

군형법상 명령위반죄에 관한 형법이론적 검토*

박 달 현**

국 | 문 | 요 | 약

군무를 이탈한 자는 군무이탈죄로 처벌된다. 군무이탈죄의 공소시효 10년이 가까워지면 각군 참모총장은 군무이탈자에게 복귀명령을 내려 명령위반죄로 처벌할 수 있다. 이렇게 되면 만 40세까지 복귀명령을 내릴 수 있어 최장 만45세까지 공소시효를 연장할 수 있다. 이는 공소시효가 가장 긴 사형에 해당하는 범죄의 공소시효 '25년'과 비교할 수 있을 정도이다. 이로 인해 공소시효제도가 형해화된다. 이러한 이유에서 지금껏 군형법 제47조에 관해 세 차례 헌법소원이 있었다. 군형법 제47조(명령위반)가 죄형법정주의원칙의 파생원칙인 '명확성원칙'에 위배되지 않는지 여부 또는 '위임입법의 한계'를 벗어나지 않는지 여부와 '과잉금지원칙'에 위배되지 않았는지 여부를 묻는 것이 그것이다.

이 연구는 헌법소원의 쟁점사항인 군형법 제47조의 헌법상 문제점과 실체법상 문제점을 다루었다. 먼저 헌법재판소는 군형법 제47조가 명확성원칙, 위임입법금지원칙, 과잉금지원칙에 위배되지 않는다고 결정하였지만, 명령제정권자가 누구인지 무엇을 대상으로 어떤 내용의 명령인지 우리의 건전한 상식으로 파악하기 어렵다는 점에서 '명확성원칙'에 반한다고 볼 여지가 충분하고, 위임입법의 범위와 한계를 규정한 헌법 제75조에 의하면 군형법 제47조에 규정된 명령위반죄의 명령을 대통령에 위임한다는 규정이 있어야 하는데도 이러한 위임규정이 없다는 점에서 군형법 제47조는 '위임입법의 한계를 벗어났다'고 볼 여지 또한 충분하다. 그리고 어떤 행위를 형사별로 제재할 것인지 행정별로 제재할 것인지 여부는 '입법재량사항'이라고 하나 군형법 제47조는 과잉금지원칙의 판단기준인 '최소침해성원칙'과 '최후수단성원칙'을 충족시키지 못하였다는 점에서 위헌으로 볼 소지 역시 충분하다. 군형법 제47조의 실체법상 문제점으로 군무이탈자를 명령위반죄로 처벌하기 위해서 '군무이탈자가 복귀명령의 존재를 인식해야 하는가 여부'를 다루었다. 이에 대해 복귀명령의 존재를 인식할 필요가 없다는 '소극설', 복귀명령의 존재에 대한 인식이 추정되기만 하면 된다는 '추정적 인식설'과 복귀명령의 존재를 인식해야 한다는 '현실적 인식설'이 다두고 있지만, 판례와 다수설은 '추정적 인식설'의 입장을 취한다. 형사소송법상 고의를 포함한 범죄사실은 '엄격한 증명의 대상'이라는 점에서 추정적 인식설

* 이 논문은 2009년도 전남대학교 교내연구비의 지원을 받아 연구되었음.

** 전남대학교 해양경찰학과 부교수·법학박사

은 어떤 경우에도 형법이론과 결합할 수 없으며, 소극설의 경우도 마찬가지이다. 결국 ‘현실적 인식설’만이 형법체계와 형법이론에 부합한다. 이러한 점을 고려할 때 명령위반죄는 입법론상 균형법에서 삭제되어야 하며, 그 대신 군무이탈자의 복귀명령위반행위를 행정벌로 제재하는 것이 오히려 형법이론과 형법체계에 더욱 잘 부합한다고 할 수 있다.

- ❖ 주제어 : 명령위반죄, 공소시효, 죄형법정주의, 복귀명령, 과잉금지원칙, 명확성원칙, 위임입법의 한계, 추상적 인식설, 현실적 인식설

I. 들어가며

언젠가 몇몇 일간지에 「‘40대 탈영병’ 군·검에 애물단지」라는 제목의 기사가 실린 바 있다.¹⁾ 그 기사의 주요 내용은 ‘미체포 장기탈영병의 사법처리에 관한 관할권을 둘러싼 검찰과 군검찰 사이의 다툼’에 관한 것이었다. 하지만 이 문제는 단순히 미체포 장기탈영병의 사법처리에 관한 관할권 다툼에 국한되지 않고, 미체포 장기탈영병에 대해 균형법상 명령위반죄를 적용함으로써 공소시효가 연장되어, 형사소송법상 공소시효제도가 형해화되는 결과를 야기한다는 데 있다. 가령 군 복무중 탈영을 하면, 먼저 균형법 제30조 제1항 제3호에 규정된 군무이탈죄가 성립하게 되고, 군무이탈죄의 법정형은 ‘1년 이상 10년 이하의 유기징역’²⁾이므로 공소시효가 ‘10년’이며, 이 공소시효 10년이 경과하기 전에 군무이탈자에게 복귀명령을 내리게 되면, 군무이탈자에게는 다시 균형법 제47조에 규정된 명령위반죄가 적용된다. 명령위반죄의 법정형은 ‘2년 이하의 징역이나 금고’이므로 공소시효는 ‘5년’이 된다. 여기에 그치지 않고 명령위반죄의 공소시효 5년이 완성되기 전, 다시 복귀명령을 내리게 되면, 병역이 면제되는 만 40세까지 계속적으로 공소시효를 연장할 수 있다.

1) 동아일보 2006. 11. 29. 같은 “40살 넘는 탈영병 어떻게 처리? 군·검 ‘골치’”(한겨레신문 2006. 11. 29); “제주서 탈영병 20년만 검거”(동아일보 2007. 1. 12).

2) 군무이탈죄는 상황에 따라 법정형을 달리한다(제30조 제1항). 가령 적전인 경우는 ‘사형·무기·10년 이상의 징역’(제1호), 전시·사변시·계엄지역인 경우는 ‘5년 이상의 유기징역’(제2호), 평시의 경우는 ‘1년 이상 10년 이하의 징역’(제3호)으로 규정된 것이 그것이다. 여기서는 ‘평시의 군무이탈죄’를 기준으로 한다.

그렇게 되면 군무이탈자는 최장 만 45세까지 수배상태에 놓이게 된다. 만 20세에 군무를 이탈한 것을 가정하면 - 명령위반죄의 공소시효를 포함하여 - 군무이탈자에게는 최장 25년까지 공소시효의 연장이 가능하다. 이것은 공소시효가 가장 긴 ‘사형에 해당하는 범죄’의 공소시효 25년에 비교될 정도이며, 그나마 사형에 해당하는 범죄의 공소시효가 지난 2007년 군사법원법 및 형사소송법 개정을 통해 ‘15년’에서 ‘25년’으로 늘어났으니까 이 정도이지, 만약 공소시효가 연장되기 전이라면 ‘사형에 해당하는 범죄’의 공소시효보다 정확히 배는 아니지만 배에 가까이 연장되는 문제점이 있다. 결과적으로 ‘군무이탈죄의 공소시효’는 물론이고 ‘명령위반죄의 공소시효’가 무의미하게 된다. 물론 이것은 단순히 미복귀자에 대해 복귀명령을 내리고 그 복귀명령을 이행하지 않는 것에 대해 군형법상 명령위반죄를 적용함으로써 공소시효가 계속적으로 연장된 것이기 때문에 형식적으로 본다면 특별히 문제될 게 없다. 하지만 문제가 그렇게 단순하지만은 않다. 왜냐하면 그로 인해 ‘공소시효제도 자체가 형해화’될 뿐만 아니라 ‘군무이탈죄의 공소시효가 진행중인 자가 사실상 이중처벌된다’는 지적 또한 피하기 어렵기 때문이다. 공소시효는 법치국가원리에서 파생된 것으로서 민주적 법치국가원리가 지배하는 사회에서는 반드시 준수되어야 할 제도 가운데 하나이다. 뿐만 아니라 공소시효제도는 범죄 발생 후 일정한 시간의 경과로 범죄자의 삶이 정상적인 삶으로 돌아간 다음에 이들을 다시 불러내어 처벌하지 못하도록 하는 것을 내용으로 한다. 이 공소시효제도가 제대로 지켜지지 않으면 - 라드브르흐(Radburch)가 ‘정의’의 하나로 일컫었던 - ‘법적 안정성’이 위태롭게 된다고 지적될 정도이다. 실제 군무이탈자의 복귀명령 위반행위를 명령위반죄로 처벌하는 것이 헌법에 반할 수 있다고 하여 군형법 제47조에 대한 헌법소원(또는 위헌심판)이 여러 차례 있었던 것도 같은 맥락에서이다.³⁾

또 다른 문제는 통상적으로 관보나 신문공고를 통해 내려지는 군무이탈자에 대한 복귀명령을 군무이탈자가 실제로 인식했는지 여부에 대한 면밀한 검토없이 단순히 ‘복귀명령의 존재에 대한 인식’이 추정된다고 해서 ‘복귀명령의 존재에 대한 인식’을 긍정한다는 데 있다. 형법상 범죄가 성립하기 위해서는 해당 범죄의 구성요건에 해당하고 위법성조각과 책임조각이 없어야 한다. 특히 구성요건해당성과 관련해서

3) 대판 1969. 2. 18. 68도1846; 헌재 1995. 5. 25, 91헌바20; 2011. 3. 31. 2009헌가12.

행위자에게는 구성요건에 해당하는 사실에 대한 인식과 의욕, 즉 ‘고의’가 있어야 한다. 균형법상 명령위반죄의 경우도 마찬가지이다. 즉 군무이탈자의 복귀명령위반 행위에 대해 명령위반죄가 성립하기 위해서, 군무이탈자는 적어도 자신에게 ‘복귀 명령이 내려졌다는 사실을 인식하고 있어야 한다’는 것이다. 그런데 미체포 장기군무이탈자에 대한 균형법상 명령위반죄의 적용과 관련해, 판례와 다수설은 행위자가 자신에게 복귀명령이 내려졌다는 사실을 “‘현실적으로’ 인식할 필요가 없고, 복귀 명령이 내려졌다는 사실이 단순히 ‘추정’되는 것”으로 충분하다고 한다. 하지만 이것은 형법이론과 형법체계에 부합하지 않는다.

따라서 이하에서는 먼저 균형법상 명령위반죄에 관한 지금까지의 논의상황을 살펴보고(Ⅱ), 이어 균형법 제47조에 규정된 명령위반죄의 정당한 명령 또는 규칙이 죄형법정주의의 파생원칙인 명확성원칙과 위임입법금지원칙 그리고 과잉금지원칙에 위배되지 않는지 여부, 군무이탈죄의 공소시효가 완성될 무렵 다시 복귀명령을 내려 공소시효를 연장하는 것이 공소시효의 본질 내지 이중처벌금지의 원칙에 반하지 않는지 여부 등 명령위반죄의 헌법상 문제점을 살펴본다(Ⅲ). 마지막으로 복귀명령이 관보나 신문에 게시되면, 복귀명령의 존재에 대한 인식이 추정된다는 것이 형법이론과 형법체계에 반하지 않는지 여부를 검토할 것이다(Ⅳ).

II. 균형법상 명령위반죄에 관한 지금까지의 논의상황

명령위반죄에 대한 논의는 지금까지 군 관련 학자 및 군인들이 중심이 되어 주로 명령위반죄에서 말하는 ‘정당한 명령’이 무엇인지, 균형법 제47조가 ‘명확성원칙에 위배되지 않는지 여부’나 ‘위임입법의 한계를 벗어나지 않는지 여부’, 즉 죄형법정주의원칙에 위배되지 않는지 여부나 ‘과잉금지원칙에 위배되지 않는지 여부’에 초점이 맞추어졌을 뿐이고, 군무이탈죄의 공소시효가 완성되기 전에 복귀명령을 내려 다시 명령위반죄의 공소시효가 진행되도록 하는 것이 공소시효의 본질을 침해하거나 이중처벌에 해당하지 않는지 여부나, 군무이탈자에 대한 (각군) 참모총장의 복귀명령을 ‘관보나 신문’에 게시하는 것으로 군무이탈자가 복귀명령을 인식하였다고

추정하는 것이 법이론적으로 문제가 없는지 여부에 관한 논의가 매우 부족한 실정이다.

이 과정에서 지난 1995년, 군무이탈자가 육군참모총장의 복귀명령을 위반한 행위를 명령위반죄로 처벌하는 것과 관련해, 군형법 제47조에 대한 헌법소원이 있었지만, 모두 합헌으로 결정되었다. 여기서의 쟁점은 크게 세 가지인데, 첫째, 군형법 제47조의 명령·규칙의 발령권자·내용·범위·형식·발령요건이 특정되지 않기 때문에 위임입법의 한계를 벗어나거나 명확성원칙에 위배되지 않는지 여부, 둘째, 징계별로 규제하는 것이 바람직한 군내부에서의 질서와 같이 명령·규칙의 위반행위를 형사처벌하는 것이 과잉금지원칙에 위배되지 않는지 여부, 셋째, 군무이탈자 복귀명령은 자수를 강요하는 것으로서 이는 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 않을 기본권을 침해할 뿐만 아니라 군무이탈죄의 공소시효가 완성된 자를 복귀명령 위반행위로 처벌하는 것은 공소시효를 배제하는 결과가 되므로, 부당하지 않는지 여부이다. 첫 번째와 두 번째 쟁점도 (헌)법이론적 측면에서 중요하긴 하지만, 세 번째 쟁점에 대한 연구가 가장 부족한 실정이다. 2011년에도 군형법 제47조에 대한 헌법소원이 있었는데, 쟁점은 군형법 제47조가 명확성원칙에 위배되지 않는지 여부와 위임입법의 한계를 벗어나지 않았는지 여부에 제한되었고 합헌으로 결정되었다.⁴⁾

4) 지금까지 군형법 제47조에 대한 헌법소원(또는 위헌심판)이 세 차례 있었는데, 모두 군형법 제47조가 명확성원칙에 위배되지 않는지 여부가 주요 쟁점사항이었다. 물론 모두 합헌으로 결정되었다. 이 합헌결정이 단순히 합헌이나 위헌이나라는 시각에서 보면 별 특징이 없겠지만, 합헌비율의 측면에서 보면 아주 의미 있다. 왜냐하면 1969년 위헌심판에서는 대법관 ‘전원(4명)’이 군형법 제47조가 죄형법정주의원칙(명확성원칙)에 위배되지 않는다는 입장이었으며, 1995년에도 1969년과 마찬가지로 재판관 전원이라고 할 ‘절대적 숫자인 9명중 8명’이 합헌의견을 낸데 반해, 2011년에는 9명중 5명, 즉 합의부 과반수를 간신히 넘겨 ‘합헌’으로 유지되었기 때문이다. 즉 군형법 제47조에 대한 위헌심판이 처음 제기된 1969년 이래, 명확성원칙에 위배된다는 위헌의견이 점차 늘어나고 있다는 것이다.

III. 군형법상 명령위반죄의 헌법상 문제점

1. 군형법 제47조가 죄형법정주의 원칙에 위배되는지 여부

가. 군형법 제47조가 명확성원칙에 위배되는지 여부

1) 합헌이라는 입장

이는 군형법 제47조에 규정된 ‘정당한 명령 또는 규칙’은 죄형법정주의의 파생원칙인 명확성원칙에 위배되지 않는다는 것으로서 헌법재판소 다수의견 및 다수설의 입장이다.⁵⁾

그 논거로 첫째, 군형법 제47조에 규정된 명령위반죄에서 말하는 ‘정당한 명령 또는 규칙’은 명령위반죄의 입법목적, 구성요건과 적용대상의 특수성 및 다른 규정과의 관계 등에 의해 복귀명령과 같은 정당한 명령 또는 규칙의 범위가 명확하게 제한되고, 실제로 그와 같이 제한적으로 운용되고 있다는 점,⁶⁾ 둘째, 정당한 명령·규칙이 갖는 약간의 불명확성은 법관의 통상적인 해석작용으로 충분히 보완될 수 있다는 점,⁷⁾ 셋째, 군형법 제47조의 수범자인 군인 또는 준군인이 군형법 제47조에 의해 금지된 행위가 무엇인지 예측할 수 있다는 점⁸⁾ 등이 있다.

2) 위헌이라는 입장

이는 군형법 제47조가 명확성원칙에 위배된다는 것으로서 헌법재판소 반대의견 및 소수설의 입장이다.⁹⁾

5) 헌재 2011. 3. 31. 2009헌가12; 1995. 5. 25. 91헌바20.

6) 헌재 1995. 5. 25. 91헌바20.

7) 헌재 2011. 3. 31. 2009헌가12.

8) 헌재 2011. 3. 31. 2009헌가12.

9) 헌재 1995. 5. 25. 91헌바20 반대의견(재판관 김진우·김문희·황도연); 2011. 3. 31. 2009헌가12 위헌의견(재판관 이강국·김종대·목영준·송두환); 이상철·김홍식·김현주·김희동·임성훈·이상훈, 군사법원론, 박영사, 2011, 184쪽; 한위수, 군형법 제47조(명령위반)의 제문제와 판례동향에 대한 소고, 군사법연구 제2집(1984. 4), 51쪽; 박찬걸, 군형법상 군무이탈죄와 관련된 문제점과 개선방안, 형사정책 제22권 제1호(2010. 7), 224쪽; 박안서, 2009년 개정 군형법의 주요내용과 문제점,

그 논거로는 첫째, 행정법상 명령이나 규칙에 대한 위반은 징계사유일 뿐임에도 형사벌을 부과하는 것은, 범죄와 형벌을 법률로 정해야 한다는 죄형법정주의원칙에 정면으로 저촉된다는 점,¹⁰⁾ 둘째, 군내부의 질서보호를 위해 명령위반죄를 인정할 경우 그 가벌성이 무한정 확장될 우려가 있다는 점,¹¹⁾ 셋째, 명령위반죄에서 명령의 제정권자, 명령의 성격, 명령의 대상 및 명령의 내용 등에 관한 기본적 사항만은 법률에 규정되어 있어야 하는데, 군형법 제47조의 제정권자가 누구인지 무엇을 대상으로 한 어떤 내용과 성격의 명령인지를 우리의 건전한 상식에 의하더라도 알기 어렵기 때문에 죄형법정주의의 핵심내용인 ‘구성요건의 명확성’을 결여하였다는 점¹²⁾ 등이 있다.

3) 검토

죄형법정주의원칙은 헌법원칙으로서 “법률이 처벌하고자 하는 범죄행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떤 것인지를 누구나 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 범죄의 구성요건과 처벌내용을 법률로 명확하게 규정할 것”을 요구한다. 이에 헌법재판소는 “처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하여 모든 구성요건을 단순한 서술적 개념으로 규정해야 하는 것은 아니고, 다소 광범위하여 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 ‘통상의 해석방법’에 의하여 ‘건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람’이라면, 당해 ‘처벌법규의 보호법익과 금지된 행위’가 무엇인지 그리고 ‘처벌의 종류와 정도’를 알 수 있도록 규정하였다면 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성원칙에 배치되지 않는다”고 판시하고,¹³⁾ 실제 “군형법 제47조는 ‘(정당한) 명령이나 규칙’이라는, 다소 광범위하고 추상적이어서 법관의 보충적 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도, ‘건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 군인 또는 준군인 등 수범자가

형사정책연구 제22권 제4호(2011·가을), 155쪽.

10) 이상철 등, 앞의 책(주 9), 183쪽; 박찬걸, 앞의 논문(주 9), 224쪽.

11) 이상철 등, 앞의 책(주 9), 184쪽.

12) 헌재 1995. 5. 25. 91헌바20 반대의견(재판관 김진우·김문희·황도연). 같은 취지로 한위수, 앞의 논문(주 9), 17쪽 참조.

13) 헌재 2004. 11. 25. 2004헌바35; 2011. 3. 31. 2009헌가12.

그 의미내용을 합리적으로 파악'할 수 있으므로 죄형법정주의의 명확성원칙에 반하지 않는다"고 판시하였다.¹⁴⁾

하지만 이것만으로 군형법 제47조가 죄형법정주의의 파생원칙 가운데 하나인 명확성원칙에 위배되지 않는다고 단정할 수 없다. 그 이유는 다음과 같다. 첫째, 현실적 측면에서 지난 1995년 군형법 제47조에 대한 헌법소원에 대해 합헌결정이 있었음에도 불구하고¹⁵⁾ 2011년 동일한 문제에 대해 다시 헌법소원이 제기되었다는 점을 지적할 수 있다.¹⁶⁾ 만약 명령위반죄의 명령이 명확성원칙에 반하지 않는다면 동일한 문제에 대해 헌법소원이 다시 제기되었을 리 없을 뿐만 아니라 군형법 제47조에 대한 헌법소원에서 반대의견이나 한정합헌의견¹⁷⁾이 있을 리 없다는 점에서 현재 1995. 5. 25. 91헌바20의 합헌논거가 논거로서 설득력을 갖지 못한다. 둘째, 군형법 제47조의 '정당한 명령 또는 규칙'의 내용을 사전에 예측할 수 있다는 합헌의견과 달리, 명령의 제정권자가 누구이며 무엇을 대상으로 한 어떤 내용과 성격의 명령인지를 우리의 건전한 상식에 의하더라도 알기 어렵기 때문에¹⁸⁾ 명확성원칙에 반한다고 볼 여지가 충분하다. 실제 명령위반죄의 명령이 명확성원칙에 반할 수 있다는 지적이 계속되고 이것을 이유로 헌법소원이 제기되자, 법원에서는 명령위반죄의 '명령'에서 '군인의 일상생활의 준칙을 정하는 사항'을 배제하고 '법령의 범위 내에서 발해지는 군통수작용상 필요한 중요하고도 구체성 있는 특정한 사항에 관한 것, 즉 명령이나 규칙 중 그 위반에 대하여 형사처벌을 할 필요가 있는 것'으로 제한 해석하려는 시도가 있었고,¹⁹⁾ 더 나아가서는 '본질적으로는 입법사항인 형벌의 실질적

14) 현재 2011. 3. 31. 2009헌가12; 1995. 5. 25. 91헌바20.

15) 현재 1995. 5. 25. 91헌바20.

16) 더욱이 현재 2011. 3. 31. 2009헌가12의 헌법소원은 피고인이 아닌 보통군사법원이 직권으로 제정한 사건으로 실무자인 법관이 보기에 문제가 있어 보인다는 것이다.

17) "(군형법 제47조의) 정당한 명령을 상위법령에 위배되지 않는 것으로서 발령권자를 일정한 범위의 지휘관으로 제한하고 명령의 내용 및 범위를 군통수상 중요한 군사상 의무에 관한 구체적 사항으로 한정하며 형식도 명령의 수법자가 그 명령의 위반할 경우 형사처벌의 대상이 되는지 여부를 사전에 예측할 수 있는 형태로 발령된 명령을 의미하는 것으로 한정하여 해석할 경우"에 헌법에 합치된다고 한다(현재 1995. 5. 25. 91헌바20 한정합헌의견(재판관 정경식)). 같은 지적으로 최병호, 군형사법상 비범죄화방안에 관한 고찰, 고려대학교 대학원(석사학위논문), 1999, 89쪽 참조.

18) 현재 1995. 5. 25. 91헌바20 반대의견(재판관 김진우·김문희·황도연); 2011. 3. 31. 2009헌가12 위헌의견(재판관 이강국·김종대·목영준·송두환).

19) 대관 2002. 6. 14. 2002도1282; 1984. 9. 25. 84도1329; 현재 1995. 5. 25. 91헌바20.

내용에 해당하는 사항’을 덧붙여 “통수작용상 중요하고도 구체성 있는 특정의 사항에 관하여 발하고 본질적으로는 ‘입법사항인 형벌의 실질적 내용에 해당하는 사항’에 관한 것”²⁰⁾으로 제한 해석하려는 시도가 있었다.²¹⁾²²⁾ 만약 합헌의견처럼, 군형법 제47조가 명확성원칙에 위배되지 않는다면 이와 같이 제한해석하거거나 한정합헌의견이 나왔을 리 없었을 것이다. 셋째, 여기에다 명령위반죄의 명령은 앞으로도 계속적으로 새로이 만들어질 수 있다는 점에서 헌법재판소의 합헌논거는 설득력이 부족하다. 왜냐하면 이미 제정된 명령이라면 모를까 - 이에 대해 위헌적 의심이 완전히 해소되지 않고 있음을 별론으로 하더라도 - ‘앞으로 어떤 명령이 새로이 제정될지 모르는 상황에서 군인 또는 준군인이 금지된 행위가 무엇인지 예측할 수 있다’고 하는 것은 ‘아직 제정되지 않는 명령에 의한 금지된 행위를 예측할 수 있다는 것’으로 이는 논리적으로 불가능하기 때문이다. 넷째, ‘약간의 불명확성은 법관의 통상적인 해석방법을 통해 보완할 수 있다’는 두 번째 논거나, ‘정당한 명령 등은 명령위반죄의 입법목적 등에 의해 제한적으로 운용되고 있다’는 첫 번째 논거도 ‘새로이 만들어지는 명령’에 대해서 같은 지적이 가능하다.

이 점은 헌법재판소의 합헌논거가 논거로서 설득력을 갖지 못한다는 점을 보여줄 뿐만 아니라 명령위반죄의 명령이 명확성원칙에 위배될 수 있다는 의문이 완전히 해소되지 않고 있음을 잘 보여준다.

20) 대판 1971. 2. 11. 69도113; 2002. 6. 14. 2002도1282; 헌재 2011. 3. 31. 2009헌가12; 1995. 5. 25. 91헌바20.

21) ‘보병 제A사단의 지파 및 지오퍼(GP/GOP) 근무 등 군작전상의 근무명령’(대판 1984. 9. 25. 84도1329), ‘군무이탈자에 대한 육군참모총장의 복귀명령’(대판 1969. 10. 28. 68도1834)은 그 성질상 ‘군통수작용상 필요하고도 구체성 있는 특정사항에 관한 것’이어서 군형법 제47조의 명령에 해당한다고 판시한 것과 ‘휴전선 20km 이내 부대에서 개인이동전화의 사용을 금지한 군사보안업무시행규칙’(대판 2002. 6. 14. 2002도1282), ‘후문에는 일정한 인원 및 차량을 제외하고는 출입을 금한다는 특별수칙 제3호’(대판 1976. 3. 9. 75도3294), ‘군인복무규율 제27조’(대판 1971. 2. 11. 69도113)은 ‘군통수작용상 필요하고도 구체성 있는 특정사항에 관한 것’이 아닌 ‘군인의 일상행동의 준칙을 정하는 사항’이어서 군형법 제47조의 명령에 해당하지 않는다고 판시한 것이 그 예이다.

22) 이런 논란을 불식시키기 위한 방편으로 군형법 제47조의 ‘정당한 명령 또는 규칙’을 ‘군통수작용상 중요한 군사상의 명령이나 규칙’으로 개정하는 것이 바람직하다는 제안도 있었다. 자세한 것은 최병호, 앞의 논문(주 17), 90쪽 참조.

나. 군형법 제47조가 위임입법의 한계를 벗어났는지 여부

1) 합헌이라는 입장

이는 군형법 제47조가 위임입법의 한계를 벗어나지 않았다는 것으로서 헌법재판소의 다수의견이다.²³⁾

그 논거로 첫째, 군통수를 위하여 일정한 행위의무를 부과하는 명령은 그 형식에 관계없이 특정되어 존재하는 한, 준수되어야 하며 ‘명령의 구체적 내용이나 발령조건’을 미리 법률로 정하는 것이 불가능하다는 점,²⁴⁾ 둘째, 군내부에서의 명령은 지휘계통에 따라 군통수권을 담당하는 기관이 그에게 ‘부여된 권한의 범위 내에서 발할 수 있는 것’이나 ‘구체적인 명령의 제정권자’를 일일이 법률로 정하는 것은 불가능하다는 점,²⁵⁾ 셋째, 군형법 제47조는 명령위반죄의 구성요건의 내용에 관한 사항을 명령에 위임한 형태를 취하고 있지만 본래의 취지는 ‘군 내부에서 명령의 절대성을 보호하기 위한 것이고 명령위반행위에 대한 형벌의 종류와 내용’은 법률에서 구체적으로 정해져 있으며 그 피적용자인 군인은 이를 충분히 예측할 수 있는 지위에 있다는 점²⁶⁾ 등이 있다.

2) 위헌이라는 입장

이는 군형법 제47조가 위임입법의 한계를 벗어났다는 것으로서 소수설의 입장이다.²⁷⁾

23) 헌재 2011. 3. 31. 2009헌가12; 1995. 5. 25. 91헌바20.

24) 헌재 2011. 3. 31. 2009헌가12; 1995. 5. 25. 91헌바20.

25) 헌재 2011. 3. 31. 2009헌가12; 1995. 5. 25. 91헌바20.

26) 헌재 2011. 3. 31. 2009헌가12; 1995. 5. 25. 91헌바20.

27) 박상열, 항명죄와 명령위반죄의 구별, 군사법연구 제1권(1982. 11), 17-18, 19, 22쪽; 이상철 등, 앞의 책(주 9), 183쪽; 박찬걸, 앞의 논문(주 9), 224쪽; 한위수, 앞의 논문(주 9), 18, 20쪽; 권기훈, 명령위반죄 적용상 문제점에 관한 소고 - 특히, 군무이탈자복귀명령과 관련하여 -, 군사법논문집 제9집(1990. 1), 39쪽; 군사법원론(제2개정판), 육군사관학교, 2004, 189쪽. 이와 관련하여 정경식 재판관은 헌재 1995. 5. 25. 91헌바20에서 “명령위반죄의 ‘정당한 명령’을 상위법령에 위배되지 않는 것으로서 발령권자를 일정한 범위의 지휘관으로 제한하고 명령의 내용 및 범위를 군통수상 중요한 군사상 의무에 관한 구체적 사항으로 한정하며 형식도 명령의 수범자가 그 명령을 위반할 경우 형사처벌의 대상이 되는지 여부를 사전에 예측할 수 있는 형태로 발령된 명령”이라면 합헌이

그 논거로 첫째, 군형법 제47조의 경우 막연히 ‘정당한 명령 또는 규칙’이라고만 규정되어 있어 그 명령과 규칙이 “누구의 권한에 의해 어떤 사항에 대해 어떤 범위 내에서 제정되어야 하는가”에 대해 전혀 제한이 없어, 백지형법이론에 의하더라도 죄형법정주의 원칙과 양립할 수 없다는 점,²⁸⁾ 둘째, 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 위임입법이 허용되지만 군형법 제47조가 범죄구성요건을 실질적으로 명령·규칙에 위임할 수 밖에 없는 부득이한 사정이 존재한다고 할 수 없다는 점,²⁹⁾ 셋째, 백지형법도 명령·규칙의 종류 범위가 특정되어 있는 경우라면 죄형법정주의에 위배되지 않지만, 명령위반죄에서는 명령·규칙의 범위에 제한이 없기 때문에 위임입법의 한계를 벗어난다는 점³⁰⁾ 등이 있다.

3) 검토

우리 헌법 제12조 제1항은 “모든 국민은 … 법률 …에 의하지 아니하고는 처벌 …을 받지 아니한다”고 규정하고, 제13조 제1항은 “국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니한 행위로 소추되지 아니하며 …”라고 죄형법정주의원칙을 법치국가형법의 기본원칙으로 천명해 두고 있다. 따라서 형법상 죄형법규는 원칙적으로 ‘형식적 의미의 법률’에 의해 건전한 상식을 가진 사람이 “어떤 행위들이 금지되어 있는가를 판단할 수 있을 정도로 명확하게 규정”되어야 한다. 헌법재판소도 - 위임입법의 근거와 아울러 그 범위와 한계를 규정한 - 헌법 제75조에서 말하는 ‘법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항’은 “법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다”는 것을 의미한다고 판시하고 있다³¹⁾ 그러나 현대국가의 기능증대와 사회현상의 복잡화로 인한 입법부

고 그 한도를 벗어나면 위헌이라는 한정합헌의견을 내었다.

28) 박상열, 앞의 논문(주 27), 23쪽; 이상철 등, 앞의 책(주 9), 183쪽; 한위수, 앞의 논문(주 9), 18쪽; 조운, 군형법 제47조(명령위반)과 죄형법정주의, 사법행정 제10권 제8호(1969. 8), 55쪽.

29) 헌재 2011. 3. 31. 2009헌가12 위헌의견(재판관 이강국·김종대·목영준·송두환).

30) 이상철 등, 앞의 책(주 9), 183쪽.

31) 헌재 1995. 9. 28. 93헌바50; 1991. 7. 8. 91헌가4.

의 전문적·기술적 한계 등에 따라 국민의 권리의무에 관한 사항이라도 이를 모두 법률로 정할 수 없으므로, 합리적 이유가 있으면 예외적으로 구성요건의 내용 중 일부를 법률에 의해 하위규범에 위임하는 것을 허용하지 않을 수 없다.³²⁾ 이에 따라 우리 헌법 제75조도 “대통령은 법률에서 구체적 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 위임입법의 근거와 한계를 제시하고 있다.

하지만 군형법 제47조는 위임입법의 범위와 한계를 규정한 헌법 제75조에 반한다고 볼 여지가 충분하다. 그 이유를 보면 다음과 같다. 첫째, 헌법 제75조에 의하면 군형법 제47조에 규정된 명령위반죄의 ‘명령’을 대통령령에 위임한다는 내용이 있어야 하는데 군형법 어디에도 그와 같은 위임규정을 찾을 수 없다는 점이다.³³⁾ 일례로 “... 운전이 금지되는 술에 취한 상태의 기준은 대통령령으로 정한다”고 ‘운전이 금지되는 술에 취한 상태의 기준’(혈중알콜농도 0.05%)을 ‘대통령령’(도로교통법시행령)에 위임한 구(舊) 도로교통법 제41조 제4항은 “형사처벌의 대상이 되는 범죄의 구성요건은 ‘형식적 의미의 법률’로 명확하게 규정할 것”을 요구하는 죄형법정주의원칙에 위배된다는 비판을 지속적으로 받다가³⁴⁾ 결국 2005. 5. 31. (2006. 6. 1 시행) 법률 제7545호로 도로교통법에 편입된 바 있다. 범죄구성요건의 일부가 ‘대통령령(도로교통법시행령)’에 위임된 것도 죄형법정주의원칙에 위배된다고 지적을 받아 ‘법률(도로교통법)’에 편입될 정도인데, ‘대통령령’은 커녕 그보다 훨씬 자의적인 제정이 가능한 ‘지침’이나 ‘예규’, ‘내규’ 등³⁵⁾에 의해 보충되는 군형법 제47조(명령위반)의 명령이 위임입법의 한계를 일탈하였다고 지적받는 것은 당연하다.

32) 현재 1994. 7. 29. 93헌가12; 1995. 5. 25. 91헌바20; 대판 2006. 6. 15. 2004도756.

33) 대법원도 “위임명령은 법령이나 상위명령에서 구체적으로 범위를 정한 개별적인 위임이 있을 때에 가능하고 ...”라고 판시하고 있다(대판 2006. 4. 14. 2004두14793).

34) 실제 ‘운전이 금지되는 술에 취한 상태의 기준’을 대통령령에 위임하고 있는 구 도로교통법 제41조 제1항 및 제4항이 위임입법금지원칙에 위배되는지 여부에 대한 헌법소원이 제기되었으나, 합헌으로 결정되었다(현재 2005. 9. 29. 2003헌바94).

35) 구체적 유형으로는 ‘군무이탈자 복귀명령’(대판 1968. 7. 16. 68도660; 1969. 2. 18. 68도1846; 현재 1995. 5. 25. 91헌바20), (비무장지대의 출입문 초소경비에 대하여 초소경비대는 반드시 장교를 포함하여 편성해야 한다는) ‘사단의 야전예규’(대판 1982. 7. 27. 82도399), (해안경계순찰 근무자는 소총과 실탄을 휴대하여야 한다는 육군 제31사단장의) ‘해안경계실무지침’(대판 1989. 9. 12. 88도1667), ‘보병사단의 지피/지오피(GP/GOP) 근무내규’(대판 1984. 9. 25. 84도1329) 등은 ‘대통령령’이 아닌 ‘참모총장’, ‘사단장’ 등이 발한다.

둘째, 여기에는 “군형법 제47조는 정당한 명령에 대한 준수의무를 부과하고 그 위반에 대하여 ‘구체적 형벌의 종류와 범위’를 명시하고 있어 피적용자들이 ‘금지된 행위’와 ‘처벌정도’를 예측할 수 있다”는 점을 들어,³⁶⁾ 군형법 제47조가 위임입법의 한계를 벗어난 것이 아니라고 한다. 하지만 이 논거 자체가 잘못되었다고 할 수 있다. 논거처럼 군형법 제47조에 ‘구체적 형벌의 종류와 범위’가 명시되어 있으므로, ‘처벌의 정도’를 예측하는데 전혀 문제가 없지만, ‘금지된 행위’는 예측할 수 없기 때문이다. 명령위반죄에서 금지된 행위는 ‘정당한 명령’과 관련될 뿐, “... 2년 이하의 징역이나 금고에 처한다”고 규정한 군형법 제47조의 내용과 무관하기 때문이다. 이 논거는 죄형법정주의원칙에서 명확성원칙의 대상이 ‘구성요건’과 ‘형벌’임을 간과한 것으로 보인다. 즉 군형법 제47조는 ‘형벌’에 대해서는 명확성원칙을 충족시켰지만 ‘구성요건(금지된 행위, 즉 정당한 명령)’에 대해서는 명확성원칙을 충족시키지 못했다는 것이다. 더군다나 이 논거가 근거 없음은 그 동안 헌법소원 모두에서 ‘정당한 명령’이 명확성원칙에 반하는지 여부에 대해 지속적인 다툼이 있어 왔고³⁷⁾ 대법원과 하급심에서도 ‘정당한 명령의 의미’에서 대해 지속적인 다툼이 있어 왔다는³⁸⁾ 사실이 이를 뒷받침한다.

여기에는 헌법재판소의 합헌논거도 논거로서 설득력이 부족하기는 마찬가지이다. 가령 군통수를 위한 명령은 ‘준수’되어야 하고 명령의 발령요건을 미리 법률로 정하는 것은 ‘불가능’하다는 첫 번째 논거나 ‘군내부에서의 명령의 구체적 제정권자를 일일이 법률로 정하는 것은 불가능하다’는 두 번째 논거의 경우 틀린 말은 아니지만 그렇다고 해서 군형법 제47조가 위임입법의 한계를 벗어나지 않았다는 논거일 수 없다. 먼저 첫 번째 논거의 경우 군통수를 위해 군내부에서의 명령을 준수할 필요성과 명령의 다양성 때문에 명령발령요건을 미리 법률로 규정하는 것이 어렵다는 점을 역설 하였을 뿐이고, 두 번째 논거의 경우도 명령제정권자를 구체적으로 일일이

36) 헌재 2011. 3. 31. 2009헌가12; 1995. 5. 25. 91헌바20. 이것은 세 번째 합헌논거와 관련되어 있다.

37) 헌재 2011. 3. 31. 2009헌가12; 1995. 5. 25. 91헌바20; 대판 1969. 2. 18. 68도1846.

38) 대판 2002. 6. 14. 200도1282; 1989. 9. 12. 88도1667; 1984. 10. 10. 84도239; 1984. 9. 25. 84도1329; 1984. 5. 15. 84도250; 1984. 3. 27. 83도3260; 1984. 3. 13. 84도95; 1984. 2. 28. 83도3362; 1982. 7. 27. 82도399; 1979. 11. 13. 79도2270; 1976. 3. 9. 75도3294; 1971. 2. 11. 69도113; 1971. 2. 9. 70도2540; 1970. 12. 22. 70도2130; 1970. 11. 24. 70도1839; 1969. 10. 28. 68도1834; 1969. 4. 15. 68도1833; 1969. 3. 18. 68도1836; 1968. 7. 16. 68도660.

법률로 정하는 것이 어렵다는 현실을 역설한 것에 불과하기 때문이다. 이는 사회현상의 복잡다기화와 국회의 전문적·기술적 한계로 모든 법규를 형식적 법률로 규정한다는 것은 사실상 불가능하고 실제 적합하지도 않기 때문에 긴급한 필요가 있거나 법률로서 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에는 위임입법이 허용된다³⁹⁾는 위임입법의 ‘필요조건’에 불과하다. 하지만 이것이 위임입법의 ‘충분조건’을 충족시켰는지 여부는 여전히 의문으로 남아 있다. 가령 위임명령은 법률이나 상위명령에서 구체적으로 범위를 정한 개별적 위임이 있어야 가능한데 실제 균형법 제47조에는 ‘정당한 명령’에 관한 위임규정이 없고, - 이러한 지적은 차지하더라도 - 위임의 범위는 위임명령에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률이나 상위명령으로부터 위임명령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 하는데, 실제 예측하기 어렵다는 점이다. 균형법 제47조가 명확성원칙에 위배되지 않는지 여부에 대해 몇 차례 헌법소원이 제기된 사실이 이를 뒷받침한다.

이렇듯, 균형법 제47조가 위임입법의 한계를 벗어나지 않는다는 헌법재판소의 합헌논거는 논거로서 완전하지 않을 뿐만 아니라 위임입법의 일반적 요건을 충분히 갖추었다고 보기도 어렵다.

2. 균형법 제47조가 과잉금지원칙에 위배되는지 여부

가. 합헌이라는 입장

이는 군내부에서의 질서유지를 위해 필요한 복귀명령위반행위를 ‘형사벌’로 제재하더라도 과잉금지원칙에 위배되지 않는다는 것으로서 헌법재판소의 다수의견이다.⁴⁰⁾

그 논거로 첫째, 어떤 위법행위를 형사벌로 제재할 것인지 행정벌로 제재를 가할 것인지 여부는 원칙적으로 입법자의 ‘입법재량사항’에 속한다는 점,⁴¹⁾ 둘째, 군에서

39) 대판 2006. 6. 15. 2004도756.

40) 헌재 1995. 5. 25. 91헌바20.

41) 헌재 1995. 5. 25. 91헌바20; 한위수, 앞의 논문(주 9), 17쪽.

는 명령복종관계의 유지가 절대적으로 필요하고, 특히 우리의 특수한 안보현실에 비추어 군통수작용상 중요한 사항에 관한 명령위반행위에 대하여 단순히 징계벌을 과해서는 명령의 강제적 실현을 위한 제재의 효과가 충분하지 않다는 점⁴²⁾ 등이 있다.

나. 위헌이라는 입장

이는 군형법 제47조가 과잉금지원칙에 위배된다는 것으로서 헌법재판소 소수의 견 및 소수설의 입장이다.⁴³⁾

그 논거로 군형법 제47조의 정당한 명령 또는 규칙은 발령권자나 제정권자가 누구든, 그 내용과 범위가 ‘군사상 의무에 관한 사항’이든 ‘일상생활상의 의무에 관한 사항’이든 관계없이 이를 준수하지 않을 경우 형사처벌할 수 있다는 뜻이 되어 적용 범위가 지나치게 광범위한 뿐만 아니라, 경우에 따라서 징계벌로 제재하여도 충분한 사항을 형사처벌한다는 점⁴⁴⁾을 들 수 있다.

다. 검토

헌법재판소는 군형법 제47조가 과잉금지원칙에 위배되지 않는다는 논거로 “어떤 위법행위에 대해 형사별로 제재할 것인지 행정별로 제재를 가할 것인지의 여부는 입법자의 입법재량사항에 해당한다”는 점과 “군통수작용상 중요한 사항에 관한 명령의 위반행위에 대해, 단순히 징계벌로 제재해서는 명령의 강제적 실현을 위한 제재의 효과가 충분하지 않다”는 점을 들었다.⁴⁵⁾ 하지만 이 논거에 대해 다음과 같은

42) 헌재 1995. 5. 25. 91헌바20.

43) 헌재 1995. 5. 25. 91헌바20 한정합헌의견(재판관 정경식); 권기훈, 앞의 논문(주 27), 37쪽.

44) 헌재 1995. 5. 25. 91헌바20 한정합헌의견(재판관 정경식). 하지만 군형법 제47조의 ‘정당한 명령 또는 규칙’에 대해 이미 ‘입법사항인 형벌의 실질적 내용에 해당하는 사항에 관한 명령’을 뜻하고 ‘군인의 일상행동의 준칙을 정하는 사항’은 여기에 해당하지 않는다고 판시하고 있으므로(대판 1984. 9. 25. 84도1329; 2002. 6. 14. 2002도1282; 1971. 2. 11. 69도113), ‘군사상 의무에 관한 사항’이든 ‘일상생활상의 의무에 관한 사항’이든 관계없이 이를 준수하지 않을 경우 형사처벌할 수 있다는 뜻이 되어 …라는 것을 전제로 한 이 논거는 잘못되었다.

45) 헌재 1995. 5. 25. 91헌바20.

비판이 가능하다. 첫 번째 논거는 입법시 입법자에게 ‘광범위한 입법재량’ 또는 ‘광범위한 입법형성의 자유’가 부여되므로 균형법 제47조의 명령위반죄를 형사벌로서 제재할 것인지 행정벌로서 제재할 것인지 여부는 전적으로 입법자의 입법재량사항이라고 하지만 실은 그렇지 않다. 실제로는 입법시 “어떤 행위를 범죄로 규정할 것인지 여부는 ‘보충성원칙’에 구속되고, 어떤 범죄행위를 형사벌로 제재할 것인지 행정벌로 제재할 것인지 여부는 ‘과잉금지원칙’에 구속되기 때문이다. 먼저 전자의 경우 입법자에게 ‘어떤 행위라도 범죄로 규정할 자유’가 부여된 것이 아니라 ‘형법으로 규율하지 않으면 안되는 행위’만을 규율할 것이 요구된다⁴⁶⁾는 점에서 입법자의 입법권은 제한되며, 후자의 경우 과잉금지원칙에 의해 입법권은 제한된다. 그런데 헌법재판소는 군무이탈자의 복귀명령위반행위에 대해 형사벌로 제재하던 행정벌로 제재하던, 그것은 입법재량의 범위에 속한다면서 입법자의 광범위한 입법재량 내지 입법형성의 자유를 원용하면서도,⁴⁷⁾ 중대한 입법원칙의 하나인 과잉금지원칙을 전혀 언급하지 않는 것은 방법론상 문제가 있다. 가령 입법자에게 광범위한 입법재량 내지 입법형성의 자유가 있고 그것의 남용을 방지하기 위해 과잉금지원칙을 두고 있다고 한다면, 입법자의 광범위한 입법재량 내지 입법형성의 자유가 과잉금지원칙에 위배되지 않는지 여부를 검토한 결과, 그것이 과잉금지원칙에 위배되지 않는다는 사실이 확인되었을 때, 그 결과가 정당화될 수 있음에도 불구하고, 그러한 검토가 없었다는 것이 그것이다. 헌법재판소는 과잉금지원칙에 위반했는지 여부의 판단 기준으로 ‘최소침해성원칙’과 ‘최후수단성(보충성)원칙’을 들고 있다.⁴⁸⁾ 먼저 최소침해성원칙은 “입법자가 입법을 할 때, 어떤 법률의 입법목적이 정당하며, 그 목적을 달성하기 위해 국민에게 의무를 부과하고 그 불이행에 대한 제재를 가하는 방법이 ‘적합’하다 하더라도, 그 ‘목적’을 실현하는데 ‘그 침해를 최소화할 수 있는 수단’을 선택해야 정당화된다는 것으로서,⁴⁹⁾ 만약 그 침해를 ‘최소화할 수 있는 수단’이

46) 자세한 것은 박달현, 보충성원칙, 법치국가와 형법, 홍문사, 1998, 124쪽 이하 참조.

47) 헌법재판소는 입법형성의 자유나 입법재량을 원용하면서 ‘광범위한’을 덧붙여 ‘광범위한 입법재량’ 또는 ‘광범위한 입법형성의 자유’라고 표현하였다(헌재 2011. 10. 25. 2010헌바384; 대판 2007. 2. 8. 2006도7882).

48) 헌재 2010. 4. 29. 2009헌바46.

49) 헌재 2010. 4. 29. 2009헌바46.

있음에도 그 수단을 선택하지 않고 ‘더 많은 침해를 수반하는 수단’을 선택하거나, 아예 국민에게 의무를 과하지 않고서도 그 목적을 달성할 수 있음에도, ‘국민에게 의무를 부과’하고 그 의무를 이행하지 않는 것에 대해 제재를 가한다면 과잉금지원칙의 한 요소인 ‘최소침해성원칙’에 위배되어 정당화되지 않는다.⁵⁰⁾ 최소침해성원칙의 내용이 이러하다면, 군형법 제47조의 명령위반행위에 대해 형사별로 제재하는 것이 입법자의 입법재량의 범주에 속하기 때문에 위헌이 아니라는 결론을 내리기에 앞서, 군무이탈자의 복귀명령위반행위를 ‘행정별로 제재하는 것이 타당한지 아니면 지금처럼 형사별로 제재하는 것이 타당한지 여부’에 대한 검토가 선행되어야 할 것이다. 이러한 검토가 빠진 헌법재판소의 합헌논거는 결론의 정당성 여부를 떠나 이미 방법론상 그 정당성을 상실한 것이다. 이어 ‘최후수단성(보충성)원칙’은 “형벌은 의무이행을 확보하기 위한 수단으로서는 최후적·보충적인 것”일 것을 요구하므로, 형벌이 아닌 행정상 징계로써 의무의 이행을 확보할 수 있다면 그것을 제재수단으로 삼아야 하며, 만약 형벌의 일반예방적인 효과를 중시한 나머지, 의무의 이행을 확보하는 것이 문제되는 경우마다 형사처벌을 통해 문제를 해결하려는 것은 법치국가원칙에 반하는 행정편의주의적인 발상으로서 헌법적 정당성을 상실하게 된다.⁵¹⁾ 이것을 위해, 실제 군무이탈자의 복귀명령위반행위를 형사별로 제재하는 것이 좋은지 행정별로 제재하는 것이 좋은지 여부를 법이론적으로 확인할 필요가 있겠지만, 미국과 영국을 제외하곤 군내부에서의 명령위반행위를 형사별로 제재를 부과하는 국가가 없다는 사실 그 자체⁵²⁾가 군내부에서의 명령위반행위를 행정별로 제재하더라도 전혀 문제가 없음을 보여준다. 이렇듯, 군무이탈자의 복귀명령위반행위를 형사별로 제재하는 것이 과잉금지원칙의 판단기준인 ‘최소침해성원칙’과 ‘최후수단성(보충성)원칙’의 요건을 충족시키지 못했음이 확인되고 있다. 두 번째 논거도 논거로서 설득력이 부족하기는 마찬가지이다. 물론 논거를 근거지우기 위해 원용한, 즉 군에서 명령복종관계의 유지가 절대적으로 필요하다는 것은 틀린 말은 아니다. 하지만 여기서는 군무이탈자의 복귀명령위반행위를 명령위반죄로 형사처벌하는 것이

50) 헌재 2010. 4. 29. 2009헌바46.

51) 헌재 2010. 4. 29. 2009헌바46.

52) 자세한 것은 한위수, 앞의 논문(주 9), 11쪽 이하 참조.

‘과잉금지원칙에 위배되는지 여부’를 확인하는 것이지 ‘군에서 명령복종관계의 유지가 중요하다는 것’을 확인하는 것이 아니며, 더군다나 군에서 명령복종관계의 유지필요성은 과잉금지원칙의 판단잣대와는 무관하다. 그리고 또 이 논거는 “특히 우리의 특수한 안보현실에 비추어 … 군통수작용상 중요한 사항이 있을 수 있는데, 이러한 사항에 관한 명령의 위반행위에 대하여 단순히 징계벌을 과해서는 강제적 실현을 위한 제재의 효과가 충분하지 않다”고 하는데, 이것에 의하면 ‘군무이탈자에 대한 복귀명령’이 ‘군통수작용상 중요한 사항’이라는 것인데, 그것을 알기 위해서는 그에 대한 검토가 있었어야 함에도 불구하고 그와 같은 검토가 없었고, 또한 ‘복귀명령위반행위에 대해 징계벌을 과해서는 명령의 강제적 실현을 위한 제재의 효과가 충분하지 않다’고 하였는데, 만약 이 논거가 설득력을 얻으려면 과거에 군무이탈자의 복귀명령위반행위를 징계벌로 제재한 본 결과, ‘복귀명령위반행위가 증가되었다는 객관적 사실’이 존재해야 하는데, 1962년 군형법이 제정된 이래 군형법 제47조의 명령위반죄에 대해 징계벌로 제재한 적이 없다. 그렇다면 군무이탈자의 복귀명령위반행위에 대해 징계벌로 과해서는 (복귀)명령의 강제적 실현을 위한 제재효과가 충분치 않다는 논거는 전혀 확인되지 않고 있다. 어쩌면 헌법재판소가 군형법 제47조의 규정이 과잉금지원칙에 위배되지 않는다는 것을 전제해 놓고 이를 근거 지우는데 그럴듯한 논거만 끌어들이다 보니 빚어진 현상이 아닌가 한다. 이런 면에서 군형법 제47조가 과잉금지원칙에 위배되지 않는다는 합헌논거 가운데 어느 하나 제대로 설명되는 것이 없다고 할 수 있다.

3. 군무이탈자의 복귀명령 위반행위를 명령위반죄로 처벌하는 것이 위헌인지 여부

군무이탈자가 각군 참모총장의 복귀명령을 따르지 않는 것을 군형법상 명령위반죄로 형사처벌하게 되면 군무이탈죄의 공소시효가 완성된 자의 시효이익을 배제하고 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 않을 기본권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부가 문제된다.

가. 합헌이라는 입장

이는 군무이탈자의 복귀명령 위반행위를 명령위반죄로 처벌하는 것은 군무이탈자의 공소시효이익을 배제하는 것이 아니므로, 위헌이 아니라는 것으로서 헌법재판소의 입장이다.⁵³⁾

그 논거로 첫째, 군에서 이탈하여 민간사회에 은신하는 것을 통상의 행위로 하는 군무이탈의 경우 군무이탈자를 검거하여 국가의 형벌권을 행사하는데 많은 어려움이 있고, 군조직에서의 병력유지와 군기확립 등에 중대한 저해요소가 되기 때문에 군형법 제30조에서 군무이탈죄에 대해 엄중한 형사처벌을 하도록 규정하고 있고, 각군 참모총장은 군무이탈자에 대해 군에 자진 복귀하여 군복무에 임하도록 복귀명령을 발하고 있다는 점,⁵⁴⁾ 둘째, 군무이탈중인 자에 대한 각군 참모총장의 복귀명령은 ‘군통수작용상 필요한 중요하고도 구체성이 있는 명령’이므로 ‘정당한 명령’에 해당하고, ‘군무이탈자도 군인의 신분을 유지’하므로 그에게 부과되는 복귀명령을 준수하지 않는 행위는 명령위반죄의 구성요건을 충족시킨다는 점,⁵⁵⁾ 셋째, 반복적으로 행해지는 복귀명령으로 인해 군무이탈죄의 공소시효가 완성된 자라 하더라도 군복무 의무가 면제되는 것이 아니므로 군복무에 복귀하라는 정당한 명령을 위반한 행위는 군무이탈죄와 별개의 법익을 침해하는 행위로 보아 명령위반죄로 형사처벌한다고 하여 특별히 불합리하다고 할 수 없다는 점,⁵⁶⁾ 넷째, 복귀명령은 ‘군무이탈죄의 공소시효가 완성된 자에 대한 처벌’만을 목적으로 하는 것이 아니고, 복귀명령을 준수하지 않는 행위를 형사처벌함으로써 군무이탈죄를 범한 자에게 ‘자수의무를 부과하는 결과’를 수반한다고 하더라도, 이는 군병력 유지를 주된 목적으로 하는 복귀명령의 부수적인 효과에 불과하기 때문에, 복귀명령이 군무이탈자에 대하여 ‘형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니할 권리’의 본질적 내용을 침해하는 것이 아니라는 점⁵⁷⁾ 등이 있다.

53) 헌재 1995. 5. 25. 91헌바20.

54) 헌재 1995. 5. 25. 91헌바20.

55) 헌재 1995. 5. 25. 91헌바20.

56) 헌재 1995. 5. 25. 91헌바20.

57) 헌재 1995. 5. 25. 91헌바20.

나. 위헌이라는 입장

이는 군무이탈자 복귀명령위반을 명령위반죄로 처벌하는 것은 사실상 이중처벌이 되거나 군사법원법 제291조의 공소시효이익을 배제시켜 헌법 제12조 제1항의 적법절차규정에 위반된다는 입장이다.⁵⁸⁾

그 논거로는 첫째, 군무이탈죄의 공소시효가 진행중인 때라면 한번의 군무이탈죄로 인하여 군형법 제30조 제1항의 (순수) 군무이탈죄로 처벌받게 되고, 정당한 사유 없이 상당한 기간 내에 복귀하지 않으면 동법 제30조 제2항의 미복귀죄로 처벌받게 되며, 이 사건 복귀명령에 위반하면 계속 군무이탈상태에 있으면서도 동법 제47조의 명령위반죄로 처벌받게 되므로 1회의 범행으로 2중·3중의 처벌을 받을 위험이 있다는 점,⁵⁹⁾ 둘째, 군무이탈자에게 복귀명령을 내림으로써 군무이탈죄에 대한 공소시효규정의 혜택을 사실상 박탈당하는 것이 되면, 군사법원법 제291조 규정 군무이탈죄 부분에 대한 공소시효의 규정은 사실상 사문화되는 결과를 초래하기 때문에 적법절차에 위배된다는 점,⁶⁰⁾ 셋째, 군무이탈자에 대한 복귀명령은 내용상 군무이탈자에게 자수의무를 부과하고, 그 위반에 대해 형사처벌을 하는 것이기 때문에 자기부죄금지의 원칙상 자백이나 자수를 강요받지 않는 헌법상 기본권을 침해한다는 점⁶¹⁾등이 있다.

다. 검토

군무이탈자의 복귀명령위반행위를 명령위반죄로 처벌하는 것은 헌법에 위배되지 않는다는 헌법재판소의 입장이 정당화되기 위해서는 그 논거가 사실임이 확인되어야 한다.

그런데 문제는 헌법재판소의 이 합헌논거 가운데 어느 하나 제대로 설명되는 것

58) 현재 1995. 5. 25. 91헌바20 반대의견(조승형); 김석영, 군형법 제47조(명령위반죄)는 위헌인가?, 군사법논문집 제13집(1994. 4), 24쪽.

59) 현재 1995. 5. 25. 91헌바20 반대의견(조승형).

60) 현재 1995. 5. 25. 91헌바20 반대의견(조승형); 한위수, 앞의 논문(주 9), 37쪽; 권기훈, 앞의 논문(주 27), 44, 46쪽.

61) 한위수, 앞의 논문(주 9), 36쪽; 권기훈, 앞의 논문(주 27), 44쪽; 김석영, 앞의 논문(주 58), 24쪽.

이 없다는데 있다. 먼저 첫 번째 논거는 논거로서 설득력이 부족하다. 군무이탈자에 대한 검거와 군무이탈로 인해 군병력 유지에 어려움이 있다는 것⁶²⁾과, 그 결과로 군무이탈자에 대한 복귀명령을 발하고 있다는 것은 군무이탈에 관한 객관적 사실을 지적한 것에 불과할 뿐 위헌요소와는 아무런 관련이 없기 때문이다. 두 번째 논거 역시 설득력이 부족하기는 마찬가지이다. 이 논거는 i) 각군 참모총장의 복귀명령은 ‘군통수작용상 필요한 중요하고도 구체성 있는 명령’이므로 ‘정당한 명령’에 해당한다는 것과 ii) 군무이탈자도 군인신분을 가지고 있으므로 복귀명령위반행위는 명령위반죄의 구성요건을 충족시킨다는 것으로 구성되어 있다. 전자의 경우 군무이탈자에 대한 복귀명령은 ‘군통수작용상 필요하고도 구체성 있는 명령’이라는 것은 분명 맞는 말이다. 하지만 ‘구체성 있는 명령’이라고 해서 반드시 명령위반죄에 있어 ‘정당한 명령’이라고 단정할 수 없다. 왜냐하면 ‘정당한 명령’은 죄형법정주의원칙 가운데 ‘명확성원칙에 위배되지 않는지 여부’나 ‘위임입법의 한계를 벗어나지 않는지 여부’에 의해 판단되지 ‘그 명령이 구체성을 갖는지 여부’에 의해 판단되지 않기 때문이다. 후자의 경우도 ‘위헌에 관한 판단내용’이 아니라 단순히 ‘명령위반죄의 구성요건을 해석한 것’에 불과하다. 세 번째 논거도 논거로서 설득력이 부족하기는 마찬가지이다. 이 논거는 단순히 군무를 이탈한 자라도 병역의무가 면제되지 않는 이상 군인신분을 유지하므로 복귀명령을 내릴 수 있고, 복귀명령을 따르지 않는 군무이탈자를 명령위반죄로 처벌하는 것은 특별히 불합리하지 않다는 점을 지적한 것에 불과하기 때문이다. 하지만 여기서 요구되는 것은 ‘해당 논거가 합헌논거로서 정당성을 갖는지 여부’를 판단하는 것이지, ‘명령위반죄의 구성요건이나 명령위반죄의 형사정책적 필요성’을 논하려는 것이 아니다. 네 번째 논거의 경우도 설득력이 부족하기는 마찬가지이다. 이 논거는 ‘군무이탈자에게 복귀명령을 부과하는 것’은 ‘군무이탈자에게 자수의무를 부과하는 결과’라고 하면서도, 이것이 ‘형사상 자기에 불리한 진술을 강요당하지 않을 권리의 본질적 내용을 침해하지 않는다’고 하는 것은 모순이며, 그리고 ‘군무이탈자에게 자수의무를 부과하는 결과’는 군병력 유지를 주된 목적으로 하는 ‘복귀명령의 부수적인 효과’라고 하였는데, 이것은 ‘군병력

62) 2005년부터 2009년까지 군무이탈죄로 입건된 건수는 매년 1,000명 전후 정도이다(2010년 국정감사 자료). 이 정도, 즉 60만 가운데 1,000명 전후의 군무이탈자를 가지고 군병력유지에 어려움이 있다고 하는 것은 복귀명령을 위반한 자를 명령위반죄로 처벌하는 논거로 설득력이 빈약하다.

유지 목적’을 헌법상 보장된 - 자수의무와 동일시되는 - ‘형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 않을 권리’보다 우선한다는 것으로서 전혀 타당하지 않으며, 결과적으로 여기서 합헌의 논거인 ‘복귀명령이 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 않을 권리를 침해하였는지 여부’가 전혀 확인되지 않고 있다. 오히려 군무이탈자의 복귀명령위반행위를 명령위반죄로 처벌하는 것은 군무이탈상태에 있으면서 군형법 제47조의 명령위반죄로 처벌받으므로 ‘사실상 이중처벌’이 될 뿐만 아니라 이 경우 군무이탈자들은 복귀명령으로 인하여 아무런 이유 없이 군무이탈자에 대한 공소시효규정의 혜택을 사실상 박탈당하므로, 군무이탈죄 부분에 관한 공소시효의 규정이 사실상 사문화되는 결과를 갖는다는 점에서 헌법 제12조 제1항의 적법절차규정에 위배된다고 할 수 있다.⁶³⁾ 더군다나 군사법원법 제381조 제3호 (및 형사소송법 제326조 제3호)는 ‘이 공소시효가 완성되었을 때’ ‘면소판결’을 선고해야 한다고 규정할 정도로 형사절차에서 공소시효를 중요시하고 있다. 따라서 군무이탈자의 복귀명령위반을 명령위반죄로 처벌하게 되면 헌법 제12조 제1항의 적법절차원칙에 근거를 둔 공소시효가 형해화되는 결과를 가지므로 헌법에 반한다고 할 수 있다.

IV. 군형법상 명령위반죄의 실체법상 문제점

명령위반죄에는 - 전술한 헌법상 문제점 외에 - 실체법적 문제가 내제되어 있다. 명령위반죄에서 말하는 정당한 명령 또는 규칙을 준수할 의무가 있는 자가 실제 “정당한 명령 또는 규칙을 인식해야 하는지 여부”가 그것이다.⁶⁴⁾ 이와 관련해, 군무

63) 헌재 1995. 5. 25. 91헌바20 반대의견(재판관 조승형).

64) 또 다른 법이론적 문제는 명령위반죄의 주체에 관한 것이 있다. 군형법 제47조는 명령위반죄의 주체로 “정당한 명령 또는 규칙을 준수할 의무 있는 자”로 규정하고 있으나, “정당한 명령이나 규칙을 준수하지 않는 자”로 보는 것이 타당하다는 것이 통설의 입장이자(최병호, 앞의 논문(주 17), 90쪽; 이상철 등, 앞의 책(주 9), 182쪽; 군형법 주해, 육군본부 법무실, 2011, 140쪽; 한위수, 앞의 논문(주 9), 20쪽; 군사법원론(주 27), 188쪽). 그 근거로 군형법 제47조의 명령이나 규칙은 일반적 규범이므로 그 범위에 제한이 없는 것이 원칙이며, 특정한 범위의 사람에게만 적용할 경우에도 그 수범자를 한정하거나 성질상 당연히 규정되는 것이므로 그 주체를 의무자에 한정하여 규정한 것은 타당한 입법이라고 할 수 없다는 점(이상철 등, 앞의 책(주 9), 182쪽)과 준수 의무 있는 자는 명령이나 규칙 자체에서 정해지는 것이므로 법문표현상 불필요한 것을 규정해 놓은

이탈자에 대한 복귀명령은 각군 참모총장이 관보 등 방송매체(실제로 국방일보)를 통해 발령하다보니 그 복귀명령이 실제로 군무이탈자에게 전달되었는지 여부를 확인할 수 없으니, 자연스럽게 그 복귀명령을 군무이탈자가 인식하지 않아도 된다는 ‘소극설’이 등장하였다. 하지만 소극설은 형법이론에 전혀 부합하지 않는다. 그렇다고 해서 오늘날의 형법이론과 형법체계에 따라 엄격히 ‘고의’를 요구하는 ‘현실적 인식설’을 따르게 되면 군무이탈자가 복귀명령을 인식하였는지 여부를 확인하기 어렵기 때문에 군무이탈자의 복귀명령위반행위를 명령위반죄로 처벌하는 것은 사실상 불가능하게 된다. 그래서 ‘추정적 인식설’이 등장한 것이다.

1. 소극설

이는 “군무이탈자가 행위시에 명령이나 규칙의 존재를 알고 있을 필요가 없다는 것”으로서 소수설의 입장이다. 이는 ‘명령이나 규칙의 인식’을 ‘위법성의 인식’으로 보고 “법률의 부지는 용서되지 않는다”는 법원칙상 ‘명령이나 규칙을 위반하는 행위에 대한 인식’만으로 충분하고, ‘명령이나 규칙 자체에 대한 인식’은 필요치 않는다는 것을 내용으로 한다.⁶⁵⁾ 현재 이 학설을 취하는 사람은 없다.

2. 적극설

이는 “군무이탈자(수범자)가 행위시에 (복귀)명령이나 규칙의 존재를 알고 있어야 한다”는 입장이다. 특히 법문상 명령위반죄의 구성요건은 ‘명령·규칙을 위반하는 행위’가 아니라, ‘명령·규칙 위반 그 자체’이기 때문에 ‘명령·규칙의 부지는 구성요건적 사실 그 자체를 인식하지 못하는 것’으로서 고의를 조각한다.⁶⁶⁾ 이것은 다

것에 불과하다는 점을 든다(한위수, 앞의 논문(주 9), 20쪽). 하지만 법문에서 ‘의무 있는 자’를 빼면 수범자의 범위는 무한히 넓어져, 정당한 명령을 위반한 사람이라면 누구든지 명령위반죄로 처벌될 여지가 있고, 설사 ‘준수할 의무 있는’을 빼더라도 그 내용상 “그 명령이나 규칙을 준수할 의무 있는 자가 그것을 위반하였을 때”에만 명령위반죄가 성립한다는 점에서 현재처럼 ‘준수할 의무 있는’을 그대로 두더라도 전혀 문제되지 않으며, 오히려 그 의미가 분명하게 한다.

65) The Judge Advocate General's School. Criminal Law, Charlottesville Virginia, 1979, p. 22-12 (한위수, 앞의 논문(주 9), 각주 32)에서 재인용).

시 ‘현실적 인식설’과 ‘추정적 인식설’로 나뉜다.

가. 현실적 인식설

이는 정당한 명령 또는 규칙을 준수할 의무가 있는 사람이 행위시에 ‘(복귀)명령이나 규칙의 존재와 내용’을 알고 있어야 한다는 것으로서 종래 판례의 입장이면서 소수설의 입장이다.⁶⁷⁾ 명령위반죄가 고의범이라는 점⁶⁸⁾과 명령위반죄의 구성요건을 고려한 결과이다. 일반적으로 범죄가 성립하기 위해서는 행위자는 객관적으로 구성요건을 충족시켜야 하고 주관적으로 객관적 구성요건요소를 인식하고 그것의 실현을 의욕해야 한다. 따라서 명령위반죄의 경우도 군무이탈자는 ‘정당한 명령 또는 규칙을 위반하거나 준수하지 않는다는 것에 대한 인식과 의욕’이 있어야 한다. 실제로 명령위반죄의 구성요건도 그렇게 해석되고 있다. 가령 명령위반죄에서 정당한 명령을 ‘위반한다’는 것은 ‘적극적으로 명령·규칙에 위배되는 행위를 하는 것’으로 해석되고, ‘준수하지 아니한다’는 것은 ‘소극적으로 명령·규칙의 내용을 실현하지 아니하는 것’으로 해석되고 있는 것이 그것이다.⁶⁹⁾ 이것에는 수범자가 ‘명령이나 규칙의 존재를 알고 있다는 점’이 전제되어 있다. 따라서 태만·부주의 등으로 명령·규칙상 요구되는 의무를 이행하지 못한 경우에는 명령위반죄가 성립하지 않는다.⁷⁰⁾ 이렇듯, 이 견해는 군무이탈자(수범자)가 반드시 (복귀)명령이나 규칙의 존재를 인식할 것을 요구한다.

나. 추정적 인식설

이는 일정한 상황에 따라 명령이나 규칙의 존재를 인식하지 않았더라도 적어도 군무이탈자(수범자)가 ‘(복귀)명령의 존재를 인식하였다고 추정할 수 있는 상황’이

66) 한위수, 앞의 논문(주 9), 33쪽.

67) 군형법 주해(주 64), 145쪽; 군법, 공군본부, 1995, 124쪽; 한위수, 앞의 논문(주 9), 22쪽; 조두현·김성훈, 군법개설 - 군형법·군법회의법 -, 일신사, 1977, 158쪽; 권기훈, 앞의 논문(주 27), 41쪽; 대판 1964. 11. 18. 육군 64고군형공354; 1967. 10. 19. 육군 67고군형황568.

68) 군형법 주해(주 64), 145쪽.

69) 이상철 등, 앞의 책(주 9), 183쪽; 군형법 주해(주 64), 145쪽.

70) 한위수, 앞의 논문(주 9), 32쪽; 군형법 주해(주 64), 145쪽.

있다면 복귀명령의 존재에 대한 고의를 인정할 수 있다는 것으로서 다수설과 판례의 입장이다.⁷¹⁾ 판례는 “각군 참모총장의 군무이탈자에 대한 자진복귀명령이 ‘각종 통신수단에 의해 전국 각 지역에 알려졌다면’ 군무이탈자는 복귀명령을 알았다고 추정되고, 즉 ‘고의가 추정된다’고 보고 있으며,⁷²⁾ 다만 복귀명령이 내려질 당시에 행위자가 해외에 거주하였던 경우라든가,⁷³⁾ 교도소에서 수형생활 중이었던 경우⁷⁴⁾ 나 절해고도에서 은거생활중이었던 경우⁷⁵⁾ 등과 같이 고의가 추정될 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에만 예외적으로 명령위반죄의 고의의 추정이 깨어진다”고 한다.

3. 검토

가. 소극설에 대한 비판

형법상 범죄가 성립하기 위해서는 행위자는 객관적 구성요건을 충족시켜야 하고, 이어 주관적 구성요건을 충족시켜야 하는데, 특히 주관적 구성요건으로서의 고의는 객관적 구성요건적 사실을 인식하고 그것의 실현을 의욕해야 하는 것을 내용으로 한다.⁷⁶⁾ 명령위반죄의 경우도 마찬가지이다. 가령 군무이탈자의 복귀명령위반행위에 대해 명령위반죄가 성립하기 위해서 이 사건 군무이탈자가 각군 참모총장에 의해 복귀명령이 내려졌다는 사실을 인식하고 있어야 한다는 것이 그것이다. 이 점에서 복귀명령의 존재에 대한 인식을 필요로 하지 않는다는 이 입장은 형법이론과 형법체계에 부합하지 않는다. 물론 군무이탈자의 복귀명령위반행위를 명령위반죄로 처벌하고자 하는 것에 대해 형법이론, 즉 군무이탈자에 대해 복귀명령이 발동되었다는 것에 대한 적극적 인식을 요구한다면 - 군무이탈자가 복귀명령을 인식하였다

71) 대판 1972. 11. 28. 72도2164; 한위수, 앞의 논문(주 9), 33쪽; 박상열, 앞의 논문(주 27), 34, 38쪽; 군사법원론(주 27), 189쪽.

72) 군형법 주해(주 64), 145쪽; 대판 1972. 11. 28. 72도2164.

73) 대판 1977. 7. 26. 77도2058.

74) 육군고등군법회의 1978. 3. 8. 77고군형황822.

75) 공군고등군법회의 1973. 9. 18. 73고군형황23.

76) 임웅, 형법총론(제3정판 보정), 법문사, 2011, 143쪽.

는 명백한 증거가 있는 경우를 제외하고 - 군형법 제47조가 - 특히 군무이탈자에 대한 복귀명령과 관련해 - 사문화된다는 점에서 소극설의 입장을 이해 못할 바는 아니다. 하지만 ‘현실적인 입증의 어려움’과 ‘범죄성립요건의 왜곡’은 별개의 문제로서, 아무리 군무이탈자가 자신에게 내려진 복귀명령의 존재를 인식하였다는 것을 입증하기 어렵다고 해서 - 군무이탈자에게 복귀명령의 존재에 대한 인식을 요구하지 않는 것과 같이 - 범죄성립요건을 왜곡할 수는 없는 것이다.

이 소극설은 현재의 판례의 입장과도 상충한다. 대법원은 “피고인이 참모총장 및 군단장의 지휘각서로 된 음주통제명령이나 군인 출입금지구역에 관한 군인복무규율의 ‘규정이 있음을 알면서’ 이에 위반하여 음주하고 출입금지구역인 사창가에 가서 창녀와 성교행위를 한 사실을 넉넉히 인정할 수 있고, 위와 같은 명령이나 규정에 위반한 행위는 군형법 제47조 명령위반죄를 구성하는 것이라 할 것이므로”라고 판시하였는데,⁷⁷⁾ 이는 피고인은 ‘해당 명령의 존재를 알고 있어야’ 명령위반죄가 성립한다는 점을 분명히 하고 있기 때문이다.

나. 추정적 인식설에 대한 비판

군무이탈로 도망 다니는 군무이탈자가 각군 참모총장이 발령한 복귀명령을 인식하였는지 여부를 확인하는 것은 매우 어렵다. 만약 현실적 인식설에 따라 군무이탈자가 복귀명령의 존재를 인식할 것을 요구한다면 군무이탈자의 복귀명령위반행위를 명령위반죄로 처벌하기란 사실상 거의 불가능에 가깝다. 이 점에서 추정적 인식설의 등장을 이해하지 못할 바 아니다.

하지만 추정적 인식설에 대해 다음과 같은 비판이 가능하다. 첫째, 현행 형법이론과 형법체계에서 ‘고의의 추정’이란 애초 상상할 수도 없고, 이는 형법이론과 형법 체계에 부합하지도 않는다는 점이다.⁷⁸⁾ 형법 제13조 본문은 “죄의 성립요소인 사실

77) 대판 1970. 11. 24. 70도1839.

78) 명령위반이 문제된 (판례)사안을 보면 명령위반죄에 있어 고의는 ‘이원적으로’ 취급되고 있는 것으로 보인다. 단순 명령위반죄에서는 명령의 존재에 대한 인식에 대해 ‘현실적 인식설’을 취하면서도, 군무이탈자의 복귀명령위반행위를 명령위반죄로 처벌하는 경우에 대해 ‘추정적 인식설’을 취하는 것이 그것이다. 전자는 “... 규율 및 규정이 있음을 알면서 이에 위반하여”(대판 1970. 11. 24. 70도1839), “그 내용을 잘 알고 있었던 사실”(고등군사법원 1999. 8. 31. 99노412) 등과 같이 구체

을 인식하지 못한 행위는 벌하지 아니한다”고 규정하고 있고, 그 단서는 “특별한 규정이 있는 경우에는 예외로 한다”고 규정하고 있으므로, “- 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못하더라도 처벌한다는 특별한 규정이 있는 경우, 즉 - ‘과실’을 제외하고, 반드시 죄의 성립요소인 사실을 ‘인식’해야 처벌”할 수 있기 때문이다. 둘째, 명령위반죄의 구성요건은 ‘명령 또는 규칙의 위반’이므로, 명령·규칙의 인식은 ‘위법성의 인식’이 아니라 ‘구성요건적 사실의 인식, 즉 고의’에 속한다.⁷⁹⁾ 우리 형사소송법 제307조 제1항은 “(범죄)사실의 인정은 증거에 의한다”고 규정하면서, 범의를 포함한 범죄사실의 인정은 형사소송법상 ‘엄격한 증명의 대상’으로 본다. 이 엄격한 증명의 대상은 ‘합리적 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 가진 엄격한 증거’에 의해 확인되어야 한다.⁸⁰⁾ 왜냐하면 엄격한 증명의 대상은 피고인의 방어권행사의 주된 대상이 되기 때문이다. 따라서 엄격한 증거가 부족함에도 단순히 개연성이 있다는 사실만으로 범죄사실의 증거가 있다고 해서 안된다.⁸¹⁾ 다만 범죄사실 가운데 고의와 같은 주관적 요소로 된 사실은 사물의 성질상 그것과 상당히 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법에 의해 증명되어야 한다.⁸²⁾ 그 결과, 사실 인정에 있어 공판절차에서 획득한 인식과 조사된 증거를 남김없이 고려하고 이를

적으로 고의를 표시하거나 아니면 “해안경계순찰근무시 소총 및 실탄을 휴대하여야 한다는 규정”(육군고등군법회의 1988. 6. 15. 88고군형황82), “관문점공동경비구역 주둔 부대 내규”처럼 고의를 직접적으로 표시하지는 않았지만 그 내용에 고의가 전제되어 있는 경우이고(예컨대 전자의 경우 특정한 해안에 근무하는 경계근무자가 소총과 실탄을 휴대하고 근무한 현실에서는 그것을 휴대하고 근무한다는 것을 당연히 알았을 것이므로 규정에 대한 인식은 특별히 문제되지 않고, 후자의 경우 ‘수시로 교육 및 지시를 하였다면’이라고 표현하고 있기 때문에 당연히 내규를 알고 있었다는 것이 전제되어 있다. 따라서 그것이 군형법 제47조에서 말하는 ‘정당한 명령’에 해당하는지 여부만 다투어질 것이며, ‘정당한 명령’으로 본다는 사실은 이미 명령위반죄가 성립한다는 것으로서 이것에는 이미 ‘고의’가 전제되어 있다), 후자는 애초 현실적으로 고의를 갖기 어려운 군무이탈자의 복귀명령 인식에 관한 것이다.

79) 권기훈, 앞의 논문(주 27), 41쪽; 한위수, 앞의 논문(주 9), 33쪽.

80) 한위수, 앞의 논문(주 9), 31쪽; 대판 2011. 4. 28. 2010도14487; 2002. 3. 12. 2001도2064. 판례는 “범죄구성요건에 해당하는 사실을 증명하기 위한 근거가 되는 과학적인 연구결과는 ‘적법한 증거 조사를 거친 증거능력 있는 증거’에 의하여 엄격한 증명으로 증명되어야 한다”고 판시하고 있다(대판 2010. 2. 11. 2009도2338).

81) 대판 2011. 4. 28. 2010도14487.

82) 대판 2010. 6. 24. 2007도5899; 2009. 10. 29. 2007도6772; 2009. 2/ 12. 2008도6551; 2006. 2. 23. 2005도8645.

논리와 경험칙에 의해 판단한 결과, 유죄라는데 ‘합리적 의심을 할 여지가 없을 정도로 확신’이 들어야 유죄로 할 수 있다.⁸³⁾ 그런데 단순히 각군 참모총장이 각종 통신매체를 통해 군무이탈자에게 복귀명령을 내렸다는 사실만으로 그 명령이 군무이탈자에게 전달되었다는 데 대해 합리적 의심을 하지 않을 정도로 확신을 가질 수 있는지 여부에 대한 물음에 대해, 생각할 필요 없이 ‘아니’ 라는 답변이 나올 것이다. 일례로 평소 - 본인이 원하기만 하면 - 신문과 방송을 거의 매일 빠짐없이 접하는 필자도, 군무이탈자에 대한 각군 참모총장의 복귀명령이 실린 신문이나 방송을 단 한 번도 본 적이 없을 정도인데, 도피생활을 하느라 정신이 없는 군무이탈자가 국방일보⁸⁴⁾ 등에 실린 각군 참모총장의 복귀명령을 읽었다는 것을 기대하기란 사실상 불가능하다. 이렇듯, 각군 참모총장의 복귀명령이 각종 방송매체(실제로 국방일보)를 통해 전국 각지에 전달되었다는 사실만으로 형사소송법 제307조 제2항에 규정된 ‘합리적 의심을 할 여지가 없을 정도의 원칙’이 요구하는, 즉 법관으로 하여금 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 군무이탈자가 참모총장의 복귀명령을 인식하였다고 할 수 없을 것이다.⁸⁵⁾ 셋째, 추정적 인식설은 거증책임원칙에 위배된다. 거증책임원칙⁸⁶⁾에 따르면 엄격한 증명의 대상인 범죄사실은 검사가 증거로서 증명해야 한다. 즉 군무이탈자가 범죄사실의 하나인, 복귀명령의 존재를 인식했는지 여부를 검사가 증명해야 한다는 것이다. 그런데 추정적 인식설에서는 군무이탈자가 복귀명

83) 대판 2006. 11. 23. 2006도5407.

84) 더군다나 군무이탈자에 대한 복귀명령이 실리는 국방일보는 일반인들이 쉽게 접근할 수 있는 가관 대에는 전혀 비치되지 않고 군대나, 군 관련 기관, 공공도서관 등 특정한 장소에 비치되는 상황에, 도망 다니기 바쁜 군무이탈자가 일부러 그곳에 가서 국방일보 등을 보지 않는 한, 국방일보를 볼 수 없을 것이다(필자도 처음에는 판례와 자료에 의해 ‘각종 방송매체’를 통해 군무이탈자에 대한 복귀명령이 게시된다고 알았으나, 실제로 군무이탈자에 대한 복귀명령을 확인하고 싶어 찾아보았으나 쉽게 찾을 수 없었으며, 나중에 인터넷 검색을 통해 ‘각군 참모총장이 내린 복귀명령’을 ‘국방일보’에서 확인할 수 있었다. 그 밖에도 예전에는 간혹 경찰서나 면(동)사무소의 게시판에 게시되거나 관청의 요청에 의해 동장 등이 방송으로 복귀명령을 알린다는 사실 또한 확인할 수 있었다). 이 논거가 얼마나 현실적이지 못한지를 보여주는 대목이다.

85) 엄격한 증명의 대상은 ‘적법한 증거조사를 거친 증거능력 있는 증거’에 의해 증명되어야 하므로(대판 2010. 2. 11. 2009도2338), 엄격한 증명의 대상인 군무이탈자의 복귀명령 인식도 엄격한 증명으로 확인되어야 한다. 하지만 추정적 인식설은 ‘참모총장의 복귀명령이 각종 방송매체를 통해 전국 각지에 전달되어 군무이탈자가 복귀명령을 실제로 인식하였는지 여부’에 대해 직접적 증거조사는 고사하고 간접적 증거조사도 없이 고의를 추정한 것이다.

86) 대판 2010. 6. 24. 2007도5899; 신동운, 신형사소송법(제3판), 법문사, 2011, 949쪽.

령을 인식했는지 여부를 검사가 증명하는 것이 아니라, 복귀명령이 각종 통신매체에 실림으로써 군무이탈자가 복귀명령을 인식하였다고 추정된다는 것이다. 만약 - 거증책임전환의 정당성은 별론으로 - 거증책임이 전환되는 경우가 아니라면 추정적 인식설은 어떤 경우에도 허용되지 않는다.

이렇듯, 추정적 인식설은 형법이론적으로는 물론이고 현실적으로도 전혀 설득력이 없기 때문에 취할 수 없다. 오히려 ‘현실적 인식설’이 형법이론과 형법체계에 잘 부합한다.

V. 나가며

이상에서 군무이탈자가 각군 참모총장의 복귀명령을 이행하지 않았을 때 발생하는 군형법 제47조가 죄형법정주의원칙(즉, 명확성원칙과 위임입법금지원칙) 및 과잉금지원칙에 위배되지 않는지 여부, 군무이탈자의 복귀명령위반행위를 명령위반죄로 처벌하는 것이 이중처벌금지원칙 또는 형사상 자기에 불리한 진술을 강요당하지 않을 기본권을 침해하지 않는지 여부와 명령위반죄의 실정법적 문제점을 살펴보았다. 이하에서는 지금까지 이 연구에서 논의된 내용을 간략히 정리하는 것으로 결론에 갈음할 것이다.

첫째, 헌법재판소는 군형법 제47조의 정당한 명령이나 규칙이 다소 광범위하고 추상적이어서 법관의 보충적 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 군인 또는 준군인 등 수범자가 그 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있다고 판단되므로 죄형법정주의원칙의 명확성원칙에 반하지 않는다고 하나, 실제로는 명령의 제정권자가 누구이며 무엇을 대상으로 한 어떤 내용의 성격의 명령인지를 우리의 건전한 상식에 의하더라도 그것을 파악하기 어려우므로 명확성원칙에 반한다고 볼 여지가 충분하다. 군형법 제47조에 대한 헌법소원과 제47조의 ‘정당한 명령’의 의미가 수시로 법원의 심판대상이 된 사실 그 자체가 이 점을 잘 보여준다.

둘째, 헌법재판소는 명령위반죄의 명령은 반드시 준수되어야 하고 명령의 구체적

내용이나 발령조건을 미리 법률로 정하는 것이라든가 구체적 명령의 제정권자를 일일이 법률로 정하는 것이 불가능하고 명령위반행위에 대한 형벌의 종류와 내용은 법률로 미리 정해져 있어 피적용자인 군인은 충분히 예측할 수 있으므로 군형법 제47조가 위임입법의 한계를 벗어난 것이 아니라고 하지만, 위임입법의 한계를 일탈한 것으로 보인다. 헌법 제75조는 “법률에서 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정하고 있는데, 이에 따르면 군형법 제47조의 명령은 ‘대통령령’에 위임되어 있어야 하는데(적어도 용어부분에 명령의 개념정의가 필요함), 실제로는 대통령령보다 자의적 행사가 더 가능한 ‘내규’, ‘예규’, ‘지침’ 등에 규정되어 있을 뿐만 아니라 장래에도 어떤 새로운 지침, 예규, 내규가 제정될지 알 수 없기 때문에 정당한 명령이나 규칙을 예측한다는 것은 사실상 불가능하다.

셋째, 헌법재판소는 명령위반죄를 행정벌로 제재할 것인지 형사벌로 제재할 것인지 여부는 전적으로 입법자의 입법재량 내지 입법형성의 자유에 속하기 때문에 과잉금지원칙에 위배되지 않는다고 한다. 하지만 과잉금지원칙의 요소인 ‘최소침해성원칙’과 ‘최후수단성(보충성)원칙’을 적용해 보면 과잉금지원칙에 위배된다고 볼 여지가 충분하다. 최소침해성원칙에 의하면 명령위반행위에 가하는 수단이 ‘적절’하다고 하더라도 그 ‘침해를 최소화할 수단’을 선택했을 때에만 정당화되며, 세계에서 영국과 미국을 제외하곤 명령위반행위에 대해 형사벌을 가하는 국가가 없다는 사실이 과잉금지원칙의 ‘최소침해성원칙’이 요구하는 요건을 충족시키지 못했음을 보여주기 때문이다.

넷째, 헌법재판소는 군무이탈자의 복귀명령위반행위를 명령위반죄로 처벌하는 것이 이중처벌금지원칙 내지 공소시효제도를 사문화시키는 것이 아니라고 보지만 군무이탈자의 복귀명령위반행위를 명령위반죄로 처벌하는 것은 하나의 행위로 이중·삼중 처벌하는 결과를 갖기 때문에 이중처벌금지원칙에 위배될 뿐만 아니라 공소시효의 완성에 대해 면소판결을 선고하도록 규정한 군사법원법 제291조 제1항(및 형사소송법 제249조 제1항)의 공소시효 규정을 사문화시키는 결과를 갖기 때문에 헌법 제12조 제1항의 적법절차규정에도 위배된다고 할 수 있다.

다섯째, 각군 참모총장이 국방일보 등 통신매체를 통해 군무이탈자에게 복귀명령을 내리는데, 이 경우 현실적으로 군무이탈자가 명령의 존재를 인식했는지 여부를

확인하기 어렵기 때문에 판례는 군무이탈자가 복귀명령을 인식하였다고 추정되기만 하면 명령위반죄의 고의를 인정할 수 있다고 한다. 하지만 ‘추정적 인식설’은 형법이론과 형법체계에 반하기 때문에 어떤 경우에도 허용될 수 없다.

결론적으로 명령위반죄는 입법론상 군형법에서 삭제되어야 하며,⁸⁷⁾⁸⁸⁾ 그 대신에 복귀명령위반행위를 행정벌로 제재하는 것이 오히려 형법이론에 잘 부합한다고 할 수 있다.

87) 이상철 등, 앞의 책(주 9), 184쪽; 조윤, 군사법개정론, 법원행정처, 1972, 448쪽; 권기훈, 앞의 논문(주 27), 45쪽; 군사법원론(주 27), 189쪽. 그러나 최병호 대령은 ‘특수성을 지닌 군사회에서 명령복종관계를 유지하여 군의 통수권을 확립하는 것을 목적으로 하는 군형법 제47조의 취지를 잘못 이해한 것’을 들어 군형법 제47조의 삭제를 반대하고 있다. 자세한 것은 최병호, 앞의 논문(주 17), 88-89쪽 참조.

88) 여기에는 군무이탈자의 복귀명령위반행위를 별도의 범죄로 보지 않고 군무이탈죄의 ‘불가벌적 사후행위’로 보아야 한다는 입장이 있다. 자세한 것은 권기훈, 앞의 논문(주 27), 44, 46쪽 참조.

참고문헌

[단행본]

군 법, 육군본부, 1995

군사법원론(제2개정판), 육군사관학교, 2004

군사법원판결요지집 - 대법원·고등군사법원 판결집 -, 고등군사법원, 2002

군형법 주해, 육군본부 법무실, 2011

신동운, 신형사소송법(제3판), 법문사, 2011

이상철·김홍식·김현주·김희동·임성훈·이상훈, 군사법원론, 박영사, 2011

임 응, 형법총론(제3정판 보정), 법문사, 2011

조두현·김성훈, 군법개설 - 군형법·군법회의법 -, 일신사, 1977

[논문]

권기훈, 명령위반죄 적용상의 문제점에 관한 소고: 특히 군무이탈자 복귀명령과 관련하여,
군사법논문집 제9집(90. 01)

김석영, 군형법 제47조(명령위반)는 위헌인가?, 군사법논문집 제13집(94. 04)

박달현, 보충성원칙, 법치국가와 형법, 홍문사, 1998

박상열, 항명죄와 명령위반죄의 구별, 군사법연구 제1집, 육군본부, 1983

박안서, 2009년 개정 군형법의 주요내용과 문제점, 형사정책연구 제22권 제4호(2011·겨울)

박찬걸, 군형법상 군무이탈죄와 관련된 문제점과 개선방안, 형사정책 제22권 제1호 (2010. 7)

송문일, 군형법 제47조를 비판한다. 군사법논문집 제1집(1983), 육군본부

이병린, 군형법 제47조는 위헌인가, 법률신문, 1970. 7. 13 ~ 1970. 8. 17.

조 윤, 군형법 개정론, 사법논문집 제2집, 법원행정처, 1972

_____, 군형법 제47조(명령위반)과 죄형법정주의, 사법행정 제10권 제6-8호(1969. 6-8)

최병호, 군형사법상 비범죄화방안에 관한 고찰, 고려대 석사학위논문, 1999

한위수, 군형법 제47조(명령위반)의 제문제와 판례동향에 대한 소고, 군사법연구 제2집 (1984. 4), 육군본부

A criminal law theoretical study of the disobedience to orders in military criminal law^{*}

Park Dallhyun^{**}

The Chief of General Staff of military can give a soldier who has taken desertion from military service, the order to return to military service. If so, the statute of limitations can be extended the longest term of 25years in case a man will take the military service in 20 year. This statute of limitations is similar to the statute of limitations of crime belonging to capital punishment.

So, a constitution petition was appealed. The disobedience to orders of the korean military criminal code §47 shall be violated against the constitution, concretely the principle of clearness in the principle of “nulla poena sine lege”, the principle of a delegated legislation, the principle of excess-prohibition.

The korean constitutional court was decided that the disobedience to orders do not violate against the principle of clearness, because soldiers or quasi-soldiers can predict the fair order. But the disobedience to orders shall be violate against the principle of clearness, because the constitution petition of the disobedience to orders were continually appealed and new orders can be made. And the korean constitutional court had decided that the disobedience to orders did not violate against the principle of a delegated legislation, because it is impossible, perfect clear orders to enact. And the korean constitutional court decided that the disobedience to orders did not violate against the principle of excess-prohibition, because it did belong to a legislative discretion, whether the lawmaker can sentence a crime a criminal punishment oder an administrative punishment.

^{*} This article is supported by chonnam national university in 2009.

^{**} Professor, Department of maritime police science, Chonnam national university, Ph. D. in Law

Finally, the Korean constitutional court decided that it didn't violate against the principle of double punishment-prohibition, soldiers deserted from military service for the disobedience to orders to punish. But soldiers deserted from military service for the disobedience to orders to punish shall be violate against the constitution, because soldiers deserted from military service for the disobedience to orders to punish will be punished double with one desertion from military service. In general, the Korean military criminal code §47 shall be violate against the constitution. And the Korean military criminal code §47 become an issue in the substantive law. For example, it is, whether a soldier deserted from military service can recognize the existence of order to return. A majority opinion and the Korean supreme court are taking the intent presumption theory. According to this theory, the intent may be presumed, if the order of the Chief of the General Staff to return to military service will be given in the newspaper and broadcasting. But this is against the theory and system of criminal law. The intent recognition theory is on the contrary coinciding with a system of the criminal law.

- ❖ Key words : disobedience to orders, statute of limitation, principle of "nulla poena sine lege", order to return to military service, principle of clearness, a principle of excess-prohibition, the intent presumption theory, the intent recognition theory, a principle of delegated legislation.