

2009년 개정 군형법의 주요내용과 문제점

박 안 서*

국 | 문 | 요 | 약

군형법은 1962년 1월 20일에 제정되어 지금까지 14차례의 개정과정을 거쳐 오늘에 이르고 있다. 군형법은 舊 일본육군형법을 기초로 하여 제정된 법률로서 그동안 무거운 법정형과 불명확한 용어 등으로 학계의 비판과 더불어 수차례 헌법재판소의 심판대상이 된 바 있다. 그런데 지금까지의 개정과정을 보면 제정 군형법의 기본체계는 유지한 가운데, 군인사법 등 관련 법률의 개정과 따른 법률용어의 수정, 법정형의 조정 수준에 머물렀고, 오히려 처벌범위와 형량이 증가된 측면을 볼 수 있다. 이번 2009년 개정 또한 이러한 범주에서 크게 벗어나지 못하고 있다. 군형법의 근본적인 문제점으로는 앞서 본 제정과 개정과정의 문제점 외에도 죄형법정주의 위반 논란, 무거운 법정형, 형법과 중복된 규정, 사문화된 규정 등을 들 수 있다. 따라서 군형법은 1) “전승을 위한 전투력의 유지·강화”라는 군형법의 존재목적에 부합하고, 2)죄형법정주의 원칙을 준수하며, 3)형법과 중복된 규정을 정비하고, 4)사문화된 규정을 정비하는 방향으로 수정될 필요가 있다. 따라서 본고에서는 이러한 개정방향에 따라 군형법의 세부 조항별 개정방안을 제시하였다.

❖ 주제어 : 군형법, 군대, 일본육군형법, 중형(重刑), 죄형법정주의, 인권

* 법학박사, 육군중령

** 본 논문은 저자의 2011년 법학박사학위 논문인 줄고 “군형법의 개정방안에 관한 연구 - 인권보장과 전투력 강화의 조화를 중심으로”의 내용 일부를 정리한 것임을 밝힌다.

I. 서론

지난 2009년 9월 29일 제14차 군형법 개정안이 국회 본회의를 통과하였다. 군형법 개정안은 2008년 7월부터 발의된 7건의 법률안에 대하여 국회 제284회 제7차 법제사법위원회에서 본회의에 부의하지 아니하기로 하고 위원회 대안을 제안하기로 의결한 것이다.¹⁾ 법제사법위원회에서 대안을 제안한 이유는, 헌법재판소에서 위헌 결정된 상관살해죄의 법정형을 조정하고²⁾ 상관 또는 초병에 대한 폭행·협박·상해의 죄의 법정형 및 구성요건을 조정하며, 일부 범죄에 대해 벌금형의 도입을 확대하고, 여군을 강간하거나 군인을 강제추행한 자 등을 처벌하는 규정을 신설하는 등 법정형을 조정하여 이 법률의 실효성을 제고하고 제도 운영상의 미비점을 개선·보완하려는 것이라 한다.³⁾

- 1) 2008.7.9 양승조 의원이 대표발의한 군형법 일부개정법률안은 제278회(정기회) 제18차 법제사법위원회(2008.11.17)에, 2008.8.26 최영희 의원이 대표발의한 군형법 일부개정법률안은 제280회(정기회) 제20차 법제사법위원회(2008.11.27)에, 2008.11.28 정부가 제출한 일부개정안, 2008.12.5 이해훈 의원이 대표발의한 일부개정안, 2009.2.11 최영희 의원이 대표발의한 일부개정안, 2009.2.20 김옥이 의원이 대표발의한 일부개정안은 제282회(임시회) 제2차 법사위(2009.4.13)에 각각 상정한 후 제안설명과 검토보고 및 대체토론을 거쳐 각각 법안심사 제1소위원회에 회부하고, 2009.8.26 이주영 의원이 대표발의한 일부개정안도 법안심사 제1소위원회에 회부하였다. 법안심사 제1소위원회는 이 7건의 법률안을 병합하여 심사한 후 제284회(정기회) 제1차 법안심사 제1소위원회(2009.9.23)에서 각각의 법률안은 본회의에 부의하지 아니하기로 하고 각 법률안의 내용을 통합하여 법제사법위원회 대안으로 제안하기로 하였다

[대한민국국회 정보마당 법률관련정보 (http://www.assembly.go.kr/renew07/info/inf/tra_read.jsp)]

- 2) 이 결정은 2005년 6월 육군 제00보병사단 00GP에서 발생한 총기난사사건의 피고인 김00 일병에게 상관살해의 경우 절대적 법정형만을 규정한 군형법 제53조 제1항에 따라 사형이 선고되자 김 일병 측이 이 규정은 위헌이라며 위헌법률심판을 제청함으로써 비롯되었다. 이에 대하여 헌법재판소는 “형벌이 죄질과 책임에 상응하는 적절한 비례성을 일탈”하였다는 점 등을 들어 위헌이라고 선언하였다.

“...상관폭행, 상관상해 등 다른 군형법 조항이 적전인 경우와 기타의 경우로 구분하여 법정형을 따로 규정하고 있는 것을 보면 상관살해 역시 적전인 경우와 기타의 경우, 또는 전시와 평시로 구분할 수 있을 것이고, 적어도 적전이 아니거나 평시의 경우 그 동기와 살해에 이르게 된 정황, 살해방식 등을 고려하여 합리적 양형이 가능하도록 규정되어야 할 것이다. ...형벌이 죄질과 책임에 상응하는 적절한 비례성을 갖추고 있다고 보기 어렵고, 인간의 존엄과 가치를 존중하고 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 정하여야 한다는 실질적 법치국가의 이념에 반한다...”

[군형법 제53조 제1항에 대한 헌법소원사건(헌법재판소 2007.11.29 2006헌가13)]

- 3) 이 법률안은 군사법 개혁이 추진되었던 2005년 8월 25일 국방부안으로 제출되었던 군형법 일부개정안(의안번호 12-3675)에 포함되었던 내용을 다수 포함하고 있다. 본 법률안은 군인의 인권보장을

군형법은 1962.1.20 법률 제1003호로 제정되었고, 군형법이 제정되기 전에는 1945년 해방 후에 제정된 「조선경비법」과 「국방경비법」이 적용되었다. 1952년부터 국방부 주관 하에 새 군형법 제정 작업이 시작되었고 1957년 최초로 군형법안이 국회에 제안되었으나 회기불계속을 이유로 자동폐기되는 반복을 수차례 하다가⁴⁾ 1961년 5.16 군사혁명 이후 국가재건최고회의가 추진한 법령정비 사업에 따라 종전의 「국방경비법」과 「해안경비법」을 대체하여 육해공군에 공통적으로 적용할 「군형법」으로 탄생하게 된 것이다.

군형법의 개정은 총 14차례 이루어졌는데, 주요 개정은 1차⁵⁾, 5차⁶⁾, 10차⁷⁾, 14차 개정이었다. 그런데 군형법의 개정과정을 보면 다음과 같은 특징이 있다.

강화하고 범죄와 형벌의 적정한 균형을 유지하기 위하여 상관폭행치사죄 등에 대하여 평시에는 사형을 삭제하고, 군무이탈죄의 형량을 하향조정하며, 일부 범죄에 대하여 벌금형제도의 도입을 확대하는 한편, 군기문란범죄에 대하여 효율적으로 대처하고 군의 기강을 확립하기 위하여 가혹행위죄, 추행죄 등에 대한 구성요건을 구체화하고 법정형을 강화하는 등 군 형사법제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 취지로 제안된 것이다.

- 4) 군형법 제정안은 원래 1957년 2월에 정부안으로 제기되었으나 회기불계속으로 폐기되었고, 1957년 6월, 1958년 6월에 다시 제기되었으나 마찬가지로 회기불계속으로 폐기되었다. 1958년 12월에 윤형남 의원 외 22명이 군형법안과 군법회의법안 심사촉구에 관한 결의안을 제기하였고, 1959년 1월과 2월에 각각 정부안이 제기되었으나 회기불계속으로 폐기되는 과정을 반복하였다.
- 5) 제1차 개정(1963.12.16)은 국가재건최고회의에서 의결되었다. 가장 중요한 내용은 종래 일반형법을 적용하여 오던 상해죄와 명예훼손죄의 규정을 신설한 것이다. 상관 및 초병에 대한 상해죄(제52조의 2 내지 4, 제58조의 2 내지 4)가 추가된 것은, 동죄가 舊 일본육군형법에는 규정되어 있지 않았으나 형법전에는 규정되어 있어서 형법전과 보조를 맞추기 위한 것이라고 할 수 있다. 상관에 대한 폭행, 협박, 집단폭행, 특수폭행 등의 죄에 대하여 ‘직전인 경우’와 ‘기타의 경우’를 나누어 자세한 규정을 신설 내지 추가하고 법정형을 상향조정하고 기존의 상관모욕에 추가하여 상관에 대한 명예훼손에 관한 규정을 추가하였다(제64조 제3항, 제4항). 또한 군용물등의 범죄에 대한 가중규정(제75조)의 객체로 군의 ‘재산상의 이익’을 추가하였다.
- 6) 제5차 개정(1981.4.17)은 국가보위입법회의에서 의결되었는데, 제5공화국 헌법 제26조 제2항(헌법 헌법 제27조 제2항에 해당)에 따르기 위해 “군인·군무원 이외의 내외국인에 대하여도 적용할 중대한 군사상의 비밀 및 군용물 등에 관한 죄의 범위를 추가”하여, 민간인을 군형법의 적용대상으로 하는 법 제1조 제4항을 개정하였다. 제1조 제4항의 변경으로 민간인에게 적용되는 군형법 조문의 수는 증가하였고, 특히 군용물에 대한 범죄에 관한 규정이 민간인에게 적용할 수 있게 되었다. 동일한 이유에서 간첩죄와 군사상 기밀누설죄 등의 적용영역을 확장하는 제13조 제3항을 신설하였다.
- 7) 제10차 개정(1994.1.5)은 지나치게 높게 설정되었던 군무이탈죄(제30조)와 군용물등에 대한 형의 가중규정(제75조 제1항 제1호)의 법정형을 하향 조정하고, 과실군용물범죄(제73조 제1항) 및 군용물분실죄(제74조)의 법정형에 벌금형을 추가하였다. 또 초령위반죄(제40조)의 구성요건을 세분화하면서 형량을 상향조정하고, 항명죄(제44조)의 법정형을 상향조정하였다.

첫째, 14차례나 개정되었으나, 1차, 5차, 10차, 14차 개정을 제외하고는 대부분 단순히 법정형을 조정하는 수준이었거나 병역법, 군사법원법, 군인사법 등 관련 법률의 개정에 따라 법률용어만 개정한 것이 대부분이다. 그 결과 제정 당시의 체계, 용어, 형량 등이 거의 그대로 유지되고 있다.

둘째, 제정안부터 14차 개정에 이르기까지 모두 정부안이 채택되었고, 의원 입법안은 2003년 10월에 이르러서야 최초로 발의하였는데, 그나마 임기만료로 폐기되었다. 그만큼 학계에서나 입법기관에서 군형법에 대한 관심이 적었던 면을 보여준다.

셋째, 군형법의 법정형이 너무 중하므로 감정이 요구된다는 학계의 주장과 달리 개정을 통해 항명죄, 초령위반죄는 오히려 형량이 늘어났고, 형법, 폭력행위등처벌에관한법률(이하 폭처법) 등에 의하여 처벌하던 범죄를 군형법에도 동일하게 규율하는 등 오히려 처벌범위가 확대되었다.

넷째, 군형법의 규율범위를 대폭 확대한 제1차와 제5차 개정은 군형법의 제정 당시와 마찬가지로 군의 의지가 관철되기 쉬운 시대상황에서 비상 입법기구에 의하여 이루어졌다.⁸⁾ 군형법은 전쟁기 특히 태평양전쟁 말기의 「舊 일본육군형법」의 영향을 받아 법정형이 매우 높은 편이다.⁹⁾ 그런데 개정 군형법들은 기존 체계와 형량은 그대로 유지한 채 법정형을 높이거나 처벌규정을 신설 또는 적용범위를 확대하였다.

그런데 2009년 제14차 개정을 보면 지금까지의 개정과 마찬가지로 군형법의 기본체계는 그대로 유지한 채, 처벌범위를 확대하고 형량을 강화하는 등 기존 개정의 형태를 반복한 측면이 있다.

8) 오병두, “군형법의 문제점과 개정방향”, 형사정책 제20권 제1호, 2008, 17면.

9) 박안서, “군형법의 개정방안에 관한 연구-인권보장과 전투력강화의 조화를 중심으로”, 한양대학교 박사학위논문, 2011, 43면 이하.

II. 군형법의 주요 개정내용 및 문제점

1. 주요 개정내용

2009년 군형법의 주요 개정내용은 다음과 같다.

먼저 ① 장소적 적용범위에 관한 조항을 분리하였다(제1조의2 신설). 기존에 제1조는 ‘피적용자’라는 제명으로 인적 적용범위와 장소적 적용범위에 관한 내용이 함께 규정되어 있었으므로 장소적 적용범위에 관한 부분을 별도 조문으로 분리하였다.

② 군무이탈죄의 법정형을 하향 조정하였다(제30조제1항제3호). 군무이탈죄는 그 형태와 동기가 다양하고, 개인의 범죄적 소질보다는 주로 가정환경이나 외부적 요인에 의하여 발생되고 있음에도 불구하고 법정형이 과중한 문제점이 있어 법정형을 2년 이상 10년 이하의 징역에서 1년 이상 10년 이하의 징역으로 하향 조정하였다.

③ 폭행·협박·상해의 죄에 대한 법정형을 조정하였다(제49조제1항제2호, 제54조제2호, 제55조제1항 및 제60조제1항제2호·제2항). 법에 규정된 폭행·협박·상해의 죄 중 집단 및 특수 폭행·협박죄 등에 대한 법정형이 낮아 법 적용상 문제점이 있으므로, 「형법」상 공무집행방해죄 및 「폭처법」상 집단 및 특수 폭행·협박죄에 대한 법정형에 준하는 수준으로 조정하였다.

④ 폭행·협박·상해의 죄 관련 일부 구성요건을 조정하였다(제49조제2항, 제55조제2항, 제60조제3항, 제52조의3, 제52조의4, 제58조의3, 제58조의4 및 제60조의3 신설, 현행 제51조 및 제57조 삭제). 집단을 이루거나 흥기 등을 휴대하고 상관·초병·직무수행자의 신체를 상해한 경우에 대해 가중처벌 하도록 상관·초병·직무수행자에 대한 집단 및 특수 상해의 구성요건을 신설하고, 집단을 이루지 않고 단순히 2명 이상이 폭행·협박한 경우 각 본조에 정한 형의 2분의 1까지 가중하여 처벌하도록 하였다.

⑤ 결과적 가중범에 대한 평시 사형의 폐지 등 법정형을 조정하였다(제52조제1항제3호, 제52조의5제3호, 제52조의6제3호, 제58조제1항제3호, 제58조의6제3호 및 제60조제4항제3호 신설). 상관·초병·직무수행자에 대한 폭행치사 및 상관에 대한 중상해 등에 대하여는 평시에도 사형까지 처벌이 가능하도록 하고 있어 법정형이

과중하므로 법정형 중 사형을 삭제하고, 폭행치상이나 중상해의 경우 적전(敵前) 또는 집단의 수괴인 때에는 오히려 각 본조의 법정형보다 경한 경우가 있어 각 본조보다 가볍게 처벌받지 않도록 조정하였다.

⑥ 상관살해죄에 대한 법정형을 조정하였다(제53조제1항). 헌법재판소가 상관살해죄에 대하여 ‘무조건 사형으로 다스리는 것은 형법체계상의 정당성을 잃은 것으로서 범죄의 중대성에 비하여 심각하게 불균형적인 과중한 형벌’임을 이유로 위헌 결정(헌재 2007. 11. 29. 2006헌가13)한 취지를 반영하여 상관살해죄의 법정형에 무기징역을 추가하였다.

⑦ 벌금형의 범위를 확대하였다(제60조제1항제2호, 제79조 및 제80조제2항). 일부 과실범을 제외하고는 법정형이 대부분 징역 또는 금고형 이상으로 되어 있으나, 적절한 처벌을 위하여 과실범이나 죄질이 경미한 범죄에 대하여 벌금형을 확대할 필요가 있어 직무수행자 폭행·협박죄, 가혹행위죄, 무단이탈죄 및 업무상과실·중과실 군사기밀누설죄 등에 대하여 선택적으로 벌금형을 추가하였다.

⑧ 위력 행사에 의한 가혹행위죄를 신설하였다(제62조제2항 신설). 군대 내 사고의 원인으로 작용하는 병(兵) 상호 간의 가혹행위를 근절함으로써 건전한 병영분위기를 조성할 필요가 있어 가혹행위죄의 구성요건에 위력을 행사하여 확대 또는 가혹한 행위를 한 경우를 신설하고 그 법정형을 3년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금으로 하였다.

⑨ 군용물범죄에 대한 가중처벌 규정을 정비하였다(제75조제2항). 군용물범죄에 대하여 「형법」 제2편 제38장부터 제41장까지의 죄 중 범죄의 목적물이 총포·탄약 또는 폭발물이 아닌 경우에만 「형법」에 정한 형과 비교하여 중한 형으로 처벌하도록 하고 있어 총포·탄약 또는 폭발물에 대한 강도살인죄 등에 대한 법정형이 「형법」보다 낮아지는 문제점이 있으므로 범죄의 목적물이 총포·탄약 또는 폭발물인 경우에도 「형법」에 정한 형과 비교하여 중한 형으로 처벌하도록 하였다.

⑩ 여군 등을 강간하거나 강제추행한 자 등을 처벌하는 규정을 신설하였다(제92조, 제92조의2부터 제92조의8까지 신설). 여군 등을 강간하거나 강제추행한 자 등을 처벌하는 규정을 신설하고, 강간 등 살인·치사죄에 대하여 고소 없이도 공소를 제기할 수 있도록 하였다.¹⁰⁾

개정내용 가운데 ①, ⑤, ⑥, ⑦, ⑧, ⑨에 대하여는 긍정적으로 평가할 수 있다. 법정형의 감경이 필요하다거나 벌금형이 추가되어야 한다는 학계의 주장을 반영하였고, 실무상 필요성이 제기되었던 위력행사에 의한 가혹행위죄를 추가하였으며, 장소적 적용범위에 관한 규정을 분리하거나 군용물 범죄에 관한 가중처벌 규정을 정비한 것은 합리적이다. 아래에서는 개정 법률 가운데 문제가 되는 조항들인 ②, ③, ④, ⑩ 위주로 검토하고자 한다.

2. 개별 조항의 문제점

가. 군무이탈죄의 법정형 하향조정

1) 개정내용

적전, 전시, 사변 시 또는 계엄지역 외의 지역에서 부대 또는 직무를 이탈한 사람에 대하여 기존에는 ‘2년 이상 10년 이하의 징역’에 처하도록 규정하고 있으나, 개정 법률은 ‘1년 이상 10년 이하의 징역’으로 법정형의 하한을 낮추었다.

기 준	개 정
제30조(군무이탈) ① 군무를 기피할 목적으로 부대 또는 직무를 이탈한 자는 다음의 구별에 의하여 처벌한다. 1. 적전인 경우에는 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다. 2. 전시·사변 또는 계엄지역인 경우에는 5년 이상의 유기징역에 처한다 3. 기타의 경우에는 <u>2년 이상 10년 이하의 징역</u> 에 처한다. ② (생략)	제30조(군무이탈) ① 군무를 기피할 목적으로 부대 또는 직무를 이탈한 사람은 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다. 1. 적전인 경우: 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역 2. 전시, 사변 시 또는 계엄지역인 경우: 5년 이상의 유기징역 3. 그 밖의 경우: <u>1년 이상 10년 이하의 징역</u> ② (생략)

[표 1] 군무이탈죄 개정내용

10) 이 가운데 ①에서 ⑨까지는 2005.12.26에 군사법개혁의 일환으로 군사법원의 조직 등에 관한 법률(안), 군검찰의 조직 등에 관한 법률(안) 등과 함께 군형법 일부 개정법률안(의안번호 17-3675)으로 정부에서 제안한 내용이 거의 그대로 반영되었다.

2) 문제점 검토

기존의 군형법 제30조는 군무이탈죄를 적전¹¹⁾인 경우와 전시¹²⁾·사변¹³⁾ 또는 계엄지역인 경우, 기타의 경우로 나누어 법정형을 달리 규정하면서 “기타의 경우”에는 2년 이상 10년 이하의 징역에 처할 수 있도록 하고 있었다. 군무이탈은 그 형태나 동기가 다양하고, 개인의 범죄적 소질보다는 주로 가정환경이나 내무부조리 등 외부적 요인에 의하여 발생하는 경향이 있음에도 적전이나 전시 등이 아닌 그 밖의 경우, 즉 평시의 군무이탈죄의 법정형이 지나치게 높다는 지적이 있음에 따라 개정 법률은 법정형의 하한을 하향 조정한 것이라고 한다.¹⁴⁾ 군무이탈의 동기는 개인의 범죄적 소질보다는 통제된 환경에 잘 적응하지 못하는 환경적 요인이 많고, 현실적으로 부대에서 탈영하는 현지이탈보다는 휴가 미복귀 사례가 대다수라는 점을 감안하면 형량을 감경한 것은 타당한 접근이라 하겠다.

그러나 실무에서는 1회 군무이탈한 경우에는 군무이탈자가 ‘재복무의사’를 밝히면 기소유예 처분을 하는 경우가 일반적이고, 2회 이상 군무이탈하더라도 집행유예 처분을 하는 경우가 많다. 육군의 경우 해마다 약 1,000여건의 군무이탈죄 입건사건 가운데 기소유예 처분을 받는 경우가 2/3에 달하고 있다.¹⁵⁾

2005년		2006년		2007년		2008년		2009년	
입건	기소	입건	기소	입건	기소	입건	기소	입건	기소
971	299	1,634	332	1,234	373	956	318	693	247

[표 2] 육군의 군무이탈사건 처리현황¹⁶⁾

11) 군형법 제2조(용어의 정의)

5. 적전이라 함은 적에 대하여 공격방어의 전투행동을 개시하기 직전과 개시후의 상태 또는 적과 직접 대치하여 그 내습을 경계하는 상태를 말한다.

12) 군형법 제2조(용어의 정의)

6. 전시라 함은 상대국이나 교전단체에 대하여 신전포고를 하였거나 대적행위를 취한 때로부터 당해 상대국이나 교전단체에 대한 휴전협정이 성립된 때까지의 기간을 말한다.

13) 군형법 제2조(용어의 정의)

7. 사변이라 함은 전시에 준하는 동란상태로서 전국 또는 지역별로 계엄이 선포된 기간을 말한다.

14) 군형법 일부개정법률안 국회 법제사법위원회 검토보고서 참조.

15) 박안서, 앞의 글, 129면.

과도한 법정형에 따른 양형의 왜곡현상이라 할 수 있겠다. 이는 법정형이 징역형에 국한되고 하한이 높기 때문에 발생한 것이므로 ‘2년 이상 10년 이하의 징역’에서 ‘1년 이상 10년 이하의 징역’으로 하한을 감경하더라도 동일한 현상이 반복될 것이다. 군형법 제정 당시에는 ‘3년 이하의 징역’이었던 것이 개정을 반복하며 형량이 늘어난 것이다. 따라서 ‘그 밖의 경우’에는 ‘1년 이상 10년 이하의 징역’이 아닌 ‘10년 이하의 징역’으로 법정형을 하향하고 벌금형을 선택형으로 추가시키는 것이 타당하다고 본다.

3) 특수군무이탈죄의 문제

군형법 제31조는 특수군무이탈죄에 대하여 규정하고 있다.¹⁷⁾ 본죄는 군무이탈죄에 대한 특별범죄형태이지만, 군무이탈죄와 구성요건이 유사하고 법정형도 동일하다. 본죄의 주체는 군형법 피적용자 중 위험 또는 중요한 임무에 종사하고 있는 자이다. 위험한 임무란 생명, 신체에 대한 위험을 동반하는 임무를 말하고, 중요한 임무란 타인이 즉각적으로 대체하기 곤란한 임무라든가 군의 기능수행상 중대한 관계가 있는 임무를 말한다.

그러나 본죄에 해당되는 행위에 대하여는 1) ‘위험하거나 중요한 임무’라는 개념 자체가 불명확하고¹⁸⁾, 2) 구성요건이 모두 군무이탈죄에 포함된다는 문제점이 있다. 또한 3) 제30조의 일반 군무이탈죄의 불법성보다 불법성이 더 강하다고 할 것임에도 불구하고, 동일한 법정형으로 처단하고 있다. 즉 제30조에 의해서도 충분히 해결할 수 있는 문제를 굳이 별도의 규정을 두어 처벌하고 있다. 이는 비례의 원칙에 위배된다고 본다.¹⁹⁾ 따라서 본죄에 해당하는 행위는 군무이탈죄로도 충분히 처벌이 가능하므로 본조항은 삭제하는 것이 타당하다고 본다.²⁰⁾

16) 2010년도 국정감사 요구자료(군사법원 소관)

17) 군형법 제31조(특수 군무이탈) 위험하거나 중요한 임무를 회피할 목적으로 배치지 또는 직무를 이탈한 사람도 제30조의 예에 따른다.

18) 남북한이 군사적으로 대치하고 있는 상황에서 위험하거나 중요한 임무와 위험하지 않거나 중요하지 않은 임무가 어떻게 구분될 수 있을지 의문이다. 예컨대 2010.3.26.에 발생한 천안함 침몰사건과 북한 경비정의 NLL침몰사건에 따른 1999년의 제1연평해전, 2002년의 제2연평해전, 2009년의 대청해전은 남북 대치상황에서 계속 발생할 수 있는 실재상황이다.

19) 박찬걸, “군형법상 군무이탈죄와 관련된 문제점과 개선방안”, 형사정책 제22권 제1호, 226면.

4) 외국군의 입법례

먼저 미국의 UCMJ에는 제86조에서 무단이탈죄를 규정하고²¹⁾, 제85조 (a)에서는 군무이탈죄를 행위별로 상세하게 규정되어 있다.²²⁾ (1)허가없이 부대, 조직 또는 근무장소를 영구이탈의 목적으로 이탈한 자, (2)위험한 임무나 중요한 군무를 회피할 목적으로 부대, 조직 또는 근무장소를 이탈한 자, (3)어떤 군으로부터 정식으로 제대하지 아니하였음에도 동사실을 완전히 숨기고 동일군 또는 타군에 입대하거나, 임명된 자 또는 미합중국의 허가없이 외국군에 들어간 자는 군무이탈의 죄책을 진다. 이를 보면 (1)의 행위는 우리 군형법 제30조(군무이탈)와 유사하고, (2)의 행위는 우리 군형법 제31조(특수군무이탈)와 유사한 점을 볼 수 있다. 반면, 독일군형법

20) 국방부군사법원 발간 판례집을 보더라도 특수군무이탈죄에 해당하는 판례는 1977.11.30. 육군77고군형항415 가 유일하다(피고인이 복귀군으로 보이는 적이 5발을 쏘아 다른 병사를 살해하는 것을 보고, 소속 위치인 167번호 좌측에서 각 약5분과 3분간 엎드려 숨어 있었던 행위는...특수군무이탈죄로 처벌할 수 없다는 취지).

21) UCMJ ART.86. ABSENCE WITHOUT LEAVE

Any member of the armed forces who, without authority--

- (1) fails to go to his appointed place of duty at the time prescribed;
- (2) goes from that place; or
- (3) absents himself or remains absent from his unit, organization, or place of duty at which he is required to be at the time prescribed; shall be punished as a court-martial may direct.

22) UCMJ ART.85. DESERTION

(a) Any member of the armed forces who--

- (1) without authority goes or remains absent from his unit, organization, or place of duty with intent to remain away therefrom permanently;
- (2) quits his unit, organization, or place of duty with intent to avoid hazardous duty or to shirk important service; or
- (3) without being regularly separated from one of the armed forces enlists or accepts an appointment in the same or another on of the armed forces without fully disclosing the fact that he has not been regularly separated, or enters any foreign armed service except when authorized by the United States; is guilty of desertion.

(b) Any commissioned officer of the armed forces who, after tender of his resignation and before notice of its acceptance, quits his post or proper duties without leave and with intent to remain away therefrom permanently is guilty of desertion.

(c) Any person found guilty of desertion or attempt to desert shall be punished, if the offense is committed in time of war, by death or such other punishment as a court-martial may direct, but if the desertion or attempt to desert occurs at any other time, by such punishment, other than death, as a court-martial may direct.

(WStG)에는 군무이탈행위에 대하여 상세하게 구분한 형태가 아니고 단지 제15조에서 무단이탈죄, 제16조에서 군무이탈죄²³⁾를 규정하고, 영국의 The Armed Forces Act 2006 또한 SECTION 8. Desertion, SECTION 9. Absence without leave에서 각각 군무이탈죄와 무단이탈죄를 규정하고 있다. 舊 일본육군형법에서는 무단이탈죄 규정이 없고, 제75조에서 군무이탈죄²⁴⁾, 제76조에서 다중 군무이탈죄를 간략하게 규정하고 있을 뿐이다. 이들 규정을 살펴보면 우리 군형법은 군무이탈죄와 특수 군무이탈죄에 있어서는 제정당시부터 미국의 UCMJ를 모델로 하여 규정한 것으로 보인다.²⁵⁾ 그런데 UCMJ에서는 군무이탈행위를 세분화하여 군무이탈행위에 특수 군무이탈행위를 포함시킨 반면에, 우리 군형법은 규정형식이 유사하고 법정형도 동일한데도 불구하고 별도로 규정하고 있다.

나. 폭행·협박·상해죄에 대한 법정형 상향 조정 등

1) 개정내용

개정 법률은 상관에 대한 집단 폭행·협박죄(제49조제1항제2호), 초병에 대한 집

23) 독일군형법(WStG) 제16조

- (1) 지속적으로 또는 무장출동기간동안 군무를 기피할 목적으로 또는 군복무관계를 마칠 목적으로 부대 또는 근무장소를 이탈한 자는 5년 이하의 자유형에 처한다.
- (2) 전항의 미수는 처벌한다.
- (3) 군무이탈자가 1개월 이내에 복귀하고 군무를 준수할 의사가 있으면 3년 이하의 자유형에 처한다.
- (4) 형법 제30조 제1항에 따라 공범의 미수에 관한 규정은 제1항의 의한 범죄행위에도 적용된다.

24) 舊 일본육군형법 제75조 이유없이 적역을 이탈하거나 적역에 태만한 자는 아래와 같이 처벌한다.

1. 적전일 경우 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역 또는 금고에 처함
2. 전시, 군중 또는 경계지역에 있어 3일을 넘게 오지 않을 경우 6개월 이상 7년 이하의 징역 또는 금고에 처함
3. 그 외의 경우 6일 이상 오지 않을 경우 5년 이하의 징역 또는 금고에 처함

25) 제정 군형법 제30조(군무이탈) ①군무를 기피할 목적으로 부대 또는 직무를 이탈한 자는 다음의 구별에 의하여 처벌한다.

1. 적전인 경우에는 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.
2. 전시, 사변 또는 계엄지역인 경우에는 1년 이상의 유기징역에 처한다.
3. 기타의 경우에는 3년 이하의 징역에 처한다.

제31조(특수군무이탈) 위법 또는 중요한 목적으로 배치지 또는 직무를 이탈한 자도 전조의 예에 의한다.

단 폭행·협박죄(제54조제2호), 직무수행자에 대한 집단 폭행·협박죄(제60조제2항 제1호 및 제2호)의 법정형을 상향 조정하는 한편, 집단을 이루지 않고 2인 이상이 공동하여 상관·초병·직무수행자에 대한 폭행·협박을 한 경우 1/2 가중처벌하는 조항(제49조제2항, 제55조제2항, 제60조제3항)을 신설하였다.

기 준	개 정
제49조(상관에 대한 집단폭행, 협박) 집단을 이루어 전조의 죄를 범한 자는 다음의 구별에 의하여 처벌한다. 1. 적전인 경우에는 수괴는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처하고 기타의 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다. 2. 기타의 경우에는 수괴는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하고 <u>기타의 자는 10년 이하의 징역에 처한다.</u> <신 설>	제49조(상관에 대한 집단 폭행, 협박 등) ① 집단을 이루어 제48조의 죄를 범한 사람은 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다. 1. 적전인 경우: 수괴는 무기 또는 10년 이상의 징역, 그 밖의 사람은 3년 이상의 유기징역 2. 그 밖의 경우: 수괴는 무기 또는 5년 이상의 징역, 그 밖의 사람은 <u>1년 이상의 유기징역</u> ② 집단을 이루지 아니하고 2명 이상이 공동하여 제48조의 죄를 범한 경우에는 제48조에서 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.
제54조(초병에 대한 폭행, 협박) 초병에 대하여 폭행 또는 협박을 한 자는 다음의 구별에 의하여 처벌한다. 1. 적전인 경우에는 7년 이하의 징역에 처한다. 2. 기타의 경우에는 <u>3년 이하의 징역에 처한다.</u>	제54조(초병에 대한 폭행, 협박) 초병에게 폭행 또는 협박을 한 사람은 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다. 1. 적전인 경우: 7년 이하의 징역 2. 그 밖의 경우: <u>5년 이하의 징역</u>
제55조(초병에 대한 집단폭행, 협박) 집단을 이루어 전조의 죄를 범한 자는 다음의 구별에 의하여 처벌한다. 1. 적전인 경우에는 수괴는 5년 이상의 유기징역에 처하고 <u>기타의 자는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.</u> 2. 기타의 경우에는 수괴는 2년 이상의 유기징역에 처하고 <u>기타의 자는 5년 이하의 징역에 처한다.</u> <신 설>	제55조(초병에 대한 집단 폭행, 협박 등) ① 집단을 이루어 제54조의 죄를 범한 사람은 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다. 1. 적전인 경우: 수괴는 5년 이상의 유기징역, <u>그 밖의 사람은 3년 이상의 유기징역</u> 2. 그 밖의 경우: 수괴는 2년 이상의 유기징역, <u>그 밖의 사람은 1년 이상의 유기징역</u> ② 집단을 이루지 아니하고 2명 이상이 공동하여 제54조의 죄를 범한 경우에는 제54

제60조(직무수행중인 자에 대한 폭행·협박 등) ①상관 또는 초병 이외의 직무수행중인 자에 대하여 폭행 또는 협박을 한 자는 다음의 구별에 의하여 처벌한다. 1. 적전인 경우에는 7년 이하의 징역에 처한다. 2. 기타의 경우에는 <u>3년 이하의 징역</u>에 처한다. ②흥기 기타 위험한 물건을 휴대하고 전항의 죄를 범한 자는 다음의 구별에 의하여 처벌한다. 1. 적전인 경우에는 <u>1년 이상 10년 이하의 징역</u>에 처한다. 2. 기타의 경우에는 <u>5년 이하의 징역</u>에 처한다. <신 설> ③ ~ ⑤(생략)	<u>조에서 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.</u> 제60조(직무수행 중인 군인 등에 대한 폭행, 협박 등) ① 상관 또는 초병 외의 직무수행 중인 사람(군인 또는 제1조제3항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에 한한다. 이하 “군인등”이라 한다)에게 폭행 또는 협박을 한 사람은 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다. 1. 적전인 경우: 7년 이하의 징역 2. 그 밖의 경우: <u>5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금</u> ② 집단을 이루거나 또는 흥기나 그 밖의 위험한 물건을 휴대하고 제1항의 죄를 범한 사람은 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다. 1. 적전인 경우: <u>3년 이상의 유기징역</u> 2. 그 밖의 경우: <u>1년 이상의 유기징역</u> ③ 집단을 이루지 아니하고 2명 이상이 공동하여 제1항의 죄를 범한 경우에는 제1항에서 정한 형의 2분의 1까지 가중한다. ④·⑤ (생략)
--	---

[표 3] 폭행·협박·상해죄 개정내용

2) 문제점 검토

가) 폭행·협박·상해죄에 대한 법정형 상향 조정

개정 법률은 상관·초병·직무수행자에 대한 폭행·협박·상해죄에 대하여 법정형을 상향 조정하였는데, 기존과의 차이를 비교하면 다음 표와 같다.

범죄 행위	기 존	개 정
평시 상관에 대한 집단 폭행·협박죄 중 수괴이외의 자(제49조제2호)	10년 이하의 징역	1년 이상의 유기징역
평시 초병에 대한 폭행·협박죄(제54조제2호)	3년 이하의 징역	5년 이하의 유기징역

초병에 대한 집단폭행·협박죄 중 수괴 이외의 자 (제55조제1항)	적전시	2년 이상 10년 이하의 징역	3년 이상의 유기징역
	평시	5년 이하의 징역	1년 이상의 유기징역
평시 직무수행자에 대한 폭행·협박 (제60조제1항제2호, 제2항)		3년 이하의 징역	5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금
직무수행자에 대한 집단 (특수)폭행·협박(제60조 제2항)	적전시	1년 이상 10년 이하 징역	3년 이상 유기징역
	평시	5년 이하의 징역	1년 이상 유기징역

[표 4] 폭행·협박·상해죄 법정형 비교

개정 법률은 기존 균형법상 집단 및 특수폭행·협박죄 등의 법정형이 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」(이하 “폭처법”이라 함)²⁶⁾의 집단폭행, 특수폭행죄²⁷⁾의 법정형에 비하여 낮아 실효성이 미흡하므로 폭처법의 법정형과 균형을 맞추고, 현행 초병폭행·협박죄와 직무수행자 폭행·협박죄의 법정형이 「형법」의 단순 폭행죄²⁸⁾나 협박죄²⁹⁾의 법정형보다는 높지만 초병이나 직무수행자도 공무원수행자라는 입장에서

26) 폭력행위 등 처벌에 관한 법률

제3조(집단적 폭행등) ①단체나 다중의 위력으로써 또는 단체나 집단을 가장하여 위력을 보임으로써 제2조제1항에 열거된 죄를 범한 자 또는 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 그 죄를 범한 자는 제2조제1항 각 호의 예에 따라 처벌한다

제2조(폭행등) ①상습적으로 다음 각 호의 죄를 범한 자는 다음의 구분에 따라 처벌한다.

1. 「형법」 제260조제1항(폭행), 제283조제1항(협박), 제319조(주거침입, 퇴거불응) 또는 제366조(재물손괴등)의 죄를 범한 자는 1년 이상의 유기징역
2. 「형법」 제260조제2항(존속폭행), 제276조제1항(체포, 감금), 제283조제2항(존속협박) 또는 제324조(강요)의 죄를 범한 자는 2년 이상의 유기징역
3. 「형법」 제257조제1항(상해)·제2항(존속상해), 제276조제2항(존속체포, 존속감금) 또는 제350조(공간)의 죄를 범한 자는 3년 이상의 유기징역

27) 형법 제136조(공무집행방해) ①직무를 집행하는 공무원에 대하여 폭행 또는 협박한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

28) 형법

제260조 (폭행, 존속폭행) ①사람의 신체에 대하여 폭행을 가한 자는 2년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다.

②·③ (생략)

29) 형법

제283조 (협박, 존속협박) ①사람을 협박한 자는 3년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다.

②·③ (생략)

법정형을 상향조정함으로써 형법 제136조의 공무집행방해죄³⁰⁾의 법정형과 군형을 맞춘 것이다. 군형법은 형법의 특별법으로서 형법과 동일한 범죄행위라 하더라도 군사목적에 위하여 가중처벌하는 법률이므로 형법이나 폭처법에 비하여 법정형이 낮은 것은 군형법의 입법취지에 부합하지 못한 점이 있고, 군의 정상적인 업무수행도 일종의 공무에 해당하므로 일반인의 집단 폭행·협박 등의 죄, 공무집행방해죄 등과의 군형을 맞추므로써 이러한 범죄들에 대한 군형법 적용을 적정화한다는데 일응 타당성이 있기는 하다.

그러나 군형법은 탈영이나 항명, 항복 등 군조직의 기능보호 및 군기유지를 위하여 특별히 필요한 경우에 한정하여 적용되는 것이 바람직하고, 형법 또는 폭처법 등 일반 형사법규로 처벌이 가능한 범죄를 군형법에 중복하여 규정할 필요가 있는지에 대하여는 근본적인 검토가 필요하다고 본다. 또한 법정형을 상향조정한 범죄행위들이 최근 빈발하여 군형법을 강력하게 적용하지 않으면 안되는 등 실무상 문제점이 있기 때문에 개정을 하는 것이 아니라 단순히 타 법률과 법정형의 군형을 맞추기 위해서 개정한 것이라면 과연 이런 개정이 필요한지 의문스럽다.

나) 합동범 조항 신설

군사법원은 현행법상 집단폭행·협박죄의 “집단”과 관련하여 ‘다수인이 의사공동 아래 공동목적으로 결합되어 있는 집합체로서 상하관계의 조직을 이루고 수괴와 그 밖의 임무수행자 등 일정한 역할 분담이 있을 때 성립하며, 이러한 집단성이 인정되지 않는 경우는 단순 상관폭행·협박죄의 공동정범으로 의율하여야 한다고 보고 있어³¹⁾ 단순히 2인 이상이 공동하여 폭행·협박한 경우 가중처벌하지 못하는 문제가 있어왔다.

폭처법 제2조제2항도 합동범에 대하여 형을 가중하고 있으므로³²⁾ 개정 법률이

30) 형법

제136조 (공무집행방해) ①직무를 집행하는 공무원에 대하여 폭행 또는 협박한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

②공무원에 대하여 그 직무상의 행위를 강요 또는 저지하거나 그 직을 사퇴하게 할 목적으로 폭행 또는 협박한 자도 전항의 형과 같다.

31) 1993. 5. 25. 육군93노96

32) 폭력행위 등 처벌에 관한 법률

집단이 아닌 2인 이상이 공동하여 폭행·협박한 경우의 가중처벌조항을 신설함으로써 폭처법이 아닌 균형법이 적용될 수 있도록 한 것인데, 폭처법 등 일반 형사법규로 처벌이 가능한 범죄를 균형법에도 중복하여 규정할 필요가 있는지에 대하여는 근본적인 검토가 필요하다고 본다.

다. 집단특수폭행·협박죄의 삭제 및 집단상해죄 등의 신설

1) 개정내용

개정 법률은 상관·초병·직무수행자에 대한 집단특수폭행·협박죄를 삭제하고(제51조, 제57조, 제60조제5항), 상관·초병·직무수행자에 대한 집단 및 특수 상해죄를 신설하는 한편(제52조의3, 제52조의4, 제58조의3·4, 제60조의3), 직무수행자에 대한 집단폭행·협박죄를 추가하고 있다(제60조제2항).

기 존	개 정
제51조(상관에 대한 집단특수폭행, 협박) 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하고 제49조의 죄를 범한 자는 다음의 구별에 의하여 처벌한다. 1. 적전인 경우에는 수괴는 사형에 처하고 기타의 자는 10년 이상의 징역에 처한다. 2. 기타의 경우에는 수괴는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처하고 기타의 자는 2년 이상 10년 이하의 징역에 처한다. <u><신 설></u>	<u><삭 제></u> 제52조의3(상관에 대한 집단상해 등) ① 집

제2조(폭행등) ①상습적으로 다음 각 호의 죄를 범한 자는 다음의 구분에 따라 처벌한다.

1. 「형법」 제260조제1항(폭행), 제283조제1항(협박), 제319조(주거침입, 퇴거불응) 또는 제366조(재물손괴등)의 죄를 범한 자는 1년 이상의 유기징역
2. 「형법」 제260조제2항(존속폭행), 제276조제1항(체포, 감금), 제283조제2항(존속협박) 또는 제324조(강요)의 죄를 범한 자는 2년 이상의 유기징역
3. 「형법」 제257조제1항(상해)·제2항(존속상해), 제276조제2항(존속체포, 존속감금) 또는 제350조(공갈)의 죄를 범한 자는 3년 이상의 유기징역

②2인 이상이 공동하여 제1항 각 호에 열거된 죄를 범한 때에는 각 형법 본조에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.

<신 설> 제57조(초병에 대한 집단특수폭행, 협박) 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하고 제55조의 죄를 범한 자는 다음의 구별에 의하여 처벌한다. 1. 적전인 경우에는 수괴는 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역에 처하고 기타의 자는 5년 이상의 유기징역에 처한다. 2. 기타의 경우에는 수괴는 10년 이상의 유기징역에 처하고 기타의 자는 10년 이하의 징역에 처한다. <신 설>	단을 이루어 제52조의2의 죄를 범한 사람은 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다. 1. 적전인 경우: 수괴는 무기 또는 10년 이상의 징역, 그 밖의 사람은 무기 또는 5년 이상의 징역 2. 그 밖의 경우: 수괴는 무기 또는 7년 이상의 징역, 그 밖의 사람은 3년 이상의 유기징역 ② 집단을 이루지 아니하고 2명 이상이 공동하여 제52조의2의 죄를 범한 경우에는 제52조의2에서 정한 형의 2분의 1까지 가중한다. 제52조의4(상관에 대한 특수상해) 흉기나 그 밖의 위험한 물건을 휴대하고 제52조의2의 죄를 범한 사람은 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다. 1. 적전인 경우: 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역 2. 그 밖의 경우: 무기 또는 3년 이상의 징역 <삭 제> 제58조의3(초병에 대한 집단상해 등) ① 집단을 이루어 제58조의2의 죄를 범한 사람은 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다. 1. 적전인 경우: 수괴는 무기 또는 7년 이상의 징역, 그 밖의 사람은 무기 또는 5년 이상의 징역 2. 그 밖의 경우: 수괴는 5년 이상의 유기징역, 그 밖의 사람은 3년 이상의 유기징역
--	---

<신 설>	② 집단을 이루지 아니하고 2명 이상이 공동하여 제58조의2의 죄를 범한 경우에는 제58조의2에서 정한 형의 2분의 1까지 가중한다. 제58조의4(초병에 대한 특수상해) 흉기나 그 밖의 위험한 물건을 휴대하고 제58조의2의 죄를 범한 사람은 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다. 1. 적전인 경우: 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역 2. 그 밖의 경우: 3년 이상의 유기징역
<신 설>	제60조의3(직무수행 중인 군인등에 대한 집단상해 등) ① 집단을 이루거나 또는 흉기나 그 밖의 위험한 물건을 휴대하고 제60조의2의 죄를 범한 사람은 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다. 1. 적전인 경우: 무기 또는 5년 이상의 징역 2. 그 밖의 경우: 3년 이상의 유기징역 ② 집단을 이루지 아니하고 2명 이상이 공동하여 제60조의2의 죄를 범한 경우에는 제60조의2에서 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.

[표 5] 집단특수폭행·협박죄 및 집단상해죄 등 개정내용

2) 문제점 검토

기존에는 군형법에 상관, 초병 등을 집단으로 또는 흉기 등을 휴대하여 상해한 경우 처벌규정이 없어 폭처법³³⁾을 적용하게 되므로 개정 법률은 군형법에 이에 준하는 구성요건을 신설하여 군형법의 적용범위를 넓힘과 아울러 폭처법상 집단·특수

33) 폭력행위 등 처벌에 관한 법률

제3조(집단적 폭행등) ①단체나 다중의 위력으로써 또는 단체나 집단을 가장하여 위력을 보임으로써 제2조제1항에 열거된 죄를 범한 자 또는 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 그 죄를 범한 자는 제2조제1항 각 호의 예에 따라 처벌한다

제2조(폭행등) ①상습적으로 다음 각 호의 죄를 범한 자는 다음의 구분에 따라 처벌한다.

3. 「형법」 제257조제1항(상해)·제2항(존속상해), 제276조제2항(존속채포, 존속감금) 또는 제350조(공갈)의 죄를 범한 자는 3년 이상의 유기징역

상해에 준하는 법정형을 규정하고 있다. 초병에 대한 집단상해(제58조의3)는 적전과 평시를 나누어 각각 직무수행자에 대한 집단상해의 법정형에 맞추고, 수괴에 대해서는 징역형의 하한을 각각 2년씩 가중하며, 초병에 대한 특수상해(제58조의4)는 적전시 법정형은 초병에 대한 특수폭행·협박죄의 적전시 법정형(사형, 무기 또는 3년 이상의 징역)에 비해 징역형의 하한을 2년 가중하고, 평시 법정형은 폭처법상 특수상해의 법정형에 맞추었다.

그러나 형법이나 폭처법 등 일반 형사법규로 처벌이 가능한 범죄를 균형법에 중복하여 규정할 필요가 있는지에 대하여는 앞에서 본 것처럼 근본적인 검토가 필요하다. 신설하는 조항에 해당하는 범죄들이 최근 빈발하여 일반 형사법규가 아닌 균형법을 적용하지 않으면 안되는 등 실무상 문제점이 있기 때문에 개정을 하는 것이 아니라 단순히 타 법률과 법정형의 균형을 맞추기 위해서 개정한 것이라면 과연 이러한 개정의 필요성이 있는지 의문스럽다.

라. 여군 등을 강간하거나 강제추행한 자 등을 처벌하는 규정 신설

1) 개정내용

여군 등을 강간하거나 강제추행한 자 등을 처벌하는 규정을 신설하고, 강간 등 상해·치상, 강간 등 살인·치사죄에 대하여 고소 없이도 공소를 제기할 수 있도록 하였다. 한편 추행(계간)죄의 법정형은 현행 1년 이하의 징역에서 2년이하의 징역으로 상향조정하였다.

기 존	개 정
제92조(추행) 계간 기타추행을 한 자는 1년 이하의 징역에 처한다.	제92조(강간) 폭행이나 협박으로 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 부녀를 강간한 사람은 5년 이상의 유기징역에 처한다.
<신 설>	제92조의2(강제추행) 폭행이나 협박으로 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람에 대하여 추행을 한 사람은 1년 이상의 유기징역에 처한다.
<신 설>	제92조의3(준강간, 준강제추행) 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람의 심신상

<신 설>	실 또는 항거불능 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 사람은 제92조 및 제92조의2의 예에 따른다.
<신 설>	제92조의4(미수범) 제92조, 제92조의2 및 제92조의3의 미수범은 처벌한다.
<신 설>	제92조의5(추행) 계간(鷄姦) 그 밖에 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.
<신 설>	제92조의6(강간등 상해·치상) 제92조, 제92조의2부터 제92조의4까지의 죄를 범한 사람이 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람을 상해하거나 상해에 이르게 한 때에는 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.
<신 설>	제92조의7(강간등 살인·치사) 제92조, 제92조의2부터 제92조의4까지의 죄를 범한 사람이 제1조제1항부터 제3항까지에 규정된 사람을 살해한 때에는 사형 또는 무기징역에 처한다. 사망에 이르게 한 때에는 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.
<신 설>	제92조의8(고소) 제92조, 제92조의2부터 제92조의4까지의 죄는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다.

[표 6] 강간죄 등 개정내용

2) 문제점 검토

가) 여군 등을 강간하거나 강제추행한 자 등을 처벌하는 규정 신설

이 조항의 개정 취지는 다음과 같다. 국방부는 2008년 현재 4,900명(2.7%) 수준인 여군의 수를 2020년까지 11,600명(5.6%) 수준으로 증원할 계획인데, 성범죄로부터 여군을 보호하는 제도가 아직은 다소 미흡한 실정이다. 여군에 대한 성폭력은 상명하복의 엄격한 위계질서를 이용하여 이루어질 수 있으므로 형법에 비해 처벌규정을 강화하여 여군을 성범죄로부터 더욱 보호하고 군대내 성폭력 문제를 근절하려는 것이다.

그러나 처벌을 강화하기 이전에 여군의 증가 추세로 인해 여군에 대한 성범죄가

얼마나 증가할 것인지, 기존의 규정 또는 형법으로 성범죄를 규제하는데 제한사항이 많았는지, 여군의 증가로 인해 성범죄가 그만큼 더 발생하였는지 등에 대한 검토를 거쳤는지 의문스럽다. 여성인력이 증가함에 따라 성범죄 가능성이 높아질 것이라는 추정에 근거하여 처벌규정을 신설하고 형량을 강화하는 것이라면 개정의 타당성에 대해 납득할 수 없고, 이런 형태의 개정이 필요한지 의문스럽다. 더욱이 강간, 강제추행 등 동일한 범죄행위에 대하여 남성 군인 등이 군인이란 신분으로 인하여 일반 남성들에 비해 무거운 처벌을 받게 되는 것은 평등원칙에 위배된다고 본다.

나) 추행죄 법정형 상향조정

한편 추행죄의 법정형은 현행 1년 이하의 징역에서 2년 이하의 징역으로 상향조정되었다. 군형법상의 추행죄의 경우, 형법상 친고죄인 강제추행죄에 대해 보조적으로 적용되어 강제추행죄에 대하여 고소 취하 등으로 처벌할 수 없을 경우에도 이를 처벌할 수 있는 역할을 하고 있다는 점을 감안하면 현행 1년 이하 징역의 법정형은 가볍다는 지적이 가능하며, 따라서 법정형의 상한을 상향조정하고 양형의 재량을 넓히는 것은 구체적 타당성을 확보할 수 있다는 점에서 일응 타당성이 있다.

그러나 실무상 추행죄는 독자적으로 적용되기 보다는 강제추행죄에 보조적으로 적용되고 있고, 외국 군형법 중 미국의 UCMJ를 제외하고는 입법례를 찾아볼 수 없으며, 강제력을 동반하지 않은 개인 간의 은밀한 행위까지도 처벌할 수 있는 문제점이 있어서 계간죄에 대한 근본적인 검토가 필요하다고 본다.

III. 군형법의 개정방안

1. 군형법의 근본적인 문제점

가. 제정과 개정과정의 문제점

군형법은 「국방경비법」³⁴⁾을 모태로 제정되었다고 하지만, 그 형식이나 내용, 용어면에서 「舊 일본육군형법」³⁵⁾(명치 41년 4월 10일 법률 제46호로 제정, 소화 22년 3월 17일 정령 제52호로 폐지)과 매우 유사하다. 군형법안 제안이유³⁶⁾는 「국방경비법」과 「해안경비법」에 대치하여 육해공군에 공통적으로 적용할 통일 군형사법전을 만든다는 것이었으나, 그 체계나 내용은 舊 일본육군형법과 해군형법을 거의 그대로 차용한 것이다.³⁷⁾

舊 일본육군형법의 第一章 叛亂ノ罪와 第二章 擅權ノ罪 및 第三章 辱職ノ罪가 국방경비법의 영향으로 다소 분화된 것 이외에는 큰 차이가 없다. 즉 舊 일본육군형법의 第一章 叛亂ノ罪가 군형법에서는 叛亂의 죄(제1장)와 利敵의 죄(제2장)로 장명만 바뀌었고, 第二章 擅權ノ罪와 第三章 辱職ノ罪가 指揮權濫用의 죄(제3장), 指揮官의 降服과 逃避의 죄(제4장), 守所離脫의 죄(제5장), 軍務離脫의 죄(제6장) 및 軍務怠慢의 죄(제7장) 그리고 第十一章 違令ノ罪가 違令의 죄(제12장)와 그밖의 죄(제16장) 등으로 분화되었다는 점을 제외하면, 군형법의 나머지

34) 국방경비법은 1928년 미 전시군법전(Articles of War)을 그대로 번역한 법률인데 미 전시군법전은 2차 세계대전 후 1950년 해안경비법(The Disciplinary Laws of the Coast Guard) 등과 통합되어 대폭 수정되어 군사법통일법전(UCMJ)이 되었다.

35) 舊 일본육군형법(明治 41년 4월 10일 법률 제46호로 제정, 昭和 22년 3월 17일 정령 제52호로 폐지)은 제1편(총칙), 제2편(죄), 104개 조문으로 되어있다. 제2편은 제1장 반란죄, 제2장 천권죄(擅權罪), 제3장 욕직죄(辱職罪), 제4장 항명죄, 제5장 폭행협박죄, 제6장 모욕죄, 제7장 도망죄, 제8장 군용물손괴죄, 제9장 약탈죄, 제10장 포로에 관한 죄, 제11장 위령죄로 구성되어 있다.

36) “현행 「국방경비법」과 「해안경비법」은 정부수립 이전에 제정된 과도정부 법률로서 이들은 현실정에 맞지 않는 점이 허다할 뿐만 아니라 실체법적 규정과 절차법적 규정이 혼합 규정되어 있어 법체계상에 있어서도 불합리한 점이 있으므로 급변 구법령 정비사업으로 기존 「국방경비법」과 「해안경비법」에 대치하여 육해공군에 공통으로 적용할 통일법전으로서 「군형법」을 제정한다”

37) 조운, 「군형법 개정론」, 대법원 법원행정처 편, 사법논집 제2집, 1972, 435면; 육군사관학교, 「군사법원론(제2개정판)」, 일신사, 2004, 6-7면.

장명(章名)과 장순(章順)은 일본 군형법과 일치한다.

국방경비법	舊 일본육군형법	군형법
제1편 총칙	제1편 총칙	제1편 총칙
제1조 군법피적용자		제1조 군법피적용자
제2조 용어의 정의		제2조 용어의 정의
제3조 민간재판소와 군법회의 와의 재판권 관계		제3조 사형집행
제4조 민간당국에 대한 범인인도		제4조 타법적용례
제2편 죄	제2편 죄	제2편 각칙
제1장 입대, 보고, 점검	제1장 반란의 죄	제1장 반란의 죄
제2장 도망, 무단이탈	제2장 천권죄(擅權罪)	제2장 이적의 죄
제3장 불경, 항명, 폭동	제3장 욕직죄(辱職罪)	제3장 지휘권남용의 죄
제4장 금족, 감금	제4장 항명죄	제4장 지휘관의 항복과 도피의 죄
제5장 전시범	제5장 폭행협박죄	제5장 수소이탈의 죄
제6장 근무중 범죄	제6장 모욕죄	제6장 군무이탈의 죄
제7장 군용물	제7장 도망죄	제7장 군무태만의 죄
제8장 정부에 대한 비행	제8장 군용물손괴죄	제8장 항명의 죄
제9장 군기문란	제9장 약탈죄	제9장 폭행, 협박의 죄
제10장 기타 각종의 범죄	제10장 포로에 관한 죄	제10장 모욕의 죄
	제11장 위령죄	제11장 군용물에 관한 죄
		제12장 위령의 죄
		제13장 약탈의 죄
		제14장 포로에 관한 죄
		제15장 기타의 죄

[표 7] 국방경비법, 군형법, 舊 일본육군형법 비교³⁸⁾

38) 이승호, “군형법의 문제점과 개정방향에 관한 연구”, 연세대학교 박사학위논문, 2007, 29면

[표 7]을 통해 군형법은 제정 당시 1942년에 개정된 舊 일본육군형법을 모델로 하여 제정되었음을 알 수 있다. 제정 군형법은 일본 군형법의 특징을 그대로 물려받았는데, 식민지침략전쟁과 태평양전쟁을 거치면서 군대 내에 체질화된 ‘군국주의적 엄벌주의’가 고스란히 스며들었다.³⁹⁾ 이후 군형법은 14차례의 개정이 있었으나, 체계나 내용 면에서 제정 군형법으로부터 크게 바뀌지 않은 가운데, 그저 병역법 등 관련 법률의 개정에 따라 법률용어만 개정되거나, 오히려 형량이 늘어나고 규율범위가 확대되는 방향으로 개정되었다.

나. 죄형법정주의 원칙 위반 논란

군형법은 그동안 죄형법정주의 원칙에 위반된다는 이유로 학계로부터 비판받아 왔고, 헌법재판소에서도 수차례 심판대상이 된 바 있다. 죄형법정주의 원칙 가운데 군형법이 주로 문제되었던 원칙은 명확성원칙, 법률주의, 책임과 형벌의 비례원칙 등이다. 군형법 조항 가운데 헌법재판소의 심판대상이 된 조항으로는 명령위반죄(제47조)⁴⁰⁾, 무단이탈죄(제79조)⁴¹⁾, 군용물 등의 범죄에 대한 형의 가중(제75조)⁴²⁾, 추행죄(제92조의5)⁴³⁾, 상관살해죄(제53조)⁴⁴⁾ 등이 있고, 그밖에도 군용물분실죄(제74조), 정치관여죄(제94조) 등이 논란이 되고 있다. 헌법재판소는 심판대상이 된 법률조항 각각에 대하여 상관살해죄만 제외하고 모두 헌법에 위반되지 않는다고 결정하였지만, 학계에서는 헌법재판소의 결정을 비롯한 군형법 전반에 걸쳐 비판의 목소리가 높다.⁴⁵⁾ 이하 쟁점 사항에 대해서만 간략히 알아본다.

39) 제정 군형법은 6.25전쟁이 끝난 직후(1953년 7월에 종전)인 1957년 2월에 발의된 국방부안이 거의 그대로 입법화되었는데, 체계적인 전쟁준비없이 훈련이 되지 않은 병력으로 오직 정신력 하나만으로 전쟁을 치른 후라서 군기강의 중요성이 특히 강조되었을 것으로 짐작된다.

40) 헌재 2011.3.31. 2009헌가12; 헌재 1995.5.25. 91헌바20.

41) 헌재 1999.2.25. 97헌바3.

42) 헌재 1995.10.26. 92헌바45.

43) 헌재 2002.6.27. 2001헌바70; 헌재 2011.3.31. 2008헌가21.

44) 헌재 2007.11.29. 2006헌가13.

45) 이호중, “군형법 제92조의5 추행죄의 위헌성과 폐지론”, 형사법연구 제23권 제1호, 2011; 박찬걸, “군형법상 군무이탈죄와 관련된 문제점과 개선방안”, 형사정책 제22권 제1호, 2010; 송문호, “군형법과 ‘제복을 입은 시민’”, 형사법연구 제21권 제4호, 2009; 노기호, “군형법 제92조 “추행죄”의 위헌성 고찰”, 헌법학연구 제15권 제2호, 2009; 오병두, “군형법의 문제점과 개정방향”, 형사정책

1) 명령위반죄⁴⁶⁾

명령위반죄에 대하여는 본죄의 객체인 명령 또는 규칙의 종류 및 범위를 군형법 자체에서 제한하지 않고 있어 명령, 규칙을 위반하는 행위를 모두 명령위반죄로 의율할 수 있게 된다는 점이 문제된다.⁴⁷⁾ 헌법재판소는 명령위반죄를 규정하고 있는 군형법 제47조가 위임입법의 한계를 벗어난 것이라 할 수 없고, 명확성 원칙에 위배되지 않았으며, 군무이탈자 복귀명령 위반행위를 명령위반죄로 처벌하는 것은 헌법에 위반되지 않았다고 보았고⁴⁸⁾, 대법원도 군형법 제47조가 헌법 제10조에 위배되지 않는다고 결정한 바 있다.⁴⁹⁾

그러나 군형법 제47조는 죄형법정주의의 명확성원칙과 법률주의에 위반한 규정이라 본다. 군은 계급제도를 바탕으로 엄격한 상명하복 관계에 의하여 유지되는 특수한 조직이고, 무수한 명령이 내려지고 그러한 명령 속에서 조직이 운영된다. 군의 거의 모든 분야에 걸쳐 규제를 가하고 있는 명령·규칙 중 어느 것이 명령위반죄의 명령·규칙에 해당하는지 그 수범자인 군인·군무원은 물론 법률전문가조차 예측하기 힘들다. 또한 명령·규칙의 제정권자가 누구인지도 쉽게 알 수가 없다.⁵⁰⁾ 군에는 매우 다양한 명령들이 있어서 어떤 명령이 명령위반죄에 해당하는 명령인지 판단하기가 매우 곤란하다. 규칙의 종류가 훨씬 많은 것은 말할 것도 없다. 다음으로 군형법 제47조는 죄형법정주의의 법률주의에 위반된다고 본다. 본 규정은 형사처벌의

제20권 제1호, 2008.

46) 제47조(명령위반) 정당한 명령 또는 규칙을 준수할 의무가 있는 사람이 이를 위반하거나 준수하지 아니한 경우에는 2년 이하의 징역이나 금고에 처한다.

47) 일반적으로 규칙에 위반한 경우에는 위법한 것이 아니라 부당한 것에 그치므로 형사책임을 묻지 않고 징계사유에 해당할 뿐이다. 그러나 군형법은 이러한 규칙위반도 형사책임을 묻고 있는 것이다 (이승호, “군형법의 문제점과 개정방향에 관한 연구”, 연세대학교 박사학위논문, 2007, 82면)

48) 헌재 2011.3.31. 2009헌가12; 헌재 1995.5.25. 91헌바20.

49) 대판 1969.2.18. 68도1846.

50) 예를 들어 육군규정 151 「사무관리 및 일상명령 발령규정(전·평시용)」에 의하면, 명령은 “상급자가 하급자에게(상급부대장이 예하부대장에게) 구두 또는 서면으로 의무를 부과하는 것”을 말하며, 그 종류에는 전투명령, 일상명령, 군사법원 형 확정명령 등이 포함된다. 전투명령에는 지령(합동참모본부장 이상), 훈령(군사령관 이상), 작전명령(중대장 이상), 전투근무지원명령(사단장 이상), 부대예규(연대장 이상) 등이 있고, 일상명령에는 일반명령(참모총장 이상), 인사명령·상훈명령·징계명령(연대장 이상), 일일명령(중대장 이상), 회보(연대장 이상), 각서·규정·서신(사단장 이상), 내규·회장(대대장 이상) 등이 있다.

대상이 되는 범죄구성요건의 실질적 내용을 형식적 의미의 법률에서 직접 규정하지 않고 있다. 즉 명령·규칙의 제정권자, 내용, 범위, 형식 등을 구체적으로 법률에서 특정하지 않은 채, 그 내용을 형성할 권한을 그 범위가 모호한 군의 명령·규칙 제정권자에게 맡겨놓고 있다. 이는 실질적으로 형사처벌 법규의 범죄구성요건의 형성을 명령·규칙에 위임하였다고 할 것인데, 이러한 위임은 반드시 구체적이고 개별적인 사항으로 한정되어야 할 뿐 아니라, 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우로 제한되어야 한다. 그러나 군형법 제44조의 항명죄와는 달리, 명령위반죄의 경우에는 군이 불특정다수인을 상대로 일반적·추상적 규범을 제정하는 것이므로 군통수작용의 탄력성·유동성·긴급성·기밀성 등이 절실히 요구되는 상황에 해당한다고 할 수 없다. 즉 명령위반죄의 경우 범죄구성요건을 실질적으로 명령·규칙에 위임할 수 밖에 없는 부득이한 사정이 존재한다고 볼 수 없다. 그럼에도 불구하고 범죄구성요건의 핵심인 명령·규칙의 제정권자, 내용, 범위, 형식 등을 구체적으로 특정하지 않은 채, 실질적으로 그 형성을 명령·규칙에 위임하였고, 그 위임의 필요성도 인정할 수 없으므로 결국 죄형법정주의의 법률주의 원칙에 위반된다고 본다.

우리 군형법에 명령위반죄가 도입된 것은 영국과 미국의 군법의 영향이라는 것이 일반적인 견해이다. 이 조항은 1928년 미국 전시군법전(Articles of War)과 미국 해안경비법(The Disciplinary Laws of Coast Guard)을 이어받은 미국통일군사법전(UCMJ⁵¹⁾) 제92조⁵²⁾와 영국의 1955년 영국 육군법(The Army Act 1955)⁵³⁾ 제36

51) Uniform Code of Military Justice(The act of 5 May, 1950)는 헌법상 법률제정권을 가진 미국 의회가 그 권한에 기해 군사법에 관한 기본지침을 규정한 것으로 1950년 미 의회에 의하여 제정되었다. 이는 우리의 군사법원법과 달리 군형법, 군사법원법, 군인사법상의 징계에 관한 규정까지 포함하는 형식을 취하고 있다. 미 통일군사법전은 1968년에 대대적인 개정을 통해 군사법의 독립성이 강조되었으며, 최근에는 1989년도 개정을 통해 오늘에 이르고 있다(이상철, “군사법제도 개선에 관한 연구”, 육군사관학교 화랑대연구소, 2003.6, 15면).

52) ART.92.FAILURE TO OBEY ORDER OR REGULATION

Any person subject to this chapter who-

(1) violates or fails to obey any lawful general order or regulation;
 (2) having knowledge of any other lawful order issued by any number of the armed forces, which it is his duty to obey, fails to obey the order; or
 (3) is derelict in the performance of his duties; shall be punished as a court-martial may direct.

53) The Army Act 1955 는 영국 군법의 주요 법원(法源)으로 1955년 육군군법 및 공군군법과 1957년

조⁵⁴⁾에서 유래하였다고 한다. 이러한 영미 군법의 태도는 최근에 입법화된 영국의 The Armed Forces Act 2006에도 그대로 반영되어 있다. 동법 제13조에도 Contravention of standing orders라 하여 일반명령에 위반하는 행위에 대하여 처벌하고 있다.⁵⁵⁾ 반면, 군형법 제정당시 주로 참조하였던 舊 일본육군형법에는 제4장 항명의 죄 부분을 비롯하여 다른 부분에도 이와 유사한 규정은 두고 있지 않다.⁵⁶⁾ 독일군형법(Wehrstrafgesetz, WStG, 1974년 제정, 2005년 개정)에도 명령에 대한 불복종(제19조), 복종의 거부(제20조), 명령에 대한 경미한 미준수(제21조) 등이 규정되어 있으나, 이는 개별적인 명령(Befehl)에 대한 위반에 관한 규정이고, 일반명령 또는 규칙에 대한 위반에 관한 규정은 없다.⁵⁷⁾

해군훈련법이 있다(이상철, 앞의 글, 222면 참조).

54) ART.36.DISOBEDIENCE TO STANDING ORDERS

- (1) Any person subject to military law who contravenes or fails to comply with any provision of orders to which this section applies, being a provision known to him, or which he might reasonably be expected to know, shall, on convicting by court-martial, be liable to imprisonment for a term not exceeding two year or any less punishment provided by this act
- (2) This section applies to standing orders or other routine orders of a continuing nature made for any formation or unit or body of Her Majesty's forces, or for any command or other area, garrison or place, or for any ship, train or aircraft.

55) SECTION. 13. CONTRAVENTION OF STANDING ORDERS

- (1) A person subject to service law, or a civilian subject to service discipline, commits an offence if--
 - (a) he contravenes a lawful order to which this section applies; and
 - (b) he knows or could reasonably be expected to know of the order.
- (2) This section applies to standing orders, and other routine orders of a continuing nature, of any of Her Majesty's forces, made for any--
 - (a) part of Her Majesty's forces;
 - (b) area or place; or
 - (c) ship, train or aircraft;
 but paragraph (1) of this subsection does not apply in relation to a civilian subject to service discipline.
- (3) A person guilty of an offence under this section is liable to any punishment mentioned in the table in section 164, but any sentence of imprisonment imposed in respect of the offence must not exceed two years.

56) 관련규정 참조

舊 日本陸軍刑法 第四章 抗命ノ罪

57) 관련규정 참조

상관의 개별적 명령에 대한 불복종행위를 처벌하는 규정은 대부분 국가의 군형법에서 규정하고 있지만, 군의 일반적인 명령이나 규칙위반행위에 대하여 형사벌을 과하는 국가는 미국과 영국 외에는 찾아보기 어렵다. 미국과 영국의 군사법은 징계벌과 형사벌이 혼합규정되어 판결로 형사처벌 뿐만 아니라 징계처벌도 할 수 있으므로 이러한 법체계에서는 징계법의 성격을 갖는 명령위반죄를 군사법상의 범죄로 규정하고 있어 이를 군사법원의 판결에 의하여 처벌하여도 아무 문제가 없으나, 순수하게 형사범만을 규정하고 있는 우리 군형법체계에서는 명령·규칙 위반을 형사범으로 처벌하는 것에 대해서는 비판의 여지가 있다.⁵⁸⁾

2) 무단이탈죄⁵⁹⁾

무단이탈죄에 대하여는 허가권자의 범위가 어디까지인지, 허가의 내용이 어떠한 것인지, 즉 정당한 것인지 그렇지 아니한 것까지 포함되는지 불명확하고, 특히 “지정한 시간 내에 지정한 장소에 도달하여야 한다”는 구성요건에서는 그 명령의 주체가 누구인지 그리고 시간적, 장소적으로 가능한 도달명령만 의미하는 것인지 그렇지 않은 명령까지도 포함하는 것인지가 불명확할 뿐만 아니라 ‘지정장소’, ‘지정시간’, ‘일시’ 등의 개념이 애매모호하여 구성요건이 불명확하고 광범위하여 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반된다는 논란이 있다. 그러나 헌법재판소는 규정의 일부 불명확성은 법관의 통상적인 해석작용에 의하여 충분히 보완될 수 있고, 군형법 피적용자는 군조직의 일원이기 때문에 구체적인 상황에서 과연 자신의 행위가 무단이탈행위에 해당하는지 여부를 잘 인식할 수 있는 위치에 있으므로 건전한 상식과 통상적인 법상식을 가진 군인이라면 금지된 행위가 무엇인지 예측할 수 있으므로 명확성의 원칙에 위배되지 아니한다고 결정하였다.⁶⁰⁾

§ 19 Ungehorsam.

§ 20 Gehorsamsverweigerung.

§ 21 Leichtfertiges Nichtbefolgen eines Befehls.

58) 이에 대하여, 법체계상의 차이를 간과한 것이며 입법자가 영미의 제도를 비판없이 도입한 과오에 기인한 것이라는 비판이 제기되고 있다(송문일, “군형법 제47조를 비판한다”, 군사법논집 제1집, 육군본부, 1983, 84면 참조).

59) 제79조(무단이탈) 허가없이 근무장소 또는 지정장소를 일시적으로 이탈하거나 지정한 시간까지 지정한 장소에 도달하지 못한 사람은 1년 이하의 징역이나 금고 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다.

논란은 있으나 헌법재판소의 결정과 같이 규정의 불확실성은 법관의 통상적인 해석작용에 의하여 충분히 보완될 수 있고, 건전한 상식과 통상적인 법상식을 가진 군인이라면 금지된 행위가 무엇인지 충분히 예측할 수 있으므로 명확성원칙에 위배되지는 않는다고 본다. 또한 전쟁시에는 무단이탈행위를 처벌함으로써 전투력의 기초가 되는 병력을 확보하는 것이 매우 필요하고⁶¹⁾, 외국군의 입법례를 보더라도 무단이탈죄를 처벌하고 있는 점에 비추어 무단이탈죄는 현재와 같은 형태를 유지하여야 한다고 본다. 외국군의 입법례를 보면 대부분 군무이탈죄와 무단이탈죄를 규정하고 있다. 미국의 UCMJ에는 제85조 군무이탈(Desertion)과 별도로 제86조에 무단이탈(Absence without leave)을 규정하고 있다.⁶²⁾ 최근에 개정한 영국의 The Armed Forces Act 2006에서도 제8조에서 군무이탈(Desertion), 제9조에서 무단이탈(Absence without leave)을 규정하고 있다.⁶³⁾ 한편 독일군형법(Wehrstrafgesetz,

60) 현재 1999.2.25. 97헌바3.

61) 베트남전 당시 군형법 적용실태를 보면, 평시와 달리 무단이탈죄 위반 사례가 매우 많은 것을 볼 수 있다. 1965년부터 1972년까지 베트남파병부대에서 발생한 범죄는 1,398건이었고, 이 가운데 무단이탈이 115건(8.2%), 군무이탈이 82건(5.9%)을 차지하고 있다. 따라서 평화시에는 군무이탈죄 위반이 이탈범의 대부분을 차지하고 있지만, 전쟁시에는 오히려 무단이탈죄로 처벌되는 사례가 군무이탈죄 위반 사례보다 많다는 것을 알 수 있다(육군본부, 「법무 50년사」, 1996, 272면; 주월한국군사령부, 「월남전종합연구」, 1974, 1147면 참조).

62) ART.86. Absence without leave

Any member of the armed forces who, without authority--

(1) fails to go to his appointed place of duty at the time prescribed;

(2) goes from that place; or

(3) absents himself or remains absent from his unit, organization, or place of duty at which he is required to be at the time prescribed; shall be punished as a court-martial may direct.

63) SECTION.9. Absence without leave

(1) A person subject to service law commits an offence if subsection (2) or (3) applies to him.

(2) This subsection applies to a person if he is intentionally or negligently absent without leave.

(3) This subsection applies to a person if--

(a) he does an act, being reckless as to whether it will cause him to be absent without leave; and

(b) it causes him to be absent without leave.

(4) In subsection (3) "act" includes an omission and the reference to the doing of an act is to be read accordingly.

(5) A person guilty of an offence under this section is liable to any punishment mentioned in the Table in section 164, but any sentence of imprisonment imposed in respect of the offence

WStG, 1974년 제정, 2005년 개정)에도 제16조 군무이탈(Fahnenflucht)와 별도로 제15조에 무단이탈(Eigenmächtige Abwesenheit)을 규정하고 있다.⁶⁴⁾ 반면 군형법 제정당시 주로 참고하였던 舊 일본 육군형법에는 군무이탈과 무단이탈을 구분하지 아니하고 “이유없이 직역(職役)을 이탈한 경우”를 처벌하고 있다.⁶⁵⁾ 한편 무단이탈죄의 형량을 보면 제정당시부터 1년 이하의 징역 또는 금고형을 유지하고 있다가 최근 2009년 개정에서 법정형에 300만원 이하의 벌금형을 추가로 신설하였다. 이는 경미범죄에 대한 처벌의 적절성, 양형의 구체적 타당성 도모, 군무이탈에 비해 불법의 정도가 약한 점 등을 고려함으로써 무단이탈죄 처벌의 적정성을 보완한 것으로 보인다.

3) 군용물등의 범죄에 대한 형의 가중⁶⁶⁾

군용물등의 범죄에 대한 형의 가중에 대하여는 재산범죄인데도 불구하고 법정형이 형법상 살인죄의 법정형과 같을 정도로 너무 무거우므로 책임과 형벌의 비례원칙에 위배된다고 문제되었다.⁶⁷⁾ 헌법재판소는 살인죄와 군용물절도죄는 보호법익이나 죄질이 다르므로 평면적으로 비교하여 법정형의 과중 여부를 판단할 수 없고,

must not exceed two years.

64) § 15 Eigenmächtige Abwesenheit.

- (1) Wer eigenmächtige seine Truppe oder Dienststelle verläßt oder ihr fernbleibt und vorsätzlich oder fahrlässig länger als drei volle kalendertage abwesend ist, wird mit freiheitsstrafe bis zu drei jahren bestraft.
- (2) Ebenso wird bestraft, wer außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs dieses Gesetzes von seiner Truppe oder Dienststelle abgekommen ist und es vorsätzlich oder fahrlässig unterläßt, sich bei ihr, einer anderen Truppe oder Dienststelle der Bundeswehr oder einer Behörde der Bundesrepublik Deuchland innerhalb von drei vollen Kalendertagen zu melden.

65) 第七章 逃亡ノ罪 第七十五條 이하 참조.

66) 제75조(군용물 등 범죄에 대한 형의 가중) ①총포, 탄약, 폭발물, 차량, 장구, 기계, 식량, 피복 또는 그밖에 군용에 공하는 물건 또는 군의 재산상 이익에 관하여 「형법」 제2편제38장부터 제41장까지의 죄를 범한 경우에는 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다.

1. 총포, 탄약 또는 폭발물의 경우 : 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역
 2. 그 밖의 경우 : 사형, 무기 또는 1년 이상의 징역
- ②제1항의 경우에는 「형법」에 정한 형과 비교하여 중한 형으로 처벌한다.
- ③제1항의 죄에 대하여는 3천만원 이하의 벌금을 병과할 수 있다.

67) 헌재 1995.10.26. 92헌바45.

이 조항은 단순히 총포 등 군용물에 대한 국가의 재산권만을 보호하고자 하는 것이 아니라 총포 등 군용물이 가지는 전투력의 핵심적 요소로서의 군사적 가치 내지는 그를 통한 국가의 존립 및 안위라는 국가적 이익을 보호하고자 하는데 그 목적이 있으므로 헌법에 위배되지 않는다고 판시하였다.

그런데 현 입법행태가 법적 성질을 달리하는 다양한 범죄유형에 대하여 아무런 차이를 두지 않은 채 단순히 그 객체의 차이만으로 형벌을 일원화한 것은 형법의 일반예방적 관점에 있어서 예측가능성을 침해한다는 문제를 안고 있다고 본다.⁶⁸⁾ 또한 군형법 제73조는 제75조에 규정된 범죄보다 그 불법의 정도가 중하다고 할 수 있는 범죄(방화, 폭발물파열 등)의 과실범에 대하여 5년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처할 수 있도록 규정하고 있는데 반하여 제75조는 과실범(업무상과실군용장물취득죄)에 대해서는 최소 1년 이상의 징역에 처하도록 법정형을 정하고 있어 군형법 내에서도 법정형의 불균형이 발생하고 있다. 한편 총포·탄약·폭발물 외의 군용물에 대한 재산범죄의 경우, 사형, 무기 또는 1년 이상의 징역에 처하도록 하고 있는데, 총포·탄약·폭발물은 그렇다치고 차량·장구·기재·식량 등 그 밖의 군용물에 대한 재산범죄에 대하여도 사형, 무기징역형을 가할 수 있다는 것은 책임과 형벌의 비례성에 비추어 가혹하다. 따라서 형법에 규정된 법정형의 2분의 1을 가중하는 식으로 규정한다면 훨씬 간명하면서도 입법취지에 부합한다고 본다.

외국군의 입법례를 보면, 미국의 UCMJ와 영국의 The Armed Forces Act 2006 에도 군용물 등에 관한 범죄를 규정하고 있기는 하다. 예컨대 미국의 UCMJ에서는 ART.108. Military property of United States--Loss, damage, destruction, or wrongful disposition. 및 ART.109. Property other than military property of the United States--Waste, spoilage, or destruction.에서, 영국의 The Armed Forces Act 2006에서는 SECTION.24. Damage to or loss of public or service property. 및 SECTION.25. Misapplying or wasting public or service property.에서 군용물 범죄를 규정하고 있다. 그러나 우리 군형법과 같이 군용물에 관한 재산범죄에 대하여 형을 가중하는 규정은 없다.⁶⁹⁾ 독일군형법(Wehrstrafgesetz, WStG, 1974년 제정,

68) 이충선, “군형법 개정에 관한 소고”, 군사법논집 제10집, 국방부, 2005, 325면.

69) 관련규정 참조

UCMJ ART.108. Military property of United States--Loss, damage, destruction, or wrongful

2005년 개정)은 대부분 순정군사범만 규정함으로써 군용물에 관한 재산죄를 처벌하는 규정이 아예 포함되어 있지 않다. 다만 군형법 제정당시 주로 참조한 舊 일본육군형법 제8장 군용물 손괴의 죄에서 우리 군형법과 유사한 무거운 법정형으로 처벌하고 있다. 그러나 우리처럼 객체에 따라 형량을 구분(제75조 제1항 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역, 제2항 사형, 무기 또는 1년 이상의 징역)하지 않고, 상황에 따라 형량을 구분(제80조 제1항 전시, 군중 또는 경계지역에 있을 경우 사형 또는 무기징역에 처함, 제2항 그 외의 경우 무기 또는 2년 이상의 징역에 처함)하여 처벌하고 있다.⁷⁰⁾ 요컨대 군용물에 관한 죄에 대해 우리 군형법은 舊 일본육군형법의 영향을 받아 일반재산법에 대해서도 객체가 군용물이라는 이유로 대단히 무겁게 처벌하고 있는 것이다.⁷¹⁾

4) 추행죄⁷²⁾

추행죄에 대하여는 “그밖의 추행⁷³⁾”부분이 죄형법정주의의 명확성 원칙과 과잉금지원칙에 위반된다는 주장이 제기되어 왔다. 헌법재판소는 “추행”은 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기’라는 보호법익을 침해하는 동시에 일반인의 입장에서 추행행위로 평가될 수 있는 행위이고, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 군형법 피적용자는 어떠한 행위가 추행에 해당하는지 여부를 어느 정도 쉽게 파악할 수 있으며, 법률적용자가 ‘기타 추행’ 부분을 자의적으로 확대하여 해석할 염려가 없기 때문에, 형벌법규의 명확성의 원칙에 위배되지 아니하고, 입법자가 사회적 법익을 주된 보호법익으로 하는 군형법 제92조 추행죄를 제정하면서, 군형법 피적용자가 행한 추행의 유형이나 그 상대방의 피해상황 등을 구체적으로 구분하지 아니하고 모든 추행행위에 대하여 일괄적으로 1년 이하의 징역형을 처벌하도록 규정

disposition.

70) 관련규정 참조

第八章 軍用物損壞ノ罪 第六十九條 내지 第八十五條

71) 舊 일본육군형법을 이어받은 자위대법에는 “자위대가 소유 또는 사용하는 무기, 탄약, 항공기, 기타 방위용으로 공유하는 물건을 손괴 또는 상해한 자는 5년 이하의 징역 또는 5만 엔 이하의 벌금형에 처한다(동법 제121조)”고 규정하고 있을 뿐이다.

72) 제92조의5(추행) 계간(鷄姦)이나 그밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.

73) 종래 “기타 추행”이 제14차 개정을 통해 “그밖의 추행”으로 개정되었다.

하였다는 이유만으로 입법재량권을 자의적으로 행사하였다고 볼 수는 없으므로, ‘기타 추행’ 부분이 헌법상 과잉금지원칙 등에 위배된다고 보기도 어렵다고 판시하였다.⁷⁴⁾

그러나 추행죄의 “그밖의 추행”부분은 강제성을 요구하는지에 대해 그 구성요건이 불명확할 뿐만 아니라 행위의 정도나 행위의 주체나 그 상대방 등에 대해서 명백하게 규정하지 않고 있기 때문에 본죄에 해당하는 행위의 범위를 확정하기가 어려워 형벌법규의 명확성원칙에 위배된다고 본다. 또한 동성애 등 성적 자기결정권의 행사는 원칙적으로 개인의 인격권의 영역에 속하는 것이기 때문에 그것이 외부에 표출되어 명백히 해악을 끼치는 경우에만 법률로써 규제할 수 있다고 해야 한다. 따라서 “추행”에 강제에 의하지 아니하고 균형법 피적용자 상호간에 은밀하게 행해짐으로써 타인의 혐오감을 직접 야기하지 않는 행위가 포함된다고 하고, 대표적인 추행행위로 명시된 ‘계간’에 비하여 그 추행의 정도가 상대적으로 미약한 단순한 추행행위에 대해서까지 ‘계간’과 동일하게 2년 이하의 징역형으로 처벌하도록 규정한 것은 헌법상 과잉금지의 원칙 등에 위배된다고 본다.

실무상 추행죄는 강제추행 또는 위력에 의한 추행죄의 보조적인 기능을 수행하고 있을 뿐이다. 2004.1.1.부터 2007.12.31.까지 4년 동안 육군에서 균형법상의 추행죄가 적용된 사건은 모두 176건인데, 이중 4건만 합의에 의한 동성간 성행위가 문제된 사건이며, 나머지 172건은 강제추행 내지 위력에 의한 추행에 해당하지만 피해자와의 합의로 균형법상 추행죄가 적용된 경우라고 한다. 실무상으로는 강제추행이나 위력에 의한 추행죄에 해당하는 행위에 대하여 피해자와 합의 등으로 처벌할 수 없는 경우에는 균형법상 추행죄를 적용하여 처벌하는 것이 일반적인 관행이라고 한다.⁷⁵⁾

추행죄에 대한 외국군의 입법례를 보면, 미국의 UCMJ에는 제120조의 강간과 의제강간(Rape and Carnal knowledge) 외에 제126조에 계간(Sodomy)를 처벌하고 있다.⁷⁶⁾ 그러나 같은 영미법 계통인 영국 군법 The Army Act 1955 및 이를 개정한

74) 헌재 2002.6.27. 2001헌바70; 헌재 2011.3.31. 2008헌가21.

75) 이경환, “군대 내 동성애 행위 처벌에 대하여”, 공익과 인권 제5권 제1호, 2008.2, 73면

76) UCMJ ART.125. SODOMY

(a) Any person subject to this chapter who engages in unnatural carnal copulation with another

The Armed Forces Act 2006에는 추행죄를 처벌하는 규정을 두고 있지 않다. 뿐만 아니라 舊 일본 군형법에는 제88조의2에서 강간죄를 처벌하는 외 추행에 관한 규정은 없다. 독일군형법(Wehrstrafgesetz, WStG, 1974년 제정, 2005년 개정)은 순정군 사범 중심으로 규정함으로써 성범죄가 아예 포함되어 있지 않다.

5) 군용물분실죄⁷⁷⁾

군용물분실죄에 대해서는 책임과 형벌의 비례원칙 위배가 문제된다. 첫째 군용물 분실죄는 과실범을 형사처벌하는데 문제가 있다. 분실이라 함은 행위자의 의사에 기하지 아니하고 그 물건에 대한 소지를 상실하는 것으로서, 과실범의 전형적인 형태이다. 과실범에 대해서는 징계처분도 가능할 뿐더러 타인의 절취행위로 인하여 군용물분실죄로 처벌받은 경우에는 절도피해자이면서도 형사처벌까지 받게 된다는 문제가 있다.⁷⁸⁾ 둘째 본죄의 객체는 군에서 사용하는 모든 물건을 포함하게 되는데, 군용물의 범위가 너무 광범위하므로 예컨대 개인지급품인 피복류까지도 본죄의 객체에 포함시킬 수 있어서서 처벌범위가 과도하게 넓어질 수 있다.

외국군의 입법례를 보면, 독일군형법(WStG)에는 군용물과 관련된 재산죄가 일체 규정되어 있지 않다. 舊 일본육군형법은 제8장에 군용물 파손의 죄가 규정되어 있으나 고의범만 규정되어 있을 뿐 군용물분실죄와 같은 과실범은 규정되어 있지 않다. 반면 미국의 UCMJ 및 영국의 The Armed Forces Act 2006에는 군용물에 대한 과실범을 처벌하고 있다.⁷⁹⁾⁸⁰⁾ 즉 UCMJ 및 The Armed Forces Act 2006는 고의

person of the same or opposite sex or with an animal is guilty of sodomy. Penetration, however slight, is sufficient to complete the offense.

(b) Any person found guilty of sodomy shall be punished as a court-martial may direct.

77) 제74조(군용물 분실) 총포, 탄약, 폭발물, 차량, 장구, 기재, 식량, 피복 또는 그밖에 군용에 공하는 물건을 보관할 책임이 있는 사람으로서 이를 분실할 사람은 5년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다.

78) 대법원은 타인의 절취행위에 의하여 군용물의 소지를 상실한 경우에 군용물분실죄의 성립을 인정한 바 있다(대법원 1985.4.9. 85도92)

79) UCMJ ART.108. MILITARY PROPERTY OF UNITED STATES - LOSS, DAMAGE, DESTRUCTION, OR WRONGFUL DISPOSITION

Any person subject to this chapter who, without proper authority--

(1) sells or otherwise disposes of;

뿐만 아니라 과실로 군용물을 손상하거나 파괴하거나 잃어버리게 되는 경우 또한 처벌하고 있다. 그러나 두 법률은 형사처벌과 징계처분 모두 할 수 있는 입법형태이므로, 책임주의 원칙상 과실 재물손괴를 인정하지 않는 우리나라 형사법원칙과는 그 기준이 다르다고 봐야한다.

6) 정치관여죄⁸¹⁾

정치관여죄에 대하여는 정치관여죄가 군형법에 포함되는게 타당한지 그 자체가 문제된다. 군인의 정치관여행위는 군의 정치적 중립성을 해치는 것이므로 당연히 금지되어야 하지만⁸²⁾, 다른 공무원에 대해서는 형사처벌하지 않으면서 유독 군인에 대해서만 형사처벌하기 때문에 평등권 침해 문제가 발생할 수 있고, 파면, 해임 등 징계처분으로 족한 행위에 대해 군이 형사처벌을 하게 함으로써 책임과 형벌의 비례원칙 위반 논란이 제기될 수 있다.⁸³⁾

외국의 입법례를 보면 정치관여죄와 유사한 범죄가 미국의 UCMJ 및 영국의 The Armed Forces Act 2006, 독일군형법(WStG)에는 규정되어 있지 않다. 정치관여죄의 뿌리는 舊 일본육군형법 제103조로 보여진다.⁸⁴⁾ 그러나 舊 일본육군형법은 군인의 정치관여를 금지하고 군의 정치적 중립성을 지키도록 규정하였으나, 실상 제국주의 일본은 군부가 정치를 완전히 장악하고 있었기 때문에 이 규정은 그야말로 상징적인 규정에 불과하였다. 아이러니하게도 정치관여죄가 포함된 군형법의 제정

(2) willfully or through neglect damages, destroys, or loses; or

(3) willfully or through neglect suffers to be lost, damaged, sold, or wrongfully disposed of; any military property of the United States, shall be punished as a court-martial may direct.

80) The Armed Forces Act 2006 SECTION 24. Damage to or loss of public or service property 참조.

81) 제94조(정치관여) 정치단체에 가입하거나 연설, 문서 또는 그밖의 방법으로 정치적 의견을 공표하거나 그밖의 정치운동을 한 사람은 2년 이하의 금고에 처한다.

82) 군인복무규율(대통령령 제21750호) 제18조는 '정치적 행위의 제한'에 대하여 규정하고 있는데, 선거권 또는 투표권을 행사하는 외의 행위에 대하여 금지하고 있다.

83) 육군규정 180 징계규정에 의하면 정치관여행위에 대해 파면, 해임 등 중징계처분할 수 있도록 규정되어 있다(붙임 #1. 징계사유 및 양정기준 참조).

84) 舊 일본육군형법 제103조 정치에 관한 상서(上書), 건백(建白) 기타 청원을 위한 연설 또는 문서로 의견을 공표한 사람은 3년 이하의 금고에 처한다.

자체도 5.16군사혁명 후 현역 군인 30명이 주축이 된 국가재건최고회의에서 이루어졌다.

다. 무거운 법정형

군형법에는 절대적 법정형으로 사형만을 규정한 조문이 많고, 무기징역, 10년 이상 유기징역 등이 많이 포함되어 있으며 그밖의 규정들도 법정형이 너무 과중하다는 것이 지배적인 의견이다.

법정형	사 형	사형, 무기징역	사형, 무기, 10년이상징역
계	14	6	12
범 죄	반란수괴(제5조제1호), 반란목적군용물탈취수괴(제6조), 군대 및 군용시설 제공(제11조), 군용시설 등파괴(제12조), 간첩·군사상기밀누설(제13조 제1항전단, 제2항, 제3항), 불법전투개시(제18조) 불법전투계속(제19조), 항복(제22조), 부대인솔도피(제23조), 적전직무유기(제24조), 지휘관 적전수소이탈(제27조제1호), 적진으로의 도주(제33조), 적전집단항명 수괴(제45조제1호), 전지강간(제84조)	간첩방조·군사상기밀누설방조(제13조제1항후단, 제2항, 제3항), 적전집단항명 그밖의사람(제45조제1호), 상관살해(제53조), 초병살해(제59조), 약탈살인·치사상(제83조), 강간등살인(제92조의7)	적전초병의수소이탈(제28조제1호), 적전군무이탈(제30조제1호), 적전특수군무이탈(제31조), 적전항명(제44조제1호), 적전상관에대한폭행치사상(제52조제1호), 적전상관에대한특수상해(제52조의4제1호), 적전상관에대한중상해(제52조의5제1호), 적전상관에대한상해치사(제52조의6제1호), 군용시설등에대한방화(제66조제1항), 폭발물파열(제68조), 함선·항공기의복물또는손괴치사상(제71조제3항), 강간등치사(제92조의7)

[표 8] 군형법상 사형, 무기징역, 10년이상 유기징역 현황

군형법은 총 104개의 조문으로 구성되는데, 총칙 5개 조문을 제외하고 나머지 99개가 순수한 각칙 조문이다. 이 가운데 법정형이 사형인 조문이 14개, 사형 또는 무기징역형인 조문이 6개, 사형, 무기징역 또는 10년 이상의 징역형인 조문이 12개이므로 전체적으로 법정형이 무겁게 규정되어 있다. 군형법의 법정형이 무거운 이유는 중형주의의 전형인 舊 일본육군형법을 모델로 하여 제정되었기 때문이다. 특히 법조문 중에서도 사형만을 절대적 법정형으로 규정한 14개의 조문은 법관의 재량의 폭을 너무 한정하므로 법관의 양형 선택과 판단권을 극도로 제한하고 있어 위헌의 소지가 크다고 본다.⁸⁵⁾ 따라서 군형법 개정을 논의함에 있어서는 법정형 면에서 사형에 관한 법규정들이 인간의 생명권 박탈에 있어 과잉금지원칙에 반하는 것은 아닌지, 무기징역 또는 7년이상, 10년이상의 유기징역형이 불법과 책임의 경중에 일치하는지 면밀한 검토가 이루어져야 한다. 무거운 법정형을 규정함으로써 일반예방 효과로 인해 범죄가 예방되고 있는지 분석하고, 적용대상자들의 의견도 수렴해야 할 필요가 있다고 본다.

이와 관련하여 문제되는 조항이 전지강간죄이다.⁸⁶⁾ 전투지역 또는 점령지역에서의 여성의 정조는 유린될 가능성이 많기 때문에 인도주의적 측면에서 당연히 보호하여야 하고, 나아가 군기문란행위와 비인도주의적 범죄로 인해 초래될 국제적 비난은 전쟁수행에도 부담이 되기 때문에 전지강간죄는 당연히 엄정히 처벌해야 한다. 이런 취지에서 군형법은 형법상 강간죄와 별도로 약탈의 죄 가운데 전지강간죄를 규정하고 있다. 그러나 본죄의 법정형은 형법상 강간죄 가운데 최고형인 강도강간죄의 법정형(무기 또는 10년 이상의 징역)보다 높은 사형 단일형이다.⁸⁷⁾ 또한 「국제형사재판소 관할범죄의 처벌 등에 관한 법률」⁸⁸⁾ 제9조 제2항 제6호는 강간, 성

85) 송문호, “군형법과 ‘제복을 입은 시민’”, 형사법연구 제21권제4호, 2009.겨울, 380면 참조.

86) 군형법 제84조(전지강간) ① 전투지역 또는 점령지역에서 부녀를 강간한 사람은 사형에 처한다.

② 제1항의 죄에 대한 공소에는 고소가 필요하지 아니한다.

87) 이승호, 앞의 글, 125면 참조.

88) 「국제형사재판소 관할범죄의 처벌 등에 관한 법률(법률 제8719호)」은 2002.11.13. 비준된 「국제형사재판소에 관한 로마규정」의 국내적 이행을 위한 법률이다. 헌법 제6조 제1항은 헌법에 따라 체결·공포한 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다고 규정하고 있다. 로마규정은 우리나라가 헌법에 따라 체결·공포한 조약으로서 국내법과 같은 효력을 가진다. 따라서 국제형사재판소 관할범죄의 처벌 등에 관한 법률(법률 제8719호)을 통해 국제형사재판소(ICC)에서 관할하는 집단살해죄, 인도에 관한 죄 및 전쟁범죄 등을 처벌하고, 대한민국과 국제형사

적 노예화, 강제매춘, 강제임신, 강제불임 또는 이와 유사한 중대한 성적인 폭력을 가하는 행위에 대하여 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하고 있어 법정형의 균형이 맞지 않다. 따라서 전지강간죄도 「국제형사재판소 관할범죄의 처벌 등에 관한 법률」과 균형을 맞추어 사형을 무기 또는 5년 이상의 징역으로 개정하는 것이 타당하다고 본다.

라. 형법과 중복된 규정

1) 개 요

군형법에 규정된 군사범은 통상 순정군사범과 불순정군사범으로 구분된다. 순정군사범이란 일반형법이 범죄로 규정하고 있지 않은 행위를 군형법이 특별히 범죄로 규정하고 있는 것을 말하고, 불순정군사범이란 다른 형벌법규상 범죄로 규정된 것을 군형법이 별도로 규정하면서 가중처벌하는 범죄를 말한다.⁸⁹⁾ 불순정군사범에는 다시 두 가지 형태가 있다. 첫째, 일반형법에 규정된 범죄와 행위태양은 동일하지만 행위객체가 상관, 군용물 등으로 제한된 경우이다. 예컨대, 행위객체 면에서 군형법 제9장 폭행, 협박, 상해 및 살인의 죄는 상관, 초병, 직무수행 중인 군인등이고, 제10장 모욕의 죄는 상관, 초병이며, 제11장 군용물에 관한 죄는 군용물, 제15장 강간과 추행의 죄는 군인 등이다. 둘째, 형법과 행위태양 및 행위객체가 유사하지만 형량에 서만 차이가 있는 경우이다.

장	제 목	행위객체
제9장	폭행, 협박, 상해 및 살인의 죄	상관, 초병, 직무수행 중인 군인 등
제10장	모욕의 죄	상관, 초병
제11장	군용물에 관한 죄	군용물
제15장	강간과 추행의 죄	군인 등

[표 9] 형법과 행위형태는 동일하나, 행위객체가 특별한 군형법상 범죄

재판소와의 범죄인의 인도 및 형사사범공조 등 협력의 절차를 마련한 것이다.

89) 순정군사범과 불순정군사범이란 용어는 일본형법의 해석에서 사용되었던 개념으로, 진정군사범과 부진정군사범이란 용어가 적절하다고 본다. 다만 본 논문에서는 일반적으로 사용하는 순정군사범, 불순정군사범이란 용어를 쓰기로 한다.

군형법		형 법	
조 문	형 량	조 문	형 량
제11조(군대 및 군용시설 제공)	사형	제95조(시설 제공이적)	사형, 무기징역
제12조(군용시설 등 파괴)	사형	제96조(시설 파괴이적)	사형, 무기징역
제13조(간첩)	사형, 사형 또는 무기징역(방조범)	제98조(간첩)	사형, 무기징역, 7년 이상 징역
제14조(일반이적)	사형, 무기 또는 5년 이상 징역	제99조(일반이적)	무기, 3년 이상 징역
제61조(특수소요)	수괴: 3년 이상 징역 지휘, 술선: 1년 이상 10년 이하 징역 부화뇌동: 2년 이하 징역	제115조(소요)	1년 이상 10년 이하 징역이나 금고, 1천500만원 이하 벌금

[표 10] 형법과 행위태양 및 행위객체가 유사한 군형법상 범죄

2) 형사특별법의 일반적 문제점

형사특별법의 일반적인 문제점으로 크게 법 제정상의 문제점(법제정의 남용, 입법과정의 졸속), 법률형식 및 체계상의 문제점, 법률 내용상의 문제점이 지적되고 있다.⁹⁰⁾ 먼저 법 제정상의 문제점으로 과거에 제정된 우리나라의 형사특별법, 특히 형벌을 가중하는 형사특별법 중에는 비정상적인 입법기관에 의하여 민주적 통제절차 없이 졸속으로 입법된 것이 적지 않다는 점이다. 5.16군사혁명 이후 국회가 해산되고 현역군인 30인을 위원으로 하는 국가재건최고회의(1961.5.19 - 1963.12.17)가 설치되어 1,008건의 법률을 제정 또는 개정하였다. 법률 형식과 체계의 문제점으로 법률의 구성요건이 명확하여야 하고, 형사제재도 적정하면서도 한정되어야 하는데, 구성요건 중에 명확하지 않는 구성요건이 적지 않고, 형사제재가 너무 가중하거나 범주의 폭이 너무 넓어 위헌논란이 자주 제기되고 있다는 점이다. 법률 내용상의 문제점으로는 가중 형사특별법은 형법에 규정되어 있는 각 범죄에 따른 법정형의

90) 함석재, “형사특별법의 현황, 문제점 및 정비방향”, 국회보 제379호, 1998, 26면 이하; 박상기 외, 「형사특별법론 - 5대 형사특별법」, 형사정책연구원, 2009, 442면 이하.

차이를 무시하고 상이한 법정형의 하한선을 일률적으로 상향 조정함으로써 형법의 법익 위계질서를 무너뜨리는 점이다. 또한 중벌주의가 일반예방에 효과가 있다는 실증적 근거도 없다. 일반예방의 효과는 중벌주의보다는 오히려 처벌의 확실성에 의해 좌우된다는 것이 일반적으로 인정되고 있다. 그리고 가중 형사특별법은 규율 대상자가 실제로 일반형법이 규정한 법정형보다 중하게 처벌되어야 법률실효성이 있는 것으로 평가될 수 있겠는데, 형사실무에 있어서는 결코 그렇지 않다는 문제점을 보이고 있다. 형사특별법이 장기간에 걸쳐 적용되면 형법을 보충하는데 그치지 않고 형법을 대체함으로써 형법의 사문화 또는 형법의 공동화 현상을 초래하였고, 형벌을 통한 사회적 갈등의 해소라는 형법의 본래 기능을 무시하고 중형주의를 통한 형법의 위하 효과에만 의존하는 기형적인 형법관을 낳게 하였다.⁹¹⁾

3) 형법과 중복된 규정 정비

군형법은 형사특별법의 일반적인 문제점을 그대로 보여주는 대표적인 법률이다. 따라서 군형법에서 형법으로 해결할 수 있는 범죄는 제외시키고, 군형법은 순정군 사범 중심으로 개정할 필요가 있다. 군이 군형법에 규정할 필요가 없는 조문들은 군형법에서 과감하게 제외해버리고 군사상 처벌필요성이 인정되는 범죄들만으로 재편되어야 한다고 본다.⁹²⁾ 앞에서 검토한대로 불순정군사범에 두 가지 형태가 있는데, 두 번째 형태인 형법과 행위태양 및 행위객체가 유사하지만 형량에서만 차이가 있는 경우는 군형법에서 삭제하고 일반형법으로 처리할 필요가 있다. 다만, 첫 번째 형태인 일반형법에 규정된 범죄와 행위태양은 동일하지만 행위객체가 상관, 군용물, 군인등 등으로 제한된 경우는 군기강 확립과 지휘권 보장이라는 군형법의 목적을 고려할 때 현재 규정을 그대로 유지하는게 타당하다고 본다. 다만 제14차

91) 박상기외, 앞의 책, 42면 참조.

92) 이와 관련하여 군형법의 적용범위를 군인과 그에 준하는 자로 제한하고, 소위 ‘비군인(내외국 민간인)’의 일정한 범죄에는 군형법이 적용되도록 하고 있는 군형법 제1조 제4항은 삭제되어야 한다는 주장이 제기되기도 한다(오병두, “군형법의 문제점과 개정방향”, 형사정책 제20권 제1호, 2008, 20면 이하). 그러나 현대전이 국가총력전이라는 측면에서 비군인도 군의 조직과 기능을 파괴 내지 침해할 수 있으므로 그러한 범위에서는 군형법이 적용되어야 한다고 본다. 특히 국방부 내 일반공무원의 숫자가 증가하고 군사분야에도 민간분야의 아웃소싱이 증가하고 있는 군사 환경의 변화에 있어 인적 적용범위의 일률적인 축소는 바람직하지 않다고 본다.

개정 군형법과 같이 제9장 폭행, 협박, 상해 및 살인의 죄에서 상관, 초병, 직무수행 중인 군인에 대하여 형법, 폭처법과 형량의 균형을 고려한다는 차원에서 상관에 대한 집단폭행, 협박, 특수폭행, 협박, 치사상, 집단상해, 특수상해, 중상해, 상해치사 등 조항을 추가하는 것이 바람직한가에 대한 근본적인 검토가 필요하다. 형법과 폭처법 등 기존 법률로 해결가능한데도 불구하고, 관련 범죄행위가 급증하는 것도 아는데 단순히 균형을 맞추기 위해서 조항을 신설하는 것은 중복규정만 늘릴 뿐이다.

마. 사문화(死文化)된 규정

앞에서 보았듯이 군형법은 舊 일본육군형법을 모델로 제정하다보니 우리나라 군의 현실에 맞지 않은 조항이 많이 포함되어 있고, 더욱이 제정 후 약 50여년이 흐른 오늘의 기준으로 보았을 때 적용하기 힘든 조항들이 많이 남아있다. 군형법 조항 가운데 사문화(死文化)된 조항들도 남아 있는데 그러한 조항들에 대한 근본적인 검토가 필요하다. 군형법의 전시 및 평시 적용실태를 분석하기 위해 최근 5년간 군 형사사건에 대한 재판현황 및 징계현황을 포함하는 2010년도 국정감사 요구자료(군사법원 소관)와 베트남전 당시 군형법 적용실태를 검토하면 다음과 같은 특징을 볼 수 있다.⁹³⁾

먼저 평시 군형법 적용실태를 보면, 2008년을 기준으로 군형법 위반 범죄가 1,428건으로 전체 7,347건 가운데 19.4%를 차지하고 있고, 이 가운데 군무이탈죄가 1,009건으로 약 70%를 차지한다. 전체 범죄 가운데 군무이탈, 교통범죄, 폭력범죄가 61.1%(4,495건/7,347건)로써, 군형사범의 대부분은 도로교통법위반, 형법 및 폭처법 위반 사범임을 알 수 있다. 가장 많은 부분을 차지하고 있는 범죄로는 교통범죄가 25.7%(1,893건), 폭력범죄가 21.6%(1,593건), 군무이탈이 12.7%(1,009건)에 해당한다. 이는 자동차의 증가로 인해 교통범죄가 증가하고 있는 사회적 현상이 군대에도 동일하게 발생하고 있음을 보여준다.

다음으로 전시 군형법 적용실태를 보면, 1965년부터 1972년까지 베트남 파병기간중 1,398건의 형사사건이 있었고, 한해 평균 174.7건 정도 발생하였다. 이 가운데

93) 박안서, “군형법의 개정방안에 관한 연구 - 인권보장과 전투력강화의 조화를 중심으로 -”, 한양대학교 박사학위 논문, 2011, 112면 이하.

군형법 관련범죄는 군용물범죄 174건, 대상관 범죄 115건, 무단이탈 114건, 군무이탈 82건 등 485건으로 전체범죄 가운데 34.7%를 차지하고 있어, 평시보다는 군형법이 적용되는 범죄가 증가하는 것을 보여준다. 한편 당시 빈발했던 군용물범죄의 경우 궁핍했던 시대상황이 그대로 반영된 범죄로서, 오늘날엔 군용물범죄가 대폭 감소할 것으로 전망되고, 그 대신에 젊은이들의 자유분방한 사고, 개인주의 성향, 군복무 기피현상 등으로 인해 대상관 범죄, 무단이탈, 군무이탈이 주류를 이룰 것으로 예상된다.

평시와 전시의 군형법 적용실태를 분석해보면, 첫째, 군형법이 적용되는 범죄보다는 도로교통법, 형법, 폭처법 등 일반 형사법이 적용되는 범죄가 상대적으로 훨씬 많다는 점이다. 군형법은 군무이탈죄만 주로 적용될 뿐이고 빈번한 교통사고, 폭력사고로 인해 도로교통법, 형법, 폭처법 등이 주로 적용된다. 둘째, 전평시를 막론하고 실제로 적용되지 않은 사문화(死文化)된 조항이 많다는 점이다. 예컨대 상관의 제지 불복종죄(제46조), 부하범죄 부진정죄(제93조)의 경우 평시나 전시에 형사입건된 경우가 거의 없다. 셋째, 평시에 비해 전시에는 군형법 적용 비율이 증가하고, 특히 대상관범죄와 무단이탈죄가 많이 발생한다는 점이다. 따라서 군기강과 위계질서를 문란시키는 범죄행위에 대해서는 엄격하게 처벌할 필요가 있다.

이와 관련하여 사실상 사문화된 조항이 제46조(상관의 제지 불복종)⁹⁴⁾, 제93조(부하범죄 부진정)⁹⁵⁾이다. 상관의 제지 불복종죄에 대하여 외국의 입법례를 보면 유사한 범죄가 미국의 UCMJ 및 영국의 The Armed Forces Act 2006, 독일군형법(WStG)에는 규정되어 있지 않다. 상관의 제지 불복종죄의 뿌리는 舊 일본육군형법 제59조⁹⁶⁾로 보이는데⁹⁷⁾, 규정의 형식 뿐만 아니라 규정 체계상으로도 제4장 항명의 죄에서 항명죄(제57조)와 집단항명죄(제58조) 다음에 규정되어 있다.⁹⁸⁾ 제국주

94) 제46조(상관의 제지 불복종) 폭행을 하는 사람이 상관의 제지에 복종하지 아니한 경우에는 3년 이하의 징역에 처한다.

95) 제93조(부하범죄 부진정) 부하가 다수 공동하여 죄를 범함을 알고도 그 진정(鑑定)을 위하여 필요한 방법을 다하지 아니한 사람은 3년 이하의 징역이나 금고에 처한다.

96) 舊 일본육군형법

제59조 폭행행위에 대해 상관의 제지에 복종하지 않는 자는 3년 이하의 금고에 처한다.

97) 제정 군형법 제46조(상관의 제지불복종) 폭행을 하는 자가 상관의 제지에 복종하지 아니한 때에는 3년 이하의 징역에 처한다.

의시대 일본군에서는 폭행과 가혹행위가 공공연하게 자행되었고 이러한 일본군의 악습이 해방이후 국군에게도 전해졌으나, 진군이후 60여년이 지난 오늘날 인권의식과 병영문화의 선진화로 우리 병영에서는 폭행이 점차 근절되고 있다. 그러므로 오늘날에도 구시대의 유물인 상관의 제지 불복종죄가 남아있어야 하는지 의문이고, 군사법원 판례집을 보더라도 본죄와 관련된 판례가 없어 사문화된 조항으로 보여진다. 폭행행위에 대해서는 군형법상의 상관폭행, 초병폭행죄, 특수소요죄, 형법상의 폭행죄, 소요죄 등으로 처벌하고, 상관의 제지에 불복종하면서까지 폭행을 계속했다는 사실은 양형판단시 고려하거나 경우에 따라서 항명죄로 처벌하면 될 것으로 보인다.

부하범죄 부진정죄와 유사한 범죄는 미국의 UCMJ와 영국의 The Armed Forces Act 2006, 독일군형법(WStG)에는 규정되어 있지 않은 반면, 舊 일본육군형법 제46조와 구성요건이 유사한 점을 볼 수 있다.⁹⁹⁾ 이를 통해 부하범죄 부진정죄가 舊 일본육군형법 제46조를 모델로 하여 제정한 것임을 알 수 있다. 제정 군형법(법률 제1003호) 제93조에서 “부하가 다수공동하여 죄를 범함을 알고도 그 진정을 위하여 필요한 방법을 다하지 아니한 자는 3년 이하의 징역이나 금고에 처한다”고 규정되어 있다. 그러나 우리나라 군사법원 판례집을 보면 부하범죄 부진정죄에 대한 판례가 거의 없는 것을 볼 때, 사문화된 조항이라 하겠다.¹⁰⁰⁾ 한편 본죄는 법문상으로도 그 규정의 내용이 지나치게 막연하고, 수범자에 대하여 처벌되는 행위에 대한 예측가능성을 담보하지 못하여 죄형법정주의의 명확성원칙에 반한다. 즉 ‘다수’가 어느 정도의 인원수를 말하는 것인지, ‘죄’란 도대체 어떤 범죄를 말하는 것인지 알 수가 없다. 지휘관이 부하들의 범죄행위에 대해 모두 형사책임을 져야 한다면 이는 자기책임원리에도 반한다.

98) 우리 군형법 또한 舊 일본육군형법과 마찬가지로 제8장 항명의 죄에서 항명죄(제44조), 집단항명죄(제45조) 다음에 상관의 제지 불복종죄(제47조)가 규정되어 있다.

99) 舊 일본육군형법 제46조 부하가 다중으로 공동하여 죄를 범하는데 대해 진정시키는 방법을 다하지 못한 자는 3년 이하의 금고에 처한다.

100) 1978.7.4. 육군78 고군형향 320(...부하가 다수 공동하여 죄를 범함을 알고도 그 진정을 위하여 필요한 방법을 취하지 아니하는 부작위 상태에서 한걸음 더 나아가 위 부하범죄에 대한 공범관계가 성립되는 경우에는 부하범죄 부진정죄는 성립하지 않고 단순히 공범으로 처단하는 것이 타당하다고 할 것이다...)이 유일한 판례이다.

2. 군형법의 개정방향

가. 군형법의 존재목적에 부합

군은 국가의 안전보장과 국토방위의 신성한 의무를 수행함을 사명으로 하고, 군이 이러한 사명을 완수하는 수단은 최종적으로는 무력의 행사, 곧 전투이며, 전투는 승리만을 유일한 목적으로 한다. 군이 전투에서의 승리라는 본래의 사명을 수행하기 위하여는 그에 상응하는 특별한 조직과 규율이 필요할 수 밖에 없고, 군형법은 군의 이러한 특수성을 전제로 형벌이라는 제재를 수단으로 하여 군의 조직과 규율을 유지·보존함과 동시에 군이 가지는 전투력을 최대한으로 보존·발휘하게 하는데 그 궁극적인 목적이 있는 것이다.

결국 전승(戰勝)을 위한 전투력의 확보는 군형법의 핵심적인 목적이며, 그것은 바로 군형법에 있어서의 보호법익이라고도 할 수 있을 것이므로, 이와 같은 특별한 목적이야말로 군형법의 해석·적용에 있어 가장 중요한 기준이라고 하지 아니할 수 없다. 이와 같이 군형법은 군의 유일한 존재의의인 “전승을 위한 전투력의 유지·강화”에 그 궁극적인 목적을 두고 있다.¹⁰¹⁾ 군형법을 개정함에 있어서는 국군의 이념과 사명, 군형법의 존재목적이 무엇보다 우선적으로 고려되어야 할 것이다.

따라서 제3장 지휘관 남용의 죄, 제4장 지휘관의 항복과 도피의 죄, 제27조 지휘관의 수소이탈, 제43조 출병 거부죄 등 지휘관의 책무와 관련된 범죄는 원칙적으로 유지되어야 하고, 제8장 항명의 죄와 제9장 폭행, 협박, 상해 및 살인의 죄 및 제10장 모욕의 죄 편에 규정된 대상관 범죄, 무단이탈죄는 유지하되 위헌논란이 있는 부분은 보다 섬세하게 정비해야 한다고 본다.

나. 죄형법정주의 원칙 준수

형사특별법으로서 군형법에 죄형법정주의 원칙이 적용되는 것은 당연하다. 군형법의 일부조항들은 죄형법정주의의 명확성원칙, 책임과 형벌의 비례원칙 위배여부가 문제되고 있다. 우리 군형법은 제정 후 14차례의 개정작업을 하였지만, 제정당시

101) 현재 1995.10.26. 92헌바45 결정 참고.

의 불명확한 규정이 그대로 남아있는 것이 많다. 따라서 군형법 개정시 죄형법정주의 원칙에 위배되는 규정을 개정하는 과제가 남아 있다. 특히 명령위반죄, 추행죄 등에 대해서는 근본적인 검토가 필요하다.

입법자가 형벌이라는 수단을 선택함에 있어서는 그 형벌이 불법과 책임의 경중에 일치하도록 하여야 하고, 만약 선택한 형벌이 구성요건에 기술된 불법의 내용과 행위자의 책임에 일치되지 않는 과도한 것이라면 이는 비례의 원칙을 일탈한 것으로 헌법상 용인될 수 없다. 입법취지에서 보아 중벌주의로 대처할 필요성이 인정되는 경우라 하더라도 범죄의 실태와 죄질의 경중, 이에 대한 행위자의 책임, 처벌규정의 보호법익 및 형벌의 범죄예방효과 등에 비추어 전체 형벌체계상 지나치게 가혹한 것이어서, 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 일탈함으로써 입법재량권이 헌법규정이나 헌법상 제원리에 반하여 자의적으로 행사된 것으로 평가되는 경우에는, 그러한 입법의 정당성은 부인되고, 인간의 존엄성과 가치를 보장하는 헌법의 기본원리에 반하여 위헌적인 법률이 될 것이다¹⁰²⁾. 군형법 개정을 논할 때 죄형법정주의 원칙 가운데 책임과 형벌의 비례원칙이 고려되어야 하고, 특히 중벌주의의 잔재가 남아있는 법정형을 개정하는데 고려되어야 한다고 본다. 따라서 군용물등의 범죄에 대한 형의 가중, 군용물 분실죄, 사형 등 무거운 법정형 등에 대해서는 근본적인 검토가 필요하다. 이외에도 평등권 침해 우려가 있는 정치관여죄에 대해서도 검토가 필요하다.

다. 형법과 중복된 규정 정비

군형법 조항 중에서 일반형법을 적용할 수 있는 부분은 제외함으로써 군형법을 순정군사범 중심으로 개정할 필요가 있다. 군이 군형법에 규정할 필요가 없는 조문들은 제외시키고 군사상 처벌필요성이 있는 범죄 중심으로 재편되어야 한다고 본다. 앞에서 검토한대로 불순정군사범에는 두 가지 형태가 있는데, 이 중 두 번째 유형인 형법과 행위태양 및 행위객체가 유사하지만 형량에서만 차이가 있는 경우는 군형법에서 삭제하고 일반형법으로 처리할 필요가 있다. 다만, 첫 번째 유형인 일반형법에

102) 헌법재판소 2001.11.29. 2001헌가16 결정; 2003.11.27. 2002헌바24 결정 참조.

규정된 범죄와 행위태양은 동일하지만 행위객체가 상관, 군용물, 군인등 등으로 제한된 경우는 군기강 확립과 지휘권 보장이라는 균형법의 목적을 고려할 때 현재 규정을 그대로 유지하는게 타당하다고 본다.

라. 사문화(死文化)된 규정 정비

평시와 전시의 균형법 적용실태를 분석해보면, 균형법이 적용되는 범죄보다는 도로교통법, 형법, 폭처법 등 다른 법률이 적용되는 범죄가 상대적으로 훨씬 많고, 전평시를 막론하고 실제로 적용되지 않고 사문화(死文化)된 조항이 많다는 것을 볼 수 있다. 따라서 상관의 제지 불복종죄(제46조), 부하범죄 부진정죄(제93조) 등은 정비할 필요가 있다고 본다.

3. 균형법의 개정방안

앞에서 균형법의 근본적인 문제점을 여러 관점에서 분석하였다. 균형법 개정 방안을 제시함에 있어 이러한 문제의식을 토대로 장병들의 자발적인 충성과 엄정한 군기강 유지, 장병 개개인의 인권 보장과 전투력 강화라는 가치를 합리적으로 조화시키고자 한다. 이를 위해 1)균형법의 존재목적에 부합, 2)죄형법정주의 원칙 준수, 3)형법과 중복된 규정 정비, 4)사문화된 규정 정비 등 개정방향을 기준으로 현실에 적합한 균형법 개정(안)을 제시하고자 한다.

가. 형법과 행위태양 및 행위객체가 유사한 범죄 삭제

균형법을 순정군사법 중심으로 개정한다는 측면에서 불순정군사법 중 형법과 행위태양 및 행위객체가 유사하지만 형량에서만 차이가 있는 경우[예: 제11조(군대 및 군용시설 제공), 제12조(군용시설 등 파괴), 제13조(간첩), 제14조(일반이적), 제61조(특수소요)]에 균형법에서 삭제하고 일반형법으로 처리한다. 다만 일반형법에 규정된 범죄와 행위태양은 동일하지만 행위객체가 상관, 군용물, 군인등 등으로 제한된 경우[예: 제9장(폭행, 협박, 상해 및 살인의 죄), 제10장(모욕의 죄), 제11장(군용

물에 관한 죄), 제15장(강간과 추행의 죄)]는 군기강 확립과 지휘권 보장이라는 군형법의 목적을 고려할 때 현재 규정을 그대로 유지한다.

군형법	개정안	비 고
제11조(군대 및 군용시설 제공) ①군대 요새, 진영 또는 군용에 공하는 함선이나 항공기 또는 그밖의 장소, 설비 또는 건조물을 적에게 제공한 사람은 사형에 처한다. ②병기, 탄약 또는 그밖에 군용에 공하는 물건을 적에게 제공한 사람도 제1항의 형에 처한다.	〈폐 지〉	조문삭제
제12조(군용시설 등 파괴) 적을 위하여 제11조에 규정된 군용시설 또는 그밖의 물건을 파괴하거나 사용할 수 없게 한 사람은 사형에 처한다.		
제13조(간첩) ①적을 위하여 간첩행위를 한 사람은 사형에 처하고, 적의 간첩을 방조한 사람은 사형 또는 무기징역에 처한다. ②다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 지역 또는 기관에서 제1항 및 제2항의 죄를 범한 사람도 제1항의 형에 처한다. 1. 부대·기지·군항지역 또는 그밖에 군사시설 보호를 위한 법령에 따라 고시되거나 공고된 지역 2. 부대이동지역·부대훈련지역·대간첩작전지역 또는 그밖에 군이 특수작전을 수행하는 지역 3. 「방위사업법」에 따라 지정되거나 위촉된 방위산업체와 연구기관		
제14조(일반이적) 제11조부터 제13조까지의 행위 외에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 사람은 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다. 1. 적을 위하여 진로를 인도하거나 지리를 알려준 사람 2. 적에게 항복하게 하기 위하여 지휘관에게 이를 강요한 사람 3. 적을 숨기거나 비호한 사람 4. 적을 위하여 도로, 교량, 등대, 표지 또는 그밖의 교통시설을 손괴하거나 불통하게 하거나 그밖의 방법으로 부대 또는 군용에 공하는 함선, 항공기 또는 차량의 왕래를 방해한 사람 5. 적을 위하여 암호 또는 신호를 사용하거나 명령, 통보 또는 보고의 내용을 고쳐서 전달하거나 전달을 게을리하거나 거짓명령, 통보나 보고를 한 사람 6. 적을 위하여 부대, 함대, 편대 또는 대원을 해산시키거나 혼란을 일으키게 하거나 그 연락이나 집합을 방해한 사람		

7. 군용에 공하지 아니하는 병기, 탄약 또는 전투용에 공할 수 있는 물건을 적에게 제공한 사람 8. 그밖에 대한민국의 군사상 이익을 해하거나 적에게 군사상 이익을 제공한 사람		
제61조(특수소요) 집단을 이루어 흉기나 그밖의 물건을 휴대하고 폭행, 협박 또는 손괴의 행위를 한 사람은 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다. 1. 수괴: 3년 이상의 유기징역 2. 다른 사람을 지휘하거나, 세력을 확장 또는 유지하는데 솔선한 사람: 1년 이상 10년 이하의 징역 3. 부화뇌동한 사람: 2년 이하의 징역		

나. 군무이탈죄 법정형 하향, 벌금형 추가 및 특수군무이탈죄 삭제

군무이탈죄는 “그 밖의 경우”에도 1년 이상 10년 이하 징역형으로 처벌하고 있어, 실무에서는 기소유예 처분을 하는 경우가 2/3에 달한다. 특수군무이탈죄는 “위협하거나 중요한 임무”라는 개념이 불명확하고, 구성요건이 모두 일반군무이탈죄에 포함되는 행위이고, 일반군무이탈죄보다 불법성이 더 강한데도 불구하고 동일한 법정형으로 처단하고 있다. 따라서 군무이탈죄에서 “그 밖의 경우”는 형량을 감정하고 벌금형을 추가하며, 특수군무이탈죄는 삭제한다.

군형법	개정안	비고
제30조(군무이탈) ①군무를 기피할 목적으로 부대 또는 직무를 이탈한 사람은 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다. 1. 적전인 경우: 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역 2. 전시, 사변시 또는 계엄지역인 경우: 5년 이상의 징역 3. 그 밖의 경우: 1년 이상 10년 이하의 징역 ② 부대 또는 직무에서 이탈된 사람으로서 정당한 사유없이 상당한 기간 내에 부대 또는 직무에 복귀하지 아니한 사람도 제1	제30조(군무이탈) ①군무를 기피할 목적으로 부대 또는 직무를 이탈한 사람은 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다. 1. 적전인 경우: 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역 2. 전시, 사변시 또는 계엄지역인 경우: 5년 이상의 징역 3. 그밖의 경우: <u>10년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금</u> ② 부대 또는 직무에서 이탈된 사람으로서 정당한 사유없이 상당한 기간 내에 부대 또는 직무에 복귀하지 아니한	조문개정 및 조문삭제

항의 형에 처한다.	사람도 제1항의 형에 처한다.	
제31조(특수군무이탈) 위험하거나 중요한 임무를 회피할 목적으로 배치지 또는 직무를 이탈한 사람도 제30조의 예를 따른다.	제31조(특수군무이탈) 〈폐 지〉	

다. 상관의 제지 불복종죄 삭제

본 범죄는 사문화된 조항으로, 해당 폭행행위에 대해서는 군형법상의 상관폭행, 초병폭행, 직무수행자 폭행, 특수소요죄, 형법상의 폭행죄, 소요죄 등으로 처벌하고, 상관의 제지에 불복종하면서까지 폭행을 계속했다는 사실은 양형판단시 고려하거나 경우에 따라서는 항명죄로 처벌하면 될 것이다. 따라서 상관의 제지 불복종죄는 조문을 삭제한다.

군형법	개정안	비고
제46조(상관의 제지 불복종) 폭행을 하는 사람이 상관의 제지에 복종하지 아니한 경우에는 3년 이하의 징역에 처한다.	〈폐 지〉	조문삭제

라. 명령위반죄 삭제

명령위반죄에 대해서는 끊임없이 위헌론이 제기되었고, 죄형법정주의의 명확성 원칙과 과잉금지원칙에 위반된다고 본다. 항명죄와의 관계에서 처벌의 필요성이 인정되는 일반적·추상적 명령 또는 규칙의 위반을 처벌하고자 한다면 최소한 헌법재판소나 대법원이 지적하고 있는 바와 같이 명령 및 규칙의 범위를 법률에 명확히 특정하여야 할 것이다. 그러나 제44조 항명죄에서도 명령을 규정하고 있고, 제47조 명령위반죄에서도 명령을 규정하고 있으므로 제2조 용어의 정의에서 명령에 관한 정의규정을 두더라도 과연 이에 해당하는지를 판단하기는 쉽지 않을 것이다. 다만 벌금형 신설 주장에 대해서는 본죄의 보호법익이 상관의 정당한 명령권 및 군의 질서로서, 순정군사범의 대표적인 범죄이므로 벌금형 신설은 적절하지 않다고 본다. 따라서 정당한 명령 또는 규칙에 위반한 행위에 대해서는 징계처분을 통해 처리하

고, 본조는 군형법에서 삭제한다.

군형법	개정안	비고
제47조(명령위반) 정당한 명령 또는 규칙을 준수할 의무가 있는 사람이 이를 위반하거나 준수하지 아니한 경우에는 2년 이하의 징역이나 금고에 처한다.	〈폐 지〉	조문삭제

마. 군용물분실죄 삭제

책임주의원칙에 비추어 비록 군용물이라 하더라도 이를 분실하는 행위는 과실범이므로 비범죄화하고 징계처분으로 처리하면 충분하다고 본다. 만일 형사처벌이 필요하다고 하더라도 법정형은 금고형으로 개정하고, 객체 또한 제한적으로 총포, 탄약, 폭발물, 차량 등 전투장비로 제한할 필요가 있다.

군형법	개정안	비고
제74조(군용물분실) 총포, 탄약, 폭발물, 차량, 장구, 기재, 식량, 피복 또는 그 밖에 군用に 공하는 물건을 보관할 책임이 있는 사람으로서 이를 분실한 사람은 5년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다.	〈폐 지〉	조문삭제

바. 군용물 등 범죄에 대한 형의 가중 구성요건 개정

현재의 입법방식은 법적 성질을 달리하는 다양한 범죄유형에 대하여 아무런 차이를 두지 않은 채 단순히 그 객체의 차이만으로 형벌을 일원화하여 규정한 것은 형법의 일반예방적 관점에 있어서 예측가능성을 침해한다는 문제를 안고 있다. 총포·탄약·폭발물 외의 군용물에 대한 재산범죄의 경우, 사형, 무기 또는 1년 이상의 징역에 처하도록 하고 있는데, 이렇게 되면 형법상 재산범죄에 규정된 형의 하한보다 군형법의 법정형의 하한이 오히려 경한 경우가 나타날 수 있다. 애초에 군형법 제75조가 군용물에 대한 재산범죄를 가중처벌하려는 의도에서 입법화된 것이라면 현행과 같이 획일적으로 법정형을 따로 규정하는 방식은 불합리하다고 본다. 따라서 제

66조 내지 제71조와 같이 개별 범죄에 대하여 하나하나 법정형을 정하는 형태로 개정하거나, 형법에 나온 법정형의 2분의 1을 가중하는 식으로 규정한다.

군형법	개정안	비고
제75조(군용물 등 범죄에 대한 형의 가중) ①총포, 탄약, 폭발물, 차량, 장구, 기재, 식량, 피복 또는 그밖에 군用に 공하는 물건 또는 군의 재산상 이익에 관하여 「형법」 제2편제38장부터 제41장까지의 죄를 범한 경우에는 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다. 1. 총포, 탄약 또는 폭발물의 경우: 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역 2. 그밖의 경우: 사형, 무기 또는 1년 이상의 징역 ②제1항의 경우에는 「형법」에 정한 형과 비교하여 중한 형으로 처벌한다. ③제1항의 죄에 대하여는 3천만원 이하의 벌금을 병과할 수 있다.	제75조(군용물 등 범죄에 대한 형의 가중) 총포, 탄약, 폭발물, 차량, 장구, 기재, 식량, 피복 또는 그밖에 군用に 공하는 물건 또는 군의 재산상 이익에 관하여 「형법」 제2편제38장부터 제41장까지의 죄를 범한 경우에는 형법에서 정한 형의 장기 및 단기의 1/2까지 가중한다.	조문개정

사. 전지강간죄 형량 감경

전지강간죄의 법정형은 형법상 강간죄 가운데 최고형인 강도강간죄의 법정형(무기 또는 10년 이상의 징역)보다 높은 사형 단일형이다. 또한 「국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률」 제9조 제2항 제6호는 강간, 성적 노예화, 강제매춘, 강제임신, 강제불임 또는 이와 유사한 중대한 성적인 폭력을 가하는 행위에 대하여 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하도록 하고 있다. 따라서 전지강간죄도 「국제형사재판소 관할범죄의 처벌 등에 관한 법률」과 균형을 맞추어 절대적 법정형인 사형을 무기 또는 5년 이상의 징역으로 개정하는 것이 타당하다고 본다.

군형법	개정안	비고
제84조(전지강간) ① 전투지역 또는 점령지역에서 부녀를 강간한 사람은 사형에 처한다. ② 제1항의 죄에 대한 공소에는 고소가 필요하지 아니하다.	제84(전지강간) ① 전투지역 또는 점령지역에서 부녀를 강간한 사람은 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다. ② 제1항의 죄에 대한 공소에는 고소가 필요하지 아니하다.	조문개정

아. 추행죄 삭제

추행죄의 “그밖의 추행”부분은 강제성을 요구하는지에 대해 그 구성요건이 불명확할 뿐만 아니라 행위의 주체나 그 상대방 등에 대해서 명백하게 규정하지 않고 있기 때문에, 본죄에 해당하는 행위의 범위를 확정하기가 어려워 형벌법규의 명확성원칙에 위배되고, “추행”에 강제에 의하지 아니하고 군형법 피적용자 상호간에 은밀하게 행해짐으로써 타인의 혐오감을 직접 야기하지 않는 행위가 포함된다고 하고, 또한 대표적인 추행행위로 명시된 ‘계간’에 비하여 그 추행의 정도가 상대적으로 미약한 단순한 추행행위에 대해서까지 ‘계간’과 동일하게 2년 이하의 징역형으로 처벌하도록 규정한 것은 헌법상 과잉금지의 원칙 등에 위배된다고 본다. 실무상으로도 추행행위가 있을시 폭행, 협박 등이 존재하는 경우 강제추행죄로 기소하는 경우가 대부분이나, 강제추행죄의 고소가 없거나 취소되는 경우 군형법상 추행죄로 기소하거나 공소장을 변경하는 경우가 대부분이므로, 추행죄는 강제추행죄에 대해 단지 보충적·예비적으로 적용되고 있다. 따라서 군형법상 추행죄를 삭제하고, 고소가 없거나 취소가 되어 형벌을 가할 수 없게 되면 징계처분 또는 현역복무부적합제도를 통해 그 책임을 묻는 것이 타당하다고 본다.

군형법	개정안	비고
제92조의5(추행) 계간(鷄姦)이나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.	〈폐 지〉	조문삭제

자. 부하범죄 부진정죄 삭제

군사법원 판례집을 보면 부하범죄 부진정죄에 대한 판례가 거의 없는 것을 볼 때, 사문화된 규정이라 하겠다. 본죄는 범문상으로도 그 규정의 내용이 지나치게 막연하여 수범자에 대하여 처벌되는 행위에 대한 예측가능성을 담보하지 못하고 있다. 또한 ‘다수’가 어느 정도의 인원수를 말하는 것인지, ‘죄’란 도대체 어떤 범죄를 말하는 것인지 알 수가 없다. 지휘관이 부하들의 범죄행위에 대해서도 형사책임을 져야 한다면 이는 자기책임원리에 반하는 결과를 초래한다. 따라서 본죄는 삭제한다.

군형법	개정안	비고
제93조(부하범죄 부진정) 부하가 다수 공동하여 죄를 범함을 알고도 그 진정(鑑定)을 위하여 필요한 방법을 다하지 아니한 사람은 3년 이하의 징역이나 금고에 처한다.	〈폐 지〉	조문삭제

차. 정치관여죄 삭제

군인의 정치관여행위는 군의 정치적 중립성을 무너뜨리는 것으로 당연히 금지되어야 하지만, 다른 공무원에 대해서는 형사처벌하지 않으면서 유독 군인에 대해서만 형사처벌하기 때문에 평등권 침해 문제가 발생할 수 있고, 파면, 해임 등 징계처분으로 족한 행위에 대해 군이 형사처벌을 하게 함으로써 형벌과 책임의 비례원칙 위반 논란이 제기될 수 있다. 따라서 정치관여죄는 군형법에서 삭제하고, 징계처분으로 처리하면 족하다고 본다.

군형법	개정안	비고
제94조(정치 관여) 정치단체에 가입하거나 연설, 문서 또는 그 밖의 방법으로 정치적 의견을 공표하거나 그 밖의 정치운동을 한 사람은 2년 이하의 금고에 처한다.	〈폐 지〉	조문삭제

카. 무단이탈죄 유지

무단이탈죄는 현행대로 조문을 유지해야 한다. 베트남전 당시 군형법 적용실태를 보면, 무단이탈죄 위반 사례가 많은 것을 볼 수 있다. 1965년부터 1972년까지 베트남과병부대에서 발생한 범죄는 1,398건이었고, 이 가운데 무단이탈이 115건(8.2%), 군무이탈이 82건(5.9%)을 차지하고 있다. 평시에는 군무이탈죄가 많이 발생하지만, 전시에는 오히려 무단이탈죄를 범하는 사례가 많다는 것을 볼 수 있다.

무단이탈죄의 형량을 보면 제정 당시부터 1년 이하의 징역 또는 금고형을 유지하고 있다가 최근 2009년 개정에서 법정형에 300만원 이하의 벌금형을 신설하였다. 이는 경미범죄에 대한 처벌의 적절성, 양형의 구체적 타당성 도모, 군무이탈에 비해 불법의 정도가 약한 점 등을 고려함으로써 무단이탈죄 처벌의 적정성을 보완한 것으로 보인다. 무단이탈죄에 관하여 명확성위반이라는 위헌논란이 있으나, 헌법재판소의 결정과 같이 건전한 상식과 통상적인 법상식을 가진 군인이라면 금지된 행위가 무엇인지 예측할 수 있으므로 명확성원칙에 위배되지는 않는다고 본다. 또한 전시에는 무단이탈행위 처벌을 통하여 전투력의 기초가 되는 병력의 확보가 매우 필요하고, 외국군의 입법례를 보더라도 군무이탈죄와 별도로 대부분 무단이탈죄를 처벌하고 있는 점에 비추어 무단이탈죄는 현재와 같은 형태를 그대로 유지하여야 한다.

파. 대상관 범죄 유지

상관에 대한 범죄, 즉 상관 폭행, 상관 협박, 상관 상해, 상관 살인, 상관 명예훼손, 상관 모욕 등은 현행 조항을 그대로 유지하여야 한다. 상관에 대한 범죄는 로마 군법에서부터 유래된 군형법의 가장 중요한 범죄유형의 하나이고, 전쟁시 군법 적용실태를 분석하면 평시보다 대상관 범죄가 훨씬 증가하는 것을 볼 수 있다. 한편 최근 급격하게 신장된 인권의식과 사이버 공간 등 다양한 수단을 통해 자신의 권리를 표출하는 현상이 사회적으로 증가하고 있고, 이러한 사회적 현상이 군대로도 유입됨으로써 병영 내에도 군기강 문란, 하극상 관련 문제들이 나타나고 있다. 따라서 남북한 대치상태가 지속하는 현 안보상황에서 군기강과 위계질서를 유지하기 위하여 대상관 범죄는 유지되어야 한다.

하. 법정형 감경

군형법에는 법정형이 사형인 조문이 14개, 사형 또는 무기징역형인 조문이 6개, 사형, 무기징역 또는 10년 이상의 징역형이 12개 등 중형이 많이 포함되어 있다. 또한 상황에 따라 형량이 차이나는 범죄는 42개인데, 이중 적전(敵前)인 경우에는 대부분 사형이 포함되어 있다. 舊 일본육군형법을 모방한 군형법은 외국군의 입법례와 비교하여 법정형이 가장 무거운 군형법이라 하겠다. 아이러니하게도 舊 일본육군형법은 제국주의 일본이 패망함에 따라 폐지되었다. 군형법 가운데 가장 대표적인 범죄인 상관살해의 경우에도 사형 단일형이 위헌결정에 의해 사형 또는 무기징역형으로 변경된 것을 본다면, 타 범죄에 사형이 남발하고 있는 현재의 입법형태에 대해서는 근본적인 검토가 필요하다고 본다.

IV. 결 론

제14차 개정은 형법 및 폭처법과 법정형의 균형을 맞추고, 처벌 유형을 세분화한 것이 주요내용이다. 제14차 군형법 개정에 대해서는 군형법의 근본적인 문제점은 그대로 둔 채 처벌범위를 확대하고 형량을 강화함으로써 기존의 문제점을 오히려 확대시킨 개정이라고 할 수 있다. 일반형사법과의 균형에 초점을 맞추다보니 전시가 아닌 평시를 염두에 둔 개정이다. 그러나 군형법은 평시 뿐만 아니라 전시를 대비한 법률이 되어야 한다. 군형법은 장병들의 권리의식의 신장, 젊은이들의 자유분방한 사고와 개인주의적 성향, 전면전보다는 국지전의 위협이 증대하고 있는 안보 상황 등 병영 환경변화를 감안하여 제정에 준하는 수준의 대폭적인 개정이 검토되어야 한다고 본다.

또한 형법과 폭처법 등 다른 형사특별법으로 처벌이 가능한데도 이와 균형을 맞춘다는 취지에서 동일한 조항을 군형법에 포함시킨 것은 형사특별법의 비대화 현상을 가중시켰다고 할 수 있다. 군형법은 14차례의 개정을 통해 엄벌주의 경향이 감소하기는 커녕 오히려 처벌규정이 추가되고, 형량이 높아지는 등 더욱 비대화됐다. 특히 이번 개정에서 형법 및 폭처법과 처벌의 균형을 맞춘다는 차원에서 상관, 초병,

직무수행중인 군인등에 대한 집단폭행·협박, 특수폭행·협박, 폭행치사상, 집단상해, 특수상해, 중상해, 상해치사 등을 신설하는 것은 다소 위험스런 입법형태라고 본다. 상관, 초병, 직무수행자에 대한 폭행, 협박 등은 일반예방 차원에서 대표적인 범죄를 포함하면 족하다. 따라서 형법 및 다른 형사특별법으로도 처벌이 가능한 부분은 과감히 삭제하고 군형법은 순정군사범 위주로 정리할 필요가 있다고 본다.

군형법 각칙의 구성체계는 다음과 같이 정비하는 것이 타당하다고 본다. 제1장 국가와 군의 존립에 관한 죄로 반란의 죄, 이적의 죄, 제2장 군조직 및 군기강에 관한 죄로 항명의 죄, 모욕의 죄, 폭행·협박·상해·살인의 죄, 강간과 추행의 죄, 지휘권남용의 죄, 지휘관의 항복과 도피의 죄, 수소이탈의 죄, 군무태만의 죄, 제3장 전투수행을 위한 인적·물적 구성요소에 대한 죄로 군무이탈의 죄, 군용물에 관한 죄, 제4장 그 밖의 죄로 약탈의 죄, 포로에 관한 죄 등으로 구성된다.

이상에서 우리나라의 안보상황과 국민의 인권의식에 적합한 군형법 개정방안을 제시하였다. 국제관계의 변화에 따라 안보상황은 끊임없이 변화하고 있다. 사회주의 국가의 몰락 이후 서유럽 국가들은 안보위협이 감소에 따라 국방예산을 삭감하고, 병역제도를 징병제에서 모병제 또는 지원병제로 바꾸며, 군 인력을 감축하고 있다. 반면 동북아시아에서는 북한의 핵무장과 중국의 군사대국화, 해상영유권을 둘러싼 분쟁들이 계속됨에 따라 안보위협이 오히려 증가하고 있는 실정이다. 출산율의 저하와 인구의 노령화로 인하여 병역 대상의 숫자가 감소하고 있고, 젊은이들의 개인주의적 성향과 권리의식은 더욱 강해지고 있다. 군형법은 이러한 안보상황과 국민들의 법의식 변화 등에 발맞추어 변화하여야 한다고 본다.

참고문헌

1. 단행본

- 국방부, 「2010 국방백서」, 2010
- 박상기 외, 「형사특별법론 - 5대 형사특별법」, 형사정책연구원, 2009
- 오영근, 「형법총론」, 박영사, 2006
- _____, 「형법각론」, 박영사, 2006
- 육군본부, 「법무 50년사」, 1996
- 육군사관학교, 「군사법원론(제2개정판)」, 일신사, 2004
- 육군종합행정학교, 「군형법 보충교재」, 2006
- 주월한국군사령부, 「월남전종합연구」, 1974

2. 논 문

- 노기호, “군형법 제92조 추행죄의 위헌성 고찰”, 헌법학연구 제15권 제2호, 2009
- 박안서, “군형법의 개정방안에 관한 연구 - 인권보장과 전투력강화의 조화를 중심으로 -”, 한양대학교 박사학위 논문, 2011
- 박찬걸, “군형법상 군무이탈죄와 관련된 문제점과 개선방안”, 형사정책 제22권 제1호, 2010
- 송문일, “군형법 제47조를 비판한다”, 군사법논집 제1집, 육군본부, 1983
- 송문호, “군형법과 ‘제복을 입은 시민’”, 형사법연구 제21권제4호, 2009.겨울
- 오병두, “군형법의 문제점과 개정방향”, 형사정책 제20권 제1호, 2008
- 이경환, “군대 내 동성애 행위 처벌에 대하여”, 공익과 인권 제5권 제1호, 2008.2.
- 이승호, “군형법의 문제점과 개정방향에 관한 연구”, 연세대학교 박사학위논문, 2007
- 이충선, “군형법 개정에 관한 소고”, 군사법논집 제10집, 국방부, 2005.12
- 이호중, “군형법 제92조의5 추행죄의 위헌성과 폐지론”, 형사법연구 제23권 제1호, 2011
- 최병호, “군형사법상 비범죄화방안에 관한 고찰”, 고려대학교 석사학위논문, 1999.
- 함석재, “형사특별법의 현황, 문제점 및 정비방향”, 국회보 제379호, 1998

3. 관련법률

Armed Forces Act 2006

Uniform Code of Military Justice

Wehrstrafgesetz

舊 日本陸軍刑法

A Study on the Problems and improvements of Military Criminal Law 2009

An-seo, Park*

In 2009, Korean Military Criminal Law is revised. It is the law's 14th revision. But the revision is limited to side issues and isn't sufficient. The law's fundamental problems are violation of the Principle of "nulla poena sine lege", Heavy Penalties, Duplication of criminal law etc. Most of the problems of the law is originated from Japanese military criminal law 1942. The Korean military criminal law has mainly roots in the Japanese military criminal law of 1942. The Korean military criminal law's forms, legal terms, crimes and penalties are similar to the Japanese law. The Japanese military criminal law of 1942 has the features of severe punishments, commander's absolute liability, subordinates's absolute obedience. In spite of the 14th revision, the law's fundamental problems are not solved. Therefore I want to draw up the draft of the law's bill as this report.

❖ Key Word : Military Criminal Law, Human Rights, Principle of "nulla poena sine lege", Heavy Penalties, Armed Forces, Revision

투고일 : 12월 6일 / 심사(수정)일 : 12월 21일 / 게재확정일 : 12월 21일
--

*Army administrative school, Lieutenant colonel