

‘위법하지만 구속력 있는 명령’에 복종한 행위의 위법성 판단*

The Illegality of an Act that Submits to an ‘illegal but binding order’

최 관 호**

Choi, Gwan-Ho

목 차

- | | |
|-------------------------------|---------------------------|
| I. 들어가며 | IV. 소위 ‘위법하지만 구속력 있는 명령’에 |
| II. 공무원인 상관 명령의 법적 효과 | 대한 비판과 해결 |
| III. 위법한 명령에 대해서 구속력을 인정하는 견해 | V. 결론 |

공무원인 상관의 명령에 따른 행위는 법령에 의한 행위로 정당행위이고, 위법성이 조각된다. 상관의 명령이 위법한 행위를 요구하는 명령인 경우에는 그 명령에 복종해서는 안 된다. 그런데, 그 명령이 경미한 침해행위이거나 상관의 절대적 명령 하에서는 구속력을 인정할 수 있다는 견해가 있다. ‘위법하지만 구속력 있는 명령’의 개념을 인정하고, 이 명령에 따른 행위에 대해서는 위법성을 조각할 수 있다는 이론이다.

본 논문에서는 ‘위법하지만 구속력 있는 명령’은 개념 모순임을 구체적으로 살펴보았다. 예를 들어, 위법한 행위에 대해서는 정당방위가 인정되어야 하는데, 위법하지만 구속력 있는 명령을 인정하면 정당방위가 인정될 수 없다. 위법성이 조각된다는 것은 불확정적인 위법성을 행위 시로 소급해서 존재하지 않았음을 확인하는 것인데, 이 개념은 행위 시에 위법한 명령임을 긍정한 후에 다시 위법성을 조각시키려고 한다. 위법한 명령에 저항해서 ‘적법한’ 법질서로 돌아가려는 행위가 오히려 범죄행위(항명죄·불복종죄)가 될 수 있는 등

투고일 : 2017. 8. 31. / 심사회의일 : 2017. 9. 14. / 게재확정일 : 2017. 10. 11.

* 이 논문은 2015년 순천대학교 학술기반조성비로 연구되었음.

** 순천대학교 사회과학대학 공공인재학부 법학전공 조교수

Assistant Professor, Department of Law, College of Social Sciences, Suncheon National University

의 모순되는 논거들을 제시하고 비판하였다.

결론적으로 한국 형법 체계에서는 경미한 법익침해행위라도 ‘위법한 명령’은 구속력을 가질 수 없으며, 그러한 명령은 위법하다.

[주제어] 위법하지만 구속력 있는 명령, 복종의무, 위법성, 정당행위, 기대가능성

I. 들어가며

여전히 권력과 관련한 범죄에서 자신들은 상관의 명령에 복종할 수밖에 없었다는 나약한 공무원들의 반복적인 변명을 언론을 통해서 꾸준히 듣는다. 지금은 탄핵된 대통령에게 자격 없는 의료인들을 안내하고 그 무면허 의료 행위를 방조한 혐의로 기소된 청와대 경호관은 “상관의 어떤 지시라도 따를 수밖에 없는 것은 저의 숙명이라고 생각한다”¹⁾고 하였다. 부하가 상관의 명령에 따랐다는 것을 자신의 위법·범죄행위의 당연한 항변으로 주장하는 것이 현재의 공무원 사회이다.

공무원의 지위체계 관계에서 부하는 항상 상관의 명령에 복종할 수밖에 없다는 인식이 팽배해 있다. 상관은 부하의 인사권을 가지고 있거나 좌지우지하기 때문에 부하는 상관의 눈 밖에 나는 것을 두려워할 수밖에 없기 때문이다. 또 공무원은 상관의 명령에 복종해야 할 법적 의무가 있기 때문이다.(국가공무원법 제57조) 상관의 명령에 복종하지 않으면 징계의 대상도 된다.(국가공무원법 제78조) 상관의 명령에 대해서 이를 위법하다는 이유로 거부하는 것은 현실적으로 생각하기 어렵다. 상관의 명령에 복종하는 것이 자신의 처신을 위해서는 가장 편한 방법이다. 특히 군인, 정보기관 또는公安 수사관 등의 특수한 신분들에게는 여러 가지 이유로 인해서 상관의 명령에 아주 강한 구속력이 부여된다. 그들은 복종의무가 절대적이라고까지 표현한다.²⁾ 실제로 군인, 경찰, 소방공무원 등에게 상관의 명령에 대한 불복종은 징계를 넘어서 범죄가 된다.³⁾

공무원의 복종의무가 상관의 모든 명령에 발생하는 것은 아니다. 상관의 명령이 명백히 위법한 불법, 즉 범죄를 행하라는 명령은 어떠한 경우에도 복종의무를 발생시키지 않는다. 구속력이 없게 된다. 그러한 경우에는 징계 또는 형벌의 대상이 되는 것은 오히려

1) JTBC 뉴스, “레고 아저씨의 몰락 … 이영선, 징역 1년 ‘법정구속’”,
 <http://news.jtbc.joins.com/article/article.aspx?news_id=NB11487994>, 검색일: 2017.7.18.

2) 대법원 1980. 5. 20. 선고 80도306 판결.

3) 군형법 항명죄(제44조)와 명령위반죄(제47조), 경찰공무원법 제31조, 소방공무원법 제29조 참조.

명령에 복종한 행위이다. 공무원은 상관의 명령에 복종해야 하면서도, 그 명령이 구속력이 있는가 아닌가를 계속 고민해야만 하는 이유이다.

명령의 구속력에 대한 판단 기준은 그 명령이 위법한가 아니면 정당한가이다. 공무원들에게 특히 군인 등에게 이를 판단하라는 것은 간단히 생각할 수 있는 문제가 아니다. 매 순간순간 자신의 양심을 짓누르고 자기고백을 하게 하는 실존의 문제이다. 명백하게 위법한 명령이라고 하더라도, 그 순간 명령을 거부할 수 있는 상황이 되지 못하는 수가 있다. 상관의 명령이 위법한지 그렇지 않은지가 무척 애매한 데도, 그 위법성을 판단할 충분한 시간적 여유가 없는 경우도 있을 수 있다. 그리고 위법한 것은 확실한데, 명령이 구속력이 있다고 생각되거나 주장되는 경우도 있을 수 있다. 판단이 힘들다. 자칫 구속력이 없는 명령이라고 주장하는 것은 나 혼자만의 치기어린 영웅으로 치부되어 공동체 내에서 매장될 수도 있는 문제이다.⁴⁾

이렇게 개인적 판단이 어려운 상황에서, 한국 학계에는 ‘위법하지만 구속력 있는 명령’의 존재를 전제로 그 체계적 지위 등을 논하는 것이 다수설적 견해이다. 위법한 명령이지만 복종의무가 발생할 수 있다는 것이다. 이로 인해서 수명자는 위법한 명령임에도 거부하지 못하고, 혹시나 라는 자기 검열에 의해서 명령에 ‘구속’되어야 한다. 그리고 문두에 언급한 항변으로 스스로를 위안한다. 여기서 ‘위법하지만 구속력 있는 명령’의 논의를 살펴볼 실익을 찾을 수 있다.

본 논문에서는 명령에 복종하는 행위의 법적 효과를 간략히 살펴보고, 소위 ‘위법하지만 구속력 있는 명령’이 존재할 수 있는지를 논증해본다. 그 이후 한국에서 이러한 이론을 지지하는 경우의 법적 해석의 견해 특히 위법성을 조각시킨다는 견해를 살펴보고, 그 견해들의 타당성을 판단한다. 그리고 위법한 명령의 구속력을 부정하는 경우의 해결 방안을 제시하고자 한다.

4) 베트남 전쟁 당시에 미군에 의해서 무기가 없이 무저항인 여성과 어린이에 대한 학살 장면을 목격한 헬기조종사 톰슨 준위는 헬기를 착륙시킨 후 아직 사망하지 않은 사람들을 병원으로 후송하였는데, 이는 당연히 상관의 명령에 위반한 행위였다. 그는 당시 오히려 동료들의 전쟁행위(정확히는 학살행위) 도중에 사살될 수도 있었다.(이 행위는 정당하다고 치부될 것이다) 그의 이러한 행위와 상부에서의 보고는 오히려 군법회의와 의회청문회라는 불이익이 되었다. 스탠리 코언, 조효제 옮김, 잔인한 국가, 외면하는 대중: 왜 국가와 사회는 인권 침해를 부인하는가, 창비, 2009, 528-230쪽; 김두식, 헌법의 풍경, 교양인, 2017, 44쪽.

II. 공무원인 상관 명령의 법적 효과

1. 정당한 명령과 위법성 조각

복종의무가 있는 공무원이 상관의 적법한·정당한 명령에 의해서 하는 행위는 법령에 의한 행위로 정당행위가 되어 위법성이 조각되는 것은 이의가 없다.

국가공무원법 제57조와 지방공무원법 제49조는 공무원은 직무를 수행할 때 소속 상관의 직무상 명령에 복종하여야 한다고 하여 복종의무를 규정하고 있다. 이 위반에 대해서는 징계 또는 형벌을 부과하여 복종은 더욱 강제된다. 이에 따라서 상관의 직무상 명령 또는 적법하거나 정당한 명령은 구속력을 가지게 된다.⁵⁾ 사인인 경우에도 명령이 구속력을 갖는 경우가 있다.⁶⁾ 이러한 명령에 복종하여 행한 행위는 형법 제20조의 정당행위가 되어 위법성이 조각된다. 이 경우 위법성이 조각되는 것은 상관의 명령과 부하의 복종행위가 법령에 의한 행위이기 때문이다. 그래서 “공무원의 직무집행행위가 법령의 근거와 한계 내에서 이루어지면 그것은 당연히 법령에 의한 정당행위⁷⁾로 이해한다.⁸⁾

2. 명백히 위법한 명령의 위법성 인정

앞에서 살펴봤듯이 상관의 명령과 그 명령에 복종한 행위가 법령에 의한 행위로 위법성이 조각되기 위해서는 관련 법령에 의해서 허용되는 한계 내의 행위여야 한다. 형사소송법이 사인에게 현행범체포를 허용하기 때문에 사인이 현행범체포를 하는 것은 정당행

5) 공무원의 복종의무와 관련해서는 국가공무원법 이외에도 ‘군인의 지위 및 복무에 관한 기본법’ 제25조가 “군인은 직무를 수행할 때 상관의 직무상 명령에 복종하여야 한다”고 규정하고, 검찰청법 제7조는 “검사는 검찰사무에 관하여 소속 상급자의 지휘·감독에 따른다”고 규정하고 있다. ‘군인의 지위 및 복무에 관한 기본법’은 (구)군인복무규율을 폐지하고 해당 내용을 법률로 확장하여 입법되었다.

6) 예를 들면 선원법 제6조는 선장에게 “해원을 지휘·감독하며, 선내에 있는 사람에게 선장의 직무를 수행하기 위하여 필요한 명령을 할 수 있다”고 규정하고 있다. 그리고 제22조에 의하면 해원이 선장의 직무상 명령에 따르지 않을 경우에는 징계의 대상이 된다. 뿐만 아니라 선장이 인명, 선박 또는 화물의 구조에 필요한 조치를 하는 경우에 상사의 직무상 명령을 해원이 따르지 않을 경우에는 형벌(1년 이하의 징역)을 부과하여 범죄로 규정(제166조)하고 있다.

7) 손동권/김재운, 형법총론, 을유출판사, 2011, 255쪽.

8) 상관의 명령의 요건은 견해 차이가 있을 수 있다. 일반적으로는 직무상 발해지고 적법할 것을 요구한다. 임용, 형법총론, 법문사, 2016, 218쪽; 반면에 군형법상 항명죄에서의 명령은 ‘정당한 명령’이다. 명령의 요건에 대해서는 최관호, “명령과 복종의무의 형법규범적 내용과 한계 - 「군형법」 제44조 항명죄를 중심으로”, 건국대학교대학원 박사학위논문, 2008, 123-160쪽.

위이지만, 이 범위를 넘어서 타인의 주거에 침입하거나 체포한 현행범을 즉시 수사기관에 인도하지 않고 사적으로 감금하는 행위는 정당행위가 되지 않는 것과 같다. 따라서 명령에 의한 행위가 정당행위가 되기 위해서는 그 명령 또는 그 복종행위가 위법하지 않아야 한다. 요건을 충족하는 적법·정당한 명령과 그 명령의 범위 내에서 행해진 복종행위여야 한다.

명령이 적법·정당하지 않으면, 즉 위법하다면 구속력을 가지지 않는다. 그렇기 때문에 이에 복종한 행위는 구속력 없는 명령에 복종한 것이 되기 때문에 당연히 공무원의 직무행위가 인정되지 않는다. 정당행위가 되지 않는다. 위법성이 조각되지 않는다는 데에 견해가 일치한다.⁹⁾

상관의 명령을 가장 강력하게 보호하는 군조직의 경우에도, 현행 군형법의 전신인 국방경비법 제16조는 항명죄에서 ‘정당한 상관의 명령’을 구성요건으로 하고 있으며, 현행 군형법 제44조도 ‘상관의 정당한 명령’을 구성요건으로 하여 항명죄를 규정하고 있다. 군형법 제47조의 명령위반죄에서도 ‘정당한 명령 또는 규칙’이라고 하여 모든 명령에 대해서 복종의무를 부과하지 않고, ‘정당한’ 명령만을 그 객체로 하고 있는 점에서도 알 수 있듯이, 상관의 명령은 정당하거나 위법하지 않아야 한다.¹⁰⁾

대법원도 위법한 명령에 복종한 행위에 대해서는 정당행위를 인정하지 않는다. 1979년 박정희 대통령 살해사건에서 김재규의 명령을 받은 중앙정보부 비서실장과 그 직원들이 박정희와 경비들을 사살한 사안에서, 비서실장은 김재규가 중앙정보부장으로서 내린 명령에 따른 행위이므로 정당행위라고 주장했고 경비들은 소속 상관의 직무상의 명령에 복종해야 할 의무가 있으며 그 복종은 절대복종이 불문율로 되어 있기 때문에 역시 정당행위라고 주장했다. 하지만, 법원은 상관은 부하에게 범죄행위 등 위법한 행위를 하도록 명령할 직권은 없으며, 부하는 상관의 적법한 명령에만 복종할 의무가 있다고 하였다. 명백한 위법 내지 불법한 명령은 직무상의 지시명령이 아니기 때문에 복종의무가 없다는 것이다.¹¹⁾ 이러한 견해는 박종철 고문치사 사건에서도 이어져서 법원은 중대하고도 명백한 위법명령에 따른 행위는 정당한 행위에 해당하지 않는다고 하였다.¹²⁾

법원은 이처럼 위법한 명령에 대해서는 일관되게 정당행위를 부정하고 있다. 전두환 쿠데타 사건에서도 법원은 상관의 명령을 받아서 참모총장이나 특전사령관을 체포한

9) 박문복, “위법명령에 의한 행위와 형사책임”, 법조 제9호, 법조협회, 1960, 7쪽; 임웅, 앞의 책, 218쪽.

10) 군형법상 상관의 명령의 정당성에 대해서는 최관호, 앞의 논문 참조.

11) 대법원 1980. 5. 20. 선고 80도306 판결.

12) 대법원 1988. 2. 23. 선고 87도2358 판결.

행위에 대해서 “상관의 위법한 명령에 따라 범죄행위를 한 경우에는 상관의 명령에 따랐다고 하여 부하가 한 범죄행위의 위법성이 조각될 수는 없다”¹³⁾고 반복하여 판시하였다.

역시 상명하복이 철저한 정보기관의 사례도 마찬가지이다, 국가안전기획부장의 명령으로 그 비서실장이 허위사실로 특정 후보를 비방하는 책자를 발간하여 배포한 사건에서도 “명백히 위법 내지 불법한 명령인 때에는 이는 벌써 직무상의 지시명령이라 할 수 없으므로 이에 따라야 할 의무가 없다”¹⁴⁾면서 정당행위를 인정하지 않았다.

3. 위법한 명령에 복종한 행위의 기대가능성(책임)

명백히 위법한 명령에 복종한 행위에 대해서 위법성과 책임을 조각시키지 않는 점에서 학계는 일치한다. 하지만, 경우에 따라서는 위법한 명령에 복종한 행위의 책임을 조각시키는 입장이 있는데, 기대가능성에 의해서 초법규적 책임조각사유를 인정해야 한다는 견해¹⁵⁾와 초법규성을 인정하지 않으면서 책임을 조각해야 한다는 견해¹⁶⁾의 대립이 있다.

이처럼 책임조각을 인정하는 견해에 의하면, 상관의 명령이 비록 위법하더라도 그 위법성을 판단할 상황이 안 되거나 급박한 경우에 부하는 명령을 거부하거나 위법성을 판단할 것을 기대할 가능성이 없게 된다는 것이다. 이런 경우 책임을 지우는 것은 기대가능성이 없는 자에게 책임을 묻기 때문에 책임주의에 위배된다고 본다.¹⁷⁾ 즉, 책임을 조각하는 것이 가능하다고 이해한다.

법원은 앞의 판례들에서 위법한 명령에 복종하여 범죄행위로 나아간 경우에 위법성조각을 인정하지도 않았고, 또한 책임조각도 인정하지 않았다.¹⁸⁾ 공무원은 위법한 명령에 복종해서는 안 되기 때문이다.

13) 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결.

14) 대법원 1999. 4. 23. 선고 99도636 판결.

15) 이영란, 한국형법학-총론강의, 숙명여자대학교 출판부, 2003, 370쪽; 박상기, 형법총론, 박영사, 2007, 155쪽; 임웅, 앞의 책, 354쪽; 이재상/장영민/강동범, 형법총론, 박영사, 349쪽.

16) 배종대, 형법총론, 홍문사, 2017, 295쪽.

17) 박문복, 앞의 논문, 9쪽; 이형국, “위법한 명령에 따른 행위와 그 형사책임”, 고시계 통권 제278호, 고시계사, 1980, 29쪽.

18) 다만, 당변병이 부대장 처를 마중나간 사건에서 판례(대법원 1986. 10. 28. 선고 86도1406 판결)의 입장을 해석하면서, 당변병의 행위는 독자적인 위법성조각사유에 해당한다는 견해도 있다. 신동운, 신 판례백선 형법총론, 경세원, 2009, 360-363쪽; 하지만 대부분의 견해는 위법성조각사유의 전제사실의 착오로 이해하고 있다. 김성돈, 형법총론, SKKUP, 2011, 313쪽; 이를 위법성조각사유의 존재에 대한 착오로 보는 정준섭, “정당한 이유와 위법성조각 거부”, 홍익법학 제13권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2012.

III. 위법한 명령에 대해서 구속력을 인정하는 견해

1. 위법한 명령에 대한 구속력 인정

상관의 위법한 명령과 관련하여 정당행위를 부정한 판례에서 우리 법원은 위법한 명령에 ‘명백히’라는 수식어를 붙인 경우가 종종 있다. 예를 들면, “소속 상관의 명백히 위법한 명령에 대해서까지 복종할 의무는 없을 뿐만 아니라”¹⁹⁾거나, “명백한 위법 내지 불법한 명령인 때에는 이는 벌써 직무상의 지시명령이라 할 수 없으므로”²⁰⁾와 같이 쉽게 찾아 볼 수 있다. 이와 같은 문구를 역으로 생각하면, 마치 ‘명백하지’ 않은 위법한 명령이 존재할 수 있고, 이러한 명령은 복종할 의무가 있거나 직무상의 지시명령이 될 수 있다는 뉘앙스로 해석이 가능하다. 구속력이 있다는 해석으로 이어질 수 있다.

실제로 우리 학계에서는 위법한 명령은 원칙적으로 구속력이 없다는 점에서는 일치하지만, 경우에 따라서는 그러한 명령에도 구속력을 인정할 수 있다는 견해²¹⁾가 존재한다. “경범죄나 규칙위반에 대한 명령(또는 지시)의 경우에는 명령(또는 지시)을 이행하는 자의 기능에 따라”²²⁾ 구속력이 달라진다고거나, “군대조직이나 경찰조직에서는 조직의 특성상 경범죄나 규칙위반에 대한 명령도 구속력이 있다”²³⁾는 견해도 동일하다.

특히 군사법에서 명령의 적법성과 구속성을 구분하여, “법령이 하급자로 하여금 불복종해도 된다는 명시적인 규정이 없는 한 하급자의 복종의무가 원칙적으로 객관적 법질서의 유지에 앞서는 것”²⁴⁾이라고 하는 경우도 있다. 또 군대나 경찰조직과 같은 특수성이 있는 상명하복관계를 전제로 하여,²⁵⁾ 부하는 관련 지식이 부족하기 때문에 적법이나 위법을 판단해서는 안 된다는 견해²⁶⁾도 있다. 복종의무를 법질서보다 우위에 두는 경우

19) 대법원 1980. 5. 20. 선고 80도306 판결.

20) 대법원 1988. 2. 23. 선고 87도2358 판결; 대법원 1999. 4. 23. 선고 99도636 판결.

21) 하태훈, “상관의 명령에 복종한 행위와 그 형사책임”, 연세법학연구 제12권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2002, 8쪽; 이영란, 앞의 책, 289쪽; 이진국, “상관의 위법한 명령에 따른 행위”, 형사법연구 통권 제59호, 한국형사법학회, 2014, 381쪽.

22) 하태훈, 위의 논문, 8쪽.

23) 하태훈, 위의 논문, 8쪽.

24) 이진국, 앞의 논문, 381쪽.

25) 정규원, “상관의 명령에 의한 행위”, 고시연구 제30권 제5호, 고시연구사, 2003, 202쪽.

인데, 이도 결국 위법한 명령에도 구속력을 인정하는 결론으로 나아간다.

이렇게 구속력이 있는 위법한 명령과 그 명령에 복종한 행위의 효과에 대해서는 위법성을 조각시킨다는 견해와 위법성을 조각시키지는 않지만 책임의 영역에서 다루어져야 한다는 견해가 있다.

2. 구속력이 있기 때문에 위법성을 조각시킨다는 견해

2.1 위법하지만 구속력 있는 명령의 유형

‘위법하지만 구속력 있는 명령’을 허용하고자 하는 입장은 원칙적으로는 위법한 명령은 구속력을 가지지 않지만, 피해가 경미한 법령위반이나 경미범죄 등의 경우에는 구속력을 인정할 수 있다고 한다. 비록 구성요건에 해당하는 행위라도 사회생활상 용인해 줄 수 있는 경우이기 때문에 위법성조각이 가능하다고 본다.²⁷⁾ 독일에서는 Jescheck와 Wessels가 위법한 명령이라도 경미범죄에 해당하는 경우에는 구속력이 있기 때문에 위법성을 조각한다는 견해를 취한다.²⁸⁾

이 견해들은 구속력 있는 명령을 ‘경미한 법익침해행위’, ‘사회생활상 용인해 줄 수 있는 경우’ 또는 ‘경미범죄’²⁹⁾라는 표현으로 구분하여 제한하지만, 모두 유사한 개념으로 이해된다. 결론적으로는 모두 동일하게 위법하지만 구속적인 명령을 인정할 수 있다는 견해로 귀결된다. 독일에서도 위법한 명령의 구속력을 인정하는 경우로 경미범죄나 질서위반행위, 민사법적 규정에 반하는 명령 등을 예로 들고 있다.³⁰⁾

2.2 위법성조각의 근거

한국에서 위법한 명령의 위법성을 조각시키는 근거로는 우선, 그 명령복종에 따른 피해법익이 아주 경미한 경우는 의무충돌의 이론으로 해결해야 한다는 견해³¹⁾가 있다.

26) 유영무, “명령에 의한 행위의 형사책임에 관한 연구 - 「군형법」상 명령관련 범죄를 중심으로”, 고려대학교대학원 석사학위논문, 2003, 56-57쪽.

27) 임웅, 앞의 책, 233-234쪽. 다만 임웅 교수는 그렇다고 하더라도 그 행위가 도덕적으로 정당한 것은 아니라고 한다.

28) Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I*, C.H.Beck, 2006, 795-796쪽.

29) 이진국, 앞의 논문, 382쪽.

30) Claus Roxin, 앞의 책, 795-796쪽.

이 견해는 원칙적으로는 위법한 명령에 구속력을 부여하지 않으며, 혹시 구속력이 있다 하더라도 그것은 책임의 논의 영역이라고 한다. 다만, 상관의 명령이 아주 경미한 위법이라면 우월적 이익의 원칙을 적용할 수 있다고 본다.³²⁾

위법성을 조각시키지만, 의무의 충돌로 보지 않는 경우는 이 경우를 일반적인 정당화 원칙인 작위의무와 부작위의무의 충돌로도 파악한다.³³⁾

다음으로는 복종의무가 경미한 법익침해 등에 우선한다는 관점에서, 또는 형식상 구성요건에 해당하지만 실질적으로는 사회상규에 위배되지 않아서 형법 제20조의 정당행위(업무로 인한 행위 또는 기타 사회상규에 위배되지 않는 행위)로 위법성이 조각된다는 견해³⁴⁾도 있다.

일본도 ‘위법하지만 구속력 있는 명령’을 인정하는 견해가 존재하고, 판례를 통해서 발전하였다. 일본은 실질적 위법성론(가별적 위법성론)을 독자적으로 발전시켰다고 볼 수 있다. 이는 상대적 경미형의 가별적 위법성론이라고 불릴 수 있다. 실질적 위법성론의 경미성의 원칙에 의하면 행위의 법익침해가 경미한 경우 구성요건해당성을 조각하거나 위법성을 조각시킨다.³⁵⁾ 가별적 위법성론은 ‘형식적으로는 위법성이 있지만, 실질적으로 고려하면 위법성이 조각된다’는 견해이다. 이 이론은 일본에서 제2차대전 후, 노동기본권이나 자유권 등의 헌법상의 권리를 신장시키기 위한 움직임 속에 형성되었다. 현재 이에 대한 판단을 위해서는 목적의 정당성, 수단의 정당성, 법익형량, 상대적 경미성, 필요성 등의 기준이 동원되고 있다.³⁶⁾

3. 구속력은 있지만 책임을 조각시킨다는 견해

위법한 명령의 구속력을 인정하지만, 위법성을 조각시킬 수는 없으며 경우에 따라서 책임을 조각시킬 수 있다는 견해이다. 한국에서 다수설적 견해이다.

31) 손동권/김재윤, 앞의 책, 256쪽; 김일수/서보학, 형법총론, 박영사, 2003, 338쪽.

32) 손동권, “의무충돌에 관한 연구”, 형사법연구(10), 한국형사법연구회, 1997, 37쪽 이하 참조: 그런데, 손동권 교수는 의무의 충돌에 있어서 차등가치적 법의 사이라면 정당화적 긴급피난의 하부사례로 이해한다. 손동권/김재윤, 앞의 책, 226쪽.

33) 김일수, 형법학원론, 박영사, 1988, 587쪽; 김일수, 한국형법 I, 박영사, 1996, 605쪽 참조; 김일수/서보학, 앞의 책, 367쪽.

34) 이진국, 앞의 논문, 387쪽.

35) 임웅, 앞의 책, 201쪽.

36) 前田雅英, 刑法總論講義, 東京大学出版会, 2011, 328-329쪽.

위법한 명령이 구속력을 갖는다고 주장되는 경우에도 그 명령은 이미 전체 법질서에 위반된다는 평가가 내려졌기 때문에 이에 대해서 다시 위법성을 조각시킬 수는 없다. 이러한 견해에 의하면 위법한 명령은 복종의무가 없기 때문에, 비록 절대적 구속력이 있다고 하더라도 위법성을 조각시키지 않고, 책임조각과 관련될 뿐이라고 한다.³⁷⁾

앞의 정보기관³⁸⁾ 또는 경찰의 대공수사관련 부서³⁹⁾와 같은 경우에 상관의 명령에 절대복종을 강요하는 불문율이 있어왔고, 지금도 그런 경향이 있다고 할 수 있다. 실제로 상관으로부터 명령을 받은 부하는 명령을 거부할 수 없기 때문에 행위할 수밖에 없었다는 항변을 하면서, 위법성이 조각되지 않는다면, 강요된 행위로 책임이 없음을 종종 주장한다.⁴⁰⁾

군대·경찰·정보기관과 같은 곳은 엄격한 ‘명령복종관계’에 있기 때문에 상관의 명령이 비록 위법하다고 하더라도 ‘사실상’ 구속력이 있다는 것이다. 이런 상황에서 부하는 그 명령을 거부할 수 없고, 위법한 명령을 불가피하게 수행할 수밖에 없다고 한다. 따라서 이러한 경우에는 기대불가능성 등을 이유로 (초법규적) 책임조각이 가능하다고 이해한다.⁴¹⁾

독일의 경우 책임조각의 근거에 대해서 ‘법질서 자체에 문제점이 있기 때문에 비난을 제기할 수 없다는 견해’, ‘금지착오(법률의 착오)의 원리에 따라 책임이 조각된다는 견해’, ‘기대불가능성에 근거하여 책임이 조각된다는 견해’, ‘경우에 따라 금지착오 또는 기대불가능성 때문에 책임이 조각된다는 견해’ 그리고 ‘위법한 명령에 따른 행위의 면책 근거는 독자성을 갖는다는 견해’ 등이 있다.⁴²⁾

37) 황산덕, 형법총론(1978), 150쪽; 이형국, 앞의 논문, 25쪽에서 재인용; 임웅, 앞의 책, 218쪽.

38) 대법원 1980. 5. 20. 선고 80도306 판결.

39) 대법원 1988. 2. 23. 선고 87도2358 판결.

40) 대법원 1999. 4. 23. 선고 99도636 판결; 대법원 1988. 2. 23. 선고 87도2358 판결.

41) 이영란, 앞의 책, 370쪽; 박상기, 앞의 책, 2007, 155쪽; 임웅, 앞의 책, 354쪽; 배종대, 형법총론, 홍문사, 2017, 295쪽; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 2017, 287쪽.

42) 이러한 견해들의 간략한 설명은 이형국, 앞의 논문, 26-29쪽.

IV. 소위 ‘위법하지만 구속력 있는 명령’에 대한 비판과 해결

1. 독일과 일본의 ‘위법하지만 구속력 있는 명령’

1.1 독일 군사법 해석과 ‘위법하지만 구속력 있는 명령’

전통적으로 제국주의 시대를 거친 독일은 상관의 명령에 절대성을 부여해서 적법·부적법을 불문하고 부하는 복종해야 한다는 견해가 우세하였다. 이 경우 위법명령을 실행한 부하는 책임이 없다.⁴³⁾

독일 군형법(WStG) 제22조 제1항은 “제19조에서 제21조의 경우에 그 명령이 구속적이지 않을 때, 특히 그 명령이 직무상 목적으로 명령되지 않거나 인간의 존엄을 침해하는 경우, 또는 명령에 복종함으로써 범죄를 행하는 경우에는 부하는 위법하게 행위한 것이 아니다”라고 규정하여 구속적이지 않은 명령에 불복하는 것은 위법하지 않다고 하여, 명령의 구속력을 기준으로 위법성을 판단하고 있다. 이를 좀 더 세밀히 해석하면 위법하지만 구속력이 있는 명령이 가능하다는 해석이 존재한다.⁴⁴⁾ 그래서 군인법(SG)과 군형법(WStG)에서 범죄를 행하라는 명령은 구속력이 없지만, 민사상 권리침해, 행정범죄 또는 징계범죄를 행하라는 명령은 구속력을 가진다는 견해⁴⁵⁾가 있다.

사실, 독일에서 위법한 명령에 구속력을 인정하는 견해는 독일 형법에 기인한 것으로 보인다. 독일 형법은 1975년에 개정되었는데, 그 전에는 범죄와 경범죄 외에 즉결범죄(경미범죄)를 형사범죄의 3번째 범주로 규정하였다. 이 규정에 의하면 즉결범죄(경미범죄)를 행하라는 명령은 위법한 명령인데, 당시 군형법 제22조 제1항과 군인법(SG)에 의하면 범죄 또는 경범죄를 실행하라는 명령만 구속력을 갖지 않는다는 해석이 가능하였다. 경미범죄의 경우 구속력을 갖는다는 해석이 가능했다.⁴⁶⁾

1975년 독일 형법 개정으로 “범죄 또는 경범죄”라는 용어는 “형사범죄”로 대체되었다. 즉결범죄(경미범죄)는 행정범죄나 질서범죄 정도로 대체되었다. 그래서 더 이상 형법의

43) 박문복, 앞의 논문, 3-4쪽.

44) 고석, “명령에 의한 행위와 그 형법적 효과에 관한 효과”, 서울대학교대학원 석사학위논문, 1991, 25-26쪽.

45) Adolf Schüle/Ulrich Scheuner/ Hans-Heinrich Jescheck, *Bundeswehr und Recht*, Carl Heymanns, 1965, 81쪽.

46) Günther Stratenwerth, *Verantwortung und Gehorsam : zur strafrechtlichen Wertung hoheitlich gebotenen Handelns*, J.C.B Mohr, 1958, 204쪽; Nico Keijzer, *Military Obedience*, Sijthoff & Noordhoff, 1978, 189쪽에서 재인용; 최관호, 앞의 논문, 174쪽.

해석과 연결해서 즉결범죄(경미범죄)에 대해서 구속력을 인정할 수 있다는 직접적인 근거는 도출되지 않는다. 현행 연방공무원법(Bundesbeamtengesetz) 제63조 제1항도 ‘공무원은 직무의 적법성에 대해서 전적으로 책임을 진다’고 하고, ‘군인의 법적 지위에 관한 법률’(Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten) 제11조 제2항 역시 형사범죄를 발생시키는 경우에는 명령에 복종하지 않을 수 있다고 규정하고 있다. 이러한 규정들에 의하면 위법명령은 비구속적임을 표현하고 있기 때문에 ‘위법하지만 구속력 있는 명령’에 대한 논의는 더 이상 의미가 없어 보인다.

반면에 연방공무원법 제63조 제2항에 의하면 명령의 합법성에 대해 의문이 있는 경우 상급자에게 문의하고, 그 이후 명령이 상관에 의해서 확인이 되었다면 명령을 실행해야 한다.⁴⁷⁾ 군인법(SG) 제11조도 “군인은 상관에게 복종해야 한다. 군인은 상관의 명령을 최선을 다해 완전하게, 양심적으로 그리고 지체없이 이행하여야 한다”고 규정하여 상관의 명령에 원칙적으로 구속력을 인정하고 있다.⁴⁸⁾ 언뜻 보면 부하가 가별성을 인식할 수 없는 경우에는, 가별적 행위라도 복종의무 즉 명령에 구속력을 부여하고 있는 것으로 이해된다. 이 규정들은 여전히 ‘위법하지만 구속력 있는 명령’의 근거로 작용한다.

군 조직의 특수성을 통해서 설명하는 경우도 있다. 군대가 요구하는 신속성과 효율성에 의해서, 부하에게는 합법성 또는 불법성의 고민을 허용하지 않는다고 한다.⁴⁹⁾ 명령의 정당성에 대한 판단은 지휘권자에 의하며, 그러한 공적 권위에 기인해서 복종의무가 발생한다고 한다.⁵⁰⁾ 또 사실상 “계급조직의 본질로서, 의심스러운 때는 종종 보다 지식이 있는 상사가 최종결정권을 가지기 때문”⁵¹⁾으로 이해한다. 즉, 복종의무는 명령의 적법·정당성에 좌우되지 않기 때문에 위법한 명령도 구속력을 가진다고 한다.

이처럼 연혁적·현실적으로 해석의 틈이 존재하기 때문에 독일은 여전히 ‘위법하지만 구속력 있는 명령’을 인정하는 것이 다수설로 보인다. 그리고 그 명령에 의한 행위는 위법성을 조각시킨다. 인간 존엄의 훼손이나 불법행위와 같은 위반의 경우에는 공무원·

47) 물론 후단에서 이 경우에도 그 명령이 인간의 존엄에 위배하는 경우, 불법행위 또는 범죄행위의 경우를 부하가 인식하고 있는 경우에는 예외로 하고 있다.

48) Georg Note/Heike Krieger, George Nolte 엮음, “Military Law in Germany”, *European Military Law Systems*, Walter de Gruyter, 2003, 383쪽.

49) Siegfried Wiesner, *WStG*, Münster, 1972, 80쪽; Nico Keijzer, *Military Obedience*, Sijthoff & Noordhoff, 1978, 223쪽에서 재인용.

50) Adolf Schüle/Ulrich Scheuner/Hans-Heinrich Jescheck, 앞의 책, 77쪽.

51) Lenckner, “Der “rechtswidrige verbindliche Befehl” im Strafrecht – nur noch ein Relikt?”, *Stree/Wessels-FS*, 1993, 235쪽; Claus Roxin, 앞의 책, 795쪽에서 재인용.

군인의 복종의 이익보다 불법회피의 이익이 우월하기 때문에 구속력을 부정하지만, 복종행위가 사소한 위반인 경우에는 불법회피의 이익에 우월하다고 본다.⁵²⁾

1.2 일본에서 실질적 위법성론의 발전과 ‘위법하지만 구속력 있는 명령’

‘위법하지만 구속력 있는 명령’은 일본에서 이미 논란의 축을 이루었었고, 이 논의는 실질적 위법성론(가별적 위법성론)의 발전을 가져왔다. 의문의 시작은 범죄로 보기에겐 경미한 행위를 과연 처벌해야하는가였다. 가별적 위법성론은 ‘형식적으로는 위법성이 있지만, 실질적으로 고려하면 위법성이 조각된다’는 견해인데, 일본에서 제2차대전 후, 노동기본권이나 자유권 등의 헌법상의 권리를 신장시키기 위한 움직임 속에 형성되었다.⁵³⁾

실질적 위법성론을 취하는 경우, 초법규적 위법성조각사유를 인정하게 된다. 이는 “실질적으로 처벌할 정도의 위법성은 아니므로 위법성을 부정한다”⁵⁴⁾는 견해이다. 형식적 위법성으로는 처벌받을 수밖에 없는 당벌성이 낮은 행위를 ‘초법규적(실질적)위법조각사유’로 위법성을 조각시킨다. 즉 처벌할 만한 정도가 아니라면 위법하지 않는 것인데, 이 경우 위법성이 아예 없는 것을 의미하는 것이 아니라, 처벌할 가치가 없는 정도가 된다는 것을 의미한다.⁵⁵⁾ 이 경우 처벌할 가치가 없는 정도의 위법성을 가진 명령을 ‘위법하지만 구속력 있는 명령’이라고 논할 수도 있다. 그렇다면 이는 정당하기 때문에 구속력을 가진다는 것이다.

일본의 경우에는 우리 형법 제20조의 사회상규에 의한 정당행위가 규정되어 있지 않기 때문에 독일과 같이 초법규적 위법성조각사유를 인정할 수밖에 없다. 일본에서 초법규적 위법성조각사유를 인정하기 위해서는 ① 목적의 정당성, ② 수단의 상당성, ③ 법익균형, ④ 필요성을 종합적으로 고려한다.⁵⁶⁾ 이 경우 법익침해가 경미하기 때문에 보충성의 요건을 필요로 하지 않는다고 한다.⁵⁷⁾

52) Claus Roxin, 위의 책, 795-796쪽.

53) 前田雅英, 앞의 책, 328-329쪽.

54) 前田雅英, 위의 책, 324쪽.

55) 前田雅英, 위의 책, 324쪽.

56) 東京地判 昭和31年5月14日(判示76・2); 東京地判 昭和29年5月11日(判示26・3), 東京高判 昭和31年5月8日(勞刑集6・778).

57) 中山研一, 刑法總論(成文堂, 1982), 267쪽; 前田雅英, 앞의 책, 327쪽에서 재인용.

초법규적 위법성조각사유를 인정하는 것은 법적 근거 없이 정당화된다는 점에서, 그 요건을 엄격하게 해석해야 한다는 견해도 있다. 즉 이에 의하면, 가장 엄격한 요건인 긴급피난 보다도 엄격해야 해서, 다른 수단이 존재하지 않았다고 하는 보충성의 요건을 필요로 한다.⁵⁸⁾

2. ‘위법하지만 구속력 있는 명령’과 그 위법성 조각의 불인정

2.1 ‘위법하지만 구속력 있는 명령’의 불인정

현행법을 체포하는 경우에 다소 공격적인 행위로 보이는 경우라고 하더라도 그것이 사회통념상 허용될 수 있는 행위라고 한다면 정당행위가 인정될 수 있다.⁵⁹⁾ 위법하지만 구속력 있는 명령이 이 경우에 해당한다고 할 수 있다. 위법성을 조각한다는 것은, 구성요건에 해당하는 행위는 위법하다는 가정 속에서, 위법성 조각사유가 있는가를 살펴봤더니 위법하지 않을 정도의 사회통념상 허용되는 행위라고 판단되는 경우이다.

그러나, 본 논문에서 논의하는 ‘위법하지만 구속력 있는 명령’은 “이미” 위법한 경우로 판단되는 명령에 구속력이 있다고 주장하면서, 그 구속력으로 인해서 명령과 복종하는 행위는 위법하지 않다고 주장하는 것이다.

법원⁶⁰⁾과 학계는 어떤 행위가 정당행위가 되어 위법성을 조각시키기 위해서는 그 요건으로 행위의 동기나 목적의 정당성, 행위 수단이나 방법의 상당성, 보호법익과 침해법익의 균형성, 긴급성 그리고 보충성을 모두 갖추어야 한다고 본다. 어떠한 행위가 사회상규에 의해서 허용될 정도로 불법의 정도가 낮다고 표현하는 경우라고 하더라도, 그 판단은 결국 정당행위로서 허용될 수 있는 한계를 벗어났는가 그렇지 않은가로 결정되어야 한다. 이는 “정당행위의 일반적 요건을 갖추었는지 여부에 따라 결정되어야 할 것이지 그 행위가 소극적인 방어행위인가 적극적인 공격행위인가에 따라 결정되어야 하는 것은 아니다”⁶¹⁾라고 할 수 있다.

위법성의 평가는 객관적으로 법에 반하는가 여부에 의해서 판단되어야 한다.⁶²⁾ 객관

58) 木村亀二, 刑法總論(有斐閣, 1959), 254쪽; 前田雅英, 위의 책, 326쪽에서 재인용.

59) 대법원 1999. 1. 26. 선고 98도3029 판결.

60) 대법원 1999. 1. 26. 선고 98도3029 판결.

61) 대법원 1999. 1. 26. 선고 98도3029 판결.

62) 前田雅英, 앞의 책, 44쪽.

적 위법성론에 의해서 평가되어야 한다.⁶³⁾ 따라서 상관의 위법한 명령이 위법성조각사유에 해당하지 않는다면, 아무리 경미하고 또는 현실적으로 복종할 수밖에 없는 것이라고 하더라도 그 위법성을 부정할 수는 없다.⁶⁴⁾

명령이 구속력을 갖는 것은 위법하지 않아서 정당하기 때문이다. 위법하지 않은 명령에 따른 행위는 정당행위가 되어 위법성이 조각된다. 비록 일단은 구성요건에 해당하는 명령과 복종행위라고 하더라도, 그 명령과 복종행위가 위법성이 조각된다는 것은 행위시로 소급하여 위법하지 않았다는 것으로 평가된다.⁶⁵⁾ 우선은 위법하다고 가정되는 사안이지만, 그 평가는 위법하지 않게 된다.

그러나 본고에서 논의하는 ‘위법하지만 구속력이 있는 경우’는 위법하다고 평가되는 사안을 대상으로 한다. 위법하다고 평가되는 사안에 구속력을 인정하고, 이후 단지 현실적인 ‘구속력’을 이유로 위법한 명령을 정당화시켜 준다. 위법한 것을 정당하다고 한다. 이는 결국 위법성 개념에 대해서 스스로 모순되는 상황에 직면할 수밖에 없다.

사회생활상 용인해 줄 수 있는 경우는 한국 형법에 의하면 이미 정당행위이다. 위법하지 않다는 것이다. ‘위법하지만’의 위법한 행위와 ‘사회생활상 용인해 줄 수 있는’ 행위는 서로 구별되어야 한다. 하지만, ‘위법하지만 구속력 있는 명령’의 개념을 인정하게 되면 양자의 구별이 명확해지지 않는다는 비판도 가능하다.

위법성을 전체 법질서의 통일성 속에서 살펴본다면 위법성이 조각되는 행위는 대부분 도덕적으로도 정당화된다고 해야 한다. 따라서 위법성이 조각되면서 도덕적으로 정당하지 않다고 하는 것⁶⁶⁾도 전적으로 타당하다고는 할 수 없다. 도덕적으로 정당하지 않은 경우만 구속력을 갖는 위법한 명령이라는 것도 맞지 않다. 오히려 도덕적으로 정당하지 않지만 ‘위법하지 않은 명령’이 구속력을 갖는다고 해야 할 것이다.

대부분의 학자들이 내세우는 구속력을 인정하는 근거인 ‘극히 경미한 범죄행위’의 경우에는 사안에 따라서 사회상규상 허용될 정도의 경미한 사안을 말하는 것인데, 이것

63) 손동권/김재운, 앞의 책, 168쪽.

64) “상관에 대한 충성이 범죄허가증을 주는 것은 아니다”(United States v. Decker, 304 F.2d 702)라는 박상기, 앞의 책, 262쪽, “위법성이 경미하다고 해서 상대방이 불법명령의 집행을 참고 견뎌야 할 이유가 없다”는 배종대, 앞의 책, 209쪽.

65) 前田雅英, 앞의 책, 322쪽: 물론 일본에서 위법성조각사유와 관련해서는 한국의 논의와 다르다. 한국과 일본 그리고 초법규적 위법성조각사유의 근원지인 독일의 위법성 및 책임조각과 관련된 형법 조문이 다르기 때문에 이에 대한 논의 내용도 다를 수밖에 없기 때문이다. 다만, 그 논의의 중심 내용은 서로 많이 다르지 않다고 생각된다.

66) 임웅, 앞의 책, 234쪽.

은 한국 형법에서 그 자체로 위법하지 않은 즉 이미 정당행위로 위법성이 조각되는 행위이다. 우리가 논하는 “‘위법하지만’ 구속력 있는 명령”의 범주에 들어오지 않는다고 하여야 할 것이다.

따라서 ‘위법하지만 구속력 있는 명령’이라는 개념은 한국 형법체계에서는 존재할 수 없다. 아래에서는 ‘위법하지만 구속력 있는 명령’을 인정했을 경우 나타날 수 있는 불합리하고 모순된 상황들을 살펴보고, 위법한 명령의 구속력을 부정하는 근거를 알아보도록 하겠다.

2.2 위법한 명령의 구속력을 인정한 경우의 모순

위법한 명령에 구속력을 인정하고 위법성을 조각하게 되면, 수명자는 명령에 복종하여 위법한 행위를 행해야만 한다. 이로 인해서 행위규범으로써 형법의 기능에도 문제가 발생한다. ‘위법한 명령’의 구속력을 긍정하는 것은 “‘위법한’ 명령에 대해서 법질서로 돌아가려는 ‘적법한’ 불이행”⁶⁷⁾이 경우에 따라서는 오히려 범죄(군형법상 항명죄·불복종죄 등)가 된다는 불합리한 결과를 도출하기 때문이다. 어떤 행위를 범죄로 규정하여 금지시키면서 동시에 그 행위에 법적 강제력을 부여하는 것은 통일적인 형법해석에 어울리지 않는다.⁶⁸⁾ 형법이 행위규범으로써 역할을 하지 못하고, 오히려 수명자에게 법적 혼란을 가져다 줄 수밖에 없다.

수범자의 입장이 아니라, 행위의 대상자이고 피해자인 제3자의 입장에서 위법한 명령에 의한 행위는 위법한 공격에 의한 법익의 침해이다. 상관의 위법한 명령을 이행한 자의 행위도 역시 위법하다고 평가받아야 한다. 위법한 명령에 의한 행위에 대해서는 정당방위가 가능해야 한다.

이처럼 정당방위가 가능하다는 견해에 대해서는, 수범자인 부하는 명령에 복종해야 할 의무가 있기 때문에 이 행위를 위법하다고 해버리면 “복종의무를 다한 자가 정당방위의 대상이 된다는 점에서 불합리”하기 때문에 오히려 정당화되어야 한다는 반대 견해⁶⁹⁾가 있다. 이에 의하면 구속력 있는 (위법한) 명령에 대해서는 정당방위가 성립할 수 없다. 공격자(수범자)는 복종의무를 쫓았기 때문에 위법하지 않기 때문이다.⁷⁰⁾ 공무원에

67) 최관호, 앞의 논문, 173쪽.

68) 최관호, 위의 논문, 173쪽.

69) 하태훈, 앞의 논문, 9-10쪽.

70) Joachim Schölz/Eric Lingerns, *Wehstrafgesetz*, C.H.Beck, 2000, 29쪽.

게 명령의 실행을 의무화하면서, 그 의무 이행을 동시에 위법한 것으로 하여서 정당방위를 인정하는 것은 비논리적이라고도 한다.⁷¹⁾ 나아가서 이 경우는 부하 자신은 복종의무와 위법행위의 수행금지의 모순대립이며, 독일 형법 제34조(정당화적 긴급피난)에 의해서 해결해야 할 충돌상태라고 하는 견해⁷²⁾도 있다. 이처럼 복종의무 있는 제3자의 개입에 의해 새로운 요소가 부가되었으며, 피해자는 정당방위가 아니라 긴급피난이 가능하다고 한다.⁷³⁾

하지만, 그 행위를 명령권자가 직접 행했다면 위법하기 때문에 피해자의 정당방위가 당연히 성립한다. 동일한 행위태양(위법 행위)이 공격자의 지위에 따라서 위법한 행위가 되기도 적법한 행위가 되기도 하는 것은 모순이다. 위법한 명령이 명령이라는 이유로 불법에서 합법으로 변화될 수는 없다. 상사가 스스로 행하는 것이 금지된 것을 부하에게 명령해서 실현하는 것이 허락되는 것은 인정될 수 없다는 견해⁷⁴⁾가 타당하다.

위법한 명령에 구속력을 인정함으로써, 정당방위의 기본 원칙인 부정 대 정의 관계를 긴급피난으로 변형시키는 것도 어색하다.⁷⁵⁾ 형법의 통일적 해석을 생각한다면 이런 어색한 모순상황의 유지보다는 위법한 명령의 구속력을 부정하여 정당방위를 인정하는 것이 올바른 해결방안이다.

업무로 인한 행위 또는 사회상규로 인한 행위이기 때문에 위법성이 조각된다는 견해에 대해서도 비판이 가능하다. 경미하다거나, 직무규칙 위반이라거나 또는 민법규정이란 이유로 업무로 인한 행위 또는 사회상규에 해당한다고 하면, 실질적으로 그러한 규정은 무용지물이 될 것이다. 경미범죄나 직무규칙 위반은 일상적으로 다반사하게 행해질 수 있는 행위태양이라는 것인데, 그런 대부분의 위반행위가 위법성을 조각하게

71) Günther Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Walter de Gruyter, 1991, 16/14; Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, 1996, §35 II; Lenckner, Der “rechtswidrige verbindliche Befehl” im Strafrecht – nur noch ein Relikt?, *Stree/Wessels-FS*, 1993, 223; Eberhard Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, Mohr Siebeck GmbH & Co. K, 1975, 9/57; Claus Roxin, 앞의 책, 796쪽 각주 25에서 재인용.

72) Claus Roxin, 위의 책, 796쪽.

73) Claus Roxin, 위의 책, 796쪽, 621쪽.

74) Kunt Amelung, “Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten”, *JuS* 1986, 329; Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Gieseking, 2003, §17 Rn. 143; §23 Rn. 50ff.; Hermann Blei, *Strafrecht I, Allgemeiner Teil*, Beck C. H.; 1983, §42 Rn. II; Wilfried Küper, “Grundsatzfragen der “Differenzierung” Zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung”, *JuS* 1987, 81; Claus Roxin, 위의 책, 796쪽 각주 24에서 재인용.

75) 한국과 긴급피난·정당행위 규정이 다르고, 경미범죄 등과 관련하여 우리와 다른 규정이 있었으며 다른 역사적 배경을 가진 독일에서는 위법한 명령에 대해서 긴급피난으로 해결하는 것이 가능할 것으로 생각된다.

되며, 그 규범·규칙을 누구 준수하려 하겠는가? 있으나 마나한 경미범죄·직무규칙이 될 것이다. 더욱이 민법규정 위반은 더욱 그렇게 이해할 수 없을 것이다.

경미한 범죄행위는 가벌성이 없기 때문에 위법성이 없다는 입장 또는 구성요건해당성을 부정해야 한다는 견해도 우리 형법 체계에서는 적절하지 않다. 일본의 가벌적 위법성론을 취하는 견해로 보이지만, 일본은 한국 형법 제20조의 ‘사회상규에 위배하지 아니하는 행위’ 규정이 없기 때문에 가벌적 위법성론을 발전시켰다. 일본에서는 “인권보장의 목적과 형벌에 대한 국민의 신뢰를 얻기 위한 형벌권행사의 자기억제라는 측면에서 주장된 이론”⁷⁶⁾이다.

한국은 일본과 다른 민주주의 발전 과정을 거쳤으며, 한국 형법 제20조는 일본의 규정과 달리 ‘사회상규에 위배되지 않는 행위’를 따로 규정하고 있기 때문에 가벌적 위법성론을 취해서 까지 위법한 명령의 위법성을 조각시켜줄 필요는 없다. 또, 이를 인정하게 되면 “위법성의 개념을 상대화할 우려가 있으며, 위법성과 불법을 혼동하고 있다”⁷⁷⁾는 비판이 가능하다.

(극히 경미한) 위법한 명령에 복종하는 행위를 위무충돌로 해결하고자 하는 견해에 대해서도 비판이 가능하다. 우선 위무충돌은 법적 의무의 충돌이다.⁷⁸⁾ 피해법익이 아주 경미하다고 하더라도 해당 행위는 법적 의무가 없는 위법한 명령이기 때문에 법적 의무의 충돌로 볼 수 없다. 물론 “도덕적 의무의 이행이 낮은 법익을 내용으로 하는 법적 의무의 이행보다 우월할 수도 있다”⁷⁹⁾고 하지만, 여기서 위법한 명령에 의해서 보호되는 이익이 침해되는 법익보다 도덕적으로 우월하다고 볼 수 없다.

이 사례로 군작전 중 상관이 민가를 무단으로 통과하도록 명하여 부하가 주거침입죄의 구성요건을 행한 경우를 들고 있다.⁸⁰⁾ 이 경우는 차등가치적 의무충돌이라고 할 수 있지만, 이 경우 주거침입에 의해서 피해받은 법익을 경미하다고 볼 수는 없을 것이다. 오히려 주거침입 행위를 상관의 강요된 행위로 이해할 수는 있을 것이다. 역시 위법성조각으로 볼 사안은 아니다.

위법한 명령에 복종하는 행위를 구속력 있는 명령의 의무와 거부해야 할 의무의 충돌인 작위의무와 부작위의무의 충돌문제로 해결하는 견해도 문제이다. 위법한 명령의 경

76) 이영란, 앞의 책, 209쪽.

77) 이영란, 위의 책, 210쪽.

78) 손동권/김재윤, 앞의 책, 220쪽.

79) 손동권/김재윤, 위의 책, 220쪽.

80) 손동권/김재윤, 위의 책, 256쪽.

우에는 이에 해당되지 않는다. 위법한 명령은 구속력이 없으며 법적 의무를 발생시키지 않기 때문이다. 의무의 충돌은 법적 의무에 한정된다고 보아야 한다.

작위 의무와 부작위 의무 사이에 의무의 충돌을 인정하는 경우에도 동시이행이 불가능해야 한다. 즉, 어느 누구도 달리 행위할 수 없는 상황에서의 선택행위에 대해서 위법성 조각을 인정하여야 한다.⁸¹⁾ 하지만, 이 경우는 그렇지 않다. 위법한 명령을 이행하지 않으면 해결되는 문제이다.

3. ‘위법하지만 구속력 있는 명령’의 책임 조각의 문제

마지막으로 위법한 명령의 구속력을 인정하지만 위법성을 조각시키지 않고 책임을 조각시키는 견해에 대해서 살펴보겠다.

군대·경찰·정보기관과 같은 곳은 엄격한 ‘명령복종관계’에 있기 때문에 상관의 명령이 비록 위법하다고 하더라도 ‘사실상’ 구속력이 있다는 견해이다. 이런 상황에서 부하는 그 명령을 거부할 수 없고, 위법한 명령을 불가피하게 수행할 수밖에 없다고 본다. 따라서 이러한 경우에는 기대불가능성을 이유로 초법규적 책임조각이 가능하다고 이해한다.⁸²⁾

이에 대해서 국민의 법익보호를 목적으로 하는 형벌 목적관에 의하면 위와 같은 초법규적 책임조각사유는 인정할 수 없다는 비판이 가능하다. 상관은 부하에 대해서 범죄행위 등 위법한 행위를 하도록 할 권리는 없으며, 위법행위를 요구하는 명령은 구속력을 가질 수 없으며, 그렇기 때문에 부하는 그러한 위법한 명령에 복종할 의무도 없다고 한다.⁸³⁾ 한편으로는 초법규적 기대가능성을 인정하지 않기 때문에 초법규성을 이유로 책임을 조각하는 것을 부정하는 견해⁸⁴⁾도 있다.

기대불가능성을 이유로 초법규적 책임조각이 가능하다는 부분에 있어서는 일정부분 긍정할 여지가 있다. 이 견해의 문제점은 위법한 명령의 구속력을 인정한다는 점이다. 앞에서 살펴봤듯이 위법한 명령은 구속력을 가지지 않는다. 그것이 경미하거나 강요에 의한 행위이더라도 위법한 것이 적법한 것으로 변화하지는 않는다. 기대가능성을 판단

81) 손동권/김재운, 위의 책, 224쪽.

82) 임웅, 앞의 책, 354쪽.

83) 손동권/김재운, 앞의 책, 334쪽. 하지만, 이 경우에도 법익침해가 경미한 경우에는 위법성 조각이나 책임조각이 가능하다고 설명한다.

84) 배종대, 앞의 책, 344쪽.

하더라도 구속력을 부정한 상황을 고려해서 책임 단계를 논해야 한다. 오히려 강요된 행위가 있었는가 없었는가를 판단하여야 할 것이다.⁸⁵⁾

4. 위법한 명령에 복종한 경우의 해결 방안

위법한 명령에 복종한 경우에는 구속력이 없기 때문에 위법성이 조각되지 않는다. 경미범죄라는 이유로 그 구속력을 인정할 수 없다. 정보기관이나 경찰의 대공수사관련 부서에서 주장되었던 절대복종의 불문율을 인정할 수도 없다.⁸⁶⁾ 경미범죄나 불문율을 인정하면 법이 위법성 또는 범죄를 인정하게 된다. 법이 허용하지 않는 것을 사회상규나 불문율이라는 이름으로 허용할 수는 없다.

상관의 위법한 명령이 강요에 의해서 이루어진 경우는 당연히 형법 제12조의 강요된 행위로 해결하는데 학계와 판례가 일치한다. 만약 상관의 위법한 명령이 ‘사실상’ 거부할 수 없는 경우라면, 이는 ‘구속력 있는 명령’으로 이해할 것이 아니라 ‘강요된 명령’으로 이해해야 할 것이다.⁸⁷⁾ 이와 관련하여 기대가능성 이론으로 보완할 수 있다.

V. 결론

명령에 의한 행위는 법령에 의한 행위로 이해하는 것이 통설이다. 법령에 의한 행위는 한국 형법 제20조에서 정당행위로 규정하고 있는데, 제20조는 “기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위”라는 포괄적 규정도 동시에 규정하고 있다. 이 점은 독일과 일본이 정당행위를 규정하고 있는 입법양식과 다르다.

독일과 일본은 포괄적인 위법성조각사유가 없기 때문에 초법규적 위법성조각사유나 가벌적 위법성론을 발전시켰고, 이런 현실 속에서 ‘위법하지만 구속력 있는 명령’을 인정하는 견해가 존재하는 것은 당연한 법적 해결방안이다. 더욱이 독일은 1975년 개정 전 형법 조문의 문제로 관련 법률들과의 해석에 의해서 ‘위법하지만 구속력 있는 명령’

85) 위에 든 판례들 외에도 상사인 인사계 상사의 지시에 의해서 군용물인 휘발유를 불법매각한 경우에도 동일한 결론을 도출한 대법원 1983. 12. 13. 선고 83도2543 판결.

86) 대법원 1999. 4. 23. 선고 99도636 판결; 대법원 1988. 2. 23. 선고 87도2358 판결.

87) 배종대, 앞의 책, 344쪽.

논의가 가능하였다.

하지만 한국 형법체계에서는 제20조에 의해서 ‘경미한 범죄행위 또는 사회상규상 허용될 수 있는 행위’는 위법성이 조각되는 정당행위로 평가된다. 위법하지 않은 ‘정당한 명령’으로 구속력을 가진다. 독일에서 논의되고 있는 ‘경미범죄’와는 구분되는 개념이다. 오히려 ‘위법한 명령’은 그것이 경미한 법익침해이더라도 위법하다고 봐야 한다. 위법성은 경중을 나눌 수 없는 단일 개념이다. 따라서 ‘위법하지만 구속력 있는 명령’이라는 개념은 한국에서는 논할 여지가 없게 된다.⁸⁸⁾

사회는 주체적인 자신과 또 다른 주체들 간의 연관 관계이다.⁸⁹⁾ 이는 공무원 조직 내의 명령·복종관계에서도 동일하게 통용된다. 명령과 복종은 이성을 가진 군주와 이성이 없는 신민간의 관계 속에서 발생하는 것이 아니라, 이성을 가진 주체 상호 간에서 이루어지는 행위이기 때문에, 이 명령은 복종이 가능한 명령이어야 한다. 이 명령은 정당한 명령이다. 위법하지 않은 명령이다.

위법하면 그로써 명령은 정당하거나 적법하지 않기 때문에 구속력을 가지지 않는다. 법이 보호하지 않는다. 그렇기 때문에 위법한 명령에 복종한 행위는 법령에 의한 행위가 되지 않으며, 정당행위도 되지 않는다.

관료사회가 발전할수록 명령에 복종한 자는, 그 시스템 속에 숨어서 책임을 지지 않는 것이 어느덧 상례화 되었다. 그래서 “법적으로 처벌되어야 할 사람은 조직체계를 이용한 상관이지, 조직체계를 통하여 의무를 이행한 하급자가 아니라는 점도 고려되어야 한다”⁹⁰⁾는 주장은 당연시된다. 그렇게 행위자를 보호할수록 행위자들은 자신의 행위가 위법함을 알면서도 그 위법함에 정당성을 부여하는 모순을 범할 수밖에 없다. 상관의 명령에 따르는 것으로 자신은 면책될 수 있다는 또는 상관의 명령에 거부하지 않는 것이 상책이라는 잘못된 관념이 영혼 없는 공무원을 생산하고, 잘못된 관행을 유지하게 한다.

부하만 처벌되지 않는 것은 아니다. 이러한 관행은 명령권자에게 면죄부를 제공한다. 나치의 법령과 명령에 따르고, 일본 군국주의에 부역하여 반인륜범죄를 범하면서도 여전히 정당하였다고 주장할 수 있는 것과 같다. 행위로부터 멀리 떨어져 있는 명령을

88) 그렇기 때문에 판례에서 사용한 ‘명백히 위법한 명령’ 등의 표현은 정당행위가 인정되지 않는 ‘위법명령’을 강조하여 수식한 것으로 이해해야 한다.

89) 이를 ‘이성적 존재자 간의 연관 관계’라고 부를 수 있을 것이다. 요한 G. 피히테, 서정혁 옮김, 학자의 사명에 관한 몇 차례의 강의, 책세상, 2002, 38쪽 참조.

90) 이진국, 앞의 논문, 387쪽.

한 자는 오히려 행위책임을 주장하게 된다. 자신은 행위하지 않았다는 것이다. 한국 사회에서 공무원들의 범죄가 고위직에서부터 하급공무원까지 이어지는 한 원인이다. 이 무처벌의 순환은 역사 이래로 유지되어왔다. 그리고 권력에 복종하는 미덕을 만들었다. 특별권력관계이론이 법치주의와 민주주의에 입각한 조직이론으로 변화되어 가는 현대 법이론에서 그러한 미덕은 더 이상 주장될 이유가 없다.⁹¹⁾

91) 지금까지 한국 사회는 복종의 미덕을 강조하고 교육하였다. 국민의 권리보다는 의무의 이행을 우선시하였다. 정치적 의사표현은 항상 경제발전을 위해서 한걸음 뒤에 있어야 했다. 하지만 이러한 사람들은 법질서에 복종하는 사람들이 아니라, 항상 우리 주위에서 범죄에 참여한 사람들로 전락하였다. 권위자들의 명령에 ‘왜’라는 의문 대신에 ‘예’라는 복종을 실천하였기 때문이다.(김두식, 앞의 책, 141쪽) 그런 의미에서 “연구실에서 자기 몸에 자꾸 손을 대는 성희롱 지도교수에게 앞뒤 볼 것 없이 ‘야, 이 씨방새이야!’라고 소릴 지를 수 있는 사람만이 자유를 지켜낼 수 있습니다”(같은 책, 141쪽)라는 표현은 위법한 명령에 대한 해석의 한 기준을 제시한다고 하겠다.

참고문헌

1. 단행본

- 김두식, 헌법의 풍경, 교양인, 2017.
- 김성돈, 형법총론, SKKUP, 2011.
- 김일수, 형법학원론, 박영사, 1988.
- _____, 한국형법 I, 박영사, 1996.
- 김일수/서보학, 형법총론, 박영사, 2003.
- 박상기, 형법총론, 박영사, 2007.
- 배종대, 형법총론, 홍문사, 2017.
- 손동권/김재윤, 형법총론, 을곡출판사, 2011.
- 스탠리 코언, 조효제 옮김, 잔인한 국가, 외면하는 대중: 왜 국가와 사회는 인권 침해를 부인하는가, 창비, 2009.
- 신동운, 신 판례백선 형법총론, 경세원, 2009.
- 요한 G. 피히테, 서정혁 옮김, 학자의 사명에 관한 몇 차례의 강의, 책세상, 2002.
- 이영란, 한국형법학-총론강의, 숙명여자대학교 출판부, 2003.
- 이재상/장영민/강동범, 형법총론, 박영사, 2017.
- 임 응, 형법총론, 법문사, 2016.
- 前田雅英, 刑法総論講義, 東京大学出版会, 2011.
- Adolf Schüle/Ulrich Scheuner/Hans-Heinrich Jescheck, *Bundeswehr und Recht*, Köln, Berlin, Bonn, München:Carl Heymanns, 1965.
- Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I*, C.H.Beck, 2006.
- George Nolte (Ed.), *European Military Law Systems*, Berlin:Walter de Gruyter, 2003.
- Joachim Schölz/Eric Lingerns, *Wehstrafgesetz*, C.H.Beck, 2000.
- Nico Keijzer, *Military Obedience*, Netherlands:Sijthoff & Noordhoff, 1978.

2. 학술지

- 박문복, “위법명령에 의한 행위와 형사책임”, 법조 제9호, 법조협회, 1960. 1-10쪽.

- 손동권, “의무충돌에 관한 연구”, 형사법연구 제10호, 한국형사법연구회, 1997, 37-62쪽.
- 이진국, “상관의 위법한 명령에 따른 행위”, 형사법연구 통권 제59호, 한국형사법학회, 2014, 337-404쪽.
- 이형국, “위법한 명령에 따른 행위와 그 형사책임”, 고시계 통권 제278호, 고시계사, 1980, 23-31쪽.
- 정규원, “상관의 명령에 의한 행위”, 고시연구 제30권 제5호, 고시연구사, 2003, 200-204쪽.
- 정준섭, “정당한 이유와 위법성조각 거부”, 홍익법학 제13권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2012, 497-524쪽.
- 하태훈, “상관의 명령에 복종한 행위와 그 형사책임”, 연세법학연구 제12권 제4호, 연세대학교 법학연구원, 2002, 3-44쪽.

3. 학위논문

- 고 석, “명령에 의한 행위와 그 형법적 효과에 관한 효과”, 서울대학교대학원 석사학위논문, 1991.
- 유영무, “명령에 의한 행위의 형사책임에 관한 연구 - 「군형법」상 명령관련 범죄를 중심으로”, 고려대학교대학원 석사학위논문, 2003.
- 최관호, “명령과 복종의무의 형법규범적 내용과 한계 - 「군형법」 제44조 항명죄를 중심으로”, 건국대학교대학원 박사학위논문, 2008.

4. 신문기사

- JTBC 뉴스, “레고 아저씨의 몰락 … 이영선, 징역 1년 ‘법정구속’”, <http://news.jtbc.joins.com/article/article.aspx?news_id=NB11487994>, 검색일: 2017.7.18.

[Abstract]

The Illegality of an Act that Submits to an ‘illegal but binding order’

Choi, Gwan Ho*

Acts of public officials conducted in accordance with their superiors are justifiable acts as legal acts and the illegality is precluded. If an order of a superior requires an illegal act, the public official should not obey the order. However, there is a view that the binding power of the order can be acknowledged in the cases where the order requires an act of a slight violation or the order is an absolute order from the superior. This view is the theory that acknowledges the concept of ‘illegal but binding orders’ and the illegality of acts conducted in accordance with such orders can be precluded.

This paper concretely examined the fact that the ‘illegal but binding orders’ are conceptual contradiction. Legitimate defense should be acknowledged against illegal acts, but such legitimate defense cannot be acknowledged if illegal but binding orders are acknowledged. If the illegality of an act is precluded, the illegality should be precluded retroactively; however, this concept cannot retroactively preclude illegality. This paper presented a basis of an argument that acts intended to resist against illegal orders in order to go back to ‘legitimate’ law and order may rather become criminal acts (crimes of insubordination or disobedience). In addition, this paper also concretely examined the grounds for the acknowledgment of ‘illegal but binding orders.’

In conclusion, under the South Korean criminal law system, ‘illegitimate orders’ cannot have a binding power, even if they require acts of a slight violation of the benefit and protection of the law; all in all, such orders are illegal.

[Key Words] Illegal but Binding Order, Duty of Obedience, Illegality, Justifiable Acts, Possibility of Expectation

* Assistant Professor, Department of Law, College of Social Sciences, Sunchon National University

