creative commons
COMMONS DEED

저작자표시-동일조건변경허락 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.
- 이차적 저작물을 작성할 수 있습니다.
- 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

동일조건변경허락. 귀하가 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공했을 경우에는, 이 저작물과 동일한 이용허락조건하에서만 배포할 수 있습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학석사 학위논문

군사재판에서의 배심제 도입에 관한 연구

- 대상 사건 및 배심원의 자격과 구성을 중심으로 -

2022년 2월

서울대학교 대학원

법학과 형사법 전공

김 영 재

군사재판에서의 배심제 도입에 관한 연구

- 대상 사건 및 배심원의 자격과 구성을 중심으로 -

지도교수 이 상 원

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2021년 **11**월

서울대학교 대학원

법학과 형사법 전공

김 영 재

김영재의 석사학위 논문을 인준함

2022년 **1**월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국 문 초 록

군 사법제도에 대한 민주적 정당성 확보와 신뢰 형성에 대한 사회적 요구는 오래전부터 제기되어왔다. 그러나 여전히 군 사법제도는 그런 국민의 요구를 충족하지 못하며, 군의 제도 개선의 노력 역시 단순히 그런 비판을 무마하기 위한 형태로 나타나는 경우가 많았다.

군사재판에서의 배심제 도입에 관한 문제 또한 이런 비판에서 자유롭지 않다. 재판의 독립성·공정성 확보와 더불어 국민의 신뢰를 형성하기 위해 배심제가 도입되는 것임에도 불구하고 제도의 세부적인 내용은 이런 취지를 적절히 뒷받침하지 못하고 있기 때문이다.

군에서의 배심제 도입은 단순히 민간의 제도를 준용하는 형태로 도입되어서는 안 된다. 또한 군의 특성과 같은 모호한 개념으로 그 제도의 적절한 기능을 저해해서도 안 된다. 결국 제도에 대한 깊이 있는 고민과 검토를 통해 군사재판에서의 실질적인 배심제 도입이 이루어질 수 있는 여건을 조성해야 한다.

따라서 이 글에서는 유사한 제도를 운용하고 있는 국가들에 대한 비교법적 검토, 제도 도입과 관련된 문헌 분석 등을 통해 그에 관한 문제점을 검토하는 한편 나름의 개선 방안을 제안하고자 한다.

군사재판에서의 배심재판 대상이 될 수 있는 사건의 범위를 단순히 민간의 제도와 유사하게 규정하거나 하위 규범을 통해 모호하게 지정해서는 안 된다. 군에서 발생하는 범죄 형태, 발생 빈도 및 군형법에 따라서 처벌되는 별도의 범죄 유형 등이 있음을 고려하여 법률로써 그 구체적인 기준을 정할 필요가 있다. 그리고 장기 3년 이상의 범죄 및 순정군사범죄를 포함하여 배심재판의 대상 사건으로 지정하는 것이 현 시점에서 적절한 대상 사건의 범위가 될 것으로 보인다.

또한 군사재판에서의 배심원 자격과 구성에 있어서 그 대상이 군인 또는 상위 계급에 국한될 필요는 없다. 군인만이 배심원으로 한정되어야 하는 특별한 이유는 없으며, 도리어 그런 제한이 군의 특성과 결부되어 불공정한 판결을 초래할 수 있는 원인이 될 수 있기 때문이다. 상위 계급을 중심으로 지정되는 배심원 구성 역시 배심원 집단의 대표성 확보 및 공정한 판결을 위해 군의 모든 계층을 포함하는 형태로 변경 될 필요가 있다. 그리고 궁극적으로는 일반 국민이 군사재판의 배심원으로 참여하도록 함으로써 군 사법제도에 대한 감시와 통제의 수단을 마련하는 것이 군 사법의 민주적 정당성 확보와 신뢰 형성의 구체적인 방안이 될 것이다.

주요어 : 군사재판, 배심제, 장병참여재판, 사법개혁, 신뢰, 정당성, 국민참여재판, 군사법원

학 번 : 2020-27893

목 차

제 1 장 서 론 ····· 1
제 1 절 문제의 제기 ····· 1
제 2 절 연구의 범위와 구성 ····· 4

제 2 장 군사재판에서의 배심제 도입 논의를 위한 전제 ····· 6
제 1 절 군사재판에서의 배심제 도입의 필요성 ····· 6
Ⅰ. 사법의 민주적 정당성과 신뢰 형성 ····· 6
Ⅱ. 군 사법제도의 민주화를 위한 수단 ····· 10
제 2 절 군사재판에서의 배심제 도입에 관한 논의 ····· 13
Ⅰ. 논의의 경과 ····· 13
Ⅱ. 논의의 내용 ····· 16
제 3 절 군사재판에서의 배심제 도입에 관한 논의의 한계 ····· 18
Ⅰ. 배심제 자체에 대한 경험의 부족 ····· 18
Ⅱ. 군사재판에서의 배심제 도입의 중요성 간과 ····· 20

제 3 장 영국·미국의 비교법적 고찰 및 그 시사점 ····· 22
제 1 절 국가별 제도에 대한 고찰 ····· 22
Ⅰ. 제도 고찰의 필요성 ····· 22
Ⅱ. 군사재판에서의 배심재판 대상이 되는 범죄 ····· 24
Ⅲ. 군사재판에서의 배심원 자격과 구성 ····· 27
제 2 절 비교를 통한 시사점 ····· 31
Ⅰ. 군사재판에서의 배심재판 대상 범죄 범위의 구체성 ····· 31
Ⅱ. 배심원의 자격과 구성에 있어 영향을 주는 요소들 ····· 32

제 4 장 군사재판에서의 배심재판 대상 사건의 범위 ····· 39
제 1 절 대상 사건 범위를 설정한 규정의 입법 방식상 모호성 ··· 39
Ⅰ. 국민참여재판법의 규정을 준용하는 방식으로 인한 모호성 ····· 39
Ⅱ. 대상 사건의 지정에 있어 대법원규칙 위임에 따른 모호성 ····· 41
제 2 절 대상 사건 범위를 설정하는 판단기준의 필요성 ····· 47
Ⅰ. 범죄의 법정형에 따른 범위 설정 기준 ····· 47
Ⅱ. 범죄의 유형에 따른 범위 설정 기준 ····· 50
제 3 절 합리적인 대상 사건 범위의 설정 ····· 53
제 5 장 군사재판에서의 배심원의 자격과 구성 ····· 55
제 1 절 배심원의 자격에 관한 문제 ····· 55
Ⅰ. 장병참여재판법안 제6조 내용 분석 및 문제점 ····· 55
Ⅱ. 신분을 기준으로 한 배심원 자격 제한의 타당성 ····· 58
Ⅲ. 연령을 기준으로 한 배심원 자격 제한의 타당성 ····· 68
제 2 절 배심원의 구성에 관한 문제 ····· 71
Ⅰ. 장병참여재판법안 제9조의 내용 분석 및 문제점 ····· 71
Ⅱ. 계급의 역할과 배심원 계급의 차등 필요성 ····· 73
Ⅲ. 병사 계급의 배심원 참여 제한의 타당성 ····· 77
제 3 절 군사재판에서의 배심원 자격과 구성에 대한 합리적인 설정 ·· 83
Ⅰ. 배심원으로서 일반 국민의 참여 보장 ····· 83
Ⅱ. 배심원 구성에 있어 일반 국민과 군인의 혼합 편성 ····· 84

제 6 장 결 론 ····· 94
제 1 절 논의의 정리 ····· 94
제 2 절 논의의 한계 ····· 95
참 고 문 헌 ····· 97
Abstract ····· 107

제 1 장 서 론

제 1 절 문제의 제기

군대는 국가 방위라는 임무를 기초로 별도의 자족적인 문화와 조직을 형성한다는 특징이 있고, 특별한 사회의 한 형태로 인식되기도 한다.[1] 때문에 군 내부의 자원 및 조직의 관리를 위한 자체적인 수단의 필요성에서 말미암아 군 사법제도의 독자적인 성립과 발전이 자연스럽게 이루어졌다. 역사적으로도 군대의 독자적인 사법제도의 구축은 그리 특별한 것이 아니었으며[2], 우리나라의 군 사법제도 역시 헌법에 근거 규정을 두기 이전부터 존재[3]해왔다.

그러나 군부의 지배와 억압이라는 역사적인 경험 속에서 우리의 군 사법제도는 헌법의 범위를 넘어서는 치안법의 형태로 확장[4]되어왔고, 마치 군이 '민주주의적 헌정 체제를 수호할 뿐이지 통제는 받지 않는다'라는 무소불위의 권력으로 귀결된 측면이 있다.[5] 때문에 일반 사회에서 벗어나 군의 특성을 근거로 별도의 사법제도를 구축했던, 소위 '국가 안의 국가'[6]와 같은 특유의 제도 형태는 많은 비판과 논란의 실마리가 되어왔다.

물론 군이 이런 비판을 수용하며 과거부터 군 사법제도에 대한 개선을 지속해서 추진해왔고, 올해에도 군사법원법의 내용을 대폭 개정하는 노력을 보여주고는 있다. 현재에도 군 사법제도에 대한 개선은 계속 진행되고

---

1) 민진, "군대조직문화 특성의 도출과 분석", 한국조직학회보 제8권 제3호, 2011, 113면.
2) 이계수, "군 사법제도, 어떻게 개혁할 것인가", 민주법학 제26권, 2004, 310면에 따르면 군 지휘권에 사법의 영역까지 포함된 것은 근대 국민국가 형성기의 상비군제 때부터 시작되었다. 또한 사법제도의 성격 자체가 군주의 통제 아래 이뤄졌다는 당시 상황을 고려했을 때 군 지휘관에 대한 사법권의 부여가 자연스럽게 이뤄졌을 것이라고 언급하고 있다.
3) 김환학, "군사법원의 독립성에 관한 헌법적 고찰", 헌법이론과 실무 2016-A-5, 2016, 1면.
4) 문준영, "미군정 법령 체제와 국방경비법", 민주법학 제34권, 2007, 130면.
5) 최강욱, "지휘관 사법'의 폐해와 그 폐지론 - 관할관, 심판관 제도를 중심으로-", 홍익법학 제9권 제3호, 2008, 194면.
6) 김환학, 전게논문, 2면.

있으며, ‘군사재판에서의 배심제’ 또한 군사재판의 독립성·공정성 확보와 더불어 군 사법제도에 대한 국민의 신뢰 형성을 목적으로 추진되고 있는 노력의 일환이다.

그러나 군 사법제도에 대한 개선의 노력에도 불구하고 이에 대한 국민의 인식은 여전히 부정적이다. 그리고 이런 비판적인 인식의 근저에는 그런 제도의 개선과 운용이 ‘정말 제대로 이루어지고 있는가’에 대한 의문이 강하게 자리 잡고 있다.

군사재판에서의 배심제 도입에 관한 문제 또한 이런 비판에서 벗어나지 못한다. 제도 도입의 필요성 자체는 부정하지 않지만, ‘제도의 실질적인 내용이 그 도입의 취지를 제대로 뒷받침하지 못한다’라는 우려가 제기되고 있기 때문이다. 그리고 이런 비판이 반복되는 가장 큰 이유는 민간과 군의 서로 다른 태도와 이해관계의 대립에서 기인하는 측면이 있다.

우선 민간에서는 제도 도입에 있어 군의 특성이 중시되어야 할 부분에 대해서는 크게 고려하지 않거나, 군의 제도가 부적절하다는 이유만으로 민간의 제도를 군에 일방적으로 주입하려는 경향을 보인다.[7] 특히 제도적 효율성 혹은 제도 도입에 따른 혼란 최소화를 이유로 군사재판에서의 배심재판 대상 사건 범위를 지정하는 데 있어 민간에서의 제도 내용을 그대로 준용하려는 경향이 대표적인 사례라 할 수 있다.

이와 반대로 군에서는 소위 ‘군의 특성’을 수단으로 삼아 제도의 내용에 차이를 만들고 특별한 이유 없이 이를 합리화하려 한다.[8] 군사재판에서 배심원의 자격을 군인으로 한정하고, 배심원 구성에 있어 계급의 차등을 부여하는 것을 ‘군의 특성’에서 기인하는 적절한 차이라고 주장하고 있기 때문이다. 그리고 이런 합리화의 이면에는 ‘군 조직의 운영에 유리한 또는 군이 더 많은 권력을 행사할 수 있는’ 형태로 제도를 수립하고자 하는 의도가 내재해있다.

---

7) “민간인 없으면 제대로 된 將星 못 만드나”, 동아일보, A27면(2005. 4. 30.자).
8) “병영문화 개선 민관군 합동위원 3명 사의”, 동아일보, A12면(2021. 8. 19.자)

그러나 제도의 도입에 있어 군이 가지는 특성을 인정하면서도 국가와 국민이 요구하는 민주적인 가치들을 적절히 조화시키는 것은 매우 중요한 과제가 된다.[9] 그리하여 군 사법제도의 개선에 있어 '어떻게 하는 것이 적절한 제도 개선의 방향인가' 하는 문제가 핵심적인 내용으로 떠오르게 되는 것이다.

때문에 이런 관점에서 군사재판에서의 배심제 도입에 있어 적절한 제도 개선의 방향을 고민하는 것은 당연히 요구된다. 단순히 민간과 군 서로의 입장을 내세워 대립하거나, 과거에 논의되었던 제도의 형태를 그대로 답습하는 것은 적절하지 못하다. 일례로 2008년부터 우리 사법제도 하에서 국민의 사법 참여가 실제로 이루어지고 있고, 그 제도의 실효성에 관한 많은 연구와 논의가 진행되고 있다는 점만 보더라도 군사재판에서의 배심제 도입에 관한 추가적인 고민과 검토의 필요성이 제기될 수 있기 때문이다.

군사재판에서의 배심제 도입에 관한 고민의 분야는 매우 광범위하고 논의의 주제 또한 다양하다. 그러나 이 글에서는 제도 도입과 관련하여 민간과 군의 입장이 상반되는 대표적인 지점, 즉 군사재판에서의 배심제 도입에 있어 그 '대상 사건의 범위 지정' 및 '배심원의 자격과 구성'에 관한 문제에 한정하여 논의를 진행하고자 한다.

9) 조승옥&이택호&박연수&조은영&정은진, 군대윤리, 지문당, 2013, 160면.

제 2 절 연구의 범위와 구성

이 글이 검토하려는 내용은 군사재판에서의 배심제 도입에 있어 그 '대상 사건의 범위 지정', 그리고 '배심원의 자격과 구성'에 관한 문제에 한정된다. 여기에서 말하는 군사재판이란 '군인·준군인[10] 및 특정 범죄를 저지른 일반 국민[11]에 대해 군사법원이 그 재판권을 가지는 형사사건[12]에 대한 재판'이라는 개념으로 정의하고자 한다.

우선 '배심재판 대상 사건의 범위 지정'에 관하여, 장병 등의 형사재판 참여에 관한 법률안(이하 장병참여재판법안)은 군에서 발생하는 범죄의 형태, 특성 등에 대한 별도의 고려 없이 민간의 제도와 유사하게 그 범위를 규정하고 있다. 물론 대법원규칙과 같은 하위법령을 통해 그 범위 확장의 여지를 남겨 놓았지만, 그것이 '적절한 제도의 형태인가'에 대해서는 여전히 의문이 있다.

배심원의 자격이 '군인으로 한정되어 있다는 점', 그리고 '배심원의 구성에 있어 계급에 따른 차등이 부여된다는 점'은 장병참여재판법안의 또 다른 특징으로 언급된다. 이런 차이를 긍정하는 견해에서는 해당 내용이 군의 특성에 부합하는 것임을 주장하고 있지만, 그 '특성의 의미가 무엇인지' 또는 그 '특성이 배심원 구성과 어떤 관계를 맺고 있는지'에 대해서는 명확하게 설명하지 않는다.

결국 이 글의 목적은 앞서 언급한 문제의 적절성을 검토하고 군사재판에서의 배심제가 실질적으로 운용될 수 있는 적절한 제도의 형태를 제안하는 데 있다. 그리고 그 제안의 타당성 제고를 위해 유사한 제도를 운용

---

10) 군형법 제1조 제2항에 따라 군인은 현역에 복무하는 장교, 준사관, 부사관 및 병사를 말하고, 준군인은 같은 법 제1조 제3항에 따라 군무원, 군적을 가진 군의 학교의 학생 등, 소집되어 복무하고 있는 예비역·보충역 및 전시근로역인 군인을 말한다.

11) 군형법 제1조 제4항에 규정된 간첩, 유해 음식물 공급, 초병 폭행 등의 죄를 범하였을 때로 한정된다.

12) 여기서 말하는 형사사건이란, 광의의 형법, 즉 형법전뿐만 아니라 기타 특별법 등에 의하여 처벌되는 범죄 전체를 포함한다. 광의의 형법에 대해서는 이상철&김현주&이명재&김회동&차경상&안준형, 군사법원론(제2판), 박영사, 2014, 6면 참조.

하고 있는 국가들에 대한 비교법적 검토뿐만 아니라 제도 도입에 관한 기존의 논의(회의록 및 백서) 및 군(軍) 배심제에 대한 여러 문헌 조사를 병행하였다. 이하 이 글의 구성은 다음과 같다.

제2장에서는 군사재판에서의 배심제 도입의 필요성을 제시하는 한편, 장병참여재판법안과 관련된 이전 논의의 내용을 살펴보았다. 군사재판에서의 배심제는 2008년 국민참여재판법 도입 당시 함께 추진되었던 제도이므로 기존에 논의되었던 내용을 검토함으로써 적절한 제도 형태에 대한 고민과 더불어 개선·보완해야 할 사항을 확인할 수 있었다.

제3장에서는 군사재판에서의 배심제를 실제 운용하고 있는 영국과 미국에 대한 비교법적 검토를 진행하였다. 장병참여재판법안 성안 당시 영국과 미국의 제도가 상당 부분 참조되었는데, 비교법적 검토를 통해 이런 제도적 내용의 특징이 그 국가의 역사적 배경, 안보 환경과 같은 고유의 요소에서 기인하는 것임을 확인할 수 있었다.

제4장에서는 앞서 논의되었던 내용과 더불어 '배심재판의 대상 사건의 범위 지정'과 관련된 문제에 대해 집중적으로 검토하였다. 장병참여재판법안에서 언급하고 있는 내용의 적절성을 검토하는 한편, 국민참여재판이 시행되고 있는 우리의 사법 환경, 군의 범죄 발생 현황 및 특징 등을 고려하여 그 대상 사건의 구체적 범위를 재지정하는 것이 타당함을 주장하였다.

제5장에서는 '배심원의 자격과 구성'에 관한 문제를 중점적으로 검토하였다. 관련 조문 내용의 적절성 판단과 더불어 우리 군이 가지고 있는 특성, 안보 환경과 같은 고유의 배경들을 언급하고, 그에 따른 배심원 자격과 구성의 형태에 관하여 나름의 기준을 제시하였다. 구체적으로는 군사재판에서의 배심원 구성에 있어 일반 국민의 참여, 배심원 혼합 편성 및 군인 배심원 구성에 있어 계급 차등의 폐지가 필요함을 주장하였다.

결론인 제6장에서는 앞선 논의를 정리하고 이 글의 한계 및 후속 연구의 필요성을 언급하였다.

제 2 장 군사재판에서의 배심제 도입 논의를 위한 전제

제 1 절 군사재판에서의 배심제 도입의 필요성

Ⅰ. 사법의 민주적 정당성과 신뢰 형성

우리 헌법 제1조 제2항은 대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 비롯됨을 천명하고 있다. 때문에 국가기관이 국민으로부터 권력을 위임받아 이를 정당하게 행사하고 있다는 믿음, 즉 민주적 정당성을 인정받기 위해서는 국민으로부터의 권력 위임이 선거, 투표 혹은 법률이 정한 형식과 절차에 따라 이루어져야 할 뿐만 아니라, 국가기관의 권력 행사에 있어 국민의 의사가 반영될 수 있는 수단이 마련되어야만 한다.[13]

군이라는 조직 역시 '무력'을 행사하는 국가기관으로서 그 정당성을 인정받기 위해서는 법률이 정한 형식과 절차에 따라 적절하게 운용되어야 할 뿐만 아니라, 국민에 의해 통제될 수 있어야 한다.[14]

더욱이 국민으로부터의 정당성 확보는 '국가 방위'라는 군 본연의 임무 수행과도 연관된다는 점에서 더욱 강조되어야 한다. 흔히 국민과 군의 밀접한 관계는 '총력전(total war)'[15]이라는 용어로 구현되는데, 이는 현대 전쟁의 성공적인 수행에 있어 군의 임무 수행 역량뿐만 아니라 그 역량의 수행기반에 대한 국민 전체의 지지가 필요하다는 것을 의미한다.[16]

군의 역량을 구성하는 주요한 부분으로서 군 사법제도 역시 그 형벌권 행사에 관한 정당성의 확보가 필요하다. 그리고 현대 민주국가에서 사법

---

13) 허완중, "민주적 정당성", 저스티스 통권 제128호, 2012, 134-135면.
14) 류시조, "한국 헌법상의 정치적 중립성에 관한 연구", 공법학연구 16(1), 2015, 51-52면.
15) 박계호, 총력전의 이론과 실제, 북코리아, 2012, 53-64면에 따르면 총력전은 국가 각 분야의 총체적인 힘을 기울여 수행하는 전쟁을 의미하는 것으로, 총력전의 개념을 창시한 루덴도르프는 전쟁 수행에 있어 국민의 정신적 단결이 군대의 강약을 좌우하는 중요한 요소임을 지속해서 강조하고 있다.
16) 박휘락, "대국민 신뢰 회복을 위한 한국군의 과제", 전략연구 22(2), 2015, 141-143면.

제도에 대한 정당성의 확보는 단순히 실체적 진실의 발견이라는 일반적인 재판의 이상을 만족하는 것으로 달성되지 않는다. 형벌권의 실현에 있어 국민의 의사를 반영하는 것 또한 그 정당성 확보를 위해 요구되고 있기 때문이다.[17] 결론적으로 군 사법제도의 작동에 있어서 국민의 의사를 반영할 수 있도록 노력하는 것은 사법 기능에 관한 정당성 확보의 전제조건이 된다.

또한 국가기능의 실현에 있어 국민의 의사가 반영된다는 것은 정당성의 확보 뿐만 아니라 그 기능에 대한 신뢰 형성의 요건으로 작용하기도 한다. 사전적으로 '굳게 믿고 의지한다'라는 의미로 이해되는 '신뢰'의 개념은 사회과학의 여러 분야에서 사용되고 있고, 일반적으로는 '다른 사람의 (자유롭고 불확실한) 행동에 대해 앞으로 그렇게 행동할 것이라고 예상하고 기대하는 것'[18] 또는 '그런 기대에 근거하여 취약성을 감수하려는 심리적 상태'[19]로 정의된다. 그리고 이런 신뢰는 개인 간의 관계뿐만 아니라 정부 기능 및 제도적 차원에서 형성되기도 하는데, 이를 '정부 신뢰'라 부른다.[20]

사법부를 포함한 일반적인 '정부 기능에 대한 신뢰 형성'에 영향을 주는 요소들은 다양하게 제시되고 있지만, 많은 연구를 통해 공통적으로 제시되는 요소들을 특정할 수 있다.[21] 그리고 해당 요소들은 '① 특정 영역에서 영향력을 미칠 수 있는 기술이나 역량의 보유 여부', '② 신뢰자가 인정할 수 있는 원칙에 대한 준수 여부', '③ 자기중심적인 태도에서 벗어나 신뢰자에 대하여 호의적으로 행동할 것인지에 대한 여부'[22] 등으로 구체화 된다.

---

17) 김형국&정선희&조수진, 국민참여재판론, 법문사, 2016, 8면.

18) Sztompka. Piotr, *Trust : a Sociological Theory*, Cambridge University Press, 1999, pp. 25-27.

19) Denise M. Rousseau&Sim B. Sitkin&Ronald S. Burt&Colin Camerer, "Not so Different after All: A Cross-Discipline View of Trust", *The Academy of Management Review* vol. 23 no. 3, 1998, p. 395.

20) 김재훈, 정부 신뢰 개념에 관한 비교 연구 : 빅 데이터를 이용한 접근 = Comparative Study on the Concept of Trust in Government : Based on Big Data Analysis, 한국개발연구원, 2017, 106-107면.

21) 임성만&김명언, "조직에서의 신뢰 : 개관", 한국심리학회지 : 산업 및 조직 제13권 제2호, 2000, 6-7면.

22) 상게논문, 7면에 따르면 능력은 역량, 전문성 등으로 표현되고, 원칙에 대한 준수는 도덕성, 일관성, 공정성으로, 호의는 이타성, 충성심 등으로 표현된다.

특히 ②번 항목에서 언급하고 있는 '원칙에 대한 준수 여부'는 정부의 정책 결정 과정에 대한 '민주적 수단을 통한 국민 참여'[23] 또는 '신뢰자가 확실성을 가지고 행동할 수 있도록 정보를 숨김없이 제공하는 개방성의 실현'[24]을 통해 효과적으로 달성될 수 있다.

군은 일반적인 정부 기능의 형태와 다른 조직과 제도를 유지하고 있지만 그렇다고 해서 이런 신뢰 형성의 요소들이 일반적인 정부 기능에서와 달리 적용되는 것은 아니다. 군이 국가 방위라는 배타적인 임무를 수행하고 있는 집단이기는 하지만, 군 역시도 대통령을 통수권자로 하는 행정부 예하 조직으로서 그 기능을 수행[25]하고 있기 때문이다.

일부 견해는 군의 신뢰 형성에 있어 투명성(transparency), 책임성(accountability), 유대감(connectedness) 등의 요소가 필요함을 주장[26]하기도 한다. 그러나 이런 연구에서 언급되는 내용 역시 일반적으로 제시되는 정부 신뢰의 요소와 크게 차이가 있는 것은 아니다.

우선 투명성은 '민간 지도자 또는 일반 국민에 대한 개방적인 태도'를 말하는 것[27]으로 정부 신뢰의 요소로 언급된 '② 원칙에 대한 준수 여부'로 포함될 수 있다. 책임성 역시 투명성에서 기인하는 것으로 군 조직의 운영에 관한 '자기 단속(self-policing)'과 더불어 '군에서 발생한 부정적인 정보들을 일반 대중들에게 제공하는 것'[28]을 의미한다는 점에서 투명성의 요소와 공통적인 범주에 포함된다. 마지막으로 유대감 역시 '군이 일반 국민과 친밀한 관계를 유지해야 한다'라는 의미[29]로 해석되는바, 앞서 제시된 '③ 신뢰자에 대한 호의적 태도' 요소와 연관된다고 할 수 있다.

---

23) 김재훈, 전게서, 119면에 따르면 신뢰자의 소득, 성별과 같은 사회경제적 배경과 더불어 신뢰자가 갖는 내면적인 성향 등도 신뢰에 영향을 미치는 요소로 언급되고 있다.
24) 박통희, "신뢰의 개념에 대한 비판적 검토와 재구성", 한국행정학보 제33권 제2호, 1999, 5면
25) 오동석, "1950년대 군법회의와 군 사법권 독립 논의", 공법학연구 8(4), 2007, 294면.
26) Guy T. Spencer, "Public Trust in the Military", *U.S Army College Strategy Research Project*, 2017, pp. 18-19.
27) *Ibid.*, p. 18.
28) *Ibid.*, pp. 18-19.
29) *Ibid.*, p. 19.

결국 군에 대한 신뢰 형성은 '적법한 규정의 준수, 기능 수행에 관한 독립성 유지와 그 운용에 관한 정보의 접근 보장'을 전제로 한다. 군의 임무 수행 과정에서 '적법한 절차와 규정을 준수하고, 특정 정치 세력 또는 이익집단의 이해관계에 치우치지 않으며 군 본연의 임무를 적절히 수행하고 있음이 국민에게 직접 확인'[30]되어야만 군에 대한 신뢰가 형성될 수 있다는 것이다.

군 사법부 역시 그 신뢰 형성에 있어서 위의 요소들을 만족해야 한다. 더욱이 과거부터 군에 대한 국민 불신의 대부분은 군 사법 기능의 적절하지 못한 운용에서 기인하였다는 점을 고려하면 이런 요소들이 더욱 강조되어야 할 필요가 있다.[31]

이런 관점에서 배심제는 사법 기능의 수행에 관련된 정보에 있어 국민의 접근을 보장할 수 있는 강력한 수단[32]으로 작용한다. 배심제를 통해 재판 절차에 직접 참여하는 국민은 그들의 의사를 재판 과정에 반영할 수 있고, 그 절차가 준수되지 않거나 불합리한 경우에는 문제 제기를 통해 개선을 요구할 수 있기 때문이다. 더욱이 군 사법제도 내부의 재판 과정에 있어 국민의 의사와 판단이 반영될 수 있다는 것은 재판의 독립성·공정성을 국민이 직접 확인함으로써 그에 대한 감시와 통제의 수단을 마련할 수 있다는 의미가 되기도 한다. 근본적으로는 배심제가 군 사법제도에 대한 신뢰 형성의 요소로 작용할 수 있다는 것이다.

---

30) 홍진영, "미국 배심제도에서의 배심원 평의 비공개 원칙과 그 한계-국민참여재판 배심원 평결의 기속력과 관련하여-", 저스티스(174), 2019, 336면에 따르면 국가기능 일부를 수행하는 공적 주체에 대해서는 적정한 수준의 비판과 견제, 그리고 감시가 이루어질 수 있는 여건이 보장되어야만 그 주체가 공정하고 성실하게 임무를 수행할 것임이 합리적으로 기대될 수 있다.

31) "法 위의 軍… 지휘관 맘대로 감형", 동아일보(토요판), 1면(2014. 10. 4.자) ; "1시간 비명 지르다 숨졌는데… 軍 법원 면죄부", 동아일보, A12면(2016. 1. 6.자) ; "검찰 조사 미적거리고 변호인 조력 말뿐인 軍 사법체제", 동아일보, A35면(2021. 6. 8.자).

32) 이상원, "사법신뢰 형성구조와 재판의 공개", 서울대학교 法學 제53권 제3호, 2012, 328면.

Ⅱ. 군 사법제도의 민주화를 위한 수단

문화라는 용어는 여러 분야에서 폭넓고 다양하게 해석되지만, 일반적으로 '사회집단이 가지고 있는 생활양식 전체'를 의미하거나, '한 사회 성원들이 공유하는 생활양식의 기초가 되는 관념체계 혹은 개념체계'로 정의된다.

군 역시 사회집단의 하나로서 독특한 문화를 생성하고 발전시켜 나갔는데, 이를 '군대문화'라 지칭한다. 일반적으로 군대문화는 위국헌신(爲國獻身)의 국가관, 희생·봉사정신, 협동심 등의 중립적 또는 긍정적인 가치들을 포함하고 있다.[33] 그러나 흔히 인식되는 군대문화는 보수적 성향, 권위주의, 단순·획일적 경향, 형식주의, 권력지향적 혹은 관료주의적인 성향 등 부정적인 의미의 가치들로 표현된다.[34] 그리고 이는 우리 사회가 추구하는 민주주의, 다양성, 개인주의, 유연성 등의 가치들과 대비되며, 군의 비민주적인 성향을 드러내는 요소들로 인식되고 있다.[35]

군의 비민주적인 문화는 단순히 군이 일반 사회에서 수행하지 않는 '국가방위'라는 임무를 부여받았기 때문에 생성된 것은 아니다. 그보다는 창군(創軍) 및 그 발전과정에서 겪었던 역사적 경험에 기인하는 측면이 더 크다.

일제강점기 당시 일본군의 군국주의는 국가에 대한 군의 절대적 복종을 강조하는 계기가 되었고,[36] 6·25전쟁과 군사쿠데타를 통한 권위주의 정부의 수립은 군의 공동체 의식을 국가중심적 집단주의로 변질시키는 주요한 원인이 되었다.[37] 위계질서의 중시, 공동체 의식과 같은 군대문화의 중립적

33) 이동훈, "한국 군대문화 연구", 한국사회학 29, 1995, 174면.
34) 온만금, 군대사회학, 황금알, 2006, 172면 ; 이철상&신병철&박선우&원인섭, 육군문화, 육군본부, 1999, 22면에 따르면 이런 군 문화의 부정적 요소들을 군사문화로 분류하기도 한다. 여기에서 말하는 '군사문화'란 군대식 또는 군대에서 강조되는 권위적 방식을 지칭하는 것으로써 '군대문화'라는 다소 중립적인 개념보다 더 포괄적이고 부정적인 의미를 포함하고 있다.
35) 온만금, 상게서, 172-173면.
36) 박진우, "천황제와 일본 군국주의", 황해문화 89, 2015, 164-166면.
37) 권인숙, 대한민국은 군대다(여성학적 시각에서 본 평화, 군사주의, 남성성), 청년사, 2005, 211면.

혹은 긍정적인 가치들은 일련의 역사적 경험을 통해 절대적 복종, 가혹 행위, 인권 침해와 같은 극단적이고 비민주적인 형태로 나타나게 되었고, 이는 점차 군의 전통적인 문화로 인식되었다.

비민주적인 군의 문화가 생성·유지되는 또 다른 이유는 징병제로 인한 복무의 비자발성에서 찾을 수 있다. 소위 '돈 없고 배경 없는 사람만 군대에 간다'라는 말은 대한민국에서 군 복무에 대한 인식을 보여주는 단적인 표현[38]으로 받아들여지고 있기 때문이다.

그리고 이런 표현에서 유추 가능한 '군 복무에 대한 비자발적 태도'는 그 구성원이 제도 운용에 관하여 적극적인 소임을 수행치 못하도록 하는 원인이 될 수 있다. 구체적으로는 군 내에서 비민주적인 상황이 발생하더라도 '군대니까 어쩔 수 없다'라고 생각하도록 만들거나, '본인과 상관이 없는 경우'에는 수동적으로 치부하도록 하는 경향이 이런 태도에서 기인할 수 있다는 것이다.[39]

군의 비민주적인 문화는 그 하위 기능을 구성하는 군 사법제도에도 부정적인 영향을 미친다. 억압적이고 권위적인 군 문화 속에서 군 사법부는 '실체적 진실의 발견 및 장병의 인권보장'이라는 사법의 본질적인 역할[40]보다는 단순히 지휘관의 의도에 따라 움직이는 '도구'로 활용되는 경우가 많았기 때문이다.[41] 더욱이 '군 사법부가 적절히 기능하지 못한다'라는

---

38) 권인숙, "징병제의 여성 참여 : 이스라엘과 스웨덴의 사례 연구를 중심으로", 여성연구 제74권 제1호, 2008, 180면.

39) 이런 징병제도에 기인한 자발적 태도의 차이는 단순한 가능성의 추측이 아니라 일부 연구를 통해서도 입증되고 있다. 김상봉&최은순, "국방인적자원의 충원모델 전환에 따른 사회경제적 효율성 분석에 관한 연구", 한국행정논집 제22권 제1호, 2010, 6면에서는 모병제의 경우 지원에 따라 군 복무를 하게 되는 인원이므로 동기 유발 측면에서 징병제보다 그 정도가 높고, 적극적인 군 복무 자세를 견지할 가능성이 크므로 지휘통솔의 측면에서 유리하다는 점을 언급하고 있다 ; 박용준&김현준, "병역제도 혁신을 위한 모병-징병 간 행태적 차이에 관한 연구", 한국정책학회보 제25권 제2호, 2016, 83-86면에서도 실제 모병제와 징병제 조직 간의 통계연구 결과를 분석함으로써, 모병제 조직의 인원이 조직의 목표와 가치를 수용하고 조직의 일원으로 충성하려는 태도가 징병제 조직의 인원보다 높다는 점을 언급하고 있다.

40) 권오승, "법치주의의 실현을 위한 선진사법의 구현", 제도연구 특집호 Ⅱ, 2002, 161면.

41) William Winthrop, *Military Law and Precedents(2nd edition)*, Washington Government Printing Office, 1920, p. 49, https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/ML_precedents.html(접속일 : 2021. 11. 30.).

사실을 인식한다고 하더라도 비민주적인 문화에 익숙해져 버린 군 구성원은 그에 대한 문제의식을 느끼지 못하는 경우가 많았다.[42]

그러나 진정한 민주적 가치를 실현하는 것의 요체는 '인간의 존엄성과 자유를 지켜나가는' 민주적인 시민의식의 함양과 민주교육을 전제로 한다.[43]

군인 역시 국민의 일원으로서 이런 민주적 교육이 대상이 되어야 하며, 군 사법부 역시 국가의 기능 일부를 담당하는 기관으로서 당연히 그런 민주적 가치의 실현에 있어 예외가 될 수는 없다. 특히 비민주적인 문화에 익숙해져 있는 군 구성원에 대해 이런 민주적 교육의 필요성은 더욱 강조될 필요가 있다.[44]

더욱이 배심제를 통해 수동적인 국가체제에 익숙한 군인들에게 '자신이 사법의 주체로 참여한다'라는 자각을 심어주는 것은 그 비용과 효율성을 떠나 중요한 가치를 지닌다.[45] 또한 성숙한 국민의 일원으로서 다양한 가치관을 가진 사람들과 각자의 견해를 토론하고 민주적인 합의의 절차를 거쳐 가는 배심제의 과정은 그런 민주적 가치를 학습하는 효과적인 수단으로 충분히 작용할 수 있다.

---

42) "검찰 조사 미적거리고 변호인 조력 말뿐인 軍 사법체제", 동아일보, A35면(2021. 6. 8.자).
43) 헌재 1989. 9. 8, 전원재판부 88헌가6.
44) "군인한테 철학 가르쳐야 진짜 국방개혁 이뤄진다", 단국대 HK+사업단 연속 기획 '한국 사회와 지식 권력' 2, 신동아 2021년 8월호, 201면.
45) 법제사법위원회 제262회 제10차 회의록, 국민의 형사재판 참여제도 도입에 관한 공청회, 2006, 54면.

제 2 절 군사재판에서의 배심제 도입에 관한 논의

Ⅰ. 논의의 경과

군사재판에서의 배심제 도입에 관한 논의는 2003년 대법원 산하 사법개혁 위원회의 국민의 참여재판 도입에 관한 논의와 함께 이루어졌다.[46]

사법개혁 위원회 논의 안건에는 재판참여제도의 도입과 더불어 군 사법제도의 개혁 내용이 포함되어 진행되었는데, 당시 군 사법제도에서 운용되던 심판관 폐지와 더불어 그 후속조치로 군사재판에서도 '유사한 제도의 도입 필요성'이 제기되었다.[47] 다만 사법개혁 위원회에서는 군사재판과 관련된 배심제 도입의 시기, 구체적인 제도의 형태 등에 대해서는 별도로 언급되지 않았다.

'군사재판에서의 배심제 도입'에 관한 본격적인 논의는 2005년 사법제도 개혁추진위원회에서 이루어졌다. 다만 배심제 도입에 있어서 '국민의 형사재판 참여에 관한 법률(이하 국민참여재판법)'에 관한 내용이 주로 논의되었고, 군사재판에서의 배심제 도입에 관한 문제는 군 사법제도 개혁의 일환으로 그 내용이 포함되어 논의가 진행되었다.[48]

군사재판에서의 배심제 도입과 관련된 세부적인 내용은 장병참여재판법안을 통해 규정되었다. 그리고 장병참여재판법안 내용 대부분은 국민참여재판법을 준용하는 방식으로 제정되었고, 배심원의 자격요건, 배심원의 선정절차, 배심원에 대한 지휘관의 영향력 행사 금지 및 전시 배심제도 운용에 관한 특례규정 등이 별도로 마련[49]되었다.

---

46) 탁희성&최수형, 형사정책과 사법제도에 관한 연구(Ⅴ)-국민참여재판제도의 평가와 정책화 방안-, 한국형사정책연구원 연구총서 11-27, 2011, 63면.

47) 사법개혁 위원회, 사법개혁 위원회 자료집(Ⅰ) -제1차~제13차 회의결과-, 2004, 166면 ; 사법개혁 위원회, 사법개혁 위원회 자료집(Ⅶ) 국민과 함께하는 사법개혁 -사법개혁 위원회 백서-, 2005, 276면.

48) 사법 제도개혁추진위원회의 5차 회의(2005. 7. 18.) 안건 중 하나로 '군 사법제도 개혁방안'이 상정되었는데, 해당 안건에 장병참여재판법안과 관련된 내용이 포함되었다.

49) 사법제도개혁추진위원회, 사법제도개혁추진위원회 자료집 제1권 사법 선진화를 위한 개혁(의결 안건·설명 자료 Ⅰ-1), 2006, 482-483면.

구체적으로는 장병참여재판법안 제6조 및 9조에서 만 20세 이상의 장교·준사관·부사관·병 및 군무원만을 군사재판의 배심원으로 참여하도록 규정할 뿐만 아니라, 피고인의 신분 및 계급에 따라 배심원 구성을 달리하도록 하고 있다.[50] 또한 동 법안 제11조에서는 군사재판에서의 배심원 후보자 명부 작성에 대한 별도 규정을 두고 있고, 제12조에서는 계급제로 구성되는 군 조직의 특성을 고려하여 지휘관 등의 부당한 영향력 행사 금지에 관한 내용을 명시하고 있다.[51] 해당 내용을 포함한 장병참여재판법안은 사법제도개혁추진위원회 제5차 회의 안건으로 상정되었는데, 당시 회의에서는 별다른 의견 없이 원안대로 의결되었다.[52]

이후 2005. 12. 17. 국무회의[53]를 거쳐 위 법률안이 2006. 1. 5. 국회에 제출되었는데, 그 내용을 살펴보면 사법제도개혁추진위원회에서 의결된 사항 대부분을 포함하여 성안된 것임을 알 수 있다.[54] 다만 그 법안의 적용 대상이 되는 사건에 관하여 국민참여재판법 제5조 제1항에서 규정하고 있는 사건뿐만 아니라, 군형법 위반 사건 중 대법원규칙이 정하는 사건을 포함[55]하도록 함으로써 군형법상의 사건 또한 대상 사건으로 지정할 수 있는 여지를 마련하였다.

국회에 제출된 장병참여재판법안은 2006. 4. 7. 법제사법위원회 제259회 제4차 회의에서 처음으로 논의되었다. 제4차 회의에서는 우선 전문위원 검토보고를 통해 국민참여재판법과 장병참여재판법안 간의 차이점에 관한 부분을 소개하고, 제도 도입에 따른 예상 문제점들을 제기하는 방식으로 논의가 진행되었다. 이후 2006. 4. 18. 법제사법위원회 제259회 제7차 회의에서는 국방위원회의 의견서 내용[56]과 국방부장관(국방부법무관리관)에

50) 사법제도개혁추진위원회, 사법제도개혁추진위원회 자료집 제3권 사법 선진화를 위한 개혁(국회 제출·의결 법안 위원회 회의록 Ⅱ·Ⅲ), 2006, 41면.
51) 사법제도개혁추진위원회 자료집 제3권, 42면.
52) 사법제도개혁추진위원회 자료집 제3권, 404-405면.
53) 행정자치부, 제54회 국무회의 회의록, 2005, 4면, https://www.mois.go.kr/frt/bbs/type001/commonSelectBoardList.do?bbsId=BBSMSTR_000000000430(접속일 : 2021. 11. 30.).
54) 사법제도개혁추진위원회 자료집 제3권, 41-45면.
55) 사법제도개혁추진위원회 자료집 제3권, 43면.
56) 법제사법위원회 제259회 제7차 회의록(부록), [붙임자료 1] 군사법원의 조직 등에 관한

대한 의원질의를 통해 법안에 관한 논의가 진행되었다.[57] 2006. 9. 27. 국민참여재판법에 관한 법제사법위원회 제262회 제10차 공청회에서도 장병참여재판법안과 관련된 내용이 일부 논의되었지만, 기존 논의에서의 큰 진전은 없었다.[58] 최종적으로 2006. 9. 28. 법제사법위원회 제262회 제11차 회의에서는 장병참여재판법안이 포함된 군 사법제도개혁 안건을 법안심사제1소위원회로 넘기어 병합 심사하는 것으로 가결하였다.[59]

그러나 2006. 11. 8. 제262회 제4차 법안심사제1소위원회에서 장병참여재판법안의 내용이 처음으로 상정되었지만 별다른 논의가 이루어지지는 않았다.[60] 2006. 11. 27. 제262회 제6차 법안심사제1소위원회에서 사법개혁법안 전체와 관련된 논의가 재차 이루어졌으나, 여기에서도 장병참여재판법안과 관련된 내용이 직접적으로 언급되지는 않았다. 다만 군 사법 제도 개혁 안건의 내용에 관하여 '상당히 대립하는 견해가 존재하므로, 이에 대한 군 지휘관, 군 법무관 등의 의견 조정이 필요하다'[61]라는 견해가 일부 제기되었을 뿐이다. 장병참여재판법안에 대한 논의는 이후 위원회에서도 크게 진행되지 않았으며, 제17대 국회 임기 만료로 인해 결국 법안은 폐기되었다.

법률안 등 7개 군사법개혁 관련 법안에 대한 국방위원회 의견서, 2006, 1-3면에 따르면 장병참여재판법안에서 장병 등이 배심원으로 참여하는 경우 군조직 특성상 군 배심원 선정 사실이 비밀로 보장되기 어려워 사전에 상급자나 지휘관의 영향력을 배제하기 어렵고, 평의 및 양형에서도 상급자인 배심원의 의사에 영향을 받게 될 가능성이 있으며, 피고인이 장교인 경우 배심원 전원이 피고인보다 낮은 계급으로 구성될 가능성도 있으며 이 경우 배심원의 의견 개진이 곤란할 수도 있을 것이므로, 합리적인 배심원 구성 및 공정한 평결을 도출할 수 있는 제도적 장치의 마련이 필요하며, 민간법원에서 국민의 형사재판 참여제도가 성공적으로 정착이 되는 시점에 장병 등의 군사재판 참여제도를 도입하는 방안도 함께 논의할 필요가 있음을 언급하고 있다.

57) 법제사법위원회 제259회 제7차 회의록, 2006, 11-13면.
58) 법제사법위원회 제262회 제10차 회의록, 2006, 10면.
59) 법제사법위원회 제262회 제11차 회의록, 2006, 11면.
60) 법제사법위원회 제262회 제4차 법안심사제1소위원회 회의록, 2006. 1면 이하.
61) 법제사법위원회 제262회 제6차 법안심사제1소위원회 회의록, 2006, 3면.

Ⅱ. 논의의 내용

장병참여재판법안의 도입 추진 경과에서도 알 수 있듯이, 군사재판에서의 배심제 도입과 관련하여 그 내용의 대부분은 국민참여재판법을 준용하는 형태로 작성되었다. 때문에 국민참여재판법의 논의 과정에서 구체적인 협의가 이뤄진 사항들은 장병참여재판법안에도 대부분 그대로 적용되었다.

그러나 일부 규정에 대해서는 소위 '군의 특성'을 고려하여 국민참여재판과 다른 내용으로 규정되었는데, 그 차이점에 대하여 해당 규정의 필요성 또는 적절성에 관한 논란이 제기되었다.[62]

장병참여재판법안에 대한 견해 대립의 대부분은 '① 군사재판에서의 배심재판 대상 사건 범위의 지정' 또는 '② 군사재판에서의 배심원 자격과 구성'에 관한 문제에 집중되었다.

우선 사법제도개혁추진위원회에서의 법안 검토 당시 중점적으로 논의되었던 것은 '② 배심원 자격과 구성에 관한 부분'이었다. 왜냐하면 국민참여재판법의 내용과 달리 장병참여재판법안에서는 배심원의 자격을 일반 국민이 아닌 '군인'으로 한정[63]하였고 피고인이 장교인 경우에는 장교, 피고인이 준사관·부사관·군무원인 경우에는 부사관 이상 또는 군무원 중에서 배심원을 선정하도록 하고 있었기 때문이다.[64]

배심원 자격과 구성에 있어 이런 제한과 차등의 필요성을 긍정하는 입장에서는 해당 조치가 군의 특성을 반영함으로써 '장병참여재판의 효율성을 높이는 방안'이라고 주장하였다.[65]

---

62) 그러나 장병참여재판법안에서만 독자적으로 존재하는 조항 전체에 대하여 논의가 이루어지지는 않았다. 군이라는 조직의 특성상, 지휘관의 부당한 개입금지 또는 전시 특례 규정과 같은 별도의 사항이 함께 포함되었지만 이에 대해서는 별도의 논의 없이 원안대로 의결되었다.

63) 장병참여재판법안에서 배심원 자격이 있는 사람은 현역에 복무하는 장교, 부사관, 병뿐만 아니라 군무원을 포함한다. 군무원은 군의 일반적인 계급체계를 따르지 않지만, 군무원인사법[시행 2021. 10. 14.] [법률 제17996호, 2021. 4. 13, 일부개정] 제4조에 따라 군인에 준하는 대우를 받고 그 계급별 기준이 대통령령으로 지정되어 있다. 이 글에서는 '군인'이라는 범주 안에 군무원을 포함하여 언급하기로 한다.

64) 군사재판의 피고인이 병사 계급 또는 일반 국민인 경우에는 배심원의 자격을 별도로 명시하고 있는데, 이와 관련된 세부적인 내용은 이 글 제5장. 제2절. Ⅰ. 참조.

그러나 '배심원을 군인으로 한정하는 것'에 대한 실효성 자체에 의문을 제기하는 견해 또한 강하게 제기되었다.[66] 이외에도 계급의 구분이 '지휘관 또는 상급자 배심원의 영향력에 의한 부작용을 초래할 수 있다'라는 우려[67]가 나타나기도 하였고, 직접적으로 배심원에 대한 제한과 차등을 비판하지는 않지만, 공정한 재판을 위해 신분 또는 계급의 구분 없이 '군 가족, 예비역 또는 일반 국민을 배심원으로 선정하는 방안의 검토가 필요하다는 의견'이 일부 언급[68]되기도 하였다.

국회의 논의 과정에서도 '② 배심원 자격과 구성에 관한 부분'은 주요 쟁점으로 다루어졌다. 군사재판에서 배심제를 도입하는 목적 자체가 군 사법 제도에 대한 '국민의 불신 해소에 있는 만큼 일반 국민의 배심원 참여를 보장해야 한다'라는 주장[69] 또는 '배심원 계급 구분이 조직 이기주의를 초래할 수 있다'라는 비판[70]이 법안 논의 과정에서 제기되었기 때문이다.

다만 국회에서는 '② 배심원 자격과 구성에 관한 부분' 외에도, 장병참여재판법안 제5조에서 규정하고 있는 '① 배심재판 대상 사건 범위의 지정'에 관한 문제가 추가로 제기되었다. 왜냐하면 장병참여재판법안 제5조 제2호가 그 대상 사건 범위를 지정하는 데 있어서, 기본적인 사항에 관한 법률의 규정 없이 대법원규칙으로만 그 범위를 지정하도록 한 것이 위임입법의 한계를 초과할 여지가 있다고 보았기 때문이다.[71]

---

65) 사법제도개혁추진위원회 자료집 제3권, 41면.
66) 사법제도개혁추진위원회, 사법제도개혁추진위원회 자료집 제13권 사법 선진화를 위한 개혁 (연구보고서·참고자료 Ⅵ-9), 2006, 117면.
67) 사법제도개혁추진위원회 자료집 제13권, 128면.
68) 사법제도개혁추진위원회 자료집 제13권, 117 및 122면.
69) 법제사법위원회 제259회 제7차 회의록, 2006, 11면.
70) 법제사법위원회 제259회 제7차 회의록, 2006, 12면.
71) 법제사법위원회 제259회 제4차 회의록, 2006, 41면.

제 3 절 군사재판에서의 배심제 도입에 관한 논의의 한계

Ⅰ. 배심제 자체에 대한 경험의 부족

사법제도개혁추진위원회 및 국회 논의 과정에서 일부 전문가 및 위원들은 '민간에서조차 재판 참여에 관한 제도의 친숙성이 부재한 상황'에서 군사법 기능에 대해서까지 유사한 제도를 도입하는 것에 대한 우려를 표명하였다.[72] 국민참여재판이 민간에 도입되는 것에 대응하여, 동시에 군사재판에서도 배심제를 도입하려고 하는 것을 '사법 참여제도의 졸속 시행'이라고 비판하기도 하였다.[73]

배심제 자체에 대한 경험의 부족은 '군사재판에서의 배심제 도입이 어떤 효과를 가져올 것인지' 또는 '실제로 그 제도가 어느 정도 시행될 것인지' 판단하는 데 있어 제약으로 작용하였다. 또한 그 대상 사건 범위, 배심원의 자격과 구성의 적절한 범위와 형태를 판단하는 데도 일정한 한계를 가져올 수밖에 없었다.

우선 군사재판에서의 배심제 도입에 있어 국민참여재판법의 내용을 대부분 준용하면서도 군인만을 배심원으로 한정하고, 계급의 차등을 부여하는 이유에 대해서는 뚜렷한 설명이 없다. 단지 군의 특성을 고려하였다고 언급하거나, 또는 비교법적으로 군사재판에서 배심제를 운용하는 국가들의 제도를 참고하였다는 것만을 간접적으로 확인할 수 있을 뿐이다.[74]

군사재판에서 배심제를 도입하는 목적이 재판의 독립성·공정성 확보 및 이를 통한 국민의 신뢰 제고라는 점에는 이견이 없다. 또한 군 사법부가 일반 사법부와 다른 조직으로 분리되어 있고, 군 사법제도의 폐쇄성으로 인해 재판의 독립성·공정성에 대한 의문이 지속해서 제기되었다는 점을 고려[75]

---

72) 사법제도개혁추진위원회 자료집 제13권, 10면.
73) 사법제도개혁추진위원회 자료집 제13권, 129면.
74) 법제사법위원회 제259회 제4차 회의록(보존부록), 장병등의 군사재판 참여에 관한 법률안(정부 제출) 검토보고서, 2006, 611면.
75) 한상희, "군사법원체제의 개혁", 입법학연구 제11권 제2호, 2014, 28면 ; "일반장교가

하면, 군사재판에서 배심제를 도입하는 목적을 달성하기 위한 '가용방안(일반 국민의 군사재판 배심원 참여 등)'[76]이 상세히 검토되었어야 할 필요가 있다. 그러나 배심제도 자체에 대한 경험의 부족은 제도 도입에 있어 그 취지나 목적을 상세히 고려하기보다는, 제도 운용의 혼란을 최소화하는 방안을 우선적으로 마련하는 경향[77]으로 나타났다.

배심재판의 대상 사건 범위를 지정하는 데에 있어서도 이런 경험의 한계가 나타난다. 왜냐하면 '군형법 위반 사건 일체'에서 배심재판의 대상이 되는 사건의 범위를 법률이 아닌 대법원규칙에 일임하여 지정하도록 하고 있기 때문이다. 물론 법률이 아닌 하위 규범으로 그 범위를 지정하는 것이 제도 도입 초기의 혼란을 최소화하고, 사건의 범위를 탄력적으로 조정함으로써 군사재판에 관한 인적·물적 역량의 부하를 최소화하려는 측면에서는 타당할 수 있다.

그러나 국민참여재판법의 대상이 되는 사건 일체가 아닌 군형법 위반 사건에만 국한하여 그 범위 지정을 대법원규칙에 위임할 필요성이 있었는지, 그런 위임입법이 필요할 만큼 대상 사건의 범위 지정에 있어 탄력성이 요구되는지에 관해서는 근거를 명확히 할 필요가 있다.

재판, 지휘관은 맘대로 감형 지금 같은 軍사법제도론 일벌백계 한계", 동아일보, A5면 (2021. 6. 8.자).

76) 물론 '군인도 국민의 일원'이라는 점을 강조한다면 배심재판에서 일반 군인의 참여를 보장하는 기존 법안의 내용 역시 타당하다고 주장할 수는 있다. 그러나 엄밀히 말하면 장병참여재판법안의 규정은 군인 중에서도 군 간부(장교 또는 부사관) 계급에 국한된 배심원 참여만을 보장하고 있을 뿐이다. 그리고 재판의 독립성·공정성 확보를 위해 군인의 참여를 보장하면서도, 이런 '특정 계급에 국한된 배심제의 형태'가 적용되어야만 하는 뚜렷한 이유는 제시되지 않는다.

77) 사법제도개혁추진위원회, 사법제도개혁추진위원회 백서(상) 사법선진화를 위한 개혁, 2006, 268면.

Ⅱ. 군사재판에서의 배심제 도입의 중요성 간과

군사재판에서의 배심제 도입에 관한 논의에 있어 또 다른 한계는 '해당 제도의 논의가 국민참여재판의 도입과 함께 이루어졌다'라는 점에서 찾을 수 있다.

단순히 국민참여재판법과 함께 장병참여재판법안의 도입이 추진되었다는 점을 지적하는 것은 아니다. 사법제도개혁추진위원회에서는 국민참여재판의 도입에 관한 내용이 중점적으로 논의되었기 때문에, 유사한 제도가 군에 별개로 도입되는 것임에도 불구하고 그에 관한 논의가 깊이 있게 이루어지지 못했다는 점이 문제로 나타나는 것이다. 실제 사법제도개혁추진위원회 회의내용, 법제사법위원회 회의록 등을 살펴보더라도 국민참여재판의 경우에는 그 제도 도입의 생소함, 배심원 참여에 따른 위헌성 논란 등에 기인하여 제도 전반에 대한 상세한 검토가 이루어졌다. 반면에 군사재판에서의 배심제 도입에 관한 부분은 애초에 국민참여재판 제도에 부가하여 종속적인 제도로 도입되는 형태를 구상하였기 때문에 상대적으로 그 논의가 빈약하게 이루어질 수밖에 없었다.[78]

사법제도개혁추진위원회에서 장병참여재판법안의 논의가 군 사법제도에 관한 개선 논의와 동시에 이루어졌다는 점 또한 그 중요성을 간과하는 또 다른 원인으로 작용하였다.[79] 왜냐하면 군 사법제도 개선이 군사재판의 독립성·공정성 강화, 군검찰의 독립성 및 군 사법경찰관에 대한 통제권 강화, 징계 영창 제도의 공정성 강화, 미결피의자의 구금시설 개선 등에 관한 사항 등[80] 군 사법제도 전반에 관련된 광범위한 내용을 포함하고 있었기 때문이다.

---

78) 군사재판에서의 배심제 도입에 관한 논의 대부분은 법안 심의과정에서의 전문위원 검토보고 또는 전문가 토론회 등을 통해서 제기되었는데, 각 논의의 내용은 제도상 우려되는 문제점들에 대해 언급하고 있을 뿐, 그런 우려에 대한 구체적인 근거 또는 개선·보완과 관련된 방안을 제시하고 있지는 않다. 세부 내용은 법제사법위원회 제259회 제4차 회의록(보존부록), 2006, 589면 이하 ; 사법제도개혁추진위원회 자료집 제13권, 119-147면. 참조.

79) 사법제도개혁추진위원회 자료집 제13권, 127면.

80) 사법제도개혁추진위원회 자료집 제13권, 127면.

다시 말하자면 장병참여재판법안은 군사재판의 독립성·공정성 강화의 시행 방안 중 하나로 포함되었는데, 제도 개선과 관련된 논의의 시간적 한계로 인해 배심제 자체에 대해서는 충분한 검토가 이뤄지지 못한 측면이 있다는 것이다. 그러나 군은 국가 전체의 관점에서 보면 자체의 법률과 전통을 개발한 특별한 사회로 인식되고 있다.[81] 따라서 많은 논의를 거쳐 특정 제도가 일반 사회에 도입되고, 그에 부가적으로 유사한 제도가 군에 적용된다고 하더라도 군이 일반 사회와 다른 특성을 가지고 있다는 점에서 제도에 관한 별도의 논의가 충분히 이루어질 필요가 있다.

더욱이 군사재판에서의 배심제 도입이 여타의 군 사법제도 개선과 연계되어 추진되어야 한다는 점[82]에서 해당 제도에 대한 검토의 부족은 다른 제도의 개선에도 부정적인 영향을 미칠 수 있음이 고려되어야 한다.

---

81) Military Justice: Parker v. Levy, 417 U.S. 733 (1974), *Journal of Criminal Law and Criminology* vol. 65, Issue 4, Northwestern University School of Law, p. 506.

82) 이는 국민참여재판 도입과 관련하여 형사절차 전반의 개선이 요구되었다는 점에서 유추할 수 있다. 국민참여재판의 도입과 동시에 형사절차에 있어 직권주의적 소송구조에서 탈피하여 재판의 당사자가 공격·방어의 주체로 직접 참여하는 당사자주의가 강조되었기 때문이다. 국민참여재판이 원활히 진행되기 위해서는 구두변론, 직접 심리를 보장할 수 있는 제도 개선뿐만 아니라, 피고인이 검사와 대등한 위치에서 방어권을 행사할 수 있도록 변호인의 조력을 보장하는 제도 개선 등이 요구된다. 국민참여재판과 형사절차의 관계에 관해서는 신동운, 간추린 신형사소송법[제11판], 법문사, 2019, 5-6면 및 340-346면.

제 3 장 영국·미국의 비교법적 고찰 및 그 시사점

제 1 절 국가별 제도에 대한 고찰

Ⅰ. 제도 고찰의 필요성

배심제 도입의 적절성을 판단하고 우리에게 적합한 제도 형태를 구성하는 데 있어 '유사한 제도를 시행하고 있는 국가' 또는 '우리 군 사법제도에 영향을 준 국가'의 사례를 검토해보고 그 시사점을 찾는 것은 의미가 있다.

우선 군사재판에서 배심제를 시행하는 국가로는 미국 또는 영국을 언급할 수 있다. 특히 장병참여재판법안의 내용과 관련하여 미군의 제도가 비교법적으로 검토되어 적용된 것[83]으로 보이는데, '배심원 자격과 구성'에 관한 사항의 경우에는 美 통일군사법전(the Uniform Code of Military Justice, 이하 UCMJ)과 거의 같은 내용으로 규정되어 있기 때문이다.

더욱이 미군은 배심제 시행의 선행적인 역할을 해왔을 뿐만 아니라, 해방 이후 우리나라의 현대적인 군의 조직 및 제도를 갖추어 나가는 데 있어 핵심적인 역할을 담당하기도 하였다.[84] 왜냐하면 초기 우리 군 사법제도의 대다수 규정은 미군의 전쟁법(Article of War)의 내용을 그대로 빌리거나, 일부 축약 또는 수정하는 형태로 도입되었기 때문이다.[85][86]

---

83) 법제사법위원회 제259회 제4차 회의록(보존부록), 2006, 611면.

84) 양희완, 軍隊文化의 뿌리 : 군대의 전통과 관습을 중심으로, 을지서적, 1988, 170-173면에 따르면 해방 이후 정치적 혼란 속에서 우리나라에는 창군을 목표로 하는 사설 군사단체가 등장하기 시작하였는데, 1946. 1. 15. 미군정은 군정법령 제28호를 발표하여 국방경비대를 발족시킴으로써 사설 군사단체들을 해산시키고 군사적인 통합의 기틀을 마련하기 시작하였다. 1945. 12. 5. 군사영어학교를 개설하여 한국군 간부의 훈련을 위한 초기 간부의 충원 여건을 마련하였으며, 당시 미군 편제를 준용한 8개의 중대, 이후 대대 등의 창설 과정을 거쳐 현대적인 한국군의 모습을 갖추어 나갔다.

85) 문준영, 전게논문, 106면.

86) 김용주&오윤성, "군사법제도 발전 방향 모색을 위한 연구", 한국경찰학회보 제63권 제2호, 2017, 32-25면에 따르면 군사법원에서 운용되던 관할관과 같은 제도들은 미군의 전쟁법을 계수한 국방경비법에서 최초로 시작되었고, 군법회의라는 용어 및 그 형태 또한 미군과 유사하게 규정되어 운용되었다는 점을 확인할 수 있다.

영국 역시 군사재판에서 배심제를 운용하고 있는 국가 중 하나로서, 군사재판에서의 배심제 운용과 관련된 오랜 역사를 가지고 있다. 군사재판에서의 배심제는 영국에서 1642년부터 시작[87]되었는데, 영국 전쟁법(The 1774 British Articles of War)을 계수한 매사추세츠 전쟁법(The Massachusetts Articles of War)[88]을 통해 군사재판에서의 배심제와 관련된 사항이 미국으로 전파[89]되었다는 점에서, 군사재판에서의 배심제 도입에 있어 영국 역시 중요한 비교의 대상이 될 수 있다.

다만 한가지 유념해야 할 것은 우리 군 사법제도가 그 도입과 발전에 있어 미국의 영향만을 받은 것은 아니라는 점이다. 여전히 미군의 제도를 계수한 많은 규정이 우리 군 사법제도 내에 남아있기는 하지만, 초기 군형법의 형식이나 내용 등은 '舊 일본육군형법'을 토대로 작성되었기 때문이다.[90] 따라서 일본, 혹은 그 사법제도에 영향을 미친 독일 등의 국가에 대해서도 군사재판에서의 배심제 운용에 관한 추가적인 비교의 필요성이 제기될 수 있다.

그러나 일본의 경우 군인의 범죄행위에 대해서도 군사재판이 아닌 형사소송법에 따른 일반적인 사법절차에 의해 처리된다는 점[91]을 고려할 때 비교법적 검토의 대상에서 제외하는 것이 적절하다고 본다. 독일 역시 평시에도 운용되는 군사법원은 존재하지 않고, '전시·해외 주둔군에 한정하여 특별군사법원의 설치가 가능함'[92]을 언급하고 있을 뿐이므로 비교의 실익을 기대하기는 어렵다. 따라서 이하에서는 영국과 미국 두 국가를 중심으로 군사재판에서의 배심제 운용과 관련된 사항을 검토해 보고자 한다.

---

87) Schlueter, David A. "The Court-Martial: An Historical Survey." *Military Law Review* 87, 1980, p. 140.
88) *Ibid.*, pp. 145-146.
89) *Ibid.*, p. 146.
90) 박안서, "군형법 제정의 역사적 배경과 관련 문제점", 군사(82), 2012, 220-222면.
91) 노기현, "일본의 군사사법(司法)제도에 관한 소고 : 최근 일본에서의 논의와 관련 법제 검토를 중심으로", 외국법제정보, 2018, 49면.
92) 백상준, "군 사법제도 개선논의 및 향후과제", NARS 현안분석 제113호, 2020, 4면.

Ⅱ. 군사재판에서의 배심재판 대상이 되는 범죄

우선 영국군의 경우 국군법(Armed Forces Act)에 명시된 전체 범죄가 군사법원의 관할권에 해당하지만, 그중에서 근무 태만 등의 가벼운 위반 행위의 경우에는 약식재판(Summary Hearing)을 통해 구금형 등의 처분으로 종결되는 경우가 많다.[93] 일부 범죄에 대해서만 군사법원(Court Martial)에서 재판을 받도록 하고 있으며, 군사법원의 재판을 받을 때는 그 사안에 따라 적절한 수준의 배심원단을 구성하고 절차에 따라 배심재판을 진행하게 된다.[94]

배심재판의 대상이 되는 범죄를 살펴보면, 국군법 제1조에 기재되어 있는 적에 대한 원조행위, 작전에 관한 위법행위, 약탈, 반란, 탈영, 함정(艦艇)에 대한 위험 초래, 위험한 비행(飛行) 등 군사(軍事)와 관련된 내용이 그 대상이 된다. 또한 국군법 Schedule 2에 별도로 명시된 일반 형벌 법규에 상응하여 처벌되는 범죄, 즉 살인, 학살, 납치, 반역 또는 일부 성폭력 등을 범했을 경우에도 배심재판 대상에 포함된다.[95]

또한 원칙적으로는 군 사법권을 갖지 않는 범죄라 하더라도 민간과의 관할권 협의에 따라 군사법원의 관할이 되기도 한다.[96] 일반 법원과 군사법원 간에 그 관할을 정하는 문제에 대해서는 '범죄 관할권 행사에 관한 협약(Protocol on The Exercise of Criminal Jurisdiction, 이하 범죄 관할권 협약)[97]'에 따라 이뤄지게 된다. 이 협약에 따르면 특정 범죄로 인해 일반

---

93) 조의행, "영국 군사법제도 체계와 기능에 대하여", 외국법제정보, 2018, 21-24면.
94) 상게논문, 20면.
95) JSP 830 Volume 1, Chapter 6[Investigation, charging and mode of trial(manual of service law)], Schedule 2 offences, pp. 1-6-D-1 ~ 5, https://www.gov.uk/government/publications/joint- services-publication-jsp-830-manual-of-service-law-msl(접속일 : 2021. 11. 30.).
96) Loisa Brooke-Holland, "The Military Justice System : An Introduction", 2014, p. 4, https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/sn06823/(접속일 : 2021. 11. 30.).
97) "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", 2016, pp. 1-3, https://webcache.googleusercon-

국민과 군인이 함께 피해를 당한 경우에는 일반 법원에서 그 관할권을 가지게 된다.[98] 다만 그 범죄와 연관된 사건, 증인의 소송 참여의 가능성, 해외 파병 등의 예외적 상황, 군의 질서 유지와 밀접한 관련이 있는 경우에는 군사법원이 그 관할권을 행사할 수 있다.[99] 즉, 일반 국민이 범죄를 범하였을 때 일반 법원에서 재판을 받는 것이 원칙이지만, 위의 사항들을 고려했을 때 적절하다고 판단되는 경우에 한하여 예외적으로 군사재판의 대상이 될 수 있는 것이다.

미군 역시 군법회의의 대상이 되는 범죄는 일반 형법에 규정된 범죄뿐만 아니라 군의 특성이 반영된 군사에 관한 범죄를 포함한다.[100] 예를 들면 군인이 범한 살인, 강간, 마약, 절도 등의 범죄뿐만 아니라 군대의 질서와 군기에 영향을 미치는 무단 이탈, 군무이탈, 상관모욕, 항명 또는 직무태만 등의 범죄도 군법회의의 대상이 될 수 있다.[101] 그러나 군법회의의 대상이 되는 모든 범죄가 배심재판으로 진행되는 것은 아니고, 피고인이 배심재판으로 진행하는 것을 희망하는 경우에 한정된다.[102]

또한 약식 군법회의(Summary Court-Martial)는 그 정도가 가벼운 범죄만을 관할하기 때문에, 특별 군법회의(Special Court-Martial) 및 보통 군법회의(General Court-Martial)를 통해 처벌되는 범죄에 한정하여 배심재판이 이루어지게 된다.[103] 특별 군법회의의 경우 1년 미만의 구금형, 구금을 동반하지 않는 3개월 이내의 중노동, 급료의 감봉 등의 형에 처할 수 있는 범죄에 한정되며 원칙적으로 사형을 선고할 수는 없다.[104]

---

tent.com/search?q=cache: Da9cT3aHo-0J:https://www.cps.gov.uk/sites/default/files/protocol-exercise-criminal-jurisdiction -England-Wales-2016.pdf+&cd=1&hl=ko&ct=clnk&gl=kr(접속일 : 2021. 11. 30.).

98) Protocol, *supra* n. 97, p. 2.

99) *Ibid.*, p. 3.

100) 도중진, “미국 군사재판의 형사절차에 관한 주요 특징과 시사점”, 원광법학 제32권 제3호, 2016, 159면.

101) 지대남, “한국과 미국의 군사재판제도의 비교”, 헌법학연구 제17권 제1호, 2011, 384-385면.

102) UCMJ Art. 16. Courts-martial classified.

103) UCMJ Art. 20. Jurisdiction of summary courts-martial에 따르면 미국 군법회의 중 약식 군사법원의 경우에는 주로 경범죄(minor offenses)에 한정되어 장교 1인이 심판하는 재판으로서 30일 이내의 구금형, 구금을 동반하지 않는 45일 이내의 중노동, 일정 범위의 감봉 등에 해당하는 범죄에 국한되므로 배심재판의 대상이 되지 않는다.

보통 군법회의의 경우에는 과형의 범위가 사형까지 확대되며 대개 중한 범죄(felony)를 저지른 피고인에 대하여 이뤄지는 재판이라는 점에서 그 특징이 있다.[105]

다만 한국에 주둔하고 있는 미군의 경우에는 '주한미군지위협정(Status of Forces Agreement, 이하 SOFA 협정)'[106]에 따라 군사재판의 대상이 될 수 있는 범죄를 별도로 규정하고 있다.[107] 왜냐하면 SOFA 협정 제22조 제3항에서 오로지 미군 또는 군 가족 등에 대한 재산, 안전 및 신체에 관한 범죄 또는 공무집행 중의 작위(부작위)에 의한 범죄에 한정하여 美 군사법원에서 일차적인 재판권을 갖는다고 규정하고 있기 때문이다.[108]

따라서 위 규정에 해당하지 않는 범죄를 범한 경우, 그 범죄가 美 통일 군사법전 및 군법회의 매뉴얼(Manual for Court-Martial, 이하 MCM) 등에 따라 원칙적으로는 美 군법회의의 대상이 되는 범죄라 하더라도 대한민국 법원에서 재판을 받게 된다.[109] 주한미군에 포함되어 근무하는 한국군, 즉 '카투사(Korean Augmentation Troops to the United States Army, 약어로

104) UCMJ Art. 19. Jurisdiction of special courts-martial.

105) UCMJ Art. 18. Jurisdiction of general courts-martial.

106) 정식명칭은 '대한민국과 아메리카 합중국간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국 군대의 지위에 관한 협정'(Agreement under Article 4 of the Mutual Defence Treaty between the Republic of Korea and the United States of America, Regarding Facilities and Areas and the States of United Armed Forces in the Republic of Korea)이다.

107) 김민서, 주한미군지위협정과 전속적 관할권-주한미군지위협정 제22조 제2항을 중심으로-, 국제법학회논총 51(2), 2006, 45면.

108) SOFA 협정문(국문), 36면, 원문은 SOFA 협정문(영문), 51면 3. In cases where the right to exercise jurisdiction is concurrent the following rules shall apply:
(a) The military authorities of the United States shall have the primary right to exercise jurisdiction over members of the United States armed forces or civilian component, and their dependents, in relation to:
(i) offenses solely against the property or security of the United States, or offenses solely against the person or property of another member of the United States armed forces or civilian component or of a dependent;
(ii) offenses arising out of any act or omission done in the performance of official duty, https://www.korea.kr/archive/expDocView.do?docId=28802 (접속일 : 2021. 11. 30.).

109) "동두천 노부부 폭행 美軍 7년 형 법원 한국인과 같은 양형 적용", 동아일보, A12면 (2011. 4. 23.자).

KATUSA)'[110] 소속 인원이 'SOFA 협정에 명시된 범죄를 범한 경우에도 美 군사법원의 재판을 받는 것인가'에 대해서는 의문을 가질 수 있으나, 미군 규정(Regulation 600-2)에 따라 카투사는 미군과 동일한 지위가 인정되지 않고, 美 통일군사법전의 적용 대상에서도 제외되므로[111] 대한민국 (군사)법원의 관할 대상이 된다.

Ⅲ. 군사재판에서의 배심원 자격과 구성

우선 영국군의 경우 그 배심재판의 대상이 되는 범죄의 법정형에 따라 배심원의 구성이 달라진다. 일반적인 범죄의 경우에는 3명의 배심원[112]이 재판에 참여하게 된다. 다만 군 복무교범(Joint Service Publication, 이하 JSP)의 규정에 따라 국군법 Schedule 2에 규정되어 있는 범죄 또는 7년 이상의 구금이나 징역에 처할 수 있는 범죄를 범한 때에는 5명의 배심원이 참여해야 한다.[113]

배심원의 구성에 있어 피고인이 속한 군[114]의 배심원이 지정되는 것이 일반적이지만, 복수의 공동 피고인이 서로 다른 군(가령 육군, 해군 소속의 군인이 함께 범죄를 저지른 경우)에 속한 경우에 그 배심원은 각기 다른 군에서 선발되어야 한다. 물론 이렇게 배심원이 혼합 편성되더라도 최소 1명은 피고인과 같은 군에 속해 있어야 한다.[115]

---

110) 문관현, 6·25전쟁 시 카투사 제도와 유엔 참전 부대로의 확대, 군사(69), 2008, 194-197면에 따르면, 6·25 전쟁 당시 이승만 대통령과 맥아더 연합군 사령관의 합의에 따라 미군의 부족한 병력 보충을 위하여 증원 병력을 선발한 것이 카투사의 시초가 되었고, 전쟁 수행 간 지형 정찰, 방어진지 확인 및 피아 식별 등에 있어 그 효용성이 입증되었다는 점을 확인할 수 있다.

111) Regulation 600-2, Personnel – General, Republic of Korea Army Personnel with the Army in Korea, p. 22, https://8tharmy. korea.army.mil/g1/assets/regulations/ak/AK- Reg-600-2-161028.pdf(접속일 : 2021. 11. 30.).

112) 영국의 경우 군사재판에서의 배심원을 lay member 또는 board member로 지칭한다.

113) JSP 830 Volume 2, Chapter 28[Court martial constitution and rules (manual of service law)], p. 2-28-3, https://www.gov.uk/government/publications/court-guide- manual-of-service-law-jsp-830-volume-2(접속일 : 2021. 11. 30.).

114) 영국 해병대의 경우에는, 영국 해군과 같은 군으로 포함된다.

115) JSP 830 volume 2, Chapter 28, *supra* n. 113, p. 2-28-6.

피고인이 일반 국민일 때에는 두 가지 경우로 분류되는데, 일반 국민이 군사재판에서 배심재판을 받게 되는 경우 특별한 상황이 아니고서는 그 배심원은 모두 일반 국민으로 구성되어야 한다.[116] 다만 피고인이 일반 국민이라 하더라도 과거 군에 복무했을 당시에 범한 범죄의 경우에는 그 내용을 고려하여 사안마다 배심원의 구성을 어떻게 편성할 것인지 판단할 수 있다.[117]

영국의 경우 배심원 선정의 모든 과정에 지휘관이 관여하지 못한다. 대신 형사재판 업무를 지원하는 '군사재판 지원실(Military Court Service, 이하 MCS)'에서 매 재판마다 적절한 배심원을 구성하여 재판을 진행한다.[118] 다만 이런 배심원의 구성에 있어 계급, 복무기간 등은 제한 요소로 작용한다. 장교의 경우에는 군 복무기간이 3년을 초과하지 않거나 임관 직전에 준사관(warrant officer)으로 복무하지 않았으면 배심원으로 선발될 수 없기 때문이다.[119] 더욱이 준사관의 경우에는 수행하는 업무가 준사관 직급에 부합한다고 하더라도, 실제 그 계급이 준사관이어야 하며 준사관 이상의 계급을 가진 피고인에 대해서 배심원으로 참여할 수 없다.[120] 또한 전체 배심원이 3명인 경우에는 준사관이 1명, 배심원이 5명인 경우에는 준사관이 2명까지만 배심원으로 참여할 수 있다.[121]

영국군의 배심제 구성에 있어 또 다른 특징은 피고인이 군의 (최)상위 계급에 해당하는 상황에 대비하여 배심원 대표 또는 그 외 배심원의 계급 편성과 관련된 규정을 별도로 마련하고 있다는 점이다.[122]

---

116) JSP 830 volume 2, Chapter 28, *supra* n. 113, p. 2-28-6.
117) *Ibid.*, p. 2-28-6에 따르면 배심원을 일반 국민으로만 구성하거나 또는 군인으로만 구성할 수 있고, 일반 국민과 군인을 혼합하여 편성할 수도 있다.
118) 조의행, 전게논문, 19면.
119) JSP 830 volume 2, Chapter 28, *supra* n. 113, p. 2-28-6.
120) *Ibid.*, p. 2-28-6.
121) *Ibid.*, p. 2-28-7.
122) *Ibid.*, p. 2-28-7에 따르면 군사재판의 피고인이 장성급 장교인 경우에 배심원 대표는 피고인보다 동급 또는 선임 계급이어야 하며, 그 외 배심원 역시 피고인보다 낮은 계급이 선발될 수 없다. 피고인이 영관급 장교인 경우에는 배심원 대표는 피고인보다 상위 계급이어야 하며 대령급 이하의 장교가 선발될 수 없다.

이외에도 영국군은 군 복무교범 상에 배심원의 자격요건에 관한 일반적인 규정을 별도로 마련하고 있다. 해당 규정은 국민참여재판법 제18조 내지 제20조에 명시되어 있는 것과 유사하게 직업, 나이, 해당 범죄 수사에 관여했던 인원 또는 건강 상태 등에 따른 배심원 자격 제한에 관한 사항들을 구체적으로 명시하고 있다.[123]

다음으로 미군의 경우 군법회의에서의 배심원 선정에 관한 기준은 美 통일군사법전 제25조[124] 및 군법회의 매뉴얼[125]에 명시되어 있다. 그리고 군법회의에서 세부적인 배심원 구성은 대상 사건에 대한 판결이 '사형을 부과할 수 있는지' 여부에 따라 차이를 보인다.

보통 군법회의에서 사형이 부과되지 않는 사건의 경우에 배심원은 8명이지만, 관할관[126]에 의해 예비 배심원을 추가로 둘 수 있다.[127] 다만 사형이 부과될 수 있는 사건의 경우에는 배심원은 8명이 아닌 12명으로 구성되며, 관할관에 의해 예비 배심원을 추가로 둘 수 있다.[128] 특별 군법회의의 경우에는 사형을 부과할 수 없는 사건들이 그 대상이 되므로 배심원은 4명으로 구성되지만, 일반 군법회의와 같이 추가적인 예비 배심원의 편성은 가능하다.

---

123) JSP 830 volume 2, Chapter 28, *supra* n. 113, pp. 2-28-7 ~ 8.

124) UCMJ Art. 25. Who may serve on courts-martial.

125) Manual for Court-Martial United States(2019 edition), Part II Rules for Courts-Martial, CHAPTER V. Court-Martial Composition and Personnel, p. Ⅱ-50, https://jsc.defense.gov/Portals/99/Documents/2019%20MCM%20(Final)%20(20190108).pdf ?ver=2019-01-11-115724-610(접속일 : 2021. 11. 30.).

126) 지대남, "미국의 군사법제도에 있어서 지휘관의 권한", 공법학연구 제12권 제1호, 2011, 248면에 따르면 관할관이란 법원의 구성원 임명과 기소를 통하여 군법회의를 설치할 수 있는 권한을 가지고 있는 지휘관을 말한다. 관할관은 소집될 군법회의의 종류에 따라 상이하며 美 연방의회는 UCMJ를 통하여 어떤 지휘관 또는 장교가 각급 군법회의의 관할관이 될 수 있는지를 명시하고 있다. 보통군법회의의 관할관은 미합중국 대통령, 국방부장관, 각 군 장관 그리고 일반적으로 여단급 이상 지휘관(장성급 장교)이 관할관이 된다. 특별군법회의의 관할관은 보통군법회의의 관할관 또는 연대급 지휘관이, 약식군법회의는 보통/특별군법회의 관할관 또는 대대급 지휘관(독립 중대장 포함)이 관할관이 된다.

127) MCM(2019 edition), *supra* n. 125, Rule 501(a)(1)(A), p. Ⅱ-50. 다만 배심원 기피 또는 배제로 인하여 배심원 명부 작성 이후에 8명 이하로 인원이 줄어드는 경우에는 6명 또는 7명의 배심원도 구성이 가능하다.

128) *Ibid.*, p. Ⅱ-50.

함께 기소된 피고인들이 각각 다른 군에 소속된 경우에는 해당 지휘관이 승인하거나 관할관의 허가가 있으면 다른 소속의 군인을 배심원으로 참여시킬 수 있다.[129] 배심원의 자격은 원칙적으로 장교 또는 준사관에게만 부여되고, 피고인보다 계급이 낮으면 배심원으로 참여할 수 없다.

다만 피고인이 병사(enlisted)인 경우에만 예외적으로 병사 배심원의 최소 할당 인원을 법령에서 규정[130]하고 있는데, 그 인원은 전체 배심원의 1/3 이상이 되어야 한다.[131]

미군의 경우에는 영국과 달리 세부적으로 누가 배심원이 될 것인지 최종적으로 결정하는 권한은 관할관에게 전적으로 일임되어 있다. 관할관의 의견에 따라 나이, 교육수준, 훈련경험, 복무기간, 법적성향 등이 배심원 결정의 기준으로 고려되고 있기 때문이다.[132]

이외에도 미군 역시 영국군의 복무규범과 같이 군법회의 매뉴얼 상에 배심원 자격요건에 관한 일반적인 규정을 마련하고 있는데, 일례로 고소인, 검사 측 증인, 수사에 관여한 장교, 변호인의 경우에는 배심원으로 참여할 수 있는 자격이 제한된다.[133]

배심원의 자격과 구성에 있어서 '주한미군에 대한 美 군사법원 재판'의 경우에도, 위에서 설명한 '배심원 선정 및 구성에 관한 규정'이 동일하게 적용된다. 물론 카투사의 경우에는 美 통일군사법전의 적용 대상에서 제외되므로 배심원으로 참여할 수 없다.[134]

---

129) MCM(2019 edition), *supra* n. 125, Rule 503(b)(4)(3), p. Ⅱ-56.
130) Lamb, Stephen A. "The Court-Martial Panel Selection Process: A Critical Analysis." *Military Law Review* 137, 1992, p. 126.
131) MCM(2019 edition), *supra* n. 125, Rule 903(a)(1)(A)(ⅱ), p. Ⅱ-107에 따르면 피고인이 병사일 때 장교 전체로 배심원이 구성되도록 요구할 수도 있다.
132) *Ibid.*, Rule 502(a)(1), p. Ⅱ-50.
133) Lamb, Stephen A. *supra* n. 130, p. 126.
134) Regulation 600-2, *supra* n. 111, p. 22.

제 2 절 비교를 통한 시사점

Ⅰ. 군사재판에서의 배심재판 대상 범죄 범위의 구체성

영국군과 미군 모두 군사재판의 대상이 되는 모든 범죄에 대하여 배심재판을 허용하는 것은 아니다. 가벼운 규범 위반 및 범죄 등의 경우에는 약식재판 또는 약식군법회의를 통해 지휘관 또는 일반 장교가 일정 기간 구금형 등을 선고하는 것으로 그 절차를 종결한다. 범죄의 정도가 심각하거나, 범죄를 부인하는 때에만 배심재판을 진행하기 때문에 전체 범죄에서 배심재판이 차지하는 비율은 그리 높지 않다.[135]

두 국가 모두 군사재판에서의 배심재판의 대상이 되는 사건은 군사에 관한 범죄뿐만 아니라 일반 형벌 법규에 규정된 범죄 일부를 포함하여 규정하고 있다. 또한 '어떤 범죄가 배심재판의 대상이 될 수 있는가'에 관하여 그 기준에는 다소 차이가 있지만, 그 범위를 법령 또는 하위 규정을 통해 구체적으로 지정하고 있다는 점에서는 공통점을 가진다.[136] 영국군의 경우에는 군사재판에 반드시 회부되어야 하는 범죄를 군 복무교범상에 명시하고 있고,[137] 미군도 특별 군법회의 또는 보통 군법회의의 대상이 되는 범죄로 배심재판의 대상이 될 수 있는 사건의 범위를 한정하고 있기 때문이다.

다만 미군의 경우 통일군사법전 제134조의 일반조항(General Article)을 통해 군법회의의 대상이 되는 '부적절한 행위'로 포함하는 데 있어, 광범위한 재량[138]을 부여하는 것처럼 보일 여지가 있다. 그러나 군법회의 매뉴얼을

---

135) 조의행, 전게논문, 21면

136) 배심재판의 대상이 되는 범죄 자체를 지정하는 것이 아니라 군법회의에 회부되어야 하는 범죄를 지정한다고 하는 것이 더욱 명확하다.

137) JSP 830 volume 1, Chapter 6, *supra* n. 95, pp. 1-6-D-1 ~ D-5.

138) UCMJ Art. 134 General Article은 UCMJ에 직접적으로 언급되어있지 않더라도 '군의 질서와 군기를 저해하는 행위 또는 군의 명예를 실추시키는 행위(All disorders and neglects to the prejudice of good order and discipline in the armed forces, all conduct of a nature to bring discredit upon the armed forces)'에 대해 법원의 재량으로 처벌될 수 있음을 언급하고 있다.

통해 위 일반조항에 해당하는 행위들을 별도로 열거하고 있음을 고려하면 대상 사건의 지정 역시 일정한 범위로 한정된다고 볼 수 있다.

다만 원칙적으로 배심재판에 해당하지 않는 약식재판(약식군법회의)이라 하더라도 피고인의 선택에 따라 군사재판을 선택할 수 있으므로 배심재판이 진행될 가능성은 있다.[139][140] 또한 영국군의 경우 일반 국민이 범한 범죄라 하더라도 '범죄 관할권협약'에 따라 별도로 군사재판이 이뤄질 수 있는 예외적인 경우[141]가 발생하기도 한다.

Ⅱ. 배심원의 자격과 구성에 있어 영향을 주는 요소들

영국군과 미군은 군사재판에서의 배심원 자격을 대부분 군인으로 한정하고 있고, 피고인의 계급 또는 신분에 따라 배심원 구성에 관한 차등을 부여하고 있다. 그리고 이런 배심제의 독특한 형태가 정립되는 데 있어 두 국가의 역사적·안보환경적 특성이 주요한 요소로 작용하였다.

우선 영국군과 미군 모두 역사적으로 볼 때 군사재판에서의 배심제가 도입된 초기부터 군인의 배심원 참여가 자연스럽게 이루어졌다. 최초로 영국군에서 군사재판에 대한 배심재판이 이루어진 것은 1642년이었는데, 당시 군법 집행을 위한 장관급 장교와 56명의 장교로 구성된 위원회를 소집하였고 1686년에는 영국의 제임스 2세(James Ⅱ)가 영국군 규범(English Military Discipline)을 재정비하면서 대위 계급(captain) 이상으로 구성된 최소 7명의 장교가 배심원으로서 평결하도록 규정하였다.[142]

---

139) JSP 830 volume 1, Chapter 9[Summary hearing and activation of suspended sentences of service detention (manual of service law)], Right to elect, p. 1-9-49.

140) 도중진, 전게논문, 171면에 따르면 피고인이 약식재판을 거부하였을 때 지휘관의 판단으로 특별군법회의 또는 보통군법회의에 넘겨질 수 있다.

141) Loisa Brooke-Holland, "The Military Justice System : an introduction", 2014, p. 6에 따르면 군법의 적용을 받는 일반 국민 또는 계약업자 등의 경우 군민법원(Service Civilian Court)에서 재판을 받을 수 있다. 영국 국군법에 따르면 제51조(Jurisdiction of the Service Civilian Court)에서 군민법원의 관할은 영국 내뿐만 아니라 외국에서도 적용되고, 제278조(Constitution and Proceedings of the Service Civilian Court)에 따라 재판은 단독 일반 국민 판사(judge advocate)가 주재하게 된다.

미군도 영국군의 영향을 받아 군법회의 초기에는 최소 13명 이상의 군인 배심원을 지정하였으나, 이후 남북전쟁 등을 거치면서 세부적인 배심원 편성 규정을 마련하였다.[143] 1916년 전쟁법(Article of War) 수정을 통해 현재와 같은 형태의 보통군법회의, 특별군법회의, 약식군법회의를 구성하게 되었고, 군 배심원 구성에서도 최소 3명에서 13명까지 그 인원을 다양하게 편성하였다.[144] 때문에 위 두 국가의 경우에는 역사적인 제도 수립 과정에서 볼 때 군사재판에서의 군인 배심원 참여가 재판의 일반적인 형태로 인식되었을 가능성이 크다.

역사적 측면을 차치하더라도, 영국과 미국의 안보 환경적 특성은 별도의 군 사법제도를 구성하는 한편 배심원으로 군인이 참가하는 것을 보장해야만 하는 또 다른 원인으로 작용하였다.

우선 영국과 미국이 전 세계에 많은 군 병력을 파견하고 있다는 점은 별도의 군 사법제도 운용을 정당화하는 근거가 될 수 있다. 2007 ~ 2014년까지 해외에 파병된 영국군은 약 169,000명으로 이라크, 아프가니스탄, 북아일랜드, 보스니아와 같은 분쟁지역에서 작전을 수행하고 있는 인원은 약 148,000명에 달한다.[145]

2021년 기준으로도 영국군은 케냐의 육군 훈련부대(British Army Training Unit Kenya)에 약 380명, 에스토니아·라트비아·리투아니아·폴란드에 약 900명, 캐나다 및 이라크에 각 1,400명 등이 주둔하여 임무를 수행하고 있다.[146]

---

142) Lamb, Stephen A. *supra* n. 130, p. 114.

143) *Ibid.*, pp. 116-118.

144) *Ibid.*, pp. 114-124에 따르면 군사재판에서의 배심원 참여에 대한 기원은 명확하지 않지만, 1621년 스웨덴의 구스타프 아돌프 왕(King Gustavus Adolphus)이 연대 군사법원(Regimental Court-Martial)과 상설 군사법원(Standing Court-Martial)을 분리 운용하면서 최초로 도입되었다가, 이후 영국의 군사법원 체계에 영향을 미친 것으로 알려지고 있다.

145) Defence Statistics Ministery Of Defence, pp. 2-4, https://assets.publishing.service. gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/412959/PUBLIC_1425293223.pdf.(접속일 : 2021. 11. 30.).

146) https://www.army.mod.uk/deployments/(접속일 : 2021. 11. 30.).

미군의 경우에는 2020년 3월을 기준으로 독일 36,000명, 영국 및 이탈리아에 약 10,000명, 그 외 스페인·바레인·UAE 등에 수천 명의 군인을 주둔[147]시키고 있고, 특히 우리나라에도 약 28,500명의 주한미군이 배치되어 임무를 수행하고 있다.[148]

이런 대규모 군 병력의 해외 파병은 군 내 범죄 발생 시 이에 대한 적절한 처리 방안의 필요성을 마련하도록 하는 원인이 될 수 있다. 그리고 여기에서의 적절한 처리 방안이라는 의미는 이런 해외 주둔지역에서 '신속하고 효율적으로 범죄를 처리함으로써 군의 임무 수행 여건을 보장한다'라는 것을 뜻한다. 더욱이 이런 안보환경적 요소와 맞물려 군 사법제도에 대한 영국과 미국 사회의 긍정적인 인식은 여러 사례를 통해 경험적으로 확인되기도 한다.

영국의 경우 2006년 국군법 제정 시 국회 서민원(House of Commons) 회의록에서 별도의 군 사법제도의 필요성과 그에 대한 인식을 확인할 수 있다. 당시 육군 검찰국장(the Army Prosecuting Authority) 호웰(Howell) 소장(少將)은 군사법원의 관할과 관련된 답변에서 '군사법원이 영국 내에서 거의 활용되지 않을 것이지만, 해외의 파병된 인원의 경우에는 그 효용성이 있음을 언급'하고 있고,[149] 서민원 역시 그 답변에 수긍하는 태도를 보이며 일반 법원의 관할권에서 그 예외를 인정하고 있기 때문이다.[150]

---

147) "주요국 미군 주둔 현황", 연합뉴스, 2021. 2. 5, https://www.yna.co.kr/view/GYH20210205000100044?section=search(접속일 : 2021. 11. 30.).

148) "바이든 시대의 주한미군 고차방정식", 동아일보, A33면(2020. 12. 29.자).

149) Armed Forces Bill, Special Report of Session 2005-06, Volume I, "Jurisdiction of court martial" 93, p. 31, 원문은 Major General Howell, head of the Army Prosecution Authority, explained that the power to try those more serious cases in courts martial in the United Kingdom would be used rarely, but would be useful if a Service man or woman committed related offences abroad. He told us that: "I can see a situation where if you had a soldier committing murders in a lot of different countries, one of which is the UK, it may be easiest for a court martial to try the case because the court martial can move around countries and listen to witnesses locally and has that other advantage. I do think it is something that is going to be very rare, to be frank, but I can imagine the situation might exist.", https://publications. parliament. uk/pa/cm200506/cmselect/cmarmed/828/828i.pdf(접속일 : 2021. 11. 30.).

150) *Ibid.*, p. 31, 원문은 We accept the arguments for extending the jurisdiction

미국 역시 해외 파병이라는 안보 환경에 비추어 별도의 군 사법제도 유지의 필요성을 어느정도 인정하고 있다. 특히 2013년 美 국방성에 설치된 '군 사법 검토회의(The Military Justice Review Group)'의 보고서를 통해 군 사법제도에 대한 긍정적 인식을 간접적으로 확인할 수 있다. 해당 보고서에서는 전 세계에 미군이 파병된 상황, 그리고 전투가 지속되는 상황에서 군 사법 정의가 실현되기 위해서는 특별한 사법제도가 필요하다고 언급한다.[151] 더욱이 이런 군 사법제도는 군의 임무, 기능 및 목적 등을 고려했을 때 일반적인 사법제도와 양립할 수 없음을 강조하기도 한다.[152]

더욱이 이런 군 사법제도의 적절성에 대한 의견은 군 내부의 의견으로만 국한되지 않는다. 일례로 2014년 美 연방의회의 자문기구인 '성폭력 범죄 대응위원회(the Response Systems to Adult Sexual Assault Crimes Panel)'는 군 사법제도에서의 성폭력 범죄 처리의 적절성에 대해 검토하였다. 해당 위원회가 의회에 제출한 보고서에 따르면 군 내 성범죄 처리에 있어 '군 사법제도가 민간의 제도에 비해 부적절하다는 뚜렷한 증거가 없음'을 밝히고 있는데,[153] 이는 비록 성범죄에 국한되는 것이기는 하지만 군 사법제도에 대한 그 고유의 역할과 기능이 민간과 비교했을 때도 적절하게 작동하고 있다는 의미로 해석될 수 있기 때문이다.

이외에도 실제 전장에서 범죄가 발생하였을 때 별도의 군 사법제도가 없어서 해당 인원에 대한 재판이 본국에서 이뤄져야 한다면, 군인이 전투기피를 목적으로 의도적인 범죄를 저지르고 재판을 위해 전투지역에서의 이탈, 그리고 본국으로의 송환(in order to be sent home for trial to escape the dangers of a combat zone)을 요구할 수 있는 문제가 발생할 수 있다는 점[154]이 독자적인 군 사법제도의 필요성으로 제기되기도 한다.

---

of courts martial so that they may consider those serious cases.

151) "Report of the Military Justice Review Group Part I : UCMJ Recommendations", Military Justice Review Group Arlington United States, 2015, p. 19.

152) *Ibid.*, p. 20.

153) "Sexual assault panel: Keep prosecutions in chain of command", STARS AND STRIPES(2017. 7. 1.자), https://www.stripes.com/news/sexual-assault-panel-keep-prosecutions-in-chain-of-command-1.291370#.YYEorSJv3vA.link(접속일 : 2021. 11. 30.).

앞서 제기된 주장, 그리고 이에 따른 여러 사례 등을 종합해보면 결국 '대규모 해외 파병'이라는 안보 환경적 특성은 영국과 미국에서의 독자적인 군 사법제도 운용을 정당화하는 요소로 작용할 가능성이 크다.

나아가 해외로 파병된 병력이 실제 전투 임무에 투입되는 경우, 이는 군사재판의 배심원이 군인으로 한정될 수밖에 없는 상황을 초래한다. 일부 비전투부대가 포함되어 있기는 하나, 영국군과 미군의 파병 인원 상당수는 해외 접경지역 또는 분쟁지역에서 실제 전투 임무를 수행하고 있다. 전투 임무 수행 간에 범죄가 발생할 때 일반 국민이 군사재판에 참여한다는 것은 안전상 또는 보안상의 문제로 제한될 확률이 높다.

또한 전투지역에서 발생하는 범죄는 병영 내 또는 전투가 실제 발생하는 지역에서 일어나는 경우가 대부분이므로, 그 범죄사실에 대한 증인 또는 그 범죄 발생에 관한 맥락을 이해할 수 있는 인원들[155]은 함께 임무를 수행하고 있는 군인이 될 확률이 높다. 때문에 해당 지역에서의 군사재판에 있어 일반 국민의 배심원 참여 가능성은 자연스럽게 줄어들 수밖에 없다.

생각건대, 영국군과 미군 모두 역사적으로 군사재판에서 배심제 도입에 관한 역사적인 공통점을 가지고 있다. 또한 대규모 군 병력을 해외로 파견하고 있다는 점은 주둔지역에서 발생하는 군 범죄에 대한 독자적인 군 사법제도를 정당화하는 측면이 있다. 나아가 상당수 부대가 실제 전투 임무에 투입된다는 것은 군 사법제도의 독자성을 강화하는 한편, 군사재판에서의 배심원을 군인으로 한정할 수밖에 없는 원인으로 작용하게 된다.

---

154) McCormack, Matthew J. "Reforming Court-Martial Panel Selection: Why Change Makes Sense for Military Commanders and Military Justice.", *George Mason Law Review* vol. 7 no. 4, 1999, p. 1031에서는 이를 근거로 군 사법제도의 자족성(Self-Sufficiency)을 주장한다.

155) Maurer, Daniel. "The Unrepresentative Military Jury: Deliberate Inclusion of Combat Veterans in the Military's Venire for Combat-Incidental Crimes.", *Ohio State Journal of Criminal Law* vol. 6 no. 2, 2009, p. 804에 따르면 전투 수행과정에서 적의 공격과 같은 급박한 상황은 군인의 행동에 있어 범죄행위가 발생하는 맥락을 재구성하게(The forces, factors, and feelings that drive a soldier's conduct while under fire reshape the context in which the criminal actions occur) 된다고 주장한다.

결국 역사적 측면 및 안보 환경적 측면의 공통점에서 기인하여 영국군과 미군 모두 군 사법제도의 운용과 군인의 배심원 참여를 법적으로 보장하는 형태로 제도를 구상해왔다고 볼 수 있다. 그러나 제도 운용의 측면, 즉 군인의 배심원 참여에 있어 그 '선발과 구성의 적절성'에 관한 문제에 대해서는 서로 다른 인식을 보인다는 점에서 배심제 도입에 관한 또 다른 시사점을 도출할 수 있다.

영국군과 미군은 군사재판에서의 배심원 구성에 있어 피고인의 계급에 따라 배심원 계급의 차등을 부여하고 있다는 점에서 상호 유사한 제도를 운용하고 있지만, 영국군의 경우 이런 배심원 구성에 대한 차등의 부여가 재판의 공정성 측면에서 특별한 문제로 제기되지는 않는다. 반면 미군의 경우에는 '이런 차등의 부여가 불공정한 재판을 초래할 수 있다'라는 비판에 지속해서 직면[156]하고 있다.

그리고 이런 인식의 차이는 양국의 배심원 선정 방식, 그리고 이와 관련된 절차의 진행에 대한 '군의 영향력으로부터의 독립' 여부에서 기인하는 것이라 할 수 있다. 우선 영국군의 경우 군사재판에서의 배심원은 군사재판 지원실에서 일괄 선발된다.[157] 군사재판 지원실의 수장은 민간인이며, 그 외 구성원 대부분 민간 공무원으로 구성되어 있다. 때문에 배심원 선정에서도 군 조직의 영향에서 벗어날 뿐만 아니라 그 지위와 권한의 독립성 역시 보장받을 가능성이 크다.[158] 반면에 미군의 경우에는 관할관이 나이, 교육수준, 훈련수준, 경험, 복무기간, 법적기질 등을 고려하여 '가장 적합한(best qualified)' 인원을 배심원으로 선발한다.[159]

문제는 미군의 제도하에서 배심원이 될 수 있는 '가장 적합한 인원'이라는 기준이 그다지 명확한 개념이 아니라는 점이다. 군법회의의 배심원 선정에 있어 가장 적합한 기준은 대체로 군 조직의 상급자로 오래전부터

156) Jeremy S Weber. "Court-Martial Nullification: Why Military Justice Needs a Conscience of the Commander", *The Air Force Law Review 80*, 2019, p. 35.
157) 조의행, 전게논문, 19면.
158) 상게논문, 26면.
159) MCM(2019 edition), *supra* n. 125, Rule 502(a)(1), p. Ⅱ-50.

해석되어 왔는데, 이런 인식은 단지 '상급자들이 군에 더 오랫동안 복무해왔기 때문에, 조직의 안정과 지속에 있어 더 적합한 판결을 내릴 것'이라는 믿음[160]에 기반하고 있다. 더욱이 이런 상급자 위주의 선정은 피고인에게 있어 더 가혹한 형벌을 만들어내는 경향[161]으로 나타나기도 했는데, 실제 2차 세계대전 기간 동안 미국에서 다뤄진 200만 건의 군사재판을 통해 경험적으로 증명되기도 하였다.[162]

미군의 배심원 선정에 관한 또 다른 문제는 '적합한 배심원을 선정하기 위한 과정 일체를 관할관의 선한 신념에 기댈 수밖에 없다'라는 점[163]이다.

배심원 선정에 대한 관할관의 재량은 광범위[164]하기 때문에 이런 불확실한 기준은 재판에 있어 관할관의 의도를 쉽게 반영할 수 있는 수단으로 작용한다. 더욱이 관할관이 배심원 선정에 있어 불가피하게 외부의 영향을 받을 수밖에 없다는 점[165]을 고려하면 '공정한 배심원 선정'에 대한 의문이 지속해서 제기될 개연성은 충분하다. 물론 그 권한의 남용을 막기 위해 美 통일군사법전은 명문 조항을 통해 관할관이 재판 이후 특별한 경우가 아니면 임의로 배심원을 변경할 수 없도록 규정하거나[166] 관할관 및 기타 지휘관의 부당한 영향력 행사를 엄격하게 금지하고 있지만,[167] 재판 과정 전반에 있어 그 영향력이 행사되지 않는다는 것은 현실적으로 어렵다.

결국 군사재판에서 배심원 구성에 있어 서로 다른 인식은 그 '배심원을 구성하는 주체가 독립적으로 판단할 수 있는 권한을 부여받고 있는가'와 관련된다. '법적으로 군과 독립적으로 기능'할 수 있는지, 그리고 그 '권한 행사에 있어 법적으로 지위를 보장받는지'가 배심재판의 독립성·공정성을 인정받는 데 있어 중요한 요소로 작용한다는 것이다.

---

160) McCormack, *supra* n. 154, p. 1049.
161) Jeremy S Weber. *supra* n. 156, p.151.
162) Lamb, Stephen A. *supra* n. 130, p. 120.
163) *Ibid.*, p.143.
164) "Military Law: Court-Martial Jurisdiction." *Law and the Social Order* vol. 1970 no. 3, 1970, p. 464.
165) Jeremy S Weber. *supra* n. 156, p. 47.
166) MCM(2019 edition), *supra* n. 125, Rule 502(c)(2), p. Ⅱ-58.
167) UCMJ Art. 37. Command Influence.

제 4 장 군사재판에서의 배심재판 대상 사건의 범위

제 1 절 대상 사건 범위를 설정한 규정의 입법 방식상 모호성

Ⅰ. 국민참여재판법의 규정을 준용하는 방식으로 인한 모호성

군사재판에서의 배심제 도입에 관한 사법제도개혁추진위원회 및 국회 논의 당시 그 대상 사건의 범위는 장병참여재판법안 제5조를 통해 구체화되었다.

그리고 그 범위는 국민참여재판법 제5조의 내용을 그대로 준용하되, 군형법에 관한 범죄 중 일부를 지정하여 추가하는 형태로 작성되었다.

당시 국민참여재판법[168] 제5조 제1항은 형법상의 특수공무집행방해치사, 현주건조물 등 방화치사, 강간 등 상해·치상, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률상의 뇌물, 체포·감금등의 치사 등 일정 범죄를 구체적으로 열거하는 형태로 그 대상 사건을 규정하였다. 때문에 장병참여재판법안 제5조가 이를 준용하여 군사재판에서의 배심재판 대상 사건을 지정하는 데 있어 별다른 문제는 없었다.

그런데 2012년 국민참여재판법의 일부개정[169]을 통해 그 대상 사건을 '법원조직법 제32조 제1항에 따른 합의부 관할사건(제2호 및 제5호 제외), 제1호에 해당하는 사건의 미수·교사·방조·예비·음모죄에 해당하는 사건 및 형사소송법 제11조에 따른 관련 사건 등'으로 변경하였다. 그리고 법원조직법 32조 제1항에 따른 합의부 관할사건은 '합의부에서 심판할 것으로 합의부가 결정한 사건(제1호), 사형·무기 또는 단기 1년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 사건(일부 제외/제3호), 제3호의 사건과 동시에 심판할 공범 사건(제4호)' 등을 포함하고 있었다.

---

168) [시행 2008. 1. 1.] [법률 제8495호, 2007. 6. 1. 제정]
169) [시행 2012. 1. 17.] [법률 제11155호, 2012. 1. 17. 일부개정]

문제는 장병참여재판법안이 대상 사건을 지정하는 데 있어 이전과 같이 국민참여재판법의 내용을 준용하는 경우 '그 범위를 어느 정도로 할 것인가'에 대한 판단의 기준이 다소 모호해졌다는 점에 있다.

우선 법원조직법 제32조 제1항 제1호는 단독사건임에도 불구하고 재정합의 결정에 따라 합의부에서 심판하도록 결정한 사건을 그 대상으로 하고 있다. 그러나 군사법원법[170] 제22조에 따라 군사법원의 재판은 약식절차를 제외하고는 원칙적으로 합의부에서 진행하도록 규정하고 있으므로, 이를 장병참여재판법안에 그대로 준용하는 경우 군사법원에서 처리하는 모든 사건이 배심재판 대상 사건의 범위에 포함될 수 있다.

물론 법원조직법 제32조 제1항 제3호의 경우에는 구체적인 법정형을 기준[사형·무기 또는 단기 1년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 사건(일부 제외)]으로 그 대상 범위를 지정하고 있으므로 장병참여재판법안의 대상 사건 범위를 지정하는 데 있어 일정한 지침이 될 수는 있다.

다만 법원조직법의 내용을 살펴보면 구체적인 법정형을 기준으로 대상 사건의 범위를 지정하면서도 일부 범죄의 경우에는 그 범위에서 배제하고 있는바, 특정 범죄에 대한 배제의 규정 등이 군사재판에 관한 사항에서도 적용될 필요가 있는지 판단해 볼 필요가 있다.

또한 2008년부터 국민참여재판 도입 이후 배심재판에 관한 구체적인 자료가 지속해서 축적되고 있으므로, 그에 대한 분석을 통해 배심재판의 대상 사건 범위를 적절한 수준으로 재판단하는 것이 필요하다고 본다.

---

170) [시행 2022. 7. 1.] [법률 제18465호, 2021. 9. 24. 일부개정]

Ⅱ. 대상 사건의 지정에 있어 대법원규칙 위임에 따른 모호성

장병참여재판법안 제5조 제2호는 국민참여재판법 제5조에는 존재하지 않는 내용으로 군형법에 대한 그 대상 사건의 범위를 지정하기 위해 별도로 마련된 규정이다. 다만 그 내용이 '군형법 범죄 중에서 대법원규칙에 따라 그 대상 사건을 지정'하도록 하고 있을 뿐이므로 '배심재판의 대상 범죄가 구체적으로 무엇이 될 것인지' 판단하는 데 어려움이 있을 수 있다.

우선 장병참여재판법안 제5조 제2호에서 언급하고 있는 '군형법 위반 사건'이 단순히 군형법(이하 협의의 군형법)이라고 명시되어 있는 법률에 언급된 범죄만을 포함하는 것인지, 아니면 협의의 군형법 이외에 군사기밀 보호법, 군사기지 및 군사시설 보호법, 군용물 등 범죄에 관한 특별조치법 등의 군사(軍事)와 관련된 범죄를 포함(이하 광의의 군형법)하는 것인지 문제 될 수 있다.

왜냐하면 군형법이 '군사에 관한 범죄와 이에 대한 형사제재에 대한 법규범'을 의미하는 것이기 때문에,[171] 협의의 군형법 이외에 군사시설·군용물과 관련된 범죄에 대해서도 그 내용을 광의의 군형법으로 포함할 여지가 있기 때문이다.[172] 다만 군사재판에서의 배심제 도입이 군사재판의 독립성·공정성 보장을 위해 도입된다는 점을 고려[173]하면, 협의의 군형법 뿐만 아니라 군사에 관한 특별법 전체를 포함하는 광의의 군형법으로 그 의미를 확장하여 해석하는 것이 적절하다고 본다.

장병참여재판법안 제5조 제2호에서 말하는 군형법이 협의인지 광의인지를 떠나 '대법원규칙으로 군사재판에서의 배심재판 대상이 되는 사건 일체를 정하도록 하는 것'에 대한 핵심적인 문제[174]는 그런 법률의 위임이 '포괄위임금지원칙'을 위반할 소지가 있다는 점이다.

---

171) 이상철&김현주&이명재&김회동&차경상&안준형, 전게서, 7면.
172) 상게서, 7면.
173) 사법제도개혁추진위원회 자료집 제3권, 41면.
174) 법제사법위원회 제259회 제4차 회의록(보존부록), 2006, 605면.

권력분립의 원칙에 따라 법률의 제정은 입법부의 의무이지만, 일부 명령 또는 행정규칙 등으로 법률의 세부 내용을 입법하는 경우가 있다. 우리 헌법 제75조는 '법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항 또는 법률을 집행하는 데 필요한 사항에 관하여는 대통령령을 발할 수 있다'라고 규정하고 있는데, 이때 입법자가 '법률의 본질적인 사항까지 포괄적으로 행정부에 위임하여 명령, 규칙 등으로 입법하도록 해서는 안 된다'라는 것이 바로 '포괄위임금지원칙'[175]이다.

그러나 '대법원규칙에도 포괄위임금지원칙이 적용되어야 하는가'에 대해서는 의견의 대립이 있다. 왜냐하면 헌법 제108조가 '법률에 저촉되지 않는 범위 내에서' 대법원이 규칙을 제정할 수 있도록 보장하고 있으므로, 헌법 제75조의 내용처럼 위임받은 사항이 구체적으로 명시되지 않더라도 법률에 저촉되지만 않는다면 포괄위임금지원칙을 위반하는 것은 아니라고 주장[176]할 여지가 충분히 있기 때문이다. 이와 유사한 견해로 법률에 저촉되지 않는 범위 내에서는 대법원이 자기 책임하에 관련 규칙을 제정할 수 있는 권한이 있다는 점에서 이를 제한적이지만 자율적인 입법으로 보는 견해도 존재한다.[177]

반면 포괄위임금지원칙의 적용 필요성을 주장하는 견해에서는 포괄위임금지원칙의 의미가 '위임법률로부터 하위 법규에 규정되는 내용의 대강을 누구라도 예측할 수 있어야 한다'라는 뜻임을 강조한다.[178] 때문에 헌법 제108조에 따라 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 대법원규칙이 제정된다고 하더라도 그 대강의 내용에 대해서 예측 또한 가능해야 한다는 의미로 이해하는 것이다.[179] 다만 위 입장에서는 헌법 제108조에서 열거하고 있는 '소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 사항'에 대해서는 법원의 전문적이고 기술적인 사무와 관련된다는 점에서 수권

175) 이부하, "헌법재판소의 포괄위임금지 원칙 심사기준에 관한 고찰", 홍익법학 제21권 제3호, 2020, 167면.
176) 헌재 2016. 6. 30, 2013헌바27, 김이수&이진성&강일원 별개 의견.
177) 김해룡, "대법원규칙의 제정 근거와 한계", 외국법제정보 제49호, 2015, 242면.
178) 헌재 2014. 10. 30, 2013헌바368.
179) 헌재 2014. 10. 30, 2013헌바368.

법률로부터의 포괄위임금지원칙의 위배 여부를 판단하는 데 있어 그 위임의 명확성·예측가능성 등이 다른 사항에서 요구하는 수준에 비해 완화될 수 있음을 함께 언급한다.[180]

생각건대, 대법원규칙 역시 법률의 하위 규범이라는 점에서 대통령령 등과 동일한 위치에 있다고 볼 여지가 있다.[181] 또한 대법원규칙을 통해 '군사재판에서의 배심재판 대상이 되는 사건을 지정하는 것'이 헌법 제108조에서 언급하고 있는 '소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙'에 포함되는지에 대해서도 의문이 있다. 물론 헌법 제108조에 명시되어 있는 '대법원규칙으로 제정할 수 있는 사항'이 열거적인 조항이 아니라 예시적 조항이라고 보면,[182] 장병참여재판법안의 세부 시행 절차를 대법원규칙으로 지정하면서 그 대상 사건의 범위를 포함하는 것 또한 가능하다.

그러나 앞선 견해에 따라 대법원규칙으로 제정할 수 있는 사항이 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙뿐만 아니라 그 외의 사항을 포함할 수 있다 하더라도, 그것이 법원의 전문적이고 기술적인 사무와 관련 없는 내용(장병참여재판의 대상 사건 범위)이라면 그 위임의 명확성·예측가능성은 보다 엄격하게 적용되어야 한다고 본다.

대법원규칙에 대한 포괄위임금지원칙의 적용을 긍정하는 경우, 그 위임의 범위가 수권 법률상에 명시되어 있지 않더라도 타 법률을 통해 위임의 내용이 개략적으로 판단될 수 있는지 살펴보아야 한다. 즉 대법원규칙으로 '군사재판에서의 배심재판 대상 사건의 범위 지정'에 있어 장병참여재판법안에서 구체적인 기준을 설정하지 않았다고 하더라도, 타 법률 등에 의해 '그 대강의 기준과 범위를 합리적으로 인식할 수 있는 경우'에는 그 위임이 헌법에 위배되지 않을 여지가 있기 때문이다. 헌법재판소도 포괄위임금지원칙의 판단기준으로 '위임조항 자체에 어떤 기준이나 범위가 설정되어 있지 않더라도 법 전체의 체계, 그 내용에 비추어 그 대강의 기준과 범위를

180) 헌재 2016. 6. 30, 2013헌바27.
181) 김해룡, 전게논문, 251면.
182) 상게논문, 252-253면.

합리적으로 인식할 수 있는 경우'[183]에는 위 원칙을 위반하지 않는다고 판시하고 있다는 점은 이런 주장을 뒷받침하는 또 다른 근거가 된다.

국민참여재판법에서 그 대상사건의 범위를 규정한 제5조 제1항은 법원조직법 제32조 제1항에 따른 합의부 관할사건(제2호 및 제5호 제외)을 그 대상 사건으로 규정하고 있다.[184] 그리고 법원조직법 제32조 제1항은 재정합의사건, 즉 합의부에서 심판할 것으로 합의부가 결정한 사건(제1호) 또는 사형, 무기 또는 단기 1년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 사건(일부 제외/제3호) 등을 그 대상으로 포함하고 있다.

따라서 국민참여재판법의 내용을 고려한다면, 장병참여재판법안 제5조 제2호에서 대법원규칙으로 배심재판의 대상 사건이 될 수 있는 사건을 '재정합의사건' 또는 '사형·무기 또는 단기 1년 이상의 징역 또는 금고에 해당하거나 그에 상응하는 범죄(제3호)'를 기준으로 판단할 여지가 있다.

그러나 '재정합의사건'을 그 기준으로 고려하는 경우 군형법 전체 사건을 배심재판의 대상 사건으로 지정하게 되는 결과를 초래할 수 있으므로 이는 적절하지 못하다. 또한 법원조직법 제32조 제1항이 규정하고 있는 '단기 1년 이상이라는 구체적인 형의 기준' 또한 군형법에 관한 범위 지정에 있어 '대강의 기준과 범위를 합리적으로 인식'하는 기준이라고 보기는 어렵다. 왜냐하면 군형법의 경우 일반 형법의 내용보다 그 형벌이 가중되어 있고, 과실범(군용시설·노획물 과실 손괴, 군용물 분실죄 등)에 대해서도 일반 형법과는 달리 그 처벌범위를 확대[185]하고 있기 때문에 단기 1년 이상이라는 일반 형법에 대한 기준을 군형법에 그대로 적용하는 데에는 제약이 발생할 수 있다.

나아가 국민참여재판법에서 그 대상 사건의 범위 지정에 있어 '재정합의사건', 또는 '단기 1년 이상의 징역 또는 금고에 처하는 범죄' 등을 구체적인

183) 헌재 2014. 10. 30, 2013헌바368 ; 2005. 2. 3, 2003헌마359.
184) 그 외 국민참여재판법 제5조 제1호에 해당하는 사건의 미수죄·교사죄·방조죄·예비죄·음모죄(제2호) 및 제1·2호 사건과 관련 사건으로 병합하여 심리하는 사건 또한 그 대상 사건으로 포함된다.
185) 이상철&김현주&이명재&김회동&차경상&안준형, 전게서, 10-11면.

기준으로 정한 이유는 '국민의 사법 참여'라는 제도의 활성화, 사법제도의 인적·물적 여건을 고려하여 실질적인 운용을 도모하기 위한 입법적 선택[186] 이라고 보아야 한다. 따라서 그 입법적 선택이 군 사법제도에 적용되는 경우에는 군사재판의 인적·물적 여건 등에 관한 별도의 고려와 검토를 전제로 이뤄져야 할 필요성도 충분히 제기될 수 있다.

굳이 장병참여재판법안에서만 '군형법'에 국한하여 그 대상 사건 범위를 지정하는 '입법적 재량'이 대법원규칙을 통해서 이뤄져야 할 필요는 없다. 적어도 그런 예외의 인정이 필요했다거나, 혹은 이런 예외 인정에 있어 군 사법제도를 별도로 운용하고 있는 우리나라의 현실이 반영된 것이라면, 대법원규칙으로의 위임 필요성, 혹은 군 사법제도와 위임입법의 상관성 등에 대한 적절한 설명이 부가되었어야 한다고 본다.

이외에도 군사재판에서의 배심재판의 대상 사건 범위를 지정하는 것은, 피고인의 '배심재판을 받을 권리'의 행사 여부와 직접적으로 연결된다. 물론 배심재판을 받을 권리가 우리 헌법이 보장하는 기본권은 아니지만,[187] 피고인의 관점에서 배심재판을 선택하는 이유가 '더욱 공정한 재판을 받기 위해서라는 점'[188]을 고려하면 방어권의 보장 측면에서도 그 권리의 '행사 가능 범위'를 법률로 명확히 규정해야 할 필요가 있다.

대법원규칙으로 그 대상 사건의 범위를 지정해야 한다고 주장하는 또 다른 견해는 그 범위 지정에 관한 탄력적인 조정의 필요성을 강조하기도 한다. 헌법재판소 역시 위임입법에 있어 '규율대상이 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성·명확성 요건이 완화되어야 할 필요성이 있음'을 여러 결정에서 언급[189]하고 있다는 점을 본다면, 이런 주장 또한 충분히 타당할 여지가 있다.

일례로 민사집행법 제130조 제7항에 규정된 부동산 매각허가결정에 대한 항고 기각 시 보증으로 제공한 금액 중 반환을 요구할 수 없는 금액에

186) 헌재 2009. 11. 26, 2008헌바12.
187) 헌재 2009. 11. 26, 2008헌바12.
188) 김형국&정선희&조수진, 전게서, 64면.
189) 헌재 2014. 4. 24, 2012헌바412 ; 2015. 5. 28, 2013헌바82.

관한 이율을 대법원규칙으로 위임한 경우[190] 또는 민사소송법 제109조 제1항에서 소송비용으로 인정되는 변호사 보수의 범위를 대법원규칙에 위임한 경우[191]에 대하여, 헌법재판소는 '법정 이율 또는 소송비용으로 인정되는 범위의 지정에 있어 실제 현실을 고려한 탄력적인 범위 설정의 필요성이 있기 때문에 대법원규칙에 관한 위임이 포괄위임금지원칙을 위반하지 않는다'라고 판시하고 있다.

결국 헌법재판소가 대법원규칙에 따른 위임입법에 있어 포괄위임금지원칙을 위반하지 않았다고 판시한 사례들을 살펴보면 '대법원규칙이 법률과 비교했을 때 보다 탄력적으로 규범의 적용 범위를 조정할 수 있다는 점'을 강조하고 있음을 확인할 수 있다. 그러나 군사재판에서의 배심재판 대상 사건의 범위 지정이 앞서 언급된 법정 이율 또는 소송비용의 범위 등과 같이 탄력적으로 그 범위가 조정될 필요성은 크지 않다고 본다. 왜냐하면 국민참여재판법의 경우에도 2008년 제도 도입 당시에 대법원규칙으로 그 대상 사건의 범위를 확대할 여지를 마련해 놓았음에도 불구하고, 실제 그 범위의 조정은 2012년 법률개정을 통해 이루어졌기 때문이다.

물론 2008년 이후 약 5년간 제도의 시범 운용 기간을 두었다는 점을 고려하면, 대법원규칙보다는 법률의 개정을 통해 국민참여재판의 최종 형태를 확정하는 방안이 더 적절했을 수 있다. 뿐만 아니라 국민참여재판에 소모되는 인적·물적 소요가 상당하고,[192] 실제 국민참여재판 시행 건수가 매우 적은 현실[193]에서 대법원규칙을 통해 그 범위를 확장하는 것 자체가 법원의 업무 수행에 부담이 될 수 있었다는 점이 그 원인으로 작용했을 수 있다. 그러나 확실한 것은 배심재판의 대상 사건 범위의 조정이 대법원규칙으로 변경되어야 할 만큼 탄력성을 요구하는 것은 아니었으며, 법률의 개정 보다 더 신속히 이뤄져야 할 이유도 뚜렷하지 않았다는 점이다.

---

190) 헌재 2014. 10. 30, 2013헌바368.
191) 헌재 2016. 6. 30, 2013헌바370.
192) 의안 번호 189388, 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 일부개정안(이정현 의원 대표 발의), 16면에 따르면 2009년 기준 국민참여재판이 일반재판과 비교해 1건당 약 4,000만 원이 추가로 소모되는 것으로 파악된다.
193) "2년 새 반 토막... 외면받는 국민참여재판", 서울경제, 33면(2016. 1. 19.자).

제 2 절 대상 사건 범위를 설정하는 판단기준의 필요성

Ⅰ. 범죄의 법정형에 따른 범위 설정 기준

기본적으로 입법자는 장병참여재판법안의 도입 추진 당시 국민참여재판법 제5조를 준용하여 그 대상 사건의 범위를 설정하고자 하였다. 그와 더불어 군형법에 관한 사항에 대해서는 대법원규칙으로 그 범위를 지정하도록 하여 법원의 인적·물적 여건을 고려한 적절한 대상 사건의 범위를 판단하고자 했던 것으로 보인다. 그러나 대법원규칙으로 배심재판 대상 사건의 범위 일체를 정하는 것은 포괄위임금지원칙을 위배할 여지가 있고 위임입법의 필요성 또한 뚜렷하게 드러나지 않는다.

더욱이 군 사법제도의 인적·물적 여건은 일반 사법제도와는 다소 차이가 있으므로 군사재판에서의 배심제 도입에 있어 국민참여재판법의 내용 상당 부분을 준용한다고 하더라도, 그 대상 사건의 범위까지 동일하게 규정할 필요는 없다. 또한 2008년 이후 국민참여재판이 시행되었고 그간 축적된 경험과 통계는 단순한 추측이 아니라 군사재판에서의 배심제 도입에 있어 실제 제도 시행의 결과를 예측하는 적절한 수단이 될 수 있다.

따라서 이하에서는 국민참여재판과 관련된 통계자료를 활용하여 그 대상 사건 범위의 지정에 관한 적절한 기준을 판단해보고자 한다.

다만 통계자료의 활용에 있어 한 가지 고려되어야 할 점은 2008년부터 국민참여재판이 시행되기는 했지만, 2012년 국민참여재판법의 일부개정을 통해 그 대상 사건의 범위가 상당히 변경되었다는 점이다. 때문에 2012년 이전의 통계와 그 이후의 통계는 그 대상 사건의 변경으로 인해 일관되지 않는 부분이 있으므로, 이하에서는 관련 자료의 확보, 비교의 편의성 등을 고려하여 2012 ~ 2018년까지의(이하 해당 기간) 통계자료를 중심으로 적절한 판단기준을 정립하고자 한다.

우선 장병참여재판법안이 현행 국민참여재판법의 대상 사건 범위를 그대로 준용하는 경우 실제 배심재판으로 진행될 수 있는 사건이 어느 정도인지 판단해보아야 한다. 장병참여재판법이 국민참여재판법 5조의 내용을 준용한다고 가정했을 경우 모든 규정을 적용하는 것은 부적절하므로(재정합의 사건 제외), 일부 적용 가능한 규정(사형·무기 또는 단기 1년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 사건)만을 기준으로 설정하였다.

사형·무기 또는 단기 1년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 사건을 그 기준으로 적용하는 경우 해당 기간 동안 군사재판에서 배심재판으로 진행할 수 있는 사건은 총 467건이 된다.[194] 그리고 위 수치(467건)는 해당 기간(7년) 동안 배심재판의 대상이 될 수 있는 사건의 총합이므로, 결국 연평균 67건의 사건만이 군사재판에서 배심재판으로 진행될 수 있다.

물론 배심재판의 대상 사건이 된다고 해서 모두 실제 재판으로 이루어지는 것은 아니다. 따라서 실제 재판으로 진행되는 건수를 판단하기 위해, 국민참여재판의 통계를 참조할 필요가 있고, 해당 기간 동안 실제로 이뤄진 국민참여재판은 1,873건(연평균 268건)으로 전체 국민참여재판 대상 건수 141,612건의 약 1.3%에 해당함을 확인할 수 있다.[195]

전체 국민참여재판 대상 사건 중 실제 재판으로 진행되는 비율이 약 1.3%라는 점을 고려하면, 군사재판에서의 배심재판 대상 사건(연평균 67건) 중 실제 재판으로 진행되는 것은 연 1건 미만이 된다. 이는 군사재판에 있어 배심제 도입의 실효성을 담보할 수 없게 만드는 원인이 될 수 있는데, 왜냐하면 실질적인 제도 정착을 위해서는 일정 수준의 제도 시행과 경험의

194) 이 글에 언급된 배심재판 대상 사건에 관한 수치는 제346회 국회 국정감사 2016년도 국정감사 요구자료(1권)(군사법원 소관)에 포함된 최근 5년간 군별 형사사건 현황 및 국방통계연보(2017-2019년)의 형사사건 처리 현황을 참조하여 계산하였다. 다만 위 수치상으로는 법정형에 따른 범죄 구분이 통계에는 명확히 반영되어 있지 않은바 단기 1년 이상의 범죄를 판단하는 데 살인, 과실치사상, 횡령·배임, 국가기밀보호법 및 국가보안법 위반사항만을 포함하여 계산하였다. 일반 횡령·배임의 경우 단기 1년 이상에 포함되지 않지만, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 의거 가중처벌 되는 사안이 다소 있을 것으로 판단하여 대상에 포함하였다, 국회도서관 https://www.nanet.go.kr/main.do(접속일 : 2021. 11. 30.).

195) 박미숙&서주연&최이문, 형사정책과 사법제도에 관한 평가연구(ⅩⅢ) -국민참여재판 시행 10년 차 평가와 정책 방안 연구, 한국형사정책연구원 연구총서 19-B-02, 2019, 91면.

축적을 통한 제도 개선이 이뤄져야 할 필요가 있기 때문이다.[196]

결론적으로 군사재판에서의 배심재판 대상 사건 범위를 재판단하는 데 있어 기본적인 방향은 '그 대상 사건이 확대될 수 있도록, 법정형의 기준을 하향 조정하는 것'이 되어야 한다. 2006년 사법제도개혁추진위원회 논의 당시에도 배심재판 대상 사건의 범위 지정에 있어 그 법정형의 하향 조정에 관한 의견이 제시[197]되었는데, 해당 의견에서는 군사재판의 경우 일반 형사재판과 비교해 중범죄가 많지 않음을 고려하여 국민참여재판법과 같이 특정 범죄를 열거하지 않고, 법정형이 장기 3년 이상인 범죄로 그 기준을 설정하는 것이 적절하다고 판단[198]하였다.

장병참여재판법안 논의 당시 제기되었던 기준, 즉 군사재판에서의 배심재판 대상 범죄의 기준을 단기 1년이 아닌 장기 3년으로 변경하는 경우 기존 대상에서 제외되었던 폭력 범죄, 절도 등의 범죄 상당수가 포함된다.[199] 그리고 위 기준에 따르면 해당 기간 동안 6,709건이 기존 건수(467건)에 추가되고, 총 7,176건(연평균 1,025건)의 사건이 배심재판의 대상이 된다.

결론적으로 국민참여재판 대상 사건 중 실제 재판이 시행되었던 비율(1.3%)을 동일하게 적용하는 경우 해당 기간 동안 총 93건(연평균 13건)이 실제 군사재판에서 배심재판으로 진행되는 사건이 될 수 있다.

2006년 장병참여재판법안의 입법 추진 당시 국방부는 연간 10건 내외의 참여 재판을 시행하는 것을 목표[200]로 하였는데, 당시의 군 사법제도의 물적·인적 여건이 해당 건수(10건 내외)를 감당할 수 있는 수준이었음을 고려한다면, 배심재판 대상 범죄의 기준을 장기 3년으로 하향 조정함으로써 그 범위를 확대하는 것이 제도 실효성 보장에 더욱 부합하는 방향이라고 할 수 있다.

---

196) Rodman, Lindsay L. "Unity of Command: Authority and Responsibility over Military Justice." *Joint Force Quarterly* no. 93, 2019, p. 76.
197) 사법제도개혁추진위원회 자료집 제13권, 35면.
198) 사법제도개혁추진위원회 자료집 제13권, 34-35면.
199) 위 수치는 각주 194)의 통계자료 중에서 군 내 폭력 범죄, 뇌물죄, 문서 또는 인장에 관한 죄, 절도, 강도, 사기 및 공갈죄를 포함하여 계산하였다.
200) 법제사법위원회 제259회 제7차 회의록, 2006, 20면.

Ⅱ. 범죄의 유형에 따른 범위 설정 기준

연간 예상되는 군 관련 범죄 발생 건수, 군사법원의 인적·물적 여건을 고려하였을 때, 그 대상 범죄를 장기 3년 이상의 범죄를 대상으로 하는 것은 제도 도입 당시의 목표치와도 상당히 근접하는 것으로 보인다.

다만 여기서 추가로 고려해야 할 것은 일반 형사재판이 아닌 군사재판에서의 배심재판을 도입하는 목적이 '군 사법제도에서의 재판의 독립성과 공정성 확보, 군 사법에 대한 신뢰 형성'에 있다는 점이다. 따라서 군사재판에 있어서 배심재판을 도입함에 있어, 일반 형법에서는 처벌하지 않지만 군에서만 예외적으로 처벌하고 있는 범죄들에 대해서도 배심재판의 대상 사건으로 포함하는 방안을 고려할 필요가 있다.

일반 형법이 규정하지 않은 행위를 군에서 특별하게 취급하여 처벌하고 있는 범죄는 '순정군사범죄'[201]로 지칭되는데, 이런 범죄들 대부분이 군 내부의 질서 및 규율 유지, 전투력의 보존·발휘 등에 영향을 미치는 것으로 인식된다. 때문에 소위 '군의 특성', '군 기강 확립' 등을 목적으로 폐쇄적인 재판절차의 진행 및 불공정한 재판 결과를 야기할 수 있는 측면이 있고, 이에 대응하여 배심원의 참여를 통한 재판의 공정성·독립성 확보의 기회가 보장되어야 한다는 것이다.

순정군사범죄에 속하는 범죄들 대부분이 3년 이상의 징역·무기 또는 사형 등 민간에서의 유사 범죄와 비교해 상대적으로 중한 형을 부과[202]하고 있다는 점 또한 배심재판 대상 사건에 순정군사범죄를 포함해야 하는 이유가 된다. 왜냐하면 배심원 참여를 통한 '상식적이고 합리적인 관점'에 부합하는 판단이 대체적으로 군사재판에서의 가혹한 형벌의 위험[203]을 경감시키는 결과로 나타날 수 있기 때문이다.

---

201) 이상철&김현주&이명재&김회동&차경상&안준형, 전게서, 10면.

202) 군형법 제64조(상관모욕), 제65조(초병모욕), 제78조(초소침범), 제79조(무단이탈), 제86조(포로), 제92조의3(강제추행), 제94조(정치관여) 등의 범죄를 제외하고는 대부분 범죄의 법정형이 3년 이상으로 규정되어 있다.

203) 박안서, 전게논문, 223면.

물론 이런 순정군사범죄까지 배심재판의 대상 사건으로 포함하는 것이 실제 군사법원의 역량을 초과할 수 있다는 비판이 제기될 수도 있다. 배심재판 대상 사건에 해당하는 법정형을 장기 3년으로 하향 조정하고, 순정군사범죄까지 대상 사건으로 포함하게 되는 경우 해당 기간 배심재판 대상 사건은 총 10,597건(연평균 1,514건)이 되고, 이는 법정형만 하향 조정한 경우 배심재판 대상 사건이 총 7,176건(연평균 1,025건)인 것과 비교하면 약 1.5배 가량 증가한 수치이기 때문이다.

그러나 해당 기간 동안 발생한 순정군사범죄 건수는 총 3,421건[204]으로 해당 범죄 유형이 모두 대상 사건으로 포함되더라도 실제 진행될 것으로 예측되는 배심재판 건수는 연간 약 20건에 불과하다.

더욱이 2022. 7. 1.부터 시행되는 개정 군사법원법 제2조 제2항을 통해 군인 등이 범한 성범죄(일부 제외), 군인 등이 사망하거나 사망에 이른 경우 그 원인이 되는 범죄뿐만 아니라 그 경합범, 군인 신분 취득 전에 범한 죄까지 일반법원의 관할로 변경된 점을 고려하면 단순히 순정군사범죄가 추가되었다고 해서 배심재판 건수가 군사법원의 역량을 초과하지는 않을 것으로 보인다. 왜냐하면 일반법원으로 특정 범죄에 대한 재판권이 이전되면서 해당 사건에 대한 배심재판 또한 일반법원에서 진행될 여지가 있기 때문이다.[205]

재판과 관련된 군사법원의 실제 여건을 살펴보더라도 배심재판으로 인한 업무 부담을 우려하는 주장은 다소 타당하지 못한 측면이 있다. 군사법원에서 법관 1인이 연간 부담하는 사건 건수가 일반 지방법원 법관 1인당 부담 건수의 약 2 ~ 35% 수준에 불과하다는 점을 고려[206][207]하면 재판 진행과 관련된 인력 부족 등의 애로사항은 크지 않을 것으로 판단되기

---

204) 순정군사범죄에는 상관에 대한 죄, 항명, 군무이탈, 군용물 범죄, 초병에 대한 죄 등을 포함한 수치이다(각주 194의 통계자료에서 별도로 군 형법범을 분류하고 있음).

205) 해당 기간(2012-2018년) 발생한 성범죄는 1,991건으로 형법, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법, 아동·청소년 성보호에 관한 법률 위반 등의 사항을 포함하였다(각주 194의 통계자료에서 별도로 성범죄를 분류하고 있음).

206) 박혜림, “군사법제도의 현황과 개선방안”, 아주법학 제12권 제1호, 2018, 103면.

207) “판사 연평균 700건…군판사는 고작 17건”, 법률저널(2014. 10. 11.자), http://www.lec. co.kr/news/articleView.html?idxno=34623(접속일 : 2021. 11. 30.).

때문이다. 더욱이 군사법원법 개정으로 인해, 지역별로 분산되어 있던 보통군사법원이 5개로 통합[208]된다는 점 역시 배심재판 수행에 대한 물적 여건 확보에 긍정적으로 작용할 수 있으므로,[209] 군사법원의 역량 한계를 근거로 배심재판의 대상 사건 범위 확대의 필요성을 반박하기에는 다소 무리가 있다.

208) "軍 성폭력 등 非군사범죄 1심부터 민간법원서 재판", 동아일보, A6면(2021. 8. 25.자)

209) 법원 통합에 따른 합의부 구성 인원 등의 증가는 법원 규모 등의 물적 여건 확충에도 기여할 수 있을 것으로 판단된다. 왜냐하면 사법제도개혁추진위원회 자료집 제13권, 107면에 따라 법원 통합시 각 법원당 합의부가 15개씩(45명) 구성되는 것으로 언급하고 있는바, 위 합의부 구성을 위한 법원 증축 등의 소요가 예상될 수 있기 때문이다.

제 3 절 합리적인 대상 사건 범위의 설정

군사재판에서의 배심제가 제도적으로 도입된 이후라 하더라도, 실질적으로 그 제도의 정착을 기대하기 위해서는 배심원 참여가 일정 수준 이루어져야 할 필요가 있다. 왜냐하면 재판의 절대적인 시행 건수 자체의 부족은 실제 제도가 시행된다고 하더라도 경험 부족으로 인한 미숙한 운영, 혼란 등을 초래할 수 있고, 이로 인해 내실 있는 제도 시행 자체를 담보할 수 없는 상황을 초래할 수 있기 때문이다.[210] 또한 배심재판이 오랜 시간 동안 제도적으로 부흥·발전되어왔던 영국 또는 미국과 달리 우리나라에서는 국민참여재판과 같은 국민의 재판 참여를 보장하는 제도의 경험이 짧고, 특히 군사재판에 있어서는 경험이 전혀 없기 때문에 이에 대한 제도의 경험 및 시행착오를 통한 보완·발전이 요구되어야 할 필요가 있다.

해당 기간 동안 실시된 국민참여재판 건수, 군사법원 재판 건수 등을 고려하면 장기 3년 이상의 범죄를 포함하여 군사재판에서의 배심재판 대상 사건의 범위를 확대하는 것이 적절하다고 판단된다. 더욱이 위 기준에서는 연간 약 10건의 배심재판 시행이 예상되는데, 이는 장병참여재판법안 도입 추진 당시 군에서 목표로 했던 기준과도 부합함을 앞에서 확인하였다.

또한 군형법상 순정군사범죄를 특별히 처벌하고 있고, 이런 처벌의 근거가 군의 질서 유지, 전투력 유지·보존과 같은 '군의 특성'으로 귀결되는 문제임을 고려하면, 순정군사범죄 또한 배심재판의 대상 사건으로 포함하는 방안 역시 긍정적으로 고려되어야 한다고 본다.

다만 그 대상 사건의 범위 확대에도 불구하고, 군사재판에서의 배심재판 건수가 연평균 20건 내외에 불과하다는 점은 그 제도의 실효성 자체에 대한 근본적인 의문으로 귀결될 수 있다. '복잡한 군사 범죄 사례에 대해 다룰 기회가 없는 규모가 작은 군 조직(smaller military)의 경우 군 사법 정의의 실현에 있어 그 처리 절차를 민간의 권한으로 이양(justice is

210) 법제사법위원회 제259회 제4차 회의록(보존부록), 2006, 606-607면.

better served by letting civilian authorities handle those cases)하는 것이 더 적합할 수 있고, 또 실제로도 권한의 이양이 일어나고 있다는 주장'[211] 또한 이런 비판과 일맥상통한 면이 있다. 그러나 군 내에서 발생하는 범죄 건수, 군사법원 현황 등을 고려한다면 단순히 민간과 동등한 수준의 배심재판이 진행되지 않는다고 해서 그 실효성을 부정하는 것 역시 적절하지 못하다.

한편 이런 입장에서는 굳이 군사재판에서의 배심제 도입의 필요 없이 평시 군사법원을 폐지하는 등의 방향으로 제도 개선을 추구하는 것이 적절하다고 주장하기도 한다. 그러나 평시 군사법원 폐지에 관한 문제는 제도 자체의 폐지뿐만 아니라 전시 군사법원 체제의 전환 문제, 현행 군판사 인력의 운용 문제, 일반 법원의 특수법원 설치 혹은 지방법원 합의부의 군사부 설치방안 등[212] 다양한 요소에 대한 합의와 이해관계가 복합적으로 고려되어야 할 필요가 있는 사안이다. 때문에 군 사법제도에 대한 신뢰 회복이 시급한 과제로 인식되고 있는 현 상황에서, 단순히 군사법원 폐지 등을 고려하여 제도 도입 자체를 보류하기보다는 제도를 도입하고 개선·보완을 통해 적절한 제도 형태로 수정해 나가는 것이 더욱 바람직한 방향이라고 생각한다.

---

211) Rodman, Lindsay L. *supra* n. 196, p. 76.
212) 박혜림, 전게논문, 110면.

제 5 장 군사재판에서의 배심원의 자격과 구성

제 1 절 배심원의 자격에 관한 문제

Ⅰ. 장병참여재판법안 제6조 내용 분석 및 문제점

장병참여재판법안 제6조는 배심원의 자격 및 결격사유에 관하여 규정하고 있는데, 여기서 문제가 되는 것은 그 자격을 '만 20세 이상의 군인'[213]으로 규정하고 있는 제6조 제1항과 관련된 부분이다.

우선 장병참여재판법안에서 배심원의 자격을 '군인'으로 한정하는 것은 군 조직의 특성과 연관되어 있다.[214] 다만 '군 조직의 특성' 또는 '군의 특성'은 군과 관련된 각종 제도와 운용에 관하여 자주 언급되는 개념이지만, 그 의미는 명확하지 않다.

'군의 특성'이라는 개념에 관해서는 지금까지 많은 연구가 이뤄졌지만, 그에 관한 분석 범위에 따라 여러 형태와 구성요소로 분화된다. 이는 군이 단일한 조직으로 이루어진 것이 아니고, '국가 방위'라는 공통의 임무 아래 국군조직법 제3조에 따라 육·해·공군 등의 특성에 따라 각기 다른 형태의 임무를 부여하고 있기 때문이다. 또한 동일한 군 안에서도 전투부대,[215] 전투지원부대,[216] 전투근무지원부대[217]로 조직이 구분되므로 해당 부대의 세부 임무에 기인하여 고유한 특성이 나타날 수도 있다.

---

213) 장병참여재판법안 제6조에서는 배심원의 자격을 만 20세 이상의 장병으로 규정하고 있는데, 논의의 편의를 위하여 '장병'이라는 용어를 '군인'으로 통일함.

214) 사법제도개혁추진위원회 자료집 제3권, 41면.

215) 보병부대, 기갑부대, 항공부대, 전단, 전투비행부대 등 전투를 주 임무로 하는 독립적인 전술 구성부대, 합참군사용어사전[https://www.jcs.mil.kr/user/indexSub.action?codyMenuSeq=71157&siteId=jcs&menuUIType=sub(접속일 : 2021. 11. 30.)].

216) 전투부대의 전투력을 증강하기 위하여 작전 면에서 지원하는 부대로서 수행기능에 따라 전투지원 기능만을 수행하는 부대와 전투지원 및 전투근무지원 기능을 동시에 수행하는 부대가 있음, 합참군사용어사전 참조.

217) 전투부대, 전투지원부대 및 전투근무지원부대의 전투력을 지속해서 유지하기 위하여 인사, 군수, 민사 및 기타 행정을 지원하는 부대, 합참군사용어사전 참조.

군의 특성을 반영하여 배심원을 군인으로 한정하는 것을 긍정하는 입장은 결국 이런 조치가 '장병참여재판의 운영 효율성을 높인다'라는 목적을 달성할 수 있는 수단임을 강조한다. 그리고 '효율적'이라는 의미 자체가 '더 적은 비용과 시간을 투입하여 더 많은 결과를 얻는다'라는 의미로 인식되는 것을 고려하면, 결국 재판의 효율성 증대라는 것은 '군인을 배심원으로 참여시킴으로써 보다 적은 시간과 비용으로 재판을 진행하고, 그에 따라 유·무죄를 판단한다'라는 뜻으로 해석될 수 있다.

그러나 배심원이 참여하는 재판은 일반 전문 법관이 주재하는 재판에 비해 그 효율성이 저하될 수밖에 없다는 한계를 지닌다. 미국의 경우 비용에 따른 재판에서의 '분쟁 해결의 효율성(cost-effectiveness)'을 분석한 연구에 따르면 비용 대비 효율성이 일반 전문법관에 의한 재판(bench trial)에 비해 배심재판에서 상당히 저하됨을 알 수 있고,[218] 전체적인 사례에 관한 평균 수치는 아니지만 일부 주(아이오와 주)의 입법 회계자료에 따르면 경범죄(misdemeanor)의 경우 일반재판과 비교해 배심재판이 약 5배의 비용이 더 소모되는 것으로 나타나고 있기 때문이다.[219] 2008년부터 시행되고 있는 국민참여재판 역시 배심원 또는 후보자 수당, 송달료, 보고서 발간비 및 배심재판 관련 여비 등으로 재판 1건당 약 4,000만 원의 예산이 추가로 소요[220]되는 것만 보더라도 배심제 자체가 비용적인 측면에서 일반 전문법관의 재판보다 효율적일 수는 없다.

투입되는 시간의 측면에서도 배심제는 일반 재판보다 그 효율성이 저하될 가능성이 크다. 공판준비절차의 의무화, 배심원 선발을 위한 후보 예정자 명부의 작성, 배심원 후보자에 관한 결정 및 출석 통지, 배심원 후보에

---

218) Diamond, Shari Seidman, and Jessica M Salerno. "Reasons for the Disappearing Jury Trial: Perspectives from Attorneys and Judges." *Louisiana Law Review* vol. 81 no. 1, 2020, p. 136.

219) Beth Lenstra, "Fiscal Note(Fiscal Services Division)", 1면, https://www.legis.iowa.gov/agencies/nonpartisan/lsa/fiscalServices(접속일 : 2021. 11. 30.).

220) 의안 번호 189388, 국민참여재판법 일부개정안, 15-16면에 따르면 국민참여재판과 관련된 비용추계 상세내역(국회예산정책처 법안비용추계 1팀)을 명시하고 있는데, 이 수치는 2009년 국민참여재판 관련 예산으로 편성된 예산 38억 200만원을 실제 당해 국민참여재판 시행 건수(95건)로 나눈 금액이다.

대한 배심원 선정 등 재판과 관련하여 부가되는 절차들로 인해 그 시간 또한 상당히 소요되기 때문이다. 다만 통계상으로는 일반 합의부 재판과 비교해 국민참여재판의 처리 기간이 더 짧은 것으로 조사되고 있는데,[221] 이는 배심재판 자체의 효율성이 높아서라기보다는 배심재판 특성상 집중심리가 이루어지고, 공판기일에서 판결까지 걸리는 기간이 일반 합의부 사건보다 짧다는 데서 기인[222]하는 것임에 유의해야 할 필요가 있다.

결국 장병참여재판법안 제6조의 분석에 있어 문제가 되는 부분은 크게 두 가지로 구분될 수 있다. 우선 배심재판 자체가 전문법관 단독으로 이뤄지는 재판에 비해 부가적인 절차가 요구되므로, 그 효율성이 상대적으로 떨어질 수밖에 없음에도 불구하고 그 재판의 효율을 높이기 위해 군인만을 배심원으로 참여시킨다는 것이 어떤 상관관계를 가지는 것인지 명확히 판단할 필요가 있다.

다음으로 검토되어야 하는 것은 배심원의 자격에 있어 '만 20세'라는 일정한 연령을 그 제한 요건으로 규정하고 있다는 점에 관한 부분이다.

이 내용은 장병참여재판법안의 논의 당시에는 문제가 되지 않았지만, 최근 국민참여재판법에서 배심원의 연령을 만 20세로 특정하는 것과 관련하여 위헌법률심판제청이 제기되면서 논의의 필요성이 제기된 부분이라 할 수 있다. 구체적으로 위 사항에 대해 헌법재판소는 '현행 만 20세로 규정한 배심원 연령 제한이 헌법에 위배되지 않는다'라고 판시[223]하였는데, 반대의견에서는 민법 제4조의 성년의 연령, 공직선거법 제15조의 선거권 부여 연령 등과 대비하여 배심원 연령 조정이 필요함을 주장하고 있다.

때문에 현행 병역법상 18세 이상의 입대를 허용하고 있는 상황에서, 군사재판에서의 배심제 도입에 있어서 이런 연령의 제한이 특정 계층 혹은 계급의 배심원 참여를 제한하는 요소로 작용하는지, 또는 이런 제한이 배심재판의 결과와 어떤 연관을 가지는지 검토할 필요가 있다.

---

221) 박미숙&서주연&최이문, 전게서, 128면.
222) 상게서, 128-129면.
223) 헌재 2021. 5. 27, 2019헌가19.

Ⅱ. 신분을 기준으로 한 배심원 자격 제한의 타당성

1. '군의 특성'이라는 개념과 배심재판의 효율성 증대의 관계

우선 장병참여재판법안 제6조 제1항에 관하여 그 내용의 의미를 정확히 파악하기 위해서는 '군의 특성'에 대한 이해가 선행될 필요가 있다.

앞서 언급한 바와 같이 '군의 특성'에 관한 선행 연구를 살펴보면 그 특성은 분석의 범위 또는 대상 등을 어떻게 설정하느냐에 따라 다양하게 나타날 수 있다. 경직성, 규범성, 업무의 표준화, 의식주의, 엄격한 규율, 카리스마적 리더십을 군의 특성으로 구분하는 연구[224]가 있는가 하면, 수직적인 관계, 높은 결속력의 요구, 경직성, 폐쇄성, 집단성 등이 언급[225]되기도 한다. 이외에도 규율과 규제의 엄격성, 집단적 성격, 획일적, 형식주의적, 열악한 생활환경 등을 '군의 특성'으로 주장[226]하는 견해도 있다.

'군의 특성'을 구성하는 모든 요소를 포괄하여 설명하는 것은 제한되지만, 대부분의 연구에서 공통으로 언급되고 있는 요소들은 ① 폐쇄성, ② 집권성, ③ 집단성, ④ 자족성으로 구체화 될 수 있다.[227] 그리고 이런 특성들은 군의 임무 수행 여건을 보장하거나, 대규모 병력에 대한 효율적인 통제 또는 운용과 연관된다는 점에서 공통점을 갖는다.

우선 폐쇄성은 '전쟁의 승리'라는 목표 달성을 위해 상대방보다 우월한 정보의 획득과 유지가 필수적이라는 사실[228]에서 기인한다. 따라서 그런 정보에 대한 '비밀과 보안'[229]이 군 내부에서 중요한 가치로 인식되고 외부

---

224) 민진, "군대조직의 특성에 관한 연구", 국방연구 제51권 제3호, 2008, 65면(재인용).

225) 박승범&박현숙, "서번트 리더십이 군 조직유효성에 미치는 영향", 인적자원관리연구 제22권 제1호, 2015, 299면.

226) 김천환&진종순, "군 조직 내 의사소통의 영향요인에 관한 연구", 한국조직학회보 7(2), 2010, 209-210면.

227) 민진, "군대조직의 특성에 관한 연구", 65-66면.

228) 한국국가정보학회, 국가정보학 = National Intelligence Studies, 박영사, 2013, 18-19면에 따르면 인류의 탄생과 더불어 씨족의 보호와 번영을 위해 타 부족의 동향에 대한 정보 획득이 이루어져 왔고, 기원전 600년경 중국의 손자병법, 기원전 5세기의 고대 그리스에서의 정보와 관련된 암호체계의 발달 등을 구체적인 사례로 제시하고 있다.

229) 상게서, 135면에 따르면 보안(security)은 명확한 개념 정의가 어렵지만, 국가의 안전보장

위험에 대한 차단 및 방어[230]가 자연스럽게 강조되었다. 일례로 군이 별도의 법률로 군사 기지 및 시설에 대한 보호 규정[231]을 수립하면서, 그 목적을 원활한 '군사작전의 수행 및 국가안전보장에 이바지하기 위함'에 두고 있는 것만 보더라도, 군에 있어 이런 비밀과 보안의 유지가 얼마나 강조되는지 간접적으로 유추할 수 있다.

때문에 군은 비밀과 보안 유지의 가치를 존중하면서 외부로부터 유입되는 누설의 위험을 극도로 경계하게 된다.[232] 그리고 그에 수반하여 이런 정보에 대한 타인(외부)의 접근을 차단하려는 경향, 즉 폐쇄적인 조직 특성이 자연스럽게 나타나게 되는 것이다.

두 번째 군의 특성으로 언급되는 집권성은 조직의 의사 결정권의 위치와 관련되는 요소로서 '상위 계층에 의사결정 권한이 집중된 것'을 의미[233]한다. 그리고 이런 집권성은 군이 주로 수행하는 임무의 성격에서 기인하는 개념이다. 일반적인 전쟁 수행의 형태는 개개인의 생명권을 위협하는 파괴적이고 소모적인 상황[234]을 지속해서 일으킨다. 때문에 그런 상황 속에서 부여된 임무를 달성하기 위해서는 필연적으로 타 조직보다 강력한 지배 복종 관계를 필요로 하게 된다.[235]

또한 대규모 인원에 대한 상부의 지시사항을 하달하는 데 있어 그 상부 조직이 대규모의 집단보다는 소규모로 구성되고 운영되는 것이 더욱 신속한 의사결정 및 처리의 효율성을 담보할 수 있다.[236] 결국 군의 지휘체계가

혹은 국가 이익과 관련된 인원, 장비, 시설 등을 각종 침해행위로부터 보호하기 위한 대책을 의미하는 것이고, 이런 대책의 대상이 되는 인원, 장비, 시설 등에 관련된 구체적인 내용이 비밀이라 할 수 있다. 보안업무규정[시행 2021. 1. 1.] [대통령령 제31354호, 2020. 12. 31. 일부개정]은 비밀을 Ⅰ·Ⅱ·Ⅲ급으로 분류하고 있는데, 그 구분의 기준을 살펴보면 누설될 경우 대한민국의 외교단절·전쟁유발·국가 방위계획·정보활동 및 국가 방위상 필요불가결한 과학과 기술의 개발을 위태롭게 하는 경우(Ⅰ급), 국가안전보장에 막대한 지장을 끼치거나(Ⅱ급) 손해를 끼칠 우려가 있는 경우(Ⅲ급)로 구분하고 있다.

230) 김두환&박호정, 4차 산업혁명에 따른 군사보안 발전방안 연구, 한국융합보안학회 정보·보안논문지 제20권 제4호, 2020, 49면.

231) 군사기지 및 군사시설 보호법 [시행 2020. 8. 28.] [법률 제16568호, 2019. 8. 27. 타법개정]

232) 김두환&박호정, 전게논문, 49면.

233) 이만종, 명령학, 학현사, 2005, 9면.

234) 민진, "군대조직의 특성에 관한 연구", 78-79면.

235) Wolf Schneider(박종대 역), 군인(영웅과 희생자, 괴물들의 세계사), 열린책들, 2015, 323-324면.

소수 혹은 단일 지휘관에게 권한이 집중되는 형태로 편성되고, 그에 따라 집권성이 강하게 나타나게 되는 것이다. 나아가 '군의 계급'[237] 제도는 이런 지휘관에 의한 집권성을 더욱 강화하는 요소로 작용한다. 군은 계급을 통해 그에 걸맞은 권한과 책임을 명시적으로 상급자에게 부여[238]하고 그 상급자가 부재하더라도 이에 대한 권한 승계에 있어 우선순위를 신속하게 부여하는 장치[239]로 활용함으로써 지휘관의 권한 행사에 있어 공백이 발생하는 것을 철저히 방지하고 있기 때문이다.

세 번째 군의 특성으로 언급되는 집단성은 물리적으로 같은 공간에서의 생활, 즉 군의 '공동체적 생활'을 통해 형성되는 개념이라 할 수 있다. 또한 국가 방위라는 임무 자체가 개인이 수행할 수 있는 수준이 아니라는 점, 군을 구성하는 인적 자원들이 비슷한 연령과 사고방식을 가지고 있다는 점 등도 이런 집단적 의식을 더욱 강화하는 원인이 되기도 한다.[240]

마지막으로 자족성의 경우에는 독자적으로 생성되는 특성이라기보다는 '비밀과 보안 유지'를 중시하는 군의 폐쇄성에서 기인하는 부수적인 개념[241]이라 할 수 있다. '비밀과 보안 유지'라는 가치를 중시하는 군의 관점에서 조직 운영을 위한 여러 기능을 외부와 지속해서 교류하게 되면 그에 따른 누설의 위험이 예상되는바, 일정 수준까지는 별도의 지원 없이 조직의 운영과 임무 수행의 여건을 보장해야 할 필요가 있기 때문에 그런 특성이 자연스럽게 발현된다고 할 수 있다.

장병참여재판법 제6조 제1항이 규정하는 것처럼 '군의 특성'을 반영하여 '군인'만을 배심원으로 선정하였다는 것의 의미는, 군인이 이런 특성에 익숙해져 있기 때문에 재판 과정에서도 해당 특성이 쉽게 반영될 수 있는

---

236) Montesquieu(이재형 역), 법의 정신, 문예출판사, 2015, 223면.
237) 양희완, 전게서, 22-24면 및 26면.
238) 이만종, 전게서, 48면.
239) 상게서, 48면에 따르면 계급은 위에서 언급한 주된 기능 이외에도 어떤 한 사람에 대하여 그의 직무상의 지위에 부여된 권한에 추가하여 기술과 지식의 권한을 더해주는 역할을 하기도 하고, 상급자가 하급자들 간의 질서 유지의 책임이 있다는 측면에서 그 자체로서 어떤 기능상의 임무를 결정해주는 요소가 되기도 한다.
240) 김천환&진종순, 전게논문, 209면.
241) 민진, "군대조직문화 특성의 도출과 분석", 116면.

통로가 될 수 있음을 뜻하는 것으로 볼 수 있다. 그러나 문제는 이런 군의 특성이 군사재판에서 배심제를 도입하는 목적, 즉 재판의 독립성·공정성을 확보하는 데 있어 부정적인 요소로 작용할 가능성이 크다는 점에 있다.

우선 폐쇄성은 군 내부에서 작동하는 각종 '제도와 기능이 적절하게 작동하는가'에 대해 외부의 감시와 통제를 저해하는 요소로 작용한다. 배심원 선정, 모두절차에서 평의, 평결 및 판결의 선고에 이르기까지 그 기능이 적절히 작동하는가에 대한 외부적 통제와 감시는 폐쇄성으로 인해 제한될 수밖에 없다. 그러나 사법제도에 대한 신뢰의 형성에 있어 중요한 것은 국민에게 그 절차와 결과를 공개하는 것뿐만 아니라, 그 과정에 대해 국민이 정당한 것으로 인식하도록 노력해야 한다는 것이다.[242] 때문에 제도 일련의 사항에 대한 정보의 공유와 의견의 제시를 보장하는 것은 당연히 요구되는 것이고 군 사법제도가 일반 국민의 가시권 안에 포함되어야 할 당위성이 제기되는 것이다.[243] 그러나 군의 폐쇄성은 이런 국민의 요구를 만족하지 못한다. '군인' 역시 군이라는 조직의 구성원이라는 점에서 이런 폐쇄성에 더욱 친숙할 경향이 높고, '군이라는 조직 내부에서 그 절차와 규정의 준수, 독립성을 스스로 판단하겠다'라는 논리는 결국 군에 대한 '사회의 어떤 통제도 필요치 않다'라는 과거 우리 군의 잘못된 관념[244]으로 후퇴하는 악순환을 초래할 수밖에 없다.

집권성의 경우, 해당 특성에 기반하여 생성되는 지휘관의 강력한 권한이 독립성·공정성이 요구되는 사법제도에서도 적용될 위험이 크다는 문제로 귀결된다. 최근까지 군사법원법상의 관할관 제도를 통한 지휘관의 재판 개입 또는 형의 감경 권한 등이 문제 되었던 사례들을 보더라도 이런 지휘관의 사법 개입에 따른 부작용을 충분히 예측할 수 있다. 또한 지휘관이 직접적으로 개입하지 않더라도 그 재판에 참여하는 배심원들 역시 지휘관이 통솔하는 부하임을 고려하면, 사실과 양심에 근거하여 판단해야 하는 배심

242) 한상희, 전게논문, 38면.
243) 상게논문, 38면.
244) 최강욱, 전게논문, 193-194면.

원의 책무[245]와 지휘관의 명령에 복종해야 하는 군인의 책무가 충돌하는 지점이 언제나 존재할 수 있다는 것은 충분히 예측할 수 있다.

집단성의 가장 큰 문제는 이 특성이 배심원의 직무수행과 관련하여 조직 내부의 집단 압력을 강하게 만드는 원인이 되고, 그로 인해 그 조직을 구성하는 인원의 합리적인 행동과 신념까지 조직이 원하는 방향으로 변화시킬 수 있다는 점이다.[246] 재판 작용과 같은 어떤 사안에 대한 규범적 판단에 있어 그 준거가 되는 집단[247]은 판단의 기준과 한계점을 제시해 줄 뿐만 아니라 같은 준거집단에 속한 사람에 대해 더 신뢰하고 믿는 경향을 보일 수 있기 때문이다.[248] 특히 상호 공유하는 연대감, 동일체 의식 그리고 가치와 이념적 동질성의 정도에 따라 그 신뢰의 정도 역시 비례한다는 연구[249]가 제시되기도 한다. 피고인과 배심원이 군이라는 동질적인 집단에 함께 소속되어 있는 인원이라면, 그 집단주의에 매몰되어 재판의 과정을 통한 판결의 독립성·공정성이 보장될 수 없는 것이다.[250]

마지막으로 일정한 기능을 스스로 유지할 수 있다는 것, 즉 자족성이 있다는 것은 '군의 폐쇄성'의 측면에서 살펴본 바와 같이 외부의 통제와 감시가 필요하지 않다는 결론으로 귀결되고, 결국 군의 폐쇄성에서 기인하는 동일한 문제에 봉착하게 될 우려가 있다.

생각건대, 이런 군의 특성들은 군의 임무 수행에 관해서는 효율적으로 작용할 수 있어도, 배심제가 추구하는 가치와는 상충하는 면이 많다.

집권성과 집단성은 재판의 독립성·공정성을 보장하기보다는 지휘관 또는 군 조직에 치우친 불공정한 판결의 결과를 초래하기 쉽다. 또한 불공정한

---

245) 김형국&정선희&조수진, 전게서, 179면.
246) 이만종, 전게서, 20면.
247) Frederick, et al(이은로 역), 배심원 선정 : 배심단 구성의 이론과 실제, 한울, 2008, 44면에 따르면 준거집단은 사람들이 소속된 다양한 집단으로 사회적·정치적·종교적·직업적 관계 및 인구학적 집단을 말한다.
248) 상게서, 44면.
249) 박통희, 전게서, 7면 ; Granovetter, Mark. "Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness," *The American Journal of Sociology* vol. 91 no. 3, 1985, p. 491.
250) 박통희&원숙연, "조직구성원간 신뢰와 연줄 : 사회적 범주화를 중심으로", 한국행정학회보 제34권 제2호, 2000, 110-111면.

판결이 이뤄진다고 하더라도 군의 폐쇄성·자족성에 기인한 접근의 통제는 그에 대한 외부의 감시 및 제도 개선을 어렵게 하는 원인으로 작용한다. 결국 사법의 민주적 정당성을 확보하고 재판의 독립성·공정성을 보장하기 위해 배심제가 도입되는 것이라면, 이런 군의 특성에 기반한 배심원의 선정이 이뤄져야 할 이유는 딱히 찾기 어렵다.

나아가 군사재판에서의 배심원 자격을 군인으로 한정하는 근본적인 목적, 즉 '군사재판에서의 배심재판'의 효율성을 높일 수 있다는 주장 역시 타당하지 못함을 고려하면 이런 배심원 한정의 필요성은 더욱 약화될 수밖에 없다. 법제사법위원회 제259회 제7차 회의[251]에서는 이런 효율성의 측면에 관하여 구체적인 내용을 언급하고 있는데 보안 유지, 군부대의 격리성, 출입의 어려움, 군사법원의 설립목적 등이 군인이 배심원으로 참여해야만 하는 이유로 제시되고 있다.

효율성과 관련하여 앞서 언급된 내용은 크게 두 가지 측면으로 구분할 수 있다. 첫 번째 내용은 '접근의 비용이성'과 관련된 측면으로 부대에 대한 일반 국민의 접근 또는 그 출입이 제한된다는 점(보안 유지, 부대의 격리성, 출입의 어려움)을 강조한다. 그러나 이런 '접근성'에 관한 주장은 큰 설득력을 가지지 못한다. 법원 위치에 따른 피고인 등의 이동 소요는 일반적인 수사 절차상에도 충분히 야기될 수 있는 문제이고,[252] 군부대 내의 출입과 관련된 문제는 이미 국방부 훈령 등을 통해 그 해결 방안을 마련하고 있기 때문이다.[253] 더욱이 최근 개정된 군사법원법[254]에서는 군사법원을 5개소로 축소하여 운영하는 것을 예정하고 있는바, 원활한 재판 진행 및 법원 관할구역 등을 고려할 때 현재와 같이 군사법원이 격오지 등에 위치함으로써 그 접근성이 저하될 확률은 높지 않다.[255]

---

251) 법제사법위원회 제259회 제7차 회의록, 2006, 11-13면.

252) 헌재 2003. 11. 27, 2002헌마193.

253) 국방부 부대관리훈령[시행 2020. 10. 15.] [국방부훈령 제2468호, 2020. 10. 15. 일부개정]에 따르면 제84조에서 부대 출입이 가능한 인원 중에 영내 출입증을 소지한 일반 국민을 명시하고 있고, 군사기지 및 군사시설 보호법 시행규칙[시행 2020. 2. 3.] [국방부령 제1010호, 2020. 2. 3, 타법개정] 제4조에 따라 출입 허가 신청 등의 절차를 거쳐 부대를 출입할 수 있다.

254) [시행 2022. 7. 1.] [법률 제18465호, 2021. 9. 24, 일부개정]

두 번째 내용은 '군사법원이 군의 특성을 고려하려는 목적으로 설립' 되었기 때문에 배심원 또한 군인으로 편성되어야 함을 강조한다. 그러나 위 입장에서는 군사재판이 일반 재판과는 다른 잣대와 기준을 가지고 판단해야 할 필요성이 어떤 특성에서 기인하는지 명확히 설명하지 못한다.[256] 또한 앞서 살펴본 군의 특성들은 배심제가 추구하는 가치들과 상반된 개념으로 그 제도 도입의 취지에도 부합하지 못한다는 점이 고려되어야 한다.

배심원의 자격을 군인으로 제한함으로써 배심재판의 효율성을 높일 수 있다는 주장 역시 '배심재판의 효율성'이라는 의미를 단순히 '배심재판의 신속성'으로 잘못 이해하고 있다. 배심재판의 특성상 전문법관 이외의 제삼자가 선발되어 재판에 참여하는 절차가 부과되어야 하므로 그에 관한 제반 절차 등이 요구되는데, 이런 절차를 군인의 배심원 참여를 통해 신속하게 처리함으로써 배심재판의 효율성을 증대시킬 수 있다고 인식하고 있는 것이다.

실제로도 일반 국민참여재판과 군사재판에서의 배심재판 과정을 비교해 보면 그 신속성의 측면에 있어서는 차이가 발생할 여지가 많다.

우선 국민참여재판의 절차에서 배심원에 대한 선발 과정[257]을 살펴보면, 법정 요건에 부합하는 관할지역 내 거주하는 국민 중에서 배심원 후보 예정자 명부를 작성하는 것에서 시작한다. 이후 법원에서 '배심원 관리 전산프로그램'에 의하여 무작위로 배심원 후보자들이 선발된다. 그리고 배심원선정기일의 지정 및 배심원 후보자에 대한 출석 통지 이후, 배심원 선정기일 당일 출석한 인원들에 대하여 배심원과 예비 배심원이 선발된다.

이에 반해 군의 경우에는 군인사법 제63조 제1항에 따라 국방부장관은 복무 중인 모든 군인의 인사기록을 유지·보관하고 있기 때문에 별도의

---

255) 개정된 군사법원법[시행 2022. 7. 1.] [법률 제18465호, 2021. 9. 24, 일부개정] 제6조는 기존에 각 군 사령부 또는 사단 등에 설치·운영되고 있던 군사법원을 5개(중앙지역군사법원 및 제1·2·3·4지역 군사법원)로 축소하여 설치하는 것으로 변경하였다. 또한 각 법원이 서울, 광역시 또는 각 도(道)를 그 관할구역으로 지정하고 있으므로 법원 소재지 또한 교통편의, 접근성을 고려했을 때 도시 지역에 위치할 가능성이 크다고 본다.

256) 한상희, 전게논문, 35면.

257) 김형국&정선희&조수진, 전게서, 190-207면.

배심원 후보 예정자 명부작성이 불필요하다. 또한 무작위 선발을 통해 배심원 후보자들이 선발되었을 때 해당 인원들에 대해서는 직업 또는 기타 부득이한 사유로 배심원 참여가 제한될 가능성은 크지 않다. 군인의 지위 및 복무에 관한 기본법 시행령 제11조에 따라 법원 등의 국가기관에 공무가 있을 때 지휘관에 의해 필요한 기간 공적 휴가를 시행할 수 있기 때문이다. 더욱이 국방인사관리훈령 제8조에 따르면 국방부장관이 필요하다고 인정하는 행정지원 등의 업무가 필요한 경우 파견근무를 명할 수 있다고 규정하고 있기에 선정된 인원에 대한 일괄 파견 등의 조치를 고려할 수도 있다. 결국 군 조직의 인력 운용 형태, 관련 제도 등을 고려해 볼 때 군사재판에서의 배심원 선정 및 구성은 국민참여재판에서의 절차보다 신속하게 그 과정의 진행이 이뤄질 수 있는 것이다.

그러나 배심재판 자체는 일반 재판과 비교했을 때 추가적인 절차를 요구하기 때문에 그 절차의 신속성에 있어서는 전문법관에 의한 재판보다 저하될 수밖에 없다. 단순히 신속하게 재판절차를 진행하기 위한 목적에서 군사재판에서의 배심원을 군인으로 한정하는 것은 적절하지 못하다. 배심재판에서 효율성의 의미는 불필요한 절차의 지연 없이 독립적이고 공정한 재판의 여건을 보장하는 것이지 재판 진행 자체의 신속성 보장을 최우선으로 하는 것은 아니기 때문이다.

2. 안보 환경에 기인한 배심원 자격 제한의 필요성

영국과 미국의 비교법적 사례 검토에 있어, 안보 환경의 특성이 군사재판에서의 군인의 배심원 참여를 인정하는 근거가 될 수 있음을 앞서 설명하였다.[258] 따라서 우리나라 역시 영국·미국과 같이 '군에 대한 해외 파병이 이루어지고 있다'라는 안보 환경적 배경을 근거로 군사재판에서의 군인 배심원 참여를 주장하는 견해가 충분히 제기될 수 있다.

---

258) 이 글 제3장. 제2절. Ⅱ. 참조.

그러나 이런 주장에 대해서는 우리나라의 경우 해외 파병 병력 규모가 크지 않고, 실제 전투를 주 임무로 수행하지 않는다는 점이 고려되어야 한다. 또한 파병의 형태가 여러 나라와 연합하여 다국적군의 하나로 파병되는 것이지, 전투 임무 수행 등을 위해 우리나라 단독으로 이뤄지는 것은 아니기에 단순히 파병이라는 '군 병력 운용의 유사성'을 근거로 배심원 자격을 군인으로만 한정하는 것은 무리가 있다.[259]

다만 '휴전(休戰)'이라는 우리나라의 안보 환경을 고려하여 '전시(戰時)'에 국한하여 군인 배심원의 참여를 예외적으로 보장해야 할 필요성을 제기할 수는 있다고 본다. 장병참여재판법안 제15조는 '전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태의 경우에는 이 법의 규정을 적용하지 아니한다'라고 규정하면서 장병참여재판 시행 시기를 평시에 한정하고 있기 때문이다.

따라서 장병참여재판법안이 기존의 내용대로 입법되는 경우 전시에는 군사법원법 제5편(특례규정)에 따라 관할관·심판관 제도가 배심재판을 대신하여 운용되고 재판은 단심(사형제외)으로 진행될 여지가 있다. 또한 비상계엄하의 군사재판도 군인·군무원의 범죄 또는 특정 범죄의 경우 단심(사형제외)으로 진행될 수 있다. 왜냐하면 '비상계엄'과 '전시'가 완전히 같은 의미는 아니지만, 계엄법 제2조에 따른 비상계엄의 의미가 '대통령이 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태 시 적과 교전 상태에 있거나 사회질서가 극도로 교란되어 행정 및 사법 기능의 수행이 현저히 곤란한 경우에 군사상 필요에 따르거나 공공의 안녕질서를 유지하기 위해 선포'되는 것임을 고려하면 전시의 개념과 큰 차이가 없기 때문이다.

그리고 이런 전시 특례규정의 문제를 지적하는 이유는 전시 또는 비상계엄의 선포, 그리고 관할관·심판관 제도와의 결합을 통한 단심재판의 시행이 사법절차에 있어 피고인의 권리보장을 저해하는 요소로 작용할 수 있다는 점에서 기인한다.

---

259) e-나라지표, 해외 파병 현황 통계를 보더라도 2020년 기준 대한민국의 해외 파병 인원은 총 1,648명인데, UN 평화유지군(PKO) 574명, 다국적군 918명, 그 외 국방교류 협력으로 파병된 인원 156명이다, https://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do? idx_cd=1715(접속일 : 2021. 11. 30.).

이런 우려는 우리의 역사적 경험을 통해서도 확인할 수 있다. 6·25전쟁 발발 당시 1950. 7. 8. ~ 11. 7.까지 38선 이남 전 지역에 비상계엄이 선포되었는데, 서울 수복 등 전황의 안정, 국회의 계엄 해제 요구 등에도 계엄은 해제되지 않았고, 해당 기간 동안 사법 체계에 대한 군부의 통제가 계속되었기 때문이다.[260] 더욱이 같은 해 11. 10.부터는 계엄령을 경비계엄으로 변경하면서 그 통제의 강도가 낮아졌음에도 불구하고 군사재판으로 처리할 수 있는 사건범위의 확장, 합동 헌병대 기구 창설 등의 방법으로 비상계엄 시기에 이루어지던 영장 없는 체포, 일반 국민에 대한 군사재판의 남용 등이 지속되었다.[261][262]

따라서 단순히 전시(비상계엄) 상황에서의 국가기능의 유지 또는 군 임무의 효율성을 근거로 단심재판, 그리고 전시 특례규정으로써 군사재판에서의 관할관·심판관 제도 운용의 필요성을 옹호해서는 안 된다고 본다. 대신 장병참여재판법안에 전시 특례의 규정을 포함함으로써, 전시 상황에서도 일반 군인이 군사재판의 배심원으로 참여할 수 있도록 하는 것이 단심재판 또는 군사법원법에서 규정하고 있는 관할관·심판관 제도에서 우려되는 부작용을 경감시키는 방안이 될 수 있다.

물론 전시(비상계엄) 하에서 '군사재판의 배심원으로 군인을 지정하는 것이 실효성이 있는 방안인가'에 대한 의문이 충분히 제기될 수 있다. 왜냐하면 군인으로만 구성된 배심원이 '군의 특성과 결부되어 배심재판에서 공정하지 못한 결과를 초래할 수 있음'을 이 글 전반에서 언급[263]해왔으면서 재차 군인의 배심원 참여를 주장하는 것이 '자가당착'에 빠지는 결과를 초래할 수 있기 때문이다.

---

260) 김춘수, "한국전쟁 시기 계엄의 성격", 사림 제50권 제50호, 2014, 3-28면.
261) 상게논문, 16-17면.
262) 한인섭, "군사법제도와 헌법개정", 사법 제1권 제7호, 2009, 22-23면에 따르면 비상계엄하에서는 피고인이 영장주의에 의한 인신 보호 및 변호인의 조력을 받기 어려울 가능성이 있음을 지적하고 있다.
263) 이 글 제5장, 제1절, Ⅱ. 1. 참조.

그러나 전시(비상계엄)에 한정하여 배심원을 군인으로 한정하는 것은 현행 군사법원법상 전시 특례로 규정된 관할관·심판관 제도와 비교해 보았을 때 오용될 위험성이 적다. 적어도 무작위 선발을 통해 배심원을 선발하고 지휘관의 개입을 법률로 금지하고 있으므로 관할관이 임명하는 심판관, 또는 관할관에 의한 임의적인 형의 감경·면제 등에서 기인하는 부작용[264]은 발생하지 않을 것이기 때문이다. 더욱이 영국과 같이 군과 독립된 기관(군사재판 지원실)을 통해 배심원을 선정할 수 있는 제도가 보완된다면, 군인만으로 한정된 배심원의 구성과 재판의 진행이라 하더라도 기존의 제도(관할관·심판관)와 비교해 그 우월성을 인정할 수 있다고 본다.

Ⅲ. 연령을 기준으로 한 배심원 자격 제한의 타당성

군사재판에 있어 배심원을 군인으로 한정하는 것은 적절하지 못하다. 때문에 군사재판에서의 적절한 배심원 구성에 관한 고민이 필요하고, 이에 따라 군인 이외에 일반 국민이 군사재판의 배심원으로 참여하는 방안도 충분히 고려될 수 있다. 다만 그 적절한 배심원 구성의 세부적인 형태에 대해서는 후술하기로 하고,[265] 이하에서는 군인이 군사재판에서의 배심원

---

264) 비록 전시라는 특수한 상황에 국한되어 적용되는 규정이라 할지라도, 배심재판의 제한, 그리고 군사법원법의 전시 특례규정에 따른 군사재판 과정에서의 관할관, 심판관을 통한 부적절한 지휘 개입의 위험성은 '군사법원의 형태, 그리고 이에 기반한 제도들이 사법권 독립을 저해한다.'라는 과거의 비판을 되풀이하는 것이 될 수 있다.
특히 개정 이전의 군사법원법[시행 2020. 12. 10.] [법률 제17367호, 2020. 6. 9. 일부개정]에서 재판 결과에 대한 관할관의 확인 및 감경 조치에 관하여 제379조 제1항에서 '무죄, 면소, 공소기각, 형의 면제, 형의 선고유예, 형의 집행유예, 사형, 무기징역 또는 무기금고의 판결을 제외한 판결을 확인하여야 하며, 형법 제51조의 각 호의 사항을 참작하여 형이 과중하다고 인정할만한 사유가 있을 때는 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'라고 규정하며 관할관의 개입범위를 축소해놓았음에도 불구하고, 이번 군사법원법 개정을 통해 해당 조문에 대해 전시 특례규정으로 조문 위치를 변경하면서 그 내용 또한 제534조의7 제1항에서 '작전, 교육 및 훈련 등 업무를 성실하고 적극적으로 수행하는 과정'이라는 감경내용의 제한 및 '3분의 1이라는 감경범위'의 제한조건을 삭제하는 형태로 변경함으로써 지휘관의 재량이라는 명목으로 범죄의 내용 및 그 기간의 제한 없이 감경할 수 있는 여지를 마련하였다.

265) 이 글 제5장, 제3절, Ⅱ. 참조.

일부로서 참여하는 경우를 전제하고 이때 장병참여재판법안에서 배심원 연령을 제한하는 규정이 문제가 될 수 있음을 지적하고자 한다.

장병참여재판법안 제6조 제1항은 배심원 자격에 있어 군인이라는 신분뿐만 아니라 '만 20세 이상'이라는 연령의 제한을 두고 있다. 다만 이는 장병참여재판법안에서만 제한을 두는 것은 아니고, 국민참여재판법에서도 배심원 자격 제한의 요건으로 동일하게 규정되어 있다.

최근 국민참여재판법에서의 배심원 연령에 대한 위헌법률심판제청에 관하여, 헌법재판소는 국민참여재판 제16조에서 배심원의 연령을 만 20세 이상으로 규정하고 있는 조항이 우리 헌법이 보장하는 평등권을 침해하지 않는다고 판시하였다.[266] 위 다수의견은 배심원으로서 권한 수행과 의무를 부담할 능력이 반드시 타 법령에서 규정하고 있는 연령의 제한과 반드시 일치해야 하거나 유사하게 규정할 필요가 있다고 보지 않았다. 왜냐하면 민법상의 성년으로서 행위능력, 선거권의 행사 능력, 군 복무의 능력 등의 기준은 각각의 직무의 수행에 관하여 제반 사정, 대립하는 관련 이익들을 교량하여 입법자가 판단한 사항이라고 보았기 때문이다.[267]

또한 외국의 입법례 역시 배심원 최저연령이 18 ~ 25세로 광범위하게 설정되어 있다는 점을 고려하면 '배심원의 역할과 권리, 사법 참여제도의 취지, 정치 상황, 국민의 법감정, 관습 및 역사 등의 사회·문화적 배경 등을 고려하여 입법자가 그 재량으로 배심원 참가 연령을 판단해야 할 필요성이 있다'라고 언급하였다.[268]

다만 위 다수의견에 대한 반대의견은 배심원의 역할과 책임이 특별한 법적 전문성이나 고도의 판단 능력을 요구하지 않을 뿐더러, 국민의 상식과 경험을 재판절차에 반영하려는 취지가 배심원 참여의 연령 판단에 고려되어야 함을 주장한다.[269] 또한 자신의 책임 있는 행위로 인한 법적 효과를 발생시킬 수 있는 연령, 즉 민법상 행위능력의 여부를 판단하는 만 19세가

266) 헌재 2021. 5. 27, 2019헌가19.
267) 헌재 2021. 5. 27, 2019헌가19.
268) 헌재 2021. 5. 27, 2019헌가19.
269) 헌재 2021. 5. 27, 2019헌가19.

배심원 자격을 인정할 수 있는 구체적인 기준이 될 수 있음을 언급하였다.

생각건대, 각각의 주장과 그 근거는 나름의 타당성이 있는바 성년 또는 공적 업무를 수행하는 자격 기준으로서 타 법령의 연령이 하향 조정되었다는 이유만으로 배심원의 연령을 변경하는 것은 적절하지 못하다. 다만 군사재판에서의 배심제 도입을 추진하면서 위 결정례에서 다수의견이 언급한 것처럼, 해당 법률의 입법에 있어 그 도입의 취지, 고려해야 할 제반 사정, 대립하는 관련 이익들을 교량할 필요는 있다.

우선 제도 도입의 측면에서 군사재판에서 배심제를 도입하려는 가장 큰 이유는 재판의 공정성·독립성을 확보함으로써 군 사법제도에 대한 국민의 신뢰를 확보하는 데 있다. 그러나 재판의 공정성·독립성 확보 또는 국민의 신뢰 확보에 있어 배심원 연령의 하향 조정이 효과적이라는 뚜렷한 근거는 없다. 미국의 사례를 살펴보더라도 특정 연령대의 남성 배심원이 그 외 연령대보다 무죄 평결의 성향이 뚜렷하다는 주장이 일부 제기[270]되기도 하지만, 배심원 연령의 차이가 배심원 평결의 결과와 큰 연관이 없다는 견해[271] 또한 쉽게 찾아볼 수 있다.

그러나 배심원의 대표성 측면에서 보면 군의 특정 계급만을 배심원에서 배제하는 것은 군이라는 집단의 대표성 확보에도 지장을 초래[272]할 뿐만 아니라, 장병참여재판법안에서 피고인이 병사일 때 배심원 구성에 있어 일정 비율 이상을 병사 배심원으로 구성하도록 한 취지[273]와도 상반되는 측면이 있다.

때문에 군사재판에서의 배심제 도입에 있어 그 연령이 고려되어야 할 필요성은 군의 인적 구성에 관한 특징에서 찾아야 한다. 왜냐하면 현재 병역법 제20조에 근거하여 18세 이상이 현역병으로 복무(지원하는 경우)할 수 있고, 군 인사법 제15조에서 부사관의 임용 최저연령을 18세로 규정

270) Jayne, H. Martin. "Jury Selection." *Air Force Law Review* 27, 1987, p. 63.
271) Anwar, Shamena, et al. "The Role of Age in Jury Selection and Trial Outcomes." *The Journal of Law & Economics* vol. 57 no. 4, 2014, p. 1022.
272) 이 글 제5장, 제2절, Ⅲ. 참조.
273) 이 글 제5장, 제3절, Ⅱ. 참조.

하고 있는 점을 고려하면 군 복무 간 연령의 제한으로 인해 배심원 참여의 기회 자체가 부여되지 않는 경우가 쉽게 발생할 수 있기 때문이다. 실제 2020년 현역으로 입대한 병력 약 11만 명 중에서 20세(만 19세) 이하가 약 73,000명(67%)이라는 통계[274]를 보더라도, 군사재판에서의 배심재판이 진행되더라도 연령의 제한으로 인해 병사 대부분의 배심원 참여 자체가 제한될 수밖에 없다.

물론 국민참여재판에서 일정 연령대가 배심원에서 배제되는 것은 입법 재량의 영역으로서 국민의 사법 참여제도의 실질적인 정착을 위해 불가피한 측면이 있다.[275] 그러나 입법적 재량이 군사재판에 관한 측면에 적용될 때에는 '연령 제한에 따라 배심원에서 배제되는 인원이 특정 계급에 국한되지 않도록 별도의 기준이 필요하다는 점'이 반드시 고려되어야 한다.

제 2 절 배심원의 구성에 관한 문제

Ⅰ. 장병참여재판법안 제9조의 내용 분석 및 문제점

장병참여재판법안 제9조는 배심원의 구성에 관한 사항을 규정하고 있는데, 주요 내용은 피고인의 계급에 따른 배심원 구성의 차등에 관련된 사항이라 할 수 있다. 우선 제9조 제1항에서 피고인이 장교인 경우에는 배심원의 계급을 '현역의 장교'로, 피고인이 준사관·부사관 또는 군무원인 경우 배심원의 계급을 '현역의 부사관 이상 또는 군무원'으로 구성하도록 하고 있다. 동 법안 제9조 제2항에서는 만약 피고인이 병사인 경우 그 배심원의 계급은 '현역의 부사관 또는 병을 1/3 이상 포함'한다는 규정 이외에는 나머지 인원 구성에 관한 규정은 별도로 명시하지 않고 있다. 마지막으로 제3항에 따르면 그 피고인이 장병 등이 아닌 경우, 가령 군형법 제1조

274) e-나라지표. 현역병 입영 현황-연령별, https://kosis.kr/statisticsList/statisticsListIndex.do?menuId=M_01_01&vwcd=MT_ZTITLE&parmTabId=M_01_01&outLink=Y&parentId=R.1;R_12.2;#content-group(접속일 : 2021. 11. 30.).

275) 헌재 2021. 5. 27, 2019헌가19.

제4항에 규정되어 있는 간첩, 유해 음식물 공급, 초병 폭행 등의 일부 군사범죄(이하 특정 군사범죄)를 범한 일반 국민 등에 해당하면 배심원의 계급을 '현역 부사관 이상 또는 군무원'으로 지정해야 한다.

피고인의 계급에 따른 배심원의 계급 편성 차등에 있어 그 필요성을 긍정하는 견해에서는 이런 조치가 '계급사회인 군의 특성'을 고려[276]하기 때문이라고 하거나, 배심재판의 결과에 따른 군인들 간의 갈등 발생 및 전파를 방지하기 위해 시행되어야 한다고 주장[277]한다.

반면 이런 계급 차등의 규정이 실질적으로는 검사, 피고인 또는 변호인의 배심원 기피권 행사를 통해 유명무실화될 수 있다는 점을 주장하거나,[278] 하위계급자에 대한 지휘관 또는 상위 계급자의 영향력이 반영될 수 있는 부적절한 통로로 활용될 수 있다는 점[279]이 비판의 근거로 언급되기도 한다. 또한 해당 규정이 병사 계급을 대부분 배제함으로써 동료들에 의한 재판이 아니라 '상관에 의한 심판'과 유사한 형태를 만들고, 결국 재판 결과의 공정성에 대한 의심 혹은 그 결과에 승복하려는 경향을 줄일 수 있다는 우려[280] 역시 제기되고 있다.

때문에 피고인의 계급에 따른 배심원 계급 편성 차등과 관련된 문제를 파악하기 위해서는 '군에서의 계급의 역할'에 대한 검토가 우선적으로 이뤄져야 한다. 왜냐하면 앞의 논의에서 이런 계급이 군의 특성과 결부되는 개념, 혹은 군 내부의 갈등을 방지하는 수단이라 주장하고 있음에도 구체적으로 어떤 특성에 기인하여 계급이 그런 역할을 수행할 수 있는지 언급하고 있지는 않기 때문이다.

우리는 흔히 군을 계급사회라고 부르지만,[281] 그런 계급이 배심원 구성에 있어서도 적용되어야 하는 개념인가에 대해서는 의문을 가질 수 있다.

---

276) 사법제도개혁추진위원회 자료집 제13권, 141면.
277) 법제사법위원회 제259회 제7차 회의록, 2006, 12면.
278) 사법제도개혁추진위원회 자료집 제13권, 108면.
279) 사법제도개혁추진위원회 자료집 제13권, 128면.
280) 이부하, "국민참여재판에 대한 법정책적 조명 : 한국의 국민참여재판과 일본의 재판원 재판을 비교하며, 공법학연구 제12권 제4호, 2011, 121면.
281) 이만종, 전게서, 18면.

따라서 이하에서는 군에서 계급이라는 개념이 수행하는 역할을 확인하고, 배심원 구성에 있어 고려되어야 하는 계급의 특성이 무엇인지 세부적으로 판단해보고자 한다.

Ⅱ. 계급의 역할과 배심원 계급의 차등 필요성

우선 군에서 계급이 수행하는 역할은 그 개념이 유래된 역사적 과정을 통해 어느 정도 유추할 수 있다. 최초의 계급은 구성원들에 대한 지휘 통솔의 필요성에서 기원한 것으로 알려져 있다. 경험적으로 한 사람의 육성(肉聲)으로 지휘할 수 있는 약 100명[282]이라는 숫자가 부대의 기본적인 전술단위(중대급)가 되었고, 그 인원들의 선두에 서서 지휘한다는 'Capo di squadra[4각형 방진(方陣)의 우두머리]'라는 라틴어에서 대위(captain) 계급이 유래하였기 때문이다.[283]

나아가 대령 계급은 여러 개의 중대급 부대를 지휘한다는 뜻인 라틴어 'columna[종대(縱隊) 대형]' 혹은 'corona(정수리)'에서 기원하였다. 대위 이하의 장교는 중위·소위 계급으로 세분되었는데, 영어로는 'lieutenants'라고 지칭된다. 그런데 이 'lieutenants'라는 단어는 'lieu(place : 자리) + tenant(holding : 잡는다)'의 합성어로 중대장인 대위의 유고 시 그 자리를 대신 차지하여 지휘하는 사람을 뜻하는 것이고, 대령 이하의 중령·소령의 경우에도 중·소위 계급과 같이 연대장 유고 시 그 자리를 대신 차지한다는 개념으로 편성되었다.[284]

즉, 그 유래를 통해 확인할 수 있는 계급의 첫 번째 역할은 군의 임무 또는 명령의 하달에 있어 '별도의 지침 없이도 권한의 승계와 그 상하 관계를 명확히 하는 것'[285]이라 할 수 있다. 때문에 단순히 '권한의 위임 또는 상하 관계'를 명시하는 계급의 역할로는 배심원의 구성에 있어 차등을

282) 양희완, 전게서, 12면.
283) 상게서, 22-23면.
284) 양희완, 전게서, 23-26면.
285) 이만종, 전게서, 48면.

부여하는 이유를 명확히 설명하기 어렵다.

물론 계급이 이런 권한과 책임의 위임과 관련된 역할만을 수행하는 것은 아니다. 일반 관료조직에서의 직책과 같이 그 계급에 상응하는 임무와 기능에 대한 권한을 부여하는 역할[286] 또한 수행하기 때문이다. 이런 관점에서 보면 계급에 따른 위계질서의 특성 그리고 상급자에 의한 영향력을 우려하여 계급의 차등을 부여한다는 견해의 타당함을 견지할 수 있다. 특히 이 견해에서는 '피고인이 배심원보다 상급자인 경우 배심원이 피고인에게 통제된다는 느낌을 받을 가능성이 크다는 점'을 주요한 근거로 제시한다.[287] 나아가 전통적으로 '하위 계급의 군인들이 상급자에 대한 공식적인 의견을 표현하지 못한다는 점'[288]을 강조하기도 한다.

앞의 논의에서 피고인보다 배심원 계급 구성을 낮게 편성하였을 때 배심재판의 결과에 따른 군인들 간의 갈등을 우려했던 견해[289] 역시 이런 '권한의 부여와 관련된 계급의 역할'을 중시하는 군의 문화를 반영하는 것으로 해석할 수 있다.[290]

그러나 이에 대응하여 피고인보다 동급 또는 상위 계급으로 배심원을 편성[291] 및 실제 제도를 운용하고 있는 미군이 '배심원의 계급 차등'에 대한 상당한 비판에 직면해 있음을 유념해야 한다. 이런 배심원 차등이 '배심원 구성의 대표성을 약화시키는 원인으로 작용하여 재판의 공정성을

---

286) 온만금, 전게서, 45면.

287) Van Sant, John D. "Trial by Jury of Military Peers.", *United States Air Force JAG Law Review* vol. 15 no. 2, 1973, p.189.

288) McCormack, *supra* n. 154, p. 1050.

289) 법제사법위원회 제259회 제7차 회의록, 2006, 12면.

290) 장병참여재판법안의 내용 자체가 실질적으로 피고인보다 상위 또는 동 계급의 배심원 참가를 명확히 보장하지 못한다는 점 역시 이런 배심원 계급 차등의 타당성을 약화시키는 요소가 된다. 왜냐하면 장병참여재판법안 제9조는 앞서 살펴본 바와 같이 피고인의 계급이 장교인 경우 배심원의 계급을 단순히 장교, 피고인이 준사관·부사관·군무원인 경우 배심원의 계급을 단순히 부사관 이상 또는 군무원으로 규정하고 있기 때문이다. 따라서 피고인이 영관급 장교인 경우, 배심원이 위관급 장교로 편성되거나 혹은 피고인이 준사관인 경우, 배심원이 중·하사로 편성되는 경우를 충분히 예측할 수 있다. 또한 피고인이 병사인 경우에는 단순히 1/3 이상이 부사관 또는 병으로 편성되어야 한다고만 규정하고 있을 뿐이므로 나머지 인원이 피고인보다 하위 계급인 병으로 구성되는 경우 역시 쉽게 상정할 수 있다.

291) UCMJ Art. 25. Who may serve on courts-martial (a)(b)(c).

저해한다'라는 주장이 제기되기도 하고,[292] '상위 계급의 배심원이 선정될수록 그 재판의 결과가 중하게 나타날 수 있음'을 언급하며 하위 계급자에 대한 체계적인 배제가 명확한 근거 없이 이루어지고 있음을 지적하기도 한다.[293]

생각건대 미국의 경우 군사재판의 배심원이 상위 계급자로 편성되는 것은 특별한 이유에서가 아니라, 단지 고유의 역사적 배경에서 기인하는 것일 수 있다. 왜냐하면 1776년 미국의 전쟁법(Article of War)에 따르면 군법회의의 배심원 구성은 최소 13명으로 구성되어야 함을 규정하며 그 계급을 소령(major) 이상의 계급으로 한정하고 있었기 때문이다.[294] 이후의 군사법제도가 지속해서 변경됐음에도 이런 배심원 계급의 요건은 크게 변화되지 않았다는 점 또한 이를 증명한다.[295]

역사적 측면을 제외하고 군사재판의 배심원 선정에 있어 계급의 차등을 부여하는 명확한 근거를 확인하기는 어렵다. 단지 상위 계급자일수록 군에 복무한 경험이 많고, 그에 따라 군의 조직 운영에 유리한 평결을 만들어 낼 것이라는 인식[296]에서 이런 특징이 비롯되는 것으로 보인다. 더욱이 이런 인식은 재판에서의 피고인에게 공정한 판결을 하기보다는 조직의 군기 유지, 전투력 보존과 같이 좀 더 건전하게 조직이 유지될 방안[297]을 먼저 고려하게 될 우려가 있다는 의미로 해석된다.

마찬가지로 군에서 하위 계급, 즉 병사 계급이 배심원으로 참여하게 되는 경우 '법을 따르기보다는 동료에게는 무죄 평결을, 상급자에게는 유죄 평결을

---

292) Lamb, Stephen A. *supra* n. 130, p. 143.
293) *Ibid.*, p. 142.
294) *Ibid.*, p. 149.
295) *Ibid.*, pp. 119-124에 따르면 이후 군 배심원에 관한 규정은 제1·2차 세계대전을 겪으면서 재차 수정되는데 제1차 세계대전 이후 기존의 각 군법회의에서 규정하고 있던 배심원의 상한선(13명-보통 군법회의, 5명-특별 군법회의)을 삭제하고 하한선만을 기존과 같게 설정하였다. 특히 배심원 수를 줄이면서 군법회의에 있어 선임 장교를 배심원으로 지정하는 경향이 두드러지게 되었다. 1949년 최초 제정된 통일군사법전도 여러 차례 개정이 이루어졌지만, 군법회의에서의 배심원과 관련된 조항의 경우에는 큰 변경 없이 현재까지 명맥을 유지하고 있다.
296) McCormack, *supra* n. 154, pp. 1036-1037.
297) *Ibid.*, p. 1049.

할 경향이 높을 것'[298][299]이라는 우려 역시 군의 상급자에 대한 긍정적인 인식에 기반한다는 점에서 위의 견해와 일맥상통한다.

한 가지 확실한 것은 이런 '조직의 기능 유지'라는 가치를 중시하는 군의 태도를 여러 규정을 통해 확인할 수 있다는 점이다. 美 통일군사법전의 서문에서는 군법의 목적이 군 조직의 질서와 군기 유지에 있음을 언급하고 있고,[300] 우리 군형법[301] 및 국군조직법[302]의 제정목적에서도 군 조직의 기능 유지에 관한 중요성이 강조되고 있기 때문이다.

더욱이 이런 관점은 장병참여재판법안에서 일반 국민이 특정 군사범죄를 범한 경우에도 그 배심원 구성에 있어서 계급의 차등을 부여하고 있는 이유를 설명할 수 있는 근거가 되기도 한다. 단지 위계질서와 같은 '군의 특성'을 근거로 배심원 계급에 차등을 부여한다고 주장한다면, 일반 국민이 군사재판을 받을 때 배심원에게 계급에 따른 영향력을 행사할 가능성이 없으므로, 그 배심원의 구성을 군인으로 한정할 필요가 없다고 인식할 수 있기 때문이다. 그러나 '조직의 기능 유지'라는 관점에서 보면 일반 국민이 특정 군사범죄를 범하였을 경우 예외적으로 군사법원이 그 재판권을 갖는 이유는 해당 범죄로 인해 '군 조직의 기능 유지'에 중대한 장해가 발생하였고, 유·무죄 판결에서도 이런 측면을 반영하기 위해서라고 해석[303]할 수 있다. 그리고 장병참여재판법안 제9조 제3항을 살펴보더라도 일반 국민이 군사재판의 피고인이 되는 경우 배심원은 부사관 이상의 (대체로) 상위 계급으로 편성되므로, 배심재판에서도 이런 조직기능 유지의 측면에 부합한 평결이 이뤄질 개연성을 예측하는 것은 어렵지 않다.

---

298) Van Sant, John D. *supra* n. 287, p. 189.

299) *Ibid.*, p. 190에서는 군에 입대하는 병사들이 그들이 시민으로서 남는 대신에 군 복무에 자원하여 입대한 인원들이기 때문에 그들이 속해 있는 군 조직의 기강을 저해할 것이라는 주장에 대해 명백한 근거가 없음을 반론으로 제시하기도 한다.

300) Rodman, Lindsay L. *supra* n. 196, p. 73.

301) 군의 기강을 확립하여 군인이 국방 임무를 보다 효율적이고 충실하게 수행함.

302) 군정·군령의 유기적이고 체계 있는 수행을 도모함, 합참군사용어사전에 따르면 군정은 국방목표 달성을 위하여 군사력을 건설, 유지, 관리하는 기능으로서 국방정책의 수립, 국방관계법령의 제정, 개정 및 시행, 자원의 획득 배분과 관리, 작전 지원 등을 의미하는 것이고, 군령은 국방목표 달성을 위하여 군사력 자체를 운용하는 기능을 말한다.

303) 김현주, "군사법원의 민간인에 대한 재판권", 한국군사학논집 72(1), 2016, 137면.

다만, 이런 '조직의 기능 유지 또는 조직 우위의 가치'를 지속해서 강조하는 것은 재판의 독립성·공정성을 저해할 수 있는 원인이 된다. 특히 특정 군사범죄를 범한 일반 국민이 군사재판을 받는 것 자체가 '피해자인 군으로부터 피고인이 재판을 받는 불공정한 상황을 초래할 수 있다'라는 비판[304]이 과거부터 지속적으로 제기되어왔다는 점을 고려하면, 재판에서의 배심원 차등이 재판 결과에 대한 공정성을 더욱 의심하게 만드는 원인이 될 수 있다. 비교법적으로도 일반 국민에 대해 군사재판을 시행하고 있는 영국 역시 재판관을 민간인으로 지정하거나,[305] 배심원 구성에 있어 일반 국민을 참가[306]시키는 것은 이런 재판의 독립성·공정성 확보와 무관하지 않다고 본다.

결국 군사재판에서 배심원 계급의 차등을 부여하는 것, 특히 장교·준사관 같은 군의 상위 계급을 배심원으로 편성하는 것은 조직의 기능 유지를 위한 목적으로 충분히 설명할 수 있다. 다만 이런 계급의 차등이 단순히 조직 우위의 가치를 구현하기 위한 것이라면, 배심제의 도입을 통해 달성하고자 하는 군사재판의 독립성·공정성을 제대로 실현하지 못하는 결과를 초래할 수 있음에 유념해야 할 필요가 있다.

Ⅲ. 병사 계급의 배심원 참여 제한의 타당성

'조직의 기능 유지'라는 관점에서 하위 계급의 배심원 참여, 특히 병사의 배심원 참여는 지속해서 배제되어왔다. 미군의 경우 군법회의에서 피고인이 병사인 경우를 제외하고는 그 배심원으로 병사 계급이 참여할 수 없고,[307] 장병참여재판법안에서도 위와 유사하게 대부분의 배심재판에서 병사의 배심원 자격을 제한하고 있다.

---

304) 김현주, 전게논문, 156면.

305) the Armed Forces Act 2006 Art. 278. Constitution and Proceedings of the Service Civilian Court.

306) JSP 830 volume 2, Chapter 28, *supra* n. 113, p. 2-28-6.

307) Van Sant, John D. *supra* n. 287, p. 187에 의하면 실제로 선발된 병사들 또한 6년 이상 군에서 복무한 병사들이 대다수라는 점에서 비판이 가해지고 있다.

그러나 군사재판에서의 배심원 참여에 관하여 '계급 구분 없이 배심원을 선정하는 것이 군기 유지에도 적절하다'라고 주장[308]하거나, 더 나아가 '병사 계급의 참여를 통해 배심원 구성의 대표성을 보장할 필요가 있다'라는 견해가 여러 연구에서 제기[309]되고 있다. 특히 군사재판에서의 배심원 구성에 있어 대표성의 확보를 강조하는 견해에서는 '지역사회의 공정한 횡단적 구성의 원칙(cross-section of the community)'이 군 사법제도에도 적용되어야 한다고 주장한다.[310]

여기에서 언급되는 '지역사회의 공정한 횡단적 구성의 원칙'[311]이라 함은

---

308) Report of War Department Advisory Committee on Military Justice, KF7620. A88(1946), p.12에 따르면 병사 계급의 배심원 참가가 군 사법제도에 대한 인식의 증대와 더불어 사기 향상에도 도움을 줄 수 있음을 언급하고 있다, https://www. loc. gov/rr/frd/Military_Law/Vanderbilt-report.html (접속일 : 2021. 11. 30.).

309) Lamb, Stephen A. *supra* n. 130, p. 158.

310) *Ibid.*, p. 148.

311) Sansone, Joel Stephen. "A Clash of Cases: Jury Death Qualification and the Fair Cross-Section Requirement.", *Duquesne Law Review* vol. 22 no. 3, 1984, pp. 729-735에 따르면 초기 미국에서 배심제가 시행되던 시기에 배심원의 자격은 오직 백인 남성에게만 인정되고 있었는데, 당시 여성 또는 흑인이 배심원으로 참가할 수 있는 여지는 인정되지 않았다. 최초로 여성의 배심원 참여를 허용한 것은 1878년 Utah 주에서 였는데, 이후 1940년대까지는 그 외의 주에서는 허용되지 않다가, 1940년의 Smith v. Texas 판결, 1942년 Glasser v. United States 판결에서 흑인에 대한 일괄적 배제(systematic exclusion of Negroes)를 허용하지 않으면서 여성의 배심원 참가에 대한 문제가 재차 불거지게 되었다. 이후 1946년 Ballard v. United States 판결에서 여성의 배심원 참여의 일괄적 배제가 부적절함을 명시하였고, 1953년 Brown v. Allen 판결에서 배심원의 공정한 횡단적 구성(a cross-section)의 대상으로서 여성을 포함하기에 이르렀다. 그러나 그 이후에도 1974년까지 여전히 몇몇 주에서는 여성에 대한 자동적 배제(automatic exemption)를 여전히 유지하고 있었는데, 1975년 Taylor v. Louisiana 판결을 통해 '공정한 횡단적 구성의 원칙'이 美 수정헌법 제6조, 그리고 수정헌법 제14조 적법절차의 원칙에 의해 보장되는 것임을 언급함으로써 여성의 배심원 참가에 대한 차별을 금지하게 되었다. Taylor v. Louisiana 판결에서 다수의견은 여성이 배심원의 구성요소로서 중요한 기여를 한다고 보았는데(contribute a distinct and significant element to juries), 그 판시내용을 살펴보면 '여성도 하나의 계층으로서 행동할 뿐만 아니라 남성의 공동체와는 다른 특성이 있으며 남성과 여성이 상호 대체 불가능하다'라는 점을 들고 있다. 다만 그 결론에 있어 여성이 남성과는 다른 측면에서의 기여를 하고 있음을 언급하면서도 그 기여의 정도에 대해서는 아주 적은 차이(may not make one iota of difference) 혹은 알 수 없다(unknown, unknowable)는 식의 불분명한 결론에 이르고 있다. 이런 불분명한 법원의 결론은 '지역사회의 공정한 횡단적 구성'의 원칙에 있어 비판의 여지를 허용한 측면이 있다고 보는데, Taylor v. Loisiana 판결에 대한 다수의견에 반대하여 Rehnquist 대법관은 '헌법이 보장하는 것은 편견에 치우치거나 불공정한 배심원(bias or partial juries)이 선정되는 것을 방지하는 것일 뿐, 공정한 횡단적 구성으로서 여성이 배심원

미국에서 유래한 일반 배심재판의 배심원 선정에 관한 지침으로서 '배심원 구성에 있어 인종, 성별, 종교 등을 차별하지 않고 무작위로 지역사회의 전체를 아우르는 구성집단으로부터 배심원이 선발되어야 한다는 것'을 의미한다. 그리고 이런 원칙의 전제는 다양한 사회 구성원 집단으로부터 배심원 후보의 풀(pool)을 구성함으로써 그 편견의 존재 가능성을 무작위적으로 분산시키고, 각각의 편견[312]을 서로 상쇄시킴으로써 공정한 재판의 결과를 도모할 수 있다는 대표성 확보의 필요성으로 연결된다.[313]

다만 군에서의 배심원 구성에 있어서도 '지역사회의 공정한 횡단적 구성의 원칙'이 적용되어야 하는가에 대해서는 의문이 제기될 수 있다.

왜냐하면 '지역사회의 공정한 횡단적 구성'의 원칙에 있어 중점이 되는 것은 일반 배심재판에 있어 흑인·여성과 같은 특정 계층의 배제에 관한 문제에 국한되어 있는 듯한 모습을 보이고 있기 때문이다.[314] 더욱이 군과 관련된 여러 판례들에서도 군 사법제도 내에서 지역사회의 공정한 횡단적 구성의 원칙이 적용되지 않음을 명시적으로 언급하고 있다.[315][316]

그러나 '지역사회의 공정한 횡단적 구성의 원칙'은 단순히 피고인의 입장에서 공정한 재판을 받을 권리를 보장받기 위해서만 강조되는 것은 아니다.[317] 왜냐하면 위 원칙이 피고인의 권리보장뿐만 아니라 배심원으로서

명부에 포함(does not fairly encompass ~ including women as mandatory members of the venire)되는 것을 의미하는 것은 아니다'라고 언급하였다. 더불어 그는 판결의 다수의견이 주장하는 것처럼 여성이 배심원 체계에 있어 어떤 중요한 기여를 하는가에 대해서 의문을 가졌을 뿐만 아니라, 흑인·여성 이외에 의사, 변호사와 같이 헌법적으로 이미 배제가 허용되는 계층에 대해서는 별로 주의 깊게 살피지 않는 美 법원의 불공평함을 지적하였다.

312) 김상준, 미국 배심재판 제도의 연구, 이화여자대학교출판부, 2003, 74면에 따르면 편견은 '어떤 사물·현상 등에 대하여 그것에 적합하지 않은 의견이나 견해를 가지는 태도'로 정의되는데, 이런 견해나 태도를 가지는 데 있어 개개인의 과거 경험이 중요한 요소로 작용하며, 특정한 견해를 지지하는 데 있어 합리적인 설명의 근거가 된다.

313) Neil Vidmar(김상준&김형두&이동근 역), 세계의 배심제도, 나남, 2007, 61면.

314) Leipold, Andrew D. "Constitutionalizing Jury Selection in Criminal Cases: a Critical Evaluation." *The Georgetown Law Journal* vol. 86 no. 4, 1998, p. 967.

315) U.S. v. Lewis, U.S. Armed Forces 1997, 46 M.J. 338 ; U.S. v. Santiago-Davila, CMA 1988, 26 M.J. 380.

316) Leipold, Andrew D, *supra* n. 314, pp. 967-969에 따르면 '지역사회의 공정한 횡단적 구성의 원칙'을 적용 하는 데 있어, 美 연방대법원은 여성, 흑인 또는 유대인과 같은 집단을 제외하고는 대부분의 집단에 대하여 위 원칙의 적용을 인정하지 않고 있다.

특별한 이유 없이 그 참여가 배제되는 차별에 대항하는 수단으로도 인식되고 있기 때문이다.[318][319]

실제로 주(State Court) 또는 지역법원(Local Court)의 경우에는 일정한 사유를 제외하고 군인에 대한 배심원 참여를 허용하고 있는데, 이에 대한 근거 역시 배심원 참여가 시민적 책임을 발현하는 수단(permitted to fulfill their civic responsibility)이라는 인식에 기반하고 있다는 점[320]을 보면 위 원칙이 피고인에게 있어 '공정한 재판을 받을 권리 보장'의 측면 뿐만 아니라 '배심원 참여의 권리보장' 수단으로서 군에 적용될 여지를 어느 정도 인정할 수 있다.

다만 '지역사회의 공정한 횡단적 구성의 원칙'이 군에 적용될 수 있다고 하더라도, 위 원칙이 병사 계급의 배심원 참여를 보장하는 직접적인 근거로 적용되기는 어렵다. 해당 원칙이 병사 계급의 배심원 참여의 필요성을 뒷받침하는 근거로 적용되기 위해서는 병사 계급이 다른 집단, 즉 장교 또는 부사관 계급과 다른 고유한 집단으로 인식될 수 있는 특징을 가지고 있어야 한다. 그렇지 않으면 단순히 병사 계급의 참여가 적게 이루어진다고 해서 군이라는 집단의 배심원 구성이 대표성을 확보하지 못하는 것이라 판단할 수는 없기 때문이다.

배심원 구성에 있어 하나의 사회 구성원 집단으로 인식되기 위한 요건으로는 흔히 '집단의 성원권(membership) 인식의 명확성', '고유한 관념·태도·경험 등의 공유' 그리고 '해당 집단의 대체 불가능성'이 언급[321]되는데,

---

317) Leipold, Andrew D, *supra* n. 314, p. 961.

318) *Ibid.*, pp. 965-966에 따르면 위 원칙의 의미를 '비이성적인 이유로 정부 기능의 참가에 있어 배심원들이 배제되는 것을 방지하는, 비호의적인 집단에 대한 국가의 차별에 대항하는 수단(protection right not to be excluded from participation in governmental functions for irrational reasons, ~ simply another weapon to combat state-sponsored discrimination against disfavored groups)'으로 해석하고 있다.

319) Neil Vidmar(김상준&김형두&이동근 역), 전게서, 65면.

320) DOD Instruction 5525.08(2021. 1. 7.), "Service Member Participation on State and Local Juries", https://www.esd.whs.mil/Portals/54/Documents/DD/issuances/dodi/552508p.pdf? ver=gYQ7809IiHGGq4wnHjh5Lw%3D%3D(접속일 : 2021. 11. 30.).

321) Leipold, Andrew D, *supra* n. 314, p. 969.

이는 '배심원 후보를 구성하는 별개의 사회집단으로서 요구되는 조건'에 관하여 United States v. Guzman 판결[322]에서 명시하였던 기준을 참조한 것이다.

위에서 언급된 기준에 맞추어 병사 계급이 별개의 사회 구성원 집단으로 인식되는지 판단해본다면, 우선 병사 계급은 병역법 제3조의 병역의무, 제12조 신체 등급 판정, 제18조 현역의 복무기간 등의 규정을 통해 일정한 자격과 복무의 기간을 법정화하고 있고, 군인사법 제44조에 따라 법률이 정하는 바에 따라 신분의 보장 및 그 계급에 따른 예우를 보장받는다는 점에서 그 성원권을 명확히 인식할 수 있다. 두 번째로 일정 연령대의 인원들이 물리적으로 동일한 공간 내에서 공동체 생활을 한다는 것은 집단 내부에서 동등한 관념, 태도, 경험 등이 긴밀하게 공유될 수 있는 환경이 조성될 수 있음을 의미한다. 미국의 사회학자인 커트 랭(Kurt Lang)은 군 특수의 생활양식이 형성되는 배경으로 공동체 생활이 중요하게 작용함을 언급하고 있는데,[323] 이는 군인이 공동체 생활을 통해 상호 간의 책임을 공유하고, 상호 의존관계임을 인식하게 하면서 소위 '전우애'로 대표되는 공동체 의식을 함양시켜 나간다는 점[324]과도 연관이 깊다. 마지막으로 군에서의 장교 및 부사관과 병사 계급의 직무는 엄격히 구분되어 있는데, 이는 결국 병사 계급이 수행하는 그 직무의 대체 불가능성을 추론할 수 있게 해주는 요소가 된다.[325]

---

322) United States v. Guzman, 468 F.2d 1245 (2d Cir. 1972), 이 판결에서는 배심원을 구성하는 데 있어 그 기준이 되는 집단을 '인식 가능한(cognizable) 집단'이라고 지칭하며, 그 집단이 갖추어야 할 요건으로서 1) 집단의 성원권(membership)이 명확히 확인 가능하여야 하고, 2) 집단이 기본적으로 일반 공공이 공유하지 않는 동등한 관념, 태도, 경험 등을 별도로 공유하는 한편, 3) 이 집단이 배심원 풀(pool)에서 제외되는 경우 다른 사회의 구성 부분에서 이를 적절히 대체하지 못할 정도의 이익을 가지고 있어야 함을 제시하고 있다.

323) Lang, Kurt. "Military Sociology." *Current Sociology* vol. 13 no. 1, 1965, p. 10.

324) 온만금, 전게서, 184면.

325) The Noncommissioned Officer and Petty Officer : Backbone of the Armed Forces, 2013, p. ix에 따르면 병사 계급이 군에서 독특한 역할을 하고 있음을 언급하고 있다. 원문은 The mid-grade enlisted force plays a unique role within the entire force. They are the frontline of our profession. They represent our values, behaviors, and character to our most junior ranks every day, no matter what

따라서 군을 구성하는 사회 구성원 집단의 하나로서 병사 계급이 그 요건을 모두 충족하기 때문에, 공정한 배심원 구성이라는 목적에 기대어 그 참여가 보장될 필요가 있다.

나아가 이런 병사 계급의 배심원 참여가 재판의 독립성·공정성 확보에 도움을 줄 수 있음은 실제 사례를 통해 검증되기도 하였다. 1974년 미군은 캔자스 주 Fort Riley에서 약 13개월 동안 30건의 군사재판에 관하여 군인 배심원에 대한 무작위 선정 및 배심재판을 시범적으로 시행하였는데, 그 결과 전체 배심원 구성의 58%가 병사로 편성되어 배심원 직무를 수행할 수 있는 여건이 조성되었다.[326] 그리고 이런 무작위 선정을 통해 군 병력 구성의 대부분을 차지하는 병사 계급이 상대적으로 더 많이 포함될 기회를 얻을 수 있었고, 그에 따른 재판의 공정성 증대 또는 배심원의 대표성 확보에 긍정적으로 작용하였다는 점을 확인할 수 있었다. 위 기간 동안 진행된 재판의 공정성에 대한 인식은 Fort Riley에 주둔하는 군인들을 대상으로 시행된 설문조사 결과를 통해 확인할 수 있었는데, 응답자의 76%가 재판의 공정성이 증대되었다고 응답하였고, 59%의 인원이 이런 무작위 선정방식이 배심원 구성에 있어 군의 대표성을 더 확보해주는 방법이라고 답변하였기 때문이다.[327]

다만 위 사례에서 재판의 독립성·공정성의 증대가 병사 계급의 배심원 참여 때문인지 아니면 무작위 선발이라는 배심원 선정방식에서 기인하는 것인지는 확실하지 않다. 그러나 적어도 군사재판에 있어 병사 계급의 배심원 참여가 배심재판의 독립성·공정성을 침해하는 것이 아니라는 점은 증명될 수 있고, 그에 따라 병사 계급의 실질적인 배심원 참여의 여건을 보장해 줄 필요성은 충분히 제기될 수 있다.

---

transitions we face today or challenges we will face, https://www.jcs.mil/Portals/36/Documents/Publications/ncobackbone.pdf(접속일 : 2021. 11. 30.).

326) United States, General Accounting Office, “Military Jury System Needs Safeguards Found in Civilian Federal Courts”, Department of Defense, Department of Transportation: Report to the Congress, 1977, pp. 26-29.

327) *Ibid.*, pp. 29-30.

제 3 절 군사재판에서의 배심원 자격과 구성에 대한 합리적인 설정

Ⅰ. 배심원으로서 일반 국민의 참여 보장

군사재판에서의 배심제 도입에 있어 장병참여재판법안이 배심원 자격을 군인으로 한정하는 이유는 '군의 특성'을 고려함과 더불어 '장병참여재판의 효율적 운용'을 위해서라고 주장된다. 그러나 '군의 특성'은 도리어 군인만으로 구성된 배심원이 재판의 독립성·공정성을 훼손시킬 수 있는 요소가 될 수 있음을 반증하는 근거가 된다. 또한 이런 배심원 자격 제한을 통해 추구하고자 하는 '배심재판의 효율성을 높인다'라는 의미 또한 단순히 군부대의 보안 유지 또는 물리적 거리 등을 고려하여 신속하게 배심원을 구성 및 재판을 진행한다는 뜻으로 잘못 이해되고 있다.

그러나 배심제는 단순히 법관 이외의 제삼자가 재판 과정에 참여하는 것이 아니라, 법률 위반이라는 형태로 발생한 상호 간의 갈등을 국민의 상식적인 관점에서 민주적·합리적으로 해결해 나가는 방식이라는데 그 의의가 있다.[328] 때문에 다툼이 있는 사실에 관하여 특정한 편견에 치우친 배심재판이 되지 않기 위해서는 배심원의 선정에 있어 추첨 또는 기타 공평하고 불편부당한 방법에 의한 배심원의 선정이 요구될 필요가 있다.[329]

배심제가 활발하게 운용되고 있는 미국에서는 '배심원이 선정되면 그것으로 재판은 끝났다'라는 말이 있을 정도로 편견과 오판의 가능성을 최대한 배제할 수 있는 배심원의 선정은 배심제를 구성하는 일련의 과정에서 핵심 절차로 인식되고 있다.[330]

따라서 세부적인 규정은 일부 차이가 있지만, 배심제를 운용하고 있는 여러 국가들은 배심원의 선정 요건을 법률에 구체적으로 명시하고 있고, 이를 통해 배심원으로 참여하는 인원이 '평균적인 정서와 상식'을 구비할

328) 차동언, "국민참여재판이 민주주의 발전에 미치는 영향", 서울대학교 법학평론 5, 2015, 168면.
329) 문일환, "국민참여재판 배심원에 대한 실무적 접근 : 배심원 선정, 평결, 양형을 중심으로", 저스티스 제135권, 2013, 175면.
330) 한상훈, "국민참여재판제도의 정착방안", 저스티스 106호, 2008, 506면.

수 있도록 노력하고 있는 것도 이런 배심원 선정의 중요성을 방증하는 요소가 된다.[331] 이미 언급했지만, 군사재판에 있어 배심원의 자격이 군인으로 제한되는 경우, 배심재판의 과정은 군 내부의 폐쇄적인 절차로 변질된다. 그리고 이런 폐쇄적인 절차는 재판의 진행 과정에 대하여 적절한 외부의 감시와 통제를 어렵게 하는 원인이 된다. 여타의 제도를 통해 간접적인 감시와 통제의 방안을 별도로 마련한다고 하더라도 재판의 과정에 직접 참여하는 것만큼 그 절차를 충분히 검증할 수 있는 수단으로 작용하기는 어렵다.[332] 비교법적으로도 '배심원 선발과 구성에 있어 국민의 의사가 직접적으로 반영될 수 있는지' 여부에 따라 그 제도 자체에 대한 신뢰의 정도가 달라질 수 있다는 점은 영국과 미국의 사례를 통해서도 확인할 수 있었다.[333]

군사재판에서 배심제 도입의 목적이 민주적 절차에 따른 평의와 평결을 통해 독립적이고 공정한 재판의 결과를 도출해 내는 것에 있다면, 일반 국민의 배심원 참여가 단순히 군사재판이라고 해서 제한될 필요는 없다. 도리어 일반 국민의 '건전한 상식'을 군사재판 절차에 반영하는 것이 재판 결과의 신뢰뿐만 아니라, 군 사법제도 전반에 대한 신뢰를 형성할 수 있는 바람직한 방향이라고 생각한다.

Ⅱ. 배심원 구성에 있어 일반 국민과 군인의 혼합 편성

1. 일반 국민과 군인의 혼합 편성의 필요성

결국 군사재판에서의 배심제 도입에 있어 배심원의 자격을 군인으로 한정하는 것은 적절하지 않다. 나아가 일반 국민이 군사재판에서의 배심원으로 참여하는 것이 그 제도 도입의 취지에 더욱 부합하는 방안이라고

331) 김형국&정선희&조수진, 전게서, 9면.
332) 한인섭, "형사재판에서 배심제의 도입 - 그 필요성·가능성·구체적 방안은 무엇인가 -", 형사정책 제14권 제2호, 2002, 109-110면.
333) 이 글 제3장, 제2절, Ⅱ. 참조.

생각한다. 다만 일반 국민이 군사재판에서의 배심원으로 참여하는 경우 배심원 구성에 있어 '군인을 완전히 배제해야 하는가'에 대해서는 별도로 고려할 필요가 있다. 군사재판에서의 일반 국민의 배심원 참여가 필요하다는 것이, 군인 배심원 참여 일체를 제한하는 방향으로 곧바로 귀결되는 것은 적절하지 않기 때문이다.

다만 군사재판에서의 배심원 구성에 있어 일반 국민과 더불어 군인의 참여 보장을 직접적으로 주장하고 있는 견해는 찾아보기 어렵다. 또한 군인이 '국가 방위'라는 임무 수행과 관련하여 '법률로 그 기본권의 일부가 제한될 수 있음'을 고려하거나,[334] 국민참여재판법 제18조에서 '군인의 배심원 자격을 명시적으로 제한'하고 있다는 점을 본다면 군인의 배심원 배제가 일면 타당하다고 볼 여지가 많다.

그러나 군이 수행하는 임무 등을 고려하여 부득이한 권리의 제한이 용인된다고 하더라도, '합리적인 이유 없이 군인의 모든 권리가 일반 국민과 달리 제한되어야 함'이 정당화되는 것은 아니다.[335] 특히 민주주의를 수호하는 군의 구성원으로서 배심제를 통해 민주주의와 인권의 가치를 스스로 체험하고 습득해야 할 필요성을 부정할 수는 없다.[336] 또한 군사재판에서는 군인의 배심원 참여와 그 직무의 수행을 보장하려 하면서, 일반 국민과 함께 배심원 직무를 수행하는 것만을 제한하는 뚜렷한 이유를 찾아보기 어렵다. 그리고 그 정당화의 이유를 소위 '군의 특성'으로 무마하려는 것 또한 바람직한 방향은 아니다.

이외에도 국민참여재판법 제18조에서 군인을 배심원으로 참여할 수 없는 직업 중 하나로 규정하고 있지만, 그 규정의 근거로 제시되는 내용 역시 군인의 배심원 제한 필요성을 명확하게 뒷받침하지는 못한다.

국민참여재판에 있어 '군인의 배심원 참여를 배제해야 할 필요성'에 대해 분석한 선행 연구를 살펴보면 '① 재판의 공정성에 영향을 미치지는

334) 김성률, "특별권력관계에서의 기본권 제한과 사법적 구제에 관한 연구", 서강법률논총 2(2), 2013, 141-142면.
335) 송기춘, "군인의 인권보장을 위한 기본원칙과 방향", 민주법학 제42권, 2010, 241-243면.
336) 한상훈, 전게논문, 494면.

않지만, 국가안보와 관련된 업무에 종사하고 있는 특수성'을 고려하여 배심원이 될 수 없도록 하였다는 견해,[337] '② 정치적 성향이 명백하거나 정치적 중립의무'가 있어 특정 사건에 대하여 자신의 의견을 제시할 수 없는 직업군이기 때문이라는 견해[338] 또는 '③ 전문성이나 사회적인 풍부한 경험을 가진 직업'이기 때문이라는 견해[339] 등이 제시되고 있다.

그러나 우선 국가안보와 관련된 군인의 임무가 배심원의 직무수행으로 인해 저해될 것이라고 쉽게 단정할 수는 없다. 일반적으로 '국가안보'라는 개념은 '국가 정부의 책임으로써 국가 및 시민의 핵심적 가치(개인의 생명, 재산, 국가의 생존, 번영 및 국가적 위신 등)가 대내외로부터 위협받는 상황을 방지하여 심리적 그리고 물리적 안정을 추구하는 것'[340]으로 정의된다. 그리고 국가와 국민이 누려야 하는 핵심적 가치들을 침해할 수 있는 행위는 단지 전쟁이라는 극단적인 외부적 상황에서만 발생하는 것은 아니다. 국가안보에 대한 정의에서 알 수 있듯이 이런 핵심적인 가치들에 대한 침해는 국가 내부의 위협으로부터도 초래될 수 있으며, 그 대표적인 사례가 군의 정치참여와 같은 형태[341]로도 나타날 수 있기 때문이다. 더욱이 이런 내부적인 위협은 군에 대한 민간의 통제, 즉 '문민통제'[342]와 같은 외부적

337) 김형국&정선희&조수진, 전게서, 186면.
338) 상게서, 3면.
339) 이재석, "배심제도의 이념과 문제점", 비교형사법연구 제3권 제1호, 2001, 340면.
340) 한국국가정보학회, 전게서, 297면.
341) 한상희, 전게논문, 28면.
342) 문민통제의 개념은 일반 사회와 군의 관계에 있어 국민의 대표자로서 선발된 대통령, 의회와 같은 민간집단의 통제하에 군을 두고, 그 권력을 최소화하는 것을 의미한다. Huntington. Samuel P, *The Soldier and the State : the Theory and Politics of Civil-Military Relations*, Harvard University Press, 1964, pp. 72-97에서는 군에 대한 문민통제의 형태를 '주관적 문민통제(subjective civilian control)'와 '객관적 문민통제(objective civilian control)'로 구분하고 있는데, 전자의 경우 특정 민간집단의 권력을 극대화함으로써 군의 권력을 축소하려는 경향이 강하지만, 후자의 경우에는 '무력의 관리와 사용'이라는 측면에서 군의 전문직업적 특성을 인정(the recognition of autonomous military professionalism)하고, 정치적으로 중립화함으로써 군 본연의 임무 수행[① 국가체계에서 군사 안보와 관련된 요구를 대표하는 기능(representative function), ② 군사적인 관점에서 국가행동에 관한 여러 대안을 분석하고 보고하는 자문의 기능(advisory function), ③ 국가정책이 군사적 관점에서는 비록 부합하지 않는다 할지라도 이를 수행하는 집행 기능(executive function)]의 역량을 극대화하도록 한다는데 그 차이가 있다.

장치뿐만 아니라 배심제를 통한 민주적 가치의 교육[343]을 통해서도 해소될 수 있음을 고려하면 단순히 국가안보의 임무와 배심제가 상호 대립하는 위치에 있는 것은 아니다.

이외에도 실제 군사재판에서 배심제가 도입된다고 하더라도 실제 재판이 이루어지는 것은 연간 약 10 ~ 20건으로 예상되고 있는데,[344] 전체 군 병력 또는 군의 임무 수행 역량을 고려했을 때 이는 군인의 임무 수행을 저해하는 수준이라고 평가되기도 어렵다. 군인의 배심원 참여를 연방 법률로써 제한하고 있는 미국도 이런 제한은 연방법원에서의 절차에 국한되는 것이고, 주나 지역법원의 경우에는 그 재량이 어느 정도 허용되는 점[345]을 보더라도 국가안보와 같은 임무 수행을 근거로 군인을 전면적으로 배심원에서 배제하는 것은 적절치 못하다.

두 번째, 군인의 배심원 참여가 정치적 중립의무를 침해할 가능성 또한 크지 않다. 우리 헌법 제5조 제2항은 '국군은 국가의 안전보장과 국토

---

343) 한상훈, 전게논문, 494면.

344) 이 글 제4장. 제3절. 참조.

345) 한상훈, "국민참여재판 배제제도 개선방안", 연세대학교 산학연구단 연구수행관리, 2020, 35면에 따르면 미국의 경우 연방 법률에 의거 군에 복무하고 있는 군인에 대해서는 공적 의무의 수행을 근거로 배심원 자격을 제한하고 있다, https://help.scourt.go.kr/portal/ policy_service/manage/ManageViewAction.work?gubun=1&pageIndex=1&searchWord =%B1%B9%B9%CE%C2%FC%BF%A9%C0%E7%C6%C7%20%B9%E8%C1%A6%C1%A6%B5%B5&searchOption=all&seqnum=286(접속일 : 2021. 11. 30.) ; 그러나 미국의 모든 법원에서 군인의 배심원 참가가 제한되는 것은 아니다. 주 법원(State Court) 그리고 지역법원(Local Court)의 경우에는 위 연방 법률(28. U.S.C. §1863 (b)(6))에 따라 군인의 배심원 참가에 대한 면제 규정이 명확하게 적용된 것이 아니었기 때문이다. 이는 1982년 캘리포니아 '주 법원에서의 군인의 배심원 참가가 면제되는가'에 대한 상원 의원의 질문에 대한 캘리포니아주 법무부 장관(Attorney General)이었던 George Deukmejian의 공식 답변서(George Deukmejian& Ronal M. Weiskopf, To be published in the Official Reports Office of the Attorney General) 4면을 통해 확인할 수 있는데, 여기에서 당시 군인에 대한 배심원 의무 면제가 연방법률(28. U.S.C.§1863 (b)(6))상에 명시되어 있는데, 반하여 주 법원의 경우에는 이에 상응하는 조항이 명시되어 있지 않음을 언급하고 있다. 주 또는 지역법원(State or Local Court)에서 군인에 대한 배제를 명시하는 조항은 1986년에서야 연방 법률에 추가(10 U.S.C.§982) 되었는데, 구체적인 내용을 살펴보면 현역 군인은 국방부 장관이 결정한 예외를 인정할 때는 배심원으로 참가할 수 없으며, 그 사유로는 '배심원 참가가 불합리하게 병역의 의무를 방해하는 경우이거나, 부대, 지휘통솔, 또는 군에 할당된 활동들의 준비태세를 갖추는 데 있어 불리하게 작용하는 경우'를 예로 들 수 있다, https://oag.ca.gov/system /files/opinions/pdfs/80-705.pdf(접속일 : 2021. 11. 30.).

방위의 신성한 의무를 수행함을 사명으로 하며, 그 정치적 중립성은 준수된다'라고 규정하고 있는데, 여기서 문제가 되는 것은 '정치적 중립성의 준수라는 의무의 내용' 그리고 '배심원 참여와 정치적 중립의 관계'에 관한 부분이다.

물론 정치적 중립의 개념이 단일한 의미로 해석되지는 않는다. 구체적으로 살펴보더라도 '① 정책 결정에서의 관여 금지', '② 정당에 대한 공헌 여부와 관계없는 실적을 기반으로 한 선발과 관리', '③ 파당적 정치활동의 금지', '④ 업무에 대한 정치적 고려를 떠난 독립적이고 객관적·전문직업적 접근', '⑤ 집권 정부의 정책 또는 행정에 대한 공개적 비판 금지', '⑥ 집권 정부에 대한 충실한 정책실현 보좌'라는 여러 형태로 구분[346]되고 있기 때문이다.

여기에서 중요한 군의 정치적 중립의 의미는 부대관리훈령 제138조 내지 제146조(군의 정치적 중립 행동 수칙)에서 구체화 되는데, 그 내용은 정당 그 밖의 정치단체 결성에 관여·가입 금지, 특정 정당 또는 정치인에 대한 지지·반대 공표 금지, 선거에 영향을 미치는 행위 또는 선거운동 금지, 정치인에 대한 금품 또는 군 시설 제공 금지 등의 내용으로 국한된다.

결국 군인이 준수해야 할 정치적 중립은 특정인 혹은 정당이 아닌 '국민 전체의 군대'로서 공평성과 비당파성을 갖는 것을 의미하는 '③ 파당적 정치활동의 금지'와 관련이 있다고 할 수 있다.[347]

군의 정치적 중립, 즉 비당파적 활동이 이처럼 강조되는 이유는 우리 역사 속에서 군의 정치개입으로 인한 폐해가 반복되어왔기 때문이다.[348] 특히 군인 개개인의 정치적 중립이 강조되는 것은 개인의 정치적 편향이 국군 전체의 의사로 오도될 가능성이 있다는 점에 기인한다.[349] 또한 이런 정치적 편향은 군에 복무하는 동료, 하급자 또는 상급자가 정치적 중립의

346) 박천오, "공무원의 정치적 중립: 의미와 인식", 서울대학교 한국행정연구소 Korean Journal of Public Administration 제49권 제4호, 2011, 26-28면.
347) 류시조, 전게논문, 54-55면.
348) 헌재 2018. 4. 26, 2016헌마611.
349) 헌재 2018. 4. 26, 2016헌마611.

태도를 견지하지 못하도록 하는 원인으로 작용할 뿐만 아니라, 위계질서에 의한 정치적 행위의 강요가 우려된다는 점에서 더욱 문제가 되기도 한다. 특정 정당과 결탁하여 군사비밀과 같은 안보와 밀접히 연관된 사항에 대한 외부 유출도 이런 정치적 중립을 준수하지 않았을 때 나타날 수 있는 문제점으로 지적된다.[350]

군의 정치적 중립의 의미가 '파당적 정치활동의 금지'에 국한되는 것이라면 군인의 배심원 참여를 제한해야만 하는 근거로 작용하기는 어렵다. 일부 정치적인 사안에 대한 개인의 사견을 평의 과정에서 언급할 수는 있지만, 그것은 특정 정당이나 정치인에 대한 지지 또는 반대의견을 유포하기 위한 목적으로 이루어지는 것이 아니다.[351] 우리 대법원 역시 군형법 제94조에서 규정하는 정치관여 행위에 해당하는 행위를 판단하기 위해서는 문제되는 의견 또는 사실의 내용, 표현 방법, 공표의 경위, 전체적인 맥락 등에 비추어 판단되어야 한다는 점을 언급하고 있는바,[352] 평의 과정에서의 증거 판단 및 유·무죄 평결을 위한 의견의 제시가 특정 정당·정치인에 대한 개인의 선호를 표현하는 방안이 되기는 어렵다.

마지막으로 군인이라는 직업의 전문성이 배심원에게 영향을 준다는 근거는 확실치 않으며, 사회적 경험이 풍부하다는 견해 역시 다소 근거가 부족하다. 전통적인 전문직업군의 의미는 성직자, 의사, 법률가, 교수, 외교관 등 대체로 고도의 학식을 바탕으로 하는 직업을 말하는 것으로 풀이된다. 그리고 이런 직업군에 '군인을 포함할 수 있느냐의 여부'는 전문직업의 일반적인 의미를 고려할 때 군의 임무를 원활히 수행하는 데 있어 어떤 학문적인 내용과 식견이 필요하느냐에 따라 결정된다고 할 수 있다. 군에 있어 앞서 언급한 직업군과 같이 특정 분야의 학문적인 내용과 식견이 필요하지 않을 수도 있다. 왜냐하면 관념적으로도 군이 고도의 전문지식을 요구하는 직업으로 인식되는 경우는 많지 않기 때문이다.[353]

---

350) 헌재 2018. 4. 26, 2016헌마611.
351) 군형법[시행 2016. 11. 30.] [법률 제14183호, 2016. 5. 29, 타법개정] 제94조 제1항.
352) 대판 2018. 6. 28, 2017도2741.
353) Hackett, et al(서석봉&이재호 역). 專門職業軍, 연경문화사, 1998, 213-215면에 따르면

그러나 미국의 정치학자 헌팅턴(Samuel P. Huntington)은 군인을 '무력의 관리와 사용'에 있어 전문적인 능력이 있어야 하는 '전문직업'군의 하나로 인식하고 있다. 헌팅턴은 그의 저서 '군인과 국가(*The Soldier and the State: The Theory and Politics of Civil-Military Relations*)'에서 전문직업의 일반적인 요건으로 기술(expertise), 책임(responsibility), 단체성(corporateness)을 언급하며 여타의 전문직업군과 마찬가지로 군인 역시 이런 요건을 충족시키는 직업임을 주장하고 있다.[354]

과거부터 특정 분야에 관한 전문적인 지식을 가진 직업군이 배심원에 포함되는 경우 그 전문성에 기인하여 다른 배심원들로부터 높은 신뢰를 얻고 그에 의지할 가능성이 있다는 우려는 여러 연구를 통해 제기되었다.[355] 따라서 헌팅턴이 주장하는 것처럼 '군인이 특정 분야, 즉 무력의 관리와 사용에 관한 전문가'라는 주장이 타당하다면 그 전문성은 재판의 공정성을 저해할 수 있는 원인이 될 수 있다.

다만 일반적인 전문지식이 아닌 '무력의 관리와 사용'이라는 군의 전문지식이 형사절차에 있어 배심원들에게 영향을 미친다는 것이 경험적으로 증명된 것은 아니다. 설사 그런 전문적 지식으로 인한 편견과 개인적인 선호가 발생하였다 하더라도 평의의 과정에서 이루어지는 토론을 통해 그 편파성이 해소된다는 연구 결과 또한 제시[356]되고 있음을 고려해야 한다. 극단적으로는 그런 전문성 혹은 교육 수준의 차이 자체가 배심원의 의사결정과 아무런 연관이 없는 요소로 인식되기도 한다.[357]

또 다른 문제는 헌팅턴이 주장하는 것처럼 군인을 전문직업의 하나로 인정한다고 하더라도 그 전문직업군에 포함되는 범위는 '무력의 관리와 사용'을 전담하는 사관(士官), 즉 장교 계급에 국한된다는 점이다.

군이 요구하는 전문기술이 독자적인 것이 아니며, 군인을 군대의 기능 수행을 위한 기능공으로 인식하거나, 국가에 의해 고용된 자객으로 보는 견해도 존재하였다.

354) Huntington. Samuel P, *supra* n. 342, pp. 8-18 ; 조승옥&이택호&박연수&조은영&정은진, 전게서, 142-144면.

355) 공영호, 국민참여재판의 허와 실 : Truth and falsity of jury trial system, 박영사, 2017, 49면.

356) 김상준, 전게서, 229면.

357) 상게서, 83면.

장교 이외의 군을 구성하는 부사관, 그리고 병사 계급의 경우에는 전문직업군의 대상에 포함되지 않는다. 헌팅턴 본인도 장교 예하의 병사들에 대해서 '조직적 관료체의 일부일 뿐, 전문직종적 관료조직의 일부는 아니며 그들이 무력을 실제로 적용하는 데 있어서 전문가'[358]일 뿐임을 주장하고 있기 때문이다. 결국 이런 결론은 군의 장교 계급만이 전문성을 가지고 있음에도 불구하고, 부사관 또는 병 계급을 배심원에서 제한하는 근거를 그 직업적 전문성에서 찾으려는 모순에 빠지게 하는 원인이 될 수 있다.

전문적인 지식 이외에도 군인의 배심원 참여를 제한하는 또 다른 원인으로 사회적 경험이 풍부하다는 점이 언급되기도 하지만, 군의 인적 구성을 살펴보면 이런 주장 또한 그 근거가 빈약함을 확인할 수 있다.

사회적인 경험의 의미가 '군에서 복무한 경험'을 의미하는 것이라고 가정했을 때, 그런 경험이 배심원의 역할을 수행하는 데 영향을 미친다는 근거는 거의 제시되지 않으며,[359] 계급·연령 등에 따라 그 복무 경험의 편차 또한 매우 크다는 점에서 일반적인 상관관계를 찾기는 어렵다.

사회적 경험의 수준을 연령의 다소(多少)에서 기인하는 것으로 해석한다고 하더라도, 장기 복무 중인 장교 또는 준사관 등을 제외하고는 군을 구성하는 인원 대부분이 20 ~ 30대 초·중반의 인원으로 구성되어 있다는 점에서 사회적 경험을 배심원 배제의 근거로 제시하기에도 어려움이 있다.

결론적으로 '국가 방위'라는 임무가 군인의 배심원 참여와 반드시 상충되는 것은 아니다. 또한 군의 현실적인 인적·물적 여건이 군인의 배심원 참여를 뒷받침하지 못하는 것도 아니다. 물론 국민참여재판법에서는 군인의 배심원 참여를 명문으로 배제하고 있지만, 그 근거로써 제시되는 '국가안보라는 공적 임무', '정치적 중립의 의무' 또는 '전문직업적 성격 또는 풍부한 사회적 경험'이 군사재판에서 군인 배심원 참여를 제한하는데 있어 동일한 근거로 적용되기에는 한계가 있다.

---

358) Huntington. Samuel P, *supra* n. 342, pp. 17-18.
359) Jayne, H. Martin. *supra* n. 270, p. 64.

나아가 비교법적으로도 영국의 경우에 일부 군사재판에서 일반 국민과 군인을 혼합하여 배심원을 편성하고 있다는 점을 보더라도, 일반 국민과 군인이 배심원으로 함께 편성되어 배심재판을 진행하는 것 자체가 막연히 불가능하다고 말할 수는 없다.

2. 일반 국민과 군인의 적절한 혼합 편성의 비율과 구성

일반 국민과 군인을 혼합하여 배심원을 구성하는 문제에 있어, 또 다른 고려 요소는 '배심원 평의 및 평결 과정에서 군인 배심원의 의견이 일반 국민으로 구성된 배심원들을 압도하지 않도록 해야 한다'라는 점이다.

우선 '군사법원이 외부와 단절된 군부대 내에 위치하고 있다는 점', '일반 국민 배심원을 제외한 사건 당사자 등이 대부분 군인이라는 점' 또는 '군의 업무절차 또는 군사용어가 다소 생소하다는 점' 등은 일반 국민 배심원이 군의 분위기에 압도되어 재판 과정에서 적절한 평의와 평결을 하지 못하는 요소로 작용할 수 있다.

더욱이 피고인과 배심원이 군이라는 같은 집단에 속해 있는 경우, 그 소속감에 기대어 객관적으로 부정적인 사실임에도 불구하고 배심원들이 관대하게 평가하는 경향으로 나타날 수 있다는 점[360]은 군사재판에서의 배심원 구성에 있어 일반 국민이 군인 배심원에 대해 그 의사결정의 우위와 영향력을 발휘할 수 있도록 보장해야 하는 또 다른 이유가 된다.

그렇다면 군사재판에서의 배심원 구성에 있어 '일반 국민의 적절한 편성 비율은 어떻게 산정되어야 할 것인가'에 대한 의문이 자연스럽게 제기될 수 있다. 이에 대해 2006년 장병참여재판법안 논의 당시 사법제도개혁추진위원회 논의 당시 일반 국민이 피고인이 될 때에 한정하여 그 배심원으로 일반 국민이 1/3 이상 참여해야 할 필요가 있다는 의견이 일부 견해에서 제시되기는 하였다. 그러나 일반 국민의 배심원 비율이 반드시 1/3이라는 수치로 규정되어야 할 필요는 없다.

---

360) Frederick, et al(이은로 역), 전게서, 44면.

해당 비율의 산정에 대한 뚜렷한 근거도 없으며, 비율 산정에 참고가 되었던 미국의 경우에도 특정 계층 혹은 계급의 배심원 비율이 특별한 기준에 의해 정해진 것은 아니기 때문이다.[361]

다만 특정 계층의 배심원 구성이 전체 인원의 1/2 미만으로 편성되는 경우 배심원 전체 의견에 있어 영향력을 미치지 못할 가능성이 있음을 고려[362] 한다면 일반 국민이 전체 배심원 인원의 반수 이상 할당될 필요가 있고, 그 외 잔여 인원을 군인으로 혼합 편성하는 방안이 더욱 적절하다고 본다.

361) Lamb, Stephen A. *supra* n. 130, pp. 120-121에 따르면 제2차 세계대전 기간 중 진행된 군법회의의 과정에서 피고인에 대한 가혹한 처벌(harsh punishments) 또는 극단적인 적법절차의 생략(extremely abbreviated due process)과 같은 문제들이 발생하게 되었는데, 이에 미국 법조인 협회(the American Bar Association)를 비롯한 여러 단체에서 '군 사법제도에 대한 개선 방안'으로 제시한 것이 배심원으로 병사 계급을 참여시키는 것이었다. 이런 개선 요구에 따라 의회에서 그 배심원 참여의 비율을 1/3로 지정하여 법안을 개정하였는데, 그 비율을 설정한 구체적인 이유는 확인되지 않는다.

362) 법제사법위원회 제259회 제4차 회의록(보존부록), 2006, 614면.

제 6 장 결 론

제 1 절 논의의 정리

2000년대 초 사법개혁 위원회 및 사법제도개혁추진위원회는 국민참여재판과 더불어 군사재판에서의 배심제 도입을 추진하였지만, 제도 도입에 관한 많은 우려와 비판 속에서 실제 제도로 도입되지는 못하였다.

2018년부터 군사재판에서의 배심제 도입에 관한 논의가 군을 중심으로 다시 진행되고는 있지만, 이에 대해 민간에서는 '비주류적인 논제'로 치부해왔고 군에서는 소위 '군의 특성'을 근거로 '군의 조직기능 유지에 유리한' 폐쇄적인 제도의 형태로 변질시키려 하고 있다.

더욱이 이런 민간과 군의 상반된 태도와 이해관계의 대립[363]은 여타의 군 사법제도 개선의 노력에도 불구하고 군에 대한 국민의 신뢰를 저하시키는 요소로 작용하고 있다. 그리고 '군 사법의 민주적 정당성 확보와 신뢰 형성'을 위해 추진되고 있는 군사재판에서의 배심제 역시 그런 한계에서 벗어나지 못하고 있다.

이런 문제의식에서 기인하여 이 글은 군사재판에서의 배심제가 그 도입 취지에 부합하여 '실질적인 제도로 작동할 수 있도록 하기 위해서는 어떤 형태를 갖추어야 하는지' 파악하고자 하였다. 그리고 그 제도의 형태를 판단하는 데 있어 가장 문제가 되는 '배심재판 대상 사건 범위의 지정' 및 '배심원의 자격과 구성'에 관한 측면을 중점적으로 다루었다.

군사재판에서 배심재판이 될 수 있는 사건은 군에서 발생하는 범죄의 형태, 발생 빈도뿐만 아니라 '순정군사범죄'와 같은 군의 독특한 범죄 유형 등을 고려하여 구체적으로 그 범위를 정해야 한다. 더욱이 국민참여재판이 2008년부터 도입되어 시행되고 있는바, 제도 시행에 관한 구체적인 통계자료

363) "軍, 9차례 시늉뿐인 셀프혁신…외부서 수술칼 들이대야", 동아일보, A10면(2014. 8. 13.자) ; "포장만 바꾼 관심병사 대책… 제2 윤일병 막을 수 있을까", 동아일보, A3면(2014. 11. 13.자).

또한 군사재판에서의 배심재판 시행 빈도를 예측하는 수단으로 활용될 수 있다.[364] 그리하여 군사재판에서의 배심제 도입에 있어 그 구체적 기준을 장기 3년 이상의 범죄 및 순정군사범죄 일체를 포함하는 것으로 정립하는 것이 그 대상 사건 지정에 있어 가장 적절한 범위가 되리라 생각한다.

한편 배심원의 자격을 군인으로 한정하고 있는 장병참여재판법안의 내용은 '군의 특성'의 한계, 배심재판에서의 '효율성'의 의미 등을 고려했을 때 적절하지 못하며, 일반 국민과 군인이 혼합 편성된 배심원 형태를 구성하는 것이 가장 합리적인 방안이 될 수 있다.

덧붙여, 위 법안은 배심원 구성에 있어 연령 제한 및 계급 차등을 부여하는 한편 병사 계급의 배심원 참여를 거의 배제하고 있는데 '군 구성원의 연령 분포', '계급의 의미와 역할' 및 '배심원 구성에 관한 대표성 확보'의 측면을 고려하면 그런 제한과 차등의 부여가 적절한지 재고해 보아야 할 필요가 있다.

제 2 절 논의의 한계

이 글의 대상이 되는 '군사재판에서의 배심제'는 우리 사법 환경에서 한 번도 시행되지 않은 제도이다. 국민참여재판이 일반 형사재판에서는 시행되고 있지만, 그와 유사한 제도가 군에 도입되는 것이 어떤 결과를 초래할 것인지는 충분한 연구가 이뤄지지 않았기에 단순히 예측에 의존할 수밖에 없는 측면이 있다.

때문에 실제로 유사한 제도가 운용되고 있는 영국과 미국의 비교법적 사례와 논의를 중심으로 관련된 주장의 근거를 제시할 수밖에 없었다.

364) 다만 군사재판에서의 배심제 도입에 있어 그 시행 여건이 국민참여재판의 상황과는 다소 차이가 있을 수 있다. 구체적으로 군사재판의 대상이 되는 피고인이 배심재판을 선택하는 선호도, 배심재판 신청에 대한 군사법원의 배제결정 빈도 등이 민간의 경우와는 다를 수 있기 때문이다. 다만 이런 차이의 정도에 관하여 아직까지 실증적으로 연구된 바는 없으므로, 추후 통계조사 또는 설문 등의 조사가 별도로 요구될 필요는 있다.

비교법적 검토의 한계로서 국가의 정치·경제·사회·문화적 배경의 차이가 있다는 점, 그리고 사법 환경 자체가 우리나라와는 매우 다르다는 점은 이 글에서 제시한 논거의 타당성을 약화시키는 요소로 작용할 수 있다.

더욱이 군사재판에서의 배심제 도입을 원활히 추진하기 위해서는 해당 제도 자체에 대한 고려와 검토뿐만 아니라, 그 외부적인 차원에서의 선결 과제에 대한 검토 또한 병행되어야 한다. 일반 국민의 배심원 참여 보장과 관련된 배심원 명단 유지 및 선발 방안의 구체화, 군사용어의 생소함 등에 따른 배심원 역량 저하 우려에 따른 대책, 공판중심주의의 실현을 위한 군사법원법 개정 등이 추가로 강구되어야 하지만, 그 내용은 이 글에 미처 언급하지 못하였다. 후속의 연구를 통해 군사재판에서의 배심제가 실질적인 제도로 작동할 수 있도록 보장함으로써, 군 사법제도의 근본적인 체질을 바꾸는 하나의 전환점이 되기를 기원한다.

참 고 문 헌

국내문헌

<단행본>

권인숙, “대한민국은 군대다(여성학적 시각에서 본 평화, 군사주의, 남성성)”, 청년사, 2005.

공영호, “국민참여재판의 허와 실 : Truth and falsity of jury trial system”, 박영사, 2017.

김상준, “미국 배심재판 제도의 연구”, 이화여자대학교출판부, 2003.

김재훈, “정부신뢰 개념에 관한 비교 연구 : 빅 데이터를 이용한 접근 = Comparative Study on the Concept of Trust in Government : Based on Big Data Analysis”, 한국개발연구원, 2017.

김형국&정선희&조수진, “국민참여재판론”, 법문사, 2016.

박미숙&서주연&최이문, “형사정책과 사법제도에 관한 평가연구(ⅩⅢ) -국민참여재판 시행 10년차 평가와 정책방안 연구”, 한국형사정책연구원 연구총서 19-B-02, 2019.

박계호, “총력전의 이론과 실제”, 북코리아, 2012.

신동운, “간추린 신형사소송법[제11판]”, 법문사, 2019.

양희완, “軍隊文化의 뿌리 : 군대의 전통과 관습을 중심으로”, 을지서적, 1988.

온만금, “군대사회학”, 황금알, 2006.

이만종, “명령학”, 학현사, 2005.

이상철&김현주&이명재&김회동&차경상&안준형, “군사법원론(제2판)”, 박영사, 2014.

이철상&신병철&박선우&원인섭, “육군문화”, 육군본부, 1999.

조승옥&이택호&박연수&조은영&정은진, “군대윤리”, 지문당, 2013.

탁희성&최수형, “형사정책과 사법제도에 관한 연구(Ⅴ)-국민참여재판제도의 평가와 정책화 방안-”, 한국형사정책연구원 연구총서 11-27, 2011.

한국국가정보학회, “국가정보학 = National Intelligence Studies”, 박영사, 2013.

<연구논문>

권오승, “법치주의의 실현을 위한 선진사법의 구현”, 제도연구 특집호 Ⅱ, 2002.

권인숙, “징병제의 여성참여 : 이스라엘과 스웨덴의 사례 연구를 중심으로”, 여성연구 제74권 제1호, 2008.

김두환&박호정, “4차 산업혁명에 따른 군사보안 발전방안 연구”, 한국융합보안학회 정보·보안논문지 제20권 제4호”, 2020.

김민서, 주한미군지위협정과 전속적 관할권-주한미군지위협정 제22조 제2항을 중심으로-, 국제법학회논총 51(2), 2006.

김상봉&최은순, “국방인적자원의 충원모델 전환에 따른 사회경제적 효율성 분석에 관한 연구”, 한국행정논집 제22권 제1호, 2010.

김성률, “특별권력관계에서의 기본권 제한과 사법적 구제에 관한 연구”, 서강법률논총 2(2), 2013.

김용주&오윤성, “군사법제도 발전방향 모색을 위한 연구”, 한국경찰학회보 제63권 제2호, 2017.

김천환&진종순, “군 조직 내 의사소통의 영향에 관한 연구”. 한국조직학회보 7(2), 2010.

김춘수, “한국전쟁 시기 계엄의 성격”, 수선사학회 사림 제50권 제50호, 2014.

김환학, “군사법원의 독립성에 관한 헌법적 고찰”, 헌법이론과 실무 2016-A-5, 2016.

김현주, “군사법원의 민간인에 대한 재판권”, 한국군사학논집 72(1), 2016.

김해룡, “대법원 규칙의 제정근거와 한계”, 외국법제정보 제49호, 2015.

노기현, “일본의 군사사법(司法)제도에 관한 소고 : 최근 일본에서의 논의와 관련 법제 검토를 중심으로”, 외국법제정보, 2018.

도중진, “미국 군사재판의 형사절차에 관한 주요 특징과 시사점”, 원광법학 제32권 제3호, 2016.

류시조, “한국 헌법상의 정치적 중립성에 관한 연구”, 공법학연구 16(1), 2015.

문관현, 6·25전쟁 시 카투사 제도와 유엔 참전 부대로의 확대, 군사(69), 2008.

문일환, “국민참여재판 배심원에 대한 실무적 접근 : 배심원 선정, 평결, 양형을 중심으로”, 저스티스 제135권, 2013.

문준영, “미군정 법령체제와 국방경비법”, 민주법학 제34권, 2007.
민 진, “군대조직문화 특성의 도출과 분석”, 한국조직학회보 제8권 제3호, 2011.
_____, “군대조직의 특성에 관한 연구”, 국방연구 제51권 제3호, 2008.
박승범&박현숙, “서번트 리더십이 군 조직유효성에 미치는 영향”, 인적자원관리연구 제22권 제1호, 2015.
박안서, “군형법 제정의 역사적 배경과 관련 문제점”, 군사(82), 2012.
박용준&김현준, “병역제도 혁신을 위한 모병-징병간 행태적 차이에 관한 연구”, 한국정책학회보 제25권 제2호, 2016.
박진우, “천황제와 일본 군국주의”, 황해문화 89, 2015.
박천오, “공무원의 정치적 중립: 의미와 인식”, 서울대학교 한국행정연구소 Korean Journal of Public Administration 제49권 제4호, 2011.
박통희, “신뢰의 개념에 대한 비판적 검토와 재구성”, 한국행정학보 제33권 제2호, 1999.
박통희&원숙연, “조직구성원간 신뢰와 연줄 : 사회적 범주화를 중심으로”, 한국행정학회보 제34권 제2호, 2000.
박혜림, “군사법제도의 현황과 개선방안”, 아주법학 제12권 제1호, 2018.
박휘락, “대국민 신뢰 회복을 위한 한국군의 과제”, 전략연구 22(2), 2015.
송기춘, “군인의 인권보장을 위한 기본원칙과 방향”, 민주법학 제42권, 2010.
오동석, “1950년대 군법회의와 군 사법권 독립 논의”, 공법학연구 8(4), 2007.
이계수, “군 사법제도, 어떻게 개혁할 것인가?”, 민주법학 제26권, 2004.
이동훈, “한국 군대문화 연구”, 한국사회학 29, 1995.
이부하, “국민참여재판에 대한 법정책적 조명 : 한국의 국민참여재판과 일본의 재판원재판을 비교하며”, 공법학연구 제12권 제4호, 2011.
_____, “헌법재판소의 포괄위임금지 원칙 심사기준에 관한 고찰”, 홍익법학 제21권 제3호, 2020.
이상원. “사법신뢰형성구조와 재판의 공개”, 서울대학교 法學 제53권 제3호, 2012.
이재석, “배심제도의 이념과 문제점”, 비교형사법연구 제3권 제1호, 2001.
임성만&김명언, “조직에서의 신뢰 : 개관”, 한국심리학회지 : 산업 및 조직 제13권 제2호, 2000.

조의행, “영국 군사법제도 체계와 기능에 대하여”, 외국법제정보, 2018.
지대남, “한국과 미국의 군사재판제도의 비교”, 헌법학연구 제17권 제1호, 2011.
_____, “미국의 군사법제도에 있어서 지휘관의 권한”, 공법학연구 제12권 제1호, 2011.
차동언, “국민참여재판이 민주주의 발전에 미치는 영향”, 서울대학교 법학평론 5, 2015.
최강욱, “지휘관 사법의 폐해와 그 폐지론 - 관할관, 심판관 제도를 중심으로-”, 홍익법학 제9권 제3호, 2008.
한상훈, “국민참여재판 배제제도 개선방안”, 연세대학교 산학연구단 연구수행관리, 2020.
_____, “국민참여재판제도의 정착방안”, 저스티스 106호, 2008.
한상희, “군사법원체제의 개혁”, 입법학연구 제11권 제2호, 2014.
한인섭, “군사법제도와 헌법개정”, 사법 제1권 제7호, 2009.
_____, “형사재판에서 배심제의 도입 - 그 필요성 · 가능성 · 구체적 방안은 무엇인가 -”, 형사정책 제14권 제2호, 2002.
허완중, “민주적 정당성”, 저스티스 통권 제128호, 2012.
홍진영, “미국 배심제도에서의 배심원 평의 비공개 원칙과 그 한계-국민참여재판 배심원 평결의 기속력과 관련하여-”, 저스티스(174), 2019.

외국문헌

<단행본>

Frederick, et al(이은로 역), “배심원 선정 : 배심단 구성의 이론과 실제”, 한울, 2008.

Hackett, et al(서석봉&이재호 역). “專門職業軍”, 연경문화사, 1998.

Huntington. Samuel P, *The Soldier and the State : the Theory and Politics of Civil-Military Relations*, Harvard University Press, 1964.

Montesquieu(이재형 역), “법의 정신”, 문예출판사, 2015.

Neil Vidmar(김상준&김형두&이동근 역), “세계의 배심제도”, 나남, 2007.

Sztompka. Piotr, *Trust : a Sociological Theory*, Cambridge University Press, 1999.

Wolf Schneider(박종대 역), “군인(영웅과 희생자, 괴물들의 세계사)”, 열린책들, 2015.

<연구논문>

Anwar, Shamena, et al. “The Role of Age in Jury Selection and Trial Outcomes”, *The Journal of Law & Economics* vol. 57 no. 4, 2014.

Denise M. Rousseau&Sim B. Sitkin&Ronald S. Burt&Colin Camerer, “Not so Different after All: A Cross-Discipline View of Trust”, *The Academy of Management Review* vol. 23, no. 3, 1998.

Diamond, Shari Seidman, and Jessica M Salerno. “Reasons for the Disappearing Jury Trial: Perspectives from Attorneys and Judges.”, *Louisiana Law Review* vol. 81 no. 1, 2020.

Granovetter, Mark. “Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness.”, *The American Journal of Sociology* vol. 91 no. 3, 1985.

Guy T. Spencer, “Public Trust in the Military”, *U.S Army College STRATEGY RESEARCH PROJECT*, 2017.

Jayne, H. Martin. "Jury Selection", *Air Force Law Review* 27, 1987.

Lamb, Stephen A. "The Court-Martial Panel Selection Process: A Critical Analysis", *Military Law Review* 137, 1992.

Lang, Kurt. "Military Sociology", *Current Sociology* vol. 13 no. 1, 1965.

Leipold, Andrew D. "Constitutionalizing Jury Selection in Criminal Cases: a Critical Evaluation", *The Georgetown Law Journal* vol. 86, no. 4, 1998.

Maurer, Daniel. "The Unrepresentative Military Jury: Deliberate Inclusion of Combat Veterans in the Military's Venire for Combat-Incidental Crimes", *Ohio State Journal of Criminal Law* vol. 6 no. 2, 2009.

McCormack, Matthew J. "Reforming Court-Martial Panel Selection: Why Change Makes Sense for Military Commanders and Military Justice" *George Mason Law Review* vol. 7 no. 4, 1999.

Military Justice: "Parker v. Levy, 417 U.S. 733", *Journal of Criminal Law and Criminology* vol. 65, Issue 4, Northwestern University School of Law, 1974.

"Military Law: Court-Martial Jurisdiction", *Law and the Social Order* vol. 1970 no. 3, 1970.

Rodman, Lindsay L. "Unity of Command: Authority and Responsibility over Military Justice." *Joint Force Quarterly* no. 93, 2019.

Sansone, Joel Stephen. "A Clash of Cases: Jury Death Qualification and the Fair Cross-Section Requirement", *Duquesne Law Review* vol. 22 no. 3, 1984.

Schlueter, David A. "The Court-Martial: An Historical Survey", *Military Law Review* 87, 1980.

United States, General Accounting Office, "Military Jury System Needs Safeguards Found in Civilian Federal Courts", Department of Defense, Department of Transportation: Report to the Congress, 1977.

Van Sant, John D. "Trial by Jury of Military Peers", *United States Air Force JAG Law Review* vol. 15 no. 2, 1973.

Weber, Jeremy S. “Court-Martial Nullification: Why Military Justice Needs a Conscience of the Commander”, *Air Force Law Review* 80, 2019.

William Winthrop, “Military Law and Precedents(2nd edition)”, Washington Government Printing Office, 1920.

기타문헌

법제사법위원회 제259회 제4·7·10·11차 회의록.

법제사법위원회 제262회 제4·6차 법안심사제1소위원회 회의록.

백상준, “군 사법제도 개선논의 및 향후과제”, 국회입법조사처 NARS 현안분석 제113호, 2020.

사법개혁 위원회, 사법개혁 위원회 자료집(Ⅰ) -제1차~제13차 회의결과-, 2004.

사법개혁 위원회, 사법개혁 위원회 자료집(Ⅳ)-제14차~제27차 회의결과-, 2005.

사법개혁 위원회, 사법개혁 위원회 자료집(Ⅶ) 국민과 함께하는 사법개혁 -사법개혁 위원회 백서-, 2005.

사법제도개혁추진위원회, 사법제도개혁추진위원회 자료집 제1권 사법 선진화를 위한 개혁(의결 안건·설명 자료 Ⅰ-1), 2006.

사법제도개혁추진위원회, 사법제도개혁추진위원회 자료집 제3권 사법 선진화를 위한 개혁(국회 제출·의결 법안 위원회 회의록 Ⅱ·Ⅲ), 2006.

사법제도개혁추진위원회, 사법제도개혁추진위원회 자료집 제13권 사법 선진화를 위한 개혁(연구보고서·참고자료 Ⅵ-9), 2006.

사법제도개혁추진위원회, 사법제도개혁추진위원회 백서(상) 사법선진화를 위한 개혁, 2006.

행정자치부, 제54회 국무회의 회의록, 2005.

Advisory Committee on Military Justice, KF7620. A88(1946).
<https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Vanderbilt-report.html >

Beth Lenstra, Fiscal Note(Fiscal Services Division)
<https://www.legis.iowa.gov/agencies/nonpartisan/lsa/fiscalServices>

Defence Statistics Ministery Of Defence
<https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/412959/PUBLIC_1425293223.pdf>

DOD INSTRUCTION 5525.08(2021. 1. 7.), “SERVICE MEMBER PARTICIPATION ON STATE AND LOCAL JURIES”.

<https://www.esd.whs.mil/Portals/54/Documents/DD/issuances/dodi/552508p.pdf?ver=gYQ7809liHGGq4wnHjh5Lw%3D%3D>

JSP 830 volume1, Chpater 6[Investigation, charging and mode of trial (manual of service law)], Schedule 2 offences.

<https://www.gov.uk/government/publications/joint-services-publication-jsp-830-manual-of-service-law-msl>

JSP 830 volume 2, Chapter 28[Court martial constitution and rules (manual of service law)].

<https://www.gov.uk/government/publications/court-guide manual-of-service-law-jsp-830- volume-2>

Loisa Brooke-Holland, The Military Justice System : an introduction, 2014.

<https:// commonslibrary. parliament.uk/research-briefings/sn06823/.>

UNITED STATES(2019 edition).

<https://jsc.defense.gov/Portals/99/Documents/2019%20MCM%20(Final)%20(20190108).pdf?ver=2019-01-11-115724-610>

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, 2016.

<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Da9cT3aHo-0J:https://www.cps.gov.uk/sites/default/files/protocol-exercise-criminal-jurisdiction-England-Wales-2016.pdf+&cd =1&hl=ko&ct=clnk&gl=kr>

Regulation 600-2, Personnel - General, Republic of Korea Army Personnel with the Army in Korea.

<https://8tharmy. korea.army.mil/g1/assets/regulations/ak/ AK-Reg-600-2-161028.pdf>

“Report of the Military Justice Review Group Part I : UCMJ Recommendations”, Military Justice Review Group Arlington United States, 2015.

SOFA 협정문(국문 및 영문).
<https://www.korea.kr/archive/expDocView.do?docId=28802>
The Noncommissioned Officer and Petty Officer : Backbone of the Armed Forces, 2013.
<https://www.jcs.mil/Portals/36/Documents/Publications/ncobackbone.pdf>

Abstract

A Study on Introducing the Jury System in Court-Martial proceedings

Kim Yeong Jae
College of Law, Criminal Law
The Graduate School
Seoul National University

Social demands to secure democratic legitimacy and build trust in South Korea's military justice system have long been raised. However, the system still does not meet these needs, while reform efforts have often appeared as mere attempts to deflect criticism.

Proposals to introduce the jury trial in court-martial proceedings are not free from such criticism. Although the introduction of jury trials is intended to secure the independence and fairness of military proceedings in order to build public trust, the details of this system do not adequately support such a purpose.

The jury trial system in court-martial should not simply be introduced mutatis mutandis from the civil law system. In addition, ambiguous concepts such as the nature of the military should not hinder the proper function of a jury system. Ultimately, it is necessary to create proper conditions for the introduction of a jury system in court-martial through in-depth consideration and review.

Accordingly, this thesis reviews challenges relating to the introduction of a jury system in court-martial, through comparative legal review and literature analysis. It then concludes with a proposal for reform.

The scope of cases that may be subject to jury trial in court-martial should not be defined simply by reference to the civil law jury system or vaguely designated through lower-level regulations. Rather, it is necessary to set specific standards by law in consideration of the type of crimes occurring in the military, frequency of occurrence, and separate categories of crime punishable under the Korean Military Criminal Act. In addition, crimes designated as subject to a period of imprisonment for three or more years and military crimes as defined in the Military Criminal Act may at present be appropriately brought within the scope of jury trials.

Jury eligibility and composition in military trials need not be limited to military personnel or higher ranking officers. There is no particular reason why only military personnel should qualify as jurors; on the contrary, such restrictions may result in injustice, through being linked to the idiosyncrasies of the military system.

Likewise, the composition of jurors needs to be modified to include all ranks of the military, to secure representativeness and produce fair judgments. Ultimately, providing a means to monitor and regulate the military justice system by allowing citizens to participate as jurors in court-martial will be a concrete measure to secure democratic legitimacy and build trust in military law.

keywords : Court-Martial, Jury System, Service Member Participation in Jury Trials, Judicial Reform, Trust, Legitimacy, Korean Jury Trial, Military Court

***Student Number* : 2020-27893**