

## 군 영창제도에 관한 입법평가

형 혁 규\*

### 〈국문초록〉

군 영창제도는 지휘관으로 하여금 가장 효율적이라고 여겨지고 있는 징계수단이기도 하지만 그만큼 위헌성 시비에서도 자유롭지 못하여 현재에 이르러서도 그 제도적 개선이나 보완이 요구되고 있다. 영창제도가 헌법상의 ‘신체의 자유’를 침해하고 있을 뿐만 아니라 군이 가지는 폐쇄성과 격리성으로 인해 비교적 개방적이고 투명한 감시·견제체계가 기능하는 사회에 비하여 집행과정에 있어서 권한남용이 발생할 여지가 높을 수 밖에 없다는 것이다.

이러한 속에서 2006년에는 병에 대한 영창처분의 적법성을 심사하기 위한 인권담당 군법무관 제도가 도입되고, 징계처분에 대한 항고제도가 보완되는 등 상당부분 제도적 개선이 이루어졌다. 그럼에도 불구하고 2012년 기준으로 비행혐의로 인해 영창처분을 받은 병사의 수가 15,683명에 달하는 등 여전히 많은 수의 병사가 영창으로 징계를 받고 있는 것이 현실이다.

전통적인 특별권력관계가 수정되고 있는 지금 특별권력주체의 징계는 법령에 위반하여서는 안되며, 특별행정법관계의 성립목적 달성을 위하여 필요한 한도 내에서 행사되어야 한다는 것이 일반적인 시각이다. 그럼에도 불구하고 한국의 안보적 특수성, 지휘권의 확립, 영창 외에 병사에 대한 실효성있는 징계수단의 부재 등의 요인으로 인하여 영창제도 개선논의에는 많은 제약이 따르는 것 또한 사실이다.

현실적으로 영창제도를 대체할 수 있는 당장의 대안개발이 어렵다는 점을 인정한다면 단기적으로는 징계간사 및 징계위원의 법률적 소양 확보와 독립적 조직의 편성 등 군법무관의 독립성을 보장할 수 있는 제도적 보완책이 마련되어야 할 것이다. 뿐만 아니라 영창제도가 기본적으로 병사의 기본권을 제한하는 징계수단인 만큼 영창처분에 대한 징계사유에 대해서는 구체적인 법률로 정해야 할 것이다.

\* 국회입법조사처 외교안보팀 입법조사관

중장기적으로는 징계영창에 있어서 군사법원과 군관사의 개입을 명문화하는 방안도 고려할 필요가 있을 것이다. 군대라는 사회의 특성상 군법무관이 개입할 수 있는 여지는 한정되어 있으며, 이러한 문제를 본질적으로 해결하기 위해서는 법관의 확인 제도를 도입하고 영창처분의 기준을 명확히 하여 헌법상 요구되는 신체구금에 대한 영장주의의 보완과 자의적 영창처분의 금지를 위한 개선안이 마련되어야 할 것이다.

※ 주제어 : 영창제도, 군인징계, 군인사법, 인권담당군법무관

- 
- I. 서론
  - II. 영창처분의 제도적 절차 및 운영 현황
    - 1. 영창처분의 제도적 절차
    - 2. 영창제도의 운용 현황
  - III. 영창제도에 관한 입법평가
    - 1. 특별권력관계와 법률유보의 문제
    - 2. 신체의 자유에 대한 제한
  - IV. 영창제도에 관한 개선대안 분석
-

## I. 서론

우리 군에서 병사에게 비행혐의가 발견되는 경우 지휘관이 해당병사에 대하여 취할 수 있는 조치는 크게 두 가지의 형태를 띠게 된다. 하나는 병사의 비행 혐의가 범죄사실에 해당한다고 판단한 경우 관할 헌병대 및 기타 수사기관에 수사를 의뢰하는 것이다. 다른 하나는 병사의 비행행위 정도가 미미하고 군대 내의 질서를 문란하게 하였다고 판단하여 해당 병사에 대해 징계절차를 진행하는 것이다.

영창처분은 특별권력주체가 내부의 질서를 유지하기 위하여 질서문란자에 대하여 과하는 제재라고 할 수 있는 징계벌의 일종이다.<sup>1)</sup> 즉 영창은 단기간의 인신구금으로 민간의 즉심과 유사한 외관을 가지고 있으나 즉심이 형사벌의 일종으로 법관의 결정에 기하여 부과되는 것과 달리 영창은 행정벌로서 법관의 결정이 아닌 지휘관의 결정만으로 부과된다는 점에서 차이가 있다.<sup>2)</sup>

「군인사법」 제56조에서는 군인으로서 법률상 명령 위반, 품위 손상, 직무상 의무 위반, 직무를 게을리한 경우 등에 대하여 징계위원회의 징계의결에 따라 징계처분을 하도록 정하고 있으며, 동법 제57조에서는 일반 병의 경우에 강등, 영창, 휴가 제한 및 근신 등으로 징계하도록 정하고 있다. 이 중에서 영창제도는 병사의 비행혐의에 대해 가장 빈번하게 사용되면서 지휘관으로 하여금 가장 효율적이라고 여겨지고 있는 징계수단이라 할 것이다.

다른 한편 영창제도는 그 효율성만큼이나 위헌성 시비에서 자유롭지 못하여 현재에 이르러서도 그 제도적 개선이나 보완이 요구되고 있는 것이 사실이다. 영창제도 자체가 헌법상 보장하는 ‘신체의 자유’에 대한 제한의 폭이 크다는 측면에서 현저한 기본권 침해의 내용을 가지고 있다는 주장이다. 뿐만 아니라 군이 가지는 폐쇄성과 격리성은 비교적 개방적이고 투명한 감시·견제체계가 기능하는 사회에 비해 집행과정에 있어서 권한남용이 발생할 여지가 높을 수 밖에

1) 박균성, 「행정법론(상)」, 박영사, 2008, 146면.

2) 정인섭, “시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약과 군장병 인권”, 「법학」 제48권 제4호, 2007.12, 42면.

없다는 우려가 그것이다.

그동안 영창제도의 위헌성과 관련한 문제는 꾸준히 제기되어 왔으며, 이에 따라 2006년에는 병에 대한 영창처분의 적법성 심사를 위한 인권담당 군법무관(이하 ‘군법무관’) 제도를 도입하고 징계처분에 대한 항고제도를 보완하는 등 상당 부분 제도적 개선이 이루어졌다. 그럼에도 불구하고 2012년 비행혐의로 인해 징계처분을 받은 50,042명의 병사 중 약 31.3%에 달하는 15,683명의 병사가 영창처분을 받은 것으로 나타나고 있으며, 여전히 영창제도의 위헌성에 대한 논란 여지는 존재하고 있는 것이 사실이다.<sup>3)</sup>

전통적인 특별권력관계가 수정되고 있는 지금 특별권력주체의 징계는 법령에 위반하여서는 안되며, 특별행정법관계의 성립목적을 달성하기 위하여 필요한 한도 내에서 행사되어야 한다는 것이 일반적인 시각이다.<sup>4)</sup> 그럼에도 불구하고 한국의 안보적 특수성, 지휘권의 확립, 영창 외에 병사에 대한 실효성있는 징계수단의 부재 등의 요인으로 인하여 영창제도 개선논의에는 많은 제약이 따르는 것 또한 사실이다.

현재에 이르러 영창처분에 대한 지속적인 제도개선 노력으로 영창제도에 내재한 위헌성이 현저히 감소하였다고는 하나 여전히 보다 높은 수준의 제도개선 요구가 제기되고 있다고 할 것이다. 이에 따라 이 글에서는 현존하는 영창처분의 제도적 측면과 실제 운용의 측면을 동시에 분석하고 영창제도가 가지는 법제도적 쟁점을 살펴봄으로써 영창제도의 제도적 개선방안을 모색하고자 한다.

---

3) 기존의 영창제도에 관한 논의는 세 가지 관점에서 진행되어 왔다. 하나는 영창제도는 위헌이므로 폐지해야 한다는 주장이고, 다른 하나는 영창제도의 위헌적인 요소는 인정하지만 현실적인 문제를 고려하여 제도적 보완을 통해 위헌성을 제거하고 활용하자는 주장이 그것이다.

4) 박균성, 「행정법론(상)」, 박영사, 2008, 146면.

## II. 영창처분의 제도적 절차 및 운영 현황

### 1. 영창처분의 제도적 절차

병사에게 징계사유에 해당하는 비행사실이 있다고 판단되어 해당 징계혐의자를 징계하고자 하는 경우<sup>5)</sup>에는 그 징계혐의자에 대하여 징계권을 갖는 징계권자가 주체가 되어 징계위원회의 심의를 거쳐 징계처분을 하게 된다. 「군인사법」 제58조(징계권자)제1항에서 징계혐의자의 계급에 따라 징계권자가 누가 되는지를 정하고 있으며, 동법 제59조의2(영창의 절차 등)에서 영창처분의 절차를 정하고 있다.

영창처분은 다른 징계조치로서 의무를 이행하게 하는 것이 불가능하고, 신체구금이 필요한 경우에만 처분하여야 하며, 징계위원회의 의결을 거쳐 군법무관의 적법성 심사를 거친 후에 징계권자가 처분해야 한다.<sup>6)</sup> 군법무관은 징계 사

5) 「군인징계령」 제7조(징계의결 요구 등)

제1항 징계권자가 아닌 상관이 하급자의 비행사실을 알았을 때에는 그 하급자의 징계권자에게 비행사실을 통보하여 징계를 요청할 수 있다.

제2항 징계권자는 다음 각 호에 따라 통보받거나 발견한 비행사실이 징계사유에 해당하는지 여부를 조사하여야 한다.

1. 제1항에 따른 통보가 있는 경우
2. 수사기관이나 감사 관련기관에서 비행사실 등을 통보한 경우
3. 소속 부하 또는 감독을 받는 군인의 비행사실을 발견한 경우

제3항 징계권자는 제1항에 따른 조사 후 그 비행사실이 징계사유에 해당한다고 인정하거나 「감사원법」 제32조에 따라 감사원으로부터 징계 요구가 있는 경우에는 징계위원회에 징계의결을 요구하여야 한다.

제4항 징계의결 전에 징계심의대상자의 소속이 변경된 경우 전(前) 소속 또는 감독 부대나 기관의 장은 혐의사실과 관련 자료를 징계심의대상자의 현(現) 소속 또는 감독 부대나 기관의 장에게 이송하여야 한다.

6) 동 조에서는 인권담당 군법무관의 적법성 심사와 관련하여 단서조항을 두고 있는데, 해외순방 중인 함정에 있거나 그 밖에 대통령령으로 정하는 긴급한 사유로 인권담당 군법무관의 적법성 심사를 받을 수 없는 경우에는 적법성 심사를 생략할 수도 있다. 여기에서 대통령령으로 정하는 긴급한 사유란 「군인징계령」 제18조(인권담당군법무관의 적법성 심사)제5항에서 정하고 있는 국외 훈련 중인 함정에 승선한 경우와 전시, 사변, 그 밖에 이

유, 징계 절차 및 징계 정도의 적정성 등 영창처분의 적법성에 관한 의견을 징계권자에게 통보하여야 하며, 징계권자는 그 의견을 존중하여야 한다. 군법무관이 징계권자에 대해 징계위원회의 징계의결 사유가 제56조에 따른 징계사유에 해당되지 아니한다는 의견을 제시할 경우 해당 영창처분을 하여서는 안 되며, 절차에 중대한 흠이 있다는<sup>7)</sup> 의견인 경우에는 다시 징계위원회에 회부할 수 있도록 하고 있다.<sup>8)</sup>

징계권자는 자신의 소속 부하 혹은 그의 감독을 받는 자에 대해 징계권을 갖는 자로서 병에 대한 징계권은 중대장 및 이에 준하는 부대 또는 기관의 장이 갖도록 하고 있다.<sup>9)</sup> 징계권자는 징계권에 기초하여 징계사건을 개시할 수 있고, 징계위원회 회부 여부를 결정할 수 있으며, 징계위원회의 결정에 대하여 승인, 감경 및 유예 결정을 할 수 있다.

징계권자가 징계간사로부터 혐의자의 비행 사실에 대한 조사결과를 보고받게 되면, 징계권자는 당해 비행 사실에 대해 징계절차를 계속 진행하기 위하여 징계위원회에 회부할 것인지 아니면 해당 절차를 종료할 것인지 여부를 결정하여야 한다. 「군인사법」에서 징계절차를 징계권자로 일원화시키지 않고 징계위원회를 설치, 운영하도록 정하고 있는 것은 징계권자의 독단적인 판단을 방지하여 징계를 보다 신중하고 합리적으로 운영하고자 하는데 그 취지가 있는 것으로 보인다.<sup>10)</sup> 동법 제59조(징계의 절차 등)에서는 징계는 징계위원회의 심의를 거쳐 한다고 규정하고 징계위원회는 징계 심의 대상자가 병인 경우에 장교 및 그보다 선임인 부사관 3명 이상으로 구성하게 하고 있다.

징계권자가 징계사건을 징계위원회에 회부하기로 결정한 경우에는 개최일시, 장소를 정하여 징계위원회를 소집한다. 징계위원회에서의 심의절차는 개최보고, 개최선언, 인정신문, 징계심의대상사실의 요지 낭독, 징계심의대상자 신문, 증거

---

에 준하는 사태가 발생한 경우를 말한다.

7) 징계 대상자에게 진술할 기회를 주지 아니한 경우 등

8) 「군인사법」 제59조의2(영창의 절차 등)제5항

9) 「군인사법」 제58조(징계권자)제1항

10) 최성보, “영창제도의 문제점과 개선방안에 대한 연구,” 서울대학교 석사학위논문, 2006.2, 13면.

조사, 징계심의대상자의 최종진술, 평의의 순으로 진행된다.<sup>11)</sup> 징계 심의대상자는 징계위원회에 출석하여야 하는데, 징계위원회는 징계심의대상자가 진술권 포기서를 제출하지 아니하고, 출석을 할 수 없는 정당한 이유 없이 출석하지 아니한 때에는 진술의 의사가 없는 것으로 보아 그 사실을 구체적으로 밝히고 서면 심사에 따라 징계를 결정할 수 있다.<sup>12)</sup>

최종적으로 해당 혐의자에 대한 심의가 종결되면 어떤 징계처분이 적합한지를 결정하게 되는데, 징계위원회는 위원장을 포함하여 위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결하되, 징계위원회가 4명 이하의 위원으로 구성된 경우에는 3명 이상이 출석하여야 하며, 징계심의대상자가 병인 경우에는 부사관인 위원 1명 이상이 출석하여 심의·의결에 참여하여야 한다.<sup>13)</sup> 의결내용은 관할 위반, 의결요구기각, 혐의없음, 징계종류 결정 등이 있으며,<sup>14)</sup> ‘징계종류 결정’이 되는 경우에 병사의 경우는 강등, 영창, 휴가제한, 근신 중 어떠한 처분을 할 것인지 결정하고 기간에 대해서도 순차적으로 결정하게 된다.<sup>15)</sup>

한편 해당 비행혐의 병사에 대한 조사와 관련하여 징계권자의 비행사실 조사

- 11) 「징계규정(육군규정 180)」 제23조. 각군마다 약간씩의 차이는 있으나 그 절차는 대동소이하다. 해군의 경우 개최준비완료보고, 개최선언, 인정신문, 징계혐의사실 요지 낭독, 징계심의대상자 신문, 증거조사, 징계심의대상자의 최종진술, 평의 등(「해군징계규정」 제21조)의 순서로, 공군의 경우 개최선언, 인정신문, 혐의사실의 요지 낭독, 징계심의대상자 신문, 증거조사, 징계심의대상자의 최종진술, 평의 등(「법무관리규정(공군규정 10-1)」 제33조)의 순서로 진행된다.
- 12) 「군인징계령」 제9조(징계심의대상자의 출석); 「징계규정(육군규정 180)」 제21조(징계심의대상자의 출석); 「해군징계규정」 제20조; 공군은 별도 조항을 두지 않고 있다.
- 13) 「징계규정(육군규정 180)」 제26조; 「해군징계규정」 제23조; 공군은 별도의 규정을 두고 있지 않다.
- 14) 「징계규정(육군규정 180)」 제27조; 「해군징계규정」 제24조; 공군의 경우는 「법무관리규정(공군규정 10-1)」 제34조에서 의결요구기각과 징계결정으로 정하고 있다.
- 15) 징계권자는 징계위원회의 의결 결과가 가볍다고 인정되면 그 처분을 하기 전에 법무장교가 배치된 징계권자의 차상급(次上級) 부대 또는 기관에 설치된 징계위원회(국방부에 설치된 징계위원회의 의결에 대하여는 그 징계위원회)에 심사 또는 재심사를 청구할 수 있다. 이 경우 징계권자는 심사 또는 재심사의 의결 결과에 따라 징계처분을 한다. 「군인사법」 제59조(징계의 절차 등)제5항

권 및 그 조사절차에 관하여 「군인사법」 및 「군인징계령」, 「군인징계령 시행규칙」 등에는 구체적인 규정을 두고 있지 않으나, 조사권과 관련한 내용은 각군 규정에서 정하고 있다. 각군 규정에서는 징계사건의 조사 및 증거확보를 위해 징계간사를 두도록 하고 있는데, 징계간사는 해당 부대 소속 군법무관 중에서 징계위원회의 위원장이 임명하되 군법무관이 없는 부대의 경우에는 인사담당장교 중에서 임명할 수 있다고 정하고 있다.<sup>16)</sup> 이때 군법무관이 없는 부대의 징계간사는 직근 상급부대 및 지정된 인접부대의 법무부(군법무관)의 징계업무에 관한 지도감독을 받아야 한다.<sup>17)</sup>

징계간사의 역할은 크게 두 가지이다. 하나는 해당 병사에 대한 비행혐의사실의 조사이고, 다른 하나는 조사결과를 징계권자에게 보고하면서 징계위원회 회부여부를 상신하고, 필요한 경우 징계위원회에서 관련 의견을 진술하는 것이다. 징계간사는 비행혐의사실의 조사과정에서 필요한 경우 징계심의대상자 및 참고인을 소환하여 조사할 수 있으며, 징계사건의 조사 및 증거확보를 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 수사기관 및 그 밖의 기관에 사실조사를 위촉할 수도 있다.<sup>18)</sup>

징계권자로부터 징계처분을 받은 사람은 군법무관의 도움을 받아 그 처분을 통지받은 날부터 30일 이내에 장관급 장교가 지휘하는 징계권자의 차상급 부대 또는 기관의 장에게 항고할 수 있다. 다만, 국방부장관이 징계권자이거나 장관급 장교가 지휘하는 징계권자의 차상급 부대 또는 기관이 없는 경우에는 국방부장관에게 항고할 수 있다.<sup>19)</sup> 영창처분에 대한 항고가 제기된 경우에는 그 집행을 정지하여야 하고, 항고를 받은 국방부장관과 부대 또는 기관의 장은 항고심

---

16) 병 또는 부사관 징계의 경우 부사관을 포함한다

17) 「징계규정(육군규정 180)」 제8조(징계간사의 임명); 「해군징계규정」 제10조(징계담당관), 제11조(징계간사); 「법무관리규정(공군규정 10-1)」 제23조(징계주관)

18) 「징계규정(육군규정 180)」 제9조(징계간사의 임무); 「해군징계규정」 제10조제2항, 제11조제2항; 「법무관리규정(공군규정 10-1)」 제24조(간사의 직무), 제25조(간사의 의견진술)

19) 「군인사법」 제60조(항고)제1항. 제1항의 중징계를 받은 장교 및 준사관은 국방부장관에게 항고할 수 있고, 중징계를 받은 부사관은 소속 참모총장에게 항고할 수 있다. 「군인사법」 제60조(항고)제2항



사위원회<sup>20)</sup>의 심사를 거쳐 원래의 징계처분을 취소하거나 감경할 수 있으나, 원래의 징계처분보다 더 무겁게 처분할 수는 없다.<sup>21)</sup>

## 2. 영창제도의 운용 현황

2011년 5월 현재 우리 군은 97개의 영창을 설치하여 운용하고 있다.<sup>22)</sup> 지난 10년간 병사에 대한 징계처분 현황을 보면 영창이 약 38.9%, 휴가제한이 약 50.1%, 강등해임이 약 0.03%, 근신이 약 11.1%를 차지하고 있어 휴가제한이 병 징계에 있어 가장 많이 활용되는 징계수단으로 나타나고 있다.<sup>23)</sup> 그러나 이러한 현상은 2006년 영창제도와 관련한 군법무관제도의 도입으로 2007년 이후 영창 처분의 비중이 현저하게 감소한데서 기인한 것으로 보인다.

실제로 군법무관제도가 도입되기 이전인 2003년의 경우 전체 징계처분 중 영창처분이 차지하는 비중이 69.4%에 달하고 있는데 반해, 제도도입 직후인 2007년의 경우 35.9%로 나타나 2003년에 비해 약 절반수준으로 비중이 감소한 것으로 나타나고 있다. 뿐만 아니라 2012년의 경우 영창처분의 비중이 31.3%로 2003~2012년 기간 중 가장 낮게 나타나고 있어 향후에도 지속적으로 영창처분

20) 「군인사법」 제60조의2(항고심사위원회)

제1항 징계처분에 대한 항고를 심사하기 위하여 장관급 장교가 지휘하는 징계권자의 차상급 부대 또는 기관에 항고심사위원회를 둔다. 다만, 국방부장관이 징계권자인 경우와 제60조제2항에 따라 국방부장관에게 항고한 경우에 이를 심사하기 위한 항고심사위원회는 국방부에 둔다.

제2항 항고심사위원회는 장교 5명 이상 9명 이내의 위원으로 구성한다. 이 경우 위원 중 1명은 군법무관이나 법률에 소양이 있는 장교로 하여야 한다.

21) 「군인사법」 제60조(항고)제6항

22) 한국형사정책연구원, 「군 수용자의 처우 및 군 교정발전을 위한 제도개선 연구」, 2011.5.12면.

23) 연도별 징계 건수와 관련하여 2003년 전체 징계건수가 19,859건이던 것이 2012년에는 50,042건으로 약 2.5배 증가한 것으로 나타나고 있다. 이러한 증가원인에 대해서는 본 연구의 목적에 벗어나 있음으로 인해 체계적인 분석을 수행하지 않았으나, 지속적인 징계 건수의 증가는 구타나 가혹행위와 같은 비공식적이고 개별적인 징계방식의 금지가 주요한 하나의 요인으로 작용했다고 볼 수 있을 것이다.

의 비중이 낮아질 가능성을 보여주고 있다.

한편 군법무관 제도가 시행된 2007~2012년 기간 동안 영창처분이 전체징계처분에서 차지하는 비중은 32.8%에 달하고 있으며, 동 제도가 도입되기 이전인 2003~2006년 기간 동안 영창처분이 차지하는 비중은 54.6%에 달하는 것으로 나타나 동 제도의 시행이 병 징계에 있어 영창처분 비중 감소의 주요한 요인이 되었음을 시사하고 있다. 반면 강등해임이나 근신의 경우 의미있는 비중의 변화를 찾기는 어려우며, 휴가제한의 경우 2007년 이후 그 비중이 지속적으로 증가하여 제도 시행이전의 약 2배에 달하는 것으로 나타나고 있다. 이는 병 징계수단으로서 영창처분을 대신해 휴가제한이 많이 활용되고 있다는 것을 보여주는 것이라 하겠다.

(표 1) 최근 10년간(2003~2012) 병 징계처분 현황

(단위: 건, %)

연도 징계처분	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	합계
강등해임	37 (0.19)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	5 (0.02)	3 (0.01)	5 (0.02)	9 (0.02)	19 (0.04)	14 (0.03)	92 (0.03)
영창	13,779 (69.4)	12,513 (62.0)	10,193 (47.8)	10,265 (42.3)	8,960 (35.9)	9,315 (31.6)	11,834 (33.3)	12,763 (33.1)	14,757 (33.0)	15,683 (31.3)	120,062 (38.9)
휴가제한	5,463 (27.5)	6,680 (33.1)	8,269 (38.7)	10,505 (43.2)	12,377 (49.6)	16,175 (54.9)	19,292 (54.2)	21,416 (55.6)	25,376 (56.8)	29,078 (58.1)	154,631 (50.1)
근신	580 (2.9)	997 (4.9)	2,878 (13.5)	3,524 (14.5)	3,624 (14.5)	3,979 (13.5)	4,435 (12.5)	4,339 (11.3)	4,537 (10.2)	5,267 (10.5)	34,160 (11.1)
합계	19,859	20,190	21,340	24,294	24,966	29,472	35,566	38,527	44,689	50,042	308,945

주: ( )은 비중. 강등해임 비중의 경우 수치표기의 편의상 소수점 2자리까지 표기

출처: 국방부

육군의 경우 영창처분의 비중 변화는 2007년 이후 급격히 감소하고 있다는 측면에서, 그리고 징계처분으로서 휴가제한의 비중이 증가하고 있다는 점에서 전체적인 병 징계처분 경향과 큰 차이를 보이고 있지 않다.

해군의 경우는 육군과는 약간의 차별성을 보이고 있는데, 육군에 비해 영창처분의 현저한 비중감소가 나타나지 않고 있다. 군법무관제도가 본격적으로 시행되었던 2007년의 경우 전체 징계처분에서 영창처분이 차지하는 비중이 38.1%로 급격하게 감소하였으나, 2008년에는 57.7%로 다시 급격하게 상승하여 50% 초중반 수준을 유지하고 있다. 이는 함정에서 많은 시간을 보내는 해군의 특성이 반영된 것으로 보인다. 그럼에도 징계처분으로서 휴가제한이 차지하는 비중은 육군과 유사하게 지속적으로 증가하는 양상을 보이고 있어 해군 역시 예전보다는 징계방식으로서 휴가제한을 많이 활용하고 있는 것으로 나타나고 있다.

공군의 경우, 군법무관 제도 도입이 논의되고 확정되었던 2006년부터 영창처분의 비중에 큰 폭의 감소가 나타나기 시작하여 2008년부터는 급격하게 감소하는 경향을 보이고 있다. 아울러 징계처분으로서 휴가제한의 비중도 2008년부터 크게 증가하여 50% 중후반 수준을 유지하고 있다.

(표 2) 최근 10년간 육군 병 징계처분 현황

(단위: 건, %)

연도 징계처분	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	합계
강등해임	37 (0.19)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	4 (0.02)	2 (0.01)	2 (0.01)	7 (0.02)	11 (0.02)	9 (0.03)	72 (0.02)
영창	13,697 (69.3)	12,425 (62.2)	9,406 (46.8)	9,382 (41.2)	8,361 (35.7)	8,301 (30.1)	10,677 (32.2)	11,428 (31.8)	12,924 (31.8)	14,143 (31.4)	110,744 (38.1)
휴가제한	5,374 (27.3)	6,592 (33.0)	7,923 (39.4)	9,977 (43.9)	11,544 (49.3)	15,405 (56.5)	18,270 (55.0)	20,312 (56.6)	23,905 (56.6)	27,687 (58.1)	146,989 (50.6)
근신	561 (2.9)	966 (4.8)	2,771 (13.8)	3,395 (14.9)	3,488 (14.9)	3,871 (14.2)	4,262 (12.8)	4,157 (11.6)	4,308 (11.6)	5,031 (10.5)	32,810 (11.3)
합계	19,669	19,983	20,100	22,754	23,397	27,279	33,211	35,904	41,148	46,870	290,615

주: ( )은 비중. 강등해임 비중의 경우 수치표기의 편의상 소수점 2자리까지 표기  
출처: 국방부

(표 3) 최근 10년간 해군 병 징계처분 현황

(단위: 건, %)

연도 징계종류	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	합계
강등해임	-	-	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	6 (0.19)	5 (0.18)	11 (0.07)
영창	-	-	675 (67.4)	775 (61.2)	535 (38.1)	954 (57.7)	1,078 (52.2)	1,245 (54.3)	1,696 (54.3)	1,431 (50.3)	8,389 (53.6)
휴가제한	-	-	245 (24.5)	393 (31.0)	775 (55.2)	620 (37.5)	850 (41.1)	895 (39.0)	1,246 (39.9)	1,210 (42.6)	6,234 (39.8)
근신	-	-	81 (8.1)	99 (7.8)	93 (6.6)	79 (4.8)	139 (6.7)	154 (6.7)	178 (5.7)	198 (7.0)	1,021 (6.5)
합계	-	-	1,001	1,267	1,403	1,653	2,067	2,294	3,126	2,844	15,655

주: ( )은 비중. 강등해임 비중의 경우 수치표기의 편의상 소수점 2자리까지 표기

출처: 국방부

(표 4) 최근 10년간 공군 병 징계처분 현황

(단위: 건, %)

연도 징계종류	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	합계
강등해임	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	1 (0.60)	1 (0.41)	3 (1.04)	2 (0.61)	2 (0.48)	0 (0)	9 (0.34)
영창	82 (42.2)	88 (42.5)	112 (46.9)	108 (39.6)	64 (38.6)	60 (25.0)	79 (27.4)	90 (27.4)	137 (33.0)	109 (33.2)	929 (34.7)
휴가제한	89 (46.8)	88 (42.5)	101 (42.3)	135 (49.5)	58 (34.9)	150 (62.5)	172 (59.7)	209 (63.5)	225 (54.2)	181 (55.2)	1,408 (52.6)
근신	19 (4.7)	31 (15.0)	26 (10.9)	30 (11.0)	43 (25.9)	29 (12.1)	34 (11.8)	28 (8.5)	51 (12.3)	38 (11.6)	329 (12.3)
합계	190	207	239	273	166	240	288	329	415	328	2,675

주: ( )은 비중. 강등해임 비중의 경우 수치표기의 편의상 소수점 2자리까지 표기

출처: 국방부

타 징계제도 중에서도 특히 영창제도가 높은 비율로 활용되는 것은 해당 병사를 일단 당해 부대로부터 격리시킴으로서 징계의 효과를 극대화할 수 있고, 지휘관의 입장에서 부대의 지휘를 원활하게 할 수 있어 지휘 부담을 더는데 효과적이기 때문으로 추론되고 있다. 영창에 비해 다른 징계방식은 지휘관이 가지는

부담에 비해 그 효과가 미미하거나 오히려 역효과를 불러올 가능성이 커 지휘관들이 선호하지 않는다는 것이다.

병사들이 이미 영내생활을 하고 있기 때문에 영내 대기나 외출 금지를 의미하는 근신은 징계로서 실효성을 갖기 어려우며, 강등의 경우 장교들과는 달리 계급보다는 입대일자가 우선시되고 의무복무기간만 마치면 되는 병사들에게 있어서 실제적인 징계 효과를 갖기 어렵다는 것이 대체적인 시각이다. 휴가제한의 경우, 휴가일수를 제한하는 것인데 제한 가능기간이 1회 5일 이내로 한정되며, 총제한일수가 15일을 초과하여서는 안 된다고 법률로 정하고 있다.<sup>24)</sup> 이에 따라 다른 징계방식에 비해 휴가제한은 지휘관의 입장에서 적용 요건이 까다롭고, 병사가 사회와 소통할 수 있는 통로를 제한함으로써 오히려 더 큰 문제를 야기할 수 있다는 점에서 지휘관들이 선호하지 않는 것으로 알려져 있다.<sup>25)</sup>

영창제도의 운용현황에 대한 지금까지의 분석에 의하면 영창처분은 그 효과성에도 불구하고 군법무관제도가 도입됨으로써 과거에 비해 점차적으로 처분이 어려워짐에 따라 그 비중이 지속적으로 감소하고 있는 것으로 보인다. 반면 영창처분의 비중 감소에 따라 상대적으로 다른 징계처분에 비해 징계효과가 뛰어난 휴가제한처분의 비중이 늘어나고 있다. 징계방식으로서 영창처분이 감소하고 있다는 것은 신체적 구금에 대한 보다 신중한 처분이 이루어지고 있다는 점에서 바람직한 현상으로 볼 수 있다. 그러나 다른 한편으로는 앞서 지적한 바와 같이 휴가제한이 병사의 사회적 소통로를 차단한다는 점에서 상담제도의 강화나 기타 제도적 보완을 병행할 필요가 있다고 할 것이다.

24) 「군인사법」 제57조제2항; 「징계규정(육군규정 180)」 제13조제1항; 「해군징계규정」 제4조제2항; 공군규정에는 해당 조항이 없다.

25) 각각의 징계처분의 효과와 관련해서는 성공회대학교 인권평화센터, 「군내 구금시설 인권 실태조사를 위한 기초현황과약」, 국가인권위원회, 2002.12, 128~129면; 최성보, "영창제도의 문제점과 개선방안에 대한 연구," 서울대학교 석사학위논문, 2006.2, 81~83면을 참조할 것

### III. 영창제도에 관한 입법평가

영창처분은 강등, 휴가제한, 근신과 함께 군인사법에서 규정된 병사에 대한 징계처분<sup>26)</sup>의 하나이다. 군징계는 「군인사법」, 「병역법」 등에 의하여 군적에 편입된 군인 또는 「군무원인사법」에 의하여 임용된 군무원이 군율을 위반하여 군기를 문란하게 하거나 그 본분에 배치되는 행위를 한 경우 군징계법규에 의하여 과하는 제재행위를 말한다.<sup>27)</sup>

영창처분의 경우 다른 징계가 복무조건을 본질로 하고 있는 것과는 달리 복무조건을 부수적인 것으로 하고 해당 병사의 신체를 사실적으로 감금하는 것이 본질을 구성하고 있다고 할 수 있다. 이에 따라 영창처분이 감금을 본질로 하고 있는 구류형의 내용을 취하고 있음에 따라 징계권이 아닌 실질적인 형벌권에 관한 논의로 그 영역이 확장될 수 밖에 없는 필연성을 내포하고 있다고 하겠다.<sup>28)</sup>

영창처분과 관련하여 헌법상 문제되는 것은 군인이라는 특별신분에 대한 기본권 제한의 정도에 관한 문제, 신체의 자유에 대한 과도한 제한인가 여부, 영창처분에 대한 적실성있는 방어권행사가 가능한가 즉 실질적 적법절차가 지켜지는지 여부 등이라고 할 수 있다.

#### 1. 특별권력관계와 법률유보의 문제

특별권력관계라 함은 국가의 포괄적 통치권에 복종하는 일반권력관계에 대응하는 개념으로 법률규정이나 당사자의 동의 등 특별한 법적 원인에 의거하여 성립하게 된다. 이에 따라 특별권력관계는 공법상의 특정한 목적달성에 필요한 한

26) 일반적으로 징계는 공무원의 의무위반에 대해 공무원 관계의 목적을 달성하기 위하여 국가 또는 지방자치단체가 사용자로서의 지위에서 과하는 제재를 말한다.

27) 정석영, “군징계제도에 관한 소고,” 「군사법논문집」, 1992, 85면

28) 영창처분이 실질적으로 구류형과 동일하다는 주장에 대해서는 한인섭, “현행 군사재판의 문제점과 개선방안,” 「절차적 정의와 법의 지배」(서울: 박영사, 2003); 송광섭, “징계영창처분의 문제점과 인권개선방안,” 「피해자학연구」 12권 1호, 2004.4 등을 참조

도 내에서 당사자의 일방이 상대방을 포괄적으로 지배하고, 상대방이 이에 복종함을 내용으로 하는 공법상의 특수한 법률관계를 말한다.<sup>29)</sup> 즉 일정한 영역에서 특수한 신분관계가 발생하고 이 신분관계에서는 일반국민이 널리 누릴 수 있는 기본권 제한이 가능하다고 보는 것이다. 그러나 기본권의 제한이 어느 정도까지 가능한 것인지에 대해서는 항상 논란의 대상이 되고 있다.<sup>30)</sup>

군인의 경우도 이러한 특별신분관계로 파악할 수 있는데, 군인에 대한 기본권 제한은 그 신분적 특수성에 따라 일정한 수준까지 가능하지만 군인의 경우에도 절대적 기본권은 그 본질상 제한이 불가능하며, 상대적 기본권에 있어 특수신분관계의 목적달성을 위한 합리적인 범위 내에서 일정한 제한이 가능하다는 것이 일반적인 시각이다. 다시 말해서 군인에 대한 기본권의 제한은 군인이라는 신분의 법률관계의 불가피한 한도에서 비례원칙을 준수<sup>31)</sup>하여야 한다고 볼 수 있는 것이다.

한편 우리 헌법 제39조에서는 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다고 정하고 있어 군인에 대하여 특별권력관계를 전제하고 있는 것으로 해석될 여지는 있다. 그러나 동 조항이 국방의 의무를 부과하고 있다고 해서 법치주의를 부정하고 포괄적인 지배권이 인정되는 특별권력관계를 정당화하고 있다고 보는 것은 타당하지 않으며, 이에 따라 영창제도를 분석함에 있어 헌법에 의한 법률 유보의 원칙, 기본권 제한의 원칙에 따라 판단해야 할 것이다.

법률유보의 문제와 관련하여 전통적인 특별관계이론에 의할 경우 법률에 근거가 없어도 지휘관에 의해 영창처분을 부과하는 것이 가능하다. 그러나 법치주의에 기초하고 있는 민주주의체제에서 특별관계이론의 포괄적인 지배권인 인정되지 않는 이상 군인에 대한 일체의 제재나 징계도 법률상의 근거가 있어야 한다는 것은 재론의 여지가 없다. 현재의 영창제도가 「군인사법」에 그 근거를 두고 있어 법률유보의 문제에 있어서는 형식상 문제가 없다고 할 때, 영창제도의

29) 성낙인, 「헌법학」(서울: 법문사, 2012), 384면.

30) 이상철, “특별권력관계와 기본권 제한,” 「육사논문집」 제44집, 1993, 277면.

31) 비례원칙을 준수한 것인지 여부는 기본권제한의 목적의 정당성, 수단의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성이 구체적으로 검토되어야 할 것이다.

논란은 「군인사법」에서 정하고 있는 영창제도의 합헌성 문제로 귀결될 것이다.

## 2. 신체의 자유에 대한 제한

기본권의 제한 문제와 관련하여 병사에 대한 영창처분이 법률에 근거를 가지고 있다고 하더라도 영창처분 자체가 병사의 기본권에 대한 중대한 제한이라면 그 근거법률이 기본권 제한에 관한 헌법상의 원칙을 준수해야 하는 것이 당연하다고 할 것이다. 신체의 자유는 1215년 마그나 카르타(Magna Carta)에서부터 시작되어 모든 인간의 가장 기본적인 자유로 인식되어 왔으며, 우리 헌법에서는 실체적 보장<sup>32)</sup>과 절차적 보장<sup>33)</sup>으로 구성되어 있다.

영창처분은 징계권자의 징계권의 행사라는 일종의 행정처분에 의한 병사의 신체를 감금한다는 점에서 해당 병사의 신체 자유권에 대한 직접적인 제한이라고 할 것이다. 이러한 의미에서 병사의 신체적 자유를 제한함에 있어 헌법상의 원칙이 준수되어야 한다는 측면에서 영창처분과 관련하여 주요하게 논란이 되고 있는 영창주의, 징계양정의 문제, 적법절차의 문제 등을 검토하고자 한다.

### (1) 구금시 영창주의 위반여부

영창제도는 병에 대한 징계의 일종으로 신체의 구금을 그 내용으로 하는 강제 처분이다. 법률로 정하고 있는 영창처분의 성격을 살펴보면, 먼저 영창처분과 그 사유를 규정하고 있는 「군인사법」의 각 조항은 군대 내에서 비행행위를 한 병사에 대하여 영창처분을 부과하여 본래의 소속으로부터 일정기간 동안 격리시켜 자신의 행위를 반성하고 시정하게 함으로서 군조직의 효율적인 지휘 및 관리를 가능하게 하고자 하는 특수한 목적을 위한 것으로 볼 수 있다. 다음으로 이미 살펴본 바와 같이 비위행위를 한 병사를 일정기간 감금하는 것으로서 병사

32) 실체적 보장으로는 죄형법정주의, 그 파생원칙으로 형벌법규의 소급효 금지, 소급입법에 의한 참정권제한 및 재산권 박탈금지, 일사부재리의 원칙 또는 이중처벌금지원칙, 연좌제 금지 원칙이 규정되어 있다.

33) 절차적 보장으로는 법률주의, 적법절차원칙, 영창주의, 체포·구속이유 등 고지제도, 체포·구속적부심사제도 등이 규정되어 있다.



의 신체적 자유를 제한하는 것을 본질로 하고 있다. 마지막으로 영창처분은 15일의 범위 내에서 병사를 구금하는 것이므로 신체적 자유의 제한 정도는 형벌의 하나인 구류형과 동일한 수준이라고 할 수 있다.<sup>34)</sup>

우리 헌법 제12조제3항은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”고 정하고 있다. 이에 따라 신체적 자유를 제한함에 있어 헌법상의 원칙을 준수해야 한다고 할 때, 군대의 특수성을 고려한다고 하더라도 기본권 중에서 가장 기본이 된다고 할 수 있는 헌법 제12조상의 “신체구금에 관한 영장주의”를 군인에 대해서 배제할 수 있다고 볼 수는 없는 것이다.

이와 관련하여 앞서서도 살펴본 바와 같이 「군인사법」 제59조의2(영창의 절차 등)제2항 및 제3항에서는 군법무관으로 하여금 징계위원회의 의결을 거쳐 징계 사유, 징계 절차 및 징계 정도의 적정성 등 영창처분의 적법성 심사를 거친 후에 징계권자가 처분하게 하고 있다. 그러나 이러한 절차에도 불구하고 동 조 제4항은 군법무관을 국방부와 그 직할 부대 또는 기관의 경우에는 국방부장관이 그 소속 군법무관 중에서 임명하고, 각군의 경우에는 참모총장이 그 소속 군법무관 중에서 임명한다고 정하고 있어 군법무관의 공정성과 영장주의의 대체성에 대한 논란의 근거를 제공하고 있다.

다시 말해서 군법무관도 엄밀히 말하면 징계권을 가지는 행정권 내부의 구성원으로서 그 중립성에 있어서 문제가 제기될 개연성이 있다는 주장의 근거가 된 것이다. 이에 따라 군법무관의 독립성을 보장할 수 있는 조직의 편성에 대한 논의가 요구된다고 할 것이다.<sup>35)</sup> 또한 영창처분의 적법성에 대한 군법무관의 확인이 필요하도록 하고 있으나 독립된 사법기관인 법관 또는 군판사의 확인이 아니기 때문에 영장주의의 대체적인 성격이라고 보기 어렵다는 것이 그것이다.

결론적으로 현행 군인사법에서 정하고 있는 법관의 영장없이 신체구금에 해

34) 최성보, “영창제도의 문제점과 개선방안에 대한 연구,” 서울대학교 석사학위논문, 2006.2, 96~97면.

35) 이수동, “징계영창 통제와 인권담당 군법무관제도 운영에 관한 소고,” 「공군법률논집」 통권 28호, 2006.12, 182면.

당하는 징계로서의 영창처분은 헌법에서 보장하고 있는 영장주의와 관련하여 헌법 제12조상 신체구속에 대한 영장주의를 배제하는 것이어서 영장주의의 ‘본질적 내용 침해금지원칙’의 위반소지에 대한 논란을 피해가기는 어렵다는 것이다.<sup>36)</sup>

## (2) 징계사유 및 징계양정의 기준

징계사유와 관련하여 군인이라는 특별신분관계로 인하여 신체의 자유를 일정 부분 제한한다고 하더라도, 영창처분은 군대의 질서유지라는 목적에 부합하는 경우로 제한될 수 밖에 없으며, 법률상으로도 다른 징계로서는 군대의 질서유지가 불가능할 경우에 영창처분이 가능하다고 정하고 있다.<sup>37)</sup> 「군인사법」 제56조(징계 사유)<sup>38)</sup>는 병사에 대한 징계권자의 징계사유를 포괄적으로 정함으로써 병사에 대한 징계여부에 대해 상당부분 징계권자의 판단에 의존하고 있으며, 징계사유에 따른 징계양정에 대해 어떠한 조항도 두고 있지 않다. 이에 따라 「군인사법」에서 병사의 징계사유를 포괄적이고 완결적으로 규정하여 하위 법령에서 그 사유를 구체화하도록 하는 어떠한 위임도 하고 있지 않아 징계양정과 관련한 논란의 빌미를 제공하고 있다는 지적이 제기되고 있다.

징계사유에 따른 징계양정에 대해서는 「군인징계령」 제13조(징계의 양정)제2항에서 징계의 양정에 관한 세부기준은 국방부령으로 정한다고 정하고 있다. 이와 관련 각군에서는 「군인징계령」 제13조에 따라 별도의 규정으로 병사의 징계사유 및 양정기준을 정하고 있는데, 육군은 「징계규정(육군규정 180)」에서, 해

---

36) 김남진, 「행정법2」, 법문사, 2002, 241면; 최정학, “군영창제도의 법적 문제점,” 「공익과 인권」 제1권 1호, 2004, 67면 이하.

37) 「군인사법」 제59조의2(영창의 절차 등)제1항

38) 「군인사법」 제56조(징계 사유) 제58조에 따른 징계권자는 군인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제59조에 따른 징계위원회에 징계의결을 요구하고, 그 징계의결의 결과에 따라 징계처분을 하여야 한다.

제1항 이 법 또는 이 법에 따른 명령을 위반한 경우

제2항 품위를 손상하는 행위를 한 경우

제3항 직무상의 의무를 위반하거나 직무를 게을리한 경우

군은 「해군징계규정」에서 관련사항을 정하고 있다.<sup>39)</sup>

육군의 경우 동 규정에서 징계사유 및 양정기준을 상세하게 규정하고 있으나, 징계사유별 징계처분에 있어 대부분 영창처분을 부과하도록 하고 있어 징계권자에 의한 영창처분의 범위가 지나치게 넓다는 지적을 벗어나기 어려워 보인다. 실제로 동 규정에서 정하고 있는 69개의 징계사유 중 성실의무 위반 중 교통사고와 관련된 2개 사유<sup>40)</sup>, 복종의무위반과 관련된 3개 사유,<sup>41)</sup> 부대이탈 금지위반과 관련한 5개 사유,<sup>42)</sup> 공정의무위반 관련 1개 사유,<sup>43)</sup> 청렴의무위반 1개 사유,<sup>44)</sup> 비밀엄수 위반 관련 1개 사유,<sup>45)</sup> 품위유지위반 관련 3개 사유<sup>46)</sup> 등 극히 경미하거나 불가피한 위반 사유 16개의 경우를 제외하고는 모두 징계유형으로서 영창을 포함하고 있다.

해군의 경우에도 56개 중 14개 사유를 제외하고는 모두 영창처분을 부과할 수 있게 하고 있어 육군과 큰 차이를 보이고 있지는 않다. 그러나 복종의무위반과 품위유지의무위반에서는 각각 ‘기타’와 ‘그 밖의 비행사실’이라는 사유를 두어 오히려 육군보다 징계권자의 재량을 폭넓게 규정하고 있다고 할 수 있다.<sup>47)</sup>

### (3) 영창처분절차의 적실성 문제

영창처분절차와 관련하여 주요하게 논란이 되고 있는 사안은 징계위원회 및

39) 공군의 「법무관리규정(공군규정 10-1)」에서는 구체적인 징계사유 및 양정기준을 정하지 않고 있다.

40) 운전병이 임무수행 중 과실로 인적·물적 피해, 운전병이 안전수칙·교통법규를 위반

41) 상관 등의 지시를 받고도 부주의로 임무 불이행, 휴대금지물품 반입, 정치관여 또는 군무 외의 일을 위한 집단행위

42) 군무기피목적 없이 휴가 등의 지연복귀, 교통편을 놓치는 등의 부주의로 지연복귀, 외출·외박 허가구역을 이탈, 상근예비역이 지연출근 또는 조기퇴근, 상근예비역이 불시소집·통신점호 등 소재 파악을 위한 부대의 시도에 의도적으로 응하지 않는 경우

43) 분대장이 다른 병사에게 부당한 명령을 내리거나 그 지위를 이용하여 의무 없는 일을 하게하는 행위

44) 동료병사들로부터 금전을 각출하는 행위

45) 「군사보안업무훈령」 별표 5 ‘보안사고(위반)자 처리 기준’내 ‘경고’ 대상 보안위반 행위자

46) 단순도박, 상급자의 존재를 인식하였음에도 경례하지 않는 행위, 복장불량 또는 자세불량

47) 이는 함정에서 보내는 시간이 많은 해군의 특성을 고려한 것으로 보인다.

징계간사의 법률적 소양 및 선임절차, 인권담당 법무관의 역할과 한계 등에 관련된 문제라고 할 수 있다.

이미 앞서에서도 살펴본 바와 같이 징계간사의 역할은 징계사실을 조사하고 증거를 수집하는 것이다. 군인에 대한 징계절차에 있어 형사절차와는 달리 엄격한 증거에 의하여 징계사실에 대한 입증의 필요가 적다고 할지라도 영창처분과 같이 사실상 신체를 구금하는 중한 처분인 경우에는 그 입증의 정도가 일반 형사절차에 비견될 정도로 엄격할 필요가 있다는 것이 대체적인 지적이다.

이에 따라 징계사실에 대한 조사와 증거 수집을 담당하는 징계간사가 관련 업무를 적절하게 수행할 수 있는 법률적 소양을 보유해야할 필요성이 제기된다고 할 것이다. 물론 군법무관이 없는 부대의 경우 징계간사로 임명된 부사관의 경우 직근 상급부대 및 지정된 인접부대의 법무부(군법무관)의 징계업무에 관한 지도감독을 받아야 한다고 정하고 있기는 하지만,<sup>48)</sup> 징계간사의 임무가 징계사건의 조사 및 증거수집 뿐만 아니라 징계처분의 집행지휘 등 징계에 관한 모든 사무를 담당하고 처리한다<sup>49)</sup>는 점에서 징계간사의 법률적 소양의 확보는 반드시 필요하다고 할 것이다.

징계위원회와 관련된 논의는 대체적으로 2가지로 정리할 수 있다. 하나는 징계위원의 법률적인 능력의 문제이고, 다른 하나는 징계위원들의 선임방식과 절차의 문제이다.

먼저 징계위원회의 구성과 관련해서는 「군인사법」 제59조제2항, 「군인징계령」 제5조, 각군 규정 등에서 정하고 있다. 그러나 상기 법령에서는 징계위원의 구성과 관련한 인원, 계급 등에 대해서만 정하고 있어 징계위원의 법률적 소양(자격)에 대한 규정을 두고 있지 않다. 다만 항고심사위원회의 구성과 관련해서는 법률적 소양에 대한 내용을 정하고 있는데, 항고심사위원회는 장교 5명 이상 9명 이내의 위원으로 구성하며, 이 경우 위원 중 1명은 군법무관이나 법률에 소양이 있는 장교로 하여야 한다<sup>50)</sup>고 정하고 있다.

---

48) 「징계규정」(육군규정 180) 제8조; 「해군징계규정」 제10조제1항 및 제11조 제1항. 공군은 관련 규정없음

49) 「징계규정」(육군규정 180) 제9조; 「해군징계규정」 제11조

다음으로 징계위원회의 구성과 관련하여 징계위원의 선임절차에 대해서는 해군<sup>51)</sup>만이 징계위원은 징계권자가 임명하며, 당해부대 소속원만으로 징계위원회(항고심사위원회)를 구성할 수 없을 때에는 다른 부대 또는 기관에 속한 장교, 부사관, 군무원 중에서 위촉할 수 있다고 정하고 있다. 결국 해군의 규정을 기준으로 할 때, 각군의 징계위원의 임명이 징계권자에 의해 이루어진다고 한다면 징계권자의 독단적인 판단을 방지하여 징계를 보다 신중하고 합리적으로 운영하고자 하는 징계위원회의 설치취지가 상당부분 퇴색할 수 밖에 없는 것이 현실이다.

뿐만 아니라 징계위원회가 징계권자보다 낮은 계급의 장교나 하사관으로 구성된다고 할 때, 상명하복이 기본적인 질서를 형성하고 있는 군대 내에서 징계위원회가 지휘관의 명과 다른 결정을 하기 어렵다는 점에서 징계위원회가 징계권자에 대해 실질적인 방어역할을 하기는 어렵다고 볼 수 있을 것이다. 물론 해군의 경우, 징계위원(항고심사위원)의 신분보장 등에 관한 규정<sup>52)</sup>을 두고 있으나 이러한 규정이 효력을 갖기 위해서는 징계위원의 선임방식과 절차와 함께 신분보장 등에 대해 법률로 정하는 방안을 고려할 필요가 있을 것이다.<sup>53)</sup>

군법무관 제도의 도입은 「군인사법」에서 정하고 있는 영창처분이 법관의 영장없이 이루어짐에 따라 「헌법」 제12조제3항<sup>54)</sup>을 위반하고 있다는 논란에 따른 것이었다. 이에 2006년 「군인사법」 개정으로 군법무관제도의 핵심이라고 할 수 있는 영창처분에 대한 적법성 심사와 모든 장병이 징계항고시 인권담당 군법무관으로부터 조력을 받을 수 있는 항고조력제도가 도입되었다.

50) 「군인사법」 제60조의2(항고심사위원회); 「징계규정」(육군규정 180) 제7조; 「해군징계규정」 제9조. 공군의 경우 관련 규정을 두고 있지 않다.

51) 「해군징계규정」 제9조제4항 및 제5항

52) 「해군징계규정」 제9조(징계위원(항고심사위원)의 신분보장 등)제7항

가. 위원은 제반 법령과 양심에 따라 독립하여 심의·의결한다.

나. 위원은 징계에 관한 직무상의 행위로 인하여 신분상 어떠한 불이익도 받지 아니한다.

다. 징계심의에 관여한 자는 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니 된다.

53) 육군과 공군의 경우에는 징계위원의 신분보장과 관련한 규정을 두지 않고 있다.

54) 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.

군법무관제도의 실효성에 대해서는 도입 당시부터 많은 논란이 있었지만 징계권자의 지휘권 보장이라는 측면에서 적법성 심사 시기를 징계권자의 확인 전에 이루어지게 하고,<sup>55)</sup> 실질적인 방어가 가능하도록 하기 위해 적법성 심사내용을 징계사유, 징계절차 및 양정의 적정성까지 심사할 수 있도록 하였다.<sup>56)</sup>

이와 관련 적법성 심사 시기를 징계권자의 확인 후로 정해야 한다는 주장도 제기되고 있으나, 이는 오히려 지휘관의 지휘권 보장이라는 측면에서 영창처분의 경우 군사법원 혹은 군판사의 관여를 명문화하는 방향으로 논의되는 것이 바람직한 것으로 보인다. 즉 지휘관이 영창처분을 발하고 난 이후 군법무관이 사후적으로 이를 취소하게 되면 지휘관의 부대 지휘권이 손상됨은 물론 지휘관과 군법무관 사이의 갈등을 유발할 가능성 역시 배제할 수 없다. 이에 따라 군법무관에 대해 사후적인 징계취소권 부여를 논의하는 것은 군대라는 사회의 특성상 현실성이 결여되어 있다고 할 것이며, 영창처분의 적법성을 강화하기 위한 목적이라면 지휘관의 영창처분 전에 군사법원 혹은 군판사의 동의를 얻도록 하는 방안이 논의되는 것이 바람직할 것이다.

#### IV. 영창제도에 관한 개선대안 분석

영창제도는 그동안 수차례의 법 개정을 통해 많은 제도적 개선이 이루어져 왔다. 그럼에도 불구하고 영창제도에 대한 비판적인 견해는 여전히 존재하고 있는 실정이다. 영창제도의 위헌성과 관련한 논의를 제외하고서도 지휘관의 자의적인 처분에 따라 동일한 사건에 대한 징계가 달라지는 등 징계의 기준이 모호하여 군기강에 오히려 역효과를 가져올 수 있다는 점, 경우에 따라서 기소되어야 할 범죄행위가 지휘관에 의해 형벌이 아닌 징계에 해당하는 영창처분을 내리는 것으로 끝날 수 있다는 점 등에 있어서 영창처분이 다른 형태의 징계처분으로 대체되어야 한다는 주장이 제기되고 있다.

55) 「군인사법」 제59조의2(영창의 절차 등)제2항

56) 「군인사법」 제59조의2(영창의 절차 등)제3항

다른 한편으로 영창제도가 위헌 가능성 등에도 불구하고 유지되어야 한다는 주장도 존재한다. 물론 과거와 같이 군기강 확립과 지휘권의 보장이 한국안보의 특성상 그 무엇보다도 우위에 있어야 한다는 주장은 사라졌지만, 영창제도가 현실적으로 병에 대한 실효성 있는 유일한 징계수단이라는 점에서 제도의 위헌성을 제거하여 새로운 징계수단이 개발되기 전까지는 유지되어야 한다는 주장이 그것이다. 이러한 입장에서는 2006년 「군인사법」 개정을 통해 도입한 군법무관 제도 등이 영창제도의 절차적 문제 등을 해소할 수 있는 대안이 될 수 있다고 주장한다.

현실적으로 영창제도를 대체할 수 있는 당장의 대안개발이 어렵다는 점을 인정한다면 영창제도의 개선과 관련한 중단기적 과제는 다음과 같이 정리할 수 있을 것이다.

단기적 과제로는 징계간사 및 징계위원의 법률적 소양 확보문제를 들 수 있을 것이다. 징계간사 및 징계위원의 자격을 군법무관으로 정하는 것은 인력의 확보라는 차원에서 상당한 어려움이 있을 것으로 판단된다. 그럼에도 불구하고 병사에 대한 징계절차 상에서 징계간사와 징계위원의 역할이 중차대하다고 할 때, 관련 교육시스템의 도입 등 법률적 소양의 확보 내지 강화를 위한 구체적인 방안 마련이 시급하다고 할 것이다. 아울러 독립적 조직의 편성 등 군법무관의 독립성을 보장할 수 있는 제도적 보완책이 마련되어야 할 것이다.

한편 「군인사법」 제56조에서 포괄적으로 정하고 있는 징계 사유 중 영창처분에 대한 징계사유에 대해서는 구체적인 법률로 정해야 할 것이다. 물론 이러한 징계사유에 대한 포괄적인 규정이 다종다양한 군대내의 질서문란 행위들을 구체적으로 정하기 어렵다는 점에서 입법기술상의 한계로도 볼 수 있다고 하더라도 영창제도가 기본적으로 병사의 기본권을 제한하는 징계수단인 만큼 그 사유에 대해서는 법률로 정하는 것이 타당하다고 할 것이다.

중장기적 과제로서 징계영창에 있어서 군사법원과 군관사의 개입을 명문화하는 방안도 고려할 필요가 있을 것이다. 앞서서도 이미 밝힌 바 있듯이 군대라는 사회의 특성상 군법무관이 개입할 수 있는 여지는 한정되어 있으며, 이에 따라 영창처분에 있어 위헌성 시비나 절차적 문제는 언제든지 다시 수면 위로 떠오를

가능성이 높다고 할 것이다. 이러한 문제를 본질적으로 해결하기 위해서는 법관의 확인 제도를 도입하고 영창처분의 기준을 명확히 하여 헌법상 요구되는 신체구금에 대한 영장주의의 보완과 자의적 영창처분의 금지를 위한 개선안이 마련되어야 할 것이다.



## 참 고 문 헌

- 김남진, 「행정법2」, 법문사, 2002.
- 박근성, 「행정법론(상)」, 박영사, 2008
- 성공회대학교 인권평화센터, 「군내 구급시설 인권실태조사를 위한 기초현황과 약」, 국가인권위원회, 2002.12.
- 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2012.
- 송광섭, “징계영창처분의 문제점과 인권개선방안,” 「피해자학연구」 12권 1호, 2004.4.
- 이상철, “특별권력관계와 기본권 제한,” 「육사논문집」 제44집, 1993.
- 이수동, “징계영창 통제와 인권담당 군법무관제도 운영에 관한 소고,” 「공군법률논집」 통권 28호, 2006.12.
- 정석영, “군징계제도에 관한 소고,” 「군사법논문집」, 1992.
- 정인섭, “시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약과 군장병 인권”, 「법학」 제48권 제4호, 2007.12.
- 최성보, “영창제도의 문제점과 개선방안에 대한 연구,” 서울대학교 석사학위논문, 2006.2.
- 최정학, “군영창제도의 법적 문제점,” 「공익과 인권」 제1권 1호, 2004.
- 한인섭, “현행 군사재판의 문제점과 개선방안,” 「절차적 정의와 법의 지배」, 박영사, 2003.
- 육군본부, 「징계규정」, 육군규정 180(개정 2013. 5. 1.)
- 해군본부, 「해군징계규정」, 해군규정 제1931호(개정 2013. 6. 10.)
- 공군본부, 「법무관리규정」, 공군규정 10-1(개정 2010. 7. 1.)

〈Abstract〉

A Study on the Institutional Methods for the Improvement of  
"Yeongchang" System

Hyeong, Hyeog-Kyu

(Legislative Researcher, National Assembly Research Service)

This paper attempts to explore several ways toward improvement of "Yeongchang" system that a commanding officer can confine a private in the military jail in case of the soldier's minor offenses in the Korean Army. The system is called "Yeongchang" in Korean. "Yeongchang" is used as the word that means the facility where the private is confined or the commanding officer's discretionary disposition of confining the soldier.

Yeongchang is a disciplinary punishment specified in the law that a commanding officer can confine a soldier in the military jail who conducted a minor offense. It is a disciplinary punishment unlike detention as a penalty in a form. None the less, it doesn't need the warrant of judge that should be required in the criminal procedure. This is a substantial problem.

15,683 soldiers were confined in the military jail by the "Yeongchang" system in 2012. But the system has several problems. First, the reason of imposing punishment is so indefinite. Second, the disposition doesn't need the warrant of judge.

In conclusion, the ways to improve "Yeongchang" system should be examined from the various procedural aspects.

※ **Key Words:** Yeongchang system, disciplinary punishment, military personnel management act, military judge advocate