

군사법제도 관련 법률의 폐지¹⁾

최강욱 회원²⁾

I. 군사법제도 개혁 법안의 좌초

군사법제도의 개혁과 관련하여 과거 참여정부는 사법개혁위원회(이하 '사개위')의 건의문에 기초한 법률안들을 마련하여 지휘관이 수사의 개시와 진행, 재판부의 구성과 판결의 확인까지 전 단계에서 개입할 수 있는 통로를 보장한 '관할관' 제도라든가 심판관 제도를 폐지하는 등 소위 "지휘관사법"의 문제를 전향적으로 개선하려는 의지를 담았다. 하지만 위 법안들은 그간 관행적으로 굳어져 온 "군사법제도의 특수성"이라는 주장에 대하여 비판적으로 성찰하지 않고 이를 은연중에 당연한 것으로 전제 한 채 부분적인 손질을 가한 것에 불과했다. 당시 야당인 한나라당은 이러한 허점을 간파하고 군의 로비에 적극 호응하여 사개위의 법안대로 법률을 폐지·제정하는 것보다 군사법원을 폐지하고 사법권을 민간법원에 이양하자며 맞서는 방식으로 결국 군사법제도 개혁안을 좌초시켰던 것이다.³⁾

전시나 이에 준하는 비상사태의 경우에는 군사법원 및 군사법의 특수성을 반영한 군사법제도의 특수한 설계가 필요하다는 주장은 일부 인정할 여지가 있지만, 평시의 군사법제도가 일반 형사사법에 대하여 그 특수성을 주장할 만한 합리적인 근거는 없다. 군사법제도도 엄연한 사법작용이기 때문에 사법제도와 절차에 요구되는 민주주의와 법치주의의 문제의식을 보다 철저히 군사법제도(특히 평시의 군사법제도)의 개혁에 관철시키는 것이 중요하고 당연하다. "군사법제도는 항상 특별히 존재해야 한다"는 생각은 군사법제도가 사법권의 독립과 군인 및 국민의 인권보장에 기여하는 제도로서가 아니라, 군대조직의 특수한 이해관계가 언제나 우선적으로 반영되어야 한다는 잘못된 사고에 지나지 않는 것이며 실제 그 제도에 따라 혜택을 누리는 집단이 상대적으로 우월한 위치에 있는 고위 계급 군인이라는 점을 볼 때에도 그 폐지의 필요성은 분명하다.⁴⁾

앞서 밝힌 바처럼 미봉책 수준의 개정안도 참여정부가 추진한 사법개혁 과제 가운데 유일하게 통과되

1) 이 글은 민변, 『2008 한국사회의 개혁과 입법과제』에 「군사법제도 개혁」이란 제목으로 실린 필자의 글을 요약한 것이다. 2008년 이후 군사법제도에 관한 일체의 법 개정작업이 없었으므로 여전히 그 내용에 있어 대동소이하다는 점을 매우 유감스럽게 생각한다.

2) 사법위원회

3) 당시 여당인 열린우리당의 법제사법위원회(이하 '법사위') 간사는 이상민 의원, 야당인 한나라당의 법사위 간사는 주성영 의원이었다.

4) 특히 "재판관은 피고인보다 동급 이상인 사람이어야 한다."고 규정한 군사법원법 제28조 제1항 본문의 규정에 따르면 현역 군인 서열 1위인 합참의장의 경우에는 아예 재판부조차 구성할 수 없어 처벌을 못하게 된다.

지 않은 채 사실상 폐기되었다. 이러한 사실은 역설적으로 군사법제도 개혁이 왜 필요한지를 웅변하고 있다. 군사법제도 개선안은 당초 별 무리 없이 무난한 통과가 예상되는 것이었다. 사법개혁 논의 과정에서 그 제도적 원시성과 위헌성의 문제가 대부분의 공감을 얻어냈기 때문이다. 그러나 법안이 제출된 이후 사법개혁에 관한 주요한 이슈들에 밀려 슬그머니 뒷전으로 방치되거나 싶던 군사법제도는 여전히 우리 사회의 한 구석을 차지하고 있는 완강한 수구 기득권 세력들의 저항에 직면하였고, 결국 국방부 자체 수정안을 만든다면서 슬금슬금 그 내용이 퇴색되기 시작하더니 결국 완전히 좌초되었던 것이다. 군사법제도의 개혁은, 국방행정 분야에서의 투명성을 제고하고 민주주의적 통제를 통한 법치주의 실현을 가능하게 한다는 측면에서 한 획을 긋는 소중한 성과의 하나임에 분명한 것이며 그래서 꼭 이루어야만 하는 것이다. 특히 한국사회의 민주화와 민주주의를 논함에 있어 '민주주의의 제도적 완성'이란 점에 비추어 생각할 때, 민주화 이전 '군부독재'나 '군사정권'의 대표적 잔재라 할 수 있는 군사법제도가 그대로 온존되고 있다는 점은 매우 부끄러운 일이다.

냉전시대의 안보 이데올로기와 군사문화의 잔재들이 여전히 우리 사회의 구석구석을 횡행하고 있음에도 불구하고 이에 대처하는 시민사회의 자세는 여전히 순박하고 기초적인 수준에 머물러 있는 것이 사실이다. 그간 군사법제도의 개혁과 관련한 여러 단위의 논의과정에서 현재의 소위 '민주개혁진영'이 갖고 있는 군대 및 군사법제도에 관한 인식의 수준과 논리의 정밀성 역시 떨어진다는 사실도 지적하지 않을 수 없다. 이러한 무지는 결국 참혹한 군대 내 폭력사건과 사망사고를 초래하고 말았으며, 그럼에도 불구하고 향후 군사법제도 개혁 법안을 저지하기 위한 수구세력의 은밀하고 완강한 저항은 매우 치밀하고 조직적으로 이루어질 것이라는 점을 깊이 유념할 필요가 있다.

현대사를 더럽힌 주요 사건의 대부분은 군사법원에서 이루어진 경우가 많다. 상시 계엄 상태의 나라에서 군사법원은 형사재판에 관한 거의 모든 재판권을 독점하며 정적을 탄압하고 민주주의를 위협하는 기능에 충실하였던 것이다. 이토록 반민주적이고 전근대인 군사법제도는 반드시 폐지되어야 할 군사정부 시대의 유물일 뿐, 어떠한 논리로도 정당화 될 수 없는 것이다.

II. 헌법의 요청과 군사법제도 개혁의 기본원칙

1. 연혁적 배경

우리나라의 군사법제도는 해방이후 미군정하에서 군사재판을 담당하던 군법회의로부터 시작되어 별다른 비판 없이 계수된 채, 1962년 군법회의법의 제정을 시초로 1987년 군법회의라는 명칭이 군사법원으로 변경되어 현재에 이르고 있다. 이러한 군사법원은 "군사재판을 관할하기 위하여 특별법원으로 서 군사법원을 둘 수 있다"는 헌법 제110조에 근거하고 있는데, 일반법원과 다른 특별법원으로서의 군사법원을 설치하고자 하는 목적은 '군전투력 보존과 군기유지'를 위해서 라고 설명되어져 왔다.

군사법원 이전의 군법회의는 해방 후 미군정 하에서 제정된 국방경비법을 그 형식적 근거로 하고 있었으나, 제헌헌법에는 그 직접적 근거조문이 없었다. 단지 제헌헌법 제100조에서 "현행 법령은 이 법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다"는 규정을 두어 기존의 국방경비법의 효력이 그대로 유지되

는 것으로 보았을 뿐이다. 그러나 특별법원으로서 군법회의를 무슨 근거로 둘 수 있는지에 대하여 위헌론이 유력하게 제기되자 1954년의 제2차 개정헌법 제83조의 2에 비로소 헌법적 근거를 마련하게 되었다. 그 후 우리 헌정사의 숱한 격변에도 불구하고 지금까지 한 번도 군법회의 내지 군사법원이 왜 필요하며, 그 바람직한 모습은 어떤 것인지에 대한 실질적인 논의나 구체적 성찰은 거의 이루어지지 않은 채 오늘에 이르고 있다. 그 이유는 무엇보다도 군부의 지배가 오랫동안 유지된 우리 현대사의 질곡 속에서 찾을 수 있을 것이며, 군사정권이 수명을 다한 이후의 정권 담당 세력들도 우리 사회에서 이미 막강한 영역을 구축한 군부와 마찰을 피하러는 의도에서 군 관련 제도들에 대한 헌법적 문제제기를 통해 문민통제를 강화하는 문제를 의식적으로 회피하였을 뿐 아니라, 실질적으로 군에 대한 이해나 연구가 전무하여 제대로 된 방향을 찾지 못한 데에 있다.

헌법의 개정과 더불어 군법회의법과 군사법원법은 수차 개정을 거듭하였으나, 1987년 개정헌법에서 군법회의의 명칭을 군사법원으로 바꾸면서 이어진 법률 개정에서도 ‘법무사’를 ‘군판사’로 바꾸어 사법기관으로서 군사법원의 성격을 강조하는 정도의 진전이 있었을 뿐이고, 1994. 1. 5. 법률 제4704호로 일부 개정된 군사법원법⁵⁾에서 “사회민주화 및 군의 발전추세에 따라 군 사법제도의 불합리한 요소들을 개선함으로써 군 사법권의 독립 및 군 사법제도의 효율적인 운영으로 국민의 신속하고 공정한 재판을 받을 권리를 보장함과 동시에 군의 민주화에 기여한다”는 취지 아래 나름대로 합헌성을 보장하는 차원에서 다음의 주요 사항을 개정된 외에는, 형사소송법의 개정⁶⁾에 따라 일부 미비한 절차를 개선한 외에 그 내용에 있어 특별한 변화나 별다른 진전이 이루어지지 않고 오늘에 이르고 있다.

1994년의 법 개정에서 각 군의 고등군사법원을 국방부로 통합하고, 재판부의 구성원 가운데 군판사가 차지하는 비중을 과반수가 되도록 바꾸고, 군검찰부를 군사법원으로부터 분리하여 설치하고, 구속 영장의 발부권자를 관할관에서 군판사로 바꾸고, 관할관의 확인조치의 대상이 되는 판결의 범위를 제한하고 형집행면제권을 폐지하고, 항소심에서의 확인조치권도 폐지하였다. 군사법원법 개정은 우리 사회의 민주화가 진전되는 정도에 따라 나름대로 개선되어 왔으나, 사법기관으로서의 지위를 근본적으로 회복하는 본질적 개선에는 미치지 못하고 있다. 여전히 비상설 회의체로서의 군법회의가 갖던 근본적 한계는 극복되지 않고 있으며, 지휘관 사법의 폐해 또한 완전히 방지될 수 없는 측면이 있다. 결국, 군사법원의 특징은 곧 군사법원의 위헌성 내지 결정적 결함을 가진 사법기관으로서의 실체와 직결되고 있다.

한편, 기존에 별다른 문제제기 없이 군사법원의 설치목적이라고 수용되어 온 ‘군전투력 보존과 군기 유지’라는 목적은 궁극적으로 지휘관의 지휘권을 보장하기 위한 것이며, 군사법제도 또한 지휘관의 지휘권에 복속되어야 한다는 논리가 일반 장교는 물론 군법무조직 저변에도 무비판적으로 깊숙이 뿌리내리고 있었던 것이 사실이다. 그리하여 군대라는 조직 내의 관계는 법치주의의 기본원리가 제한되는 특별권력관계라는 인식이 팽배해 현행 군사법제도가 안고 있는 수많은 위헌적 요소들이 방치되어 왔고, 그러한 위헌적 제도 속에서 수많은 장병들의 인권이 무시되고 유린되어 온 측면을 부정할 수 없다. 이러한 인식 아래에서 군사법원의 ‘관할관’ 제도는 끈질기게 그 지위를 보존하여 왔고 그 폐지

5) 당시의 법 개정은 문민정부의 출범 후 당시 법무관리관의 비리 등이 문제되어 군법무관들이 중심이 된 강력한 쇄신 요구에 따라 이루어졌다.

가 논의될 때마다 군은 아무런 법적·논리적 설명을 수반하지 않은 채 ‘군의 특수성’과 ‘지휘권 보장’이라는 근거를 일방적으로 제시하여 왔다. 단적으로 말하자면 군사법원은 헌법에 근거를 둔 특별법원 이라기보다는 군 내부에 설치된 기관 가운데 하나로 당연히 지휘관의 권한 범위 내에서 운용되는 참모부서 가운데 하나일 뿐이라는 인식이 군 소속 여하를 불문하고 무비판적으로 널리 통용되어 왔던 것이다.

그러나 오늘날 특별권력관계에 있어서도 법치주의의 기본원리가 적용된다고 하는데 이론이 없고, 그리하여 특별권력관계에 있어서의 기본권 제한도 법률에 의해서만 가능하며, 법률에 의한 제한이 가능하다고 하더라도 그 본질적 요소는 제한할 수 없다고 하는 것이 일치된 견해이다. 그런데 현행 군사법제도는 군전투력 보존과 군기유지라는 미명하에 ‘헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리’, ‘변호인의 조력을 받을 권리’, ‘공정한 재판을 받을 권리’, ‘공개재판을 받을 권리’, ‘체포·구속적부심사청구권’ 등과 같은 국민의 기본권을 명확한 법률상의 근거 없이 제한하고 있거나 그 본질적 요소까지 침해하고 있어 적법절차에 의한 실체적 진실발견을 통한 사법적 정의실현이라는 사법제도 자체의 목적을 현저히 훼손하고 있는 실정이다.

이러한 현실은 무엇보다도 군사법제도를 지휘권 보장의 한 수단으로밖에 인식하지 않는 이념적 편향성에서 기인하는 것으로 보이고, 아울러 군사법원의 법률상 조직체계 및 운영상의 각종 문제점과 군사법 관련자들의 관심부족이 그 원인이 되었던 것으로 보인다⁶⁾. 한편 현역 법무관들은 이러한 제반 문제점들이 엄밀히 구분되어야 할 군검찰 및 군사법원 조직이 군지휘관의 지휘·감독을 받아야 한다는 전제 하에 군사법원법이라는 단일한 법에 통합되어 있고, 그에 따라 각각의 독립성과 공정성을 보장할 수 있는 하위규정 또한 부재하거나 불비한 상황에서 비롯된다고 보고 있는바, 그 핵심에는 관할관제도 및 심판관 제도가 ‘지휘관 사법’을 온존하기 위한 장치로 여전히 존재하고 있다.

2. 군사법원의 예외성

헌법 제110조는 특별법원으로 군사법원을 ‘둘 수 있다’고 규정하면서 “군사법원의 조직과 권한, 재판관의 자격을 법률로 정한다”고 규정하고 있다. 헌법은 군사법원에 대하여 일반 법원의 조직에 편입되지 않는 별도의 조직을 예정하고 있으며 군사법원의 재판관도 법관이 아닌 자의 참여를 전제하고 있기는 하지만, 헌법에 의할 때 군사법원의 설치의 당연한 것이 아니라는 점을 먼저 상기할 필요가 있다. 그리고 군사법원이 별도의 조직과 권한을 가진 기관으로 설치된다고 할 때에도 법률로 정하기만 하면 된다는 식의 법률만능주의적 사고도 경계해야 한다. 헌법은 “둘 수 있도록 된” 군사법원을 반드시 사법부의 영역을 벗어난 ‘군대 안에’ 두어야 한다고 규정한 바 없다. 조세·노동 등 설치 필요성이 예상되는 특별법원을 상정해 보아도 조세법원은 국세청에, 노동법원은 노동부에 두어야 한단 말인가?

군사법원에 관하여 헌법은 “조직과 권한, 재판관의 자격”에 대하여 법률로 정하도록 하고 있지만 군사재판도 사법작용의 하나라는 점에서 넓게는 국가의 기본권보장의무와 사법권독립이라는 헌법적 원칙에 충실하도록 군사법원의 조직과 권한이 설계되어야 한다. 따라서 군사법원의 존속을 전제한다 해

6) 김경환, 「현행 군사법제도의 근본적인 문제점과 개선방안」, 참여연대 토론회 토론문, 2002, 1쪽

도 평시의 관할관 확인권과 심판관 제도를 폐지하고 군판사의 지휘계통상의 독립을 강화하여 군사법 제도의 공정성과 독립성을 제고하는 것은 헌법에 비추어 필수적이자 당연한 요청인 것이다. 그러나 전시나 이에 준하는 비상사태를 제외하고, 평시에 군사법원을 별도로 설치하는 것을 헌법이 당연히 전제하고 있다고 볼 수는 없다. 지금까지 당연한 듯 군사법원이 유지되어 왔지만 헌법적 관점에서 그 존속 필요성을 근본적으로 성찰해 보아야만 하는 것이다.

군사법원의 조직과 권한이 사법권의 독립 및 국민의 기본권보장에 있어서 일정한 제한을 감수하는 것이라면, 헌법이 요구하는 비례의 원칙상 군사법원의 별도설치가 정당화될 수 있는 경우는 그에 합당한 “특별한 필요”가 있는 경우에 한한다고 보아야 한다. “특별한 필요”는 본래적인 사법판단 외에 군사적인 전문적 판단이 필요한 것을 의미하며, 이는 전시나 이에 준하는 국가비상사태의 경우와 같이 군대를 동원하는 작전상황에서 군사 활동이 요청되는 상황, 그리고 해외 파병의 상황에 한하여 인정될 수 있을 것이다. 사법권의 독립과 국민의 인권보장에 대한 제약을 감수하면서까지 평시에 특별법원으로 군사법원 설치, 그리고 특별한 절차로서 군사법절차를 유지해야 할 합리적이고 필연적인 이유는 없다. 군사법원은 폐지되어야 한다.

군사법원이 현재의 상태로 유지되어야 할 필요성이나 군이 내세우는 ‘특수성’은 비교법적, 역사적 사례를 볼 때에도 아무런 근거가 없다. 식민지를 운영하던 제국주의의 군대가 갖던 제도가 오늘 우리나라에 필요할 이유는 없으며 분단국가라는 현실도 과거 서독이나 현재의 대만이 모두 별도의 군사법제도를 갖고 있지 않다는 점, 무력의 보유나 군사기밀의 보유, 격오지에 존재하는 부대의 특성 등의 문제도 무력이나 기밀을 보유한 경찰, 국정원, 통일부, 방산전문기업 등이 별도의 법원을 갖고 있어야 할 필요가 없다는 점을 볼 때 그 근거가 될 수 없으며, 현재 아무런 문제없이 운용되는 시군법원의 예를 생각하면 격오지의 문제를 군사법원의 존재이유로 삼을 근거가 될 수는 없는 것이 자명하다.

그러나 이렇듯 당연한 요청에도 불구하고 군 사법개혁의 발목을 잡기위한 의도로 제기되는 막무가내식 폐지론에 대하여는 단호히 반대한다. 이는 전근대적 지휘관사법의 폐해를 발본색원하기 위한 군사법원 폐지론과는 또 다른 차원에서 제기되었던 문제이다. 군 사법제도 개혁의 핵심은 무엇보다 현재의 군사법원을 사법작용에 관한 헌법원리에 합치하도록 개정하는 것이라는 점을 생각한다면, 거두절미한 채 사법개혁의 본질과 무관하게 제기된 잘못된 군사법원 폐지론의 함정을 경계할 필요가 있다. 한나라당 법사위 간사를 역임한 주성영 의원에 의해 제기된 폐지론은 군 일각에서 줄기차게 제기된 군 사법제도 폐지 및 헌병 역할 강화론과 일치한다. 이러한 헌병 역할 강화론은 아직도 군 내부에서 막강한 권력집단으로 자리하며 경쟁하는 헌병조직 및 기무사의 이해관계와 결부되어 제기된 문제일 뿐 아니라, 군사법원 폐지라는 허울을 앞세워 군검찰을 무력화시키고 과거 제도개혁안의 핵심적 요소였던 군사법경찰 조직에 대한 적법절차에 따른 군검찰의 통제권 강화 및 군검찰 독립이라는 이슈를 비켜가기 위한 정략적 판단으로 제기된 것임에 주목하여야 하는 것이다.

3. 군검찰의 독립성 강화

군검찰의 독립성 확보는 군사법절차 속에 적법절차의 원리 및 법치주의를 구현하는데 있어서 매우 긴

요한 과제이다. 일반적으로 검사는 헌법상 영장청구권의 주체로서 그리고 국민의 기본권보장의 책무를 지고 있는 “준사법기관”으로서 법관에 준하는 독립성과 공정성이 요구되고 있다. 군검사도 마찬가지이다. 요컨대 군검찰개혁의 요체는 군검사(군검찰관)의 신분 및 조직상의 독립성과 중립성을 보장함으로써 군검사가 공익의 대표자로서 군인의 인권보장 등 군대 내 법치주의의 실현을 담보하기 위한 공정한 독립기관으로서 제 역할을 할 수 있도록 하는 일이다.

특히 현역군인인 군검사는 진급 등에서 군부대 지휘관의 영향으로부터 자유로울 수 없다는 점을 고려하면 국방부 소속의 일원화 정도의 대책으로는 군검찰의 독립성과 공정성을 담보하기에는 매우 미흡하다. 중요한 것은 군의 명령지휘계통으로부터 독립하여 지휘관의 불법과 비리에 대해서도 엄정하게 검찰권을 행사할 수 있도록 독립성을 확고하게 보장해야 한다는 점이다. 만일 그것이 근본적으로 담보될 수 없다면 역시 군사법원의 존재를 전제로 한 군검찰을 별도로 유지할 필요가 없다. 단, 현실적으로 군 내부에서 가장 막강한 권력기관으로 기능하는 것이 현실인 군사법경찰조직(헌병, 기무)의 통제와 인권보장 및 군이 그토록 주장하는 ‘특수성’을 반영하는 공소유지를 위한 기관으로서의 검찰조직은 그 필요성을 인정할 수도 있다.

4. 적법절차의 원리와 인권보장

군사법절차 역시 국민의 한사람인 군인 그리고 일반 국민의 기본적 권리와 의무를 다루는 사법작용의 일환이다. 그래서 우리 헌법은 군사법원을 법원에 관한 제5장에 규정하고 있으며, 그에 따라 국회의 국정감사도 군사법원의 경우는 국방위가 아닌 법사위를 통해 이루어지는 것이다. 군사법원 및 군검찰의 독립성과 공정성의 확보 못지않게 중요한 것은 군사법절차에 있어서도 헌법이 규정한 바, 국가의 기본권보장의무와 적법절차의 원칙, 그리고 기본권의 필요최소한도의 제한의 원칙이 엄정하게 준수될 수 있도록 하는 일이다. 이러한 기본원칙은 군사법조직은 물론 군형법과 군형사소송법, 군행형법의 규정들 속에 투영되어야 한다.

Ⅲ. 군사법원의 조직에 대하여

1. 기본 입장: 군사법원의 폐지

위에서 언급한 바와 같이 군사법원을 폐지하고 군형사사건을 일반 법원에서 담당하도록 하는 방안을 주장한다. 군사법원 운용은 사법권독립 및 공정한 재판을 받을 권리의 보장이라는 측면에서 볼 때 기본적으로 헌법에 합치하지 않는다고 판단한다. 전이나 국가비상 사태 아래에서도 이러한 정신이 손상되어야 할 이유나 논리필연적 근거는 없다. 그러나 현실적으로 군사법원의 즉시 폐지가 어렵다면 최소한 다음의 논거들을 고려하여 제대로 된 법원으로 기능할 수 있는 제도적 보장이 반드시 필요하며 그 요체는 관할관·심판관 제도의 폐지 및 조직의 완전한 독립, 인사권과 예산권의 독립적 행사가 될 것이다.

가. ‘군의 특수성’이나 ‘군사적 필요성’ 등을 근거로 평시 군사법원의 존치필요성을 주장하기도 하지

만, 앞서 살핀 바와 같이 그 개념이 모호할 뿐만 아니라 군사법원제도가 내포하고 있는 인권침해의 가능성을 고려하면 최소한 평시에는 군의 특수성이라는 이유만으로 비정상적인 군사법원제도를 유지해야 한다는 주장은 설득력이 약하다.

나. 군사법원의 폐지는 지금도 범세계적으로 전쟁을 수행하는 미국을 제외한 대부분의 국가에서 추진되는 군사법제도 개혁의 기본방향이라고 말할 수 있다. 다수의 유럽국가들(프랑스, 네덜란드, 포르투갈 등)은 평시의 군사법원을 폐지하였으며, 우리나라와 마찬가지로 냉전시대 분단국이었던 독일도 이미 2차 대전 이후 군사법원을 폐지하였다. 우리 군사법원의 원형이라고 할 수 있는 영국의 군사법원제도도 유럽 인권협약 제6조가 정한 독립·공정한 재판 원칙을 위반한다는 유럽인권법원의 판결(Findley v. UK) 이후 곧바로 개혁되었다. 제국주의 시대 자국 군대의 보호를 위해 만들어진 군사법원이 그대로 미국에 계수되고 일본을 거쳐 우리나라의 군사법원 형태로 이어지고 있다는 점을 볼 때, 군사법원 폐지의 필요성을 옹변하는 중대한 판결이라 하겠다.⁷⁾

다. 현재 군사법원이 처리하는 사건의 대부분은 교통사고, 성범죄, 폭력 등 일반범죄이고 군기관관련범죄는 그 비율이 높지 않은 점, 그리고 군기관관련범죄도 대부분 단순 군무이탈 혹은 영내구타인 점을 감안하면, 이들 범죄는 일반 법원에서 얼마든지 처리할 수 있는 성격의 사건이다. 군사적 전문성과 특수성이 고려되어야 할 '순정군사범죄'는 실제 어떤 경우인지 논의된 바 없고 상정하기도 어렵다. 이는 균형을 살펴보면 그 구성요건이 대부분 일반범죄의 특별가중 형식이거나 추행죄 등 위헌적 내용을 담고 있다는 것 외에는 새로운 점을 발견하기 어려운 점에서도 쉽게 알 수 있다.

라. 군 병력의 감축과 국방부의 문민화가 시대적 변화와 헌법정신에 비추어 당연히 예정되어야 함을 보아도 군사법원을 존치시켜야 할 이유가 없으며, 과거 제국주의 시대 영국의 군사법원 제도에서 비롯된 특별법원으로서의 군사법원 설치의 해외 파병이나 국외에서의 전쟁 수행이 상시화 되어 있지 않은 우리의 현실에 비추어도 군 수뇌부의 특권을 인정하는 외에 어떠한 의미도 부여할 수 없다. 전시라 하더라도 현행 계엄법과 통합방위법에 따르면 일반 법원이 점령지역이나 수복지역에 이동하여 얼마든지 재판권을 행사할 수 있다. 사법절차는 신속하고 긴급하게 처리되지 않는 측면이 있고 통신수단의 발달로 전자적 지휘체계가 완비되어가는 상황에서 전시특례법 등을 통해 얼마든지 특별절차를 규정하는 것으로도 충분하다. 군이 별도의 법원을 창설할 필연적 근거는 없는 것이다.

마. 군인이나 군무원의 모든 범죄가 항상 군사법원의 관할이 되어야 한다는 주장도 설득력이 없다. 헌법 제27조 제2항은 일반 국민의 군사재판을 받지 않을 권리를 규정하고 있지만, 이 규정에 의하여 반대로 군인과 군무원의 모든 범죄는 언제나 군사법원의 재판을 받아야 한다는 논리가 성립하는 것은 아니다. 법관에 의한 공정한 재판을 받을 권리, 기본권의 필요최소한도의 제한의 원칙에 비추어 보면 국방상의 특수한 필요성이 인정되는 경우로 한정하여 최소한의 범위에서 군사법원의 관할을 허용해야 할 것이다. 그렇지 않고 평시에 군사법원을 통해 군인과 군무원의 모든 범죄행위에 대하여 군사재판을 받도록 하는 것은 군인과 군무원에 대한 신분상의 불합리한 차별로 평등권 침해에 해당한다. 더구나 민간인의 신분으로 범죄행위를 하였어도 군 입대 등 군인 신분이 되었다는 이유만으로 군사재판을

7) 이계수 외, 「군대 내 인권실태 및 개선방안 마련을 위한 기초연구」, 국가인권위원회, 2002, 191쪽

받게 되는 차별도 합리성이 결여된 것이다.

바. 민간법원과의 관할 이원화에 따른 문제

군사법원은 군인 등 특정신분에 의한 관할을 기본으로 하는 바, 민간법원과의 관할 이원화로 인하여 술한 불합리성 내지 비효율성이 나타난다. 특히 군범죄의 대부분이 영외에서 발생하는 교통사고나 성폭력·폭력행위 등인데, 예를 들어 군인과 민간인이 공범으로 범죄행위를 하였을 경우나 피고인이 재판 진행 중 전역할 경우 관할법원이 달라짐으로 인하여 재판의 비효율이 발생하는 것은 물론, 공범의 법정 진술에 대하여 증거능력을 인정하는데 있어서의 차이 그리고 민간법원의 재판과의 형벌 균형성의 문제 등이 발생하게 된다. 더구나 피해자의 입장에서 민간법원과 군사법원을 오가야 하는 불편함도 무시할 수 없다. 이러한 비효율성과 불합리성, 형벌불균형의 문제를 근원적으로 해소하기 위해서라도 군사법원 폐지가 바람직하며, 특히 형사소송법이 개정된 지금은 변호인의 조력을 받을 권리, 피의자의 법관 대면권 보장, 집중심리주의의 관철 및 검사작성 피의자신문조서의 증거능력 등의 문제와 관련하여 군사법제도 개선이 방기될 경우의 문제는 실제 대단히 심각한 것으로 대두될 수밖에 없는 것이다.

2. 대안

가. 최소한 평시에는 군사법원을 폐지하여 평시 군인이나 군무원의 범죄행위에 대해서도 일반 민간법원에서 재판을 받도록 하는 것이 바람직하다. 평시의 군사법원의 폐지가 특별히 군의 전문성과 특수성을 무시하는 것이라고 볼 근거는 별로 없다. 오히려 군사법제도 역시 일반 사법작용의 하나로서 “독립성이 보장되는 법관에 의한 재판”이라는 헌법적 요청이 관철되어야 한다. 군의 전문성과 특수성이 문제되는 범죄라 할지라도 민간법원에서 관련자의 증언 등으로 이를 충분히 고려하도록 할 수 있다.

나. 다만, 당장 군사법원의 폐지가 혼선을 초래할 우려가 있다면 단기적인 완충방안으로 지방법원 합의부에 군사부를 설치하도록 하고 여기에 일정 경력 이상의 군판사를 임용하도록 하는 방안을 고려하거나, 현재의 군사법원을 앞서 지적한 바와 같이 헌법원리에 비추어 완전한 사법기관으로 재구성하고 정비하는 것이 필수적이라는 것을 지적한다.

IV. 군검찰 조직에 대하여

1. 기본입장: 독자조직으로서 군검찰 폐지

군검사는 군인이라기보다는 “공정하고 독립적으로 수사와 공소제기업무를 담당하는 법률가”의 위상을 확보해야 한다. 따라서 군검찰제도의 근본적 혁신이 필요함은 물론 장기적으로는 수사 및 공소제기기관으로서 독립성이 보장되고 군내 사건에 대한 접근성이 강화되어 법치주의의 실질적 구현이 군내에서도 보장되도록 해야 하며, 이는 궁극적으로는 국방부 소속의 별도의 군검찰조직을 폐지하는 방향이어야 한다. 독일이나 프랑스, 네덜란드 등의 유럽 선진국에서는 군검찰이 별도로 존재하지 않으며 일

반 검찰이 군인 관련사건을 처리하고 있다. 필요하다면 검찰 내에 군사부를 별도로 설치하여 군인 관련사건의 수사에 있어서 전문성을 강화하는 방안을 고려해 볼 수 있다.

2. 단기적인 대안: 검사의 순환근무를 통한 군검찰의 독립성 보장

각 부대 지휘관의 강력한 영향력 아래 놓여 있는 군검찰의 현실을 고려하고 또한 민간과는 달리 군검찰에 비해 상대적으로 우월한 위치에 있는 군사법경찰기관인 헌병, 기무의 존재를 염두에 두면 당장 군검찰조직이 폐지될 경우 군사법경찰에 대한 통제장치가 상실됨은 물론 지휘관의 불법과 비리에 대한 사법적 통제가 유명무실해 진다는 점에 대한 반성적 고려에서 출발한다면 당장 군검찰조직을 폐지하는 것보다는 단기적으로는 군검찰을 별도의 조직으로 유지할 필요성이 인정된다.

이러한 측면에서 군검찰을 존치시킨다고 할 때 기본적 전제조건은 군검찰의 조직적 독립이고 이는 인사와 예산의 독립을 반드시 포함하여야 하며, 군검사의 신분을 검사와 동일하게 하여 군검찰 조직을 국방부 내에 두더라도 검사와의 순환근무, 합동수사를 통한 부정비리에 대한 엄정한 수사는 물론 직무의 공정성을 기할 수 있게 하는 것이 중요하다. 군검찰을 별도의 조직으로 유지하는 경우에도 중요한 관건은 군내 범죄사건의 수사과 기소 등의 직무에 있어서 독립성과 공정성을 보장하는 일이다. 그러므로 단기적으로는 군검찰을 별도의 조직으로 유지하되, 일정 경력 이상의 군법무관을 검사로 임용하고 법무부 소속의 검사가 일정 기간 동안 군검찰에 파견 내지 순환근무하도록 하는 방안이 합리적이라고 판단한다.

3. 전시전환규정 및 계엄법에 대한 고민 필요

전시 혹은 비상계엄 하에서는 군사법경찰조직의 장인 국군기무사령관이 합동수사본부장으로서 검찰을 지휘하는 기형적 상황이 발생하게 되는데, 이에 대하여는 논의가 되지 않았음은 물론, 전시 전환절차에 관한 구체적 규정이 없어 전시나 비상시를 판단하는 요건이나 주체 등의 문제가 발생할 수 있는바, 이는 별도의 전시관계법령으로 규정하여 여타의 법률들과 동일한 공포절차 등을 통하여 시행하는 것이 바람직하고, 군이 조직법 등에 전시전환 규정을 둘 필요는 없다고 본다.

4. 군사법경찰관리의 전문성과 독립성 강화

가. 과거 군대 내 의문사 등과 관련하여 수사헌병조직의 전문성·독립성을 강화하기 위한 장치를 마련할 필요가 있다. 현재 논의 중인 군검찰의 조직 등에 관한 법률안(이하 '군검찰법안') 제32조는 헌병, 기무부대 소속 병사를 '군사법경찰리'로, 국가정보원 직원을 '군사법경찰관리'로 임명하도록 하고 있는바, 이는 실무상 사문화된 것임은 물론 그 타당성이 떨어진다.

나. 오히려 군인의 경우 상사 이상의 부사관 및 준사관을 '군사법경찰관'으로 하고, 중사 이하의 부사관을 '군사법경찰리'로 하며 군무원의 경우는 7급 이상은 군사법경찰관, 8급 이하는 군사법경찰리로 하는 것이 타당할 것이다(민간 특별사법경찰관리의 직급을 참고).

다. 기무부대원으로서 '보안업무에 종사하는 자'의 범위가 지나치게 포괄적이므로 '수사업무에 종사하는 자'로 한정할 필요가 있다.

V. 보론: 군형사소송법과 군행형법에 대하여

1. 기본입장 : 별도 법률의 불필요

기본적으로 군형사소송법과 군행형법을 별도의 법률로 유지해야 할 필연적인 이유는 없다. 만일 군사법원을 존치한다 하더라도 양 법률을 별도로 두는 대신에, 원칙적으로 형사소송법과 행형법에 의하도록 하면서 필요한 경우에 한하여 특례조항을 형사소송법과 행형법에 삽입하는 방안이 바람직하다고 판단한다. 상징적인 의미에서 볼 때에도 군사법원, 군검찰은 물론 군형사소송, 군행형에 관하여 별도의 입법을 두는 것은 마치 군사법제도는 일반 형사사법제도와 유리되어 특별한 의미로 존속한다는 인상을 주게 되는 바, 군사법제도 역시 사법작용의 하나일 뿐이며 특별히 필요한 범위에서만 특칙이 인정될 수 있을 뿐이라는 사실을 부각시키기 위해서라도 별도의 군형사소송법과 군행형법을 두는 것은 바람직하지 않다.

2. 군교도소와 영창의 문제

근본적으로 군사법원 및 군검찰을 폐지함과 아울러 이에 상응하여 군교도소를 독자적으로 국방부 소속으로 편제하여 운영할 필요성도 없다고 판단한다. 첫째, 군수용자의 수가 많지 않아 별도의 군교도소나 구치소를 운영하는 것은 비효율적이고, 둘째, 군인의 범죄 중 상당부분은 영외의 폭력이나 교통사고 등이라는 점에서 군수용자의 교정교화가 일반 수용자의 교정교화와 특별히 구별되어야 할 이유도 없으며, 셋째, 전역이나 퇴역을 감안하여 이미 상당수의 군수용자가 일반 교도소로 이송되고 있다는 점을 감안하면 군교도소의 독자적 필요성은 설득력이 없다. 그러므로 군교도소 역시 폐지하고 군수용자를 법무부의 교도소나 구치소에 수용하는 방안이 타당하다고 판단한다. 일반 수용자와의 격리가 필요하다면 - 이것도 의문이지만 - 교도소나 구치소의 일부 사동을 군수용자 전용공간으로 활용하는 방안도 고려해 볼 수 있다.

설사 국방부 소속의 군교도소나 구치소를 별도로 운용한다고 하더라도 이를 위하여 반드시 군행형법이 필요한 것은 아니다. 군행형법의 경우에 행형법과 차이가 있는 부분은 군교도소를 국방부장관 소속 하에 두고 있는 점, 그 결과 청원이라든가 군수용자이송이라든가 가석방심사위원회 등 행형법에서 법무부장관의 관할사항으로 규정되어 있는 것들을 국방부장관으로 규정하고 있는 것 정도이다. 사정이 이러하다면 군행형법을 독자적인 법률로 유지하는 것 대신에 행형법에 특례조항을 두는 정도로 충분하며 이것이 법적용의 통일성을 확보하는데 훨씬 효율적이다.

아울러 현재 군영창은 헌병부대가 전적으로 통제, 관할하는 수용시설로 병에 대해서만 이루어지는 차별적 징계인 '영창' 처분과 구속된 피의자의 미결수용실로 함께 활용하는 것이 현실이다. 영창에 의하

지 않고도 신체구금을 가능하게 하는 영창 처분의 위헌성을 별론으로 하더라도 이러한 현실은 시급히 개선되어야만 한다.

VI. 결어

한국 사회의 민주주의 발전은 군대의 민주화로 완성될 수 있다고 주장해왔다. 그러한 목표를 달성하는데 있어 군 사법제도의 개혁과 그에 따른 국민의 신뢰 확보 및 군 구성원들의 자부심과 전문성의 증진이 무엇보다 중요한 것임을 다시 강조하고자 한다. 어렵게 시작된 과거 참여정부에서의 군 사법제도 개혁 논의는 수구세력의 완강하고 집요한 저항에 의하여 결국 좌초되고 말았다. 이제 우리의 군 사법제도가 진정한 입헌적 기반위에 놓일 날이 없다는 위기의식이 점점 강해지는 것도 사실이다.

대한민국 헌법 아래에서 헌법의 규율을 받는 국가기관의 장이나 하부 기관장 가운데 사법부의 구성원인 법관을 제외하고 자신의 권한 가운데 일부로 사법권을 포함하여 행사하는 유일한 사람이 군 지휘관이다. 스스로를 객관화시키지 못한 채 제왕적인 절대자의 위치에 놓고 비리를 철저히 방지하고 인권을 보장한 행정조직의 수장은 인류 역사상 존재하지 않았다. 이것이 우리가 그토록 폐지의 당위성을 주장하는 지휘관 사법의 본질이다. 이러한 문제의식 아래에서 오늘 우리의 국군 장병들이 전근대적인 제국주의 군사법제도의 유물 아래 인권을 유린당하는 현실을 개선하고, 진정한 민주화를 완성하기 위한 핵심적 과제로 군 사법제도의 개선을 바라보아야 한다는 점을 거듭 지적하고자 한다. 그간의 무관심과 방치만으로도 우리 군과 군 사법제도는 충분히 피해를 입고 있다.