

군 형법상 명령의 정당성에 관한 고찰*

- 위법 명령 수행에 의한 부조리예방중심 -

The Study of the Legality of a Superior's Order in the Military Penal Code

이만종(Lee, Man jong)**

ABSTRACT

The view denying absolute binding effect of a superior's order says that the law does not allow anyone to be illegal.

We can articulate many theories to exempt the subordinate from criminal responsibility. Among them are justified act theory, indemnifiable emergency act theory, confliction of obligation theory, and expectability theory.

Even though I reviewed on several theories, they can be categorized into two major areas of the theories. One is exclusion of illegality theory and the other is exclusion of responsibility theory. If you don't support the absolute binding force of a superior's order, no one can be excused for the reason of dropped illegality.

But on the indemnifiable emergency act theory, if the obligation to observe the law is balanced to the obligation to obey an illegal order, you can be excused.

this study on theories and cases about order and it's obedience concludes that a superior should not order a subordinate to do anything illegal and should encourage discussion and proposals in order not to indulge himself in the dogma of order and its obedience.

We should keep communication channel wide open between the superiors and the subordinates.

key words : 정당성(legality), 상관(superior), 명령(order), 군형법(military penal code)

I. 서론

최근 국방부는 '군인 복무기본 법 제정 법률안'을 입법예고 하였으며,이중 병사들 간의 명령이나 지시를 금지한 제 15조에 대하여는 찬반 논란이 뜨거워지고 있다.흔히군인은 '명령에 죽고 산다'는 말처럼 위계적인 계급구조가 명확한 군대 조직에 있어 상하간

* 본 논문은 2007년도 호원대학교 교내 학술연구조성비에 의해 연구되었음.

** 호원대학교 법경찰학부 교수

의 명령과 복종은 생명과 같다고 할 수 있다. 따라서 우리 군형법과 군인 복무규율에서도 명령에 대한 복종의무에 형사법적인 의무까지 부여하여 수명 자에 대한 강력한 구속성을 갖게 하고 군의 질서를 엄격하게 보호하고 있다.

그러나 우리 군형법에서는 ‘정당한 명령’¹⁾에 관하여 상관의 명령이 오직 정당한 경우에만 이에 불복종하는 행위가 죄를 구성한다는 정당성설, 명령이 적법한 한 부당하더라도 이에 복종하여야 한다는 적법성설, 상관의 명령에 대해서는 무조건 복종하여야 하고 다만, 그 명령의 이행이 범죄에 해당함이 명백한 경우에만 이에 불복할 수 있다는 세가지 학설이 대립하고 있는데, 군에 있어서 명령복종관계의 절대성을 고려할 때 부하는 상관의 명령이 합리적이며 정당한지를 심사할 수 없으며 명백히 위법이 아닌 한 이에 복종하여야 하기 때문에 두 번째의 통설인 적법성설이 가장 타당한 해석 이라고 생각한다.

즉 정당한 명령을 법조문 그대로 해석한다면 상관의 부당한 명령에 대해서는 복종할 필요가 없기 때문에 불복하는 경우에도 항명죄가 성립하지 아니하므로 결과적으로 명령에 복종해야 할 수명자가 상관의 명령에 대해 실질적인 당, 부당을 심사하여야 하고 따라서 군의 지휘체계는 사실상 혼란에 빠지게 될 것이다. 그러므로 수명자는 상관의 명령이 법규에 합치되는가 여부에 대해서만 심사권을 가진다고 보아야 하며, 여기서 정당한 명령이란 바로 적법한 명령을 의미하는 것이라고 보아야 할 것이다.

따라서 상관의 명령이 위법한 경우에는 이에 따르지 아니하더라도 항명죄가 성립하지 아니하나, 적법한 경우에는 그것이 정당하든지 부당하든지 이에 불복하는 경우에는 항명죄가 성립한다 할 수 있으며, 적법한 명령이란 법규에 위반되지 않는 명령으로서 내용상 적법하여야 하며, 내용이 특정되어 복종을 요구하는 것이어야 하고, 그 내용이 부하의 직무범위내의 것으로서 수행 가능한 것이어야 한다.

그러므로, 군형법상 정당한 명령이란 적법한 명령을 의미한다고 해석하여야 할 것이다. 판례 또한 명백히 불법이라고 보여지지 않는 명령은 적법하다고 판시하여 같은 취지의 판단을 하고 있다.

따라서 본고에서는 위와 같은 현실에 착안, 부하로서 복종해야하는 상관의 명령은 무엇이며, 상관이 발하는 명령의 적법성요건은 무엇인지에 대한 이론적 고찰과 함께 명령과 복종의 지휘체계로 구성된 군조직의 특성상 명령이행에 따른 행위에 대한 정당성 여부를 검토해 보는 것도 군대내에서 상관의 위법한 명령수행으로 인한 부조리 발생을 사전에 예방 할 수 있다는 측면에서 매우 의미있는 일이라 생각되어 군형법상 명령과 관련한 정당성 기준에 대한 논의들을 검토하고자 한다.

1) 정당한 명령이란 법조문 그대로 ‘정당한 명령’ 을 의미하는것인지, 미국 통일군사법전 제90조 제2항과 같은 ‘적법한 명령’ (lawful command)을 의미하는지 논란이 되고 있으나 통설적인 견해에 따르면, 정당한 명령이란 곧 적법한 명령을 의미한다고 한다.

II. 정당성에 관한 이론적 논의

1. 적법성 요건

명령이 적법한 것으로 평가되기 위해서는 명령의 주체, 형식, 절차 및 그 내용에 하자가 없어야 하며 이 명령은 발령권자의 추상적 직무권한내의 것이어야 한다. 또한 그 권한은 법률, 명령 등 법규상에 근거를 두어야 하나, 구체적인 법규상의 근거는 없더라도 군의 사명, 관례 등에 근거하여 필요한 사항에 대하여는 명령권한이 주어진다 할 수 있다.²⁾ 예를 들어, 소대장급 이상의 장교만이 상관의 결재 없이도 부하에게 일차령 명령을 할 수 있도록 규정되어 있는데, 분대장이 결재권자의 승인없이 사병에 대하여 일차령 명령을 하였다면 이는 적법절차를 무시한 명령으로서 결국 상관의 정당한 명령이라 할 수 없으므로 이러한 명령에 불복종하였다고 하더라도 항명죄가 성립되지 아니한다.³⁾

또한 명령이라 함은 복종을 요구하는 것이므로 단순한 충고나 희망, 요구와 구별되어야 하며 명령의 형식은 수명자에게 전달되어 수명자가 이행할것을 인식한 이상, 문서이건 구두이건 불문하나 반드시 수명자에게 명령권자의 의사가 개별적⁴⁾으로 표시되어야 한다.

1) 주체의 적법성

명령의 주체는 소속 조직의 발령권자로서 적법하게 선임된 자이다. 따라서, 신분을 상실하였거나 적법하게 선임되지 아니한 자, 사항적으로 권한이 없는 자가 발한 명령은 무효이다. 의사능력이 없는 상태에서 발한 명령 또한 마찬가지이다. 다만 착오, 사기, 강박 등에 의한 명령은 당연히 무효가 되는 것은 아니며 취소할 수 있음에 그친다.

2) 형식과 절차의 적법성

명령의 형식에 있어 문서에 의하여야 함에도 구두에 의하여졌을 때, 필요적기재사항이 흠결되었을 때, 타 기관의 서명날인이 없었을 때는 형식상의 흠으로 무효원인이 되고, 명령의 절차에 있어 법률상 필요한 상대방의 신청 또는 동의를 결한 명령, 이해관계인의 필요한 참여 또는 협의를 결한 명령, 다른 기관의 필요한 협력을 결한 명령등은 절차상의 흠으로 무효원인이 된다.

2) 이만중, 명령학, 2005, 116면

3) 헌법재판소 1989.10.27. 결정 89헌마56.

4) 개별적 명령이란 상관이 부하(개인 또는 특정할 수 있는 다수인)에게 직접 또는 제3자를 통하여 하달된 특정명령을 말하며 또한 그 명령이 반드시 전달되어야 하고 수명자에게 특정사항에 관하여 구체적 의무를 부과하는 것이어야 한다.

3) 내용의 직무성

명령의 내용은 직무상의 의무에 관한 것이어야 한다. 따라서 군사상 의무와 전혀 무관한 명령이나, 군사상의 필요성을 넘어 지나치게 개인의 기본권을 침해하는 명령 따위는 명령이라고 할 수 없다. 또한 명령이 불가능하거나 불명확 또는 공서양속(公序良俗)에 위배되는 명령도 명령이라 할 수 없다.

2. 명령의 무효 요건

1) 의사전달의 실패

명령은 의사전달의 일종이기 때문에 이것이 제대로 이루어지지 않을 때 명령은 처음부터 효력이 없게 되는데, 의사전달이 실패하는 대표적인 이유로는 수명자가 확정되어 있지 않은 경우와 명령의 내용을 수명자가 이해할 수 없는 경우가 있다. 그래서 영국 해군교범에는, “개인적인 명령(personal order)은 그 명령이 지향하는 사람에 의해서 접수되고 이해되어야만 효력을 갖는다.”⁵⁾고 적고 있는 바, 여기에서 말하는 ‘수명자에 의해서 이해되어야 한다(must be understood)’는 인식의 주관적 기준은 ‘수명자에게 이해될 수 있었어야 한다.(was understandable)’는 객관적 기준으로 바뀌어야 될 필요가 있다고 판단된다. 왜냐하면 명령의 구속력이 수명자의 주관적인 이해행위(subjective act of understanding)에 의존한다면, 누구도 그가 명령을 “이해하지 못했다”는 말로 그 명령을 무효화시킬 수 있기 때문이다.

또한 ‘명령’이 수명자에게 도달하지 못했을 수도 있다. 예를 들면 서류봉투가 접수는 되었지만 개봉되지 않았을 경우에 명령이 수명자에게 도달했다고 하기 어려운 것이다.

2) 수행불가능성

명령은 그것이 수행될 수 있다는, 즉 수행이 가능하다는 전제하에 발해진다. 따라서 이 전제가 충족되지 않을 때 ‘명령’은 성립할 수 없다.

즉 실행이 불가능한 명령에 대한 부하의 의무는 최선을 다하는 것 이외에 다른 방법이 없다. 그렇지만 순전히 이론적인 관점에서 볼 때 실행이 불가능한 명령은 다음과 같은 세 가지 종류로 구분할 수 있다.⁶⁾

첫째, 목적마저 없는 명령들이 있다. 이런 ‘명령’은 무효이고 명령이 아니며, 복종의 의무도 요구하지 않는다. 이미 폭파된 다리를 폭파하라는 명령이 한 예인 것이다. 물론 그 다리가 이미 파괴되었다는 사실을 인지 하기전까지 부하는 폭파 준비를 해야 할 의무가 있다 그렇지만 파괴되어야 할 교량이 더 이상 존재하지 않는다는 사실을 알아차리는 순간 그 명령은 효력을 잃게 된다.

5) British Naval Court Martial Manual, ch.3, sec.12, note 2. Military Obedience, p.24에서 재인용.

6) Nicokeijzer, Military Obedience, pp. 89-91.

둘째, 절대적으로 불가능한 경우들이 있다. 명령은 정당하나 어쩔 수 없는 힘에 의해 그 명령에 따를 수 없게 되는 경우가 그것이다. 이는 질병 때문이거나 명령을 이해하는데 필요한 수단이 없기 때문일 수도 있다. 이런 경우 그 부하는 불복종의 행위를 했다고 할 수 없다.

끝으로, 명령의 수행이 오직 부분적으로 가능하거나(“저 감자들을 반 시간내에 껌질을 벗겨 놓아라”) 혹은 상당한 고통을 대가로 치러야 가능한(예를 들면, 과중한 짐을 나르라는 명령이나 부상자에게 건거나 작업을 하도록 하는 명령)상대적 불가능성이 있다. 여기에서는 명령이 목적이 없는 것도 아니고 부하가 그 명령을 이행할 능력이 전혀 없는 것도 아니다. 이런 때에는 합리적인 시도가 있어야만 한다.

즉 목적이 없는, 따라서 ‘무의미한’ 명령과 그 수행이 절대적으로 불가능한 명령은 처음부터 복종의 의무를 구성하지 못한다는 뜻에서 명령의 내재적 결함이라 할 수 있지만, ‘그 수행이 상대적으로 불가능한 경우에도 복종의 의무가 면제된다는 의미에서 내재적 결함이라고 말하기는 어려울 것이다. 이런 경우 부하의 합리적인 시도가 있어야 한다는 의미에서 복종의 의무가 있다 하겠다.

3) 군직무 목적과의 무관성

명령이란 ‘상관이 부하에게 발하는 직무상의 지시’ 라고 할 수 있다. 따라서, “명령은 반드시 군사적 임무와 관계되어야 한다…… 오직 어떤 사적 목적만을 얻기 위한 명령에 복종하지 않는 것은 불복종죄로 처벌되지 않는다.”⁷⁾거나 “상관은 그의 군대 계급의 이점을 이용하여 군사적 임무 및 관행과 무관하거나 오직 개인적 목적만을 얻기 위한 명령을 내릴 권리가 없다.”⁸⁾ 거나 또는 “군직무 목적을 위해 주어지지 않은 명령을 위반하는 것은 불복종으로 간주되지 않는다.”⁹⁾는 규정들은 모두 군직무 목적과 무관한 명령에 대한 복종의 의무의 한계를 명시하고 있다.

여기에서 군직무란 사기, 군기 및 지휘받는 자들의 유용성을 보호 내지 증진하기 위해 적합하고 필요하며 군의 질서를 유지함에 직접적으로 연관된 모든 활동을 포함하는 개념이다.

그러나 어떤 명령이 군직무 목적과 관계가 있는지 없는지 결정하기란 쉽지 않다. 상관이 그의 자가용 승용차를 세차하도록 지시하는 명령이나 그가 개인적으로 진 빚을 갚도록 하는 명령 등은 군직무 목적과 무관한 명령이라는 사실은 비교적 쉽게 알 수 있겠지만, 일과 이후 술집에서 싸우고 있는 병사들에게 한 장교가 싸우지 말고 밖으로 나가라고 명령했을 때 이 명령은 어떻게 군직무 목적과 관련되어 있는지 판단하기란 쉽지 않을 것이다.¹⁰⁾

7) 미국 군사재판 교범 Manual for courts martial, 1969(rev.), para.169

8) 영국 군법교범 British Manual for Military Law, 1971, p.296, Para.3A

9) 독일 군형법 Wehrstrafgesetz, 1957, 제22조 (1)항과 군인법 제11조 (1)항.

10) 독일의 판례법은 군인법을 인용하여, 이 명령은 군직무 목적을 위해 내려졌다고 판결하고

또한 국기 하강식에 참석하기를 거부한 병사가, 국기에 대한 경례는 우상 숭배라는 여호와 증인의 교리를 믿기 때문이라고 그 이유를 설명했음에도 불구하고 만일 중대장이 그 병사를 불복종죄로 처벌하기 위하여 “하기식에 참석하라”는 명령을 내렸고 그 병사가 이에 불응했을 때 중대장의 명령이 처벌을 목적으로 또는 처벌을 가중시킬 목적으로 주어졌다면, 이 명령은 군직무 목적과 무관한 따라서 불법적인 명령이 된다고 미국의 판례법은 말하고 있다.¹¹⁾

이와 같은 사례들과는 달리 어떤 명령이 실제로 군직무 목적에 적합하지 않은지를 결정하기가 어려운 경우도 있을 수 있다. 예를 들어 머리를 깎으라는 상관의 명령에 따르지 않은 부하에게 유죄가 선고되기도 하지만 이와는 반대로 이런 명령은 군직무의 필요성에 의해 정당화되지 않는다고 독일의 판례법에는 명시되어 있기도 하다.

따라서 이처럼 법원도 내리기 어려운 군직무 목적과의 관련성 여부 결정을 개개 군인에게 내리도록 책임을 미룬다는 것은 정당화되기 어렵다. 그러므로 만일 어떤 명령이 군직무 목적과 관계되어 있는지 없는지 의심이 가거나, 또는 어떤 명령이 군직무 범위를 벗어난 것으로 착각하여 복종하지 않았을 경우에는 그 결과는 어떻게 되는지 검토해야 할 필요가 있다.

군대 복종의 규범은 의심이 가는 명령은 일단은 복종하라는 것이다. 즉 “모든 명령은 합법적인 명령으로 추단(infer)될 수 있다.”¹²⁾는 규정은 “모든 명령은 군직무 목적과 관계되어 있는 것으로 추단될 수 있다.”고 바꿔 말할 수 있을 것이기 때문이다. 따라서 명령을 받은 부하가 그 명령이 군직무 목적에 관계되어 있는지 없는지 확신이 서지 않으면, 그는 명령에 우선 따르고 나서 필요하다면 나중에 불평을 하는 것이 현명하다거나 “의심이 갈 때 부하가 취할 가장 안전한 길은 복종하는 것이다.”는 주장은 설득력이 있다.¹³⁾

이처럼 어떠한 명령이 군사상의 의무에 관한 것인가를 결정한다는 것은 매우 어려운 문제라고 할 것이므로 결국 특정의 명령에 관하여 그 명령의 군사상 필요성 및 거부시 군에 미치는 영향, 개인의 기본권 보장 등을 비교형량하여 결정할 수밖에 없는 것이다. 따라서 군사상 의무와 무관한 명령(예컨대 일상적 의무에 관한 명령, 개인적 목적달성에만 유일한 취지가 있는 명령, 군사법원의 처벌근거를 마련하기 위한 명령, 주된 목적이 벌을 주기 위한 명령)이나, 군사상 필요성을 넘어 지나치게 개인의 기본적 인권을 침해, 제약하는 명령은 항명죄 등에 있어서의 명령이라고 할 수 없다고 하겠다.

있다. Soldatengesetz 제17조.(1)군인은 군기를 지켜야 하고, 상관의 복무중의 지위를 복무하지 않을 때도 존중해야 한다. (2)군인은 연방군의 명예와 군인으로서의 근무가 요구하는 존경과 신뢰를 준수해야 한다. 근무시간 외에도 군인은 근무상의 숙소나 건물 밖에서 연방군의 명예 또는 그의 근무상의 지위가 요구하는 존경과 신뢰를 크게 손상시키지 않도록 행동해야 한다

11) U.S.V. Morgan, ACM 9036,17 CMR 584(1954).

12) U.S, Manual for Courts Martial , Para.170c.

13) Military Obedience, p.103.

4) 명령권이 없는 상관의 명령

사공이 많으면 배가 산으로 올라간다. 는 속담을 군대에 적용해 보면 명령권을 가진 사람이 정해져 있지 않거나 정해져 있다 하더라도 명령에 간섭하려는 사람이 있을 때 부대는 그 목표를 달성할 수 없다는 교훈을 얻어 낼 수 있을 것이다. 그래서 군대는 배의 진행방향을 결정하고 이를 명령할 권한을 가진 사람을 규정해 놓고 있다. 그 사람이 바로 함장(지휘관)이다. 함장(지휘관)은 그 배 조직에서 계급이 가장 높은 사람이다. 그래서 계급은 발령권을 갖는 상관을 결정하는 요소가 된다.¹⁴⁾

그러나 직책에 의해서도 상관이 결정되는 경우가 있다. 부대나 항공기 또는 함정을 지휘하는 직책에 임명된 사람은 이 지휘라는 이름 아래 그 휘하의 모든 군인들에 대해서 명령을 내릴 권한을 갖는다. 어떤 상황에서는 명령권을 갖는 상관의 계급이 낮을 수도 있다. 이런 경우 지휘개념이 계급개념에 우선한다. 그래서 “상관이란 계급이나 지휘상 상위에 있는 장교이다.”¹⁵⁾거나 “상관이란 계급이나 직책상 상위에 있는 장교이다.”고 할 수 있다.

또한 발령권이 없는 사람이 내린 ‘명령’의 구속력에 관해서는 두 가지 경우를 구별하여 논의해야 할 것이다. 그 하나는, 합법적인 상관이 아닌 사람이 내린 명령의 구속력에 관한 것이며, 다른 하나는 비록 합법적인 상관이라 할지라도 그가 그에게 위임된 권한의 한계를 벗어나 내린 명령에 대한 부하의 복종의 의무에 관한 것이다.

정상적인 상황이라면 지휘계통상에 있지 않는 사람은 명령권을 가질 수 없다. 그래서 A중대의 중대장이 B중대의 중대원들에게 명령을 내릴 수 없다. 명령을 내릴 권한이 없는 사람으로부터 받은 명령은, “명령이란 상관이 부하에게 발하는 지시이다.”는 정의에 비추어 볼 때 애초부터 결함이 있으며 따라서 복종의 의무를 구성하지 못하기 때문이다.

다만 한 가지 추가로 언급해 둘 것은 한 사람이 정상적인 상황에서는 갖고 있지 않는 명령권을 비상(非常)의 상황에서는 가질 수 있다는 점이다. 상관이 유고(有故)시 다른 사람에게 발령권이 승계되거나, 기존의 지휘체계가 파괴되었을 경우 그리고 규율과 질서를 유지하기 위해 필요한 경우 누군가 나서서 명령을 발할 수 있다. 독일의 군인법은 후자의 경우를 ‘독자적 선언’(eigene Erklärung)에 의한 명령권이라고 규정하고 있다.¹⁶⁾

5) 형식적 결함

명령의 형식에 관한 일정한 요구사항을 위반한 명령이 하달될 수 있으며, 만일 그 요구사항이 명령이 유효하기 위해 필요로 하는 조건이라면 그것의 위반은 명령을 애초

14) Military Obedience, p.103.

15) 미국 통일군사법전 Uniform Code of Military Justice, 제1조 6항.

16) Soldatengesetz 제1조 4항에는, “독자적 선언에 의한 명령권은 유사시의 보조를 위해서, 군기 또는 안전의 유지를 위해서 또는 하나의 통합된 명령권을 수립하기 위해서 위기적 상황에서 설정될 수 있다.”고 규정되어 있다.

부터 무효로 만들고 말 것이다. 예를 들면 명령지에 발령자나 관계관의 서명이 없거나 무전으로 하달된 명령이 규정에 따른 확인부호가 없을 때 그 명령은 복종의 의무를 구성하지 못한다.¹⁷⁾

III 정당한 명령의 위법성 조각여부

상관의 정당한 명령에 복종하여 수명자가 이행한 결과가 범죄구성요건에 해당되는 경우 이에 대한 위법성은 조각되어 처벌을 면하게 된다. 특히 군대와 같이 특수한 명령 계통의 조직체에 있어서는 더 말할 나위가 없다. 위법성이란 형법적으로 구성요건에 해당하는 행위가 법질서 전체의 견지에서 허용되는 성질 내지 평가를 말한다. 위법한 명령에 대한 복종행위에 대하여는 다른 견해가 있을 수 있으나 정당한 명령에 복종한 행위에 대하여 위법성이 조각되는 데에는 이론이 없다. 즉 형법상 ‘정당행위’로서 구성요건에는 해당되나 처벌되지 않는 것이다.

이하에서는 위법성조각사유로서의 정당행위에 관하여 개괄적으로 알아보고 과연 어떠한 행위들이 위법성이 조각되는지 살펴보기로 하겠다.

1. 정당행위에 의한 위법성조각여부

형법 제20조는 「정당행위」에 대하여 「법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위, 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다」라고 규정하고 있다. 본래 정당행위란 구성요건에 해당하나 위법성이 조각되는 모든 행위를 의미하는 것이지만, 형법 제20조의 정당행위는 제21조 정당방위내지 제24조 피해자의 승낙 등의 개별적·유형적인 위법성조각사유에 해당하지 않으나 정당성이 인정되는 모든 행위를 의미하는 것으로 해석된다(통설).¹⁸⁾

즉 형법 제20조의 정당행위는 제21조(정당방위) 이하의 개별적·특수적위법성조각사유에 해당하지 않으나 정당성이 인정되는 모든 행위를 포괄한다는 점에서 일반적 위법성조각사유라고 할 수 있다. 이로 인하여 종래에 논의되던 「초법규격」 위법성조각사유는 형법상의 위법성조각사유가 되었다.

정당행위 규정은 위와 같은 법적 성격상 다른 위법성조각사유에 해당하지 않는 경우에 비로소 적용되는 최후수단(ultima ratio)으로서 보충성·최종성을 갖는다.

또한 정당행위는 법령에 의한 행위, 업무로 인한 행위, 기타 사회상규에 위배되지 않

17) Military Obedience, p.25.

18) 정당한 명령에 의한 행위는 일반 법감정과 다를바 없이 형법적으로도 처벌할 수 없게 된다. 여기서 문제되는 것은 그러한 행위가 범죄구성요건에 해당되는 경우 과연 어떠한 요건에 의하여 처벌을 면하게 되는냐는 것이다.

는 행위 등 3부분으로 구성되어 있는데, 이들 상호간의 관계에 관하여는, 각자가 독립된 의미와 기능을 갖는 병존개념이라고 해석하는 견해도 있으나, 통설은 사회상규에 위배되지 않는 행위에 중점을 두어 법령에 의한 행위나 업무로 인한 행위는 바로 그 예시에 지나지 않는다고 해석한다. 이에 의하면 정당행위란 곧 「사회상규에 위배되지 않는 행위」이고, 「사회상규」란 곧 위법성조각의 일반적 원리 내지 실질적 위법성의 기준을 의미하게 된다.

1) 법령에 의한 행위

법령에 의한 행위란 법률 또는 명령에 근거하여 권리 또는 의무로서 행하여지는 행위를 말한다. 또한 법령에 의한 행위는 그것이 일정한 법익침해를 수반하여 구성요건 해당성이 인정되는 경우에도 위법성이 조각된다.¹⁹⁾

법령에 의한 행위의 예로는 공무원의 직무행위, 징계권자의 징계행위, 노동쟁의행위, 사인(私人)에 의한 현행범인의 체포(형소법 제212조), 모자보건법에 의한 임신중절수술(모자보건법 제14조)등을 들 수 있다.

또한 법령에 의한 행위가 위법성을 조각하는 근거는 단지 법령의 규정 그 자체에 있는 것이 아니라 궁극적으로 사회상규에 위배되지 않는다는 데 있다. 즉 법령에 의한 행위는 사회상규에 위배되지 않는 행위의 예시에 지나지 않는다고 보기 때문이다. 따라서 형식적으로 법령에 근거를 둔 행위라도 사회상규에 위배되지 않는 범위내에서만 허용되며, 사회상규에 비추어 권리(권한)의 남용이라고 볼 수 있을 때에는 위법성이 조각되지 않는다.

(1) 공무원의 직무행위

공무원의 직무행위는 법령에 의한 행위의 대표적인 예로서, 공무원이 법령에 규정된 직무를 수행하는 행위를 말한다. 예컨대, 검사 또는 사법경찰관의 긴급구속·압수·수색·검증 등의 강제처분, 집달관의 민사상의 강제집행 등이 이에 속한다.

따라서 공무원의 직무행위가 구성요건에 해당하는 경우 위법성이 조각되기 위하여는 ① 그 행위가 근거로 한 법령에 규정되어 있는 요건이 충족될 것 ② 그 행위가 공무원의 직무범위내에 속할 것 ③ 그 행위가 정규의 절차에 따라 행하여질 것을 요한다. 그러므로 공무원의 직무범위내에 속한다고 하기 위하여는 그 직무가 당해 공무원의 담당 사무일 뿐 아니라 그 담당지역내에서 행하여지지 않으면 안된다.

이러한 요건을 구비한 행위는 법령에 의한 행위(정당행위)로서 위법성이 조각되나,

19) 형법총칙에 규정된 위법성조각사유는 5가지이다(형법 제20조~제24조). 그중 정당행위(제20조)를 제외한 나머지 사유는 그 요건이 법률에 구체적으로 규정되어 있을 뿐 아니라 각기 고유한 문제점도 지니고 있다는 점에서 개별적·구체적 위법성 조각사유에 해당하지 않으나 실질적 위법성이 없는 모든 행위를 포괄하는 것으로서 그 내용 또한 추상적일 수밖에 없다는 점에서 일반적·보충적·추상적 위법성 조각사유라고 할 수 있다.

그렇지 아니할 때에는 위법한 직무집행행위로서 정당방위의 대상이 되고, 직권남용죄(제123, 124, 125조 등)등에 해당할 수도 있다.²⁰⁾

또한 공무원의 직무집행행위는 직접 법령에 의해 행하여지는 경우도 있으나, 상관의 직무상의 명령에 의해 행하여지는 경우도 있다. 이 경우 상관의 명령이 적법한 때에는 문제가 없으나, 위법한 때에는 이에 복종한 부하의 행위를 어떻게 취급할 것인가가 문제된다. 이에 관하여는 ① 상관의 명령에 구속력이 있는 때에는 상관의 명령에 대한 복종의무가 법질서에 대한 복종의무보다 중요한 경우 의무의 충돌에 의하여 위법성이 조각된다는 견해(Jescheck)와 ② 상관의 위법한 명령에 의한 부하의 행위는 위법성이 조각되지 아니하고, 다만 절대적 구속력을 가진 명령의 경우에는 기대가능성이 없어 책임이 조각될 뿐이라는 견해(통설)가 있는데, 부하를 이용하였다고 하여 위법한 명령이 적법하게 될 수 없을 뿐 아니라 상대방으로서도 이를 감수할 이유가 없기 때문에 후자의 견해가 타당하다고 생각한다. 판례도 같은 입장이다.²¹⁾

그러나 상관의 명령이 범죄를 지시하는 것인 때에는 직무상 명령이라고 할 수 없으므로 부하의 복종의무 자체가 인정되지 않는다고 판시하고 있다.²²⁾

(2) 징계행위

징계행위란 특별권력관계로서 법령상 허용된 징계권의 행사로 간주되는 행위는 말한다. 즉 친권자의 자녀에 대한 징계행위(민법 제915조), 학교장의 학생에 대한 징계행위(교육법 제76조), 소년원장이나 소년감별소장의 수용된 소년에 대한 징계행위(소년원법 제13조)등이 이에 속한다.

특히 최근 사회적으로 논란이 되고 있는 ‘교사의 징계행위’에 대하여는 법령상 교사에게 징계권이 인정된 바 없으므로 업무로 인한 행위 또는 기타 사회상규에 위배되지 않는 행위로 보아야 한다는 견해도 있으나, 교사의 징계행위는 학교장의 법령에 의한 징계권에서 위임된 것으로 해석함이 타당하다.

또한 징계권자의 징계행위가 법령에 의한 행위로서 위법성이 조각되기 위하여는 객관적 요건으로서 ① 징계사유가 충분히 존재할 것 ② 징계행위가 교육목적을 달성하기 위하여 필요하고 적절한 정도에 그칠 것과, 주관적 요건으로서 ③ 행위자가 교육의 의사에 의하여 행위할 것을 요한다.

따라서, 징계권의 행사라고 할지라도 징계사유가 없거나, 그 정도가 심하여 상해를 입힌 경우라던가, 그 방법이 지나치게 가혹하거나, 학대경향의 발로로 보이는 경우 등은 권리의 남용으로서 위법성이 조각될 수 없다.

2) 업무로 인한 행위

20) 대판 1971.3.9. 70도2406.

21) 대판 1961.4.15. 4290형상201

22) 대판 1988.2.23. 87도2358.

업무란 사람이 사회생활상의 지위에 기하여 계속 반복하여 행하는 사무를 말한다. 이러한 사무로 인한 행위는 그것이 형법상의 구성요건을 충족하더라도 위법성이 조각된다. 업무로 인한 행위의 예로는 보통 의사의 치료행위, 변호사 또는 성직자의 직무수행행위 등을 들 수 있다. 또한 업무로 인한 행위가 위법성을 조각하는 근거로는 업무성, 그 자체에 있는 것이 아니라, 궁극적으로 사회상규에 위배되지 않는다는 데 있다. 즉, 업무로 인한 행위도 사회상규에 위배되지 않는 행위의 예시에 지나지 않는다고 보기 때문이다.

3) 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위

사회상규란 불확정개념으로서 다양하게 정의되고 있으나, 일반적으로 법이전의 일반인의 건전한 도의감 또는 윤리감정을 의미하는 개념으로서, 단순히 사실적인 관행을 넘어 이미 사회적으로 승인된 정상적인 행위규칙을 말한다고 할 수 있다. 판례는 이를 ‘국가질서의 존중이라는 인식을 바탕으로 한 국민일반의 건전한 도의적 감정’ (대판 1983.11.22. 83도2224)이라고 정의하고 있다.

(1) 사회상규의 기능

형법 제20조 후단에 ‘기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 별하지 아니한다’라고 규정한 것은 사회상규가 위법성조각사유의 일반적 기준이 됨을 명문화한 것이다. 즉 사회상규는 제21조 이하에 규정된 개개의 전형적인 위법성조각사유와 내용적으로 중첩되는 면이 있지만, 그 독자적 기능은 어떤 구성요건적 행위가 비록 전형적인 위법성조각사유에 해당하지 않더라도 실질적 위법성이 없는 때에는 위법성이 조각되어 처벌할 수 없다고 하는 데 있다. 이러한 의미에서 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’를 일반적·보충적·최종적 위법성조각사유라고 한다.

한편, 형법 제20조 전단의 ‘법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위’는 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 예시에 지나지 않는다는 것이 통설이다. 이에 대해, 법령상의 행위 및 업무로 인한 행위는 사회상규와는 별개의 평가기준을 가진 정당행위의 구성요소라고 하는 견해도 있다.

(2) 사회상규의 판단기준

사회상규는 포괄적·추상적 개념이므로 개개의 행위가 사회상규에 위배되는지 여부를 판단하기 위하여는 그 기준을 구체화할 필요가 있다. 사회상규에 위배되지 않는 행위의 판단기준으로는, 결과무가치의 측면에서 ①법익의 균형성 내지 이익교량의 원칙, 행위무가치의 측면에서 ②목적의 정당성과 수단의 상당성 ③행위의 긴급성과 보충성 등을 드는 것이 보통이다. 판례도 같은 취지이다.²³⁾

23) 대판 1986. 10. 28. 86도1764 등.

그러나 이러한 기준들도 결국 사회상규의 내용이 무엇인가를 확인하는 유형적 원리에 불과하므로, 구체적인 문제해결에 적용 가능한 기준은 현실적인 개개의 사례를 고려하여 위의 기준 중 어느 것을 특히 중시하거나, 그 결합에 의하여 합리적 · 합목적적으로 확정하여야 할 것이다.

IV. 위법명령수행에 의한 부조리 예방방안

1. 입법론적 장치 마련

상관이 부하에게 불법행위를 하도록 요구하는 명령이 군대명령체계상 구속력을 가지게 된다면 하나의 행위가 법적으로 금지되는 동시에 또한 강제된다는 것으로 상호 모순된 개념이기 때문에 타당하지 않다고 생각한다. 따라서 명령이 설령 조직임무의 완수라는 이익 때문에 비중이 적은 다른 이익들의 희생을 정당화 한다 하더라도 수명자의 객관적 기준에 의거 그 명령이 명백한 위법명령으로써, 비합법적인 명령으로 추정되지 않는 한 구속력있는 위법명령에 대한 불복종은 명령의 권위를 위해서도 처벌되어야 하고 복종한 행위에 대하여는 균형법상 행위에 대한 처벌에 있어, 감경 또는 면제되어야 한다고 생각한다.

그러나 이에 관한 구체적인 내용이 입법론적으로도 아직 미흡하기 때문에 이에 관하여 구체적인 단서조항이 균형법 등 관계법규에도 규정되어야 한다.

2. 공식적 의사전달체제 강화

공식적 의사전달은 공식 조직내에서 공식적 통로와 수단에 의하여 공식적으로 의사가 전달되는 것을 말한다. 그러나 군 · 경찰 등 국가와 사회의 안전과 안녕을 수호하고 공권력을 집행하는 조직에 있어서는 일반적의미의 명령개념에 더불어 특수조직의 특수성에 상응하는 고도의 명령복종관계를 요구하고 있기 때문에 상관의 의사전달은 곧바로 하급자 입장에서는 수행하여야 하는 명령이라 판단 할 수 있기 때문에 비공식적인 의사전달이라 하더라도 하급자에게는 엄청난 부담으로 작용하게 된다.

따라서 군내에서의 상하급자간의 의사전달 역시 상급자의 사적이고 부당한 명령으로 인한 부조리 억제라는 측면에서도 전달자와 피전달자간에 상호의사가 소통되어 진정한 이해가 이루어지고 그러한 이해를 토대로 상호의미있는 명령복종관계가 이루어질 수 있도록 조직이 더욱 민주화되고 합리화되어 상의하달과 하의상달 등을 통한 공식적인 의사전달체제가 더욱 강화되어야 한다.

3. 군조직의 효율성 도모

특수조직이라고 할 수 있는 군대조직은 국방이라는 뚜렷하고 확고부동한 목적을 갖고 있는데 궁극적인 목표는 전쟁에서의 승리이며 이 같은 조직목표를 초점으로 모든 활동이 집중되고 통제된다.

따라서 군조직의 효율성을 높이기 위해서는 군대조직의 구성원은 개인의 욕구나 목표가 희생되는 한이 있더라도 조직지향적인 역할 수행과 조직의 관리운영에 순응하는 복무자세와 가치관의 내면화가 요구되며, 업무 또한 효율성을 높이기 위하여 더욱 전문화·분업화·표준화가 요구된다.

그러나 군대조직이 진정으로 강한 조직이 되기 위해서는 무엇보다도 아직도 군내에 잔존하고 있는 상관의 위법명령 수행으로 인한 각종 부조리 등 군내악습이 제거되어야 한다.

그러므로 상관의 명령이라 하여 무조건적으로 복종하는 것보다는 마음속으로부터의 승복에 바탕한 진정한 복종이 되어야 할 것이다. 이러한 것은 군에 있어서 명령에 대한 복종은 중요한 사항이나 위법한 명령에 대한 부하의 복종행위는 오히려 군대조직을 훼손시킬 수 있기 때문이다.²⁴⁾

V. 결 론

군조직에서 상관 명령에 대한 부하의 복종의무는 사법상의 상관 명령에 대한 복종의무 보다 훨씬 더 강력하게 준수가 요구 된다.

즉 상급제대의 명령에 대한 하급제대의 충실한 복종이 기대될 수 없다면 군대는 그 기능을 발휘 할 수 없기 때문에 명령과 복종은 군대를 살아 움직이는 하나의 유기체라고 할 수 있는 것이다. 그러나 군대명령체계상 정당하지 못한 상관의 명령까지도 무조건 따라야한다면, 이로 인한 군내 부조리발생은 심각하지 않을 수 없을 것이다. 따라서 군조직내에서 상관의 명령이 절대적인 권위를 가지게 되고 부하의 자발적인 복종을 요구하기 위해서는 명령은 정당성을 가져야 한다. 객관적이고 합리적이지 못한 명령, 법률적인 근거가 없는 상태에서 행하여지는 무리한 명령들은 군의 특수한 성격을 아무리 고려한다 하더라도 이제는 많은 저항에 부딪혀 일사분란한 복종을 기대할 수 없는 것이 현실이다. 더구나, 요즘 신세대 장병들은 정당하지 못한 명령에는 복종할 필요가 없다는 가치관을 가지고 있기 때문에 이제는 합리적 근거가 없는 명령은 수명자의 복종심을 감소 시킬 수 밖에 없다. 왜냐하면 명령에 대한 문제는 군인이기 이전에 인간으로서의 존엄성과 권리에도 심각한 영향을 미칠 수 있기 때문이다. 그런 측면에서 최근

24) 이만중, 명령학, 2005, 13면

국방부에서 입법예고한 ‘군인복무 기본법안’에 명시된 병사들간의 명령, 지시, 간섭 금지 규정 역시 그동안 군내사고의 원인으로 지목되었던 병사간 사적 제재 행위등 군내 부조리 문제를 근절하기 위한 교육지책(苦肉之策)적 입장이라고도 생각된다.

그러나 군조직은 그 특성상 위계적인 조직의 통솔을 말아야할 상관 또는 상급자를 지정하여야 한다는 점과 일반적으로 명령과 복종의 문제는 평시보다는 전쟁중에 많이 발생한다는 점에서 명령의 정당성 여부에 관한 해석을 개별적 판단에 유보하는 것이 과연 타당한 것인지에 대해서는 매우 민감하고 중요한 사항이라 할 수 있겠다.

더구나 엄격한 위계질서에 익숙하지 않아 입대 후 특별관리 되고 있는 병사들의 비율이 점차 증가하고 있는 군내부의 현실과 상급자들의 명령은 군 내용의 위법성여부에도 불구하고 무조건적으로 복종하는 것이 당연시되는 분위기가 형성된다면 이로 인한 군내 분위기는 이완되고 명령과 복종을 둘러싼 이러한 딜레마적 문제점은 곧바로 수명자들로 하여금 많은 갈등을 초래하고 혼란을 가중 시킬 수 있어 이로 인한 전투력 약화와 부조리 만연으로 지휘관의 지휘 부담역시 가중되지 않을까 우려된다.

따라서 입법론적 입장에서조차 장차 명령의 정당성 기준에 관하여 군 형법등 관계 법규에 구체적인 단서 조항을 명시하는 것이 상관의 잘못된 명령 수행으로 인한 군내 부조리 발생을 억제할 수 있다는 측면에서 매우 필요하다고 생각된다.

< 참고문헌 >

- 국방부, 「군법회의 관례총람」, 1996.
_____, 「국방관계 법령해설 질의 응답집」, 1996.
김일수, 「형법총론(전정판)」, 2002.
_____, 「형법학원론」, 서울 : 박영사, 1992.
_____, 「한국형법 I · II」, 서울 : 박영사, 1992.
김주덕, 「형법총론」, 서울 : 법률행정연구원, 1996.
유기천, 「형법학원론」, 서울 : 일조각, 1991.
신동운, 「판례백선 형법총론(상)」, 서울 : 경세원, 1993.
이건호, 「신고형법총론」, 서울 : 고대출판부, 1978.
이만중, 「명령학」, 서울 : 학현사, 2004
이재상, 「형법총론」, 서울 : 박영사, 1995.
이형국, 「형법총론 연구 I」, 서울 : 법문사, 1984.
정영석, 「형법총론(제5전상판)」, 서울 : 법문사, 1987.
니코게이저 저/조승옥 · 민경길 편역, 「군대명령과 복종」, 서울 : 법문사, 1994.
황산덕 (1982), 「형법총론」, 서울 : 박영사, 1982.

- 김일수, “법령상 허용된 행위”, 「고시연구」, (1992. 10.)
- 박연수, “정당한 명령과 진정한 복종”, 「육사논문집」 제 50집, (1993. 4.)
- 이재상, “긴급피난의 본질과 강요된 행위와의 관계”, 「월간고시」, (1987. 6.)
- _____, “정당행위(상,하)”, 「고시계」, (1982. 8-9.)
- 조동양, “군대명령체계에 관한 문제점 검토”, 「군사법론집」 제3집, 국방부, (1997. 5.)
- Albin Eser, Strafrecht I, 3. Aufl, 1980.
- _____, Strafrecht II, 3. Aufl, 1980.
- Hans Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4.Aufl, 1998.
- Maurach-Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7.Aufl, 1987.
- Nicokeijzer, Military obedience, The Netherlands : Sijthoff & Noordhoff, 1978.

저자약력 : 이만중은 조선대학교 대학원에서 법학박사 학위를 취득하고, 공군본부헌병과장 국방부합동조사단 수사과장, 공군사관학교 초빙교수 및 항공우주법연구원 등을 역임하고 전역(공군대령), 현재는 호원대학교 법경찰학부 교수로 재직중이며, 한국군사법학회, 민간조사학회 회장과 청소년폭력예방재단 정책위원등으로 활동하고 있다. 주요저서로는 범죄학개론, 범죄수사, 명령학 등이 있고 연구논문으로는 ‘공직부정에 대한 함정수사에 관한고찰’등 다수의 논문을 발표하였다. 관심분야는 군사법, 범죄학 및 형사정책, 민간조사 분야이다.