

군형법 제정의 역사적 배경과 관련 문제점

박 안 서*

1. 서 론
2. 군형법 제정 이전의 군법체계
3. 군형법의 제정과 주요내용
4. 일본육군형법의 영향과 관련 문제점
5. 결 론

1. 서 론

군형법은 군의 조직, 질서 및 그 통제력에 대한 침해행위를 내용으로 하는 범죄와 이에 대한 일정한 제재로서 형벌을 과하는 국법질서를 규정한 법체계를 의미한다.¹⁾ 군형법은 형식적 의미로는 「군형법」이라는 명칭이 붙은 법률, 즉 군형법전(軍刑法典)을 말하지만(법률 제1003호, 1962. 1. 20. 공포), 실질적 의미로는 군형법전을 포함하여 「군용물 등 범죄에 관한 특별 조치법」, 「군복 및 군용장구의 단속에 관한 법률」, 「군사기밀보호법」, 「계

* 육군종합행정학교, 중령, 법학박사

1) 육군사관학교, 『군사법원론(제2개정판)』, 일신사, 2004, p.21.; 이진우, 『군형법』, 법문사, 1962, p.13.

엄법」, 「군사기지 및 군사시설보호법」 등과 같은 군사범죄(軍事犯罪)와 그에 대한 형벌을 규정하고 있는 법규 전체를 가리킨다. 군사범죄란 군의 고유한 목적, 즉 전투력의 극대화 및 전쟁에서의 승리를 달성하기 위한 기초적 전제가 되는 제반 법익들을 침해하는 행위로서 군형법은 이러한 군사범죄에 대해 일정한 형벌을 과할 것을 규정하고 있다.²⁾

군형법은 1962년 1월 20일에 법률 제1003호로 제정되었고, 이후 14차례의 개정을 거쳐 오늘에 이르고 있다. 우리나라 근대 군법의 역사를 살펴보면, 군형법이 제정되기 전에는 1900년(광무 4년)에 제정된 「육군법률(陸軍法律)」이 있었고, 1945년 해방 후에 제정된 「조선경비법(朝鮮警備法)」과 「국방경비법(國防警備法)」이 적용된 적이 있었다. 현행 군형법은 십여 차례의 개정과정에도 불구하고 1962년에 제정된 군형법의 틀을 크게 벗어나지 못하고 있다. 군형법은 우리나라의 다른 형사특별법과 다른 나라의 군형법에 비해 형량이 매우 무거운 법률이다. 군형법에 중형주의(重刑主義)의 모습이 많이 남아 있는 이유는 군형법이 舊 일본육군형법을 모방하였기 때문이다. 또한, 군형법은 무거운 형량뿐만 아니라 불명확한 법률용어 등으로 인하여 수차례 헌법재판소의 심판 대상이 된 바 있고, 학계에서도 군형법의 전면적인 개정을 요구하는 주장이 나타나고 있다.

군형법의 적용범위를 보면 군인과 군인에 준하는 자(군무원, 생도, 후보생, 예비군 등) 외에도 일부 범죄의 경우 내외국의 민간인이 적용대상에 포함되고 있다³⁾. 이처럼 민간인들도 군형법의 적용대상이 되고, 국민개병제에 따라 모든 남성에게 병역의 의무가 부과되고 있는 현 상황에서 군형법 제정의 역사와 그 사상적 배경을 알아보는 것은 의미있는 일이라고 본다.

이하에서는 역사적 관점에서 군형법 제정 이전에 적용되었던 육군법률(陸軍法律), 조선경비법(朝鮮警備法), 국방경비법(國防警備法) 및 각각의 특징을 알아보고, 제정 군형법의 모델이 된 「舊 일본육군법률」이 군형법에 미친 영향과 문제점에 대하여 분석하기로 하겠다.

2) 이승호, 「군형법의 문제점과 개정방향에 관한 연구」, 연세대학교 박사학위논문, 2007, p.5.

3) 군형법 제1조(적용대상자) 참조.

2. 군형법 제정 이전의 군법체계

1) 육군법률(陸軍法律)

(1) 육군법률의 제정

대한제국 시대인 1900년(광무 4년) 10월 10일 법률 제5호로서 「육군법률(陸軍法律)」이 제정되어 우리나라 군형법의 효시가 되었다.⁴⁾ 1897년에 성립된 대한제국은 완전한 자주적 독립권을 지켜나가기 위하여 러일전쟁이 일어난 1904년까지 광무개혁을 단행하였다. 광무개혁은 주로 왕권을 강화하고 통치권을 집중시키는데 주된 목적을 두었고 이 가운데에는 군제(軍制)에 대한 전면적이고 근대적인 개편이 포함되는데, 이 과정에 육군법률(陸軍法律), 육군법원(陸軍法院), 육군감옥(陸軍監獄) 등 제도가 창설되었다. 「육군법률」은 실체법과 절차법을 포함한 종합적인 군형사법체계로서, 대한제국 육군의 기율과 명령체계를 수립하고, 군기를 확립하기 위하여 근대적인 군법으로 마련된 것이다. 1898년(광무 2년) 5월 참장 백성욱, 참령 신태휴, 전 주사 어윤적 등 3명의 군법 기초위원들이 기초하여 1900년 7월 군법의 기초를 마련하였고, 다시 군법교정청(軍法校正廳)을 조직하고, 원수부 회계국 총장(元帥府 會計局 總長) 민영환을 군법교정총재(軍法校正總裁), 육군참장(陸軍參將) 백성기를 군법교정 부총재(軍法校正 副總裁)로 삼아 교정토록 한 후 반포하였다.⁵⁾

(2) 육군법률의 특징

「육군법률」은 법례(法例), 죄례(罪例), 형례(刑例), 율례(律例) 등 총 4편, 317개 조문으로 구성되어 있다. 주요내용을 살펴보면, 제1편 법례(法例)에

4) 조연·조윤, 『군형법해설』, 국방부, 1965, p.27.

5) 이하 내용은 서울대학교 규장각 도서관에 소장된 「陸軍法律 附諸規程」 내용을 분석한 것이다.

서는 6개 장, 73개 조문으로 구성되어 있으며, 법률의 적용⁶⁾과 용어의 정의⁷⁾ 등 주로 총칙적인 내용을 규정하고 있다.⁸⁾ 제2편 죄례(罪例)는 7개 장, 19개 조문으로 구성되어 있으며⁹⁾, 주로 민·형사 구별과 죄수¹⁰⁾ 등을 규정하고 있다. 제3편 형례(刑例)는 20개 장, 110개 조문으로 되어 있으며¹¹⁾, 형의 종류¹²⁾, 형의 가감, 형의 집행 등을 규정하고 있다. 제4편 율례(律例)는 12개 장, 115개 조문으로 구성되어 있으며, 주로 범죄의 유형을 규정하고 있다.

제4편 율례(律例)가 오늘날 군형법에 해당하는 형사실체법 조항들이다. 제4편에서 규정하고 있는 범죄유형으로는 제1장 결당작란율(結黨作亂律), 제2장 명령위항율(命令違抗律), 제3장 권외단행율(權外擅行律), 제4장 욱직율(辱職律), 제5장 익직율(溺職律), 제6장 위기율(違期律), 제7장 실오군기율(失誤軍機律), 제9장 살상율(殺傷律), 제10장 규피율(規避律), 제11장 도

6) 육군법률 제1조 본 법률은 현역군인의 범죄를 한 자에게 시용(施用)함이라.
 7) 육군법률 제24조 상관(上官)이라 칭(稱)함은 관등(官等)의 상(上)된 자(者)와 동등(同等)이라도 명령(命令)을 하(下)할 권(權)이 유(有)할 자(者)를 위(謂)함이나 하사(下士)와 상등병(上等兵)도 역동(亦同)함이라.
 8) 제1장 本法律施用權限(제1조 내지 제8조), 제2장 告訴及聽理區域(제9조 내지 제17조), 제3장 拘拿格式(제18조 내지 제21조), 제4장 名稱分析(제22조 내지 56조), 제5장 等級區別(제57조 내지 제60조), 제6장 期限通規(제61조 내지 제73조).
 9) 제1장 犯罪原由(제74조 내지 79조), 제2장 數罪俱發(제80조 내지 83조), 제3장 罪中又犯(제84조), 제4장 一罪再犯(제85조 내지 86조), 제5장 數人共犯(제87조 내지 90조), 제6장 未遂犯(제91조), 제7장 不論罪(제92조).
 10) 육군법률 제80조 일인(一人)이 일종(一種) 이상의 죄를 범하였다가 동시에 고발된 자를 수죄(數罪) 구발(俱發)이라 함이라.
 11) 제1장 刑名及獄具(제93조 내지 110조), 제2장 主刑處分(제111조 내지 120조), 제3장 附加刑處分(제121조 내지 125조), 제4장 獄具施用處分(제126조 내지 제129조), 제5장 公私罪處斷例(제130조 내지 133조), 제6장 知情不告及 藏匿者處斷例(제135조 내지 137조), 제8장 又犯處斷例(제138조), 제9장 再犯處斷例(제139조), 제10장 共犯處斷例(제140조 내지 143조), 제11장 未遂犯處斷例(제144조), 제12장 免罪及加減處斷(제145조 내지 163조), 제13장 加減次序(제164조 내지 제167조), 제14장 執行禁限(제168조 내지 제169조), 제15장 執行及執行處斷(제170조 내지 172조), 제16장 刑期計算(제173조 내지 제176조), 제17장 徵償處分(제177조 내지 제187조), 제18장 收贖處分(제188조 내지 194조), 제19장 期滿免刑及復權(제195조 내지 제196조), 제20장 保放規例(제197조 내지 202조).
 12) 육군법률 제94조 주형(主刑)은 좌개(左開) 오종(五種)으로 구별(區別)함이라. 사형(死刑), 유형(流刑), 역형(役刑), 금옥(禁獄), 태형(笞刑).

망율(逃亡律), 제12장 사위율(詐僞律) 등이다. 군형법이 1962년에 제정될 당시 94개 조문으로 구성된 것과 비교해볼 때, 육군법률은 군관련 범죄에 대하여 매우 상세하게 규정한 법률이라는 것을 알 수 있다. 육군법률 범례(凡例)에 “本 法律은 대전회통(大典會通)과 신반법률(新頒法律)과 부례 대명률(附例 大明律)로 基礎를 作하고 外國 陸軍刑法를 參互하여 集成함이라”고 규정한 것을 보면, 당시의 외국 육군형법을 많이 참고한 것으로 보인다.

육군법률의 체계와 법 조항이 군형법과 일치하지 않고 법률용어도 “~함이라” 식의 고어체 형태이기는 하지만, 처벌하는 내용을 보면 군형법에서 처벌하는 내용과 대체로 유사한 범죄를 규정하고 있는 것을 볼 수 있다. 예를 들어 제1장 結黨作亂律(제203조 내지 제211조)은 군형법의 반란의 죄(제1장), 이적의 죄(제2장), 부하범죄부진정죄(제93조)의 범죄유형과 유사하고¹³⁾¹⁴⁾, 제2장 命令違抗律(제212조 내지 제217조)은 군형법의 항명의 죄(제8장) 및 초령위반죄(제40조)와 유사한 조문을 포함하고 있다.¹⁵⁾¹⁶⁾ 육군법률 제정당시 어떤 외국법률을 참고하였는지에 대한 자료는 없지만, 당시 대한제국이라는 시대상황에 비추어 볼 때 일본의 군법을 주로 참고한 것으로 추정된다.

13) 육군법률 제204조 군인이 적을 정토(征討)할 시에 좌개제항(左開諸項)을 범한 자는 並히 사형에 처함이라.

1. 본대를 배반하고 적에게 부종(附從)하거나 소할지면(所轄地面)을 부여한 자.
2. 병졸의 潰走(潰走)或 도망(逃亡)함을 유도하거나 집합함을 방해케 한 자.

14) 육군법률 제217조 군인이 비법(非法)의 행위를 작(作)하는데 상관의 금지하는 명령을 중(從)치 아니한 자는 각(各)히 소범(所犯) 본죄(本罪)에 일등(一等)을 가(加)함이라.

15) 육군법률 제213조 군인이 군사상으로 하는 명령(命令)을 항거하거나 복종치 아니한 자는 태(答) 일백(一白)에 처하되 개전(開戰)이나 정전(停戰)의 명령에는 병(並)히 사형에 처함이라.

16) 육군법률 제224조 군인이 망의(妄意)로 초령(哨令)을 변경한 자는 금옥(禁獄) 5개월이며 방수지(防守地)에서는 역(役) 1년이며 적전 군중에서는 역(役) 이년에 처함이라.

2) 조선경비법(朝鮮警備法)

(1) 조선경비법의 제정

1945년 8월 15일 광복과 함께 한반도 이남에서는 미 군정이 시작되었다. 1945년 9월 8일 미 육군 제24군단이 인천에 상륙하여 일본군으로부터 정식 항복 서명을 받고 9월 10일 서울에 주한 미군사령부를 설치하였으며, 9월 12일에 일본 아베총독으로부터 전권을 인수받아 아놀드(Achibald V. Arnold) 소장을 초대 군정국장에 임명하여 3년간에 걸쳐서 한반도 이남에서 미 군정을 시작하게 된 것이다. 1945년 10월 31일 미 군정청 치안국장이자 점령군사령부의 헌병사령관인 슈크(Lawrence E. Schick) 준장이 미 군정장관 아놀드 소장에게 남한의 '국방을 위한 준비작업'이 군정당국의 소관이라는 점을 건의하면서 남한 내 정부 차원의 국방기구 설치에 관한 논의가 시작되었다. 그 결과 1945년 11월 13일부로 미군법령 제28호를 발하여 슈크 준장을 최고책임자로 발족한 국방기구인 국방사령부(Office of the Director of the National Defense)를 미 군정청 내에 설치하였고, 국방사령부내에 군무국(Bureau of Armed Forces)과 경무국(Bureau of Police)를 두었다.¹⁷⁾

1946년 1월 15일에는 남조선 국방경비대가 창설되었고, 5월 1일에는 남조선국방경비대사관학교가 창설되었다. 한편 1946년 4월 9일에는 군정법령 제63호로 경무국이 분리되어 경찰업무를 담당하게 되었고, 군무국에 육군부와 해군부가 설치되었다. 그후 군정법령 제64조로 국방사령부가 국방부로 개칭되었으나, 소련의 반발¹⁸⁾로 6월 14일 다시 국방부는 '통위부'로 개칭되었고, 남조선 국방경비대는 남조선 경비대로, 남조선국방경비대사관학

17) 국방부 군사편찬연구소, 『군군사』, 2002, p.26.; 국방부, 『국방부사(제1집)』, 1954, p.2.; 고 석, 「한국 군사재판 제도의 성립과 개편 과정에 관한 연구」, 서울대학교 박사학위논문, 2006, p.9 이하 참조.

18) 1945년 5월 서울에서 열린 미소공동위원회에서 소련 대표단은, 한반도 이남에서 독자적인 군대를 창설하는 것은 4개국의 신탁통치를 거쳐 통일 국가를 수립한다는 모스크바회담 합의에 어긋난다는 이유로, '국방'이름을 가진 남한 군사기구에 강력히 반발한 것이다 (서주석, 「한국의 국가체제 형성과정」, 서울대학교 정치학 박사학위 논문, 1996, p.125).

교는 남조선경비사관학교로 개칭되었다.

1946년 6월 15일 조선경비대 내의 기율 유지를 위하여 미 군정청법령 제 86호에 의하여 「조선경비법」이 공포 시행되었다. 「조선경비법」은 「조선국 방경비법」과 「조선해안경비법」으로 구성되는데, 이는 「미 육군전시군법전¹⁹⁾」을 거의 그대로 번역한 것으로서, 당시 법무관 김완룡, 이지형 등이 번역하였다고 한다.²⁰⁾²¹⁾

(2) 조선경비법의 특징

「조선국방경비법」은 총 67개의 조문과 함께 부록으로 최고형벌표와 「조선해안경비법」으로 구성되어 있다. 제1장 총칙, 제2장 지휘관의 권한과 직무, 제3장 국방경비대와 보통재판소의 관계, 제4장 형벌규정, 제5장 군법회의의, 제6장 피고인의 권리, 제7장 군법회의의 소송수속, 제8장 수감, 제9장 판결의 승인, 확인 또는 평의 등 전체 9장으로 구성되어 있다. 최고형벌표는 제4장 형벌규정에 해당하는 행위유형을 예시하고 형벌의 한계를 설정한 표이다. 그리고 「조선해안경비법」은 모두 4개조로 제1조에 의하여 「조선국방경비법」은 조선해안경비대에 차(此)를 시행하며 「조선국방경비법」 각 본조를 준용한다. 제2조는 국방경비대원과 해안경비대원의 공동행위에 대한 공동심판과 공동징계처분에 대하여, 제3조는 함장의 권한, 그리고 제4조는

19) 1920년 미 전시군법전(the Articles of War of 1920)을 말하고, 정확하게는 1920년 6월 4일에 제정된 「군 재조직법(Army Reorganization Act)」에 의해 성립된 'the Articles of War'이다. 미 전시군법전은 전체 121개조이며, 총칙, 군법회의, 형벌규정, 예심법원, 잡칙으로 구성되어 있다. 조선국방경비법, 국방경비법의 대다수 규정들이 미 전시군법전 규정을 그대로 옮기거나 일부 축약, 수정하였다.(문준영, 「미군정 법령체제와 국방경비법」, 『민주법학 제34호』, 민주주의법학연구회, 2007, pp.105~106).

20) 최경욱, 「미군정하의 국방경비법의 유래와 변천- 「朝鮮(國防)警備法·朝鮮海岸警備法」(1946년) 자료 발굴에 즈음하여-」, 『공법연구 제35집 제2호』, 한국공법학회, 2006, p.267 이하.

21) 한편 육군본부에서 발간한 법무 50년사에 의하면, 조선경비법은 당시 미 군정청 법률고문이었다던 손성겸 변호사에 의해 기초되었다고 한다. 당시 미 군정 당국은 경비대 발족을 뒷받침할 군법 제정을 서둘렀는데, 적임자로서 손성겸 변호사에게 의뢰하였다고 한다(육군본부, 『법무50년사』, 1996, p.98 이하).

미죄(微罪)에 대한 조치에 관한 것이다.²²⁾ 1947년 2월 21일 '조선경비법 정오표'라고 표기되어 있는 또 하나의 자료를 보면, 「조선국방경비법」을 「조선경비법」으로 이름을 바꾸었고, 최고형벌표 부분을 제외하고, 「조선국방경비법」에서는 243곳, 「조선해안경비법」에서는 11곳을 바로 잡고 있다.

그러나 이러한 「조선국방경비법」은 6개월간의 짧은 기간에 우리나라의 사정²³⁾을 고려하지 않고 미 육군전시군법전을 그대로 번역한 결과 그 시행 과정에서 흠결이 많이 발생하여 그 미비점²⁴⁾을 시정하기 위하여 많은 노력이 있었다고 한다.

3) 국방경비법(國防警備法)

(1) 국방경비법의 제정

그동안 「국방경비법」의 실체와 효력을 대해서는 많은 논란이 있었고²⁵⁾, 헌법재판소에서도 국방경비법 제32조(적에 대한 구원, 통신연락 또는 방조)와 제33조(간첩)에 대하여 위헌법률심판을 한 바 있다.²⁶⁾ 이 결정에서 헌법재판소는 국방경비법의 실체와 효력에 대하여, 「...미군정기 법령의 체계와 제정·공포방식 및 관련자료에 비추어 볼 때 구 국방경비법은 군정장관이 직권에 의하여 “법령”으로 제정한 것이거나, ‘조선경비청에 대한 규정’을

22) 문준영, 앞의 글, pp.103~104.

23) 예를 들어, 미 육군형법에 있는 '계간죄'를 법조항에 넣도록 하였으나, '동방예의지국'에서는 계간이란 있을 수 없다'며 반대하였고, 결국 삭제하였다고 한다(문준영, 앞의 글, p.108).

24) 용어의 부정합과 불통일의 문제점으로 '국방부'를 '국내경비부'로 개칭한 것은 '국방'이라는 용어가 당시의 정세상 민감한 용어였음에도 불구하고, 「조선국방경비법」에서는 '조선국방경비대'라는 명칭을 사용하고 있다(문준영, 앞의 글, p.110).

25) 이재승, 「법효력의 계속과 차단」, 『법철학연구 제6권 제1호』, 한국법철학회, 2003; 문준영, 「미군정 법령체제와 국방경비법」, 『민주법학 제34호』, 민주주의법학연구회, 2007; 최경욱, 「미군정하의 국방경비법의 유래와 변천-「朝鮮(國防)警備法·朝鮮海岸警備法」(1946년) 자료 발굴에 즈음하여-」, 『공법연구 제35집 제2호』, 한국공법학회, 2006.

26) 헌재 2001.4.26. 98헌마79·86, 99헌마36(병합).

개정하는 ‘기타법규’로서 군정청 관보에의 게재가 아닌 다른 방법에 의하여 공포한 것이라고 볼 수 있고, 특히 구 국방경비법 제32조, 제33조는 1948.7.5. 전부터 이미 존재하고 있었다고 볼 수 있는 점, 같은 법은 정부 수립 후 1962.1.20. 폐지될 때까지 유효한 법률로 취급받고, 유효한 법률이었음을 전제로 입법이 되는 등 국민들과 법제정당국 및 법집행당국 등에 의하여 실질적으로 규범력을 갖춘 법률로 승인된 점을 종합하여 볼 때 구 국방경비법의 유효한 성립을 인정함이 합리적...」이라고 판시하였다.²⁷⁾ 이러한 결정 결과를 전제로 하고, 더불어 이 글이 국방경비법의 실체와 효력에 대해서가 아닌 국방경비법과 군형법과의 관계를 논하는 글인 만큼, 국방경비법의 실체와 효력을 인정한 가운데 군형법과의 관계를 소개하고자 한다. 관련자료에 의하면 「국방경비법」은 1948년 7월 5일부로 당시 군정장관의 직권으로 제정 공포되고 동년 8월 4일부로 발효되었다고 한다.²⁸⁾ 「조선경비법」이 미 전시군법전을 거의 그대로 번역하였으나 급히 번역한 탓에 흠결이 많이 발견되어 김완룡 등에 의하여 제3편 군법회의 조항을 일부 보완하여 국방경비법이란 이름으로 공포 시행한 것이다.²⁹⁾ 이후 1948년 8월 15일 대한민국 정부가 수립되었고, 「국군조직법(1948.11.30, 법률 제9호)」이 제정됨에 따라 국군이 창설됨으로써 군형법이 적용될 수 있는 기반이 마련되었다. 한편 「국방경비법」은 1950년 1월 21일 국방부훈령 제6호 「공군형사법 임시조치에 관한 잠정규정」에 의하여 육군에서 시행 중이던 군사법에 관한 제 법령 및 규정과 함께 공군에도 적용하게 되었다.

27) 국방경비법의 실체와 효력에 대하여 논란이 있는 이유는, 국방경비법이 실제 공포되었다는 관보나 제정경위에 관한 직접적인 자료가 발견되지 않고 있어서 그 성립 여부나 경위에 관해 의문이 제기되고 있는 것이다.

28) 1948년 7월 5일에 공포된 국방경비법 서문에 의하면, 「군형사법은 만듯이 국회를 통과하고 대통령의 승인 공포로 완전한 법률이 되는 것이다. 현 국방경비법은 과도기적 현상으로서 1948년 7월 5일부로 당시 군정장관이 자기직권에 의하여 법령의 형식으로 제정 발표한 것이다. 그러나 헌법 제100조 『현행법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 갖는다』라는 규정에 의거하여 국회를 통과한 완전한 제정법과 동일한 법적 효력을 갖는다...」라고 밝히고 있다(원세권, 『군법해설(중보판)』, 성모출판사, 1953, p.1).

29) 육군본부, 『법무50년사』, 1996, p.98 이하.

(2) 국방경비법의 특징

국방경비법의 전체 구성은 제1편 총칙³⁰⁾을 포함한 전 4편(제1편 총칙, 제2편 죄, 제3편 군법회의, 제4편 잡칙)과 본문 115개 조항, 최대형벌표³¹⁾ 50개항과 인가되는 부가형 5개항으로 구성되어 있다. 제1편 총칙은 군법 피적용자, 용어의 의의, 민간재판소와 군법회의와의 재판권의 관계, 민간당국에 대한 범인인도, 군법피적용자의 권리 등 5개의 조항을 담고 있다. 제2편 죄에서는 10장 45조에 걸쳐 처벌규정을 두었는데, 균형법과 같은 형사실체법에 해당한다. 제3편 군법회의에서는 소송 법규를 포함한 50여 개조의 소송절차 조항을 두었고, 제4편 잡칙에서는 지휘관 즉결처분권(징계처벌)과 장병의 제대에 관한 규칙 등을 포함시켰다. 국방경비법의 구성에서도 볼 수 있듯이 「국방경비법」은 「조선경비법」과 같이 「미 전시군법전(the Articles Of War 1920)」을 그대로 계수하였다고 볼 수 있다. 한편 국방경비법의 법률용어들은 抗命, 無斷離脫, 軍用物 등에서 보는 것과 같이 舊 일본 군법의 용어들이 그대로 사용되었다.

30) 이는 1920년 미 전시군법전의 'Preliminary Provision'부분에 해당한다.

31) 최고형벌표는 죄별로 가할 수 있는 최대형벌을 표시하여 그 범위를 넘지 못하도록 하였다. 최고형벌표는 50개항으로 구성되어 있다(육군본부, 『법무 50년사』, 1996, p.149. 이하)

條	犯罪	不名譽除隊/給料 手當 沒收	年	月	日	給料1/3沒收期間	給料沒收期間
16條	抗命	可	五	六		六	

예) 제16조(抗命)을 예로 들자면, 국방경비법 제16조 위반인 항명죄에 대하여는 불명예제대, 지급기 도래한 급료·수당의 몰수가 가능하고, 징역은 5년 6월을 초과하지 못하며, 매월 급료 1/3을 몰수 가능하나 그 몰수 기간은 6월을 넘을 수 없다.

[표 1] 국방경비법의 구성³²⁾

구 분		조 문	내 용
제1편 총칙		제1조	군법피적용자
		제2조	용어의 정의
		제3조	민간재판소와 군법회의와의 재판권의 관계
		제4조	민간당국에 대한 범인인도
		제5조	군법피적용자의 권리
제2편 죄	제1장 입대, 보고, 점검	제6조	사기에 의한 입관 또는 입대
		제7조	부정입대시킨 죄
		제8조	부정한 점검과 보고
	제2장 도망, 무단이탈	제9조	도망
		제10조	도망죄의 교사 또는 방조
		제11조	도망병 비호
		제12조	무단이탈
	제3장 불경, 항명, 폭동	제13조	정부수석, 부수석, 통위부장에 대한 불경
		제14조	상관에 대한 불경
		제15조	상관에 대한 폭행
		제16조	항명
		제17조	하사관에 대한 불복종행위
		제18조	폭동 또는 반란
		제19조	폭동 또는 반란 불진압
		제20조	금족 또는 감금에 대한 불복종
	제4장 금족, 감금	제21조	탈금, 탈옥
		제22조	기소사건의 처리지연
		제23조	죄수의 인도와 감금의 거부
		제24조	입감자 또는 석감자의 보고태만
		제25조	정당한 허가없는 죄수의 석방
제26조		민간당국에 대한 범인의 송치거절 또는 불송치	

32) 육군본부, 『법무 50년사』, 1996, p.125 이하 참조.

구 분		조 문	내 용	
제2편 죄	제5장 전시법	제27조	적전에서 행한 비행	
		제28조	부하의 지휘관에 대한 항복강요	
		제29조	암호의 부정사용	
		제30조	경계위병에 대한 강제력행사	
		제31조	노획한 적산	
		제32조	적에 대한 구원, 통신연락 또는 방조	
		제33조	간첩	
	제6장 근무중 범죄	제34조	보초의 비행	
		제35조	근무중의 명정	
		제36조	근무태만	
		제37조	초병에 대한 폭행	
	제7장 군용물	제38조	고의 혹은 태만으로 인한 분실, 손괴 또는 부정처분	
		제39조	개인지급군용물의 남용 또는 부정처분	
		제40조	정부재산에 관한 범죄	
	제8장 정부에 대한 비행	제41조	양곡판매에 관한 사리사욕	
		제42조	정부에 대한 사기	
	제9장 군기문란	제43조	정치관여	
		제44조	질서유지와 손해배상	
		제45조	도전적 언동	
		제46조	비장교적 급(及) 비신사적 행위	
		제47조	개팔범	
	제10장 기타 각종의 범죄	제48조	살인 급(及) 강간	
		제49조	과실살인	
		제50조	기타 각종의 범죄	
	제3편 군법 회의	제1장 군법회의의 구성, 제2장 군법회의의 설치장관, 제3장 군법회의의 재판권, 제4장 소송수속, 제5장 공소의 제한, 제6장 형벌, 제7장 판결에 대한 조치장관 또는 상급장관의 조치 등 소송절차 규정(제51조 내지 101조)		
	제4편 잡칙	지휘관의 징계처분(제102조), 재산에 대한 가해와 그 배상(제103조), 장병의 제대에 관한 규칙 등 규정		

3. 군형법의 제정과 주요내용

1) 군 형사법제도 개편의 배경

미 군정기에 제정된 국방경비법은 영미식 특성을 가진 법률로서 세부 시행세칙조차 마련되지 않은 상태에서 6·25전쟁이라는 국가적 위기에 적용되다 보니 적지 않은 부작용과 시행착오를 가져왔다. 전쟁의 와중에서 많은 국민들이 군법회의 등 군 형사제도를 직간접으로 경험하면서 군 형사법 제도의 정비 미흡, 전시 특별법령의 엄중함³³⁾, 군법회의 판결의 가혹함 등이 결합되어 군 형사법제도 전반에 대한 법령 정비의 여론이 형성되었다고 한다.³⁴⁾

군형사법 개편 논의는 최초 「해안경비법」에 대한 개정안 논의로부터 시작되었다. 6·25전쟁이 한창이던 1950년 해군에서는 「해안경비법」 개정안

33) 6·25전쟁이 발발한 당일, 비상사태하에 있어서의 반민족적 또는 비인도적 범죄를 신속히 엄중처단함을 목적(제1조)으로 대통령 긴급명령 제1호 「비상사태하의 범죄처벌에 관한 특별조치령」이 발령되었다. 이 명령은 전시하의 중대범죄 및 일반범죄에 대하여 사형, 무기징역, 10년 이상의 유기징역에 처하는 등 엄중처벌을 그 특징으로 한다. 비상사태에 승하여 1.살인 2.방화 3.강간 4.군사·교통·수도·전기 및 관공서·기타 중요시설 및 그에 관한 주요문서 또는 도서의 파괴 및 훼손 5.다량의 군수품 기타 중요물자의 강취·갈취·절취 등 약탈 및 불법처분 6.형무소유치장의 수감자를 탈주케 한 행위 등을 범한 자는 사형에 처한다. 그리고 비상사태에 승하여 1.타인의 재물을 강취·갈취 또는 절취한 행위 2.타인의 건조물을 파괴·훼손 또는 점거한 행위 3.관헌을 참칭하거나 또는 이적의 목적으로 체포, 감금, 상해, 폭행한 행위 4.관헌을 모욕하거나 또는 적에게 정보 제공 또는 안내한 행위 5.적에게 무기, 식량, 유류, 연료 기타의 금원을 제공하여 적을 자진 방조한 자 등은 사형·무기 또는 10년 이상의 유기징역에 처한다고 규정하고 있었다. 본령에 규정된 죄에 관하여는 기소 후 20일 이내에 공판을 열어야 하며 40일 이내에 판결을 인도하여야 했으며, 증거설명을 생략할 수 있었고, 죄의 심판은 단심으로 하고 상소가 불가능하였다. 이 명령에 의하여 1950.9.28. 서울수복 후 군·검·경 합동수사본부가 설치되어 부역자처벌을 하였다.

34) 예컨대 6·25전쟁 당시인 1950.7.26. 00:00부터 분대장급 이상에게 '명령없이 전장을 이탈하는 자에 대한 즉결처분권을 부여한다'는 국방부 훈령이 시행된 적이 있었으나, 1951.7.10. 00:00부터 이 훈령은 취소되었다. 즉결처분권은 6·25전쟁 초기에 파죽지세로 밀고 내려오는 인민군에게 연전연패하는 국군이 병력확보를 위해 교육지책으로 시행한 제도라 하겠다(국방부, 『전쟁법 해설서(중보판)』, 2007, p.282).

을 국회에 제출하였다. 당시 「해안경비법」은 ‘이적죄’를 처벌하는 조항이 없어 해군 소속 이적혐의 피고인들이 육군 군법회의에서 재판을 받는 일이 발생하였다. 이에 따라 해안경비법에 ‘이적죄’를 추가하도록 개정안이 국회에 제출되었는데, 이는 육해공군에 통합적용될 수 있는 영미식의 ‘통일군사법전’의 제정 필요성이 최초로 제기되었다는데 의의가 있다.³⁵⁾

그러나 군 형사법 체계를 개편하여야 한다는 여론은 대다수 국민들이 6.25 전쟁기에 군법회의와 군형사법제도를 경험하면서 본격적으로 형성되었다고 한다. 절차법의 미비와 영미식 제도로서 우리 군대 현실에 맞지 않는 불편함도 그 원인이 되었다고 할 수 있다. 특히 전쟁이 종료되었으나 남북간의 대립이 본격화되었고, 6.25전쟁을 계기로 군대의 규모가 60만 이상으로 확대되었으나 이를 효율적으로 관리할 법령의 정비가 전혀 이루어지지 않은 상태였으므로 그 필요성이 높아졌다.³⁶⁾

새 군형법 제정의 필요성에 대해서는 군형법 제정이유에서도 잘 나타나 있다. 즉 군형법의 제안경위 및 제안이유를 살펴보면, “현행 「국방경비법」과 「해안경비법」은 정부수립 이전에 제정된 과도정부 법률로서 이들은 현실정에 맞지 않는 점이 허다할 뿐만 아니라 실체법적 규정과 절차법적 규정이 혼합 규정되고 있어 법체계상에 있어서도 불합리한 점이 있으므로 금번 舊 법령정비사업으로 기존 「국방경비법」과 「해안경비법」에 대치하여 육해공군에 공통으로 적용할 통일법전으로서 「군형법」을 제정”한다고 밝히고 있다.³⁷⁾ 이에 국방부 및 각 군을 중심으로 법제위원회가 창설되어 군형사뿐만 아니라 군 제도 전반에 걸친 법령화 작업을 시작하였다.³⁸⁾

35) 이승호, 「군형법의 문제점과 개정방향에 관한 연구」, 연세대학교 박사학위 논문, 2007, p.26.; 고석, 앞의 글, p.275.

36) 고석, 앞의 글, p.276.

37) 이충선, 「군형법 개정에 관한 소고」, 『군사법논집 제10집』, 국방부, 2005.12, p.1.

38) 자세한 내용은 고석, 앞의 글, p.255 이하 참조.

2) 군 형사법제도 개편의 방향

국방부와 국군 법제위원회를 주축으로 하여 국방부가 자체적으로 추진한 군형사법 정비작업의 밑그림은 그동안 「국방경비법」에 통합되어 운영되어 왔던 실체법과 절차법, 형벌과 징계법을 각각 분리시키되, 육군, 해군, 공군에 통일적으로 적용할 수 있는 단일 법전들과 군행형에 대한 법적 근거를 마련하는 것이었다.

「국방경비법」에 통합되어 있던 것들을 각각 해체시켜 우선 군법 피적용자에게 적용될 형사범죄 처벌 법규로서 군법피적용자의 신분을 가진 자만이 그 주체가 될 수 있는 순정군사법³⁹⁾과 그 신분이 형의 가감사유가 되는 불순정군사법을 「군형법」으로 별도로 분리하여 제정하고, 군사재판 절차에 관한 사항은 「군법회의법」에 규정하도록 하였으며, 행형에 관련된 사항은 민간의 것을 그대로 본받아 새롭게 「군행형법」을 제정하기로 하고, 내부 질서유지와 행정처분 등에 관한 것은 「군인징계법」으로 하여 기존의 「국군징계령」을 법률로 격상시키는 방안을 추진하였다.

그리하여 1962년 제정된 「군법회의법」에는 군법회의의 조직과 구성 및 군형사절차에 관한 것만을 규정하고, 국방경비법의 실체법적 규정들 중 비군사법을 제외한 나머지와 기타 필요성에 따라 추가된 군사법 조항(순정군사법과 불순정군사법)은 모두 「군형법」에 포함시키며, 국방경비법과 국군징계령에 포함되었던 내용들은 「군인징계법」으로 제정하기로 하여 징계절차와 행정처분에 관한 사항을 포함하기로 하였다. 다만, 최종 국회 제안단계에서 「군인징계법」은 「군인사법」에 흡수하기로 하였고, 이에 따라 3가지 법률(군법회의법, 군형법, 군행형법)의 제정이 추진되게 되었다.⁴⁰⁾

39) 純正軍事犯과 不純正軍事犯은 일본식의 법률용어라서 그 뜻을 쉽게 이해하기 어렵다. 따라서 眞正軍事犯과 不眞正軍事犯이 타당한 표현이라 본다.

40) 고석, 앞의 글, pp.276~277.

3) 군형법의 제정

1952년부터 국방부 주관하에 새로운 군형법 제정 작업이 시작되었으며, 1957년 최초로 군형법안이 국회에 제안되었으나 회기불계속을 이유로 하여 자동폐기되는 등 유사한 반복을 수차례 계속해오다가⁴¹⁾ 1961년 5.16 군사혁명 이후 국가재건최고회의가 추진한 법령정비 사업에 따라 1962년 1월 20일 법률 제1003호로 종전의 국방경비법과 해안경비법을 대체하여 육해공군에 공통적으로 적용할 군형법이 탄생하게 된 것이다.⁴²⁾

「군형법」은 군의 기능 수행을 보장하기 위하여 군법 피적용자가 주체가 되는 순정군사범과 군법피적용자라는 신분이 형의 감경 또는 가중사유가 되는 불순정군사범을 규정한 법률이다. 주로 1948년에 제정 공포된 국방경비법 제2편을 기초로 하였다고 하나, 그 체계와 용어, 내용을 보면 舊 일본 육군형법을 상당히 참고한 것으로 보인다. 국방경비법 제50조(기타 각종의 범죄)⁴³⁾ 중 일부 군사범죄화 가능한 죄⁴⁴⁾를 제외한 나머지 비군사범죄는 군법회의법이 군법피적용자의 신분에 의하여 군법회의의 관할을 정하도록 하였기 때문에 군형법에서 별도로 규정할 필요가 없었으므로 이를 제외하였다.

제정당시 군형법은 제1편 총칙, 제2편 각칙 15장⁴⁵⁾, 94개 조문으로 구성

41) 군형법 제정안은 원래 1957년 2월에 정부안으로 제기되었으나 회기불계속으로 폐기되었고, 1957년 6월, 1958년 6월에 다시 제기되었으나 마찬가지로 회기불계속으로 폐기되었다. 1958년 12월에 윤형남 의원 외 22명이 군형법안과 군법회의법안 심사촉구에 관한 결의안을 제기하였고, 1959년 1월과 2월에 각각 정부안이 제기되었으나 회기불계속으로 폐기되는 과정을 겪었다.

42) 법제처, 『대한민국 법제 오십년사(상·하)』, 1999, p.832 이하 참조.

43) 국방경비법 제50조(기타 각종의 범죄) : 여하한 군법 피적용자라든지 자해, 방화, 야도, 가택침입, 강도, 절도, 횡령, 위증, 문서위조, 계간, 중죄를 범할 목적으로 행한 폭행, 위협 흉기, 기구 기타 물건으로 신체상해의 목적으로 행한 폭행 또는 사기 혹은 공갈을 범하는 자는 군법회의의 판결에 의하여 처벌함.

44) 예컨대 국방경비법 제50조(기타 각종의 범죄) 중에서 군형법 제정 과정에서 군사범죄화된 예로는 국방경비법상 '자해'가 군형법상 '군무기피목적의 사술'로 된 것을 들 수 있다.

45) 제1장 반란의 죄, 제2장 이적의 죄, 제3장 지휘권남용의 죄, 제4장 지휘관의 항복과 도피의 죄, 제5장 수소이탈의 죄, 제6장 군무이탈의 죄, 제7장 군무태만의 죄, 제8장 항명의 죄, 제9장 폭행,협박의 죄, 제10장 모욕의 죄, 제11장 균용물에 관한 죄, 제12장 위

되어 있었다.⁴⁶⁾ 제정 당시 군형법에서는 그 적용대상을 대한민국의 군인(현역에 복무하는 장교·준사관·하사관 및 병)과 군속, 군적을 가진 군소속기관의 학생, 생도와 간부후보생, 소집 중에 있는 예비역군인을 대상으로 하고, 병역법에 의하여 군사훈련을 받는 재영 중인 학생과 간첩죄, 초병에 대한 죄, 유해음식물공급죄, 초소침입죄 및 포로에 관한 죄의 경우에는 모든 내외국인을 대상으로 하였다. 또 사형의 집행은 참모총장 또는 군법회의의 관할관이 지정한 장소에서 총살하도록 하였다.

4) 제정 군형법의 주요내용

제정 군형법의 주요내용은 다음과 같다. ① 대한민국의 영역내외를 불문하고 이 법에 규정된 죄를 범한 대한민국 군인, 군속, 군적을 가진 군소속기관의 학생 생도와 간부후보생, 소집 중에 있는 예비역 군인에 적용하도록 하여 군형법 피적용자의 범위를 정하고 있다(제1조). ② 사형은 소속군 참모총장 또는 군법회의의 관할관이 지정한 장소에서 총살로서 이를 집행하도록 하였다(제3조). ③ 작당하여 병기를 휴대하고 반란을 한 자는 그 유형을 따라 사형까지 처할 수 있게 하였다(제5조). ④ 제5조(반란)와 제6조(반란목적의 군용물탈취)의 미수범 처벌규정을 두었다(제7조). ⑤ 이적행위에 속하는 죄에 대하여는 죄질에 따라 사형까지 처하도록 하고 그 미수범에 대하여도 처벌규정을 두었다(제2장 이적의 죄). ⑥ 지휘권 남용으로 불법전투개시, 불법전투계속, 불법진퇴시에는 사형까지 처하도록 하고 그 미수범에 대해서도 처벌하도록 하였다(제3장 지휘권남용의 죄). ⑦ 지휘관이 적에게 항복하거나 부대를 인솔하여 도피할 때에는 사형에 처하고 그 미수범과 예비음모한 자에 대하여도 처벌규정을 두었다(제4장 지휘관의 항복과 도피의 죄). ⑧ 군무를 기피할 목적으로 부대 또는 직무를 이탈한 자는 그

령의 죄, 제13장 약탈의 죄, 제14장 포로에 관한 죄, 제15장 기타의 죄.

46) 국방경비법은 제1편 총칙(제1조 내지 제5조), 제2편 죄(제1장 내지 제10장 / 제6조 내지 제50조), 제3편 군법회의, 제4편 잡칙과 본문 115개 조항, 최대형벌표(50개항)와 부가형(5개항)으로 구성되어 있다.

정상에 따라 사형까지 처하고 그 미수범은 처벌하도록 하고 있다(제6장 군무이탈의 죄). ⑨ 군사에 관하여 허위의 명령, 통보 또는 보고를 한 자는 그 정상에 따라 사형까지 처하도록 하였다(제38조). ⑩ 상관의 정당한 명령에 반항하거나 복종하지 아니한 자는 그 정상에 따라 사형까지 처하도록 하였다(제8장 항명의 죄). ⑪ 계간 기타 추행을 한 자는 1년 이하의 징역에 처하도록 하였다(제92조). ⑫ 부하가 다수공동하여 죄를 범함을 알고도 그 진정을 위하여 필요한 방법을 다하지 아니한 자는 3년 이하의 징역이나 금고에 처하도록 하였다(제93조). ⑬ 정치단체에 가입하거나 연설 또는 문서 기타의 방법으로 정치적 의견을 공표하거나 기타 정치운동을 한 자는 2년 이하의 금고에 처하도록 하였다(제94조). ⑭ 과도정부 법률인 국방경비법과 해안경비법 중 이법에 저촉되는 조항은 이를 폐지하도록 하였다(부칙 제5조).

4. 일본육군형법의 영향과 관련 문제점

1) 개 요

군형법 제안이유를 보면, 「국방경비법」과 「해안경비법」에 대치하여 육해공군에 공통적으로 적용할 통일형사법전을 만든다는 것이 정부의 법률안 제안이유였다. 그런데 군형법이 영미식 군사법제도를 따른 「국방경비법」⁴⁷⁾을 모태로 제정되었다고 하지만, 그 형식이나 내용, 법률용어 면에서 「舊 일본육군형법」⁴⁸⁾(명치 41년 4월 10일 법률 제46호로 제정, 소화 22년 3월

47) 국방경비법은 1928년 미 전시군법전(Articles of War)을 그대로 번역한 법률인데, 이후 미 전시군법전은 2차 세계대전후 1951년 해안경비법(The Disciplinary Laws of the Coast Guard)등과 통합되어 대폭 수정되어 통일군사법전(UCMJ)으로 바뀌게 되었다.

48) 舊 일본육군형법(明治 41년 4월 10일 법률 제46호로 제정, 昭和 22년 3월 17일 정령 제52호로 폐지)은 제1편(총칙), 제2편(죄), 104개 조문으로 되어있다. 제2편은 제1장 반란죄, 제2장 천권죄(擅權罪), 제3장 육직죄(辱職罪), 제4장 항명죄, 제5장 폭행협박죄, 제6

17일 정령 제52호로 폐지)과 거의 유사한 체계로 이루어져 있음을 볼 수 있다.⁴⁹⁾

[표 2] 국방경비법, 군형법, 舊 일본육군형법 비교⁵⁰⁾

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

장 모욕죄, 제7장 도망죄, 제8장 군용물손괴죄, 제9장 약탈죄, 제10장 포로에 관한 죄, 제11장 위령죄로 구성되어 있다.

49) 조운, 「군형법 개정론」, 『사법논집 제2집』, 대법원 법원행정처, 1972, p.435.; 육군사관학교, 앞의 책, pp.6~7.

50) 이승호, 앞의 글, p.29.

세부적으로 살펴보면 일본육군형법의 第一章 叛亂ノ罪와 第二章 擅權ノ罪 및 第三章 辱職ノ罪가 국방경비법의 영향으로 다소 분화된 것 이외에는 큰 차이가 없다. 즉, 舊 일본육군형법의 第一章 叛亂ノ罪가 군형법에서는 叛亂의 罪(제1장)와 利敵의 罪(제2장)로 장명이 바뀌었고, 第二章 擅權ノ罪와 第三章 辱職ノ罪가 指揮權濫用の 罪(제3장), 指揮官의 降服과 逃避의 罪(제4장), 守所離脫의 罪(제5장), 軍務離脫의 罪(제6장) 및 軍務怠慢의 罪(제7장) 그리고 第十一章 違令ノ罪가 違令의 罪(제12장)와 그밖의 罪(제16장) 등으로 분화되었다는 점을 제외하면, 항명의 罪, 폭행·협박의 罪, 모욕의 罪, 군용물에 관한 罪, 위령의 罪, 약탈의 罪, 포로에 관한 罪 등 군형법의 나머지 장명(章名)과 장순(章順)은 일본육군형법과 거의 일치한다. 그렇다면 우리 군형법 제정의 모델이 된 舊 일본육군형법은 어떤 성격의 법률이고, 어떤 역사적 변천과정을 거쳤는지, 적용상 문제점은 무엇이었는지 살펴볼 필요가 있다.

2) 舊 일본육군형법의 제정과 변천

일본은 1870년(명치 3년) 이후 프랑스군을 모방하여 근대식 군대를 만들었는데⁵¹⁾, 원래가 무사와 농민, 상인이었던 장병들이 근대 군대의 계급과 조직에 익숙하지 못하여 군기를 확립하는 것이 용이하지 않았다. 때문에 군기확립을 위해 1869년(명치 2년) 「군율(軍律)」이 정해지고, 1871년(명치 4년) 8월에는 천황의 「상유(上諭)」를 첨부한 「육해군형율(陸海軍刑律)」이 만들어졌다. 「육해군형율(陸海軍刑律)」은 전편 204조로 된 광범위한 법률이었는데, 형벌이 매우 준엄하였다는 점⁵²⁾과, 봉건적 신분제가 깊이 반영

51) 당시 일본 육군은 프랑스식을, 해군은 영국식을 참작하여 편제와 훈련형태를 만들었는데, 육군이 프랑스 군제를 취한 것은 막부(幕府)가 1867년 이래 프랑스 군사고문단을 초빙함으로써 프랑스 군사고문단이 서양식 근대군대 건설에 기여하였기 때문이다. 그러나 이후 1885년 육군성의 초청을 받은 프러시아 육군소령 맥켈(Klemens wilhelm jakob meckel)과 프러시아에서 유학한 가쓰라 타로, 가와카미 소로쿠, 다무라 로조조, 후쿠시마 야스마사 등 정부 유학생의 영향으로 프러시아식 군제로 전환되게 되었다.

52) 모반, 도망, 적전도주, 전시도망 등의 죄는 모두 사형에 처하였다.

되었다는 점⁵³⁾ 등의 특징이 있다.⁵⁴⁾

일본은 프랑스형법을 모방하여 舊 형법을 제정하면서 아울러 프랑스 군형법을 모방한 「舊 육군형법」과 「舊 해군형법」을 제정하여 1882년(명치 15년)부터 시행하였다. 그 후 청일전쟁과 러일전쟁을 거치면서 규율 강화의 필요성을 느끼던 차에 일본 新 형법 제정의 기회에 발맞추어 1908년(명치 41년)에 「육군형법」과 「해군형법」을 제정하여 시행하였다.⁵⁵⁾ 이후 1931년 만주사변, 1937년 중일전쟁 그리고 1941년 태평양전쟁을 거치면서 치열한 전쟁 중인 1942년(소화 17년) 2월 20일에 엄격한 군기확립을 목적으로 하여 「육군형법」과 「해군형법」을 개정하였다.⁵⁶⁾

상관 명령의 효력 확보, 탈영의 방지, 징집인원의 확보, 유언비어 유포방지 등을 목표로 조문들을 추가하거나 또는 기존 조문을 세분화하거나 기존의 형량을 상향조정하는 등의 방법을 통하여, 중일전쟁과 태평양전쟁을 수행하는 과정에서 심각한 수준에 달한 일본군 내부의 군기 문란현상을 군형법을 통하여 진압하고자 하는 것이 개정의 의도였다. 특히 태평양전선에서는 대상관범죄, 항명, 군용물손괴, 탈영 등의 사유로 일본육군군법회의에서 처벌된 인원이 1942년 이래 지속적으로 증가하였다. 일본군에서는 이러한 사태에 대한 대응책으로 정신교육 등 여러 방안이 제시되었는데 그중 하나가 바로 “육군형법과 육군징계령 교육”이었다.⁵⁷⁾ 舊 일본육군형법은 식민지 침략전쟁의 효율적인 수행을 위한 엄격한 군기강 확립, 천황 1인과 상급자

53) 형벌의 종류가 장교에게는 自裁(합복), 脫官, 回籍, 降官, 廢門 등 6종이고, 하사관은 사형, 징역, 추방, 黜等(면직), 강등, 금고의 6종이었으며, 사병은 사형, 징역, 추방, 杖刑, 笞刑, 금고의 6종으로 되어있어, 장교는 무사도로 대우하고, 하사관, 사병은 농민과 상인으로 취급하고 있었음을 보여준다.

54) 후지와라 아키가(엄수현 역), 『日本軍事史』, 1994, p.54.

55) 日高巳雄, 『軍刑法』, 末弘嚴太郎 編, 新法學全集 第19卷, 東京: 日本評論社, 1938, p.7 참조.

56) 이 두 법률은 일본의 패전이후 1947년(소화 22년) 5월 17일 政令 第52號(陸軍刑法を廢止する等の政令)로 폐지되었다. 현재 일본군은 군형법 대신 자위대법상의 벌칙규정(제 118조 내지 제126조)으로 군사상의 범죄에 대처하고 있다(오병두, 「군형법의 문제점과 개정방향」, 『형사정책 제20권 제1호』, 2008, p.14).

57) 林 博史, “沖繩戦における脱走兵について”, 日本の戦争責任資料センター〔編〕, 戦争責任研究 第26號, 1999 冬季, p.73 참조: 오병두, 앞의 글, p.14 참조.

에 대한 절대적인 복종을 강요하는 수단이 되었다. 상급자에 대한 절대적인 복종과 엄격한 군기강은 일본의 천황제와 관련이 있다.

3) 제국주의 일본군의 군사문화

역사적으로 제국주의 일본은 끊임없는 전쟁과 대외 정복을 반복하였다. 1874년 대만출병, 1875년 강화도사건, 1882년 임오군란, 1884년 갑신정변, 1894년 청일전쟁, 1900년 의화단사건, 1904년 러일전쟁, 1907~1910년에 이르는 조선병합을 위한 식민지전쟁, 1914~1918년 제1차 세계대전, 1918~1925년 시베리아출병, 1927~1928년 산둥성출병, 1931년부터 만주사변, 중일전쟁, 태평양전쟁 등이 이어졌다.⁵⁸⁾ 제국주의 일본은 침략전쟁의 끊임 없는 반복을 통해 영토를 확장하고 경제도 급속히 성장함으로써 근대국가로 발전하였던 것이다.

그런데 전쟁수행의 핵심적인 역할을 수행한 ‘大 일본제국육해군’은 오늘날 우리 국군과 같은 국민의 자유와 민주주의에 기반한 ‘국민의 군대’가 아니라, ‘천황 1인의 군대’였다. 전권적이고 신권적인 제정일치의 천황제는 1868년 명치유신에 의해 성립되었고, 제2차 세계대전의 패전으로 붕괴되었다. 1889년에 제정된 「명치헌법(대일본제국헌법)」은 제1조에서 “대일본제국은 만세일계(萬世一系)의 천황이 국가원수로서 일본을 통치한다”고 하였으며, 제11조에서 “천황은 육해공군을 통솔한다”고 명시하였다. 육해군을 지휘·통솔하는 권한은 어디까지나 ‘대원수’로서의 천황에게 속하고 있었던 것이다.⁵⁹⁾ 또한 육해군의 내부에서는 이미 1882년에 발표된 「軍人勅

58) 후지와라 아키가(임수현 역), 『日本軍事史』, 1994, p.5.

59) 일본군이 천황의 군대로 변질됨으로써 군부는 천황의 총애를 받고 천황을 방패삼아 권력을 강화하였다. 천황은 황족과 화족에게 육해군사관학교를 지원하도록 권장하고, 남자의 대부분을 육해군장교로 임명하였다. 이에 따라 황족과 군대는 밀착되기 시작하였다. 이는 군의 우대정책 중에서도 가장 두드러진 것으로 군이 스스로 특수우수집단으로 자부하는 계기를 부여하였다. 천황은 대원수의 군인계급을 가지고 있으면서 중요한 국정행사에 통상 참여하지 않은 반면, 군대의 훈련과 대연습에만 직접 참석함으로써 군부의 위상을 제고시켰다. 또한 명치천황은 군가를 널리 보급하여 국민이 군을 선망하도록 의도적으로 유도하였으며, 때로는 자신이 군가를 작사, 작곡하기도 했다. 이러한 군인 우대정

諭」⁶⁰⁾에 의해, 일본의 군대는 ‘천황의 군대’라는 이데올로기가 확립되어 있었다. 「軍人勅諭」에는 “일본의 군대는 천황이 이끄는 군대”라는 것이 강조됨과 동시에, “하급자가 상관의 명을 받는 것은 실은 바로 짐(朕)의 명령을 받드는 義라는 마음가짐을 하라”는 형태로, 상관의 명령이 천황의 권위에 의해 절대화되었다.⁶¹⁾

한편, 육해군의 수뇌부는 통수권의 독립을 강하게 주장하고 있었다. 통수권의 독립이란 군대를 지휘·통솔하는 권한(통수권)은 천황의 대권이요, 정부나 의회의 관여를 허락하지 않는다는 주장이다.⁶²⁾ 이러한 사상에 기초하여 1878년에는 육군의 참모본부가 육군성에서 독립되었고, 1893년에는 해군의 군령부가 해군성으로부터 독립했다. 1900년에는 육해군성 관제의 개정으로 육해군 대신의 임용자격은 현역의 대장·중장에 한정되었다. 이렇게 육해군은 점차 정부나 의회에 의한 통제로부터 벗어나게 되어, 러일전쟁 이후에는 정치세력화된 독자적인 군부가 성립된다. 그리고 이 군부가 추진하여 1931년 만주사변⁶³⁾과 1937년 중·일

책은 천황을 중심으로 하는 상무사상, 천황제의 강화를 위해 실시되었다고 할 수 있지만, 이 정책으로 군부의 힘은 강화되고 군부의 우월주의 사상이 짙게 되었음은 부인할 수 없다(하정열, 『일본의 전통과 군사사상』, 팔복원, 1999, 178쪽).

60) 「군인칙유(軍人勅諭)」란 1882년 1월 메이지 천황이 군인에게 준 훈계의 칙유로, 군인이 지켜야 할 덕목을 가르쳐 깨우치는 형태를 취하고 있다. 2,694자의 어려운 글자로 구성되었으며, 충절, 예의, 무용, 신의, 검약의 다섯 가지 미덕을 여러 가지로 설명하였다. 당시 고조되어온 민권사상이 군대에 파급될까 두려워한 참모본부장 야마가타 아리토모(山縣有朋)가 주도하여 작성한 것이다. 그중에서도 특히 “짐은 너희 군인의 대원수이다. 그렇다면 짐은 너희들을 믿을 만한 부하로 믿고...(중략)... 그 친애하는 마음은 당연히 깊다”라고 하는 항목으로, 천황이 친히 이끄는 군대의 구성원이라는 엘리트의식을 군인에게 심어주려고 했다는 점, 그리고 하급자는 상관의 명령에 따르는 것은 실은 바로 짐의 명령을 받아들이는 義라는 마음을 가지라고 하여 상관의 명령을 천황의 권위에 의해 절대화하고 있었다는 점이다. 일본군 장병들은 이를 모두 암기하여야 했다.

61) 요시다 유타카(최혜주 역), 『일본의 군대_병사의 눈으로 본 근대일본(日本の軍隊_兵士たちの近代史)』, 논형, 2005, p.8.

62) 당시 「대일본제국헌법」은 제1조의 “대일본 제국은 만세일계의 천황이 통치한다”, 제2조의 황위의 계승방법, 제3조의 “천황은 신성불가침이다”로 시작되고 군대와 직접 관계되는 조문은 다음 6개조이다. 제11조 천황은 육해군을 통수한다. 제12조 천황은 육해군의 편성 및 상비병력을 정한다. 제13조 宣戰, 講和, 조약체결, 제14조 계명의 선포, 제20조 병역의무, 제32조 신민의 권리의무의 군인에 대한 적용 제한 등이 그것이다.

63) 1931년 9월18일 스스로 남만주철도를 폭파한 관동군은 곧바로 자위를 위한 반격이라는

전쟁⁶⁴⁾을 일으키는데, 그 과정에서 군부는 정치의 중추에 위치하게 되었다.

4) 군기확립의 강요와 군기문란 현상

천황제 하에서의 일본군대는 장병들의 자발적인 애국심에 기반을 두기 보다는, 무조건적인 군기확립을 통해 운영되는 군대였다. 군기의 확립은 천황제 군대의 성패에 결정적인 의미를 갖는 것이었다. 따라서 일본군대는 창군 과정에서부터 패전시까지 군기를 확립하는 방법에 대하여 무척 고심한 흔적이 있다. 내무서의 작성, 군인칙유의 하달, 헌병제도의 활성화, 군가족제도의 도입 등은 각 시대별로 군기 확립을 위한 정책의 하나였다. 일본군이 항상 군기를 강조하고 복종의 미덕을 강조한 것은 실은 그것이 위기에 처해 있었기 때문이다. 일본군대는 국민의 군대가 아니라 천황의 군대라는 본질적으로 내재하고 있는 모순이 내부질서에 항상 지배적인 요소로 작용하고 있었다. 즉 군기가 장병들의 자발적인 자유의사에 의해 유지되는 것이 아니라, 병사들을 억압하여 그들을 노예화함으로써 유지되지 않으면 안된다는 사고는 일본군에 뿌리깊게 박혀있었다. 모순은 또다른 모순을 낳기 때문에 격화되는 모순에 대응하여 군기유지의 대책은 한편으로는 점점 강력해지고, 다른 한편으로는 복잡하게 되었다. 노예적 군기로 꿰뚫어 절대복종의 정신을 주입하기 위해서는 지주 제도하의 농노적인 굴종에 익숙한 농촌 출신의 병사가 가장 적합하였다. 그러나 일본사회가 공업화, 산업화되어 도시 출신 장병의 수가 증가하고, 교육수준이 향상되면서 장병들 스스로 행동에 당위성과 명분을 찾는 분위기가 확산되고, 절대적인 맹종보다는 국가와 군을 위한 충성에 바탕을 둔 상대적인 복종이 미덕으로 전환되면서 통상적이고 합리적인 수단과 방법으로는 노예적인 군기의 확립

구실로 군사행동을 개시했다. 당초에는 불확대 방침을 취하고 있었던 일본 정부도 결국은 군의 방침을 지지하여 관동군은 만주의 전 지역을 점령하였다. 이로써 1945년 패전에 이르기까지 15년간의 전쟁이 시작된다.

64) 1937년 7월 7일 베이징 교외의 루거우차오(盧溝橋) 부근에서 중국군과 일본군의 무력충돌이 발생하자 전쟁은 바로 상하이로 번져 중일간의 전면 전쟁이 시작되었다.

은 불가능하게 되었다.⁶⁵⁾

그 결과 일본군대가 남긴 것은 천황의 권위를 중심으로 한 엄격한 명령-복종관계, 과학적 합리성이 없는 극단적인 정신주의⁶⁶⁾, 경직된 공격 제일주의와 보병의 총검돌격만능론⁶⁷⁾, 그리고 내무반에서 자행되는 '사적 제재⁶⁸⁾', 전후 국제적인 비난이 되고 있는 수많은 전쟁범죄 등이다. 일본군은 군기(軍紀)를 유지하는 방법으로 폭력을 주로 활용하였다. 예를 들면, "모자를 빼딱하게 썼다", "병기손질이 불량하다", "청소 상태가 불량하다", "규정집을 암기하지 않았다", "대답이 느리다", "동작이 둔하다", "소리가 작다", "태도가 건방지다"는 것 등이 모두 폭력의 대상이 되었다. 그 결과 내무반은 고탍소리, 욕설, 구타, 공포가 만연하였다. 폭력은 일본군의 체질이며, '사적 제재'는 고난을 견디는 강한 군대를 만들기 위한 필수 수단이라는 사고방식이 일본군 내에서는 강했다고 한다.⁶⁹⁾

65) 하정열, 앞의 책, p.261.

66) 일본 육군의 통수의 기본이 되는 통수강령(統帥綱領)(1928) 중 '통수의 요령'의 1에서는 "...승패의 주 요인은 여전히 정신적 요소에 있음은 고래로 변함이 없다. 항차 제국군에 있어서는 과소한 병력과 부족한 자재를 가지고 위의 각 사항의 요구를 충족해야 하는 경우가 결코 적지 않음에 있어서라. 즉 전투는 전장병이 일치하여 忠君의 至性, 살신의 절의를 다하고..."라고 하여 승패의 기초가 정신력에 있다는 점을 강조한다. 통수강령에 따른 작전요무령(作戰要務令)(1938) 중 강령 2에도 "...전승의 요체는 유형 무형의 각종 전투요소를 종합하여 적을 능가하는 위력을 요점에 집중 발휘시키는데 있다. 훈련을 철저하게 하여 필승의 신념을 굳히고, 군기를 지엄하게 하여 공격정신이 살아 넘치는 군대는 능히 물질적 위력을 능가하여 전승을 이루어낼 수 있는 것이다..."라고 하여 공격정신이 물질적 위력을 초월한다고 강조하고 있다(와카쓰키 야스오(김광식 역), 『일본군국주의를 벗긴다(日本の戰爭責任)』, 화산문화, 1996, p.43 이하.

67) 일본 육군은 전투에 임해서는 공격을 원칙으로 하였다. 공격의 꽃인 최후의 단계는 돌격이다. 적이 기관총, 소총, 화포로 사격해오는 정면에서 소총 끝에 단검을 꽂고, 함성을 지르면서 적진을 돌격하는 白兵戰을 최고로 삼았다. 러일전쟁에서 여순 항에서 콘크리트로 만든 영구 요새에 육탄으로 부딪친 제3군의 장병은 6만여 명의 전사상자를 내고 요새를 점령하였다. 방어에 있어서도 언제나 死守를 의미하였다. 그 때문에 각지의 전장에서 옥쇄(玉碎)가 속출하였다.

68) '사적 제재'란 폭력의 일종인데, 직접적인 육체적 폭력에서부터 정신적인 '따돌림'에 이르기까지 다양한 종류가 있고, 상관의 눈이 미치지 않는 내무반이 그 알맞은 장소가 되었다. 사적 제재는 방침상 엄중하게 금지되어 있었으나, 사실상 군 간부들도 강한 군대를 만들기 위한 필요악으로 여겨 묵인하였다고 한다. 주로 주먹으로 따귀를 때리거나 정신봉이라는 몽둥이로 엉덩이를 때리는 체벌이 이루어졌다.

69) 와카쓰키 야스오, 앞의 책, p.67 이하.

그러나 아니러니하게도 1994~1905년간의 러일전쟁 이후 일본군대가 직면한 최대의 문제는 군기강의 문란이었다. 러일전쟁 이전에 군법회의에서 처벌된 인원은 모두 16,700명이었으나, 러일전쟁 이후 1906년 2,222명, 1907년 1,993명, 1908년 2,130명으로 증가하였고, 이 3년간 죄목별 내역으로는 「도망」이 1906년에 606명, 1907년에 541명, 1908년에 530명, 「結黨」이 1906년에 76명, 1907년 23명, 1908년에 68명, 「대상관범죄」가 1906년에 16명, 2007년에 22명, 2008년에 36명으로 집계되었다.⁷⁰⁾ 이를 통해 전쟁 전과 비교하여 「結黨」과 「대상관범죄」가 현저히 증가한 점을 볼 수 있다. 이러한 경향은 단지 개인적인 도망, 탈영에 머물지 않고, 병사의 집단탈영이 발생하기 시작하였는데, 1908년 5월 도쿄의 보병 제1연대에서 발생한 병사 30여 명의 집단탈영, 아사히카와의 보병 제27연대의 병사 동맹파업 등의 대규모 사건은 군부뿐만 아니라 사회 전체에도 커다란 충격을 주었다. 이는 단지 전쟁의 영향에 의한 군기 이완의 일시적 현상이 아니라, 전후 격화된 사회적 모순이 군대에 반영된 것이라 볼 수 있다.⁷¹⁾

중일전쟁 이후에는 군기강 문란현상이 더욱 심해져서 전쟁범죄 위반현상이 두드러진다. 중일전쟁하에서는 대량동원과 불명확한 전쟁목표 탓에 군기 위반범의 증대, 특히 상관에 대한 범죄가 빈발하게 된다. 또한 억압된 군대 문화에 대한 불만이 여러 전선에서의 민간인에 대한 잔인한 집단학살과 포로학대 등 전쟁범죄를 야기하였다.⁷²⁾ 특히 중국 전선에서 이루어진 일본군의 약탈·방화·강간·학살의 만행은 매우 심각한 수준이었는데, 남경대학살에서 희생된 군인과 민간인의 수는 20만이 넘는다.

70) 陸軍省統計年報 제17~20회, 명치 36~40년.

71) 후지와라 아키가(엄수현 역), 『日本軍事史』, 1994, p.148.

72) 예를 들면 필리핀 전선에서 일본군 병사들은 무사도 정신에 따라 포로로 잡히는 것을 치욕으로 생각하여 포로를 몹시 경멸했고 이들이 조금이라도 짐이 되면 바로 즉결처분을 하였다. 장교들은 군도(軍刀)로 포로를 학살하는 시합을 벌이기로 하였다. 포로학대는 민간인을 대상으로도 자행되었는데, 마닐라 산 토마스 대학에는 연합국 민간인들이 억류되어 있었는데, 이들에게 식량은 처음 6개월간 전혀 지급되지 않았다. 또한, 이곳에 수용된 남자들은 거의 매일 밤마다 고문을 당했고 2명 이상이 잡담을 하면 총살을 시키기도 하였다(문병철, 앞의 글, p.92).

5) 관련된 균형법상의 여러 문제점

앞에서 살펴보았듯이 제정 균형법에 가장 크게 영향을 미친 법률은 舊 일본육군형법인데, 이와 관련하여 오늘날의 균형법에는 다음과 같은 문제점들이 발견되고 있다.

첫째, 균형법은 ‘군국주의적 엄벌주의’ 색채가 강한 舊 일본육군형법을 거의 그대로 모방함에 따라 형량이 매우 높은 편이다. 제정 균형법에 제국주의 시대의 일본육군형법 상의 범죄와 형량 조항이 거의 그대로 도입되었고, 그 결과 현대의 기본권적 관점으로는 이해할 수 없는 ‘군국주의적 엄벌주의’, ‘중형주의(重刑主義)’라는 특징을 고스란히 이어받았다. 균형법에서 사형, 무기징역, 10년 이상 유기징역형이 포함된 범죄는 아래 표와 같다. 이를 보면 법정형이 사형인 조항이 14개, 사형·무기징역형인 조항이 6개, 사형·무기징역형·10년 이상의 징역형인 조항이 12개나 되는 것을 볼 수 있다.

[표 3] 균형법상 사형, 무기징역, 10년 이상 유기징역 현황

법정형	사 형	사형, 무기징역	사형, 무기, 10년 이상 징역
계	14	6	12
범죄	반란수괴(제5조제1호), 반란목적군용물탈취수괴(제6조), 군대 및 군용시설 제공(제11조), 군용시설 등 파괴(제12조), 간첩·군사상기밀누설 (제13조제1항전단, 제2항, 제3항), 불법전투개시(제18조) 불법전투계속(제19조), 항복(제22조), 부대인솔도괴(제23조), 적전직무유기(제24조), 지휘관 적전수소이탈(제27조제1호), 적진으로의 도주(제33조), 적진집단항명 수괴(제45조제1호), 전지강간(제84조)	간첩방조·군사상기밀누설방조 (제13조제1항후단, 제2항, 제3항), 적진집단항명 그밖의사람 (제45조제1호), 상관살해(제53조), 초병살해(제59조), 약탈살인·치사상(제83조), 강간등살인(제92조의7)	적전초병의수소이탈 (제28조제1호), 적전군무이탈(제30조제1호), 적전특수군무이탈(제31조), 적전항명(제44조제1호), 적전상관에대한폭행치사상 (제52조제1호), 적전상관에대한특수상해 (제52조의4제1호), 적전상관에대한중상해 (제52조의5제1호), 적전상관에대한상해치사 (제52조의6제1호), 군용시설등에대한방화 (제66조제1항), 폭발물파열(제68조), 합선·항공기의복물또는 손괴치사상(제71조제3항), 강간등치사(제92조의7)

둘째, 6·25전쟁을 거치면서 군 내부의 요구가 충실히 반영된 군형법안이 입안되었고, 그 결과 일본육군형법의 엄벌주의적 성격이 더욱 강화되었다. 제정 군형법은 1957년 2월에 발의된 국방부안이 거의 그대로 입법화되었는데, 6·25전쟁의 치열한 전투와 동족상잔의 비극을 겪은 당시 상황으로는 군형법 위반행위에 대해 가혹한 형벌을 부과하는 것이 당연하게 느껴졌을 것이다.⁷³⁾ 그 결과 제정 군형법의 형량은 일본육군형법의 형량과 같거나 오히려 더 무겁게 입법화되었다. 군형법 제정 이전에 있었던 전시 법령으로, 1950년 6월 25일에 비상사태하에 있어서의 반민족적 또는 비인도적 범죄를 신속히 엄중처단함을 목적(제1조)으로 대통령 긴급명령 제1호 「비상사태하의 범죄처벌에 관한 특별조치령」이 발령되기도 하였다. 이 명령은 전시하의 중대범죄와 일반범죄에 대하여 사형, 무기징역, 10년 이상의 유기징역에 처하는 등 엄중한 처벌을 그 특징으로 한다. 군형법 또한 전쟁 직후의 시대적 상황이 그대로 반영된 법률이라 하겠다.

셋째, 군형법이 형법의 특별법임에도 불구하고, 제정 군형법은 이미 1953년부터 시행되고 있던 형법전과의 체계적 조정을 거치지 않고서 입법화되었다. 이는 ‘국가재건최고회의’라는 비상기구가 입법을 하면서 장기간 입법화되지 않았던 법안을 신속하게 처리하였기 때문이라고 본다.⁷⁴⁾ 그러한 이유에서 제정 군형법 상에는 상관 및 초병에 대한 상해죄 규정 등을 두지 않았는데, 이는 舊 일본육군형법에 상해죄 규정이 없었기 때문이라는 점과 당시 형법전을 고려하지 못한 가운데 법제정이 이루어졌다는 점을 보여준다.

넷째, 현재까지 14차례의 군형법 개정이 있었음에도 불구하고, 개정 내

73) 예를 들어 즉결처분이란 제도는 6·25전쟁 당시의 극도로 위급한 상황을 해결하고자 가혹한 형벌을 부과하는 전형적인 모습을 보여준다. 1950년 7월 26일 00:00부터 분대장급 이상에게 ‘명령없이 전장을 이탈하는 자에 대한 즉결처분권을 부여한다’는 국방부 훈령이 시행되어 1951년 7월 10일 00:00까지 지속되었다. 즉결처분권은 6·25전쟁 초기에 파죽지세로 밀고 내려오는 인민군에게 연전연패하는 국군이 병력확보를 위해 교육지책으로 시행한 제도라 하겠다(국방부, 『전쟁법 해설서(증보판)』, 2007, p.282).

74) 5.16 군사혁명 직후 국회가 해산되고 현역군인 30인을 위원으로 하는 국가재건최고회의(1961.5.19~1963.12.17)가 설치되어 약 3년간 1,008건의 법률을 제정 또는 개정하였다.

용은 대부분 타 법률의 제·개정에 따른 법률용어의 변경이거나⁷⁵⁾, 단순한 법정형의 조정, 형법이나 타 형사특별법에 의하여 처벌되는 범죄를 군형법에서도 규율하는 정도의 개정에 그쳤다. 군형법은 그동안 죄형법정주의 원칙⁷⁶⁾에 위반된다는 이유로 학계로부터 비판을 받아왔고, 헌법재판소에서도 수차례 심판대상이 된 바 있다. 헌법재판소의 심판대상이 된 조항으로는 명령위반죄(제47조)⁷⁷⁾, 무단이탈죄(제79조)⁷⁸⁾, 군용품 등의 범죄에 대한 형의 가중(제75조)⁷⁹⁾, 추행죄(제92조의5)⁸⁰⁾, 상관살해죄(제53조)⁸¹⁾ 등이 있고, 그 밖에도 군용품분실죄(제74조), 정치관여죄(제94조) 등이 논란이 되고 있다. 죄형법정주의 원칙 가운데 군형법이 주로 문제되었던 원칙은 명확성원칙, 법률주의, 책임과 형벌의 비례원칙 등이다. 헌법재판소는 심판대상이 된 법률조항 각각에 대하여 상관살해죄만 제외하고 모두 헌법에 위반되지 않는다고 판시하였지만, 학계에서는 헌법재판소의 결정을 비롯한 군형법 전반에 걸쳐 비판의 목소리가 높다.⁸²⁾

75) 예를 들어, 제7차 개정에서는 군수조달에관한특별조치법 개정에 따라 군형법 제13조 제3항 제2호 중 “군수조달에관한특별조치법”을 “방위산업에관한특별조치법”으로, “군수업체”를 “방위산업체”로 개정하였다. 제12차 개정에서는 군인사법 개정에 따라 군형법 제1조 제2항 본문중 “하사관”을 “부사관”으로 하고, 동조 제3항 제2호 중 “하사관후보생”을 “부사관후보생”으로 개정하였다.

76) 법률없으면 범죄없고, 형벌도 없다(*nulla crimen, nulla poena sine lege*)는 근대 형법의 기본원칙이다. 이는 어떤 행위가 범죄로 되고 그 범죄에 대하여 어떤 처벌을 할 것인가는 미리 성문의 법률에 규정되어 있어야 한다는 원칙을 의미한다. 죄형법정주의의 파생원칙으로는 법률주의 또는 관습형법금지의 원칙, 소급효금지의 원칙, 명확성의 원칙, 유추해석금지의 원칙, 적정성의 원칙 또는 책임과 형벌의 비례원칙 등이 포함된다.

77) 현재 2011.3.31. 2009헌가12; 현재 1995.5.25. 91헌바20.

78) 현재 1999.2.25. 97헌바3.

79) 현재 1995.10.26. 92헌바45.

80) 현재 2002.6.27. 2001헌바70; 현재 2011.3.31. 2008헌가21.

81) 현재 2007.11.29. 2006헌가13.

82) 이호중, 「군형법 제92조의5 추행죄의 위헌성과 폐지론」, 『형사법연구 제23권 제1호』, 2011; 박찬걸, 「군형법상 군무이탈죄와 관련된 문제점과 개선방안」, 『형사정책 제22권 제1호』, 2010; 송문호, 「군형법과 '제복을 입은 시민」, 『형사법연구 제21권 제4호』, 2009; 노기호, 「군형법 제92조 “추행죄”의 위헌성 고찰」, 『헌법학연구 제15권 제2호』, 2009; 오병두, 「군형법의 문제점과 개정방향」, 『형사정책 제20권 제1호』, 2008.

5. 결 론

군형법은 1962년에 제정되어 14차례의 개정과정을 거쳐 오늘에 이르고 있다. 군형법 제정 이전에는 대한제국 당시에 제정된 육군법률(陸軍法律), 광복 후에 제정된 조선경비법(朝鮮警備法)과 국방경비법(國防警備法)이 적용되었다. 육군법률(陸軍法律)은 사형 등 매우 무거운 형량과 “~함이라” 형식의 고어체 문장으로 규정되어 있고, 법례에 의하면 “대전회통(大全會通)과 신반법률(新頒法律)과 부례대명률(附例大明律)에 기초하고 당시 외국육군법률을 참고하여 만든 법률”이므로, 오늘날의 군형법과는 형식과 내용면에서 많은 차이를 보이고 있다. 그러나 제4편 율례(律例)를 보면 비록 용어는 다르지만 군형법의 반란의 죄, 이적의 죄, 지휘권 남용의 죄, 지휘관의 항복과 도피의 죄, 수소 이탈의 죄, 군무이탈의 죄, 군무 태만의 죄, 항명의 죄, 대상관 범죄 등과 내용상으로는 매우 유사한 점을 볼 수 있다. 이를 통해 당시 시대상황에 비추어볼 때 육군법률은 주로 일본의 군법을 많이 참고하여 제정한 것으로 추정할 수 있다.

반면 광복 후에 제정된 조선경비법(朝鮮警備法)과 국방경비법(國防警備法)은 「미 전시군법전(the Articles Of War of 1920)」을 그대로 계수한 탓에 형태와 내용 면에서 우리나라 실정에 맞지 않는 부분이 많았다. 그 결과 6·25전쟁이 끝난 후부터 군형사법 체계 전반을 개정해야 한다는 의견이 표출되기 시작하였다. 1957년부터 정부안으로 개정안이 계속 제출되었으나 회기불계속에 의한 자동폐기 등 우여곡절을 겪으며 1962년에야 법령정비 차원에서 국가재건최고회의를 통과하였다. 그런데 군형법 제정안은 그 형태나 내용면에서 조선경비법(朝鮮警備法)이나 국방경비법(國防警備法)보다는, 舊 일본육군형법(명치 41년 4월 10일 법률 제46호로 제정, 소화 22년 3월 17일 정령 제52호로 폐지)을 기초로 제정된 것을 볼 수 있다. 舊 일본육군형법은 일제가 청일전쟁, 러일전쟁, 중일전쟁, 태평양전쟁을 수행하면서 황군(皇軍)이란 이름 아래 천황과 상관에 대한 맹종과 무자비한 군

기강 확립의 수단으로 활용된 법률로써, 매우 무거운 법정형을 그 특징으로 하고 있다. 군형법은 이러한 舊 일본육군형법의 영향을 직접 받은데다 6·25전쟁을 거치면서 더 엄중해졌으며, 형법과의 체계적 조정을 거치지 않은 가운데 제정되었고, 오늘날까지 제정 당시의 형태를 거의 그대로 유지하고 있다. 그 결과 우리 군형법은 수차례에 걸쳐 헌법재판소의 심판대상이 되었고, 학계로부터 비판을 많이 받고 있는 실정이다. 군형법에는 현대의 기본권적 관점으로는 납득할 수 없는 법조항이 많이 남아 있어, 헌법재판소의 심판대상이 되고 있음은 물론 학계의 비판이 앞으로도 계속되리라 예상된다. 개인의 권리의식과 자유주의적 사고방식이 몸에 밴 장병들로서는 군형법 조항들이 수긍되기 어렵고, 현실과 유리된 법률이 권위를 유지하기도 어려울 것이다. 따라서 국민개병제로 인해 모든 남성에게 병역의 의무가 부과되고, 군형법의 일부 조항의 경우 민간인에게도 적용되고 있는 만큼 차제에 현 시대상황과 국민정서에 부합하는 군형법 개정작업이 추진되어야 할 것으로 본다.

한편, 군형법이 아직까지도 제정 당시의 틀을 그대로 유지하고 있는 것은, 군 내부의 관심이 부족할 뿐더러 군법 분야가 형사법 연구분야 중에서도 상대적으로 관심이 적은 분야이기도 하고, 관련 자료에 대해 접근하는 것 자체가 수월하지 않기 때문이라고 본다. 앞으로 군형사법 뿐만 아니라 국방 법령 전반에 걸쳐 군 내외의 관심과 연구가 활성화되기를 기대한다.

(원고투고일 : 2011. 12. 18, 심사수정일 : 2012. 2. 10, 게재확정일 : 2012. 2. 21)

주제어 : 군형법, 육군법률, 조선경비법, 국방경비법, 일본육군형법, 중형주의, 인권

<ABSTRACT>

The Historical Background and Related Problems of Enactment of Military Criminal Law

Park, An-seo

Features of The Korean Military Criminal Law are connected with the Korean modern history. The Korean Military Criminal Law was enacted by National Reconstruction Commission (not the National Assembly) in 1962. The forms, legal terms, crimes and penalties of the Korean Military Criminal Law are similar to the old Japanese Military Criminal Law. So we can see that The Korean Military Criminal Law has mainly roots in the Japanese Military Criminal Law of 1942. The Japanese Military Criminal Law of 1942 had the features of severe punishments, commander's absolute liability, subordinates's absolute obedience to senior. Because Imperial Japanese Army unreasonably waged aggressive wars against many countries and Imperial Japanese Army's soldiers are absolutely forced to obey to the emperor, so the Law is aiming to establishing the strict discipline. Thus there are many capital punishments, life imprisonments, 10 years imprisonments in the Japanese Military Criminal Law of 1942. And in 1950~1953, the Republic of Korea suffered from the Korean War. The war influenced the revision of Korean Military Criminal Law. As a result, the Korean Military Criminal Law is more severe than the Japanese Military Criminal Law of 1942. The Korean Military Criminal Law is revised 14 times after enactment. But the law wasn't changed much, so the law has same features and problems of Japanese Military Criminal Law of 1942. The Korean Military Criminal Law has been brought before the Constitutional Court several times. Besides, Many scholars criticize severe

punishments, conflicts with human rights and indefiniteness of the law. They stress that the law violates the principle of *nulla poena sine lege*. Therefore we need to consider the law's fundamental revision now.

Key Words : Korean Military Criminal Law, Japanese Military Criminal Law, Human Rights, Strict Discipline, Severe Punishments, Articles of War