

군형법상 무단이탈죄의 문제점과 개선방안*

박 찬 겔**

국 | 문 | 요 | 약

현행 군형법은 제79조에서 ‘무단이탈’이라는 제명하에 ‘허가 없이 근무장소 또는 지정장소를 일시적으로 이탈하거나 지정한 시간까지 지정한 장소에 도달하지 못한 사람은 1년 이하의 징역이나 금고 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다.’고 규정하여 전투력의 기초가 되는 병력유지와 군기의 확립을 그 보호법익으로 하는 무단이탈죄를 규정하고 있다. 하지만 무단이탈죄는 구성요건의 측면과 형벌의 측면에서 죄형법정주의의 원칙에 제대로 부합하는지 여부의 문제가 지속적으로 제기되고 있는 실정이다. 본고에서는 무단이탈죄에 대한 기존의 논의와 문제의식을 바탕으로 우선 대법원 및 고등군사법원((구) 고등군법회의)에서 등장하고 있는 무단이탈죄의 실태를 파악하여 실제 처벌 사례들을 분석함과 동시에 이러한 실무의 운영현황을 기초로 하여 무단이탈죄의 구성요건인 ‘허가 없이 근무장소 또는 지정장소를 일시적으로 이탈하거나 지정한 시간까지 지정한 장소에 도달하지 못한 사람’이 내포하고 있는 모호성을 비판한다. 다음으로 군무이탈죄와의 상호비교를 통하여 무단이탈죄의 주제, 방법, 주관적 구성요건 등의 문제점을 지적하고, 형사처벌의 적정성 여부를 판단하며, 앞에서 살펴 본 문제점을 보완할 수 있는 무단이탈죄의 합리적인 개선방안을 제시하며, 논의를 마무리하고자 한다.

❖ 주제어 : 군형법, 무단이탈, 고등군사법원, 군무이탈, 구성요건의 모호성

* 본 연구는 2013학년도 대구가톨릭대학교 교내연구비 지원에 의한 것임.

** 대구가톨릭대학교 법정대학 경찰행정학과 조교수·법학박사.

I. 문제의 제기

군이란 궁극적으로 무력에 의하여 국가의 안전을 보장하고 국토를 방위함을 그 사명으로 하며 이러한 사명을 완수하기 위하여 고도의 질서와 기율을 필요로 한다. 군형법은 이러한 군의 조직과 질서 및 기율을 유지하고 전투력을 보전 및 발휘하는데 그 목적이 있기 때문에 군의 통수작용은 상황에 따라 유동성, 긴급성, 기밀성 등을 요구하므로 군형법도 이러한 특수성에 부응하여 어느 정도 탄력적인 규율의 필요성이 인정된다. 하지만 ‘군조직의 특수성’으로 인하여 형벌의 과잉화, 범죄의 과잉화, 구성요건의 모호성, 형사제재와 행정제재 사이의 구별기준 불명확성 등의 문제점들이 나타나고 있으며, 이는 군형법상의 범죄들이 끊임없는 위헌의 논란을 일으키고 있는 가장 큰 이유로 작용하고 있다. 그 동안 군형법(2014. 1. 14. 제16차 개정¹⁾; 법률 12232호²⁾상의 개별 범죄에 대하여 헌법재판소가 심판을 한 사안은 총 8건(각하 1건 포함)에 이르고 있는데, 이를 구체적인 죄명별로 살펴보면, 명령위반죄(제47조),³⁾ 상관살해죄(제53조 제1항),⁴⁾ 군용물범죄(제75조 제1항 제1호),⁵⁾ 무단이탈죄(제79조),⁶⁾ 추행죄(제92조의6)⁷⁾ 등 5개의 범죄이며, 이 가운데 위헌으로

1) 2014. 1. 14. 단행된 군형법 제16차 개정은 군인의 정치 관여에 대한 처벌 요건을 구체화하고 그 형량을 기존 2년 이하의 금고에서 5년 이하의 징역과 5년 이하의 자격정지로 강화하며, 그 죄의 공소시효의 기간을 10년으로 하였고, 2013. 4. 5. 단행된 군형법 제15차 개정은 2012. 12. 18. 개정된 형법을 반영하여 성폭력 범죄의 객체를 ‘부녀’에서 ‘사람’으로 확대하고, 구강·항문 등 신체(성기 제외)의 내부에 성기를 넣거나 성기·항문에 손가락 등 신체의 일부(성기 제외) 또는 도구를 넣는 ‘유사강간행위’를 처벌하는 규정을 신설하며, 성범죄에 대한 친고죄 규정을 삭제하는 한편, 동성간의 성행위를 비하하는 ‘계간’이라는 용어를 ‘항문성교’라는 용어로 변경하는 등 추행죄 규정을 정비하였다.

2) 이하에서 법률의 명칭 없이 단순히 조문만 표기한 것은 군형법상의 규정을 의미한다.

3) 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2009헌가12 결정(합헌); 헌법재판소 1995. 5. 25. 선고 91헌바20 결정(합헌). 명령위반죄의 위헌성 여부에 대하여 보다 자세한 내용으로는 박찬걸, “군형법상 명령위반죄의 문제점과 개선방안”, 형사법연구 제23권 제3호, 한국형사법학회, 2011. 9, 285면 이하 참조.

4) 헌법재판소 2007. 11. 29. 선고 2006헌가13 결정(위헌).

5) 헌법재판소 1995. 10. 26. 선고 92헌바45 결정(합헌); 헌법재판소 2012. 10. 2. 선고 2012헌마771 결정(각하).

6) 헌법재판소 1999. 2. 25. 선고 97헌바3 결정(합헌).

7) 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌가21 결정(합헌); 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2001헌바70 결정(합헌). 추행죄의 위헌성 여부에 대하여 보다 자세한 내용으로는 박찬걸, “군형법상 추행죄의

결정된 것은 사형만을 법정형으로 규정하고 있었던 상관살해죄가 유일하다.⁸⁾ 하지만 이와 같은 군형법상의 개별 범죄에 대한 헌법재판소의 결정은 이후 당해 범죄에 대한 논의의 장을 크게 확대해 주고 있다는 측면에서 그 동안 형사법영역의 사각지대에 머물러 있었다고 평가되는 군형법 분야의 발전에 크게 공헌하고 있다.⁹⁾ 이러한 측면에서 약 15년 전에 비록 합헌결정이 되기는 하였지만 군형법상의 무단이탈죄를 죄형법정주의의 시각에서 다시 한번 검토해 볼 필요성이 있다. 현행 군형법은 제79조에서 ‘무단이탈’이라는 제명하에 ‘허가 없이 근무장소 또는 지정장소를 일시적으로 이탈하거나 지정한 시간까지 지정한 장소에 도달하지 못한 사람은 1년 이하의 징역이나 금고 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다.’고 규정하여 전투력의 기초가 되는 병력유지와 군기의 확립을 그 보호법익으로 하는 무단이탈죄를 규정하고 있다. 하지만 무단이탈죄는 구성요건의 측면과 형벌의 측면에서 죄형법정주의의 원칙에 제대로 부합하는지 여부의 문제가 지속적으로 제기되고 있는 실정이다.

먼저 구성요건의 측면에서는 명확성의 원칙이 문제된다. 왜냐하면 제79조 전단의 규정만으로는 허가권자의 범위, 허가의 내용, 근무장소 또는 지정장소의 범위, 일시적이라는 시간적 범위 등을 제대로 파악할 수 없고, 제79조 후단의 규정만으로는 명령의 주체, 시간적·공간적으로 가능한 도달명령만 의미하는 것인지 그렇지 않은 명령까지도 포함하는 것인지의 여부, ‘지정한 장소’, ‘지정한 시간’ 등의 개념이 애매모호하기 때문이다. 이와 같이 군형법 제79조는 그 구성요건이 불명확하고 광범위하여 죄형법정주의에 위배될 소지를 안고 있다. 이에 대하여 무단이탈죄의 위헌 여부에 대한 사법부의 판단은 일관되게 합헌성을 인정하고 있다. 먼저 대법원은 무단이탈죄로 기소된 사안에 대하여 동죄의 합헌성에 대한 아무런 의심 없이 일관되게 형사처벌의 대상 여부를 판단하고 있다.¹⁰⁾ 다음으로 헌법재판소는 군형법의 특

문제점과 개선방안”, 한양법학 제22권 제3집, 한양법학회, 2011. 8, 73면 이하 참조. 한편 2014. 3. 17.자 진선미의원 대표발의 군형법 일부개정법률안(의안번호: 1909746)에서는 군형법 제92조의6을 삭제하는 내용을 담고 있다.

8) 상관살해죄는 위헌 결정 이후 2009. 11. 2. 개정을 통하여 법정형에 무기징역형을 추가하였다.

9) 최근 발생한 22사단 GOP부대 임병장 총기난사 및 무장탈영사건, 28사단 윤일병 구타사망사건 등을 계기로 촉발된 군장병에 대한 인권의 문제가 사회적 이슈로 대두된 가운데, 민·관·군 병영문화혁신 위원회에서는 군사법제도 전반에 대한 정비 등의 개선안을 제시하고 있다.

10) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009도12930 판결; 대법원 1996. 5. 10. 선고 95도1588 판결; 대법원

성, 무단이탈죄의 보호법익, 무단이탈행위태양의 다양성과 포괄성 등을 고려할 때 군형법 제79조에 규정된 ‘허가’라 함은 군행정상의 권한자 혹은 군작전상의 명령권자 등 정당한 허가권자의 허가를 말한다고 할 것이고, ‘군무장소, 지정장소, 지정시간’ 등도 구체적인 상황의 고려하에 법령, 규칙, 군사회의 통념에 따라 그 해당여부를 판단할 수 있다고 한다. 또한 ‘일시이탈’이란 군형법 제30조와의 체계적 해석상 군무기피의 목적없이 일시적으로 이탈함을 말한다고 할 것이고, 어느 정도의 이탈이 일시적인지는 시간적, 장소적 요소와 직무수행의 가능성 등을 종합하여 군사회의 통념에 따라 합리적으로 판단할 수 있는데, 이와 같이 동 조항이 지닌 약간의 불명확성은 법관의 통상적인 해석작용에 의하여 충분히 보완될 수 있다고 한다. 한편 무단이탈죄의 피적용자는 일반국민이 아니라 군인 또는 준군인으로서 이들은 군조직의 일원으로서 구체적인 상황에서 과연 자신의 행위가 무단이탈행위에 해당하는지 여부를 잘 인식할 수 있는 위치에 있으므로 건전한 상식과 통상적인 법상식을 가진 군인이라면 무단이탈죄에 의하여 금지된 행위가 무엇인지 예측할 수 없는 것도 아니기 때문에 재판관 전원이 일치된 의견으로 군형법 제79조는 죄형법정주의에서 요구되는 명확성의 원칙에 위배되지 아니한다고 판시¹¹⁾하고 있다.

다음으로 형벌의 측면에서는 적정성의 원칙이 문제된다. 2009. 11. 2. 단행된 군형법 제14차 개정 전에는 무단이탈죄의 법정형으로 ‘1년 이하의 징역이나 금고’만을 두고 있었다. 하지만 군에서 발생하는 무단이탈의 다양한 행위태양에 대하여 오직 자유형만으로 처단하는 것에 대한 회의적인 시각이 계속해서 제기되었고, 이를 반영하여 1962. 1. 20. 군형법이 제정된 당시부터 유지되어 오던 무단이탈죄의 법정형에 대하여 제14차 개정에서 ‘300만원 이하의 벌금’이 선택형으로 추가되었다.¹²⁾ 이와 같이 무단이탈죄에서 벌금형이 법정형으로 추가된 법률의 변경에 대하여 대법원은 ‘무단이탈의 형태와 동기가 다양함에도 불구하고 죄질이 경미한 무단이탈에

1986. 10. 28. 선고 86도1406판결; 대법원 1985. 4. 23. 선고 85도388 판결; 대법원 1983. 11. 8. 선고 83도2450 판결; 대법원 1969. 9. 30. 선고 69도1373 판결; 대법원 1967. 7. 25. 선고 67도734 판결 등 다수

11) 헌법재판소 1999. 2. 25. 선고 97헌바3 결정.

12) 그 이전에도 이러한 주장은 계속되고 있었는데, 특히 2005. 12. 26. 정부 발의 군형법 일부개정법률안(의안번호: 173675)에서도 무단이탈죄의 법정형에 ‘300만원 이하의 벌금형’을 추가하고 있었다.

대하여도 반드시 징역형 내지 금고형으로 처벌하도록 한 종전의 조치가 과중하다는 데에서 나온 반성적 조치라고 보아야 할 것이어서, 이는 형법 제1조 제2항의 ‘범죄 후 법률의 변경에 의하여 형이 구법보다 경한 때’에 해당한다’고 판시¹³⁾하였다. 즉 무단이탈죄의 법정형 변경은 단순한 사실관계의 변경으로 인한 것이 아니라 종전의 조치가 과중하다는 데에서 나온 반성적 조치이기 때문에 피고인의 행위¹⁴⁾는 행위시 법인 (구) 군형법의 규정에 의해서는 처벌할 수 없고, 형사소송법 제383조 제2호의 ‘판결 후 형의 변경이 있는 때’에 해당한다는 것이다. 기본적으로 대법원이 기존 무단이탈죄의 법정형을 과중하다고 판단한 점은 높이 평가할 만하지만, 한 걸은 더 나아가 다양한 무단이탈의 형태와 동기 가운데 죄질이 극히 경미한 경우에 대하여도 개정법에 의해서 반드시 형사처벌하도록 한 조치가 타당한가에 대해서는 별도의 판단이 없다는 점은 아쉬움으로 다가온다. 즉 기왕에 반성적 조치로써 법정형을 감경하는 차원에 머무를 것이 아니라 한번 더 반성을 하여 형사처벌의 대상이 될 수 없는 무단이탈의 유형에 대한 심도 있는 논의를 진행할 필요성이 있는 것이다. 이에 따라 죄형법정주의의 여러 가지 파생원칙 가운데 적정성의 원칙에 보다 부합하기 위해서 형사제재를 할 수 있는 무단이탈과 군인사법·군인 징계령·군무원인사법상의 징계 등 행정제재를 부과할 수 있는 무단이탈을 구분하고 이에 상응하는 유형을 분석하는 것도 유의미한 일이라고 생각된다.

이하에서는 무단이탈죄에 대한 위와 같은 기존의 논의¹⁵⁾와 문제의식을 바탕으로 우선 대법원 및 고등군사법원((구) 고등군법회의)에서 등장하고 있는 무단이탈죄의 실태를 파악하여 실제 처벌사례들을 분석함과 동시에 이러한 실무의 운영현황을 기

13) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009도12930 판결.

14) 피고인은 제○○보병사단 ○○여단·2대대 ○○2동에서 동대장으로 근무하는 자인바, 지휘관의 허가(휴가명령)가 없는 한 휴무일을 제외하고는 매일 09:00부터 18:00까지 위 동대에서 근무하여야 할 의무가 있다. 그런데 피고인은 2007. 1. 10. 18:00까지 대전 서구 ○○동에 있는 소속대 사무실에서 근무하여야 함에도 불구하고 같은 날 13:06 예약된 충남 계룡시에 있는 ○○ 골프장에서 골프를 치기 위하여 소속대 사무실을 빠져나와 약 4시간 동안 근무장소를 이탈하는 등 골프를 치기 위하여 출근을 늦게 하거나 근무 도중 위 동대 사무실을 이탈하는 방법으로 2007. 1. 10.부터 2008. 11. 5.까지 사이에 48회에 걸쳐서 지휘관의 허가 없이 근무장소를 일시이탈하였다.

15) 그 동안 군형법상 이탈과 관련된 죄에 있어서의 주된 논의대상은 군무이탈죄에 편중되어 있는 현상을 보이고 있었으며, 이로 인하여 상대적으로 무단이탈죄에 대한 독립적인 논의는 극히 미미한 실정에 불과하다는 점도 본고의 집필배경 가운데 하나라고 할 수 있다.

초로 하여 무단이탈죄의 구성요건인 ‘허가 없이 근무장소 또는 지정장소를 일시적으로 이탈하거나 지정한 시간까지 지정한 장소에 도달하지 못한 사람’이 내포하고 있는 모호성을 비판한다. 다음으로 군무이탈죄와의 상호비교를 통하여 무단이탈죄의 주체, 방법, 주관적 구성요건 등의 문제점을 지적하고, 형사처벌의 적정성 여부를 판단하며, 앞에서 살펴 본 문제점을 보완할 수 있는 무단이탈죄의 합리적인 개선 방안을 제시하며, 논의를 마무리하고자 한다.

II. 무단이탈죄의 구성요건에 대한 검토

1. 허가없이 근무장소 또는 지정장소를 일시적으로 이탈하는 행위

가. 허가권자의 정당한 허가가 없을 것

무단이탈죄의 구성요건요소로서 ‘허가’라고 함은 허가권자의 정당한 허가¹⁶⁾를 말하므로 허가권자 이외의 사람이 외관상 허가와 유사한 처분을 내리거나 허가권자의 허가라고 할지라도 그 내용이 부당한 것일 때에는 정당한 허가라고 할 수 없다. 예를 들면 위병조장은 외출을 허가할 수 있는 정당한 권한을 가지고 있지 않음이 명백하기 때문에 부대를 나오면서 당시 위병조장의 허락을 얻었다고 하여 무단이탈죄가 성립을 부정할 수는 없고¹⁷⁾, 정당한 허가권자인 작전과장이 아니라 작전과 선임하사에게 휴가를 일방적으로 통보하는 행위는 정당화 될 수 없으며¹⁸⁾, 업무상 필요에 의한 지시가 있거나 직접 보고하여 허락을 얻어 출입하는 방식으로 평소 일과

16) 대법원 1969. 9. 30. 선고 69도1373 판결(‘피고인이 수사기관에 출두하여 조사를 받기 위하여 소속부대를 이탈함에 있어서 정당한 허가가 있었다는 아무런 증거가 없다면 무단이탈죄를 적용할 수 있다’).

17) 육군고등군법회의 1973. 8. 7. 선고 73고군형향314 판결.

18) 고등군사법원 1998. 4. 14. 선고 97노854 판결(‘전날 술을 많이 마셔 몸이 힘든 상황에서 작전과 선임하사에게 전화하여 결근신고를 하였다는 점과 관련하여, 피고인이 술을 많이 마셔 몸이 힘들다는 것이 무단결근에 대한 정당한 이유가 될 수 없음은 물론, 휴가·외출 허가권자인 작전과장에게는 직접 통화하거나 허가를 득하지 않고 일방적으로 같은 과의 선임하사에게 전화로 통보하는 형식의 결근을 알린 것만으로는 피고인의 결근이 정당화될 수 없다’).

시간 내에 업무를 위하여 수시로 부대를 통과한 사실이 있더라도, 사건 당일 누구에게도 보고하거나 허락을 얻지 않고 부대를 빠져 나갔다면 비록 근무초병들의 제지를 받은 사실이 없다고 하더라도 이것만으로 허가권자의 묵시적인 허가가 있었다고 보기는 어렵다.¹⁹⁾ 또한 절차상으로 적법한 휴가를 득하기 위하여는 최소한 허가권자의 허가를 득한 후에 휴가출발을 하여야 한다.²⁰⁾ 그리고 허가권자의 허가라고 할지라도 그 허가의 내용이 권한 범위 밖의 것이고, 이를 수범자가 충분히 예상할 수 있는 것이라면 정당한 허가가 있다고 보기 어렵다.²¹⁾

그러나 허가권자의 정당한 허가가 실질적으로 존재하는 이상 허가와 관련된 형식적인 절차를 거치지 않았거나 허가를 입증할 수 있는 서류를 소지하지 않았다고 할지라도 무단이탈죄는 성립하지 아니한다. 왜냐하면 휴가, 외출, 외박 및 출장 등의 경우에 있어서 일정한 절차를 거치도록 하는 것은 허가권자의 허가를 받는 하나의 형식적인 절차에 불과하고, 이러한 절차에 의하여 발급받는 증명서는 허가권자의 허가사실을 입증하는 자료에 불과하기 때문이다. 그러므로 허가권자의 허가를 받은 이상 설사 형식적인 절차를 결여하거나 증명서를 교부받지 않았다고 하더라도 그러한 휴가, 외출, 외박 및 출장은 적법하다.²²⁾

나. 근무장소 또는 지정장소를 일시적으로 이탈하는 행위가 있을 것

1) 일시적 이탈의 기준

무단이탈죄는 그것이 반드시 근무장소 또는 지정장소에서 멀리 떠난 경우뿐만 아니라 동 이탈로 인하여 그에게 부과된 임무를 수행할 수 없는 정도로 이탈함으로써

19) 고등군사법원 2001. 10. 9. 선고 2001노346 판결.

20) 고등군사법원 1998. 4. 14. 선고 97노854 판결.

21) 고등군사법원 1997. 6. 24. 선고 97노246 판결(‘피고인이 당시 유격대관리 및 병력통제의 권한자인 일직사관의 권유로 부대 밖으로 나간 사실은 인정되어, 일응 피고인에게 무단이탈의 범의가 없거나 외출에 대한 허가가 있었다고 볼 수 있으나, 유격대관리 및 병력통제의 권한을 지휘관으로부터 위임받은 일직사관은 특단의 사유가 없는 한 그 위임의 범위를 넘어 권한을 행사할 수 없는바, 밤 1시경 피고인에게 함께 술을 더 마시러 가자고 권유한 일직사관의 행위는 그 권한을 초월한 위법한 행위로서 병사들도 익히 할 수 있는 무효인 행위이므로 피고인에게 무단이탈의 범의가 없거나 허가를 받고 외출했다고 볼 수 없고 달리 인정할 특단의 사유도 없다’).

22) 육군고등군법회의 1972. 8. 31. 선고 72고군형향435 판결.

죽하다.²³⁾ 이와 같이 일시 이탈이라고 함은 이탈²⁴⁾이 비교적 단기간인 것을 말하는 데, 이탈장소가 영내인가 아니면 영외인가, 이탈거리의 원근 등에 관계없이 그에게 부과된 임무를 수행할 수 없을 정도로 근무장소 또는 지정장소를 이탈하는 것²⁵⁾을 의미하기 때문에, 무단이탈죄의 성립 여부를 판단할 때에는 근무하고 있던 특정장소를 이탈한다는 점에 중점을 둘 것이 아니라 현실적으로 맡은 바 직무를 이행할 수 없는 상태에 이르게 된 상황을 경험법칙 및 군의 실정들을 고려하여 사회통념에 따라 구체적으로 고려해야만 한다. 이는 일시 이탈의 여부를 시간적·장소적 개념만으로 판단하지 않음을 의미한다.²⁶⁾ 예를 들면 영외 거주장교에게 휴일에도 무단이탈죄가 성립될 수 있는 소속부대의 특수사정이 있었는지, 허가권자가 부재중일 경우에는 소속대 인사계에게 이야기하고 퇴근하였는지, 무단이탈기간 중 어느 지역에 갔었는지, 그 지역이 소속대 위수지역의 범위 밖인지, 이탈기간 중 소속대에 연락을 취하여 사후에라도 허가권자의 허락을 받으려고 노력하였는지 등 피고인의 무단이탈기간의 특징, 동기, 이탈 이후의 행적, 취한 조치 등을 소상히 살펴되어야 할 것이다.²⁷⁾ 이에 따라 정당한 절차에 의하여 부대를 나가고 허용된 시간 안에 귀대하였다면 업무수행을 위하여 부대를 나갔다가 허용된 시간 안에 업무를 마치고 남은 시간에 잠시 휴식을 한 경우에는 무단이탈죄로 의율할 수 없다.²⁸⁾ 특히 인솔자가 부하들

23) 대법원 1967. 7. 25. 선고 67도734 판결(‘피고인이 군사분계선을 넘어간 장소는 피고인의 근무장소가 아니라고 할 것이니 그 넘어선 거리가 10m에 불과하였다고 할지라도 피고인의 동 소위는 무단이탈죄에 해당한다’).

24) 판례(육군고등군법회의 1982. 6. 11. 선고 82고군형항151 판결)는 무단이탈죄의 법적 성격을 자수범으로 파악하고 있다.

25) 육군고등군법회의 1985. 2. 26. 선고 85고군형항 337 판결; 육군고등군법회의 1985. 4. 18. 선고 85고군형항29 판결(‘피고인들이 취침시간 초기에 방위병 소대장 등 동료들이 알고 있는 상태에서 취침장소인 방위관에서 약 40m 내지 50m 가량 떨어진 영내의 교보재창고에 가서 약 5분 내지 20분간 소주를 한 두잔 마신 분건에 있어서, 일직사관의 통제범위는 소속대의 내부만, 방위관, 창고 등 영내의 건물에 모두 미친다고 보여지므로 피고인들의 위 행위가 일직사관의 통제범위를 벗어났다고 보기 어려울 뿐만 아니라 피고인들은 주간에 출근하여 근무하고 밤 10:30경부터 취침하여 익일 08:00경에 퇴근하며 혹시 있을지 모르는 상황에 대비하여 비상대기 임무가 있는바, 방위병 소대장 등 동료들이 피고인들의 위치를 알고 있는 상태이므로 비상상황이 발생하면 즉시 연락이 가능한 가까운 장소에서 소주를 한 두잔 마신 정도이므로 피고인들에게 부여된 임무를 수행하기 곤란할 정도의 이탈행위가 있었다고는 할 수 없다’).

26) 고등군사법원 2009. 11. 6. 선고 2009노96 판결.

27) 육군고등군법회의 1975. 11. 11. 선고 75고군형항1024 판결.

의 사기진작이라는 목적을 위한 행위는 주어진 임무를 명백히 벗어난 것이라고 단정하기 어렵다. 이러한 상황에서 소속대에 자신의 행선지와 용무를 밝히고 무슨 일이 있으면 즉시 연락하라고 지시하였다면 임무를 수행할 수 없을 정도로 근무장소 또는 지정장소를 이탈한 것이라고는 볼 수 없는데, 그렇다면 비록 피고인이 허가를 받지 않고 이러한 행위를 하였다고 할지라도 무단이탈죄에 해당하지 않는다는 것이 판례의 입장²⁹⁾이다. 이와 같이 무단이탈행위의 성립요건으로서 요구되는 정당한 허가가 없는 경우에도 동죄의 성립을 부정한 것은 구성요건해당성이 배제되는 행위로 판단되기 보다는 목적의 정당성 및 수단의 상당성 등이 인정되는 정당행위로 평가되어 일종의 위법성조각사유로 판단한 것으로 보인다. 또한 행위자가 무단이탈을 함에 있어 정당한 이유가 있다고 한다면 법률의 착오(형법 제16조)로 책임이 조각될 여지도 있다.³⁰⁾

2) 위수지역 이탈행위

실무에서 자주 문제가 되고 있는 사안 가운데 하나가 위수지역의 이탈과 관련하여 나타나고 있는데, 위수지역의 본래적 의미는 어떤 군부대가 담당하는 작전지역 또는 관할지역으로써, 전방 전투부대는 전시 작전 범위가 매우 유동적이지만 지역 위수부대인 향토사단은 고정적이다. 또한 위수령이나 계엄령 선포시 해당 부대의 병력을 배치할 수 있는 지역 반경을 의미하기도 한다. 하지만 육군³¹⁾에서는 위수지

28) 대법원 1985. 4. 23. 선고 85도388 판결(‘피고인이 1984. 4. 5. 13:00경 피고인의 소속부대로부터 약 1.5Km 떨어져 있는 43탑조동 수리를 하기 위하여 같은 날 18:00까지 귀대하기로 상황실에 보고를 한 후 소속부대를 나가 탑조동을 수리하고 귀대하는 길에 같은 날 15:00경 길 옆에 있는 새삼다방(소속부대로부터 200m 떨어진)에 들어가 차 한잔을 마시고 같은 날 15:30경 위 다방을 나와 바로 귀대하였다).

29) 육군고등군법회의 1974. 11. 1. 선고 74고군형항461 판결(‘피고인은 소속대 주변사관으로 근무할 당시인 1974. 5. 26. 13:00 소속대 병사들의 사기를 양양시켜 주기 위하여 소속대 병사 18명을 인솔하고 소속부대로부터 약 300미터 떨어진 월하초등학교 교정에서 축구경기를 하고 부근 마을에서 탁구 1말을 사서 동 병사들과 나누어 마신 후 동 병사들을 인솔하고 귀대한 사실 및 위와 같이 소속대를 이탈할 때 주변하사에게 위와 같은 내용을 고지하고 무슨 일이 있으면 즉시 연락하라는 지시를 하였다).

30) 육군고등군법회의 1985. 2. 19. 선고 84고군형항451 판결(‘비록 상피고인이 소초장의 허락을 받은 것으로 오인하고 소초를 떠났다고 하더라도 소초장이 피고인들이 음주하기 위하여 밖으로 나가는 것을 허락했으리라고는 생각되지 아니하여 피고인들의 오인에는 정당한 이유가 없다’).

역의 의미를 앞에서 설명한 개념보다는 외박, 외출시 벗어나면 안 되는 지리적 범위로써 사용하고 있다. 보통 부대에서 1~2시간 이내에 도달할 수 있는 지역으로 설정되는데, 이는 비상시에 출타 인원을 신속하게 소집하기 위해서이다. 실제로 있어서 전방 부대의 경우에는 보통 부대 근처 군, 읍, 면, 리 단위로 설정되는 것이 보통이며, 향토사단은 해당 부대 주둔지 근처와 관할 지역(연대/대대별)으로 설정된다.³²⁾ 이에 대하여 판례는 위수지역의 범위를 규정하고 있는 여단내규는 무단이탈의 범죄사실을 구성하는 보충규범으로서 이는 작전상 필요에 의해 부대의 위수작전관할을 정하는 규정에 불과하기 때문에 이를 변경하는 것은 법률이념의 변화에 따라 종래의 처벌자체가 부당하였거나 또는 과형이 지나치게 중하였다는 반성적 고려에서가 아니라 단지 군사작전상 필요에 의하여 부대의 위수작전관할권이 미치는 범위를 변경한 것에 불과하여 그때 그때의 특수한 필요에 대처하기 위하여 관계법규를 개폐한 경우이기 때문에 그 가벌성을 축소하거나 소멸시키는 형법 제1조 제2항의 적용대상이 아니라고 하여³³⁾, 위수지역이탈행위를 형사처벌의 대상으로 삼고 있다. 생각건대 위수지역이 처음 설정된 6.25 전쟁 직후의 상황과 비교하여 볼 때 교통 및 통신수단의 급격한 발달로 인하여 이동이 훨씬 수월해진 현재의 입장을 반영할 필요가 있다는 점, 실제로 장병들은 소위 ‘점프’라고 일컫는 위수지역이탈행위를 빈번히 행하고 있으며, 이에 대한 단속 및 처벌의 수위가 형사처벌로 이어지지 않는다는 점³⁴⁾, 해당부대 지휘관의 재량에 따라 위수지역의 설정범위가 매우 상이하야 다

31) 참고로 공군과 해군은 작전지역의 개념이 육군과 다르기 때문에 별도로 위수지역의 개념을 사용하고 있지 않다.

32) 위수지역이탈행위는 군형법상 무단이탈죄의 구성요건에 해당하는 행위로 평가되지만, 이에 대해서는 형사처벌이 아닌 군기교육대 입소 또는 징계입장으로 처리되는 것이 일반적이다. 현재보다 군기가 매우 엄격하였던 것으로 평가되고 있는 1980년대에도 위수지역이탈행위에 대해서는 ‘주요군기 위반’의 한 내용으로 보아 군기교육대의 교육기간에 대한 기준을 마련하고 있었다. 이에 대해서는 김기준, “병에 대한 징계 및 그 유사제도에 관한 고찰”, 군사법연구 제13권, 육군본부, 1996. 3, 132면.

33) 고등군사법원 1998. 10. 13. 선고 98노297 판결.

34) 국회 국방위원회 소속 이석현 의원이 2013. 10. 28. 육군 본부로부터 제출받은 자료에 따르면, 위수지역을 무단이탈해 적발된 병사는 지난 2010년 117명, 2011년 171명, 2012년 285명, 2013년 8월말 현재 320명 등으로 집계된 바 있다(<http://www.edaily.co.kr/news/NewsRead.edy?SCD=JF31&newsid=0167280660297>

751-2&DCD=A00603&OutLnkChk=Y. 2014. 5. 20. 최종검색). 하지만 이로 인하여 형사처벌된

른 부대와의 형평성에 어긋난다는 점, 현행 실무상 부대별로 전체 인원 중 휴가 병사를 15%로 제한하고 있기 때문에 유사시 인원충원의 문제가 그렇게 심각하지 않다는 점 등에 비추어 볼 때 위수지역이탈행위를 형사처벌의 대상으로 삼는 것은 타당하지 않다고 본다.

3) 점심시간 내의 외출행위

점심시간을 불문하고 항시 근무장소에 대기하고 있어야 하는 지위에 있지 않은 군부대의 간부가 근무시간 내의 통상적인 점심시간에 항시 부대의 자유로운 입출입이 가능한 상태 하에서 이루어진 외출과정에서 처리한 업무가 통상 있을 수 있는 사적인 용무의 한 과정에 불과한 것이라면, 비록 당해 외출이 부정한 목적을 달성하기 위한 것이라고 할지라도 무단이탈죄로 선불리 의율해서는 아니 될 것이다.³⁵⁾ 왜냐하면 외견상 매우 자연스러운 근무과정에서 부정목적 달성을 위한 근무지 이외의 모든 범행행위에 대하여 무단이탈죄로 처리하는 경우에는 사실상 소속부대의 근무지 이외에서 발생하는 모든 범죄행위에는 항상 무단이탈죄가 실체적으로 경합되어야 하는 부당함이 발생하고, 더구나 이러한 경우에 있어서는 당해 범죄행위만을 처벌하면 족한 것이지 굳이 무단이탈죄까지 인정하여 처벌할 필요성은 없기 때문이다. 또한 현행 근로기준법 제54조에 의하면 사용자는 근로시간이 8시간인 경우에는 1시간 이상의 휴게시간을 근로시간 도중에 주어야 하며, 휴게시간은 근로자가 자유롭게 이용할 수 있기 때문에 병사가 아닌 직업군인이 일상적인 점심시간을 이용하여 허가권자의 허락을 받지 아니하고 영외로 외출하여 사적인 용무를 수행하더라도 무단이탈죄로 의율하기는 쉽지 않을 것이다. 다만 부대의 사정으로 인하여 특정한 기간 동안의 점심시간에도 영외외출을 금지하는 개별적인 명령이 존재하고 있는 경우에는 달리 볼 수 있겠지만, 이러한 경우에도 형사처벌사유로 판단하기 보다는 징계사유로 파악하는 것이 당해 행위의 불법성에 상응하는 조치라고 판단된다.

전수는 거의 찾아 볼 수가 없다.

35) 고등군사법원 2001. 9. 28. 선고 2001노401 판결.

2. 지정한 시간까지 지정한 장소에 도달하지 않는 행위

가. 군무이탈죄와의 관계

동 유형의 무단이탈죄는 행위자가 일단 적법하게 이탈된 상태라는 점이 전제되어야 하는데, 이러한 경우에 있어서도 미복귀시에 군무기피의 목적이 존재한다면 이탈기간의 장단 여부를 묻지 아니하고 군무이탈죄로 의율하여야 할 것이다. 군형법 제30조는 군무이탈죄를 규정하고 있는데, 군무를 기피할 목적으로 부대 또는 직무를 이탈한 사람은 적전인 경우에는 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역, 전시, 사변시 또는 계엄지역인 경우에는 5년 이상의 유기징역, 그 밖의 경우에는 1년 이상 10년 이하의 징역 등의 구분에 따라 처벌되고(제30조 제1항), 부대 또는 직무에서 이탈된 사람으로서 정당한 사유 없이 상당한 기간 내에 부대 또는 직무에 복귀하지 아니한 사람도 제1항의 형으로 처벌된다(제30조 제2항). 이와 같이 군무이탈죄는 제30조 제1항의 현지이탈형과 동조 제2항의 미귀형으로 분류할 수 있는데, 후자의 유형은 무단이탈죄와 유사한 형태를 취하고 있기 때문에 양자의 구별이 문제될 수가 있다. 무단이탈죄를 형사처벌의 대상으로 삼고 있는 근본적인 취지는 군지휘체계에 있는 자에 대하여는 일시적인 이탈이라도 무단상태에서의 이탈을 방지함으로써 전투력의 기초가 되는 병력손실을 방지하고자 함에 있는 것이다. 하지만 무단이탈죄의 보호법익은 전투력의 기초가 되는 병력의 확보이지만 군무이탈죄의 보호법익이 절대적 병력유지임에 비하여 상대적 병력유지라는 점에 그 차이가 있다.³⁶⁾ 그러므로 무단이탈죄와 미귀형 군무이탈죄의 구별은 원칙적으로 군무기피의 목적이 있었는가의 여부를 기준으로 판단한다. 왜냐하면 군무이탈죄는 군무를 기피할 목적이 있음을 요하는 목적범이기 때문이다. 하지만 군무기피 목적의 유무는 인간의 내심의 영역에 존재하는 극히 주관적인 것으로서 입증이 곤란한 경우가 많다. 이러한 사정으로 인하여 실무에서는 군인이 소속 부대에서 무단이탈하였다면 ‘다른 사정이 없는 한’ 그에게 군무기피의 목적이 있었던 것으로 ‘추정’하고 있다.³⁷⁾ 같은 취지에

36) 육군종합행정학교, 「군형법」, 제6지구인쇄소, 2011. 3, 68-69면; 이상철 외 5인, 「군사법원론」, 박영사, 2011, 240면.

37) 대법원 1997. 5. 30. 선고 96도2067 판결; 대법원 1986. 2. 11. 선고 85도2674 판결; 대법원 1968.

서 군무를 기피할 목적이란 군무기피를 적극적으로 의욕할 필요는 없고, 단순히 군무기피에 대한 인식만 있으면 족하며,³⁸⁾ 군무기피의 목적은 영구히 기피할 목적이 아니라 부대 또는 직무를 일시적으로 기피할 것을 목적으로 하여도 죄의 성립에는 영향이 없다고 한다.³⁹⁾ 또한 군무기피의 목적을 해석함에 있어서 병역을 기피하려는 목적은 물론이고, 구체적 직무를 회피하거나 특정 임무를 회피하려는 의사가 모두 포함된다고 한다.⁴⁰⁾ 이에 따라 객관적으로는 무단이탈로 평가될 수 있는 행위를 한 경우에도 군무기피의 목적이 있으면 무단이탈죄가 성립하지 않고 군무이탈죄가 성립한다⁴¹⁾고 하여, 군인의 이탈행위가 있는 경우에는 무단이탈죄로 처벌되는 경우를 극히 제한적으로 해석하고 있다. 하지만 지정한 시간까지 지정한 장소에 도달하지 못한 것에 대한 행위자의 귀책사유가 존재하지 않는다면 무단이탈죄가 성립하지 아니한다.

나. 근소한 시간지체의 경우

병영생활규정(육규120) 제100조 제3항에 의하면 ‘휴가는 기상시간 이후 출발하고 저녁점호 전까지 복귀함을 원칙으로 한다(세부 적용기준은 부대별 예규에 반영하여 시행할 수 있음)’고 규정되어 있는데, 일반적으로는 복귀시한을 휴가 마지막 날의 20:00경까지로 정하여 시행하고 있다. 이와 같이 휴가 만료일의 복귀시한을 별도로 정한 것은 병력관리 등 부대 자체적인 사정에 의한 것으로서 이에 법적인 의미를 부여할 것은 아니라고 판단된다. 또한 구체적인 부대별 복귀시간은 예규의 형태로 운영되고 있기 때문에 이를 위반하였다고 하여 형사처벌의 대상인 무단이탈

9. 6. 선고 68도954 판결.

38) 육군고등군법회의 1970. 12. 8. 선고 70고군형항1067 판결.

39) 이와는 달리 미국의 군법회의법 제85조 (a)항 제1호에 의하면 ‘영구히(permanently)’ 이탈할 의사를 요건으로 하고 있다.

40) 육군본부 법무실, 「군형법 주해」, 국군인쇄창, 2011, 97면. 예를 들면 육군에서 이탈한 후 타군에 입대하여 군무에 종사하는 경우와 같이 피고인이 국가에 대한 추상적인 군무를 기피한 것은 아닐지라도 군무이탈죄가 성립한다고 한다. 하지만 군복무 기피의 목적만이 군무이탈죄의 구성요건요소가 되는 것이지, 구체적인 직무를 기피하거나 특정임무를 기피하려는 목적만으로는 군무이탈죄가 성립하지 않는다고 보아야 한다. 이에 대하여 보다 자세한 내용으로는 박찬걸, “군형법상 군무이탈죄와 관련된 문제점과 개선방안”, 형사정책 제22권 제1호, 한국형사정책학회, 2010. 6, 212면.

41) 육군종합행정학교, 「군형법」, 제6지구인쇄소, 2011. 3, 69면.

로 의율하는 것은 죄형법정주의의 세부원칙 가운데 법률주의에 정면으로 위배되는 것이다. 그러므로 휴가복귀시한의 근시간 초과행위는 경미한 징계사유로 다루면 족하고, 미귀의 경우에도 정당한 사유가 있는 경우에는 징계대상에서 배제될 수 있을 것이다. 다만 단순히 미귀의 뜻을 보고한 것만으로는 무단이탈죄의 성립에 영향이 없다.⁴²⁾

또한 장교·부사관·군무원 등 균형법상의 피적용자가 영외출퇴근을 하는 경우에 있어서 출근시간이 지난 후에 근소한 차이로 지각을 한다거나 퇴근시간이 되기 전에 근소한 차이로 영외로 빠져나가는 경우, 사관생도가 정해진 수업 또는 훈련시간에 지각을 하는 경우, 영내에 있는 간부라고 할지라도 주어진 임무의 시작시간 이후에 임지(臨地)에 도착하는 경우 등과 같이 근소한 시간지체라고 할지라도 엄밀히 말한다면 지정한 시간까지 지정한 장소에 도달하지 않는 경우에 해당하기 때문에 무단이탈죄의 객관적 구성요건을 충족시킨다고 볼 수도 있다. 하지만 해당 근무지인 지정한 장소로 향하고 있는 상태라고 한다면 그 시간이 다소 지체되어 지각하였다는 사실만을 가지고 부대를 이탈함으로써 자신에게 부과된 임무수행에 지장이 발생할 것이라고 예상하거나 무단이탈에 대한 고의가 있었다고 인정하기에는 부족하다고 보아야 한다.

Ⅲ. 무단이탈죄의 형사처벌에 대한 검토

1. 무단이탈죄의 운용실태

가. 무단이탈죄의 처리건수

보통군사법원 및 고등군사법원에서 균형법상 무단이탈죄를 적용하여 사건을 처리하는 비중을 파악하기 위하여 최근 10년간 육·해·공군별 무단이탈죄의 기소건수 및 형사처벌 건수를 살펴보면 다음의 <표 1>과 같다.

42) 육군고등군법회의 1977. 8. 24. 선고 77고군형항363 판결; 육군고등군법회의 1971. 8. 3. 선고 71고군형항442 판결.

〈표 1〉 무단이탈죄의 최근 10년간 기소건수 및 형사처벌 건수

기간: 2003. 1. 1.~ 2013. 4. 16.

구 분		2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
공군	기소 건수	1	5	2	4	2	2	5	5	3	1	1
	형사 처벌	1	5	2	4	2	2	5	5	3	1	1
해군	기소 건수	0	1	0	2	0	1	0	2	0	0	0
	형사 처벌	0	1	0	2	0	1	0	2	0	0	0
육군	기소 건수	9	5	3	7	7	22	16	3	3	3	0
	형사 처벌	9	4	3	7	7	20	15	3	3	3	0

출처: 국방부, 정보공개청구 결정서(접수번호: 2021523), 2013. 4. 19.

〈표 1〉에서 보는 바와 같이 무단이탈죄로 인하여 형사사건으로 처리되는 연 인원은 공군의 경우 기소 31건, 형사처벌 31건, 해군의 경우 기소 6건, 형사처벌 6건, 육군의 경우 기소 78건, 형사처벌 74건 등 전체 기소 115건, 형사처벌 111건 등으로 연평균 11명이 형사처벌을 부과받고 있는 것으로 나타나고 있으며, 군검찰에 의하여 일단 기소가 되면 약 96.5% 이상이 형사처벌되는 현상을 보이고 있다. 이를 전체 군내 범죄에서 차지하는 비중으로 보면,⁴³⁾ 극히 미약한 수준에 머무르고 있음을 알 수 있는데, 특히 최근 3년간의 현황을 보면, 전군에서 단지 11명만이 무단이탈의 혐의로 사법처리가 되고 있는 실정이다.

이러한 공식통계의 수치는 실제 무단이탈에 해당하는 행위가 상당히 많은 점과 배치되는 현상이라고 평가할 수 있는데, 무단으로 근무지를 이탈하여 골프를 친 군인 184명이 징계 이상의 처벌을 받은 2009년도의 사례⁴⁴⁾에서 그 결정적인 이유 중의 하나를 찾아 볼 수 있겠다. 2009. 4. 10. 국방부는 근무시간에 골프를 친 혐의로

43) 육군에서 발생한 죄명별 현황의 보다 자세한 내용은 박찬걸, “군사재판에 있어서 관할관제도 및 심판관제도의 문제점과 개선방안”, 형사정책연구 제23권 제4호, 한국형사정책연구원, 2012. 12, 166면 참조.

44) <http://www.nocutnews.co.kr/news/574428>(2014. 8. 25. 최종 검색).

장교, 준사관, 부사관 등 현역 군인 184명을 적발하였고, 이 가운데 3년간 10회 이상 무단으로 골프를 친 군인에 대해서는 구속기소, 5~9회는 불구속기소, 4회 이하는 해당기관에서 자체적으로 징계하는 것을 원칙으로 하는 방침을 마련하였다. 이들에게 적용된 죄명은 모두 군형법상 무단이탈죄인데, 이 중 절대 다수가 4회 이하의 무단이탈자로서 징계처분으로 사건이 종결되었던 것이다. 이와 같이 외형상으로는 무단이탈죄의 구성요건을 충족시키는 행위가 존재하였다고 하더라도 실제 사건의 처리과정에서는 이를 엄격히 적용하는 것이 아니라 내부적인 징계절차로 회부되는 것이 동 범죄의 특징이라고 할 수 있다. 이는 현행법상의 무단이탈죄의 운용이 행위의 경중, 이탈의 횟수, 이탈의 시간, 이탈자의 계급 등의 여러 가지 요인을 고려하여 비교적 경미한 사안에 대해서는 처음부터 기소, 심지어는 기소유예조차 하지 않는 것이 실무의 태도라고 할 수 있다.

나. 무단이탈죄의 양형참작사유 분석

군사법원의 판례에서 등장하고 있는 무단이탈죄의 주요 양형이유 중 피고인에게 유리한 참작사유로 거론되고 있는 점을 몇 가지 살펴보면, 본건 이외의 형사처벌이나 징계처분을 받은 전력이 없는 초범인 점, 자신의 범행을 깊이 반성하고 있는 점, 현역복무를 포함하여 약 30년 이상 국가와 군을 위하여 헌신적으로 근무한 점, 해당 부대 자체에서 이미 휴가·외출 등의 관리가 제대로 이루어지지 않은 것에 대하여 피고인에게 전적으로 책임을 묻기는 어렵다는 점, 소속대 지휘관의견서에 의하면 피고인이 성실히 임무를 수행하였다는 점, 부대 지휘관이 직접 본건에 대하여 선처를 희망하고 있다는 점, 병사의 경우 피고인의 나이가 연소하다는 점 등을 예로 들고 있다.⁴⁵⁾ 이와 같은 양형참작사유는 일반적인 범죄에서 등장하는 사유와 유사한 것도 있지만, 군범죄에서만 등장하는 특수한 사유도 다수 존재한다. 예를 들면 오랜 기간 동안 군복무를 하였다는 점, 피고인의 나이가 연소하다는 점을 보면, 전자의 경우에는 장기복무 간부 모두에게 해당하는 것이고, 후자의 경우에는 대부분의 병사에게 적용될 수 있다는 점에서 독자적인 양형사유로 고려하는 것이 과연 적절한

45) 고등군사법원 2009. 11. 6. 선고 2009노96 판결.

지 의문이 든다. 또한 소속부대의 지휘관이 기소단계 또는 재판단계에서 막강한 영향력을 행사할 수 있는데, 이러한 요인은 군사법원법상 관할관제도와 심판관제도⁴⁶⁾가 결합하여 배가되는 모습도 살펴 볼 수 있다.

2. 형사처벌의 적정성 여부

가. 적전(敵前) 또는 전시(戰時)의 경우

1965년부터 1972년까지 베트남파병부대에서 발생한 범죄는 1,398건이었고, 이 가운데 무단이탈이 114건(8.2%), 군무이탈이 82건(5.9%)을 차지하고 있는 점 등에서 보았을 때 전시에는 군무이탈죄 보다는 오히려 무단이탈죄를 범하는 사례가 많다는 것을 알 수 있다.⁴⁷⁾ 이러한 점에서 무단이탈죄를 현행의 방식대로 유지하자는 견해⁴⁸⁾에서 주장하는 논거 가운데, 전쟁시에는 무단이탈행위를 처벌함으로써 전투력의 기초가 되는 병력을 확보하는 것이 매우 필요하다는 지적이 있다. 전시에는 무단이탈행위의 형사처벌을 통하여 전투력의 기초가 되는 병력을 확보하는 것이 매우 필요하다고 하겠다. 하지만 이러한 경우에 있어서도 군이 무단이탈죄를 적용해야만 하는가에 대해서는 재고의 여지가 있다고 본다. 왜냐하면 전시의 병력이탈을 가장 확실하게 방지할 수 있는 대책 가운데 하나로써 군무이탈죄의 가중처벌규정이 있기 때문이다. 무단이탈죄와는 달리 군무이탈죄는 적전·전시⁴⁹⁾ 및 기타의 경우를 구분하여 후자의 상황에서 발생하는 범죄에 대하여는 가중처벌규정을 별도로 두고 있는데, 이는 적전·전시 확실히 병력유지를 위해서 중요한 기능을 수행한다고 보

46) 현행법상 관할관제도와 심판관제도의 문제에 대해서는 박찬걸, 앞의 논문(각주 43), 153면 이하 참조.

47) 박안서, “군형법의 개정방안에 관한 연구 - 인권보장과 전투력강화의 조화를 중심으로 -”, 한양대학교 법학박사학위논문, 2011. 8, 121면.

48) 박안서, “2009년 개정 군형법의 주요내용과 문제점”, 형사정책연구 제22권 제4호, 한국형사정책연구원, 2011. 12, 159면.

49) 군형법 제2조 ... 5. “적전(敵前)”이란 적에 대하여 공격·방어의 전투행동을 개시하기 직전과 개시 후의 상태 또는 적과 직접 대치하여 적의 습격을 경계하는 상태를 말한다. 6. “전시”란 상대국이나 교전단체에 대하여 선전포고나 대적(對敵)행위를 한 때부터 그 상대국이나 교전단체와 휴전협정이 성립된 때까지의 기간을 말한다.

아야 한다. 또한 위의 견해를 반대로 해석하여 보면 적전 또는 전시가 아닌 평시의 경우에는 달리 생각해 볼 여지가 충분히 있다. 물론 군무이탈의 입증이 무단이탈의 입증 보다 상대적으로 용이하지 않다는 점, 비교적 단기간의 이탈행위에 대한 처벌의 필요성은 상존한다는 점 등으로 인하여 무단이탈죄 자체의 폐지는 어렵기 때문에 현행법 제79조의 유형을 제30조의 군무이탈죄와 마찬가지로 ① 적전인 경우, ② 전시, 사변 시 또는 계엄지역인 경우, ③ 그 밖의 경우 등으로 세분화하여 법정형에 차등을 두는 방안이 합리적이라고 판단된다.

나. 평시(平時)의 경우

평시의 경우에 무단이탈죄를 통하여 달성하고자 하는 목적은 군인사법 등에서 규정하고 있는 징계벌로서도 충분히 달성될 수 있다고 본다. 이는 2005년 군형법 일부개정법률안에 대한 당시 한국형사법학회의 공식적인 의견이기도 하였는데, 이에 의하면 단순한 무단이탈을 비롯한 경미한 위반행위에 대해서는 형벌 대신 징계벌로 대체할 필요가 있다는 점을 지적하고 있다.⁵⁰⁾ 특별권력관계인 군 내부의 질서는 되도록 징계벌로 규제하는 것이 바람직한데, 평시의 경미한 무단이탈행위에 대하여도 형사처벌을 하여 전과자를 양산하는 것은 과잉금지의 원칙에 위배된다고 본다. 또한 앞에서 살펴본 바와 같이 군무기피의 목적이 넓게 해석·적용되고 있는 점에 비추어 볼 때 단순한 무단이탈의 경우를 과연 형벌로 규율할 필요성이 있는지에 대해서는 의문이 든다.⁵¹⁾ 그러므로 징계사유와 형벌사유에 대한 명확한 구별기준의 정립 및 이에 대한 개별적인 처리가 요청된다고 하겠다.

이를 위하여 먼저 현행법에서 규정하고 있는 징계관련 규정들을 검토해 보아야 하는데, 군인사법 제57조에 의하면 장교, 준사관 및 부사관에 대한 징계처분은 중징계와 경징계로 나누고, 다시 중징계는 파면·해임·강등·정직으로 하며, 경징계는 감봉·근신·견책으로 하고 있으며, 병사에 대한 징계처분은 강등·영창·휴가제한·군

50) 한국형사법학회, “군관계법령개정안 등에 관한 의견서”, 국회 법제사법위원회, 2006. 3. 9.

51) 이와 같은 취지에서 오병두 교수는 ‘일시적인 군무이탈을 굳이 형벌로 위하해야 하는가’에 대해서 의문을 가지면서 ‘실질적으로 처벌이 필요한 경우에는 대부분 군무이탈죄가 성립할 것이’라고 하여 무단이탈죄의 삭제를 주장하고 있다(오병두, “군형법의 문제점과 개정방향”, 형사정책 제20권 제1호, 한국형사정책학회, 2008. 6, 27면).

신으로 구분하고 있다. 그리고 『국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령』(국방부훈령 제1622호, 2014. 1. 29. 일부개정)에서는 동 훈령 제19조 제1항과 관련하여 장교, 준사관 및 부사관에 대한 징계양정기준 및 병사에 대한 양정기준을 제시하고 있는데, 먼저 비행의 유형에 따라 성실의무위반, 복종의무위반, 근무지이탈금지의무위반, 공정의무위반, 비밀엄수의무위반 등으로 나누고, 이를 다시 ① 비행의 정도 및 과실에 따라 비행의 정도가 중하고 고의가 있는 경우, ② 비행의 정도가 중하고 중과실이거나 비행의 정도가 가볍고 고의가 있는 경우, ③ 비행의 정도가 중하고 경과실이거나 비행의 정도가 가볍고 중과실인 경우, ④ 비행의 정도가 가볍고 경과실인 경우 등으로 나눈 후 각각의 단계에 부합하는 행위를 징계하고 있다. 이 가운데 무단이탈은 근무지이탈금지의무위반 유형의 하나로 되어 있는데, 파면·해임, 강등·정직, 감봉, 근신·견책(이상 장교 등의 경우),⁵²⁾ 강등·영창, 영창·휴가제한, 휴가제한, 근신(이상 병사의 경우) 등으로 세분화하고 있다. 또한 병사에 대한 징계사유에 따른 징계양정에 대해서는 『군인징계령』 제13조에서 그 세부기준을 국방부령으로 위임하고 있는데, 육군규정 180(징계규정, 2013. 5. 1. 개정)에 의하면 부대이탈 금지위반의 유형으로서, 군무기피 목적의 영외이탈행위, 군무기피목적 없는 일시적인 영외이탈행위, 휴가·외박·면회 등의 사유를 허위로 조작하여 휴가 등을 얻어 내는 행위, 군무기피목적으로 휴가·외박·면회 등에서 정하여진 시간보다 지연 복귀한 경우, 군무기피목적 없이 휴가 등의 지연복귀, 교통편을 놓치는 등의 부주의로 지연복귀, 외출·외박 허가구역을 이탈하는 행위 등으로 세분화하여 각각의 징계수준을 책정하고 있다. 이상의 기준들에 의거하여 실제 빈번하게 발생하고 있는 무단이탈의 행위태양을 접목해 보면, 대부분의 경미한 무단이탈은 현행 징계규정으로도 충분히 개별적인 처리가 가능하다고 본다. 다만 중대한 무단이탈은 징계만으로는 부족하여 형사처벌을 피할 수 없을 것인데,⁵³⁾ 여기서 중대성과 경미성을 구별하는 핵심적인 표지는 상습성으로 파악해야 할 것이다. 단일한 행위로 무단이탈을 범하

52) 장교 등의 경우에는 근무지이탈금지의무위반의 유형을 다시 집단행동을 위한 근무지이탈, 군무이탈, 무단이탈 등 총 3가지 형태로 나누고 있지만, 병사의 경우에는 단일화하고 있는 점이 특징이다.

53) 일사부재리의 원칙은 형사절차와 징계절차간에 적용되는 것이 아니기 때문에 이미 징계처분을 받은 자라고 할지라도 별도의 형사소추는 가능하다(육군고등군법회의 1971. 8. 3. 선고 71고군형항442 판결).

는 경우에 있어서도 이탈의 기간이 장시간일 경우에는 행위의 불법성이 중하기 때문에 처벌의 필요성은 있지만, 이 경우에는 무단이탈이 아니라 군무이탈의 고의를 충분히 인정할 수 있기 때문에 처벌상의 공백은 발생하지 않을 것이다. 미국의 군사법통일법전(Unite Code of Military Justice; UCMJ) 제86조(Absence without leave, AWOL)⁵⁴⁾에서도 무단이탈행위에 대하여 형사처벌규정을 두고 있지만, 동법에서는 이외에도 군법회의의 개입 없이 지휘관이 직접 징계적 처벌을 할 수 있도록 하고 있는 점⁵⁵⁾도 참고할 수 있다. 또한 군형법은 병역법 제89조의2⁵⁶⁾와 달리 단 1회의 무단이탈의 경우에도 형사처벌의 대상으로 삼고 있는데, 병역법은 공익근무요원 등의 복무이탈과 관련하여 군형법과 같이 그 목적에 따라 군무이탈죄와 무단이탈죄로 구별하지 않고, 복무이탈한 기간이 통상 8일 이상인 경우에만 복무이탈로 처벌하고, 그 이하인 경우에는 형사처벌의 대상으로 삼고 있지 않은데, 군형법에서는 군무이탈을 별도의 범죄로 처벌하고 있다는 점에서 경미한 무단이탈죄의 비형벌화도 검토해 볼 수 있다. 결론적으로 군형법으로 규율해야 하는 무단이탈행위는 단순 또는 경미한 무단이탈이 아니라 상습범의 성격을 지니고 있는 무단이탈행위에 국한해야 할 것이므로, 적전 또는 전시가 아닌 기타의 경우에 있어서 무단이탈죄는 상습범에 한하여 적용한다는 단서 조항의 신설이 필요하다고 본다.

54) 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.

55) 지대남, “미국의 군사법제도에 있어서 지휘관의 권한”, 공법학연구 제12권 제1호, 한국비교공법학회, 2011. 2, 239면.

56) 병역법(법률 제12560호; 2014. 5. 9. 일부개정) 제89조의2(사회복무요원 등의 복무이탈) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 3년 이하의 징역에 처한다. 1. 사회복무요원, 국제협력봉사요원 또는 예술·체육요원으로서 정당한 사유 없이 통틀어 8일 이상 복무를 이탈하거나 해당 분야에 복무하지 아니한 사람 2. 공중보건의사·정병검사전담의사 또는 국제협력의사로서 정당한 사유 없이 통틀어 8일 이상 근무지역을 이탈하거나 해당 분야의 업무에 종사하지 아니한 사람 3. 공익법무관으로서 정당한 사유 없이 통틀어 8일 이상 직장을 이탈하거나 해당 분야의 업무에 종사하지 아니한 사람 4. 공중방역수의사로서 정당한 사유 없이 통틀어 8일 이상 근무기관 또는 근무지역을 이탈하거나 해당 분야의 업무에 종사하지 아니한 사람 5. 전문연구요원 또는 산업기능요원으로서 제40조 제2호에 따른 편입 당시 지정업체의 해당 분야에 종사하지 아니하여 편입이 취소된 사람 또는 제40조 제3호의 의무종사기간 중 통틀어 8일 이상 무단결근하여 편입이 취소된 사람.

3. 죄수(罪數)의 문제

무단이탈죄는 허가 없이 근무장소 또는 지정장소를 일시 이탈하거나 지정한 시간 내에 지정한 장소에 도달하지 못한 경우에 즉시 범죄의 완성이 있다고 하여야 할 것이므로, 무단이탈 중에는 별도로 새로운 무단이탈죄가 성립할 수 없으며⁵⁷⁾, 무단이탈죄는 허가없이 근무장소 또는 지정장소를 일시이탈함과 동시에 완성이 되기 때문에 그 후의 사정인 이탈기간의 장단 등은 무단이탈죄의 성립에 아무런 영향이 없다.⁵⁸⁾ 또한 산발적으로 무단결근이 이루어진 경우에 있어서 단일한 의사에 기하여 계획적으로 음모되어 실행에 옮겨졌다는 등의 특단의 사정이 없는 한 각각의 무단결근의 사실마다 그 범의를 면밀히 심리하여 각 무단결근마다 하나의 무단이탈죄로 의율해야 할 것이다.⁵⁹⁾

IV. 글을 마치며

죄형법정주의는 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있게끔 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다. 한편 군의 임무나 작전수행의 다양성, 유동성으로 말미암아 병력의 산일(散逸)이나 무단이탈이 예상되는 모든 상황을 미리 법률로써 구체적으로 정하는 것은 거의 불가능하다고 할 수 있다. 그러므로 무단이탈죄의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 한다고 할지라도 그 점만으로는 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성에 반드시 배치되는 것

57) 육군고등군법회의 1977. 3. 3. 선고 77고군형향37 판결(‘피고인이 1976. 10. 23. 17:00부터 22:00까지 전신타자실에서 근무하도록 명받고 근무가 끝나는 대로 내무반으로 가야하는데도 근무종료 후 익일 01:50까지 동소에서 음주함으로써 무단이탈한 사실을 인정한 후 위 무단이탈 상태가 계속되는 동안인 1976. 10. 23. 23:30 술을 사려고 전신타자실을 나와 소속대 철조망을 넘어갔다 오기까지 5분간 무단이탈한 사실을 별개로 인정한 것은 위법이 있다’).

58) 대법원 1996. 5. 10. 선고 95도1588 판결; 대법원 1983. 11. 8. 선고 83도2450 판결; 수원지방법원 2005. 8. 31. 선고 2005노2503 판결.

59) 육군고등군법회의 1976. 6. 29. 선고 79고군형향217 판결.

이라고 할 수 없다. 하지만 무단이탈죄에서 말하는 허가권자가 누구인지, 지정장소, 지정시간이 구체적으로 무엇을 의미하는지는 통상적인 해석방법에 의하여도 다소 불분명한 점이 있는 것이 사실이다.⁶⁰⁾ 이에 따라 무단이탈죄의 구성요건을 보다 명확하게 할 수 있는 방안을 마련하는 것은 규범의 수범자로 하여금 예측가능성을 높여 줄 뿐만 아니라 군무이탈죄와의 구별기준으로서도 작용할 수 있을 것이다. 이와 더불어 다양한 형태로 발생하고 있는 무단이탈에 대하여 형사처벌의 대상이 되는 유형과 징계처분의 대상이 되는 유형을 보다 세분화하여 행위의 불법성에 적절하게 상응하는 조치를 취하는 작업도 게을리해서는 안 되겠다.

본고에서 살펴 본 무단이탈죄는 군내에서 발생하고 있는 범죄 유형 중에서(암수 범죄를 포함한다는 가정하에) 그 빈도수가 매우 높은 편에 해당함에도 불구하고, 이에 대한 해석론이나 판례의 태도에는 미비한 점이 산적해 있는 실정이다. 균형법이라는 특수한 분야 자체가 형법학의 사각지대에 놓여 있다고 판단될 만큼 관련 연구의 양이 극히 부족한 상황에서 과거에는 현역 장교들이 군 내부 기관의 학술지를 통하여 관련 자료를 발표하는 수준에 머물러 있었던 것도 관심의 영역 밖에 있었던 원인이라고 할 것이다. 다행히도 최근에 와서 균형법에 대한 논의가 조금씩 나타나기 시작하고 있지만, 아직 논의의 대상이 균형법을 전체적으로 포괄하는 방식 위주로 되어 있기 때문에 개별 범죄에 대한 심도있는 분석의 필요성은 별도로 요구된다. 특히 무단이탈죄와 관련된 대법원의 판결이 극소수에 불과한 실정에서, 이에 대한 해석상의 문제점과 개선방안을 제시하는 것은 향후 균형법 개정과정에서 관련 논의를 활성화시킬 수 있는 촉매제의 역할을 할 수 있을 것이라고 사료된다. 끝으로 균형법은 제12장(위령의 죄)에서 초소침범죄(제78조), 군사기밀누설죄(제80조), 암호 부정사용죄(제81조) 등과 함께 무단이탈죄(제79조)를 규율하고 있는데, 이러한 범죄군의 편제는 상이한 죄질을 띠고 있는 범죄를 동일한 장에 모아놓은 것에 불과하다. 따라서 무단이탈죄는 현행 균형법 제6장의 ‘군무 이탈의 죄’라는 장명을 ‘이탈의 죄’라고 변경한 후 군무이탈죄(제30조)의 바로 다음에 위치시키는 것이 보호법익이 유사한 범죄군을 동일한 장에 배치시키는 기본적인 법전의 편제원칙에 부합한다고 본다.

60) 정진연·김정진, “군형사사법제도의 발전방안 고찰”, 법학논집 제20집, 숭실대학교 법학연구소, 2008. 8, 206면.

참고문헌

- 국방부, 정보공개청구 결정서(접수번호: 2021523), 2013. 4. 19.
- 김기준, “병에 대한 징계 및 그 유사제도에 관한 고찰”, 군사법연구 제13권, 육군본부, 1996. 3.
- 박안서, “2009년 개정 군형법의 주요내용과 문제점”, 형사정책연구 제22권 제4호, 한국형사정책연구원, 2011. 12.
- 박안서, “군형법의 개정방안에 관한 연구 - 인권보장과 전투력강화의 조화를 중심으로 -”, 한양대학교 법학박사학위논문, 2011. 8.
- 박찬걸, “군사재판에 있어서 관할관제도 및 심판관제도의 문제점과 개선방안”, 형사정책연구 제23권 제4호, 한국형사정책연구원, 2012. 12.
- 박찬걸, “군형법상 명령위반죄의 문제점과 개선방안”, 형사법연구 제23권 제3호, 한국형사법학회, 2011. 9.
- 박찬걸, “군형법상 추행죄의 문제점과 개선방안”, 한양법학 제22권 제3집, 한양법학회, 2011. 8.
- 박찬걸, “군형법상 군무이탈죄와 관련된 문제점과 개선방안”, 형사정책 제22권 제1호, 한국형사정책학회, 2010. 6.
- 오병두, “군형법의 문제점과 개정방향”, 형사정책 제20권 제1호, 한국형사정책학회, 2008 6.
- 육군종합행정학교, 「군형법」, 제6지구인쇄소, 2011. 3.
- 육군본부 법무실, 「군형법 주해」, 국군인쇄창, 2011.
- 이상철 외 5인, 「군사법원론」, 박영사, 2011.
- 정진연·김정진, “군형사사법제도의 발전방안 고찰”, 법학논집 제20집, 숭실대학교 법학연구소, 2008. 8.
- 한국형사법학회, “군관제법령개정안 등에 관한 의견서”, 국회 법제사법위원회, 2006. 3. 9.
- 형혁규·김선화·김성봉, 「군 영창제도의 쟁점과 개선방안」, 국회입법조사처 현안보고서 제221호, 2013. 12.

The Problem and Improvement of absent without leave in Military Criminal Act *

Park, Chan-Keol**

In the Military Penal Law, absent without leave causes problems such as aggravation of punishment, ambiguity of elements, uncertainty in standard for classification between criminal and administrative sanctions etc., due to the specialty of military group', which acts as the biggest reason for crimes in the Military Penal Law to continuously cause a controversy of violation of the constitution. Although it was decided as constitutional, it is considered necessary to review the absent without leave in the Military Penal Law once again from the perspective of the principle of legality. In the Article 79, current Military Penal Law regulates absent without leave having maintenance of military strength which becomes the basis of combat power and establishment of military discipline as benefits and protections of laws by regulating as 'Anyone who deviates from a workplace or designated place temporarily without permission or fails to arrive in designated place by the designated time is sentenced to less than 1 year of prison labor or imprisonment, or a fine of less than 3 million won' on the charge of 'absent without leave'.

As investigated in the following, however, it comes into question whether or not absent without leave accords with the principle of legality from the aspects of elements and punishment. Based on the aforementioned discussion and a critical mind, this manuscript analyzes actual examples of punishment by understanding the real condition of absent without leave appeared in the Supreme

* This research was supported by research grants from Catholic University of Daegu in 2013.

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

Court and High Military Court, and based on the current condition of operation of practical work, criticizes ambiguity that ‘Anyone who deviates from a workplace or designated place temporarily without permission or fails to arrive in designated place by the designated time’ connotes which are the elements of absent without leave. Next, this manuscript points out problems such as principal agent, method and subjective elements of absent without leave through intercomparison, and aims to conclude discussion by suggesting a rational improvement plan for absent without leave capable of compensating the problems investigated in the above.

❖ Key words: Military Penal Law, absent without leave, High Military Court, desertion from the military service, ambiguity of elements