

군사재판에 있어서 관할관제도 및 심판관제도의 문제점과 개선방안*

박 찬 결**

국 | 문 | 요 | 약

관할관제도와 관련하여 첫째, 확인조치권의 행사시 형법에 규정되어 있는 양형참작사유 중 재판관이 고려하지 않은 사항에 대한 별도의 사유를 구체적으로 적시하여 그 근거를 명확히 밝히는 작업이 반드시 필요하다고 본다. 둘째, 확인조치권 행사의 범위를 제도의 도입취지에 부합할 수 있도록 순정군사범 위주로 제한할 필요성이 있다. 즉 군형법상의 범죄 가운데 순정군사범을 위주로 하여 당해 범죄의 동기와 효과에 대한 군대라는 조직사회의 특수성을 반영할 수 있도록 하고, 순정군사범에 해당하지 않는 일반 범죄에 대하여는 관할관의 확인조치권 행사의 범위에서 제외해야 할 것이다. 셋째, 관할관에게 주어진 확인조치권의 남용가능성에 대한 대책으로 형의 감경 정도와 그 한계에 대해 법원의 양형기준과 같이 공통된 ‘감경기준’을 마련하는 것은 필요하다고 본다. 왜냐하면 관할관의 확인조치권은 헌법과 법률이 정한 재판관이 아닌 군 지휘관(관할관)이 재판의 결과에 대해 실질적인 변경을 가할 수 있는 제도라는 점에서 사법제도의 중대한 예외를 인정한 것이지만, 이와 같은 중대한 예외를 인정하기 위해서는 보다 엄격하고 공정한 기준에 따라 운영되는 것이 필요함에도 불구하고 객관적인 감경기준이 마련되어 있지 않은 것은 문제점으로 지적할 수 있기 때문이다. 넷째, 예하부대의 관할관들은 판결에 대한 확인조치권을 통한 형감경을 할 경우 그 형감경을 각 군 본부의 보통군사법원 관할관에게 상신하도록 하여, 국방부장관 및 각 군 본부 참모총장이 실질적인 확인조치권을 행사하도록 개선할 필요성이 있다.

다음으로 심판관제도는 군사재판 초창기 법조인 자격을 갖춘 군판사가 부족한 상황 및 군의 특수성상 계급에 의한 위계구조로 인하여 계급이 낮은 재판관이 계급이 높은 피고인을 재판하는 것이 불합리하다는 점에서 부득이하게 도입되었던 제도라고 할 수 있다. 하지만 현재는 법조인 자격을 갖춘 사람이 다수 배출되고 있으며, 심판관을 통한 군사적 지식을 필요로 하는 대상재판이 많지 않다는 점, 심판관을 통하여 관할관이 재판에 부당하게 관여할 수 있는 가능성이 존재하는 점, 심판관제도를 통한 군의 특수성은 관할관제도를 통해서도 충분히 반영할 수 있다는 점 등을 이유로 장기적으로 제도의 폐지를 고려해 볼 필요성이

* 본 연구는 2012학년도 대구가톨릭대학교 교내연구비 지원에 의한 것임

** 대구가톨릭대학교 법정대학 경찰행정학과 조교수 · 법학박사

있다. 다만 제도의 폐지까지의 중간과정으로 순정군사법을 대상으로 하는 재판의 경우에는 관할관이 심판관을 재판관으로 임명하여 군사적 지식을 활용하는 것이 타당할 것이며, 또한 심판관의 역할도 독일의 참심제와 같이 단지 재판과정 및 양형에 영향을 미치는 것이 아니라 단지 의견만을 제시하고 군판사가 재판과정 및 양형을 주도하도록 하는 것이 바람직할 것이다.

❖ 주제어 : 군사법원법, 관할관, 심판관, 군사재판, 군사법원

I. 문제의 제기

헌법 제101조는 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속하고, 법원은 최고법원인 대법원과 각급 법원으로 조직되며, 법관의 자격은 법률로 정한다고 규정하고, 헌법 제102조 제3항은 대법원과 각급법원의 조직은 법률로 정한다고 규정하여 사법권과 일반법원의 조직 및 법관의 자격에 관하여 규정하고 있다. 한편, 헌법 제110조는 군사재판을 관할하기 위하여 특별법원으로서 군사법원을 둘 수 있고, 군사법원의 상고심은 대법원에서 관할하며, 군사법원의 조직·권한 및 재판관의 자격은 법률로 정한다고 규정하여 헌법에 직접 특별법원으로서 군사법원을 설치할 수 있는 근거를 두고 있다. 이와 같이 헌법 제110조 제1항에서 “특별법원으로서 군사법원을 둘 수 있다.”는 의미는 군사법원을 일반법원과 조직·권한 및 재판관의 자격을 달리하여 특별법원으로 설치할 수 있다는 뜻으로 해석되므로¹⁾, 법률로 군사법원을 설치함에 있어서 군사재판의 특수성을 고려하여 그 조직·권한 및 재판관의 자격을 일반법원과 달리 정하는 것이 헌법상 허용된다.²⁾ 군은 국가의 안전보장과 국토방위의 임무를 수행하기 위하여 외적에 대항하는 전투집단으로서 생명을 걸고 위험한 행동을 하는 특성을 가진다. 이와 같은 군대조직에 있어서 군기의 유지와 군

1) 즉 군사법원은 임의적 기관이지 그 설립이 강제되는 기관은 아니기 때문에 헌법은 군사재판을 관할하기 위한 특별법원으로서 군사법원을 인정할 근거를 마련하고 있을 뿐 이를 실제로 운용할 것인가의 여부를 입법자에게 그 권한을 부여하고 있다(김현주, “군 사법제도 개선의 핵심 쟁점에 대한 연구”, 형사정책 제20권 제1호, 한국형사정책학회, 2008. 6, 39면).

2) 헌법재판소 2009. 7. 30. 선고 2008헌바162 결정; 헌법재판소 1996. 10. 31. 선고 93헌바25 결정.

지휘권 확립은 그 조직을 유지·운용하는데 있어서 필요불가결한 것인데, 군사범죄는 일반적으로 군대조직을 급속도로 오염시켜 군기를 일거에 붕괴시키는 특징을 가지고 있다. 그리고 군은 그 임무의 특성상 전시에는 말할 것도 없고 평시에도 적의 동태나 작전계획에 따라 자주 이동하고, 급박하게 상황이 변화하므로 이에 대응하여 신속히 군사재판을 할 수 있도록 하기 위하여 군사법원을 군부대 등에 설치할 필요가 있고, 군 지휘권을 확립하고 군사범죄를 정확히 심리·판단할 수 있도록 하기 위하여 군사법원에 군 지휘관을 관할관으로 두고 관할관이 군판사 및 재판관의 인사권을 갖게 하고, 군의 사정을 잘 알고 군사문제에 관하여 경험과 학식이 풍부한 일반장교를 재판에 참여시킬 필요가 있으며 또한 군사법원체제가 전시에 제대로 기능을 할 수 있기 위하여는 그러한 사법체제가 평시에 미리 조직, 운영되고 있어야 할 것이다. 특히 북한과 첨예한 군사적 대치상황에 놓여있는 우리나라의 경우에는 그러한 사법체제의 필요성이 더욱 크다고 할 것이다. 이와 같이 군사법원은 일반법원과 다른 설치배경을 근거로 하여 여러 가지 형사절차상의 특칙을 규정하고 있는데, 가장 대표적인 것이 심판관제도와 관할관제도라고 할 수 있다. 특별법원으로서 군사법원을 규정한 이유가 군의 특수성을 고려하여 군사법원을 설립하고 운용할 것과 군사에 관한 특별한 관할을 예정하고 있음을 고려할 때 군의 특수성을 감안한 군사재판을 행하는데 필요하다면 군사법원 재판관의 자격을 일반법원의 법관의 자격과 달리 규정할 필요성은 있다. 또한 지휘관으로 하여금 관할관이 되어 형벌의 부과정에 어느 정도 영향을 미치게 함으로써 지휘관의 지휘권을 철저히 보장하고, 이를 통하여 군은 그 조직의 질서 및 기율을 유지하며 전투력을 보존·발휘하여 본연의 존립목적인 국가안보의 보장과 국토방위의 신성한 의무를 달성할 필요성도 인정된다.

그러나 아무리 군사법원의 조직·권한 및 재판관의 자격을 일반법원과 달리 정할 수 있다고 하여도 그것이 아무런 한계 없이 입법자의 자의에 맡겨 질 수는 없는 것이고 사법권의 독립이라는 헌법의 근본원리에 위반되거나 헌법 제27조 제1항의 재판청구권, 헌법 제11조 제1항의 평등권 등 기본권의 본질적 내용을 침해하여서는 안 될 헌법적 한계가 있다고 할 것이다.³⁾ 하지만 군사법절차에 있어서의 이러한

3) 이에 대한 최근의 논의로는 고 석, “관할관제도의 개선론에 대한 검토”, 한국형사소송법학회 제26회

제도들에 대하여는 헌법상 요구되는 공정한 법관에 의한 재판을 받을 권리나 평등권의 침해에 해당한다거나 군사법절차에 있어서 지휘관의 과도한 개입과 부당한 영향력 행사 등 사법권의 자의적 운영과 불투명성으로 인하여 많은 폐단이 있다는 지적이 끊임없이 제기되고 있다. 군사법원법(법률 제11002호 2011. 8. 4. 타법개정)⁴⁾은 일반법원이 아닌 특수법원에 해당하는 군사법원에 적용되는 특별법의 성격을 지니는 것으로서, 대체로 민간 사법제도와 그 절차적인 유사점이 있기 때문에 형사소송법의 규정과 대동소이하지만, 군이라는 특수성으로 인하여 민간 사법제도와 다른 특별규정을 두고 있는데, 대표적인 것이 바로 관할관제도와 심판관제다고 할 수 있다. 남북의 대치상황이라는 우리나라의 현실과 그로 인한 군의 특수성을 고려하여 지휘관의 지휘권을 보장하여야 한다는 취지로 생성된 관할관 및 심판관 제도는 그 존치의 필요성에 대해서는 일정 부분 공감할 수 있지만, 군이라는 조직은 행정기관·정보기관·수사기관·기소기관·재판기관 등을 모두 갖추고 군인·군무원을 그 구성원으로 하는 작은 국가처럼 기능하고 있기 때문에 현재 우리 사회의 사법부 불신으로 인하여 초래되는 사회혼란에서 보는 것처럼 관할관·심판관제도로 인하여 군사법부가 불신을 받는다면 군 조직 전체의 혼란이 초래되어, 결국 지휘권이 보장되는 것이 아니라 오히려 지휘권이 약화되는 결과가 발생할 것이다.⁵⁾ 이에 본고에서는 군사법원법상의 심판관제도와 관할관제도의 입법취지와 운용실태를 분석함으로써, 각각의 제도가 가지고 있는 문제점을 살펴본 후, 이를 보완할 수 있는 적절한 개선방안을 제시하는 것을 목적으로 한다.

월례발표회, 한국형사소송법학회, 2012. 7. 참조.

4) 군사법원법은 1962. 1. 20. 법률 제1004호로 제정된 군법회의법이 1987. 12. 4. 법률 제3993호로 법률의 명칭이 변경된 후 지금까지 총 27차례의 개정을 거쳐 현재에 이르고 있다.

5) 국회입법조사처, 「2012 국정감사 정책자료 I」, 2012. 8, 38면.

II. 관할관제도의 문제점과 개선방안

1. 관할관제도의 의의

가. 관할관의 일반적인 권한

군사법원은 고등군사법원과 보통군사법원의 두 종류가 있는데(제5조⁶⁾), 고등군사법원은 국방부에 설치하고(제6조 제1항), 보통군사법원은 국방부, 국방부직할통합부대, 각 군 본부 및 편제상 장관급 장교가 지휘하는 예하부대 또는 기관에 설치한다(제6조 제2항). 이러한 군사법원에 관할관을 두는데(제7조 제1항), 고등군사법원의 관할관은 국방부장관으로 하고(제7조 제2항), 보통군사법원의 관할관은 그 설치되는 부대와 지역의 사령관, 장 또는 책임지휘관으로 한다. 다만, 국방부 보통군사법원의 관할관은 고등군사법원의 관할관이 겸임한다(제7조 제3항). 관할관의 권한은 크게 군사법원에 대한 권한과 군검찰에 대한 권한으로 구분되는데, 전자의 경우에는 군사법원의 행정사무를 지휘·감독하는 권한⁷⁾, 심판관 임명권⁸⁾ 및 재판관 지정권⁹⁾ 등과 같이 군사법원을 구성하는 권한, 군사법원의 판결에 대한 확인조치권 등이 있고, 후자의 경우에는 군검찰관을 임명하고 지휘·감독하는 권한¹⁰⁾, 범죄

6) 이하에서 법률의 명칭이 없이 단순히 조문만 표기된 것은 군사법원법상의 규정을 의미함을 일러둔다.

7) 고등군사법원의 관할관은 그 군사법원의 행정사무를 관장하고, 국방부직할통합부대와 각 군 본부 보통군사법원의 행정사무를 지휘·감독하고, 보통군사법원의 관할관은 그 군사법원의 행정사무를 관장하며, 각 군 본부 보통군사법원의 관할관은 예하부대 보통군사법원의 행정사무를 지휘·감독한다(제8조).

8) 군사법원의 소송절차에 관한 규칙 제9조(심판관의 임명) 관할관은 군사법원이 언제나 재판사무를 처리할 수 있도록 심판관을 미리 임명하여야 한다.

9) 제25조(재판관의 지정) 재판관은 관할관이 지정한다.
군사법원의 소송절차에 관한 규칙 제12조(재판관의 지정) ① 관할관은 군사법원에 계속되는 사건의 전부 또는 일부를 처리할 수 있도록 재판관을 미리 지정하여야 한다. ② 고등군사법원관할관이 재판관을 지정할 경우에는 순차적으로 주심을 행하도록 군판사의 순위를 정하여야 한다.

10) 제38조(국방부장관의 군검찰사무 지휘·감독) 국방부장관은 군검찰사무의 최고감독자로서 일반적으로 검찰관을 지휘·감독한다. 다만, 구체적 사건에 관하여는 각 군 참모총장만을 지휘·감독한다. 제39조(각 군 참모총장의 검찰사무 지휘·감독) 각 군 참모총장은 각 군 검찰사무의 지휘·감독자로서 예하부대 보통검찰부에 관할권이 있는 군검찰사무를 총괄하며, 소속 검찰관을 지휘·감독

수사의 보고를 받을 권한¹¹⁾, 각종 영장청구에 대한 승인 권한, 고소·고발인의 재정신청을 받고 처리하는 권한, 형의 집행 및 정지에 관한 권한 등이 있다. 군사법원이 설치되어 있는 모든 부대에는 군검찰부도 함께 설치되어 있기 때문에 사단급 이상의 부대지휘관은 관할관급과 동시에 군검찰부가 설치되어 있는 부대의 장 또는 검찰관소속부대의 장으로서 수사 및 재판 전반에 있어서 막강한 권한을 가지게 된다.

나. 확인조치권의 의의

관할관은 무죄, 면소, 공소기각, 형의 면제, 형의 선고유예 또는 형의 집행유예의 판결을 제외한 판결을 확인하여야 하며, 형법 제51조 각 호의 사항을 참작하여 형이 과중하다고 인정할 만한 사유가 있을 때에는 형을 감경¹²⁾할 수 있는 판결에 대한 확인조치권을 보유하고 있다(제379조 제1항).¹³⁾ 이러한 판결의 확인은 판결확

한다.

제40조(군검찰부가 설치되어 있는 부대의 장의 검찰사무 지휘·감독) 군검찰부가 설치되어 있는 부대의 장은 소관 군검찰사무를 관장하고 소속 검찰관을 지휘·감독한다.

제41조(검찰관의 임명) ① 검찰관은 각 군 참모총장이 소속 군법무관 중에서 임명한다. 다만, 국방부와 국방부직할통합부대의 검찰관은 국방부장관이 소속 군법무관 중에서 임명한다. ② 국방부장관은 제1항 본문에도 불구하고 각 군 참모총장의 의견을 들어 각 군 소속 군법무관 중에서 국방부와 각 군의 검찰관을 임명할 수 있다.

제42조(검찰관 직무대행) 각 군 참모총장은 군법무관시보로 하여금 검찰관의 직무를 대행하게 할 수 있다.

- 11) 제284조(검찰관의 사건보고) 검찰관은 수사를 하였거나 제283조에 따라 사건의 송치를 받았을 때에는 의견을 붙여 해당 군검찰부가 설치되어 있는 부대의 장에게 사건의 내용을 보고하여야 한다. 이 경우 군사법원이 설치되어 있지 아니한 부대의 검찰관은 관할 군사법원이 설치되어 있는 부대의 군검찰부에도 보고하여야 한다.
- 12) 관할관은 선고된 형을 감경할 수 있을 뿐이므로 선고된 형과 다른 종류의 형으로 그 형의 종류를 변경하여서는 아니 되며, 다만 사형을 무기형으로, 무기형을 유기형으로 감경할 수 있다(육군규정 191 제9조 및 군검찰사무운영규정 제31조 참조). 또한 형량의 가중은 불가능하다는 점, 유·무죄에 대한 변경은 불가능하다는 점, 원칙적으로 판결에 대한 확인조치는 1회에 한한다는 점 등에 있어서 제약사항을 내포하고 있다.
- 13) 미국의 경우에 있어서 관할관은 무죄가 선고된 경우 이를 유죄로 변경하는 것을 제외하고는 우리나라의 경우보다 관할관에게도 폭넓은 제량권을 부여하고 있다. 예를 들면 유죄판결을 기각할 수 있을 정도로 형의 종류를 변경할 수 있는 권한도 부여되어 있는데, 이에 대하여 보다 자세히는 지대남, “미국의 군사법제도에 있어서 지휘관의 권한”, 공법학연구 제12권 제1호, 한국비교공법학

인서로 행해지는데, 관할관은 판결확인서에 형을 감경하는 이유를 구체적으로 적어야 한다. 다만, 전시, 사변시 또는 계엄지역인 경우에는 그러하지 아니하다(군사법원의 소송절차에 관한 규칙 제145조 제1항 및 동조 제2항). 다만 고등군사법원의 판결과 즉결심판에 있어서는 관할관의 확인조치권 규정을 적용하지 아니한다(제441조 및 제501조의33 참조). 이와 같이 확인조치권은 일정한 영역에 있어서의 판결 및 약식명령에 한하며¹⁴⁾, 결정이나 명령은 그 대상이 되지 아니한다.¹⁵⁾

또한 확인조치는 판결이 선고된 날부터 10일 이내에 하여야 하며 확인조치 후 5일 이내에 피고인과 검찰관에게 송달하여야 한다. 확인조치 기간을 넘기면 선고한 판결대로 확인한 것으로 본다(제379조 제2항). 선고된 판결대로 확인한 것으로 보게 된 경우 군사법원은 관할관 확인기간 도과서를 작성하여 소송기록에 편철하여야 하며(군사법원의 소송절차에 관한 규칙 제145조 제3항), 관할관의 확인조치와 그 송달에 걸린 기간은 형집행기간에 산입한다(제379조 제3항). 한편 비상계엄이 선포된 지역에서 단심제의 재판을 집행할 때에는 해당 군사법원 관할관의 확인을 받아야 하는데(제535조 제1항), 이러한 확인은 해당 소송기록을 심사하여 하되, 그 양형이 과중하다고 인정할 만한 사유가 있는 경우에는 그 형을 감경하거나 형의 집행을 면제할 수 있다(제535조 제2항).¹⁶⁾ 이 경우는 단심제라는 재판의 특성을 고려하여 확인조치권을 인정한 것으로서, 형의 집행을 면제까지 할 수 있다는 측면에서 일반적인 군사재판의 경우와 차이점이 있다.

이와 같은 확인조치권은 재판관이 정당한 판결을 하도록 하는 사전적 견제의 기능을 갖고 있는 동시에 부당한 판결에 대하여는 사후적 보정기능을 가지고 있는다.¹⁷⁾ 즉 일반적으로 관할관의 확인조치권은 일반 형사사법권에 대한 중대한 예외

회, 2011. 2, 253-254면 참조.

14) 법무참모는 군사법원의 판결 및 약식명령이 선고되면 지체없이 확인서를 구비하여 관할관에게 판결에 대한 확인을 상신하여야 하며, 법무참모는 확인상신시에 형법 제51조 각호의 사항을 참작하여 선고된 형이 부당하다고 인정할 사유가 있는 때에는 확인서의 의견란에 그 사유 및 형의 감경의 의견을 기재하여 이를 건의할 수 있다(육군규정 191 제5조).

15) 또한 본형에 부가된 부가형(몰수, 추징 등)은 감경 또는 면제할 수 없다(육군규정 191 제7조 참조).

16) 예외적으로 비상계엄선포시 관할관은 판결에 대한 확인조치권 뿐만 아니라 별도로 집행에 대한 확인조치권을 행사하게 되어 있으므로 총 2회의 확인조치권을 행사할 수 있다.

17) 지대남·박경환, 「군사법원론」, 대명사, 2008, 237면.

에 속하는 것으로 이를 인정하는 이유는 균형법의 법정형이 과도할 정도로 높게 규정되어 있어서 재판 과정에서의 감경에도 한계¹⁸⁾가 있으므로 확인조치를 통해 양형의 타당성을 실현하는데 있다. 또한 군사적 특수성이나 군사적 필요를 재판결과에 반영하여 지휘권을 확립하고 전투력을 보존·강화하기 위한 목적도 있다. 군대의 존립목적인 전승을 확보하기 위해서는 평시부터 지휘관의 명령이 조직 속에 철저히 침투·이행되어야 하는데, 이를 위해 관할관에게 징계권과 함께 형벌권행사수단을 부여하고 있는 것이다.¹⁹⁾

2. 관할관제도의 문제점과 개선방안

가. 관할관의 일반적인 권한에 대한 검토

1) 관할관의 일반적인 권한과 관련된 문제점

관할관은 군사법상의 수사·기소·재판에 이르기까지 군 형사절차의 전반적인 절차에 있어서 막대한 영향력을 행사할 수 있는 권한 및 가능성을 항상 보유하고 있기 때문에 군사법상 재판권의 불공정한 행사에 대한 시비가 지속적으로 논란이 되고 있다. 이와 같이 군 수사와 재판에 대하여 막강한 영향력을 행사하는 관할관의 권한으로 말미암아 검찰권과 재판권의 불공정한 행사로 이어지는 것을 방지하기 위하여 군사법원법상 관할관제도를 폐지해야 한다는 견해²⁰⁾까지도 주장되고 있는 실정이다. 이에 대하여 헌법재판소는 군사법원을 군부대 등에 설치하도록 하고, 군사법원에 군 지휘관을 관할관으로 두도록 하고, 국방부장관, 각군참모총장 및 관할관이 군판사 및 심판관의 임명권과 재판관의 지정권을 갖도록 규정한 것은 헌법

18) 그러므로 균형법상의 범죄에 대한 법정형을 현실에 맞게 하향조정한다면 관할관의 확인조치권에 대한 인정실익이 다소 줄어들 가능성이 있다고 보아야 한다.

19) 이상철 외 6인, 「군사법원론」, 박영사, 2012, 275-276면.

20) 송광섭, “군사법제도의 개선방안”, 형사법연구 제24호, 한국형사법학회, 2005. 12, 351면. 관할관의 권한 가운데 확인조치권에 대해서 이를 폐지하자는 견해로는 장영수, “군 사법제도 개혁의 요청과 군사법원의 발전방향”, 고려법학 제56호, 고려대학교 법학연구원, 2010. 3, 353면. 또한 평시에는 폐지하되 전시에는 제한적으로 인정해야 한다는 견해로는 강동욱, “군 사법절차의 관할관 확인조치권에 대한 비판적 고찰”, 법과 정책연구 제12집 제1호, 한국법정책학회, 2012. 3, 109면.

제110조 제1항, 제3항의 위임에 따라 군사법원을 특별법원으로 설치함에 있어서 군대조직 및 군사재판의 특수성을 고려하고 군사재판을 신속·적정하게 하여 군기를 유지하고 군지휘권을 확립하기 위한 것으로서 필요하고 합리적인 이유가 있다고 한다.²¹⁾ 하지만 군검찰관에 대한 임명·지휘·감독권을 가지고 있는 국방부장관, 각 군참모총장 및 관할관이 군판사 및 심판관의 임명권과 재판관의 지정권을 가지며, 군검찰사무를 통합·관장하는 관할관이 군사법원의 행정사무도 관장하도록 규정하고 있는 것은 권력분립주의와 사법권 독립의 원칙에 위반된다고 보아야 한다. 또한 재판관은 물적 독립과 인적 독립이 보장되어야 하는데도 군지휘관인 관할관으로 하여금 검찰권과 사법권을 겸유하도록 규정한 것은 재판관의 독립을 해치는 것이다.

또한 종전에는 구속영장을 발부함에 있어서 군검찰이 신청하여 관할관이 발부하되, 관할관은 군판사의 의견을 물어 구속영장을 발부하거나 신청을 기각하도록 규정되어 있었다. 하지만 관할관에 의한 구속영장의 발부가 헌법에 보장된 법관에 의한 영장발부원칙에 위배된다는 비판에 직면하게 되었고²²⁾, 결국 구속영장의 발부권자를 관할관에서 군판사로 변경하고, 검찰관은 구속영장을 청구할 때 해당 군검찰부가 설치되어 있는 부대의 장의 승인을 받도록 1994. 1. 5. 개정(제238조 제2항) 하였다.²³⁾ 하지만 이 경우에 있어서도 관할관의 승인을 얻은 구속영장이 군판사에 의해 기각되었을 경우 이를 군계급사회가 과연 용납할 수 있을 것인지에 대한 의문이 제기된다.

한편 국회 법제사법위원회 전해철 민주통합당 의원이 2012. 10. 12. 군사법원에 대한 국정감사에 앞서 배포한 자료에 따르면 군사법원의 연평균 재판접수 건수는 3,000여건으로 군 판사 1인당 연간 60여건의 재판을 하고 있고, 특히 공군 군사법

21) 헌법재판소 1996. 10. 31. 선고 93헌바25 결정.

22) 이에 대하여 구속영장발부권을 군판사에서 관할관으로 환원해야 한다는 견해로는 정진연·권오익, “군사법제도상의 지휘권(관할권)의 역할”, 사회과학논집 제6집, 숭실대학교 사회과학연구원, 2004. 2, 303면.

23) 물론 모든 구속영장청구에 있어 부대의 장이 실질적으로 승인을 하는 것은 아니다. 이른바 전결내규에 의하여 사단급 부대의 경우에 부사관 또는 장교는 부대장이 직접 승인하고, 병사의 경우에는 법무참모가 전결을 하고 있으며, 군단급 부대의 경우에 장교는 군단장이, 부사관은 참모장이, 병사는 법무참모가 각각 전결하고 있다(송광섭, 앞의 논문, 340면).

원의 경우 1년에 재판 20건도 하지 않고 있다. 반면 민간 법원은 법관 1인당 연평균 1,000여건 정도를 처리하고 있는 것에 비추러 볼 때 군의 특성을 감안하더라도 극히 적은 건수에 해당한다. 이미 과거에 국방부와 각 군 본부 등 4곳에 설치되어 있던 고등군사법원의 수가 사건처리의 건수에 비하여 과다하다는 지적에 의하여 국방부에 최고 단일기관으로서 고등군사법원을 설치한 경험이 있다. 또한 최근 3년간 군검찰 1인당 평균 사건처리 건수를 보면, 육군의 경우 2010년 42.2건, 2011년 44건이었고, 해군의 경우 2010년 53.9건, 2011년 64.6건이었으며, 공군의 경우 2010년, 2011년 각각 18건으로 집계됐다. 이는 일반 민간 검사 1인당 연 평균 3,000여건의 1/50에 불과한 수준이다. 이는 군사법기관이 비대하게 운영되고 있는 것을 방증하는 것인데, 이는 각 부대 지휘관 중심으로 군검찰과 군사법원이 편제되어 있기 때문이다. 현재 육군 사단급(병력 10,000여명) 이상, 해군 함대급(병력 5,000여명) 이상, 공군 비행단급(병력 2,000여명) 이상에 설치되어 있으며, 이는 부대 지휘관 중심의 편제로 관할 지휘관이 있는 곳마다 군사법원, 군검찰부 1개씩 설치되어 있다. 또한 이러한 편제는 업무상 비효율은 물론 공정한 재판에 심각한 지장을 초래하는 문제점 있다.

2) 관할관의 일반적인 권한에 대한 개선방안

군사법제도 개혁의 핵심은 군사법원과 군검찰을 지휘관으로부터의 독립을 실현하는 것이다. 군사법기관의 비효율적 운영과 독립성 문제를 해결하기 위해서는 지휘관 중심으로 편제되어 있는 군검찰부, 군사법원을 지역 또는 군단 단위로 편제·개편하고, 국방부 장관 소속(국방부 직할기관)으로 하여 일선 지휘관으로부터 독립하게 하는 것이 타당하다. 그리고 전쟁의 위험이 상존하는 현재의 여건에서 일반법원에서 군사재판을 하는 것은 시기상조이기 때문에 군사법원이 부대로부터 독립하고 군검찰권이 지휘권으로 분리되도록 하기 위하여 군판사·군검사를 조직적으로 분리해 전문성과 독립성을 확보하여야 한다.

또한 현재 각군 참모총장이 갖고 있는 군판사·검사에 대한 인사권을 국방부장관이 행사하도록 하되 공정성이 보장될 수 있도록 외부인사가 포함된 군판사인사위원회와 군검사인사위원회를 설치하도록 하고, 군법무관 이외의 민간 법조인력

중에서도 임명할 수 있도록 해야 한다.

한편 검찰관이 구속영장을 청구할 때 해당 군검찰부가 설치되어 있는 부대의 장의 승인을 받게 하고 있는 규정(제238조 제3항)은 삭제하는 것이 바람직하다고 본다. 구속영장의 청구여부는 군검찰관의 고유의 권한으로 파악하여야 하기 때문에 이에 대한 상급기관의 승인 여부는 청구권 행사에 아무런 영향력이 행사되어서는 아니 되기 때문이다. 다만 조직의 특성상 군검찰관의 구속영장 청구 이후 부대의 장에 대한 보고의무를 강화하여 무분별한 구속영장 청구에 대한 사후적인 통제장치를 마련해야 할 것이다.

나. 관할관의 확인조치권에 대한 검토

1) 확인조치권의 변천과정

(구) 군법회의법(1962. 1. 20.)²⁴⁾ 제369조에 의하면 판결은 관할관이 확인하여야 하며 형법 제51조의 사항을 참작하여 그 형이 부당하다고 인정할 만한 사유가 있는 때에는 그 형을 감경 또는 형의 집행을 면제할 수 있으며, 이러한 확인조치는 판결이 선고된 때로부터 15일 이내에 하여야 하며 피고인과 검찰관에게 송달되어야 한다고 규정하였다. 이후 1963. 12. 16. 개정법에서 ‘확인조치는 판결이 선고된 날로부터 10일 이내에 하여야 하며, 확인조치후 5일 이내에 피고인과 검찰관에게 송달하여야 한다. 확인조치기간을 도과하면 선고한 판결대로 확인한 것으로 본다. 관할관의 확인조치와 그 송달에 소요된 기간은 형 집행기간에 산입한다.’고 하여 확인조치의 기간을 단축하고, 그 기간이 도과하면 원판결을 확인하는 효과규정을 신설하였다. 1994. 1. 5. 개정법에서는 ‘관할관은 무죄, 면소, 공소기각, 형의 면제, 형의 선고유예 또는 형의 집행유예의 판결을 제외한 판결을 확인하여야 하며, 형법 제51조 각호의 사항을 참작하여 그 형이 과중하다고 인정할만한 사유가 있는 때에는 그 형을 감경할 수 있다.’고 하여 확인대상의 판결을 유죄판결에 국한하였고, 확인의 방법에 대해서도 형의 집행에 대한 면제를 제외하여 감경의 권한만을 부여하였

24) 군법회의법 제정 당시의 논의에 대하여 보다 자세히는 오동석, “1950년대 군법회의와 군 사법권 독립 논의”, 공법학연구 제8권 제4호, 한국비교공법학회, 2007. 11, 285-301면 참조.

다.²⁵⁾ 종전에 관할관은 모든 판결에 대하여 그 형이 부당하다고 인정할만한 사유가 있는 때에는 감경 또는 형의 집행을 면제할 수 있었는데, 이로 인하여 군사법원에서 선고한 판결이 관할관에 의하여 남용될 소지를 많이 가지고 있었다. 특히 관할관의 확인조치권은 전시와 평시를 구분하지 않고 적용되는 것으로서 전시라면 몰라도 평시에는 관할관의 무제한의 감경과 면제를 제한하자는 주장이 대두되었던 것이다. 또한 항소심은 최고군사법원의 성격을 지니고 있는데, 여기에서도 감경에 제한이 없으므로 남상소를 막을 방법이 없었다. 이러한 연유로 인하여 제1심의 경우에는 면제를 제외한 감경만을 허용하고, 제2심(고등군사법원)의 경우에는 관할관의 확인조치권을 배제(제441조)하였다.²⁶⁾

2) 확인조치권의 문제점과 개선방안

가) 사법권에 대한 행정권의 간섭

확인조치권은 재판의 내용을 판결선고 후 관할관이 변경시킬 수 있다는 점에서 형사사법에 대한 중대한 예외에 해당한다. 헌법의 위임을 받아 군사법원법에서는 군사법원의 독립성을 보장하고 있으나, 관할관이 판결의 내용을 실질적으로 변경할 수 있는 권한을 가지고 있다는 점²⁷⁾에서 소송법적 기본원리에 반하지 않은가 하는 의문이 제기된다. 이에 대하여 확인조치권은 군정권의 일부로써 지휘권에 포함되어 있으며, 군대범죄는 부대 개인이 처한 상황, 여건, 임무 등의 영향으로 발생하기 때문에 관할관의 확인조치권은 재판의 관여가 아닌 합리적인 법률 구제책이라고 보는 견해²⁸⁾도 있기는 하지만, 대체적으로 회의적인 시각이 다수를 차지하고 있다.

확인조치권의 법적 성질에 대하여 행정처분으로서의 성격뿐만 아니라 재판으로

25) 또한 1999. 12. 28. 개정법에서는 약식제도에서의 확인조치권 배제조항을 삭제하였다.

26) 이에 대하여 군의 특수성을 고려하여 종전의 관할관에게 부여하였던 확인조치권에 대한 재검토가 요구된다는 견해(이만중, “군형사법 적용에 있어서의 문제점: 개정 군형법 및 군사법원법을 중심으로”, 법학논총 제2권, 조선대학교 법학연구소, 1996. 6, 196면)가 있다.

27) 지대남 · 박경환, 앞의 책, 236면.

28) 이만중, “군사법제도 개혁방안에 관한 고찰”, 법과 정책연구 제6집 제1호, 한국법정책학회, 2006. 6, 321면.

서의 성격을 가진다고 보는 견해²⁹⁾도 있는 바와 같이, 재판관이 아닌 관할관에게 실질적인 형의 변경권한을 부여하는 것은 사법권의 독립 및 삼권분립의 원칙에 어긋나지 않는가 하는 의문이 제기될 수 있는 것이다. 특히 관할관의 확인조치권은 재판의 내용을 판결선고 후 ‘형법상 양형의 조건을 참작하여’ 판결된 형이 과중하다고 인정할 만한 사유가 있는 경우에 행사할 수 있다고 한다. 하지만 형법상 양형의 조건을 참작하여 일차적으로 판단한 사법부의 판단을 다시 관할관으로 하여금 재차 참작하도록 한 것은 형법상의 양형참작사유 중 사법부가 간과한 것을 사후에 보충적으로 인지하여 효력을 변경하는 역할을 한다고 보아야 한다. 그러므로 과연 사법부가 양형참작사유 중 어느 부분을 간과했는지 여부에 대한 판단이 선행되어야 하며, 만약 충분히 판단한 경우라면 관할관의 확인조치권 행사의 여지는 상당부분 축소되거나 행사의 필요성 자체가 부정되는 결과를 초래할 수도 있을 것이다. 그러므로 확인조치권의 행사시 형법에 규정되어 있는 양형참작사유 중 재판관이 고려하지 않은 사항에 대한 별도의 사유를 구체적으로 적시하여 그 근거를 명확히 밝히는 작업이 반드시 필요하다고 본다.

나) 확인조치 대상에 있어서의 모순점 발생

군사법원이 내린 판결에 대하여 관할관이 추가적으로 형의 감경을 할 수 있는 확인조치권의 대상범죄의 대부분이 <표 - 1>에서 보는 바와 같이 교통범죄(42.7%)와 폭력범죄(19.4%) 등에 62.1%로 집중되어 있고, 군형법상의 개별범죄는 단지 11.9%에 불과하여 확인조치권이 그 제도적 취지를 제대로 살리지 못하고 있는 것으로 나타나고 있다.

이와 같이 확인조치권을 통하여 음주운전 등 교통범죄자와 사기 등 재산형 범죄자가 대거 감형된 것의 추세는 현재까지도 이어지고 있다.³⁰⁾ 국회 법제사법위원회 새누리당 김희선 의원이 국방부로부터 제출받은 2012년도 국정감사 자료에 의하면, 지난 2010년 이후 총 181건의 감경조치가 있는 가운데 1/2미만 감경이 122건, 1/2이상 감경이 59건임을 확인한 것으로 2012. 10. 11. 전했다. 군별 감경현황을

29) 지대남 · 박경환, 앞의 책, 237면.

30) <http://www.anewsa.com/detail.php?number=403373>(2012. 10. 25. 최종 검색)

보면 육군이 142건으로 가장 많았고, 해군 25건, 공군은 14건에 대해 감경 조치했다. 죄명별 감경현황을 보면, 음주운전 등 특가법이 55%(95건), 폭행 등 35건(20%), 사기 8건, 성범죄 5건, 도박 2건, 군무이탈 2건, 업무상 횡령 등 2건 등이다. 관할관의 확인조치권은 군 특수성을 감안해 군형법의 법정형이 일반법원보다 높고, 재판과정에서 감경에 한계가 있으므로 확인조치를 통해 형량의 타당성을 실현하기 위해 시행되고 있다. 하지만 확인조치권으로 순정군사범 위주의 군형법상 범죄가 아닌 음주운전이나 폭력범죄 등 군형법 이외의 범죄에 대해 감형을 한 것은 관할관 제도의 도입취지와 맞지 않는 것이다. 또한 음주운전 등 특가법 감경대상자 중 병사는 36명이고, 59명이 장교 및 부사관이라는 점은 감경대상자의 형평성 차원에서 도 문제가 될 수 있다고 본다.

〈표 - 1〉 최근 4년간 육군 관할관의 죄명별 감경 현황(2007. 7- 2011. 7.)

죄 명		' 07-' 08	' 08-' 09	' 09-' 10	' 10-' 11	계	비율
군형 법범	군무이탈	19	10	3	1	33	11.9%
	군용물관련죄	1	1	4	-	6	
	제92조 강간·추행	-	-	-	1	1	
교통 범죄	교통법위반	15	24	9	15	63	42.7%
	도로교통법위반	24	16	10	15	65	
	특가법위반	6	4	2	3	15	
폭력 범죄	상해·폭행등	11	7	8	11	37	19.4%
	상해등치사	-	-	1	-	1	
	폭처법위반	14	3	6	4	27	
성 범 죄		1	2	1	1	5	1.5%
재산범죄		15	6	7	1	29	8.7%
기타범죄		19	8	14	12	53	15.8%
		125	81	65	64	335	100%

출처: 국회의원 정의화, “군 관할관 감경, 기준미련 안돼 사건마다 제각각”, 보도자료, 2011. 9. 19.

이와 같이 관할관에 의한 확인조치권 행사의 대부분이 교통범죄 또는 폭력범죄에 집중되고 오히려 감경이 필요한 군형법범죄는 일부에 불과한 것은 관할관의 학

인조치권의 취지에 맞지 않게 운영되는 것이다.³¹⁾ 정작 균형법의 높은 법정형을 보완하기 위한 제도의 취지와는 다르게 균형법범죄는 11.9%에 불과한 것으로 나타나고 있으며, 그나마도 최근에는 점점 줄어들어 2010년에는 균형법상 군무이탈죄 1건과 균형법상 추행죄 1건에 불과한 것으로 나타났다. 반면 사실상 감경되는 범죄의 62.1%는 교통, 폭력범죄이고 특수강도강간을 비롯해 아동·청소년의 성보호 등에 관한 법률 위반 등 성범죄도 해마다 1-2건씩 감경되고 있으며 절도, 강도, 사기와 같은 재산범죄도 전체범죄의 8.7%에 달하고 있다.

〈표 - 2〉 최근 4년간 육군 관할관 감경 현황(2007. 7. - 2011. 7.)

	계	장교	군/부사관	병	군무원
총계	6,260	803	1,782	3,454	218
원판결대로	5,925	759	1,711	3,244	208
원판결 비율	94.6%	94.5%	96.0%	93.9%	95.4%
감경비율	5.4%	5.5%	4%	6.1%	4.6%

출처: 국회의원 정의화, “군 관할관 감경, 기준마련 안돼 사건마다 제각각”, 보도자료, 2011. 9. 19.

또한 <표 - 2>에서 보는 바와 같이 실무상으로는 원판결대로 확인하는 경우가 대부분이라고 할 수 있다. 그러므로 확인조치권 행사의 범위를 제도의 도입취지에 부합할 수 있도록 순정군사범 위주로 제한할 필요성이 있다. 즉 균형법상의 범죄 가운데 순정군사범을 위주로 하여 당해 범죄의 동기와 효과에 대한 군대라는 조직 사회의 특수성을 반영할 수 있도록 하고, 순정군사범에 해당하지 않는 일반 범죄에 대하여는 관할관의 확인조치권 행사의 범위에서 제외해야 할 것이다. 이러한 조치에 의하면 현행 확인조치권의 행사를 1/10의 수준으로 축소할 수 있을 것이다.

다) 확인조치 기준의 불명확성

형의 감경 여부 및 그 정도에 대한 제한규정이 전무하기 때문에 형을 감경할지의 여부 및 감경의 정도 및 방법³²⁾ 등에 대한 결정이 전적으로 관할관의 재량에 의존

31) 비순정군사범의 경우에는 군의 특수성을 고려할 필요가 없으므로 관할관제도 및 심판관제도도 도입할 여지가 없다(김현주, 앞의 논문, 49면).

하는 관행이 이루어지고 있는바, 이는 권한의 남용을 방지하는 결과를 초래할 수 있다. 또한 현실적으로 확인조치권의 행사는 관할관의 개인 성향에 따라 부대별로 확인조치의 여부 및 감경의 정도가 상이하여 양형에 있어서의 불균형이 초래되기도 한다.³³⁾ 예를 들면 국회 국방위원회 소속 한나라당 정의화 국회부의장이 2011. 9. 국방부로부터 제출받은 자료에 따르면³⁴⁾, 지난 4년간 육군 군사법원이 사병을 대상으로 징역 1년을 선고한 군무이탈 사건에 대해 관할관 감경은 6개월에서 10개월까지 제각각이었다. 예를 들어 동일한 계급의 병사가 저지른 군무이탈죄에 대하여 징역 1년이 선고된 총 10건의 사안 중 7건은 징역 6개월로 감경되었지만, 나머지 3건은 징역 7개월, 8개월, 10개월로 각각 감경되어 형평성에 대한 논란이 제기되고 있다는 것이다. 또한 벌금 300만원을 선고받은 도로교통법(음주운전)위반 사건에 대해서도 150만원에서 250만원으로 감경의 정도가 상이한 것으로 나타났다

32) 대법원 1974. 9. 24. 선고 74도1955 판결: 군검찰사무운영규정 제38조의 (1) 관할관이 군법회의 판결에 대한 확인을 할 경우에는 군법회의에서 이미 참작한 사유를 다시 참작할 수 없다. (2) 관할관에 그 확인조치에 의하여 형을 감경하거나 형의 집행을 면제하고자 할 때에는 그 중 하나만을 하여야 한다는 규정이나 군형법 제4조의 제1조의 규정에 의한 본법의 피적용자가 범한 죄에 관하여 본법에 특별한 규정이 없을 때에는 타 법령의 정한 바에 의한다 라는 규정에 의하여서는 관할관이 확인조치에 의하여 형을 감경함에 있어서 형법 제55조의 법률상의 감경의 예에 따라야 한다는 근거가 될 수 없다 할 것이고, 그 밖에 원판결이 들고 있는 사유들은, 관할관의 확인조치제도가 원래 다음에서 보는 바와 같이 형법이나 형사소송법에서는 찾아 볼 수 없는 특수한 제도인 점에 비추어 볼 때, 관할관이 형을 감경함에 있어 그 운영상 형법 제55조의 법률상의 감경예에 따르는 것이 바람직하다는 사유가 될 수 있는지의 여부는 별론으로 하고 반드시 형법 제55조에 의한 법률적 제한을 받아야 한다는 이유는 될 수 없음이 분명할 뿐 아니라, 오히려 군법회의법 제369조 제1항의 관할관의 확인조치는 관할관으로 하여금 군의 전투능력을 최대한도로 보존 발휘시키고 군을 효율적으로 지휘 통솔할 수 있도록 하기위하여 군 지휘관에게 특별히 인정된 권한이고, 같은 조항을 보면 판결은 관할관이 확인하여야 하며, 형법 제51조의 사형을 참작하여 그 형이 부당하다고 인정할만한 사유가 있는 때에는 그 형을 감경 또는 형의 집행을 면할 수 있다 라고만 규정함으로써 형법 제55조의 법률상의 감경예에 따라 감경하여야 한다는 재판규정을 두지 아니하고 있는데, 군법회의법이 형법이나 형사소송법에는 존재하지 않는 관할관의 확인제도에 관한 규정을 함에 있어 형법 제51조만을 인용하고 같은 법 제55조는 이를 인용하지 아니한 취지는 이 제도의 운용에 있어서는 형법 제55조는 이를 적용하지 아니한다는 뜻에서 라고 해석함이 문리상 당연하다고 할 것이고, 형의 집행을 면제하는 데에는 아무런 제한을 받지 않고 할 수 있는 것과 대비하여 볼 때 관할관의 군법회의법 제369조 1항에 의하여 형을 감경함에 있어서는 반드시 형법 제55조의 법률상 감경에 따라야 하는 것은 아니라고 해석함이 상당하다.

33) 김용빈, “군사법원법 개정방향”, 군사법연구 제7집, 육군본부, 1989, 31면.

34) 국회의원 정의화, “군 관할관 감경, 기준마련 안돼 사건마다 제각각”, 보도자료, 2011. 9. 19.

고 한다. 이와 같은 확인조치권의 남용은 공정한 법집행을 저해함과 동시에 군사법의 정의에 대한 심각한 도전이라고 할 수 있다. 이는 군기강의 확립 내지 강화를 위하여 도입한 제도가 오히려 군기강의 약화를 불러일으킴과 동시에 군의 사기에 대한 치명적인 타격을 가하는 원인으로 작용할 수 있는 것이다.

하지만 사안에 따른 이러한 감경의 차이는 확인조치권 제도의 취지에 제대로 부합하고 있다고 평가하는 것이 오히려 정확한 분석이라고 판단된다. 왜냐하면 관할관이 확인조치권을 행사함에 있어서 ‘피고인의 계급’만을 고려하는 것이 아니라 범행(군무이탈)의 동기, 범행의 과정, 피고인이 평소 군생활에서 보인 태도, 가정환경, 범행 후의 정황 등 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하기 때문에 필연적으로 ‘개별적인 사정’이 고려되어, 감경의 정도에 차이가 발생하는 것이기 때문이다. 다만 관할관에게 주어진 확인조치권의 남용가능성에 대한 대책으로 형의 감경 정도와 그 한계에 대해 법원의 양형기준과 같이 공통된 ‘감경기준’을 마련하는 것은 필요하다고 본다. 왜냐하면 관할관의 확인조치권은 헌법과 법률이 정한 재판관이 아닌 군 지휘관(관할관)이 재판의 결과에 대해 실질적인 변경을 가할 수 있는 제도라는 점에서 사법제도의 중대한 예외를 인정한 것이지만, 이와 같은 중대한 예외를 인정하기 위해서는 보다 엄격하고 공정한 기준에 따라 운영되는 것이 필요함에도 불구하고 객관적인 감경기준이 마련되어 있지 않은 것은 문제점으로 지적할 수 있기 때문이다.

한편 군형법의 법정형이 일반적으로 높아 확인조치권이 필요하다고 하나 실제로 순정군형사범에 대한 확인조치권의 행사는 그리 많지 않은 실정이다. 그럼에도 불구하고 확인조치권은 모든 범죄를 대상으로 하고 있는데, 오히려 확인조치권 때문에 평의 과정에서 사후경감을 의식해 의도적으로 형량이 높아질 위험성도 있다. 이는 일반 재판과정에서 검사가 판사에 의한 선처를 베푸는 선고형을 감안하여 상대적으로 높은 구형을 하는 것과 같은 맥락에서 이해할 수 있는데, 군사재판과정에서도 재판관이 관할관에 의한 선처를 베푸는 확인조치권의 행사를 감안하여 상대적으로 높은 형량을 선고하는 것이라고 할 수 있겠다. 즉 확인조치권이라는 관할관의 무소불위의 권한으로 인하여 평의 과정에서 사후감경을 의식하여 형량이 의도적으로 높아질 위험성도 있는 것이다. 이는 양형이 범죄의 경중과 책임에 상응하게 이

루어져야 함에도 불구하고 관할관의 의중을 고려한 방향으로 이루어질 수 있다는 것을 의미한다.³⁵⁾

라) 확인조치권에 대한 견제수단의 미비

군사법원법상 관할관은 군사법원과 군검찰을 통할하고, 아무런 제한 없이 확인조치권을 행사할 수 있도록 하여 견제수단이 없다는 점이 지적되고 있다.³⁶⁾ 확인조치권은 보통군사법원이 설치되어 있는 부대의 장인 관할관이 행사할 수 있는데, 확인조치서에 감경이유를 실시하도록 되어 있지만 필수 기재사항이 명시적으로 규정되어 있는 것도 아니며, 그 감경을 한 관할관이 전결하도록 되어 있어 전혀 통제장치가 없는 실정이다. 따라서 예하부대의 관할관들은 판결에 대한 확인조치권을 통한 형감경을 할 경우 그 형감경을 각 군 본부의 보통군사법원 관할관에게 상신하도록 하여, 국방부장관 및 각 군 본부 참모총장이 실질적인 확인조치권을 행사하도록 개선할 필요성이 있다.³⁷⁾

III. 심판관제도의 문제점과 개선방안

1. 심판관제도의 개관

가. 심판관제도의 의의

심판관제도란 법관의 자격이 없는 일반 장교가 군판사와 함께 군사법원의 재판관으로서 재판에 참여하도록 하는 제도를 말한다. 보통군사법원은 재판관 1명 또는 3명으로 구성하며, 고등군사법원은 재판관 3명 또는 5명으로 구성하는데, 재판관은 군판사와 심판관으로 하고, 재판장은 선임재판관이 된다(제22조). 이에 따라 보통

35) 송광섭, 앞의 논문, 352면.

36) 이상호, “군사법제도 간담회: 관할관 확인권 및 심판관 제도를 중심으로”, 국회입법조사처 정치행정조사실 법제사법팀, 2012. 6, 5면.

37) 국회입법조사처, 「2012 국정감사 정책자료 I」, 2012. 8, 38-39면.

군사법원에서는 군판사 2명과 심판관 1명을 재판관으로 하는데, 관할관은 군판사인 재판관 중 1명을 주심군판사로 지정한다.³⁸⁾ 다만, 약식절차에서는 군판사 1명을 재판관으로 한다(제26조). 고등군사법원에서는 군판사 3명을 재판관으로 하는데, 관할관은 군판사인 재판관 중 1명을 주심군판사로 지정한다. 다만, 관할관이 지정 한 사건의 경우 군판사 3명과 심판관 2명을 재판관으로 한다(제27조). 예를 들면 장관급장교에 대한 피고사건과 그 밖의 중요사건을 심판하는 경우에는 군판사 3인 외에 심판관 2인을 재판관으로 임명할 수 있다(군사법원의 소송절차에 관한 규칙 제11조의2). 이와 같이 군사법원에 있어서는 재판관의 구성이 이원화되어 있는데, 일반법원과 같이 법관의 자격을 가지고 있는 군판사와 일반법원과 달리 법관의 자격을 가지고 있지 않은 심판관이 그것이다. 먼저 군판사는 각 군 참모총장이 소속 군법무관 중에서 임명한다.³⁹⁾ 하지만 국방부장관은 각 군 참모총장의 의견을 들어 각 군 소속 군법무관 중에서 국방부 및 각 군의 군판사를 임명할 수 있다. 다만, 국방부 및 국방부직할통합부대의 군판사는 국방부장관이 소속 군법무관 중에서 임명한다(군사법원법 제23조 제1항 및 제2항). 이러한 군판사의 소속은 국방부 또는 각 군 본부로 한다(군사법원법 제23조 제3항). 이는 현행 군사법원법상 고등군사법원이 법률심으로서 사후심적 성격이 강한 면을 고려하여 장관이 지정하는 사건을 제외한 대부분의 재판에 대하여 재판부를 군법무관만으로 구성하고 있는 것이다.⁴⁰⁾

다음으로 심판관은 ① 법에 관한 소양이 있는 사람, ② 재판관으로서의 인격과 학식이 충분한 사람의 자격을 갖춘 장교 중에서 관할관이 임명하는데, 관할관의 부하가 아닌 장교를 심판관으로 할 때에는 해당 군 참모총장이 임명한다(군사법원법

38) 군사법원의 소송절차에 관한 규칙 제13조(재판관의 계급) ① 피고인이 장교 또는 동등이상의 군무원, 군적을 가진 사관학교 또는 동등이상의 군소속기관의 학생, 생도와 사관후보생, 민간인, 외국인 일 경우에는 그 군사법원의 재판장은 영관급 이상의 장교이어야 한다. ② 고등군사법원의 재판관은 영관급 이상의 장교이어야 한다.

39) 이와 같이 그 임기가 보장되지 아니하고 보직개념으로 운용된다는 점에서 임명권자의 의지에 따라 보직변경될 수 있으므로, 비록 징계 기타 불이익처분을 받지 않는다고 하더라도 임명제도 그 자체만으로도 재판에 영향을 미칠 수 있음을 부인할 수 없다(송기춘, “군사재판에 관한 헌법학적 연구-군사법원의 구성과 운영의 개선방안을 중심으로-”, 공법연구 제33집 제3호, 한국공법학회, 2005. 5, 284면).

40) 이상철 외 6인, 앞의 책, 276-277면.

제24조). 마지막으로 재판관은 관할관이 지정하는데(군사법원법 제25조), 재판관은 피고인보다 등급 이상인 사람이어야 한다(군사법원법 제28조 제1항 본문). 계급 또는 등급을 달리하는 공동피고인에 대하여는 그 계급 또는 등급이 최상급인 사람을 기준으로 재판관의 계급을 정한다(군사법원법 제28조 제4항). 다만, 군판사인 재판관은 그러하지 아니하다(군사법원법 제28조 제1항 단서). 보통군사법원의 경우 20여년 정도 군복무를 한 중령 및 대령급 장교가 심판관으로 임명되는 것이 일반적이는데, 이 경우 헌병, 군중병과 및 보안, 감찰업무에 종사하는 장교는 심판관이 될 수 없다.⁴¹⁾

심판관제도는 군사재판의 특수성상 지나치게 법률논리에 치우쳐 군의 특수성과 부대환경, 임무 등을 고려하지 못할 우려가 있기 때문에 비법률가인 심판관으로 하여금 일반 장교의 정의관을 재판에 관여시킴으로써 군의 실정이나 군사작전체제에 부합하는 군사재판의 합리적 운용을 도모하고자 하는 점에 그 취지가 있는 것이다. 심판관제도는 배심제·참심제와 마찬가지로 법률지식에 매몰되지 않은 일반 장교의 정의의식과 해당분야의 전문성을 채용하여 생생한 군대사회와의 접촉을 유지함으로써 구체적 정의실현을 달성하기 위한 것이다. 하지만 심판관제도가 달성하려는 목적이 얼마나 군사재판과 부합되는 것인가에 대해서는 대단히 회의적이며 이에 대한 비판도 많이 제기되고 있다. 특히 심판관은 군판사에 비하여 계급이 높은 것이 일반적이는데, 현행 군사법원법상 재판장은 선임이 담당하도록 되어 있어, 재판장인 심판관이 평의에서 이루어진 합의내용과는 전혀 다른 판결을 선고할 위험성도 내포하고 있다.

나. 심판관제도의 변천과정

과거 군법회의법 시절의 경우에 있어서 제1심의 경우 법률전문가인 군판사의 수가 전체 재판관의 1/3에 해당되어 비법률적 측면에 편중되어 재판이 이루어질 염려가 있었으며, 제2심에서도 비법률전문가의 상시적인 참여로 인하여 군사재판의 법적 권위와 신뢰성이 문제로 지적되고 있었다.⁴²⁾ 이에 군사법원법에서는 군판사의

41) 육군규정 190(재판사무운영규정) 제5조

42) 민홍철, “군사법원 재판관의 법적 지위와 독립”, 군사법연구 제6집, 육군본부, 1988, 160면.

인적 구성비율을 높이는 개정 작업이 이루어졌다.

〈표 - 3〉 군사법원 재판관 구성의 변천과정

구 분	국방경비법	군법회의법	군사법원법
보통군사법원	약식군법회의: 1인의 장교 특설군법회의: 3인 이상의 장교	심판관 2-4인과 법무사 1인	보통절차: 군판사 2인, 심판관 1인 약식절차: 군판사 1인
고등군사법원	법무사인 법무장교 1인을 포함한 5인 이상의 장교	심판관 2인과 법무사 3인	군판사 3인. 다만 관할관 지정사건 은 군판사 3인과 심판관 2인

심판관제도는 군사재판 초창기 법조인 자격을 갖춘 군판사가 부족한 상황 및 군의 특수성상 계급에 의한 위계구조로 인하여 계급이 낮은 재판관이 계급이 높은 피고인을 재판하는 것이 불합리하다는 점에서 부득이하게 도입되었던 제도라고 할 수 있다.⁴³⁾ 하지만 현재는 법조인 자격을 갖춘 사람이 다수 배출되고 있으며, 심판관을 통한 군사적 지식을 필요로 하는 대상재판이 많지 않다는 점, 심판관을 통하여 관할관이 재판에 부당하게 관여할 수 있는 가능성이 존재하는 점 등 장기적으로 제도의 폐지를 고려해 볼 필요성이 있다.⁴⁴⁾ 다만 제도의 폐지까지의 중간과정으로 순정군사범을 대상으로 하는 재판의 경우에는 관할관이 심판관을 재판관으로 임명하여 군사적 지식을 활용하는 것이 타당할 것이며, 또한 심판관의 역할도 독일의 참심제와 같이 단지 재판과정 및 양형에 영향을 미치는 것이 아니라 단지 의견만을 제시하고 군판사가 재판과정 및 양형을 주도하도록 하는 것이 바람직할 것이다.

43) 그러나 과거와는 달리 법관의 자격을 갖춘 인력도 충분하고, 군 내부의 규율이 지나치게 권위주의적이어서는 곤란하다는 국민적 합의가 형성되고 있는 상황에서 법관의 자격이 없는 장교들이 군사법원에서의 재판에 관여하는 것에 대해서는 과거와 달리 많은 비판이 가해질 수밖에 없다(장영수, 앞의 논문, 343면).

44) 국회입법조사처, 「2012 국정감사 정책자료 I」, 2012. 8, 39면.

2. 심판관제도의 문제점과 개선방안

가. 법관에 의한 재판을 받을 권리의 제한

심판관제도는 비법률가인 일반 장교가 재판에 있어 사실인정, 법률적용⁴⁵⁾, 양형 판단 등에 직접적으로 관여하기 때문에 헌법 제27조 제1항에서 규정하고 있는 법관에 의한 재판을 받을 권리를 제한하고 있다고 볼 수 있다. 특히 군대 내에서는 지휘관이나 다른 계급에 의한 압력이 가해질 가능성이 많기 때문에 군인에 의한 재판은 더욱 위험할 수 있으며, 직업법관이 아닌 장교의 참여가 재판부 구성의 민주성을 높여주는 것이 아니라 오히려 지휘계통에 의하여 임명되는 방식에 의하여 재판부 구성에 있어서 민주적 정당성의 후퇴를 가져올 가능성도 있다.⁴⁶⁾

생각건대 군사법원의 대상사건 중 대다수는 일반형사사건이기 때문에 군에 대한 오랜 경험이나 전문적인 지식을 필요로 하는 경우는 예외에 해당하는 것이라는 점, 순정군사범에 대한 재판⁴⁷⁾이라고 하더라도 군사에 관한 지식은 증거조사의 절차를 통하여 얼마든지 달성될 수 있다는 점 등을 이유로 심판관제도는 폐지하는 것이 타당하다고 본다.⁴⁸⁾ 왜냐하면 비록 군의 특수성을 재판과정에서 제대로 반영할 수 있다는 취지에서 도입된 심판관제도가 없더라도 관할관제도가 존치되는 한 이를 통하여 본연의 취지는 충분히 살릴 수 있다고 판단되기 때문이다.

45) 재판과정에서 심판관은 법률적인 판단에 대해서는 원칙적으로 군판사의 의견을 존중하도록 하는 한편, 군판사와 심판관이 독립적으로 재판할 수 있도록 관할관이 구체적 사건에 관하여 재판관에 게 어떠한 영향력도 행사하지 못하도록 하는 규정을 신설하자는 견해로 강동욱, “군사법절차에 있어서의 심판관 제도의 현황과 개선방안”, 법과 정책연구 제11집 제4호, 한국법정책학회, 2011. 12, 1338면.

46) 송기춘, 앞의 논문, 282면.

47) 이에 대하여 군의 특수성을 반영할 필요가 있는 오로지 군 내외에서 군인 또는 군무원이 복무 중에 일으킨 범죄에 대해서만 관할권을 인정해야 한다는 견해가 있다(강동욱, 앞의 논문(각주 45), 1337면).

48) 同旨 송광섭, 앞의 논문, 354면.

나. 재판의 독립성 침해 우려

군사법원의 재판관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다(제21조 제1항). 이에 따라 재판관, 검찰관 및 변호인은 재판에 관한 직무상의 행위로 인하여 징계나 그 밖의 어떠한 불리한 처분도 받지 아니한다(제21조 제2항). 이와 같이 군사법원법은 재판의 독립성을 보장하기 위한 명문의 규정을 두고 있는데, 심판관이 관할관에 의하여 임명되어 관할관의 사전 의견이 심판관을 통해 재판과정에 개입할 수 있는 개연성이 상존하고 있다. 이러한 개입가능성은 상명하복관계라는 군조직의 특수성에 의하여 심판관은 관할관의 의중을 고려하여 재판에 임할 수밖에 없는 현실이다. 이와 같이 재판관을 관할관인 지휘관이 지정하며 재판부에는 관할관이 군판사 아닌 일반 장교 중에서 임명한 장교를 심판관으로 참여시킴으로써, 군사법원과 군판사가 지휘관에 소속되고, 더 나아가 지휘관이 군사법원의 재판 결과에 대해 형을 감경할 수 있는 권한까지 가지게 됨에 따라 군사법원이 지휘관에 종속되는 결과는 배가된다고 할 수 있다. 또한 심판관은 군판사에 비하여 계급이 높은 것이 일반적이는데, 현행 군사법원법상 재판장은 선임이 담당하도록 되어 있어(제22조 제3항), 재판장인 심판관이 평의에서 이루어진 합의내용과는 전혀 다른 판결을 선고할 위험성도 있다. 즉 법적인 논리에 따른 객관적이고 공정한 판결보다 군 조직의 논리가 재판의 결과에 더 큰 영향을 미칠 수 있게 되며, 결과적으로 어떤 재판부에서 재판을 받느냐에 따라 같은 유형의 사건에서도 양형에 커다란 차이를 보일 수 있다.⁴⁹⁾ 한편 심판관제도는 군의 특수성을 반영하여 군사적 지식을 보완하려는 목적이 있었으나, 심판관의 법률지식의 결여로 인하여 합의과정이나 양형과정에서 형식적인 위치만을 가지고 있어 제도의 기본취치와는 무관한 역할을 하고 있다는 비판도 제기되고 있으며, 심판관은 상설기관이 아니기 때문에 심판관의 일정에 따라 재판일정이 결정되는 등 오히려 신속한 재판을 받을 권리를 침해하기도 한다.

생각건대 법원의 독립성을 확보하기 위해서는 군사법원이 군부대 지휘관의 영향력에서 최대한 벗어나도록 설정해 두어야 한다. 그러므로 심판관제도가 폐지되기

49) 장영수, 앞의 논문, 352면.

전까지의 중간과정으로 순정군사법을 대상으로 하는 재판의 경우에 한하여 그 대상사건을 국한시킬 필요성이 있으며, 보통군사법원을 폐지하고 지역군사법원으로 대체하여 장관급 장교가 지휘하는 예하부대에 설치함으로써 지휘관의 영향력에서 어느 정도 벗어나게 해야 할 필요성이 있다. 이러한 점에서 보통군사법원을 1994. 7. 1. 군단급 통합에서 2000. 7. 1. 사단급으로 환원한 조치는 아쉬운 점이 크다고 할 수 있다. 또한 고등군사법원에 있어서 제도의 취지에 부합하기 위해서는 관할관이 지정한 사건의 경우를 엄격히 제한할 필요성이 있다.⁵⁰⁾

IV. 글을 마치며

최근의 사법개혁논의와 관련하여 주된 관심사는 형사소송법과 검찰청법 등을 필두로 하여, 검찰과 사법경찰관의 업무분담 및 지휘권의 문제, 대법관의 수 증설 문제, 대검찰청 중앙수사부의 존폐문제, 고등법원에 형사상고부의 설치문제 등 일반법원과 일반사법기관의 역할과 기능에 치우쳐 있는 감이 없지 않아 있다. 이에 따라 대한민국 남성이라면 대부분이 겪게 되는 군복무 중에 발생하는 형사사건과 관련한 군형사재판의 절차의 선진화 방안에 대한 모색은 상대적으로 미미한 실정이다. 특히 군사법원법은 형사절차법의 불모지라고 불릴 정도로 개별적인 형사절차상의 특칙에 대한 심도 있는 논의가 이루어지고 있지 않은 분야에 속한다. 하지만 일반국민과 달리 특별권력관계에 놓여 있는 사회적 약자에 대한 인권 보장의 강화 측면에서 군사법원법상 각종 제도들의 문제점과 개선방안을 모색하는 일은 결코 소홀히 해서는 안 된다. 이러한 제도들이 헌법에서 보장하고 있는 법관에 의한 재판을 받을 권리, 평등권, 사법권의 독립 등과 같은 기본적 인권을 보장하기 위한 규정들과 조화를 이루는지 여부에 대한 심도 있는 논의가 필요하다는 문제의식에 입각하여 본고에서는 군사법원법에서도 첨예한 논란이 지속적으로 불거지고 있는 심판관제도와 관할관제도에 대하여 운용실태를 분석하고, 이를 바탕으로 문제점을

50) 오준수, “개정된 군사법원법 및 군형법의 문제점 소고”, 군사법논문집 제14권, 공군본부, 1995. 4, 43면.

지적하고 사법의 정의와 형평의 관점에 보다 부응할 수 있는 합리적인 정책대안을 제시해 보았다. 이는 향후 군사법제도 개혁 논의 및 군사법원법의 개정 과정에서 동 제도들의 존폐론의 근거 및 개선방안의 단초를 제공할 수 있을 것으로 사료되는데, 이상의 논의를 종합하면 다음과 같다.

먼저 관할관제도와 관련하여 첫째, 확인조치권의 행사시 형법에 규정되어 있는 양형참작사유 중 재판관이 고려하지 않은 사항에 대한 별도의 사유를 구체적으로 적시하여 그 근거를 명확히 밝히는 작업이 반드시 필요하다고 본다. 둘째, 확인조치권 행사의 범위를 제도의 도입취지에 부합할 수 있도록 순정군사범 위주로 제한할 필요성이 있다. 즉 균형법상의 범죄 가운데 순정군사범을 위주로 하여 당해 범죄의 동기와 효과에 대한 군대라는 조직사회의 특수성을 반영할 수 있도록 하고, 순정군사범에 해당하지 않는 일반 범죄에 대하여는 관할관의 확인조치권 행사의 범위에서 제외해야 할 것이다. 셋째, 관할관에게 주어진 확인조치권의 남용가능성에 대한 대책으로 형의 감경 정도와 그 한계에 대해 법원의 양형기준과 같이 공통된 ‘감경기준’을 마련하는 것은 필요하다고 본다. 왜냐하면 관할관의 확인조치권은 헌법과 법률이 정한 재판관이 아닌 군 지휘관(관할관)이 재판의 결과에 대해 실질적인 변경을 가할 수 있는 제도라는 점에서 사법제도의 중대한 예외를 인정한 것이지만, 이와 같은 중대한 예외를 인정하기 위해서는 보다 엄격하고 공정한 기준에 따라 운영되는 것이 필요함에도 불구하고 객관적인 감경기준이 마련되어 있지 않은 것은 문제점으로 지적할 수 있기 때문이다. 넷째, 예하부대의 관할관들은 판결에 대한 확인조치권을 통한 형감경을 할 경우 그 형감경을 각 군 본부의 보통군사법원 관할관에게 상신하도록 하여, 국방부장관 및 각 군 본부 참모총장이 실질적인 확인조치권을 행사하도록 개선할 필요성이 있다.

다음으로 심판관제도도 군사재판 초창기 법조인 자격을 갖춘 군판사가 부족한 상황 및 군의 특수성상 계급에 의한 위계구조로 인하여 계급이 낮은 재판관이 계급이 높은 피고인을 재판하는 것이 불합리하다는 점에서 부득이하게 도입되었던 제도라고 할 수 있다. 하지만 현재는 법조인 자격을 갖춘 사람이 다수 배출되고 있으며, 심판관을 통한 군사적 지식을 필요로 하는 대상재판이 많지 않다는 점, 심판관을 통하여 관할관이 재판에 부당하게 관여할 수 있는 가능성이 존재하는 점, 심판

관제도를 통한 군의 특수성은 관할관제도를 통해서도 충분히 반영할 수 있다는 점 등을 이유로 장기적으로 제도의 폐지를 고려해 볼 필요성이 있다. 다만 제도의 폐지까지의 중간과정으로 순정군사범을 대상으로 하는 재판의 경우에는 관할관이 심판관을 재판관으로 임명하여 군사적 지식을 활용하는 것이 타당할 것이며, 또한 심판관의 역할도 독일의 참심제와 같이 단지 재판과정 및 양형에 영향을 미치는 것이 아니라 단지 의견만을 제시하고 군판사가 재판과정 및 양형을 주도하도록 하는 것이 바람직할 것이다.

참고문헌

- 강동욱, “군 사법절차의 관할관 확인조치권에 대한 비판적 고찰”, 법과 정책연구 제12집 제1호, 한국법정책학회, 2012. 3.
- 강동욱, “군사법절차에 있어서의 심판관 제도의 현황과 개선방안”, 법과 정책연구 제11집 제4호, 한국법정책학회, 2011. 12.
- 고 석, “관할관제도의 개선론에 대한 검토”, 한국형사소송법학회 제26회 월례발표회, 한국형사소송법학회, 2012. 7.
- 국회입법조사처, 「2012 국정감사 정책자료 I」, 2012. 8.
- 김용빈, “군사법원법 개정방향”, 군사법연구 제7집, 육군본부, 1989.
- 김현주, “군 사법제도 개선의 핵심 쟁점에 대한 연구”, 형사정책 제20권 제1호, 한국형사정책학회, 2008. 6.
- 민홍철, “군사법원 재판관의 법적 지위와 독립”, 군사법연구 제6집, 육군본부, 1988.
- 송기춘, “군사재판에 관한 헌법학적 연구 -군사법원의 구성과 운영의 개선방안을 중심으로-”, 공법연구 제33집 제3호, 한국공법학회, 2005. 5.
- 송광섭, “군사법제도의 개선방안”, 형사법연구 제24호, 한국형사법학회, 2005. 12.
- 오동석, “1950년대 군법회의와 군 사법권 독립 논의”, 공법학연구 제8권 제4호, 한국비교공법학회, 2007. 11.
- 오준수, “개정된 군사법원법 및 군형법의 문제점 소고”, 군사법논문집 제14권, 공군본부, 1995. 4.
- 이만중, “군사법제도 개혁방안에 관한 고찰”, 법과 정책연구 제6집 제1호, 한국법정책학회, 2006. 6.
- 이만중, “군형사법 적용에 있어서의 문제점: 개정 군형법 및 군사법원법을 중심으로”, 법학논총 제2권, 조선대학교 법학연구소, 1996. 6.
- 이상철 외 6인, 「군사법원론」, 박영사, 2012.
- 이상호, “군사법제도 간담회: 관할관 확인권 및 심판관 제도를 중심으로”, 국회입법조사처 정치행정조사실 법제사법팀, 2012. 6.
- 장영수, “군 사법제도 개혁의 요청과 군사법원의 발전방향”, 고려법학 제56호, 고려대학교 법학연구원, 2010. 3.

- 정진연 · 권오익, “군사법제도상의 지휘권(관할권)의 역할”, 사회과학논집 제6집, 숭실대학교 사회과학연구원, 2004. 2.
- 지대남, “미국의 군사법제도에 있어서 지휘관의 권한”, 공법학연구 제12권 제1호, 한국비교공법학회, 2011. 2.
- 지대남 · 박경환, 「군사법원론」, 대명사, 2008.

Problems and Improving Methods of the Judges and Jurisdictional System in Military Judgments*

Park Chan-Keol**

Military Court Law has characteristics of special laws that are applied to military courts and corresponded to special courts instead of general courts. Though the law is similar to regulations on the code of criminal procedure because of procedural similarity with private judicial system, but it keeps different special regulations differently from private judicial system owing to distinctiveness called military, and the representative thing among them can be said as the very judges and jurisdictional system. By considering special conditions of the military from reality of our country such like confronting circumstances between North-South Korea, the necessity of maintaining the judges and jurisdictional system that has been made with the purport of guaranteeing commanding rights of commanders together with special nature of the military can be sympathized partly, but if the military judiciary gets distrusts owing to the judges and jurisdictional system, it causes chaos of total military organizations, and thus rather deteriorating results of commanding rights instead of guaranteeing the rights ultimately.

These worries are derived from our society's troubles that have been caused by distrusts toward the judiciary now, and also the military equips with administrative organization, intelligent agency, investigative agency, prosecution and judicial organization, and acts like a small nation with members of soldiers

* This research was supported by research grants from Catholic University of Daegu in 2012.

** Assistant Professor, Catholic University of Daegu, Ph.D. in Law.

and civilians attached to the army. In enforcing respects of human rights on the socially underprivileged people and having special power relations unlike general people, searching for problems of all kind institutions and improving methods on military court laws has not been ignored certainly.

From an awareness of issues that in-depth discussions about whether these institutions suit to regulations for guaranteeing basic human rights such as getting trials by judges, equity right, independence of jurisdiction are required, this study analyzed operating status of the judges and jurisdictional system to which delicate debates have been exposed continuously in the military court law, and then proposed a reasonable policy alternative that could meet with perspectives of justice and equity more after indicating problems.

This alternative is considered as being able to provide clues on a foundation about maintenance or abolition of such institutions and improving methods in the process of innovative discussions on future military legal systems and revisions of military court laws.

❖ Key words : Military Court Law, Jurisdictional System, the Judges, Military Judgments, Military Court