 것이고, '진정'의 시기가 예비·음모 후 기수 전에 한정되어야 하는 것은 아니나 장래의 발생할 범행을 예측하여 범행을 진정 시킬 의무를 부여하거나 이미 범행이 종료한 경우에 재범을 막을 의무를 부여한 것으로까지 해석할 수는 없는 것이다.

같은 취지의 이 부분 원심판결은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 검찰관이 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 보이지는 않는다.

따라서, 이 부분 검찰관의 주장은 이유 없다.

나. 직무유기의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

1) 피고인의 주장

직무유기는 직무의 의식적 포기 등의 경우에 성립하는 범죄로서 직무를 소홀히 하는 등 충근의무 위반의 경우까지 직무유기에 포함되는 것은 아니므로, 피고인 5가 피해자가 다리를 절거나 폭행을 당했다는 사실을 알고 이에 대한 적절한 조치를 취하지 않은 사실과 피해자의 실신사실을 보고 받고 지휘관에게 보고하지 않았다는 사실만으로는 직무유기죄를 인정할 수 없음에도 불구하고 원심이 직무유기의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 직무유기죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.

2) 법리

직무유기죄는 구체적으로 그 직무를 수행하여야 할 작위의무가 있는데도 불구하고 이러한 직무를 저버린다는 인식하에 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 성립하는 것으로 법령·내규 등에 의한 추상적 충근의무를 태만히 하는 일체의 경우에 성립 하는 것이 아니다.

따라서 직무를 유기한 때라 함은 공무원이 직장의 무단이탈, 직무의 의식적인 포기 등과 같이 그것이 국가의 기능을 저해하며 국민에게 피해를 야기시킬 구체적 위험성이 있고 불법과 책임비난의 정도가 높은 법익침해의 경우에 한하여 성립한다(대법원 2010. 1. 14. 선고 2009도9963 판결 등 참조).

또한, 직무유기죄에서 말하는 직무란 공무원이 그 지위에 따라 맡은 바 본래의 직무를 말하는 것이고 공무원이란 신분관계로 부수적, 파생적으로 발생하는 고발의무 같은 것은 포함되지 않는 것이고(서울고등법원 1962. 5. 2. 선고 62도 41 판결 등 참조), 직무유기죄가 성립되려면 그 직무의 내용이 성문된 법령상의 근거가 있거나 적어도 군대내의 특단의 지시 또는 명령이 있어 그것이 고유의 직무 내용을 이루고 있어야 한다(대법원 1976. 10. 12. 선고 75도1895 판결 등 참조).

3) 당심의 판단

살피건대, 원심과 당심이 적법하게 채택하고 조사한 증거들과 당심에서의 피고인들의 진술 등을 종합하면,

- ① 병영생활규정(육군규정 120)에 의하면 상관은 병사들의 일상생활의 관찰과 개인면담을 통하여 부하의 신상을 철저히 파악하고 개인적인 애로사항을 조기에 해결하도록 노력하여야 하고, 결함사항을 발견할 경우 직접 시정하거나 지휘계통에 따라 보고할 의무가 있는 점(소송기록 2532쪽), ② 그럼에도 불구하고 오히려 폭행을 당하고 있는 피해자에게 '피해자를 때리고 싶은데 콩알만 해서 못 때리겠다.

때리는 것은 신경안 쓴다.

맞으면서 키워야 한다'(소송기록 362쪽), '1개월 후에도 안 되면 때려서라도 가르치고, 안 되면 다른 조치를 취하자'(증거기록 933쪽), '군대에서는 선후임간 구타는 있을 수 있다.

참견하지 않겠다.

안되면 때려서라도 고쳐라'(소송기록 1031쪽, 2675쪽, 2685쪽, 증거기록 922쪽)라고 말하고, 폭행을 당했던 피해자에게 '혼냈던 선임에게 가서 사과하면서 더 싹싹하게 굴어봐라'라고 말한 점(소송기록 2678쪽), ③ 3월 초순부터 피해자의 바지를 벗어보라고 한 후 부어 있는 피해자의 허벅지를 확인하였음에도(소송기록 2529쪽, 2679쪽) 3. 28. 면담기

록 작성시 피해자에게 발생한 상해사실은 기재하지 아니하고 이전에 있었던 눈의 이상여부만을 기재한 점(소송기록 1353쪽, 2691쪽, 증거기록 923쪽), ④ 피고인 5 역시 피고인 1을 감싸준다고 보다는 이것이 터지면 큰일 난다는 생각으로 보고를 하지 않은 것이라고 스스로 인정하고 있고, 스스로 좋게 끝낼 수 있을 것이라고 안일하게 생각한 점(증거기록 817쪽), ⑤ 피고인 5는 피고인 6에게 '내가 직접 피고인 1을 시켜서 폭행을 하게끔 했다.

'라고 말한 점(소송기록 2706쪽), ⑥ 피고인 5는 피고인 3이 피해자를 폭행하는 것을 옆에서 보면서도 제지하지 않은 점(소송기록 2530쪽), ⑦ 의무대 안에서 피해자를 혼내려는 분위기가 있으면 의무대의 수송병이나 입실환자들을 밖으로 데리고 나갔던 점(소송기록 362쪽, 931쪽), ⑧ 피고인 5 스스로도 피해자의 뺨을 때리는 등 폭행에 가담한 점(소송기록 931쪽), ⑨ 4. 4. 저녁점호와 4. 5. 아침점호를 할 때 피고인 5가 의무반 생활관에서 있다는 이유로 의무반 전원이 점호를 받지 않은 점(소송기록 2347쪽), ⑩ 3. 17.경 피고인 5는 피고인 1이 무릎으로 피해자를 다수 폭행하여 피해자가 다리를 절고 다리가 부어 있다는 사실을 보고 받았음에도 불구하고 단순히 피해자에게 파스를 발라주라고 지시한 것에 그친 점(소송기록 1408쪽, 1415쪽), ⑪ 3. 29. 부대개방행사와 관련하여 피고인 3과 피해자로부터 피해자가 면회를 하고 싶다는 말을 들었음에도 피해자가 폭행당한 사실이 발각될 것이 두려워 피해자에게 '다리가 나은 후에 면회를 하는 것이 어떠냐'고 권유하여 결국 피해자가 부모를 면회하지 못하도록 한 점, ⑫ 또한 피해자에 대한 폭행과 피해자를 재우지 않은 사실 등을 보고 받아 알고 있었으므로 피해자의 몸 상태를 주기적으로 확인하였다면 피해자의 사망을 막을 수 있는 지위에 있었음에도 이를 방관하고 묵인한 점, ⑬ 피고인 4는 피해자가 쓰러진 후 다른 사람들이 앰블런스 타고 나간 후에 의무대에 혼자 대기하고 있으면서 처음으로 피고인 5에게 전화해서 피해자가 맞아서 쓰러졌다고 보고하였다고 진술하고 있는 점(소송기록 1415쪽) 등을 인정할 수 있고 위 인정된 사정 등을 종합하면,

피고인 5는 의무부서관으로서 의무반을 책임지는 간부였으며, 의무반원들을 면담하여 면담기록을 제출하는 등 의무반 병력 관리의 책임이 있는 부서관임을 인정할 수 있고, 위의 인정사실만으로도 피고인 5는 피해자에 대한 폭행이 다수 발생하였고 그 피해로 인하여 피해자의 허벅지가 붓고 피해자가 제대로 걷지 못하고 있다는 사실을 알고 있음에도 폭행을 제지하기는커녕 오히려 폭행을 방관하거나 폭행을 용인하는 등의 말을 하여 피고인들의 폭행을 조장한 측면을 인정할 수 있고, 더 나아가 피해자를 직접 폭행한 점 등에 비추어 보면 피고인 5는 단순히 업무를 소홀히 하는 범위를 넘어 의무반을 책임지는 자신의 임무를 명시적으로 포기한 것으로 판단된다.

또한 피고인 5는 피고인 4로부터 피해자가 맞아서 쓰러졌다는 것을 보고 받지 못했다고 주장하고 있으나, 피고인 4는 범행사실 자체는 모두 인정하고 있고 피고인 4 스스로에게 불리한 사실 또한 구체적으로 진술하고 있는데, 피고인 4가 피고인 5에 대하여만 허위의 사실을 말하는 등 불리하게 진술할 이유 등을 발견하기 어려운 점과 이 부분 피고인 5의 진술은 다소 번복되어 일관되지 않은 점을 종합적하여 고려하면 피고인 4의 진술은 신빙성이 있고 이를 근거로 이 부분 직무유기의 점을 판단하여 본다면 이 부분 역시 피고인 5는 명시적으로 직무를 포기한 것으로 판단된다.

같은 취지의 이 부분 원심판결은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 피고인 5가 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 보이지는 않는다.

따라서, 이 부분 피고인 5의 주장은 이유 없다.

다.

흥기휴대 폭행의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

1) 피고인 5의 주장

방탄헬멧을 씌운 상태에서 전기스탠드로 폭행하였으므로 사회통념에 비추어 방탄헬멧이 '위험한 물건'에 해당하지 아니함에도 불구하고 원심이 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.

2) 당심의 판단

어떤 물건이 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항에서 정한 '위험한 물건'에 해당하는지 여부는 구체적인 사안에서 사회통념에 비추어 그 물건을 사용하면 상대방이나 제3자가 생명 또는 신체에 위험을 느낄 수 있는지 여부에 따라 판단하여야 한다(대법원 2010. 11. 11. 선고 2010도10256 판결 등 참조).

살피건대, 원심과 당심이 적법하게 채택하고 조사한 증거 등을 종합하면, 피고인 5가 피해자가 너무 답답하고 말도 안 듣고 반항하는 것 같다며 피해자에게 방탄헬멧을 쓰게 한 후 탁상용 스탠드로 피해자를 폭행하여 플라스틱과 유리 파편이 날아갈 정도로 깨진 점(증거기록 130쪽)을 인정할 수 있고, 피해자가 방탄헬멧을 쓰는 등 보호장구를 착용하였다고 하더라도 머리 윗부분에만 보호장구가 착용된 것이고 유리파편이나 플라스틱 파편이 날아가는 등으로 피해자나 주변의 제3자가 다칠 수 있었던 상황이므로 신체의 위험은 여전히 존재한다고 할 것이므로 피해자에 대한 폭행의 도구로 사용된 전기스탠드는 위험한 물건으로 판단된다.

같은 취지의 이 부분 원심판결은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 피고인 5가 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 보이지는 않는다.

따라서 이 부분 피고인 5의 주장은 이유 없다.

라. 양형부당에 대한 판단

장병은 지휘체계를 믿고 군에서 복무하고 있는 것이다.

행군을 할 때에도 혹한에 매복을 할 때도 지휘체계가 자신을 보호해줄 것이라고 믿고, 심지어 자신의 생명을 잃을 수밖에 없는 명령에 임하여도 더 큰 국익을 위한 명령임을 믿고 상관의 명령에 복종하고 고통을 인내하는 것이다.

그러나 피고인 5는 피해자를 면담하는 등의 책임이 있을 뿐만 아니라 의무반 전체에 대해 책임이 있는 간부로서 폭행 및 가혹행위를 막아야 할 지위에 있음에도 불구하고 오히려 폭행으로 상해를 입은 피해자를 질책하거나 폭행을 용인하여 의무반에 폭행이 더욱 만연하는 환경의 단초를 제공하게 되었다.

이러한 환경 속에서 피해자는 점점 더 쇠약해져 갔으며 어느 곳 하나 의지할 곳이 없는 고립무원의 위치에 있게 되었다.

이러한 점을 고려하면 피고인 5는 엄히 처벌하여야 마땅할 것이다.

다만 피고인 5의 폭행으로 상해의 결과가 발생한 것으로 보기는 어려운 점, 직무유기죄의 법정형이 1년 이하의 징역형인 점, 피해자의 유족을 위하여 일정 금액(2000만원)을 공탁한 점, 처벌전력이 없는 점, 반성하고 있는 점 그 밖에 피고인 5의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기 및 경위, 범행의 수단 및 결과, 범행 후의 정황 등 기록에 나타난 모든 양형조건을 고려하여 보면, 이 부분 피고인 5의 이 부분주장은 이유 있다.

7. 피고인 6에 대한 양형부당에 대한 판단

피고인 6이 피해자를 폭행한 점은 인정되나, 피고인 1이 피고인 6을 폭행하면서 피해자를 때리도록 지시한 점 등 그 경위에 있어 참작할 점이 있는 점, 피고인 6 또한 피해자가 전입오기 전까지 피고인 1로부터 폭행과 얼굴에 물뿌림을

당하고, 치약 한 통을 먹는 등 피해자였던 점, 소극적이거나 의무반 부조리에 저항하였던 점, 피해자의 유족이 피고인 6에 대하여 선처를 바라는 점 그 밖에 피고인 6의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기 및 경위, 범행의 수단 및 결과, 범행후의 정황 등 기록에 나타난 모든 양형조건을 고려하여 보면, 이 부분 피고인 6의 주장은 이유 있다.

8.결론

그렇다면 원심판결에는 위에서 본 직권파기사유가 있으므로, 군사법원법 제428조, 제431조에 의하여 원심판결을 파기하고, 이 사건 제반기록에 의하여 본 군사법원이 재판하기에 충분하다고 인정되므로 같은 법 제435조에 의하여 변론을 거쳐 본 군사법원이 직접 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들의 항소이유의 요지

1) 사실오인 및 법리오해

가)피고인 1

- (1) 피해자의 성기에 안티프라민을 바르게 한 사실은 있으나, 피해자가 성기를 노출 시키지 않은 상태에서 발랐고, 당시 추행의 고의가 없었으므로 원심이 군인등강제추행의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 군인등강제추행죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.
- (2) 피해자 공소외 1에 대하여 해악을 고지한 사실이 없고, 협박에 대한 고의가 없으므로 원심이 협박죄에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 협박죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.

나) 피고인 5

- (1) 직무유기는 직무의 의식적 포기 등의 경우에 성립하는 범죄로서 직무를 소홀히 하는 등 충근의무 위반의 경우까지 직무유기에 포함되는 것은 아니므로, 피고인 5가 피해자가 다리를 절거나 폭행을 당했다는 사실을 알고 이에 대한 적절한 조치를 취하지 않은 사실과 피해자의 실신사실을 보고 받고 지휘관에게 보고하지 않았다는 사실만으로는 직무유기죄를 인정할 수 없음에도 불구하고 원심이 직무유기의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 직무유기죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.
- (2) 방탄헬멧을 씌운 상태에서 전기스탠드로 폭행하였으므로 사회통념에 비추어 방탄헬멧이 '위험한 물건'에 해당하지 아니함에도 불구하고 원심이 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흉기등폭행)의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흉기등폭행)죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.

2) 양형부당

원심의 형량이 피고인들의 정상에 비추어 너무 무거워 부당하다.

나. 검찰관의 항소이유의 요지

1) 사실오인 및 법리오해

가) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4(이하 '피고인들'이라 한다.

)에게는 이 사건 범행 당시 살인에 관한 미필적 고의가 있었음이 충분히 인정됨에도 불구하고 피고인들에게 살인에 관한 고의가 있었다고 볼 수 없다는 이유로 살인에 관하여는 무죄로 판단한 원심판결에는, 미필적 고의에 관한 법리를 오해하거나 채증법칙을 위반한 나머지 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나) 부하범죄부진정죄에서 '공동'의 의미는 다수인의 공동가공이 요구되는 경우에만 한정되는 것이 아니고, 진정의 대상범죄가 계속범에 한정되지 않음에도 불구하고 이 부분에 대하여 무죄를 선고한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

2) 양형부당

피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5에 대한 원심의 형량이 너무 가벼워 부당하다.

2. 직권판단

가. 피고인 1과 피고인 2에 대한 공소장 변경에 대한 직권판단

피고인 1과 피고인 2에 대한 피고인 1과 피고인 2 및 검찰관의 항소이유에 관하여 판단하기에 앞서 직권으로 살핀다.

검찰관은 당심에 이르러, 피고인 1에 대하여는 죄명에 '특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)'을 추가하고, 적용법조에 '특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의9 제2항, 제1항 제2문, 형법 제283조 제1항'을 추가하고, 공소사실 중 2. 다.

2)항의 "피해자가 이 사실을 알리면 자신의 범죄사실이 드러날 것을 우려하여 2014. 4. 6. 20:30경 위 소속대 의무반 생활관에서 피해자에게 "공소외 1은 자고 있었던 거예요."라고 하여 피고인의 범행사실을 목격한 바 없다는 취지로 말하도록 협박하였다.

"를 "피해자가 이 사실을 알리면 자신 또는 공범들의 범죄사실이 드러날 것을 우려하여 피해자가 수사기관 등에서 진술하지 못하게 할 목적으로 2014. 4. 6. 20:30경 위 소속대 의무반 생활관에서 피해자에게 "공소외 1은 자고 있었던 거예요."라고 하여 피고인의 범행사실을 목격한 바 없다는 취지로 말하도록 협박하였다.

"로, 피고인 2에 대하여 죄명을 '폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)'을 '폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등 협박)'으로, 적용법조를 '폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제6조, 제3조 제1항, 제2조 제1항 제1호, 제2조 제2항'을 '폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항, 제2조 제1항 제1호, 제2조 제2항, 형법 제283조 제1항, 제260조 제1항'으로 변경하고, 공소사실 중 8. 다.

항의 "피해자의 복부를 4회 걷어 찬 후, 위험한 물건인 역기(5kg)를 들어 피해자를 내리치려고 하였으나 옆에 있던 피고인 6이 말려 미수에 그쳤다"를 "피해자의 복부를 4회 걷어 찬 후, 오른손으로 위험한 물건인 역기(5kg)를 잡아 머리높이로 들어 올린 후 피해자를 내리치려는 시늉을 하여 피해자에게 겁을 주었다.

이로써 피고인은 피해자를 폭행하고, 위험한 물건을 사용하여 피해자를 협박하였다"로 각 변경하는 공소장변경허가신청을 하였고, 당심이 이를 허가 하였다.

이상과 같이 공소장변경이 허가됨으로써 피고인 1과 피고인 2에 대한 원심판결은 그 심판대상이 변경되었고, 피고인 1과 피고인 2에 대한 이 사건 각 범행은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 원심판결에서 이에 대하여 단일한 형이 선고되었으므로, 원심판결은 더 이상 유지할 수 없게 되었다.

나. 피고인 1에 대한 신상정보등록 및 공개·고지 명령에 대한 직권판단

피고인 1과 피고인 1에 대한 검찰관의 항소이유에 관하여 판단하기에 앞서 직권으로 살핀다.

군형법의 강제추행죄는 형법의 강제추행죄에 대하여 가중처벌하는 죄로서 성폭력의 처벌 등에 관한 특례법(이하 '성폭력특례법'이라고 한다) 제2조 제2항 소정의 "성폭력범죄"에 해당한다(대법원 2014. 12. 24. 선고 2014도2585 판결 참조). 한편 성폭력특례법 제42조 제1항에 규정된 '등록대상 성폭력범죄'를 범한 자는 같은 법 제47조 및 제49조에 따라 공개·고지명령의 대상이 된다.

위와 같은 법리에 비추어 이 사건을 살피건대, 이 사건 군인등강제추행의 범행은 같은 법 제47조 및 제49조 소정의 공개명령 및 고지명령의 대상이 되는 같은 법 제42조 제1항에 규정된 '등록대상 성폭력범죄'에 해당하므로, 신상정보의 공개명령 및 고지명령의 대상이 된다고 할 것이다.

그럼에도 원심은 이 사건 군인등강제추행의 점을 유죄로 인정하면서 피고인에 대한 신상정보의 공개·고지명령에 대한 판단을 누락하는 잘못을 저질렀다.

또한 성폭력특례법 등에 의한 공개명령, 고지명령은 대상 성폭력범죄 사건의 판결과 동시에 선고하는 부수처분이므로, 그 공개명령, 고지명령에 관한 판단에 잘못이 있는 경우 나머지 성폭력범죄 사건 부분에 잘못이 없더라도 그 부분까지 전부 파기하여야 한다(대법원 2014. 3. 27. 선고 2013도13095 판결 참조).

한편 위와 같은 직권파기사유가 있기는 하나, 피고인 1과 피고인 1에 대한 검찰관의 사실오인 및 법리오해 주장과 각 양형부당 주장은 여전히 이 군사법원의 판단대상이 되는 것이므로 이에 대하여 살펴보기로 한다.

3. 살인의 고의의 존재에 대한 사실오인 및 법리오해 항소이유에 대한 판단

가. 원심의 판단

피고인들은 수사단계에서부터 일관되게 살인의 고의는 없었다고 부인하여 온 점, 피고인들은 2014. 3. 초부터 사소한 이유를 들어서 피해자를 폭행해 왔는데 이 사건 범행 당일의 경우에도 종전의 경우와 크게 다르지 않아서 갑자기 살인의 동기가 생겼다고 볼 만한 정황이 없는 점, 범행 당시 흉기나 위험한 물건을 사용하여 폭행하지 않은 점, 부검 결과에 대한 감정서 및 감정촉탁의뢰회보서에 의하면 범행 당일 피고인들의 폭행이 피해자의 사망 원인이 되긴 하였으나 신체의 중요한 부분의 직접적인 손상이 사망의 원인이 아니었으며, 흉복부, 등부위, 대퇴부위에 발견되는 좌상(피하출혈)은 그 이전에 한달여 동안 지속된 폭행의 가격부위와 일치하여 16:07경부터 시작된 폭행만이 과다출혈에 의한 속발성 쇼크 및 좌멸증후군의 원인이 되었다고 보기 어려운 점, 부검의 공소외 2가 작성한 감정서 및 공소외 2의 진술에 의하면 부검의도 폭행행위가 기도폐색을 유발한 요인으로 작용하여 피해자가 사망한 가능성을 인정하고 있는 점, 광범위한 좌상(피하출혈)은 흔히 멍든 곳을 지칭하는 것으로 의료지식이 없는 일반인의 입장에서 판단하건대 흔히 생각하는 뇌나 장기 같은 주요 부분을 심하게 충격한 것이 아니었고, 흉복부, 등부위, 대퇴부위의 멍든 곳을 반복하여 가격하는 것만으로 속발성 쇼크가 발생하여 사망할 것이라고 예견할 수 없는 점, 피고인들은 피해자가 쓰러지고 정신을 잃자 그 즉시 심폐소생술 등 응급조치를 하면서 ◎◎의료원으로 후송한 점 등을 종합하면, 피고인들은 자신들의 행위로 피해자가 상당한 정도의 상해를 입을 수 있음을 인식 하였다고 인정되지만, 더 나아가 피해자를 살해하려는 확정적 또는 미필적 고의가 있었음을 합리적인 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판단한 후 이 부분 공소사실에 대해 무죄로 판단하였다.

나. 법리

1) 살인죄에서 살인의 범의는 반드시 살해의 목적이나 계획적인 살해의 의도가 있어야 인정되는 것은 아니고, 자기의 행위로 인하여 타인의 사망이라는 결과를 발생시킬만한 가능성 또는 위험이 있음을 인식하거나 예견하면 족한 것이며 그 인식이나 예견은 확정적인 것은 물론 불확정적인 것이라도 이른바 미필적 고의로 인정되는 것인바, 피고인이 범행 당시 살인의 범의가 없었고 단지 상해 또는 폭행의 범의만 있었을 뿐이라고 다투는 경우에 피고인에게 범행 당시 살인의 범의가 있었는지 여부는 피고인이 범행에 이르게 된 경위, 범행의 동기, 준비된 흉기의 유무·종류·용법, 공격의 부위와 반복성, 사망의 결과발생가능성 정도 등 범행 전후의 객관적인 사정을 종합하여 판단할 수밖에 없다(대법원 2006. 4. 14. 선고 2006도734 판결 등 참조).

2) 형사재판에서 범죄사실의 인정은 재판관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하므로, 검찰관의 증명이 위와 같은 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이르지 못한 경우에는 비록 피고인의 주장이나 변명이 모순되거나 석연치 않은 면이 있는 등 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다(대법원 2012. 6. 28. 선고 2012도231 판결 등 참조). 다만, 여기서 말하는 합리적 의심이라 함은 모든 의문, 불신을 포함하는 것이 아니라 논리와 경험칙에 기하여 요증사실과 양립할 수 없는 사실의 개연성에 대한 합리성 있는 의문을 의미하는 것으로서, 피고인에게 유리한 정황을 사실인정과 관련하여 파악한 이성적 추론에 그 근거를 두어야 하는 것이므로 단순히 관념적인 의심이나 추상적인 가능성에 기초한 의심은 합리적 의심에 포함된다고 할 수 없다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2004도362 판결 등 참조).

다.

당심의 판단

1) 사망의 원인

가) 국립과학수사연구원에서 작성된 감정축탁의뢰 회보

국립과학수사연구원에서 작성된 감정축탁의뢰 회보에 의하면 ① 연부조직의 좌상(피하출혈)이 표재성이라 하더라도 다발성으로 광범위하게 발생하면 순환혈액량은 사망에 이를 정도로 충분히 감소할 수 있고(소송기록 1323쪽), ② 감정축탁 의뢰된 자료를 검토할 때 흉복부, 등부위, 대퇴부위 등 인체 곳곳에서 다수의 외력이 작용하여 발생한 것으로 보이는 광범위한 좌상(피하출혈)이 보이는 바, 이런 외상은 비교적 강한 둔력(구타 등)이 인체에 반복적으로 작용하였다고 보는 데에 무리가 없고(소송기록 1324쪽), ③ 제출된 자료만으로 사인을 속발성 쇼크로 단정하기는 어려우나 피해자의 각 좌상의 범위 및 깊이를 고려할 때 비록 정확한 출혈량을 측정하기는 어려우나 속발성 쇼크가 발생하였을 가능성은 충분하고(소송기록 1324쪽), ④ 피해자의 상황은 육체적 및 정신적으로 허탈을 초래할 수도 있는 상태로 판단되고, 이러한 가혹행위가 지속적으로 피해자에게 가해진 상태에서는 사소한 충격이나 자극으로도 사망과 같은 결과를 초래할 수 있을 것으로 보이며(소송기록 1324쪽), ⑤ 사망원인으로는 광범위한 다발성 좌상에 의한 속발성 쇼크의 가능성을 우선적으로 고려할 수 있으나 오랜 기간의 육체적 및 정신적 가혹행위에 기인한 허탈 혹은 쇼크 상태에서 초래된 위 내용물의 역류 및 흡인이 복합적인 사망원인으로 작용하였을 가능성이 상존하고 있다고 판단하였다(소송기록 1325쪽).

나) 법의관 공소외 2 진술

법의관 증인 공소외 2는 원심과 당심 법정에 출석하여 ① 원심판결문에 인용된 '영양 상태가 양호한 남성시임'이라는 것은 별 의미가 없으며 부검시 하나의 정형화된 기재 방법으로 감정서를 시작할 때 관례적으로 쓰는 용어의 형태일 뿐이고(소송기록 2231쪽), ② 부검 감정서 작성 당시 양측 폐 및 심장 표면의 손상에 대해서 심폐소생술에 의한 것으로 추정된다고 기재했고, 양측 앞쪽 갈비뼈 부분의 대칭적 골절 등도 심폐소생술에 의하여 발생한 것으로 추정되었다.

한편으로는 폭행에 의해서 골절되었을 가능성도 있다고 당시에 명확히 이야기를 했으며(소송기록 2232쪽), ③ 당심에서 12번 갈비뼈 부분은 갈비뼈가 골절되면서 복막경 및 비장이 파열된 것으로 추정되고 이는 물리적 충격에 의해 생긴 것으로 판단되며 심폐소생술로 발생할 수 있는 골절이 아니라고 진술하였고(소송기록 2232쪽), ④ '민간병원 의사에 의하면 최초 사망자 기도에 음식물이 차 있었고, 기도폐쇄에 의한 뇌손상으로 사망했다는 소견인 점'은 민간 병원 의사로부터 직접 들은 것이 아니라 헌병수사관으로부터 전해 들었던 점(소송기록 2234, 2235쪽), ⑤ 질식 추정

이 다른 사인을 배제하는 것은 아니며(소송기록 2241쪽), ⑥ 암적색 유동심장혈은 산소공급이 되지 않았기 때문에 되었을 것이라고 보고 있지만, 산소 공급이라는 것 자체가 질식에서만 나타나는 것이 아니라 전반적으로 나타나는 것이어서, 암적색 유동혈이 보인다고 해서 질식사라고 볼 수는 없고(소송기록 419쪽), ⑦ 부검에서는 출혈량을 정확히 잴 수 있는 방법이 없으므로 신체장기의 창백함을 기준으로 판단을 하였는데 부검당시 장기의 전반적인 창백함은 없었다.

그렇지만 그렇다고 하더라도 속발성쇼크를 배제할 수는 없었기 때문에 질식으로 '추정'을 하였으며(소송기록 2240쪽)

⑧ 사체만을 가지고 사인을 명확히 판정하기는 어렵고(소송기록 2238쪽), ⑨ 부검 당시에는 피해자에 대한 정보를 전부 알지 못한 상태였고, ⑩ 이미 만성적으로 심한 가혹행위가 있는 상황이었던 것 등 지금까지의 밝혀진 것을 모두 고려한 후 다시 판단하여 본다면 속발성 쇼크가 복합되었을 가능성이 있다(소송기록 2237쪽). 예를들면 속발성 쇼크로 인해서 의식이 점점 꺼지다가 기력이 쇠하면서 의식이 혼미해졌고 그 사이에 음식물이 역류하면서 기도가 폐쇄되었고 이런 식으로 복합적으로 발생할 가능성도 배제할 수 없는 것이다(소송기록 2251, 2263쪽)라고 진술하였다.

다) 인과관계는 피고인의 행위가 피해자의 사망이라는 결과를 발생케 한 유일한 원인이거나 직접적인 원인이 되어야 하는 것은 아니며, 피해자가 제3자의 과실 등이 경합하여 결과가 발생한 경우에도 이를 인정할 수 있고, 사망의 원인에 대한 인과관계 또한 중첩적 원인으로 발생할 수 있는 것이다.

라) 위 가)항의 국립과학수사연구원에서 작성의 감정축탁의뢰 회보와 나)항의 법의관 공소외 2 진술을 종합하고 아래의 각 항의 사실 등을 종합하여 보면, 피고인들의 폭행으로 피해자에게 광범위한 피하출혈 등이 발생한 결과 속발성 쇼크가 발생하였고 이것이 직접적인 원인이 되어 사망에 이르렀거나 속발성 쇼크가 간접적 내지 중첩적인 원인이 되어 사망하게 되었다는 사실은 넉넉히 인정된다 할 것이다.

① 2014. 3. 7. 어간 피해자의 허벅지에 멍이 들어 있었으며, ② 2014. 3. 30. 가슴부위의 거의 전체가 멍이 들었고 무릎은 완전히 구부리지 못하는 상태였던 점(소송기록 2711쪽), ③ 2014. 4. 4. 피고인 3이 휴가에서 복귀하여 피해자를 보았는데 눈이 쾅하고 얼굴 쪽에는 전부 멍이 들었고 머리 뒤쪽과 목 쪽에 상처가 너무 많은 등 전신에는 상처투성이여서 누구라도 알 수 있는 상태였던 점(소송기록 1060쪽, 2325쪽), ④ 2014. 4. 4. 이후에는 항상 얼굴이 창백하고 입술이 말라있었던 점(증거기록 886쪽), ⑤ 피해자가 킁킁 거리거나 음식을 뱉으려는 모습은 없었던 점(소송기록 893쪽), ⑥ 피고인 3은 2014. 4. 6. 피해자의 목 밑부터 가슴 명치까지 멍이 시퍼렇게 들어 있어서 충격적이었다고 진술하고 있는 점(소송기록 2304쪽), ⑦ 피고인들 모두 멍든 것은 아예 신경 쓰지 않고 때렸던 점(증거기록 132쪽), ⑧ 공소외 1은 피해자가 가혹행위를 지속적으로 당해서 무릎, 허벅지, 팔 부분에 계속 멍이 들었다고 진술하고 있는 점(소송기록 892쪽), ⑨ 피해자의 옆구리가 부어올라 있었고 멍이 들어 있었던 점, ⑩ 부검의 역시 추락사 이외에는 피해자만큼 멍든 사람을 본 적이 없다고 진술하고 있는 점(소송 기록 414쪽), ⑪ 우측 흉강에 200ml 혈흉이 관찰되고, 좌측 흉강에 혈흉을 제거한 흔적과 비장 파열로 인한 복강혈이 관찰되는 점(소송기록 2247쪽), ⑫ 피고인 3은 2014. 4. 6. 16:30경 정신을 잃고 쓰러진 피해자에게 두 모금 정도의 물을 먹였으며 이 때 피해자의 목으로 물이 넘어가는 것을 보았고 음식물을 본 적이 없었다고 진술하였고, 피고인 2 역시 기도확보기를 피해자의 입안에 넣을 때 음식물을 본 적이 없다고 진술한 점 등을 종합하면 피해자는 2014. 3. 7. 이후 신체가 스스로 회복할 수 있는 시간을 가지지 못한 채 지속적으로 폭행 및 가혹행위를 당하여 피하출혈 등이 누적되었다고 판단되고 병원으로 후송된 2014. 4. 6. 당시에는 피하출혈 등이 극도로 누적되어 피해자는 속발성 쇼크의 상태에 이르렀다고 판단된다.

2) 살인의 범의

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합해 보면, 피고인들은 범행 당시 자신들의 계속된 무차별적인 폭행으로 피해자가 사망이라는 결과에 이를만한 가능성 또는 위험이 있음을 인식하거나 예견하면서도 위와 같은 행위로 나가간 것으로 봄이 타당하므로, 피고인들이 피해자의 사망을 의욕하거나 계획한 것은 아니어서 살인의 확정적 고의가 인정되지 않는다고 하더라도 미필적 고의는 있었다고 보아야 한다.

그런데도 원심은 그 판시와 같은 사정들을 들어 피고인들에게 확정적 또는 미필적 고의가 있었다고 인정하기 어렵다고 판단하였으니, 원심판결에는 사실을 오인하거나 살인죄에 있어서의 고의에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

따라서 이 점을 지적하는 검찰관의 주장은 이유 있다.

가) 피해자에 대한 폭행과 상해의 누적

- ① 피고인들은 3월 초순부터 피해자를 특별한 이유 없이 폭행하여 왔고, 피고인들의 폭행으로 인하여 3. 15.부터 4. 6.까지 약 20일간 피해자는 다리를 절룩거리고 다닌 점, ② 피고인 1은 4. 5. 저녁 점호 이후 피해자가 피고인 1이 말한 것 중에 '피고인 1의 아버지가 조폭이었다는 사실이 가장 감명 깊었다'는 말을 들은 후 폭행의 범위와 강도는 급격히 강해졌고 피고인 1 이외의 피고인들은 피해자의 피해상태를 인식하면서도 폭행에 지속적으로 가담하여 왔던 점, ③ 특히 피고인 1은 4. 6. 00:00경 피해자 런닝셔츠의 목살부위를 잡고 흔들어 런닝셔츠를 찢고, 30분 후 피해자가 갈아입은 런닝셔츠를 다시 잡아 찢는 등에 비추어 보면 당시 피고인 1의 폭행의지와 강도를 미루어 짐작할 수 있는 점, ④ 피고인들은 피해자로 하여금 종교행사에 가지 못하게 하고, 면회를 하지 않도록 하였으며 심지어는 식사도 제대로 할 수 없도록 하여 피해자를 의무반 이외의 사람들과 접촉할 수 있는 기회를 박탈하였고, 선임병인 지위를 이용하여 피해자로 하여금 어떠한 반항도 하지 못하게 한 후 무방비 상태의 피해자를 지속적으로 강하게 폭행하였고, 폭행할 때에는 일부 피고인들이 망을 보거나 폭행을 하다가 힘이 들면 다른 피고인들이 돌아가며 폭행하는 등 상호 역할분담을 하면서 강하게 폭행하였던 점, ⑤ 의무반원인 피고인들은 직접 폭행에 가담하거나 다른 피고인들이 폭행하는 것을 보았거나 알고 있었고, 폭행 후 피해자를 직접 치료하기도 하는 등 피해자가 당한 누적된 폭행의 정도나 상해의 정도를 비교적 정확히 알고 있었던 점, ⑥ 4. 1.부터 4. 3.까지 22:00경부터 03:00경까지 기마자세와 앉았다 일어서기, 침상에 앉아 있게 하는 등의 가혹행위와 폭행을 하면서 피해자가 잠을 자지 못하게 하고, 4. 4.부터는 하루에 3시간 정도밖에 피해자에게 수면시간을 주지 않고 4. 5.에는 잠을 거의 재우지 않았으며, 4. 5.부터 4. 6.사이에는 식당에 보내지 않아 피해자는 라면 한 끼의 식사밖에 하지 못한 점(소송기록 987-988쪽), ⑦ 피고인 6은 3.말경 '힘껏 펑펑 소리가 날 정도로 때렸고, 점점 기력이 나빠지는 모습을 보면서 저렇게 맞다가 실신하는 등으로 버티지 못하겠구나'라는 생각이 들었고, 피고인 2도 '저렇게 맞다가 실신하는 등으로 못버티겠구나', '피해자가 오줌을 싸고 웅양웅알 거릴 때 사태가 더 심각해졌다고 느꼈으며 더 폭행을 한다면 생명에 지장이 있을 수 있겠구나'라고 진술하였고, 공소외 1도 '머리, 복부, 가슴을 계속해서 맞아서 언제 쓰러져도 이상하지 않을 정도였다'라고 진술하였고, 공소외 19도 '피해자가 숨도 올바르게 쉬지 못하여 매우 격앙되어 있고, 정신없어 보였다'고 진술하고 있는 점 등을 고려해보면, 당시 피해자의 건강상태는 제3자 보더라도 매우 심각하였음을 인정할 수 있는 점, ⑧ 피고인들은 4. 6. 오전 피해자의 온 몸에 멍이 들어 있음을 확인한 후 피해자의 상태가 의무반에서 치료할 수 있는 범위를 넘어설 정도로 피해자의 상태가 위중하다는 사실을 인식하고 있었고(증거기록 1489쪽), 피고인 3도 당시 피해

자의 상태가 충격적이었다고 진술하고 있는 점(소송기록 2304쪽), ⑨ 그럼에도 불구하고 피고인들은 범행이 발각될 것을 염려하여 별도의 진료 없이 피해자에게 수액을 주고 안티프라민을 발라주는 것으로 조치하였고 이후 폭행의 과정을 보아도 피해자의 피해상태 등을 고려하지 않고 폭행한 것으로 보이는 점(증거기록 132쪽), ⑩ 4. 6. 아침 점호 직후 피해자가 밤에 잠을 잤다는 이유로 피고인 1이 25회 정도 폭행하다가 손과 무릎이 아프다며 피고인 4에게 폭행할 것을 지시하였고 피고인 4는 피해자를 앞드려뻥쳐 자세를 시켜 무방비 상태로 만든 다음 피해자의 옆구리 부위를 20-30회 강하게 폭행하였고, 폭행하던 피고인 4가 다리가 아프다고 하자 피고인 3이 이어서 앞드려뻥쳐 있는 피해자를 계속해서 폭행하였던 점에 비추어 보면 당시 피고인들은 누구보다도 피해자의 상태를 비교적 정확히 인식하였다고 판단되는 점(소송기록 983쪽, 1038쪽, 2343쪽, 2501쪽, 증거기록 1487쪽), ⑪ 피고인 2는 4. 6. 오전에 피해자 가슴 부분에 손을 대었고 숨을 내쉴 때 뭔가 딸깍 거리는 느낌 내지 뼈가 뚫뚫 거리는 느낌이 있었고 당시에도 이미 갈비뼈가 골절되었다는 느낌을 받았다고 진술하고 있고, 피고인 3은 4. 6. 오전에 피해자가 갈비뼈가 제일 아프다고 하였고, '하아', '하아'라고 하면서 크게 숨을 내쉴 정도로 피해자의 숨소리가 거칠었고 당시 피해자의 상태를 살펴보았을 때 가슴부터 배꼽 위까지 모든 부위가 멍이 들어 있었고, 그렇게 멍이 든 사람은 태어나서 한 번도 본 적이 없었고, 폭행으로 인해 피해자의 급소가 맞았을 수도 있었을 것이라고 진술하고 있는 점 등을 종합적으로 고려하면 피해자는 4. 6. 오전까지의 폭행만으로도 피해의 상태가 상당히 위중하였다고 판단되고 피고인들은 폭행에 직접 가담하거나 폭행한 사실을 알고 있었고, 피해자의 알몸 등을 확인하고 치료까지 하여 왔으므로 피해자의 상태의 위중함을 인식하고 있었다는 사실을 인정할 수 있다.

나) 폭력 행사 정도 및 피고인들의 인식

- ① 피해자의 상태를 정확히 알고 있는 피고인들이 수액을 꼽은 상태의 피해자 얼굴과 복부를 가격한 점(증거기록 1347-1348쪽), ② 피해자에 대한 폭행부위는 얼굴, 복부, 옆구리 등으로 신체의 중요부위였고, 주로 손과 팔이 아닌 발과 무릎을 이용하여 강력하게 폭행하여(소송기록 2433쪽) 그 방법이 무차별적이고 흉포한 것으로 판단되는 점,
- ③ 이로 인해 피해자의 온 몸에 멍이 들고 수액을 맞을 정도의 상태였음을 알고 있었음에도 피고인들의 폭행은 계속되었던 점, ④ 피고인들이 자신들의 폭행으로 인하여 피해자의 전신에 피하출혈이 발생하고 마침내 과다출혈에 의한 속발성 쇼크로 인하여 사망할 수 있다는 의학적인 결과를 예견하기는 어렵다고 할 것이나, 살인의 고의가 의학적인인과과정에 대한 인식이나 결과발생에 대한 예견까지 인식할 것을 요구하는 것은 아닌 점, ⑤ 피고인 1은 4. 6. 냉동식품을 취식하는 약 25분간의 짧은 시간 동안 발로 피해자의 옆구리 부위를 5회 때리고 양손을 잡고 발로 피해자의 배 부위를 2-5회 차고 피해자의 옆에서 발로 피해자의 복부를 6회 걷어차고 무릎으로 피해자의 가슴 부위를 2회 때리고, 피고인 4에게 지시하여 앞드려뻥쳐 시킨 상태에서 복부를 9회 에서 12회 가량 차고, 피고인 3과 함께 피해자의 배 부위를 10회 차거나 밟고, 피해자가 오줌을 싸고 쓰러지자 재차 발로 피해자의 가슴을 힘껏 밀어 차는 피해자를 강도 높게 폭행한 점, ⑥ 피고인들 중 일부가 폭행하고 있을 때 다른 피고인들은 망을 본 점(소송기록 896쪽), ⑦ 지속적으로 폭행당한 피해자에게 기마자세를 똑바로 하지 않고 '기만한다'는 이유로 피해자의 머리채를 잡고 생활관 바닥에 눕힌 후 피고인 4에게는 망을 보게 하고 피고인 1과 피고인 3이 피해자의 복부를 발로 밟았고 갈비뼈 부분을 잡고 있는 피해자를 수 분간 각 10회 정도 밟은 점(소송기록 2322쪽, 증거 기록 394쪽), ⑧ 피고인 1과 피고인 3의 폭행이 끝난 이후 피해자는 스스로 일어났다가 정신을 잃고 손바닥을 바닥에 대거나 하지 못한 채 그대로 쓰러진 점, ⑨ 쓰러진 피해자가 물을 마시지 못한다는 이유로 피고인 3이 손바닥으로 머리를 2회 때리고, 이후 피고인 1이 피병을 부린다며 먹살을 잡고 흔들자 피해자가 눈을 떠 피고인 1과 눈을 마주쳤으며 이때 피해자의 눈동자가

정상적이지 않았던 점(소송기록 2389쪽, 증거기록 129쪽, 1513쪽), ⑩ 이후 피해자가 오줌을 흘리게 되었으며, 피고인 2, 피고인 4가 오줌에 젖은 옷을 갈아입히기 위해 피해자를 부축해 앉아 있었던 점, ⑪ 당시 피해자는 물을 제대로 마시지 못하며 흘리고, 오줌을 싸고, 쓰러진 상태에서 웅얼거리는 등 제대로 된 의사표현을 하지 못하여, 피고인들은 피해자의 상태가 매우 심각하다는 것을 인식하고 있었음에도 피고인 2와 피고인 4의 부축에 의해 기대있던 피해자를 피고인 1이 화가 나 흥분한 상태에서 '피병 부리지 마라'고 말하며 발로 가슴을 1회 세계 차 피해자가 침상으로 크게 쓰러진 점(증거기록 1515쪽, 1571쪽), ⑫ 이후 피고인 1이 다시 차려 했으나 피고인 3의 만류로 추가 폭행을 하지 않았던 점, ⑬ 이후 피해자는 급격하게 호흡과 맥박이 약해지면서 심장정지 및 의식불명 상태에 도달하였고 피고인들의 응급조치에도 불구하고 피해자는 결국 사망하게 된 점 등을 종합하여 보면,

피고인들이 이 사건 폭행과정에서 피해자의 사망이라는 결과 발생을 충분히 인식 또는 예견하였고, 나아가 미필적으로나마 그 결과 발생을 용인하였다고 넉넉히 인정된다.

3) 부분적 공동정범에 불과하다는 주장에 대한 직권판단

가) 피고인 2의 주장

피고인 2는 원심이 피고인 1에 대한 살해의도를 제대로 심리하지 않아 피해자의 사망에 대하여 피고인 2가 이를 예견할 수 있었는지, 예견할 수 있었다면 그에 대하여 어떠한 책임을 묻는 것이 적정한지 심리하지 않은 심리미진의 위법이 있다는 취지로 진술하면서, 이 사건 공소사실 중 살인의 점은 부분적 공동정범에 해당하므로 피고인 1만이 고의범이고 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 과실범인 상해치사의 죄책을 부담할 뿐이라고 직권판단을 촉구하므로 직권으로 살핀다.

나) 법리

형법 제30조의 공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것으로서, 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적인 요건인 공동가공의 의사와 객관적인 요건인 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하고, 공동가공의 의사는 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것인 바, 이러한 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하나, 반드시 사전에 치밀한 범행계획의 공모에까지 이를 필요는 없으며 공범자 각자가 공범자들 사이에 구성요건을 이루거나 구성요건에 본질적으로 관련된 행위를 분담한다는 상호이해가 있으면 충분하다 할 것이다(대법원 2008. 9. 11. 선고 2007도6706 판결 등 참조).

공모공동정범에 있어서 공모자 중의 1인이 공모관계에서 이탈하기 위해서는 공모자가 공모에 의하여 담당한 기능적 행위지배를 해소하는 것이 필요하므로 공모자가 공모에 참여하여 다른 공모자의 실행에 영향을 미친 때에는 범행을 저지하기 위하여 적극적으로 노력하는 등 실행에 미친 영향력을 제거하지 아니하는 한 공모관계에서 이탈하였다고 할 수 없다(대법원 2008. 4. 10. 선고 2008도1274 판결 등 참조).

다) 당심의 판단

원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면,

- ① 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 피고인 1의 폭행당시 직접 폭행에 가담하거나 망을 보는 등 역할분담을 하였던 점,
- ② 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 피해자의 상태를 비교적 정확히 인식하고 있었고 피고인 1이 피해자에게 가한 폭행의 정도와 양 그리고 4. 5. 저녁 점호 이후 계속적으로 폭행하여 오고 있음을 알고 있었던 점, ③ 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 피고인 1이 주도하였다는 취지로 진술하고 있으나 이 진술만으로 공동정범 인정에 장애가 되지 않

는 점 등을 인정할 수 있고, 위 인정된 사정들을 종합하면, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 망을 보거나 직접 폭행하는 등 살인죄의 본질적 구성요건과 관련된 행위의 분담을 상호 이해하고 있었고, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4 중 누구도 진지하게 범행을 중단하거나 다른 피고인의 범행을 만류하지 않았던 것으로 판단되므로 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4가 공동정범이 아니라거나 공모관계에서 이탈되었다고 판단되지 않는다.

따라서, 피고인 1만이 살인죄의 죄책을 부담하고 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 상해치사의 죄책을 부담할 뿐이라는 피고인 2의 주장은 이유 없다.

4. 군인등강제추행의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 1의 주장

피고인 1은 피해자에 대하여 고통을 줄 의사만 있었을 뿐 추행의 목적이 없었다는 취지로 주장하면서 추행의 범의를 부인하고 있다.

나. 법리

강제추행죄에서 말하는 '추행'이라 함은 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나, 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것이라고 할 것이고, 이에 해당하는지 여부는 피해자의 의사·성별·연령·행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 신중히 결정 되어야 한다(대법원 2002. 4. 26. 선고 2001도2417 판결 등 참조). 그리고 강제추행죄의 성립에 필요한 주관적 구성요건으로 성욕을 자극·흥분·만족시키려는 주관적 동기나 목적이 있어야 하는 것은 아니다(대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도5856 판결 등 참조).

다.

당심의 판단

원심과 당심이 적법하게 채택하고 조사한 증거 등을 종합하면, 강제추행죄에서 말하는 '추행'은 반드시 성욕을 만족시킬 목적이거나 주관적 동기를 요건으로 하는 것은 아니고, 또 피고인의 주장과 같이 피해자에게 고통을 줄 의도였을 뿐이었다고 인정하더라도 피해자가 안티프라민을 성기에 바르게 되면 성기가 따끔거리고 그 정도 또한 고통스러웠을 것을 인식하고 있었던 피고인 1은 피해자가 성기의 고통으로 인해 성적 수치심을 느낄 수 있다는 것을 인식하고 있었다고 판단되는 점, 피고인 1의 이 부분 공소사실은 성적인 의미의 행위를 폭력적인 방법으로 표출한 것으로서 이를 당하는 피해자는 물론 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하는 행위라고 판단되는 점을 고려하면 행위 당시에 적어도 추행의 범의가 병존하고 있었다고 보기에 충분하므로, 피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

5. 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 항소이유에 대한 판단

가. 공소사실의 요지

이 부분 공소사실의 요지는 "피고인은 2014. 3. 초부터 공소외 3을 수차례 폭행 및 가혹행위 하였으며 이로 인해 2014. 4. 7. 공소외 3이 사망하게 되었다.

피해자 공소외 1(20세)은 천식으로 의무반에 입실한 2014. 3. 8.부터 2014. 3. 9.까지, 2014. 3. 29.부터 2014. 4. 6.까지 같은 계급인 일병 공소외 3이 피고인에게 수차례 폭행 및 가혹행위를 당하고 급기야 2014. 4. 6. 폭행으로 쓰러진 것을 목격하게 되자, 피고인을 두려워하게 되었다.

피고인은 위 폭행 및 가혹행위를 목격한 6피해자가 이 사실을 알리면 자신 또는 공범들의 범죄사실이 드러날 것을 우려하여 피해자가 수사기관 등에서 진술하지 못하게 할 목적으로 2014. 4. 6. 20:30경 위 소속대 의무반 생활관에서 피해자에게 "공소외 1 씨는 자고 있었던 거예요."라고 하여 피고인의 범행사실을 목격한 바 없다는 취지로 말하도록 협박하였다.

이로써 피고인은 피해자를 협박하였다.

"는 것이다.

나. 피고인 1의 주장

피고인 1은 해악의 고지가 없었으므로 이 부분 공소사실 행위가 협박에 해당하지 않는다고 주장한다.

다.

법리

특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의9의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)죄는 자기 또는 타인의 형사사건의 수사 또는 재판과 관련하여 고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술, 증언 또는 자료제출에 대한 보복의 목적으로 형법 제283조 제1항의 협박의 죄를 범한 사람에 대하여 가중처벌하는 범죄이다.

협박죄에 있어서의 협박이라 함은 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있을 정도의 해악을 고지하는 것을 말하고 협박죄가 성립하기 위하여는 적어도 발생 가능한 것으로 생각될 수 있는 정도의 구체적인 해악의 고지가 있어야 하며, 해악의 고지가 있다 하더라도 그것이 사회의 관습이나 윤리관념 등에 비추어 사회통념상 용인될 정도의 것이라면 협박죄는 성립하지 않으나, 이러한 의미 협박행위 내지 협박의 고의가 있었는지 여부는 행위의 외형뿐만 아니라 그러한 행위에 이르게 된 경위, 피해자와의 관계 등 전후 상황을 종합하여 판단해야 한다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도2412 판결 등 참조). 또한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)죄에 규정된 보복의 목적이 있었는지 여부는 행위자의 나이, 직업 등 개인적인 요소, 범행의 동기 및 경위와 수단, 행위의 내용과 태양, 피해자와의 인적관계, 범행 전후의 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2013. 6. 14. 선고 2009도12055 판결 등 참조).

라. 당심의 판단

살피건대, 원심과 당심이 적법하게 채택하고 조사한 증거들과 당심에서의 피고인들의 진술 등을 종합하면,

- ① 피고인 1이 공소외 1보다 계급이 높지만 서로 소속부대가 달라 선임병과 후임병의 관계가 아니었고 상호 존칭을 썼던 점, ② 이 부분 공소사실 이외에 피고인 1이 공소외 1을 폭행하거나 협박한 사실이 없었던 점, ③ 피해자 후송 후 공소외 1에게 자고 있다고 말하여 달라고 처음 부탁한 사람은 피고인 3이었으며, 이때 공소외 1의 손을 잡고 부탁조로 얘기한 점(소송기록 2346쪽), ④ 피고인 1의 '공소외 1은 자고 있었던 거예요'라고 말에 구체적인 해악의 고지 내용이 있다고 보기에 다소 부족한 점이 있는 점(소송기록 898쪽), ⑤ 공소외 1 역시 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4가 돌아가면서 제발 조용히 해달라는 취지의 말을 했다고 진술하고 있는 점(소송기록 904쪽), ⑥ 피고인 1이 해악의 고지를 부인하고 있으므로 공소외 1의 진술이 사실상 유일한 증거라고 할 것인데 당심의 수차례의 증인 소환에도 불구하고 출석하지 않은 점 등을 인정할 수 있고,

위 인정된 사실을 기초로 판단하여 본다면, 피고인 1이 강압적인 분위기를 이용하여 공소외 1에게 부탁한 것이 아닌가 하는 의심을 배제하기는 어려우나, 형사재판에서 공소제기된 범죄사실에 대한 증명책임은 검찰관에게 있는 것이고 유죄의 인정은 재판관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가

지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2007도616 판결, 대법원 2008. 7. 24. 선고 2008도4467 판결 등 참조). 위 인정된 사실과 사정만으로는 피고인이 해악을 고지하였다거나 이에 대한 고의가 있었는지에 대하여 합리적 의심을 배제하기 어렵다.

따라서 이 부분 공소사실에 대하여 해악을 고지한 사실이 없으므로 협박죄의 가중된 구성요건인 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)의 점에 대한 구성요건 해당성이 없다고 주장하는 피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

6. 피고인 5 부분에 대한 피고인과 검찰관의 주장에 대한 판단

가. 부하범죄부진정의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

1) 원심의 판단

군형법 제93조는 '부하가 다수 공동하여 죄를 범하는 것을 알고도 그 진정(鎮定)을 위하여 필요한 방법을 다하지 아니한 사람은 3년 이하의 징역이나 금고에 처한다'고 규정하고 있다.

'다수 공동하여'를 해석함에 있어서 죄형법정주의 원칙에서 파생되는 유추해석 금지의 원칙 내지 명확성의 원칙에 부합하도록 해석하여야 한다.

'다수 공동'의 의미를 단독범이 계속적으로 발생하는 것까지 확장 해석할 수 없고, 진정시킬 수 없는 범죄까지 본죄의 대상범죄로 해석할 수는 없는 것이다.

기록을 종합하여 보아도 피고인 5는 개별적인 일부 폭행사실을 인지하고 있었을 뿐 2인 이상의 다수가 공동하여 죄를 범하는 것을 알았다는 사실을 인정하기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

'진정을 위하여'의 의미는 범죄의 예비 또는 음모의 단계이거나 실행의 착수에 나아갔고 그 죄가 기수 또는 종료 이전의 단계여야 하므로 실행의 착수나 범행의 종료 이전이어야 하는데 기록만으로는 이 부분을 유죄로 인정하기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실을 인정할 만한 증거가 없다.

2) 당심의 판단

부하범죄부진정죄는 '부하가 다수 공동하여 죄를 범하는 것을 알고도 그 진정(鎮定)을 위하여 필요한 방법을 다하지 아니한 사람은 3년 이하의 징역이나 금고에 처한다'고 규정하고 있으므로 '다수 공동하여' 죄를 범하고 이에 대하여 '진정'을 위해 필요한 방법을 다하지 아니한 경우에 성립한다.

따라서 죄형법정주의의 파생원칙인 유추 해석금지와 명확성 원칙 등을 종합적으로 고려하면 '다수 공동하여'를 '단독범'이 다수인 경우로 확대하여 해석할 수는 없다고 할 것이고, '진정'의 시기가 예비·음모 후 기수 전에 한정되어야 하는 것은 아니나 장래의 발생할 범행을 예측하여 범행을 진정 시킬 의무를 부여하거나 이미 범행이 종료한 경우에 재범을 막을 의무를 부여한 것으로까지 해석할 수는 없는 것이다.

같은 취지의 이 부분 원심판결은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 검찰관이 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 보이지는 않는다.

따라서, 이 부분 검찰관의 주장은 이유 없다.

나. 직무유기의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

1) 피고인의 주장

직무유기는 직무의 의식적 포기 등의 경우에 성립하는 범죄로서 직무를 소홀히 하는 등 충근의무 위반의 경우까지 직무유기에 포함되는 것은 아니므로, 피고인 5가 피해자가 다리를 절거나 폭행을 당했다는 사실을 알고 이에 대한 적절한 조치를 취하지 않은 사실과 피해자의 실신사실을 보고 받고 지휘관에게 보고하지 않았다는 사실만으로는 직무유기죄를 인정할 수 없음에도 불구하고 원심이 직무유기의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 직무유기죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.

2) 법리

직무유기죄는 구체적으로 그 직무를 수행하여야 할 작위의무가 있는데도 불구하고 이러한 직무를 저버린다는 인식하에 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 성립하는 것으로 법령·내규 등에 의한 추상적 충근의무를 태만히 하는 일체의 경우에 성립 하는 것이 아니다.

따라서 직무를 유기한 때라 함은 공무원이 직장의 무단이탈, 직무의 의식적인 포기 등과 같이 그것이 국가의 기능을 저해하며 국민에게 피해를 야기시킬 구체적 위험성이 있고 불법과 책임비난의 정도가 높은 법익침해의 경우에 한하여 성립한다(대법원 2010. 1. 14. 선고 2009도9963 판결 등 참조).

또한, 직무유기죄에서 말하는 직무란 공무원이 그 지위에 따라 맡은 바 본래의 직무를 말하는 것이고 공무원이란 신분관계로 부수적, 파생적으로 발생하는 고발의무 같은 것은 포함되지 않는 것이고(서울고등법원 1962. 5. 2. 선고 62도 41 판결 등 참조), 직무유기죄가 성립하려면 그 직무의 내용이 성문된 법령상의 근거가 있거나 적어도 군대내의 특단의 지시 또는 명령이 있어 그것이 고유의 직무 내용을 이루고 있어야 한다(대법원 1976. 10. 12. 선고 75도1895 판결 등 참조).

3) 당심의 판단

살피건대, 원심과 당심이 적법하게 채택하고 조사한 증거들과 당심에서의 피고인들의 진술 등을 종합하면,

- ① 병영생활규정(육군규정 120)에 의하면 상관은 병사들의 일상생활의 관찰과 개인면담을 통하여 부하의 신상을 철저히 파악하고 개인적인 애로사항을 조기에 해결하도록 노력하여야 하고, 결함사항을 발견할 경우 직접 시정하거나 지휘계통에 따라 보고할 의무가 있는 점(소송기록 2532쪽), ② 그럼에도 불구하고 오히려 폭행을 당하고 있는 피해자에게 '피해자를 때리고 싶은데 공알만 해서 못 때리겠다.

때리는 것은 신경안 쓴다.

맞으면서 키워야 한다'(소송기록 362쪽), '1개월 후에도 안 되면 때려서라도 가르치고, 안 되면 다른 조치를 취하자'(증거기록 933쪽), '군대에서는 선후임간 구타는 있을 수 있다.

참견하지 않겠다.

안되면 때려서라도 고쳐라'(소송기록 1031쪽, 2675쪽, 2685쪽, 증거기록 922쪽)라고 말하고, 폭행을 당했던 피해자에게 '혼냈던 선임에게 가서 사과하면서 더 싹싹하게 굴어봐라'라고 말한 점(소송기록 2678쪽), ③ 3월 초순부터 피해자의 바지를 벗어보라고 한 후 부어 있는 피해자의 허벅지를 확인하였음에도(소송기록 2529쪽, 2679쪽) 3. 28. 면담기록 작성시 피해자에게 발생한 상해사실은 기재하지 아니하고 이전에 있었던 눈의 이상여부만을 기재한 점(소송기록 1353쪽, 2691쪽, 증거기록 923쪽), ④ 피고인 5 역시 피고인 1을 감싸준다고 보다는 이것이 터지면 큰일 난다는 생각으로 보고를 하지 않은 것이라고 스스로 인정하고 있고, 스스로 좋게 끝낼 수 있을 것이라고 안일하게 생각한 점(증거기록 817쪽), ⑤ 피고인 5는 피고인 6에게 '내가 직접 피고인 1을 시켜서 폭행을 하게끔 했다.

‘라고 말한 점(소송기록 2706쪽), ⑥ 피고인 5는 피고인 3이 피해자를 폭행하는 것을 옆에서 보면서도 제지하지 않은 점(소송기록 2530쪽), ⑦ 의무대 안에서 피해자를 혼내려는 분위기가 있으면 의무대의 수송병이나 입실환자들을 밖으로 데리고 나갔던 점(소송기록 362쪽, 931쪽), ⑧ 피고인 5 스스로도 피해자의 뺨을 때리는 등 폭행에 가담한 점(소송기록 931쪽), ⑨ 4. 4. 저녁점호와 4. 5. 아침점호를 할 때 피고인 5가 의무반 생활관에서 있다는 이유로 의무반 전원이 점호를 받지 않은 점(소송기록 2347쪽), ⑩ 3. 17.경 피고인 5는 피고인 1이 무릎으로 피해자를 다수 폭행하여 피해자가 다리를 절고 다리가 부어 있다는 사실을 보고 받았음에도 불구하고 단순히 피해자에게 파스를 발라주라고 지시한 것에 그친 점(소송기록 1408쪽, 1415쪽), ⑪ 3. 29. 부대개방행사와 관련하여 피고인 3과 피해자로부터 피해자가 면회를 하고 싶다는 말을 들었음에도 피해자가 폭행당한 사실이 발각될 것이 두려워 피해자에게 ‘다리가 나은 후에 면회를 하는 것이 어떠냐’고 권유하여 결국 피해자가 부모를 면회하지 못하도록 한 점, ⑫ 또한 피해자에 대한 폭행과 피해자를 재우지 않은 사실 등을 보고 받아 알고 있었으므로 피해자의 몸 상태를 주기적으로 확인하였다면 피해자의 사망을 막을 수 있는 지위에 있었음에도 이를 방관하고 묵인한 점, ⑬ 피고인 4는 피해자가 쓰러진 후 다른 사람들이 앰불런스 타고 나간 후에 의무대에 혼자 대기하고 있으면서 처음으로 피고인 5에게 전화해서 피해자가 맞아서 쓰러졌다고 보고하였다고 진술하고 있는 점(소송기록 1415쪽) 등을 인정할 수 있고 위 인정된 사정 등을 종합하면,

피고인 5는 의무부사관으로서 의무반을 책임지는 간부였으며, 의무반원들을 면담하여 면담기록을 제출하는 등 의무반 병력 관리의 책임이 있는 부사관임을 인정할 수 있고, 위의 인정사실만으로도 피고인 5는 피해자에 대한 폭행이 다수 발생하였고 그 피해로 인하여 피해자의 허벅지가 붓고 피해자가 제대로 걷지 못하고 있다는 사실을 알고 있음에도 폭행을 제지하기는커녕 오히려 폭행을 방관하거나 폭행을 용인하는 등의 말을 하여 피고인들의 폭행을 조장한 측면을 인정할 수 있고, 더 나아가 피해자를 직접 폭행한 점 등에 비추어 보면 피고인 5는 단순히 업무를 소홀히 하는 범위를 넘어 의무반을 책임지는 자신의 임무를 명시적으로 포기한 것으로 판단된다.

또한 피고인 5는 피고인 4로부터 피해자가 맞아서 쓰러졌다는 것을 보고 받지 못했다고 주장하고 있으나, 피고인 4는 범행사실 자체는 모두 인정하고 있고 피고인 4 스스로에게 불리한 사실 또한 구체적으로 진술하고 있는데, 피고인 4가 피고인 5에 대하여만 허위의 사실을 말하는 등 불리하게 진술할 이유 등을 발견하기 어려운 점과 이 부분 피고인 5의 진술은 다소 반복되어 일관되지 않은 점을 종합적하여 고려하면 피고인 4의 진술은 신빙성이 있고 이를 근거로 이 부분 직무유기의 점을 판단하여 본다면 이 부분 역시 피고인 5는 명시적으로 직무를 포기한 것으로 판단된다.

같은 취지의 이 부분 원심판결은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 피고인 5가 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 보이지는 않는다.

따라서, 이 부분 피고인 5의 주장은 이유 없다.

다.

흥기휴대 폭행의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

1) 피고인 5의 주장

방탄헬멧을 씌운 상태에서 전기스탠드로 폭행하였으므로 사회통념에 비추어 방탄헬멧이 ‘위험한 물건’에 해당하지 아니함에도 불구하고 원심이 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.

2) 당심의 판단

어떤 물건이 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항에서 정한 '위험한 물건'에 해당하는지 여부는 구체적인 사안에서 사회통념에 비추어 그 물건을 사용하면 상대방이나 제3자가 생명 또는 신체에 위험을 느낄 수 있는지 여부에 따라 판단하여야 한다(대법원 2010. 11. 11. 선고 2010도10256 판결 등 참조).

살피건대, 원심과 당심이 적법하게 채택하고 조사한 증거 등을 종합하면, 피고인 5가 피해자가 너무 답답하고 말도 안 듣고 반항하는 것 같다며 피해자에게 방탄헬멧을 쓰게 한 후 탁상용 스탠드로 피해자를 폭행하여 플라스틱과 유리 파편이 날아갈 정도로 깨진 점(증거기록 130쪽)을 인정할 수 있고, 피해자가 방탄헬멧을 쓰는 등 보호장구를 착용하였다고 하더라도 머리 뒷부분에만 보호장구가 착용된 것이고 유리파편이나 플라스틱 파편이 날아가는 등으로 피해자나 주변의 제3자가 다칠 수 있었던 상황이므로 신체의 위험은 여전히 존재한다고 할 것이므로 피해자에 대한 폭행의 도구로 사용된 전기스탠드는 위험한 물건으로 판단된다.

같은 취지의 이 부분 원심판결은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 피고인 5가 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 보이지는 않는다.

따라서 이 부분 피고인 5의 주장은 이유 없다.

라. 양형부당에 대한 판단

장병은 지휘체계를 믿고 군에서 복무하고 있는 것이다.

행군을 할 때에도 휴식에 매복을 할 때도 지휘체계가 자신을 보호해줄 것이라고 믿고, 심지어 자신의 생명을 잃을 수밖에 없는 명령에 임하여도 더 큰 국익을 위한 명령임을 믿고 상관의 명령에 복종하고 고통을 인내하는 것이다.

그러나 피고인 5는 피해자를 면담하는 등의 책임이 있을 뿐만 아니라 의무반 전체에 대해 책임이 있는 간부로서 폭행 및 가혹행위를 막아야 할 지위에 있음에도 불구하고 오히려 폭행으로 상해를 입은 피해자를 질책하거나 폭행을 용인하여 의무반에 폭행이 더욱 만연하는 환경의 단초를 제공하게 되었다.

이러한 환경 속에서 피해자는 점점 더 쇠약해져 갔으며 어느 곳 하나 의지할 곳이 없는 고립무원의 위치에 있게 되었다.

이러한 점을 고려하면 피고인 5는 엄히 처벌하여야 마땅할 것이다.

다만 피고인 5의 폭행으로 상해의 결과가 발생한 것으로 보기는 어려운 점, 직무유기죄의 법정형이 1년 이하의 징역형인 점, 피해자의 유족을 위하여 일정 금액(2000만원)을 공탁한 점, 처벌전력이 없는 점, 반성하고 있는 점 그 밖에 피고인 5의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기 및 경위, 범행의 수단 및 결과, 범행 후의 정황 등 기록에 나타난 모든 양형조건을 고려하여 보면, 이 부분 피고인 5의 이 부분주장은 이유 있다.

7. 피고인 6에 대한 양형부당에 대한 판단

피고인 6이 피해자를 폭행한 점은 인정되나, 피고인 1이 피고인 6을 폭행하면서 피해자를 때리도록 지시한 점 등 그 경위에 있어 참작할 점이 있는 점, 피고인 6 또한 피해자가 전입오기 전까지 피고인 1로부터 폭행과 얼굴에 물뿌림을 당하고, 치약 한 통을 먹는 등 피해자였던 점, 소극적이거나 의무반 부조리에 저항하였던 점, 피해자의 유족이 피고인 6에 대하여 선처를 바라는 점 그 밖에 피고인 6의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기 및 경위, 범행의 수단 및 결과, 범행후의 정황 등 기록에 나타난 모든 양형조건을 고려하여 보면, 이 부분 피고인 6의 주장은 이유 있다.

8.결론

그렇다면 원심판결에는 위에서 본 직권파기사유가 있으므로, 군사법원법 제428조, 제431조에 의하여 원심판결을 파기하고, 이 사건 제반기록에 의하여 본 군사법원이 재판하기에 충분하다고 인정되므로 같은 법 제435조에 의하여 변론을 거쳐 본 군사법원이 직접 판결한다.

【이유】

1. 항소이유의 요지

가. 피고인들의 항소이유의 요지

1) 사실오인 및 법리오해

가)피고인 1

- (1) 피해자의 성기에 안티프라민을 바르게 한 사실은 있으나, 피해자가 성기를 노출 시키지 않은 상태에서 발랐고, 당시 추행의 고의가 없었으므로 원심이 군인등강제추행의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 군인등강제추행죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.
- (2) 피해자 공소외 1에 대하여 해악을 고지한 사실이 없고, 협박에 대한 고의가 없으므로 원심이 협박죄에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 협박죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.

나) 피고인 5

- (1) 직무유기는 직무의 의식적 포기 등의 경우에 성립하는 범죄로서 직무를 소홀히 하는 등 충근의무 위반의 경우까지 직무유기에 포함되는 것은 아니므로, 피고인 5가 피해자가 다리를 절거나 폭행을 당했다는 사실을 알고 이에 대한 적절한 조치를 취하지 않은 사실과 피해자의 실신사실을 보고 받고 지휘관에게 보고하지 않았다는 사실만으로는 직무유기죄를 인정할 수 없음에도 불구하고 원심이 직무유기의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 직무유기죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.
- (2) 방탄헬멧을 씌운 상태에서 전기스탠드로 폭행하였으므로 사회통념에 비추어 방탄헬멧이 '위험한 물건'에 해당하지 아니함에도 불구하고 원심이 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.

2) 양형부당

원심의 형량이 피고인들의 정상에 비추어 너무 무거워 부당하다.

나. 검찰관의 항소이유의 요지

1) 사실오인 및 법리오해

가) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4(이하 '피고인들'이라 한다.

)에게는 이 사건 범행 당시 살인에 관한 미필적 고의가 있었음이 충분히 인정됨에도 불구하고 피고인들에게 살인에 관한 고의가 있었다고 볼 수 없다는 이유로 살인에 관하여는 무죄로 판단한 원심판결에는, 미필적 고의에 관한 법리를 오해하거나 채증법칙을 위반한 나머지 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나) 부하범죄부진정죄에서 '공동'의 의미는 다수인의 공동가공이 요구되는 경우에만 한정되는 것이 아니고, 진정의 대상범죄가 계속범에 한정되지 않음에도 불구하고 이 부분에 대하여 무죄를 선고한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

2) 양형부당

피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5에 대한 원심의 형량이 너무 가벼워 부당하다.

2. 직권판단

가. 피고인 1과 피고인 2에 대한 공소장 변경에 대한 직권판단

피고인 1과 피고인 2에 대한 피고인 1과 피고인 2 및 검찰관의 항소이유에 관하여 판단하기에 앞서 직권으로 살핀다.

검찰관은 당심에 이르러, 피고인 1에 대하여는 죄명에 '특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)'을 추가하고, 적용법조에 '특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의9 제2항, 제1항 제2문, 형법 제283조 제1항'을 추가하고, 공소사실 중 2. 다.

2)항의 "피해자가 이 사실을 알리면 자신의 범죄사실이 드러날 것을 우려하여 2014. 4. 6. 20:30경 위 소속대 의무반 생활관에서 피해자에게 "공소외 1은 자고 있었던 거예요."라고 하여 피고인의 범행사실을 목격한 바 없다는 취지로 말하도록 협박하였다.

"를 "피해자가 이 사실을 알리면 자신 또는 공범들의 범죄사실이 드러날 것을 우려하여 피해자가 수사기관 등에서 진술하지 못하게 할 목적으로 2014. 4. 6. 20:30경 위 소속대 의무반 생활관에서 피해자에게 "공소외 1은 자고 있었던 거예요."라고 하여 피고인의 범행사실을 목격한 바 없다는 취지로 말하도록 협박하였다.

"로, 피고인 2에 대하여 죄명을 '폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)'을 '폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등 협박)'으로, 적용법조를 '폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제6조, 제3조 제1항, 제2조 제1항 제1호, 제2조 제2항'을 '폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항, 제2조 제1항 제1호, 제2조 제2항, 형법 제283조 제1항, 제260조 제1항'으로 변경하고, 공소사실 중 8. 다.

항의 "피해자의 복부를 4회 걷어 찬 후, 위험한 물건인 역기(5kg)를 들어 피해자를 내리치려고 하였으나 옆에 있던 피고인 6이 말려 미수에 그쳤다"를 "피해자의 복부를 4회 걷어 찬 후, 오른손으로 위험한 물건인 역기(5kg)를 잡아 머리 높이로 들어 올린 후 피해자를 내리치려는 시늉을 하여 피해자에게 겁을 주었다.

이로써 피고인은 피해자를 폭행하고, 위험한 물건을 사용하여 피해자를 협박하였다"로 각 변경하는 공소장변경허가신청을 하였고, 당심이 이를 허가 하였다.

이상과 같이 공소장변경이 허가됨으로써 피고인 1과 피고인 2에 대한 원심판결은 그 심판대상이 변경되었고, 피고인 1과 피고인 2에 대한 이 사건 각 범행은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 원심판결에서 이에 대하여 단일한 형이 선고되었으므로, 원심판결은 더 이상 유지할 수 없게 되었다.

나. 피고인 1에 대한 신상정보등록 및 공개·고지 명령에 대한 직권판단

피고인 1과 피고인 1에 대한 검찰관의 항소이유에 관하여 판단하기에 앞서 직권으로 살핀다.

군형법의 강제추행죄는 형법의 강제추행죄에 대하여 가중처벌하는 죄로서 성폭력의 처벌 등에 관한 특례법(이하 '성폭력특례법'이라고 한다) 제2조 제2항 소정의 "성폭력범죄"에 해당한다(대법원 2014. 12. 24. 선고 2014도2585 판결 참조). 한편 성폭력특례법 제42조 제1항에 규정된 '등록대상 성폭력범죄'를 범한 자는 같은 법 제47조 및 제49조에 따라 공개·고지명령의 대상이 된다.

위와 같은 법리에 비추어 이 사건을 살피건대, 이 사건 군인등강제추행의 범행은 같은 법 제47조 및 제49조 소정의 공개명령 및 고지명령의 대상이 되는 같은 법 제42조 제1항에 규정된 '등록대상 성폭력범죄'에 해당하므로, 신상정보의 공개명령 및 고지명령의 대상이 된다고 할 것이다.

그럼에도 원심은 이 사건 군인등강제추행의 점을 유죄로 인정하면서 피고인에 대한 신상정보의 공개·고지명령에 대한 판단을 누락하는 잘못을 저질렀다.

또한 성폭력특례법 등에 의한 공개명령, 고지명령은 대상 성폭력범죄 사건의 판결과 동시에 선고하는 부수처분이므로, 그 공개명령, 고지명령에 관한 판단에 잘못이 있는 경우 나머지 성폭력범죄 사건 부분에 잘못이 없더라도 그 부분까지 전부 파기하여야 한다(대법원 2014. 3. 27. 선고 2013도13095 판결 참조).

한편 위와 같은 직권파기사유가 있기는 하나, 피고인 1과 피고인 1에 대한 검찰관의 사실오인 및 법리오해 주장과 각 양형부당 주장은 여전히 이 군사법원의 판단대상이 되는 것이므로 이에 대하여 살펴보기로 한다.

3. 살인의 고의의 존재에 대한 사실오인 및 법리오해 항소이유에 대한 판단

가. 원심의 판단

피고인들은 수사단계에서부터 일관되게 살인의 고의는 없었다고 부인하여 온 점, 피고인들은 2014. 3. 초부터 사소한 이유를 들어서 피해자를 폭행해 왔는데 이 사건 범행 당일의 경우에도 종전의 경우와 크게 다르지 않아서 갑자기 살인의 동기가 생겼다고 볼 만한 정황이 없는 점, 범행 당시 흉기나 위험한 물건을 사용하여 폭행하지 않은 점, 부검 결과에 대한 감정서 및 감정촉탁의뢰회보서에 의하면 범행 당일 피고인들의 폭행이 피해자의 사망 원인이 되긴 하였으나 신체의 중요한 부분의 직접적인 손상이 사망의 원인이 아니었으며, 흉복부, 등부위, 대퇴부위에 발견되는 좌상(피하출혈)은 그 이전에 한달여 동안 지속된 폭행의 가격부위와 일치하여 16:07경부터 시작된 폭행만이 과다출혈에 의한 속발성 쇼크 및 좌멸증후군의 원인이 되었다고 보기 어려운 점, 부검의 공소외 2가 작성한 감정서 및 공소외 2의 진술에 의하면 부검의도 폭행행위가 기도폐색을 유발한 요인으로 작용하여 피해자가 사망한 가능성을 인정하고 있는 점, 광범위한 좌상(피하출혈)은 흔히 멍든 곳을 지칭하는 것으로 의로지식이 없는 일반인의 입장에서 판단하건데 흔히 생각하는 뇌나 장기 같은 주요 부분을 심하게 충격한 것이 아니었고, 흉복부, 등부위, 대퇴부위의 멍든 곳을 반복하여 가격하는 것만으로 속발성 쇼크가 발생하여 사망할 것이라고 예견할 수 없는 점, 피고인들은 피해자가 쓰러지고 정신을 잃자 그 즉시 심폐소생술 등 응급조치를 하면서 ◎◎의료원으로 후송한 점 등을 종합하면, 피고인들은 자신들의 행위로 피해자가 상당한 정도의 상해를 입을 수 있음을 인식 하였다고 인정되지만, 더 나아가 피해자를 살해하려는 확정적 또는 미필적 고의가 있었음을 합리적인 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판단한 후 이 부분 공소사실에 대해 무죄로 판단하였다.

나. 법리

- 1) 살인죄에서 살인의 범의는 반드시 살해의 목적이나 계획적인 살해의 의도가 있어야 인정되는 것은 아니고, 자기의 행위로 인하여 타인의 사망이라는 결과를 발생시킬만한 가능성 또는 위험이 있음을 인식하거나 예견하면 족한 것이며 그 인식이나 예견은 확정적인 것은 물론 불확정적인 것이라도 이른바 미필적 고의로 인정되는 것인바, 피고인이 범행 당시 살인의 범의가 없었고 단지 상해 또는 폭행의 범의만 있었을 뿐이라고 다투는 경우에 피고인에게 범행 당시 살인의 범의가 있었는지 여부는 피고인이 범행에 이르게 된 경위, 범행의 동기, 준비된 흉기의 유무·종류·용법, 공격의 부위와 반복성, 사망의 결과발생가능성 정도 등 범행 전후의 객관적인 사정을 종합하여 판단할 수밖에 없다(대법원 2006. 4. 14. 선고 2006도734 판결 등 참조).
- 2) 형사재판에서 범죄사실의 인정은 재판관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하므로, 검찰관의 증명이 위와 같은 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이르지 못한 경우에는 비록 피고인의 주장이나 변명이 모순되거나 석연치 않은 면이 있는 등 유죄의 의심이 간다고 하더라도

도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다(대법원 2012. 6. 28. 선고 2012도231 판결 등 참조). 다만, 여기서 말하는 합리적 의심이라 함은 모든 의문, 불신을 포함하는 것이 아니라 논리와 경험칙에 기하여 요증사실과 양립할 수 없는 사실의 개연성에 대한 합리성 있는 의문을 의미하는 것으로서, 피고인에게 유리한 정황을 사실인정과 관련하여 파악한 이성적 추론에 그 근거를 두어야 하는 것이므로 단순히 관념적인 의심이나 추상적인 가능성에 기초한 의심은 합리적 의심에 포함된다고 할 수 없다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2004도362 판결 등 참조).

다.

당심의 판단

1) 사망의 원인

가) 국립과학수사연구원에서 작성된 감정축탁의뢰 회보

국립과학수사연구원에서 작성된 감정축탁의뢰 회보에 의하면 ① 연부조직의 좌상(피하출혈)이 표재성이라 하더라도 다발성으로 광범위하게 발생하면 순환혈액량은 사망에 이를 정도로 충분히 감소할 수 있고(소송기록 1323쪽), ② 감정축탁 의뢰된 자료를 검토할 때 흉복부, 등부위, 대퇴부위 등 인체 곳곳에서 다수의 외력이 작용하여 발생한 것으로 보이는 광범위한 좌상(피하출혈)이 보이는 바, 이런 외상은 비교적 강한 둔력(구타 등)이 인체에 반복적으로 작용하였다고 보는 데에 무리가 없고(소송기록 1324쪽), ③ 제출된 자료만으로 사인을 속발성 쇼크로 단정하기는 어려우나 피해자의 각 좌상의 범위 및 깊이를 고려할 때 비록 정확한 출혈량을 측정하기는 어려우나 속발성 쇼크가 발생하였을 가능성은 충분하고(소송기록 1324쪽), ④ 피해자의 상황은 육체적 및 정신적으로 허탈을 초래할 수도 있는 상태로 판단되고, 이러한 가혹행위가 지속적으로 피해자에게 가해진 상태에서는 사소한 충격이나 자극으로도 사망과 같은 결과를 초래할 수 있을 것으로 보이며(소송기록 1324쪽), ⑤ 사망원인으로는 광범위한 다발성 좌상에 의한 속발성 쇼크의 가능성을 우선적으로 고려할 수 있으나 오랜 기간의 육체적 및 정신적 가혹행위에 기인한 허탈 혹은 쇼크 상태에서 초래된 위 내용물의 역류 및 흡인이 복합적인 사망원인으로 작용하였을 가능성이 상존하고 있다고 판단하였다(소송기록 1325쪽).

나) 법의관 공소외 2 진술

법의관 증인 공소외 2는 원심과 당심 법정에 출석하여 ① 원심판결문에 인용된 '영양 상태가 양호한 남성시임'이라는 것은 별 의미가 없으며 부검시 하나의 정형화된 기재 방법으로 감정서를 시작할 때 관례적으로 쓰는 용어의 형태일 뿐이고(소송기록 2231쪽), ② 부검 감정서 작성 당시 양측 폐 및 심장 표면의 손상에 대해서 심폐소생술에 의한 것으로 추정된다고 기재했고, 양측 앞쪽 갈비뼈 부분의 대칭적 골절 등도 심폐소생술에 의하여 발생한 것으로 추정되었다.

한편으로는 폭행에 의해서 골절되었을 가능성도 있다고 당시에 명확히 이야기를 했으며(소송기록 2232쪽), ③ 당심에서 12번 갈비뼈 부분은 갈비뼈가 골절되면서 복막경 및 비장이 파열된 것으로 추정되고 이는 물리적 충격에 의해 생긴 것으로 판단되며 심폐소생술로 발생할 수 있는 골절이 아니라고 진술하였고(소송기록 2232쪽), ④ '민간병원 의사에 의하면 최초 사망자 기도에 음식물이 차 있었고, 기도폐쇄에 의한 뇌손상으로 사망했다는 소견인 점'은 민간병원 의사로부터 직접 들은 것이 아니라 헌병수사관으로부터 전해 들었던 점(소송기록 2234, 2235쪽), ⑤ 질식 추정 이 다른 사인을 배제하는 것은 아니며(소송기록 2241쪽), ⑥ 암적색 유동심장혈은 산소공급이 되지 않았기 때문에 되었을 것이라고 보고 있지만, 산소 공급이라는 것 자체가 질식에서만 나타나는 것이 아니라 전반적으로 나타나는 것이어서, 암적색 유동혈이 보인다고 해서 질식사라고 볼 수는 없고(소송기록 419쪽), ⑦ 부검에서는 출혈량을 정확

히 썰 수 있는 방법이 없으므로 신체장기의 창백함을 기준으로 판단을 하였는데 부검당시 장기의 전반적인 창백함은 없었다.

그렇지만 그렇다고 하더라도 속발성쇼크를 배제할 수는 없었기 때문에 질식으로 '추정'을 하였으며(소송기록 2240쪽)

⑧ 사체만을 가지고 사인을 명확히 판정하기는 어렵고(소송기록 2238쪽), ⑨ 부검 당시에는 피해자에 대한 정보를 전부 알지 못한 상태였고, ⑩ 이미 만성적으로 심한 가혹행위가 있는 상황이었던 것 등 지금까지의 밝혀진 것을 모두 고려한 후 다시 판단하여 본다면 속발성 쇼크가 복합되었을 가능성이 있다(소송기록 2237쪽). 예를들면 속발성 쇼크로 인해서 의식이 점점 꺼지다가 기력이 쇠하면서 의식이 혼미해졌고 그 사이에 음식물이 역류하면서 기도가 폐쇄되었고 이런 식으로 복합적으로 발생할 가능성도 배제할 수 없는 것이다(소송기록 2251, 2263쪽)라고 진술하였다.

다) 인과관계는 피고인의 행위가 피해자의 사망이라는 결과를 발생케 한 유일한 원인이거나 직접적인 원인이 되어야 하는 것은 아니며, 피해자가 제3자의 과실 등이 경합하여 결과가 발생한 경우에도 이를 인정할 수 있고, 사망의 원인에 대한 인과관계 또한 중첩적 원인으로 발생할 수 있는 것이다.

라) 위 가)항의 국립과학수사연구원에서 작성의 감정축탁의뢰 회보와 나)항의 법의관 공소외 2 진술을 종합하고 아래의 각 항의 사실 등을 종합하여 보면, 피고인들의 폭행으로 피해자에게 광범위한 피하출혈 등이 발생한 결과 속발성 쇼크가 발생하였고 이것이 직접적인 원인이 되어 사망에 이르렀거나 속발성 쇼크가 간접적 내지 중첩적인 원인이 되어 사망하게 되었다는 사실은 넉넉히 인정된다 할 것이다.

① 2014. 3. 7. 어간 피해자의 허벅지에 멍이 들어 있었으며, ② 2014. 3. 30. 가슴부위의 거의 전체가 멍이 들었고 무릎은 완전히 구부리지 못하는 상태였던 점(소송기록 2711쪽), ③ 2014. 4. 4. 피고인 3이 휴가에서 복귀하여 피해자를 보았는데 눈이 쾅하고 얼굴 쪽에는 전부 멍이 들었고 머리 뒤쪽과 목 쪽에 상처가 너무 많은 등 전신에는 상처투성이여서 누구라도 알 수 있는 상태였던 점(소송기록 1060쪽, 2325쪽), ④ 2014. 4. 4. 이후에는 항상 얼굴이 창백하고 입술이 말라있었던 점(증거기록 886쪽), ⑤ 피해자가 킁킁 거리거나 음식을 뱉으려는 모습은 없었던 점(소송기록 893쪽), ⑥ 피고인 3은 2014. 4. 6. 피해자의 목 밑부터 가슴 명치까지 멍이 시퍼렇게 들어 있어서 충격적이었다고 진술하고 있는 점(소송기록 2304쪽), ⑦ 피고인들 모두 멍든 것은 아예 신경 쓰지 않고 때렸던 점(증거기록 132쪽), ⑧ 공소외 1은 피해자가 가혹행위를 지속적으로 당해서 무릎, 허벅지, 팔 부분에 계속 멍이 들었다고 진술하고 있는 점(소송기록 892쪽), ⑨ 피해자의 옆구리가 부어올라 있었고 멍이 들어 있었던 점, ⑩ 부검의 역시 추락사 이외에는 피해자만큼 멍든 사람을 본 적이 없다고 진술하고 있는 점(소송 기록 414쪽), ⑪ 우측 흉강에 200ml 혈흉이 관찰되고, 좌측 흉강에 혈흉을 제거한 흔적과 비장 파열로 인한 복강혈이 관찰되는 점(소송기록 2247쪽), ⑫ 피고인 3은 2014. 4. 6. 16:30경 정신을 잃고 쓰러진 피해자에게 두 모금 정도의 물을 먹였으며 이 때 피해자의 목으로 물이 넘어가는 것을 보았고 음식물을 본 적이 없었다고 진술하였고, 피고인 2 역시 기도확보기를 피해자의 입안에 넣을 때 음식물을 본 적이 없다고 진술한 점 등을 종합하면 피해자는 2014. 3. 7. 이후 신체가 스스로 회복할 수 있는 시간을 가지지 못한 채 지속적으로 폭행 및 가혹행위를 당하여 피하출혈 등이 누적되었다고 판단되고 병원으로 후송된 2014. 4. 6. 당시에는 피하출혈 등이 극도로 누적되어 피해자는 속발성 쇼크의 상태에 이르렀다고 판단된다.

2) 살인의 범의

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합해 보면, 피고인들은 범행 당시 자신들의 계속된 무차별적인 폭행으로 피해자가 사망이라는 결과에 이를만한 가능성 또는 위험이 있음

을 인식하거나 예견하면서도 위와 같은 행위로 나가간 것으로 봄이 타당하므로, 피고인들이 피해자의 사망을 의욕하거나 계획한 것은 아니어서 살인의 확정적 고의가 인정되지 않는다고 하더라도 미필적 고의는 있었다고 보아야 한다.

그런데도 원심은 그 판시와 같은 사정들을 들어 피고인들에게 확정적 또는 미필적 고의가 있었다고 인정하기 어렵다고 판단하였으니, 원심판결에는 사실을 오인하거나 살인죄에 있어서의 고의에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

따라서 이 점을 지적하는 검찰관의 주장은 이유 있다.

가) 피해자에 대한 폭행과 상해의 누적

- ① 피고인들은 3월 초순부터 피해자를 특별한 이유 없이 폭행하여 왔고, 피고인들의 폭행으로 인하여 3. 15.부터 4. 6.까지 약 20일간 피해자는 다리를 절룩거리고 다닌 점, ② 피고인 1은 4. 5. 저녁 점호 이후 피해자가 피고인 1이 말한 것 중에 '피고인 1의 아버지가 조폭이었다는 사실이 가장 감명 깊었다'는 말을 들은 후 폭행의 범위와 강도는 급격히 강해졌고 피고인 1 이외의 피고인들은 피해자의 피해상태를 인식하면서도 폭행에 지속적으로 가담하여 왔던 점, ③ 특히 피고인 1은 4. 6. 00:00경 피해자 런닝셔츠의 목살부위를 잡고 흔들어 런닝셔츠를 찢고, 30분 후 피해자가 갈아입은 런닝셔츠를 다시 잡아 찢는 등에 비추어 보면 당시 피고인 1의 폭행의지와 강도를 미루어 짐작할 수 있는 점, ④ 피고인들은 피해자로 하여금 종교행사에 가지 못하게 하고, 면회를 하지 않도록 하였으며 심지어는 식사도 제대로 할 수 없도록 하여 피해자를 의무반 이외의 사람들과 접촉할 수 있는 기회를 박탈하였고, 선임병인 지위를 이용하여 피해자로 하여금 어떠한 반항도 하지 못하게 한 후 무방비 상태의 피해자를 지속적으로 강하게 폭행하였고, 폭행할 때에는 일부 피고인들이 망을 보거나 폭행을 하다가 힘이 들면 다른 피고인들이 돌아가며 폭행하는 등 상호 역할분담을 하면서 강하게 폭행하였던 점, ⑤ 의무반원인 피고인들은 직접 폭행에 가담하거나 다른 피고인들이 폭행하는 것을 보았거나 알고 있었고, 폭행 후 피해자를 직접 치료하기도 하는 등 피해자가 당한 누적된 폭행의 정도나 상해의 정도를 비교적 정확히 알고 있었던 점, ⑥ 4. 1.부터 4. 3.까지 22:00경부터 03:00경까지 기마자세와 앉았다 일어서기, 침상에 앉아 있게 하는 등의 가혹행위와 폭행을 하면서 피해자가 잠을 자지 못하게 하고, 4. 4.부터는 하루에 3시간 정도밖에 피해자에게 수면시간을 주지 않고 4. 5.에는 잠을 거의 재우지 않았으며, 4. 5.부터 4. 6.사이에는 식당에 보내지 않아 피해자는 라면 한 끼의 식사밖에 하지 못한 점(소송기록 987-988쪽), ⑦ 피고인 6은 3.말경 '힘껏 퍽퍽 소리가 날 정도로 때렸고, 점점 기력이 나빠지는 모습을 보면서 저렇게 맞다가 실신하는 등으로 버티지 못하겠구나'라는 생각이 들었고, 피고인 2도 '저렇게 맞다가 실신하는 등으로 못버티겠구나', '피해자가 오줌을 싸고 웅양웅알 거릴 때 사태가 더 심각해졌다고 느꼈으며 더 폭행을 한다면 생명에 지장이 있을 수 있겠구나'라고 진술하였고, 공소외 1도 '머리, 복부, 가슴을 계속해서 맞아서 언제 쓰러져도 이상하지 않을 정도였다.

'라고 진술하였고, 공소외 19도 '피해자가 숨도 올바르게 쉬지 못하여 매우 격앙되어 있고, 정신없어 보였다'고 진술하고 있는 점 등을 고려해보면, 당시 피해자의 건강상태는 제3자 보더라도 매우 심각하였음을 인정할 수 있는 점, ⑧ 피고인들은 4. 6. 오전 피해자의 온 몸에 멍이 들어 있음을 확인한 후 피해자의 상태가 의무반에서 치료할 수 있는 범위를 넘어설 정도로 피해자의 상태가 위중하다는 사실을 인식하고 있었고(증거기록 1489쪽), 피고인 3도 당시 피해자의 상태가 충격적이었다고 진술하고 있는 점(소송기록 2304쪽), ⑨ 그럼에도 불구하고 피고인들은 범행이 발각될 것을 염려하여 별도의 진료 없이 피해자에게 수액을 주고 안티프라민을 발라주는 것으로 조치하였고 이후 폭행의 과정을 보아도 피해자의 피해상태 등을 고려하지 않고 폭행한 것으로 보이는 점(증거기록 132쪽), ⑩ 4. 6. 아침 점

호 직후 피해자가 밤에 잠을 잤다는 이유로 피고인 1이 25회 정도 폭행하다가 손과 무릎이 아프다며 피고인 4에게 폭행할 것을 지시하였고 피고인 4는 피해자를 앞드려뺀쳐 자세를 시켜 무방비 상태로 만든 다음 피해자의 옆구리 부위를 20-30회 강하게 폭행하였고, 폭행하던 피고인 4가 다리가 아프다고 하자 피고인 3이 이어서 앞드려뺀쳐 있는 피해자를 계속해서 폭행하였던 점에 비추어 보면 당시 피고인들은 누구보다도 피해자의 상태를 비교적 정확히 인식하였다고 판단되는 점(소송기록 983쪽, 1038쪽, 2343쪽, 2501쪽, 증거기록 1487쪽), ⑩ 피고인 2는 4. 6. 오전에 피해자 가슴 부분에 손을 대었고 숨을 내쉴 때 뭔가 딸깍 거리는 느낌 내지 뼈가 뚫뚫 거리는 느낌이 있었고 당시에 도 이미 갈비뼈가 골절되었다는 느낌을 받았다고 진술하고 있고, 피고인 3은 4. 6. 오전에 피해자가 갈비뼈가 제일 아프다고 하였고, '하아', '하아'라고 하면서 크게 숨을 내쉴 정도로 피해자의 숨소리가 거칠었고 당시 피해자의 상태를 살펴보았을 때 가슴부터 배꼽 위까지 모든 부위가 멍이 들어 있었고, 그렇게 멍이 든 사람은 태어나서 한 번도 본 적이 없었고, 폭행으로 인해 피해자의 급소가 맞았을 수도 있었을 것이라고 진술하고 있는 점 등을 종합적으로 고려하면 피해자는 4. 6. 오전까지의 폭행만으로도 피해의 상태가 상당히 위중하였다고 판단되고 피고인들은 폭행에 직접 가담하거나 폭행한 사실을 알고 있었고, 피해자의 알몸 등을 확인하고 치료까지 하여 왔으므로 피해자의 상태의 위중함을 인식하고 있었다는 사실을 인정할 수 있다.

나) 폭력 행사 정도 및 피고인들의 인식

- ① 피해자의 상태를 정확히 알고 있는 피고인들이 수액을 꼽은 상태의 피해자 얼굴과 복부를 가격한 점(증거기록 1347-1348쪽), ② 피해자에 대한 폭행부위는 얼굴, 복부, 옆구리 등으로 신체의 중요부위였고, 주로 손과 팔이 아닌 발과 무릎을 이용하여 강력하게 폭행하여(소송기록 2433쪽) 그 방법이 무차별적이고 흉포한 것으로 판단되는 점,
- ③ 이로 인해 피해자의 온 몸에 멍이 들고 수액을 맞을 정도의 상태였음을 알고 있었음에도 피고인들의 폭행은 계속되었던 점, ④ 피고인들이 자신들의 폭행으로 인하여 피해자의 전신에 피하출혈이 발생하고 마침내 과다출혈에 의한 속발성 쇼크로 인하여 사망할 수 있다는 의학적인 결과를 예견하기는 어렵다고 할 것이나, 살인의 고의가 의학적인인과과정에 대한 인식이나 결과발생에 대한 예견까지 인식할 것을 요구하는 것은 아닌 점, ⑤ 피고인 1은 4. 6. 냉동식품을 취식하는 약 25분간의 짧은 시간 동안 발로 피해자의 옆구리 부위를 5회 때리고 양손을 잡고 발로 피해자의 배 부위를 2-5회 차고 피해자의 옆에서 발로 피해자의 복부를 6회 걷어차고 무릎으로 피해자의 가슴 부위를 2회 때리고, 피고인 4에게 지시하여 앞드려뺀쳐 시킨 상태에서 복부를 9회 에서 12회 가량 차고, 피고인 3과 함께 피해자의 배 부위를 10회 차거나 밟고, 피해자가 오줌을 싸고 쓰러지자 재차 발로 피해자의 가슴을 힘껏 밀어 차는 피해자를 강도 높게 폭행한 점, ⑥ 피고인들 중 일부가 폭행하고 있을 때 다른 피고인들은 망을 본 점(소송기록 896쪽), ⑦ 지속적으로 폭행당한 피해자에게 기마자세를 똑바로 하지 않고 '기만한다'는 이유로 피해자의 머리채를 잡고 생활관 바닥에 눕힌 후 피고인 4에게는 망을 보게 하고 피고인 1과 피고인 3이 피해자의 복부를 발로 밟았고 갈비뼈 부분을 잡고 있는 피해자를 수 분간 각 10회 정도 밟은 점(소송기록 2322쪽, 증거 기록 394쪽), ⑧ 피고인 1과 피고인 3의 폭행이 끝난 이후 피해자는 스스로 일어났다가 정신을 잃고 손바닥을 바닥에 대거나 하지 못한 채 그대로 쓰러진 점, ⑨ 쓰러진 피해자가 물을 마시지 못한다는 이유로 피고인 3이 손바닥으로 머리를 2회 때리고, 이후 피고인 1이 피병을 부린다며 먹살을 잡고 흔들자 피해자가 눈을 떠 피고인 1과 눈을 마주쳤으며 이때 피해자의 눈동자가 정상적이지 않았던 점(소송기록 2389쪽, 증거기록 129쪽, 1513쪽), ⑩ 이후 피해자가 오줌을 흘리게 되었으며, 피고인 2, 피고인 4가 오줌에 젖은 옷을 갈아입히기 위해 피해자를 부축해 앉아 있었던 점, ⑪ 당시 피해자는 물을 제대로 마시지 못하며 흘리고, 오줌을 싸고, 쓰러진 상태에서 웅얼거리는 등 제대로 된 의사표현을 하지 못하여, 피고인

들은 피해자의 상태가 매우 심각하다는 것을 인식하고 있었음에도 피고인 2와 피고인 4의 부축에 의해 기대있던 피해자를 피고인 1이 화가 나 흥분한 상태에서 '괴병 부리지 마라'고 말하며 발로 가슴을 1회 세계 차 피해자가 침상으로 크게 쓰러진 점(증거기록 1515쪽, 1571쪽), ⑫ 이후 피고인 1이 다시 차려 했으나 피고인 3의 만류로 추가 폭행을 하지 않았던 점, ⑬ 이후 피해자는 급격하게 호흡과 맥박이 약해지면서 심장정지 및 의식불명 상태에 도달하였고 피고인들의 응급조치에도 불구하고 피해자는 결국 사망하게 된 점 등을 종합하여 보면,

피고인들이 이 사건 폭행과정에서 피해자의 사망이라는 결과 발생을 충분히 인식 또는 예견하였고, 나아가 미필적으로나마 그 결과 발생을 용인하였다고 넉넉히 인정된다.

3) 부분적 공동정범에 불과하다는 주장에 대한 직권판단

가) 피고인 2의 주장

피고인 2는 원심이 피고인 1에 대한 살해의도를 제대로 심리하지 않아 피해자의 사망에 대하여 피고인 2가 이를 예견할 수 있었는지, 예견할 수 있었다면 그에 대하여 어떠한 책임을 묻는 것이 적정한지 심리하지 않은 심리미진의 위법이 있다는 취지로 진술하면서, 이 사건 공소사실 중 살인의 점은 부분적 공동정범에 해당하므로 피고인 1만이 고의범이고 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 과실범인 상해치사의 죄책을 부담할 뿐이라고 직권판단을 촉구하므로 직권으로 살핀다.

나) 법리

형법 제30조의 공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것으로서, 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적인 요건인 공동가공의 의사와 객관적인 요건인 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하고, 공동가공의 의사는 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것인 바, 이러한 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하나, 반드시 사전에 치밀한 범행계획의 공모에까지 이를 필요는 없으며 공범자 각자가 공범자들 사이에 구성요건을 이루거나 구성요건에 본질적으로 관련된 행위를 분담한다는 상호이해가 있으면 충분하다 할 것이다(대법원 2008. 9. 11. 선고 2007도6706 판결 등 참조).

공모공동정범에 있어서 공모자 중의 1인이 공모관계에서 이탈하기 위해서는 공모자가 공모에 의하여 담당한 기능적 행위지배를 해소하는 것이 필요하므로 공모자가 공모에 참여하여 다른 공모자의 실행에 영향을 미친 때에는 범행을 저지하기 위하여 적극적으로 노력하는 등 실행에 미친 영향력을 제거하지 아니하는 한 공모관계에서 이탈하였다고 할 수 없다(대법원 2008. 4. 10. 선고 2008도1274 판결 등 참조).

다) 당심의 판단

원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면,

- ① 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 피고인 1의 폭행당시 직접 폭행에 가담하거나 망을 보는 등 역할분담을 하였던 점,
- ② 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 피해자의 상태를 비교적 정확히 인식하고 있었고 피고인 1이 피해자에게 가한 폭행의 정도와 양 그리고 4. 5. 저녁 점호 이후 계속적으로 폭행하여 오고 있음을 알고 있었던 점, ③ 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 피고인 1이 주도하였다는 취지로 진술하고 있으나 이 진술만으로 공동정범 인정에 장애가 되지 않는 점 등을 인정할 수 있고, 위 인정된 사정들을 종합하면, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 망을 보거나 직접 폭행하는 등 살인죄의 본질적 구성요건과 관련된 행위의 분담을 상호 이해하고 있었고, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4 중 누구도 진지하게 범행을 중단하거나 다른 피고인의 범행을 만류하지 않았던 것으로 판단되므로 피고인 2, 피고인 3,

피고인 4가 공동정범이 아니라거나 공모관계에서 이탈되었다고 판단되지 않는다.

따라서, 피고인 1만이 살인죄의 죄책을 부담하고 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 상해치사의 죄책을 부담할 뿐이라는 피고인 2의 주장은 이유 없다.

4. 군인등강제추행의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 1의 주장

피고인 1은 피해자에 대하여 고통을 줄 의사만 있었을 뿐 추행의 목적이 없었다는 취지로 주장하면서 추행의 범의를 부인하고 있다.

나. 법리

강제추행죄에서 말하는 '추행'이라 함은 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나, 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것이라고 할 것이고, 이에 해당하는지 여부는 피해자의 의사·성별·연령·행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 신중히 결정 되어야 한다(대법원 2002. 4. 26. 선고 2001도2417 판결 등 참조). 그리고 강제추행죄의 성립에 필요한 주관적 구성요건으로 성욕을 자극·흥분·만족시키려는 주관적 동기나 목적이 있어야 하는 것은 아니다(대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도5856 판결 등 참조).

다.

당심의 판단

원심과 당심이 적법하게 채택하고 조사한 증거 등을 종합하면, 강제추행죄에서 말하는 '추행'은 반드시 성욕을 만족시킬 목적이거나 주관적 동기를 요건으로 하는 것은 아니고, 또 피고인의 주장과 같이 피해자에게 고통을 줄 의도였을 뿐이었다고 인정하더라도 피해자가 안티프라민을 성기에 바르게 되면 성기가 따끔거리고 그 정도 또한 고통스러웠을 것을 인식하고 있었던 피고인 1은 피해자가 성기의 고통으로 인해 성적 수치심을 느낄 수 있다는 것을 인식하고 있었다고 판단되는 점, 피고인 1의 이 부분 공소사실은 성적인 의미의 행위를 폭력적인 방법으로 표출한 것으로서 이를 당하는 피해자는 물론 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하는 행위라고 판단되는 점을 고려하면 행위 당시에 적어도 추행의 범의가 병존하고 있었다고 보기에 충분하므로, 피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

5. 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 항소이유에 대한 판단

가. 공소사실의 요지

이 부분 공소사실의 요지는 "피고인은 2014. 3. 초부터 공소외 3을 수차례 폭행 및 가혹행위 하였으며 이로 인해 2014. 4. 7. 공소외 3이 사망하게 되었다.

피해자 공소외 1(20세)은 천식으로 의무반에 입실한 2014. 3. 8.부터 2014. 3. 9.까지, 2014. 3. 29.부터 2014. 4. 6.까지 같은 계급인 일병 공소외 3이 피고인에게 수차례 폭행 및 가혹행위를 당하고 급기야 2014. 4. 6. 폭행으로 쓰러진 것을 목격하게 되자, 피고인을 두려워하게 되었다.

피고인은 위 폭행 및 가혹행위를 목격한 6피해자가 이 사실을 알리면 자신 또는 공범들의 범죄사실이 드러날 것을 우려하여 피해자가 수사기관 등에서 진술하지 못하게 할 목적으로 2014. 4. 6. 20:30경 위 소속대 의무반 생활관에서 피해자에게 "공소외 1 씨는 자고 있었던 거예요."라고 하여 피고인의 범행사실을 목격한 바 없다는 취지로 말하도록 협박하였다.

이로써 피고인은 피해자를 협박하였다.

"는 것이다.

나. 피고인 1의 주장

피고인 1은 해악의 고지가 없었으므로 이 부분 공소사실 행위가 협박에 해당하지 않는다고 주장한다.

다.

법리

특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의9의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)죄는 자기 또는 타인의 형사사건의 수사 또는 재판과 관련하여 고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술, 증언 또는 자료제출에 대한 보복의 목적으로 형법 제283조 제1항의 협박의 죄를 범한 사람에 대하여 가중처벌하는 범죄이다.

협박죄에 있어서의 협박이라 함은 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있을 정도의 해악을 고지하는 것을 말하고 협박죄가 성립하기 위하여는 적어도 발생 가능한 것으로 생각될 수 있는 정도의 구체적인 해악의 고지가 있어야 하며, 해악의 고지가 있다 하더라도 그것이 사회의 관습이나 윤리관념 등에 비추어 사회통념상 용인될 정도의 것이라면 협박죄는 성립하지 않으나, 이러한 의미 협박행위 내지 협박의 고의가 있었는지 여부는 행위의 외형뿐만 아니라 그러한 행위에 이르게 된 경위, 피해자와의 관계 등 전후 상황을 종합하여 판단해야 한다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도2412 판결 등 참조). 또한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)죄에 규정된 보복의 목적이 있었는지 여부는 행위자의 나이, 직업 등 개인적인 요소, 범행의 동기 및 경위와 수단, 행위의 내용과 태양, 피해자와의 인적관계, 범행 전후의 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2013. 6. 14. 선고 2009도12055 판결 등 참조).

라. 당심의 판단

살피건대, 원심과 당심이 적법하게 채택하고 조사한 증거들과 당심에서의 피고인들의 진술 등을 종합하면,

- ① 피고인 1이 공소외 1보다 계급이 높지만 서로 소속부대가 달라 선임병과 후임병의 관계가 아니었고 상호 존칭을 썼던 점, ② 이 부분 공소사실 이외에 피고인 1이 공소외 1을 폭행하거나 협박한 사실이 없었던 점, ③ 피해자 후송 후 공소외 1에게 자고 있다고 말하여 달라고 처음 부탁한 사람은 피고인 3이었으며, 이때 공소외 1의 손을 잡고 부탁조로 얘기한 점(소송기록 2346쪽), ④ 피고인 1의 '공소외 1은 자고 있었던 거예요'라고 말에 구체적인 해악의 고지 내용이 있다고 보기에 다소 부족한 점이 있는 점(소송기록 898쪽), ⑤ 공소외 1 역시 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4가 돌아가면서 제발 조용히 해달라는 취지의 말을 했다고 진술하고 있는 점(소송기록 904쪽), ⑥ 피고인 1이 해악의 고지를 부인하고 있으므로 공소외 1의 진술이 사실상 유일한 증거라고 할 것인데 당심의 수차례의 증인 소환에도 불구하고 출석하지 않은 점 등을 인정할 수 있고,

위 인정된 사실을 기초로 판단하여 본다면, 피고인 1이 강압적인 분위기를 이용하여 공소외 1에게 부탁한 것이 아닌가 하는 의심을 배제하기는 어려우나, 형사재판에서 공소제기된 범죄사실에 대한 증명책임은 검찰관에게 있는 것이고 유죄의 인정은 재판관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2007도616 판결, 대법원 2008. 7. 24. 선고 2008도4467 판결 등 참조). 위 인정된 사실과 사정만으로는 피고인이 해악을 고지하였다거나 이에 대한 고의가 있었는지에 대하여 합리적 의심을 배제하기 어렵다.

따라서 이 부분 공소사실에 대하여 해악을 고지한 사실이 없으므로 협박죄의 가중된 구성요건인 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)의 점에 대한 구성요건 해당성이 없다고 주장하는 피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

6. 피고인 5 부분에 대한 피고인과 검찰관의 주장에 대한 판단

가. 부하범죄부진정의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

1) 원심의 판단

군형법 제93조는 '부하가 다수 공동하여 죄를 범하는 것을 알고도 그 진정(鎮定)을 위하여 필요한 방법을 다하지 아니한 사람은 3년 이하의 징역이나 금고에 처한다'고 규정하고 있다.

'다수 공동하여'를 해석함에 있어서 죄형법정주의 원칙에서 파생되는 유추해석 금지의 원칙 내지 명확성의 원칙에 부합하도록 해석하여야 한다.

'다수 공동'의 의미를 단독범이 계속적으로 발생하는 것까지 확장 해석할 수 없고, 진정시킬 수 없는 범죄까지 본죄의 대상범죄로 해석할 수는 없는 것이다.

기록을 종합하여 보아도 피고인 5는 개별적인 일부 폭행사실을 인지하고 있었을 뿐 2인 이상의 다수가 공동하여 죄를 범하는 것을 알았다는 사실을 인정하기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

'진정을 위하여'의 의미는 범죄의 예비 또는 음모의 단계이거나 실행의 착수에 나아갔고 그 죄가 기수 또는 종료 이전의 단계여야 하므로 실행의 착수나 범행의 종료 이전이어야 하는데 기록만으로는 이 부분을 유죄로 인정하기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실을 인정할 만한 증거가 없다.

2) 당심의 판단

부하범죄부진정죄는 '부하가 다수 공동하여 죄를 범하는 것을 알고도 그 진정(鎮定)을 위하여 필요한 방법을 다하지 아니한 사람은 3년 이하의 징역이나 금고에 처한다'고 규정하고 있으므로 '다수 공동하여' 죄를 범하고 이에 대하여 '진정'을 위해 필요한 방법을 다하지 아니한 경우에 성립한다.

따라서 죄형법정주의의 파생원칙인 유추 해석금지와 명확성 원칙 등을 종합적으로 고려하면 '다수 공동하여'를 '단독범'이 다수인 경우로 확대하여 해석할 수는 없다고 할 것이고, '진정'의 시기가 예비·음모 후 기수 전에 한정되어야 하는 것은 아니나 장래의 발생할 범행을 예측하여 범행을 진정 시킬 의무를 부여하거나 이미 범행이 종료한 경우에 재범을 막을 의무를 부여한 것으로까지 해석할 수는 없는 것이다.

같은 취지의 이 부분 원심판결은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 검찰관이 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 보이지는 않는다.

따라서, 이 부분 검찰관의 주장은 이유 없다.

나. 직무유기의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

1) 피고인의 주장

직무유기는 직무의 의식적 포기 등의 경우에 성립하는 범죄로서 직무를 소홀히 하는 등 충근의무 위반의 경우까지 직무유기에 포함되는 것은 아니므로, 피고인 5가 피해자가 다리를 절거나 폭행을 당했다는 사실을 알고 이에 대한 적절한 조치를 취하지 않은 사실과 피해자의 실신사실을 보고 받고 지휘관에게 보고하지 않았다는 사실만으로는 직무유기죄를 인정할 수 없음에도 불구하고 원심이 직무유기의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 직무유기죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.

2) 법리

직무유기죄는 구체적으로 그 직무를 수행하여야 할 작위의무가 있는데도 불구하고 이러한 직무를 저버린다는 인식하에 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 성립하는 것으로 법령·내규 등에 의한 추상적 충근의무를 태만히 하는 일체의 경우에 성립 하는 것이 아니다.

따라서 직무를 유기한 때라 함은 공무원이 직장의 무단이탈, 직무의 의식적인 포기 등과 같이 그것이 국가의 기능을 저해하며 국민에게 피해를 야기시킬 구체적 위험성이 있고 불법과 책임비난의 정도가 높은 법익침해의 경우에 한하여 성립한다(대법원 2010. 1. 14. 선고 2009도9963 판결 등 참조).

또한, 직무유기죄에서 말하는 직무란 공무원이 그 지우에 따라 맡은 바 본래의 직무를 말하는 것이고 공무원이란 신분관계로 부수적, 파생적으로 발생하는 고발의무 같은 것은 포함되지 않는 것이고(서울고등법원 1962. 5. 2. 선고 62도 41 판결 등 참조), 직무유기죄가 성립하려면 그 직무의 내용이 성문된 법령상의 근거가 있거나 적어도 군대내의 특단의 지시 또는 명령이 있어 그것이 고유의 직무 내용을 이루고 있어야 한다(대법원 1976. 10. 12. 선고 75도1895 판결 등 참조).

3) 당심의 판단

살피건대, 원심과 당심이 적법하게 채택하고 조사한 증거들과 당심에서의 피고인들의 진술 등을 종합하면,

- ① 병영생활규정(육군규정 120)에 의하면 상관은 병사들의 일상생활의 관찰과 개인면담을 통하여 부하의 신상을 철저히 파악하고 개인적인 애로사항을 조기에 해결하도록 노력하여야 하고, 결함사항을 발견할 경우 직접 시정하거나 지휘계통에 따라 보고할 의무가 있는 점(소송기록 2532쪽), ② 그럼에도 불구하고 오히려 폭행을 당하고 있는 피해자에게 '피해자를 때리고 싶은데 공알만 해서 못 때리겠다.

때리는 것은 신경안 쓴다.

맞으면서 키워야 한다'(소송기록 362쪽), '1개월 후에도 안 되면 때려서라도 가르치고, 안 되면 다른 조치를 취하자'(증거기록 933쪽), '군대에서는 선후임간 구타는 있을 수 있다.

참견하지 않겠다.

안되면 때려서라도 고쳐라'(소송기록 1031쪽, 2675쪽, 2685쪽, 증거기록 922쪽)라고 말하고, 폭행을 당했던 피해자에게 '혼냈던 선임에게 가서 사과하면서 더 싹싹하게 굴어봐라'라고 말한 점(소송기록 2678쪽), ③ 3월 초순부터 피해자의 바지를 벗어보라고 한 후 부어 있는 피해자의 허벅지를 확인하였음에도(소송기록 2529쪽, 2679쪽) 3. 28. 면담기록 작성시 피해자에게 발생한 상해사실은 기재하지 아니하고 이전에 있었던 눈의 이상여부만을 기재한 점(소송기록 1353쪽, 2691쪽, 증거기록 923쪽), ④ 피고인 5 역시 피고인 1을 감싸준다고 보다는 이것이 터지면 큰일 난다는 생각으로 보고를 하지 않은 것이라고 스스로 인정하고 있고, 스스로 좋게 끝낼 수 있을 것이라고 안일하게 생각한 점(증거기록 817쪽), ⑤ 피고인 5는 피고인 6에게 '내가 직접 피고인 1을 시켜서 폭행을 하게끔 했다.

'라고 말한 점(소송기록 2706쪽), ⑥ 피고인 5는 피고인 3이 피해자를 폭행하는 것을 옆에서 보면서도 제지하지 않은 점(소송기록 2530쪽), ⑦ 의무대 안에서 피해자를 혼내려는 분위기가 있으면 의무대의 수송병이나 입실환자들을 밖으로 데리고 나갔던 점(소송기록 362쪽, 931쪽), ⑧ 피고인 5 스스로도 피해자의 뺨을 때리는 등 폭행에 가담한 점(소송기록 931쪽), ⑨ 4. 4. 저녁점호와 4. 5. 아침점호를 할 때 피고인 5가 의무반 생활관에서 있다는 이유로 의무반 전원이 점호를 받지 않은 점(소송기록 2347쪽), ⑩ 3. 17.경 피고인 5는 피고인 1이 무릎으로 피해자를 다수 폭행하여 피해자가 다리를 절고 다리가 부어 있다는 사실을 보고 받았음에도 불구하고 단순히 피해자에게 파스를 발라주라

고 지시한 것에 그친 점(소송기록 1408쪽, 1415쪽), ⑪ 3. 29. 부대개방행사와 관련하여 피고인 3과 피해자로부터 피해자가 면회를 하고 싶다는 말을 들었음에도 피해자가 폭행당한 사실이 발각될 것이 두려워 피해자에게 '다리가 나은 후에 면회를 하는 것이 어떠냐'고 권유하여 결국 피해자가 부모를 면회하지 못하도록 한 점, ⑫ 또한 피해자에 대한 폭행과 피해자를 재우지 않은 사실 등을 보고 받아 알고 있었으므로 피해자의 몸 상태를 주기적으로 확인하였다면 피해자의 사망을 막을 수 있는 지위에 있었음에도 이를 방관하고 묵인한 점, ⑬ 피고인 4는 피해자가 쓰러진 후 다른 사람들이 앰불런스 타고 나간 후에 의무대에 혼자 대기하고 있으면서 처음으로 피고인 5에게 전화해서 피해자가 맞아서 쓰러졌다고 보고하였다고 진술하고 있는 점(소송기록 1415쪽) 등을 인정할 수 있고 위 인정된 사정 등을 종합하면,

피고인 5는 의무부사관으로서 의무반을 책임지는 간부였으며, 의무반원들을 면담하여 면담기록을 제출하는 등 의무반 병력 관리의 책임이 있는 부사관임을 인정할 수 있고, 위의 인정사실만으로도 피고인 5는 피해자에 대한 폭행이 다수 발생하였고 그 피해로 인하여 피해자의 허벅지가 붓고 피해자가 제대로 걷지 못하고 있다는 사실을 알고 있음에도 폭행을 제지하기는커녕 오히려 폭행을 방관하거나 폭행을 용인하는 등의 말을 하여 피고인들의 폭행을 조장한 측면을 인정할 수 있고, 더 나아가 피해자를 직접 폭행한 점 등에 비추어 보면 피고인 5는 단순히 업무를 소홀히 하는 범위를 넘어 의무반을 책임지는 자신의 임무를 명시적으로 포기한 것으로 판단된다.

또한 피고인 5는 피고인 4로부터 피해자가 맞아서 쓰러졌다는 것을 보고 받지 못했다고 주장하고 있으나, 피고인 4는 범행사실 자체는 모두 인정하고 있고 피고인 4 스스로에게 불리한 사실 또한 구체적으로 진술하고 있는데, 피고인 4가 피고인 5에 대하여만 허위의 사실을 말하는 등 불리하게 진술할 이유 등을 발견하기 어려운 점과 이 부분 피고인 5의 진술은 다소 반복되어 일관되지 않은 점을 종합적하여 고려하면 피고인 4의 진술은 신빙성이 있고 이를 근거로 이 부분 직무유기의 점을 판단하여 본다면 이 부분 역시 피고인 5는 명시적으로 직무를 포기한 것으로 판단된다.

같은 취지의 이 부분 원심판결은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 피고인 5가 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 보이지는 않는다.

따라서, 이 부분 피고인 5의 주장은 이유 없다.

다.

흥기휴대 폭행의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

1) 피고인 5의 주장

방탄헬멧을 씌운 상태에서 전기스탠드로 폭행하였으므로 사회통념에 비추어 방탄헬멧이 '위험한 물건'에 해당하지 아니함에도 불구하고 원심이 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.

2) 당심의 판단

어떤 물건이 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항에서 정한 '위험한 물건'에 해당하는지 여부는 구체적인 사안에서 사회통념에 비추어 그 물건을 사용하면 상대방이나 제3자가 생명 또는 신체에 위험을 느낄 수 있는지 여부에 따라 판단하여야 한다(대법원 2010. 11. 11. 선고 2010도10256 판결 등 참조).

살피건대, 원심과 당심이 적법하게 채택하고 조사한 증거 등을 종합하면, 피고인 5가 피해자가 너무 답답하고 말도 안 듣고 반항하는 것 같다며 피해자에게 방탄헬멧을 쓰게 한 후 탁상용 스탠드로 피해자를 폭행하여 플라스틱과 유리

파편이 날아갈 정도로 깨진 점(증거기록 130쪽)을 인정할 수 있고, 피해자가 방탄헬멧을 쓰는 등 보호장구를 착용하였다고 하더라도 머리 뒷부분에만 보호장구가 착용된 것이고 유리파편이나 플라스틱 파편이 날아가는 등으로 피해자나 주변의 제3자가 다칠 수 있었던 상황이므로 신체의 위험은 여전히 존재한다고 할 것이므로 피해자에 대한 폭행의 도구로 사용된 전기스탠드는 위험한 물건으로 판단된다.

같은 취지의 이 부분 원심판결은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 피고인 5가 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 보이지는 않는다.

따라서 이 부분 피고인 5의 주장은 이유 없다.

라. 양형부당에 대한 판단

장병은 지휘체계를 믿고 군에서 복무하고 있는 것이다.

행군을 할 때에도 휴식에 매복을 할 때도 지휘체계가 자신을 보호해줄 것이라고 믿고, 심지어 자신의 생명을 잃을 수밖에 없는 명령에 임하여도 더 큰 국익을 위한 명령임을 믿고 상관의 명령에 복종하고 고통을 인내하는 것이다. 그러나 피고인 5는 피해자를 면담하는 등의 책임이 있을 뿐만 아니라 의무반 전체에 대해 책임이 있는 간부로서 폭행 및 가혹행위를 막아야 할 지위에 있음에도 불구하고 오히려 폭행으로 상해를 입은 피해자를 질책하거나 폭행을 용인하여 의무반에 폭행이 더욱 만연하는 환경의 단초를 제공하게 되었다.

이러한 환경 속에서 피해자는 점점 더 쇠약해져 갔으며 어느 곳 하나 의지할 곳이 없는 고립무원의 위치에 있게 되었다.

이러한 점을 고려하면 피고인 5는 엄히 처벌하여야 마땅할 것이다.

다만 피고인 5의 폭행으로 상해의 결과가 발생한 것으로 보기는 어려운 점, 직무유기죄의 법정형이 1년 이하의 징역형인 점, 피해자의 유족을 위하여 일정 금액(2000만원)을 공탁한 점, 처벌전력이 없는 점, 반성하고 있는 점 그 밖에 피고인 5의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기 및 경위, 범행의 수단 및 결과, 범행 후의 정황 등 기록에 나타난 모든 양형조건을 고려하여 보면, 이 부분 피고인 5의 이 부분주장은 이유 있다.

7. 피고인 6에 대한 양형부당에 대한 판단

피고인 6이 피해자를 폭행한 점은 인정되나, 피고인 1이 피고인 6을 폭행하면서 피해자를 때리도록 지시한 점 등 그 경위에 있어 참작할 점이 있는 점, 피고인 6 또한 피해자가 전입오기 전까지 피고인 1로부터 폭행과 얼굴에 물뿌림을 당하고, 치약 한 통을 먹는 등 피해자였던 점, 소극적이거나 의무반 부조리에 저항하였던 점, 피해자의 유족이 피고인 6에 대하여 선처를 바라는 점 그 밖에 피고인 6의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기 및 경위, 범행의 수단 및 결과, 범행후의 정황 등 기록에 나타난 모든 양형조건을 고려하여 보면, 이 부분 피고인 6의 주장은 이유 있다.

8. 결론

그렇다면 원심판결에는 위에서 본 직권파기사유가 있으므로, 군사법원법 제428조, 제431조에 의하여 원심판결을 파기하고, 이 사건 제반기록에 의하여 본 군사법원이 재판하기에 충분하다고 인정되므로 같은 법 제435조에 의하여 변론을 거쳐 본 군사법원이 직접 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들의 항소이유의 요지

1) 사실오인 및 법리오해

가) 피고인 1

- (1) 피해자의 성기에 안티프라민을 바르게 한 사실은 있으나, 피해자가 성기를 노출 시키지 않은 상태에서 발랐고, 당시 추행의 고의가 없었으므로 원심이 군인등강제추행의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 군인등강제추행죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.
- (2) 피해자 공소외 1에 대하여 해악을 고지한 사실이 없고, 협박에 대한 고의가 없으므로 원심이 협박죄에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 협박죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.

나) 피고인 5

- (1) 직무유기는 직무의 의식적 포기 등의 경우에 성립하는 범죄로서 직무를 소홀히 하는 등 충근의무 위반의 경우까지 직무유기에 포함되는 것은 아니므로, 피고인 5가 피해자가 다리를 절거나 폭행을 당했다는 사실을 알고 이에 대한 적절한 조치를 취하지 않은 사실과 피해자의 실신사실을 보고 받고 지휘관에게 보고하지 않았다는 사실만으로는 직무유기죄를 인정할 수 없음에도 불구하고 원심이 직무유기의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 직무유기죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.
- (2) 방탄헬멧을 씌운 상태에서 전기스탠드로 폭행하였으므로 사회통념에 비추어 방탄헬멧이 '위험한 물건'에 해당하지 아니함에도 불구하고 원심이 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.

2) 양형부당

원심의 형량이 피고인들의 정상에 비추어 너무 무거워 부당하다.

나. 검찰관의 항소이유의 요지

1) 사실오인 및 법리오해

가) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4(이하 '피고인들'이라 한다.

)에게는 이 사건 범행 당시 살인에 관한 미필적 고의가 있었음이 충분히 인정됨에도 불구하고 피고인들에게 살인에 관한 고의가 있었다고 볼 수 없다는 이유로 살인에 관하여는 무죄로 판단한 원심판결에는, 미필적 고의에 관한 법리를 오해하거나 채증법칙을 위반한 나머지 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나) 부하범죄부진정죄에서 '공동'의 의미는 다수인의 공동가공이 요구되는 경우에만 한정되는 것이 아니고, 진정의 대상범죄가 계속범에 한정되지 않음에도 불구하고 이 부분에 대하여 무죄를 선고한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

2) 양형부당

피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5에 대한 원심의 형량이 너무 가벼워 부당하다.

2. 직권판단

가. 피고인 1과 피고인 2에 대한 공소장 변경에 대한 직권판단

피고인 1과 피고인 2에 대한 피고인 1과 피고인 2 및 검찰관의 항소이유에 관하여 판단하기에 앞서 직권으로 살핀다.

검찰관은 당심에 이르러, 피고인 1에 대하여는 죄명에 '특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)'을 추가하고, 적용법조에 '특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의9 제2항, 제1항 제2문, 형법 제283조 제1항'을 추가하고, 공소사실 중 2. 다.

2)항의 "피해자가 이 사실을 알리면 자신의 범죄사실이 드러날 것을 우려하여 2014. 4. 6. 20:30경 위 소속대 의무반 생활관에서 피해자에게 "공소외 1은 자고 있었던 거예요."라고 하여 피고인의 범행사실을 목격한 바 없다는 취지로 말하도록 협박하였다.

"를 "피해자가 이 사실을 알리면 자신 또는 공범들의 범죄사실이 드러날 것을 우려하여 피해자가 수사기관 등에서 진술하지 못하게 할 목적으로 2014. 4. 6. 20:30경 위 소속대 의무반 생활관에서 피해자에게 "공소외 1은 자고 있었던 거예요."라고 하여 피고인의 범행사실을 목격한 바 없다는 취지로 말하도록 협박하였다.

"로, 피고인 2에 대하여 죄명을 '폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)'을 '폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등 협박)'으로, 적용법조를 '폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제6조, 제3조 제1항, 제2조 제1항 제1호, 제2조 제2항'을 '폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항, 제2조 제1항 제1호, 제2조 제2항, 형법 제283조 제1항, 제260조 제1항'으로 변경하고, 공소사실 중 8. 다.

항의 "피해자의 복부를 4회 걷어 찬 후, 위험한 물건인 역기(5kg)를 들어 피해자를 내리치려고 하였으나 옆에 있던 피고인 6이 말려 미수에 그쳤다"를 "피해자의 복부를 4회 걷어 찬 후, 오른손으로 위험한 물건인 역기(5kg)를 잡아 머리 높이로 들어 올린 후 피해자를 내리치려는 시늉을 하여 피해자에게 겁을 주었다.

이로써 피고인은 피해자를 폭행하고, 위험한 물건을 사용하여 피해자를 협박하였다"로 각 변경하는 공소장변경허가신청을 하였고, 당심이 이를 허가 하였다.

이상과 같이 공소장변경이 허가됨으로써 피고인 1과 피고인 2에 대한 원심판결은 그 심판대상이 변경되었고, 피고인 1과 피고인 2에 대한 이 사건 각 범행은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 원심판결에서 이에 대하여 단일한 형이 선고되었으므로, 원심판결은 더 이상 유지할 수 없게 되었다.

나. 피고인 1에 대한 신상정보등록 및 공개·고지 명령에 대한 직권판단

피고인 1과 피고인 1에 대한 검찰관의 항소이유에 관하여 판단하기에 앞서 직권으로 살핀다.

군형법의 강제추행죄는 형법의 강제추행죄에 대하여 가중처벌하는 죄로서 성폭력의 처벌 등에 관한 특례법(이하 '성폭력특례법'이라고 한다) 제2조 제2항 소정의 "성폭력범죄"에 해당한다(대법원 2014. 12. 24. 선고 2014도2585 판결 참조). 한편 성폭력특례법 제42조 제1항에 규정된 '등록대상 성폭력범죄'를 범한 자는 같은 법 제47조 및 제49조에 따라 공개·고지명령의 대상이 된다.

위와 같은 법리에 비추어 이 사건을 살피건대, 이 사건 군인등강제추행의 범행은 같은 법 제47조 및 제49조 소정의 공개명령 및 고지명령의 대상이 되는 같은 법 제42조 제1항에 규정된 '등록대상 성폭력범죄'에 해당하므로, 신상정보의 공개명령 및 고지명령의 대상이 된다고 할 것이다.

그럼에도 원심은 이 사건 군인등강제추행의 점을 유죄로 인정하면서 피고인에 대한 신상정보의 공개·고지명령에 대한 판단을 누락하는 잘못을 저질렀다.

또한 성폭력특례법 등에 의한 공개명령, 고지명령은 대상 성폭력범죄 사건의 판결과 동시에 선고하는 부수처분이므로, 그 공개명령, 고지명령에 관한 판단에 잘못이 있는 경우 나머지 성폭력범죄 사건 부분에 잘못이 없더라도 그 부분까지 전부 파기하여야 한다(대법원 2014. 3. 27. 선고 2013도13095 판결 참조).

한편 위와 같은 직권파기사유가 있기는 하나, 피고인 1과 피고인 1에 대한 검찰관의 사실오인 및 법리오해 주장과 각 양형부당 주장은 여전히 이 군사법원의 판단대상이 되는 것이므로 이에 대하여 살펴보기로 한다.

3. 살인의 고의의 존재에 대한 사실오인 및 법리오해 항소이유에 대한 판단

가. 원심의 판단

피고인들은 수사단계에서부터 일관되게 살인의 고의는 없었다고 부인하여 온 점, 피고인들은 2014. 3. 초부터 사소한 이유를 들어서 피해자를 폭행해 왔는데 이 사건 범행 당일의 경우에도 종전의 경우와 크게 다르지 않아서 갑자기 살인의 동기가 생겼다고 볼 만한 정황이 없는 점, 범행 당시 흉기나 위험한 물건을 사용하여 폭행하지 않은 점, 부검 결과에 대한 감정서 및 감정촉탁의뢰회보서에 의하면 범행 당일 피고인들의 폭행이 피해자의 사망 원인이 되긴 하였으나 신체의 중요한 부분의 직접적인 손상이 사망의 원인이 아니었으며, 흉복부, 등부위, 대퇴부위에 발견되는 좌상(피하출혈)은 그 이전에 한달여 동안 지속된 폭행의 가격부위와 일치하여 16:07경부터 시작된 폭행만이 과다출혈에 의한 속발성 쇼크 및 좌멸증후군의 원인이 되었다고 보기 어려운 점, 부검의 공소외 2가 작성한 감정서 및 공소외 2의 진술에 의하면 부검의도 폭행행위가 기도폐색을 유발한 요인으로 작용하여 피해자가 사망한 가능성을 인정하고 있는 점, 광범위한 좌상(피하출혈)은 흔히 멍든 곳을 지칭하는 것으로 의료지식이 없는 일반인의 입장에서 판단하건데 흔히 생각하는 뇌나 장기 같은 주요 부분을 심하게 충격한 것이 아니었고, 흉복부, 등부위, 대퇴부위의 멍든 곳을 반복하여 가격하는 것만으로 속발성 쇼크가 발생하여 사망할 것이라고 예견할 수 없는 점, 피고인들은 피해자가 쓰러지고 정신을 잃자 그 즉시 심폐소생술 등 응급조치를 하면서 ◎◎의료원으로 후송한 점 등을 종합하면, 피고인들은 자신들의 행위로 피해자가 상당한 정도의 상해를 입을 수 있음을 인식 하였다고 인정되지만, 더 나아가 피해자를 살해하려는 확정적 또는 미필적 고의가 있었음을 합리적인 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판단한 후 이 부분 공소사실에 대해 무죄로 판단하였다.

나. 법리

- 1) 살인죄에서 살인의 범의는 반드시 살해의 목적이나 계획적인 살해의 의도가 있어야 인정되는 것은 아니고, 자기의 행위로 인하여 타인의 사망이라는 결과를 발생시킬만한 가능성 또는 위험이 있음을 인식하거나 예견하면 족한 것이며 그 인식이나 예견은 확정적인 것은 물론 불확정적인 것이라도 이른바 미필적 고의로 인정되는 것인바, 피고인이 범행 당시 살인의 범의가 없었고 단지 상해 또는 폭행의 범의만 있었을 뿐이라고 다투는 경우에 피고인에게 범행 당시 살인의 범의가 있었는지 여부는 피고인이 범행에 이르게 된 경위, 범행의 동기, 준비된 흉기의 유무·종류·용법, 공격의 부위와 반복성, 사망의 결과발생가능성 정도 등 범행 전후의 객관적인 사정을 종합하여 판단할 수밖에 없다(대법원 2006. 4. 14. 선고 2006도734 판결 등 참조).
- 2) 형사재판에서 범죄사실의 인정은 재판관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하므로, 검찰관의 증명이 위와 같은 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이르지 못한 경우에는 비록 피고인의 주장이나 변명이 모순되거나 석연치 않은 면이 있는 등 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다(대법원 2012. 6. 28. 선고 2012도231 판결 등 참조). 다만, 여기서 말하는 합리적 의심이라 함은 모든 의문, 불신을 포함하는 것이 아니라 논리와 경험칙에 기하여 요증사실과 양립할 수 없는 사실의 개연성에 대한 합리성 있는 의문을 의미하는 것으로서, 피고인에게 유리한 정황을 사실인정과 관련하여 파악한 이성적 추론에 그 근거를 두어야 하는 것이므로 단순히 관념적인 의심이나 추상적인 가능성에 기초한 의심은 합리적 의심에 포함된다고 할 수 없다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2004도362 판결 등 참조).

다.

당심의 판단

1) 사망의 원인

가) 국립과학수사연구원에서 작성된 감정촉탁의뢰 회보

국립과학수사연구원에서 작성된 감정촉탁의뢰 회보에 의하면 ① 연부조직의 좌상(피하출혈)이 표재성이라 하더라도 다발성으로 광범위하게 발생하면 순환혈액량은 사망에 이를 정도로 충분히 감소할 수 있고(소송기록 1323쪽), ② 감정촉탁 의뢰된 자료를 검토할 때 흉복부, 등부위, 대퇴부위 등 인체 곳곳에서 다수의 외력이 작용하여 발생한 것으로 보이는 광범위한 좌상(피하출혈)이 보이는 바, 이런 외상은 비교적 강한 둔력(구타 등)이 인체에 반복적으로 작용하였다고 보는 데에 무리가 없고(소송기록 1324쪽), ③ 제출된 자료만으로 사인을 속발성 쇼크로 단정하기는 어려우나 피해자의 각 좌상의 범위 및 깊이를 고려할 때 비록 정확한 출혈량을 측정하기는 어려우나 속발성 쇼크가 발생하였을 가능성은 충분하고(소송기록 1324쪽), ④ 피해자의 상황은 육체적 및 정신적으로 허탈을 초래할 수도 있는 상태로 판단되고, 이러한 가혹행위가 지속적으로 피해자에게 가해진 상태에서는 사소한 충격이나 자극으로도 사망과 같은 결과를 초래할 수 있을 것으로 보이며(소송기록 1324쪽), ⑤ 사망원인으로는 광범위한 다발성 좌상에 의한 속발성 쇼크의 가능성을 우선적으로 고려할 수 있으나 오랜 기간의 육체적 및 정신적 가혹행위에 기인한 허탈 혹은 쇼크 상태에서 초래된 위 내용물의 역류 및 흡인이 복합적인 사망원인으로 작용하였을 가능성이 상존하고 있다고 판단하였다(소송기록 1325쪽).

나) 법의관 공소외 2 진술

법의관 증인 공소외 2는 원심과 당심 법정에 출석하여 ① 원심판결문에 인용된 '영양 상태가 양호한 남성시임'이라는 것은 별 의미가 없으며 부검시 하나의 정형화된 기재 방법으로 감정서를 시작할 때 관례적으로 쓰는 용어의 형태일 뿐이고(소송기록 2231쪽), ② 부검 감정서 작성 당시 양측 폐 및 심장 표면의 손상에 대해서 심폐소생술에 의한 것으로 추정된다고 기재했고, 양측 앞쪽 갈비뼈 부분의 대칭적 골절 등도 심폐소생술에 의하여 발생한 것으로 추정되었다.

한편으로는 폭행에 의해서 골절되었을 가능성도 있다고 당시에 명확히 이야기를 했으며(소송기록 2232쪽), ③ 당심에서 12번 갈비뼈 부분은 갈비뼈가 골절되면서 복막경 및 비장이 파열된 것으로 추정되고 이는 물리적 충격에 의해 생긴 것으로 판단되며 심폐소생술로 발생할 수 있는 골절이 아니라고 진술하였고(소송기록 2232쪽), ④ '민간병원 의사에 의하면 최초 사망자 기도에 음식물이 차 있었고, 기도폐쇄에 의한 뇌손상으로 사망했다는 소견인 점'은 민간병원 의사로부터 직접 들은 것이 아니라 현병수사관으로부터 전해 들었던 점(소송기록 2234, 2235쪽), ⑤ 질식 추정이 다른 사인을 배제하는 것은 아니며(소송기록 2241쪽), ⑥ 암적색 유동심장혈은 산소공급이 되지 않았기 때문에 되었을 것이라고 보고 있지만, 산소 공급이라는 것 자체가 질식에서만 나타나는 것이 아니라 전반적으로 나타나는 것이어서, 암적색 유동혈이 보인다고 해서 질식사라고 볼 수는 없고(소송기록 419쪽), ⑦ 부검에서는 출혈량을 정확히 잴 수 있는 방법이 없으므로 신체장기의 창백함을 기준으로 판단을 하였는데 부검당시 장기의 전반적인 창백함은 없었다.

그렇지만 그렇다고 하더라도 속발성쇼크를 배제할 수는 없었기 때문에 질식으로 '추정'을 하였으며(소송기록 2240쪽)

⑧ 사체만을 가지고 사인을 명확히 판정하기는 어렵고(소송기록 2238쪽), ⑨ 부검 당시에는 피해자에 대한 정보를 전부 알지 못한 상태였고, ⑩ 이미 만성적으로 심한 가혹행위가 있는 상황이었던 것 등 지금까지의 밝혀진 것을 모두 고려한 후 다시 판단하여 본다면 속발성 쇼크가 복합되었을 가능성이 있다(소송기록 2237쪽). 예를들면 속발성

쇼크로 인해서 의식이 점점 꺼지다가 기력이 쇠하면서 의식이 혼미해졌고 그 사이에 음식물이 역류하면서 기도가 폐쇄되었고 이런 식으로 복합적으로 발생할 가능성도 배제할 수 없는 것이다(소송기록 2251, 2263쪽)라고 진술하였다.

다) 인과관계는 피고인의 행위가 피해자의 사망이라는 결과를 발생케 한 유일한 원인이거나 직접적인 원인이 되어야 하는 것은 아니며, 피해자가 제3자의 과실 등이 경합하여 결과가 발생한 경우에도 이를 인정할 수 있고, 사망의 원인에 대한 인과관계 또한 중첩적 원인으로 발생할 수 있는 것이다.

라) 위 가)항의 국립과학수사연구원에서 작성의 감정축탁의뢰 회보와 나)항의 법의관 공소외 2 진술을 종합하고 아래의 각 항의 사실 등을 종합하여 보면, 피고인들의 폭행으로 피해자에게 광범위한 피하출혈 등이 발생한 결과 속발성 쇼크가 발생하였고 이것이 직접적인 원인이 되어 사망에 이르렀거나 속발성 쇼크가 간접적 내지 중첩적인 원인이 되어 사망하게 되었다는 사실은 넉넉히 인정된다 할 것이다.

① 2014. 3. 7. 어간 피해자의 허벅지에 멍이 들어 있었으며, ② 2014. 3. 30. 가슴부위의 거의 전체가 멍이 들었고 무릎은 완전히 구부리지 못하는 상태였던 점(소송기록 2711쪽), ③ 2014. 4. 4. 피고인 3이 휴가에서 복귀하여 피해자를 보았는데 눈이 쾅하고 얼굴 쪽에는 전부 멍이 들었고 머리 뒤쪽과 목 쪽에 상처가 너무 많은 등 전신에는 상처투성이여서 누구라도 알 수 있는 상태였던 점(소송기록 1060쪽, 2325쪽), ④ 2014. 4. 4. 이후에는 항상 얼굴이 창백하고 입술이 말라있었던 점(증거기록 886쪽), ⑤ 피해자가 킁킁 거리거나 음식을 뱉으려는 모습은 없었던 점(소송기록 893쪽), ⑥ 피고인 3은 2014. 4. 6. 피해자의 목 밑부터 가슴 명치까지 멍이 시퍼렇게 들어 있어서 충격적이었다고 진술하고 있는 점(소송기록 2304쪽), ⑦ 피고인들 모두 멍든 것은 아예 신경 쓰지 않고 때렸던 점(증거기록 132쪽), ⑧ 공소외 1은 피해자가 가혹행위를 지속적으로 당해서 무릎, 허벅지, 팔 부분에 계속 멍이 들었다고 진술하고 있는 점(소송기록 892쪽), ⑨ 피해자의 옆구리가 부어올라 있었고 멍이 들어 있었던 점, ⑩ 부검의 역시 추락사 이외에는 피해자만큼 멍든 사람을 본 적이 없다고 진술하고 있는 점(소송 기록 414쪽), ⑪ 우측 흉강에 200ml 혈흉이 관찰되고, 좌측 흉강에 혈흉을 제거한 흔적과 비장 파열로 인한 복강혈이 관찰되는 점(소송기록 2247쪽), ⑫ 피고인 3은 2014. 4. 6. 16:30경 정신을 잃고 쓰러진 피해자에게 두 모금 정도의 물을 먹였으며 이 때 피해자의 목으로 물이 넘어가는 것을 보았고 음식물을 본 적이 없었다고 진술하였고, 피고인 2 역시 기도확보기를 피해자의 입안에 넣을 때 음식물을 본 적이 없다고 진술한 점 등을 종합하면 피해자는 2014. 3. 7. 이후 신체가 스스로 회복할 수 있는 시간을 가지지 못한 채 지속적으로 폭행 및 가혹행위를 당하여 피하출혈 등이 누적되었다고 판단되고 병원으로 후송된 2014. 4. 6. 당시에는 피하출혈 등이 극도로 누적되어 피해자는 속발성 쇼크의 상태에 이르렀다고 판단된다.

2) 살인의 범의

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합해 보면, 피고인들은 범행 당시 자신들의 계속된 무차별적인 폭행으로 피해자가 사망이라는 결과에 이를만한 가능성 또는 위험이 있음을 인식하거나 예견하면서도 위와 같은 행위로 나가간 것으로 봄이 타당하므로, 피고인들이 피해자의 사망을 의욕하거나 계획한 것은 아니어서 살인의 확정적 고의가 인정되지 않는다고 하더라도 미필적 고의는 있었다고 보아야 한다.

그런데도 원심은 그 판시와 같은 사정들을 들어 피고인들에게 확정적 또는 미필적 고의가 있었다고 인정하기 어렵다고 판단하였으니, 원심판결에는 사실을 오인하거나 살인죄에 있어서의 고의에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

따라서 이 점을 지적하는 검찰관의 주장은 이유 있다.

가) 피해자에 대한 폭행과 상해의 누적

- ① 피고인들은 3월 초순부터 피해자를 특별한 이유 없이 폭행하여 왔고, 피고인들의 폭행으로 인하여 3. 15.부터 4. 6.까지 약 20일간 피해자는 다리를 절룩거리고 다닌 점, ② 피고인 1은 4. 5. 저녁 점호 이후 피해자가 피고인 1이 말한 것 중에 '피고인 1의 아버지가 조폭이었다는 사실이 가장 감명 깊었다'는 말을 들은 후 폭행의 범위와 강도는 급격히 강해졌고 피고인 1 이외의 피고인들은 피해자의 피해상태를 인식하면서도 폭행에 지속적으로 가담하여 왔던 점, ③ 특히 피고인 1은 4. 6. 00:00경 피해자 런닝셔츠의 목살부위를 잡고 흔들어 런닝셔츠를 찢고, 30분 후 피해자가 갈아입은 런닝셔츠를 다시 잡아 찢는 등에 비추어 보면 당시 피고인 1의 폭행의지와 강도를 미루어 짐작할 수 있는 점, ④ 피고인들은 피해자로 하여금 종교행사에 가지 못하게 하고, 면회를 하지 않도록 하였으며 심지어는 식사도 제대로 할 수 없도록 하여 피해자를 의무반 이외의 사람들과 접촉할 수 있는 기회를 박탈하였고, 선임병인 지위를 이용하여 피해자로 하여금 어떠한 반항도 하지 못하게 한 후 무방비 상태의 피해자를 지속적으로 강하게 폭행하였고, 폭행할 때에는 일부 피고인들이 망을 보거나 폭행을 하다가 힘이 들면 다른 피고인들이 돌아가며 폭행하는 등 상호 역할분담을 하면서 강하게 폭행하였던 점, ⑤ 의무반원인 피고인들은 직접 폭행에 가담하거나 다른 피고인들이 폭행하는 것을 보았거나 알고 있었고, 폭행 후 피해자를 직접 치료하기도 하는 등 피해자가 당한 누적된 폭행의 정도나 상해의 정도를 비교적 정확히 알고 있었던 점, ⑥ 4. 1.부터 4. 3.까지 22:00경부터 03:00경까지 기마자세와 앉았다 일어서기, 침상에 앉아 있게 하는 등의 가혹행위와 폭행을 하면서 피해자가 잠을 자지 못하게 하고, 4. 4.부터는 하루에 3시간 정도밖에 피해자에게 수면시간을 주지 않고 4. 5.에는 잠을 거의 재우지 않았으며, 4. 5.부터 4. 6.사이에는 식당에 보내지 않아 피해자는 라면 한 끼의 식사밖에 하지 못한 점(소송기록 987-988쪽), ⑦ 피고인 6은 3.말경 '힘껏 퍽퍽 소리가 날 정도로 때렸고, 점점 기력이 나빠지는 모습을 보면서 저렇게 맞다가 실신하는 등으로 버티지 못하겠구나'라는 생각이 들었고, 피고인 2도 '저렇게 맞다가 실신하는 등으로 못버티겠구나', '피해자가 오줌을 싸고 웅양웅알 거릴 때 사태가 더 심각해졌다고 느꼈으며 더 폭행을 한다면 생명에 지장이 있을 수 있겠구나'라고 진술하였고, 공소외 1도 '머리, 복부, 가슴을 계속해서 맞아서 언제 쓰러져도 이상하지 않을 정도였다'라고 진술하였고, 공소외 19도 '피해자가 숨도 올바르게 쉬지 못하여 매우 격앙되어 있고, 정신없어 보였다'고 진술하고 있는 점 등을 고려해보면, 당시 피해자의 건강상태는 제3자 보더라도 매우 심각하였음을 인정할 수 있는 점, ⑧ 피고인들은 4. 6. 오전 피해자의 온 몸에 멍이 들어 있음을 확인한 후 피해자의 상태가 의무반에서 치료할 수 있는 범위를 넘어설 정도로 피해자의 상태가 위중하다는 사실을 인식하고 있었고(증거기록 1489쪽), 피고인 3도 당시 피해자의 상태가 충격적이었다고 진술하고 있는 점(소송기록 2304쪽), ⑨ 그럼에도 불구하고 피고인들은 범행이 발각될 것을 염려하여 별도의 진료 없이 피해자에게 수액을 주고 안티프라민을 발라주는 것으로 조치하였고 이후 폭행의 과정을 보아도 피해자의 피해상태 등을 고려하지 않고 폭행한 것으로 보이는 점(증거기록 132쪽), ⑩ 4. 6. 아침 점호 직후 피해자가 밤에 잠을 잤다는 이유로 피고인 1이 25회 정도 폭행하다가 손과 무릎이 아프다며 피고인 4에게 폭행할 것을 지시하였고 피고인 4는 피해자를 엎드려뺀쳐 자세를 시켜 무방비 상태로 만든 다음 피해자의 옆구리 부위를 20-30회 강하게 폭행하였고, 폭행하던 피고인 4가 다리가 아프다고 하자 피고인 3이 이어서 엎드려뺀쳐 있는 피해자를 계속해서 폭행하였던 점에 비추어 보면 당시 피고인들은 누구보다도 피해자의 상태를 비교적 정확히 인식하였다고 판단되는 점(소송기록 983쪽, 1038쪽, 2343쪽, 2501쪽, 증거기록 1487쪽), ⑪ 피고인 2는 4. 6. 오전에 피해자 가슴 부분에 손을 대었고 숨을 내쉴 때 뭔가 딸깍 거리는 느낌 내지 뼈가 뚫뚫 거리는 느낌이 있었고 당시에

도 이미 갈비뼈가 골절되었다는 느낌을 받았다고 진술하고 있고, 피고인 3은 4. 6. 오전에 피해자가 갈비뼈가 제일 아프다고 하였고, '하아', '하아'라고 하면서 크게 숨을 내쉴 정도로 피해자의 숨소리가 거칠었고 당시 피해자의 상체를 살펴보았을 때 가슴부터 배꼽 위까지 모든 부위가 멍이 들어 있었고, 그렇게 멍이 든 사람은 태어나서 한 번도 본 적이 없었고, 폭행으로 인해 피해자의 급소가 맞았을 수도 있었을 것이라고 진술하고 있는 점 등을 종합적으로 고려하면 피해자는 4. 6. 오전까지의 폭행만으로도 피해의 상태가 상당히 위중하였다고 판단되고 피고인들은 폭행에 직접 가담하거나 폭행한 사실을 알고 있었고, 피해자의 알몸 등을 확인하고 치료까지 하여 왔으므로 피해자의 상태의 위중함을 인식하고 있었다는 사실을 인정할 수 있다.

나) 폭력 행사 정도 및 피고인들의 인식

- ① 피해자의 상태를 정확히 알고 있는 피고인들이 수액을 꼽은 상태의 피해자 얼굴과 복부를 가격한 점(증거기록 1347-1348쪽), ② 피해자에 대한 폭행부위는 얼굴, 복부, 옆구리 등으로 신체의 중요부위였고, 주로 손과 팔이 아닌 발과 무릎을 이용하여 강력하게 폭행하여(소송기록 2433쪽) 그 방법이 무차별적이고 흉포한 것으로 판단되는 점, ③ 이로 인해 피해자의 온 몸에 멍이 들고 수액을 맞을 정도의 상태였음을 알고 있었음에도 피고인들의 폭행은 계속되었던 점, ④ 피고인들이 자신들의 폭행으로 인하여 피해자의 전신에 피하출혈이 발생하고 마침내 과다출혈에 의한 속발성 쇼크로 인하여 사망할 수 있다는 의학적인 결과를 예견하기는 어렵다고 할 것이나, 살인의 고의가 의학적인인과과정에 대한 인식이나 결과발생에 대한 예견까지 인식할 것을 요구하는 것은 아닌 점, ⑤ 피고인 1은 4. 6. 냉동식품을 취식하는 약 25분간의 짧은 시간 동안 발로 피해자의 옆구리 부위를 5회 때리고 양손을 잡고 발로 피해자의 배 부위를 2-5회 차고 피해자의 옆에서 발로 피해자의 복부를 6회 걷어차고 무릎으로 피해자의 가슴 부위를 2회 때리고, 피고인 4에게 지시하여 옆드려뻗쳐 시킨 상태에서 복부를 9회 에서 12회 가량 차고, 피고인 3과 함께 피해자의 배 부위를 10회 차거나 밟고, 피해자가 오줌을 싸고 쓰러지자 재차 발로 피해자의 가슴을 힘껏 밀어 차는 피해자를 강도 높게 폭행한 점, ⑥ 피고인들 중 일부가 폭행하고 있을 때 다른 피고인들은 망을 본 점(소송기록 896쪽), ⑦ 지속적으로 폭행당한 피해자에게 기마자세를 똑바로 하지 않고 '기만한다'는 이유로 피해자의 머리채를 잡고 생활관 바닥에 눕힌 후 피고인 4에게는 망을 보게 하고 피고인 1과 피고인 3이 피해자의 복부를 발로 밟았고 갈비뼈 부분을 잡고 있는 피해자를 수 분간 각 10회 정도 밟은 점(소송기록 2322쪽, 증거 기록 394쪽), ⑧ 피고인 1과 피고인 3의 폭행이 끝난 이후 피해자는 스스로 일어났다가 정신을 잃고 손바닥을 바닥에 대거나 하지 못한 채 그대로 쓰러진 점, ⑨ 쓰러진 피해자가 물을 마시지 못한다는 이유로 피고인 3이 손바닥으로 머리를 2회 때리고, 이후 피고인 1이 꺾병을 부린다며 먹살을 잡고 흔들자 피해자가 눈을 떠 피고인 1과 눈을 마주쳤으며 이때 피해자의 눈동자가 정상적이지 않았던 점(소송기록 2389쪽, 증거기록 129쪽, 1513쪽), ⑩ 이후 피해자가 오줌을 흘리게 되었으며, 피고인 2, 피고인 4가 오줌에 젖은 옷을 갈아입히기 위해 피해자를 부축해 앉아 있었던 점, ⑪ 당시 피해자는 물을 제대로 마시지 못하며 흘리고, 오줌을 싸고, 쓰러진 상태에서 웅얼거리는 등 제대로 된 의사표현을 하지 못하여, 피고인들은 피해자의 상태가 매우 심각하다는 것을 인식하고 있었음에도 피고인 2와 피고인 4의 부축에 의해 기대있던 피해자를 피고인 1이 화가 나 흥분한 상태에서 '꺾병 부리지 마라'고 말하며 발로 가슴을 1회 세게 차 피해자가 침상으로 크게 쓰러진 점(증거기록 1515쪽, 1571쪽), ⑫ 이후 피고인 1이 다시 차려 했으나 피고인 3의 만류로 추가 폭행을 하지 않았던 점, ⑬ 이후 피해자는 급격하게 호흡과 맥박이 약해지면서 심장정지 및 의식불명 상태에 도달하였고 피고인들의 응급조치에도 불구하고 피해자는 결국 사망하게 된 점 등을 종합하여 보면,

피고인들이 이 사건 폭행과정에서 피해자의 사망이라는 결과 발생을 충분히 인식 또는 예견하였고, 나아가 미필적으로나마 그 결과 발생을 용인하였다고 넉넉히 인정된다.

3) 부분적 공동정범에 불과하다는 주장에 대한 직권판단

가) 피고인 2의 주장

피고인 2는 원심이 피고인 1에 대한 살해의도를 제대로 심리하지 않아 피해자의 사망에 대하여 피고인 2가 이를 예견할 수 있었는지, 예견할 수 있었다면 그에 대하여 어떠한 책임을 묻는 것이 적정한지 심리하지 않은 심리미진의 위법이 있다는 취지로 진술하면서, 이 사건 공소사실 중 살인의 점은 부분적 공동정범에 해당하므로 피고인 1만이 고의범이고 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 과실범인 상해치사의 죄책을 부담할 뿐이라고 직권판단을 촉구하므로 직권으로 살핀다.

나) 법리

형법 제30조의 공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것으로서, 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적인 요건인 공동가공의 의사와 객관적인 요건인 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하고, 공동가공의 의사는 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것인 바, 이러한 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하나, 반드시 사전에 치밀한 범행계획의 공모에까지 이를 필요는 없으며 공범자 각자가 공범자들 사이에 구성요건을 이루거나 구성요건에 본질적으로 관련된 행위를 분담한다는 상호이해가 있으면 충분하다 할 것이다(대법원 2008. 9. 11. 선고 2007도6706 판결 등 참조).

공모공동정범에 있어서 공모자 중의 1인이 공모관계에서 이탈하기 위해서는 공모자가 공모에 의하여 담당한 기능적 행위지배를 해소하는 것이 필요하므로 공모자가 공모에 참여하여 다른 공모자의 실행에 영향을 미친 때에는 범행을 저지하기 위하여 적극적으로 노력하는 등 실행에 미친 영향력을 제거하지 아니하는 한 공모관계에서 이탈하였다고 할 수 없다(대법원 2008. 4. 10. 선고 2008도1274 판결 등 참조).

다) 당심의 판단

원심과 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면,

- ① 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 피고인 1의 폭행당시 직접 폭행에 가담하거나 망을 보는 등 역할분담을 하였던 점,
- ② 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 피해자의 상태를 비교적 정확히 인식하고 있었고 피고인 1이 피해자에게 가한 폭행의 정도와 양 그리고 4. 5. 저녁 점호 이후 계속적으로 폭행하여 오고 있음을 알고 있었던 점, ③ 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 피고인 1이 주도하였다는 취지로 진술하고 있으나 이 진술만으로 공동정범 인정에 장애가 되지 않는 점 등을 인정할 수 있고, 위 인정된 사정들을 종합하면, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 망을 보거나 직접 폭행하는 등 살인죄의 본질적 구성요건과 관련된 행위의 분담을 상호 이해하고 있었고, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4 중 누구도 진지하게 범행을 중단하거나 다른 피고인의 범행을 만류하지 않았던 것으로 판단되므로 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4가 공동정범이 아니라거나 공모관계에서 이탈되었다고 판단되지 않는다.

따라서, 피고인 1만이 살인죄의 죄책을 부담하고 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 상해치사의 죄책을 부담할 뿐이라는 피고인 2의 주장은 이유 없다.

4. 군인등강제추행의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 1의 주장

피고인 1은 피해자에 대하여 고통을 줄 의사만 있었을 뿐 추행의 목적이 없었다는 취지로 주장하면서 추행의 범의를 부인하고 있다.

나. 법리

강제추행죄에서 말하는 '추행'이라 함은 객관적으로 일반인에게 성적 수치심이나, 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 행위로서 피해자의 성적 자유를 침해하는 것이라고 할 것이고, 이에 해당하는지 여부는 피해자의 의사·성별·연령·행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적 행위태양, 주위의 객관적 상황과 그 시대의 성적 도덕관념 등을 종합적으로 고려하여 신중히 결정 되어야 한다(대법원 2002. 4. 26. 선고 2001도2417 판결 등 참조). 그리고 강제추행죄의 성립에 필요한 주관적 구성요건으로 성욕을 자극·흥분·만족시키려는 주관적 동기나 목적이 있어야 하는 것은 아니다(대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도5856 판결 등 참조).

다.

당심의 판단

원심과 당심이 적법하게 채택하고 조사한 증거 등을 종합하면, 강제추행죄에서 말하는 '추행'은 반드시 성욕을 만족시킬 목적이나 주관적 동기를 요건으로 하는 것은 아니고, 또 피고인의 주장과 같이 피해자에게 고통을 줄 의도였을 뿐이었다고 인정하더라도 피해자가 안티프라민을 성기에 바르게 되면 성기가 따끔거리고 그 정도 또한 고통스러웠을 것을 인식하고 있었던 피고인 1은 피해자가 성기의 고통으로 인해 성적 수치심을 느낄 수 있다는 것을 인식하고 있었다고 판단되는 점, 피고인 1의 이 부분 공소사실은 성적인 의미의 행위를 폭력적인 방법으로 표출한 것으로서 이를 당하는 피해자는 물론 일반인에게 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하는 행위라고 판단되는 점을 고려하면 행위 당시에 적어도 추행의 범의가 병존하고 있었다고 보기에 충분하므로, 피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

5. 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 항소이유에 대한 판단

가. 공소사실의 요지

이 부분 공소사실의 요지는 "피고인은 2014. 3. 초부터 공소외 3을 수차례 폭행 및 가혹행위 하였으며 이로 인해 2014. 4. 7. 공소외 3이 사망하게 되었다.

피해자 공소외 1(20세)은 천식으로 의무반에 입실한 2014. 3. 8.부터 2014. 3. 9.까지, 2014. 3. 29.부터 2014. 4. 6.까지 같은 계급인 일병 공소외 3이 피고인에게 수차례 폭행 및 가혹행위를 당하고 급기야 2014. 4. 6. 폭행으로 쓰러진 것을 목격하게 되자, 피고인을 두려워하게 되었다.

피고인은 위 폭행 및 가혹행위를 목격한 6피해자가 이 사실을 알리면 자신 또는 공범들의 범죄사실이 드러날 것을 우려하여 피해자가 수사기관 등에서 진술하지 못하게 할 목적으로 2014. 4. 6. 20:30경 위 소속대 의무반 생활관에서 피해자에게 "공소외 1 씨는 자고 있었던 거예요."라고 하여 피고인의 범행사실을 목격한 바 없다는 취지로 말하도록 협박하였다.

이로써 피고인은 피해자를 협박하였다.

"는 것이다.

나. 피고인 1의 주장

피고인 1은 해악의 고지가 없었으므로 이 부분 공소사실 행위가 협박에 해당하지 않는다고 주장한다.

다.

법리

특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의9의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)죄는 자기 또는 타인의 형사사건의 수사 또는 재판과 관련하여 고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술, 증언 또는 자료제출에 대한 보복의 목적으로 형법 제283조 제1항의 협박의 죄를 범한 사람에 대하여 가중처벌하는 범죄이다.

협박죄에 있어서의 협박이라 함은 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있을 정도의 해악을 고지하는 것을 말하고 협박죄가 성립하기 위하여는 적어도 발생 가능한 것으로 생각될 수 있는 정도의 구체적인 해악의 고지가 있어야 하며, 해악의 고지가 있다 하더라도 그것이 사회의 관습이나 윤리관념 등에 비추어 사회통념상 용인될 정도의 것이라면 협박죄는 성립하지 않으나, 이러한 의미 협박행위 내지 협박의 고의가 있었는지 여부는 행위의 외형뿐만 아니라 그러한 행위에 이르게 된 경위, 피해자와의 관계 등 전후 상황을 종합하여 판단해야 한다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도2412 판결 등 참조). 또한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)죄에 규정된 보복의 목적이 있었는지 여부는 행위자의 나이, 직업 등 개인적인 요소, 범행의 동기 및 경위와 수단, 행위의 내용과 태양, 피해자와의 인적관계, 범행 전후의 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2013. 6. 14. 선고 2009도12055 판결 등 참조).

라. 당심의 판단

살피건대, 원심과 당심이 적법하게 채택하고 조사한 증거들과 당심에서의 피고인들의 진술 등을 종합하면,

- ① 피고인 1이 공소외 1보다 계급이 높지만 서로 소속부대가 달라 선임병과 후임병의 관계가 아니었고 상호 존칭을 썼던 점, ② 이 부분 공소사실 이외에 피고인 1이 공소외 1을 폭행하거나 협박한 사실이 없었던 점, ③ 피해자 후송 후 공소외 1에게 자고 있다고 말하여 달라고 처음 부탁한 사람은 피고인 3이었으며, 이때 공소외 1의 손을 잡고 부탁조로 얘기한 점(소송기록 2346쪽), ④ 피고인 1의 '공소외 1은 자고 있었던 거예요'라고 말에 구체적인 해악의 고지 내용이 있다고 보기에 다소 부족한 점이 있는 점(소송기록 898쪽), ⑤ 공소외 1 역시 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4가 돌아가면서 제발 조용히 해달라는 취지의 말을 했다고 진술하고 있는 점(소송기록 904쪽), ⑥ 피고인 1이 해악의 고지를 부인하고 있으므로 공소외 1의 진술이 사실상 유일한 증거라고 할 것인데 당심의 수차례의 증인 소환에도 불구하고 출석하지 않은 점 등을 인정할 수 있고,

위 인정된 사실을 기초로 판단하여 본다면, 피고인 1이 강압적인 분위기를 이용하여 공소외 1에게 부탁한 것이 아닌가 하는 의심을 배제하기는 어려우나, 형사재판에서 공소제기된 범죄사실에 대한 증명책임은 검찰관에게 있는 것이고 유죄의 인정은 재판관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2007도616 판결, 대법원 2008. 7. 24. 선고 2008도4467 판결 등 참조). 위 인정된 사실과 사정만으로는 피고인이 해악을 고지하였다거나 이에 대한 고의가 있었는지에 대하여 합리적 의심을 배제하기 어렵다.

따라서 이 부분 공소사실에 대하여 해악을 고지한 사실이 없으므로 협박죄의 가중된 구성요건인 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)의 점에 대한 구성요건 해당성이 없다고 주장하는 피고인의 이 부분 주장은 이유 있다.

6. 피고인 5 부분에 대한 피고인과 검찰관의 주장에 대한 판단

가. 부하범죄부진정의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

1) 원심의 판단

군형법 제93조는 '부하가 다수 공동하여 죄를 범하는 것을 알고도 그 진정(鎮定)을 위하여 필요한 방법을 다하지 아니한 사람은 3년 이하의 징역이나 금고에 처한다'고 규정하고 있다.

'다수 공동하여'를 해석함에 있어서 죄형법정주의 원칙에서 파생되는 유추해석 금지의 원칙 내지 명확성의 원칙에 부합하도록 해석하여야 한다.

'다수 공동'의 의미를 단독범이 계속적으로 발생하는 것까지 확장 해석할 수 없고, 진정시킬 수 없는 범죄까지 본 죄의 대상범죄로 해석할 수는 없는 것이다.

기록을 종합하여 보아도 피고인 5는 개별적인 일부 폭행사실을 인지하고 있었을 뿐 2인 이상의 다수가 공동하여 죄를 범하는 것을 알았다는 사실을 인정하기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

'진정을 위하여'의 의미는 범죄의 예비 또는 음모의 단계이거나 실행의 착수에 나아갔고 그 죄가 기수 또는 종료 이전의 단계여야 하므로 실행의 착수나 범행의 종료 이전이어야 하는데 기록만으로는 이 부분을 유죄로 인정하기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실을 인정할 만한 증거가 없다.

2) 당심의 판단

부하범죄부진정죄는 '부하가 다수 공동하여 죄를 범하는 것을 알고도 그 진정(鎮定)을 위하여 필요한 방법을 다하지 아니한 사람은 3년 이하의 징역이나 금고에 처한다'고 규정하고 있으므로 '다수 공동하여' 죄를 범하고 이에 대하여 '진정'을 위해 필요한 방법을 다하지 아니한 경우에 성립한다.

따라서 죄형법정주의의 파생원칙인 유추 해석금지와 명확성 원칙 등을 종합적으로 고려하면 '다수 공동하여'를 '단독범'이 다수인 경우로 확대하여 해석할 수는 없다고 할 것이고, '진정'의 시기가 예비·음모 후 기수 전에 한정되어야 하는 것은 아니나 장래의 발생할 범행을 예측하여 범행을 진정 시킬 의무를 부여하거나 이미 범행이 종료한 경우에 재범을 막을 의무를 부여한 것으로까지 해석할 수는 없는 것이다.

같은 취지의 이 부분 원심판결은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 검찰관이 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 보이지는 않는다.

따라서, 이 부분 검찰관의 주장은 이유 없다.

나. 직무유기의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

1) 피고인의 주장

직무유기는 직무의 의식적 포기 등의 경우에 성립하는 범죄로서 직무를 소홀히 하는 등 충근의무 위반의 경우까지 직무유기에 포함되는 것은 아니므로, 피고인 5가 피해자가 다리를 절거나 폭행을 당했다는 사실을 알고 이에 대한 적절한 조치를 취하지 않은 사실과 피해자의 실신사실을 보고 받고 지휘관에게 보고하지 않았다는 사실만으로는 직무유기죄를 인정할 수 없음에도 불구하고 원심이 직무유기의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 직무유기죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.

2) 법리

직무유기죄는 구체적으로 그 직무를 수행하여야 할 작위의무가 있는데도 불구하고 이러한 직무를 저버린다는 인식하에 그 작위의무를 수행하지 아니함으로써 성립하는 것으로 법령·내규 등에 의한 추상적 충근의무를 태만히 하

는 일체의 경우에 성립 하는 것이 아니다.

따라서 직무를 유기한 때라 함은 공무원이 직장의 무단이탈, 직무의 의식적인 포기 등과 같이 그것이 국가의 기능을 저해하며 국민에게 피해를 야기시킬 구체적 위험성이 있고 불법과 책임비난의 정도가 높은 법익침해의 경우에 한하여 성립한다(대법원 2010. 1. 14. 선고 2009도9963 판결 등 참조).

또한, 직무유기죄에서 말하는 직무란 공무원이 그 지위에 따라 맡은 바 본래의 직무를 말하는 것이고 공무원이란 신분관계로 부수적, 파생적으로 발생하는 고발의무 같은 것은 포함되지 않는 것이고(서울고등법원 1962. 5. 2. 선고 62도41 판결 등 참조), 직무유기죄가 성립하려면 그 직무의 내용이 성문된 법령상의 근거가 있거나 적어도 군대내의 특단의 지시 또는 명령이 있어 그것이 고유의 직무 내용을 이루고 있어야 한다(대법원 1976. 10. 12. 선고 75도1895 판결 등 참조).

3) 당심의 판단

살피건대, 원심과 당심이 적법하게 채택하고 조사한 증거들과 당심에서의 피고인들의 진술 등을 종합하면,

- ① 병영생활규정(육군규정 120)에 의하면 상관은 병사들의 일상생활의 관찰과 개인면담을 통하여 부하의 신상을 철저히 파악하고 개인적인 애로사항을 조기에 해결하도록 노력하여야 하고, 결함사항을 발견할 경우 직접 시정하거나 지휘계통에 따라 보고할 의무가 있는 점(소송기록 2532쪽), ② 그럼에도 불구하고 오히려 폭행을 당하고 있는 피해자에게 '피해자를 때리고 싶은데 공알만 해서 못 때리겠다.

때리는 것은 신경안 쓴다.

맞으면서 키워야 한다'(소송기록 362쪽), '1개월 후에도 안 되면 때려서라도 가르치고, 안 되면 다른 조치를 취하자'(증거기록 933쪽), '군대에서는 선후임간 구타는 있을 수 있다.

참견하지 않겠다.

안되면 때려서라도 고쳐라'(소송기록 1031쪽, 2675쪽, 2685쪽, 증거기록 922쪽)라고 말하고, 폭행을 당했던 피해자에게 '혼냈던 선임에게 가서 사과하면서 더 싹싹하게 굴어봐라'라고 말한 점(소송기록 2678쪽), ③ 3월 초순부터 피해자의 바지를 벗어보라고 한 후 부어 있는 피해자의 허벅지를 확인하였음에도(소송기록 2529쪽, 2679쪽) 3. 28. 면담기록 작성시 피해자에게 발생한 상해사실은 기재하지 아니하고 이전에 있었던 눈의 이상여부만을 기재한 점(소송기록 1353쪽, 2691쪽, 증거기록 923쪽), ④ 피고인 5 역시 피고인 1을 감싸준다기 보다는 이것이 터지면 큰일 난다는 생각으로 보고를 하지 않은 것이라고 스스로 인정하고 있고, 스스로 좋게 끝낼 수 있을 것이라고 안일하게 생각한 점(증거기록 817쪽), ⑤ 피고인 5는 피고인 6에게 '내가 직접 피고인 1을 시켜서 폭행을 하게끔 했다.

'라고 말한 점(소송기록 2706쪽), ⑥ 피고인 5는 피고인 3이 피해자를 폭행하는 것을 옆에서 보면서도 제지하지 않은 점(소송기록 2530쪽), ⑦ 의무대 안에서 피해자를 혼내려는 분위기가 있으면 의무대의 수송병이나 입실환자들을 밖으로 데리고 나갔던 점(소송기록 362쪽, 931쪽), ⑧ 피고인 5 스스로도 피해자의 뺨을 때리는 등 폭행에 가담한 점(소송기록 931쪽), ⑨ 4. 4. 저녁점호와 4. 5. 아침점호를 할 때 피고인 5가 의무반 생활관에서 있다는 이유로 의무반 전원이 점호를 받지 않은 점(소송기록 2347쪽), ⑩ 3. 17.경 피고인 5는 피고인 1이 무릎으로 피해자를 다수 폭행하여 피해자가 다리를 절고 다리가 부어 있다는 사실을 보고 받았음에도 불구하고 단순히 피해자에게 파스를 발라주라고 지시한 것에 그친 점(소송기록 1408쪽, 1415쪽), ⑪ 3. 29. 부대개방행사와 관련하여 피고인 3과 피해자로부터 피해자가 면회를 하고 싶다는 말을 들었음에도 피해자가 폭행당한 사실이 발각될 것이 두려워 피해자에게 '다리가 나은 후에 면회를 하는 것이 어떠냐'고 권유하여 결국 피해자가 부모를 면회하지 못하도록 한 점, ⑫ 또한 피해자에 대

한 폭행과 피해자를 재우지 않은 사실 등을 보고 받아 알고 있었으므로 피해자의 몸 상태를 주기적으로 확인하였다면 피해자의 사망을 막을 수 있는 지위에 있었음에도 이를 방관하고 묵인한 점, ⑬ 피고인 4는 피해자가 쓰러진 후 다른 사람들이 앰불런스 타고 나간 후에 의무대에 혼자 대기하고 있으면서 처음으로 피고인 5에게 전화해서 피해자가 맞아서 쓰러졌다고 보고하였다고 진술하고 있는 점(소송기록 1415쪽) 등을 인정할 수 있고 위 인정된 사정 등을 종합하면,

피고인 5는 의무부사관으로서 의무반을 책임지는 간부였으며, 의무반원들을 면담하여 면담기록을 제출하는 등 의무반 병력 관리의 책임이 있는 부사관임을 인정할 수 있고, 위의 인정사실만으로도 피고인 5는 피해자에 대한 폭행이 다수 발생하였고 그 피해로 인하여 피해자의 허벅지가 붓고 피해자가 제대로 걷지 못하고 있다는 사실을 알고 있음에도 폭행을 제지하기는커녕 오히려 폭행을 방관하거나 폭행을 용인하는 등의 말을 하여 피고인들의 폭행을 조장한 측면을 인정할 수 있고, 더 나아가 피해자를 직접 폭행한 점 등에 비추어 보면 피고인 5는 단순히 업무를 소홀히 하는 범위를 넘어 의무반을 책임지는 자신의 임무를 명시적으로 포기한 것으로 판단된다.

또한 피고인 5는 피고인 4로부터 피해자가 맞아서 쓰러졌다는 것을 보고 받지 못했다고 주장하고 있으나, 피고인 4는 범행사실 자체는 모두 인정하고 있고 피고인 4 스스로에게 불리한 사실 또한 구체적으로 진술하고 있는데, 피고인 4가 피고인 5에 대하여만 허위의 사실을 말하는 등 불리하게 진술할 이유 등을 발견하기 어려운 점과 이 부분 피고인 5의 진술은 다소 반복되어 일관되지 않은 점을 종합적하여 고려하면 피고인 4의 진술은 신빙성이 있고 이를 근거로 이 부분 직무유기의 점을 판단하여 본다면 이 부분 역시 피고인 5는 명시적으로 직무를 포기한 것으로 판단된다.

같은 취지의 이 부분 원심판결은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 피고인 5가 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 보이지는 않는다.

따라서, 이 부분 피고인 5의 주장은 이유 없다.

다.

흥기휴대 폭행의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

1) 피고인 5의 주장

방탄헬멧을 씌운 상태에서 전기스탠드로 폭행하였으므로 사회통념에 비추어 방탄헬멧이 '위험한 물건'에 해당하지 아니함에도 불구하고 원심이 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)의 점에 대하여 유죄로 인정한 것은 사실을 오인하거나 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등폭행)죄의 법리를 오해한 잘못이 있다.

2) 당심의 판단

어떤 물건이 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항에서 정한 '위험한 물건'에 해당하는지 여부는 구체적인 사안에서 사회통념에 비추어 그 물건을 사용하면 상대방이나 제3자가 생명 또는 신체에 위험을 느낄 수 있는지 여부에 따라 판단하여야 한다(대법원 2010. 11. 11. 선고 2010도10256 판결 등 참조).

살피건대, 원심과 당심이 적법하게 채택하고 조사한 증거 등을 종합하면, 피고인 5가 피해자가 너무 답답하고 말도 안 듣고 반항하는 것 같다며 피해자에게 방탄헬멧을 쓰게 한 후 탁상용 스탠드로 피해자를 폭행하여 플라스틱과 유리 파편이 날아갈 정도로 깨진 점(증거기록 130쪽)을 인정할 수 있고, 피해자가 방탄헬멧을 쓰는 등 보호장구를 착용하였다고 하더라도 머리 윗부분에만 보호장구가 착용된 것이고 유리파편이나 플라스틱 파편이 날아가는 등으로 피해자나 주변의 제3자가 다칠 수 있었던 상황이므로 신체의 위험은 여전히 존재한다고 할 것이므로 피해자에 대한 폭

행의 도구로 사용된 전기스탠드는 위험한 물건으로 판단된다.

같은 취지의 이 부분 원심판결은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 피고인 5가 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 보이지는 않는다.

따라서 이 부분 피고인 5의 주장은 이유 없다.

라. 양형부당에 대한 판단

장병은 지휘체계를 믿고 군에서 복무하고 있는 것이다.

행군을 할 때에도 혹은 매복을 할 때도 지휘체계가 자신을 보호해줄 것이라고 믿고, 심지어 자신의 생명을 잃을 수밖에 없는 명령에 임하여도 더 큰 국익을 위한 명령임을 믿고 상관의 명령에 복종하고 고통을 인내하는 것이다. 그러나 피고인 5는 피해자를 면담하는 등의 책임이 있을 뿐만 아니라 의무반 전체에 대해 책임이 있는 간부로서 폭행 및 가혹행위를 막아야 할 지위에 있음에도 불구하고 오히려 폭행으로 상해를 입은 피해자를 질책하거나 폭행을 용인하여 의무반에 폭행이 더욱 만연하는 환경의 단초를 제공하게 되었다.

이러한 환경 속에서 피해자는 점점 더 쇠약해져 갔으며 어느 곳 하나 의지할 곳이 없는 고립무원의 위치에 있게 되었다.

이러한 점을 고려하면 피고인 5는 엄히 처벌하여야 마땅할 것이다.

다만 피고인 5의 폭행으로 상해의 결과가 발생한 것으로 보기는 어려운 점, 직무유기죄의 법정형이 1년 이하의 징역형인 점, 피해자의 유족을 위하여 일정 금액(2000만원)을 공탁한 점, 처벌전력이 없는 점, 반성하고 있는 점 그 밖에 피고인 5의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기 및 경위, 범행의 수단 및 결과, 범행 후의 정황 등 기록에 나타난 모든 양형조건을 고려하여 보면, 이 부분 피고인 5의 이 부분주장은 이유 있다.

7. 피고인 6에 대한 양형부당에 대한 판단

피고인 6이 피해자를 폭행한 점은 인정되나, 피고인 1이 피고인 6을 폭행하면서 피해자를 때리도록 지시한 점 등 그 경위에 있어 참작할 점이 있는 점, 피고인 6 또한 피해자가 전입되기 전까지 피고인 1로부터 폭행과 얼굴에 물뿌림을 당하고, 치약 한 통을 먹는 등 피해자였던 점, 소극적이거나 의무반 부조리에 저항하였던 점, 피해자의 유족이 피고인 6에 대하여 선처를 바라는 점 그 밖에 피고인 6의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기 및 경위, 범행의 수단 및 결과, 범행후의 정황 등 기록에 나타난 모든 양형조건을 고려하여 보면, 이 부분 피고인 6의 주장은 이유 있다.

8. 결론

그렇다면 원심판결에는 위에서 본 직권파기사유가 있으므로, 군사법원법 제428조, 제431조에 의하여 원심판결을 파기하고, 이 사건 제반기록에 의하여 본 군사법원이 재판하기에 충분하다고 인정되므로 같은 법 제435조에 의하여 변론을 거쳐 본 군사법원이 직접 판결한다.