

군형법상 가혹행위죄의 구성요건에 관한 해석과 최근 하급심 판례의 경향

성은경*

국 | 문 | 요 | 약

군형법은 제정 당시부터 상급자에 대한 범죄나 권한을 남용한 범죄에 대하여 엄격하게 가중처벌하여 온 반면, 상급자의 하급자에 대한 범죄는 특별히 가중처벌하고 있지는 아니하였다. 군형법은 2009년 제14차 개정에 이르러서야 상급자의 하급자에 대한 다양한 반인권적 행위를 처벌할 수 있는 근거규정으로 위력행사가혹행위죄를 처벌하는 규정을 마련하였다.

가혹행위에 대해 대법원은 '사람으로서는 견디기 어려운 정신적·육체적 고통을 가하는 경우'라는 매우 제한적인 해석기준을 제시하고 있다. 이러한 해석은 약 40년 전 직권남용가혹행위죄와 관련하여 고등군법회의(現 고등군사법원)와 대법원이 실시한 가혹행위의 개념에서 유래한 것인데, 법적 환경의 변화와 인권에 대한 일반인들의 인식 변화를 고려하면 폐기되거나 적어도 수정되어야 함이 마땅하다.

이 글에서는 종래 실무상 통용되어 오던 군형법상 가혹행위죄의 성격을 비판적인 시각에서 검토하여 보고, 이를 전제로 가혹행위를 판단하는 기준이 어떻게 수정되어야 할지를 고찰할 것이다. 또한 종래 대법원 판례가 실시한 기준으로는 가혹행위죄의 유죄를 인정하기 어려웠던 사례들에 대하여 새로운 시각과 기준에서 유죄판결을 선고한 군사법원의 몇몇 하급심 판례도 살펴보고자 한다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2019.12.31.4.241>

❖ 주제어 : 군형법, 가혹행위

* 육군 법무실 군법무관

I. 시작하며

군은 국가의 안전보장과 국토방위의 신성한 의무를 수행함을 사명으로 하며(헌법 제5조 제2항), 전쟁을 대비하고 수행하기 위해 무력이라는 극단적 수단의 사용이 허용된다. 이와 같이 국가의 존립에 관한 특수하고도 중대한 임무를 효율적으로 수행하기 위해 군 조직은 엄격한 기강과 위계질서를 유지하여야 할 필요성이 있고, 이를 담보하기 위해 일반형법에 대한 특별법으로서 1962년 1월 20일 법률 제1003호로 군형법이 제정·시행되었다.

군형법상 범죄는 군 조직의 임무수행과 관련한 특수한 행위를 처벌하는 규정을 두고 있기도 하지만¹⁾, 군 조직의 통솔과 국가안보를 위해 부여받은 막중한 권한을 남용한 경우 형법상 직권남용권리행사방해죄 등 공무원의 직무범죄에 대한 특별규정을 두어 가중처벌 하고 있고²⁾, 특히 상관을 대상으로 살인, 상해, 폭행, 협박, 명예훼손, 모욕 등의 죄를 범한 경우 군의 기강과 질서를 유지하기 위해 형법상 살인죄, 상해죄, 폭행죄, 협박죄, 명예훼손죄, 모욕죄 등에 비하여 훨씬 엄격하게 처벌한다³⁾. 이들 범죄는 법정형으로 사형과 무기징역을 예정하고 있는 경우가 많고⁴⁾, 법정형의 하한이 높게 설정되어 있는 경우가 많으며 벌금형이나 자격정지형 등의 선택형을 두고 있지 않아⁵⁾ 양형재량이 극히 제한되어 있다.

그런데 군 조직의 통솔을 위해 부여받은 권한을 남용하거나 상급자에 대하여 죄를 범한 경우 군형법은 다수의 규정을 두어 위와 같이 엄격하게 가중처벌하고 있는 반면, 상급자의 하급자에 대한 범죄는 특별히 가중처벌하고 있지는 아니하다. 실무

1) 대표적으로 군형법 제7장과 제8장에 규정된 군무태만의 죄와 항명의 죄를 들 수 있다. 일반적인 공무원의 경우 직무유기에 이르지 아니한 직무태만의 경우 또는 명령위반의 경우 국가공무원법상 징계사유가 됨에 그치지만(국가공무원법 제78조 제1항), 군인의 경우 전투준비태만죄, 군용물결핍죄, 항명죄 등으로 처벌받게 된다(군형법 제35조, 제44조 등 참조).

2) 군형법 제3장(지휘권남용의 죄) 참조

3) 군형법 제9장(폭행, 협박, 상해 및 살인의 죄) 및 제10장(모욕의 죄) 참조

4) 제3장(지휘권남용의 죄) 중 불법전투개시죄(제18조)의 경우 법정형이 사형으로서 단일형으로 규정되어 있고, 제9장(폭행, 협박, 상해 및 살인의 죄) 중 상관살해죄(제53조 제1항)를 범한 경우 사형 또는 무기징역형에 처하도록 규정되어 있다.

5) 상관의 신체를 상해하면 적전인 경우 무기 또는 3년 이상의 징역형에, 그 밖의 경우 1년 이상의 유기징역형에 처하도록 규정되어 있다(제52조의2 제1항).

상 상급자의 하급자에 대한 범죄는 일반법인 형법규정에 따라 폭행죄, 협박죄, 상해죄, 강요죄, 모욕죄 등으로 처벌하여 왔으나⁶⁾ 이들 처벌규정만으로는 군 조직 내에서 자행되는 다양한 반인권적 행위를 규율하기에는 제한적이었다. 즉, 폐쇄적이며 위계적인 군 조직의 특성상 직접적인 유형력 행사 없이도 다양한 가해행위가 이루어 질수 있는 점, 폭행·협박 등의 행위가 있었다고 하더라도 조직 내에서 은밀히 이루어지기에 입증하기도 어려운 점, 형법상 폭행·협박죄, 모욕죄는 일명 반의사불벌죄·친고죄로서 피해자가 처벌을 원하지 아니하는 경우 가해자를 처벌할 수 없는 데, 폐쇄적인 집단생활 속에서는 피해자가 처벌의사를 표시하는 것을 포기하는 경우가 많으며, 일단의 처벌의사가 표시되었다고 하더라도 그 철회가 강압적으로 이루어지기도 하는 점 등을 고려할 때 형법규정 만으로는 적절한 일반예방과 특별예방 효과를 기대하기 어려웠다.

이러한 법적 환경 및 2000년대 들어 군 내에서 발생한 논산훈련소 인분(人糞)사건⁷⁾, 28사단 총기난사사건⁸⁾ 등 충격적인 반인권 사례들을 겪으면서 군 내 인권상황을 개선하기 위한 노력이 진행되었고⁹⁾, 그 결과 군형법은 2009년 제62조에 제2항을 두어 위력의 행사에 의한 가혹행위(이하 "위력행사가혹행위죄"라고 한다)를 처벌하기에 이르렀다.

그러나 가혹행위라는 구성요건을 해석함에 있어서 군형법 제정당시부터 제62조에 존재하였던 직권남용에 의한 가혹행위죄(이하 "직권남용가혹행위죄"라고 한다)

- 6) 군형법은 군인 등에 대한 성범죄를 가중처벌하는 규정을 두고 있고(제15장 강간과 추행의 죄), 이러한 범죄가 보통 하급자에 대하여 발생하기는 하나 주체나 객체에 제한을 두고 있지 아니한바, 하급자가 상급자에 대하여 행한 성범죄도 이들 규정으로 처벌이 가능하다.
- 7) 2005년 1월에 논산 육군훈련소에서 발생한 사건으로, 신병을 교육하는 교관(중대장)이 화장실 청소 상태를 문제 삼아 피교육 훈련병 192명에게 인분을 찍어 먹도록 강요한 가혹행위를 벌인 사건이다. [위키피디아, <https://ko.m.wikipedia.org/wiki/육군훈련소_인분_사건>, (접속일:2019.11.19.)]
- 8) 2005년 6월 경기도 연천군 소재 육군 제28보병사단 530GP에서 김동민 육군 일병이 내무실에 수류탄을 던지고 총기를 난사하여 8명이 숨지고 2명이 부상당한 사건[나무위키, <https://namu.wiki/w/530GP_사건>, (접속일:2019.11.19.)]
- 9) 군 내부에서는 병영문화개선대책위원회를 구성하여 상당한 대책을 수립하고, 군인기본권상담제도를 시행하고 있으며, 국방부에서는 인권문제를 전담하는 인권팀을 만들어 가동하게 되었다. 또한 그동안 인권침해의 요소로 지적되어 온 억압적 내무반 생활을 개선하려 하고 있으며, 복무 중 자기계발을 위한 환경조성에도 매진하고 있다.(송기춘, 「군과 인권보장」, 『국가인권위원회 군지휘관 인권 리더십과정』, 2006, 20쪽)

의 가혹행위 개념에 대해 "사람으로서는 견디기 어려운 정신적·육체적 고통을 가하는 경우"라고 해석한 종래 대법원 판결(대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결)이 여전히 기준이 되고 있으며, 위 대법원 판례는 약 40년 전 고등군법회의¹⁰⁾와 대법원이 실시한 가혹행위의 개념에서 유래한 것으로(육군 1979. 9. 27. 선고 74고군형상385 판결, 대법원 1980. 1. 15. 선고 79도2221 판결 등), 법적 환경의 변화와 인권에 대한 일반인들의 인식 변화를 고려하면 폐기되어야 하거나 적어도 수정되어야 함이 마땅하다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 지금까지 약 40년 동안 위 대법원 판례가 제시한 가혹행위의 기준이 실무상 아무런 비판 없이 당연한 기준으로 받아들여져 왔고, 단지 구성요건에 '학대'와 '가혹행위'라는 단어가 공통된다는 이유만으로 군형법상 가혹행위죄의 성격을 형법상 학대죄(제273조)나 독직폭행·가혹행위죄(제125조)의 특별규정으로 보고 있었으며, 이러한 해석은 구성요건을 해석하는 데에 적지 않은 잘못된 영향을 미칠 수밖에 없었다.

이하에서는 군형법 제62조의 가혹행위죄의 입법취지 및 다른 형벌조항과의 관계를 분석함으로써 위 가혹행위죄가 어떤 성격의 범죄인지를 면밀히 살펴볼 것이며, 이를 기초로 가혹행위죄의 구성요건을 새로운 틀에서 분석할 것이다.

또한 이와 같은 문제점에 봉착하여 기존 대법원 판례가 실시한 기준으로는 포섭하기 어려웠던 반인권적 사례들에 대하여 유죄판결을 선고한 군사법원의 몇몇 하급심 판례도 주목할 만 하며, 이러한 변화에 비추어 위 대법원 판례가 어느 점에서 폐기 또는 수정되어야 할 것인지를 고찰해 보도록 하겠다.

II. 군형법상 가혹행위죄의 연혁 및 성격

군형법은 제정 당시부터 제62조에 '가혹행위'라는 표제 하에 "직권을 남용하여 학대 또는 가혹한 행위를 한 자는 10년 이하의 징역에 처한다."라고 규정하여 직권남

10) 1988년 2월 25일 군사법원법이 법률 제3993호 시행됨에 따라 고등군사법원으로 명칭이 변경되기 이전 고등군법회의는 군법회의법에 근거하여 군형사사건의 항소심을 담당하였다.

용가혹행위죄의 처벌규정을 마련하였고, 제정 직후 군형법 보완의 취지로 진행된 1963년 제1차 개정에서 법정형을 5년 이하의 징역으로 하향하여 처벌하여 왔다.

본죄의 입법취지는 앞서 살핀 군형법의 목적과 같이 군의 기강과 질서를 유지하기 위한 것이었다. 그러나 위 규정은 '직권을 남용하여'라는 구성요건의 제한성 때문에 군 조직 내에서 자행되는 다양한 부조리행태를 규율하기에는 부족하였고¹¹⁾, 가해자가 직접 유형력을 행사하거나 해악을 고지하지 않고도 타인에게 고통을 가하는 행위에 대하여는 형법상 폭행죄나 강요죄를 적용할 수도 없는 등 처벌의 공백이 발생할 수밖에 없었는바, 2005년 제14차 개정 시 제2항에 "위력을 행사하여 학대 또는 가혹한 행위를 한 사람은 3년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다."라고 규정하여 위력행사가혹행위죄를 추가하였다.

이러한 군형법상 가혹행위죄의 성격을 두고 실무에서는 형법상 학대죄(제273조)나 독직폭행·가혹행위죄(제125조)의 특별규정으로 봄이 일반적이었다.¹²⁾ 이러한 해석은 양자가 행위유형으로 '학대'나 '가혹행위'라는 단어를 공통적으로 사용하고 있는 점에서 유래한 것으로 추측된다.

그런데 형법상 독직폭행·가혹행위죄는 "재판, 검찰, 경찰 기타 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 형사피의자 또는 기타 사람에 대하여 폭행 또는 가혹한 행위"를 한 경우를 규정하고 있으며, 학대죄는 "자기의 보호 또는 감독을 받는 사람을 학대하는 행위"를 규정하고 있어, 군형법상 가혹행위죄와 형법상 독직폭행·가혹행위죄, 학대죄는 행위주체, 행위객체 및 행위상황 사이에 일반규정과 특별규정의 관계로 볼 수 있는 어떠한 상관성도 찾아볼 수 없다. 즉, 군형법상 가혹행위죄는 군 조직 내의 직무상 상하관계에서 권한 행사의 형식을 띠는 가혹행위 또는 사실상의 위력을 행사할 수 있는 관계에서 발생하는 가혹행위를 처벌하는 규정일 뿐 범죄의 주체와 객체에 관하여 특별한 제한을

11) 직권을 보유하고 그 직권에 구속되는 관계가 아닌 병 상호간의 관계 또는 간부 상호간 직무관계 외의 영역에 대해서는 직권남용가혹행위죄의 적용이 불가능하다. 제18대 국회 제284회 제3차 국회 본회의에 상정된 군형법 개정법률안의 제안이유를 보면 "군대 내 사고의 원인으로 작용하는 병(兵) 상호 간의 가혹행위를 근절함으로써 건전한 병영분위기를 조성할 필요가 있어 가혹행위죄의 구성 요건에 위력을 행사하여 학대 또는 가혹한 행위를 한 경우를 신설하고 그 법정형을 3년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금으로 함."이라고 언급하고 있다.

12) 육군본부 법무실, 『군형법주해』, 2015년, 246쪽

두고 있지 아니한바¹³⁾, "재판, 검찰, 경찰 기타 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자와 형사피의자 등" 또는 "보호·감독자와 피보호·감독자" 관계에서 이루어진 가혹행위 처벌규정의 특별한 경우라고 보기 어렵다.

아울러, 형법상 학대죄 규정은 형법 제28장(유기와 학대의 죄)에 속한 규정으로서, 유기죄와 공통적으로 보호·감독자의 피보호·감독자에 대한 불법행위를 처벌하는 성격의 규정이고, 대법원 판례 또한 이러한 성격을 고려하여 '학대'를 해석함에 있어서 '유기'에 준할 정도에 이르러야 한다고 판시하고 있다(대법원 2000. 4. 25. 선고 2000도223 판결 등 참조).

이러한 점을 종합하여 살펴보면, 균형법상 가혹행위죄는 형법상 유기죄·학대죄와는 전혀 별개의 규정으로 보아야 하며, 형법상 학대죄나 독직폭행·가혹행위죄의 구성요건인 학대와 가혹행위에 관한 해석을 그대로 균형법상 가혹행위죄의 행위태양인 학대와 가혹행위의 해석기준으로 삼는 것은 타당하지 않다고 할 것이다.

균형법상 가혹행위죄의 성격은 처벌규정의 형식, 입법취지, 군 조직의 특성과 법적 환경 등을 고려하여 다음과 같이 해석되어야 한다.

제1항의 직권남용가혹행위죄는 형법상 독직폭행·가혹행위죄가 "직무를 행함에 당하여"라고 규정되어 있는 것과는 달리 "직권을 남용하여"라고 규정되어 있는 점¹⁴⁾, 일반 사회와는 달리 상명하복의 엄격한 규율이 존재하여 상급자의 명령에의 복종이 요구될 뿐만 아니라, 복종을 거부할 때에 수반되는 형벌을 비롯한 징계, 각종의 인사처분 등 신분상의 불이익을 예정하고 있는 군 조직의 특성을 고려하면, 직권을 남용하여 가혹행위를 한다는 것은 군의 질서유지, 나아가 국가의 안보를 담보하기 위하여 부여되고 보장되는 강력한 권한을 남용한다는 성격을 갖는 것으로 볼 수 있는 점에 비추어 볼 때, 본죄는 공무원의 직무범죄로서 형법상 직권남용권리행사방해죄(제123조)의 특별규정 또는 가중처벌규정으로 해석함이 타당하다¹⁵⁾.

13) 다만, 그 주체가 균형법 제1조의 적용대상자에 해당하는 자이어야 하고, 직권남용가혹행위죄의 경우 행위주체는 일정한 직권을 행사할 수 있는 지이어야 함은 당연하다. 이하 구성요건 중 행위의 주체와 객체 관련한 절에서 다시 논의하기로 한다.

14) 양자 간 차이점에 관하여는 이하 구성요건의 해석과 관련하여 자세하게 살펴도록 한다.

15) 형법상 직권남용권리행사방해죄의 구성요건은 "직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해"하는 것인데, 제3장에서 언급하게 될 다양한 가혹행위 사례들을 보면, 이들은 대부분 피해자로 하여금 그가 누려야 할 당연한 권리를 행사하지 못하도록 하거나,

반면, 제2항의 위력행사가혹행위죄는 위 직권남용가혹행위죄와는 달리 군 조직 내에서 발생하는 다양하고 독특한 반인권적 행위에 대한 처벌의 공백을 해소하기 위한 성격의 규정으로 해석함이 타당하다.

군 조직은 독립적인 사생활이 보장되지 못한 채 상시적·지속적·폐쇄적인 단체생활이 요구되는 특수성이 있고, 계급과 직책은 그 존재 자체로 상대방으로 하여금 맹목적인 복종을 하게 하는 수단이 되기도 하여, 불법한 명령이나 부당한 지시에도 쉽게 거부의를 표시하기 어려워 직접적인 폭행·협박이 없이도 하급자에 대하여 다양한 가혹행위가 자행될 가능성이 있는데, 이러한 형태의 가해행위는 형법상 폭행·협박죄나 폭행·협박을 구성요건으로 하는 강요죄¹⁶⁾의 성립이 인정되기 어려우며, 공연성 없이 이루어진 모욕행위의 경우 그것이 상시적인 것이어서 극도의 정신적 고통을 수반하는 경우에도 형법상 모욕죄로는 처벌할 수 없는 등 형법규정만으로는 중대한 처벌의 공백이 발생하기도 한다. 또한 폐쇄적인 환경에서 은밀히 이루어지는 폭행·협박·모욕행위는 입증이 곤란한 경우도 빈번할 수밖에 없고, 폭행·협박죄, 모욕죄는 형법상 반의사불벌죄¹⁷⁾ 또는 친고죄로서 피해자가 가해자로부터 또는 집단분위기 속에서 비자발적으로 처벌을 불원하는 의사를 표시하는 경우 또는 고소를 포기하는 경우 소송조건의 흠결로 가해자의 처벌이 어려워지기도 한다. 게다가 제1항의 직권남용가혹행위죄 마저도 군 조직 내에서 자행되는 다양한 부조리 행태를 규율하기에는 제한적이었던바, 2009년 제14차 개정 시¹⁸⁾ 제2항에 위력행사

수인의무 없는 행위를 감내하도록 하거나, 의무없는 일을 하도록 하는 형태로 발생함을 알 수 있다.

16) 직접적인 해악의 고지는 없으나 군 조직의 특수성을 고려하여 피해자가 처한 지속적이고 강압적인 상황을 일신상 불이익과 관련한 해악의 고지로 포섭하여 강요죄와 성립을 인정한 사례로는 육군 제12사단 보통군사법원 2009. 6. 8. 선고 2009고6 판결(피고인이 피해자에게 걸레판 물을 입에 넣게 하고, 비누거품 묻은 수저를 입으로 1회 빨게 한 행위에 대하여 강요죄로 징역 1년, 집행유예 2년을 선고한 사례), 육군 제17보병사단 보통군사법원 2005. 2. 18. 선고 2005고1 판결(피고인은 보급수송대대 지원통제과장으로서 같은 과 소속인 피해자들에게 인사상 불이익을 가할 듯한 태도를 보여 피해자 1로 하여금 피고인에게 150만원을 대여하게 하고, 피해자 2로 하여금 피고인에게 30만원을 대여하도록 한 행위에 대하여 강요죄 등으로 징역 1년 6월, 집행유예 2년을 선고한 사례) 등 참조

17) 2014년 은 국민에게 충격을 안겨주었던 일명 윤일병 사건 이후 이러한 문제점에 봉착하여 군형법은 2016년 제17차 개정 시 제60조의6에 특례규정을 두어 군사기지, 군사시설, 군용항공기, 군용에 공하는 함선에서 군인 등을 폭행·협박한 경우 형법 제260조 제3항 및 제283조 제3항을 배제하는 규정을 두어, 피해자의 처벌불원 의사에도 불구하고 가해자를 처벌할 수 있도록 하였다.

가혹행위죄의 처벌규정을 마련하게 되었다. 따라서 제2항 위력행사가혹행위죄는 제1항 직권남용가혹행위죄나 형법상 폭행·협박죄, 강요죄, 모욕죄 등의 처벌공백을 해소하기 위한 규정으로 해석하여야 한다.

그러므로 제2항의 위력행사가혹행위죄가 규정됨으로 인해, 균형법상 가혹행위죄는 공무원의 직무범죄적 성격을 넘어 군 조직 내에서 하급자에 대한 기본권 침해에 대해 포괄적인 규율이 가능한 규정으로서의 성격을 비로소 갖게 되었다고 볼 수 있다.

직권남용가혹행위죄와 위력행사가혹행위죄의 위와 같은 성격을 고려하면 각 가혹행위죄의 법정형 사이에 차이가 있는 것도 납득하기 어렵지 않다.

즉, 직권남용가혹행위죄의 경우 벌금형이나 자격정지 등의 선택형이 없이 법정형은 "5년 이하의 징역(제정 균형법상으로는 10년 이하의 징역)"이라는 높은 법정형으로 처벌하는 반면, 위력행사가혹행위죄는 "3년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금"에 처하도록 하고 있어 법정형의 상한이 낮고 벌금형의 선택형이 규정되어 있다. 실무적으로 보면 직권남용가혹행위죄보다 위력행사가혹행위죄에 해당하는 사안이 죄질과 보호법익의 침해 면에서 훨씬 중한 경우가 다수 있어 직권남용가혹행위죄와 위력행사가혹행위죄의 법정형간 모순이 있는 것이 아닌지 의문이 있을 수 있으나, 직권남용가혹행위죄가 공무원의 직무범죄의 특별규정의 성격을 갖고 있음을 볼 때 형법상 직권남용권리행사방해죄의 법정형이 "5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만 원 이하의 벌금"인 점에 비추어 수궁할 만 하며, 위력행사가혹행위죄가 폭행죄나 강요죄, 모욕죄 등의 처벌공백을 해소하기 위한 특별규정의 성격을 갖고 있음을 볼 때 형법상 폭행죄의 법정형이 "2년 이하의 징역, 500만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료"인 점, 모욕죄의 법정형이 "1년 이하의 징역이나 금고 또는 200만 원 이하의 벌금"인 점에 비추어 수궁할 만 하다고 할 것이다.

Ⅲ. 구성요건의 해석

1. 직권을 남용하여¹⁹⁾

앞서 살핀 바와 같이 형법은 제123조에 직권남용권리행사방해죄를, 제125조에 독직폭행·가혹행위죄를 규정하고 있다. 규정형식을 보면 제123조는 "공무원이 직권을 남용하여"라고 되어있고, 제125조는 "재판, 검찰, 경찰 기타 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여"라고 규정되어 있다.

대법원은 직권남용권리행사방해죄와 관련하여 "직권남용이란 공무원이 그의 일반적 권한에 속하는 사항에 관하여 그것을 불법하게 행사하는 것, 즉 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 정당한 권한 이외의 행위를 하는 경우를 의미"한다고 정의하면서 "공무원이 그의 일반적 권한에 속하지 않는 행위를 하는 경우인 지위를 이용한 불법행위와는 구별된다"고 보고 있다.²⁰⁾ 한편, 독직폭행·가혹행위죄에 있어서 "직무를 행함에 당하여"라는 구성요건의 의미에 대하여 대법원이 이를 직접적으로 실시한 것은 찾을 수 없으나 구 국가배상법²¹⁾상 손해배상의 원인이 되는 "공무원이 직무를 행함에 당하여"와 관련하여 "공무원의 행위의 외관을 객관적으로 관찰하여, 공무원의 직무행위로 보여질 때에는 비록 그것이 실질적으로 직무행위이거나 아니거나에 관계없이 공무원의 직무집행행위로 볼 것"이라고 판시한 것으로 볼 때²²⁾, 이는 공무원의 일반적 직무권한에 속함을 불문하고 직무를 행하는 기회에 이루어진 행위 또는 지위를 이용한 불법행위로 넓게 인식할 수 있을 것이다.²³⁾

19) 어떤 범죄의 구성요건을 검토할 때에는 범죄의 주체와 객체를 먼저 논함이 일반적이나, 이 글에서는 사고의 편의상 구성요건 중 '직권남용'과 '위력행사'를 먼저 검토한 후 주체와 객체를 검토하기로 한다.

20) 대법원 1991. 12. 27. 선고 90도2800 판결 등

21) 국가배상법 제2조에는 "공무원이 직무를 행함에 당하여"라고 규정되어 있다가 2008년 법률 제 8898호로 개정 시 "공무원이 직무를 집행하면서"라는 국어식 표현으로 순화하였다.

22) 대법원 1996. 6. 28. 선고 66다781 판결

23) 다만, 대법원 2005. 5. 26. 선고 2005도945 판결에서는 피고인들의 독직폭행·가혹행위가 "직권을

그렇다면 군형법 제62조 제1항에서 규정한 "직권을 남용하여"라는 구성요건을 형법상 직권남용권리행사방해죄에 있어서와 같이 공무원의 일반적 직무권한의 범위 내에 해당하는 것으로 좁게 해석할지, 형법상 독직폭행·가혹행위죄에 있어서와 같이 직무를 행하는 기회에 이루어진 모든 행위를 포섭하는 것으로 넓게 해석할지가 문제된다.

군형법상 직권남용가혹행위죄를 형법상 독직폭행·가혹행위죄의 특별규정으로 인식하는 전제에서는 논리적으로 후자와 가깝게 해석하게 된다. 즉, 직권남용가혹행위죄에 있어서 '직권을 남용'한다는 것은 직권을 빙자하여 부당한 행위를 하는 것으로, 학대 또는 가혹한 행위는 그 누구도 자신의 권한 내에 속한다고 주장할 수 없는 것인바 직권과 양립할 수 없는 것이어서 "직권을 남용하여"라는 표현은 논리적으로 타당하지 않고, 형법 제125조의 규정형식에 따라 "상관이 그 직무를 행함에 당하여"라고 개정하는 것이 타당하다는 견해²⁴⁾에 이르게 된다.

그러나 군형법 제62조 제2항 위력행사가혹행위죄가 규정된 것이 제1항 등의 처벌공백과 관련한 것임은 앞서 연혁과 성격에서 언급한 바와 같고, 따라서 공무원이 그의 일반적 권한과는 무관하게 직권을 빙자하여 또는 직무를 행하는 기회에 행한 사실상의 불법행위에 대해서는 제2항의 위력행사가혹행위죄를 적용하여 처벌하는 것으로 족할 것이다.

대법원도 "여기(군형법 제62조)서의 직권남용이라 함은 일반적 직무권한에 속하는 사항에 관하여 그 정당한 한도를 넘어 그 권한을 위법하게 행사하는 것을 말하는 것이므로 아무런 직권을 가지지 않은 자의 행위 또는 자기의 직권과 관계없는 행위는 이에 해당하지 않는다."고 판시한 바 있다.²⁵⁾

남용한" 과도한 물리력의 행사라고 표현하고 있으나, 이것이 "직무집행에 당하여"를 직권남용권리행사방해죄에 있어서와 같이 공무원의 일반적 권한에 속하는 행위로 제한적으로 해석하는 의미는 아닌 것으로 보인다.

24) 육군본부 법무실, 앞의 책, 248쪽

25) 피고인이 당직대 조장의 근무를 마치고 내무반에 들어와 책을 보고 있다가 하급자인 공소 외 1이 내무반에 들어오면서 행한 필승구호가 작다는 이유로 동인에게 엇드려뺨쳐의 기합을 주고, 또 기동 타격대에 소속되어 있는 하급자 공소 외 2가 신병으로서 평소 아침에 늦게 일어난다는 이유로 동인에게 같은 기합을 준 사안에서, 이러한 피고인의 행위는 상급자의 하급자에 대한 사적 제재에 불과하여 당직조장으로서의 어떤 직권을 남용하였다고는 할 수 없을 것이라는 이유로 원심인 육군 고등군법회의의 무죄판결에 대한 상고를 기각하였다(대법원 1985. 5. 14. 선고 84도1045 판결).

직권남용가혹행위와 관련하여 최근 가장 문제되는 것은 장교나 부사관에 대한 일차려 부여행위이다. 육군규정 120 병영생활규정 제46조(일명 '일차려 규정')는 일차려 대상으로 "법과 규정, 지침, 지시를 위반한 대상자(병사)"라고 규정하고 있어 병사를 대상으로 한 팔굽혀펴기, 앉았다 일어서기, 보행, 땀걸음, 순환식 체력단련, 특정지역 청소, 반성문 작성, 참선²⁶⁾ 기타 이와 유사한 행위²⁷⁾28)가 지휘자·지휘관의 일반적 직무권한 내에 있다고 보기 어렵지 않으나, 병사가 아닌 장교 또는 부사관에 대한 일차려 부여 행위가 지휘관·지휘자의 일반적 직무권한 내에 있다고 볼 수 있는지가 문제 된다.

실무상 지휘관은 장교, 부사관 병사를 막론하고 소속부대원에 대하여 일반적인 명령 및 지시를 내릴 수 있는 권한이 있고, 위 육군규정이 일차려의 대상을 병사로 하고 있을 뿐 장교나 부사관을 적극적으로 배제하고 있는 것은 아닌 점을 들어 장교나 부사관에 대한 일차려 행위도 지휘자·지휘관의 일반적인 직무권한 내에 있다고 보고 있다(고등군사법원 2014. 11. 26. 선고 2014노244 판결 등 취지 참조). 따라서 장교나 부사관에 대한 일차려 부여행위가 수인할 수 있는 정도를 넘어²⁹⁾ 가혹행위로 볼 수 있을 정도로 육체적·정신적 고통을 수반하는 경우 직권남용가혹행위죄가 성립한다고 볼 수 있을 것이다.

26) 육군규정 120 병영생활규정 별표 2 제4항 일차려방법 기재행위

27) "전차기동로, 배수로 등을 포복자세로 구르고, 기계 하는" 행위가 피해자들의 잘못을 시정하고 교육시킬 목적 하에 일차려규정에 따라 실시된 사례에서 이를 직권남용가혹행위죄(위력행사가혹행위죄 도입 이전 군형법 제62조)의 성립을 인정한 것으로 보아(대법원1998. 5. 8. 선고 98도482 판결), 일차려 규정에 기재된 정형적인 행위가 아니라 할지라도 이와 유사한 행위들에 대해서도 지휘자·지휘관의 일반적 직무권한 내에 해당한다고 보는 것은 어렵지 아니할 것이다.

28) 그 외 엎드려뺨쳐(육군 제15보병사단 보통군사법원 2012. 3. 8. 선고 2012고4 판결), 1분간 머리박아 또는 원산폭격(육군 제23보병사단 보통군사법원 2014. 7. 15. 선고 2014고9 판결)에 대하여 지휘관의 일반적 직무권한 내에 있다고 본 하급심 판례가 있다. 다만 일명 원산폭격에 대해서는 "일반 병영생활에서도 거부감 없이 행해지는 행위"라고 보아 직권남용가혹행위죄에 있어서 가혹행위의 성립을 부정한 사례도 있다(고등군사법원 1996. 11. 26. 선고 96노578 판결).

29) 장교나 부사관에 대한 일차려 부여행위가 있다고 하여 모든 경우 직권남용가혹행위죄가 성립하는 것은 아니고, 대상자들의 규정위반이나 지시불이행이 있고 일차려 부여행위가 징계를 대신 한 것으로서 경각심 고취 차원이나 교육 차원에서 이루어진 일이라면 지휘자·지휘관의 권한행사가 필요성·상당성을 벗어난 권한의 남용으로 보기 어렵다고 하여 본죄의 성립을 부정한 사례가 다수 존재한다(고등군사법원 2014. 11. 26. 선고 2014노244 판결 등).

2. 위력을 행사하여

군형법에서는 위 구성요건에 대하여 아무런 정의규정을 두지 않았고, 이를 직접적으로 정의한 대법원 판결은 찾아볼 수 없다. 그러나 업무방해(형법 제314조 제1항), 피보호·감독자 간음(형법 제303조 제1항), 업무상 위력 등에 의한 추행(성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제10조 제1항), 위력에 의한 아동·청소년 추행(아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제7조 제5항) 등의 행위와 관련하여 대법원은 "위력이란 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 일체의 세력으로, 유형적이든 무형적이든 묻지 아니하므로, 폭력·협박은 물론 사회적·경제적 지위와 권세에 의한 압박 등도 이에 포함되고, 현실적으로 피해자의 자유의사가 제압될 것을 요하는 것은 아니"라고 하면서, 위력을 행사하였는지 여부는 "행사한 유형력의 내용과 정도, 행위자가 이용한 지위나 권세의 종류, 피해자의 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적인 행위 태양, 범행 당시의 정황 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다."고 판시하고 있고³⁰⁾, 실무상으로도 위 기준을 적용하여 죄의 성부를 판단하고 있는 것으로 보인다³¹⁾.

위와 같은 대법원의 정의와 기준은 위력행사가혹행위죄의 구성요건을 해석할 때에도 그대로 적용될 수 있다고 보인다. 다만, 구체적으로 위력의 존재와 행사를 판단함에 있어서는 본 죄의 성격과 군 조직의 특수성, 즉 본 죄가 직권남용가혹행위죄, 폭행·협박죄, 강요죄 등으로 처벌이 제한되는 상황 하에서 처벌공백을 해소하기 위해 도입된 것이고, 군은 일반 사회와는 달리 상명하복의 엄격한 규율이 존재하며 상시적이고 폐쇄적인 단체생활이 요구되는 특수한 환경임을 추가적으로 고려할 필요가 있다. 즉, 성폭력범죄의 처벌에 관한 특례법 상 업무상 위력 등에 의한 추행죄의 처벌규정을 보면 '(업무상) 위력으로써'라고 규정되어 있는 것과는 달리 군형법상 위력행사가혹행위죄의 처벌규정에는 '위력을 행사하여'라고 규정되어 있어, '위력의 존재' 외에 '위력의 행사'가 별도로 필요하다고 볼 수는 있겠으나, 상시적인 위력이 존재하는 상황에서라면 개개의 가혹행위별로 위력행사로 볼 수 있는 행위를 일일이

30) 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007도4818 판결, 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도5732 판결, 대법원 2019. 9. 9. 선고 2019도2562 판결 등

31) 고등군사법원 2012. 5. 29. 선고 2012노61 판결 등

특정하기 어렵거나 위력의 행사와 가혹행위 사이에 다소 시간적·장소적 간격이 있다 할지라도 앞서 본 군 조직의 특성을 고려하여 위력의 행사가 있었다(또는 선행 위력의 행사로 인한 자유의사의 제압 상태가 유지되고 있다)고 유연하게 해석함이 타당하다.

3. 행위의 주체와 객체

군형법 제62조는 그 규정상 가혹행위의 주체와 객체에 제한을 두고 있지는 아니다. 그러나 그 주체는 군형법 제1조와 관련하여 볼 때 군형법 적용대상자인 군인 및 준군인³²⁾에 한하여야 할 것이고, 제1항 직권남용가혹행위죄의 구성요건인 "직권을 남용하여"와 관련하여 볼 때 본 죄의 주체는 일정한 직무권한을 가지는 자에 제한될 수밖에 없는 신분범의 성격을 갖고 있다고 보아야 한다. 또한 "직권을 남용하여"를 "공무원이 그의 일반적 권한에 속하는 사항에 관하여 그것을 불법하게 행사하는 것"으로 해석하면서 "형식적, 외형적 직무집행 행위일 것"을 요건으로 하는바, 제1항 직권남용가혹행위죄의 객체는 행위주체의 일정한 권한 하에 속한 자에 한정된다고 할 것이다.³³⁾

문제는 제2항 위력행사가혹행위죄의 객체를 군형법 제1조에서 규정한 적용대상자에 한정된다고 보아야 할 것인지 이다. 제2항은 그 객체에 대해 아무런 제한을 두고 있지 아니하며, 국민의 생명 재산 등의 보호를 사명으로 하는 군의 존재의의 및 군대의 규율과 질서를 유지하기 위한 군형법의 입법취지, 군의 기강을 유지하기 위해 약탈죄, 전시강간죄 등 민간인을 대상으로 하는 죄도 다수 존재함을 고려할 때 그 객체에서 민간인을 제외할 합리적인 이유가 없으며, 민간인이나 포로 등에 대하여 학대나 가혹행위를 한 경우에도 적용된다고 보인다. 실무상으로도 그 객체

32) 제1조(적용대상자) ① 이 법은 이 법에 규정된 죄를 범한 대한민국 군인에게 적용한다. ② 제1항에서 "군인"이란 현역에 복무하는 장교, 준사관, 부사관 및 병을 말한다. 다만, 전환복무 중인 병은 제외한다. ③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에 대하여는 군인에 준하여 이 법을 적용한다. 1. 군무원 2. 군적을 가진 군의 학교의 학생·생도와 사관후보생·부사관후보생 및 「병역법」 제57조에 따른 군적을 가지는 재영 중인 학생 3. 소집되어 복무하고 있는 예비역·보충역 및 전사근로역인 군인

33) 육군본부 법무실, 앞의 책, 247쪽

에 군인·준군인 뿐만 아니라 민간인도 포함한다고 보고 있다.³⁴⁾

4. 학대

군형법에는 학대에 대해서도 정의규정을 두고 있지 아니하다. 다만, 형법상 학대죄(제273조)의 구성요건인 학대에 관해 대법원은 "자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에게 육체적으로 고통을 주거나 정신적으로 차별대우를 하는 행위"³⁵⁾로 전제한 후, "단순히 상대방의 인격에 대한 반인륜적 침해만으로는 부족하고 적어도 유기에 준할 정도에 이르러야 한다."³⁶⁾고 해석하고 있는데, 이러한 해석이 군형법상 가혹행위죄에 그대로 타당할 지가 문제이다.

군형법상 가혹행위죄를 형법상 학대죄의 특별규정으로 보지 아니하는 이 글의 논의와 같은 입장에서는 군형법상 가혹행위죄의 행위태양인 학대의 개념을 형법상 학대죄의 그것과 같이 보아야 할 논리필연적 이유는 없다. 형법상 학대죄가 유기죄와 동일한 장에 속해있고 그 법정형도 유기죄 및 아동유기죄와 대동소이함을 고려하면 형법상 학대죄를 인정하기 위한 고통의 정도를 판단함에 있어서 유기죄에 있어서의 보호법익을 고려한 대법원의 태도³⁷⁾는 일견 타당하며, 유기죄의 보호법익을 고려하는 정도에 관한 타당성 여부는 별론으로 하고 보호 또는 감독을 받는 자의 경우 법이 가정의 영역에 깊숙이 개입하여 개개의 행동을 범죄로 처벌한다면 오히려 사회적으로 필요한 보호 또는 감독을 받지 못하여 사회적으로 고립될 우려가 있으므로 가정의 영역에는 법이 필요최소한으로 개입하는 것이 타당하다는 형사정책적 고려가 반영된 것으로 보인다.³⁸⁾

그러나 군형법상 가혹행위죄(특히 제2항 위력행사가혹행위죄)는 형법상 학대죄·유기죄와 달리 보호·감독의무를 전제로 하는 인적관계로 주체와 객체가 제한되지

34) 육군본부 법무실, 앞의 책, 248쪽

35) 대법원 1986. 7. 8. 선고 84도2922 판결

36) 대법원 2000. 4. 25. 선고 2000도223 판결

37) 대법원은 학대행위가 형법의 규정체계상 학대와 유기죄의 죄가 같은 장에 위치하고 있는 점 등에 비추어 판단한 것임을 판결에 명시하고 있다.

38) 육군 제21보병사단 보통군사법원 2015. 3. 19. 선고 2015고3 판결 참조

아니함은 앞서 본 바와 같으므로 군형법상 가혹행위죄의 구성요건으로서 학대 여부를 판단함에 있어서는 형법상 유기에 준할 정도를 요할 필요가 없으며³⁹⁾ 상대방의 인격에 대한 반인권적⁴⁰⁾ 침해정도로 족하다고 보아야 한다. 이와 관련하여 이태 군사법원의 하급심판결이 그 이유에서 적시한 내용은 매우 주목할 만 하다.

"군형법 제62조 제2항의 위력행사가혹행위죄의 경우에는 일제 강점기의 병영문화로부터 내려온 군대 내의 악습을 제거하기 위하여 규정된 것으로 그러한 악습들이 형사상 범죄에 해당한다는 것을 통하여 일반예방의 효과를 발휘할 필요가 있다는 형사정책적 고려가 그 해석론에 반영되어야 할 것이다. 뿐만 아니라 학대죄의 성립여부가 문제되는 경우보다 병사들 사이의 관계는 인적결속관계가 약한 점, 군형법 제62조 제2항은 법문상 형법상 학대죄와 명백히 다르게 별도로 '가혹행위'를 명시하고 있는 점을 고려하면 군형법상 위력행사가혹행위죄의 성립여부에 대법원이 학대죄의 성립에 적용하고 있는 위와 같은 엄격한 잣대를 그대로 적용하는 것은 타당하지 않다.(육군 제21보병사단 보통군사법원 2015. 3. 19. 선고 2015. 3. 19. 판결)"

한편, 군형법상 가혹행위죄는 행위태양으로 학대와 가혹행위를 병렬적으로 규정하고 있으나, 이하 가혹행위의 개념에서 언급하게 될 바와 같이, 학대와 가혹행위는 육체적 또는 정신적으로 고통을 주는 행위라는 공통점이 있음을 볼 때, 학대는 가혹행위의 한 예시 또는 가혹행위와 동일한 개념으로 보아도 무방할 것이다.

5. 가혹행위

가. 개념 및 판단기준

대법원은 "군형법 제62조에서 말하는 가혹행위라 함은 직권을 남용하여 사람으

39) 학대의 예로 "생존에 필요한 보호를 하지 않거나 극도로 비위생적인 상태 하에 방치하는 것, 또는 불공평한 방법으로 생명·신체에 위협이 있는 직무나 힘들고 곤란한 직무를 분배하는 것 등"을 들고 있다(육군본부 법무실, 앞의 책, 249쪽).

40) "반인륜적"이라는 판례상 표현은 유기죄나 학대죄가 통상 혈연관계를 가진 자들 사이에서 발생함을 염두에 둔 것으로 보인다. 이를 군형법상 가혹행위죄에 원용할 경우 "반인권적"이라는 표현으로 대체할 수 있을 것이다.

로서는 견디기 어려운 정신적·육체적 고통을 가하는 경우를 말하는 것인바, 이 경우 가혹행위에 해당하는지 여부는 행위자 및 그 피해자의 지위, 처한 상황, 그 행위의 목적, 그 행위에 이르게 된 경위와 결과 등 구체적 사정을 검토하여 판단해야 한다."고 판시하였다.⁴¹⁾ 이러한 개념과 기준에 비추어 과거 가혹행위임이 인정된 사례와 부정된 대표적인 사례는 각 다음과 같다.

완전 군장 차림으로 2시간 이상을 연병장에서 구보를 하게 하여 도중에 졸도한 사례⁴²⁾, 수영가능여부 등을 확인함이 없이 전투화와 전투복을 착용한 채 수심 2미터가 넘는 곳까지 갔다 오도록 하여 일부 피해자들이 심장마비로 사망하기도 한 사례⁴³⁾, 몇 시간에 걸쳐 전차기동로, 배수로 등을 포복자세로 구르고 기계 한 사례⁴⁴⁾, 양손을 뒷짐 지게 하고 앞머리를 전방 땅바닥에 대고 엎드린 채 엉덩이를 뒤로 쳐드는 자세를 약 5분간 취하게 한 사례⁴⁵⁾에서는 가혹행위죄의 성립을 인정하였다.

가혹행위의 성립을 부정한 대다수의 사례는 행위의 동기, 목적, 정도 등을 종합적으로 고려하여 사람으로서 견디기 어려운 정신적·육체적 고통을 가한 것인지 여부를 기준으로 하여 판단한 것이다. 사격장에서 소속 중대원인 피해자가 사격통제에 따르지 않는다는 이유로 약 30분간 '엎드려뺨쳐'를 시킨 사례에 대해서 대법원은 이와 같은 행위는 가혹행위에 이르지 아니한다고 판시하였다.⁴⁶⁾

그런데 특이한 것은, 항소심 군사법원의 일부사례 중에는 "병영생활에서 훈계 또는 교육의 목적으로 거부감 없이 일반적으로 행해지는 것"이라는 이유로 혹은 "군에 입대한 일반적인 장병으로서는 수인 가능한 정도"라는 이유로 가혹행위가 아니

41) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222 판결

42) 대법원 1980. 1. 15. 선고 79도2221 판결

43) 대법원 1985. 4. 9. 선고 85도75 판결

44) 그 정도가 육체적으로 매우 고통스러운 것이었고, 악취가 나고, 벌레가 기어 다니는 진흙바닥을 기어가게 하거나 폐유 덩어리가 떠 있는 정화수 속에 잠수하게 하는 등 매우 혐오스러운 것이었으며, 전투화 발로 피해자들을 걷어차고, 모욕적인 구호를 외치게 하는 등 피해자들의 인격을 필요 이상으로 심하게 모독하는 것으로서, 교육목적으로 얼차려를 실시한 것이라고 하더라도, 피고인의 위와 같은 행위는 그 직무권한의 정당한 한도를 넘어서 그 권한을 위법하게 행사하고, 이로 인하여 피해자들에게 견디기 어려운 정신적·육체적 고통을 가하였다고 할 것이라는 이유로 (직권남용)가 혹행위죄의 성립을 인정하였다(대법원 1998. 5. 8. 선고 98도482 판결).

45) 육군 1982. 4. 13. 선고 82고군형향85 판결

46) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도228 판결

라고 판단한 경우가 다수 있음을 볼 수 있다. 고등군사법원은 고참 병사가 피해자로 하여금 물구나무서기 자세를 약 3분간 취하게 한 사례⁴⁷⁾, 군기교육대 교관이 교육생들에 대하여 원산폭격, 좌우로굴러, 앞뒤로취침 등을 실시하고 3~8시간 정도 잠을 못 자게 한 사례⁴⁸⁾, 쓰레기통 처리를 지시하였음에도 지시를 제대로 이행하지 않았다는 등의 이유로 피해자에게 팔굽혀펴기를 1회, 20회씩 3회 반복하게 한 사례⁴⁹⁾에 대하여 이와 같은 이유로 무죄를 선고하였다.

나. 가혹행위와 폭행

군형법상 가혹행위죄는 형법상 폭행죄(제260조)와의 관계에서, 폭행행위도 가혹행위에 포함될 수 있는지가 실무상 논의되어 왔다.

형법상 독직폭행·가혹행위죄(제125조)가 행위태양으로 폭행과 가혹행위를 구별하고 있는 점, 국방부 훈령인 부대관리훈령에서는 군기사고의 종류로 '구타'와 '가혹행위'를 열거하고 있는데 구타에 관하여 "고의로 신체의 일부 또는 도구로 타인을 가혹하여 통증을 유발시키는 일체의 행위"라고 하여 실질적으로 폭행과 유사한 개념으로 정의하고 있는 점 등을 들어 가혹행위에서 폭행을 제외하는 견해가 존재한다.⁵⁰⁾ 군사법원 판례 중에서는 이와 같은 취지에서, 목봉으로 엉덩이와 머리를 구타하여 두개골 함몰골절상을 입힌 사안에 대해 "군형법 제62조의 가혹한 행위라 함은 폭행 이외의 방법으로 정신상, 육체상의 고통을 주는 일체의 행위를 의미하는 것이므로 위와 같이 폭행의 방법으로 정신상, 육체상의 고통을 주는 행위는 형법 제125조의 폭행·가혹행위죄와는 달리 그 범죄를 구성하지 않는다"고 한 것이 있다.⁵¹⁾

그러나 ① 군형법상 가혹행위죄는 형법상 독직폭행·가혹행위죄와는 관련이 없는 별개의 범죄이므로, 군형법상 가혹행위죄의 행위태양을 형법상 독직폭행·가혹행위

47) 육군 1990. 9. 19. 선고 90노233 판결, 고등군사법원 1996. 11. 26. 선고 96노578 판결

48) 고등군사법원 1996. 11. 26. 선고 96노578 판결

49) 고등군사법원 2009. 11. 17. 선고 2008노275 판결

50) 육군본부 법무실, 앞의 책, 250쪽, "가혹행위에 폭행이 포함되는지 여부에 관하여, 형법 제125조는 '폭행 또는 가혹한 행위를 가한 때에는'이라고 폭행과 가혹행위를 구별하여 규정하고 있으므로 가혹행위의 행위태양에서 폭행을 제외하여도 무방하다."

51) 육군 1979. 9. 27. 선고 74고군형향385 판결

죄의 그것과 논리필연적으로 일치시킬 필요가 없는 점, ② 균형법상 가혹행위죄가 형법상 독직폭행·가혹행위죄와 같이 행위태양을 폭행과 가혹행위로 구별하고 있지도 아니한 점, ③ 피해자의 처벌불원의사로 인해 형법상 폭행죄로 처벌이 불가능하여 균형법상 가혹행위죄로 처벌할 수 있는지가 문제되던 과거와 달리 균형법이 2016년 제60조의6에 특례규정을 두어 피해자의 처벌불원 의사에도 불구하고 가해자를 폭행죄로 처벌할 수 있으므로 가혹행위에 폭행을 배제하여도 무방하다는 견해가 있을 수 있으나, 균형법 제60조의6은 반의사불벌조항을 배제하는 경우로 "군사기지, 군사시설, 군용항공기, 군용에 공하는 함선에서"라고 규정하여 장소적 제한을 두고 있는바 형법상 폭행죄로 처벌할 수 없는 경우 균형법상 가혹행위죄의 성부를 논할 실익은 여전히 존재하고, 앞서 살펴보았듯 균형법상 가혹행위죄는 형법상 폭행죄나 강요죄의 성립이 인정되거나 처벌하기 곤란한 경우 처벌공백을 해소하기 위한 의의도 존재하는 점, ④ 가혹행위에 폭행을 배제한다고 하더라도 가혹행위죄의 구성요건 중 '위력(을 행사하여)'을 "자유의사를 제압하기 위한 일체의 유·무형력"으로 해석하는 이상, 폭행행위는 위력행사 여부를 판단하는 단계에서 고려될 수 있는 것인 점 등을 종합적으로 고려하면 가혹한 행위에서 폭행을 제외할 이유도 없고 이를 논할 실익도 크지 아니하다고 볼 것이다. 즉, 가해행위의 태양이 폭행인 경우 이를 위력행사로 볼 수 있고 이로 인해 정신적·육체적 고통을 초래한 것이라면 가혹행위죄의 성립이 인정될 수 있다.

다. 가혹행위와 모욕

군사법원의 판례 중에는 피고인이 선임이라는 지위를 이용하여 피해자들에게 수개월 동안 수시로 욕설과 폭언을 가한 사안에서, "폭언이나 욕설이 가혹행위를 구성한다고 본다면 모욕죄와의 구별이 불분명하게 되어 공연성이 없어 모욕죄가 성립하지 않는 경우에도 가혹행위죄로 처벌할 수 있게 되어 형벌권의 지나친 확장을 초래하게 된다."는 이유로 가혹행위가 아니라고 판시한 것이 있다.⁵²⁾

그러나 ① 위력행사가혹행위죄는 처벌공백을 해소하여 군 조직 내에서 이루어지

52) 고등군사법원 2012. 5. 29. 선고 2012노61 판결

는 다양한 인권침해 상황에 대응하기 위한 조항으로 보아야 하고, ② 일정한 형벌규정(모욕죄)이 정한 구성요건(공연성)을 결여한 행위라고 할지라도, 보호법익과 구성요건이 전혀 다른 형벌규정(가혹행위죄)으로 처벌하는 것에는 어떠한 지장이 있다고 볼 수도 없으며(즉, 구성요건으로 공연성을 요구하고 있는 모욕죄의 처벌규정의 취지가 공연성이 없는 모욕행위를 다른 어떠한 죄로도 처벌하지 말아야 한다는 것임을 천명한 것은 아니다. 또한 형법상 모욕죄가 구성요건으로 공연성을 요구하는 것은 그 보호법익이 '사람의 외적 명예'이기 때문인데, 군형법상 가혹행위는 사람의 외적 명예를 보호법익으로 하는 것이 아니고 군의 기강과 질서, 나아가 하급자의 인격권을 보호법익으로 하는 것임에도 그 죄의 성부를 형법상 모욕죄와 결부시켜 판단하여야 할 논리적인 이유가 전혀 없음에도, 형법상 모욕죄의 구성요건인 공연성을 결한 행위라고 하여 군형법상 가혹행위죄로도 처벌할 수 없다는 것은 부당하다), ③ 공연성 없이 수개월 동안 지속적으로 타인에게 욕설과 폭언을 하여 정신적 고통을 초래한 것이 형법상 공연모욕죄에 비해 가벌성이 결코 약하다고도 볼 수 없고, ④ 공연성이 없어 모욕죄가 성립하지 않는 경우를 가혹행위로 처벌하는 것을 형벌권의 지나친 확장이라고 보아 가혹행위죄의 성립을 부정한다면, 직접적인 유형력의 행사가 없는 경우 폭행죄가 성립하지 아니함에도 가혹행위로 처벌하는 것은 왜 지나친 형벌권의 확장으로 보지 않는 것인지를 설명할 수가 없는데다, ⑤ 상급자의 지위를 이용하여 수개월간 모욕과 폭언을 하였다면 이를 '위력(무형력)의 행사'로 보기에 충분하고 이로 인하여 정신적 고통이 초래된 경우 본 죄의 성립을 인정하는 데에는 아무런 장애가 없다.

따라서 공연성이 결여된 모욕행위나 소송조건(고소)이 결여된 모욕행위의 경우에도 그 정도로 보아 수인불가능한 정신적 고통을 수반한 경우라면 이를 가혹행위에서 배제하여서는 아니 된다고 할 것이다.

라. 대법원이 실시한 가혹행위 판단기준의 문제점

근본적으로 위 2008년 대법원 판결이 실시한 가혹행위의 개념과 판단기준은 지금으로부터 약 40년 전 고등군법회의와 대법원이 실시한 가혹행위의 개념에서 유래한 것인데(육군 1979. 9. 27. 선고 74고군형향385 판결, 대법원 1980. 1. 15. 선고

79도2221 판결 등), 이를 40여 년이 지난 현재에 이르러까지 비판 없이 그대로 원용하는 것이 과연 타당할지는 의문이다.

위 판례들은 2009년 제14차 균형법 개정으로 균형법 제62조 제2항에 위력행사가혹행위죄가 도입되기 이전 현행 제1항과 같은 직권남용가혹행위죄만이 규정되어 있을 당시에 선고된 것으로, 직권남용가혹행위죄가 공무원의 직무범죄로서 직권을 남용하여 가혹행위를 한다는 것은 군의 질서유지, 나아가 국가의 안보를 담보하기 위하여 부여되고 보장되는 강력한 권한을 남용한다는 의미를 갖는 점을 고려하여 형법상 직권남용권리행사방해죄에 비해 가중된 법정형을 두고 있었기에 그 요건을 다소 엄격하게 해석할 수밖에 없었다면, 위력행사가혹행위죄의 경우 "700만 원 이하의 벌금형"이 선택형으로 규정되어 있고 징역형의 경우에도 그 상한이 "3년 이하"이며, 징역형이나 벌금형의 하한이 규정되어 있는 것이 아니어서 광범위한 양형재량이 인정되는 점, 사람에 대한 유형력의 행사를 광범위하게 처벌하는 규정인 형법상 폭행죄의 법정형이 "2년 이하의 징역, 500만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료"인 점⁵³⁾ 등을 고려할 때 과연 가혹행위라는 구성요건을 "사람으로서는 견디기 어려운 정신적·육체적 고통을 가하는 경우"로 그 개념을 엄격하게 정의하는 것은 타당하지 아니하다.

견해에 따라서는 '사람으로서는 견디기 어려운' 것인지는 사안에 따라 탄력적 판단이 가능하므로 문제가 없다고 볼 수도 있다. 그러나 '사람으로서 견디기 어려운'이라는 것은 가혹행위 여부를 상당히 제한적이고 보수적인 시각에서 판단하도록 유도하는 언어적 표현임이 분명하다. 또한 피해자가 정신적·육체적 고통을 당하였는지는 사안에 따라 주관적인 사정을 구체적으로 고려하여야 함에도 불구하고 '사람으로서'라는 표현으로 인해 '고통'을 객관화함으로서 한계사례에 봉착하게 된다. 예를 들어, 어떠한 행위가 대다수의 사람에게서는 전혀 정신적·신체적 고통을 주는 행위가

53) '가혹행위'를 해석함에 있어 직권남용가혹행위죄는 법정형이 5년 이하의 징역만으로 규정되어 있으므로 단순 폭행의 정도를 넘어 '사람으로서 견디기 어려운' 육체적·정신적 고통을 가하는 행위라고 엄격하게 해석하는 것이 필요하다고 하더라도, 위력행사가혹행위죄는 그 법정형이 3년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금으로서 단순 폭행죄(2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금, 구류, 과료) 보다 조금 높은 것을 감안할 때 가혹행위의 범위를 직권남용가혹행위죄의 그것보다는 완화하여 넓게 인정하는 것도 가능하다 할 것이다.(김형동, 「위력행사가혹행위죄에 대한 소론」, 『군사법논문』, 2012, 8~9쪽.)

아니지만 개인의 신념, 가치관, 사물이나 상황에 대한 관념 등에 비추어 일정한 소수의 사람들에게는 특별히 고통을 주는 행위인 경우(채식주의자로 하여금 육식을 하도록 하는 행위, 종교적 신념에 의해 돼지고기를 먹지 아니하는 사람으로 하여금 이를 먹도록 하는 행위, 특정 상황에 대해 극심한 공포감을 갖는 사람으로 하여금 일부러 그 상황에 맞닥뜨리도록 하는 행위 등) 이를 '사람으로서' 견디기 어려운 고통을 주는 것으로 판단하기 어려울 수밖에 없다.

마. 소결

개개인의 개별적 인격과 이를 구성하는 다양성의 존중을 핵심으로 하는 현대의 인권상황 하에서 위 대법원이 판시한 가혹행위의 개념과 판단기준은 폐기되거나 수정되어야 한다. 가혹행위란 '사람으로서 견디기 어려운지' 여부를 불문하고 정신적 육체적으로 고통을 주는 행위로서 상대방의 인격에 대한 반인권적 침해가 있었는지를 기준으로 판단하여야 할 것이다.⁵⁴⁾ 결국 학대의 개념과 가혹행위의 개념은 동일 또는 유사한 개념으로 수렴하게 되며, 표현상 차이에 불과할 뿐 동일한 기준에서 그 성부를 판단하게 될 것이다.

한편 가.항에서 언급한 과거 다수의 사례에서는 "일반인에게 거부감 없이 행해지는 행위", "군에 입대한 일반적인 장병으로서는 수인가능한 정도", "교육목적에 의한 것이거나 안전사고 예방을 목적으로 하는 행위"라고 하여 가혹행위의 성립을 인정하지 아니하였는데, 다양한 개성을 가진 사람들로 구성된 조직을 통솔하고 집단 생활의 질서를 유지하기 위해 훈계나 교육 차원에서 이루어진 행위 또는 타인을 괴롭힐 목적이 없이 행해진 경미한 행위들을 처벌대상에서 배제하기 위한 것으로 보이나, 가혹행위인지 여부는 가해자의 구체적 사정이 아닌 피해자의 구체적 사정을 고려하여 그것이 인격권에 대한 침해를 수반하는지를 기준으로 판단하여야 함은 앞서 살핀 바와 같다. "일반인에게 거부감 없이 행해지는 행위", "군에 입대한 일반적인 장병으로서는 수인가능한 정도"라고 하여 이를 가혹행위에서 배제함은 옳지 않

54) 국방부 훈령인 부대관리훈령에서도 "가혹행위란 비정상적인 방법으로 타인에게 육체적·정신적인 고통이나 인격적인 모독을 주는 일체의 행위를 말하며, 비정상적인 방법이란 법규에 어긋나는 방법이나 일반적인 상식을 벗어난 지나친 방법 등을 말한다(제226조 제4호 나목)"고 정의하고 있다.

고 이러한 사정은 위법성과 관련하여 형법 제20조가 정한 정당행위로서 사회상규에 위반되지 아니하는 것인지를 판단함으로서 족하다고 볼 것이다.⁵⁵⁾

다만, 라.항에서 예시한 한계사례들의 경우 "일반인에게 거부감 없이 행해지는 행위", "군에 입대한 일반적인 장병으로서는 수인가능한 정도"라는 것만으로는 위법성을 조각한다고 쉽사리 판단하여서는 아니 되며, 그것이 비록 일반인에게는 거부감 없이 허용된다거나 건강을 해하는 행위가 아니라거나, 일반적으로 수인가능한 정도라고 할지라도 피고인이 피해자가 처한 특수한 상황을 알고도 감행한 것이라면 정당행위가 성립한다고 보아서는 아니 될 것이다.

바. 최근 하급심 판결의 경향

최근 군사법원의 몇몇 하급심 판결들을 보건대, 앞서 대법원의 판단기준을 유지하면서도 '사람으로서 견디기 어렵다'는 정도를 탄력적으로 사안에 적용하거나, '사람으로서 견디기 어렵다'는 의미를 피해자의 인격권에 대한 침해라는 의미로 넓게 해석함으로써 기존의 법환경 하에서라면 가혹행위 범주에서 배제되었을 만한 다양한 부조리 행위들을 가혹행위로 인정하여 처벌하고 있다.

- 1) 피고인이 피해자에게 캡사이신 소스 등을 먹여 피해자에게 통증 및 구토를 유발시킨 사안에서, "군형법 제62조 제2항의 가혹행위는 대법원 판시와 같이 '사람으로서 견디기 어려운 정신적·육체적 고통을 가하는 경우'라고 정의하되 견디기 어렵다는 정도의 판단은 사회통념상 평균적인 군인으로서 '인격에 대

55) 피고인이 40분간 활동복 차림으로 무릎높이의 개울물에 서 있도록 한 경우 및 잠을 재우지 않고 02:30경까지 총기를 닦도록 한 사안에서, "피고인 및 피해자들의 지위, 피고인이 행위를 하게 된 동기, 수단, 결과 등을 종합하여 고려하면 피고인의 행위는 형법 제20조에서 규정한 사회상규에 위배되지 않는 행위로 볼 수 있다."고 판시한 사례(고등군사법원 2002. 5. 21. 선고 2002노28 판결) ; 사격통제에 따르지 않는 중대원에게 약 30분간 엎드려뺨쳐를 시킨 사안에서, "그 시간이 30여 분으로 다소 과하다는 측면은 있으나 전투력보존 및 안전사고 예방을 주된 목적으로 하는 사격훈련 및 사격장의 특성을 고려할 때 (중략) 피고인 및 피해자의 지위, 위와 같은 행위를 하게 된 동기, 수단, 결과 등을 종합하여 고려하면 피고인의 위와 같은 행위는 형법 제20조에서 규정한 사회상규에 위배되지 않는 행위로 볼 수 있다."고 판시한 사례(대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도2222판결, 고등군사법원 2008. 2. 19. 선고 2007노249 판결)

한 반인권적 침해'를 입었는지 여부를 기준으로 판단하는 것이 타당하며 (중략) 구체적 판단요소들에 대한 평가결과는 우리 사회에서 합의된 군과 군인에 대한 인권의 실질적인 보장정도가 변화함에 따라, 즉 시대의 인권상황과 대처 상황의 변동에 따라 달라질 수 있는 것이다. 그러므로 예전에는 '군대에서 그 정도는 당연한 것 아닌가?'라고 여겨지던 행동도 시대의 변화와 사회적 합의의 변동에 따라 군형법 제62조 제2항의 가혹행위로 판단될 수 있는 것이고 이는 군인 특히 병사들의 인권보장에 대한 국민들의 요청에 근거하여 신설된 위력 행사가혹행위죄의 입법취지에도 부합하는 해석이라고 할 것이다."라고 설시하며 유죄를 인정하였다(육군 제21보병사단 보통군사법원 2015. 3. 19. 선고 2015고3 판결).

- 2) 피고인이 피해자들에게 열중쉬어 자세에서 사무실 바닥에 머리를 박게 하고, 엎드려뻗쳐 자세에서 사무실 사물함에 다리를 올리도록 하는 행위를 약 10분간 하게 한 사안에서 변호인이 특수훈련을 수료한 피해자들에게는 육체적·정신적으로 참을 수 없는 고통을 가할 정도는 아니라고 하며 무죄를 주장하였으나, "이 사건 범죄사실은 객관적인 행위 그 자체만으로도 가혹한 행위에 해당함에 의문이 없고 특수훈련을 받은 피해자들에게도 육체적 정신적으로 쉽사리 감내할 수 없는 수준의 행위였음이 분명하다."라고 설시하며 대하여 유죄를 인정하였다. 또한 변호인은 일부 피해자들의 경우 기분이 나쁘지 않았다고 진술한 것을 들어 이러한 행위가 가혹행위가 아니라고 주장하였으나, "동 범죄는 사람으로서 견디기 어려운 정신적·육체적 고통을 가하는 행위가 있었는지 여부가 문제되는 것이지 피해자들의 당시 기분이 어떠했는지 하는 점은 이 사건 범죄 성립과는 아무런 관련이 없다."고 설시하기도 하였다(해군작전사령부 보통군사법원 2017. 7. 13. 선고 2017고17,18(병합) 판결).

- 3) 피고인이 비흡연자로 알려진 피해자에 대하여 다수인이 보는 앞에서 담배를 피우도록 한 사안에서 변호인이 이러한 행위는 사람으로서 견디기 어려운 육체적·정신적 고통을 가하는 행위가 아니라고 항변하였으나, "한 두 번의 흡연

이 비록 흡연자의 건강에 치명적인 영향을 미치는 것은 아닐지라도 최근에 이르러 혐연권이라는 용어가 일상적으로 사용될 정도로 사람에 따라서는 직접흡연을 물론 간접흡연조차도 '몸에 해로운 것'을 넘어 '혐오스러운 것'으로 인식하는 경우가 상당히 있는 점 등을 종합하면, 이 사건 공소사실 기재 피고인의 행위는 피해자의 인격권을 무시한 것으로 견디기 어려운 정신적 고통을 가한 것으로 볼 수 있다."고 설시하며 유죄를 인정하였다(육군 제1군단 보통군사법원 2018. 6. 18. 선고 2018고13 판결).

- 4) 한편 위와 같은 기존 해석의 틀을 넘어 가혹행위에 대한 새로운 해석방법을 제시하였다고 보이는 사례도 등장하고 있다.

피고인이 피해자로 하여금 입을 벌리라고 한 후 입에 마늘을 한 움큼(5개 정도) 밀어 넣고, 피해자가 이를 먹지 않으려 하였음에도 피고인이 피해자의 턱을 움직여 억지로 씹도록 한 사안에서, 해당 하급심은 "법적 환경의 변화와 인권에 대한 일반인의 인식 변화를 고려한다면, 위와 같은 행위는 피해자의 건강에 치명적인 영향을 미치는 것도 아니고 사람에 따라서는 이를 견딜 수 있는 종류의 것으로 받아들일 수 있다고 할지라도 일반인의 관점에서 혐오스럽고 굴욕적·모욕적으로 느껴지기에 충분한 행위로서 피해자의 인격권을 현저히 침해하는 가혹행위로 볼 수 있다."고 판시하였다(육군 제1군단 보통군사법원 2018. 9. 17. 선고 2018고31 판결).

IV. 마치며

과거 군은 분단이라는 우리나라의 특수한 상황으로 인해 마치 성역과도 같이 다루어졌고, 장병 인권의 보장이 지휘관의 지휘권을 제한하여 전투력을 약화시킨다는 그릇된 통념⁵⁶⁾ 하에 법이 개입할 수 없는 인권의 사각지대로 머물러 있었다.

56) 최근 공관병에 대한 가혹행위 등으로 문제가 되었던 모 예비역 육군대장은 인터뷰에서 "군대의 특성을 무시한 인권이 군대에 부분별하게 들어와 가지고 지휘권을 행사할 수 없는 수준까지 도달하게 되었다.

그러나 군인은 단지 전쟁의 도구(병력)으로서가 아니라 제복을 입은 시민⁵⁷⁾으로서 존중받아야 하며, 군의 기강은 상급자가 하급자를 인격적으로 대하고 하급자가 상급자에 대해 자발적으로 복종하는 환경에서 극대화된다. 즉, 군의 사명과 임무를 효율적으로 수행하기 위해서는 엄격한 지휘체계의 확립과 더불어 하급자의 상급자에 대한 자발적인 복종과 엄정한 기강 확립이 요구되는데, 하급자의 자발적인 복종이란 폭력적이고 강압적인 분위기로는 결코 담보할 수 없으며 부하를 아끼고 인격적으로 존중하는 가운데 이끌어낼 수 있는 것이다. 베트남전쟁 당시 병사들이 상관의 막사에 수류탄을 투척하며 살해한 데에서 유래한 프래깅(fragging)은 상급자의 하급자에 대한 인격적 대우와 하급자의 상급자에 대한 자발적 복종이 진정한 전투력의 근본이 됨을 말해주는 단적인 예라고 할 수 있다.⁵⁸⁾

그럼에도 불구하고 균형법이 대(對)상관범죄에 대하여 높은 법정형을 두어 경고하고 엄격히 처벌하는 반면 그 반대의 경우, 즉 상급자가 하급자에 대하여 자행한 범행에 대해서는 특별한 가중처벌 규정이 없는 극명한 불균형 상태는 아직 우리 균형법체계가 근대 일본의 군사법률 계수에 따른 군국주의적 색채⁵⁹⁾⁶⁰⁾를 완전히 탈

모르지기 군대라는 것은 불합리한 것도 합리적으로 받아들이고 그것을 신념화해서 행동하는 게 리더십의 모습이다."고 언급하였는데[서울신문, <<https://news.v.daum.net/v/20191104135605133>>, (접속일:2019.11.19.)], 이는 인권이란 인류 보편적 가치를 내재한 것이라는 점에서 "무분별한 인권"이란 존재하지 아니하며, 특수한 목적 달성을 위한 군 조직의 일원인 군인이라 하더라도 '제복을 입은 시민'이기에 함부로 인권보장의 보호영역에서 배제하여서는 아니 되고(헌법 제37조 제2항), "불합리한 것도 신념화해서 행동하는 것"이 헌법상 보장된 양심의 자유를 침해하는 것은 별론으로 하더라도 과연 현대적인 리더십 개념에 합당한 것인지 의문일 뿐 아니라, 하급자에 대한 인격 존중이 오히려 군의 기강을 높이고 상급자에 대한 충성도를 높인다는 점에서 부당하다.

57) 제복을 입은 시민은 맹목적인 군인이 아니라 통찰과 혁신에 따라 행동하는 인간을 추구한다. 제복 입은 시민의 근본적 함축은 시민과 동일한 군인의 권리주체성이다. 따라서 독일 군사법제는 군인에게 광범위한 시민적·정치적·사회적 권리를 보장한다.(이재승, 「능동적 시민으로서의 군인 -독일 군인법제를 중심으로-」, 『민주법학』 49권, 2012. 136 ~ 137쪽)

58) 프래깅은 장병이 상관으로부터 개별·집단 처벌을 받은 데에 앙심을 품은 경우, 특히 처벌의 수위가 통상적으로 받아들이기 힘든 비인간적인 대우를 동반한 경우에 발생할 가능성이 높다. 프래깅이 얼마나 위험한지는 베트남 전쟁 도중의 미군의 비전투 손실 통계에 잘 나와 있다. 최소한 230명이 부대 내의 인원에게 살해했으며, 장교 1,400여 명의 비전투 사망은 여전히 의문으로 남은 상태이다. 1970년에서 1971년 사이에 폭발물로 장교를 공격한 사례가 363건 보고되었다. [나무위키, <<http://namu.wiki/w/상관 살해>>, (접속일:2019. 11. 19.)]

59) 균형법은 제정 당시 그 형식이나 내용면에서 일본 「舊육군형법(명치 41년 4월 10일 법률 제46호 제정, 소화 22년 3월 17일 정령 제52호 폐지)」과 유사한 체계를 이루고 있었다.(육군본부 법무실,

피하지 못하였다는 의미로 해석될 수밖에 없다. 이러한 상황에서 하급자에 대한 인격권의 침해행위를 처벌가능케 하는 유일한 규정으로 볼 수 있는 가혹행위죄의 성립여부를 인권상황에 대한 반세기 전의 인식의 잣대로 재단하여 엄격히 제한하여서는 아니 된다.

군형법은 다른 형사특별법과 비교해 보았을 때 심층적인 연구가 부족하였던 것도 사실이다. 연구는 학자만의 몫이 아니라 실무가의 몫이기도 하다. 기존의 판례나 기존의 해석을 무비판적으로 받아들이는 것은 실무가로서도 지양하여야 할 점이며, 특수한 사명을 지닌 군 조직이라 할지라도 법에 의한 규율 가능한 범위를 폭넓게 인식하고 변화한 법적 환경에 맞게 규정을 운용할 필요가 있다고 볼 것이다.

앞의 책, 5쪽; 조윤, 「군형법 개정론」, 『사법논집』 제2집, 1972. 435쪽) 나아가 제정 군형법의 형량은 일본육군형법의 형량과 같거나 오히려 더 무겁게 입법화되었다.(박안서, 「군형법 제정의 역사적 배경과 관련 문제점」, 『군사』 82호, 2012, 238쪽)

- 60) 일본은 원래 무사와 농민, 상인이었던 장병들이 근대 군대의 계급과 조직에 익숙하지 못하여 군기를 확립하는 것이 용이하지 않았다. 일본에서 1871년에 만들어진 육해군형률(陸海軍刑律)은 형벌이 매우 준엄하였다는 점과, 봉건적 신분제가 깊이 반영되었다는 점 등의 특징이 있다. 일본은 프랑스 군형법을 모방한 舊육군형법과 舊해군형법을 제정하여 1882년부터 시행하였다. 그 후 청일전쟁과 러일전쟁을 거치면서 1908년에 육군형법과 해군형법을 제정하여 시행하였다. 일본육군형법은 식민지 침략전쟁의 효율적인 수행을 위한 엄격한 군기강 확립, 천황 1인과 상급자에 대한 절대적인 복종을 강요하는 수단이 되었다. 군기가 장병들의 자발적인 자유의사에 의해 유지되는 것이 아니라, 병사들을 억압하여 그들을 노예화함으로써 유지되지 않으면 안 된다는 사고는 일본군에 뿌리 깊게 박혀있었다(박안서, 앞의 글, 230 ~ 234쪽).

참고문헌

- 고등군사법원, 『군사법원 판결요지집』, 2014
- 국가인권위원회, 『군 지휘관 인권 리더십 과정』 2006
- 국가인권위원회, 『군대 내 인권상황 실태조사 및 개선방안 연구』, 2005
- 국가인권위원회, 『군인 권리보호 및 구제체계에 대한 인권상황 실태조사』, 2014
- 육군본부 법무실, 『군형법주해』, 2015
- 육·해·공군 군사법원, 『2015년 육·해·공군 군사법원 판결집』, 2015
- 육·해·공군 군사법원, 『2016년 육·해·공군 군사법원 판결집』, 2016
- 육·해·공군 군사법원, 『2017년 육·해·공군 군사법원 판결집』, 2017
- 육·해·공군 군사법원, 『2018년 육·해·공군 군사법원 판결집』, 2018
- 김형동, 「위력행사가혹행위죄에 대한 소론」, 군사법논문, 2012.
- 박안서, 「군형법 제정의 역사적 배경과 관련 문제점」, 군사 제82호, 2012.
- 박찬걸, 「군형법상 가혹행위죄 적용의 합리화 방안」, 형사정책연구, 2016. 제28권
- 송기춘, 「군과 인권보장」, 국가인권위원회 군지휘관 인권 리더십과정, 2006.
- 이재승, 「능동적 시민으로서의 군인 -독일 군인법제를 중심으로-」 민주법학 제49권, 2012.
- 조윤, 「군형법 개정론」, 사법논집 제2집, 1972.

Interpretation on the Constitutional Requirements of Cruel Treatment Crimes under the Military Criminal Act and Recent Trends in Lower Instance Precedents

Seong, Eun-kyoung*

The Military Criminal Act had sternly imposed aggravated punishments for crimes against one's superiors and on abuse of authority since the time of its enactment, whereas aggravated punishments had not been specifically imposed for the crimes of superiors against inferiors. In terms of the Military Criminal Act, the rules to penalize the "cruel treatment crimes caused by exercising authority" had not been prepared as the applicable provision to punish various anti-human right acts of superiors against inferiors, until its 14th amendment(2009).

Concerning cruel treatments, the Supreme Court suggests a very limited set of interpretations, i.e. the "cases of imposing mental and physical sufferings that are difficult for human beings to endure." This interpretation stems from the notion of cruel treatments prescribed by the Supreme Court with respect to the "cruel treatment crimes caused by abuse of power" about 40 years ago, which must be discarded or at least modified considering changes in the legal environment and in the public's perception of human rights.

In this article, we will review the characteristics of cruel treatment crimes under the Military Criminal Act, which have been commonly used in practice, from the critical viewpoint, and consider how the criteria for judging cruel treatments should be amended, based on this. In addition, we intend to examine some of the lower instance precedents in the military court, which has convicted on cases where it was difficult to plead guilty to cruel treatments based on the criteria suggested by

* ROK Army JAG Corps, judge advocate

the previous Supreme Court precedents, with a new perspective and standards.

❖ Key words: Military Criminal Act, cruel treatment crimes

