

2020년도 최종보고서

표지면지

표지와 동일하게 흑백으로 들어갑니다.

형사사법기관의 인권보장역량 종합평가 연구(Ⅲ): 형사법원의 인권보장역량 평가

경제·인문사회연구회 협동연구 총서
 “형사사법기관의 인권보장역량 종합평가 연구(Ⅲ)
 : 형사법원의 인권보장역량 평가”

1. 협동연구 총서 시리즈

협동연구 총서 일련번호	연구보고서명	연구기관
20-90-01	형사사법기관의 인권보장역량 종합평가 연구(Ⅲ) : 형사법원의 인권보장역량 평가	한국형사정책연구원 전남대학교 법학연구소 군인권센터

2. 참여연구진

	연구기관	연구책임자	참여연구진
주관 연구 기관	한국형사정책연구원	강태경 연구위원 (총괄책임자)	최영신 선임연구위원 이다미 조사연구위원
협력 연구 기관	전남대학교 법학연구소	송윤진 연구원	
	군인권센터	임태훈 소장	김형남 사무국장 조규석 기획정책팀 간사

머리말

「세계인권선언」이 선언하고 있듯이, 모든 사람은 법 앞에 인간으로서 인정받을 권리를 가지며 자신에 대한 형사상 혐의에 대해서 공정하고 공개된 재판을 받을 권리를 가집니다. 형사소송은 피해자와 피고인의 삶에 지대한 영향을 미칩니다. 2020년 『사법연감』에 따르면, 지난 해 전국 법원에는 148만여 건의 형사사건이 접수되어 이 중 95% 이상이 처리되었습니다. 구속영장은 약 2만 9천여 건 청구되어 이 중 81.1%가 발부되었고, 법원이 직권으로 발부한 구속영장은 3만 7천여 건이었습니다. 한편 제1심에서 징역 또는 금고형을 선고받은 사람은 14만여 명이었고, 항소심에서는 1만 7천여 명이었습니다.

형사판결은 개인의 삶뿐만 아니라 법 공동체의 인권상황에도 큰 영향을 미칩니다. 민주주의를위한변호사모임은 2020년 판결 중에서 ‘여순사건 재심에서의 무죄 판결’, ‘청소년의 자발적 성매매라는 관념을 부정하고, 가출청소년에게 성매매를 시킨 일당에게 중형을 선고한 판결’ 등을 인권 디딤돌 판결로 선정하였습니다. 반면에 ‘공공연하게 성소수자 혐오표현을 일삼은 사람을 ‘가짜뉴스 유포자’로 표현한 언론사가 당사자의 명예 내지 인격권을 훼손했다고 인정한 판결’, ‘47억 건의 의료정보를 유출한 ‘IMS 헬스’ 사건 관련 책임자들에게 무죄를 선고한 판결’ 등은 인권 걸림돌 판결로 선정되었습니다.

이 연구에서는 형사법원과 군사법원이 헌법상 부여받은 사법권을 행사함에 있어 죄형법정주의와 적정절차를 준수하면서 소송관계인의 인권을 최대한 보장하고 더 나아가 판결을 통해서 사회 일반의 인권상황을 개선하고 있는지를 비판적으로 검토하였습니다. 형사법원의 인권보장역량을 ‘죄형법정주의 파생원칙 및 적정절차 준수’, ‘형사사건을 둘러싼 규범적 환경의 헌법 합치성 제고’, ‘소송관계인 등의 인권 보장’이라는 측면으로 나누어 살펴보았습니다. 그리고 군사법원의 인권보장역량은 ‘형사사법의 헌법적 원칙(사법권의 독립성, 적정절차, 신속재판) 준수’, ‘소송관계인 등의 인권 보장’이라는 측면으로 나누어 살펴보았습니다.

ii 형사사법기관의 인권보장역량 종합평가 연구(Ⅲ) -형사법원의 인권보장역량 평가-

당초 계획으로는 연구진이 형사법원과 군사법원의 공판 과정을 직접 관찰하고, 소송관계인을 만나 소송 경험에 대한 생생한 이야기를 들으려 했습니다. 하지만 예상치 못한 코로나19 범유행으로 연구 계획이 무산되었습니다. 이에 형사법원과 군사법원의 인권보장역량에 대한 새로운 실증자료를 생산하는 대신 오랫동안 축적된 위헌법률심판제청사건 결정, 대법원 전원합의체 판결, 기존 법정모니터링 조사 결과, 형사재판과 인권에 관한 선행연구 등 기존 자료를 분석하는 것으로 연구의 방향을 바꿀 수밖에 없었습니다. 부디 이 연구에서 짜놓은 분석의 틀과 그 안에 담은 내용이 향후 형사법원과 군사법원의 인권보장역량 증진에 작으나마 도움이 되었으면 하는 바람입니다.

사례 조사와 기존 법정 모니터링 조사 결과에 대한 분석을 전담해주신 최영신 선임 연구위원님과 연구의 시작부터 마무리까지 필요한 자료 조사와 수집을 전담해주신 이다미 조사연구원님께 깊은 감사를 드립니다. 또한 젠더 관점에서 성범죄 판결을 분석해주신 송윤진 박사님과 군사법원 관련 자료를 수집·분석하고 군사법원 제도의 개혁에 관한 통찰력 있는 제언을 해주신 군인권센터의 임태훈 소장님, 김형남 사무국장님, 조규석 기획정책팀 간사님께도 깊은 감사를 드립니다.

2020년 12월

연구진을 대표하여
연구위원 강태경



목 차

연구요약	1
제1장 강태경·최영신·임태훈·김형남	
서론	11
제1절 연구의 목적	13
1. ‘인권’이라는 가치를 소실점으로 형사재판 바라보기	14
2. ‘텍스트’로서의 ‘형사판결’과 ‘소송관계인의 경험’	15
3. 인권보장역량 삼분론, 그리고 선택과 집중	16
제2절 연구의 내용과 방법	17
1. 형사법원 및 군사법원 인권보장역량 관련 쟁점 분석	17
2. 판례 분석을 통한 형사법원 인권보장역량 평가	18
3. 재판 진행 과정에서의 형사법원 인권보장역량 평가	19
4. 군사법원 인권보장역량 평가	22
5. 형사법원 및 군사법원의 인권보장역량 강화를 위한 제언	23
제2장 강태경·조규석	
형사법원 및 군사법원 인권보장역량 쟁점 분석	25
제1절 형사법원 인권보장역량 관련 언론보도 분석	27
1. 주제 분류	27
2. 키워드 분석	28
3. 내용 분석	32

제2절 형사법원 인권보장역량 관련 선행연구 분석	35
1. 형사재판 관련 인권 쟁점에 관한 선행연구 개관	35
2. 공판중심주의에 관한 논의	37
3. 피고인의 권리에 관한 논의	38
4. 피해자의 권리에 관한 논의	40
5. 재심에 관한 논의	41
제3절 군사법원 인권보장역량 관련 선행연구 분석	42
1. 군사법제도 개혁 등에 대한 논의	42
2. 관할관 및 심판관 제도에 관한 논의	45
3. 민간인에 대한 재판권에 대한 논의	47
제4절 소결	49

제3장 강태경·송윤진

판례 분석을 통한 형사법원 인권보장역량 평가 51

제1절 위헌법률심판제청사건 등 분석	53
1. 최근 10년 위헌법률심판제청사건 개관	55
2. 형사법을 심판대상으로 한 위헌법률심판사건결정 분류	56
제2절 대법원 전원합의체 판결 등 분석	79
1. 최근 10년 대법원 전원합의체 판결 등 개관	80
2. 판례 변경 사건 검토	83
3. 젠더 관점에서의 최근 형사판례 동향 분석	85
제3절 판결에 대한 실증적 분석을 통해 본 형사법원의 인권보장역량: 선행연구를 중심으로	102
1. 사법 과거사 재심사건 판결 분석 연구(2019)	102
2. 국제인권조약 적용 소송 분석 연구(2019)	110
제4절 소결	117

제4장 최영신·강태경

**재판 진행 과정에서의 형사법원 인권보장역량 평가:
사례 및 법정모니터링 자료를 중심으로** 121

- 제1절 피고인의 인권보장 관련 요인 123
 - 1. 판사의 유죄심증 및 예단 123
 - 2. 피고인의 진술권 보장 130
 - 3. 변호인의 조력을 받을 권리 131
 - 4. 증인 신청 132
 - 5. 피고인의 수사기록물 등 열람 등 134
 - 6. 피고인의 특수한 사정에 대한 배려 135
 - 7. 방어권 보장 관련 기타 사례(서류 제출 및 공판 기일 연기
미고지 등) 136
- 제2절 피해자의 인권보장 관련 요인 137
 - 1. 증인으로서의 진술권 보장 137
 - 2. 피해자의 의견진술권 보장 137
 - 3. 피해자 보호 관련 139
 - 4. 피해자의 사건 관련 정보 공유 145
- 제3절 증인의 인권보장 관련 요인 146
 - 1. 증인의 진술권 보장 146
 - 2. 증언거부권 148
 - 3. 신변보호 149
 - 4. 기타(증인에 대한 배려 부족 등) 149
- 제4절 법관의 재판 진행 관련 업무 역량: 법정모니터링 자료를
중심으로 150
 - 1. 공판과정의 절차적 기준 준수 관련 150
 - 2. 재판 진행과 관련된 판사의 업무태도 관련 154
- 제5절 법원의 공판 지원 업무 역량: 법정모니터링 자료를 중심으로 ... 160
 - 1. 재판의 공정성 확보를 위한 공판 지원 역량 161
 - 2. 법원 직원 및 행정력의 지원 역량 164
- 제6절 소결 166

제5장 임태훈·김형남·조규석

군사법원 인권보장역량 평가 169

제1절 군사법원 인권보장역량 평가를 위한 기초 검토	171
1. 군사법원의 성격	171
2. 군사법원의 인권보장역량에 관한 선행 연구 분석	186
3. 군사법원의 인권보장역량에 관한 해외 사례 고찰	190
제2절 형사재판 본질 측면에서의 비판적 검토	226
1. 사법권의 독립성	226
2. 적정절차 원칙	242
3. 신속재판 원칙	247
4. 상소율과 상소 사건 처리 결과	251
제3절 소송관계인 인권보장 본질 측면에서의 비판적 검토	255
1. 피고인	255
2. 피해자 및 증인	258
제4절 소결	260

제6장 강태경·최영신·임태훈·김형남·조규석

결 론 265

제1절 형사법원의 인권보장역량 강화를 위한 제언	267
1. 형사법원 인권보장역량 평가	267
2. '인권'을 정점으로 한, 법의 통합성 제고 방안	268
3. 소송관계인의 인권보장역량 강화 방안	270
4. 판사의 형사재판 진행 태도 개선을 위한 제언	273
제2절 군사법원 인권보장역량 강화를 위한 제언	274
1. 군사법원 인권보장역량 평가	274
2. 군사법원 개혁 방안	276
3. 군사법원 제도 보안 방안	276

참고문헌	279
Abstract	295
부 록	311

표 차례

[표 1-2-1] 사례조사 변호사의 주요 특성	20
[표 1-2-2] 법원의 인권보장 관련 사례조사 자료의 주요 쟁점 분류	20
[표 1-2-3] 법원의 인권보장역량 주요 주제별 영역 구분	22
[표 2-1-1] 형사재판·인권 관련 보도 내용 분류 (5대 일간지, 2019. 10. 1.~ 2020. 10. 31.)	28
[표 2-1-2] 형사재판·인권 관련 보도 키워드 빈도 분석 (5대 일간지, 2019. 10. 1.~ 2020. 10. 31.)	29
[표 2-2-1] 형사재판에서의 인권 쟁점에 관한 학술논문 내용 분류(2000~2020년)	36
[표 3-1-1] 최근 10년(2010. 1.~2020. 9.) 위헌법률심판결정 분류	55
[표 3-1-2] 최근 10년(2010. 1.~2020. 9.) 헌법소원사건결정 분류	56
[표 3-1-3] 최근 10년(2010. 1.~2020. 9.) 형사법 위헌법률심판 인용 결정(84건)	57
[표 3-2-1] 최근 10년(2010. 1.~2020. 9.) 대법원 전원합의체 판결 등(형사사건) 분류 · 80	
[표 3-2-2] 최근 10년(2010. 1.~2020. 9.) 전원합의체판결(형사사건) 중 판례 변경	81
[표 3-3-1] '사법 과거사 사건' 죄명 관련 적용법령	106
[표 3-3-2] 대한민국이 가입·비준한 7대 주요 국제인권조약	111
[표 3-3-3] 7대 주요 국제인권조약 적용의 조약별·소송유형별 건수	112
[표 3-3-4] '양심적 병역거부' 사건 판결에서 국제인권조약에 근거한 주장에 대한 인정 여부 등	114
[표 4-4-1] 판사의 진술거부권 고지 여부	151
[표 4-4-2] 재판 도중에 당사자 간에 다툼이 있을 때의 법관 태도	152
[표 4-4-3] 법원의 증거신청 접수여부	153
[표 4-4-4] 각종 서류나 신청서 등의 접수가 거절된 경우	154
[표 4-4-5] 판사의 경어 등 사용 여부 (중복 응답)	155
[표 4-4-6] 판사의 당사자 진술 경청 여부	155
[표 4-4-7] 법관의 재판장 도착 시간	156
[표 4-4-8] 지각 판사의 사과 여부	157
[표 4-4-9] 재판 도중 졸고 있는 판사 유무	157
[표 4-4-10] 어느 판사가 졸고 있는지 여부 (중복 응답)	157

[표 4-4-11] 판사의 어려운 법률 용어 사용 관련 태도	158
[표 4-4-12] 당사자가 어려운 법률 용어를 알아듣지 못했을 때 법관의 행동	159
[표 4-4-13] 목소리가 작거나 발음이 불분명하여 알아들을 수 없는 경우	159
[표 4-4-14] 마이크는 정상이나 사용하지 않는 경우	160
[표 4-5-1] 신분증 및 소지품 검사 여부	161
[표 4-5-2] 어떤 소지품 검사를 받았는지 조사 결과	162
[표 4-5-3] 재판 순서의 공정 진행 여부	163
[표 4-5-4] 재판 당일에 판사가 당사자의 제출 서류를 보지 못한 경우	163
[표 4-5-5] 법정 모니터링 방해 여부(2014년도)	164
[표 4-5-6] 법정 모니터링 방해 여부 (2013, 2010년도)	164
[표 4-5-7] 법정 경위의 방청객에 대한 간섭 여부	165
[표 4-5-8] 법원 안내판의 효율성	166
[표 5-1-1] 고등군사법원에 두는 부 및 군 판사(위 규정 [별표 1])	178
[표 5-1-2] 각 군 군사법원에 두는 부 및 군판사(위 규정 [별표 2])	178
[표 5-2-1] 전군 보통군사법원 연간 사건 접수 수	228
[표 5-2-2] 국방부 고등군사법원 연간 사건 접수 수	229
[표 5-2-3] 전군 보통군사법원 연간 접수 사건 분류	230
[표 5-2-4] 국방부 고등군사법원 연간 접수 사건 분류	231
[표 5-2-5] 전군 보통군사법원 연간 접수 군사범죄 사건 분류	232
[표 5-2-6] 국방부 고등군사법원 연간 접수 군사범죄 사건 분류	233
[표 5-2-7] 군사법원의 구속영장 발부 현황	244
[표 5-2-8] 군사법원과 일반법원의 구속영장 청구 인용률	244
[표 5-2-9] 군사법원과 일반법원의 체포 및 구속적부심 인용률	245
[표 5-2-10] 전군 보통군사법원 연간 사건 처리 수	247
[표 5-2-11] 국방부 고등군사법원 연간 사건 처리 수	247
[표 5-2-12] 군사법원 및 일반법원의 1심 사건 처리 소요 일수	248
[표 5-2-13] 군사법원 및 일반법원의 항소심 사건 처리 소요 일수	250
[표 5-2-14] 전군 보통군사법원 1심 판결 이후 항소 현황	251
[표 5-2-15] 기고등군사법원과 민간 항소법원의 항소심 처리 결과 비교	252
[표 5-2-16] 고등군사법원 항소심 판결 이후 상고 현황	253
[표 5-2-17] 군사법원과 일반 법원에서 상고한 사건의 상고심 처리 결과 비교	254
[표 5-3-1] 전군 보통군사법원의 피고인 변호인 선임 현황	255
[표 5-3-2] 고등군사법원의 피고인 변호인 선임 현황	256



그림 차례

[그림 2-1-1] 형사재판·인권 관련 보도 워드클라우드	29
[그림 2-1-2] 형사재판·인권 관련 보도 키워드 연관성 시각화Ⅰ	30
[그림 2-1-3] 형사재판·인권 관련 보도 키워드 연관성 시각화Ⅱ	31

1. 연구의 목적

이 연구의 목적은, 형사법원과 군사법원이 헌법상 부여된 사법권을 행사함에 있어서 죄형법정주의와 적정절차를 준수하면서 소송관계인의 인권을 최대한 보장하고 더 나아가 판결을 통해서 사회 일반의 인권환경을 증진하고 있는지를 비판적으로 검토하는 것이다. 이 연구에서는 형사법원의 인권보장역량을 ① 죄형법정주의 파생원칙 및 적정절차 준수, ② 형사사건을 둘러싼 규범적 환경의 헌법 합치성 제고, ③ 소송관계인 등의 인권 보장이라는 측면으로 나누어 살펴보고자 한다. 그리고 군사법원의 인권보장역량은 ① 형사사법의 헌법적 원칙(사법권의 독립성, 적정절차, 신속재판) 준수, ② 소송관계인 등의 인권 보장이라는 측면으로 나누어 살펴보고자 한다.

2. 형사법원 및 군사법원 인권보장역량 관련 쟁점 분석

형사법원의 인권보장역량 관련 언론보도와 학술논문을 분석한 결과, 형사재판과 관련하여 사회적으로 주목받는 인권 쟁점과 학계의 학술적 관심이 집중되는 인권 쟁점에는 차이가 있었다. 그리고 인권 쟁점별로 비판의 중심축이 형사사법제도에 놓이는 경우도 있었고 형사재판 담당 법관의 인적 역량에 놓이는 경우도 있었다.

우선 언론 보도 분석 결과를 살펴보자. 지난 1년간 언론을 통해서 특정한 형사사건을 중심으로 한 재심과 국가폭력 및 노동인권 문제가 중점적으로 보도되었다. 키워드 분석 결과는 해당 쟁점에 관한 보도가 보도 건수뿐만 보도의 깊이에서 다른 쟁점들을 앞섰다. 내용 분석 결과를 살펴보면, 국가폭력 비상상고 사건, 노동 인권 증진에 기여한 판결, 영장실질심사제도에 관한 보도에서는 긍정적인 태도를 보였다. 예를 들어, 여성 승무원의 인권을 침해한 항공사에 대해 유죄를 선고한 판결 보도에서는 사건 담당 재판부의 구체적인 판단이 소개되어 노동 인권에 관한 일반 독자들의 이해를 증진할 수 있었을 것으로 보인다. 그리고 국가폭력 비상상고 사건이나 영장실질심사

2 형사사법기관의 인권보장역량 종합평가 연구(Ⅲ) -형사법원의 인권보장역량 평가-

와 관련된 보도에서는 국민의 인권 보장을 위한 형사사법제도를 자세히 소개함으로써 일반 독자들이 형사사법에서의 인권 보장의 중요성과 이를 위한 제도에 대한 이해를 도모할 수 있는 기회가 제공되었다. 반면에 화성연쇄살인사건 관련 재심, 미성년 대상 성범죄에 대한 양형, 판결문으로 인한 2차 피해 문제, 국내법원에서의 국제인권규범 적용 문제에 관한 보도에서는 부정적인 논조가 두드러졌다. 이러한 부정적 사례 보도에서는 비판의 무게가 형사사법제도의 문제보다는 형사사건 담당 법관의 인적 역량의 문제에 실렸다.

다음으로 형사재판 관련 인권 쟁점에 관한 학술논문 분석 결과를 살펴보자. 2000년 이후 형사법학계의 논의는 ‘공판중심주의’, ‘피고인의 권리’, ‘피해자의 권리’, ‘재심’, ‘영장제도’에 집중되는 경향을 보였다. 형사재판에서의 공판중심주의 확립을 목표로 한 2007년 형사소송법 개정을 전후해서 학계의 논의는 증거개시제도, 증인신문 등을 중심으로 전개되는 양상을 보였다. 이후 학계의 관심은 진술 거부권과 변호인의 조력을 받을 권리 등의 피고인의 권리에 대한 논의와 피해자의 공판절차 참여 방안과 같은 피해자의 권리에 대한 논의로 순차적으로 이동하였다. 영장제도에 관한 논의는 위법수집증거배제원칙과 영장실질심사제도, 즉 검찰에 대한 사법 통제를 중심으로 이루어졌다. 반면에 재심 제도에 관한 논의는 집중되는 쟁점이 있다기보다는 주요 사건, 불법판결, 재심사유, 재심개시절차 등 다양하게 이루어졌다. 법학 분야 학술논문을 분석대상으로 삼은 탓도 있겠지만, 비판의 초점이 형사사법제도에 맞춰졌다.

마지막으로 군사법원 인권보장역량 관련 학술논문 분석 결과를 살펴보자. 군사법원과 관련된 인권 쟁점을 직접적으로 다룬 학술논문이 13편으로, 군사법원의 인권보장역량은 연구가 많이 이루어지지 않은 분야라고 할 수 있다. ‘군사법제도 개혁 등’에 관한 논의는 대체로 평시 군사법원의 존치 문제로 집중되는 경향이 있었다. 군사법원에 대한 민주적 통제가 어렵다는 점과 군대 조직과 군인 및 군무원의 특수성에 대한 고려라는 상반된 논거를 중심으로 찬반론이 맞서고 있다. ‘관할관 및 심판관 제도’에 관한 논의는 해당 제도가 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부를 중심으로 찬반론이 나뉘고 있다. ‘민간인에 대한 재판관’에 관한 논의는 민간인에 대한 군사법원의 예외적 재판권인 군사재판을 받지 않을 권리를 최대한 보장하기 위해서 가능한 제한되어야 한다는 방향으로 나아가고 있다.

3. 판례 분석을 통한 형사법원 인권보장역량 평가

최근 10년 동안의 형사법 관련 위헌법률심판제청사건과 대법원 전원합의체 판결 등을 분석한 결과, 형사법원은 위헌제청 제도와 전원합의체 심리절차를 통해서 형사재판을 둘러싼 규범적 환경이 기본권 보장과 죄형법정주의 및 적법절차 원칙에 부합하도록 상당한 노력을 기울였음을 확인할 수 있었다.

첫째, 지난 10년 간 형사법원은 ‘인신의 안전과 자유’, ‘정신의 안전과 자유’, ‘사생활의 안전과 자유’, ‘사회·경제적 안전과 자유’, ‘사회권’, ‘청구권적 기본권’ 등 다양한 영역에서 형사제재에 관한 법률조항 등이 국민의 기본권을 침해하거나 죄형법정주의 등의 형사법의 헌법적 원칙을 위반한다는 의심이 든 경우 「헌법재판소법」 제41조에 따른 위헌법률심판제청을 하여 148건이 결정을 받았고, 이 중 84건이 인용 결정을 받았다. 지난 10년 간 위헌법률심판결정이 204건이었던 점에 비추어 보면, 형사법원이 위헌법률심판제청을 주도해왔다고 볼 수 있다. 한편 형사사건 당사자가 법원에 위헌법률심판제청을 신청하였지만 기각되어 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구한 사건(‘헌바’ 사건)은 총 4,490건이었고, 이 중 60건만이 인용되었다. 인용된 결정 중 동일한 심판대상조항에 대한 위헌법률심판제청사건과 병합되어 심리된 사건도 상당수 포함되어 있다. 이와 같은 수치로부터 형사법원이 당사자의 위헌법률심판제청 신청을 부당하게 기각하는 경우는 많지 않음을 짐작할 수 있다. 다만, 위헌법률심판제청 여부는 각 법원에서 판단하기 때문에 동일한 형사적 제재 조항의 위헌성 판단에서 법원 간 차이가 존재할 수 있다.

둘째, 형사법 관련 위헌법률심판제청사건에 대한 인용결정의 내용을 살펴보면, 양벌규정이 책임주의에 위배된다는 결정이 49건으로 압도적으로 많았고, ‘직업의 자유’와 ‘집회의 자유’ 침해, ‘명확성의 원칙’과 ‘형벌 체계상의 균형성’ 위반이 다른 유형의 위헌(또는 헌법불합치) 결정에 비해 다수를 차지했다. 2007년 헌법재판소가 면책규정 없는 양벌규정에 관한 위헌법률심판제청사건에 대해서 위헌 결정을 내린 이후 일관되게 위헌 결정을 내리고 있다. 형사법원도 면책규정을 두는 방식으로 개정되지 않은 양벌규정이 사건에 적용되는 경우 일관되게 위헌법률심판제청을 하였다. 최근까지 약 500개의 양벌규정에 대한 개정 작업과 함께 형사법원의 이와 같은 노력으로 양벌규

4 형사사법기관의 인권보장역량 종합평가 연구(Ⅲ) -형사법원의 인권보장역량 평가-

정이 '형벌에 관한 책임주의'에 부합되는 데 기여한 바가 크다. 한편 형사법원은 범죄 행위자의 각종 면허를 필요적으로 취소하는 규정에 대해서 적극적으로 위헌법률심판 제청을 하여 위헌성을 확인받음으로써 직업의 자유에 대한 침해를 막았고, 집회 및 시위에 관한 시간적·공간적 제한에 관한 규정에 대해서도 적극적으로 위헌법률심판 제청을 하여 집회의 자유를 더욱 보장하는 방향으로 규범적 환경을 조성하는 데 기여하였다.

셋째, 지난 10년 동안 대법원은 전원합의체 사건에 대해서 판결 54건과 결정 8건을 내렸다. 이 중 종전에 대법원이 판시하였던 헌법과 법령 등의 해석 적용에 관한 의견을 변경한 사건은 총 18건(판결 15건, 결정 3건)이었다. 이전 판례를 변경한 사건 중 범죄의 구성요건요소 해당성 판단 기준이 쟁점이 됐던 사건에서는, 부부간 성립 여부, 파업으로 인한 업무방해 성립 여부, 양심적 병역거부의 정당한 사유, 금지된 선거운동의 범위, 배임죄에서 '타인의 사무를 처리하는 자', 사기죄에서의 '처분의사', 명의수탁자의 처분과 횡령, 보관 위탁자의 처분과 횡령, 배임죄의 기수 판단 기준이 다투어졌다. 그리고 증언거부에 따른 효과가 쟁점이었던 사건에서는 증언 거부시 '검찰 진술조서의 증거능력'이 부정되었고, 증인이 증언거부사유가 있음에도 증언거부권을 고지 받지 못한 경우 허위 진술을 하더라도 위증죄 성립이 부정되었다. 한편 업무상 위력에 의한 간음·추행 사건을 여성 인권보장의 측면에서 분석한 결과, 최근 발생한 권력형 성범죄 사건에서 가해자에게 무죄를 선고하였던 1심 판결들은 공통적으로 가해자의 위력 행사 여부 판단 기준의 일반론과 구체적 판단의 기준이 일치하지 않는 문제점을 보였다. 구체적으로 말하자면, 해당 판결들은 피고인이 피해자의 자유의사를 제압할 수 있을 만한 무형적 위력을 행사하여 피해자가 원치 않는 성행위나 추행을 당하였는지 여부는 피해자의 진술 외의 제반 간접사실을 종합하여 판단할 수밖에 없다는 일반론을 실시하면서도 가해자의 위력의 행사 여부에 대한 구체적 판단에 있어서는 '개별적' 언행을 중심으로 판단하는 괴리를 보였다.

넷째, 국가보안법, 반공법, 긴급조치 등의 위반으로 1948년에서 1998년에 걸쳐 유죄 선고를 받았던 사건에 대한 재심 판결 1,019건을 정량적으로 분석하였던 선행연구의 핵심적인 결과는 다음과 같았다. ① (사건유형) 학생운동 관련 피고인이 33.3%로 가장 많았고, 간첩사건 관련 피고인은 19.7%, 반정부 정치활동 관련 피고인은 16.1%로

그 뒤를 이었다. 1심 선고 시기는 1979년대가 67.4%로 가장 많았다. ② (적용법령) 긴급조치 위반으로 유죄판결을 받은 피고인이 51.7%로 가장 많았고, 국가보안법과 반공법 위반이 각각 26.6%와 27.7%로 그 뒤를 이었다. ③ (재심경위) 피고인의 재심 청구가 60.9%로 가장 많았고, 검사의 재심 청구가 20.6%로 그 뒤를 이었다. 피고인이 사망하여 가족이나 법정대리인이 재심을 청구한 경우는 18.5%였다. ④ (재심개시 이유) 긴급조치 등 적용 법령이 위헌·무효로 인정되어 재심 개시가 결정된 경우(「형사소송법」 제420조 제5호)가 49.2%, 수사 관련 사법경찰관 등이 그 직무에 관한 죄를 범한 경우에 해당하여 재심 개시가 결정된 경우가 47.7%(「형사소송법」 제420조 제7호)였다. ⑤ (재심결과) 전체 피고인 가운데 96.6%가 재심에서 1개 이상의 공소사실에 대해 무죄가 선고되었다. 전체 피고인 중 34.4%에 대해서는 재심대상판결의 증거가 되었던 피고인 및 참고인 진술의 임의성이 증명되지 않아 무죄가 선고되었다.

다섯째, 7대 주요 국제인권조약 적용 사건 3,186건에 대한 정량적 분석을 수행한 선행연구의 주요 결과는 다음과 같았다. 2010년대로 접어들면서 국제인권조약을 적용한 소송이 양적으로 급증하였고, 국제인권조약의 효력과 내용의 해석을 구체적으로 실시하는 판결들도 등장하기 시작했다. 그러나 ‘양심적 병역거부 사건’이 3,066건으로 국제인권조약 적용 사건의 96.2%를 차지했고, 시민적·정치적 권리규약이 적용된 사건이 3,125건으로 가장 많았던 이유도 양심적 병역거부 사건 때문이었다. 양심적 병역거부 사건을 제외하면 국내 법원은 국제인권조약을 적용하는 경우가 극히 드문데, 법관들이 국제인권조약에 친숙하지 않은 점이 그 원인으로 지적되었다.

4. 재판 진행 과정에서의 형사법원 인권보장역량 평가

재판 진행 과정에서 형사법원이 인권보장역량을 얼마나 잘 발휘하고 있는지 소송관계인 등의 경험이라는 관점에서 알아보기 위해서 수행한 변호사 대상 사례조사와 법률소비자연맹의 법정모니터링 결과에 대한 메타 분석의 주요 결과는 다음과 같다.

첫째, 사례조사에 참여한 변호사들은 형사재판 과정에서 소송관계인 등의 인권보장에 긍정적 또는 부정적 영향을 미치는 요인을 다음과 같이 지적하였다. ① 피고인의 인권보장에 관해서는 ‘판사의 유죄심증 및 예단’, ‘피고인의 진술권 및 변호인의 조력

6 형사사법기관의 인권보장역량 종합평가 연구(Ⅲ) -형사법원의 인권보장역량 평가-

을 받을 권리 보장', '증인 신청 및 증인 신문 관련', '피고인의 수사기록물 등 열람', '피고인의 특수한 사정에 대한 배려', '기타 방어권 관련' 요인이 지적되었다. ② 피해자의 인권보장에 관해서는 '증인으로서의 진술권 보장', '피해자의 의견진술권 보장', '피해자의 보호', '피해자의 사건 관련 정보 공유'가 지적되었다. ③ 증인의 인권보장에 관해서는 '증인의 진술권 보장', '증언거부권', '신변보호', '증인에 대한 배려' 등이 지적되었다.

둘째, 법률소비자연맹이 실시한 2013년과 2014년 법정모니터링 결과 중 법관의 재판 진행 관련 업무 역량에 관한 결과를 비교 분석한 결과는 다음과 같다. ① 공판과정의 절차적 기준 준수와 관련하여, 판사가 진술거부권을 고지하는지 여부와 재판 도중 당사자 간에 다툼이 있는 경우 판사의 적절한 개입 여부에서는 부정적으로 평가되었지만, 증거신청이나 서류 등의 접수에 대한 조치에서는 긍정적으로 평가되었다. ② 재판 진행과 관련된 판사의 태도와 관련하여서는, 당사자에게 경어를 사용하고 진술을 경청하는지 여부에서는 긍정적으로 평가되었지만, 당사자가 어려운 법률 용어를 이해할 수 있게끔 쉽게 설명해주는지 여부에서는 부정적으로 평가되었다. 한편 판사들은 재판시간에 맞춰 늦지 않게 법정에 들어섰지만, 간혹 지각을 한 경우 지각에 대한 해명 없이 재판을 진행하는 태도가 부정적으로 평가되었다.

셋째, 법률소비자연맹이 실시한 2013년과 2014년 법정모니터링 결과 중 법원의 공판 지원 업무 역량에 관한 결과를 비교 분석한 결과는 다음과 같다. ① 재판의 공정성 확보를 위한 공판 지원 역량에 관해서는, 재판순서에 대해서는 변호사가 선임된 사건보다 당사자가 출석한 사건을 우선적으로 다루는 경향이 높아져서 긍정적으로 평가되었고, 법원의 서류접수 시스템은 신속성을 제고하는 방향으로 개선될 필요가 있다고 지적되었다. ② 법원 직원 등의 지원 역량에 관해서는, 법정 경위의 방청객에 대한 태도는 대체로 긍정적으로 평가되었지만, 법원 안내판은 보기 쉽고 이해하기 쉽도록 개선이 필요하다고 지적되었다.

5. 군사법원 인권보장역량 평가

군사법원은 군의 특수성을 고려하여 설치되는 특별법원이다(「헌법」 제110조). 「군

사법원법, 「군형법」 등의 군사법체계와 함께 군사법원은 현역 군인 및 군무원, 그리고 이에 준하는 자에 대한 형사재판을 담당한다. 우리 「헌법」은 또한 제26조에서 군사법원이 군인 또는 군무원이 아닌 국민에 대해서 특별히 법률이 정한 죄가 아니면 평시에는 관할권을 인정하지 않고 있다. 단, 비상계엄에서는 민간인도 군사재판의 대상이 되며 특정 범죄는 단심제를 허용하고 있다. 군사법원과 군사법체계는 2014년 고(故) 윤 일병 사건을 계기로 대폭 개정되었다. 다만, 2000년 초반 폐지 대상으로 자주 언급된 ‘관할관 제도’, ‘관할관 확인조치권(감경권)’, ‘심판관 제도’ 등은 권한은 줄었으나 존속하고 있으며, 군판사의 임기가 법제화 되었지만 인적·물적 독립은 미완인 상태다.

국제인권기구는 군사법원의 설치 및 운영에 관하여 인권보장을 위한 기준 등을 제안하기도 했다. 미국, 영국, 독일의 군사법원 사례를 살펴본 결과, 군인의 인권과 기본권을 보장하는 방향으로 군사법원 제도를 개선하려는 노력을 확인할 수 있었다. 미국의 경우 지휘관의 권한이 수사·기소·재판 전반에 걸쳐서 작용하고 있다. 감경권도 폭넓게 인정되었었는데, 최근 성폭력 사건의 무죄 사면을 계기로 그 권한을 줄이는 개혁이 시도되었다. 영국도 최근까지 지휘관의 권한이 폭넓게 작용했다. 그러나 유럽 인권재판소의 결정들을 계기로 수사·기소·재판이 분리되었고 민간인이 사법책임자로 대폭 임명되었다. 독일의 경우 징병제를 유지했음에도 평시 군사법원이 없었던 점에 주목할 수 있다. 독일은 군의 특수성을 고려하여 ‘일반’ 법원에 재판부 등을 두거나 별도로 ‘일반’ 법원이 관련 행정소송(징계·소청 등)을 다루고 있다. 프랑스도 평시 군사법원이 없으나 일반 법원 산하 재판부에서 군법 관련 사건을 처리한다. 이상의 해외사례는 군의 특수성에 대한 ‘배려’를 줄이고 보편적 인권보장을 위해 군사법이 일반 형사사법체계를 따라가는 경향을 보여준다.

군사법원에만 존재하는 특수한 제도는 심판관, 관할관 및 관할관 확인조치권이 있으며 법관 인사권이 사법부가 아닌 행정부에 소재한다는 점에서 인사제도 역시 특수성을 띄고 있다고 볼 수 있다. 심판관제도는 법관이 아닌 자가 지휘관의 명에 따라 특정한 사건에 대하여 재판관이 되어 재판에 참여할 수 있게 하는 제도로, 법관이 아닌 자에 의해 재판이 이루어진다는 점에서 위헌성을 갖는다. 관할관은 군사법원의 관할지역 내 최고 지휘관을 뜻하는 용어로, 법률에 따라 법원의 행정사무를 감독할

8 형사사법기관의 인권보장역량 종합평가 연구(Ⅲ) -형사법원의 인권보장역량 평가-

수 있다. 관할관은 소위 판결에 대한 확인조치를 통하여 선고된 형의 3분의 1 미만의 범위에서 그 형을 감경할 수 있는 권한을 갖는다. 이는 법관이 아닌 자가 법률에 근거하지 않은 재량에 의하여 법원의 판결을 수정할 수 있는 제도라는 점에서 법치주의에 반하며, 위헌성을 갖는다. 또한 군판사 인사권은 국방부장관과 각 군 참모총장이 각각 나누어 행사하고 있는데, 행정부 소속의 지휘관, 즉 법관이 아닌 자가 법관의 인사권을 행사하는 것은 권력 분립의 원칙에 어긋나는 일이다. 군은 이러한 특수한 제도를 운영해야 하는 이유로 군사법원이 다루는 형사 범죄가 일반 형사 범죄와는 성격이 다른 군사 범죄라는 점을 제시해왔으나, 최근연도의 통계에 따르면 군사법원 접수 사건 중 군사범죄는 전체 사건의 8%에 지나지 않아 이러한 주장은 타당성이 없어 보인다. 근거가 타당하지 않다면 형사 재판의 원칙을 훼손하는 특수 제도는 폐지되거나 시정되어야 할 것으로 보이며, 실제 군은 이러한 제도의 폐지 또는 개정을 추진하고 있다.

보편적인 형사법원의 기능 중 일반 형사법원과 유의미한 차이를 보이고 있는 점은 공개재판, 피고인 무죄추정, 신속재판, 상소제도 등에서 살펴볼 수 있었다. 영장 발부와 체포 및 구속적부심사 등 피고인의 인권을 보호하기 위해 살펴보아야 하는 기능에서는 일반 법원과의 유의미한 차이를 보이지 않았다. 공개재판의 경우 대부분의 군사법원이 군부대 내에 있기 때문에 형식적으로는 재판이 공개되어있으나 실질적으로는 재판 접근성이 현저히 떨어진다는 문제점을 발견할 수 있었다. 피고인 무죄추정의 경우 피고인을 사실상 유죄로 판단하여 휴직시키는 기소휴직 제도로 인해 실질적으로 피고인이 항소, 상고 등을 진행하기 곤란한 환경이 조성된다는 문제점을 발견할 수 있었다. 신속재판의 경우 1심 법원은 군사법원이 일반 법원에 비하여 신속히 재판을 진행하고 있으나, 항소심 법원은 반대인 점을 발견할 수 있었다. 상소제도에서는 항소심 처리 결과상 군사법원의 양형 부당 파기 자판 비율이 일반 법원에 비하여 과도히 높은 점으로 미루어 볼 때 대법원 양형기준이 제대로 작동하고 있지 않다는 문제점을 발견할 수 있었다. 이러한 차이는 대부분 군사법원 관할에 속하는 인원에 대한 부당한 불이익으로 이어질 수 있고, 이는 차별에 해당할 수 있는 바, 대책 마련이 필요할 것으로 보인다.

소송관계인 인권보장 측면에서는 피고인과 피해자 및 증인으로 소송관계인의 범주

를 나누어 실제 군사법원 재판을 경험한 이들의 의견을 청취하였다. 통상적으로 군사법원은 일반 법원의 소송관계인의 인권보장 제도를 차용하고 있기 때문에 소송관계인의 경험 청취는 이러한 차용이 제대로 이루어지고 있는지, 제도의 운영은 실효적으로 이루어지고 있는지를 중심으로 진행하였다.

피고인에 대한 경험 청취에서는 국선변호인의 불성실한 직무 수행으로 인해 사법적 피해를 보게 된 사례, 재판 출석 통지 과정에서 프라이버시가 침해된 사례를 발견할 수 있었다. 피해자 및 증인에 대한 경험 청취에서는 소송 진행 정보 제공 과정에서 벌어진 행정상의 착오와 비정상적인 법정 환경으로 인해 법원에 대한 신뢰가 하락한 사례를 발견할 수 있었고, 일반 법원보다 지원 대상을 확대하여 운영하고 있는 피해자 법률대리인 국선변호인 지원 제도에서도 확인할 수 있었다.

6. 형사법원 및 군사법원의 인권보장역량 강화를 위한 제언

결론에 같음하여 형사법원 및 군사법원의 인권보장역량 강화 방안을 제시하였다.

우선 형사법원의 인권보장역량 평가 결과, 형사법원은 형사소송법상 마련된 제도의 운용에서는 긍정적 평가를 받지만, 국제인권조약에 대한 적극적 고려나 피고인, 피해자, 증인 등의 입장에 대한 충실한 고려와 같이 인적 역량을 발휘해야 하는 부분에서는 다소 부정적 평가를 받는다. 이러한 문제를 해소하기 위한 방안을 ‘법의 통합성 제고’, ‘소송관계인의 인권보장 강화’, ‘판사의 공정성·성실성 강화’로 나누어 제시하였다.

법의 통합성 제고 방안으로는 ‘재심 제도 개선’, ‘국제인권조약 적용 지원 제도 마련’을 제시하였다. 우선 재심 제도 개선책으로는 사건기록 보존 기간 확대, 형식판결에 대한 재심청구 가능성 확보, 재심청구 후 재심개시까지의 기간 규정 마련, 소송수계 규정 마련을 제도적 보안책을 제시하였다. 다음으로 국제인권조약 적용 지원 제도와 관련해서는, 국제인권조약 데이터베이스 구축, 국제인권법 실무제요 편찬, 국제규범 등의 체계적 번역 작업, 사법연수원의 법관연수 프로그램 개발을 고려해볼 수 있다.

소송관계인 인권보장 강화 방안으로는 ‘피고인의 방어권 확대’, ‘기록 등을 통한 피해자 인적 사항 노출 문제’, ‘피고인의 진술 등에 대한 피해자의 반론권’, ‘피해자 증인에 대한 신문 내용 제한’, ‘피해자에 대한 배상명령 실질화’, ‘증인신청 시 신청사

10 형사사법기관의 인권보장역량 종합평가 연구(Ⅲ) -형사법원의 인권보장역량 평가-

유에 대한 소명절차, '증인 신변보장 강화', '출석한 증인에 대한 보호 및 관리 조치'를 제시하였다. 판사의 공정성·성실성 강화를 위한 방안으로는 '판사 증원'과 '재판부별 사건 배당 수 제한'을 제시하였다.

다음으로 군사법원의 인권보장역량 강화를 위한 방안으로는 장기적·거시적 방안으로 '군사법원 개혁 방안'을, 단기적·미시적 방안으로 '군사법원 제도 보안 방안'을 제시하였다. 장기적으로는 군사법원의 소속을 국방부에서 대법원 산하로 이전하는 방안을 고려하는 한편, 단기적으로는 현재 군사법원에서 도출되고 있는 문제점을 해소할 수 있는 방안들을 마련하여야 한다. 군사법원 개혁 방안으로는 군사법원을 대법원 산하로 이전하고, 각급 고등법원과 지방법원의 군사부로 형태를 전환하여 운영하는 방안을 제시하였다. 단기적 제도 보안책으로는 심판관·관할관 확인조치권 등을 폐지하고, 군판사의 소속을 국방부로 일원화하고, 군사법원의 물리적 소재를 군부대 밖으로 이전하는 등의 방안을 제시하였다.

제 1 장

형사사법기관의 인권보장역량 종합평가 연구(Ⅲ) -형사법원의 인권보장역량 평가-

서론

강태경·최영신·임태훈·김형남

“모든 사람은 어디에서나 법 앞에
인간으로서 인정받을 권리를 가진다.”

「세계인권선언」 제6조

“모든 사람은 자신의 권리, 의무 그리고 자신에 대한
형사상 혐의에 대한 결정에 있어 독립적이며 공평한 법정에서
완전히 평등하게 공정하고 공개된 재판을 받을 권리를 가진다.”

「세계인권선언」 제10조

제1절 | 연구의 목적

이 연구의 목적은, 형사법원과 군사법원이 헌법상 부여된 사법권을 행사함에 있어서 죄형법정주의와 적정절차를 준수하면서 소송관계인의 인권을 최대한 보장하고 더 나아가 판결을 통해서 사회 일반의 인권환경을 증진하고 있는지를 비판적으로 검토하는 것이다. 이 연구에서는 형사법원의 인권보장역량을 ① 죄형법정주의 파생원칙 및 적정절차 준수, ② 형사사건을 둘러싼 규범적 환경의 헌법 합치성 제고, ③ 소송관계인 등의 인권 보장이라는 측면으로 나누어 살펴보고자 한다. 그리고 군사법원의 인권보장역량은 ① 형사사법의 헌법적 원칙(사법권의 독립성, 적정절차, 신속재판), ② 소송관계인 등의 인권 보장이라는 측면으로 나누어 살펴보고자 한다.

본 연구의 대상은 '형사재판을 맡은 재판부'와 '군사법원'이다. 예를 들어, 영국(잉글랜드와 웨일즈)에서는 중범죄에 관한 1심과 경범죄에 관한 항소심을 전담하는 형사법원으로 '크라운 코트(Crown Court)'를 따로 두고 있다. 하지만 우리 「법원조직법」 제3조는 법원의 종류를 '대법원, 고등법원, 특허법원, 지방법원, 가정법원, 행정법원, 회생법원'으로만 규정할 뿐 형사법원을 별도의 법원 종류로 정하고 있지 않다. 우리 법원조직에서는 각급 법원 내 형사사건 재판부가 형사사건을 전담한다. 한편 군사법원은 「군사법원법」 제2조에 따라 '군인 및 군무원 등이 범한 죄'에 대하여 재판권을 가지기 때문에 비상계엄과 같은 상황을 제외하면 형사사건만을 다룬다. 따라서 본 연구 제목의 '형사법원'은 '형사재판을 맡은 재판부'와 '군사법원'을 통칭하는 의미로 이해될 수 있다. 다만, 이하에서는 별다른 설명이 없다면 형사법원은 일반법원의 형사

사건 담당 재판부를 의미하고, 군사법원은 그대로 군사법원이라는 용어로 지칭한다.

1. ‘인권’이라는 가치를 소실점으로 형사재판 바라보기

형사법원의 인권보장역량 평가를 위해서 법의 통합성이라는 관점에서 형사재판과 인권의 관계를 이해하고자 한다. ‘법의 통합성(law’s integrity)’이란, 로널드 드워킨(Ronald Dworkin)이 사법의 본질을 규명하기 위해 고안한 개념이다.¹⁾ 그는 법관이 사건을 해결함에 있어 법령과 법리의 해석과 적용이 그 배후에 있는 원칙에 가장 잘 부합하도록 할 책무를 지고, 법관이 이러한 책무를 온전히 수행하는 과정에서 법의 통합성이 드러난다고 보았다. 이러한 ‘통합성으로서의 법’이라는 관점에서 형사재판을 바라본다면, 형사재판은 사건의 실제적 진실을 발견하고 법령과 법리를 해석·적용함으로써 형사법의 대원칙에 부합하는 최상의 법적 결정을 내리는 과정이다. 이때 형사법의 대원칙인 죄형법정주의 및 그 파생원칙은 시민의 인권을 보장하는 데 그 목적이 있다. 그렇다면 형사재판에 있어서 실제적 진실 발견과 적정 책임의 부과가 시민의 인권을 최대한 보장하는 방향으로 이루어짐으로써 통합성이 드러난다고 볼 수 있다.

통합성의 관점에서 형사법원의 인권보장역량을 검토하는 방법으로는 ‘질적 방법’을 동원하고자 한다. 물론 형사재판과 관련된 인권상황을 객관적으로 평가할 수 있는 평가인자를 발굴하고 각 인자를 측정할 수 있는 지표와 방법을 설정하는 접근법도 형사법원의 인권보장역량을 평가하는 데 매우 유익하다. 하지만 본 연구에서는 정량적 방법 활용의 전제인 충분한 원자료에 대한 접근이 어렵다는 현실적 한계를 고려하여 정량적 접근을 전면적으로 채택할 수 없었다. 이에 법학 연구의 전통적 방법인 텍스트 해석을 통해서 ‘형사법원이 인권이라는 으뜸 가치를 소실점으로 삼아 재판을 진행하고 사건을 해결하는지 여부’를 살펴보는, 느슨하지만 통찰의 기회를 제공할 수 있는 길을 선택하였다.

한편 군사재판이라고 하더라도 평시에는 그 상고심을 대법원이 관할하기에 군사재판에만 적용되는 형법 법리가 따로 있는 것은 아니다. 따라서 군사재판 판례를 별도로

1) Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Belknap Press, 1986); 로널드 드워킨, 『법의 제국』, 장영민 역(아카넷, 2004).

분석의 대상으로 삼는 것은 효과적인 접근법이 아니다. 도리어 군사법원의 인권보장 역량에 대한 평가는 제도적 측면에서 접근하는 것이 적절하다고 판단된다. 이는 군사법원은 특수법원으로서 일반법원과 다른 소속과 조직을 가지고 있어 법원과 법관의 독립이 충분히 보장되기 어렵다는 비판이 지속적으로 제기되어 왔기 때문이다. 따라서 이 연구에서 군사법원의 인권보장역량 평가는 조직, 법관의 지위, 적정절차 및 신속재판의 원칙 준수 등의 문제를 중심으로 제도와 운영 실태를 분석하는 방식으로 수행하고자 한다.

2. ‘텍스트’로서의 ‘형사판결’과 ‘소송관계인의 경험’

해석의 대상으로는 ‘형사판결 등’과 ‘소송관계인 등의 경험’이라는 두 가지 텍스트를 선택하였다.

첫째, 형사사건 관련 대법원 전원합의체 판결과 위헌법률심판제청사건에 대한 헌법재판소 결정을 주된 분석의 대상으로 삼는다. 이를 ‘형사재판의 본질’과 ‘형사재판의 규범적 환경의 헌법 합치성 제고’의 측면에서 분석하고자 한다. 형사재판의 본질에 관해서는 죄형법정주의의 파생원칙과 관련된 주요 판례를 쟁점별로 분류하여 분석한다. 형사재판의 규범적 환경의 헌법 합치성 제고에 관해서는 위헌법률심판제청사건에 대한 헌법재판소의 결정을 기본권 보장의 측면에서 분석한다. 이와 같은 해석 작업을 통해서, 민주사회의 ‘정의의 극장’²⁾이라 할 수 있는 법원이 ‘판결로써 형사적 정의의 기준을 제시하고 있는지’, 그리고 ‘판결로써 시민의 인권 보장에 기여하고 있는지’ 가능할 수 있을 것으로 기대한다.

둘째, 소송관계인 등의 경험은 형사재판 진행 과정에서 여러 소송관계인의 절차적 권리 및 인권 보장을 위한 형사법원의 ‘인적 역량’을 평가할 수 있는 텍스트이다. 원칙적으로 공판과정을 촬영·녹음할 수 없는 상황에서, 피고인뿐만 아니라 피해자와 증인의 절차적 권리와 인권을 최대한 보장하는 방향으로 재판이 진행되는지에 대한 검토는 각 관계인과 관찰자의 주관적 경험에 대한 해석에 의존할 수밖에 없다. 이때

2) 박은정·강태경·김현섭, 『바람직한 법관상 정립과 실천방안에 대한 연구』(대법원 법원행정처 연구용역보고서, 2015), 80면; Pierre Rosanvallon, *Counter-Democracy: Politics in an Age of Distrust*, trans. Arthur Goldhammer (Cambridge University Press, 2008), p. 236.

소송관계인의 경험뿐만 아니라 관찰자(방청인)의 관점을 추가적으로 살펴보는 이유는 재판정에서 판사의 모든 언행이 공정의 외관을 형성하기 때문이다. 판사는 판결로써 정의의 기준을 제시해야 할 뿐만 아니라 ‘재판으로써 정의의 외관을 온전한 것으로’ 보여주어야 한다. 이는 사법부에 대한 시민의 신뢰와도 맞닿아 있는 문제이다. 경험이 라는 텍스트를 해석하기 위해서 사례조사와 시민단체의 법원모니터링 결과에 대한 재해석을 진행한다.

앞서 살펴본 바와 같이 인권이라는 가치를 소실점으로 형사재판을 바라보면 형사재판을 통한 실제적 진실 발견과 법적 판단은 인권 보장이라는 가치 지향성을 가지고 이루어져야 한다. 그런데 인권이 지향되어야 할 가치라는 점에서 인권 보장이란 어느 한 사건에서 달성되는 특정한 상태라고 할 수 없고, 법원이 ‘지금껏 내려온 판결들’과 ‘현재 맡고 있는 사건들’을 통해서 ‘지속적이며 포괄적으로 추구되어야 하는 방향성’ 그 자체이다.

이러한 방향성을 제대로 포착하기 위해서 통시적 관점과 공시적 관점으로 나누어 형사재판의 통합성을 살펴본다. 물론 이 두 관점은 구분될 수 있지만 분리될 수 없다. 첫째, 통시적 관점에서는 법원이 인권 지향성이라는 방향에 어긋났던 과거의 결정을 바로잡는 노력을 게을리 하지 않는가를 평가한다. 이 평가에는 실제적 진실 발견의 문제나 위헌법률 문제에 대한 치유책인 재심과 규범적 판단의 개선책인 판례변경 사례가 해석의 주된 대상이 된다. 둘째, 공시적 관점에서는 소송관계인의 절차적 권리 및 인권 보장을 위한 법원의 노력과 형사재판을 둘러싼 규범적 환경의 헌법 합치성을 제고하기 위한 노력으로 법원의 인권보장역량을 평가한다.

3. 인권보장역량 삼분론, 그리고 선택과 집중

본 연구와 연속선상에 있는 전년도 연구, 『형사사법기관의 인권보장역량 종합평가 연구(Ⅱ): 행정기관의 인권보장역량 평가 연구』에서는 인권보장역량의 분석 틀로서 ‘제도적 역량, 물적 역량, 인적 역량’이 제시되었다. 이러한 삼분론적 접근은, 법집행이 교정공무원과 수용자의 물리적 상호작용을 중심으로 이루어지는 ‘총체적 통제시설’인 교정시설에 매우 적합했다. 물론 형사법원에서의 재판 진행 과정에도 이와 같은 삼분

론적 접근은 유효하다. 그러나 재판은 법을 집행하는 과정이며 동시에 법을 생성하는 과정이기 때문에 이와 같은 삼분론을 그대로 적용하는 것은 통합성으로서의 형사재판을 검토하는 데 있어서 효율성과 효과성을 기대하기 어렵다.

이에 본 연구에서는 물적 역량에 대한 평가는 (향후 이루어지기를 진심으로 바라는) 형사법원의 인권보장역량에 대한 체계적이고 객관적인 평가 연구로 미루고, 제도적 역량과 인적 역량을 중심으로 논의를 이끌어간다. 또한 제도적 역량과 인적 역량을 전면에 내세워 관련 텍스트를 해석하기보다는 텍스트를 해석함에 있어서 각 역량 요소들이 잘 발휘되고 있는지에 대해 판단한다.

제2절 | 연구의 내용과 방법

1. 형사법원 및 군사법원 인권보장역량 관련 쟁점 분석

제2장에서는 형사법원 및 군사법원의 인권보장역량 평가를 위한 쟁점을 도출하기 위해 관련 언론보도, 학술적 논의 등을 분석하였다.

첫째, 형사재판 관련 인권 쟁점(인권 침해 또는 보장 사례 보도, 인권보장을 위한 제도 개선 촉구 등)을 직접적으로 다룬 언론보도(5대 주요 일간지, 2019. 10.~2020. 9.)의 내용을 분석하였다. 분석 대상 보도를 인권 쟁점별로 분류하여 사회적으로 중요하게 다루어지는 형사재판 관련 인권 쟁점이 무엇인지 파악하고, 키워드 분석을 통해 분석 대상 보도들 간의 관계를 파악하였다. 분석 대상 보도에 대한 내용 분석을 통해서 형사법원의 인권보장역량과 관련된 긍정적 사례와 부정적 사례를 살펴봤다.

둘째, 형사재판 관련 인권 쟁점에 관한 선행연구를 분석함으로써 형사법원의 인권보장역량 중 어떤 쟁점이 학계에서 집중적으로 논의되는지 파악하였다. 이를 위해 형사재판 관련 인권 쟁점을 다룬 학술논문(한국연구재단 등재지, 2001. 1.~2020. 10.)을 ‘공판중심주의’, ‘피고인의 권리’, ‘피해자의 권리’, ‘재심’ 등 쟁점별로 분류하고, 쟁점별 주요 논문의 내용을 분석하였다. 또한 군사법원 인권보장역량 관련 학술논문(한국연구재단 등재지 및 등재후보지, 2001. 1.~2020. 10.) 중 주요 논문을 ‘군사법제

도 개혁', '관할관 및 심판관 제도', '민간인에 대한 재판권'이라는 쟁점별로 나누어 살펴봤다.

2. 판례 분석을 통한 형사법원 인권보장역량 평가

제3장에서는 형사법원이 형사재판을 둘러싼 규범적 환경이 기본권 보장과 죄형법정주의 및 적법절차 원칙에 부합하도록 만들어온 성과를 판례 분석을 통해 살펴봤다.

첫째, 형사법원이 「헌법재판소법」 제41조에 따른 위헌법률심판의 제청을 통해 입법부의 자의적 입법에 대한 헌법 보장과 국민의 기본권 보장을 위해 어떤 노력을 기울였는지 알아보기 위해 최근 10년(2010. 1.~2020. 9. 10년 9개월) 간 선고된 위헌법률심판사건(‘헌가’ 사건)을 쟁점별로 분류하고 그 내용을 분석하였다. 법률조항의 기본권 침해 여부와 관련된 위헌법률심판제청사건은 ‘인신의 안전과 자유’, ‘정신의 안전과 자유’, ‘사생활의 안전과 자유’, ‘사회·경제적 안전과 자유’, ‘사회권’, ‘청구권적 기본권’ 등을 기준으로 분류하고 해당 주요 결정의 내용을 살펴보았다. 법률조항의 죄형법정주의 등 위배 여부와 관련된 위헌법률심판제청사건은 ‘죄형법정주의의 파생원칙’, ‘적법절차의 원칙’, ‘형벌에 관한 책임주의’, ‘평등의 원칙’을 기준으로 분류하고 해당 주요 결정의 내용을 살펴보았다.

둘째, 형사사건에서 대법원이 판결 및 결정을 통해 국민의 기본권 보장을 위하여 어떤 노력을 기울였는지 알아보기 위해 최근 10년(2010. 1.~2020. 9. 10년 9개월) 간 선고된 전원합의체 판결을 분류하고 그 내용을 분석하여 유형화하였다. 그리고 대법원 전원합의체 판결 중 판례 변경 사건을 별도로 검토하였다. 아울러 젠더 관점에서 최근 형사판례 동향 분석을 위해 ‘미투’ 관련 형사재판과 성인지 감수성에 대한 분석을 시도하였다.

셋째, ‘사법 과거사 재심사건 판결’ 및 ‘7대 주요 국제인권조약 적용 판결’을 실증적으로 분석한 선행연구를 살펴봤다. 재심사건에 대한 선행연구³⁾에서는 국가보안법, 반공법, 긴급조치 등의 위반으로 1948년에서 1998년에 걸쳐 유죄 선고를 받았던 사건에 대한 재심을 ‘사법 과거사 재심사건’으로 정의하고, 이 사건의 판결을 정량적으로

3) 김대근·탁희성·유진, 『사법정의 회복을 위한 형사재심연구 I』(대검찰청 연구용역보고서, 2019).

분석하였다. 본 연구에서는 이 선행연구의 결과 중 사법 과거사 재심사건 판결의 ① 사건유형, ② 적용법령, ③ 재심 경위, ④ 재심개시 이유, ⑤ 재심결과에 대한 분석 결과를 소개하였다. 한편 7대 주요 국제인권조약 적용 판결에 대한 선행연구⁴⁾에서는 대한민국이 가입·비준한 7대 주요 국제인권조약이 적용된 국내법원의 사건 3,186건을 소송유형별, 당사자의 원용 여부, 국제인권조약에 근거한 당사자의 주장에 대한 인정 여부 등을 기준으로 유형화하고 각 유형별 특징을 분석하였다. 본 연구에서는 이 선행연구의 결과 중 국제인권조약이 적용된 사건의 대부분(96% 이상)을 차지하는 ‘양심적 병역거부 사건’에 관한 분석 결과를 소개하였다.

3. 재판 진행 과정에서의 형사법원 인권보장역량 평가

제4장에서는 재판 진행 과정에서 형사법원이 인권보장역량을 얼마나 잘 발휘하고 있는지 소송관계인 등의 경험이라는 관점에서 알아보기 위해서 변호사를 대상으로 사례조사를 수행하고, 법률소비자연맹에서 실시한 법정모니터링 결과에 대한 메타 분석을 수행하였다.

가. 형사사건 인권보장 관련 사례조사

이 연구에서는 현직 변호사를 대상으로 형사사건 공판과정에서 인권보장 관련 사례를 수집하여 법원의 인권보장역량을 평가하였다. <표 1-2-1>은 사례조사를 요청한 변호사의 주요 특성을 정리한 것이다. 사례조사 대상 변호사는 형사사건을 주로 담당하는 법조경력 5년 이상인 변호사로서 서울지역에서 주로 활동하는 변호사를 선정하였다. 사례조사에 참여한 변호사는 모두 9명이며, 이중에 여자는 2명이고 남자는 7명이다. 30대가 5명, 40대가 3명, 50대가 1명이다.

4) 이해영, 『법원에서의 국제인권조약 적용 현황과 과제』(사법정책연구원, 2020); 이해영 “법원에서
의 국제인권조약 적용 현황 및 평가”, 국가인권위원회·사법정책연구원·대한변호사협회·국제인
권네트워크·인권법학회, 『법원의 국제인권기준 적용 심포지엄 자료집』(2019. 8. 14.), 3-81면.

▶▶▶ [표 1-2-1] 사례조사 변호사의 주요 특성

대상자	성별	연령	법조경력	주요 업무 영역
변호사 A	여	30대	변호사 6년	형사사건
변호사 B	남	30대	변호사 5년	형사사건
변호사 C	남	30대	변호사 5년	형사사건
변호사 D	여	30대	변호사 5년	형사사건
변호사 E	남	40대	변호사 10년	형사사건
변호사 F	남	40대	변호사 6년	형사사건
변호사 G	남	40대	변호사 14년	형사사건
변호사 H	남	50대	판사 25년, 변호사 6년	형사, 민사사건
변호사 I	남	30대	변호사 5년	형사사건

사례조사에서는 현직 변호사들이 최근 3년 이내에 경험한 형사사건에서 법원이 피고인, 피해자, 증인의 인권보장에 충실했던 것으로 평가되는 긍정적 사례와 인권보장에 미흡했던 것으로 평가되는 부정적 사례를 보고하도록 하였다.⁵⁾ 보고된 각각의 사례들은 주요 쟁점별로 분류하여 분석하였다. 사례조사에서는 피고인, 피해자, 증인의 인권보장이라는 대주제만을 특정한 채 개방형 질문으로 변호사들이 법정에서 경험한 내용을 중심으로 인권보장의 긍정적 사례와 부정적 사례를 기술하도록 하였다. 이런 방법을 통해 수집된 사례들은 주요 쟁점에 따라 <표 1-2-2>와 같이 분류된다.

▶▶▶ [표 1-2-2] 법원의 인권보장 관련 사례조사 자료의 주요 쟁점 분류

대주제	주요 쟁점	하위 주제
1. 피고인의 인권보장	- 판사의 유죄심증 및 예단	
	- 피고인의 진술권 보장	
	- 변호인의 조력을 받을 권리	
	- 증인 신청 및 증인 신문 관련	
	- 피고인의 수사기록물 등 열람	
	- 피고인의 특수한 사정에 대한 배려	
	- 기타 방어권	서류 제출, 공판 기일 연기 등

5) <부록 2> 형사사건 인권보장 관련 사례조사지 참조.

대주제	주요 쟁점	하위 주제
2. 피해자의 인권보장	- 증인으로서의 진술권 보장	
	- 피해자의 의견진술권 보장	
	- 피해자의 보호	피해자의 개인정보 보호, 피고인과 피해자의 분리, 피해자에 대한 인신공격 제한, 미성년 피해자 신뢰관계인 동석
	- 피해자의 사건 관련 정보 공유	
3. 증인의 인권보장	- 증인의 진술권 보장	
	- 증언거부권	
	- 신분보호	
	- 증인에 대한 배려	

나. 법정모니터링 분석결과에 대한 메타 분석

법률소비자연맹 총본부에서는 2000년도 이후 자원봉사 대학생들을 통해 매일 법정 모니터링을 실시해오면서 법정모니터링 분석자료를 상당기간 축적해왔다. 이 연구에서는 법률소비자연맹 총본부가 가장 최근에 출간한 2014년도 법정모니터링 분석결과를 재분석하는 방법으로 형사재판과정에서 법원의 인권보장역량을 평가한다.⁶⁾ 법률소비자연맹 총본부가 2014년 실시한 법정모니터링에는 3,174명이 참여하였다.⁷⁾ 해당 자료를 이용하여 <표 1-2-3>과 같이 주제영역별 관련 요인을 분류하여 자료를 재구성하여 평가하였다.

법원의 인권보장역량을 먼저 ‘법관의 재판 진행 관련 업무역량’과 ‘법원의 공판 지원 업무 역량’으로 구분하였다. 다음으로 ‘법관의 재판 진행 관련 업무 역량’은 다시 ‘공판과정의 절차적 기준 준수’ 관련 요인과 ‘재판 진행과 관련된 판사의 업무태도’ 관련 요인으로 구분하고, ‘법원의 공판 지원 업무 역량’은 ‘재판의 공정성 확보를 위한 공판 지원 역량’과 ‘법원 직원 및 행정력의 지원 역량’으로 구분하였다. 마지막으로 각 소주제의 영역별로 해당 영역에 해당하는 하위 주제 요인들을 법정모니터링 자료

6) 법률소비자연맹 총본부는 2010년 이후 매년 법정 모니터링자료를 분석한 책자를 발간하여왔으나, 2015년 이후 법정 모니터링 자료를 출간하지 않고 있어 이 연구에서는 가장 최근자료인 2014년도 분석자료를 활용하였다.

7) 법률소비자연맹 총본부에서 실시한 법정모니터링에는 2010년 4,307명, 2012년 5,147명, 2013년 2,361명이 참여하였다[법률소비자연맹 총본부, 『2014 대한민국 법원·법정백서』(2014), 16면].

22 형사사법기관의 인권보장역량 종합평가 연구(Ⅲ) -형사법원의 인권보장역량 평가-

에서 찾아서 분류하였다. 하위 주제 영역은 법정모니터링자료에 포함된 내용에 한정하여 선택해야 하므로 해당 연구방법의 제한점이라고 할 수 있다.

▶▶▶ [표 1-2-3] 법원의 인권보장역량 주요 주제별 영역 구분

대주제	소주제	하위 주제
I. 법원의 재판 진행 관련 업무 역량	1. 공판과정의 절차적 기준 준수	- 진술거부권 고지
		- 재판 진행 과정에서의 공정성
	2. 재판 진행과 관련된 판사의 업무태도	- 법원의 증거신청 접수 여부
		- 서류접수나 신청서 접수
II. 법원의 공판 지원 업무 역량	1. 재판의 공정성 확보를 위한 공판 지원 역량	- 당사자에 대한 태도(경어 사용, 진술 경청 등)
		- 재판 시간 준수 및 재판과정에서의 성실성(지각, 조는 행동 등)
		- 서비스 제공 관련(어려운 법률용어의 사용, 마이크 사용 등)
	2. 법원 직원 및 행정력의 지원 역량	- 헌법의 공개재판원칙 준수 정도
		- 재판순서의 공정성
		- 법원의 서류접수 시스템
		- 법정모니터링 협조 여부
		- 법정 경위의 방청객에 대한 태도
		- 법원 안내판의 효용성

4. 군사법원 인권보장역량 평가

제5장에서는 군사법원 인권보장역량을 평가하기 위해서 군사법원 관련 선행연구 및 해외사례, 군사법원 조직 및 군법관 지위, 적정절차 준수 및 신속재판을 위한 제도 운영 실태, 소송관계인 인권보장 쟁점을 살펴보았다.

첫째, 군사법원 인권보장역량 평가를 위한 기초 작업으로 군사법원의 제도적 특징과 운영 현황, 군사법원 제도 개선을 위한 국가인권위원회의 연구용역사업(2004, 2014, 2015) 결과, 미국·영국·독일의 군사법원 제도를 살펴보았다.

둘째, 현행 군사법원 제도 내에서 사법권의 독립성이 잘 지켜질 수 있는지 여부를 ‘법원 조직의 독립’과 ‘법관의 지위 보장’이라는 측면에서 살펴보았다. ‘법원 조직의 독립’에 관해서는 군사법원 처리 사건의 특성, 심판관 제도, 관할관 제도를, ‘법관의 지위 보장’에 관해서는 현행 군판사 인사 제도 및 개정 추진 상황을 살펴보았다.

셋째, 현행 군사법원 제도 내에서 적정절차 원칙이 잘 준수되고 있는지 여부를 ‘공정한 재판’과 ‘피고인 보호’라는 측면에서 살펴보았다. ‘공정한 재판’에 관해서는 공개재판주의가 잘 준수되고 있는지 여부를, ‘피고인 보호’에 관해서는 구속영장 제도 운영 현황, 체포 및 구속적부심사 제도 운영 현황, 기소휴직 제도 등을 살펴보았다.

넷째, 현행 군사법원 제도 내에서 신속재판 원칙이 잘 준수되고 있는지 여부에 관해서는 군사법원의 사건 처리 현황, 1심 사건 및 항소심 사건 처리 소요 기간, 상소율 및 상소사건 처리 결과 등을 살펴보았다.

다섯째, 소송관계인 인권보장에 관해서는 ‘피고인’과 ‘피해자 및 증인’의 관점에서 나누어 살펴보았다. 피고인의 인권보장에 관해서는 피고인의 변호인 선임, 병사·초급 간부 등 사법적 취약계층에 대한 국선변호인 선임 문제, 피고인의 프라이버시 문제를 다루었다. 피해자 및 증인의 인권보장에 관해서는 피해자 국선변호인 제도, 소송 진행에 관한 정보 제공, 법정 환경 문제를 다루었다.

5. 형사법원 및 군사법원의 인권보장역량 강화를 위한 제언

제6장에서는 제2장 내지 제5장의 논의를 바탕으로 형사법원 및 군사법원의 인권보장역량 강화를 위한 제언을 하였다. 우선 형사법원의 인권보장역량 강화를 위한 방안을 ‘법의 통합성 제고’, ‘소송관계인의 인권보장 강화’, ‘판사의 공정성·성실성 강화’로 나누어 제시하였다. 다음으로 군사법원의 인권보장역량 강화를 위한 방안으로는 장기적·거시적 방안으로 ‘군사법원 개혁 방안’을, 단기적·미시적 방안으로 ‘군사법원 제도 보완 방안’을 제시하였다.

제 2 장

형사사법기관의 인권보장역량 종합평가 연구(Ⅲ) -형사법원의 인권보장역량 평가-

형사법원 및 군사법원 인권보장역량 쟁점 분석

강태경·조규석

제2장

형사법원 및 군사법원 인권보장역량 쟁점 분석

제1절 | 형사법원 인권보장역량 관련 언론보도 분석

형사법원과 관련된 인권 쟁점을 다룬 언론보도 분석을 위해 뉴스빅데이터 사이트인 '빅카인즈(<https://www.bigkinds.or.kr/>)' 검색 기능을 활용하여, 지난 1년간 5대 주요 일간지 보도(2019. 10.~2020. 9.; 경향신문, 동아일보, 조선일보, 중앙일보, 한겨레신문) 중 형사재판과 관련하여 '인권'이라는 단어를 언급한 보도 117건을 수집하였다. 그리고 이 보도 중에서 단순히 '인권'을 언급한 기사를 제외하고 인권 쟁점(인권 침해 또는 보장 사례 보도, 인권보장을 위한 제도 개선 촉구 등)을 직접적으로 다룬 33건을 선별하여 그 내용을 분석하였다.

1. 주제 분류

33건의 기사의 핵심 내용을 쟁점별로 분류하면 <표 2-1-1>과 같다. '화성연쇄살인 사건' 등과 관련된 재심사건에 관한 보도가 11건으로 가장 많았고, '형제복지원사건'과 관련된 국가폭력에 대한 사법적 심판에 관한 보도와 '삼성노조와해사건' 등과 같은 노동인권 관련 보도가 각각 5건으로 그 뒤를 이었다. 형사재판 관련 인권 쟁점에 관한 언론보도는 대체로 구체적인 사건을 배경으로 삼고 있음을 알 수 있다. 예외적으로 '재심청구 제도 개선', '영장실질심사 제도 개선', '사법적 불평등 문제', '국제인권규범 준수 문제' 등과 같이 일반적인 관점에서 형사재판 관련 인권 쟁점을 다룬 보도가 있었다.

▶▶▶ [표 2-1-1] 형사재판·인권 관련 보도 내용 분류(5대 일간지, 2019. 10. 1.~ 2020. 10. 31.)

인권 쟁점		기사 건수
재심	'화성연쇄살인사건'(5건), '허절단사건'(2건), '반공법피해사건'(1건), 'YWCA위장결혼사건'(1건), '재심청구 어려움'(1건)	10
국가폭력	'형제복지원사건'(3건), '제주4·3사건'(1건), '울산보도연맹사건'(1건)	5
노동인권	'삼성노조와해사건'(2건), '쌍용과잉진압사건'(2건), '여성근로자차별'(1건)	5
군인권	'공관병에 대한 갑질 사건'(1건), '군대 내 동성애 처벌조항 위헌제청'(1건)	2
영장심사	'영장실질심사 제도'(2건)	2
기타	'양형', '아동인권', '국제인권규범', '2차 피해', '국민참여재판', '사법불평등', '사법농단재판', '검찰통제', '언론으로부터의 재판 독립' 각 1건	9
총 계		33

2. 키워드 분석

33건의 보도에 등장하는 키워드의 빈도를 시각화한 결과는 <그림 2-1-1>과 같고, 키워드 빈도는 <표 2-1-2>와 같다.⁸⁾ 워드클라우드를 살펴보면, 보도 내용 분류에서 보도 건수가 많았던 사건과 관련된 키워드들이 크고 굵게 표시되어 있다. 형사재판과 관련된 보도라는 점에서 '변호사(또는 변호인)', '피해자', '피의자', '피고인'이 빈번하게 등장하는 것은 충분히 예측 가능하다. '옥살이', '재심 청구', '이춘재', '박준영 변호사'의 가중치 빈도수가 높은 것은 재심 관련 보도가 많다는 점을 보여준다. 한편, '박인근씨'와 '더불어민주당'이라는 키워드는 '형제복지원사건' 관련 보도가 많다는 점을 보여준다.

8) 키워드 분석 및 시각화 결과물은, '빅카인즈(<https://www.bigkinds.or.kr/>)'의 '뉴스 검색·분석' 메뉴의 하위 메뉴인 '분석 결과 및 시각화' 메뉴의 '관계도 분석', '연관어 분석', '정보추출' 기능을 활용하여 얻었다.

▶▶ [그림 2-1-1] 형사재판·인권 관련 보도 워드클라우드



▶▶ [표 2-1-2] 형사재판·인권 관련 보도 키워드 빈도 분석(5대 일간지, 2019. 10. 1.~2020. 10. 31.)

순위	키워드	가중치*	키워드 빈도수**
1	변호사	5.04	97
2	피해자	3.53	96
3	윤씨	3.38	67
4	옥살이	3.11	17
5	재심 청구	2.86	19
6	박인근씨	2.67	3
7	법률 위반	2.40	3
8	탄원서	2.31	7
8	위헌법률심판 제청	2.31	2
10	더불어민주당	2.18	5
11	이춘재	2.00	37
11	피의자	2.00	27
11	성폭행	2.00	15
11	박준영 변호사	2.00	12
11	특수감금 혐의	2.00	8
11	구속 사유	2.00	3

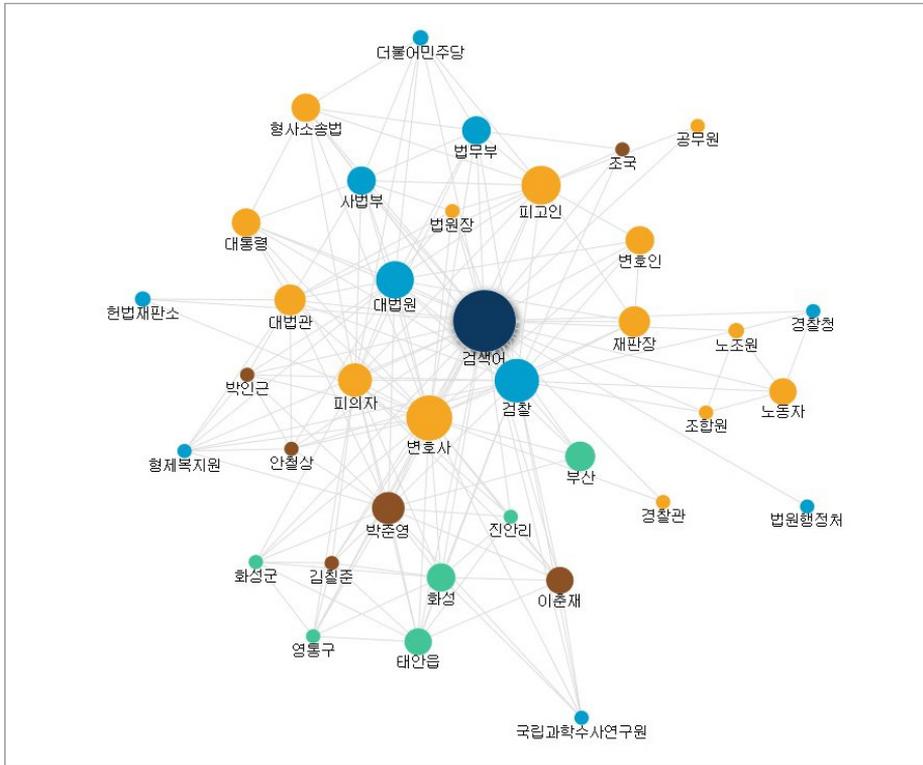
* 분석 뉴스 건수 내 의미적 유사도 높은 키워드 순(토픽랭크 알고리즘 기반).

** 분석 뉴스 건수 내 빈도수가 높은 키워드 순.

설명 출처: <https://www.bigkinds.or.kr/v2/intro/service.do>(최종접속일 2019. 10. 20.).

다음으로 키워드 간 연관성의 강도를 시각화한 결과는 <그림 2-1-2>와 같다. 아래 그림에서 원형 노드들 간의 실선이 많고 노드의 크기가 클수록 해당 키워드가 다른 키워드와의 연관성이 높음을 의미한다. 그림 중앙의 검색어는 기사를 검색할 때 입력 하였던 ‘인권’, ‘형사재판’, ‘법원’, ‘사법부’를 하나의 노드로 표현한 것이다.

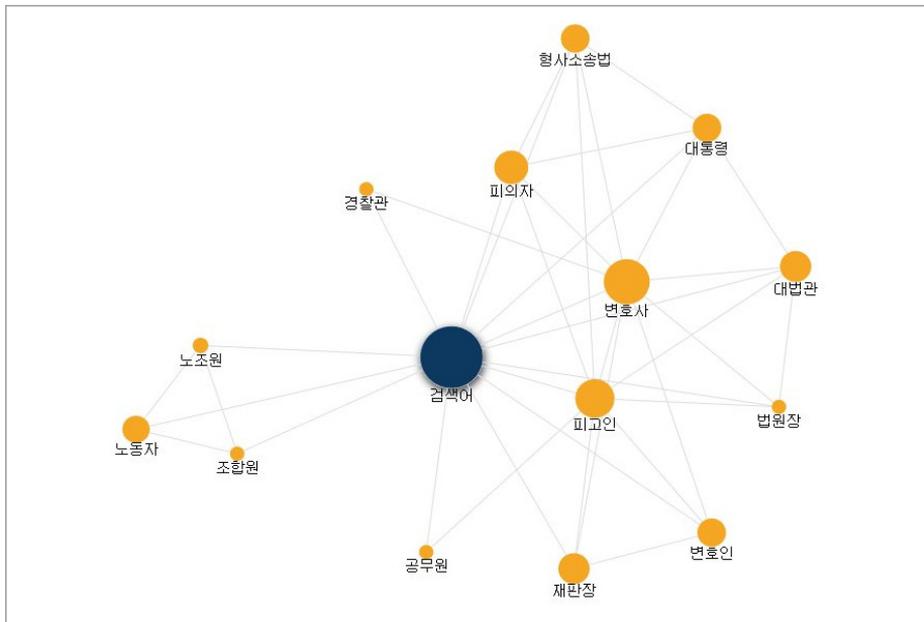
▶▶ [그림 2-1-2] 형사재판·인권 관련 보도 키워드 연관성 시각화 1



위 키워드에서 인명, 기관명, 지명을 제외한 나머지 키워드들 간의 연관성을 시각화한 결과는 <그림 2-1-3>과 같다. 이 그림의 좌측 하단에 ‘노동자’, ‘노조원’, ‘조합원’이라는 키워드가 한 데 모여 있다. 이는 해당 키워드 중 어느 하나가 등장하는 경우 다른 키워드들도 함께 등장하는 확률이 높고, 해당 키워드들은 ‘검색어’, 즉 ‘인권’, ‘형사재판’, ‘법원’, ‘사법부’가 매개될 때 다른 키워드들과 동일한 보도에 등장할 확률이 높음을 의미한다. 이를 통해 형사재판 관련 보도에서 ‘노동자’, ‘노조원’, ‘조합원’과

같은 신분은 통상의 피고인이나 피의자와는 구별되는 방식으로 다루어짐을 추정할 수 있다. 다시 말해, 언론은 노동행위와 관련된 형사사건에 다른 형사사건과 구별되는 특별한 지위를 부여하고 있다고 볼 수 있다.

▶▶ [그림 2-1-3] 형사재판·인권 관련 보도 키워드 연관성 시각화II



〈그림 2-1-3〉 우측에 넓게 퍼져 있는 키워드들은 주로 ‘변호사’, ‘변호인’, ‘피고인’, ‘재판장’, ‘대법관’과 같이 형사재판에 관여하는 주체들을 지칭한다. 이를 통해서 형사 재판 관련 인권 쟁점 보도에서는 ‘피고인’이나 ‘피의자’의 인권이 중요하게 다루어진다는 점을 알 수 있다. 또한 피고인, 피의자 등 소송관계인의 절차적 권리와 소송절차를 규정한 ‘형사소송법’이 다른 키워드들과 연관성이 높은 점도 분석 대상 보도에서 피고인이나 피의자의 인권이 중점적으로 다루어졌음을 뒷받침한다. 한편 〈그림 2-1-3〉에서 ‘경찰관’, ‘공무원’, ‘대통령’과 같은 공권력 행사 주체가 다른 키워드들과 연관성이 높은 키워드로 등장하는 점은 주목할 만하다. 이러한 공권력 행사 주체들은 형사재판 관련 인권 쟁점을 다룬 언론보도에서 인권 침해의 주체로 등장한다.

3. 내용 분석

형사재판에서의 인권 쟁점에 관한 언론보도를 긍정적 사례와 부정적 사례를 기준으로 나누어 그 내용을 살펴보도록 한다.

가. 긍정적 사례

긍정적 사례에 관한 주요 보도로는 ‘노동인권’, ‘형제복지원사건에 대한 비상상고’, ‘영장실질심사 제도’에 관한 보도를 들 수 있다.

첫째, 노동인권과 관련된 보도에서 사법부의 긍정적 역할이 강조되었다. 예를 들어, 삼성의 노조 와해 사건에 관한 보도에서는 노조 와해 시도에 대해 유죄 판결을 내린 법원이 노동인권 보장에 기여하였다고 평가되었다.⁹⁾ 다만, 이 보도에서는 “고 염호석 씨 사건에 대한 인권침해진상조사위원회 결과를 보면 경찰의 조직적인 가담 사실도 확인되는데 정작 경찰 한 명만 처벌을 받았다”는 사건 관계자의 말을 인용함으로써 해당 사건에서 법원이 좀 더 적극적으로 공권력에 의한 인권침해를 인정할 필요가 있음을 지적하고 있다.¹⁰⁾

또한 아시아나항공사가 생리휴가를 신청하려는 여성 근로자에게 생리현상의 존재를 입증하도록 하였던 사건에 관한 보도에서는 해당 사건을 맡은 재판부의 판시 내용과 입장을 상세히 인용하면서 해당 판결이 여성 근로자의 인권 신장에 기여하였다고 평가한다.¹¹⁾ 해당 사건의 담당 판사는 “여성 근로자에게 생리휴가를 청구하며 생리현상의 존재까지 소명하라 요구한다면, 해당 근로자의 사생활 등 인권에 대한 과도한 침해가 될 뿐만 아니라 생리휴가 자체를 기피하게 만들어 제도를 무용하게 만들 수 있다”고 전제했고, 비용 문제를 들먹인 아시아나항공사 측의 주장에 대해서는 “젊은 여성 승무원들의 육체적·감정적 노동을 사용해 회사 가치 높이려 했으면서 그로 인한 비용과 대가가 부담스럽다는 이유로 적법한 행위를 하기 어려웠다고 하는 것은 받아

9) 장예지·고한솔, “삼성 노조와해에 실행 나온 건 기적이었다”, 『한겨레』 2019. 12. 28.자 기사 (<http://www.hani.co.kr/arti/society/labor/922406.html>, 최종접속일 2020. 11. 1.).

10) 장예지·고한솔, “삼성 노조와해에 실행 나온 건 기적이었다”.

11) 이후연, “생리 입증해야 생리휴가 준다? 아시아나 유죄 판결한 법원”, 『중앙일보』 2019. 10. 30.자 기사(<https://news.joins.com/article/23619529>, 최종접속일 2020. 11. 1.).

들이기 어렵다”고 판결했다.¹²⁾

둘째, 형제복지원사건에 대한 보도에서는 피해자들의 피해 회복에 대한 기대가 담겨 있었다.¹³⁾ 해당 보도는 위헌인 내무부 훈령 제410호를 근거로 형제복지원 원장에 대해 무죄를 선고하였던 대법원 판결에 대한 비상상고로 31년 만에 다시 열린 형제복지원사건 재판을 전하였다. 기자는 첫 비상상고 사건인 만큼 사법부가 스스로 과거의 잘못을 인정하고 피해자들이 국가 상대 손해배상 등 피해 회복에 도움이 될 수 있는 판결이 나기를 기대했다.¹⁴⁾

셋째, 영장실질심사 제도의 연혁과 기능에 대해서 상세히 다룬 보도도 있었다. 해당 보도는 무분별한 구속수사 관행을 막기 위해 1997년 형사소송법 개정으로 도입된 영장심사 제도가 수사기관의 인신구속권한에 대한 통제 장치로서 인권 보호에 기여했다고 평가하고, 영장항고 제도가 인권 보호라는 영장실질심사의 근본 취지에 어긋난다는 의견도 소개하였다.¹⁵⁾

나. 부정적 사례

부정적 사례에 관한 주요 보도로는 ‘재심’, ‘양형’, ‘판사 대상 인권교육의 필요성’, ‘국제인권규범과 재판’에 관한 보도를 들 수 있다.

첫째, 재심과 관련된 여러 건의 보도가 있었다. 이들 보도에는 공통적으로 사법 피해를 야기한 잘못된 판결에 대한 비판과 재심을 통해 피해가 회복될 수 있기를 바라는 기대가 담겨 있었다. ‘화성연쇄살인사건’ 관련 보도에서, 제8차 화성살인사건의 범인으로 유죄 판결을 받았던 윤 씨의 사례를 “인권을 보호해야 할 국가기관이 한 개인에게 씻을 수 없는 상처를 남긴 사법 피해 사례”로 평가하고,¹⁶⁾ 윤 씨의 재심을

12) 이후연, “생리 입증해야 생리휴가 준다고? 아시아나 유죄 판결한 법원”.

13) 이가영, ““남자들에 끌려간 언니 미안해요” 울음바다 된 형제복지원 재판”, 『중앙일보』 2020. 10. 15.자 기사(<https://news.joins.com/article/23895331>, 최종접속일 2020. 11. 1.); 장필수, “다시 법정에서 선 형제복지원 인권유린 … 31년의 한 풀릴까”, 『한겨레』 2020. 10. 15.자 기사(http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/965938.html, 최종접속일 2020. 11. 1.).

14) 이가영, ““남자들에 끌려간 언니 미안해요” 울음바다 된 형제복지원 재판”: 장필수, “다시 법정에서 선 형제복지원 인권유린 … 31년의 한 풀릴까”.

15) 이호재, “영장실질심사 도입 22년 … 형사소송법 대원칙 고려해 변화 이뤄져야”, 『동아일보』 2019. 10. 29.자 기사(<https://www.donga.com/news/Society/article/all/20191029/98128474/1>, 최종접속일 2020. 11. 1.).

16) 구자룡, “허위 자백이라도 안 했으면 지금 살아 있겠습니까[논설위원 현장 칼럼]”, 『동아일보』

맡은 변호인의 말을 인용하여 윤 씨의 재심이 “인권수사, 무죄추정의 원칙 등이 보다 촘촘하고 명확하게 개선”되는 계기가 되어야 함을 강조하였다.¹⁷⁾

한편 이른바 ‘강제 키스 혀 절단 사건’의 가해자, 즉 성폭력 피해자 최말자 씨가 정당방위 인정을 요구하며 부산지방법원에 재심을 청구한 사건에 관한 보도에서는, 성폭력 피해자가 가해자로 전락하여 재판 과정에서 반 년 간 구속되어 겪었던 고통과 재판 이후 가족과 마을 사람들의 냉대로 인한 2차 피해로 겪었던 고통을 전하고 부산 여성지원회 등 여성단체의 입장을 전하였다.¹⁸⁾

둘째, 양형에 관한 보도로는 ‘성범죄 양형에 악용되는 국민참여재판’과 ‘미성년 대상 성범죄에 대한 부적절한 양형 관행’에 관한 보도를 들 수 있다. 국민참여재판 관련 보도에서는 성범죄 관련 국민참여재판 접수가 꾸준히 늘고 있는 양상과 함께 피해자 진술 외에 물증 확보가 어려운 성범죄의 특성 때문에 피고인 측에서 배심원의 판단을 통해 형량을 낮추려고 시도하는 사례를 소개하고, “성범죄 특성상 피해자 참여와 국민참여재판이 양립 가능한지 반문해야 할 때”라는 한국여성변호사회 인권이사의 말을 인용하였다.¹⁹⁾ 한편 미성년 대상 성범죄에 대한 형량을 다룬 보도에서는, 해당 범죄를 저지른 사람들이 형량이 지나치다고 생각한다는 인식조사 결과를 소개하고, 성범죄 재범방지교육 이수를 조건으로 관대한 처분을 하는 법원의 관행은 법원이 미성년 대상 성범죄의 비난가능성을 가볍게 본다는 점을 방증한다는 전문가의 의견을 소개하였다.²⁰⁾

셋째, 불법촬영에 관한 사건에서 피고인이 피해자 동의 없이 찍은 사진을 판결문에 남겼던 사례에 관한 보도에서는, 피고인이 등사할 수 있는 판결문 원문을 통해 피해자에게 2차 피해를 일으킬 수 있는 정보가 유포될 가능성이 있기 때문에 “판결문이

2020. 10. 28.자 기사(<https://www.donga.com/news/Opinion/article/all/20201028/103664256/1>, 최종접속일 2020. 11. 1.).

17) 권오은·이은영, “‘화성 8차 사건’ 20년 옥살이 윤씨 재심 청구 … “진실 밝히겠다””, 『조선일보』 2019. 11. 13.자 기사(https://www.chosun.com/site/data/html_dir/2019/11/13/2019111301395.html, 최종접속일 2020. 11. 1.).

18) 권기정, “성폭행 저항하다 ‘혀 절단’했다고 유죄 … 56년 만에 재심청구”, 『경향신문』 2020. 5. 6.자 기사(http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=202005061057001&code=940301, 최종접속일 2020. 11. 1.).

19) 김은성, “성범죄 사건 형량 줄이는 데 악용되는 ‘국민참여재판’”, 『경향신문』 2020. 9. 15.자 기사(http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?art_id=202009152126015, 최종접속일 2020. 10. 30.).

20) 이재호, “[단독]미성년 대상 성범죄자 절반은 “차별 지나치다””, 『한겨레』 2020. 6. 16.자 기사(http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/949509.html, 최종접속일 2020. 11. 1.).

2차 피해를 일으키는 역할을 하지 않도록 판사 대상 인권교육이 필요하다”는 전문가의 의견이 강조되었다.²¹⁾

넷째, 공익인권법재단의 황필규 변호사는 칼럼에서 국내법적 효력을 가지는 국제인권조약을 제대로 충분히 적용하지 않은 재판은 위법하기에 법관 스스로 국제인권조약을 충분히 이해하고 적극적으로 재판에 적용해야 한다는 주장을 피력했다.²²⁾ 황 변호사는 양심적 병역거부권의 인정한 판결, 이주여성의 체류자격 박탈의 부당성을 지적한 판결, 집회의 자유 행사에 대한 형법상 일반교통방해죄와 업무방해죄 적용의 부당성을 지적한 판결 등을 국제인권조약이 적용된 재판 사례로 소개하고, 여전히 국내법원에서 국제법이 제대로 적용되지 않는 이유를 국제인권법을 이해하고 다룰 수 있는 법관 개인의 역량 부족이라고 진단하였다. 아울러 그는 이러한 문제를 해소하기 위해서 국제인권법 실무편람 및 기존 분야별 실무편람에 국제인권조약 관련 내용 추가 작업이 필요하다고 보았다.

제2절 | 형사법원 인권보장역량 관련 선행연구 분석

1. 형사재판 관련 인권 쟁점에 관한 선행연구 개관

이 절에서는 형사재판에서의 인권 쟁점에 대한 학계의 논의와 평가가 무엇인지 파악하고자 관련 학술적 논의(2000~2020년)의 내용을 분석하고 유형화 하였다. 분석 대상은 한국연구재단 ‘등재지’에 게재된 논문으로 한정하였다. ‘한국학술지인용색인(<https://www.kci.go.kr/>)’ 사이트의 상세검색 창에서 검색 분야를 ‘법학’으로, 검색 항목을 초록으로 한정하고, ‘재판, 인권, 형사소송’을 검색어로 활용하여 1차 논문 목록(140편)을 만들고, 내용상 형사재판의 인권 쟁점과 직접적인 관련이 없는 논문을 제외하여 총 46편의 논문을 추렸다. 이 분석대상 논문들을 논문에서 다루어진 주요

21) 박다해, “[단독] “레깅스 불법촬영 무죄” 법원, 판결문에 피해 여성 사진 실었다”, 『한겨레』 2019. 11. 3.자 기사(<http://www.hani.co.kr/arti/society/women/915593.html>, 최종접속일 2020. 10. 30.).

22) 황필규, “[세상읽기] 위법한 재판을 멈춰라”, 『한겨레』 2019. 10. 31.자 기사(<http://www.hani.co.kr/arti/opinion/column/915352.html>, 최종접속일 2020. 11. 1.).

인권 쟁점별로 분류한 결과는 <표 2-2-1>과 같다.

가장 많은 연구가 수행된 주제 영역은 ‘공판중심주의’로 전체 분석대상 논문의 21.7%(10편)를 차지하였고, ‘피고인의 권리’에 관한 연구(17.4%, 8편)가 그 뒤를 이었다. 그리고 ‘피해자의 권리’(6편), ‘재심’(6편), ‘영장’(5편)에 대해서도 여러 연구가 진행되었다. 한편 ‘국민참여재판’, ‘불이익변경금지원칙’, ‘실체진실주의’, ‘국제인권법’도 두 편 이상의 논문이 쓰인 주제였다. 기타 쟁점으로는 ‘자유심증주의의 의의와 한계’, ‘외국에서의 미결수용 기간을 형에 산입하는 문제’, ‘사법접근권 증진을 위한 수어통역 지원 방안’이 다루어졌다.

주요 쟁점을 기준으로 46편의 논문을 분류한 결과를 살펴보면, ‘피해자의 공판절차 참여권’에 관한 연구가 5편으로 가장 많았고, ‘증거개시제도’, ‘영상녹화물의 증거능력’, ‘피고인의 진술거부권’에 관한 연구가 각각 3편으로 그 뒤를 따랐다. ‘증인신문’, ‘변호인의 조력을 받을 피고인의 권리’, ‘위법수집증거배제’, ‘영장실질심사’, ‘실체진실주의’에 관한 연구는 각각 2편이었다.

이상을 종합하면, 증거개시 및 증거능력 판단의 문제, 피고인의 진술거부권 및 변호인의 조력을 받을 권리, 피해자의 공판절차 참여권이 형사재판에서의 주요 인권 쟁점이라고 할 수 있다. 또한 재심을 통한 사법정의 구현과 영장을 통한 검찰 통제도 형사재판에서 자주 다루어지는 인권 쟁점이라고 할 수 있다.

▶▶▶ 【표 2-2-1】 형사재판에서의 인권 쟁점에 관한 학술논문 내용 분류(2000~2020년)

대분류	중분류	논문편수
공판중심주의	‘증거개시제도’(3편), ‘영상녹화물 증거능력’(3편), ‘증인신문’(2편), ‘검사 작성 피의자신문조서’(1편), ‘공판절차에 관한 헌법소원’(1편)	10
피고인의 권리	‘피고인의 진술거부권’(3편), ‘변호인의 조력을 받을 권리’(2편), ‘공정한 재판을 받을 권리’(1편), ‘증거동의’(1편), ‘반대신문권’(1편)	8
피해자의 권리	‘공판절차 참여’(5편), ‘피해자변호인’(1편)	6
재심	‘재심특별사유’(1편), ‘한정위헌과 재심’(1편), ‘재심개시절차와 변호인의 조력’(1편), ‘불법판결’(1편), ‘재판소원’(1편), ‘과거사재심’(1편)	6
영장제도	‘위법수집증거배제’(2편), ‘영장실질심사’(2편), ‘영장항고제도’(1편)	5
국민참여재판	‘활성화 방안’(1편), ‘배제사유’(1편)	2
불이익변경금지	‘약식명령·정식재판’(1편), ‘보안처분’(1편)	2
형사절차의 이념	‘실체진실주의’(2편)	2
국제인권법	‘불이익변경금지’(1편), ‘유엔인권위원회 개인통보제도’(1편)	2
기타	‘자유심증주의 비판’(1편), ‘형의 산입 문제’(1편), ‘수어통역지원’(1편)	3
총 계		46

2. 공판중심주의에 관한 논의

공판중심주의에 관한 논의는 2007년 형사소송법 개정을 즈음하여 활발하게 이루어졌다. 우선 민영성(2006)은 사법제도개혁추진위원회 기획추진단의 ‘공판중심주의적 법정심리절차 확립을 위한 형사소송법 개정안’(2005. 5.)을 검토하고, 공판중심주의의 확립과 공정한 재판의 실현에 요구되는 과제 및 그 해결방안을 제안하였다.²³⁾ 이 논문에서 저자는 공판중심주의 확립과 공정한 재판 실현을 위해서 ① 공개 법정에서 공평한 법관을 통해 피고인의 방어권을 충분히 보장되는 상황에서 실제적 진실이 추구되어야 하고, ② 공판기일 전의 증거개시, 쟁점정리, 입증계획의 수립 등을 위한 공판준비절차를 통해서 집중심리제가 활성화되어야 하고, ③ 피고인에게 증거개시청구권을 부여하고 검사에게 증거개시의무를 부과하는 방식으로 증거개시제도가 정비되어야 하고, ④ 재판이 조서 중심이 아니라 피고인 및 증인의 진술과 증거물을 중심으로 진행될 수 있도록 해야 한다고 제안하였다. 이러한 전제들이 충족될 때, 공판중심주의는 비로소 피의자·피고인의 인권을 보장하면서 동시에 실제적 진실 발견에도 이바지 할 수 있게 된다.

임성근(2007)도 조서 중심의 재판 관행을 극복하고 법정에 다루어진 증거 중심의 재판으로 나아가는 공판중심주의가 피고인의 인권 보장에 기여한다고 본다.²⁴⁾ 공판준비에서는 “피고인과 변호인의 수사기록 열람등사(즉, 증거개시)가 … 무기대등의 원칙과 공판절차의 효율, 신속공정한 재판을 위해 필수적”이고, 피고인신문절차는 피고인이 절차의 객체로만 취급되지 않도록 “답변 기능을 강화하는 방향으로 개선되어야” 하고, 증거조사절차에서 “무분별한 탄핵증거나 참고자료 등의 제출에 관해서는 보다 엄격한 심사가 필요하며, 양형에 관한 증거조사도 충실하게 할 필요가 있다”고 본다. 한편 공판중심주의가 법원의 배타적 독선적인 편의주의가 아니라, 피고인의 인권 보장과 실제적 진실 발견이라는 두 가지 목적을 동시에 달성할 수 있는 형사절차의 패키지가 되기 위해서는 법원과 검찰, 변호사 단체가 합심해야 한다.

이승련(2008)은 2007년 형사소송법 개정으로 도입된 중요한 증거개시제도가 검사가 수집·보관한 자료에 대한 피고인·피의자의 공정한 접근권을 보장함으로써 피고

23) 민영성, “공판중심주의와 공정한 재판”, 『법조』 55(2) (2006), 94-126면.

24) 임성근, “공판중심주의의 구현방안”, 『법조』 56(1) (2007), 5-29면.

인·피의자의 재판받을 권리와 변호인의 조력을 받을 권리를 충분히 보장하는 데 기여한다는 점을 강조하고, 공소제기 전 수사기록 등에 대한 열람·등사도 피고인·피의자의 재판받을 권리와 변호인의 조력을 받을 권리 보장에 필요한데 이번 개정에 포함되지 않은 점을 아쉬움으로 지적하였다.²⁵⁾

한편 최근에는 공판중심주의가 확립되어 가는 과정에서 새로운 증거의 증거능력을 둘러싼 논의들이 전개되고 있다. 대표적인 예로 영상녹화물과 조사자증언의 증거능력을 들 수 있다. 이와 관련하여 조기영(2015)은 영상녹화물의 독립적인 증거능력을 인정하는 것은 조서 중심의 재판 관행을 법정에서 다루어진 증거 중심의 재판으로 극복하려는 공판중심주의의 취지에 부합하지 않는 것이고, 영상녹화의 선별성이나 자의성은 실제적 진실 발견을 방해할 수 있다는 점에서도 정당화될 수 없기에 영상녹화물의 독립적 증거능력을 부정한 대법원의 입장이 타당하다고 평가하였다.²⁶⁾

3. 피고인의 권리에 관한 논의

피고인의 권리에 관한 논의에서는 ‘피고인의 진술거부권’과 ‘변호인의 조력을 받을 권리’가 주요 주제였다.

첫째, ‘피고인의 진술거부권’과 관련해서는 피고인이 진술거부권을 검사와 변호인에 대하여 선택적으로 행사하는 것이 허용되는지 여부가 주요 쟁점이다. 이에 대해 백강진(2011)은 “진술거부권이 탄핵주의를 보장하기 위한 것이라는 점, 형사소송법에서 일체의 진술거부라는 새로운 형태의 진술거부권을 명시적으로 도입한 점, 진술거부권이 행사되는 경우 검사의 신문권을 제한하는 것은 당사자 권리의 비교형량에 따른 합리적인 소송지휘권의 범위 내라는 점”을 근거로 피고인이 진술거부권을 행사한 이상 검사의 반대신문은 허용되어서는 아니 되고 피고인이 변호인 신문에 응하더라도 진술거부권 행사의 효력이 사라지지 않는다고 주장하였다.²⁷⁾ 반면에 이완규(2010)는 “현행법상 피고인신문제도에서 검사와 변호인의 신문권은 진술거부권과는 별개로 인정되는 것이므로 피고인이 진술거부권을 행사한다고 하여 신문권이 배제되

25) 이승련, “개정 형사소송법상의 증거개시제도”, 『법조』 57(2) (2008), 224-253면.

26) 조기영, “증거재판주의와 새로운 증명 방법의 증거능력 -재판의 정당화 관점에서 본 영상녹화물과 조사자증언의 증거능력-”, 『동아법학』 (66) (2015), 417-448면.

27) 백강진, “피고인의 진술거부권”, 『법조』 60(2) (2011), 79-141면.

는 것이 아니”라고 보고, “피고인신문에서 피고인이 검사의 신문에는 일체 진술을 거부하면서 변호인의 신문에는 답변을 하여 자기 진술만을 하는 것은 증거로서의 피고인진술을 피고인만 제출하고 검사가 제출할 수는 없게 하는 것으로서 증거제출 권한에 있어 형평성에 반하고 재판의 공정성과 균형성에 문제가 있다”고 주장하였다.²⁸⁾

한편 피고인의 진술거부권을 방어권이라는 좀 더 넓은 맥락에서 다룬 김인회(2015)는 ① 진술거부권 행사 제약, ② 피고인의 출석권 제약, ③ 증거동의권 남용, ④ 반대신문권과 증인대면권 제약, ⑤ 변호권 제약 등의 형태로 나타나는 방어권 남용론은 공소권 남용론을 차용하여 헌법적 차원에서 부여된 국가에 대한 시민의 공권인 방어권을 제약하는 논리로서 공소권과 방어권의 법적 성격을 간과한 것이며 “국가중심의 권위주의적 사고방식, 직권주의적 소송구조에서 비롯된” 것이라고 비판하였다.²⁹⁾ 방어권 남용론에서 폭행, 협박, 공무집행방해, 범인은닉, 증거인멸 등이 방어권 남용 사례로 다루어지는데, 이러한 행위는 방어권에 속하지 않기에 방어권 남용론은 근거가 희박하다고 한다.

또한 경미범죄에 대한 즉결심판제도의 경우 피고인의 방어권을 침해한다는 점에서 개선이 필요하다는 연구도 있었다. 임석순(2015)은 경미범죄에 관해서 신속한 재판이 중요하다고 하여 즉결심판이 “피고인의 기본적 인권을 무시하고 피고인의 방어권을 침해하는 방식으로 진행된다면” 피고인이 공정하고 적절한 절차에 의한 재판을 받을 권리가 침해되는 것이기 때문에 “자백보강법칙과 전문법칙을 전면적으로 배제하는 현행 즉결심판제도는 피고인의 헌법적 권리를 현저하게 침해할 우려가 있는 것으로 폐지되어야” 한다고 주장하였다.³⁰⁾

둘째, ‘변호인의 조력을 받을 피고인의 권리’와 관련해서는 변호인의 충분하고도 효과적인 조력을 받을 수 있는 방안이 주요 쟁점이다. 이와 관련해서 조기영(2016)은 변호인의 조력을 받을 권리의 발전 단계를 “변호인의 선임 또는 참여가 제한당하지 아니할 소극적 권리” 단계, “변호인의 선정을 국가에 청구할 수 있는 적극적 권리” 단계, “선임·선정된 변호인의 효과적인 조력을 받을 실질적 권리” 단계로 나누고,

28) 이완규, “피고인신문과 진술거부권 그리고 재판심리”, 『법조』 59(8) (2010), 103-156면.

29) 김인회, “방어권 남용론 비판”, 『법학연구』 18(1) (2015), 317-356면.

30) 임석순, “즉결심판제도에 대한 비판적 연구”, 『형사정책연구』 26(1) (2015), 85-113면.

대법원과 헌법재판소의 기존 입장은 일종의 수사(修辭)였던 것에 반해, 대법원 2012. 2. 16. 2009모1044 결정은 국선변호인의 부적절한 변호활동을 이유로 피고인을 구제하였다는 점에서 변호인의 효과적인 조력을 받을 실질적 권리를 인정하는 단계의 첫 판례라고 평가하였다.³¹⁾ 아울러 그는 해당 결정의 법리가 피고인의 귀책사유 없이 사선변호인이 항소이유서를 미제출한 경우에도 적용되어야 한다고 주장하였다.

4. 피해자의 권리에 관한 논의

피해자의 권리에 관한 논의에서는 ‘피해자의 공판절차 참여권’이 핵심 주제로 다루어졌다. 범죄피해자의 형사절차에서의 보호방안은 1980년대 이후 지속적으로 제기되어 오다가 2007년 형사소송법 개정으로 입법화되었다. 범죄피해자에 대한 연구는 초기에 피해자의 2차 피해 방지에 초점이 맞춰졌다가 최근에는 피해자의 공판절차 참여 방안으로 그 초점이 옮겨졌다.

범죄피해자의 인권을 보장해야 하는 근거는 「헌법」 제10조 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권이라고 할 수 있다. 신주호(2010)는 “범죄피해자는 귀책사유 없이 타의에 의한 우연한 피해로 개인적·사회적 생활에 치명적인 타격을 받게 됨으로써 인간의 존엄성에 대한 심각한 훼손과 행복을 추구할 수 있는 수단의 상실을 겪게 된다는 점에서” 「헌법」 제10조가 피해자 보호의 중요한 근거가 된다고 보면서, 「헌법」 제27조 제5항에 피해자진술권이 규정되어 있지만 피해자에게는 현실적으로 상당히 제한된 상태에서 증인자격만 부여하고 있다고 지적하였다.³²⁾

장승일(2010)은 개정된 형사소송법에 규정된 피해자의 형사절차 참여권이 실질적으로 보장되기 위해서는 피해자변호인 제도의 명확한 규정을 통해 피해자가 변호인의 조력을 받을 권리가 충실히 보장되어야 한다는 점을 강조하였다.³³⁾ “피해자 변호인은 수사절차에서는 2차 피해자화를 방지하고 공판절차에서는 피고인측 변호인의 공격에 효과적으로 방어하고 당사자 소송주의를 해치지 않는 범위 내에서 적극적으로 공판절

31) 조기영, “변호인의 효과적인 조력을 받을 권리”, 『동북아법연구』 10(1) (2016), 351-381면; 같은 취지의 연구로는 김정연, “형사절차에서 변호인의 ‘효과적인’ 조력을 받을 권리의 보장”, 『헌법학연구』 25(4) (2019), 1-36면.

32) 신주호, “범죄피해자 권리의 헌법상 근거에 관한 소고”, 『세계헌법연구』 16(4) (2010), 71-106면.

33) 장승일, “형사절차상 범죄피해자 권리보호에 관한 연구”, 『법학연구』 (37) (2010), 217-235면.

차에 참여할 수 있어야 한다.” 한편 사인소추 제도나 부대공소 제도는 “피해자의 사적 감정의 분출의 장으로 전락할 수 있기에” 그 도입에 신중을 기해야 한다고 하였다. 아울러 “형사소송절차에서 배제되어 충분히 보호받지 못하고 절차의 주변인으로 남아 있는 범죄피해자보호에 대한 새로운 인식이 필요”하다고 하였다.

장승일(2014)은 「형사소송법」 제294조의2에서 규정한 범죄피해자진술권을 더욱 강하게 보장하는 방안으로 피해자참가 제도에 대한 긍정적 의견을 소개하고, 피해자의 공판참여 제도를 통해서 피해자가 공판절차에서 가해자의 처벌에 대해 충분히 자기의 의견 진술 기회를 가짐으로써 가해자의 법적 지위와 동등한 지위를 누리는 것이 이 제도의 목적이므로, 피해자의 정신적·물질적 손해의 회복은 형사절차 참여를 통해서가 아니라 피해자 회복을 위한 별도의 지원제도로 달성되어야 함을 강조하였다.³⁴⁾

5. 재심에 관한 논의

재심은 판결의 오류를 바로잡는 법적 구제수단이면서 동시에 공정한 재판을 받을 권리를 보장하는 제도이기도 하다. 이와 관련하여 이준걸(2007)은 재심이 오판의 구제를 통한 인권 보장 기능을 충분히 발휘할 수 있도록 하는 방안으로 ① “신규증거를 망라한 모든 증거들의 증거가치를 재평가할 것”, ② “문서상 기록되지 않은 증거 등도 그 신규성을 인정할 것”, ③ “명백성을 판단할 때에도 기존의 구증거를 새로운 증거와 종합적으로 평가할 것”, ④ “공소기각의 경우에도 재심을 받을 수 있도록 할 것”, ⑤ “공동피고인이 유리한 진술을 하는 경우에도 재심을 받을 수 있도록 할 것”, ⑥ “피고인의 무죄주장에 대해 법관이 판단을 유탈한 때에도 재심을 받을 수 있도록 할 것”, ⑦ “법률적 가치판단의 상치에 대해서도 규정하도록 할 것”을 제안하였다.³⁵⁾ 한편 이수진(2018)은 재심이 공정한 재판을 받을 권리를 보장하는 제도라는 점에서 재심개시절차에서 변호인의 조력받을 권리를 보장함으로써 재심 절차의 공정성을 확보해야 한다고 주장하였다.³⁶⁾

34) 장승일, “범죄피해자의 공판절차 참여방안에 대한 쟁점 검토”, 『법학연구』 22(2) (2014), 197-218면.

35) 이준걸, “형사소송법상 재심의 특별사유에 관한 연구”, 『법학연구』 (27) (2007), 375-398면.

36) 이수진, “재심절차에서 변호인의 조력받을 권리 -재심개시절차 중심으로-”, 『법학연구』 59(3) (2018), 65-90면.

제3절 | 군사법원 인권보장역량 관련 선행연구 분석

군사재판에서의 인권 쟁점과 관련된 학술적 논의(2005~2020년)의 내용을 분석하고 유형화 하였다. 이를 통하여 군사재판에서의 인권 쟁점에 대한 학계의 논의와 평가가 무엇인지 파악하고자 한다. 군사재판 관련 연구가 적은 점을 고려하여 한국연구재단 ‘등재지’ 및 ‘등재후보지’에 게재된 논문을 분석 대상으로 삼았다. ‘한국학술지인용색인(<https://www.kci.go.kr/>)’ 사이트의 상세검색 창에서 검색 분야를 ‘사회과학’으로, 검색 항목을 초록으로 한정하고, ‘군사, 재판, 인권’을 검색어로 활용하여 1차 논문 목록(39편)을 만들고, 내용상 군사재판의 인권 쟁점과 직접적인 관련이 없는 논문을 제외하여 총 13편의 논문을 추렸다. 아래에서는 주요 쟁점별로 각 논문의 내용을 살펴본다. 선행연구에서 군사법원의 ‘인권보장역량’을 실증적으로 점검해 보기 위해서 본 연구가 취한 양적 연구적 접근은 찾기 힘들었다.³⁷⁾

1. 군사법제도 개혁 등에 대한 논의

오동석(2007)은 군사법제도가 사법권독립의 원칙이 제대로 지켜지지 못하는 영역이라는 문제의식 하에서 그 원인을 1950년대 군법회의에 관한 논의로 분석하였다.³⁸⁾ 이를 통해 유럽권과는 달리 헌법화 과정이 생략된 우리 군사법제도와 헌법 사이의 관계를 파악하고자 했다. 당시 논쟁은 현재에도 유효한 것으로 보이는데, 우리의 경우 ‘헌법상 재판청구권’, ‘권력분립원칙’, ‘사법권독립원칙’ 등에서 정치권력의 논리가 헌법규범에 선행한 결과로 군사법제도가 탄생했다고 분석한다. 이런 인식이 헌법재판소에 의해서 다시 한 번 인정된 바, 민주적 통제가 정상적으로 작동하는 헌법체제는 예외적 비상사태를 필요최소한으로만 허용함으로써 완성될 수 있다며 전시에만 이러한 헌법적 예외를 인정해야 한다고 주장한다.

군사법원 폐지 주장은 이계수와 박병욱(2016)에서도 찾을 수 있다.³⁹⁾ 해당 논문은

37) 해외 연구사례 중 영국의 군사법원에 대해서 본 연구가 취한 유사한 방식의 양적 연구가 있다. 그 자세한 내용은 Kate Grady(2016)의 연구를 참고하기 바란다.

38) 오동석, “1950년대 군법회의와 군 사법권 독립 논의”, 『공법학연구』 8(4) (2007), 285-304면.

39) 이계수·박병욱, “군사법원 폐지를 위한 사례연구”, 『민주법학』 (60) (2016), 227-271면.

프랑스의 드레퓌스(Dreyfus) 사건을 언급하며 군사법원이 폐지된 역사를 살피면서 시작한다. 이후 우리나라에서 발생한 인권침해 사건에 대한 군사법원의 판결을 살피며 ‘지휘관사법’의 한계를 지적한다. 연구자들은 군법무관들도 재판의 독립성에 무심하고 군 지휘관과 조직의 입장만을 고려한다며 비판하고 군사재판에 시민적 통제가 적용될 방안을 고려하지 못한 점을 지적한다.⁴⁰⁾ 구체적으로 포로체험 훈련 중 사망사건의 책임자 처리, 성폭력 피해 여군 자살 가해자 처분, 대통령에 대한 상관모욕죄 사건 등을 독일의 유사 사례와 비교하였다. 마지막에는 독일 국방부가 제시한 전시 군사법원(안)을⁴¹⁾ 소개하며 평시 군사법원 폐지 시 대안으로서 제안한다.

김연호와 김일환(2018)의 연구는 군사법원을 “둘 수 있다”고 한 점에 주목하고 특별법원을 허용하였으나 그것은 예외적으로 허용되어야 한다고 주장한다.⁴²⁾ 즉, 특별‘법원’인 군사법원은 어디까지나 법원이므로 다른 형태와 방식으로 존재하더라도 통일적 사법체계 원칙에 부합해야 한다고 설명한다. 또한 ‘특별’법원이므로 그 정당성은 상황에 따른 특별성에서 찾아야 하고, 따라서 준전시 및 장기간 해외파병 등 국가존립과 안전을 보장하기 위한 군의 본래 목적에 제한하여 설치되어야 한다는 입장이다. 그래서 평시에는 일반법원에 군사부를 설치하고 순정군사범죄 등의 경우 전문심리위원을 두면 헌법 원리상 충분하다고 이해한다. 평시 군사법원 폐지(심판관, 관할관 폐지)는 송기춘(2005)의 연구에서도 주장된 바 있다.⁴³⁾

어느 정도 현행 제도의 모순을 인정하는 시각도 있다. 군의 공식 입장은 아니나 해군 헌병(군사법경찰) 대대장 김동원(2010)은 군사법제도의 특징을 과학수사의 관점에서 연구하였다.⁴⁴⁾ 연구에서는 관할관 제도 및 확인조치권, 심판관 제도가 견제수단이 미비하여 남용될 우려가 있어 국민의 재판받을 권리가 침해될 위험성이 있다고 지적한다. 이에 미국 사례를 참고하여 관할관 확인조치권을 견제하기 위해 지휘관(관할관)의 불법개입 금지를 추가하고, 형식적 참여로 전락한 심판관 제도를 대체하기

40) 소위 ‘현실추수주의’라고 불리는 현 상태 정당화 흐름에 대해서는 한상희, “군사법원체제의 개혁”, 『입법학연구』 11(2) (2014)도 비판하며 현행 군사문화 하에서 인권침해 사건의 축소·은폐가 군인들에게 내면화되고 있는 것은 아닌지 우려하고 있다.

41) 지방법원에 직업판사와 군인 참심으로 구성된 대형사부를 설치.

42) 김연호·김일환, “군사법원제도 정비에 관한 헌법적 검토”, 『미국헌법연구』 29(3) (2018), 71-117면.

43) 송기춘, “군사재판에 관한 헌법학적 연구”, 『공법연구』 33(3) (2005), 273-296면.

44) 김동원, “군사법제도의 특징에 대한 고찰”, 『과학수사학』 4(1) (2010), 74-84면.

위해 배심제를 도입하자고 주장한다. 이를 통해서 사법절차에서도 과학적 합리성을 확보할 것으로 기대한다.

한편, 김범식(2012)은 군사법원의 필요성 내지 정당성을 연구하였다.⁴⁵⁾ 그 출발점은 군사법원을 중심으로 한 군사법제도란 군의 기강과 지휘권의 보장이라는 이념과 일반 형사사법제도의 사법정의 실현의 이념을 동시에 실현한다고 보는 관점이다. 따라서 군사법원 폐지란 군사법원의 특수성을 이해하지 못한 탓에 나오는 주장이며 일반 헌법상 사법권에 관한 원리를 그대로 적용할 수 없고 완화하여야 한다고 주장한다. 또한 이런 타협은 헌법상 내재된 한계이며 군 조직의 특수성을 인정할 수밖에 없으므로 그에 따른 차이도 인정해야 한다는 논리이다. 군사법원은 군의 전투 승리라는 목적, 헌법상 문언, 효율적 절차의 이점, 분단현실 때문에 존재의 의의가 있다고 본다. 즉, '폐지'보다는 장병의 인권과 군의 특수성을 모두 고려하는 방향을 지향한다.

군사법원법이 대대적으로 개정된 후인 2017년 김범식(2017)은 개정 군사법원법이 장병 인권 보장과 군의 특수성 사이에서 균형을 찾는 발전을 이뤘는지 검토한다.⁴⁶⁾ 일단, 군사법제도를 특별한 사법절차에 따른 국가형벌권 행사로 이해하는데 기존 헌법재판소의 판례나 미국의 판례에 따라 순정군사범죄 등에서의 필요성이 여전히 인정되고, 군사법제도는 「헌법」 제74조에 보장된 군통수권과 무관하지 않아서 입법권이 이를 침해할 수 없다고 설명한다. 그런데 개정 법률이 군사법원조직과 군검찰조직의 분리를 이루지 못하였고, 관할관 확인조치권의 축소가 있었으나 군 지휘관의 불법개입을 금지하는 규정이 여전히 없고, 확인조치의 기준이나 검증절차가 부재하다고 지적한다. 심판관 제도 역시 국민참여재판을 군사법원에 도입하는 것으로 대체함이 적절하다고 주장한다.

덧붙여서 육군 군법무관 김백진(2015)은 군사법원의 존치에 중점을 두고 존치 이유 등을 자세히 기술하였다.⁴⁷⁾ 군의 특수성에 따라 엄정한 군기 유지가 필수적이고 군이 가진 특수한 문화의 이해 등 지휘권 보장이 필요하며 현 안보상황 속에서 군사법원 폐지는 시기상조라고 본다. 이를 변수별로 정리하여 존치가능성 공식으로 만들기도

45) 김범식, “군 사법제도에 관한 고찰”, 『성군관법학』 24(1), (2012), 233-259면.

46) 김범식, “군 사법제도의 정당성과 개정 군사법원법의 함의”, 『형사소송이론과실무』 9(1) (2017), 243-269면.

47) 김백진, “군사법원 필요성과 목적에 대한 고찰”, 『저스티스』 (147) (2015), 186-222면.

했다. 특히 이 연구는 군사법원을 “명예의 법정”으로 보는 관점을 취하며 헌법재판소가 법리적으로도 문제가 없다고 정리하였고, 현대전의 빠른 전개속도를 고려할 때, 평시 군사법원 운영이 필요하고, 과거 군사법원 악용은 민간법조도 공동책임이 있고, 우리 군의 격오지 주둔 특성상 피고인을 일반법원으로 호송하는 것이 피고에게 더 불리하며, EU 등 평화체제는 우리 안보환경과 맞지 않고, 상당수 국가가 군사법원이 존재함을 들어 존치를 주장한다. 다만, 군기확립은 군사법원이 군내에 존재해야 할 필요성일 뿐이고 그 존재의 목적은 사법정의라고 주장한다.

2. 관할관 및 심판관 제도에 관한 논의

관할관 및 심판관 제도는 군사법원이 공정한 재판을 받을 권리를 제대로 보장하지 못한다는 지적을 받는 가장 대표적인 문제적 제도이다. 이에 관한 선행연구의 결과만 따로 모아보면 아래와 같이 정리할 수 있다. 이중 일부는 위에서 중복으로 언급하였다. 대체로 찬성론자는 군기유지 등 군의 특수성에서 그 정당성을 찾고 반대론자는 헌법상 권력분립 등 인권 및 기본권 옹호의 관점에서 비판한다.⁴⁸⁾

우선, 찬성론부터 살펴보면 김동원(2010)은 검찰권 행사를 지휘하지만 군사법원에 대해서는 사무 등 행정적 권한만 갖고 있다며 과도한 우려라는 관점이다.⁴⁹⁾ 소속장병들의 인사관리의 효율성을 유지하고 군 지휘관이 ‘절대적 권위’를 확보하기 위한 수단이라고 인식한다. 나아가 확인조치권은 법정형이 지나치게 엄중하여 ‘형량의 구체적 타당성’을 확보할 필요가 인정된다고 한다. 그러나 심판관 제도에 대해서는 관할관

48) 이외 앞선 김연호·김일환(2018)의 연구도 심판관과 관할관 제도 문제를 지적하였으며 위헌성이 있다고 본다. 나아가 재판관 기피와 관련되어 추가로 문제를 제기하는데 1) 사건에 관한 신청 혹은 진술 이후에는 기피가 불가하고, 2) 기피신청 대상 군판사의 소속 군사법원이 기피를 결정하여 공정성이 의심되고, 3) 심판관의 경우 관할관의 인사권에 민감한데 스스로 기피하도록 한 것이 실제 작동할지 의심된다고 지적한다(“군사법원제도 정비에 관한 헌법적 검토”, 91면). 한편, 이 연구에서는 관할관 제도 유지에 관한 논문을 추가로 소개한 바, 출처를 다시 확인해 밝혀둔다(“군사법원제도 정비에 관한 헌법적 검토”, 102면의 각주 56).

- 1) 강동욱, “군 사법절차의 관할관 확인조치권에 관한 비판적 고찰”, 『법과정책연구』 12(1) (2012), 91-114면, 2) 한명권, “군사법제도 개혁방향에 관한 연구”, 석사학위논문, 연세대학교 대학원 법학과, 2006.

- 이태형, “군 사법제도 개선의 주요 쟁점 및 발전방안 연구”, 석사학위논문, 연세대학교 법무대학원 형사사법전공, 2014.

49) 김동원, “군사법제도의 특징에 대한 고찰”, 76면, 80-82면.

제도와 중복되기도 하고 장병의 참여재판으로 대체함이 바람직하다고 본다. 박찬걸(2012)도 이와 유사한 입장인데 관할관 및 심판관 제도를 중심으로 논문을 발표했다.⁵⁰⁾ 우선 관할관 제도는 재판관에 대한 사전적 견제 기능과 판결에 대한 사후적 보정기능이라고 보고, 지휘권 확립의 도구로 인정한다. 다만, 검찰권과 사법권을 겸유한 것은 문제라고 인정한다. 따라서 군사법원과 군검찰부를 지역 단위로 편성하여 국방부 직할로 두어 독립을 꾀한다. 인사권 또한 국방부 장관이 행사토록 하고, 「군사법원법」 제238조 제3항의 부대장의 구속영장 사전승인을 삭제할 것을 제안한다. 확인조치권에 대해서는 순정군사범죄만을 대상으로 제한하자고 한다. 단, 감경 등 정도의 차이는 제도의 취지상 피고인의 개별 사정을 고려한 자연스러운 결과이므로 문제로 보지 않는다. 대신 남용을 방지하기 위해 공통감형기준을 세우고 견제를 위해 국방부장관 및 각 군 참모총장이 이를 점검하는 방안을 제안한다. 마지막으로 심판관 제도에 대해서는 「헌법」 제27조 제1항에 따른 법관에 의한 재판이 훼손될 여지가 있고 심판관 제도로 인해 관할관의 군사법원 장악력이 배가되므로 폐지로 가되 과도기에는 군사범죄에 한해서 제도를 운용하자는 입장이다.

다음으로 반대론의 경우 윤상민(2008)은 균형사사법제도 개혁을 주장하며 심판관과 관할관 일체 폐지를 촉구한다.⁵¹⁾ 특히, 운영상의 문제로 국민의 기본권이 침해될 우려가 있다고 하더라도 위헌성이 있다는 강경한 입장이다. 이에 불가피하게 유지될 경우라고 해도 확인조치권은 폐지 대상으로 못 박는다. 확인조치권은 그 대상이 범죄 종류를 가리지 않고 기준이 없어 지휘관 재량에 전적으로 의존하는 것이 문제다. 특히, 계급이 높은 피고에게 더 유리하게 작동하는 현실을 꼬집는다. 심판관 제도에 대해서도 군사적 지식의 보완이 아니라 실상 군판사 의견을 따라 가므로 제도 취지도 없고 합의제 정신도 훼손한다고 한다. 이와 반대로 너무 적극 개입하는 경우 재판의 독립성이 훼손된다고 한다. 또한, 범죄시점 및 군인 신분취득 시기와 무관하게 군인이 개입하는 것은 특별권력관계론의 시각에서도 평등권 침해라고 밝힌다. 심판관이 비법률가임에 따라 사실문제에 관여하는데 법률문제를 다루는 고등군사법원에도 존재하는 것 역시 문제 삼고 있다. 마지막으로 군사재판에서 재판장은 선임 재판관이 맡는데

50) 박찬걸, “군사재판에 있어서 관할관제도 및 심판관제도의 문제점과 개선방안”, 『형사정책연구』 23(4) (2012), 153-182면.

51) 윤상민, “군 형사사법제도의 개혁방안”, 『비교법학』 (8) (2008), 289-314면.

심판관이 계급이 높으므로 이 자리를 맡게 되면 평의와 다른 판결의 위험이 있다고 우려한다. 유사한 맥락에서 이세주(2013)는 관할관의 감형권은 사법권 독립에 대한 심각한 제한이며 군검찰과 군사법원을 모두 총괄하므로 권력분립원리에도 부합하지 않는다고 본다.⁵²⁾ 심판관 제도 역시 법리적 이해와 해석을 갖춘 판결이 불가하고 사실상 군판사나 법무참모 등의 견해에 종속된다면서 비판한다. 즉, 관할관과 심판관 제도는 결국 재판의 구성, 결과, 절차에 실질적 영향력을 미칠 수 있다며 폐지를 주장한다.⁵³⁾⁵⁴⁾ 이계수(2004)는 군사법원의 폐지를 주장하면서 군사법원 외 군검찰에 대한 관할관의 권한도 문제 삼으며 관할관제도 자체의 폐지가 필요하다고 역설한다.⁵⁵⁾

3. 민간인에 대한 재판권에 대한 논의⁵⁶⁾

송기춘(2009)은 「헌법」 제27조 제2항에 등장하는 ‘군사재판을 받지 않을 권리’에 대해 검토한다.⁵⁷⁾ 군사법원이 군사상 목적을 위한 특별법원이므로 이 권리는 일견 당연한 것이지만 현행 헌법이 군사재판권을 비교적 광범위하게 인정하고 있어 이

52) 이세주, “헌법상 재판받을 권리와 군 사법제도에 대한 헌법적 검토”, 『헌법학연구』 19(1) (2013), 261-290면.

53) 윤상민, “군 형사사법제도의 개혁방안”, 280-282면.

54) 이와 동일 취지의 연구로는, 이세주, “군 징계권, 수사권, 사법권에 대한 헌법적 검토”, 『헌법판례연구』 14 (2013), 121-156면.

55) 이계수, “군 사법제도, 어떻게 개혁할 것인가”, 『민주법학』 (26) (2004), 318-319면.

56) 이 주제는 국제적으로도 자주 문제가 제기되곤 한다. 이에 관하여 국제연합 인권이사회 자의적 구금실무위원회(Working Group on arbitrary detention)는 2014년 연차보고서(A/HRC/27/48)에서 군사재판소의 민간인 재판의 ‘자의성’을 지적한 바 있다. 이에 해당 위원회는 군사재판소가 갖출 최소한의 요건을 5가지로 제시한다(단락 69). (a) 군인의 군사적 성격의 범죄만을 관할할 것, (b) 민간인이 해당 범죄로 기소되었을 경우, (c) 피해자 중 한 명이라도 민간인이 있을 경우 관할권이 없을 것, (d) 민주정에 대한 반란, 폭동이나 공격의 사건(피해자가 당해국 시민이므로), (e) 사형 선고가 불가할 것이 그 기준이다. 이 보고서는 더 나아가 자의적 구금의 종류에 따른 대표적 예시를 제시한다(단락 70). 제1형 자의적 구금의 해당하는 경우는 군이 불심검문을 하고 장기간 인신을 구금하고 이에 대해 군판사가 법적 근거없이 계속구금을 명하는 경우가 있다. 제2형의 경우, 대표적으로, 의사·표현의 자유나 집회·결사의 자유 및 종교의 자유 등 기본적 자유를 행사하였다는 이유만으로 피구금자가 군사법원에 회부되기 전에 구금되는 것이다. 제3형은 군판사나 군검찰관이 독립성과 공정성의 기본요건을 갖추지 못한 경우다. 제4형은 군사법원이 군대에 의해 체포된 이민자나 난민, 망명신청자를 재판하는 경우다. 제5형은 적국으로 간주되는 국가에서 입국한 외국인을 군사법원이 재판하는 경우다.

동 위원회는 이미 1999년 경제사회이사회에 제출한 연차보고서(E/CN.4/1999/63, 단락 80)에서 위와 유사한 4가지 최소기준을 제시한 바 있으며 인권이사회에 제출한 2010년 연차보고서에서 재차 확인한 바 있다(A/HRC/13/30, 단락 68).

57) 송기춘, “군사재판을 받지 않을 권리’에 관한 소고”, 『공법연구』 37(4) (2009), 193-227면.

조문을 이해하는 것이 중요하다는 것이다. 이때, 기존의 평면적 해석과 달리 조문 개정의 역사와 현행 규정의 효과를 검토할 때, 일반국민에 대한 군사법원의 관할권을 오히려 확장·유지하고 있는 조문이라고 비판적으로 바라본다. 특히 일반법원에 의한 재판이 잘 작동한다는 전제하에 보충적 지위의 군사법원이 굳이 일반국민이 군사재판을 받을 이유는 없고, 군인 등에 대하여서도 비상계엄 하에서 제한적으로 군사재판을 받도록 가능성을 두는 것이 바람직하다고 주장한다. 그러면서 결국 해당 조항은 향후 개헌으로 폐지해야 함을 역설한다.

육군사관학교 교수 김현주(2016)도 군사법원의 민간인에 대한 재판관할권에 대하여 검토하였다.⁵⁸⁾ 관할관 및 심판관 제도 등은 군사법원이 군의 목적, 국가안정 보장과 국토방위에 봉사한다고 이해하는데 법원으로서 사법정의의 실현도 중요하지만 군내 질서 및 군기 유지가 그 예외성이 존재하는 이유이고 사법정의는 그 수단이라고 역설한다. 이런 목적을 보더라도 일반국민에 있어서는 이러한 군사재판이 헌법상 예외조항에 따라 제한됨이 바람직하다고 한다. 또한, 관할권이 순정군사범죄 등으로 제한되어야 한다고 본다. 이런 관점에서 「헌법」 제27조 제2항의 관할권 등 법률적 효과와 관할권의 각 세부사항에 대하여 검토한 후, 사실상 “중대한”이라는 요건이 추가된 바 있으나 범위가 제한되지 못했다고 지적한다. 반대로 해외 입법례를 함께 검토한 후에 현행 군사법원법은 해외전쟁범죄자, 민간군사기업이나 해외파병부대 등에 관한 제도는 그 필요성이 커짐에도 미비하다며 이를 보완할 것을 과제로서 제시한다.

이세주(2013)는 재판받을 권리에 대한 이해를 토대로 군사법제도에 대한 헌법적 검토를 하고 있다.⁵⁹⁾ 군사법원이 권리구제를 위한 기본권 중 가장 중요하다고 보이는 재판청구권을 보장하는 기관으로서 헌법과 법률이 정한 법관에 의해 법률에 따라 공정하고 신속한 재판이 이뤄져야 한다는 취지이다. 이때, 헌법상 법치국가의 원리란 기본권 보호와 함께 기본권이 침해되었을 때 구제받을 권리 또한 보장한다고 강조한다. 그런데 군사법원 및 군사법 제도는 예외법원이라는 합리화 속에서 법치국가원리나 권력분립원리 등 헌법 기본원리와는 상반된 법제가 시행중이라고 진단한다. 이에 기존 군의 특수성에 근거한 국방부 내 사법조직, 군검찰의 독립성, 관할관 및 심판관

58) 김현주, “군사법원의 민간인에 대한 재판권”, 『한국군사학논집』 72(1) (2016), 135-169면.

59) 이세주, “헌법상 재판받을 권리와 군 사법제도에 대한 헌법적 검토”, 261-290면.

제도 등이 도입된 이유와 인권보장 및 사법정의 실현 사이에서 균형을 찾아야 한다고 요구한다. 그러한 방법 중 하나로서 기무부대와 같이 군사법원을 국방부에 속하나 독립하여 운영되도록 개선해야 한다고 제안한다.

제4절 | 소결

형사법원의 인권보장역량 관련 언론보도와 학술논문을 분석한 결과, 형사재판과 관련하여 사회적으로 주목받는 인권 쟁점과 학계의 학술적 관심이 집중되는 인권 쟁점에는 차이가 있었다. 그리고 인권 쟁점별로 비판의 중심축이 형사사법제도에 놓이는 경우도 있었고 형사재판 담당 법관의 인적 역량에 놓이는 경우도 있었다.

우선 언론 보도 분석 결과를 살펴보자. 지난 1년간 언론을 통해서 특정한 형사사건을 중심으로 한 재심과 국가폭력 및 노동인권 문제가 중점적으로 보도되었다. 키워드 분석 결과는 해당 쟁점에 관한 보도가 보도 건수뿐만 보도의 깊이에서 다른 쟁점들을 앞섰다. 내용 분석 결과를 살펴보면, 국가폭력 비상상고 사건, 노동 인권 증진에 기여한 판결, 영장실질심사제도에 관한 보도에서는 긍정적인 태도를 보였다. 예를 들어, 여성 승무원의 인권을 침해한 항공사에 대해 유죄를 선고한 판결 보도에서는 사건 담당 재판부의 구체적인 판단이 소개되어 노동 인권에 관한 일반 독자들의 이해를 증진할 수 있었을 것으로 보인다. 그리고 국가폭력 비상상고 사건이나 영장실질심사와 관련된 보도에서는 국민의 인권 보장을 위한 형사사법제도를 자세히 소개함으로써 일반 독자들이 형사사법에서의 인권 보장의 중요성과 이를 위한 제도에 대한 이해를 도모할 수 있는 기회가 제공되었다. 반면에 화성연쇄살인사건 관련 재심, 미성년 대상 성범죄에 대한 양형, 판결문으로 인한 2차 피해 문제, 국내법원에서의 국제인권규범 적용 문제에 관한 보도에서는 부정적인 논조가 두드러졌다. 이러한 부정적 사례 보도에서는 비판의 무게가 형사사법제도의 문제보다는 형사사건 담당 법관의 인적 역량의 문제에 실렸다.

다음으로 형사재판 관련 인권 쟁점에 관한 학술논문 분석 결과를 살펴보자. 2000년

이후 형사법학계의 논의는 ‘공판중심주의’, ‘피고인의 권리’, ‘피해자의 권리’, ‘재심’, ‘영장제도’에 집중되는 경향을 보였다. 형사재판에서의 공판중심주의 확립을 목표로 한 2007년 형사소송법 개정을 전후해서 학계의 논의는 증거개시제도, 증인신문 등을 중심으로 전개되는 양상을 보였다. 이후 학계의 관심은 진술 거부권과 변호인의 조력을 받을 권리 등의 피고인의 권리에 대한 논의와 피해자의 공판절차 참여 방안과 같은 피해자의 권리에 대한 논의로 순차적으로 이동하였다. 영장제도에 관한 논의는 위법수집증거배제원칙과 영장실질심사제도, 즉 검찰에 대한 사법 통제를 중심으로 이루어졌다. 반면에 재심 제도에 관한 논의는 집중되는 쟁점이 있다기보다는 주요 사건, 불법판결, 재심사유, 재심개시절차 등 다양하게 이루어졌다. 법학 분야 학술논문을 분석대상으로 삼은 탓도 있겠지만, 비판의 초점이 형사사법제도에 맞춰졌다.

마지막으로 군사법원 인권보장역량 관련 학술논문 분석 결과를 살펴보자. 군사법원과 관련된 인권 쟁점을 직접적으로 다룬 학술논문이 13편으로, 군사법원의 인권보장역량은 연구가 많이 이루어지지 않은 분야라고 할 수 있다. ‘군사법제도 개혁 등’에 관한 논의는 대체로 평시 군사법원의 존치 문제로 집중되는 경향이 있었다. 군사법원에 대한 민주적 통제가 어렵다는 점과 군대 조직과 군인 및 군무원의 특수성에 대한 고려라는 상반된 논거를 중심으로 찬반론이 맞서고 있다. ‘관할관 및 심판관 제도’에 관한 논의는 해당 제도가 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부를 중심으로 찬반론이 나뉘고 있다. ‘민간인에 대한 재판권’에 관한 논의는 민간인에 대한 군사법원의 예외적 재판권인 군사재판을 받지 않을 권리를 최대한 보장하기 위해서 가능한 제한되어야 한다는 방향으로 나가고 있다.

제 3 장

형사사법기관의 인권보장역량 종합평가 연구(Ⅲ) -형사법원의 인권보장역량 평가-

판례 분석을 통한 형사법원 인권보장역량 평가

강태경·송윤진

제3장

판례 분석을 통한 형사법원 인권보장역량 평가

이 장에서는 형사법원이 형사재판을 둘러싼 규범적 환경을 기본권 보장과 죄형법정주의 및 적법절차 원칙에 부합하도록 만들어온 성과를 판례 분석을 통해 살펴보고자 했다. 이를 위해 최근 10년(2010. 1.~2020. 9, 10년 9개월) 간 선고된 위헌법률심판사건(‘헌가’ 사건)⁶⁰⁾ 최근 10년(2010. 1.~2020. 9, 10년 9개월) 간 선고된 대법원 전원합의체 판결을 검토하였다. 이와 같은 정량적 접근 그리고 ‘사법 과거사 재심사건 판결’ 및 ‘7대 주요 국제인권조약 적용 판결’을 실증적으로 분석한 선행연구를 살펴보았다.

제1절 | 위헌법률심판제청사건 등 분석

「헌법」은 일반법원과 구별되는 별도의 헌법재판기관으로서 설치된 헌법재판소로 하여금 구체적·사후교정적 규범통제를 담당하도록 규정하고 있다. “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다.”(「헌법」 제107조 제1항) 헌법재판소는 “법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부심판”을 관장한다(「헌법」 제111조 제1항 제1호). 법원은 법률의 위헌 여부에 관한 의심이 있는 경우 위헌법률심판을 헌법재판소에 제청해야 한다. “법원은 헌법판단을 회피하여서는 아니 된다. 재판에 있어서 ① 헌법판단이 논리적으로 선행한다는 점, ② 위헌심판제청은 법원의 권한·의무인 점 등에 비추어 법원은 적극적으로

60) 이와 유사한 연구방법을 활용한 연구로는 강동욱, “형사절차에 관한 헌법재판소 결정(2008-2011.6)에 대한 고찰”, 『세계헌법연구』 17(2) (2011), 439-461면; 강동욱, “형사공판절차에 관한 헌법재판소의 결정에 대한 고찰(2011.07-2014.12)”, 『세계헌법연구』 21(1) (2015), 107-132면.

헌법판단을 하여야 한다.”⁶¹⁾

당해 사건을 담당하는 법원, 즉 대법원과 각급법원의 담당재판부는 직권 또는 당사자의 제청신청으로 위헌법률심판의 제청을 결정하여야 한다(「헌법재판소법」 제41조 제1항).⁶²⁾ “형사재판의 경우 피고인이 아닌 고소인은 형사재판의 당사자라고 볼 수 없으므로, 형사사건의 고소인은 위헌제청신청을 할 수 있는 자에 해당하지 않는다.”⁶³⁾ “헌법 제107조 제1항, 헌법재판소법 제41조, 제43조 등의 규정취지는 법원은 문제되는 법률조항이 담당법관 스스로의 법적 견해에 의하여 단순한 의심을 넘어선 합리적인 위헌의 의심이 있으면 위헌여부심판을 제청을 하라는 취지이고, 헌법재판소로서는 제청법원의 이 고유판단을 될 수 있는 대로 존중하여 제청신청을 받아들여 헌법판단을 하는 것이다.”⁶⁴⁾ 제청서는 대법원을 경유하여 헌법재판소에 제출되어야 한다(「헌법재판소법」 제41조 제5항). 대법원 경유는 형식적 절차이고, 대법원이 하급법원의 제청에 대한 심사권을 가지는 것은 아니다.⁶⁵⁾

위헌법률심판의 대상이 되는 법률의 합헌성 여부를 판단함에 있어서 그 법률의 형식적 합헌성뿐만 아니라 실질적 합헌성 여부도 판단되어야 한다.⁶⁶⁾ “헌법재판소는 위헌법률심판절차에 있어서 규범의 위헌성을 제청법원이나 제청신청인이 주장하는 법적 관점에서만 아니라 심판대상규범의 법적 효과를 고려하여 모든 헌법적 관점에서 심사한다. 법원의 위헌제청을 통하여 제한되는 것은 오로지 심판의 대상인 법률조항이지 위헌심사의 기준이 아니다.”⁶⁷⁾

61) 성낙인, 『헌법학』 제17판(법문사, 2017), 791면.

62) 「헌법재판소법」 제41조 제1항은 위헌법률심판제청권의 주체를 ‘당해 사건을 담당하는 법원’으로 규정하고 있지만, 당해 사건을 담당하는 법원은 담당재판부로 이해된다(성낙인, 『헌법학』 제17판, 785면).

63) 헌법재판소 2010. 3. 30. 선고 2010헌바102 결정 [형사소송법 제262조 제6항 헌법소원](각하).

64) 헌법재판소 1993. 12. 23. 선고 93헌가2 전원재판부 결정 [형사소송법 제97조 제3항 위헌제청(위헌)].

65) 성낙인, 『헌법학』 제17판, 785면.

66) 성낙인, 『헌법학』 제17판, 798면.

67) 헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 96헌가18 전원재판부 결정 [주세법 제38조의7 등에 대한 위헌제청(위헌)].

1. 최근 10년 위헌법률심판제청사건 개관

이 절에서는 법원이 「헌법재판소법」 제41조에⁶⁸⁾ 따른 위헌법률심판의 제청을 통해 입법부의 자의적 입법에 대한 헌법 보장과 국민의 기본권 보장을 위해 어떤 노력을 기울였는지 알아보기 위해 최근 10년(2010. 1.~2020. 9, 10년 9개월) 간 선고된 위헌법률심판사건(‘헌가’ 사건)을 분류하고 그 내용을 분석하고 유형화하였다.

▶▶▶ [표 3-1-1] 최근 10년(2010. 1.~2020. 9.) 위헌법률심판결정 분류

	형사법에 대한 위헌법률심판결정	형사법 외의 위헌법률심판결정	소계
전체 건수	148건	56건	204건
인용건수 (위헌, 한정위헌, 헌법불합치)	84건	18건	102건
불인용건수 (각하, 기각, 합헌)	64건	38건	102건

출처: 헌법재판소 홈페이지(<http://search.court.go.kr>) ‘헌법재판정보’의 검색 기능을 활용하여 수집.

위 표에서 알 수 있듯이 최근 10년 간 법원은 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우에 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 208건의 위헌법률심판을 제청하였다. 그 중 형사법을 심판 대상으로 삼은 사건이 148건(71.2%)을 차지했다. 전체 위헌법률심판사건 중 인용(위헌, 한정위헌, 헌법불합치) 건수는 102건으로, 인용률은 50%로 나타났다. 형사법에 대한 위헌법률심판사건 중 84건이 인용되어 형사법에 대한 위헌법률심판사건의 인용률은 56.8%로 형사법 외의 위헌법률심판사건의 인용률 32.1% 보다 상당히 높았다.

한편 최근 10년(2010. 1.~2020. 9, 10년 9개월) 간 선고된 헌법소원심판사건(‘헌마’ 및 ‘헌바’ 사건)은 총 15,750건이었고, 이 중 599건만이 인용되었다(3.8%). 이 중 사건의 당사자가 법원에 위헌법률심판제청을 신청하였지만 기각되어 헌법재판소에 헌법

68) 「헌법재판소법」 제41조(위헌 여부 심판의 제청) ① 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 당해 사건을 담당하는 법원(군사법원을 포함한다. 이하 같다)은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌 여부 심판을 제청한다.

② 제1항의 당사자의 신청은 제43조 제2호부터 제4호까지의 사항을 적은 서면으로 한다.

③ 제2항의 신청서면의 심사에 관하여는 「민사소송법」 제254조를 준용한다.

④ 위헌 여부 심판의 제청에 관한 결정에 대하여는 항고할 수 없다.

⑤ 대법원 외의 법원이 제1항의 제청을 할 때에는 대법원을 거쳐야 한다.

소원심판을 청구한 사건(‘헌바’ 사건)은 총 4,490건이었고, 이 중 60건만이 인용되었다. ‘헌바’ 사건의 인용률은 1.3%로, 앞서 살펴본 ‘헌가’ 사건의 인용률 50.0%에 비해 매우 낮았다.

▶▶▶ [표 3-1-2] 최근 10년(2010. 1.~2020. 9.) 헌법소원사건결정 분류

	「헌법재판소법」 제68조 제1항에 따른 헌법소원 심판 사건(‘헌마’ 사건)	「헌법재판소법」 제68조 제1항에 따른 헌법소원 심판사건(‘헌바’ 사건)	헌법소원 심판사건
헌법소원심판건수	11,260건	4,490건	15,750건
인용건수(위헌, 한정위헌, 헌법불합치)	499건	60건	599건
불인용건수 (각하, 기각, 합헌)	10,761건	4,430건	15,151건

출처: 헌법재판소 홈페이지(<http://search.ccourt.go.kr>) ‘헌법재판정보’의 검색 기능을 활용하여 수집.

2. 형사법을 심판대상으로 한 위헌법률심판사건결정 분류

가. 사건의 유형

최근 10년 형사법을 심판대상으로 한 위헌법률심판결정 중 인용결정 84건을 영역 및 사건 쟁점에 따라 분류하였다(〈표 3-1-3〉 참조). 표에서 알 수 있듯이 전체 84건의 인용결정 중 23건(27.4%)이 형사법 규정에 의해 기본권이 침해되었다고 확인하는 결정이었고, 61건(72.6%)이 형사법 규정이 죄형법정주의의 파생원칙, 포괄입법금지 원칙, 형벌 체계상의 균형성을 어긴 것으로 확인하는 결정이었다. 특히, 종업원 등의 위법행위가 있는 경우 고용주나 법인에 대해서도 형벌을 부과하는 양벌규정에 대한 위헌 등 결정이 50건으로, 59.5%를 차지하였다. 그리고 범죄를 규정하는 데 있어서 구성요건요소를 명확하게 규정하지 않아 헌법에 위배된 경우는 6건이었다. 여기에는 구성요건의 구체적인 규정을 ‘정관’에 위임하거나 수범자로서는 어떤 행위가 법에 저촉되는지 예측할 수 없을 정도로 구성요건 규정이 불명확한 경우가 포함된다.

▶▶▶ [표 3-1-3] 최근 10년(2010. 1.~2020. 9.) 형사법 위헌법률심판 인용 결정(84건)

영역	사건 쟁점	사건수	비고
기본권	인격권	2건	• 언론사에 대한 사과명령(2건)
	신체의 자유	1건	• 성총동 약물치료(1건)
	영장주의	2건	• 국가보안법위반 등에 대한 영장 없는 인신구속(1건) • 구속집행정지결정에 대한 검사의 즉시항고(1건)
	직업의 자유	4건	• 면허·자격 등의 필요적 취소(4건)
	선거운동의 자유	1건	• 언론인 선거운동 금지(1건)
	통신의 비밀	1건	• 통신비밀보호법(통신제한조치기간 연장)(1건)
	표현의 자유	4건	• 광고에 대한 사전검열(3건) • 국가모독죄(1건)
	집회의 자유	4건	• 집회 및 시위에 관한 법률(4건)
	재판청구권 및 재판 받을 권리	2건	• 인신보호법 상 즉시항고 기간(1건) • 군사법원법(1건)
	형사보상	1건	• 형사보상 청구기간(1건)
근로3권	1건	• 국가보위에관한특별조치법(1건)	
죄형법정주의 등	명확성의 원칙	6건	• 구성요건을 '정관'에 위임한 법률(2건) • 구성요건을 불명확하게 규정한 법률(2건) • 공중도덕·성풍속 등 개념(2건)
	책임주의	50건	• 양벌규정에 대한 위헌법률심판(49건) • 50배 과태료 부과 조항(1건)
	포괄입법금지 원칙	3건	• 식품위생법(1건) ※ 중복: 명확성의 원칙(1건), 선거운동의 자유(1건)
	형벌 체계상 균형성	3건	• 특별형벌의 가중처벌 조항(2건) • 밀수입예비를 본죄에 준해 처벌하는 조항(1건)
	평등원칙	4건	• 소년범의 자격에 대한 특례(1건) ※ 중복: 형벌 체계상 균형성(3건)

출처: 헌법재판소 홈페이지(<http://search.court.go.kr>) '헌법재판정보'의 검색 기능을 활용하여 수집.

나. '기본권 침해' 여부에 관한 위헌법률심판제청사건

1) '인신의 안전과 자유' 관련 위헌제청사건

가) '신체의 자유 침해' 관련 위헌제청사건

「대한민국헌법」 제12조 제1항은 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 고문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”고 정함으로써 모든 국민의 신체의 자유를 선언하고 있다. 헌법재판소는 신체의 자유를

“신체의 안정성이 외부로부터의 물리적인 힘이나 정신적인 위협으로부터 침해당하지 않을 자유와 신체활동을 임의적이고 자율적으로 할 수 있는 자유”로 정의하고 있다.⁶⁹⁾ 또한 신체의 자유는 정신적 자유와 더불어 “헌법이념의 핵심인 인간의 존엄과 가치를 구현하기 위한 가장 기본적인 자유”이며 “모든 기본권 보장의 전제조건”이다.⁷⁰⁾

신체의 자유와 관련하여 주목할 만한 위헌법률심판제청사건으로는, 성폭력범죄 재범 위험성이 인정되는 성인에 대하여 법원이 15년 이내의 성충동 약물치료 명령을 선고할 수 있도록 한 「성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률」 제4조 제1항 등에 관한 사건을 들 수 있다. 이 사건에서 헌법재판소는 “이 사건 청구조항은 과잉금지 원칙에 위배되지 아니하나, 이 사건 명령조항은 집행 시점에서 불필요한 치료를 막을 수 있는 절차가 마련되어 있지 않은 점으로 인하여 과잉금지 원칙에 위배되어 치료명령 피청구인의 신체의 자유 등 기본권을 침해한다”고⁷¹⁾ 판시하였다.

나) ‘형사보상청구권 침해’ 관련 위헌제청사건

「헌법」 제28조는 “형사피의자 또는 형사피고인으로서 구금되었던 자가 법률이 정하는 불기소처분을 받거나 무죄판결을 받은 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 상당한 보상을 청구할 수 있다”고 규정하고 있다. 이 형사보상청구권은 “국가의 형사사법작용으로 인하여 신체의 안전과 자유가 침해된 국민에게 사후적 구제를 인정함으로써 국민의 기본권 보장을 강화하는 데 그 주된 목적이 있다.”⁷²⁾ 법원은 형사보상의 청구는 무죄재판이 확정된 때로부터 1년 이내에 하도록 규정하고 있는 「형사보상 및 명예회복에 관한 법률」 제7조가 「헌법」 제28조에 위반되는지 여부에 관하여 위헌법률심판제청을 하였다. 이에 헌법재판소는 “권리의 행사가 용이하고 일상 빈번히 발생하는 것이거나 권리의 행사로 인하여 상대방의 지위가 불안정해지는 경우

69) 헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 전원재판부 결정. 이 위헌법률심판제청사건은 구 「형사소송법」(법률 제3955호, 1987. 11. 28. 일부개정) 제331조 단서에 관한 사건이었다. 무죄 등 선고와 구속영장 효력의 관계에 관한 구 형사소송법 제331조는 “무죄, 면소, 형의 면제, 형의 선고유예, 형의 집행유예, 공소기각 또는 벌금이나 과료를 과하는 판결이 선고된 때에는 구속영장은 효력을 잃는다”고 규정하면서 “검사로부터 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고의 형에 해당한다는 취지의 의견진술이 있는 사건에 대하여는 예외로 한다”는 단서를 두고 있었다. 헌법재판소는 해당 단서조항이 영장주의에 위배된다고 판단하였다.

70) 헌법재판소 1992. 4. 14. 선고 90헌마82 전원재판부 결정.

71) 헌법재판소 2015. 12. 23. 선고 2013헌가9 전원재판부 결정.

72) 성낙인, 『헌법학』 제17판, 1148면.

또는 법률관계를 보다 신속히 확정하여 분쟁을 방지할 필요가 있는 경우에는 특별히 짧은 소멸시효나 제척기간을 인정할 필요가 있으나, 이 사건 법률조항은 위의 어떠한 사유에도 해당하지 아니하는 등 달리 합리적인 이유를 찾기 어렵고, 일반적인 사법상의 권리보다 더 확실하게 보호되어야 할 권리인 형사보상청구권의 보호를 저해하고 있다. 또한, … 이는 국가의 잘못된 형사사법작용에 의하여 신체의 자유라는 중대한 법익을 침해받은 국민의 기본권을 사법상의 권리보다도 가볍게 보호하는 것으로서 부당하다”고⁷³⁾ 판단하였다.

2) ‘정신의 안전과 자유’ 관련 위헌제청사건

가) ‘표현의 자유 침해’ 관련 위헌제청사건

표현의 자유는 ‘민주주의국가에서 필요불가결한 자유’로서 언론·출판·집회·결사의 자유를 포괄하는 개념이다.⁷⁴⁾ 표현의 자유 관련 위헌법률심판제청사건에서는 상업 광고에 대한 사전검열 문제가 주요 쟁점이었다. 의료기기와 관련하여 심의를 받지 아니하거나 심의 받은 내용과 다른 내용의 광고를 하는 것을 금지하고, 이를 위반한 경우 행정제재와 형벌을 부과하도록 한 「의료기기법」 규정이 사전검열금지원칙에 위반되는지 여부에 대해서 헌법재판소는 “현행 헌법상 사전검열은 표현의 자유 보호 대상이면 예외 없이 금지된다. 의료기기에 대한 광고는 … 상업광고로서 헌법 제21조 제1항의 표현의 자유의 보호대상이 되고 동시에 같은 조 제2항의 사전검열금지원칙의 적용대상이 된다”고⁷⁵⁾ 판단하였다. 이와 마찬가지로 사전심의를 받지 않은 건강기능 식품의 기능성 광고를 금지하고 이를 어길 경우 형사처벌하도록 한 건강기능식품에 관한 법률 규정도 사전검열금지원칙에 위배된다는 결정이 내려졌다.⁷⁶⁾⁷⁷⁾

또한 법원은 국가모독죄를 규정한 구 「형법」 제104조의2가 표현의 자유를 침해하는지 여부에 대하여 위헌법률심판을 제청하기도 하였다. 이 사건에서 헌법재판소는

73) 헌법재판소 2010. 7. 29. 선고 2008헌가4 전원재판부 결정.

74) 성낙인, 『헌법학』 제17판, 1195면.

75) 헌법재판소 2020. 8. 28. 선고 2017헌가35, 2019헌가23(병합) 전원재판부 결정(“[광고의 심의와 관련하여] 행정기관의 자의로 민간심의기구의 심의업무에 개입할 가능성이 열려 있다면 개입 가능성의 존재 자체로 헌법이 금지하는 사전검열이라고 보아야 한다”).

76) 헌법재판소 2019. 5. 30. 선고 2019헌가4 전원재판부 결정.

77) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2016헌가8, 2017헌바476(병합) 전원재판부 결정.

다음과 같은 이유에서 국가모독죄 조항이 표현의 자유를 침해한다고 판단하였다.

심판대상조항의 신설 당시 제안이유에서는 ‘국가의 안전과 이익, 위신 보전’을 그 입법 목적으로 밝히고 있으나, 언론이 통제되고 있던 당시 상황과 위 조항의 삭제 경위 등에 비추어 볼 때 이를 진정한 입법목적으로 볼 수 있는지 의문이고, 일률적인 형사처벌을 통해 국가의 안전과 이익, 위신 등을 보전할 수 있다고 볼 수도 없으므로 수단의 적합성을 인정할 수 없다. … 이미 형법, 국가보안법, 군사기밀보호법에서 대한민국의 안전과 독립을 지키기 위한 처벌규정을 두고 … 심판대상조항은 침해의 최소성 원칙에도 어긋난다. 나아가 민주주의 사회에서 국민의 표현의 자유가 갖는 가치에 비추어 볼 때, 기본권 제한의 정도가 매우 중대하여 법익의 균형성 요건도 갖추지 못하였으므로, 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 표현의 자유를 침해한다.⁷⁸⁾

한편 정치적 표현의 자유를 침해하는 법률조항에 대한 위헌법률심판제청사건 중에서 위헌 또는 헌법불합치 결정은 아니지만 재판관 과반수가 위헌 의견을 제시한 사건들은 주목할 만하다. “누구든지 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의하지 아니하고는 후보자가 되고자 하는 자의 성명을 나타내는 명함을 배부할 수 없다”고 규정한 「공직선거법」 제93조 제1항 등에 대해서 재판관 5인은 “명함은 선거에서는 후보자가 되고자 하는 자에 대한 정보와 출마 예정 사실을 간명하고 정확하게 알리는 방법으로서 의미가 있는 것이므로, 일반 유권자의 정치적 표현을 허용할 필요성이 낮다고 볼 수 없다. 또한 유급 선거운동원의 고용에 따른 폐해와 선거운동원 영입에서의 기회 불균등은 선거운동 관련 이익제공 금지조항, 기부행위 금지조항 등 다른 규정에 의하여 방지될 수⁷⁹⁾ 있기에 해당 법률조항은 정치적 표현의 자유를 침해한다고 판단하였다.

또한 인쇄물배부금지 기간에 관한 「공직선거법」 제255조 제2항 제2호에 관한 위헌 법률심판제청사건에서 재판관 5인은 “인쇄물배부금지조항은 ‘선거일 전 180일’부터 일반 유권자의 문서에 의한 정치적 표현을 제한하므로 제한기간이 지나치게 길다. … 실질적 민주주의의 구현을 위해서는 일반유권자의 정치적 표현의 자유가 장려되어야 하는데, 인쇄물배부금지조항은 장기간 동안 이를 일반적·전면적으로 제한하여 청

78) 헌법재판소 2015. 10. 21. 선고 2013헌가20 전원재판부 결정.

79) 헌법재판소 2018. 7. 26. 선고 2017헌가11 전원재판부 결정(위헌 의견).

구인의 정치적 표현의 자유를 침해한다”고⁸⁰⁾ 판단하였다.

나) ‘선거운동의 자유 침해’ 확인 결정

선거운동의 자유는 「헌법」 제21조의 표현의 자유의 한 내용으로서 정치적 표현의 자유에 해당한다.⁸¹⁾ 선거운동의 자유에 관해서 법원은 언론인의 선거운동을 금지한 구 「공직선거법」 제60조 제1항 제5호에 대한 위헌법률심판제청을 하였다. 이에 헌법재판소는 해당 금지조항이 그 적용 대상을 “대통령령으로 정하는 언론인”이라고만 한 점은 포괄위임금지원칙에 위배된다고 판단하고, 더 나아가 “언론매체를 이용하지 아니한 언론인 개인의 선거운동까지 전면적으로 금지할 필요는 없다. … 그런데 인터넷신문을 포함한 언론매체가 대폭 증가하고, 시민이 언론에 적극 참여하는 것이 보편화된 오늘날 심판대상조항들에 해당하는 언론인의 범위는 지나치게 광범위하다. 또한, 구 공직선거법은 … 언론매체를 통한 활동의 측면에서 선거의 공정성을 해할 수 있는 행위에 대하여는 … 이미 충분히 규제하고 있다. 따라서 심판대상조항들은 선거운동의 자유를 침해한다”고⁸²⁾ 판시하였다.

다) ‘집회의 자유 침해’ 관련 위헌제청사건

집회 및 시위에 관한 법률 중 집회 및 시위의 시간 및 장소를 제한하는 조항에 대해서는 여러 건의 위헌법률심판이 제청되었다.

우선 집회 및 시위의 시간을 제한하는 「집회 및 시위에 관한 법률」 제10조 등에 대한 위헌법률심판제청사건을 살펴보자. 일출 전이나 일몰 후 옥외집회 또는 시위를 원칙적으로 금지하고 예외적으로 경찰관서장이 옥외집회를 허용할 수 있도록 한 구 「집회 및 시위에 관한 법률」 제10조에 관한 위헌법률심판제청사건에서, 헌법재판소는 이 조항이 헌법상 금지되는 사전허가제에 해당하지는 않지만 “‘일출시간 전, 일몰시간 후’라는 광범위하고 가변적인 시간대의 옥외집회 또는 시위를 금지하는 것은 오늘날 직장인이나 학생들의 근무·학업 시간, 도시화·산업화가 진행된 현대사회의 생활형태 등을 고려하지 아니하고 목적 달성을 위해 필요한 정도를 넘는 지나친 제한을 가하는

80) 헌법재판소 2018. 4. 26. 선고 2017헌가2 전원재판부 결정.

81) 성낙인, 『헌법학』 제17판, 212면.

82) 헌법재판소 2016. 6. 30. 선고 2013헌가1 전원재판부 결정.

것이어서 최소침해성 및 법익균형성 원칙에 반한다”고⁸³⁾ 판시하였다. 또한 일출 전이나 일몰 후의 시위를 금지하는 집회 및 시위에 관한 법률 제10조 등의 위헌법률심판제청사건에서도 헌법재판소는 이와 마찬가지로 논거를 들어 해당 법률조항이 “집회의 자유가 실질적으로 박탈되는 결과가 초래될 수 있다. 나아가 … 일률적으로 야간 시위를 금지하는 것은 목적달성을 위해 필요한 정도를 넘는 지나친 제한으로서 침해의 최소성 원칙 및 법익균형성 원칙에 반한다”고⁸⁴⁾ 판단하였다.

다음으로 집회 및 시위의 장소를 제한하는 「집회 및 시위에 관한 법률」 조항에 대한 위헌법률심판제청사건을 살펴보자. 국무총리 공관 인근에서 옥외집회·시위를 금지하고 위반 시 처벌하는 「집회 및 시위에 관한 법률」 제23조 제1호에 대한 위헌법률심판제청사건에서 헌법재판소는 “이 사건 금지장소 조항은 그 입법목적은 달성하는데 필요한 최소한도의 범위를 넘어, 규제가 불필요하거나 또는 예외적으로 허용하는 것이 가능한 집회까지도 이를 일률적·전면적으로 금지하고 있다고 할 것이므로 침해의 최소성 원칙에 위배된다. 이 사건 금지장소 조항을 통한 국무총리 공관의 기능과 안녕 보장이라는 목적과 집회의 자유에 대한 제약 정도를 비교할 때, … 법익의 균형성 원칙에도 위배된다. 따라서 이 사건 금지장소 조항은 과잉금지원칙을 위반하여 집회의 자유를 침해한다”고⁸⁵⁾ 판단하였다.

마지막으로 집회 및 시위의 목적을 제한하는 「집회 및 시위에 관한 법률」 조항에 대한 위헌법률심판제청사건을 살펴보자. 재판에 영향을 미칠 염려가 있거나 미치게 하기 위한 집회 또는 시위를 금지하고 이를 위반한 자를 형사처벌하는 구 「집회 및 시위에 관한 법률」 제3조 제1항 제2호 및 제3호에 대한 위헌법률심판제청사건에서 헌법재판소는 “[심판대상조항 제2호 부분은] … 입법목적의 정당성은 인정되나, 국가의 사법권한 역시 국민의 의사에 정당성의 기초를 두고 행사되어야 한다는 점과 재판에 대한 정당한 비판은 오히려 사법작용의 공정성 제고에 기여할 수도 있는 점을 고려하면 사법의 독립성을 확보하기 위한 적합한 수단이라 보기 어렵다”고 판단하고, “[심판대상조항 제3호 부분은] ‘민주적 기본질서’를 구성요건으로 규정하였을 뿐 기본권 제한의 한계를 설정할 수 있는 구체적 기준을 전혀 제시한 바 없다. … 사실상

83) 헌법재판소 2014. 4. 24. 선고 2011헌가29 전원재판부 결정.

84) 헌법재판소 2014. 3. 27. 선고 2010헌가2, 2012헌가13(병합) 전원재판부 결정.

85) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2015헌가28, 2016헌가5(병합) 전원재판부 결정.

사회현실이나 정부정책에 비판적인 사람들의 집단적 의견표명 일체를 봉쇄하는 결과를 초래함으로써 침해의 최소성 및 법익의 균형성을 상실하였으므로” 과잉금지원칙에 위배되어 집회의 자유를 침해한다고 판단하였다.⁸⁶⁾

3) ‘사생활의 안전과 자유’ 관련 위헌제청사건

사생활의 안전과 자유 관련 위헌제청사건으로는 통신의 자유의 내용인 ‘통신의 비밀’ 관련 위헌제청사건이 있었다. 법원은 통신제한조치기간 연장 허가에 있어서 연장의 기간 또는 횟수 제한을 두지 아니한 「통신비밀보호법」 제6조 제7항 단서 중 전기통신에 관한 ‘통신제한조치기간의 연장’에 관한 부분이 통신의 비밀을 침해하여 위헌인지 여부에 관하여 위헌법률심판제청을 하였다. 이에 헌법재판소는 “통신제한조치기간을 연장함에 있어 법운용자의 남용을 막을 수 있는 최소한의 한계를 설정하지 않은 이 사건 법률조항은 침해의 최소성원칙에 위반한다. 나아가 통신제한조치가 내려진 피의자나 피내사자는 자신이 감청을 당하고 있다는 사실을 모르는 기본권제한의 특성상 방어권을 행사하기 어려운 상태에 있으므로 통신제한조치기간의 연장을 허가함에 있어 총연장기간 또는 총연장횟수의 제한이 없을 경우 수사와 전혀 관계없는 개인의 내밀한 사생활의 비밀이 침해당할 우려도 심히 크기 때문에 기본권 제한의 법익균형성 요건도 갖추지 못하였다. 따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반된다 할 것”이라고 판단하였다.

4) ‘사회·경제적 안전과 자유’ 관련 위헌제청사건

사회·경제적 안전과 자유 관련 위헌제청사건 중에서 직업(선택)의 자유에 관한 사건을 살펴보자. 「헌법」 제15조는 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다”고 규정함으로써 직업 선택의 자유, 즉 직업의 자유를 선언하고 있다. 헌법재판소는 “직업선택의 자유는 삶의 보람이요 생활의 터전인 직업을 개인의 창의와 자유로운 의사에 따라 선택케 함으로써 자유로운 인격의 발전에 이바지하게 하는 한편 자유주의적 경제·사회질서의 요소가 되는 기본적 인권”이라고 정의하였다.⁸⁷⁾ 한편 직업선택의 자유란 “자기가 선택한 직업에 종사하여 이를 영위하고 언제든지 임의로 그것을 전환할 수

86) 헌법재판소 2016. 9. 29. 선고 2014헌가3·12(병합) 전원재판부 결정.

87) 헌법재판소 1989. 11. 20. 선고 89헌가102 전원재판부 결정.

있는 자유로서 민주주의·자본주의 사회에서는 매우 중요한 기본권의 하나로 인식되고 있는 것이다. 왜냐하면 직업선택의 자유는 근세 시민사회의 출범과 함께 비로소 쟁취된 기본권으로서 중세 봉건적 신분사회에서는 인정될 수 없었던 것이며 현대사회에서도 공산주의 국가에서는 원칙적으로 인정되지 않는 기본권이기 때문이다.”⁸⁸⁾

법원은 범죄행위와 관련하여 각종 면허를 필요적으로 취소하도록 하는 제재 조항이 직업선택의 자유를 침해하는지 여부에 대하여 여러 건의 위헌법률심판제청을 하였다. 예를 들어, 동력수상레저기구를 이용하여 범죄행위를 하는 경우에 조종면허를 필요적으로 취소하도록 규정한 구 「수상레저안전법」 제13조 제1항 제3호 위헌제청사건에서 헌법재판소는 “범죄행위의 유형, 경중이나 위법성의 정도, 동력수상레저기구의 당해 범죄행위에 대한 기여도 등 제반사정을 전혀 고려하지 않고 필요적으로 조종면허를 취소하도록 규정하였으므로 심판대상조항은 침해의 최소성 원칙에 위배되고, 심판대상조항에 따라 조종면허가 취소되면 면허가 취소된 날부터 1년 동안은 조종면허를 다시 받을 수 없게 되어 법익의 균형성 원칙에도 위배된다. 따라서 심판대상조항은 직업의 자유 및 일반적 행동의 자유를 침해한다”고⁸⁹⁾ 판시하였다. 또한 헌법재판소는 자동차 등을 이용하여 살인 또는 강간 등의 범죄행위를 한 때 운전면허를 필요적으로 취소하도록 하는 구 「도로교통법」 제93조 제1항 단서 제11호가 직업의 자유 및 일반적 행동의 자유를 침해하고,⁹⁰⁾ 운전면허자가 타인의 자동차 등을 훔친 경우에는 운전면허를 필요적으로 취소하도록 한 구 「도로교통법」 제93조 제1항 제12호도 직업의 자유를 침해한다고 판단하였다.⁹¹⁾

한편 청원경찰이 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우 당연 퇴직되도록 규정한

88) 헌법재판소 1993. 5. 13. 선고 92헌마80 전원재판부 결정.

89) 헌법재판소 2015. 7. 30. 선고 2014헌가13 전원재판부 결정.

90) 헌법재판소 2015. 5. 28. 선고 2013헌가6 전원재판부 결정. 헌법재판소는 “심판대상조항은 이에 그치지 아니하고 필요적으로 운전면허를 취소하도록 하여 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 여지를 일체 배제하고 있다. 나아가 심판대상조항 중 ‘자동차등을 이용하여’ 부분은 포섭될 수 있는 행위 태양이 지나치게 넓은 뿐만 아니라, 하위법령에서 규정될 대상범죄에 심판대상조항의 입법목적을 달성하기 위해 반드시 규제할 필요가 있는 범죄행위가 아닌 경우까지 포함될 우려가 있어 침해의 최소성 원칙에 위배된다. 심판대상조항은 운전을 생업으로 하는 자에 대하여는 생계에 지장을 초래할 만큼 중대한 직업의 자유의 제약을 초래하고, 운전을 업으로 하지 않는 자에 대하여도 일상생활에 심대한 불편을 초래하여 일반적 행동의 자유를 제약하므로 법익의 균형성 원칙에도 위배된다. 따라서 심판대상조항은 직업의 자유 및 일반적 행동의 자유를 침해한다”고 판시하였다.

91) 헌법재판소 2017. 5. 25. 선고 2016헌가6 전원재판부 결정.

「청원경찰법」(법률 제10013호) 제10조의6 제1호 중 ‘제5조 제2항에 의한 「국가공무원법」 제33조 제5호에 관한 부분’이 직업의 자유를 침해하는지 여부에 관한 최근 위헌법률심판제청사건에서 헌법재판소는 해당 조항의 부분이 직업의 자유를 침해한다고 판단하였다.⁹²⁾

5) ‘사회권’ 관련 위헌제청사건

사회권 관련 위헌제청사건으로는 ‘근로3권 침해 여부’가 문제되었던 위헌제청사건을 살펴보자. 법원은 국가비상사태 하에서 근로자의 단체교섭권 및 단체행동권을 제한한 구 「국가보위에 관한 특별조치법」 제9조 등이 근로3권의 본질적인 내용을 침해하는지 여부에 관하여 위헌법률심판제청을 하였다. 이에 헌법재판소는 “국가비상사태의 선포 및 해제를 규정한 특별조치법 제2조 및 제3조는 헌법이 인정하지 아니하는 초헌법적 국가긴급권을 대통령에게 부여하는 법률로서 헌법이 요구하는 국가긴급권의 실제적 발동요건, 사후통제 절차, 시간적 한계에 위반되어 위헌이고, 이를 전제로 한 특별조치법상 그 밖의 규정들도 모두 위헌”이라고 판단하고, “헌법 제37조 제2항 전단에 의하여 근로자의 근로3권에 대해 일부 제한이 가능하다 하더라도, ‘공무원 또는 주요방위사업체 근로자’가 아닌 근로자의 근로3권을 전면적으로 부정하는 것은 헌법 제37조 제2항 후단의 본질적 내용 침해금지에 위반된다. 그런데 심판대상조항은 단체교섭권·단체행동권이 제한되는 근로자의 범위를 구체적으로 제한함이 없이, … 주무관청의 조정결정에 포괄적으로 위임하고 이에 위반할 경우 형사처벌하도록 하고 있는바, 이는 모든 근로자의 단체교섭권·단체행동권을 사실상 전면적으로 부정하는 것으로서 헌법에 규정된 근로3권의 본질적 내용을 침해하는 것이다.”⁹³⁾

6) ‘청구권적 기본권’ 관련 위헌제청사건

청구권적 기본권에는 청원권, 재판청구권, 국가배상청구권, 손실보상청구권, 범죄피해구조청구권이 있다. 이와 관련된 위헌제청사건 중에서 ‘재판청구권 및 재판받을 권리 침해’ 관련 사건을 살펴보자.

법원이 「인신보호법」 제15조 중 ‘피수용자인 구제청구자’의 즉시항고 제기기간을

92) 헌법재판소 2018. 1. 25. 선고 2017헌가26 전원재판부 결정.

93) 헌법재판소 2015. 3. 26. 선고 2014헌가5 전원재판부 결정.

‘3일’로 정한 부분이 피수용자의 재판청구권을 침해하는지 여부에 관해 위헌법률심판 제청을 한 사건에서, 헌법재판소는 “인신보호법상 피수용자인 구제청구자는 자기 의사에 반하여 수용시설에 수용되어 인신의 자유가 제한된 상태에 있으므로 … 3일의 기간이 충분하다고 보기 어렵다. … 재청구가 가능하다는 사실만으로 즉시항고 기간의 과도한 제약을 정당화할 수는 없다. 나아가 즉시항고 제기기간을 3일보다 조금 더 긴 기간으로 정한다고 해도 피수용자의 신병에 관한 법률관계를 조속히 확정하려는 이 사건 법률조항의 입법목적이 달성되는 데 큰 장애가 생긴다고 볼 수 없으므로, 이 사건 법률조항은 피수용자의 재판청구권을 침해한다”고⁹⁴⁾ 판단하였다.

법원이 ‘전투용에 공하는 시설’을 손괴한 ‘일반 국민’이 군사법원에서 재판받도록 하는, 구 「군사법원법」 제2조 제1항 제1호 등이 법원에 의한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부에 관하여 위헌법률심판제청을 한 사건에서, 헌법재판소는 “군인 또는 군무원이 아닌 국민에 대한 군사법원의 예외적인 재판권을 정한 헌법 제27조 제2항에 규정된 군용물에는 군사시설이 포함되지 않는다. 그렇다면 ‘군사시설 중 ‘전투용에 공하는 시설’을 손괴한 일반 국민이 항상 군사법원에서 재판받도록 하는 이 사건 법률조항은, … 헌법 제27조 제2항에 위반되고, 국민이 헌법과 법률이 정한 법원에 의한 재판을 받을 권리를 침해한다”고⁹⁵⁾ 판단하였다.

7) ‘법인의 인격권 침해’ 관련 위헌제청사건

헌법재판소와 국내 학계는 일반적 인격권에는 인격을 침해받지 않을 소극적 권리와 인격을 보호받을 적극적 권리가 포함된다고 본다.⁹⁶⁾ 일반적 인격권의 구체적인 내용으로는 명예권, 성명권, 초상권 등이 있다. 헌법재판소는 “자연인이든 법인이든 인격의 자유로운 발현을 위해 보호받아야 할 인격권”이라는 판시에서도 알 수 있듯이 법인의 인격권을 인정해왔다.⁹⁷⁾ 이러한 헌법재판소의 입장에 대해서는 다음과 같은 비판이 제기된다.

94) 헌법재판소 2015. 9. 24. 선고 2013헌가21 전원재판부 결정.
 95) 헌법재판소 2013. 11. 28. 선고 2012헌가10 전원재판부 결정.
 96) 성낙인, 『헌법학』 제17판, 1041면.
 97) 헌법재판소 1991. 4. 1. 선고 89헌마160 전원재판부 결정.

헌법상 원칙적으로 법인은 인격권의 주체가 될 수 없다. 그래서 일반적·추상적으로는 법인에게 헌법상 인격권이 적용되지 않는다. 오직 법인의 구성원의 기본권 보호를 위하여 혹은 그 존립 및 기능보호를 위하여 필요한 경우에 한하여 개별적·구체적으로 법인에게 확장되는 기본권적 보호가 있을 뿐이다. 그런 기본권적 보호가 민형사상으로 보장되는 법인의 인격적인 이익들의 보호와 유사할 수는 있다. 그러나 그것은 엄밀히 말해 자연인의 헌법상 인격권과 같은 것이라고 말할 수는 없을 것이다. 법인에게 인정되는 인격적인 이익들은 자연인과 같이 인간의 존엄성에 근거할 수 없기 때문이다. 실제로 법인이 자연인의 인격권과 유사하게 향유할 수 있는 법률상 보호되는 명예나 신용, 정체성을 나타내는 상징이나 상호에 대한 권리, 영업비밀의 보호나 언론사의 경향보호 등과 같은 단체의 자율성 등은 잘 살펴보면 재산권, 직업의 자유, 결사의 자유, 기타 종교, 학문, 언론 등 법인에게 적용되는 각종 행동의 자유에 부속하는 보호 이익으로 파악하는 것이 더 적절할 수 있다. 따라서 가능한 한 이와 같은 법인에 대한 기본권적 보호는 헌법상 인격권으로 파악하기보다 법인이 목적하고 향유하는 재산권 등의 개별기본권에 부속되는 기본권적 보호로 파악하는 것이 더 적절할 수 있다.⁹⁸⁾

인격권과 관련하여 법원은 언론사 등의 법인이 관계 규정을 위반한 데에 대하여 '사과 명령'을 내릴 수 있도록 한 법률조항이 해당 법인의 인격권을 침해하는지 여부가 의심스러워 이에 대한 위헌법률심판제청을 하였다. 예를 들어, 헌법재판소는 방송사업자가 심의규정을 위반한 경우 방송통신심의위원회의 심의를 거쳐 '시청자에 대한 사과'를 명할 수 있도록 규정한 「방송법」 제100조 제1항 제1호가 방송사의 인격권을 지나치게 침해한다고 결정하였다.⁹⁹⁾ 또한 언론사에 사과문 게재를 강제하는 「공직선거법」 제8조의3 제3항 등에 대해서도 헌법재판소는 다음과 같은 이유로 해당 조항이 언론사의 인격권을 침해한다고 판단하였다.

선거기사심의위원회의 사과문 게재 결정[은] ... 언론사 스스로 인정하거나 형성하지 아니한 윤리적·도의적 판단의 표시를 강제하는 것으로서 언론사가 가지는 인격권을 제한하는 정도가 매우 크다. 더욱이 이 사건 처벌 조항은 형사처벌을 통하여 그 실효성을 담보하고 있다. ... 언론에 대한 신뢰가 무엇보다 중요한 언론사에 대하여 그 사회적 신용이나 명예를 저하시키고 인격의 자유로운 발현을 저해함에 따라 발생하는 인격권

98) 김현귀, 『법인의 인격권』(헌법재판소 헌법재판연구원, 2015), 62-63면.

99) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2009헌가27 전원재판부 결정.

침해의 정도는 이 사건 법률조항들이 달성하려는 공익에 비해 결코 작다고 할 수 없다.
결국 이 사건 법률조항들은 언론사의 인격권을 침해하여 헌법에 위반된다.¹⁰⁰⁾

8) 보론: 「형법」 제269조 제1항 등 헌법불합치 결정

2019년 4월 11일 헌법재판소는 「형법」(제5057호) 제269조 제1항, 제270조 제1항 중 ‘의사’에 관한 부분이 모두 헌법에 합치되지 아니한다고 결정하였다.¹⁰¹⁾ 2020년 8월 법무부 산하 자문기구인 양성평등정책위원회는 「형법」 제27장 ‘낙태의 죄’ 전면 삭제를 권고한 바 있다. 그런데 2020년 10월 7일 법무부와 보건복지부는 낙태죄를 존치시켜 범죄화를 유지하고 예외적 허용 요건을 신설하는 형법 및 모자보건법의 개정법률안을 입법예고했다.¹⁰²⁾ 이 정부안은 헌법재판소의 헌법불합치 결정 취지보다 후퇴하여 여성의 결정과 자율성에 대한 존중이 아닌 임신중지의 처벌이라는 구시대적 관점으로 회귀한 것이며 국제인권법 및 기준에도 반하는 것이라는 비판을 받고 있다.¹⁰³⁾

유엔 사회권규약위원회는 ‘성과 재생산 건강권에 관한 일반논평 22(General Comment No.22 on the Right to sexual and reproductive health)’¹⁰⁴⁾를 통해 성과 재생산 건강에 대해 다음과 같은 기본 원칙을 제시하였다.

- 성과 재생산 건강의 이용가능성(availability): 필수적 의료에 광범위한 피임 방법을 포괄해야 한다. ex) 콘돔과 응급피임, 낙태 의료와 낙태 후 돌봄
- 성과 재생산 건강의 접근용이성(accessibility): 안전한 낙태와 낙태 후 돌봄에 관한 정보에 접근할 권리를 청소년을 포함 모든 개인과 집단이 가진다.

100) 헌법재판소 2015. 7. 30. 선고 2013헌가8 전원재판부 결정.
101) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정.
102) 입법예고안에 따르면 낙태죄 조문은 유지되며 신설 조항에서 일정 경우에만 위법성을 조각시킨다. 신설 조항은 임신 14주까지는 임신중지를 허용하고, 이후 24주는 ‘사회적·경제적 사유’ 등 일정한 사유가 있을 때에만 임신중지를 제한적으로 허용한다. ‘사회적·경제적 사유’로 인한 임신중지의 경우 상담 이후 24시간이 지나야 임신중지가 가능하다. 이에 더하여 모자보건법에는 임신중지시술에 대한 의사와 진료 거부권을 명시하고 미성년자의 경우 동의 요건을 규정했다.
103) 한국여성단체연합, [성명] “[‘낙태죄’ 정부 개정안 입법 예고에 부처] 여성의 목소리와 현실을 삭제하고 실질적 ‘처벌’로 여성인권의 퇴행을 선택한 문재인 정부를 강력히 규탄한다”, 2020. 10. 7(<http://women21.or.kr/statement/17285>, 최종접속일 2020. 11. 1.).
104) Committee on Economic, Social and Cultural Rights, “General Comment No.22 (2016) on the Right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)”, 4 March 2016. E./C.12/GC/22.

- 성과 재생산 건강의 질(quality) 관리: 성과 재생산 건강 서비스의 제공해야 한다. 특히 과학기술의 발전과 혁신을 포괄하지 못하거나 거부하는 것이 질 관리를 위해 룹게 할 수 있는 예로서 낙태 의료 서비스를 명시하고 있다.
- 성과 재생산 건강권은 단지 경제·사회·문화적 권리가 아니라 시민·정치적 권리와도 직결된다.¹⁰⁵⁾
- 국가는 의도하지 않은 임신과 안전하지 않은 낙태를 예방하기 위해 법과 정책적 수단을 강구해야 한다. 여기에는 규제적 낙태 법률을 완화할 것을 포함한다.
- 국가는 성과 재생산 건강에 차별을 없애고 평등한 권리를 보장할 의무를 진다.

2017헌바127 헌법소원 사건 청구인은 산부인과 의사로서, 2013. 11. 1. 경부터 2015. 7. 3. 경까지 69회에 걸쳐서 임신부들의 부탁이나 승낙을 받고 낙태를 하였다는 사실로 「형법」 제269조 제1항 업무상 낙태죄 위반으로 기소되었다. 이에 대하여 청구인은 법원에 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2017년 1월 25일 그 신청이 기각되자 2017. 2. 8. 위 조항들의 위헌확인을 구하는 헌법소원을 청구하였다. 만약 법원이 성과 재생산 건강에 관한 국제인권법 및 기준을 적극 검토하였다면 청구인의 신청을 인용하였을 수도 있었을 것이다. 더욱이 이 사건에서 헌법재판소는 다음과 같이 형사법원도 충분히 고려할 수 있는 현실적 근거들을 바탕으로 비례성을 심사하였다.

2019년 헌법불합치 결정은 「형법」 제269조 및 제270조 규정이 태아의 생명보호 목적에 비추어 정당하며 낙태를 방지하기 위해 임신한 여성에 대한 형사처벌 입법 목적을 달성하는 데 적합한 수단으로 보았다는 점(입법목적의 정당성 및 수단의 적합성 인정)에서는 2012년 합헌결정과 동일한 태도를 취하고 있다. 그러나 2012년 합헌결정과 의 결정적 차이는 「형법」상 낙태죄가 입법목적 달성을 위한 필요한 최소한의 정도를 넘어 임신한 여성의 자기결정권을 과도하게 제한하고 보호법익과 제한되는 기본권 간 균형이 깨졌기에 과잉금지원칙을 위반하였다고 본 데 있다.

특히, 임신기간 전체 모든 낙태에 대한 전면적·일률적 금지는 여성에게 부담이 될 수 있음을 인정하였는데, 구체적으로, 모자보건법이 정한 일정한 예외에 해당하지 않는 한 태아의 발달단계 혹은 독자적 생존능력을 고려하지 않으며, 임신한 여성에게

105) 가령, 응급 산과 서비스가 부족하거나 낙태를 거부하는 것이 종종 모성 사망과 이환율로 이어지면서 이것이 생명이나 안전할 권리를 침해하고 특정 경우 고문이나 가혹 행위 또는 비인도적이거나 경멸적인 처우에 이를 수도 있음을 지적하고 있다.

임신유지에 따른 신체적, 정신적 부담 및 출산과정에 내재한 신체 내지 생명에 대한 위험, 출산결과로서 모자관계 형성을 강제하는 것이 여성에게 상당히 부담이 될 수 있음을 인정하였다. 나아가 이 결정은 낙태의 범죄화가 낙태회피요인으로 작동하지 않으며, 2006년부터 2013년까지 여성에 대한 낙태죄 기소 건수도 10건 이하로 사실상 사문화된 조항이라는 실태조사 결과를 참조하여, 다양하고 광범위한 사회적, 경제적 사유로 인한 낙태 갈등 상황이 「모자보건법」상 자기낙태 위법성 조각하는 정당화 사유로 고려되지 않고 있음을 지적하였다.

다. ‘죄형법정주의 등 위배’ 여부에 관한 위헌법률심판제청사건

1) ‘죄형법정주의’ 관련 위헌제청사건

가) ‘명확성의 원칙’ 관련 위헌제청사건

앞서 살펴본 바와 같이 처벌조항이 죄형법정주의의 파생원칙 중 ‘명확성의 원칙’을 위배하는지 여부는 법원이 위헌법률심판제청을 하는 주요 쟁점이다. 명확성의 원칙 위배 여부가 문제되는 사건으로는 처벌조항이 구성요건의 구체적인 내용을 ‘정관’에 위임한 경우와 구성요건 중 ‘공중도덕’, ‘중요한 사항’, ‘필요한 사항’과 같이 그 구체적인 의미를 알기 어려운 경우가 대표적인 예라고 할 수 있다. 아래에서는 각각의 사건을 살펴보자.

구 「새마을금고법」 제85조 제3항과 같이 선거운동 목적의 호별방문 행위를 금지하는 기간을 새마을금고의 정관으로 정하도록 한 경우 법원은 해당 조항이 명확성의 원칙에 위배되는지 여부에 관하여 위헌법률심판제청을 하였다. 이에 헌법재판소는 “정관은 법인의 조직과 활동에 관하여 단체 내부에서 자율적으로 정한 자치규범으로서, 대내적으로만 효력을 가질 뿐 대외적으로 제3자를 구속하지는 않는 것이 원칙이고, … 심판대상조항은 형사처벌과 관련되는 주요사항을 … 특수법인의 정관에 위임하고 있는데, 이는 사실상 그 정관 작성권자에게 처벌법규의 내용을 형성할 권한을 준 것이나 다름없고, 수범자는 호별방문 등이 금지되는 기간이 구체적으로 언제인지 예측할 수 없으므로 죄형법정주의에 위배된다”고¹⁰⁶⁾ 판단하였다.

106) 헌법재판소 2019. 5. 30. 선고 2018헌가12 전원재판부 결정. 참고로 구 중소기업협동조합법

법률조항에 명문으로 규정된 구성요건 자체가 불명확한 경우에도 법원은 해당 조항이 명확성의 원칙에 위배되는지 여부에 관하여 위헌법률심판제청을 하였다.

첫째, “공중도덕상 유해한 업무에 취업시킬 목적으로 근로자를 파견한 사람을 형사 처벌하도록 규정한 구 파견근로자보호 등에 관한 법률 규정 중 ‘공중도덕상 유해한 업무’ 부분에 대해서 헌법재판소는 “‘공중도덕(公衆道徳)’은 시대상황, 사회가 추구하는 가치 및 관습 등 시간적·공간적 배경에 따라 그 내용이 얼마든지 변할 수 있는 규범적 개념이므로 ‘공중도덕’이라는 문언만으로는 그 구체적인 내용을 파악하기 어렵고, ‘심판대상조항의 입법목적, 파견법의 체계, 관련조항 등을 모두 종합하여 보더라도 ‘공중도덕상 유해한 업무’의 내용을 명확히 알 수 없[기]” 때문에 해당 부분은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다고 판단하였다.¹⁰⁷⁾

둘째, “여러 사람의 눈에 뜨이는 곳에서 공공연하게 알몸을 지나치게 내놓거나 가려야 할 곳을 내놓아 다른 사람에게 부끄러운 느낌이나 불쾌감을 준 사람”을 처벌하는 경범죄처벌법 규정에 대해서 헌법재판소는 “심판대상조항의 불명확성을 해소하기 위해 노출이 허용되지 않는 신체부위를 예시적으로 열거하거나 구체적으로 특정하여 분명하게 규정하는 것이 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란하지도 않다”고 보아 심판대상조항이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다고 판단하였다.¹⁰⁸⁾

셋째, 재개발시행조합 등으로 하여금 중요한 회의를 속기록·녹음·녹화 등으로 기록하도록 하고, 이를 위반한 경우 조합임직원 등을 처벌하는 내용의 구 「도시 및 주거환경정비법」 제86조 제7호 중 ‘중요한 회의’ 부분에 대해서 헌법재판소는 “조합의 어떤 회의체기관의 회의가 중요한 ‘회의’에 해당하는지 명시하지 않았고, … 이 사건 법률조항은 범죄의 구성요건을 지나치게 추상적이고 모호하게 규정함으로써 통상의 판단능력을 가진 국민이 무엇이 금지되는지를 예견하기 어렵게 하여 죄형법정주의의 명확성원칙을 위반하였다”고¹⁰⁹⁾ 판단하였다.

넷째, 산업재해발생에 관한 보고를 하지 않는 경우를 처벌하는 구 「산업안전보건법」 제69조 제1호 중 제10조 제1항이 그 보고의 대상을 “이 법 또는 이 법에 의한 명령의

제137조 제2항에 관한 위헌제청사건에서도 동일한 논거로 위헌 결정이 났다(헌법재판소 2016. 11. 24. 선고 2015헌가29 전원재판부 결정).

107) 헌법재판소 2016. 11. 24. 선고 2015헌가23 전원재판부 결정.

108) 헌법재판소 2016. 11. 24. 선고 2016헌가3 전원재판부 결정.

109) 헌법재판소 2011. 10. 25. 선고 2010헌가29 전원재판부 결정.

시행을 위하여 필요한 사항”이라고 정한 부분에 대해서 헌법재판소는 “의미범위가 명확하지 아니하여 수범자로 하여금 그 내용을 예측하여 자신의 행위를 결정하기 어렵게 하고 있으므로, 죄형법정주의에서 요구하는 명확성의 원칙에 위배[되고] … ‘보고내용’에 관하여 그 대강이 확정되지 않은 상태에서 그 규범의 실질을 모두 하위법령인 노동부령에 위임한 것은 포괄적 위임입법으로서 헌법 제75조의 포괄위임입법금지원칙에 위반된다”고¹¹⁰⁾ 판단하였다.

나) ‘포괄입법금지 원칙’ 관련 위헌제청사건

포괄입법금지 원칙은 죄형법정주의의 명확성의 원칙과 관련성이 깊다. 헌법재판소는 “형벌법규가 구성요건의 일부를 하위법령에 위임하고 이러한 위임형식의 위헌성이 문제되는 경우에는 죄형법정주의뿐만 아니라 위임입법의 한계, 즉 포괄위임입법금지 원칙 역시 문제가 [되고] … 죄형법정주의 원칙은 위임이 헌법적 한계를 준수하였는지 여부에 대한 심사와 함께 판단될 수 있다. 다만 헌법이 죄형법정주의를 정하고 있는 취지를 고려하여 위임입법이 허용되는 요건과 범위를 보다 엄격하고 제한적으로 적용하여야 한다”고¹¹¹⁾ 설시함으로써 죄형법정주의의 명확성의 원칙과 포괄입법금지 원칙의 관계를 밝힌 바 있다. 헌법재판소는 이러한 입장에서, ‘식품접객영업자 등 대통령령으로 정하는 영업자’는 ‘영업의 위생관리와 질서유지, 국민의 보건위생 증진을 위하여 총리령으로 정하는 사항’을 지켜야 한다고 규정한 구 「식품위생법」 제97조 제6호가 “수범자와 준수사항을 모두 하위법령에 위임하면서도 위임될 내용에 대해 구체화하고 있지 아니하여 그 내용들을 전혀 예측할 수 없게 하고 있으므로, 포괄위임금지원칙에 위반된다”고¹¹²⁾ 판단하였다.

그런데 포괄위임금지 원칙 위반 여부가 문제되는 법률조항에 대한 위헌법률심판제청사건에서는 해당 법률의 수범자가 해당 법률이 정하는 의무 사항의 내용을 예측할 수 있는지 여부를 두고 의견이 갈리는 경우가 흔하다. 예를 들어, 보건복지부령으로 정하는 바에 따른 의약품 등의 유통 체계 확립과 판매 질서 유지에 필요한 사항을 위반한 약국개설자 등을 형사처벌하는 구 「약사법」 제95조 제1항 제8호에 관한 위헌

110) 헌법재판소 2010. 2. 25. 선고 2008헌가6 전원재판부 결정.

111) 헌법재판소 2015. 7. 30. 선고 2013헌바416 전원재판부 결정.

112) 헌법재판소 2016. 11. 24. 선고 2014헌가6, 2015헌가26(병합) 전원재판부 결정.

제청사건이나¹¹³⁾ 보건복지가족부령이 정하는 식품접객영업자의 준수사항을 지키지 아니한 자를 처벌하는 구 「식품위생법」 제77조 제5호 중 “제31조 제1항의 규정에 의한 영업자가 지켜야 할 사항을 지키지 아니한 자” 부분에 관한 위헌제청사건에서¹¹⁴⁾ 헌법재판소는 합헌 결정을 내렸지만, 각 사건에서 재판관 5인은 규정 내용에 대한 예측 가능성이 낮음을 이유로 위헌 의견을 제시한 바 있다.

다) ‘형벌불소급의 원칙’ 관련 위헌제청사건

법률조항이 죄형법정주의 파생원칙 중 ‘형벌불소급의 원칙’이 위배되는지 여부가 다투어지는 위헌법률심판제청사건에서는 형벌에 관한 조항보다는 보안처분에 관한 조항이 문제되는 경우가 있었다. 「특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착등에 관한 법률」 부칙(법률 제9112호, 2008. 6. 13.) 제2조 제1항은 전자장치 위치추적 감시제도가 처음 시행될 때 부착명령 대상에서 제외되었던 “2008. 9. 1. 이전에 제1심 판결을 선고받아 이 법 시행 당시 … 징역형 등의 집행 중이거나 집행이 종료, 가중료·가출소·가석방 또는 면제된 후 3년이 경과하지 아니한 사람”에 대하여도 위치추적 전자장치를 부착할 수 있도록 규정하였다. 이 부분에 대한 위헌법률심판제청사건에 대해서 헌법재판소는 합헌 결정을 내린 바 있다. 그런데 이 사건에서 재판관 5인은 이 부분이 “이미 자신의 범죄행위로 인한 형사제재가 종료되었다는 신뢰를 보호하기 위한 어떠한 절차도 마련하지 아니하였다는 점에서 피해의 최소성원칙에 반할 뿐 아니라, … 이 사건 부칙조항이 그대로 적용되는 경우 … 사생활의 비밀과 자유, 자기 정보결정권 등에 심각한 제한을 받게 된다는 점을 고려할 때, 형 집행 종료자의 입장에서는 이미 종료된 것으로 신뢰한 과거 범죄행위에 대한 형사적 제재를 다시 받게 되는 것에 다름없다”¹¹⁵⁾ 위헌 의견을 제시하였다.

2) ‘적법절차의 원칙’ 관련 위헌제청사건

「헌법」 제12조 제3항은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시해야 한다. 다만, 현행범인인

113) 헌법재판소 2013. 8. 29. 선고 2012헌가12, 2012헌바98, 2013헌가11(병합) 전원재판부 결정.

114) 헌법재판소 2010. 3. 25. 선고 2008헌가5 전원재판부 결정.

115) 헌법재판소 2012. 12. 27. 선고 2010헌가82, 2011헌바393(병합) 전원재판부 결정.

경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다”고 규정함으로써 적법절차의 원칙으로서 영장주의를 선언하고 있다. 영장주의는 법관이 발부한 영장 없이는 사람의 신체 및 의사의 자유나 사람의 물(物)에 대한 각 개인의 지배에 제한을 가하는 강제처분을 할 수 없게 함으로써 강제처분의 남용으로 인한 인권 침해를 방지하는 것이 그 취지이다. 「형사소송법」 제73조 및 제201조도 영장주의에 따라 피고인과 피의자의 구속에 관하여는 영장의 발부를 요건으로 하고 있다. 다만, 현행범인의 체포(「형사소송법」 제212조)와 긴급체포(「형사소송법」 제200조의3)의 경우에는 사후에 구속영장을 발부받으면 된다. 한편 법원의 대물적 강제처분에는 영장주의의 예외가 인정되는 경우가 많다(「형사소송법」 제108조, 「형사소송법」 제215조 등). 디지털 기술 활용이 일상이 되고 있는 요즘 통신장치이며 동시에 저장 및 검색장치이기도 한 스마트폰에 대한 압수·수색이 새로운 쟁점으로 부각되고 있다.¹¹⁶⁾

2011년 법원은 국가보안법위반죄 등 일부 범죄혐의자를 법관의 영장 없이 구속, 압수, 수색할 수 있도록 규정하고 있던 「구 인신구속 등에 관한 임시 특례법」 제2조 제1항이 영장주의에 위배되는지 여부에 관하여 위헌법률심판제청을 하였다. 이에 헌법재판소는 “이 사건 법률조항은 수사기관이 법관에 의하여 발부된 영장 없이 일부 범죄 혐의자에 대하여 구속 등 강제처분을 할 수 있도록 규정하고 있을 뿐만 아니라, 그와 같이 영장 없이 이루어진 강제처분에 대하여 일정한 기간 내에 법관에 의한 사후영장을 발부받도록 하는 규정도 마련하지 아니함으로써, 수사기관이 법관에 의한 구체적 판단을 전혀 거치지 않고서도 임의로 불특정한 기간 동안 피의자에 대한 구속 등 강제처분을 할 수 있도록 하고 있는바, 이는 이 사건 법률조항의 입법목적과 그에 따른 입법자의 정책적 선택이 자의적이었는지 여부를 따질 필요도 없이 형식적으로 영장주의의 본질을 침해한다고 하지 않을 수 없다”고¹¹⁷⁾ 판단하였다.

한편 같은 해 법원은 법원의 구속집행정지결정에 대하여 검사가 즉시항고할 수 있도록 한 「형사소송법」 제101조 제3항이 영장주의 및 적법절차원칙에 위배되는지

116) 이숙연, “(서초포럼)디지털시대의 영장주의”, 『법률신문』 2019. 8. 22.자 오피니언(<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Opinion/Legal-Opinion-View?serial=155184&kind=BA10&key=>, 최종 접속일 2020. 11. 1.).

117) 헌법재판소 2012. 12. 27. 선고 2011헌가5 전원재판부 결정.

여부에 관해서도 위헌법률심판제청을 하였다. 이에 대하여 헌법재판소는 “사실상 법원의 구속집행정지결정을 무의미하게 할 수 있는 권한을 검사에게 부여한 것이라는 점에서 헌법 제12조 제3항의 영장주의원칙에 위배된다. 또한 … 이 사건 법률조항은 헌법 제12조 제1항의 적법절차원칙에도 위배된다. … 구속집행정지결정 자체를 무력화시키는 방법보다 덜 침해적인 방법에 의해서는 그 목적을 전혀 달성할 수 없다고 보기 어렵다는 점을 고려할 때 구속집행정지결정에 대하여 즉시항고권을 인정하는 것은 피해의 최소성을 갖춘 것이라고 할 수 없다. … 구속의 집행정지 사유들은 한시적인 경우가 많아 그 시기를 놓치게 되면 피고인에게 집행정지의 의미가 없어지게 되는 점 등을 종합해 보면, 이 사건 법률조항이 법익의 균형성을 갖춘 것이라고 보기도 어렵다”고¹¹⁸⁾ 판단하였다.

3) ‘형벌에 관한 책임주의’ 관련 위헌제청사건

‘책임 없는 자에게 형벌을 부과할 수 없다’는 형벌에 관한 책임주의는 “형벌에 관한 헌법상 원칙, 즉 법치주의와 죄형법정주의로부터 도출된다”는 비례원칙의 한 내용으로 이해된다.¹¹⁹⁾ 또한 “형벌에 관한 책임주의는 형사법의 기본원리로서, 헌법상 법치 국가의 원리에 내재하는 원리인 동시에, 국민 누구나 인간으로서의 존엄과 가치를 가지고 스스로의 책임에 따라 자신의 행동을 결정할 것을 보장하고 있는 헌법 제10조의 취지로부터 도출되는 원리이다.”¹²⁰⁾

앞서 살펴본 바와 같이 2010년대에 제기된 위헌법률심판제청사건 중 처벌조항이 책임주의에 위배되는지 여부에 관한 사건은 ‘양벌규정’에 집중되었다(위헌 결정 49건). 2007년 11월 29일 헌법재판소는 개인 영업주 처벌 관련 양벌규정이었던 「보건범죄단속에 관한 특별조치법」 제6조에 대한 위헌결정¹²¹⁾ 이후 일관적으로 면책규정 없는 양벌규정을 위헌으로 결정하였다. 법인 처벌 관련 양벌규정에 대해서는 2009년 7월 30일 「사행행위 등 규제 및 처벌특례법」 제31조 위헌결정¹²²⁾ 이후 총 39건의 위헌 결정을 내렸다.

118) 헌법재판소 2012. 6. 27. 선고 2011헌가36 전원재판부 결정.

119) 헌법재판소 2009. 7. 30. 선고 2008헌가16 전원재판부 결정.

120) 헌법재판소 2007. 11. 29. 선고 2005헌가10 전원재판부 결정.

121) 헌법재판소 2007. 11. 29. 선고 2005헌가10 전원재판부 결정.

122) 헌법재판소 2009. 7. 30. 선고 2008헌가14 전원재판부 결정.

위헌법률심판제청의 대상인 된 양벌규정은 대체로 종업원 등이 법을 위반하여 업무를 수행한 경우 그 종업원을 고용한 법인에 대해서도 벌금형을 부과하는 것을 내용으로 하고 있다. 예를 들어, 양벌규정이었던 구 「폐기물관리법」 제67조 제1항이나 구 「식품위생법」 제79조에 대해서 헌법재판소는 “종업원 등의 범죄행위에 관하여 비난할 근거가 되는 법인의 의사결정 및 행위구조, 즉 종업원 등이 저지른 행위의 결과에 대한 법인의 독자적인 책임에 관하여는 전혀 규정하지 않은 채, 단순히 법인이 고용한 종업원 등이 업무에 관하여 범죄행위를 하였다는 이유만으로 법인에 대하여 형사처벌을 과하고 있는 것은 다른 사람의 범죄에 대하여 그 책임 유무를 묻지 않고 형벌을 부과하는 것으로서, 헌법상 법치국가의 원리 및 죄형법정주의로부터 도출되는 책임주의 원칙에 반하여 헌법에 위반된다”고¹²³⁾ 판단하였다.

양벌규정 외에 위법행위에 대해서 일률적인 엄벌을 규정한 법률조항도 책임주의를 위반하였는지 여부가 문제된다. 예를 들어, “기부행위 금지규정에 위반하여 지역농협의 임원 선거 후보자 등으로부터 금전·물품, 그 밖의 재산상의 이익을 제공받은 자에게 일률적으로 제공받은 금액 또는 가액의 50배에 상당하는 금액을 과태료로 부과하는” 구 「농업협동조합법」 제174조 제4항에 대한 위헌법률심판제청사건에서, 헌법재판소는 해당 조항이 “구체적, 개별적 사정을 고려하지 않고 오로지 기부받은 물품 등의 가액만을 기준으로 하여 일률적으로 정해진 액수의 과태료를 부과한다는 것은 구체적 위반행위의 책임 정도에 상응한 제재가 되기 어렵다”고¹²⁴⁾ 판단하였다. 아울러 헌법재판소는 “과태료의 액수를 ‘50배’가 아니라 ‘50배 이하’로 정하는 등 보다 완화된 형식의 입법수단을 통하여도 가능한 것이므로, 이 사건 심판대상조항은 그의무위반행위에 대하여 부과되는 과태료의 기준 및 액수가 책임원칙에 부합되지 않게 획일적일 뿐만 아니라 지나치게 과중하여 입법목적 달성에 필요한 정도를 일탈함으로써 과잉금지원칙에 위반된다”고¹²⁵⁾ 판단하였다.

한편 법원은 “독립행위가 경합하여 상해의 결과를 발생하게 한 경우 원인된 행위가 판명되지 아니한 때에는 공동정범의 예에 의”하도록 규정한 「형법」 제263조가 책임주

123) 헌법재판소 2011. 6. 30. 선고 2010헌가99, 2011헌가2·11(병합) 전원재판부 결정 [구 폐기물관리법 제67조 제1항 위헌제청]; 헌법재판소 2011. 5. 26. 선고 2011헌가16 전원재판부 결정 [구 식품위생법 제79조 위헌제청].

124) 헌법재판소 2011. 6. 30. 선고 2010헌가86 전원재판부 결정.

125) 헌법재판소 2011. 6. 30. 선고 2010헌가86 전원재판부 결정.

의원칙에 위반되는지 여부에 대해 위헌법률심판제청을 하였다. 이 사건에서 헌법재판소는 합헌 결정을 내렸지만, 재판관 5인은 “수사권을 가진 검사도 입증할 수 없는 상황에서 수사권도 없는 피고인에게 인과관계를 입증하여 상해의 결과에 대한 책임에서 벗어나라고 하는 것은 사실상 불가능한 것을 요구하는 것이다. … 상해의 결과에 대해 책임이 없는 사람도 원인행위가 판명되지 않는다는 이유로 자신의 행위에 대한 책임 이상의 처벌을 받게 되는 것을 의미한다. 이러한 점을 모두 고려하여 보면, 심판대상조항은 법치주의와 헌법 제10조의 취지로부터 도출되는 책임주의원칙에 반한다”는¹²⁶⁾ 위헌 의견을 제시하였다.

4) ‘평등의 원칙’ 관련 위헌제청사건

“일반적으로 평등원칙은 본질적으로 같은 것은 같게, 본질적으로 다른 것은 다르게 취급할 것을 요구하는 것으로서, 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 배제하는 상대적 평등을 뜻한다 할 것이므로 합리적 근거가 있는 차별은 평등원칙에 반하는 것이 아니다.”¹²⁷⁾ 형사법과 관련하여 평등원칙이 문제되는 사안으로는 ‘형벌 체계상 균형성’을 상실한 처벌조항이나 ‘시혜적 내용’의 특례 조항의 적용 대상 등을 들 수 있다.

가) ‘형벌 체계상 균형성’ 관련 위헌제청사건

법원은 특정 처벌조항의 법정형이 과중한 경우 책임주의 위반 여부뿐만 아니라 해당 법정형을 유사한 범죄행위에 대한 법정형과의 관계에서 균형성 상실 여부를 이유로 위헌법률심판제청을 한다. 이에 헌법재판소는 법원의 제청 이유를 살펴 해당 처벌조항의 법정형이 유사한 범죄행위에 대한 법정형과의 관계에서 균형성이 현저히 상실한 경우 평등의 원칙에 위반됨을 이유로 위헌을 선언한다. 밀수입 예비행위를 본죄에 준하여 처벌하도록 하고 있는 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제6조 제7항에 대한 위헌법률심판제청사건에서 헌법재판소는 “아직 실행의 착수조차 이르지 아니한 … 예비행위를 본죄에 준하여 처벌하도록 하고 있는 [특정범죄 가중처벌

126) 헌법재판소 2018. 3. 29. 선고 2017헌가10 전원재판부 결정.

127) 헌법재판소 2015. 7. 30. 선고 2014헌가7 전원재판부 결정.

등에 관한 법률 제6조 제7항은 … 구체적 행위의 개별성과 고유성을 고려한 양형판단의 가능성을 배제하는 가혹한 형벌로서 책임과 형벌 사이의 비례성의 원칙에 위배된다”고 판단하면서 동시에 “밀수입 예비죄보다 불법성과 책임이 결코 가볍다고 볼 수 없는 내란, 내란목적살인, 외환유치, 여적 예비죄나 살인 예비죄의 법정형이 심판대상 조항이 적용되는 밀수입 예비죄보다 도리어 가볍다는 점에 비추어 보면, … 심판대상 조항은 형벌체계의 균형성에 반하여 헌법상 평등원칙에 어긋난다”고¹²⁸⁾ 판단하였다.

또한 형벌체계상 균형성 상실 여부가 문제되는 사건에서 특별형법과 형법 조항 중 선택적 적용이 가능하다는 사정도 헌법상 평등원칙 위반의 근거가 된다. 구 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 제3조 제1항(폭행)에 관한 위헌법률심판제청사건에서 헌법재판소는 사건법률조항과 「형법」 제261조 중 “어느 조항이 적용되는지에 따라 피고인에게 벌금형이 선고될 수 있는지 여부가 달라지고, 징역형의 하한을 기준으로 최대 6배에 이르는 심각한 형의 불균형이 발생한다”고 전제하고, 심판대상인 폭행죄 조항은 “가중적 구성요건의 표지가 전혀 없이 법적용을 오로지 검사의 기소재량에만 맡기고 있으므로 … 결과적으로 국민의 불이익으로 돌아올 수밖에” 없으며 “법집행기관이 이러한 사정을 피의자나 피고인의 자백을 유도하거나 상소를 포기하도록 하는 수단으로 악용할 소지도 있”기 때문에 이 조항은 “형벌체계상의 정당성과 균형을 잃은 것이 명백하므로” 그 내용에 있어서 평등원칙에 위배된다고 판단하였다.¹²⁹⁾ 헌법재판소는 형법상의 범죄와 똑같은 구성요건을 규정하면서 법정형만 상향 조정한 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제5조의4 제1항에 대해서도 동일한 근거로 위헌성을 확인하였다.¹³⁰⁾

나) ‘시혜적 입법’ 관련 위헌제청사건

시혜적 입법과 관련한 위헌제청사건으로는 ‘소년법 중 형의 집행이 종료되거나 면제된 자에 한하여’ 자격에 관한 법령의 적용에 있어 장애에 향하여 형의 선고를 받지 아니한 것으로 본다고 규정한 구 「소년법」 제67조에 대한 위헌제청사건을 들 수 있다. 이 사건에서 헌법재판소는 구 「소년법」에는 집행유예를 선고받은 경우에

128) 헌법재판소 2019. 2. 28. 선고 2016헌가13 전원재판부 결정.

129) 헌법재판소 2015. 9. 24. 선고 2015헌가17 전원재판부 결정.

130) 헌법재판소 2015. 2. 26. 선고 2014헌가16·19·23(병합) 전원재판부 결정.

대해서 이와 같은 특례조항이 없기 때문에 법원의 실무례에 따라 대개 실형의 2배로 정해지는 집행유예 기간 동안, 즉 실형보다 오히려 긴 기간 동안 공무원 임용 등 자격을 제한하게 되어 범죄에 대한 책임과 자격의 제한 간 비례성이 깨질 가능성이 높고, “더욱이 집행유예 기간을 경과한 자의 경우에는 원칙적으로 형의 선고에 의한 법적 효과가 장래를 향하여 소멸하고 향후 자격제한 등의 불이익을 받지 아니함에도, 이 사건 구법 조항에 따르면 집행유예를 선고받은 자의 자격제한을 완화하지 아니하여 집행유예 기간이 경과한 경우에도 그 후 일정 기간 자격제한을 받게 되었으므로, 명백히 자의적인 차별에 해당하여 평등원칙에 위반된다”고¹³¹⁾ 판시하였다.

제2절 | 대법원 전원합의체 판결 등 분석

이 절에서는 형사사건에서 대법원이 판결 및 결정을 통해 국민의 기본권 보장을 위해 어떤 노력을 기울였는지 알아보기 위해 형사사건에 관한 대법원의 전원합의체 판결(또는 결정)을 살펴보았다. 이를 위해 최근 10년(2010. 1.~2020. 9. 10년 9개월) 간 선고된 대법원 전원합의체 판결을 분류하고 그 내용을 분석하고 유형화하였다.

대법원 전원합의체 판결은 다음과 같은 경우에 내려진다. 「법원조직법」 제7조 제1항 본문은 대법원의 심판권은 대법원장이 재판장이 되는, 대법관 전원의 3분의 2 이상의 합의체에서 행사한다는 원칙을 밝히고, 단서에서 만장일치를 조건으로 대법관 3인 이상으로 구성된 부(部)에서의 심리를 허용한다. 동조 동항 제3호는 “종전에 대법원에서 판시(判示)한 헌법·법률·명령 또는 규칙의 해석 적용에 관한 의견을 변경할 필요가 있다고 인정하는 경우”에는 “대법관 3명 이상으로 구성된 부(部)에서 먼저 사건을 심리(審理)하여 의견이 일치한 경우”라도 전원합의체에서 심리하도록 규정하고 있다. 또한 「대법원 전원합의체의 심리절차에 관한 내규」 제2조 제4항은 「법원조직법」 제7조 제1항 제4호의 “부에서 재판하는 것이 적당하지 아니하다고 인정하는 경우”에 해당하는 사유를 다음과 같이 열거하고 어느 하나에 해당하는 경우 전원합의

131) 헌법재판소 2018. 1. 25. 선고 2017헌가7·12·13(병합) 전원재판부 결정.

체에서 심리하도록 규정하고 있다.

1. 중대한 공공의 이해관계와 관련되거나 국민적 관심도가 매우 높은 사건
2. 우리 사회의 근본적 가치에 관한 결단을 제시할 만한 사건
3. 사회적 이해충돌과 갈등대립 등을 해소하기 위한 최종 판단이 필요한 사건
4. 역사적으로 사법적 평가가 필요한 쟁점을 다루는 사건
5. 중요한 일반적 법 원칙을 강조하여 선언할 필요가 있는 사건
6. 그 밖에 제1호부터 제5호까지에 준하는 사건

한편 내규 제2조 제6항은 “제1항부터 제4항까지의 규정에 의하여 전원합의체일이 지정된 사건은 간략한 사안의 개요와 쟁점을 인터넷 홈페이지 등을 통하여 공개할 수 있다”고 규정한다.

1. 최근 10년 대법원 전원합의체 판결 등 개관

〈표 3-2-1〉에서 알 수 있듯이 최근 10년 간 대법원 전원합의체는 형사사건에서 54건의 판결과 8건의 결정을 내렸다. 54건의 판결 중 인용된 사건(파기환송 또는 파기자판)은 23건(42.6%)이었고, 이 중 검사 단독 상고 사건이 5건, 피고인 단독 상고 사건이 10건이었다. 한편 상고가 기각된 사건은 31건(57.4%)이었고, 이 중 검사 단독 상고 사건이 9건, 피고인 단독 상고 사건이 15건이었다.

▶▶▶ [표 3-2-1] 최근 10년(2010. 1.~2020. 9.) 대법원 전원합의체 판결 등(형사사건) 분류

	전원합의체판결	전원합의체결정	소계
전체 건수	54건	8건	62건
인용건수 (파기환송·자판 등)	23건 (검사 단독 상고 5건, 피고인 단독 상고 10건)	4건*	27건
기각건수	31건 (검사 단독 상고 9건, 피고인 단독 상고 15건)	4건	35건

* 형사보상 인정, 재항고 인용, 재심 결정, 재판권 인정.

출처: 법률종합정보 홈페이지(<https://glaw.scourt.go.kr>) 검색 기능을 활용하여 수집.

총 62건의 전원합의체판결 등 중 “종전에 대법원에서 판시한 헌법·법률·명령 또는 규칙의 해석 적용에 관한 의견”을 변경한 사건은 18건(판결 15건, 결정 3건)이었다. <표 3-2-2>에서 알 수 있듯이, 이전 판례를 변경한 사건에서 다루어졌던 쟁점은 ① 범죄의 구성요건요소 해당성 판단 기준, ② 증언거부에 따른 효과, ③ 재심판결의 기판력 범위, ④ 군사법원의 재판권 범위, ⑤ 재심개시결정의 효력, ⑥ 국선변호인 귀책으로 항소이유서가 미제출된 경우 법원의 조치, ⑦ 이적표현물에 관한 죄의 증명 책임으로 다양했다. 범죄의 구성요건요소 해당성 판단 기준이 쟁점이 됐던 사건에서는, ‘부부간 성립 여부’, ‘파업으로 인한 업무방해 성립 여부’, ‘양심적 병역거부의 정당한 사유’, ‘금지된 선거운동의 범위’, 배임죄에서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’, 사기죄에서 ‘처분 의사’, 횡령죄에서 ‘명의수탁자의 처분’과 ‘보관 위탁자의 처분’, 배임죄의 기수 판단 기준이 다루어졌다. 그리고 증언 거부시 ‘검찰 진술조서의 증거능력’이 부정되었고, 증인이 증언거부사유가 있음에도 증언거부권 고지 받지 못한 경우 허위 진술을 하더라도 위증죄 성립이 부정되었다.

▶▶▶ [표 3-2-2] 최근 10년(2010. 1.~2020. 9.) 전원합의체판결(형사사건) 중 판례 변경

1	대법원 2020. 6. 18. 선고 2019도14340 전원합의체 판결 (부동산 이중저당 사건) 채무자가 금전채무를 담보하기 위한 저당권설정계약에 따라 채권자에게 그 소유의 부동산에 관하여 저당권을 설정할 의무를 부담하게 된 경우, 채권자에 대한 관계에서 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당하지 않음
2	대법원 2020. 2. 20. 선고 2019도9756 전원합의체 판결 (동산을 양도담보로 제공한 채무자가 제3자에게 피담보 동산을 처분한 사건) 채무자가 금전채무를 담보하기 위하여 그 소유의 동산을 채권자에게 양도담보로 제공함으로써 채권자인 양도담보권자에 대하여 저당권 실행에 지장을 초래하는 행위를 하지 않을 의무를 부담하게 된 경우, 배임죄의 주체인 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당하지 않음
3	대법원 2019. 11. 21. 선고 2018도13945 전원합의체 판결 (증인이 정당한 이유 없이 증언을 거부한 사건) 수사기관에서 진술한 참고인이 법정에서 증언을 거부하여 피고인이 반대신문을 하지 못하였으나 정당하게 증언거부권을 행사한 것이 아닌 경우, 수사기관에서 그 증인의 진술을 기재한 서류의 증거능력 부정
4	대법원 2019. 6. 20. 선고 2018도20698 전원합의체 판결 (재심판결을 확정판결로 하여 후단 경합범이 성립할 수 있는지 문제된 사건) 동일한 습벽에 의한 후행범죄가 재심대상판결에 대한 재심판결 선고 전에 범하여졌다면 재심판결의 기판력이 후행 범죄에 미치지 않음
5	대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결 (양심적 병역거부 사건) 피고인의 입영거부 행위가 정당한 사유에 해당하는지 심리하지 아니한 채 양심적 병역거부가 정당한 사유에 해당하지 않는다고 보아 유죄를 인정한 원심판결에 법리오해의 잘못이 있음

82 형사사법기관의 인권보장역량 종합평가 연구(Ⅲ) -형사법원의 인권보장역량 평가-

6	대법원 2017. 7. 20. 선고 2014도1104 전원합의체 판결 (주식회사의 대표이사가 대표권을 남용하여 약속어음을 발행한 사건) 갑 주식회사 대표이사인 피고인이, 자신이 별도로 대표이사를 맡고 있던 을 주식회사의 병 은행에 대한 대출금채무를 담보하기 위해 병 은행에 갑 회사 명의로 약속어음을 발행하여 준 경우, 약속어음 발행행위가 배임죄의 기수에 이르렀음을 전제로 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결에 배임죄의 재산상 손해 요건 및 기수시기 등에 관한 법리오해의 잘못이 있음
7	대법원 2017. 2. 16. 선고 2016도13362 전원합의체 판결 (근저당권설정계약서 등에 대한 피해자의 서명·날인을 사취한 사건) 피기망자가 처분행위의 의미나 내용을 인식하지 못하였으나 피기망자의 작위 또는 부작위가 직접 재산상 손해를 초래하는 재산적 처분행위로 평가되고, 이러한 작위 또는 부작위를 피기망자가 인식하고 한 경우, 사기죄의 처분행위에 상응하는 처분의사가 인정됨
8	대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결 (대전광역시시장 등에 대한 공직선거법위반 등 사건) 구 공직선거법상 선거운동의 의미와 금지되는 선거운동의 범위를 판단하는 기준
9	대법원 2016. 6. 16. 자 2016초기318 전원합의체 결정 (군사법원과 일반법원의 재판권에 관한 쟁의가 발생하여 피고인이 재판권의 유무에 대한 재정신청을 한 사건) 군사법원이 일반 국민에 대하여 신분적 재판권을 가지는 경우, 이전 또는 이후에 범한 다른 일반 범죄에 대해서는 재판권을 가지지 않음
10	대법원 2015. 7. 16. 자 2013모2347 전원합의체 결정 (재정신청기각결정에 대한 재항고 법정기간 문제) 재정신청 기각결정에 대한 재항고나 그 재항고 기각결정에 대한 즉시항고로서의 재항고에 대한 법정기간 준수 여부는 도달주의 원칙에 따라 판단하여야 함
11	대법원 2015. 6. 25. 선고 2015도1944 전원합의체 판결 (타인 차량을 보관하고 있는 사람이 이를 사실상 처분한 사건) 지입회사에서 운행관리권을 위임 받은 지입차주 또는 지입차주에게서 차량 보관을 위임받은 사람이 지입회사 또는 지입차주의 승낙 없이 보관 중인 차량을 사실상 처분한 경우 횡령죄 성립
12	대법원 2015. 5. 21. 선고 2011도1932 전원합의체 판결 (재심청구를 받은 군사법원이 재판권이 없음에도 재심개시결정을 한 후에 비로소 사건을 일반법원으로 이송한 사건) 사건을 이송받은 일반법원은 군사법원의 재심개시결정을 유효한 것으로 보아 후속 절차를 진행할 수 있고, 재심대상판결의 선고에 대한 특별사면이 있었더라도 면소판결이 아니라 실제에 관한 유·무죄 등의 판단을 해야 함
13	대법원 2013. 5. 16. 선고 2012도14788, 2012전도252 전원합의체 판결 (부부강간 사건) 혼인관계가 실질적으로 유지되고 있더라도 남편이 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행이나 협박을 가하여 아내를 간음한 경우 강간죄가 성립
14	대법원 2013. 2. 21. 선고 2010도10500 전원합의체 판결 (명의수탁자의 처분과 횡령 사건) 피해자로부터 토지를 명의신탁받아 보관 중이던 피고인이 개인 채무 변제에 사용할 돈을 차용하기 위해 위 토지에 근저당권을 설정하였는데, 그 후 피고인이 위 토지를 제3자에게 매도한 경우 이 토지 매도행위가 별도의 횡령죄를 구성
15	대법원 2012. 2. 16. 자 2009모1044 전원합의체 결정 (필요적 변호사건의 항소심에서 법정기간 항소이유서 미제출 사건) 국선변호인의 항소이유서 불제출에 대하여 피고인의 귀책사유가 밝혀지지 아니한 이상 법원은 국선변호인의 선정을 취소하고 새로운 국선변호인을 선정하는 조치를 취하여야 하는데도, 위와 같은 조치를 취하지 아니한 채 항소를 기각한 원심결정에 법리오해의 위법이 있음

16	대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결 (파업으로 인한 업무방해 사건) 근로자들의 파업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것이 아니라 사용자의 자유의사가 제압될 수 있다고 보여지는 경우에 한해 업무방해죄가 성립
17	대법원 2010. 7. 23. 선고 2010도1189 전원합의체 판결 (‘남북공동선언실천연대’의 이적표현물 사건) 국가보안법 제7조 제5항에 규정된 이적표현물에 관한 죄의 법적 성격 및 이적행위를 할 목적의 증명책임은 검사에게 있음
18	대법원 2010. 1. 21. 선고 2008도942 전원합의체 판결 (증언거부사유가 있었지만 증거거부권 고지 받지 못하고 허위 진술 한 사건) 증인신문절차에서 법률에 규정된 증인 보호 규정이 지켜진 것으로 인정되지 않은 경우, 허위진술을 한 증인을 위증 죄로 처벌할 수 없음

출처: 법률종합정보 홈페이지(<https://glaw.scourt.go.kr>) 검색 기능을 활용하여 수집.

2. 판례 변경 사건 검토

앞서 살펴본 18건의 판례 변경 사건 중 국민의 인권 보장에 기여한 주요 사건을 살펴보자.

첫째, 형사법원은 소수자의 양심의 자유를 존중하고 수용할 수 있는 규범적 환경을 조성하였다. ‘양심적 병역거부 사건’에 관한 2018년 대법원 전원합의체 판결¹³²⁾은 우리 사회가 소수자의 ‘양심상 결단’을 존중하고 수용할 수 있는 계기를 마련했다. 이 사건에서 대법원은 “피고인의 입영거부 행위가 정당한 사유에 해당하는지 심리하지 아니한 채 양심적 병역거부가 정당한 사유에 해당하지 않는다고 보아 유죄를 인정한 원심판결에 법리오해의 잘못이 있다”고 판단하였다.¹³³⁾

둘째, 형사법원은 성적 자기결정권을 더욱 강하게 보호하는 방향으로 법리를 변경하였다. ‘부부강간 사건’에 관한 2013년 대법원 전원합의체 판결¹³⁴⁾은 혼인 중인 사람이라도 배우자에 대해서 자유로운 의사에 기하여 성적 자기결정권을 행사할 수 있음을 규범적으로 확인해주었다. 이 사건에서 대법원은 “혼인관계가 실질적으로 유지되고 있더라도 남편이 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행이나 협박을 가하여 아내를 간음한 경우 강간죄가 성립”한다고 판시하였다.¹³⁵⁾

셋째, 형사법원은 증인의 권리를 더욱 두텁게 보호하는 방향으로 기존의 견해를

132) 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결.

133) 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결.

134) 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012도14788 전원합의체 판결.

135) 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012도14788 전원합의체 판결.

변경하였다. 증인이 증언거부사유가 있었지만 ‘증언거부권 고지 받지 못하고 허위 진술 한 사건’에 관한 2010년 대법원 전원합의체 판결은 증인신문절차에서 법률에 규정된 증인 보호 규정이 지켜진 것으로 인정되지 않은 경우, 허위진술을 한 증인을 위증죄로 처벌할 수 없다고 판시하였다.¹³⁶⁾ 또한 ‘증인이 정당한 이유 없이 증언을 거부한 사건’에서, 법원은 참고인이 법정에서 증언을 거부하여 피고인이 반대신문을 하지 못하였으나 정당하게 증언거부권을 행사한 것이 아닌 경우에 수사기관에서 그 증인의 진술을 기재한 서류의 증거능력을 부정하였다.¹³⁷⁾

넷째, 형사법원은 피고인이 변호인의 ‘효과적이고 충분한’ 조력을 받을 권리를 보장하는 방향으로 나아갔다. ‘필요적 변호사건의 항소심에서 국선변호인이 법정기간 항소이유서를 미제출한 사건’에서, 대법원은 국선변호인의 항소이유서 불제출에 대하여 피고인의 귀책사유가 밝혀지지 아니한 이상 법원은 국선변호인의 선정을 취소하고 새로운 국선변호인을 선정하는 조치를 취해야 한다고 판시하였다.¹³⁸⁾

다섯째, 형사법원은 재심청구 대상이 되는 유죄 확정판결의 범위를 넓게 해석함으로써 재심청구권을 더 두텁게 보호하는 데 기여하였다. 대법원은 유죄판결 확정 후에 형 선고의 효력을 상실케 하는 특별사면이 있었다고 하더라도, 형 선고의 법률적 효과만 장애를 향하여 소멸될 뿐이고 확정된 유죄판결에서 이루어진 사실인정과 그에 따른 유죄 판단까지 없어지는 것은 아니므로, 유죄판결은 형 선고의 효력만 상실된 채로 여전히 존재하는 것으로 보아야 하고, 「형사소송법」 제420조 각 호의 재심사유가 있는 피고인으로서 재심을 통하여 특별사면에도 불구하고 여전히 남아있는 불이익, 즉 유죄의 선고는 물론, 형 선고가 있었다는 기왕의 경력 자체 등을 제거할 필요가 있기에 특별사면의 경우에도 유죄의 확정판결에 포함된다고 판시하였다.¹³⁹⁾

여섯째, 형사법원은 그동안 근로자들이 집단적으로 근로제공을 거부해 사용자의

136) 대법원 2010. 1. 21. 선고 2008도942 전원합의체 판결.

137) 대법원 2019. 11. 21. 선고 2018도13945 전원합의체 판결.

138) 대법원 2012. 2. 16. 자 2009보1044 전원합의체 결정.

139) 대법원 2015. 5. 21. 선고 2011도1932 전원합의체 판결. 다만 위 판결은 “면소판결 사유인 형사소송법 제326조 제2호의 ‘사면이 있는 때’에서 말하는 ‘사면’이란 일반사면을 의미할 뿐, 형을 선고받아 확정된 자를 상대로 이루어지는 특별사면은 여기에 해당하지 않으므로, 재심대상판결 확정 후에 형 선고의 효력을 상실케 하는 특별사면이 있었다고 하더라도, 재심개시결정이 확정되어 재심심판절차를 진행하는 법원은 그 심급에 따라 다시 심판하여 실체에 관한 유·무죄 등의 판단을 해야지, 특별사면이 있음을 들어 면소판결을 하여서는 아니 된다”고 판시하여, 형 확정 후 일반사면이 있었다면 재심을 청구할 수 있을지는 명확하지 않다.

정상적 업무운동을 저해하고 손해가 발생하게 한 행위가 당연히 위력에 해당한다고 전제하였던 기존 입장을 변경하여 노동3권 보장에 기여하였다. 대법원은 “쟁의행위로서의 파업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것은 아니고 전후 사정과 경위 등에 비춰 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이뤄져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우에 집단적 노무제공 거부가 위력에 해당해 업무방해죄가 성립한다”고 밝혔다.¹⁴⁰⁾

3. 젠더 관점에서의 최근 형사판례 동향 분석

가. 젠더 관점에서 형사판례 바라보기

‘젠더 관점(gender perspective)’은 어떤 현상이나 개념 등을 성별 관점에서 바라보는 것으로서, ‘성인지적 관점’이라고도 불린다. 유럽성평등연구소에서 제시한 정의를 따르면, 성인지적 관점은 “성별에 기반한 지위와 권력의 차이에 특히 중점을 두고 그러한 차별이 여성과 남성의 장기적인 이익뿐만 아니라 즉각적인 필요성을 어떻게 형성하는지를 고려하는 것”을 말한다.¹⁴¹⁾ 따라서 젠더 관점에서 형사판례를 분석하는 것은 곧 여성, 남성을 포함한 모든 성의 관심사와 경험을 형사정책이나 제도의 설계, 구현, 모니터링 및 평가의 필수 요소로 만들기 위한 전략을 세우고, 기존 법제도의 성편향성을 비판·극복하고 성 평등한 대안적 제도를 정립하는 것을 목표로 한다.

형법이 1953년 제정된 이래 사회문화에 존재해왔던 성편견이나 남성 중심적인 사고는 법을 집행하거나 해석하는 사법기관 담당자들의 인식에도 영향을 미치며, 판례에도 영향을 준다. 그동안 법률상 존재하는 성 편향적 규정들은 여러 차례 법 개정을 통해 판례 변경이 이루어지거나 다른 한편으로 변경된 법 해석을 통해 법 개정을 견인하기도 하여 왔다. 특히 형사판례에서 성전환자의 강간죄 객체성 문제,¹⁴²⁾ 부부강

140) 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결.

141) European Institute for Gender Equality, “gender perspective”(http://eige.europa.eu/rdc/thesaurus/terms/1197, 최종접속일 2020. 12. 27.).

142) 1996년 판례는 성전환자를 여자로 볼 수 없다는 입장에서 성전환자를 강간죄의 객체로 보지 않다가 10년 후 2009년 판례에서는 이를 인정한바 있다. 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도 3580 판결 참조.

간의 문제,¹⁴³⁾ 친족관계의 범위¹⁴⁴⁾ 등 몇 사안은 판례를 중심으로 법 해석의 변화를 피하여 왔다고 평가된다.¹⁴⁵⁾ 따라서 젠더 관점에서 최근 형사판례를 바라보는 것은 성인지적 관점에서 긍정적으로 변화된 판결이 무엇인지 파악하고, 나아가 향후 법해석상 '성 중립적으로' 개선되어야 할 과제를 파악하는 것이다.

한편, 형사판례에서 주요한 젠더 이슈들은 성폭력, 가정폭력, 성매매, 성희롱, 스토킹 등 다양한 사안들을 포괄하는데, 이 중 일부는 관련 법제가 마련되었고, 여러 차례 법률 개정이 되기도 하였으며, 그 외 스토킹이나 디지털 성폭력 사안들과 같은 새로운 문제들은 입법을 위한 논의가 진행 중이다. 관련 법률들은 성 중립적으로 규정되고 있으나, 사안들은 주로 여성피해자에 집중되는 경향이 있다. 이는 피해자의 절대다수가 여성이라는 현실을 감안하는 것이며, 나아가 여성을 대상으로 한 폭력문제가 중대한 인권침해라는 것을 중요하게 인식하는 데에서 연유한다. 젠더 관점이 반드시 여성 문제에만 국한된다고 볼 수는 없지만, 현 상황에서 형사판례의 주요 이슈들은 여성인권보장과 직결된다. 이하에서는 주로 여성폭력 사안을 중심으로 최근 10년간 형사판례 동향을 간단히 정리하고 몇 가지 쟁점을 중심으로 논의하고자 한다.

최근 10년 형사판례를 검토하면, 앞서 검토한 부부강간죄 관련 대법원 전원합의체 판결¹⁴⁶⁾에서처럼 성적 자기결정권을 강하게 보호하는 방향으로 개선되어 왔다고 말할 수 있다. 특히, 성폭력범죄에 대한 국민의 관심이 제고되고 관련 법률의 개정과 함께 판례에서도 서서히 변화가 보이고 있다. 그러나 여전히 성적 자기결정권이 침해될 수 있는 다양한 맥락에 대한 고려 없이 행위수단과 그 정도를 제한하여 규정하고 해석하는 관행은 성적 자기결정권의 보호와 상충되고, 실제 당벌성이 있는 행위는 처벌하지 못하는 괴리를 보여주기도 한다. 이하에서는 이와 관련하여 법해석 상 범리

143) 「형법」이 2012. 12. 18. 법률 제11574호로 개정된 후 2013. 6. 19. 시행되기 전인 2013. 5. 16. 전원합의체 판결로 부부사이 강간죄 성립을 인정한 바 있다(대법원 2013. 5. 16. 선고 2012도14788, 2012전도252 전원합의체 판결 참조).

144) 성폭력처벌법 상 친족관계에 의한 강간죄가 규정되고 있으나, 사실혼 관계에 의한 의붓아버지를 친족의 범위로 보지 않아 왔으나, 친족 범위에 대한 법 개정 이후 2000년 판례는 입장을 변경하여 인척은 사실상 관계에 의한 친족에 해당하는 것으로 인정하여 강간죄 성립을 인정 한바 있다(대법원 2000. 2. 8. 선고 99도5395 판결 참조).

145) 윤덕경·김차연, “성폭력 판례에 대한 성인지적 분석과 개선과제”, 『이화젠더법학』 7(1) (2015), 73-107면.

146) 개정 전 강간죄의 보호법익이 '정조'이며 이를 지키기 위해 극도로 저항하는 여성만을 보호대상으로 하였던 것에 반해, 개정 후 형법은 강간죄의 보호법익은 '성적 자기결정권'이라는 것을 강조하고 있다.

논쟁들을 중심으로 분석한다.

1) 성폭력 사안에서의 ‘폭행 또는 협박’에 대한 판단

성폭력 범죄에서 현재 법리 논쟁이 제기되는 부분은, 실제로 다양한 맥락 속에서 강제적인 성적 접촉이 이루어질 수 있음에도 불구하고 성범죄의 행위요건을 기본적으로 ‘폭행 또는 협박’으로 한정하여 보는 최협의설의 근본적 한계와 연결된다. 이는 성적 자기결정권과 상충을 일으키며, 피해자의 저항이 현저하게 불가능한 정도로만 인정함으로써 이른바 ‘피해자다움’을 공고히 하는 가운데 2차 가해를 양산할 수 있다. 결과적으로 최협의설은 여성인권 보장을 저해하는 요인이 될 수 있다.

이와 관련하여 주요 판례를 검토하면 다음과 같다. 대법원 2013. 2. 14. 선고 2012도 14391 판결에서의 쟁점은 “피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행 또는 협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 단정할 수 있는가” 여부였다. 1심 법원은 피해자가 사건 직후 피고인에게 전화를 걸어 상당 시간 통화를 한 사정을 들어 유형력의 행사에 의문을 가졌으나, 2심 법원에서는 강간죄가 성립하게 위한 가해자의 폭행 또는 협박의 내용과 정도는 유형력을 행사하게 된 경우, “피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 피해자가 성교 당시 처하였던 구체적인 상황을 기준으로 판단”하여야 하며 사후 피해자가 성교 전에 범행 현장을 벗어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행 또는 협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정하여서는 안 된다고 판시하면서 유죄를 인정하고 상고기각 판결을 내렸다.

반면 대법원 2013. 5. 9. 선고 2013도2955 판결에서의 쟁점은 “성폭력을 전후하여 주변인에게 구호요청을 하지 않거나 범행 즉시 신고하지 않은 것에 대하여 강간죄 성립을 인정할 수 있는가” 여부였다. 1심 법원은 피고인의 일관된 진술을 기준으로 유죄를 선고하였으나, 2심 법원은 사건 당시 피해자가 휴대전화를 가지고 있었음에도 신고를 바로 하지 않았고 사건 이후에도 수사기관에 신고를 하지 않은 것을 들어 폭행 또는 협박을 부인하고 무죄판결을 내렸다.

비슷한 시기의 두 판례에서 보듯이 사건에 따라 법원은 폭행·협박의 정도에 관한

입장을 다르게 취하고 있는 상황이다. 무죄를 선고하였던 2013도2955 판결에서 알 수 있는 것처럼 유형력에 대한 최협의적 해석은 행위자가 폭행이나 협박을 하였고 이에 대해 피해자가 저항을 하였지만 그것이 현재 해석의 기준에 맞추지 못한 정도의 저항만을 한 경우 죄의 성립을 부정하는 근거가 된다. 이는 ‘피해자화’ 되지 않은 피해자는 배제되는 경향을 야기한다. 반면에 유죄를 선고하였던 2012도14391 판결처럼 최협의의 해석을 완화함으로써 처벌의 공백을 메우려는 시도도 존재한다.

기존 성폭력 범죄체계가 가지는 유형력 모델의 대안으로 성적 접촉의 특수한 상황을 전제하고 보호법익으로서 성적 자기결정권의 의미를 충실하게 반영하기 위한 대안적 모델이 필요한 시점이다. 이는 성폭력 사안에서 그 초점을 피해자의 저항으로부터 성적 자기결정권의 행사로 전환시키는 것을 의미하며, 법해석에 있어서도 일관성을 꾀할 수 있다는 점에서 향후 검토되어야 할 것이다.

2) 디지털 성폭력 사안에서 ‘성적 욕망 또는 수치심’에 대한 판단

최근 들어 카메라등이용촬영죄와 같은 디지털 성폭력이 빈번하게 발생하고 있다. 디지털 성폭력이란 디지털 기기 및 정보통신기술을 매개로 온·오프라인에서 발생하는 젠더 기반 폭력을 의미하며, 동의 없이 상대의 신체를 촬영하거나 유포·유포 협박·저장·전신하는 행위 및 사이버 공간에서 타인의 성적 자율권과 인격권을 침해하는 행위를 포괄한다. 그러나 모든 디지털 성폭력이 현행법상 성범죄로 인정되는 것은 아니며, 현재 범죄로 규정되는 디지털 성폭력은 성적 목적을 위한 불법 촬영, 성적 촬영물 비동의 유포, 통신매체를 이용한 음란행위 등이 있다.

이와 관련하여 부산지법 2018. 7. 6. 선고 2018노609 판결은 피고인이 술집 내의 옆 테이블 의자에 짧은 반바지를 입고 허벅지를 노출한 채 앉아 있던 피해 여성 갑의 측면 전신을 자신의 스마트폰으로 몰래 촬영한 다음 밴드 애플리케이션 대화방에 접속하여 메시지 등과 함께 그 사진을 게시함으로써 반포·제공하였다고 하여 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(카메라등이용촬영)으로 기소된 사안에 관한 것이다. 2심 법원은 피고인이 촬영·반포·제공한 사진은 피사체가 된 갑의 신체 부분이 ‘일반적이고도 평균적인 사람들’의 입장에서 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 신체에 해당하여 이러한 타인의 신체를 그 의사에 반하여 촬영한 사진에 해당하고,

피고인 스스로도 위 사진이 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 신체 부분을 촬영한 것임을 인식하였다는 이유로 피고인에게 유죄를 선고한 1심 판결이 정당하다고 보았다.

그러나 법해석이 '성적 욕망 또는 수치심을 유발'하였는지를 중요한 근거로 삼는 것은 판례에서 기술하듯이 일반적이고도 평균적인 사람들의 입장이기보다 여성 신체에 대한 성적 대상화를 내포한 사회적 시선, 음란이나 외설에 대한 사회적 기준을 반영할 수 있는 위험이 있다. 향후 판례는 디지털 성폭력 사안에서 그 핵심을 성적 수치심이나 음란성의 기준으로 접근하기보다는 디지털 성폭력이 피해자의 인격권, 사생활, 나아가 성적 자기결정권을 침해하는 문제로 접근할 필요가 있다.

3) 권력형 성범죄 사안에서 '위력관계'에 대한 판단

2018년 검사의 성추행 피해로 인한 인사 불이익 제기로 촉발된 미투운동은 정치·문화·종교·스포츠 등 사회 전 분야에 걸쳐 폭발적으로 일어났으며, 2019년 미투 관련 주요 성폭력 사건들에 대한 대법원 판결이 선고·확정되었다. 폭행·협박을 수단으로 하는 성범죄를 '강력범죄형 성범죄'로 본다면, 보호·감독관계에 있는 사람을 상대로 위력을 수단으로 하는 성범죄나 구조적으로 거부의를 표시하는 것이 불가능하거나 곤란한 상태의 피해자에 대한 성범죄는 '권력형 성범죄'라고 분류할 수 있다. 이하에서 2019년 대법원에서 확정된 주요 권력형 성범죄 사건 판결을 중심으로 판결의 법리와 쟁점을 분석한다.

대법원 2019. 9. 9. 선고 2019도2562 판결에서 쟁점은 「형법」 제303조 제1항¹⁴⁷⁾에서 규정하는 업무상 위력에 의한 간음·추행죄 성립 여부였다. 본 사건의 1심 판결과 항소심 및 대법원 판결은 상이한 판단을 보여준다. 1심 판결(서울서부지법 2018 고합 75)은 위력에 의한 간음 및 추행에 대해서 피고인이 그러한 행위를 한 사실 자체에 대해서는 인정하고 있으나 위력의 행사 등은 없었다는 것이고 강제추행에 대해서는 그러한 사실 자체가 없거나 피해자의 의사에 반하는 신체접촉을 한 바 없다고 보았

147) 「형법」 제303조 제1항은 업무, 고용 기타 관계로 인하여 자기의 보호 또는 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로 간음한 자는 7년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제10조 제1항은 업무, 고용이나 그 밖의 관계로 인하여 자기의 보호, 감독을 받는 사람에 대하여 위계 또는 위력으로 추행한 사람은 3년 이하의 징역 또는 1천 500만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다.

다.¹⁴⁸⁾ 즉, “피고인의 정치적 지위·권력과 도청 내에서의 사회적 지위·직책·영향력은 피해자의 자유의사를 제압하기에 충분한 세력 즉 위력에 해당하기는 하나 피고인이 평소 고압적이고 권위적인 태도로 피해자를 비롯한 도청 소속 공무원을 하대하는 등 위력의 존재감이나 그 지위(직책)을 남용하였다고 보기는 어렵고 개별적인 범행에서도 위력의 행사를 인정하기 어려우며”라고 하여 위력은 ‘존재’하나 그 위력을 행사한 ‘행사’는 인정하지 않았다. 또한, 피해자부터 피해호소를 들었다고 주장하는 참고인들의 진술은 구체적인 내용에서 피해자와 달라 믿을 수 없고, 피고인의 처가 주장하는 상황 상 피해자의 진술을 신뢰하기 어렵다고 판단하였다. 결국 1심 법원은 범행 당시 피해자가 자기 나름대로의 방식으로 거절하는 태도를 보였고 피해자의 진정한 내심에는 반하는 상황이 있었다고 하더라도, 현재 우리 성폭력범죄의 처벌체계 하에서 이러한 사정만으로 피고인의 행위가 처벌의 대상이 되는 성폭력범죄라고 볼 수도 없다는 결론을 내렸다.

이에 반하여, 대법원 2019.9.9. 선고 2019도2562 판결에서는 상이한 결과를 도출하였다. 이 판결에서 “피해자는 지방별정직공무원으로서 피고인을 최근접거리에서 수행하면서 피고인이 정치·경제·사회 등 다방면의 인사들과 광범위한 인적 네트워크를 형성하고 있고 국내외서 차기 대통령 후보에 상응하는 의견이나 예우를 받는 등 ‘절대 권력’, ‘미래 권력’을 가지고 있고 여당의 유력한 차기 대통령 후보로 인식하고 있었으며 피해자가 갑작스럽게 수행비서가 된 경위 등에 비추어 피고인의 지위나 권세는 피해자의 자유의사를 제압하기에 충분한 무형적인 세력으로 평가할 수 있다. 더욱이 피해자가 피고인의 수행비서로서 한 업무내용이 상시적으로 피고인의 심기(기분)를 살피고 배려하여야 한다는 것이 포함되어 있는 점에 비추어 피고인의 지위나 권세가 피해자의 자유의사를 제압하기에 충분한 무형적인 세력임이 분명해진다”고 보았다. 결정적으로 대법원 판결은 “권력적 상하관계에 있어 적극적으로 저항하는 등 성적 자기결정권을 자유롭게 행사하기 어려운 상태에 있음을 인식한 상태에서 이를 이용하여 간음행위에 나아갔다고 할 것이고 그 과정에서 피고인이 적극적으로 유형력을

148) 위력에 의한 간음·추행죄가 성립하기 위해서는 위력관계, 즉 권력적 상하 관계에 있는 남녀 사이에 성관계가 있었다는 사실만으로 처벌할 수는 없고, ① 상대방의 자유의사를 위협할 정도의 위력의 존재, ② 그 위력의 행사, ③ 행사된 위력과 간음·추행행위 사이에 인과관계 인정, ④ 그로 인해 피해자의 성적 자기결정권이 침해되는 결과 발생이 필요하다.

행사하였다”고 판단하였다.

항소심 및 대법원 판단이 1심 법원과 구별되는 지점은 ‘위력관계’에 대한 상이한 이해와 판단에 있었다. 1심 법원은 피해자에 대한 임면권자였던 피고인에 의해 위력간음을 행위가 있었다는 것과 피해자의 통상적인 직무수행이 이뤄졌다는 것이 서로 상충된다고 보았다.¹⁴⁹⁾ 1심 법원은 위력간음행위나 성추행이 실제로 있었다면 피해자가 어떻게 그 기간 동안 내내 자신의 비서직 직무 수행에 그토록 열심히 전념할 수 있었는가의 의구심을 제기하였다. 그러나 이때의 권력관계는 일정기간 계속성이 유지되는 관계이며, 위력간음이 있고 난 후에도 피해자는 여전히 상하 권력관계 안에 놓여있고 피해자가 피보호자 내지 피감독자로서 그에 따라서 행동해야 할 스크립트 역시 계속해서 작동하고 있다.¹⁵⁰⁾ 이러한 1심 판결은 위력간음죄가 가지는 위력관계에 대한 불충분한 이해에 근거한다.¹⁵¹⁾

즉, 피해자는 자기결정능력을 충분히 보유한 성인이라는 것과 전혀 무관하게, 계속하여 주어진 직무수행 역할에 충실하게 행동할 수밖에 없는 상황이 존재하며, 이는 심지어 수행하여야 할 직무 내역에 부적절한 내용이 포함되어 있을 때도 마찬가지이다. 따라서 “위력을 사용한 강압적 행위가 실제로 있었는가 여부”가 판단의 주요 쟁점이 되어야 하며, 강압적 요소가 실제로 있었음에도 피해자의 내심의 의사는 수락하는 것이었으므로 위력간음이 없었다고 하는 것은 가해자가 아닌 피해자에게 행위책임을 묻겠다는 발상으로 형사법적 정의 관념에 정면으로 배치되는 것이다.¹⁵²⁾

이러한 법원의 상이한 판단은 다른 유사한 판결에서도 공통적으로 확인할 수 있다. 일명 문화계 권력형 성범죄 사건(대법원 2019. 7. 24. 선고 2019도4772 판결)에서도, 1심 판결은 피고인이 피해자에 대하여 업무상 위력을 행사할 만한 지위에 있었다고

149) 서울서부지방법원 2018. 8. 14. 선고 2018고합75 판결(강제추행 등, 피고인 안희정).

150) 양선숙, “미투서사와 진실, 그리고 정의”, 『법학연구』 21(4) (2018), 307-308면.

151) 위력간음죄의 성립을 다루면서 간음행위 후의 직무수행을 문제 삼아 당신은 성실히 일 하였으므로 피해자답지 못하였고 이는 실제로 당신이 위력에 의해 제압 받아서 성관계를 맺었던 것이 아니라 스스로 원해서 였던 것으로 인정되는 바 위력간음죄가 성립되지 않는다는 일련의 주장은 위력간음죄의 범리를 제대로 적용하지 못한 경우라고 볼 수 있다.

152) 위력의 존재와 위력의 행사에 대한 뚜렷한 구분기준이 없는 것은 사실이다. 이 쟁점은 본 사건에서 큰 논쟁을 불러일으켰는데, 위력관계가 형성된 이상 위력의 존재와 행사의 구분은 무의미하다는 비판입장과, 권력관계가 형성된 당사자들 사이에 이루어진 성관계가 반드시 의사가 제압된 상태로 침해당해 일어나는 것은 아니라고 보는 입장이 서로 대립하였다. 그러나 본 사안은 비동의의 간음죄가 아닌 위력에 의한 간음여부를 다룬 것이며, 1심 판결은 위력에 의한 간음죄를 상당히 제한적으로 해석한 측면이 있다.

보기 어렵다고 보아 무죄로 판단하였지만, 대법원 판결에서는 이러한 판단을 뒤집어 위력행사에 의한 간음 및 추행사실을 인정하였다.¹⁵³⁾

종교계 권력형 성범죄 사건(대법원 2019. 8. 9. 선고 2019도7225 판결)도 이와 유사한 쟁점을 보여준다. 「형법」 제299조는 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 자를 「형법」 제297조, 제298조의 강간 또는 강제추행의 죄와 같이 처벌하도록 규정하고 있다. 여기서 항거불능의 상태라 함은 「형법」 제297조, 제298조와의 균형상 심신상실 이외의 원인 때문에 심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 의미한다.¹⁵⁴⁾ 본 사건 피해자들은 이처럼 당시 심리적으로 반항이 절대적으로 불가능한 상태에 있었거나 적어도 심리적으로 반항이 현저히 곤란한 상태에 있었고, 피고인은 이를 이용하여 준강간 또는 준강제추행 범행을 저질렀다고 봄이 타당하다고 보아 피고인에 대한 유죄가 확정된 바 있다.

나. 피해자 진술의 신빙성과 ‘성인지 감수성’

지금까지 살펴본 성폭력 관련 사안들은 법원 판결에 이르기까지 판단이 용이하지 않다는 공통점이 있다. 왜냐하면 해당 사안에서 직접 증거는 피해자의 진술뿐인 경우가 대부분이며, 피해자의 진술에 의하더라도 범행 당시 가해자는 특별한 물리적인 유형력을 행사한 것이 없기도 하며, 급기야 피해자는 지속적으로 피해를 당하면서도 가해자에 대해 일응 우호적인 감정이 내포된 한 말이나 행동을 한 자료가 나오기도

153) 비록 피해자가 공소사실 기재 일시(2014. 3. 2.)에 명시적으로 **연극촌과 사이에 근로계약을 체결하거나 **연극촌으로부터 정기적으로 급여를 받는 상황이 아니었고, 호텔에 취업이 예정되어 있었던 사정은 인정되나, 아래의 사실과 사정에 비추어 볼 때, 피해자는 **연극촌에서 안무가로서 실질적으로 고용되었다고 보이고, 피고인은 **연극촌의 실질적인 운영자로서 업무 전반에 대하여 최종적인 결정권을 행사할 수 있는 지위를 이용하여 피해자에 대하여 실질적으로 업무나 고용관계 등에 영향력을 미칠 수 있는 사람에 해당한다고 판단하였다. 나아가 피고인이 그 위력을 이용하여 피해자를 추행한 것인지에 대해서 살펴보건대, 비록 피해자가 안무 작업내용에 관하여 피고인의 구체적인 지휘, 감독을 받지는 않았던 것으로 보이기는 하지만, 여러 사실과 사정을 종합하면, 피고인이 앞서 인정한 바와 같이 피해자가 업무·고용 등의 관계로 인하여 자신의 보호 또는 감독을 받는 입장을 근거로 **연극촌의 업무 전반에 대한 결정권을 가지고 있음을 기화로 그 지위에 기한 위력을 행사하여 피해자를 추행하였음을 합리적 의심의 여지없이 인정할 수 있다고 보았다. 대법원 2019. 7. 24. 선고 2019도4772 판결 참조.

154) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2009도2001 판결 등 참조.

하기 때문이다. 이와 관련하여 대법원은 성폭력 피해자 진술의 신빙성을 판단함에 있어 성폭력 범죄의 권력적 특성, 2차 피해 등을 고려하여 피해자가 처한 구체적인 상황에서 피해자의 대처 양상을 살펴야 한다고 판시하고 있다. 즉, 성폭력 피해자의 진술의 신빙성을 판단함에 있어 '성폭력 피해자 통념'에 근거하여 정황을 해석해서는 안 되며, 정황상 드러나는 피해자의 반응에 '피해자다움'이 없어서 피해자 진술의 신빙성을 부정하는 것은 아닌지 살펴보아야 한다는 것이다.¹⁵⁵⁾

핵심적으로, 피해자 진술 이외에 직접 증거가 부족한 사건에서는, 가해자와 피해자가 보이는 행동양상, 피해자가 당시 처한 상황, 권력적 역학관계 등과 관련된 의미 있는 정황증거를 얼마나 많이 확보하느냐에 따라 피해자 진술의 신빙성 인정 여부가 달라질 수 있다. 따라서 형사법원이 피해자 진술의 신빙성의 판단기준을 어떻게 보는가에 따라 판결의 향방이 갈리게 된다.

1) 피해자 진술의 신빙성에 대한 대법원 판단 기준

피해자 진술의 신빙성을 판단하는 기준은 대법원 판례를 통해 제시되었다. 대법원 판례에 따르면, 진술 내용 자체의 합리성·논리성·모순 또는 경험칙 부합 여부나 물증 또는 제3자의 진술과의 부합 여부 등은 물론, 법관의 면전에서 선서한 후 공개된 법정에서 진술에 임하고 있는 증인의 모습이나 태도, 진술의 뉘앙스 등 증인신문조서에는 기록하기 어려운 여러 사정을 직접 관찰함으로써 얻게 된 심증까지 모두 고려하여 신빙성 유무를 평가하게 되고, 피해자를 비롯한 증인들의 진술이 대체로 일관되고 공소사실에 부합하는 경우 객관적으로 보아 도저히 신빙성이 없다고 볼 만한 별도의 신빙성 있는 자료가 없는 한 이를 함부로 배척하여서는 안 된다고 보고 있다.¹⁵⁶⁾

또한, 피해자 등의 진술은 그 진술 내용의 주요한 부분이 일관되며, 경험칙에 비추어 비합리적이거나 진술 자체로 모순되는 부분이 없고, 또한 허위로 피고인에게 불리한 진술을 할 만한 동기나 이유가 분명하게 드러나지 않는 이상, 표현상의 차이로 인하여 사소한 부분에 일관성이 없는 것처럼 보이는 부분이 있거나 최초의 단정적인

155) 이는 피해자의 말이나 행동이 경험칙에서 벗어난 비정상적임에도 무조건 예외로 인정해야 한다는 취지나 성폭력 사건에서 수사기관의 입증책임이 완화되거나 전도된다는 것을 의미하는 것은 아니다.

156) 대법원 2012. 6. 28. 선고 2012도2631 판결, 대법원 2015. 11. 12. 선고 2015도7423 판결 등 참조.

진술이 다소 불명확한 진술로 바뀌었다고 하여 그 진술의 신빙성을 특별한 이유 없이 함부로 배척해서는 안 된다.¹⁵⁷⁾

만약, 공소사실을 인정할 증거로 사실상 피해자의 진술이 유일한 경우에 피고인의 진술이 경험칙상 합리성이 없고 그 자체로 모순되어 믿을 수 없다고 하여 그것이 공소사실을 인정하는 직접증거가 되는 것은 아니지만, 이러한 사정은 법관의 자유판단에 따라 피해자 진술의 신빙성을 뒷받침하거나 직접증거인 피해자 진술과 결합하여 공소사실을 뒷받침하는 간접정황이 될 수 있다고 본다.¹⁵⁸⁾

우리 사회의 가해자 중심의 문화와 인식, 구조 등으로 인하여 성폭행이나 성희롱 피해자가 피해사실을 알리고 문제를 삼는 과정에서 오히려 피해자가 부정적인 여론이나 불이익한 처우 및 신분 노출의 피해 등을 입기도 하여 온 점 등에 비추어 보면, 성폭행 피해자의 대처 양상은 피해자의 성정이나 가해자와의 관계 및 구체적인 상황에 따라 다르게 나타날 수밖에 없다. 따라서 개별적, 구체적인 사건에서 성폭행 등의 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따른 증거판단이라고 볼 수 없다.¹⁵⁹⁾

물론, 형사재판에서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 갖도록 할 수 있는 증명력을 가진 증거에 의하여야 한다. 여기에서 말하는 합리적 의심이란 모든 의문이나 불신을 말하는 것이 아니라 논리와 경험법칙에 기하여 증명이 필요한 사실과 양립할 수 없는 사실의 개연성에 대한 합리적인 의문을 의미한다. 따라서 단순히 관념적인 의심이나 추상적인 가능성에 기초한 의심은 합리적 의심에 포함되지 않는다.¹⁶⁰⁾ 법관은 반드시 직접증거로만 범죄사실에 대한 증명이 있는지를 판단하는 것은 아니고, 직접증거와 간접증거를 종합적으로 고찰하여 논리와 경험의 법칙에 따라 범죄사실에 대한 증명이 있는 것으로 판단할 수 있다.¹⁶¹⁾

157) 대법원 2006. 11. 23. 선고 2006도5407 판결 등 참조.

158) 대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결 등 참조.

159) 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결, 대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결 참조.

160) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2013도4172 판결 등 참조.

161) 대법원 2017. 1. 25. 선고 2016도15526 판결 등 참조.

위 사건들에서 항소심 및 대법원은 피해자가 직접 경험하지 않고는 진술할 수 없을 정도로 상세하고 진술내용 자체로 모순된 부분이 없고 피고인의 행위나 자신의 대응 방법에 관하여 과장하는 진술을 하지 않으며 최초 피해를 당한 후 7개월이 경과한 시점에 고소하게 된 경위가 납득할 만하고 무고의 동기나 이유를 인정할 만한 자료가 없고 피해호소를 들었다고 주장하는 참고인들의 진술, 통화내역, 범행 전후 피해자의 휴대전화 메시지에 나온 정황 등에 비추어 신빙성이 있다고 보았다.¹⁶²⁾

2) ‘피해자다움’의 극복과 판결에서 ‘성인지 감수성’

성폭력 피해자의 대처양상은 피해자의 성정이나 피해자와 가해자의 관계 및 구체적인 상황에 따라 다르게 나타날 수밖에 없다. 그런데 통상적으로 피고인 측은 통념상 성범죄 피해자에게 기대되는 정형화된 반응이나 대응이 없었다는, 즉 ‘피해자다움’이 없다는 이유를 들어 무죄를 주장한다.¹⁶³⁾ 이렇듯 성범죄 형사재판에서 자주 문제가 되는 성범죄의 ‘피해자다움’에 기반한 논리는 가해자에게 책임을 묻기보다는 피해자의 특정한 반응이나 태도를 문제 삼음으로써, 결과적으로 사안의 쟁점을 피해자의 책임으로 몰고 가게 만드는 효과를 야기한다. 이러한 ‘피해자다움의 통념’을 극복하기 위해 판결에서의 ‘성인지 감수성’ 기준이 상당히 중요해진다.

성범죄 사건을 판단하는 법관은 성폭력 피해자의 진술의 신빙성을 판단함에 있어 성폭력 피해자 통념에 근거하여 정황을 해석해서는 안 되며, 정황상 드러나는 피해자

162) 반면 피고인의 주장의 신빙성에 대해서는, 피고인은 수행비서를 시작하지 한 달도 안된 피해자와 사적인 관계가 되어 처음 성관계를 한 후 교제하는 관계가 되었다고 주장하나, 그 경위에 대한 설명이 계속 반복되고 피고인이 대화내용으로 주장하는 내용이 휴대전화 메시지 내용과 배치되는 등 신빙성이 없다고 보았다.

163) 법원은 피고인의 변호인들은 피해자가 피고인에게 “^^”, “ㅎ”, “냉”, “엥” 등 이모티콘을 사용하거나 애교 섞인 표현을 사용하면서 친근감을 표시하는 등 성범죄 피해자라면 보일 수 없는 행동을 하였다는 취지의 주장을 하나, 피해를 당하기 전 피해자가 피고인에게 텔레그램 메시지에서 사용한 표현을 비롯하여 주변사람들에게 사용했던 문구나 표현, 특히 변호인들이 “애교 섞인 표현”이라고 칭하는 표현들은 젊은 사람들이 특별한 의미를 부여하지 않고 일상적 또는 습관적으로 사용하는 것에 불과한 것으로 볼 수 있다는 점을 고려하면 피해자가 피고인에 대한 친근감을 표시하고 있다고 보기 어려운 데다가 피해자가 피해사실을 곧바로 폭로하지 않기로 하고 그대로 수행비서로서의 일을 수행하기로 결정한 이상 피해자가 동료나 상관에게 그와 같은 행위를 하였다고 하여(일반적인 업무로 연관을 맺고 있는 다른 사람과 주고받는 메시지 내용이 그 메시지를 작성한 사람의 개인적 상황이나 감정을 그대로 반영한다고는 단정할 수도 없음) 그것이 성범죄 피해자라면 도저히 보일 수 없는 행동이라거나 그러한 사정을 들어 피해자 진술의 신빙성을 배척하기도 어렵다고 보았다.

의 반응에 ‘피해자다움’이 없어서 피해자 진술의 신빙성을 부정하는 것은 아닌지 살펴 보아야 한다. 물론 피해자의 말이나 행동이 경험칙에서 벗어난 비정상적임에도 무조건 예외로 인정해야 한다거나 성폭력 사건에서 수사기관의 입증책임이 완화되거나 전도된다는 것을 의미하는 것은 아니다. 중요한 것은 피해자 진술 이외에 직접 증거가 부족한 사건에서는, 가해자와 피해자가 보이는 행동양상, 피해자가 당시 처한 상황, 권력적 역학관계 등과 관련된 의미 있는 정황증거를 얼마나 많이 확보하느냐에 따라 피해자 진술의 신빙성 인정 여부가 달라질 수 있다는 점이다.

앞서 살펴본 권력형 성범죄 사건에서 가해자에게 무죄를 선고하였던 1심 판결들에서의 공통점은 “피고인이 피해자의 자유의사를 제압하기에 충분한 정도의 지위나 권세 등 무형적 위력을 행사하고 이로 인해 피해자가 원치 않는 성행위나 추행을 당하여 성적 자기결정권을 침해당한 것인지 여부는, 결국 피해자의 진술에 더하여 피고인과 피해자의 관계, 피고인과 피해자의 평소 및 범행 전후의 언행과 태도, 범행에 이르게 된 경위가 범행 전후의 사정, 피해자가 피해사실을 호소하고, 대외적 공개에 이르게 된 경위 등 제반 간접사실을 종합하여 판단할 수밖에 없다”고 보면서도, 위력의 행사를 ‘종합적 고려’가 아닌 ‘개별적’ 언행을 중심으로 판단하는 우를 범하였다는 점에 있다.¹⁶⁴⁾

특히, 위력간음죄의 성립을 따질 때 거절의 의사표시의 적절성은 감독자와 피감독자 간의 위세에 있어서 차이를 전제로 평가해야 하며, “피해자의 거절의 의사표시가 덜 적극적이었다는 점을 지적하기보다는 왜 더 적극적일 수는 없었는지를 살펴봤어야만 했다”는 지적은 성인지 감수성을 가진 법관의 태도를 구체적으로 적시해준다.¹⁶⁵⁾ 위 의견을 제시한 양선숙(2018)은 강간죄의 경우에도 비슷한 논리를 접할 수 있음을

164) 위력에 의한 간음·추행죄 여부의 판단에 관하여 대법원은 행사한 유형력의 내용과 정도 내지 이용한 행위자의 지위나 권세의 종류, 피해자의 연령, 행위자와 피해자의 이전부터의 관계, 그 행위에 이르게 된 경위, 구체적인 행위 태양, 범행당시의 정황 등 제반사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다고 실시한바 있다(대법원 2005. 7. 29. 선고 2004도5868 판결 등).

165) 양선숙, “미투서사와 진실, 그리고 정의”, 318면. 이 연구에서는 피해자가 행한 거절의 의사표시와 관련하여, “피해자는 간음에 이르기 전 심리적으로 얼어붙는 상황일 정도로 매우 당황하여 바닥을 쳐다보며 중얼거리는 방식으로 거절의 의사를 표현하였다고 하기도 합니다만, 피고인을 살짝 안는 행위로 나아가기도 했습니다”라는 점을 실시하고 있는데, 이는 위력의 행사가 문제시되는 상황에서 있을 수 있는 거절의 의사표시에 대해 일정 수준 이상의 완강함을 요구하고 있다고 지적하고 있다. 이러한 법관의 태도는 성범죄 사건을 판결하는데 있어서 법관의 ‘성인지 감수성’의 결여가 재판 결과에 상이한 영향을 미친다는 것을 보여준다.

지적하고 있다. 강간죄 성립 요건인 폭행과 협박에 대해 “피해자의 반항이 불가능하거나 현저히 곤란한 정도에 이르러야 할 것을 요구함으로써 그보다 못 미치는 정도의 폭행과 협박에 대해서는 피해자가 스스로 저항하여 이겨내야 한다는 논리”에 근거하고 있는데, 이러한 논증은 국민의 생명과 안전을 책임져야 할 국가가 때로는 국민에게 커다란 위험을 감수하고 폭행과 협박에 저항할 것을 요구한다는 명백한 불합리성에도 불구하고 우리 법원은 강간죄에 있어 폭행과 협박의 최협의설을 고수함으로써 불합리한 판결의 우를 범할 수 있음을 보여준다는 것이다.¹⁶⁶⁾

아울러, ‘성인지 감수성’은 관련 사안의 수사기관 및 법관에게만 요구되는 것이 아니다. 언론보도의 문제와 온라인 댓글에서 이루어지는 2차 피해를 미루어 볼 때 대중들의 인식 고양 역시 중요한 과제라고 할 수 있다. 한 연구에 따르면¹⁶⁷⁾ “성인지 감수성은 ① 우리의 기존 인식 구조가 이중적 성규범에 근거하고 있다는 점, ② 사회적 지위에 따른 관계적 특성을 고려할 필요가 있으며, ③ 하나의 통일된 피해자상은 없다는 점을 충분히 인식한 가운데 피해자의 관점을 헤아릴 수 있어야 한다는 요청”이라고 정의하고 있다. 이 연구에서는 성폭력이 피해자의 경험에서 어떻게 해석되는지, 그리고 피해자의 말과 대응에서 추론할 수 있는 구조적 요인이 무엇인지에 대한 이해가 필요하며 언론에 보도되는 내용이나 몇 가지 이야기를 듣고서는 진짜 성폭력 피해 여부를 판별할 수 있다는 잘못된 위치 선점이 어떤 문제를 일으키는가를 성찰적으로 바라보려는 노력이 중요함을 역설하고 있다.

다. 피해자 진술의 신빙성 획득을 위한 구체적 방안 모색

1) 법적 논증에서 서사적 정합성의 획득

법적 논증에서 서사의 기능에 대해 소개하는 양소연(2020)의 연구에서는 법이 진정

166) 다만, 일부 판결에서 “사후적으로 보아 피해자가 성교 이전에 범행 현장을 벗어날 수 있었다거나 피해자가 사력을 다하여 반항하지 않았다는 사정만으로 가해자의 폭행·협박이 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도에 이르지 않았다고 선불리 단정하여서는 안된다.”라고 하여 피해자의 항거를 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행과 협박이 있었는가와 사력을 다하여 저항하였는가를 분리하여 보려는 것은 그나마 진전된 태도라고 평가하고 있다(대법원 2018. 2. 28. 선고 2017도21249 판결; 대법원 2005. 7. 28. 선고 2005도3071 판결 참조; 양선숙, “미투 서사와 진실, 그리고 정의”, 317면 각주 34에서 재인용).

167) 김수아, “안희정 재판보도와 성인지감수성”, 『여성이론』 (40) (2019), 299면.

한 의미에서의 정의와 형평을 실현하고 사회의 나아갈 방향에 관하여 담론을 형성하고 이상을 제시하는 ‘형성적 수사학’의¹⁶⁸⁾ 기능을 다하기 위해서는, 법의 언어적 특성을 이해하고 법적 분쟁 속에서 사람들의 목소리와 이야기를 들을 필요가 있음을 강조한다.¹⁶⁹⁾ ‘법의 언어적 특성을 이해하고 법적 분쟁에서 사람들의 목소리와 이야기에 경청’하는 것은 법이론적 차원을 넘어 법적 안정성과 조화를 이루는 한에서 실무에 반영되어야 할 중요한 문제이다.

이 연구는 비록 우리나라 사법 실무는 법적 판단의 객관성과 논증 과정의 정형성을 중시하고, 구술변론이 상대적으로 활발하지 않은 상황이며, 당사자가 제시하는 사실관계와 수사적 표현 등이 양형변론의 경우를 제외하고 큰 의미를 가지지 않는 것으로 취급되고 있다는 점을 지적하고 있는데,¹⁷⁰⁾ 앞서 살펴본 위력에 의한 간음·추행죄와 같이 객관적 증거 없이 피해자 진술만으로 사안을 판결해야 하는 경우에, 서사적 정합성의 기능을 확인할 수 있다.

도식적인 논증에 의존하기 어려운 판결하기 어려운 사안일수록, 법적 논증의 정신 활동 내지 발화 행위로서의 특성을 상기하고 소통과 설득의 측면에 ‘스토리텔링의 불가피성’이 인정된다. 나아가 실제적 진실이라고 믿는 것이 실제로는 다양한 기법들을 통하여 사실관계를 어떻게 서사적으로 구성하는가에 따라 영향을 받는다는 사실도 점차 받아들여지고 있다.¹⁷¹⁾ 특히 앞서 살펴본 성폭력 범죄의 경우, 다른 범죄와 달리 피해자를 가장 먼저 의심하는 경향이 사건에 대한 상이한 판결이라는 결과를 가져올 수 있음도 확인하였다.¹⁷²⁾

168) 제임스 보이드 화이트는 법이 설득을 위한 수사학적 과정이며, 그 중에서도 특히 사회의 정책과 도덕관에 영향을 미치는 ‘형성적인 수사학(constitutive rhetoric)’에 해당한다고 주장하는데, 이는 곧 법률가가 당사자와 청중, 나아가 공동체 전체의 도덕적, 정치적 이상을 고려하여 논증하다 보면 역으로 그 이상의 형성에 영향을 미칠 수 있다는 것이다. 법률가는 언제나 문화적 맥락 안에서 말하고, 동시에 그 문화가 변화하는데 영향을 끼치며, 이러한 점에서 법률가의 논증은 단순히 설득의 기술에서 그치지 않고 이를 통해 문화와 공동체를 형성하는 “형성적 수사학”의 기술에 해당한다.

169) 양소연, “법적 논증에서 서사(Narrative)의 기능”, 『저스티스』 (177) (2020), 381-410면.

170) 양소연, “법적 논증에서 서사(Narrative)의 기능”, 396면 이하.

171) Richard K. Sherwin, “The Narrative Construction of Legal Reality”, *Journal of the Association of Legal Writing Directors* 6(1), 2009, 88-89면; 양소연, “법적 논증에서 서사(Narrative)의 기능”, 392면에서 재인용.

172) 이러한 측면은 성폭력 범죄 피해자가 정말 피해자인지를 판단하려 하기 때문인데 이때 기준은 남성중심적 가치관이며, 남성 중심 관점에서 피해를 ‘인정해 주는’ 구조를 갖고 있다는 점을 지적하는 연구가 있다. 한 연구에서는 성폭력 범죄에서는 사실 가만히 있었으면 문제되지

변론주의에 충실한 민사소송법과 달리 형사소송법은 실체적 진실 발견을 지향하지만, 이때 '실체적 진실' 역시 절대적인 진실과 일치하는 것이 사실상 불가능하고, 인식 주체의 입장에서부터 독립된 객관적 진실을 의미하고 볼 수 있다.¹⁷³⁾ 실체적 진실 발견을 위한 서사적 정합성의 획득은 법적 논증에서 다음과 같은 기능을 한다. 서사는 논리적으로 납득 가능하여야 하고 합리적인 완결성을 갖추어야 하기 때문에, ① 당사자의 주장을 서사적으로 연결하여 개연성이 떨어지는 부분에 대해 그 신빙성을 의심할 수 있고, ② 주어진 상황에서 당사자의 가정적 의사를 추론하여 물적 증거만으로는 알 수 없는 사실관계를 합리적으로 추론해낼 수도 있다. 그래서 ③ 개별적인 증거발견에 이르지 않더라도, 서사적 완결성을 통해서 추론한 가정적 사실 그 자체만으로도 진술증거의 증명력 판단에 도움이 되고, ④ 변론 전체의 취지로서 사실인정에 영향을 줄 수 있다.¹⁷⁴⁾

2) 피해자 진술에 대한 종합적 고려

진술 내용의 합리성이나 일관성은 자유심증주의 하에서 진술의 증명력을 좌우하기 때문에, 사실관계에 대한 당사자의 서술이 납득 가능하고 정합성 있는 방식으로 이루어지는가 여부는 법관의 사실인정에 결정적인 영향을 미칠 수 있다. 형사사법절차에서는 피해자 진술의 일관성 여부가 피고인의 유무죄를 결정하기도 하고, 물증 없이 진술만으로 유죄를 인정할 여지까지 있다. 그런데 이때 진술의 신빙성 판단에는 진술주체의 진술 태도 및 전반적인 인간성까지 포함하는 전방위적 요소가 폭넓게 고려된다.

결국 피해자 진술만으로 판단해야 하는 경우, 가능한 한 정황증거(가해자와 피해자가 보이는 행동양상, 피해자가 당시 처한 상황, 권력적 역학관계 등)를 얼마나 많이 확보하느냐가 관건이 된다. 또한 피해자의 진술을 경청하여 피해자가 처한 구체적인

않았을 것이라면서 피해자를 의심하고 비난하는 문화가 있다고 지적한 바 있다. 정희진, “여성에 대한 폭력과 미투 운동”, 정희진 엮음, 『미투의 정치학』(교양인, 2019), 86면, 77-107면. 김수아 연구에서는 이에 대하여 피해 내용이 사실이 아닐 것이라면서 자신의 기준에서 판단하려고 하는 잘못된 인식이 무고죄 논란 등에 영향을 준다고 지적하면서, 그 한 예로, 미투 운동이 전개되던 2018년 5월 무고죄 특별법을 만들어달라는 청원이 남성들의 절대적 지지 속에 청원 인원 20만 명을 넘는 것을 들고 있다. 이는 성폭력에 대한 문제제기가 피해자의 피해가 진짜 피해인지에 대한 판단으로 전환되는 것을 보여주는 상징적인 사건이라고 보고 있다. 김수아, “안희정 재판보도와 성인지감수성”, 293면.

173) 변종필, “형사소송의 목적과 ‘실체적 진실’ 원칙”, 『안암법학』 (4) (1996), 3-6면.

174) 양소연, “법적 논증에서 서사(Narrative)의 기능”, 396면.

사정을 면밀히 살펴야 하는데, 이때 통화내역, 메신저 대화, 이메일, 결재서류, 휴대전화 디지털 포렌식, 범행현장 상황, 참고인 조사 등 정황증거를 풍부하게 수집하고, 피해자의 진술의 신빙성 탄핵에 있어서도 선입견과 편견이 개입하지 않도록 해야 할 것이다. 이러한 결과는 수사단계에서부터 재판 논거를 마련해야 하는 검사나 판결을 통해 결론을 도출해야 하는 법관에 의해서 '서사적 정합성'에 대한 고려를 통해 구체적 타당성을 확보할 수 있다.

라. 인지적 정의 회복을 위한 법원의 과제

'#미투운동'은 2016년 강남역 살인사건 이후 여성들의 일상 속 성폭력과 성차별 경험에 대한 말하기, 2017년 촛불현장에서 제기된 민주주의 과정에서 성폭력에 대한 대항 및 성평등에 대한 요구 등 여성들이 단순히 성범죄의 수동적 피해자가 아니라 공동체의 시민주체로서 능동적으로 변화하고 있는 일종의 시민정치운동이라고 평가되기도 한다.¹⁷⁵⁾ 이러한 미투운동을 통해 한국 사회에서 여성인권신장을 위한 열망과 그 역량 증진을 확인할 수 있다.

그러나 이러한 미투운동의 이면에는 성희롱·성폭력 등 성범죄 관련 제도의 한계점이 드러난다. 우리나라는 성희롱 규제 20년을 맞이하였으며, 그간 성희롱·성폭력 규제와 관련하여 입법 및 사법 영역에서의 많은 변화와 발전을 거듭해왔다.¹⁷⁶⁾ 이러한 제도적 정비에도 불구하고, 여전히 여성인권 문제는 법적 규제 절차보다 사회적 고발과 폭로의 형식을 통해 사회적 이목을 끌고 있다. 이러한 현실은 기존의 성희롱·성폭력 관련 법제도 및 예방책, 나아가 사법규제 수단이 여성인권보장이라는 측면에서 제대로 된 실효성을 거두지 못하고 있다는 비판으로 이어질 수 있다.

지금까지 검토한 주요한 성폭력 범죄 사안을 여성 인권보장의 측면에서 분석하면,

175) 김문미정, 「미투운동의 함의와 과제」, 한국여성단체연합 성평등연구소 주최, 『#미투운동에서 제기되는 법·정책 과제와 여성운동의 방향』, 2018. 3. 19.

176) 성희롱 관련 법제는 처음으로 직장 내 성희롱이라는 실체를 포착하고 그 요건과 범위를 정하는 것에서 시작하여, 행위자와 사용자의 책임 범위를 어디까지 할 것인지 집중하였던 입법은 피해자 보호와 장래를 향해 취해야 하는 조치를 강조하는 것으로 초점이 이동하였으며, 증명 책임 전환을 통해 사실인정의 벽을 넘고자 하였으며, 성인지 감수성이나 피해자 관점을 사실 인정과 판단기준에서 어떻게 고려해야 하는지 고민하는 단계까지 발전해왔다. 김진, “성희롱 규제 20년: 법제 발전과 주요 판결례를 중심으로”, 『젠더법학』 11(2) (2020), 2면.

‘인지적 정의의 회복’이라는 점에서 중요한 과제를 가진다. 김도균은 『한국사회에서 정의란 무엇인가』에서 “개인의 고통과 사회적 고통을 다른 사회 구성원들이 이해할 수 있도록 표현하고 전달하고 역량을 갖추는 것, 그런 인지적 차원을 발굴하고 공유하는 것, 인지적 부정의 피해자들의 발언에 주목하고 적합한 신뢰도를 부여하는 것이 ‘인지적 정의’의 과제”라고 말한 바 있다.¹⁷⁷⁾

미란다 프리커(Miranda Fricker)는 ‘미투 서사’에서 분노의 핵심은 강간, 성폭력, 성희롱 피해자들의 진술과 증언에 대한 조롱과 의심이었는데, 이러한 부정의 현상의 속성과 구조를 ‘인지적 부정의(epistemic injustice)’라는 개념으로 해명한 바 있다. 프리커의 분석에 따르면 인지적 부정은 사회 구성원의 문제 인식과 언어 및 발화 차원에 내재하는 구조적 불평등에서 기인한다고 한다.¹⁷⁸⁾ 나아가 이러한 인지적 부정에 대한 치유책으로 증언 감수성(testimonial sensibility)의 증진을 든다. 증언 감수성이 적절히 훈련되면 우리는 하나의 명제를 들음으로써 그 명제의 내용을 왜곡시키거나 가감하지 않고 명제 그 자체를 획득하게 된다는 것이다.

“미투 서사는 주관적 영역에만 머물렀던 피해사실과 고통을 공적 공간에 불러내어 그 역사적 실재성을 되찾고자 하는 시도”라는 언급에서처럼,¹⁷⁹⁾ 성범죄 관련 사법절차에서 여성의 인권보장은 피해자다움이나 보호되어야 할 약한 여성을 통해서가 아니라, 약한 여성을 포함한 약한 인간의 대변자로 그 패러다임을 전면 전환할 필요가 있다. 이러한 측면에서 법집행자로서 형사법원은 여성폭력 사건에 대한 특수성을 인식하고 전문적인 사건을 처리할 수 있는 전문인력을 확충하고, 지속적인 보수교육을 실시하는 것 역시 강구해야 할 것이다. 아울러, 여성폭력 사건 가해자에 대한 적절한 처벌을 통해 여성들이 형사법원의 제도적 구제를 신뢰할 수 있도록 함으로써 여성폭력 피해자의 인권보장에 기여할 수 있도록 하는 것 역시 중요하다.

177) 김도균, 『한국사회에서 정의란 무엇인가』(아카넷, 2020), 151면 특히 각주 28 참조.

178) 미란다 프리커는 지적 부정을 1) [진술과 증언 차원의 부정의(testimonial injustice): 누군가의 증언 내용에 대해 사회적으로 쌓여온 편견과 고정관념 때문에 그것이 응답 받아야 할 것보다 많은 과도한 신빙성이나 그보다 적은 과소한 신빙성을 부여할 때 성립, 2) [해석차원의 부정의(hermeneutical injustice): 지적, 문화적 불평등과 불공정 때문에 겪게 되는 사회적 고통을 피해자들이 적절하게 해석해낼 수도 없고 표현할 언어도 갖지 못함으로써 겪는 부정의, 두 유형으로 구분한다. 양선숙, “미투서사와 진실, 그리고 정의”, 318면; M. Fricker, *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*(Oxford, 2007).

179) 양선숙, “미투서사와 진실, 그리고 정의”, 318면.

제3절 | 판결에 대한 실증적 분석을 통해 본 형사법원의 인권보장역량: 선행연구를 중심으로

1. 사법 과거사 재심사건 판결 분석 연구(2019)

앞서 살펴본 바에 따르면, 최근 언론 보도에서 자주 다루어지는 형사재판 관련 인권 쟁점은 ‘재심’이었다(표 2-1-1) 참조). 또한 재심은 판결의 오류를 바로잡는 법적 구제수단이면서 동시에 공정한 재판을 받을 권리를 보장하는 제도로써 그 기능을 충분히 발휘할 수 있도록 하는 방안에 관한 선행연구도 존재한다(제2장 제2절 참조). 그런데 이러한 선행연구들은 특정한 재심사건에 대한 평석이나 재심 제도에 대한 이론적 연구였기에 사법부가 재심 제도를 통해 형사적 정의를 재정립하고 있는 현황에 대한 객관적 검토에 초점을 두고 있지 않았다. 그러나 다행스럽게도 최근에 형사재심사건에 관한 실증연구인 『사법정의 회복을 위한 형사재심 연구 I』가 진행되어 형사재심사건 현황을 파악할 수 있게 되었다.¹⁸⁰⁾ 아래에서는 필요한 한도에서 재심청구절차를 개관하고, 위 실증 연구의 결과를 중심으로 논의를 전개하고자 한다.

가. 재심청구절차 개관

‘재심’이란 상소가 불가능한 확정판결에 중대한 오류가 있을 경우 당사자 등의 청구에 의해 그 판결의 당부를 다시 심판하는 절차이다. 이 중 ‘형사재심’은 “유죄의 확정판결에 중대한 사실인정의 오류가 있는 경우에 판결을 받은 자의 이익을 위하여 이를 시정하는 비상구제절차”라고¹⁸¹⁾ 정의할 수 있다. 이처럼 재심은 실제적 진실발견과 개인의 권리 회복을 위해 확정판결의 법적 안정성을 양보하는 예외적 절차이다.¹⁸²⁾ 아래에서는 재심의 청구권자, 청구대상, 청구시기, 청구방식, 재심사유, 변호사 선임

180) 김대근·탁희성·유진, 『사법정의 회복을 위한 형사재심 연구 I』(대검찰청 연구용역보고서, 2019).

181) 배종대·이상돈, 『형사소송법』 제7판(홍문사, 2006), 844면; 신동운, 『신형사소송법』 제5판(법문사, 2014), 1673면; 이재상·조균석, 『형사소송법』 제12판(박영사, 2019), 816면.

182) 김대근·탁희성·유진, 『사법정의 회복을 위한 형사재심연구 I』, 1면.

에 대해서 간략하게 살펴본다.

첫째, 재심청구권자에 관하여 「형사소송법」 제424조는 검사, 유죄의 선고를 받은 자, 유죄의 선고를 받은 자의 법정대리인, 유죄의 선고를 받은 자가 사망하거나 심신장애가 있는 경우에는 그 배우자, 직계친족 또는 형제자매로 정하고 있다. 대법원은 유죄의 선고를 받은 자가 재심청구하기 위하여 변호사를 선임한 경우 그 변호사가 대리인으로서 재심을 청구할 수 있다고 본다.¹⁸³⁾ 한편 「형사소송법」 제425조는 재심의 대상이 되는 재판의 원판결, 전심판결 또는 그 판결의 기초된 조사에 관여한 법관, 공소의 제기 또는 그 공소의 기초가 된 수사에 관여한 검사나 사법경찰관이 그 직무에 관한 죄를 범한 것이 확정판결에 의하여 증명된 경우에 제기하는 재심은 검사만이 청구할 수 있다고 정하고 있다.

둘째, 재심청구의 대상은 유죄의 확정판결이고(「형사소송법」 제420조), 항소 또는 상고의 기각판결도 이에 포함된다(「형사소송법」 제421조). 여기서 ‘항소 또는 상고의 기각판결’은 상고기각판결에 의하여 확정된 1심 또는 항소판결이 아니라 항소 또는 상고의 기각판결 그 자체를 의미한다.¹⁸⁴⁾ 항소심에서 파기된 1심 판결은 재심 대상이 될 수 없고,¹⁸⁵⁾ 피고인의 사망에 따라 공소기각 결정으로 파기된 항소심 판결도 재심 대상이 될 수 없다.¹⁸⁶⁾ 약식명령이나 즉결심판은 재심 대상이지만, 재항고 또는 재심청구의 기각결정은 재심 대상이 되지 않는다.¹⁸⁷⁾ 한편 유죄의 판결이 확정된 후에 특별사면이 있어 형선고의 효력이 상실된 경우 “확정된 유죄판결에서 이루어진 사실 인정과 그에 따른 유죄 판단까지 없어지는 것은 아니”기 때문에 재심 청구가 가능하다.¹⁸⁸⁾ 이는 재심이 “유죄의 확정판결에 중대한 사실인정의 오류가 있는 경우 이를 바로잡아 무고하고 죄 없는 피고인의 인권침해를 구제하기 위한” 제도라는 점에서 이해될 수 있다.

셋째, 재심의 청구시기에 대해서 「형사소송법」 제427조는 형의 집행을 종료하거나 형의 집행을 받지 아니하게 된 때 모두 재심을 청구할 수 있는 것으로 정하고 있다.

183) 대법원 1956. 4. 27. 선고 4288형재항10 판결.

184) 대법원 2004. 2. 13. 자. 2003모464 결정.

185) 대법원 2004. 2. 13. 자 2003모464 결정.

186) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2011도7931 판결.

187) 대법원 1991. 10. 29. 자 91재도2 결정; 대법원 2003. 5. 30. 2003모141 등 참조.

188) 대법원 2015. 5. 21. 선고 2011도1932 전원합의체 판결.

따라서 재심의 이익이 있는 자는 형의 집행 여부와 상관없이 재심을 청구할 수 있다. 또한 유죄의 확정판결을 받은 자가 사망하여 형 면제판결을 받은 경우에도 법에서 정한 청구권자는 재심을 청구할 수 있다. 또한 집행유예 기간의 경과에 따라 형의 선고가 실효된 경우(「형법」 제65조), 유죄의 판결이 확정된 후 일반사면을 받은 경우, 혹은 형이 폐지된 경우에도 무죄 주장의 재심청구가 가능하다.¹⁸⁹⁾

넷째, 재심의 청구방식에 대해서 「형사소송규칙」 제166조는 청구권자는 재심청구의 취지와 재심청구의 이유를 구체적으로 기재한 재심청구서와 원판결의 등본 및 증거자료를 관할 법원에 제출하여야 한다고 규정하고 있다. 또한 「형사소송법」 제430조는 재심청구자가 재소자인 경우 교도소장에게 재심청구서를 제출하면 재심으로 청구한 것으로 간주한다. 이때 재심의 관할 법원은 원판결의 법원이다(「형사소송법」 제423조). 다만, 군법회의에서 유죄의 확정판결을 받은 자가 재심을 청구하는 시점에 군인 또는 군무원이 아닌 경우에는 일반법원이 관할권을 갖는다.¹⁹⁰⁾ 이런 경우 군사법원이 재심청구를 받았다면 「군사법원법」 제2조 제3항에 따라 같은 심급의 일반법원으로 이송하여야 한다. 만약 군사법원이 재심개시를 결정한 후 사건을 일반법원으로 이송하였다면 일반법원은 “이 경우 이송 전에 한 소송행위는 이송 후에도 그 효력에 영향이 없다”고 규정한 「군사법원법」 제2조 제3항 후문에 따라 군사법원의 재심개시 결정을 유효한 것으로 보아 후속 절차를 진행할 수 있다.¹⁹¹⁾

다섯째, 재심의 청구사유에 대해서 「형사소송법」 제420조는 7가지 사유를 열거하고, 동법 제421조 상소기각판결의 재심청구사유는 그 중 3가지(제1호, 제2호, 제7호)로 한정하고 있다. 우리 법원에서는 재심사유를 매우 엄격하게 해석하고 있어 재심청구가 받아들여진 경우는 매우 적은 편이다.¹⁹²⁾ 재심사유는 크게 ‘오류형 재심사유(restitutie propter falsa)’와 ‘신규형 재심사유(restitutie propter nova)’로 나눌 수 있다.¹⁹³⁾

전자의 경우 「형사소송법」 제420조에 언급된 원판결의 증거된 서류 또는 증거물이 확정판결에 의하여 위조 또는 변조인 것이 증명된 때(제1호), 원판결의 증거된

189) 임동규, 『형사소송법』 제13판(법문사, 2018), 838면.

190) 대법원 1981. 11. 24. 선고 81초69 판결; 대법원 1985. 9. 24. 자 84도2972 전원합의체 판결.

191) 대법원 2015. 5. 21. 선고 2011도1932 전원합의체 판결.

192) 대법원, 『사법연감』(법원행정처, 2019), 613면.

193) 김대근·탁희성·유진, 『사법정의 회복을 위한 형사재심연구 I』, 12, 16면.

증인, 감정, 통역 또는 번역이 확정판결에 의하여 허위인 것이 증명된 때(제2호), 무고로 인하여 유죄의 선고를 받은 경우에 그 무고의 죄가 확정판결에 의하여 증명된 때(제3호), 원판결의 증거된 재판이 확정재판에 의하여 변경된 때(제4호), 저작권, 특허권, 실용신안권, 의장권 또는 상표권을 침해한 죄로 유죄의 선고를 받은 사건에 관하여 그 권리에 대한 무효의 심결 또는 무효의 판결이 확정된 때(제6호), 원판결, 전심판결 또는 그 판결의 기초 된 조사에 관여한 법관, 공소의 제기 또는 그 공소의 기초된 수사에 관여한 검사나 사법경찰관이 그 직무에 관한 죄를 범한 것이 확정판결에 의하여 증명된 때(단, 원판결의 선고 전에 법관, 검사 또는 사법경찰관에 대하여 공소의 제기가 있는 경우에는 원판결의 법원이 그 사유를 알지 못한 때)(제7호)가 속한다.

후자의 경우에는 제420조에 언급된 ‘유죄의 선고를 받은 자에 대하여 무죄 또는 면소를, 형의 선고를 받은 자에 대하여 형의 면제 또는 원판결이 인정한 죄보다 경한 죄를 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 때’(제5호)가 속한다. 이때 ‘원판결이 인정한 죄보다 경한 죄’라는 것은 “원판결이 인정한 죄와는 별개의 죄로서 그 법정형이 가벼운 것을 말하는 것으로 동일한 죄에 대하여 공소기각을 받을 수 있는 경우는 여기에서의 경한 죄에 해당하지 않는다.”¹⁹⁴⁾ 그리고 ‘명백한 증거’란 “단순히 재심대상이 되는 유죄의 확정판결에 대하여 그 정당성이 의심되는 수준을 넘어 그 판결을 그대로 유지할 수 없을 정도로 고도의 개연성이 인정되는” 정도의 증거를 의미한다.¹⁹⁵⁾ 또한 명백한 증거가 ‘새로 발견된 때’란 “재심대상이 되는 확정판결의 소송절차에서 발견되지 못하였거나 또는 발견되었다 하더라도 제출할 수 없었던 증거를 새로 발견하였거나 비로소 제출할 수 있게 된 때”를 말한다.¹⁹⁶⁾

여섯째, 변호인 선임에 대해서 「형사소송법」 제426조는 검사 이외의 자가 재심 청구시 변호인을 선임할 수 있다고 정하고, 변호인 선임의 효력은 재심의 판결이 있을 때까지라고 정하고 있다. 「형사소송법」 제30조 이하의 변호인에 대한 규정 중은 변호인의 서류, 증거물의 열람, 복사에 관한 규정은 재심의 변호인에 대하여 예외적으로 준용될 수 있다.¹⁹⁷⁾ 한편 재심개시결정 절차에서는 국선변호인 선정이 불필요하

194) 대법원 1986. 8. 28. 자 86모15 결정.

195) 대법원 2009. 7. 16. 자 2005모472 전원합의체 결정.

196) 대법원 2009. 7. 16. 자 2005모472 전원합의체 결정.

지만, 재심개시결정 후 재심의 본안 절차가 개시되면 필요적 변호사유의 유무에 따라 국선변호인을 선정해야 한다.¹⁹⁸⁾

나. ‘사법 과거사 사건 재심판결문’에 대한 정량적 분석

『사법정의 회복을 위한 형사재심연구 I』에서는 2000년 1월 1일부터 2019년 6월 24일까지 재심이 이루어진 사법 과거사 사건 총 1,019건(피고인 총 1,524명)의 현황을 분석하였다. 여기에서 통상적으로 부정의한 정치체제하에서 행해졌던 일련의 국가폭력사건을 의미하는 ‘사법 과거사 사건’은 1948년에서 1998년에 걸쳐 유죄가 선고된 사건 중 다음의 법령이 적용된 사건으로 정의되었다.

▶▶▶ [표 3-3-1] ‘사법 과거사 사건’ 죄명 관련 적용법령

법령	비고	
국가보안법	1948.12.1. 제정·시행	
반공법	1961.7.3. 제정·시행, 1980.12.31. 폐지	
형법	내란	
	간첩	
	소요	
	국가모독	1975.3.25. 신설, 1988.12.31. 폐지 현재 2015.10.21. 2013헌가20, 위헌결정
	공무집행방해	
	방화	
	폭행·상해	
	살인	
긴급조치	제1호	1974.1.8. 선포, 1974.8.23. 해제 (위헌)
	제4호	1974.4.3. 선포, 1974.8.23. 해제 (위헌)
	제7호	1975.4.8. 선포, 1975.5.13. 해제 (위헌)
	제9호	1975.5.13. 선포, 1979.12.8. 해제 (위헌)
특수범죄처벌에 관한특별법	1961.6.22. 제정(1957.12.21.까지 소급적용시행)	

197) 박미숙·김재현·박준영·김성룡, 『형사정책과 사법제도에 관한 평가 연구(XII): 오판 방지를 위한 사법 시스템 평가·정비방안 연구』(한국형사정책연구원, 2018), 70-71면.

198) 백광균, 『형사재심실무』(2018), 37면.

법령	비고	
계엄포고령	1972 비상계엄 (유신선포)	1972.10.17. 선포, 1972.12.14. 해제 대법원 2018.12.13. 2016도1397, 위헌
	1979 비상계엄 (부마항쟁)	1979.10.18. 선포 대법원 2018.11.29. 2016도14781, 위헌
	1979-1980 비상계엄 (10·26 이후)	1979.10.27. 선포, 1981.1.24. 해제 대법원 2018.12.28. 2017도107
국가보위에관한 특별조치법	1971.12.27. 제정·시행, 1981.12.17. 폐지 현재 2015. 3. 26. 2014헌가5, 위헌결정	
기타	집회및시위에관한법률	1962.12.31. 제정, 1963.1.1. 시행
	총포(도검)화약류(등)단속법	1961.12.13. 제정, 1962.1.1. 시행
	외국환관리법	1961.12.31. 제정, 1962.1.21. 시행
	국방경비법	1948.7.5. 제정, 1948.8.4. 시행 1962.6.1. 폐지
	밀항단속법	1961.12.13. 제정·시행
	폭력행위 등 처벌에 관한 법률	1961.6.20. 제정·시행

출처: 김대근·탁희성·유진, 『사법정의 회복을 위한 형사재심연구 I』, 61-63면, <표 4-1>.

사법 과거사 사건에 대한 재심 확정판결이 이루어진 사건 1,019건의 판결문 분석하였던 『사법정의 회복을 위한 형사재심연구 I』의 주요 결과, 즉 사건의 유형, 적용 법령, 재심청구자, 재심의 개시 이유, 재심의 결과는 다음과 같다.

첫째, 선행연구에 따르면 **사법 과거사 사건의 유형**은 다음과 같았다.¹⁹⁹⁾ 학생운동 관련 사건으로 유죄 확정판결을 받은 피고인이 재심 대상 사건 전체 피고인의 33.3%로 가장 높은 비중을 차지했고, 간첩사건의 경우가 19.7%, 반정부 정치활동 사건의 경우가 16.1%로 그 뒤를 이었다. 노동쟁의와 관련해 유죄 확정판결을 받았던 피고인은 0.9%였고, 일상대화나 수업 중 발언 등으로 인해 유죄 확정판결을 받았던 피고인이 20.2%에 달했다. 특정한 역사적 사건과의 관련성을 살펴보면, 5·18민주화운동 관련자가 8.1%로 가장 많았고, 부마항쟁과 제주4·3사건 관련자는 각각 0.5%와 1.2%를 차지했다. 재심 대상이 된 사건에 대한 1심 선고 시기는 1970년대가 67.4%로 가장 많았고, 1980년대가 22.7%, 1960년대는 8.1%였다. 재심 대상이 된 사건의 유죄 확정 시점부터 재심을 통한 무죄 확정까지의 기간은 짧게는 12년 8개월에서 길게는 70년 1개월에 달했다.

199) 김대근·탁희성·유진, 『사법정의 회복을 위한 형사재심연구 I』, 86면.

둘째, 선행연구에 따르면 사법 과거사 사건에 적용되었던 **법령 현황**은 다음과 같다.²⁰⁰⁾ 긴급조치 위반으로 유죄 확정판결을 받은 피고인이 51.7%로 가장 높은 비중을 차지했고, 「반공법」 위반자와 「국가보안법」 위반자가 각각 27.7%와 26.6%로 그 뒤를 이었다. 긴급조치 위반 사건의 경우, 긴급조치 제9호 위반으로 유죄 확정판결을 받은 피고인이 77.2%로 가장 높은 비중을 차지했고, 제1호와 제4호 위반은 각각 21.4%와 13.2%였다. 「국가보안법」 및 「반공법」 위반의 경우 '찬양·고무 등'으로 유죄 확정판결을 받은 피고인이 57%, '반국가단체 구성원 등 회합·통신'으로 유죄 확정판결을 받은 피고인이 44%였다.

그밖에 「형법」상 범죄로 유죄 확정판결을 받은 피고인의 죄목을 살펴보면 내란죄가 10.8%로 가장 높은 비중을 차지했고, 간첩죄와 소요죄는 각각 7.5%와 5.1%로 그 뒤를 이었다. 「계엄포고령」 위반이 11.8%였고, 「특수범죄 처벌에 관한 특별법」과 「국가보위에 관한 특별조치법」 위반은 각각 5.7%와 0.6%였다. 「계엄포고령」 위반 사건의 경우 1979년 10·26 직후 선포되었던 비상계엄(1981년 1월 24일 해제) 위반으로 처벌되었던 피고인이 82.8%를 차지하였고, 1972년 10월 유신과 함께 선포된 비상계엄령 위반으로 처벌된 피고인은 13.9%였다.

셋째, 선행연구에 따르면 사법 과거사 사건에 대한 **재심청구자 현황**은 다음과 같다.²⁰¹⁾ 피고인이 직접 재심을 청구한 경우가 60.9%로 가장 높은 비중을 차지했고, 검사가 재심을 청구한 사례가 20.6%, 피고인이 사망하여 가족이나 법정대리인이 재심을 청구한 사례가 18.5%인 것으로 나타났다. 한편 재심청구의 기각 결정 후 재심청구인이 항고하여 재심개시의 결정이 내려진 사건의 피고인은 총 10명인 것으로 조사되었다.

넷째, 선행연구에 따르면 사법 과거사 사건의 재심판결문에 명시된 **재심개시 이유**는 다음과 같다.²⁰²⁾ 「형사소송법」 제420조 제5호(무죄 등을 인정할 명백한 증거가 새로 발견된 경우)가 49.2%로 가장 높은 비중을 차지했다. 주로 긴급조치 등 적용 법령이 위헌·무효로 인정된 사건이 이에 해당했다. 그 다음으로 「형사소송법」 제420조 제7호(수사에 관여한 사법경찰관 등이 그 직무에 관한 죄를 범한 경우)가 47.7%로

200) 김대근·탁희성·유진, 『사법정의 회복을 위한 형사재심연구 I』, 86면.

201) 김대근·탁희성·유진, 『사법정의 회복을 위한 형사재심연구 I』, 87면.

202) 김대근·탁희성·유진, 『사법정의 회복을 위한 형사재심연구 I』, 87면.

그 뒤를 이었다. 전체 피고인 중 38.1%에 해당하는 총 580명이 불법체포·구금 및 가혹행위 피해를 인정받았고, 간접사건 관련 피고인 중 96%가 불법체포·구금 및 가혹행위 피해를 인정받았다. 불법체포·구금 및 가혹행위 피해가 인정된 사건의 1차 수사 기관은 경찰이 45.5%, 중앙정보부·안전기획부가 40.2%, 방첩대·보안부대 등 군 수사 기관이 14.3%인 것으로 나타났다.

다섯째, 선행연구에 따르면 사법 과거사 사건의 재심결과는 다음과 같다.²⁰³⁾ 전체 피고인의 96.6%가 재심을 통해 1개 이상의 공소사실에 대해 무죄를 선고받았고, 8.6%의 피고인은 1개 이상의 공소사실에 대해 면소판결은, 1.6%의 피고인은 공소기각 판결을 받았다. 위헌·무효로 확인된 긴급조치와 「계엄포고령」, 「국가보위에 관한 특별조치법」, 「형법」의 국가모독죄 조항이 적용되었던 사건과 「형법」 제20조에 의한 정당행위가 인정된 5·18민주화운동 관련 사건에서는 「형사소송법」 제325조 전단에 의해 무죄가 선고되었다. 전체 피고인 중 34.4%에 해당하는 524명은 재심대상판결에서 증거로 인정되었던 피고인 및 참고인 진술의 임의성이 증명되지 않았고 다른 증거로도 범죄사실이 증명되지 않아 「형사소송법」 제325조 후단에 의해 무죄를 선고받았다.

다. 현행 재심 제도의 문제점

『사법정의 회복을 위한 형사재심연구 I』에서는 ‘수사기록 및 공판기록 확보의 어려움’, ‘재심대상판결의 협소함’, ‘재심청구 후 재심개시까지의 기간에 관한 규정 미비’, ‘소송수계 규정 미비’를 시급히 개선되어야 할 문제점으로 지적하고 있다. 첫째, 「검찰보존사무규칙」 상 사건기록의 보존기간이 짧아 재심청구에 필요한 수사기록 및 공판기록 확보가 어렵다.²⁰⁴⁾ 둘째, 「형사소송법」 제420조 제1항은 재심의 대상을 유죄의 확정판결로 한정하고 있는데, 사법 과거사 사건의 피해자 중 고문과 가혹행위, 불법구금 등을 당하고 누명을 쓴 채 기소되었지만 공소시효가 지났다는 이유로 면소판결을 받은 경우 피해자가 자신의 명예 회복을 위해서 재심을 청구하고자 해도 면소판결은 형식판결이기에 재심을 청구할 수 없다.²⁰⁵⁾ 셋째, 재심청구부터 재심개시결정시까지

203) 김대근·탁희성·유진, 『사법정의 회복을 위한 형사재심연구 I』, 87면.

204) 김대근·탁희성·유진, 『사법정의 회복을 위한 형사재심연구 I』, 88면.

의 기간에 대한 규정이 없어 재심청구자는 언제가 될지 모르는 재심개시결정을 기다려야 한다는 문제가 있다.²⁰⁶⁾ 넷째, 재심에 관해서는 소송수계에 관한 규정이 없어 재심청구 중에 청구자가 사망한 경우 법원은 결정으로 소송절차 종료를 선언하는 문제가 있다.²⁰⁷⁾

2. 국제인권조약 적용 소송 분석 연구(2019)

앞서 살펴본 바에 따르면, 국내법적 효력을 가지는 국제인권조약을 제대로 적용하지 않은 재판은 위법하기에 법관 스스로 국제인권조약을 충분히 이해하고 적극적으로 재판에 적용해야 한다는 주장이 제기된 바 있다.²⁰⁸⁾ 또한 『개인통보제도에 따른 국내적 구제방안: 자유권규약위원회의 견해를 중심으로』²⁰⁹⁾와 같은 선행연구에서는 대한민국이 가입·비준한 자유권규약과 국내 규범 환경을 일치시킬 수 있는 방안에 대해서 논의하였다. 그러나 이와 같은 주장과 연구는 이론적·규범적 근거에 토대를 두고 있어서 법원이 실제 사건에서 국제인권조약을 얼마나 적용하고 있는지에 대해서는 객관적 정보를 주지 못한다. 최근 『법원에서의 국제인권조약 적용 현황과 과제』²¹⁰⁾ 연구에서는 국제인권조약이 실제 적용된 소송 3,186건에 대한 분석이 이루어졌다. 아래에서는 이 실증 연구 결과를 중심으로 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약의 적용 현황에 대해서 살펴본다.

가. 7대 주요 국제인권조약

대한민국이 가입·비준한 주요 국제인권조약은 「인종차별철폐협약」(International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination), 「여성차별철폐협약」(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against

205) 김대근·탁희성·유진, 『사법정의 회복을 위한 형사재심연구 I』, 91면.

206) 김대근·탁희성·유진, 『사법정의 회복을 위한 형사재심연구 I』, 93면.

207) 김대근·탁희성·유진, 『사법정의 회복을 위한 형사재심연구 I』, 94면.

208) 황필규, “[세상읽기] 위법한 재판을 멈춰라”, 『한겨레』 2019. 10. 31.자 기사.

209) 김태천, “개인통보제도에 따른 국내적 구제방안: 자유권규약위원회의 견해를 중심으로”, 『법조』 56(12) (2007), 103-143면.

210) 이해영, 『법원에서의 국제인권조약 적용 현황과 과제』(사법정책연구원, 2020).

Women), 「시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(B규약)」(International Covenant on Civil and Political Rights), 「경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약(A규약)」(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 「아동권리협약」(Convention on the Rights of the Child), 「고문방지협약」(Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), 「장애 인권리협약」(Convention on the Rights of Persons with Disabilities)이다(〈표 3-3-2〉 참조). 다만, 우리 정부는 「강제실종으로부터 모든 사람을 보호하기 위한 국제 협약」과 「모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호에 관한 국제협약」에는 가입하지 않았다.

▶▶▶ [표 3-3-2] 대한민국이 가입·비준한 7대 주요 국제인권조약

조약번호	조약명	가입서/비준서 기탁일	발효일
조약1007	시민적·정치적 권리규약(B규약)	1990.4.10	1990.7.10
	- 제1선택의정서[개인진정]	1990.4.10	1990.7.10
	- 제2선택의정서[사형제 폐지]	미가입	
조약1006	경제적·사회적·문화적 권리규약(A규약)	1990.4.10	1990.7.10
	- 선택의정서	미가입	
조약667	인종차별철폐협약	1978.12.5	1979.1.4
조약855	여성차별철폐협약	1984.12.27	1985.1.26
	- 선택의정서	2006.10.18	2007.1.18
조약1272	고문방지협약	1995.1.9	1995.2.8
	- 선택의정서	미가입	
조약1072	아동권리협약	1991.11.20	1991.12.20
	- 제1선택의정서[아동의 무력충돌 참여]	2004.9.24	2004.10.24
	- 제2선택의정서[아동매매·성매매·음란물]	2004.9.24	2004.10.24
	- 제3선택의정서[개인진정]	미가입	
조약1928	장애인권리협약	2008.12.11	2009.1.10
	- 선택의정서	미가입	

출처: 외교부 홈페이지(http://www.mofa.go.kr/www/wpge/m_3996/contents.do, 최종접속일 2020. 11.1.).

우리 정부는 자유권규약인 「시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(B규약)」 가입 당시 제14조 제5항(재심을 받을 권리), 제14조 제7항(이중처벌금지), 제22조(결사의 자유),²¹¹⁾ 제23조 제4항(혼인에 있어서 양성평등)을 유보하였고, 사형의 폐지를 목표

로 하는 자유권규약 제2선택의정서에는 가입하지 않았다. 이후 우리 정부는 1991년 3월 15일 B규약 제23조 제4항 유보를 철회하였고(조약 제1042호), 1993년 1월 21일 제14조 제7항 유보를 철회하였고(조약 제1122호), 2007년 4월 2일 제14조 제5항 유보를 철회하였다(조약 제1840호). 현재 B규약에서는 제22조(결사의 자유)만 유보상태로 남아 있다. 우리 정부는 사회권규약인 「경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약(A규약)」은 유보조항 없이 가입하였고, 선택의정서에는 아직 가입하지 않았다.

나. 국제인권조약 적용 소송에 대한 정량적 분석

『법원에서의 국제인권조약 적용 현황과 과제』에서 연구자는 7대 주요 국제인권조약이 적용되었던 3,186건의 소송을 정량적으로 분석함으로써 지난 30여 년간 우리 법원에서의 국제인권조약 적용 양상의 변화를 추적하였다.²¹²⁾ <표 3-3-3>에서 알 수 있듯이, 2010년대에 들어서면서 국제인권조약을 적용한 소송이 양적으로 급증하였다.

▶▶▶ [표 3-3-3] 7대 주요 국제인권조약 적용의 조약별·소송유형별 건수

조약명	합계 (판결건수)	소송유형별 건수		시기별 건수			
		구분	건수	1990~ 1999	2000~ 2009	2010~2019.3.	
						2010~ 2014	2015~ 2019.3.
시민적·정치적 권리규약	3,125	민사	21	3	7	7	4
		행정	17	3	0	7	7
		형사	3,087	5	684	1,154	1,244
		시기별 소계		11	691	1,168	1,255
					2,423		
경제적·사회적 ·문화적 권리규약	13	민사	3	0	1	1	1
		행정	5	1	0	3	1
		형사	5	0	5	0	0
		시기별 소계		1	6	4	2
					6		

211) 결사의 자유 보장 조항인 B 규약 제22조에 관해서, 우리 정부는 공무원의 노동3권이 「대한민국헌법」 제33조 제2항 및 「국가공무원법」 제66조 등에 근거하여 제한될 수 있음을 이유로 해당 조항을 유보하였다.

212) 이해영, 『법원에서의 국제인권조약 적용 현황과 과제』, 3-81면.

조약명	합계 (판결건수)	소송유형별 건수		시기별 건수			
		구분	건수	1990~ 1999	2000~ 2009	2010~2019.3.	
						2010~ 2014	2015~ 2019.3.
인종차별 철폐협약	3	민사	2	0	0	1	1
		행정	1	0	0	1	0
		형사	0	0	0	0	0
		시기별 소계		0	0	2	1
						3	
여성차별 철폐협약	8	민사	5	0	5	0	0
		가사	1	0	0	0	1
		행정	2	0	0	0	2
		형사	0	0	0	0	0
		시기별 소계		0	5	0	3
						3	
고문방지협약	16	민사	3	0	2	0	1
		행정	6	0	0	2	4
		형사	7	0	0	5	2
		시기별 소계		0	2	7	7
						14	
아동권리협약	17	민사	2	0	0	2	0
		행정	7	0	1	1	5
		형사	8	0	0	2	6
		시기별 소계		0	1	5	11
						16	
장애인권리협약	4	민사	2	0	0	1	1
		행정	2	0	0	1	1
		형사	0	0	0	0	0
		시기별 소계		0	0	2	2
						4	
총합	3,186	민사	38	1990~ 1999	2000~ 2009	2010~2019.3.	
		가사	1			2,469	
		행정	40	12	705	2010~ 2014	2015~ 2019.3.
		형사	3,107			1,188	1,281

출처: 이혜영, 『법원에서의 국제인권조약 적용 현황과 과제』, 94-95면, [표 5].

그리고 연구자는 “질적으로는 국제인권조약의 국내적 효력과 지위, 해석 원칙에 대해서 비교적 구체적으로 실시하는 판결들이 등장하고 있어서, 재판에서 국제인권조약의 중요도가 한층 높아지고 있다”고 평가하면서도 “여전히 법원이 국제법적 해석 기준에 입각하여 국제인권조약을 성실하게 해석하여 적용한 사례가 드물고, 사법부가 전반적으로 국제인권조약을 생소해 한다는 평가가 지배적”이라는 점을 지적하였다.²¹³⁾

〈표 3-3-3〉을 살펴보면, 시민적·정치적 권리규약 관련 판결이 3,125건으로 가장 많았다(98.1%). 시민적·정치적 권리규약 관련 판결의 대부분은 형사사건(3,087건, 96.9%)이었고, 그 형사사건의 대부분은 ‘양심적 병역거부 사건’(3,066건, 96.2%)이었다. 연구자도 이와 같은 결과를 “양심적 병역거부 관련 사건이 시민적·정치적 권리규약 제18조의 ‘사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리’ 침해 여부를 쟁점으로 하고 있는 것에 기인한다”고 분석하였다.²¹⁴⁾

양심적 병역거부 쟁점 판결을 국제인권조약에 근거한 피고인 측 주장을 법원이 인정하였는지 여부에 따라 분석한 결과는 〈표 3-3-4〉와 같다. 이 표에서도 알 수 있듯이, 법원이 시민적·정치적 권리규약 제18조에 근거한 양심적 병역거부자 측의 주장을 인정한 경우는 전체 3,066개 판결 중 총 65건으로 2.12%에 불과하였다.

▶▶▶ [표 3-3-4] ‘양심적 병역거부’ 사건 판결에서 국제인권조약에 근거한 주장에 대한 인정 여부 등

연도별	사건수	(가) 언급형 (미판단)	판결문상 국제인권조약에 따른 판단이 드러난 경우			
			(나) 판결문에 소송당사자의 원용 여부가 드러난 경우		(다) 판결문에 소송당사자의 원용 여부가 불분명한 경우	
			(나-1) 인정	(나-2) 불인정	(다-1) 인정	(다-2) 불인정
1990년대	0	0	0	0	0	0
2000년대	672	0	4	668	0	0
2010.-2014.12.	1,154	0	0	1,154	0	0
2015.-2019.2.	1,240	0	61	1,179	0	0
	3,066	0	65	3,001	0	0

출처: 이해영, 『법원에서의 국제인권조약 적용 현황과 과제』, 130면, [표 12] 중 일부.

213) 이해영, 『법원에서의 국제인권조약 적용 현황과 과제』, 10면.

214) 이해영, 『법원에서의 국제인권조약 적용 현황과 과제』, 95-96면.

구 유엔인권위원회(현 유엔인권이사회)와 유엔자유권규약위원회 등은 세계인권선언 제18조 및 시민적 및 정치적 권리규약(B규약) 제18조의 해석을 통해 양심적 병역거부의 보장을 지속적으로 확인해오고 있다.²¹⁵⁾ 양심적 병역거부자에 대해 최초로 무죄를 선고하였던 '서울남부지방법원 2004. 5. 21. 선고 2002고단3940, 3941 판결' 이후 나온 80여 건의 무죄 판결들은 대체로 ① 대체복무제도가 마련하지 않는 것은 과잉금지 원칙에 위배되며, ② 대체복무제도가 마련되지 않은 상황에서 양심적 병역거부가 「병역법」 제88조 제1항의 '정당한 사유'가 없는 입영거부라고 해석하는 것은 양심의 자유를 침해한다고 판단하는 '합헌적 법률해석'을 시도하였다.

병역법 제88조 제1항은 헌법에 규정된 양심의 자유를 침해할 소지가 있는 위헌적인 요소를 포함하고 있지만, 이 조항은 양심의 자유를 침해하는 때에 한하여 위헌으로 해석될 뿐 일반적인 경우 모두 위헌으로 해석되지는 아니하므로, 해당 조항의 합헌적 해석을 위해서, 양심의 결정에 따른 병역거부를 '정당한 사유'로 인정할 수밖에 없다.²¹⁶⁾

병역거부를 하면서 내세운 사유가 헌법에 보장된 권리라면 병역법 제88조 1항 '정당한 사유'에 대한 해석을 사유로 처벌하게 될 경우 그의 헌법상 권리를 침해하는 것이기 때문에 이러한 위헌적 상황을 배제하기 위해 '정당한 사유'가 존재하는 것으로 보아야 한다. ... 병역거부자들에게 대해 아무런 대안이 제시되고 있지 않은 상황에서 이들에게 병역법 88조를 적용 오로지 형사처벌로만 일관한다면 헌법 제37조 제2항 과잉금지원칙에 반하여 양심의 자유를 부당하게 침해하는 결과가 되어 위헌적 상황이 된다.²¹⁷⁾

이와 더불어 무죄 판결 중 상당수의 판결은 ③ 양심적 병역거부 관련 자유권규약위원회의 견해·권고, 유엔인권이사회의 권고 등이 국제법 존중주의라는 헌법적 차원에서 해당 조항 중 '정당한 사유'의 해석을 위한 유력한 규범적 근거가 될 수 있음을 다음과 같이 밝혔다.

215) 장복희, "양심적 병역거부에 관한 국제인권법", 『양심적 병역거부와 대체복무제』, 한인섭·이재승 편(경인문화사, 2013), 354-357면. "법적 구속력 있는 근거로서, 사상, 양심과 종교의 자유를 누릴 권리는 세계인권선언 제18조, B규약 제18조에서 인정하고 있다. 이들 규정은 종교의 자유로운 실천을 보장하고 있다. 이 외에도 연성법(soft law)의 성격으로서 인권위원회의 결의, 특별보고관의 보고서 및 자의적 구금에 관한 작업그룹의 결정과 같은 관행과 규범을 그 근거로 들 수 있다"(같은 책, 355면).

216) 서울남부지방법원 2004. 5. 21. 선고 2002고단3940, 3941 판결.

217) 청주지방법원 영동지원 2007. 10. 26. 선고 2007고단151 판결.

자유권규약위원회가 대한민국 국민이 제기한 개인통보사건에서 채택한 견해, 국가보고서 심의 결과에 따른 권고 및 유엔 인권이사회의 권고 등은 위에서 본 바와 같이 이른바 연성법(soft law)이어서 국내법적으로 직접적인 구속력을 인정하기는 어렵다고 할 수 있으나, 국제법 존중주의라는 헌법적 차원에서 이 사건 법률조항 중 '정당한 사유'의 해석을 위한 유력한 규범적 근거가 된다고 보아야 한다. 즉 양심적 병역거부를 '정당한 사유'에 해당한다고 해석하지 않는 것은 국제법 존중주의 원리를 규정한 헌법 제6조에 위배된다고 보아야 한다.²¹⁸⁾

양심적 병역거부가 「병역법」 제88조 제1항의 '정당한 사유'에 해당하는지 여부를 두고 2018년 6월 공개변론까지 열었던 대법원은 같은 해 11월 1일 양심적 병역거부가 '정당한 사유'에 해당하는지 여부를 심리하지 않은 원심을 파기하면서 국제인권조약과 국제인권기구의 견해에 대해 다음과 같은 입장을 표명했다.

우리나라도 가입한 자유권규약 제18조는 사상, 양심과 종교의 자유를 보장하고 있다. 위 규약의 이행을 위한 유엔자유권규약위원회는 1993년 일반논평 제22호에서 자유권규약 제18조로부터 양심적 병역거부권이 도출될 수 있다고 하였다. 또한 유엔인권위원회와 2006년경부터 이를 대신한 유엔인권이사회 역시 1989년 이래 2013년까지 총 10회에 걸쳐 양심적 병역거부권의 인정을 강력히 지지하고 있다. ... 자유권규약에 관한 유엔자유권규약위원회 등의 해석은 존중되어야 하지만, 그것이 규정 자체는 아니기 때문에 법적 구속력이 있는 것은 아니고, 유럽연합과 유럽인권법원의 입장을 일반적으로 승인된 국제법규 또는 국제관습법이라고 볼 수는 없다(대법원 2007. 12. 27. 선고 2007도7941 판결, 헌법재판소 2018. 7. 26. 선고 2011헌마306 등 전원재판부 결정 등 참조). 그러나 위와 같은 국제사회의 태도변화는 우리나라에서 양심적 병역거부가 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유에 해당하는지를 판단하는 데에 중요한 시사점을 제공한다. 양심의 자유와 그 적용 문제는 인류의 보편적인 문제이기 때문이다.²¹⁹⁾

이와 같이 국제인권조약에 근거한 주장을 인정한 판결에서는 국제인권조약을 해석함에 있어서 “문언적 해석의 한계를 보완하고 인권조약의 목적과 취지를 살리는 목적

218) 제주지방법원 2017. 8. 11. 선고 2017고단16, 55 판결.

219) 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결(다수의견에 대한 대법관 권순일, 대법관 김재형, 대법관 조재연, 대법관 민유숙의 보충의견 중).

론적·진화적·실효적 해석을 허용하는 경향이 두드러졌으며, 이 과정에서 다양한 국제기구의 권위 있는 견해가 해석자료로 참조되었다.”²²⁰⁾

반면에 국제인권조약에 근거한 주장 취지가 인정되지 않은 판결에서 법원은 상반되는 입장을 취하고 있다. 이에 대해 이해영은 다음과 같이 지적하였다.

국제인권조약이 국내재판에서 재판규범으로 직접 적용되는 데 규범적 한계는 없[지만] ... 법원은 국내법에 대한 기존의 법원의 주류적 해석 및 적용이 국제조약에 위배된다는 조약기구의 견해를 설명 없이 배척하고, 국제법이 국내법에 부합되도록 역합치적 해석을 함으로써 양자의 충돌 가능성 자체를 회피하고[고] ... 인권조약을 해석하면서 독자적 해석과 국내법리에 기반한 해석을 하는 현상이 두드러졌으며, ... 국제인권조약을 해석함에 있어서 조약의 문자적 의미만을 독자적으로 고려하며, 익숙한 국내법리에 관한 자료를 참조하여 국내법의 틀에 한정하여 해석하는 것이 특징적으로 관찰되었다.²²¹⁾

국제사법재판소(International Court of Justice) 소장을 역임한 로잘린 히긴스 경(Dame Rosalyn Higgins)은 법관들이 국제법에 생소하기 때문에 국내재판에서 국제법 적용을 가능한 한 회피한다고 지적한 바 있다.²²²⁾ 이해영은 이와 같은 지적이 우리 법원에도 적용될 수 있다고 보고, “국제인권조약을 적극적으로 해석하여 적용할 책무를 개별 법관에게만 전가하는” 국내 현실을 비판하였다.²²³⁾ 우리 법원 내 국제인권조약에 친숙할 수 있도록 지원하는 제도적 기반은 거의 없다고 해도 과언이 아니다.

제4절 | 소결

최근 10년 형사법 관련 위헌법률심판제청사건과 대법원 전원합의체 판결 등을 분석한 결과, 형사법원은 위헌제청 제도와 전원합의체 심리절차를 통해서 형사재판을 들

220) 이해영, 『법원에서의 국제인권조약 적용 현황과 과제』, 227면.

221) 이해영, 『법원에서의 국제인권조약 적용 현황과 과제』, 188면.

222) Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (Clarendon Press, 1994), pp. 206-207.

223) 이해영, 『법원에서의 국제인권조약 적용 현황과 과제』, 201면.

러싼 규범적 환경이 기본권 보장과 죄형법정주의 및 적법절차 원칙에 부합하도록 상당한 노력을 기울였음을 확인할 수 있었다.

첫째, 지난 10년 간 형사법원은 ‘인신의 안전과 자유’, ‘정신의 안전과 자유’, ‘사생활의 안전과 자유’, ‘사회·경제적 안전과 자유’, ‘사회권’, ‘청구권적 기본권’ 등 다양한 영역에서 형사제재에 관한 법률조항 등이 국민의 기본권을 침해하거나 죄형법정주의 등 형사법에서의 헌법적 원칙을 위반한다는 의심이 든 경우 「헌법재판소법」 제41조에 따른 위헌법률심판제청을 하여 148건이 결정을 받았고, 이 중 84건이 인용 결정을 받았다. 지난 10년 간 위헌법률심판결정이 204건이었던 점에 비추어 보면, 형사법원이 위헌법률심판제청을 주도해왔다고 볼 수 있다. 한편 형사사건 당사자가 법원에 위헌법률심판 제청을 신청하였지만 기각되어 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구한 사건(‘헌바’ 사건)은 총 4,490건이었고, 이 중 60건만이 인용되었다. 인용된 결정 중 동일한 심판대상조항에 대한 위헌법률심판제청사건과 병합되어 심리된 사건도 상당수 포함되어 있다. 이와 같은 수치로부터 형사법원이 당사자의 위헌법률심판제청 신청을 부당하게 기각하는 경우는 많지 않음을 짐작할 수 있다. 다만, 위헌법률심판제청 여부는 각 법원에서 판단하기 때문에 동일한 형사적 제재 조항의 위헌성 판단에서 법원 간 차이가 존재할 수 있다.

둘째, 형사법 관련 위헌법률심판제청사건에 대한 인용결정의 내용을 살펴보면, 양벌규정이 책임주의에 위배된다는 결정이 49건으로 압도적으로 많았고, ‘직업의 자유’와 ‘집회의 자유’ 침해, ‘명확성의 원칙’과 ‘형벌 체계상의 균형성’ 위반이 다른 유형의 위헌(또는 헌법불합치) 결정에 비해 다수를 차지했다. 2007년 헌법재판소가 면책규정 없는 양벌규정에 관한 위헌법률심판제청사건에 대해서 위헌 결정을 내린 이후 일관되게 위헌 결정을 내리고 있다. 형사법원도 면책규정을 두는 방식으로 개정되지 않은 양벌규정이 사건에 적용되는 경우 일관되게 위헌법률심판제청을 하였다. 최근까지 약 500개의 양벌규정에 대한 개정 작업과 함께 형사법원의 이와 같은 노력으로 양벌규정이 ‘형벌에 관한 책임주의’에 부합되는 데 기여한 바가 크다. 한편 형사법원은 범죄행위자의 각종 면허를 필요적으로 취소하는 규정에 대해서 적극적으로 위헌법률심판제청을 하여 위헌성을 확인받음으로써 직업의 자유 침해를 막았고, 집회 및 시위에 관한 시간적·공간적 제한에 관한 규정에 대해서도 적극적으로 위헌법률심판제청을

하여 집회의 자유를 더욱 보장하는 방향으로 규범적 환경을 조성하는 데 기여하였다.

셋째, 지난 10년 동안 대법원은 전원합의체 사건에 대해서 판결 54건과 결정 8건을 내렸다. 이 중 종전에 대법원이 판시하였던 헌법과 법령 등의 해석 적용에 관한 의견을 변경한 사건은 총 18건(판결 15건, 결정 3건)이었다. 이전 판례를 변경한 사건 중 범죄의 구성요건요소 해당성 판단 기준이 쟁점이 됐던 사건에서는, 부부간 성립 여부, 파업으로 인한 업무방해 성립 여부, 양심적 병역거부의 정당한 사유, 금지된 선거운동의 범위, 배임죄에서 '타인의 사무를 처리하는 자', 사기죄에서의 '처분의사', 명의수탁자의 처분과 횡령, 보관 위탁자의 처분과 횡령, 배임죄의 기수 판단 기준이 다투어졌다. 그리고 증언거부에 따른 효과가 쟁점이었던 사건에서는 증언 거부시 '검찰 진술조서의 증거능력'이 부정되었고, 증인이 증언거부사유가 있음에도 증언거부권 고지 받지 못한 경우 허위 진술을 하더라도 위증죄 성립이 부정되었다. 한편 업무상 위력에 의한 간음·추행 사건을 여성 인권보장의 측면에서 분석한 결과, 최근 발생한 권력형 성범죄 사건에서 가해자에게 무죄를 선고하였던 1심 판결들은 공통적으로 가해자의 위력 행사 여부 판단 기준의 일반론과 구체적 판단의 기준이 일치하지 않는 문제점을 보였다. 구체적으로 말하자면, 해당 판결들은 피고인이 피해자의 자유의사를 제압할 수 있을 만한 무형적 위력을 행사하여 피해자가 원치 않는 성행위나 추행을 당하였는지 여부는 피해자의 진술 외의 제반 간접사실을 종합하여 판단할 수밖에 없다는 일반론을 실시하면서도 가해자의 위력의 행사 여부에 대한 구체적 판단에 있어서는 '개별적' 언행을 중심으로 판단하는 괴리를 보였다.

넷째, 「국가보안법」, 「반공법」, 긴급조치 등의 위반으로 1948년에서 1998년에 걸쳐 유죄 선고를 받았던 사건에 대한 재심 판결 1,019건을 정량적으로 분석하였던 선행연구의 핵심적인 결과는 다음과 같았다. ① (사건유형) 학생운동 관련 피고인이 33.3%로 가장 많았고, 간첩사건 관련 피고인은 19.7%, 반정부 정치활동 관련 피고인은 16.1%로 그 뒤를 이었다. 1심 선고 시기는 1979년대가 67.4%로 가장 많았다. ② (적용법령) 긴급조치 위반으로 유죄판결을 받은 피고인이 51.7%로 가장 많았고, 국가보안법과 반공법 위반이 각각 26.6%와 27.7%로 그 뒤를 이었다. ③ (재심경위) 피고인의 재심 청구가 60.9%로 가장 많았고, 검사의 재심 청구가 20.6%로 그 뒤를 이었다. 피고인이 사망하여 가족이나 법정대리인이 재심을 청구한 경우는 18.5%였다. ④ (재심개시 이유)

긴급조치 등 적용 법령이 위헌·무효로 인정되어 재심 개시가 결정된 경우(「형사소송법」 제420조 제5호)가 49.2%, 수사 관련 사법경찰관 등이 그 직무에 관한 죄를 범한 경우에 해당하여 재심 개시가 결정된 경우가 47.7%(「형사소송법」 제420조 제7호)였다.

⑤ (재심결과) 전체 피고인 가운데 96.6%가 재심에서 1개 이상의 공소사실에 대해 무죄가 선고되었다. 전체 피고인 중 34.4%에 대해서는 재심대상판결의 증거가 되었던 피고인 및 참고인 진술의 임의성이 증명되지 않아 무죄가 선고되었다.

다섯째, 7대 주요 국제인권조약 적용 사건 3,186건에 대한 정량적 분석을 수행한 선행연구의 주요 결과는 다음과 같았다. 2010년대로 접어들면서 국제인권조약 적용 소송이 양적으로 급증하였고, 국제인권조약의 효력과 내용의 해석을 구체적으로 실시하는 판결들도 등장하기 시작했다. 그러나 ‘양심적 병역거부 사건’이 3,066건으로 국제인권조약 적용 사건의 96.2%를 차지했고, 시민적·정치적 권리규약이 적용된 사건이 3,125건으로 가장 많았던 이유도 양심적 병역거부 사건 때문이었다. 양심적 병역거부 사건을 제외하면 국내 법원은 국제인권조약을 적용하는 경우가 극히 드문데, 법관들이 국제인권조약에 친숙하지 않은 점이 그 원인으로 지적되었다.

제 4 장

형사사법기관의 인권보장역량 종합평가 연구(Ⅲ) -형사법원의 인권보장역량 평가-

재판 진행 과정에서의 형사법원 인권보장역량 평가: 사례 및 법정모니터링 자료를 중심으로

최영신·강태경

제4장

재판 진행 과정에서의 형사법원 인권보장역량 평가: 사례 및 법정모니터링 자료를 중심으로

이 장에서는 재판 진행 과정에서 형사법원이 인권보장역량을 얼마나 잘 발휘하고 있는지 소송관계인 등의 경험이라는 관점에서 알아보기 위해서 변호사를 대상으로 사례조사를 수행하고, 법률소비자연맹에서 실시한 법정모니터링 결과에 대한 메타 분석을 수행하였다.

제1절 | 피고인의 인권보장 관련 요인

변호사들은 법정에서 피고인의 변호사로서 활동하는 과정에서 피고인의 인권보장과 관련하여 인권보장에 긍정적, 혹은 부정적 영향을 미치는 요인으로 '판사의 유죄심증 및 예단', '피고인의 진술권 보장', '변호인의 조력을 받을 권리', '증인 신청 및 증인 신문 관련', '피고인의 수사기록물 등 열람', '피고인의 특수한 사정에 대한 배려', '기타 방어권 관련' 요인을 지적한다.

1. 판사의 유죄심증 및 예단

변호사들로부터 수집한 사례조사자료에 의하면, 공판과정에서 피고인의 인권보장과 관련하여 가장 크게 영향을 미치는 요인은 '판사의 유죄심증 및 예단'이다. 「헌법」 제103조에서는 "법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다"고 명시하여 법관의 독립과 자유로운 판단을 명시하고 있다. 헌법이 보장하는 법관의

독립과 자유로운 판단은 단순히 판사의 유죄 심증이나 예단에 따라 합리적인 근거 없이 판결이 이루어지는 것을 말하는 것이 아니다. ‘판사의 유죄심증 및 예단’은 피고인이 공판을 통해 범죄사실의 입증이 제대로 이루어지지 않은 채 유죄 판결을 받는 것이기 때문에 피고인으로서 가장 치명적으로 인권 보장이 이루어지지 않은 부정적 사례로 평가되고, 반대로 ‘판사의 유죄심증 및 예단’ 없이 공판이 이루어진 경우에는 피고인의 인권보장이 가장 잘 이루어진 긍정적 사례로 평가된다.

다음의 <사례 4-1-1>에서 <사례 4-1-7>은 ‘판사의 유죄심증 및 예단’으로 인해 피고인의 인권보장이 미흡했던 것으로 평가된 대표적 사례들이다. <사례 4-1-1>은 판사가 공판기일마다 부정적인 심증을 드러내고 변호사의 변론을 주의 깊게 청취하지 않음으로써 재판의 공정성을 의심하게 한 사례이다.

<사례 4-1-1> 공판기일마다 판사가 부정적인 심증을 드러냄(판사의 유죄심증 및 예단 관련 부정적 사례1)

2019년 피고인의 변호인으로 맡았던 사기 등 사건에서 판사가 매 공판기일 마다 자신의 부정적인 심증을 드러내었고, 변호인의 변론을 주의 깊게 청취하지 않는 태도를 보였다. 피고인으로서 판사의 태도로 인하여 재판이 공정하게 진행되지 않는다는 인상을 받았는데, 공판기일에서 보이는 판사의 태도는 특히 피고인이 갖는 재판의 공정성에 대한 인상을 좌우한다고 생각한다(사례조사자료: 변호사 D).

<사례 4-1-2>와 <사례 4-1-3>은 공판 이전 단계에서부터 언론에 기사화된 사건에서 재판부가 부정적인 여론을 의식하여 어느 정도 유죄에 대한 예단을 갖고 재판이 진행되었다고 평가한 사례이다. 이 사례의 경우 판사의 예단으로 인해 무죄추정의 원칙이 지켜지지 않음으로써 피고인의 인권이 심각하게 침해되었다고 보고 있다.

<사례 4-1-2> 부정적인 여론을 의식한 재판부의 판단(판사의 유죄심증 및 예단 관련 부정적 사례2)

2017년 피고인의 변호인으로 맡았던 사기 사건은 수사단계에서부터 몇 차례 언론에서 기사화된 사건이었고, 여론은 피고인에 대하여 집중적으로 비난을 쏟고 있는 상황이었습니다. 변호인 역시 이러한 점을 인지하였으나 무죄추정의 원칙을 가지고 변론에 임하였는데, 재판부는 이미 검사 측에서 제출한 뉴스 보도를 가지고 어느 정도 심증이 있는 상태로 재판을 진행하였으며, 피고인 측의 주장에 대하여는 마치 더는 들어볼 가치도 없다는 식으로 속히 변론을 종결하였습니다. 아니나 다를까 재판부는 피고인에게 이와 유사한 사건에서 일반적으로 선고하는 형량보다 더욱 과중한 형을 선고하였으며, 이는 재판부가 얼마나 언론이나 여론을 의식하는 판결을 하는지 가능할 수 있는 사례였습니다(사례조사자료: 변호사 C).

〈사례 4-1-3〉 공판기일 시작 단계부터 재판부가 상당한 예견 표현(판사의 유죄심증 및 예단 관련 부정적 사례3)

2018년 피고인의 변호인으로 참여한 증거은닉 사건에서 재판부는 해당 사건이 언론의 관심을 매우 끌고 있는 사건인 점에서, 공판기일이 시작하는 단계에서부터 상당한 예견을 가지고 있었다. 그로 인하여 피고인 측에게 부동의 증거를 철회하고 사실상 증거에 동의를 할 것과 피고인이 신청한 증인 5명중 1명만 채택하여 피고인의 방어권 행사에 어려움이 있었다. 판사가 재판을 진행하는 과정에서 검사 쪽에 이미 판단이 기울어져 있었음을 느꼈고, 재판이 공정하게 진행되지 않는다는 인상을 받았다(사례조사자료: 변호사 F).

다음의 〈사례 4-1-4〉와 〈사례 4-1-6〉는 판사의 예단이 사건의 실체적 진실 발견을 방해한 것으로 평가되는 사례이다. 〈사례 4-1-4〉는 검찰이나 피해자가 신청한 증인이나 증거가 거부되었다는 점에서, 〈사례 4-1-5〉는 재판부가 예단을 갖고 조속히 재판을 끝내기 위하여 피고인 변호인이 신청한 증인 중 1명만 인정하였다는 점에서, 〈사례 4-1-6〉은 피고인의 증인 신청이 거부됨으로써 사건의 심리가 사실관계를 충분히 드러낼 만큼 이루어지지 않았다는 점을 문제시키고 있다.

〈사례 4-1-4〉 검찰측과 피해자 변호인측이 신청한 증인이나 증거 거부(판사의 유죄심증 및 예단 관련 부정적 사례4)

2018년 피해자 변호인으로 참여하였던 업무상횡령사건의 항소심에서 이미 재판부가 원심 판단과 다른 판단을 한다는 듯한 표현을 하였으며, 그 뒤로 검찰측이 신청한 증인이나 피해자가 신청한 증거들에 대해 부정적인 발언을 자주 하였고, 결국 원심 판결을 뒤집고 일부 무죄를 선고하였습니다. 피해자의 변호인으로서의 마지막 사실심에서 증거신청까지 거부당하여 제대로 방어하지도 못하고 사실심이 종결되어 버려 실체관계를 제대로 밝히지 못하였습니다(사례조사자료: 변호사 A).

〈사례 4-1-5〉 재판부가 조속히 재판을 끝내고자 피고인 변호인이 신청한 증인 중 1명만 인정 (판사의 유죄심증 및 예단 관련 부정적 사례5)

2019년 피고인 변호인으로 맡았던 절도 사건에서 피고인이 검사의 공소사실을 전부 부인하며 무죄를 주장하고 있었습니다. 피고인 변호인은 무죄를 주장하기 위하여 고소인과 참고인들 모두를 증인으로 신청하여 각 위 사람들의 진술의 모순점을 찾으려고 하였습니다. 그러나, 재판부는 불필요하게 많은 인원을 부를 필요 없이 한 사람 정도만 골라서 증인신문을 하자고 하였습니다. 재판부는 사건도 경미하고, 고소인과 참고인들이 경찰, 검사 조사과정에서 한 진술들이 일치한다고 판단하며, 재판을 조속히 끝내려고 하였습니다. 이에 부득이 고소인 1명에 대한 증인신문을 할 수밖에 없고, 재판부는 증인신문 이후 바로 선고기일을 지정하였습니다(사례조사자료: 변호사 I).

〈사례 4-1-6〉 1심 판결(벌금형)의 예단을 항소심에서도 그대로 유지(판사의 유죄심증 및 예단 관련 부정적 사례6)

2020년 폭행 사건에서 피고인의 변호인이었음. 1심에서 벌금형이 선고하고 피고인이 항소한 2심 법정에서 판사는 피고인의 증인 신청 자체를 받아들이지 아니함. 이미 예단을 가지고 있던 판사는 충분히 사건을 심리할 수 있었음에도 불구하고 피고인의 증인 신청을 기각하였고 1기일 만에 종결한 후 결국 항소를 기각하였음. 1심 판결을 그대로 유지할 예단을 가지고 있었던 것으로 보이는데 그렇다면 굳이 3심제를 둘 필요가 있나 의구심이 들 정도였음(사례조사자료: 변호사 E).

〈사례 4-1-7〉의 경우에는 재판부가 사건의 핵심적인 쟁점을 충분히 파악하지 못한 상태에서 심리가 이루어지고 있다고 생각하게끔 함으로써 피고인과 변호사가 재판부의 성실성을 의심한 사례이다. 판사가 사건을 성실하게 파악하지 않고 판사의 유죄심증이나 예단으로 판결을 내렸다고 생각하게 한 경우이다. 〈사례 4-1-8〉은 판사가 피고인이 초범이고 피해자와 합의를 한 상태라는 점을 고려하지 않은 채, 피고인이 반성하지 않고 있다는 식의 예단을 가지고 피고인을 호되게 야단을 친 것을 문제시한 경우이다. 〈사례 4-1-9〉도 재판부가 피고인이 정식재판을 청구한 이유와 합의 여부를 물어보면서 피고인이 반성하지 않는다고 본 사례이다.

〈사례 4-1-7〉 재판부의 불성실한 사건 파악 태도(판사의 유죄심증 및 예단 관련 부정적 사례7)

2018년 피고인의 변호인으로 맡았던 사기 등 사건에서 재판부가 이전 기일에 진행된 내용에 대하여 재차 물은 적이 있다. 해당 내용은 위 사건에서 가장 핵심적인 쟁점이 되는 부분이었는데 그 때문에 피고인은 재판을 마친 뒤 위 재판부로부터 판단을 받는 것이 불안하다는 이야기를 하였다. 당사자인 피고인 으로서는 재판부가 성실하게 사건을 파악해주길 바라고, 그것이 곧 재판부에 대한 신뢰로 이어진다는 생각을 하게 되었다(사례조사자료: 변호사 D).

〈사례 4-1-8〉 피고인이 초범이고 합의하였음에 판사가 피고인이 반성하고 않았다는 식으로 호되게 야단을 친 사례(판사의 유죄심증 및 예단 관련 부정적 사례8)

2018년 피고인 변호인으로 참여한 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(도주차량) 사건에서, 초범이고 합의도 된 사안이라 통상적으로는 집행유예를 기대해볼 만한 사건이었음에도 재판장은 유죄 및 실형의 심증을 확고히 갖고서 마치 피고인이 반성하고 있지 않다는 식으로 호되게 야단을 친 사례가 있었습니다(사례조사자료: 변호사 B).

〈사례 4-1-9〉 재판부가 예단을 갖고 피고인이 반성하지 않는다고 본 사례(판사의 유죄심증 및 예단 관련 부정적 사례9)

2017년 피고인 변호인으로 맡았던 강제추행 사건에서 피고인은 지하철에서 피해자의 신체를 만졌다는 혐의로 조사를 받게 되었습니다. 피고인은 경찰과 검사 조사를 받는 과정에서 일관되게 실제 강제추행을 한 사실이 없다고 항변하였습니다. 그러나 검사는 피고인에게 벌금 500만 원의 구약식 처분을 하였습니다. 피고인은 실제 강제추행을 한 사실이 없다고 하며 검사의 구약식처분에 대하여 정식재판청구를 하였습니다. 그런데 첫 공판기일에 재판부는 피고인에게 굳이 정식재판 청구를 한 이유가 무엇인지 물었고, 피해자와 합의한 사실이 있는지 등을 질의하였습니다. 변호인은 피고인의 억울함을 풀어주기 위하여 재판부에 피해자와 피고인의 대질신문을 요청하였습니다만 재판부는 피해자에 대한 신문을 먼저하고 피고인 신문을 하자고 하였습니다. 피고인은 공판기일에서 적극적으로 강제추행 사실이 없다고 부정하였지만, 재판부는 오히려 피고인이 반성을 하지 아니한다고 보아 벌금 500만 원을 선고하였습니다(사례조사자료: 변호사 I)

다음의 사례들은 판사가 ‘판사의 유죄심증 및 예단’ 없이 사건의 사실관계를 충분히 심리하여 판결함으로써 피고인의 인권보장에 충실했다고 평가되는 6개의 긍정적 사례이다. 〈사례 4-1-10〉과 〈사례 4-1-11〉은 재판부가 고소 남발이나 탄원서에 휘둘리지 않고 사건의 실제적 진실을 밝히려려고 노력한 점을 높이 평가하고 있다. 〈사례 4-1-12〉는 법원이 직권으로 정식재판을 진행하면서 피고인과 피해자의 모든 진술을 경청한 후 법리에 따라서 판결한 사례이고, 〈사례 4-1-13〉은 재판부가 복잡한 사실관계 및 증거관계를 모두 파악하고 피고인과 검사에게 해당 범죄에 대한 법리 검토를 하도록 권고한 사례이다.

〈사례 4-1-10〉 고소 남발 및 탄원서에 휘둘리지 않고 실제적 진실의 관점에서 판단(판사의 유죄심증 및 예단 관련 긍정적 사례1)

2019년 피고인의 변호인으로 맡았던 건조물침입 사건이 있습니다. 피고인은 지방 소재 한 교회의 교인이었고, 담임 목사의 횡령 등 비위행위를 발견하여 이를 지적하자 담임 목사를 따르는 해당 교회의 대부분의 교인들이 피고인에게 각종 고소를 남발하였고, 이 사건 역시 그 일환으로 피고인이 교회에 불법 침입하였다는 것이었습니다. 당시 피고인을 비난하는 교인 수십 명은 고소인인 담임 목사를 위해 매일 탄원서를 제출하였고 심지어 공판이 열릴 때면 승합차까지 대절하여 단체로 법원 방청석에 앉아 피고인을 규탄하였습니다. 이러한 상황에 얼핏 보기에 피고인이 매우 큰 잘못을 한 것처럼 판단될 수 있었으나, 재판부는 교인들의 탄원서에 휘둘리지 않고 사건을 실제적 진실과 법령의 관점에서만 보았으며, 그 결과 피고인에게 무죄가 선고될 수 있었습니다(사례조사자료: 변호사 C).

〈사례 4-1-11〉 피해자의 탄원서에 치우치지 않고 법리에 따라서 판결(판사의 유죄심증 및 예단 관련 긍정적 사례2)

2018년 사기죄 관련 사건에서 피고인의 변호인이었음. 피해자는 공판일마다 법정 방청석에 나와서 피해를 호소하고 탄원서까지 제출하였음. 보통 피해자가 강력히 피해를 호소하는 경우 무죄보다는 유죄 가능성이 치우치는 면이 많은데 그럼에도 불구하고 판사는 법리에 따라서 공소사실을 배척하고 무죄 판결을 내림(사례조사자료: 변호사 E).

〈사례 4-1-12〉 피고인과 피해자의 모든 진술을 경청한 후 법리에 따라서 판결(판사의 유죄심증 및 예단 관련 긍정적 사례3)

2016년 피고인의 변호인으로 맡았던 주거침입죄 사건입니다. 피고인은 경찰, 검찰로부터 조사를 받으며 주거침입 사실을 적극적으로 부인하였으나, 경찰, 검찰은 피해자의 일방적인 주장만을 믿고 아무런 근거 없이 피고인의 주장을 받아들이지 아니하였습니다. 사안이 경미하여 검찰은 피고인에게 벌금 50만 원의 구약식 처분을 하였습니다. 그러나 법원은 피고인이 주거침입을 적극적으로 다투고 있다는 점을 보아 직권으로 정식재판을 진행하였습니다. 이후 재판부는 피고인과 피해자에 대한 대질신문을 하였습니다. 경미한 사건임에도 불구하고 재판부는 피고인과 피해자의 모든 진술을 경청하였습니다. 위 사건에서 변호인은 피고인의 일관된 진술을 강조하고 피해자 주장의 신빙성을 탄핵하였습니다. 재판부는 무죄추정의 원칙과 증거재판주의를 언급하며 피고인에게 무죄를 선고하였습니다. 무죄판결이 확정되고 피고인은 자신의 진술을 끝까지 들어준 재판부가 매우 고마웠다고 털어놓았습니다(사례조사자료: 변호사 I)

〈사례 4-1-13〉 재판부가 사실관계 및 증거관계를 모두 파악하여 해당 범죄에 대한 법리 검토 권고(판사의 유죄심증 및 예단 관련 긍정적 사례4)

2018년 피고인의 변호인으로 참여를 하였던 특정경제범죄가중처벌등에관한법률(횡령) 사건에서 검사는 피고인이 자신이 양도담보로 제공한 채권을 횡령하였다고 주장하였습니다. 피고인의 변호인은 양도담보로 제공한 물건의 소유권은 대내적으로 담보제공자(피고인)에게 있으므로 피고인은 타인의 재물을 보관하는 자가 아니라고 주장하였습니다. 또한 피고인은 채무자로부터 채권을 추심한 사실이 없고, 그 채권을 다른 사람에게 양도하였을 뿐이라고 주장하였습니다. 위 사건은 사실관계가 복잡하여 사건기록 분량이 많았을 뿐만 아니라 법리적으로 다룰 부분이 많은 사건이었습니다.

그럼에도 불구하고 재판부는 사실관계와 증거관계를 모두 파악하고 있었고, 피고인과 검사에게 재판부도 횡령에 관하여 열심히 검토를 해볼테니 모두 횡령죄에 대한 법리를 자세히 검토해볼 것을 권하였습니다(사례조사자료: 변호사 I).

〈사례 4-1-14〉에서 〈사례 4-1-15〉는 모두 재판부가 검찰의 공소장 내용대로 사건을 예단하지 않고, 중요한 쟁점 사항에 대한 심리를 충분히 진행하여 사실관계를 명확히 함으로써 사건의 실제적 진실을 밝혔다고 평가되는 사례로서 재판부가 ‘판사의 유죄심증 및 예단’이 없었기에 피고인의 인권보장에 충실했다고 보고된 사례이다.

〈사례 4-1-14〉 형량에 중대한 영향을 끼치는 쟁점 관련 재판부의 공소장 변경 고지(판사의 유죄심증 및 예단 관련 긍정적 사례5)

2015년 피고인 국선변호인으로 참여하였던 폭행치상사건에서 피고인이 폭행에 사용하였던 도구가 흉기인지 아닌지에 따라서 형량이 크게 좌우되었습니다. 이에 변호인이 피고인이 사용한 도구가 흉기인지 여부에 대해 지적하였고, 재판부에서 검사와 변호인에게 흉기여부에 대해 다시 논의하라고 하여 검찰측에서 단순폭행으로 공소장을 변경한 사례가 있었습니다. 만약 공소장이 변경되지 않았다면 피고인이 직장에서 해고될 수 있었고, 흉기여부에 대한 판단이 다소 애매하였으나, 재판부의 흉기여부에 대한 논의로 인해 피고인의 형량이 크게 줄어들었던 적이 있습니다(사례조사자료: 변호사 A).

〈사례 4-1-15〉 법정에서 증거가 되는 영상물 열람을 통해 아동청소년이용음란물 여부 확인(판사의 유죄심증 및 예단 관련 긍정적 사례6)

2020년 피고인 변호인으로 참여한 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 법률 위반 및 아동청소년의 성보호에 관한 법률위반(소위 'N번방' 유사 사건) 사건에서, 변호인으로서 양형만을 다투기 위해 일부 영상물이 아동청소년이용음란물이 아니라거나 음란물이 아니라는 주장을 하였는데, 이에 재판장은 영상물의 열람을 허용하였고, 변호인으로서 열람한 음란물 중 일부는 아동청소년이용음란물이 아니라는 취지로 주장하자 법정에서 해당 음란물들을 조사하면서 방청석에 있는 수많은 기자들을 퇴장시키면서, 피고인에게도 변호를 받을 권리가 있으며 지은 죄 이상으로 처벌할 수 없음을 천명하였습니다(사례조사자료: 변호사 B).

〈사례 4-1-16〉과 〈사례 4-1-17〉은 판사가 사건의 경과, 주요 쟁점 등에 대해 충분히 인지하고 이를 설명해줌으로써 피고인과 변호사로부터 재판부에 대한 신뢰를 얻은 사례이다. 재판부가 사건을 정확히 파악하는 것은 공정한 재판의 필수불가결한 전제임에도 불구하고 재판부의 사건에 대한 정확한 파악이 긍정적인 사례로 언급된다는 점은 현재 판사들의 업무과중으로 인하여 재판부가 사건의 쟁점을 충분히 인지하지 못한 상태에서 공판이 이루어지고 있다는 점을 반증하는 것으로도 평가된다.

〈사례 4-1-16〉 재판부의 진행 경과, 각 주장, 증인신청 허용 이유 등을 자세히 설명(판사의 유죄심증 및 예단 관련 긍정적 사례7)

2019년 사기죄 관련 피고인의 변호인이었음. 보통 재판부에서 지난 기일에 어떻게 진행되었다고 간략히 이야기해 주기도 하는데 그 판사는 진행 경과는 물론 피고인 측의 사실오인, 법리오해 등 주장을 다시 한 번 되짚었고 어떠한 연유로 하여 증인 신청을 받아들였는지 등에 관한 자세한 설명을 함. 피고인은 물론 변호인도 '이 판사님이 사건을 정확하게 숙지하고 있고 쟁점 사항이 어떻게 되는지 파악하고 있구나'라고 안심할 수 있는 계기가 됨(사례조사자료: 변호사 E).

〈사례 4-1-17〉 공판준비기일을 통해 재판부가 사건을 충분히 이해하고 있다는 인상을 받음(판사의 유죄심증 및 예단 관련 긍정적 사례8)

2020년 피고인의 변호인으로 맡았던 사립학교법위반 등 사건에서 재판부에서 준비기일을 열어 충분히 사건의 쟁점을 정리하고, 충분히 사건 내용을 검토하는 시간을 가진 적이 있다. 그렇다 보니 변호인으로서도 재판부에 대하여 충분히 사건을 설명할 시간을 갖을 수 있었다. 또한 준비기일에서 재판부로 부터 해당 사건에 대한 질문을 받았는데, 재판부가 해당 사건을 충분히 이해하고 있다는 인상을 받았고 피고인 역시 그로 인하여 해당 재판부에 대해 신뢰감을 갖게 되었다(사례조사자료: 변호사 D).

2. 피고인의 진술권 보장

공판과정에서 피고인의 진술권은 방어권의 핵심이라는 점에서 피고인의 진술권이 얼마나 충분히 보장되는지 여부는 피고인의 인권이 얼마나 충실히 지켜지고 있는지 여부에 직결된다. 〈사례 4-1-18〉은 검사가 피고인 신문절차에서 유도 신문을 하고 인격모욕적인 질문을 하는데도 재판부가 이를 방치한 것은 결국 피고인의 진술권을 충분히 보장해주지 못한 조치라고 평가한 사례이다.

〈사례 4-1-18〉 피고인에 대한 검찰의 유도신문과 인격모욕적 질문 방치(피고인의 진술권 보장 관련 부정적 사례1)

2019년 피고인의 변호인으로 참여한 증거인멸 교사 사건에서 재판부는 검사가 피고인 신문 과정에서 상당한 유도신문과 인격 모욕적인 질문을 계속하여 변호인이 이의를 제기하였음에도 검사의 신문 권한을 보장하여야 한다는 이유로 이를 제지하지 아니하였다. 피고인 신문의 절차는 실질적으로 공소사실과 구체적인 사실관계에 대한 구체적인 진술을 듣는 자리이지, 피고인 신문을 이용하여 검사의 변론과 의견을 듣는 자리가 아님에도 불구하고, 검사가 무리하게 본인의 자의적인 판단과 의견을 섞어 질문을 구성하고 이 과정에서 피고인에게 상당한 모욕감을 느끼게 하였음에도 재판부가 이를 방관하는 것은 상당한 문제가 있다고 생각한다(사례조사자료: 변호사 F).

반면에 다음의 〈사례 4-1-19〉는 피고인의 진술권을 보장해주는 긍정적 사례이다. 재판부는 성폭력범죄의 피고인과 피해자를 분리시키기 위하여 피해자 진술시 피고인이 퇴장하도록 조치를 하면서 다른 공간에서 피해자의 진술내용을 들을 수 있도록 조치를 해준 사례이다. 이 사례는 피고인의 방어권을 충분히 고려한 긍정적 사례라고 할 수 있다.

〈사례 4-1-19〉 피해자인 증인의 신문시 피고인이 퇴정하되, 다른 공간에서 피해자 진술내용을 들을 수 있도록 조치(피고인의 진술권 보장 관련 긍정적 사례1)

피고인의 인권보장은 무엇보다 피고인의 방어권을 얼마나 충분히 행사할 수 있는지 여부가 가장 중요하다고 생각됨. 이와 관련 2018년 성범죄 사건 관련 피고인의 변호인으로 법정에 출석하였는데 해당 재판부에서는 피해자를 증인으로 소환하여 증인신문을 하였음. 피해자는 피고인이 재판정에 있는 가운데에서는 진술이 제한된다고 피고인의 퇴정을 신청함. 이에 재판부는 피고인이 퇴정을 하되 다만 피해자가 어떠한 진술을 하는지 들을 수 있도록 다른 공간에서 피해자의 목소리를 들을 수 있도록 조치하여 주었음. 그리고 피해자의 증언이 끝난 후에는 피고인으로 하여금 피해자에게 물어볼 것이 있는지 변호인을 통하여 알아보도록 하는 기회를 부여하였음. 무죄추정의 원칙, 피고인의 인권 보장을 위한 조치라고 사료됨(사례조사자료: 변호사 E).

3. 변호인의 조력을 받을 권리

공판과정에서 피고인이 방어권을 충분히 행사하고 효과적으로 소송을 수행하기 위해서는 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 실질적 보장이 필수적이다. 다음의 〈사례 4-1-20〉과 〈사례 4-1-21〉은 재판부가 피고인이 변호인의 조력을 받을 권리를 충분히 보장하기 위하여 노력한 긍정적 사례로 평가된다. 〈사례 4-1-20〉은 군인인 피고인의 사정을 고려하여 접견 가능시간을 변호인에게 사전에 통지해줌으로써 피고인이 변호인의 조력을 받을 수 있도록 배려한 사례이며, 〈사례 4-1-21〉은 판결 선고가 불과 5일밖에 남지 않은 시점에서 검사가 장문의 의견서를 제출하자, 재판부가 판결 선고기일을 연기하여 변호인에게 검사 의견에 대한 반박의견서를 낼 수 있도록 하여 피고인이 변호사의 조력을 받을 수 있도록 조치한 사례이다.

〈사례 4-1-20〉 군인인 피고인의 변호인의 조력을 받을 권리 보장(변호인의 조력을 받을 권리 관련 긍정적 사례1)

2017년경 피고인의 변호인으로 참여하였던 뇌물수수사건에서 피고인이 군인이어서 접견이 쉽지 않고, 시간상 장소상 제약이 많았습니다. 접견을 가더라도 일과시간 중 체육활동시간에 걸리는 경우 등에는 접견이 불가능했는데, 재판부에서 미리 접견 가능한 시간을 통지해 주어 그 시간에 맞추어 접견을 하여 피고인의 변론방향 등에 관하여 상의할 수 있었습니다(사례조사자료: 변호사 A).

〈사례 4-1-21〉 판결 선고기일을 연기하여 변호인에게 변론 기회 제공(변호인의 조력을 받을 권리 관련 긍정적 사례2)

2019년 피고인의 변호인으로 참여한 뇌물수수 사건에서 재판부는 판결 선고가 불과 5일밖에 남지 않은 시점에서 검사가 장문의 의견서를 제출하자, 판결 선고기일을 연기하고 변호인에게 검사 의견에 대한 반박 의견서를 낼 수 있는 기회를 제공하였다. 당시 원래 예정된 선고기일에 선고를 하였다면 반박 의견서를 준비할 수 없었으나, 약 2주간 선고기일을 연기하고 피고인 측에 반박의견서를 제출할 것을 알려주어 충분한 대응을 할 수 있었다(사례조사자료: 변호사 F).

4. 증인 신청

공판과정에서 피고인의 인권보장을 위해 영향을 미치는 중요한 요인으로는 ‘증인 신청 관련’ 요인이 지적된다. 피고인 입장에서는 재판부에 신청한 증인이 특별한 이유 없이 기각되거나 증인 신청 철회를 종용받거나 하는 경우 피고인의 방어권이 충분히 보장되지 못하고 있다고 생각하게 된다. 〈사례 4-1-22〉부터 〈사례 4-1-27〉까지 6개의 사례는 피고인의 증인 신청과 관련한 사례로서 부정적 사례가 3건이고 긍정적 사례가 3건이다. 3개의 사례는 모두 재판부와 피고인이 증인 채택에 의견이 다른 경우로서 피고인의 인권보장에 부정적 사례로 평가되며, 재판부가 검사나 피고인 측에 증인 신문 기회를 충분히 부여한 경우에는 긍정적 사례로 평가된다.

〈사례 4-1-22〉 증인불출석에 대한 증인 신청 취소 종용(증인 신청 관련 부정적 사례1)

2015년경 피고인의 변호인으로 참여하였던 특가법위반사건에서 피고인의 혐의를 부인하기 위한 중요증인을 신청하였으나, 증인이 출석하지 않은 사건에서 피고인이 증인에게 연락하여 출석을 종용할 수 있는 위치에 있지도 않고, 증인이 출석하지 않아 기일이 연기된 것임에도 불구하고 재판부에서 증인 신청을 철회할 것을 종용하였습니다. 변호인이 강하게 항의하여 증인신문기일이 속행되기는 하였으나, 중요증인의 신청을 철회할 것을 종용하는 경우가 종종 있습니다(사례조사자료: 변호사 A).

〈사례 4-1-23〉 합리적인 이유 없이 항소심에서 증인 신청 배척(증인 신청 관련 부정적 사례2)

2020년 피고인의 변호인으로 수행한 업무상 횡령사건의 항소심에서, 항소심 재판부는 피고인이 1심에서 증인신문을 하지 아니하다가, 2심에서 증인을 신청하였더니 1심에서 신청하지 아니하고 갑자기 2심에서 신청한 이유를 납득하지 못한다는 이유로 2심에서 증인신청을 전혀 받아들이지 아니하였다. 합리적인 이유 없이 피고인이 신청한 증인을 배척한 것을 보고, 판사가 사건을 신중하고 성실하게 받아들이고, 관심을 기울이지 않는다는 강한 인상을 받았다(사례조사자료: 변호사 F).

〈사례 4-1-24〉 1심 법원에서 증인으로 소환되었다는 이유만으로 같은 증인을 항소심에서는 신청 기각(증인 신청 관련 부정적 사례3)

2020년 강제추행 사건에서 증인으로 피해자를 소환하여 달라고 증인신청을 하였는데 이미 1심 법원에서 1차례 불렀다는 것을 이유로 기각함. 이후 재판부에서는 증인신청을 받아들였는데 증인신청 허가를 하면서 피고인에게 만일 증인으로 불렀음에도 혐의가 인정되는 경우 실형을 선고할 수도 있다고 경고하였는바 이는 피고인으로 하여금 상당한 심리적 압박을 가하는 것으로서 인권보호에 미흡하다고 생각됨(사례조사자료: 변호사 E).

〈사례 4-1-25〉 주요 증인에 대하여 항소심 재판부가 다시 증인으로 채택하여 충분한 신문기회 제공 (증인 신청 관련 긍정적 사례1)

2020년 피고인의 변호인으로서 참여한 뇌물수수 사건에서 항소심 재판부가 1심에서 이미 증인신문이 이루어진 증인에 대하여 항소심에서도 재차 증인으로 소환하여 신문할 수 있는 기회를 제공하였다. 사건의 핵심 사실관계를 증언할 수 있는 주요 증인이었고, 1심에서의 증언이 시간관계상 상당히 부족하게 이루어졌으며, 항소심에서 다루어지고 있는 내용에 대하여 다시 확인할 필요가 있었는데 항소심 재판부가 다시 증인을 채택해 주었고 충분한 신문기회(저녁 9시경까지 증인신문이 이어짐)를 제공해 주어 피고인의 방어권 행사에 상당한 도움이 되었다(사례조사자료: 변호사 F).

〈사례 4-1-26〉 밤늦은 시간까지 검사와 피고인 측에 충분한 증인 신문 기회 부여(증인 신청 관련 긍정적 사례2)

2020년 피고인의 변호인으로 수행한 뇌물수수사건에서 재판부는 피고인 측이 신청한 증인에 대한 증인신문이 오후 2시부터 진행되었는데, 주신문과 반대신문이 계속 이어져 증인신문이 밤 9시 반까지 저녁식사 없이 계속 이어졌다. 그럼에도 불구하고 재판부가 피곤한 내색을 전혀 보이지 아니하고, 검사와 피고인 측에 충분한 증인신문 기회를 부여하여 충분한 변론을 할 수 있었다(사례조사자료: 변호사 F).

〈사례 4-1-27〉 재판부가 피고인이 신청할 수 있는 증거들을 최대한 모두 조사(증인 신청 관련 긍정적 사례3)

2020년 피고인의 변호인으로 참여를 하였던 특정경제범죄가중처벌등에관한법률(사기) 사건에서 피고인은 소송사기를 이유로 기소가 되었습니다. 검사는 피고인이 채권이 없음에도 불구하고, 마치 채권이 있는 것처럼 모 재단을 상대로 소송을 제기하였다고 주장하였습니다. 피고인은 허위 채권이 아니라는 점을 주장하였으나, 위 소송을 제기한 지 10년이 가까이 되는 시점이어서 자료가 부족한 상황이었습니다. 피고인 측은 재판부에게 시간이 오래 지나서 증거를 찾기 어렵다는 점을 이야기하여 부득이 관련자 약 10명을 증인으로 신청하겠다고 하였습니다. 검사는 피고인의 증인신청을 탄핵하려고 하였으나, 재판부는 피고인의 방어권을 보호하기 위하여 피고인이 신청할 수 있는 증거들을 최대한 조사를 하겠다고 하며 피고인의 증인신청을 모두 받아주었습니다(사례조사자료: 변호사 I).

5. 피고인의 수사기록물 등 열람 등

‘피고인의 수사기록물 등 열람등사’는 공판과정에서 피고인의 방어권 행사에 큰 영향을 미치기 때문에 피고인 입장에서는 이에 대한 권리를 충분히 보장받았는지 여부가 인권보장이 충분히 이루어졌는지를 평가하는 기준이 될 수 있다.

〈사례 4-1-28〉은 검찰에서 등사를 거부한 CCTV 영상파일을 법원을 통해 열람·등사 허가를 받게 되어 긍정적으로 평가된 사례이고, 〈사례 4-1-29〉는 검찰에서 거부당한 수사기록목록 제출에 대하여 재판부의 허가로 미제출된 수사기록물을 열람·등사할 수 있게 된 사례이다. 이 두 가지 사례는 모두 검찰이 거부한 수사기록물의 열람·등사를 법원에서 허가한 사례로서 법원의 피고인 인권보장의 긍정적 사례라고 할 수 있다.

〈사례 4-1-28〉 검찰이 등사를 거부한 CCTV 영상파일에 대하여 법원을 통해 열람·등사 허가 받음
(수사기록물 등 열람 관련 긍정적 사례1)

2020년 피고인 변호인으로 참여하였던 업무방해 사건에서, 업무방해의 증거로 제시된 CCTV 영상 파일을 열람 등사하려고 하였으나 검찰이 증거인멸, 사생활침해 등의 사유로 CCTV 영상파일은 열람만 허용하고 등사는 거부하였기에 법정에서 그 부당함을 지적하였더니 재판장이 그렇다면 CCTV 영상 파일을 법원에 제출하면 법원에서 그 열람 등사를 허가하는 방식으로 진행하자고 하여 결국 CCTV 열람 등사를 허가받아 사건 진행에 도움이 되었던 적이 있었습니다(사례조사자료: 변호사 B).

〈사례 4-1-29〉 검찰에서 거부당한 수사기록목록 제출에 대하여 재판부의 허가로 수사기록목록을 받아 미제출된 수사기록에 대한 열람등사권 보장(수사기록물 등 열람 관련 긍정적 사례2)

2019년 피고인 변호인으로 맡았던 사기 등 사건에서 수사절차상 피고인이 압수수색 영장을 제시받지 못하였고, 그로 인하여 당시 압수수색 영장에 의한 압수물 및 그에 기초한 증거들이 위법수집증거에 해당한다는 점을 다툰 적이 있다. 당시 상황 및 그에 기초한 증거들을 파악하기 위하여 수사기록목록 제출을 검찰에 신청하였으나 거부당하였다. 이에 재판부에 다시 신청하였고, 재판부의 허가로 검찰로부터 수사기록목록을 받아 그 중 증거로 제출되지 않은 기록에 대한 등사가 가능하였다. 이 사례는 재판부가 검사가 증거로 제출하지 않았으나 수사의 기초가 된 수사기록에 관한 열람등사권을 보장하였다는 점에서 피고인의 인권 보장에 기여하였다고 생각한다(사례조사자료: 변호사 D).

6. 피고인의 특수한 사정에 대한 배려

〈사례 4-1-30〉, 〈사례 4-1-31〉, 〈사례 4-1-32〉는 재판부가 피고인의 특수한 사정을 배려하고 있는가를 평가한 사례이다. 〈사례 4-1-30〉은 피고인이 고령이고 해외에 거주하는 특수한 사정임에도 재판부가 공판일정을 결정함에 있어 이를 전혀 고려하지 않은 점을 부정적으로 평가한 사례이고, 〈사례 4-1-31〉과 〈사례 4-1-32〉는 재판부가 피고인의 특수한 사정을 배려하여 공판기일을 연기하거나 조사완료 여부에 따라 다수 피고인의 변론을 분리하여 피고인의 인권보장에 긍정적이라고 평가된 사례이다.

〈사례 4-1-30〉 해외 거주 중이고 고령인 피고인의 사정을 배려하지 않고 무리한 공판일정 강행(피고인의 사정에 대한 배려 관련 부정적 사례1)

2016년 피고인의 변호인으로 맡았던 성매매알선등행위의처벌에관한법률위반(성매매알선등) 사건에서 피고인은 피고인이 소유하고 있는 건물이 성매매 영업을 위한 장소로 제공되었다는 혐의로 형사재판을 받게 되었습니다. 그런데 당시 피고인의 나이가 만 75세로 상당한 고령이었고, 대부분의 시간을 자녀들과 함께 해외에서 보내고 있어 국내에서 처리해야 하는 일들은 전적으로 피고인이 고된 건물 관리인이 했습니다. 피고인의 변호인이 이러한 사정을 재판부에 적극적으로 설명하였음에도 불구하고, 재판부는 어떠한 양해도 없이 공판기일을 2주마다 지정하며 반드시 피고인이 공판에 참석해야 함을 강요하였으며, 이에 피고인은 해외에서 받던 병원 치료도 중단하고 가족들과 떨어져 한국의 임시 거처에서 몇 달이 넘도록 혼자 머물며 고통스러운 시간을 보내야 했습니다. 결국 재판부의 무리한 일정 강행으로 인해 피고인의 지병은 돌이킬 수 없을 정도로 악화되었습니다(사례조사자료: 변호사 C).

〈사례 4-1-31〉 추가 고소건에 대하여 불기소처분 내지 기존 사건과 병합될 때까지 공판 연기(피고인의 사정에 대한 배려 관련 긍정적 사례1)

2017년 피고인의 변호인으로 맡았던 횡령 사건에서 피고인은 A라는 범죄사실로 공소제기 된 상황이었습니다. 그런데 1년 넘게 경찰, 검찰에서 조사를 받으며 결국 공판이 진행된 상황임에도 고소인은 오로지 피고인을 괴롭힐 목적으로 공판이 계속 중인 와중에 A-1, A-2, A-3 등 기존 A라는 사건의 연장선상에 있는 사안을 추가로 고소하였습니다. 이에 피고인은 공판은 공판대로 진행하며 별도로 또 다시 경찰서에 가서 비슷한 사안을 진술하는 등 큰 번거로움을 겪게 되었는데, 변호인은 위 사건들이 모두 실체적 경합 관계에 있고 만일 A사건에 대하여 미리 판결이 선고되면 다른 사건의 수사 과정에도 영향을 미치게 되고 피고인은 또 다시 별개의 재판으로 오랜 고통의 시간을 보내야 한다는 점을 근거로 피고인의 방어권 보장을 위해 추가 고소 건이 불기소처분 내지 A사건과 병합될 때까지 공판을 연기해달라는 요청을 하였습니다. 재판부는 이러한 사정을 적극 반영하여 공판기일을 연기해주었고 다행히 추가 고소 건은 불기소처분으로 종결되어 피고인에게 어떠한 불이익도 발생하지 않았습니다(사례조사자료: 변호사 C).

〈사례 4-1-32〉 조사 완료 여부에 따라 피고인 변론 분리, 같은 기일에 판결 선고로 불필요한 공판기
일 참석 방지(피고인의 사정에 대한 배려 관련 긍정적 사례2)

2015년경 피고인 1인의 변호인으로 참여하였던 유사수신행위법위반사건에서 변호인이 변호한 피고인은 거의 모든 조사가 완료되었으나, 일부 피고인들에 대해서는 조사가 완료되지 않아 공판기일이 종결되지 못하자, 공판의 신속한 진행을 위해 조사가 완료된 피고인과 아닌 피고인의 변론을 분리하되 같은 기일에 판결을 선고하기로 하였습니다. 피고인은 변론이 분리되어 더 이상 공판기일에 참석해야 하는 번거로움을 피할 수 있었습니다(사례조사자료: 변호사 A).

7. 방어권 보장 관련 기타 사례(서류 제출 및 공판 기일 연기 미고지 등)

위에서 언급한 피고인의 인권보장과 관련된 여섯 가지 요인 외에 피고인의 방어권을 제한하는 다른 요인들이 있는데, 여기에는 피고인의 서류 제출 접수나 공판 기일 변경에 대한 사전 고지 등이 해당된다. 〈사례 4-1-33〉은 피고인측이 우편으로 제출한 서류에 대하여 재판부가 해당 증거에 대하여 어떠한 고지도 하지 않고 해당 증거들이 모두 제출된 적이 없다는 이유로 피고인의 항소를 기각한 사례이다. 이러한 경우 피고인 및 변호인에 대하여 증거제출 여부 등에 대하여 석명권을 행사하고 그에 대한 고지가 있었어야 할 것이다. 〈사례 4-1-34〉는 재판 당일 기일이 변경된 사례로 이를 사전에 고지하지 않아 재판이 열리지 못했던 부정적 사례이다.

〈사례 4-1-33〉 우편으로 제출한 증거의 수령 여부 미고지(기타 방어권 관련 부정적 사례1)

2017년 피고인 변호인으로 맡았던 사기 등 사건에서 피고인의 무죄를 입증하기 위하여 방대한 양의 증거를 우편으로 제출하였다. 이후 공판기일이 여러 차례 열리고 해당 변호인은 피고인이 제출한 증거에 대한 설명을 위해 별도로 변론도 하였다. 그러나 재판부는 해당 증거에 대하여 어떠한 고지도 하지 않고 해당 증거들이 모두 제출된 적이 없다는 이유로 피고인의 항소를 기각하였다. 재판부가 피고인이 제출하는 증거를 채택할지 여부는 재판부의 심증에 따른다고 할 것이나, 적어도 피고인이 증거를 제출하였고, 해당 증거를 기초로 여러 차례 변론하였다면 피고인의 증거 신청권을 보장하기 위해서라도 피고인 및 변호인에 대하여 증거제출 여부 등에 대하여 석명권을 행사하고 그에 대한 고지가 있었어야 한다고 생각한다(사례조사자료: 변호사 D).

〈사례 4-1-34〉 변경된 기일 미고지(기타 방어권 관련 부정적 사례2)

2018년경 피고인의 변호인으로 참여하였던 상표법위반사건에서 당일 기일이 변경되었음에도 불구하고 제대로 기일이 고지되지 않아 재판을 하지 못하였던 사례가 있었습니다(사례조사자료: 변호사 A).

제2절 | 피해자의 인권보장 관련 요인

공판과정에 피고인이나 피해자의 변호사로서 참여했던 변호사들은 자신들이 경험했던 사건에 근거하여 피해자의 인권보장에 긍정적, 혹은 부정적 영향을 미치는 중요한 요인으로 ‘①증인으로서의 진술권 보장’, ‘②피해자의 의견진술권 보장’, ‘③피해자의 보호’, ‘④피해자의 사건 관련 정보 공유’를 지적한다.

1. 증인으로서의 진술권 보장

다음의 <사례 4-2-1>은 피해자가 다수인 사건에서 판사가 여러 명의 피해자들을 모두 증인으로 출석하게 하여 “하루 온 종일씩 몇 번의 공판기일을 증인신문에 할애”한 점을 긍정적으로 평가한 사례이다. 이 과정에서 피해자들은 재판부가 피해 회복 및 가해자 처벌을 위해 힘쓰고 있다는 것을 알게 되고 심적 위안을 받고 사법부에 대해 긍정적인 신뢰를 갖게 된 경우이다.

<사례 4-2-1> 피해자들을 모두 증인으로 소환하여 증인신문(증인으로서의 진술권 보장 관련 긍정적 사례1)

2016년 피해자의 변호인으로 참여했던 사기 사건에서, 관련 피해자가 워낙 많고 사실관계를 파악하기 어려운 사건이었음에도 불구하고 판사는 오랜 시간 동안 몇 천 장의 기록을 모두 검토하여 범죄사실을 정확하게 인지하고 있었으며, 더욱이 모든 피해자들을 한 명도 빠짐없이 증인으로 출석하게 하여 하루 온 종일씩 몇 번의 공판기일을 증인신문에 할애하는 성실함을 보였습니다. 비록 모든 피해자들이 피해 금액을 변제받지는 못하였지만, 그럼에도 피해자들은 재판부가 진심으로 피해 회복 및 가해자 처벌을 위해 힘쓰고 있다는 것을 알고 심적으로 위안을 받았으며, 사법부에 대한 긍정적인 신뢰를 갖게 되었습니다(사례조사자료: 변호사 C).

2. 피해자의 의견진술권 보장

피해자의 의견진술권 보장 관련 사례는 <사례 4-2-2>에서 <사례 4-2-4>까지 3건의 사례인데, 모두 피해자 인권보장에 긍정적인 사례이다. <사례 4-2-2>는 재판부가 피해자의 대리인으로 출석한 변호사에게 적극적인 변론 기회를 보장하여 억울한 피해자의

입장을 충분히 대변할 수 있도록 한 사례이고, <사례 4-2-3>은 방청석에서 재판을 지켜보던 피해자가 손을 들어 발언 기회를 요청하자 바로 발언 기회를 제공한 경우이고, <사례 4-2-4>는 피해자의 변호인으로서 재판정에서 발언권을 얻어 해당 사건의 특수성과 엄벌의 필요성, 피고인이 반성하지 아니하고 사실과 다른 진술로 재판부를 호도하고 있다는 점 등을 피해자를 대신하여 피해자의 입장을 직접 변론한 사례이다.

이 세 가지 사례는 모두 재판부가 적극적으로 범죄피해자의 의견진술기회나 피해자를 대리한 변호인의 변론진술기회를 제공하여 피해자의 인권보호에 의미있는 역할을 한 긍정적 사례이다. 공판과정에서 피해자로서의 의견진술권은 「형사소송법」 제294조의2(피해자등의 진술권) 제2항에 규정되어 있어서 피해자의 해당 권리가 비교적 잘 지켜지고 있는 것으로 보인다.²²⁴⁾

<사례 4-2-2> 피해자변호인으로서 직접 변론(피해자의 의견진술권 보장 관련 긍정적 사례1)

2017년 피해자의 변호인으로 맡았던 사기 사건에서 피해자의 대리인으로 출석하여 직접 변론한 사실이 있다. 피해자는 형사재판의 당사자가 아니기 때문에 재판부마다 피해자 대리인이 출석하더라도 제대로 변론 기회를 주지 않는 경우도 있었는데, 해당 재판부는 피해자 대리인의 적극적인 변론 기회를 보장하여 억울한 피해자의 입장을 충분히 대변할 수 있었다. 피해자의 인권 보장과 관련하여 피해자의 입장을 충분히 재판부에 전달하는 것이 매우 중요하다고 생각한다(사례조사자료: 변호사 D).

<사례 4-2-3> 피해자의 요청으로 발언 기회 제공받음(피해자의 의견진술권 보장 관련 긍정적 사례2)

2020년 성범죄 사건의 피해자 변호인이었던 사건에서 재판부에서는 방청석에서 재판을 지켜보던 피해자가 손을 들자, 누구인지 묻고 피해자가 말씀드릴 기회를 달라고 하자 기회를 부여함. 보통은 서면으로 내라고 하던가 탄원서를 제출하라고 하면서 재판을 진행하는 경우가 많은데 피해자의 의사를 고려하여 시간을 내어 법정에 온 피해자를 배려하여 준 사례를 보았음(사례조사자료: 변호사 E).

224) 「형사소송법」 제294조의2(피해자등의 진술권) ② 법원은 제1항에 따라 피해자등을 신문하는 경우 피해의 정도 및 결과, 피고인의 처벌에 관한 의견, 그 밖에 당해 사건에 관한 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.

〈사례 4-2-4〉 피해자 변호인으로서 직접 변론(피해자의 의견진술권 보장 관련 긍정적 사례3)

2020년 피해자의 변호인으로 참여하였던 강제추행 사건에서, 피해자의 변호인으로서 재판정에서 발언권을 얻어 위 사건의 특수성과 엄벌의 필요성, 피고인이 반성하지 아니하고 사실과 다른 진술로 재판부를 호도하고 있다는 점 등을 모두 지적할 수 있는 기회를 받았다. 피해자가 직접 피고인을 대면하고 발언하기 어려운 상황에서, 피해자의 변호인으로서 피해자를 대신하여 피해자의 입장을 직접 변론할 수 있는 기회를 제공받은 것은 피해자 인권보호에 있어 매우 의미있는 역할이라고 생각한다(사례조사 자료: 변호사 F).

3. 피해자 보호 관련

공판과정에서 피해자의 보호와 관련하여 지적된 문제로는 ‘피해자의 개인정보 보호’, ‘피고인과 피해자의 분리’, ‘피해자에 대한 인신공격 제한’, ‘미성년 피해자 신뢰관계인 동석’ 등이 있다. 이러한 문제들은 최근 공판과정에서 피해자의 인권보장에 영향을 미치는 요인이라고 볼 수 있다.

가. 피해자의 개인정보 보호

범죄피해자는 통상 범죄 발생 이후 제2의 피해가 반복되지 않을까 하는 두려움을 갖고 있는데, 이러한 두려움을 해소시켜주는 노력 또한 피해자의 인권보장에 중요한 요인으로 작용한다. 「형사소송법」 제35조(서류·증거물의 열람·복사) 제3항²²⁵⁾에서는 피해자의 개인정보가 공개되지 않도록 보호조치를 할 수 있다고 규정하고 있지만, 강제규정이 아니어서 공판과정에서는 피해자의 인적 사항이 유출되는 경우가 종종 발생한다.

〈사례 4-2-5〉는 형사기록 등사 과정에서 실수로 피해자의 인적사항이 그대로 복사되는 바람에 피해자의 거부에도 불구하고 피해자의 인적사항이 노출된 사례이고, 〈사례 4-2-6〉은 사기사건의 피고인이 피해자의 인적 사항을 알아내어 피해자에게 합의를 종용하여 피해자가 원치 않는 고통을 당한 사례이다. 이 두 사례는 모두 피해자가 인적 사항 노출을 거부함에도 불구하고 수사기록 등의 열람 및 복사과정에서 피해자

225) 「형사소송법」 제35조(서류·증거물의 열람·복사) ③ 재판장은 피해자, 증인 등 사건관계인의 생명 또는 신체의 안전을 현저히 해칠 우려가 있는 경우에는 제1항 및 제2항에 따른 열람·복사에 앞서 사건관계인의 성명 등 개인정보가 공개되지 아니하도록 보호조치를 할 수 있다.

의 인적 사항이 피고인에게 알려진 경우이다. 이와는 대조적으로 <사례 4-2-7>은 재판부의 세심한 배려로 합의과정에서도 피해자의 인적사항을 알 수 없도록 합의서가 작성된 사례로서 피해자의 개인정보를 잘 보호하여 피해자의 인권을 보호한 긍정적인 사례이다. 성폭력범죄가 아닌 경우에도 수사기록물의 열람 및 복사, 합의서의 작성과정에서 피해자의 인적사항이 노출되지 않도록 피해자의 개인정보 보호에 대하여 체계적이고 세심한 관리가 이루어져야 한다.

<사례 4-2-5> 형사기록 등사 과정에서 피해자 인적사항 유출(피해자의 개인정보 보호 관련 부정적 사례1)

2018년 피고인의 변호인으로 맡았던 근로자퇴직급여보장법위반 사건에서, 피해자가 인적사항을 알려주길 거부하여 형사공탁이 어려운 상황에 있었다. 그런데 형사기록 등사 과정에서 실수로 피해자의 인적사항이 그대로 복사되는 바람에 피해자의 거부에도 불구하고 피해자의 인적사항이 노출되는 경우가 발생하였다. 형사사건에서 피해자는 피고인에게 현 주소지 및 전화번호 등 인적사항을 노출시키기 꺼려하는 경우가 많은데, 이러한 경우 더욱 주의가 필요할 것으로 보인다(사례조사자료: 변호사 D).

<사례 4-2-6> 피해자의 인적 사항 유출로 피고자가 합의 중용(피해자의 개인정보 보호 관련 부정적 사례2)

2020년 피해자의 변호인으로 참여하였던 사기사건에서 피고인이 피해자의 인적사항을 어떻게 확인하였는지 피해자에게 전화하여 합의를 중용하여 피해자가 무서워 하였습니다. 성범죄 사건 등이 아니라 하더라도 피해자의 인적사항 등이 열람복사 과정에서 노출되지 않도록 세심하게 관리해야 할 것으로 보입니다. 열람복사과정에서 인적사항을 가리기는 하나 진술서 등에서 주소를 유추할 수 있는 경우도 있어 주의가 필요해 보입니다(사례조사자료: 변호사 A).

<사례 4-2-7> 피해자의 인적사항 보호(피해자의 개인정보 보호 관련 긍정적 사례1)

2017년 피해자 변호인으로 참여하였던 강제추행사건에서 피해자의 인적사항이 드러나지 않도록 재판부에서 세심하게 배려하였고, 합의과정에서도 피고인의 변호인조차 피해자의 인적사항을 알 수 없도록 합의서가 작성되는 등 세심한 배려를 하여 주었습니다(사례조사자료: 변호사 A).

나. 피고인과 피해자의 분리

형사사건의 공판과정에서 피해자가 증인 진술을 하는 경우에 피해자는 신변의 위협을 느끼기도 하고, 피고인과의 대면 상황에서 피해자는 충분한 진술을 할 수 없는

경우가 발생한다. 「형사소송법」 제297조는 피해자가 법정에서 피고인과 대면하지 않고 진술을 할 수 있도록 피고인의 퇴정을 규정하고 있다.²²⁶⁾ 이는 법정에서 피해자와 피고인을 분리함으로써 피해자의 진술권을 보장하는 것이다. <사례 4-2-8>은 성폭력범죄에서 재판장이 피해자와 피고인이 대면하지 않도록 피고인 퇴정 후 피해자의 증인 신문을 진행하고, 이어 피해자의 퇴정 이후 피고인이 법정에 입정한 사례이다. 또한 <사례 4-2-9>는 특수폭행 사건의 피해자와 피고인을 분리하여 피해자가 두려움 없이 솔직한 증언을 할 수 있도록 조치한 사례이다. 이 두 가지 사례는 피해자의 인권을 보호한 긍정적 사례로 평가된다.

이와 비교하여 <사례 4-2-10>과 <사례 4-2-11>은 피해자와 피고인이 분리되지 않아 피해자의 인권이 보호되지 못한 경우이다. <사례 4-2-10>은 피해자가 증인 신문을 하는 과정에서 피고인이 화를 내며 피해자가 거짓말을 하고 있다는 식으로 소리를 치는 등 진술을 방해하는 데도 불구하고 재판부가 피고인과 피해자를 분리하지 않고, 피고인이 피해자에 대하여 인신공격성 발언을 함에도 이를 제지하지 않은 사례이다. <사례 4-2-11>은 피해자와 피고인이 분리되지 않아 증인신문 이후 재판이 끝나고 법정을 나오는 상황에서 피고인이 뒤따라와서 피해자에게 위협을 가한 사례이다.

<사례 4-2-8> 법정에서 피고인과 피해자의 동선을 분리(피고인과 피해자의 분리 관련 긍정적 사례1)

2020년 피고인 변호인으로 참여하였던 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(공중밀집장소에서의 추행) 사건에서, 공소사실을 부인하였던 사건으로 부득이 피해자를 증인으로 신청하게 되었는데, 재판장은 피해자와 피고인이 대면하지 않도록 피고인의 퇴정 후 증인신문을 진행하였고, 증인신문이 끝나고 피해자가 퇴정하고 나서야 피고인이 법정에 서게 되었던 사례로 재판장이 적절하게 피해자를 보호하였다(사례조사자료: 변호사 B).

226) 「형사소송법」 제297조(피고인등의 퇴정) ① 재판장은 증인 또는 감정인이 피고인 또는 어떤 재정의 면전에서 충분한 진술을 할 수 없다고 인정한 때에는 그를 퇴정하게 하고 진술하게 할 수 있다. 피고인이 다른 피고인의 면전에서 충분한 진술을 할 수 없다고 인정한 때에도 같다.

〈사례 4-2-9〉 법정에서 피고인과 피해자의 동선 분리(피고인과 피해자의 분리 관련 긍정적 사례2)

2017년 피해자 변호인으로 참여하였던 특수폭행 사건의 피해자였던 의뢰인은 증언하는 과정에서 피고인이 의뢰인을 겁박할 수 있다는 생각에 증언에 대한 어려움을 느꼈습니다. 의뢰인은 자신이 사실 있는 그대로 진술을 하였을 시 피고인이 자신을 보복할 수 있을 것이라고 생각하였습니다. 피해자는 증언을 하기 전, 재판부에 자신이 매우 두려운 상황이어서 피고인을 잠시 퇴정시켜 줄 수 있는지에 요청을 하였습니다. 피고인의 변호인은 피고인을 퇴정시킬 이유가 없고 만약 피고인이 퇴정할 경우 공정한 재판을 받을 권리를 침해당할 수 있다고 주장하였습니다. 그러나 재판부는 피고인이 퇴정하더라도 변호인이 피해자의 진술을 듣고 이에 대한 반대신문을 할 수 있으므로 피고인의 방어권이 충분히 보장되고 피해자의 2차 가해 방지와 인권 보호를 위하여 피고인의 퇴정을 명하였습니다. 이에 피해자는 자신이 실제 겪었던 사실들을 솔직히 증언할 수 있었습니다(사례조사자료: 변호사 I)

〈사례 4-2-10〉 법정 밖으로 나오면서 피고인이 피해자의 신변 위협(피고인과 피해자의 분리 관련 부정적 사례1)

2017년 피해자의 변호인으로 맡았던 사기 등 사건에서 피해자가 증인으로 증언하고, 해당 사건의 진행 경과를 지켜본 적이 있다. 이후 재판이 끝나고 법정을 나오는데, 피고인이 피해자와 변호인을 뒤따라 나오면서 신변의 위협을 가하였다. 사기 가액이 크지 않은 편이고, 강범죄도 아니었으나, 피고인과 피해자 사이가 매우 좋지 않아 피해자가 자신의 신변을 보장받지 못할 수도 있는 상황이 발생한 것이다. 형사재판에서의 실제적 진실 발견을 위해서는 피해자의 증언이 필요한 경우가 많은데, 이 경우 피해자의 신변이 보장되어야 할 것이다(사례조사자료: 변호사 D).

〈사례 4-2-11〉 공판단계에서 피해자에 대한 인신공격성 질문(피고인과 피해자의 분리 관련 부정적 사례2)

2018년 피해자의 변호인으로서 맡았던 사문서위조 등 사건에서 변호인의 신청으로 피해자가 증인진술을 하게 되었습니다. 당시 사건은 피해자와 사실혼 관계에 있던 피고인이 피해자의 서류를 위조하여 피해자의 자금을 편취한 일이었는데, 피해자는 피고인으로부터 평소에 소위 '가스라이팅'을 당해왔던 터라 피고인을 제대로 마주하는 것조차 불편한 상황이었습니다. 그럼에도 피해자는 진실을 알리기 위해 눈물을 흘리며 사실대로 증언하였는데, 피해자의 진술을 듣던 피고인은 버럭 화를 내며 피해자가 거짓말을 하고 있다는 식으로 소리를 쳤습니다. 변호인은 피해자가 피고인을 두려워하고 피고인이 증언을 방해하고 있으니 피고인을 분리해 달라 요청하였으나, 재판부는 피고인에게 '그러지 말라'는 제지만 할 뿐 별도로 조치를 취하지 아니하였습니다. 주신문을 마치고 피고인 측에서 증인을 신문하였는데, 역시나 피고인은 증인에게 소리를 지르며 증인을 공개적으로 비난하였고 증인은 그 과정에서 큰 충격을 받았습니다(사례조사자료: 변호사 C).

최근 피해자 보호에 대한 국민의 관심이 높아지면서 특히 성폭력범죄 사건에서는 피해자와 피고인의 분리가 비교적 잘 지켜지고 있지만, 성범죄가 아닌 다른 범죄사건에서는 상대적으로 피해자와 피고인의 분리에 충분히 신경을 쓰지 않는 경우가 많은

것으로 보인다. 성범죄가 아닌 경우에도 피해자가 법정에서 증인 진술을 하는 경우에는 대체적으로 신변의 위협을 느끼게 되므로 형사사건의 경우에는 피해자의 신변 보장이 충분히 이루어질 수 있도록 배려해야 한다.

다. 피해자에 대한 인신공격 제한

「형사소송법」 제299조는 재판장이 소송관계인의 진술 또는 신문에서 소송과 관계 없는 사항에 대하여 제한을 할 수 있다고 규정하고 있다.²²⁷⁾ 증인 신문과정에서 피고인이 피해자의 개인정보나 성적 이력을 노출시키거나 인신공격적 변론을 하는 경우가 있는데, 재판부가 이러한 불필요한 변론이나 인신공격적 변론을 제한하는 것은 피해자의 인권보호에 큰 역할을 한다. <사례 4-2-12>에서 <사례 4-2-14>까지 세 개의 사례는 모두 재판부가 피해자에 대한 인신공격적 변론을 제한함으로써 피해자의 인권을 보호한 긍정적 사례이다. <사례 4-2-12>는 재판부가 사건과 직접 관련 없는 피해자의 성적 이력을 드러내는 신문을 제한한 사례이고, <사례 4-2-13>은 피고인 측 변호인이 지나치게 피해자의 사적인 신상 및 개인정보에 관하여 질의하자 이를 제지하여 불필요한 변론을 제한한 사례이며, <사례 4-2-14>는 피해자가 임산부인 점을 고려해 증인신문 강도를 조절하여 피해자인 증인을 보호할 수 있도록 한 사례이다.

<사례 4-2-12> 피해자의 성적 이력에 대한 증인신문 제한(피해자에 대한 인신공격 제한 관련 긍정적 사례1)

2019년 피해자의 변호인으로 맡았던 폭행 사건에서 피고인은 오랜 기간 피해자의 남자친구였던 자였습니다. 그런데 피고인은 과거 피해자가 유흉주점에서 일한 적이 있고, 임신중절 수술을 한 경험이 있다는 등 피해자의 신상을 언급하며 폭행에 이르게 된 경위를 장황하게 설명하며 이를 변론의 주된 쟁점으로 삼았습니다. 이는 피해자에 대한 2차 가해나 매한가지였습니다. 이에 재판부는 피고인의 변론이 이 사건의 쟁점과 관계가 없다는 점을 명확하게 지적하였으며, 또한 피고인 측에서 피해자에게 지속적으로 연락하며 합의를 강요하는 행위 역시 문제가 된다는 점을 언급하며 더는 피해자가 피고인으로부 터 고통 받지 않도록 적절한 조치를 취해주었습니다(사례조사자료: 변호사 C).

227) 「형사소송법」 제299조(불필요한 변론등의 제한) 재판장은 소송관계인의 진술 또는 신문이 중복된 사항이거나 그 소송에 관계없는 사항인 때에는 소송관계인의 본질적 권리를 해하지 아니하는 한도에서 이를 제한할 수 있다.

〈사례 4-2-13〉 피해자의 사적 신상 및 개인정보 노출 등 제지(피해자에 대한 인신공격 제한 관련 긍정적 사례2)

2020년 피해자의 변호인으로 참여한 사기 사건에서, 재판부는 피해자를 증인으로 채택하여 심리하는 과정에서 피고인 측의 변호인이 지나치게 피해자의 사적인 신상 및 개인정보에 관하여 질의하자, 이를 제지하고 공소사실과 관련된 사항에 한정하여 질문할 것을 경고하였다. 피고인으로서의 증인으로 채택된 피해자의 진술이 신빙할 수 없음을 다투기 위해 무리한 증인신문을 자주 진행하는데, 이에 대한 적절한 개입과 통제로 증인이자 피해자의 인권이 보장될 수 있었다(사례조사자료: 변호사 F).

〈사례 4-2-14〉 임신부인 피해자에 대한 증인신문 강도 조절(피해자에 대한 인신공격 제한 관련 긍정적 사례3)

2020년 피고인 변호인으로 참여하였던 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(공중밀집장소에서의 추행) 사건에서 피해자가 증인으로 출석하였는데, 증인은 당시 임신 초기였습니다. 당시 변호인으로서 임신 사실을 몰랐었던 피고인 변호인은 강하게 증인을 압박하였으나, 증인이 임신 초기임을 호소하고 재판부에서 증인 보호를 당부하며 증인 신문 강도를 조절하여 줄 것을 요청하여, 이후 다소 부드러운 태도로 증인 신문을 하게 됨으로써 증인이 보다 보호되었던 사례가 있습니다(사례조사자료: 변호사 B).

위에서 살펴본 세 개의 ‘피해자에 대한 인신공격 제한 관련 긍정적 사례’와 비교하여, 〈사례 4-2-15〉는 재판부가 피해자가 사익을 도모하기 위해 고소하였다는 예단을 갖고 피해자에게 고소의 의도 등을 질문함으로써 피해자에게 모욕감을 느끼게 한 사례이다. 재판부가 부적절한 질문을 하여 사실상 피해자에 대하여 인신공격을 한 것과 같은 결과를 가져왔다고 할 수 있다.

〈사례 4-2-15〉 재판부가 피해자에 대하여 고소의 의도 등을 질문하여 모욕감을 줌(피해자에 대한 인신공격 제한 관련 부정적 사례1)

2020년 피해자 변호인으로 참여하였던 횡령·배임 사건의 피해자였던 모 회사의 대표이사가 증인으로 참석을 하게 되었습니다. 전 대표이사였던 피고인은 자신의 횡령·배임 사실을 부정하기에 앞서 피해자가 피고인을 고소한 이유는 피해자가 피고인의 회사를 차지하기 위하여 허위로 고소한 것이라고 주장하였습니다. 피해자는 증언을 하는 과정에서 피고인과 경영권 분쟁이 있었던 것은 사실이나 경영권을 차지하기 위한 목적으로 피고인을 고소한 것이 아니라, 회사에 대한 회계감사를 하는 과정에서 감사가 피고인의 횡령·배임 사실을 발견하여 고소를 한 것임을 밝혔습니다. 피해자의 고소경위는 피고인의 횡령·배임과는 전혀 무관한 것이었지만, 재판부는 피해자에게 피고인과의 경영권 분쟁 여부와 고소의 의도 등을 물었습니다. 피해자는 증언을 한 후 오히려 자신이 나쁜 사람으로 취급받은 것 같아 모욕적이라고 하였습니다(사례조사자료: 변호사 I)

라. 미성년 피해자 신뢰관계인 동석

〈사례 4-2-16〉은 피해자인 아동이 증인으로 공판에 출석하는 경우 신뢰관계에 있는 보호자와 피해자변호사가 함께 동석한 사례인데, 이러한 조치는 아동인 증인의 인권 보호에 꼭 필요한 조치라고 할 수 있다.

〈사례 4-2-16〉 피해자인 아동이 증인인 경우 신뢰관계자로 보호자 및 피해자변호인 동석(미성년 피해자 신뢰관계인 동석 관련 긍정적 사례1)

2018년 피고인의 변호인으로 맡았던 아동학대범죄의처벌등에관한특례법 사건에서 증인인 아동의 신뢰관계자로 보호자가 동석하였고, 피해자변호사도 함께 동석한 것을 경험한 적이 있다. 비록 피고인의 변호인이었으나, 피해자인 아동이 증인으로 출석할 경우 신뢰관계 있는 보호자 및 피해자변호사가 함께 출석하는 것이 증인의 인권 보호를 위해 꼭 필요하다는 생각이 들었다(사례조사자료: 변호사 D).

4. 피해자의 사건 관련 정보 공유

피해자가 공판과정에서 해당 사건 관련 정보를 얼마나 공유할 수 있는가 하는 점은 피해자의 인권보호와 직결된 사안이다. 「형사소송법」 제294조의4(피해자 등의 공판기록 열람·등사)에서도 피해자의 사건 관련 정보 공유를 피해자의 권리로 규정하고 있다.²²⁸⁾ 〈사례 4-2-17〉은 피해자의 변호인으로서 재판기록 열람등사를 신청하였는데, 재판부가 합리적인 이유 없이 매번 신청을 기각하고 어떠한 재판기록도 등사해주지 않은 사례이다. 이는 피해자가 사건 관련 정보를 공유함으로써 피해자의 진술권을 행사하도록 한 헌법의 권리를 인정하지 않는 매우 부정적인 사례로 평가된다.

228) 「형사소송법」 제294조의4(피해자 등의 공판기록 열람·등사) ① 소송계속 중인 사건의 피해자(피해자가 사망하거나 그 심신에 중대한 장애가 있는 경우에는 그 배우자·직계친족 및 형제자매를 포함한다), 피해자 본인의 법정대리인 또는 이들로부터 위임을 받은 피해자 본인의 배우자·직계친족·형제자매·변호사는 소송기록의 열람 또는 등사를 재판장에게 신청할 수 있다.

〈사례 4-2-16〉 피해자 변호인의 재판기록 열람등사 기각(피해자의 사건 관련 정보 공유 관련 부정적 사례1)

2019년 피해자의 변호인으로 참여하였던 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 사건에서, 피해자의 변호인으로서 재판기록 열람등사를 신청하였는데, 재판부는 합리적인 이유없이 매번 신청에 대하여 모두 기각하고 어떠한 재판기록도 등사해주지 아니하였다. 피해자가 재판과정에서 진술할 수 있는 권리를 헌법이 보장하고 있으며, 이러한 헌법상 권리의 구체적인 실현을 위하여는 재판과정에서 피고인이 제출한 서류 내지 피고인의 변호인이 제출한 의견서에 대한 열람등사는 마땅히 허용되어야 할 것임에도 합리적인 이유 없이 이를 배척한 것은 상당한 문제가 있다고 생각한다(사례조사자료: 변호사 F).

제3절 | 증인의 인권보장 관련 요인

재판진행과정에서 증인의 인권보장에 긍정적, 혹은 부정적 영향을 미치는 요인으로 서 최근 현장에서 변호사들이 체감하는 요인에는 ‘증인의 진술권 보장’, ‘증언거부권 보장’, ‘신변보호’, ‘증인에 대한 배려’ 등이 있다.

1. 증인의 진술권 보장

공판과정에서 증인의 진술권 보장은 사건의 실체적 진실을 밝히는 데 기본이 되는 원칙이다. 증인 신문에 대하여 재판부가 어떤 태도로 입하고, 정확한 사실관계를 파악하기 위해 얼마만큼 노력하는가는 판결의 공정성과 직결된다. 〈사례 4-3-1〉은 고령인 증인이 말투가 어눌하고 전달능력이 부족하여 제대로 이야기를 하지 못하자, 재판부가 증인을 비난한 부정적 사례이다. 증인이 법정에서 제대로 의사전달을 하기에 어려움이 있는 경우에는 증인을 비난하기보다 변호사의 조력을 받을 수 있도록 조치하는 것이 적절할 것으로 보인다. 〈사례 4-3-2〉는 재판부가 증인이 피고인을 위해 허위로 증언한다고 예단하여 증인에게 강압적 신문을 한 부정적 사례이다. 〈사례 4-3-3〉은 다수의 증인이 같은 날 증인신문을 하게 되어 증인들이 서로 말을 맞출 가능성이 높으므로 피고인의 변호인이 증인들 간에 분리가 필요한 상황임을 재판부에 요청한 사례이다. 이 사례에서는 법원이 다수 증인의 같은 날 신문 시 증인 간의 소통을

차단하기 위하여 취해야 하는 조치가 무엇인지에 대한 최소한의 관리지침이 없다는 것을 보여준다. 공정한 재판이 이루어지기 위해서 다수 증인의 관리 등 법원의 행정력이 지원해야 할 사안이 무엇인지에 대하여 보다 심도 깊은 성찰이 필요해 보인다.

〈사례 4-3-1〉 전달능력 부족으로 인한 증인의 부정확한 답변에 대하여 재판부가 비난(증인의 진술권 보장 관련 부정적 사례1)

2020년 피고인의 변호인으로 참여한 명예훼손 사건에서, 재판부는 증인으로 출석한 피고인의 지인이 말투가 어눌하고 전달능력이 부족하여 제대로 이야기를 하지 못하자, 증인으로 출석하여 증언거부사유가 없음에도 정확하게 답변을 하지 않는 것은 문제가 있다는 취지로 증인을 비난한 사례가 있었다. 증인이 고령으로 본인의 의사와 관계없이 증언을 잘 하지 못한 것임에도 이를 비난하는 것은 상당한 문제가 있다고 생각한다(사례조사자료: 변호사 F).

〈사례 4-3-2〉 증인에 대한 재판부의 강압적 신문(증인의 진술권 보장 관련 부정적 사례2)

2019년 피고인의 변호인으로 맡았던 뇌물 사건에서 검사는 공소사실을 입증하기 위하여 참고인으로 조사하였던 자를 증인으로 신청하였습니다. 증인은 피고인의 부하직원이었던 자로 피고인이 누군가로부터 뇌물을 받은 것을 보았다고 진술하였습니다. 그러나 증인은 증언을 하는 과정에서 피고인이 어디에서 누구를 만나 돈을 받았는지 구체적으로 진술하지 못하였고, 오래된 일이라 잘 기억이 않는다고 증언하였습니다. 그런데 검사가 신문을 마친 후 재판부에서 보충 신문을 할 때, 재판부는 참고인에게 검사가 신문한 것과 동일한 취지로 다시 신문을 하거나, 증인이 허위로 진술하면 위증죄가 될 수 있다고 하며 사실대로 증언하라고 하였습니다. 증인은 실제로 기억이 나지 아니한 것으로 보였으나, 재판부는 증인이 피고인을 위해 허위로 증언한다고 쉽게 판단하여 증인에게 강압적 신문을 하였습니다(사례조사자료: 변호사 I)

〈사례 4-3-3〉 증인이 다수인 경우, 말을 맞을 맞출 가능성 차단 필요(증인의 진술권 보장 관련 부정적 사례3)

2017년경 피고인 변호인으로 참여하였던 뇌물수수사건에서, 다수 증인을 한 기일에 증인신문 할 예정이었고, 증인들이 말을 맞출 가능성이 높아 한 증인에 대한 신문과정에서 다른 증인들을 퇴정시키거나 다른 곳에서 대기할 수 있게 해달라고 요청하였습니다. 그런데 재판부에서 굳이 그럴 필요가 있는냐고 하면서 거부하였고, 변호인이 강력하게 항의하자 그때서야 증인들을 퇴정시키고 증인 한명씩 신문을 하였습니다. 피고인이 범의를 부인하는 경우 증인신문이 결정적인 변호방법이 될 수 있음에도 불구하고 증인들 간에 말을 맞출 가능성을 차단하는 등 최소한의 조치를 해달라는 요청을 거부하는 것은 변호인의 변론권을 심각하게 침해하는 것으로 보입니다(사례조사자료: 변호사 A).

위의 사례와는 대조적으로 〈사례 4-3-4〉와 〈사례 4-3-5〉는 증인의 진술권 보장이 잘 이루어진 긍정적 사례이다. 재판부가 증인에 대한 검사의 유도신문을 강력히 제지

하거나 증인에 대한 검사의 강압적인 대처를 제지하여 증인의 진술권을 보장한 사례이다.

〈사례 4-3-4〉 증인에 대한 검사의 유도신문 강력 제지(증인의 진술권 보장 관련 긍정적 사례1)

2019년 피고인의 변호인으로 맡았던 업무방해 사건에서 검사가 피고인 측 사람을 증인으로 신청하여 증인신문이 이루어졌습니다. 그런데 위와 같은 증인신문은 검사의 증인신청에 따른 주신문이므로 원칙적으로 증명할 사항과 이와 관련된 사항에 관하여만 신문이 이루어져야 하는데, 검사는 특별한 사유가 없음에도 신문 도중 틈틈이 유도신문을 하며 억지로 원하는 답변을 얻어내고자 하는 모습을 보였습니다. 이에 증인은 검사의 유도신문에 자칫 실수로 잘못 증언할까 매우 난감해 하였고 변호인은 재판부에 유도신문에 대한 제지를 요청하려 하였는데, 그 찰나, 재판부에서 검사의 신문은 유도신문이므로 이러한 신문은 자제하라고 강력하게 제지하였고, 검사는 더 이상 유도신문을 하지 않았습니다(사례조사자료: 변호사 C).

〈사례 4-3-5〉 증인에 대한 검사의 강압적인 대처 제지(증인의 진술권 보장 관련 긍정적 사례2)

2019년 피고인의 변호인으로 맡았던 사문서위조 사건에서 검사는 공소사실을 입증하기 위하여 참고인으로 조사하였던 자를 증인으로 신청하였습니다. 검사는 당초 참고인이 피고인에게 불리할 증언을 할 것으로 예상하였으나, 검사의 예상과 달리 피고인에게 유리한 증언을 하였습니다. 검사는 증인에게 '수사 때 했던 말과 지금의 증언이 왜 이렇게 다르냐'라고 이야기하며, 증인을 강압적으로 신문하기 시작하였습니다. 증인은 검사에게 '검사님 저는 지금 사실 그대로 이야기를 하고 있는데, 왜 그렇게 무섭게 신문을 하시냐'라고 되물었고, 재판부는 검사에게 증인을 강압적으로 대하지 말 것을 촉구하였습니다. 그러나 검사는 재차 증인을 강압적으로 신문을 하려고 하였고, 재판부는 검사에게 재차 경고를 하며 증인을 함부로 대하지 말라고 하였습니다(사례조사자료: 변호사 I)

2. 증언거부권

〈사례 4-3-6〉은 사건의 참고인으로 검찰에서 조사를 받은 후 자신이 기소될 수도 있다는 위협을 느낀 증인이 법정에서 '자기가 공소제기를 당할 염려'가 있음을 이유로 「형사소송법」 제148조의 증언거부권을 행사하겠다고 한 사안이다. 이 사안에서 재판부는 검찰이 참고인을 피의자로 전환하여 검찰 측에 유리한 증언을 하도록 유도하는 관행에 대해 법원이 통제해주어야 한다는 취지의 증인의 주장을 충분히 경청하였다. 실제 사안에서는 피고인 측이 증인의 참고인 조서에 동의하여 검찰은 증인 신청을 철회하였다.

〈사례 4-3-6〉 기소될 수 있는 위험을 느낀 참고인이 증인으로 출석하여 증언거부를 한 사례(증언거부권 관련 긍정적 사례1)

피고인 변호인으로 맡았던 사문서위조 사건에서 검사 측이 신청한 증인이 자신은 참고인으로 조사를 받은 바 있는데 어느 시점에 자신이 피의자가 되었고 참고인 조사가 끝난 지 수개월이 지나고도 기소 또는 불기소 결정을 하지 않은 상황이라는 점으로 들어 증언거부를 하였다. 재판부는 증인의 발언을 끝까지 들어주었다(사례조사자료: 변호사 H).

3. 신변보호

〈사례 4-3-7〉은 미성년자인 증인의 신변보호를 위해 재판부가 증인의 보호자가 동석하도록 하고 증인이 피고인과 마주치지 않도록 동선을 고려하여 피고인을 퇴정시킨 상태에서 증언을 할 수 있도록 한 사례이다. 증인의 신변보호를 위해 재판부가 취한 조치는 긍정적으로 평가된다.

〈사례 4-3-7〉 미성년자인 증인인 경우 피고인과 마주치지 않도록 동선 고려(피고인 퇴정)(신변보호 관련 긍정적 사례1)

2018년경 피해자 변호인으로 참여하였던 폭행치상사건에서 폭행증거가 거의 없고, 폭행사실을 목격하고 이를 신고한 고등학생의 진술만 있는 상황에서 피고인이 증거를 부인하여 부득이 폭행상황을 목격한 증인의 신문이 필요하였습니다. 증인은 목격당시 고등학교 1학년으로 법정에 나와 진술하는 경우 피고인이 위해를 가할 것을 두려워 하여 증언을 꺼려하였으나, 재판부에서 증인의 보호자가 동석하고 피고인과 증인이 마주치지 않도록 동선을 고려하였으며, 증인신문이 이루어지는 동안 피고인을 퇴정시켜 증인이 피고인을 두려워하지 않고 증언을 무사히 마친 적이 있었습니다. 특히 미성년자 증인의 경우 보호자 동석 및 피고인과의 접촉 배제 등을 절차화하여 증언이 활성화될 수 있도록 하면 좋을 것으로 사료됩니다(사례조사자료: 변호사 A).

4. 기타(증인에 대한 배려 부족 등)

〈사례 4-3-8〉은 공판기일 시간 지연으로 증인이 1시간 넘게 기다린 사례로 증인에 대한 기본적인 배려가 부족했던 사례이다. 증인은 멀리서 시간을 내어 왔는데 법원에서는 증인에 대한 배려 없이 시간을 지정한 경우이다. 공판 기일 재판시간이 지연되는 경우에는 재판과 관련된 여러 사람들이 대기해야 하므로 그런 일이 발생하지 않도록 법원 내부 규칙을 만들어 엄격하게 운영할 필요가 있다. 공판에 참여하는 증인이 충분히 존중과 배려를 받을 수 있도록 법원 운영체계에 대해서도 점검이 필요하다.

〈사례 4-3-8〉 증인에 대한 배려 부족; 공판기일 시간 지연(기타 관련 부정적 사례1)

2019년 업무방해죄 관련 피고인의 변호인으로 증인 신문을 하였는데, 앞선 사건이 지연되어 증인이 1시간 넘게 기다린 사례가 있음. 멀리서 시간을 내어 왔는데 법원에서는 증인에 대한 배려 없이 시간을 지정하였는바 증인에 대한 기본적인 배려가 부족했던 것으로 사료됨(사례조사자료: 변호사 E).

제4절 | 법관의 재판 진행 관련 업무 역량: 법정모니터링 자료를 중심으로

공판과정에서 소송관계인의 인권보장은 법관의 업무 역량에 의해 크게 좌우된다. 이 절에서는 ‘재판 진행 관련 법관의 업무 역량’을 ‘공판과정의 절차적 기준 준수’와 ‘재판 진행과 관련된 판사의 업무태도’로 구분하여 살펴본다. 코로나19 범유행으로 법정 모니터링을 직접 할 수 없었기에 법률연맹의 시민모니터링자료를 분석대상으로 삼았다. 이에 시민모니터링자료의 구조에 따라 재판 진행 관련 법관의 업무 역량을 위의 두 개 범주로 구분하였다. 해당 자료에 포함된 내용 중에서 재판 진행 관련 업무 역량을 평가할 수 있는 항목은 모두 7개 정도인데, 이 중에서 4개 항목은 ‘공판과정의 절차적 기준 준수’에 해당하고, 나머지 3개 항목은 ‘재판 진행과 관련된 판사의 업무태도’에 해당한다.

분석 대상으로 삼은 시민모니터링자료는 법률연맹에서 발간한 2014년도 법정 모니터링 자료이다. 해당 자료에서는 2013년도 1월부터 2014년 8월 사이 실시한 모니터링 결과를 다루고 있다. 법률연맹에 더 최근 시민모니터링자료를 구할 수 있는지 문의하였는데, 법률연맹은 2015년 이후부터 시민모니터링 결과가 이전 모니터링 결과와 대동소이하여 별도의 자료집을 발간하지 않았고 모니터링 원자료를 제공해줄 수 없다는 입장을 밝혔다. 최신성이 다소 떨어진다는 아쉬움이 남는다.

1. 공판과정의 절차적 기준 준수 관련

‘공판과정의 절차적 기준 준수’는 공판과정에서 판사가 어느 정도 절차적 기준을

준수하고 있는가를 평가하기 위한 것인데, 이와 관련된 하위 요인으로 '①진술거부권 고지', '②재판진행과정에서의 공정성', '③법원의 증거신청 접수 여부', '④서류접수나 신청서 접수'를 포함시켰다.

가. 진술거부권 고지

2014년도 법정 모니터링 자료는 2013년도 9월부터 2014년 8월 사이에 모니터링이 이루어진 자료이고, 2013년도 자료는 2013년도 1월부터 같은 해 8월까지 실시된 자료이다. <표 4-4-1>을 보면 형사재판에서 판사가 피고인에게 진술 전에 진술거부권(묵비권)을 고지하는지를 모니터링한 결과인데, 2014년도 자료를 보면, 재판과정을 모니터링한 응답자의 39.8%(920명)가 진술거부권을 “고지하지 않는다”고 응답했는데, 이는 2013년도의 19.5%(178명)에 비하여 오히려 증가한 것이다. 우리 「헌법」에서는 “형사상 자기에 불리한 진술을 강요당하지 아니한다”(제12조 제2항)고 규정하고 있고, 「형사소송법」에서는 피고인의 진술거부권과 관련하여 “피고인은 진술하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 거부할 수 있다”(제283조의2 제1항)으며, “재판장은 피고인에게 제1항과 같이 진술을 거부할 수 있음을 고지하여야 한다”(제283조의2 제2항)고 규정하여 피고인의 진술거부권을 보장하고 있다. 그런데 <표 4-4-1>과 같이 법정모니터링 자료에 의하면 재판 현장에서 이러한 진술거부권에 대한 고지가 제대로 이루어지지 않고 있음을 알 수 있다.

▶▶ [표 4-4-1] 판사의 진술거부권 고지 여부

항목	응답인원(%)	
	2014년도	2013년도
고지한다	993(43.0)	492(54.0)
고지하지 않는다	920(39.8)	178(19.5)
기타 / 무응답	397(17.2)	242(26.5)
계	2,310(100.0)	912(100.0)

자료: 법률소비자연맹 총본부, 『2014 대한민국 법원·법정백서』, 27면.

나. 재판 진행 과정에서의 공정성

재판 진행과정의 공정성을 평가하기 위하여 <표 4-4-2>와 같이 재판이 진행되고 있는 도중에 당사자들 사이에서 다툼이 있는 경우에 법관이 이에 대해 어떤 조치를 취하는지를 알아본 것이다. 2014년도 법정모니터링 자료에서는 “양당사자의 의견을 자세히 듣거나 조율하여 상황을 정리한다”고 응답한 경우가 25%(794명)이고, 그 다음으로 “정숙하도록 양당사자에게 주의를 준다”고 응답한 경우가 19.5%(620명), “다툼을 무시하고 중간에 그냥 말을 끊고 재판을 계속한다”가 3.5%(110명)를 차지한다. 이외에 “다툼에 개입하지 않고 방관하는 태도를 보인다”거나 “편파적으로 어느 한쪽에만 주의를 준다”는 경우는 각각 1.8%(56명), 0.6%(19명)이다. 2013년 자료와 비교해보면, 재판 도중에 당사자 간에 다툼이 있을 때의 법관의 태도는 큰 변화가 없는 것으로 나타난다.

이 자료에 근거하여 2014년도의 재판 진행과정의 공정성을 살펴보면, 판사는 재판 진행과정에서 양당사자의 다툼에 적극적으로 개입하지 않는 경우가 많다는 것을 알 수 있다. 또한 무응답자의 비율이 매우 높게 나타나고 있어, 법정모니터링을 하는 입장에서 해당 질문에 대한 판단이 쉽지 않은 경우가 많았다는 것을 알 수 있다.

▶▶ [표 4-4-2] 재판 도중에 당사자 간에 다툼이 있을 때의 법관 태도

항목	응답인원(%)	
	2014년도	2013년도
정숙하도록 양당사자에게 주의를 줌	620(19.5)	500(21.2)
편파적으로 어느 한쪽에만 주의를 줌	19(0.6)	15(0.6)
다툼에 개입하지 않고 방관하는 태도를 보임	56(1.8)	22(0.9)
다툼을 무시하고 중간에 그냥 말을 끊고 재판을 계속함	110(3.5)	83(3.5)
양당사자의 의견을 자세히 듣거나 조율하여 상황을 정리함	794(25.0)	555(23.5)
기타 / 무응답	1,575(49.6)	1,196(50.2)
계	3,174(100.0)	2,371(100.0)

자료: 법률소비자연맹 총본부, 『2014 대한민국 법원·법정백서』, 36면.

다. 법원의 증거신청 접수 여부

다음의 <표 4-4-3>은 법원의 증거신청 접수 여부를 모니터링한 결과이다. 형사재판은 증거재판주의에 근거하므로 재판과정에서 증거 신청은 재판 당사자에게 매우 중요

한 사안이다. <표 4-4-3>을 보면, “증거신청을 잘 받아준다”고 응답한 경우는 77.6%(2,462명)이고, “증거신청을 받아주지 않고, 받아주지 않는 이유를 설명한다”가 6.5%(207명)이고, “아무런 설명도 없이 증거신청을 받아주지 않는다”고 응답한 경우는 0.4%(12명)이다. 여기에서 “증거신청을 받아주지 않고, 받아주지 않는 이유를 설명”하는 경우나 “아무런 설명도 없이 증거신청을 받아주지 않는” 경우는 보다 깊이 있는 분석이 필요해 보인다. 법관이 증거신청 접수 거부에 대한 이유가 합당한 것이라면 별 문제가 없겠지만, 해당 이유가 합당하지 않은 경우가 있는지 살펴볼 필요가 있다. 또한 “아무런 설명도 없이 증거신청을 받아주지 않는” 경우는 법관의 재판 진행 과정에서 절차적 기준을 준수하고 있지 못하다고 평가할 수 있다. 비록 그 비율이 높게 나타난 것은 아니지만, 이러한 법관의 태도는 시정되어야 할 것이다.

» [표 4-4-3] 법원의 증거신청 접수여부

항목	응답인원(%)	
	2014년도	2013년도
증거신청을 잘 받아준다	2,462(77.6)	1,902(80.6)
증거신청을 받아주지 않고, 받아주지 않는 이유를 설명한다	207(6.5)	135(5.7)
아무런 설명도 없이 증거신청을 받아주지 않는다	12(0.4)	8(0.3)
기타 / 무응답	493(15.5)	316(13.4)
계	3,174(100.0)	2,361(100.0)

자료: 법률소비자연맹 총본부, 『2014 대한민국 법원·법정백서』, 41면.

라. 서류접수나 신청서 접수

재판 과정에서 재판 당사자가 제출하는 각종 서류나 신청서 등의 접수가 거절되는 것을 본 경우가 있는지 살펴보면, <표 4-4-4>에서와 같이 거절된 경우가 2014년 자료에서는 3.5%(110명), 2013년도에는 2.2%(52명), 2012년도에는 2.6%(130명)로 나타난다. 대부분의 각종 서류나 신청서 접수는 거절되지 않지만, 2-3% 정도 거절되는 사례가 목격된 것으로 나타난다. 해당 사례 중에서 재판부의 독단적인 판단에 의해 서류나 신청서 접수가 거절된 것인지 혹은 각종 서류나 신청서 접수를 접수처를 통해 하도록 하여 거절된 것인지에 대한 확인이 필요해 보인다.

▶▶▶ [표 4-4-4] 각종 서류나 신청서 등의 접수가 거절된 경우

항목	응답인원(%)		
	2014년도	2013년도	2012년도
있다	110(3.5)	52(2.2)	130(2.6)
없다	2,940(92.6)	2,263(95.9)	4,924(96.9)
기타 / 무응답	124(3.9)	46(2.0)	26(0.5)
계	3,174(100.0)	2,361(100.0)	5,080(100.0)

자료: 법률소비자연맹 총본부, 『2014 대한민국 법원·법정백서』, 42면.

2. 재판 진행과 관련된 판사의 업무태도 관련

‘재판 진행과 관련된 판사의 업무태도’ 관련 문항으로는 ‘당사자에 대한 태도(경어 사용, 진술 경청 등)’, ‘재판 시간 준수 및 재판과정에서의 성실성(지각, 조는 행동 등)’, 그리고 ‘서비스 제공 관련(어려운 법률용어의 사용, 마이크 사용 등)’ 문항으로 구분하여 살펴본다.

가. 당사자에 대한 태도(경어 사용, 진술 경청 등)

재판 진행과정에서 법관이 재판 당사자들에게 경어를 사용하거나 당사자들의 진술을 경청하는 태도는 재판 진행 과정에서 당사자들의 인권을 존중하고 공정한 재판을 진행하는 데 기본이 되는 판사의 업무태도라고 할 수 있다. <표 4-4-5>에서 2014년도 자료를 보면, 재판 진행과정에서 판사가 “시종일관 경어를 사용한다”고 응답한 경우는 88.2%(2,822명)이고, 나머지 10% 정도는 다른 항목에 해당한다. “형식적으로 경어를 사용할 뿐 재판 당사자를 무시하는 등 권위적인 모습이 보인다”고 응답한 사례가 5.0%(161명)이고, “재판 당사자에게 반말과 경어를 섞어서 사용한다”가 3.2%(101명), “재판 당사자에게 시종일관 반말을 사용한다”가 0.2%(6명), “재판 당사자에게 큰 소리를 치거나 화를 내는 경우도 있다”가 1.6%(50명)에 해당한다. 이들 사례의 경우는 모두 판사가 재판을 진행하는 업무태도로 보아 당사자에 대하여 인권을 존중하고 있다고 보기 어려울 것이다. 판사의 경어 등 사용 여부에 대한 2014년 자료의 분석결과는 2013년 자료의 분석결과와 거의 동일한 분포를 나타내고 있는데, 경어 사용 비율이 약간 높게 나타난다.

▶▶▶ [표 4-4-5] 판사의 경어 등 사용 여부 (중복 응답)

항목	응답인원(%)	
	2014년도	2013년도
시종일관 경어를 사용한다	2,822(88.2)	2,131(87.6)
형식적으로 경어를 사용할 뿐 태도에서 재판 당사자를 무시하는 등 권위적인 모습이 보인다	161(5.0)	150(6.2)
재판 당사자에게 반말과 경어를 섞어서 사용한다	101(3.2)	86(3.5)
재판 당사자에게 시종일관 반말을 사용한다	6(0.2)	2(0.1)
재판 당사자에게 큰 소리를 치거나 화를 내는 경우도 있다	50(1.6)	39(1.6)
기타 / 무응답	61(1.8)	24(1.0)
계	3,201(100.0)	2,432(100.0)

자료: 법률소비자연맹 총본부, 『2014 대한민국 법원·법정백서』, 35면.

〈표 4-4-6〉은 판사의 당사자 진술 경청 여부를 살펴본 것인데, 2014년도 자료를 보면, “끝까지 경청한다”가 58.4%(1,855명)이고, “진술이나 증언을 막거나 도중에 끊고 제지한다”가 7.9%(250명)이다. 지난 2012년도나 2013년도와 비교하여 “진술이나 증언을 막거나 도중에 끊고 제지한다”는 항목의 비율이 2014년도에는 낮아지고 있어 고무적이라고 할 수 있다.

▶▶▶ [표 4-4-6] 판사의 당사자 진술 경청 여부

항목	응답인원(%)		
	2014년도	2013년도	2012년도
끝까지 경청한다	1,855(58.4)	1415(59.9)	4008(79.0)
진술이나 증언을 막거나 도중에 끊고 제지한다	250(7.9)	208(8.8)	906(17.9)
경청하다가 사건과 관련이 없거나 진술을 반복하는 경우에는 제지한다	911(28.7)	671(28.4)	97(1.9)
기타 / 무응답	158(5.3)	67(2.8)	63(1.2)
계	3174(100.0)	2361(100.0)	5074(100.0)

자료: 법률소비자연맹 총본부, 『2014 대한민국 법원·법정백서』, 37면.

나. 재판 시간 준수 및 재판과정에서의 성실성(지각, 조는 행동 등)

재판 진행과 관련된 판사의 업무태도의 하나로서 판사의 시간 준수 여부 및 성실성 등을 살펴볼 수 있다. 법관의 재판장 도착 시간, 지각 판사의 사과 여부, 재판 도중

판사가 줄고 있는지 여부 등을 살펴본다.

〈표 4-4-7〉에서 법관의 재판장 도착 시간의 세부 항목을 살펴보면, 2014년 자료의 경우에 응답자가 재판 시작 이후에 법정에 도착한 경우가 52.4%(1,664명)로 절반 이상이 무응답한 경우이다. 법관이 “재판 시작 전에 도착”했다고 응답한 경우는 11.1%(351명)이고, “정시에 도착”했다고 응답한 경우는 26.2%(831명)이다. 이외에 “재판 시작 시간 후 10분 이내”에 도착한 경우는 7.1%(226명), “재판 시작 후 10분 이상 지각”이라고 응답한 경우는 0.9%(29명)이다. 재판 시작 후 법관이 재판장에 도착한 사례는 2014년이 2012년이나 2013년에 비하여 그 비율이 낮아지고 있어 법관의 재판 시간 준수는 조금씩 개선되고 있는 것으로 보인다.

▶▶▶ [표 4-4-7] 법관의 재판장 도착 시간

항목	응답인원(%)		
	2014년도	2013년도	2012년도
재판 시작 전에 도착	351(11.1)	237(10.0)	501(9.7)
정시에 도착	831(26.2)	588(24.9)	1,309(25.4)
재판 시작 시간 후 10분 이내	226(7.1)	222(9.4)	436(8.5)
재판 시작 후 10분 이상 지각	29(0.9)	23(1.0)	73(1.4)
재판이 이미 시작한 후에 법정에 도착해서 잘 모르겠다	1,664(52.4)	1,269(53.8)	2,735(53.1)
기타 / 무응답	73(2.3)	22(0.9)	93(1.9)
계	3,174(100.0)	2,361(100.0)	5,147(100.0)

자료: 법률소비자연맹 총본부, 『2014 대한민국 법원·법정백서』, 24면.

〈표 4-4-8〉은 재판 시작 시간이 지나서 재판장에 도착한 판사가 지각 사실에 대하여 재판장이 재판 당사자 및 방청객에게 사과를 했는지를 조사한 것이다. 재판에 지각한 판사가 지각 사실에 대하여 응답한 사례 중에서 “정중히 사과했다”고 한 경우는 2014년의 경우 14.5%(37명)에 불과하며, 나머지 85.5%(218명)는 사과하지 않고 재판을 진행했다고 보고하였다. 2013년도 자료에서는 9.8%(24명), 2012년에는 16.0%(91명)가 지각 사실에 대해 정중히 사과하였다고 보고하였다. 매해 그 비율에 약간씩 차이가 있지만, 전반적으로 재판장에 지각한 판사는 대체로 어떠한 사과도 하지 않은 채 재판을 진행하는 것이 관행화 되어 있는 것으로 보인다. 이러한 관행은 재판 당사자 및 방청객들을 존중하지 않는 태도라고 할 수 있으므로 시정이 필요해 보인다.

▶▶▶ [표 4-4-8] 지각 판사의 사과 여부

항목	응답인원(%)		
	2014년도	2013년도	2012년도
정중히 사과한다	37(14.5)	24(9.8)	91(16.0)
사과하지 않고 재판을 진행한다	218(85.5)	210(85.7)	401(70.6)
기타	-	11(4.5)	76(13.4)
계	255(100.0)	245(100.0)	568(100.0)

자료: 법률소비자연맹 총본부, 『2014 대한민국 법원·법정백서』, 25면.

재판장에서 법관의 성실성을 판단할 수 있는 지표의 하나로서 ‘재판 도중 줄고 있는 판사 유무’를 들 수 있다. <표 4-4-9>는 재판정에서 재판 도중 줄고 있는 판사가 있었는지를 살펴본 것이다. 2014년도 자료를 보면, 재판 도중 줄고 있는 판사가 “있다”고 응답한 경우는 2.2%(71명)이고, “없다”고 응답한 경우는 43.1%(1,367명)이다. 재판 도중 줄고 있는 판사가 있다고 응답한 비율이 매년 차이가 있는데, 그 비율이 낮더라도 해당 사례의 경우는 매우 심각한 상황이라는 것을 상기해야 할 것이다.

▶▶▶ [표 4-4-9] 재판 도중 줄고 있는 판사 유무

항목	응답인원(%)		
	2014년도	2013년도	2012년도
있다	71(2.2)	42(1.8)	145(5.4)
없다	1,367(43.1)	996(42.2)	2,547(94.3)
기타 / 무응답	1,736(54.7)	1,323(56.0)	9(0.3)
계	3,174(100.0)	2,361(100.0)	2,701(100.0)

자료: 법률소비자연맹 총본부, 『2014 대한민국 법원·법정백서』, 43면.

▶▶▶ [표 4-4-10] 어느 판사가 줄고 있는지 여부 (중복 응답)

항목	응답인원(%)		
	2014년도	2013년도	2012년도
재판장	15(16.9)	12(19.7)	6(3.2)
좌배석 판사 (재판장 왼쪽)	44(49.4)	26(42.6)	81(43.5)
우배석 판사 (재판장 오른쪽)	29(32.6)	23(37.7)	99(53.2)

자료: 법률소비자연맹 총본부, 『2014 대한민국 법원·법정백서』, 43면.

단독재판부의 경우에는 줄고 있는 판사가 목격되지 않았지만,²²⁹⁾ 합의부의 경우에는 <표 4-4-10>과 같이 배석판사가 줄고 있는 경우가 다수 발견되었다.

다. 서비스 제공 관련(어려운 법률용어의 사용, 마이크 사용 등)

재판 진행과정에서 판사가 여러 가지 다양한 서비스를 어떻게 제공하고 있는가는 판사의 업무 역량을 평가하는 하나의 지표가 될 수 있다. 여기에서는 시민들의 법정모니터링 자료에 근거하여 판사의 법률서비스의 질을 어려운 법률용어의 사용 관련 태도, 법정의 목소리 크기, 마이크의 사용 여부 등을 통하여 살펴본다.

〈표 4-4-11〉은 판사가 법정에서 어려운 법률용어를 사용할 때 취하는 태도를 정리한 것이다. 2014년도 자료를 보면, 재판 진행과정에서 “어려운 법률 용어가 없었다”고 응답한 경우는 41.9%(1,329명), “어려운 법률 용어를 쉽게 설명하려고 노력한다”는 30.2%(958명), “어려운 법률 용어를 설명하지만 성의가 없고 의례적이다”인 경우는 3.1%(99명), “어려운 법률 용어를 설명하지 않고 그대로 사용한다”는 8.7%(276명)이다. 어려운 법률용어를 사용하지 않거나 법률용어를 사용하는 경우에도 이를 쉽게 설명하려고 노력하는 경우는 재판 당사자가 재판과정을 이해하고 부당하게 권리를 침해당하지 않도록 하는 데 긍정적인 영향을 미칠 수 있다. 그런데 판사가 어려운 법률용어를 아무런 설명 없이 그대로 사용하거나 성의 없이 의례적으로 설명하는 경우에 재판 당사자들은 재판 과정을 이해하고 적극적으로 자신의 권리가 침해되지 않도록 하는 데 어려움을 겪게 될 것이다.

▶▶▶ [표 4-4-11] 판사의 어려운 법률 용어 사용 관련 태도

항목	응답인원(%)	
	2014년도	2013년도
어려운 법률 용어를 쉽게 설명하려고 노력한다	958(30.2)	630(26.7)
어려운 법률 용어를 설명하지만 성의가 없고 의례적이다	99(3.1)	80(3.4)
어려운 법률 용어를 설명하지 않고 그대로 사용한다	276(8.7)	221(9.4)
어려운 법률 용어가 없었다	1,329(41.9)	1,073(45.5)
기타 / 무응답	512(16.1)	357(15.1)
계	3,174(100.0)	2,361(100.0)

자료: 법률소비자연맹 총본부, 『2014 대한민국 법원·법정백서』, 33면.

229) 법률소비자연맹 총본부, 『2014 대한민국 법원·법정백서』, 43면.

▶▶▶ [표 4-4-12] 당사자가 어려운 법률 용어를 알아듣지 못했을 때 법관의 행동

항목	응답인원(%)	
	2014년도	2013년도
당사자가 알아듣는지 여부에 관심 없이 그냥 재판을 진행한다	357(25.6)	307(13.0)
당사자에게 변호사 선임을 권한다	182(13.1)	111(4.7)
당사자에게 가벼운 주의를 준다	112(8.0)	78(3.0)
당사자에게 화를 낸다	28(2.0)	22(0.9)
기타 / 무응답	714(51.3)	2,082(78.4)
계	1,393(100.0)	2,600(100.0)

자료: 법률소비자연맹 총본부, 『2014 대한민국 법원·법정백서』, 33면.

〈표 4-4-12〉는 재판과정에서 당사자가 어려운 법률용어를 알아듣지 못했을 때 법관이 어떤 행동을 취했는지를 조사한 것이다. 재판 당사자가 어려운 법률용어를 알아듣지 못하는 경우에, 법관은 ‘당사자가 알아듣는지 여부에 관심 없이 그냥 재판을 진행’하는 경우가 가장 많은 것으로 드러난다(25.6%, 357명). 다음으로 “당사자에게 변호사 선임을 권한다”가 높은 비율을 나타내며(13.1%, 182명), 이외에 “당사자에게 가벼운 주의를 준다”거나 “당사자에게 화를 낸다”는 경우가 각각 8.0%(112명), 2.0%(28명)으로 나타난다.

이러한 분석결과는 재판과정이 당사자의 관점이 상당부분 무시되고 있으며 판사의 관점에서 진행되고 있음을 말해준다. 법률용어를 이해하지 못하는 당사자에게 판사가 주의를 주거나 화를 내는 행동은 심각하게 부적절하다. 이처럼 피고인이나 증인 등이 변호사를 선임하지 못한 경우에 재판과정에서 상당한 법률적 어려움에 처할 수 있다는 것을 알 수 있다.

▶▶▶ [표 4-4-13] 목소리가 작거나 발음이 불분명하여 알아들을 수 없는 경우

항목	응답인원(%)	
	2014년도	2013년도
판사	203(12.3)	141(5.7)
검사	122(7.4)	75(3.0)
변호사	286(17.3)	226(9.1)
재판 당사자	1,043(63.0)	260(10.5)
기타 / 무응답	0(0.0)	1,772(71.6)
계	1,654(100.0)	2,474(100.0)

자료: 법률소비자연맹 총본부, 『2014 대한민국 법원·법정백서』, 30면.

〈표 4-4-13〉은 법정에서 목소리가 작거나 발음이 불분명하여 알아들을 수 없는 경우를 판사, 검사, 변호사, 재판 당사자별로 구분하여 조사한 것이다. 재판을 이끌어 가는 판사의 경우에도 12.3%(203명)가 목소리가 작거나 발음이 불분명하여 알아들을 수 없었다고 조사되었다.

〈표 4-4-13〉에서와 같이 법정에서 목소리가 작거나 발음이 불분명하여 알아들을 수 없는 경우가 상당한 비율을 차지함에도 불구하고 〈표 4-4-14〉를 보면, 마이크를 사용하지 않는 경우가 높은 비율을 차지하고 있어 이에 대한 개선이 필요한 것으로 보인다. 특히 재판 당사자, 변호사, 판사의 순서로 그 비율이 높았다. 재판장에서 마이크를 사용하여 재판 관계인 간의 의사소통이 보다 원활하도록 해야 하며, 특히 이 과정에서 재판 당사자들이 소외되지 않도록 배려해야 한다. 법정의 목소리 크기 역시 넓은 의미에서 소송관계인의 인권보장에 영향을 미치는 요인이 된다는 점을 인식해야 한다.

▶▶▶ [표 4-4-14] 마이크는 정상이나 사용하지 않는 경우

항목	응답인원(%)	
	2014년도	2013년도
판사	83(10.6)	76(3.0)
검사(형사재판의 경우)	67(8.6)	47(1.9)
변호사	168(21.5)	200(7.9)
재판 당사자	464(59.3)	224(8.9)
기타 / 무응답	0(0.0)	1984(78.4)
계	782(100.0)	2531(100.0)

자료: 법률소비자연맹 총본부, 『2014 대한민국 법원·법정백서』, 31면.

제5절 | 법원의 공판 지원 업무 역량: 법정모니터링 자료를 중심으로

여기에서는 판사의 업무 역량과 별도로 법원이 재판 업무를 보조하면서 공판을 어느 정도 지원하고 있는지를 통해 ‘공판 지원 관련 업무 역량’을 평가하기로 한다. 공판 지원 관련 업무 역량은 시민 법정모니터링 자료에 근거하여 ‘1) 재판의 공정성

확보를 위한 공판 지원 역량'과 '2) 법원 직원 및 행정력의 지원 역량'으로 구분하여 살펴본다.

1. 재판의 공정성 확보를 위한 공판 지원 역량

'재판의 공정성 확보를 위한 공판 지원 역량'을 파악하기 위하여 가용한 법정 시민 모니터링 자료에서 그 하위 영역으로 '①헌법의 공개재판원칙 준수 정도', '②재판순서의 공정성', '③법원의 서류접수 시스템', '④법정모니터링 협조 여부'를 선정하여 살펴보기로 한다.

가. 헌법의 공개재판원칙 준수 정도

법원이 「헌법」에서 보장하는 공개재판원칙을 준수하고 있는지를 확인하기 위하여 법원이 방청객에 대하여 신분증 및 소지품 검사를 하였는지 여부를 살펴보기로 한다. 원칙적으로 공개재판은 누구든지 신분증 없이 참관이 가능해야 하는데, 최근 법원 내 또는 법정에서 신분증이나 소지품을 검사하는 경우가 증가하고 있는 것으로 조사되었다. 2012년 자료에서는 “법원 경내 또는 법정에서 신분증 검사나 가방 등 소지품 검사를 받았다”고 응답한 경우가 3.5%(179명)에 불과하였으나, 2013년도에는 35.3%(834명), 2014년에는 38.2%(1,213명)로 증가하고 있다.

▶▶▶ [표 4-5-1] 신분증 및 소지품 검사 여부

항목	응답인원(%)		
	2014년도	2013년도	2012년도
있었다	1,213(38.2)	834(35.3)	179(3.5)
없었다	1,961(61.8)	1,519(64.3)	4,963(96.4)
기타 / 무응답	-	8(0.3)	5(0.1)
계	3,174(100.0)	2,361(100.0)	5,147(100.0)

자료: 법률소비자연맹 총본부, 『2014 대한민국 법원·법정백서』, 22면.

▶▶▶ [표 4-5-2] 어떤 소지품 검사를 받았는지 조사 결과

항목	응답자	응답인원(%)
신분증	23	1.9
가방	1,127	92.9
둘 다	33	2.7
기타	30	2.5
계	1,213	100.0

자료: 법률소비자연맹 총본부, 『2014 대한민국 법원·법정백서』, 23면.

신분증 및 소지품 검사를 받은 경우에 어떤 검사를 받았는지 세부 내용을 살펴보면, <표 4-5-2>와 같다. 신분증 검사를 받은 경우는 1.9%(23명)이며, 가방만 검사를 받은 경우는 92.9%(1,127명)이고, 신분증과 가방 모두를 검사한 경우는 2.7%(33명)이다. 법원이 공개재판원칙을 제대로 실천하기 위해서는 법원 경내나 법정에서 신분증이나 가방을 검사하는 것이 일상적인 관행으로 자리 잡아서서는 안 될 것이다. 특별한 사정이 있는 경우를 예외로 하고, 일반적으로는 신분증이나 가방 검사 없이 재판 참관이 가능하도록 하여야 한다. 법원 출입 시 통제가 강화되는 것은 바람직하지 않다.

나. 재판순서의 공정성

법원에서 재판순서를 공정하게 진행하는지 살펴보기 위하여, 다음의 <표 4-5-3>과 같이 재판 순서의 진행방식을 조사하였다. <표 4-5-3>에서 2014년 자료를 보면 “사건 번호대로 재판”을 진행한 경우가 가장 많았고, 다음으로 “사건 당사자가 출석한 사건부터”, “변호사가 선임된 사건부터”의 순서로 해당 비율이 높게 나타난다. 특히 2012년도에 비하여 2014년도에 “사건 당사자가 출석한 사건부터 재판”하는 경우의 비율이 높아지고, “변호사가 선임된 사건부터 재판”하는 경우의 비율이 감소한 것은 고무적인 것이라고 할 수 있다.

» [표 4-5-3] 재판 순서의 공정 진행 여부

항목	응답인원(%)		
	2014년도	2013년도	2012년도
사건 번호대로 재판	2,083(65.6)	1,436(60.8)	4,202(83.7)
변호사가 선임된 사건부터 재판	19(0.6)	89(3.8)	224(4.5)
사건 당사자가 출석한 사건부터 재판	441(13.9)	303(12.8)	148(2.9)
모르겠다	374(11.8)	270(11.4)	123(2.4)
기타 / 무응답	257(8.1)	263(11.1)	325(6.5)
계	3,174(100.0)	2,361(100.0)	5,022(100.0)

자료: 법률소비자연맹 총본부, 『2014 대한민국 법원·법정백서』, 26면.

다. 법원의 서류접수 시스템

〈표 4-5-4〉는 재판 당사자가 서면으로 서류를 제출하였는데, 재판 당일까지 판사가 해당 서류를 받아보지 못한 경우가 상당한 비율을 차지한다는 것을 보여준다. 2014년도 자료에서는 재판 당일까지 판사가 당사자가 제출한 서류를 받아보지 못한 경우가 38.2%(1,213명)로 나타났는데, 이는 2012년이나 2013년에 비하여 그 비율이 높아지고 있어 문제점으로 보인다. 법률소비자연맹의 확인 결과에 의하면, “공익근무요원 퇴근 시간을 고려해 4시 반이나 5시 이전까지 제출된 서류만 재판부가 있는 층으로 배달이 되고, 그 층에서 다시 재판부로 배달해야해서 재판부에 서류 전달시간이 많이 걸리는 것으로 확인됐다.”²³⁰⁾ 당사자의 서류 접수 시스템에 대한 점검이 필요해 보인다.

» [표 4-5-4] 재판 당일에 판사가 당사자의 제출 서류를 보지 못한 경우

항목	응답인원(%)		
	2014년도	2013년도	2012년도
있었다	1,213(38.2)	834(35.3)	179(3.5)
없었다	1,961(61.8)	1,519(64.3)	4,963(96.4)
기타 / 무응답	-	8(0.3)	5(0.1)
계	3,174(100.0)	2,361(100.0)	5,147(100.0)

자료: 법률소비자연맹 총본부, 『2014 대한민국 법원·법정백서』, 42면.

230) 법률소비자연맹 총본부, 『2014 대한민국 법원·법정백서』, 42면.

라. 법정모니터링 협조 여부

법정모니터링에 대한 법원의 협조 여부는 법원이 공개재판원칙을 얼마나 잘 준수하고 있는지를 가늠할 수 있는 지표가 될 수 있으며, 한편으로 법원이 얼마나 공정하고 개방적인 태도로 재판 업무를 지원하고 있는지 판단하게 해준다. <표 4-5-5>를 보면, 법정 모니터링을 방해받은 경우가 2014년도 사례에서 34건(1.1%)을 차지한다. 해당 사례는 법정 경위나 판사로부터 저지를 당한 경우이다.²³¹⁾ 다행히 <표 4-5-6>과 비교해보면, 2010년이나 2013년과 비교하여 법정 모니터링 방해 비율이 낮아지고 있는 점은 고무적이다.

▶▶▶ [표 4-5-5] 법정 모니터링 방해 여부(2014년도)

		응답인원(%)
항목	응답자	
있다	34(1.1)	
없다	2,952(93.0)	

자료: 법률소비자연맹 총본부, 『2014 대한민국 법원·법정백서』, 47면.

▶▶▶ [표 4-5-6] 법정 모니터링 방해 여부 (2013, 2010년도)

			응답인원(%)
항목	2013년도	2010년도	
판사로부터 저지당했다	5(0.2)	9(1.0)	
법원 경위로부터 저지당했다	33(1.4)	12(1.4)	
기타	2(0.1)	4(0.5)	
없다	2,215(93.8)	825(93.6)	
기타	106(4.5)	31(3.5)	
계	2,361(100.0)	881(100.0)	

자료: 법률소비자연맹 총본부, 『2014 대한민국 법원·법정백서』, 47면.

2. 법원 직원 및 행정력의 지원 역량

재판 진행과정에서 소송관계인의 인권보장을 위해 법원 직원 및 행정력이 제대로 지원하고 있는지를 평가하기 위한 지표로서 법정모니터링 자료에서 가용한 ‘①법정 경위의 방청객에 대한 태도’와 ‘②법원 안내판의 효용성’을 검토하였다.

231) 법률소비자연맹 총본부, 『2014 대한민국 법원·법정백서』, 42면.

가. 법정 경위의 방청객에 대한 태도

법정 경위의 방청객에 대한 간섭 여부를 살펴보면, <표 4-5-7>에서와 같이 “지정된 좌석에 앉아 재판을 보고 있다”고 응답한 비율이 61.6%(1,954명)로 가장 높고, “재판에 방해가 되는 경우에만 나서서 제재하는 등 업무에 집중한다(고성, 전화벨소리 등)”고 응답한 비율이 16.8%(534명)로, 대부분의 업무 수행에 문제가 없는 것으로 나타난다.

▶▶▶ [표 4-5-7] 법정 경위의 방청객에 대한 간섭 여부

항목	응답인원(%)	
	2014년도	2013년도
지정된 좌석에 앉아 재판을 보고 있다	1,954(61.6)	1,485(62.9)
자리에서 졸거나 휴대전화를 사용하는 등 업무에 집중하지 않는다	138(4.3)	139(5.9)
특별한 간섭은 없으나 감독하듯이 재판 중에 법정을 이리저리 돌아다닌다	262(8.3)	215(9.1)
재판에 방해가 되는 경우에만 나서서 제재하는 등 업무에 집중한다(고성, 전화벨소리 등)	534(16.8)	393(16.7)
재판에 특별히 방해되지 않는 경우까지 제재하는 등 간섭이 심하다	28(0.9)	32(1.4)
자리에 없다(어디에 있는지 찾을 수 없는 경우 등)	76(2.4)	66(2.8)
기타 / 무응답	182(5.5)	31(1.3)
계	3,174(100.0)	2,361(100.0)

자료: 법률소비자연맹 총본부, 『2014 대한민국 법원·법정백서』, 44면.

그런데 “재판에 특별히 방해되지 않는 경우까지 제재하는 등 간섭이 심하다”고 응답한 비율도 0.9%(28명)를 차지하고 있으며, “자리에서 졸거나 휴대전화를 사용하는 등 업무에 집중하지 않는다”는 4.3%(138명), “특별한 간섭은 없으나 감독하듯이 재판 중에 법정을 이리저리 돌아다닌다”는 8.3%(262명), “자리에 없다(어디에 있는지 찾을 수 없는 경우 등)”가 2.4%(76명)로 나타나고 있어, 일부 법정 경위의 업무태도가 개선될 필요가 있어 보인다.

나. 법원 안내관의 효용성

법원에 설치된 안내관은 외부에서 방문하는 사람들을 위한 설치물이므로 대부분

방청객들이 보게 된다. 법원 안내판이 외부 방문객의 입장에서 법원을 잘 안내하고 있는지를 살피는 것은 법원이 얼마나 방청객이나 외부인들에게 개방적이고 배려심 있는 태도를 갖고 있는지 파악할 수 있게 해준다. <표 4-5-8>을 살펴보면, 2014년도 자료에서 “안내판 덕분에 잘 찾아갈 수 있었다”가 52.0%(1,653명)이고, 나머지 절반 정도는 안내판이 충분히 친절하지 않다고 응답하였다. “안내판 자체를 찾기가 어려웠다”고 한 경우는 10%(316명), “안내판은 쉽게 찾았으나 안내판만 보고는 찾기가 어려웠다”고 한 경우는 35.0%(1,111명)이다. 법원은 방청객 및 재판 당사자의 입장에서 안내판을 적절한 위치에 설치하여야 하고, 안내판의 그림이나 설명이 외부자의 관점에서 잘 이해될 수 있도록 개선할 필요가 있다.

▶▶▶ [표 4-5-8] 법원 안내판의 효율성

항목	응답인원(%)	
	2014년도	2013년도
안내판 자체를 찾기가 어려웠다	316(10.0)	178(7.5)
안내판은 쉽게 찾았으나 안내판만 보고는 찾기가 어려웠다	1,111(35.0)	638(27.0)
안내판 덕분에 잘 찾아갈 수 있었다	1,653(52.0)	1,499(63.5)
기타 / 무응답	94(3.0)	46(1.9)
계	3,174(100.0)	2,361(100.0)

자료: 법률소비자연맹 총본부, 『2014 대한민국 법원·법정백서』, 46면.

제6절 | 소결

재판 진행 과정에서 형사법원이 인권보장역량을 얼마나 잘 발휘하고 있는지 소송관계인 등의 경험이라는 관점에서 알아보기 위해서 수행하였던 ‘변호사 대상 사례조사’와 ‘법률소비자연맹의 법정모니터링 결과에 대한 메타 분석’의 주요 결과는 다음과 같다.

첫째, 사례조사에 참여한 변호사들은 형사재판 과정에서 소송관계인 등의 인권보장에 긍정적 또는 부정적 영향을 미치는 요인을 다음과 같이 지적하였다. ① 피고인의 인권보장에 관해서는 ‘판사의 유죄심증 및 예단’, ‘피고인의 진술권 및 변호인의 조력

을 받을 권리 보장', '증인 신청 및 증인 신문 관련', '피고인의 수사기록물 등 열람', '피고인의 특수한 사정에 대한 배려', '기타 방어권 관련' 요인이 지적되었다. ② 피해자의 인권보장에 관해서는 '증인으로서의 진술권 보장', '피해자의 의견진술권 보장', '피해자의 보호', '피해자의 사건 관련 정보 공유'가 지적되었다. ③ 증인의 인권보장에 관해서는 '증인의 진술권 보장', '증언거부권', '신변보호', '증인에 대한 배려' 등이 지적되었다.

둘째, 법률소비자연맹이 실시한 2013년과 2014년 법정모니터링 결과 중 법관의 재판 진행 관련 업무 역량에 관한 결과를 비교 분석한 결과는 다음과 같다. ① 공판과정의 절차적 기준 준수와 관련해서, 판사가 진술거부권을 고지하는지 여부와 재판 도중 당사자 간에 다툼이 있는 경우 판사의 적절한 개입 여부에서는 부정적으로 평가되었지만, 증거신청이나 서류 등의 접수에 대한 조치에서는 긍정적으로 평가되었다. ② 재판 진행과 관련된 판사의 태도와 관련해서는, 당사자에게 경어를 사용하고 진술을 경청하는지 여부에서는 긍정적으로 평가되었지만, 당사자가 어려운 법률 용어를 알 수 있게끔 쉽게 설명해주는지 여부에서는 부정적으로 평가되었다. 한편 판사들은 재판시간에 맞춰 늦지 않게 법정에 들어섰지만, 간혹 지각을 한 경우 지각에 대한 해명 없이 재판을 진행하는 태도가 부정적으로 평가되었다.

셋째, 법률소비자연맹이 실시한 2013년과 2014년 법정모니터링 결과 중 법원의 공판 지원 업무 역량에 관한 결과를 비교 분석한 결과는 다음과 같다. ① 재판의 공정성 확보를 위한 공판 지원 역량에 관해서는, 재판순서에 대해서는 변호사가 선임된 사건보다 당사자가 출석한 사건을 우선 다루는 경향이 높아져서 긍정적으로 평가되었고, 법원의 서류접수 시스템은 신속성을 제고하는 방향으로 개선될 필요가 있다고 지적되었다. ② 법원 직원 등의 지원 역량에 관해서는, 법정 경위의 방청객에 대한 태도는 대체로 긍정적으로 평가되었지만, 법원 안내판은 보기 쉽고 이해하기 쉽도록 개선이 필요하다고 지적되었다.

제 5 장

형사사법기관의 인권보장역량 종합평가 연구(Ⅲ) -형사법원의 인권보장역량 평가-

군사법원 인권보장역량 평가

임태훈·김형남·조규석

군사법원 인권보장역량 평가

제1절 | 군사법원 인권보장역량 평가를 위한 기초 검토

1. 군사법원의 성격

가. 군사법원의 개념

“군사법원은 군사재판을 관할하는 대법원 산하의 특별법원이다.”²³²⁾ 여기서 군사재판은 군사법에 따른 형사재판이므로 이 관점에 따르자면 군사법, 형사절차, 사법기구(법원) 등에 대해 알아보아야 군사법원을 이해할 수 있을 것이다. 그중에서 형사절차와 사법기구는 비교적 덜 논쟁적인 개념으로 간단히 살펴보겠다. 우선, 군사법원의 성격과 관련하여 군사법원이 ‘사법기구’인가에 대한 문제가 있을 수 있다. 명칭이 ‘법원’이라는 점에서 명백히 사법부의 일원으로 보이나 과거 명칭이 ‘군법회의’였고, 현행 군사법원이 여전히 국방부 산하에 있다는 점을 보면 일반적이지 않은 면도 있다. 일부에서는 아예 군사법원을 두고 대통령의 국군통수권 아래에 있는 국군통수 보좌기구로서 지휘권을 보좌한다고 이해하기도 한다.²³³⁾ 이는 우리 군사법원 및 군사법제도의 모체였던 미국 군이 취한 입장이기도 했다고 한다.²³⁴⁾ 그러나 이런 인식은 사법권의 독립에 대한 우려를 낳았다.²³⁵⁾ 이에 반해 군사법원의 핵심적 역할은 사법작용이

232) 백상준, “평시 군사법원 제도 폐지 논의 및 입법적 쟁점”, 『이슈와 논점』 (1502) (2018), 1면.

233) 김범식, “군 사법제도의 정당성과 개정 군사법원법의 함의”, 249면.

234) 김백진, “군사법원 필요성과 목적에 대한 고찰”, 197면.

235) 김동원, “군사법제도의 특징에 대한 고찰”, 75면; 정인섭, “「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」과 군장병 인권”, 『서울대학교법학』 48(4) (2007), 36면, 46-47면.

고, 군 지휘권(통수권)의 보좌 등 군의 특수성과 관련된 기능은, 부수적이거나, 사법작용에서 연원한다는 관점도 있다.²³⁶⁾ 다른 입장에서는 일정 수준의 기본권 제한은 적절하다는 가정 하에 오히려 기본권 보장 수단이라는 견해도 있다.²³⁷⁾

다음으로 형사재판 혹은 절차는 국가형벌권의 실현으로 이해되는데 국가형벌권은 공동체 존속을 위한 법질서 유지를 목적으로 국가가 독점적으로 행사하는 자기방어적 강제수단으로 이해된다.²³⁸⁾ 이런 강제행위를 발동하는 하나의 권력작용이 사법권이고 이를 관할하는 주체가 사법기구인 법원인 것이다. 결국 사법권은 재판이라는 구체적인 행위로서 나타나는데 재판은 “공정하고 독립적·중립적인 제3자의 지위에서 당사자간의 이해관계를 파악하고, 이에 관한 법적 분쟁을 해결”하는 일로서 정의될 수 있다.²³⁹⁾ 이런 재판을 누릴 권리는 보편적 인권이자 헌법상 기본권으로서 우리나라는 「헌법」 제27조에서 적시하고 있으며 이를 보장하는 의미에서 「헌법」 제101조 및 제103조 등에 따라 사법권은 특정한 능력과 자격을 갖춘 법관으로 구성된 법원에 속하며 법관이 법률과 양심에 따라 독립하여 재판하도록 정하였다. 종합해보면 군사법원은 군사법에 따라 군이라는 공동체를 유지하기 위해 국가형벌권이 구현되는 법률적 과정을 관장하는 독립적이어야 하는 국가조직이다. 그러나 여기서 ‘독립’의 정도에 대해서는 관점에 따라 정도의 차이가 있을 수 있다.

이러한 관점의 차이는 “군사법”이라는 요소를 둘러싸고 대별될 수 있다. 군사법 혹은 군사법제도라 함은 우리나라의 경우 미 군정기 시절 이식된 것으로서, 미국의 ‘Military Justice’에 상응한다고 보는 견해가 있다.²⁴⁰⁾ 이에 따르면 “군대에 속한 모든 사람들에 대한 형사사건 및 징계사건에 대한 실체법과 절차법”이다.²⁴¹⁾ 이를 앞선 논의와 함께 생각해 보면 “군이라는 조직의 목적이나 임무의 특수성 등”을 유지하기 위하여 “국가가 형벌 법규를 구체적으로 적용, 실현하는 과정”이라고 정리할 수 있

236) 이세주, “군 징계권, 수사권, 사법권에 대한 헌법적 검토”, 285면.

237) 허영, 2015; 김현주, “군사법원의 민간인에 대한 재판권”, 139면에서 재인용.

238) 김혜경, 『법정형체계의 정비방안』(한국형사정책연구원, 2006), 20면.

239) 이세주, “헌법상 재판을 받을 권리와 군 사법제도에 대한 헌법적 검토”, 279면.

240) 이런 미국의 입장을 캐나다 대법원도 유사하게 견지한다. 캐나다 국군 상병인 Michel G n reux가 인신매매를 위한 약물 소지 및 탈영으로 기소되자 군사법원의 독립성과 공정성에 문제를 제기하며 상고한 사건에서 캐나다 대법원은 “군사법원이라는 분리 체계의 목적은 국군이 직접적으로 군의 기율, 효율성, 사기에 연관되는 사안을 처리하도록 하기 위함”이라고 판시했다(*R. v. G n reux*, [1992] 1 S.C.R. 259, p.293).

241) 김범식, “군 사법제도에 관한 고찰”, 235면.

다.²⁴²⁾ 따라서 군사법은 “군대에 속한 모든 사람에 대한 형사사건 및 징계사건에 대한 실체법과 절차법”이며 여기에는 “군사법원 등의 조직구성과 관련된 내용”도 포함된다 고 한다.²⁴³⁾ 역시 김범식(2017)과 국방부 연구용역(2017)을 실시한 정용석·김희균도 “군 사법제도는 군법 피적용자가 일반형법과 균형법상에 규정된 죄를 범한 경우에 군의 조직 내에서 군법 피적용자에 대하여 적용되는 특별한 사법절차에 따른 균형별 권 형사체계”라고 이해하고 있다.²⁴⁴⁾ 위 관점들이 가미하고 있는 ‘군의 특수성’에 대해 우리 「헌법」은 제110조 제3항에서 “군사법원의 조직·권한 및 재판관의 자격은 법률로 정한다”고 함으로써 인식하고 있다는 의견이 있다. 이 때문에 사법기관으로서 군사법원이 가져야 할 ‘독립성’이 어느 정도인지에 대하여서는 여러 군사법 제도에 따라 다양한 관점이 논쟁 중에 있다.²⁴⁵⁾

본 연구에서는 이러한 논의를 구체적으로 검토하는 대신 현행 군사법원의 인권보장역량을 검토하고자 하는 목적에 따라 기술적인 이유로 1996년도 헌법재판소의 견해를 취하고자 한다.²⁴⁶⁾ 헌법재판소는 독립성에 대해서 일반 법원에 적용되는 엄격한 잣대가 아닌 완화된 기준으로 평가해야 한다고 말했다. 다만, 헌법재판소는 ‘군사법원의 지위와 헌법적 한계’에 대하여 논하면서 그 예외성이 헌법상 허용되지만 「헌법」 제27조의 재판청구권, 제11조의 평등권, 제12조의 신체의 자유 등을 침해할 수 없다고 판시했다.²⁴⁷⁾

이상의 논의를 정리하면 일반적으로 평시를 기준으로 할 때, 군사법원은 예외적인 형태의 사법기구로서 군의 특수성에 따라 군과 관련된 범죄를 다루는 법원이며 그 대상은 군인 혹은 이에 준하는 신분을 가진 자이다. 그리고 우리 헌법재판소는 군사법원이란 헌법의 근본원리가 정한 한계 내에서 군의 특수성을 고려하여 조직, 권한,

242) 김동원, “군사법제도의 특징에 대한 고찰”, 75면.

243) 김동원, “군사법제도의 특징에 대한 고찰”, 75면.

244) 김범식, “군 사법제도의 정당성과 개정 군사법원법의 함의”, 243면; 정용석·김희균, 『헌법 제 27조 제2항(일반국민이 범한 중대한 군사상 기밀, 초병, 초소에 관한 죄 군사재판) 존치 필요성에 관한 연구』(국방부 연구용역보고서, 2017), 2면.

245) 주로 이런 논의는 군사법원 존치와 폐지 입장의 차이로 나타나며 이는 이미 국가인권위원회(2004)의 연구용역 『군 사법제도 운영 및 인권침해현황 실태조사』에서 자세히 분류된 바 있으며 현재까지도, 구체적 군사법제도에 대해서는 세부적으로 차이가 있으나, 유사한 논지들이 반복되고 있다. 관련하여서는 본 연구의 선행연구 분석을 참고하라.

246) 헌법재판소 입장은 김백진(2015), 이에 대한 반박은 김연호·김일환(2016)을 참고하라.

247) 헌법재판소 1996. 10. 31. 선고 93헌바25 전원재판부 결정.

재판관의 자격 등을 일반 법원과 다르게 하는 특별법원으로 이해한다. 그 구체적인 양상은 아래에서 제시하고자 한다.

나. 군사법원의 설치 근거

사법권을 다루는 국가기구로서 ‘군사법원’의 존재 근거는 궁극적으로 헌법에서 찾아야 옳다. 비록 제헌국회에서 관련 규정을 마련하지 않아 헌법적 근거 없이 존재했던 시기가 꽤 되었었다. 군사법원은 여러 부작용을 겪은 한국전쟁 시기 이후 1954년도 헌법에서야 근거를 갖게 된다. 그러나 전쟁 중 민간인 군사재판, 다수의 사형 선고 및 단심제 남용의 부작용에도 불구하고 1962년 「군법회의법」 도입 전까지 단심제가 이어지기도 했다. 군사법원에 관한 헌법 규정의 기본틀은 1987년에 개정된 현행 「대한민국헌법」(제10호)에서도 큰 변화 없이 이어졌다. 참고로 ‘군사법원’이라는 단어가 등장한 것은 1988년 헌법에서부터이다. 이전까지는 ‘군법회의’로 통칭되었다.

제정헌법기의 부재, 1954년 최초 등장, 1963년 일반 국민의 군사재판을 받지 아니할 권리 혹은 받는 경우 열거²⁴⁸⁾ 및 대법원을 최고법원으로 한 체계와 단심제 제한, 1972년 대통령 비상(긴급)조치권에 따른 군사재판 허용, 1980년 민간인이 군사재판을 받는 사유의 조정(‘중대성’ 요건 추가), ‘군사상 간첩죄’를 ‘군사상 기밀에 관한 죄’로 변경 및 ‘군용품 및 군사시설에 관한 죄’ 추가, 1988년 ‘유해음식물 공급’을 ‘유독음식물 공급’으로 축소 및 ‘대통령 비상조치권 및 군사시설에 관한 범죄’ 삭제 등 변화가 있었다.²⁴⁹⁾

현행 법률상으로는 「대한민국헌법」 제5장 “법원” 제110조에서 그 근거를 찾을 수 있다. 앞서 언급하였듯이 우리 헌법은 군사법원만을 유일하게 ‘특별법원’으로 명시하여 허용하고 있다. 따라서 「법원조직법」과는 별도로 「군사법원법」이 있다. 다음은

248) 해당 조항이 일반 국민의 군사재판을 받지 않을 권리를 규정하였다는 평가에 대해 오히려 군사재판을 받는 경우를 명문화한 것이라는 비판이 있다(송기춘, “군사재판을 받지 않을 권리에 관한 소고”, 197-201면).

249) 이에 대한 유사한 분석은 다음의 연구를 참고할 수 있다. 개괄적인 요약은 헌법재판소 김환학, 『군사법원의 독립성에 관한 헌법적 고찰』(헌법재판소 헌법재판연구원, 2016), 5-7면에서 참고할 수 있다. 그리고 민간인의 군사재판을 받지 않을 권리를 별도로 분석은 손상식, “특별법원으로서 군사법원의 헌법적 지위에 대한 고찰”, 『법과 정책』 23(3) (2017), 129-134면, 그리고 송기춘, “군사재판을 받지 않을 권리에 관한 소고”를 참고하라.

군사법원의 헌법상 근거 규정의 변천사이다(밑줄은 연구자가 추가).

- **대한민국헌법(제3호)** [시행 1954. 11. 29.] **제83조의2** 군사재판을 관할하기 위하여 군법회의를 둘 수 있다. 단, 법률이 정하는 재판사항의 상고심은 대법원에서 관할한다. 군법회의의 조직, 권한과 심판관의 자격은 법률로써 정한다.
- **대한민국헌법(제6호)** [시행 1963. 12. 17.] **제24조 ②** 군인 또는 군속이 아닌 국민은 대한민국의 영역안에서는 군사에 관한 간첩죄의 경우와, 초병·초소·유해음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률에 정한 경우, 및 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는, 군법회의의 재판을 받지 아니한다.
제106조 ① 군사재판을 관할하기 위하여 특별법원으로서 군법회의를 둘 수 있다.
② 군법회의의 상고심은 대법원에서 관할한다.
③ 비상계엄하의 군사재판은 군인·군속의 범죄나 군사에 관한 간첩죄의 경우와, 초병·초소·유해음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률에 정한 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다.
- **대한민국헌법(제8호)** [시행 1972. 12. 27.] **제24조 ②** 군인 또는 군속이 아닌 국민은 대한민국의 영역안에서는 군사에 관한 간첩죄의 경우와, 초병·초소·유해음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률에 정한 경우 및 비상계엄이 선포되거나 대통령이 법원의 권한에 관하여 긴급조치를 한 경우를 제외하고는 군법회의의 재판을 받지 아니한다.
제106조 동일
- **대한민국헌법(제9호)** [시행 1980. 10. 27.] **제26조 ②** 군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유해음식물공급·포로·군용물·군사시설에 관한 죄 중 법률에 정한 경우와, 비상계엄이 선포되거나 대통령이 법원의 권한에 관하여 비상조치를 한 경우를 제외하고는 군법회의의 재판을 받지 아니한다.
제111조 ① 군사재판을 관할하기 위하여 특별법원으로서 군법회의를 둘 수 있다.
② 군법회의의 상고심은 대법원에서 관할한다.
③ 군법회의의 조직·권한 및 재판관의 자격은 법률로 정한다.
④ 비상계엄하의 군사재판은 군인·군무원의 범죄나 군사에 관한 간첩죄의 경우와, 초병·초소·유해음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률에 정한 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다.

현행 1988년 헌법 체제하에서 작은 변화를 거듭하며 이어지던 군사법원은 2014년故 윤 일병 구타사망 사건 이후 가장 큰 변화를 겪는다. 윤 일병 사건을 전후로 겹쳐서 벌어진 일련의 군 인권침해 사건을 계기로 「군사법원법」이 큰 폭으로 개정되었다. 그렇지만 여전히 법률의 기본틀은, 이계수 외(2004)의 국가인권위원회 연구용역 보고서(18-29면)가 참고한 2002년 김경환 변호사의 연구 분석과 크게 다르지 않다. 개정된 차이를 고려해 이를 참고하여 군사법원의 존립 근거가 되는 현행 법률을 정리하면 다음과 같다(밑줄은 연구자가 추가).²⁵⁰⁾

○ 대한민국 헌법(제10호) [시행 1988. 2. 25.] 제101조 ① 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다.

② 법원은 최고법원인 대법원과 각급법원으로 조직된다.

제110조 ① 군사재판을 관할하기 위하여 특별법원으로서 군사법원을 둘 수 있다.

② 군사법원의 상고심은 대법원에서 관할한다.

③ 군사법원의 조직·권한 및 재판관의 자격은 법률로 정한다.

④ 비상계엄하의 군사재판은 군인·군무원의 범죄나 군사에 관한 간첩죄의 경우와 초병·초소·유독음식물공급·포로에 관한 죄중 법률이 정한 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다. 다만, 사형을 선고한 경우에는 그러하지 아니하다.

○ 군사법원법 [시행 2020. 12. 10.] [법률 제17367호, 2020. 6. 9., 일부개정]

제1조(목적) 이 법은 「대한민국헌법」 제110조에 따라 군사재판을 관할할 군사법원의 조직, 권한, 재판관의 자격 및 심판절차와 군검찰의 조직, 권한 및 수사절차를 정함을 목적으로 한다.

제5조(군사법원의 종류) 군사법원은 다음의 두 종류로 한다.

1. 고등군사법원
2. 보통군사법원

제6조(군사법원의 설치) ① 고등군사법원은 국방부에 설치한다.

② 보통군사법원은 별표와 같이 설치한다. <개정 2016. 1. 6.>

250) 「군사법원법」은 그 양이 방대하여 본 연구에서 그 변천을 일일이 검토하지는 않았으나 그 대략적인 내용은 다음의 연구를 참고할 수 있다. 우선, 김백진(“군사법원 필요성과 목적에 대한 고찰”, 193면) 및 국가인권위원회(『군 사법제도 운영 및 인권침해현황 실태조사, 34면)를 참고할 수 있고, 한편, 헌법 개정 및 군형법 개정을 종합적으로 분석한 김연호·김일환(“군사법원제도 정비에 관한 헌법적 검토, 104-109면)을 참고하라.

③ 국방부장관은 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태 시에는 제2항에 따른 보통군사법원 외에 다음 각 호의 부대 등에 보통군사법원을 설치할 수 있다. <개정 2016. 1. 6., 2017. 3. 21.>

1. 전시, 사변 또는 이에 준하는 국가비상사태 시에 편성된 편제상 장성급(將星級) 장교가 지휘하는 부대
 2. 편제상 장성급 장교가 지휘하는 부대 또는 기관(수사기관은 제외하며, 이하 “부대”라 한다)
- ④ 군사법원의 조직에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

○ **군사법원의 조직에 관한 규정** [시행 2019. 1. 1.] [대통령령 제29400호, 2018. 12. 24., 일부개정]

제1조(목적) 이 영은 「군사법원법」 제6조 및 제23조에 따라 군사법원의 조직과 업무 분장 등에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조(고등군사법원) ① 「군사법원법」(이하 “법”이라 한다) 제6조 제1항에 따라 국방부에 설치된 고등군사법원에 고등군사법원장을 둔다.

② 고등군사법원장은 군법무관인 장성급(將星級) 장교로 보하고, 제5항에 따라 고등군사법원에 두는 부(部)의 부장군판사는 군법무관인 대령으로 보한다.

⑤ 고등군사법원에 부를 두며, 그 명칭과 조직은 **별표 1**과 같다.

⑦ 제5항·제6항에서 규정한 사항 외에 고등군사법원에 두는 부 및 그 밖에 두는 부서의 조직과 업무 분장에 필요한 사항은 국방부장관이 정한다.

제3조(국방부 보통군사법원) 국방부장관은 고등군사법원 소속 군판사 중에서 법 제6조 제2항에 따라 국방부에 설치된 보통군사법원의 군판사를 지명하여 그 군사법원의 관할 사건을 심판하게 할 수 있다.

제4조(각 군 본부 보통군사법원장) ① 법 제6조 제2항에 따라 각 군 본부에 설치된 보통군사법원(이하 “각 군 군사법원”이라 한다)에 각 군 본부 보통군사법원장(이하 “각 군 군사법원장”이라 한다)을 둔다.

제5조(각 군 군사법원에 두는 부 등) ① 각 군 군사법원에 부를 두며, 그 명칭과 조직은 **별표 2**와 같다.

④ 각 군 군사법원의 부의 소재지 및 재판을 지원받는 보통군사법원은 **별표 3**에 따른다.

⑥ 각 군 참모총장은 각 군 군사법원의 부에 소속된 군판사 중에서 영장청구에 대한 심사를 위한 군판사를 지정할 수 있으며, 재판업무 수행을 위하여 필요한

경우에는 각 군 군사법원의 부에 소속된 군판사로 하여금 예하 부대에서 사무를 처리하게 할 수 있다.

⑦ 제1항부터 제6항까지에서 규정한 사항 외에 각 군 군사법원의 부 및 그 밖에 두는 부서의 조직과 업무 분장에 필요한 사항은 각 군 참모총장이 정한다.

▶▶ [표 5-1-1] 고등군사법원에 두는 부 및 군 판사(위 규정 [별표 1])

고등군사법원에 두는 부 및 군판사의 수(제2조 제5항 관련)

명칭	군판사의 수
고등1부	부장군판사 1명, 군판사 2명
고등2부	부장군판사 1명, 군판사 2명
보통부	부장군판사 1명, 군판사 3명

▶▶ [표 5-1-2] 각 군 군사법원에 두는 부 및 군판사(위 규정 [별표 2])

각 군 군사법원에 두는 부 및 군판사의 수(제5조 제1항 관련)

명칭		군판사의 수
1. 육군 본부 보통군사법원	1부	부장군판사 1명, 군판사 4명
	2부	부장군판사 1명, 군판사 4명
	3부	부장군판사 1명, 군판사 4명
	4부	부장군판사 1명, 군판사 9명
2. 해군 본부 보통군사법원	1부	부장군판사 1명, 군판사 6명
	2부	부장군판사 1명, 군판사 3명
3. 공군 본부 보통군사법원	1부	부장군판사 1명, 군판사 3명
	2부	부장군판사 1명, 군판사 3명

한편, 현행 군사법원 관할권 관련 법령의 요지는 민간인은 특별한 경우가 아니라면 군사법원에 의한 재판을 받지 아니한다는 것, 그리고 군인, 군무원, 준군인(후보생 등)의 범죄, 국군 포로 관련 범죄, 그리고 내외국인의 특정 법률상 범죄에 있어서 군사법원이 재판권을 가진다는 사항 정도로 정리할 수 있다. 헌법재판소가 1988년도 개정 헌법의 취지에 따라 2013년 위헌결정을 한 바, 군사재판을 받는 범죄의 종류가 줄었다. 그 기술방식이 다소 복잡하지만 「군형법」에서 규정한 경우 중 일부를 제외한다고 「군사법원법」에서 명시하고 있다.

또한, 시간적 관할권과 관련하여 「군사법원법」 제2조 제2항에 따라 군인이 아니었던 자가 범죄를 저지르고 군인이 된 후에 공소가 제기되면 해당 소송은 군사법원이 관할권을 갖게 된다. 역으로 「대한민국헌법」 제27조 제2항에 따라 일단 군인 등의 신분을 벗어나면 일반 법원이 관할권을 행사한다.²⁵¹⁾ 이 경우라도 민간인에 대한 관할권으로 인하여 일부 범죄에 대해서는 「군형법」 및 「군사법원법」에 따라 군사법원이 재판의 관할권을 가진다.²⁵²⁾ 끝으로 포로에 관한 내용은 포로가 범한 죄가 아니라 포로에 관한 죄를 다루고 있으며, 결국은 군 임무에 관한 내용으로 귀결된다.²⁵³⁾ 특이한 점으로는 헌법상 '준군인'이라는 개념 없이 군인과 군무원만 대상으로 정하였으나 법률에서는 후보생이나 사관생도 등도 군사법원의 관할권 아래에 두도록 입법되어 있다는 점이다. 이러한 관할권에 관한 규정은 아래 조문과 같이 명문화되어 있다(밑줄은 연구자가 추가한 것).

○ 대한민국헌법(제10조) [시행 1988. 2. 25.]

제27조 ① 모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.

② 군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄중 법률이 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군사법원의 재판을 받지 아니한다.

○ 군사법원법 [시행 2020. 12. 10.] [법률 제17367호, 2020. 6. 9., 일부개정]

제2조(신분적 재판권) ① 군사법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람이 범한 죄에 대하여 재판권을 가진다. <개정 2015. 2. 3.>

251) “최초 군법회의법은 [‘공소제기 후의 신분의 변동은 재판권에 영향을 미치지 아니한다.’]라는 규정을 가지고 있었다. 하지만 이는 이미 군인신분을 상실한 민간인에 대한 군사재판권의 행사가 되어 헌법위반이 되기에 1963.12.13. 개정 군법회의법에서 삭제되었다”(최재석, “군사법절차가 있어서의 장병의 기본권 향상 방안 연구”, 『연세 공공거버넌스와 법』 3(2) (2012), 103면).

252) “군사법원법 제2조 제1항 제1호에는 군형법 제1조 제4항에 규정된 사람이 범한 죄에 대하여 재판권을 가진다고 규정되어 있고, 군형법 제1조 제4항 제3호에는 군형법 제54조부터 제56조까지, 제58조, 제58조의2부터 제58조의6까지 및 제59조의 죄에 해당하는 죄를 범한 내국인과 외국인에 대하여도 군인에 준하여 군형법을 적용한다고 규정되어 있다. 따라서 군형법 제1조 제4항 제3호에서 정한 군형법상의 죄에 대하여는 그 죄를 범한 사람이 군인이든 군인이었다가 전역한 사람이든 그 신분에 관계없이 군사법원에 재판권이 있다”(대법원 2016. 10. 13. 선고 2016도11317 판결).

253) 송기춘, “‘군사재판을 받지 않을 권리’에 관한 소고”, 207면.

1. 「군형법」 제1조 제1항부터 제4항까지에 규정된 사람. 다만, 「군형법」 제1조 제4항에 규정된 사람 중 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 내국인·외국인은 제외한다.
 - 가. 군의 공장, 전투용으로 공하는 시설, 교량 또는 군용에 공하는 물건을 저장하는 창고에 대하여 「군형법」 제66조의 죄를 범한 내국인·외국인
 - 나. 군의 공장, 전투용으로 공하는 시설, 교량 또는 군용에 공하는 물건을 저장하는 창고에 대하여 「군형법」 제68조의 죄를 범한 내국인·외국인
 - 다. 군의 공장, 전투용으로 공하는 시설, 교량, 군용에 공하는 물건을 저장하는 창고, 군용에 공하는 철도, 전선 또는 그 밖의 시설에 대하여 「군형법」 제69조의 죄를 범한 내국인·외국인
 - 라. 가목부터 다목까지의 규정에 따른 죄의 미수범인 내국인·외국인
 - 마. 국군과 공동작전에 종사하고 있는 외국군의 군용시설에 대하여 가목부터 다목까지의 규정에 따른 죄를 범한 내국인·외국인

2. 국군부대가 관리하고 있는 포로

- ② 군사법원은 제1항 제1호에 해당하는 사람이 그 신분취득 전에 범한 죄에 대하여 재판권을 가진다.

○ 군형법 [시행 2016. 11. 30.] [법률 제14183호, 2016. 5. 29., 타법개정]

제1조(적용대상자) ① 이 법은 이 법에 규정된 죄를 범한 대한민국 군인에게 적용한다.

② 제1항에서 “군인”이란 현역에 복무하는 장교, 준사관, 부사관 및 병(兵)을 말한다. 다만, 전환복무(轉換服務) 중인 병은 제외한다.

③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에게 대하여는 군인에 준하여 이 법을 적용한다. <개정 2016. 5. 29.>

1. 군무원

2. 군적(軍籍)을 가진 군(軍)의 학교의 학생·생도와 사관후보생·부사관후보생 및 「병역법」 제57조에 따른 군적을 가지는 재영(在營) 중인 학생

3. 소집되어 복무하고 있는 예비역·보충역 및 전시근로역인 군인

④ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 죄를 범한 내국인·외국인에 대하여도 군인에 준하여 이 법을 적용한다.

1. 제13조 제2항·제3항의 죄 [간첩]

2. 제42조의 죄 [유해 음식물의 공급]

3. 제54조부터 제56조까지, 제58조, 제58조의2부터 제58조의6까지 및 제59조의

죄 [초병관련 죄]

4. 제66조부터 제71조까지의 죄 [군용물에 관한 죄]
5. 제75조 제1항 제1호의 죄 [군용물 등 범죄에 대한 형의 가중 - 폭발물]
6. 제77조의 죄 [외국의 군용시설 또는 군용물에 대한 행위]
7. 제78조의 죄 [초소 침범]
8. 제87조부터 제90조까지의 죄 [포로에 관한 죄]
9. 제13조 제2항·제3항의 미수범
10. 제58조의2부터 제58조의4까지의 미수범
11. 제59조 제1항의 미수범
12. 제66조부터 제70조까지 및 제71조 제1항·제2항의 미수범
13. 제87조부터 제90조까지의 미수범

이외에 특기할 점은 「헌법」 제27조 제2항에서 “군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역안에서는 … 군사법원의 재판을 받지 아니한다”고 지역을 규정한 부분이다.²⁵⁴⁾ 이 문언 자체로만 해석하면, 1) 대한민국 영역 밖에서는 법령 등이 나열하고 있는 죄를 저지르더라도 군사재판을 받지 않는다는 뜻이거나, 2) 대한민국 영역 밖에서는 죄 유형과 무관하게 민간인도 군사재판이 가능하다는 해석이 가능하다. 그러나 전자는 해외 거주자를 국내 거주자에 비하여 특별대우하고 있고, 후자는 해외 거주자의 기본권을 과도하게 침해한다는 지적이 있다. 때문에 사실상 해당 조문을 대한민국 영역 ‘안과 밖’으로 해석해야 한다는 시각이 있다.²⁵⁵⁾ 나아가 해외에 군사법원이 설치되는지 등에 관하여는 후속입법이 미비한 상태로 현재 이에 대해서는 구체적인 입법례가 없어서 ‘대한민국 영역 밖’의 경우에는 입법에 달렸다는 입장도 있다.²⁵⁶⁾ 참고로 2018년 대통령 개헌안은 관련 헌법 조문을 “비상계엄 선포 시 또는 국외파병 시의 군사재판을 관할하기 위하여”로 바뀌어서 평시 군사법원 및 전시 단심제를 폐지하려고 했다.²⁵⁷⁾

254) ‘영역’이라는 단어의 개념의 명확성이 부족하다는 비판도 있다(최재석, “군사법절차에 있어서의 장병의 기본권 향상 방안 연구”, 111면).

255) 최재석, “군사법절차에 있어서의 장병의 기본권 향상 방안 연구”, 112면.

256) 송기춘, “‘군사재판을 받지 않을 권리’에 관한 소고”, 203면.

257) 김중길, “독일의 군 사법제도”, 『최신외국법제정보 1』(한국법제연구원, 2018), 5면.

다. 군사법원 설치 및 운영 현황

2014년 민·관·군 병영문화혁신위원회의 권고에 따라 「군사법원법」이 2016년에 개정되었다. 2017년 7월 7일자로 시행된 개정 「군사법원법」에 따라 군사법체계에 대한 대대적 변화가 있었다. 일단, 평시 사단급 보통군사법원이 1999년 개정 이전처럼 다시 폐지되었다. 따라서 현재 1심을 담당하는 보통군사법원은 국방부 보통군사법원이 있으며, 육군에는 본부, 지상작전사령부, 제2작전사령부, 교육사령부, 군수사령부, 특수전사령부, 수도방위사령부, 제1·2·5·6·7·8군단사령부, 수도군단사령부에 있으며, 해군에는 본부, 작전사령부, 제1·2함대사령부, 해병대사령부, 해병대 제1·2사단에 각 설치되어 있다. 끝으로 공군에는 본부, 작전사령부, 공중기동정찰사령부, 공중전투사령부, 교육사령부, 방공유도타사령부, 방공관제사령부에 있다. 2심 법원인 고등군사법원은 국방부에만 설치되어 있다(「군사법원법」 [별표] ‘보통군사법원 설치 부대’ 참고). 기존에 보통군사법원의 ‘상설’ 여부가 문제된 것을 [별표]의 형태로 해결하고자 한 것이라 볼 수도 있겠다. 참고로 군사법원 내 조직에 대한 규정은 여전히 재판부 구성 외 행정부서 등은 국방부장관과 각 군 참모총장에게 위임하고 있다. 다만, 이외 “군사법원의 내부규율과 사무처리에 관한 군사법원규칙”은 「군사법원법」 제4조에 따라서 “국방부장관을 의장으로 하고, 국방부장관이 지정하는 군법무관 2명과 각 군 참모총장이 지정하는 군법무관 각 2명씩으로 구성”하는 군법무관회의의 의결을 거쳐 대법원이 정하고 있다.²⁵⁸⁾

이뿐 아니라 2004년 국가인권위원회 연구용역보고서와 2006년 사법제도개혁추진

258) 그러나 「군사법원법」 등의 질서유지를 위한 재판에 관한 규칙만 보더라도 대법원의 「법정 등의 질서유지를 위한 재판에 관한 규칙」을 그저 그대로 복사하다시피 한 수준이다. 이를 두고 ‘인권보장’이 더 잘 되는 것으로 이해할 수도 있으나, 후술할 영국 사례의 시사점에서 나오듯 오히려 ‘맹점’이 생기고 말았다. 이 규정의 관할권 등의 사항과 「군사법원법」 제68조의4(감치)에 따라故 윤 일병 가해자 재판을 열던 제3군사령부 보통군사법원에 방청을 온 일반 시민 중 2명이 군사법원에 의해 감치재판을 받아 과태료를 받는 일이 벌어졌다(제3군사령부 보통군사법원 2014. 9. 26. 선고 2014정고1 판결). 이에 특별항고를 하였으나 원심결정이 헌법을 위반하지 않는다고 판시하여 기각했다(대법원 2017. 6. 21. 선고 2015도1636 판결). 당시 상황에 대한 언론보도는, 최혜민, “윤일병 사건 6차 공판 … 핵심 목격자 진술 예정”, 『연합뉴스』 2014. 9. 26.자 기사(<https://www.yna.co.kr/view/AKR20140926123600061>, 최종접속일 2020. 11. 1.) 및 김도균, “윤 일병 사건 핵심 목격자 “때리다가 지치면 또...””, 『오마이뉴스』 2014. 9. 26.자 기사(http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002037633, 최종접속일 2020. 11. 1.)를 참고하라.

위원회의 보고서 이후 줄곧 문제로 지적되어 온 ‘관할관 확인조치권 및 감경권’이 다소 제한되었다. 이는 1999년 개정으로 재확대된 이후²⁵⁹⁾ 거의 20여 년 만에 일어난 지휘관의 군사법권한 축소였다. 관할관은 기존에 「군사법원법」 제379조에 따라 “무죄, 면소, 공소기각, 형의 면제, 형의 선고유예 또는 형의 집행유예의 판결을 제외한 판결”을 확인하고 형법상 참작사유를 참고해 형을 감경할 수 있었다. 그러나 이에 따라 “사형, 무기징역 또는 무기금고의 판결”을 추가로 제외하도록 개정되었다. 또한, 현행 조문에 따르면 그 감경 범위도 명시적으로 최대 3분의 1 미만으로 정해졌고, 감경 조건도 일종의 ‘적극행정’의 개념으로 발생한 경우로 제한되었다.

또 다른 큰 변화는 심판관제이다. 물론, 심판관제가 존속하고 있고, 2심에서 복수 심판관(2명)이 유지되고 있다. 대신 심판관이 투입되는 경우는 축소되도록 개정되었다. 이는 동법 제27조의2 신설을 통해 이뤄졌으며, “고도의 군사적 전문지식과 경험이 필요한 사건”(순정군사범죄, 동법 동조 제1호와 제2호)으로 제한되었고, 그 참여가 당연한 의무사항은 아니다. 반면에 좀 더 주목할 점은 군판사에 대한 보호장치 신설이다. 군판사의 자격 신분도 영관급 이상으로 정하였고(동법 제23조 제1항), 군판사의 임기가 3년(연임가능)으로 명문화 되었으며(동법 제23조 제4항), 「대한민국헌법」 제106조 제1항과 같은 신분보장 등을 받는다(동법 제23조 제4항·제5항). 다만, 법관이 ‘탄핵’될 수 있음에 비해 「군사법원법」은 해당 단어가 부재하기에 군판사는 탄핵 대상은 아닌 것으로 읽힌다.

또한, 군사법원의 양적 축소(권역별 총 5개)나, 이외에 논의되었던 군검찰에 관한 별도의 법규 도입이나 군법무관, 군검찰, 군판사 등의 인력 분화 등 전반적 군사법 개혁은 이뤄지지 못하였다. 이에 따라 순정군사범죄 비율이 낮고 대법원에서의 파기율이 높다는 ‘실무적’ 문제 외에도 장병의 평등권, 공정한 재판을 받을 권리 등 기본권 침해가 문제가 상존하고 관할관의 권한이 여전히 수사부터 공판까지 광범위하게 실존하며 심판관 제도 자체가 사라진 것은 아니라는 한계가 지적되기도 한다.²⁶⁰⁾

이와 관련한 현행 규정은 다음과 같다. 아래에서 일부는 2014년 개정 흐름과 무관하

259) “단급 이상의 부대에만 보통군사법원을 설치하던 것을 사단급 이상의 부대로 환원하였고, 관할관확인조치권의 범위를 확대하였다”(국가인권위원회, 『군 사법제도 운영 및 인권침해현황 실태조사』, 34면).

260) 박혜림, “군사법제도의 현황과 개선방안”, 『아주법학』 12(1) (2018), 93-115면.

계 유지된 관할관 및 심판관의 권한 등이 포함되어 있다. 단, 본 연구 목적상 ‘검찰기관’ 및 ‘수사’에 관한 조항은 제외하였다.

○ **군사법원법** [시행 2020. 12. 10.] [법률 제17367호, 2020. 6. 9., 일부개정]

제7조(군사법원 관할관) ① 군사법원에 관할관을 둔다.

② 고등군사법원의 관할관은 국방부장관으로 한다.

③ 보통군사법원의 관할관은 그 설치되는 부대와 지역의 사령관, 장 또는 책임지휘관으로 한다. 다만, 국방부 보통군사법원의 관할관은 고등군사법원의 관할관이 겸임한다.

제8조(관할관의 권한) ① 고등군사법원의 관할관은 그 군사법원의 행정사무를 관장하고, 국방부직할통합부대와 각 군 본부 보통군사법원의 행정사무를 지휘·감독한다.

② 보통군사법원의 관할관은 그 군사법원의 행정사무를 관장한다.

③ 각 군 본부 보통군사법원의 관할관은 예하부대 보통군사법원의 행정사무를 지휘·감독한다.

제23조(군판사의 임명 및 소속) ① 군판사는 각 군 참모총장이 영관급 이상의 소속 군법무관 중에서 임명한다. 다만, 국방부 및 국방부직할통합부대의 군판사는 국방부장관이 영관급 이상의 소속 군법무관 중에서 임명한다. <개정 2016. 1. 6.>

③ 군판사의 소속은 국방부 또는 각 군 본부로 하고, 군판사의 파견·겸임·순회재판 등의 기준은 재판의 공정성 확보 및 군판사의 인력수급 사정 등을 고려하여 대통령령으로 정한다. <개정 2016. 1. 6.>

④ 군판사의 임기는 3년으로 하며, 연임할 수 있다. <신설 2016. 1. 6.>

⑤ 군판사는 급고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니하며, 징계 처분에 의하지 아니하고는 정직(停職)·감봉 또는 불리한 처분을 받지 아니한다. <신설 2016. 1. 6.>

제24조(심판관의 임명과 자격) ① 심판관은 다음 각 호의 자격을 갖춘 영관급 이상의 장교 중에서 관할관이 임명한다. <개정 2016. 1. 6.>

1. 법에 관한 소양이 있는 사람

2. 재판관으로서의 인격과 학식이 충분한 사람

② 관할관의 부하가 아닌 장교를 심판관으로 할 때에는 해당 군 참모총장이 임명한다.

제25조(재판관의 지정) ① 재판관은 관할관이 지정한다. <개정 2016. 1. 6.>

② 국방부장관, 각 군 참모총장 이외의 관할관이 심판관인 재판관을 지정하는 경우

에는 각 군 참모총장의 승인을 받아야 하고, 각 군 참모총장인 관할관이 심판관인 재판관을 지정하는 경우에는 국방부장관의 승인을 받아야 한다. <신설 2016. 1. 6.> [전문개정 2009. 12. 29.]

제26조(보통군사법원의 재판관) ① 보통군사법원에서는 군판사 3명을 재판관으로 한다. 다만, 관할관이 지정한 사건에서는 군판사 2명과 심판관 1명을 재판관으로 한다. <개정 2016. 1. 6.>

② 제1항에도 불구하고 약식절차에서는 군판사 1명을 재판관으로 한다. <개정 2016. 1. 6.>

③ 관할관은 군판사인 재판관 중 1명을 주심군판사로 지정한다. <신설 2016. 1. 6.>

제27조(고등군사법원의 재판관) ① 고등군사법원에서는 군판사 3명을 재판관으로 한다. 다만, 관할관이 지정한 사건의 경우 군판사 3명과 심판관 2명을 재판관으로 한다.

② 관할관은 군판사인 재판관 중 1명을 주심군판사로 지정한다.

제27조의2(관할관이 지정한 사건의 정의) 제26조 제1항 단서 및 제27조 제1항 단서에서 “관할관이 지정한 사건”이란 각각 관할관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 죄로만 공소제기 된 사건 중 고도의 군사적 전문지식과 경험이 필요한 사건으로서 심판관을 재판관으로 임명할 필요가 있다고 지정한 사건을 말한다.

1. 「군형법」에 규정된 죄(제2편 제15장의 강간과 추행의 죄는 제외한다)
2. 「군사기밀 보호법」에 규정된 죄

[본조신설 2016. 1. 6.]

제379조(판결에 대한 관할관의 확인조치) ① 관할관은 무죄, 면소, 공소기각, 형의 면제, 형의 선고유예, 형의 집행유예, 사형, 무기징역 또는 무기금고의 판결을 제외한 판결을 확인하여야 하며, 「형법」 제51조 각 호의 사항을 참작하여 형이 과중하다고 인정할 만한 사유가 있을 때에는 피고인이 작전, 교육 및 훈련 등 업무를 성실하고 적극적으로 수행하는 과정에서 발생한 범죄에 한정하여 선고된 형의 3분의 1 미만의 범위에서 그 형을 감경할 수 있다. <개정 2016. 1. 6.>

이외에도 관할관은 재판 사무에 대해서도 인사권한을 가진다. 아래는 그 중 법원 비법률가 근무자에 대한 규정으로 관할관의 권한이 위 제25조에 따른 재판관 임명 등 핵심적 요소 외에도 군사법원의 행정보조적 영역에서도 폭넓게 작용한다. 역시 수사나 검찰 등의 권한은 제외하였다(밑줄은 연구자가 추가한 것).

- 군사법원법 [시행 2020. 12. 10.] [법률 제17367호, 2020. 6. 9., 일부개정]
- 제33조(정병) ① 정병은 「군인사법」 제5조 제2항에 따른 기본병과 중 수사 및 교정 업무 등을 주로 담당하는 병과(이하 “군사경찰과”라 한다)에 소속된 부사관과 병(兵) 중에서 관할관이 임명한다. <개정 2020. 2. 4.>
- ② 정병은 재판관의 명령을 받아 소송관계자의 인도, 법정의 정돈 및 그 밖에 소송진행에 필요한 사무를 집행한다.
- 제34조(통역인) ① 통역인은 장교 또는 군무원 중에서 관할관이 임명한다. 다만, 특히 필요하다고 인정하면 장교 또는 군무원 외의 사람 중에서 임명할 수 있다.
- ② 통역인은 재판장의 명령을 받아 통역과 번역에 관한 사무에 종사한다.
- 제35조(기사) ① 기사는 장교 또는 군무원 중에서 관할관이 임명한다.
- ② 기사는 재판장의 명령을 받아 기술에 관한 사무에 종사한다.
- 제56조(재판관의 경질) 제척되거나 기피신청이 이유 있다고 인정하는 결정이 있으면 관할관은 재판관을 바꾸어야 한다.
- 제57조(회피의 원인 등) ② 관할관은 제1항에 따른 보고가 이유 있다고 인정하면 재판관을 바꾸어야 한다.
- 제67조의2(개정외의 장소) ① 공판은 법정에서 한다.
- ② 관할관은 필요에 따라 법정 외의 장소에서 개정하게 할 수 있다.
- [본조신설 2016. 1. 6.]

2. 군사법원의 인권보장역량에 관한 선행 연구 분석

우리 군사법원의 인권보장역량과 관련하여서 국가인권위원회가 발주한 연구용역사업의 보고서를 학술논문과 별도로 분석하였다. 이는 국가인권위원회의 접근이 기존 법학계 등을 위주로 한 법리적 관점에서의 논의가 가지는 한계를 벗어나 인권보장 및 권리구제 등에 대하여 실증적이고 심도 깊은 논의를 진행하였기 때문이다. 그러나 학술연구와 마찬가지로 전반적으로 인권위 실태조사에서도 재판과 수사 외에 사법행정(서기, 정병 등등)에 대한 유의미한 접근은 눈에 띄지는 않았다.

가. 국가인권위원회 연구용역사업(2004) 결과 분석

『군 사법제도 운영 및 인권침해현황 실태조사』는 2003년 군사법체계 전반에 대해

인권의 시각으로 접근한 종합 연구보고서이다.²⁶¹⁾²⁶²⁾ 냉전 이후 새로운 안보환경의 안착, 사법체계의 통일성, 군의 특수사회성 불인정, 인권보장에 대한 관심과 국제인권 기준의 강화 등의 시대적 배경을 환기하며 해외의 군사법 개혁 및 폐지 등을 비교하여 한국에서 벌어지고 있던 군사법체계 개혁 논의에 방향을 제시하고자 하였다. 본 연구의 범위는 ‘군사법제도의 개념, 법률적 성격 및 근거, 군사법원법의 특징’을 중심으로 ‘수사단계, 공소제기 단계, 공판 단계, 공판 이후 절차 및 집행단계’를 모두 포괄하였으나 징계관련 영역은 제외하였다.

연구방법으로는 문헌연구와 함께 설문조사 및 면접법을 실시했다. 우선 군사법개혁 방향을 제안하고자 하는 취지에 따라 선행연구를 군사법원 ‘개선, 폐지, 존치’의 입장으로 나눠 정리했다. 설문조사는 군사법제도의 실제 운영 및 인권침해 실태를 파악하고자 군 교도소 수감자를 상대로 진행했다. 설문조사는 114명이 참여하였으며, 군사법절차의 단계별로 인권침해가 발생하는지를 중심으로 구성되었다. 본 연구와 유관한 결과만 정리하면 군사법원이 특수성을 발휘하여야 할, 그 존재의 이유가 되는, 순정군 사범이 소위 ‘탈영자’를 제외하면 드물었다. 이외 각 단계에서는 대체로 적법절차의 미준수, 고문 및 굴욕적 대우, 피의자 방어권 미보장 등이 문제로 확인되었다.²⁶³⁾ 심판관과 관할관에 대해서는 상이한 인식이 있었다.²⁶⁴⁾ 지휘관이 수사단계에서 개입하여 재판에 영향력을 행사한다고 공통적으로 여기고 있었다. 한편, 비교법적 연구는 한국의 상황에 입각해 문제의식을 정리하고, 유럽 국가를 중심으로 주제별로 사례를

261) 이계수·오동석·최정학·오병두, 『군 사법제도 운영 및 인권침해현황 실태조사』(국가인권위원회 연구용역보고서, 2004).

262) 2003년 하반기 대법원 사법개혁위원회가 출범한 이래 군사법제도에 대한 논의가 본격화되었다고 할 수 있으나, 20여 명의 위원으로 시작한 위원회에 군사법 담당은 국방부 측 고등군사법원장 1명뿐이었다(국가인권위원회, 『군 사법제도 운영 및 인권침해현황 실태조사』, 1면). 2004년 종합 보도자료를 보면 과제로서 “군사재판의 독립성·공정성 강화, 군검찰의 독립성, 군사법경찰에 대한 통제권 강화, 징계영창제도의 공정성 강화, 미결 피의자의 구금시설 개선”을 제시하였다(사법개혁위원회, “[종합 보도자료] 사법개혁위원회 경과 및 결과”, 2004, 10면).

263) 대표적으로 정리하면 다음과 같다. 체포·구속에서도 영장 없이 임의동행이 이뤄졌고(18.3%), 피의자 권리고지가 미흡(49.4%)했으며, 알몸수색(14.9%)과 족쇄착용(19.3%)이 문제로 드러났다. 또한, 수사단계에서도 통증의 유발, 반말 사용, 각종 부당한 대우 및 고문이 지적되었다. 재판에 대한 공정성은 불신받고 있었다(55.3%). 특히, 수감자들이 계급이 양형에 영향을 준다고 인식(77%)하고 있었다. 군판사도 진술거부권을 고지하지 않고 있었다. 당시 군사재판은 한마디로 총체적 난국으로 ‘원님재판’을 하고 있었다고 보인다.

264) 심판관의 경우 그다지 큰 효용이나 의의를 찾지 못했으나, 관할관은 실제 확인조치에 따른 감형 사례는 적으나 자신이 그 혜택을 누릴 수 있지 않을까하는 기대를 하고 있었다(45.5%). 이런 기대는 오히려 사법적 정의실현에 반대되는 것으로 오히려 ‘불처벌’의 통로라고 이해된다.

소개하였다.

이러한 연구활동의 결론은 시대적 요청을 볼 때 당시 군사법제도를 개혁해야 한다는 것이다. 지휘권이 중요하나 이는 징계권으로 보장되므로 사법권까지 부여할 이유가 없다는 시각이다. 수사나 행형 등을 제외하고 군사법원에 한해 그 결론을 살펴보면 헌법의 기본원칙을 심각히 제한하는 군사법원을 평시에는 폐지해야 한다는 주장이 그 핵심에 있다. 과도기적 조치, 해외파병시 군사법원 설치, 전시 대비 법률 및 절차, 훈련 등도 필요하다고 정리한다. 그러나 확인조치권은 폐지하고, 수사·재판 중 인권침해 방지책을 수립하여야 한다고 강조한다.

나. 국가인권위원회 연구용역사업(2014) 결과 분석

『군인 권리보호 및 구제체계에 대한 인권상황 실태조사』는 2003년 연구의 확장된 후속연구라고 볼 수 있다.²⁶⁵⁾ 이 보고서에서는 여군 인권, 보훈 및 징계에 대한 내용이 추가되었다.²⁶⁶⁾ 연구 범위는 군사법제도와 징계, 소원수리, 복무부적응 해소 상담제도, 여군 고충처리 제도 등을 포괄한 각종 군 권리보호체계 제도, 그 이용실태 및 구제·보상·보훈체계의 문제 등을 포괄한다. 미·영·독 등의 비교연구를 포함한 문헌연구와 함께 설문조사를 진행했고, 장병과 국방부·보훈처 관계자를 대상으로 심층면접을 시행하였다.

이 연구의 설문조사에는 총 1,380명의 장병(여군 150명, 병사 840명, 여 군무원 70명 포함)이 참여했다. 여기에 예비군 50명과 병사의 부모 30명이 포함되었다는 점이 구성의 특색이다. 다만, 군사법과 관련한 문항은 2개에 불과하였는데, ‘군 내부 사법절차(형사처벌/징계)를 통한 구제’ 의향과 그 이유를 묻는 것이었다. 일단, 간부의 60%, 병사의 70.6%가 사법절차 이용을 희망하고 있었다. 다만, 이용을 저어하는 이유는 신고에 따른 불이익을 걱정하는 경우가 간부 33%, 병사 25%로 두 계급 모두에서 가장 높았다. 그 다음은 부대 단결을 해친다는 것이었는데, 이를 통해 군 구성원들이 인권침해의 신고가 개인과 집단에 해가 된다고 인식함이 나타났다. 한편, 사법절차는

265) 이종호·최장옥·황윤상·윤형호·서동욱, 『군인 권리보호 및 구제체계에 대한 인권상황 실태조사』(국가인권위원회 연구용역보고서, 2014).

266) 당시는 탈영·총기난사 사건, 집단구타로 인한 故 윤 일병 사망사건, 성추행으로 인한 故 여군 오 대위 자살사건 등 군의 인권보장역량에 대한 반성이 절실한 시기였다.

복잡하고 신속하지 못하다는 인식도 발견되었다. 한편, 비교연구를 통하여 군 ombudsman 도입과 함께 군사법제도에 대하여는 비(非)순정군사범죄에 대한 일반 법원 재판 허용, 관할관 및 심판관 제도 폐지, 배심원제 도입, 평시 군사법원 폐지(장기과제), 군사법원 및 군검찰을 국방부 직할로 일원화 등을 과제로 도출했다.

결론적으로 이 보고서에서는 군사법제도의 문제로, 특히 1) 국민의 불신, 2) 구성원의 독립성과 신분보장 미흡, 3) 시스템 및 보직관리상 난점(장기군법무관 수급과 순환보직 등), 4) 관할관 및 심판관 제도를 지적했다. 이 연구를 주도한 건양대 군사과학연구소는 장기과제로 군사법원의 평시 폐지 필요성을 인정하나 우선은 군사법원은 존치하는 입장을 밝혔다. 대신 지휘관의 권한을 축소(군검찰, 군사법원 사무행정 지휘·감독권, 관할관 확인조치권 등)하는 것이 군사법 개혁의 핵심으로 보고 있다. 특히 2006년 대통령 직속 사법제도개혁추진위원회의 결론대로 권역별 군검찰과 군사법원을 주장한다. 비법률가의 개입이 장병 인권을 침해하므로 군사법 인력의 신분보장 및 전문성 향상 등을 꾀하고 있다.

다. 국가인권위원회 연구용역사업(2015) 결과 분석

『군 수사과 사법제도 현황 및 개선방안 연구』는 한국공법학회가 주도한 연구로, 2003년 책임연구원이었던 이계수 교수가 다시 책임연구원을 맡았다.²⁶⁷⁾ 본 연구는 위 연구용역사업(2014)보다는 좀 더 군사법체계에 초점을 맞추었는데 군교도소, 수사 및 사법절차에 대하여 다루고 있다. 실재를 군사법을 경험한 자들의 목소리를 담기 위하여 군 교도소 수용자, 군사법경찰관, 군검찰관, 관할관, 심판관 등을 대상으로 설문조사 및 심층면담을 진행했다. 그리고 군형법, 군사법원법, 군 수사에 대하여 설문조사를 통해 쟁점을 추린 후, 미·프·독 등 외국사례를 비교하였다. 결론으로는 평시 군사법원 폐지 및 일반 법원 산하 군사법기관 설치, 해당 기관에 군법무관 등이 참심관으로 참여하는 안을 제시하였다.

군 교도소 수용자를 대상으로 한 설문조사에서 총 99명이 참여했으며 20명에 대해서는 심층면담이 이뤄졌다. 2003년 연구에 비할 때 구속영장 제시(16.5%), 묵비권

267) 이계수·김용주·노진석·박병욱·박지웅·임재성·전학선·최관호·김학진, 『군 수사과 사법제도 현황 및 개선방안 연구』(국가인권위원회 연구용역보고서, 2015).

불이익 없음 고지(16.8%), 수사 중 진술 시 변호인 조력권 고지(28%) 등 전반적으로 인권수준이 향상되었음을 확인하였다. 그러나 수사 중 태도 및 처우에서는 반말이나 폭언 등이 여전히 횡행하고 있음이 드러났다. 또한 군사법원이 불공정하다고 인식하는 것은 악화(55.3% → 66.7%)되었다. 군사법제도 종사자의 인식을 알아본 심층면접에서는 대체로 긍정적 평가가 우세했다. 다만 예비역 등 일부 의견에서 계급에 따른 차별적 처우, 지휘관의 지휘재량행사 개입, 전문성 부족 등 사회의 공정성 우려에 동의하는 진술도 있었다. 이외 관할관과 심판관 면접에서는 군의 입장에 입각한 현실 인식이 드러났다. 이외 보고서는 외국 사례를 통해 비순정군사범죄 최소화 흐름, 군검찰관의 수사지휘권, 민간 경찰관의 군사시설 내 사건 수사권한 등을 검토하였다.

일련의 연구활동을 통해 이 보고서는 2003년 조사에서 지적한 바를 재확인하고 있으며 “때로는 … 보완책들이 … 지휘관 사법이라는 현행의 기본 틀을 유지하기 위한 일종의 일보 후퇴”라며 비판한다.²⁶⁸⁾ 그러면서 다시 군사법원 폐지야 말로 ‘인권보장과 민주적 헌정주의’를 군에 정착시킬 대안이자 군사법제도 개혁의 출발점이라고 결론짓는다. 폐지로 관할관 확인조치권부터 군판사와 군검찰의 순환보직 등이 모두 해결된다는 것이다. 나아가 대만의 사례를 보며 군사법원을 폐지해도 군 지휘관에 전혀 문제가 없고, 군사법원이 전시에도 불요하다고 주장한다. 또한 독일과 같은 군법무관의 지휘관 견제 기능 강화를 주장하며 군 인권교육도 군법무관이 담당할 것을 요구하고 있다. 전면적 쇄신이 아니면 현행 제도가 고착될 것이라고 보고, 군사법 개혁의 필요성을 강조한다.

3. 군사법원의 인권보장역량에 관한 해외 사례 고찰

아래에서는 각국의 군사법원 운용 등에 대하여 살펴보고 이를 통해 우리나라 군사법원의 인권보장역량에 이바지할 수 있는 바를 도출하고자 한다. 이때, 국제인권법의 측면에서는 구체적으로 본 사안을 다루지 않았다. 이에 관하여는 국제연합 경제사회 이사회(ECOSOC)의 「군사재판소를 통한 정의실현에 관한 규칙(안)」(Draft Principles Governing the Administration of Justice Through Military Tribunals) 및 국제연합

268) 이계수 등, 『군 수사와 사법제도 현황 및 개선방안 연구』, 351면.

자유권규약위원회(Human Rights Committee)의 일반논평 제32호를 기준으로 삼아 군사법원의 공정한 재판 받을 권리 및 인권 보장 기능을 따져 볼 수 있을 것으로 생각한다.²⁶⁹⁾ 또한 국제연합 인권이사회(Human Rights Council)에서 있었던 논의²⁷⁰⁾ 및 스위스 소재 정부간 국제기구인 DCAF(2011)의 자료집도²⁷¹⁾ 군사법제도의 인권보장역량에 대한 논의에서 유의미한 자료가 될 수 있을 것이다.

이제 아래 각 국가별 군사법원 제도에 관한 논의를 진행하기에 앞서 故 R. B. Ginsburg 미 대법관이 설시한 바와 인용한 판례를 염두에 두고자 한다.²⁷²⁾ 군사법원에

269) 원칙 초안은 E/CN.4/2006/58(2006) 및 이에 대한 설명은 Geneva Centre for Security Sector Governance [DCAF], “Toolkit - Legislating for the Security Sector 5.2: International Standard: Principles Governing the Administration of Justice Through Military Tribunals”, 2011을 참조. 자유권규약 일반논평은 CCPR/C/GC/32 (2007)를 참고할 것(특히, 단락 19: “... 제14조 제1항은 절대적 권리이다 ... 사법권이 행정권과 구분되지 않거나 후자가 전자를 통제 및 지휘할 수 있는 경우는 독립적 법원에 부합하지 아니한다”; 단락 22: “... 제14조는 모든 법원과 재판소(군 포함)에 적용된다 ... 군사적 성격 때문에 제14조의 완전한 준수 및 보장이 제한 및 수정될 수 없다 ... 군사법원의 민간인 재판은 예외적이어야 한다.”).

이외에도 법관 및 변호사의 독립에 관한 특별보고관도 군사법원의 독립성, 관할권, 민간인 재판 등에 대하여 보고서를 작성한 바 있다(A/68/285 (2013) 참고).

270) 2014년 11월에 열린 해당 전문가 토론회는 군사재판소를 통해 인권침해에 대항하는 방안에 대하여 논의하였다. 토론회 요약문을 보면 대체적으로 군사법에서의 사법권의 독립, 공평, 적격성의 중요성은 모든 토론참여자 사이에서 공감대를 이루었으나 실제 운용은 각 국가별로 상소권 및 변호인조력 불인정 등 큰 차이가 있었으며 인적관할에 대해서는 대체로 자유권위원회(Human Rights Committee)의 일반논평 제32호와 같이 비상사태를 제외하고는 민간인은 제외해야 한다는 입장이 우세했지만 물적관할에 있어서는 순정군사범죄만 관할해야 한다는 입장과 독립적이고 공평하며 적격한 군사법원은 그에 구속되지 않는다는 견해로 나뉘었다(A/HRC/28/32 (2015) 참고).

참고로 사법체계의 일체성에 대한 인권이사회결의안 19/31(2012) 및 법관 및 변호사의 독립에 관한 특별보고관 Gabriela Knaut의 발제문은 군인권센터 홈페이지 자료실에서 국문본을 참고할 수 있다(<https://mhrk.org/what-we-do/resource-view?id=132>; <https://mhrk.org/what-we-do/resource-view?id=2345>, 최종접속일 2020. 11. 1.).

비교법적 접근에 관하여는 A. Duxbury와 M. Groves(2016)가 편집한 *Military Justice in the Modern Age*이 비교적 최근 세계의 군사법 현황을 정리했다(영국, 미주 국가, 이스라엘, 남아공, 호주 등 포함). 2013년 미 의회 도서관(Library of Congress)의 호주, 캐나다, 독일, 이스라엘, 프랑스, 영국 비교문헌도 참조할 수 있다(참고문헌 목록 참조).

271) 이 자료집(Geneva Centre for Security Sector Governance [DCAF], “Toolkit - Legislating for the Security Sector 5.1: Guidebook: Understanding Military Justice”, 2011)은 특히 관습법과 로마법 등 두 개의 법률체계 모두를 고찰하였으며 일반법원독점, 복합구조, 법률병행, 군사법원독점 등 유형화하고 이에 대한 각 국가별 예시를 제공하고 있다. 또한 2010년 상황이라는 하지만 체코, 핀란드, 이탈리아, 네덜란드, 튀니지 등 우리나라에는 비교적 덜 알려진 국가의 군사법 개혁 상황도 언급한다. 또한 군사법원의 관할권을 신분, 복무, 순정군사범죄 등으로 구분하여 장단점 등을 분석하고 마지막으로 어떻게 하면 사법권의 독립이 보장될 수 있는가에 대한 기준도 판사 임명, 임기, 이해충돌(제척 등), 재정 및 안전, 양성에 대하여 논하고 형사절차에 대해서도 짧게 다룬다.

272) *Weiss v. United States*, 510 U.S. 163 (1994), pp.194-195.

찬성하거나 반대하거나 잊지 않아야 하는 문제의식은 그 결정이 군사법원 재판권의 대상이 되는 개인, 그리고 그 사법작용을 통해 정의를 실현하고자 하는 시민의 인권과 기본권을 얼마나 보장할 수 있는가라는 질문이 되어야 하지 않을까 하고 생각한다.

… The care the Court has taken to analyze petitioners’ claims demonstrates once again that men and women in the Armed Forces do not leave constitutional safeguards and judicial protection behind when they enter military service. …
 [I]t is the function of the courts to make sure, … that the men and women constituting our Armed Forces are treated as honored members of society whose rights do not turn on the charity of a military commander …²⁷³⁾

가. 미국의 군사법원

여기에서는 기존 논의를 군사법원과 관련된 내용을 중심으로 정리하고, 많은 특성과 제도 중에서도 미국 군사법원을 ‘인권보장’의 기준에서 분석하여 시사점을 알아보자 한다. 단, 군법회의(Military Commission Act of 2009)는 제외한다.²⁷⁴⁾ 미국의 경우 법률체계가 대륙법 중심인 우리와 다르고, 군사영역도 전 세계에 병력이 산재하여 있고, 모병제이며 예비군이나 민병대 등 군사조직도 다양하고, 활성화된 무력 분쟁 지역에 병력을 운용하고 있는 현실 등을 감안할 필요가 있으나, 우리나라 군사법제 영향을 미쳤기 때문에 제도와 사례를 살펴보는 것이 나름 의의가 있다고 할 수 있다.

1) 미국 군사법제도(Military Justice System) 개괄

273) “… 국군에 속한 남녀가 병적에 귀속할 때 자신들의 헌법적 보호 장치와 법적 보호를 군대 밖에 남겨두는 것이 아니다 … 우리의 국군을 구성하는 남녀가 군 지휘관의 관용에 좌우되지 않는 권리를 가진 명예로운 사회 구성원으로서 대우받도록 … 보장하는 것이 법원의 기능이다.” *Winters v. United States*, 89 S. Ct. 57, 59-60, 21 L. Ed. 2d 80, 84 (1968) (Douglas, J., in chambers; 위 판례에서 재인용).

274) 미 의회조사국(Congressional Research Service) 보고서에 따르면, Winthrop, W. (1920)의 저서에서 구분하듯, 미국에서 군법회의와 군사법원은 서로 다른 관할권을 가지는데, 전자는 외부를 향하고 후자는 내부를 향한다. 즉, 전자는 성공적 전쟁 수행의 수단으로써 적을 향하여 전쟁범죄를 처벌하고 저지하고자 하며 후자는 내부적 군기와 부대 질서를 유지한다. 참고로 해당 보고서는 이외에 법률쟁점도 다루고 있다(Congressional Research Service [U.S.A.], “Comparison of Rights in Military Commission Trials and Trials in Federal Criminal Court”, Congressional Research Service, 2-14, 9면).

우리 군사법제도에 영향을 준 미국의 군사법제도도 비교적 최근에 정비되었다고 할 수 있다. 첫 계기는 제2차 세계대전 당시 지휘관에게 너무 많은 권한이 부여되어 인권보장이 미흡하다는 문제 제기였다고 한다.²⁷⁵⁾ 이후 1948년 공군의 창설 및 국방부 설립으로 각 군 모두에 일관되게 적용할 법제가 필요해졌고, 실체법과 절차법이 망라되어 정리된 1950년 「통합군사법」(Uniform Code of Military Justice, 이하 “UCMJ” 혹은 군사법통일법전)²⁷⁶⁾ 제정되었다.²⁷⁷⁾ UCMJ는 1968년에서야 방어권 보장의 개념이 일부 반영되어 대대적으로 개정되었다고 한다.²⁷⁸⁾ 이후 2001년 Cox 위원회가 UCMJ 50주년을 맞아 법률을 전반적으로 재검토한 바 있다.²⁷⁹⁾

더불어 UCMJ 제36조에 따라 미합중국 대통령이 제정한 하위 규칙인 「군사법원령(교법)」(Manual for Courts-martial, 이하 “MCM”)이 있다. 이는 대통령 행정명령

275) 전쟁 중 미국인 약 6명 중 1명(1,600만 명이 입대하고 약 200만 회의 군법회의가 진행된 것이 배경이다(김백진, “군사법원 필요성과 목적에 대한 고찰”, 189면).

276) 이는 미국법전(USC) 제10장(국군, Armed Forces) 중 A. Part 2. 제47장(Ch. 47)에 해당한다(정웅석·김희균, 『헌법 제27조 제2항(일반국민이 범한 중대한 군사상 기밀, 초병, 초소에 관한 죄 군사재판) 존치 필요성에 관한 연구』, 20면). UCMJ는 미국 헌법 이전부터 그 연원을 찾을 수 있는데, 1775년 전시법규(Articles of War)가 그것이다. 독립전쟁 후 헌법 제1조 제8항 제1에서 의회가 지상과 해상의 군에 규정을 제정할 권한(“To make Rules for the Government and Regulation of the land and naval Forces”)을 갖게 되면서 해당 법규는 1806년 개정되었다(김대홍, “미국의 군 사법제도”, 『최신외국법제정보 2』(한국법제연구원, 2018), 19면).

277) 김백진, “군사법원 필요성과 목적에 대한 고찰”, 190면.

278) “군판사의 권한을 높이고 불법적이고 부당한 지휘영향력으로부터의 독립을 보장한 점 및 군사법원의 소송절차에서 피고인의 변호인의 조력을 받을 권리를 신장시키는 점 등 군사재판절차의 공정성을 확보하고 피고인의 권리보장을 강화”했다는 의미가 있다는 평가도 있다(정웅석·김희균, 『헌법 제27조 제2항(일반국민이 범한 중대한 군사상 기밀, 초병, 초소에 관한 죄 군사재판) 존치 필요성에 관한 연구』, 22면).

279) 해당 보고서(The Commission the honorable Walter T. Cox III, 2001)의 권고 제목만을 참고하면 다음과 같다:

- A. Modify the pretrial role of the convening authority in both selecting court-martial members and making other pre-trial legal decisions that best rest within the purview of a sitting military judge. 소집권자의 재판적 역할 축소(배심원단 선정 등) 및 군판사에 관한 이양.
- B. Increase the independence, availability and responsibilities of military judges. 군판사 독립성, 효용성, 책임 확대(법정임기, 상설순회원, 권역별관할 등).
- C. Implement additional protections in death penalty cases. 사형사건의 경우 추가적 보호 조치.
- D. Repeal the rape and sodomy provisions of the Uniform Code of Military Justice, 10 U.S.c. §§ 920 & 925, and the offenses specified under the general article, 10 U.S.c. § 134, that concern criminal sexual misconduct. Replace them with a comprehensive Criminal Sexual Conduct Article, such as is found in the Model Penal Code or Title 18 of the United States Code. 강간 및 계간죄 기타 성비위 폐지 및 미국 모범형법전의 포괄적 성범죄로 대체.

(Executive Order)이다. 군사법원 내부규율과 사무처리는 군법무관회의가 의결해 대법원이 최종적으로 정하도록 한 우리와 상이한 지점이기도 하다. 한편, 미 의회조사국(2020)은 이러한 미 군사법원은 미 헌법 제 I 조에 따라 설치된 기구로서 제Ⅲ조에 따른 법원과 달리 제한된 관할권을 가진다고 설명하고 있다.

2) 미 군사법원 특징 및 지휘관의 권한

미 군사 법제를 UCMJ의 조문에 따라 정리한 가장 최근 문헌이라고 할 수 있는 국방부 연구용역 보고서에 따르면,²⁸⁰⁾ 미국 군사법원의 중요한 특징은 지휘권 중심이라고 할 수 있다. 이는 우리나라에서 특히 군사법원의 독립성에 강한 의문이 제기되는 상황이므로 주목해 볼만한 지점이다. 미군 지휘관은 군 수사기관과 별도로 조사관을 지정하여 사건을 조사하는데 그 조사결과는 강제성이 없다. 군사재판에 회부하는 권한도 군검찰이 아닌 군 지휘관이 가진다. 고위 장성에만 관할관 지위를 부여한 우리와 달리 미군 중하급 지휘관도 군사법원을 소집할 수 있다. 또한, 어떤 사건의 군사법원 회부를 결정할 때 법무참모의 조언을 요하지만 이 또한 구속력은 없다. 더불어 군사법원 소집권자(지휘관)는 미리 정해진 배심원단 목록에서 배심원을 제공이나 경형 등 일정 기준에 따라 선정할 수 있으며 소집권자가 가진 확인조치권(감형·사면권, clemency power) 역시 매우 광범위한 편이다.

가) 소집권자 확인조치권(Post-trial Action by the Convening Authority)

이중 특히 舊 UCMJ 제60조에 따른 소집권자에 의한 확인조치권을 살펴보면 다음과 같다.²⁸¹⁾ 우선 이는 소집권자의 재량적 특권이다. 소집권자는 판결의 전부 또는 일부를 승인 혹은 불승인할 수 있고, 이에 제한은 없다.²⁸²⁾ 또한 형의 종류를 변경하거나 감경할 수도 있고, 형 집행을 유예할 수도 있다.²⁸³⁾ 물론, 확인조치 시에는 역시 법무참모의 의견을 받아야 하지만, 지휘관은 그 의견과 다른 결정을 할 수 있다. 대신 이 경우 법무장교의 의견을 첨부해 군법무감(Judge Advocate General)에게 제출한다.²⁸⁴⁾

280) 정용석·김희균, 『헌법 제27조 제2항(일반국민이 범한 중대한 군사상 기밀, 초병, 초소에 관한 죄 군사재판) 존치 필요성에 관한 연구』, 23-24면.

281) 지휘관의 다른 권한에 대해서도 위의 해당 문헌을 참고할 것.

282) 지대남, “미국의 군사법제도에 있어서 지휘관의 권한”, 『공법학연구』 12(1) (2011), 253면.

283) 지대남, “미국의 군사법제도에 있어서 지휘관의 권한”, 254면.

하지만 이런 권한은 1심에서만 적용되고 무죄 판결은 그대로 인정된다.²⁸⁵⁾ 이러한 확인조치 시에는 재판 결과, 범무참모의 의견, 변호인 등 피고의 의견을 고려하는데 불법개입 입증시 재판은 무효가 된다.²⁸⁶⁾

나) 소집권자(관할관) 확인조치권 개정

위 조항은 2014년 미 공군 중장(Lt. Gen.) Craig Franklin이 자신이 소집권자로서 있던 강간사건의 가해자 공군 중령(Lt. Col.) James Wilkerson의 유죄판결을 뒤집었던 사건이 발생하면서 사회적 공분과 정치적 논쟁이 일어났고, 이에 국방부 장관 Hagel이 개정을 제안하기에 이르렀다.²⁸⁷⁾ 다만, 당시 국방부 내에서 무용론이 있었지만 폐지되지는 않았다. 이런 '부분' 개정은 의회 입법논의 과정에서 형량조정제도(plea bargain)를 위해 존치된 탓인데²⁸⁸⁾ 이에 대한 비판도 있다.²⁸⁹⁾

한편, Suzanne Simms(2014)에 따르면, 2014년 6월 26일 발효된 개정 UCMJ는 소집

284) 정용석·김희균, 『헌법 제27조 제2항(일반국민이 범한 중대한 군사상 기밀, 초병, 초소에 관한 죄 군사재판) 존치 필요성에 관한 연구』, 35-36면.

285) 지대남, “미국의 군사법제도에 있어서 지휘관의 권한”, 254면.

286) 정용석·김희균, 『헌법 제27조 제2항(일반국민이 범한 중대한 군사상 기밀, 초병, 초소에 관한 죄 군사재판) 존치 필요성에 관한 연구』, 35-36면.

287) Vergun, D. “Legislation changing UCMJ, especially for sex crimes”, 『Army News Service』 2014. 1. 8.자 기사(https://www.army.mil/article/117919/legislation_changing_ucmj_especially_for_sex_crimes, 최종접속일 2020. 11. 1.).

이에 의해 구성된 군사법심의단(Military Justice Review Group)이 구성되었고, 미 의회에서 2017년도 「국방수권법」(National Defense Authorization Act)이 통과될 때 「군사법에 관한 법」(Military Justice Act of 2016)이 도입되었다(2019년 1월 발효)(Young, James A. “Post-Trial Procedure and Review of Courts-Martial Under the Military Justice Act of 2016”, The Army Lawyer JAG CORPS PROFESSIONAL BULLETIN 27-50-18-01 (2016), p.31). 해당 법률은 피해자의 권리를 확장하여 군사법원에 의견을 제출할 수 있는 범위를 넓혔고 군판사의 권한(전자통신기기 압수수색영장 및 소환장)을 확대했고, 일부 단독 재판부를 신설하였으며 사전형량조정을 확장하되 최저형량이 도입되었고, 새로운 처벌조항을 두어 특정 저계급 군인에 대한 신뢰관계인의 성범죄 그리고 범죄 신고자 보복을 형사범죄화했다(U.S. Army, 2019. 1. 10.). 참고로 성범죄 재판에서 피해자들이 더는 제32조에 따른 심문을 요구받지 않게 되었다. 이는 미 해군사관학교 미식축구선수의 성폭력 사건에서 「강간방어규칙」(Rape Shield Rule)을 어겨가며 피해자의 평소 성적 소인, 행동, 동기, 병력, 외양 등을 제32조 심문과정에서 캐물었던 일로 말미암아 같이 개정되었다(Army News Service, 2014. 1. 8.).

288) Vergun, D. “Legislation changing UCMJ, especially for sex crimes”, 『Army News Service』 2014. 1. 8.자 기사(https://www.army.mil/article/117919/legislation_changing_ucmj_especially_for_sex_crimes, 최종접속일 2020. 11. 1.).

289) 비판은 김환학(2016: 30) 참고. 다만, J.D. 후보자 Suzanne Simms(2014)는 학술지 논평에서 “질서와 균기(good order and discipline)”를 유지하는 것이 군의 헌법적 임무와 연관되어 있다며 확인조치권 존치 필요성을 역설하고(321-322면), 대신 검증 혹은 검토(review)절차를 도입할 것을 제안한다(327-330면).

권자의 확인조치권을 경범죄 외에는 대체로 제한하고 서면이유서를 첨부하도록 했다.²⁹⁰⁾ 현재 UCMJ Article (Art.) 60a (1)에 따르면 일반 또는 특별군사법원 소집권자는 제한적으로만²⁹¹⁾ (A) 판결에 대해 조치할 수 있으며 대상에서 (B) 평결은 제외된다. 또한, 특정한 경우²⁹²⁾ 소집권자는 6개월 이상 구금, 파면(불명예 전역 등), 사형 판결에 대해서는 감경(reduce), 감형(commute), 유예(suspend)할 수 없다. 기존에는 승인(approve) 혹은 불승인(disapprove) 권한이 있었다.²⁹³⁾ 동법 Art. 60b (1)에서는 Art. 60a상 일반 혹은 특별군사법원 외에서는 소집권자가 (A) 공소기각, (B) 죄목변경(감형), (C) 평결 및 판결 불승인 후 공소기각, (D) & (F) 불승인 후 재심리, (E) 판결 전부 혹은 일부의 불승인, 감형, 유예를 할 수 있다. 약식군사법원의 경우 판결을 승인하거나 위 (1)의 조치를 할 수 있다. 이때, 소집권자는 특별한 경우(Art. 60a(d)(2))를 제외하고는 판결의 확정(entry of judgement) 전까지만 이러한 확인조치를 행사할 수 있다.

다) 지휘권 견제 수단

나아가 이를 견제하는 수단도 입법되어 있기는 하다. 일단, 법률로서 지휘관의 불법 개입을 금지한다. 사범방해죄와 같이 지휘관이 불법적으로 재판에 영향을 미치는 일을 금지하고 있다(UCMJ Art. 37).²⁹⁴⁾ 다만, 이를 위반한 경우에 대한 처벌조항이 별도

290) Simms, Suzanne, Comment, "Revision of Article 60 and the Military Convening Authority's Clemency Power: An Alternative to the Enacted Legislation", 2 NAT'L SEC. L.J. 301, (2014), p.318.

291) 동조 (2)에 그러한 조치를 행사할 수 있는 법원의 종류가 규정되어 있다. 일반·특별군사법원으로서 (A) UCMJ Art. 56에 따라 최대형량이 2년 이상이거나 (B) 총 부과된 형량이 6개월 이상이거나 (C) 판결이 파면, 불명예전역, 비행전역을 포함하거나 (D) UCMJ Art. 120 (a), (b) 및 Art. 120b, 혹은 국방부 장관이 정한 범죄의 위반을 찾은 경우이다.

292) 그러한 특정한 경우 중 하나는 동조 (c)의 군판사의 권고에 따른 유예조치로서 최소형량 혹은 군판사가 권고한 유예를 초과하여서는 그렇게 결정할 수 없다. 한편, (d)는 피고가 재판에 상당한 기여를 하였을 때 감경조치를 규정한다. (1) 검찰관이 권고한 경우 판결 직후부터 확정(entry of judgement) 사이에 기여하였다면 감경, 감형, 유예할 수 있고, (2) 판결확정 후에 기여하였다면 대통령령에 따라 앞서와 같이 결정할 수 있다. 소집권자는 '기여의 현재성(presentation)'을 고려할 수 있다.

293) 김환학, 『군사법원의 독립성에 관한 헌법적 고찰』, 29면.

294) 10 U.S. Code § 837 - Art. 37. Command influence(지휘권 영향) 및 MCM Rule 104. Unlawful command influence(불법지휘개입)를 참고할 것.

정용석·김희균의 국방부 연구용역 보고서(2017: 36-37)는 그러한 행위를 "① 군사법원 절차를 통제하려는 시도, ② 군사법원의 증인의 증언에 영향을 미치는 행위, ③ 어떤 종류의 범죄의 처리/처벌에 대하여 경직되거나 폐쇄된 마음으로 대하는 경우, ④ 군사법원에 관여한 배

로 있는 것은 아니며 UCMJ상 절차규칙 미준수로 처벌될 수 있다. 이를 제기하는 것은 피고 측이나 불법개입이 없었음을 증명하는 책임은 정부 측에게 있다.²⁹⁵⁾ 또한, 사법기관으로서의 전문성을 확보하는 조항도 있다. 군판사의 경우 주 대법원의 변호인단에 소속되어 있는 자여야 하며, 보통 중령 이상의 자로서 군사법 경험이 풍부한 자 중에서 임명되고, 그 사무감독은 다른 군판사에 의해서만 이뤄지고 다른 군사적 업무는 부과 받지 않는다.²⁹⁶⁾ 군사법원의 종류와 심급에 따라 그 자격이 다르게 규정되어 있으며 상소법원의 경우 민간인으로만 구성된다.²⁹⁷⁾

3) 미 군사법원의 관할권 및 피고인의 권리

가) 재판권 등 군사법원의 관할권

미국 군사법원의 재판권이 발동되는 경우는 국가비상사태(계엄) 선포, 전쟁으로 해외 혹은 미국 영토에 군사정부가 설치된 경우, 전시 교전법규 위반으로 기소된 경우, 군사법원 관할권에 속한 자가 군법 위반으로 기소된 경우이다.²⁹⁸⁾ 이때, 군사법원의 신분적 관할권에 속한 자는 UCMJ 제2조에 따라 규정된다. 주로 현역, 군무원과 군에 속한 자이다.²⁹⁹⁾ 특이한 점으로는 퇴역신분이라도 군에서 보수를 받거나 의료지원 등을 받는 경우 군사법원이 관할권을 가지며, 특정 상황에서는 예비역이라도 현역으로 전환되기도 한다.³⁰⁰⁾ 참고로 미 연방대법원은 신분적 관할에 대하여 피고의 소속이 군인지만을 기준으로 판단한다고 판례를 변경한 바 있다.³⁰¹⁾

심원의 직무평정을 작성함에 있어 이들이 재판에 임하여 한 행위를 그 평정에 반영하는 행위, ⑤ 군판사 및 배심원에 대하여 이들이 재판과 관련한 행위에 대하여 문책하는 행위, ⑥ 군판사의 판결에 개입하여 간섭하는 행위"로 소개한다.

한편, 이론적으로는 이런 행태는 1) 실제적(actual) 개입과 2) 명백한(apparent) 개입으로 나눌 수도 있다(황경환, "The Study of the Unlawful Command Influence in USA Court Martial", 『법학연구』 23(3) (2015), p.229).

295) *United States v. Biagase*, 50 M.J. 143, 150 (1999).

296) 정웅석·김희균, 『헌법 제27조 제2항(일반국민이 범한 중대한 군사상 기밀, 초병, 초소에 관한 죄 군사재판) 존치 필요성에 관한 연구』, 32-33면.

297) 정웅석·김희균, 『헌법 제27조 제2항(일반국민이 범한 중대한 군사상 기밀, 초병, 초소에 관한 죄 군사재판) 존치 필요성에 관한 연구』, 38-39면.

298) 관련하여서는 MCM Part I. Preamble (전문) 2. Exercise of military jurisdiction (군사법원의 발동) (a) Kinds (종류) 참조.

299) 김대홍, "미국의 군 사법제도", 21면. 다만, 미국의 군사제도는 우리와 상이한 면이 많아 정확한 신분의 구분은 UCMJ Art. 2를 별도로 살펴보아야 한다.

300) 10 U.S. Code § 802 - Art. 2. Persons subject to this chapter (대상자) (a) (4) 및 (5) 등.

미국 군사법원에서 민간인이 재판받을 수 있게 되는 경우를 두고 김현주(2016)는 UCMJ Art. 2(a)(10)&(11)을 들고 있다.³⁰²⁾ 전자는 선전포고한 전쟁 등에서 전장에 동반되는 자이고 후자는 특정 조약에 따라 미국 본토의 지역에서 군에 고용된 자 등이다.³⁰³⁾ 이러한 민간인의 정의는 다시 「역외군사재판 관할권에 관한 법률」(Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000)에서 더 구체화하고 있다.³⁰⁴⁾

한편, UCMJ는 ‘잡칙’ 편(Arts. 77-133)에서 우리의 군형법과 같이 군사법원에서 다루는 범죄를 규정하고 있다. 다만 우리 군형법보다는 좀 더 포괄적인데, 일반형법으로도 처벌되는 비순정군사범죄와 군율과 관련된 순정군사범죄 등이 담겨있다. 특이한 점으로는 UCMJ Art. 134, MCM Art. 134에서 군기를 명백하게 저해하는 행위, 그리고 군의 불명예나 평가를 저해하는 행위에 대해서는 군사법원이 재량에 따라 처벌하도록 한 점이다.³⁰⁵⁾

더불어 UCMJ는 군사법원의 종류에 따라서 인적 관할권을 달리 부여하고 있다.³⁰⁶⁾ 다음은 김대홍(2017)과³⁰⁷⁾ 국방부(2017)의 연구용역 보고서와 MCM 조문을 바탕으로 3가지 1심 군사법원의 구성과 관할을 정리한 내용이다. 먼저, 약식군사법원(Summary Courts-Martial)은 비법조인 일반 장교 1인으로 구성되며³⁰⁸⁾ 그 인적 관할에서 사관(officer), 사관생도(cadet) 등은 제외되고, 비사형범죄만 재판대상이 된다.³⁰⁹⁾ 다만,

301) 김대홍, “미국의 군 사법제도”, 26면. 참고로 해당 판례는 *Solorio v. United States* (1987)이며 기준에는 *O’Callahan v. Parker* (1969) 판례에 따라 직무연관성을 고려하였다.

302) 김현주, “군사법원의 민간인에 대한 재판권”, 160면.

303) 송기춘(2009: 213)의 번역을 보면 다음과 같다. “(10) 선전포고한 전쟁 또는 이에 수반한 작전 중에 전장에서 군대와 함께 복무하거나 동반하는 사람들(In time of declared war or contingency operation, persons serving with or accompanying an armed force in the field); (11) 미합중국이 국제법상 승인된 규칙의 당사자이거나 당사자가 될 수 있는 조약이나 협정에 따라, 미합중국, 수에즈운하 지역(Canal Zone), 푸에르토리코, 괌과 버진아일랜드 이외의 지역에서 군대와 함께 복무(serving with)하거나, 군대에 의해 고용(employed by)되거나 또는 군대에 동반(accompanying)하는 사람들”.

304) 송기춘, “군사재판을 받지 않을 권리’에 관한 소고”, 213면.

305) 김대홍, “미국의 군 사법제도”, 26-27면.

306) 10 U.S. Code § 816 - Art 16. Courts-martial classified(군사법원의 구분).

307) 김대홍, “미국의 군 사법제도”, 28면.

308) 정용석·김희균, 『헌법 제27조 제2항(일반국민이 범한 중대한 군사상 기밀, 초병, 초소에 관한 죄 군사재판) 존치 필요성에 관한 연구』, 31면

309) 10 U.S. Code § 820 - Art. 20. (a) In General.- Subject to section 817 of this title (article 17), summary courts-martial have jurisdiction to try persons subject to this chapter, except officers, cadets, aviation cadets, and midshipmen. ...
참고로 위 (b)에 따르면 비행사법정으로 운영된 경우 형사범죄 기록도 남지 아니한다.

피고가 이의를 제기할 경우 일반 또는 특별군사법원이 구성된다.³¹⁰⁾ 다음으로 특별군사법원(Special Courts-Martial)은 1인의 군판사 및 4인의 재판관(배심원, Members) 혹은 군판사 단독으로 이뤄진다.³¹¹⁾ 혹은 군판사 단독으로 구성할 수도 있는데 이는 일반군사법원의 단독재판부 설치와 조건이 같다.³¹²⁾ 그 관할을 보면 현역 군인 전부에 대해서 재판권을 행사한다. 또한, 약식과는 달리 대통령령에 따라 사형이 선고 가능한 범죄도 다룰 수 있다.³¹³⁾

마지막으로 우리 군사법원에 가장 가까운 형태의 일반군사법원(General Courts-Martial)은 1명의 군판사 및 8인의 재판관(사형의 경우 12명)³¹⁴⁾ 혹은 군판사 단독으로 구성한다. 군판사 단독으로 구성할 때에는 피고가 군판사 신원을 알고, 기록을 남긴 진술 또는 서면으로 이를 요청하여 군판사가 승인한 경우에 한한다.³¹⁵⁾ 다만, 특별군사법원과 같이 현역 군인 재판사 ‘재판 전 청문절차’가 요구된다. 한편, 사형이 선고된 경우 당연 항소심이 열리게 된다. 다만, 군사법원에서는 배심원의 3분의 2만 합의하면 유죄평결이 가능하기 때문에 “Hung Juries”(평결불능)는 없으며 이외의 경우에는 무죄가 된다.³¹⁶⁾

나) 변호인 선임과 상소권 등 피고인의 권리

먼저 1심 법원의 종류에 따라서 변호인 선임권과 상소할 수 있는 경우도 차이가 있다. 첫째로 약식군사법원에서는 변호인 선임이 그 목적상 재판의 속행을 방해할 경우 제한되며 국선제도가 없다. 이외 일반 및 특별군사법원에서는 국선 군변호인이

310) RCM 1303 (RCM은 “Rules for Courts-Martial”의 약자로 MCM Part II에 상응함); 정용석·김희균, 『헌법 제27조 제2항(일반국민이 범한 중대한 군사상 기밀, 초병, 초소에 관한 죄 군사재판) 존치 필요성에 관한 연구』, 31면.

311) 10 U.S. Code § 816 - Art 16. (c) (1).

312) 10 U.S. Code § 816 - Art 16. (c) (2) … the accused, knowing the identity of the military judge and after consultation with defense counsel, requests, orally on the record or in writing, a court composed of a military judge alone and the military judge approves the request(피고가 군판사의 신원을 알고 변호인과 상의 후 구두기록 혹은 서면으로 군판사 단독 재판부를 구성하길 요청하고 해당 군판사가 이를 승인…).

313) 10 U.S. Code § 819 - Art. 19. (a) In General. - … under such regulations as the President may prescribe, for capital offenses …(사형범죄의 경우 대통령이 정한 규정에 따라).

314) 10 U.S. Code § 825a - Art. 25a. Number of court-martial members in capital cases(사형 사건에서의 군사법원 배심원 수).

315) 10 U.S. Code § 816 - Art 16. (b).

316) 정용석·김희균, 『헌법 제27조 제2항(일반국민이 범한 중대한 군사상 기밀, 초병, 초소에 관한 죄 군사재판) 존치 필요성에 관한 연구』, 34면.

나 사선 변호인을 선임할 수 있다. 사선의 경우 비용은 개인이 부담한다. 1심에 대한 항소에 관하여는³¹⁷⁾ 약식군사법원의 경우, 비사법적 처벌이다 보니, 우리나라의 징계 항고와 유사하다. 약식결정에 대한 항소(고)는 차상위 지휘관에게 하며 그 형량이 높아질 수는 없다. 이에도 불복할 경우 해당 군법무감(Judge Advocate General)에게 재항소(고)할 수 있으며 각 군 병적심의위원회(Board of Correction of Military Records)에³¹⁸⁾ 소청해볼 수도 있다.

항소심 재판에서는 군변호인이 필수로 제공되고, 사선을 선임할 수도 있으나 이때의 비용은 자비로 부담한다. 약식 외 일반 및 특별군사법원의 판결에 대한 항소는 각 군(해안경비대 포함) 형사항소법원(Courts of Criminal Appeals)에서 심리를 받는다. 각 군 형사항소법원은 1년 이상의 구급이나 전역, 사형 판결에 대하여 당연 심사(군법무감은 이러한 사건을 항소심에 회부할 의무가 있다)하며,³¹⁹⁾ 이는 피고인이 죄를 자인한 경우에도 그러하다. 기타 다른 사건에 대하여는 각 군 형사항소법원이 직권으로 심사할 수 있다. 이외 피고인은, 수용률은 낮으나, 군법무감에게 항소를 요청할 수도 있다. 국방부(2017) 연구용역 보고서에 따르면 각 군 형사항소법원은 배심원단과 각 군 군법무감이 인증한 3명의 항소심군판사로 이뤄지고, 이들은 연방법원 혹은 주 대법원의 변호인단에 소속되어 있는 장교나 민간인 법조인에서 임명된다. 이때, 각 군 군법무감이 재판장을 정한다.³²⁰⁾

이후 각 군 형사항소법원의 결정에 불복하고자 한다면 사실상³²¹⁾ 최종적으로 미합중국 국군상소법원(United States Court of Appeals for the Armed Forces)에서 심리를 받는 방법이 있다.³²²⁾ 상소법원은 사형의 경우 당연 심사하며 군법무감이 법리상

317) 군 항소심은 JUSTIA(2019)라는 웹사이트를 참고하였다.

318) 미 육군 홈페이지(n.d.)에 따르면 이 위원회의 각 군내 최고 행정심의기구로 그 임무는 병적기록에서 오류 수정과 부정의 제거("... the highest level of administrative review ... with the mission to correct errors in or remove injustices from Army military records.")이다.

319) 정용석·김희균, 『헌법 제27조 제2항(일반국민이 범한 중대한 군사상 기밀, 초병, 초소에 관한 죄 군사재판) 존치 필요성에 관한 연구』, 38면.

320) 10 U.S. Code § 866 - Art. 66.

321) 정용석·김희균, 『헌법 제27조 제2항(일반국민이 범한 중대한 군사상 기밀, 초병, 초소에 관한 죄 군사재판) 존치 필요성에 관한 연구』, 37면. "사실상"이라고 한 이유는 미 연방대법원에 또한 심리(4심)를 요청할 수는 있으나 그 수용가능성이 낮기 때문이다. 미 연방대법원은 어떤 사건에 대해서도 심리를 개시해야 할 의무가 없다(사형의 경우라도). 나아가 일부 군형사사건은 미 연방대법원에 회부될 수가 아예 없다. JUSTIA(2019)에 따르면 좀 더 실용적인 방안으로 각 군 감형·가석방위원회(Clemency and Parole Board)에 '감형(Clemency)'을 요청할 수 있다.

오류 등을 이유로 회부한 사건도 심사한다. 이외 사건은 법원의 재량에 따라 심사한다. 상소심은 항소심과는 달리 사실심은 하지 아니한다. 미국법전(U.S.C.) Art. 141는 “미합중국 국군상소법원으로 알려진 기록법원을 둔다. 이 법원은 헌법 제 I 조에³²³⁾ 따라 설치된다. 이 법원은 오로지 행정 목적을 위해 국방부에 위치한다.”고 규정한다. 상소심은 국방부에 따르면³²⁴⁾ 상원의 인준을 받은 대통령이 임명한 15년 임기의 민간인 법관(judges) 5인으로 한다.³²⁵⁾ 상고법원은 우리 대법원과 같이 소송규칙이나 의결정족수 등에 관한 내규를 제정할 권한이 있다.

끝으로 배심제를 채택하는 미국 법정의 특성상 배심원 구성이 주요 관심사가 될 수 있다. UCMJ 제25조(배심자격)에 따라 계급이 병사인 피고인은 본인이 원한다면 배심원단에 병사가 3분의 1 이상 되도록 요청할 수 있다.³²⁶⁾ 배심원 수는 동법 Art. 29조에서 정하며 표결 절차는 Arts. 52, 56에 규정되어 있다. 배심원들은 미 일반형사법정과 달리 “정상참작, 형의 가중 및 감경” 등도 심리한다.³²⁷⁾ 이때, 일반군사법원은 다른 두 군사법원과 달리 형벌에 제한이 없는데, 다만 10년 이상의 형을 선고하고자 할 때에는 4분의 3 이상의 배심원이 동의해야 하고, 사형은 12인 배심원단의 전원일치

322) 군 상소심(3심) 역시 JUSTIA(2019)라는 웹사이트를 참고하였다.

323) 미국 헌법 제 I 조는 입법부에 관한 내용이다.

324) 정웅석·김희균, 『헌법 제27조 제2항(일반국민이 범한 중대한 군사상 기밀, 초병, 초소에 관한 죄 군사재판) 존치 필요성에 관한 연구』, 38-39면.

325) 10 U.S. Code § 942 - Art. 142. Judges(법관).

참고로 이들의 성격과 법원의 권능에 대한 논쟁이 최근 있었다. *Ortiz v. United States* 사건에서 대법원의 허가에 따라 범정의견서(amicus brief)를 제출한 버지니아 대학의 Bamzai 교수 의견에 따르면, 군판사는 미 헌법 Article III 법관과는 달리 Article I에 따른 행정부 소속의 공직자라는 것이다. 자연스럽게 그들로 구성된 상소법원은 사법권(judicial power)을 행사하는 것이 아니며 결과적으로 미 연방대법원이 그 판결이나 결정을 심리할 권한이 없다는 논지이다. 인용한 판례로는 미 헌법사에서 유명한 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803) 사건의 대법관 Marshall의 의견(헌법 제III조 제2항에 따라 대법원이 미 정부가 당사자인 사건이나 하급 항소심의 판결에 대해서만 관할권을 가진다고 확인)을 인용했다. 이에 미 법무부는 미국을 대리하여 비록 그들이 Article III의 법관과는 다르더라도 준주법원(territorial courts), 콜롬비아 직할주 법원 등 역사상 예외적 선례로 볼 때, 미 의회가 예외적 법원들을 창설한 권한이 있고, 이에 따른 법원의 판결은 연방대법원의 관할 하에 있다는 주장하였다(Congressional Research Service, 2018). 다만, 위 사건은 대법관 7:2의 의견으로 원심이 유지되었고, 위 사건이 병합되었던 *Dalmazzi v. United States*, 585 U.S. ____ (2018)는 연방대법원이 부주의로 인한 상고접수(Dismissed as improvidently granted)로 판결하면서 일단락되었다. 참고로 본래 사건들의 주요 쟁점은 법원의 관할권이 아닌 각 군 항소법원 판사의 자격(항소군법회의의(Court of Military Commission Review, CMC)R) 겸직 논란이었다.

326) 김대홍, “미국의 군 사법제도”, 28면.

327) 김동원, “군사법제도의 특징에 대한 고찰”, 79면.

가 필요하다.³²⁸⁾ 즉, 1인 군판사 재판에서 사형선고는 불가하다.³²⁹⁾ 이외에도 재판에 관한 지휘관의 불법적 개입이 의심되면 우선 재판 재개가 취해질 수 있고, 혐의가 입증되면 소집관은 자격을 잃는다. 나아가 소집관은 이러한 위협에 대하여 혐의가 제기된 지휘관이나 관련자를 전보하거나 증인자격을 박탈하거나 법원 출입금지 등의 조치를 취해야 한다.³³⁰⁾

4) 미 군사법원이 가진 인권보장 시사점³³¹⁾

이상에서 살펴본 미국 군사법 일부 및 군사법원 제도는 현지에서도 광범위한 지휘관의 권한 탓에 논쟁이 된 지 오래고 군기를 중심으로 한 입장과 침해한 논쟁이 있음을 알 수 있다. 다만, 우리나라와의 군사 운용방식이나 병력 모집법 및 규모 등의 차이점을 염두에 두고, 군사법원이 가진 인권보장의 기능에서 우리에게 필요한 시사점을 찾아보고자 한다.

먼저, 지휘관의 넓은 재량권이 인정되더라도 2014년 UCMJ 개정 논의에서처럼 특수한 상황과 조건으로 제한하는 등 그 재량권의 행사의 기준이 명시적이고 입법으로써 통제되는 방향이 피고인뿐 아니라 피해자의 권리증진과 정의실현을 위해서 바람직하다고 생각된다. 다음으로 미국은 기존부터 지휘관의 권한을 견제하기 위한 수단을 ‘금지조항’으로 규정한 점의 의의를 살펴볼 수 있다. 특히 재판부의 공정성을 고려하더라도 만에 하나라도 있을 부정하고 불법·부당한 외적 개입을 막는 명시적 조항이 갖는 효과는 경각심 환기와 더불어 긍정적일 것으로 기대할 수 있다. 나아가 군판사에 민간인 신분인 자를 임명하는 방식도 검토할 가치가 충분히 있다고 사료되고, 더 나아가 참심제 등 일반 장병의 재판 참여 주장이 있어 왔는데³³²⁾ 만약 시행한다면

328) RCM 1004; RCM 501(a)(1)(B).

329) 정웅석·김희균, 『헌법 제27조 제2항(일반국민이 범한 중대한 군사상 기밀, 초병, 초소에 관한 죄 군사재판) 존치 필요성에 관한 연구』, 27면. 이외에도 각 군사법원이 선고할 수 있는 형벌이 정해져 있으며, UCMJ는 각 범죄의 구성요건을 정하고는 있으나 형량이나 형벌을 특별한 경우를 제외하고는 정하고 있지는 않다는 차이가 있다.

330) 김환학, 『군사법원의 독립성에 관한 헌법적 고찰』, 35면.

331) 미국의 경우도 미 연방대법원의 존치입장과 함께 군사법원 폐지에 관한 논의가 있으며 김백진(2015)이 소개한 것은 기본권에 집중한 Sherman, “Military Justice Without Military Control”, 82 *Yale Jlj* (1973): pp.1398-1425와 현실 변화에 집중한 Karen A. Ruzic, “Military Justice and The Supreme Court’s Outdated Standard of Deference: *Weiss v. United States*”, 70 *Chi.-Kent L. Rev.* (1994): pp.265-297이 있다(“군사법원 필요성과 목적에 대한 고찰”, 198-199면).

미국의 경우처럼 그 구성을 피고가 원할시 특정 계급인 자로 구성토록 할지 등을 좀 더 세밀하게 토의해 볼 수 있을 것이다.³³³⁾ 끝으로 우리 군사법원은 미국과 비교해도 「군형법」상 범죄에 대해 선고할 수 있는 형벌 종류가 원칙상 생명형과 자유형(징역, 금고)으로 제한된다. ‘엄중한 근거’를 위해 마련된 조치일 것이나 그러한 군형법의 가중된 형벌에 대하여 관할관 확인조치권이 소위 양형 타당성을 확보하기 위해 필요하다는 논지에 명분만 제공하는 것은 아닌지 감경권의 인권보장 기능에 대해서도 군사법의 전반적 구조에 대한 고민과 함께 심도 깊은 재고가 필요해 보인다.

나. 영국의 군사법원

영국은 미국의 법률체제 및 캐나다, 호주, 뉴질랜드 등 영연방의 법률체제에 지대한 영향을 끼친 국가로, 한때 전 세계에 걸쳐 군사력을 행사했고 현재도 무력분쟁지역에 미국과 함께 병력을 투입하기도 하는 국가이다. 성문헌법이 아니고, 입헌군주제이며, 아직도 귀족정의 흔적과 양식이 곳곳에 남아있는 국가이기에 우리나라와 일대일로 비교할 수는 없을 것이다. 일반 형사사법 체계도 우리나라와 많이 다른 편이기도 하여 더욱 그러할 것이다. 그러나 영미법계 국가로서 군사법 분야에서 미국과는 또 다른 면을 보여주고 있기에 제도와 사례를 살펴보는 의의가 충분하다고 사료된다.

1) 영국 군사법제도(Service Justice System) 개괄

영국 통합 성문 군사법률(Services Acts)의 시작은 유럽인권재판소(European Court of Human Rights, ECtHR)에 의해³³⁴⁾ 촉발된 법률 제·개정 논의의 결과로 탄생한 1996년도 「국군법」(Armed Forces Act of 1996, AFA)이라고 볼 수 있다.³³⁵⁾ 다만,

332) 김범식, “군 사법제도의 정당성과 개정 군사법원법의 함의”, 263면; 정웅석·김희균, 『헌법 제 27조 제2항(일반국민이 범한 중대한 군사상 기밀, 초병, 초소에 관한 죄 군사재판) 존치 필요성에 관한 연구』, 111면; 김동원, “군사법제도의 특징에 대한 고찰”, 81면; 사법제도개혁추진위원회, 『사법 선진화를 위한 개혁』(사법제도개혁추진위원회 백서(상), 2006), 262면.

333) 송광섭(2005)도 관할관, 심판관 제도 폐지, 순회군판사단 도입, 고등군사법원의 민간 이양, 군 법무관 회득 안정화(장기비율 증진), 군검찰과 군판사 분리 등을 제안했다(송광섭, “군사법제도의 개선방안”, 『형사법연구』(24) (2005), 337-364면). 이러한 인사상 및 직제상 분리는 정준섭(2010)이 심도 있게 논의하면서 법무참모가 군판사, 군검찰관에 영향을 미치는 문제를 지적하며 순수하게 참모로만 기능할 것을 요구한다(정준섭, “군사법제도의 문제점과 개선방안”, 『형사법연구』 22(4) (2010), 91-92면).

334) *Findlay v. United Kingdom* (1997) 24 EHRR 221 (Findlay).

현대 AFA의 모체는 2006년도 AFA인데 이때서야 각 군의 군사법제가 완전히 통합되었다. 간략히 본 법안이 탄생하기 이전 영국 군사법의 역사적 배경을 영국 사법부 홈페이지(Courts and Tribunals Judiciary)와 조의행(2018)의 보고서를 참고하여 살펴보면 다음과 같다.³³⁵⁾ 1521년 초기 군원수법정(Court of the Marshal)이 도입되었고 상비군이 도입된 후 1666년 군법무감실(Office of Judge Advocate General)이 창설되었다. 그러나 제국주의 등으로 확장하던 영국 군은 육·해·공군이 각기 다른 법률 체계(각 1955년 「육군법」, 1955년 「공군법」, 1957년 「해군징계법」)를 가지고 있었다. 이렇게 상이한 체계가 각 군의 독자성은 보장했으나 합동작전 등에서의 통합적 규율이 어려웠다. 이에 통합 필요성이 높아지고 있던 중 1995년 ECtHR의 판결로 제·개정이 불가피해진 결정적 계기가 생겼다.

한편, 미국의 「군사법원교범」과 유사하게 영국도 국방부가 발행하는 「군법교범」(Manual of Service Law, JSP830)이 있다.³³⁷⁾ 이는 지휘관(Commanding Officer), 법원, 법률을 위한 지침(guide) 및 피고인의 권리 책자(booklet) 등으로 구성되어 있다. 제1권(지휘관지침)은 관할권, 체포, 유치(custody), 수사, 기소 및 재판(약식·정식), 약식청문, 심사 및 항소를 다루고 있다.³³⁸⁾ 제2권(법원지침)은 군사법원(Court Martial), 군사민간법원(Service Civilian Court), 약식항소법원(Summary Appeal Court)에 관한 사항을 다루며 여기에 종사하는 법무관과 직원들을 위해 소송진행을 규정하고 있다.³³⁹⁾ 사실상 마지막인 제3권은 관련 법령을 모아둔 것으로 AFA를 포함

335) 그런데 이 법은 각 군과 국방부의 무관심에 의해 1996년 7월 국왕에 의해 승인되었음에도 1997년에서야 시행되게 된다. 이에 *Findlay v. United Kingdom* 사건 외에도 ECtHR에서 재판 받는 사건(*Coyne v. United Kingdom* 및 *Hood v. United Kingdom*)이 더 생겼다(Ann Lyon, and Geoffrey Farmiloe, "The new British system of courts martial", In A. Duxbury & M. Groves (Eds.), *Military Justice in the Modern Age*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, 161면).

336) Courts and Tribunals Judiciary [UK], "Military"(<https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/the-justice-system/jurisdictions/military-jurisdiction/>, 최종접속일 2020. 11. 1.); 조의행, "영국 군사법제도 체계와 기능에 대하여", 『최신외국법제정보 1』(한국법제연구원, 2018), 17-28면.

337) JSP는 "Joint Service Publication"의 약자이다.

338) 제목만 보면 지휘관의 정의, 관할권과 시효, 압수·수색 및 기록 등, 압류재산영수, 유치, 수사·기소·법원구성(약식·정식), 비행사(징계)비행, 형사범죄, 약식청문 및 집행정지된 형의 집행(activation), 탈영 등, 약식청문 및 증거처리, 방어권과 증재 및 형사책임, 약식청문 판결 및 처벌과 그 지침, 약식청문심사 및 항소, 재정적 처벌 집행명령, 해군 군종, 입대 조건 등, 송달 업무, 압류 및 감봉, 강제약물검사 등, 진술서 및 선언서 요구권(해외), 소송비용 면제, 개인고충처리 등, 심문(JSP832), 아동보호, 수정이력이다.

한 주요 법령과 부차적 법령, 그리고 주요 판례(ECtHR 판례 포함)가 있으며 군법무감 지시가 다뤄지고 있다. 피고인의 권리를 담은 책자는 체포 및 유치(Part 1)와 약식청문과 항소(Part 2)를 다루고 있다.

2) 영국 군사법제도 특징과 지휘관 권한 변화

가) 초기 영국 국군법(AFA)

Ann Lyon and Geoffrey Farmiloe(2016)의 연구에 따르면 1996년 등장한 AFA의 역사는 굴곡이 많다.³⁴⁰⁾ 이 법은 지휘권과 기소권을 형식적으로 분리하고 기소의 투명성과 독립성, 군사법원의 소집 및 규칙을 제정하기 위함이었는데 ECtHR이 *Findlay v. United Kingdom*에서 한 비판은 실제 운용보다는 주로 외적 형식에 치중되었기 때문이다.³⁴¹⁾ 이후 제1조(s. 1)에 따라 2001년 일부 개정법(AFA 2001)이 제정되었다. 그런데 새로운 체계가 자리 잡기도 전에 *Morris v. United Kingdom* 사건이 다시 ECtHR에서 일부 인용되면서³⁴²⁾ 육군과 공군의 모든 군사재판을 일시적으로 중지(impassé)시켜버리는 일이 발생한다. ECtHR은 Findlay 사건 이후 기소 및 사법권 분리는 문제없으나 심사권자의 군사법원 판결 변경 권한은 유럽인권협약 제6조 제1항 위반이라 보았다.³⁴³⁾

이후 ECtHR에서 상반된 결과의 판결 2개가 더 나왔다. 하나는 공군의 *Cooper v. United Kingdom* 사건으로³⁴⁴⁾ ECtHR은 공군 군사재판에서 기소권자, 법원행정장

339) 역시 제목만 보면 약식항소법원, 군사법원 구성 및 내규, 군사법원 소송절차, 선고 원칙 및 효과, 군사항소법원, 군사민간법원, 군사법원 모욕죄, 형사보상제도(miscarriage of justice), 형사사건심사위원회 권한이다.

340) Ann Lyon, and Geoffrey Farmiloe, "The new British system of courts martial", 161면.

341) 본 사건 설명은 김환학, 『군사법원의 독립성에 관한 헌법적 고찰』, 각주 58 참고.

342) *Morris v. United Kingdom* (2002) 34 EHRR 52.

343) 주로 치안 및 형사증거법(1984) 개정에 따라 민간 경찰과 유사하게 헌병(service police)에게 불심검문과 군(기혼·미혼)숙소 수색권을 주었다. 또한 일반 형사법원 판결과 유사하게 군법무감에게 부당하게 관대한 판결을 군항소법원에 회부하는 권한이 추가되었다. 나아가 장교(중령 이하 등 각 군마다 계급은 다름(AFA 2001 Schedule 1 참고))가 저지른 범죄혐의에 대한 약식판결(Summary Dealing)이 허용되었고 일부 재판의 항소가 제한되었다(AFA 2001 제23조는 1981년 대법원법 제29조를 개정하였는데 고등법원의 관할권에서 군사법원의 재판을 제외했다(AFA 2001 s. 23 (3) 참고)). 특기할 만한 개정사항은 준사관들이 배심원(member)으로 참여할 수 있게 된 것이다(Ann Lyon, and Geoffrey Farmiloe, "The new British system of courts martial", 162-164면).

344) *Cooper v. United Kingdom* (2004) 39 EHRR 8 (Cooper).

교(Court Administration Officer), 영구군사법원장(Permanent President of court martial) 및 배심단(ordinary Board of members)이 독립적이고 공정하다고 보았다.³⁴⁵⁾ 반대는 *Grieves v. United Kingdom* 사건으로 해군의 사례였는데³⁴⁶⁾ ECtHR은 군사재판의 독립성이 불충분하다고 판시했다. 당시 군사재판은 해군 대령(Captain RN) 재판장과 4명의 해군장교와 해군 법정변호사 및 함대 법무참모인 군법무관으로 구성되었고, 지휘관으로서 군법무관의 계급이 배심원단장보다 낮았으며, 심사권자로서 해군 이사회(Navy Board)가 군사법원과 군사항소법원의 평결을 승인했다. 이 사건에서 특히 군법무관의 독립성에 우려가 제기됨에 따라 이제 모든 영국군에서는 민간인이 군법무관으로서 모든 군사법원에 참여하게 되었다.³⁴⁷⁾

나) 2006년도 및 2011년도 영국 국군법(AFA)

계속해서 Ann Lyon과 Geoffrey Farmiloe(2016)의 연구의 따르면³⁴⁸⁾ 2006년도 AFA는 현행 제도의 근간이자 각 군사법을 통합했다는 특징 외에도 투명하고 독립적인 군기소권을 마련하고, 군형사체계를 기존에 기소권을 갖고 있던 피고인의 지휘관과 대비하여 민간인 군검찰국장(Director of Service Prosecution)을 중심으로 재판하고, 군 소속과 계급에 무관하게 피고를 기소할 수 있도록 하였다. 2006년도 AFA의 의의는 일반형법과 군형법상 동일범죄 사이의 괴리를 줄인 것, 일반 형사집행절차와 군 형법체계를 유사하게 만든 것, 각 군 군사법을 통합한 것으로 볼 수 있다. 한편, 이 체제에 대한 법률적 도전이 *R v. Twaiete* 사건에서 제기되었는데, 대법원장이 상원이나 ECtHR

345) Ann Lyon, and Geoffrey Farmiloe, "The new British system of courts martial", 165-166면. 구체적으로 ECtHR 전원합의체는 (1) 기소권자가 민간 검찰과 같이 자격이 있고 업무가 기소에 한정되며, (2) 법원행정장교가 국방부 산하 국방이사회(Defence Council)에서 임명되고 기소권자와 독립하여 운영되고, (3) 그들에게 배심원단을 선발할 재량권이 법률로써 상당히 제약되며, (4) 영구군사법원장은 공군 경력 거의 마지막인 고위 장교이므로 지위의 안정성이 있고, (5) 대법관(Lord Chancellor)에 의해 임명된 민간인이 군법무관으로서 보한다는 점, 그리고 독립성에 의문을 가질 근거가 없다는 점에서 청구인의 주장을 기각했다. *Morris* 사건 판례 (*Morris v. United Kingdom* (2002) 34 EHRR 52, at 25)를 보면 영구군사법원장은 1941년 도입되었고 2000년까지 유지되었다.

346) *Grieves v. United Kingdom* (2004) 39 EHRR 2 (Grieves); Ann Lyon, and Geoffrey Farmiloe, "The new British system of courts martial", 166면.

347) Ann Lyon, and Geoffrey Farmiloe, "The new British system of courts martial" 167면; 정용석·김희균, 『헌법 제27조 제2항(일반국민이 범한 중대한 군사상 기밀, 초병, 초소에 관한 죄 군사재판) 존치 필요성에 관한 연구』, 48면.

348) Ann Lyon, and Geoffrey Farmiloe, "The new British system of courts martial", 168면.

어디에서도 해당 사건에서 제기된 ‘배심원 수 및 의결정족수’ 문제가 논의된 바 없다고 정리하였다.³⁴⁹⁾ 이는 영국 일반 형사법원(Crown Court)에서는 배심원이 만장일치가 불가할 때는 10:2로 평결할 수 있으나 군사법원에서는 고작 3명 혹은 5명이 단순과반으로 유죄평결할 수 있기 때문이다.³⁵⁰⁾ 다만, 해당 문제에 대한 법적 판단은 대법원이나 ECtHR에서 정식으로 정리된 바는 없는 셈이다.³⁵¹⁾

2006년 AFA가 제1조(s. 1)에서 그 기한을 5년으로 설정한 바, 의회는 이를 재심사하였고 2011년 새로운 AFA가 통과되었다. 2011년도 AFA의 주요 개정사항은 헌병(군사법경찰)의 법적 독립성을 확보하는 것과 왕립경찰사찰단(Her Majesty's Inspectorate of Constabulary)으로부터의 감독(oversight) 등이 있다.³⁵²⁾ 국방이사회(Defence Council)에 직접 보고할 의무가 있는 헌병감(Provost Marshal)에게 수사 독립성을 보장할 법정 의무를 지워서 수사절차상 부당개입(improper interference)을 막고자 한 시도가 읽힌다.³⁵³⁾ 미국이나 우리나라에 비하면 군 지휘관의 수사권 등 군사법권이 대폭 상실된 것으로 보인다.

3) 영국 군사법원의 조직과 권한들

가) 영국 군사법체계의 조직

계속해서 영국 사법부 홈페이지의 군법무감(Judge Advocate General) 설명과 조의행(2018)의 보고서를 참고하면³⁵⁴⁾ 영국의 군사법은 군법무감이 그 정점에 있다고 볼 수 있다.³⁵⁵⁾ 군법무감은 군법무감보(Assistant Judge Advocate General)로 구성된 조

349) Ann Lyon, and Geoffrey Farmiloe, "The new British system of courts martial", 169면.
 350) 스코틀랜드는 배심원 15명의 단순과반으로 결정한다(Ann Lyon, and Geoffrey Farmiloe, "The new British system of courts martial", 170면).
 351) 5명 이상의 일반 배심원으로 구성된 법원에서 단순과반으로만 중대한 신체의 자유 제한(7년 이상의 징역형)을 선고하는 것이 유럽인권협약 제6조 위반에 해당하는가에 대한 군법무관의 문제의식에서 출발한다. 그러나 이런 문제의식은 '기각'된 것이나 다름없다. 왜냐하면 결정적으로 해당 문제가 불거진 사건 자체가 절차적 문제로 파기환송 되었기 때문이다.
 352) Ann Lyon, and Geoffrey Farmiloe, "The new British system of courts martial", 170면.
 353) Ann Lyon, and Geoffrey Farmiloe, "The new British system of courts martial", 171면. AFA 2011 s.3 참조. 이때, "improper interference"란 (3)항에서 헌병이 아닌 자에 의한 강제적 수사 지휘 시도를 포함한다.
 354) 조의행, "영국 군사법제도 체계와 기능에 대하여", 22면; Courts and Tribunals Judiciary, "Judge Advocate General", (n.d.)(<https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/who-are-the-judiciary/judicial-roles/judges/judge-advocate-general/3>, 최종접속일 2020. 11. 1.).
 355) 2020년 10월 1일 His Honor Judge Alan Large가 영국 국왕의 재가를 받아 취임하게 되었다.

직의 장이며 그 구성원들은 재판에 임할 때에는 공식적으로는 군법무관(Judge Advocate)이나 대외적으로 통상 '판사'로 불린다. 이들 판사는 모두 민간 법조인이고, 일반 형사법원 재판을 주재할 수도 있다. 군법무관 제도는, 앞서 말했듯이, 2006년도 AFA에 따라 창설되었고, 군법무관은 일반군사재판과 약식항소재판 모두를 관할하는데, 이는 영국 일반 형사재판에서 순회법원 판사가 지역 치안판사의 재판에 대하여 항소심을 다루는 것에 대응한다고 한다. 판사는 모두 법관임명위원회(Judicial Appointments Commission)에서 능력에 따라 임명된다. 한편, 군법무관은 누구의 감독이나 지휘도 받지 않는다. 그의 임무는 재판장으로서 소송절차를 지휘하고 법원장으로서 사무와 기록을 책임지며 소송절차와 양형기준 그리고 행형규칙 등 지침을 내리고 '판사'를 약식항소법원과 상설군사민간법원에 보하고 중대한 사건의 경우 군사항소법원에 회부시키는 것을 포함한다. 한편, 사무 및 소송행정은 군사법원행정처(Military Court Service)가 담당하는데 이는 국방부 소관으로 법무부가 일반 법원의 사무를 지원하는 구조에 상응한다고 한다.

나) 영국 군사법 관할권 일반

영국 군사법원의 관할권은 2006년도 AFA 제1장 제50조에 열거된 이적행위나 항명과 같은 순정군사범죄(service offence) 외에도 일반형사범죄를 포괄하면서 일반형사절차를 취할지는 군사경찰과 민간 경찰의 협의에 따르는 것이 특징이다.³⁵⁶⁾ 한편, 2006년 이전까지만 해도 '살인죄'의 경우는 오직 내무부 경찰청과 일반 형사법원이 관할을 행사했다. 그러나 2006년도 AFA 제42조에 따라서 영국과 웨일스 법상의 범죄를 저지른 자가 군사법의 적용을 받을 경우, 군사법원이 관할을 비(非)독점적으로 행사할 수 있게 되었다.³⁵⁷⁾ 실례로 2006년 AFA 발효 후에 처음 벌어진 군함에서 발생한 군인과 민간인을 대상으로 한 군인의 첫 살인(미수)사건이 2011년에 있었다. 세간의 주목을 받았던 사건인데 정작 햄프셔 경찰대가 조사해서 윈체스터 형사법원에서 재판을 받고, 24년 194일을 가석방 심사 최소형량으로 하는 무기징역을 받게

그는 2010년부터 군법무관보를 역임한 바 있다(Courts and Tribunals Judiciary [UK], "Judge Advocate General Appointment: Large". 2020. 9. 18(<https://www.judiciary.uk/announcements/judge-advocate-general-appointment-large/>, 최종접속일 2020. 11. 1.)).

356) Grady, Kate, "Disciplinary Offences at the Court Martial", *Crim. L.R.*, 10 (2016), p.715.

357) Ann Lyon, and Geoffrey Farmiloe, "The new British system of courts martial", 172면.

되었다.

이렇게 군기 유지와 형사 작용을 하는 군사법원을 두고 Grady(2016)는 혼합관할권(hybrid jurisdiction)을 가졌다고 하며, 이를 통해 타 영역에서는 통제기구와 형사법원으로 구분되는 기능을 모두 수행한다고 설명한다.³⁵⁸⁾ 물론 기본적으로는 군사경찰과 민간 경찰 사이에 「공동형사관할에 대한 협약」(Protocol on the exercise of criminal jurisdiction in England and Wales between the Director of Service Prosecutions and the Director of Public Prosecutions and the Ministry of Defence of 2016)에 따라 주로 민간이 우선권을 가지고 있지만³⁵⁹⁾ 원칙은 군과 민간 수사기관이 협의하여 진행되는 것이다.³⁶⁰⁾ 위 살인 사건에서는 일반 국민의 이목이 집중되어 잘 알려지지 않은³⁶¹⁾ 군사법원에 세우기보다는 민간에서 처리하기로 하였다.³⁶²⁾ 이외에 영국은 외국 주둔지에도 군사법원을 두고 있는데 이런 경우 별도의 협정을 맺어 관할권을 정리하였다. 예로 독일 주둔 영국 군인 범죄자는 피해자가 독일인이라도 영국의 주 독일 군사법원지원(Military Court Centre)에서 하게 된다.³⁶³⁾

역으로 민간인이 군사법원의 재판을 받는 경우도 있다. 2006년 AFA 제17장에 따르면, 탈영병을 돕거나 가병(malingering)을 교사하거나 공무방해를 한 민간인 등이 해당하며 이는 우리나라의 민간인 군사재판 규정 방식과 일부 유사한 면이 있다고 할 수 있다.³⁶⁴⁾ 또 하나 특기할 점은 군사범죄(service offence)로 기소되는 것에 대한 시효다. 송기춘(2009)에 따르면 2006년도 AFA 제55조 내지 제58조에서 군인 혹은 예비군이었던 자를 기소할 시간을 6개월로 설정했다.³⁶⁵⁾ 참고로 2011년도 AFA는

358) Grady, Kate, "Disciplinary Offences at the Court Martial", 716면.

359) Ann Lyon, and Geoffrey Farmiloe, "The new British system of courts martial", 173면.

360) 조의행, "영국 군사법제도 체계와 기능에 대하여", 19면.

361) Grady, Kate (2016)는 N. White(2006)와 R. Ponce de León(2010)의 표현을 인용하여 영국의 군사법제도를 "폐쇄적"이고 "불투명하고 소홀한 영역"이라고 묘사했다("Disciplinary Offences at the Court Martial", 714면).

362) Ann Lyon, and Geoffrey Farmiloe, "The new British system of courts martial", 174면.

363) 2009년 설치되어 노르트라인베스트팔렌주 제네랑거(Sennelager)에 있다. 그러나 독일 법에만 있는 죄를 범하거나 독일 국익에 심대한 지장이 있을 경우는 제외된다(Grady, Kate, "Disciplinary Offences at the Court Martial", 721면).

364) 2006년도 AFA에 있다고 2011년도 AFA 통과로 사라진 것이 아니라 현재도 유효하다. 한편, Grady, Kate(2016: 716)에 따르면 1991년도 AFA ss. 18(8) 및 ss. 20(9)에 의해서도 민간인에게 관할권이 행사될 수 있으며 1996년도 예비군법의 ss. 95-97도 민간인에게 군사재판을 허용하고 있다(AFA 2006 s.50 참고).

365) 송기춘, "'군사재판을 받지 않을 권리'에 관한 소고", 217-218면.

제22조에서 2006년도 AFA [별표(Schedule) 15]상 군법 적용 민간인(Civilians subject to service discipline)을 재정의한 바 있다.

다) 영국 군사법원의 조직 및 관할권

영국의 군사법원은 조의행(2018)에 따르면 크게 정식 군사법원, 약식군사법원(Summary Hearings, 약식재판), 약식(군)항소법원, 군사항소법원(Court Martial Appeal Court), 군사민간법원이 있다. 이중 1심은 정식, 약식 군사법원과 군사민간법원이 담당한다.³⁶⁶⁾

먼저 군사법원은 2006년도 AFA에 의해 설립된 상설 법원으로 일반 「형법」(Criminal Justice Act of 2003)과 AFA상 범죄를 위반한 사건을 담당한다. 경범죄로 약식에 회부되었으나 피고인이 정식재판을 청구한 경우도 담당한다. 그 구성은 피고의 지휘계통 외에 있는 3명 내지 7명의 장교와 준사관으로 구성되며 단순다수결로 유죄를 판결할 수 있다. 이때, 군사법원이 선고할 수 있는 형량은 2006년도 AFA 제164조에 규정되어 있다. 피고인의 경우 군검찰국과 독립한 군형사소송지원국이 제공하는 ‘군 형사소송 지원제도’(Armed Forces Legal Aid Scheme)에 따라 무료 법률지원을 받을 수 있다.³⁶⁷⁾ 참고로 2006년도 상설화에 따라 기존 지역군사법원(District Courts Martial)과 각 군의 군사법원(육·공군) 구별이 사라졌다. 한편, 전시에는 야전보통군사법원이 설치된다고 한다.³⁶⁸⁾

정식 군사재판 절차와 대별되는 것은 약식(군사)재판이다. 약식재판은 1955년 육군법이 모태라고 한다.³⁶⁹⁾ 이는 앞선 미국의 경우와 같이 징계절차에 가깝게 보인다. 기록의 부재 탓에 약식재판의 실태는 정확히는 알 수 없지만 Kate Grady(2016)에 따르면 약식재판이 상당할 것으로 추정된다. 왜냐하면 2010년에만 800명의 육군이 무단이탈한 것으로 보고되는데, 단지 186명의 피고인만 군사법원에서 정식재판을 받았기 때문이다.³⁷⁰⁾ 약식재판에서는 1998년도 「인권법」(Human Rights Act)에 따라

366) 조의행, “영국 군사법제도 체계와 기능에 대하여”, 20면.
 367) 조의행, “영국 군사법제도 체계와 기능에 대하여”, 25면. 구체적 내용은 JSP383을 참고하라.
 368) 정웅석·김희균, 『헌법 제27조 제2항(일반국민이 범한 중대한 군사상 기밀, 초병, 초소에 관한 죄 군사재판) 존치 필요성에 관한 연구』, 46면.
 369) 정웅석·김희균, 『헌법 제27조 제2항(일반국민이 범한 중대한 군사상 기밀, 초병, 초소에 관한 죄 군사재판) 존치 필요성에 관한 연구』, 44면.
 370) Grady, Kate, “Disciplinary Offences at the Court Martial”, 719면.

제정된 2000년도 「군징계법」(Armed Forces Discipline Act)이 적용된다.³⁷¹⁾ 경우에 따라 최대 60일까지 구금이 가능한데 보통 28일이 상한이며 이에 해당하는 벌금이 부과될 수도 있다.³⁷²⁾ 미국과 유사하게 변호인의 조력을 받을 권리가 약식에서는 제약되는 대신 비법률가인 군 장교로부터 행정적 조력을 받는다.³⁷³⁾

이외에 특이한 법원이 있는데 바로 1976년에 도입된 군사민간법원(혹은 군민법원)이다.³⁷⁴⁾ 이는 군소속 민간인 혹은 해외 파견 군인의 가족 등의 경범죄를 다루지만 그 범죄가 중대하면 군사법원이 관할을 행사하게 된다. 2006년도 AFA 제279조는 군사민간법원이 군사법원에서 사건을 처리하는 것이 더 적절한지 검토해야 한다고 규정하고 있다. 만약 군사법원으로 사건이 넘어가게 되면 모두 민간인으로만 구성된 배심원단이 마련되는데 판결은 군판사가 단독으로 한다.³⁷⁵⁾ 형벌은 군사법원 규정(s.164)을 따르되 형량은 최대 12개월의 징역형이며 병과시 65주까지 선고된다(s.283). 벌금의 경우 영국 본토 치안판사(magistrate)의 권한과 같다.³⁷⁶⁾ 역시 재판부는 1인의 군판사(judge advocate)로 구성하고,³⁷⁷⁾ 물적관할은 영국 본토와 동일하다.

2심도 크게 2가지 법원으로 구분할 수 있다. 먼저 약식재판 항소심으로, 이는 미국과는 달리 약식항소법원이라는 별도 법원이 담당한다.³⁷⁸⁾ 여기에는 군법무관이 2명의 장교와 함께 심리한다.³⁷⁹⁾ 이때 2006년도 AFA 제142조에 따르면 1명은 사관 또는 준사관이면서 제3자여야 한다. 다른 한편으로는 군사항소법원이 있다. 군사항소법원은 군사민간법원의 항소심도 맡는다.³⁸⁰⁾ 군사항소법원의 판결에 대한 상소는 대법원

371) 정웅석·김희균, 『헌법 제27조 제2항(일반국민이 범한 중대한 군사상 기밀, 초병, 초소에 관한 죄 군사재판) 존치 필요성에 관한 연구』, 48면.

372) 정웅석·김희균, 『헌법 제27조 제2항(일반국민이 범한 중대한 군사상 기밀, 초병, 초소에 관한 죄 군사재판) 존치 필요성에 관한 연구』, 44면.

373) 조의행, “영국 군사법제도 체계와 기능에 대하여”, 25면.

374) 정웅석·김희균, 『헌법 제27조 제2항(일반국민이 범한 중대한 군사상 기밀, 초병, 초소에 관한 죄 군사재판) 존치 필요성에 관한 연구』, 46면.

375) 조의행, “영국 군사법제도 체계와 기능에 대하여”, 21면.

376) 최근 개정된 「범죄자 법률지원과 선고 및 처벌법」(Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act of 2012)은 약식재판(치안판사재판) 벌금형 상한을 없앨 수 있게 했는데(기존 5천 파운드), 시행령(Regulations 2015 No. 664)이 2015년 3월 11일에 공포되어 12일부로 위 법의 조항(제85조·제87조)이 효력을 발하게 되었다.

377) AFA 2006 s.51 Jurisdiction of the Service Civilian Court (군사민간법원의 관할).

378) Grady, Kate, “Disciplinary Offences at the Court Martial”, 719면.

379) 정웅석·김희균, 『헌법 제27조 제2항(일반국민이 범한 중대한 군사상 기밀, 초병, 초소에 관한 죄 군사재판) 존치 필요성에 관한 연구』, 44면; 조의행, “영국 군사법제도 체계와 기능에 대하여”, 21면.

이 하게 되나 영국의 경우에도 미국처럼 대법원이 심리를 하는 경우가 드문 편이다.³⁸¹⁾다.

라) 영국 군 지휘관의 사법적 역할

아무리 권한이 줄었다지만 영국에서 군 지휘관은 여전히 군사법체계에서 중추적인 존재로 보인다. 기본적으로 Kate Grady(2016)의 설명에 따르면 군사법 위반이라는 의심을 지휘관이 인지하면 피의자가 중령 이하이거나 준사관 이하인 경우 소송을 개시할 수 있고, 2006년도 AFA 제1장의 범죄에 관한 경우 일부를 제외하고는³⁸²⁾ 약식으로 진행할 수 있다. 또한, 약탈, 가병 및 수감자 도주 등에 관한 죄는 약식으로만 처리된다. 조의행(2018)의 보고서를 참고하여 보게 되면 약식재판을 통한 징계권으로 최대 28일간 구금이 가능하다.³⁸³⁾

지휘관이 동법 [별표 2]상의 범죄에 대한 신고를 접수하면 이를 군사법경찰에 수사 의뢰해야 할 의무가 있으며 군사법경찰은 기소의견일 경우 군검찰국장에게 사건을 회부해야 한다. 동법 [별표 2]의 범죄 및 특별히 법이 정한 경우가 아닌 범죄라면 군검찰국장이 아닌 지휘관에게 사건이 회부된다. 그리고 지휘관이 사건을 계속 진행 시키고자 한다면 피고인은 해당 지휘관에 의해 약식재판을 받을 수 있다. 약식의 경우 재판기록이 없다.³⁸⁴⁾

영국의 군사법원은 앞서 언급하였듯이 단순과반으로 평결할 수 있고, 민간인이 피고인의 경우를 제외하고는 집합적으로 선고를 정한다. 다만, 드물게 각 범죄에 대해 개별 선고를 할 수 있다. 이 또한 피고인이 원하여 구성된 군사법원의 경우는 포괄적으로 선고할 수 있다. 참고로 군사법원에서는 일반 형사법원과 달리 ‘공공이익’ 준거(public interest test) 대신 군대 내 질서 유지를 의미하는 ‘군사이익’ 준거(service interest test)를 통해 기소타당성을 검증하기 때문에 민간에 비하여 기소 문턱이 낮은

380) AFA 2006 s.285-287.

381) 오경식 외, 『현행 군 사법제도의 발전방향 연구 최종보고서』(국방부 연구용역보고서, 2012), 56-57면.

382) 제1조 이적행위, 제2조 작전부주의(투항 등), 제3조 작전방해, 제5조 탈출실패, 제6조 반란, 제7조 반란진압 실패, 제8조 탈영, 제31조 함선위협, 제32조 허위항공신호 발신, 제33조 위험 비행, 제37조 및 제38조 각종 노획물 관련 죄 등.

383) 그러나 AFA [별표 2]에서 정한 범죄는 약식회부가 불가하다.

384) Grady, Kate, "Disciplinary Offences at the Court Martial", 718-719면.

편이다.³⁸⁵⁾

4) 영국 군사법원 인권보장역량 시사점

영국의 경우 군사법원 및 군사법제도는 주로 국제(지역)사회의 압력에 의하여 많은 영향을 받은 것을 알 수 있다. 미국이나 대만 등은³⁸⁶⁾ 주로 큰 인권침해 사건으로 군사법제도를 개혁하거나 평시 군사법원을 폐지하였던 것에 비하면 외부로부터의 개입이 강하게 작용한 것으로 보인다. 즉, 영국의 군사법제도가 한 사건으로 잠시 정지되었던 적이 있었을 만큼 내부로부터의 개혁은 더뎠다는 소리일 수도 있다. 이런 변곡점들이 시사하는 바는 군이 매우 폐쇄적이고 거대한 만큼 변화도 어렵다는 것으로 이해된다. 그렇지만 우리나라의 경우도 국제연합 자유권규약위원회의 양심적 병역 거부자를 위한 대체복무제 도입에 관한 수차례의 권고(Concluding Observations) 및 결정(View),³⁸⁷⁾ 자의적 구금실무위원회의 징계입창에 대한 우려 표명³⁸⁸⁾ 등으로 크고 작은 변화의 압력이 존재한다.³⁸⁹⁾ 이 점에서 우리는 영국의 사례에서 시사점을 구할 수 있을 것이다.

영국의 변화는 느렸던 만큼 파격적이기도 했다고 할 수 있다. 2심부터 민간인에 의한 재판이 도입된 점, 군검찰권은 지휘권으로부터 완전히 독립하여 대법관이 지명권자가 된 점, 군수사권 역시 지휘권과 분리된 점 등 지휘권의 개입 여지를 상당 부분 차단한 변화에 주목해 볼 수 있다. 한편, ECtHR이 사법부의 결정이나 판결을

385) Grady, Kate, "Disciplinary Offences at the Court Martial", 719-720면.

386) 미국의 사례는 위 Army News Service(2014. 1. 8.)의 기사 참조; 대만의 경우는 2013년 군인이 징계 중 사망한 사건 참고(김백진, "군사법원 필요성과 목적에 대한 고찰", 200면).

387) 관련 개인통보는, 국제연합 조약기구 홈페이지(https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Countries.aspx?CountryCode=KOR&Lang=EN)에서 검색할 수 있다. 이외에도 특별절차(Special Procedures)에서 AL KOR 2/2018, AL KOR/2015, OL KOR 4/2018, OL KOR 4/2019 등의 서한이 전달된 바 있다.

388) UA KOR 2/2017 권고 제7호(이는 2017년 육군에서 발생한 성소수자 장병을 대상으로 한 「군형법」 제92조의6' 기소 및 재판 사건에 관한 서한이다).

389) 2016년 제출된 집회·결사의 자유 특별보고관 방한보고서(A/HRC.32/36/Add.2)에서 의무경찰의 집회 현장 전면(前面) 투입 금지 권고 등이 있다(경찰청은 실제 이런 관행을 수정하였다). 추가로 가장 최근에는 성전환 육군 하사의 원에 의하지 않은 전역을 두고 AL KOR 4/2020이 발송된 바 있다. 이외에도 우리나라는 사회권규약위원회, 고문방지위원회, 여성차별철폐위원회, 아동권리위원회 등으로부터 성범죄 처벌, 군내 불처벌, 자살예방 및 관리책임자 처벌, 합의된 동성간 성행위 형사처벌, 인권교육 정규화 등의 권고를 받은 바 있다(가장 최근의 권고는 E/C.12/KOR/CO/4, CAT/C/KOR/CO/3-5, CEDAW/C/KOR/CO/8, CRC/C/KOR/CO/3-5이며 자유권규약위원회 권고는 CCPR/C/KOR/CO/4이다).

군 지휘관이 수정하는 행위에 대해 인권침해라고 판시했다는 점 또한 유념해 둘 필요가 있다고 사료된다.³⁹⁰⁾ 이를 우리에게 적용하면 군검찰의 독립성이 대외적으로 의심 받는 상황에서,³⁹¹⁾ 군사법원을 포함한 군사법 자체의 독립성 보장이 인권보장역량 확보를 위한 시발점이 될 것이라고 해석해 볼 수도 있다. 덧붙여서 1990년대 후반 영국은 「인권법」을 제정하고, 그 효과로서 군인징계와 형사제도가 바뀌었다는 사실 역시 빠뜨릴 수 없을 것이다. 우리나라에 인권기본법이 없다는 점에서 양 국가를 비교할 시에 고려할 사항일 것이다.

이외에도 참고할 사항은 군사법원 그 자체라기보다는 그 운영에 관한 점인데, 우리나라의 경우 「정보공개법」을 통하더라도 군 관련 자료는 대체로 구하거나 접하기 어려운 것이 현실이라고 보인다. 한 예로 고등군사법원 홈페이지는 인터넷에서 검색하기조차 어렵다. 반면 영국은 군사법원 통계가 일부지만 체계적으로 공개되고 있어 기본태도상 차이가 있다고 할 수 있다.³⁹²⁾ 실제 이를 가지고 Kate Grady(2016)가 영국 내 5개의 군사법원지원, 키프로스³⁹³⁾와 독일에 각 1개씩 있는 지원의 결과에 대한 통계자료를 분석했다. 이 연구에서 저자는 약식재판은 기록이 없어 미포함되었기 때문에 통계에 왜곡이 발생할 수 있지만, 1) 군사범죄에 따라 기소율과 유죄율 차이가 크고(특히 군무이탈은 높음), 2) 기소건수와 피고인 수를 비교할 때 누범이나 재범이 높다고 추정되며, 3) 육군이 타 군에 비해 적게 대표되었다는 양적연구 결과를 토대로 구체적인 추가 연구방향을 제안했다.³⁹³⁾ 우리와 비교할 때, 군사법원의 인권보장역량을 강화하고 보충하기 위해서는 투명성에 대한 관심과 노력도 놓칠 수 없는 것이 아닌지 생각하게 된다.

종합하면 군사법제도가 그 특수한 목적을 위해 존립하더라도 재판받을 권리나 평등권, 가해자 불처벌의 방지 등 정의실현을 위해서라면 보다 보편적 일반 사법제도에 하에 '일체적'으로 구축되는 것의 중요성을 확인할 수 있을 것이다. 영국이 군사법원에

390) 위 판례. *Morris v. United Kingdom* (2002) 34 EHRR 52.

391) 이에 대해 고문방지협약이 군법무관의 독립성을 확보할 것을 주문하기도 했다(CAT/C/KOR/CO/3-5, 단락 36).

392) 법령은 <https://www.legislation.gov.uk/>, 군사법원 판결통계는 <https://www.gov.uk/government/publications/court-martial-results-from-the-military-court-centres>, 대법원 통계는 <https://www.supremecourt.uk/cases/index.html> 등을 참고할 수 있다.

393) Grady, Kate, "Disciplinary Offences at the Court Martial", 741면.

서 재판할 경우 대중의 의구심을 야기할 것이라 판단해 일반 형사법원에서 재판했던 해군 Donovan의 살인사건을 고려하면 더욱 그렇다고 사료된다. 군의 특수성을 위해서 군에만 존재하는 제도의 효용이 있겠으나, 이에 따라 제대로 된 민주적 감시나 평가가 부재하여 발전도 더뎠던 것이 영국의 경우라고 볼 수 있다.³⁹⁴⁾ 특히 군에만 있다 보니 군의 입장만 반영되고, 또 그 입장은 상명하복의 구조 탓에 고위 지휘관의 입장이 강조될 수밖에 없기도 할 것이다. 이런 조건에서 일체성 및 투명성이 결여되면 제3의 시각을 가진 '전문가'도 양성되기 어렵게 된다.³⁹⁵⁾ 이는 결국 군사법원의 인권보장역량 강화에 있어서도 부정적인 결과를 낳게 될 수밖에 없다고 판단된다. 이런 문제의식은 현행 「군형법」 및 「군사법원법」의 개정의 방향에 유의미한 시사점을 제공할 수 있을 것이다.

다. 독일의 군사법원

현대 독일연방은 유럽 국가이지만 그래도 우리나라의 군사환경 및 법률체제와 유사성이 높다고 할 수 있는데, 2011년까지 징병제를 반세기 이상 유지하였던 국가이고 우리나라 법률체제에도 직간접적으로 영향을 준 나라라고 평할 수 있다. 또한, 독일의 경우 군 인권 보장에 있어서 선진적 모형을 시행하고 있는 국가로 알려져 있기도 하다.³⁹⁶⁾ 특히 두 번의 국제 전쟁을 치루면서 군사주의 문화에 대한 경계와 군에

394) 이는 우리나라의 경우도 마찬가지이다. 현행 군사법원 제도를 두고 “제도와 조문으로 방수격벽을 치고 정규 사법의 개입을 원천적으로 차단”하여 군대를 “시민사회와 분리”시켰다고 비판하는 목소리도 있다(박병욱·이계수, “독일 군 사법제도 재론”, 『공법학연구』 17(3) (2016), 195면).

395) 이런 현상을 두고 누군가는 ‘국민개병/징병제’가 필요하다고 할지도 모르겠다(이런 입장은 Arluck의 2013. 5. 28.자 기고글 참고; Kennedy의 2005. 7. 25.자 기고글 참고). 군이 너무 동떨어진 세계가 되다보면 관심이 줄어들 수 있기는 하다. 그러나 누구나 학교에 다녔다는 이유만으로 교육전문가라고 할 수 없듯이 단지 군을 경험하기 때문에 군사에 대한 관심과 전문적 식견을 가질 것이라는 기대 또한 비약이라고 생각된다. 이는 현재 거의 모든 성인 남성이 군에 입대하는 우리의 상황만 되짚어 봐도 그렇다. 이때 염두에 둘 원칙은 “Arma Togae Cedant”에 담긴 문민통치 정신이라고 생각된다. 그리고 시민사회가 군에 무관심해진 것은 오히려 군이 ‘기밀주의’로 일관하며 ‘정보’를 은폐·통제하고 정당하고 필요한 ‘접근’과 ‘견제’에 소극적으로 응대하였기 때문일 가능성에 대해 검토할 필요도 있을 것이다.

396) 독일 군은 「군인참여법」(Soldatinnen-und Soldatenbeteiligungsgesetz(SBG))이 따로 제정되어 있을 만큼 참정권 및 자유권(집회·결사·의사·표현)이 우리 군에 비해 잘 보장되어 있다고 평가된다(정의당, 2017). 또한, 독일은 우리 군의 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」의 모범 사례였던 「군인의 법적 지위에 관한 법」(Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten, Soldatengesetz - SG)을 제정한 바 있기도 하다. 해당 법률의 자세한 소개는 이재승, “독일의 군인법제”, 『일감법학』 (16) (2009)의 연구를 참고할 것.

대한 문민통치 그리고 ‘제복입은 시민’(Citizens in Uniform)의 개념이 발달하였다는 점에서 우리 군사법원의 인권보장역량을 탐구함에 있어 좋은 비교 사례가 되어 줄 것이라 기대한다. 참고로 대륙법계의 다른 중요 국가인 프랑스의 사례를 적절한 곳에 함께 제시하였다. 두 국가 모두 평시 군사법원이 없다는 공통점이 있다.

1) 독일 군사법제도 개괄

현재 독일은 평시 군사법원이 없다. 제2차 세계대전 패전과 함께 1946년 8월 20일 연합국통제위원회(Allied Control Council) 법률 제34호로 폐지되었다. 다만, 현대 독일 군사법원은 스웨덴의 군사법제도를 따랐으며,³⁹⁷⁾ 중세 프랑스의 그것과 유사하게 비밀(밀행)주의, 서면주의, 규문주의를 따랐다고 한다.³⁹⁸⁾ 법률을 보자면 「군형사 재판법」(1898)이 있으나 공화정 수립 후 평시 군사법원이 설치되지 않으면서 실정법은 적용되고 있지는 않다.³⁹⁹⁾ 사실 독일이 군사법원의 관할을 제한한 것은 전쟁 전에도 있었다. 바이마르 공화국 독일 「헌법」 제106조에서 군사회의(Militärgericht)를 “방위사태 시나 군함에 승선한 군인”의 사건만 다루도록 축소된 것이 그 예이다. 한편, 나치정권 수립 후 1934년 군사회의는 군사법원(Wehrmachtjustiz)으로 바뀌었다.⁴⁰⁰⁾

현행 1949년 독일 연방헌법인 「독일연방 기본법」(Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland)은 제96조 제2항에서 (전시)군사법원 설치 근거를 두고 있다. 특징적인 점은 군사법원이 법무부에 속하고 법관의 자격이 엄격하며 관할권 역시

397) 김동원(2010)에 따르면 스웨덴도 더는 군사법원을 운영하지 않는다(“군사법제도의 특징에 대한 고찰”, 160면). 참고로 스웨덴은 전시에서도 군인이 일반 법원에서 재판을 받는다(Stuart-Smith, J. & Stubbs, W. “Military law”, 『Encyclopædia Britannica』 2017. 1. 23 (<https://www.britannica.com/topic/military-law>, 최종접속일 2020. 11. 1.)).

398) 정웅석·김희균, 『헌법 제27조 제2항(일반국민이 범한 중대한 군사상 기밀, 초병, 초소에 관한 죄 군사재판) 존치 필요성에 관한 연구』, 49면.

세 개의 원리 중 앞선 두 개는 대체로 평이한 이해가 가능하나 규문주의는 탄핵주의와 대비되어 이해할 필요가 있다. 법학에서는 형사소송 유형을 크게 규문주의와 탄핵주의로 나누며 후자는 다시 직권주의와 당사자주의로 나뉜다. 규문주의는 13세기 이후 밀행주의와 서면주의, 엄격한 증거법원칙에 입각하는데 프랑스에서는 고문을 양산하기도 했다. 이는 규문주의에서는 재판기관이 스스로 절차를 개시하고 피고인은 단지 객체에 불과하였기 때문이다. 프랑스 혁명 이후 이는 고문금지 원칙 등으로 개선되었고 이를 두고 일본에서 직권주의라고 번역하였다(주승희, 『당사자주의와 직권주의 소송구조 비교 연구』(한국형사정책연구원, 2006), 19면).

399) 정웅석·김희균, 『헌법 제27조 제2항(일반국민이 범한 중대한 군사상 기밀, 초병, 초소에 관한 죄 군사재판) 존치 필요성에 관한 연구』, 49면.

400) 김중길, “독일의 군사법제도”, 6면.

1) 방위사태 시, 2) 출병 혹은 군함 승선, 3) 군 소속원으로 제한적이란 사실이다.⁴⁰¹⁾ 특히, 법무부에 군사법원이 속한다는 사실은 우리나라에서 군사법원 존치론이 주장되더라도 그 대안으로서는 제시되지 않는 방식으로 보이는데, 독일의 경우 군 지휘부로부터의 재판의 독립을 확실히 하여 비상사태의 경우라 할지라도 인권보장을 위해 노력하고 있다고 할 수 있다.⁴⁰²⁾

그러하다면 평시 군기 규율이 문제가 될 터이다. 독일은 군사법원은 없지만 군사법과 관련된 법률로 1957년 도입한 「군형법」(Wehrstrafgesetz, WStG) 및 2001년 도입한 「군징계법」(Wehrdisziplinarordnung, WDO)이 있다. 「군징계법」 제26조에는 도입 124년 만인 2020년에 위헌 결정이 난⁴⁰³⁾ 우리나라의 징계입창과 유사하나, 법관이 판단·선고하는 ‘징계구금’(Disziplinararrest)이 규정되어 있기도 하다.⁴⁰⁴⁾ 이후 2008년 「군법개혁법」(Wehrrechtsänderungsgesetz)이 통과된 바 있으나 군사법체계에 큰 변화는 없었다고 한다.⁴⁰⁵⁾ 다만, 이런 군사법률의 위반은 일반 법원이나 아래에서 살펴볼 다른 종류의 법원이 관할한다. 참고로 프랑스의 경우 1980년 군사법제도를 개혁하여 평시 군사법원이 폐지되었다.

구체적 논의 전에 군사법원의 헌법적 근거를 살펴보겠다. 다음은 세계법제정보센터가 제공하는 「독일연방 기본법」 제96조의 국문본이다.

○ 독일연방공화국 기본법 [1949년 5월 23일 공포, 1976년 12월 13일 시행]

- ① 연방은 영업상 법적보호를 위하여 연방법원을 설치할 수 있다.
- ② 연방은 군형사법원을 연방법원으로 설치할 수 있다. 군형사법원은, 방위사태의 경

401) 이외에도 「독일연방 기본법」 제87조의a 제2항에서 군의 투입 목적을 기본법상 목적으로 제한하였고, 동조 제3항과 제4항에서 이를 정의하고 있다. 또한, 제97조 제1항에서 법관은 법률에만 구속된다고 규정하고, 제2항에서 임기의 보장 등 처우를 규정하고 있다. 이는 헌법에 의한 신분보장 등으로 법률에 의한 우리의 비하여 보다 강한 보호이다.

402) 김중길, “독일의 군 사법제도”, 7면. 한편, 이런 조치에는 역사적 배경이 있다. 이재승(2009)에 따르면 나치정권 치하 군사법원은 약 3만 건의 사형을 선고, 2만 명의 사형이 집행되었을 만큼 그 남용이 심각했다(이재승, “독일의 군인법제”, 310면). 김중길(2018)도 이재승(2009)의 의견에 동의하며 이런 역사적 아픔이 독일의 법제에 녹아든 것으로 판단한다.

403) 헌법재판소 2020. 9. 24. 선고 2017헌바157, 2018헌가10(병합) 전원재판부 결정 [군인사법 제 57조 제2항 제2호 위헌소원 등](위헌).

404) 징계구금 조문은 “Der Disziplinararrest besteht in einfacher Freiheitsentziehung. Er dauert mindestens drei Tage und höchstens drei Wochen.”이라고 되어 있다.

405) Edith Palmer, “Germany”, In Library of Congress Global Legal Research Center [U.S.A.] (Eds.), Military Justice System: Adjudication of sexual offenses, 2013, p.38.

우에 외국에 출병하거나 군함에 승선하고 있는 군대의 소속원에 대해서 형사재판권을 갖는다. 자세한 사항은 연방 법률로 정한다. 이 법원은 연방법무부장관의 관할에 속한다. 군형사법원의 전임법관은 법관의 자격이 있어야 한다.

③ 제1항·제2항에 열거된 법원의 최고법원은 연방최고법원이다.

④ 연방은 연방에 공법상 근무관계에 있는 자에 대한 징계절차와 소원절차를 관할하는 연방법원을 설치할 수 있다.⁴⁰⁶⁾

⑤ 다음 영역의 형사절차를 위하여 연방법은 연방사원의 동의로 주법원이 연방재판권을 행사한다고 규정할 수 있다.

1. 민족말살;
2. 국제형법상의 반인도적 범죄;
3. 전쟁 범죄;
4. 국가 간의 평화적 공동생활을 방해(제26조 제1항)하는데 적합하고 그 의도로 행하는 기타 행위;
5. 국가안보

2) 독일 군사법원의 관할권

「독일연방 기본법」은 비교적 구체적으로 군사법원의 관할권을 규제하고 있다. 따라서 전·평시 민간인의 군사재판은 아예 논의 사항이라고 할 수 있다. 물적관할에 대해서 군인의 비순정군사범죄에 대한 이견이 있으나, 다수 견해는 인적관할에 해당하므로 군사재판 대상으로 보고 있다고 한다.⁴⁰⁷⁾ 다만, 군기 유지 및 군사범죄를 단죄하기 위한 장치가 부재한 것이 아니며 이는 일반 법원이 도맡고 있다고 할 수 있다. 다른 한편으로는 군의 특수성이 드러나는 사건, 특히 해외 파병 군인의 사건이나 군기와 관련된 비행(非行)에 대한 조치도 제도화한 바, 이를 살펴볼 수 있을 것이다. 여기에는 ‘켄프텐 지방법원’, ‘군무법원’, ‘군사재판부’가 해당하며 아래에서 각기 살펴보겠다. 참고로 프랑스의 경우 평시 군사법원 폐지와 함께 그 관할권이 일반 법원 산하의 군사특별부로 넘어갔다.⁴⁰⁸⁾

406) 본 조항은 후술할 ‘군무법원’의 근거가 된다.

407) 김중길, “독일의 군 사법제도”, 7면.

408) 정용석·김희균, 『헌법 제27조 제2항(일반국민이 범한 중대한 군사상 기밀, 초병, 초소에 관한 죄 군사재판) 존치 필요성에 관한 연구』, 52-53면.

가) 켐프텐 지방법원(Amtsgericht Kempten)

김중길(2018)에 따르면,⁴⁰⁹⁾ 2013년 1분기까지 파병된 해외 주둔지에서 형사사건이 발생하는 경우 관련자는 파병 전 원대 혹은 본토 주소지나 거주지의 관할 민간 검찰이 기소하였다. 그러나 운용상 어려움과 전문성 문제가 대두되면서 독일 「형사소송법」(Strafprozessordnung)이 개정되고, 「특별 해외 파병군의 소송관할에 관한 법률」(Gesetz für einen Gerichtsstand bei besonderer Auslandsverwendung der Bundeswehr)이 제정되었다.⁴¹⁰⁾ 이 법에 따라 해외파병 군인의 관할권은 독일 남부 바바리아 주 켐프텐 시(Kempten) 법원에 부여되었고, 시 검찰청은 중앙검사부(Schwerpunktstaatsanwaltschaft)를 설치했다. 이에 상응하여 군 측에서는 독일 연방군 파병지휘사령부(Einsatzführungskommando)가 협조하는 구조이다. 이렇게 기소된 사건은 켐프텐 지방법원(Amtsgericht)에서 재판이 열리게 된다. 그러나 도입 당시 법학계나 법조계의 면밀한 검토가 이뤄지지 않은 채 ‘군의 특수성’이 우선 고려되는 바람에 논란이 있다. 이러한 ‘특별관할권’은 1개의 시의 검찰청이 전국적인 기소권을 독점하여 각 주의 사법 관할권을 간섭한다는 우려와 독일 「헌법」 제96조 제2항을 위헌한 것이라는 비판이다. 참고로 프랑스의 경우 1999년까지 독일과 아프리카 등에 주둔하는 프랑스 군을 대상으로 한 군사법원이 유지되다가 파리군사법원(Tribunal aux armées de Paris)으로 통합되었고,⁴¹¹⁾ 2012년 1월 1일에 파리군사법원도 해산되었다.

나) 군무법원(Truppendienstgericht)과 군무부(Truppendienstkammern)

위에서 살펴본 「독일연방 기본법」 제92조 제4항은 “연방에 공법상 근무관계에 있는 자에 대한 징계절차와 소원절차를 관할하는 연방법원을 설치할 수 있다”고 규정한다. 이에 근거해 설치된 기구가 바로 ‘군무법원’이다. 이는 기본적으로 「군징계법」에 따른 군인의 징계 및 기타 소청(고충처리)에 관한 재판을 다룬다. 김중길(2018)에 따르면⁴¹²⁾

409) 김중길, “독일의 군 사법제도”, 8면.

410) Edith Palmer, “Germany”, 38면.

411) 정웅석·김희균, 『헌법 제27조 제2항(일반국민이 범한 중대한 군사상 기밀, 초병, 초소에 관한 죄 군사재판) 존치 필요성에 관한 연구』, 53면.

412) 김중길, “독일의 군 사법제도”, 9면.

군무법원의 구체적 설치 근거 법률은 「군무법원의 설치에 관한 법률」(Verordnung über die Errichtung von Truppendienstgerichten), 「군무법원의 직무규정 및 군무부 설치를 위한 법률」(Verordnung zur Regelung der Dienstbereiche der Truppendienstgerichte und zur Bildung von Truppendienstkammern(Truppendienstgerichte-Verordnung, TrDGv))이다.

계속하여 김중길(2018)의 연구를 참고하면,⁴¹³⁾ 군무법원은 「군징계법」 제69조 제1항에 따라 독일 국방부(연방방위부, Bundesministerium der Verteidigung, BMVg)가 법령으로써 설치하며 동조 제3항에 따라 국방부 소관이라고 한다. 1992년까지는 3곳(북·중·남)에 군무법원이 있었으나 현재는 북부 뮌스터와 남부 뮌헨에만 있다. 각 군무법원은 지원 성격으로 ‘군무부’를 두는데 각 2개씩 총 4개가 있고, 이외의 지역에 각 5개씩 총 10개가 추가로 운영된다. 각 군무법원은 관할권을 「군무법원의 직무범위의 규율 및 군무부 설치를 위한 법률」 제1조에 따라 나눠서 행사하며 남부의 경우 해외파병 군인에 대한 사건도 담당한다. 하나의 군무법원은 재판장과 판사들로 구성되며 독일의 특색있는 제도인 ‘명예판사’(Ehrenamtlicher Richter)가 재판에 참여한다.⁴¹⁴⁾ 군무법원은 재판장과 4인의 판사로 구성된 법관회의(Präsidium)가 있으며 재판장은 군무부의 장으로서 판사 및 법원직원을 감독한다.⁴¹⁵⁾

군무법원이 다루는 내용은 군인 징계절차, 벌금 및 체포 등 군 징계규칙 항소절차, 명령 및 전근 등 직무 관련 항소규칙, 그리고 규정의 정지 및 변경에 관한 소송절차를 포함한다.⁴¹⁶⁾ 주요 업무로서 군무법원은 각기 「군징계법」 제22조와 제58조에 정해진 두 개의 징계, 경징계(Einfache Disziplinarmaßnahmen) 및 사법징계(Gerichtliche Disziplinarmaßnahmen)를 판결한다. 전자의 처리는 일반적 징계절차와 같이 징계위원회를 통한다.⁴¹⁷⁾ 후자의 경우는 현역과 예비역에 대한 것으로 구분하여 징계별목이

413) 김중길, “독일의 군 사법제도”, 10-11면.

414) 독일은 헌법이 요구하는 대로 「법관법」이라는 법률로 법관을 규정하는데 그 종류가 직업법관(Berufsrichter)과 명예판사로 나뉜다. 전자는 법률가(Volljurist)로 불리며 후자는 상사판사(Handelsrichter)라고도 불린다. 명예판사는 비법률가이며 관련 분야 전문가이다. 상사재판의 경우 상공회의소가 추천하며 민사재판의 경우 당사자가 정한다(윤중구, “법복을 입은 상인”, 『법률신문』 2003. 10. 20.자 기사(<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Opinion?serial=11811>), 최종접속일 2020. 12. 24.)).

415) 김중길, “독일의 군 사법제도”, 11면.

416) 김중길, “독일의 군 사법제도”, 10면.

417) 경징계는 ‘견책’(Verweis), ‘중(重)견책’(Strenger Verweis), ‘법칙금’(Disziplinarbuße), ‘근신’

정해져 있다.⁴¹⁸⁾ 주목할 점은 「군징계법」 제68조에⁴¹⁹⁾ 따라 징계와 같은 행정처분의 성격이라도 독일군은 지휘관이 행사하는 것이 아니라 재판을 진행하고, 그 항고(소) 역시 연방행정법원(Bundesverwaltungsgericht)이 관할한다는 것이다. 다만, 2심제로 진행한다는 점은 특기할 점이다.⁴²⁰⁾ 한편 군 지휘관 및 군 당국의 입장은 「군징계법」 제81조에서 규정한 ‘군징계법무관’(Wehrdisziplinaranwalt)을 통해서 간접적으로 재판에 반영된다. 징계를 요청하는 군부대는 군징계법무관을 요청(bestellen)할 수 있고, 이들이 징계요청자의 입장을 대리하고 결정된 징계를 집행하는 역할도 맡는다.⁴²¹⁾

군무법원이 재판을 할 때에는 1인의 판사로만 단독 재판부를 구성한다. 다만, 주요 공판절차(Hauptverhandlung)의 경우 1인의 민간인 재판장(주심)과 2인의 군 출신 배석판사(명예판사)로 한 재판부를 구성하게 된다. 군측 인사가 참여한다는 점에서는 심판관 제도와 일부 유사한데 재판장이 민간인이라는 점이 다르다. 사안이 중대한 경우 군무부 재판장은 판사 2인을 추가할 수 있다. 명예판사는 피징계자(피고)와 동일한 계급군(Dienstgradgruppe)에서 1인과 그보다 높은 계급인 참모(영관)장교(Stabsoffizier) 중 1인으로 구성하는데⁴²²⁾ 이는 피고인과 명령복종 관계에 따라 판결에 영향을 받지 않게 하기 위함이다.⁴²³⁾

다) 연방행정법원의 군사재판부(Wehrdienstsenate)

1심인 군무법원의 판결에 불복(Beschwerde)할 시에는 군인은 「군징계법」 제114조에 따라 연방행정법원 군사재판부에 항소할 수 있다. 이외에도 「군항고법」(Wehrbeschwerdeordnung, WBO)에 따라 소청(소원)할 수 있다. 이때, 소청의 재가는

(Ausgangsbeschränkung), ‘징계구금’(Disziplinararrest)이다. 번역은 이재승(“독일의 군인법제”, 311)과 박병욱·이계수(2016)를 참고하였다(“독일 군 사법제도 재론”, 191면).

418) 현역의 경우만 보면 ‘감급’(Kürzung der Dienstbezüge), ‘진급제한’(Beförderungsverbot), ‘연급삭감’(Herabsetzung in der Besoldungsgruppe), ‘강등’(Dienstgradherabsetzung), ‘해임/직무배제’(Entfernung aus dem Dienstverhältnis)이다. 번역은 이재승(“독일의 군인법제”, 311면)과 박병욱·이계수(“독일 군 사법제도 재론”, 191면)를 참고하였다.

419) 원문은 다음과 같다. “Dienstgerichte für gerichtliche Disziplinarverfahren gegen Soldaten und für Verfahren über Beschwerden von Soldaten (Wehrdienstgerichte) sind die Truppendienstgerichte (§§ 69 bis 79) und das Bundesverwaltungsgericht(§ 80).”

420) 김종길, “독일의 군 사법제도”, 10면; 박병욱·이계수, “독일 군 사법제도 재론”, 192면.

421) 박병욱·이계수, “독일 군 사법제도 재론”, 194면.

422) 김종길, “독일의 군 사법제도”, 11면.

423) 박병욱·이계수, “독일 군 사법제도 재론”, 193면.

징계상관이 결정하고, 군인은 이 결정에 재항고를 할 수도 있다.⁴²⁴⁾ 이렇게 이의가 제기된 각 사건은 연방행정법원에는 제1군사재판부와 제2군사재판부, 2개의 군사재판부가 심리를 맡게 된다. 전자는 「군소청법」 절차를 다루고, 후자는 「군징계법」 절차를 맡는다고 한다.⁴²⁵⁾

한편, 항소심 재판부 구성 등은 「군징계법」 제80조에서 규정하고 있다. 이 조항의 내용을 김중길(2018)을 참고하여⁴²⁶⁾ 정리하면 다음과 같다. 우선 군사재판부에는 연방 법무부가 임명한 판사만 참여한다. 이는 연방행정법원 법관회의의 동의를 받아야 하며 철회될 수도 있다. 군무법원과 마찬가지로이지만, 판결 방해요소나 일시적 장애로 군사재판부 구성 결원이 생긴다면 타 재판부의 판사가 법관회의의 결정에 있는 경우 재판에 참여할 수 있다. 주요 공판절차에서는 민간인 출신 판사 3인이 주재하되, 그 외에 경우에는 3인의 민간인 법조인과 2인의 군 출신 명예판사가 주재한다.

참고로 프랑스도 2014년 기준 총 7개의 군사특별부가 운영되고 있었다.⁴²⁷⁾ 경범죄(délit)는⁴²⁸⁾ 법관 3명과 배심원 6명으로 하고, 중범죄(crime)의 경우 배심원이 없다. 이런 관할권이나 재판부 구성 등의 규정은 프랑스 「형사소송법」(Code de procédure pénale) 제9장에서 정하고 있고, 「군형법」(Code de justice militaire)이 별개로 존재한다. 그리고 「형사소송법」 제698조의6에 따라 1심에서는 법관 3인과 배심원 6인 중 6인의 찬성, 2심에서는 법관 3인과 배심원 9인 중 8인의 찬성으로 피고에게 불리한 결정을 내릴 수 있다.⁴²⁹⁾ 끝으로 동법 제699조는 전시 군사법원의 “즉시” 설치가 규정되어 있다.⁴³⁰⁾ 이는 독일과는 다른 점이다.

424) 박병욱·이계수, “독일 군 사법제도 재론”, 192면.

425) 김중길, “독일의 군 사법제도”, 13면.

426) 김중길, “독일의 군 사법제도”.

427) 정웅석·김희균, 『헌법 제27조 제2항(일반국민이 범한 중대한 군사상 기밀, 초병, 초소에 관한 죄 군사재판) 존치 필요성에 관한 연구』, 53-54면.

428) 위반(contravention) 보다는 무거운 죄로 1년에서 5년 사이 징역이 대표적 처벌이다.

429) 정웅석·김희균, 『헌법 제27조 제2항(일반국민이 범한 중대한 군사상 기밀, 초병, 초소에 관한 죄 군사재판) 존치 필요성에 관한 연구』, 55면. 이는 만장일치는 아니지만, 미국이나 영국의 단순다수결보다는 높은 기준이다.

430) 원문은 “En temps de guerre, les tribunaux des forces armées sont immédiatement établis.”라고 하여 ‘즉시성’을 명시하고 있다.

3) 독일 군사법제도의 기타 인권보장역량

독일 군은 징계절차에서도 엄격한 권력분립을 유지하고 있다. 이를 잘 보여주는 것이 군징계법무관이다.⁴³¹⁾ 이들은 「법관법」(Deutsches Richtergesetz, DRiG)에 따라 법관 자격이 있는 법조인들이며 국방부 소속으로 개별 부대와는 지휘체계가 다르다. 한편, 또 다른 특이점은 그 독립성과 권능이다.⁴³²⁾ 바로 군징계법무관이 일선 지휘관을 견제한다는 것이다. 징계항소를 담당하는 연방군징계법무관은 일선 군부대가 1심 군징계법무관의 의견에 반해서 중징계가 예상되는 절차를 밟을 경우 사법적 징계절차를 이행시키는 역할을 맡는다. 평시에는 우리나라의 법무참모의 역할을 하는 직종이지만,⁴³³⁾ 소속이 방위부이고 법관의 자격이 있다 보니 지휘관의 결정을 ‘합법화’하기 위한 논리를 제공하는 것이 아닌 지휘권(군정권)의 내적 견제와 균형이라는 중책을 맡고 있다고 보인다.

덧붙여서 인권의 적극적 보호와 보장을 위한 ‘신뢰관계인 동석’ 제도 등 제3자의 개입도 살펴볼 만한 시사점을 제공해 준다. 일단 경징계 및 사법적 징계를 모두 포괄하여 피징계자는 신뢰관계인의 의견 진술권을 「군징계법」 제4조에 따라 보장받는다고 한다.⁴³⁴⁾ 물론, 우리도 신뢰관계인 동석 제도가 최근에 들어서 2020년 10월 15일 개정발효된 「부대관리훈령」에 반영된 바 있다.⁴³⁵⁾ 그러나 2020년 8월 5일 일부개정 발효된 「국방부 군인·군무원 징계업무처리 훈령」이⁴³⁶⁾ ‘신뢰관계인’을 기존의 범위나 법률보다 임의로 축소시킨 것과 대비된다고 할 것이다. 한편, 독일 연방의회 산하의 국방감독관은 여러 권한 중에서도 군사법에 관하여서 징계 및 형사처벌에 대한 자료와 통계를 요구할 수 있고, 비공개 재판에도 참석할 수 있다고 한다.⁴³⁷⁾ 이는 2014년

431) 박병욱·이계수, “독일 군 사법제도 재론”, 193-194면.

432) 김중길, “독일의 군 사법제도”, 13면.

433) 박병욱·이계수, “독일 군 사법제도 재론”, 194면.

434) 박병욱·이계수, “독일 군 사법제도 재론”, 193면.

435) 제244조(피해자 보호 및 비밀유지의 의무) ④ 피해자는 성폭력 사건 처리에 있어 변호사, 군법무관을 대리인으로 선임할 수 있고, 친족·군인·군무원·성고충전문상담관, 기타 신뢰관계에 있는 사람을 성폭력 사건 처리절차에 참여시킬 수 있다.

436) 제28조 (신뢰관계에 있는 자의 동석) ① 징계위원회는 피해자를 참고인으로 신문하는 경우 피해자의 연령, 심신의 상태, 그 밖의 사정을 고려하여 피해자가 현저하게 불안 또는 긴장을 느낄 우려가 있다고 인정하는 때에는 피해자의 신청에 따라 피해자와 신뢰관계에 있는 자(부대가 지정한 상담관 또는 피해자의 가족에 한다)를 동석하게 할 수 있다.

437) 이재승, “독일의 군인법제”, 314면.

故 윤 일병 사망으로 2016년 도입된 「군인복무기본법」 제42조에서 정한 ‘군인권보호관’이 5년이 지나도록 기능, 규모, 권한을 두고 각 정부부처 간 이해득실이 갈리어 입법이 완성되지 못한 우리의 현실과 대조적이다.

마지막으로 ‘이중처벌 금지’ 원칙의 해석과 적용 방식도 주목할 만하다. 비록 군부법원 등의 절차가 ‘법관’에 의한 것이나, 그 성격상 “교육적 목적”이 더 크므로 이는 행정처분으로 취급하여 형사처벌과 병행 가능하다고 한다. 같이 징병제를 경험했으나, 전역하면 아무런 기록도 남지 않는 징계를 가진 우리나라 군보다 독일군은 더욱 엄중한 책임을 군인들에게 묻고 있는 것으로 보인다. 이상을 종합하여 보자면 독일의 군사법과 군사법원은, 124년 간 영장없는 구금과 1919년 이래 형법에선 사라진 신체적 고통을 통한 훈육에 기반한 소위 “얼차려” 등에 의존했던 우리 군에게, ‘군기 유지’와 ‘인권보장’이 상충하지 않는다는 사실을 실례를 통해 보여주고 있다고 생각한다.

4) 독일 군사법원의 인권보장역량 시사점

독일의 군사법제도는 소위 ‘지휘관 사법’에서 벗어나고자 한 시도가 역력하다고 보인다 유럽의 여러 나라들, 특히 독일의 경우 군이 저지른 과오를 깊이 반성하는 과정에서 ‘군에 대한 정치적 우위’(Primat der Politik)를 중심으로 국가 체제를 정비하였다.⁴³⁸⁾ 따라서 ‘병영사회’라는 비판을⁴³⁹⁾ 받는 우리나라에 시사하는 바 또한 크다고 할 수 있다. 독일은 패전국으로서 영국과는 다른 의미에서 외적 개입이 있었으나, 영국과 달리 ‘내부에서의 자성’이 내적 동기로 작용했다. 그 성과를 볼 때, 국제적 압력과 함께 해당 국가 자체의 결단이 중요함을 알 수 있다. 2018년 대통령 개헌안에서 평시 군사법원 폐지가 담겼던 만큼, 우리 사회도 국제사회의 변화 요구와 함께 독일의 내적 변화의 힘을 참고할 수 있는 여건이 조성되는 면 또한 발견되고 있다.

독일 군사법제도에서는 평시에 군사법원이 없다는 점이 가장 두드러지게 눈에 들어오는 특징일 것이다. 한 걸음 더 나아가면 비상사태 등 전시의 경우라도 매우 제한적으로 관할권을 부여하고 있는 점에 주목할 수 있다. 이는 국가형벌권의 행사가 때로는 개개인에게 매우 심각한 인권침해를 야기할 수 있음을 역사적으로 체험했기 때문이라

438) 박병욱·이계수, “독일 군 사법제도 재론”, 196면.

439) 박병욱·이계수, “독일 군 사법제도 재론”, 197면.

고 추측할 수 있다. 이 때문에 수사도 민간 검찰이 지휘하고 공소도 맡게 되며, 지휘관의 입장이 반영되는 수단도 지휘관의 부하가 아닌 법률가인 자가 하도록 안정장치가 갖춰진 것이라 할 것이다. 역으로 권한이 적은 만큼 오히려 군의 지휘권이 굳건하고 안정적이라는 뜻으로도 읽힐 수도 있다. 이번 논의에서는 독일 법원이 가진 민주적 의사결정 과정을 깊이 다루지 못했지만 이 역시 우리가 참고해야 할 제도라고 본다. 우리 군에서 군판사 역시 계급장이 있는 만큼 진급에 민감할 수 있다. 또한, 소속도 국방부와 각 군 본부이지만 독일은 군사법원을 법무부에 둔 사실도 바트릴 수 없을 것이다. 전시에서도 군사법원의 독립성을 지키고자 하는 의지가 엿보이는 대목이라고 하겠다.

또한, 비록 논란이 되고는 있으나, 해외파병 군인 등 군사적 특수성이 대두되는 분야에 대해서도 민간에서 최대한 관할권을 행사하도록 유지하고 있다고 보인다. 우리 헌법에서 '영토 밖'의 개념이 문제가 된다고 하여 군사법원의 관할권을 심도 깊은 검토 없이 확장하는 결정은 인권의 가치에 부합하는지 의구심을 야기할 수 있다. 여기에 더하여 독일에서는 이처럼 단 한 곳의 '유사' 군사법원조차도 사회적 논란이 된다는 사실도 우리에게 시사점을 안겨준다. 이를 본다면 우리도 헌법 문헌상 '가능'일 뿐이란 점을 좀 더 주목해 볼 여지가 있을 수 있다. 군의 무장과 무력, 그리고 사법권의 국가형벌권은 매우 강력한 공권력임은 부정할 수 없는 사실일 것이다. 그러하다면 이러한 고민의 맥락에서 전시 '단심제'도 재고해 볼 법하다. 두 개의 국가 권력을 단일 주체가 행사하는 것은 단지 헌법 가치가 훼손될 수 있다는 이론상 위험의 문제 차원을 넘어선다고 할 것이다. 공권력이 집중되어 남용될 시 군인과 민간인 모두에게 막대한 인권침해가 발생할 수 있다는 사실은 우리 역사에서도 찾아 볼 수 있을 것이다.

라. 해외 사례 고찰 정리

이상의 해외 사례 비교는 다양한 형태의 군사법원을 탐구하면서 커다란 흐름을 하나 도출할 수 있을 것이다. 군의 특수성을 인정하여, 지휘권 및 군기를 '배려'하기 위한 제도를 운영하더라도 그것은 인권과 기본권을 보장할 수 있어야 한다는 원칙이 바로 그것일 것이다. 이는 국제 인권기구의 권고 및 견해에서도 드러나는 바이다. 군사법의 지휘권 보좌기능을 강조했던 미국과 영국, 역사적 과오를 계기로 평시 군사법원을 운영하지 않는 독일이나 프랑스 모두 일관되게 군 사법체계가 일반 사법체계

에 준하여, 일체성을 가지는 방향으로 개혁되고 있다고 분석해 볼 수 있다. 군사법원의 전·평시 운영이나 그 방식은 역사, 문화, 법제 혹은 정치 상황 등 모종의 이유로 상이할 수 있다. 그러나 인권보장역량을 강화하는 방향으로 변화하고 있다는 점이 세계적 흐름이라 하지 않을 수 없을 것이라고 생각한다.

제2절 | 형사재판 본질 측면에서의 비판적 검토

군사법원은 앞서 살펴본 바와 같이 대법원을 정점으로 하는 일반 사법체계에서 벗어나 있는 특수한 형태의 법원이다. 따라서 형사재판 본질 측면에서 군사법원의 인권보장역량을 조망할 때에는 두 가지 사항을 중심에 두어야 한다. 첫째로 군사법원에만 존재하는 특수한 제도들이 보편적인 형사재판의 각종 원칙에 부합하는지 살펴보고, 원칙에 부합하지 않는다면 군사법원의 특수성이 형사재판의 원칙을 훼손하면서까지 존재해야 하는 충분한 근거를 갖추고 있는지 검토해보아야 한다. 둘째로 보편적인 형사법원의 기능이 일반 형사법원과 비교하여 어떠한 차이를 보이고 있는지 살펴 그 원인을 규명하고 타당성을 검토해보아야 한다.

1. 사법권의 독립성

가. 법원 조직의 독립

1) 군사법원 처리 사건의 특수성에 대한 검토

가) 군사법원 처리 사건의 특성

1993년 군사법제도 개혁을 촉구하는 군법무관의 집단 건의로 국방부가 ‘군사법제도개선연구위원회’를 설치한 이래, 군사법원 제도의 화두는 사법권의 독립성, 특히 법원 조직의 독립성을 어떻게 확보할 것인가에 있었다. 구체적 쟁점으로는 관할관 확인조치권, 심판관, 지휘관에게 부여된 영장발부권, 군법무관 인사권, 각 사단마다

설치된 보통군사법원의 존재 등이 있었다. 군사법원의 독립성을 둘러싼 쟁점별 논의는 민주화 이후 끊이지 않고 계속되고 있는데, 일례로 1994년 '군사법제도개선연구위원회'가 군사법제도 개선안을 발표하여 사단급 군사법원을 폐지하기로 했으나, 군 지휘부의 반발로 6년 뒤인 2000년에 부활하였다가 2017년에는 재차 폐지되는 등 복잡한 양상을 보이고 있다.

이러한 논의의 기저에는 일반 형사사법제도에서 찾아보기 어려운 제도들을 군사법원에서 별도로 운영해야 하는 특수성에 대한 물음이 놓여있다. 특수성을 인정하는 입장은 현행 군사법원 제도의 유지를 주장하는 한편, 특수성을 부정하는 입장은 현행 군사법원 제도의 개정, 나아가 평시 군사법원 제도의 폐지를 주장하기도 한다.

군사법원이 일반법원과 비교하여 갖는 가장 큰 특수성은 군사법원만이 다루거나 또는 주되게 다루는 소위 '군사범죄'에 있다. 군사범죄는 다시 순정군사범죄와 비순정군사범죄로 나누어 규정한다. 이미 「형법」에 의하여 처벌의 대상이 되는 행위의 주체가 군인인 경우 법정형을 상향하여 '군형법'상에 별도로 규정한 범죄는 비순정군사범죄라 한다. 예를 들어 군인을 대상으로 강간 등의 성폭력 범죄를 저지른 군인은 「형법」이 아닌 「군형법」에 따라 처벌하는데, 이 경우에는 「형법」과는 달리 재산형이 없고 자유형만 선고할 수 있다. 반면 일반 사회의 법으로는 의율할 수 없고, 군에서만 범죄로 규정하는 범죄를 순정군사범죄라 한다. 예를 들어 군무이탈, 항복, 도피, 지휘권 남용, 항명, 상관면전모욕 등이 이에 해당한다. 이와 같이 넓은 범주에서 「군사기밀보호법」상 군사기밀누설 등의 범죄도 순정군사범죄로 본다. 이처럼 성격의 차이는 있으나 비순정군사범죄와 순정군사범죄 모두 군이라는 특수 조직의 원활한 운영과 국가 안보 수호, 군기 확립의 목적을 두고 일반 형법과는 별개의 법체계 하에서 다루어진다는 점에서 공통점을 갖는다.

일반 사회에서는 보통 발생하지 않고, 일반 법원에서도 잘 다루지 않는 군사범죄의 존재는 군사법원에 자칫 사법권의 독립을 훼손할 가능성이 있는 특수한 제도를 운영해야만 하는 주된 근거로 꼽힌다. 군에서만 발생하는 특수한 범죄 상황으로부터 군 조직과 국가 안보를 수호해야 하는데, 이를 위해 특수한 제도와 절차도 필요하다는 것이다.

이에 본 연구에서는 형사재판 본질 측면에서의 군사법원의 인권보장역량을 평가하

는 데 있어 실제 군사법원이 처리하고 있는 사건의 현황을 파악하여 위의 주장이 타당한 것인지 검토하고, 그에 따라 특수한 재판 관계 제도의 타당성 역시 검토하기로 하였다.

본 연구에서는 군사법원에 접수되는 사건을 근거 법률에 따라 군사범죄와 비군사범죄로 나누지 않고, 범죄의 성격에 따라 나누어 조사하였다. 「군형법」에 규정된 범죄 중에서도 간첩과 이적의 죄, 군무이탈의 죄, 상관과 관련한 죄, 군용물에 관련한 죄, 초병에 관련한 죄 등을 군사범죄로, 폭력, 성폭력에 관련한 죄는 비군사범죄로 분류하였고, 군사기밀, 국가안보에 관련된 범죄는 「군형법」이 규정한 범죄가 아닐지라도 군사범죄로 분류하였다.

나) 군사법원 사건 접수 현황

2017년부터 2019년까지 3년간 국방부 및 육·해·공군 예하 보통군사법원에 접수된 사건은 총 8,624건으로, 연평균 2,875건이며, 국방부 고등군사법원에 접수된 항소심 사건은 1,347건으로, 연평균 449건이다. 사건의 수로만 단순하게 비교하면, 전국의 모든 보통군사법원에서 처리하는 사건의 수를 합치면 일반 지방법원의 지원 1개소에서 연간 처리하는 사건의 수와 비슷하고, 고등군사법원에서 처리하는 사건의 수는 일반 고등법원 1개소에서 연간 처리하는 사건 수의 35% 정도다.

지난 3년 간 전군 보통군사법원에 접수된 사건 중 공판 사건은 3,522건이고 나머지 5,104건은 약식사건이다. 공판 사건은 연 평균 1,174건 정도로, 전체 사건 수의 40.8%다.

▶▶▶ 【표 5-2-1】 전군 보통군사법원 연간 사건 접수 수

연도	합계	공판사건		약식사건	
		사건수(개)	비율(%)	사건수(개)	비율
평균	2,875	1,174	40.8	1,701	59.2
2019	2,840	1,148	40.4	1,692	59.6
2018	2,780	1,126	40.5	1,654	59.5
2017	3,006	1,248	41.5	1,758	58.5

출처: 고등군사법원/육·해·공군 군사법원, 『군사법원 연감』(2017-2019), 재구성.

▶▶▶ [표 5-2-2] 국방부 고등군사법원 연간 사건 접수 수

연도	사건 수
평균	449
2019	443
2018	431
2017	473

출처: 고등군사법원/육·해·공군 군사법원, 『군사법원 연감』(2017-2019), 재구성.

보통군사법원에 접수된 1심 총 사건 중 군사범죄에 해당하는 범죄는 2017년 245건(8.2%), 2018년 221건(7.9%), 2019년 228건(8.1%)으로, 총 접수 사건 대비 8% 내외다. 비군사범죄에 해당하는 범죄는 2017년 2,760건(91.8%), 2018년 2,559건(92.1%), 2019년 2,611건(91.9%)으로, 총 접수 사건 대비 92% 내외다.

1심 총 접수 사건 대비 비군사범죄 세부 내역은 2019년을 기준으로, 살인, 과실치사, 절도강도, 사기공갈, 횡령배임, 뇌물, 풍속 등의 「형법」상 주요 범죄가 379건(13.3%), 「형법」상 성범죄, 「군형법」상 성범죄, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」상 성범죄, 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」상 성범죄, 「성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률」상 성범죄 등의 성범죄가 415건(14.6%), 「형법」상 상해폭행의 죄, 상해등치사, 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 위반 등 폭력범죄가 447건(15.7%), 「교통사고처리특례법」, 「도로교통법」 위반, 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 중 도주 등 교통범죄가 709건(25.0%), 그 밖의 기타 범죄가 661건(23.3%)이었다.

1심 총 접수 사건 대비 군사범죄의 세부 내역은 2019년을 기준으로, 「군사기밀보호법」, 「국가보안법」상 기밀 누설의 죄가 2건(0.1%), 간첩·이적의 죄가 0건(0%), 군무이탈의 죄가 55건(1.9%), 군용물 관련의 죄가 18건(0.6%), 초병 관련의 죄가 35건(1.2%), 상관 관련의 죄가 76건(2.6%), 기타 군사범죄가 42건(1.4%)이었다.

고등군사법원에 접수된 항소심 총 사건 중 군사범죄에 해당하는 범죄는 2017년 53건(11.2%), 2018년 34건(7.9%), 2019년 61건(13.8%)로, 총 접수 사건 대비 11% 내외다. 비군사범죄에 해당하는 범죄는 2017년 420건(88.8%), 2018년 397건(92.7%), 2019년 382건(86.2%)로, 총 접수 사건 대비 89% 내외다.

항소심 총 접수 사건 대비 비군사범죄 세부 내역은 2019년을 기준으로, 「형법」상 주요 범죄가 61건(13.8%), 성범죄가 170건(38.4%), 폭력 범죄가 46건(10.4%), 교통

범죄가 28건(6.3%), 기타 범죄가 77건(17.4%)이었다.

항소심 총 접수 사건 대비 군사범죄 세부내역은 2019년 기준 기밀누설의 죄가 2건(0.5%), 간첩·이적의 죄가 0건(0%), 군무이탈의 죄가 9건(2.0%), 군용품 관련의 죄가 9건(2.0%), 초병 관련의 죄가 7건(1.6%), 상관 관련의 죄가 26건(5.9%), 기타 군사범죄가 8건(1.8%)이었다.

▶▶▶ [표 5-2-3] 전군 보통군사법원 연간 접수 사건 분류

연도	죄명	합계		피고 신분				
		사건수	비율(%)	장교	준·부사관	병사	군무원	민간인
2019	합계	2,839	100.0	343	814	1,610	63	9
	군사범죄	228	8.1	30	56	133	2	7
	형법주요범죄	379	13.3	37	71	264	7	0
	성범죄	415	14.6	49	108	252	5	1
	폭력범죄	447	15.7	21	77	344	5	0
	교통범죄	709	25.0	139	386	151	33	0
	기타범죄	661	25.3	67	116	466	11	1
2018	합계	2,780	100.0	329	867	1,482	92	10
	군사범죄	221	7.9	16	54	144	0	7
	형법주요범죄	431	15.5	41	94	283	13	0
	성범죄	413	14.9	44	93	260	15	1
	폭력범죄	432	15.5	29	91	305	7	0
	교통범죄	829	29.8	149	427	206	46	1
	기타범죄	454	16.3	50	108	284	11	1
2017	합계	3,005	100.0	328	1,014	1,571	81	11
	군사범죄	245	8.2	24	57	153	4	7
	형법주요범죄	432	14.4	34	114	272	11	1
	성범죄	435	14.5	49	90	287	7	2
	폭력범죄	485	16.1	16	114	349	5	1
	교통범죄	980	32.6	165	546	219	50	0
	기타범죄	428	14.2	40	93	291	4	0

출처: 고등군사법원/육·해·공군 군사법원, 『군사법원 연감』(2017-2019), 재구성.

▶▶ [표 5-2-4] 국방부 고등군사법원 연간 접수 사건 분류

연도	죄명	합계		피고 신분				
		사건수	비율(%)	장교	준·부사관	병사	군무원	민간인
2019	합계	443	100.0	86	149	177	24	7
	군사범죄	61	13.8	8	30	15	1	7
	형법주요범죄	61	13.8	11	19	27	4	0
	성범죄	170	38.4	35	57	68	10	0
	폭력범죄	46	10.4	6	12	26	2	0
	교통범죄	28	6.3	4	12	10	2	0
	기타범죄	77	17.4	22	19	31	5	0
2018	합계	431	100.0	90	147	174	16	4
	군사범죄	34	7.9	8	10	13	0	3
	형법주요범죄	54	12.5	10	14	25	5	0
	성범죄	168	39.0	32	55	81	0	0
	폭력범죄	49	11.4	7	27	11	4	0
	교통범죄	33	7.7	5	13	14	1	0
	기타범죄	93	21.6	28	28	30	6	1
2017	합계	473	100.0	99	114	238	20	2
	군사범죄	53	11.2	11	14	22	4	2
	형법주요범죄	67	14.2	15	18	29	5	0
	성범죄	183	38.7	37	37	106	3	0
	폭력범죄	53	11.2	5	13	33	2	0
	교통범죄	38	8.0	8	15	11	4	0
	기타범죄	79	16.7	23	17	37	2	0

출처: 고등군사법원/육·해·공군 군사법원, 『군사법원 연감』(2017-2019), 재구성.

▶▶▶ [표 5-2-5] 전군 보통군사법원 연간 접수 군사범죄 사건 분류

연도	죄명	사건수	피고 신분				
			장교	준·부사관	병사	군무원	민간인
2019	합계	228	30	56	133	2	7
	기밀누설죄	2	1	1	0	0	0
	간첩이적죄	0	0	0	0	0	0
	군무이탈죄	55	8	11	36	0	0
	상관관련죄	76	10	26	39	1	0
	군용물관련죄	18	2	8	7	0	1
	초병관련죄	35	3	3	23	0	6
	기타군사범죄	42	6	7	28	1	0
2018	합계	221	16	54	144	0	7
	기밀누설죄	3	2	1	0	0	0
	간첩이적죄	0	0	0	0	0	0
	군무이탈죄	58	2	8	48	0	0
	상관관련죄	54	3	13	38	0	0
	군용물관련죄	22	2	13	4	0	3
	초병관련죄	41	4	6	28	0	3
	기타군사범죄	43	3	13	26	0	1
2017	합계	245	24	57	153	4	7
	기밀누설죄	5	3	1	0	0	1
	간첩이적죄	0	0	0	0	0	0
	군무이탈죄	64	3	11	50	0	0
	상관관련죄	55	3	16	35	1	0
	군용물관련죄	25	5	9	7	1	3
	초병관련죄	51	3	7	38	0	3
	기타군사범죄	45	7	13	23	2	0

출처: 고등군사법원/육·해·공군 군사법원, 『군사법원 연감』(2017-2019), 재구성.

▶▶▶ [표 5-2-6] 국방부 고등군사법원 연간 접수 군사범죄 사건 분류

연도	죄명	사건수	피고 신분				
			장교	준·부사관	병사	군무원	민간인
2019	합계	61	8	30	15	1	7
	기밀누설죄	2	1	1	0	0	0
	간첩이적죄	0	0	0	0	0	0
	군무이탈죄	9	1	3	5	0	0
	상관관련죄	26	4	16	6	0	0
	군용물관련죄	9	0	7	0	0	2
	초병관련죄	7	0	0	2	0	5
	기타군사범죄	8	2	3	2	1	0
2018	합계	34	8	10	13	0	3
	기밀누설죄	6	4	0	0	0	2
	간첩이적죄	0	0	0	0	0	0
	군무이탈죄	6	0	0	6	0	0
	상관관련죄	12	3	5	4	0	0
	군용물관련죄	4	0	3	0	0	1
	초병관련죄	6	1	2	3	0	0
	기타군사범죄	0	0	0	0	0	0
2017	합계	53	11	14	22	2	2
	기밀누설죄	4	1	1	0	2	0
	간첩이적죄	0	0	0	0	0	0
	군무이탈죄	14	1	2	11	0	0
	상관관련죄	14	1	6	5	2	0
	군용물관련죄	10	4	4	0	0	2
	초병관련죄	8	1	1	6	0	0
	기타군사범죄	3	3	0	0	0	0

출처: 고등군사법원/육·해·공군 군사법원, 『군사법원 연감』(2017-2019), 재구성.

통계에 따르면, 군사법원 연간 접수 사건 중 군사범죄의 비중은 전체의 10%가 되지 않는 소수다. 군사범죄 중에서도 다수를 점하는 상관관련죄가 대부분 상관모욕죄, 초병관련죄가 초병폭행죄 등임을 고려하면 재판에 있어 법관에게 군사적 지식을 요하는 사건의 수는 더 적어진다. 실제 군사법원 1심 재판부에서 가장 많이 다루고 있는 사건은 교통범죄고, 항소심 재판부는 다른 사건에 비해 성범죄 사건을 압도적으로 많이 다루고 있다. 그렇다면 일반 법원과 별 다를 바 없는 사건들을 주로 다루는 군사법원에서 소수에 불과한 군사범죄의 존재를 이유로 사건 성격에 대한 구분 없이

형사재판의 공정성을 저해할 수 있는 특수한 제도를 운영해야 한다는 주장은 다소 설득력이 떨어지는 것으로 보인다.

재판의 관할 대상이 군인, 또는 준(準)군인이라는 이유만으로 「헌법」이 보장하고 있는 공정하게 재판 받을 권리의 본질적 부분이 침해되는 것은 불합리한 일이다. 따라서 이후의 논의에서는 군사법원에 존재하는 각각의 특수한 제도들이 「헌법」이 보장하는 공정하게 재판 받을 권리의 본질적 부분을 어떻게 침해하고 있는지 살펴보고 제도의 개정 방향을 검토하고자 한다.

2) 심판관 제도

가) 현행 제도

심판관 제도는 「군사법원법」 제22조,⁴⁴⁰⁾ 제24조⁴⁴¹⁾에 근거하는데, 법관이 아닌 일반 군인에게 각급 군사법원의 관할관, 즉 관할지역 내의 최고 지휘관이 재판관의 자격을 주는 제도다. 법률이 정하고 있는 심판관의 자격에는 법관으로서의 자격은 없고, 인격과 학식이 충분하고 법에 관한 소양만 있으면 된다. 「헌법」은 모든 국민이 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 규정하고 있는데, 심판관이 법률에 의하여 법관에 준하는 자격을 획득하는 자라고 할지라도 일반 법관에 비추어 볼 때 자격을 갖춘 법관이라 보기는 어렵다. 따라서 심판관이 관여하는 재판을 받는 사람은 실질적으로 「헌법」이 보장하는 권리의 본질적 부분을 침해당하게 되는 것이다.

심판관 제도에 대한 문제 제기와 제도 개정 논의는 오랜 연원을 갖고 있다. 1987년 9차 개정 「헌법」이 시행됨에 따라 군법회의가 군사법원으로 개칭되고, 이때 「군법회의법」도 「군사법원법」으로 개정되는데, 종전과 달리 재판부의 구성에서 군판사의 수를 심판관의 수보다 많게 하였다. 본래 군법회의의 재판부는 심판관 2인, 또는 4인

440) 「군사법원법」 제22조(군사법원의 구성) ① 보통군사법원은 재판관 1명 또는 3명으로 구성한다.

② 고등군사법원은 재판관 3명 또는 5명으로 구성한다.

③ 재판관은 군판사와 심판관으로 하고, 재판장은 선임(先任)군판사가 된다. <개정 2016. 1. 6.>

441) 「군사법원법」 제24조(심판관의 임명과 자격) ① 심판관은 다음 각 호의 자격을 갖춘 영관급 이상의 장교 중에서 관할관이 임명한다. <개정 2016. 1. 6.>

1. 법에 관한 소양이 있는 사람

2. 재판관으로서의 인격과 학식이 충분한 사람

② 관할관의 부하가 아닌 장교를 심판관으로 할 때에는 해당 군 참모총장이 임명한다.

과 군판사(당시 '법무사') 1인으로 구성되어 사실상 법관이 아닌 군인이 재판을 하였던 셈인데, 개정 법률은 심판관 1인, 군판사 2인으로 변경하였던 것이다. 이후 1993년 '국방부 군사법제도개선연구위원회'는 관할관 제도 폐지를 논의하였는데, 심판관은 관할관이 지정하는 것인바, 사실상 심판관 제도도 폐지의 대상이 된 것이나 다름이 없었다. 그러나 위원회 활동의 결과로 1994년 발표된 군사법제도 개선안에 이와 같은 내용은 군 지휘관들의 반발로 반영되지 못하였다. 2006년 참여정부의 사법제도개혁 추진위원회는 평시 심판관 제도의 폐지를 의결하였으나, 실제 법 개정으로 이어지는 못했다.

이후 관련 제도의 정비는 2016년에 이르러서야 이루어진다. 2016년 개정된 「군사법원법」에 따르면, 심판관은 관할관이 지정한 사건에만 임명하게 되어있고(제26조 제1항,⁴⁴²⁾ 제27조 제1항⁴⁴³⁾, 심판관을 지정하고자 할 때에는 각 군 참모총장, 또는 국방부장관의 승인을 받아야한다(제25조 제2항⁴⁴⁴⁾). 관할관이 지정한 사건이란 성범죄를 제외한 「군형법」상의 범죄와 「군사기밀보호법」에 규정된 죄로만 공소제기된 사건 중 고도의 군사적 전문지식과 경험이 필요한 사건에 한정된다(제27조의2⁴⁴⁵⁾).

2016년의 법률 개정은 사실상 심판관 제도를 폐지한 것이나 다름없다는 평가를 받고 있으며, 제도가 실제 운영되는 경우 역시 거의 없다. 군사법원의 특수 제도의 적용 범위를 소수 군사범죄에 한정하였다는 점에서 바람직한 방향으로 평가된다. 그러나 제도가 온전히 폐지된 것은 아니다. 법률상 여전히 관할관의 판단 하에 군사범죄를 재판할 때 법관이 아닌 자가 심리와 판결에 참여할 수 있기 때문이다. 「군사법원법」은 심판관 제도의 존치를 통해 여전히 위험적 요소를 담고 있는 것이다.

442) 「군사법원법」 제26조(보통군사법원의 재판관) ① 보통군사법원에서는 군판사 3명을 재판관으로 한다. 다만, 관할관이 지정한 사건에서는 군판사 2명과 심판관 1명을 재판관으로 한다.

443) 「군사법원법」 제27조(고등군사법원의 재판관) ① 고등군사법원에서는 군판사 3명을 재판관으로 한다. 다만, 관할관이 지정한 사건의 경우 군판사 3명과 심판관 2명을 재판관으로 한다.

444) 「군사법원법」 제25조(재판관의 지정) ② 국방부장관, 각 군 참모총장 이외의 관할관이 심판관인 재판관을 지정하는 경우에는 각 군 참모총장의 승인을 받아야 하고, 각 군 참모총장인 관할관이 심판관인 재판관을 지정하는 경우에는 국방부장관의 승인을 받아야 한다.

445) 「군사법원법」 제27조의2(관할관이 지정한 사건의 정의) 제26조 제1항 단서 및 제27조 제1항 단서에서 “관할관이 지정한 사건”이란 각각 관할관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 죄로만 공소제기된 사건 중 고도의 군사적 전문지식과 경험이 필요한 사건으로서 심판관을 재판관으로 임명할 필요가 있다고 지정한 사건을 말한다.

1. 「군형법」에 규정된 죄(제2편 제15장의 강간과 추행의 죄는 제외한다)
2. 「군사기밀 보호법」에 규정된 죄

형사사법체계 상에서 전문성을 이유로 법관이 아닌 자가 판결에 참여할 수 있는 제도는 군사법원의 심판관 제도가 유일하다. 일반 법원과 마찬가지로 군사법원에도 재판 업무를 보조하는 재판 연구관이 있다. 이처럼 재판 과정상 전문성을 보완하기 위한 제도들이 존재하기 때문에, 전문성의 확보를 재판관으로 법관이 아닌 자가 포함되어야 할 이유로 제시하는 것은 설득력이 떨어져 보인다. 따라서 전·평시를 구분하지 않고 심판관 제도는 전면 폐지가 검토되어야 한다. 특히 전시, 또는 비상계엄 시의 경우 군사법원의 관할이 확대되고, 일부 범죄에 대하여 단심제가 적용될 수 있으며, 민간인도 특정 범죄에 한정하여 군사법원의 재판을 받게 되는 바, 심판관 제도는 비상시 국민의 기본권을 과도히 침해하는 단초로 작용할 수 있는 위험성을 내포한다.

나) 개정 추진 상황

2020년 7월 3일 자로 정부가 국회에 제출한 ‘군사법원법 일부개정법률안’에는 심판관 제도를 폐지하는 내용이 담겨있다.

3) 관할관 및 관할관 확인조치권

가) 현행 제도

관할관 제도는 법원의 관할 지역 내 군 최고 지휘관이 관할관으로서 행정 사무를 감독하게 하는 제도로 「군사법원법」 제7조⁴⁴⁶⁾에 근거하고 있다. 고등군사법원과 국방부 보통군사법원의 관할관은 국방부장관이며, 보통군사법원의 관할관은 법원이 설치되는 부대와 지역의 사령관, 장 또는 책임지휘관으로 한다.

관할관의 권한으로는 심판관 임명, 심판관 임명 사건의 지정, 정병, 통역인, 기사의 임명, 제척, 기피신청 시 재판관의 경질, 재판 개정 장소의 결정, 집행이 유예되지 않은 자유형과 재산형, 자격정지형에 대한 판결을 확인하는 확인조치권이 있다. 이중 확인조치권은 소위 ‘감경권’으로 불리는데, 선고된 형의 3분의 1 미만의 범위에서 그 형을 감경할 수 있는 권한이다.

관할관 확인조치권은 심판관 제도와 마찬가지로 법관이 아닌 자가 판결에 영향을 미칠 수 있는 제도라는 점에서 위험성을 갖는다. 관할관이 재량권을 행사하여 임의로

446) 「군사법원법」 제7조(군사법원 관할관) ① 군사법원에 관할관을 둔다.

형을 감경하는 행위는 재판이 법률에 의하여 이루어져야 한다는 헌법의 원칙을 훼손하는 것이며, 법치주의에 대적된다. 사실상 형의 일부를 감한다는 점에서 대통령의 사면권과 비슷한 성격을 갖는데, 대통령이 일반사면을 명할 때에는 헌법에 따라 국회의 동의를 얻어야 한다는 점을 감안하면 관할관 확인조치권 행사는 최소한의 견제 장치도 마련되어있지 않은 무소불위의 권한인 것이다.

관할관 제도는 1심 보통군사법원 설치 문제와도 연결되어있다. 보통군사법원이 사단급 부대에 모두 설치되면 사단장들도 관할관으로서의 권한을 행사할 수 있게 되는데, 이렇게 되면 재판이 관여할 수 있는 관할관의 수가 기하급수적으로 늘어나게 된다. 본래 보통군사법원은 사단급 부대에 모두 설치되어 있었으나, 1994년 국방부의 '군사법제도 개선안'에 따라 군단급 이상 부대에만 설치되었다. 그러나 이후 장성급 지휘관들이 지휘권 침해, 군기 확립 등을 이유로 사단급 보통군사법원의 부활을 강력히 주장하여 2000년에 사단급 보통군사법원이 모두 부활하게 되고 80명이 넘는 관할관이 생기게 된다. 이후 2016년 「군사법원법」 개정에 따라 사단급 보통군사법원은 모두 폐지되고, 군단급 보통군사법원만 남게 되었다.

관할관 확인조치권에 대한 문제지적 역시 심판관 제도에 대한 문제지적과 마찬가지로 오랜 연원을 갖는다. 1994년 「군사법원법」이 개정되기 전까지 관할관 확인조치권의 행사 범위에는 제한이 없었다. 개정 법률은 무죄, 면소, 공소기각, 형의 면제, 형의 선고유예, 형의 집행유예, 사형, 무기징역, 무기금고의 판결을 확인조치의 대상에서 제외하여 관할관 확인조치권에 일부 제한을 두었다. 이후 '사법제도개혁추진위원회'는 관할관 확인조치권을 평시에 폐지하는 안을 의결하였으나, 실제적인 법률 개정으로 이어지지는 못했다.

관할관 확인조치권 역시 실질적인 제도의 정비는 2016년에 이르러서야 이루어지는데, 2016년 개정된 「군사법원법」은 관할관이 형을 감경할 수 있는 범죄를 피고인이 작전, 교육 및 훈련 등 업무를 성실하고 적극적으로 수행하는 과정에서 발생한 범죄로 제한하고 있다. 『군사법원 연감』에 따르면 실제 2016년 법률 개정 이후 관할관이 감경권을 행사한 사례는 0건이다.

그러나 법률상 여전히 관할관은 감경권을 행사할 수 있다. 무엇보다 감경권 행사의 조건으로 제시된 '피고인이 작전, 교육 및 훈련 등 업무를 성실하고 적극적으로 수행하

는 과정에서 발생한 범죄'는 기준이 모호하고 주관적이어서 관할관이 감경권을 행사하기로 마음을 먹으면 통제 기준으로 작용하기도 어려울 것으로 예상된다.

이처럼 관할관 확인조치권은 형사사법체계에 군 지휘관이 개입하여 사실상 판결의 내용을 바꿀 수 있다는 점에서 사법권 독립을 심각히 저해하고 법질서를 훼손하는 제도다. 전·평시에 관계없이 폐지되어야 할 것이다.

나) 개정 추진 상황

2020년 7월 3일 자료 정부가 국회에 제출한 '군사법원법 일부개정법률안'에는 관할관 확인조치권을 포함한 관할관 제도를 전면 폐지하는 내용이 담겨있다.

나. 군인사 인사제도와 법관 지위의 보장

1) 현행 제도

법관의 지위 보장은 공정한 재판을 위한 기본적인 전제 조건으로, 「헌법」은 법관이 헌법과 법률에 의하여 양심에 따라 독립하여 재판할 수 있게끔 하고 있다. 또한 법관은 탄핵, 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니하며, 징계처분에 의하지 아니하고는 정직 등 기타 불리한 처분도 받지 않게끔 되어있다. 이처럼 헌법은 법관에게 가해지는 부당한 외압의 가능성을 사전에 차단하기 위한 다양한 장치를 마련하고 있다.

한편, 법관의 지위 보장은 명시적인 지위의 보장, 즉 법관의 직을 부당하게 박탈당하지 못하게끔 하거나, 직무 수행을 방해 받지 않게끔 하는 수준을 넘어서 실질적인 지위의 보장에도 이르러야 한다. 만약 법관에 대한 인사가 공정하게 이루어지지 않아 법관이 인사권자의 눈치를 본다던가, 또는 그렇게 될 가능성을 내포한 인사 제도가 운영된다면 법관들은 장래에 마주하게 될 일신상, 인사상의 불이익을 위해 스스로의 양심을 검열하여 독립적인 심판에 이르지 못할 가능성이 크다. 이로 인해 일반 법원에서 법관 인사제도의 정비는 늘 공정한 재판과 법관 지위 보장 문제의 주된 화두로 제기되어왔다.

군사법원은 기본적으로 대한민국이 채택하고 있는 입법, 사법, 행정의 삼권분립 대원칙에 부합하지 않는 사법제도다. 군대는 행정조직이고, 군을 통수하는 대통령과

대통령의 명을 받아 군정권과 군령권을 행사하는 국방부장관 모두 행정부에 속해있다. 각 군 참모총장 이하 예하 각 부대의 장 역시 마찬가지다. 그런데 사법기관에 해당하는 군사법원은 사법권의 독립을 이루지 못하고 행정조직인 군에 소속되어 행정부의 지휘를 받고 있다. 태생적으로 권력 분립과 상호 견제의 원리가 작동하기 어려운 전제 조건 속에 있는 것이다. 따라서 군사법원의 법관 지위 보장 문제를 검토할 때에는 일반 법원에서 고려해야 할 사항에 더하여 인사권의 소재가 법관이 아닌 자에게 있기 때문에 초래될 수 있는 우려 지점들을 함께 살펴보아야 한다.

현행 법률상 군판사는 일반 법원의 법관과 마찬가지로 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니하며, 징계처분에 의하지 아니하고는 정직 등의 불리한 처분을 받지 않게끔 되어있어 명시적인 지위의 보장이 이루어지고 있다고 할 수 있다. 한편, 군판사에 대한 인사권은 각 군 참모총장에게 있고, 국방부 및 국방부직할통합부대의 군판사에 한하여 국방부장관이 인사권을 행사하게 되어 있다. 기본적으로 각 군 소속의 군인에 대한 인사권은 군정권을 행사하는 참모총장에게 소재하는 것으로, 군판사 역시 마찬가지인 것이다. 따라서 군판사는 법관으로 군 조직에서 사법권을 행사하는 사람임과 동시에 참모총장의 부하라는 이중적 지위를 갖게 된다.

참모총장의 군판사에 대한 인사권은 실질적으로는 참모총장을 보좌하는 법무참모에게 있다고 볼 수 있는데, 각 군 본부의 법무실장이 법무병과장으로서 사실상 병과 내 인사권을 쥐고 있기 때문이다. 법무병과에 소속된 군법무관들은 다시 일반 법무관과 군검사, 군판사로 보직이 나뉘게 된다. 현행 법률 제도상 이들은 순환보직을 하고 있어 일반 정책 업무를 보는 법무관이 군검사로 보직을 이동하였다가, 다시 군판사가 되었다가, 또 정책 업무를 보는 법무관으로 보임되는 식으로 운영된다. 이러한 순환보직 제도는 일반 법원에서는 찾아볼 수 없는 시스템으로 민간 검사가 판사로 자리를 옮겼다가 다시 법무부로 가서 근무하는 것과 비슷한 제도라 볼 수 있다. 이처럼 한 사람이 사법과 수사, 일반행정의 경계를 넘나들며 임무를 수행하는 것은 재판의 공정성을 훼손할 수 있는 위험성을 내포한다. 인사권에 있어서도 법무병과장인 각 군 본부 법무실장이 사실상 군판사, 군검사, 일반 법무관에 대한 인사권을 모두 행사하는 것이나 다름없는 바, 이러한 시스템은 법관의 독립적 지위 보장을 난망하게 하는 결과를 낳게 된다.

종합하면 현행 제도상 군사법원은 법관에 대한 인사권을 사법기관이 아닌 행정부에 두고 있고, 이 안에서도 인사권이 일원화되지 못하고 각 군에 분산되어있으며, 분산된 인사권 역시 사법, 수사, 행정의 영역을 아울러 행사되고 있어 법관의 독립성 보장이 어려운 상황이다.

이에 2006년 사법제도개혁추진위원회는 군판사의 지위 보장을 보완하기 위한 몇 가지 보완책들을 의결하게 된다. 첫째는 모든 군판사의 소속을 국방부로 일원화하고, 군판사는 국방부장관의 지휘만을 받게 하는 것이다. 분산된 인사권을 국방부로 집중하여 법관 독립성 침해의 변수를 줄이고자 한 것이다. 이에 따르면 국방부에 소속된 군판사들은 각각 재판부에 소속되어 전국에 퍼져있는 각급 군사법원에 순회재판을 다니게 되고, 사법행정사무에 있어서 각 군 참모총장의 지휘는 받지 않게 된다. 아울러 위원회는 민간인이 참여하는 군판사인사위원회를 설치하여 국방부장관의 법관 인사권 행사를 견제, 보완하고자 하였다. 동시에 고등군사법원장은 국방부장관의 제청으로 대통령이 임명하게끔 하고자 하였다. 이 외에도 특정직 공무원으로 민간인 중에 군판사를 선발하게 하는 등 군판사에 대한 인사권자의 외압 가능성을 차단하기 위해 제도를 다양한 방식으로 보완하고자 하였다. 그러나 위원회의 의결안은 실제적인 법률 개정으로 이어지지는 못하였다.

2) 개정 추진 상황 (군판사인사위원회, 민간인 보임)

2020년 7월 3일 자로 정부가 국회에 제출한 ‘군사법원법 일부개정법률안’은 이전 사법제도개혁추진위원회가 의결한 안을 다수 반영하여 군판사의 독립적 지위를 보장하고자 하고 있다.

먼저 각 군에 퍼져있던 군판사 인사권을 모두 국방부로 일원화하고, 국방부에 군판사인사위원회를 설치하여 군판사의 임명, 연임, 해임, 징계의결 요구, 진급 추천, 전역 등 인사와 관련한 모든 업무를 심의하게끔 하고 있다. 위원회는 군판사, 대법원 추천 법관, 법무부장관 추천 검사, 변호사, 법학교수, 일반 장교, 관련 전문가 등으로 다양하게 구성하고 이들이 심의한 사항은 다시 국방부 군사법원운영위원회의 동의를 받아 시행하게 되어있다. 이렇게 함으로써 군판사 인사권이 지휘관의 재량, 독단에 의하여 이루어져 재판의 독립성이 훼손되는 일을 최소화하고자 한 것으로 보인다.

또, 개정안은 고등군사법원을 폐지하는 한편, 각 군에 산재하고 있는 보통군사법원도 통·폐합하여 5개의 지역군사법원을 설치한 뒤 각 군사법원장에 군인이 아닌 민간인 변호사, 법조인 등을 군무원으로 보하여 임용할 수 있게끔 하고 있다. 이는 군사법원의 독립성을 강화하기 위한 방편으로 보이나, 한편으로는 군법무관으로 재직하다 전역한 전관이 다시 군사법원장에 임용되는 회전문 인사의 가능성을 내포하고 있는 바, 이에 대한 제어 장치가 마련되지 않는다면 또 다른 문제점을 야기할 수 있게 된다. 형식적으로는 독립성을 보장하기 위해 민간인에게 개방한 자리이지만, 실질적으로는 전관들이 임용되어 사실상 군법무관이 임용되는 것과 큰 차이가 없게 되는 것이다.

아울러 개정안은 순환 보직의 문제를 해결하기 위하여 한 번 군판사에 임용된 사람은 군검사, 또는 일반 법무관으로 보임될 수 없게끔 하는 보완책도 마련해두었다.

이처럼 국회에 제출되어있는 ‘군사법원법 일부개정법률안’ 그간 군판사의 독립성을 저해하는 것으로 지적되어온 여러 요인들을 제거하거나 보완하고자 하는 취지의 내용을 담고 있다. 하지만 일반 법원에서도 인사권을 둘러싼 법관 독립성 보장 문제는 늘 잘 해결되지 않는 난제로 남아있는 바, 한 번의 제도 개선만으로 군사법원의 법관 독립성 보장을 둘러싼 오랜 숙제가 해결될 것으로 보이지는 않는다. 따라서 실질적인 독립성을 보장하기 위한 다양한 인사제도가 법률 개정에 뒤따라 마련되어야 할 것으로 보인다.

하지만 근본적으로는 군사법원이 행정부에 소속되어 권력 분립의 원칙에 따라 사법권의 독립을 이루지 못하고 있는 상황을 해소하기 위한 대책이 마련되어야 하는데, 이를 위해서는 군이 모든 범죄에 대하여 사법권을 독자적으로 행사하여야 할 필요성의 유무에 관하여 구체적인 검토가 선행되어야 할 것이다. 특히 평시에 군사법원이 대법원이 아닌 국방부 산하에 설치되어야 할 필요성이 분명하게 소명되지 않는다면 헌법의 권력 분립 원칙을 훼손하면서까지 사법권이 행정부에 소재할 까닭은 없을 것으로 보인다.

2. 적정절차 원칙

가. 공개재판주의

1) 재판과 관련한 정보의 공개

재판이 공개되지 않고 비밀리에 이루어진다면 사법권의 행사에 대한 국민의 신뢰가 담보되기 어렵고 재판절차의 공정성도 확인할 방법이 없기 때문에, 재판은 공개를 원칙으로 한다. 단, 재판에서 다루게 되는 내용이 공개될 경우 국가의 안전보장에 지장이 생기거나, 선량한 풍속을 해할 염려가 있을 때 법원은 재판을 공개하지 않을 수 있고, 이 외에도 재판의 당사자가 재판의 공개로 인하여 입는 프라이버시의 침해를 고려하여 당사자 등이 법원에 재판의 비공개를 신청하는 경우에도 법원은 재판을 공개하지 않을 수 있다.

이러한 원칙은 군사법원에도 적용되기 때문에 군사법원의 재판 역시 기본적으로 공개를 원칙으로 하고 있다. 군사법원은 현재 고등군사법원 홈페이지를 통하여 일반 법원과 마찬가지로 사건 검색 기능을 제공하고 있으며, 2014년 7월 8일 이후 확정된 사건의 판결문을 인터넷으로 열람할 수 있게끔 하고 있다.

2) 재판에 대한 접근성 보장

그러나 군사법원에서 이루어지는 재판 자체에 대한 접근성은 매우 떨어지는 편이다. 국방부 고등군사법원, 보통군사법원을 제외한 모든 군사법원은 병영 내에 위치하고 있다. 따라서 군사법원에서 열리는 재판에 관계자로 참석하거나, 방청을 하고자 할 때에는 군부대에 출입하기 위한 사전 조치를 미리 해두어야 하고, 신상정보도 제공하여야 한다. 일반 법원에 방청하러 갈 때 법원에 신상정보를 제공하거나 사전 조치를 하지 않는 것과는 대조적이다. 이러한 까다로운 절차는 형식적으로는 재판을 공개하지만, 실질적으로는 재판이 공개되지 않는 것과 비슷한 효과를 낳는다. 뿐만 아니라 군부대는 위치가 지도상에 공개되지 않기 때문에, 군부대 내에 위치한 군사법원 역시 위치가 공개되지 않아 미리 마음먹고 준비하지 않는 이상 군사법원의 재판을 방청하는 것은 쉽지 않은 일이다. 재판에 대한 접근성이 떨어지면 그에 따라 공개재판주의 역시 실질적으로 구현되기 어렵다.

이처럼 재판에 대한 낮은 접근성으로 인한 불편은 주로 민간인 피해자가 겪는데, 민간 영역의 성폭력상담소 관계자 등에 따르면 다수의 피해자들은 자신의 사건이 어떤 군사법원에서 언제, 어떻게 진행되는지도 잘 알지 못하며 어디에 연락하여 재판을 방청해야 하는지도 몰라 답답해한다고 한다.

한편 국방부 청사에 위치한 국방부 고등군사법원과 보통군사법원은 국방부 청사 경내로 들어가는 문과 입구를 분리하여 민간인이 자유롭게 드나들 수 있게 되어있다. 각 군에 소속된 군사법원 역시 마찬가지로 영외에 설치하고, 민간인의 출입을 자유롭게 하여 공개재판주의를 적극적으로 실현할 수 있는 토대를 마련해야 할 것이다.

나. 피고인 보호의 원칙

1) 영장주의

가) 구속영장 제도 운영 및 발부 현황

「헌법」상 구속은 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장에 따라 이루어져야 하며, 영장의 발부는 법률의 요건에 맞추어 판단되어야 한다. 적법절차에 따르지 않거나, 과도한 영장 발부는 피고인의 방어권을 침해하는 행위다.

군사법원은 본래 영장발부권을 법관이 아닌 관할관, 즉 지휘관에게 두었다가 1994년 「군사법원법」 개정에 이르러 영장발부권을 군판사에게 이전하였다. 군은 오랜 시간 법관이 아닌 지휘관이 발부하는 영장에 의하여 구속영장을 발부해왔던 것이다. 현재에도 구속영장 발부의 권한은 판사에게 있지만, 관할관은 검사의 구속영장청구에 대한 승인권을 갖고 있어 구속 절차에 관여할 수 있다.

군사법원의 영장발부는 2017-2019년 3년 간 총 750건이 청구되어 577건(76.9%)이 인용되었으며, 173건(23.1%)이 기각되었다. 인용률은 2017년 81.4%, 2018년 76.5%, 2019년 70.7%로 시간이 지남에 따라 감소하는 추세를 보이고 있다. 압수수색영장 인용률이 2017년 91.9%, 2018년 93.4%, 2019년 92.4%로 큰 폭을 보이지 않는 것과 비교하면 시간이 지남에 따라 군이 인신 구속에 신중함을 기하고 있는 것으로 판단된다. 청구 건수도 2017년 318건, 2018년 217건, 2019년 215건으로 줄어들고 있는 추세다.

▶▶▶ [표 5-2-7] 군사법원의 구속영장 발부 현황

연도	청구	발부		기각	
		사건수(개)	비율(%)	사건수(개)	비율(%)
평균	250	192	76.9	58	23.1
2019	215	152	70.7	63	29.3
2018	217	166	76.5	51	23.5
2017	318	259	81.4	59	18.6

출처: 고등군사법원/육·해·공군 군사법원, 『군사법원 연감』(2017-2019), 재구성.

신분별 발부 비율은 간부에 대한 발부율이 낮고, 병사에 대한 발부율은 비교적 높았다. 2017-2019년 3년 간 간부에 대한 영장 발부 비율은 평균 70.8%로, 전체 영장 발부 비율 대비 6.1%가 낮았다. 반면 병사에 대한 영장 발부 비율은 평균 80.2%로 전체 영장 발부 비율 대비 3.3%가 높았다. 군무원과 민간인에 대한 영장 청구 건수는 유의미한 통계를 도출하기에는 모수가 작아 비교하지 않았다.

나) 일반 법원과의 구속영장 발부 비율 비교

일반 법원의 2017-2019년의 3개년 평균 영장 발부율은 81.1%이며, 2017년 80.8%, 2018년 81.3%, 2019년 81.1%로 큰 변화를 보이지 않고 있다. 군사법원의 구속영장 발부 비율은 일반 법원에 비하여 평균 4.2% 가량 낮은 것으로 확인되며, 간부에 대한 영장 발부 비율은 일반 법원에 비하여 10.3%, 병사에 대한 영장 발부 비율은 일반 법원에 비하여 0.9% 가량 낮다.

▶▶▶ [표 5-2-8] 군사법원과 일반법원의 구속영장 청구 인용률

연도	군사법원			일반법원		
	청구수(개)	인용수(개)	인용률(%)	청구수(개)	인용수(개)	인용률(%)
평균	250	192	76.9	31,619	25,634	81.1
2019	215	152	70.7	29,652	24,044	81.1
2018	217	166	76.5	30,067	24,457	81.3
2017	318	259	81.4	35,139	28,400	80.8

출처: 고등군사법원/육·해·공군 군사법원, 『군사법원 연감』(2017-2019)과 법원행정처, 『사법연감』(2017-2019) 재구성.

2) 체포 및 구속적부심사

가) 체포 및 구속적부심사 운영 현황

군사법원에서 운영되는 체포되거나 구속된 피의자가 구속의 적부를 심사해줄 것을 요청하는 적부심 제도는 내용상 일반 법원과 차이가 없다. 다만 연간 이뤄지는 적부심은 전군 보통군사법원을 합쳐 연간 20여건 정도에 불과하여 그 수가 많지 않다.

전군 보통군사법원에 2017-2019년의 3년 간 청구 된 적부심 사건은 총 67건으로, 이 중 7건(10.4%)이 인용되었고 60건(89.6%)이 기각되었다.

나) 일반 법원과의 구속적부심사 운영 비교

일반 법원의 2017-2019년 간 체포 및 구속적부심 인용률은 평균 12.4%로 총 6,450건의 청구사건을 접수하여 797건(12.4%)을 인용하였고, 5,481건(85.0%)을 기각하였다. 이 외 172건(2.7%)은 기타 처리 건수다.

통계상으로는 군사법원의 적부심 인용률이 다소 떨어지는 것으로 확인되나, 청구 사건 수 자체가 많지 않아 통계 상 유의미한 비교는 어려울 것으로 보인다.

▶▶▶ [표 5-2-9] 군사법원과 일반법원의 체포 및 구속적부심 인용률

연도	군사법원			일반법원		
	청구수 (개)	인용수 (개)	인용률 (%)	청구수 (개)	인용수 (개)	인용률 (%)
평균	22	2	10.4	2,150	266	12.4
2019	20	2	10.0	2,032	206	10.1
2018	16	2	12.5	2,099	258	12.3
2017	31	3	9.7	2,319	333	14.4

출처: 고등군사법원/육·해·공군 군사법원, 『군사법원 연감』(2017-2019)과 법원행정처, 『사법연감』(2017-2019) 재구성.

3) 무죄 추정의 원칙 : 기소휴직 제도

사형, 무기 또는 2년 이상의 자유형에 해당하는 사건으로 기소되거나, 1심에서 금고 이상의 형을 선고 받았을 때에 장교 및 준·부사관은 「군인사법」 제48조 제2항⁴⁴⁷⁾에 따라 임용권자의 직권에 의해 휴직될 수 있다. 휴직의 기간은 동법 제49조 제2항⁴⁴⁸⁾에 따라 해당 사건의 계속기간으로 한다.

본래 기소휴직 제도는 기소되어 재판에 회부된 군인이 업무에 구애받지 않고 방어권을 행사할 수 있도록 군에서 배려해주는 취지로 마련된 제도다. 한편으로 공판참석 등으로 인해 임무 수행에 차질을 빚을 수 있기 때문이기도 하다.

그러나 기소휴직 제도가 무죄 추정의 원칙을 위반하여 피고인에게 형사적 책임 외의 인사상 불이익을 가하는 제도로 변질되어 피고인에게 불요한 고통을 안겨주는 경우가 왕왕 발생하고 있다. 기소로 인한 휴직 시에는 봉급의 50%만을 지급받게 된다. 피고인이 최종 무죄 확정 판결을 받으면 그동안 수령하지 못한 봉급을 모두 수령하게 된다. 그런데 통상 항소심, 나아가 상고심에 이르기까지 재판을 하게 되면 짧게는 1년에서 수년의 시간이 소요되게 되는데, 이 기간 동안 피고인은 봉급의 50%만으로 생활을 영위하여야 하는 것이다. 항소나 상고는 피고인에게 부여되는 당연한 권리임에도 불구하고 군이 피고인에게 휴직을 명하게 하는 제도에 따라 법적인 판단과는 별개로 피고인이 항소나 상고를 주저하게 되는 상황이 연출되는 것이다. 이는 무죄 추정의 원칙에 반하여 피고인이 정당하게 행사할 수 있는 방어권, 상소권을 침해하는 결과를 낳을 수 있다.

따라서 군은 군사법원이 피고인에 대한 판결을 확정하기 전까지 피고인이 무죄일 것을 추정하고, 이에 따르는 불이익이 없게 하여야 한다. 그러나 현행 기소휴직 제도는 사실상 피고인이 기소되었다는 이유만으로 주어지는 불이익에 해당할 수 있어 제도 자체에 대한 전면적인 검토가 필요할 것으로 보인다.

2020년 현재 국회에는 박주민 의원이 대표발의한 ‘군인사법 일부개정법률안’을 통해 「군인사법」 제48조 등에서 기소휴직 제도를 삭제하는 법률안이 상정되어 있다.

447) 「군인사법」 제48조(휴직) ② 장교, 준사관 및 부사관이 사형, 무기 또는 장기 2년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 사건으로 기소되거나[약식명령(略式命令)이 청구된 경우는 제외한다] 제13에서 금고 이상의 형을 선고 받은 때에는 임용권자가 직권으로 또는 해당 장교, 준사관 및 부사관의 요청에 따라 휴직을 명할 수 있다.

448) 「군인사법」 제49조(휴직기간) ② 제48조 제2항에 따른 휴직기간은 해당 사건의 계속기간(繫屬期間)으로 한다. 다만, 해당 사건이 계속 중임에도 불구하고 무죄판결, 공소기각 결정·판결 또는 그 밖의 사유로 임용권자로부터 복직명령을 받은 경우 그 휴직기간은 복직일의 전날까지로 한다.

3. 신속재판 원칙

가. 군사법원의 사건 처리 현황

전군 보통군사법원이 2017-2019년 3개년 간 처결한 사건의 수는 7,918건이며, 이 중 공판사건은 2,906건(36.7%), 약식사건은 5,012건(63.3%)이다. 연평균 2,639건의 사건을 처리하고 있으며, 969개의 공판 사건을 처리하고 있는 것이다. 고등군사법원이 3개년 간 처결한 사건의 수는 1,365건으로, 연 평균 처리 사건 수는 455개다.

▶▶ [표 5-2-10] 전군 보통군사법원 연간 사건 처리 수

연도	합계	공판사건		약식사건	
		사건수(개)	비율(%)	사건수(개)	비율(%)
평균	2,639	969	36.7	1,671	63.3
2019	2,477	908	36.7	1,569	63.3
2018	2,540	899	35.4	1,641	64.6
2017	2,901	1,099	37.9	1,802	62.1

출처: 고등군사법원/육·해·공군 군사법원, 『군사법원 연감』(2017-2019) 재구성.

▶▶ [표 5-2-11] 국방부 고등군사법원 연간 사건 처리 수

연도	사건 수
평균	455
2019	462
2018	426
2017	477

출처: 고등군사법원/육·해·공군 군사법원, 『군사법원 연감』(2017-2019) 재구성.

나. 1심 사건 처리 소요 일수

재판은 피고인, 피해자 등 재판관계자 모두의 이익을 보호하고, 권리를 보장하기 위해 신속하게 이루어져야 한다. 특히 피고인이 구속된 상태에서는 한층 신속한 재판을 통해 피고인이 미결수의 상태로 구금되어있는 시간을 최소화하여야 한다.

형사소송체계 상 「소송촉진 등에 관한 특례법」 제21조⁴⁴⁹⁾는 1심 판결의 선고를

449) 「소송촉진 등의 특례에 관한 법」 제21조(판결 선고기간) 판결의 선고는 제1심에서는 공소가

공소가 제기된 날로부터 6개월 이내로 할 것을 규정하고 있다. 그러나 이는 강제 규정은 아니다.

군사법원은 공소가 제기된 날로부터 6개월 이내에 처리하는 사건의 수가 전체사건 대비 2017년 96.9%, 2018년 95.6%, 2019년 94.6%로 높고, 피고인이 구속된 경우 2017년 99.2%, 2018년 98.4%, 2019년 97.8%로 대부분의 사건이 6개월 이내에 처리되고 있었다. 9개월을 초과하는 장기 미결 사건은 2017년 1.0%, 2018년 0.8%, 2019년 1.9%로 더 낮은 편이었고, 최근 3년 간 구속된 피고인이 1심에서 9개월이 초과할 때까지 선고를 받지 못한 사건은 한 건도 없었다.

한편 일반 법원은 공소가 제기된 날로부터 6개월 이내에 처리하는 사건의 수가 전체사건 대비 2017년 81.9%, 2018년 79.1%, 2019년 77.6%로 군사법원보다 적었고, 피고인이 구속된 경우에도 2017년 94.4%, 2018년 93.6%, 2019년 93.7%로 군사법원보다 적었다. 9개월을 초과하는 장기 미결 사건은 2017년 9.0%, 2018년 10.5%, 2019년 11.6%로 많은 편이었고, 이 중 피고인이 구속된 경우도 2017년 2.6%, 2018년 3.1%, 2019년 2.8%에 이르렀다.

▶▶▶ [표 5-2-12] 군사법원 및 일반법원의 1심 사건 처리 소요 일수

연도		2019				2018				2017			
사건 처리 소요 일수	구분	군사법원		일반법원		군사법원		일반법원		군사법원		일반법원	
		건수 (개)	비율 (%)										
합계	소계	908	100.0	235,887	100.0	929	100.0	237,699	100.0	1,356	100.0	266,433	100.0
	구속	91	100.0	24,351	100.0	128	100.0	25,288	100.0	251	100.0	29,688	100.0
	불구속	817	100.0	211,536	100.0	801	100.0	212,411	100.0	1,105	100.0	236,745	100.0
2개월 이내	소계	388	42.7	56,000	23.7	401	43.2	66,820	28.1	689	50.8	82,677	31.0
	구속	36	39.6	8,138	33.4	63	49.2	9,114	36.0	143	57.0	12,014	40.5
	불구속	352	43.1	47,862	22.6	338	42.2	57,706	27.2	546	49.4	70,663	29.8
3개월 이내	소계	240	26.4	51,895	22.0	249	26.8	49,951	21.0	289	21.3	58,311	21.9
	구속	23	25.3	5,565	22.9	29	22.7	5,501	21.8	48	19.1	6,396	21.5
	불구속	217	26.6	46,330	21.9	220	27.5	44,450	20.9	241	21.8	51,915	21.9

제기된 날로부터 6개월 이내에, 항소심 및 상고심에서는 기록을 송부받은 날부터 4개월 이내에 하여야 한다.

연도		2019				2018				2017			
사건 처리 소요 일수	구분	군사법원		일반법원		군사법원		일반법원		군사법원		일반법원	
		건수 (개)	비율 (%)										
4개월 이내	소계	115	12.7	33,964	14.4	127	13.7	32,404	13.6	172	12.7	36,162	13.6
	구속	13	14.3	3,704	15.2	15	11.7	3,610	14.3	28	11.2	3,861	13.0
	불구속	102	12.5	30,260	14.3	112	14.0	28,794	13.6	144	13.0	32,301	13.6
5개월 이내	소계	71	7.8	23,519	10.0	61	6.6	21,704	9.1	113	8.3	23,180	8.7
	구속	8	8.8	2,661	10.9	9	7.0	2,589	10.2	19	7.6	2,744	9.2
	불구속	63	7.7	20,858	9.9	52	6.5	19,115	9.0	94	8.5	20,436	8.6
6개월 이내	소계	45	5.0	17,580	7.5	50	5.4	17,245	7.3	51	3.8	17,987	6.8
	구속	9	9.9	2,752	11.3	10	7.8	2,849	11.3	11	4.4	3,004	10.1
	불구속	36	4.4	14,828	7.0	40	5.0	14,396	6.8	40	3.6	14,983	6.3
9개월 이내	소계	32	3.5	25,548	10.8	34	3.7	24,551	10.3	28	2.1	24,240	9.1
	구속	2	2.2	838	3.4	2	1.6	851	3.4	2	0.8	892	3.0
	불구속	30	3.7	24,710	11.7	32	4.0	23,700	11.2	26	2.4	23,348	9.9
9개월 초과	소계	17	1.9	27,381	11.6	7	0.8	25,024	10.5	14	1.0	23,876	9.0
	구속	0	0.0	693	2.8	0	0.0	774	3.1	0	0.0	777	2.6
	불구속	17	2.1	26,688	12.6	7	0.9	24,250	11.4	14	1.3	23,099	9.8

출처: 고등군사법원/육·해·공군 군사법원, 『군사법원 연감』(2017-2019)과 법원행정처, 『사법연감』(2017-2019) 재구성.

이처럼 군사법원은 일반 법원에 비해 상당히 빠른 사건 처리 속도를 보이고 있고, 일반 법원과 비교하지 않더라도 대부분의 사건을 조속한 시일 내에 처리하고 있다. 이는 군사법원에 접수되는 사건의 수가 적다는 점, 군사법원에 접수되는 사건의 성격이 일반 법원에 비해 복잡하지 않고 그 종류도 다양하지 않다는 점 등도 작용한 것으로 보인다. 사건의 신속한 처리가 절대적으로 공정한 재판을 담보하는 것은 아니나, 피고인과 피해자가 장기간의 재판으로 인해 일상과 삶에 지장을 입는 일이 없게끔 현재와 같이 신속한 재판 속도를 유지하기 위해 더욱 노력해야 할 것으로 보인다.

다. 항소심 사건 처리 소요 일수

형사소송체계상 「소송촉진 등에 관한 특례법」 제21조⁴⁵⁰⁾는 항소심 판결의 선고기록을 송부받은 날로부터 4개월 이내에 할 것을 규정하고 있다. 이 역시 강제 규정은 아니다. 군사법원과 일반법원 모두 항소심 사건 처리 소요에 걸리는 기간은 1심보다 긴 편이다. 군사법원의 경우 기록 송부로부터 4개월 이내에 처리를 완료한 사건이 2017년 28.7%, 2018년 25.1%, 2019년 25.1%로 25% 안팎에 불과하고, 일반법원의 경우 2017년 53.8%, 2018년 53.1%, 2019년 50.3%로, 군사법원보다는 신속히 재판을 진행하는 편이나 전체 사건의 절반 수준에 머무르고 있다.

이처럼 고등군사법원의 항소심 사건 처리 소요 일수는 1심 사건 처리 소요 일수에 비하여 긴 편이고, 일반 법원에 비하여서도 과도히 길어 법률이 규정하고 있는 적정 처리 기간을 제대로 준수하지 못하고 있다. 이에 대한 대책 마련이 필요할 것으로 보인다.

▶▶▶ [표 5-2-13] 군사법원 및 일반법원의 항소심 사건 처리 소요 일수

연도	2019				2018				2017			
	군사법원		일반법원		군사법원		일반법원		군사법원		일반법원	
	건수 (개)	비율 (%)										
총계	462	100.0	69,853	100.0	426	100.0	76,233	100.0	477	100.0	87,160	100.0
2개월 이내	46	10.0	9,529	13.6	49	11.5	12,378	16.2	45	9.4	14,532	16.7
3개월 이내	21	4.5	14,804	21.2	15	3.5	16,549	21.7	31	6.5	18,900	21.7
4개월 이내	49	10.6	10,833	15.5	43	10.1	11,537	15.1	61	12.8	13,467	15.5
5개월 이내	65	14.1	7,948	11.4	86	20.2	10,376	13.6	122	25.6	10,086	11.6
6개월 이내	106	22.9	7,429	10.6	99	23.2	8,514	11.2	92	19.3	9,165	10.5
9개월 이내	133	28.8	11,216	16.1	109	25.6	10,498	13.8	108	22.6	13,636	15.6
9개월 초과	42	9.1	8,094	11.6	25	5.9	6,381	8.4	18	3.8	7,374	8.5

출처: 고등군사법원/육·해·공군 군사법원, 『군사법원 연감』(2017-2019)과 법원행정처, 『사법연감』(2017-2019) 재구성.

450) 「소송촉진 등의 특례에 관한 법」 제21조(판결 선고기간) 판결의 선고는 제1심에서는 공소가 제기된 날로부터 6개월 이내에, 항소심 및 상고심에서는 기록을 송부받은 날부터 4개월 이내에 하여야 한다.

4. 상소율과 상소 사건 처리 결과

가. 항소

군사법원에서 연간 처리하는 사건 중 항소가 이루어지는 사건은 2017-2019년 3년간 평균 31.2%로, 이 중 13%가 피고의 항소, 7%가 군검사의 항소, 11.2%가 쌍방의 항소에 해당한다. 절반 이상인 54.4%가 확정 판결로 마무리되고, 14.4%는 일반 법원 등으로 이송되는 사건이다.

▶▶ [표 5-2-14] 전군 보통군사법원 1심 판결 이후 항소 현황

연도	합계		항소								확정		이송	
			소계		피고		군검사		쌍방					
	건 (개)	비율 (%)												
평균	972	100.0	911	31.2	126	13.0	68	7.0	109	11.2	528	54.4	140	14.4
2019	897	100.0	305	34.0	108	12.0	80	8.9	117	13.0	440	49.1	152	16.9
2018	899	100.0	273	30.4	104	11.6	58	6.5	111	12.3	510	56.7	116	12.9
2017	1,120	100.0	333	29.7	167	14.9	66	5.9	100	8.9	635	56.7	152	13.6

출처: 고등군사법원/육·해·공군 군사법원, 『군사법원 연감』(2017-2019) 재구성.

한편, 고등군사법원에서 원심의 판결을 파기하고 새롭게 판결한 사건은 전체 항소 사건 대비 2017년 42.6%, 2018년 45.1%, 2019년 39.4%로 동년의 일반 법원의 파기자판 사건보다 5%에서 많게는 15% 가까이 비율이 높다.

또한, 고등군사법원에서 파기자판한 사건은 법리오해, 사실오인보다는 양형부당에 해당하는 경우가 압도적으로 많은데, 파기자판 사건 중 법리오해, 사실오인에 해당하는 사건이 30% 안팎인데 비하여, 양형부당에 해당하는 사건은 70%에 육박한다. 전체 사건에 대비하면 양형부당으로 원심판결이 파기된 사건은 전체 사건의 약 30%에 해당한다. 일반 법원에서 파기자판한 사건 중 법리오해, 사실오인의 사건이 60% 정도이고, 양형부당에 해당하는 사건이 40% 남짓인 것을 볼 때, 군사법원 1심 판결이 양형부당에 해당하는 경우가 과도히 많다는 점을 유추해낼 수 있다.

▶▶▶ [표 5-2-15] 기고등군사법원과 민간 항소법원의 항소심 처리 결과 비교

구분			2019		2018		2017		
			군사법원	일반법원	군사법원	일반법원	군사법원	일반법원	
총계			462	69,853	426	76,233	477	87,160	
파 기 자 판	소계	건(개)	182	23,988	192	24,319	203	25,631	
		비율(%)	39.4	34.3	45.1	31.9	42.6	29.4	
	법리오해, 사실오인	건(개)	53	14,137	69	14,233	53	14,401	
		비율(%)	11.5	20.2	16.2	18.7	11.1	16.5	
	양형 부당	소계	건(개)	129	9,851	123	10,086	150	11,230
			비율(%)	27.9	14.1	28.9	13.2	31.4	12.9
		가중	35	3,395	31	3,332	35	3,828	
		감경	94	6,456	92	6,754	115	7,402	
	항소, 기각, 취하	건(개)	208	44,912	180	50,989	210	60,595	
		비율(%)	45.0	64.3	42.3	66.9	44.0	69.5	
기타	건(개)	72	953	54	925	64	934		
	비율(%)	15.6	1.4	12.7	1.2	13.4	1.1		

출처: 고등군사법원/육·해·공군 군사법원, 『군사법원 연감』(2017-2019)과 법원행정처, 『사법연감』(2017-2019) 재구성.

대법원은 양형기준을 세워 각급 법원이 판결을 함에 있어 기준에 맞추어 일관된 형량을 부과할 수 있도록 하고 있다. 상급심이 하급심 판결을 양형부당으로 파기하는 사건이 많다는 것은 이러한 양형기준이 제대로 작동하고 있지 않다는 것을 의미한다. 세부적으로는 첫째, 군사범죄에 대한 양형기준이 제대로 세워져 있지 않다는 점, 둘째, 군사법원이 일반범죄를 판결할 때에도 일반 법원의 양형기준에 따르지 않고 있다는 점을 시사한다.

군사법원은 2016년 「군사법원법」 개정을 통해 재판관이 대법원 양형기준을 존중하게끔 하는 조문을 신설하였다.⁴⁵¹⁾ 이전까지는 이러한 조문이 없었기 때문에 양형의 기준 자체가 더욱 명확하지 않았다. 실제 사례로 2014년 ‘육군 28사단 윤 일병 사망사건’ 때에는 항소심 재판부가 가해자들에게 상해치상의 죄목으로 징역 45년의

451) 「군사법원법」 제73조의2(대법원 양형기준의 효력 등) ① 재판관은 형의 종류를 선택하고 형량을 정함에 있어서 「법원조직법」 제8편에 따른 양형기준을 존중하여야 한다. 다만, 양형기준은 법적 구속력을 갖지 아니한다.

② 군사법원이 양형기준을 벗어난 판결을 하는 경우에는 판결서에 양형의 이유를 기재하여야 한다. 다만, 약식절차 및 즉결심판절차에 따라 심판하는 경우에는 그러하지 아니하다.

형을 선고하는 등 대법원의 양형기준과는 과도히 차이가 나는 판결로 논란이 되기도 하였다.

현재 군사법원은 대법원과의 협의 하에 군사범죄, 또는 군형법 상에 규정된 일반범죄에 대한 양형기준을 마련하고 있다. 이미 양형기준을 마련하여 적용 중인 범죄들도 있는데, 「군형법」상 상관명예훼손, 상관모욕에 대한 양형기준은 2019년 7월부터, 「군형법」상 성범죄 양형기준은 2020년 7월부터 적용하고 있다. 차후 군사법원은 조속히 나머지 군사범죄에 대한 양형기준을 마련하고, 통상의 판결에서도 대법원의 양형기준을 적극 적용하여 판결의 일관성과 공정성을 제고해야 할 것이다.

나. 상고

고등군사법원에서 항소심 판결이 난 이후 대법원에 상고하는 비율은 2017년 44.1%, 2018년 48.9%, 2019년 54.5%로, 해마다 상승하고 있는 추세이다.

▶▶ [표 5-2-16] 고등군사법원 항소심 판결 이후 상고 현황

	합계		상고		확정	
	건(개)	비율(%)	건(개)	비율(%)	건(개)	비율(%)
평균	373	100.0	183	49.1	190	50.9
2019	374	100.0	204	54.5	170	45.5
2018	354	100.0	173	48.9	181	51.1
2017	390	100.0	172	44.1	218	55.9

출처: 고등군사법원/육·해·공군 군사법원, 『군사법원 연감』(2017-2019) 재구성.

상고사건에 대한 대법원의 파기환송률은 군사법원이 일반 법원에 비하여 약 2배가량 높은 편이나, 기본적으로 군사법원의 상고사건 수가 너무 적어 유의미한 통계 비교는 어려울 것으로 보인다.

▶▶▶ [표 5-2-17] 군사법원과 일반 법원에서 상고한 사건의 상고심 처리 결과 비교

구분			2019		2018		2017	
			군사법원	일반법원	군사법원	일반법원	군사법원	일반법원
총계			198	22,529	166	24,329	168	25,263
파기판결	소계	건(개)	5	266	4	432	1	351
		비율(%)	2.5	1.2	2.4	1.8	0.6	1.4
	파기환송	건(개)	4	261	4	431	1	350
		비율(%)	2.0	1.2	2.4	1.8	0.6	1.4
	파기이송	건(개)	0	1	0	0	0	1
		비율(%)	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
	파기자판	건(개)	1	4	0	1	0	0
		비율(%)	0.5	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
상고 기각, 취하		건(개)	193	22,249	162	23,888	167	24,900
		비율(%)	97.5	98.8	97.6	98.2	99.4	98.6
기타		건(개)	0	14	0	9	0	12
		비율(%)	0.0	0.1	0.0	0.0	0.0	0.0

출처: 고등군사법원/육·해·공군 군사법원, 『군사법원 연감』(2017-2019)과 법원행정처, 『사법연감』(2017-2019) 재구성.

2019년 기준 파기환송된 4건의 사건은 항소심이 성폭력 범죄 사건을 판결하면서 검사가 청구한 전자장치 부착명령에 대하여도 판단하여야 하는데, 이를 누락한 사건, 항소의 적법성에 대하여 잘못 판단한 재항고 사건, 사실오인한 사건이 각 1건이었고, 나머지 1개 사건은 대법원이 군인에 대한 영내폭행에 반의사불벌죄가 적용되지 않는다는 점을 간과하여 잘못 파기환송한 사건으로 항소심의 판결이 그대로 확정되었다. 파기환송 사건은 대부분 사실오인보다는 법리오해에 기인한 것으로 군사법원이 법리를 오해한 경우도 있었지만, 도리어 대법원이 법리를 오해하여 원심을 파기한 경우도 있었다. 법리 해석의 최종적 역할을 맡고 있는 대법원과 하급심이자 특수법원이며 일반 사법체계의 바깥에 있는 군사법원이 보다 상호 유기적으로 작용하여 이와 같은 법리 오해의 가능성을 줄여나갈 필요성이 있는 것으로 판단된다.

제3절 | 소송관계인 인권보장 본질 측면에서의 비판적 검토

1. 피고인

가. 피고인의 변호인 선임

군인 피고인은 사선으로 변호인을 선임하거나, 국선변호인을 지정받을 수 있다. 국선변호인은 군사법원의 국선변호부에 속한 군법무관, 또는 사전에 군이 지정한 민간인 변호사 중에 선택할 수 있다.

군법무관인 국선변호인은 2019년 기준 국방부 3명, 육군 9명, 해군 1명, 공군 3명으로 총 16명이었으며, 이들의 계급은 소령이 2명, 대위가 11명, 중위가 3명이다. 민간인 변호사의 명단은 고등군사법원 홈페이지에 공개되어 있다.

전군 보통군사법원의 1심 사건에서 변호인이 선임된 사건 중 국선변호사가 선임된 사건의 비율은 2017-2019년 3개년 평균 66.4%로, 이 중 군법무관이 국선변호인이었던 사건은 변호인이 선임된 사건의 52.1%, 민간인 변호사가 국선변호인이었던 사건은 변호인이 선임된 사건의 14.3%였다. 사선변호인을 선임한 사건은 변호인이 선임된 사건의 33.6%였다.

▶▶ [표 5-3-1] 전군 보통군사법원의 피고인 변호인 선임 현황

연도	합계	국선변호인						사선변호인	
		소계		군법무관		민간인 변호사		건(개)	비율(%)
		건(개)	비율(%)	건(개)	비율(%)	건(개)	비율(%)		
평균	789	524	66.4	411	52.1	113	14.3	265	33.6
2019	730	457	62.6	338	46.3	119	16.3	273	37.4
2018	721	492	68.2	379	52.6	113	15.7	229	31.8
2017	917	623	67.9	516	56.3	107	11.7	294	32.1

출처: 고등군사법원/육·해·공군 군사법원, 『군사법원 연감』(2017-2019), 재구성.

고등군사법원의 항소심 사건에서 변호인이 선임된 사건 중 국선변호사가 선임된 사건의 비율은 2017-2019년 3개년 평균 42.3%로, 이 중 군법무관이 국선변호인이었

던 사건은 변호인이 선임된 사건의 10.6%, 민간인 변호사가 국선변호인이었던 사건은 변호인이 선임된 사건의 31.8%였다. 사선변호인을 선임한 사건은 변호인이 선임된 사건의 57.7%였다. 1심에 비하여 항소심에 이른 사건이 사선변호인의 비중이 더 높고, 국선변호인 중에도 민간인 국선변호인의 비중이 더 높았다.

▶▶▶ [표 5-3-2] 고등군사법원의 피고인 변호인 선임 현황

연도	합계	국선변호인						사선변호인	
		소계		군법무관		민간인 변호사		건(개)	비율(%)
		건(개)	비율(%)	건(개)	비율(%)	건(개)	비율(%)		
평균	373	158	42.3	39	10.6	118	31.8	215	57.7
2019	374	136	36.4	19	5.1	117	31.3	238	63.6
2018	354	160	45.2	41	11.6	119	33.6	194	54.8
2017	390	177	45.4	58	14.9	119	30.5	213	54.6

출처: 고등군사법원/육·해·공군 군사법원, 『군사법원 연감』(2017-2019), 재구성.

나. 병사, 초급간부 등 사법적 취약계층에 대한 국선변호인 선임 문제

앞서 살펴본 바와 같이 군인이 국선변호인의 조력을 받고자 할 경우 국선변호부에 속한 군법무관의 조력을 받거나, 군에서 지정한 민간인 변호인의 조력을 받게 되는데, 1심의 경우 군법무관에게 조력을 받는 인원이 민간인 변호인에게 조력을 받는 인원보다 3배가량 많았다. 이에 실제 군사법원에서 재판을 받은 병사 출신의 피고인으로부터 군법무관인 국선변호인에게 조력을 받은 경험을 청취하여 국선변호제도가 피고인에게 실질적 도움을 주고 있는지 확인해 보았다.

2017년 기소되어 현역 시절 판결을 받았던 예비역 병장 C는 국선변호인으로부터 적절한 조력을 받지 못하여 항소 등의 기회를 갖지 못하고 전과자가 되었다는 고충을 토로하였다. 당시 C는 기소된 뒤 국선변호인으로 군법무관을 지정하였다. 그런데 C는 공판이 열리기 직전 국선변호인과 1차례 정도 만났을 뿐이고, 그때에도 “잘못을 모두 인정해라. 그렇다면 집행유예가 나올 것이다. 별일 아니다” 정도의 말만을 들었을 뿐이라고 하였다. C는 국선변호인의 조언대로 진술하였고, 징역형 집행유예의 형을 받았다. 선고가 끝난 뒤 국선변호인은 인사도 없이 사라졌는데 당시 항소 등의 절차에 대해 잘 알지 못하였던 C는 집행유예가 전과에 남는 것인지 아닌지도 잘 모르는 상태

였다고 한다. 이에 C는 재판 사후 절차에 대해 변호인의 조력을 받지 못한 채 전과가 남지 않을 것이라는 주변의 말만 믿고 항소를 포기하였다. C는 전역 후 본인에게 전과가 남아있다는 사실을 알고 나서야 당시 국선변호인으로부터 충분한 조력을 받지 못하였다는 사실을 인지하게 되었다고 한다.

병사, 또는 하사 등 초급간부의 경우 대부분 20대 초반의 연소한 나이로 법적 지식이나 송사와 관련한 경험이 많지 않다. 또한 사회경제적 문제로 인하여 사선변호인보다는 국선변호인의 조력을 받게 되는 경우가 많다. 앞서 청취한 사례만으로 국선변호인 제도의 운영 상황을 일반화할 수는 없겠으나, 충분한 법률적 조력을 받지 못한 까닭으로 피고인이 합법적인 권리를 행사하지 못하는 지경에 이른 사례가 존재한다는 사실을 통해 병사, 초급간부 등을 대상으로 하는 국선변호인 제도의 운영에는 한층 더 세심한 지원이 필요하다는 결론을 도출해낼 수 있었다.

다. 피고인의 프라이버시 문제

현역 군인에 대한 재판 출석 통지는 통상 국방인트라넷망 상 ‘온나라 시스템’에서 부대 인사 계통을 통하여 통보된다. 이는 재판 진행 사실이 부대에 통보되어야 하기 때문인데, 재판 진행 사실의 공개만으로도 프라이버시 침해의 소지가 있는 사건은 부득이 인사담당자 외에는 통지서를 열람할 수 없게끔 암호를 거는 등의 보안 조치를 취하고 있다.

그런데 2017년 보통군사법원에서 진행된 사건의 피고인이었던 E를 통해 재판 출석 통보 과정에서 프라이버시를 침해당한 경험을 청취할 수 있었다. E는 성소수자였는데, E가 기소된 사건은 죄명만 보아도 E가 성소수자임을 미루어 짐작할 수 있는 사건이었다. 그런데 당시 출석 통지서가 본인에게 도달하는 과정에서 ‘온나라 시스템’상에 E의 죄명 등이 암호화 과정 없이 모두 노출되는 사고가 발생하였다고 한다. 이에 E가 부대에 항의하자 당시 부대 법무참모는 “문서 자체는 비공개로 설정되어 있기 때문에 권한 없는 사람이 임의로 열어보는 것은 해당 인원의 책임”이라고 변명을 하다가, 한참이 지나서야 암호화 처리를 하였다고 한다. 개인의 내밀한 정보는 한번 유포되면 회복이 불가능한 손해를 일으키게 되는 바, 군사법원이 재판과 관련한 정보를 전달할 때에는 피고인의 프라이버시에 대한 보다 세심한 배려를 갖춰야 할

것으로 보인다.

2. 피해자 및 증인

가. 피해자 국선변호인 제도

일반 법원에서 이루어지는 재판에서는 법무부가 범죄 피해자 국선변호인 제도를 운영하여 성폭력 및 아동학대 사건의 피해자 중 변호인(피해자 법률대리인)을 선임하지 못한 사람에게 국선변호인을 지원하고 있다.

군사법원은 2020년 6월부터 「군사법원법」 개정을 통해 범죄 피해자 국선변호인 제도를 도입하였다.⁴⁵²⁾ 군검사는 군인 및 준군인 간에 발생한 범죄의 피해자가 변호인을 선임하지 못한 경우 국선변호인을 선정할 수 있다. 군인 및 준군인 간에 발생한 범죄라면 성폭력 및 아동학대 사건을 포함한 모든 사건의 피해자를 지원한다는 점에서 일반 법원에서 지원되는 범죄피해자 국선변호인제도보다 진일보하였다고 평가할 수 있다.

군인 및 준군인 간에 발생한 범죄는 계급사회의 특성 상 가해자가 상급자이고 피해자가 하급자인 경우가 많은데, 피해자에게 법률대리인이 없는 경우 하급자인 피해자가 법정 등에서 뜻하는 바대로 진술하는 데에 곤란함을 겪게 된다. 새로이 도입된 제도는 이러한 특수성을 고려하여 마련된 것으로 보인다.

나. 소송 진행에 관한 정보 제공

법원이 재판 당사자에게 소송 진행에 관한 적절한 정보를 제공하는 것은 실제 재판 과정에서 공개재판주의를 적극적이고 실효적으로 실현하는 중요한 일이다. 이에 군사법원에서 재판을 받은 피해자와, 함께 재판에 출석한 피해자의 신뢰관계인으로부터 소송 진행에 관한 정보 제공에 관한 실제 경험을 청취하였다.

2020년 보통군사법원에서 진행되는 성범죄 사건의 피해자 신뢰관계인으로 재판에

452) 「군사법원법」 제260조의2(군인 등 사이에 발생한 범죄의 피해군인 등에 대한 변호사 선임의 특례) ⑥ 군검사는 피해자(「군형법」 제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 사람으로 한정한다)에게 변호사가 없는 경우 국선변호사를 선정하여 형사절차에서 피해자의 권익을 보호할 수 있다.

참석한 D는 법원에 도착한 뒤에야 법원서기로부터 당일 공판이 취소되었다는 사실을 전해들은 경험을 이야기하였다. 재판 전날 법원의 사정으로 인하여 급작스럽게 재판이 연기된 것인데 법원에서 피고인 측에만 재판 연기 사실을 알리고 피해자 측에는 연기 사실을 알리지 않았던 것이다. 뿐만 아니라 고등군사법원 홈페이지 상 '나의 사건 검색' 시스템에도 공판이 연기되었음을 알리는 내용은 업데이트 되어 있지 않았다. 연락 누락의 고의성을 확인할 수는 없으나, 행정상의 실수라 하더라도 소송 진행에 관한 정확한 정보를 재판 관계자들에게 제대로 전달하지 않는 것은 자칫 잘못하면 소송 과정에서 재판 관계자들이 마땅히 누려야 할 권리와 기회를 박탈하는 결과로 이어질 수도 있는 중요한 문제다. 따라서 이와 같은 문제가 발생하지 않도록 군사법원 행정 운영의 체계성을 강화할 필요가 있을 것으로 보인다.

다. 법정 환경

재판의 당사자들이 인권을 보장받는 가운데 공정한 재판을 받기 위해서는 재판이 진행되는 물리적 공간인 법정의 환경도 중요하게 고려되어야 한다. 제도적 장치를 충분히 마련하여도, 실제 제도가 운용되는 법정이 이러한 제도가 구현되기에 적합하지 않다면 그 제도는 허울에 불과한 것이기 때문이다. 이에 실제 군사법원의 재판을 경험한 이들로부터 관련한 경험을 확인해보았다.

2017년 포천에 위치한 군사법원의 재판에 참석한 범죄 피해자 A는 개정 30분 전에 미리 법정에 도착하였는데, 일반 법원에서는 마주하기 어려운 광경을 보았다고 한다. 군법무관 출신으로 추정되는 피고인의 변호사가 법정 앞 사무실에 출입하며 커피를 마시고 서기 등 직원들과 환담을 나누는가하면, 비어있는 법정에 들어가 판사석과 검사석 등을 둘러보고 미리 변호인석에 자신의 짐을 갖다놓는 등의 행동을 하였던 것이다. 해당 변호사는 A가 피해자인 사건의 피고측 변호사는 아니었고 다른 사건의 피고측 변호사였으나, A는 이러한 광경을 목격한 뒤 재판의 공정성에 대한 의구심을 갖게 되었다고 한다.

법정을 엄숙하게 운영하고, 출입을 통제하며, 법정 내에서의 소란을 금하는 이유는 공정한 재판을 위하여 그에 걸 맞는 환경을 갖추기 위함이다. 그런데 만약 일방의 법원 관계자들과 사적인 친분을 이용하여 법정을 마음대로 돌아다닌다면 재판에 참석

한 사람들은 장래에 진행될 재판이 공정하게 이루어질 것이라 기대하기 어렵게 된다. 특히 전관에 해당하는 군법무관 출신의 변호사가 이러한 행동을 보이고 있다면 재판 참석자들이 갖게 될 의구심은 더욱 커지게 될 것이다.

2014년 '육군 제28사단 윤 일병 사망사건'의 가해자에 대한 공판이 진행된 육군 제3군사령부 보통군사법원에 방청인으로 참석한 B는 방청을 위해 법원에 들어가자 정병들이 방청석과 재판정 사이에 일렬로 도열하여 방청석에 앉아서는 재판정을 보기 어렵게 만든 상황을 보았다고 한다. 당시 '윤 일병 사망 사건'은 사회적 이슈로 많은 국민의 관심을 받고 있었고, 가혹한 구타로 병사가 사망에 이른 데에 분노한 다수의 시민들이 방청을 위해 군사법원을 찾은 바 있다. 그런데 재판부는 이러한 시민들이 법정을 소란하게 할 것이라고 예단하여 다수의 정병들을 법정 내에 도열하게 하여 위화감을 조성하였던 것이다. 부적절한 처사에 항의하던 B는 군사법원의 관할권에 해당하지 않는 민간인이었음에도 강제로 퇴정당하여 감치재판에 회부되는 등의 황당한 경험을 하게 되었는데, 이와 같은 일은 일반 법원에서는 쉽게 상상하기 어려운 일들이다. 재판부가 모종의 목적으로 병력을 운용하여 법정에 위화감을 조성하는 등의 행위는 방청객의 방청권 제한 뿐 아니라 재판의 당사자가 되는 피고인, 피해자, 증인 등으로 하여금 불필요한 심리적 압박감을 갖게 만들 수 있는 행태다.

이처럼 일반 법원에서 접하기 어려운 법정의 환경은 재판 당사자로 하여금 공정한 재판의 가능성에 대한 의구심을 갖게 하는 주요한 요소로써 군사법원 역시 재판의 운영 과정 전반을 규정에 따라 엄숙하고 질서 있게 꾸려나가야 할 것이다.

제4절 | 소결

군사법원은 군의 특수성을 고려하여 설치되는 특별법원이다(「헌법」 제110조). 「군사법원법」, 「군형법」 등의 군사법체계와 함께 군사법원은 현역 군인 및 군무원 그리고 이에 준하는 자에 대한 형사재판을 담당한다. 우리 「헌법」은 또한 제26조에서 군사법원이 군인 또는 군무원이 아닌 국민에 대해서 특별히 법률이 정한 죄가 아니면 평시에

는 관할권을 인정하지 않고 있다. 단, 비상계엄에서는 민간인도 군사재판의 대상이 되며 특정 범죄는 단심제를 허용하고 있다. 군사법원과 군사법체계는 2014년 고(故) 윤 일병 사건을 계기로 대폭 개정되었다. 다만, 2000년 초반 폐지 대상으로 자주 언급된 '관할관 제도', '관할관 확인조치권(감경권)', '심판관 제도' 등은 권한은 줄었으나 존속하고 있으며, 군판사의 임기가 법제화 되었지만 인적·물적 독립은 미완인 상태다.

국제인권기구는 군사법원의 설치 및 운영에 관하여 인권보장을 위한 기준 등을 제안하기도 했다. 미국, 영국, 독일의 군사법원 사례를 살펴본 결과, 군인의 인권과 기본권을 보장하는 방향으로 군사법원 제도를 개선하려는 노력을 확인할 수 있었다. 미국의 경우 지휘관의 권한이 수사·기소·재판 전반에 걸쳐서 작용하고 있다. 감경권도 폭넓게 인정되었었는데, 최근 성폭력 사건의 무죄 사면을 계기로 그 권한을 줄이는 개혁이 시도되었다. 영국도 최근까지 지휘관의 권한이 폭넓게 작용했다. 그러나 유럽 인권재판소의 결정들을 계기로 수사·기소·재판이 분리되었고 민간인이 사법책임자로 대폭 임명되었다. 독일의 경우 징병제를 유지했음에도 평시 군사법원이 없었던 점에 주목할 수 있다. 독일은 군의 특수성을 고려하여 '일반' 법원에 재판부 등을 두거나 별도로 '일반' 법원이 관련 행정소송(징계·소청 등)을 다루고 있다. 프랑스도 평시 군사법원이 없으나 일반 법원 산하 재판부에서 군법 관련 사건을 처리한다. 이상의 해외사례는 군의 특수성에 대한 '배려'를 줄이고 보편적 인권보장을 위해 군사법이 일반 형사사법체계를 따라가는 경향을 보여준다.

군사법원에만 존재하는 특수한 제도는 심판관, 관할관 및 관할관 확인조치권이 있으며 법관 인사권이 사법부가 아닌 행정부에 소재한다는 점에서 인사제도 역시 특수성을 띠고 있다고 볼 수 있다. 심판관제도는 법관이 아닌 자가 지휘관의 명에 따라 특정한 사건에 대하여 재판관이 되어 재판에 참여할 수 있게 하는 제도로 법관이 아닌 자에 의해 재판이 이루어진다는 점에서 위험성을 갖는다. 관할관은 군사법원의 관할지역 내 최고 지휘관을 뜻하는 용어로, 법률에 따라 법원의 행정사무를 감독할 수 있다. 관할관은 소위 판결에 대한 확인조치를 통하여 선고된 형의 3분의 1 미만의 범위에서 그 형을 감경할 수 있는 권한을 갖는다. 이는 법관이 아닌 자가 법률에 근거하지 않은 재량에 의하여 법원의 판결을 수정할 수 있는 제도라는 점에서 법치주

의에 반하며, 위헌성을 갖는다. 또한 군판사 인사권은 국방부장관과 각 군 참모총장이 각각 나누어 행사하고 있는데, 행정부 소속의 지휘관, 즉 법관이 아닌 자가 법관의 인사권을 행사하는 것은 권력 분립의 원칙에 어긋나는 일이다. 군은 이러한 특수한 제도를 운영해야 하는 이유로 군사법원이 다루는 형사 범죄가 일반 형사 범죄와는 성격이 다른 군사 범죄라는 점을 제시해왔으나, 최근연도의 통계에 따르면 군사법원 접수 사건 중 군사범죄는 전체 사건의 8%에 지나지 않아 이러한 주장은 타당성이 없어 보인다. 근거가 타당하지 않다면 형사 재판의 원칙을 훼손하는 특수 제도는 폐지되거나 시정되어야 할 것으로 보이며, 실제 군은 이러한 제도의 폐지 또는 개정을 추진하고 있다.

보편적인 형사법원의 기능 중 일반 형사법원과 유의미한 차이를 보이고 있는 점은 공개재판, 피고인 무죄추정, 신속재판, 상소제도 등에서 살펴볼 수 있었다. 영장 발부와 체포 및 구속적부심사 등 피고인의 인권을 보호하기 위해 살펴보아야 하는 기능에서는 일반 법원과의 유의미한 차이를 보이지 않았다. 공개재판의 경우 대부분의 군사법원이 군부대 내에 있기 때문에 형식적으로는 재판이 공개되어있으나 실질적으로는 재판 접근성이 현저히 떨어진다는 문제점을 발견할 수 있었다. 피고인 무죄추정의 경우 피고인을 사실상 유죄로 판단하여 휴직시키는 기소휴직 제도로 인해 실질적으로 피고인이 항소, 상고 등을 진행하기 곤란한 환경이 조성된다는 문제점을 발견할 수 있었다. 신속재판의 경우 1심 법원은 군사법원이 일반 법원에 비하여 신속히 재판을 진행하고 있으나, 항소심 법원은 반대인 점을 발견할 수 있었다. 상소제도에서는 항소심 처리 결과상 군사법원의 양형 부당 파기 자판 비율이 일반 법원에 비하여 과도히 높은 점으로 미루어 볼 때 대법원 양형기준이 제대로 작동하고 있지 않다는 문제점을 발견할 수 있었다. 이러한 차이는 대부분 군사법원 관할에 속하는 인원에 대한 부당한 불이익으로 이어질 수 있고, 이는 차별에 해당할 수 있는 바, 대책 마련이 필요할 것으로 보인다.

소송관계인 인권보장 측면에서는 피고인과 피해자 및 증인으로 소송관계인의 범주를 나누어 실제 군사법원 재판을 경험한 이들의 의견을 청취하였다. 통상적으로 군사법원은 일반 법원의 소송관계인의 인권보장 제도를 차용하고 있기 때문에 소송관계인 경험의 청취는 이러한 차용이 제대로 이루어지고 있는지, 제도의 운영은 실효적으로

이루어지고 있는지를 중심으로 진행하였다.

피고인에 대한 경험 청구에서는 국선변호인의 불성실한 직무 수행으로 인해 사법적 피해를 보게 된 사례, 재판 출석 통지 과정에서 프라이버시가 침해된 사례를 발견할 수 있었다. 피해자 및 증인에 대한 경험 청구에서는 소송 진행 정보 제공 과정에서 벌어진 행정상의 착오와 비정상적인 법정 환경으로 인해 법원에 대한 신뢰가 하락한 사례를 발견할 수 있었고, 일반 법원보다 지원 대상을 확대하여 운영하고 있는 피해자 법률대리인 국선변호인 지원 제도도 확인할 수 있었다.

제 6 장

형사사법기관의 인권보장역량 종합평가 연구(Ⅲ) -형사법원의 인권보장역량 평가-

결 론

강태경·최영신·임태훈·김형남·조규석

이 장에서는 지금까지 살펴본 ‘형사법원 및 군사법원 인권보장역량 관련 쟁점 분석’(제2장), ‘판례 분석을 통한 형사법원 인권보장역량 평가’(제3장), ‘재판 진행 과정에서의 형사법원 인권보장역량 평가’(제4장), ‘군사법원 인권보장역량 평가’(제5장)의 내용을 바탕으로 한 ‘형사법원 및 군사법원 인권보장역량 강화를 위한 제언’을 결론에 갈음하기로 한다.

제1절 | 형사법원의 인권보장역량 강화를 위한 제언

1. 형사법원 인권보장역량 평가

형사법원의 인권보장역량 관련 언론보도와 학술논문을 분석한 결과, 형사재판과 관련하여 사회적으로 주목받는 인권 쟁점과 학계의 학술적 관심이 집중되는 인권 쟁점에는 차이가 있었다. 언론은 대체로 비상상고제도나 영장실질심사제도와 같은 형사사법제도에 대해서는 긍정적 태도를 보였지만, 오판이나 양형과 같이 구체적인 형사재판 운용 역량에 관한 문제에 대해서는 부정적 태도를 보였다. 한편 형사재판 관련 인권 쟁점에 관한 학술적 논의는 2007년 형사소송법 개정의 영향을 받아 공판중심주의, 피고인의 방어권, 피해자의 참여권 보장을 위한 제도 평가에 집중되어 있었다. 언론과 학계의 관심의 방향은 서로 다르지만, 언론이나 학계 모두 형사법원의 인권보장역량 강화는 형사사법제도의 개선을 통해서 달성될 수 있다는 전제를 공유하고

있는 것으로 보인다.

판례 분석을 통한 형사법원 인권보장역량 평가 결과, 형사법원은 위헌법률심판제청, 전원합의체의 심리, 재심과 같이 제도적으로 형사재판의 규범적 환경을 헌법에 부합하도록 만들고 사법적 정의를 정립함으로써 법의 통합성을 제고하는 데에는 상당한 역량을 발휘하고 있는 것으로 나타났다. 반면에 국내 법원에서의 국제인권조약 해석 적용과 같이 제도적인 지원책 없이 개별 법관에 전적으로 맡겨진 영역에서는 법관들이 인적 역량을 제대로 발휘하지 못하는 것으로 나타났다.

재판 진행 과정에서의 형사법원 인권보장역량 평가 결과, 형사재판을 진행하는 법관들은 피고인의 진술권 및 변호인의 조력을 받을 권리, 피고인의 수사기록물 열람, 성범죄 사건에서의 피해자 보호 등과 같은 제도 운용에 있어서는 긍정적인 평가를 받았다. 반면에 형사재판을 진행하는 법관들은 유죄심증 및 예단, 피고인의 특수한 사정에 대한 배려, 성범죄 사건 외 사건에서의 피해자 보호, 소송관계인 등에 대한 존중의 태도 등과 같이 인적 역량과 관련된 영역에서는 다소 부정적인 평가를 받았다.

2. ‘인권’을 정점으로 한, 법의 통합성 제고 방안

가. 재심 제도 개선

사법 과거사 재심 사건에 대한 실증적 분석 연구에서 알 수 있듯이, 재심 제도는 위헌적 법령에 근거하여 내렸던 판결이나 수사에 관여한 사법경찰관리 등의 강압 등이 있는 상황에서 임의성이 결여된 피고인 등의 진술에 기초하여 내렸던 판결을 바로잡아 사법적 정의를 정립하는 데 큰 기여를 하고 있다. 그러나 해당 연구에서도 지적하고 있듯이, 재심 제도가 사법적 정의를 정립하는 도구로 적극적으로 활용되기 위해서는 ‘수사기록 및 공판기록 확보의 어려움’, ‘재심대상판결의 협소함’, ‘재심청구 후 재심개시까지의 기간에 관한 규정 미비’, ‘소송수계 규정 미비’가 해결되어야 할 과제이다.

이와 같은 문제점에 대해 다음과 같은 해결 방안을 고려해볼 수 있을 것이다. 첫째, 재심청구에 필요한 수사기록 및 공판기록의 확보를 보다 쉽게 할 수 있도록 「검찰보존사무규칙」 제8조의 개정을 통해서 사건기록의 보존기간을 늘리고 사건기록의 디지털

화를 추진할 필요가 있다. 둘째, 사법 과거사 사건 피해자의 경우 명예 회복의 기회를 충분히 보장하기 위해서 공소시효 도과를 이유로 한 면소판결과 같은 형식판결의 경우에도 고문 기타 가혹행위, 불법체포감금 등 「형사소송법」 제420조 제7호의 사유를 인정할 수 있는 경우에는 재심청구를 인정하는 제도를 하는 것이 바람직하겠다. 셋째, 재심청구부터 재심개시결정까지 지나치게 오랜 시간이 소요된다면 사법적 정의는 그만큼 지연되는 것이므로 법률로써 재심개시여부결정기간을 강제하거나 재심 전담 재판부를 설치하는 방식으로라도 신속한 재심개시여부 결정이 이루어질 수 있는 방안이 도입되어야 한다. 넷째, 재심청구자가 재심청구 도중 사망한 경우 소송절차를 종료하고 유족 등이 다시 재심을 청구해야 한다면 재심 제도를 통한 사법적 정의 구현은 그만큼 지연되는 것이므로 재심에 관하여 소송수계를 인정하는 명시적인 법률규정을 둘 필요가 있다.

나. 국제인권조약 적용 지원 제도 마련

국제인권조약 적용 사건을 정량적으로 분석하였던 선행연구에서는, 우리 법원 내 국제인권조약에 친숙할 수 있도록 지원하는 제도적 기반이 거의 없는 상황에서 국제인권조약에 대한 적극적 해석 적용의 책무를 개별 법관에게만 전가하는 문제점을 지적하였다. 이러한 문제점에 대한 해결 방안으로 해당 연구자가 제시하였던 아이디어를 소개하는 것으로 제언을 같음하고자 한다. 국내법원에서 국제인권조약을 적극적으로 해석하고 적용할 수 있도록 지원하는 방안으로는, ① ‘종합법률정보’에 ‘주요 국제인권조약, 유엔인권위원회의 일반논평 및 일반권고, 대한민국에 대한 최종 견해 및 권고 자료’의 원문과 국문본을 탑재하여 쉽게 검색할 수 있는 국제인권조약 데이터베이스 구축,⁴⁵³⁾ ② 국제규범과 그에 대한 주석서 등을 체계적으로 번역하는 조직 신설,⁴⁵⁴⁾ ③ 국제인권조약에 대한 해석 적용에 바로 활용할 수 있는 국제인권법 실무제요 편찬,⁴⁵⁵⁾ ④ 사법연수원에서 진행되는 법관연수 프로그램에 국제인권법 내용이 소개되는 방향으로의 프로그램 개선⁴⁵⁶⁾을 생각해볼 수 있다. 특히, 의무 과정인 ‘신임·

453) 이해영, 『법원에서의 국제인권조약 적용 현황과 평가』, 202면.

454) 이해영, 『법원에서의 국제인권조약 적용 현황과 평가』, 206면.

455) 이해영, 『법원에서의 국제인권조약 적용 현황과 평가』, 208면.

456) 이해영, 『법원에서의 국제인권조약 적용 현황과 평가』, 231면.

경력별연수'에 국제인권법에 대한 이해를 제고할 수 있는 내용을 포함시킬 필요가 있다.

3. 소송관계인의 인권보장역량 강화 방안

가. 피고인의 인권보장

피고인의 인권을 보장하기 위한 역량 강화는, 법관이 유죄의 예단을 버리고 형사소송의 헌법적 원칙인 무죄추정의 원칙을 철저히 견지하고 형사소송법상 피고인의 방어권을 충분히 보장하는 인적 역량의 함양에서 시작되어야 한다. 현실적으로 형사재판의 진행은 개별 재판부의 특성과 역량, 피고인과 검찰에 대한 시각에 의해 상당히 좌우되는 경우가 많다. 형사사건의 특성상 검사 측에 유리한 구조로 재판이 진행된다는 현실을 고려할 때, 재판부는 피고인이 방어권을 충분히 행사할 수 있도록 재판을 진행하는 데 중점을 두어야 한다. 더욱이 변호인은 재판부나 검사의 이른바 '심기'를 거스르지 않는 방향으로 변론 전략을 수립하면서 충분한 변론 기회를 일정 부분 포기하거나 불충분한 변론 준비 기간을 그대로 수용하는 경우도 상당히 존재한다. 따라서 재판부는 피고인과 검사의 관계의 현실적인 불균형을 시정하는 차원에서 적어도 절차적 측면에 있어서는 피고인의 입장에서 재판을 진행해야 할 필요가 있다.

한편 피고인의 인권 보장 강화를 재판부의 인적 역량에 맡기게 되면 재판부 간 피고인의 방어권 보장 정도의 차이가 발생할 수 있다. 이러한 차이는 피고인의 헌법적 권리 실현의 정도를 재판부의 배정이라는 우연적 요소에 맡긴 결과라는 점을 부인할 수 없다. 따라서 제도적으로도 공판진행과정에서 피고인의 방어권이 더욱 보장될 수 있는 다양한 장치가 마련될 필요가 있다. 예를 들어, 증인이 불출석 하였다는 이유로 증인신청 철회를 종용하는 경우가 종종 발생한다. 이런 문제를 해소하기 위해서는 증인출석을 강제할 수 있는 제도를 마련할 필요가 있다. 또한 형사재판은 아직 우편 또는 인편에 의한 증거 제출이 이루어지는 상황에서 피고인이 제출한 증거 등 기록이 제대로 재판부에 도달하지 않는 경우가 발생할 염려가 여전하다. 피고인이 제출한 증거에 대해서는 적어도 재판부가 공판기일에 고지하고 확인하는 절차를 거치고, 나아가서는 형사재판의 전자소송화가 조속히 이루어질 필요가 있다.

나. 피해자의 인권보장

피해자의 인권보장을 위한 제도 개선 쟁점으로는, ‘기록 등을 통한 피해자 인적 사항 노출 문제’, ‘피고인의 진술 등에 대한 피해자의 반론권’, ‘피해자 증인에 대한 신문 내용 제한’, ‘피해자에 대한 배상명령 실질화’를 들 수 있다.

피해자의 인권보장과 관련해서 우선 기록의 열람·복사 과정 또는 진술서 등에서 피해자의 인적사항을 보호하기 위해 법원은 명확한 가이드라인을 마련할 필요가 있다. 성범죄 등의 경우 합의 과정에서 피해자의 인적사항이 드러나는 경우 2차 피해가 될 수 있다는 점에서, 피해자가 변호사를 선임한 경우 피해자의 변호인의 연락처만 알려주거나 변호인의 날인만으로 합의서 작성을 대체하는 방법을 활용할 수 있을 것이다. 성범죄 사건이 아니라 하더라도 피해자의 인적사항 등이 열람복사 과정에서 노출되지 않도록 세심하게 관리해야 한다.

피해자의 인권보장과 관련해서 피해자의 공판절차 참여권을 확대하는 방향으로 제도를 개선할 필요가 있다. 예를 들어, 피해자로 하여금 피고인이 제출한 자료와 의견서 등을 입수하여 이를 반박할 수 있는 기회를 제공해 준다면, 피해자의 권리 보장뿐만 아니라 피고인이 사실과 다른 내용을 주장하여 재판부를 기망하는 경우를 방지하여 실체적 진실발견에도 도움이 될 수 있을 것으로 생각된다.

한편 피해자가 증인인 경우, 성범죄뿐만 아니라 다른 범죄에 대해서도 피고인 측의 증인신문시 내용을 제한하는 조치가 필요하다. 대개 성범죄 사건의 경우에는 고소인이 증언을 할 때 피고인과 분리되지만, 그 외의 범죄의 경우에는 그렇지 못한 경우가 많다. 그런데 피고인 측에서(특히, 피고인이 직접) 피해자 증인을 신문할 때, 공소사실에 대해 묻기보다는 증인을 공개적으로 비난하는 일이 잦다. 이로 인해 피해자 증인은 법정에서 상당한 모멸감을 느낄 수 있기에, 재판부는 이러한 비난성 발언에 대해 더 즉각적이고 엄한 조치를 취해야 한다.

그리고 형사피해자에 대한 배상명령이 현실화 될 수 있게끔 제도를 개선해야 한다. 형사사건은 대개의 경우 피해자에게 불측의 재산상 손해가 발생한다. 현행법상 배상명령 제도가 있으나 실제 사건에서 배상명령이 제대로 이루어지는 경우는 드물고, 피해자가 형사사건이 종결되기를 기다려 별도의 민사소송으로 피해를 구제 받아야 하는 경우가 많다. 그러할 경우 시간과 비용이 많이 소요되어 사실상 피해자는 손해를

제대로 보상받지 못하는 경우가 많고, 그 동안 피고인의 재산은 소모되거나 은닉되는 경우도 부지기수이다. 형사 피해자의 원활한 구제를 위하여 형사피해자의 금전적 구제 가능성을 높이는 방향으로 제도를 개선할 필요가 있을 것이다.

다. 증인의 인권보장

증인의 인권보장을 위한 제도 개선 쟁점으로는 ‘증인신청 시 신청사유에 대한 소명 절차’, ‘증인 신변보장 강화’, ‘출석한 증인에 대한 보호 및 관리 조치’를 들 수 있다.

첫째, 증인의 인권보장 관련해서, 증인신청 시 해당 증인이 반드시 출석해야 하는 이유에 대한 구체적인 소명절차가 선행될 필요가 있다. 실무상 재판부는 검사 또는 피고인의 증인신청이 있으면 특별한 사정이 없는 한 그대로 채택하는 경향이 크다. 이는 증인이 불출석사유서를 제출하여도 크게 다르지 않다. 그러나 소환된 증인 중 상당수는 사건과 크게 관련이 없거나 생업에 종사하느라 출석이 어려운 경우도 많으므로, 증인신청 시 해당 증인이 정해진 공판기일에 맞춰 반드시 출석을 해야 하는 이유가 무엇인지를 구체적인 소명 절차가 거쳐 증인으로서도 출석 요구를 합리적으로 받아들일 수 있도록 해줄 필요가 있다.

둘째, 증인(특히, 피해자 증인)에 대한 신변보장 강화가 필요하다. 현행법상 성폭력 범죄, 아동·청소년이 피해자인 경우 등에는 특별증인지원을 하고 있으나, 범죄 피해자가 증인이 되는 경우, 범죄의 경중 및 피해자의 성별 및 연령을 불문하고 피고인으로부터 신변의 위협을 당하는 경우가 매우 많다. 특별증인지원의 요건을 갖춘 예외적인 경우가 아닌 이상 우리나라에서는 증인에 대한 신변보장이 제대로 이루어지지 않고 있는데, 사실상 많은 피해자들이 위협을 받을 수 있다는 점을 고려하여 피해자인 증인이 요청하는 경우 두터운 신변보장을 해 줄 수 있도록 제도를 개선해야 한다.

셋째, 증인이 출석한 경우 증인에 대한 보호와 관리를 강화하여야 한다. 증인이 미성년자이거나 임신한 여성이나 고령자인 경우 증인의 특수성을 고려하여 보호자 동석, 피고인과의 접촉 배제 조치, 출석기일의 연기 등 증인 보호 장치가 마련되어야 한다. 한편 다수의 증인이 같은 기일에 출석한 경우 증인들이 서로 말을 맞추거나 다른 사람의 증언에 영향을 미치지 못하도록 하는 관리가 필요하다.

위와 같은 제도 개선 못지않게 재판부·검사·피고인은 증인의 증언을 존중하는 태도

를 갖춰야 한다는 점도 중요하다. 형사사건에서 증인은 참고인이자, 피해자가 될 수도 있고, 공동피고인이 될 수도 있다. 증인으로서 기본적으로 사실에 따라 증언을 하여야 할 의무가 부과되나, 증인의 양심에 반하는 사항 또는 증인이 본인의 명예와 인권보장을 위하여 증언하고 싶지 않은 부분까지도 원칙적으로 증언을 하여야 할 의무가 부과되는 점에서 상당한 문제가 있다고 생각한다. 따라서 구체적인 변론과정에서 증인의 증언을 존중하는 재판부 및 검사, 피고인의 태도가 매우 중요하다.

4. 판사의 형사재판 진행 태도 개선을 위한 제언

가. 공정성 강화 방안

형사재판의 공정성 강화는 재판부가 사건에 대한 예단을 극복하고 피고인이 방어권을 충분히 활용할 수 있도록 하려는 노력으로부터 시작되어야 한다. 특히, 재판부가 원심 판단을 예단의 근거로 고려하지 않도록 스스로 경계해야 한다. 또한 재판장이 피고인 측의 증인신청을 거부할 경우 변론지휘권을 벗어나지 않도록 합리적인 이유를 밝히도록 하는 제도를 두는 것도 예단을 방지할 수 있는 방안이 될 수 있을 것이다. 한편 공소제기 사실이 언론에 무분별하게 보도되는 경우 재판부는 영향을 받을 수 있기에, 검찰이 공소제기 사실을 무분별하게 보도하는 관행을 통제할 수 있는 제도도 마련되어야 할 것이다.

형사재판 진행 과정에서 사법서비스의 질을 제고할 수 있도록 판사를 증원하여 과도한 업무 부담을 덜 필요가 있을 것이다. 피고인(특히, 법에 대해서 문외한인 피고인)은 재판부의 발언에 의하여 재판이 공정하게 진행되고 있는지 여부를 가늠하게 된다. 따라서 재판부가 형사재판의 진행 내용 및 절차에 대하여 쉬운 언어로 설명을 해주는 것이 피고인으로서 재판부에 대하여 신뢰를 갖게 하고, 나아가 재판부의 판단에 수긍할 수 있는 근간을 제공해주는 것이라고 생각한다. 그러나 사실상 하루에 너무 많은 재판 일정을 소화해야 하는 경우, 사건 당 배분된 시간이 너무 짧아 형사재판의 진행 내용을 상세히 설명해주지 못하는 경우가 많다. 따라서 사건 당 사건 진행의 시간이 충분히 배정될 수 있도록 제도적인 조치가 필요하다고 생각한다.

나. 성실성 강화 방안

재판부의 성실성을 강화하기 위한 근본적인 해결책은 판사를 증원하여 재판부가 사건 당 투여할 수 있는 인적 자원을 늘리는 것이다. 판사 증원과 함께 판사별로 사건 배당 수를 제한하거나 한계를 지정하는 제도적 장치도 필요하다. 기본적으로 판사에게 개별사건의 성실한 수행을 기대하기 위해서는 합리적인 범위에서 적정한 수의 사건만 배당이 되어야 한다.

법관평가에 대하여 변호인과 법관이 상호 의견을 교환하는 제도를 마련하는 것도 고려해 볼만 하다. 변호사들은 매해 법관평가를 통해 한 해 동안 맡았던 사건의 담당 판사에 대해 의견을 표명할 수 있는 기회가 있다. 그러나 이러한 의견 표명이 판사의 인적 역량 강화에 실질적으로 기여하는지는 미지수다. 이러한 의견 표명의 효과를 제고하기 위해서 법관평가 내용에 대해 평가를 받은 법관도 자신의 의견을 제시하여 변호인과 법관이 상호 이해를 도모하는 것도 판사의 인적 역량 강화를 위한 토대를 마련하는 데 도움이 될 것이다.

재판부의 변경(갱신)이 있는 경우, 인수인계가 철저히 될 수 있도록 보장하는 제도적 장치가 강화되어야 한다. 재판부의 변경이 있는 경우, 단지 형식적으로 갱신을 고지할 것이 아니라 실질적으로 새 재판부가 해당 사건을 이전 재판부와 같이 사건을 깊이 있게 파악한 상태에서 재판에 임하는 것이 필요하다. 피고인의 입장에서는 재판부가 성실하게 자신의 사건을 파악해주는지 여부가 재판부에 대한 신뢰감 형성에 매우 큰 영향을 미치기 때문이다.

제2절 | 군사법원 인권보장역량 강화를 위한 제언

1. 군사법원 인권보장역량 평가

군사법원 인권보장역량 관련 학술논문을 분석한 결과, '군사법제도 개혁 등'에 관한 논의는 대체로 평시 군사법원의 존치 문제로 집중되는 경향이 있었다. 군사법원에

대한 민주적 통제가 어렵다는 점과 군대 조직과 군인 및 군무원의 특수성에 대한 고려라는 상반된 논거를 중심으로 찬반론이 맞서고 있다. 한편 ‘관할관 및 심판관 제도’에 관한 논의는 해당 제도가 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부를 중심으로 찬반론이 나뉘고 있다. ‘민간인에 대한 재판권’에 관한 논의는 민간인에 대한 군사법원의 예외적 재판권인 군사재판을 받지 않을 권리를 최대한 보장하기 위해서 가능한 한 제한되어야 한다는 방향으로 나가고 있다.

미국, 영국, 독일의 군사법원 사례를 살펴본 결과, 군인의 인권과 기본권을 보장하는 방향으로 군사법원 제도를 개선하려는 노력을 확인할 수 있었다. 여러 인권침해 논쟁과 사건을 유발한, 과도했던 군의 특수성에 대한 ‘배려’를 줄이고 인권보장을 위해 일반 형사사법체계를 따라가는 것이 세계적 경향이였다.

군사법원에만 존재하는 특수한 제도로는 심판관, 관할관 및 관할관 확인조치권이 있으며, 법관 인사권이 사법부가 아닌 행정부에 소재한다는 점에서 인사제도 역시 특수성을 띄고 있었다. 이러한 특수성은 재판과 법관의 독립성을 저해하는 요인으로 작용한다. 또한 보편적인 형사법원의 기능 중 일반 형사법원과 유의미한 차이를 보이고 있는 점은 공개재판, 피고인 무죄추정, 신속재판, 상소제도 등에서 살펴볼 수 있었다. 이러한 차이는 형사재판의 본질적 기능을 저해하는 요인으로 작용한다.

피고인에 대한 경험 청구에서는 국선변호인의 불성실한 직무 수행으로 인해 사법적 피해를 보게 된 사례, 재판 출석 통지 과정에서 프라이버시가 침해된 사례를 발견할 수 있었다. 피해자 및 증인에 대한 경험 청구에서는 소송 진행 정보 제공 과정에서 벌어진 행정상의 착오와 비정상적인 법정 환경으로 인해 법원에 대한 신뢰가 하락한 사례를 발견할 수 있었고, 일반법원보다 지원 대상을 확대하여 운영하고 있는 피해자 법률대리인 국선변호인 지원 제도도 확인할 수 있었다.

군사법원의 인권보장역량을 강화하기 위해서는 장기적인 제도 개선의 관점을 제시하는 거시적 대안과 현행 제도의 보완 방안을 제시하는 미시적 대안을 동시에 강구하여야 한다. 그간의 논의를 통해 살펴본 군사법원의 다양한 문제점과 한계를 해소하기 위한 근본적인 대안이 고민되어야 하는 것은 맞으나, 실제 군사법원이 운영되고 있는 상황을 고려하여 현실에 적용할 수 있는 대안도 마련되어야 하기 때문이다. 아래 제시된 거시적·장기적 대안과 미시적·단기적 대안을 종합하자면, 국방부는 장기적으로는 군사법원

의 소속을 국방부에서 대법원 산하로 이전하는 방안을 고려하는 한편, 단기적으로는 현재 군사법원에서 도출되고 있는 문제점을 해소할 수 있는 방안들을 마련하여야 한다.

2. 군사법원 개혁 방안

장기적인 제도 개선의 관점을 제시하는 거시적 대안은 군사법원의 소속과 형태를 헌법이 규정하고 있는 형사재판의 본질을 훼손하지 않는 방향으로 변경하는 것이다. 군사법원이 다루고 있는 형사사건의 90% 이상이 일반법원에서도 충분히 심리, 판결할 수 있는 일반 범죄 사건임을 고려하면, 군사법원이 권력 분립의 원칙을 훼손하면서까지 특수 형태로 사법부의 바깥에 설치되는 것은 불요한 일이다. 또한 전국 도처에 지방법원과 지원이 설치되어있는데, 통합하여 처리하는 사건의 수가 1개의 지방법원이 처리하는 사건 수에도 미치지 못하는 군사법원을 별도 법원 조직으로 또 운영하는 것은 행정력의 낭비라고 볼 수도 있다. 이에 군사법원의 소속을 대법원 산하로 이전하고, 각급 고등법원과 지방법원의 군사부로 형태를 전환하여 운영하는 방안을 제안한다. 전시 사법체계 운영, 군사범죄 처리 등의 애로점을 해결하기 위하여 각급법원의 군사부에 균의 법무인력을 파견하여 연구관 등으로 보조하게 하고, 심리와 판결은 민간인 판사가 맡게 하여 군사재판도 형사재판의 원칙을 훼손하지 않는 방향으로 운영될 수 있게 하자는 것이다.

3. 군사법원 제도 보안 방안

현행 제도의 보완 방안을 제시하는 미시적 대안은 다음과 같다.

첫째, 심판관, 관할관 확인조치권 등 형사재판의 원칙을 훼손하는 제도들을 폐지하는 법률 개정 추진을 조속히 완료하여 전·평시를 막론하고 법관이 아닌 자의 재량이 사법적 판단에 미치는 영향이 없게끔 하여야 한다.

둘째, 군판사의 소속을 국방부로 일원화하고, 군판사 인사제도를 정비하여야 한다. 현재 추진 중인 법률 개정안에 따르면 군판사의 직을 민간인에게 개방하고 있는데 이 경우 전역으로부터 일정 기간이 지난 민간인에게만 직을 개방하여 군법무관이 전역 후 전관으로서 다시 군판사가 되는 일을 방지해야 한다.

이러한 논의와는 별개로 군판사를 국방부에서 직접 임용하지 않고, 대법원으로부터 판사를 파견 받는 방안도 고려해볼 필요가 있다. 이 경우 군판사에 대한 인사권이 대법원에 소재하는 바, 군사법원이 국방부 산하에 설치되어 있다고 하여도 실제 재판을 담당하는 판사는 국방부의 영향을 받지 않게 되어 재판의 공정성과 군사법원에 대한 국민의 신뢰도를 제고할 수 있을 것이다.

셋째, 군사법원의 물리적 소재를 군부대 밖으로 이전하여야 한다. 국방부 고등군사법원과 마찬가지로 각급부대에 설치된 군사법원을 군부대 밖으로 이전하거나, 출입구를 부대 영문과는 별개로 하여 민간인이 자유롭게 드나들 수 있게 하여야 한다. 이를 통해 군사법원 역시 공개재판의 원칙에 더욱 충실해질 수 있을 것이다.

넷째, 대법원 양형기준의 적용을 적극적으로 권장하고, 군사범죄에 대한 대법원 양형기준을 조속한 시일 내에 마련해야 한다. 양형기준이 통일되어 적용되지 않는다면 판결이 법관의 재량에 과도히 의존하게 되는데, 이는 예측이 불가능한 판결로 이어져 소송관계인의 권익을 침해하는 결과를 낳게 된다.

다섯째, 국방부는 기소휴직 제도를 폐지해야 한다. 휴직은 급여의 감소로 이어져 사실상 피고에게 불이익한 인사 처우에 해당하는데, 단지 기소되어 재판을 받고 있다는 이유만으로 생계를 곤란하게 만드는 것은 재판과정에서 피고의 선택지를 실질적으로 축소시키는 결과를 낳게 되는 바, 기소휴직 제도는 폐지되어야 할 것이다.

여섯째, 민간인, 군법무관 국선변호인의 수준을 담보할 수 있는 평가제도를 마련하여야 한다. 이를 위해 민간 영역의 국선변호인제도를 세밀하게 차용하는 것도 고려해 보아야 한다. 특히 군법무관 국선변호인은 법무관 경력이 적은 초급 법무관들이 맡는 경우가 많은데, 이들의 경력 문제를 보완할 수 있는 대책도 마련되어야 할 것이다. 뿐만 아니라 군인 간 범죄 피해자 국선변호인 제도가 시행을 앞두고 있는데, 피해자에 대한 변호는 보다 세심하게 고려해야 할 부분이 많은 영역이다. 국선변호의 수준이 담보되지 않는다면 좋은 제도를 마련해놓고 도리어 역효과를 볼 수도 있다는 점을 주지해야 한다.

일곱째, 군판사, 법원서기 등 법원행정관계자에 대한 교육을 대법원에 위탁하고 의무적으로 이수하게 하여 법원행정서비스를 민간 영역과 동일한 수준으로 향상시켜야 한다.

1. 국내문헌

1) 단행본

- 김도균. 『한국사회에서 정의란 무엇인가』. 아카넷. 2020.
- 드워킨, 로널드. 『법의 제국』. 장영민 역. 아카넷. 2004.
- 배은경. 『현대 한국의 인간 재생산 -여성, 모성, 가족계획사업-』. 시간여행. 2012.
- 배종대·이상돈. 『형사소송법』 제7판. 홍문사. 2006.
- 성낙인. 『헌법학』 제17판. 법문사. 2017.
- 신동운. 『신형사소송법』 제5판. 법문사. 2014.
- 이재상·조균석. 『형사소송법』 제12판. 박영사. 2019.
- 임동규. 『형사소송법』 제13판. 법문사. 2018.
- 정희진 엮음. 『미투의 정치학』. 교양인. 2019.
- 한인섭·이재승 편. 『양심적 병역거부와 대체복무제』. 경인문화사. 2013.

2) 학술지논문

- 강동욱. “군 사법절차의 관할관 확인조치권에 관한 비판적 고찰”. 『법과정책연구』 12(1) (2012): 91-114.
- 강동욱. “형사공판절차에 관한 헌법재판소의 결정에 대한 고찰(2011.07-2014.12)”. 『세계헌법연구』 21(1) (2015): 107-132.
- 강동욱. “형사절차에 관한 헌법재판소 결정(2008-2011.6)에 대한 고찰”. 『세계헌법연구』 17(2) (2011): 439-461.
- 김동원. “군사법제도의 특징에 대한 고찰”. 『과학수사학』 4(1) (2010): 74-84.
- 김백진. “군사법원 필요성과 목적에 대한 고찰”. 『저스티스』 (147) (2015): 186-222.
- 김범식. “군 사법제도에 관한 고찰”. 『성균관법학』 24(1). (2012): 233-259.
- 김범식. “군 사법제도의 정당성과 개정 군사법원법의 함의”. 『형사소송이론과실무』

9(1) (2017): 243-269.

- 김수아. “안희정 재판보도와 성인지감수성”. 『여성이론』 (40) (2019): 291-299.
- 김연호·김일환. “군사법원제도 정비에 관한 헌법적 검토”. 『미국헌법연구』 29(3) (2018): 71-117.
- 김인희. “방어권 남용론 비판”. 『법학연구』 18(1) (2015): 317-356.
- 김정연. “형사절차에서 변호인의 ‘효과적인’ 조력을 받을 권리의 보장”. 『헌법학연구』 25(4) (2019): 1-36.
- 김진. “성희롱 규제 20년: 법제 발전과 주요 판결례를 중심으로”. 『젠더법학』 11(2) (2020): 1-35.
- 김태천. “개인통보제도에 따른 국내적 구제방안: 자유권규약위원회의 견해를 중심으로”. 『법조』 56(12) (2007): 103-143.
- 김현주. “군사법원의 민간인에 대한 재판권”. 『한국군사학논집』 72(1) (2016): 135-169.
- 민영성. “공판중심주의와 공정한 재판”. 『법조』 55(2) (2006): 94-126.
- 박병욱·이계수. “독일 군 사법제도 재론”. 『공법학연구』 17(3) (2016): 165-203.
- 박찬걸. “군사재판에 있어서 관할관제도 및 심판관제도의 문제점과 개선방안”. 『형사정책연구』 23(4) (2012): 153-182.
- 박혜림. “군사법제도의 현황과 개선방안”. 『아주법학』 12(1) (2018): 93-115.
- 백강진. “피고인의 진술거부권”. 『법조』 60(2) (2011): 79-141.
- 백상준. “평시 군사법원 제도 폐지 논의 및 입법적 쟁점”. 『이슈와 논점』 (1502) (2018): 1-4.
- 변종필. “형사소송의 목적과 ‘실체적 진실’ 원칙”. 『안암법학』 (4) (1996): 1-21.
- 손상식. “특별법원으로서 군사법원의 헌법적 지위에 대한 고찰”. 『법과 정책』 23(3) (2017): 129-134.
- 송광섭. “군사법제도의 개선방안”. 『형사법연구』 (24) (2005): 337-364.
- 송기춘. “‘군사재판을 받지 않을 권리’에 관한 소고”. 『공법연구』 37(4) (2009): 193-227.
- 송기춘. “군사재판에 관한 헌법학적 연구”. 『공법연구』 33(3) (2005): 273-296.
- 송윤진. “자율성 역량 모델의 제안과 그 적용 -낙태에서 여성의 자기결정권을 중심으로-”. 『아세아여성법학』 (19) (2016): 243-276.
- 신주호. “범죄피해자 권리의 헌법상 근거에 관한 소고”. 『세계헌법연구』 16(4) (2010):

- 71-106.
- 양선숙. “미투서사와 진실, 그리고 정의”. 『법학연구』 21(4) (2018): 299-328.
- 양소연. “법적 논증에서 서사(Narrative)의 기능”. 『저스티스』 (177) (2020): 381-410.
- 오동석. “1950년대 군법회의와 군 사법권 독립 논의”. 『공법학연구』 8(4) (2007): 285-304.
- 윤덕경·김차연. “성폭력 판례에 대한 성인지적 분석과 개선과제”. 『이화젠더법학』 7(1) (2015): 73-107.
- 윤상민. “군 형사사법제도의 개혁방안”. 『비교법학』 (8) (2008): 289-314.
- 이계수. “군 사법제도, 어떻게 개혁할 것인가”. 『민주법학』 (26) (2004): 302-324.
- 이계수·박병욱. “군사법원 폐지를 위한 사례연구”. 『민주법학』 (60) (2016): 227-271.
- 이세주. “군 징계권, 수사권, 사법권에 대한 헌법적 검토”. 『헌법판례연구』 14 (2013): 121-156.
- 이세주. “헌법상 재판받을 권리와 군 사법제도에 대한 헌법적 검토”. 『헌법학연구』 19(1) (2013): 261-290.
- 이수진. “재심절차에서 변호인의 조력받을 권리 -재심개시절차 중심으로-”. 『법학연구』 59(3) (2018): 65-90.
- 이승련. “개정 형사소송법상의 증거개시제도”. 『법조』 57(2) (2008): 224-253.
- 이완규. “피고인신문과 진술거부권 그리고 재판심리”. 『법조』 59(8) (2010): 103-156.
- 이재승. “독일의 군인법제”. 『일감법학』 (16) (2009): 289-321.
- 이존걸. “형사소송법상 재심의 특별사유에 관한 연구”. 『법학연구』 (27) (2007): 375-398.
- 임석순. “즉결심판제도에 대한 비판적 연구”. 『형사정책연구』 26(1) (2015): 85-113.
- 임성근. “공판중심주의의 구현방안”. 『법조』 56(1) (2007): 5-29.
- 장승일. “범죄피해자의 공판절차 참여방안에 대한 쟁점 검토”. 『법학연구』 22(2) (2014): 197-218.
- 장승일. “형사절차상 범죄피해자 권리보호에 관한 연구”. 『법학연구』 (37) (2010): 217-235.
- 정인섭. “「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」과 군장병 인권”. 『서울대학교법학』 48(4) (2007): 35-62.
- 정준섭. “군사법제도의 문제점과 개선방안”. 『형사법연구』 22(4) (2010): 69-99.

- 조기영. “변호인의 효과적인 조력을 받을 권리”. 『동북아법연구』 10(1) (2016): 351-381.
- 조기영. “증거재판주의와 새로운 증명 방법의 증거능력 -재판의 정당화 관점에서 본 영상녹화물과 조사자증언의 증거능력-”. 『동아법학』 (66) (2015): 417-448.
- 지대남. “미국의 군사법제도에 있어서 지휘관의 권한”. 『공법학연구』 12(1) (2011): 231-260.
- 최재석. “군사법절차에 있어서의 장병의 기본권 향상 방안 연구”. 『연세 공공거버넌스 와 법』 3(2) (2012): 93-144.
- 하정옥. “낙태에 대한 형사처벌의 시대착오: 건강권-사회권-인권 실천의 국제적 합의를 중심으로”. 『의료와 사회』 (8) (2018): 64-79.
- 한상희. “군사법원체제의 개혁”. 『입법학연구』 11(2) (2014): 27-51.
- 황경환. “The Study of the Unlawful Command Influence in USA Court Martial”. 『법학연구』 23(3) (2015): 221-240.

3) 학위논문

- 이태형. “군 사법제도 개선의 주요 쟁점 및 발전방안 연구”. 석사학위논문. 연세대학교 법무대학원 형사사법전공. 2014.
- 한명권. “군사법제도 개혁방향에 관한 연구”. 석사학위논문. 연세대학교 대학원 법학과. 2006.

4) 기타 보고서

- 고등군사법원/육·해·공군 군사법원. 『군사법원 연감』. 2017.
- 고등군사법원/육·해·공군 군사법원. 『군사법원 연감』. 2018.
- 고등군사법원/육·해·공군 군사법원. 『군사법원 연감』. 2019.
- 김대근·탁희성·유진. 『사법정의 회복을 위한 형사재심연구 I』. 대검찰청 연구용역보고서. 2019.
- 김대홍. “미국의 군 사법제도”. 『최신외국법제정보 2』. 한국법제연구원. 2018.
- 김문미정. “미투운동의 함의와 과제”. 한국여성단체연합 성평등연구소 주최. 『#미투운동에서 제기되는 법·정책 과제와 여성운동의 방향』. 2018. 3. 19.

- 김중길. “독일의 군 사법제도”. 『최신외국법제정보 1』. 한국법제연구원. 2018.
- 김현귀. 『법인의 인격권』. 헌법재판소 헌법재판연구원. 2015.
- 김혜경. 『법정형체계의 정비방안』. 한국형사정책연구원. 2006.
- 김환하. 『군사법원의 독립성에 관한 헌법적 고찰』. 헌법재판소 헌법재판연구원. 2016.
- 박미숙·김재현·박준영·김성룡. 『형사정책과 사법제도에 관한 평가 연구(XII): 오판 방지를 위한 사법 시스템 평가·정비방안 연구』. 한국형사정책연구원. 2018.
- 박은정·강태경·김현섭. 『바람직한 법관상 정립과 실천방안에 대한 연구』. 대법원 법원행정처 연구용역보고서. 2015.
- 백광균. 『형사재심실무』. 2018.
- 법률소비자연맹 총본부. 『2014 대한민국 법원·법정백서』. 2014.
- 법원행정처. 『사법연감』. 2017.
- 법원행정처. 『사법연감』. 2018.
- 법원행정처. 『사법연감』. 2019.
- 사법개혁위원회. “[종합 보도자료] 사법개혁위원회 경과 및 결과”. 2004.
- 사법제도개혁추진위원회. 『사법 선진화를 위한 개혁』. 사법제도개혁추진위원회 백서(상). 2006.
- 오경식·김범식·이현정. 『현행 군 사법제도의 발전방향 연구 최종보고서』. 국방부 연구용역보고서. 2012.
- 이계수·김용주·노진석·박병욱·박지웅·임재성·전학선·최관호·김학진. 『군 수사와 사법제도 현황 및 개선방안 연구』. 국가인권위원회 연구용역보고서. 2015.
- 이계수·오동석·최정학·오병두. 『군 사법제도 운영 및 인권침해현황 실태조사』. 국가인권위원회 연구용역보고서. 2004.
- 이종호·최장욱·황윤상·윤형호·서동욱. 『군인 권리보호 및 구제체계에 대한 인권상황 실태조사』. 국가인권위원회 연구용역보고서. 2014.
- 이혜영. “법원에서의 국제인권조약 적용 현황 및 평가”. 국가인권위원회·사법정책연구원·대한변호사협회·국제인권네트워크·인권법학회. 『법원의 국제인권기준 적용 심포지엄 자료집』. 2019. 8. 14.
- 이혜영. 『법원에서의 국제인권조약 적용 현황과 과제』. 사법정책연구원. 2020.
- 정웅석·김희균. 『헌법 제27조 제2항(일반국민이 범한 중대한 군사상 기밀, 초병, 초소에 관한 죄 군사재판) 존치 필요성에 관한 연구』. 국방부 연구용역보고서.

2017.

조의행. “영국 군사법제도 체계와 기능에 대하여”. 『최신외국법제정보 1』. 한국법제연구원. 2018.

주승희. 『당사자주의와 직권주의 소송구조 비교 연구』. 한국형사정책연구원. 2006.

한국여성단체연합. [성명] “[‘낙태죄’ 정부 개정안 입법 예고에 부처] 여성의 목소리와 현실을 삭제하고 실질적 ‘차별’로 여성인권의 퇴행을 선택한 문재인 정부를 강력히 규탄한다”. 2020. 10. 7(<http://women21.or.kr/statement/17285>, 최종접속일 2020. 11. 1.).

2. 국외문헌

1) 단행본

Ann Lyon, and Geoffrey Farmiloe. “The new British system of courts martial”.

In A. Duxbury & M. Groves (Eds.). *Military Justice in the Modern Age*. Cambridge: Cambridge University Press. 2016.

Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Belknap Press. 1986.

Fricker, Miranda. *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*. Oxford. 2007.

Higgins, Rosalyn. *Problems and Process: International Law and How We Use It*. Clarendon Press. 1994.

Rosanvallon, Pierre. *Counter-Democracy: Politics in an Age of Distrust*. trans. Arthur Goldhammer. Cambridge University Press. 2008.

2) 논문

Grady, Kate. “Disciplinary Offences at the Court Martial”. *Crim. L.R.* 10(2016): 714-742.

Shalev, Carmel. “Rights to Sexual and Reproductive Health: The ICPD and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women”. *Health and Human Rights*. 4(2)(2000): 38-66.

- Sherwin, Richard K. "The Narrative Construction of Legal Reality". *Journal of the Association of Legal Writing Directors* 6(1)(2009): 88-120.
- Simms, Suzanne. Comment, "Revision of Article 60 and the Military Convening Authority's Clemency Power: An Alternative to the Enacted Legislation". *2 NAT'L SEC. L.J.* 301(2014): 315-318.
- Young, James A. "Post-Trial Procedure and Review of Courts-Martial Under the Military Justice Act of 2016". *The Army Lawyer JAG CORPS PROFESSIONAL BULLETIN 27-50-18-01*(2016): 31-37.

3) 기타 보고서

- Commission on Human Rights [UN]. "Report of the Working Group on Arbitrary Detention". E/CN.4/1999/63. 1998.
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights [UN]. "General Comment No.22 (2016) on the Right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)". 4 March 2016. E./C.12/GC/22.
- Congressional Research Service [U.S.A.]. "Comparison of Rights in Military Commission Trials and Trials in Federal Criminal Court". Congressional Research Service (2014).
- Congressional Research Service [U.S.A.]. "Defense Primer: Congress's Constitutional Authority with Regard to the Armed Forces". IN FOCUS (2020).
- Congressional Research Service [U.S.A.]. "Marbury v. Madison Returns! The Supreme Court Considers the Scope of "Judicial" Power". *Legal Sidebar* (2018).
- Edith Palmer. "Germany". In Library of Congress Global Legal Research Center [U.S.A.] (Eds.). *Military Justice System: Adjudication of sexual offenses*. 2013.
- General Assembly [UN]. "Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers". A/68/285. 2013.
- Geneva Centre for Security Sector Governance [DCAF]. "Toolkit - Legislating

for the Security Secotr 5.2: International Standard Principles Principles Governing the Administration of Justice Through Military Tribunals”. 2011.

Geneva Centre for Security Sector Governance [DCAFb]. “Toolkit – Legislating for the Security Secotr 5.1: Understanding Military Justice”. 2011.

Human Rights Committee [UN]. “General Comment No. 32 - Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial”. CCPR/C/GC/32. 2007.

Human Rights Council [UN]. “Report of the Working Group on Arbitrary Detention”. A/HRC/13/30. 2010.

Human Rights Council [UN]. “Report of the Working Group on Arbitrary Detention”. A/HRC/27/48. 2014.

Human Rights Council [UN]. “Summary of the discussions held during the expert consultation on the administration of justice through military tribunals and the role of the integral judicial system in combating human rights violations”. A/HRC/28/32. 2015.

The Commission the honorable Walter T. Cox III [U.S.A.]. “Report of the Commission on the 50th Anniversary of the Uniform Code of Military Justice”. 2001.

3. 판결 등

1) 법원 판결

대법원 1956. 4. 27. 선고 4288형재항10 판결.

대법원 1981. 11. 24. 선고 81초69 판결.

대법원 1985. 9. 24. 자 84도2972 전원합의체 판결.

대법원 1986. 8. 28. 자 86모15 결정.

대법원 1991. 10. 29. 자 91재도2 결정.

대법원 2000. 2. 8. 선고 99도5395 판결.

대법원 2003. 5. 30. 자 2003모141 결정.

- 대법원 2004. 2. 13. 자 2003모464 결정.
- 대법원 2005. 7. 29. 선고 2004도5868 판결.
- 대법원 2006. 11. 23. 선고 2006도5407 판결.
- 대법원 2009. 4. 23. 선고 2009도2001 판결.
- 대법원 2009. 7. 16. 자 2005모472 전원합의체 결정.
- 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도3580 판결.
- 대법원 2010. 1. 21. 선고 2008도942 전원합의체 판결.
- 대법원 2010. 7. 23. 선고 2010도1189 전원합의체 판결.
- 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결.
- 대법원 2012. 2. 16. 자 2009모1044 전원합의체 결정.
- 대법원 2012. 6. 28. 선고 2012도2631 판결.
- 대법원 2013. 2. 21. 선고 2010도10500 전원합의체 판결.
- 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012도14788, 2012전도252 전원합의체 판결.
- 대법원 2013. 6. 27. 선고 2011도7931 판결.
- 대법원 2015. 5. 21. 선고 2011도1932 전원합의체 판결.
- 대법원 2015. 6. 25. 선고 2015도1944 전원합의체 판결.
- 대법원 2015. 7. 16. 자 2013모2347 전원합의체 결정.
- 대법원 2015. 11. 12. 선고 2015도7423 판결.
- 대법원 2016. 6. 16. 자 2016초기318 전원합의체 결정.
- 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결.
- 대법원 2016. 10. 13. 선고 2016도11317 판결.
- 대법원 2017. 1. 25. 선고 2016도15526 판결.
- 대법원 2017. 2. 16. 선고 2016도13362 전원합의체 판결.
- 대법원 2017. 6. 21. 선고 2015모1636 판결.
- 대법원 2017. 7. 20. 선고 2014도1104 전원합의체 판결.
- 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결.
- 대법원 2018. 10. 25. 선고 2018도7709 판결.
- 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결.
- 대법원 2019. 6. 20. 선고 2018도20698 전원합의체 판결.
- 대법원 2019. 7. 24. 선고 2019도4772 판결.

- 대법원 2019. 8. 9. 선고 2019도7225 판결.
- 대법원 2019. 11. 21. 선고 2018도13945 전원합의체 판결.
- 대법원 2020. 2. 20. 선고 2019도9756 전원합의체 판결.
- 대법원 2020. 6. 18. 선고 2019도14340 전원합의체 판결.
- 서울남부지방법원 2004. 5. 21. 선고 2002고단3940, 3941 판결.
- 서울서부지방법원 2018. 8. 14. 선고 2018고합75 판결.
- 제3군사령부 보통군사법원 2014. 9. 26. 선고 2014정고1 판결.
- 제주지방법원 2017. 8. 11. 선고 2017고단16, 55 판결.
- 청주지방법원 영동지원 2007. 10. 26. 선고 2007고단151 판결.

2) 헌법재판소 결정

- 헌법재판소 1989. 11. 20. 선고 89헌가102 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 1991. 4. 1. 선고 89헌마160 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 1992. 4. 14. 선고 90헌마82 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 1993. 5. 13. 선고 92헌마80 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 1993. 12. 23. 선고 93헌가2 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 1996. 10. 31. 선고 93헌바25 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 96헌가18 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2007. 11. 29. 선고 2005헌가10 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2009. 7. 30. 선고 2008헌가14 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2010. 2. 25. 선고 2008헌가6 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2010. 3. 25. 선고 2008헌가5 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2010. 3. 30. 선고 2010헌바102 결정.
- 헌법재판소 2011. 5. 26. 선고 2011헌가16 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2011. 6. 30. 선고 2010헌가86 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2011. 6. 30. 선고 2010헌가99, 2011헌가2·11(병합) 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2011. 10. 25. 선고 2010헌가29 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2012. 6. 27. 선고 2011헌가36 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2009헌가27 전원재판부 결정.

- 헌법재판소 2012. 12. 27. 선고 2010헌가82, 2011헌바393(병합) 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2013. 8. 29. 선고 2012헌가12, 2012헌바98, 2013헌가11(병합) 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2013. 11. 28. 선고 2012헌가10 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2014. 3. 27. 선고 2010헌가2, 2012헌가13(병합) 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2014. 4. 24. 선고 2011헌가29 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2015. 2. 26. 선고 2014헌가16·19·23(병합) 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2015. 3. 26. 선고 2014헌가5 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2015. 5. 28. 선고 2013헌가6 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2015. 7. 30. 선고 2013헌가8 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2015. 7. 30. 선고 2013헌바416 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2015. 7. 30. 선고 2014헌가13 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2015. 7. 30. 선고 2014헌가7 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2015. 9. 24. 선고 2013헌가21 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2015. 9. 24. 선고 2015헌가17 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2015. 10. 21. 선고 2013헌가20 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2015. 12. 23. 선고 2013헌가9 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2016. 6. 30. 선고 2013헌가1 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2016. 9. 29. 선고 2014헌가3·12(병합) 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2016. 11. 24. 선고 2014헌가6, 2015헌가26(병합) 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2016. 11. 24. 선고 2015헌가23 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2016. 11. 24. 선고 2015헌가29 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2016. 11. 24. 선고 2016헌가3 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2017. 5. 25. 선고 2016헌가6 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2018. 1. 25. 선고 2017헌가26 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2018. 1. 25. 선고 2017헌가7·12·13(병합) 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2018. 3. 29. 선고 2017헌가10 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2018. 4. 26. 선고 2017헌가2 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2015헌가28, 2016헌가5(병합) 전원재판부 결정.
- 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2016헌가8, 2017헌바476(병합) 전원재판부 결정.

- 헌법재판소 2018. 7. 26. 선고 2017헌가11 전원재판부 결정.
헌법재판소 2019. 2. 28. 선고 2016헌가13 전원재판부 결정.
헌법재판소 2019. 5. 30. 선고 2018헌가12 전원재판부 결정.
헌법재판소 2019. 5. 30. 선고 2019헌가4 전원재판부 결정.
헌법재판소 2020. 8. 28. 선고 2017헌가35, 2019헌가23(병합) 전원재판부 결정
헌법재판소 2020. 9. 24. 선고 2017헌바157, 2018헌가10(병합) 전원재판부 결정.

3) 영미 판결

- Cooper v. United Kingdom* (2004) 39 EHRR 8 (Cooper).
Dalmazzi v. United States, 585 U.S. ____ (2018).
Findlay v. United Kingdom (1997) 24 EHRR 221 (Findlay).
Grievies v. United Kingdom (2004) 39 EHRR 2 (Grievies).
Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).
Morris v. United Kingdom (2002) 34 EHRR 52.
R. v. Génereux, [1992] 1 S.C.R. 259.
United States v. Biagase, 50 M.J. 143, 150 (1999).
Weiss v. United States, 510 U.S. 163 (1994).

4. 기타 자료

1) 기사

- 구자룡. “허위 자백이라도 안 했으면 지금 살아 있겠습니까”논설위원 현장 칼럼”. 『동아일보』 2020. 10. 28.자 기사(<https://www.donga.com/news/Opinion/article/all/20201028/103664256/1>, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 권기정. “성폭행 저항하다 ‘혀 절단’했다고 유죄 … 56년 만에 재심청구”. 『경향신문』 2020. 5. 6.자 기사(http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=202005061057001&code=940301, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 권오은·이은영. “‘화성 8차 사건’ 20년 옥살이 윤씨 재심 청구 … “진실 밝히겠다””. 『조선일보』 2019. 11. 13.자 기사(https://www.chosun.com/site/data/html_

- dir/2019/11/13/2019111301395.html, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 김도균. “윤 일병 사건 핵심 목격자 “때리다가 지치면 또…””. 『오마이뉴스』 2014. 9. 26.자 기사(http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002037633, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 김은성. “성범죄 사건 형량 줄이는 데 악용되는 ‘국민참여재판’”. 『경향신문』 2020. 9. 15.자 기사(http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?art_id=202009152126015, 최종접속일 2020. 10. 30.).
- 박다해. “[단독] “레깅스 불법촬영 무죄” 법원, 판결문에 피해 여성 사진 실었다”. 『한겨레』 2019. 11. 3.자 기사(<http://www.hani.co.kr/arti/society/women/915593.html>, 최종접속일 2020. 10. 30.).
- 윤종구. “법복을 입은 상인”. 『법률신문』 2003. 10. 20.자 기사(<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Opinion?serial=11811>, 최종접속일 2020. 12. 24.).
- 이가영. ““남자들에 끌려간 언니 미안해요” 울음바다 된 형제복지원 재판”. 『중앙일보』 2020. 10. 15.자 기사(<https://news.joins.com/article/23895331>, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 이숙연. “(서초포럼)디지털시대의 영장주의”. 『법률신문』 2019. 8. 22.자 오피니언 (<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Opinion/Legal-Opinion-View?serial=155184&kind=BA10&key=>, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 이재호. “[단독]미성년 대상 성범죄자 절반은 “처벌 지나치다””. 『한겨레』 2020. 6. 16.자 기사(http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/949509.html, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 이호재. “영장실질심사 도입 22년 … 형사소송법 대원칙 고려해 변화 이뤄져야”. 『동아일보』 2019. 10. 29.자 기사(<https://www.donga.com/news/Society/article/all/20191029/98128474/1>, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 이후연. “생리 입증해야 생리휴가 준다고? 아시아나 유죄 판결한 법원”. 『중앙일보』 2019. 10. 30.자 기사(<https://news.joins.com/article/23619529>, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 장예지·고한슬. “삼성 노조와해에 실행 나온 건 기적이었다”. 『한겨레』 2019. 12. 28.자 기사(<http://www.hani.co.kr/arti/society/labor/922406.html>, 최종접속일 2020. 11. 1.).

- 장필수. “다시 법정에 선 형제복지원 인권유린 … 31년의 한 풀릴까”. 『한겨레』 2020. 10. 15.자 기사(http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/965938.html, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 최혜민. “윤일병 사건 6차 공판 … 핵심 목격자 진술 예정”. 『연합뉴스』 2014. 9. 26.자 기사(<https://www.yna.co.kr/view/AKR20140926123600061>, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 황필규. “[세상읽기] 위법한 재판을 멈춰라”. 『한겨레』 2019. 10. 31.자 기사(<http://www.hani.co.kr/arti/opinion/column/915352.html>, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- Caldwell, D. “Society’s Attitudes Toward the Military”. 『The New York Times』 2013. 5. 27.자 기사(<https://www.nytimes.com/2013/05/29/opinion/societys-attitudes-toward-the-military.html>, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- Kennedy, D. “The Best Army We Can Buy”. The New York Times 2005. 7. 25. (<https://www.nytimes.com/2005/07/25/opinion/the-best-army-we-can-buy.html>, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- Vergun, D. “Legislation Changing UCMJ, especially for sex crimes”. 『Army News Service』 2014. 1. 8.자 기사(https://www.army.mil/article/117919/legislation_changing_ucmj_especially_for_sex_crimes, 최종접속일 2020. 11. 1.).

2) 기타 인터넷 자료

- 법률종합정보 홈페이지(<https://glaw.scourt.go.kr>).
- 빅카인즈 홈페이지(<https://www.bigkinds.or.kr/>).
- 외교부 홈페이지(http://www.mofa.go.kr/www/wpge/m_3996/contents.do).
- 헌법재판소 홈페이지(<http://search.ccourt.go.kr>).
- Courts and Tribunals Judiciary [UK]. “Judge Advocate General Appointment: Large”. 2020. 9. 18. (<https://www.judiciary.uk/announcements/judge-advocate-general-appointment-large/>, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- Courts and Tribunals Judiciary [UK]. “Judge Advocate General”. (n.d.) (<https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/who-are-the-judiciary/judicial-roles/judges/judge-advocate-general/3>, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- Courts and Tribunals Judiciary [UK]. “Military”(<https://www.judiciary.uk/about->

- the-judiciary/the-justice-system/jurisdictions/military-jurisdiction/, 최종 접속일 2020. 11. 1.).
- European Institute for Gender Equality. “gender perspective”(http://eige.europa.eu/rdc/thesaurus/terms/1197, 최종접속일 2020. 12. 27.).
- JUSTIA. “Clemency Requests”. 2019. 6(<https://www.justia.com/military-law/military-criminal-justice-system/clemency-requests/>, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- JUSTIA. “Appealing from a Court-Martial”. 2019. 6. (<https://www.justia.com/military-law/military-criminal-justice-system/appealing-from-a-court-martial/>, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- Knaul, Gabriela. “[특보 SR] UN 사법권독립특보 중점주제(Core Theme of SR on Independency of Judiciary)”(국문본). Issues in focus - Military Courts. 군인권센터 홈페이지 자료실(<https://mhrk.org/what-we-do/resource-view?id=132>; <https://mhrk.org/what-we-do/resource-view?id=2345>, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- Stuart-Smith, J. & Stubbs, W. “Military law”. 『Encyclopædia Britannica』 2017. 1. 23(<https://www.britannica.com/topic/military-law>, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- U.S. Army. “Military Justice Act of 2016: Overview”. 2019. 1. 10.(<https://www.army.mil/standto/archive/2019/01/10/>, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- U.S. Army. “The Army Board for Correction of Military Records”.(n.d.) (<https://arba.army.pentagon.mil/abcmr-overview.html>, 최종접속일 2020. 11. 1.).

Abstract



Comprehensive Evaluation of Human Rights Competencies of Criminal Justice Institutions (III) : Evaluation of Human Rights Competencies of Criminal Courts

Taegyung GAHNG · Young-Shin CHOI · Yoonjin SONG ·
Taehoon LIM · Hyeongnam KIM · Kyusuk CHO

1. Purpose

The purpose of this study is to critically examine whether criminal courts and military courts exercise their judicial power in compliance with the principles of *nulla poena sine lege* and due process and in a way that protects the human rights of persons involved in criminal litigation to full extent and promotes the human rights environment of the society in general. This study looks into the criminal courts' competency in human rights protection in three areas: 1) compliance with due process and the principles deriving from *nulla poena sine lege*; 2) improvement of the constitutionality of the normative environment surrounding criminal cases; and 3) protection of the human rights of persons involved in criminal litigation. It also looks into the military courts' competency in human rights protection in two areas: 1) constitutional principles on criminal justice (independence of the judiciary, due process, and expedition of court proceedings); and 2) protection of the human rights of persons involved in criminal litigation.

2. Issues Regarding Criminal Courts' and Military Courts' Competency in Human Rights Protection

An analysis of media reports and academic articles regarding the criminal courts' competency in human rights protection revealed differences between the human rights issues attracting public attention and the human rights issues widely discussed in the academia. In addition, the main target of criticism was the criminal justice system in some issues, whereas commentators focused on the personal competencies of judges adjudicating criminal cases in other issues.

The findings of the analysis on media reports are summarized below. For the past year, media outlets extensively covered the re-trials of certain criminal cases and the issues of state violence and workers' rights. The media reports on these issues surpassed reports on other issues both in terms of the number of reports and the depth of coverage. As for the content of the reports, positive notes were maintained in the majority of media reports on emergency appeals in cases involving state violence, court judgments promoting workers' human rights, and the substantive review of arrest warrants. For example, covering an airline convicted for violating the human rights of female attendants, media outlets provided detailed descriptions of the decision of the bench presiding over the case to assist with readers' understanding of the case. Media reports regarding cases involving state violence and the substantive review of arrest warrant provided detailed explanations of the criminal justice schemes designed to protect human rights, providing readers with opportunities to understand the significance of human rights protection and the related systems. On the other hand, negative notes were prominently featured in the reports on the re-trial for the Hwaseong serial murders, the sentencing of sexual crimes against minors, the issue of secondary damage caused by courts' written judgments, and the application of international human rights laws at Korean courts. These negative reports tended

to criticize the personal competency of judges presiding over the criminal cases, rather than focusing on the issues of the criminal justice system itself.

This study also analyzes academic articles discussing human rights issues related to criminal proceedings. The findings are summarized below. In 2000 and the following years, academic discussions among criminal law scholars focused on trial-centered proceedings, defendants' rights, victims' rights, re-trial, and warrant. Around the time of the 2007 amendment to the Criminal Procedure Act, which was aimed at consolidating the principle of trial-centered proceedings in criminal cases, discussions among scholars were centered around the discovery system and witness questioning. Then, the focus of discussions in the academia shifted to criminal defendants' rights such as the right to refuse testimony and seek assistance from an attorney, and ways to protect victims' rights including the engagement of victims in court trial proceedings. Discussions on warrants focused on the exclusion of illegally collected evidence, the substantive review of arrest warrant, and the judicial control of prosecutors. On the other hand, discussions on re-trials addressed a wide range of issues including key cases, unlawful judgments, causes of re-trial, and the re-trial process. Academic discussions mainly criticized the criminal justice system itself, although it may be attributable to the fact that this study analyzes academic articles published in law journals.

Lastly, this study's findings on academic articles on the military courts' competency in human rights protection are as follows. This study identified 13 articles directly addressing human rights issues involving the military courts, which indicates the relative lack of researches on the military courts' competency in human rights protection. Discussions on the reform of the military justice system tended to concentrate on the issue of whether the military courts should be maintained during peace times. The academia is evenly divided on the issue, with opponents stressing the difficulty in democratic control over the military

courts, and proponents arguing for the need to consider the special nature of the military organization, military personnel, and civilian employees in the military. The academia is also divided on the issue of “the convening authority and adjudicator system,” specially, whether the system undermines the right to fair trial. The discussions on the “the military courts’ jurisdiction over civilians” are converging on the stance that such jurisdiction should be restricted to the possible extent, so as to achieve full protection of civilians’ right not to be tried in a military court.

3. Assessment of the Criminal Courts’ Competency in Human Rights Protection: Court Judgments

This study reviewed the Constitutional Court judgments and en banc judgments of the Supreme Court that relate to the criminal law over the last decade. The Constitutional Court cases were confined to cases in which courts requested adjudication on the unconstitutionality of statutes. The findings indicate that the criminal courts have made considerable efforts to align the normative environment surrounding criminal proceedings with the principles of basic rights protection, *nulla poena sine lege*, and due process, by requesting adjudication on constitutionality and en banc deliberation.

Firstly, for the last decade, the criminal courts requested adjudication on constitutionality of statutes pursuant to Article 41 of the Constitutional Court Act across numerous areas including “physical security and freedom,” “mental security and freedom,” “security and freedom of privacy,” “social and economic security and freedom,” “social rights,” and “basic rights of claim,” if the courts suspected that legal provisions infringe on people’s basic rights or violates the constitutional principles on the criminal law such as *nulla poena sine lege*. Among the 148 cases in which courts requested adjudication on the unconstitutionality

of statutes, the Constitutional Court ruled the statutes unconstitutional (or non-conforming to the Constitution) in 84 cases. Given the fact that the Constitutional Court rendered a total of 204 judgments on the constitutionality of statutes in the last decade, the criminal courts are responsible for the majority of the requests for adjudication on the constitutionality of statutes. Meanwhile, in 4,490 cases, litigants filed requests for adjudication on constitutional complaints with the Constitutional Court after courts dismissed their request for the filing of a requests for adjudication on the constitutionality of statutes (“Heon Ba” cases). The Constitutional Court found unconstitutionality in only 60 of the cases. A significant percentage of the 60 cases were merged with other cases involving the same legal provisions in which courts requested for adjudication on the constitutionality of the statutes. The findings suggest that the criminal courts rarely reject litigants’ requests for adjudication on the constitutionality of statutes without reasonable grounds. However, each court determines whether to request adjudication on the constitutionality of statutes at its own discretion, which inevitably results in gaps in judgment on unconstitutionality among different courts.

Secondly, among the cases in which the Constitutional Court found unconstitutionality in statutes for which courts requested adjudication on constitutionality, the majority of the cases involved violations of the liability principle by joint penal provisions (49 judgments), followed by unconstitutionality (or non-conformity to the Constitution) judgments regarding the “freedom of occupation,” “freedom of assembly,” “principle of clarity,” and “balance of the penal system.” The Constitutional Court has consistently declared joint penal provisions without exemption unconstitutional since 2007. The criminal courts also consistently requested adjudication on the constitutionality of joint penal statutes without exemption. The courts’ efforts greatly contributed to the revision of around 500 joint penal provisions and and the alignment with the provisions

with the principle of punishment based on liability. The criminal courts prevented infringement on the freedom of occupation by requesting adjudication on the constitutionality of provisions revoking various licenses held by criminals, and contributed to improved protection of the freedom of assembly through requests for adjudication on the constitutionality of provisions providing for time and space restrictions on assemblies and protests.

Thirdly, in the last decade, the Supreme Court rendered 54 judgments and eight decisions in en banc cases. In 18 cases (15 judgments and 3 decisions), the Supreme Court changes its previous opinions on the construction of the Constitution and other statutes. In some of the 18 cases, the Supreme Court adjudicated on whether criminal defendants' acts constituted specific crimes. Specifically, the cases involved the following issues: the elements of spousal rape; the elements of obstruction of business by a strike; justifiable reasons for conscientious objection to military service; the scope of prohibited election campaign activities; "a person who handles another person's business" in breach of trust; "intention to dispose" in frauds; disposition and embezzlement by trustees of titles; disposition and embezzlement by custodians; and the criteria for determining whether trust has been breached in breach of trust cases. In a case regarding the effect of refusal to testify, the Supreme Court denied the admissibility of a written testimony at the prosecutors' office if the defendant refused to testify. In another case in which a witness was not informed of the right to refuse testimony, the court ruled that the witness' false testimony does not constitute a perjury. In addition, this study analyzed court judgments on sexual crimes involving abuse of occupational authority, from the perspective of the protection of women's rights. The trial court judgments acquitting the defendants of sexual crimes involving abuse of power commonly posed the issue of incongruity between the general theory on the determination of assailants' use of force and the specific criteria employed in the judgments. Specifically, the

judgments referred to the general theory that whether a defendant exercised intangible force enough to restrict the victim's free will should be determined by a comprehensive review of the victim's testimony and other vicarious facts. However, when it comes to the determination of use of force in the specific cases, the courts relied on the "individual" remarks made by the victims.

Fourthly, this study reviewed a previous study that quantitatively analyzed 1,019 re-trials of court judgments that found defendants guilty of violating the National Security Act, the Anti-Communism Act, or Emergency Measures between 1948 and 1998. The core findings of the previous study are summarized below. ① (Types of Cases) 33.3% of the cases had defendants involved in student movements, followed by cases with defendants involved in alleged espionage (19.7%), and defendants involved in alleged anti-government political movements (16.1%). The majority of the cases (67.4%) were re-trials of trial judgments rendered in 1979. ② (Applicable Laws) 51.7% of the re-trials had defendants convicted of violations of Emergency Measures, followed by violations of the National Security Act (26.6%) and the Anti-Communism Act (27.7%). ③ (Requesters of Re-trials) 60.9% of the re-trials were requested by the defendants, and 20.6% were requested by prosecutors. 18.5% of the re-trials were requested after the deaths of the defendants by the bereaved families or legal representatives. ④ (Reason for Re-trials) In 49.2% of the cases, requests for re-trial were accepted on the ground that the laws on which the original judgments were rendered had been found unconstitutional or void (Article 420, subparagraph 5, Criminal Procedure Act). In 47.7% of the cases, re-trial requests were accepted because judicial police officers and others involved in the investigation committed crimes related to their duties (Article 420, subparagraph 7, Criminal Procedure Act). ⑤ (Results) 96.6% of the defendants who received re-trials were acquitted of at least one of the crimes that they were indicted for. 34.4% of the defendants were acquitted on account of the failure to prove the arbitrariness of the defendant

and witness testimonies used as evidence in the court judgments subject to re-trials.

Fifthly, this study analyzed a previous research that quantitatively analyzed 3,186 cases in which at least one of the seven key international human rights treaties was applied. Into the 2010's, Korea saw a rapid increase in lawsuits involving international human rights treaties, and courts began to address issues regarding the effects and construction of those treaties in their opinions. However, 96.2% of the cases were conscientious objection cases (3,066 cases in total). The most frequently employed human rights treaty was the International Covenant on Civil and Political Rights (3,125 cases), which is a treaty closely associated with conscientious objections. Other than the conscientious objection cases, Korean courts rarely apply international human rights treaties in their judgments, one of the reasons being the judges' unfamiliarity with the treaties.

4. Assessment of the Criminal Courts' Competency in Human Rights Protection: Court Proceedings

In order to assess how well the criminal courts protect human rights protection during court proceedings from the perspective of litigants and others involved in criminal cases, this study performed a meta-analysis of case studies with attorneys and the court monitoring results of The Good Law. The findings are presented below.

Firstly, the attorneys who participated in the case studies listed the positive and negative factors affecting human rights protection during criminal proceedings as follows. 1) As for the protection of defendants' human rights, the respondents mentioned the following factors: judges' preconceptions about the guilt of defendants; protection of defendants' right to testify and seek attorney assistance; factors regarding witness request and questioning; defendants' access

to investigation records; consideration of defendants' special circumstances; and other factors related to defendants' defenses. 2) Factors related to the protection of victims' human rights included: protection of victims' right to testify as witnesses; protection of victims' right to state their opinions; protection of victims; and sharing of case information with victims. 3) Factors related to the protection of witnesses' human rights included: protection of witnesses' right to testify; the right to refuse testimony; witness protection; and consideration of witnesses.

Secondly, this study analyzed the findings regarding judges' competency in court proceedings from The Good Law's 2013 and 2014 court monitoring activities. The findings are as follows. 1) With regard to compliance with procedural rules during trials, the judges received negative ratings on the notification of the right to refuse testimony and appropriate intervention in conflicts between litigants during trials. On the other hand, the judges received positive ratings on the handling of evidence application and document reception. 2) With regard to the judges' attitude during proceedings, they received positive ratings for using respectful languages when speaking to the litigants and closely listening to their testimonies. However, they received negative ratings on the explanation of legal jargons in plain languages. In addition, while most judges appeared at court rooms on time, some judges were negatively rated for being late and proceeding with the hearing without asking for the understanding of those present in the courtrooms.

Thirdly, the following paragraphs summarize the findings regarding courts' competency in supporting trial proceedings from The Good Law's 2013 and 2014 court monitoring activities. The findings are as follows. 1) With regard to competency in supporting fair trials, the courts received positive ratings for putting the cases where the litigants are present at the courtrooms before the cases where attorneys have been appointed. However, the monitoring reports

pointed out the need for improving the speed of the courts' document reception systems. 2) As for the competency of court employees, court guards were positively rated on their attitude towards audiences. However, the monitoring reports pointed out the need to improve the visibility and comprehensibility of signs at courts.

5. Assessment of the Military Courts' Competency in Human Rights Protectioun

The military court is a special court established in consideration of the special nature of the military (Article 110, Constitution). The military courts are responsible for criminal proceedings against active service members, civilian employees and others equivalent to them, and operate under the military law system comprising of the Military Court Act, the Military Criminal Act, and others. Article 27 of the Constitution excludes civilians who are not on active military service or employees of the military forces from the jurisdiction of the military courts, unless they committed specific crimes listed in the provision. However, under martial laws, civilians may be tried in military courts and, for some crimes, the first-instance trial becomes the final instance of the cases. The internal regulations of the military courts are enacted by the Supreme Court. The military law system, including the courts and the specific statutes, were vastly revised after the death of Private Yoon in 2014. However, some of the systems frequently named for abolishment, such as the convening authority system, the verification right of the convening authorities (mitigation right), and the adjudicator system, survived the reform albeit with reduced powers. The reform included the guarantee of military judges' terms in office. However, personal and physical independence has yet to be achieved. On account of the special nature of the military courts, many researchers studied the unconstitutionality, legitimacy, and

necessity of various practices and systems surrounding the military court system. In particular, the National Human Rights Commission commissioned a research project regarding their competency in human rights protection.

International human rights organizations proposed criteria for human rights protection regarding the establishment and operation of military courts. A review of military courts in the United States, the United Kingdom, and Germany identified the countries' efforts to improve on their military court system in ways aimed at protecting the human rights and basic rights of military personnel. In the United States, military commanders exercise significant power throughout criminal proceedings including investigation, prosecution, and trial. The commanders also enjoy a wide range of discretion on mitigating punishments. However, recent controversies involving the acquittal of some sexual offenders in the military led to an attempt to reduce the scope of discretion. Until recently, the United Kingdom conferred military commanders with a wide scope of powers as was the case in the United States. However, a series of decisions made by the European Court of Human Rights led to separation of investigation, prosecution, and trial, and the appointment of a large number of civilians, in military courts. As for Germany, one noteworthy fact is that the country does not operate any military court during peace times despite its conscription policy. Instead, "standard" courts in Germany have divisions tasked with military affairs, or handle administrative cases in the military (disciplinary actions and petitions, etc.). French does not have a military court for peace times, either. Benches in civilian courts adjudicate cases related to the military law. The above examples in other countries aptly represent the global trend to reduce the "consideration" of the special nature of the military and gradually aligning the military law system with the criminal justice system in general.

Elements unique to the military courts include adjudicators, convening authorities, and convening authorities' verification right. Another factor that

distinguishes military courts from the other courts is that the executive branch, not the judicial branch, determines the personnel affairs in the military courts. The adjudicator is a person who is not a judge, but participates in the trial of a specific case at the order of a commander. This system violates the Constitutional stipulation that citizens have the right to be tried by judges. The convening authority refers to the highest-ranking commander within the jurisdiction of a military court. The convening authority has the power to supervise the military court in accordance with the law. The convening authority has the power to review a military court judgment, and mitigate the punishment by up to a third of the sentence. The system allows a person other than judges to modify a court judgment at his/her discretion not conferred by the law. In this regard, the system is against the rule of law, as well as the Constitution. The Minister of National Defense and the Joint Chief of staff of each branch of the military jointly exercise the authority over the personnel management of military judges. In other words, the personnel affairs regarding military judges can be determined by persons outside the judiciary, which violates the principle of separation of power. The military has argued that these special systems are justified by the special nature of military crimes tried by military courts. However, this argument loses its validity before the statistics that only 8% of the cases tried at the military courts in recent years involved military crimes. If the aforementioned systems stand on unjustifiable grounds, the systems need to be abolished or revised to eliminate the violation of the guiding principles of criminal proceedings. In fact, the military has commenced the efforts to abolish or reform the systems.

Among the typical functions of criminal courts, the military courts differ from the civilian courts in terms of open trials, presumption of defendants' innocence, expedition, and appeals against court judgments. The military courts do not show significance difference from the civilian courts in terms of the functions related

to human rights, such as the issuance of warrants, arrests, and the review of legality of arrest. As for open trials, trials at military courts are open to the public in the formal sense. However, the public's meaningful access to military courts is significantly restricted by the fact that most military courts are located within military camps. As for presumption of innocence, a military personnel indicted for a crime is put on a forced leave, which makes it difficult for the defendant to file appeals against court judgments. As for expedition of court proceedings, first-instance military courts conclude their proceedings faster than civilian courts. However, higher military courts take longer to finish their proceedings than civilian courts of the same levels. Moving on to appeals, military courts report a much higher percentage of judgments overturned at higher courts on account of sentencing errors, which suggests that the sentencing guidelines from the Supreme Court do not work effectively in the military courts. These issues may work in disadvantage of people under the jurisdiction of the military courts, which may constitute discrimination against those personnel. Therefore, measures need to be taken to address the issue.

To assess the human rights protection at the military courts, interviews were conducted with those who experienced military court proceedings as defendants, victims, and witnesses. As the military courts borrow most of the systems for human rights protection from civilian courts, the interviews focused on whether the "borrowing" has been properly implemented, and the borrowed systems are achieving the intended effects.

In the interviews, defendants reported damages caused by poor performance of public defenders, and invasion of privacy during the summoning process. Victims and witnesses reported losing confidence in the courts due to administrative errors and unreasonable elements in the courtrooms. The interviews also identified the use of public defenders as victims' representatives.

6. Proposals for the Human Rights Protection Competency Building for the Criminal and Military Courts.

By way of conclusion, this study proposes ways to build the competency of the criminal and military courts in human rights protection.

An assessment of the criminal courts' competency in human rights protection showed that, while the criminal courts received positive reviews regarding the operation of systems under the Criminal Procedure Act, they were found to be somewhat lacking in the active application of international human rights treaties, sufficient consideration of the positions of defendants, victims, and witnesses, and other areas that require the personal competency of judges. This study proposes ways to address these issues in three areas: improvement of legal integrity; enhanced human rights protection for persons involved in court proceedings; and strengthening of the fairness and integrity of judges.

As ways to improve legal integrity, this study proposes measures in the following categories: improvement of the re-trial system; and the establishment of systems to support the application of international human rights treaties. Specifically, measures to improve the re-trial system include: extending the retention period for case records; ensuring the ability to file for a re-trial against formal judgments; inserting provisions on the period between a re-trial request and the commencement of the re-trial; and inserting provisions on the succession of litigations. As for measures to support the provision of international human rights treaties, this study proposes: developing a database on international human rights treaties; publishing a practical guide on the international human rights law; engaging in systemic translation efforts for the relevant international norms; and developing training programs for judges at the Judicial Research and Training Institute.

This study proposed the following measures to enhance human rights protection

for persons involved in court proceedings: expanding defendants' right to defend themselves; preventing the disclosure of victims' personal information; protecting the victims' right to refute defendants' statements; restricting the types of questions to victims; ensuring the effectiveness of compensation orders; establishing an explanation procedure for requests for summoning witnesses; enhancing witness protection; and taking measures to protect and manage witnesses at the court. As for measures to strengthen the fairness and integrity of judges, this study proposes: increasing the number of judges; and restricting the number of cases assigned to a single bench.

With regard to the military courts' competency in human rights protection, this study proposes long-term and macroscopic measures to reform the military courts, and short-term and microscopic measures to improve on the military courts. In the long term, Korea needs to consider transferring the military courts from the Ministry of National Defense to the Supreme Court. In the short term, measures need to be developed to address the current issues found with the military courts. As ways to reform the military courts, this study proposes transferring the military courts to the Supreme Court, and replacing them with military divisions at high courts and regional courts. As for measures for short-term improvement, this study proposes abolishing the convening authorities, adjudicators, and convening authorities' verification rights, changing the affiliations of all military judges to the Ministry of National Defense, and moving the physical locations of military courts outside of the military camps.

부록1 | 쟁점분석 대상 목록

1. 분석대상 대법원 전원합의체 판결 목록(2010.1.-2020.9.)

- 대법원 2010. 1. 21. 선고 2008도942 전원합의체 판결 [위증].
- 대법원 2010. 4. 20. 자 2010도759 전원합의체 결정 [도로교통법위반(무면허운전)·화물자동차운수사업법위반].
- 대법원 2010. 7. 23. 선고 2010도1189 전원합의체 판결 [특수공무집행방해치상·일반교통방해·국가보안법위반(찬양·고무등)·집회및시위에관한법률위반].
- 대법원 2010. 10. 29. 자 2008재도11 전원합의체 결정 [간첩·간첩방조·국가보안법위반·법령제5호위반].
- 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결 [대통령 긴급조치위반·반공법위반].
- 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결 [배임](동산 이증양도 사건).
- 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008재도11 전원합의체 판결 [간첩·간첩방조·국가보안법위반·법령제5호위반](조봉암 사건).
- 대법원 2011. 3. 17. 선고 2006도8839 전원합의체 판결 [통신비밀보호법위반](불법감청·녹음 사건).
- 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결 [업무방해](파업으로 인한 업무방해 사건).
- 대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결 [업무방해·집회및시위에관한법률위반].
- 대법원 2012. 2. 16. 자 2009모1044 전원합의체 결정 [항소기각결정에대한재항고].
- 대법원 2012. 3. 22. 선고 2011도15057 전원합의체 판결 [강간상해·강도상해·상해·부착명령].

- 대법원 2012. 4. 19. 선고 2010도6388 전원합의체 판결 [국가공무원법위반·집회및시위에관한법률위반](진교조 시국선언 사건).
- 대법원 2012. 5. 17. 선고 2009도6788 전원합의체 판결 [건설산업기본법위반·뇌물공여·특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)(일부인정된죄명:뇌물수수)].
- 대법원 2013. 2. 21. 선고 2010도10500 전원합의체 판결 [횡령](명의수탁자의 처분과 횡령 관련 사건).
- 대법원 2013. 4. 18. 자 2011초기689 전원합의체 결정 [형사보상](긴급조치 형사보상청구 사건).
- 대법원 2013. 5. 16. 선고 2011도2631 전원합의체 판결 [대통령 긴급조치위반·반공법위반](대통령 긴급조치 제4호 위반 사건).
- 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012도14788 전원합의체 판결 [폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흉기등폭행)·준강간·폭력행위등](부부강간 사건).
- 대법원 2013. 6. 20. 선고 2010도14328 전원합의체 판결 [국외이송약취·피약취자국의 이송](베트남 여성의 자녀 약취 사건).
- 대법원 2014. 5. 22. 선고 2012도7190 전원합의체 판결 [도시및주거환경정비법위반].
- 대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 전원합의체 판결 [배임](대물변제예약 사안에서 배임죄 사건).
- 대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978 전원합의체 판결 [내란음모·국가보안법위반(찬양·고무등)·내란선동](내란음모에 관한 사건).
- 대법원 2015. 5. 21. 선고 2011도1932 전원합의체 판결 [업무상횡령·경제의안정과성장에관한긴급명령위반·총포화약류단속법위반].
- 대법원 2015. 6. 25. 선고 2014도17252 전원합의체 판결 [폭행·공무집행방해·사기].
- 대법원 2015. 6. 25. 선고 2015도1944 전원합의체 판결 [사문서위조·위조사문서행사·장물취득].
- 대법원 2015. 7. 16. 선고 2015도2625 전원합의체 판결 [공직선거법위반·국가정보원법위반].
- 대법원 2015. 7. 16. 자 2011모1839 전원합의체 결정 [준항고인용결정에대한재항고](전자정보에 대한 압수·수색 사건).
- 대법원 2015. 7. 16. 자 2013모2347 전원합의체 결정 [재정신청기각결정에대한재항고].
- 대법원 2015. 7. 23. 선고 2015도3260 전원합의체 판결 [게임산업진흥에관한법률위

반·도박개장).

대법원 2015. 8. 20. 선고 2013도11650 전원합의체 판결 [정치자금법위반(정치자금법 위반 사건)].

대법원 2015. 11. 12. 선고 2015도6809 전원합의체 판결 [살인 등](세월호 사건).

대법원 2016. 2. 19. 선고 2015도12980 전원합의체 판결 [상관살해·상관살해미수·살인·살인미수·군용물절도·군용물손괴·군무이탈](고성 군부대 총기난사 사건).

대법원 2016. 2. 19. 선고 2015도15101 전원합의체 판결 [사기·전기통신금융사기피해 방지및피해금환급에관한특별법위반·전자금융거래법위반](사기이용계좌 인출 행위와 통신사기피해환급법 위반에 관한 사건).

대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결 [횡령](중간생략등기형 명의신탁에서 신탁부동산의 임의 처분 사건).

대법원 2016. 6. 16. 자 2016초기318 전원합의체 결정 [재판권쟁의에대한재정신청](군사법원과 일반 법원의 재판권에 관한 쟁의가 발생하여 피고인이 재판권의 유무에 대한 재정신청을 한 사건).

대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결 [의료법위반](치과의사의 안면보톡스 시술에 관한 사건).

대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결 [공직선거법위반·정치자금법위반](대전광역시장 등에 대한 공직선거법위반 등 사건).

대법원 2017. 2. 16. 선고 2015도16014 전원합의체 판결 [의료법위반].

대법원 2017. 2. 16. 선고 2016도13362 전원합의체 판결 [특정경제범죄가중처벌등에 관한법률위반(사기)(예비적죄명:사기)·사기·사문서위조·위조사문서행사·공정증서원본불실기재·불실기재공정증서원본행사·횡령](근저당권설정계약서에 대한 피해자의 서명·날인을 사취한 사건).

대법원 2017. 7. 20. 선고 2014도1104 전원합의체 판결 [특정경제범죄가중처벌등에 관한법률위반(배임)].

대법원 2017. 8. 24. 선고 2017도5977 전원합의체 판결 [살인](외국에서의 미결구금에 대해 형법 제7조의 적용을 구하는 사건).

대법원 2017. 12. 21. 선고 2015도8335 전원합의체 판결 [항공보안법위반·강요·업무방해·위계공무집행방해·증거인멸(인정된죄명:증거인멸교사)·증거은닉(인정된죄명:증거은닉교사)·공무상비밀누설](항공기 탑승구 복귀 사건).

- 대법원 2018. 4. 19. 선고 2017도14322 전원합의체 판결 [공직선거법위반·국가정보원
법위반](국가정보원 사이버팀의 인터넷 댓글 게시 등 사건).
- 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도14749 전원합의체 판결 [국회에서의증언·감정등에관
한법률위반](국정농단 의혹사건 진상규명을 위한 국정조사 특별위원회의 위증
고발 사건).
- 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결 [특정경제범죄가중처벌등에관
한법률위반(배임)·특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(증재등)](부동산
이중매매 배임죄 사건).
- 대법원 2018. 7. 19. 선고 2017도17494 전원합의체 판결 [사기방조·횡령](사기이용계
좌의 명의인이 전기통신금융사기(보이스피싱) 피해금을 횡령한 사건).
- 대법원 2018. 10. 30. 선고 2018도7172 전원합의체 판결 [국민체육진흥법위반(도박개
장등)·도박공간개설·국민체육진흥법위반(도박등)·상습도박·신용정보의이용
및보호에관한법률위반교사·위증](스포츠 도박 중계사이트 운영에 대한 국민
체육진흥법 해석 및 적용이 문제되는 사건).
- 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결 [병역법위반](양심적 병역거
부과 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유).
- 대법원 2018. 11. 22. 자 2015도10651 전원합의체 결정 [특정경제범죄가중처벌등에관
한법률위반(배임)](새로 선임된 사선번호인에 대한 소송기록접수통지 요부).
- 대법원 2019. 3. 21. 선고 2017도16593 전원합의체 판결 [약사법위반](상고이유 제한
에 관한 법리에 대한 대법원 판례의 변경 여부가 쟁점이 된 사건).
- 대법원 2019. 3. 21. 자 2015모2229 전원합의체 결정 [재심인용결정에대한재항고](여
순사건 당시 군법회의 판결에 대한 재심청구 사건).
- 대법원 2019. 3. 28. 선고 2018도16002 전원합의체 판결 [강간(인정된죄명:준강간미
수,변경된죄명:준강간)](준강간죄의 불능미수 성립을 인정할 수 있는지 여부에
관한 사건).
- 대법원 2019. 4. 18. 선고 2017도14609 전원합의체 판결 [마약류관리에관한법률위반
(향정)](법정형에 하한이 설정된 후단 경합범에 관한 감경을 할 때에 형기의
2분의 1 미만으로도 감경할 수 있는지 여부에 관한 사건).
- 대법원 2019. 6. 20. 선고 2018도20698 전원합의체 판결 [특정범죄가중처벌등에관한법률위
반(절도)·여신전문금융업법위반](재심판결에 관한 기판력의 범위, 재심판결을

확정판결로 하여 후단 경합범이 성립할 수 있는지 문제된 사건).

대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도13792 전원합의체 판결 [직권남용권리행사방해·강요 등](공무원과 비공무원이 공모한, 기업 대표 등에 대한 뇌물 수수와 강요 등 사건).

대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도14303 전원합의체 판결 [특정범죄가중처벌등에관한 법률위반(뇌물)·직권남용권리행사방해·강요(일부인정된죄명:강요미수)·강요미수·공무상비밀누설(공무원과 비공무원이 공모한, 기업 대표 등에 대한 뇌물 수수와 강요 등 사건).

대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도2738 전원합의체 판결 [뇌물공여(일부변경된죄명:뇌물공여약속)·특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)·특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(재산국외도피)·범죄수익은닉의규제및처벌등에관한 법률위반·국회에서서의증언·감정등에관한법률위반(기업 대표 등의 뇌물 공여 등 사건).

대법원 2019. 11. 21. 선고 2018도13945 전원합의체 판결 [마약류관리에관한법률위반(향정)(증인이 정당한 이유 없이 증언을 거부한 경우, 그의 진술이 기재된 검찰 진술조서의 증거능력이 인정되는지 문제된 사건).

대법원 2020. 1. 30. 선고 2018도2236 전원합의체 판결 [권남용권리행사방해·강요·국회에서서의증언·감정등에관한법률위반(문화예술계 지원배제 등 관련 직권남용권리행사방해 사건).

대법원 2020. 2. 20. 선고 2019도9756 전원합의체 판결 [사기·배임](동산을 양도담보로 제공한 채무자가 제3자에게 담보에 제공된 동산을 처분한 경우 배임죄가 성립하는지 여부가 문제된 사건).

대법원 2020. 6. 18. 선고 2019도14340 전원합의체 판결 [특정경제범죄가중처벌등에 관한법률위반(배임)(부동산 이중저당 사건).

대법원 2020. 7. 16. 선고 2019도13328 전원합의체 판결 [직권남용권리행사방해·공직선거법위반(현직 경기도지사인 피고인에 대한 허위사실공표에 의한 공직선거법 위반 등 사건).

2. 분석대상 헌법재판소 결정 목록(2010.1.-2020.9.)

- 헌법재판소 2010. 2. 25. 선고 2008헌가20 전원재판부 결정 [특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법 제3조 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2010. 2. 25. 선고 2008헌가23 전원재판부 결정 [형법 제41조 등 위헌제청](합헌, 각하).
- 헌법재판소 2010. 2. 25. 선고 2008헌가6 전원재판부 결정 [산업안전보건법 제69조 제1호 위헌제청](위헌).
- 헌법재판소 2010. 3. 25. 선고 2008헌가5 전원재판부 결정 [식품위생법 제77조 제5호 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2010. 3. 25. 선고 2009헌가2 전원재판부 결정 [형법 제185조 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2010. 5. 27. 선고 2009헌가28 전원재판부 결정 [구 관세법 제282조 제4항 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2010. 7. 29. 선고 2008헌가19, 2009헌마269·736, 2010헌바38, 2010헌마275(병합) 전원재판부 결정 [구 의료법 제25조 제1항 위헌제청](기각, 각하, 합헌).
- 헌법재판소 2010. 7. 29. 선고 2008헌가4 전원재판부 결정 [형사보상법 제7조 위헌제청](헌법불합치).
- 헌법재판소 2010. 9. 2. 선고 2009헌가15·19·20·21·26·32, 2010헌가1·40·41(병합) 전원재판부 결정 [구 대부업의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률 제20조 위헌제청](각하).
- 헌법재판소 2010. 9. 2. 선고 2009헌가9, 2010헌가30(병합) 전원재판부 결정 [구 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제143조 위헌제청](각하).
- 헌법재판소 2010. 9. 30. 선고 2009헌가17 전원재판부 결정 [조세범처벌법 제10조 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2010. 9. 30. 선고 2010헌가61 전원재판부 결정 [구 컴퓨터프로그램보호법 제50조 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2010. 11. 25. 선고 2010헌가22 전원재판부 결정 [구 공유수면관리법 제23조 위헌제청](각하).

- 헌법재판소 2010. 11. 25. 선고 2010헌가71·72·76·78·79·83·84(병합) 전원재판부 결정 [구 건설기술관리법 제44조 제2항 위헌제청](각하).
- 헌법재판소 2010. 11. 25. 선고 2010헌가8·11·13·17·20·28·33·54(병합) 전원재판부 결정 [위험물안전관리법 제38조 위헌제청](각하).
- 헌법재판소 2010. 12. 28. 선고 2009헌가30 전원재판부 결정 [통신비밀보호법 제6조 제7항 단서 위헌제청](헌법불합치).
- 헌법재판소 2010. 12. 28. 선고 2010헌가51 전원재판부 결정 [구 의료법 제91조 제1항 위헌제청](각하).
- 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌가21 전원재판부 결정 [군형법 제92조 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2009헌가12 전원재판부 결정 [군형법 제47조 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2011. 5. 26. 선고 2011헌가16 전원재판부 결정 [구 식품위생법 제79조 위헌제청](위헌).
- 헌법재판소 2011. 6. 30. 선고 2010헌가86 전원재판부 결정 [농업협동조합법 제174조 제4항 위헌제청](헌법불합치).
- 헌법재판소 2011. 6. 30. 선고 2010헌가99, 2011헌가2·11(병합) 전원재판부 결정 [구 폐기물관리법 제67조 제1항 위헌제청](위헌).
- 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2007헌가12, 2009헌바103(병합) 전원재판부 결정 [향토 예비군설치법 제15조 제8항 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2008헌가22, 2009헌가7·24, 2010헌가16·37, 2008헌바103, 2009헌바3, 2011헌바16(병합) 전원재판부 결정 [병역법 제88조 제1항 제1호 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2011. 10. 25. 선고 2010헌가29 전원재판부 결정 [구 도시 및 주거환경정비법 제86조 제7호 등 위헌제청](위헌).
- 헌법재판소 2011. 10. 25. 선고 2011헌가1 전원재판부 결정 [아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제12조 제1항 제2호 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2011. 11. 24. 선고 2010헌가42 전원재판부 결정 [부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제18조 제2항 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2011. 11. 24. 선고 2011헌가34 전원재판부 결정 [구 파견근로자보호 등에

관한 법률 제45조 위헌제청(합헌).

헌법재판소 2012. 6. 27. 선고 2011헌가36 전원재판부 결정 [형사소송법 제101조 제3항 위헌제청(위헌)].

헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2011헌가22 전원재판부 결정 [노동조합 및 노동관계조정법 제93조 제2호 위헌제청(합헌)].

헌법재판소 2012. 12. 27. 선고 2010헌가82, 2011헌바393(병합) 전원재판부 결정 [특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착등에 관한 법률 부칙 제2조 제1항 위헌제청(합헌)].

헌법재판소 2012. 12. 27. 선고 2011헌가5 전원재판부 결정 [구 인신구속 등에 관한 임시특례법 제2조 제1항 위헌제청(위헌)].

헌법재판소 2013. 2. 28. 선고 2012헌가3 전원재판부 결정 [구 산업안전보건법 제68조 제2호 위헌제청(합헌)].

헌법재판소 2013. 6. 27. 선고 2011헌가39, 2012헌마608, 2013헌가3(병합) 전원재판부 결정 [의료법 제82조 제1항 위헌제청(합헌, 각하, 기각)].

헌법재판소 2013. 8. 29. 선고 2012헌가12, 2012헌바98, 2013헌가11(병합) 전원재판부 결정 [약사법 제95조 제1항 제8호 위헌제청(합헌)].

헌법재판소 2013. 11. 28. 선고 2012헌가10 전원재판부 결정 [군사법원법 제2조 제1항 제1호 등 위헌제청(위헌)].

헌법재판소 2013. 12. 26. 선고 2010헌가90 전원재판부 결정 [공직선거법 제103조 제2항 등 위헌제청(합헌)].

헌법재판소 2014. 3. 27. 선고 2010헌가2, 2012헌가13(병합) 전원재판부 결정 [집회 및 시위에 관한 법률 제10조 등 위헌제청(한정위헌)].

헌법재판소 2014. 4. 24. 선고 2011헌가29 전원재판부 결정 [구 집회 및 시위에 관한 법률 제10조 등 위헌제청(한정위헌)].

헌법재판소 2014. 4. 24. 선고 2013헌가12 전원재판부 결정 [근로기준법 제109조 제1항 위헌제청(합헌)].

헌법재판소 2015. 2. 26. 선고 2014헌가16·19·23(병합) 전원재판부 결정 [특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제1항 위헌제청(위헌)].

헌법재판소 2015. 3. 26. 선고 2014헌가5 전원재판부 결정 [국가보위에관한특별조치법 제9조 등 위헌제청(위헌)].

- 헌법재판소 2015. 5. 28. 선고 2013헌가6 전원재판부 결정 [구 도로교통법 제93조 제1항 단서 제11호 위헌제청](위헌).
- 헌법재판소 2015. 6. 25. 선고 2013헌가17·24, 2013헌바85(병합) 전원재판부 결정 [아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제2조 제5호 등 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2015. 6. 25. 선고 2014헌가17 전원재판부 결정 [가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률 제52조 위헌제청](각하).
- 헌법재판소 2015. 7. 30. 선고 2013헌가8 전원재판부 결정 [공직선거법 제8조의3 제3항 등 위헌제청](위헌).
- 헌법재판소 2015. 7. 30. 선고 2014헌가13 전원재판부 결정 [수상레저안전법 제13조 제1항 제3호 위헌제청](위헌).
- 헌법재판소 2015. 9. 24. 선고 2013헌가21 전원재판부 결정 [인신보호법 제15조 위헌제청](위헌).
- 헌법재판소 2015. 9. 24. 선고 2014헌가1, 2014헌바173(병합) 전원재판부 결정 [폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항 등 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2015. 9. 24. 선고 2015헌가17 전원재판부 결정 [구 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항 위헌제청](위헌, 합헌).
- 헌법재판소 2015. 10. 21. 선고 2013헌가20 전원재판부 결정 [구 형법 제104조의2 위헌제청](위헌).
- 헌법재판소 2015. 12. 23. 선고 2013헌가9 전원재판부 결정 [성폭력범죄자의 성충동약물치료에 관한 법률 제4조 제1항 등 위헌제청](헌법불합치, 합헌).
- 헌법재판소 2015. 12. 23. 선고 2015헌가27 전원재판부 결정 [성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제42조 제1항 위헌제청](각하).
- 헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2013헌가2 전원재판부 결정 [성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률 제21조 제1항 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2013헌가22 전원재판부 결정 [정당법 제37조 제3항 단서 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2015헌가36 전원재판부 결정 [구 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제 3조 제1항 위헌제청](각하).
- 헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2015헌가8 전원재판부 결정 [아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제56조 제1항 제12호 위헌제청](각하).

- 헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2016헌가2 전원재판부 결정 [구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제1항 위헌제청](각하).
- 헌법재판소 2016. 6. 30. 선고 2013헌가1 전원재판부 결정 [공직선거법 제60조 제1항 제5호 위헌제청](위헌).
- 헌법재판소 2016. 7. 28. 선고 2015헌가34 전원재판부 결정 [아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제56조 제1항 등 위헌제청](각하).
- 헌법재판소 2016. 9. 29. 선고 2014헌가3·12(병합) 전원재판부 결정 [구 집회 및 시위에 관한 법률 제3조 제1항 제3호 위헌제청](위헌).
- 헌법재판소 2016. 11. 24. 선고 2013헌가19 전원재판부 결정 [구 토양환경보전법 제10조의3 제3항 제4호 등 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2016. 11. 24. 선고 2014헌가6, 2015헌가26(병합) 전원재판부 결정 [구 식품위생법 제97조 제6호 위헌제청 등](위헌).
- 헌법재판소 2016. 11. 24. 선고 2015헌가23 전원재판부 결정 [구 파견근로자 보호 등에 관한 법률 제42조 제1항 위헌제청](위헌).
- 헌법재판소 2016. 11. 24. 선고 2015헌가29 전원재판부 결정 [구 중소기업협동조합법 제137조 제2항 위헌제청](위헌).
- 헌법재판소 2016. 11. 24. 선고 2016헌가3 전원재판부 결정 [경범죄 처벌법 제3조 제1항 제33호 위헌제청](위헌).
- 헌법재판소 2017. 6. 29. 선고 2016헌가1 전원재판부 결정 [공공단체 등 위탁선거에 관한 법률 제66조 제1호 등 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2017. 7. 27. 선고 2017헌가8 전원재판부 결정 [임업 및 산촌 진흥촉진에 관한 법률 제32조 제4호 등 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2017. 8. 31. 선고 2015헌가22 전원재판부 결정 [북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제33조 제3항 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2017. 8. 31. 선고 2015헌가30 전원재판부 결정 [형법 제227조의2 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2017. 8. 31. 선고 2016헌가11 전원재판부 결정 [금융지주회사법 제70조 제1항 제8호 등 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2017. 9. 28. 선고 2016헌가20 전원재판부 결정 [구 총포·도검·화약류 등 단속법 제72조 제6호 등 위헌제청](합헌).

- 헌법재판소 2017. 12. 28. 선고 2017헌가15 전원재판부 결정 [의료법 제82조 제1항 등 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2018. 1. 25. 선고 2017헌가7·12·13(병합) 전원재판부 결정 [구 소년법 제67조 위헌제청](헌법불합치).
- 헌법재판소 2018. 2. 22. 선고 2017헌가17 전원재판부 결정 [구 농업협동조합법 제50조 제4항 등 위헌제청](각하).
- 헌법재판소 2018. 3. 29. 선고 2017헌가10 전원재판부 결정 [형법 제263조 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2018. 4. 26. 선고 2017헌가2 전원재판부 결정 [공직선거법 제255조 제2항 제2호 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2015헌가28, 2016헌가5(병합) 전원재판부 결정 [집회 및 시위에 관한 법률 제23조 제1호 위헌제청](헌법불합치).
- 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2016헌가15 전원재판부 결정 [아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제17조 제1항 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2016헌가8, 2017헌바476(병합) 전원재판부 결정 [건강기능식품에 관한 법률 제18조 제1항 제6호 등 위헌제청](위헌).
- 헌법재판소 2018. 7. 26. 선고 2017헌가11 전원재판부 결정 [공직선거법 제255조 제2항 제5호 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2018. 7. 26. 선고 2017헌가9 전원재판부 결정 [공직선거법 제58조의2 단서 제3호 등 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2019. 2. 28. 선고 2016헌가13 전원재판부 결정 [특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제6조 제7항 위헌제청](위헌).
- 헌법재판소 2019. 2. 28. 선고 2017헌가33 전원재판부 결정 [형법 제160조 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌가28 전원재판부 결정 [구 도로교통법 제148조 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌가32 전원재판부 결정 [특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제8조의2 제2항 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌가34 전원재판부 결정 [금융회사의 지배구조에 관한 법률 제32조 제1항 등 위헌제청](각하).

- 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2018헌가14 전원재판부 결정 [군복 및 군용장구의 단속에 관한 법률 제8조 제2항 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2019. 5. 30. 선고 2018헌가12 전원재판부 결정 [새마을금고법 제85조 제3항 위헌제청](위헌).
- 헌법재판소 2019. 5. 30. 선고 2019헌가4 전원재판부 결정 [구 건강기능식품에 관한 법률 제44조 제4호 위헌제청](위헌).
- 헌법재판소 2019. 7. 25. 선고 2018헌가7, 2018헌바228(병합) 전원재판부 결정 [형법 제321조 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2019. 11. 28. 선고 2017헌가23 전원재판부 결정 [자동차관리법 제81조 제19호 등 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2019. 12. 27. 선고 2017헌가18 전원재판부 결정 [형법 제356조 등 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2020. 2. 27. 선고 2015헌가4 전원재판부 결정 [공무원범죄에 관한 몰수 특례법 제9조의2 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2020. 2. 27. 선고 2019헌가7 전원재판부 결정 [형법 제239조 제1항 등 위헌제청](합헌).
- 헌법재판소 2020. 8. 28. 선고 2017헌가35, 2019헌가23(병합) 전원재판부 결정 [의료기기법 제24조 제2항 제6호 등 위헌제청](위헌).

3. 분석대상 언론보도 목록

- 고한솔. “백기완 선생, ‘YWCA 위장결혼’ 사건 재심서 39년 만에 무죄”. 『한겨레』 2019. 11. 15.자 기사(http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/917218.html, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 구자룡. “진범 나타나도 재심으로 뒤집기 어려워 ... 억울한 사법피해 없어야[논설위원 파워 인터뷰]”. 『동아일보』 2019. 12. 11.자 기사(<http://www.donga.com/news/article/all/20191211/98747760/1>, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 구자룡. “허위 자백이라도 안 했으면 지금 살아 있겠습니까[논설위원 현장 칼럼]”. 『동아일보』 2020. 10. 28.자 기사(<https://www.donga.com/news/article/all/20201028/103664256/1>, 최종접속일 2020. 11. 1.).

- 권기정. “난 성폭행 피해자” 56년 만의 재심 청구. 『경향신문』 2020. 5. 6.자 기사 (http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=202005062302005&code=940301, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 권기정. “성폭행 저항하다 ‘혀 절단’했다고 유죄 … 56년 만에 재심청구”. 『경향신문』 2020. 5. 6.자 기사(http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=202005061057001&code=940301, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 권오은·이은영. “화성 8차 사건’ 20년 옥살이 윤씨 재심 청구 … “진실 밝히겠다””. 『조선일보』 2019. 11. 13.자 기사(http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2019/11/13/2019111301395.html?utm_source=bigkinds&utm_medium=original&utm_campaign=news, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 김기범. “[오래 전 ‘이날’] 강자엔 ‘숨방망이’ 약자엔 ‘쇠몽둥이’”. 『경향신문』 2020. 6. 30.자 기사(http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=202006300002001&code=940100, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 김기성. “화성연쇄살인 8차 사건 ‘20년 옥살이’ 윤씨, 법원에 재심 청구”. 『한겨레』 2019. 11. 13.자 기사(<http://www.hani.co.kr/arti/area/capital/916825.html>, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 김동성. “화성 8차 사건’ 범인 윤씨 재심청구 “나는 무죄다””. 『경향신문』 2019. 11. 13.자 기사(http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201911131346001&code=620100, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 김원진. “가난하다는 이유만으로 엄벌하는 사법체계 개선할 것” 이탄희의 포부”. 『경향신문』 2020. 5. 9.자 기사(http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=202005091422001&code=940100, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 김은성. “성범죄 사건 형량 줄이는 데 악용되는 ‘국민참여재판’”. 『경향신문』. 2020. 9. 15.자 기사(http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=202009152126015&code=940301, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 김정석. “‘대구미문화원 폭파’로 억울한 옥살이 … 35년만에 무죄 선고”. 『중앙일보』 2019. 10. 3.자 기사(<https://news.joins.com/article/olink/23186402>, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 김종철. “삼성 노조와해에 실행 나온 건 기적이었다”. 『한겨레』 2019. 12. 28.자 기사 (<http://www.hani.co.kr/arti/society/labor/922406.html>, 최종접속일 2020.

11. 1.).

박다해. “[단독] “레깅스 불법촬영 무죄” 법원, 판결문에 피해 여성 사진 실었다”. 『한겨레』 2019. 11. 3.자 기사(<http://www.hani.co.kr/arti/society/women/915593.html>, 최종접속일 2020. 11. 1.).

유설희. “[삼성 노조 와해 사건의 전말(3)] 재판부 “경찰 정보라인 깊숙이 개입 … ‘윗선’은 기소 안돼” 가웃”. 『경향신문』 2020. 1. 23.자 기사(http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=202001230600015&code=940100, 최종접속일 2020. 11. 1.).

이가영. “남자들에 끌려간 언니 미안해요 울음바다 된 형제복지원 재판”. 『중앙일보』 2020. 10. 15.자 기사(<https://news.joins.com/article/olink/23489905>, 최종접속일 2020. 11. 1.).

이수정. “대법, “울산보도연맹사건, 국가배상 소멸시효 다시 따져야”. 『중앙일보』 2020. 6. 9.자 기사(<https://news.joins.com/article/olink/23391802>, 최종접속일 2020. 11. 1.).

이재호. “[단독] 미성년 대상 성범죄자 절반은 “처벌 지나치다”. 『한겨레』 2020. 6. 16.자 기사(http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/949509.html, 최종접속일 2020. 11. 1.).

이정규. “형제복지원 31년만에 재판, 피해자들 “인권은 평등한가” 호소”. 『조선일보』 2020. 10. 15.자 기사(https://www.chosun.com/national/court_law/2020/10/15/JSU336NVN5AA7EXGJRTFUKP2EA/?utm_source=bigkinds&utm_medium=original&utm_campaign=news, 최종접속일 2020. 11. 1.).

이혜리. “[“존경하는 재판장님” 사법농단, 법정의 기록(3)] 사건 정보 빼내고 판사 결정에 영향 주는 행위도 사법행정의 ‘마땅히 할 일’일까”. 『경향신문』 2019. 10. 13.자 기사(http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201910132156005&code=940301, 최종접속일 2020. 11. 1.).

이혜리. “군대 내 동성애 처벌 균형법’ 법원의 위헌제청 또 나왔다”. 『경향신문』 2020. 2. 20.자 기사(http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=202002201613001&code=940100, 최종접속일 2020. 11. 1.).

이호재. “법원내 극한직업’ 영장판사 … 지나친 재량권 부여가 문제[인사이드&인사이드]”. 『동아일보』 2019. 10. 30.자 기사(<http://www.donga.com/news/article/>

- all/20191030/98130454/1, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 이호재. “영장실질심사 도입 22년 … 형사소송법 대원칙 고려해 변화 이뤄져야”. 『동아일보』 2019. 10. 29.자 기사(<http://www.donga.com/news/article/all/20191029/98128474/1>, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 이후연. “생리 입증해야 생리휴가 준다고? 아시아나 유죄 판결한 법원”. 『중앙일보』 2019. 10. 30.자 기사(<https://news.joins.com/article/olink/23211984>, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 장예지. “아빠 못봐” 41년 전 딸 편지가 반공법 피해 재심 길 열었다”. 『한겨레』 2020. 10. 19.자 기사(http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/966256.html, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 장필수. “다시 법정에서 선 형제복지원 인권유린 … 31년의 한 풀릴까”. 『한겨레』 2020. 10. 15.자 기사(http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/965938.html, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 정은혜. “이춘재, 옥고 치른 윤씨에 미안 … 화성 8차 재심 증인출석 의사”. 『중앙일보』 2019. 11. 14.자 기사(<https://news.joins.com/article/olink/23226733>, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 편광현. “성추행 무죄 선고하며 “유익한 경험으로 생각하라”는 판사”. 『중앙일보』 2020. 4. 5.자 기사(<https://news.joins.com/article/olink/23341829>, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 하수정. “[세상읽기] 실명 공개, 늦으면 세상이 끝나나”. 『경향신문』. 2020. 7. 24.자 기사(http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=202007240300105&code=990100, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 한겨레 사설. “[사설] ‘조국 사건’ 진실 찾기, ‘법원의 시간’에 주목한다”. 『한겨레』 2020. 5. 8.자 기사(<http://www.hani.co.kr/arti/opinion/editorial/944211.html>, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 허유진. “키보드 타던 외손자 영당이 때린 70대 할머니, 벌금 700만원”. 『조선일보』 2020. 7. 9.자 기사(https://news.chosun.com/site/data/html_dir/2020/07/09/2020070902892.html?utm_source=bigkinds&utm_medium=original&utm_campaign=news, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 허진무. “[단독] “경찰의 쌍용차 손배 청구 부당” 국회의원 79명이 탄원서 제출”. 『경향

- 신문』 2020. 2. 5.자 기사(http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=202002050600045&code=940301, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 허호준. “발일하다 끌려가 고문 뒤 감옥으로 … ‘언제 죽었는지도 모르는’ 한맺힌 72년”. 『한겨레』 2020. 8. 24.자 기사(<http://www.hani.co.kr/arti/area/jeju/959036.html>, 최종접속일 2020. 11. 1.).
- 황필규. “[세상읽기] 위법한 재판을 멈춰라”. 『한겨레』 2019. 10. 31.자 기사(<http://www.hani.co.kr/arti/opinion/column/915352.html>, 최종접속일 2020. 11. 1.).

4. 분석대상 학술논문 목록

- 강동욱. “형사공판절차에 관한 헌법재판소의 결정에 대한 고찰(2011.07-2014.12)”. 『세계헌법연구』 21(1) (2015): 107-132.
- 강동욱. “형사절차에 관한 헌법재판소 결정(2008-2011.6)에 대한 고찰”. 『세계헌법연구』 17(2) (2011): 439-461.
- 권순민. “공판절차에서 피해자 직접 참여권의 범위와 한계 -피해자이익과 피고인 방어권의 균형을 고려하여-”. 『법학논총』 42(4) (2018): 421-451.
- 권순민. “국민참여재판의 신청과 배제에 관한 연구”. 『법학논총』 38(4) (2014): 159-188.
- 권오걸. “자유심증에서의 경험칙과 한계”. 『법학연구』 (48) (2012): 231-254.
- 권혜영. “진실·화해를 위한 과거사정리위원회의 불법판결 처리현황에 대한 비판적 검토 -위헌법률에 근거한 불법판결을 예로-”. 『헌법학연구』 16(2) (2010): 419-452.
- 김윤홍. “재판을 받을 권리와 형중상향금지에 관한 연구”. 『법학연구』 18(4) (2018): 217-237.
- 김인회. “방어권 남용론 비판”. 『법학연구』 18(1) (2015): 317-356.
- 김인회. “형사구속자수 급감의 원인과 의의”. 『서울대학교 법학』 51(4) (2010): 47-82.
- 김정한. “제1회 공판기일 전 증인신문제도에 대한 실무적 고찰 -특히 증거보전제도와 비교하여-”. 『법학논고』 (47) (2014): 283-312.
- 김종철. “한정결정과 재심 -소위 ‘합정회’ 재심청구사건을 중심으로-”. 『세계헌법연구』 15(1) (2009): 73-92.

- 김태천. “개인통보제도에 따른 국내적 구제방안: 자유권규약위원회의 견해를 중심으로”. 『법조』 56(12) (2007): 103-143.
- 김태현. “법정에서 허위로 진술을 반복하는 상황에서 종전 진술을 제시하는 검사 작성의 피의자신문조서”. 『형사법의 신동향』 (64) (2019): 109-148.
- 김혜정·강경래. “공판절차상 범죄피해자 참가제도의 도입에 관한 검토”. 『비교형사법 연구』 16(2) (2014): 481-504.
- 김호겸·박광섭. “국민참여재판의 활성화 방안에 관한 고찰”. 『법학연구』 24(2) (2013): 301-337.
- 류부근. “영상녹화물의 증거능력을 둘러싼 논의의 분석과 평가”. 『형사법연구』 31(2) (2019): 161-187.
- 류화진. “외국에서 받은 미결구금일수의 국내 형벌 산입 문제”. 『법학연구』 26(3) (2018): 69-88.
- 민영성. “공판중심주의와 공정한 재판”. 『법조』 55(2) (2006): 94-126.
- 박기석. “형사절차의 이념 -실체진실주의의 허구성을 중심으로-”. 『원광법학』 32(2) (2016): 177-198.
- 박정일. “형사제재에서 불이익변경금지원칙의 재조명”. 『법학논총』 44(1) (2020): 203-237.
- 박찬운. “이중처벌금지원칙과 불이익재심의 가능성”. 『법조』 64(2) (2015): 176-218.
- 백강진. “피고인의 진술거부권”. 『법조』 60(2) (2011): 79-141.
- 손형섭. “사법제도 개혁을 위한 헌법 구조적 대안 연구 -헌법재판소법 개정을 통한 재판소원제도 도입론-”. 『공법연구』 48(1) (2019): 317-353.
- 신주호. “범죄피해자 권리의 헌법상 근거에 관한 소고”. 『세계헌법연구』 16(4) (2010): 71-106.
- 윤종행. “피고인의 대면권(confrontation; 반대신문권)”. 『서울법학』 27(4) (2020): 297-334.
- 이경열·설재운. “전자증거의 적법한 압수와 별건 증거사용에 관한 실무 연구”. 『법조』 68(1) (2019): 356-390.
- 이수진. “재심절차에서 변호인의 조력받을 권리 -재심개시절차 중심으로-”. 『법학연구』 59(3) (2018): 65-90.
- 이승련. “개정 형사소송법상의 증거개시제도”. 『법조』 57(2) (2008): 224-253.

- 이승준. “영장발부에 있어 구속사유 판단의 문제 -개정 형사소송법 제70조 제2항을 중심으로-”. 『형사정책연구』 19(4) (2008): 249-280.
- 이완규. “피고인신문과 진술거부권 그리고 재판심리”. 『법조』 59(8) (2010): 103-156.
- 이준걸. “형사소송법상 재심의 특별사유에 관한 연구”. 『법학연구』 (27) (2007): 375-398.
- 이주원. “재판과정에서 피고인의 인권 보호 -피고인의 증거동의를 중심으로-”. 『법조』 69(1) (2020): 164-191.
- 임석순. “즉결심판제도에 대한 비판적 연구”. 『형사정책연구』 26(1) (2015): 85-113.
- 임성근. “공판중심주의의 구현방안”. 『법조』 56(1) (2007): 5-29.
- 장승일. “범죄피해자의 공판절차 참여방안에 대한 쟁점 검토”. 『법학연구』 22(2) (2014): 197-218.
- 장승일. “형사절차상 범죄피해자 권리보호에 관한 연구”. 『법학연구』 (37) (2010): 217-235.
- 정영훈. “국선변호제도의 문제점과 개선방안”. 『인권과 정의』 (479) (2019): 91-114.
- 정유나. “형사절차에서 피해자 진술권과 피해자 참가제도에 대한 검토”. 『법학연구』 (56) (2018): 137-169.
- 정준섭. “영장항고제도 도입의 필요성과 정당성”. 『법학연구』 49(2) (2009): 217-246.
- 조기영. “변호인의 효과적인 조력을 받을 권리”. 『동북아법연구』 10(1) (2016): 351-381.
- 조기영. “증거재판주의와 새로운 증명 방법의 증거능력 -재판의 정당화 관점에서 본 영상녹화물과 조사자증언의 증거능력-”. 『동아법학』 (66) (2015): 417-448.
- 주용기. “공정한 재판을 위한 형사증거개시제도에 관한 법정정책 고찰”. 『법과정책연구』 11(3) (2011): 755-792.
- 차성안. “법원 절차상 수어통역비용 국고부담화 등을 위한 입법방안”. 『저스티스』 (178) (2020): 249-280.
- 최관호. “과거사 사건 재심에서 고려해야 할 사항 -여순사건 재심을 중심으로-”. 『민주법학』 (74) (2020): 119-147.
- 하재홍. “형사절차에서의 실제진실주의 -평가와 전망-”. 『인권과 정의』 (414) (2011): 68-85.
- 한성훈. “위법하게 수집한 증거의 예외적 허용에 관한 소고”. 『법학연구』 15(1) (2012): 215-252.

부록2 | 형사사건 인권보장 관련 사례조사지

존경하는 변호사님, 안녕하세요? 바쁘신 중에도 본 설문에 참여해주셔서 감사합니다.

한국형사정책연구원에서 진행 중인 『형사법원의 인권보장역량 평가 연구』의 일환으로 계획된 본 설문은, 형사재판 과정에서 **판사 또는 재판부가 피고인, 증인, 피해자의 인권을 얼마나 두텁게 보호하고 있는지에 관한 구체적인 사례 수집**을 주된 목적으로 삼고 있습니다. 아울러 형사법원이 소송관계인의 인권을 더욱 두텁게 보호하기 위해서 개선하여야 할 점에 대한 변호사님의 고견을 정책 제언에 반영하고자 합니다.

아래 예시를 참고하시어 변호사님께서 **직접 수행하셨던 형사소송**에서 경험하셨거나 관찰하셨던 **사례를 가능한 구체적으로** 기술해주시기 바랍니다.

•법조경력 ()년

연구책임자 강태경 부연구위원
(taegong@kic.re.kr, 010- -)

예 시 1

2019년¹ 피고인 변호인으로² 말았던 사문서위조 사건에서³ 검사 측이 신청한 증인이⁴ 자신은 참고인으로 조사를 받은 바 있는데 어느 시점에 자신이 피의자가 되었고 참고인 조사가 끝난 지 수개월이 지나고도 기소 또는 불기소 결정을 하지 않은 상황이라는 점으로 들어 증언거부를 하였는데, 재판부는 형사소송법 제148조의 취지를 살려 증인 A의 증언거부를 받아들였다. 이 사례는 검찰이 참고인을 피의자로 전환하여 검찰 측에 유리한 증언을 하도록 유도하는 관행에 대한 법원의 통제라고 볼 수 있다고 생각한다.

1. 대략적인 시기를 기재해주시시오.
2. 소송 참여시 본인의 역할을 기재해주시시오.
3. 주요 죄목을 기재해주시시오.
4. 사례의 주인공이 피고인, 피해자, 증인 중 누구였는지 기재해주시시오.

예 시 2

2020년¹ 피해자 변호인으로² 참여하였던 강간치상 사건의³ 피해자였던⁴ 의뢰인은 증언하는 과정에서 피고인이 자신을 볼 수 없지만 자신의 목소리를 들을 수 있다는 사실에 두려움을 느꼈고 증언 과정에서 2차 피해를 입지는 않을까라는 걱정이 컸다. 의뢰인은 이런 두려움 때문에 실제 증언 과정에서 다소 작은 목소리로 이야기를 했다. 그런데 재판부는 의뢰인의 입장을 배려하기보다는 소리가 작아서 잘 들리지 않는다고 지적하였다. 법원에서 증언을 해야 하는 피해자의 심정을 좀 더 헤아려줬으면 하는 바람이다. 더 나아가 음성변조 시스템을 도입하는 것도 고려해볼 만하다.

1. 대략적인 시기를 기재해주시시오.
2. 소송 참여시 본인의 역할을 기재해주시시오.
3. 주요 죄목을 기재해주시시오.
4. 사례의 주인공이 피고인, 피해자, 증인 중 누구였는지 기재해주시시오.

A-1. 피고인의 인권 보장과 관련된 사례를 기술해주시시오.

긍정적 사례
부정적 사례
개선방안 등에 관한 의견

A-2. 형사사건에서 피해자의 인권 보장과 관련된 사례를 기술해주시시오.

긍정적 사례
부정적 사례
개선방안 등에 관한 의견

A-2. 형사사건에서 증인의 인권 보장과 관련된 사례를 기술해주시시오.

긍정적 사례
부정적 사례
개선방안 등에 관한 의견

B-1. 형사재판 진행 중 판사의 공정성에 관한 사례를 기술해주시요.

긍정적 사례

부정적 사례

개선방안 등에 관한 의견

B-2. 형사재판 진행 중 판사의 성실성에 관한 사례를 기술해주시요.

긍정적 사례

부정적 사례

개선방안 등에 관한 의견

연구총서 20-CB-03

**형사사법기관의 인권보장역량 종합평가 연구(Ⅲ) :
형사법원의 인권보장역량 평가**

발 행 | 2020년 12월

발 행 처 | 한국형사정책연구원

발 행 인 | 한 인 섭

등 록 | 1990. 3. 20. 제21-143호

주 소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114

전 화 | (02)575-5282

홈페이지 | www.kic.re.kr

정 가 | 10,000원

인 쇄 | (사)한국장애인이워크협회 02) 2272-0307

I S B N | 979-11-89908-92-8

• 사전 승인없이 보고서 내용의 무단 전재 및 복제를 금함.

